



# 当代法学论坛

DANGDAI FAXUE LUNTAN



中国方正出版社

2007/6

# 当代法学论坛

贵州省法学会 主办

## 编委会

主任：姜延虎

副主任：张国新 栗先惠(女) 张卫华 王心海

赖梁盟

主编：赖梁盟

编委：(按姓氏笔画为序)

刘鹏

任永强

陈小平(女)

余贵忠

宋强

冷传莉(女)

张艾青

杨正万

杨仁厚

彭剑鸣

徐晓光

徐家力

游本强

翦继志(女)

谭振亭

潘弘(女)

中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代法学论坛 / 赖梁盟主编 - 北京: 中国方正出版社, 2007.12

ISBN7-80107-814-4

I. 当… II. 赖… III. 法学 - 文集 - 中国 IV. D924.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 001369 号

## 《当代法学论坛》

赖梁盟 主编

责任编辑: 王相国

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

经销: 新华书店

印刷: 贵阳黔灵印刷工业公司

开本: 大 16K

印张: 10.5 印张

字数: 280 千字

版次: 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月贵阳第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-814-4

定价: 15.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与贵州省法学会联系退换)



中国法学会会长韩杼滨



中国法学会副会长罗锋



中国法学会副会长李清林



河南省委副书记陈全国



中国法学会副会长宋树涛

## 全国地方法学会 建设工作会议

2007年11月6日至7日，中国法学会在郑州黄河迎宾馆召开全国地方法学会建设工作会议，会长韩杼滨、副会长罗锋、李清林、宋树涛以及河南省委副书记陈全国等领导自始至终参加了会议，各省市自治区法学会常务（或专职）副会长、秘书长，各副省级城市法学会副会长，部分地级市法学会领导以及新闻记者等140多人参加了会议。

陈全国代表河南省委、政府向大会致辞，罗锋作了工作报告，河南、辽宁、安徽、山西等省法学会介绍了地市级法学会建设工作经验，哈尔滨、聊城、泉州、漯河等市法学会分别介绍了自身建设的经验。宋树涛作了大会总结。

地市法学会建设有几条重要工作经验：

一、领导重视，大力支持，设法为法学会建设铺路搭桥，解决实际困难；

二、地方法学会的“六有”：有机构、有编制、有人员、有经费、有办公用房、有交通工具；

三、市委副书记为联系法学会的领导，市委政法委书记担任法学会会长，市委政法委副书记担任法学会常务副会长，公安、检察、法院、司法行政、安全、法制办、大学法学院领导等担任法学会副会长，秘书长为占编的专职副处级干部。



会场一角



主席台领导：左起：宋树涛、罗锋、韩杼滨、陈全国、李清林



中国法学会会长韩杼滨



中国法学会副会长罗锋



中国法学会副会长李清林



中国法学会副会长孙在雍



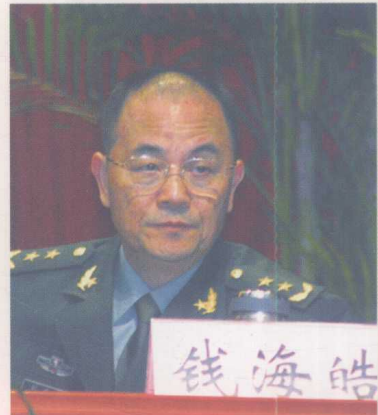
中国法学会副会长宋树涛



河南省委常委、省委秘书长曹维新



最高人民检察院副检察长  
中国法学会检察学研究会副会  
长朱孝清



军事科学院副院长、中国法  
学会军事法学研究会会长钱海皓



中国法学会学术委员会主任王家福



中国法学会学术委员会  
副主任高铭暄



中国法学会学术委员会副主任陈光中

## 中国法学会研究工作会议

2007年11月8日至9日，中国法学会在郑州黄河迎宾馆召开中国法学会研究工作会议，会长韩杼滨、副会长罗锋、李清林、孙在雍、宋树涛以及河南省委常委、省委秘书长曹维新等领导同志自始至终参加了会议，中国法学会学术委员会主任王家福、副主任高铭暄、陈光中参加了会议，中国法学会检察学研究会副会长、最高人民检察院副检察长朱孝清、中国法学会军事法学研究会会长、军事科学院副院长钱海皓等各研究会领导49人，以及各省市自治区法学会常务（或专职）副会长、秘书长，各副省级城市法学会副会长，部分地级市法学会领导以及新闻记者等140多人，共计190多人参加了会议。

会上，李清林传达了党的十七大会议精神，孙在雍作了研究会建设的工作报告，中国法学会宪法学、刑法学、民法学、商法学、经济法学等研究会，以及北京市、上海市、山东省、辽宁省法学会作了经验交流。大会期间，代表们结合党的十七大精神，讨论了进一步加强研究会建设的工作，讨论了《关于进一步加强研究会建设的意见》、《研究会管理办法》。

会长韩杼滨在大会结束时作了重要讲话。

# 目 录

## 专家论坛

- 论我国保险诈骗罪的现状及立法缺陷 ..... 潘 弘(1)

## 各抒己见

- 浅析《民事诉讼法》的修改内容及其原因 ..... 董兴勇(6)  
登记机构错误登记赔偿责任归责原则问题研究 ..... 王凌松(9)

## 理论探讨

- 企业国有产权交易规制研究 ..... 王利宏(12)  
公法与私法背后的利益冲突及调整 ..... 张 帆(16)  
论我国行政公益诉讼制度的构建 ..... 徐 琳(19)  
浅析无效保证合同的认定及责任承担 ..... 马庆国(23)  
论后合同义务 ..... 窦彦峰(26)  
论保险告知义务 ..... 胡亮亮(28)  
浅析性骚扰侵权问题 ..... 张 艳(32)  
我国环境税收法律制度的构建与完善 ..... 胡 栋(35)  
法治是构建和谐社会的灵魂 ..... 赵保法(38)  
浅论法律的“掠夺” ..... 阮 毅(41)  
未成年人刑事责任的再认识 ..... 汪先珍(45)  
论诚实信用原则的概念 ..... 张晓声(48)  
自然垄断行业改革问题研究 ..... 乾润梅(50)  
浅析我国开征燃油税问题 ..... 李 丽 陈红梅(53)  
浅析农村计划生育依法行政中的问题及对策 ..... 赵翠华(55)  
论保安服务业的法律地位 ..... 龙朝阳(57)  
当前我国物流企业并购中的法律尽职调查 ..... 阳 凯(60)  
谈合同之附随义务及第三人的保护 ..... 李 燕(62)  
缔约过失责任新论 ..... 吴多美(64)  
环境污染的法律规制 ..... 肖丹涛 邱积德(68)  
清洁生产及其法律制度研究 ..... 陈丰良(70)  
行政复议是预防和化解社会矛盾的重要手段 ..... 李晓君(72)  
论不动产登记非形式审查 ..... 任大东 田孟华(75)  
构筑我国建筑市场“三位一体”的技术性壁垒 ..... 王 珏(78)  
行动中的交通事故法若干问题探讨 ..... 乐海平 胡 栋(81)

从贵州立法叫停“开瓶费”谈如何规范公司经营权 .....	胡西武(84)
论责任保险与侵权行为法的关系 .....	盛文兵(87)
试论未注册商标的法律保护制度及我国的相关立法完善 .....	陈 亮(89)
受教育权的宪法学评析 .....	王凌云 谢 兵(92)
保险法上之近因原则刍议 .....	蒋 松 穆贵军(95)
国际法与国内法的关系 .....	娄山敏子(98)
对国务院立法监督的思考 .....	郝丽英(101)
试论悬赏取证行为的合法性 .....	王生胜 王玉燕(103)
论继承的放弃 .....	许少华(106)
试论网络环境下著作权侵权及其保护问题 .....	陈红梅 李 丽(108)
论安全保障义务人的补充责任 .....	冯丽丽(111)
浅谈政治环境对司法独立的影响 .....	李 杰(113)
浅析股东资格的继承取得 .....	王玉有(115)
从商标的显著性及其本质看我国现行商标取得制度 .....	马 骊(118)
房地产银行信贷对房价的影响及法律对策 .....	丁会建(121)
高层建筑物抛掷物侵权责任若干观点评析 .....	管收年(123)
论行政法领域之违法所得 .....	尹国梁(126)
论投资立法的必要性 .....	迮宗蕾(130)
城市房屋拆迁之法律维度思考 .....	黄江勇(132)
如何运用 WTO 争端解决机制有效保护我国企业权益 .....	武海霞(134)
商标显著性判断标准 .....	刘启正(136)
浅论预期违约 .....	谢 飞(139)
浅谈国家豁免与国际习惯 .....	祝辉平(142)

## 司法实践

论商品房预售法律关系的性质 .....	赵 萍(144)
析死刑制度改革的践行与完善 .....	朱久炼 王 海(147)
均衡量刑数字化问题初探 .....	胡黔生 杨昌标(151)
论反商业贿赂 .....	韩武卫(155)
诉讼费用制度改革与反思 .....	夏群佩 应万荣(158)
浅论基层人民法院涉诉信访工作 .....	万生华(162)

# 论我国保险诈骗罪的现状及立法缺陷

潘弘\*



**内容摘要:**保险诈骗行为侵犯了保险人的财产权利,扰乱了保险制度与秩序,并危及保险事业的正常发展和功能的发挥,在一定程度上关系着国计民生和社会的稳定。在刑法中规定保险诈骗罪有利于惩罚和遏制保险诈骗行为,但由于我国保险事业起步晚,立法时间短,相关法律法规不健全,导致保险诈骗罪的立法和实践中出现了一些问题。

**关键词:**保险 保险诈骗 立法缺陷

On The Present Conditions and legislative Deficiency of  
Insurance Swindle Crime of Our Country

Pan Hong

**Abstract:** Insurance swindle behavior not only infringes the property rights of the insurers and disorders the institution and order of insurance, but also harms to the normal development and the function elaborating. It relates to national economy and the people's livelihood, and society stability on a certain degree. It is good to punish and restrain insurance swindle behavior to enact the Insurance Swindle Crime in Criminal Law. But because the insurance cause of started late, the time of legislation is short, and the related law and code are not so sturdy, there are some problems of legislation and practice of Insurance Swindle Crime.

**Key Words:** insurance insurance swindle Legislative deficiency

## 一、我国保险诈骗犯罪的现状

保险业由于其自身固有的信息不对称性、保险标的复杂性以及保险价值不确定性使得欺诈易于产生。以保险金为对象的欺诈犯罪,在保险犯罪中,可谓是传统犯罪。可以这样说,保险欺诈的历史几乎与保险业一样古老并且与保险事业同步发展。自从保险业诞生以来,同时产生了所谓的保险欺诈行为,没有哪一个国家的保险市场不被欺诈行为所困扰。各种类型的保险欺诈日益猖獗的现状,迫使保险业不得不将“通过欺诈手段获得保险利益”当作不可避免的风险因素而接受。保险欺诈犯罪是保险制度的天敌,将对保险制度产生严重破坏,极大的威胁保险事业的发展。而且,随着保险业在社会经济生活中的日益发展,保险欺诈犯罪在数量上迅猛增长的同时,在犯罪类型、手段上也不断更新。所以说,保险欺诈已被确定为当前对保险业盈利构成威

胁的最大部分,对付保险业务中的欺诈行为已成为包括中国各家保险公司在内的世界保险人所面临的共同问题。

我国保险业起步晚,保险制度不健全、漏洞多、反保险诈骗措施不力,保险业对保险诈骗的危害认识不足,反保险诈骗的法律法规落后,加上随着市场经济的发展,诱发经济犯罪的因素进一步增多,多种因素集中使得我国保险诈骗案件数量日渐增多。尤其是2000年以后,随着我国保险业的空前发展,保险欺诈问题日益突出,给保险公司和社会带来的危害也越来越大。

据安徽省保险分公司统计,在安徽省发生的保险诈骗案,1993年是16起,1994年上升到291起,是上一年的18.2倍。骗赔数额少则几百元,多则十多万元,1994年涉及骗赔总金额高达160多万元,通过内查外调,已查结95起,挽回经济损失32.5万

收稿日期:2007年10月22日

\*潘弘,(1966—),女,教授,硕士研究生导师。现任贵州师范大学法学院副院长,知识产权中心副主任,兼任贵州省人民政府行政复议委员会委员、贵阳市仲裁委员会仲裁员、贵州省诉讼法学研究会常务副会长、贵州省刑法学研究会副会长、贵州省仲裁法学研究会副会长等职。发表论文数篇,出版著作2部。现主持承担省部级以上研究项目3项。

① 宋宇宙.论保险诈骗犯罪的现状及原因.中州大学学报.2004年第3期

元,查堵骗赔案件 188 起,避免经济损失 117.5 万元。其他地区也都不同程度地发生骗赔问题。<sup>①</sup>中国人民保险公司仅 1986 年 4 月到 1999 年就识破涉外保险欺诈案 10 多起,金额达 4000 多万美元。<sup>②</sup>另据北京保监局 2004 年 4 月份公布的统计数字表明,北京市车险市场的保险诈骗犯罪呈上升趋势。据北京各财险公司的保守估计,目前约有 20% 的车险赔款属于欺诈,在 2000 年至 2003 年的 4 年间,骗赔造成的保险损失约有 13 亿余元。2003 年北京约有 5 亿—6 亿元的车险赔款是被骗走的。<sup>③</sup>保险欺诈不仅给保险业造成巨额经济损失,损害了诚实投保人的利益,而且破坏了社会经济秩序。

笔者认为,由于保险诈骗犯罪本身的黑色系数极高,隐蔽性极强,再加上保险业制度、相关法律法规的不健全,业内人士素质不高,司法机关办案经验不足等因素,实际损失应该比统计数字高得多。

## 二、我国关于保险诈骗罪的法律规定

我国关于保险诈骗犯罪的立法,是伴随着保险业的发展,经历了一个从无到有、从诈骗罪中分离和不断修改完善的过程。我国保险业的发展起步较晚,80 年代初步入正轨,保险业务范围十分有限,因而发生在保险业领域内的欺诈行为并不多见,所以 1979 年刑法未对保险诈骗罪做专门规定,实践中对于保险诈骗行为是按照诈骗罪来定罪量刑的。从理论上讲,诈骗犯罪是以非法获取并占为己有为目的,使用虚构事实或隐瞒真相的方法骗取数额较大的公私财物的行为。从犯罪的客观方面来看与保险诈骗犯罪是很相似的。因此,保险诈骗行为也可以适用诈骗罪处罚。

但随着我国改革开放,保险业得到了恢复、兴起和长足发展,“保险欺诈”现象也如蛀虫般悄然与之相生相伴,以致对这一行业的健康发展造成了危害。再加上保险业规章制度的未及时建立和完善,其大小不足及漏洞被一些不法分子利用进行保险诈骗,这类行为不仅严重扰乱了保险业的发展进而危及人民所享有的保险福利,还给国家造成重大的损失。

保险诈骗案件的增多,使保险诈骗行为反映出与一般诈骗行为不同的特征,最主要的特征是保险诈骗均基于保险合同关系而实施,具有复杂性。在这

种情况下,势必影响司法人员对保险诈骗的认识,对保险犯罪中罪与非罪、此罪与彼罪的界限产生模糊、困惑,执法结果也不一致,影响了对保险犯罪的打击,影响了保险事业的稳定和有序发展。所以,将保险诈骗犯罪从一般诈骗罪分离出来,是保障保险业进一步发展的需要,是严厉打击保险诈骗犯罪的需要,也是现实对刑事立法提出的新的要求。

针对这种情况,1995 年 6 月 30 日,全国人大常委会出台了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,在该“决定”第 16 条中增设了“保险诈骗罪”。根据该条规定,保险诈骗罪,是指保险合同关系中的投保人、被保险人或受益人,以非法占有为目的,违反保险法律、法规之规定,采取法定的欺骗手段,骗取保险金,数额较大的行为。1997 年新刑法典在原有基础上进一步对保险诈骗罪进行了修改并将其纳入,在第 198 条中规定了保险诈骗罪,从而使保险诈骗罪的规定更趋成熟和完善。

我国刑法典第 198 条规定:“有下列情形之一,进行保险诈骗活动,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处一万元以上十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情形的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金或者没收财产。

(一)投保人故意虚构保险标的,骗取保险金的。

(二)投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度,骗取保险金的。

(三)投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故,骗取保险金的。

(四)投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,骗取保险金的。

(五)投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,骗取保险金的。

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。

单位犯第一款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大或者有其他严重情

<sup>②</sup> 宋宇宙.论保险诈骗犯罪的现状及原因.中州大学学报.2004 年第 3 期

<sup>③</sup> 保险欺诈与保险诈骗 [http://baoxian.lawtime.cn/lbfanzui/2006101038044\\_2.html](http://baoxian.lawtime.cn/lbfanzui/2006101038044_2.html)

节的,处五年以上十年以下有期徒刑;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑。

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,以保险诈骗的共犯论处。”

刑法典第 198 条需要明确的是:

1、保险诈骗罪属于“数额犯”,也就是说本罪的既遂除了要求行为人骗得保险金外,还要求所诈骗的保险金达到一定数额,即数额较大,否则不构成保险诈骗罪。法条没有规定数额,那么实践中对数额是如何认定的呢?

根据《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释的规定》:个人诈骗公私财物 2 千元以上的,属于“数额较大”,个人诈骗公私财物 3 万元以上的,属于“数额巨大”。个人诈骗公私财物 20 万元以上的,属于诈骗数额特别巨大。诈骗数额特别巨大是认定诈骗犯罪“情节特别严重”的一个重要内容,但不是唯一情节。诈骗数额在 10 万元以上,又具有下列情形之一的,也应认定为“情节特别严重”:(1)诈骗集团的首要分子或者共同诈骗犯罪中情节严重的主犯;(2)惯犯或者流窜作案危害严重的;(3)诈骗法人、其他组织或者个人急需的生产资料,严重影响生产或者造成其他严重损失的;(4)诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物,造成严重后果的;(5)挥霍诈骗的财物,致使诈骗的财物无法返还的;(6)使用诈骗的财物进行违法犯罪活动的;(7)曾因诈骗受过刑事处罚的;(8)导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的;(9)具有其他严重情节的。

2、法条规定数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑。即说明本罪可判处的最高刑为有期徒刑 15 年,当然,数罪并罚是不受此限。

3、法条规定的“并处罚金”,是指在判处犯罪人自由刑的同时,必须同时判处罚金刑,不可选择并罚。

### 三、我国保险诈骗罪的立法缺陷分析

#### (一)关于犯罪主体的立法缺陷。

刑法第 198 条对保险诈骗罪犯罪主体规定为特殊主体,即投保人、被保险人或受益人。那么,现实中出现的保险人——保险公司及其工作人员(包括保

险代理人、保险经纪人)以及保险合同当事人之外的第三人进行保险诈骗的情况应如何处理呢?

1、对保险公司及其工作人员进行诈骗的处理。《保险法》第 132 条第 1 款规定:“保险公司在保险业务中隐瞒与保险合同有关的重要情况,欺骗投保人、被保险人或受益人,构成犯罪的,依法追究刑事责任。但由于新刑法没有就这一情况规定专门罪名,在缺乏规定的情况下,只能将保险公司及其工作人员进行保险诈骗的犯罪行为定性为合同诈骗罪或诈骗罪,这与其行为性质并不相称。因为,保险合同双方的法律地位是平等的,都应遵守保险法及合同法的规定,不得进行欺诈行为。不论是客户欺诈保险公司或保险公司欺诈客户,他们的行为都侵犯了保险制度和公私财产所有权。从法益侵害的角度来说,上述情形既然同时侵犯了金融秩序中的保险市场秩序和他人的财产所有权,那么,不按照金融诈骗罪类罪中的保险诈骗罪处理,而是以侵犯财产罪类罪中的诈骗罪或扰乱市场经济秩序罪类罪中的合同诈骗罪处理,就显得很不合理。”<sup>④</sup>现实中保险公司及其工作人员诈骗犯罪的现象是十分严重的。例如,1997 年 4 月 15 日到 5 月 5 日的 20 天里,深圳平安人寿保险公司仅售出 300 余张航空保险单,然而据机场登记处抽样调查统计,约有 14 万人购买了这一保险。1997 年 4 月至 9 月,仅深圳一地就有 60 多万名旅客拿着毫不可能兑现的假保险单飞离深圳。同年 3 月和 6 月,湖北、北京等地也相继发现销售假中保人寿保险公司航意险(航空人身意外险)保单的现象。据犯罪人交待,北京发现的假保单是从上海某航空服务公司机票代售处领来,并有某财产保险公司洞头县支公司的委托书和洞头县支公司的保险业务代理许可证。由此,有关部门查封了 4 家印制假航意险保单的工厂。<sup>⑤</sup>在保险市场无序恶性竞争的情况下,一些保险公司财险部门违背《保险法》,擅自经营不属于自己业务范围的寿险业务,并非法印制假保单以牟取暴利。又如,某保险公司通州支公司所属的一个保险兼业代理机构的主要负责人张某自 1997 年 6 月起,通过伪造“某保险公司北京分公司营业部”印章和私刻“某保险公司国内业务部专用章”,非法与 9 家单位签订所谓的保险协议,并采取收储金到期还本付息的形式,承保“人身意外伤害

<sup>④</sup> 刘生荣、单伟.破坏市场经济秩序犯罪的理论与实践[M].北京:中国方正出版社.2001. P468

<sup>⑤</sup> 林荫茂、陆爱勤.保险违约与保险犯罪[M].北京:中国检察出版社.2002.P178

险”业务。张某利用通州支公司提供的银行账户及印鉴、公司印章、财务收据及保单,在收取储金时,采取开“阴阳”式收据,蒙骗保户,并利用多个账户来回倒账等作案手段。如给某投保单位开具的保费收入联是1000万元,而交给通州支公司的保费收入存根联是该兼业代理机构随意编造的50元家财险保费收据。<sup>⑥</sup>

所以说,保险诈骗罪仅规定惩治诈骗保险公司的行为,而没有规定惩治保险公司及其代理人诈骗对方的行为,这显然是不合理的。当刑法对一个罪的客观表现作出了明确的规定,而同样符合上述规定的相同行为却由于主体的不同,所触犯的罪名也不相同。这不仅违背市场经济法律制度中的财产所有权一体保护原则,而且也违背了刑法的平等适用原则、罪刑相适应原则,也不利于刑法的统一。

2、第三人利用保险合同进行诈骗的处理。除了上述保险公司及其工作人员的诈骗行为以外,在许多情况下,投保人、被保险人或受益人以外的第三人也同样可以利用保险合同诈骗保险金,实践中也客观存在着这种情况。如在财产保险中,擅自转让保险标的后,新的财产所有人利用原合同关系诈骗保险金的情况。此种情况在机动车保险中十分常见。如某县出租车司机张某,1997年7月在他人手中购得一辆已保险的桑塔纳车,因车辆交易费过高而未去交警部门办理过户手续而无法到保险公司申请办理变更手续。同年12月,张某因经济拮据而产生诈骗保险金的歹意,将车卖至外省后,欺骗原车主一起向公安机关、保险公司报案称车已被盗,骗取保险金6.5万元。次年12月,该车在交警部门办理年检手续时案发。本案中,张某显然不是“受益人”,于是一件典型的保险诈骗案不得不以普通诈骗案处理。<sup>⑦</sup>

由此,笔者认为保险诈骗罪完全有可能由一般人实施,并且由一般人实施与法定的三种人实施在主观、客观方面和客体上并没有任何实质的差别。保险诈骗罪的实质是利用保险合同诈骗保险金,由谁实施并不重要,但现在保险诈骗罪规定的主体范围过窄,导致同样的行为后果却不一样。

综合以上所述,笔者认为,现行刑法对保险诈骗罪的主体范围限定过窄,会影响刑法的统一适用,也

违背了罪刑相适应原则,所以,笔者建议,犯罪主体规定为保险人、投保人、被保险人、受益人以及利用保险合同诈骗的第三人。

## (二)关于犯罪客观方面的立法缺陷。

刑法第198条将保险诈骗罪的客观方面的犯罪情形限定为五种:虚构保险标的、编造虚假原因、夸大损失程度、编造未曾发生的保险事故、故意制造保险事故。然而,现实生活的复杂性导致实践中保险诈骗手段并非这五种情形所能包括,较为常见的如隐瞒无证驾车等保险除外责任诈骗保险金。这种情况实质上是保险诈骗行为无疑,但问题是,法条对这种行为没有规定,也就是说隐瞒无证驾驶的事实不属于该罪的法定犯罪情形。实践中,这种情况一般适用刑法第198条第一款第(二)项“对发生的保险事故编造虚假的原因”。然而,将隐瞒无证驾驶理解为“对发生的保险事故编造虚假的原因”,将无证驾驶等同于事故原因,过于牵强,不合乎逻辑。除此之外,除外责任中还不乏其他情况:如财产保险中保险财产改变占用性质或用途未及时申请办理更改手续等等,因此发生的保险诈骗案都不属于刑法第198条规定的犯罪情形。另外,“先出事后保险”、“重复投保”等常见的保险诈骗手段也不能被包容。有学者特别是实务部门的同志从实用主义角度出发,将其牵强附会地理解为“故意虚构保险标的”。多数学者则将其排除在“故意虚构保险标的”之外,认为“故意虚构保险标的就是指投保人凭空捏造一个根本不存在的保险对象与保险人订立合同的行为”。鉴于保险诈骗罪的情况十分复杂,法定的犯罪情形不能包容许多常见的、严重的保险犯罪行为,一些明显的保险诈骗行为无法按保险诈骗罪处罚,不利于保险诈骗的打击和预防。所以,笔者建议,在保险诈骗罪中增设一项概括性的规定:“其他利用保险合同关系诈骗保险金的行为。”

## (三)关于刑法第198条第二款规定的立法缺陷。

刑法第198条第一款规定了保险诈骗罪的5种典型表现,其中第(四)是指:投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,骗取保险金的;第(五)项:投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或疾病,骗取保险金的。由于保险诈骗行为的特殊性,

⑥ 李玉泉主编.《保险欺诈及其法律对策》[M].北京:人民法院出版社.1999. P219.

⑦ 刘生荣、单伟主编.《破坏市场经济秩序犯罪的理论与实践》[M].北京:中国方正出版社.2001. P469.

在实行保险诈骗的同时有可能导致其他严重犯罪,按刑法理论,此种情况应属于牵连犯,应从重罪处罚,但有时为了更好的打击犯罪,立法者会做出特殊规定。所以198条第二款规定:有第(四)、(五)项行为,同时构成其他犯罪的依照数罪并罚的规定处罚。问题是,为什么第二款只规定了实施第一款(四)、(五)项行为同时构成他罪的按数罪并罚处理,却没有规定实施其他3种行为构成牵连犯时要数罪并罚呢?

事实上,实施第一款的前3项行为,仍有构成数罪的可能性。首先,从立法规定的实施这3项行为的手段“虚构、编造、夸大”可知,行为人有可能同时构成伪造公文、证件、印章罪;其次,行为人向保险事故的鉴定人行贿时,也有成立行贿罪的可能性。应说明的是,立法未规定前3种行为牵连他罪时要并罚,实践中出现此种情况应如何处理?笔者认为,在立法对此没有特殊规定时,应该根据刑法理论案牵连犯从重罪处罚。但这就不可避免地导致法条的前后矛盾,即为什么同一犯罪的不同客观行为牵连他罪时,却要依不同方式处理呢?

是否因为前3种行为牵连的犯罪不及第4、5种行为牵连的犯罪严重呢?虽然第4、5种行为一般都牵连比较严重的刑事犯罪,如放火罪、故意杀人罪、故意伤害罪等,但也完全可能牵连虐待罪等轻罪。而前3种行为牵连的犯罪一般较轻,但也不可能牵连行贿罪这样的重罪。所以,当第4、5种行为牵连虐待罪等轻罪时,要依第2款的规定并罚,而前3种行为牵连轻罪或牵连重罪的时候却不并罚。总之,第198条第二款的规定导致刑罚内部的不协调,并导致实践中可能出现重罪轻判,轻罪重判的情况,违反了罪刑相适应原则。所以,建议删除第198条第二款或对第一款前三项做出与后两项相同的规定。

(四)关于刑法第198条第四款规定的立法缺陷。

刑法第198条第四款规定了保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人实施了保险诈骗犯罪的帮助行为的处罚方式。有学者认为,在保险诈骗过程中,保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人主观上具有诈骗保险金的故意,客观上实施了提供虚假证明的行为,属于共同犯罪中的帮助行为,而对于帮

助犯直接可以适用刑法总则的规定来处理,因此,该款规定实际上是无必要的。<sup>⑧</sup>笔者亦同意此观点,立足于整个刑法体系,语言应简洁、明了,在司法实践中,这也可避免歧义和不必要的繁琐,有利于刑法的适用,对于帮助犯直接可以适用刑法总则的规定来处理,不必另行规定。建议删除刑法第198条第四款的规定。

(五)关于法定刑的立法缺陷。

关于法定刑,刑法规定保险诈骗罪的法定刑不仅低于同类其他金融诈骗罪,还低于普通诈骗罪,这是不适合的。普通诈骗罪的最高法定刑是无期徒刑,中国刑法分则第三章第五节金融诈骗罪规定了8种犯罪,其中有7种犯罪的法定最高刑为无期徒刑乃至死刑,普通诈骗罪为无期徒刑,而保险诈骗罪的法定最高刑却为15年有期徒刑。保险诈骗罪不仅涉案金额大、侵犯多重客体,而且还危及保险事业的正常发展及其功能的发挥。其社会危害性并不低于其他金融诈骗罪,而且明显高于一般诈骗罪。所以说,保险诈骗罪的法定刑较低,与其严重的社会危害性是极不相称的,而且有损刑法的内部协调。在刑法中,内部和谐一致的重要标志就是要做到罪刑均衡——不仅要求孤立地看每个具体犯罪与其法定刑相适应,而且还要求联系地看各个犯罪之间的刑罚协调统一。<sup>⑨</sup>因此,建议立法将保险诈骗罪的最高法定刑予以修改,相应提高保险诈骗罪的法定刑,使之与其严重的社会危害性相称,以维护刑法的内部协调,真正做到罪刑均衡。

#### 四、结语

严峻的现实迫使我们不得不给予保险欺诈更多的关注,如果这个问题解决不好,对于我们年轻的保险市场来说,危害将是毁灭性的。在建设法治社会的今天,最可行的办法就是用法律构筑一道预防保险欺诈的长城,以遏制愈演愈烈的保险诈骗。刑法作为其中最后也是最重要的环节,更应引起我们的关注。可以说,刑法中关于保险诈骗罪的规定对于遏制和预防保险诈骗犯罪起到了积极的作用。但是由于我国保险诈骗犯罪相关立法时间短,立法经验不足,加之我国保险市场年轻以及保险诈骗的复杂性等因素导致关于保险诈骗罪的立法和实践中存在种种问题,一定程度上影响了其司法实践效果。

⑧ 赵秉志.金融诈骗罪新论[M].北京:人民法院出版社.2001.P643

⑨ 肖乾利.保险诈骗罪若干问题之审视.广西社会科学.2006年第4期

# 浅析《民事诉讼法》

## 的修改内容及其原因

董兴勇\*



**内容提要:**2007年10月28日,十届全国人大常委会表决通过了关于修改民事诉讼法的决定草案,决定自2008年4月1日起施行。本文从三个方面具体介绍这次修改的情况及其原因。

**关键词:**民事诉讼法修改 解决申诉难 破解执行难

The Amendment Of Civil Procedure Law

Dong Xing\_Yong

**Abstract:** On October 28,2007,The 10th Standing Committee of the National People's Congress got through the draft on the decision of the amendment of Civil Procedure Law,The decision will be enforced from April 1,2008.The word concretely introduce the situation and reasons of the amendment.

**Key words:** The amendment of Civil Procedure Law,Settle the difficulty of appeals,Analyse and explain the difficulty of executing

2007年10月28日,十届全国人大常委会以150票赞成、1票反对、3票弃权,表决通过了全国人大常委会关于修改民事诉讼法的决定草案,决定自2008年4月1日起施行。这是我国16年来对民事诉讼法首次出台修改决定,这次修改具体包括以下三个方面:

### 一、解决申诉难,完善审判监督程序

本次修改涉及审判监督程序方面共7处,分别是:

(一)第一百七十八条修改为:“当事人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为有错误的,可以向上一级人民法院申请再审,但不停止判决、裁定的执行。”这次明确规定申请再审向上一级人民法院提出,这样可以避免原来的多头申诉、重复申诉。另外,让原审法院进行自我纠错,较为困难,而且客观上造成了当事人对原审法院公正性的质疑,故修改还有利于消除当事人申诉的心理顾虑。

(二)第一百七十九条第一款改为第一百七十九条,修改为:“当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(五)对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;(六)原判决、裁定适用法律确有错误的;(七)违反法律规定,管辖错误的;(八)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的;(九)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的;(十)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;(十一)未经传票传唤,缺席判决的;(十二)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;(十三)据以作出原判决、

收稿日期:2007年11月3日

\*作者:董兴勇,男,四川达州人,贵州省委党校法学部老师,中国政法大学法学本科毕业。主要研究方向:诉讼法学。联系地址:贵阳市花溪区桐木岭省委党校法学部,邮编:550028

裁定的法律文书被撤销或者变更的。”和“对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形,或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,人民法院应当再审。”两款。原民事诉讼法规定了5项申请再审的事由,现在把这5项具体化为13项再加一款,使事项更加具体化了,老百姓更加明确在什么情况下可以提起申诉,增强可操作性,减少随意性,避免应当再审的不予再审。

(三)增加一条,作为第一百八十条:“当事人申请再审的,应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见;不提交书面意见的,不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料,询问有关事项。”

(四)第一百七十九条第二款改为第一百八十一条,修改为:“人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查,符合本法第一百七十九条规定情形之一的,裁定再审;不符合本法第一百七十九条规定的,裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。”和“因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件,由本院再审或者交其他人民法院再审,也可以交原审人民法院再审。”两款。修改规定了再审的审查期间,这就避免了现在存在的当事人反复申诉,很多申诉石沉大海的情况。

(五)第一百八十二条改为第一百八十四条,修改为:“当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出;二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更,以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,自知道或者应当知道之日起三个月内提出。”原民事诉讼法规定,当事人申请再审应当在判决、裁定生效后二年内提出。对此,有委员提出,有的再审事由可能二年后才发现,按照“二年内提出”的规定,就不能申请再审,这不利于保护当事人的权利。全国人大法律委员会经同内务司法委员会和最高人民法院研究认为,在司法实践中确实存在二年后才发现某些再审事由的情形,有必要针对特殊情形作出适当延长申请再审期间的规定。

(六)第一百八十五条改为第一百八十七条,修改为:“最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有本法第一百七十九条规定情形之一的,应当提出抗诉。”和“地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有本法第一百七十九条规定情形之一的,应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。”两款。原民事诉讼法规定了检察院可以因4种情形提出抗诉。这次修改把检察院可以提请抗诉的4种情形具体划分为13项,加上另外一款规定,完善了检察机关的法律监督。

(七)第一百八十六条改为第一百八十八条,修改为:“人民检察院提出抗诉的案件,接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定;有本法第一百七十九条第一款第(一)项至第(五)项规定情形之一的,可以交下一级人民法院再审。”明确了法院作出再审裁定的期间,避免检察院虽然提起抗诉,但是由于没有期间的规定,抗诉进入再审程序时间会拖得较长。

## 二、破解执行难,强化执行措施

本次修改涉及执行方面共11处,分别是:

(一)第一百零三条第二款修改为:“人民法院对有前款规定的行为之一的单位,可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款;对仍不履行协助义务的,可以予以拘留;并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。”对有义务协助的单位主要负责人或直接责任人员增加规定了“拘留”这一最严厉的强制措施,加大了惩罚力度,促使这些单位积极协助法院调查、执行。

(二)第一百零四条第一款修改为:“对个人的罚款金额,为人民币一万元以下。对单位的罚款金额,为人民币一万元以上三十万元以下。”提高了对不履行判决、裁定的罚款数额,对个人、单位的罚款金额都提高到了原来的10倍,与我国现在的国民收入实际相适应。

(三)第二百零七条改为第二百零一条,第一款修改为:“发生法律效力的民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。”这是针对实际工作中异地执行面临的困难

而作出的修改。

(四)增加一条,作为第二百零二条:“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”?据了解当前执行难有一部分是因为法院执行人员违法行为造成的,为了防止这种行为发生,这次增加规定了执行异议。

(五)增加一条,作为第二百零三条:“人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行的,申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。上一级人民法院经审查,可以责令原人民法院在一定期限内执行,也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。”增加规定了变更执行法院的制度,这是针对目前执行活动中存在的地方保护主义问题。

(六)第二百零八条改为第二百零四条,修改为:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

(七)第二百零九条改为第二百零五条,第三款修改为:“人民法院根据需要可以设立执行机构。”根据原民诉法,基层和中级人民法院根据需要可设立执行机构。但从实际工作考虑,最高人民法院和高级人民法院也需要设立执行机构,对执行工作予以指导和管理。据此,修改为:人民法院根据需要可以设立执行机构。

(八)第二百一十九条改为第二百一十五条,修改为:“申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断,适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。”和“前款规定的期间,从法律文书规定履行期间的最后一日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算;法律文书未规定履行期间的,从法律文书生效之日起计算。”两款。原来民诉法规定的执行期间很短,这样

使得被执行人存在侥幸,只要拖过这个期间,财产就不被执行。这次延长了执行期间,有利于打消其侥幸心理。

(九)第二百二十条改为第二百一十六条,增加一款,作为第二款:“被执行人不履行法律文书确定的义务,并有可能隐匿、转移财产的,执行员可以立即采取强制执行措施。”?原民诉法规定,执行员在接到申请执行书或者移交执行书之日起,应当向被执行人发出执行通知。实践中,发出执行通知以后,有的被执行人接到通知以后,就转移隐匿财产,执行通知反而给被执行人逃避债务的行为提供了机会。所以这次增加规定了“立即执行”的制度。

(十)增加一条,作为第二百一十七条:“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的,人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。”现实生活中,有一些被执行人有财产,但故意拖延不执行。为此,这次修改增加了财产报告制度。

(十一)增加一条,作为第二百三十一条:“被执行人不履行法律文书确定的义务的,人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境,在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。”为了促使当事人履行生效判决裁定,这次增加规定了限制出境、在征信系统记录、媒体公布等措施,加大了执行威慑机制。

### 三、修改后的民事诉讼法不再规定“企业法人破产还债程序”

修改决定第十九条规定:删去第十九章“企业法人破产还债程序”,据此民事诉讼法中删去了“企业法人破产还债程序”一章。这是因为1986年制定的企业破产法(试行),只适用于国有企业,为了解决集体企业、私营企业等非国有企业法人的破产还债程序问题,原民事诉讼法才专门规定了“企业法人破产还债程序”。但2006年颁布的企业破产法,已经对破产还债程序作出统一规定,而且适用于全部企业,因此决定将民事诉讼法这一章删去。

参考文献:  
民事诉讼法修正案草案专题(中国人大网)

# 登记机构错误

## 登记赔偿责任归责原则问题研究

——谈物权法第 21 条

王凌松\*



**内容提要:**我国《物权法》第 21 条对登记机构因登记错误给他人造成损害,规定了相应的赔偿责任。但该规定对于登记机构错误登记赔偿责任归责原则尚未作出明确的规定,导致理论上对如何确定登记机构的赔偿责任产生了争议,也使实践中司法机关缺乏统一的认识。在最高人民法院着手制订物权法相关司法解释的背景下,笔者认为急需厘定登记机构的赔偿责任。据此,笔者提出应以推定过错作为登记机构承担赔偿责任的归责原则,望广大读者斧正。

**关键词:**登记错误 过错 赔偿责任

Legal research regarding the imputation principle of the compensation responsibility of the Registration Authority with respect to its registration mistake

——about Article 21 of Property Law

Wang Ling\_Song

**Abstract:**Article 21 of Property Law provides the Registration Authority shall take responsibility for the damages to other people due to its registration mistake. However the article does not provide definitely the imputation principle of the compensation responsibility of the Registration Authority, which arouses controversy in theory and practice regarding which principle shall be applied to ascertain the compensation responsibility of the Registration Authority. Given the Supreme Court is drafting Judicial Explanation on Property Law, it is highly necessary and urgent to provide definitely the imputation principle of the compensation. The author believes in this article that the Principle of Presumptive Fault shall be adopted to ascertain the compensation responsibility of the Registration Authority with respect to its registration mistake.

**Key words:**registration mistake fault compensation responsibility

### 一、引言

2007年3月16日,第十届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国物权法》,并即将于2007年10月1日实施。这部法律是迄今为止唯一一部由全国人大常委会“八次审议”的法律草案,在历经13年的反复讨论和修改终于在人们翘首以待的目光中瓜熟蒂落,开创了新中国立法史上之最。作为一部调整民事领域财产关系的基本法律,《物权法》与人人们的生活息息相关。同时,作为国家的基本财产法,《物权法》对于界定产权,实现对国家、集体和公民个人财产的平等保护有着重要的意义。正因为如此,这部法律承载了社会各界极大的期望。然而作为一部财产关系的基本法,《物权法》不可能事无巨细对所有涉及民事领域的财产关系都作出详尽的规定。对于一些法律问题,由于各种条件的限制,特别是相关各方利益相互博弈的结果,《物权法》只适宜作出比较笼统的规定,遗留的问题只能在实践中

总结法律实施经验的基础上通过制订有关的配套法律、法规和司法解释来加以解决。因此,将《物权法》看作是包医百病的良方,这样的想法是不切实际的。《物权法》必然有着它不尽人意的地方。基于这样的理由,笔者拟对《物权法》第21条的规定进行探讨,以期进一步明确这一规定的应有之意。

### 二、《物权法》的规定及其不足

不动产物权登记会产生公示的效果,产生公信力,对于确保交易的顺利进行,维护交易安全 and 市场秩序具有重要作用,直接影响到当事人的合法权益。据此,如果不动产物权登记的内容发生错误,不仅会有碍交易安全,而且也会损害当事人的合法权益。因此,其他国家或地区的相关法律中大多对登记机构的登记错误赔偿责任作出较为详尽的规定。如,澳大利亚昆士兰州的法律规定,由于他人申请登记时的欺诈行为、登记官或者登记人员的错误,登记文件遗失或者损坏等原因造成土地

收稿日期:2007年11月3日

\*作者:王凌松,男,(1978—),贵州省委党校法学部讲师,主要研究领域为民商法。曾在《大学时代》等期刊上发表多篇论文,并参编《合同法》、《商法》等省委党校法学教材。

权利人损失的,登记机构应当无条件、及时、全部、先行赔偿。登记机构赔偿后可以对造成损失的责任人行使代位求偿权。如果登记机构工作人员的错误是善意的或者不是由于玩忽职守造成的,则登记机构不能向其追偿。①相比之下,我国《物权法》关于登记机构登记错误赔偿责任的规定就显得较为笼统。

我国《物权法》第二十一条规定:“当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”这一条文可以看作是《物权法》中关于登记机构登记错误赔偿责任的规定。从这一规定看,我们只能归纳出登记机构错误登记承担赔偿责任的两个要件:一是登记错误;二是因为登记错误给他人造成损害。对于主观要件,即登记机构赔偿的归责原则《物权法》第21条语焉不详。在这此情形下,登记机构是承担过错责任,还是严格责任,《物权法》没有作出明确的规定。

在立法征求意见过程中,普遍认为,当事人提供虚假材料申请登记给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。对于登记机构应当如何承担责任,有不同的意见。有的提出,因登记机构的过错,致使不动产登记发生错误,因该错误登记致当事人或者利害关系人遭受损失的,登记机关应当按照《国家赔偿法》的相应规定承担赔偿责任。这种意见认为,我国《国家赔偿法》规定,国家机关及其工作人员因执行公务的过错给公民、法人造成损害的,应承担国家赔偿的责任……如果登记错误的原因三登记机构的过错,而当事人或者利害关系人因该登记受到损害,登记机关应当承担国家赔偿责任。同时认为,国家赔偿责任是过错责任,如登记各机关没有过错,则不应承担责任。如果登记错误三登记机构和当事人、利害关系人共同过错,则他们应当共同承担责任。有的提出,因不动产登记机构登记漏登、误登造成他人损失的,应当由不动产登记机构赔偿,但不赞同适用《国家赔偿法》并由国家出资赔偿,而是建议设立不动产登记赔偿基金,在不动产登记业务中根据一定的标准收取一定的费用,纳入不动产登记赔偿基金,该基金只能用于不动产登记赔偿,不能挪作他用。经立法机关研究认为,对于登记机构应当具有什么性质还有不同的意见,有待于随着行政管理体制改革进一步明确,目前不宜规定登记机构的国家赔偿责任。不动产登记赔偿基金可否设立,应当如何设立,也还待进一步研究,即使以后规定,也宜由不动产登记专门法律作出。物权法是民事基本法,对于登记错误责任问题,在本条作出的只是原则性规定。②立法机关对登记机构错误登记赔偿责任作出这样的规定虽然有其合理性因素,但却没有明确回答这一责任的承担是否要求登记机构存在过错这一固有问题,这也直接导致理论界对此问题提出了截然不同的观点。一种

观点认为,登记机构因登记错误而承担的责任是无过错责任,但有待法律进一步理清《物权法》规定与《国家赔偿法》规定不一致的地方。③另一种观点认为,原则上登记机构承担的是过错责任。④还有的观点虽然没有直接说明登记机构承担的是过错责任还是无过错责任,但却认为,为了对受害者提供更加充分的保护,即使当事人提供虚假材料欺骗登记机构,登记机构也应对受害人承担赔偿责任。⑤理论上这样一种众说纷纭的状况,不仅使研究者感到莫衷一是,也会使实践中具体理解、适用法律的司法工作人员等法律工作者陷入困惑的窘境。在最高人民法院着手制订物权法相关司法解释的背景下,笔者认为急需登记机构错误登记赔偿责任的归责原则作出界定。

### 三、解决登记机构错误登记赔偿责任归责原则问题的探讨

实践中不动产物权发生登记错误的发生主要有两种情况:一是登记机构工作人员疏忽、过失以及登记申请人等登记机构的人员串通造成等原因造成的错误;二是登记申请人等采取欺骗、隐瞒手段造成登记错误。在《物权法》通过前的《土地管理法实施条例》、《森林法实施条例》、《土地登记规则》、《林木和林地权属登记管理办法》等登记工作的规范,很少对登记错误的责任问题作出规定。只有《海域使用权登记办法》第22条规定:“海域使用权人发现海域使用权登记结果有误或者有遗漏时,可以向原登记机关申请更正。经审核属实的,由原登记机关予以更正。海洋行政主管部门因审查疏忽导致错漏登记或者表证不符的,应当及时更正,并将更正结果书面通知海域使用权人;给海域使用权人造成损失的,应当承担赔偿责任。海洋行政主管部门的,应当及时更正,并将更正结果书面通知海域使用权人;给海域使用权人造成损失的,应当承担相应的赔偿责任。”在这一规定里面,将海洋行政主管部门承担赔偿责任的前提限定在“因审查疏忽导致错漏登记或者表证不符”上,也就是前面讲到的第一种情形。这显然是一种过错责任。笔者认为《海域使用权登记办法》第22条规定对于我们理解《物权法》第21条第2款的规定有着重要的借鉴意义。

在海域使用权错误登记赔偿责任里面,登记机构是海洋行政主管部门,其性质是国家机关,其适用《国家赔偿法》承担国家赔偿责任是其应有之意。在此基础上强调“因审查疏忽导致错漏登记或者表证不符”是过错责任的必然要求。

但是我国《物权法》没有规定登记机构的性质,这就为登记机构适用国家赔偿责任制造了障碍。这主要是考虑到目前登记的登记机构虽然是事业单位,但人员基本上还是公务员编制,依靠财政拨款如果实行完全的民事赔偿责任的话,其无法承担。而如果实行完全国家赔偿责任的话,受害人的补救是非常有限的。⑥因此,只应