

# 保险侵权欺诈的识别与私法规制

## ——以《保险法》第27条为中心

马宁

(西北政法大学民商法学院, 陕西西安, 710063)

**摘要:** 我国《保险法》第27条的侵权欺诈比第16条的法律行为欺诈对保险人威胁更大。侵权欺诈行为人主观上应限于“直接故意”, 客观上须实施了虚构、制造保险事故, 虚构事故原因或夸大损失的行为。但虚构保险标的、隐瞒抗辩事由、使用欺诈性工具不在其列。在规制措施上, 应将虚构事故原因和夸大损失与虚构、制造保险事故做相同处理, 允许保险人免除责任, 确定解除权的行使不具有溯及力, 但对欺诈行为实施后, 解除权行使前提起的索赔, 保险人得免除责任。当被保险人、受益人为多人时, 个别人的欺诈原则上不影响他人的权利。

**关键词:** 《保险法》; 保险欺诈; 侵权欺诈; 识别; 私法; 规制

**中图分类号:** DF438.4

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2015)03-0050-08

保险欺诈是指投保人、被保险人、受益人基于不正当目的, 利用保险合同谋取利益的活动。保险业者常将之分为合同缔结时的投保欺诈与合同成立后的索赔欺诈。法学学者更关注前者, 对后者则缺乏认知, 似乎其对保险营业影响不大, 但事实远非如此。有数据显示, 近年来索赔欺诈不断增加, 严重削弱了保险人的偿付能力, 甚而威胁保险业的生存。以占财产保险保费收入 74.3%(2006 年)的车辆损失和第三者责任险为例, 每年涉嫌骗赔金额高达理赔金额的 20%左右。<sup>[1](155)</sup>因而有必要研究如何准确识别和有效规制此类行为。这也有助于推动保险人善尽诚实理赔义务。

### 一、欺诈的类型划分及其在保险领域的体现

#### (一) 欺诈的理论界分与处理原则

法学学者将欺诈分为三种,“有以意思表示瑕疵而被撤销者, 有为侵权行为而生损害赔偿者, 有为犯罪行为而应受刑事上之裁判者”。<sup>[2](91-92)</sup>第一类称法律行为欺诈, 是指为引起表意人陷于错误, 以便取得他的意思表示, 所施展的欺诈性行为。它是针对意思表示不真实而设, 主要涉及行为的效力问题。第二类称侵权欺诈, 指行为人通过虚构事实或隐瞒真相, 不法侵害他人权利, 对被害人负损害赔偿责任的行为。

它主要针对损失的补偿而设, 涉及行为的违法责任问题。第三类则指刑法上的诈骗犯罪, 它侧重于对情节严重的欺诈行为施加惩罚, 以维护社会经济秩序。据此, 法律对欺诈行为的调控也分为三种方式, 即法律行为的效力控制、侵权责任承担以及诈骗罪的判处。前两类可称为民法上的欺诈, 第三类为刑法上的欺诈。

刑法的适用时常以民事规范的违反为前提, 这意味着民法上的法律行为欺诈或侵权欺诈可能同时构成刑法欺诈。此时处理原则是: 其一, 民事和刑事责任互不替代, 二者是相加关系。例如, 对极严重的保险欺诈, 既要依刑法处以有期徒刑或罚金, 也须用民法(保险合同法)规制, 要求欺诈人返还已支付的保险金, 并赔偿损失。其二, 应遵循法律部门自洽的原则。民刑争议的解决, 原则上只适用本部门法的规则。<sup>[3](132)</sup>在保险领域, 对民事欺诈行为的识别与处理, 还应抵御一般民事规则的不当入侵, 以实现保险合同法的独特法价值与法秩序。但自洽不等于绝对隔离。刑法与民法, 作为一般私法的民法与作为特别私法的保险合同法之间客观地相互联系和影响着。在无碍独特价值实现的前提下, 民法的一般法技术为保险合同纠纷的处理指明了操作框架, 保险诈骗罪规则也能提供参考。

#### (二) 保险领域内不同欺诈类型的体现

《刑法》第198条的保险诈骗罪是刑法上欺诈的反映。民法的欺诈中, 法律行为欺诈主要体现为《保

收稿日期: 2014-11-07; 修回日期: 2015-01-04

基金项目: 司法部国家法治与法学理论项目“保险合同法结构性变革与制度创新”(13SFB3028)

作者简介: 马宁(1975-), 男, 陕西咸阳人, 法学博士, 西北政法大学副教授, 主要研究方向: 保险法学

险法》第16条。<sup>①</sup>依据该条，订立保险合同时，保险人就保险标的或被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。投保人故意未履行如实告知义务，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。此即为保险业者所称的投保欺诈。而侵权欺诈主要体现为《保险法》第27条。该条规定，如果投保人、被保险人、受益人虚构保险事故、故意制造保险事故、编造虚假事故原因或夸大损失程度，进而向保险人索赔的，保险人有权解除合同，并不退还保险费。因前述行为致使保险人支付保险金或者费用的，保险人有权要求退回或赔偿。这种行为又称索赔欺诈。

索赔欺诈本质为侵权欺诈，主因在于保险合同当事人为投保人与保险人，而享有利益的则是被保险人与受益人(合称关系人)。在投保人与关系人非同一主体时，关系人通过虚构保险事故等方式向保险人索赔的，该行为完全符合侵权行为特征。同时，即便投保人与关系人为同一主体，只要投保人在缔约时未违反如实告知义务，这类索赔也能归入侵权欺诈，因为此时不存在须救济的意思表示瑕疵，自然也无法依据《合同法》缔约过失责任的规定寻求损害赔偿。<sup>[3](140)</sup>更重要的是，不管投保人是否违反了如实告知义务，只要行为人其后通过虚构事实或隐瞒真相向保险人索赔，且已导致保险人支出保险金或调查费用，该行为都将被评价为侵权欺诈。

鉴于保险为射幸合同，投保人缴纳保费的义务是确定的，而保险人是否承担责任取决于保险事故是否发生。因而单纯的法律行为欺诈若不与侵权欺诈结合，对保险人财产权益的威胁并不迫切，因而本文仅关注后者的界定与私法规制。

## 二、保险侵权欺诈的构成要件

准确识别是有效规制的前提。一般认为，普通侵权欺诈的构成要件有四：一是行为人须有欺诈故意；二是行为人须有使被欺诈人陷于错误的虚假陈述或隐瞒行为，以及侵害他人权益的作为或不作为；三是欺诈行为与相对人的错误间有因果关系；四是欺诈行为导致相对方遭受损失。<sup>[2](95)</sup>但保险营业特性鲜明，因而保险侵权欺诈在构成要件与规制措施上不能复制普通侵权欺诈。再者，上述要件主要源于大陆法系理论，而我国保险法受英美法影响更大。这就需要在更广阔的视野中探索契合实践的构成要件与规制措施。

### (一) 主观构成要件

#### 1. 保险法中过错的内涵

我国民法学者多主张欺诈行为人主观上须为故意，过失不构成欺诈。<sup>[4](424)</sup>但保险法对过错的理解有别于一般私法。民法学者将故意界定为“行为人预见自己行为的结果，仍然希望它发生或者听任它发生的主观心理状态”<sup>[5](196)</sup>。即故意包含直接故意与间接故意。但考察国外先进立法，保险领域内故意多限于“直接故意”。至少在对消费者的行为作出解释时，“放任结果发生”不被视为“故意”。因为故意的界定涉及道德风险除外条款。若保险事故是由投保人等故意引发的，保险人不承担责任。而在人类进入风险社会后，保险“不仅是一种经济补偿和社会再分配的手段，也不仅是以物质财富保障为中心，而是逐渐转向以人的生存发展和提高为中心”<sup>[6](85)</sup>。它可将个体面临的难以承受的风险在共同体成员间进行分摊，帮助被保险人应对未来的不测，完成对日后生活的合理规划，维持内心的平静和安宁。获取保险金对于利害第三人，如被保险人不当行为的受害者也有重要意义，因而确保消费者能够获取所需保险产品就成了一项公共政策。基于前述缘由，两大法系多将故意做狭义解释。<sup>②</sup>例如，美国法院多认为故意是指被保险人意欲从事某种行为并希望因此造成一定的损害结果。<sup>[7](128)</sup>在法国法中，“主流见解坚持采取最严格的故意概念……只有当行为人有引发损害的意志时才成立故意。”<sup>[8](64)</sup>由于对故意做狭义解释，加之“间接故意”与重大过失在过错程度上近似<sup>[9](82-84)</sup>，且二者不易区分<sup>[10](69)</sup>，各国保险法多将“间接故意”归入重大过失。

我国民法中，重大过失是指行为人意识或应当意识到自己行为造成损害后果的高度或然性和非正当性，客观上给他人带来了一种造成严重损害的高度危险。正是基于主观上有认识，重大过失与故意均属于主观过错，拥有相同的上位概念——重大过错。<sup>③</sup>而重大过失与间接故意的细微差别主要是前者知道损害结果基本确定会发生而持放任态度，后者则并不希望发生。但问题是，“间接故意”要求行为人基本确信损害会发生<sup>④</sup>，重大过失则是认识到损害发生的高度或然性。若用概率表示，“基本确信”在90%~100%之间，高度或然性则是80%~90%之间。<sup>[9](81-82)</sup>在如此高和近似的概率下，证明当事人不希望损害发生，并将之与放任进行区分是很困难的。因而我国保险法应借鉴国外立法，将故意限于民法的“直接故意”，而将重大过失视为有认识的过失，并将“间接故意”归入其内。一般过失则仅指行为人未能符合法定的行为标准，对损害后果缺乏认知。这也与保险法理中因被保险人一

般过失引发的损害属于承保范围的规定契合。毕竟,被保险人正是出于对不可预知风险的恐惧才购买保险,要求其就一般过失承担责任,显然有悖于保险的创制目的。

## 2. 侵权欺诈主观要件的界定

各国通常将基于故意的不实陈述视为欺诈,将一般过失排除在外,但对重大过失态度不一。<sup>[11](248-250)</sup>有将之与故意一并视为欺诈,允许保险人免除全部责任,如《奥地利保险合同法》第61条。有认为重大过失不构成欺诈,但允许保险人削减责任,如《德国保险合同法》第81条第2款。而《法国保险合同法》第L113-1条则规定被保险人存在重大过失不影响保险人的责任。<sup>[11](249)</sup>

笔者认为,我国保险法应坚持侵权欺诈主观仅限于故意(民法中“直接故意”)的立场。因为欺诈“不仅仅是撒谎,而是希望通过谎言与欺骗去获取利益或致他人于不利境地”<sup>⑥</sup>。此时,行为人须有获取利益或使相对人受损的意图。这就是为何《保险法》第27条表述侵权欺诈客观形态时,除要求行为人虚构、制造保险事故外,还应同时“向保险人提出赔偿或者给付保险金请求”——单纯制造事故无法使之获利。而重大过失(含间接故意)中的行为人显然无法形成前述意图。但这并不意味笔者赞同重大过失不影响责任承担的立场,相反,德国法中允许保险人削减责任的规定值得借鉴。

首先,在理论层面,重大过失属于有认识的过失,行为人对损害结果发生的高度或然性(更遑论基本确信)和行为的非正当性均有明确认知,这意味着其有较大可能预防和避免损害发生。而基于对“明知故犯”的敌视,法律应坚持对重大过失行为人进行道德上责难的立场。考虑到该行为在客观上对他人人身财产造成了巨大危险,则更应如此。

其次,在实践层面,这种做法有助于对保险共同体利益的维护。保险虽能提高当事人抵御风险的能力,但同时亦会冲击民法中的责任制度,削弱其遏制不当行为的功效。为此,理论与实务均允许保险人对重大过失引起的损失进行限制。况且,保险人自本质而言仅是风险共同体成员所缴纳基金的管理者,要求保险人承担全部损失,是允许该行为人将“明知故犯”的损失全部转嫁于无辜的风险共同体其他成员。

最后,在逻辑层面,故意、重大过失、一般过失构成了层次分明的过错阶梯。在故意允许保险人免除全部责任,以及一般过失不影响责任承担间,应存在一个过渡阶段,即重大过失对应的保险人仅承担部分损失。这也有助于消减保险法内不同规范间价值评判

的紊乱。例如,依据《保险法》第16条第2款,投保人因重大过失未履行如实告知义务的,保险人有权解除合同。已发生事故的,得免除责任。相较而言,因重大过失不实表述事故原因并请求理赔的行为对保险人利益的威胁更大,法律既然允许前者限制责任<sup>⑦</sup>,自不应禁止后者削减责任。

## (二) 客观构成要件

保险侵权欺诈的客观要件由“原因欺诈行为+保险索赔”构成。刑法学者认为,保险诈骗罪“实行行为……由虚构保险理赔原因的欺诈行为和骗取保险金的行为构成,……缺少骗取保险金的行为,虚构保险理赔原因的行为无法说明对本罪客体或法益的侵害,也无法表明其行为的目的性”<sup>[12](139)</sup>。《保险法》第27条除列举原因欺诈行为外,同样强调了被保险人等应有向保险人索赔的行为。但二者对原因欺诈行为的表述却存在差异。后者列举了四种形态,包括:①虚构保险事故及其所造成的损失;②故意制造保险事故并引发损失;③以伪造、变造的证据编造虚假的事故原因;④以伪造、变造的证据夸大损失程度。前者还存在“虚构保险标的”。

当我们将目光投向更广阔的视野时,会发现差异愈加明显。英国法的原因欺诈行为有六种:①没有遭受损失,却提起索赔;②损失是因被保险人自己的行为引发,却假称是由保险事故造成;③被保险人确实遭受了损失,但夸大了受损财产的价值;④被保险人确实遭受了损失,但在此之外又编造了不存在的损害;⑤被保险人就真实的损失提出索赔,却隐瞒了保险人就此享有抗辩事由的情形;⑥被保险人使用欺诈性方法或工具。<sup>[13](13)</sup>在普通法系颇负盛名的澳大利亚法也持相同立场<sup>[14](54-55)</sup>,因而有必要对上述差异做一分析。

### 1. 虚构保险标的

虚构标的主要指编造不存在的标的投保、事后投保、瑕疵投保、恶意超额投保、恶意重复保险。这些行为一旦实施,多意味着违反了如实告知义务,构成法律行为欺诈。超额投保与重复投保还分别涉及《保险法》第55条和第56条,相关条款已规定了违反后果。如将虚构保险标的的引入,要么是做出不同的评价,引发规范冲突,要么是重复规定,浪费立法成本。刑法之所以将虚构标的的作为原因欺诈行为,乃在于自身缺失对违反如实告知义务等行为的规制规范。另一方面,《保险法》第27条规定的四类原因欺诈行为都发生在合同成立之后。而虚构保险标的主要存在于合同订立阶段。二者对法益侵害的紧迫危险度有所差异,不应做相同处理。以订立时的瑕疵投保和成立后谎称

发生事故为例，单纯违反如实告知义务的行为仅仅代表了一种相对模糊的获取不应得的赔付的期许，实现可能性较小。因为保险责任的承担取决于保险事故是否发生，被保险人无法预知。重复投保与超额投保亦是如此。而诸如谎称事故发生与保险索赔通常是在同一个明确和迫切的诈取保险金意图控制下的，在时间与空间上紧密结合的两个行为。一旦实施完成，保险人权益就面临现实而紧迫的危险。所以应对后者给予更严厉的评价。至于编造不存在的标的与事后投保，在索赔时会被虚构事故或编造事故原因的欺诈行为所覆盖。所以，无需将虚构保险标的的视为一类原因欺诈行为。

### 2. 隐瞒抗辩事由

隐瞒抗辩事由在英国法中既包含投保阶段对风险的不实告知，也包含隐瞒合同成立后存在违反免责或保证条款的情形，甚而可扩展至隐瞒未能善尽通知、协助、防灾与减损等附随义务。因为英国法中并不区分法律行为欺诈与侵权欺诈。就此而言，隐瞒抗辩事由首先是虚构保险标的的上位概念，涵盖投保阶段的不实告知。再者，对于隐瞒违反免责条款的情形，我国学者视之为对事故发生原因的不实表述。<sup>[15][61]</sup>例如，被保险人涂改驾驶证复印件中的领证时间，隐瞒其尚处在实习期不得在高速公路上驾驶的事实。故可将之归入《保险法》中编造虚假事故原因的范畴。最后，立法禁止典型保险欺诈，如故意制造保险事故的主因是此类行为将严重破坏保险人利用大数法则准确估定风险概率与损失额的努力，这是保险营业维持的基础。通知与协助义务的违反不致如此。况且，《保险法》第21、22、25条已对违反后果作了规定，故无需将之纳入。但违反防灾与减损义务则应区别处理，因为其确实会在一定程度上干扰保险营业。刑法学者均认为这种行为构成保险诈骗罪，但对之属何种原因欺诈行为观点不一，有人认为是故意制造事故，有人认为是夸大损失程度，还有人主张为虚构事故原因。<sup>[15][114-115]</sup>笔者认为，对此原则上应以故意制造事故对待。因为此时全部损失是客观存在的，而夸大损失是指所声称的损失中有一部分是虚构的。虚构原因不涉及对事故后果的改变，而违反防灾减损义务会导致损害后果的出现与扩大。国外立法也多持相同立场。如《欧洲保险合同法原则(PEICL)》第9:101条和《德国保险合同法》第81、82条等。即隐瞒抗辩事由也无需作为独立欺诈类型。

### 3. 使用欺诈性工具(方法)

普通法国家常将使用欺诈性工具(方法)视为一类原因欺诈行为<sup>[16][551]</sup>，因为保险合同被视为诚信合同，

若任何一方从事了有违诚信的行为，他方得宣告合同无效。而“意图通过欺骗获取利益显然是能想象到的，一个清楚的有违诚信的事例”<sup>[16][546]</sup>。但由于英国法中欺诈类型的创建源于判例法，因而呈现出一定的非系统性，导致欺诈性工具与隐瞒抗辩事由存在交叉。前者主要指积极提供不实文件、证言来遏制保险人得行使的抗辩事由，后者一般指对违反免责条款等事实消极的隐瞒。<sup>[13][23]</sup>使用欺诈性工具最极端的形态是，保险人要求被保险人提供损失清单和能证明价值的单证。由于证据丢失，为避免保险人以违反协助义务为由削减理赔额，被保险人遂伪造发票来证明标的价值。<sup>[13][13]</sup>晚近以来，欺诈性工具的适用受到严格限制。

“作为欺诈性工具的谎言(主观上)要有改善被保险人达成和解或赢得诉讼前景的意图，并且如果其为(对方)所相信或可能相信，将在法院对当事人的权利做出最终决定前，于客观上对提升被保险人(胜诉)的可能性产生了并非不重要的作用。”<sup>⑦</sup>此处的关键是“客观”一语，即如果保险人要求提供的文件并非保险人决定是否理赔，以及确定数额所必须，则被保险人提供虚假文件不构成欺诈。因为它在客观上对被保险人胜诉的可能性不会产生影响。笔者认为，可将使用欺诈性工具与隐瞒抗辩事由视为一个问题的两面，采取相同处理方法。例如，使用虚假文件掩饰违反免责条款情形的，视为对事故发生原因的不实表述。涉及掩饰违反防灾减损义务的，视为故意制造事故。因而我国法也无需将之视为独立欺诈类型。

### 4. 夸大损失程度

《保险法》第27条第3款不应将夸大损失笼统地列为一类原因欺诈行为，而应将之分为两种情形：一为当事人仅对已实际发生的损失的数额进行了夸大。例如，被保险人价值10万元的50台电脑因暴雨受损，却向保险人称遭受了12万元的损失。另一种为当事人遭受部分损失后，又编造并不存在的项目，夸大损失总额。例如，被保险人价值10万元的50台电脑因暴雨受损后，向保险人报称自己价值12万元的60台电脑受损。这两种情形中的行为人主观恶意程度明显有别，前者是否存在获取不当利益的意图需依赖具体事实确定，后者欺诈的意图则极为明显。前一情形中，受损标的物的价值是因人而异，时常发生变动的。特别是实践中存在着为讨价还价而有意提高损失数额的情形。因此，当被保险人并不隐瞒自己估损的方法与基础时，这意味着他清楚自己的索赔金额不会为保险人简单接受，该数额只是谈判起点。再者，保险人或公估人也能轻易地确定损失数额，此时，法院难以得出被保险人存在使保险人陷入错误认识，进而使自己

获得不法利益的欺诈意图的结论。但是,如果被保险人陈述的是保险人难以判断真实性与准确性的事实,则极可能被视为欺诈。

### (三) 因果关系要件

一般侵权欺诈的成立要求欺诈行为造成受害者的实际损失,若相对方未遭受损失,或其权益受损非由欺诈行为引发,则不成立欺诈。保险侵权欺诈则有所不同。为阻遏欺诈,维护共同体基金的充盈,在因果关系认定上,各国多采取相对宽松的客观标准。只要从客观第三方角度来看,欺诈行为很可能诱使保险人改变自己关于理赔的立场,做出与不存在欺诈情形下不同的而对被保险人有利的理赔决定即可。影响理赔决定既包括直接影响保险人是否承担责任,也包括影响保险人能否取得减轻责任的抗辩事由。<sup>⑧</sup>易言之,保险侵权欺诈的确定并不要求保险人已经基于欺诈而同意理赔或已支付保险金,只要欺诈行为很可能使保险人产生信赖即可。<sup>[13](15-16, 21)</sup>这将把纯粹基于讨价还价提出的,夸大既有损失数额的索赔排除于保险欺诈之外。因为在被保险人公开估损基础时,保险人即便会作出更有利于被保险人的理赔决定,也多是一个维护自身信誉的商业决断,而非履行法定义务的必然要求。该行为属于保险人自愿放弃权利,而非被迫履行义务。这一标准还意味着,欺诈的成立并不需要已经导致保险人遭受损失。

## 三、保险侵权欺诈的一般规制

### (一) 基于原因欺诈行为提起的索赔

依据《保险法》第27条,被保险人等谎称发生事故、故意制造事故,进而提起索赔的,保险人得解除合同、不承担保险责任,并不退还保险费。但对已发生的保险事故编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的,保险人仅能对虚报部分免除责任。这一规定明显不妥。欺诈在法律评价上具有极强的可责难性,行为人完全可以认识到并控制自己的行为。这意味着无论施加何种严厉的惩罚,对诚实的消费者而言都不会是一种现实的威胁。在客观上,一来,虚构原因是最严重的欺诈行为之一,与虚构保险事故本质相同。虚构事故也势必涉及对原因的虚构,它直接关乎保险人是否承担责任,此时,仅就虚报部分免除责任与免除全部责任并无差异。二来,夸大损失给保险人带来了极大风险。若依现行立法,被保险人可以肆无忌惮地实施此类欺诈。若欺诈成功,可以获取不当利益,反之,

也不会遭受损失。虽然立法允许保险人就调查费用请求补偿,但识别欺诈绝非易事,追回费用更加困难。据学者研究,仅有3%左右的可疑索赔能最终获取足够证据证明为欺诈。<sup>[17](1185)</sup>这就是为何英国法允许保险人对此类欺诈免除全部责任的原因。<sup>[16](548)</sup>大陆法系的母国德国也持相同立场(《德国保险合同法》第28条)。况且,基于成本收益考虑,保险人时常不愿通过诉讼追回调查费用(除非数额较大),而更愿将此成本以提高保费的方式分摊。保险纠纷本质上是特定被保险人与由保险人担当代表人的无数风险共同体成员间的利益博弈。对个别不当行为人的姑息将损害隐身于保险人身后的无辜共同体成员。因此,将所有欺诈类型依统一规则处理势在必行,即除免除保险人就虚构原因和夸大损失索赔的全部责任(如果构成侵权欺诈的话),允许其解除合同,并保留保险费。

### (二) 欺诈行为实施前提起的索赔

曾有一种广为接受的观点认为,保险人对被保险人依据同一保单在实施原因欺诈行为前提起的索赔得免除责任。英国《1906年海上保险法》第17条规定,如合同一方未遵守诚信原则,他方当事人可宣告合同无效。这表明,保险人有权以欺诈为由宣告合同无效,要求被保险人返还之前已获得的保险金,而不管其与欺诈行为是否有关联。但这一观点正受到越来越多的质疑。<sup>[18](163-169)</sup>

无可否认,一旦发现欺诈,保险人有权对在先索赔启动审查,但审查应限于索赔本身的正当性,而不应受在后欺诈行为的影响。将一个欺诈行为实施前已经履行的合同宣告自始无效,并追回被保险人的合理所得将严重损害保险业声誉和消费者的信心。况且,因无效而主张返还财产时常难以实行,保险金或已被消费殆尽,这在期限较长的人身保险中尤为多见。再者,先合同欺诈应与后合同欺诈有别。合同缔结时的法律行为欺诈损害了当事人的合意基础,此时,自可说当事人间因意思表示不一致而不存在合同,因而适用无效有法理依据。但是,若当事人是在合同依法成立后才实施欺诈,则在其索赔时,当事人间存在一个具有约束力的合同,宣告自始无效明显与此相悖。

笔者认为,保险法应明确欺诈不具有溯及既往的效力,至多赋予保险人仅及于未来的合同解除权。对欺诈行为实施前提起的合法索赔,保险人仍应承担赔偿责任。当然,若投保人既在缔约时违反如实告知义务,其后又实施编造虚假事故原因等欺诈行为的,可能存在侵权欺诈与法律行为欺诈的竞合。保险人自可选择依如实告知义务的规定解除合同,拒绝承担责任。

### (三) 欺诈行为实施后提起的索赔

依法理，欺诈被发现后，保险人可解除合同，自解除之日起不再承担保险责任，此自不待言。但对欺诈是否影响该行为实施后至保险人解除合同期间的索赔，《保险法》并未作答。国外立法亦罕有明确答案。对此，有观点认为，欺诈虽使保险人有权解除合同，但在行使解除权前，合同继续有效。因而不能免除保险人在此之前应履行的主要义务。<sup>⑩</sup>

但这一规则可能鼓励被保险人实施欺诈，因而并不可取。指控某人欺诈并非可轻易作出的决定，需要花费大量时间去调查取证。如果直到欺诈最终确定后方可解除合同，拒绝承担责任，保险人会时刻处于高度戒备状态。结果是倾向于在未经充分调查前，立即行使权力去终止合同，以避免无谓损失。这无疑会增加不必要的纠纷，妨碍保险人诚实理赔义务的履行。因而我国立法应坚持欺诈将使合同立即终止的立场，即保险人不应对此类索赔承担责任。这也与英格兰与苏格兰法律委员会2014年6月17日公布的《保险合同草案》第12条的规定一致。

### (四) 调查费用的填补

若保险人因欺诈支出保险金或调查费用的，自有权要求欺诈人返还或赔偿，但立法应同时明确，损害赔偿应限制在保险人净损失范围内，否则可能对索赔人施加超出过错程度的负担。毕竟，对一个数额较小的欺诈行为的调查费用可能远远超出欺诈数额。此外，当保险人通过不支付索赔中合法部分的费用(如欺诈行为实施后，合同解除前提起的索赔，以及免除就虚增损失欺诈行为应承担的全部保险责任)而获取的收益超出了其调查欺诈行为的费用时，就不应再请求赔偿。

## 四、部分被保险人、受益人实施欺诈的特别规制

### (一) 部分被保险人实施欺诈的规制

被保险人为多人时，若其中一人实施了欺诈，其他人的权利会否受影响？英国法将之区分为团体保险和非团体保险两类。在团体保险中，一个被保险人的欺诈并不影响其他无辜被保险人的权利。对非团体保险，则将其划分为共有保险与组合保险。如果多个被保险人共同拥有某项财产，对保险标的就拥有单一利益，此时成立共有保险。<sup>[13](56)</sup>例如，丈夫与妻子为其共有的财产投保。如果共同被保险人对保险标的拥有不同的利益，则合同被视为组合保险。例如抵押权人与抵押人作为共同被保险人订立的合同。组合保险中，

各被保险人的权利义务是可以分割的，被保险人拥有不同的保险利益，单一保单实质上是将一系列独立合同捆绑在了一起。因此，一个被保险人不受另一个被保险人欺诈行为的影响。而共有保险恰恰相反。

美国、加拿大、澳大利亚等国对此原本遵循英国法，但其后却改采“现代化”方法。即在保险合同未清楚地将被保险人间的义务界定为共同义务时，合同被推定为规定了数个相对独立的义务。此时，无辜被保险人可按照自己在被保险财产中所占利益份额，请求保险人承担责任。<sup>⑪</sup>即如果当事人希望缔结共有保险，须在合同中清楚表明，否则推定为组合保险。

大陆法系国家对团体保险的处理与英国法一致。对非团体保险，原则上无辜被保险人的权利不受其他被保险人欺诈的影响。典型立法如《德国保险合同法》第123条第1款。而PEICL第11.103条也规定：“一个被保险人违反义务不应对其他被保险人依据同一保险合同所能行使的权利产生不利影响，除非承保风险是共同而不可分割的。”共同而不可分割的风险主要包括被保险人为合伙人或夫妻时，保险人所承保的前述人等的共同共有财产因保险事故发生而受损的风险。<sup>[11](271)</sup>

我国《保险法》第27条未直接规定类似问题的处理规则，从字面推断，应是保险人可解除合同，这对无辜被保险人显然有失公允。笔者认为，“现代化方法”作用有限，保险人完全可以通过事先约定排除其适用。PEICL的方法也有不妥，即当被保险人故意制造保险事故，伤害其他被保险人时，该方法并不能带来公平合理的结果。例如，丈夫与妻子因关系恶化而分居，一方焚烧作为夫妻共同财产的房屋，此时受害方会因此丧失保险金请求权。因而较好的方法是，在共有保险(即以全体被保险人共同共有财产为保险标的保险，主要包括夫妻共有、家庭成员共有、合伙人共有)中，推定一个被保险人的欺诈行为都是代表其他被保险人实施的。若其他人能证明欺诈并非基于自己的指示，且事先亦不知情，可按照份额获取保险赔偿。对其他被保险人为多人的情形，一个被保险人的欺诈行为不影响其他无辜被保险人的权利。

### (二) 部分受益人实施欺诈的规制

笔者认为，个别受益人的欺诈同样不应影响其他受益人的权利。较之于被保险人，受益人彼此间通常不存在不可分割的保险利益。更重要的是，因此否定无辜受益人的权利有悖于投保人、被保险人的初衷。受益人的产生源于投保人或被保险人的指定。二者认为，受益人会因为保险事故的发生而遭受精神创伤，保险金的支付意在向其提供慰藉。对无辜受益人而言，

其他受益人对被保险人的加害行为与外部第三人加害无异,都是不可预知的风险,都会使其遭受精神创痛,并满足取得保险金的条件。比较法也为这种观点提供了支持。《芬兰保险合同法》第29条就规定:“如果依据保险合同有权获取保险金或相应利益的人不是被保险人,则在其故意引发保险事故后,保险人不对其承担保险责任…未支付(给前述人)的保险金或利益应付给其他有权获取保险金或利益的人。”

我国《保险法》第43条第2款规定,“受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的,或者故意杀害被保险人未遂的,该受益人丧失受益权”,这一规定是妥当的。问题在于,《保险法》第27条第1款又规定,受益人谎称发生保险事故的,保险人有权解除合同。立法在此并未明确若受益人存在多人时前述规则是否适用。从字面推断,似应为肯定。这势必带来一个尴尬的结果。受益人之一杀害被保险人的,其他受益人的权利不受影响,反而可获得保险金。而受益人之一从事恶性较低的虚构保险事故时,其他人却会因此丧失保险金期待权——保险人得解除合同。因此,立法应规定,当受益人为多人时,保险人不得解除合同,仅实施欺诈的受益人丧失受益权。

需要说明的是,前述探讨都是建立在实施欺诈的被保险人、受益人并非投保人的前提下的,因此,当欺诈行为人还兼具投保人身份时,欺诈行为系属严重违约,将彻底摧毁当事人间的相互信赖,保险人可据此解除合同,免除保险责任。

## 五、结语

保险欺诈可分为法律行为欺诈、侵权欺诈以及保险诈骗罪。侵权欺诈主观上应限于“直接故意”,客观上表现为原因欺诈行为与索赔的结合。原因欺诈不包含虚构保险标的、隐瞒抗辩事由、使用欺诈性工具。但应将夸大损失分为对既有损失价值的夸大和在现实损失外虚构损失项目,夸大总损失额两类。此外,应要求欺诈行为会对保险人的理赔决定造成实质性影响。在规制方法上,应一并允许保险人解除合同,免除对与欺诈有关的损害的保险责任。当行为人因重大过失不实索赔时,应允许保险人削减给付金额。对欺诈实施前提起的与之无关的索赔,保险人仍应承担赔偿责任。但对欺诈实施后,保险人解除合同前提起的索赔,可免除责任。保险人还有权在净损失范围内,请求欺诈人赔偿合理的调查费用。

同一保单存在多个被保险人、受益人时,若部分

受益人实施欺诈,该受益人的权利因此丧失,其他受益人不受影响。当被保险人之一实施欺诈时,在团体保险中,其他被保险人不受影响。在非团体保险中,若保险标的非为共同共有,被保险人权利也不受影响。对共有保险,应推定一个被保险人的欺诈行为是代表其他被保险人实施的,除非其他人举证推翻此推定。但当实施欺诈的被保险人、受益人同时亦是投保人时,保险人得直接免除保险责任。

### 注释:

- ① 《保险法》第55、56条中恶意超额投保与重复投保也属此类。但其时投保人通常会违反如实告知义务,因而本文不将之单独讨论。
- ② 在保险法过错适用民法规范的法域,法院可以声称故意内涵存在疑义,并援引“不利解释规则”,将之解释为“直接故意”。
- ③ 关于故意与重大过失的各自定位,请参见叶名怡:《重大过失理论的建构》,《法学研究》2009年第6期。
- ④ 在行为人确信损害结果将因此发生时,主观上只能是“直接故意”。
- ⑤ Wisenthal v. World Auxiliary Insurance Corporation Ltd(1930) 38 Ll L Rep 54, at 62.
- ⑥ 对投保人因重大过失违反如实告知义务,国外立法大都规定保险人仅能减轻责任。
- ⑦ Agapitos and Another v. Agnew and Others (No 1) [2003] QB 556 at 45.
- ⑧ Agapitos and Another v. Agnew and Others (No 1) [2003] QB 556 at 45.
- ⑨ Axa General Insurance Ltd v. Gottlieb[2005] EWCA Civ 112.
- ⑩ Hedtcke v. Sentry Insurance Co (1982) 326 NW 2d 727 (Wis); Higgins v. Orion Insurance Co Ltd (1985) 17 DLR (4th) 90; Holmes v. GRE Insurance Ltd (1989) 5ANZ Insurance Cases 60-894.

### 参考文献:

- [1] 赵长利,施玉民. 汽车保险欺诈骗赔特征与预防研究[J]. 山东社会科学, 2006(11): 155-157.
- [2] 徐志军,张传伟. 欺诈的界分[J]. 政法论坛, 2006(4): 91-99.
- [3] 叶名怡. 涉合同诈骗的民法规制[J]. 中国法学, 2012(1): 129-142.
- [4] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [5] 杨立新. 侵权法论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005.
- [6] 田玲,徐竞,许濛方. 基于权益视角的保险人契约责任探析[J]. 保险研究, 2012(5): 83-87.
- [7] Judith A. Warshawsky. The expansion of insurance coverage to include the intentional tortfeasor [J]. 23 Loyola Law Review, 1977(3): 122-148.
- [8] 叶名怡. 法国法上的重大过错——兼论对中国法的参照意义[J]. 北方法学, 2013(4): 55-66.
- [9] 叶名怡. 重大过失理论的建构[J]. 法学研究, 2009(6): 77-90.
- [10] The Law Commission and The Scottish Law Commission.

- Consumer insurance law: Pre-contract disclosure and misrepresentation [R]. London: The Law Commission and the Scottish Law Commission, 2009: 69.
- [11] Jürgen Basedow. The Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) [M]. Munich: European Law Publ, 2009: 248–271.
- [12] 龙洋. 论保险诈骗罪的着手[J]. 法学评论, 2009(5): 134–141.
- [13] The Law Commission and the Scottish Law Commission. Insurance Contract Law Issues Paper 7, The Insured's Post-Contract Duty of Good Faith [R]. London: The Law Commission and the Scottish Law Commission, 2010: 13–26, 56.
- [14] Robert Merkin. Reforming insurance law: is there a case for reverse transportation? [R]. London: The Law Commission and the Scottish Law Commission, 2007: 54–55.
- [15] 刘宪权. 保险诈骗罪疑难问题的司法认定[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2008(4): 54–63.
- [16] 韩玲. 保险诈骗罪中几种特殊行为方式的司法认定[J]. 政治与法律, 2005(4): 114–118.
- [17] Nicholas Leigh-Jones, John Birds, David Owen. MacGillivray on insurance law [M]. London: Sweet & Maxwell, 2008: 546–551.
- [18] Sharon Tennyson. Moral, social, and economic dimensions of insurance claims fraud [J]. Social Research: An International Quarterly of the Social Sciences, 2008(75): 1181–1183.
- [19] (Ireland) Law Reform Commission. Insurance contracts consultation paper [R]. Dublin: (Ireland) Law Reform Commission, 2011: 163–169.

## Identification and civil law's regulation of insurance tort fraudulent: focus on Article 27 of "Insurance Law"

MA Ning

(School of Civil and Commercial Law, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710063, China)

**Abstract:** The tort fraud provided in Article 27 of "Insurance law" is a greater threat to underwriter's interests than legal behaviors fraud provided in Article 16. The tort fraud infringer's subjective aspect should be limited to "direct intent," and its objective aspect consists of making up and effecting insurance accident, fabricating the cause of accident or exaggerating loss sum. But making up insured object, concealing defense, using fraudulent devices are not included in the means of tort fraud. In regulation measures, "Insurance Law" should treat behavior of making false statements to accident causes and increasing loss sum equally to behaviors of making up and effecting insurance accident, allow underwriters to remove their insurance liability, and ensure that the right of rescission shall not be retroactive. But once the fraud is effected, the underwriter should be released from the insurance liability for claims made before the right of rescission. Finally, if the insured is of several persons, fraudulent claims of one insured or one beneficiary would not, in principle, affect other insured or beneficiaries' right to claim an insurance benefit.

**Key Words:** Insurance Law; insurance fraudulent; tort fraudulent; identification; civil law; regulation

[编辑：苏慧]