

当前，个别保险营销员利用自己的身份与广大群众对保险专业较为陌生的机会，以保险合同或伪造的保险产品品种疯狂进行诈骗活动，而且往往是群发事件，造成了受害人重大经济损失，给社会经济秩序带来一些不稳定因素。在研究如何有效打击这类犯罪的同时，一个相关法律问题也引起了我们的注意，在此情形下，保险公司是否要承担相应的民事责任？应如何承担？本文拟对此进行专门讨论。

一、保险营销员的诈骗犯罪行为是否会引起保险公司与受害人之间的民事侵权法律关系

为集中讨论焦点，首先对保险营销员的诈骗犯罪行为作如下限定：第一，营销员个人利用保险公司名义实施诈骗行为；第二，诈骗是以合同形式进行（不一定是保险合同，有时是以高息揽储等形式），即诈骗与合同行为重合；第三，诈骗所得直接归个人，没有进入保险公司的账户；第四，营销员的诈骗手段为个人签名、利用保单复印件、经过涂改的收据、在伪造的收款收据上盖假章（私刻）、以及盗盖或擅自使用保险公司的业务专用章。营销员的这种“诈骗”行为应定性为诈骗罪或非法集资犯罪（非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪）

从上述诈骗行为一般很容易发现这其中存在着三种法律关系：1.营销员与被害人之间因诈骗行为而引发的刑事法律关系；2.营销员与被害人因侵占受害人财产而引发的侵权民事法律关系；3.被害人与营销员所在保险公司之间存在的侵权民事法律关系。正是基于上述法律关系，才会产生相应的刑事或者民事责任。营销员因刑事法律关系而承担刑事责任无需赘述，而营销员与保险公司在何种情况下应承担何种民事责任的值得探讨。

根据我国刑法规定，对营销员因犯罪而非法占有的被害人财产通常是采取追缴赃款返还受害人的方法，应该说这是一种最有利于受害人的救济方式，因为既不需要另外经过民事诉讼程序，也不需考虑第三人善意保护（具有追及力）等问题。所以多年来一直行之有效。事实上，这种做法并非刑罚措施，而是一种民事侵权责任的变通追究方式，换言之，我国刑法在对犯罪分子处以刑罚的同时，以广义的刑事责任吸收了必要的对其民事责任的追究，达到公平与效率兼顾的目的（参见刑法第三十六条、第六十四条）。

至于保险公司在什么情况下承担民事责任则稍显复杂。首先应当明确，保险公司并非犯罪主体，并未实际占有犯罪所得，其与受害人的联系仅仅在于被犯罪分子利用作为诈骗的手段与工具而已，所以在绝大多数情况下，保险公司与被诈骗者一样也属于受害人，故而不应承担任何民事责任。然而，保险公司毕竟不是没有任何意思能力的工具，因而其在某些条件下仍可能承担对受害人的民事侵权责任。该责任承担条件为：1.保险公司在营销员诈骗过程中有明显过错；2.其过错与受害人损害存在直接因果关系。这里有必要对“明显过错”作进一步说明，所谓“过错”在这里仅指过失，并不包括故意，主要表现为保险公司未尽到必要的注意义务，或者对营销员疏于监督管理等等；所谓“明显”是指上述行为必须达到严重懈怠、重大疏忽的程度，如保险公司对业务专用章疏于保管，使营销员能够很轻易拿到并用来作为诈骗手段，或者保险公司单纯为了追求经济效益而将盖有业务专用章的空白保单交给营销员随意使用而不加审查。鉴于此，笔者认为，当保险公司的行为（包括不作为）符合上述条件时，则可以认定在保险公司与受害人之间成立了民事侵权法律关系，从而应承担相应的民事责任。

还需指出，由于上述民事侵权责任归根到底是营销员诈骗行为所致，故保险公司并非第一位民事赔偿主体，其侵权责任实际上应属于弥补营销员追缴赃款与赔偿不足情况下的补充赔偿责任，如果营销员犯罪所得完全被追缴并发还受害人，则保险公司亦无民事赔偿责任。而且，当保险公司向受害人实施了赔偿之后，其有权向犯罪的营销员再行追偿。



二、关于营销员诈骗犯罪行为是否属于表见代理的问题

由于保险公司营销员在对外实施诈骗行为时总是打着保险公司的旗号，以吸引投保或者高息揽存等为手段，所以在认定营销员行为属于诈骗犯罪的同时，必然伴随着另一个问题，就是该营销员的行为仅仅是其个人的行为还是代理保险公司的行为或者表见代理行为？对于是否属于代理行为，可以从两方面来看：第一，如果营销员得到保险公司的直接授权，以公司名义实施了诈骗行为，所得财物也直接进入保险公司的账户，这自然属于代理公司的行为；第二，如果营销员得到公司授权，以公司名义实施了诈骗行为，财物首先进入公司账户，然后又从公司转归营销员个人，这实际上仍属于代理行为，而营销员的犯罪则应被认定为职务侵占罪或其他犯罪。

至于营销员诈骗行为是否属于表见代理则较为复杂。笔者认为，营销员的诈骗犯罪行为虽然与合同行为可能重合，但仍不宜认定可以同时成立表见代理。理由如下：第一，当犯罪行为与合同行为重合时，关键要看该行为的本质是什么。毫无疑问，该行为在本质上属于犯罪，而民事合同仅仅为其表面形式。营销员的诈骗行为既然构成犯罪，即表明法律已经对其作出否定性评价，该行为人将会受到法律的制裁，而如果该同一行为在民事法律上被视为表见代理，则表明该行为属于有效行为，属于法律的肯定性评价。这样势必会造成民法与刑法的自身对立，造成法律内部逻辑体系的混乱。第二，营销员诈骗并将诈骗所得归己的行为本来属于其个人犯罪行为，应由其个人受到刑法制裁，对此本无异议。但如果该行为被视为表见代理，则其行为不再属于个人行为而构成了对公司的有效代理，即属于公司行为，其结果要么因构成代理公司的有效代理而不构成犯罪，要么因其行为属公司行为而构成了法人犯罪。显然，这样的结果是荒谬的。第三，如前所述，营销员的个人诈骗所得财产均据为己有，并未进入保险公司账户，如果认定其行为成立表见代理，则意味着被害人既有权通过追缴赃款方式填补损失，又有权通过民事诉讼行使合同权利获得预期利益，而如果当被害人真的选择了民事诉讼，是否意味着其已经放弃了通过追缴赃款填补损失的机会了呢？如果其民事诉讼因为证据、诉讼时效等原因而败诉，能否再回过头来向主办刑事案件的法院要求追缴赃款呢？事实上，追缴赃款的工作并不是在法院进入刑事案件审理时才开始，而是早在公安部门介入侦查时已经以扣押等方式着手进行了，如果被害人放弃追缴赃款的救济方式而选择民事诉讼的救济途径，司法机关对于已扣押或者已追缴的赃款将如何处理？这同样会引起刑事与民事程序的冲突。第四，表见代理制度的目的主要是为了保障善意相对人（被害人）的利益，而我国刑法以及《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》已经基本上可以起到有效保障被害人利益的作用。认定营销员的个人犯罪行为同时构成表见代理，对于加强对被害人利益保护的的实际效果不明显，而带来的副作用却不可小视。第五，表见代理的构成要件是相对人善意且无过错。但在这类营销员诈骗案件中，大多数被害人都是受到高息诱惑而受骗，对营销员出具的投保单复印件、经过涂改的收据、白条等凭证毫不质疑，对营销员有无代理权没有加以慎重地审查，而是盲目轻信，具有明显的过错。综上，经过利弊权衡，笔者认为，将个人犯罪行为与表见代理行为相区隔是较为合理的。

在上述理论的指导下，回到具体操作层面，对保险公司营销员以各种手段诈骗而导致的法律后果可以作出一个明晰的界定：首先，如果营销员的诈骗手段虽然为对外冒用保险公司名义，而实际手法却是通过个人签名、利用保单复印件、使用经涂改的收据、在伪造的收款收据上盖假章（私刻）等等，这种行为显然完全属于其个人行为，与保险公司无任何关联，不构成表见代理。其次，营销员通过盗盖保险公司业务专用章诈骗财产直接归个人的，属其自身的犯罪行为，不构成表见代理。如保险公司无过错，则依法只能向该营销员追缴赃款，而保险公司不承担民事责任。再次，营销员以盗盖保险公司业务专用章方式诈骗财产直接归个人，而保险公司存在明显过错的，且该过错行为与被害人的经济损失具有因果关系的，保险公司仅应向被害人承担追缴赃款后不足的补充赔偿责任，而这同样不属于因表见代理而产生的合同责任。如



果营销员的犯罪定性为非法集资犯罪（即非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪），则根据《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，非法集资不受法律保护，受害人参与非法集资活动受到的损失，应由其自行承担，保险公司不承担责任。

三、关于营销员诈骗犯罪中的“先刑后民”问题

当前保险营销员诈骗犯罪案件中经常出现的一个问题是当犯罪嫌疑人正处在被侦查、审查起诉阶段，或者由于该犯罪嫌疑人潜逃正在通缉阶段，由于被害人遭受较大经济损失，故其不愿按照以往一贯做法，等待法院的处理（即所谓“先刑后民”），而将矛头直接指向了保险公司，要求保险公司承担相应的民事侵权责任（即所谓“刑民并举”）。

笔者认为，当刑事案件需要查明和最终认定的事实对于确定保险公司是否承担民事责任有直接影响时，则民事诉讼应当中止审理，待刑事案件处理后再进行；但如果刑事案件所查明的事实确定将不会影响民事诉讼中保险公司的民事责任承担时，则无须中止审理。理由如下：

首先，一般情况下“先刑后民”具有天然的合理性，因为对营销员的行为性质的认定会决定其后的一系列问题的处理，故其必须得到优先处理。事实上，营销员行为的性质大致不外乎三种：构成诈骗罪，不构成诈骗罪，构成其他罪（如侵占）。刑事审判的三种不同结果将会对保险公司可能面临的民事责任后果造成完全不同的影响是再明显不过的事情了，因此，不首先确定刑事责任就不可能有正确的民事定性，也就不可能有正确的民事责任认定。其次，法律确定“先刑后民”处理原则的同时并非没有考虑到对被害人利益的保护，而是通过刑法第三十六条的适用，以广义的刑事责任吸收了相当的民事责任，通过向犯罪人追缴赃款与追究经济赔偿来达到公平与效率兼顾的目的。再次，从最大限度保护被害人利益出发，法律应尽可能为被害人留出更大的保护空间，即当追究营销员刑事责任与追究保险公司的民事责任之间确定地不存在冲突时，可以实施“民刑并举”。不过，如果两者存在直接冲突时，为了司法的统一性与权威性，“民刑并举”只能让位于“先刑后民”。

