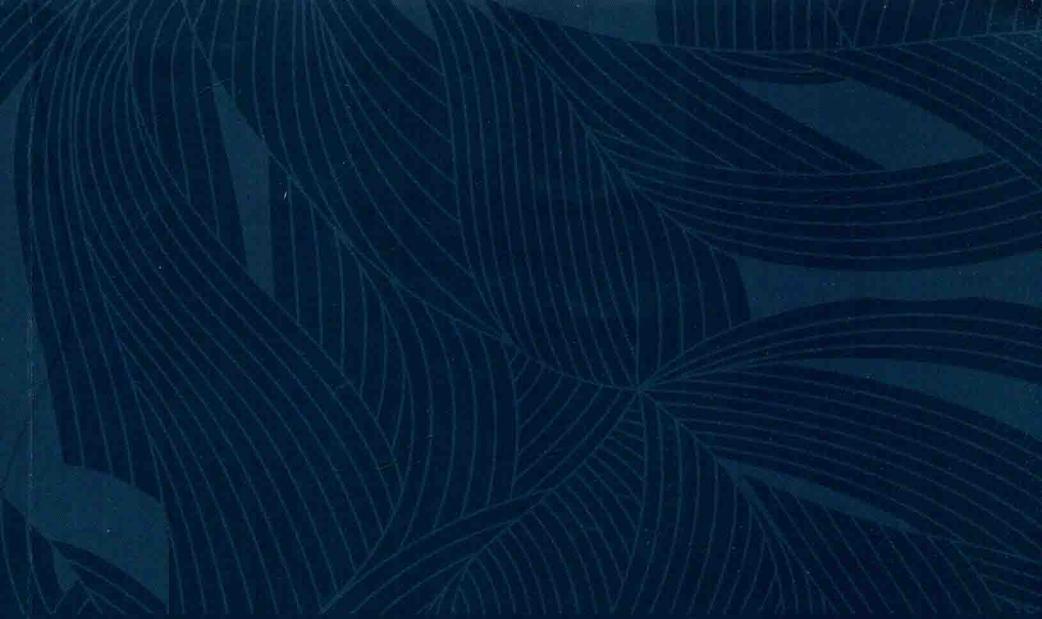




民商法理论热点 及实务研究

陈 萍 桂 舒 文小梅 丁福灵 著



四川大学出版社



民商法理论热点 及实务研究

陈 萍 桂 舒 文小梅 丁福灵 著



四川大学出版社

责任编辑:徐 凯
责任校对:张伊伊 徐志静
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

民商法理论热点及实务研究 / 陈萍等著. —成都:
四川大学出版社, 2017. 8

ISBN 978-7-5690-1043-5

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—研究—中国②商

法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 196921 号

书名 民商法理论热点及实务研究

著 者	陈 萍 桂 舒 文小梅 丁福灵
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5690-1043-5
印 刷	四川盛图彩色印刷有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	8.125
字 数	189 千字
版 次	2018 年 1 月第 1 版
印 次	2018 年 1 月第 1 次印刷
定 价	28.00 元



版权所有◆侵权必究

- ◆ 读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065
- ◆ 本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
- ◆ 网址:<http://www.scupress.net>

目 录

第一篇 物权法类理论热点及实务研究

- 第一章 集体土地征收补偿与征收程序之完善…………… (3)
- 第二章 农村宅基地及房屋流转路径之思考…………… (18)
- 第三章 小产权房交易障碍与“转正”之契机…………… (31)
- 第四章 抵押权的“顺位升进主义”与“顺位固定主义”之选择…………… (42)

第二篇 知识产权法类理论热点及实务研究

- 第一章 商品与服务类似的判定及商标与他人权利的平衡…………… (61)
- 第二章 著作权侵权中思想表达二分法及实质性相似的认定…………… (77)
- 第三章 职务发明的认定与内部协议效力判断…………… (91)
- 第四章 商标与企业名称简称相同的不正当竞争认定…………… (105)

第三篇 银行保险法类理论热点及实务研究

- 第一章 金融消费者权益保障制度及实务研究…………… (123)

第二章	互联网金融法律制度及实务研究·····	(141)
第三章	保险消费者权益保护理论及实务研究·····	(152)
第四章	保险消费者权利之限制法律制度及实务研究 ·····	(174)

第四篇 证券期货类理论热点及实务研究

第一章	内幕交易的认定·····	(197)
第二章	非法期货交易合约的效力认定·····	(214)
第三章	场外股票融资合同的效力认定·····	(226)
第四章	金融消费者的保护·····	(239)

第一篇

物权法类理论热点及实务研究

《中华人民共和国物权法》（简称《物权法》）由十届全国人大五次会议通过，并于2007年10月1日起实施。《物权法》的制定和实施，对于我国社会主义市场经济的健康发展，各类民事主体权利的保护，以及构建社会主义和谐社会具有重大的现实意义和深远的历史意义。《物权法》是民事主体对财产归属和利用的法律规则，是现代民法的重要组成部分，与国家经济体制改革紧密相连，与百姓的生活息息相关。然而，随着经济体制改革的进一步深化、经济发展方式的转变、社会结构调整的加快，以及社会经济关系的复杂化，《物权法》在实施过程中出现了权利配置的失衡、法律适用的困惑和法律效果的偏差等诸多问题，仍然需要在理论上作出深入的研究。为此，本篇选取四个司法实践中的典型案例进行研究，即对土地征收补偿费分配、农村宅基地及房屋的流转、小产权房交易、抵押权的“顺位升进主义”与“顺位固定主义”四个热点问题进行法理评析，并在此基础上对某些具体制度予以前瞻性分析，就其学术研究和法律适用中的疑难问题作出重点整理与深入探讨，并依据我国现行法律法规或根据法理提出解决方案，以期能为我国《物权法》的完善提供借鉴。

第一章 集体土地征收补偿与 征收程序之完善

理论热点

我国实行土地二元所有制，即土地所有权分为国家土地所有权和集体土地所有权。农村集体土地只有通过国家征收才能改变所有权主体和所有权性质。随着城镇化工作的快速开展和基础设施建设需要的增加，建设用地的需求不断加大，国有土地中可供建设用地使用的数量已经越来越不能满足实际需要，各地政府不断加大征地拆迁的规模，将农村集体土地征为国家所有。集体土地征收是指国家出于公共利益的需要，依照法律规定的程序，依法对被征用土地相关主体进行补偿后，将原属于农村集体经济组织所有的土地征为国家所有的行为。目前来看，集体土地征收中争议较大的法律问题主要有：一是对公共利益范围的界定，二是征地补偿标准的制定与补偿费用的合理分配，三是征收程序的完善。



典型案例

龙某盆等诉松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村村民委员会等 土地征收补偿费分配纠纷案^①

【原告】龙某盆

【原告】龙某花

【原告】龙某含

【原告】龙某秋

【被告】松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村村民委员会

【法定代表人】李长军（该村民委员会主任）

【被告】松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村村民委员会小河
村民组

【负责人】龙秀才（该组组长）

【案号】（2013）松民初字第 937 号

【案情】

原告诉称：四原告的父亲龙某某与母亲石某某生前未生育男孩，只生育了原告四姐妹，四原告先后结婚。第一轮及第二轮土地承包期间，四原告的父母在松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村小河组承包有田、土、荒山。四原告的父母年老后由四原告自行赡养。2002 年 2 月，四原告的母亲病故是四原告自行安葬。2011 年 3 月父亲龙某某病故，也是四原告自行安葬。2013 年年初，因县政府建设用地将原告父母生前承包的土地、荒山征用，同时原告父母生前所在的小河组

^① 参见贵州省松桃苗族自治县人民法院（2013）松民初字第 937 号民事判决书。

其他农户与集体土地一并被征用。四原告父母的土地测量后，二被告不同意登记在原告的名下，也不同意将土地征用补偿费用分配给四原告，经多次要求解决未果。特向法院起诉请求判决：1. 二被告将四原告父母生前承包的集体土地、荒山的征地补偿费给付原告；2. 二被告将四原告父母应获得的耙坳村委会小河组的集体土地、山林的征地补偿费20040元给付四原告。

被告耙坳村委会辩称：四原告已经外嫁到外村，并且在其居住地已承包有土地，四原告的母亲石某某、父亲龙某某病故后是四原告安葬的，小河组村民认为四原告现已不是小河组的村民，原告四人不能享受土地征收补偿费。纠纷发生后村委会曾组织调解，因四原告未参加而没有调解结果。现四原告已向法院起诉，请法院依法判决。

被告小河组辩称：四原告已经出嫁到外村，并且在其居住地已承包有土地，四原告的母亲石某某、父亲龙某某病故后是四原告安葬的，石某某与龙某某生前所有房屋财产及宅基地、自留地在石某某、龙某某死后已被四原告处理给小河组村民龙某甲。四原告现已不是小河组的村民，原告四人不能享受土地征收补偿费，应当驳回四原告的诉讼请求。

原告为证明自己的主张，在举证期限内向本院提交了以下证据：

1. 身份证：证明原告的身份情况及诉讼主体资格。
2. 龙某某生前土地承包证：证明四原告的父亲龙某某生前在小河组承包有2人的土地、山林。

被告村委会，在举证期限内未提交证据。

被告小河组，在举证期限内未提交证据。

经庭审质证：被告对原告提交的证据 1、2 没有异议。

经审理查明：四原告的父亲龙某某与母亲石某某生前生育了原告姐妹四人，四原告先后结婚，已将户口迁往现户籍所在地，并在户籍所在地各自承包有土地。第一轮及第二轮土地承包期间，龙某某与石某某在松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村小河组承包有田、土、荒山，面积共计 4.6 亩（田 1 亩、土 1.6 亩、荒山 2 亩）。四原告的父母年老后由四原告自行赡养。2002 年 2 月，四原告的母亲病故是四原告自行安葬。龙某某生前将其土地转包给龙某甲耕种，每年付给龙某某稻谷 700 斤。龙某某生前将其房屋及周围自留地有偿转让给龙某甲。2011 年 3 月，龙某某病故，是四原告自行安葬。2013 年年初，因县政府建设九龙湖用地，将原告父母生前承包的土地、荒山征用，同时原告父母生前所在的小河组其他农户与集体未承包的土地一并被征用。小河组集体未承包的土地的征地补偿款已拨付到小河组，小河组群众集体讨论按第一轮土地承包人口与现有人口两种方式对该土地征地补偿款进行分配。按承包人口分配每人分 9600 元，按现有人口分配每人分 420 元。按第一轮土地承包时的承包人口分配龙某某与石某某每人应得 9600 元，合计 19200 元。小河组其他承包户原承包人死亡的按土地承包时承包人口每人分 9600 元。小河组已承包的土地按现有承包户测量登记，土地征用费归承包户所有。已承包给农户的被征用土地的补偿款政府未拨付。龙某某生前承包的土地、荒山经征地测量后登记在龙某甲名下。被告小河组村民以四原告现不是小河组的承包户，不同意将龙某某、石某某应享有的承包土地征用补偿款分配给四原告。四原告于 2013 年 10 月 11 日向本

院提出如前所诉。

另查明：四原告父亲生前承包的土地在征地测量时登记在龙某甲名下，因四原告庭审前没有提供龙某某生前承包土地的测量登记人姓名，也没有对测量位置进行确认，龙某某生前承包土地的测量面积无法查明。庭审中四原告表示该土地的征地费用政府没有拨付到位，待查清土地测量面积后由四原告另行解决。

审理结果

贵州省松桃苗族自治县人民法院审理认为，依照《中华人民共和国农村土地承包法》第十六条的规定：“承包方享有下列权利：（二）承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿。”第三十一条规定：“承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继续承包。”《中华人民共和国民法通则》第五条规定：“公民、法人合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”《中华人民共和国继承法》第三条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；……（七）公民的其他合法财产。”被告小河组在被征用的本组未承包土地征地补偿款划拨到本组后，经村民集体讨论按原土地承包人口与现有人口两个方案对该土地征用补偿款继续分配，按土地承包人口龙某某与石某某”每人应分得9600元，合计19200元，该19200元应为龙某某与石某某承包应得的个人收益。因龙某某与石某某已病故，该收益应作为遗产由四原告继承参与分配。因龙某某、石某某在土



地被征用前已病故，不能按现有人口计算参与对本组未承包土地征用补偿款的分配，对四原告要求分配集体土地征用补偿款 840 元的请求，本院依法不予支持。被告小河组应将集体土地征用补偿款 19200 元支付给四原告，被告耙坳村委会没有扣留该土地补偿款不承担付款责任。对四原告关于龙某某承包土地征用补偿款分配问题，待四原告核实测量面积后另行解决。为维护公民、法人的合法权益，根据《中华人民共和国农村土地承包法》第十六条第（二）、第三十一条，《中华人民共和国民法通则》第五条，《中华人民共和国继承法》第三条、第四条之规定，判决：一、被告松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村民委员会小河组在判决书生效后 10 日内给付原告龙某盆、龙某花、龙某舍、龙某秋土地征用补偿款 19200 元。二、驳回原告龙某盆、龙某花、龙某舍、龙某秋的其余诉讼请求。

法理评析

根据《物权法》第四十二条第二款和《土地管理法》第四十七条的规定，征地补偿费包括土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用。在征地补偿费用分配中，就安置补助费和地上附着物及青苗的补偿费引发的纠纷较少，发生纠纷最多的是土地补偿费分配。因为根据《土地管理法实施条例》第二十六条，土地补偿费归农村集体经济组织所有，且如何分配由村集体决定；而土地征收虽然是对集体土地所有权的征收，但承包人享有该集体所有土地的承包经营权，征收集体土地实际上承包人的土地承包经营权也被征收，因此，承包地被征收的土地承包经营权人认

为其有权分到土地补偿费。

本案争议的焦点为土地征地补偿款是否属于遗产范围。

本案土地征用补偿款可以作为遗产继承。虽然我国农村集体土地实行的是家庭联产承包责任制,根据我国《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条之规定,家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户,即家庭承包是以农户为单位而不是以个人为单位。家庭成员之一死亡的,若家庭还有其他成员,则并不能导致农户的消亡,农村土地承包合同并未终止,故以家庭为单位的农村承包土地并不发生继承,土地征用补偿款不能作为遗产继承。但是本案中,龙某某与石某某的四个女儿龙某盆、龙某花、龙某含、龙某秋先后结婚,已将户口迁往现户籍所在地,并在户籍所在地各自承包有土地。龙某某与石某某属于一户,在松桃苗族自治县蓼皋镇耙坳村小河组承包有田、土、荒山,面积共计4.6亩(田1亩、土1.6亩、荒山2亩)。在龙某某与石某某死亡后,依照法律规定,其从死亡之日起即丧失集体经济组织成员资格,作为承包方的这一户已不存在,土地承包经营权发生消灭,农村土地承包合同终止。本案争议的土地征用补偿款依法属于龙某某与石某某死亡时留有的个人合法财产,属于遗产范围,应按照《继承法》的规定进行继承。龙某盆、龙某花、龙某含、龙某秋作为龙某某与石某某的女儿对该笔土地征用补偿款有分配资格。

理论探讨

由于我国现行集体土地征收的法律规定和政策规定不够完善,以及相关法律法规在贯彻实施中存在不妥做法,引起

失地农民的不满，因土地征收而产生的纠纷也越来越多，造成了许多社会矛盾，农民上访及恶性事件不断发生，严重影响了社会的稳定。当然，集体土地征收中的有关问题也越来越引起人们的关注和思考。笔者认为可以从以下几个方面来完善集体土地征收制度：

一、明确征收范围，防止公共利益“空心化”

实践中，对公共利益进行范围界定相当困难，政府为保证土地财政收入，将公共利益从公共设施、公益事业等狭义概念漫无边际地扩大到了经济建设的全部领域，“公共利益”这一概念逐渐被“空心化”。要防止“空心化”的公共利益成为不当干预私法自治的借口，避免以公共利益这一“玫瑰之名”扼杀私法自治^①，笔者认为，应该在未来出台的《集体土地征收补偿条例》中对“公共利益”进行明确界定。具体可借鉴《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条的规定^②，采用类似列举兼概括式方法来界定公共利益，限制公共利益的范围，同时借鉴条文中“确需”一词的含义，确立比例原则对土地征收权启动的限制，抑制公共利益本位主

^① 谢鸿飞：《公共利益·国家强制·私法自治》，载于《人民法院报》，2004年9月29日。

^② 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条规定：“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需要征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：（一）国防和外交的需要；（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；（五）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；（六）法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”

义,使以“公共利益”为目的的征收符合“公众所获得的利益一定要大于因此而失去权利的主体所丧失的利益之和”的宗旨。通过界定,明确区分“公共利益”用地与“非公共利益”用地,将国家征地行为仅仅限于公益性用地范围。对于“非公共利益”的用地情形,如“经营性建设用地”,由市场交易方式直接使用,实行与国有土地同等入市、同权同价,真正实现新型城镇化下城乡一体化发展,缩小征地范围。

二、规范征收程序:保障被征地人的知情权和参与权

我国土地管理法及实施条例对建设用地的规划、批准及其实施方案作出了具体规定。然而,征收程序实际操作混乱,拆迁决策程序不公开、不透明,被征地农民往往处于被忽视状态,不但不听取他们的意见,而且出现未与承包土地农民签订任何征地补偿合同,甚至补偿方案未出台就开始拆迁的情况。像这样“民生工程民不知”的新闻并不鲜见。如震惊全国的“平度3·21纵火案”中被征地者死前仍然不知道自己的土地已在几年前被“合法征收”。^①在征地过程中,无论是承包地,还是宅基地,只有土地所有权人才有权参与征地相关程序,而土地使用权人,作为民事权利主体的个体,其他程序性参与权利一概没有。^②社会公众(尤其是土地使用权人)没有表达意见和诉求的途径,其参与权受到极

^① 《平度纵火案背后的调查 九问征地疑云》,参见 http://news.qingdaonews.com/qingdao/2014-03/26/content_10348749_all.htm,访问时间:2015年11月7日。

^② 杨遂全:《民生工程民众事先知情权与土地使用权中的程序权》,参见杨遂全主编:《民商法争鸣》,北京:法律出版社,2014年版。



大限制，而国家土地征收行为具有较大的单方性、职权性、强制性，导致征收方与被征收方信息极不对称，被征地农民无法在征收决策程序中表达自己的意志和利益，比如政府对“公共利益”的认定、征收安置方案的设计等决策的作出，被征地农民都无法参与，在征收中处于极为被动的地位，不可避免地遭受利益损害。“任何人都不能做自己案件的法官……对当事人作出不利决定时，应听取其意见。”^①土地征收关系农民的切身利益，因此，在土地征收过程中，被征地农民必须享受知情权和参与权，这是正当程序的要求，是监督征收程序合法进行和保障农民自身权益的程序性权利。笔者建议从两个方面保障被征地农民的知情权和参与权：第一，建立“公共利益”认定程序。正如前文所述，公共利益的认定是土地征收启动的前提，我国制定《集体土地征收补偿条例》时，要明确界定“公共利益”，缩小土地征收范围。同时，笔者认为应该建立“公共利益”认定程序，建立事前调查协调制度，由有关专家、人大代表、村委会和当地村民代表组成调查小组，通过实地走访、调查问询等方式对需要进行土地征收区域的“公共利益”形成初步审查意见。同时，在立法上赋予被征收人对“公共利益”认定的异议权，被征收人对“集体土地征收符合公共利益需要”持有异议的，可以向调查小组提出，并由调查小组组织争议方等进行讨论，认为异议成立的，应当终止征收；异议不成立的，异议人可以向司法机关寻求司法救济。通过事前审查协调方

^① [美] 戈尔德丁：《法律哲学》，齐海滨译，北京：生活·读书·新知三联书店，1987年版，第245页。