

济南法院案例选编

济南市中级人民法院编

编辑委员会

主 任 张爱云

副 主 任 李 杰 宋 蔚 郑 玉 毕于军 王 成

王洪伟 尚海军 邹学博 杨 雷 张威力

贾玉东 李志忠

编 委 吴大平 赵军蒙 陈 茹

前 言

为进一步落实《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，总结类案裁判方法，统一类案审理思路，提炼和推广更具参考价值的典型案例，2020年我们对全市法院案例成果进行了汇总和集结，形成了《济南法院案例选编》一书，即《济南法院参考性案例》系统丛书第三辑。

本辑共收录案例34篇，分为刑事、民事、商事、行政和执行五大类。案例按照关键词、案例要旨、相关法条、案件索引、基本案情、裁判结果、裁判理由以及参照适用本案例时应注意的问题等八个方面，对案例所具有的指导意义、适用范围、不宜使用的情况等进行了阐述。入选案例兼具参考性、典型性、标杆性，裁判要旨对统一法律适用，规范法官自由裁量权具有参考价值，对指导审判实践和丰富法律理论具有重要意义。

2020年1月，济南中院被最高人民法院确定为民事诉讼程序繁简分流改革试点法院。为深入推进试点工作，本辑编撰中，我们针对五个方面的改革内容，结合全市法院民事审判工作实际，更加侧重于民事案例的甄选。根据民事类案的典型特征，选择了具有改革意义的代表性案例，以期对新形势下确定民事类案裁判方法及适用范围提供帮助。

由于水平有限，本书在编辑过程中存在的不当之处，敬祈读者批评、指正。

编 者

二〇二〇年十二月

目 录

一、刑事案例

1. 如何对故意伤害配偶的原夫妻一方进行刑事制裁 (1)
2. 恶势力团伙犯罪的认定 (6)

二、民事案例

3. 不动产的善意取得及相应的合同效力如何认定 (9)
4. 涉及网络通信领域多主体实施方法专利的侵权行为判定 (12)
5. 以买卖合同担保的民间借贷合同的债权实现 (12)
6. 驾驶人在增驾实习期内驾驶牵引挂车、半挂车发生交通事故，保险公司应承担交强险之外的赔偿责任 (12)
7. 案外人执行异议之诉中案外人的界定 (12)
8. 同居关系中一方不配合亲子关系鉴定应如何处理 (12)
9. 人身损害赔偿纠纷中过失相抵原则的适用条件 (12)
10. 劳动者违反竞业限制义务应承担违约责任 (12)
11. 车辆驾驶人因自身原因撞到电线杆后死亡，电线杆管理人归责原则的适用 (12)
12. 日常生活经验法则在甄别虚假保险事故中的运用 (12)
13. 车辆爆胎致交通事故不负事故责任的主体应否承担民事赔偿责任 (12)
14. 加工承揽关系中消费欺诈行为的审查和认定 (12)
15. 合同性质与合同效力的认定 (12)
16. 未经股东会决议的担保合同效力的认定 (12)
17. 约定本息固定回报的民间委托理财合同当事人能否以民间借贷主张权利 (12)
18. 乘坐网约车发生交通事故，网约车平台是否应承担侵权责任 (12)
19. 经营者的安全保障义务的认定问题 (12)
20. 教育机构应否向故意犯罪致害人承担管理责任 (12)
21. 以院长发现方式进入再审程序后发现原审调解没有错误的裁判方法 (12)
22. 定作人指示过失的认定 (12)
23. 借名买房协议依法能否受保护 (12)

三、商事案例

24. 涉及网络通信领域多主体实施方法专利的侵权行为判定 (12)

目 录

- 25. 免责条款内容涉及专业术语时的保险人说明义务标准 (12)
- 26. 当事人对合同条款的理解存在争议时，如何适用合同解释规则和方法确定该条款的真实意思 (12)
- 27. 不履行股权转让合同中的选择性条款，如何承担相应责任 (12)
- 28. 冒用他人身份证实实施行为无效 (12)

四、行政案例

- 29. 行政法漏洞的识别与应对 (12)
- 30. 规范性文件司法审查之程序与方法 (12)
- 31. 未遵循正当行政程序原则保障相对人陈述申辩权的行政行为属程序违法，应予撤销 (12)
- 32. 地方污染物排放标准的附带审查 (12)
- 33. 租赁有效期内出租人擅闯住宅行为定性 (12)
- 34. 集体土地征收安置区内违法强制拆除房屋的赔偿应当不低于安置补偿方案的补偿并充分保障当事人的居住权 (12)

五、执行案例

- 35. 以商誉信用形式出资的应认定为出资不实 (12)

一、刑事案例

如何对故意伤害配偶的原夫妻一方进行刑事制裁

——刘某某故意伤害案

关键词 对配偶故意伤害 刑事制裁 自首 宣告缓刑

【案例要旨】

家庭纠纷中如对配偶施暴可能存在轻微暴力，也可能因失手而造成较为严重的身体伤害，构成故意伤害罪，应当考虑以下因素：1. 伤害引发的原因和加害人的主观目的；2. 伤害行为给受害人造成的伤害程度是否应受刑事追究。关于被告人没有伤害被害人想法的辩解能否影响认定自首的要件之一“如实供述”的成立，需要考量是否属于对行为性质的辩解。对于未取得被害人谅解的情况下，能否对被告人宣告缓刑，亦应从其法定条件出发，依法逐一比照适用。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》

第二百三十四条第一款 故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第六十七条第一款 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

第七十二条第一款 对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：

- (一) 犯罪情节较轻；
- (二) 有悔罪表现；
- (三) 没有再犯罪的危险；
- (四) 宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。

【案件索引】

一审：山东省济南市槐荫区人民法院（2019）鲁 0104 刑初 304 号刑事附带民事判决（2020 年 7 月 9 日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2020）鲁 01 刑终 302 号刑事裁定书（2020 年 11 月 11 日）

【基本案情】

原审被告人刘某某，男，1991 年 5 月 17 日出生于山东省德州市，汉族，初中文化，无业，住山东省德州市陵城区某镇某村 36 号，因涉嫌犯故意伤害罪于 2019 年 3 月 25 日被刑事拘留，同年 4 月 4 日被取保候审。

济南市槐荫区人民检察院以刘某某犯故意伤害罪，向济南市槐荫区人民法院提起公诉。

法院经审理查明：被告人刘某某与被害人孙某原系夫妻，2014 年 3 月 6 日登记结婚，婚后生育一女，2015 年 3 月 27 日，刘某某、孙某购置济南市槐荫区某新村 13 号楼 2 单元 802 室（以下简称 802 室）房产一处，并在此共同居住生活。2018 年 4 月 23 日，孙某向法院起

刑事案例

诉要求与刘某某离婚，同年6月26日法院作出不准离婚的判决。双方常因家庭琐事吵架，在802室各自居住一间卧室，并在案发前多次因家庭琐事争吵而打110报警。

2018年12月13日23时许，被告人刘某某在802室，因热水器阀门未关闭一事进入被害人孙某的卧室质问孙某，两人发生激烈争吵并互相辱骂对方，并在争执过程中因刘某某拉拽孙某，致使孙某的左上臂撞击到床边的衣柜上，造成孙某左上臂受伤，孙某、刘某某均打电话报警。

孙某伤后凌晨至济南军区总医院就诊并入院治疗，行左肱骨远端骨折切开复位内固定术。经法医鉴定，孙某左上臂外侧有一长约20.5cm的缝合创口，因外伤所致左肱骨粉碎性骨折，被评定为轻伤一级。

2018年12月14日零时12分许，公安机关接孙某报警至现场调查，同年12月27日刘某某经电话通知到公安机关接受询问。2019年3月25日，公安机关以刘某某涉嫌故意伤害罪立案侦查，刘某某经电话通知到案。同年5月27日经法院判决准许孙某与刘某某离婚。

另查明，附带民事诉讼原告人孙某因伤住院支付医疗费57954.10元、交通费118元、鉴定费1560元。刘某某应赔偿孙某住院伙食补助费500元、营养费为9000元、误工费为21923.44元，孙洪章、高玉凤护理费分别为583元、9752元。刘某某应赔偿的孙某各种经济损失共计101390.54元，2020年7月9日刘某某已将上述赔偿款交至法院。

认定上述事实的证据有：

1. 被害人孙某的陈述证明：其与刘某某系夫妻关系，案发时已起诉离婚。2018年12月13日22时许，其在邹庄新村802室的家中睡觉，23时许刘某某进入其房间责问太阳能热水开关为什么没关并开口骂人，其让他离开未果，其被他从床上拽起来撞到衣柜上，在衣柜东侧门把手处有其手镯的划痕，其感觉左胳膊很疼瘫坐在衣柜右侧第一个门前的地上，后拨打110和120报警。2018年3月其向法院提起离婚，当年6月法院判决不准离婚，2019年3月，其再次起诉离婚，法院判决准许离婚。

2. 济南市公安局槐荫区分局刑事警察大队技术中队出具的（槐荫）公（刑）鉴（伤）字〔2019〕57号法医学人体损伤程度鉴定书及附载济南军区总医院门诊病历及住院病案、医学影像诊断报告单、伤检照片等证明：孙某于2018年12月14日1时05分到济南军区总医院就诊，载明被打伤致左肘疼痛活动受限1小时余，左肘关节及左肘骨远端压痛，活动受限，经影像学检查左肱骨中远端见骨质不连续，断端错位、成角，局部软组织肿胀，以左肱骨远端粉碎性骨折、头面部软组织损伤收入院治疗，次日行左肱骨远端骨折切开复位内固定术。2019年3月14日的影像学诊断报告显示骨折线模糊，并有少量骨痂形成。经法医鉴定，孙某左上臂外侧有一长约20.5cm缝合创口，因外伤致左肱骨远端粉碎性骨折，依照《人体损伤程度鉴定标准》5.9.3e之规定，评定为轻伤一级。

3. 公安机关出具的刘某某、孙某对案发现场的指认照片、孙某提交的衣柜照片证明：案发现场在孙某的卧室，室内摆放衣柜、床及沙发，在衣柜右侧门把手离地大约1米处有手镯的划痕（衣柜脱漆），自1米处向右下方有一道划痕。

4. 孙某提供的现场监控音频证明：孙某与刘某某发生激烈地争吵，互相大声地辱骂对方，中间有扇巴掌以及拉拽或者推搡等争执、肢体接触的声音。

5. 济南市公安局槐荫区分局美里湖派出所出具的接处警登记表三份证明：刘某某分别于2018年7月16日3时38分、10月29日17时13分、11月6日2时28分，因与孙某吵架三

次报警。

6. 公安机关调取的(2018)鲁0104民初2880号民事判决书、(2019)鲁0104民初2053号民事判决书证明:2018年6月26日,法院判决不准孙某与刘某某离婚;2019年3月份,孙某再次起诉要求离婚,同年5月23日法院判决准许孙某与刘某某离婚。

7. 济南市公安局槐荫区分局美里湖派出所出具的案件来源及抓获经过证明:2018年12月14日0时12分,该所接报警称在邹庄新村13号楼2单元802室发生家庭暴力,丈夫殴打报警人。经了解系刘某某与孙某因生活琐事发生纠纷后,刘某某将孙某从床上拽倒在卧室的衣柜上致孙某左胳膊受伤。2018年12月27日,刘某某经传唤接受询问。2019年3月25日立案后,刘某某经电话通知到派出所。

8. 公安机关调取的无犯罪记录证明及户籍证明信证明:刘某某的自然身份情况,截止到2019年7月8日未发现在辖区居住期间有犯罪记录。

9. 济南军区总医院住院病历、住院费票据及病人费用清单,门诊病历、门诊收费票据及影像学诊断报告单、诊断证明书等证明:孙某于2018年12月14日至19日住院治疗,15日行左肱骨远端骨折切开复位内固定术,住院费计44543.10元,出院诊断载明注意休息,加强营养及护理,定期复查等。2019年1月至12月进行拍片复查,付医疗费1411元。

10. 护理人员孙某某、高某某的身份证复印件以及孙洪章所在单位出具的证明、银行流水证明:护理人员与孙某的关系以及孙某某的收入情况。

11. 孙某的招商银行户口历史交易明细表、劳动合同、社会保险个人权益记录单证明:孙某与济南洛能商务有限公司(以下简称洛能公司)于2017年8月1日签订期限为一年的劳动合同,从事电催主管工作。洛能公司于2017年9月11日,10月9日,11月13日,12月8日向孙某的招商银行账户汇入2400元、3341元、1080元、4858元、5045.18元(补发)、5828.36元;自2018年1月至2018年11月30日,每月有金额不等、汇入时间不规律的款项自洛能公司汇入孙某的账户,均以备用金RYTB标注。2019年1月、2月未有款项汇入,2019年3月15日、4月12日各汇入一笔,金额分别为1012元、3000元。

12. 山东永鼎司法鉴定中心出具的鲁永司鉴中心〔2019〕临鉴字第2019号司法鉴定意见书及发票证明:经鉴定,孙某后续取内固定预计需要12000元,误工时间建议为270天、护理时间为90天(均包括住院及二次手术期间),首次住院期间建议2人护理,其余时间为1人护理。营养期建议为90天(含住院及二次手术期间),为此支出鉴定费1560元。

13. 山东省资金往来结算票据证明:2020年7月9日刘某某将赔偿款101390.54元交至法院。

14. 被告人刘某某供述:2018年12月13日23时许,其回家后发现热水器阀门未关认为孙某忘记了,到她的房间问她,两人又因房产及离婚等事争吵起来,其对孙某有拉拽的动作,她就从床上摔到床北面的大衣柜上了,她着地后称左胳膊疼,她拨打了120和110电话,其也拨打110电话。两人因家庭纠纷报警四五次,2019年5月经法院判决离婚。

宣判后,

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2020年7月9日作出(2019)鲁0104刑初304号刑事附带民事判决:以故意伤害罪判处被告人刘某某有期徒刑一年三个月,缓刑一年六个月;被告人刘某某赔偿附带民事诉讼原告人孙某经济损失医疗费57954.10元、误工费21923.44元、护理

刑事案例

费 10335 元、交通费 118 元、住院伙食补助费 500 元、营养费 9000 元、鉴定费 1560 元，共计 101390.54 元。

原审被告人刘某某及附带民事诉讼原告人孙某服判，不上诉。公诉机关提起抗诉，抗诉理由：刘某某恼怒之下将跪坐在床上的孙某拽、甩至附近衣柜门后倒地，致使孙某左胳膊肱骨粉碎性骨折，证据确实充分；刘某某经电话传唤到案，到案后至庭审中均未能如实供述自己的主要犯罪事实及否认伤害孙某的主观故意，不能认定自首；刘某某不具有自首情节，未取得被害人孙某谅解，不能从轻处罚，不符合适用缓刑的条件，原审法院对其适用缓刑错误。辩护人认为，被告人刘某某构成自首、符合适用缓刑条件，一审法院认定事实清楚、适用法律正确，应依法驳回检察机关的抗诉，维护被告人的合法权益。

经本院审判委员会全体会议讨论决定，济南市中级人民法院于 2020 年 11 月 11 日作出（2020）鲁 01 刑终 302 号刑事裁定书：驳回抗诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于抗诉机关所提被告人刘某某不构成自首的问题。经查，案发时刘某某与孙某处于起诉离婚状态，同居一处但分房而居，常因离婚之事发生争吵。案发时又因生活琐事而争吵，刘某某拉扯中致孙某手臂碰撞衣柜而受伤，对于上述事实刘某某在接受询问及传唤到案后均认可，亦承认其行为与孙某的损伤之间的因果关系，故其归案后即对主要犯罪事实予以了供认。刘某某对自己没有伤害被害人想法的辩解，属于对行为性质的辩解，不影响自首的成立。综上，刘某某的到案行为符合自首构成要件，系自首。据此，抗诉机关的该意见不能成立，不予采纳。

关于抗诉机关所提对刘某某适用缓刑错误的问题。经查，本案属于婚姻家庭矛盾引发，刘某某在双方争吵拉扯过程中造成被害人伤害，犯罪情节较轻；其有赔偿被害人经济损失的意愿，并积极预交赔偿款，具有悔罪表现，适用缓刑对所居社区没有重大不良影响。综合全案性质、犯罪情节及被告人认罪态度，依法可适用缓刑。据此，抗诉机关的该意见不能成立，不予采纳。

综上，原审被告人刘某某故意伤害他人身体，致人轻伤，其行为依法构成故意伤害罪。刘某某经传唤到案，如实供述自己的主要犯罪事实，系自首，可依法从轻处罚；刘某某的犯罪行为系因婚姻家庭纠纷激化引发，有赔偿被害人经济损失的行为，悔罪态度较好，酌情从轻处罚。综上对刘某某可适用缓刑。原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

【案例注解】

在人民法院审理的婚姻家庭、刑事案件中越来越多地涉及到配偶间人身伤害的问题，因为现实生活中发生婚内侵权的情形并不少见。即便在婚内也应有一定的救济途径，处在婚姻关系的夫妻之间，并不因配偶的身份关系享有侵权赔偿的豁免权，作为其具有独立人格的民事主体，夫妻一方的行为侵害了另一方的身体权、健康权等民事权利时，另一方完全有权利得到司法上的保护，不仅仅因为双方是夫妻关系，一方就可以任意侵害另一方的权益。如果夫妻一方行为的侵害构成犯罪的，也应对其苛以刑罚。

就本案而言，首先，伤害行为发生于法院判决不准刘某某与孙某离婚之后的分居期间，由于二人仍同在一个屋檐下分室居住，为纠纷的发生埋下了伏笔。值得肯定的是，孙某本人的维权意识很强，在遭受配偶的伤害后，积极的向有关机关寻求权利救济：公安机关于 2019

年3月25日以刘某某涉嫌故意伤害罪立案侦查；同月孙某第二次向法院提起离婚诉讼，后于5月27日经法院判决准许孙某与刘某某离婚。该民事判决书中也相应认定了刘某某因涉嫌故意伤害被立案侦查，并被刑事拘留，现被取保候审的事实，且在说理中认为：本院判决不准二人离婚后，双方夫妻关系未能缓和，现孙某第二次起诉离婚，本院经调和未果，应认定夫妻感情确已破裂，已无和好可能，孙某的离婚请求依法予以准许。本案刑事判决书中最终认定了刘某某伤害孙某的本次事实并定罪量刑；孙某与刘某某的婚姻关系得以诉讼解除，判如所请，孙某可谓得到法律的全面保护，不失为妇女维权的一起成功案例。

其次，关于刘某某是否构成自首问题，其在接受询问、讯问时均认可其伤害行为与孙某的损伤之间的因果关系，是对主要犯罪事实的供认，其对自己没有伤害被害人想法的辩解，属于对犯罪性质的辩解，不影响“如实供述主要犯罪事实”的成立，故刘某某的到案行为符合自首构成要件，系自首；可依法从轻处罚。

最后，关于能否对刘某某宣告缓刑的问题，对照《中华人民共和国刑法》第七十二条第一款规定的宣告缓刑的条件，刘某某造成被害人孙某伤害是在拉扯过程中造成的，且系因婚姻家庭纠纷激化引发，犯罪情节较轻；其有赔偿被害人经济损失的意愿，并预交赔偿款，具有悔罪表现；适用缓刑对所居社区没有重大不良影响。故对刘某某在有期徒刑三年以下量刑，可以宣告缓刑。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 赵丛明 审判管理办公室 赵军蒙

恶势力团伙犯罪的认定

——李成田、邵振华等九人组织卖淫、协助组织卖淫案

关键词 恶势力 组织卖淫罪 协助组织卖淫罪

【裁判要旨】

1. 3人以上经常纠集在一起，纠集者固定，成员相对稳定，多次实施组织卖淫的违法犯罪活动，且在组织卖淫中伴随对嫖客采取暴力手段造成人身伤害、对嫖客的朋友勒索钱财的行为，严重扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，构成恶势力团伙犯罪。

2. 组织卖淫罪是指行为人以招募、雇佣、容留等手段，纠集、控制多人从事卖淫的行为；容留卖淫罪仅仅指的是为他人卖淫提供场所的行为；协助组织卖淫罪是指为组织卖淫的人招募、运送人员或者以其他方式协助组织他人卖淫的行为，是组织卖淫罪的帮助行为。

【相关法条】

《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部〈关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见〉》14. 具有下列情形的组织，应当认定为“恶势力”：经常纠集在一起，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。恶势力一般为三人以上，纠集者相对固定，违法犯罪活动主要为强迫交易、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众斗殴、寻衅滋事等，同时还可能伴随实施开设赌场、组织卖淫、强迫卖淫、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品、抢劫、抢夺、聚众扰乱社会秩序、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序以及聚众“打砸抢”等。

在相关法律文书中的犯罪事实认定部分，可使用“恶势力”等表述加以描述。

《中华人民共和国刑法》第三百五十八条：组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。

犯前两款罪，并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2018）鲁0191刑初121号（2018年9月28日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01刑终359号（2018年11月28日）

【基本案情】

济南市高新技术产业开发区人民检察院指控：2018年1月19日被告人李成田在济南高新技术产业开发区丰奥嘉园7号楼1—102设立舜华足享足疗店作为聚集场所，租用济南高新技术产业开发区龙园小区6号楼1单元1302室、丰奥嘉园小区6号楼2单元1602室作为卖淫场所，伙同被告人邵振华、刘晓、马俊龙招募陈峰、孔凡龙、陈星宇、徐海洋、陈付强等

“客服”人员通过互联网聊天软件约谈嫖客，纠集张伟、郑蕊、刘晓等人实施卖淫行为，嫖资按比例分成。2018年3月5日晚上在济南高新技术产业开发区龙园小区内，为教训未付嫖资的被害人刘晓斌，被告人李成田、邵振华、马俊龙、刘晓等人殴打刘晓斌并将其摩托车、手机、笔记本电脑等财物带走，当天晚上李成田等人电话联系刘晓斌妻子并于2018年3月12日向刘晓斌归还摩托车、赔偿1万元。经鉴定，刘晓斌损伤属轻微伤。案发后，侦查机关扣押被告人李成田存放在其车内的现金5.19万元等财物一宗。

2018年3月8日，侦查机关在济南高新技术产业开发区万达Y3公寓内抓获被告人刘晓，在丰奥嘉园小区内抓获被告人孔凡龙、陈星宇、陈峰、陈付强、徐海洋；同年3月12日，武汉铁路公安处乘警在列车上抓获被告人马俊龙并移交侦查机关；同年4月19日，侦查机关在济南市历城区王舍人镇一足疗店内抓获被告人李成田、邵振华。

被告人李成田对公诉机关的指控提出以下辩解：其行为不是组织卖淫，是容留卖淫，查封、扣押钱款5.19万元系合法收入。被告人李成田的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人李成田开设的足疗店系正规经营，与失足妇女是平等关系，失足妇女的卖淫行为具有独立性和自主性，不受李成田控制，应构成容留卖淫；2. 被告人李成田获利小，具有中止犯罪的构成要件，认罪悔罪，请求从轻或减轻处罚；3. 被告人李成田等人的行为不构成恶势力犯罪。

被告人邵振华对公诉机关的指控提出以下辩解：对组织卖淫的罪名有异议。被告人邵振华的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人邵振华的犯罪行为应定性为协助组织卖淫罪，作用小于第三被告人与第四被告人；2. 被告人邵振华认罪悔罪，系坦白，愿意主动缴纳罚金；3. 本案不应定性为恶势力犯罪，请求从轻或减轻处罚。

被告人刘晓对公诉机关的指控提出以下辩解：1. 对组织卖淫的罪名有异议；2. 不是恶势力团伙犯罪。被告人刘晓的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人刘晓对该犯罪团伙的经营模式、人员、资金不具有主导和决策权，应定为协助组织卖淫罪；2. 被告人刘晓认罪悔罪，构成坦白。

被告人马俊龙对公诉机关的指控没有提出异议。被告人马俊龙的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人马俊龙的行为属于协助而非组织行为；2. 被告人马俊龙等人的行为不构成恶势力犯罪；3. 被告人马俊龙系未成年人、坦白、认罪悔罪、无违法犯罪前科，有从轻、减轻处罚情节。综上，请求从轻、减轻处罚。

被告人陈付强对公诉机关的指控提出以下辩解：其行为不属于恶势力犯罪。被告人陈付强的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人陈付强犯罪情节显著轻微，构成坦白，应从轻处罚；2. 被告人陈付强系家庭唯一经济来源，家境困难，请求从轻、减轻处罚。

被告人陈峰对公诉机关的指控提出以下辩解：其行为不属于恶势力团伙犯罪。被告人陈峰的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人陈峰的行为不属于恶势力团伙犯罪；2. 陈峰的车辆不属于犯罪工具；3. 陈峰系坦白，认罪悔罪，主观恶性小，在犯罪中起的作用较小。建议从轻处罚。

被告人徐海洋对公诉机关的指控没有提出异议。

被告人陈星宇对公诉机关的指控没有提出异议。被告人陈星宇的辩护人提出以下辩护意见：1. 被告人陈星宇认罪悔罪，无犯罪前科，愿意退赔犯罪所得；2. 关于涉黑涉恶的问题值得商榷。

被告人孔凡龙对公诉机关的指控没有提出异议。被告人孔凡龙的辩护人提出以下辩护意

刑事案例

见：1. 本案不涉嫌恶势力团伙犯罪的问题；2. 被告人孔凡龙为初犯、偶犯，认罪悔罪，自愿缴纳罚金，应对其从轻处罚；3. 被告人孔凡龙的家境困难，平时表现良好。综上，建议法院判处缓刑。

法院经不公开审理查明：2018年1月至3月，被告人李成田以济南高新技术产业开发区丰奥嘉园7号楼1—102开办舜华足享足疗店作为聚集场所，先后租用济南高新技术产业开发区龙园小区6号楼1单元1302室、丰奥嘉园小区6号楼2单元1602室作为卖淫场所，纠集被告人邵振华、刘晓、马俊龙（系未成年人），招募、雇佣陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙等人，进行短暂培训后通过“陌陌”等互联网聊天软件约谈嫖客。同时组织张伟、郑蕊、“小可”、“小雅”、“安然”等多名卖淫人员在上述龙园小区、丰奥嘉园及嫖客指定的地点进行数百次的卖淫活动并从中牟利，并按比例分成。被告人邵振华在李成田的授意下建立“外的面世界”微信群、刘晓建立“一起浪掷的青春”微信群，用于使用微信交流组织卖淫、分派嫖客、收取嫖资等。通过组织开会等方式确定卖淫项目、收费及提成比例、上下班时间等要求对卖淫人员、“客服”的活动进行管理。其中，李成田是实际控制人，管理着邵振华、马俊龙、刘晓、“客服”及卖淫人员。邵振华主要负责管理丰奥嘉园小区的卖淫事务，同时招募、培训“客服”。刘晓招募、培训“客服”及卖淫人员，同时从事“客服”、卖淫。马俊龙负责管理龙园小区的“客服”和卖淫人员，负责嫖资分配、从事“客服”、开车接送卖淫人员从事卖淫。陈付强招募“客服”，负责开车接送卖淫人员。陈峰为“客服”、负责接送卖淫人员。徐海洋、陈星宇、孔凡龙从事“客服”。2018年3月5日晚，因嫖资支付问题，李成田等人纠集多人以嫖娼为名将嫖客约在济南高新技术产业开发区龙园小区内，后采取暴力手段对其殴打，并将嫖客带走，嫖客乘其不备逃跑时又被追上进行殴打致其构成轻微伤，并通过嫖客电话对其朋友勒索钱财未果。综上，以被告人李成田为纠集者，邵振华、刘晓、马俊龙为主要成员，陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙为积极参加者的恶势力团伙，严重扰乱经济、社会生活秩序，败坏社会风气，造成较为恶劣的社会影响。

案发后，侦查机关扣押被告人李成田存放在其车内的现金5.19万元；扣押陈峰的车牌号为鲁AP2W69众泰SUV汽车一辆；扣押17部手机。

2018年3月8日，在济南高新技术产业开发区万达Y3公寓内，侦查机关将刘晓抓获，在丰奥嘉园小区内，将被告人孔凡龙、陈星宇、陈峰、陈付强、徐海洋抓获；同年3月12日，武汉铁路公安处乘警在列车上将被告人马俊龙抓获并移交侦查机关；同年4月19日，在济南市历城区王舍人镇一足疗店内，将被告人李成田、邵振华抓获。

二审法院审理查明的事实与一审相同。

【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于2018年9月28日作出（2018）鲁0191刑初121号刑事判决：一、被告人李成田犯组织卖淫罪，判处有期徒刑九年，并处罚金40万元；被告人邵振华犯组织卖淫罪，判处有期徒刑七年，并处罚金20万元；被告人刘晓犯组织卖淫罪，判处有期徒刑六年，并处罚金12万元；被告人陈付强犯协助组织卖淫罪，判处有期徒刑五年，并处罚金5万元；被告人马俊龙犯组织卖淫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金5万元；被告人陈峰犯协助组织卖淫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金2万元；被告人徐海洋犯协助组织卖淫罪，判处有期徒刑二年，并处罚金1万元；被告人陈星宇犯协助组织卖淫罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金5000元；被告人孔凡龙犯协助组织卖淫罪，判处有期徒刑一年二

个月，并处罚金5000元。二、随案移送的车牌号为鲁AP2W69众泰SUV汽车一辆予以没收；随案移送的17部手机予以没收。宣判后，被告人李成田、刘晓、马俊龙、陈付强、陈峰提出上诉，其他被告人未提出上诉。济南市中级人民法院于2018年11月28日作出（2019）鲁01刑终359号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：以被告人李成田为纠集者，邵振华、刘晓、马俊龙为主要成员，陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙为积极参加者，共同组织多名卖淫人员从事卖淫的行为达数百次，严重扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，因嫖资支付问题，李成田等人就以嫖娼为名纠集多人将嫖客约到指定地点后采取暴力手段对其殴打，并将嫖客带走，嫖客乘其不备逃跑时又被李成田等人追上进行殴打致其构成轻微伤，并通过嫖客电话对其朋友勒索钱财未果。被告人的上述行为，已构成恶势力团伙犯罪。

被告人李成田纠集邵振华、刘晓、马俊龙共同采取招募、雇佣、容留等手段，招募、雇佣多名“客服”人员和卖淫人员多次从事卖淫的行为并按比例收取提成，其行为已构成组织卖淫罪；陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙明知他人实施组织卖淫犯罪活动而为其招募、运送人员或者以其他方式协助组织他人卖淫的行为，已构成协助组织卖淫罪。公诉机关指控李成田、邵振华、刘晓、马俊龙犯组织卖淫罪，陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙犯协助组织卖淫罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。被告人李成田、邵振华、陈付强、陈峰、徐海洋系累犯，依法从重处罚。被告人刘晓、陈星宇、孔凡龙有违法前科，依法酌情从重处罚。被告人马俊龙因家庭贫困、父母疏于管理致其性格内向，在初中二年级时转学导致成绩下降，遂产生厌学情绪并辍学，2017年12月经朋友介绍认识邵振华后走上犯罪的道路。马俊龙系初犯、偶犯，犯罪时系未成年人，依法减轻处罚。被告人邵振华、马俊龙、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙归案后如实供述自己的犯罪事实，系坦白，依法酌定从轻处罚。以被告人李成田为纠集者，邵振华、刘晓、马俊龙为主要成员，陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙为积极参加者，共同组织多名卖淫人员从事数百次卖淫的行为，严重扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，依法酌定从重处罚。

【案例注解】

本案的争议焦点是被告人的行为是否属于恶势力犯罪，被告人在犯罪中所起的作用，即容留卖淫罪、组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的区别。

恶势力是黑社会组织的雏形，如果不加以限制和打击，就有可能发展成为黑社会性质组织。因此，要在“恶势力”发展壮大前，“打早打小”，及时严惩“恶势力”团伙犯罪，是遏制黑社会性质组织滋生，防止违法犯罪活动造成更大社会危害的有效途径。2009年12月9日发布的《最高人民法院最高人民检察院公安部〈办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要〉》、2018年1月16日发布的《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部〈关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见〉》（法发〔2018〕1号）和2019年4月9日印发的《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部〈关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见〉》均对“恶势力”团伙的认定做出了明确规定。恶势力，是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。

刑事案例

《中华人民共和国刑法》第三百五十八条对组织卖淫罪、协助组织卖淫罪做了规定，第三百五十九条对容留卖淫罪做出了规定。组织卖淫罪是指行为人以招募、雇佣、容留等手段，纠集、控制多人从事卖淫的行为；容留卖淫罪仅仅指的是为他人卖淫提供场所的行为；协助组织卖淫罪是指为组织卖淫的人招募、运送人员或者以其他方式协助组织他人卖淫的行为，是组织卖淫罪的帮助行为。

本案中，被告人李成田纠集被告人邵振华、刘晓、马俊龙组织卖淫，招募、雇佣陈付强、陈峰、徐海洋、陈星宇、孔凡龙协助组织卖淫，纠集者固定，成员稳定，多次实施组织卖淫的违法犯罪活动，并采取暴力方式勒索钱财，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但是还未形成黑社会性质组织，属于恶势力团伙犯罪。

其中，李成田为纠集者，实际控制人，提供聚集场所和卖淫场所，幕后指挥和安排分工，管理着邵振华、马俊龙、刘晓、“客服”及卖淫人员；邵振华主要负责管理丰奥嘉园小区的卖淫事务，同时招募、培训“客服”；刘晓招募、培训“客服”及卖淫人员，同时从事“客服”、卖淫；马俊龙负责管理龙园小区的“客服”和卖淫人员，负责嫖资分配、从事“客服”、开车接送卖淫人员从事卖淫；陈付强招募“客服”，负责开车接送卖淫人员；陈峰为“客服”、负责接送卖淫人员；徐海洋、陈星宇、孔凡龙从事“客服”。李成田并不是仅仅提供卖淫场所，其行为不构成容留卖淫罪。邵振华、刘晓、马俊龙三人在整个犯罪中，实施的招募、雇佣、培训、管理卖淫团队的行为，构成组织卖淫罪，而非协助组织卖淫罪。

这是一起组织卖淫嫖娼形成的恶势力团伙犯罪。对李成田为首的恶势力团伙依法严惩，对打击卖淫嫖娼活动，净化社会风气具有重要作用。

一审合议庭成员：孙中华 何道云 张钊

二审合议庭成员：谢家晋 赵从明 瞿守印

编写人：济南高新技术产业开发区人民法院 张 钊 王雪梅

联系电话：13255695678 18653156231

附：裁判文书

二、民事案例

不动产的善意取得及相应的合同效力如何认定

——葛某与张某某、姜某某离婚后财产纠纷案

关键词 不动产善意取得 无权处分 合同效力

【案例要旨】

在无权处分人转让不动产给受让人的情况下，若受让人是善意的、价格合理且已经登记，就会取得相应不动产的所有权。而为了保障民事活动正常进行、防止买卖双方恶意串通等不良影响扰乱市场秩序，我国物权法在受让人动机、出让价格与物权变动方式三个方面对如何认定“善意”设置了严格的适用条件。若上述三项条件未完全满足，则不发生不动产物权的实际变动。但是即便如此，双方就不动产签订的买卖合同并不会因出让人在缔约时系无权处分而被认定无效。所以，即便受让人无法取得相应不动产的物权，其依然可以通过追究出让人的违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿来维护自己的合法权益。

【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无权处分的人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条规定，当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

【案件索引】

一审：山东省济南市长清区人民法院（2018）鲁0113民初2216号民事判决（2018年12月29日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终3266号民事判决（2019年8月22日）

【基本案情】

原告葛某诉称：葛某与张某某婚姻关系存续期间共同购买了济南市长清区恒大绿洲小区20号楼3单元1103室、面积为99.48平方米房屋一处。2016年6月2日，双方因性格不合协议离婚。《离婚协议书》中明确约定涉案房屋归葛某所有，张某某负责办理房屋过户手续。此后，张某某拒

绝腾房及协助办理房屋过户手续。2017年2月27日，张某某与姜某某签订《济南市房屋买卖合同》，张某某将涉案房屋卖于姜某某，该房屋买卖合同应为无效协议。请求：1. 确认济南市长清区恒大绿洲小区20号楼3单元1103室房屋（以下简称涉案房屋）归葛某所有（房屋价值477232元）；2. 张某某协助葛某办理房屋过户手续；3. 确认张某某与姜某某签订的《济南市房屋买卖合同》无效；4. 张某某、姜某某承担诉讼费用。

被告张某某辩称：葛某与张某某协议离婚时，约定涉案房屋归葛某所有，葛某偿还房屋按揭贷款属实。但1. 离婚协议签订后，葛某未履行偿还涉案房屋贷款的义务，双方于2016年12月13日协商确定，涉案房屋归张某某所有，张某某支付葛某房屋对价10万元；2. 2017年2月，张某某通过房产中介将涉案房屋卖于姜某某，双方所签《济南市房屋买卖合同》应为有效协议。综上，张某某对涉案房屋享有合法处分权，其将房屋出卖的行为亦符合法律规定，葛某的诉求应予驳回。

第三人姜某某诉称：姜某某在葛某起诉前通过房产中介机构于2017年2月27日购买涉案房屋，张某某与姜某某所签《济南市房屋买卖合同》合法有效，葛某的诉求应予驳回。

第三人姜某某诉称：2017年2月27日，姜某某与张某某签订《济南市房屋买卖合同》一份，约定姜某某购买张某某单独所有的涉案房屋一处，双方并对购买价款、付款方式、违约责任等予以约定。合同签订后，姜某某履行全部合同义务，现该房屋已交付并在办理过户手续过程中。综上，张某某与姜某某签订的《济南市房屋买卖合同》应为有效协议。请求：1. 张某某与姜某某签订的《房屋买卖合同》有效并继续履行；2. 葛某将落户在涉案房屋的户口迁出。

原告葛某辩称：涉案房屋系葛某所有，张某某与姜某某签订的《济南市房屋买卖合同》系无效协议，葛某不同意将户口从该房屋内迁出。

被告张某某辩称：姜某某所诉属实，同意继续履行双方所签《济南市房屋买卖合同》。

一审法院经审理查明：一、葛某与张某某于2003年10月28日登记结婚。2012年9月7日，二人以张某某之名购买涉案房屋，总价款477232元，首付147232元，按揭贷款33万元。2016年6月2日，双方协议离婚并签订《离婚协议书》一份，协议中约定：孝里宅基地一处、车一辆（苏B526L0）、恒大房子一处（20#-3-1103）（按揭）归葛某所有，女方张某某负责办理过户登记（但不付过户费）以上财产本人（张某某）只收取10万元房款（同意分期返还男方葛某每月按时支付500元，20年还清，有能力可提前预结）。二、2017年2月27日，经房屋中介公司介绍，张某某将涉案房屋以65万元的价格出售给姜某某，并与姜某某签订《济南市房屋买卖合同》，姜某某向张某某支付房屋订金20000元，首期购房款285000元，缴纳契税7158.48元，住宅专项维修基金11937元、不动产登记费80元，目前该房产权属变更登记正在办理中，张某某已将涉案房产交付姜某某使用。三、2017年4月26日，济南市国土资源局向张某某颁发涉案房屋产权证书，载明该房屋系张某某单独所有。四、2017年5月2日，一审法院依葛某申请，依法对涉案房屋予以查封。

二审法院另查明，葛某与张某某离婚后，济南恒大绿洲置业有限公司与张某某签订的《济南市商品房买卖合同》原件在葛某处保存。2017年3月13日，张某某在生活日报第十二版刊登上述购房合同的挂失声明，同年4月26日，济南市国土资源局向张某某颁发涉案房屋产权证书，载明该房屋系张某某单独所有。对当事人二审争议的其他事实，二审法院认定如下：一审法院认定的事实属实，二审法院予以确认。另查明，本案曾由济南市长清区人民法院一审作出（2017）鲁0113民初1463号民事判决，葛某对该判决不服提起上诉，济南市中级人民法院于2018年5月18日作出（2018）鲁01民终3044号民事裁定书，裁定撤销济南市长清区人民法院（2017）鲁0113民

初1463号民事判决，发回济南市长清区人民法院重审，理由是对葛某、姜某某在一审中提出的关于确认姜某某与张某某签订的《济南市房屋买卖合同》的效力的诉讼请求，一审法院未作审理、判决，经二审法院调解亦未达成一致意见。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2018年12月29日作出(2018)鲁0113民初2216号民事判决：一、驳回原告葛某的诉讼请求；二、确认被告张某某与第三人姜某某于2017年2月27日签订的《济南市房屋买卖合同》有效并继续履行；三、驳回第三人姜某某的其他诉讼请求。宣判后，葛某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年8月22日作出(2019)鲁01民终3266号民事判决：一、撤销山东省济南市长清区人民法院(2018)鲁0113民初2216号民事判决；二、济南市长清区大学路6577号恒大绿洲小区20号楼3—1103房屋(房产证号：济南20170080509)归上诉人葛某所有，被上诉人张某某协助上诉人葛某办理房屋过户手续；三、被上诉人张某某与原审第三人姜某某签订的《济南市房屋买卖合同》有效。四、驳回原审第三人姜某某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案的争议焦点为：一、涉案房屋的归属；二、张某某与姜某某签订的《济南市房屋买卖合同》是否有效。

关于争议焦点一，葛某与张某某二人在婚姻关系存续期间，以张某某的名义购买了涉案房屋，该房屋应为夫妻共同财产。2016年6月2日，葛某与张某某签订《离婚协议书》，该协议约定涉案房屋归葛某所有，张某某协助葛某办理过户登记手续，该协议系婚姻双方当事人自愿签订且经民政部门登记离婚，应为合法有效，葛某、张某某均应受其约束，因此张某某对涉案房屋不享有所有权，其与原审第三人姜某某签订《济南市房屋买卖合同》的行为系无权处分，其后，张某某以登报挂失其与开发商签订的购房合同原件的形式，将涉案房屋的所有权登记在其名下，此行为违反了离婚协议的约定，也违反了诚实信用的原则，构成对葛某权益的侵犯，因此，涉案房屋虽登记在张某某名下，但仍不能改变上述张某某无权处分涉案房屋的事实。《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的；(二)以合理的价格转让；(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。本案中，张某某与姜某某签订合同的时间为2017年2月27日，但涉案房屋于2017年5月2日被济南市长清区人民法院查封，房屋没有办理过户登记手续。依照上述法律规定，虽涉案房屋已由姜某某居住使用，但未办理过户登记，不符合善意取得制度的法定构成要件，因此不能认定姜某某已取得涉案房屋，一审法院认定姜某某取得涉案房屋的所有权系适用法律错误。

关于争议焦点二，根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条之规定，当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。具体到本案中，张某某虽系无权处分，但其与第三人姜某某签订的房屋买卖合同有效，现涉案房屋因张某某无权处分他人财产及上诉人葛某主张涉案房屋的所有权导致房屋买卖合同无法履行办理过户手续，第

民事案例

三人姜某某可另行主张权利，要求张某某承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 吴万秋 朱晓嵩

涉及网络通信领域多主体实施方法专利的侵权行为判定

——深圳敦骏科技有限公司诉深圳市吉祥腾达科技有限公司等侵害发明专利权纠纷案

关键词 方法专利 对权利要求的解释 侵权判定 举证责任

【案例要旨】

网络通信领域多主体实施方法专利往往是以软件的形式安装在某一硬件设备中，由终端用户在使用终端设备时触发软件在后台自动运行。表面上看，终端用户是专利方法的实施者，实质上，专利方法早已在被诉侵权产品的制造过程中得以固化，终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程，仅是固化在被诉侵权产品内的专利方法的机械重演。因此，如果行为人以生产经营为目的，将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中，该行为或行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用，即终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程的，则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法，侵害了专利权人的权利。

【相关法条】

《中华人民共和国专利法》第一条 为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展，制定本法。

《中华人民共和国专利法》第十一条第一款 发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款 发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第三条 人民法院对于权利要求，可以运用说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案进行解释。说明书对权利要求用语有特别界定的，从其特别界定。

以上述方法仍不能明确权利要求含义的，可以结合工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条 人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。

被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围；被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个以上的技术特征，或者有一个以上技术特征不相同也不等同的，人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》第二十七条权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的，人民法院应当依照专利法第六十五条第一款的规定，要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证；在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据，而与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料；侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初1481号（2019年5月6日）

二审：最高人民法院（2019）最高法知民终147号（2019年12月6日）

【基本案情】

原告深圳敦骏科技有限公司（以下简称敦骏公司）诉称，原告是专利号为“ZL02123502.3”、名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”发明专利的专利权人。该专利涉及一种简易访问网络运营商门户网站的方法，是一种强制（Portal）业务技术，是对“目的地址转换+源地址转换+重定向”技术方案进行提炼，可简化强制实现过程和减轻对接入服务器底层硬件的要求。其内容为：1. 一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于包括以下处理步骤：A. 接入服务器底层硬件对门户业务用户设备未通过认证前的第一个上行 HTTP 报文，直接提交给“虚拟 Web 服务器”，该“虚拟 Web 服务器”功能由接入服务器高层软件的“虚拟 Web 服务器”模块实现；B. 由该“虚拟 Web 服务器”虚拟成用户要访问的网站与门户业务用户设备建立 TCP 连接，“虚拟 Web 服务器”向接入服务器底层硬件返回含有重定向信息的报文，再由接入服务器底层硬件按正常的转发流程向门户业务用户设备发一个重定向到真正门户网站 Portal-Server 的报文；C. 收到重定向报文后的门户业务用户设备的浏览器自动发起对真正门户网站 Portal-Server 的访问。2. 根据权利要求 1 所述的一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于：所述的步骤 A，由门户业务用户在浏览器上输入任何正确的域名、IP 地址或任何的数字，形成上行 IP 报文；所述的步骤 B，由“虚拟 Web 服务器”虚拟成该 IP 报文的 IP 地址的网站。腾达公司确认，腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器的技术方案一致，腾达 G1 路由器与腾达 W15E 路由器的工作原理一致。被告深圳市吉祥腾达科技有限公司（以下简称腾达公司）制造、销售的 W15E、W20E、G1 等多款商用无线路由器侵犯原告涉案专利权，被告济南历下弘康电子产品经营部（以下简称弘康经营部）、济南历下昊威电子产品经营部（以下简称昊威经营部）销售侵犯原告涉案专利权的产品，销售范围广、销量多，给原告造成经济损失。

被告腾达公司辩称：原、被告访问任意网站时实现定向的方式不同，被告技术方案在实现访问的过程亦不等同，被告没有侵权。原告诉请的赔偿数额过高且缺乏事实及法律依据。请求驳回原告的诉讼请求。被告弘康经营部、昊威经营部共同辩称，被告销售的产品涉案产品是从代理商处合法进货的，不是涉案产品的生产者，不承担责任。

法院经审理查明：2015 年 7 月 2 日，敦骏公司取得专利号为“ZL02123502.3”、名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”的发明专利，其内容为：1. 一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于包括以下处理步骤：A. 接入服务器底层硬件对门户业务用户设备未通过认证前的第一个上行 HTTP 报文，直接提交给“虚拟 Web 服务器”，该“虚拟 Web 服务器”功能由接入服务器高层软件的“虚拟 Web 服务器”模块实现；B. 由该“虚拟 Web 服务器”虚拟成用户要访问的网站与门户业务用户设备建立 TCP 连接，“虚拟 Web 服务器”向接入服务器底层硬件

返回含有重定向信息的报文，再由接入服务器底层硬件按正常的转发流程向门户业务用户设备发一个重定向到真正门户网站 Portal-Server 的报文；C. 收到重定向报文后的门户业务用户设备的浏览器自动发起对真正门户网站 Portal-Server 的访问。2. 根据权利要求 1 所述的一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于：所述的步骤 A，由门户业务用户在浏览器上输入任何正确的域名、IP 地址或任何的数字，形成上行 IP 报文；所述的步骤 B，由“虚拟 Web 服务器”虚拟成该 IP 报文的 IP 地址的网站。腾达公司确认，腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器的技术方案一致，腾达 G1 路由器与腾达 W15E 路由器的工作原理一致。敦骏公司经过公证程序分别向被告弘康经营部、昊威经营部，以及网络电商平台购得涉案路由器若干，并取得了网络销售涉案型号路由器的销量、价格以及评价等数据，之后对所购物品进行了演示操作。原、被告认可该演示的信息比对可以说明涉案产品是否侵犯了原告所要求保护的涉案专利权。

【裁判结果】

济南市中级人民法院于 2019 年 5 月 6 日作出 (2018) 鲁 01 民初 1481 号民事判决：一、被告深圳市吉祥腾达科技有限公司立即停止侵犯原告深圳敦骏科技有限公司名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”（专利号为 ZL02123502.3）发明专利权的行为，即立即停止制造、许诺销售、销售涉案的路由器产品；二、被告济南历下弘康电子产品经营部、济南历下昊威电子产品经营部立即停止侵犯原告深圳敦骏科技有限公司名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”（专利号为 ZL02123502.3）发明专利权的行为，即立即停止销售涉案的路由器产品；三、被告深圳市吉祥腾达科技有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告深圳敦骏科技有限公司经济损失及合理费用共计 500 万元；四、驳回原告深圳敦骏科技有限公司的其他诉讼请求。宣判后，深圳市吉祥腾达科技有限公司向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于 2019 年 12 月 6 日作出 (2019) 最高法知民终 147 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器、腾达 G1 路由器在“Web 认证开启”模式下的使用过程，全部落入涉案专利权利要求 1 和 2 的保护范围。从表面上看，终端用户是专利方法的实施者，但实质上，专利方法早已在被告侵权产品的制造过程中得以固化，终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程，仅仅是此前固化在被告侵权产品内的专利方法的机械重演。因此，应当认定被告侵权人制造并销售被告侵权产品的行为直接导致了专利方法被终端用户所实施。第一，腾达公司虽未实施涉案专利方法，但其以生产经营为目的制造、许诺销售、销售的被告侵权产品，具备可直接实施专利方法的功能，在终端网络用户利用被告侵权产品完整再现涉案专利方法的过程中，发挥着不可替代的实质性作用。第二，腾达公司从制造、许诺销售、销售被告侵权产品的行为中获得不当利益与涉案专利存在密切关联。第三，腾达公司因涉案专利获得了原本应当属于专利权人的利益，利益分配严重失衡，有失公平。综上腾达公司制造、许诺销售、销售被告侵权产品的行为构成专利侵权并应承担停止侵害、赔偿损失的民事责任，即停止制造、许诺销售、销售固化了涉案专利方法实质内容的 3 款涉案路由器产品。

敦骏公司主张依照侵权人因侵权获利计算赔偿额，并提交了腾达公司电商平台的官方旗舰店销售被告侵权产品数量、售价的证据，敦骏公司已就侵权规模的基础事实完成了初步举证责任。法院责令腾达公司提交能够反映被告侵权产品生产、销售情况的完整的财务账簿、资料等证据，但腾达公司在无客观障碍情况下未提交。综上，在已有证据显示腾达公司实际侵权规模已远大于敦骏公司所主张赔偿的范围时，在腾达公司拒不提供有关侵权规模的基础事实，致使对专利技术

贡献度的考量缺乏侵权规模基础事实的情况下，故对腾达公司确定的赔偿额过高的抗辩主张不予支持。

【案例注解】

本案确定了涉及网络通信多主体实施方法专利的侵权行为的判定标准。

一、明确权利要求的解释规则

权利要求的作用在于界定专利权的权利边界，说明书及附图主要用于清楚、完整地描述专利技术方案，明确专利权利要求保护范围是进行技术比对、判断被诉侵权技术方案是否落入专利权利要求保护范围的前提和基础。如果诉争双方对于权利要求的技术术语或者技术特征的理解存在分歧，则首先应当对权利要求进行解释，以确定该技术术语或者技术特征应有含义及其对权利要求所起的限定作用，从而准确界定专利权利要求的保护范围。

在解释专利权利要求时，应当遵循《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款所规定的“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容”这一权利要求解释的基本原则。在具体适用该解释原则时，应当认识到：首先，权利要求是界定专利权保护范围的依据，说明书及附图可以用于解释权利要求的相关内容。说明书及其附图对于权利要求的解释作用体现在帮助本领域普通技术人员准确理解权利要求的内容，但不能替代权利要求在界定专利权保护范围过程中的地位和作用。其次，对于权利要求中相关技术术语或者技术特征的解释，应当遵循内部证据优先原则。如果权利要求相关技术术语或技术特征在专利说明书中已经作了特别的说明，应当根据该特别说明作出解释；如果说明书并没有特别说明，应当按照本领域普通技术人员的通常理解作出解释。最后，权利要求的解释应当以本领域普通技术人员在对专利要求保护的技术方案形成整体认识的基础上，结合权利要求的具体语境，对权利要求的保护范围作出合乎逻辑的界定，以符合发明目的和能够实现发明技术方案为指引。

二、涉及网络通信多主体实施方法专利的侵权认定标准

（一）方法专利侵权中“使用”行为的界定

《中华人民共和国专利法》第十一条规定，发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，……，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。那么，何为使用专利方法？其实，对于专利方法而言，其直观呈现的场景是方法的实际应用者（通常是普通用户）执行方法中的各个步骤从而实际实现相应功能的过程，而非产品的制造过程，但是，为了能够更全面的保护专利权人的权利，对于产品制造商而言，只要将专利方法装载于硬件装置中，起到了控制和调配的作用，就是制造商的侵权行为，即使用了专利方法。本案中，腾达公司要实现涉案路由器的功能，就要通过相应的设置、调配步骤，使路由器具有实现按照自定义曲线运行的条件，从而使用到控制路由器按照自定义曲线运行的方法，因此，腾达公司使用了该方法专利。

（二）多主体实施方法专利的侵权判定

伴随无线技术的发展，无线技术使用者可以不受空间的限制自由传递信息。基于无线技术，不同的参与者可实施同一技术的不同部分或者步骤。如涉案的路由器技术，该方法专利的参与者包括路由器用户、检测电脑方和网络服务器方等不同参与方。根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条规定：“人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。”所以，专利侵权的判断应在行为人实施全部专利技术特征的前提下做出。那多方参与多步骤方法专利的侵权应该

如何判定?

涉案专利技术属于网络通信领域,该领域具有互联互通、信息共享、多方协作、持续创新等特点,这就决定了该领域中的绝大多数发明创造的类型为方法专利,且往往只能撰写成为需要多个主体的参与才能实施的方法专利,或者采用此种撰写方式能更好地表达出发明的实质技术内容。然而这些方法专利在实际应用中,往往都是以软件的形式安装在某一硬件设备中,由终端用户在使用终端设备时触发软件在后台自动运行。因此,被诉侵权人完全可以采用上诉方式,在未获得专利权人许可的情况下,将专利方法以软件的形式安装在其制造的被诉侵权产品中,甚至,还可以集成其他功能模块,成为非专用设备,并通过对外销售获得不当利益。从表面上看,终端用户是专利方法的实施者,但实质上,专利方法早已在被诉侵权产品的制造过程中得以固化,

终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程,仅仅是固化在被诉侵权产品内的专利方法的机械重演。因此,应当认定被诉侵权人制造并销售被诉侵权产品的行为直接导致了专利方法被终端用户所实施。如果按照专利侵权判断的一般规则,即应当以被诉侵权人所实施的被诉侵权技术方案是否全面覆盖了专利权利要求记载的所有技术特征,作为专利侵权的必要条件,那么,仅仅是制造、销售具备可直接实施专利方法的被诉侵权产品的行为将难以被认定为侵害专利权的权利。同时,仅认定被诉侵权人在测试被诉侵权产品过程中实施专利方法构成侵权,不足以充分保护专利权人的利益,因为该测试行为既非被诉侵权人获得不当利益的根本和直接原因,也无法从责令停止测试行为来制止专利方法遭受更大规模的侵害,而专利权人更无权主张虽直接实施了专利方法、但并无生产经营目的的终端用户构成专利侵权。在上述情形下,针对网络通信领域方法的专利侵权判定,应当充分考虑该领域的特点,充分尊重该领域的创新与发展规律,以确保专利权人的合法权利得到实质性保护,实现该行业的可持续创新和公平竞争。如果被诉侵权行为人以生产经营为目的,将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中,该行为或行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用,也即终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程的,则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法,侵害了专利权人的权利。

三、方法专利侵权诉讼中举证责任分配

(一) 侵权与否的举证责任分配探讨

本案中,原告敦骏公司通过公证取得涉案路由器的运行过程证据,能够与涉案的方法专利进行比对进行侵权判定。但是实践中,由于方法专利的特点决定了对其构成侵权的行为具有无形性,构成侵权的证据往往不易取。一般只有到涉嫌侵权者的生产车间才有可能获取侵权证据,但是操作性低。根据规定,除涉及新产品的制造方法的专利侵权案件适用举证责任倒置外,举证责任的基本原则是“谁主张、谁举证”。但是在方法专利不涉及一项新产品时,严格按照“谁主张、谁举证”原则也不利于还原案件真实,公正解决纠纷,所以应当在不改变举证责任负担的前提下,适用灵活的发现证据方式(如推定规则、证据保全等)。如最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》指出:“使用专利方法获得的产品不属于新产品,专利权人能够证明被诉侵权人制造了同样产品,经合理努力仍无法证明被诉侵权人确实使用了该专利方法,但根据案件具体情况,结合已知事实以及日常生活经验,能够认定该同样产品经由专利方法制造的可能性很大的,可以根据民事诉讼证据司法解释有关规定,不再要求专利权人提供进一步的证据,而由被诉侵权人提供其制造方法不同于专利方法的证据。”

如此，为了尽可能地清除人为制造的举证障碍，以利于发现案件真相，在非新产品制造方法的方法专利侵权诉讼中，应当明确被诉侵权人的有关产品制造方法的证据披露义务。当权利人提交证据足以证明被诉侵权人存在侵权的可能性且能够支持其权利主张的关键证据处于相对方的控制之下时，可以申请被诉侵权人披露其所持有的相关证据，法院在确保秘密信息受到保护的前提下，应当责令被诉侵权人出示上述证据。但法院不应对证据披露问题进行主动释明，更不能为了查明案件事实而主动适用证据披露制度。同时，我们还应对披露内容的范围进行严格把控，即根据制造方法专利侵权判定中的全面覆盖原则，法院不能要求被诉侵权人一次性地将其产品制造方法和盘托出，而应考虑具体诉讼请求，将被诉侵权人必须披露的证据限定在必要范围内，由外围一层一层逐步向核心的内容渐次披露^①，直至被诉侵权人能够证明其制造产品的方法中，至少有一个必要技术特征本质上不同于原告专利方法中的相应技术特征。当证据披露义务人无正当理由拒不披露证据时，根据权利人的申请，法院可以推定权利人申请披露的证据拟证明的案件事实为真实，以督促证据披露义务人履行义务。^②

（二）赔偿额计算中的举证责任分配

专利权人主张以侵权获利确定赔偿额的，侵权规模即为损害赔偿计算的基础事实。专利权人对此项基础事实承担初步举证责任。如果专利权人已经完成初步举证，被诉侵权人无正当理由拒不提供有关侵权规模基础事实的相应证据材料，导致用于计算机侵权获利的基础事实无法精准确定，对其提出的应考虑涉案专利对其侵权获利的贡献度等抗辩理由，可不予考虑。

编写人：山东省济南市中级人民法院（民三庭） 李 玉 陈 旭

^① 蒋志培：知识产权诉讼证据问题研究，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期。

^② 王国征，彭三益：知识产权侵权诉讼中的证据披露制度——以非新产品制造方法专利侵权纠纷为视角，载《江西社会科学》2019年第2期。

以买卖合同担保的民间借贷合同的债权实现

——刘承志诉郭光生、胡光英等民间借贷纠纷案

关键词 房屋买卖为担保 借款合同 让与担保

【案例要旨】

以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，是一种非典型担保，在债务人不履行债务时，债权人不能直接取得所有权。而是在判决生效后，因金钱债务履行不能时，可以申请拍卖房屋以清偿债务，属于生效判决的执行问题。该房屋共有人及权利承继人不直接承担连带还款责任。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第一百九十六条借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《中华人民共和国合同法》第二百零七条借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。

按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十六条当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

【案件索引】

一审：山东省济南市长清区人民法院（2016）鲁0113民初5144号（2017年8月7日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民终7671号（2017年12月12日）

再审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民再1号（2019年4月10日）

【基本案情】

原告刘承志诉称：2013年10月，郭光生决定将其位于长清区五峰路南段西侧房产卖给刘承志，房屋价款为140万元，要求先付款、后签协议，刘承志按照郭光生的要求付款后，双方于2013年10月26日签订《商品房买卖协议》，并由郭光生出具140万元的收条一份。后该140万元被认定为借款，刘承志要求郭光生返还借款140万元，该债务是三被告的家庭共同债务，因此，胡光英、郭平应对该债务承担连带返还责任。请求判令：1. 郭光生返还刘承志购房款140万元，并按照同期银行贷款利率承担自2014年1月20日至返还之日止的利息损失；2. 赔偿刘承志其他经济损失8700元；3. 胡光英、郭平对前述第一项请求承担连带清偿责任；4. 本案全部诉讼费用由三被告承担。

被告郭光生辩称：原被告之间既无借款的事实，也无房屋买卖的事实。刘承志无权要求郭光

生按照借款予以返还。刘承志主张的诉讼费损失 8700 元，法院已判决由刘承志承担。请求驳回刘承志的诉讼请求。

被告胡光英辩称：我与郭光生早已分居生活，后双方离婚，对郭光生签订房屋买卖协议及达成调解的事情一概不知，我不应承担还款责任。

被告郭平辩称：我对房屋买卖一事不知情，不应承担还款责任。

法院经审理查明：2012 年 4 月 9 日，王强为买方，郭光生为卖方，李世峰为证明人，三方签订《房产买卖合同》一份，郭光生将其名下长房权证城私字第 08817 号房产以 150 万元的价格卖与王强，郭光生给王强出具收到 150 万元的收条一张。但双方未办理房产过户手续。2013 年 10 月 26 日，刘承志为买方，郭光生为卖方，双方签订《商品房买卖合同》一份，郭光生将长房权证城私字第 08817 号房产以 140 万元的价格卖与刘承志，郭光生给刘承志出具收到 140 万元的收条一张。但双方未办理房产过户手续。2014 年 1 月 13 日，王强向济南市长清区人民法院对郭光生提起民间借贷纠纷诉讼，该院作出（2014）长民初字第 235-1 号民事裁定书，将长房权证城私字第 08817 号房产予以诉讼保全查封。2014 年 1 月 20 日，郭光生、刘承志在证明人边军的见证下，签订《协议》一份，载明：“2014 年 1 月 20 日郭光生名下房产证号 08817 号的房产通过法律手段抵押给刘承志，约定 2014 年 7 月 25 日之前归还。在约定期限内郭光生可以拿房产作贷款用于归还刘承志购房款，到期归还后二人到法院解除法律手续。如果到期不能归还以上约定作废。”当日，刘承志向一审法院对郭光生提起房屋买卖合同纠纷诉讼。2014 年 1 月 22 日，刘承志与郭光生达成调解协议。2014 年 1 月 23 日，王强以郭光生同意归还其部分借款为由申请解除对 08817 号房产的查封，济南市长清区人民法院当日解除对该房产的查封。2014 年 1 月 28 日，济南市长清区人民法院作出（2014）长民初字第 281 号民事调解书：一、郭光生于 2014 年 3 月 15 日前将位于济南市长清区五峰路南段西侧的房屋交付给刘承志，并协助刘承志办理房屋过户手续；二、其他互不追究。案件受理费 17400 元减半收取 8700 元，由刘承志负担。

2015 年，郭光生妻子胡光英、女儿郭平起诉郭光生、刘承志，要求撤销一审法院（2014）长民初字第 281 号民事调解书。王强作为第三人亦参加诉讼，要求郭光生继续履行双方签订的《房产买卖合同》，交付房屋、协助办理房产过户手续，并赔偿违约金。经一、二审审理后，济南市中级人民法院作出（2016）鲁 01 民终 2545 号民事判决，认为买卖合同双方无买卖房屋的真实意思，撤销了（2014）长民初字第 281 号民事调解书，驳回王强的起诉。2015 年 11 月 14 日，济南市长清区人民法院对王强与郭光生的房产买卖合同纠纷，作出（2014）长民初字第 2436 号民事裁定，认为双方签订房屋买卖合同系为借贷关系提供的担保，应按民间借贷诉讼处理，裁定驳回王强的起诉。

另查，郭光生与胡光英于 1985 年 5 月 26 日登记结婚，1986 年 3 月 15 日生育女儿郭平。郭光生与胡光英于 2016 年 9 月 21 日在民政部门协议离婚，财产分割中约定：“位于长清区五峰路南段西侧房产一处，房产证号：长房权证城私字第 08817 号，1-3 层最西边，西邻伙墙中心往东量三米为界，从楼梯间南墙墙面往南量至门口归男方（郭光生）所有，室内楼梯男方自己修，其余 1-3 层从男方东量 4 米六归女方（胡光英）所有，南北房产证为准。最东边三米 1-2 层归孩子郭平所有，楼梯间南墙后向北 1-3 层归孩子郭平所有。此房自 2014 年 1 月 28 日至今男方欠女方及孩子租赁费 60 万元”。

再审期间，通过对相关证人、郭光生提交的手机短信以及转账情况进行调查、核实，确认自 2013 年 10 月 26 日至 2013 年 12 月 17 日，郭光生向刘承志、刘群的账户转账十次，金额共计 158200 元。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2017年8月7日作出(2016)鲁0113民初5144号民事判决:一、由郭光生、胡光英于判决生效之日起十日内偿还刘承志欠款140万元;二、由郭光生、胡光英自2014年7月26日起至付清欠款之日止,以欠款额为基数,按中国人民银行同期贷款利率向刘承志支付利息;三、郭平在分得长房权证城私字第08817号房产份额的范围内对上述给付内容承担连带清偿责任;四、由郭光生于判决生效之日起十日内向刘承志赔付经济损失4350元;五、驳回刘承志的其他诉讼请求。宣判后,郭光生、胡广英、郭平提出上诉。济南市中级人民法院于2017年12月12日以同样的事实作出(2017)鲁01民终7671号民事判决,维持原判。郭光生、胡广英、郭平仍不服,向济南市中级人民法院申请再审,济南市中级人民法院于2019年4月10日作出(2019)鲁01民再1号民事判决:一、撤销本院(2017)鲁01民终7671号民事判决;二、维持济南市长清区人民法院(2016)鲁0113民初5144号民事判决第二项、第四项、第五项;三、撤销济南市长清区人民法院(2016)鲁0113民初5144号民事判决第三项;四、变更济南市长清区人民法院(2016)鲁0113民初5144号民事判决第一项为:“郭光生于本判决生效之日起十日内偿还刘承志欠款1241800元,胡光英对其中的欠款70万元承担共同还款责任。”

【裁判理由】

法院生效裁判认为:本案再审争议焦点是:第一,郭光生与刘承志是否存在借款140万元的事实;如存在,是否为郭光生与胡光英的夫妻共同债务。第二,郭平应否承担连带清偿责任。

第一,关于借款事实和夫妻债务。郭光生与刘承志签订案涉房屋买卖合同,为刘承志出具收到140万元购房款的收条,且其后双方另行签订协议约定将房产通过法律手段抵押给刘承志,刘承志归还购房款后解除法律手续。签订协议当日刘承志到法院起诉郭光生,法院立案两日内,郭光生与刘承志达成调解协议,后经法院制作民事调解书。郭光生的配偶胡光英、女儿郭平其后对该案提起第三人撤销之诉。第三人撤销之诉审理中,法院查明郭光生系以房产作为借款担保,而非真正的买卖房屋,郭光生也自认其与刘承志签订房屋买卖合同是作为借款的一种担保,法院认为买卖房屋并非郭光生与刘承志的真实意思表示。故刘承志以民间借贷纠纷提起本案诉讼并无不当。原审以及再审中,对于借款资金来源、借贷经过均进行了调查,相关证据能够互相印证。郭光生认为房屋买卖合同、收到条虚假,有关证据为复印件,未发生借款的理由,与本案查明的事实以及郭光生在先自认不符。郭光生也未提交充分有效证据证实其主张。故郭光生的再审理由不能成立。对于刘承志代为偿还董鹏70万元债务的问题,胡光英虽称对董鹏的55万元债务不知情,但房屋买卖协议以及两份收条上均有胡光英的签名,胡光英应对该笔夫妻共同债务承担偿还责任。对于刘承志现金交付郭光生70万元的事实,刘承志未能举证证明其出借郭光生70万元借款时,胡光英对该笔借款知情,或者该笔借款用于郭光生与胡光英夫妻共同生活或共同生产经营,胡光英事后也未予追认。故该笔70万元债务不应认定为夫妻共同债务,本院予以纠正。根据再审新证据查明的事实,郭光生其后向刘承志提供的账户实际转款158200元,可以作为还款从郭光生借款本金中予以扣除。

第二,关于郭平的责任。刘承志未能证明郭平对房屋买卖合同的签订知情或给予事后追认。郭平不是借款的保证人。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条第二款规定:“按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”根据该规定,刘承志对合同中的房产

民事案例

享有的“让与担保”利益，是在判决生效后，因金钱债务履行不能时，刘承志可以申请拍卖房屋以清偿债务，这属于生效判决的执行问题。原审判决郭平在其分得房产份额的范围内对该笔债务承担连带清偿责任不妥，应予纠正。

综上所述，原一、二审判决对于案涉房屋买卖合同的性质认定为借款的一种担保，对本案按照民间借贷关系审理并对借款 140 万元予以确认，认定事实清楚，适用法律正确。郭光生的再审请求不能成立，不予支持。因再审中出现了新证据，对原一审判决中郭光生的还款金额进行变更。胡光英的部分再审请求以及郭平的再审请求成立，本院予以支持。本院二审判决驳回上诉，存在不妥，本院再审撤销后予以重新改判。

【案例注解】

一、对于合同性质的认定，应正确确认当事人之间的真实意思表示。判断合同效力的基础是当事人间的真实合意，而确认当事人的意思，除了准确解释合同条款外，还应结合合同签订时的具体情况进行认定。本案中，郭光生与刘承志虽签订了涉房屋买卖合同，但根据双方另行签订的协议，约定将房产通过法律手段抵押给刘承志，刘承志归还购房款后解除法律手续。签订协议当日刘承志到法院起诉郭光生，法院立案两日内，郭光生与刘承志达成调解协议，后经法院制作民事调解书。法院查明郭光生系以房产作为借款担保，而非真正的买卖房屋，郭光生也自认其与刘承志签订房屋买卖合同是作为借款的一种担保，法院认为买卖房屋并非郭光生与刘承志的真实意思表示。

二、关于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条第二款的理解。该条款对处置担保标的做出了限制，按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。该条款对于债权人债权实现作出了提示，否定了以取得所有权为目的的诉讼请求。本案中，刘承志对合同中的房产享有的“让与担保”利益，是在判决生效后，因金钱债务履行不能时，刘承志可以申请拍卖房屋以清偿债务，这属于生效判决的执行问题。原一审判决郭平在其分得房产份额的范围内对该笔债务承担连带清偿责任，没有事实和法律依据。所以本院予以改判。

编写人：山东省济南市中级人民法院审监庭 林洁华

驾驶人在增驾实习期内驾驶牵引挂车、 半挂车发生交通事故，保险公司应承担 交强险之外的赔偿责任

——李某某诉周某某、王某等机动车交通事故责任纠纷案

关键词 机动车交通事故责任纠纷 增驾实习期

【案例要旨】

机动车驾驶人在增驾实习内驾驶牵引挂车、半挂车发生交通事故，保险公司不能以其已经尽到提示说明义务为由免于承担保险责任。《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》与《机动车驾驶证申领和使用规定》规定实习期含义不同，驾驶人处于增驾准驾车型的实习期内驾驶牵引挂车、半挂车发生交通事故依据不同规范可以得出截然相反的解释，保险公司未就该实习期的特殊含义尽到提示说明义务，双方对免责条款中实习期的理解发生争议，应当作出不利于提供格式条款的一方即保险公司的解释。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第四十一条规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2019）鲁0103民初11295号（2020年5月25日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终8273号（2020年8月17日）

【基本案情】

原告李某某诉称：1. 请求法院依法判令王某、周某某、保险公司承担车辆损失65829元、停运损失8093.6元、施救费4750元，合计86558.1元；2. 本案诉讼费用由王某、周某某、保险公司承担。

被告周某某辩称，对交通事故的发生及交警部门出具的事故认定书无异议。本人为涉案车辆的实际所有人，因我为事故车辆购买了交强险及商业三者险100万元，并投保不计免赔，应当由保险公司在交强险和商业三者险范围内优先承担赔偿责任；对原告李某某的各项损失待举证后予以质证；我在购买商业险时是在保险公司的代理处购买的商业险，在购买商业险时保险人员并没有告知其免责条款，保险公司出具保单之前，我没有见到保险合同，根据保险公司的规定，保险单据的出具人与免责条款的告知人不是一个部门，该营销处并没有设立告知提示免责条款的部门及人员，由于保险公司没有尽到免责条款的提示说明义务，我从未收到保险公司提示的免责条款或说明，所以该免责条款无效。

被告保险公司辩称，一、被保车辆苏CHJ768向我公司报案时称，本次事故是六辆车追尾，苏CHJ768车辆是第四辆，其后方是奔驰车辆，但济南市公安局高速公路交通警察支队历城大队作出

的第 37700140190000103 号道路交通事故认定书未体现这一事实情况。为查明本次事故的发生经过，明确事故中各方的责任大小，请求法院调取本案交通事故的卷宗材料以及第 377001420190000103 号道路交通事故认定书前后是否存在与本次事故相关的道路交通事故认定书。二、《机动车交通事故责任强制保险条例》第三条规定：“本条例所称机动车交通事故责任强制保险，是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。”该条所述的财产损失是指财物的毁灭或毁损，即指对财物这一被侵害客体造成的损失，故交强险中的财产损失不应包括停运等产生的间接损失，即停运损失不属于交强险的赔偿范围。我公司也不承担本案诉讼费。三、苏 CHJ768 牵引车在我公司投保交强险及商业三者险 100 万元及不计免赔，事故发生在保险期间，应核实苏 C31W0 半挂车的保险情况，若投有保险，应按保险比例承担赔偿责任。四、依据苏 CHJ768 车辆的第三者责任保险条款第二十二条保险责任的约定“在使用被保险机动车过程中发生外事故，致使第三者遭受人身伤亡或财产直接损毁……保险人依照本保险合同的约定，对于超过机动车交通事故责任强制保险各分项赔偿限额的部分负责赔偿。”而原告李某某车辆的停运损失并不属责任在于财产直接损毁所产生的损害后果，故停运损失不属于双方签订保险合同中保险责任范围，故无须审查事故是否属于免责范围以及相关免责条款的效力问题，停运损失不属于商业三者险的赔偿范围，应由侵权人承担相应的赔偿责任。五、依据《道路交通安全法实施条例》第二十二条规定：“机动车驾驶人在实习期内不得驾驶公共汽车、营运客车或者执行任务的警车、消防车、救护车、工程救险车以及载有爆炸物品、易燃易爆化学物品、剧毒或者放射性等危险物品的机动车；驾驶的机动车不得牵引挂车。”和机动车第三者责任保险条款第二十四条保险责任的约定，苏 CHJ768 重型半挂牵引车的驾驶员王某是在实习期内驾驶牵引挂车，这一行为既违反了法律规定也违反了保险合同的约定，商业三者险不承担赔偿责任。六、原告李某某主张的车辆损失和停运损失不符合事实情况和法律规定，我公司申请对鲁 H85A66/鲁 HSU79 车辆因本次事故造成的车辆损失和停运损失进行重新鉴定。

被告王某未答辩。

一审法院经审理查明：2019 年 10 月 14 日 20 时 26 分许，被告王某驾驶苏 CHJ768/苏 C31W0 挂号重型半挂牵引车沿 S2001 济南绕城高速公路由东向西行驶至 42 公里+200 米处时，因未确保安全驾驶，先与道路中央隔离护栏发生刮碰，后与前方因道路拥堵而在此停车等候通行的案外人张某某驾驶的鲁 AWN039 号小型越野客车发生刮碰，该半挂货车继续向前运动，又与前方案外人王某某驾驶的鲁 AP0096 号重型普通货车左后部发生碰撞，导致该普通货车向前发生侧移，车前部与前方同车道内在此停车等候的案外人王某庆驾驶的鲁 H85A66/鲁 HSU79 挂号重型半挂货车、京 ABF155 号重型厢式货车发生连环碰撞，该半挂货车车身右侧与右侧相邻车道内在此停车等候的案外人陶某某驾驶的鲁 A613BZ（临）重型半挂牵引车、案外人孔某某驾驶的鲁 A614BZ（临）号重型半挂牵引车发生连环碰撞，造成案外人王某某受伤（已另案处理）、七车以及高速公路路产损坏的道路交通事故。事故发生后，京 ABF155 号重型厢式货车驾驶员放弃赔偿要求，驾车驶离。2019 年 10 月 15 日，济南市公安局高速公路交通警察支队历城大队适用简易程序作出第 377001420190000103 号道路交通事故认定书，分析认为，被告王某违反道路交通安全法第二十二条之规定，负事故全部责任，案外人张某某、案外人王某某、案外人陶某某、案外人孔某某无责任。

苏 CHJ768/苏 C31W0 挂号重型半挂货车登记所有权人系被告周某某，苏 CHJ768 半挂牵引车在被告保险公司处投保机动车交通事故责任强制保险，交强险赔偿限额为 122000 元，其中医疗费

赔偿限额为1万元，伤残死亡赔偿限额为11万元，财产损失赔偿限额为2000元；该车同时在该被告保险公司处投保商业三者险100万元，并投保不计免赔。该交通事故发生在交强险和商业三者险合同期间内。

被告保险公司申请对鲁H85A66/鲁HSU79车辆因交通事故造成的损失、损坏部位维修或更换的合理性必要性、对损坏部位确定维修或更换的价格进行司法鉴定，烟台天平价格评估事务所有限公司接受一审法院委托后于2020年4月14日作出烟平价估字〔2020〕第TPJN20200114-291号价格评估报告，评估意见为鲁H85A66号车辆在鉴定基准日的损失价格（扣除维修残值后）为37431元；鲁HSU79号挂车在鉴定基准日的损失价格（扣除维修残值后）为3710元；鲁H85A66/鲁HSU79号挂车在鉴定基准日的日营运损失为794元。鉴定基准日为2019年10月14日。被告保险公司为此支出评估费7000元。鲁H85A66号半挂牵引车登记所有权人系济宁庆祥运输有限公司，鲁HSU79号挂车登记所有权人系嘉祥金顺运输有限公司，该两车实际所有权人均系原告李某某。被告王某的机动车驾驶证增驾车型A2，其实习期至2019年11月12日。被告王某系被告周某某雇佣的驾驶员，其在提供劳务活动期间发生本次交通事故。

一审宣判后，周某某不服上诉至济南市中级人民法院，上诉请求：请求依法撤销（2019）鲁0103民初11295号判决，发回重审或改判保险公司在商业险范围内承担赔偿责任。事实和理由：一审法院认定的事实错误。据以定性“在保险合同订立之前已经履行说明义务”的事实没有查清。具体体现在：现在的保险销售都要求实名制，购买保险的资金也都要求从投保人的个人银行卡用支付，实务中保险公司都是发送一个二维码识别后付款（这种情况是投保人或代理人不到现场的情形），投保人或代理人到保险公司或保险销售代理机构的情形是，销售人员只是询问买商业险多少，其他险种是否购买，车损险都是电脑自动生成的，先交款，再签字，然后才给打印书面的保单，没有任何一家保险公司会先告知你先看清楚免责条款再确定是否在我家公司投保，都是先交钱，然后才签字。本案保险公司向法庭提交的证据信息是：（A）电子保单；（B）有投保人在电子投保单上签字；（C）有他们公司电子投保的过程演示。一审法院简单的就认定这些证据符合司法解释规定的“在投保单上签字就可以认定是履行了说明和提示义务”，这种判断在本案中肯定是错误的。1. 在投保上签字确认应当是在合同成立之前才能认定是投保人对条款理解和确认了，但是保险公司没有提供这个环节的证据，这个证据的举证责任也只能分配给保险公司。司法解释规定的是“在保险合同订立时投保人签字”，关键是保险合同成立的标志是投保人缴费就是合同成立，本案中的投保人在缴费之前是否签字，是否要求阅读，演示程序中是如何演示，法庭上法官根本就没有看这个证据，主观上只是简单的适用法条。2. 本案中的投保人名字是周某某本人，但是去保险代理机构办理投保的并不是周某某本人，而是其母亲亲自到现场去办的。缴费之前经办人是如何向代理人释明，这个情节是否需要落实，应由谁承担举证责任。3. 合同约定的是“实习期不能牵引挂车”，但涉案车辆是“半挂车”，半挂车和挂车概念并不完全相同。4. 本次事故有五台受害车辆及一个人员受伤，总的赔偿金额超过一百万，王某的实习期还差半个月就满一年，二十天相对365天的5%比率，受害人的损失几乎因为这个5%的时间点就基本上没有办法实现，这是不公平的。

保险公司辩称，1. 本案中周某某的车辆投保时采用的是电子投保，通过我司在一审中提供的证据可以确认，电子投保是由投保人在电子设备上进行操作，保险内容、保险条款和免责说明书均已电子书面形式由投保人在电子设备上进行阅读，而且在条款中关于免责条款已加粗加黑的形式向投保人进行了明示，投保人对条款内容已明确知悉，并在电子投保单上进行签字确认，签字

民事案例

确认后才会电子设备上付款，不存在周某某在上诉状中陈述的先缴款再签字的情形。2. 本案中肇事车辆驾驶员王某属在实习期内驾驶牵引挂车，根据道路交通安全法实施条例第二十二的规定，机动车驾驶人在实习期内驾驶的机动车不得为牵引挂车，王某的行为既违反法律法规的规定，也违反保险合同的约定，而且我司已尽到了法定的提示义务，故在本案中我公司在商业险范围内不承担赔偿责任。综上所述，一审法院查明事实清楚，适用法律正确，周某某的上诉理由不能成立，请求驳回上诉，维持原判。

李某某同保险公司的答辩意见。

二审中，当事人未提交新证据。二审查明的事实与一审一致。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2020年5月25日作出(2019)鲁0103民初11295号民事判决：一、被告保险公司于判决生效之日起十日内在交强险赔偿责任限额范围内赔偿原告李某某车辆损失2000元。二、被告周某某于判决生效之日起十日内赔偿原告李某某剩余的车辆损失39141元、停运损失7940元、施救费4750元等共计51831元。三、驳回原告李某某的其他诉讼请求。宣判后，周某某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2020年8月17日作出(2020)鲁01民终8237号民事判决：一、维持济南市市中区人民法院(2019)鲁0103民初11295号民事判决第一项、第三项及案件受理费的负担；二、撤销济南市市中区人民法院(2019)鲁0103民初11295号民事判决第二项；三、保险公司于判决生效之日起十日内在商业三者险赔偿责任限额范围内赔偿李某某剩余的车辆损失39141元、停运损失7940元、施救费4750元等共计51831元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议焦点系驾驶人在增驾实习期内驾驶牵引挂车、半挂车，保险公司是否应当免赔的问题。本案中，保险公司主张免责的依据是，驾驶人王某的行为符合免责条款中“实习期内驾驶公共汽车……或牵引挂车的机动车”的规定。但对于实习期如何计算，免责说明书本身及保险合同条款均未有明确的解释说明。对此，依据《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第二十二的明确规定，实习期仅指初次领证后12个月，并不包括增驾实习期；而《机动车驾驶证申领和使用规定》中规定实习期包括增加准驾车型后的12个月。案涉保险事故发生时，驾驶人王某处于增驾准驾车型A2的实习期内，故王某的行为是否属于免责条款规定的免责事由，依据不同的规范可以得出两种截然相反的合理解释。《中华人民共和国合同法》第四十一条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”因本案所有保险条款均由保险人制作并提供，属于格式条款，依据上述法律规定，双方对免责条款中实习期的理解发生争议，应当作出不利于提供格式条款的一方即保险公司的解释。故，保险公司不能在其商业三者险赔偿限额内免于赔偿，一审法院认定有误，予以纠正。

【参照适用本案例时应注意的问题】

机动车交通事故责任纠纷案件中，增驾实习期内驾驶牵引挂车、半挂车发生交通事故后是否属于保险条款中免责条款的适用情形存在争议。笔者认为，对驾驶人在增驾实习期内驾驶与准驾车型不符的车辆或牵引挂车、半挂车发生交通事故后，保险人以免责条款中约定了“实习期内驾驶公共汽车、运营客车或者执行任务的警车、载有危险物品的机动车或牵引挂车的”为由主张其已就免责条款尽到提示说明义务，应在交强险之外免于承担赔偿责任的不能成立。

《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第二十二条明确规定，实习期仅指初次领证后12个月，并不包括增驾实习期；而《机动车驾驶证申领和使用规定》规定实习期包括增加准驾车型后的12个月。增驾实习期内驾驶牵引挂车、半挂车的行为是否属于免责条款规定的免责事由，依据不同的规范可以得出两种截然相反的合理解释。依据《中华人民共和国合同法》第四十一条规定，保险条款系由保险人制作并提供，应当作出不利于提供格式条款的一方及保险公司的解释。此外，由于增加的准驾车型与初次申请驾驶证的准驾车型并不一样，实习期设立的目的是为了驾驶员能够熟悉准驾车型的性能、运行等行驶情况，如果在实习期不能实际驾驶准驾车型车辆，也就失去了设立实习期的意义。

法院在审理此类案件时，保险公司通常以就免责条款已对投保人尽到提示说明义务进行抗辩，法院应依法审查保险公司是否尽到提示说明义务，但是鉴于相关法律法规中对“实习期”的理解存在两种截然相反的解释，此时应注重审查保险公司在投保时是否已经就免责条款中“实习期”的含义特指向投保人作出明确说明。当双方对该“实习期”的理解产生争议时，则应作出不利于提供格式条款的一方及保险公司的解释即保险公司不能在其交强险之外的赔偿限额内免于赔偿。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 武绍山 杨 锐

案外人执行异议之诉中案外人的界定

——董某某诉王某某、孔某某等案外人执行异议之诉案

关键词 案外人执行异议之诉 案外人代位诉讼

【案例要旨】

案外人执行异议之诉中的案外人是指执行当事人以外的，对执行标的主张权利，认为法院对某一项或几项财产的执行侵害其实体法上权利的公民、法人和其他组织。案外人提起诉讼的基础是其主张对涉案执行标的享有实体法上的民事权利。《合同法》第七十三条规定了关于债权人的代位权的行使，系法律所明确规定债权人对次债务人享有的诉的利益，即债权人可以次债务人为被告提起代位权诉讼，但代位权并非属于对执行标的享有实体权利。关于案外人对执行标的享有排除执行的实体权利而怠于提起异议，案外人的债权人能否代位提起案外人执行异议之诉，法律没有明确规定，故不能参照《合同法》第七十三条及《民事诉讼法》第二百二十七条的规定进行审查。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第七十三条规定因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定执行过程中，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。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十四条规定对案外人提出的排除执行异议，人民法院应当审查下列内容：（一）案外人是否系权利人；（二）该权利的合法性与真实性；（三）该权利能否排除执行。

【案件索引】

一审：山东省济南市历下区人民法院（2019）鲁0102民初7783号（2020年1月17日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2020）鲁01民终6856号（2020年7月30日）

【基本案情】

董某某向一审法院起诉请求：1. 请求判决停止对（2005）济南市历下区和平路55号和平花园5号楼1单元301室房屋即历执字第88-6号执行裁定书的执行；2. 本案诉讼费由王某某承担。事实和理由：坐落于济南市历下区和平路55号和平花园5号楼1单元301室房屋系某某置业公司于1998年至1999年开发建设，该房屋至今未能办理产权登记，根据《物权法》的规定，该房屋的真实权利人是某某置业公司。济南市历下区人民法院在执行王某某与孔某某民间借贷纠纷一案中查封并拍卖上述房屋，因为孔某某对上述房屋不享有任何权益，所以，济南市历下区人民法院执行

上述房屋无法律依据。董某某为此提出异议，济南市历下区人民法院于2019年7月10日作出(2019)鲁0102执异114号执行裁定书，裁定驳回了董某某的异议请求。另外，董某某曾以建设工程施工合同纠纷向济南市历下区人民法院起诉某某置业公司，法院于2005年3月8日作出(2005)历民初字第150号民事判决书，判决某某置业公司向董某某偿还工程款40余万元及利息。但是，因某某置业公司未履行判决书中的还款义务，董某某申请执行，因其没有财产可供执行，济南市历下区人民法院中止执行。综上，某某置业公司作为权利人，本来可以提出执行异议寻求救济，但由于其未提出异议，导致董某某对某某置业公司的债权有不能实现的可能，故，董某某根据《合同法》第七十三条的规定有权代位提起本次执行异议之诉。

王某某辩称：1. 董某某不是案外人执行异议的适格主体，其并非涉案执行标的的权利人，就该执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益，故请求法院驳回其诉讼请求。2. 董某某认为其有权利代位提起案外人执行异议之诉是滥用诉讼权利。《合同法》第七十三条规定在一定的条件下因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义的代位行使债务人的债权的权利。但代位行使的权利是执行程序中一种寻求救济的权利，不属于明确的到期债权，不可以被代位行使。3. 涉案执行标的系孔某某任职某某置业公司法定代表人期间留作自用的房屋，且经某某置业公司董事会决议通过并多次予以认可，孔某某也在多次阻挠执行期间承认该房屋系其个人财产，该事实已由另案提出执行异议的孙玉堂、马立鑫、王晓虹案的生效法律裁判文书予以认定。4. 董某某享有的某某置业公司债权应通过正常的法律途径向某某置业公司主张。某某置业公司虽然吊销营业执照，但尚未被注销登记，依照法律规定，某某置业公司的股东仍然有对外承担债务的有限连带责任。董某某不能因为某某置业公司暂无财产可供执行，而以案外人的名义滥用异议权和诉权妨害执行。

某某置业公司、孔某某未作答辩。

法院经审理查明：董某某曾以建设工程施工合同纠纷于2005年向历下区法院起诉某某置业公司，济南市历下区人民法院于2005年3月8日作出(2005)历民初字第150号民事判决书，判决某某置业公司支付董某某工程款392933.53元，其后董某某向历下区法院申请执行。2005年8月23日，济南市历下区人民法院作出(2005)历执字第754号民事裁定书，查明某某置业公司下落不明，无财产可供执行，裁定董某某与某某置业公司买卖合同纠纷一案中止执行。董某某于2019年对济南市历下区人民法院执行王某某与孔某某民间借贷纠纷一案过程中对执行标的提出书面异议，2019年7月10日，济南市历下区人民法院作出(2019)鲁0102执异114号民事裁定书，认为董某某不是执行标的济南市历下区和平路55号和平花园5号楼1单元301室房产的所有人，主体不适格，裁定驳回案外人董某某提出的异议。

2011年11月8日，某某置业公司出具证明一份，载明：某某置业公司于1998年至1999年在济南市和平路55号开发建设了“和平花园”居民小区，当时孔某某是某某置业公司的法人代表。在2001年，孔某某以公司法人代表的名义将和平花园5号楼1单元301室（原名是4号楼1单元301室）住房及配套的车库、储藏室各一处留作自用。某某置业公司对该房产不主张任何权利。

某某置业公司的售房明细表及2012年12月24日在该明细表中，某某置业公司书写的说明，载明：孙某堂没有向某某置业公司交纳购房款，也没有与公司签订购房合同。和平花园小区4号楼（现名5号楼）1单元301室房产是孔某某在2001年以某某置业公司法定代表人的名义留作自用的房产。

2013年3月26日，某某置业公司出具证明一份，载明：关于和平花园5号楼1单元301室

民事案例

(原名是4号楼1单元301室)的房产及配套的车库、储藏室的所有权归属问题,经进一步调查核实,涉案房屋确系孔某某任某某置业公司法定代表人期间,孔某某以公司法定代表人的名义留作自用的房产,公司对此予以认可,该房产所有权归孔某某所有等内容。

2013年5月14日,济南市历下区人民法院作出(2013)历民初字第186号民事判决书,查明:涉案房产系孔某某于2001年留作自用的房产,某某置业公司也认可将该房屋作为奖金或福利的奖励形式归孔某某个人所有,属于孔某某个人所得。该案上诉后,2013年8月15日,山东省济南市中级人民法院作出(2013)济民四终字第156号民事判决书,认为:涉案房屋属于某某置业公司财产,时任法定代表人孔某某个人无权“留作自用”。公司行使处分权,将涉案房屋“作为福利,奖励给孔某某”是孔某某“自用”的原因,二者并不矛盾。

2019年7月,董某某以债权人撤销权纠纷向济南市历下区人民法院起诉某某置业公司、孔某某,要求撤销某某置业公司与孔某某之间对涉案房屋的转让行为。2019年11月23日,济南市历下区人民法院作出(2019)鲁0102民初6756号民事判决书,认为“经生效的判决书认定,该涉案房产仍属于某某置业公司”,判决驳回董某某的诉讼请求。该判决已生效。

【裁判结果】

山东省济南市历下区人民法院于2020年1月17日作出(2019)鲁0102民初7783号民事判决:驳回董某某的诉讼请求。宣判后,董某某提出上诉。济南市中级人民法院于2020年7月30日作出(2020)鲁01民终6856号民事判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:案外人执行异议之诉,系案外人对于执行依据所确定的执行标的主张自己享有实体上的权利,而请求法院对该实体上法律关系进行裁判,以阻止法院对执行标的进行强制执行的救济方法。执行异议之诉所指的“案外人”,是指执行当事人以外的,对执行标的主张权利,认为法院对某一项或几项财产的执行侵害其实体法上权利的公民、法人和其他组织。本案中,济南市历下区人民法院执行王某某与孔某某民间借贷纠纷案件,裁定拍卖涉案房屋。董某某对该裁定不服提起执行异议和执行异议之诉,其认为某某置业公司在上述执行案件中作为案外人怠于行使权利,其作为某某置业公司的债权人代位提起执行异议之诉。董某某的上诉主张不能成立,理由如下:首先,董某某诉某某置业公司建设工程施工合同纠纷一案已进入执行程序,董某某与某某置业公司之间的债权债务纠纷可通过执行程序解决;其次,本案系执行异议之诉,董某某对涉案房屋并不享有实体权利,而案外人提起执行异议的基础是,其主张对涉案执行标的享有实体上的民事权利,故其提起执行异议之诉不符合法律规定;最后,董某某主张其作为某某置业公司的债权人代位提起执行异议之诉,没有法律依据。因此,本案董某某要求停止对(2005)济南市历下区和平路55号和平花园5号楼1单元301室房屋即历执字第88-6号执行裁定书的执行,一审法院不予支持并无不当。

编写人:济南市中级人民法院民四庭 吴松成 王峥荣

同居关系中一方不配合亲子关系鉴定应如何处理

——汪某某诉刘某某、同居关系子女抚养纠纷案

关键词 送达地址确认 举证责任

【案例要旨】

在诉前调解阶段，人民法院按照受送达人居民身份证上所载住址向其邮寄送达相关诉讼材料，受送达人近亲属对诉讼材料予以签收，可以将该地址确认为送达地址，正式立案后受送达人对相关诉讼材料不再予以签收的，文书退回之日视为送达之日。

同居关系一方当事人提供了必要证据证明另一方与子女已存在亲子关系且主张抚养费的，在另一方采取躲避态度、消极应诉的情况下，无法启动亲子鉴定程序，以证据不足驳回诉讼请求，显示公平。考虑到未成年人利益最大化原则，为维护公序良俗和社会稳定，可以推定亲子关系存在。

【相关法条】

《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一款规定父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。

《中华人民共和国婚姻法》第二十五条规定非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款规定当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

【案件索引】

一审：山东省济南市长清区人民法院（2020）鲁0113民初1329号民事判决（2020年7月13日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2020）鲁01民终11652号民事判决（2020年11月19日）

【基本案情】

原告汪某某诉称：汪某某与刘某某于2017年4月份相识，并2017年5月22日开始同居，汪某某于2017年6月份发现自己已经怀孕，并于2018年1月31日生育一女儿，从汪某某怀孕直至生产，都是汪某某及其家人独自承担，汪某某一直独自抚养女儿至今。因双方在交往过程中没有登记结婚，无法办理女儿的出生医学证明，致使女儿无法登记户口信息，无法享受医疗保险待遇，为此汪某某多次找刘某某协商要求其协助办理女儿的出生医学证明，未果。刘某某对汪某某及女儿不闻不问，没有履行作为父亲应尽的义务，而且刘某某的行为给汪某某造成极大的精神损失。请求：1. 请求依法判令原刘某某双方非婚生女儿由汪某某抚养，刘某某每月支付抚养费2000元，至女儿独立生活之日为止；2. 请求依法判令刘某某协助汪某某办理女儿出生医学证明；3. 本案诉讼费由刘某某承担。

被告刘某某未作答辩。

民事案例

一审法院经审理查明：汪某某陈述，2017年4月汪某某与刘某某同在北京打工时相识，后双方同居生活，2017年6月汪某某发现自己怀孕，双方商议登记结婚事宜未果。

2018年1月预产期临近，刘某某将汪某某接到济南市妇幼保健院待产。2018年1月31日患者行剖宫产术+双侧子宫动脉上行支结扎术娩一女婴。住院病案记载刘某某与汪某某系夫妻关系。入院授权委托书记载刘某某与汪某某系男女朋友关系；《新生儿出生记录单》记载婴儿父亲刘某某，《输血（或血液制品）治疗同意书》、《剖宫产知情同意书》、《麻醉知情同意书》等患者亲属或授权委托人签名，均由刘某某签名。汪某某出院后带女儿回娘家居住生活至今。

诉讼中，汪某某提供与刘某某的通话录音6段，刘某某认可是孩子的父亲。后汪某某到济南市妇幼保健院办理女儿的出生医学证明，以便给女儿登记户籍，刘某某知因病案中记载有父亲刘某某，需刘某某配合方可办理出生医学证明。汪某某要求刘某某配合办理女儿的出生医学证明，刘某某一直推托未能办理。

二审另查明，汪某某于2020年7月21日从济南市妇幼保健院办理《出生医学证明》，新生儿姓名为汪某甲，女，2018年1月31日出生，母亲姓名为汪某某；并于2020年7月24日落户至河北省涿州市豆庄乡前塘村36号。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2020年7月13日作出（2020）鲁0113民初1329号民事判决：驳回汪某某汪某某的诉讼请求。宣判后，汪某某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2020年11月19日作出（2020）鲁01民终11652号民事判决：一、撤销山东省济南市长清区人民法院（2020）鲁0113民初1329号民事判决；二、上诉人汪某某于2018年1月31日所生之女汪某甲与被上诉人刘某某之间存在亲子关系；三、汪某甲由上诉人汪某某抚养，被上诉人刘某某自2020年1月起诉之日起每月25日前支付当月抚养费2000元至汪某甲独立生活之日止。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：从汪某某在一审中向法庭提交的证据《住院病人入院登记》来看，刘某某在联系人中填写了与汪某某的关系为“老公”，地址为济南长清双泉镇，电话（0531）87391690，其身份证地址亦为济南市长清区双泉乡南傅庄126号，汪某某向一审法院提供的刘某某身份证复印件及手机号码，一审法院在诉前调解阶段于2020年3月2日按汪某某起诉状载明的刘某某的电话（17615836106、053187391690）和住址向刘某某邮寄送达应诉材料，2020年3月5日刘某某的父亲刘某某代收该邮件。一审法院于2020年4月13日正式立案后，于2020年4月16日到刘某某的住处送达开庭传票，未见到刘某某，故向刘某某的父亲留置送达，定于2020年5月19日开庭审理。但刘某某无正当理由拒不到庭，一审法院依法缺席审理，后刘某某的父亲刘某某于2020年7月24日代刘某某签收判决书和上诉状。法院经审查认为，送达制度不仅以保障当事人及诉讼参与人诉讼权利为核心，便于当事人参加诉讼，以实现其知情权，而且还承担了推动诉讼进程的重要功能，文书一经送达，就会产生一定的法律后果。一审法院以汪某某提供的刘某某的身份证复印件载明住所为送达地址，先后采取邮寄送达、留置送达的方式送达起诉状副本、开庭传票等，刘某某的父亲均已收到，故一审法院将该地址明确为送达地址，后将判决书、上诉状直接送达至该处，对当事人的权利尽到了较大的保护，而法院在电话通知双方当事人调查的过程中，刘某某的手机号17615836106却变成空号，故法院通过邮寄送达开庭传票未能被受送达人实际接收，文书退回之日视为送达之日。

从汪某某提供与刘某某的通话录音中可知，汪某某提交起诉状后，刘某某于2020年2月16

日、17日通过17615836106拨打汪某某电话，其认可是孩子的父亲，也想承担责任，想弥补，希望孩子有爸妈，但是汪某某告知已经走法律程序，两人协商未果。通过汪某某的陈述，刘某某曾经委托亲戚协调，但是因未提交委托手续，故未参与庭审。从刘某某上述一系列行为可以看出，其对于本案的诉讼是知情的，其拒不到庭参加诉讼，应当视为其放弃诉讼权利。根据《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一款“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务”和第二十五条“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止”的规定，无论子女是否婚生，父母均对未成年子女负有法定的抚养义务。本案中，刘某某是否承担抚养汪某甲的义务，应以其系汪某甲的亲生父亲为基础。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立”的规定，刘某某与汪某某未办理过结婚手续、汪某甲的出生医学证明没有刘某某作为父亲的记载，因此汪某某无直接证据能够证明汪某甲与刘某某之间具有亲子关系。但是汪某某提供的《住院病人入院登记》、电话录音等有关证据，可以视为汪某某已经提供了具有亲子关系的必要证据。对是否为生父的认定，最准确的莫过于亲子关系的鉴定，但本案中在刘某某知道本案诉讼却消极应诉，亦不出面，采取躲避的态度，在无法启动亲子关系鉴定时，以证据不足驳回诉讼请求，显示公平，更不利于维护公序良俗和社会稳定。在刘某某没有提供相反证据又不要求做亲子鉴定的情况下，法院依法推定汪某某于2018年1月31日所生之女汪某甲与刘某某之间存在亲子关系，刘某某依法负有抚养汪某甲的法定义务。对汪某某要求刘某某从2020年1月起诉之日起至汪某甲独立生活为止每月支付2000元抚养费的诉讼请求，法院依法予以支持。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 蔺双祝 潘宇晨

人身损害赔偿纠纷中过失相抵原则的适用条件

——肖某诉于某新、周某某等生命权、健康权、身体权纠纷案

关键词 过失相抵 相当因果关系

【案例要旨】 过失相抵的客观要件指损害的同一体性，即对于同一损害结果，不仅侵权人的行为是其发生的原因，被侵权人的行为与该损害结果也具有相当因果关系，而对损害的发生和损害结果的扩大形成助力。损害结果同一，但损害原因互不相关则不能构成过失相抵。本案中，被侵权人的辱骂行为与侵权人打架行为的损害结果既非同一，也不存在原因力的竞合关系，被侵权人的辱骂行为与其被侵权人打伤的损害后果不具有相当因果关系，并不符合过失相抵的条件，不应减轻侵权人的赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第二十六条被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。

【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2019）鲁0102民初4737号（2019年10月25日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民终2324号（2020年4月29日）

【基本案情】

原告肖某诉称：2018年3月29日8时许，肖某因被告于某新停止其工作去村委会找于某新理论，期间双方发生口角，继而双方发生辱骂，于某新打电话叫来了被告周某某、于某等人。被告于某新指使被告周某某和于某将肖某拖至办公室外走廊上继续对肖某拳打脚踢。上述三被告造成肖某右侧第5、6肋骨及左侧第8肋骨骨折，脾包膜下血肿，左侧气胸，肖某住院治疗。后经司法鉴定评定为轻伤二级。济南市历下区人民法院于2019年1月25日作出（2018）鲁0102刑初459号刑事判决书，被告人于某新犯故意伤害罪，判处有期徒刑八个月（刑期从判决执行之日起计算。即自2018年7月20日起至2019年3月19日止）；被告周某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑八个月（刑期从判决执行之日起计算。即自2018年6月16日起至2019年2月15日止）；被告于某犯故意伤害罪，判处有期徒刑六个月（刑期从判决执行之日起计算。即自2018年6月16日起至2019年5月1日止）。上述三被告的故意伤害行为给肖某造成身体伤害，并使肖某遭受精神打击，为了维护肖某的合法权益，请求：1. 判令于某新、周某某、于某连带向肖某支付医疗费23699.74元；2. 判令于某新、周某某、于某连带向肖某支付住院伙食补助费2100元（每日100元，共计21天）；3. 判令于某新、周某某、于某连带向肖某支付护理费12100元（住院21天加出院后护理45天，共计66天，护理人员工资为每月5500元计算）；4. 判令于某新、周某某、于某连带向肖某支付误工费18000元（月工资6000元，期间为3个月）；5. 判令于某新、周某某、于某连带向肖某支付营养费3300元（66天，每天50元标准）；6. 判令于某新、周某某、于某向肖某支付鉴定费2860元；7. 判令于某新、周某某、于某向肖某支付精神抚慰金15000元。

被告于某新、周某某、于某共同辩称：对符合法律规定的项目依法赔偿，但肖某存在过错，应承担相应的责任，减轻三被告的责任，根据法律规定精神抚慰金在刑事案件审判后再提起民事

诉讼要求赔偿精神损失的不应得到法院的支持。

法院经审理查明：2018年3月29日8时左右，于某新在位于济南市历下区某村民委员会二楼的办公室内，因故与肖某发生争执，相互辱骂。期间，于某新指使赶至现场的周某某、于某将肖某拖至走廊并对其拳打脚踢。经鉴定，肖某右侧第5、6肋骨及左侧第8肋骨骨折，脾包膜下血肿，左侧气胸，评定为轻伤二级。一审法院经审理，于2019年1月25日依法作出（2018）鲁0102刑初459号刑事判决书，对于某新、周某某、于某作出刑事处罚。

肖某受伤后被120急救车送至山东省立医院急诊外科就诊，支出门诊治疗费1301.64元。当日下午被120急救车送至济南市第三人民医院治疗，并被收治入院，支出急救费360元。经诊断为创伤性脾破裂、肋骨骨折等，至2018年4月19日出院，合计住院21天，支出住院医疗费19025.1元。肖某分别于2018年4月18日、2018年4月25日、2018年5月3日前往山东大学齐鲁医院、山东省医学影像学研究所及济南市第三人民医院复查，共支出门诊费、检查费等计3013元。上述医疗费合计23699.74元。肖某自受伤入院起，一直由其妻路某某护理。济南某餐饮管理有限公司于2019年2月12日出具证明一份，载明：路某某在该公司上班，每月工资5500元。因其丈夫肖某受伤住院，自2018年3月29日至2018年6月29日未上班，未发工资。山东某建筑安装工程有限公司于2019年3月12日出具证明一份，载明：肖某在该公司任经理职务，每月工资6000元。因肖某住院，自2018年3月29日至2018年6月29日未上班，停发工资。

本案在审理过程中，肖某于2019年7月8日向一审法院提交书面申请，申请对伤残等级等事项进行司法鉴定，一审法院依法委托山东金正法医司法鉴定所进行司法鉴定。该鉴定所于2019年9月6日出具鲁金正司鉴所〔2019〕临鉴字第453号司法鉴定意见书，鉴定意见为肖某之损伤不构成伤残，评定其伤后需1人护理45日，其伤后营养期限为45日，其后续治疗费不宜评定；后续治疗过程的护理人数及护理期限、营养期限、康复期限亦不宜评定，肖某为此支出鉴定费2860元。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年10月25日作出（2019）鲁0102民初4737号民事判决：一、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某医疗费23699.74元，于判决生效之日起十日内履行；二、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某住院伙食补助费2100元，于判决生效之日起十日内履行；三、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某护理费7200元，于判决生效之日起十日内履行；四、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某误工费9887.25元，于判决生效之日起十日内履行；五、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某营养费2250元，于判决生效之日起十日内履行；六、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某鉴定费2860元，于判决生效之日起十日内履行；七、被告于某新、周某某、于某共同赔偿原告肖某精神抚慰金5000元，于判决生效之日起十日内履行。

宣判后，于某新提出上诉。济南市中级人民法院于2020年4月29日作出（2020）鲁01民终2324号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：过失相抵的客观要件指损害的同一体性，即对于同一损害结果，不仅侵权人的行为是其发生的原因，被侵权人的行为与该损害结果也具有相当因果关系，而对损害的发生和损害结果的扩大形成助力。损害结果同一，但损害原因互不相关则不能构成过失相抵。本案中，于某新所述肖某对其辱骂的行为与于某新、周某某、于某故意伤害肖某的行为，损害结果既非同一，也不存在原因力的竞合关系，与双方行为为损害之共同原因的情况不同，无过失相抵的适用

余地。故于某新关于应减轻其责任的主张不能成立。

针对肖某在本案中主张的费用，法院评判如下：1. 医疗费。肖某提交的医疗费票据能够与门诊病历、住院病历记载的就诊时间相互印证，经审查确定，肖某因伤已实际支付医疗费计23699.74元且于某新、周某某、于某亦予以认可，对于该项请求法院予以认定，于某新、周某某、于某应予赔偿；2. 住院伙食补助费。根据规定，住院伙食补助费可以参照当地国家机关一般工作人员的出差伙食补助费标准予以确定，肖某住院21天，主张住院伙食补助费2100元，法院予以支持；3. 护理费。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十五条规定：“单位向人民法院提出的证明材料，应当由单位负责人及制作证明材料的人员签名或盖章，并加盖单位印章。……”据此，因肖某提交的济南某餐饮管理有限公司出具的《证明》仅加盖了公章并由“杨某某”签名，“杨某某”的身份未提交证据证明，该《证明》没有单位负责人及制作证明材料的人员签名或盖章，故对该份证据法院不予采信。此外，肖某未提交路某某与济南某餐饮管理有限公司签订的劳动合同、工资发放证明予以佐证，故仅凭济南某餐饮管理有限公司出具的证明，不足以证实路某某与济南某餐饮管理有限公司之间存在劳动关系及工资扣发的事实，故对肖某主张护理费12100元的诉讼请求，法院不予采信。根据山东金正法医司法鉴定所的鉴定意见，肖某护理期评定为1人护理45日。法院参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算，酌定按照160元/天计算，为7200元，肖某主张超出部分，法院不予支持；4. 误工费。如上所述，肖某提交的由山东某建筑安装工程有限公司出具的《证明》，仅加盖了公章及“于键”签名章，“于键”的身份未提交证据证明，该《证明》没有单位负责人及制作证明材料的人员签名或盖章，故对该份证据法院不予采信。肖某亦未提交其与山东某建筑安装工程有限公司签订的劳动合同、工资发放证明予以佐证，故仅凭山东某建筑安装工程有限公司出具的证明，不足以证实其与山东某建筑安装工程有限公司之间存在劳动关系及工资扣发的事实，故对肖某主张其月工资6000元的事实，法院不予采信。参照山东金正法医司法鉴定所的鉴定意见并考虑到肖某的实际伤情，法院酌定肖某的误工时间为3个月，按照2018年山东省城镇居民人均可支配收入39549元计算，误工费应为9887.25元（ $39549 \div 12 \times 3 = 9887.25$ ），于某新、周某某、于某应予赔偿；5. 营养费。根据山东金正法医司法鉴定所的鉴定意见，评定伤后营养期限为45日，肖某以每日50元主张营养费，符合法律规定，故于某新、周某某、于某应当赔偿肖某营养费2250元，肖某主张超出部分，法院不予支持；6. 鉴定费。肖某因在山东金正法医司法鉴定所进行鉴定，支出鉴定费2860元，于某新、周某某、于某应予赔偿；7. 精神损害抚慰金。法院认为，肖某因于某新、周某某、于某的侵权行为，造成了身体及精神的双重伤害，但肖某并未构成伤残，根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第八条规定，法院酌定为5000元，肖某主张超出部分，法院不予支持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘彦亭 李骏飞

劳动者违反竞业限制义务应承担违约责任

——侯某诉潘某共有纠纷案

关键词 保密协议 保密义务 竞业限制 违约责任

【案例要旨】 劳动关系具有特定的人身属性，由劳动者对用人单位的忠诚义务演化出劳动合同的保密义务，并进而扩展为竞业限制或竞业禁止。为平衡用人单位财产权益和劳动者劳动权利，我国劳动合同法规定了劳动者的保密义务，用人单位和高级管理人员、高级技术人员等负有保密义务的劳动者可以在劳动合同中约定竞业限制条款，由用人单位在双方解除或终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿，劳动者违反约定的应当按照约定向用人单位支付违约金。

【相关法条】

《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。第二十四条规定竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

【案件索引】

一审：济南市高新技术产业开发区人民法院（2019）鲁0191民初1165号（2019年6月6日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终7284号（2019年11月5日）

【基本案情】

原告李俊勇提出诉讼请求：1. 确认竞业限制条款无效，对李俊勇不具有约束力；2. 判令李俊勇无须向济南金威刻科技发展有限公司（以下简称金威刻公司）支付竞业限制违约金10万；3. 由金威刻公司承担本案的全部诉讼费用。事实与理由：济南市高新区劳动争议仲裁委员会作出的济高新劳仲案字（2018）第1119号-1、济高新劳仲案字（2018）第1117号-2仲裁裁决书的裁决错误，缺乏事实和法律依据。理由如下：一、李俊勇仅是金威刻公司的普通员工，不掌握金威刻公司实质性内部资料，并非竞业限制的适格主体，没有接触到金威刻公司的商业秘密。金威刻公司对不负有保密义务的普通员工设定竞业义务，违反法律、法规的规定。二、《保密协议书》是金威刻公司印制的格式合同，约定了保密及保密补偿金，需要指出的是，保密补偿金不同于竞业限制补偿金。保密补偿金只能视为用人单位给予劳动者的一项福利，不能取代竞业限制补偿金，也不能推定为竞业限制补偿金。在未约定竞业限制补偿金的情况下，竞业限制条款对劳动者没有约束力。三、金威刻公司做为跨行业企业，经营范围十分广泛，金威刻公司在其提供的格式合同中，没有对竞业限制的范围、行业、地域进

行约定，严重损害了劳动者的择业自由权和合法就业权，是无效的。四、李俊勇在合同上签字后，金威刻公司即将合同全部收回，并未交付李俊勇的情况下，劳动合同及保密协议书尚未完成签订，损害了劳动者的合法权益。五、李俊勇未到山东欧锐激光科技有限公司（以下简称欧锐公司）工作。仲裁委仅凭金威刻公司单方出具的聊天记录打印件、复制光盘以及公证书即认定李俊勇在金威刻公司处离职后到欧锐公司，并违反保密协议约定，明显错误。六、李俊勇从金威刻公司离职后，未有违反《保密协议书》约定泄露金威刻公司商业秘密的行为，更没有给金威刻公司造成任何实际损失，其要求10万元违约金没有事实和法律依据。综上，仲裁裁决认定事实不清，适用法律错误，所作出的裁决是错误的，故诉至法院。

被告金威刻公司辩称：一、李俊勇为竞业限制的适格主体。李俊勇在离职前的岗位为售后经理，掌握着金威刻公司全部的技术资料、客户信息、切割工艺，原告离职前所属部门是被告研发、生产、销售链条中的关键涉密部门，李俊勇作为涉密部门的部门经理属于负有保密义务的劳动者。二、李俊勇与金威刻公司签订的《劳动合同》、《保密协议书》合法有效。金威刻公司与李俊勇于2015年8月1日签订的《劳动合同》、《保密协议书》是双方自愿签订的，是双方真实意思表示，并且不违反法律、法规的强制性规定，合法有效，且金威刻公司为李俊勇缴纳社保至其离职当月。李俊勇离职后，金威刻公司依据双方签订的竞业限制协议书的约定按月为其支付竞业限制补偿金，已履行了金威刻公司方的义务。三、金威刻公司所属行业为激光行业，主营业务为激光设备的技术开发生产、销售。金威刻公司的经营范围虽然非常广泛，但金威刻公司成立至今已获发明专利5项、实用新型专利19项、外观专利24项，且所获专利证书均为激光设备相关。四、李俊勇违反了《保密协议书》中关于竞业限制的约定，从金威刻公司离职后两年内到金威刻公司的同行业欧锐公司工作，应向金威刻公司支付违约金10万元。综上，请求驳回李俊勇的诉讼请求。

法院经审理查明：2015年6月10日，李俊勇与金威刻公司签订期限为2015年6月10日至2018年6月9日的《劳动合同》，李俊勇从事售后经理。同日双方签订《保密协议书》，甲方为金威刻公司，乙方为李俊勇，该协议约定：“1. 乙方在合同期内，利用公司职务所知的产品制作过程、销售状况、客户名单及资料等商业秘密。2. 甲方的商业秘密包括但不限于销售资料、技术图纸，公司规范性文件等。（二）双方的权利和义务为：1. 甲方为乙方提供良好的工作平台，并根据乙方创造的经济效益给予奖励。2. 乙方必须按照甲方的要求进行生产、设计、开发客户，有义务保守甲方所有的生产工艺、技术图纸、客户料等。3. 乙方在双方解除劳动合同之后的两年内不得在生产同类或有竞争关系的其他企业内任职。保证不利用在甲方公司任职期间所知悉的客户查料、供应商资料为自己和他人谋利益。4. 甲方在乙方离职后的两年内，给予乙方每月保密补偿，补偿金按国家有关规定执行。协议期限：1. 聘用合同期内。2. 解除聘用合同的两年内。乙方违反此协议，应向甲方支付违约金十万元整，本协议自动终止执行。2018年2月27日，李俊勇因个人原因离职，双方劳动关系解除。后李俊勇入职欧锐公司。

另查明，1. 自2018年4月28日至2018年12月27日期间，金威刻公司按月向李俊勇支付竞业限制补偿金，每月为2000元。2. 金威刻公司的经营范围包括：计算机软件的开发；小型机械设备、电源产品、电子设备的生产、销售；非专控通讯器材、计算机及耗材的批发、零售、维修服务、技术咨询；货物及技术进出口业务（国家禁止或涉及行政审批的货物或技术进出口除外）；普通货物道路运输；激光设备的技术开发、生产、销售以及其他按法律、法

规、国务院决定等规定未禁止和无需经营许可的项目。(依法须经批准的项目,经相关部门批准后方可开展经营活动)。3. 欧锐公司的经营范围包括:激光切割机、激光雕刻机、激光器及零部件的技术开发、生产、销售、安装调试服务;计算机软件的开发、销售及技术服务;进出口业务。(依法须经批准的项目,经相关部门批准后方可开展经营活动)。4. 2014年金威刻公司的单丝杠低功耗多材质切割激光切割机被认定为济南市自主创新产品及济南名牌产品;2016年4月13日金威刻公司获得混合切割机用激光发生装置的发明专利证书;2015年8月12日金威刻公司获得光纤激光切割机外观设计专利证书;2015年11月25日金威刻公司获得一种激光切割装置实用新型专利证书;2015年11月25日金威刻公司获得光纤切割机外观设计专利证书;2015年12月23日金威刻公司获得光纤激光切割机外观设计专利证书;2016年8月17日金威刻公司获得一种切割机反射激光发生装置发明专利证书;2016年8月24日金威刻公司获得旋转夹头及激光切管机的发明专利证书;2016年10月金威刻公司获得光纤激光切割机十佳科技创新项目荣誉证书(其中项目人包括李俊勇);2017年3月金威刻公司获得混合切割机用激光发生装置专利;2017年3月22日金威刻公司获得一种自动聚焦式激光头实用新型专利证书(其中发明人包括李俊勇);2017年7月7日金威刻公司获得滑动夹头及激光切管机发明专利证书;2017年10月金威刻公司获得金属非金属两用光纤CO₂混合切割机科技创新项目荣誉证书(其中项目人包括李俊勇);2017年12月金威刻公司化的光纤切割机中国外观设计优秀奖;2017年12月19日金威刻公司获得一种激光切割机管材支撑模块实用新型专利证书。5. 2018年11月21日,金威刻公司因与李俊勇的劳动争议纠纷,向济南高新技术产业开发区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁,请求:李俊勇向金威刻公司支付违反竞业限制违约金10万元。该委经审查,于2018年12月25日作出济高新劳仲案字(2018)第1119号-1、济高新劳仲案字(2018)第1119号-2仲裁裁决书,裁决李俊勇向金威刻公司支付违反竞业限制违约金100000元。李俊勇对上述裁决不服,向一审法院提起诉讼。

【裁判结果】

济南市高新技术产业开发区人民法院于2019年6月6日作出(2019)鲁0191民初1165号判决:一、李俊勇于判决生效之日起十日内支付济南金威刻科技发展有限公司竞业限制违约金10万元;二、驳回李俊勇的诉讼请求。案件受理费10元,减半收取5元,由李俊勇负担。宣判后,李俊勇不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年11月5日作出判决:驳回上诉,维持原判。二审案件受理费10元,由李俊勇负担。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定:“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。”第二十四条规定:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后,前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限,不得超过二年。”本案中,李俊勇与金威刻公司签订的《劳动合同》及《保密协

民事案例

议书》，系双方真实意思表示，且不违反相关法律法规的规定，对双方均具有约束力。李俊勇在金威刻公司工作期间，工作岗位为售后经理，掌握金威刻公司相关技术资料、客户信息激光设备的生产工艺、切割工艺、工艺表等核心机密，故依法应属于负有保密义务的人员。李俊勇自金威刻公司离职后，入职在经营范围与金威刻公司存在部分相同内容的欧锐公司，已违反双方关于竞业限制的约定，应承担相应的违约责任，故一审认定李俊勇应向金威刻公司支付竞业限制违约金 10 万元并无不当，二审法院予以确认。李俊勇于 2018 年 2 月 27 日离职，金威刻公司自 2018 年 4 月 28 日至 2018 年 12 月 27 日期间按月向李俊勇支付竞业限制补偿金，李俊勇接受该款项后，并未要求解除竞业限制约定或终止履行竞业限制协议，故李俊勇的抗辩意见不能成立，二审法院不予支持。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 许海涛 刘秋月

车辆驾驶人因自身原因撞到电线杆后死亡， 电线杆管理人归责原则的适用

——韩秋梅、王其英等诉国网山东省电力公司济南市章丘区
供电公司机动车交通事故责任纠纷案

关键词 侵权责任承担 过错 因果关系

【案例要旨】

从法理学和过错归责的角度，民事侵权行为通常分为特殊侵权行为和一般侵权行为。特殊侵权行为一般适用无过错归责原则，即不论行为人是否有过错，法律规定均应当承担侵权责任。一般侵权行为适用过错归责原则，行为人侵权责任一般由主观过错、加害行为、损害结果、损害行为与损害结果之间具有因果关系四部分组成。车辆驾驶人驾驶车辆，因自身原因撞到电线杆死亡，仍应严格坚持依照一般侵权责任的四个构成要件予以审查，不应因对于受害人境遇的过于同情而对法律责任做扩大和过度解释，避免侵权责任的边界无限延展。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第六条规定：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任；根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。该法第七条规定，行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

【案例检索】

一审：济南市章丘区人民法院（2020）鲁0181民初2739号（2020年6月3日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民终7979号（2020年8月12日）

【基本案情】

韩秋梅、王其英等诉称，2020年1月4日21时30分许，其亲属侯兆桐驾驶鲁A6B5K7号轿车沿济南市章丘区黄河镇202乡道（黄河镇会宗村通往黄河林场的道路）由东向西行驶至气化管道厂门口与东侧时，撞向公路一侧的电线杆，造成连人带车翻入路边沟内的单方交通事故，侯兆桐经抢救无效死亡。虽然本次事故属于单方交通事故，没有交通行为的相对方，但章丘供电公司应该承担责任。按照《公路安全保护条例》第十一条的规定，章丘供电公司架设电线杆应该在离乡村道路路边不少于五米的地方，但本案电线杆却在公路路肩上直接架设，章丘供电公司的行为直接违反上述法规的规定，对本案中侯兆桐的死亡具有明显过错，章丘供电公司应对侯兆桐的死亡应当承担侵权责任。韩秋梅、王其英等向一审法院起诉请求：1. 判令章丘供电公司赔偿抢救费、丧葬费、死亡赔偿金、交通费、精神损害赔偿金等各项损失合计6万元。2. 涉诉费用由章丘供电公司负担。

章丘供电公司辩称，该电线杆的产权并不属于章丘供电公司。侯兆桐作为机动车辆的驾驶人未尽到谨慎义务，未确保行车安全是事故发生的根本原因，并且交警部门已经对该事故

民事案例

作出了事故认定，认定侯兆桐负本次事故的全部责任，韩秋梅、王其英等要求章丘供电公司承担责任没有事实和法律依据。

法院经审理查明：2020年1月4日21时30分许，侯兆桐驾驶鲁A6B5K7轿车沿章丘区黄河乡202乡道（黄河镇会宗村通往黄河林场的道路）由东向西行驶至气化管道厂门口东侧时，撞向公路另一侧的电线杆，车翻入南侧水沟里，发生单方交通事故，侯兆桐因头部受伤经抢救无效死亡，车辆损坏。济南市公安局交通警察支队章丘区大队出具道路交通事故认定书，认定：侯兆桐违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二条第一款之规定；根据《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第九十一条和《道路交通事故处理程序规定》第六十条之规定，认定侯兆桐承担事故全部责任。另查明，韩秋梅系侯兆桐之妻，王其英系侯兆桐之母，侯龙莎与侯龙谦系侯兆桐的子女。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于2020年6月3日作出（2020）鲁0181民初2739号民事判决：驳回韩秋梅、王其英等的诉讼请求。宣判后韩秋梅、王其英等提出上诉。济南市中级人民法院于2020年8月12日作出（2020）鲁01民终7979号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

本案的争议焦点是章丘供电公司是否应对侯兆桐的死亡承担侵权责任。

从法律规定方面分析。《中华人民共和国侵权责任法》第六条规定，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任；根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。该法第七条规定，行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。根据上述法律规定，除法律规定不论行为人有无过错，均应当承担侵权责任的特殊侵权情形外，一般侵权责任的承担，应当由加害行为、损害结果、行为与结果是否有因果关系及主观过错四部分组成。韩秋梅、王其英等认为章丘供电公司架设电线杆的行为具有过错，该过错与侯兆桐死亡之间存在因果关系而提起诉讼，并非高压电线等高度危险作业致人死亡引发的民事诉讼，因此，本案属于一般民事侵权范畴，对于章丘供电公司是否应当承担侵权责任的司法评价，应当从一般侵权责任的构成要件进行考察。

本案涉案电线杆位于事故发生公路的一侧，已存在多年，日常生活中并不影响正常的道路通行。交警部门出具的交通事故认定书，依据为“机动车驾驶人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按照操作规范安全驾驶、文明驾驶”的规定，即侯兆桐死亡事故主要是其自身未能确保安全而造成，并非涉案电线杆设置不当直接引起，故本案涉案电线杆的设置与侯兆桐死亡事故的发生并无直接的法律上的因果关系，韩秋梅、王其英等关于章丘供电公司架设电线杆的行为构成侵权，应当承担侵权责任的主张，不符合法律规定，不应得到支持。

从事故发生的过错和原因分析。事故发生的时间为21时30分左右，道路实际状况为路面完好，并无其他障碍物，但夜间视线一般，侯兆桐作为机动车驾驶员在夜间开车应当谨慎驾驶。侯兆桐自身未能确保安全行驶发生事故，负事故的全部责任，章丘供电公司对于此次损害的发生并不具有过错，其依法对此不应当承担侵权赔偿责任。

【案例注解】

人民法院作为司法裁判机关，裁判的依据为事实和法律，同情不能超越法律规定，侵权责任承担中的过错应以违反法律、法规及相关规章为前提，同时要考虑是否存在侵权责任法

上的直接因果关系，严格限制偏向于弱者一方的裁判理念，避免以扩大过错的范围和因果关系的认定为借口延伸侵权责任的承担边界。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 陈 勇 乔 斌

日常生活经验法则在甄别虚假保险事故中的运用

——韩某红诉某保险公司、王某林机动车交通事故责任纠纷案

关键词 交通事故 证明标准 优化营商环境

【案例要旨】 机动车保险事故纠纷中，因肇事车辆大多在保险公司投保交强险和第三者商业责任险，为了达到转移赔偿主体和赔偿最大化的目的，有时存在双方当事人恶意串通、合谋骗取保险金的现象。因此，人民法院在审理机动车交通事故责任类案件时，不能仅仅依据当事人陈述及自认，即认定交通事故的事实发生，进而判令保险公司承担保险赔偿责任，而是应当审查有无报警或报险记录、事故认定书、现场监控录像、证人证言、当事人之间的亲疏关系等证据的同时，充分运用日常生活经验法则予以综合分析判断，着重审查交通事故发生时的真实状态，以防范交通事故当事人恶意串通、合谋骗取保险金事件的发生。

【相关法条】

《中华人民共和国保险法》第二十一条规定，投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。故意或者因重大过失未及时通知，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的除外。

【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2019）鲁0181民初5262号（2019年11月28日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民终910号（2020年4月20日）

【基本案情】

原告韩某红诉称：2017年1月13日，韩某红丈夫王某强驾驶鲁AW0×××的五菱牌小型客车与王某林驾驶的鲁ARB×××轿车发生交通事故，造成其本人身体受伤。事故发生后，双方达成书面协议，王某林同意承担车辆修理费用及治疗费，但一直未按照协议履行，故请求承保王某林涉案鲁ARB×××轿车交强险的某保险公司承担保险赔偿责任。诉讼请求：1. 判令某保险公司在交强险内赔偿韩某红104315.20元；2. 判令王某林赔偿韩某红1300元；3. 涉诉费用由某保险公司、王某林负担。

被告王某林辩称，事故发生属实，事故发生的路口没有红绿灯，因王某强没有让右方车辆先行，应承担事故的主要责任。事故发生后，其已为韩某红垫付医疗费1800元，另给付其现金2000元。

被告某保险公司辩称，涉案车辆在其公司投保交强险一份，保险期间自2016年6月20日至2017年6月16日。韩某红未提供证据证明事故是否真实发生及是否在保险期间内。即使在保险期间内，因王某林未及时通知其公司，导致事故发生的原因、性质、损失程度均无法核实，其公司对该事故不予赔偿。

一审法院经审理查明：1. 2017年1月13日晚，韩某红乘坐王某强驾驶的车牌号为鲁AW0×××的五菱牌小型客车，沿济南市章丘区宁家埠街道明家村至宁家埠的乡村公路由南向北行驶至一处十字路口时，与由东向西行驶王某林驾驶的车牌号为鲁ARB×××的比亚迪

牌微型轿车发生交通事故，造成韩某红受伤，两车损坏。王某强准驾车型为C1，王某林准驾车型为B2，鲁ARB×××微型轿车登记在王某林名下，该车辆在某保险公司投保交强险，事故发生在保险期间内。2. 事故发生后，韩某红于2017年1月13日至2017年1月18日在济南市章丘区人民医院住院治疗，共花费医疗费2333.31元。经济南章丘司法鉴定所鉴定，韩某红之伤误工期为伤后90日，护理期为伤后30日，需一人护理；营养期为伤后30日。韩某红因本次交通事故产生误工费9751.5元、护理费3250.5元、住院伙食补助费500元、营养费1500元、交通费300元。

二审另查明，1. 一审时韩某红提交的调解协议中无双方当事人本人签字，也未注明签订日期。2. 2017年1月13日，章丘市人民医院急诊病历、住院病历等载明相关内容：韩某红1小时前因骑车时不慎摔伤，伤及头、胸……。3. 王某林确认其与韩某红娘家同村，与韩某红丈夫王某强系高中同学关系。4. 某保险公司系王某林驾驶的鲁ARB×××轿车的交强险承保公司，保险期间为2016年6月20日至2017年6月19日。2019年6月7日，韩某红提起本案诉讼，一审法院于2019年7月11日立案受理。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于2019年11月28日作出（2019）鲁0181民初5262号民事判决：一、某保险公司于本判决生效之日起十日内在交强险各分项限额内赔偿韩某红医疗费2333.31元、误工费9751.5元、护理费3250.5元、住院伙食补助费500元、营养费1500元、交通费300元，合计17635.31元；二、驳回韩某红的其他诉讼请求。宣判后，某保险公司不服提出上诉。济南市中级人民法院于2020年4月20日作出（2020）鲁01民终910号民事判决：一、撤销济南市章丘区人民法院（2019）鲁0181民初5262号民事判决；二、驳回韩某红的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：韩某红提起本次诉讼，主张2017年1月13日其丈夫王某强驾驶的车辆与王某林驾驶的鲁ARB×××轿车发生交通事故，造成其本人身体受伤，请求承保鲁ARB×××轿车交强险的某保险公司承担保险赔偿责任。但是，二审法院注意到，本案具有多处不合生活常理之处：其一，韩某红陈述2017年1月13日发生该保险事故，但其于2019年6月7日才提起本次诉讼，未于事发后积极主张权利，不符合生活常理；其二，受害方韩某红与肇事方王某林一审时均确认，该交通事故发生后，没有保留事故现场，亦没有当场向交通事故处理部门报警及向涉案车辆承保的保险公司报案，该情形亦不符合生活常理。因此，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条关于“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，韩某红作为原审原告向某保险公司主张保险赔偿权利，首先应对其主张的保险事故发生的具体时间、经过等相关保险事故事实，承担相应举证责任，没有证据或者证据不足，应承担不利法律后果。具体分析如下：

首先，关于该保险事故现场问题。交通事故现场系固定事故发生事实、查明事故原因、分清双方责任的最重要的因素，也是受害人向保险公司请求赔偿的事实基础，因此，发生交通事故后，保留事故现场并及时报警至关重要。《中华人民共和国道路交通安全法》第七十条第一款规定，在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡

的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。本案中，韩某红与王某林均主张二者车辆之间发生了交通事故，但一审时双方均确认没有当场报警或向保险公司报案，事后亦未提供事故现场视频或照片，因此，现有证据并不能证实该保险事故现场的真实情况，在双方当事人均具有利害关系的情况下，一审法院仅依据韩某红与王某林双方的陈述，认定该保险事故发生的事实，证据并不确凿充分。

其次，关于该保险事故发生的时间问题。韩某红一审时虽提交了2017年1月13日章丘市人民医院急诊病历、住院病历等，但该住院病历载明其陈述系因骑车时不慎摔伤，与其在诉讼中主张的系交通事故致伤的陈述自相矛盾，故对该证据的证明效力，二审法院不予采信。一审时，韩某红还提交了调解协议，但该协议中并无双方当事人签字，亦无签订日期，该证据亦无法证明该保险事故发生的具体时间。因此，一审法院仅依据韩某红与王某林双方的陈述，认定该保险事故的发生时间，证据并不确凿充分。

最后，关于该保险事故的责任确定问题。除一审时韩某红提交的上述证据外，并无其他证据相印证，因此，在双方当事人均具有利害关系的情况下，一审法院仅依据韩某红与王某林双方的陈述，即认定该保险事故发生并判决某保险公司承担责任，证据亦不确凿充分。

综上，二审法院认为，根据《中华人民共和国保险法》第二十一条之规定，投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。故意或者因重大过失未及时通知，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的除外。本案中，现有证据不能证实韩某红主张的保险事故相关基本事实。因此，在保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的情况下，本案中某保险公司不应承担保险赔偿责任，一审法院判决某保险公司承担保险赔偿责任不当，二审法院予以纠正。

【参照适用本案例时应注意的问题】

在证据存疑，且无其他证据相印证，难以认定保险事故的性质、原因及经过时，法院对原告诉请保险公司赔偿的主张，不应予以支持。原因有二：第一，从证据的角度出发，根据《中华人民共和国保险法》第二十一条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，机动车双方在保险事故发生后，应当及时通知保险人，以便于查清保险事故发生的原因、性质等，若未通知保险公司，亦无其他证据证明交通事故的情况下，应当承担举证不能的法律后果。第二，从优化营商环境的角度出发，保险公司作为盈利性的市场经济主体，其在保险责任范围内向受害者直接赔付，实现了将事故风险转嫁的目的，是市场经济的重要组成部分。法院在审理相关案件时应当严格适用证据规则，在审查证据的同时，充分运用日常生活经验法则，为市场主体营造公平公正的法治营商环境。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 赵玉兰 高超

车辆爆胎致交通事故不负事故责任的主体 应否承担民事赔偿责任

——李伟聪诉杨明斋、中国平安财产保险股份有限公司山东分公司
机动车交通事故责任纠纷案

关键词 车辆爆胎 交通事故 事故责任 民事赔偿责任

【案例要旨】 机动车辆爆胎致损害事故，双方均不负事故责任，但并不意味着双方均不负民事赔偿责任。事故责任与民事责任属不同法律概念，二者分析评价的依据和标准均不同，不负事故责任，并不必然得出不负民事赔偿责任的结论。是否承担民事赔偿责任应根据法律规定的具体情形确定。公民的生命健康权、财产权受法律保护，侵害公民生命健康权、财产权的，交通事故的责任人应承担相应的民事责任。本案受害者一方损害事实客观存在，事故与车辆爆胎具有因果关系，综合考量事故成因、当事人参与交通活动行为与事故发生间的因果关系、关联程度、本案各方是否履行了应尽法定义务及本案实际情况等因素，车辆爆胎一方具有可归责的事由和原因，应承担相应民事责任。同时，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条之规定，本案属交通事故范畴，保险公司优先在交强险责任限额范围内承担赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。

《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条本法中下列用语的含义：（五）“交通事故”，是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。

《中华人民共和国侵权责任法》第二条侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2019）鲁0181民初2719号（2019年8月9日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终12238号（2020年1月14日）

【基本案情】

原告李伟聪诉称：2018年5月11日13时45分许，杨明斋驾驶鲁AL86Z3小型客车沿福康路由西向东行驶至章丘区福康路176号灯杆处时，因车辆左前轮胎爆破，致使车辆失控，

民事案例

与前方驾驶电动自行车的李伟聪发生事故，造成李伟聪受伤，两车损坏。该事故经章丘市公安局交警大队认定，杨明斋不承担事故责任，李伟聪不承担事故责任。经查，事故车辆在被告平安山东公司投保交强险。为维护原告李伟聪的合法权益，特向法院起诉。请求法院判令杨明斋、平安山东公司赔偿原告李伟聪医疗费等各项经济损失共计 213833.62 元；诉讼费由杨明斋、平安山东公司负担。

杨明斋辩称：发生事故属实，杨明斋车辆投保交强险，李伟聪损失应由平安山东公司在交强险限额内承担责任，超出部分因杨明斋无责任，同意承担不超过 10% 的民事赔偿责任。事故发生后为李伟聪垫付 18461.95 元，要求依法折抵。

平安山东公司辩称：发生事故属实，杨明斋车辆在平安山东公司投保交强险，因杨明斋车辆无责任，同意在交强险限额内无责赔付。事故发生后为李伟聪垫付 10000 元。不承担诉讼费、鉴定费等间接损失。

法院经审理查明，2018 年 5 月 11 日 13 时 45 分许，杨明斋驾驶鲁 AL86Z3 小型客车沿福康路由西向东行驶至章丘区福康路 176 号灯杆处时，因车辆左前轮胎爆破，致使车辆失控，与前方驾驶电动自行车的李伟聪发生事故，造成李伟聪受伤，两车损坏。该事故经章丘市公安局交警大队认定，杨明斋不承担事故责任，李伟聪不承担事故责任。

李伟聪受伤后被送往济南市章丘区人民医院治疗，被诊断为脑震荡、上唇贯通伤、牙外伤等，自 2018 年 5 月 11 日至 2018 年 6 月 7 日住院治疗 27 天，花费医疗费 28461.95 元，其中杨明斋垫付 18461.95 元，平安山东公司垫付 10000 元。2018 年 11 月 2 日至 2019 年 1 月 14 日，李伟聪在章丘区口腔医院对其牙齿损伤进行治疗，花费医疗费 67903.77 元。

经李伟聪自行委托，2018 年 10 月 15 日济南章丘司法鉴定所作出司法鉴定意见书，结论为：李伟聪车祸致面部多发皮肤挫裂伤遗留面部瘢痕形成评定为拾级伤残。该伤误工期为伤后 150 日，护理期为伤后 60 日，需壹人护理，营养期为伤后 60 日。二次手术取内固定物费用需壹万元人民币，误工期为 30 日，护理期为 15 日，需壹人护理。后需治疗牙齿损伤费用以实际发生的为准。李伟聪支出鉴定费 1300 元。在法院规定的期限内，杨明斋、平安山东公司未申请重新鉴定，也未提交相反证据推翻李伟聪鉴定结论，对李伟聪提交的鉴定意见书的效力及李伟聪支出鉴定费 1300 元的事实予以确认。

法院确认李伟聪的损失如下：医疗费 77903.77 元（67903.77 元+10000 元）、住院伙食补助费 2700 元、营养费 3000 元、残疾赔偿金 101228.4 元（73578 元+27650.4 元）、误工费 18142.2 元、护理费 7559.25 元、精神损害抚慰金 1000 元、交通费 600 元、鉴定费 1300 元，以上共计 213433.62 元。

事故车辆鲁 AL86Z3 小型轿车原车牌号鲁 A1669R，系杨明斋于 2018 年 5 月 8 日自马承奎处购买后变更车牌号而来，该车在平安山东公司投保交强险。事发后杨明斋为李伟聪垫付医疗费 18461.95 元，平安山东公司垫付医疗费 10000 元。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于 2019 年 8 月 9 日作出（2019）鲁 0181 民初 2719 号民事判决：一、中国平安财产保险股份有限公司山东分公司于判决生效之日起 10 日内在交强险各分项限额内赔偿李伟聪误工费、护理费、交通费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金共计 110000 元；

二、杨明斋于判决生效之日起10日内赔偿李伟聪医疗费、住院伙食补助费、营养费、鉴定费共计51716.81元〔(213433.62元-110000元)×50%〕。上述第二项，在扣除李伟聪应返还杨明斋的9230.97元医药费后履行。宣判后，李伟聪、杨明斋、平安山东公司提起上诉。山东省济南市中级人民法院于2020年1月14日作出(2019)鲁01民终12238号民事判决，驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效判决认为：

一、根据《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条第五项规定，“交通事故”，是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。本案中，杨明斋驾驶涉案鲁AL86Z3小型客车正常行驶过程中，因车辆左前轮胎爆破，致使车辆失控，与前方驾驶电动自行车的李伟聪发生事故，造成李伟聪受伤，两车损坏。本案事实符合上述交通事故概念的法律特征，应属交通事故。

二、关于轮胎爆破的机动车一方应否承担赔偿责任问题。本案属于交通事故，交警部门虽认定李伟聪、杨明斋对涉案交通事故不承担责任，但交警部门认定的事故责任并不等同于民事责任。事故责任不等同于民事责任，两者分析评价依据和基础标准不同。前者侧重审查考量当事人是否存在违反有关交通安全、交通秩序管理等法律、法规或规章等之情形，后者侧重考量事故是否造成损害、损害事实与违法行为有无因果关系、有无可归责的事由或主客观方面的原因。杨明斋作为机动车运行控制及管理一方，对车辆有定期维护、保养，车况及安全性能检查等方面的义务。驾驶人员在车辆上路行驶前，应对车辆制动、轮胎气压、灯光等设施及车辆整体状况及安全性能进行必要检查。导致车辆轮胎爆破的原因可能有多种，是否可归责于车辆驾驶人员或管理人员，要具体情况具体分析。本案中当事人不能举证证明车辆轮胎爆破的实际原因，而本案中车辆爆胎一方是否存在车辆维护、保养不到位，是否存在疏于车况及安全性能检查方面的过失，均是本案审查考量的要素。当事人不能举证证明其尽到相应的义务。综合考量事故成因、当事人参与交通活动行为与事故发生间的因果关系、关联程度、本案各方是否履行了应尽法定义务及当事人举证情况等因素，车辆爆胎一方具有可归责的事由和原因。李伟聪因交通事故所造成的损害客观存在，受害人李伟聪的损害后果与杨明斋驾车行为之间存在因果关系。杨明斋应承担相应赔偿责任，一审法院确定由李伟聪、杨明斋各承担50%责任，合理适当。因杨明斋驾驶的车辆在平安山东公司投保交强险，一审法院判令平安山东公司在交强险范围内承担赔偿责任，符合法律规定，并无不当。

【案例注解】

本案所涉事故系意外性质事故，交警部门认定事故双方均不负事故责任，在此情形下是否承担民事责任及如何承担民事责任是本案争议的焦点问题。与一般公众通常认知的“不负事故责任即不负赔偿责任”是否相冲突，同时涉及以下问题：意外性质事故是否属交通事故范畴，是否属于《中华人民共和国道路交通安全法》调整范畴；不负事故责任是否等同于不负民事责任；交通事故认定书的证据属性及在民事诉讼中的功能作用；裁判规范基础及归责原则的适用；保险公司应在交强险责任限额范围内承担赔偿责任等问题。上述问题均触及到逻辑与价值如何协调一致、侵权责任法中归责原则适用及是否适用公平原则等诸多存有争

议的基本理论问题，值得深入探讨。

一、意外性质事故是否属交通事故，是否属于《中华人民共和国道路交通安全法》调整范畴

根据《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条第五项规定，“交通事故”，是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。杨明斋驾驶鲁AL86Z3小型客车沿福康路由西向东行驶至章丘区福康路176号灯杆处时，因车辆左前轮胎爆破，致使车辆失控，与前方驾驶电动自行车的李伟聪发生事故，属交通事故范畴。根据《中华人民共和国侵权责任法》第四十八条之规定，机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。本案应受《中华人民共和国道路交通安全法》的调整。

二、交通事故认定书的证据属性及在民事诉讼中的功能作用

交通事故认定书在民事诉讼中的性质是证据，其证据属性为书证。在英美法系国家，书证又被称为文书证据，从当事人提供证据的角度出发，书证是指当事人向法院提供的供法官和陪审团获悉案件事实的文书材料；从法院认定案件事实的角度出发，书证是法院通过查阅向法院的提出的文书得悉有关事实的证据。^①交通事故认定书在民事诉讼中，不具有鉴定意见或者勘验笔录的属性。书证是以其记载的内容证明案件事实的物品或材料，以其记载的内容发挥证明作用是书证的本质特征。

在书证的分类中，交通事故认定书属于公文书证。公文书证应当是依法制作的公文书。所谓依法制作，一方面是指依照法定职权制作，“由依照有关法律、法规和法令等所授权而享有相应职能、职责的机关或其他单位作出”^②；另一方面是指依照法定程序和方式制作，“是法定工作人员在其职权范围内按照法定程序或方式作成”^③。公安交通管理部门根据《中华人民共和国道路交通安全法》的规定，负有道路交通安全管理的法定职责，其根据法律的授权制作的交通事故认定书属于公文书证。

交通事故认定书并非当然作为民事诉讼中认定案件事实的依据。其作为书证应当经过质证的过程才能发挥事实证明的功能。人民法院对于交通事故认定书，应当根据书证规则进行审查后，确认其证据能力和证明力。交通事故认定书作为公文书证，在证明事故成因、损害事实及因果关系方面较其他证据具有天然优势，具有较强的证明力。一般而言，在交通事故损害赔偿案件中，事故责任的主次一般与赔偿责任的承担与轻重相对应。但由于事故责任与民事责任属不同法律概念，有时会出现两者不对应，或法院不采纳交通事故认定书，而根据案件具体情况确定民事责任承担。不负事故责任并不必然意味着行为人不存在可归责的事由或原因。交通事故认定书对证明待证事实在某些方面具有天然优势和较强证明力，但也存在短板，有时仅凭该证据不能正确得出是否承担民事赔偿责任的结论。是否承担民事赔偿责任，应当根据案件具体情况和法律规定的具体情形进行确定。

^① 呼勇：《书证的比较研究》，载《宁夏社会科学》2005年第3期。

^② 何家弘：《新编证据法学》，法律出版社2000年版，第209页。

^③ 毕玉谦、郑旭、刘善春：《中国证据法草案建议稿及论证》，法律出版社2003年版，第268页。

三、如何实现逻辑与价值相统一、归责原则的适用及根据

法官裁判案件要树立逻辑和价值相一致的思维。民事法官在坚持专业判断、逻辑推理的同时，一旦发现某一裁判尺度可能有违基本常识时，要反思是否存在某一逻辑推理环节出了问题，从而主动校正，在逻辑和价值的互动中实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

本案例中，车辆爆胎一方应否承担民事责任的核心是其是否存在可归责的事由或原因。归责，是指行为人因其行为和物件致他人损害的事实发生以后，应依何种根据使其负责。此种根据体现了法律的价值判断，即法律应以行为人的过错还是应以已发生的损害结果为价值判断标准，抑或以公平考虑等作为价值判断标准，而使行为人承担侵权责任。^① 归责原则，是指确定侵权行为人承担侵权责任的一般准则，它是在损害事实已经发生的情况下，为确定侵权行为人对自己的行为所造成的损害是否需要承担民事责任的原则。换言之，侵权法的归责原则是归责应当遵循的准则，是确定行为人侵权责任的根据和标准。^② 归责原则是追究侵权责任的基本依据。《中华人民共和国侵权责任法》采用了过错责任和无过错责任相结合的二元归责体系。公平责任并非一项独立的归责原则。《中华人民共和国侵权责任法》将公平原则作为一种侵权损害赔偿形态，规定在第二十四条“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。”即按照侵权归责原则，行为人不构成侵权，不应承担侵权责任的情形下，受害人的损失按照公平原则由双方当事人分担。公平原则解决的是损害负担问题，并非侵权归责的依据问题，它是损害赔偿原则。本案例中，双方虽均不负事故责任，但不等同于车辆爆胎一方不具有可归责的事由和原因，也不能得出不具有主观方面的过失等结论。一审法院未对有无可归责的事由和原因进行全面客观的分析，径直适用公平原则让双方分担损失，似有欠妥之处。

交警部门认定事故双方均不负事故责任，不能简单认为双方均不存在过错或不存在可归责的主客观方面的因素，更不能简单将案件事实涵摄于《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条之规定。本案例是通过探究车辆爆胎原因，并结合当事人举证情况及举证责任归属等方面，分析认定有无可归责的事由和原因。导致车辆爆胎原因可能很多，如轮胎温升过高、气压和负荷过大、产品质量问题、轮胎的磨损、老化、开裂、轧坚挺金属或其他硬物等。车辆爆胎一方未能提供充分有效证据证明其对机动车安全、技术性能维护及安全性能检查等方面已尽到相应义务，也不能证明车辆轮胎是否存在质量问题，但同时也不完全排除系外力外物等纯偶然意外性因素导致车辆轮胎爆破。综合考量事故成因、当事人参与交通活动行为与事故发生间的因果关系、关联程度、本案各方是否履行了应尽法定义务、当事人举证情况及举证证明责任的承担等因素，并基于利益衡量的考虑，事故双方各承担50%责任，更符合本案实际情况，处理结果更为妥当。

编写人 济南市中级人民法院民四庭 王立强

^① 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第17～18页。

^② 杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2008年版，第77页。

加工承揽关系中消费欺诈行为的审查和认定

——冯海良诉济南金晖宇信家居有限公司买卖合同纠纷案

关键词 消费欺诈 加工承揽关系 违约责任

【案例要旨】

判断民事行为是否构成欺诈，行为人是否存在欺诈的故意是先决条件。行为人的欺诈须具有双重故意，即对方因欺诈陷入错误认识，并因错误认识作出不真实的意思表示。综合本案案情，冯海良与济南金晖公司仅对橱柜的规格、尺寸及价款进行了确认，对橱柜所用板材并未作出书面约定。涉案橱柜具体定作与安装，系在冯海良与山东康蒙公司之间完成，根据冯海良提交的录音证据，能够证实存在山东康蒙公司给冯海良承诺的板材与橱柜实际使用板材不符的违约行为，但结合其它证据该违约行为产生的原因系各方沟通不畅及山东康蒙公司管理存在过失而导致，并非基于当事人的故意行为，济南金晖公司和山东康蒙公司未构成欺诈。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第五十四条下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

《中华人民共和国合同法》第一百一十一条质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第六十八条一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

【案件索引】

一审：山东省济南市长清区人民法院（2019）鲁0113民初4040号（2019年12月27日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2020）鲁01民终2153号（2020年4月17日）

【基本案情】

原告冯海良诉称：2019年4月21日，冯海良在展会上接触到济南金晖公司，济南金晖公司承诺以优惠的价格给冯海良定制全套整体橱柜，橱柜板材为“鹏鸿”生态板材。当日，冯海良以微信形式向济南金晖公司支付了10000元的预付款，济南金晖公司承诺尽快上门测量安装，价格以最终测量后的报价为准。2019年4月22日，济南金晖公司安排人员上门测量，其后一直推迟安装时间。2019年7月10日，济南金晖公司通过微信将整体橱柜的尺寸规格及报价单发给冯海良，并要求冯海良将货款全部结清后才去现场安装。当日，冯海良通过微信分两笔向济南金晖公司将剩余10000元支付完毕。济南金晖公司于2019年7月11日

安排人员上门安装，很多柜子和门板尺寸做错，需要重新加工。橱柜安装完工后，冯海良验收发现济南金晖公司给定制的橱柜板材全部是其他品牌，且橱柜质量未达到预期效果导致所有橱柜均需拆除重做。2019年8月23日，冯海良将以上事实电话告知济南金晖公司，对方称安排的橱柜加工方给其提供的报价单上写明的是“鹏鸿”板材，如果错也应该是橱柜加工方的错，济南金晖公司只负责协调或赔偿几千元了事。综上，济南金晖公司向冯海良提供的商品与其承诺的板材不符，其行为违反了《消费者权益保护法》的相关规定，属于销售欺诈行为，且给冯海良造成了经济损失。为维护自身的合法权益，冯海良特向法院提起诉讼，请求：1. 判令济南金晖公司退还货款2万元，并赔偿冯海良损失6万元（按货款2万元的三倍计算）；2. 本案的诉讼费由济南金晖公司负担。

被告济南金晖宇信家居有限公司辩称：1. 冯海良所述与事实不符。我方只是制作橱柜门，并不制作橱柜柜体，冯海良只是就橱柜门的定做与我方达成协议，相应柜体的制作是其与山东康蒙公司协商的；2. 关于柜体制作中所用的材料、规格、尺寸等问题都是冯海良与山东康蒙公司协商，我方并未参与；3. 在整个交易过程中，我方从未与冯海良就橱柜、板材的材料、品牌等问题做出承诺，因此不存在所用材料构成欺诈行为。

第三人山东康蒙公司述称：冯海良的诉讼请求及事实理由在事实上和法律上均无法成立。1. 我方与济南金晖公司系加工承揽关系，冯海良与济南金晖公司系买卖关系，我方与冯海良之间不存在合同关系，故不应承担相应的法律责任；2. 我方与济南金晖公司并未明确约定对橱柜板材的使用品牌；3. 在定做期间，冯海良均在现场，未对我方所使用的板材品牌、质量、规格等提出异议；4. 本案不存在消费者保护法规定的欺诈行为，我方仅是与济南金晖公司存在加工承揽关系，也按其提交的报价单和设计图纸的内容，履行了加工承揽的义务，完成了定作人的工作成果，更不会对冯海良的诉请承担任何法律责任。

法院经审理查明：2019年4月21日，济南金晖公司在商场作会展时，与冯海良达成定制整体橱柜口头协议，由于冯海良与济南金晖公司法定代表人认识，双方未签订书面合同。当日，冯海良以微信形式向济南金晖公司支付1万元的预付款，济南金晖公司出具凭证一份，内容为：“现金收入凭证2019年4月21日冯总预存货款10000元送3680元壹万元”。由于济南金晖公司只加工橱柜门，遂将橱柜柜体转给山东康蒙公司制作。2019年4月22日，济南金晖公司安排人员上门测量，7月10日，济南金晖公司通过微信形式将整体橱柜的尺寸规格及报价单发给冯海良，并要求冯海良将货款全部结清后去现场安装。当日，冯海良通过微信分两次向济南金晖公司将剩余1万元支付完毕。济南金晖公司及山东康蒙公司于2019年7月11日安排人员上门制作安装。7月28日，冯海良两次打电话给山东康蒙公司法定代表人冯加基，告诉冯加基所用板材不是其要求的“鹏鸿”板，冯加基在电话中均坚持认为用的是“鹏鸿”板材。2019年8月23日，冯海良与济南金晖公司工作人员通电话，通话内容亦涉及济南金晖公司认可山东康蒙公司在为冯海良加工橱柜时未按照约定使用“鹏鸿”牌板材。2019年9月21日，冯海良拍摄的橱柜照片显示，橱柜所用板材上有“百强”商标。后冯海良向长清区市场监管局投诉济南金晖公司消费欺诈、向济南金晖公司邮送律师函等均协商未果。为此，冯海良以济南金晖公司构成消费欺诈为由诉至本院，要求济南金晖公司退还橱柜款2万元并赔偿三倍损失6万元。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2019年12月27日作出（2019）鲁0113民初4040号民事判

民事案例

决：驳回冯海良的诉讼请求。宣判后冯海良提出上诉。济南市中级人民法院于2020年4月13日作出（2020）鲁01民终2153号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，冯海良与济南金晖公司构成买卖合同关系，济南金晖公司与山东康蒙公司构成加工承揽关系。各方之间虽未签订书面合同，但通过冯海良提供的电话录音能够认定冯海良在订购橱柜时对板材有要求使用“鹏鸿”板材的意思表示，山东康蒙公司在制作过程中未按冯海良的要求而使用了“百强”板材，以上事实清楚，证据充分，本院予以确认。本案争议焦点在于山东康蒙公司未按约定使用板材品牌的行为是否构成欺诈。民事法律对于欺诈规定为“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”。构成欺诈的要件之一即经营者主观上需有欺诈的故意。根据冯海良提交的照片显示，橱柜板材上有“百强”商标；山东康蒙公司法定代表人冯加基的电话录音中，在冯海良已发现并告知冯加基所用板材不对时，冯加基仍坚持认定其用的是“鹏鸿”板材；结合山东康蒙公司诉讼中提交的“百强”和“鹏鸿”两种板材的价格质量等信息，山东康蒙公司因为管理疏失确实用错了板材，但材料与约定不符应属履行合同不符合约定，而非当然构成欺诈的事由，不能据此认定济南金晖公司或者山东康蒙公司存在主观上欺诈的故意。济南金晖公司交付的产品未按口头约定使用板材造成冯海良受到的损失，冯海良可依法要求对方承担违约责任。故冯海良坚持以欺诈为由要求济南金晖公司退还橱柜款并按三倍金额赔偿的诉讼请求于法无据，应予驳回。

【案例注解】

本案争议焦点在于山东康蒙公司未按约定使用板材品牌的行为是否构成欺诈，承办法官综合梳理加工承揽发生过程进行分析，在冯海良已发现并告知冯加基所用板材不对时，冯加基仍坚持认定其用的是“鹏鸿”板材；结合山东康蒙公司诉讼中提交的“百强”和“鹏鸿”两种板材的价格质量等信息，山东康蒙公司因为管理疏失确实用错了板材，但材料与约定不符应属履行合同不符合约定，而非当然构成欺诈的事由，最终认定济南金晖公司或者山东康蒙公司不存在主观上欺诈的故意。在司法实践中，认定是否构成消费欺诈，应当注意审查行为人是否具有双重故意，即对方因欺诈陷入错误认识，并因错误认识作出不真实的意思表示。

编写人 济南市长清区人民法院审管办 李莹

合同性质与合同效力的认定

——苏州市群力投资有限公司诉平阴县人民政府合同纠纷案

关键词 BT项目模式 政府采购 合同性质 合同效力 管理性强制性规定

【案例要旨】

BT模式，即“投资——转让”模式，是政府部门利用非政府资金来承建某些基础设施建设项目的一种融资方式，并非政府采购货物、工程的行为，系政府采购融资服务的行为，应适用政府采购法的有关规定。政府采购法第二、二十六、二十七条的规定系对政府采购行为的管理性规定，并非强制性、效力性规定，平阴县政府与苏州群力公司签订的《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》虽然违反政府采购法第二、二十六、二十七条的规定，但并不因此而导致《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》无效。双方签订的《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》及相应补充协议中约定的苏州群力公司的义务主要是投资，而非由苏州群力公司自行进行施工建设，平阴县政府选择苏州群力公司作为投资方，并不违反《招标投标法》的有关规定，不能以此为由认定合同无效。玫瑰湖湿地工程一期、二期均通过了竣工验收，故苏州群力公司已经履行了其合同义务，并不存在严重违约行为，平阴县政府并不具有《合同法》第九十四条规定的法定解除权。税款奖励并非平等主体之间的民事法律关系，系平阴县政府行使行政职权的行政行为，不属于人民法院民事案件审理范围。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第五十二条有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

第六十条当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第九十四条有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。

第一百零七条当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第四百一十条委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

《中华人民共和国政府采购法》（以下简称政府采购法）第二条在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法；本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。政府集中采购目录和采购限额标准依照本法规定的权限制定。本法所称采购，是

民事案例

指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。

第四条政府采购工程进行招标投标的，适用《招标投标法》。第二十六条规定，政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式；公开招标应作为政府采购的主要采购方式。

第二十七条采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。

第七十一条应当采用公开招标方式而擅自采用其他方式采购的，采购人、采购代理机构有下列情形之一的，责令限期改正，给予警告，可以并处罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报。

第七十三条有第七十一条违法行为之一影响中标、成交结果或者可能影响中标、成交结果的，按下列情况分别处理：（一）未确定中标、成交供应商的，终止采购活动；（二）中标、成交供应商已经确定但采购合同尚未履行的，撤销合同，从合格的中标、成交候选人中另行确定中标、成交供应商；（三）采购合同已经履行的，给采购人、供应商造成损失的，由责任人承担赔偿责任。

《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标投标法）第三条在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称合同法司法解释二）第二十一条债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：（一）实现债权的有关费用；（二）利息；（三）主债务。

【案件索引】

一审：山东省济南市中级人民法院（2018）鲁01民初2506号（2019年10月14日）

二审：山东省高级人民法院（2020）鲁民终428号（2020年3月20日）

【基本案情】

原告苏州市群力投资有限公司（以下简称苏州群力公司）诉称：1. 判令被告平阴县人民政府（以下简称平阴县政府）立即支付玫瑰湖湿地公园 BT 项目一期工程所欠回购款人民币 26996604.21 元（诉讼中变更为 27379359.09 元）；2. 判令平阴县政府立即支付玫瑰湖湿地公园 BT 项目一期工程所欠回购期内利息 2925325.3 元（回购期截止 2018 年 4 月 30 日结束）；3. 判令平阴县政府立即支付玫瑰湖湿地公园 BT 项目一期工程逾期付款利息，该部分利息自 2018 年 5 月 1 日起算，以未付回购款为基数，以人民银行同期三年期贷款利率的 1.2 倍计

算,支付至平阴县政府实际付清应付回购款之日止(起诉时计算至2018年10月31日,为803414.2元;诉讼中变更为806680.37元);4.判令平阴县政府立即支付玫瑰湖湿地公园BT项目二期工程所欠回购款41305407.53元;5.判令平阴县政府立即支付玫瑰湖湿地公园BT项目二期工程2017年1月15日至2019年1月14日回购期利息为6423816.98元;6.判令平阴县政府立即支付由苏州群力公司垫付费用3206827.8元及相应利息(暂计算至2018年10月31日,利息为456881.45元;2018年10月31日以后的利息以未付款项数额为基数,以人行同期三年期贷款利息的1.2倍为标准,计算至实际付清之日止);7.判令平阴县政府立即支付奖励2993085.18元;8.本案诉讼费用由平阴县政府承担。事实与理由:2012年11月26日,苏州群力公司与平阴县政府签订《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》,约定双方以BT模式对玫瑰湖湿地公园项目进行合作开发和建设。《框架协议》签订后,苏州群力公司成立了项目公司——济南群瑞投资有限公司。2013年7月30日,在苏州群力公司授权下,济南群瑞投资有限公司与平阴县政府签订《关于〈玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议〉的补充协议》。2013年11月6日,由于平阴县政府无法按照合同约定提供融资2亿元的担保物,经苏州群力公司让步,授权济南群瑞投资有限公司与平阴县政府签订《〈玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议〉的补充协议》。上述协议签订后,苏州群力公司按照合同约定不惜成本与代价筹措资金,不顾路途与费用组织施工队伍,最终一期工程于2016年4月23日通过专家组等单位验收,二期工程于2017年1月8日通过专家组等单位验收,并于2017年4月25日交付给平阴县政府使用。在协议履行过程中,苏州群力公司对平阴县政府的违约行为已经做出巨大让步,利益已经遭受损失。但平阴县政府在接收玫瑰湖公园后,经苏州群力公司多次沟通,无理要求苏州群力公司缩减工程款,对道路和后栽的树木不予核价,拒付工程款。因此,诉至法院,请求法院依法维护苏州群力公司的合法权益。

第三人郑洁提出如下独立请求:判令平阴县政府向郑洁支付350万元,并由其承担律师费3万元和诉讼费用。事实与理由:2018年2月,苏州群力公司将其对平阴县政府基于《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》享有的债权中的350万元转让给了郑洁。在庭审过程中,郑洁明确要求在平阴县政府应向苏州群力公司支付的利息中扣除该350万元,支付给郑洁。

平阴县政府辩称:一、双方虽然签署BT建设协议,但合同履行过程中,由于苏州群力公司并未按照约定实际投资,双方之间的BT合同关系已经变更为建设工程施工合同关系。二、苏州群力公司未对项目进行实际投资和管理,不应基于履行投资管理义务而享有收取投资收益、利息和管理费的权利,更不应该获得奖金。三、苏州群力公司与实际施工方苏州凌云市政园林建设有限公司恶意串通,非法获得利益,侵犯平阴县政府的合法权利,对其可能涉及的违法行为,平阴县政府保有追究苏州群力公司及其相关责任人法律责任的权利。四、施工项目尚未完全竣工,且基于苏州群力公司的违约行为,平阴县政府已经与其终止了合同关系,苏州群力公司无权要求平阴县政府支付任何款项。该工程所指的“竣工验收”只是部分竣工和验收。因为苏州群力公司既不投入资金,也不对项目进行管理,还截留实际施工人的工程款,且在平阴县政府向实际施工人付款时,苏州群力公司还发律师函阻止,严重违反了合同约定和签订合同的目的,平阴县政府已经通过律师直接向苏州群力公司及其法定代表人曹群力宣布终止双方的BT协议和补充协议关系,并告知苏州群力公司在协议终止后十日内办理终止后的交接事宜,苏州群力公司对此并无异议。故双方的合同关系已经终止。五、关于垫付费用的问题,对有工作联系单的垫付费用于以认可,对无工作联系单的垫付费不予

认可，同时，平阴县政府已经支付了1000万元的垫费用。六、关于税收奖励问题，平阴县政府认为：1. 税收奖励问题实际上是征税返还问题，违反法律规定，约定无效。2. 即使约定有效，因苏州群力公司未实际投资，不应获得税收奖励。3. 合同约定的计算方式是以税收形成地方财力部分为基础计算奖励数额，但是根据我国税法规定，苏州群力公司的缴税金额并不能全部形成地方财力。七、2019年1月10日，苏州群力公司、平阴县政府以及苏州凌云市政园林建设有限公司签订三方还款协议，约定平阴县政府直接向苏州凌云市政园林建设有限公司支付2400万元，因此，对该2400万元，苏州群力公司已经无权主张权利。八、BT框架协议是政府利用非政府资金进行基础非经营性建设项目的融资模式，实质上是政府采购行为。按照政府采购法的有关规定和招标投标法的规定，应当进行招投标，而双方签订BT框架协议没有经过招投标程序，违反上述法律强制性规定，因此，合同及相应的补充协议无效。平阴县政府仅应当支付有关建设成本，不应支付利息及投资收益。综上所述，苏州群力公司所诉无事实和法律依据，请求依法驳回苏州群力公司所有的诉讼请求。

一审法院经审理查明：1. 双方协议签订情况及协议内容。2012年9月5日，济南市环境保护局作出《关于济南玫瑰湖湿地建设投资有限公司玫瑰湖湿地项目环境影响报告书的批复》（济环字〔2012〕171号），同意玫瑰湖湿地项目建设。2012年11月26日，苏州群力公司与平阴县政府签订《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》，内容如下：“甲方：平阴县政府乙方：苏州群力公司一、建设区域与投资额建设区域北至黄河、西至山头西山，东到青龙路，南至锦水河街，总规划面积22.63平方公里。根据《国家林业局关于同意河北省北戴河等45处湿地开展国家湿地公园试点工作的通知》（林湿发〔2011〕61号）精神，双方约定以BT模式对项目区进行合作开发和建设。该区域内投入建设资金约3亿元，完成区域内配套道路建设及玫瑰湖国家湿地公园合理利用区、恢复重建区、保育区、宣教展示区内的主公益基础设施建设，达到国家林业局验收标准。项目建设期约为三年，回购期为三年。资金投入、融资工作和建设管理工作由乙方担任。甲方提供必要的资产担保，并对全过程进行监督。二、回购价款的组成。（一）经审计确认的工程结算价竣工图结算价（包含建设期间贷款利息，以竣工图结算价的二分之一为基数，按中国人民银行三年期贷款基准利率上浮20%和实际建设时间计取），最终经政府审计部门审计予以确认。（二）工程建设管理费。根据财政部有关规定，工程建设管理费分段计取。1000万元以下，按竣工图结算价的1.5%；1001—5000万元，按1.2%；5001—10000万元，按1%；10001—50000万元，按0.8%。（三）投资收益。双方约定，乙方的投资收益按经审计确定的竣工图结算价的12%计取。三、回购价款支付。自项目竣工验收合格之日后的7日内，甲方支付首期回购款，金额为回购价款总额的40%；第二次付款在首次约定付款时间满一年后的当天，金额为回购价款总额的30%；第三次付款时间在第二次约定付款时间满一年的当天，支付剩余价款。四、回购期利息支付。1. 计算方法：以当期尚未支付的回购价款余额为基数按中国人民银行三年期贷款基准利率上浮20%和实际占用的时间计取。2. 支付方式：在每期支付回购价款同时支付当期利息。五、其他相关费用。由甲方指定的不包括在竣工图结算价中的由乙方代付的其他支付费用，如项目前期设计费、监理费在支付首次回购价款时，本息一次性付清。利息的计算方法，以甲方指定的相关费用总和为基数，按中国人民银行三年期贷款基准利率上浮20%和实际占用时间计取。六、回购价款的来源及担保。甲方保证将此项目列入政府的年度投资计划，回购价款纳入政府预算管理并保证专款专用。甲方提供平阴县人大常委会通过的关于回购玫瑰湖湿地公园资金安排的

决议和平阴县政府出具的回购承诺函。甲方提供相应的建设用地使用权或可抵押的其他资产作为回购价款的担保。双方约定：甲方提供金融机构确认的，融资总额能达到二个亿的足额抵押物。第一次抵押为工程队进场并完成总工程量的20%（2013年5月31日前），抵押物价值为融资总额的60%。第二次抵押为完成总工程量的50%以上（2013年12月31日前），抵押物价值为融资总额的20%。第三次抵押为完成总工程量的80%（2014年5月31日前），抵押物价值为融资总额的20%。如实际投资规模超过或不足3亿元，应按相应比例增减。如甲方不按期提供足额担保物，影响融资工作，从而拖延施工工期的，甲方将承担相应责任。同时甲方有权对乙方利用甲方提供的抵押物所融资金的管理和使用进行监督，具体监督办法由双方另行约定。双方约定，在甲方预算安排的回购资金不足以支付回购价款时，双方可以协商将该抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；拍卖、变卖后，其价款超过应付回购款数额的部分归甲方所有，不足部分由甲方偿还。七、其他约定。（一）甲方负责区域内工程项目的批文、征地、拆迁、涉及图纸的审定等工作，协调乙方处理工程施工相关矛盾，确保不影响工程的正常施工。施工工期为三年，自甲方审定施工图纸和施工现场移交给乙方开始计算。由于甲方原因造成的工期延误带来的相关损失由甲方承担，由于乙方原因造成的损失由乙方承担。（二）根据工作进度对有实力的施工队伍进行筛选，双方通过资格预审，确定多家施工承包商，双方约定乙方为施工招投标组织方，由平阴县设计局审定招标控制价。甲方按照规范的招投标程序纳入政府公共资源交易平台进行监管。确保工程招标程序的合法有效。……（四）乙方承诺在此框架协议签订后的二个月内在甲方所在地分别注册玫瑰湖湿地公园项目融资公司和玫瑰湖湿地公园项目建设管理公司。注册资金合计不低于3000万元。并组织好完整的工作班子确保玫瑰湖湿地公园按时开工，按图施工，按期完工。同时策划好玫瑰湖湿地公园二期、三期工程的设计施工工作。（五）工程竣工由甲方组织验收合格后，乙方将项目工程管理权和使用权移交给甲方。工程移交后两年内，所有质量发生的问题由乙方负责维修，对部分特殊设备行业维修质保期低于一年的按行业标准执行。属于保修范围和内容的项目，承包人应在接到修理通知后7天内派人修理。……（七）玫瑰湖湿地公园由乙方出资建设的项目，项目竣工验收后，项目的所有权待甲方付清全部回购款项后移交。……（九）甲方承诺，乙方因湿地公园BT建设项目回购而产生的流转税（指增值税、营业税）及其附加税金和所得税形成的地方财力部分的50%奖励给乙方，并协助争取市级政府留存部分返还。……（十一）本协议为玫瑰湖湿地公园建设的正式协议，对协议内容作出修改和补充应为书面形式，双方签字、盖章后成为本协议不可分割的部分。……”。2013年4月18日，平阴县人大常委会作出了《关于批准平阴县人民政府〈关于玫瑰湖湿地公园BT项目的报告〉的决议》，批准了平阴县政府《关于玫瑰湖湿地公园BT项目的报告》及附件《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》。2013年4月22日，平阴县政府出具《关于履行玫瑰湖湿地公园项目建设协议的承诺说明书》，向苏州群力公司作出如下承诺：一、已经将玫瑰湖湿地公园项目列入2013年度政府投资项目计划。二、平阴县人大常委会已经通过了《关于玫瑰湖湿地公园BT项目的报告》。三、平阴县政府将全面履行《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》约定的甲方权利和义务。四、为确保玫瑰湖湿地公园项目建设按计划进展，平阴县政府承诺按时依约提供符合融资条件、金融机构确认、融资总额2亿元的足额抵押物；并按协议回购已验收合格的玫瑰湖公园相关工程。协议签订后，2013年1月，苏州群力公司法定代表人曹群力（占85%股份）等股东设立济南群瑞投资有限公司。平阴县政府（甲方）、苏州群力公

司（乙方）、平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治工程指挥部（丙方）、济南群瑞投资有限公司（丁方）签订《授权协议书》，内容为：“……按照《框架协议》及 BT 项目建设管理的要求，乙方出资成立的济南群瑞投资有限公司，负责玫瑰湖湿地项目的融资、建设和管理。为便于该项目的建设管理推进，经甲乙双方同意，分别授权丙方、丁方承担履行《框架协议》之部分职责。现达成如下协议：一、甲方授权丙方，代为履行《框架协议》约定的甲方下列职责中所确定的：……工程竣工后的验收等职责。……二、乙方授权丁方，代为履行《框架协议》约定的乙方下列职责：工程项目的融资、建设和管理等方面的权利和义务，全面承担乙方履行《框架协议》中除筹集项目建设资金、工程移交及收回投资之外的其他职责。……”。2013年7月30日，平阴县政府与济南群瑞投资有限公司签订《关于〈玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议〉的补充协议》（以下简称为《补充协议一》，内容为：甲方：平阴县政府乙方：济南群瑞投资有限公司根据《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》，……现就工程建设期利息及分项工程竣工验收等事宜达成如下补充协议：一、关于工程建设期利息。1. 建设期利息，以竣工图结算价的二分之一为基数，按照中国人民银行三年贷款基准利率上浮 20% 和实际占用时间计取。2. 建设期利息计算基数为湿地公园竣工图总审计价为基础。3. 建设期利息计算时间为每个标段的开工时起至各独立单个分项目实际竣工验收时为止。二、关于分项工程竣工验收。湿地公园项目总投资投入约三亿多元，共分三个标段建设。每个合同中有许多分项工程，有些分项工程由于施工现场不具备开工条件，无法提供完整的施工现场给建设方，从而会直接影响整个合同工程的建设、验收和回购。经双方商定，在回购过程中以独立单个项目竣工验收为准，竣工验收后按《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》第三条回购价款支付办法进行。……”。截止到 2013 年 10 月 9 日前，苏州群力公司已经向有关施工单位支付预付款 2490 万元。2013 年 11 月 6 日，济南群瑞投资有限公司与平阴县政府签订《〈玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议〉的补充协议》（以下简称为《补充协议二》），内容为：“甲方：平阴县政府乙方：济南群瑞投资有限公司根据《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》，甲乙双方围绕湿地公园建设已经做了大量工作。由于甲方不能按协议如期提供抵押物，导致乙方资金压力较大，影响工程建设。经甲乙双方共同协商，甲方拟分期支付部分回购价款，缓解乙方的投资压力，保障湿地项目如期完成。现就有关问题达成如下补充协议：一、投资额度控制。鉴于县政府的资金压力，现将玫瑰湖湿地 BT 项目投资控制在 2.2 亿元左右，即以一、二期招标的建设项目为主；第三期工程规划及施工图设计全部完成，并提交甲方，工程建设暂缓施工。二、回购款支付。结合项目工程建设进度，甲方于 2013 年 11 月 10 日前支付乙方一期工程项目的回购款 3000 万元；2014 年 1 月 15 日前支付乙方二期招标工程项目的回购款 3000 万元；2014 年 4 月 10 日前再次支付乙方一期招标工程项目的回购款 2000 万元。一、二期工程剩余回购价款支付仍按原《框架协议》执行。（计算方法：第一期工程剩余回购价款 = 【（一期工程竣工图结算价 + 建设期利息 + 工程管理费 + 投资回报） - 一期竣工前支付的 5000 万元回购款】，然后按照原框架协议约定的 4：3：3 比例依次计算还款，在支付第二批、第三批回购款时，依照原《框架协议》计提资金占用利息支付给乙方。二期工程同上。三、投资收益的调整。由于甲方先行支付部分回购价款，经双方协商约定，乙方的投资收益由原《框架协议》第二条第三款的约定“按经审计确定的竣工图结算价的 12% 计取”调整为按 8% 计取。四、除上述调整之外的，其他约定仍按《框架协议》执行。……”。双方当事人均认可：1. 《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》的合同主体系苏州群力公司与平阴县政府；2. 苏州群力公司

成立的项目公司济南群瑞投资有限公司在《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》的履行中签订补充协议、具体组织工程的建设、收取回购款及垫付款等行为均系代表苏州群力公司；3. 平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治工程指挥部以及平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心在《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》以及相应补充协议的履行过程中的有关行为均系代表平阴县政府。

2. 协议履行情况。《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》签订后，苏州群力公司、济南群瑞投资有限公司分别对外签订了招标代理合同、勘察合同、设计合同、函件、工作联系单、电力施工合同、勘察设计合同、造价咨询合同、施工合同及监理合同等，开始湿地公园项目的建设。2013年4月10日，一期（南区）工程开工建设。2013年9月15日，二期（北区）工程开工建设。2016年4月23日，山东黄河玫瑰湖国家湿地公园合理利用区南区专家验收组出具山东黄河玫瑰湖国家湿地公园合理利用区建设工程（南区）验收报告，内容为：“……二、验收结论：本工程符合工程验收合格要求。……五、需说明的问题。1. 依照济南群瑞投资有限公司的申请并经湿地建设指挥部同意，本次验收不包含翠屏街西延段及西南大门景石广场。2. 由于尚未配置电源，电气部分不具备验收条件，在满足通电条件后30日内，施工单位必须按照设计要求全部安装完毕并自验合格，报请建设、电力、监督单位组织专项验收，在通过专项验收合格后，作为本工程总体验收合格的条件之一。”2017年1月8日，山东黄河玫瑰湖国家湿地公园合理利用区北区专家验收组出具山东黄河玫瑰湖国家湿地公园合理利用区建设工程（北区）验收报告，验收结论：“本工程基本符合设计等工程验收要求，工程评定为合格。同时需在保修期内进一步完善。”2017年4月25日，济南群瑞投资有限公司、苏州凌云市政园林建设有限公司、平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心办理了玫瑰湖湿地部分工程竣工移交手续，并签署了移交书。移交书移交说明一栏载明：“南区工程已于2016年4月23日通过专家组等单位验收，质量符合合同和实际要求。按合同规定售后从2016年4月24日至2017年4月23日结束。北区工程已于2017年1月8日通过专家组等单位验收，质量符合合同和设计要求。按合同规定工程售后从2017年1月9日至2018年1月9日结束。2016年8月16日，国家林业局出具《关于2016年试点国家湿地公园验收结果的通知》（林湿发〔2016〕107号），载明：山东黄河玫瑰湖国家湿地公园通过验收，正式成为“国家湿地公园”。2017年7月11日，山东智邦建设工程检测有限公司出具的鉴定报告书一份，鉴定结论为：平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园东部木栈道存在虫蛀，腐蚀，裂缝等缺陷，不满足原图纸设计要求及木结构工程施工质量验收规范 GB50206—2012 允许偏差的要求，其安全性不符合标准要求。

3. 工程款审计情况。翰景项目管理有限公司接受平阴县玫瑰湖湿地项目土地综合整治工程指挥部的委托，对一期工程（南区）进行了审核。2017年6月22日，翰景项目管理有限公司出具《基本建设工程结算审核报告》（翰景〔2017〕—3195号），审核结果为：该工程施工单位报送工程结算值为117726415.17元，载明：“……五、审定工程结算值为93093274.75元，审减工程计算值为24633140.42元，审减率为20.9%，审核结果经三方核对并签字盖章认可。……七、建议意见。本项目园区苗木工程中部分苗木验收后补植，审核造价3440958.51元，要求延长苗木养护期。关于二期工程，双方当事人均提交了《工程项目结算汇总表》（二期）复印件，载明报审值109518077.04元，审定值为80867569元，审减值为28650508.04元。平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心于2018年2月1日出具的《证

民事案例

明》，载明：由济南群瑞投资有限公司投资建设的山东黄河玫瑰湖国家湿地公园合理利用区北区建设工程已于2017年1月8日竣工验收合格。目前该工程项目结算已由平阴县审计局审定的结算值为80867569元。除上面审定的计算值外，目前还有报审的去年年底前补栽苗木由于季节性的原因不能确定其成活率而尚未审定的结算值为10792418元；整个合理利用区签证工程量，尚未送审，签证汇总结算值为17546730元。由于以上原因，最终审计总值不能确定，审计报告未出。”

4. 平阴县政府的回购款支付情况。平阴县政府与济南群瑞投资有限公司签订《补充协议二》后，在本案立案前陆续以平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治工程指挥部和平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心的名义通过银行转账向济南群瑞投资有限公司支付款项共计14902.67元，转账凭证中均注明回购款或者工程款，济南群瑞投资有限公司出具了相应收据。具体付款情况如下：2013年11月15日支付3000万元（收据注明湿地工程回购款），2014年1月15日支付3000万元（收据注明湿地工程回购款），2014年4月10日支付2000万元（收据注明湿地工程回购款），2014年11月26日支付500万元（收据注明湿地工程回购款），2015年2月15日支付300万元（收据注明湿地工程回购款），2016年2月5日支付500万元（收据注明湿地工程回购款），2016年4月22日支付200万元（收据注明湿地工程回购款），2016年9月13日支付800万元（转账凭证载明湿地工程预付款；收据亦注明湿地工程预付款）。

2017年9月22日，济南群瑞投资有限公司、苏州凌云市政园林建设有限公司、平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心签订《三方还款协议书》，载明：济南群瑞投资有限公司向平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心申请回购款2000万元；济南群瑞投资有限公司同意扣除于2016年2月向平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心借支的500万元，剩余部分（1500万元）直接拨付给苏州凌云市政园林建设有限公司；苏州凌云市政园林建设有限公司同意一次还清2017年1月向平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心借款1000万元的本息，剩余部分全部用于兑付农民工工资，不得挪作他用。2017年9月28日，济南群瑞投资有限公司出具了收据，载明付款单位为平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心，金额为1500万元，注明该款为湿地工程回购款。该1500万元包括以下款项：2017年9月30日，平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心向苏州凌云市政园林建设有限公司支付1400万元（其中，1000万元用于偿还上述协议注明的借款，400万元按照苏州凌云市政园林建设有限公司提供的账号支付给徐庆）；2017年10月11日，再次按照苏州凌云市政园林建设有限公司提供的账号向徐庆支付50万元；2017年10月31日，平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心按照其与济南群瑞公司的约定，向山东泰山工程项目管理有限公司付款10万元；2017年11月13日向济南玫瑰湖湿地投资有限公司付款22000元；2017年12月11日向李兴友付款11990元；2018年2月28日，向济南群瑞投资有限公司付款366010元。苏州群力公司同意上述付款均按照2017年9月30日付款计算。

2018年2月7日支付650万元（收据注明湿地工程回购款），2018年2月12日支付500万元（收据日期为2018年2月11日，注明湿地工程回购款），2018年2月14日支付100万元（收据日期为2018年2月12日，注明湿地工程回购款），2018年4月28日支付1000万元（收据出具日期为2018年4月28日，注明湿地工程回购款，直接支付给苏州凌云市政园林建设有限公司）。此后，平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心又支付852.67万元（收据出

具日期为2018年9月21日,注明工程回购款,直接付苏州凌云市政园林建设有限公司,其中包括2018年7月30日250万元、2017年8月20日350万元以及2018年9月21日252.67万元)。2019年1月10日,济南群瑞投资有限公司(甲方)、苏州凌云市政园林建设有限公司(乙方)、平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心(丙方)签订《三方还款协议书》,载明:因丙方需要支付甲方玫瑰湖湿地公园建设工程款(审计竣工的工程结算价),甲方需要支付乙方玫瑰湖湿地公园施工工程款。经三方协商,同意以转账方式,将丙方欠甲方的建设工程款,用于抵偿甲方欠乙方的施工工程款,由此产生的经济纠纷由甲乙双方共同承担。甲方本次申请建设工程款2400万元,甲方委托乙方分期、分批支付给乙方。协议签订后,平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心依据该协议于2019年2月1日向苏州凌云市政园林建设有限公司支付500万元,于2019年2月2日向苏州凌云市政园林建设有限公司支付900万元款项。本案庭审中,苏州群力公司表示撤销上述委托,要求平阴县政府向苏州群力公司支付上述协议中约定的剩余1500万元。

2018年6月23日,济南群瑞投资有限公司曾向平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心出具《关于玫瑰湖湿地公园工程款的请款报告》,内容为:“玫瑰湖湿地公园一期工程验收合格至今已满两年多;二期工程验收合格至今已经一年多,按《框架协议》的约定:一期工程结算值回购款: $(93093214.75-50000000) \times 100\% = 43093214.75$ 元;二期工程结算值回购款: $(80867569.00-30000000) \times 70\% = 35607298.30$ 元。目前平阴县政府应支付整个工程结算值回购款合计:一期43093214.75元+二期35607298.30元-平阴县政府已支付60500000=18200513.05元。请求平阴县政府按照合同约定支付工程款18200513.05元。”

5. 苏州群力公司垫付款情况及平阴县政府支付的垫付款情况。2013年11月11日,平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治工程指挥部办公室出具平湿指〔2013〕联字第011号工作联系单,内容如下:“济南群瑞投资有限公司:按照《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》和《平阴县人民政府关于玫瑰湖湿地公园BT项目有关税收及票据处理的批复》相关规定,请贵公司协调相关任务承担单位,将发生的工程项目设计、工程造价咨询、工程招标承担单位、工程勘探等相关代付费用,直接向平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治指挥部出具发票。”经审核苏州群力公司提交的招标代理合同、勘察合同、设计合同、函件、工作联系单、电力施工合同、勘察设计合同、招标代理合同、造价咨询合同、监理合同等以及工作联系单、发票、付款凭证等证据,济南群瑞投资有限公司共计垫付费用11430058.57元。平阴县政府称:经其核对,有工作联系单的垫付费用共计7485302.81元,无工作联系单的垫付费用为3944755.76元,仅认可有工作联系单的垫付费用,不认可无工作联系单的垫付费用。平阴县政府以平阴县玫瑰湖国家湿地建设服务中心的名义于2016年6月3日向济南群瑞投资有限公司支付600万元,于2016年6月6日向济南群瑞投资有限公司支付400万元,相应的付款凭证注明为“代付款预付款”,济南群瑞投资有限公司于2016年6月3日出具的收据载明,收款金额为1000万元,收款事由为工程代付款预付款。

6. 苏州群力公司与郑洁于2018年2月6日签订《债权转让协议》,约定将苏州群力公司对平阴县政府的350万元债权转让给郑洁,苏州群力公司认可该笔债权包含在其本案诉讼请求中。郑洁于2018年6月12日出具《债权转让通知》,并于2018年6月13日通过特快专递向平阴县政府邮寄送达了上述债权转让协议及通知。2018年9月20日,郑洁就该债权向平阴县人民法院起诉平阴县政府,于2019年2月27日向平阴县人民法院申请撤诉,平阴县人

民法院准予其撤诉。

7. 2018年11月19日，平阴县政府委托山东众成清泰（济南）律师事务所向苏州群力公司、济南群瑞投资有限公司邮寄了律师函一份，内容为：项目实际履行过程中，苏州群力公司未按照框架协议约定的模式进行投资和融资工作，已经实际变更为由平阴县政府直接投资、管理并支付工程款的项目，双方的法律关系已经变更为建设施工合同关系，且存在其他严重违约行为，给项目投资建设造成重大障碍，致使平阴县政府的合同目的不能实现，继续履行框架协议和补充协议没有实际意义，应该终止该协议。因此，告知如下：终止与苏州群力公司的《框架协议》合同关系，终止与济南群瑞投资有限公司《补充协议》合同关系。苏州群力公司收到了该律师函。

8. 2019年5月16日，本院向济南市财政局送达《山东省济南市中级人民法院函》一份，内容为：“济南市财政局：现需要贵局协助我院查清的政策问题是：一、依据当时的政府采购的相关法律、法规及政策，苏州群力投资有限公司与平阴县人民政府于2012年12月26日签订的《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》及2013年7月30日、11月6日签订的两份《补充协议》是否需要通过政府采购程序？二、如需要通过政府采购程序，则上述合同的金额是否达到了应当采用公开招标方式的金额？三、如果需要经过公开招标方式进行政府采购，而平阴县人民政府未采取公开招标方式，平阴县人民政府是否按照政府采购法的有关规定在上述合同签订前经过贵局的批准。请贵局尽快予以回复。附：《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》及两份《补充协议》”。2019年5月29日，济南市财政局向本院出具《复函》，内容如下：“山东省济南市中级人民法院：贵院《山东省济南市中级人民法院函》收悉。经研究，现将有关情况回复如下：一、关于框架协议及补充协议是否需要通过政府采购程序的问题。根据政府采购法第二条，各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的，应进行政府采购。建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等依法必须招投标的工程项目适用招标投标法。政府与相关单位就某一事项合作时，通常情况下，是通过签订战略合作协议、框架协议、意向书等形式先确定相关合作意向；在项目实际实施时，政府授权委托相关职能部门通过政府采购或投标程序确定中标成交供应商并签订合同。根据《采购法》第十三条第一款“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责”的规定，如贵院函中所涉项目为政府采购项目，其监管部门为同级人民政府的财政部门。二、关于公开招标方式金额及报批的问题。根据《关于公布〈2012年济南市政府集中采购目录〉的通知》的规定，2012年济南市单项或批量采购金额达到80万元以上的货物和服务项目，200万元以上的工程项目（工程勘察、设计、监理项目为50万元以上），必须采用公开招标方式采购。根据政府采购法第二十七条规定，达到公开招标数额标准的项目，因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。”

【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2019年10月14日作出（2018）鲁01民初2506号民事判决：一、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司一期工程回购款18404973.79元；二、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司二期工程回购款32018244.77元；三、被告平阴县人民政府于

本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司一、二期工程回购期利息共计356048.7元；四、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司一期工程回购期满后逾期付款利息（截止到2019年2月2日）985391.06元；五、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司一期工程回购期满后逾期付款利息，以18404973.79元为基数，按照中国人民银行同期三年期贷款基准利率上浮20%计算，自2019年2月3日计算至实际付款之日；六、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司垫付款1430058.57元；七、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司垫付款利息（截止到2018年2月8日）1542622.83元；八、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付原告苏州市群力投资有限公司垫付款利息，以1430058.57元为基数，按照同期中国人民银行三年期基准利率上浮20%的标准，自2018年2月9日计算至实际付款之日；九、被告平阴县人民政府于本判决生效之日起十日内支付第三人郑洁一、二期工程回购期利息共计3500000元；十、驳回原告苏州市群力投资有限公司的其他诉讼请求；十一、驳回第三人郑洁的其他诉讼请求。宣判后，平阴县政府提出上诉。山东省高级人民法院于2020年3月20日作出（2020）鲁民终428号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，双方当事人均认可《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》的合同主体系平阴县政府与苏州群力公司。济南群瑞投资有限公司签订有关补充协议及有关履行行为、接收回购款的行为均系经过苏州群力公司授权，代表苏州群力公司作出的行为，相应的法律后果应由苏州群力公司承担。平阴县玫瑰湖湿地土地综合整治工程指挥部以及平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园服务中心在《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》以及相应补充协议的履行过程中的有关行为均系经过平阴县政府授权，代表平阴政府的行为，相应的法律后果应由平阴县政府承担。

苏州群力公司与平阴县政府在本案中争议的焦点问题如下：一、双方签订的《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》、《补充协议一》及《补充协议二》的性质与效力；二、玫瑰湖湿地公园一期、二期工程是否通过了竣工验收；三、双方的合同是否解除；四、平阴县政府还应支付的一期、二期工程各自的回购款及回购期利息、回购期满后逾期付款利息的计算方式及数额；五、平阴县政府还需向苏州群力公司支付的垫付款的数额以及垫付款利息计算方式、数额；六、平阴县政府是否应当支付税款奖励；七、郑洁的请求能否支持。

关于问题一，双方签订的《玫瑰湖湿地公园BT建设框架协议》、《补充协议一》及《补充协议二》的性质与效力。本院认为，BT模式，即“投资——转让”模式，是政府部门利用非政府资金来承建某些基础设施建设项目的一种融资方式。具体来说，政府通过特许协议，选择投资方，并为之签订合同，将拟建基础设施项目授权给后者，由其负责在工程建设期内组建BT项目公司进行投资、融资等工作，工程竣工验收后，由政府按照合同约定的方式将投资人与该项目有关的权利收回，并按照合同约定一次性或者分期支付约定价款。根据政府采购法第二条、第四条、第二十七条、第七十一条、第七十三条可以看出这是对政府采购行为的管理性规定，并非认定民商事合同效力的强制性、效力性规定。违反上述法律规定，有关部门可以对违反上述规定的有关单位及责任人员进行处罚，但并不必然导致采购合同的无效。

根据前述的 BT 模式理解，BT 模式是政府的一种融资方式，并非政府采购货物、工程的行为，系政府采购融资服务的行为，亦应适用政府采购法的有关规定。因本案涉案《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》的标的额已经超过本地区需要通过招投标形式进行政府采购服务的数额标准，故应当通过招投标进行政府采购。但是政府采购法第二、二十六、二十七条的规定系对政府采购行为的管理性规定，并非强制性、效力性规定，平阴县政府与苏州群力公司签订的《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》虽然违反政府采购法第二、二十六、二十七条的规定，但并不因此而导致《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》无效。

根据招标投标法第三条的规定，本案中，双方签订的《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》及相应补充协议中约定的苏州群力公司的义务主要是投资，而非由苏州群力公司自行进行施工建设，平阴县政府选择苏州群力公司作为投资方，并不违反上述法律规定，不能以违反上述法律规定为由认定合同无效。

综上所述，苏州群力公司与平阴县政府签订的《框架协议》（除税款奖励条款之外）以及苏州群力公司委托济南群瑞投资有限公司与平阴县政府签订的《补充协议一》及《补充协议二》系双方当事人真实意思的表示，不违反法律的强制性、效力性规定，合法有效，双方当事人都应按照上述合同约定履行各自的义务。根据《补充协议二》载明的内容，平阴县政府在工程建设期间提前支付部分回购款系因其不能提供抵押物所致，经过双方协商后，签订了《补充协议二》，平阴县政府同意先期支付 8000 万元回购款，并且双方还约定了剩余回购款的计算方式，因此，苏州群力公司前期投资不足及平阴县政府提前支付回购款的行为并不影响双方合同性质及效力。平阴县政府抗辩称，由于苏州群力公司未实际投资，双方之间已经转化为建设工程施工合同关系，该主张不能成立，本院不予支持。

关于问题二，玫瑰湖湿地公园一期、二期工程是否通过了竣工验收。本院认为，苏州群力公司按照合同约定成立了项目公司济南群瑞投资有限公司，组织建设了平阴玫瑰湖湿地的一期、二期工程。虽然 2016 年 4 月 23 日一期工程验收意见附有如下说明：“1. 依照济南群瑞投资有限公司的申请并经湿地建设指挥部同意，本次验收不包含翠屏街西延段及西南大门景石广场。2. 由于尚未配置电源，电气部分不具备验收条件，在满足通电条件后 30 日内，施工单位必须按照设计要求全部安装完毕并自验合格，报请建设、电力、监督单位组织专项验收，在通过专项验收合格后，作为本工程总体验收合格的条件之一。”但是，双方在 2017 年 4 月 25 日办理了竣工移交手续，说明上述问题已经解决，且竣工移交材料注明一期工程通过竣工验收的日期为 2016 年 4 月 23 日，因此，本院认定一期工程已经于 2016 年 4 月 23 日通过竣工验收。结合二期工程验收意见及竣工移交材料，本院认定二期工程于 2017 年 1 月 8 日通过竣工验收。平阴县政府提交的山东智邦建设工程检测限公司出具的鉴定报告书鉴定结论是在竣工验收后，对平阴县黄河玫瑰湖国家湿地公园东部木栈道作出的鉴定结论，并不能据此认定平阴玫瑰湖湿地工程未通过竣工验收。综上，本院认定玫瑰湖湿地工程一期、二期均通过了竣工验收。平阴县政府关于玫瑰湖湿地工程未通过竣工验收的主张不能成立，本院不予支持。

关于问题三，双方的合同是否解除。本院认为，上文已经认定玫瑰湖湿地工程一期、二期均通过了竣工验收，故苏州群力公司已经履行了其合同义务，并不存在严重违约行为，平阴县政府并不具有合同法第九十四条规定的法定解除权，因此，平阴县政府在苏州群力公司提起本案诉讼后，向苏州群力公司邮寄律师函，提出解除《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协

议》、《补充协议一》及《补充协议二》的行为不产生合同解除的法律后果，平阴县政府仍应当按照双方合同约定向苏州群力公司支付回购款、回购期利息及有关垫付费用的本息。

关于问题四，平阴县政府还应支付的一期、二期工程各自的回购款及回购期利息、回购期满后逾期付款利息的计算方式及数额。本院认为，根据合同法司法解释二第二十一条的规定，本案中，平阴县政府的银行支付凭证中注明付款事由为回购款或者工程款，济南群瑞投资有限公司出具的收据亦载明的收款事由均系回购款或者工程预付款，并未注明收款事由为利息，故双方通过各自的行为对平阴县政府支付款项的性质约定为回购款或者工程款，而非利息。苏州群力公司主张平阴县政府的付款应该先支付利息，后支付回购款本金，理由不能成立，本院不予支持。按照《补充协议二》的约定，平阴县政府的付款中，2013年11月15日支付的3000万元及2014年4月10日支付的2000万元系一期工程回购款，2014年1月15日支付的3000万元系二期工程回购款。平阴县政府的其他付款的付款凭证以及有关收据均未注明所支付款项系一期工程还是二期工程，双方当事人本案中亦未达成一致，本院按照“先到期债权优先原则”确定平阴县政府的付款所对应的工程为一期工程或者二期工程。

按照双方约定的回购款计算方式计算，一期工程建设期利息为9748243.13元，工程管理费为1060932.75元，投资收益为7447461.98元，回购款总额为111349912.61元（计算方式详见附一）。按照《补充协议二》约定，扣除平阴县政府的5000万元回购款外，剩余一期工程回购款61349912.61元，平阴县政府应于2016年4月30日支付40%（即24539965元），应于2017年4月30日支付30%（即18404973.8元），应于2018年4月30日支付30%（即18404973.81元）。其中，平阴县政府在2016年4月30日前已经支付了1500万元，按照“先到期债权优先”原则，该款系支付2016年4月30日的应付款项，扣除该款后，其还应于2016年4月30日前支付9539965.04元。平阴县政府支付的其他回购款按照一、二期工程的应付款时间，亦以“先到期债权优先”原则进行支付，截止到2019年2月2日，一期工程回购款尚剩余18404973.79元未支付，平阴县政府应当支付；一期工程回购期（2016年4月30日至2018年4月30日）利息为1340714.53元；一期工程回购期满后利息（截止到2019年2月2日）985391.06元。（详见附二、三）2019年2月3日以后的利息，以18404973.79元为基数，按照同期中国人民银行三年期贷款基准利率上浮20%计算，计算至实际付款之日。

按照双方约定的回购款计算方式计算，二期工程建设期利息为8824357.74元、工程管理费为938675.69元，投资收益为6469403.52元，回购款总额为97100005.95元（计算方式详见附四）。按照《补充协议二》的约定，扣除平阴县政府已经支付的回购款3000万元，剩余回购款67100005.95元，平阴县政府应于2017年1月15日支付40%（即26840002.38元），于2018年1月15日支付30%（即20130001.79元），于2019年1月15日支付剩余20130001.78元。按照上文中确定的“先到期债权优先”原则计算，截止到2019年2月2日，二期工程回购款尚剩余32018244.77元未支付，平阴县政府应当支付；二期工程回购期（2017年1月15日至2019年1月15日）利息为2515334.17元（详见附五）。

苏州群力公司于2019年1月8日委托平阴县政府向苏州凌云市政园林建设有限公司支付2400万元工程款，平阴县政府支付900万元后，苏州群力公司撤销了该委托，要求平阴县政府向苏州群力公司直接履行剩余1500万元，符合法律规定，本院予以支持。该款包含在总的回购款中，无需另行计算。

关于问题五，垫付款及垫付款利息问题。本院认为，双方签订的《框架协议》约定，由

平阴县政府指定的不包括在竣工图结算价中的由苏州群力公司代付的其他支付费用，如项目前期设计费、监理费在支付首次回购价款时，本息一次性付清；利息的计算方法，以平阴县政府指定的相关费用总和为基数，按中国人民银行三年期贷款基准利率上浮 20% 和实际占用时间计取。济南群瑞投资有限公司垫付的款项系苏州群力公司履行框架协议的行为，其垫付的 11430058.57 元有相应的合同、发票、付款凭证相互印证，应当认定为苏州群力公司为平阴县政府垫付的款项。虽然其中的部分垫付款项无工作联系单，无法确认是否系平阴县政府指定的垫付款项，但是苏州群力公司实际垫付了该款项，平阴县政府就应当按照框架协议的约定向苏州群力公司支付本息。平阴县政府已经支付的 1000 万元中，付款凭证及收据均载明系代付款预付款，均没有注明利息，说明双方当事人就该 1000 万元的性质达成了一致，均认为该 1000 万元系支付的代付款，而非利息。故苏州群力公司关于双方未就该 1000 万元付款的性质达成一致的主张不能成立，本院不予支持。扣除该 1000 万元后，平阴县政府还应支付苏州群力公司垫付款 1430058.57 元。关于垫付款的利息，经计算，截止到 2018 年 2 月 8 日，代付款利息共计 1542622.83 元（详见附六）。2018 年 2 月 9 日以后的利息，以 1430058.57 元为基数，按照同期中国人民银行三年期基准利率上浮 20% 的标准计算至实际付款之日。

关于问题六，税款奖励的问题。本院认为，该问题并非平等主体之间的民事法律关系，系平阴县政府行使行政职权的行政行为，不属于人民法院民事案件审理范围，本院在本案中不予处理。

关于问题七，郑洁的请求能否支持。本院认为，在平阴县政府应当向苏州群力公司支付的款项中，由于苏州群力公司已经将其中的 350 万元债权转让给郑洁，郑洁已经将债权转让的情况通知了平阴县政府，该债权转让行为对平阴县政府产生法律效力。郑洁在本案中提出独立请求，要求平阴县政府在应向苏州群力公司支付的利息中支付郑洁 350 万元，符合法律规定，本院予以支持。由于一期回购款利息为 1340714.53 元，二期回购款利息为 2515334.17 元，共计 3856048.7 元，其中平阴县政府应当向郑洁支付 350 万元，向苏州群力公司支付 356048.7 元。郑洁要求平阴县政府向其支付律师费，无法律依据，本院不予支持。

【案例注解】

BT 模式，即“投资——转让”模式，是政府部门利用非政府资金来承建某些基础设施建设项目的一种融资方式。具体来说，政府通过特许协议，选择投资方，并与之签订合同，将拟建基础设施项目授权给后者，由其负责在工程建设期内组建 BT 项目公司进行投资、融资等工作，工程竣工验收后，由政府按照合同约定的方式将投资人与该项目有关的权利收回，并按照合同约定一次性或者分期支付约定价款。本案涉案《BT 建设框架协议》即为此类合同。这并非合同法中规定的有名合同，而是无名合同。审理此类合同的案件，必须要明确合同的性质，正确认定合同的效力。

一、本案涉案《BT 建设框架协议》本质上系行政协议，但苏州群力公司可以通过民事诉讼主张权利。

行政协议又称行政合同、行政契约，是指行政机关为了履行行政职责实现行政管理目标与相对人经过协商一致所达成的协议。行政合同是现代行政管理的重要方式，是行政权力和契约关系的结合。根据上述 BT 模式的解释，可以看出，BT 模式符合行政协议的特征，本质上系行政协议。

《中华人民共和国行政诉讼法》（2014 年 11 月 1 日修订，2015 年 5 月 1 日实施）第十二

条第一款第十一项规定，行政相对人认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的，作为行政相对人的公民、法人或者其他组织应当通过提起行政诉讼的方式主张权利。但是，对于签订于2015年5月1日之前的行政协议，行政相对人并非全部可以通过行政诉讼的方式主张权利。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十八条规定，2015年5月1日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法及本规定；2015年5月1日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的法律、行政法规及司法解释。这里需要区分以下几种情况：

第一种情况：根据最高人民法院2019年12月发布的《行政协议十大案例》中的《成都亿嘉利科技有限公司、乐山沙湾亿嘉利科技有限公司诉四川省乐山市沙湾区人民政府解除投资协议并赔偿经济损失案》，最高人民法院认为，对于2015年5月1日前订立的行政协议发生的纠纷，当时的法律、行政法规、司法解释或者我国缔结或参加的国际条约没有规定其他争议解决途径的，行政相对人提起行政诉讼，人民法院可以依法受理。

从审判实践中看，对于2015年5月1日前订立的行政协议发生的纠纷，当时的法律、行政法规、司法解释或者我国缔结或参加的国际条约没有规定其他争议解决途径的，为了保护行政相对人的权利，行政相对人可以选择通过民事诉讼主张权利或者通过行政诉讼主张权利。

第二种情况：对于2015年5月1日前订立的行政协议发生的纠纷，当时的法律、行政法规、司法解释或者我国缔结或参加的国际条约已经规定其他争议解决途径的，适用当时的有关规定。例如：最高人民法院《民事案件案由规定》和《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》均规定：将最典型的行政合同——国有土地使用权出让合同，作为民事案件予以受理。根据上述规定，2015年5月1日之前签订的国有土地使用权出让合同，行政相对人应当通过民事诉讼的方式主张权利，而不应通过行政诉讼的方式主张权利。

本案涉案《BT建设框架协议》签订于2012年11月26日，在2015年5月1日之前。虽然2015年5月1日之前对于此类协议没有规定纠纷解决途径，但是通过最高人民法院的有关案例可以看出，对于行政相对人通过民事诉讼主张权利的，人民法院均作为民事案件予以受理，并作出了相应的判决。苏州群力公司通过民事诉讼主张权利并无不当，法院应当予以实体审理。

二、本案涉案《BT建设框架协议》并未违反效力性强制性法律法规，合法有效。

合同法第五十二条第（五）项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。这里的法律是指全国人大及其常委会颁布的法律，行政法规是指由国务院颁布的法规。合同法司法解释二第十四条规定合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”是指效力性强制性规定。因此，只有合同违反了全国人大及其常委会颁布的法律、国务院颁布的法规的效力性强制性规定，才会被认定为无效，违反管理性规定则不会必然导致合同无效。本案中涉及的《中华人民共和国政府采购法》中的相关条文，系对政府采购行为的管理性规定，并非效力性强制性规定，违反该法并不必然会导致合同无效。

三、无合同解除权的当事人发出的解除合同通知不能产生解除合同的法律后果。

合同法第九十四条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定

民事案例

的其他情形。第九十六条规定，当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方；合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。提出解除合同的当事人首先要具有合同约定的解除权或者法定解除权，其发出的解除合同通知才能产生解除合同的法律后果。不具有合同解除权的合同当事人发出的解除合同通知不能产生解除合同的法律后果。

本案中，玫瑰湖湿地工程一期、二期均通过了竣工验收，苏州群力公司已经履行了其合同义务，并不存在严重违约行为，平阴县政府并不具有合同法第九十四条规定的法定解除权，因此，平阴县政府在苏州群力公司提起本案诉讼后，向苏州群力公司邮寄律师函，提出解除《玫瑰湖湿地公园 BT 建设框架协议》、《补充协议一》及《补充协议二》的行为不产生合同解除的法律后果，平阴县政府仍应当按照双方合同约定向苏州群力公司支付回购款、回购期利息及有关垫付费用的本息。

综上所述，对于合同纠纷，首先要确定合同性质及合同效力，其次分析是否存在违约情形、合同解除情形等。本案判决对无名合同的审理思路可以起到一定指导作用。

编写人：济南市中级人民法院民事审判第一庭 曹 强 殷茜茜

未经股东会决议的担保合同效力的认定

——王海诉康志恒、山东省粤商实业有限公司等民间借贷纠纷案

关键词 民间借贷 公司决议 担保效力 赔偿责任

【案例要旨】

公司往往以担保合同加盖单位公章对外提供担保未经股东会决议而主张担保合同无效，进而要求免除担保责任，该情形下，应审查法定代表人或代理人在合同签订过程中盖章行为的效力，盖章行为属于法定代表人职权范围或在代理人授权范围内，由此产生的权利义务对公司法人具有约束力，对外借款担保合同有效，公司应承担担保责任。

【相关法条】

《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）第十六条公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称担保法解释）第七条主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2018）鲁0105民初4726号（2019年2月12日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终11167号（2020年3月20日）

【基本案情】

王海诉称：2015年12月15日，王海与康志恒签订借款合同并由康志恒出具借据，载明向王海借款200万元，李广娟在借款合同上签字，山东省南方国际实业集团有限公司（以下简称南方实业公司）在借据中盖章。随后王海经朋友张安玉账户向康志恒账户转账200万元。再后王海与康志恒又签订还款协议，约定由康志恒偿还借款300万元并约定付款方式，山东省粤商实业有限公司（以下简称粤商公司）进行担保。现康志恒未能按约偿还借款本息，为此王海诉至法院，请求：1. 判令康志恒、南方实业公司、李广娟、粤商公司偿还借款200万元及2017年5月1日以后的利息（以200万元为基数，按月息2分的标准计算至本息全部结清之日止）；2. 诉讼费用由康志恒、南方实业公司、李广娟、粤商公司承担。诉讼中，王海明确要求康志恒承担还款责任，粤商公司承担连带清偿责任，并放弃对南方实业公司和李广娟的诉讼请求。

康志恒、李广娟、南方实业公司、粤商公司一审未作答辩。

康志恒、粤商公司上诉请求：1. 撤销一审民事判决，依法改判或发回重审；2. 本案一、

民事案例

二审诉讼费、保全费等费用由王海负担。事实与理由：一、涉案借款本金并非为200万元，本案民间借贷行为存在“抽头”的禁止性情况，依照相关法律规定应按照实际借款数额认定借款本金。二、本案系高利民间借贷行为，借款人自2015年12月15日借款后一直高利付息，依照相关法律规定，借款人已超额还本付息，本案王海涉嫌虚假诉讼，应依法撤销一审判决，予以改判或发回重审。三、粤商公司并不知晓王海和康志恒之间的借款行为，也不知晓还本付息的情况，粤商公司也从未授权曾荣对外进行担保，对该担保行为毫不知情。涉案还款协议中加盖了粤商公司的公章对涉案民间借贷行为提供担保，未经公司股东会决议，属无权代表，该担保行为无效。综上，请求二审法院依法撤销一审判决，予以改判或发回重审。

王海辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院维持原判，驳回康志恒、粤商公司的上诉请求。

一审法院经审理查明：2015年12月15日，王海（甲方/出借人）与康志恒（乙方/借款人）签订借款合同1份，约定由王海向康志恒出借款项200万元，李广娟作为丙方/担保人在借款合同上签名捺印。同日，康志恒出具借据1份，载明借到王海200万元整。该借据落款处，除由康志恒签名捺印外，另加盖南方实业公司的印鉴。对于借款的支付，王海提交了中国银行汇款凭证1份，其上反映案外人张安玉于2015年12月15日向康志恒银行账户转账汇款200万元，王海据此主张其通过张安玉的银行账户向康志恒支付了借款。2018年3月16日，王海（甲方/出借人）与康志恒（乙方/借款人）、粤商公司（丙方/担保人）签订还款协议1份，载明各方就2015年12月15日200万元借款的还款、担保事宜达成协议，主要约定：1. 甲方同意乙方偿还借款本息300万元，分18次付清，于2018年3月31日前偿还5万元，于2018年4月30日前偿还5万元，于2018年5月31日前偿还10万元，于2018年6月30日前偿还10万元，于2018年7月31日偿还10万元，2018年8月1日至2019年8月30日前还清为止；2. 乙方如未按时偿还借款，除继续履行上述借款本息外，还需向甲方按年利率24%支付利息，且甲方有权随时向法院主张该期应当偿还的本息和未到期应当偿还的本息以及后期利息（以欠款总额按年利率24%支付）；3. 如乙方未按时偿还借款，丙方对该借款的本息提供无限连带担保。对上述书证反映的民间借贷关系，王海主张，其系通过李广娟与康志恒相识，康志恒以在莱州投资需要资金为由向王海借款，借款后康志恒曾按月息3分的标准偿付利息至2017年4月底，之后未再偿付利息，2018年3月16日还款协议中的借款本金300万元即为本金200万元与双方议定的2017年5月1日之后的利息100万元组成。诉讼中，王海申请证人张安玉出庭作证，张安玉证言表示，其与王海系朋友并代为保管王海的钱款，2015年12月15日通过其账户向康志恒银行转账200万元系按王海要求进行，该笔款项的权利人系王海。

二审另查明：山东省粤商实业有限公司成立于2015年9月16日，股东为山东省南方国际实业集团有限公司，占公司股份的70%，莱州天裕投资管理有限公司占公司股份的30%。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2019年2月12日作出（2018）鲁0105民初4726号民事判决，判决：一、被告康志恒偿还原告王海借款本金200万元，于本判决生效之日起10日内付清；二、被告康志恒偿付原告王海利息（以借款本金200万元为基数，自2017年5月1日起至实际给付之日止，按年利率24%的标准计算），于本判决生效之日起10日内付清；三、被告山东省粤商实业有限公司对上述第一、第二项所列债务承担连带清偿责任。

宣判后，康志恒、粤商公司提出上诉。济南市中级人民法院于2020年3月20日作出(2019)鲁01民终11167号民事判决，判决：一、撤销济南市天桥区人民法院(2018)鲁0105民初4726号民事判决；二、上诉人康志恒于本判决生效之日起十日内偿还王海本金137.3万元及利息（以借款本金137.3万元为基数，自2018年3月16日起至实际给付之日止，按年利率24%的标准计算）；三、上诉人山东省粤商实业有限公司对第二项确定的债务承担连带责任，山东省粤商实业有限公司承担责任后有权向康志恒追偿；四、驳回被上诉人王海的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于借款本金数额问题。2018年3月16日的还款协议由王海、康志恒签字、粤商公司盖章确认，王海、康志恒对2015年12月15日借款200万元债务重新确认，康志恒同意偿还王海借款本金300万元，康志恒应按照协议的约定履行义务。康志恒没有证据证实2018年3月16日后其向王海偿过款项，二审诉讼过程中，王海请求康志恒偿还本金137.3万元，系对自主权利的处分，予以确认。

关于利息的计算问题。还款协议约定以欠款总额按年利率的24%支付不超出民间借贷司法解释规定的利率上限，康志恒应按照年利率24%向王海支付利息，利息应自还款协议达成之日2018年3月16日起算。

关于粤商公司责任承担的问题。粤商公司在涉案还款协议落款处的借款人和担保人位置均加盖公章，担保人处还有粤商公司法定代表人的签字，足以证实粤商公司具有真实的担保意思表示，另粤商公司股东之一的南方实业公司持有公司70%的股份，享有三分之二以上的表决权，而王海、康志恒、粤商公司均认可康志恒系南方实业公司的实际控制人，即便经股东会决议，康志恒实际控制的南方实业公司享有粤商公司三分之二以上表决权，康志恒及南方实业公司所作的意思表示亦能够代表粤商公司，因此，在粤商公司具有为涉案借款提供担保的意思表示情形下，应对涉案债务承担担保责任。粤商公司不承担担保责任的上诉理由不能成立，不予支持。

【案例注解】

实践中，公司往往以担保合同加盖单位公章对外提供担保未经股东会决议而主张担保合同无效，进而要求免除担保责任。债权人以公司加盖单位公章具有担保真实意思表示主张公司承担担保责任，此种情形下，债权人债权的利益与公司股东权益产生冲突，如何依法维护各方合法权益，是司法实践的比较突出的一个问题。本案中，还款协议担保人处加盖粤商公司公章并有其法定代表人的签字，足以证实粤商公司具有真实的担保意思表示。粤商公司股东之一的南方实业公司持有公司70%的股份，享有三分之二以上的表决权，而康志恒系南方实业公司的实际控制人，即便经股东会决议，康志恒实际控制粤商公司三分之二以上股东表决权，康志恒实际控制的南方实业公司所作的意思表示足以代表粤商公司，因此，在能够确定粤商公司担保真实意思表示情形下，粤商公司应对涉案债务承担担保责任。

一、公司对外担保意思表示效力的认定

公司作为民事主体实施法律行为主要分为公司内部意思表示的形成和意思表示的对外作出，即公司通过股东会或董事会决议对外签订合同，公司决议是公司对其事务所形成的决定，是公司的意思表示。出于保护善意第三人和维护交易安全的考虑，在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下，只要对外的表示行为不存在无效的情形，公司就应受其表示行为的制约。

《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第五十条规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。担保法解释第十一条规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。从上述法律及司法解释的规定可知，公司的行为能力及意思表示通过法定代表人或者代理人以公司的名义所为的行为，是公司法人的法律行为，法定代表人或者其授权之人在合同上加盖法人公章的行为，表明其是以法人名义签订合同，由此产生的权利义务对公司法人具有约束力。

另一方面，为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害其他股东权益，公司法第十六条规定对法定代表人的代表权进行了限制，担保行为需有股东会等公司决议形成的授权，否则构成越权代表。法定代表人越权代表情形下订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

二、债权人审查义务

（一）一般注意义务

债权人对公司董事会决议或者股东（大）会决议的审查义务一般限于形式审查，只要求尽到必要的注意义务即可。新颁布的民法典第五百零四条规定，法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。因此，对于债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同和债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造情形下，债权人的审查义务有相应区分。公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由抗辩债权人非善意的，一般不予支持。但是，公司有证据证明债权人明知决议系伪造或者变造的除外。

（二）关联担保和非关联担保情形下的审查义务

公司法第十六条规定对关联担保和非关联担保的决议机关作出了区别规定，债权人的审查义务相应有不同的要求标准。关联担保情形下，必须由股东（大）会决议，未经股东（大）会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东（大）会决议进行了审查，决议的表决程序符合公司法第十六条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保，根据公司法第十六条的规定，此时由公司章程规定是由董事会决议还是股东（大）会决议。无论章程是否对决议机关作出规定，也无论章程规定决议机关为董事会还是股东（大）会，根据《中华人民共和国民法总则》第六十一条第三款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”的规定，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东（大）会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。

（三）善意的认定

依照合同法第五十条的规定，债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同，一般认定为善意。对于债权人来说，他只认为法定代表人或者负责人就是代表法人，他一般并不知道也没有义务知道法定代表人或负责人的权限到底有哪些，法人或者其他组织

的内部规定也不应对合同的相对人构成约束力，否则，将不利于保护交易的安全，也不利于保护合同相对人的利益，因此，对于公司决议的程序性瑕疵，除了法律有明确规定的以外，一般情况下可推定相对人不知该瑕疵的存在，即相对人构成善意。对于实体性瑕疵，如果公司决议系因为违反了公司章程而形成，因公司章程是公司设立的根本性文件，但一般不具有对外约束力，因此违背公司章程形成的公司决议，相对人在不知晓公司章程具体规定的情况下构成善意。有限责任公司的公司章程不具有对世效力，有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体，它的公开行为不构成第三人应当知道的证据。强加给第三人对公司章程的审查义务不具有可操作性和合理性，第三人对公司章程不负有审查义务。第三人的善意是由法律所推定的，第三人无须举证自己善意；如果公司主张第三人恶意，应对此负举证责任。因此，不能仅凭公司章程的记载和备案就认定第三人应当知道公司的法定代表人超越权限，进而断定第三人恶意。在相对人知悉公司所担保的对象为公司的股东或者实际控制人，且该项担保未经过股东会或者股东大会讨论形成决议的情况下，就不能认定相对人构成善意。

（四）无须审查的情形

公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，不予支持。但存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：（1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；（2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；（3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；（4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。

三、担保合同无效情形下的权利救济

担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，不予支持。担保合同无效，在考虑合同各方当事人造成合同无效过错原因情形下，依照担保法解释第七条的规定，主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 焦玉兴

约定本息固定回报的民间委托理财合同 当事人能否以民间借贷主张权利

——越某诉宋某民间借贷纠纷案

关键词 约定本息固定回报 委托理财合同 民间借贷

【案例要旨】

保底条款是委托人与受托人之间对于理财活动后果约定赢利分成与损失承担的责任条款，受托人对委托人的收益回报承诺是吸引投资者投资的关键。如果当事人达成的委托理财合同中约定了委托人享受本息固定回报的保底条款，但不参与分红，那么，因委托人已将资产的投资收益权全部让渡给受托人，其通过让渡资金的使用权，取得固定收益，委托人的缔约目的和合同预期即纯粹追求资产的固定本息回报，而对受托人管理资产行为及收益后的分成并无预期，其合同性质名为理财实为借贷，应当认定为借贷关系。

【相关法条】

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十五条借贷双方没有约定利息，出借人主张支付借期内利息的，人民法院不予支持。自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。

第二十六条借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，人民法院应予支持。

第二十八条借贷双方对前期借款本金结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率 24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率 24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率 24% 计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2019）鲁 0103 民初 2865 号民事判决（2019 年 10 月 30 日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁 01 民终 11925 号（2019 年 12 月 27 日）

【基本案情】

原告越某诉称，其先后于 2018 年 5 月、8 月、9 月分别借给被告宋某 10 万元、10 万元、20 万元，其中前两笔 10 万元月息为 3%，后一笔 20 万元月息 1.8%，每月按 22 个工作日结算支付利息，起初宋某按照承诺向越某支付利息，到 2018 年 10 月后就未再支付利息，经越某多次催促，宋某于 2019 年 1 月 18 日支付 5 万元，用于偿还 20 万元借款的本金，此后宋某

一直未偿还欠款，故越某起诉请求宋某偿还本金人民币35万元以及相应利息（以10万元为基数自2018年5月29日起至实际清偿之日按照月息3%计算；以10万元为基数自2018年8月17日起至实际清偿之日止按照月息3%计算；以20万元为基数自2018年9月17日起至2019年1月17日按照月息1.8%计算；以15万元为基数自2019年1月18日起至实际清偿之日按照月息1.8%计算）。

被告宋某辩称：一、双方为委托理财关系而非民间借贷关系，双方微信聊天记录中频繁提及“理财”、“赎回”及“每期为22个工作日计息”、“代持”、“跟着你（宋某）做”、“顺手（代越某购买理财）的事”等内容清晰显示越某自始就知道双方为委托理财关系。宋某支付给越某的所谓利息也均是元邦五号3期理财产品自身获取的投资收益，而并非是宋某占有使用资金而支付的对价。宋某作风险承诺的真正动机不是出于其个人的风险承诺，而是依据山东元邦某公司过往投资经历及本次购买元邦五号3期理财产品累计收益表而作出的承诺。在本案山东元邦某公司涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事立案的情况下，应当依据刑民交叉情形下先刑后民的处理原则裁定驳回越某起诉，将材料移送相关公安机关。二、即使法院认定双方为民间借贷纠纷，但在近年高息理财公司频现“崩盘”、“闪爆”背景下，越某作为一个理性的完全民事行为能力人仍投资这类高收益理财产品，其自身没有尽到谨慎、理性的注意义务，具有明显过错。其次，即使有计息期间，截至2018年10月宋某已完全如期支付了理财档期利息，不拖欠任何利息。在聊天记录中可以看出是逐期购买理财产品后计息，但截至2018年11月初山东元邦某公司案发不能赎回后，显然其资金已没有继续购买理财产品的机会。同时，在10月份聊天记录中宋某言明在10月底理财产品陆续到期后要赎回撤资时，越某随即作出全权授权宋某决定的意思表示，即此后不再有利息。综上，双方自2018年10月理财产品陆续到期后至今就没有了利息约定而应为本息的个人借贷。

一审法院经审理查明：2018年5月24日越某向宋某转账10万元，双方约定保本保息月息3%，期限为22个工作日，从2018年5月29日起息，到2018年6月29日结息，本息在结息三个工作日内到账。2018年7月2日宋某向越某转账支付利息3000元。2018年7月20日越某通过微信向宋某表示10万元期限再延长一个月至九月份。2018年8月3日宋某向越某转账支付利息3000元。

2018年8月17日越某向宋某转账10万元，双方约定保本保息月息3%，从2018年8月17日开始计算利息，22个工作日结息，结息后三至五个工作日内将本金及利息返还。2018年9月3日宋某向越某转账利息3000元。

2018年9月13日越某向宋某转账24.7万元，双方约定加上9月份利息3000元共计25万元，月息1.8%，每22个工作日结息。同日，越某要求下个月拿回5万元。2018年9月14日宋某向越某转账5万元。2018年10月12日、2018年10月29日，宋某通过微信分两次每次向越某转利息3000元，共计6000元。2018年10月30日宋某通过微信向越某转利息3600元。在双方的微信聊天记录中，宋某多次提及“我给你担保”、“有风险我给你担着”、“我在你的钱就在”等内容。2019年1月18日宋某向越某转账五万元。

二审另查明，宋某认可越某转给宋某的款项，其没有直接转给案外人管某（管某在山东元邦某公司开立个人理财账户），其曾在2017年时给管某转过200万元购买相应份额，越某转帐时其正好有赎回需求，就把相应的份额给越某，钱其自己留下。

越某微信中多次表示“都可以一个月就好…你就给我理财一个月（2018.5.22）…10万

民事案例

块钱再放一个月吧（2018.6.20）…那就十万再放一个月吧（2018.7.20）”；对应利率1.8%的20万，越某明确表示“这个放最多两个月（2018.9.10）”。后越某多次表示不要利息了，尽快全部赎回。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2019年10月30日作出（2019）鲁0103民初2865号民事判决：一、宋某于判决生效后十日内偿还越某借款本金261813.62元；二、宋某于判决生效后十日内支付越某借款利息，以14213.62元为基数自2019年1月19日起至实际给付之日按月息2%的标准计算；以247600元为基数自2019年1月19日起至实际给付之日按月息1.8%的标准计算；三、驳回越某的其他诉讼请求。宣判后，越某、宋某均提出上诉。济南市中级人民法院于2019年12月27日作出（2019）鲁01民终11925号：一、撤销济南市市中区人民法院（2019）鲁0103民初2865号民事判决；二、宋某于判决生效后十日内偿还越某借款本金349000元及利息（以349000元为基数，自2019年3月25日起至实际给付之日止，按年利率6%计算）；三、驳回越某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：

本案争议焦点为：一是涉案款项性质应如何认定，双方系委托投资理财关系还是民间借贷关系，宋某应否承担还款责任；二是应偿还的本金及利息应如何计算。

关于第一个争议焦点，越某、宋某双方银行往来交易明细、微信聊天记录、转账备注中均载明款项性质为理财金，但宋某向越某承诺保本保息，并在后期承诺替越某承担风险，属于受托人向委托人承诺到期后收回本金及享有固定回报的保底条款，且本案中双方仅约定了收益，并未约定风险承担事宜，改变了委托理财关系中本应具备的利益和风险的公平分配机制。基于此，越某对涉案款项达成的缔约目的和合同预期即纯粹追求资产的固定本息回报，通过让渡资金的使用权，取得固定收益，对受托人宋某管理资产行为及收益后的分成并无预期，其性质是名为理财，实为借贷。一审法院认定双方之间的行为属于借贷行为，双方之间的法律关系为借贷关系，并无不当，宋某应当承担偿还责任。宋某主张双方系委托理财关系，证据不足，不予支持。

关于第二个争议焦点，宋某微信中已告知越某每笔款项的计息期间，越某亦多次表示涉案款项分期存放的时间为一个月，结合其二审中同意按22个工作日3%、1.8%分别计息，二审法院依法认定双方前期的借款期限以月为周期，按22个工作日顺延3至5个工作日计息。上述款项到期后，越某明确表示为收回本金自愿放弃利息，双方亦未对款项将来使用期限达成一致，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十五条“…自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持…”，越某现起诉要求分别按照月息3%、1.8%计算利息，无法律依据，不予支持。宋某于2019年1月18日向越某转款5万元，应视为偿还上述借款，故宋某尚应偿还越某借款本金349000元，并自越某起诉之日起按照年利率6%支付资金占用期间的利息。

【案例注解】

随着社会经济的发展，各种形式的民间融资主体不断涌现，自然人之间产生的民间委托理财纠纷也越来越多，其中不乏很多签订了委托理财合同，但当事人又以民间借贷提起诉讼的案件，导致法院在审理该类案件时，加大了对款项性质分析认定的难度。本案结合委托理

财合同中约定的委托人享受本息固定回报保底条款，但双方又对款项性质产生争议的具体案件，论述了委托理财合同和民间借贷的区分标准，同时通过委托理财合同的特征，探讨了保底条款对双方当事人的具体影响，确定了订有“保底条款”的委托理财合同法律关系的判定标准。

一、委托理财案件的法律特征

委托理财是指委托人将其资金、证券等资产委托给受托人，由受托人将该资产投资于期货、证券等交易市场或通过其他金融形式进行管理，所得收益由双方按约定进行分配或由受托人收取代理费的经济活动。按受托人主体特征的不同，委托理财可分为金融机构的委托理财和非金融机构的委托理财。

委托理财案件具有以下几个法律特征：（1）在投资领域方面，通常是投于证券类、国债类、期货类资产等金融性资产，并因证券、国债、期货市场领域中的委托理财行为而引发纠纷。（2）在合同主体方面，通常是以证券公司、期货公司、信托投资公司、投资咨询公司、各类投资管理公司、理财工作室、一般的有限公司以及自然人作为受托人的委托理财活动而引发的委托理财纠纷案件。（3）在合同内容方面，委托理财合同通常订有保底收益条款。（4）在纠纷起因方面，通常因委托资金遭受损失或因盈余分配而引发委托理财纠纷。

二、保底条款对委托理财合同的影响

保底条款是委托人与受托人之间对于理财活动后果约定赢利分成与损失承担的责任条款。保底条款是委托理财合同的重要内容，受托人对委托人的收益回报承诺是吸引投资者投资的关键，也是委托理财纠纷的主要原因。

（一）保底条款的分类

目前审判实践中存在的保底条款主要有以下几种：（1）保证本息固定回报条款，即无论盈亏均保证委托人获得原出资额的固定本金及利息回报，超额的投资收益归受托人所有。（2）保证本息最低回报条款，即无论盈亏，受托人除保证委托资产的本金不受损失之外，还保证支付委托人一定比例的固定收益；对超出部分的收益，双方按约定比例分成。（3）保证本金不受损失条款，即无论盈亏，受托人均保证委托资产的本金不受损失；对收益部分，双方按约定比例分成。

（二）保底条款对委托理财合同的影响

保底条款不仅法律效力存在争议，而且不同类型的保底条款对委托理财合同的性质具有不同的影响。

（1）保证本息固定回报条款。实践中对该合同是委托理财合同还是借款合同争议很大。有人认为，委托人的缔约目的和合同预期即纯粹追求资产的固定本息回报，对受托人管理资产行为及收益后的分成并无预期，其合同性质是名为理财，实为借贷。双方之间的行为属于借贷行为，双方之间的法律关系按借贷法律关系予以认定。另一种意见认为，双方当事人之间是委托理财合同。委托理财协议仅约定了收益，并未约定风险承担事宜，改变了委托合同本应具备的利益和风险的公平分配机制，委托理财协议无效。编者认为，对于订有保底条款承诺委托人享受保证本息固定回报，但不参与分红的合同，因委托人已将资产的投资收益权全部让渡给受托人，其通过让渡资金的使用权，取得固定收益，委托人的缔约目的和合同预期即纯粹追求资产的固定本息回报，而对受托人管理资产行为及收益后的分成并无预期，其合同性质是名为理财，实为借贷，应当认定为借贷行为。本案即是典型的名为理财、实为借

民事案例

贷的自然人之间的民间借贷纠纷。

(2) 保证本金不受损失条款和保证本息最低回报条款。此类条款不同于保证本息固定回报条款之处在于，委托方参与收益的分配，由此决定委托人与受托人的缔约目的并非是单纯借贷，委托人对于受托人管理资产行为及收益后的分成存在预期；受托人所承担的义务也不仅是还本付息的还款义务，受托人的收益来自于对资产的有效管理而产生的增值部分的分配，因此，双方通过风险由受托人承担，收益由双方分享的安排，达到委托理财的目的，应认定为委托理财合同。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 李莎莎

乘坐网约车发生交通事故， 网约车平台是否应承担侵权责任

——魏某某诉滴滴公司、陈某某、某保险公司等
机动车交通事故责任纠纷

关键词 机动车交通事故 侵权责任 滴滴平台

【案例要旨】

滴滴公司作为网约车的运行平台与运营车辆、乘客之间具有合同法律关系，其在车辆审核、管理、运营等方面所应承担的是合同法上的相关责任，而本案为侵权责任纠纷案件，根据公安机关交警部门出具的道路交通事故认定书等证据无法确认滴滴公司的行为与上诉人受伤的后果存在过错及相关的因果关系；且侵权责任与合同违约责任在责任性质、归责原则、举证责任、免责条件、法律适用等方面均不相同，两者的基础法律关系和法律性质也存有差异；被损害的一方有权选择某种法律关系主张对方应当承担的法律责任，但不应就竞合的两种法律关系在一事中一并提出同一诉讼请求。故上诉人要求滴滴公司承担侵权责任，于法无据，一审法院认定滴滴公司不承担本案机动车交通事故中的侵权责任，符合法律的规定，并无不当。同时，一审法院判令某保险公司在交强险医疗费限额内承担未成年人魏某某医疗费、护理费、营养费、住院伙食补助费、交通费等各项相关费用，依法履行审判职能，保障和维护了未成年人的合法权益。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

【案件索引】

一审：山东省平阴县人民法院（2019）鲁0124民初2851号民事判决（2019年12月20日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终2872号民事判决（2020年6月23日）

【基本案情】

魏某某上诉请求：1. 撤销一审判决，依法改判被上诉人滴滴公司承担赔偿责任或发回重审；2. 二审的诉讼费用被上诉人承担。事实和理由：1. 被上诉人滴滴公司是承运人，在提供服务过程中导致上诉人受伤应承担侵权责任，且其在明知陈某某的车辆未取得网络预约出租汽车运输证、驾驶人未取得网络预约出租车从业资格证的情况下，应与陈某某承担连带责任；2. 其与被上诉人之间是运输合同关系，被上诉人所承担的不是简单的信息撮合，而是承运服

民事案例

务，作为承运人应承担侵权赔偿责任。一审判决被上诉人对交通事故发生无过错，判令被上诉人滴滴公司不承担责任，属认定事实错误，适用法律不当。

陈某某辩称，滴滴公司作为承运人应该独自承担赔偿责任，其不应承担连带责任。

某保险公司辩称，其对魏某某的上诉均没有意见。

滴滴公司辩称，其公司不是侵权行为人，不应承担侵权责任，公司与驾驶员之间属于新型合作关系，上诉人诉请其公司承担责任没有法律事实依据。一审法院认定事实清楚，证据充分，判决正确，上诉人的上诉理由不能成立，请求二审法院驳回魏某某上诉，维持一审判决。

陈某某上诉请求：1. 撤销一审判决，依法改判被上诉人滴滴公司承担赔偿责任；2. 二审的诉讼费用被上诉人承担。事实和理由：1. 被上诉人滴滴公司对其存在管理行为，其受公司的指令、管理和监督，且公司对网约车每一单直接抽成，公司作为管理人应承担相应的侵权责任；2. 被上诉人与原审原告之间是运输合同关系，被上诉人作为承运人，应对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任。一审判决被上诉人对交通事故发生无过错，判令被上诉人滴滴公司不承担责任，属认定事实错误。

滴滴公司辩称，其公司不是侵权行为人，不应承担侵权责任，上诉人诉请其公司承担责任没有法律事实依据。一审认定事实清楚，适用法律正确，判决合理，请求驳回陈某某上诉，维持原判。

魏某某辩称，其认可陈某某的上诉理由，滴滴公司应和陈某某承担连带赔偿责任。

某保险公司辩称，其对陈某某的上诉均没有意见。

某保险公司上诉请求：撤销一审判决第一项，依法改判其公司在交强险医疗费限额内不承担医疗费、营养费、住院伙食补助费。事实和理由：在事故发生后其在交强险医疗费限额内为魏某健（系魏某某之父）垫付了1万元，在魏某健诉其公司交通事故一案中，已经向法院提交了垫付该1万元医疗费的全部证据，证其已经在医疗费限额内承担了全部责任，故本案一审判决其在交强险医疗费限额内承担魏某某的医疗费不当，应该在交强险中扣除1万元，不应该再承担该赔偿责任。

魏某某辩称，魏某某医疗费花费7500余元，其向一审法院提交的单据中有救助基金垫付的三四千元，其父在医院花费八九万元，也显示有救助基金垫付，均未显示保险公司垫付的1万元。平阴县法院审理魏某健诉某保险公司交通事故案件时，要求保险公司提交银行流水，但是保险公司至今未提交该证据。其父亲同意保险公司在交强险限额内优先对魏某某的损害进行赔偿。

陈某某辩称，其对某保险公司是否垫付了1万元不清楚。

安盛天平公司未向法庭陈述意见。

郭某某未向法庭陈述意见。

魏某某向一审法院起诉请求：1. 判令被告赔偿原告医疗费7508元、护理费4860元、住院伙食补助费3600元、营养费1350元、后续治疗费3000元、交通费500元、精神抚慰金1000元、鉴定费2860元；2. 本案诉讼费由被告承担。

一审法院认定事实：2019年4月19日9时30分许，被告陈某某驾驶鲁XXX号小型轿车由南向北行驶至平阴县云翠街东段鲁中康桥小区路口左转弯过程中，与沿云翠街由西向东

行驶向被告郭某某驾驶的鲁XXXX小型轿车发生碰撞，致使两车不同程度损坏，鲁XXX号小型轿车乘坐人原告及父亲魏某健受伤。平阴县公安局交通警察大队出具第XXX号道路交通事故认定书，认定陈某某、郭某某承担事故的同等责任，魏某某、魏某健无责任。原告伤后被送往医院进行治疗，住院36天，花费住院费用7507.91元，其中道路交通事故社会救助基金垫付4033.31元。原告魏某某伤后其母马某某对其进行护理。

鲁XXX号小型轿车登记所有人为陈某某，该车在被告安盛天平公司投保了交强险和第三者责任保险50万元，本案事故发生于保险期间内。被告郭某某驾驶的鲁XXXX小型轿车登记在被告郭某某名下，该车在某保险公司投保了交强险和第三者责任保险100万元，及不计免赔险，本案交通事故发生于上述保险期间内。另，鲁XXX号小型轿车为已注册的网络预约车辆，原告及其父亲通过网络平台滴滴出行某公司（简称滴滴公司）预约了被告陈某某驾驶的车辆，本案事故发生时陈某某驾驶该车正从事该笔订单运营过程中。

诉讼中，原告魏某某申请对其伤残等级、护理期限及人数、营养期限、后续治疗费进行鉴定。法院依法委托济南秉正司法鉴定所进行鉴定。2019年8月7日该鉴定机构出具济秉司鉴所〔2019〕临鉴字第315号司法鉴定意见书，认定魏某某不构成伤残等级；护理期限为45日，1人护理；营养期限为45日；后续治疗费约3000元。原告为本次鉴定支付鉴定费2860元。

另查明，本次事故的另一受害人原告的父亲魏某健同意本案所涉交强险限额优先用于对原告的损害赔偿。

关于原告的诉讼请求，法院结合原告魏某某提交的证据及庭审情况分析如下：

1. 医疗费。原告因本案交通事故花费住院费用7507.91元，其中道路交通事故社会救助基金垫付4033.31元，上述事实清楚，当事人均无异议，原告在获得医疗费赔偿后应向道路交通事故社会救助基金管理部门返还上述垫付款。被告某保险公司主张其已为本次事故两受害人垫付医疗费1万元，但未提交证据予以证实，法院不予支持。

2. 护理费。根据鉴定意见书记载，原告护理期限为45日，需1人护理。原告主张护理人员马某某每日护理费按城镇人均可支配收入进行计算为108元。原告主张的护理费标准不过分高于本地护工的平均工资标准，法院予以支持。原告主张的护理费应为4860元（108元/天×45天）。

3. 营养费。根据鉴定意见书记载原告营养期限为45日，原告主张营养费标准为每天30元，不违反法律规定，故原告主张的营养费应为1350元（30元/天×45天）。

4. 住院伙食补助费。原告主张住院36天，每天按照国家机关一般工作人员出差补助每天100元的标准计算，不违反法律规定，故原告主张的住院伙食补助费为3600元。

5. 精神损害抚慰金。原告因本案交通事故遭受伤害系事实，原告未构成伤残等级，结合其遭受损害的程度，法院对其该项主张不予支持。

6. 交通费。原告主张交通费500元，法院认为原告因本次交通事故受伤住院，交通费系实际发生的费用，结合原告的伤情及住院天数，法院予以支持。

7. 鉴定费。原告在本案诉讼中申请了司法鉴定，原告主张鉴定费2860元并提交相应发票予以证实，事实清楚，证据充分。

8. 后续治疗费。原告依据鉴定意见书主张后续治疗费3000元，证据充分，予以支持。

【裁判结果】

山东省平阴县人民法院于2019年12月20日作出(2019)鲁0124民初2851号民事判决：一、被告某保险公司于本判决生效后十日内在机动车交通事故责任强制保险限额内赔偿原告魏某某医疗费7507.9元、护理费4860元、营养费1350元、住院伙食补助费1142.1元、交通费500元。二、被告某保险公司于本判决生效后十日内在第三者责任保险限额内赔偿原告魏某某住院伙食补助费1229元、后续治疗费1500元、鉴定费1430元。三、被告陈某某于本判决生效后十日内赔偿原告魏某某鉴定费1430元、住院伙食补助费1229元、后续治疗费1500元。四、驳回原告魏某某的其他诉讼请求。

二审：山东省济南市中级人民法院于2020年6月23日作出(2019)鲁01民终2872号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议的焦点为：一、一审判决认定被上诉人滴滴公司不承担本案机动车交通事故中的侵权责任是否适当，二、一审判决判令上诉人某保险公司在机动车交通事故责任强制保险限额内赔偿原告魏某某医疗费护理费、营养费等费用是否适当的问题。

对于焦点一：一审判决认定被上诉人滴滴公司不承担本案机动车交通事故中的侵权责任是否适当的问题。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。就本案而言，上诉人魏某某、陈某某虽均主张被上诉人滴滴公司是承运人，在提供运输服务过程中导致上诉人受伤应承担侵权责任，但除其二人的陈述外，并未提供相应的证据证明被上诉人滴滴公司在本案交通事故中存在具体的过错。经审查，现有的证据平阴县公安局交通警察大队出具的道路交通事故认定书认定陈某某、郭某某承担本次事故的同等责任，无法确认滴滴公司的行为与上诉人受伤的后果存在过错及相关的因果关系；且侵权责任与合同违约责任在责任性质、归责原则、举证责任、免责条件、法律适用等方面均不相同，两者的基础法律关系和法律性质也存有差异，被损害的一方有权选择某种法律关系主张对方应当承担的法律责任，但不应就竞合的两种法律关系在一事中一并提出同一诉讼请求。本案为侵权责任纠纷案件，而上诉人魏某某以其与滴滴公司存在承运合同的基础法律事实和法律关系却要求被上诉人滴滴公司承担侵权责任，于法无据，故一审法院认定被上诉人滴滴公司不承担本案机动车交通事故中的侵权责任，符合法律的规定，并无不当。

对于焦点二：一审判决判令上诉人某保险公司在机动车交通事故责任强制保险限额内赔偿原告魏某某医疗费护理费、营养费等费用是否适当的问题。《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。就本案而言，首先，魏某某因本次交通事故受伤并造成损失，部分原因应归责于上诉人某保险公司承保的郭某某所驾驶的鲁××××小型轿车造成，且本次事故发生于保险期间内；故魏某某要求的合理损失应由某保险公司在交强险限额内先行赔付，如有不足部分由某保险公司依照第三者责任保险合同之约定承担，符合法律的规定，应予以

支持。其次，上诉人某保险公司虽主张其在交强险医疗费限额内为魏某健垫付了1万元、在医疗费限额内承担了全部责任，但并未在本案诉讼中向法庭提供相应的支付凭证、生效的法律文书等证据予以证明；且魏某某对此不予认可，案外人魏某健亦未到庭证明其曾收到该1万元医疗费以及该1万元系用于魏某某医疗支出的事实，故现有证据无法确认上诉人某保险公司已在交强险医疗费限额内为魏某健垫付了1万元、在医疗费限额内承担了全部责任的事实。此外，案外人魏某健同意本案所涉交强险限额优先用于对魏某某的损害赔偿。因此，一审判决判令某保险公司在交强险医疗费限额内承担魏某某医疗费、护理费、营养费、住院伙食补助费、交通费等费用，合情合理，并无不当。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 吕厥中 陈 瑶

经营者的安全保障义务的认定问题

——董占勋诉济南雅悦酒店有限公司等健康权纠纷案

关键词 公共场所 安全保障义务 义务来源 合理限度

【案件要旨】

存在侵权行为是认定构成侵权责任的要件之一。据侵权责任法第三十七条第一款的规定,认定经营者侵权行为是否成立,即是判断经营者是否违反安全保障义务,此时,应结合损害事发生的空间、义务来源、是否在合理限度内尽到安全保障义务等因素综合认定。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第三十七条第一款:宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第六条第一款:从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。

【案件索引】

一审:济南市高新技术产业开发区人民法院(2019)鲁 0191 民初 4934 号(2019 年 12 月 20 日)

二审:山东省济南市中级人民法院(2020)鲁 01 民终 1793 号(2020 年 6 月 4 日)

【基本案情】

原告董占勋诉称:其步行沿天辰鲁由东向西步行至酒店门口时,被酒店所有的锁链绊倒,造成其右侧尺骨鹰嘴骨折,依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》及《民事诉讼法》等相关规定,为维护其合法权益,诉至法院。

被告济南雅悦酒店有限公司(以下简称雅悦酒店)、济南雅悦酒店有限公司高新区分店(以下简称雅悦高新分店)辩称:其对本案的发生没有过错,酒店作为经营单位,已经尽到了安全保障义务,董占勋的损害后果与酒店的行为不存在任何因果关系,不应承担侵权责任。董占勋未尽到谨慎注意的义务,未在公共道路上行走,在停车场低头看手机时被绊倒,存在明显过错,其损害后果完全由其个人所致,应自行承担全部责任。

法院经审理查明:2018 年 12 月 3 日 17 时 57 分许,董占勋由东向西步行至雅悦高新分店前方区域时,因其边走路边看手机,被酒店设置的横栏铁链(用来隔离自家停车场和相邻酒店的停车场)绊倒。后董占勋被送往山东省立医院治疗,诊断结果为:右侧尺骨鹰嘴骨折,住院 8 天。双方就纠纷未达成调解,董占勋将雅悦酒店、雅悦高新分店起诉至法院,要求酒店赔偿其医疗费、二次手术费用、住院伙食补助费、营养费、误工费、护理费、交通费、精神损害抚慰金等,共计 124118.29 元。

【裁判结果】

济南市高新技术产业开发区人民法院于 2019 年 12 月 20 日作出(2019)鲁 0191 民初 4934

号民事判决:被告济南雅悦酒店有限公司于判决生效之日起十日内给付原告董占勋医疗费19205.04元、住院伙食补助费400元、营养费1575元、误工费8126.51元、护理费4150元、交通费250元、二次手术费5000元、鉴定费1472.9元;驳回原告董占勋的其他诉讼请求。

宣判后,济南雅悦酒店有限公司起上诉,山东省济南市中级人民法院于2020年6月4日作出(2020)鲁01民终1793号民事判决:一、撤销济南高新技术产业开发区人民法院(2019)鲁0191民初4934号民事判决;二、驳回董占勋的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,《中华人民共和国侵权责任法》第六条规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。根据该规定,侵权行为的成立须具备四个构成要件,即行为人实施了侵权行为、行为人存在过错、产生损害后果、侵权行为与损害后果之间存在因果关系。本案中,事故发生地点位于雅悦高新店停车场,该停车场以酒店外墙、停车杆、护栏和绿化带等与外界隔离,是雅悦高新店管理区域内的独立场所,并非行人通行的正常道路。该停车场与其他酒店停车场相邻,雅悦高新店设置隔离桩及铁链与其他酒店相隔离,属其正常的内部管理行为,其该行为不存在过错。董占勋从涉案酒店所属的停车场穿行,并非在正常的人行通道上行走。同时,董占勋行走时一直低头看手机,至上述隔离设置处时,仍边低头看手机边行走,以致未抬脚跨越隔离物,从而摔倒。结合董占勋关于其此前曾多次在此穿行的陈述,二审法院认定董占勋摔倒是其未按正常道路行走且行走中未注意观察道路情况,与上述雅悦酒店隔离设置不存在因果关系,故对董占勋的诉讼请求不予支持。

【案例注解】

本案中,根据侵权责任法第三十七条第一款的规定,判断雅悦酒店侵权行为是否成立的重要因素是雅悦酒店是否违反安全保障义务,这要从是否符合安全保障义务的空间范围、义务来源和是否在合理限度内尽到安全保障义务三方面进行分析。

一、经营者承担安全保障义务的空间范围

经营者不是在任何地点、任何时间都要对所有人承担相应的安全保障义务。在法律中对安全保障义务有一定的限制,义务承担者和权利人进行接触或者权利人进入到义务人所需要承担安全保障义务的场所,在这段时间内义务人需要承担安全保障义务。安全保障义务是在公共场所。根据《侵权责任法》第三十七条规定,公共场所应该具有与宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等场所类似的特征^①:一是公共性,公共场所必须是对外开放的。二是管理性,即该公共场所由特定的组织或者特定自然人进行管理。三是服务性,包括营利性服务和公益性服务。在1987年国务院颁发的《公共场所卫生管理条例》中第2条以列举的形式归纳出了公共场所的范围:1. 宾馆、饭馆、旅店、招待所、车马店、咖啡馆、酒吧、茶座;2. 公共浴室、理发店、美容店;3. 影剧院、录像厅(室)、游艺厅(室)、舞厅、音乐厅;4. 体育场(馆)、游泳场(馆)、公园;5. 展览馆、博物馆、美术馆、图书馆;6. 商场(店)、书店;7. 候诊室、候车(机、船)室、公共交通工具。本案例中,事故发生地点属于雅悦酒店管理的停车场,该区域以酒店外墙、停车杆、护栏和绿化带等与外界隔离,其作用是为酒店客人提供停车便利,仅对酒店客人开放,具有特定的功能性。因此,董占勋虽在雅悦酒店管理的停车场内受伤,但其不具备作为安全保障义务对象的条件。

^① 王楚:《论侵权责任中公共场所的安全保障义务》,载于甘肃政法学院报2011年1月总第114期。

二、安全保障义务的来源

安全保障义务的来源主要是三个方面:1. 法律直接规定。如《消费者权益保护法》第七条的规定。2. 合同约定的主义务。如旅客运输合同中,客运公司对乘客人身财产安全的保障义务。3. 法定或合同约定的附随义务。如餐饮业、旅馆向顾客提供服务时,应同时对接受服务的客人的人身财产安全进行保障。本案例中,董占勋与雅悦酒店不存在任何合同关系,也不属于法定须提供安全保障义务的情形。因此,从义务来源的角度,要求雅悦酒店尽到合理范围内的安全保障义务的基础不存在。

除安全保障义务外,雅悦酒店在事故区域设置铁链是否具备合法性也是判断其是否存在侵权行为的又一重要因素。因事故停车场与其他酒店停车场相邻,雅悦酒店设置隔离桩及铁链与其他酒店相隔离,属其正常的内部管理行为。反之,董占勋未遵守公共秩序,在该停车场处穿行,未在正常的人行通道上行走,违反公序良俗原则,如若让雅悦酒店承担赔偿责任,显然不妥。

三、安全保障义务的承担应当在合理范围内

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第六条规定了安全保障义务的合理限度范围。法律上规定安全保障义务人承担合理限度范围的义务,既是为了避免过分限制义务人的行为自由,也是为了衡平安全保障义务人与受害人之间的利益。在经营者承担责任的情形中,经营者履行安全保障义务应以其是否排除了危险源为标准。

侵权责任纠纷中判断经营者是否在合理范围内承担了安全保障义务可参考四个标准^①:1. 消除内部不安全因素,为消费者创造一个安全的消费环境。如公共交通工具和浴池没有定期的消毒、存在不合理的惊险而不事先告知等。2. 通过对外部不安全因素的防范,制止第三方对消费者的侵害。这主要是指通过经营者的服务工作,照顾、保护消费者的人身、财产安全不遭受来自外界、第三人的侵害。3. 不安全因素的提示、说明、劝告、协助义务。经营者应当对各种可能出现的伤害和意外情况作出明显的警示。如经营者对经营场所内的电源、易于滑跌的急弯陡坡等可能发生危险的部位或事项,应以醒目的方式,用文字、图案给出提示或警告。必要时,在场的保安及管理人员,应当随时口头提醒、劝阻、警告。4. 对于已经或者正在发生的危险,进行积极的救助,以避免损害的发生或者减少损害。综合考量上述四个标准,判断经营者是否在合理范围内履行安全保障义务,以及履行安全保障义务时是否足以排除了危险源,从而认定是否应当承担相应民事责任。本案例中,雅悦酒店不存在对董占勋承担安保保障义务的基础,也就无从谈是否在合理范围内履行安全保障义务的问题。

编写人:山东省济南市中级人民法院民四庭 刘丹丹

^① 崔艳:《经营者安全保障义务的合理范围》,载于河南公安高等专科学校学报,2007年8月月第4期

教育机构应否向故意犯罪致害人承担管理责任

——刘宗卉诉济南昌聚教育咨询有限公司等教育机构责任纠纷案

关键词 未成年学生 故意犯罪 致害人

【案例要旨】

我国侵权责任法就未成年人在学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害时,教育机构应承担的教育管理责任进行了规定。因故意犯罪致他人损害的致害人,就其损失向教育机构主张赔偿的,法律无相应规定。校园内的故意犯罪依法必须严惩,因故意犯罪致他人损害的,教育机构对致害人依法不承担责任。学校环境中,行为人故意犯罪侵害他人生命健康的,学校的教育管理与制止违法犯罪的能力是有限的。任何犯罪行为不排除具有一定客观因素,致害人向受害人家属赔偿并因此取得谅解,系刑事案件量刑情节之一,在其赔偿后再以此作为损失转由教育机构分担或承担,诉讼主张指向的系对其犯罪行为的非正向导向,从这个意义上讲,其诉讼请求亦不应支持。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第二十七条损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。

【案件索引】

一审:山东省济南市章丘区人民法院(2019)鲁0181民初609号判决书(2019年11月20日)

【基本案情】

原告刘宗卉诉称:2017年9月,刘宗卉考入淄博和平学校(以下简称和平学校)上高中,被告山东华夏园丁教育机构管理咨询有限公司(以下简称华夏公司)收取学费。2017年10月9日,和平学校擅自安排刘宗卉至被告济南昌聚教育咨询有限公司(以下简称昌聚公司)学习。2017年12月4日,刘宗卉因与同班同学顾某发生矛盾,将顾某捅伤致死。三被告均无办学资质,未尽到对学生的安全保障责任,给刘宗卉及家人带来精神及经济损失,要求三被告连带赔偿各项损失计32万元。

昌聚公司辩称:刘宗卉伤害他人生命,其并未遭受人身损害,教育机构依法不应承担侵权责任。

和平学校辩称:我校与刘宗卉及昌聚公司无任何关系,刘宗卉与顾某系昌聚公司学生。刘宗卉主张的损失系其故意犯罪造成,其赔偿受害人的损失是其依法应予赔偿的,我校承担责任于法无据。

华夏公司辩称:我司与和平学校合作办学,使用和平学校办学资质,并以和平学校收据收取学费。2017年6月20日,双方合作办学已终止。同意昌聚公司和淄博和平学校答辩意见,请求驳回刘宗卉的诉讼请求。

法院经审理查明:2017年7月,华夏公司以和平学校名义招收刘宗卉、顾某(已死亡)等54名学生,并收取学费。2017年10月,因和平学校无教室、住宿设施,华夏公司将学生转至昌聚

民事案例

公司上课。2017年11月17日,华夏公司与昌聚公司签订《联合培训办学协议》,约定合作运营高中部。2017年12月4日,刘宗卉与顾某上课期间因传递纸条产生矛盾。晚自习后,刘宗卉获知顾某要带人找其理论,遂到学校小卖部购买水果刀一把。当晚23时许,顾某约着几个同学到刘宗卉宿舍,双方推搡抓扯中,刘宗卉持水果刀捅刺顾某胸部,致顾某死亡。刑事案件审理期间,刘宗卉法定代理人 与顾某亲属达成赔偿协议,赔偿44.2万元,取得顾某亲属谅解。济南市中级人民法院以犯故意伤害罪判处刘宗卉有期徒刑九年,现在服刑期间。2017年12月,昌聚公司、华夏公司分别与顾某父母达成协议,昌聚公司已支付死亡赔偿金等166594元,华夏公司已支付赔偿金14.3万元。2018年1月14日,华夏公司退还刘宗卉父亲学费48000元。

【裁判结果】

山东省济南市章丘区人民法院于2019年11月20日作出(2019)鲁0181民初609号民事判决:判决驳回原告刘宗卉的诉讼请求。宣判后,未提出上诉,判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:本案系在教育机构内未成年学生侵害他人引发的由致害人主张教育机构责任的纠纷。致害人因故意犯罪致他人损害后,以其向受害人亲属的赔偿款作为损失向教育机构主张管理过错赔偿,于法无据。因故意犯罪致他人损害的,教育机构对致害人依法不承担责任。致害人的诉讼主张所指向的系对其犯罪行为的非正向导向,从这个意义上讲,其诉讼请求亦不应支持。

【案例注解】

本案系在教育机构内未成年学生侵害他人引发的由致害人主张教育机构责任的纠纷。刘宗卉故意犯罪致他人死亡,其主张的损失是其父母向受害人家属依法支付的死亡赔偿金等,及其因涉案事件导致的精神损害抚慰金。我国法律对未成年在校学生人身受到损害,无论是来自校内还是来自校外,对教育机构教育管理上的过错责任,均有相应规定。但对致害人致他人损害能否主张教育机构责任,法律未作规定。对故意犯罪行为人为人因犯罪事件导致的所谓损失,更是未作规定。裁判具有一定司法指引功能,教育机构依法对在校未成年学生负有教育管理职责,受害者权益必须依法得到保护,而违法犯罪者也必然依法予以惩处,这是司法之要义。本案中,教育机构已经向受害人家属进行了赔偿,致害人刘宗卉也依法被判处刑罚。受害人顾某与刘宗卉均正值花季的在校未成年学生,本应快乐无忧、学习生活,有着美好的未来,承担着家人和期望。涉案事件令人叹息。顾某失去生命,让人痛惜,同样本应快乐成长的刘宗卉要在监狱度过漫长岁月,违法犯罪必然对其造成心理影响,精神上的折磨会对她的未来也会造成一定影响,令人惋惜。在这里,也希望给教育机构以警醒,特别是民办教育机构,应当依法规制、依法管理、健康发展,切实履行好教育管理职责,及时发现、消除各种风险,让学生在教育机构能够健康安全的学习生活。希望类似事件今后不会再发生,希望能够引起教育机构思考,以本案为鉴,在今后为我国民办教育事业的健康发展付出努力。

编写人:山东省济南市章丘区人民法院 赵会娟

以院长发现方式进入再审程序 后发现原审调解没有错误的裁判方法

——李清利诉刘桂英等民间借贷纠纷案

关键词 院长发现 原审调解没有错误 再审裁判方法

【案例要旨】

院长发现作为启动审判监督程序的一种方式,有且仅有《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十八条第一款之规定,该款仅规定了院长发现的启动条件,但对于结案处理方式并未作出规定。对于原审系以调解方式审结的案件,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百零九条规定了两种处理方式,即仅对原审以调解方式结案,以当事人申请再审、人民检察院抗诉或检察建议的方式进入再审的处理方式作出了规定,但对以院长发现的方式进入再审的裁判方式,法律规定为空白。本案再审经审查,无证据证明原审调解存在违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律规定,故对原审调解书不应予以撤销,应以判决形式维持原调解书。

【相关法条】

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十八条第一款各人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定、调解书,发现确有错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百零九条人民法院对调解书裁定再审后,按照下列情形分别处理:(一)当事人提出的调解违反自愿原则的事由不成立,且调解书的内容不违反法律强制性规定的,裁定驳回再审申请;(二)人民检察院抗诉或者再审检察建议所主张的损害国家利益、公共利益的理由不成立的,裁定终结再审程序。前款规定情形,人民法院裁定中止执行的调解书需要继续执行的,自动恢复执行。

【案件索引】

一审:(2015)天民四初字第691号民事调解书(2015年11月9日)

再审:(2019)鲁0105民监2号民事裁定书(2019年1月20日)

【基本案情】

原告李清利原审诉讼请求:1. 被告刘桂英、楼文超、娄天宝在继承娄建生遗产范围内向李清利偿还借款本金40万元及利息;2. 李清利有权对在娄建生名下的济房权证天字第169628号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号楼6-301号房产及济房权证天字第169629号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号楼6-107号地下室享有优先受偿权;3. 诉讼费由刘桂英、楼文超、娄天宝负担。

一审法院经审理查明:2013年5月20日,李清利与被继承人娄建生签订抵押借款合同一份,合同约定,娄建生向李清利借款40万元,借款期限为2个月,借款利息为月利率2.5%。娄建生以其所有的济房权证天字第169628号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号楼6-301号房产及济房权证天字第169629号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号

民事案例

楼6-107号地下室为上述借款作抵押担保。合同签订后,李清利以银行转账的方式将借款支付给娄建生,双方将上述抵押房产在济南市住房保障和房产管理局办理了房屋抵押登记手续。借款期限届满后,娄建生没有履行还款义务。2013年10月30日娄建生去世,刘桂英、楼文超、娄天宝为被继承人娄建生的法定继承人。

再审查明:1. 关于借款并办理抵押登记时李清利是否知道涉案房屋已经出卖的事实,李清利称,借款人娄建生只是告知涉案房屋被别人临时居住,从来没有提过房屋已经出卖的问题。如果知道就不会让他用这个房屋做抵押。三原审被告均称不清楚,系娄建生生前自己操作,未向他们提及。2. 关于李清利借款时是否知道案外人杨文春与娄建生就涉案房屋买卖发生纠纷并由本院于2012年9月26日作出(2012)天民四初字第238号民事判决的问题,李清利称不知道。3. 关于签订抵押合同并办理抵押登记后是否至涉案房屋现场核实的问题,李清利称,在签订合同之前和娄建生一起去涉案房屋现场看过,当时没有进入,在涉案房屋门口娄建生说房屋正在被一个朋友临时居住。三原审被告均称不清楚。4. 李清利提交的房屋权属状况信息中载明,涉案房屋登记的所有权人仍为娄建生;抵押情况处载明:债权人李清利,抵押金额40万元,债务履行期限2013-5-20至2013-7-19。查封情况处载明:查封单位天桥区人民法院,查封期限2018年4月12日起2021年4月11日止。

另查明,娄建生借款后未偿还本金,截止2014年12月31日的利息已付清。

再审过程中,李清利要求三原审被告支付利息,其认为借款合同中利息约定过高,自愿降为按照年利率24%为计算标准,以借款本金40万元为基数,自2015年1月1日起计算至借款付清之日止。李清利要求就涉案房屋在借款本金40万元及逾期利息范围内享有优先受偿权。三原审被告均同意。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2015年11月9日作出(2015)天民四初字第691号民事调解书:经本院主持调解,双方当事人自愿达成如下协议:一、被告刘桂英、楼文超、娄天宝于2015年11月16日前支付原告李清利借款40万元;二、被告刘桂英、楼文超、娄天宝支付原告李清利借款利息,以借款40万元为基数,自2015年1月1日起计算至借款付清之日止,按年利率24%计算。于上述借款一并付清;三、被告刘桂英、楼文超、娄天宝逾期不能履行上述协议第一项、第二项,原告李清利有权对被继承人娄建生名下,济房权证天字第169628号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号楼6-301号房产及济房权证天字第169629号所有权证项下,坐落于济南市天桥区顺清苑15号楼6-107号地下室行使优先受偿权;四、案件受理费7600元,减半收取3800元,被告楼文超自愿负担。上述协议符合法律规定,本院予以确认。经济南市天桥区人民法院院长发现并经提交审判委员会讨论决定,于2019年1月20日作出(2019)鲁0105民监2号民事裁定,再审本案。济南市天桥区人民法院2020年4月28日作出(2019)鲁0105民再7号民事判决:维持(2015)天民四初字第691号民事调解书。宣判后,双方均未提出上诉,判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,根据李清利提交的证据并结合双方当事人的陈述,可以确认,李清利与借款人娄建生签订借款合同并办理抵押登记前,与娄建生一起至涉案房屋处实地查看,已经履行了合同前义务,其对涉案房屋被生效判决确认买卖该房的合同有效并由案外人杨文春实际占有居住并不知情,双方签订借款合同时并未构成恶意串通。刘桂英单方面隐瞒出卖情况,欺骗

了李清利,而李清利在不知情的情况下自愿接受法院调解,并未违反自愿原则。本院于2015年11月9日作出民事调解书时,涉案房屋并未被查封,涉案房屋由本院生效判决确认房屋买卖合同有效后,并不产生物权变动效力,合同双方均未继续履行后续事宜,就合同下一步履行情况双方未达成一致意见,是继续履行合同还是解除合同等事项存在不确定性。综上,无证据证明原审调解存在违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律规定,故原审调解书不应予以撤销。

【案例注解】

本案经再审审理,认为无证据证明原审调解存在违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律规定,故原审调解书不应予以撤销。但关于以院长发现的方式启动审判监督程序,但再审发现原审调解书没有错误的处理方式,法律规定为空白。本案经实体审理,确定原审调解书没有错误,如果参照人民检察院抗诉的情况,采用裁定终结再审程序的处理方式,因民事裁定书没有既判力的效果,不能解决实际问题。故采用判决形式维持原调解书,不违反法律法规的强制性规定,符合一般立法精神。

编写人:济南市天桥区人民法院审监庭 肖 葵

定作人指示过失的认定

——朱京华诉黄庆总、司君文等提供劳务者受害责任纠纷案

关键词 承揽关系 定作人 指示过失 不作为

【案例要旨】

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条规定的定作人指示过失,可由积极的行为构成,亦可由消极的行为即不作为构成,如定作人知道或应当知道承揽事项中明显有侵害他人权利的可能却不指示预防措施而任其进行,亦为指示过失。

【相关法条】

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接收发包或分包业务的雇主没有相应资质或安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。

【案件索引】

一审:山东省济南市莱芜区人民法院(2019)鲁1202民初575号(2019年11月4日)

二审:山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终325号(2020年3月3日)

【基本案情】

原告朱京华诉称,1. 依判令各被告赔偿原告医疗费411474.31元、误工费118724元、护理费38950元、伙食补助费20500元、交通费10000元、营养费14600元、住宿费1842元、伤残赔偿金293346元、护理依赖费用584000元、被抚养人生活费93916元、鉴定费3640元、精神抚慰金30000元、后续治疗费50000元等共计1670992.31元,扣除被告已付医药费405960元,请求赔偿数额为1265032.31元;上述费用由各被告承担连带赔偿责任;2. 诉讼费由被告承担。

被告黄庆总辩称,这个工程由我和朱京荣接的,由我本人和被告司君文签订的协议。被告从来没有给我们提供图纸,并没有按照协议执行。承包工程盈利的是王鹏元、司君文,由我承担责任不妥,我没有责任,王鹏元、司君文没有尽到管理监督义务,不应该由我单独承担责任。

司君文、王鹏元辩称,本案应当由黄庆总承担责任,工程分包合同中约定,出现人身安全责任的时候,全部由黄庆总承担。朱京华在明知高空作业存在危险的情况下,却不佩戴安全绳、安全帽等安全用品,直接导致该事故的发生,因此朱京华存在重大过失,其应当承担主要责任。

被告大洋泊车股份有限公司(以下简称大洋公司)辩称,被告亿丰建设有限公司(以下简称亿丰公司)从我司定购立体车库,我司生产完毕后,交由具有安装资质的公司即被告潍坊启航立体停车设备销售服务有限公司(以下简称启航公司)进行安装,我司对于事故的发生没有过错,不应当承担责任。另外,朱京华自身对事故的发生具有过错,其主张的各项损失亦过高。

启航公司辩称,我司与司君文签订机械式停车设备安装协议,约定将湖南怀化溆浦县立体

停车库项目发包给司君文,并且约定司君文造成的设备、人员等一切责任事故由司君文负责,合同还约定未经我方同意司君文不得将工程私自转包。司君文将工程私自转包给他人,我方对此并不知情,且朱京华系黄庆总雇佣的工人,原告在工作时受伤,与我方无关,我方不应当承担任何赔偿责任。另朱京华在施工过程中,未遵守施工规范要求,没有佩戴安全帽及系安全带,其在此次事故的发生存在重大过错,应由本人负担主要责任。

亿丰公司未作答辩。

法院经审理查明:亿丰公司向大洋公司购买十一层垂直升降类机械停车库,大洋公司负责设备的设计、制造、运输、安装、调试及售后服务,并遵守设备安装施工的有关规定,文明施工并接受现场管理人员的监督。

后大洋公司签订合同将停车库项目承包给启航公司,大洋公司负责将货物运抵施工现场并提供图纸和工艺,启航公司根据要求配齐配足具备相应技术资质的施工人员,现场安装人员必须佩戴安全帽,高空作业需系安全带,大洋公司有权对现场安装人员未佩戴安全帽或高空作业未系安全带、未入保险等行为进行处罚,启航公司不得将其承包的工程转包或肢解后以分包的名义转包给他人,特殊情况需要转分包,须经大洋公司书面同意。该合同履行过程中,大洋公司并未审查施工人员的资质(资格),亦未督促启航公司将施工人员保单交其保存。

后启航公司与司君文签订合同,将该停车设备项目承包给司君文,启航公司负责将货物运抵施工现场并提供图纸和工艺,司君文按照安装工艺和技术进行施工并配齐配足具备相应技术资质的施工人员,现场安装人员必须佩戴安全帽、高空作业需系安全带,司君文必须给施工人员购置人身意外伤害保险。合同还约定司君文不得将其承包的工程转包或肢解后以分包名义转包给他人,特殊情况需要转分包,须经启航公司的书面同意。后司君文与黄庆总签订分包合同一份,将停车设备项目委托给黄庆总施工,黄庆总负责施工人工工资、吊装及施工工具、辅助材料等,司君文负责提供施工图纸及协调总包方的发货等工作,协调与总包方的关系,负责按时支付施工进度款,监督管理黄庆总的现场施工安全及施工人员劳保用品的穿戴。合同还约定黄庆总必要严格按照安全操作规程进行安装施工,高空作业必须设置必要的安全防护,高空作业人员必须严格佩戴安全带等劳保用品,拒绝违章作业。王鹏元对其与司君文共同承包启航公司转包的工程后又共同转包给被告黄庆总的事实予以认可。

黄庆总与雇佣的朱京华等四人到达案涉项目工地施工。大洋公司施工现场负责人于海波进行安全技术交底,要求进入施工现场必须戴好安全帽,高空作业必须系好安全带,但安全技术交底记录中并未涉及安装防护网、安全网等高空作业坠落预防措施问题,没有严格执行《建筑施工高处作业安全技术规范》。2018年5月6日,朱京华在高空工作攀爬固定安全带时从钢梁上跌落受伤。

朱京华父亲朱茂文出生于1950年10月10日,其母亲张兰英出生于1949年7月26日,两人生育三子,原告朱京华为其二子。大洋公司具有特种设备制造许可证(起重机械)及特种设备安装改造维修许可证(起重机械)。启航公司具有特种设备安装改造维修许可证(起重机械)。亿丰公司施工现场负责人为李喜军,启航公司施工现场无工作人员。

【裁判结果】

山东省济南市莱芜区人民法院于2019年11月4日作出(2019)鲁1202民初575号民事判决:一、被告黄庆总于判决生效之日起十日内赔偿原告朱京华医疗费、误工费、伤残赔偿金、护理费、住院伙食补助费、交通费、营养费、住宿费、鉴定费、精神抚慰金、后续治疗费共计568606.2

民事案例

元。二、被告司君文、王鹏元、潍坊启航立体停车设备销售服务有限公司对第一项履行内容承担连带赔偿责任。三、被告大洋泊车股份有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告朱京华医疗费、误工费、伤残赔偿金、护理费、住院伙食补助费、交通费、营养费、住宿费、鉴定费、精神抚慰金、后续治疗费共计 341163.7 元。四、驳回原告朱京华其他的诉讼请求。宣判后,被告司君文、王鹏元、大洋泊车股份有限公司提出上诉。山东省济南市中级人民法院于 2020 年 3 月 3 日作出(2020)鲁 01 民终 325 号民事判决,驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,朱京华与黄庆总为雇佣关系,亿丰公司与大洋公司为买卖、服务合同关系,大洋公司与启航公司为劳务发包关系(承揽合同),启航公司与司君文、王鹏元之间,司君文、王鹏元与黄庆总之间均系工程转包关系(承揽合同)。亿丰公司系涉案设备、服务购买方,合同相对人即大洋公司亦具备相应资质,亿丰公司对朱京华伤害不存在过错,不承担责任。朱京华作为完全民事行为能力人在明知自己不具备从业资格的情况下从事危险性的工作,在工作中自身安全管理不够,其本人也存在一定过错,应自己承担部分民事责任。黄庆总作为雇主,招募不具备高处作业资格人员及特种设备作业人员进行特种设备特种作业,施工过程中亦没有提供充分的安全生产条件,安全管理不善,因此存在过错,其应当承担赔偿责任。根据双方过错程度和原因力的大小,本院酌定朱京华承担责任的 20%,黄庆总承担责任的 50%。启航公司、王鹏元、司君文将特种设备的安装工程层层转包给不具备相应资质的个人,其应当与雇主即黄庆总承担连带赔偿责任。本案的焦点问题为:大洋公司作为定作人是否存在指示过失,应否承担责任。

人身损害赔偿案件解释第十条的规定,承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。本规定中,定作人承担指示过失责任应当具备以下要件:一是定作人对定作、指示或者选任有过失。定作人的指示过失,包括定作过失、指示过失或者选任过失。定作过失,是指定作加工的本身就存在过失,即承揽事项本身即为不法。指示过失,是指定作本身为正当,但定作人在对承揽人完成定作事项的指示具有过失。选任过失是指定作人对承揽人的选择即是否具备资质或安全生产条件明显有过失。二是须因执行定作人就定作或指示有过失的承揽事项。承揽事项,不应仅仅局限于承揽合同,应包括承揽加工、建筑承包等合同约定的内容,泛指依合同约定,一方为另一方完成某种行为的情况。三是承揽人的行为构成侵权行为。承揽人在执行定作指示时,该定作行为侵害他人的合法权益。四是第三人或者承揽人受有损害。损害的发生,应是第三人或者承揽人的损害,且定作或指示过失为损害发生的条件。

承揽人从事定作事项并存在侵权行为致使他人损害,事实清楚。定作人大洋公司是否存在指示过失,对此,指示过失应当广义理解,即指示过失可由积极的行为构成,亦可由消极的行为即不作为构成,如定作人知道或应当知道承揽事项中明显有侵害他人权利的可能却不指示预防措施而任其进行,亦为指示过失。本案中,启航公司虽然具有涉案设备安装资质,大洋公司在合同中也对启航公司施工人员的资质、安全施工、人员保险以及禁止转包进行了约定,但是大洋公司在履行合同中并没有对上述事项进行必要的监督和约束,工程层层转包,从而导致本案特种设备安装工程最终转包给无资质的个人,安全生产规定形同虚设,大大增加了承揽侵害他人人身权利的可能。另大洋公司作为发包人在启航公司未派驻安全管理人员的情况下,并未督促启

航公司派驻人员进行安全管理,相反代行安全管理职责且未尽到安全管理义务,其应当对安全管理承担责任。根据过错程度和原因力的大小,本院认定大洋公司承担责任的30%。

【案例注解】

1. 制度概述。定作人指示过失责任不是中国原有的制度,也不是大陆法系的制度,是美国侵权法的制度,有的把它译为独立契约或者独立施工人。其含义是,定作人和承揽人之间订立了承揽加工合同,如果承揽人在加工过程中造成了第三人的损害,由他自己承担责任。但是如果定作人给承揽人错误的指示或者定作,承揽人按照错误的指示或者定作去执行,造成了他人的损害,就应当由定作人来承担赔偿责任。日本在19世纪末起草《日本民法典》引进了这种侵权行为,规定了第716条:“定作人对于承揽人就其工作加于他人的损害,不负赔偿责任。但是,定作人对定作或指示有过失时,不在此限。”我国在清末起草《大清民律草案》,第953条直接引进了日本侵权法的这个条文,《国民律草案》第254条作了规定,民国时期国民政府起草的民法典中最终规定了定作人指示过失责任,这就是第189条:“承揽人执行承揽事项,不法侵害他人权利者,定作人不负损害赔偿。但定作人于定作或者指示有过失者,不在此限。”我国的人身损害赔偿解释第十条规定了这一制度,因该制度在实践中适用较为广泛,在2020年5月28日颁布的民法典第一千一百九十三条采纳了这一特殊侵权制度。

2. 争点理解。根据人身损害赔偿解释第十条的规定,定作人承担侵权责任的前提是定作人存在指示过失。认定定作人承担不作为的指示过失,一是双方之间的合同应为承揽性质,定作人与承揽人之间有书面的安全管理条款约定或其他约定情形即定作人有作为的义务。二是造成承揽人损害或者承揽人损害他人的行为,必须是在完成承揽事项的过程中发生的行为。如果超出了执行承揽事项范围,不存在定作人指示过失的侵权责任。三是造成损害的行为人是承揽人。造成损害事实的直接行为人,是承揽人而不是定作人,是承揽人在执行承揽事项中,以自己的行为造成他人损害,或者造成自己的损害,并不是定作人的行为造成他人损害或者承揽人的损害。四是承担责任的是定作人。侵权责任的承担者是定作人,定作人为自己过失的定作、指示或者选任所造成的后果承担赔偿责任。这正是定作人指示过失责任的基本特征,是为他人的行为造成的后果负责,而承揽人造成损害的原因在于定作人的过失。过失的内容是对谨慎注意义务的违反。衡量过失的标准,应以通常人的谨慎注意行为标准为核心,再根据具体情况提高或降低应尽的谨慎注意义务,从而确定其是否存在过失。应当注意的是,定作人指示过失,可由积极的行为构成,亦可由消极的行为构成。前者如命令承揽人违章作业,后者如承揽事项明显有侵害他人权利的可能却不指示预防措施而任其进行。这些都是定作人的过失。

3. 关联实务。以往审判实践中认定定作人指示过失的多为积极行为的过失,对于定作人不作为、放任损害结果发生的认定较少,本案中定作人确实选任有资质的承揽人进行了施工,其坚持认为没有过错,但双方在合同中约定了安全管理条款,却在履行过程中疏于对承揽人安全管理条款的监督,且代为行使安全管理职责,其明知存在安全隐患,却放任危险的发生,也应当认定为指示过失,承担赔偿责任。尤其在建筑工程领域,转包分包情况较多,对于工人受伤后责任分担具有参考意义。在审判实践中,以不作为的定作人指示过失由定作人来承担责任,也是督促定作人更严格的管理和监督承揽人的工作。

4. 注意问题。首先承揽人与定作人之间对安全管理等相关事项有书面约定或者其他定作

民事案例

人应负责任,即定作人有作为的义务来源。其次,定作人有作为义务但不作为,如疏于安全管理,未提供或未监督承揽人提供相关安全设施设备。在审判实践中注意具体案件具体分析。另外定作人指示过失的举证责任由受害人承担,即定作人定作或指示的过失,由受害人证明。承揽人认为定作人有过失时,为免除自己的责任或减轻自己的责任,也可以举证证明定作人的过失。

编写人:山东省济南市莱芜区人民法院羊里人民法庭 鲁爱军 马玉凤

借名买房协议依法能否受保护

——王荣祥诉徐立勇等合同纠纷案

关键词 借名买房 房屋买卖 所有权

【案例要旨】

1. 案涉房屋签订的《协议》不违反法律、行政法规的强制性规定。签订协议的双方均系完全民事行为能力人,且无证据证明该《协议》有其他无效或可撤销的情形,故协议双方当事人应按约履行协议。

2. 房地产权证是权利人享有涉案不动产物权的证明,但因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。此时就不能简单按照房地产权证上登记的产权人认定物权所有人。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第六十条当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

《中华人民共和国物权法》第三十三条因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。

【案件索引】

一审:山东省济南市长清区人民法院(2018)鲁0113民初2563号(2018年10月9日)

【基本案情】

原告王荣祥诉称,2013年8月5日,王荣祥与徐立勇签订《协议》一份,约定由徐立勇代王荣祥持有山东荣祥房地产开发有限公司(以下简称荣祥公司)开发的位于青岛市黄岛区庐山路77号隆基家源小区2栋3301号房产。徐立勇仅为名义上的登记人,房屋所有权和其他一切权利归王荣祥,徐立勇有义务随时配合王荣祥对房屋处置和过户。合同签订后,徐立勇办理了房屋产权登记,证号为青房地权市字第201396208号。现徐立勇不认可双方协议,占有房屋并拒绝协助办理过户手续。另,因涉案房屋曾设定抵押权登记,他项权利人为刘春恩。现王荣祥方已经向刘春恩偿还了抵押权所涉借款,刘春恩理应协助王荣祥解除抵押登记。综上,王荣祥诉至法院,提出诉讼请求如下:1. 依法确认王荣祥、徐立勇于2013年8月5日签订的《协议》有效;2. 依法判令徐立勇协助王荣祥办理不动产转移登记,将青房地权市字第201396208号,位于青岛市开发区庐山路77号隆基家源小区2栋3301号房产过户至王荣祥名下,并将房屋交还给王荣祥;3. 本案诉讼费、律师费等由徐立勇负担。诉前,王荣祥增加诉讼请求如下:1. 要求刘春恩协助办理青房地权市字第201396208号房屋的解除抵押权登记手续;2. 要求法院依法判令徐立勇腾房并向王荣祥交还青房地权市字第201396208号房屋。

被告徐立勇辩称,王荣祥与徐立勇之间的《协议》为无效合同,其诉讼请求应予驳回。一、王荣祥原为荣祥公司的实际控制人,其为达到占有、转移荣祥公司财产的目的,与徐立勇签订《协议》。该协议称王荣祥为涉案房屋的实际出资人,但事实上,王荣祥从未向荣祥公司支付过任何

民事案例

房款及费用。该协议实际签订时间为2016年4月,即荣祥公司变更股东之前,是王荣祥作为荣祥公司当时的实际控制人为转移公司财产而签订,王荣祥的行为严重损害了新股东及荣祥公司的利益,该协议应为无效合同;二、徐立勇履行所谓配合过户等义务的前提应是王荣祥已经支付了合同对价,否则由于该房款未向地产公司支付,徐立勇作为《商品房买卖合同》中的一方,与荣祥公司之间的债权债务关系仍未消灭,若在此情况下徐立勇将房屋转移至没有履行过任何出资义务的王荣祥名下,明显对徐立勇不公。综上,案涉协议只约定徐立勇义务未约定任何权利,既不符合常理,也违反了法律规定,故请求法院依法驳回王荣祥的诉讼请求。

法院经审理查明:2008年12月30日,徐立勇与荣祥公司签订商品房买卖合同一份,约定由徐立勇购买荣祥公司开发建设的位于青岛市经济技术开发区庐山路77号,房屋面积为222.91 m²的隆基家源2幢33层01室。双方约定房屋单价为5100元/m²,房屋总价款为11368.41元。2013年8月3日,荣祥公司为徐立勇开具票面金额为1136841元的不动产发票一张,并于2013年8月7日协助徐立勇办理了房屋产权登记手续,产权证号为青房地权市字第201396208号。

2013年8月5日,王荣祥与徐立勇签订了《协议》一份,该协议主要约定青岛开发区庐山路77号隆基家源小区2#3301室房屋的全部房款及办证费用均由王荣祥出资,该房屋的所有权、一切处置权及房屋的全部经济价值都归王荣祥所有,徐立勇对该房屋无任何处置权和所有权。在王荣祥方对该房屋做处置及变更时,徐立勇应无条件配合办理相关手续。

法院另查明,涉案房屋的购房款系分别由王荣祥的儿子王观宇及儿媳杜鹃向徐立勇过付后徐立勇方转付给荣祥公司,有双方之间的转账凭证及荣祥公司的记账凭证在案为凭。王荣祥足额向徐立勇交付了购房款,徐立勇亦足额向荣祥公司支付了购房款。至于房屋买卖合同的签订时间与购房款的交付时间为何有较长的时间差,当事人双方均未作解释说明。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2018年10月9日,作出(2018)鲁0113民初2563号民事判决:确认位于青岛市开发区庐山路77号2栋3301房产(房地产权证号:青房地权市字第201396208号)所有权归原告王荣祥所有;限被告徐立勇于本判决生效之日起十日内腾退上述房产并将上述房产交付给原告王荣祥;被告徐立勇、第三人刘春恩应于本判决生效之日起十日内办理上述房产的注销抵押登记手续;被告徐立勇应在办理完毕上述房产的注销抵押登记手续后十日内将上述房产过户登记至原告王荣祥名下;因办理注销抵押登记手续及房产过户登记手续产生的费用由原告王荣祥负担。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,本案所涉房屋是正常的商品房而非经济适用房等需要购房者具备特定人身属性要求的政策房,故王荣祥与徐立勇因案涉房屋签订的《协议》不违反法律、行政法规的强制性规定。签订协议的双方均系完全民事行为能力人,且无证据证明该《协议》有其他无效或可撤销的情形,徐立勇陈述该协议仅约定了其义务未约定权利显失公平,但其以其名义代王荣祥持有房屋的行为对其未造成任何损失,故即使双方未对徐立勇的权利作出约定也不能认定该协议显示公平。故本院认定王荣祥与徐立勇签订的《协议》合法有效,双方应根据《中华人民共和国合同法》第六十条的规定,依法履行协议约定的内容。

房地产权证是权利人享有涉案不动产物权的证明,但根据《中华人民共和国物权法》第三十三条的规定,因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。此时就不能简单

按照房地产权证书上登记的产权人认定物权所有人。本案中,王荣祥主张其借用徐立勇的名义购买了涉案房产,根据本案查明的事实,双方以签订《协议》的形式对上述情况进行了确认。且王荣祥提交的付款凭证足以证实涉案房屋的购房款系由其方负担,与《协议》中载明的王荣祥为购买涉案房屋的实际出资人的事实相印证。徐立勇亦认可其本人没有出资购买涉案房屋的事实,故本院对王荣祥关于借名买房的主张予以支持。

至于徐立勇主张的涉案房屋购房款支付的时间与购房合同签订时间相差较大,不符合常理及王荣祥购买涉案房屋损害荣祥公司利益的情况。本院认为王荣祥提交的证据足以证实王荣祥实际向徐立勇支付了涉案房屋购房款,且相关购房款亦由徐立勇交付给了荣祥公司,荣祥公司亦对相关款项进行了账目记录,相关证据形成了完整的证据链条。虽交款时间与购房合同签订时间相差较大,但荣祥公司未提出异议且协助徐立勇办理了房地产权证书,足以证实荣祥公司对购房款延迟支付事宜的认可。涉案房屋的购买是否侵犯荣祥公司利益与本案并无关联性,就本案而言,王荣祥提交的证据足以证实其主张。

结合王荣祥以及抵押权人刘春恩的相关主张,涉案房屋抵押权项下的借款已全部还清。为保证涉案房屋顺利办理过户登记手续,本院判令徐立勇、刘春恩协助办理注销抵押登记手续后,再由徐立勇将涉案房产登记过户至王荣祥名下。因徐立勇以个人名义帮助王荣祥购买房屋并未获取任何收益,故本院判令本案诉讼费、保全费、律师费及涉案房产办理注销抵押登记以及过户所产生的费用由王荣祥负担。

【案例注解】

自各个地市出台“限购政策”以来,部分有购房需求的人失去了购房资格,即使能签房屋买卖合同,也无法在房地产中心进行交易过户。在这样的大背景下,个别购房者采用了“借名买房”的方式,即以父母、子女或者其他人的名义购房,而购房款项却由实际购房者支付。待实际购房者取得购买房屋资格时,再将房屋所有权由登记的房主名下转移到实际购房者名下。

在处理此类案件中,除正常房屋买卖合同案件中需审查的问题外,还是要严格审查实际购房者的购房资格,严格审查购房款的支付问题等,明确房屋切实由实际购房者购买且实际购房者已经取得了购房资格,亦要明确办理房产过户手续产生的费用承担问题。防止部分当事人以此种方式钻政策的空子取得房屋所有权。

本案原告王荣祥购买涉案房屋,虽不存在限购政策等使其无法购买房屋等情形,但也是借名买房的典型情况。王荣祥为证实系实际购房者,提交了其与被告徐立勇之间的协议,也提交了购房款实际由其支付的证据,足以使法院确信其系实际购房者。另因房产登记在被告徐立勇名下时存在抵押登记情况,法院应在不侵害第三人刘春恩利益的情况下,判令注销房屋的抵押登记后方能将房屋过户至王荣祥名下。另,此类案件中,挂名的房主一般不因借名买房获得利益,故虽其为被告甚至为败诉方,法院在处理诉讼费、房屋过户费等费用时,一般应判令由实际购房者承担,这也符合房屋买卖合同的日常交易规律。

编写人:山东省济南市长清区人民法院马山法庭 于 鑫

三、商事案例

涉及网络通信领域多主体实施方法专利的侵权行为判定

——深圳敦骏科技有限公司诉深圳市吉祥腾达科技有限公司等侵害发明专利权纠纷案

关键词 方法专利 对权利要求的解释 侵权判定 举证责任

【案例要旨】

网络通信领域多主体实施方法专利往往是以软件的形式安装在某一硬件设备中,由终端用户在使用终端设备时触发软件在后台自动运行。表面上看,终端用户是专利方法的实施者,实质上,专利方法早已在被诉侵权产品的制造过程中得以固化,终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程,仅是固化在被诉侵权产品内的专利方法的机械重演。因此,如果行为人以生产经营为目的,将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中,该行为或行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用,即终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程的,则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法,侵害了专利权人的权利。

【相关法条】

《中华人民共和国专利法》第一条为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展,制定本法。

《中华人民共和国专利法》第十一条第一款发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第三条人民法院对于权利要求,可以运用说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案进行解释。说明书对权利要求用语有特别界定的,从其特别界定。

以上述方法仍不能明确权利要求含义的,可以结合工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围,应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。

被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的,人民法院应当认定其落入专利权的保护范围;被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比,缺少权利要求记载的一个以上的技术特征,或者有一个以上技术特征不相同也

不等同的,人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第二十七条权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的,人民法院应当依照专利法第六十五条第一款的规定,要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证;在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据,而与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料;侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

【案件索引】

一审:济南市中级人民法院(2018)鲁01民初1481号(2019年5月6日)

二审:最高人民法院(2019)最高法知民终147号(2019年12月6日)

【基本案情】

原告深圳敦骏科技有限公司(以下简称敦骏公司)诉称,原告是专利号为“ZL02123502.3”、名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”发明专利的专利权人。该专利涉及一种简易访问网络运营商门户网站的方法,是一种强制(Portal)业务技术,是对“目的地址转换+源地址转换+重定向”技术方案进行提炼,可简化强制实现过程和减轻对接入服务器底层硬件的要求。其内容为:1. 一种简易访问网络运营商门户网站的方法,其特征包括以下处理步骤:A. 接入服务器底层硬件对门户业务用户设备未通过认证前的第一个上行 HTTP 报文,直接提交给“虚拟 Web 服务器”,该“虚拟 Web 服务器”功能由接入服务器高层软件的“虚拟 Web 服务器”模块实现;B. 由该“虚拟 Web 服务器”虚拟成用户要访问的网站与门户业务用户设备建立 TCP 连接,“虚拟 Web 服务器”向接入服务器底层硬件返回含有重定向信息的报文,再由接入服务器底层硬件按正常的转发流程向门户业务用户设备发一个重定向到真正门户网站 Portal-Server 的报文;C. 收到重定向报文后的门户业务用户设备的浏览器自动发起对真正门户网站 Portal-Server 的访问。2. 根据权利要求 1 所述的一种简易访问网络运营商门户网站的方法,其特征包括:所述的步骤 A,由门户业务用户在浏览器上输入任何正确的域名、IP 地址或任意的数字,形成上行 IP 报文;所述的步骤 B,由“虚拟 Web 服务器”虚拟成该 IP 报文的 IP 地址的网站。腾达公司确认,腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器的技术方案一致,腾达 G1 路由器与腾达 W15E 路由器的工作原理一致。被告深圳市吉祥腾达科技有限公司(以下简称腾达公司)制造、销售的 W15E、W20E、G1 等多款商用无线路由器侵犯原告涉案专利权,被告济南历下弘康电子产品经营部(以下简称弘康经营部)、济南历下昊威电子产品经营部(以下简称昊威经营部)销售侵犯原告涉案专利权的产品,销售范围广、销量多,给原告造成经济损失。

被告腾达公司辩称:原、被告访问任意网站时实现定向的方式不同,被告技术方案在实现访问的过程亦不等同,被告没有侵权。原告诉请的赔偿数额过高且缺乏事实及法律依据。请求驳回原告的诉讼请求。被告弘康经营部、昊威经营部共同辩称,被告销售的产品涉案产品是从代理商处合法进货的,不是涉案产品的生产者,不承担责任。

法院经审理查明:2015年7月2日,敦骏公司取得专利号为“ZL02123502.3”、名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”的发明专利,其内容为:1. 一种简易访问网络运营商门户网站的方法,其特征包括以下处理步骤:A. 接入服务器底层硬件对门户业务用户设备未通过认证前的第一个上行 HTTP 报文,直接提交给“虚拟 Web 服务器”,该“虚拟 Web 服务器”功能由接入服务器高层软件的“虚拟 Web 服务器”模块实现;B. 由该“虚拟 Web 服务器”虚拟

成用户要访问的网站与门户业务用户设备建立 TCP 连接,“虚拟 Web 服务器”向接入服务器底层硬件返回含有重定向信息的报文,再由接入服务器底层硬件按正常的转发流程向门户业务用户设备发一个重定向到真正门户网站 Portal-Server 的报文;C. 收到重定向报文后的门户业务用户设备的浏览器自动发起对真正门户网站 Portal-Server 的访问。2. 根据权利要求 1 所述的一种简易访问网络运营商门户网站的方法,其特征在于:所述的步骤 A,由门户业务用户在浏览器上输入任何正确的域名、IP 地址或任何的数字,形成上行 IP 报文;所述的步骤 B,由“虚拟 Web 服务器”虚拟成该 IP 报文的 IP 地址的网站。腾达公司确认,腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器的技术方案一致,腾达 G1 路由器与腾达 W15E 路由器的工作原理一致。敦骏公司经过公证程序分别向被告弘康经营部、吴威经营部,以及网络电商平台购得涉案路由器若干,并取得了网络销售涉案型号路由器的销量、价格以及评价等数据,之后对所购物品进行了演示操作。原、被告认可该演示的信息比对可以说明涉案产品是否侵犯了原告所要求保护的涉案专利权。

【裁判结果】

济南市中级人民法院于 2019 年 5 月 6 日作出(2018)鲁 01 民初 1481 号民事判决:一、被告深圳市吉祥腾达科技有限公司立即停止侵犯原告深圳敦骏科技有限公司名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”(专利号为 ZL02123502.3)发明专利权的行为,即立即停止制造、许诺销售、销售涉案的路由器产品;二、被告济南历下弘康电子产品经营部、济南历下吴威电子产品经营部立即停止侵犯原告深圳敦骏科技有限公司名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”(专利号为 ZL02123502.3)发明专利权的行为,即立即停止销售涉案的路由器产品;三、被告深圳市吉祥腾达科技有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告深圳敦骏科技有限公司经济损失及合理费用共计 500 万元;四、驳回原告深圳敦骏科技有限公司的其他诉讼请求。宣判后,深圳市吉祥腾达科技有限公司向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于 2019 年 12 月 6 日作出(2019)最高法知民终 147 号民事判决,驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:腾达 W15E 路由器、腾达 W20E 路由器、腾达 G1 路由器在“Web 认证开启”模式下的使用过程,全部落入涉案专利权利要求 1 和 2 的保护范围。从表面上看,终端用户是专利方法的实施者,但实质上,专利方法早已在被告侵权产品的制造过程中得以固化,终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程,仅仅是此前固化在被告侵权产品内的专利方法的机械重演。因此,应当认定被告侵权人制造并销售被告侵权产品的行为直接导致了专利方法被终端用户所实施。第一,腾达公司虽未实施涉案专利方法,但其以生产经营为目的制造、许诺销售、销售的被告侵权产品,具备可直接实施专利方法的功能,在终端网络用户利用被告侵权产品完整再现涉案专利方法的过程中,发挥着不可替代的实质性作用。第二,腾达公司从制造、许诺销售、销售被告侵权产品的行为中获得不当利益与涉案专利存在密切关联。第三,腾达公司因涉案专利获得了原本应当属于专利权人的利益,利益分配严重失衡,有失公平。综上腾达公司制造、许诺销售、销售被告侵权产品的行为构成专利侵权并应承担停止侵害、赔偿损失的民事责任,即停止制造、许诺销售、销售固化了涉案专利方法实质内容的 3 款涉案路由器产品。

敦骏公司主张依照侵权人因侵权获利计算赔偿额,并提交了腾达公司电商平台的官方旗舰店销售被告侵权产品数量、售价的证据,敦骏公司已就侵权规模的基础事实完成了初步举证责任。法院责令腾达公司提交能够反映被告侵权产品生产、销售情况的完整的财务账簿、资料等

证据,但腾达公司在无客观障碍情况下未提交。综上,在已有证据显示腾达公司实际侵权规模已远大于敦骏公司所主张赔偿的范围时,在腾达公司拒不提供有关侵权规模的基础事实,致使对专利技术贡献度的考量缺乏侵权规模基础事实的情况下,故对腾达公司确定的赔偿额过高的抗辩主张不予支持。

【案例注解】

本案确定了涉及网络通信多主体实施方法专利的侵权行为的判定标准。

一、明确权利要求的解释规则

权利要求的作用在于界定专利权的权利边界,说明书及附图主要用于清楚、完整地描述专利技术方案,明确专利权利要求保护范围是进行技术比对、判断被诉侵权技术方案是否落入专利权利要求保护范围的前提和基础。如果诉争双方对于权利要求的技术术语或者技术特征的理解存在分歧,则首先应当对权利要求进行解释,以确定该技术术语或者技术特征应有含义及其对权利要求所起的限定作用,从而准确界定专利权利要求的保护范围。

在解释专利权利要求时,应当遵循《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款所规定的“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求的内容”这一权利要求解释的基本原则。在具体适用该解释原则时,应当认识到:首先,权利要求是界定专利权保护范围的依据,说明书及附图可以用于解释权利要求的相关内容。说明书及其附图对于权利要求的解释作用体现在帮助本领域普通技术人员准确理解权利要求的内容,但不能替代权利要求在界定专利权保护范围过程中的地位和作用。其次,对于权利要求中相关技术术语或者技术特征的解释,应当遵循内部证据优先原则。如果权利要求相关技术术语或技术特征在专利说明书中已经作了特别的说明,应当根据该特别说明作出解释;如果说明书并没有特别说明,应当按照本领域普通技术人员的通常理解作出解释。最后,权利要求的解释应当以本领域普通技术人员在对专利要求保护的技术方案形成整体认识的基础上,结合权利要求的具体语境,对权利要求的保护范围作出合乎逻辑的界定,以符合发明目的和能够实现发明技术方案为指引。

二、涉及网络通信多主体实施方法专利的侵权认定标准

(一)方法专利侵权中“使用”行为的界定

《中华人民共和国专利法》第十一条规定,发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,……,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。那么,何为使用专利方法?其实,对于专利方法而言,其直观呈现的场景是方法的实际应用者(通常是普通用户)执行方法中的各个步骤从而实际实现相应功能的过程,而非产品的制造过程,但是,为了能够更全面的保护专利权人的权利,对于产品制造商而言,只要将专利方法装载于硬件装置中,起到了控制和调配的作用,就是制造商的侵权行为,即使用了专利方法。本案中,腾达公司要实现涉案路由器的功能,就要通过相应的设置、调配步骤,使路由器具有实现按照自定义曲线运行的条件,从而使用到控制路由器按照自定义曲线运行的方法,因此,腾达公司使用了该方法专利。

(二)多主体实施方法专利的侵权判定

伴随无线技术的发展,无线技术使用者可以不受空间的限制自由传递信息。基于无线技术,不同的参与者可实施同一技术的不同部分或者步骤。如涉案的路由器技术,该方法专利的参与者包括路由器用户、检测电脑方和网络服务器方等不同参与方。根据《最高人民法院关于

审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条规定：“人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。”所以，专利侵权的判断应在行为人实施全部专利技术特征的前提下做出。那多方参与多步骤方法专利的侵权应该如何判定？

涉案专利技术属于网络通信领域，该领域具有互联互通、信息共享、多方协作、持续创新等特点，这就决定了该领域中的绝大多数发明创造的类型为方法专利，且往往只能撰写成为需要多个主体的参与才能实施的方法专利，或者采用此种撰写方式能更好地表达出发明的实质技术内容。然而这些方法专利在实际应用中，往往都是以软件的形式安装在某一硬件设备中，由终端用户在使用终端设备时触发软件在后台自动运行。因此，被诉侵权人完全可以采用上诉方式，在未获得专利权人许可的情况下，将专利方法以软件的形式安装在其制造的被诉侵权产品中，甚至，还可以集成其他功能模块，成为非专用设备，并通过对外销售获得不当利益。从表面上看，终端用户是专利方法的实施者，但实质上，专利方法早已在被诉侵权产品的制造过程中得以固化，

终端用户在使用终端设备时再现的专利方法过程，仅仅是固化在被诉侵权产品内的专利方法的机械重演。因此，应当认定被诉侵权人制造并销售被诉侵权产品的行为直接导致了专利方法被终端用户所实施。如果按照专利侵权判断的一般规则，即应当以被诉侵权人所实施的被诉侵权技术方案是否全面覆盖了专利权利要求记载的所有技术特征，作为专利侵权的必要条件，那么，仅仅是制造、销售具备可直接实施专利方法的被诉侵权产品的行为将难以被认定为侵害专利权的行为。同时，仅认定被诉侵权人在测试被诉侵权产品过程中实施专利方法构成侵权，不足以充分保护专利权人的利益，因为该测试行为既非被诉侵权人获得不当利益的根本和直接原因，也无法从责令停止测试行为来制止专利方法遭受更大规模的侵害，而专利权人更无权主张虽直接实施了专利方法、但并无生产经营目的的终端用户构成专利侵权。在上述情形下，针对网络通信领域方法的专利侵权判定，应当充分考虑该领域的特点，充分尊重该领域的创新与发展规律，以确保专利权人的合法权利得到实质性保护，实现该行业的可持续创新和公平竞争。如果被诉侵权行为人以生产经营为目的，将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中，该行为或行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用，也即终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程的，则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法，侵害了专利权人的权利。

三、方法专利侵权诉讼中举证责任分配

（一）侵权与否的举证责任分配探讨

本案中，原告敦骏公司通过公证取得涉案路由器的运行过程证据，能够与涉案的方法专利进行比对进行侵权判定。但是实践中，由于方法专利的特点决定了对其构成侵权的行为具有无形性，构成侵权的证据往往不易取。一般只有到涉嫌侵权者的生产车间才有可能获取侵权证据，但是操作性低。根据规定，除涉及新产品的制造方法的专利侵权案件适用举证责任倒置外，举证责任的基本原则是“谁主张、谁举证”。但是在方法专利不涉及一项新产品时，严格按照“谁主张、谁举证”原则也不利于还原案件真实，公正解决纠纷，所以应当在不改变举证责任负担的前提下，适用灵活的发现证据方式（如推定规则、证据保全等）。如最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》指出：“使用专利方法获得的产品不属于新产品，专利权人能够证明被诉侵权人制造了同

样产品,经合理努力仍无法证明被诉侵权人确实使用了该专利方法,但根据案件具体情况,结合已知事实以及日常生活经验,能够认定该同样产品经由专利方法制造的可能性很大的,可以根据民事诉讼证据司法解释有关规定,不再要求专利权人提供进一步的证据,而由被诉侵权人提供其制造方法不同于专利方法的证据。”

如此,为了尽可能地清除人为制造的举证障碍,以利于发现案件真相,在非新产品制造方法的方法专利侵权诉讼中,应当明确被诉侵权人的有关产品制造方法的证据披露义务。当权利人提交证据足以证明被诉侵权人存在侵权的可能性且能够支持其权利主张的关键证据处于相对方的控制之下时,可以申请被诉侵权人披露其所持有的相关证据,法院在确保秘密信息受到保护的前提下,应当责令被诉侵权人出示上述证据。但法院不应对证据披露问题进行主动释明,更不能为了查明案件事实而主动适用证据披露制度。同时,我们还应对披露内容的范围进行严格把控,即根据制造方法专利侵权判定中的全面覆盖原则,法院不能要求被诉侵权人一次性地将其产品制造方法和盘托出,而应考虑具体诉讼请求,将被诉侵权人必须披露的证据限定在必要范围内,由外围一层一层逐步向核心的内容渐次披露^①,直至被诉侵权人能够证明其制造产品的方法中,至少有一个必要技术特征本质上不同于原告专利方法中的相应技术特征。当证据披露义务人无正当理由拒不披露证据时,根据权利人的申请,法院可以推定权利人申请披露的证据拟证明的案件事实为真实,以督促证据披露义务人履行义务^②。

(二) 赔偿额计算中的举证责任分配

专利权人主张以侵权获利确定赔偿额的,侵权规模即为损害赔偿计算的基础事实。专利权人对此项基础事实承担初步举证责任。如果专利权人已经完成初步举证,被诉侵权人无正当理由拒不提供有关侵权规模基础事实的相应证据材料,导致用于计算机侵权获利的基础事实无法精确定,对其提出的应考虑涉案专利对其侵权获利的贡献度等抗辩理由,可不予考虑。

编写人山东省济南市中级人民法院(民三庭) 李 玉 陈 旭

^① 蒋志培:知识产权诉讼证据问题研究,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。

^② 王国征,彭三益:知识产权侵权诉讼中的证据披露制度—以非新产品制造方法专利侵权纠纷为视角,载《江西社会科学》2019年第2期。

免责条款内容涉及专业术语时的保险人说明义务标准

——原告刘训会诉被告中国人寿保险股份有限公司山东省分公司、
中国人寿保险股份有限公司莱芜分公司人身保险合同纠纷案

关键词 免责条款 未作提示或者明确说明的 该条款不产生效力

【案例要旨】

保险人有义务将专业术语在特定行业中所具有的具体内容及含义向投保人作出通常人能够准确理解的说明,对专业术语未作常人能够理解的说明的,应当适用《保险法》第十七条关于明确说明义务的规定认定合同条款的效力,而不应适用《保险法》第三十条不利解释规则。因为依据专业规范的指引,条款中的专业术语本身所代表的意思是具体明确的,并不存在两种以上的理解,该条款未能生效的原因在于保险人未能在签订合同时将专业术语所包含的准确内容以通俗的语言告知投保人,未能使投保人了解其中的确切含义,以致作出了错误的承诺,故条款不生效的不利后果应当由保险人承担。

【相关法条】

《中华人民共和国保险法》第十七条第二款对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》第十一条第一款保险合同订立时,保险人在投保单或者保险单等其他保险凭证上,对保险合同中免除保险人责任的条款,以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志作出提示的,人民法院应当认定其履行了保险法第十七条第二款规定的提示义务。

【案件索引】

一审:济南市莱芜区人民法院(2019)鲁0116民初6235号民事判决(2020年2月27日)

二审:济南市中级人民法院(2020)鲁01民终5540号民事判决(2020年6月1日)

【基本案情】

原告刘训会诉称:原、被告双方于2015年4月18日签订《保险合同》一份,原告投保了被告公司的国寿防癌疾病保险、国寿附加防癌两全保险及国寿长久呵护意外伤害费用补偿医疗保险等险种,被告予以承保。合同签订后,原告按照约定及时交纳保险费,保险合同生效。保险合同期内,原告于2019年3月8日因病在泰安市肿瘤医院住院治疗,于3月14日确诊为右肺低分化腺癌、纵膈右肺门淋巴结转移。原告被确诊患肺癌后,及时告知被告要求其给付理赔保险金,被告同意并让原告提交相关材料,原告按照其要求将材料提交给被告后,没有得到被告的任何答复,也未办理签字确认手续,被告即擅自解除保险合同,将原告所交纳的保险费退还给原告。综上所述,原、被告双方签订保险合同,系双方真实意思表示,合法有效,双方均应遵照履行,被告无正当理由拒绝给原告理赔并擅自解除合同是严重的违约行为,理应承担违约责任,继续履行双方所签订的保险合同,并及时给原告办理保险理赔。故原告刘训会向一审法院提出诉讼请求:1. 依

法判令原、被告继续履行双方于2015年4月18日签订的《保险合同》；2. 判令被告给付原告理赔保险金15万元；3. 本案诉讼费用由被告承担。

被告中国人寿保险股份有限公司莱芜分公司(以下简称人寿保险莱芜分公司)辩称,双方所签订合同生效日为2015年4月22日,交费额每年6820元,该保单因至2018年4月22日未按约定交纳保费,在合同约定的60日宽限期内,经答辩人业务员催缴被答辩人仍未能按约定交费,依据合同约定,合同中止。之后,依据合同条款,被答辩人在复效期内办理了交费手续,根据保险条例第五条第一款的约定,被保险与本合同生效或最后复效之日起一年内因首次发生并经确诊的疾病,导致被保险人初次发生并经专科医生诊断或本人所指的癌症,本合同终止。被答辩人在合同复效期后向答辩人提出理赔申请,依据条款约定,答辩人按合同只能退回其交纳的保险费,其诉讼请求不符合合同及保险条款的约定,应予驳回。

被告中国人寿保险股份有限公司山东省分公司(以下简称人寿保险山东分公司)未作答辩。

法院经审理查明:2015年4月17日,原告刘训会通过被告人寿保险莱芜分公司申请电子投保,电子投保确认单第1条载明,本人确认中国人寿保险股份有限公司已提供本人所投保产品的保险条款,并对条款内容履行了说明义务,对责任免除条款履行了明确说明义务。本人已仔细阅读、理解投保提示、产品说明书(仅限于分红、万能、投资连结保险)及保险条款尤其是责任免除、解除合同等规定,并同意遵守。刘训会在电子投保单上投保人及被保险人处签字确认。2015年4月18日,人寿保险山东分公司与刘训会签订编号为2015-371201-00000311-7《保险合同》一份,人寿保险山东分公司为刘训会出具《保险单》,约定刘训会投保被告公司的国寿防癌疾病保险、国寿附加防癌两全保险及国寿长久呵护意外伤害费用补偿医疗保险等险种,被保险人为刘训会,其中国寿防癌疾病保险保险金额为100000元,保险期间30年,保险费4590元;国寿附加防癌保险保险金额为100000元,保险期间30年,保险费2230元;国寿长久呵护意外伤害费用补偿医疗保险保险金额为10000元,保险期间1年,保险费40元。并约定合同成立日期是2015年4月21日,合同生效日期是2015年4月22日,交费方式为年交,交费日期为每年的4月22日。保险合同个人保险基本条款第二条约定分期交付保险费的,首期保险费后的年交、半年交、季交或月交保险费的交付日期分别为本合同年生效对应日、半年生效对应日、季生效对应日或月生效对应日。投保人未按上述规定日期交付保险费的,自次日起六十日为宽限期间;在宽限期间内发生保险事故,本公司仍承担保险责任;超过宽限期间仍未交付保险费的,本合同效力自宽限期间届满的次日起中止。在本合同效力中止期间,本公司不承担保险责任。第三条约定,在本合同效力中止之日起二年内,投保人可填写复效申请书,并提供被保险人的健康声明书或二级以上(含二级)医院出具的体检报告书,申请恢复合同效力。经本公司与投保人协商并达成协议,自投保人补交所欠的保险费及利息、借款及利息的次日起,本合同效力恢复。保险合同国寿防癌疾病保险利益条款第五条约定,在本合同保险期间内,本公司承担以下保险责任:一、癌症确诊保险金。被保险人于本合同生效(或最后复效)之日起一年内,因首次发生并经确诊的疾病导致被保险人初次发生并经专科医生明确诊断患本合同所指的癌症,本合同终止,本公司按照本合同所交保险费(不计利息)给付癌症确诊保险金;被保险人于本合同生效(或最后复效)之日起一年后,因首次发生并经确诊的疾病导致被保险人初次发发生并经专科医生明确诊断患本合同所指的癌症,本公司按照本合同基本保险金额的100%给付癌症确诊保险金,本合同继续有效。该项责任的给付以一次为限。二、特定癌症额外给付保险金。……若该被保险人所患本合同所指的癌症同时也为本合同所指的特定癌症,本公司再按本合同基本保险金额

的30%给付特定癌症额外给付保险金,本合同继续有效。该责任的给付以一次为限。四、癌症康复保险金。……被保险人于本合同癌症确诊日后三十日时仍然生存,本公司按照本合同基本保险金额的20%给付癌症康复保险金,……。第十二条释义中,特定癌症包括特定年龄肺癌:仅限发生于年满18周岁后的男性被保险人。

被告人寿保险山东分公司通过银行扣款方式分别于2015年4月20日收取原告保险费6860元,2016年4月25日收取原告保险费40元,2016年6月23日收取原告保险费6820元,2017年6月21日收取原告保险费6860元,2018年7月25日收取原告保险费6820元,2019年4月23日收取原告保险费40元。2015年的保险费发票由人寿保险山东分公司开具。

另查明,刘训会于2019年3月8日因病入住泰安市肿瘤防治院住院治疗,诊断为恶性肿瘤化学治疗、右肺上叶恶性肿瘤、纵膈淋巴结继发性肿瘤、肺门淋巴结继发恶性肿瘤等,于2019年4月2日出院。后刘训会于2019年4月10日至山东省肿瘤医院住院治疗,诊断为右肺低分化腺癌、纵膈、右肺门淋巴结转移,于2019年4月22日出院。

2019年4月10日,被告将27280元保险费汇至刘训会账户。

【裁判结果】

莱芜法院于2020年2月27日作出(2019)鲁0116民初6235号民事判决:一、被告中国人寿保险股份有限公司山东省分公司于本判决生效之日起五日内支付刘训会保险金122720元;二、驳回刘训会对被告中国人寿保险股份有限公司莱芜分公司的诉讼请求;三、驳回刘训会的其他诉讼请求。宣判后,人寿保险山东分公司不服,提出上诉。济南市中级人民法院于2020年6月1日作出(2020)鲁01民终5540号民事判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:本案中补交各项费用后,双方间的保险合同继续履行,应视为是对原保险合同履行的延续,尽管人寿保险山东分公司的《电子投保确认单》第一条载明了对涉案保险合同保险条款和免责条款的说明义务,但是对于上述一年等待期免责条款未作出足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志的提示,且人寿保险山东分公司无证据证明其向刘训会进行了口头解释和明确说明。保险合同中的某些专业术语、复杂概念往往具有特定的含义,普通人未必能够知晓和注意。对此,保险人有义务将专业术语在特定行业中所具有的具体内容及含义向投保人作出通常人能够准确理解的说明,未作明确说明的,该条款不产生效力。人寿保险山东分公司并未举证证明签订合同时将专业术语所包含的准确内容以通俗的语言告知投保人,未能使投保人了解其中的确切含义,故,对人寿保险山东分公司的此项上诉理由,本院不予支持。虽然人寿保险山东分公司主张涉案的保险合同的签订、收费、复效、索赔受理等均为人寿保险莱芜分公司经办,由人寿保险山东分公司统一出具合同文本及统一收取保费是保险行业的通常做法,合同的实际履行主体并非人寿保险山东分公司。虽然本案保险合同的签订及投保事宜是由人寿保险莱芜分公司与刘训会具体经办的,但是案涉保险合同签订双方系人寿保险山东分公司和刘训会,部分发票也是由人寿保险山东分公司开具。根据合同相对性原则,人寿保险莱芜分公司不是案涉保险合同的相对人,故其不承担赔付责任,应由人寿保险山东分公司承担赔付责任。

编写人:济南市中级人民法院立案庭 杨 莉

当事人对合同条款的理解存在争议时， 如何适用合同解释规则和方法确定该条款的真实意思

——傅建生诉陕西尊龙实业有限公司、西安联信物流有限公司、
陕西通汇汽车物流有限公司合同纠纷案

关键词 合同解释规则 文义解释规则 目的解释规则 诚信解释规则 体系解释规则

【案例要旨】

合同条款的解释是指对表述模糊的语言文字作出说明，以解释合同条款或所用文句的正确含义，从而认定当事人的真实意思表示。我国合同法确定了合同条款的文义解释、目的解释、体系解释、习惯解释、诚信解释等多种相互结合的合同条款解释规则。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第一百二十五条第一款当事人对合同的条款理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院(2019)鲁0105民初5401号(2020年8月25日)

二审：山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终11686号(2020年11月13日)

【基本案情】

傅建生向一审法院起诉请求：陕西尊龙实业有限公司(以下简称尊龙公司)、西安联信物流有限公司(以下简称联信公司)支付合作运输期间的运费约计1200万元(截止到2018年5月份以实际结算数额为准)。事实和理由：联信公司与尊龙公司于2016年4月4日签订《合作(运输)协议》一份，约定双方合作为陕西通汇汽车物流有限公司(以下简称通汇公司)承运通汇公司发动机及SCR箱的运输项目。2016年10月25日，双方对2016年度的运费进行了对账清算，之后《合作(运输)协议》继续履行，2017年1月1日后运费双方一直未结算。截止到2018年5月份，合作期间发动机实际运输数量约为20多万台。根据《合作(运输)协议》，尊龙公司应支付运费约为1200万元。联信公司与傅建生于2018年1月26日签订《债权转让协议》，约定联信公司将与尊龙公司于2016年4月4日签订的《合作(运输)协议》中所享有的债权全部转让给傅建生，并对转让的债权自愿承担连带清偿责任。

尊龙公司辩称，(一)联信公司与尊龙公司于2016年4月4日签订的《合作(运输)协议》，虽然没有明确约定合作的期限，但是签订该协议之前，双方有一个报告明确约定了合作内容是2016年度的合作运输，表明《合作(运输)协议》的履行期限是2016年度。(二)本案是傅建生的第二次诉讼。在第一次诉讼期间，尊龙公司、联信公司与傅建生达成的共识是该协议的合作期限是2016年度。傅建生认为2017年度和2018年度协议仍在继续履行，没有事实依据。(三)傅建生属于恶意诉讼，滥用诉权。《合作(运输)协议》已经在2016年度履行完毕，而且进行了清算，联信公司对尊龙公司不享有债权，而且负有债务。

联信公司辩称,联信公司与尊龙公司之间签署的《合作(运输)协议》未约定合作期限,且该协议至今尚未解除,应继续履行。傅建生与联信公司签署债权转让协议后,尊龙公司应向联信公司支付的合作期间的运费已作为债权转让给傅建生,联信公司不应向傅建生承担支付责任。

通汇公司未作述称。

一审法院认定事实:2016年4月4日,尊龙公司与联信公司签订《合作(运输)协议》,约定:一、从2016年4月1日起,发动机及SCR箱运输项目由联信公司转交尊龙公司,以后由尊龙公司全面主持发动机和SCR箱的发运工作。二、2016年一季度联信公司运输发动机及SCR箱的数量一并转入尊龙公司名下,由尊龙公司直接为联信公司结算。结算数量需经尊龙公司、联信公司及通汇公司三方对账确认。1. 潍柴机按350元/台,重庆机按400元/台结算(含11%税)。2. 通汇公司出现逾期不结算情况,不影响尊龙公司向联信公司结算。3. 一季度余款,尊龙公司收到联信公司开具的运输发票后一个月以承兑方式一次性付清。4. 一季度利润双方按各50%分成。三、从2016年4月1日起,双方共同组织招募有运输资质的车队参加竞标,最后由尊龙公司审核确认。1. 发运费按潍柴机370元/台,重庆机按400元/台结算(含11%税),结清实际运输费用后其余余额即为联信公司利润(370元含装、卸车费,400元含装车费)。2. 结算均为到货结算,通汇公司上线不影响结算,结算周期为一个月。…五、在同等价格下联信公司可先装先卸。六、此协议从2016年1月1日至2016年12月31日在此期间,如通汇公司重新进行招标,尊龙公司未中标,此协议从不中标之日起终止。…双方还约定了其他权利义务。

2016年4月28日,通汇公司与尊龙公司签订《发动机临时运输合作协议》,约定:通汇公司委托尊龙公司为通汇公司运输潍柴动力所供陕西重型汽车有限公司货物。所运输货物及价格,发动机,每台运价430元(含税价,税率11%)。SCR箱,每6套SCR箱折合一台发动机计算运费。本协议有效期为2016年4月1日至2016年12月31日,但在协议执行期间如甲方对此运输业务进行招标,则在甲方招标完成十五日后本协议自动终止。

后通汇公司与尊龙公司又签订《发动机临时运输合作协议》一份,约定:协议有效期自2017年1月1日至2017年12月30日,本协议为临时合作协议,在协议执行期间如通汇公司自有车辆运力可以保障业务需求时,通汇公司提前15日以书面通知尊龙公司终止合作时,本协议随之自动终止。该协议的其他内容与2016年的《发动机临时运输合作协议》内容基本一致。

2018年1月26日,傅建生(受让方)与联信公司(转让方)签订《债权转让协议》,约定:一、转让方与尊龙公司2016年4月4日签订《合作(运输)协议》一份,约定双方合作发动机及SCR箱的运输项目,该《合作(运输)协议》正在履行中。二、转让方自愿将与尊龙公司2016年4月4日签订的《合作(运输)协议》中所享有的债权全部转让给受让方。三、关于受让方的债权如与尊龙公司产生争议,转让方自愿承担连带担保清偿责任。协议还约定了双方其他权利义务。

2019年5月20日,傅建生(受让方)与联信公司签订《债权转让补充协议》,约定:双方就2018年1月26日签订的债权转让协议,作如下补充。一、转让方自愿将与尊龙公司2016年4月4日签订的《合作(运输)协议》中所享有的债权全部转让给受让方,所转让的债权包括2018年1月26日签订《债权转让协议》之后基于《合作(运输)协议》所享有的全部债权。二、《债权转让协议》其他条款不变,与补充协议条款具有同等效力。

【裁判结果】

济南天桥区人民法院于2020年8月25日作出(2019)鲁0105民初5401号民事判决:一、陕西尊龙实业有限公司于判决生效之日起10日内,支付傅建生款项3558400元;二、驳回傅建

生的其他诉讼请求。

宣判后,尊龙公司提起上诉,山东省济南市中级人民法院于2020年11月13日作出(2020)鲁01民终11686号民事判决:一、撤销济南市天桥区人民法院(2019)鲁0105民初5401号民事判决;二、驳回上诉人傅建生的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效判决认为:本案二审争议的焦点是联信公司是否享有对尊龙公司2017年度的债权,即联信公司与尊龙公司之间的《合作(运输)协议》是否约定履行期限,如有,履行期限是否应当截至2016年12月31日。即各方当事人对前述《合作(运输)协议》第六条关于“此协议从2016年1月1日至2016年12月31日在此期间,如通汇公司重新进行招标,尊龙公司未中标,此协议从不中标之日起终止”的约定是否明确了合同履行期限存在争议。

合同条款的解释是指对表述模糊的语言文字作出说明,以解释合同条款或所用文句的正确含义,从而认定当事人的真实意思表示。《中华人民共和国合同法》第一百二十五条第一款规定:“当事人对合同的条款理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。”据此可知,合同法确定了合同条款的文义解释、目的解释、体系解释、习惯解释、诚信解释等多种相互结合的合同条款解释规则。

1. 文义解释规则。即根据合同所使用的文字语句的含义来确定当事人的真实意思。

涉案《合作(运输)协议》第六条的内容从文义上理解,第一,虽然“此协议从2016年1月1日至2016年12月31日在此期间”的内容中间没有标点符号,但此句并不通顺,如果解释为“此协议从2016年1月1日至2016年12月31日,在此期间,……”更符合常规语句表述方式。第二,如果按照傅建生和联信公司的主张,该条约定的意思仅仅是“2016年1月1日至2016年12月31日期间,如通汇公司重新进行招标,尊龙公司未中标,此协议从不中标之日起终止”,那么没有必要赘“此协议”三个字。既然冠之“此协议”,则应理解为后述的期限即为此协议的履行期限。第三,如果将“2016年1月1日至2016年12月31日”仅仅理解为“通汇公司重新进行招标的起止时间”,那么此后如果发生了通汇公司重新招标而未中标的情形也应该终止履行,但是前述理解仅约定在一年期间内重新招标未中标则协议终止,与逻辑不符。第四,因联信公司与尊龙公司《合作(运输)协议》签订时间为2016年4月4日,假设“2016年1月1日至2016年12月31日”是“通汇公司重新进行招标的起止时间”,那么双方应约定为“在2016年4月4日至2016年12月31日期间”。现双方约定为“自2016年1月1日起”,应理解为双方合作的起始时间,相应地2016年12月31日应为双方合作的终止时间。

2. 目的解释规则和诚信解释规则。目的解释规则是指依照当事人签订合同的预期目的对合同条款进行解释;诚信解释规则是指合理地解释合同条款,任何一方不能因合同而获得显失公平、不合理的利益。

尊龙公司与联信公司之间的《合作(运输)协议》是双务合同,双方互付给付义务;联信公司负有将协议所涉的运输业务交由尊龙公司承接使尊龙公司从中获取收益的义务,尊龙公司负有将相应的收益交付联信公司的义务;合同一方当事人享有的权利亦为合同相对方应承担的义务。双方的权利义务对等是双方合作的应有之义。合同签订时,双方对联信公司基于合作享有的收益应该有所预期。如果按照联信公司的主张,双方的合作没有约定履行期限,则无论尊龙公司与汇通公司之间的合作持续多长时间,联信公司均有权分享收益,可能导致联信公司的权益无限延长,双方的权利义务失衡,也不利于尊龙公司合同目的的实现。

3. 体系解释规则。是指一个法律行为,要理解其整体意思必须准确理解其各个部分的意思;反之,要理解各个部分的意思,也必须将各个部分置于整体之中,使其相互协调,才能准确理解各个部分的含义。

联信公司在与尊龙公司合作过程中,除了签订《合作(运输)协议》之外,联信公司的法定代表人李家信还代表联信公司在会议纪要中作出过“我要求履行我与尊龙签订的合作协议,直到2016年12月31日”的意思表示,再结合李家信于2016年10月25日出具的《承诺书》载明的关于“联信公司与尊龙公司2016年1月1日至2016年12月31日的发动机运输费用已经全部计算清楚,……,我保证从即日起不再参与潍柴供陕重汽发动机等产品的运输业务”的内容,以及2016年度尊龙公司与联信公司费用清算表中载明的“视同2016年4月4日签订的尊龙、联信签订的《合作协议》,合同已执行到2016年12月31日,执行完毕”的内容,加之傅建生、联信公司在(2018)鲁0105民初2008号案件开庭中关于“《合作协议》合作期间为2016年1月1日至2016年12月31日”的陈述,上述法律行为之间相互呼应。纵观各行为之间的一致性,足以认定《合作(运输)协议》第六条对双方合作期间作了约定。

结合上述各种合同条款解释规则,应理解为,联信公司与尊龙公司之间的《合作(运输)协议》第六条对双方合作期限约定为至2016年12月31日止。傅建生基于该协议要求尊龙公司支付2017年的运输义务收益,无事实和法律依据,本院不予支持。

【案例注解】

合同条款是合同双方合意内容的主要载体,因此合同条款成为合同解释的主要对象。对合同条款的解释是确定该条款真实意思表示的重要方法,是划分合同双方责任的主要技术性手段,是确认最终违约责任主体、范围及大小的解释规则。

合同条款由语言文字构成,解释合同必须先由词句、标点的含义入手;一些词句在不同的场合可能表达出不同的含义,因此有必要将这些词句放置整个合同中进行前后关联解释;如果根据上述两种解释方法还不足以对合同条款的意思表示作出认定,还应结合合同签订的目、合同各方应遵循的诚实信用原则等进行综合解释。

需要说明的是,本案例所指的“合同解释”对象为一般意义上的合同条款,诸如格式条款、保险合同条款、仲裁条款等特殊条款的解释不适用于本案。

一审合议庭成员:徐英雏(承办人)崔康军李桃梅

二审合议庭成员:魏希贵宋海东杨晓辉(承办人)

编写人:山东省济南市中级人民法院民二庭 杨晓辉

不履行股权转让合同中的选择性条款， 如何承担相应责任

——原告山东泉胜物流集团有限公司诉被告山东中骏铭晔投资有限公司、
第三人济南凯城置业有限公司股权转让合同纠纷案

关键词 股权转让 选择性条款 法律责任

【案例要旨】

选择性条款是合同当事人协商一致的结果，有的条款履行意向相反，具有不特定性。当事人履行与合同目的相反的选择性条款，不构成违约，但应按合同约定承担相应的责任。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第六十条当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院(2020)鲁0105民初2247号民事判决书(2020年8月26日)

二审：山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终11654号民事判决书(2020年11月16日)

【基本案情】

原告山东泉胜物流集团有限公司(以下简称泉盛物流公司)诉称：2017年初，被告山东中骏铭晔投资有限公司(以下简称中骏铭晔公司)与泉胜物流公司协商要求投资参与泉胜物流公司以第三人济南凯城置业有限公司(以下简称凯城置业公司)的名义进行的土地项目开发。2017年5月10日，泉胜物流公司与中骏铭晔公司签订了《山东省济南传化泉胜公路港项目开发协议》(以下简称开发协议)，泉胜物流公司依照开发协议的约定在中骏铭晔公司500万元合同履行诚意金到位后，2017年5月17日和中骏铭晔公司签订《股权转让协议》，将泉胜物流公司持有的凯城置业公司60%的股份以0元的价格转让给中骏铭晔公司，同时配合中骏铭晔公司办理了股权和法定代表人的变更登记。按照开发协议第3.1.7条约定，中骏铭晔公司应在凯城置业公司竞拍取得并收到《土地成交确认书》后30日内，将1.2亿元的资金打入凯城置业公司设立的共管账户，由双方共同管理。按照开发协议第3.1.7条约定，中骏铭晔公司应当在2017年6月15日前将1.2亿元资金打入在凯城置业公司设立的共管账户，但是，中骏铭晔公司却没有按期打款，导致剩余9315万元土地出让金于2017年11月20日前无法如期缴纳。2017年6月15日后，泉胜物流公司多方筹措资金于2017年12月22日、25日以凯城置业公司名义交纳剩余土地出让金9315万元及滞纳金353.97万元，并按计划完成了购置土地的开发建设。按开发协议约定，如果中骏铭晔公司未依约转款至凯城置业公司共管账户，中骏铭晔公司不享有开发协议的任何权利，由泉胜物流公司将泉胜物流公司、中骏铭晔公司在凯城置业公司的股权比例分别为40%、60%变更为泉胜物流公司拥有股权比例为100%。2017年11月8日，泉胜物流公司曾按照开发协议的约定办理过股权变更登记，因中骏铭晔公司提起行政诉讼未果。诉讼请求：1. 判令中骏铭晔公司将持有的第三人凯城置业公司60%的股份以0元的价格转让给原告，

并配合办理完成泉胜物流公司持有凯城置业公司100%股份的股权变更登记;2. 本案诉讼费由中骏铭晔公司承担。

被告中骏铭晔公司辩称,我认为泉胜物流公司无权要求我公司将持有的凯城置业公司60%的股份以0元的价格转让给泉胜物流公司,具体理由如下:1. 我公司持有的第三人公司60%的股份,是在先向凯城置业公司汇入500万元后,才通过与泉胜物流公司签订《股权转让协议》的方式合法取得的。2. 我公司在履行开发协议的过程中,不存在违约行为,泉胜物流公司无权要求我公司将持有的凯城置业公司60%的股份以0元的价格转让给泉胜物流公司。3. 凯城置业公司的股份转让的对价应以实际价值确定。根据凯城置业公司价值的资产评估报告,该公司名下的房地产、在建工程的市场价值,就达5.12多亿元。泉胜物流公司应根据凯城置业公司的实际价值向我公司支付股份转让对价。

第三人凯城置业公司辩称,凯城置业公司在项目发展过程中一直需要资金,但是中骏铭晔公司迟迟未打款,根据合作协议约定由泉胜物流公司独立操作项目,项目发展过程中所需资金也由泉胜物流公司独立投入,根据协议约定中骏铭晔公司未投入资金也就不享有了凯城置业公司的权益,应该归还泉胜物流公司的股权。

一审法院经审理查明:2017年5月10日,泉胜物流公司、中骏铭晔公司签订《山东省济南传化泉胜公路港项目开发协议》1份,主要约定:1. 双方合作开发位于济南市天桥区梓东大道以西、308国道以南土地即目标地块A和目标地块B,合称“目标地块”。2. 泉胜物流公司就目标地块A的开发成立凯城置业公司,公司注册资金5000万元,泉胜物流公司持有100%的股权。3. 自协议生效之日起2日内以凯城置业公司的名义开设共管账户,中骏铭晔公司将诚意金500万元转至该共管账户,泉胜物流公司向中骏铭晔公司转让凯城置业公司的60%的股权并完成工商变更登记。股权转让变更登记完成后,中骏铭晔公司支付的诚意金转为凯城置业公司的应缴出资。4. 第三人竞拍取得目标地块A并收到《土地成交确认书》后30日,凯城置业公司竞拍取得目标地块A并收到《土地成交确认书》后30日,中骏铭晔公司将1.2亿元转到共管账户,由双方共同管理,该资金作为中骏铭晔公司的借款由双方按股权比例承担连带清偿责任。5. 如中骏铭晔公司未能转款1.2亿元到共管账户,则目标地块A项目由泉胜物流公司独立操作,所有的利润归泉胜物流公司所有,与中骏铭晔公司无任何关系,由泉胜物流公司将股权比例分别为60%、40%变更为泉胜物流公司应有股权比例为100%。合同另对其他事项进行了约定。

合同签订后,中骏铭晔公司于2017年5月12日向凯城置业公司账户汇款500万元,另于2017年7月12日汇款19.6万元,2017年8月9日汇款6.02万元。2017年5月17日,凯城置业公司进行了工商登记变更,股东由泉胜物流公司持股100%,变更为中骏铭晔公司持股60%,泉胜物流公司持股40%,法定代表人由卢诗喜变更为时生。

2017年5月15日,凯城置业公司取得了目标地块A的《土地成交确认书》,但中骏铭晔公司未能在该确认书取得后30天内向凯城置业公司账户转款1.2亿元。2017年5月19日,凯城置业公司与济南市国土资源局签订了国有建设土地使用权出让合同1份。2017年6月29日济南市规划局向凯城置业公司颁发了《建设用地规划许可证》。2017年6月2日,凯城置业公司交纳了土地出让金2400万元,2017年12月22日,凯城置业公司交纳了土地出让金9315万元,以上共计1.1715亿元。以上款项均是泉胜物流公司出资交纳的。后凯城置业公司在目标地块A上进行了投资建设,所需资金均由泉胜物流公司提供。泉胜物流公司系凯城置业公司的实际控制人,中骏铭晔公司没有参与凯城置业公司对目标地块A的开发建设。

2017年11月9日,凯城置业公司到济南市天桥区市场监督管理局进行了变更登记,将中骏铭晔公司持股60%、泉胜物流公司持股40%变更为泉胜物流公司持股100%,法定代表人由时生变更为王春香。中骏铭晔公司为此提起行政诉讼,经天桥区法院一审判决后中骏铭晔公司上诉,济南市中级人民法院二审作出(2018)鲁01行终696号行政判决书,判决撤销凯城置业公司的上述变更登记。

2019年6月28日,泉胜物流公司向济南市中级人民法院提起民事诉讼,要求解除与中骏铭晔公司签订的合作开发协议、中骏铭晔公司返还60%的股份。该案经一审判决后,中骏铭晔公司上诉,山东省高级人民法院二审作出(2020)鲁民终190号民事判决书,判决驳回泉胜物流公司的诉讼请求。

二审另查明:二审中,尹海亮的授权委托书加盖了凯城置业公司公章;山东省高级人民法院(2020)鲁民终190号民事判决书驳回了泉胜物流公司解除《山东省济南传化泉胜公路港项目开发协议》的诉讼请求,该判决说理部分载明:根据合作开发协议3.1.7条和3.1.9条的约定,双方就1.2亿元借款资金的支付作出了选择性履行的规定,中骏铭晔公司既可以按照3.1.7条的约定支付1.2亿元的借款资金也可以按照3.1.9条的约定不支付1.2亿元的借款资金,并且双方在合作开发协议中对选择履行的结果分别作出了不同的约定。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2020年8月26日作出(2020)鲁0105民初2247号民事判决:一、被告山东中骏铭晔投资有限公司于本判决生效之日起10内将持有的第三人济南凯城置业有限公司的60%的股权退还给原告山东泉胜物流集团有限公司,并协助原告山东泉胜物流集团有限公司办理完成股权变更登记。二、原告山东泉胜物流集团有限公司于本判决生效之日起退还被告山东中骏铭晔投资有限公司526.62万元。宣判后,中骏铭晔公司提起上诉。山东省济南市中级人民法院于2020年11月16日作出(2020)鲁01民终11654号民事判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效判决认为,本案焦点是:一审判决中骏铭晔公司将其持有的凯城置业公司60%的股权退还给泉胜物流公司,泉胜物流公司向中骏铭晔公司退还526.62万元是否合法有据。

一、关于《山东省济南传化泉胜公路港项目开发协议》的效力以及是否履行的问题。合作开发协议为中骏铭晔公司、泉胜物流公司签订的双方协议,形式、内容合法,系当事人真实意思表示,本院对其合法有效性予以确认。泉胜物流公司在本案立案之前提起诉讼要求解除合作开发协议,经本院及山东省高级人民法院裁判,驳回了泉胜物流公司的诉讼请求,故合作开发协议应予履行,双方当事人的权利和义务应根据合作开发协议的约定以及履行情况予以确认。

二、关于中骏铭晔公司应否退还泉胜物流公司60%股权的问题。山东省高级人民法院(2020)鲁民终190号民事判决认定合作开发协议中1.2亿元为选择性履行条款,本案应参照适用,合作开发协议3.1.9条约定:“如中骏铭晔公司未依约转款至凯城置业公司共管账户,中骏铭晔公司、泉胜物流公司一致同意以下约定:1)目标地块A项目由泉胜物流公司独立操作,所有的利润归泉胜物流公司所有,与中骏铭晔公司无任何关系。3)中骏铭晔公司不享有本协议中的任何权利。5)由泉胜物流公司将中骏铭晔公司、泉胜物流公司的股权投资比例分别为60%、40%变更为泉胜物流公司享有凯城置业公司的比例为100%”,中骏铭晔公司未选择履行1.2亿元的转款义务,未将1.2亿元转款至共管账户,事实清楚、证据确实。在此情形下,根据协议

约定,目标地块应由泉胜物流公司独立开发操作,与中骏铭晔公司无任何关系、中骏铭晔公司不享有合作开发协议中的任何权利,并应将凯城置业公司股权比例变更为泉胜物流公司持股100%,一审判决中骏铭晔公司将凯城置业公司60%的股权退还给泉胜物流公司并协助办理变更登记,符合上述约定,本院予以维持。

三、关于一审判决泉胜物流公司向中骏铭晔公司退还526.62万元是否合法的问题。第一,泉胜物流公司一审未诉请返还该款,一审法院认为泉胜物流公司在股权回转后没有继续占有该项资金的合理事由,故在判决主文第二项判决泉胜物流公司返还。一审判决作出后,中骏铭晔公司虽然提起上诉,但上诉请求中未对判决主文第二项提出改判或撤销的意见,应视为对其权利的合法处分。第二,合作开发协议是泉胜物流公司、中骏铭晔公司得以合作的基础,也是中骏铭晔公司注入诚意金500万元取得凯城置业公司60%股权的根据。合作开发协议签订之前,中骏铭晔公司不享有凯城置业公司股权,合作开发协议签订后,中骏铭晔公司才投入资金取得股权。根据合作开发协议的约定:如中骏铭晔公司未继续转款1.2亿元,则中骏铭晔公司不享有合作开发协议中的任何权利,并且将股权变更为泉胜物流公司持股100%。“不享有合作开发协议中的任何权利”即意味着中骏铭晔公司因合作开发协议享有的各项权利归于消灭,应恢复至合作开发协议签订之前的状态,“任何权利”的表述亦应包括中骏铭晔公司根据协议约定投资凯城置业公司而产生的股权收益。中骏铭晔公司要求返还60%股权对价,与合作开发协议的约定不符,本院不予支持。

关于尹海亮能否代表凯城置业公司参加本案诉讼的问题。中骏铭晔公司在上诉状中自述时生已退出凯城置业公司,尹海亮的授权委托书加盖了凯城置业公司公章,且泉胜物流公司作为凯城置业公司100%股权的应受让人,享有参与重大决策、选择管理者的权利,可以代表凯城置业公司的真实意思表示,其对尹海亮诉讼代理人身份无异议,本院对尹海亮诉讼代理人的身份予以确认。关于中骏铭晔公司称卢诗喜涉嫌私刻公章等犯罪,请求本案在刑事侦查结束后再审理,因无证据证明本案必须以卢诗喜涉嫌的刑事案件侦查结果为依据,本院不予支持。

综上,中骏铭晔公司上诉请求不能成立,应予驳回。

编写人:济南市天桥区人民法院大桥法庭 曲洪涛

冒用他人身份证实施行为无效

——徐春侠诉济南玛睿商贸公司股东资格确认纠纷案

关键词 身份证 挂失 公司股东

【案例要旨】

公民的个人信息应受法律保护,未经本人许可或事后追认,对个人姓名身份进行的行为应归于无效。公民身份证挂失后,对挂失证件所为的行为亦无效。

【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第110条、111条、143条

第一百一十条 自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。

第一百一十一条 自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

第一百四十三条 具备下列条件的民事法律行为有效:

- (一)行为人具有相应的民事行为能力;
- (二)意思表示真实;
- (三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。

【案件索引】

一审:济南市长清区人民法院(2019)鲁0113民初1244号。二〇一九年十二月三十日。

【基本案情】

原告徐春侠诉称:1. 请求依法确认徐春侠不是玛睿商贸公司的股东和法定代表人;2. 本案的全部诉讼费用由玛睿商贸公司承担。事实和理由:徐春侠于2019年2月28日在办理注册公司登记时,才知悉自己在工商登记部门是非正常户,无法再办理公司工商登记注册,原因是在于原告投资注册了玛睿商贸公司并担任法定代表人,因公司未参加年检,而显示为非正常户。根据济南市长清区市场监督管理局的档案显示,玛睿商贸公司于2017年11月1日申请设立登记时,冒用徐春侠的身份证将其设为玛睿商贸公司的股东并担任该公司法定代表人、执行董事及经理职务。同时伪造“徐春侠”签名,向公司登记机关提交虚假(指定代表或者共同委托代理人的证明、法定代表人信息、济南玛睿商贸有限公司股东决定、章程、住所(营业场所)租赁合同等)材料,徐春侠对此不知情,从未委托他人办理工商登记,未参与玛睿商贸公司经营管理,更未从公司经营活动中受益,也没有办理该公司的真实意思表示,徐春侠并非是玛睿商贸公司股东。2019年3月5日徐春侠向玛睿商贸公司的登记机关投递了举报信,请求济南市长清区市场监督管理局查清事实,注销玛睿商贸公司的工商登记。现通过调查,玛睿商贸公司申请登记地址已人去楼空,徐春侠所谓的指定代理人并绪顺登记的电话无法接通。玛睿商贸公司将原告登记为股东属于严重违法行为,并给徐春侠造成了极大的困扰及麻烦,玛睿商贸公司的行为侵犯了

其合法权益。故诉至贵院,望判如所请。

玛睿商贸公司未到庭亦未向本庭提供书面答辩。

法院经审理查明:徐春侠系山东省鱼台县王鲁镇大聂村人,其曾因身份证丢失,于2017年2月8日在鱼台县公安局王鲁派出所补办二代身份证,该二代身份证有效期限为2017.2.08—2037.10.08。2019年2月28日,徐春侠欲自己成立公司,在办理公司注册登记时,被告知自己在工商登记部门是非正常户,无法再办理公司工商登记注册。经查询工商登记系统得知,其已经在济南市长清区投资注册了济南玛睿商贸有限公司(以下简称玛睿商贸公司),并担任法定代表人,因该公司未参加年检,从而显示为非正常户。徐春侠在知悉自己姓名被冒用后,于2019年3月5日向长清区市场监督管理局反映了相关情况。根据济南市长清区市场监督管理局的档案显示,玛睿商贸公司于2017年11月1日申请设立登记,经办人提供了徐春侠的身份证,并将其设为玛睿商贸公司的股东并担任该公司法定代表人、执行董事及经理职务。2017年11月20日,玛睿商贸公司注册成立,注册资本100万元,登记材料中载明股东发起人为“徐春侠”,在法定代表人信息、股东决定、公司章程中股东签字处均有徐春侠手写签字。登记机关材料中显示的徐春侠的身份证为一代身份证,有效期限为2006.10.20—2026.10.20。

明确上述情况后,徐春侠向本院提起诉讼,请求依法确认徐春侠不是玛睿商贸公司的股东和法定代表人。诉讼中因玛睿商贸公司下落不明,未到庭应诉。徐春侠对玛睿商贸公司登记材料中“徐春侠”的签名申请司法鉴定。长清法院委托至山东永鼎司法鉴定中心对徐春侠的申请事项进行笔迹鉴定。山东永鼎司法鉴定中心于2019年9月10日作出鲁永司鉴中心【2019】文鉴字第387号《山东永鼎司法鉴定中心司法鉴定意见书》,鉴定意见为:1. 涉案2017年11月17日《法定代表人信息》中“徐春侠”署名字迹与供检样本徐春侠字迹不是同一人书写。2. 涉案2017年11月3日《济南玛睿商贸有限公司股东决定》中“徐春侠”署名字迹与供检样本徐春侠字迹不是同一人书写。3. 涉案2017年11月3日《济南玛睿商贸有限公司章程》中“徐春侠”署名字迹与供检样本徐春侠字迹不是同一人书写。诉讼中,徐春侠陈述,其未参与玛睿商贸公司成立、经营的任何活动,与该公司及相关联系人亦无任何关系。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2019年12月30日作出(2019)鲁0113民初1244号民事判决书,确认徐春侠不是济南玛睿商贸有限公司的股东和法定代表人。宣判后,原、被告双方未提出上诉,判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:法院认为,公民的个人身份信息受法律保护,民事主体所作出的民事法律行为应当意思表示真实,并符合法律规定。玛睿商贸公司相关工作人员提供了徐春侠有效期为2006.10.20—2026.10.20的一代身份证,在2017年11月,以徐春侠的姓名及身份证登记申请设立玛睿商贸公司。而在2017年2月8日,徐春侠已经因原身份证丢失重新申请了二代身份证,原丢失的一代身份证在此时起已经丧失了法律效力。玛睿商贸公司使用徐春侠已经失效的身份证申请成立公司,并未获得徐春侠的授权,工商档案中“徐春侠”的签名也均非徐春侠本人所写,亦无其他证据证实徐春侠本人具有成立该公司并担任法定代表人的意愿。玛睿商贸公司在获取了徐春侠的身份证后,所做的上述行为,属于对公民个人信息的非法使用,并非徐春侠的个人真实意思表示。根据《中华人民共和国民法总则》相关规定,自然人享有姓名权等权利,自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信

商事案例

息。而对于民事主体的民事法律行为,应该意思表示真实。根据查明事实及法律规定,玛睿商贸公司的行为对徐春侠不具有法律约束力。

诉讼中,玛睿商贸公司未到庭应诉,视为其对诉讼权利的放弃,不影响本案的裁判。本院对徐春侠的诉讼请求予以支持。

【案例注解】

本案案情相对简单,但事发却很出人意料。因为本案中未涉及玛睿商贸公司具体事项,该冒用姓名的行为,尚未给当事人带来利益损失,未发生更大的侵权行为,但这方面确实有潜在风险。在工商登记或其他利用个人信息行为过程中,职能部门应否利用科技手段,对于相关人员使用的身份证件予以核实,避免此类情况的发生。在大数据与科技发展的今天,核验身份证件真实性已经不难做到。对于自然人个人来说,此类情况无法完全避免,但可以加强防范意识,注意保护好自己的证件,如遇到此类问题,要及时采取法律手段,保护自己的合法利益。

撰写人:济南市长清区人民法院民一庭庭长 冯 建

四、行政案例

行政法漏洞的识别与应对

——田乃柱诉济南市自然资源和规划局行政收费案

关键词 变更登记 行政收费 法律解释 法律漏洞类推适用

【案例要旨】

将撤销所有权登记的房屋恢复至初始登记状态,并未改变登记内容,此种恢复登记不同于变更或更正登记。现行法律法规规章对于恢复登记行为未有应予收费的规定,在此情况下,即使恢复登记行为应当收取费用,登记机关亦无权参照类似规定(更正登记)收取登记费用。

【相关法条】

《不动产登记暂行条例》第三条不动产首次登记、变更登记、转移登记、注销登记、更正登记、异议登记、预告登记、查封登记等,适用本条例。

国家发展改革委、财政部《关于不动产登记收费标准等有关问题的通知》(发改价格规〔2016〕2559号)第一条不动产登记收费标准。县级以上不动产登记机构依法办理不动产权利登记时,根据不同情形,收取不动产登记费。(一)住宅类不动产登记收费标准。……规划用途为住宅的房屋(以下简称住宅)及其建设用地使用权申请办理下列不动产登记事项,提供具体服务内容,据实收取不动产登记费,收费标准为每件80元。

第三条收取优惠减免。对下列情形,执行优惠收费标准。(一)按照本通知第一条规定收费标准减半收取登记费,同时不收取第一本不动产权属证书的工本费:1. 申请不动产更正登记、异议登记的;……

【案例检索】

一审:山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁0102行初357号行政判决(2019年11月22日)

二审:济南市中级人民法院(2020)鲁01行终89号(2020年4月8日)

【基本案情】

原告田乃柱诉称,被告济南市自然资源和规划局依据生效法律文书注销原告父亲的房产证,在法院撤销生效法律文书后,理应无条件给予恢复。被告在经原告申请后予以办理,但无故收取原告40元的更正登记费用,该收费不合法、是乱收费。诉讼请求:1. 依法撤销被告收取原告更正登记费40元的具体行政行为;2. 诉讼费由被告承担。

被告济南市自然资源和规划局辩称,一、我局所作行政行为合法有效,并无不当。根据国家发展改革委、财政部《关于不动产登记收费标准等有关问题的通知》(发改价格规〔2016〕2559号,以下简称2259号文)第一条、第三条规定,我局在办理本次登记时,收取原告40元更正登记费的行为符合相关规定的具体收费标准,不属于乱收费行为。

法院经审理查明,2013年4月23日,案外人杜洽振以济南市住房保障和房产管理局为被告、以田立俊(原告田乃柱之父)和田乃香为第三人向法院提起诉讼,法院于2013年6月15日作出判决,判决撤销被告济南市住房保障和房产管理局于2012年6月20日为田立俊颁发的济

房权证中字第 216610 号房屋所有权证书。^① 田立俊、田乃香提起上诉,济南市中级人民法院于 2013 年 9 月 26 日作出判决,判决维持一审判决。^② 二审判决生效后,济南市住房保障和房产管理局依法注销了上述房屋所有权登记。田立俊、田乃香申请再审,济南市中级人民法院于 2014 年 6 月 27 日作出裁定,裁定撤销一、二审判决,发回重审。^③ 2016 年 1 月 8 日,田立俊因病去世。2017 年 3 月 15 日,杜洽振撤回起诉,法院予以准许。^④ 2018 年 6 月 13 日,原告田乃柱作为田立俊的继承人向济南市住房保障和房产管理局提交不动产登记申请表,要求将涉案房屋重新登记至田立俊名下,被告予以办理并收取不动产登记费 40 元。原告田乃柱不服,提起本案诉讼。原告认为:在法院撤销生效法律文书后,被告应主动恢复田立俊的房产登记,被告的收费行为明显不合法,属于乱收费。被告认为:被告依生效判决注销了田立俊房屋所有权登记,法院作出的撤诉裁定并未明确将涉案房屋所有权恢复至田立俊名下。2559 号文规定,不动产登记费,收费标准为每件 80 元。申请不动产更正登记、异议登记的,减半收取 40 元。办理上述登记时,被告本着便民原则,一事一议,特事特办,按照更正登记程序收取原告 40 元登记费的行为符合 2259 号文规定的收费标准,并非乱收费。^⑤

【裁判结果】

山东省济南市历下区人民法院于 2019 年 11 月 12 日作出(2019)鲁 0102 行初 357 号行政判决:撤销被告济南市自然资源和规划局于 2018 年 7 月 4 日向原告田乃柱(田立俊的代理人)收取不动产登记费 40 元的行政行为。被告不服,提起上诉。山东省济南市中级人民法院于 2020 年 4 月 8 日作出(2020)鲁 01 行终 89 号行政判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效判决认为,从《不动产登记暂行条例实施细则》关于变更登记和更正登记的规定可知,变更登记与更正登记属于两种登记行为,前者是对正确登记事项的变更,后者是对错误登记事项的更正,两种登记行为的相同之处在于登记前后的记载内容有变动。本案中,涉案房屋在进入诉讼之前登记在田立俊名下。后济南市住房保障和房产管理局依据生效判决注销了涉案房屋的初始登记,涉案房屋进入未登记状态。法院再审裁定撤销了生效判决并将案件发回重审,原告在该案重审过程中撤回了起诉,法院予以准许,该案终结。至此,据以撤销房屋初始登记的判决因被法院再审撤销已不具有法律效力,撤销房屋登记的行政行为失去依据,生效裁定虽未明确涉案房屋的权属,但不成为阻碍涉案房屋被恢复至初始登记状态的事由。田乃柱申请将涉案房屋重新登记至原所有权人田立俊名下,该申请并未要求更改包括权利人在内的任何登记事项,重新登记后的权利证书内容与初始登记一致,因此,该申请在形式上不符合上述规定中的变更登记或更正登记行为。济南市住房保障和房产管理局系按照 2559 号文中规定的更正登记标准对涉案登记行为进行收费,该收费行为缺乏依据。理由如下:其一,有争议的行政行为的性质应作有利于行政相对人的解释。行政诉讼旨在保障行政相对人的权利,监督行政权力并纠正违法不当的行政行为。因此,在对涉案登记行为产生不同理解时,应遵循“有利于行政相对

^① 参见山东省济南市市中区人民法院(2013)市行初字第 26 号行政判决书。

^② 参见山东省济南市中级人民法院(2013)济行终字第 122 号行政判决书。

^③ 参见山东省济南市中级人民法院(2014)济行再字第 3 号行政裁定书。

^④ 参见山东省济南市市中区人民法院(2014)市行再初字第 1—2 号行政裁定书。

^⑤ 参见山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁 0102 行初 357 号行政判决书。

人”的解释原则选择解释结论,至于何种解释有利于当事人,则应视相应的法律后果而定。其二,行政收费不得类推适用类似规定。行政收费属于行政行为,行政行为应遵循“法无授权不可为”原则,现行法律(广义)规定对更正登记应予收费,但对于本案的特殊登记未有应予收费的规定。因此,即使涉案登记行为应当收取费用,在法律依据缺位的情况下,行政机关亦无权参照类似规定收取费用。其三,行政收费应遵循“按件收费”原则。行政收费既要考虑行政资源支出,又要考虑行政相对人的负担,避免对同一事项重复收费。涉案房屋原所有权证书被注销,后再次恢复登记,此过程中,行政机关虽然需要再次付出行政资源,但该付出并非因被上诉人或房屋所有权人的行为或过错引起,被上诉人和房屋所有权人亦未因此而获取额外利益。涉案登记仅是将房屋恢复至初始登记状态,与初始登记系同一登记事项,且房屋所有权人已为初始登记支付相关费用。从后果上看,被诉收费行为属于重复收费。综上所述,登记机关以涉案登记属于更正登记为由进行收费的行为对行政相对人不利,对该解释结论本院不予支持;涉案收费行为欠缺法律依据,法院予以撤销。^①

【参照适用本案例时应注意的问题】

登记机关应行政相对人的申请将被撤销的房屋所有权登记恢复至初始登记状态,该登记行为并未改变权利相关事项,不属于更正登记。现行法律法规规章对于恢复登记是否收费及如何收费未作规定,通过法律解释方法无法解决该违反立法计划的欠缺,应当认定出现法律漏洞。基于不利类推禁止原则,当行政法出现漏洞时,行政机关不得作不利于行政相对人的类推。登记机关类推适用更正登记的收费标准向行政相对人收取恢复登记费,增加了行政相对人的负担,违反了行政法不利类推禁止原则,其收取登记费用的行政行为应予撤销。

编写人:山东省济南市中级人民法院行政庭 曹磊 石璐璐
(该案例获全国法院系统2020年度优秀案例分析评选活动三等奖)

^① 参见山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01行终89号行政判决书。

规范性文件司法审查之程序与方法

——董圣民诉济南市城市公共客运管理服务中心行政许可案

关键词 网约车 行政许可 规范性文件 附带审查

【案例要旨】

1. 人民法院认为被审查的规范性文件可能不合法的,应以电话询问、函件询问、到庭陈述或召开座谈会等方式听取制定机关的意见。对于涉及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发行业群体性事件的规范性文件的审查,制定机关出庭陈述意见的方式应作为首选方式。

2. 对于规定行政许可条件的条款的实质合法性审查,主要评判相关条款是否与上位法条款内容、立法精神和基本原则相抵触,是否违反上位法增设公民、法人或者其他组织义务或减损其合法权益。

3. 人民法院对于规范性文件应当坚持附带审查原则和被动审查原则,对于当事人放弃审查请求的,人民法院不能再对规范性文件合法性作出评价。但是,不对规范性文件作出合法性评价,并不妨碍人民法院就规范性文件相关事项向制定机关提出司法建议。

【相关法条】

《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。

第六十四条 人民法院在审理行政案件中,经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。

《最高人民法院关于中华人民共和国行政诉讼法的解释》第一百四十七条第一款人民法院在对规范性文件审查过程中,发现规范性文件可能不合法的,应当听取规范性文件制定机关的意见。

第一百四十八条第二款 有下列情形之一的,属于行政诉讼法第六十四条规定的“规范性文件不合法”:

- (一)超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的;
- (二)与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的;
- (三)没有法律、法规、规章依据,违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的;
- (四)未履行法定批准程序、公开发布程序,严重违反制定程序的;
- (五)其他违反法律、法规以及规章规定的情形。

第一百四十九条 人民法院经审查认为行政行为所依据的规范性文件合法的,应当作为认定行政行为合法的依据;经审查认为规范性文件不合法的,不作为人民法院认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议,并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。

规范性文件不合法的,人民法院可以在裁判生效之日起三个月内,向规范性文件制定机关

提出修改或者废止该规范性文件的司法建议。

规范性文件由多个部门联合制定的,人民法院可以向该规范性文件的主办机关或者共同上一级行政机关发送司法建议。

接收司法建议的行政机关应当在收到司法建议之日起六十日内予以书面答复。情况紧急的,人民法院可以建议制定机关或者其上一级行政机关立即停止执行该规范性文件。

《中华人民共和国行政许可法》第十六条行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。

《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(2016年第60号)第三条坚持优先发展城市公共交通、适度发展出租汽车,按照高品质服务、差异化经营的原则,有序发展网约车。

第十二条 拟从事网约车经营的车辆,应当符合以下条件:

- (一)7座及以下乘用车;
- (二)安装具有行驶记录功能的车辆卫星定位装置、应急报警装置;
- (三)车辆技术性能符合运营安全相关标准要求。

车辆的具体标准和营运要求,由相应的出租汽车行政主管部门,按照高品质服务、差异化经营的发展原则,结合本地实际情况确定。

第十三条服务所在地出租汽车行政主管部门依车辆所有人或者网约车平台公司申请,按第十二条规定的条件审核后,对符合条件并登记为预约出租客运的车辆,发放《网络预约出租汽车运输证》。

城市人民政府对网约车发放《网络预约出租汽车运输证》另有规定的,从其规定。

《济南市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则(试行)》第十二条申请从事网约车经营的车辆,应当符合以下条件:……(二)符合营运车辆环保、安全技术标准,且车龄从初次注册登记取得机动车行驶证之日起至申请日未滿1年;(三)新能源汽车轴距大于2600毫米,综合工况续航里程大于250千米;非新能源汽车轴距大于2700毫米且不得与在运普通巡游车车型相同,车辆购置税的计税价格高于11.5万元;

第十三条 申请《网络预约出租汽车运输证》的,先由申请加入并已取得经营许可资格的网约车平台公司按规定条件初检合格后,向市道路运输管理机构提出申请,并提交以下资料……

第三十四条 自2016年11月1日之后,本细则施行之前,在本市市区注册登记、车龄距初次注册登记之日未滿3年、轴距大于2650毫米、车辆购置税计税价格高于11.5万元,且为本市运营的网约车平台公司提供服务的非新能源汽车,若需继续在本市经营的,应在本细则施行之日起6个月的规范期内办理相关许可手续,逾期未办理的,网约车平台公司不得为其提供网约车经营服务。

【案例检索】

一审:山东省济南市市中区人民法院(2018)鲁0103行初248号(2018年12月17日)

二审:济南市中级人民法院(2019)鲁01行终350号(2020年1月10日)

【基本案情】

原告董圣民诉称:2018年8月2日,董圣民向被告济南市城市公共客运管理服务中心(以

下简称济南客管中心)提交网络预约出租汽车经营申请表,申请在济南从事网约车经营服务。被告于2018年8月2日作出《行政许可申请不予受理通知书》(以下简称《通知书》),决定不予受理原告提出的行政许可申请。理由为董圣民车辆初次登记日期为2016年1月25日,车龄已超过1年;轴距2600mm,低于2700mm;不符合《济南市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则(试行)》(以下简称《网约车细则》)第十一条、第三十四条规定,且申请程序不符合《网约车细则》第十二条关于个人所有车辆应当通过网约车平台公司申请的规定。但是,交通运输部等七部委联合发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(2016年第60号令,以下简称60号令)在运输证许可条件中并未对车龄、轴距以及申请前置程序作出规定,《网约车细则》上述条款违反上位法的规定。诉讼请求:1.依法撤销被告于2018年8月2日作出的《通知书》,责令其重新作出行政行为;2.附带对《网约车细则》进行审查。

被告济南市城市公共客运管理服务中心辩称:原告于2018年8月2日持《车辆行驶证》《机动车登记证书》,个人口头向被告提出办理《网络预约出租汽车运输证》(以下简称《运输证》)申请,因原告的申请不符合《网约车细则》的规定,故被告经研究决定对其申请不予受理。被告作出的《通知书》认定事实清楚,适用法律法规正确,程序合法,请求人民法院驳回原告诉讼请求。

法院经审理查明:原告董圣民车牌号为鲁AU37C1,2018年8月2日,原告向被告提交网络预约出租汽车经营申请表,申请在济南从事网约车经营服务。被告认为,原告车辆初次登记日期为2016年1月25日,转移登记日期为2018年8月1日,轴距2600mm。该车辆车龄从初次登记之日起至申请日已超过1年,车辆轴距低于2700mm,不符合《网约车细则》第十一条、第三十四条的规定。原告申请程序不符合《网约车细则》第十二条的规定。因此,决定不予受理原告提出的行政许可申请,并作出《通知书》书面予以告知。原告不服,提起行政诉讼,要求判如所请。二审法院依法向《网约车细则》制定机关济南市人民政府发函征询意见并通知其可以参加庭审,该机关书面复函并派员到庭陈述意见。

【裁判结果】

山东省济南市市中区人民法院于2018年12月17日作出(2018)鲁0103行初248号行政判决:一、撤销被告于2018年8月2日作出的《通知书》;二、被告在判决生效之日起十五日内对原告的《运输证》申请重新作出是否受理的决定。原告董圣民、被告济南客管中心均提起上诉。二审庭审后,董圣民撤回上诉。山东省济南市中级人民法院于2020年1月10日作出(2019)鲁01行终350号行政判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效判决认为,《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第十二条规定,公民申请行政许可,对行政机关作出的有关行政许可的决定不服提出行政诉讼,人民法院应当予以受理。本案中,董圣民向济南客管中心提交申请要求发放《运输证》,济南客管中心所作出的《通知书》明确表示对董圣民的申请不予受理,实质理由为董圣民的申请不符合《网约车细则》中关于车辆轴距和车龄的规定。因此,无论董圣民的申请程序及其他材料是否符合要求,济南客管中心均不会向其发放《运输证》。济南客管中心作出的《通知书》已从实质上对董圣民的申请进行了判断,明确对董圣民的行政许可申请不予准许,属于不予行政许可决定,对董圣民的权利义务造成影响,系具体行政行为,具有可诉性。

上诉人董圣民的撤回上诉申请是其真实意思表示,不损害国家利益和他人合法权益,符合法律规定,予以准许。根据《行政诉讼法》第五十三条的规定,法院对规范性文件审查实行的

是被动审查原则,当事人不申请,法院不主动对规范性文件进行审查。董圣民在一审起诉时要求对《网约车细则》一并进行审查,因《网约车细则》系《通知书》作出的依据,一审法院未予审查,理由不当。为审查《网约车细则》是否合法,本院在开庭前通知了制定机关济南市人民政府,该机关到庭陈述了意见。但董圣民在庭审结束后撤回上诉,视为放弃对规范性文件一并进行审查的请求。综上,在二审程序中本院对《网约车细则》的合法性不予审查。因济南客管中心亦为上诉人,本院仍需对其诉请求进行审查。

《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)第三十二条第一款第(四)项规定:“申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容,逾期不告知,自收到申请材料之日起即为受理。”第三十八条第二款规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”根据上述法律规定,行政机关收到申请人的行政许可申请后,如果通过程序性审查认为申请材料不全或者不符合法定形式等行政许可的形式要求,应告知申请人依法补充材料。如果经审查,行政机关认为申请人的申请不符合行政许可的实质性条件,应依法作出不予行政许可的书面决定。济南客管中心作出被诉《通知书》的理由有二:一是董圣民的申请不符合《网约车细则》中关于车辆轴距和车龄的规定;二是申请程序不符合《网约车细则》的规定。由此可见,济南客管中心作出的《通知书》既从申请程序上进行了审查,也从实体上进行了判断。根据上述规定,济南客管中心认为根据现有材料可以认定董圣民的申请在实体上不符合要求,应作出不予行政许可的书面决定,并告知董圣民申请复议或者提起诉讼的权利。本案中,济南客管中心作出的被诉《通知书》实际上属于不予行政许可决定,本应以决定书的形式作出,但以通知书的形式作出,明显不当。同时,该《通知书》未告知董圣民申请复议或者提起行政诉讼的权利与期限,不符合法律规定。为提升行政机关依法行政能力,强化行政机关程序意识,一审法院判决撤销上诉人济南客管中心作出的《通知书》并责令其重新作出行政行为,符合法律规定,应予维持。

【案例注解】

规范性文件的附带审查是当前行政审判一大热点和难点问题,其疑难之原因在于《行政诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《适用解释》)对此规定过于原则,特别是对规范性文件的审查程序、审查方式、评判标准、审查结果和处理方式等所作规定不够具体。这是立法对司法实践的一种授权,更是对法官智慧的一种考验,需要法官在个案中进行尝试和探索,不断总结提升可供操作参照的裁判规则。本案在规范性文件的审查原则、意见听取方式、合法性评判标准以及司法建议的提出四个方面,均具可供讨论或参照的样本价值。

一、规范性文件附带审查应遵循的原则

有研究认为,规范性文件审查应当遵循“审查行政行为合法性为主、审查规范性文件合法性为辅”“审查合法性为主、审查合理性为辅”“审查实体合法性为主、审查程序合法性为辅”“以依据上位法规范审查为主、以依据法律原则、立法目的等审查为辅”等四个审查原则。^①笔者认为,除上述四个原则外,《行政诉讼法》第五十三条“公民、法人或者其他组织认为据以作出行政

^① 舟山市中级人民法院行政审判庭课题组:《关于规范性文件一并审查的调研报告》,《行政执法与行政审判》第70集,第52页。

行为的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求法院对该规范性文件进行审查”本身就包含了两个审查原则。

(一)附带审查原则

就启动程序而言,规范性文件的审查具有附带性特点,必须依附于被诉行政行为。公民、法人或者其他组织仅以规范性文件不合法为由提起诉讼,人民法院不予支持。法院对规范性文件进行审查的目的是评判其能否作为被诉行政行为合法性的依据,因此规范性文件审查具有依附性特点。该特点决定了如果法院对行政行为合法性只进行程序性审查,不作实质性审查,对规范性文件亦无需进行审查。“附带审查相对于单独起诉的好处是可以提高门槛,控制法院或者上级行政机关的受案数量,不至于产生大量的诉讼,也不至于给行政权威带来过大的打击。”^①董圣民所诉行政行为系《通知书》,而《网约车细则》系《通知书》作出的直接依据,因此,董圣民提出的审查请求符合附带审查的原则,法院应当启动对《网约车细则》进行合法性审查的程序。

(二)被动审查原则

就审查模式而言,如果原告不提起对规范性文件进行合法性审查,人民法院不能主动对规范性文件进行审查,此系规范性文件的被动审查原则。遵循此原则并不影响案件的正常审理,因为根据行政诉讼法的规定,人民法院审理行政案件以法律和行政法规、地方性法规为依据,并参照规章。规范性文件系对法律、法规和规章相关规定的细化,并非正式的法律渊源,对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。^②这意味着,人民法院可以不依据规范性文件对被诉行政行为合法性作出审查。人民法院在根据原告的申请一并审查规范性文件时,如果该规范性文件“合法、有效、合理、恰当”,可以作为被诉行政行为的依据。在原告不请求对规范性文件进行审查的情况下,如果法院认为该规范性文件明显违法,则不将其作为认定行政行为合法的依据。当然,法院不应在裁判文书中对规范性文件的合法性进行评判。本案中,董圣民撤回上诉,视为放弃对规范性文件一并进行审查的请求,二审法院虽然已经启动审查程序并听取制定机关的意见,但基于被动审查原则,已不能再对《网约车细则》作出合法性评判。

二、对制定机关意见的听取方式

根据《适用解释》第一百四十七条规定,人民法院审查规范性文件,听取制定机关的意见并非必经程序。如果经审查认为规范性文件明显合法,则无须听取行政机关意见;只有在经过初步审查发现文件可能不合法时,才应当听取制定机关的意见。任何规范性文件都必须经过严格的制定和合法性审查程序方可颁行,因此,绝大多数规范性文件是合法的,不合法的仅为极少数。如果原告一提起附带审查请求,人民法院就要求制定机关出具意见,则会加重行政机关的负担,浪费行政资源。当然,对于规范性文件可能存在不合法的,人民法院有义务听取规范性文件制定机关的意见,以保证对于规范性文件合法性审查的准确性和权威性。关于听取制定机关意见的方式,《行政诉讼法》和《适用解释》均未作出明确的规定。当前司法实践中,主要有电话询问、函件询问、到庭陈述和召开座谈会等方式。其中,制定机关到庭陈述意见是最为正式严谨的方式,可以最大限度地辅助法官查明与评判规范性文件合法性相关的事实。本案中,《网约车细则》相关条款是否合法,将直接影响到网约车规制措施设计及网约车行业规则的确定,会对本省甚至全国范围内其他城市网约车地方立法或规范性文件的制定与修改产生直接影响,属于涉及

^① 马得华:《我国行政诉讼规范性文件附带审查的模式与效力难题》,《政治与法律》2017年第8期。

^② 参见《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈纪要》第一条。

重大公共利益、可能引发群体性事件的案件。慎重起见,二审法院通知《网约车细则》制定机关济南市人民政府提交书面意见并可派员参加庭审,济南市人民政府收到函件后高度重视,在提交书面回复的情况下积极派员参加庭审,对于规范性文件的制定背景、目的、依据、程序、实施情况、备案审查情况,特别是相关条款的合法性做了详细的说明。到庭陈述意见的方式,充分实现了行政诉讼法要求人民法院听取制定机关意见的立法意图,制定机关积极配合司法机关审查的态度与做法值得肯定。制定机关出庭直接引出一个程序设计漏洞,这就是制定机关出庭时的诉讼地位问题。最高人民法院行政审判庭副庭长王敬波认为:“从出庭陈述意见的行为看,似乎可以归属于证人,其陈述意见相当于提供证人证言,但考虑到法院还要对规范性文件作出处理建议,似乎作为第三人更为合适。”笔者认为,将出庭陈述意见的制定机关作为证人或列为第三人均有勉强,就当事人附带审查规范性文件的诉讼请求而言实际上属于一种特殊的被告,当然鉴于规范性文件审查的附带性以及制定机关出庭的可能性及必要性,将其直接列为“诉讼参加人”更符合其在诉讼中的身份特征和司法现实。因为此时,“制定机关实质上已经成为一种当事人,只不过这种当事人的身份不同于所诉行政行为作出机关的被告身份而已,但不能否定其仍具有一种当事人的性质。”^①本案庭审时,本院即将济南市人民政府列为“诉讼参加人”,但因董圣民撤回上诉,二审判决中无需对《网约车细则》的合法性进行评判,故在判决书中未再将济南市人民政府作为案件当事人予以列明。

三、规范性文件合法性的评判标准

有学者经过深入研究后认为,规范性文件的司法审查标准就应当是精确、完整、可操作的标准,而不是模糊、残缺、不中用的标准。但非常遗憾的是,我们至今仍没有一套公认的规范性文件的司法审查标准的学说。^②法律规定不能给出明确标准自在情理之中。规范性文件的合法性包括形式合法性和实质合法性,形式合法性主要是制定程序方面。司法实践中,很少有原告以将规范性文件程序违法作为诉讼理由,大多会主张规范性文件与上位法相抵触,减损其合法权益或者违法增加义务。法院在审查时,首先应审查是否有上位法依据。如果有上位法依据,通常审查是否对上位法作了扩大或者限缩解释;反之,则主要审查是否违法增加公民、法人或其他组织义务或者减损其合法权益。本案中,关于《网约车细则》第十二条、第十三条、第三十四条是否违反60号令和《行政许可法》等上位法和其他违法情形,合议庭形成了不同意见。

(一)《网约车细则》规定车辆车龄、轴距标准的合法性

第一种意见认为违法。理由为:根据《行政许可法》第十六条规定的规定,作为低于规章的规范性文件所设定的行政许可条件不应超越上位法规定,不得增设违反上位法的其他条件。《网约车细则》对车龄、轴距的要求属于增设了行政许可条件,违反了行政许可法关于行政许可条件的规定。60号令第十二条并非对地方政府增设行政许可条件的授权。60号令第十二条第一款第(三)项规定“车辆技术性能符合运营安全相关标准要求”;第二款规定“车辆的具体标准和营运要求,由相应的出租汽车行政主管部门,按照高品质服务、差异化经营的发展原则,结合本地实际情况确定”。将两款进行体系解释,应该得出如下结论:一是车辆准入条件只要求车辆“技术性能”符合“运营安全标准”,而未强制要求高于“运营安全标准”;二是第二款授权地方出租汽车行政主管部门制定符合本地实际情况的“具体标准和营运要求”,但应当按照“高品质

^① 王春业:《论行政规范性文件附带审查的后续处理》,《法学论坛》2019年第5期。

^② 袁勇:《行政规范性文件的司法审查标准:梳理、评析及改进》,《法制与社会发展》2019年第5期。

服务、差异化经营的发展原则”。这里所称的“高品质服务”应当包括车辆驾驶人员的服务规范、车辆的内部设施、影响车辆乘坐体验的其他服务要素,以及对车辆服务监管、意见反馈等渠道的设置等,“差异化”主要应当指区别与出租车的上述要素的总和。并且,网约车监管的重点应当是安全问题,车型、车龄、车价等问题的限制很难讲与安全相关。^① 如果“在没有正当理由的情形下条件明显高于传统出租车,这样实质造成了市场准入的不公平,违反了法律的平等原则。”^②《网约车细则》单独设置了汽车轴距、车龄等许可条件,提高了车辆标准,超越了60号令第二条的授权限度,违反了上位法。《行政许可法》第五条规定,设定和实施行政许可应当遵循公开、公平、公正、非歧视的原则。公平原则和非歧视原则是行政法基本原则,要求平等对待所有人。《网约车细则》设定的车辆准入条件与出租车不对等,利益衡量偏向对传统出租车行业的保护,限制了网约车的发展,对网约车给予了不公平和歧视待遇。

第二种意见认为合法。理由有三:第一,《国务院办公厅关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的实施意见》(国办发〔2016〕58号)第二条规定:“出租汽车服务主要包括巡游、网络预约等方式。要统筹发展巡游车和网约车,实行错位发展和差异化经营,为社会公众提供品质化、多样化的运输服务。”60号令第十二条第二款规定:“车辆的具体标准和营运要求,由相应的出租汽车行政主管部门,按照高品质服务、差异化经营的发展原则,结合本地实际情况确定。”该款是对第一款规定的例外,即授权各地可以制定高于第一款要求的车辆标准。《网约车细则》对车辆具体标准进行限定,符合上述规定的要求,符合高品质服务、差异化经营的发展原则,也符合网约车新业态规范管理,引导其有序发展的要求。第二,网约车高于出租车的标准有利于保护公共利益和地方运营秩序稳定。网约车涉及车主利益和公众利益,出租车行业利益和网约车行业利益,需要进行利益衡量。网约车属于客运车辆,对其进行高标准的要求,有利于保护乘客、行人等公众利益的安全。传统出租车有效解决了民众出行问题,如果对网约车不设定任何高于传统出租车的准入标准,网约车的迅速发展和低成本将会极大冲击出租车行业,这在推动地方经济发展转型的同时,会造成传统出租车行业的抵制和衰落,不利于地方经济的稳定发展。第三,地方政府作出创新型规制措施有助于推进立法完善。新旧业态之间的关系应当是互补、融合和转换的,但这需要有一个过程,新业态出现后,立法无法及时完成应对,地方立法和规范性文件根据实际情况、社会需要、民众意见等,尝试性地创设具有正当性的行政许可条件,并且获得社会民众的多数支持,可以为上位法的完善提供实践经验。

(二)《网约车细则》规定个人所有车辆须经网约车平台公司提出申请的合法性

第一种意见认为违法。理由为:60号令第十三条第一款规定,车辆所有人或者网约车平台公司均有权申请《运输证》;《网约车细则》要求车辆所有人应通过网约车平台公司进行申请,排除车辆所有人个人作为《运输证》申请人,违反了60号令第十三条第一款的规定。60号令第十三条第二款规定城市人民政府对网约车“发放”《运输证》另有规定的,从其规定。此处的“发放”是“审核”的下一步程序,因此,城市人民政府所获得的可以另行进行规定的授权仅限于“发放”环节,而不包括第一款中的“审核”环节。该申请程序的限制超越了60号令的授权,属于增设行政许可条件。

第二种意见认为合法。理由为:60号令第十三条第二款规定“城市人民政府对网约车发放

^① 王静:《中国网约车新政的变革方向术》,《行政法学研究》2018年第4期。

^② 王霁霞:《共享经济的法律规制逻辑——以网约车行政案件为切入点的分析》,《法学杂志》2019年第1期。

《运输证》另有规定,从其规定”是对地方人民政府的授权,为了网约车运营安全需要。此处的发放应当理解为申请、审核、发证一个完整的流程,而不应仅理解为城市人民政府仅能对发放程序作出规定,而无权对申请和审核作出另行规定。《网约车细则》第十二条规定车辆所有人应通过网约车公司平台代为提交申请,系对60号令规定的发放程序的进一步具体化,并不排除车辆所有人的实体权利,不违反60号令和《行政许可法》的规定。

本案因董圣民撤回上诉,二审法院未对上述条款的合法性作出最终评判。但从上述两种意见的激烈交锋可以看出,规范性文件合法性现有的判断标准的规定过于抽象,在实践中较难把握。^①“充分发挥规范性文件一并审查的制度功能,形成有效的监督机制,促进法治政府建设,有赖于明确、统一的司法审查标准的确立。”^②有待最高人民法院通过个案批复、指导性案例等典型案例或其他司法解释性文件对其进行具体化。

四、司法建议的功能与提出条件

司法建议是指人民法院在行使审判权时,对与案件有关但不属于人民法院审判工作所能解决的问题,向有关单位和个人提出的合理化建议,其目的在于使有关单位堵塞漏洞、改进工作、完善制度、消除不利因素。^③《行政诉讼法》第六十四条、《适用解释》第一百四十九条和第一百五十条对于(可能)不合法的规范性文件规定了三种处理方式:一是对于不合法的规范性文件提出处理建议;二是对于不合法的规范性文件提出修改或者废止的司法建议;三是紧急情况下,可以建议相关机关立即停止执行。那么,法院在未认定涉案《网约车细则》违法情况下,是否可以司法建议?答案是肯定的。理由有三:其一,司法建议是人民法院参与社会综合治理的方式之一,而非法定职权,不具有法律效力,不存在强制执行问题;其二,司法建议是一项可以适用于各类案件的司法制度,并非仅能适用于上述《适用解释》明确规定的情形,其是否提出应当根据司法建议的目的并视个案的具体情况确定;其三,有利于人民法院在原告未对规范性文件提出审查请求的情况下,对可能存在不合法的规范性文件行使监督权。

在网约车等共享经济的法律规制中,法院的判决占据非常重要的地位,在英美法系与大陆法系很多国家更多是依赖司法判决明确了Uber等网约车平台的法律地位、权利义务以及共享经济在传统法律框架之中的生存空间。^④鉴于《网约车细则》的重大广泛影响以及其相关条款合法性引起的强烈争议,加之二审判决作出时正值《网约车细则》修订征求意见期间。为发挥行政审判职能作用,能动地服务于社会经济大局,助推法治政府建设,二审法院决定向济南市人民政府提出司法建议供其修订《网约车细则》时参考。《司法建议》具体内容如下:网约车属于新型共享经济产业,其与传统出租车属于新旧两种业态,两者之间是竞争、互补和逐步融合的关系。网约车事关公众出行便利和社会安全稳定,在全国统一立法未出台的情况下,济南市人民政府制定的《网约车细则》及时保证了网约车行政执法有法可依。但是,规范性文件的制定应当合法性与合理性兼备,方能真正发挥规范行政行为、打造良好营商法治环境的作用,并可从源头上减

^① 本文将合议庭形成的两种意见作为批判对象在此公开,期待获得法官同仁及学者的批评与指正。

^② 霍振宇:《规范性文件一并审查行政案件的调查研究——以新行政诉讼法实施后北京法院审理的案件为样本》,《法律适用》2018年第20期。

^③ 参见林莉红:《行政诉讼法学》,武汉大学出版社2009年版,第245页。

^④ See Wyman, Katrina M. Taxi Regulation in the Age of Uber, New York University Journal of Legislation and Public Policy, Vol. 20, Issue 2017(1): 1~100.

行政案例

少因规范性文件适用而引发的诉讼。结合案件的审理情况,对《网约车细则》的修订建议如下:

1. 行政许可条件的设定不能与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触,不得没有法律、法规、规章依据,增加公民、法人和其他组织义务或者减损其合法权益。建议:慎重审查《网约车细则》是否存在上述违反《行政许可法》《中华人民共和国反垄断法》等相关规定的情形。
2. 案件讨论中,合议庭对《网约车细则》中相关条款合法性产生了激烈争议。建议:考察国内其他城市立法中的相关规定,结合济南本地的经济条件、消费水平以及社会各界意见,因地制宜确定合理的网约车车辆的规制措施。
3. 《网约车细则》的制定与实施,旨在保护和促进网约车与传统出租车产业的协同发展,但在实施过程中难免会出现一些超出预料的新问题。建议:密切关注《网约车细则》在实施过程中的效果,依据相关法律法规及新近颁布的《优化营商环境条例》,结合社会各界的反馈意见,在修订时对相关条款进行完善。以上建议请予以考虑,并将反馈意见及修订情况函告我院。^①

编写人:山东省济南市中级人民法院行政庭 曹磊 孙辉妮
(该案例获全国法院系统 2020 年度优秀案例分析评选活动三等奖)

^① 经了解,济南市人民政府接到《司法建议》后高度重视,但因新冠疫情导致《网约车细则》修订时间推迟,故当前无法向本院就修订情况作出复函

未遵循正当行政程序原则保障相对人陈述申辩权的 行政行为属程序违法,应予撤销

——济南乐源洗涤制品有限公司诉济南市槐荫区人力资源和社会保障局、
济南市槐荫区人民政府劳动行政监察及行政复议案

关键词 劳动行政监察 行政复议 程序违法 撤销行政行为

【案例要旨】

行政机关作出影响相对人权益的行政决定时,应严格遵循正当行政程序原则,充分保障相对人的知情权、申辩权。未严格依照法定程序办理,未听取相对人的陈述、申辩的行政行为,属程序违法,应予撤销。

【相关法条】

《劳动保障监察条例》第十九条规定:“劳动保障行政部门对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为作出行政处罚或者行政处理决定前,应当听取用人单位的陈述、申辩;作出行政处罚或者行政处理决定,应当告知用人单位依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”

《劳动和社会保障部关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》第十八条第一款规定:“对符合下列条件的投诉,劳动保障行政部门应当在接到投诉之日起5个工作日内依法受理,并于受理之日立案查处:(一)违反劳动保障法律的行为发生在2年内的;(二)有明确的被投诉用人单位,且投诉人的合法权益受到侵害是被投诉用人单位违反劳动保障法律的行为所造成的;(三)属于劳动保障监察职权范围并由受理投诉的劳动保障行政部门管辖。”

第三十条规定:“劳动保障行政部门对违反劳动保障法律的行为的调查,应当自立案之日起60个工作日内完成;情况复杂的,经劳动保障行政部门负责人批准,可以延长30个工作日。”

第三十七条规定:“劳动保障行政部门立案调查完成,应在15个工作日内作出行政处罚(行政处理或者责令改正)或者撤销立案决定;特殊情况,经劳动保障行政部门负责人批准可以延长。”

【案例检索】

一审:济南市槐荫区人民法院(2019)鲁0104行初63号(2019年11月18日)

二审:济南市中级人民法院(2020)鲁01行终13号(2020年3月18日)

【基本案情】

原告济南乐源洗涤制品有限公司(以下简称乐源公司)诉称:第三人姜爱芹向济南市槐荫区人力资源和社会保障局(以下简称槐荫人社局)投诉称在原告处工作期间,原告没有为其缴纳社会保险费。槐荫人社局于2018年7月11日做出槐人社监责令字〔2018〕第034号《改正通知书》,认定原告未依法为劳动者缴纳社会保险的行为,违反劳动保障法律法规规定。根据《劳动法》第一百条规定,责令原告按照本年度最低缴费基数为第三人姜爱芹补缴2009年2月—2017年4月的社会保险。原告不服向济南市槐荫区人民政府(以下简称槐荫区政府)申请行政复议。2019年6月3日槐荫区政府作出济槐政复决字〔2018〕43号《行政复议决定书》,决定维持被告

槐荫人社局作出的槐人社监责令字〔2018〕第 034 号《改正通知书》具体行政行为。原告认为被告所做出的行政行为从社会保险征收须存在劳动关系为前提上与济槐劳人仲不(2018)79 号仲裁决定书、2018 年 12 月 20 日(2018)鲁 01 民终 8675 号民事裁定书、2019 年 3 月 28 日(2019)鲁 01 民终 2203 号民事裁定书相矛盾;在征收主体上与中共中央办公厅、国务院办公厅印发《深化国税、地税征管体制改革方案》中确定的 2019 年 1 月 1 日起,将社会保险费交由税务部门统一征收相违背;在征收措施上与人力资源社会保障部办公厅关于贯彻落实国务院常务会议精神和切实做好稳定社保费征收工作的紧急通知【人社厅函〔2018〕246 号】中要求的严禁自行组织对企业历史欠费进行集中清缴相冲突。诉讼请求:1. 请求法院依法撤销槐荫人社局 2018 年 7 月 11 日作出的槐人社监责令字〔2018〕第 034 号《改正通知书》;2. 请求法院依法撤销槐荫区政府作出济槐政复决字〔2018〕43 号《行政复议决定书》;3. 案件受理费由被告承担。

被告槐荫人社局辩称:一、被告主体适格,槐荫人社局为本行政区域内劳动保障监察工作的行政主管部门。二、涉案具体行政行为事实清楚、证据确凿充分、程序合法,适用法律、法规正确。请求依法驳回原告的诉讼请求。

被告槐荫区政府辩称:一、被告槐荫区政府有受理行政复议申请的法定职权。二、被告作出的济槐政复决字〔2019〕43 号行政复议决定认定事实清楚、证据确实充分、程序合法、适用法律正确。请求驳回原告的诉讼请求。

第三人姜爱芹述称:同意两被告意见。

济南市槐荫区人民法院经审理查明:2018 年 2 月 22 日,第三人姜爱芹向槐荫人社局投诉乐源公司称:本人入职该公司近 11 年,曾交纳 2 个月保险,之后未曾交纳,请求被投诉人补交 2007 年 7 月至 2017 年 4 月五险。同年 2 月 27 日,槐荫人社局立案审查,3 月 6 日对乐源公司办公室主任张永民进行调查询问,张永民陈述姜爱芹于 2007 年 7 月入职乐源公司,公司与姜爱芹签订了劳动合同,至槐荫人社局调查时,姜爱芹依然在单位没有离职,并没有为姜爱芹代扣代缴社会保险费。据此,槐荫人社局于 2018 年 3 月 28 日向乐源公司作出槐人社监责令字〔2018〕第 014 号《改正通知书》,同年 5 月 10 日乐源公司因补缴起始年限问题向槐荫人社局提出复议申请,并提交了企业工商信息、关于华益、海华、乐源三公司关系的说明及姜爱芹不同意签订劳动合同的说明等材料。6 月 20 日,姜爱芹向槐荫人社局重新提交投诉书,变更了投诉事项,将要求补缴社会保险费的时间变更为 2009 年 2 月至 2017 年 4 月,槐荫人社局 6 月 21 日立案后,于 6 月 29 日作出《关于撤销槐人社监责令字〔2018〕第 014 号行政文书的告知》,决定对槐人社监责令字〔2018〕第 014 号行政文书进行撤销,对劳动者姜爱芹变更投诉乐源公司违反劳动保障法律法规行为的案件事项进一步进行处理,于 7 月 11 日作出槐人社监责令字〔2018〕第 034 号《改正通知书》,主要内容为:乐源公司未依法为劳动者缴纳社会保险的行为,违反了劳动保障法律法规规定,根据《劳动法》第一百条规定,现责令你单位按照本年度最低缴费基数为劳动者姜爱芹(身份证:370104196705074125)补缴 2009 年 2 月—2017 年 4 月的社会保险。责令你(单位)于 2018 年 7 月 20 日前改正,并将改正情况(附相关证明材料)书面报送槐荫人社局劳动保障监察大队。拒不履行本责令改正通知的,依据《劳动保障监察条例》第三十条第(三)项规定处 2000 元以上 2 万元以下的罚款。于同日留置送达乐源公司。

乐源公司对上述通知书不服,于 2018 年 8 月 24 日向槐荫区政府申请行政复议,槐荫区政府于 8 月 27 日通知乐源公司补正行政复议材料,8 月 31 日受理了乐源公司的复议申请,并向槐荫人社局发送提出答复通知书,于 2018 年 10 月 12 日因需要以姜爱芹起诉乐源公司劳动争

议一案的审理结果为依据作出中止该行政复议案件的通知单,2019年4月24日作出恢复审理通知书,2019年5月6日作出延期一个月的延期审理通知书,2019年6月3日作出济槐政复决字〔2018〕43号《行政复议决定书》,决定维持槐荫人社局对乐源公司2018年7月11日作出的槐人社监责令字〔2018〕第034号《改正通知书》的具体行政行为,并于2019年6月4日向各方当事人送达,乐源公司对案涉《改正通知书》和《行政复议决定书》不服,遂向一审法院提起行政诉讼,要求撤销槐荫人社局2018年7月11日作出的槐人社监责令字〔2018〕第034号《改正通知书》;撤销被告槐荫区政府作出济槐政复决字〔2018〕43号《行政复议决定书》。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2019年11月18日作出(2019)鲁0104行初63号行政判决:驳回原告济南乐源洗涤制品有限公司的诉讼请求。宣判后,乐源公司不服,提起上诉。济南市中级人民法院于2020年3月18日作出(2020)鲁01行终13号行政判决:一、撤销济南市槐荫区人民法院(2019)鲁0104行初63号行政判决书;二、撤销济南市槐荫区人民政府2019年6月3日作出的济槐政复决字〔2018〕43号《行政复议决定书》;三、撤销济南市槐荫区人力资源和社会保障局2018年7月11日作出的槐人社监责令字〔2018〕第034号《劳动保障监察责令改正通知书》;四、责令济南市槐荫区人力资源和社会保障局于本判决生效之日起60日内重新对第三人的投诉作出处理。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:本案审理焦点为槐荫人社局作出的槐人社监责令字〔2018〕第034号《劳动保障监察责令改正通知书》程序是否合法的问题。《劳动和社会保障部关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》第十八条规定:“对符合下列条件的投诉,劳动保障行政部门应当在接到投诉之日起5个工作日内依法受理,并于受理之日立案查处……”,第三十条规定:“劳动保障行政部门对违反劳动保障法律的行为的调查,应当自立案之日起60个工作日内完成;情况复杂的,经劳动保障行政部门负责人批准,可以延长30个工作日。”第三十七条规定:“劳动保障行政部门立案调查完成,应在15个工作日内作出行政处罚(行政处理或者责令改正)或者撤销立案决定;特殊情况,经劳动保障行政部门负责人批准可以延长。”因此处理劳动保障投诉类案件,劳动保障行政部门要经过立案、调查、作出处理决定等法定程序。本案从一审第三人姜爱芹的投诉内容看,其2月22日的投诉内容包含6月20日的投诉内容,槐荫人社局在对姜爱芹前一次投诉的处理结果未予撤销的情况下,对后一次投诉再行立案调查,明显属于重复立案,程序违法。

《劳动保障监察条例》第十九条规定:“劳动保障行政部门对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为作出行政处罚或者行政处理决定前,应当听取用人单位的陈述、申辩;作出行政处罚或者行政处理决定,应当告知用人单位依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”陈述、申辩权属于行政程序中的重要程序性权利,听取当事人陈述、申辩,才能正确判断当事人的违法行为有无正当事由,并审慎作出处理结论。本案第三人姜爱芹于6月20日变更投诉事项,槐荫人社局于6月21日立案,7月11日作出槐人社监责令字〔2018〕第034号《劳动保障监察责令改正通知书》,根据现有证据,槐荫人社局在对上诉人作出涉案责令改正通知书之前,未听取用人单位的陈述和申辩,未保障相对人的陈述、申辩权,不符合正当行政程序原则,其行为违反上述条例规定,办案程序明显违法。

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条规定:“行政行为有下列情形之一的,人民法院

行政案例

判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为:……(三)违反法定程序的;……”因槐荫人社局作出的涉案责令改正通知书程序违法,故涉案责令改正通知书应予撤销。同时根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一百三十六条第一款规定:“人民法院对原行政行为作出判决的同时,应当对复议决定一并作出相应判决。”因槐荫人社局对上诉人作出的涉案责令改正通知书程序违法应予撤销,故槐荫区政府作出济槐政复决字〔2018〕43号维持复议决定应一予以撤销。

编写人:山东省济南市中级人民法院行政庭 张正升 张倩倩

地方污染物排放标准的附带审查

——济南万润肉类加工有限公司诉济南市环境保护局、
济南市人民政府行政处罚、行政复议案

关键词 规范性文件 附带审查 行政处罚 行政复议

【案例要旨】

现行法律、行政法规对省级政府规范性文件的制定程序未做规定。根据《中华人民共和国立法法》之前形成的行政惯例,实践中由主管部门负责起草,报省级政府表决通过,可以由省级政府自行发布,也可以由省级政府批准主管部门发布。省级政府根据《中华人民共和国环境保护法》第十五条的授权,表决通过严于国家标准的地方污染物排放标准后,可以批准环保和标准化主管机关联合发布。制定权集中体现在对草案的表决通过权力上,按上述程序发布的地方污染物排放标准,系省级政府制定的规章以下的其他规范性文件,属于行政诉讼附带审查范围。规范性文件附带审查并非复议终局事项,公民、法人或者其他组织不服复议机关的一并审查结论,仍然可以在行政诉讼一并请求审查。

【相关法条】

《中华人民共和国环境保护法》第十五条国务院环境保护主管部门制定国家环境质量标准。省、自治区、直辖市人民政府对国家环境质量标准中未作规定的项目,可以制定地方环境质量标准;对国家环境质量标准中已作规定的项目,可以制定严于国家环境质量标准的地方环境质量标准。地方环境质量标准应当报国务院环境保护主管部门备案。国家鼓励开展环境基准研究。

《中华人民共和国环境保护法》第十六条国务院环境保护主管部门根据国家环境质量标准和国家经济、技术条件,制定国家污染物排放标准。省、自治区、直辖市人民政府对国家污染物排放标准中未作规定的项目,可以制定地方污染物排放标准;对国家污染物排放标准中已作规定的项目,可以制定严于国家污染物排放标准的国家污染物排放标准。地方污染物排放标准应当报国务院环境保护主管部门备案。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百四十八条人民法院对规范性文件进行一并审查时,可以从规范性文件制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。有下列情形之一的,属于行政诉讼法法规标题中华人民共和国行政诉讼法(2017修正)制定机关全国人大常委会效力等级法律公布日期 2017.06.27 时效性现行有效第六十四条规定的“规范性文件不合法”:(一)超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的;(二)与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的;(三)没有法律、法规、规章依据,违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的;(四)未履行法定批准程序、公开发布程序,严重违反制定程序的;(五)其他违反法律、法规以及规章规定的情形。

【案件索引】

一审:山东省济南市历下区人民法院(2018)鲁0102行初23号(2018年7月31日)

二审:山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01行终244号(2019年8月5日)

【基本案情】

原告济南万润肉类加工有限公司(以下简称济南万润公司)诉称:根据环境保护法第十五条的规定,地方污染物排放标准等地方环境质量标准,只能由省、自治区、直辖市人民政府制定。DB37/2374—2013 标准由山东省环境保护厅提出,由该厅与原山东省质量技术监督局联合发布,并由山东省环境保护厅负责解释,说明该标准由以上两部门联合制定,制定机关超越法定权限,制定程序严重违法。要求撤销被告济南市环境保护局(以下简称济南市环保局)J001 号行政处罚决定和被告济南市人民政府(以下简称济南市政府)135 号行政复议决定,且一并请求审查 DB37/2374—2013 标准。

济南市环保局辩称:济南市环保局作出的行政处罚决定认定事实清楚,证据确凿,程序合法,适用法律准确、量罚适当。请求法院依法驳回济南万润公司起诉。

济南市政府辩称:济南市政府作出的 135 号《行政复议决定书》程序符合法律规定,应驳回济南万润公司的诉讼请求。

一审法院经审理查明,2016 年 11 月 30 日,济南市环保局执法人员对济南万润公司的锅炉处理设施运行情况进行检查,同时,委托其下属有资质的济南市环境监测中心站工作人员对济南万润公司正在运行的一台 2 吨燃煤锅炉烟气排放情况进行现场监测,采集煤样,制作《污染源现场监察记录》,济南万润公司现场负责人何余海(安保科科长,主要负责本单位安全生产和环保工作)签字确认。12 月 27 日,济南市环境监测中心站出具《检测报告》(济环监(气)字 2016 年第 201 号)。检测结果显示,济南万润公司的锅炉外排烟气中氮氧化物浓度为 523mg/m³,烟尘浓度为 191mg/m³,二氧化硫浓度为 3172mg/m³,分别超过《山东省锅炉大气污染物排放标准》(DB37/2374—2013)中规定的排放标准的 0.74 倍、5.37 倍、14.86 倍。12 月 30 日,济南市环保局对济南万润公司工作人员何余海进行调查询问并形成笔录。何余海对济南市环保局 2016 年 11 月 30 日所作现场监测、煤炭取样等执法行为予以确认。笔录还记载了济南市环保局告知济南万润公司检测结果超标、要求其单位立即改正等执法情况。2017 年 1 月 3 日,济南市环保局对济南万润公司上述涉嫌违法行为予以立案。1 月 10 日,向济南万润公司送达《行政处罚听证告知书》,告知拟作出行政处罚的事实、理由和依据以及听证的权利。济南万润公司在法定期限内未申请听证,后于 1 月 13 日向济南市环保局提交《关于济南万润肉类加工有限公司大气污染物排放超标情况的说明》,说明锅炉烟气超标因锅炉脱硫设备故障,系偶发因素且已整改,申请从轻处罚。济南市环保局认为济南万润公司申辩不能成立,于 1 月 16 日作出 J001 号《行政处罚决定书》,对济南万润公司处以罚款壹百万元整的行政处罚,并于 1 月 19 日,向济南万润公司送达。济南万润公司不服,提起行政复议,要求撤销 J001 号《行政处罚决定书》,申请对《山东省锅炉大气污染物排放标准》(DB37/2374—2013)的合法性进行审查。济南市政府于 3 月 16 日受理济南万润公司的行政复议申请后,作出《行政复议中止通知书》,报请山东省人民政府法制办公室对《山东省锅炉大气污染物排放标准》予以审查。2017 年 10 月 20 日,山东省人民政府行政复议办公室审查认为《山东省锅炉大气污染物排放标准》(DB37/2374—2013)符合有关法律规定,制定程序合法。10 月 27 日,济南市政府作出 135 号《行政复议决定书》,维持了原处罚决定。10 月 30 日,将《行政复议决定书》邮寄送达至济南万润公司。济南万润公司不服,向一审法院提起行政诉讼。

二审另查明:2013 年 5 月 24 日,山东省环境保护厅与山东省质量技术监督局联合发布《山东省锅炉大气污染物排放标准》(DB37/2374—2013),规定自 2015 年 1 月 1 日起,现有锅炉执

行以下排放浓度限值(毫克/每立方米):烟尘为30,SO₂为200,NO_x(以NO₂计)为300。2014年5月16日,环境保护部与国家质量监督检验检疫总局联合发布《锅炉大气污染物排放标准》(GB37/13271-2014),并于同年7月1日起实施,该标准规定,自2016年7月1日起,现有锅炉执行以下排放浓度限值(毫克/每立方米):烟尘为80,SO₂为400,NO_x(以NO₂计)为400。《山东省锅炉大气污染物排放标准》(DB37/2374-2013)规定的烟尘、SO₂、NO_x的排放标准,严于国家标准即《锅炉大气污染物排放标准》(GB37/13271-2014)的规定。环境保护法于1989年颁布实施,于2014年进行修改。修改前的环境保护法第十条第二款,以及修改后的环境保护法第十六条第二款均规定,“省、自治区、直辖市人民政府对国家污染物排放标准中未作规定的项目,可以制定地方污染物排放标准;对国家污染物排放标准中已作规定的项目,可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准。地方污染物排放标准应当报国务院环境保护主管部门备案”。

【裁判结果】

山东省济南市历下区人民法院于2018年7月31日作出(2018)鲁0102行初23号行政判决,驳回济南万润公司的诉讼请求。宣判后,济南万润公司提出上诉。山东省济南市中级人民法院于2019年8月5日作出(2019)鲁01行终244号行政判决,驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:

1. DB37/2374-2013标准是规章以下的规范性文件,属于行政诉讼附带审查范围,规范性文件附带审查并非复议终局事项,济南万润公司不服复议机关的一并审查结论,仍然可以在行政诉讼一并请求审查。2. 在DB37/2374-2013标准制定过程中,山东省环境保护厅是起草机关,该厅和原山东省质量技术监督局是发布机关,该标准由山东省人民政府批准发布,说明标准规定由山东省人民政府表决通过,山东省人民政府是该标准制定机关。3. 现行法律、行政法规对省级政府制定规范性文件的程序未做规定,根据立法法之前形成的行政惯例,在由主管部门负责起草,报省级政府审批后,可以由省级政府自行发布,也可以由省级政府批准主管部门发布,山东省人民政府批准山东省环境保护厅等发布DB37/2374-2013标准,符合上述行政惯例,并不存在制定机关超越法定权限或者制定程序违法的问题。4. 根据环境保护法第十五条的规定,省级政府可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准,DB37/2374-2013标准规定的烟尘、SO₂、NO_x排放标准严于国家规定,也符合环境保护法第十五条的规定。

【案例注解】

1. 制度概述

环境保护法第十六条规定,省级政府有权制定地方污染物排放标准,一是用于填补国家标准的空白,二是用于提高国家标准规定的排放限制。实践中,多个地方都以省级环保行政主管部门和标准化行政主管部门名义发布了地方标准,比如山东省DB37/2374-2013标准是由山东省环境保护厅与原山东省质量技术监督局联合发布的,《上海市污水综合排放标准》是2018年由上海市环境保护和原上海市质量技术监督局联合发布的。这种现实特点,造成很多同志认为该标准的制定机关不是省级政府,而是省级环保行政主管部门和标准化行政主管部门,进而质疑现有标准的制定机关超越法定权限、制定程序违法,且一并提起规范性文件附带审查。

2. 争点理解

(1) 现行地方污染物排放标准的规范效力位阶

地方污染物排放标准通过具体数字、指标、技术规范来设定污染物排放必须控制的界限,是

“具有法律约束力的技术性法规”，“属于环境保护法律体系的重要组成部分”。行政诉讼能否对其一并进行审查，取决于该标准在法律体系中的效力位阶。

根据效力位阶的不同，法律体系中的规范性文件分为法律、法规、规章和规章以下的其他规范性文件四类。根据立法法的规定，法律由国家主席签署主席令予以公布；行政法规由总理签署国务院令予以公布，地方法规由地方人大主席团或者常委会发布公告予以公布；部门规章由部门首长签署命令予以公布，地方政府规章由政府首长签署命令予以公布。

可见，识别规范文件的效力位阶的外在依据，是其发布机关和发布程序。现行地方污染物排放标准由省级环境保护主管部门和标准化行政主管部门联合发布，因而不属于法律、法规和规章，只能是规章以下的其他规范性文件，属于行政诉讼一并审查的范畴。

(2) 现行地方污染物排放标准制定主体的识别

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百四十八条的规定，对地方污染物排放标准进行一并审查，首先要审查制定机关是否超越法定权限，而这以正确识别其制定机关为前提。

规范性文件制定是一个系统过程，涉及起草机关、表决机关、批准机关和发布机关，只有表决机关才是制定机关，制定权核心是对草案的表决权。比如，根据立法法第十四条、二十四条、第四十一的规定，国务院、中央军委、最高法、最高检都可以向全国人大提供法律草案，但法律草案只能由全国人大及其常委会表决通过，最后由国家主席签署主席令予以公布；根据立法法第六十七、六十九条的规定，国务院有关部门可以提出行政法规草案，但行政法规只能由国务院表决通过，后由总理签署国务院令予以公布。

在现行地方污染物排放标准制定过程中，草案由省级环境保护主管部门负责提出，经过省级政府表决通过后，由省级标准主管行政机关联合对外发布，说明制定机关是省级政府。

(3) 省级政府有权批准起草机关发布规范性文件

环境保护法颁布于1989年，当时就有授权省级政府制定地方污染物排放标准的条款，且文字表述与现在完全一致。当时关于行政规范性文件制定的规定，只有国务院办公厅1987年批准发布的《行政法规制定程序暂行规定》，该暂行规定第二条规定，行政法规由国务院制定；第十五条又规定，行政法规由国务院发布，或者由国务院批准，国务院主管部门发布。省级政府制定规章以下的规范性文件，自然可以参照上述规定，也即由省级政府批准负责起草的主管机关发布。

3. 关联实务

2000年立法法颁布后，行政法规只能由总理签署国务院令予以公布，2001年《规章制定程序条例》颁布后，地方规章只能由政府首长签署命令予以公布。但“全国尚无统一、明确、规范的规范性文件制定程序”，《规章制定程序条例》也仅要求不具有规章制定权的县级以上地方政府参照执行，省级政府因为具有规章制定权，不受上述规定的参照限制，其制定程序存在法律漏洞。因“习惯法具有补充成文法不足或填补法律漏洞的功能”，故省级政府根据习惯法，仍可以批准起草机关发布省级政府制定的规范性文件。

编写人山东省济南市中级人民法院行政庭 陈 伟

山东省济南市中级人民法院行政庭 刘 苗

租赁有效期内出租人擅闯住宅行为定性

——马粮勇诉济南市公安局历下区分局等治安行政处罚案

关键词 租赁合同 非法侵入住宅 私力救济 行政处罚

【案例要旨】

房屋承租人与房屋所有权人签订房屋租赁合同后,即取得对房屋的依约居住权,其正当权益依法受法律保护,住宅不受非法侵犯,即使房屋所有权人亦不能非法侵入。在房屋租赁合同有效期内,房屋所有权人以私力救济的方式擅自换锁进入承租人尚在居住的房屋,干扰了承租人的居住权,系非法侵入他人住宅,明显违法。

【相关法条】

《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十条第三项规定:有下列行为之一的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款;情节较轻的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款:……(三)非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的。

【案件索引】

一审:山东省济南市历下区人民法院(2019)鲁0102行初213号(2019年10月25日)

二审:山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01行终113号(2020年3月30日)

【基本案情】

原告马粮勇诉称:原告系济南市历下区千佛山西路20-1号3号楼2单元402室房屋的所有人。2013年5月,原告经其前妻赵学敏介绍与仲英华认识。由于仲英华在济南没有住处,在赵学敏的撮合下,原告同意将其房屋租给仲英华使用;后原告在仲英华提供的空白《房屋租赁合同》上签名予以确认。2018年10月,原告由于需要使用该房屋,便找到仲英华,要求其从房屋内搬出,但仲英华却以赵学敏欠其20万元以及有其他欠款为由拒不返还房屋(事实上赵学敏从不欠仲英华任何款项,而赵学敏与仲英华有无欠款纠纷也与原告要求返还房屋无关)。故此原告为行使自己的合法权益,在向公安机关报案并说明情况后,才自行找人打开了房门。原告的上述行为,被济南市公安局历下区分局以非法侵入他人住宅为由,作出了历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》,对原告行政拘留十日并处罚款伍百元。原告不服该行政处罚,向济南市历下区人民政府申请行政复议,后济南市历下区人民政府于2019年4月12日作出了济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》,维持该处罚决定。根据《中华人民共和国物权法》第三十四条规定,无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物;以及《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条之规定,没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。根据以上法律规定可知,作为房屋所有人的原告在仲英华没有合法根据,占有其房屋的情形下,是有权要求其返还的;但由于仲英华拒不返还房屋,原告为了保障自己的权益,实施了打开房门进入房间这一排除妨碍的行为,足见其行为是合法的;且原告在进入房间后没有损坏仲英华的任何财物,可见其行为并未违法。另根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第十九条规定,违反治安管理减轻处罚具有情节特别轻微以及出于他人胁迫或

者诱骗的,减轻处罚或者不予处罚;以及《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条之规定,违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,应当不予行政处罚。故退一步讲,即使说原告的行为存在不当,但由于其打开房门的目的并非有其他违法企图,且没有对他人及社会造成任何危害,主观上也没有违法的故意或过失,其情节应属于特别轻微,依法应当对其不予处罚。但公安机关却依据其他不应引用的法律规定对原告处以拘留十日并罚款伍佰元的行政处罚,显然适用法律错误。再者,原告的目的本是要回房屋,也是为了保护自己的权益,现在权益不但没有被保护,反而还要受到公安机关的行政处罚,于情于法明显不公。针对以上事实及法律规定,原告认为,被告作出的上述行为错误的认定了原告的行为违法,并错误的对原告实施行政处罚决定,系认定事实及适用法律错误。

被告济南市公安局历下区分局辩称:2018年12月9日上午12时许,马粮勇同他人非法进入仲英华在租赁有效期内的房屋,将合同复印件擅自销毁,在租客回家后拒不开门,以上事实有马粮勇的陈述和申辩、证人证言、租赁合同复印件等证据证实。我局于2018年12月14日依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十条第(三)项之规定,给予马粮勇行政拘留十日并处罚款伍佰元的行政处罚。对原告的请求及相关理由,我认为:2018年12月9日,原告在明知租赁期限未到期,且未取得被侵害人同意的情况下,以更换门锁的方式非法侵入被侵害人尚在有效租赁期内的房屋,在被侵害人敲门后和公安机关介入后仍然拒绝给被侵害人开门,整个违法过程持续时间较长。违法行为人主观上有非法侵入的故意,客观上实施了侵害行为,在一定时间内影响了被侵害人对该房屋的正常使用。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十条第(三)款之规定:非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款;情节较轻的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款。因此给予上述处罚并无不妥。综上所述,我局办理的马粮勇非法侵入住宅一案,事实清楚,证据确凿,程序合法,适用法律、法规正确,处罚适当。恳请法院维持我局作出的历下公(千佛)行罚决字〔2018〕第860号行政处罚决定。

被告济南市历下区人民政府辩称:一、答辩人所作济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》程序合法,证据确凿,适用法律正确。答辩人于2019年2月14日受理原告的《行政复议申请书》,原告请求撤销济南市公安局历下区分局作出的济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》。同日,答辩人通知济南市公安局历下区分局向答辩人提出书面答复并提交作出具体行政行为的证据、依据及其他材料。2019年2月20日,济南市公安局历下区分局依法作出答复并提交了其作出历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》所依据的证据材料。通过审查上述材料,答辩人认为济南市公安局历下区分局所作出的具体行政行为认定事实清楚、适用法律正确、程序合法,2019年4月12日,答辩人根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第一项、《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十三条之规定依法作出济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》,决定维持济南市公安局历下区分局作出的历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》的具体行政行为。故答辩人作出行政复议决定的程序合法、适用法律正确。二、答辩人认为济南市公安局历下区分局的具体行政行为认定事实清楚,程序合法、适用法律正确,应予以维持。综上所述,请求依法驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明:2018年12月9日上午12时许,济南市公安局历下区分局千佛山派出所接到报案人仲英华报警称:其在租赁合同期间居住的房屋被他人以破坏门锁的方式非法侵入,因无法进入房间后报警。

2018年12月14日,被告历下公安分局作出历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》,主要内容为:“违法行为人马粮勇,男,49岁,1969年6月26日出生……。2018年12月9日上午12时许,马粮勇伙同他人非法进入仲英华在租赁有效期内的房屋,将合同复印件擅自销毁,在租客回家后拒不开门。以上事实有你的陈述和申辩,证人证言、租赁合同复印件等证据证实。综上,马粮勇非法侵入住宅的违法行为成立。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十条第(三)项之规定,决定给予马粮勇行政拘留十日并处罚款伍佰元的行政处罚……。”

原告不服被告历下公安分局作出的历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》,于2019年2月12日向被告区政府提出行政复议申请。2019年4月12日,被告区政府作出济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》,主要内容为:“……根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第(一)项和《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十三条的规定,本机关决定如下:维持被申请人所作的历公(千佛)行罚决字〔2018〕第860号《行政处罚决定书》。申请人如对本复议决定不服,可自收到本复议决定书之日起16日内向人民法院提起诉讼。”

另查明,原告、被告历下公安分局向本院提交的《房屋租赁合同》内容一致,均载明:“甲方马粮勇;乙方仲英华……一、甲方自愿将座落在济南市历下区千佛山西路20-1号2单元402楼附3号建筑面积182.70㎡(使用面积166.24㎡)的房屋及其等附属设施、设备、出租给乙方,作居住使用。二、租赁期限自2013年6月15日至2019年6月14日……。”

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年10月25日作出(2019)鲁0102行初213号行政判决,判决驳回原告马粮勇的诉讼请求。宣判后,原告马粮勇提出上诉。济南市中级人民法院于2020年3月30日作出(2020)鲁01行终113号行政判决,判决驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:从程序看,被告济南市公安局历下区分局于2018年12月9日接到报案后,当日予以受理,并对原告马粮勇依法进行传唤、制作了询问笔录、开展了相关调查工作,在处罚前制作了《行政处罚告知笔录》,告知了原告马粮勇拟作出处罚的事实理由、依据和陈述申辩的权利,并于2018年12月14日对原告马粮勇作出历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》,并依法送达原告,上述行为符合相关法律法规的规定,程序合法。从实体看,根据被告对原告马粮勇及其他相关人员所作的询问笔录可以证实:2018年12月9日,原告马粮勇伙同他人以更换门锁方式进入位于济南市历下区千佛山西路20-1号3-2-402室房屋,并将房屋承租人仲英华的房屋租赁合同复印件擅自销毁,造成租客回家时无法打开房门。该房屋系报案人仲英华租赁居住,且尚在租赁有效期内。在出警民警到达现场后,原告马粮勇仍不听从民警劝告并拒绝打开房门。被告历下公安分局据此认定马粮勇非法侵入他人住宅的违法行为成立,并作出涉案历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定书》的事实认定并无不当。从适用法律看,《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十条第三项规定:“有下列行为之一的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款;情节较轻的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款:……(三)非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的。”本案中,原告非法侵入他人住宅后,其拒绝打开房门及擅自销毁他人家中保存持有的租赁合同的行为以及拒绝听取出警民警劝告的行为均不属于减轻处罚或不予处罚的情节。被告根据上述法律规定作出历公(千佛)行罚决字〔2018〕860号《行政处罚决定

书》，对原告马粮勇非法侵入住宅的违法行为给予行政拘留十日并处罚款伍佰元的行政处罚，适用法律正确。原告主张其系涉案房屋所有权人，有权要求仲英华返还房屋。法院认为，在租赁合同有效期内，承租人因租赁合同而取得的居住权及居住期间的财产权依法受法律保护，在租赁合同未依法解除或终止前，原告无权以私力救济的方式干扰承租人的居住权及侵害其财产权。至于租赁合同是否有效以及原告是否有权要求承租人返还房屋，原告均应通过合法途径予以解决。故对原告的主张不予支持。

《中华人民共和国行政复议法》第三十一条规定：“行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外”。本案中，被告区政府于2019年2月14日受理原告的行政复议申请，于2019年4月12日作出济历下政复决字〔2019〕6号《行政复议决定书》并送达原告，程序合法。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条、第七十九条之规定，判决如下：驳回原告马粮勇的诉讼请求。

【案例注解】

房屋承租人与房屋所有权人签订房屋租赁合同后，即取得对房屋的依约居住权，其正当权益依法受法律保护，住宅不受非法侵犯，即使房屋所有权人亦不能非法侵入。本案中，马粮勇伙同他人以更换门锁方式进入尚在租赁有效期内涉案房屋，并擅自销毁房屋租赁合同复印件，且在出警民警到达现场后，马粮勇仍不听从民警劝告并在较长时间内拒绝打开房门，其行为系非法侵入他人住宅，明显违法。当事人之间因民事争议发生纠纷时，应通过合法途径解决，避免因民事纠纷引发的治安案件。

编写人：济南市历下区人民法院行政审判庭 刘 文

集体土地征收安置区内 违法强制拆除房屋的赔偿应当不低于安置补偿方案的 补偿并充分保障当事人的居住权

——段峰山诉济南市历城区人民政府彩石街道办事处行政赔偿案

关键词 集体土地 行政行为违法 赔偿 不低于补偿 保障当事人居住权

【案例要旨】

集体土地被征收,其上房屋不能完全按照国有土地上房屋评估赔偿,应当充分考虑原房屋的环境、区位、折旧、原告取得土地补偿款、新增人口再次安置等多重因素综合考量,使原告获得的赔偿不低于依法征收而获得的补偿;在优先考虑支付赔偿金方式外,还要赋予原告住宅安置房屋的选择权,以充分保障原告的居住。

【相关法条】

《中华人民共和国国家赔偿法》第二条、第四条、第十五条第一款、第三十六条第(八)项,《中华人民共和国行政诉讼法》第三十四条第一款、第三十八条第二款,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第四十七条第三款

【案件索引】

一审:山东省济南市历城区人民法院(2018)鲁0112行初312号(2019年5月15日)

二审:山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01行终821号(2019年11月20日)

【基本案情】

段峰山诉称:2016年12月10日,被告将原告位于济南市历城区彩石街道西彩石三村宅基地上的两套房屋强行拆除,室内物品全部毁损。该事实已经被法院生效判决确认。被告的上述违法行为给原告造成了巨大的经济损失,请求:责令被告赔偿原告经济损失4291191元,其中包括两套房屋的建造和装修费用共3489191元,室内物品总价值80.2万元。

彩石街道办事处辩称:原告所诉事项属于重复诉讼行为,被告同意按照西彩石六村整合项目政策对原告予以补偿,其他的诉讼请求,无事实和法律依据,原告无权主张。

经法院审理查明:

1. 涉案房屋位于济南市历城区彩石街道西彩石三村,由原告段峰山家庭居住使用,该房屋位于彩石街道西彩石六村城中村改造范围内。2011年经测绘,涉案房屋面积为561.1平方米。2016年12月10日该房屋被被告拆除,段峰山向本院提起房屋行政强制、行政赔偿诉讼,本院于2017年12月15日作出判决确认该拆除行为违法,驳回其他诉讼请求。段峰山不服,上诉至济南市中级人民法院,该院判决维持原判。该判决生效后,段峰山于2018年12月10日向本院提起行政赔偿诉讼。

2. 2015年10月1日起,西彩石六村整合项目集体土地征收补偿安置按照每人47平方米住宅安置,地上附着物按照济政办发〔2015〕16号文件标准给予补偿。

3. 2011年摸底调查时,段峰山家庭5口人,至2016年安置期间有2口人去世,依据2011年调查摸底情况,对段峰山家庭按照5口人予以拆迁安置。

二审另查明:2015年8月31日,济南市人民政府办公厅发布《关于调整征地上附着物和青苗补偿标准的通知》(济政办发〔2015〕16号),该通知自2015年10月1日起执行。通知附件“说明”第8项规定:“过渡安置费原则上按照400元—600元/月/人的标准执行,一人户按600元—800元/月/人的标准执行,辖区政府可以根据实际情况另行确定标准。”

2017年5月26日,济南市城市更新局发布《关于调整济南市市区房屋征收搬迁费、临时安置费发放标准的通知》(济更政字〔2017〕25号)。该通知第一条规定:“房屋搬迁费,征收住宅房屋按被征收房屋的建筑面积计算。被征收住宅房屋按每平方米30元计算,非住宅房屋按每平方米35元计算;搬迁费总额不足2000元的,按2000元计发。”第二条规定:“临时安置费。在过渡期限内,征收住宅房屋每月临时安置费按被征收住宅房屋建筑面积每平方米30元计算,征收非住宅房屋每月临时安置费按被征收非住宅房屋建筑面积每平方米35元计算;每月总额不足1500元的,按1500元计发。选择货币补偿的,一次性支付6个月临时安置费。”第三条规定:“逾期临时安置费。因房屋征收部门的责任使被征收人延长过渡期限的,对自行解决周转用房的,从逾期之月临时安置费增加一倍支付;对房屋征收部门提供周转用房的,从逾期之月起临时安置费按月支付;临时安置费每月不足1500元按1500元计发的,逾期临时安置费按照1500元加上被征收房屋建筑面积对应的临时安置费予以支付。”第五条规定:“本通知自公布之日起施行,有效期五年。”

2017年12月18日,山东省国土资源厅、山东省财政厅联合发布《关于济南市征地上附着物和青苗补偿标准的批复》(鲁国土资字〔2017〕383号),同意济南市制定的《征地上附着物和青苗补偿标准》。该批复自下发之日起执行。《征地上附着物和青苗补偿标准》第九条规定,搬家费和过渡安置费补偿标准参照国有土地上房屋征收补偿标准执行。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于2019年5月15日作出(2018)鲁0112行初312号行政判决书:一、被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处在彩石片区安置区内为原告家庭安置235平方米楼房或者赔偿原告赔偿金2996485元,具体赔偿方案由原告段峰山选择其一。如原告段峰山选择楼房安置,被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处应当在向原告村其他被征收人安置时一并安置;如原告段峰山选择货币赔偿,被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处应当自本判决生效后、原告段峰山选择货币赔偿之日起30日内支付原告段峰山赔偿金;二、限被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处自本判决生效之日起30日内支付原告段峰山超出安置房面积赔偿金353590元,附属设施赔偿金60789元,过渡费、搬家费53400元,共467779元;三、限被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处自本判决生效之日起30日内支付原告段峰山房屋内财产损失5万元;

四、限被告济南市历城区人民政府彩石街道办事处自本判决生效之日起30日内支付原告段峰山拆迁奖励202759元;五、驳回原告段峰山的其他诉讼请求。宣判后,段峰山提出上诉,山东省济南市中级人民法院于2019年11月20日作出(2019)鲁01行终821号行政判决书,驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,一、彩石街道办拆除段峰山涉案房屋的行为已被济南市中级人民法院

的生效判决确认违法,彩石街道办因该拆除行为给段峰山造成直接财产损失的,依法应承担相应的赔偿责任。段峰山主张彩石街道办拆除了其两套房屋,但未提交证据予以证明,彩石街道办亦不认可,本院不予采信。二、关于赔偿原则。根据《中华人民共和国国家赔偿法》第二条、第四条的规定,被告的行为被确认违法后,被告应当对原告的损失承担赔偿责任。根据该法第三十六条第(八)项的规定,对财产权造成其他损害的,按照直接损失给予赔偿。根据《中华人民共和国国家赔偿法》第十五条第一款、《中华人民共和国行政诉讼法》第三十八条第二款的规定,原、被告应当对自己的主张承担举证责任,原告应当对行政行为造成的损害提供证据。在集体土地上房屋被违法拆除后的赔偿问题上,人民法院应当综合协调适用《中华人民共和国国家赔偿法》《中华人民共和国土地管理法》《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》等法律法规和司法解释,依法科学地确定赔偿项目和赔偿数额,让原告得到的赔偿不低于其依照征收补偿方案应当获得、也可以获得的征地补偿,但国家赔偿与征收补偿相同的项目不得重复计算。另外,人民法院还应当充分考虑保证当事人的居住条件,不能因为货币赔偿剥夺原告的住宅安置选项。故本院在货币赔偿和住宅安置上赋予原告选择权。三、关于房屋主体结构的赔偿问题。在集体土地征收中,房屋是作为被征收土地的地面上附着物进行赔偿、补偿的,而且国家赔偿以直接损失作为确定赔偿的依据。原告的房屋在彩石片区征收范围内,是该被征收土地上的地上附着物。本院考虑原房屋未经鉴定机构鉴定价值,以及原房屋的环境、交通、区位、折旧、集体土地上居民可以取得土地补偿款以及新增人口再次安置等因素,不符合按照地上附着物以直接损失赔偿原则。在没有其他相关证据确定损失的情况下,如原告选择住宅安置,按照《安置办法》第三条规定,被征收土地村民需要住房安置的,人均安置面积47平方米。对原告家庭按照5口人进行安置,则原告可选择在安置区内由被告安置235平方米楼房;如原告选择货币赔偿,按照《安置办法》确定的补偿安置面积和彩石周边商品房销售价格确定原告的该项损失数额合理适当。经本院询价,目前彩石片区商品房平均价格为12751元/平方米,原告应得的赔偿价值为2996485元。四、关于被拆除房屋超出200平方米(40平方米/人×5人)部分的赔偿。理由同前,被告应当根据《安置办法》和济政办发〔2015〕16号文件标准计算,361.1平方米的赔偿金为353590元。五、关于附属设施的赔偿问题。原告的附属设施的损害赔偿,原告没有提供证据证明,按照被告清点的附属设施的赔偿费共计60789元。六、关于过渡费、搬家费的赔偿问题。理由同前,原告房屋被拆除后,其至今未获得安置和赔偿或者补偿,原告受到的损失应得到合理赔偿。时间自2016年12月原告房屋被拆除起计算至2019年5月本案判决时止,共29个月。过渡费按照济政办发〔2015〕16号文件标准,600元/月/人×3人×29个月,共52200元。搬家费为400元/人×3人,共计1200元。以上共计53400元。七、关于房屋内财产损失的赔偿问题。原告的室内物品的损害赔偿,原告不能证明被告在拆除原告房屋时房屋内存在这些物品和每项物品的价值,且结合彩石片区集体土地被征收的事实,彩石街道居民应当知情,被告的强制拆除行为是在土地征收项目而非突发状况的背景下发生的,根据原告的居住面积、生活必需、家庭人口、生活水平等情况,结合逻辑推理、生活经验、生活常识,酌情确定赔偿该部分的损失为5万元。八、关于拆迁奖励。按照赔偿原则,原告应当得到的赔偿不低于其依照征收补偿方案应当获得、也可以获得的征地补偿,故被告应当支付原告同类拆迁村民的奖励待遇100元/平方米。原告应得的拆迁奖励为56110元。2011年4月彩石片区冻结后,原告宅基地内新增住宅正式房屋建筑面积1466.49平方米的拆迁奖励为146649元。以上共计202759元。

【案例注释】

1. 制度概述。现行法律没有集体土地上房屋征收补偿或者赔偿的具体规定,在房屋被行政机关违法拆除后,原告一般都会提出很多“不切实际”的诉讼请求,有的甚至要求对其房屋按照国有土地上房屋评估赔偿;有的仅凭一条“司法解释”就要求按照商品房价值赔偿。目前,全国法院对集体土地上房屋的赔偿是一个尴尬的情形,类似判例鲜见。

2. 争点解决。集体土地上房屋的赔偿,应当综合协调适用《中华人民共和国国家赔偿法》《中华人民共和国土地管理法》《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》等法律法规和司法解释,依法科学地确定赔偿项目和赔偿数额,让原告得到的赔偿不低于其依照征收补偿方案应当获得、也可以获得的征地补偿,但国家赔偿与征收补偿相同的项目不得重复计算。另外,人民法院还应当充分考虑保证当事人的居住条件,不能因为货币赔偿剥夺原告的住宅安置选项。故本院在货币赔偿和住宅安置上赋予原告选择权。在对房屋赔偿时,应当充分考虑原房屋的环境、区位、折旧、原告取得土地补偿款、新增人口再次安置等多重因素综合考量。

3. 关联实务。对于原告要求按照国有土地上商品房价值进行鉴定的,因鉴定结论不成为判决依据,故一般不予准许。

4. 集体土地征收补偿安置办法因各地、同一地随时间变化而不同,特别是安置面积、过度贯标准等,在参照适用时应当注意按照政策变化。

编写人济南市历城区人民法院行政审判庭 王诗和

五、执行案例

内容摘要:本案被执行人为《公司法》施行前设立的联营企业,关于第三人提出其系以商誉信用形式出资和申请已经超过诉讼时效的答辩意见,现行法律均没有明确规定。法官在全面查明债务产生、公司性质及其设立、出资、经营等事实基础上,提出了明确的法律适用观点并详细分析阐述了相关理由,具有较强的新颖性和开创性。基于案例,法官还归纳了以出资不实为由追加被执行人应符合的四个条件,提出了审查变更追加执行当事人案件时应遵循的基本原则和注意事项,对审查此类案件具有较强的指导意义。

以商誉信用形式出资的应认定为出资不实

——姜晓萌申请追加济南市华英实业总公司为被执行人执行异议案

关键词 变更追加 商誉信用 出资不实

【案例要旨】

在执行程序中变更追加被执行人必须遵循严格法定原则,不适用有关诉讼时效制度的规定。股东的出资义务是一项法定义务,其对公司债权人所负的资本充实责任并不因时间的经过而免除。商誉信用不是法定的出资形式,股东主张其系以商誉信用出资的应认定为出资不实,在未出资范围内对公司债权人承担连带清偿责任。

【相关法条】

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条作为被执行人的企业法人,财产不足以清偿生效法律文书确定的债务,申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人,在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的,人民法院应予支持。

《中华人民共和国公司法》第二十七条股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

【案件索引】

一审:山东省济南市中级人民法院(1997)济中经二初字第129号(1997年10月30日)

执行:山东省济南市中级人民法院(1998)济南中法执经字第143号(1998年4月6日)

执行异议:山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01执异1351号(2019年12月21日)

【基本案情】

在执行姜晓萌与济南国际经济技术合作公司章丘分公司(以下简称济南技术公司)、济南齐鲁担保总公司(以下简称齐鲁担保公司)承兑汇票协议结算纠纷一案中,申请执行人姜晓萌申请追加第三人济南市华英实业总公司(以下简称华英公司)为本案被执行人,并在9000万元出资不实范围内承担责任。

第三人华英公司辩称,本案判决生效已经超过二十二年,姜某的申请已经超过诉讼时效;齐鲁担保公司注册资金中的三亿六千万元只是信用资金,而非实投注册资金。第三人系以信用形式出资,已经出资到位,不应承担出资不实责任。

法院经审理查明,1995年2月22日,中国银行章丘支行与济南技术公司签订银行承兑协议,约定由中国银行章丘支行为济南技术公司签发一张银行承兑汇票。同日,齐鲁担保公司向

执行案例

中国银行章丘支行出具了银行承兑汇票担保书。1997年10月30日,本院作出(1997)济中经二初字第129号民事判决书,判决济南技术公司偿付中国银行章丘支行80万元及相应罚息;齐鲁担保公司对上述款项承担连带清偿责任。经中国银行章丘支行申请,本院于1998年4月6日立案执行,案号(1998)济南中法执经字第143号。2019年7月12日,法院作出(1998)济南中法执经字第143号之一执行裁定,变更姜晓萌为本案申请执行人。

齐鲁担保公司更名前为济南齐鲁信保总公司,成立于1993年7月28日,由华英公司等五家企业联合组建,性质是集体与集体联营,注册资金36050万元,其中固定资金36000万元,流动资金50万元,主营业务是借贷担保和国内贸易担保。

《济南齐鲁信保总公司章程》(一九九三年四月)载明:……第四条本公司为集体联营性质的企业,……注册资金为:3.6亿元。……第五条参加联营的成员及投入担保资产为:……济南华英实业总公司全部固定资产现值为12000万元,自愿从中投入担保基金限额为固定资产9000万元。……以上实有担保基金为固定资产三亿六千万元。第六条公司成员以各自认投的担保基金限额对公司承担责任,按投入担保基金限额占信保总公司资产总额的比例分享利润和承担连带责任及亏损。

《济南齐鲁信保总公司联营协议》载明:第一条:为了服务于市场经济的发展,对国内贸易和借贷行为提供有效的信用保障,……联合济南华英实业总公司……共同创办“济南齐鲁信保总公司”特订立本协议。第二条:协议各方以自身部分固定资产投资联营公司,做为信用保障基金计:……济南华英实业总公司投入固定资产9000万元。……。第三条:协议各方以各自认投的固定资产对公司承担责任,各方按固定资产投资额占信保公司资产总额的比例分享利润和分担风险及亏损。……签订日期:一九九三年四月十八日。

1993年7月20日,华英公司出具《出资证明》一份,载明:根据……济南齐鲁信保总公司“联营协议”的有关条款,我单位从固定资金中投资9000万元,从流动资金中拨付人民币10万元,作为担保基金,进行注册。

1994年4月21日,济南齐鲁信保总公司名称变更为济南齐鲁担保总公司。

1995年5月6日,华英公司申请退出齐鲁担保公司联营体;1995年8月26日,齐鲁担保公司批复同意华英公司退出。

截止本案听证结束时,《联营协议》中约定的华英公司9000万元固定资产仍未实际投入到齐鲁担保公司并办理所有权转移手续。

以上事实有民事判决书、执行裁定书、立案审批表、齐鲁担保公司工商登记材料、《关于退出齐鲁信保公司联体的申请》及相关批复等证据在卷佐证。

【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2019年12月21日作出(2019)鲁01执异1351号执行裁定书,裁定:一、追加济南市华英实业总公司为本案被执行人;二、济南市华英实业总公司于本裁定生效之日起十日内,在9000万元范围内向姜晓萌履行(1997)济中经二初字第129号民事判决确定的债务。

【裁判理由】

法院生效裁判认为,本案中,经执行实施程序前期调查,被执行人济南技术公司、齐鲁担保公司已无财产可供清偿完毕本案债务。作为被执行人的齐鲁担保公司系集体联营性质的企业法人,由第三人华英公司在内的五家企业联合组建。根据齐鲁担保公司联营协议及公司章程,

华英公司作为出资人之一,约定的其出资额为固定资产9000万元,并以认投的固定资产对公司承担责任。但华英公司未将9000万元固定资产出资实际投入齐鲁担保公司,申请执行人姜晓萌申请追加华英公司为本案被执行人,并在9000万元出资不实范围内对齐鲁担保公司债务承担责任,符合法律规定。

第三人华英公司关于申请执行人的请求严重超出法律规定的保护期限的答辩意见。首先,在执行程序中申请变更、追加被执行人并没有适用诉讼时效或申请期限的法律规定;其次,出资人应当按照章程或约定向企业法人履行出资义务,在没有相应专门约定的情况下,该项义务不能仅因经过了一定期限而免除。因此,第三人辩称申请执行人的请求超过了法律保护期限而应免除出资义务,于法无据。第三人关于齐鲁担保公司包括9000万元在内的3.6亿为信用出资而非注册资金的答辩意见。从形式上看,无论是齐鲁担保公司营业执照还是《章程》,均载明3.6亿为注册资金;从约定内容上看,无论是《联营协议》还是《出资证明》,第三人华英公司均称从其固定资产中向齐鲁担保公司投资9000万元;从公司成立目的看,齐鲁担保公司的主营范围为借贷担保和国内贸易担保,如果去除3.6亿元,仅50万元的注册资金,显然难以实现公司经营目的。而且截止目前,我国法律仍未将“信用”规定为出资形式之一。因此,第三人辩称9000万元为信用出资,无需实际投入齐鲁担保公司,没有事实和法律依据。

第三人关于其已退出齐鲁担保公司,不应再承担责任的答辩意见。华英公司于1995年5月6日申请退出齐鲁担保公司,同年8月26日齐鲁担保公司批复同意其退出,而涉案债务发生于1995年2月22日,此时华英公司尚未申请退出。而且齐鲁担保公司虽批复同意华英公司退出,但一直未办理工商变更登记,华英公司现仍登记为齐鲁担保公司出资人之一。因此,第三人关于其已经退出齐鲁担保公司的抗辩理由不能对抗公司债权人即本案申请执行人。

综上,申请执行人姜晓萌的申请符合法律规定,本院予以支持。第三人华英公司的答辩意见没有事实和法律依据,本院不予采信。

【案例注解】

一、以出资不实为由追加被执行人所应符合的法定条件

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》(以下简称《变更追加规定》)第十七条规定:“作为被执行人的企业法人,财产不足以清偿生效法律文书确定的债务,申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人,在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的,人民法院应予支持。”该法条规定了在执行程序中以出资不实(包括未缴纳或未足额缴纳)为由追加被执行人所应符合的法定条件,主要包括以下几项:

(一)财产不足以清偿债务。这是追加公司的股东或出资人为被执行人的前提条件,也即当公司自有财产能够清偿债务时应当优先执行公司财产,只有当公司名下无财产或虽有财产但不足以清偿所有债务时,才可以通过追加程序,要求出资不实的股东对公司债务承担责任。那么,如何认定被执行人“财产不足以清偿”债务呢?对此,笔者认为应当从宽掌握,执行法院已通过网络执行查控系统及现场调查或者搜查,发现的被执行人财产不足以清偿所有已知债权的;因被执行人暂无财产可供执行,或者虽有财产但难以处置、变现,执行实施案件已终结本次执行程序的。上述情况下即可认定被执行人财产“不足以清偿”债务。本案中,经执行实施程序穷尽调查措施,被执行人济南技术公司、齐鲁担保公司名下均已无财产,符合“不足以清偿”债务的条件。

(二)未缴纳或未足额缴纳出资。按照我国长期以来的公司登记制度,设立公司时必须要有专业会计机构的验资报告,工商行政管理部门才予以注册登记,因此一般不存在流动资金未缴纳的情况。当前实务中常见的出资不实的情形:一是是固定资产未实际过户登记到公司名下;二是注册资本实行认缴制后,尚未届认缴期限。

本案就属于第一种情形。第三人辩称其系以商誉信用形式出资。首先,《公司法》第二十七条规定:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。”商誉信用是以偿还为条件的价值运动的特殊形式,多产生于货币借贷和商品交易的赊销和预付之中。商誉信用的性质决定了它具有绝对的人身属性,客观上无法让与他人;而且商誉信用乃是他人对其所有者的一种含有价值属性的评价,主观性强,不同的主体会作出不同价值的评判。因此,商誉信用不符合《公司法》规定的“可以用货币估价并可以依法转让”的条件,不是法定出资形式,不属于可用于出资的财产。

其次,因被执行人齐鲁担保公司系《公司法》实施前设立的集体联营企业,虽然当时的《企业法人登记管理条例》(1988年7月施行)并未对出资形式作出明确限定,但该《条例》第七条规定企业法人登记应“(三)符合国家规定并与其生产经营和服务规模相适应的资金数额和从业人员”。而本案中被执行人为从事担保业务的公司,公司本身必须有相当的资本实力才能获取相对人的信任,从而向其提供担保一方予以贷款或赊销。齐鲁担保公司的主营业务是借贷担保和国内贸易担保,仅本案一笔业务就借款80万元,若其仅注册资金50万元,显然与其经营范围和服务规模不相适应,也不可能实现其经营目的。再结合公司章程和联营协议的有关约定和记载,应当认定被执行人齐鲁公司的注册资金为360500000元,其中第三人华英公司的出资额为9010万元,实际到位仅10万元。

最后,退一步讲,即使按照第三人华英公司主张的其系以信用形式出资,因信用是一种无形资产,具有人身依附性,客观上不可能转让他人。因此第三人“以信用出资9000万元”,实际上可以视为系以其自身资产对被执行人公司债务承担一种特殊的担保责任,担保限额为9000万元,但没有担保期限。因为按照必须实际出资的要求,该“9000万元信用”出资到位即意味着该信用资产已归公司所有,可以用于清偿公司对外债务,除了额度限制之外再无其他限制。也即第三人对被执行人公司的担保责任是无限期的,应以其财产对公司债务在9000万元范围内承担连带清偿责任。

关于第二种情形,实务中争议较大。笔者认为,在变更追加程序中可以认定股东出资加速到期,不受认缴期限的限制。理由:第一,《变更追加规定》第十七条并未对出资是否届认缴期作出限定^①,只要股东的实际出资额未达到承诺约定或注册登记的出资额,即可认定为“未缴纳或未足额缴纳”,而不问该项出资是否已届认缴期;第二,“九民会议纪要”第6条^②的规定,印证了在执行程序中,公司财产不足以清偿所有债务又无法启动破产程序的,可以加速股东出资义务

^① 与之对应,《变更追加规定》第十四条,关于有限合伙人即规定了“未按期”足额缴纳出资的条件。

^② [股东出资应否加速到期]在注册资本认缴制下,股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由,请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的,人民法院不予支持。但是,下列情形除外:(1)公司作为被执行人的案件,人民法院穷尽执行措施无财产可供执行,已具备破产原因,但不申请破产的;……。

到期;第三,股东对于公司的出资义务既是对公司和其他发起人、股东的一项约定义务,同时也是对社会的一项法定义务,其所担负的资本充实责任并不因股权的转让或时间是否到期或经过而免除。只要未按照公司章程约定或承诺履行完毕出资义务,在公司财产不足以清偿公司债务时,股东就应在尚未出资的范围内对公司债权人承担连带清偿责任。本案亦属于这种情形,不能因申请执行人长期未申请追加第三人为被执行人而免除其作为出资人的出资责任。

(三)被申请人为公司股东、出资人或发起人。关于主体资格的判断比较简单,可以通过公司章程、股东名册、股东会决议、发起人协议等确定主体身份。这里需要特别注意的是,发起人承担责任不以出资不实为前提,即使发起人本人已经实际出资到位,但因在公司设立时其他股东未全面履行出资义务,依据公司法的有关规定^①,发起人同样应与该出资不实股东向公司债权人承担连带清偿责任。本案中第三人系被执行人公司设立时的出资人,虽然其在1995年5月申请退出联营,并在同年8月得到公司批复同意,但本案债务产生于1995年2月第三人申请退出之前,而且其一直未办理工商变更登记,至今仍对外公示为公司出资人之一,第三人关于其已经不是公司出资人的主张不能成立。

(四)责任范围以尚未缴纳的出资额为限。在追加被执行人案件中,第三人承担的责任范围是重点审查内容。因为一方面追加裁定具有执行依据的功能,也应当符合给付内容具体、明确的要求;另一方面股东不应重复承担责任,其在出资不实范围内已经承担责任的部分不得再要求其重复承担。因此,除了承担连带责任的情形外,其他追加裁定主文在追加第三人为被执行人后必须明确其承担责任的具体范围。在出资不实情形中,股东承担责任的范围为其“尚未缴纳出资的范围”。本案中审查认定第三人尚有9000万元未出资到位,因此其责任范围为9000万元。这里需要特别注意的是,“尚未出资的范围”仅包括本金,不包含利益。虽然公司法^②规定的是“在未出本息范围内”,但是在《变更追加规定》有专门规定的情况下,当二者冲突时,我们应优先适用《变更追加规定》,不能直接适用公司法。

二、变更追加执行当事人程序的基本原则

本案例集中体现了在变更追加执行当事人审查程序中应当遵循的严格法定原则和被动性原则。

(一)严格法定原则

在执行程序中变更、追加执行当事人,乃非经诉讼而直接将案外第三人引入执行程序,严重影响第三人的权利义务,因此必须遵循严格法定的原则,非经法定程序并符合法定情形,不得将第三人裁定追加为案件被执行人。严格法定原则是变更追加执行当事人程序中最重要的一项原则,体现在审查程序的各个环节、多个方面。

1. 变更追加程序中适用的“法律”是指广义的法律,包括法律、法规、司法解释,不包括其他规范性文件。例如,《最高人民法院关于依法制裁规避执行行为的若干意见》(法〔2011〕195号)第20条规定:“依法变更追加被执行主体或者告知申请执行人另行起诉。有充分证据证明被执行人通过离婚析产、不依法清算、改制重组、关联交易、财产混同等方式恶意转移财产规避执行的,执行法院可以通过依法变更追加被执行人或者告知申请执行人通过诉讼程序追回被转移的财产。”因为上述《意见》只是最高人民法院的一项规范性文件,不是司法解释,不属于法律。因

^① 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第十三条第三款。

^② 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第十三条第二款。

此在执行程序中不能依据上述规定追加存在离婚析产、关联交易、财产混同等情形的第三人为被执行人,应告知申请执行人通过另诉程序追究第三人的责任或追回财产。

2. 变更追加程序中适用的“法律”应当是程序法,不包含实体法。目前关于在执行程序中变更追加当事人的法律仅有《民事诉讼法》第二百三十二条和《变更追加规定》^①,除此之外的法律都不得直接适用。只要不符合上述法律规定的情形或条件,就不应裁定追加为被执行人。例如关于本案中是否适用诉讼时效的问题。一方面,《民事诉讼法》第二百三十九条规定: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。但这条规定仅适用于执行申请立案程序,至于执行程序启动后在执行过程中是否适用则没有明确。《变更追加规定》规定了变更、追加执行当事人的程序和条件,同样没有关于申请时效期间的规定。此外,诉讼时效制度也同样具有严格的法律强制性,当事人不得以其意思表示设置或排斥诉讼时效规定的适用。

另一方面,虽然《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》^②有“公司债权人的债权未过诉讼时效期间”的限制条件,但在执行程序中变更追加当事人不能直接引用公司法的规定——即使《变更追加规定》的很多条款都是基于公司法的相应规定演变而来——毕竟两种程序的功能价值、审查内容和标准等各不相同,在目前的程序设计架构下,执行中变更追加程序(救济途径为起诉的情形)应以形式审查为主,突出效率价值,遵循严格法定原则,不能直接适用实体法,以防“越俎代庖”导致程序审查同质化,进而影响审查效率。因此,在变更追加执行当事人程序中并无关于适用诉讼时效制度的规定,第三人关于申请执行人的追加申请已超过诉讼时效的抗辩理由不能成立。

(二)被动性原则

该项原则应从以下几个方面来理解把握:首先,变更追加执行当事人程序必须依当事人或权利人的申请而启动,法院不得依职权启动。即使执行实施法官在办案过程中发现了符合变更追加当事人条件的证据,也只能允许当事人查阅、复制,而不应主动督促甚至迫使当事人启动变更追加程序。其次,当事人申请变更追加的主体、所依据的法条、要求承担责任的范围等,均由申请人自主决定,法院不得主动变更适用法条或追加责任主体。例如本案中,被执行人齐鲁担保公司的五个出资人均存在出资不实的情形,但申请人只申请追加其中一个出资人也即第三人华英公司为被执行人,这属于其意思自治范围,法院或他人无权干涉,华英公司主张应追加所有出资人的请求,不予支持。再次,与在执行实施程序中法官倾向于保护胜诉债权人利益不同,在变更追加程序中,法官^③处于完全中立的地位,应基于所查明的事实而不偏不倚地作出裁决,至于执行实施案件能否快速执行完毕则不在考虑范围。例如,当申请人申请法院依职权调取证据

^① 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第76—82条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第271—274条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第472—475条的内容均已被《变更追加规定》吸收。

^② 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第十九条第二款规定:公司债权人的债权未过诉讼时效期间,其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任,被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的,人民法院不予支持。

^③ 笔者所在地区法院的变更追加当事人案件均由原执行实施法官审查。

时,法官应全面调取相关证据材料,既包括有利于申请人的证据,也应包括不利于申请人的证据。

(三)其他注意事项

一是申请人对其申请的理由和事实负有举证义务。如被执行人的清偿能力、经营状态,第三人的主体资格,未缴纳出资等基础事实均应由申请人负责举证。申请人未提供任何证据的,可直接驳回申请。二是可多次申请。虽然追加被执行人案件立“执异字”案号,但该类案件本质上是申请类案件,并不属于因对执行行为不服而提起的异议类案件,不受《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第十五条规定的“一次性提出”^①的限制。申请人在被驳回申请后,若以其他事由或者虽同一事由但提供了新的证据而申请变更追加当事人的,人民法院仍应受理并审查。三是救济途径应保持一致。在救济途径为起诉的追加被执行人情形中^②,不论申请人的追加申请是否符合条件,均应按照《变更追加规定》第三十二条赋予当事人向执行法院起诉的权利。不能在当申请不符合条件时,就依据《变更追加规定》第一条驳回申请而赋予当事人向上级法院申请复议的权利。例如,按照《变更追加规定》第十九条,未履行出资义务的股东转让股权的,只能追加原股东为被执行人。之所以未规定可追加股权受让人,是因为关于受让人是否“知道或者应当知道”原股东未履行出资义务的判断非常复杂,应通过诉讼程序审理确定。也即是否追加股权受让人为被执行人,在执行程序中不予审查,而是导入诉讼程序审理确定。因此,当申请执行人申请追加股权受让人为被执行人时,执行法官应裁定驳回申请,并赋予其起诉的权利。这样有利于为减轻当事人诉累,提高办案效率。

案例编写人:山东省济南市中级人民法院执行二庭 陈 明

^① 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第十五条规定:当事人、利害关系人对同一执行行为有多个异议事由,但未在异议审查过程中一并提出,撤回异议或者被裁定驳回异议后,再次就该执行行为提出异议的,人民法院不予受理。

^② 《变更追加规定》第十四条第二款,第十七条至第二十一条,共六种情形。