

# 保险诈骗罪的三个争议问题

谢望原<sup>\*</sup>

---

**摘要** 在保险诈骗罪的认定中,有三个争议问题值得进一步深入探讨。第一,关于保险诈骗涉及的数罪问题,应当坚持以行为符合犯罪构成的个数为认定一罪与数罪的准则,并严格按照刑法关于数罪并罚的规定来处理。第二,关于保险诈骗罪的着手,行为人以骗取保险金为目的,开始公然实行《刑法》第198条规定的保险诈骗行为,包括虚构保险标的、对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失程度、编造未曾发生的保险事故、故意造成财产损失的保险事故,或者造成被保险人死亡、伤残或疾病的保险事故,均成立保险诈骗的着手。第三,关于保险诈骗罪的共犯认定,特别是内外勾结或者有身份者与无身份者共同实施的保险诈骗犯罪的认定,应当坚持以主犯的行为性质定性。

**关键词** 保险诈骗 数罪处罚 着手 共犯

---

## 引言

所谓保险,是指投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为(《保险法》第2条)。保险的本质特点在于将通过契约形式集中起来的资金,用来补偿被保险人的经济利益。因为保险涉及到保险人、投保人、被保险人以及受益人之间的重大经济利益,所以自从近

---

<sup>\*</sup> 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

代保险业发端以来,以各种形式骗取保险金的违法犯罪从没有间断过。<sup>〔1〕</sup>我国首次在1995年6月30日《全国人大常委会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》中规定了保险诈骗罪。后来,为了有效防范保险诈骗犯罪,在1997年修订刑法时又在《刑法》第198条专门规定了保险诈骗罪。我国学术界对保险诈骗罪已有较多研究,形成了若干共识,但是在保险诈骗罪的基本问题上仍然存在诸多重要分歧。本文围绕保险诈骗罪的三个争议问题,在分析评判重要分歧或对立观点的基础上,提出自己的一孔之见。

## 一、数罪处罚问题

关于保险诈骗涉及的数罪处罚,有争议的主要是如何解决保险诈骗涉及牵连犯等的处罚问题。

对此有学者认为:“法有明文规定的数罪并罚”“法无明文规定的从一重处断”。<sup>〔2〕</sup>具体言之,由于《刑法》第198条第2款规定,“有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,所以,凡是投保人、被保险人为了骗取保险金而故意造成财产损失保险事故的,或者投保人、受益人为了骗取保险金而故意造成被保险人死亡、伤残或疾病的,均应当按照故意毁坏财物罪与保险诈骗罪或故意杀人罪、故意伤害罪与保险诈骗罪数罪并罚;而对于《刑法》第198条第1款第1、2、3项规定的保险诈骗行为涉及的其他犯罪,则一律按照处理牵连犯的原则处理。<sup>〔3〕</sup>

张明楷教授则认为:仅实施制造保险事故的犯罪行为,而没有向保险人索赔的(如甲为了骗取保险金而放火、伤害或杀人,但尚未向保险公司索赔),不成立制造保险事故所构成的犯罪(如放火、伤害或杀人罪)与保险诈骗罪的预备犯,不能数罪并罚。其主要理由在于:其一,由于《刑法》第198条第1款第4、5项在规定制造保险事故行为的同时规定了“骗取保险金的”,甲虽然制造了保险事故,但还没有向保险公司提出索赔,即还没有实施“骗取保险金”的行为,故其行为不符合《刑法》第198条第1款第4、5项的规定;其二,即使认为以放火、杀人等手段制造保险事故

〔1〕 一般认为,1762年英国阿克伊达布保险公司的成立乃现代保险业发轫之标志。该公司成立当年即遭遇了保险诈骗案。伊里士怂恿其养女向该保险公司投保1000镑人寿险,而后伊里士将养女毒死,继而伪造遗书指定伊里士为继承人。伊里士随后向向保险公司提出索赔请求。保险公司认为遗书存在伪造可能,并据此对其提出刑事指控。后来伊里士被认定犯有谋杀及企图骗取保险金罪,最终被判处死刑。参见《毒杀养女事件——近代生命保险第一桩保险犯罪案》,载找法网, <http://china.findlaw.cn/info/minshang/baoxian/43119.html>,最后访问日期:2020年7月21日。

〔2〕 谢晓雪:“保险诈骗罪中的罪数问题”,《金融法苑》2003年第4期,第84—85页;另见于改之:“保险诈骗罪的司法认定”,《法学论坛》2003年第7期,第19—20页;林荫茂:“保险诈骗犯罪定性问题研究”,《政治与法律》2002年第2期,第63—66页。

〔3〕 同上注。

骗取保险金属于牵连犯,且刑法对不少牵连犯做出了并罚的规定,也不能对“我们讨论的行为实行数罪并罚”;其三,如果认为,为了骗取保险金而制造保险事故的放火、伤害或杀人行为在行为人向保险公司提出索赔之前属于想象竞合犯,也不应当数罪并罚;其四,如果处罚保险诈骗的预备行为,就与《刑法》第198条要求“数额较大”从而限制本罪处罚范围的精神相悖。〔4〕

对于保险诈骗涉及的数罪处罚问题,笔者认为应当厘清以下问题:

#### (一)“法无明文规定的从一重处断”没有法律依据

“法无明文规定的从一重处断”,其基本立场乃是在坚持牵连犯理论前提下,主张凡是刑法分则条文没有明确将属于牵连犯的情形规定为数罪并罚的,一律按照牵连犯理论以一罪从一重处断。这一主张存在的关键症结在于:我国现行刑法并没有规定什么是牵连犯以及牵连犯按照一罪从一重处断,故此,主张“法无明文规定的从一重处断”根本就没有法律依据。一个不容忽视的问题乃是:长期以来,不仅我国刑法理论承认牵连犯,而且司法实践中也大多以牵连犯理论处理所谓牵连犯案件,这一现象和做法严重违背了现行刑法明确规定的罪刑法定原则,也与我国刑法理论上以符合犯罪构成个数来认定罪数的立场严重失调。而且从国际视角来看,不仅英美刑法没有牵连犯的概念,就是深刻影响过中国刑法和刑法理论的德国刑法,也没有牵连犯的规定,甚至曾经承认牵连犯的我国台湾地区的“刑法”,也在2005年修订时废除了牵连犯的规定。〔5〕这似乎表明,所谓牵连犯理论在国际社会的刑法及其理论中基本上没有市场。因此,我们自然要反躬自问——既然如此,我国刑法本来就没有牵连犯的规定,我们有什么根据和理由在刑法理论和司法实务中主张以牵连犯理论来处理所谓牵连犯案件呢?

那么,《刑法》第198条第2款规定,“有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,是否意味着有该条第1款第1、2、3项所列行为同时构成其他犯罪的,只能以一罪从一重处断?持“法无明文规定的从一重处断”的论者显然对此持肯定立场。但是在我看来,其答案应当是否定的。理由如下:《刑法》第198条第2款规定只是一种一般性提示(注意)规定,即强调对“同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,并不能理解为“有该条第1款第1、2、3项所列行为同时构成其他犯罪的,不能数罪并罚”。以一般提示规定来突出某种内容而不排斥相应条款中的相应内容的立法例,在我国现行刑法中并不鲜见。比如,刑法分则第3章第5节规定了8个金融诈骗罪,其中只有2个罪(192条集资诈骗罪、193条贷款诈骗罪)的法条中明确规定了“以非法占有为目的”,但这绝不意味着其他6个金融诈骗罪的主观方面不需要行为人具有“非法占有目的”!事实上,无论是刑法理论抑或司法实务部门,已经形成共识——即所有诈骗罪都需要行为人具有“非法占有目的”。因此,就保险诈骗罪而言,不仅“有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,而且“有该条第1款第1、2、3项所列行为同时构成其他犯罪的,”按照现行刑法的规定,也可以(甚至“应当”)数罪并罚。

〔4〕 参见张明楷:“保险诈骗罪的基本问题探究”,《法学》2001年第1期,第40、64页。

〔5〕 我国台湾地区旧“刑法”第55条有牵连犯规定:“一行为而触犯数罪名,或犯一罪而其方法或结果之行为犯他罪名者,从一重处断。”2005年2月2日颁布之台湾地区“刑法”第55条保留了想象竞合犯的规定,废除了牵连犯,将法条修改为“一行为而触犯数罪名者,从一重处断,但不得科以较轻罪名所定最轻本刑以下之刑。”一品法学苑编:《新六法·刑事法编》,台湾一品文化出版社2008年版,第105页。

## (二)与张明楷教授商榷

张教授重点论证了——仅实施制造保险事故的犯罪行为,而没有向保险人索赔的(如甲为了骗取保险金而放火、伤害或杀人,但尚未向保险公司索赔),不成立制造保险事故所构成的犯罪(如放火、伤害或杀人罪)与保险诈骗罪的预备犯,不能数罪并罚。<sup>〔6〕</sup>换言之,他认为,以骗取保险金为目的,仅故意造成财产损失的保险事故,或者故意造成被保险人死亡、伤残或疾病的,只要尚未提出索赔请求,则不能以保险诈骗罪的预备犯与放火、伤害或杀人等数罪并罚。张教授论证提出的理由,值得商榷。

其一,如何理解“骗取保险金”?在张教授看来,“骗取保险金”既包括已经骗取了保险金,也包括着手实施了骗取保险金的行为,但不可能包括尚未向保险人骗取保险金的行为。<sup>〔7〕</sup>所以,“甲雇请乙杀A虽然为骗取保险金创造了条件,但事实上还没有实施向保险人骗取保险金的行为,……不能认为其行为符合第198条第1款第4项、第5项的规定。”<sup>〔8〕</sup>这一分析可能值得进一步推敲。要正确理解“骗取保险金”,必须充分且完整地解读法条含义。就法条所规定“骗取保险金的”而言,显然以既遂为标本。而“骗取保险金”,其文义当然包括:已经骗取了保险金;正在实施骗取保险金的行为;为骗取保险金而做出预备行为。第一种含义是指保险诈骗已经完成的既遂行为;第二种含义是指行为人处在骗取保险金的进行状态,如甲为了骗取保险金而杀害被保险人;第三种含义是指行为人为了骗取保险金而创造条件,如甲为了骗取保险金而私下准备骗保文件等。这三种解释都是“骗取保险金”的应有之义。换言之,“骗取保险金”并非仅指既遂,也当然包括未遂以及预备行为。如果此一分析符合逻辑,那么把“骗取保险金”理解为“不可能包括尚未向保险人骗取保险金的行为”就有不周延之嫌。

其二,对牵连犯数罪并罚以手段行为或者结果行为超出了其中一个罪的构成要件范围为前提吗?张教授对此持肯定见解。<sup>〔9〕</sup>亦如前述,不仅两大法系刑法上没有牵连犯的市场,我国刑法也没有关于牵连犯的立法规定,故所有利用牵连犯的学说来解释保险诈骗罪的所谓牵连犯问题,都是没有法律根据且违反罪刑法定原则的。对此,已无必要赘述。

其三,为了骗取保险金而制造保险事故的放火、伤害或杀人行为,在行为人向保险公司提出索赔之前,与保险诈骗属于想象竞合犯<sup>〔10〕</sup>吗?想象竞合犯在大陆法系刑法学中属于“科刑的一罪”,即“在犯罪认识上,为数罪;在犯罪评价上亦为数罪,仅在犯罪科刑上,从其一重处断。”<sup>〔11〕</sup>就此处讨论的话题而言——“为了骗取保险金而制造保险事故的放火、伤害或杀人”,并不符合“行为人基于一个意思决定所实施,依自然之观察,在社会通念上,得认

〔6〕 参见张明楷,见前注〔4〕,第40页。

〔7〕 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第788页。

〔8〕 同上注。

〔9〕 张教授认为:“即使认为以放火、杀人等手段制造保险事故骗取保险金的属于牵连犯,……也不能对我们所讨论的行为实行数罪并罚。”参见张明楷,见前注〔4〕,第40页。

〔10〕 张教授认为:“如果认为,行为人为了骗取保险金而以放火等手段制造保险事故,但还没有向保险人提出索赔的行为,属于想象竞合犯,也不应实行数罪并罚。”参见张明楷,见前注〔4〕,第64页。

〔11〕 甘添贵:《罪数理论之研究》,台湾元照出版公司2006年版,第187页。

系一个且为同一身体动静”〔12〕的关于“一个行为触犯了数个罪名”的想象竞合犯概念。〔13〕因为,此种情况下诚如张教授所言——“在前面所举的案件中,甲具有两个故意:故意杀人罪的故意和保险诈骗罪的故意,”〔14〕而且事实上行为人正是在这两个故意支配下,实施了完整的杀人行为和未完成的(意图进行)保险诈骗行为,虽然行为人尚未提出保险索赔,完成整个保险诈骗犯罪,但无论在事实上还是在法律层面上,将其评价为两个行为(其中诈骗保险金的行为尚未完成)并无不妥。如果此种情况下只对行为人实施的行为作一个(故意制造保险事故)评价,那么对行为人实施保险诈骗的故意和行为就完全忽略了。更何况,刑法总则亦无想象竞合犯的原则规定,却有数罪并罚的明确规定,因此,以想象竞合犯来说明不应对此类保险诈骗行为进行数罪并罚并无法理可据。其实,由于《刑法》第198条第4款明确规定——“有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,所以,以骗取保险金为目的,故意制造保险事故(故意造成财产损失、故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病)的,无疑应当根据数罪并罚原则,以相关犯罪的既遂与保险诈骗未遂论处(后文有具体论述)。

其四,张教授之所以主张仅实施制造保险事故的犯罪行为,而没有向保险人索赔的,不成立制造保险事故所构成的犯罪(如放火、伤害或杀人罪)与保险诈骗罪的预备犯,不能数罪并罚,其重要理由之一就是——如果处罚保险诈骗的预备行为,就与《刑法》第198条要求“数额较大”从而限制本罪处罚范围的精神相悖。〔15〕但该主张似乎也有进一步推敲的余地。首先,处罚预备犯,是刑法总则上的规定,具有普适性。即使认为为了骗取保险金而故意制造保险事故是预备行为,也不能说绝对不可以处罚。其次,《刑法》第198条要求“数额较大”的保险诈骗行为才构成本罪,理论上也不能排除处罚保险诈骗预备行为的可能。我国刑法上关于诈骗类犯罪的法条中,均有“数额较大”的规定,显然,这是针对既遂情况而言的。事实上,早在1998年最高人民检察院的有关司法文件就指出:“行为人已经着手实施保险诈骗行为,但由于意志以外的原因未能获得保险赔偿的,是诈骗未遂,情节严重的,应依法追究刑事责任。”〔16〕该司法文件虽然是针对未遂作出的规定,但从逻辑上来看,保险诈骗未遂,当然也没有满足既遂前提条件下“数额较大”的标准,既然保险诈骗未遂情况下没有满足“数额较大”条件是可以处罚的,那么,如果行为人实施特别巨大数额(如数以亿计)保险诈骗的预备行为,有什么理由或根据说绝对不可以处罚呢?此外,为了骗取保险金而故意放火、杀人或伤害他人等,是属于保险诈骗罪的预备行为还是已经着手?这是一个颇有争议的问题。该问题涉及到保险诈骗的着手,本文下一节对此将有专门讨论。

综合以上分析,对于保险诈骗涉及的数罪处罚,首先,应当坚持罪刑法定原则,即刑法已经明确规定对某些行为作数罪并罚处理的,应当严格按照刑法规定处理,亦即应当严格按照刑法

〔12〕 同上注,第196页。

〔13〕 张明楷:《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第482页。

〔14〕 张明楷,见前注〔7〕,第789页。

〔15〕 参见张明楷,见前注〔4〕,第64页。

〔16〕 1998年11月27日《最高人民法院法律政策研究室关于保险诈骗未遂能否按犯罪处理问题的答复》。

关于数罪并罚的规定来处理,不得随意以超法规解释<sup>[17]</sup>来处理数罪处罚问题。其次,应当坚持以行为符合犯罪构成的个数为认定一罪与数罪的准则,即行为仅符合一个犯罪构成,就构成一个犯罪,并以一个罪处罚;行为符合数个犯罪构成,则成立数个犯罪,进而必须以数罪处罚。

## 二、保险诈骗着手问题

如何认定着手,可能是保险诈骗罪最有争议的问题。

### (一)观点评说

我国学术界对此主要有以下不同观点:

其一,保险诈骗罪作为复行为犯,行为人开始实施方法行为即欺诈行为时就是犯罪的着手,但在适用《刑法》第198条第1款规定的第(四)、(五)种手段诈骗保险金时,手段行为又构成犯罪,适用该标准来认定着手,就会有重复评价的问题,因此,比较妥当的做法就是将利用犯罪手段制造保险事故的行为看做是本罪的预备行为。易而言之,该观点主张,对于保险诈骗罪的着手,要分为两个标准来把握:《刑法》第198条第1款规定的第(一)、(二)、(三)种保险诈骗行为的着手,以实施复行为犯中的第一个行为为着手的起点;对于第(四)、(五)种保险诈骗行为,则以行为人制造保险事故之后隐瞒事故发生真实原因而开始编造时起,认定为着手。<sup>[18]</sup>

其二,就金融诈骗罪(包括保险诈骗罪)而言,“应将开始实行向被害人虚构事实或隐瞒真相的行为作为金融诈骗罪的‘着手’。其‘着手’的具体标志应是行为人以非法占有为目的开始把虚假的信息传递给被害人。”<sup>[19]</sup>

其三,实行行为只能是具有侵害法益的紧迫危险性的行为。具体到保险诈骗罪而言,只有当行为人向保险公司索赔时,才能认为保险秩序和保险公司的财产受侵害的危险性达到了紧迫程度。因此,到保险公司索赔的行为或者提出支付保险金的请求的行为,才是实行行为;开始实施索赔行为或者开始向保险公司提出支付保险金请求的行为,才是本罪的着手。<sup>[20]</sup>

[17] 由于我国刑法没有牵连犯、竞合犯等规定,无论是理论上,还是实务中,牵连犯、竞合犯等只能是一种超法规解释。我以为,学者们如果认为这样的一些概念十分重要且有必要将其立法化,就应该大力推动相关立法,在有立法根据之前,对这样一些超法规解释应该谨慎使用,应当力求避免与罪刑法定原则发生冲突。

[18] 赵秉志主编:《金融诈骗罪新论》,人民法院出版社2001年版,第629—631页。另见李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第387—391页。

[19] 刘远:《金融诈骗罪研究》,中国检察出版社2002年版,第296—297页。另有一种与此类似的观点,虽然解释有所不同——即把保险诈骗罪看作是复行为犯,《刑法》第198条第1款规定的前三种保险诈骗属于紧密型的复合行为,而后两种保险诈骗属于松散型的复合行为,对于松散型的复合型保险诈骗,只有行为人在通过虚构未曾发生的保险事故即虚构保险理赔原因之后,进而开始实际向保险公司索赔或者提出给付保险金请求时,才能认定为保险诈骗罪的着手。参见龙洋:“论保险诈骗罪的着手”,《法学评论》2009年第5期,第139—140页。

[20] 参见张明楷,见前注〔7〕,第775页。另见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第585页。

上述各种关于保险诈骗罪着手的见解,基本上都是以客观说的着手论<sup>[21]</sup>来讨论问题,虽然其都有一定的根据,但并不足以令人信服。

前述第一种观点将保险诈骗罪视为复行为犯,并认为行为人开始实施方法行为即欺诈行为时就是犯罪的着手,这应该说是初步正确的结论,但是该论者又认为,适用《刑法》第198条第1款规定的第(四)、(五)种手段诈骗保险金时,手段行为又构成犯罪,适用该标准来认定着手,就会有重复评价的问题,进而主张对于第(四)、(五)种保险诈骗行为,应以行为人制造保险事故之后隐瞒事故发生真实原因而开始编造时起,认定为着手。这就使本来初步正确的结论走向了混乱。

首先,我国刑法规定的保险诈骗罪确实属于复行为犯,即由手段(方法)行为与目的行为结合而成,而无论手段行为还是目的行为,都是刑法条文明确规定的构成要件行为。考虑到着手只是未遂的起点而不是未遂的全部,由手段行为到目的行为会有一定时空距离,由手段行为持续到目的行为而结果出现之前,均可能出现未遂形态。如果坚持着手实行犯罪就是着手实施刑法规定的构成要件行为,那么就应当始终如一地坚持实施作为构成要件的手段行为就已经是着手的开始。故不管是行为人以《刑法》第198条第1款规定的第(一)、(二)、(三)种手段进行保险诈骗,抑或以该款第(四)、(五)种手段进行保险诈骗,在刑法评价上都应当将其评价为保险诈骗罪的构成要件行为,即使在最为保守的着手学说——形式的客观说看来,实施了“符合构成要件的行为或者其他密接行为的一部分”,<sup>[22]</sup>也应当将其视为着手。可见,只要行为人实施了《刑法》第198条第1款规定的第(一)、(二)、(三)、(四)、(五)种诈骗保险的手段行为,均应认定为保险诈骗罪的着手,而根本不存在区别对待的理由。

其次,持前述第一种观点的学者,一方面认为保险诈骗罪为复行为犯,行为人开始实施方法行为即欺诈行为时就是犯罪着手,却又认为以《刑法》第198条第1款规定的第(四)、(五)种手段进行保险诈骗的,其以犯罪手段制造保险事故可看作预备行为,不以保险诈骗罪(着手)未遂论处,<sup>[23]</sup>这显然难以自圆其说。而持该见解者的主要理由,就是担心适用同一标准认定

[21] 德日刑法学上,关于着手的学说主要有:①形式的客观说:行为人实施了“逻辑上符合犯罪构成要件”的行为,至少实施了与构成要件对行为描述的词语相符合的那部分(Teilstück),肯定属于未遂(即着手)。②实质的客观说:德国学者弗兰克(Frank)认为,可以“在所有行为中找到”实施行为所谓起点,“根据自然的理解,这些行动因为与构成要件行为具有必然的紧密联系,而显得是构成要件的组成部分。”日本学者团藤博士则认为:“即使其自身未表现出构成要件的特征,但如果从整体上来看可解释为定型性的构成要件内容时,”即可认为实行的着手。③主观说:此乃新派的观点。认为未遂是指行为人的危险性格明确地被表现于外部的事实,所以,即便行为处于距离结果的发生还相当远的阶段,也可认定实行的着手。④折衷说(主观的客观说):即主张将行为的客观与主观方面联系起来考察着手。认为:必须根据行为人所计划的犯罪的实施程度,也就是要看“犯罪故意是否经受了临界形式的考验”,来评价意志的质量,如果行为人根据其构想,开始实施应该直接导致实现构成要件的行为,或者“在制定犯罪计划后直接开始实现构成要件行为”,即为着手。德国刑法及其理论采取了折衷说,而日本刑法学上则倾向于实质的客观说。参见(德)刚特·斯特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I:犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第258—263页;(日)松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第178—179页;又见(德)约翰内斯·维塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第341—343页。

[22] (日)松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第178页。

[23] 赵秉志,见前注[18],第630—631页。

《刑法》第198条第1款第四项、第五项规定的保险诈骗的着手,会造成重复评价问题。所谓重复评价,即对同一行为事实做出不止一次的刑法评价,从而不公正地加重行为人的责任。《刑法》第198条第2款明确规定:有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处理。由于行为人以制造保险事故(故意造成财产损失、故意造成被保险人死亡、伤残等)来骗取保险金,即使在尚未向保险人提出索赔的场合,事实上行为人也是以两个故意——骗取保险金的故意和制造保险事故的故意(故意造成财产损失或者造成死亡、伤残或疾病)——实施了两个行为——一个骗取保险金的行为(尚未完成)以及制造保险事故的行为,虽然表面上看来这两个行为有所重合,但无论是大陆法系刑法理论上的牵连犯或竞合犯学说,抑或英美刑法上罪数理论,都认为此属于法律上和事实上的数罪。<sup>[24]</sup>因此,即便是对此类行为以数罪论处,也绝非重复评价。

前述第二种观点强调“‘着手’的具体标志应是行为人以非法占有为目的开始把虚假的信息传递给被害人”,这与前述第三种观点——“开始实施索赔行为或者开始向保险公司提出支付保险金请求的行为,才是本罪(保险诈骗罪)的着手”基本一致。不难看出,第二、三种观点完全是实质客观说的解释论,强调预备与未遂的区别在于有无危险的“急迫性”。<sup>[25]</sup>如果认真分析该论者的观点,不难发现,该观点认为,如果被害人在还不知道欺骗信息时,尚难成立诈骗犯罪的着手。该立场试图把诈骗的着手限制在较小的范围之内,避免刑事处罚范围太宽,似乎也有值得肯定之处。但是,这一观点对犯罪太过宽容(甚至有放纵之嫌)的立场则难以令人首肯。而且就由手段行为与目的行为构成的复行为犯而言,无论是刑法理论,还是司法实践,并不要求行为人实施了目的行为才认定为着手。如勒索财物型绑架罪,是以绑架行为(手段)和索要财物(目的)两个行为构成的复行为犯,<sup>[26]</sup>无论行为人是否向相关人员发出了勒索信息、是否勒索到了财物,只要行为人实施了绑架行为,当然应当认定为已经着手(甚至足以认定为既遂<sup>[27]</sup>),这在理论上和司法实务中几乎没有争议。既然如此,执意坚持保险诈骗的着手应当以诈骗信息传递给被害人为起点,就没有充分的理论与实践依据。

## (二)保险诈骗着手的合理起点

应当肯定,要说明哪种保险诈骗着手认定的标准正确,实在是一个极其困难的事情。但是从现代法治国家的立场来看,必须从基于刑事政策所追求的价值目标或者刑法目的来阐释问题。在论及刑法目的时,剑桥大学法学院 Nicola Padfield 教授指出,刑法所追求的目的主要有:推行道德价值;处罚那些值得处罚的人;保护公众免遭侵害;改造犯罪人;

[24] 大陆法系刑法学认为,想象竞合犯在犯罪认识上为数罪,在犯罪评价上亦为数罪,仅在科刑上从一重处断;牵连犯在犯罪认识及犯罪评价上,亦均属数罪,刑法承认牵连犯的国家,仅在犯罪科刑上,从其一重处断。而英美刑法采并科原则,通常有一个罪项即成立一项犯罪。

[25] 松宫孝明,见前注[22],第178页。

[26] 也有观点认为,绑架罪并非复行为犯,而是单行为犯。参见马克昌主编:《百罪通论(上卷)》,北京大学出版社2014年版,第574页。又见张明楷:《刑法学(下)》(第5版),法律出版社2016年版,第888页。

[27] 虽然有些持绑架罪是复行为犯的学者认为,只有既实施了绑架行为,又勒索到了财物才是该罪的既遂,但是,对于一旦开始实行绑架行为即已经属于绑架罪的着手应该不会有异议。

威慑犯罪人和那些潜在的犯罪人；教育人们应当正确行为；保护秩序等。<sup>〔28〕</sup>而《美国模范刑法典》第 1.02 条指出：“支配犯罪定义的那些条款的一般目的乃是：(a) 禁止和预防那些不能证明是正当地 (unjustifiably)、无可原谅事由地 (inexcusably) 对个人或者公共利益造成实体损害或者引起实体危险的行为。”<sup>〔29〕</sup>因此，认定保险诈骗着手的起点，应当重点考虑对保险诈骗犯罪的有效防范与阻吓以及国民合法权利的基本保障，既不可以过分放宽着手认定的标准，也不可以过严掌握着手认定标准，而是应当兼顾公正与效率两方面情况来决定。

其实，关于保险诈骗犯罪的着手认定标准，应当与时俱进，不应抱残守缺，保守僵化。就此而言，也许英国刑法关于未遂(着手)的认定(判例)以及诈骗犯罪的新立法，可以为我们提供关于正确认定保险诈骗罪着手的某种启示。

#### 1. 英国未遂(涉及着手的时点)认定原则

英国关于犯罪未遂，现行刑事制定法原则上采取了“超越预备说”(an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence)。1981 年《犯罪未遂法》第 1 条规定：“意图实施本条规定的犯罪，并且实施了超出该罪预备阶段的行为的，构成该罪的未遂。”<sup>〔30〕</sup>就其司法判例情况来看，诈骗类犯罪的着手(未遂)认定，经历了不同认定标准的演变。

(1) R v. Eagleton 案<sup>〔31〕</sup>与 R v. Robinson 案<sup>〔32〕</sup>确定的骗取财物罪的着手标准——以虚假信息传递给被害方为诈骗的着手。R v. Eagleton 案发生在 19 世纪中期。基本案情是：被告人 Eagleton 与地方行政区域负责救济的人员签订了书面合同，按照约定，Eagleton 负责为穷人提供面包，每个面包重量为 3.5 磅，负责救济的人员向穷人发放了领取面包的票证，穷人们凭票证领取面包，并将票证交给 Eagleton。Eagleton 却擅自减少面包重量，没有按照合同约定的面包重量标准向穷人分发面包。后来，Eagleton 将收集的面包票证交给地区负责救济的人员，据以领取合同约定的报酬。结果，Eagleton 被指控犯有多项罪，其中包括意图以虚假信息获取钱财。本案中，行为人实施了他认为实现既遂的所有必需行为中的最后一个行为，即已经把收到的面包票证送交给了地区负责救济的人员(等待对方支付钱款)，上诉法院法官 Parke 认为，Eagleton 构成骗取财物未遂罪，因为行为人已将诈骗信息传递给对方，其已经实施的行为与诈骗既遂产生了实质性联系。Eagleton 案确立了英国刑法上认定未遂的“最后行为说”(last action)标准，即当行为人实施了构成犯罪的最后行为，而结果并未出现时，成立该罪的未遂罪。

R v. Robinson 案实际上从反面进一步确认了 Eagleton 案确立的原则：任何人不得因企图以虚假陈述获得钱财而被定罪，除非行为人向企图从其获得钱财的人或其代理人作了虚假

〔28〕 See Nicola Padfield, *Criminal Law*, England: Oxford University Press, 10<sup>th</sup> ed, 2016, p.3. (说明：这与德日刑法理论上主张的法益保护的基本思想大体一致。)

〔29〕 Model Penal Code, US: West Group, 2001, p.23.

〔30〕 参见谢望原主译：《英国刑事制定法精要》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 33—34 页。

〔31〕 R v. Eagleton, 69 E.R.766(1855).

〔32〕 R v. Robinson, 2 K.B.342(1915).

的陈述;向第三人作虚假的陈述,虽然最终是为了该第三人向受骗人作出报告,但这尚不足以成立骗取财物未遂罪。该案的基本情况是:珠宝商 Robinson 曾为他的宝石向保险公司投保,以便在发生盗抢后向保险公司索取保险金。后来他制造了被盗抢的假象,并虚假地向警方陈述他的处所发生了入室盗窃案,珠宝被盗,希望警方能做出报告,诱使保险公司支付费用;但是,在他向保险公司通报其宝石被他人入室行窃前,警察在他的保险柜里找到了他所说的被盗宝石。上诉法院认为 Robinson 的行为不成立骗取财物未遂罪,理由是 Robinson 尚没有向保险人报告虚假被盗信息,他的行为只是预备行为,而向保险人索赔才是以虚假保险理由骗取钱财未遂罪的起点。

前述两案的判决,确立了英国刑法上骗取财物犯罪需以将诈骗信息传递给被害人为着手的原则。但是,这一原则被后来的判例所改变。

(2)DDP v. Stonehouse 案<sup>[33]</sup>确立的骗取财物罪的着手标准。本案基本情况:上诉人是一位著名的政治家、公众人物和商人,他在英格兰的五家保险公司以他妻子为受益人投保了寿险。当时他身陷经济困境,他到了美国的迈阿密,在那里他伪造了溺水死亡的假象。然后,用假护照去了澳大利亚。他的目的是使他的妻子能够在他死后获得根据保险单支付的款项。他妻子及其保险公司通过新闻媒体报道获悉了他死亡的消息。但是,他在澳大利亚被发现之前没有提出任何索赔。他的妻子一直不知道他实施的行为。上诉人被逮捕并引渡到英国,他被控多项罪名,其中包括企图使他的妻子能够通过欺骗手段从五家保险公司获得保险金。在他的审讯中,法官指导陪审团,如果他们认为上诉人是在溺水中虚报死亡,不诚实地打算提出索赔并从保险公司获得金钱,这将构成企图以欺骗手段取得财物的罪行。<sup>[34]</sup>陪审团判定上诉人犯有上述罪行,上诉法院维持原判。Diplock 法官认为:未遂与既遂存在直接联系,而“直接联系”意味着“越过了未遂认定的临界点”,即行为人已经实施了“能力范围内的所有行为”,故其行为成立未遂罪。<sup>[35]</sup>

此判例显然改变了英国刑法上认定骗取财物罪的未遂(着手)认定的标准——不再绝对以将虚假信息传递给被害人为着手,而是以行为人实施了最后具有实质意义的行为为未遂罪(着手)起点了。在此基础上,英国刑法进一步发展并形成了现在通行的未遂罪起点认定标准——“超越预备说”。

## 2. 2006年《诈骗罪法案》(Fraud Act 2006)的修正

为了统一以欺骗手段骗取财物犯罪的认定,英国在2006年颁布了《诈骗罪法案》。该法案的最大特点就是统一了英国各类骗取财物犯罪的类型,同时,将以前属结果犯的诈骗罪,修改为行为犯。

[33] DDP v. Stonehouse, 65 Cr.App.R.192, 210(1977).

[34] 英国并没有专门规定像中国刑法中的保险诈骗罪,而是将以欺骗手段骗取财物的行为统称为“以虚假理由骗取钱财罪(obtaining money by false pretence)”。2006年《诈骗罪法案》将各类诈骗罪统一纳入诈骗罪范围。

[35] DDP v. Stonehouse, 65 Cr.App.R.192, 210(1977).

根据 2006 年《诈骗罪法案》，英国的诈骗罪大体上分为三类：以虚假陈述诈骗、<sup>[36]</sup>以不披露信息诈骗、<sup>[37]</sup>以滥用身份诈骗。<sup>[38]</sup> 另外，该法案第 11 条规定了“不诚实地获得服务罪”（obtaining service dishonestly）。<sup>[39]</sup> 三种类型的诈骗罪在具体构成要件方面略有不同。根据《诈骗罪法案》第 1 条、第 2 条以及第 5 条规定，以虚假表示方式实施的诈骗罪，其构成要件为：行为人做出了虚假表示，即不真实的或者误导性的表示；行为人明知他的表示为不真实或者误导性的，或者明知他的陈述可能是不真实的或误导性的；行为人意图使自己或他人获利，或者意图造成他人损失或陷他人于损失的风险之中；行为人是诚信的。而根据该法案第 1 条、第 3 条和第 5 条的规定，以不披露信息方式实施的诈骗罪，其构成要件为：行为人具有披露信息的法律义务，却不披露信息；行为人意图使自己或他人获利，或者意图造成他人损失或陷他人于损失的风险之中；行为人是诚信的。根据该法案第 1 条、第 4 条和第 5 条的规定，以滥用身份方式实施的诈骗罪，其构成要件为：行为人处于特定职位，基于该职位，行为人被期待去保护他人金融利益或者被期待不做出违反他人金融利益的行为；行为人滥用该职位；行为人意图使自己或他人获利，或者意图造成他人损失或陷他人于损失的风险之中；行为人是诚信的。无论哪一种形式的诈骗罪，都不要求被害人事实上受骗并交付财物，更不要求行为人实际取得或者控制了被害人的钱财；只要行为人实施了前述行为并符合了其他的主观要件，哪怕是被害人并没有上当受骗，也可认定诈骗罪既遂。<sup>[40]</sup> 该罪甚至不要求行为人实际上使被害人陷入财

[36] 根据《诈骗罪法案》第 2 条，(1)有下列行为之一的，就是以虚假表示 (representation) 诈骗——(a) 不诚实地作虚假表示，或者 (b) 通过作虚假表示，意图——(i) 使自己或者使他人获利，或者 (ii) 造成他人损失或者使他人陷于损失之危险。(2) 下列情形属于虚假表示——(a) 该表示是不真实的或者误导性的，以及 (b) 行为人知道其表示是不真实或者可能误导性的。(3) “表示”，是指对事实或法律的表示，包括对下列人员心理状态的描述——(a) 作表示者，或者 (b) 任何其他人员。(4) “表示”可以是明示的，也可以是暗示的。(5) 就本条而言，如果一个表示 (或者任何暗示该表示的事物) 以任何形式被提交给任何用来接收、传递信息或者对信息作出反应的系统或者设备，便可认为表示已成立，无论有无人为的干涉。

[37] 根据《诈骗罪法案》第 3 条，有下列情形之一的，属于以不披露信息诈骗——(a) 具有披露信息的法律义务而不诚实地不对他人披露信息，以及 (b) 意图通过不披露信息而——(i) 使自己或者他人获利；或者 (ii) 造成他人损失或者使他人陷于损失之危险。

[38] 根据《诈骗罪法案》第 4 条，(1) 有下列情形之一的，是以滥用身份诈骗——(a) 具有被期待保护他人金融利益的身份或者具有不做出损害他人金融利益的身份，(b) 不诚实地滥用了其身份，以及 (c) 通过滥用身份，意图——(i) 使自己或者他人获利，或者 (ii) 使他人受损或陷于受损之危险。(2) 滥用身份诈骗可以由作为构成，也可以由不作为构成。

[39] 根据《诈骗罪法案》第 11 条，(1) 下列使自己或者他人获得服务的，构成本条规定的犯罪——(a) 通过不诚实的行为，以及 (b) 违反下列第 (2) 款。(2) 符合下列情形的，是违反本款规定获得服务——(a) 该服务是基于已经、正在或者将要付款或者支付相关对价之前提，才可享受的服务，(b) 行为人获得了服务却没有给付任何钱款或者相关对价，或者没有支付全部钱款；并且 (c) 在获得服务之时，行为人明知——(i) 这些服务是基于 (a) 项描述才可获得的服务，或者 (ii) 这些服务可能是前述性质的服务，却意图不付款或者不付全款。(3) 犯本条规定之罪的，可以——(a) 经简易程序定罪的，处不超过 12 个月监禁，或者处不超过法律规定的最高额罚金 (或者二者并罚之)；(b) 经公诉程序定罪的，处不超过 5 年监禁，或者处罚金 (或者二者并罚之)。(4) 前列第 (3) 款 (a) 项，适用于北爱尔兰相关犯罪，但处不超过 6 个月监禁。

[40] Dennis J. Baker, *Glanville Williams Textbook of Criminal Law*, UK: Sweet & Maxwell Press, 4ed, 2015, pp. 1419-1421.

产损失的风险,尽管主观上要求行为人是意图获利或者造成财产损失,或者陷他人于财产损失的风险。相较于以诈欺手段取得财物的旧罪,2006年《诈骗罪法案》规定的诈骗罪将以前原本属于“诈欺取财未遂”的行为规定为新的诈骗罪的实行行为,并不要求行为人的诈欺行为和被害人受骗之间具有因果关系。新的诈骗罪更强调其“骗”的本质,本罪规制的核心乃是不诚信的诈欺行为,而非诈欺后果,这显然大大提高了对诈骗犯罪的打击与防范力度!

### 3.我国保险诈骗罪着手起点的合理界定

英国刑法立法对诈骗罪作这样的调整,显然是因为当代社会中诈骗犯罪有愈演愈烈的趋势,并对社会与国民个人的财产利益构成严重威胁,有必要通过提高对诈骗犯罪的打击与防范力度满足社会与国民财产安全保护的需要。这对于我国认定诈骗罪——特别是保险诈骗罪的着手有重要借鉴意义,<sup>[41]</sup>这就是从有利于打击与防范保险诈骗犯罪的刑事政策角度来考虑,选择科学、合理的时点作为保险诈骗的着手。

关于犯罪的着手的认定的具体标准,司法实务中完全依靠解释论来阐释犯罪的着手问题。但是,根据《刑法》第23条的规定——“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂”,法条所说的“着手实行犯罪”,应当理解为着手实行法条所规定的构成要件行为。如果这样理解符合逻辑因而是正确的话,那么我国刑法关于犯罪未遂的规定,其实与《德国刑法典》第22条规定具有实质相同性——“依其对犯行之想象,直接着手于构成要件之实现者,为犯罪之未遂。”<sup>[42]</sup>值得注意的是,尽管德国刑法学上有多种关于未遂(着手)的认定学说,<sup>[43]</sup>但更为流行的却是“中间动作论”(Zwischenaktstheorie)。该学说认为:如果按照行为人的计划,在行为人的行为和实际构成要件的实现之间不再存在进一步实质性中间步骤,这使得外人可以将这个事实发生过程统一起来把握时,这就是未遂(力图,亦即着手)。例如,入室盗窃情况下,行为人为了直接从房屋里拿走东西,而将院子里的狗干掉,这就已经是盗窃的着手了。<sup>[44]</sup>不仅如此,虽然保险诈骗在德国并不是独立罪名,而是诈欺罪的一个类型(与英国的情形一致),但是根据《德国刑法典》第263条第3款第5项规定,“基于诈骗保险金之目的,其或第三人放火烧具价值之物,或放火将物完全或部分烧毁,或使船沉没或搁浅”,即构成欺诈罪。这就意味着德国与保险诈骗有关的欺诈罪也是行为犯了,以骗取保险金为目的而制造保险事故,这不仅是诈骗的着手,甚至足以成立犯罪既遂了。<sup>[45]</sup>《德国刑法典》第265条规

[41] 这里,我说的借鉴意义,不是提倡将我国的诈骗罪也在立法上修改为行为犯,而是认为英国立法上充分考虑刑法预防功能的刑事政策价值取向值得学习借鉴。

[42] 何赖杰、林钰雄、李圣杰等译:《德国刑法典》,元照出版社2017年版,第19页。

[43] 德国关于力图(未遂,亦即着手)的学说主要还有:①领域论。认为只要行为人侵入了受害人的保护领域,并且犯罪行为和其追求的结果具有时间上的紧密联系,那么就是力图。②考验论。认为如果行为人从自己角度看,已经跨越了相应界限(跨越了临界点),那么就是力图。③举止在外说。认为如果在外人看来,行为人的举止已经可以被理解为是决议违反规范,即外部情状已经表征其实现了构成要件的开端,这就是力图。④危险论。认为如果对法益造成了具体的危险,就是力图。参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第297—299页。

[44] 同上注,第299页。说明:该学说其实与英国刑法理论上的“超越预备说”实质上相同。

[45] 参见何赖杰等,见前注[42],第339页。

定的滥用保险罪同样体现了这一精神。<sup>[46]</sup>

通过以上分析,参考两大法系未遂(着手)理论,结合我国刑法规定与刑法理论,笔者认为:就我国保险诈骗罪的认定而言,固然不能简单照搬照抄英国或德国等立法或司法例。但是它们在立法上和司法上高度重视犯罪预防与阻吓的做法却值得我们借鉴。就我国的保险诈骗罪着手的认定来说,如果一味强调以保险诈骗信息是否传递给被害人为着手起点,这显然极不利于打击与防范日益增多的保险诈骗犯罪。<sup>[47]</sup>考虑到我国的刑法立法与司法实际情况,对于保险诈骗罪的着手,仍然应当坚持——着手实行犯罪,是指行为人已经开始实行刑法分则所规定的具体犯罪构成要件中的犯罪行为。<sup>[48]</sup>据此,行为人公然开始实行保险诈骗罪的构成要件行为之时即为保险诈骗的着手。所谓“公然”,是指行为人无视刑法规范要求,以明显显示其犯罪危险性的方式实施刑法规定的犯罪构成要件行为。换言之,行为人以表现于外的客观行为明确显示其犯罪意图,显示了对法益侵害的危险时,即可认为其着手实行犯罪。具体言之,行为人以骗取保险金为目的,公然开始实行《刑法》第198条规定的五种保险诈骗行为,即虚构保险标的、对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失程度、编造未曾发生的保险事故、<sup>[49]</sup>故意造成财产损失的保险事故,或者造成被保险人死亡、伤残或疾病的保险事故,这均是保险诈骗的着手。前述前三项保险诈骗所涉及的行为,无论是“虚构”“编造”还是“夸大”,其特点乃是通过虚假描述事实来骗取钱财,这与英国《2006年诈骗罪法案》第1条第2项规定的“以虚假表示诈骗”(fraud by false representation)具有实质相似性。对于这一类行为,英国立法已经将其作为诈骗犯罪既遂来看待了,即便是保守一点,我们为什么不可以将其作为诈骗的着手(未遂)呢?而前述后两项保险诈骗行为,由于“故意造成财产损失的保险事故,或者造成被保险人死亡、伤残或疾病的保险事故”更不言而喻属于《刑法》第198条规定的保险诈骗罪的构成要件,故行为人只要以骗取保险金为目的,开始实施造成财产损失、造成被保险人死亡、伤残或疾病的保险事故的行为,就当然应当认定为保险诈骗的着手,而何必等到行为人在制造保险事故后进而提出索赔要求时才认定为着手?

[46] 该条规定:有下列行为者,成立滥用保险罪:①为自己或他人取得保险给付,毁损、致令不堪用,或让与已保险灭失、毁损、可用性之物者,当犯罪未依第263条处罚之。②未遂犯罚之。参见何赖杰等,见前注[42],第344页。

[47] 根据有关学者的实证研究,我国(特别是经济发达地区)保险诈骗犯罪呈逐年上升趋势。参见浙江省宁波市海曙区人民法院课题组:“保险诈骗案件专题分析报告”,《法律适用》2018年第2期,第91页。

[48] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年出版,第153页。持同样见解的还有陈兴良教授等。参见陈兴良:《规范刑法学(上册)》(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第212页。

[49] 如果行为人只是为了骗取保险金而自己私下准备虚构保险标的、编造保险事故原因或夸大损失程度、编造未曾发生的保险事故方面信息材料,并未向相关人员或者部门送交或提出,这仍然属于预备行为。一旦行为人出于骗取保险金的目的而向保险公司及其代理人,以及保险定损机构、保险事故的鉴定部门(如消防部门、交通管理部门)等作出前列行为,就应当视为着手。以虚构保险标的的诈骗为例,当行为人出于骗取保险金的目的,在与保险人签订保险合同时,虚构保险标的,这时就应当视为保险诈骗的着手。因为行为人此刻已经实施了属于“虚构保险标的”的构成要件行为,这不仅已经明确显示了行为人的犯罪意图,而且已经显示了对法益侵害的危险。

### 三、保险诈骗共犯<sup>[50]</sup>问题

关于保险诈骗的共同犯罪,最有争议的问题主要是以下两个:一是《刑法》第198条第4款是注意规定(提示规定)还是特别规定(拟制规定)?二是有身份者与无身份者共同实施保险诈骗如何定性?

#### (一)《刑法》第198条第4款是注意规定还是特别规定

##### 1. 注意规定论

张明楷教授认为,“本款规定属于注意规定,而非特别规定。”<sup>[51]</sup>其理由在于:注意规定是在刑法已有相关规定的前提下,提示司法人员注意,以免司法人员忽略的规定;注意规定的设置并没有改变相关规定的内容,只是对相关规定内容的重申或者具体化;即使没有注意规定,也存在相应的法律适用根据。特别规定则不同,它指明即使某种行为不符合普通规定,但在特殊条件下也必须按照基本规定论处,如果没有特别规定,意味着对该行为不能按照基本规定论处。<sup>[52]</sup>基于前述理解,张教授进一步指出:将某种规定视为特别规定还是注意规定,会导致适用条件的不同,形成不同的认识结论;也会导致对相关条文的理解不同。如果认为《刑法》第198条第4款属于拟制(特别)规定,那就存在两个明显缺陷:其一,其他行为(如教唆保险诈骗,或者实施“提供虚假的证明文件”之外的帮助行为)即使符合刑法总则规定的共犯成立条件,也不能以保险诈骗罪的共犯论处;其二,在类似条文中(如关于金融诈骗的其他条文)没有设立本款类似规定的,即使行为人故意提供虚假证明文件,为他人骗取保险金提供帮助的,不得以共犯论处。<sup>[53]</sup>

##### 2. 特别规定论

阙建峰教授持相反的观点,他认为:《刑法》第198条第4款属于保险诈骗罪共犯的特别规定,而非一般注意性规定。其理由在于:其一,该款是对片面共犯的特别规定,突破了刑法总则共同犯罪要求有共同故意的原有规定;其二,不能基于该款与《刑法》第229条(中介组织人员提供虚假证明文件罪)之间的竞合关系来认定其属于注意规定,因为该款是针对保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人而规定的,虽然鉴定人、财产评估人可能属于“中介组织人员”,但是“证明人”却并不一定是中介组织人员;其三,将该款定位为特别规定,既不妨碍对保险诈骗罪其他共犯的处罚,也不排斥在其他金融诈骗犯罪中对故意提供虚假证明文件的行为以相应犯罪的共犯论处。因为该款规定不是关于保险诈骗罪共犯的排他性规定,保险诈骗罪的其他共

[50] 本文是在中国刑法语境下使用“共犯”概念,即共同犯罪之谓也。近些年来,有些学者往往以德日刑法学上的“正犯”与“共犯”概念来研究中国共同犯罪问题,却不去认真研究中国刑法上的“主犯”与“从犯”问题。这是令人费解的事情。

[51] 张明楷,见前注[4],第36页。

[52] 张明楷,见前注[4],第36页。持这样观点者有李邦友教授、高艳东教授、孙万怀教授、赵运峰教授等。参见李邦友、高艳东:“金融诈骗罪研究”,人民法院出版社2003年版,第462—463页;孙万怀:“保险诈骗罪共同犯罪的实践难题及合理解决”,《法学家》2012年第6期,第98—100页;赵运峰:“保险诈骗罪司法疑难问题研究”,《上海保险》2013年第3期,第32—34页。

[53] 张明楷:《刑法分则的解释原理(下)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第625—626页。

同犯罪形式(如教唆、帮助实施保险诈骗等),依然可以依照刑法共同犯罪基本理论来处理;其四,将该款视为特别规定,更能表现出其独特立法价值,更符合其立法原意。<sup>[54]</sup>

### 3. 评析

显然,注意规定论与特别规定论的立场对立,导致了两个很不一样的结论:前者并不承认《刑法》第198条第4款规定了保险诈骗罪的片面共犯,持该立场的学者强调,成立保险诈骗罪的共同犯罪,也必须满足刑法总则关于共同犯罪成立的条件;<sup>[55]</sup>后者明确肯定,该款就是关于保险诈骗罪片面共犯的特别规定,但并不排除保险诈骗罪的其他共同犯罪(依刑法总则共同犯罪规定)成立可能性。<sup>[56]</sup>

前述两种对立观点虽然各有道理,但是均明显存在不足。究其原委,问题乃在于:注意规定论者把注意规定(提示规定)与特别规定绝对对立起来,<sup>[57]</sup>而这样绝对化地理解并不符合法律条文本来内涵,而特别规定论者则把特别规定与拟制规定绝对同一化,而事实上二者不仅不是同一的,而且是很不一样的概念。

在笔者看来,注意规定与特别规定并非完全不同的概念,注意规定应当包括一般注意(提示)规定和特别注意(提示)规定,<sup>[58]</sup>换言之,一般注意规定与特别注意规定均属于注意规定的范畴,而特别规定并不等于拟制规定。分述如下:

一般提示规定或者一般注意规定,是指法条(或者司法解释)所做出的具有一般提醒性质的规定,它并不增加或者缩小犯罪成立的要件,即使法条不作这样的规定,也并不影响根据刑法总则以及分则规定或者刑法原理来适用法条。如《刑法》第272条(挪用资金罪)第2款规定,“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司或者企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的(指:挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人使用),依照本法第384条的规定定罪处罚。”该款就是典型一般提示规定,没有

[54] 阴建锋:“保险诈骗罪的共犯问题研究”,《河南大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第43—44页。持该款为特别规定观点的,还有李浣、田晓佳:“保险代理人帮助他人骗保如何定性?”,载《检察日报》2016年7月3日,第3版;杨俊、叶小舟:“论保险诈骗罪的共犯关系”,《福建警察学院学报》2013年第3期,第47—48页。

[55] 如王焕婷认为:本款不是关于片面共犯的规定,保险诈骗罪共犯的成立需要满足刑法总则关于共犯成立的条件,保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人提供虚假证明文件为他人骗保提供条件的,构成犯罪的应以提供虚假证明文件罪论处。参见王焕婷:“保险诈骗罪共犯法条性质分析——以注意规定和法律拟制为视角”,《河南司法警官职业学院学报》2013年第1期,第75页。

[56] 阴建锋,见前注[54],第43—44页。

[57] 张明楷教授是注意规定论代表者。他在《保险诈骗罪的基本问题研究》一文中,使用了“特别规定”而没有使用“拟制规定”,但在《刑法分则的解释原理》中使用了“法律拟制”(即拟制规定)来指称“特别规定”。可见张教授将“特别规定”与“拟制规定”视为同一概念,而且认为“特别规定”或者“拟制规定”与“注意规定”是完全不同的概念。参见张明楷,见前注[4],第36页;张明楷,见前注[53],第625—644页。

[58] 彭辅顺副教授曾经提出并论证了“指示规定”的概念,并认为它是与“注意规定”和“法律拟制”并列的概念。参见彭辅顺:“论刑法分则中指示规定与法律拟制的区分”,《苏州大学学报(法学版)》2017年第2期,第40—47页。说明:笔者基本赞同彭教授的立场,不过,为了保持用语与逻辑上的一致性,本文使用“特别注意规定”或者“特别提示规定”来指称彭教授所说的“指示规定”。同时,笔者并不认为“特别提示规定”是与注意规定和法律拟制并列的概念,而是认为注意规定包括一般注意规定与特别注意规定。

该规定,同样可以根据刑法总则关于国家工作人员的规定以及有关挪用公款罪的分则规定处理涉案行为。从立法技术层面来看,一般提示规定似显多余,并无重要实质意义。

特别规定也可称之为特别注意(提示)规定,是指法条(或者司法解释)用来特别提醒注意之事项,在不改变原有法条基本内容和基本精神前提下,会部分改变法条适用内容。如《刑法》第171条第3款规定,“伪造货币并出售或者运输伪造的货币的,依照本法第170条的规定定罪从重处罚。”该款就属于特别提示规定。本来,没有本款规定,根据《刑法》第170条的规定和刑法学原理,对于伪造货币并出售或者运输伪造的货币的,也应该按照伪造货币罪论处,但是该特别规定增加了“从重处罚”的内容,这就意味着,对伪造货币并出售或者运输伪造的货币的,不是单纯按照伪造货币罪论处,而必须按照伪造货币罪定罪并在法定刑幅度内从重处罚。特别规定还有两种情况:其一,当不同法条存在特别法与普通法关系时,立法者通过特别规定来指引法条适用,明确规定适用特别法。如《刑法》第394条第2款规定,“缉毒人员或者国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的,依照前款规定从重处罚”,即根据该特别规定按照“包庇毒品犯罪分子罪”从重处罚,而不能按照《刑法》第310条规定的普通“包庇罪”论处;其二,当法条适用可能存在多种选择时,指明如何具体适用法条。如《刑法》第280条之一第2款规定:“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”如果没有该款规定,遇到“同时构成其他犯罪的”,本来应该数罪并罚,但是有了该款规定,则只能选择从一重罪处断。

拟制规定不宜认为是特别规定。拟制规定某种程度上具有类推性质,<sup>[59]</sup>本质上是将相关法条没有明确规定的內容,通过拟制进而纳入法条适用范围。拟制规定具有“从无到有”的特性,即某种行为本来不属于特定法条的内容,立法者或者司法解释者通过拟制规定,使得特定法条具有了通常情况下本来不具有的内容。拟制规定的特点就是明显改变法条适用范围。如《刑法》第267条第2款规定,“携带凶器抢夺的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚(即按照抢劫罪论处)。”“携带凶器抢夺”本来并非抢劫罪的构成要件,立法者通过拟制规定(将携带凶器抢夺类推规定为抢劫),从而增加了抢劫罪的客观要件,进而实质性扩大了抢劫罪的成立范围。

通过以上简要分析,可以看出《刑法》第198条第4款应该属于特别注意规定,即突出强调“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗罪的共犯论处”,该规定确实部分增加了保险诈骗罪共同犯罪成立的范围,即一定意义上规定了保险诈骗罪的片面共犯。但是,不能据此将其理解为拟制性规定。这是因为,虽然《刑法》第198条第4款增加了保险诈骗罪的片面共犯规定,却并没有排斥其他保险诈骗罪的共犯成立可能性。该特别注意规定的意义主要在于:

其一,放宽了保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假证明文件,帮助他人实施保险诈骗的共同犯罪成立标准。从法条用语来看,并不要求保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人与保险诈骗的实行犯有通谋或者有共同故意,只要其故意提供虚假证明文件,帮助他人实施保险诈骗,即可构成保险诈骗罪的共同犯罪。事实上,我国刑法和司法解释中还有多处

[59] 这里所说“类推性质”仅仅是一种比如,如果法律已经做出拟制规定,这种规定也就具有了“法定性”,因而脱离了一般意义上的类推。这正如所谓“帮助行为正犯化”一样,一旦立法上将帮助行为作为独立的犯罪论处,就不存在帮助行为正犯化一样。

类似规定。<sup>〔60〕</sup>之所以如此,可能是因为立法者和最高司法机关认为此类行为社会危害性极大,如果坚持一般共同犯罪的认定原则,不利于打击与防范此类共同犯罪,故有意降低了此类共同犯罪成立的标准。即便是没有这样的特别提示规定,对这类行为也可以根据刑法总则关于共同犯罪的规定论处。该款规定其实并没有从无到有地创设(拟制)保险诈骗罪共犯要件,只不过是原有保险诈骗共同犯罪基础上适当淡化了个别要件(共同故意)。

其二,指明了法条竞合情况下优先适用特别法。相对于普通法条而言,特别法条均属于特别注意规定。特别注意规定之“特别”,不在于没有此规定就不作为犯罪论处,而在于没有此规定就不按照此特别规定处理。<sup>〔61〕</sup>就《刑法》第198条第4款而言,如果没有此特别注意规定,对于保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假证明文件的,则应当按照普通法条规定论处——即按照《刑法》第229条第1款规定的提供虚假证明文件罪论处。正因为有了《刑法》第198条第4款的特别注意规定,所以就应当选择适用特别法条——即按照本款规定论处。<sup>〔62〕</sup>

## (二)有身份者与无身份者共同实施保险诈骗如何定性

有身份者与无身份者共同实施保险诈骗犯罪,可能主要涉及两方面问题:一是投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结,共同实施保险诈骗行为如何定性?二是投保

〔60〕 类似的法律规定和司法解释还有:①《刑法》第350条第2款规定:“明知他人制造毒品而为其提供前款规定的物品的,以制造毒品罪的共犯论处。”②1998年12月29日《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第1条第3项规定:“明知用于骗购外汇而提供人民币资金的,以共犯论处。”第5条后半段规定:“明知是伪造、变造的凭证和单据而售汇、付汇的,以共犯论,依照本决定从重处罚。”此外,有关司法解释中亦有类似规定:①2001年4月9日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定:“知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件,或者提供制假生产技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。”②2003年12月23日最高人民法院、最高人民检察院与公安部以及国家烟草专卖局《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》第4条规定:“知道或者应当知道他人实施本纪要第1条至第3条规定的犯罪行为,仍实施下列行为之一的,应认定为共犯,……”③2004年12月8日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第16条规定:“明知他人实施侵犯知识产权的犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。”

〔61〕 张明楷教授认为,如果认为《刑法》第198条第4款是特别规定,那么就必然得出两个结论:其他行为即使符合刑法总则规定的共犯成立条件,也不得认定为保险诈骗罪的共犯;在类似条文中(如关于金融诈骗罪的其他条文)没有设立与本款类似规定的,即使行为人故意提供虚假证明文件,为他人诈骗提供条件的,不得以共犯论处。显然,张教授是基于将注意规定与特别规定完全对立的立场来阐释问题,而这种将注意规定与特别规定完全对立的立场可能没有科学合理揭示一般注意规定与特别注意规定的内涵,因而这两个结论是值得商榷的。参见张明楷,见前注〔4〕,第36页。

〔62〕 关于《刑法》第198条第4款与第229条第1款的关系,有的学者认为是想象竞合关系,有的认为是法条竞合关系。我倾向于认为二者属于法条竞合关系。虽然《刑法》第198条第4款规定的“证明人”可能不能与“中介组织人员”完全重合,但这并不影响我们按照法条竞合犯的原则来处理这两个法条的关系——对于“证明人”中那些不属于“中介组织人员”的那部分行为人,直接适用《刑法》第198条第4款就可以了,即不必考虑法条竞合因素。

人、被保险人、受益人与其他人伙同实施保险诈骗的行为如何定性？

1. 关于投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施

对于保险诈骗行为的定性,主要有以下观点:按照主犯的犯罪性质来定性(主犯决定说);按照实行犯的犯罪性质来定性(实行犯决定说);〔63〕折中说,即主张对内外勾结骗取保险金的案件,除了考察实行犯的犯罪性质,还要考虑各行为人的行为所触犯的罪名,考察共同犯罪中核心角色从而确定共同犯罪性质,再比较法定刑的轻重,进而决定是否分别定罪。〔64〕

在我看来,前述第二、三种观点可能存在以下问题:

首先,实行犯决定说,不能正确区分投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施的保险诈骗行为性质。比如,在保险公司内部国家工作人员暗中策划指挥下,由投保人(实行犯)虚构保险标的,向保险公司索赔并骗取保险金的,按照实行犯(投保人)所实施的行为来定性,对在共同犯罪中起主要作用的保险公司内部国家工作人员也只能定保险诈骗罪而不能定贪污罪,这不仅有轻纵犯罪之嫌,而且没能够正确评价在犯罪中其核心作用者的行为性质。

其次,有学者认为,主从犯是在确定了共同犯罪的前提下认定的,它是责任大小的依据,不可以作为行为定性的依据。〔65〕这一观点可能对“按照主犯的犯罪性质来定性”有所误读。这里讨论问题,是以假定行为人之行为构成犯罪为前提,不存在先确定责任大小,然后确定行为性质问题,而是要讨论在成立犯罪的情况下,究竟依据哪一类行为人(主犯还是实行犯)之行为来确定共同犯罪性质?

其三,否定主犯决定说的学者认为,投保人等与保险公司的工作人员所起作用同样大小时,则无法确定罪名。〔66〕这种担忧实无必要。按照我国司法实践中处理共同犯罪的原则,在无法区分共同犯罪人之主从犯时,就不必区分,可以对共同犯罪人均以主犯论处。〔67〕据此,当投保人等与保险公司的工作人员所起作用同样大小时,按照犯罪参与者独立可以构成的哪一个罪认定皆属合理。

其四,至于有学者认为,主犯决定说会使那些保险公司的国家工作人员避重就轻,有意地让非国家工作人员起主要作用,逃避贪污罪责。〔68〕这种推论虽有可能成立,但实无必要担

〔63〕 参见林荫茂:“保险诈骗犯罪定性问题研究”,《政治与法律》2002年第2期,第65页。

〔64〕 参见张明楷,见前注〔4〕,第40页。但是,张教授对此观点后来有所修正。他指出:“在被保险人与国有保险公司工作人员相互勾结骗取保险金的情况下,被保险人便既是贪污罪的正犯,又是贪污罪的教唆犯、帮助犯;国有保险公司工作人员则既是贪污罪的正犯,又是保险诈骗罪的教唆犯、帮助犯。既然如此,就表明被保险人与国有保险公司工作人员的行为都同时触犯了贪污罪与保险诈骗罪,成立想象竞合犯。……二人虽然构成共同犯罪,但对国有保险公司工作人员按贪污罪的正犯处罚,对被保险人按保险诈骗罪的正犯处罚。”参见张明楷,见前注〔13〕,第442页。

〔65〕 张明楷,见前注〔4〕,第38页。

〔66〕 张明楷,见前注〔4〕,第38页。

〔67〕 2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“对于国家工作人员与他人勾结,共同非法占有单位财物的行为,……司法实践中,如果根据案件的实际情况,各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当,难以区分主从犯的,可以贪污罪定罪处罚。”该纪要虽然是针对贪污罪共同犯罪所做的解释,但它反映了我国司法实践中处理有关共同犯罪分不清主从时的基本立场。

〔68〕 参见张明楷,见前注〔4〕,第38页。

心。因为,即便犯罪人如学者想象的如此精明,他也只是逃过贪污罪责,而逃不过保险诈骗罪责!而对于国家来说,此种情况下,重要的是犯罪人必须受到处罚,至于犯罪人利用法律规定选择对自己有利的行为,这恐怕是国家法律无能为力的事情(这就如很多人合理避税一样),也是国家不必计较的事情。

其五,第三种观点实际上是主犯决定说与实行犯决定说的折中,其主张“除了考察实行犯的犯罪性质,还要考虑各行为人的行为所触犯的罪名,考察共同犯罪中核心角色从而确定共同犯罪性质,再比较法定刑的轻重,进而决定是否分别定罪”。这种见解主张的判断标准含糊而不明确,实践中将很难操作,进而会使司法人员无所适从。

有鉴于此,坚持主犯决定说的立场与观点,可能仍然是更有利于解决实践问题的首选方略。理由如下:

主犯决定说至少具有可资参考的司法解释依据,且已被我国司法人员广泛接受。早在1985年7月18日,最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理经济犯罪案件中具体适用法律的若干问题的解答(试行)》就指出:“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪(包括一般共同犯罪和集团犯罪),应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本特征决定的。”<sup>[69]</sup>此后,2000年6月27日《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第3条进一步指出:“公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。”这两个司法解释虽然不是专门针对保险诈骗共同犯罪做出的,但无疑对司法实践中处理保险诈骗共同犯罪问题具有重要参考意义。因此,关于投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施的保险诈骗行为,按照主犯行为性质定性,某种意义上可以说有司法传统可循。而按照其它方式来认定投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施的保险诈骗行为性质,因为存在前述诸多问题而并不妥当,既然如此,还不如回归传统,继续坚持以主犯行为性质来认定投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施的保险诈骗行为性质。

根据以上分析,结合我国有关刑法条文和司法解释规定,对于投保人、被保险人、受益人与保险公司内部人员相互勾结共同实施的保险诈骗行为,可以分不同情况来处理:

其一,保险公司内部的非国家工作人员起主要作用,与投保人、被保险人、受益人共同故意实施《刑法》第198条规定的行为骗取保险金的,应当依照《刑法》第183条第1款规定论处,即以职务侵占罪的共同犯罪论处。<sup>[70]</sup>

其二,保险公司内部的国家工作人员起主要作用,与投保人、被保险人、受益人共同故意实施《刑法》第198条规定的行为骗取保险金的,应当依照《刑法》第183条第2款规定论处,即以

[69] 该司法解释在2013年1月18日被废止。但它对后来的司法解释仍然产生了正面影响。2000年6月27日《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》还是承袭了其立场。

[70] 《刑法》第183条第1款和第2款虽然只规定了“保险公司的工作人员利用职务便利,故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔”,依照职务侵占罪或者贪污罪定罪处罚,但是,保险公司工作人员利用职务便利,以其他方式非法骗取本单位财产的,依据《刑法》第271条和第382条、第383条,依然可以分别构成职务侵占罪或者贪污罪。

贪污罪的共同犯罪论处。<sup>[71]</sup>

其三,保险公司内部的国家工作人员与投保人、被保险人、受益人共同故意实施《刑法》第198条规定的行为骗取保险金,所起作用相当,难以区分主从的,以贪污罪或者保险诈骗罪论处均可。(此种情况也可按照两个重要刑事政策原则之一处理:有利于被告原则,即定哪个罪对被告人有利,就以哪个罪论处;从重罪处断原则。由于此时定哪个罪都可以,如果根据具体案件情形,有必要选择处罚较重的一个罪来处理,那么选择从重罪处断就具有合理性。至于究竟如何选择罪名,可以交给人民法院或者法官根据当时刑事政策情形决定。)

其四,保险公司内部的非国家工作人员,与投保人、被保险人、受益人共同故意实施《刑法》第198条规定的行为骗取保险金,所起作用相当,难以区分主从的,以职务侵占罪或者保险诈骗罪论处均可。(此种情况也可按照前述其三括号中的思路处理。)

#### 2.关于投保人、被保险人、受益人与其他人伙同实施保险诈骗行为的定性

此种情况是指投保人、被保险人、受益人与保险公司以外的其他人共同实施保险诈骗行为如何定性。比如,投保人与汽车修理厂老板合谋,由修理厂老板安排人员故意造成投保汽车损坏事故,然后由投保人报警,并向保险公司申请理赔。对于此案究竟是以保险诈骗罪论处,还是以普通诈骗罪论处?这也涉及到有身份者与无身份者共同犯罪的定性问题。对此,理论上存在不同见解。<sup>[72]</sup>其中一个有力的见解就是分别说:对具有特别身份者(投保人、被保险人、受益人)按照保险诈骗罪论处;对于无身份者(汽车修理厂老板等)按照普通诈骗罪论处。但是这样的处理似乎有违共同犯罪理论所要正确解决各共同犯罪人刑事责任的初衷。因为,共同犯罪首先是指多个行为人以共同的故意共同犯一罪,而分别说对以共同故意实施同一犯罪的人分别以不同罪名处理,这就使得共同犯罪人没有按照共同故意犯罪的内容来承担共同责任,因此很难说这样的做法具有合理性与公平性。比较各家学说,笔者还是认为主犯决定说最有道理。据此,如果是有身份者如投保人、被保险人、受益人在该案件中起了主要作用,就应该以保险诈骗罪论处;如果是无身份者如汽车修理厂老板起了主要作用,就应当以普通诈骗罪论处。分不清主从时,则以保险诈骗罪或者普通诈骗罪论处皆可。这样,至少保持了共同犯罪在罪名认定与责任承担上的高度一致性与协调性。

[71] 此种情况下可能会遇到一个难题:由于贪污罪与保险诈骗罪追诉起点不一致——贪污罪的追诉起点一般为3万元及以上,特殊情况下为1万元(2016年4月18日“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律问题的解释》第1条第1款、第2款),而个人实施保险诈骗罪的追诉起点为1万元(2010年5月7日最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第56条),故共同犯罪中,如果起主要作用的是保险公司内部工作人员,且犯罪数额没有达到3万元及以上的,一般情况下不能按照贪污罪论处。(实行犯决定说也会遇到同样问题。)此种情形下,如果一定要追究行为人的刑事责任,只能按照法条竞合来适用刑法了,即坚持特别法优于普通法原则,对保险公司内部的国家工作人员与投保人等一律按照保险诈骗罪论处。

[72] 理论上主犯决定说、分别说、实行犯决定说、特殊身份说、职务利用说。参见高铭暄主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第374—377页。

## 四、结 语

保险诈骗的情况极其复杂,保险诈骗罪的具体认定当然也非常复杂。除了本文探讨的保险诈骗的数罪处罚、着手和共犯外,还有诸如保险诈骗罪与普通诈骗罪的关系(是法条竞合还是想象竞合)、<sup>[73]</sup>保险诈骗的民刑交叉等问题也是值得讨论的,但限于篇幅,不能一一论及了。同时,研究保险诈骗罪必须考虑到我国刑法立法与司法的特点。我国的保险诈骗罪立法上与两大法系有关国家很不一样。例如,英国与德国刑法上均没有独立的保险诈骗罪,该两国的保险诈骗犯罪只是广义诈骗罪(指以欺骗手段骗取财物或者利益)的一种表现形式,而并不是独立罪名。两大法系国家也不像我国拥有非常丰富的刑法司法解释,我国的司法机关在没有法律明确规定的情况下,可以根据相关司法解释对相关刑法问题做出处理。研究中国刑法问题,固然应该有国际眼光,但更为重要的是必须有强烈的中国刑法问题意识。

**Abstract:** This paper focuses on three of the most controversial problems concerning the crime of insurance fraud. Whether the defendant should be convicted and punished with one or more crimes during the course of insurance fraud should depend on if his conduct has satisfied all the elements of one or more crimes. Once the defendant has done the fraudulent conduct (including fabricating insurance object, fabricating the cause of the covered event or exaggerating the loss caused by the covered event, fabricating covered event and causing property damage and causing injury, medical condition or death) with the intention to get insurance compensation, he has committed insurance fraud. Where multiple participants are involved in the fraudulent conduct, such as when the policy holder conspires with one of the insurance company staff and when the beneficiary and others act in concert to fabricate a covered event, they should be convicted and punished for the crime the principal offender's conduct has satisfied.

**Key Words:** Insurance Fraud; Punishment for Several Crimes; Start of a Crime; Joined Crime

(责任编辑:车 浩)

[73] 在中国刑法学界,保险诈骗罪与普通诈骗罪长期以来被认为是特别法条与普通法条的关系,但是张明楷教授的研究使得该问题复杂化了。他指出:“严格说,二者是想象竞合而不是法条竞合。”“倘若学者坚持认为保险诈骗罪是诈骗罪的特别法条,也只有当保险诈骗数额较大或者巨大的范围内时,才承认二者是特别关系。但是,如果行为人保险诈骗的数额达到了普通诈骗应当判处无期徒刑的数额特别巨大(如2000万元)标准,那么,此时保险诈骗罪与诈骗罪便是想象竞合。”张教授认为,由于普通诈骗罪有无期徒刑,而保险诈骗罪最高只可判处15年有期徒刑,故为了解决罪刑均衡问题,对于应当判处15年以下的保险诈骗案件,可以认为其与普通诈骗罪是法条竞合关系;而对于保险诈骗数额达到普通诈骗罪应当判处无期徒刑的情形时,则应当认为保险诈骗与普通诈骗就是想象竞合关系。因为只有这样,才可以按照想象竞合犯处理原则从一重罪处断。但是,张教授这样的理解使得一个法条可以分别以法条竞合与想象竞合来解释,逻辑上是否能够自治?还有,如何准确理解《刑法》第266条末句——“本法另有规定的,依照规定”?诸如此类问题都是值得进一步认真推敲的。参见张明楷:“法条竞合与想象竞合的区分”,《法学研究》2016年第1期,第142—143页。