

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2017年卷第3辑·总第25辑

《人大法律评论》编辑委员会组编

论我国不动产登记机构登记错误赔偿责任制度要点和机制完善 吴春岐

“旧邦新造”的国际之维：重思中国与“一战”的关系 魏磊杰

广义抑或狭义：身份犯中身份概念的再界定 周啸天

我们需要的是有中国特色的社会主义经济法学 刘文华

无需一再重复发明车轮：比较法作为发展的途径 [瑞士] 托马斯·卡德纳·格拉齐亚诺



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2017年卷第3辑·总第25辑

《人大法律评论》编辑委员会组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2017年卷. 第3辑: 总第25辑 / 《人大法律评论》编辑委员会组编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2496-2

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第164034号

人大法律评论(2017年卷第3辑
总第25辑)
RENDA FALÜ PINGLUN (2017 NIAN JUAN
DI-3 JI ZONG DI-25 JI)

《人大法律评论》编辑委员会组编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 19.5
字数 312千
版本 2018年8月第1版
印次 2018年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2496-2

定价:75.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《人大法律评论》编辑部

主 编：李 帅

副 主 编（按姓名笔画排序）：

王美舒 亢晶晶

编辑委员会（按姓氏笔画排序）：

于 浩 化国宇 黄忠顺

责任编辑（按姓氏笔画排序）：

亢晶晶	王美舒	田时雨	安恒捷	李 帅
李展硕	杨疏影	吴毅恒	张牧君	陈梦寻
胡宗金	彭 浩	赖伟能	谭观福	

行政助理：吴毅恒

卷首语

经过半年时间的组稿,《人大法律评论》(以下简称《评论》)2017年第3辑终于和大家见面了!在本辑的组稿、编印、出版过程中,收到了广大学人的踊跃投稿,得到了法学院王轶院长、指导老师张志铭教授、外审专家学者的大力支持,也得到了法学院诸多师长及历届编辑的不断激励。此外,人大法学院优秀校友、法律出版社汤子君编辑一如既往的辛勤付出,编辑部成员以及毕安迪、刘连焘、刘继烨、朱靛紫、李天骄、李泽宇、李焕集、张文轲、张卓、周雷、贺瑞、唐少敏、扈艳、梁譞、潘泽钧等实习编辑的共同努力,使本书的出版成为可能。我们在此向诸位表示衷心感谢!

《评论》成为CSSCI来源集刊以来,来稿数量颇多,其中不乏高质量的稿件,由于版面所限,我们不得不在众多来稿里优中选优。在本辑《评论》中,我们精选了十四篇文章,作者分别来自中国人民大学、日内瓦大学、清华大学、武汉大学、山东大学、厦门大学、台湾高雄大学、台湾公正学会、华东师范大学、华东政法大学、首都经济贸易大学、广东外语外贸大学、安徽大学、北京城市学院众城智库、武警北京总队政治工作部等。本辑《评论》,我们继续落实双向匿名评审制度,并实行专家外审制度,最终完成组稿。我们对向本刊投稿的诸位作者表示衷心感谢,对稿件被本刊采用的作者表示诚挚祝贺!

在“专题研讨”栏目中,我们收录了不动产登记研究领域的佳作六篇。吴春岐教授的作品《论我国不动产登记机构登记错误赔偿责任制度要点和机制完善——以我国不动产统一登记工作实践为研究基础和视角》从实践的视角,结合法解释学和比较法研究,逐一检讨了不动产登记机构登记错误赔偿制度的要点。其认为:不动产登记错误的定义应该采用折中论,即基于有效的登记原因而为之登记因错误或遗漏所致的登记簿上的内容与登记原因证明文件所记载的内容不符。不动产机构登记错误赔偿责任的性质兼具民事责任属性和行政

责任属性,但以民事责任属性为主。其归责原则应当采过错责任说。其构成要件应当包含侵害行为、损害结果、因果关系及主观过错四个方面。不动产登记机构登记错误承担赔偿责任的范围包括:主权利的损害赔偿,利息,为主张权利所支出之费用。不动产登记机构登记错误赔偿责任的承担分为两种情况:一是不动产登记机构独自承担,二是登记机构与其他人混合侵权下的共同承担。经过实践的探索和总结,不动产登记错误赔偿机制可通过责任保险等方式不断完善。王荣珍教授在《依嘱托转移登记实践中的两个问题及其解决建议》一文中提出,依法院嘱托转移登记实践中存在是否需要当事人再提交登记申请和材料问题、依嘱托登记能否直接适用以解决离婚判决所涉房屋转移登记的特别问题。依法院嘱托转移登记中要求提交不动产登记申请书混淆了依嘱托转移登记和依申请转移登记,应予以取消,但要求提交不动产转移登记相关材料则合法合理。由于依嘱托登记不能直接适用以解决离婚判决所涉房屋转移登记特别问题,王荣珍教授建议当事人利用不动产登记代理制度或者向法院提起排除妨碍诉讼,根据生效法律文书直接申请办理转移登记,或者申请强制执行,由法院嘱托登记。李磊先生在《不动产登记立法体系检讨及完善建议》一文中,以效力级别为标准,梳理了近年来我国从中央到地方在不动产登记领域中出台的各项法律规范,评析了各层级法律规范推动不动产统一登记的制度保障功能,以及其普遍存在的位阶较低、内容欠缺科学性与体系性、缺乏长远立法规划三方面的问题,并结合不动产登记规范化进程中的两大动向,从不动产登记错误赔偿机制、权利制度供给、历史遗留问题、配套制度保障四个角度指出了不动产统一登记施行中的困境。该文认为,民法典物权编为不动产登记提供制度框架和价值导向、以高位阶的法律规范不动产统一登记、清理目前繁冗的规范性文件并尽快建立不动产登记标准化体系,乃我国未来不动产登记完善立法之必要步骤。张毅先生的《不动产统一登记背景下宅基地确权登记思路创新探析》一文以当前宅基地确权登记发证面临的突出问题为导向,在坚持国家现行法律法规、政策框架和深度参考学术界相关理论研究的基础上,结合了全国多个地区实践调研经验和认识,得出国家有关宅基地确权登记发证的历次规定,主要涵盖“宅基地面积”“一户一宅”“一户多宅”“非本集体成员在本集体的宅基地”“城镇户籍人员在本集体的宅基地”五个方面的确权登记问题的结论。该文还强调应当遵循中央全面深化改革的有关要求,以国土资源部(现已被撤销)农村

不动产登记示范点建设为平台,坚持“个别安排、依法授权、明确底线、封闭运行”的原则,防止地方各行其是对国家整体制度造成冲击,并将探索失败的风险降至最小。

“论文”栏目选取了基础法学、宪法、刑法、经济法、国际法领域的佳作八篇。

在基础法学领域,魏磊杰先生的《“旧邦新造”的国际之维:重思中国与“一战”的关系》一文提出,通说受传统革命史观与西方中心论影响,对中国参与第一次世界大战给予负面解读与否定评价,这未曾深入考量中国参战所谋求的战略意图,也未能长远评估其对晚清以降民族国家建设议程的深远影响。中国通过参战谋求的主权外交,不仅实现了成为国际社会平等一员的潜在预期,而且经过“一战”的教育与洗礼,渐趋完成了从接纳列国体系到批判列国体系,进而走向通过重构国际秩序谋求新国际化与国际认同的民族国家建设之路。此等“从威尔逊转向列宁”的历史位移,不仅深刻影响了中国未来政治演进的轨迹与政制模式的选择,更直接形塑了中华人民共和国成立初期一边倒的“东方外交”格局。在这种长远意义上,中国的“入世”与崛起实与“一战”存在紧密的历史关联。

在宪法领域,胡大路先生的《论宪法上军事权的范畴、制度与原理》一文从宪法上的军事权出发,讨论了军事权这一宪法制度的重要组成部分。宪法上的军事权规范是军事法治的基石,深层次反映出宪法价值、军事规律二者的结合。军事权的研究与军事暴力和意志、主权之间具有特别关联,宪法上的军事权具有判定政治存在、维护立宪价值的两方面要素。文章从军事功能、法律关系出发,将相关规范归入武力启动权、最高统率权、军队指挥命令权、国防建设权四个范畴。胡博士通过比较分析,发现在制度层面,可以归纳为议会中心主义、文官治军和过程性控制三项原则。结合宪法原理,可以挖掘其背后的主权构造、理性预设和价值来源等。

在刑法领域,周啸天先生的《广义抑或狭义:身份犯中身份概念的再界定——以身份的本质为中心》一文通过讨论广义和狭义的身份概念,对身份犯进行了本质上的界定。文章经过探讨,发现以特别义务限定身份的狭义的身份概念不应当被采纳;相反,联系法益与期待可能性、预防必要性,即违法与可罚的责任来实质性地看待身份的理论路径是合理的。身份的本质或者是法益侵害的事实前提,或者是与期待可能性、预防必要性有关的事实前提。周老师指

出,这一关于身份的本质观,能够清晰界定身份的概念、身份犯的范围,以及解决身份犯的共犯问题。在《唆使有犯意者的行为的一致性——基于德日理论对我国问题适用的探讨》一文中,储陈城先生提出传统教唆犯的观点没有很好地梳理唆使已有犯意者的行为之定性的问题,其回归我国刑法文本,将这一问题细化为改变行为的教唆、加重的教唆(结果加重的教唆、转化的教唆)和减轻的教唆四种具体问题类型。作者结合我国的刑法规范和实际问题,在借鉴德国和日本对这一问题研究的成果基础上,将构成要件的同一性和保护法益的同一性作为判断标准,将改变行为的教唆、结果加重的教唆、转化的教唆以及减轻的教唆之具体定性进行梳理,得出符合同一性则不构成教唆犯,不符合同一性则构成教唆犯的结论。

在经济法领域,刘迎霜教授之《论我国彩票公益金法律监管的完善》一文,立足于彩票公益金作为政府非税收入、社会公益事业资金来源的本质,通过审视我国彩票公益金运作模式和法律监管现状,指出了现今彩票公益金的来源、使用、管理环节中亟待解决问题。该文倡导完善彩票公益金法律监管的社会公益公开、公平公正、法治与诚信原则,于发行环节降低彩票发行费、强化彩票发行和销售机构及人员违法行为的法律责任;于使用环节明确并细化彩票公益金的使用方向,强化公益金使用的信息公开制度;于管理环节成立专门的监管机构,明确彩票公益金使用和政府其他公共财政支出的界限,积极引入听证及公益诉讼等监督和救济制度,最大限度地扩大彩票公益金的筹集规模,令彩票公益金为社会公益事业奉献应有之功。在《后危机时代评级机构的监管改革、评价与未来趋势——兼对我国评级监管的启示与借鉴》一文中,窦鹏娟女士通过介绍次贷危机之后,世界范围内以欧美为代表的各国评级机构监管改革的过程、现状、成果和不足,为我国完善评级机构监管制度提出建议。作者认为,各国评级机构监管改革通过加强对评级机构的法律监督,促进评级机构竞争等措施,打破了评级世界的旧秩序,建立了新的评级规则和制度,具有重要的借鉴价值。然而,这场改革过于温和,效果不够突出,未来的改革应进一步变革评级机构的收费模式,改善评级行业高度垄断的市场属性。对于评级机构监管体制尚不健全的中国而言,应吸取后危机时代评级机构监管改革的经验教训,完善关于评级监管的法律制度,致力于改进评级质量,改革评级监管格局和健全监管机制。高桂林教授的《绿色发展背景下雄安新区的定位及法律保障》一文阐

释了当前绿色发展的背景下雄安新区结合自身的产业、环境、生态特征实现其在我国经济布局和变革中的地位确认,并探讨了采取何种革新方式来实现法律保障。他认为,绿色发展是我国经济发展所追求的目标,相应地也是京津冀一体化未来发展的趋势,基于绿色发展的要求,京津冀协同发展需要在理念、经济制度、发展路径等方面寻求新的转变。而雄安新区的成立正是京津冀一体化在绿色发展背景下的一个突破口,通过引入绿色发展的政策理念构建生态城市,将雄安新区建立示范窗口,从而为京津冀一体化开辟出一条生态发展之路,最终实现京津冀协同发展的新飞跃。因此,在绿色发展的背景之下,雄安新区应定位为以生态经济为核心的生态服务功能区,同时应当针对雄安新区的这一特点提供相应的生态法律服务保障。

在国际法领域,《网络空间规则博弈中的“软实力”——近年来国内外网络空间国际法研究综述》一文中黄志雄教授以根据国内外有关网络空间国际法研究的学术史梳理而来的网络空间国际法研究经历的“荒芜期”、“萌芽期”和“快速成长期”三个阶段开篇,提出国内外学者主要围绕网络空间国际法的一般性问题、网络主权、网络战、网络犯罪、网络间谍和网络恐怖主义等多个领域展开了研究,但现有研究还存在若干薄弱之处,特别是存在“中国元素”缺失、研究方法单一和研究内容单薄等方面的问题。中国政府应当加强研究队伍建设和人才储备、培养,并通过政学结合的方式充分发挥学者的作用。

“评论”栏目选登了两篇文章。其中,在《我们需要的是有中国特色的社会主义经济法学——读新出版的〈经济法学〉后的思考与感言》一文中,作者刘文华教授通过阅读新出版的《经济法学》教材,提出有关中国经济法命运前途的一些观点。本文以“中国经济法何因产生、何时产生”开篇,认为我们需要的是有中国特色的社会主义经济法学,其后分别从“干预概念”、政府的治理范围目标、政府治理经济的方式手段、改革历史全过程四个层面检视“国家干预”概念,提出我们应该在公法与私法之间开辟第三法域——社会法,确立以“公私结合,以公为主”的具体制度,深入认识中国语境下经济法的性质、地位和功能。作者最后对“法律调整方法和法律规则在本质上都是否定性的”这一论题提出质疑,倡导创建既有世界经济法共性,又有中国特色的社会主义经济法学。托马斯·卡德纳·格拉齐亚诺教授在《无须一再重复发明车轮:比较法作为发展的途径》一文中指出,在法律发展中比较方法是一个主要的工具,其研究对象不能仅限于

以传统法系为代表的欧美国家,而应当扩展到近期进行了法律现代化的国家,这样才能从法律多样性之中汲取有益的经验。对此,托马斯教授提出的比较法的建议是:通过指引学生寻找与案例相关的规定及解决方案,并通过对这些解决方法进行分类整理,来鉴别不同的法律制度针对特定问题的解决方法、不同法律制度中的不同规则和原则或者不同解决方法中依据的不同原理;同时,教授学生基本法律文化的课程。这种教授方法,具有帮助学生掌握主动运用比较方法论的能力,帮助他们从土生土长的法律环境中解脱出来、克服阅读外国文献的“不适”心理等优点。

卷首语	(1)
-----------	-------

【专题研讨】

论我国不动产登记机构登记错误赔偿责任制度要点和机制完善

——以我国不动产统一登记工作实践为研究基础和视角 吴春岐(3)

依嘱托转移登记实践中的两个问题及其解决建议 王荣珍(35)

不动产登记立法体系检讨及完善建议 李 磊(49)

不动产统一登记背景下宅基地确权登记思路创新探析 张 毅(65)

【论文】

“旧邦新造”的国际之维:重思中国与“一战”的关系 魏磊杰(85)

论宪法上军事权的范畴、制度与原理 胡大路(113)

广义抑或狭义:身份犯中身份概念的再界定

——以身份的本质为中心 周啸天(137)

唆使有犯意者的行为的一致性

——基于德日理论对我国问题适用的探讨 储陈城(167)

论我国彩票公益金法律监管的完善 刘迎霜(184)

后危机时代评级机构的监管改革、评价与未来趋势

——兼对我国评级监管的启示与借鉴 窦鹏娟(198)

绿色发展背景下雄安新区的定位及法律保障 高桂林(220)

网络空间规则博弈中的“软实力”

——近年来国内外网络空间国际法研究综述 黄志雄(236)

【评论】

我们需要的是有中国特色的社会主义经济法学

——读新出版的《经济法学》后的思考与感言 刘文华(265)

无须一再重复发明车轮:比较法作为发展的途径

..... [瑞士]托马斯·卡德纳·格拉齐亚诺(281)

《人大法律评论》稿约 (297)

《人大法律评论》注释体例 (298)

专 题 研 讨

论我国不动产登记机构登记错误赔偿责任制度要点和机制完善

——以我国不动产统一登记工作实践为研究基础和视角

吴春岐*

内容摘要:

不动产登记机构登记错误赔偿责任制度的以往研究主要侧重于法理方面,而较少关注不动产登记实践。我国自2013年年底启动不动产统一登记,其工作实践为这一课题的研究提出了新的要求,也提供了坚实的基础。笔者从实践的视角,结合法解释学和比较法研究,逐一检讨不动产登记机构登记错误赔偿制度要点后认为:不动产登记错误是指基于有效的登记原因而为之的登记因错误或遗漏所致的登记簿上的内容与登记原因证明文件所记载的内容不符。导致不动产登记机构登记错误的原因和表现形式可分为两类。不动产错误登记赔偿性质兼具民事责任属性和行政责任属性,但以民事责任属性为主。其归责原则应当采过错责任说。其构成要件应当包含侵害行为、损害结果、因果关系以及主观过错四个方面。不动产登记机构登记错误承担赔偿责任的范围包括:主权利的损害赔偿,利息,为主张权利所支出之费用。经过实践的探索和总结,不动产登记错误赔偿机制可通过责任保险等方式不断完善。构建不动产登记错误赔偿保险制度的要点包括:不动产登记错误赔偿保险的模式选择,赔偿数额,免赔数额,保险追溯期,保险责任及除外责任,保险费用及来源。

* 吴春岐,北京城市学院众城智库(中国不动产、自然资源确权登记研究院)院长,教授。中国不动产(自然资源)确权登记协同创新中心秘书长,兼任中国人民大学土地政策与制度研究中心副主任。主要研究领域为物权法、土地管理与法律制度、不动产(自然资源)登记制度、自然资源产权与监管制度。

关键词:

不动产登记 登记错误 侵权责任 归责原则 责任保险

不动产登记机构登记错误赔偿制度是不动产登记制度体系的重要一环,其对于不动产登记权利人因登记错误造成损害的救济至关重要。从立法上分析,关于不动产登记机构登记错误赔偿制度主要规定于《物权法》第21条第2款:“因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”从解释论上分析,囿于特定的历史原因,这一条文规定得比较模糊,以至于司法实践中对登记机构因登记错误承担赔偿责任的构成要件、归责原则、赔偿范围以及责任承担方式等方面颇多争议。之前关于此问题的研究大多采用学理分析的方式,莫衷一是。而我国自2013年年底启动不动产统一登记以来,截至目前已达4年的工作实践为这一课题的研究提供了新的视角,也提供了坚实的基础。特别是不动产登记机构大胆探索、通过责任保险的方式来拓展赔偿资金来源、完善赔偿机制的实践更为相关研究打开了一个新的视窗。本文从实践的视角,结合法解释学和比较法研究,将逐一探讨并阐述不动产登记机构登记错误赔偿制度要点,并研究以不动产登记责任保险的方式完善不动产登记机构登记错误赔偿责任制度的难点和创新要点。

一、不动产登记错误的含义、原因和表现形式

(一) 不动产登记错误的含义

不动产登记错误的含义,即不动产登记错误涵盖哪些范围,是本文研究的逻辑起点。这一问题在各国理论界和实务界尚存在一些不同的观点。目前主要存在以下几种不同的观点:

第一种观点可概括为广义的不动产登记错误,以《德国民法典》为代表。该观点认为,只要不动产登记簿上记载的不动产物权归属与物权的真实归属不一致,即法律物权和事实物权不符,就应该属于不动产登记错误。造成不动产登记错误的原因主要有:当事人之间关于不动产权利归属的合意存在瑕疵;登记机构的工作人员主观上或行为上有故意或者过失,从而导致不动产登记簿遗漏应该记载的相关事项或者误载事项;登记时不存在错误,但是由于继承或者法人合并等情形,致使客观条件发生了变化,从而导致事实上的不动产权利的主

体、内容等事实状况与不动产登记簿登记的状况不符。

第二种观点可概括为折中的不动产登记错误,以《瑞士民法典》为代表。该观点认为登记错误是指基于有效的登记原因而为之登记因错误或遗漏所致的登记簿上的内容与登记原因证明文件所记载的内容不符。基于这种理解,登记原因行为的瑕疵以及有效登记完成后发生的事由所致登记簿记载状态与真实权利状态不符的情形不在登记错误的范围。^{〔1〕}

第三种观点可概括为狭义的不不动产登记错误。以我国台湾地区“土地登记规则”为代表。该观点认为只有因为登记机构自身的原因,遗漏了登记事项或者错误记载了登记事项,从而使不动产登记簿上的权利内容和当事人之间真实的权利状况不一致,才属于真正的不不动产登记错误。该观点把由于当事人的原因引起的不动产登记错误和由于登记后客观情况发生变化导致的不动产登记簿记载状况与事实状况不符的情况排除在外。

上述三种学说逐步限缩不动产登记错误的涵盖范围,笔者赞同折中的不动产登记错误含义。就广义的不不动产登记错误而言,其涵盖的范围过于宽泛,使得登记机构负担较多的义务。从当事人达成物权变动合意到不动产物权发生变动,其中必然存在一定的时间间隔,登记机构在此期间进行合理的审查,只要能够保证登记的物权归属与登记之时的真实权利状态相符即可,对于登记后新出现事项导致的事实物权和登记物权不一致的,并不在登记机构的可控范围之内,因此不能算作登记错误,并且各国法律都规定了不动产的变更登记,当事人可根据嗣后事项的具体内容向登记机构提出申请,从而维护自己的合法权益,而不必借助错误登记赔偿机制进行救济。就狭义的不不动产登记错误而言,其将登记错误的原因只局限于登记机构自身的故意或者过失,而未将原因行为的瑕疵作为登记错误的范畴,那么如果当事人达成存在瑕疵的物权合意或者提供虚假的原因文件,登记机构据此进行登记而导致错误的,真正权利人受到损害后并不能得到救济,将会极大地动摇不动产登记的公示公信力。而折中的不动产登记错误,摒弃上述两种学说存在的问题,合理的构建了不动产登记错误的概念体系,既保护了不动产权利人的合法财产权利,又不会使登记机构承担较多的审查义务以至于降低行政效率。从解释论角度分析,我国《物权法》第21条

〔1〕 参见朱晓将:《不动产登记机构赔偿责任若干问题探讨——析〈物权法〉第21条第2款》,载《法治研究》2011年第1期。