

论帅英骗保案的出罪路径

——以客观归责论为视角

张子钰

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2021年10月5日; 录用日期: 2021年11月7日; 发布日期: 2021年11月17日

摘要

帅英骗保案属于同时符合《保险法》规定, 即具备民法意义上的有效性, 但同时符合保险诈骗罪的构成要件, 即具备刑法意义上的违法性的典型“刑民冲突案件”。司法实践常因案件在民法上有效但构成刑法上的犯罪而在罪与非罪的判断上莫衷一是, 理论界则因混淆民事法律行为的有效性和民事法律行为的合法性而将此类案件误以为是刑民冲突案件, 从而以法秩序统一原理为指导原则, 基于不同的立场和理解得出相对立的结论, 这说明法秩序统一原理无法为“刑民冲突案件”的出入罪提供明确实用的标准, 此时应当结合保险合同的射幸性质以及客观归责理论的可允许风险为以帅英骗保案为典型的“刑民冲突案件”的出入罪提供可行的判断标准。

关键词

保险诈骗罪, 刑民冲突, 法秩序统一, 射幸合同, 可允许风险

The Route of Decriminalization to the Insurance Fraud Case of Shuai Ying

—From the Perspective of Objective Imputation Theory

Ziyu Zhang

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 5th, 2021; accepted: Nov. 7th, 2021; published: Nov. 17th, 2021

Abstract

The insurance fraud case of Shuai Ying is a typical “conflict of laws” case that complies with the provisions of the Insurance Law, that is, it has validity in the sense of civil law, but also meets the

constitutive elements of the insurance fraud crime, and it has the illegality in the sense of criminal law. The judicial practice realm doesn't reach a consensus in terms of the qualitative aspects of such behavior; the academic realm is confused between the validity and legality of civil juristic acts and always mistakes them for conflict of laws cases, and they often draw antagonistic conclusions based on different understandings of the principle of legal order's unity, which suggests the principle can't provide a clear and practical standard for such conflict laws cases. So in order to offer a clear standard for such a case, we should combine the nature of the aleatory contract in the insurance contract and the theory of tolerable risk in objective imputation theory.

Keywords

Crime of Insurance Fraud, Conflict of Civil and Criminal Laws, Legal Order's Unity, Aleatory Contract, Tolerable Risk

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

以帅英骗保案为典型的所谓的“刑民对立冲突案件”属于刑民交叉案件中的一种类型，学界一般从违法论角度并结合法秩序统一原理为此类案件提供法律冲突的排除方案，理论上形成了以违法多元论为基础的绝对独立说、以违法一元论为基础的绝对从属说、以违法相对论为基础的相对独立说、以缓和的违法一元论为基础的相对从属说[1]。采取不同的学说处理“刑民冲突案件”就会得出不同的结论。以帅英骗保案为例，绝对独立说认为构成犯罪，绝对从属说认为不构成犯罪，相对从属说认为不够成犯罪，相对独立说认为可能构成犯罪，不同立场的学者将得出迥然不同的结论，且很难判断哪种观点是最正确的，每种观点都有其合理性，因此以法秩序统一理论为基础的违法论，无法为司法实践提供明确且切实可行的解决路径。

还有学者则从规范保护目的出发，根据刑法和民法对同一事实或法律关系的相关规定的规范保护目的是否一致来判断刑法是否从属于民法，若二者的规范保护目的一致则刑法从属于民法，若不一致则刑民分立[2]。但是规范保护目的本身就是抽象的概念，不同人基于自己的理解可以做出不同的解释，且都有一定的道理，常常处于谁都无法说服谁的局面。针对同一案件事实，有的学者认为针对该案件事实的民法规定和刑法规定的规范保护目的一致，但有的学者则认为并不一致；还有学者从法秩序统一原理出发，认为民法刑法不过是实现宪法目的的手段，宪法的规范保护目的也必然是刑法民法的规范保护目的，通过宪法的规范保护目的决定最终的法律适用[2]。可是宪法针对各领域的规范保护目的究竟是什么则是见仁见智的问题，没有唯一的正确答案。故抽象模糊的规范保护目的理论也无法为刑民冲突刑民交叉案件提供可行的判断标准。

综上所述可知规范保护目的与以法秩序统一原理为基础的违法论均无法为刑民交叉类案件提供充分的理论基础，此时可以考虑通过客观归责理论为此类案件提供出罪路径。客观归责理论并非是只适用于过失犯领域的理论，作为其下位规则的可允许的风险理论可为所有犯罪提供出入罪路径，包括故意犯罪领域的财产犯罪。具体到本案，结合保险合同的射幸性质，可以结合客观归责理论判断步骤为帅英是否构成保险诈骗罪提供切实可行的判断标准。

2. 案情简介——问题的提出

帅英骗保案的大致经过是投保人帅英在 1998 年~2000 年为其母购买了中国人寿渠县分公司的康宁终身寿险。寿宁险对被保险人的要求是 70 周岁以下且身体健康。但是 1998 年帅英投保时其母已有 77 周岁，其集体户口册上的年龄由于其他私人原因在投保前已经改小了 23 岁。帅英第一次投保时曾问过业务员填写年龄的依据，业务员告知按照户口所在年龄填写即可，第二次投保时业务员告知按照第一份保单的内容填写。2003 年帅英母亲去世，渠县分公司进行理赔调查时，帅英再次修改其母入党申请书上的年龄，最终成功取得保险公司给付的 27 万保险金。同年 7 月中国人寿四川省分公司收到数个具名举报，保险公司随即报案，公安机关对案件展开了调查。

渠县公安局向当地检察院提交起诉意见书，渠县检察院做出不起诉决定，渠县公安局要求复议，达州市检察院指定大竹县检察院以保险诈骗罪提起公诉，大竹县法院宣告帅英无罪，大竹县检察院提起抗诉，达州市检察院在此支持公诉，达州市中级人民范元对此案的法律适用存在意见分歧，争执不下，此案随后上报四川省高院，高院同样争执不下，此案最后又被上报最高人民法院，最终达州市检察院决定不起诉[3]。帅英骗保案从此石沉大海，各级法院包括最高人民法院都没有给出具体的判断标准，理论界也只是从法秩序统一原理的角度对此类案件进行简要的探讨，得出的结论也因对刑法从属性的立场不同而莫衷一是，各执一词，对司法实践并没有起到应有的指导作用。

司法实务对此案是否构成犯罪形成了截然相反的观点对峙[3]。一种观点认为帅英不构成犯罪，是符合《保险法》的合法行为。原因有二：其一是投保人帅英未尽如实告知其母真实年龄的行为不属于保险诈骗罪中的“虚构保险标的”，帅英投保的康宁险属于人寿保险，人寿保险的保险标的是人的生命，即人的生死，属于以被保险人死亡为保险人给付保险金条件的保险合同。此案中帅英隐瞒真实年龄的行为不属于虚构被保险人的生死，故不符合保险诈骗罪的构成要件，不构成保险诈骗罪；其二是当时的《保险法》¹（后作出了修订，但大意未变）第 54 条第 1 款规定：“投保人申报的被保险人年龄不真实，并且真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾两年的除外。”帅英的行为完全符合《保险法》的规定，保险合同有效，帅英不构成犯罪。第二种观点则认为年龄与人的寿命息息相关，隐瞒真实年龄属于虚构保险标的一种体现，且帅英骗取 27 万保险金的社会危害性极大，足以动用刑法规制，故应认定帅英构成保险诈骗罪。

通过分析司法实务界的两派观点可知帅英骗保案的焦点问题有二：其一是人寿保险虚构保险标的体现方式，在人寿保险中隐瞒真实年龄或者虚构年龄是否属于虚构保险标的？其二是民法上有效(而非合法)但同时符合刑法分则具体犯罪构成要件的行为的罪与非罪的判断标准，即针对此类“刑民对立冲突案件”中的行为性质应当采取何种判断标准？除法秩序统一原理和规范保护目的以外，结合保险合同的射幸性质以及对价不均衡的特性，是否有其他可供探索的出罪路径？

虚报年龄投保属于虚构保险标的已成为业界共识，正如张明楷教授所言，“虚构保险标的，既可能表现为将并不存在的保险标的虚构为已经存在的保险标的……还可能表现为将不符合保险合同要求的标的虚构为符合保险合同要求的标的。”[4]。本案属于帅英将不符合保险合同规定的年龄虚构为符合保险合同规定的年龄，故本文默认帅英隐瞒其母真实年龄投保并索赔的行为该当于保险诈骗罪的构成要件，余文笔墨的重点在于批判传统解决路径在解决此类案件的缺陷和确立可允许的风险理论作为罪与非罪的

¹ 修订后的《保险法》第 16 条规定：“订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。”“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。”“前款规定的合同解除权，自保险人知道解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过两年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”《保险法》第 32 条规定：“投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并按照合同约定退还保险单的现金价值。保险人行使合同解除权，适用本法第十六条第三款、第六款的规定。”

判断标准。

3. 通常的出入罪路径：法秩序统一原理和规范保护目的

刑民冲突案件涉及调整同一案件事实的刑法规定和民法规定的两大部门法规定的法律冲突，调和法律冲突涉及具体法律适用的取舍，学界对此有两种解决方案：一是以违法论为角度展开，逐渐形成了绝对从属说、绝对独立说、相对从属说、相对独立说的说理路径；另一种是以“法律效果论”[5]，为角度展开，通过对刑法、民法以及它们共同的上位法宪法的规范保护目的进行解释论的分析，根据规范保护目的是否一致决定刑法是否从属于民法，从而决定具体的法律适用。

3.1. 违法论路径——法秩序统一原理的展开

以违法论为角度展开的解决刑民冲突案件的理论学说有绝对独立说、绝对从属说、相对独立说、相对从属说。其中绝对独立说过于强调刑法的目的和性质特征，完全不顾及各部门法之间的联系和整体法秩序的统一，如今已被学界摒弃；绝对从属性说虽然完全符合法秩序统一原理，但是完全不考虑刑法和其他部门法在实现共同上位法规范保护目的的手段区别，完全无视刑法独有的目的自主性，使得刑法丧失了应有的独立性，如今也为学界所摒弃。

当下关于违法论的两大阵营是相对独立说和相对从属说[1]。相对从属说以从属性为原则，以独立性为例外，其以缓和的违法一元论为基础，强调原则上应当贯彻法秩序统一原理，对违法性作不矛盾不冲突的统一解释，但是也承认各部门法有不同的法目的和调整范围，故各部门法的违法性有质与量的差异。相对从属说认为刑事违法性(构成犯罪) = 一般违法性 + 可罚的违法性，即纳入犯罪圈的犯罪行为不仅需要具备一般违法性，还需要具备可罚的违法性，故相对从属说认为民法上合法的行为不可能构成犯罪、民法上认定为违法的行为未必构成犯罪、民法上保持中立的行为也不可能构成犯罪。

相对独立说以独立性为原则，以从属性为例外，其以违法相对论为基础，强调各部门法都有自己独立的目的地和特定的调整范围，但是依旧需要考虑违法性的统一判断，法律冲突不需要在产生法律冲突的部门法间绝对排除，只需要在整体法秩序的目的范围内排除即可。相对独立说不讨论一般违法性的有无，直接讨论可罚的违法性有无，故相对独立说认为民法上合法的行为也可能构成犯罪、民法上违法的行为未必构成犯罪、民法上保持中立的行为也可能构成犯罪。相对独立说与相对从属说之间的区别详见表1。

Table 1. The difference between the theory of relative independence and relative dependence

表 1. 相对独立说与相对从属说之间的区别

	民法态度	刑法态度
相对从属说	合法	不是犯罪
	不予保护	不是犯罪
	违法	未必是犯罪
相对独立说	合法	有可能是犯罪
	不予保护	有可能是犯罪
	违法	未必是犯罪

由此可知，持不同违法论观点的学者对帅英骗保案是否构成犯罪会得出截然不同的结论。由于帅英隐瞒其母真实年龄的行为符合《保险法》的规定，帅英与保险公司签订的保险合同有效(学界混淆了民事有效行为和民事合法行为)，故持相对从属说的学者认为帅英不构成犯罪；相反，持相对独立说的学者则

认为此类行为骗取保险金额较大，社会危害性极强，已经达到可罚的违法性，虽然不具备民法上的一般违法性依然可以因具备可罚的违法性而认定为犯罪，故帅英构成保险诈骗罪。

构成保险诈骗罪。比如张明楷老师认为原则上在民法上完全合法的行为，刑法不得将之认定为犯罪，但是当刑民二法的目的不同时，刑法可从自己的目的出发对行为做独立评价，可以看出在此张明楷教授采取的是相对独立说的立场。以帅英骗保案为例，张明楷教授认为民商法的不可抗辩条款不能阻却犯罪的成立，有效的保险合同并不影响行为构成保险诈骗罪的认定[6]。还有学者认为应当在立法上贯彻“二次违法性”理论，但在司法则不适用“二次违法性”理论，不能认为不违反民法或行政法的行为也不违反刑法，民法与刑法有着不同的目的和调整对象，民法调整的是平等主体间的民事法律关系，其关注的是平等主体间的权利义务分配；刑法调整的是人的行为，其关注的是行为性质而非法律关系。故虽然帅英与保险公司间的民事法律关系得到了《保险法》的认可，但是其行为具备了可罚的违法性，应当做独立的刑法评价，认定为保险诈骗罪[7]。于改之老师则认为基于相对从属性的立场，民商法有关时效、程序、法律拟制的规定并不能约束刑事违法性的判断。帅英骗保案中帅英与保险公司签订的保险合同生效并不能说明帅英的行为是合法的民事行为，一个有效的民事法律行为未必就是合法的民事法律行为，《保险法》中的不可抗辩条款所规定的除斥期间是为了平衡投保人和保险人双方的利益，并不能阻却对帅英骗保行为的刑法评价，故帅英构成保险诈骗罪[1]。

不构成犯罪。持相对从属说的学者一般都认为帅英骗保类“刑民对立冲突案件”(即民事有效和刑事违法的冲突)不构成犯罪，不过论证角度稍有不同。比如有学者认为应当采用“一般违法性 + 可罚的违法性”的双重判断模式，从维护法秩序统一的立场出发，只有行为同时违反保险法和刑法，同时具备一般的违法性和可罚的违法性的才能认定该行为具备刑事违法性，如果为保险法或者其他法律所许可，则连一般违法性都不具备，故而不可能构成犯罪。具体到帅英骗保案中，帅英的行为为《保险法》所许可，不具备一般违法性，不构成犯罪[8]。也有学者从民法与刑法在规范层面的关系出发，认为帅英骗保案应当适用《保险法》。比如于改之教授认为“当民法将一种行为认定为合法的时候，法律的逻辑到此结束。刑法不得再对民法认可的行为给予刑事制裁。”[9]。

3.2. 法律效果论的路径——规范保护目的的展开

有学者敏锐地察觉到大多数刑民冲突案件并非民事合法性与刑事违法性的冲突，而是民事有效性和刑事违法性之间的关系。比如帅英骗保案中帅英与保险公司的保险法律关系是有效的，但不意味着帅英隐瞒被保险人年龄购买人寿保险的行为在民法上是合法的，正如合同诈骗罪中的合同是否有有效需要根据《合同法》的相关规定认定，而有效的合同并不妨碍对行为人构成合同诈骗罪的认定。学者陈少青认为民事有效性和刑事违法性之间的连接点并不是违法性，而是法律效果，而法律效果是规范保护目的的体现。当刑法民法相关规定的法律效果可以共存时，则刑民规范保护目的一致，此时刑民规范适用分立，反之，当二者的规范保护目的出现冲突时，则刑民规范需要进行交流，协调二者的规范保护目的，当刑法的规范保护目的具有优先性时适用民法，当刑法规范保护目的时则适用刑法[5]。但是该学者并没有提出判断规范保护目的的优先性的方法和途径，具体到帅英骗保案，该学者只是笼统地提出只有重大过失误报年龄才可以适用不可抗辩条款，故意虚报年龄不能适用不可抗辩条款，并没有论述针对故意虚报年龄骗保的刑法规范的规范保护目的如何优先于民法相关规定的规范保护目的，没有实践指导意义。

其实违法论与法律效果论并非截然对立，其背后的法秩序统一原理和规范保护目的之间有着紧密的联系，均以法秩序统一原理为基础的相对独立说和相对从属说在判断“何时独立，何时从属”时往往需要借助规范保护目的的理论进行论证。故刑民冲突案件的解决路径最终的落脚点还是以规范保护目的为视角的相对独立说和相对从属说的观点争锋。

4. 对传统刑民交叉问题解决路径的批判

学界对刑民冲突问题解决方案的探讨几乎都限于以法秩序统一原理为基础的相对从属说和相对独立说的观点争锋，但是两大派别势均力敌，帅英骗保案时隔数十年依旧没有定论。学界各执一词，司法实务界一筹莫展，甚至有学者在不同的论文中得出不同的结论，比如关于此案，于改之教授在《刑、民冲突时的法律适用——以帅英骗保案为中心》一文中认为帅英无罪，但在《法域冲突的排除：立场、规则与适用》一文中认为帅英有罪，这充分说明以法秩序统一原理为基础的传统刑民冲突解决路径并不能妥善解决此类问题，不能为司法实践提供有效指引。

对相对独立说的批判。相对独立说以独立为原则，以从属为例外，不考虑行为是否具备“一般违法性”，容易陷入以违法多元论为基础的绝对独立说的立场，直接根据行为是否具备“可罚的违法性”判断行为是否构成犯罪。相对独立说的缺陷在于没有指出“何时独立，何时从属”，也没有提出达到“可罚的违法性”的判断标准，在财产犯罪领域，司法实务通常以被害人财产损失数额来判断行为的是否具备实质可罚的违法性。具体到帅英骗保案，由于帅英通过隐瞒被保险人年龄获得了27万保费，而27万数额较大，故认为帅英骗保行为的社会危害性大，已经具备实质可罚的违法性。这样的判断标注过于僵硬和形而上学，没有考虑到保险合同的特殊性。保险合同属于射幸合同，具有赌博博弈的性质，保险合同取决于未来不确定事件的发生，且保险合同具有对价收益的不确定性。保险人可能因为保险事故的发生不需要支付保险金从而享受投保人交付的巨额保费，受益人或者被保险人也可能因为保险事故的发生在仅支付了极少保费的情况下获得巨额保险金的赔付。保险合同的不确定性和不均衡性决定了帅英只是瞒报其母亲年龄后意外获得巨额保险金的行为并不具备实质的可罚的违法性，从而阻却犯罪的认定，实质可罚的违法性需具体问题具体分析这一点是相对独立说未考虑到的。

对相对从属说的批判。相对从属说以从属为原则，以独立为例外，因为同时考虑“一般违法性”和“可罚的违法性”而受学界的青睐。但是相对从属说同样携带和相对独立说一样未提供“何时从属，何时独立”判断标准的缺陷。相对从属说主张民法上合法的行为在刑法上不得认定为犯罪，此种判断虽然符合整体法秩序在违法性判断上统一的要求，但是依旧忽视了刑法有别于民法的独立的价值目标，也忽视了在某些情况下的刑民冲突有助于实现各自以及共同上位法规范保护目的的实现。比如司法实践中常见的集资诈骗和合同诈骗，合同效力由被欺诈方决定，只要被欺诈方基于自己的利益考量不撤销合同，那么该合同就依法生效，但是行为人的欺诈行为依旧可以在符合刑法具体罪名规定时构成相关犯罪，合同有效且行为人构成相关犯罪可以同时实现民法和刑法的规范保护目的，并不需要根据相对从属说将此类合同一概认定为无效，也不应当以合同生效为由认定行为人不构成犯罪。

相对独立说论者和相对从属说论者对刑民对立冲突问题最大的误解在于将有效的民事法律行为混淆为合法的民事法律行为。实际上民事法律行为的效力和民事法律行为是否合法之间并无联系。集资诈骗、合同诈骗和保险诈骗中因欺骗签订的合同都可能因民法的相关规定生效，但是这并不意味着行为人的集资诈骗行为、合同诈骗行为和保险诈骗行为为民法所认可，诈骗行为在民法上依旧是违法行为，只是民法关注的并不是行为性质，而是平等主体间的法律关系和利益平衡，民事法律之所以在一方当事人构成犯罪的前提下依旧维持合同效力是为了平衡双方当事人的利益和稳定双方当事人的法律关系，至于当事人的行为性质则不是民法的关注重点，而是刑法研究对象。

对规范保护目的理论的批判。在为相对说“何时独立、何时从属”提供判断标准时，多数学者选择了规范保护目的的理论视角，期待从规范保护目的一致与否来决定刑法从属或独立的情形。但是规范保护目的是见仁见智的抽象概念，一千个人对同一规范保护目的有一千种理解，所以规范保护目的并不能对刑民冲突案件提供有力指引，且多数学者多是论述规范保护目的一致或不一致后法律适用的选择，并

没有具体论述具体规范的规范保护目的内容，也没有论述具体规范的规范保护目的是如何得出的，故规范保护目的理论无法成为刑民对立冲突案件解决方案的理论基础。

刑民冲突问题解决方案的研究现状几乎都将民事生效行为等同于民事合法行为，从而将某行为同时具备民法有效性和刑事违法性的现象认定为以违法论为基础的刑民冲突问题。实际上某行为同时具备民法意义上的有效性和刑法意义上的违法性是正常现象，民法为维持法律关系的稳定肯定民事违法(甚至是刑事违法)行为的效力并不妨碍刑法评价该行为的性质，故帅英骗保案只是同时涉及民法适用和刑法适用的普通案件，并非真正意义上的刑民冲突案件，故无需动用法秩序统一原理和规范目的保护理论。倘若真实存在民法上合法但同时具备刑事违法性的冲突，冲突协调方式也只能从立法论上寻求答案，通过立法消除本不该存在的冲突，解释论对立法导致的刑民对立冲突是无能为力的。

综上所述，“行为在民法上有效但构成刑法上的犯罪”现象并非刑民对立冲突问题，故只需根据普通的定罪步骤认定此类行为是否构成犯罪即可。根据罪刑法定原则，一个行为是否构成犯罪的唯一标准是该行为是否符合刑法分则具体个罪的构成要件，是否满足“构成要件该当性——违法性——有责性”三阶层犯罪论体系的定罪要求，只要符合，则构成犯罪，反之，则不构成。帅英的行为完全该当于保险诈骗罪的要件，但在违法性上仍具有讨论空间。违法性阶层将形式上符合犯罪构成要件，但实质上不是犯罪的行为从犯罪认定中排除，故违法性阶层主要讨论的其实是实质违法性、可罚的违法性。关于实质可罚的违法性的判断标准可以引入客观归责理论中的可允许风险理论，如果构成要件该当行为并没有引起法所不允许的风险，则不具备实质可罚的违法性，不构成犯罪，反之则构成犯罪。

5. 可允许风险理论作为出入罪标准的证成

客观归责理论包含三个部分：创造法所不允许的风险——实现法所不允许的风险——现实化的危害结果处于规范的效力范围内^[10]。学界通常在过失犯领域讨论客观归责理论，故容易给人一种客观归责论只能适用于过失领域或者人身领域的错觉，但从客观归责论的内容无法看出其具体的适用范围，也没有合理依据认为客观归责论只适用于某些领域，故有学者提出客观归责论是有巨大潜力的理论，可为所有犯罪的出入罪解释提供理论支持。比如周光权教授认为客观归责理论应当毫无例外地适用于所有犯罪，尤其在诈骗罪、合同诈骗罪等财产犯罪领域运用客观归责论可以得出更妥当的定罪结论^[11]。运用客观归责论出入罪需要具体问题具体分析，其中“法所不允许的风险”并没有明确且唯一的标准，只有立足于具体个案结合具体案情才能准确判断。具体到帅英骗保案，帅英隐瞒其母真实年龄的行为是否制造了法所不允许的风险需要结合保险合同的性质判断，不能简单地仅根据数额认定。

5.1. 保险合同的特殊性

保险合同属于射幸合同，射幸原指射箭的人抱着侥幸心理射箭，期待依靠运气射中，故射幸合同有侥幸投机的赌博性质，最早的射幸合同就是赌博合同，保险合同具备所有射幸合同的基本特征^[12]。

义务履行的不确定性。保险合同的履行取决于不确定事件的发生，不确定事件发生前，投保人有持续交保费的义务，而保险人不必履行给付保险金的义务。

对价收益的不均衡性。保险合同是风险分担合同，通过购买保险的方式分担未来可能发生的不确定风险，吸引投保人投保的重要原因在于支付可承受的保费在未来灾难事件发生时可以获得较大数额的赔偿，以帮助自己度过难关。在保险合同中，保险人或者被保险人、受益人都可能遭受巨大的损失，也都可能获得巨大的利益，而这种可能是极为不确定的。保险人可能因为保险事故一直未发生而在无需履行合同义务的情况下获取大量保费，而被保险人或者受益人也会在投保人支付较少保费的情况下获得巨额保险金。其中的不均衡和不确定冲淡了伦理道德和规则的影响力，它依靠的是一种看不见摸不着的运气，

但也容易引发被保险人、投保人或者受益人的道德风险。

数理基础是大数法则。保险合同贯彻的是“我为人人、人人为我”的风险分担原理，为了分散整个社会的风险，保险公司需要巨大的资金池来维持整个保险业的运作。故在订立保险合同尤其是人寿人身保险合同时，由于保险金的给付取决于未来不确定事件的发生，保险公司为提高效率、节约成本、快速获取运营资金几乎在保险合同订立阶段不会严格地审查甚至只是形式审查不审查被保险人(或被投保的财产)是否符合条件，这为投保人虚构保险标的提供了巨大的运作空间，而保险公司完全可以通过提升自身的管理水平和风控能力避免此种风险。

5.2. 虚报年龄索赔保险金是否创造了法所不允许风险的判断

针对人寿保险中虚构或者隐瞒年龄骗取保险金这种符合保险诈骗构成要件的行为是否创造乃至实现了法所不允许的风险，可以从多个角度进行分析。

人寿保险合同中的不可抗辩条款。不可抗辩条款是指有关人寿保险合同生效后一段时间后就成为不可争议的文件的条款。不可抗辩条款是人寿保险合同的独有条款，因为人寿保险合同是长期合同，具有储蓄性质，且涉及生命的伦理，不允许人寿保险合同处于长期不稳定的状态。法律为了保障保险人的利益，赋予了保险人解除权；为了保障投保人的利益，为保险人的解除权设置了除斥期间。保险人在规定的除斥期间内未发现解除事由，则在除斥期满后丧失解除权，签订的保险合同成为无争议的有效合同，双方当事人均需根据诚实信用原则继续履行。这说明法律已经提前预见到投保人虚构或隐瞒真实年龄投保的可能，但鉴于人寿保险合同的长期性且给了保险人足够的时间规避风险，故存在一方欺骗的保险合同在除斥期间过后成为无可争议的有效合同，被保险人或者受益人根据有效合同获取保险金是法律认可的行为，得到法律认可的行为说明并未创设法所不允许的风险。帅英根据有效合同向保险公司主张保险金是符合《保险法》的权利行为，为法律所认可的权利行为并未创造法所不允许的风险。

保险人的事前审查制度。虽然保险人在与投保人订立人寿保险合同或者健康险合同时事先核查被保险人的身体状况，但是实践中的保险人并没有进行严格审查，甚至借助《保险法》规定的投保人的如实告知义务草草审查、不审查、甚至误导投保人签订保险合同，待到受益人索赔时则以投保人未尽如实说明义务合法地拒绝履行保险义务、或者根据不可抗辩条款履行义务后报案，声称投保人涉嫌保险诈骗罪。如此一来，保险人完全不需要尽审查义务，只需待受益人索赔时选择报案或者以报案威胁受益人不予赔偿，无论哪种方式，保险人都无需承担不利后果，还可能获得巨额保费，这样的规则设置完全有悖现代法律的公平正义原则。与保险人相比，投保人完全属于弱势一方，这样的规则设置加重了投保人的弱势地位，使得投保人毫无回击之力，还允许保险人利用不确定投机获利，却完全否决投保人利用不确定获利的可能，没有正当性。大部分保险人可以通过事先详细审查避免的风险，保险人基于自己的利益考量选择不避免甚至放纵，这说明投保人虚构或隐瞒被保险人年龄的行为所创设的风险是保险人可以容忍甚至希望的，这种为保险人所预见且容忍的风险不可能属于法所不允许的风险。以帅英骗保案为例，保险办理人只是告知其按照户口册填写，并未进行实际调查，保险人由此引发的风险也有过错，且该风险在其预料和可承受的范围之内。

投保人虚构或隐瞒年龄投保是正常的风险。各行各业都有风险，不能把所有风险都认定为法所不允许的风险，否则社会将会停滞。正如于改之教授所言，“有限度的金融风险是经济发展的动因，对于这类风险，保险市场具有自我修复能力” [9]，帅英隐瞒其母真实年龄的行为并非必然会给保险公司带来经济损失，因为其母的死亡是一个不确定的事件，即便通常认为高龄的人死亡的风险更大，但是在生活水平和医疗水平显著提高的当下，人类寿命得到了普遍延长，百岁老人比比皆是。假设帅英的母亲活到一百岁，帅英持续交三十余年的保费，最后索赔时是否还会引起其行为罪与非罪的争议？或许此时大多数

人都会认为帅英不应当构成犯罪，但同样的欺骗行为却因为被保险人寿命的长短而被赋予不同的性质有悖常理。

保险合同不确定和不均衡的性质。保险合同属于射幸合同，保险合同双方是否获利或遭受损失均是不确定的。或许在整体的大数法则下，保险人是最大的获利人，但是在单个保险合同中，保险人会因为特定保险事故的发生遭受巨大的财产损失。既然允许保险人在与不确定的博弈中获利，也应当允许投保人在与不确定的博弈中获利，投保人通过投机获利属于利用射幸合同性质，其产生的风险应当属于保险合同所认可的可允许的风险。

对生命的人道主义关怀。人寿保险设立的初衷是为了分担个人在漫长一生中遭遇的生命风险和健康风险，防止人们在重病或者死亡后无力承担相关费用而陷入生活困境，人寿保险可以为人们的基本生存提供保障。如果允许保险人随意随时解除合同，如果完全不允许投保人隐瞒或篡改年龄的风险且将此类行为划入犯罪圈，那么会使受益人在被保险人死亡后陷入生活困境、加重社会负担，这有违文明社会人道主义关怀也背离人寿保险合同的设立初衷。故有论者认为“自公共政策的立场而言，社会并不希望受扶养家属有许多年无法确定的可能由于违反约定而丧失权利，而在被保险人死亡时，遗留缺乏保障的受养家属。”^[13]。假设认为隐瞒真实年龄投保的行为创设了法所不容许的危险，隐瞒真实年龄后索赔的行为构成保险诈骗罪，那么人寿保险合同就失去了保障受益人生存条件的意义，且认定行为人构成犯罪后追缴其所获得的保金再退回保险人完全架空了不可抗辩条款的规范保护目的，使得不可抗辩条款形同虚设，如此一来，人寿保险业将彻底丧失发展活力，也将失去社会的信任，成为一滩死水。故投保人隐瞒真实年龄投保是保险业乃至全社会必须容忍的风险。

综上所述，人寿保险合同中投保人虚报年龄签订保险合同的行为并未创设法所不允许的风险，由于保险合同中保险事故发生的确定性，虚报年龄并不必然导致保险人的财产损失，且投保人依据生效的保险合同主张权利的行为应当属于法所允许的行为，其创造的风险也应当为法所允许的风险，故帅英的行为并未创造法所不允许的风险，并不具备构成刑事犯罪所要求的实质可罚的违法性，应当排除在犯罪圈外，交由《保险法》等民事法律调整即可。

6. 结语

帅英骗保案被学界公认为典型的刑民对立冲突问题，即民事合法和刑事违法的对立冲突，且学界的大量理论文章均在法秩序统一理论和规范保护目的理论的框架下讨论此类“民刑对立冲突案件”的解决方案，但由于混淆有效的民事法律行为和合法的民事法律行为使得此类案件的讨论南辕北辙，最终也无法得出明确可行的结论。本文在综述学界对刑民冲突案件的解决方案后指出各方案的弊端，并明确有效民事法律行为和刑事违法行为之间的关系并非民法刑法只能择其一适用的刑民对立冲突案件，仅是判断某一行为是否构成犯罪的普通案件，故无需动用法秩序统一原理和规范保护目的作为理论依据，仅需根据定罪依据的“构成要件该当性——违法性——有责性”的三阶层判断标准，结合客观归责理论中可允许风险理论，为行为人虚报年龄索赔保险金的行为提供出入罪的认定路径：将未制造法所不允许的风险的行为直接被排除在犯罪圈外，交由其他部门法调整。

参考文献

- [1] 于改之. 法域冲突的排除: 立场、规则与适用[J]. 中国法学, 2018(4): 84-104.
- [2] 于改之. 法域协调视角下规范保护目的理论之重构[J]. 中国法学, 2021(2): 207-227.
- [3] 何海宁. “骗保”疑案难倒法官[J]. 政府法制, 2005(14): 22-24.
- [4] 张明楷. 保险诈骗罪的基本问题探究[J]. 法学, 2001(1): 29-40, 64.

- [5] 陈少青. 刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开[J].法学研究, 2020, 42(4): 73-91.
- [6] 张明楷. 实体上的刑民关系[N]. 人民法院报, 2006-05-17(B01): 1-3.
- [7] 金华捷, 傅锐. 虚构标的型保险诈骗行为的刑民交叉问题分析——兼谈刑法的“二次违法性” [J]. 江西警察学院学报, 2014(2): 14-18.
- [8] 高铭喧, 曹波. 保险刑法规范解释立场新探——基于缓和违法一元论的展开[J]. 中国应用法学, 2019(3): 1-16.
- [9] 于改之, 吴玉萍. 刑、民冲突时的法律适用——以帅英骗保案为中心[J]. 法律适用, 2005(10): 62-64.
- [10] 陈兴良. 从归因到归责: 客观归责理论研究[J]. 法学研究, 2006, 28(2): 70-86.
- [11] 周光权. 客观归责论在财产犯罪案件中的运用[J]. 比较法研究, 2018(3): 34-45.
- [12] 肖和保, 杨佳媚. 论保险合同之射幸性——兼评保险合同免责条款的正当性[J]. 财经理论与实践, 2008, 29(1): 123-128.
- [13] 樊启荣. 人寿保险契约之不可抗辩条款研究[J]. 商业经济与管理, 2008, 197(3): 69-74.