

除斥期间的刑法意义

马卫军*

摘要 民事法关于除斥期间的规定,是要尽快消除民事主体之间权利义务的不确定或不便利的状态,以明晰民事法律关系,谋求民事关系的安定。刑法上具有意义的除斥期间,仅限于可撤销的民事法律行为,且当除斥期间届满,行为人实施了可能在刑法上产生影响的行为或获得了相关利益,才具有探讨价值。基于法秩序统一性原理,除斥期间届满,行为人后续行为即不具行为不法,也不产生结果不法的效果。除斥期间的本质在于风险分配,最终目的是明确责任归属。当除斥期间届满,权利人即丧失实体性权利,相应后果自然由权利人承担。这样,在刑法理论体系中,除斥期间位于因果关系领域,功能是附条件不归责。责任阻却说与客观处罚条件说均有忽视其他法领域法律效果的问题,有违法秩序统一性原理。

关键词 除斥期间 风险分配 附条件不归责 法秩序统一性原理

一、问题所在

民事法中,有时即便出现侵害结果,但在具备特定条件后,行为人也可能有权获得“结果的红利”,如诉讼时效与除斥期间。诉讼时效与除斥期间都是对权利行使的一种时间限制,两者最大区别在于:诉讼时效届满,权利人的实体权利并未消失,但义务人因此获得了抗辩权利。在民事诉讼中是否主张该抗辩权,由义务人自己决定,法院不会主动依职权审查。相反,若权利人未行使实体权利,则该权利在期间届满时自动灭失,行为人无需承担民事责任。由于除斥期间届满,当事人的实体权利即告失效,故而在民事诉讼中,法院需主动审查除斥期间是否届满,无论当事人是否提出。〔1〕

从刑法角度看,由于诉讼时效届满后的法律效果是权利人丧失了程序意义上的胜诉权,实

* 兰州大学法学院教授。

〔1〕 参见王利明:《民法(上册)》,中国人民大学出版社2022年版,第199页。

体意义上的权利依然存在,为行为人所侵害的实体性结果不难把握,一般不会出现刑法上的难题。但是,除斥期间届满,实体意义上的权利已被消灭,对除斥期间所蕴含的深层次法理——被害人不积极主张权利便告灭失,不会给侵权人带来额外的民事责任,在刑法上的意义究竟是什么,成为困扰理论和实践的难题,比如“帅某保险诈骗案”,〔2〕尽管已经尘埃落定,但时至今日,对本案的定性,学界仍有不少争议,方案各不相同。归纳起来,主要有四个视角和两种结论——即违法性论、责任论、规范保护目的论、客观处罚条件论和有罪论、无罪论。〔3〕

“除斥期间者,乃权利预定存续之期间,故亦称预定期间。”〔4〕我国《民法典》第199条为除斥期间设定了一般规则,对该期间的起算和法律效果采取了统一立法模式。原则上,除斥期间为不变期间,自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算。和诉讼时效不同,除斥期间无中止、中断和延长的规定,可谓“开弓没有回头箭”。若权利人在除斥期间内未行使相关权利,则该权利在期间届满之时自动失去效力。

在我国,除斥期间主要有以下几种情形:①可撤销的民事法律行为;〔5〕②债的保全之除斥期间;〔6〕③合同解除之除斥期间;〔7〕④《保险法》之除斥期间;〔8〕⑤《商标法》之除斥期间;〔9〕⑥《企业破产法》之除斥期间;〔10〕⑦《公司法》之除斥期间。〔11〕

关于除斥期间的规定中,有些纯属民商事领域,与刑法无涉,比如《商标法》中的除斥期间、《企业破产法》中的除斥期间、《公司法》中违法决议的除斥期间等。值得刑法关注的除斥期间如《民法典》中的合同解除权、《保险法》中的除斥期间等,若行为人采取合同诈骗的方式骗取他

〔2〕 本案案情:帅某为母亲购买“康宁终身保险”,该险种要求被保险人年龄需在70岁以下,身体健康。但在投保时,帅某母亲已超过70岁。后帅某母亲去世,帅某获得保险金27万元。参见何海宁:“‘骗保’疑案难倒法官”,《政府法制》2005年第14期,第22页。

〔3〕 违法性论中,有无罪说与有罪说的对立。参见李兰英:“契约精神与民刑冲突的法律适用——兼评《保险法》第54条与《刑法》第198条规定之冲突”,《政法论坛》2006年第6期,第165—172页;胡启忠、秦正发:“‘虚购保险标的’型保险诈骗罪适用边界论”,《中国社会科学院研究生院学报》2014年第3期,第90—95页;王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,《中外法学》2015年第1期,第170—197页;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”,《中国应用法学》2019年第3期,第1—16页。责任论持无罪说,参见邵栋豪:“三大部门法对阶层式犯罪论体系的默契声援”,《国家检察官学院学报》2012年第3期,第120—126页。规范保护目的论持无罪说,参见于改之:“法域协调视角下规范保护目的理论之重构”,《中国法学》2021年第2期,第207—227页。将规范保护目的论的进一步发展的是法律效果论,参见陈少青:“刑民交叉实体问题的解决路径——‘法律效果论’之展开”,《法学研究》2020年第4期,第73—91页。客观处罚条件持无罪说,参见蒋太珂:“除斥期间的刑法评价”,《政法论坛》2020年第3期,第139—150页。

〔4〕 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第493页。

〔5〕 参见《民法典》第152条。

〔6〕 参见《民法典》第541条。

〔7〕 参见《民法典》第564条。

〔8〕 参见《保险法》第16条。

〔9〕 参见《商标法》第50条。

〔10〕 参见《企业破产法》第18条。

〔11〕 参见《公司法》第26条。

人财物,投保人虚构保险标的索赔等情形,就可能与犯罪相关。

需要指出的是,若行为人在订立合同时利用优越的知识或者地位,采用虚构事实、隐瞒真相的欺诈方法,使他人陷入错误进而获取较大数额财物的行为,比如,用假和田玉冒充真和田玉高价出售给被害人,当然触犯诈骗罪,此时讨论除斥期间的意义显然文不对题。此外,倘若在除斥期间内,相对方发现行为人欺骗了自己,当然可以根据《民法典》第 199 条及相关法律条文的规定,撤销相应的民事法律行为。故本文限定于除斥期间届满,行为人又实施了在刑法上可能有意义的行为或者获取了相关利益的问题,“帅某保险诈骗案”就是典型。

学者指出,设置除斥期间,目的有二:①尽快消除民事主体之间权利义务的不确定或者不便利的状态;②明晰民事法律关系,谋求民事关系的安定。^[12]如《保险法》关于保险人合同解除权除斥期间,并不在于使投保人骗取保险的行为正当化,毋宁是在防止保险人滥用合同解除权,遏制保险人通过追求不当得利而触犯法律的行为。^[13]因此,本文的基本观点是:立足于违法一元论,除斥期间是一种规范意义上的风险分配,法秩序必须对此整体看待。除斥期间是一种附条件不归责,作用在于否定结果对于行为人的可归责性。

二、除斥期间届满非责任阻却事由或客观处罚条件

(一)除斥期间届满的效果:非责任阻却事由

有人主张除斥期间是阶层犯罪论体系下责任阻却事由之一,理由是:无论除斥期间之内,帅某行为均违反了现实的整体法秩序,造成了侵害,应受刑法否定性评价。但是,《保险法》第 16 条规定投保人如实告知义务的同时又限制了保险人的核实义务,这就意味着确认违法和实施处罚是两个不同的概念。保险人怠于核实,可成为对行为人实施处罚的责任阻却事由。^[14]

据此,帅某的投保与索赔行为均为不法,且故意为之,应受到刑法的谴责,但是,在投保行为与索赔行为之间的被害人没有行使撤销权,阻却了对行为人的谴责可能性。问题是,保险人怠于履行核实义务,如何在实质上出现了这种效果?若从诈骗罪是双向互动型犯罪的构成特质入手,该罪具有间接正犯的构造,犯罪遂行需被害人配合,保险人怠于履行核实义务,从规范上看,是犯行得以遂行的有机组成部分,这样,保险人怠于核实,不就与行为不法紧密关联了吗?如何成为责任阻却事由了?

姑且不论帅某的行为是否有结果不法和行为不法,^[15]即便从责任原则出发,以上观点也不能一以贯之。责任原则意味着个人责任,只能针对行为人实施谴责,不能殃及其他人。反过来说,他人责任的有无,不能影响行为人责任之有无。保险人在除斥期间内未履行“审慎核实

[12] 参见耿林:“论除斥期间”,《中外法学》2016 年第 3 期,第 631 页。

[13] 同上注,第 632 页。

[14] 参见邵栋豪,见前注[3],第 124 页。

[15] 其实,本案欠缺结果不法,至于行为部分,只需考察投保行为即可,详细讨论参见下文。

义务”，此为其自身过失，无关帅某的责任，不能作为减免帅某责任的事由。^{〔16〕} 否则，依此逻辑，主人外出未锁门，入室盗窃者便能以相同理由主张免责，这显然难以接受。

从《刑法》第 14—15 条不难解读出“行为与责任同在”这一原则。“帅某保险诈骗案”中，保险人未实施核实行为，发生在帅某投保与索赔之间。论者认为帅某投保与索赔均具备不法，而夹在中间的保险人未实施核实行为，阻却了帅某的责任。这里就出现了一个有趣的链条——“(在投保时)帅某有责任——(除斥期间届满，在除斥期间内保险人未审核)帅某责任被阻却——(在索赔时)帅某有责任”，最终帅某的责任被阻却。从该链条来看，倘若责任能够被阻却，只能与投保行为相关，而索赔发生于责任被阻却后，故该行为的责任不能被阻却，否则，就会出现行为还未实施，责任就被阻却了这一明显违背“行为与责任同在原则”的奇特现象。如此，只能得出帅某保险诈骗罪既遂的结论。简言之，责任阻却说混淆了量刑情节与定罪情节。此外，无论是在除斥期间内还是外，帅某所有的行为都违反了整体法秩序的主张，显然将《保险法》第 16 条抛之脑后，一面维护法秩序统一性，一方面又在悄悄肢解，并不恰当。

(二) 除斥期间届满的效果：非客观处罚条件

有人主张受害人不行使撤销权，一旦期间届满，就满足了客观处罚条件，阻却刑罚处罚。理由是：①在功能上，除斥期间届满与客观处罚条件相同；②除斥期间届满作为客观处罚条件，不违背责任原则；③客观处罚条件并不必然需要刑法特殊规定。^{〔17〕}

客观处罚条件，也称客观可罚性条件(objektive Bedingungen der Strafbarkeit)，具有很强的包容性。^{〔18〕} 客观处罚条件是那些“虽然与行为具有直接关系，但既不属于不法，亦不属于罪责的行为情形，而当作处于不法构成要件以外的一种犯罪要素，系属可罚性的实体要件”。^{〔19〕} 若不具备客观处罚条件，就判定被告人无罪；反之，则判定有罪，丢失枪支不报罪中“造成严重后果”，即属此类。在我国，区分“内在的客观处罚条件”与“外在的客观处罚条件”，具有实际意义。内在的客观处罚条件是违法要素。^{〔20〕} 仅基于限制处罚范围之考量而设定的、与违法性无直接关联的，为外在的客观处罚条件。若该条件具备，则可施以刑罚；反之，则不然。^{〔21〕} 纵观论者主张，除斥期间当属于外在的客观处罚条件。

客观处罚条件是指行为不法与结果不法已具备，本应受罚，但暂未执行，需待客观条件满足后方可施罚。梳理客观处罚条件说的观点，无论除斥期间届满与否，不影响行为的不法与罪责，期间届满仅是一种限制刑罚发动事由，因为，刑法之外的目的赢得了优先地位。^{〔22〕} 可见，该说也承认“帅某保险诈骗案”中，有现实的结果不法与行为不法，^{〔23〕} 仅限制刑罚发动。尽管

〔16〕 参见蒋太珂，见前注〔3〕，第 147 页。

〔17〕 参见蒋太珂，见前注〔3〕，第 147—148 页。

〔18〕 周光权：《刑法总论》（第 4 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 260 页。

〔19〕 林山田：《刑法通论（上）》，北京大学出版社 2012 年版，第 265 页。

〔20〕 参见周光权：“论内在的客观处罚条件”，《法学研究》2010 年第 6 期，第 117—118 页。

〔21〕 参见上注，第 126—127 页。

〔22〕 参见蒋太珂，见前注〔3〕，第 147—148 页。

〔23〕 如后所述，不能得出“帅某保险诈骗案”中存在结果不法之结论，且索赔行为也无行为不法。

除斥期间届满与客观处罚条件的功能相似,但不能仅此就将两者混为一谈。如同正当防卫与紧急避险的功能都是阻却违法,但却是截然不同的两个违法阻却事由。客观处罚条件说初看上去颇有道理,但其逻辑却是“具备行为不法与结果不法,应受处罚,但具备了客观条件,不发动刑罚”,与客观处罚条件的逻辑恰恰相反,将该概念变成了“客观不处罚条件”,并不妥当。

对客观处罚条件不违背责任原则,不再详述,但是,因为客观处罚条件不违背责任原则,就认为除斥期间是客观处罚条件,这中间存在较大的逻辑跳跃,论证并不充分。

外在的客观处罚条件,不必然需要刑法特殊规定的主张也有疑问。根据《刑法》第 243 条第 3 款,不是有意诬陷,而是错告或检举失实,不是诬告陷害。由此,在不能证明是“错告”或“检举失实”,可对行为人施加刑罚。“不能证明是错告或检举失实”,显然与违法性无关,而是刑罚能否适用的外在客观处罚条件,因为,本罪征表违法性的构成要件要素是“捏造事实诬告陷害他人,意图使他人受刑事追究,情节严重的”。这样看来,外在的客观处罚条件依然要明文规定——无论正面表述抑或反面列举。

论者仅从除斥期间是交易风险分配,就得出除斥期间是客观处罚条件,^[24]有些仓促,因为,交易风险分配也有可能与不法相关。以诸如自杀者不受处罚是因为其身份是客观处罚条件来类比除斥期间是客观处罚条件,^[25]有混淆问题的嫌疑。不处罚自杀行为,实际上对于故意杀人罪实行行为这一构成要件的实质解释,与客观处罚条件并无关系。另外,客观处罚条件说也忽略了法秩序统一性原理,未考虑除斥期间届满在民商事法律上的影响,并不合理。

三、除斥期间届满的法律效果:附条件不归责

“刑法中能作为犯罪的只有侵害社会的行为”,是近代刑法所确立的一项原则。此为输出风险的社会侵害原理,也称行为原理(Tat-prinzip)。^[26]它是行为人承担刑事责任的基本原理。^[27]围绕该命题,学界研究大多集中在对输出不被允许的风险、答责领域、作为义务等原理的探讨,但是,除斥期间的规定,似乎与之相悖。这涉及两个问题:①刑法与前置法(民商法、行政法等)的关系,也即法秩序统一性原理问题。^[28]不同的理论,对于除斥期间刑法意义的结论,可能是不一样的。②除斥期间应如何定位?为此,需讨论除斥期间的规范目的,是否存在刑事不法(结果不法和行为不法),其功能何在等问题。

[24] 参见蒋太珂,见前注[3],第 142—145 页。

[25] 参见蒋太珂,见前注[3],第 148 页。

[26] 生田勝義「一般的行為の自由權と侵害行為原理——実体のデュー・プロセス論による共謀罪法批判序説——」立命館法学 381・382 号(2018 年第 5・6 号)72 頁参照。

[27] 针对极端言论,有学者提出应当入罪,但是,根据并非侵害原理,而是冒犯原则。参见郭旨龙:“极端言论的犯罪化:从伤害原则到冒犯原则”,《中国刑事法杂志》2023 年第 6 期,第 104—122 页。

[28] 关于法秩序统一性原理的不同主张,参见王昭武,见前注[3]。

(一)理论基础:违法一元论

处理不同法域关系时,须坚持法秩序统一性原理。然而,对于如何理解该原理,存在分歧,有严格的违法一元论、缓和的违法一元论、违法相对论及违法多元论等不同主张。〔29〕

1. 违法多元论与违法相对论的问题

“违法多元论的特色在于,它认为刑法上的违法性是值得处罚意义上的违法性,即可罚的违法性自身,因此,像可罚的违法性论一样,将可罚性和违法性区分开来,或者将刑法意义上的违法性和一般意义上的违法性严格区分开来的做法是没有意义的。”〔30〕此外,该说拒绝不同法域有一个理念性的正确目的,不足为取。

立足于“法律的目的赋予法秩序的统一性”的认识,违法相对性论主张各法域有其固有目的,只要在不法的目的论层面上,没有损及统一性即可。若将此逻辑推向极端,则刑法因其独特的任务和目的,对行为的评判将趋于独立,民法或行政法的考量在刑法中或将变得微不足道。这与违法多元论并无本质性差别。究其原因,该说以法域固有目的为借口,打破了法的安定性,与正义与安定性价值高于目的性价值背道而驰。该说也忽视了“即便是目的性追求,也要保证行为指引统一的前提下”的命题,违背了法秩序统一性原理。〔31〕

2. 违法一元论的方法

(1)违法一元论不必缓和

“‘法秩序统一性’的思想,属于法哲学理解中不可动摇的存在。”〔32〕法秩序的统一性,意味着不同法律中的特定概念必须做同一解释,唯此法秩序始能得以保持其统一性。法秩序统一性的根据乃在于“任何对象须与其自身保持同一”的逻辑法则。〔33〕违法相对论会危及法的安定性。〔34〕违法多元论“会造成破坏法秩序统一性的结果”。〔35〕违法应该是一元的。缓和的违法一元论认为,整体法秩序上,违法性是统一的,但有类型与程度的差异,刑事违法性需具备刑罚处罚所需的“质”与“量”。这就引出了“可罚的违法性”概念。作为超法规的违法阻却事由,可罚的违法性与一般的正当化事由不同,阻却效果并不涉及一般违法性。符合构成要件行为的一般违法性如何处理,是一般违法性的问题。可罚的违法性阻却事由,仅排除高度的刑事

〔29〕 相关理论,前田雅英『可罰の違法性論の研究』(東京大学出版会,1982年)339—556頁参照;参见王昭武,见前注〔3〕;张明楷:《外国刑法纲要》(第3版),法律出版社2020年版,第115页;马春晓:“法秩序统一性原理与行政犯的不法判断”,《华东政法大学学报》2022年第2期,第33—45页;陈文涛:“犯罪认定中的法秩序统一性原理:内涵澄清与规则构建”,《华东政法大学学报》2022年第2期,第46—58页。

〔30〕 (日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第216页。

〔31〕 参见陈文涛,见前注〔29〕,第50页。

〔32〕 (德)克劳斯—威廉·卡纳里斯:《法学中的体系思维与体系概念》,陈大创译,北京大学出版社2024年版,第9页。

〔33〕 参见(德)托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(原书第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第229—230页。

〔34〕 参见陈文涛,见前注〔29〕,第51页。

〔35〕 王昭武:“法秩序统一性视角下的不法原因给付”,《华东政法大学学报》2022年第2期,第23页。

不法性。^[36] 可罚的违法性概念并无必要,一旦有刑法上的违法性,实质上也就有了值得科处刑罚的违法性。^[37] 或许,在日本倡导可罚的违法性概念能够从实定法中找到存在的意义,因为《日本刑法典》具体罪名的表述是“定性”模式,相反的,我国《刑法》采取了“定性+定量”模式,这一概念似乎没有存在空间。此外,即便缓和的违法一元论,亦认同法以存在论构造为基石(实在法、实定法),且实在法须经受正当性的检验。法置身于实定性与正当性的张力之中,所求者乃是以法的理念为指引的法秩序统一性,故而,在现实的法解释活动中,同样需寻求法的实定性与正当性之和谐,可罚的违法性判断与一般违法性判断均受此原理约束。^[38] 这样,在统一的理念指引下,细分可罚的违法性与一般违法性是否有必要还真是一个先决问题。其实,“只要将构成要件的观念纳入考量,违法一元论就没有‘缓和’的必要”。^[39]

法秩序统一性原理意味着违法应是一元,不应相对化,更不应多元。法规范之所以有效,关键是“它以特定的方式,并最终是以某种被预设之基础规范所确定的方式创设出来”。^[40] 法逻辑意义上的宪法是法律创设的基础规范,是由先验逻辑预设的。因为基础规范是所有法规范的效力基础,因此,众多规范具有统一性,这意味着某个法秩序可以用相互不矛盾的法律命题描述。^[41] 对应到实定法上,在证立某个法秩序效力的规范三段论中,陈述出基础规范的应然语句“人们应当按照事实上被制定且具有时效的宪法来行为”成为大前提,小前提是“宪法事实上被制定了且有效”,结论就是“人们应当按照这一法秩序去行为”。^[42] 如此,从先验逻辑意义上的宪法出发,一个个法规范被创设出来,逐渐形成一个内部协调、错落有致的整体。此整体法秩序由不同层级法律规范构成的阶层结构,并非同位阶规范体系的简单并列。^[43] 国家法秩序以宪法为顶点,向下依次为法律、命令、处分等,形成明确的位阶结构。^[44]

(2) 整体法意义上的违法性与不同法领域中的不法

刑法教义学上应区分(整体法意义上的)违法性(Rechtswidrigkeit)和(不同法领域中的)不法(Unrecht)。恩吉施首次系统阐释了法秩序统一性原理。为向公民提供一致的行为指引,法秩序统一性原理要求排除规范矛盾(Normwidersprüche),以防止同一行为在此一法领域被禁止,在彼一法领域又被允许。^[45] 被期望遵守规则者不能同时被要求去做相互矛盾的

[36] 参见(日)日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第15—17页。

[37] 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第148页。

[38] 参见日高义博,见前注[36],第17—18页。

[39] 陈文涛,见前注[29],第52页。

[40] (奥)汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第二版),雷磊译,法律出版社2021年版,第246页。

[41] 参见上注,第246—256页。

[42] 参见凯尔森,见前注[40],第267—268页。

[43] 参见凯尔森,见前注[40],第278—279页。

[44] 参见(日)芦部信喜:《宪法》(第六版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第8页。

[45] 参见(德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》(修订版),郑永流译,法律出版社2014年版,第197页。

事情，^{〔46〕}否则，人们将会因困惑而手足无措。但这并不意味着同一概念在不同法律领域中的解释和法律效力必然相同。^{〔47〕}“一种具体的不法，要不要仅仅个别地与可能的后果相联系，总是随这个法律制度的便。”^{〔48〕}违法性只是行为与法要求之间的冲突，对所有的法域都是同一的，然而，“在不同种类的法律领域中却存在着不同的构成要件(禁止质料)”。^{〔49〕}比如，过失毁坏财物是民事违法行为，是为民法所禁止的，但不为刑法规定为犯罪，故意毁坏财物才为刑法所禁止。“违法性……在整体的法当中却是同一的。如果一个行为在某一法律领域中是违法的，那么它在另一法律领域中同样是违法的。”^{〔50〕}故应当区分(整体法意义上的)违法性和(不同法领域中的)不法。“违法性指的仅仅是一种纯粹的联系(关系链条中两个环节之间的冲突)，而不法则指的是某种实体。”^{〔51〕}简单讲，“违法性是行为与法规范的矛盾；不法是指被评价为违法的行为本身”。^{〔52〕}在不同法域中，行为违法性的判断是同一的(是否与整体法规范矛盾)，但不法评价则可以不同(是否符合具体部门法领域的不法构成要件)。基于此，违法一元论可简述为：合法行为在各法域均被认可；违法行为虽于其他法域被禁，但刑法需实质判断其是否构成刑事不法；刑事不法行为必违反整体法秩序。

以强力约束人身自由为例，设三种情境：①经同意的约束；②债权人对欲逃债务人实施的必要约束；③违背意愿的轻微拘禁。第一种情形为“同意无侵害”，非民事侵权行为，根本无刑事不法，刑法自不关注。当然，通过构成要件行为的实质解释也能佐证之，即：鉴于被害人同意有效，原则上排除构成要件行为，^{〔53〕}不具备行为不法。第二种情形，此为合法的民事自力救济，基于法秩序的统一性及刑法保护法益的附属性原则，刑法当然不关注。第三种情形，拘禁行为不能为整体法秩序容忍，刑法也认为在整体法秩序意义上具备违法性，但是，通过对法益侵害程度和非法拘禁罪实行行为的实质分析，行为的刑事不法性被否定。

(二) 除斥期间届满与结果不法

除斥期间届满，是否存在刑法意义上的财产损失(体现结果不法的要素)，是有争议的。

违法多元论认为刑法与其他法领域关于违法的评价各自独立，互不相干。如窃取他人赃物，考虑赃物占有人与行为人的关系，如果该占有属于不值得保护的占有(占有者为非法占有，行为人为财产所有人)，就否定犯罪；若行为人为第三人，尽管占有者为非法占有，但相对于第

〔46〕 参见高鸿钧：《法理学手册》，商务印书馆 2022 年版，第 1089 页。

〔47〕 参见马春晓，见前注〔29〕，第 34 页。

〔48〕 (德)克劳斯·罗克辛：《德国刑法总论(第 1 卷)》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 398 页。

〔49〕 (德)汉斯·韦尔策尔：《目的行为论导论——刑法理论的新图景》(增补第 4 版·中文增订版)，陈璇译，中国人民大学出版社 2024 年版，第 23 页。

〔50〕 同上注。

〔51〕 韦尔策尔，见前注〔49〕，第 24 页。

〔52〕 (德)汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书(上)》，徐久生译，中国法制出版社 2017 年版，第 320 页。

〔53〕 参见马卫军、彭雅楠：“被害人同意的体系地位”，《宁夏社会科学》2021 年第 5 期，第 130—131 页。

三人,该占有能够被评价为“合理理由的占有”,行为人成立盗窃罪。^[54]对于“帅某保险诈骗案”,违法多元论有较大可能会将索赔行为定性为犯罪行为,且有值得刑法关注的财产损失,故存在结果不法。

缓和的违法一元论与违法相对论都承认违法的相对性,只不过前者更强调违法的统一性,后者则相对缓和,在有些问题的结论上区别不大,如乙将甲盗窃来的财物盗走。二者均认为乙的行为是犯罪,理由是盗窃罪的“保护法益本来就是平稳的占有或本权”,^[55]“相对于第三者而言,甲……的占有仍然是刑法保护的法益。”^[56]但是,有些问题的结论则不相同。如受托人对不法原因给付的侵占问题,缓和的违法一元论要考虑民法规定,看具体情形下不法原因给付者有无返还请求权。若无,则受托人的行为,不成立侵占罪。^[57]违法相对论则直截了当地否定犯罪成立。如甲欲向公务员行贿,将财物委托给乙转交,但乙据为己有。违法相对论认为,甲没有财物返还请求权,故而就否定了乙对甲财物的侵占。财物由乙占有,该财物还不能被认为已是国家财产,^[58]故乙的行为不构成侵占罪。

对“帅某保险诈骗案”,缓和的违法一元论忽而主张无罪,忽而主张有罪。前者认为本案是民事合法行为与保险诈骗罪竞合,但无论出于民法与刑法的价值还是规范关系,抑或司法的考量,应适用保险法。^[59]后者强调民商法规不得约束刑事违法性判断。帅某骗保行为的刑事违法性不受除斥期间限制,27 万元理赔金也应作为犯罪所得予以没收。^[60]违法相对论则直截了当地讨论刑法的违法性。“不能因为合同有效或者不得解除,就否认行为人(指帅某——引者注)的行为构成犯罪。”^[61]至于是否存在损失,即保险诈骗是否既遂,也应以该罪基本构造为标准判断。若在除斥期间内发现赔偿不妥,构成诈骗罪既遂。若行为人在 2 年内索赔而在除斥期间届满后才获得赔偿,或者在 2 年后索赔且得到赔偿,需要判断保险人是否基于错误认识而给付保险金。如果保险人有错误,是保险诈骗罪既遂。如果没有错误认识,而是基于除斥期间的规定而给付的,是未遂,保险金仍作为非法所得予以没收。^[62]换言之,除斥期间届满,需根据保险人是否有错误认识,来决定是否存在实害结果,由此产生了现实结果或危险结果的不法。

违法一元论遵从“某行为若被民法或行政法允许,则刑法也要肯定其正当”的命题,其他法

[54] 参见(日)西田典之:《日本刑法各论》(第七版),王昭武、刘明祥译,法律出版社 2020 年版,第 179 页。

[55] (日)大谷实:《刑法讲义各论》(新版第 5 版),黎宏、邓毅丞译,中国人民大学出版社 2023 年版,第 215 页。

[56] 张明楷,见前注[37],第 1226 页。

[57] 于改之:“法域冲突的排除:立场、规则与适用”,《中国法学》2018 年第 4 期,第 96 页。

[58] 参见张明楷,见前注[37],第 1263 页。

[59] 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”,《法律适用》2005 年第 10 期,第 62—64 页。

[60] 于改之,见前注[57]。

[61] 张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社 2021 年版,第 970 页。

[62] 参见上注。

域被允许的行为,当然要排除由构成要件所奠定的刑事不法。^[63]既然除斥期间届满,民事实体性权利已消灭,则不存在刑法规范意义上的财产损失。“帅某保险诈骗案”中,“考虑《保险法》关于除斥期间的规定,帅某向保险公司理赔的行为能够被有效的保险合同正当化,相应的,保险公司也不存在财产损失”,^[64]相应的,就无值得刑法关注的财产损失,当然无结果不法。

值得商榷的是:即使将诈骗罪的保护法益理解为整体财产,帅某保险诈骗案中,保险人也存在损失,并且,诈骗罪的构造也决定了除斥期间不能影响财产损失,从而得出“除斥期间不影响财产犯罪保护法益的认定”这一结论。^[65]

“损害构成对被害人的权益状况的不利的改变。受害人遭受的具体的不利应当得到补偿。”^[66]损失有两个特征:①是一种不利改变;②具有应受补偿性。法不会鼓励乃至规定不正义之事。《保险法》已从法规范上确认了除斥期间届满,保险人必须理赔,这是基于目的性考量的风险分配,故不应被看作对保险人的不利改变。既然《保险法》已经确认帅某有权获得保险金,那么,保险人就无权请求帅某返还该保险金或者用其他方式予以补偿,这就从根本上否定了“帅某保险诈骗案”中有不利改变和应受补偿性,保险人当然无财产损失。

刑法教义学上,无论采取整体财产损失说还是个别财产损失说,“帅某保险诈骗案”中 đều 无财产损失。诈骗犯罪通常被视为针对个别财产的犯罪,当然,具体还需根据各国刑法规定和刑法解释来确定。^[67]《德国刑法典》第 263 条规定,“意图为自己或第三人获取非法的经济利益,而告以虚伪错误之事实,或扭曲或隐蔽真实之事实,引起或维持错误,致生他人财产之损害”的,是诈骗罪。德国理论和实务界通常认为诈骗罪为针对整体财产的犯罪。该罪的“财产损失(Vermögensschaden)是指在财产处分之前和(直接的)之后受处分影响而产生的存在于财产价值之间的不利差异”。^[68]损失数额“应根据整体清算(Gesamtsaldierung)原则予以确定”。^[69]德国判例原则上认为,当被害人因受欺骗而实施处分行为,致其财产价值总额减少时,即视为有财产损失。也即只有法益主体金钱上的整体价值(Gesamtwert in Geld)减少时才有损失。如行为人在合同欺诈中提供的物品能够满足被害人的合同目的,就无损失。^[70]

《日本刑法典》第 246 条规定,“欺罔他人而使之交付财物者”,是诈骗罪。日本理论认为诈

[63] 参见陈文涛,见前注[29],第 52 页。

[64] 周光权:《如何解答刑法题》,北京大学出版社 2021 年版,第 380 页。

[65] 蒋太珂,见前注[3],第 146 页。

[66] (德)埃尔温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》(第 5 版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 209 页。

[67] 参见张明楷,见前注[61],第 335 页。

[68] 参见(德)约翰内斯·韦塞尔斯、托马斯·希伦坎普、扬·舒尔:《德国刑法分论:侵犯财产价值的犯罪》,赵冠男译,法律出版社 2023 年版,第 489 页。

[69] 参见上注。

[70] 林干人『財産犯の保護法益』(東京大学出版会,1984 年)50 頁参照。

诈骗罪是针对个别财产的犯罪。^{〔71〕} 应坚持实质的个别财产说,即考量交易中受骗者“意欲获得的东西”与相对方“所支付的东西”来确定损失。判例也支持这种理论。如行为人谎称以 2100 日元买到的电动按摩器是很难买到的昂贵品,以 2200 日元出卖,法院考虑了被害人意欲获得的是“超出购买价的价值”,但实际所得却低于这一价值,认定有财产损失。对行为人谎称医生,以与药品价值相当的价格销售某药品,法院考虑到被害人期望获得的正是市场价且药效相同的药品,认定无罪。“由此可见,有无实质性的财产上的损失,应该取决于,对被害人意欲获得而最终未获得的东西进行经济性评价,看能否被谓为损失。”^{〔72〕}

根据我国《刑法》第 266 条,“诈骗公私财物,数额较大”是诈骗罪。这与德、日均不相同。本罪究竟针对整体财产还是个别财产,理论界有争议,司法实践也不同。有倾向于认为我国刑法中的财产罪都是对个别财产的犯罪。^{〔73〕} 司法解释和诸多判例基本上持这一观点。也有人指出,从纯理论角度看,个别财产损失说更具全面性。但从司法实务可操作性看,整体财产损失说亦有合理之处。欺骗他人并给付对价,事实上存在交易关系。即使被害人交付财产,在对方交付价值相当物品或支付相当对价,被害人经济目的业已满足,实质上很难说有财产损失。^{〔74〕} 有人认为,既然财产罪本质是侵犯财产权,则财产损失是应有之义,否则,即便侵权,也非侵犯财产权的问题,不可能构成财产罪。^{〔75〕} 为此,“必须把权利人失去的财产与其所得到的回报两方面结合起来考察”。^{〔76〕} 《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条第 3 款^{〔77〕} 确立了以下公式:实际骗取的数额(被害人的实际损失) = “被害人向行为人交付的集资款数额” - “行为人向被害人还本付息的数额”。《刑事审判参考》第 494 号“余某某诈骗案”和第 1373 号“阚某诈骗案”中,法院认为,对于行为人向被害人支出的财物,应具体分析,在特定情形下可以扣除。^{〔78〕} 可见,实务也支持了该观点。

表面看,“帅某保险诈骗案”中,因受欺骗,保险人多支付了巨额保险金。但保险合同是射幸合同,只要按照《保险法》规定,满足条件即应当履行相关义务。除斥期间届满,保险人不得解除合同,就意味着合同有法律效力,保险人应履行赔偿义务。该赔偿,无论常态事由还是除斥期间届满,并无本质差异,不能单纯以事由不同而断定损失之有无。既然“即便投保人故意或者重大过失未履行如实告知义务,但除斥期间届满,保险人也应履行赔偿义务”,而“履行义务无财产损失”,这样,从整体上来看,保险人并无财产损失。

〔71〕 参见(日)山口厚:《刑法各论》(第 2 版),王昭武译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 197 页。

〔72〕 西田典之,见前注〔54〕,第 241 页。

〔73〕 参见张明楷,见前注〔37〕,第 1212 页。

〔74〕 参见周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 144—145 页。

〔75〕 参见刘明祥:《财产罪专论》,中国人民大学出版社 2019 年版,第 198 页。

〔76〕 同上注,第 197 页。

〔77〕 该款规定:“行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息,除本金未归还可予折抵本金以外,应当计入诈骗数额。”

〔78〕 参见陈兴良、张军、胡云腾:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》(第三版),北京大学出版社 2024 年版,第 1415—1416 页。

持“帅某保险诈骗案”有财产损失者认为,判断损失应以侵害前后的权益变化为基准,而非合同最终效力确定时。^[79]其实质是行为人在虚构保险标的投保之际,已产生或极有可能产生了虚假债务,保险人已经负担了不该有的债务,当然有损失。该逻辑看似无懈可击,却带来极大困扰。据此,保险诈骗罪中实际损害“结果”就被“危险”代替,此罪由实害犯转变为危险犯。退一步讲,即便“保险人不应有的债务负担”是财产损失,也无非是财产性利益。而财产性利益成为犯罪对象,需以财产性利益实际发生转移为前提,其“转移标准应为追及可能性消灭说,同时考虑因迟延而导致债权的消灭或者减少”。^[80]既然投保人虚构保险标的签订合同,虚假债务已存在,被害人财产损失,保险诈骗罪就既遂。然而,若合同签订后3日内,保险人知晓后即解除合同,此时,追及可能性并未丧失,犯罪既遂又变成犯罪未遂了。故除斥期间届满,依法履行赔偿义务,并非保险人整体财产的不利变动,也就无财产损失。

“在法律特性上来看,财产必须具有经济性、合法性和可让与性。”^[81]故除经济属性外,财产损失还需具法律属性。根据《保险法》第16条第3款,即使投保人未如实告知,只要除斥期间届满,合同即有法律效力。受益人有权要求保险人履行合同义务,保险人不得拒绝。如此看来,即便认为“帅某保险诈骗案”中有针对保险人的不利改变,从整体财产看,也因不具有应受补偿性而不能被评价为有财产损失。

从个别财产损失看,若认为“帅某保险诈骗案”中有特定的财产性利益,也因其不具有追及可能性丧失的特性而不能被认定为财产损失。若认为是保险人实际理赔的现金,又会因除斥期间届满而成为受益人有权获得的财产,不可能成为犯罪中的财产损失。所以,也不能认为除斥期间届满,有值得刑法关注的财产损失。无论如何,“帅某保险诈骗案”都无财产损失。否则《保险法》第16条第3款将成一纸空文。

此外,论者从诈骗罪的逻辑构造得出除斥期间不影响财产损失的结论,^[82]也值得怀疑。诈骗罪的逻辑构造是“行为人实施诈术→他人产生错误认识→他人处分财产→行为人获利→被害人遭受损失”。形式看,“帅某保险诈骗案”中,保险人订立合同的目的未能达成,交易目的落空,似乎“除斥期间不能影响财产损失认定的观点就至为显然”。^[83]但仔细推敲不难发现,这实际上是将“合同交易目的落空”视为财产损失。一般情况下,“合同交易目的落空=被害人遭受损失”命题可以成立,因为诈骗罪中,一旦合同交易目的落空,就体现出被害人财产法益及其支配自由受侵害的现实,然而,对受除斥期间约束的保险合同,情况则不然。

不考虑除斥期间,“帅某保险诈骗案”中,保险人的损失显而易见,并且,帅某获得赔偿金也有违“任何人不得因自身的不法获得利益”(Commodum ex injuria sua nemo habere debet)法理。然而,我们不能对除斥期间届满这一事实视而不见,否则将在不同法域之间人为创设矛

[79] 参见蒋太珂,见前注[3],第146页。

[80] 马卫军:“论抢劫罪中的财产性利益”,《政治与法律》2011年第7期,第41页。

[81] 王作富、黄京平:《刑法》,中国人民大学出版社2021年版,第442页。

[82] 参见蒋太珂,见前注[3],第147页。

[83] 蒋太珂,见前注[3],第147页。

盾。“合同交易目的落空即被害人遭受损失”为一般命题,却非绝对。在保险领域,若考虑除斥期间,“合同交易目的落空”并不必然等于“被害人遭受损失”才是正解。“合同交易目的落空”与“被害人遭受损失”必须具备法律意义。诈骗罪中的财产,是“法律的·经济的财产”,^[84]本罪中的财产损失,须兼具“经济性”与“法律性”两个特征。“经济性”是指存在金钱上或者可为金钱予以衡量的财物。“法律性”是指该财物是基于法律依据所能获得,必须为法秩序承认。基于法律依据所能获得的利益,有两类:一为正面通过肯定性语词表述出来,如《民法典》第207条。^[85]另一为反面通过否定性语词表述出来,如《保险法》第16条。一般的诈骗罪中,财产损失的“经济性”与“法律性”相伴而生,某财产具有经济性时,无需再具体判断“法律性”,如甲以假金锭换取乙巨额现金,在判断乙有巨额损失的同时,一并判断了“法律性”。但是,如“帅某保险诈骗案”此类情形,不能仅因保险人做出巨额理赔(具有“经济性”表象),就想当然认为存在损失,还需结合除斥期间的规定来回答是否具备财产损失的“法律性”。《保险法》第16条规定除斥期间届满,保险人必须承担赔偿责任,就意味着对于这部分财产,法律已经判定应当归受益人,并不属于保险人,就不存在财产损失的“法律性”。如此,“立法者在民法上不再保护该利益,……也不是否认其用以交易的财产具有正当性”^[86]的结论,颇值得怀疑。

(三)除斥期间届满与行为不法

“犯罪的本质是违反行为规范并指向法益。”^[87]刑事不法以行为不法与结果不法兼备为前提。结果不法问题之后的问题是:除斥期间届满,行为人的行为,是否具备行为不法?

从方法论上,可轻易得出结论:违法多元论认同行为不法之存在,违法相对论亦然。而因虽坚守一元论,却又试图折中调和,缓和的违法一元论可能摇摆不定,陷入两难。^[88]该说以“一般违法性”为核心概念,在此基础上,“刑事违法性”只不过是一种附加可罚之判断(可罚的违法性)。而在判断可罚性时,该说却忽略了构成要件的重要性,做了无必要的讨论。此偏差之根源,为混淆了法整体意义上的违法性与不同法领域内的不法。违法性仅为一种抽象联系,不法则为具体实体。违法性只有存在与否的“零和关系”,与质和量无关。不法则具有实体性意义,与质和量的差异有关。^[89]换言之,违法性只有“有和无”,不法则有“大与小”。

在所有领域中,违法性是共通的,立足于整体法秩序予以判断,理所当然。^[90]除斥期间

[84] 对财产犯罪的法益,法律—经济的财产说符合法秩序统一性原理。参见江溯:“财产犯罪的保护法益:法律—经济财产说之提倡”,《法学评论》2016年第1期。

[85] 该条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护,任何组织或者个人不得侵犯。”

[86] 蒋太珂,见前注[3],第147页。

[87] 周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第29页。

[88] 参见于改之等,见前注[59];于改之,见前注[57]。

[89] 参见陈文涛,见前注[29],第52—53页。

[90] 参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第239页。

届满,因当时有效的法律规定已确认实体权利灭失,故行为人再次实施相关行为,并无任何不当。对其他部门法确认为合法的行为,认为具备刑法上的行为不法,匪夷所思。

“帅某保险诈骗案”中,帅某前后有两个行为:①虚构保险标的投保;②向保险人索赔。

帅某隐瞒被保险人年龄投保,为虚构保险标的之一种表现形式,无疑属于使用诈术,当有违法性且值得刑法关注。《保险法》第12条第3款规定,人身保险是以人的寿命和身体为保险标的,“寿命,当然包含了被保险人的年龄情况”,^[91]否则,《保险法》没有必要再在第32条对因被保险人年龄问题,保险人有权解除合同做出特别强调。

如果索赔行为在除斥期间内,无论保险人是否知道帅某虚构保险标的,按照违法一元论,肯定触犯了《保险法》规定,有整体法意义上的违法性,同时,该行为具有行为不法,且数额巨大,严重侵害了法益,存在结果不法,从而具备刑事不法,属保险诈骗既遂无疑。但实际情况是:帅某索赔时,除斥期间届满,保险人应当承担合同责任,帅某有权得到保险赔偿金。“根据法秩序的统一(Einheit der Rechtsordnung)这一基本原则,其他法领域的容许定理也应在刑法中受到关注。一个民法上被容许的举止当然不能同时通过刑罚所禁止。”^[92]显然,索赔行为,就符合法律规定(《保险法》第16条第3款),没有违法性,自然不值得刑法关注。^[93]

当然,“索赔并取得保险金行为是正当的”结论,并非要否定投保行为的违法性。有权得到保险赔偿金这种符合除斥期间特别规定的事由,不能被无限放大。换言之,不能因除斥期间届满,就当然认为帅某的所有行为都无违法性。对于投保行为,倘若认为保险诈骗罪的着手是开始实施欺骗行为,可按犯罪未遂处理。倘若认为本罪的着手是被骗者开始实施处分行为,则投保行为可以犯罪预备定性。

(四)除斥期间的功能:附条件不归责

以上分析可知,除斥期间届满,无财产损失,也就无现实的结果不法,行为人所实施的行为,也非不法。这样,就必须回答:除斥期间届满前的行为,与届满后发生的结果的确存在条件关系,但为何因除斥期间届满就不存在财产损失?从法秩序统一性原理是进路之一。除此之外,还需要从规范保护目的等角度对除斥期间予以深入探讨,以更为充分。

1. 除斥期间的规范保护目的

除斥期间是权利存续期间,只有在特定的期限内权利才存在。设立除斥期间,目的何在,民法界也有争议。

有人认为,除斥期间旨在加速法律关系明确化进程,避免相对人因长期悬而未决的状态而遭受不必要的损失,以确保其权利义务关系的稳定性。^[94]该主张侧重个别当事人之间权利义务关系的确定。也有人认为,设立除斥期间,旨在迅速消除民事权利的不确定性,并致力于法律关系的清晰与稳定,如此体现出重视法律秩序利益,将单纯保护当事人个体利益的范畴,

[91] 张明楷,见前注[61],第968页。

[92] (德)乌韦·穆尔曼:《德国刑法基础课》,周子实译,北京大学出版社2023年版,第111页。

[93] 参见陈文涛,见前注[29],第54页。

[94] 朱晓喆:“《民法典》第一百九十九条(除斥期间)评注”,《法治研究》2022年第5期,第126页。

上升到了维护公共利益的高度。^[95] 该观点关注个别当事人之间权利义务关系确定的同时,也考虑社会公共利益层面。无论如何,除斥期间核心目的在于明晰法律关系,稳定权利义务关系方面,应该得到了民法学者普遍赞同。

以《保险法》为例,保险合同是射幸合同,投保人以较少的保险费获取巨额赔偿金,就意味着对于相关信息,保险人必须全面掌握,然后决定是否要订立合同。因此,《保险法》第 16 条第 1 款规定的合同解除权,是合同一方用以对抗对方不法行为的合法手段,旨在防止对方滥用法律推定诚信原则谋取不正当利益。^[96]

权利是一种请求,或者受保护的行动选择(options to act),但“权利不必然是绝对的,相反,而是可能有其界限的,超出这个界限,善恶的计算就又被重新引入”。^[97] 故权利的行使,是有边界的。这就是合同解除权除斥期间制度的法理基础,保险合同解除权当然也适用之。通常认为,保险法除斥期间的立法目的源自英美法例中不可争条款(incontestable clause),规范目的在于维持法律关系的安定,以避免合同长期陷于不得解除的不确定状态,同时督促保险人行使权利,以免保险人于事故发生后,始主张解除合同,造成民众对于保险人的不信任感。此外,从危险共同体的公平性和共同承担性角度看,即便投保人违反了据实说明义务,但若在一段时间内未发生事故,则客观上表明该行为并未妨碍对危险的合理估计和对价的平衡。^[98] 这样,设置除斥期间的目的,就在于督促权利人积极、善意行使相应权利,实现合同目的,防止权利人利用合同解除权谋求非法利益,造成社会诚信力的损害。

2. 除斥期间的本质:风险分配

《保险法》除斥期间乃在于顾及法律安定性,考量保险人怠于调查而于事故发生后主张解除合同等利益,限制解除权之行使。投保人于合同订立时违反据实说明义务,有两种情况:①保险事故始终未发生;②发生保险事故。前者足以表示对该危险估计的误差已与常态化保险相差无几,不至于影响到保险中的对价平衡原则,并未存在值得《保险法》所反对的实际危险。这种情形,限制保险人合同解除权,理所当然。后者属于除斥期间所关注的。民法学者中,有主张关于除斥期间的限制,也根源于对价平衡原则。并因此认为如合同存续至 2 年后,纵使投保人违反告知义务,已不影响保险人对危险的估计。与之相反的是,在保险合同订立时,已经达到了足以变更保险人对危险估计的程度(如年龄、癌症等重大疾病等),故将该情况与一般情形下的对价平衡原则相提并论,不无疑义。如投保人在合同订立时,虽仅略微降低了保险人对风险的预估(尚未达到拒保标准,如患有肝炎等),但就风险与保险费的对价关系,纵使投保人已支付保险费,保险人实际上仍承担着高于普通风险的风险。在保险费未做相应调

[95] 参见耿林,见前注[12]。

[96] 参见徐卫东:“保险合同解除权之除斥期间研究”,《月旦民商法杂志》第 33 期(2011 年),第 173 页。

[97] (美)F. M. 卡姆:“权利”,杜宴林、李子林译,载朱振、刘小平、瞿郑龙等编译:《权利理论》,上海三联书店 2020 年版,第 79 页。

[98] 高点法学编辑委员会:“论保险法第 64 条第 3 项据实说明义务之除斥期间——‘最高法院’99 年度台上字第 742 号判决”,《判解集》第 6 期(2011 年),第 38 页。

整的情况下,依然违背了对价平衡原则。^[99]这两种观点,会影响到刑法的评价,立足于前者可能会得出无罪(充其量为未遂)的结论,后者则相反。

除斥期间是形成权的存续期间。“形成权是指当事人一方可以依自己的意思表示使法律关系发生变动的权利。”^[100]在除斥期间内权利人不行使形成权,则实体权利即告消灭。通过限制权利,该制度保障了市场交易中多元主体的利益平衡,有效发挥了交易风险分配的功能。表面看,像“帅某保险诈骗案”,投保人确实给保险人带来高于常态风险的负担。但为何《保险法》明知存在此类风险,却又以除斥期间做出了这种表面违反对价平衡的风险分配?

保险合同是射幸合同,投保人以较小代价,可以换取较大回报,似乎让投保人承担较大的如实说明的负担才对,但《保险法》却做出了看似相反的规定,根本原因是保险事故为极小概率事件,通过社会绝大多数人参与投保,能够将个人的不利负担分散到广大投保者中,同时通过有效的风险管理,确保大多数情况下不会出现所有投保发生事故的现象,从而形成较大的利润空间。如前所述,为了防止保险人利用优势地位(相对于投保人,保险人是拥有业务知识非常丰富专门人员的机构)获取保险费,立法者特别设置了除斥期间予以提醒和约束。作为专业知识丰富的一方,对于投保人可能会故意或者因重大过失没有如实说明,保险人当然有精准的专业性判断,如此,立法者通过设定除斥期间来分配风险,若在合同成立后2年内发现投保人存在虚假投保情形,保险人有权解除合同以保护自身利益。然而,若保险人未在2年内发现并采取行动,根据除斥期间的规定,其将承担由此产生的风险。因此,除斥期间制度的本质,实质上是对交易风险的分配。正是通过这种分配机制,才能够促使市场交易主体积极审查,事前预防风险,而不是怠于行为,坐等风险实现又可及时通过行使撤销权的方式,迅速止损。因此,《保险法》除斥期间,根源于对价平衡原则,值得赞同。

3. 除斥期间届满:排除客观归责

既然除斥期间的本质是一种交易风险分配机制,意味着诸如虚假投保骗取保险金的事例,对虚假投保所可能发生的赔付风险,一旦除斥期间届满,法律就将之划归到保险人一侧,如此,行为人就无需为风险之实现负责。当权利人明知可能存在风险却未积极行使相关权利(如解除权等)而招致不利后果,与被害人因自身“任意”行为导致“任意、行为与结果相统一”的自我答责情形相似。不同之处仅在于,若被害人在除斥期间内行使了解除权,则后果归咎于行为人;一旦除斥期间届满,行为人则不再对此负责。如此看来,除斥期间的问题,在三阶层犯罪论体系中,应当位于构成要件该当性阶层因果关系领域,与结果归责问题紧密关联。

存在论上,构成要件是不法类型。实质上,构成要件是法益损害类型。^[101]“构成刑事不

[99] 汪信君:“保险法第六十四条告知义务解除权行使与除斥期间——九十九年度台上字第七四二号判决”,《月旦民商法杂志》第33期(2011年),第166—167页。

[100] 王利明,见前注[1],第109页。

[101] 参见李立众:《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》,法律出版社2006年版,第169页。

法而予刑事制裁的前提,是行为人实现法律所规定的构成要件。”^[102]结果不能归责于行为人时,就没有完全实现构成要件,至少意味着不存在现实的法益侵害。诸如合同订立 2 年内,保险人没有审查投保人是否如实告知情形,一旦期间届满发生保险事故,就不得拒绝理赔的《保险法》除斥期间之类的规定,从交易风险分配的角度看,实质上是通过立法明确向权利人告知了可能存在的风险以及风险实现的后果承担。若保险人明知自身法益可能遭受侵害,却仍选择承担风险,这种行为即为合意的他人危殆化的危险接受(Risikoübernahme)。合意的他人危殆化,是指被害人虽然认识到自己法益有受到侵害的危险之可能,却甘受他人实施某种危险行为,而发生法益侵害结果的情形。^[103]

用“被害人同意”“义务违反性相对化”“被允许的危险”以及“社会相当性”理论来解决危险接受,存在一些难题。^[104]在德国,根据客观归责来解决该问题逐渐有力。^[105]客观归责理论借助于创设法不允许的风险、实现法不允许的风险以及构成要件的范围三个上位规则和一系列下位规则,形成了一个正面判断与反面排除层层递进相对完善的归责判断体系。从尊重被害人自我决定权及其实现出发,如果考虑被害人是否基于自己的意思而形成了“任意、行为与结果的统一体”,危险接受的问题完全可以用被害人自我答责理论予以解决,因“任意、行为与结果的统一体”的形成,显著提高了不被允许的危险的层次,行为人的行为,规范上可以评价为没有实现不被允许的危险,从而排除行为人答责。^[106]

“帅某保险诈骗案”中,帅某虚假投保是创设不被法所允许的风险(有可能使保险人的财物被骗)的行为。这种风险创设的危险性表征为一种客观的存在——危险状态,即保险人的财产有被骗的危险,设若在除斥期间内,帅某通过虚假理赔,获得赔偿,则被其所创设的保险人财物被骗的风险实现了,帅某应当对该风险实现负责。但是,除斥期间届满,根据《保险法》第 16 条第 3 款的规定,保险人不得拒绝理赔,这意味着法律通过除斥期间届满这一条件,将被帅某所创设的保险人财物被骗的风险,划归到了保险人,这样,从规范上,可以评价为并未实现被帅某创设的不被允许的危险,排除帅某对最终的赔偿金损害负责。

事实上,在保险领域,鉴于可能会有高额回报(即便从保险业务角度来看,支付保险金通常是极小概率事件)或者对保险业务的生疏,投保人故意或基于重大过失不如实说明保险标的或者被保险人的有关情况是较为常见,《保险法》第 16 条在防止保险人利用优势地位或者知识获取投保金的同时,也特别对可能来自投保人所创设的风险做出了法律层面的明文警示。而保险人若未履行审查义务,即等同于接受带有危险性的投保行为及其潜在风险,这实际上是保险人基于自身意愿(自由意志决定),将自己置于被行为人创设的风险之中。尽管保险人对危险状态本身的来源没有操控(即行为人的虚假投保行为),但是,保险人有能够操控自己不进入该

[102] 林钰雄:《新刑法总则》(第 10 版),元照出版有限公司 2022 年版,第 129 页。

[103] 参见马卫军:《被害人自我答责研究》,中国社会科学出版社 2018 年版,第 260 页。

[104] 参见上注,第 256 页。

[105] 塩谷毅「被害者の承諾と自己答責性」(法律文化社,2004 年)286 頁参照。

[106] 参见马卫军,见前注[103],第 217 页。

危险状态的能力——只要认真审查保险标的或者被保险人的有关情况即可。在除斥期间内,若保险人未履行审查义务,则相当于主动置身于他人创设的危险之中,类似于行为人放火后,无关被害人因贪财而冲入火海自陷危险。两者的区别在于,前者是面对已存在的危险,后者则是面对潜在的危险。因此,除斥期间届满发生的实害结果,不应归责于行为人。如此看来,除斥期间的功能就是附条件不归责。回顾前文关于除斥期间届满不存在法律上有意义的财产损失,也能够为这一结论提供支撑。

当然,除斥期间届满是否排除归责,还需考虑行为人触犯的是个人法益犯罪还是社会法益犯罪,并据此作出相应处理。在个人法益的情况下,可以视具体情况排除犯罪或者犯罪止于未完成形态,而在社会法益的情况下,犯罪可能会止于未完成形态。

四、余论:所谓“刑民交叉”难题

对“刑民交叉”问题,^[107]在肯定法秩序统一性(das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)前提下,依据“违法一元论”“违法相对论”或“违法多元论”来解决,是一种路径。通过构建“原则—例外”模式的规范保护目的理论则是另一种方法,该说通过借助于上位法规范目的这一中介来协调“法域冲突”。当具体法规范的保护目的相契合时,刑法无条件地服从于前置法。倘若刑法与前置法保护目的相异,则刑法相对从属于前置法。^[108]若具体法规范的保护或惩戒方向与刑法相悖,或前置法规范有缺陷,或客观情势变化导致难以实现共同上位法规范目的,则刑法独立于前置法。^[109]将规范保护目的进一步精细化的“法律效果理论”主张,“刑民交叉”问题的连接点不是违法性,而是“法律效果”,只有刑法和民法评价的法律事实具有同一性时,二者的法律效果才可能无法兼容。这种情况下,若刑民规范目的整体一致,只需综合考量刑民法律效果。当刑民规范目的明显冲突,且对法律主体的惩戒或保护方向截然相反时,需细致拆分案件事实,明确界定案件类型,以确保刑民规范的准确适用。^[110]

违法论视角,各理论都承认法秩序的统一性,也不反对违法判断的相对性,但在法秩序统一性与违法判断相对性上,态度不一。^[111]规范保护目的理论操作性不足,且一定程度上忽视了法的安定性。通过行为规范向国民发出相应的命令或禁止,亦为法律目的,并非只有通过法律效果才能实现法律功能。法律效果论循环论证,在法的安定性上存在疑问。^[112]

法是人类理性活动的产物。因为构成规范的基础价值决定,在法律思想下予以正当化、统

[107] “行刑交叉”问题亦同。

[108] 参见于改之,见前注[57],第84—104页。

[109] 参见于改之,见前注[3],第207—227页。

[110] 参见陈少青,见前注[3]。

[111] 参见王昭武,见前注[3],第176页。

[112] 参见陈文涛,见前注[29],第50—51页。

一化,尽可能排除价值上的矛盾,^[113]故法律规定表现为一个有机和谐的整体规范体系。上位法与下位法之间、同位阶的各部门法之间、先后制定的法之间和谐一致,^[114]从而,法规范得以有效调整和规范人们的行为,充分实现规范功能和社会功能。如此,至少在理念上,司法实务中经常碰到的所谓“不同法域之间的违法性判断”,或许不能称之为难题。

法律冲突是国际私法中的概念,一国法律体系内是否也有冲突,值得讨论。可以肯定的是,对同一问题,法律之间若有截然不同、相互对立的规定,通过《宪法》《立法法》相关规定处理即可,无需司法人员绞尽脑汁。宪法有最高的法律效力,其他任何法律法规都不得与之抵触。倘若其他法律之间是纵向关系,根据《立法法》第98—101条,原则上,上位法优于下位法,例外地,经过法定的严格程序,由最高立法机关批准,在特定时空内实行下位法,如民族区域自治条例和单行条例。如果不同法律之间是横向关系,根据《立法法》第102—103条,不同部门之间制定的法律,各自适用于各自领域。同一部门制定的法律适用特别规定优先或新法优先。根据《立法法》第105条,对同一事项,法律或行政法规之间新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,分别由全国人民代表大会常务委员会和国务院裁决。

鉴于《刑法》是由最高立法机关制定,行政法规、地方性法规、规章等如果与刑法相抵触,当然适用刑法。如果自治条例、单行条例或者特别行政区内的法律同《刑法》的规定冲突,在自治区域内、特别行政区内适用自治条例、单行条例和特别规定。因此,法域之间的真正冲突,立法已经明确了解决之道,不可能成为难题。

既然真正的“法域冲突”能够妥善解决,那么,实践中那些“民刑交叉”“行刑交叉”的“难办案件”又该如何理解?刑法与民法之间的所谓“冲突”,主要在犯罪与侵权行为的关系、法益的刑法保护与民法保护之间的关系两个领域,有五种类型:①民事合法行为,可否被认定为刑事违法;②民事违法行为,可否被认定为刑事合法;③民法不保护,刑法是否保护;④形式合法、有效的民事行为,能否构成犯罪;⑤相关概念,刑法、民法应否保持一致?^[115]

违法一元论对以上问题都能解决。从整体法秩序角度看,正当防卫、紧急避险及自救行为均属合法,无需再细分其民法或刑法上的正当化依据。^[116]实践中,也有对于行使民事自救行为的行为,法院立足于违法一元论并没有认定为犯罪行为,比如“何某、李某职务侵占案”。^[117]

对于纯粹的民事违法行为,刑法不将其视为刑事不法,也未否认在整体法秩序上的违法性。需要研究的是,对于紧急避险,观察《刑法》第21条第1款和《民法典》第182条第1款规定,^[118]似乎出现了在自招避险时,行为人在刑法中不承担刑事责任,却要在民法中承担民事

[113] 参见陈清秀:《法理学》,元照出版有限公司2017年版,第397页。

[114] 参见张志铭:《法律解释学》,中国人民大学出版社2015年版,第122页。

[115] 参见于改之,见前注[57],第85页。

[116] 陈兴良教授在成立条件意义上区分刑法与民法中的正当防卫,并非“法域冲突”。参见陈兴良:“正当防卫:以刑民比较为视角的规范诠释”,《交大法学》2022年第5期,第5—15页。

[117] 参见浙江省宁波市北仑区人民法院(2012)甬仑刑初字第401号刑事判决书。

[118] 《民法典》第182条第1款规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。”

责任的悖论,也就是“刑事合法,民事违法”的问题。实际上,紧急避险行为虽不构成犯罪,但这并不等同于刑法认可其合法性。按照阶层论,不构成犯罪,有可能是没有符合构成要件、存在违法阻却事由,也有可能是存在责任阻却事由。紧急避险在体系地位上有阻却违法与阻却责任两种类型。对于自招避险,应认定为属于责任阻却事由,自然不是正当化的行为,具备刑事不法,相应的,在整体法秩序上当然有违法性。

诸如领受人私自占有不法原因寄托物能否构成侵占罪之类的“民法上不予保护的利益,刑法上是否予以保护”的问题,结论当然是否定的,既然民法一定不会认可对不法寄托物、盗窃物的民法权利,刑法为什么要保护?“法秩序统一性原理是处理不同部门法之间的矛盾时应遵守的基本规则,具有不可动摇的性质。”^[119]针对侵占不法原因寄托物的行为,违法一元论的有罪判定,并非意味着刑法要保护其他法律领域的违法行为或状态,而是基于对相关法益的正确理解,以及对不法原因寄托物与不法原因给付物的明确区分。鉴于详细讨论财产犯罪的法益,有偏离本文主题之嫌,容另撰文讨论。

Abstract: The statutory exclusion period in civil law aims to promptly eliminate uncertainties or inconveniences in the rights and obligations of civil subjects, thereby clarifying legal relationships and ensuring stability in civil affairs. In criminal law, the relevance of the exclusion period is limited to voidable civil legal acts and is only meaningful when, upon its expiration, the individual has engaged in conduct that may have criminal law implications or has gained relevant benefits. Under the principle of legal order unity, once the exclusion period expires, the individual's subsequent conduct does not constitute unlawful behavior nor does it produce a result-based illegality effect. The essence of the exclusion period lies in risk allocation, with the ultimate goal of clarifying responsibility attribution. Upon its expiration, the rights holder loses substantive rights, and the corresponding consequences are borne by them. Within the criminal law framework, the exclusion period belongs to the domain of causality, functioning as a conditionally exempting factor for attribution. The theory of responsibility preclusion and the theory of objective punishment conditions both fail to account for the legal effects in other legal domains, thereby violating the principle of legal order unity.

Key Words: Statutory Exclusion Period; Risk Allocation; Conditional Non-liability; The Unity of The Legal Order

(责任编辑:车 浩)

[119] 周光权:“处理刑民交叉案件需要关注前置法”,载《法治日报》2021年4月7日,第9版。