

济南法院案例选编

济南市中级人民法院

编辑委员会

主任 李向阳

副主任 李杰 张生 毕于军 王成 王洪伟

贾玉东 尚海军 邹学博

编辑 陈俊海 陈茹

前 言

为进一步落实《最高人民法院关于推进案例指导工作高质量发展的若干意见》，充分发挥优秀案例的引领示范作用，加强案例工作宣传，促进案例成果转化，中院对2021年全市法院优秀案例进行搜集、筛选、审核，汇编了《济南法院案例选编》系列丛书第四辑。

本书共收录案例31篇，分为刑事、民事、商事、行政和执行五大类。每篇案例体例，包括关键词、裁判要旨、相关法条、案件索引、基本案情、裁判结果、裁判理由及案例注解等八个部分。入选案例兼具参考性、典型性，对于统一法律适用、规范法官自由裁量权具有指导意义。同时，为准确把握民法典基本精神和核心要义，在民事案例部分侧重收录了民法典实施以来，我市两级法院被省法院微信公众号“以案说典”栏目刊发的适用民法典的典型案件。

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

二〇二二年四月

目 录

一、刑事案件

1. 强拿硬要型寻衅滋事与抢劫罪的界定
——张文迪等寻衅滋事案……………吴万秋 朱晓嵩（3）
2. 被告人打赏主播的赃款是否予以追缴
——李磊职务侵占案……………何道云（11）
3. 被告人患有严重疾病案件的缺席审理
——郑志海危险驾驶缺席审理案……………李兆霞（16）

二、民事案例

4. 关于合同约定解除条件成就，合同应否解除问题的分析与认定
——某居委会、某标山公司诉邵某、某金瑞公司房屋租赁合同纠纷案
……………李 杰 陈李丽（21）
5. 民事法律关系厘清与民事裁判思路校正
——迟某某诉韩某、李某财产损害赔偿纠纷案……林洁华 赵军蒙（34）
6. 第三人侵权与工伤事故竞合时民事赔偿范围的认定标准
——吕某诉夏某诚、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司机动车交通事故
责任纠纷案……………王立强（46）
7. 对电子投保中保险公司是否尽到提示和说明义务的审查认定
——元某斌诉中华联合财产保险股份有限公司泰安中心支公司、侯某军
机动车交通事故责任纠纷案……………吴松成 王峥荣（56）

目 录

8. 因婚前未履行重大疾病告知义务而申请撤销婚姻的判定
——甄某某诉贾某撤销婚姻纠纷案……………罗 琳（63）
9. 未经许可擅入工厂禁区溺亡，企业应否不承担责任的审查认定
——张某甲、张某乙诉丙公司生命权纠纷案……………王娅卓 刘 敏（67）
10. 离婚后未成年子女抚养权归属的确定原则
——钟某某诉元某某离婚纠纷案……………周聪雅（72）
11. 信用评价不当时的权利救济措施
——李某1诉某银行名誉权纠纷案……………段伦星（75）
12. 投资或交易虚拟货币的行为不受法律保护
——马某某诉刘某某、常某、李某某合同纠纷案
……………李晓丽 于彩霞（79）
13. 物业服务合同纠纷中业主诉权的行使
——李某某诉山东绿地泉物业服务有限公司物业服务合同纠纷案
……………许海涛 刘秋月（83）
14. 侵犯个人信息的认定问题
——李某诉深圳瑞银信信息技术有限公司山东分公司隐私权纠纷案
……………乔 斌（88）
15. 公共道路遗撒行为造成损害的责任确定
——潘某某诉某工程公司、某街道办等侵权责任纠纷案…王 卉（93）
16. 新冠疫情期间逾期交房不可抗力的认定
——李某诉济南世茂天城置业有限公司商品房预售合同纠纷案
……………李 燕（97）
17. 存在多笔债务的情况下，还款抵充顺序的认定问题
——马某诉赵某民间借贷纠纷案……………高希亮 谭行方（102）

18. 义务帮工致人受伤的责任承担问题
——张某与牛某然生命权、健康权、身体权纠纷案
..... 蔺双祝 潘宇晨 (105)
19. 基于欺诈情形下出具的放弃继承权声明书的效力认定
——马某诉孙某某法定继承纠纷案..... 岑玉洁 (109)
20. 房屋买卖是否足以排除执行的认定
——刘某、周某香与项某、郑某莉案外人执行异议之诉案
..... 杨名峰 (114)

三、商事案例

21. 囤积免冠、免行业的知名企业字号的行为构成不正当竞争的认定
——福建永荣控股集团有限公司诉永荣集团有限公司、永荣能源集团
有限公司等不正当竞争纠纷案..... 刘军生 (121)
22. 以直接起诉方式解除合同时合同解除时间的认定
——济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会诉青州市禾某棚业
有限公司、袁某某合同纠纷案..... 尚然然 (128)
23. 情势变更及合同解除时间的认定
——夹江县勤安砂石场诉四川鲁桥绿色公路养护有限公司合同纠纷案
..... 宋文华 (135)
24. 民法典“绿色原则”在因质量问题解除买卖合同时的适用
——山东亿源光电科技有限公司诉深圳蓝搏万欣意稀土新材料有限
公司买卖合同纠纷案..... 杨晓辉 郝思远 (144)
25. 出卖人对其销售的防疫产品来源应否尽到审查、核实义务的认定
——黑龙江宏伟大同医药有限公司诉济南博创辐射防护工程有限公司
等买卖合同案..... 吴开龙 (149)

四、行政案例

26. 社会主义核心价值观融入裁判释法说理的功能、角色与限度
——许某某诉济南市公安局历下区分局等行政处罚案
..... 曹 磊 石璐璐 (159)
27. 未成年人校园欺凌案件的处理原则及路径
——王某甲诉济南市公安局历下区分局行政处罚案
..... 张振明 靳 颖 (172)
28. 乡镇人民政府对村民自治事项履行监督职责问题分析
——董某诉济南市槐荫区人民政府腊山街道办事处不履行监督管理
法定职责案 孙继发 孙辉妮 (179)
29. 食品经营者免于处罚条款的适用
——山东若森商贸有限公司诉济南市历城区市场监督管理局、济南市
历城区人民政府行政处罚、行政复议案
..... 陈 伟 刘 苗 (186)
30. “村民自治”不应成为“法外之地”
——单某玲诉舜华路街道办、小汉峪村委行政处罚案 赵太新 (194)

五、执行案例

31. 执行程序中遗产管理人的认定及其责任承担
——复议申请人寇长某、王某某等执行复议案
..... 郑风云 毛 雪 (205)

一、刑事案例

强拿硬要型寻衅滋事与抢劫罪的界定

——张文迪等寻衅滋事案

关键词 非法占有 概括故意 主客观一致性 社会危害性

【裁判要旨】

尽管犯寻衅滋事罪的被告人也会实施暴力占有财物的行为，但是与抢劫罪非法占有他人财产的主观目的不同，寻衅滋事罪的主观目的主要是逞强耍横、无事生非、借故生非等不正当的精神刺激、需求，占有他人财产只是实现其主观目的的多种手段之一，并不是该项罪名所涵盖的核心要件。此外，若多个行为在同一个概括的故意下不间断发生，且后行为与前行为密不可分、后行为可以视为是前行为的延续，而将前后行为统一作出评价，以一罪处断。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第一款 以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款 有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：

- （一）随意殴打他人，情节恶劣的；
- （二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；
- （三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；
- （四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2019）鲁0112刑初243号（2019年12月27日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01刑终136号（2020年12月11日）

【基本案情】

济南市历城区人民检察院指控被告人张文迪、李铭灿、刘晓宇、宋

刑事案例

源柏、于某某、蔡泽庆、李某豪犯抢劫罪、于某某犯寻衅滋事罪，向济南市历城区人民法院提起公诉。

法院经审理查明：2018年7月24日下午14点，被告人张文迪约被害人孙立壮在济南市历城区闵子骞路遇见咖啡厅见面，并安排被告人刘晓宇提前到咖啡厅内观察被害人动向。张文迪为吓唬被害人，以要账为名让李铭灿叫人陪他一起去，李铭灿纠集被告人李某豪、于某某、蔡泽庆、宋源柏四人到遇见咖啡厅。在咖啡厅包间内，张文迪、李铭灿、李某豪、于某某、蔡泽庆、宋源柏、刘晓宇等人将被害人孙立壮围住，张文迪、宋源柏、李某豪、于某某对被害人孙立壮进行殴打，张文迪、李铭灿等逼迫孙立壮写下四万元的欠条，要求孙立壮以其鲁AW2W37号马自达轿车作为抵押。张文迪让孙立壮持欠条录制视频，并让刘晓宇将孙立壮的马自达轿车开走。随后张文迪向孙立壮索要跑腿费，于某某、宋源柏等对孙立壮进行殴打，强迫孙立壮通过手机支付宝向被告宋源柏账户转账一千元，并将孙立壮钱包内的二百元现金拿走。后宋源柏、于某某、蔡泽庆、李某豪分赃，其中宋源柏得赃款450元、李某豪得赃款250元、于某某得赃款300元，蔡泽庆得赃款200元。经物价部门鉴定，涉案马自达轿车价值为105210元。对于一审法院查明的于某某实施的其他抢劫与寻衅滋事的犯罪事实与定性，各方均无异议，于某某亦未上诉，且与本案例分析无涉，故在此略去。

另查明，关于本案第一起寻衅滋事的起因、各原审被告人主观罪过、后果的事实：

2018年5、6月的一天，原审被告张文迪与被害人孙立壮经人介绍相识后开始业务交往，孙立壮曾向张文迪转账4500元。后因合作不顺，孙立壮多次试图联系张文迪未果，并称张文迪收到钱不办事，骗钱，让其损失两万多元等。张文迪得知后，为维护声誉，同年7月24日下午，约孙立壮在济南市闵子骞路遇见咖啡厅见面，意欲退还孙立壮款项两千元以妥善处理二人的纠葛。但在电话沟通时，张文迪听到孙立壮说狠话并“叫了人”，遂安排原审被告刘晓宇前去观察打探，并经向该咖啡厅老板高强核实，得知孙立壮一方确有三人在该咖啡厅。因害怕自己“吃亏”，为吓唬孙立壮，张文迪便以要账为名让李铭灿陪同一起前往。李铭灿遂纠集了原审被告李某豪、于某某、蔡泽庆、宋源柏等人到该咖啡厅。

在二人处理纠葛结束前，张文迪认为被害人孙立壮做了非法的事，并多次表明报警“大家一起死”，不能让来帮忙的李铭灿等人白来，在其向李铭灿支付了 2000 元后，还提议让孙立壮也向李铭灿等人支付辛苦费。后孙立壮支付了 1200 元。

案发后，被害人孙立壮诊断为左右面部肿胀挫伤，右眼角下有约 $1*1\text{cm}^2$ 的紫色淤痕；第三天即同月 26 日，张文迪安排刘晓宇将开走的被害人车辆放回原处退还被害人孙立壮。原审被告人张文迪、李铭灿、刘晓宇、宋源柏、蔡泽庆及李某豪已对被害人孙立壮分别进行了赔偿，共计达 16.5 万元，孙立壮对上述六人的行为均予以谅解。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于 2019 年 12 月 27 日作出（2019）鲁 0112 刑初 243 号刑事判决：以被告人张文迪犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑四年三个月；被告人李铭灿犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑四年；被告人于某某犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑三年，犯抢劫罪，判处有期徒刑二年六个月并处罚金三千元，合并执行有期徒刑四年六个月，并处罚金三千元；被告人宋源柏犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑二年八个月；被告人蔡泽庆犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑二年三个月，缓刑二年六个月；被告人李某豪犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年；被告人刘晓宇犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年。宣判后，济南市历城区人民检察院提出抗诉，七名被告人未提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 12 月 11 日作出（2020）鲁 01 刑终 136 号刑事裁定：驳回抗诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：原审被告人张文迪、李铭灿、于某某、宋源柏、刘晓宇、李某豪、蔡泽庆七人破坏社会秩序，随意殴打他人，强拿硬要他人财物，占有他人车辆，情节恶劣、严重，七原审被告人的行为均构成寻衅滋事罪，于某某伙同他人在公共场所随意殴打被害人，造成被害人轻伤，易构成寻衅滋事罪。于某某伙同他人以暴力方法抢劫公民财物，其行为构成抢劫罪。于某某犯数罪，应当数罪并罚。

一审法院判决事实清楚，证据确实充分，定性准确，程序合法，在量刑时综合考虑了张文迪等七人在犯罪中的作用，犯罪情节及悔罪表现，

依法对张文迪、李铭灿适当从轻处罚，对于某某、宋源柏从轻处罚，对刘晓宇、蔡泽庆、李某豪从轻处罚并适用缓刑，量刑适当，应予维持。

【案例注解】

“强拿硬要”型的寻衅滋事是指以蛮不讲理的手段，强行拿走、强行索要市场、商店的商品。^①因该种类型的寻衅滋事也会在一定程度上表现出当场使用暴力、胁迫或其他手段、当场取得财物的客观行为特征，因此其与抢劫罪的区分与界定一直是刑法理论与实务界关注的热点话题之一。根据最高人民法院2005年6月8日公布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）的规定，寻衅滋事罪是严重扰乱社会秩序的犯罪，行为人实施寻衅滋事的行为时，客观上可能表现为强拿硬要公私财物的特征。这种强拿硬要的行为与抢劫罪的区别在于：前者行为人主观上还具有逞强好胜和通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的，后者行为人一般只具有非法占有他人财物的目的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。《意见》就两罪在主客观方面的不同特点予以区分的方式也被部分学者所接受。^②

本案二审裁判亦是坚持了主客观相一致的原则，对七被告人在主客观方面构成寻衅滋事罪的裁判理由进行了详细的阐述，同时本判决也侧重于与罪责刑相一致的刑法基本原则相结合，从而对被告人的犯罪行为做出了基于人权的原则、基于理性的规则，以及具有社会生活的常识性、刑罚的恰当性的法律评价。笔者将沿袭本案判决的裁判思路，对“强拿硬要型”寻衅滋事罪与抢劫罪的区分与界定进行详细阐述。

一、两罪的主要犯罪目的不同

“强拿硬要型”寻衅滋事罪以“流氓心态”为主要犯罪目的，而抢劫罪以非法占有财产为主要犯罪目的。寻衅滋事罪源自于1979年《刑法》中的“流氓罪”，要求行为人主观上具有逞强好胜、追求刺激的“流氓”

^① 王爱立主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2021年出版，第650页。

^② 如有教科书指出，寻衅滋事罪的犯罪目的与动机较为复杂，有的是以惹是生非来获得精神刺激，有的是用寻衅滋事开心取乐，有的是为了证明自己的“能力”和“胆量”等等。具体阐述请参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第六版），北京大学出版社、高等教育出版社2014年版，第539页。

心态，继而实施暴力和取财的行为。^③ 由此可知，由“流氓罪”演进而来的“强拿硬要型”寻衅滋事的主要犯罪目的是耍威风、逞强好胜，挑衅社会，追求精神上的刺激补偿，而非法占有他人财物仅仅主要犯罪目的所附属的次生目的，只是被作为扰乱公共秩序的其中一种手段而已；但在抢劫罪中，非法占有财物恰恰是主要、直接目的。概言之，抢劫罪的主要目的是非法占有财物，而寻衅滋事罪的主要目的是破坏社会秩序。

本案中，被告人张文迪针对被害人孙立壮使用暴力行为，主要是针对孙立壮散布其骗钱及“叫人了”的行为发泄不满情绪，而非仅仅是想非法占有他人财产；此外，当争执损失多少时，张文迪等人其实就是在示强耍横，以及意欲以口头上索要损失多而取胜的明显目的。具体来说，张文迪让孙立壮书写 4 万元欠条并让同案犯刘晓宇开走其马自达轿车作抵押，其主要目的是为了弥补自己的“损失”，以便将来还要在“圈”内经营；之后张文迪索要 1200 元跑腿费的主要目的是不想“丢面子”，也不能让“兄弟们”白跑一趟；而其他人参与本案的主要目的是“吓唬”被害人，并因为嫌弃孙立壮“臭美”、带口头语等对其进行殴打。由此可知，张文迪等人完全是在“流氓动机”的概括支配下、不间断地实施多种不同的具体不法行为，故其在法律上应当被整体评价为寻衅滋事行为，而非检察机关抗诉意见中区分并评价为前“敲诈”后“抢劫”两种犯罪行为。

而对于“流氓动机”，有一种观点认为，该动机并非寻衅滋事罪的主观要素，动机隐于人的内心，具有说不清、道不明的特点，况且要求寻衅滋事罪出于流氓动机是修订前刑法时代的观点，如果沿革解释优先，则必然导致刑法修改丧失了意义。^④ 笔者对此观点并不认同，该观点对“流氓动机”的理解过于片面，并未看到该动机背后所涉及的立法设计的本意。根据最高人民法院、最高人民检察院于 1984 年 11 月 2 日公布的《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》指出，流氓罪行虽然往往使公民的人身或公私财物受到损害，但它的本质特征是公然藐视法纪，以凶残、下流的手段破坏公共秩序，包括破坏公共场所的和社

^③ 成月华、许黎黎：《强拿硬要型寻衅滋事罪与抢劫罪辨析》，《上海公安学院学报》2020 年第 5 期，第 52 页。

^④ 张明楷：《寻衅滋事罪探究（下篇）》，《政治与法律》2008 年第 2 期，第 123 页。

会公共生活的秩序。所以说，“流氓动机”的实质内核是对社会秩序的破坏。对此，我们所应当做的是赋予“流氓行为”新的时代内涵，而非直接将其排除在寻衅滋事罪的构成要件之外。^⑤

二、两罪的客观行为表现不同

抢劫罪的暴力程度要足以压制被害人反抗，而“强拿硬要型”寻衅滋事罪并不以严重暴力作为构成要件。抢劫罪作为传统的重罪，其暴力行为具有压制被害人反抗的特点，使被害人不能反抗、不敢反抗或无法反抗，即被害人除了当场交出财物外，没有其他选择的余地。而寻衅滋事罪作为规制宣泄情绪类的轻罪，其暴力行为往往具有任意性和随意性，其程度也往往达不到足以压制被害人反抗的程度，如本案被告人就只是通过用手扇脸、摁压孙立壮等一系列的随意动作为张文迪助威而已。并且，寻衅滋事的实施者往往“就地取材”，如桌上的订书机、算盘，^⑥以及本案被告人于某某为吓唬孙立壮而任意拿起的吉他架等，况且于某某的前述行为亦被同案犯李铭灿所制止。而抢劫罪的作案工具则往往是精心准备的，使用工具的目的是为了压制住被害人的反抗以实现取财的目的。当然，既然强拿硬要成立寻衅滋事罪不要求采用严重侵犯他人人身安全的暴力手段，那么程度更为严重，以严重暴力压制他人反抗的强拿硬要更应当成立寻衅滋事罪，^⑦并将该手段作为一种量刑情节予以处理。

此外，两罪所造成的后果亦不相同。抢劫罪往往会严重侵害被害人的人身权利和财产权利，而寻衅滋事罪则一般不会对被害人造成严重后果

^⑤ 该观点亦与我国目前的立法精神相契合：最高人民法院于2006年1月11日公布的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定，已满十六周岁不满十八周岁的人出于以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚。最高人民法院、最高人民检察院于2013年7月15日公布的《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，行为人寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，实施刑法第二百九十三条规定的行为的，应当认定为“寻衅滋事”。

^⑥ 该案例认为，被告人陈建因被害人王长高看病收费过高，与曾小强一同前去卫生室找其“理论”。在卫生室，两被告人“就地取材”，使用订书机、算盘、尖玻璃碎片等“作案工具”殴打被害人，其暴力行为并未达到足以抑制被害人反抗的程度，被害人还具有一定的意志自由。详情参见卢君、杨君相、陈胜友：《“两个当场”情形下寻衅滋事罪的认定——陈建、曾小强寻衅滋事案》，《法律适用》2021年第11期，第118-120页。

^⑦ 张明楷：《寻衅滋事罪探究（下篇）》，《政治与法律》2008年第2期，第126页。

果。如在本案中，尽管七名被告人实施了一定的暴力行为，但被害人所受伤害程度远未构成轻伤，期间张文迪为防止事态扩大，当即支付给李铭灿 2000 元“辛苦费”，用于平复李铭灿纠集的宋源柏、于某某、李某豪等“不能白跑”的补偿心理。同时，在事发后第三天，张文迪即安排刘晓宇主动送回被害人的马自达轿车，除于某某外的六名被害人还积极赔偿了被害人，赔偿数额高达 16.5 万元之多，该数额远远超过了犯罪行为涉及的数额。实际上，其七人的行为主要是对社会经济生活与交往的安宁与平稳造成了影响，^⑧而非被害人的人身伤害和财产损失。

三、认定“强拿硬要型”寻衅滋事罪，抑或抢劫罪，应当符合罪责刑相一致的刑法基本原则

总的来看，与抢劫罪相比，寻衅滋事罪的社会危害程度较轻、罪犯的主观恶性也较小。而如果不考虑犯罪社会危害性的这一本质特征，不顾本行为的社会危害程度，机械地套用犯罪构成理论，或者只看客观行为的表现，不问行为主体的主观故意，进而客观归罪，均有违《中华人民共和国刑法》第五条规定的罪责刑相适应的基本原则。这是因为，罪责刑相适应基本原则要求我们正确区分抢劫罪和寻衅滋事罪，不仅要考虑其犯罪构成的迥异，还要在行为性质不甚明确时，凭借社会一般观念，权衡一下行为人应受刑罚的轻重和处刑后可能会产生的社会效果，以期最终准确认定行为人的性质和罪名。

盲目地坚持认定被告人构成抢劫罪等重罪，这种裁判思路尽管在表面上看似公平合理，也更容易得到普罗大众与舆论的支持，但这只是一种“看上去很美”的假象，实际上是只抓一点，不计其余，从而陷入了机械司法的窠臼。司法机关在处理类似案件时，应当坚持罪责刑相一致的刑法基本原则，并结合案件的起因、经过以及造成后果的严重程度等具体案情综合作出评判。我们既要避免有罪推定（罪与非罪存疑时）的思想，也要避免重罪推定（轻罪与重罪存疑时）的思想。正如有学者所言，“量刑时应对全案所有的情节进行综合分析、全面审度，在法定范围内选定适当的刑种、刑度，以达到罪与刑的相互平衡”。^⑨

^⑧ 张明楷：《寻衅滋事罪探究（上篇）》，《政治与法律》2008 年第 1 期，第 87 页。

^⑨ 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2005 年版，第 115 页。

当然，也有一种观点认为，学说上为区分抢劫罪与寻衅滋事罪所作的诸多努力，仅仅是一般情况下的列举，在特殊的场合，则是徒劳的。^⑩因此，刑法理论与司法实践不应当强调此罪与彼罪之间的区别与区分标准，而应注意此罪与彼罪的想象竞合，并根据想象竞合犯的处罚原则，从一重罪处罚。^⑪笔者认为，前述观点扩大了交叉竞合理论的适用范围，司法机关不能因为两罪之间存在难以区分的情形便“因噎废食”，这既不符合罪刑法定的基本原则，亦不符合主客观相一致的刑法理念，且助长“左倾主义”的一味重刑之风。在结合案情能够对此罪与彼罪的界限加以明确区分的情况下，司法机关应当直接确定具体的罪名，只有在案情疑难复杂、界限模糊时，竞合理论才能发挥其在定罪方面的补充性作用。正如本案，在各项主客观证据能够认定被告人构成寻衅滋事的情况下，法院应当直接判决被告人构成寻衅滋事罪，而不必采用竞合理论，舍近求远。综上，本案二审法院裁定驳回公诉机关的抗诉，维持原判。

此外，还有一个值得注意并需要说明的问题是，本案中，济南市人民检察院在二审法院开庭庭审时，当庭改变了济南市历城区人民检察院的抗诉意见，直接改变定性，将抗诉意见改变为部分成立敲诈勒索罪、部分成立抢劫罪，由此违反了正当程序原则。对此，为充分保障被告人的辩护权，支持抗诉的上级检察机关在超出抗诉期限以提出新的抗诉意见进行抗诉时，应当将新的抗诉意见先行向法院及各原审被告送达抗诉意见书，预留辩护期。《中国刑事审判指导案例》第7辑第222号李林故意杀人案指导案例亦确立了该法律精神。该观点亦得到二审法院审委会各委员的一致认可。

济南市中级人民法院家事少年审判庭 吴万秋 朱晓嵩

^⑩ 付立庆：《论抢劫罪与强拿硬要型寻衅滋事罪之间的关系——以孙某寻衅滋事案为切入点》，《法学》2015年第4期，第113页。

^⑪ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社2016出版，第1069页。

被告人打赏主播的赃款是否予以追缴

——李磊职务侵占案

关键词 职务侵占 打赏主播 赃款 追缴

【裁判要旨】

被告人给主播刷礼物打赏形成无偿、单务合同，是赠与合同法律关系。主播在获得高额打赏的同时未付出相应的劳动，不是善意取得，与社会主义核心价值观也不相符。被告人向直播平台充值的赃款属于应予追缴的范围，应当予以追缴。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》（2017年11月4日修正）第二百七十一条公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十一条 被执行人将刑事裁判认定为赃款赃物的涉案财物用于清偿债务、转让或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，人民法院应予追缴：

- （一）第三人明知是涉案财物而接受的；
- （二）第三人无偿或者以明显低于市场的价格取得涉案财物的；
- （三）第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得涉案财物的；
- （四）第三人通过其他恶意方式取得涉案财物的。

第三人善意取得涉案财物的，执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对该涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。

【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2020）鲁 0191 刑初 206 号（2021 年 3 月 31 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 12 月至 2020 年 4 月，被告人李磊利用担任珠海碧优管理咨询服务有限公司（以下简称“珠海碧优公司”）济南大区出纳、为泰安市碧桂园房地产开发有限公司（以下简称“泰安市碧桂园公司”）提供财务核算服务的职务便利，利用所持有的公司齐鲁银行账户和渤海银行账户的制单盾和复核盾，通过 SAP 企业的管理系统，采取申请监管资金、虚假申请资金下拨、篡改资金下拨单、资金划转等方式，将泰安市碧桂园公司、碧桂园地产集团有限公司账户资金共计 48264303 元转至个人账户，用于打赏主播、游戏充值、娱乐消费、偿还个人借款等。截止至案发，李磊已将涉案资金全部挥霍。

案发后，被告人李磊于 2020 年 5 月 9 日在珠海碧优公司济南大区负责人丁海爽、袁广涛的陪同下到公安机关投案，并如实供述了自己的罪行。

公诉机关认为，被告人李磊利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额巨大，应当以职务侵占罪追究其刑事责任；其具有自首情节，自愿认罪认罚，建议判处有期徒刑十二年。

被告人李磊对指控事实、罪名及量刑建议没有异议且签字具结，在开庭审理过程中亦无异议。其辩护人提出的辩护意见是：被告人李磊自首，自愿认罪认罚，系初犯，自游戏平台和主播打赏账户冻结的资金应当作为赃款赃物追缴，并以此作为对被告人李磊酌情从轻处罚的情节。

诉讼代理人的代理意见是：请求追究被告人李磊职务侵占罪的刑事责任，用于主播打赏、充值游戏的赃款应予追缴，李磊已经挥霍无法追缴的部分请求责令退赔。

法院经审理查明：2018 年 12 月至 2020 年 4 月，被告人李磊担任珠海碧优公司济南大区出纳、为泰安市碧桂园公司提供财务核算服务。在此期间，被告人李磊利用上述职务形成的便利条件，利用所持有的公司齐鲁银行账户和渤海银行账户的制单盾和复核盾，通过 SAP 企业的管理系统，采取申请监管资金、虚假申请资金下拨、篡改资金下拨单、资金划转等方式，将泰安市碧桂园公司、碧桂园地产集团有限公司账户资金

共计 4826.4303 万元转至个人账户，用于打赏主播、游戏充值、娱乐消费、偿还个人借款等。截至案发，李磊已将涉案资金全部挥霍。

案发后，被告人李磊于 2020 年 5 月 9 日在珠海碧优公司济南大区负责人丁海爽、袁广涛的陪同下到公安机关投案，并如实供述了自己的罪行。

案发后，公安机关从宋晓理处扣押鲁 AF38289 宝马牌轿车一辆（系李磊将侵占的部分公司资金借给宋晓理购买），发还给珠海碧优公司，车辆经鉴定价值 43 万元。被告人李磊尚有 4783.4303 万元未退赔。

【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于 2021 年 3 月 31 日作出（2020）鲁 0191 刑初 206 号刑事判决：被告人李磊犯职务侵占罪判处有期徒刑十二年，并处没收个人财产八十万元；冻结的被告人李磊账户中的资金、随案移送的赃款发还给被害单位泰安市碧桂园房地产开发有限公司，随案移送的其他物品、查封的沂水县北方明珠三期 F 区 7 号楼 2 单元 401 室依法处置后发还被害单位泰安市碧桂园房地产开发有限公司；对公安机关冻结的直播平台广州虎牙信息科技有限公司账户 380.6559 万元、广州华多网络科技有限公司账户 1540.2503 万元、北京瓦力网络科技有限公司账户 177 万元、武汉斗鱼网络科技有限公司账户 54 万元、北京微播视界科技有限公司账户 2.1186 万元、今日头条有限公司账户 26.9502 万元发还被害单位泰安市碧桂园房地产开发有限公司；被告人李磊赠与高昱潇的 54581.2 元，予以追缴，发还被害单位泰安市碧桂园房地产开发有限公司；上述资金仍不足以偿还被害单位泰安市碧桂园房地产开发有限公司损失的，责令被告人李磊在判决生效后十日内退赔给泰安市碧桂园房地产开发有限公司；对公安机关冻结的游戏平台南昌市如玩信息技术有限公司、兰茵（天津）信息科技有限公司、广州三七网络科技有限公司、广州乾游网络科技有限公司、广州爱九游信息技术有限公司、上海游族信息技术有限公司、深圳市灼华网络科技有限公司、成都初心互动科技有限公司、完美世界（重庆）互动科技有限公司、深圳市有仙气科技有限公司、深圳市前海弘程游戏有限公司、广东安久科技有限公司、上海虫咖信息科技有限公司、上海玄霆娱乐信息有限公司、上海班图网络科技有限公司、湖南六六九互动娱乐有限公司、广州呗宝网络科技有限公司、安徽尚趣玩网络科技有限公司、华为软件技术有限公司、上海

游民网络科技有限公司、黄宏建、叶梦佳、徐向阳、李雅婷的账户解除查封。宣判后，公诉机关未提出抗诉，被告人李磊未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：被告人李磊利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额巨大，其行为构成职务侵占罪。公诉机关的指控成立。被告人李磊自动投案，到案后如实供述自己罪行，自愿认罪认罚，依法可从轻处罚。辩护人的相关辩护意见成立，予以采纳。公诉机关的量刑建议适当。被告人李磊职务侵占4826.4303万元中，43万元已发还珠海碧优公司，剩余赃款应当继续追缴后，发还被害单位。被告人李磊赠与他人的款项应当依法追缴后，发还被害单位。

【案例注解】

被告人在直播平台充值的赃款能否予以追缴？

网络直播应当成为社会主义核心价值观传播的有效载体，在提供商业价值与娱乐功能的同时，还应当承担其社会责任和文化价值，应当自觉将社会主义核心价值观的引领作为其核心性的价值取向。本案中，被告人李磊在直播平台注册后，通过向直播平台充值获得虚拟币，在其对主播人的直播内容感到满意或赞赏的情况下，用虚拟币购买礼物，不同的礼物需要的虚拟币不同，通过刷礼物的方式对主播人进行打赏。即使李磊不对主播人打赏，其仍然能够观看直播。李磊给主播人刷礼物打赏是其自愿的，未与主播人设定一定的权利义务关系，是无偿、单务合同，形成赠与法律关系。被告人李磊职务侵占公司资金后，在短短一年多时间内，在直播平台充值打赏2300余万元，其中对一个主播的打赏就高达1000余万元，主播在获得高额打赏的同时并未提供合理的对价，未付出相应的劳动，不是善意取得，与社会主义核心价值观也不相符。根据最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十一条第（二）项规定，“被执行人将刑事裁判认定为赃款赃物的涉案财物用于清偿债务、转让或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，人民法院应予追缴：…（二）第三人无偿或者以明显低于市场的价格取得涉案财物的；…”，被告人李磊向直播平台的充值属于应予追缴的范围，应当予以追缴。但李磊在游戏平台充值后，使用了游戏平台提供的服务，无证据证明游戏平

台明知充值来源于赃款，在游戏平台的充值不应追缴。

济南高新技术产业开发区人民法院 何道云

被告人患有严重疾病案件的缺席审理

——郑志海危险驾驶缺席审理案

关键词 患有严重疾病 无受审能力 缺席审理

【裁判要旨】

诉讼过程中，被告人因患有严重疾病导致缺乏受审能力，无法出庭受审的，中止审理超过六个月，被告人仍无法出庭，被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的，人民法院可以在被告人不出庭的情况下缺席审理作出判决。被告人无法表达意愿的，其法定代理人、近亲属可以代为申请。

【相关法条】

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百九十三条 人民法院缺席审理案件，被告人有权委托辩护人，被告人的近亲属可以代为委托辩护人。被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

第二百九十四条 人民法院应当将判决书送达被告人及其近亲属、辩护人。被告人或者近亲属不服判决的，有权向上一级人民法院上诉。辩护人经被告人或者其近亲属同意可以提出上诉。

第二百九十六条 因被告人患有严重疾病无法出庭，中止审理超过六个月，被告人仍无法出庭，被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的，人民法院可以在被告人不出庭的情况下缺席审理，依法作出判决。

【案件索引】

一审：平阴县人民法院（2019）鲁0124刑初113号（2020年7月8日）

【基本案情】

公诉机关指控：2019年1月8日15时35分许，被告人郑志海无驾驶证驾驶无牌照二轮摩托车，沿平阴县演旧线由西向东行驶至宋柳沟村大桥东侧100米时，与停放于道路南侧钱林泉的电动三轮车发生交

通事故，致两车不同程度损坏，郑志海受伤。现场勘查结束后，民警随即赶到平阴县中医医院对郑志海抽血备检。2019年1月18日，济南市公安局交通物证鉴定所鉴定，郑志海静脉血中检出乙醇成分，含量为 $137.3 \pm 5.8\text{mg}/100\text{ml}$ 。2019年1月28日，平阴县公安局交通警察大队出具道路交通事故认定书，认定郑志海承担事故的全部责任，钱林泉无责任。

被告人郑志海的法定代理人及辩护人对指控的事实无异议。

法院经审理查明：2019年1月8日15时35分许，被告人郑志海无驾驶证驾驶无牌照重庆牌二轮摩托车，沿平阴县演旧线由西向东行驶至宋柳沟村大桥东侧100米处，与停放于道路南侧钱林泉的双杰牌电动三轮车发生交通事故，致两车不同程度损坏，郑志海受伤。现场勘查结束后，民警赶赴平阴县中医医院依法对郑志海抽血备检。2019年1月18日，济南市公安局交通物证鉴定所鉴定，郑志海静脉血中检出乙醇成分，含量为 $137.3 \pm 5.8\text{mg}/100\text{ml}$ 。2019年1月28日，平阴县公安局交通警察大队出具道路交通事故认定书，认定郑志海承担事故的全部责任，钱林泉无责任。2019年2月1日，郑志海主动到平阴县公安局投案，如实供述了犯罪事实。

另查明，2019年9月25日、2020年6月23日，经山东精神疾病司法鉴定所二次鉴定，被告人郑志海系脑外伤所致精神障碍，无受审能力、无民事行为能力。

【裁判结果】

平阴县人民法院于2020年7月8日作出（2019）鲁0124刑初113号刑事判决：被告人郑志海犯危险驾驶罪，判处拘役一个月十五天，并处罚金七千元。宣判后，郑志海及其法定代理人、辩护人均未提出上诉，公诉机关亦未提起抗诉，该判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：被告人郑志海醉酒后在道路上无驾驶证驾驶无牌照机动车，违反交通运输管理法规，发生交通事故，负事故全部责任，其行为构成危险驾驶罪。公诉机关的指控成立。被告人郑志海主动到公安机关投案，系自首，对其可依法从轻处罚，故采纳公诉机关建议及辩护人提请对被告人从轻处罚的意见。被告人郑志海虽因患有严重疾病，

无受审能力，无法到庭参加诉讼，在充分保障被告人及其近亲属的诉讼权利，并为其指定辩护人的前提下，依据缺席审理有关的法律规定，足以作出认定被告人的行为构成犯罪并作出判决。

【案例注解】

2018年10月26日，新修改的《刑事诉讼法》通过并实施，其中第二百九十六条规定了缺席审判程序，这是我国刑事司法制度中首次确立刑事缺席审判制度。长期以来，一些潜逃在外或患有严重疾病的嫌疑人或被告人无法到庭导致案件无法进入下一诉讼程序或致使审理中的案件，久拖而不能结。2021年3月1日开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第六百零五条中，对被告人患有严重疾病无法出庭受审，导致缺席审理的情况作了进一步明确，即：因被告人患有严重疾病导致缺乏受审能力，无法出庭受审，中止审理超过六个月，被告人仍无法出庭，被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的，人民法院可以根据刑事诉讼法第二百九十六条的规定缺席审理。符合前款规定情形，被告人无法表达意愿的，其法定代理人、近亲属可以代为申请或者同意恢复审理。

刑事缺席审判制度改变了以往司法实践中由于被告人没有到案而产生的无法定罪量刑、无法处置赃款赃物、无法及时补偿被害人损失等问题。一旦刑事缺席审判的判决生效，在法律上就确定了被告人的罪犯身份。通过缺席审理，实现了惩治犯罪、保障被害人权益、提升刑事诉讼效率的统一，有力捍卫了司法尊严，彰显了司法价值。缺席审理符合司法公正的伦理标准。为充分保障缺席审理案件中被告人的诉讼权利。刑事诉讼法中对不出庭的被告人，设定有一系列诉讼权利保障规定，确保其辩护权不因被告人缺席而无法实现。本案中被告人属于患有严重疾病的特定的犯罪人类型，对于该类犯罪，过去由于被告人无法到庭导致案件久拖不决，积累成长期未结案件。现在充分保障被告人诉讼权利的前提下，通过缺席审理有效地防止了刑事诉讼的过分迟延，实得案件得以及时审结。

平阴县人民法院 李兆霞

二、民事案例

关于合同约定解除条件成就，合同应否解除问题的分析与认定

——某居委会、某标山公司诉邵某、某金瑞公司房屋租赁合同纠纷案

关键词 租金定期递增 “补助”的性质认定 租金数额认定 合同解除 房屋拆除后的租金数额认定 违约金

【裁判要旨】

1. 对合同条款的认定与理解不能仅浮于字面含义，应结合当事人之间所形成的法律关系及法律性质、合同签订的背景、合同的履行情况、当事人的陈述、相关案件事实，再结合诚实信用原则予以综合评判。

2. 关于合同约定解除条件成就，合同能否解除的问题，首先，人民法院要审查违约方的违约行为是否符合合同约定的解除条件；其次，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现。按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十七条“合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。如违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持”之规定精神处理。

本案虽发生在《民法典》实施之前，但与其中《民法典》第五百零二条、第五百零九条、第七百零五条的规定相吻合。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款 依法成立的合同，自成立时生效。

第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

民事案例

(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。

第二百一十四条 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院 (2020) 鲁 0105 民初 732 号 (2020 年 9 月 11 日)

二审：济南市中级人民法院 (2020) 鲁 01 民终 12618 号 (2020 年 12 月 30 日)

【基本案情】

原告某居委会、某标山公司诉称：2007 年 4 月 6 日，邵某、邵某苗与某居委会、某标山公司签订了租赁合同，租赁案涉两处厂区，由某杰灵公司、某金瑞公司用于经营鞋业皮具市场。承租方应按约定在各季度首月初交纳该季度租金。合同第八条违约责任条款约定，承租方如拖延支付租金满三个月，出租方有权解除租赁合同，承租方并赔偿 500 万元。合同签订后，某金瑞公司自 2019 年 1 月开始陆续拖欠租金，至 2019 年 12 月 3 日累计拖欠租金 120.75 万元。某居委会、某标山公司于 2019 年 12 月 3 日发函给某金瑞公司，告知其解除租赁合同。某金瑞公司收到通知后，继续占用租赁房屋，仍拒不搬出，遂提起本案诉讼。请求：1. 确认各方当事人之间的租赁合同以及补充协议于 2019 年 12 月 4 日解除；2. 判令季某等三人、某金瑞公司向某居委会、某标山公司支付租金及违约金 560.75 万元并支付自 2020 年 1 月 1 日起至判决生效之日止的房屋占有使用费。

某金瑞公司反诉称：某金瑞公司与某居委会、某标山公司存在多年

租赁关系。案涉合同签订后，某金瑞公司按约投入 4000 多万元对市场进行了改造。2010 年 9 月，某居委会、某标山公司单方提出让某金瑞公司在原合同的基础上每年另行支付补助 55 万元，某金瑞公司被迫接受。2012 年 11 月 27 日前，因小清河扩建，政府拆除租赁营业房 39 间，为此双方达成新的补充协议，约定自 2013 年元月起，年租金变更为 255 万元。租赁合同的主体也变更为某金瑞公司。2019 年传闻政府将很快对市场实施拆迁，某金瑞公司法定代表人季某在整理原合同时发现，每年实交 265 万元的租金，每年多付 10 万元，某金瑞公司多次催促协商对账事宜，均遭拒绝。某居委会、某标山公司为了非法侵占市场拆迁补偿款，于 2019 年 9 月之后，故意不向某金瑞公司提供租金结算发票，导致部分租金暂缓交纳。某居委会、某标山公司组织村委会工作人员 20 余人去围堵市场的营业场所，强行掐断电源，破坏监控等安全设施，导致市场经营管理秩序混乱，市场收入及商誉严重受损，遂提起本案，诉讼，请求：1. 确认本案诉争的租赁合同继续有效；2. 确认自 2013 年元月起年租金为 255 万元；3. 确认某居委会退还自 2013 年以后多收的租金共计 80.375 万元；4. 判令某居委会、某标山公司赔偿某金瑞公司的直接经济损失 20 万元、间接损失 5 万元；5. 判令某居委会、某标山公司减免某金瑞公司 2020 年两个月租金 42.5 万元。6. 判令某居委会、某标山公司按合同约定向某金瑞公司补开欠开的 2019 年度租金发票 145 万元。

法院经审理查明，各方当事人无争议的事实：2007 年 4 月 6 日，某居委会、某标山公司作为甲方（出租人）与作为乙方（承租人）的邵某、邵某苗签订《租赁合同》，约定：一、甲方将位于济南市天桥区标山北路 5 号、3 号即济南鞋业批发市场的场地及建筑物一并租赁给乙方改造经营使用，并重新成立济南鞋业皮具市场。二、改造方式：甲方租赁给乙方的 289 间营业房由乙方出资进行改造，改造资金约 1700 万元，改造后，所有权归甲方，使用权归乙方。三、租赁期限：租赁期为 20 年，提前续签 20 年，共计 40 年，自 2007 年 4 月 6 日起至 2047 年 4 月 6 日止。四、租金及支付方式。1. 自合同生效后，从第 1 年至第 6 年，每年租金为 200 万元；从第 7 年至第 12 年递增 5%，每年租金为 210 万元；从第 13 年至第 40 年递增 10%，每年租金为 231 万元。2. 租赁期内每年租金分四次平均交纳，每三个月支付一次，在第一个月的月初交纳，凭甲方正式发票结算支付。

六、合同履行期间，如遇政府拆迁行为，需要占用市场的，土地补偿款归甲方所有，甲方所有的 289 间营业房拆迁补偿款按 4:6 比例与乙方分配，其他乙方投资的建筑物及设施归乙方所有，甲方投资的建筑物及设施归甲方所有。八、违约责任。……2. 合同履行过程中，乙方如拖延支付租金满三个月，甲方有权解除租赁合同，所有设施及资产归甲方所有，并外加赔偿 500 万元人民币给甲方，政府行为或不可抗力的因素除外。某居委会和某标山公司在甲方处分别加盖居委会和公司印章，邵某和邵某苗在乙方处签字捺印。

2010 年 9 月 15 日，某居委会、某标山公司与邵某、邵某苗签订的《租赁合同补充协议》约定：一、本协议是 2007 年 4 月 6 日租赁合同的补充协议，与主合同具有同等法律效力。二、在 2007 年 4 月 6 日双方签订的租赁合同约定的承租价格及付款方式不变的基础上，自 2010 年 9 月 1 日起，乙方每年向甲方另外交纳补助 55 万元，该补助每年分两次付清（每半年付款一次），首次补助付款 27.5 万元于本协议签订之日起 20 日内付清。以后每次付款应于每半年使用之前 10 天内凭发票支付。三、如甲方未能履行原 2007 年 4 月 6 日租赁合同约定的义务，此补助当即取消。某居委会和某标山公司在甲方处分别加盖居委会、公司印章，某杰灵公司及季某在乙方处盖章签字。

2012 年 11 月 27 日，某居委会与邵某、邵某苗签订《补充协议》，针对济南鞋城拆除 39 间营业房之事宜补充如下：一、乙方 2012 年第三、四季度按合同应交甲方的欠款 67.5 万元，乙方扣除 40 万元作为 39 间营业房的租金补偿，剩余 27.5 万元交于甲方。二、自 2013 年元月起，乙方仍按原合同约定年租金 255 万元，分四季度（三个月一交）上交甲方。三、本协议签订后双方不再发生任何经济纠纷。甲方处加盖了某居委会的印章，季某、邵某在乙方处签字。

2013 年 11 月 25 日，某杰灵公司与某金瑞公司签订《经营场地转让合同》，约定：一、甲方有坐落于天桥区济洛路 80 号的某杰灵公司经营场地（济南鞋城），转让给某金瑞公司经营到合同期满为止。二、上交标山的房租由乙方承担。三、自本合同签订之日起，济南鞋城经营权及相关权利义务一并移交给乙方，盈利亏损由乙方自负。甲方处加盖某杰灵公司印章，乙方处加盖某金瑞公司印章。

2018 年 4 月 28 日,某居委会向天桥区工商局出具《备案证明》一份,载明:我单位与某金瑞公司存在房屋场地租赁关系,并同意其对外出租,往后不再每家出具证明,以此备案证明为准。

各方当事人对下列事实有争议:

关于 2019 年租金收取情况。一、某居委会、某标山公司提交《济南鞋城 2019 年上交土地租金情况表》一份及银行回单八份,证明:1. 按照双方当事人签订的租赁合同及补充协议之约定,2019 年承租方应向出租方交纳租金 280.75 万元,截止 2019 年 12 月 3 日,承租方实交租金 160 万元,拖欠租金 120.75 万元,逾期满三个月的部分为 64.25 万元,已经达到合同约定的解除条件;2. 承租人在收到解除合同的通知后,仍向某居委会转账补交欠付租金,亦表明其对自己的违约行为是明知的。某金瑞公司质证认为,1. 上述证据为某居委会、某标山公司单方出具,对上交土地租金情况表的应缴金额、尚欠金额有异议,对银行回单八份的真实性无异议,对某居委会、某标山公司的证明目的有异议。2. 某金瑞公司不存在违约行为。《租赁合同》、《租赁合同补充协议》均约定,凭某居委会、某标山公司正式发票付款,因某居委会、某标山公司未向某金瑞公司开具足额发票,某金瑞公司自然无需履行付款义务。3. 2012 年 11 月 27 日的《补充协议》明确约定,自 2013 年元月起,租金调整为 255 万元,某居委会、某标山公司称 2019 年度租金应为 280.75 万元错误,对应的尚欠金额也必然错误,且尚欠金额中并未扣减某金瑞公司 12 月 6 日缴纳的 10 万元及 12 月 10 日缴纳的 50 万元。二、某金瑞公司针对其反诉请求提交 2016 年 1 月至 2020 年支付资金表汇总表、支付租金的汇款凭证、发票一宗,拟证明某居委会、某标山公司自 2013 年起累计多收取某金瑞公司 80.375 万元租金的事实以及某居委会、某标山公司自 2016 年起欠某金瑞公司 130 万元发票的事实。三、某居委会、某标山公司提交 2013 年 1 月至 2018 年 12 月承租人交费及开票明细表,后附收款收据、发票及银行付款回单,拟证明:1. 2013 年二季度起至 2018 年四季度,承租方实际按照 265 万元的标准交纳的租金,可以看出双方当事人对于年租金的约定并无争议;2. 季某在案涉合同及补充协议中签字,表明季某已经完全接受并认可合同约定条款,案涉房屋租金系季某以其个人账户向某居委会、某标山公司支付,表明季某对于案涉房租的年租金数额是清

晰且明知的，某金瑞公司的第三项诉讼请求不应得到支持；3. 根据承租人付款时间和相应的发票开具时间可以看出，双方当事人对于付款和发票开具的交易习惯是承租人先付租金，出租人再向承租人指定的公司或个人按当季应交数额一次性开具发票。某金瑞公司对上述证据质证认为，除对2016年济南鞋城交费及发票表中载明的10-12月租金实交66.25万元有异议外，对于其他证据的真实性和记载事项均无异议。另，双方均认可，某居委会、某标山公司开具2019年度租金发票金额为110万元。

关于租赁合同及其补充协议的解除。某居委会、某标山公司提交律师函两份及EMS邮寄回单一份，拟证明2019年11月11日，某居委会委托某律所向承租方发律师函催缴欠付租金，于2019年12月3日发律师函，告知承租方要解除租赁合同。季某在解除合同通知上签字确认收到该通知。承租人在收到通知的三个月内未向人民法院起诉，根据《〈中华人民共和国合同法〉司法解释（二）》第二十四条之规定，其对于合同解除的异议不应得到法院的支持。某金瑞公司对上述证据的真实性无异议，但对于证明目的有异议，认为两份律师函仅能证明某居委会、某标山公司违反合同约定，欲单方解除合同的事实。某居委会、某标山公司提交某居委会工作人员王某与季某的微信聊天记录截图打印件10页，拟证明：1. 季某于2019年12月3日收到某居委会发出的解除合同的通知，其未在收到解除合同通知后的三个月内向法院提起诉讼，根据《〈中华人民共和国合同法〉司法解释》（二）第二十四条之规定，不应支持某金瑞公司的反诉请求；2. 承租方在收到解除合同通知后，又向某居委会实施的所谓补交租金的行为，能够证明其明知且认可2013年一季度应按年租金255万元交纳租金，自2013年二季度起至2019年一季度则应按年租金265万元交纳租金，自2019年二季度起则再次递增的合同约定。某金瑞公司要求确认2013年后年租金为255万元，并要求退还多收租金60万元，无事实依据。季某等三人对微信聊天记录截图的真实性无异议，但对其证明目的有异议，该聊天记录仅能证明租赁合同的履行存在争议事实。

关于某金瑞公司主张的经济损失。某金瑞公司提交某居委会、某标山公司发出的《致济南鞋业批发城业户一封信》、照片打印件一张（2019年12月，某居委会张贴的济南鞋业批发城业户一封信的张贴照片）、天桥区政法委于2019年12月30日组织双方调解的录音光盘一张，拟证明

某居委会、某标山公司采取断水、断电、撬门、撬锁、张贴发放传单等方式扰乱某金瑞公司正常经营,给某金瑞公司造成25万元损失。某居委会、某标山公司对《致济南鞋业批发城业户一封信》的真实性无异议,但对其证明目的有异议,认为张贴的照片无法确定拍照时间及地点。对光盘录音的真实性及证明目的均不予认可。对客户撤离经营场所照片及客户以往缴费凭证真实性及证明目的均有异议,照片不能确认拍照时间、地点及相关主体。

关于减免某金瑞公司2020年两个月租金42.5万元的请求。某金瑞公司认为,因2020年新型冠状病毒是不可抗力,某金瑞公司正常经营确实受到影响。某居委会、某标山公司认为,根据合同法第九十六条的规定,某居委会发出解除合同通知后“合同自通知到达双方时解除”。承租人拒不交还租赁房屋、场地,属于非法占用,应赔偿出租人占用损失。

二审法院另查明:1.季某分多次共计向某居委会、某标山公司支付2019年度租金220万元,其中:于2019年1月24日交纳15万元,于1月30日交纳30万元,于4月14日交纳50万元,于7月4日交纳30万元,于9月10日交纳20万元,于11月20日交纳15万元,于12月6日交纳10万元,于12月10日交纳50万元。

2.季某于2020年度多次通过济南市天桥区北园街道标山社区股份经济合作社向某居委会、某标山公司支付租金,其中:2020年2月4日支付租金5万元,交易附言注明为2020年第一季度租金预付;2020年2月21日支付租金35万元,交易附言注明为2019年租金;2020年2月25日支付租金20万元,交易附言注明为2019年租金。

3.某居委会、某标山公司在二审中提交的山东省高级人民法院于2020年11月3日作出的已生效(2020)鲁民终2166号民事判决书(该判决书第15页二审查明部分载明:“2010年前后,某居委会、标山集团与济南市腾发润滑油有限公司、邵某、邵某苗、胡某香等陆续签订了补充协议,提高了部分租户的租金标准。本院认为部分,认定该案中表述为赞助费的款项实际性质为租金”)及2010年-2011年,某居委会、标山集团与济南某公司、胡某香、赵某琴等人陆续签订补充协议一组,上述两份证据可证实2010年9月15日《租赁合同补充协议》中约定的55万元补助实际为增加的租金。某居委会与季某在二审庭审中均认可55万

元补助实际为增加的租金。

4. 季某自 2013 年第二季度起至 2018 年年底之前，一直是按 265 万元交纳的年租金。季某在二审庭审中明确表示，可以 2013 年以后多交的租金抵 2019 年度所欠某居委会、某标山公司的租金，尚余租金可以放弃主张返还。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于 2020 年 9 月 11 日作出 (2020) 鲁 0105 民初 732 号民事判决：一、某金瑞公司与某居委会、某标山公司之间的租赁合同及其补充协议在 20 年租赁期内合法有效；二、驳回某居委会、某标山公司的诉讼请求；三、某居委会、某标山公司于判决生效之日起 10 日内向某金瑞公司开具欠开的 145 万元租金发票；四、驳回某金瑞公司的其他反诉请求。宣判后，某居委会、某标山公司提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 12 月 30 日作出 (2020) 鲁 01 民终 12618 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

生效判决认为，本案的争议焦点为：一、2010 年 9 月 15 日《租赁合同补充协议》中约定的“补助”55 万元的性质；二、2019 年度的租金数额，某金瑞公司是否拖欠租金及其拖欠数额，某居委会、某标山公司要求某金瑞公司支付 2019 年欠付租金及逾期利息的诉讼请求应否支持；三、某居委会于 2019 年 12 月 3 日向承租方下达的解除合同的律师函能否产生解除合同的法律后果，某居委会、某标山公司要求某金瑞公司支付 500 万元违约金的诉讼请求能否支持；四、某居委会、某标山公司要求某金瑞公司按租金标准支付 2020 年 1 月 1 日至判决生效期间的房屋占有使用费的请求能否支持。

关于争议焦点一，法院认为，首先，2010 年 9 月 15 日《租赁合同补充协议》虽约定“自 2010 年 9 月 1 日起，邵某、邵某苗每年向某居委会、某标山公司另外交纳补助 55 万元”，但该合同还约定，“根据 2007 年 4 月 6 日，邵某、邵某苗与某居委会、某标山公司签订的租赁合同，签订本补充协议”、“本协议是 2007 年 4 月 6 日租赁合同的补充协议”，由此说明该补充协议系基于 2007 年 4 月 6 日的《租赁合同》而签订，该 55 万元“补助”系基于邵某、邵某苗承租某居委会、某标山公司所有的案

涉房屋而产生，承租方仅有向出租方交纳租金的义务；其次，生效的山东省高级人民法院(2020)鲁民终 2166 号民事判决书已认定，2010 年前后，某居委会、标山集团与某润滑油有限公司、邵某、邵某苗、胡某等陆续签订了补充协议，案涉赞助费的款项实际性质为租金；第三，某居委会、某标山公司及季某均认可该笔款项为后期增加的租金。综上，“补助”55 万元应认定为后期增加的租金。一审法院认定为赠与财产性质的补助金于法无据，予以纠正。

关于争议焦点二，法院认为，关于 2019 年度租金总数额问题，双方当事人存有争议。某居委会、某标山公司主张，根据 2007 年 4 月 6 日的《租赁合同》、2010 年 9 月 15 日的《租赁合同补充协议》之约定，2019 年度租金总数额应为 280.75 万元。而某金瑞公司主张，根据 2012 年 11 月 27 日的《补充协议》之约定，2019 年度租金总数额应为 255 万元。对此，法院认为，2007 年 4 月 6 日的《租赁合同》及 2010 年 9 月 15 日的《租赁合同补充协议》虽对租金数额有明确约定，但 2012 年期间，因小清河改造被拆除了 39 间营业房，某金瑞公司所租赁的房屋在原来的基础上减少了 39 间，再行按照 2007 年 4 月 6 日的《租赁合同》及 2010 年 9 月 15 日的《租赁合同补充协议》之约定确定租金数额已显失公平，不利于租赁关系健康平稳发展。某居委会与邵某遂自行于 2012 年 11 月 27 日签订了《补充协议》，约定“扣除 40 万元作为 39 间营业房的租金补偿，并约定自 2013 年元月起邵某、邵某苗仍按原合同约定年租金 255 万元，分四季度（三个月一交）上交”，由此说明，双方当事人经协商对 2013 年 1 月之后的年租金数额进行了重新调整，即自 2013 年元月起，年租金为 255 万元，不再适用 2007 年 4 月 6 日《租赁合同》、2010 年 9 月 15 日《租赁合同补充协议》关于租金数额及递增条款之约定。该补充协议系双方当事人的真实意思表示，并不违反法律及行政法规的强制性规定，应受法律保护。某居委会、某标山公司关于只是将 2012 年度的租金扣除 40 万元，其他年度租金仍按 2007 年 4 月 6 日《租赁合同》、2010 年 9 月 15 日《租赁合同补充协议》之约定确定的主张，不予支持。

关于季某 2019 年度的租金交纳情况，经审查，季某于 2019 年 1 月 24 日交纳租金 15 万元，于 1 月 30 日交纳租金 30 万元，于 4 月 14 日交纳租金 50 万元，于 7 月 4 日交纳租金 30 万元，于 9 月 10 日交纳租金 20

万元，于11月20日交纳租金15万元，于12月6日交纳租金10万元，于12月10日交纳租金50万元，综上，季某共支付租金220万元，双方当事人均无异议。关于某金瑞公司分别于2020年2月21日、2020年2月25日支付的35万元、20万元租金系哪一年度租金的问题，季某称系支付的2019年度的租金，某居委会、某标山公司则称系2020年度的租金。对此法院认为，首先，季某提供的2020年2月4日的中国建设银行个人活期账户交易明细附言载明租金5万元为2020第一季度租金预付，而季某提供的2020年2月21日及2020年2月25日的两份中国建设银行个人活期账户交易明细，转账时附言载明为2019年度租金，季某于2020年2月4日先行预付2020年第一季度租金，而后再分两次支付2019年的租金与交易习惯不相符；其次，该附言是季某在转账时的单方附言，某居委会、某标山公司对此并不认可，称应为2020年租金；第三，在季某未提供充分有效的证据证实上述两笔款项系2019年度租金的情形下，应认定系支付的2020年度租金。一审法院将季某于2020年2月21日及2020年2月25日支付的上述55万元租金认定系支付的2019年度租金不当，予以纠正。

综上，2012年11月27日《补充协议》所确定的2019年度租金总数额为255万元，某金瑞公司已支付租金220万元，某金瑞公司欠付租金35万元。某居委会、某标山公司称季某欠付2019年度租金60.75万元与事实不符，不予支持。

另查明，2013年第二季度起至2018年年底之前，季某一直是按265万元交纳年租金，每年多交付租金10万元，六年共多支付租金60万元，某金瑞公司提起反诉要求某居委会、某标山公司退还自2013年以后多收的租金，可以季某往年多交纳的租金抵季某欠某居委会、某标山公司2019年度的租金35万元。剩余租金25万元，季某在二审庭审中已明确表示放弃，此系季某对自身民事权利的处分，予以准许。基于此，某居委会、某标山公司要求某金瑞公司支付2019年度欠付租金及逾期利息的诉讼请求，不予支持。

关于争议焦点三，法院认为，某居委会、某标山公司于2007年4月6日签订的《租赁合同》第四条约定“租赁期内每年租金分四次平均交纳，每三个月支付一次，在第一个月的月初交纳”，第八条违约责任第（二）

款约定“合同履行过程中，乙方如拖延支付租金满三个月，甲方有权解除租赁合同，所有设施及资产归甲方所有，并外加赔偿 500 万元人民币给甲方”，根据上述约定，某金瑞公司自 2019 年 12 月 3 日（某居委会发律师函，告知要解除租赁合同）之前应足额交纳租金 1912500 元，但某金瑞公司仅缴纳租金 160 万元，确实存在欠付租金的违约行为，但欠付租金数额 312500 元，尚达不到合同约定的“满三个月租金标准”而解除合同的条件。某金瑞公司在 2019 年 12 月 3 日之后，积极履行支付租金的义务，并不存在严重违约行为而导致合同目的无法实现而解除合同的法律效果。另外，即使合同约定的解除条件初步成就，法院也应主动审查某金瑞公司的违约程度，是否实质影响某居委会、某标山公司租赁合同目的实现，以决定是否应予解除合同。经审查，某金瑞公司虽未严格按合同约定时限履行付款义务，但其在 2019 年 12 月 3 日之前已支付租金 160 万元，在 12 月 3 日之后支付租金 60 万元，在 2020 年度又支付租金 170 万元，其短期内虽未按约支付租金，但并不实质性影响某居委会、某标山公司出租房屋收取租金的合同目的实现，故，为维护双方订立租赁合同目的的实现及双方租赁关系的稳定性，营造良好营商环境，对于某居委会、某标山公司解除案涉租赁合同的诉讼请求，不予支持。基于此，某居委会、某标山公司要求某金瑞公司赔偿 500 万元违约金的诉讼请求，不予支持。

关于争议焦点四，法院认为，某居委会、某标山公司提出该主张系以双方当事人所签订的租赁合同被解除为前提，但某居委会于 2019 年 12 月 3 日向承租方下达的解除合同的律师函不产生解除合同的法律效果，某居委会、某标山公司与某金瑞公司签订的租赁合同继续履行，季某应向某居委会、某标山公司支付 2020 年度之后的租金而非房屋占有使用费，因此，某居委会、某标山公司该项主张，一审法院未支持，并无不当。待本案判决生效后，季某作为承租人应依法履行 2020 年度的租金交纳义务。

【案例解读】

合同解除是合同权利义务终止的重要方式之一，是对合同效力状态的根本性改变。

关于合同约定解除条件成就，合同应否解除的问题，现存在不同观点，

一种观点认为，只要约定的解除条件成就，根据合同自由原则，只要守约方向违约方明确提出解除合同的意思表示，该意思表示到达违约方后，合同即解除。另一种主流观点认为^①，要根据违约方的过错程度、违约行为形态及违约行为的后果，根据诚实信用原则，对约定解除条件进行解释，适当限制合同解除权的行使。具体考虑因素如下：

一是要考察违约方的过错程度。违约方的过错程度一般分故意违约、严重过失还是轻微过失。毫无疑问，故意违约方应承担全部赔偿责任，不再赘述。一般情况下，法律上将违约过失分为两种：重大过失、轻微过失。重大过失是指完全不注意，或是缺乏技术或者注意达到惊人的程度。如果一个行为极明显的不合法并有损于他人，即使一个疏忽之人也能加以避免，行为人连这种注意义务也没有尽到，就是构成重大过失。轻微过失又称为一般过失，是相对于重大过失而言，指一般程度上有可能出现的过失。轻微过失又可分为抽象轻过失和具体轻过失。抽象轻过失是指欠缺某种法律上的注意。此种注意应为“交易上必要的注意”或者“善良管理人的注意”，如果按照一个普通人依一般交易观念所应尽的注意或者按照一个善良管理人应有的注意标准衡量，债务人确已尽到了注意义务，则没有过失，否则即为抽象的轻过失。具体轻过失是指欠缺与处理自己事务同一的注意。一般说来，一个合理的、普通的债务人在处理自己的事务时，总是比处理别人的事务更为谨慎、小心。所以在某些交易中，要求当事人应具有比“交易上必要的注意”或“善良管理人的注意”更高的注意义务，这就是与处理自己的事务一样的注意。如果债务人未尽到此种注意义务，则具有轻过失。如果仅是轻微过失，一般不宜认定解除合同条件成就。如果是重大过失，应慎重认定解除合同条件成就。

二是要考察违约行为形态。违约行为形态简称违约形态^②，是指根据违约行为违反义务的性质和特点而对违约行为所作的划分。包括以下形态：一、预期违约。包括明示毁约及默示毁约。明示毁约是指在履行期届至前，债务人无正当理由明确肯定地表示其将不履行合同义务的违约形态。默示毁约是指在履行期届至前，债权人确有确切的证据证明，在合

① 最高人民法院民二庭编著：《全国法院民商事审判工作会议纪要》。

② 魏振瀛：《民法》，北京大学出版社2013年第五版。

同履行期届至时，债务人将不履行或者不能履行债务，且债务人拒绝为履行债务提供相应担保的违约形态。二、实际违约。债务^③履行期届至后，债务人无正当理由，未全面而适当履行合同义务的，为实际违约。包括拒绝履行、迟延履行、不完全履行三类。如违约方仅是迟延履行、不完全履行合同义务，则要慎重认定解除合同条件成就。如约定的违约行为针对的是附随义务、次要义务，则谨慎认定解除合同条件成就。如当事人在合同中作出诸如“任何一方违约，对方就有权解除合同”的约定，此时要对“违约行为”进行适当限制，避免合同因某一方当事人的轻微违约行为而解除。如违约方是明示毁约、默示毁约及拒绝履行合同义务，导致合同目的不能实现，则认定解除合同条件成就。

三是要考察违约行为的后果，是否导致合同目的无法实现。如违约方的违约程度显著轻微，只是未履行合同的次要义务，或者未全面履行合同义务，该违约行为并不会影响合同目的实现，则不能轻易认定合同解除条件已成就。如违约方违反了合同的主要义务且达到了合同约定的解除条件，导致合同目的无法实现，则应认定合同解除条件已成就。

四是要根据诚实信用原则以及鼓励交易原则，合理确定当事人的权利与义务，强化对守法、守约者诚信行为的保护，不宜轻易否定一个生效合同或者已经履行大部分合同义务的合同。

济南市中级人民法院副院长 李 杰
济南市中级人民法院民事审判第四庭 陈李丽

^③ 发表于省院《案例与指导》2021年第2期。

民事法律关系厘清与民事裁判思路校正

——迟某某诉韩某、李某财产损害赔偿纠纷案

关键词 厘清民事法律关系 校正民事裁判思路 借名买房 离婚后财产分割 违约责任与侵权责任竞合

【裁判要旨】

当事人请求权基础法律事实的判断和民事案由的确定，影响法官审理思路和裁判路径。再审程序中重新梳理了案件中涉及的借名买房关系、离婚后财产分割协议效力，以及合同违约责任和财产损害赔偿责任的关系，透过交织的法律关系，校正民事裁判思路，精准回应当事人诉求，节约诉讼成本和司法资源。

【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。

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。

第一百一十三条第一款 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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

第一百二十二条 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。

【案例索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2019）鲁0104民初3664号（2020年1月2日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁 01 民终 2095 号（2020 年 6 月 9 日）

再审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 民再 115 号（2021 年 7 月 30 日）

【基本案情】

原告迟某某诉称：迟某某与第二被告李某于 2009 年 8 月 10 日登记结婚，2009 年 10 月为购买济南诺贝尔城某号楼 301 商品房（以下简称“301 号房屋”），两人在售楼宣传地点向开发商缴纳会员费 1 万元，择日，又缴纳购房定金 2 万元，同时开始准备贷款，因李某信用记录存在问题，经协商提出，以李某表弟韩某（第一被告）的名义签订合同、办理贷款。2009 年 11 月 8 日，以韩某名义同山东广宇置业有限公司（以下简称“广宇公司”）签订《商品房买卖合同》，同日，由迟某某与李某向开发商缴纳首付款 59894 元，后因李某收入问题，贷款办理也不顺利，无奈迟某某与李某商议先行离婚，预备韩某如贷款审批不过时，以迟某某名义购房。后以韩某名义的贷款在增加一名共同还款人于某某（注：韩某、李某共同的舅父）后审批通过。迟某某转款入韩某账户定期偿还贷款。2014 年 9 月 8 日，李某与迟某某签署离婚后财产分割协议，确认了前述购房过程，同时明确 301 号房屋归迟某某所有，李某之母也予以签名。现二被告恶意串通，将属于迟某某的财产变卖出售，获取利益，没有法律依据，并给迟某某造成损失，已构成不当得利，要求判决二被告返还不当得利，并赔偿利息损失。诉讼中，经一审法院释明本案的基础法律关系为：借名买房合同关系纠纷以及离婚后财产纠纷，迟某某变更返还金额以及计算利息损失基数为 1048000 元。

被告韩某辩称：其依法处分合法所有的 301 号房屋，不构成不当得利。韩某与开发商签订商品房买卖合同，并支付了涉案房产的购房款，韩某为涉案房产的所有权人，具备依法处分涉案房产的法律依据。韩某依法出售自有房产所获得的房款与迟某某无关，诉求于法无据。后补充辩称，不存在借名买房合同关系，与离婚后财产关系不能合并审理，案由应为财产损害赔偿纠纷。

被告李某一审未作答辩；二审及再审辩称：不存在借名买房合同关系，离婚协议书不是其真实意思表示，两个案由不能合并审理，案由应为财

产损害赔偿纠纷。

原审第三人杨伟伟诉称：其并不相识李某，是通过中介公司自韩某处以 1048000 元购买的涉案房屋，其不应当承担责任。

法院经审理查明，迟某某与李某于 2009 年 8 月 10 日登记结婚，于 2009 年 11 月 23 日因感情不和协议离婚。李某与韩某系姨表兄弟关系。2009 年 11 月 8 日，韩某作为买受人与广宇公司签订商品房买卖合同一份，约定由韩某以 439894 元的价格购买 301 号房屋一套，该房屋建筑面积为 120.44 平方米。合同约定付款方式为按揭贷款，其中首付款金额为 89894 元，贷款金额为 35 万元。该合同买受人信息处韩某所留地址为迟某某的户籍地址，所留电话为李某、迟某某的手机号。合同上还约定了其他内容。广宇公司于当日出具了首付款收款单，记载：收到韩某（刷卡 598994 元）另收回定金 2 万元，会员费 1 万元，摘要为 301 号房屋首付款。后经一审法院调取开发商出售房屋材料，其中内部审批事项为“更名”，事项内容为：客户迟某某于 2009 年 9 月 26 日认购 301 号商品房住宅一套，并于 2009 年 11 月 8 日交纳首付款，因个人信用无力办理贷款，现申请更名为韩某，两人为亲属关系。该审批显示最终被批准。故法院认定商品房买卖合同和首付款收款单均系 2009 年 12 月 8 日后倒签、倒开。韩某名下的房屋按揭贷款 35 万于 2010 年 3 月 2 日到账，后迟某某、李某开始转账或现金偿还贷款。其中现金支付部分，韩某虽称是自己偿还，但未能充分证实。开发商交房后，迟某某、李某对 301 号房屋进行了装修。诉讼中，迟某某提供了商品房买卖合同、贷款合同原件以及首付款收据、装修单据等，联系人信息或电话显示有迟某某、李某的联系方式。

2017 年 7 月 8 日，韩某经中介公司与案外人李某签订房屋买卖合同一份，售价 1048000 元，约定韩某办理房屋的不动产登记证后办理交易手续。2017 年 7 月 27 日，韩某取得 301 号房屋的所有权登记，后案外人支付韩某首付款 278000 元，韩某按约定以此款项清偿了房屋剩余按揭贷款 259126.05 元。后韩某与案外人李某之妻杨某某签订《济南市存量房屋买卖合同》，2017 年 10 月 11 日房产登记在杨某某名下。2018 年 1 月 3 日，韩某账户收到银行下发的杨某某购房贷款。同日，韩某陈述，向本案李某转账 4 万元，转账支付在小额贷款公司的贷款 405680 元，支付中介贷款佣金 7 万元，向韩某自己账户转账 269495.67 元，另消费支出 23107 元、

11667.33元。对于转款用途，迟某某不予认可。

2014年9月8日中秋节，迟某某书写《离婚协议书》一份，主要内容为：1. 信用卡迟某某所属金额共计壹拾万元，由李某代为偿付，一年之内还清，分期付款，一月一万，每月20号付于迟某某。2. 301号房层，因当时买房不能写李某和迟某某名字，所以暂时写其弟韩某名字。今离婚协议决定房子归迟某某所有，所还房贷由李某所有，房子过户事项由李某陪同韩某一起过户给迟某某。（所还房贷从第一个月开始到2014年8月1号为止。）经双方确定同意上述决定。迟某某、李某及李某母亲在该协议当事人落款处签名捺印。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2020年1月2日作出（2019）鲁0104民初3664号民事判决：一、韩某、李某于本判决生效之日起十日内，向迟某某返还涉案房屋售房款788873.95元；二、韩某、李某于本判决生效之日起十日内，向迟某某支付涉案房屋售房款788873.95元的利息；三、驳回迟某某的其他诉讼请求。宣判后，韩某提出上诉。济南市中级人民法院于2020年6月9日作出（2020）鲁01民终2095号民事判决：一、撤销济南市槐荫区人民法院（2019）鲁0104民初3664号民事判决；二、驳回被上诉人迟某某的诉讼请求。宣判后，迟某某申请再审。山东省高级人民法院于2020年12月17日作出（2020）鲁民申9599号民事裁定：指令济南市中级人民法院再审本案。济南市中级人民法院于2021年7月30日作出（2021）鲁01民再115号民事判决：一、撤销本院（2020）鲁01民终2095号民事判决；二、维持济南市槐荫区人民法院（2019）鲁0104民初3664号民事判决以及案件受理费的负担。

【裁判理由】

法院生效判决认为，本案迟某某的诉讼主张，牵连借名买房关系以及迟某某与本案李某对案涉房产权益的约定两个方面法律事实的认定，并以借名买房关系的认定作为基础。本案一审中李某拒不应诉，二审以及再审中也不认可存在借名买房合同关系，如认为迟某某应另行起诉先行解决借名买房纠纷，从目前李某的主张，李某的诉讼地位并不必然为原告，也势必导致当事人的诉累和司法资源的浪费。依照《中华人民共和国合同法》第一百二十二条之规定，本案迟某某的诉讼请求，牵连不

同法律关系事实的认定，在民事责任的承担上存在合同责任和侵权责任的竞合，但并不矛盾，且上级法院已经指令本院按照两个案由合并再审，故应作出裁判。关于借名买房是否成立。本案李某、韩某系表兄弟关系，购房时迟某某为李某配偶，三人存在亲属关系。虽然本案没有书面的借名买房合同，但对于亲属之间口头约定的借名买房合同关系，可通过购房票据、实际使用或控制房屋、贷款偿还、结合当事人的陈述以及法院查明的事实和证据予以认定。迟某某提供首付款收款单等证据证实前期房款的支付情况；提供韩某购房合同和购房贷款合同原件以及银行交易记录等证据证实其与李某定期向韩某贷款账户支付房贷情况；提供购买装修装饰材料及家具的收据、送货单等证据证实房屋交付和装修及实际占有情况，结合商品房购买合同原件证实购房合同中所留地址实际为迟某某的地址，以及其提供的迟某某与李某于2014年签订的“离婚协议书”（另有李某母亲的签字）中记载“因当时买房不能写李某和迟某某名字，所以暂时写其表弟韩某名字”，进一步印证了前述证据中借用韩某名义买房及办理贷款的事实，与迟某某申请法院调取的开发商处留存的因贷款原因更名为韩某的有关材料一致。韩某虽然抗辩迟某某及李某定期向贷款账户支付的款项系因迟某某、李某与韩某母亲存在借贷关系，并非真正还贷，但其提供的证据并不能达到证明目的。迟某某、李某借韩某之名购买案涉房屋，并作为抵押财产，以韩某以及于某某的名义共同办理购房贷款，相关各方出于亲属之间的信任和互相支持帮助，达成了借名买房的合意，并实际偿还韩某名下房屋的购房贷款，各方已经形成了借名买房的合同关系，并未违反国家法律和行政法规的强制性规定，合法有效。韩某虽然名义上为购房人，但其未经迟某某、李某同意，不得擅自处分其名下的案涉房产。

关于迟某某与李某于2014年签订的“离婚协议书”中对于案涉房产约定的效力。案涉房产认购中的定金交付、缴纳首付款以及签订商品房买卖合同均处于迟某某、李某夫妻关系存续期间，虽然2009年11月23日两人登记离婚，但从本案证据看，2009年12月8日迟某某以亲属关系申请将购房主体更名为韩某，并追认至原首付款时间，其后迟某某、李某继续共同居住，并共同偿还韩某名下的房屋贷款，直至2014年9月双方签订“离婚协议”。李某拒不参加一审诉讼，虽其二审以及再审抗辩

不存在借名买房关系，但与法院在案证据认定的事实不符。李某虽称迟某某在采取了极端的手段情况下，其母亲身体也不好，才签署了该协议，并认为无实际意义，但其未能证明协议内容不是其真实意思表示或受到胁迫，且李某自协议签订后，即不再定期偿还房贷，后期由迟某某偿还贷款至房屋出售前（最后一笔转账还款为 2017 年 7 月 2 日）。故该协议中对于房产的归属约定应认定为真实有效，对李某具有拘束力。协议还约定，房屋过户事项由李某陪同韩某一起过户给迟某某，李某应配合韩某办理房产的过户手续。迟某某在该房产被出售后，提起本案诉讼，要求返还房屋出售款具有事实依据。

关于迟某某主张的返还房款责任的承担。从原审查明的韩某将 301 号房屋卖与第三人杨某某的事实看，韩某的售房行为事先未经迟某某同意，出售后未向迟某某告知，亦未结算售房款，致使迟某某无法行使对房屋的所有权，迟某某从而获得了请求韩某承担损害赔偿的债权请求权。迟某某根据借名买房合同关系，有权要求韩某承担违约责任，返还售房款并赔偿其利息损失，合法有据。迟某某未告知韩某该房屋的归属约定，不能成为韩某销售房屋的免责理由。李某与韩某系表兄弟，相较 2014 年签订“离婚协议”后李某与迟某某的关系，李某与韩某的关系更为密切。而李某作为案涉房屋的原借名买房人之一，应将其与迟某某 2014 年“离婚协议书”中对于房屋的归属约定告知韩某。即使李某未告知韩某该协议内容，韩某如未经李某同意也不太可能擅自出售该房屋。从原审第三人杨某某及其代理人李某（案外人）的陈述，以及韩某获得售房首付款后，即对房屋贷款进行了清偿，又在收到房款尾款后，也向李某进行了部分转款，韩某也未进一步证明其他转账款项的实际用途，以及李某拒不出庭应诉等情节，一审法院合议庭成员基于内心的确信，认为李某应共同对名义房屋所有人韩某的售房行为共同承担民事责任，并无不当，亦未加重名义购房人韩某的责任。二审以及再审程序中，李某仍不承认本案存在借名买房关系以及其与迟某某关于房屋归属的约定，又无证据推翻一审判决认定的事实，其抗辩不能成立。一审法院认为迟某某要求返还的售房款中应扣除其未清偿的房屋贷款部分，判令韩某、李某返还售房款 788873.95 元以及利息损失，并驳回迟某某的其他诉讼请求，合法有据。鉴于韩某、李某在原审诉讼以及再审诉讼中均不认可存在借名买房关系，

李某虽辩称韩某缴纳了涉案房产的契税、物业费，但该辩称意见是为说明韩某为案涉房产的权利人，李某以及韩某并未提出扣除合理支出的抗辩，故本案不予处理，当事人可另行主张。

【案例注解】

有些民事案件之繁，一是在于数个法律关系交织；二是当事人之间存有亲属关系，使得有些证据无从产生或很难令人形成内心确认；三是历经不同审级的审判，不同审级的法官对于法律关系性质的认识及对证据的取舍可谓仁者见仁，智者见智。如何抽丝剥茧，透过交织的法律关系找准具有决定性的法律关系，准确界定民事案由，合法合理取舍现有证据，校正民事裁判思路，精准回应当事人诉求是民事再审程序的功能之一。

一、校正民事裁判思路始于对当事人请求权所依据的基础法律关系的判断和民事案由的确定

在民事审判实践中，确定民事案件案由，看似不是大问题，实则不然。因为当事人主张的法律关系的性质与人民法院认定不一致的情况经常发生。当事人提起诉讼时，其诉状中会按某种法律关系主张权利，但有些当事人从诉讼目的出发考虑选择自认为对已有利的法律关系，加之受限于诉讼能力，故囿于自身认识虽选定某种法律关系，但该种选择未必精准。负责审查立案的法官通常依此确定案由；但是在审理过程中，一审法官会按照自己的审理思路向当事人释明法律关系的性质，如其变更诉讼请求，则继续进行审理，否则将判决驳回当事人的诉讼请求或者根据自己的认识进行审理、作出实体裁判。无论哪种处理方式，都存在当事人诉讼权利保障不充分、发生裁判突袭的风险，而第二种处理方式也可能导致人民法院的审理与裁判超出当事人的诉讼请求、违反辩论主义原则。因此，2001年《民事证据规定》第三十五条规定，这种情况下，“人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求”。该规定对于保障当事人的诉讼权利，防止裁判突袭，节约诉讼成本具有积极意义。但在适用过程中，关于如何把握对法律关系性质的释明方式、程度，存在较大分歧，特别是上下级法院对法律关系性质有不同认识时，往往会使用下级法院的审判人员处于无所适从的境地。修改后《民事证据规定》出于保障当事人诉讼权利，防止裁判突袭，规范人民法院审理活动的考虑，坚持对法律关系性质问题进行释明，但从释明的目的出发，对释明的方式进行调整。因此，

依据第五十三条之规定，诉讼过程中，当事人主张的法律关系性质与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，人民法院应当将该问题作为焦点问题进行审理，即通过审理焦点问题的方式，使当事人对法律关系性质问题有充分发表意见、进行辩论的机会，以此种方式实现释明目的。在归纳焦点问题时，对于当事人未主张的法律关系性质的观点，也需要进行适当提示，以促使当事人对法律关系性质问题能够充分、完整、全面地发表意见。修改后《民事证据规定》于2020年5月1日施行，恰在本案二审审理期间。对于法律关系性质的认识关涉案由的确定。

就本案而言，迟某某起诉主张的法律关系是不当得利，历经一审、二审，本院再审，不同审级的法官对于案由的认识，可谓仁者见仁，智者见智。根据《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》之精神，民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。同一诉讼中涉及两个以上法律关系的，应当依当事人诉争的法律关系的性质确定案由，均为诉争法律关系的，则按诉争的两个以上法律关系确定并列的两个案由。一审法院、省院指令再审认为，迟某某提出的返还售房款的诉讼请求系基于其和李某两人与韩某之间的借名买房合同关系，该房屋系迟某某与李某离婚后就共同财产分割产生的纠纷，系两个法律关系，故本案案由应为合同纠纷及离婚后财产纠纷。而二审则认为，迟某某诉称其与李某是借韩某之名购房，并且其与李某签订的“离婚协议书”约定涉案房屋归其所有，一审法院以该约定实质是对离婚后财产的处理，故以合同纠纷、离婚后财产纠纷作为本案案由。但按照迟某某的诉求，迟某某与李某之间是离婚后财产纠纷，李某应当为被告地位；而迟某某主张迟某某、李某与韩某之间是借名买房合同关系，李某应当是共同原告的地位，而非被告的地位，这是两个不同的法律关系，两个案由无法合并，一审法院认定本案案由是合同纠纷及离婚后财产纠纷是错误的。按照迟某某的诉讼请求，涉案房屋归其所有，韩某卖掉涉案房屋侵犯了其权利，应承担侵权责任，而其要求李某承担责任的依据是李某与韩某相互串通损害其权利，所以李某应当承担共同责任，据此，本案案由应当是财产损害赔偿纠纷。再审法院对该问题的认识已如前述，在此不再赘述。

二、校正民事裁判思路贯穿于法律关系的厘清之中

（一）法律关系之一：借名买房合同关系

近年来，司法实践中，由于规避购房资格限制、逃避债务、享受特定购房优惠、隐藏真实财产、减免税收、获取贷款或基于特定身份关系（如夫妻或父母子女）等原因，实践中借名买房的现象逐渐增多。所谓借名购房，即借名人借用出名人的名义，由出名人与房屋出卖人签订房屋买卖合同，但实际由借名人出资，在房屋所有权转移登记时登记在出名人名下，在出名人取得所有权登记后，或将所有权择机再转移登记至借人名下，或继续由出名人作为房屋的登记所有权人，但出名人承诺自我限制其登记的所有权，自愿配合借名人对标的房屋的所有权进行间接支配的协议。上述借名购房关系，实际包含两个法律关系：一是借名人与出名人之间的借名购房合同关系，核心内容为借名人对出名人的行为享有请求权。即，要求出名人将已登记在其名下的标的房屋所有权转移登记至借人名下的请求权以及虽暂不要求转移登记，但要求出名人按其特定的要求行使标的房屋所有权的请求权，此请求权在本质上属于对人权的债权范畴。该债权基于当事人间的约定和出名人自己的承诺，可以在双方之间限制出名人对经登记而获得所有权的自由行使。二是出名人与房屋出卖人之间的房屋买卖合同关系，基于其履行，出名人获得了标的房屋登记所有权，导致物权变动。因我国物权法规定不动产所有权的取得以登记为生效要件，故此时出名人获得的不动产登记具有确定其为法定所有人的对世性，第三人基于善意及对登记的信任而与出名人建立的法律关系应予保护。但该对世性的所有权在面对借名人时，受到借名买房合同约定的制约，主要体现在出名人应当按照借名人的意思行使其所有权，否则将承担违约赔偿责任。

判断借名买房事实是否成立，主要考虑三个方面：（1）是否签订借名买房合同；（2）是否实际支付购房款；（3）是否实际占有房屋。由于借名合同并非《合同法》明确规定的合同类型，从内涵来看，其与委托合同最相类似，因此，在合同未有明确约定时，应类推适用委托合同的规定。^① 判断合同效力的关键仍在于：探求政策目的——判断借名合同是

^① 参见赵秀梅《借名登记合同中的法律问题》，《国家检察官学院学报》2014年第5期。另，现行《中华人民共和国民法典》中亦未规定借名合同。

否违反政策目的，为实现该目的，是否需牺牲合同的有效性。^②对借名合同，学界与实务界较一致地认为，只要借名合同中当事人的意思表示真实，内容不违反法律、行政法规的强制性规定和善良风俗，应认可其效力。^③就本案而言，再审判决在穷尽查明现有证据的基础上，深入审查分析了相关证据，在形成内心确认后详细论述了借名买房事实成立及借名买房合同有效，在此不再赘述。

对于所涉房屋的所有权归属，我国法院一般是在认定借名合同有效或借名事实存在后，“对于权利人提出的登记于他人名下的不动产物权归其所有的确权请求，人民法院不宜直接判决确认其权属，而应判决他人向权利人办理登记过户”^④。北京市高院亦出台相关意见，基本思路与最高院一致。^⑤

（二）法律关系之二：离婚后财产分割协议关系

《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（二）》第九条规定：男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

本案中迟某某提供了名为离婚协议的书证一份，实为离婚后财产分割协议，因为订立该协议之时，迟某某与李某已办理离婚登记多年。在双方离婚后，迟某某主张其与李某之间仍然存在同居关系，在李某一审不出庭否认的情况下，一审法院对该事实予以确认并无不妥。李某在二审及再审程序中亦认可双方仍共同生活至该协议签订，且在同居期间双方仍然继续偿还 301 号房屋的按揭贷款，且未对 301 号房屋析产分割。此为本案需梳理的第二层法律关系，即双方基于离婚后就共有房屋分割协议产生了纠纷。关于该协议中对于案涉房产约定的效力，李某虽称迟

^② 参见耿林《论商品房预售合同的效力》，《法学家》2017年第1期。

^③ 参见马一德《借名买房之法律适用》，《法学家》2014年第6期；赵秀梅《借名登记合同中的法律问题》，《国家检察官学院学报》2014年第5期。

^④ 最高院大连羽田案，《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第6期。

^⑤ 参见《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》（京高法发〔2014〕489号）第10条。

某某在采取了极端的手段情况下，其母亲身体也不好，才签署了该协议，并认为没有实际意义，但李某未能证明协议内容不是其真实意思表示，也未能证明其受到了胁迫，且李某自该协议签订后，即不再定期偿还房贷，后期由迟某某偿还贷款至房屋出售前（最后一笔转账还款为2017年7月2日）。故该协议中对于房产的归属约定应认定为真实有效，对李某具有拘束力。

三、校正民事裁判思路终于责任主体的判明

合同责任和侵权责任作为对社会生活事实某一角度抽象的产物可以分立，而作为复杂的社会生活事实本身却无法分立。因此一个社会生活事实同时符合两种责任规范的责任竞合现象又是人类理性所必须面对的。侵权责任与合同责任竞合是民事法律逐步完善过程中的必然产物和正常现象。^⑥关于合同责任与侵权责任竞合时受损害方的选择权，我国立法除前述合同法第一百二十二条的规定之外，《民法总则》第一百八十六条也规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”

本案中，在认定迟某某、李某与韩某之间存在借名买房的合同关系的逻辑前提下，韩某擅自处分涉案房屋的行为应当认定为违反双方之间借名买房合同的违约行为，同时因李某已确认301号房屋的权利归迟某某行使，故韩某应将擅自处分301号房屋所获得的利益在扣除其代为偿还的贷款后返还迟某某，以赔偿迟某某的损失。迟某某还主张涉案房屋系由李某与韩某共同出售，故两人应当共同承担还款责任。李某在一审中均经传票传唤拒不到庭参加诉讼，亦未对迟某某所提出的主张提出反对意见，且房屋的购买人杨某某也称购买房屋时有与韩某年龄相仿的男子陪同，因此一审合议庭采信迟某某的主张，认定李某共同参与了301号房屋的出售，李某应当与韩某共同承担赔偿责任。再审合议庭在此说理的基础上同时考虑了李某与韩某之间较近的亲属关系，认为韩某如未经李某同意也不太可能擅自出售该房屋；且从原审第三人杨某某及其代理人李某（案外人）的陈述，以及韩某获得售房首付款后，即对房屋贷

^⑥ 参见张绍鸿、胡庆翠《从有“竞”无“合”到有“竞”有“合”》，《理论与建设》2015年第1期。

款进行了清偿，又在收到房款尾款后，也向李某进行了部分转款，韩某也未进一步证明其他转账款项的实际用途，加强了认同一审合议庭关于共同责任主体认知的判断，即李某共同参与了 301 号房屋的出售，其应当与韩某共同承担赔偿责任。

济南市中级人民法院审判监督第一庭 林洁华

济南市中级人民法院家事少年审判庭 赵军蒙

第三人侵权与工伤事故竞合时 民事赔偿范围的认定标准

——吕某诉夏某诚、中国人民财产保险股份有限公司
济南市分公司机动车交通事故责任纠纷案

关键词 侵权 工伤事故 竞合 赔偿范围

【裁判要旨】

第三人侵权与工伤事故竞合时，因第三人侵权所致的损害，应由第三人承担民事赔偿责任，但劳动者的伤害是因执行工作任务而发生并构成工伤的，用人单位亦应按无过错责任的归责原则承担工伤赔付责任。由工伤保险基金先行支付医疗费用的，就医疗费用部分在民事赔偿中作相应扣减，由工伤保险基金向第三人追偿。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第十六条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

第四十八条 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。

《中华人民共和国社会保险法》第四十二条 由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。

【案例索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2019）鲁0104民初2396号（2019年12月28日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民终9624号（2020年9月25日）

【基本案情】

原告吕某诉称：2018年9月2日16时10分许，夏某诚驾驶鲁ARM755号福克斯牌小型轿车停放在槐荫区经三纬五路口西侧润华汽车保养中心洗车工位上后，夏某诚下车离开，洗车工吕某、张某对车辆进行清洗作业时，案涉车辆发生移动，吕某发现后赶到车尾推车阻挡，车辆继续滑移至经三路上，案涉车辆与吕某相撞，造成吕某受伤。济南市公安局交通警察支队槐荫区大队出具道路交通事故证明书。案涉车辆在中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司（以下简称保险公司）处投保交强险、商业险。请求法院判令夏某诚、保险公司赔偿原告吕某医疗费等各项经济损失；诉讼费由夏某诚、保险公司负担。

被告夏某诚辩称：夏某诚当时已经把车停稳，而且是下车之后的一段时间他们进行第一遍洗车和打泡沫后车辆发生的移动，此与当时停放车辆无关。夏某诚没有过错，不应承担责任。

被告保险公司辩称：保险公司不应承担任何赔偿责任。一、保险公司不承担交强险赔偿责任。此事故不是被保险人驾驶或者使用机动车造成的，也不是在道路上通行时发生，不属于道路交通事故，不属于交强险赔偿范围。二、保险公司不承担商业三者险的赔偿义务。本案被保险车辆是在外保养期间发生的事故，夏某诚没有过错不应承担赔偿责任，保险公司也不应承担责任。三、吕某或其雇主应承担完全的过错责任。本次意外事故的原因是吕某缺乏安全教育和培训，没有安全意识；其工作环境缺少安全保护措施；吕某是由自身的过错行为造成自己的伤害，应由其本人承担责任。

法院经审理查明，2018年9月2日16时10分许，夏某诚将鲁ARM755号福克斯牌小型轿车停放在槐荫区经三纬五路口西侧润华汽车保养中心洗车工位上后，夏某诚下车离开，洗车工吕某、张某对车辆进行清洗作业时，案涉车辆发生移动，吕某发现后赶到车尾部推车阻挡，车辆继续滑移至经三路上，案涉车辆与吕某及王某同停放在经三路南侧的绿园牌电动二轮车相撞，造成车辆损坏，吕某受伤的道路交通事故。2018年9月13日，济南市公安局交通警察支队槐荫区大队出具《道路交通事故证明》，该《道路交通事故证明》对该次事故的责任没有出具认定意见，载明的内容主要是当事人及相关人员对交警部门询问的相关问题的陈述。

民事案例

其中载明“……调查交通事故得到的事实：……3、经询问吕某上述时间、地点，其在槐荫区经三维五路口西侧润华汽车保养中心洗车工位上给车辆鲁 ARM755 号福克斯牌小型轿车打完泡沫后在门口站立时，该车突然向后溜车，其上前在该车尾部推车阻挡，该车将其撞倒在经三路南侧路沿石处，造成其受伤……。”

案件审理过程中，吕某就其伤残等级等事项申请进行司法鉴定。2019年7月17日，南京金陵中西医结合医院司法鉴定所出具南金男司鉴所[2019]临鉴字第47号《司法鉴定意见书》；2019年8月23日，泰安正合司法鉴定所出具泰正司鉴所[2019]临鉴字第666号《司法鉴定意见书》。吕某支付鉴定费18860元。

另查明，鲁 ARM755 号车辆的所有人为夏某诚，该车辆在保险公司投保有交强险和100万元的商业三者险，并投保有不计免赔险，事故发生于保险期间内。2019年1月4日，济南市社会保障事业局向吕某支付工伤保险待遇147190.69元，其中医疗费146650.69元、住院伙食补助费540元；2019年3月1日，济南市社会保障事业局向吕某支付工伤保险待遇15072.85元，其中医疗费14512.85元、住院伙食补助费560元；2019年3月15日，济南市社会保障事业局向吕某支付工伤保险待遇47507.59元，其中医疗费46067.59元、住院伙食补助费1440元。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2019年12月28日作出（2019）鲁0104民初2396号民事判决：一、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在机动车第三者责任强制保险责任限额内赔偿吕某精神损害抚慰金4000元；二、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在机动车第三者责任强制保险责任限额内赔偿吕某残疾赔偿金106000元；三、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某医疗费49979.55元；四、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某住院伙食补助费20692元（29560×70%）；五、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某后续治疗费18900元（27000×70%）；

六、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某营养费 12775 元（ $18250 \times 70\%$ ）；七、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某残疾赔偿金 180495.56 元 [$(363850.8 - 106000) \times 70\%$]；八、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于本判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某误工费 16211.9 元（ $23159.92 \times 70\%$ ）；九、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于本判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某护理费 43753.9 元（ $62505.5 \times 70\%$ ）；十、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某交通费 3500 元（ $5000 \times 70\%$ ）；十一、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某残疾辅助器具费 493.5 元（ $705 \times 70\%$ ）；十二、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某鉴定费 13202 元（ $18860 \times 70\%$ ）；十三、中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于本判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿原告吕某住宿费 117.6 元（ $168 \times 70\%$ ）；十四、夏某诚于本判决生效之日起十日内赔偿原告吕某复印费 104.7 元（ $149.5 \times 70\%$ ）；十五、驳回吕某的其他诉讼请求。宣判后，吕某提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 1 月 14 日作出（2020）鲁 01 民终 9624 号民事判决：一、维持济南市槐荫区人民法院（2019）鲁 0104 民初 2396 号民事判决第一项、第二项、第四项、第五项、第六项、第七项、第八项、第九项、第十项、第十一项、第十二项、第十三项、第十四项及案件受理费负担部分；二、撤销济南市槐荫区人民法院（2019）鲁 0104 民初 2396 号民事判决第十五项；三、变更济南市槐荫区人民法院（2019）鲁 0104 民初 2396 号民事判决第三项为：中国人民财产保险股份有限公司济南市分公司于本判决生效之日起十日内在商业第三者责任保险责任限额内赔偿吕某医疗费 54146.75 元；四、驳回吕某其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效判决认为：关于事故责任划分。夏某诚在将车驶入洗车工

位后，未按照操作规范在车辆停驶时采取驻车制动措施，导致车辆滑动并造成吕某受伤，一审认定夏某诚承担事故主要责任，并无不当。吕某作为洗车人员，其对洗车工位是否存在坡度应非常了解，为避免事故发生，吕某作为第一位进入洗车工位对涉案车辆进行喷水作业的工作人员，应当对车辆是否采取恰当制动措施负有必要检查和审慎注意义务，但其在对涉案车辆喷水过程前后，均未对涉案车辆进行检查。在车辆发生溜车后，吕某作为完全民事行为能力人，应当能够预见其在车辆尾部推车所可能造成的后果，并未采取其他合理措施防止因车辆滑动导致的人身和财产损失扩大，吕某对本次事故的发生负有一定过错。一审法院酌定吕某对事故承担30%责任，不超出合理范围，不再调整。

本案属于侵权与工伤事故竞合，吕某对于部分损失可以要求双重赔偿，对于工伤保险基金支付医疗费部分不能获得双重赔偿，扣减该部分后剩余医疗费由责任主体按责任比例承担。对于夏某诚承担责任部分由保险公司依法承担保险责任。

关于医疗费。一审查明，夏某诚共为吕某垫付医疗费5284.55元，其中1560元包含在吕某一审诉讼请求中。按照一审查明事实和责任比例划分，基于夏某诚垫付部分中应由吕某负担的为1585.36元（5284.55元×30%），一审法院计算错误，予以纠正。鉴于保险公司已经先行垫付医疗费10000元，确定吕某应获赔付的医疗费数额为54146.75元〔（290859.08元－207231.13元＋5284.55元－1560元－10000元）×70%〕，由保险公司在商业三者险内进行赔偿。在保险公司向吕某赔付后，吕某向夏某诚返还垫付医疗费5284.55元。关于护理费。泰安正合司法鉴定所出具的泰正司鉴所〔2019〕临鉴字第666号《司法鉴定意见书》载明，吕某护理期限为365日（含二次手术取内固定期间15日），伤后第一次住院期间的护理人数为2人，余（含二次手术取内固定期间）为1人。吕某主张住院期间由2人护理，并计算护理费，但未提供足以反驳鉴定意见书的相反证据，不予采纳。对护理费的计算方式，一审法院按照2018年山东省城镇居民人均可支配收入作为计算标准计算护理人吴某春护理费，并无不当。另，关于精神损害抚慰金，一审判决吕某精神损害抚慰金4000元，不超出合理范围，不再调整。

【案例注解】

本案涉及长期困扰司法实践的第三人侵权与工伤事故竞合时的责任承担以及受害者能否获得双重赔偿问题。由于民法和劳动法各自从人身损害和社会保险的角度对工伤事故加以规范，从而使工伤事故具有民事侵权赔偿和社会保险赔偿双重性质。基于此，工伤的劳动者就存在两个请求权，其一是基于工伤保险关系而享有的工伤保险待遇请求权，其二是基于人身损害而享有的民事侵权损害赔偿请求权。工伤保险待遇属于公法领域的补偿，人身损害赔偿则属于私法领域的赔偿，两种救济渠道并存，引发以下问题：受害者选择救济途径是择一行使还是可同时主张；启动救济程序是否存在先后，还是可同时启动；受害者已获得的工伤保险待遇应在向侵权人索赔时扣减，相同性质的赔付项目应否扣减及能否获得双赔等问题。上述问题均触及两种救济途径对应的制度功能架构、制度设计初衷、价值取向及立法目的等理论问题，同时涉及实务中裁判标准的统一及两大领域救济模式的协调问题，具有十分重要的理论价值和实践价值，确有深入研究和探讨的必要。

一、第三人侵权与工伤事故竞合，受害者选择救济模式的域外法比较分析

第三人侵权发生工伤事故会同时产生两种责任，即工伤保险责任与人身损害赔偿责任。世界各国在工伤保险赔偿制度方面形成了不同救济模式：

（一）取代救济模式。工伤保险取代民事侵权赔偿，遭受工伤事故的职工只能请求工伤保险待遇，而不能依侵权法请求赔偿。但是，侵权损害赔偿责任的排除并非绝对的，而是相对的，仅适用于特定人（雇主或受雇于同一雇主之人）、特定事故（意外事故、职业病或上下班交通事故）、特定损害（通常限于人身损害）及特定意外事故发生原因（通常限于过失）。^①采用这一模式的国家以德国为典型。

（二）选择救济模式。受害职工在工伤事故发生后，只能在侵权行为责任与工伤保险责任之间选择其一，一旦选择其中一种责任，就排除另外

^① 王泽鉴：“劳灾补偿与侵权行为损害赔偿”，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第3册，中国政法大学出版社1998年版，第276页、第293—295页。

一种责任的适用。这种模式“实际上剥夺了事故受害人在侵权行为法上的救济权……除非它是处在特定的情景下，从根本上废除侵权行为责任，否则，在此种选择状态下，不存在任何合理的社会正义”。^②此模式由于其本身的不合理性，逐渐被废止。

（三）双重救济模式。允许工伤事故劳动者接受侵权行为法上的赔偿救济，同时接受工伤保险待遇给付，可以同时请求工伤保险赔偿和民事侵权赔偿，从而获得“双重赔偿”，这一模式在英国尤为典型。此种模式的最大优点在于充分体现了对受害劳动者的保护，特别是在工伤保险待遇和民事赔偿标准均偏低的情况下，对受害劳动者权益的保障极为有利。

（四）补充救济模式。发生工伤事故后，受害劳动者可同时主张侵权行为损害赔偿和工伤保险给付，但其最终获得赔偿或者补偿，不得超过其实际遭受之损害。采用这一模式的主要有日本、智利以及北欧各国。补充救济模式既分散了用人单位风险，减轻了用人单位的负担，避免了受害人获得双份利益，同时又保证了受害者获得完全赔偿，从而得到了较多的运用。^③

二、第三人侵权与工伤事故竞合时，现行法律体系下受害者救济路径选择的法律根据及法理基础分析

穿越表象，深入到侵权赔偿请求权与工伤保险给付请求权背后的规范基础与制度基础，会发现其实质是两种理念、两个法域、两种权利之间的权衡——是传统侵权所代表的私法、私权利、损害填补功效与工伤保险所代表的社会法、社会权、生存保障理念之间的较量。

侵权责任是行为人因自己侵害他人权益所应承担的责任，而工伤保险（又称职业伤害保险、职业灾害保险），是指确保劳动者在因遭受职业危害而导致工伤、工残、工亡或患职业病的情况下，能够及时从国家和社会获得经济补偿和帮助的一种社会保险制度。^④工伤保险是强制性社会

^② 李清伟：“侵权行为法与社会保险法的冲突与融合”，载沈宗灵等编：《法理学与比较法学论集》，北京大学出版社、广东高等教育出版社2000年版，第1552页。

^③ 胡新华：《对“工伤保险赔偿与民事侵权赔偿的关系”案的评析意见（1）》，载《劳动与社会保障》2007年第2期。^④ 冯彦君：《劳动法学》[M]。长春：吉林大学出版社，1999年，第269页。

^④ 冯彦君：《劳动法学》[M]。长春：吉林大学出版社，1999年，第269页。

保险，其作为一种社会性风险分担机制，是社会保障制度的核心。两者在立法目的、价值取向、保护范围、适用条件等方面均有明显不同，原则上不存在冲突。第三人的侵权责任不能因为受害人获得社会保险的给付而减轻或免除。社会保险制度是对受害人的一种基本社会保障，没有分散侵权人侵权责任的功能。

《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（[2006]行他字第12号）规定：“根据《中华人民共和国安全生产法》第四十八条以及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定，因第三人造成工伤的职工或其近亲属，从第三人处获得民事赔偿后，可以按照《工伤保险条例》第三十七条的规定，向工伤保险机构申请工伤保险待遇补偿。”因此，现行法律体系下受害者选择双重赔偿救济模式，具有规范基础及法理依据。

（一）从人权保障分析

从高度重视他人的生命、健康这一世界趋势来看，给予双重保障，更有利于人权的实现。人的生命健康是无价的，在我国工伤保险待遇偏低的情况下，给予两项救济，正是从权利本位出发，保护工伤劳动者及其家属的生存利益，体现人的生命、健康的价值。

（二）两种救济制度设计立法目的及赔偿范围比较分析

侵权责任属于私法范畴，目的在于填补损害，以全面赔偿为原则，赔偿范围包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。工伤保险是强制性社会保险，属于社会保险保障法范畴，具有福利性质或社会保障功能，其目的是将用人单位的安全生产经营风险转嫁由全体投保人承担，及时保护劳动者权利，赔偿范围限于物质损失。

（三）两种救济制度法律实效比较分析

实践中，侵权赔偿数额一般都高于工伤赔偿。从程序及救济实现看，侵权行为责任，虽然赔偿范围更广泛一些，但其程序复杂，成本比工伤保险责任高得多，风险也相对比较大。而工伤保险责任是工伤保险经办机构在认定工伤后，对受害职工所负的提供工伤保险待遇的责任，由于是专业的工伤保险经办机构承担，其快捷迅速、程序简单、成本低廉有利于受害人及时获取补偿。

三、实务中，第三人侵权与工伤事故竞合受害者选择两种救济途径应相互协调、相互配合

因第三人侵权赔偿与工伤赔偿保险机制目前在法律上是并行不悖的，一个属于私权范畴，一个属于公权范畴，二者不能混用，也不能相互替代，但二者应相互协调，相互配合。在现行法律体系下，工伤保险待遇赔偿与人身损害赔偿应按如下规则进行协调，并由此确定民事诉讼赔偿范围：

（一）受害者启动救济程序及选择救济方式，应“双线并行”

受害者诉请工伤保险待遇给付与诉请民事侵权损害赔偿，没有先后顺序，可同时启动两种救济程序，用人单位和工伤保险经办机构不能要求工伤职工必须先向侵害人索赔后才能申请工伤保险待遇。在程序上，设计民事侵权赔偿与工伤保险待遇双向就高补差的程序过于复杂，实务中缺乏操作性，难以切实保障职工权益。极易导致工伤职工一方面因侵权赔偿不能及时到位，而另一方面又因民事先行而不能享受工伤保险待遇的两难境地。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条及《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（2020修正）》第三条对上述两种救济程序及途径如何协调明确作出规定，两条线可同时进行。

（二）工伤保险基金先行支付医疗费用后，其行使追偿权的范围一般以生效裁判确定的侵权人应承担的赔偿责任范围为限

1. 追偿费用项目。《中华人民共和国社会保险法》第四十二条规定：“由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。”从该规定看，工伤保险基金追偿范围仅限医疗费用，未规定其他费用项目可追偿，不应扩大追偿。

2. 追偿范围及数额的确定。工伤保险基金先行支付后，向第三人追偿范围，并非不分情况一概全额追偿。追偿范围和数额以“应当由第三人承担的部分”为限，而侵权人应承担的赔偿责任范围的确定，实务中一般以法院生效裁判文书为根据。

3. 实务中，工伤保险基金追偿权实现程序一般需要人民法院衔接和配合。（1）被追偿主体及追偿范围数额确定，一般需要以人民法院作出的生效判决为依据。实务中，通常作法是法院作出生效判决后，向工伤

保险经办机构发函告知可行使追偿权，并随函发送相应裁判文书；有的地方法院在民事侵权赔偿诉讼中，追列工伤保险经办机构为第三人参加诉讼，一并实现追偿权。（2）两种救济程序的启动先后不同，而致追偿权实现程序有所区别。其一，受害劳动者先启动工伤保险救济程序，工伤保险基金先行支付医疗费等工伤保险待遇后，受害者又提起民事侵权赔偿诉讼的，在诉请数额中先扣减工伤保险基金支付的医疗费，生效裁判文书确定侵权人应承担的赔偿责任范围后，发函告知工伤保险经办机构行使追偿权。其二，受害劳动者先启动民事侵权诉讼赔偿程序，后又启动工伤保险救济程序，受害者已经从第三人处获得医疗费用等费用，应当主动将先行支付金额中应当由第三人承担的医疗费部分退还给工伤保险基金，或由人民法院发函告知社会保险经办机构向劳动者追索；劳动者拒不退还的，社会保险经办机构可依据《社会保险基金先行支付暂行办法（2018修订）》第十一条第二款规定从以后支付的相关待遇中扣减其应当退还的数额，或者向人民法院提起诉讼。

（三）民事侵权赔偿诉讼中应根据“有限双赔”规则确定赔偿范围

工伤保险给付是单位缴纳工伤保险后，作为单位职工应该享有的福利和保险赔付，实行无过错责任原则，只要发生工伤，就应享有待遇。而向第三人请求损害赔偿是基于第三人的侵权行为而发生的，其适用过错责任原则，实行过错相抵。两者请求权基础不同，归责原则和权利保护范围不一样。在现行法律体系下，从《中华人民共和国社会保险法》第四十二条、《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条规定看，除工伤医疗费用外，法律不禁止工伤职工享受工伤保险待遇后再获得民事赔偿，即医疗费部分不能双重赔偿，除医疗费部分，剩余部分可兼得，属于有限双重赔偿。

适用有限双重赔偿规则确定赔偿范围，也是基于对审判实务及现实情况的考量。现实情况中，民事赔偿受制于诸多因素，诉讼成本支出、承担举证责任及过错相抵规则限制等诉讼风险、侵权人赔偿能力和执行到位程度等限制，实际获全赔率低。同时，工伤保险待遇具有社会保障性和福利性质，故适用有限双赔规则更能体现公平。

对电子投保中保险公司是否尽到提示和说明义务的审查认定

——元某斌诉中华联合财产保险股份有限公司泰安中心支公司、侯某军机动车交通事故责任纠纷案

关键词 保险合同 电子投保 免责条款 举证责任

【裁判要旨】

保险公司对保险合同中减轻或免除保险人责任的条款须尽到提示和说明义务，该提示及说明义务是独立的，须由保险公司主动履行并承担相应的举证责任。电子投保系保险公司在线操作，根据投保人预留的手机号，向投保人发送包含链接的短信，由投保人自行在线投保，其不同于传统线下纸质投保，故保险公司除了提供电子保单、保险条款证明免责条款已采用加黑、加粗或者其他形式予以标示提示外，还须提供网页、音频、视频等证明投保人已阅读保险条款，且其对免除或减轻责任的条款向投保人作出常人能够理解的解释说明，否则该免责条款不发生法律效力，保险公司应在商业三者险范围内承担相应的赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国保险法》第十七条 订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。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）》第十二条 通过网络、电话等方式订立的保险合同，保险人以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明的，人民法院可以认定其履行了提示和明确说明义务。

【案例索引】

一审：济南市莱芜区人民法院（2020）鲁0116民初5726号（2020年12月25日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终2771号（2021年4月22日）

【基本案情】

原告亓某斌向一审法院起诉请求：1. 判令侯某军、中华联合财保泰安支公司赔偿医疗费82473.13元、伙食补助费3400元、误工费17400元、护理费12944元、伤残赔偿金186247.6元、鉴定费2080元、营养费3000元、车损2000元、交通费1000元、精神损害抚慰金5000元，共计315544.73元。由保险公司在交强险、商业三者险范围内赔偿，不足部分由侯某军赔偿。2. 诉讼费用由中华联合财保泰安支公司、侯某军承担。事实和理由：2020年5月19日7时34分许，侯某军驾驶鲁J18A96号小型客车沿泰莱路由西向东行驶至济南市莱芜区泰莱路与莱城大道交叉路口西500米时，与驾驶二轮摩托车的亓某斌相刮，造成亓某斌受伤车辆受损，亓某斌当日入住济南市人民医院住院治疗，诊断为脑挫裂伤、双侧硬膜下血肿、颅骨骨折、肋骨骨折、肺挫伤等，济南市公安局交通警察支队莱芜区大队作出道路交通事故认定书，认定侯某军承担事故全部责任。就亓某斌所受伤害，中华联合财保泰安支公司作为交强险、商业三者险承保单位应当在保险理赔范围内承担理赔责任。

被告中华联合财保泰安支公司辩称：我方同意在交强险责任限额内依法赔偿，对于超出交强险限额的部分因肇事车辆在事故发生后在未依法采取措施的情况下驶离事故现场，故根据我方与被保险人侯某臣签订的保险合同的约定，我方在商业险范围内不承担责任。

被告侯某军未作答辩。

法院经审理查明：鲁J18A96号小型客车在中华联合财保泰安支公司投保交强险及保额为100万元的商业三者险，案涉事故发生于保险期间内。

2020年5月19日7时34分许，侯某军驾驶鲁J18A96号小型普通客车沿泰莱路由西向东行驶至济南市莱芜区泰莱路与莱城大道交叉路口西500米时，与顺行的亓某斌无证驾驶的未注册登记二轮摩托车（事发时悬挂鲁SB8076号牌）相刮，造成亓某斌受伤，两车受损，侯某军驾车驶离现场。

民事案例

经济宁市公安局交通警察支队莱芜区大队作出第370116120200000392号《道路交通事故认定书》确定侯某军承担事故的全部责任，元某斌不承担责任。事故发生时，元某斌54周岁。

事故发生后，元某斌进入济南市人民医院住院治疗，实际住院34天，诊断意见：脑挫裂伤等。元某斌在济南市人民医院花费住院、门诊医疗费80991.13元，在济南市莱芜人民医院花费门诊医疗费1482元，以上共计82473.13元。元某斌称其治疗期间由元某、张某萃护理。

经元某斌申请，一审法院委托莱芜弘正司法鉴定所对其伤残等级、误工时间、住院期间及出院后的护理人数及天数、营养时限进行鉴定。莱弘司鉴所【2020】临鉴字第283号伤残鉴定意见书载明，1. 被鉴定人元某斌左耳听力障碍大于81dBHL评定为九级伤残；左侧面瘫构成十级伤残。2. 误工时间150日；护理期限60日（住院期间需二人护理，出院后一人护理）；营养时限60日。定残日为2020年8月26日，元某斌垫付鉴定费2080元。

另查明，本案系电子投保，案外人侯某臣为侯某军所有鲁J18A96号车辆投保交强险及商业三者险，并在电子投保单上签字。《机动车综合商业保险免责事项说明书（2018版）》、《机动车综合商业保险示范条款》第二十四条第（二）款第1项载明：事故发生后，在未依法采取措施的情况下驾驶被保险机动车或者遗弃被保险机动车离开事故现场，保险人不负责赔偿；第二十六条第（七）款载明：律师费，未经保险人事先书面同意的诉讼费、仲裁费保险人不负责赔偿。上述条款字体均经过加粗加黑处理。

【裁判结果】

济南市莱芜区人民法院于2020年12月25日作出（2020）鲁0116民初5726号民事判决：一、中华联合财产保险股份有限公司泰安中心支公司于判决生效之日起三日内赔偿元某斌伤残赔偿金107000元、精神损害抚慰金3000元、车损600元，共计110600元；二、侯某军于判决生效之日起三日内赔偿元某斌医疗费72473.13元、住院伙食补助费3400元、营养费3000元、误工费11368元、护理费9400元、伤残赔偿金79247.6元、交通费500元、鉴定费2080元，共计181468.73元；三、驳回元某斌的其他诉讼请求。宣判后，侯某军提出上诉。济南市中级人民法院于2021

年 4 月 22 日作出 (2021) 鲁 01 民终 2771 号民事判决：一、维持济南市莱芜区人民法院(2020)鲁 0116 民初 5726 号民事判决第一项、第三项；二、撤销济南市莱芜区人民法院(2020)鲁 0116 民初 5726 号民事判决第二项；三、中华联合财产保险股份有限公司泰安中心支公司于本判决生效之日起三日内在商业三者险范围内赔偿元某斌医疗费 72473.13 元、住院伙食补助费 3400 元、营养费 3000 元、误工费 11368 元、护理费 9400 元、伤残赔偿金 79247.6 元、交通费 500 元、鉴定费 2080 元，共计 181468.73 元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：根据《中华人民共和国保险法》第十七条及《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）》第十二条的规定，本案中，涉案车辆系通过网络方式订立的保险合同，依据上述法律规定，中华联合财保泰安支公司应举证证明其已以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明。一审中中华联合财保泰安支公司仅提供《机动车综合商业保险免责事项说明书（2018 版）》、《机动车综合商业保险示范条款》、投保人声明的打印件，欲证明其就保险免责条款已向投保人侯某臣尽到提示和说明义务，但侯某军对上述证据的真实性均不予认可。因中华联合财保泰安支公司二审中明确表示对投保人侯某臣的签名不申请鉴定，且一、二审审理期间亦未提交与涉案网络投保相关的网页、音频、视频等证据来证明其对免责条款予以提示和明确说明，故法院认定中华联合财保泰安支公司就涉案保险合同免责条款未尽到提示和说明义务，免责条款不发生效力。因此，中华联合财保泰安支公司应在商业三者险项下赔偿元某斌医疗费、住院伙食补助费、营养费、误工费、护理费、残疾赔偿金、交通费及鉴定费、承担侯某军应承担的诉讼费用。

【案例注解】

电子投保作为新型投保方式，系保险公司在线操作，根据投保人预留的手机号，向投保人发送包含链接的短信，其中保险信息、保险条款、免责事项说明等均以链接形式体现，由投保人自行在线阅读，进行电子签名及实名制缴费。

电子投保与传统面对面纸质投保的形式明显不同，具有虚拟性，其在适用过程中方便当事人、提高保险人承保效率，但也出现了新的问题，

如提示和说明对象不适格，投保过程非投保人本人在线操作，投保人仅完成实名缴费的情况；保险条款、免责事项说明等仅通过链接形式，投保人无须点击即可进行签名缴费等。电子投保形式下，如何确定提示和说明的对象，如何界定保险公司尽到提示或说明义务，及保险公司承担何种举证责任等，现结合本案，作如下分析：

一、保险合同订立时保险公司代理人或者投保人的亲属代为签字或盖章，投保人已交纳保险费，是否对投保人发生法律效力

保险公司代理人或者投保人亲属未经投保人授权代为签名，构成无权代理，此时需要审查投保人是否进行追认，进而判断保险合同对投保人是否发生法律效力。追认方式分为明示和默示，根据《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）》第三条的规定，投保人依据保单进行实名缴费，视为其以积极的默示行为进行追认。一经作出追认，无权代理行为如同有权代理一样发生代理的法律效力，效力溯及既往，无权代理行为自始有效，被代理人应当承受无权代理行为所发生的一切后果。保险合同对投保人发生法律效力，投保人不能以投保单上签字并非其本人所签主张保险合同无效。本案中侯某军作为涉案车辆的驾驶人主张投保单及投保人声明中投保人签字并非侯某臣本人所签，但侯某臣已交纳保险费用，涉案保险合同对投保人发生法律效力。

保险合同经追认发生法律效力，并不表示投保人认可保险公司向其履行免责条款的提示或说明义务，保险公司仍须承担举证证明责任，否则免责条款对投保人不发生法律效力。

二、保险公司提示或说明义务的界定

根据《中华人民共和国保险法》第十七条及《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）》第九条的规定，保险公司对保险合同中减轻或免除保险人责任的条款须尽到提示或说明义务，且提示义务及说明义务是独立的。

关于提示义务，根据《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）》第十一条第一款的规定，保单中免责条款以黑体字、彩体字、斜体字、加底线等特殊字样或方式标示，即可确定保险公司已尽到提示义务。电子投保虽系全流程线上操作，但其电子保单和传统纸质保单具有同等法律效力，对于提示义务审查，亦应参照上

述规定。

关于说明义务，根据《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）》第十一条第二款及第十二条的规定，电子投保系投保人在线进行，其不同于传统纸质投保过程中保险代理人向投保人进行面对面说明或者纸质说明，保险公司需要通过网页、音频、视频等方式对免除或减轻责任的条款向投保人作出常人能够理解的解释说明。

根据《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）》第十条的规定，法律、行政法规的禁止性规定系常人所周知的内容，如醉酒驾驶等，保险公司将上述禁止性规定设为免责条款的，仅须尽到提示义务即可，无须向投保人另行说明。但对于其他免责条款，保险公司须尽到提示和说明义务，缺一不可。

三、关于提示或说明义务举证责任的分配

提示和说明义务是保险公司主动履行的义务，投保人主张保险公司未将免责条款进行提示或明确说明的，保险公司对此须承担相应的举证责任。电子投保作为新型的投保方式，保险公司无法留存投保单、保险单等纸质保险凭证，而留存有网页等电子数据作为保险凭证。在提示义务举证方面，保险公司除了提供电子保单、保险条款，证明其对免责条款已采用加黑、加粗或者以其他方式作出标示外，还须对投保流程承担举证责任，证明阅读保险条款链接的程序是无法跳跃的，即投保人在线阅读保险条款后方能进入下一流程，或者保险条款为强制阅读模式，投保人须主动点击，完成设定的阅读时长等。在说明义务举证方面，保险公司除了有投保人签字的投保人声明外，亦须提交投保流程或者解说视频等电子证据证明投保人须强制阅读免责事项说明书、免责条款解说视频设有最低观看时长等，证实保险公司已向投保人作出常人能够理解的说明。

本案保险公司主张驾驶人侯某军发生交通事故后未依法采取措施的情况下驶离事故现场，《机动车综合商业保险示范条款》第二十四条第（二）款第1项规定，事故发生后，在未依法采取措施的情况下驾驶被保险机动车或者遗弃被保险机动车离开事故现场，保险人不负责赔偿，其就该条款已尽到提示和说明义务，故保险公司无须在商业三者险范围内承担

民事案例

赔偿责任。涉案免责条款发生效力的前提为驾驶人明知发生交通事故，为了逃避责任离开现场，构成肇事逃逸。但是本案涉案道路交通事故认定书仅载明侯某军驾车驶离现场，现有证据无法证明涉案事故发生后侯某军基于逃避责任的主观故意，逃离事故现场，故不符合免责条款的约定情形。且本案系电子投保，保险公司仅提交了《机动车综合商业保险免责事项说明书（2018版）》、《机动车综合商业保险示范条款》、投保人声明的打印件，并未提交网页、音频、视频等证据证明其已向投保人尽到明确说明义务，故涉案免责条款不发生效力，保险公司须在商业三者险范围内承担赔偿责任。

济南市中级人民法院民事审判第四庭 吴松成 王峥荣

因婚前未履行重大疾病告知义务而 申请撤销婚姻的判定

——甄某某诉贾某撤销婚姻纠纷案

关键词 疾病婚 可撤销婚姻情形 婚姻自主权 另一方知情权
撤销婚姻权除斥期间

【裁判要旨】

在婚姻关系缔结前，双方当事人须如实告知自己的身体健康状况。一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方，若未告知的，为可撤销婚姻，另一方可以向人民法院请求撤销。撤销权的行使期间为一年，自撤销权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千零五十三条 一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；如不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

第一千零五十四条 无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法关于父母子女的规定。

婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权要求损害赔偿。

【案例索引】

一审：济南市历下区人民法院（2021）鲁 0102 民初 3**3 号（2021 年 4 月 19 日）

【基本案情】

原告甄某某诉称，贾某结婚登记前隐瞒不宜结婚的重大疾病，未如实告知，请求撤销二人的婚姻关系。

被告贾某辩称，自认患有慢性淋病多年，且明知该疾病具有传染性，但因种种原因婚前未告知甄某某。

法院经审理查明：甄某某与贾某于2020年12月16日登记结婚。婚后甄某某发现贾某患有淋病，2020年12月27日医院诊断证明显示贾某患有“淋球菌性尿道炎（慢性）”。庭审中，贾某自认患上上述疾病约七、八年，现在仍未治愈，婚前未向甄某某如实告知，当庭表示歉意。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2021年4月19日作出（2021）鲁0102民初3**3号判决：撤销原告甄某某与被告贾某的婚姻。宣判后，双方当事人均未提出上诉，一审判决已发生法律效力。

【裁判理由】

生效判决认为，《中华人民共和国民法典》第一千零五十三条“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”关于重大疾病的具体范围，民法典并无明确规定。根据《中华人民共和国母婴保健法》第九条规定：经婚前医学检查，对患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，医师应当提出医学意见；准备结婚的男女双方应当暂缓结婚。该法第三十八条规定，该法中的指定传染病，是指《中华人民共和国传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒、麻疯病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。本案中，贾某患有淋病，具有较强的传染性且难以治愈，贾某在结婚登记前对甄某某未如实告知，现甄某某在法定期间内以贾某婚前隐瞒重大疾病为由主张撤销婚姻，事实清楚，于法有据，且贾某表示认可，法院予以支持。

【案例注解】

本案系《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）实施以来济南市首例撤销婚姻判决。“疾病婚”原属婚姻无效情形，现从中删除，归于可撤销婚姻情形。可撤销婚姻区别于无效婚姻的重要一点是将权利完全

交由当事人，使其权利属性成为没有公权利干预的私权利，充分保障了婚姻自由和配偶对婚前重大疾病的知情权。自民法典实施以来，原婚姻法规定的民政局和人民法院都有权做出“撤销”的判断，变为只有人民法院有权撤销婚姻，且该“撤销”与“撤销婚姻登记行政行为”是不同的法律概念，可撤销婚姻是法律规定的婚姻的一种效力状态，符合法定情形，当事人通过民事诉讼向人民法院请求行使撤销权，使婚姻自始没有法律约束力。撤销婚姻登记机关违法的婚姻登记是负责办理婚姻登记的行政机关对违法婚姻登记予以撤销的行为。

一、民法典关于“重大疾病”对婚姻效力的立法变化

原《中华人民共和国婚姻法》第十条规定，“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”是婚姻无效的法定事由。民法典第一千零五十三条则将“重大疾病”列为可撤销婚姻的情形之一，是否撤销婚姻，可由当事人自行决定。贾某所患淋病正是《中华人民共和国母婴保健法》所规定的疾病之一，故应认定符合民法典第一千零五十三条规定的“重大疾病”情形。一方患有重大疾病，对于另一方当事人而言，是否知情影响其结婚的意愿。不知情、被欺诈，其做出结婚的选择就不是真实意思表示，二人的婚姻欠缺最重要的结婚要件——合意。但结婚合意仍属于双方之间的事，不应由二人之外的其他人干涉。故申请宣告婚姻无效的主体可以是婚姻当事人及利害关系人，而“重大疾病”归于可撤销婚姻情形意味着利害关系人无权申请撤销婚姻。是否撤销由被欺诈者自我决定，如其不愿撤销，应尊重当事人婚姻自主权。因此，该条规定了夫妻一方患有重大疾病的，负有婚前告知义务，既保障了一方当事人的知情权，又保护了当事人婚姻自由。

二、民法典从根本上改变将婚姻登记机关和人民法院共同作为撤销婚姻机构

撤销婚姻与撤销婚姻登记的情形有很大差别，可撤销婚姻与撤销婚姻登记行政行为是不同的法律概念。在我国现行的法律框架下，结婚登记在性质上属于具体行政行为，即行政确认行为，撤销婚姻登记是负责办理婚姻登记的行政机关对违法婚姻登记予以撤销的行为；婚姻缔结行为是民事法律行为，撤销婚姻是撤销法律所规定的婚姻的一种效力状态。

结婚登记瑕疵事件时有发生，当事人对已经领取的结婚证效力提出

异议，不属法院民事案件的审查范围，当事人可以向婚姻登记机关提起行政复议或向人民法院提起行政诉讼，请求撤销结婚登记。但其中伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的情形较为复杂，对查明属于结婚登记程序瑕疵的，应作为撤销结婚登记的问题处理；对查明属于用证件骗取结婚而产生的问题，一方当事人没有做出真实的缔结婚姻的意思表示，可以按民法典的规定来解决。而对缔结婚姻意思表示瑕疵的实质性审查，只能由人民法院作出，婚姻登记机关不具备对此民事法律行为审查的能力和权力，因此民法典实施后婚姻登记机关不再受理婚姻撤销申请，当事人只能向人民法院提出。

三、婚姻被撤销的法律后果

民法典第一千零五十四条对于婚姻被撤销之后，当事人之间的法律关系、共同生活期间的财产处理原则、父母子女关系，以及无过错方的损害赔偿请求权均作出明确规定。上述案例中当事人在结婚登记之后数天即发现患病情况，未生育子女，不涉及财产分割，但在实践中可能存在当事人同居时间较长，生育子女且有较多财产的情形，人民法院应依上述法律规定依法处理。

此外，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第二十一条之规定，人民法院根据当事人的申请，依法确认婚姻无效或者撤销婚姻的，应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。

四、行使婚姻撤销权的时间限制

民法典对当事人行使撤销权的时间进行了限制，规定为“自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内”，此一年为除斥期间，不适用诉讼时效中止、中断或延长的规定。一年除斥期间经过之后，当事人再以该法律规定起诉撤销婚姻的，人民法院将不再支持。

（因当事人申请不公开审理，当事人姓名均用化名）

济南市历下区人民法院 罗琳

未经许可擅入工厂禁区溺亡，企业应否 承担责任的审查认定

——张某甲、张某乙诉丙公司生命权纠纷案

关键词 物权 安全保障义务 公平正义

【裁判要旨】

国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。社会公众应有不触犯他人权利边界的自觉。“未经许可不得擅自入内”是一般公众的基本行为准则。对于因“越界”行为导致的自身损失，应自行承担相应的损害后果。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条第一款 行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

第一千一百九十八条 宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者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。

【案例索引】

济南市历城区人民法院(2020)鲁0112民初362号(2020年3月25日)

【基本案情】

原告张某甲、张某乙诉称：张某甲系死者孙某某的孙女，张某乙系孙某某的女儿。孙某某丈夫已于1980年去世，二人共有三子女，分别是长子、次子和女儿张某乙。长子于1981年去世且未婚无子女；次子于1999年去世，生前有一女儿张某甲。2019年7月27日孙某某(出现意外时80岁)外出乘凉，途经丙公司西墙一开放式的小区处误入该院，大院内是丙公司的凉水塔，该塔无人看管也无护栏及警示标志。孙某某年迈眼神已花，在走到水塔前掉进了凉水塔下的凉水池内溺水身亡。二原告找到丙公司协商处理，丙公司要求先处理完孙某某后事再协商。因协商无果，特提

起诉讼，望依法支持原告诉求：1. 丙公司支付二原告死亡赔偿金 197745 元、丧葬费 26121 元、误工费 18325 元、精神抚慰金 50000 元、交通费 1332 元；2. 诉讼费用由丙公司承担。

丙公司辩称：孙某某的死亡与丙公司无关，丙公司无过错，不应承担侵权赔偿责任。理由如下：（1）孙某某虽年事已高，但精神状态正常，系完全民事行为能力的人，其长期生活在凉水塔附近小区，对凉水塔的位置是清楚的，不存在认知和误入问题。（2）凉水塔离孙某某所居住小区有一定距离，并非其居住小区必经之路。凉水塔在一个单独的院子内，外边一整圈有两米高的网格状铁丝围栏围着，且围栏上爬满了有刺的柝晃秧，人无法翻越过去，也不能轻易进去。凉水塔的院子大门在东边，凉水塔周长很长，仅在院落西北部有一很隐蔽的小门，平时被铁丝绑住，且被柝晃秧覆盖在外边，一般人找不到该小门，不会轻易进去。凉水塔水量很大，声音很响，走到近前会让人产生害怕、恐惧的心理，也没有人愿意在周边乘凉。二原告所述“孙某某年迈眼神已花在走到凉水塔前掉进了凉水池”，显然是不了解客观现状的主观臆断。只要查看一下现场状况，便一目了然。（3）凉水塔不仅有高达 2 米的铁丝围栏围墙，也有多处警示标志，二原告称“无护栏及警示标志”不符合客观事实。（4）孙某某亲属间有家庭矛盾，不排除因亲属之间有矛盾，夹在中间很为难，一时想不开，主动进入凉水塔围栏内跳入凉水池自寻短见的可能。法院 2017 年作出的民事调解书载明，因房产继承纠纷，孙某某、田某某（张某甲之母）、张某甲曾起诉过张某乙。孙某某溺亡后公安机关对田某某的询问笔录载明田某某陈述张某乙“平时不管我婆婆”，“她有好几个月没有来了，前天来的时候我没有在家，是我回家后婆婆给我说的，来干什么我也没问”。公安对张某乙的询问笔录载明，张某乙称“平时不经常来往，只有有事或过年过节回来看看她，三天前，我和我女儿来看过老太太一次。”“问：你和你二嫂关系如何？答：不好，平时很少来往，因为房产的事有矛盾。”（5）孙某某未经许可，擅自进入凉水塔所在院落，以及进入凉水塔铁丝围栏围墙内，其主观上是存在故意或重大过失的，丙公司已经采取安全措施并尽到警示义务，孙某某应自行承担不利后果，丙公司不应承担责任。综上，请求依法驳回二原告的全部诉讼请求。

经审理查明：孙某某出生于 1939 年。张某甲系孙某某的孙女，张某

乙系孙某某的女儿。孙某某无其他第一顺序继承人。孙某某生前与二儿媳田某某共同居住在丙公司附近的小区，已在此处居住 30 余年。二原告称孙某某精神状态正常、生活基本能够自理，患有小脑萎缩症，记忆力减退，其他均正常。

2019 年夏天，孙某某推小推车、携带拐棍外出一直未归。家属经寻找在住所附近的济南丙公司凉水塔铁丝围栏外发现老人的小推车后报警。后经打捞，在凉水池内发现老人遗体，死亡原因为溺水。

孙某某溺亡的凉水池属于丙公司所有，体积庞大，水自凉水塔流入凉水池内，水流量大，水声轰隆。凉水塔周围有一圈高约 2 米的网格状铁丝围栏，设置了“当心坠落”、“禁止游泳”“当心落水”等警示标志。围栏布满了藤蔓植物，夏季十分茂密。围栏有正门一处，日常锁闭，仅工作人员有检修、取样等需要时开门进入，不允许无关人员进入，事发当天非检修日、取样日。围栏内围绕凉水池有约数米宽的环形通道。

凉水塔西北角有一废弃的小门，用铁丝缠绕固定，也布满了藤蔓植物。丙公司提交监控视频录像可以看出孙某某拨开铁丝围栏上的藤蔓植物，通过废弃小门慢慢往里挤，约 20 秒后进入围栏内的环形通道，后沿环形通道慢慢向监控画面外走去。丙公司认为不是特别熟悉地形的人不会发现该处小门；多年前凉水塔未设置铁丝围栏，曾发生过溺亡事件，附近居民均知道此事。孙某某在附近小区居住多年，对于凉水池的危险应是明知的，丙公司不应承担赔偿责任。

另查明，丙公司成立于 1980 年 5 月，是从事电力生产、供热经营的有限责任公司。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于 2020 年 3 月 25 日作出（2020）鲁 0112 民初 362 号民事判决：驳回原告张某甲、张某乙的诉讼请求。宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

生效判决认为，当事人对自己的主张有责任提供证据。本案争议焦点是丙公司作为凉水塔的所有人，与孙某某的死亡结果之间是否有因果关系及是否存在过错，二原告对此负有举证责任。根据庭审查明的事实，凉水塔一周设置了高约 2 米的铁丝围栏，足以将危险区域与他人活动区

域隔离。围栏上设置了多处警示标志，大门仅供工作人员出入，平时锁闭，能够认定丙公司尽到了相应的安全管理和注意义务。加之围栏布满了藤蔓植物，事发时系夏季，植物茂盛，丙公司所称不熟悉现场情况的人根本不可能发现废弃小门符合常理。

国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。社会公众应有不触犯他人权利边界的自觉。丙公司是从事电力生产、供热经营的企业，凉水塔是日常生产不可或缺的重要设施，“未经许可不得擅自入内”是一般公众的基本行为准则，“非请自来”不为法律及善良风俗所认可。二原告主张孙某某自凉水塔围栏大门进入，但其并不在现场，也未提交证据证实，对该主张法院不予采信。丙公司提交的监控录像虽然拍摄距离较远、像素略低，但结合双方当事人陈述及孙某某走出小区时小区监控录像拍摄的衣着特征、步态特点，能够认定该监控录像中的人就是孙某某。

孙某某系完全民事行为能力人，在丙公司附近小区居住 30 余年，对地形、方位十分熟悉，理应知道围栏内凉水塔的危险性。孙某某年迈，为降低跌倒的风险推小推车出门，却将小推车留在凉水塔围栏外，自狭小缝隙处强行进入围栏内，二原告称孙某某迷路、误入凉水塔不符合客观事实。孙某某进入围栏后在内部环形通道通行，与凉水塔仍有一定距离，正常情况下不足以产生落水的后果。孙某某在凉水塔内溺亡，后果令人痛惜，但凉水塔水流量大、水声轰鸣，靠近足以让人产生恐惧。孙某某未经丙公司许可，擅自进入危险区域发生死亡后果，其本人未尽到注意义务，存在明显过错。孙某某进入围栏内的原因、动机、目的均不明确，无法认定孙某某的死亡结果与丙公司的管理行为之间存在因果关系。

综上，二原告的诉讼请求无事实及法律依据，法院不予支持。

【案例注解】

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）第一千一百六十五条之规定，承担侵权责任需同时满足四个条件：行为人实施了某一行为；行为人行为时有过错；对受害人造成了损害后果；行为人行为与受害人的损害之间具有因果关系。本案中无法认定丙公司存在过错，无法认定孙某某的死亡结果与丙公司的管理行为之间存在因果关系。其次，民法典第一千一百九十八条对安全保障义务进行了规定，对《中华人民共和

国侵权责任法》(以下简称侵权责任法)第三十七条进行了修改,将安全保障义务的主体表述由原来的“公共场所的管理人”调整为“经营场所、公共场所的经营者、管理者”。本案中丙公司的凉水塔区域明显不属于民法典中规定的“公共场所”、“经营场所”。完全民事行为能力人擅自进入非公共场所造成的损害,应自行承担相应后果。

公平正义是社会和谐稳定的基石。司法的权威和公信力,使得法院作出的裁判具有价值导向和行为指向,如此判决能让社会公众明辨是非,警醒公众不要触犯他人权利的边界。“未经许可不得擅自入内”是一般公众的基本行为准则,本案判决从具体案情出发对生产设施所有人安全保障义务的边界进行了界定,明确了安全保障义务是一种有限的义务,不应随意做扩大解释,无限加重经营人或管理人的责任。目前社会上尚有“谁弱谁有理”、“谁伤谁有理”的思想,法治社会理应保护合法行为的正当范围,对于因行为“越界”而致自损的行为,必须是非分明,坚持不牵涉无辜,坚决不“和稀泥”。

济南市历城区人民法院 王娅卓 刘 敏

离婚后未成年子女抚养权归属的确定原则

——钟某某诉元某某离婚纠纷案

关键词 离婚 未成年子女 抚养权 八周岁 真实意愿

【裁判要旨】

离婚纠纷中，父母双方对八周岁以上的未成年子女随父或随母生活意见不一致的，应当尊重子女的意见。已满八周岁的子女已有一定的自主意识和认知能力，抚养权的确定与其权益密切相关，为更有利于未成年人的健康成长，应当尊重其真实意愿。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条 父母与子女的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者由母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

【案例索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2020）鲁0181民初9542号（2021年2月19日）

【基本案情】

原告钟某某诉称：原告钟某某与被告元某某于1998年登记结婚，1999年生育一女南南，现已成年；2007年生育一子北北。因双方性格差异等原因，双方矛盾不断，自2017年7月开始，双方分居至今。2019年12月，钟某某曾起诉离婚，法院判决不准离婚后，双方未真正和好。现双方夫妻感情已完全破裂，无和好可能。为维护合法权益，请求依法判令：1. 原、被告离婚；2. 婚生子北北由钟某某抚养，元某某每月支付抚养费

1000 元至其独立生活之日止；3. 合理分割夫妻共同财产，承担共同债务；4. 诉讼费由元某某承担。

被告元某某在案件审理过程中未到庭应诉，亦未提供任何证据。

法院经审理查明：钟某某与元某某于 1998 年 9 月 7 日登记结婚，1999 年 10 月 8 日生育一女南南，现已成年，2007 年 3 月 21 日生育一子北北。钟某某与元某某婚前感情尚可，但是婚后常因家庭琐事发生矛盾。2017 年钟某某曾起诉离婚，后撤诉，2020 年 3 月钟某某再次起诉离婚，法院判决不准离婚后，双方未真正和好，现钟某某第三次起诉离婚，要求儿子北北跟随自己生活，元某某每个月支付 1000 元的抚养费。诉讼中法院征求双方之子北北本人意见，其称愿意跟随母亲生活。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于 2021 年 2 月 19 日作出（2020）鲁 0181 民初 9542 号民事判决：一、准予钟某某与元某某离婚；二、双方未成年子女北北由钟某某直接抚养，元某某每月支付北北抚养费 1000 元，至其独立生活为止；三、元某某可探视孩子，具体探视时间和方式双方根据孩子的具体情况自行确定。宣判后，双方当事人均未提出上诉，一审判决已发生法律效力。

【裁判理由】

生效判决认为，钟某某与元某某婚后常发生矛盾，影响了夫妻感情，钟某某曾多次起诉离婚，经调解未果，应认定双方夫妻感情确已破裂，应准予双方离婚。关于孩子抚养。根据民法典相关规定，父母双方对子女抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决，子女已满八周岁的，应当尊重其真实意思。现北北已年满八周岁，跟随钟某某生活，经庭审后对其进行调查，其称自愿跟随母亲钟某某生活。综合考虑上述情况，法院酌定北北由钟某某抚养。结合孩子实际需要、当地消费水平、双方所从事行业的平均收入情况，酌定元某某每月支付北北抚养费 1000 元。元某某可探视孩子。

【案例注解】

离婚纠纷案件中，确定父母一方与未成年子女的抚养关系时，应根据子女最佳利益原则进行综合考量。应考虑父母双方的个人素质、对子女的责任感、家庭环境、父母与子女的感情等因素。当父母双方对八周岁以上

的未成年子女随父或随母生活意见不一致时，应当尊重子女的意见。尊重八周岁以上未成年子女的真实意愿，即是对父母与子女感情因素的考量。《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条第三款根据不同年龄段孩子的成长需要、意志状况以及其他因素，对离婚后未成年子女抚养权的归属进行了规定：（一）两周岁以下的子女，原则上由母亲直接抚养。这是因为不满两周岁的子女多数还在母乳喂养期。母乳喂养对婴儿的生长发育最为有利。从婴儿生长发育的利益考虑，夫妻离婚后，凡是正处于用母乳喂养阶段的子女，应由母亲直接抚养。但如果母亲有特殊情况，如患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活的；因其他原因，子女确无法随母亲生活的，可由父亲直接抚养。（二）两周岁以上未成年子女的抚养。夫妻离婚后，对两周岁以上的未成年子女，由父亲还是母亲直接抚养，首先应由父母双方协议决定。当父母双方对由谁直接抚养未成年子女发生争议时，法院应当进行调解，尽可能争取当事人以协议方式解决。在当事人双方自愿、合法的前提下，协商决定未成年子女由父亲直接抚养，或者由母亲直接抚养，或者在有利于保护子女利益的前提下，由父母双方轮流抚养。对上述几种抚养方式，法院都是准许的。如果当事人双方因子女抚养问题达不成协议时，法院应结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况，按照最有利于未成年子女的原则妥善作出裁决。（三）已满八周岁子女的抚养。未成年子女抚养权的确定，与其自身权益密切相关，在实践中确定由谁来抚养子女，更应当尊重子女的真实意愿，以更有利于未成年人的健康成长。已满八周岁的子女属于限制民事行为能力人，已有一定的自主意识和认知能力，因此，子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。在离婚时，不管是父母协商确定由谁抚养，还是人民法院判决决定，都要事先听取八周岁以上子女的意见，在子女提出自己的意见后，再根据其年龄、社会经验、认知能力和判断能力等，探求、尊重其真实的意愿。

本案中，法院通过调查得知北北愿意跟随原告钟某某生活，北北已年满八周岁，有一定社会经验、认知能力和判断能力，且目前跟随原告钟某某生活，其意愿应予尊重。为有利于北北的健康成长，保障其合法权益，法院判决北北由原告钟某某抚养。

济南市章丘区人民法院 周聪雅

信用评价不当时的权利救济措施

——李某 1 诉某银行名誉权纠纷案

关键词 不良征信记录 信用评价 连带责任保证人的责任

【裁判要旨】

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。保证期间届满，债权人未向保证人主张保证责任，但向中国人民银行征信系统提供了保证人不良征信记录，损害了保证人的信用评价，保证人有权要求债权人予以撤销。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第六百九十三条 一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

第一千零二十九条 民事主体可以依法查询自己的信用评价；发现信用评价不当的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。信用评价人应当及时核查，经核查属实的，应当及时采取必要措施。

《征信业管理条例》第十六条第一款 征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为 5 年；超过 5 年的，应当予以删除。

【案例索引】

一审：济南市莱芜区人民法院（2021）鲁 0116 民初 705 号民事判决（2021 年 3 月 4 日）

【基本案情】

原告李某 1 诉称：2020 年 12 月份，李某 1 办理信用卡时被告知因有征信不良记录无法办理，于是去中国人民银行莱芜中心支行查询个人信用报告，发现自己名下有三笔贷款担保逾期，其一为王某从被告某银行处贷款 20 万元，原告系该借款保证人，借款期限 2007 年 3 月 28 日至 2007

年9月18日；其二为李某2从某银行处贷款10万元，原告系该借款保证人，借款期限自2007年7月16日至2008年1月16日。上述两笔贷款在担保期限内某银行从未向原告主张过权利。其三为李某3从某银行处贷款42000元，原告系该借款保证人，但原告对此并不知情，从未去某银行处签过字，某银行也从未向原告催收过。根据《民法典》的相关规定，原告的保证责任已免除，某银行至今未消除原告在中国人民银行征信中心的不良信用记录，给原告造成严重的信用损失。为维护原告的合法权益，诉请判令某银行停止侵害并消除原告在中国人民银行征信中心的不良信用记录；本案诉讼费等由某银行承担。

被告某银行辩称：其依据相关规定上传原告担保信息，并未侵犯原告的任何权利，依法应予以驳回原告的诉求。

法院经审理查明：2007年3月28日，案外人王某从被告某银行贷款20万元，贷款到期日为2007年9月28日；2007年7月16日，案外人李某2从某银行贷款10万元，到期日为2008年1月16日；2007年5月26日，案外人李某3从某银行贷款42000元，贷款到期日2008年5月16日。原告李某1为上述三笔贷款提供连带责任保证，但是至开庭之日某银行未就该三笔贷款向法院提起诉讼，亦未对李某1进行催收。李某1提供的《个人信用报告》显示因上述三笔贷款其均存在不良担保贷款记录。

【裁判结果】

济南市莱芜区人民法院于2021年3月4日作出（2021）鲁0116民初705号民事判决：被告某银行于判决生效之日起十日内撤销其向中国人民银行征信系统提供的原告李某1的不良征信记录。宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

生效判决认为，本案的争议焦点为，某银行是否应向征信管理机构申请撤销李某1的不良征信记录。本案中李某1为三笔涉案贷款的连带责任保证人，自最早一笔贷款到期即2007年9月28日起至开庭之日农商行从未向李某1主张过权利，根据“谁主张，谁举证”原则，法院认定李某1对涉案贷款已超过保证期间。因超过保证期限，李某1的保证责任依法应当予以免除，李某1不再承担保证还款责任。某银行将李某1的担保信息列为不良贷款信用信息上报征信机构，导致社会公众对李某

1 担保责任的承担产生不当或错误认识，对事实上已超过保证期限的保证人李某 1 显为不公。故李某 1 要求某银行撤销其向中国人民银行征信系统提供的不良征信记录的诉讼请求，法院予以支持。

【案例注解】

信用在本质上属于民事主体的名誉的一部分，侵害民事主体的信用，构成对其名誉权的侵害。信用评价是由信用评价人按照一定方法和程序收集、记录民事主体的信用信息，根据这些信息，其他社会主体可形成对民事主体资信状况以及履约意愿等方面的社会评价。在现代社会征信体系背景下，信用评价人所出具的信用报告、信用评分等信用评价（如中国人民银行征信系统出具的征信报告），对于民事主体的信用认定往往发挥着决定性作用。信用评价的公信力有赖于信息的客观、真实和全面，信息不当很可能会影响相关各方对其行为的判断和选择。一方面，可能致使信息评价使用者因信息不当作出错误判断，导致丧失交易机会或交易受损；另一方面，信用评价不当会导致信息主体的社会评价降低，从而侵害其名誉权。

根据《民法典》第一千零二十九条之规定，民事主体可以依法查询自己的信用评价。民事主体依法查询其信用评价时，发现信用评价存在不准确、不完整或不及时等不当时，有权向信用评价人提出异议，并请求采取更正、删除等必要措施，防止给其名誉权等合法权益造成不必要的损害。信用评价人收到民事主体的异议后，应当在合理期限内核查异议信息是否属实。经核查属实的，信用评价人应当采取必要措施更正、删除不当的信用评价，防止民事主体的社会评价不当降低。信用评价人未及时或拒绝核查，且异议的信用评价确实不当，致使民事主体的社会评价降低的，构成对民事主体名誉权的侵犯。

本案中，原告李某 1 为案外人王某、李某 2、李某 3 在被告某银行的贷款提供连带责任保证的时间为 2007 年，至李某 1 起诉之时，某银行从未向李某 1 主张过权利，但某银行向中国人民银行提供了李某 1 的不良征信记录，且该不良征信记录一直在中国人民银行征信系统内。这一法律事实持续至《民法典》施行后，因此本案民事纠纷应适用《民法典》。李某 1 为三笔涉案贷款的连带责任保证人，自最早一笔贷款到期即 2007 年 9 月 28 日起至本案开庭之日，某银行从未向李某 1 主张过权利，李某

民事案例

1 对涉案贷款已超过保证期间，李某 1 不再承担保证责任。根据《征信业管理条例》第十六条第一款规定“征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为 5 年；超过 5 年的，应当予以删除”之规定，本案最后一笔贷款到期日为 2008 年 5 月 16 日，保证期间至 2010 年 5 月 16 日，因某银行未在保证期间内主张权利，李某 1 的保证责任于 2010 年 5 月 17 日免除。自 2010 年 5 月 17 日至 2015 年 5 月 16 日，征信机构对李某 1 个人不良信息的保存期限已满 5 年，但某银行至今仍未将李某 1 的不良征信记录从征信机构撤回，导致李某 1 的社会评价降低，影响其经济及社会活动的开展，因而对事实上已超过保证期间的保证人李某 1 显为不公。

济南市莱芜区人民法院 段伦星

投资或交易虚拟货币的行为不受法律保护

——马某某诉刘某某、常某、李某某合同纠纷案

关键词 虚拟货币 非法债务 不受保护

【裁判要旨】

网络虚拟货币不是货币发行机关发行，不具有法偿性和强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币，不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用，公民投资和交易虚拟货币不受法律保护，所造成的后果应自行承担。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

【案例索引】

一审：济南市历城区人民法院（2020）鲁 0112 民初 9568 号（2021 年 1 月 27 日）

【基本案情】

原告马某某向济南市历城区人民法院起诉称：马某某经被告刘某某、被告常某、被告李某某三人介绍向威乐国际加密数字货币项目（以下简称威乐币项目）投入 7 万元本金，并于 2017 年 12 月 24 日签订《协议书》。依据该《协议书》的约定，马某某诉请三被告每人补偿原告 23333 元损失。

被告刘某某、常某辩称：1. 马某某与刘某某、常某、李某某之间所谓的“协议书”并非法律意义上的合同，实为刘某某、常某、李某某好意施惠，且合同内容权利义务不对等。2. 即使认定为合同关系，也不能证明马某某遭受了损失。威乐币项目投资仅是暂停在辖区内服务，所以马某某所谓的损失无从谈起，暂停并不能代表损失。3. 即使认定为合同行为，马某某之行为属投资行为，其风险应当由自己承担，另外，因政策原因导致的暂停属不可抗力免责事由，刘某某、常某应当免除相应的责任。

被告李某某辩称：我们与马某某签订协议当天，马某某没有投资威乐币项目，我也不知道马某某什么时候投资的，我要求马某某提供投资威乐币项目的书面证明。

经审理查明：刘某某、常某、李某某自述通过新闻报道了解到威乐币项目，三人均进行投资，认为有升值空间，遂向马某某介绍。2017年12月24日，刘某某、常某、李某某为甲方，马某某为乙方，双方签订一份协议书，主要内容如下：经三人介绍马某某加入威乐币项目，投入柒万元，按该项目相关的规则运作，在运营过程中亏损或投入的柒万元本钱不能收回，由刘某某、常某、李某某三个人共同按各三分之一的比例给马某某进行补偿。如该项目运营正常顺利，马某某邀请刘某某、常某、李某某到欧洲七日游。甲、乙双方均在协议上签字并捺印。协议签订后，2017年12月27日，马某某通过银行向常某转款7万元，常某将该笔款项转入负责出售数字货币的案外人崔某某账户，并帮马某某注册了账户，该账户由马某某本人登录使用。2018年1月17日，中国人民银行营业管理部支付结算处下发银管支付（2018）11号《关于开展为非法虚拟货币交易提供支付服务自查整改工作的通知》。该通知下发后，刘某某、常某、李某某及马某某等人开设的威乐币账户均无法打开，无法流通使用。故马某某依据四人签订的《协议书》，要求三被告补偿其损失69999元。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于2021年1月27日作出（2020）鲁0112民初9568号民事判决：驳回马某某的诉讼请求。宣判后，马某某提出上诉。济南市中级人民法院于2021年3月31日作出（2021）鲁01民终2549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：2013年12月3日，中国人民银行、工业和信息化部、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会作出《关于防范比特币风险的通知》，载明：比特币应当是一种特定的虚拟商品，不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用，各金融机构和支付机构不得以比特币为产品或服务定价，不得买卖或作为中央对手买卖比特币，不得承保与比特币相关的保险业务或将比特币纳入保险责任范围，不得直接或间接为客

户提供其他与比特币相关的服务，电信管理机构根据相关管理部门的认定和处罚意见，依法对违法比特币互联网站予以关闭。

2017年9月4日，中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，载明：代币发行融资是指融资主体通过代币的违规发售、流通，向投资者筹集比特币、以太币等所谓“虚拟货币”，本质上是一种未经批准非法公开融资的行为，涉嫌非法发售代币票券、非法发行证券以及非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动。本公告发布之日起，各类代币发行融资活动应当立即停止。已完成代币发行融资的组织和个人应当做出清退等安排，合理保护投资者权益，妥善处置风险。有关部门将依法严肃查处拒不停止的代币发行融资活动以及已完成的代币发行融资项目中的违法违规行为。本公告发布之日起，任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务，不得买卖或作为中央对手方买卖代币或“虚拟货币”，不得为代币或“虚拟货币”提供定价、信息中介等服务。

2018年1月17日，中国人民银行营业管理部支付结算处下发银管支付（2018）11号《关于开展为非法虚拟货币交易提供支付服务自查整改工作的通知》，主要内容如下：辖区内各法人支付机构相关业务负责部门：根据总行工作要求，现针对虚拟货币交易支付结算服务提出以下监管要求，请予以执行。一、各单位即日起立即在本单位及分支机构开展自查整改工作，严禁为虚拟货币交易提供服务，并采取有效措施防止支付通道用于虚拟货币交易。二、各单位应加强日常交易监测，对于发现的虚拟货币交易，应及时关闭有关交易主体的支付通道，并妥善处理待结算资金，避免出现群体性事件，维护社会稳定。三、各单位应于2018年1月20日前将自查情况，已采取措施等上报营业管理部……。

《中华人民共和国民法典》第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。本案中，威乐币是一种网络虚拟货币，根据上述中国人民银行等部门发布的通知、公告，虚拟货币不是货币发行机关发行，不具有法偿性和强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币。从性质上看，威乐币不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用，公民投资和交易虚拟货币及相关衍生品，

违背公序良俗的，不受法律保护。马某某委托刘某某、常某、李某某帮助其注册威乐币账户并购买威乐币，注册成功后，三人将账户号及密码告知马某某，马某某登录使用该账户。以上行为构成民法意义上的“委托行为”的交付，双方形成委托合同关系。马某某与刘某某、常某、李某某因委托合同关系签订《协议书》，该协议书虽然系各方的真实意思表示，但是马某某委托刘某某、常某、李某某帮助其购买威乐币的行为在我国不受法律保护，因委托合同关系签订的《协议书》亦不受我国法律保护。马某某购买威乐币的行为造成的后果应当由其本人自行承担。故对于马某某的诉讼请求，法院不予支持。

【案例注解】

投资型虚拟货币是未经批准由平台控制或发行，数量由平台自由投放，实践中存在着巨大的风险和隐患，可能涉嫌非法发售代币票券、非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动，其本质上是一种未经批准非法从事代币发行融资的行为。虽然法律、行政法规并未明确禁止投资型虚拟货币的交易，但非法代币发行融资行为确已为中国人民银行等金融监管部门所明令禁止，涉嫌从事非法金融活动，严重扰乱了经济金融秩序，亦可能形成系统性金融风险，威胁人民群众的财产安全，并严重损害社会公共利益，应对该类行为以及此后延伸的买卖行为予以禁止，并作否定性评价。因此，购买虚拟货币的行为在我国不受法律保护，由此签订的相关协议亦不受法律保护。虚拟货币作为投资对象是一般股票波动的数倍，不乏杠杆参与者财物“一夜被洗劫”，难以用传统的基本面、估值方法对其进行分析，其更像是另类投机品，并不适合普通投资者。普通投资者应当保护个人财产，远离虚拟货币。

济南市历城区人民法院 李晓丽 于彩霞

物业服务合同纠纷中业主诉权的行使

——李某某诉山东绿地泉物业服务有限公司物业服务合同纠纷案

关键词 物业服务合同纠纷 业主诉权 限制

【裁判要旨】

业主对物业服务人侵害自己专属合法权益的行为，有权自行请求物业服务人承担民事责任；业主对物业服务人履行物业服务合同的行为不满意，应通过业主大会、业主委员会主张权利。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第二百八十七条 业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。

第九百三十九条 建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。

【案例索引】

一审：济南市市中区人民法院（2021）鲁0103民初1171号（2021年3月26日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终4366号（2021年5月25日）

【基本案情】

李某某诉称：2018年5月8日至2018年5月24日阳明山庄小区召开业主大会。2018年5月8日，山东绿地泉物业服务有限公司（以下简称“绿地泉物业公司”）向阳明山庄小区业主委员会提交《阳明山庄方案（一）》第一条“对小区进行封闭式管理，二环路进出口增设车辆识别道闸系统……”，且该承诺方案向阳明山庄小区业主进行了公示。2018年5月24日，阳明山庄小区业主委员会与绿地泉物业公司签订《物业管理委托合同》及《阳明山庄物业补充协议》，其中《物业管理委托合同》第5

条第2项约定“车位外严禁停车”，第七条约定“负责向业主和物业使用人收取下列费用：……地上车位收费：400元/月/辆”，《阳明山庄物业补充协议》第二条约定“……对小区进出口进行改造，物业公司免费增设两部道闸，对原有道闸进行升级改造”。绿地泉物业公司自2018年5月24日入住阳明山庄小区已30个月，至今二环南路小区出入口门禁及道闸什么都没有（照片可证明），未履行《阳明山庄方案（一）》“对小区进行封闭式管理，二环路进出口增设车辆识别道闸系统……”的义务，未履行《阳明山庄物业补充协议》第二条“……对小区进出口进行改造，物业公司免费增设两部道闸……”的义务。小区住宅区西进出口在无车辆进出时道闸大开（照片可证明），保安人员呼呼大睡（照片可证明），没有登记（见车辆登记记录）的车辆随意进出小区，绿地泉物业公司未履行正常使用阳明山庄小区住宅区西进出口车辆识别道闸系统的义务，造成阳明山庄小区合法车位外长时间停车，特别是消防通道长时间停车，绿地泉物业公司未履行《物业管理委托合同》第5条第2项约定的“车位外严禁停车”的义务。增划的34个地上车位上实际停满了车（照片可证明）但未收费，绿地泉物业公司未履行《物业管理委托合同》第七条约定的“负责向业主和物业使用人收取下列费用：……地上车位收费：400元/月/辆”的义务。《物业管理委托合同》第5条第2项约定的“车位外严禁停车”不违反法律法规强制性规定，是合同双方的合法约定。阳明山庄小区车位外停车从量上看，小区共有产权合法车位198个，合法车位外长时间停车60辆，占合法车位的30%，小区共有19个单元电梯去往地下停车的消防安全通道，12个被长时间霸占停车，占比达63%。车位外停车从时间上看，自从绿地泉物业公司入住小区来从没间断过，并且有些车辆原地不动的连停数天甚至数周（照片证明）。“瑕疵”《词典》解释唐·韩愈《进学解》“本指玉的疵病，喻微小的缺点、微小的不足。”30%、63%及长时间数天甚至数周已远远超出“微小”的程度，达到绿地泉物业公司完全没有履行合同约定的“车位外严禁停车”或者履行合同义务不符合约定的“车位外严禁停车”的违约程度。依据《中华人民共和国民法典》第五百七十七条、第九百三十八条第二款，《合同法》第七章第一百零七条及《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第三条等相关法律法规，对绿地泉物业公司提起诉讼，请求：1. 判

令绿地泉物业公司在阳明山庄小区二环路进出口安装车辆识别道闸系统且正常使用（道闸系统能够识别的车辆允许进出，除特种车辆及进入小区不停留且在物业办公室办理了手续的车辆外其他车辆严禁进入）；2. 判令绿地泉物业公司正常使用阳明山庄小区住宅区西进出口车辆识别道闸系统（系统使用要求同上）；3. 判令绿地泉物业公司做到阳明山庄小区合法车位外严禁停车；4. 判令绿地泉物业公司对阳明山庄小区增划的 34 个地上车位每个车位每个月停车收取 400 元（本案不含实际收费前造成的损失）；5. 判令绿地泉物业公司承担诉讼费、律师费及公告费等费用。

绿地泉物业公司辩称，李某某不是适格的主体，不符合法定的起诉条件。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于 2021 年 3 月 26 日作出（2021）鲁 0103 民初 1171 号民事裁定，驳回李某某的起诉。宣判后，李某某提出上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 5 月 25 日作出（2021）鲁 01 民终 4366 号民事裁定：驳回上诉，维持原裁定。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：根据《中华人民共和国民法典》第二百八十七条规定，物业服务人应当接受业主的监督，业主对物业服务人侵害自己专属合法权益的行为，有权自行请求物业服务人承担民事责任。但物业服务合同的履行涉及小区全体业主，而业主对物业服务的满意程度，因业主个体的实际感受而可能存在不同。根据《民法典》第二百八十五条第一款规定，业主对物业服务情况，可以向物业服务人提出询问，物业服务人应当予以答复。但若因此允许个别业主基于对全体业主有效的物业服务合同，任意对物业服务人提起诉讼，也将影响小区物业服务公共秩序。根据《民法典》第二百七十八条、第二百八十条第一款规定，若业主认为物业服务人违反物业服务合同，损害全体业主利益，可通过业主大会、业主委员会形成决议，直接要求物业服务人履行合同；物业服务人拒不履行的，可由业主委员会根据业主大会决议代表全体业主，起诉请求物业服务人履行合同；业主大会亦可直接依法解聘物业服务人，另行选聘其他物业服务人。从李某某的诉请内容可见其热心公益，本案并非李某某因自己专属合法权益被侵犯而提起的诉讼；涉案小区的业主

大会、业主委员会运行过程中出现困难，李某某可向当地人民政府有关部门、居民委员会寻求协助，但直接起诉本案不妥。一审法院裁定驳回李某某的起诉正确，本院予以维持。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定，裁定驳回上诉，维持原裁定。

【案例注解】

本案的争议焦点：业主认为物业服务人履行物业服务合同违约，能否以自己的名义直接向人民法院起诉？

《中华人民共和国民法典》规定，物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内，为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务，业主支付物业费的合同；建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力；物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照民法典第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问；业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。

据此，物业服务人应当接受业主的监督，业主对物业服务人侵害自己专属合法权益的行为，有权自行请求物业服务人承担民事责任。但物业服务合同的履行涉及小区全体业主，而业主对物业服务的满意程度，因业主个体的实际感受而可能存在不同。业主对物业服务情况，可以向物业服务人提出询问，物业服务人应当予以答复。但若因此允许个别业主基于对全体业主有效的物业服务合同，任意对物业服务人提起诉讼，也将影响小区物业服务公共秩序。若业主认为物业服务人违反物业服务合同，损害全体业主利益，可通过业主大会、业主委员会形成决议，直接要求物业服务人履行合同；物业服务人拒不履行的，可由业主委员会根据业主大会决议代表全体业主，起诉请求物业服务人履行合同；业主大会亦可直接依法解聘物业服务人，另行选聘其他物业服务人。从李某某的诉请内容可见其热心公益，本案并非李某某因自己专属合法权益被侵犯而提起的诉讼；涉案小区的业主大会、业主委员会运行过程中出现困难，

李某某可向当地人民政府有关部门、居民委员会寻求协助，但直接起诉本案不妥。综上，李某某的上诉请求不能成立。一审法院裁定驳回李某某的起诉正确，本院予以维持。

物业服务合同不同于普通民事合同，合同的订立主体与履行主体不一致，即建设单位、业主委员会代表业主全体与物业服务人订立合同，物业服务人与各个业主具体履行合同。因此，物业服务人与业主之间就物业服务合同履行发生的争议，尤其是物业服务人向业主主张欠交物业费，而业主抗辩物业服务存在问题的案件，屡见不鲜。民法典施行后，业主维权意识进一步提高，出现了单个业主认为物业服务人存在违反物业服务合同的行为，要求物业服务人继续履行的案件，本案就是典型。但是，单个业主毕竟不能代表全体业主，若允许单个业主因物业服务合同的履行起诉物业服务人，可能导致物业服务人疲于应诉，进而影响小区的物业服务，更不利于小区物业服务水平的保持和提高。业主对物业服务人履行物业服务合同的行为不满意，应通过业主大会、业主委员会主张权利。若物业服务人的行为侵害了业主的专属合法权益，则业主有权自行请求物业服务人承担民事责任。

济南市中级人民法院民事审判第一庭 许海涛 刘秋月

侵犯个人信息的认定问题

——李某诉深圳瑞银信信息技术有限公司山东分公司隐私权纠纷案

关键词 隐私权 个人信息 侵权行为 损害赔偿

【裁判要旨】

民法典施行之前，司法实践中多将个人信息侵权案件归于隐私权纠纷中解决。按照解释论，在无其他特殊法律规定的前提下，个人信息侵权一般适用过错原则，应从侵权行为、损害后果、主观过错、因果关系四个因素进行考虑。本案中，原告申请办理的POS机，绑定李某名下的银行卡，被告瑞银信山东分公司在未经原告同意，也不符合法定程序的情况下，违规将上述注册信息及原告使用POS机的流水交易信息泄露给第三人，构成对原告个人信息权益的侵害，符合侵权责任的构成要件，应该承担侵权责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第一百一十条第一款 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。

《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

《中华人民共和国侵权责任法》第十五条 承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

第二十二条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款 律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

【案例索引】

一审：济南市历下区人民法院（2019）鲁 0102 民初 9039 号（2019 年 12 月 5 日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁 01 民终 7176 号（2020 年 7 月 13 日）

【基本案情】

原告李某诉称：1. 请求判决被告以书面形式向原告赔礼道歉；2. 依法判决被告赔偿原告精神损害抚慰金 30000 元；3. 本案的诉讼费全部由被告承担。事实与理由：2015 年 4 月 1 日，原告经人介绍，在被告处办理了一台 POS 机商户名称为：886370150392361。在未经原告同意、也没有经过法定程序的情况下，被告违规将原告在被告处的注册信息及原告使用 POS 机的流水交易信息泄露给第三人，其行为对原告造成了严重的伤害，为维护原告的合法权益，现诉至法院。

被告深圳瑞银信信息技术有限公司山东分公司（以下简称瑞银信山东分公司）辩称：1. 被告不存在未按法定程序提供相关信息的情形。《中华人民共和国律师法》第三十五条规定“律师自行调查取证的，凭律师证和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”调证人员向被告提交了《律师调查专用证明》及两位律师证件，被告按照《律师调查专用证明》载明拟调查人员信息进行查询；2. 查询信息主体为被告入网商户，非自然人，故不享有隐私权。查询信息其中涉及的一台 POS 机终端的商户编号为 886370150392361，入网商户名称为：济南某商行，法定代表人为：李某，隐私权是一种基本人格权利，是存在于权利人自身人格上的权利，其主体为自然人，不包括法人；3. 被告不存在侵害的事实，无需赔偿原告精神损失，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 140 条规定，“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为，”被告在调证人员调查过程中不存在“宣扬他人隐私”的行为，故被告无需赔偿原告请求的精神损害抚慰金。

法院经审理查明：2015 年 4 月，李某以其身份证在瑞银信山东分公司申请办理了一台 POS 机，入网商户名称为：济南某商行，法定代表人

民事案例

为李某，商户编号为：886370150392361，绑定李某名下的工商银行银行卡。根据被告法务专员于某在大明湖派出所所作的询问笔录：2019年8月2日，案外人张某某携带山东省济南市国家安全局工作证到瑞银信山东分公司调取李某2015年4月至2016年7月30日期间的POS机流水信息，因一人不符合法律规定，被告未同意调取；8月6日，张某某又带其同事及证件到被告处再次申请调取李某信息，张某某自称其证件是保密的不能复印，于某只对张某某的工作证进行了拍照，张某某经与被告法务部人员沟通便向被告提交了山东舜元律师事务所律师调查专用证明及该所刘某某、宋某某两名律师的律师证复印件，但两名律师本人没有到场；被告便将李某的POS机流水信息通过于某的微信发给张某某；2019年8月15日，李某因其个人资料被被告提供给张某某，其想通过律师向被告申请调取张某某的个人信息，被告以其未提交法院的调查令为由未向李某提供。8月22日，李某以瑞银信山东分公司向张某某私自提供其个人信息而未向其提供张某某的个人信息为由向济南市公安局历下区分局大明湖派出所报案。张某某将上述调取的李某POS机流水信息作为证据在其与李某的二审离婚诉讼中提交法庭。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年12月5日作出（2019）鲁0102民初9039号民事判决：一、被告深圳瑞银信信息技术有限公司山东分公司向原告以书面形式赔礼道歉，内容由该院审定；二、被告深圳瑞银信信息技术有限公司山东分公司向原告支付精神损害抚慰金5000元，于本判决生效之日起十日内付清；三、驳回原告其他诉讼请求。宣判后，被告瑞银信山东分公司提出上诉。济南市中级人民法院于2020年7月13日作出（2020）鲁01民终7176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：隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的一种人格权，应受法律保护。《中华人民共和国律师法》第三十五条规定：律师自行调查取证的，凭律师执业证和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。瑞银信山东分公司在张某某只持有律所公函、律师证复印件，而律师本人未到场的情况下，

向其提供了李某的 POS 机和银行卡交易信息，违反了上述规定，存在过错，且张某某将获取信息用于其与李某的离婚诉讼，已影响了李某的生活，对李某造成了精神压力，瑞银信山东分公司应当承担侵权责任，向李某赔礼道歉并支付精神损害抚慰金。

【案例注解】

1. 本案发生在民法典施行之前，因此时并无个人信息保护纠纷这一案由，因此当时定为隐私权纠纷。但是，个人信息权益和隐私权存在明显区别，两者所保护的客体不尽相同，适用的法律规则不相同。个人信息权益的核心是“可识别性”，即该等信息可直接或者结合识别出特定自然人，偏向于客观事实认定，强调的是与个体相对应的识别信息，比如身份信息、财产信息、行踪信息等，侧重个体信息的安全。隐私权的核心是“私密性”，即信息主体不想让外界知悉这些空间、获得的信息，偏向于主观感受，侧重空间性、秘密性，强调私人空间的自由。本案例涉及到个人的身份信息和 POS 机流水信息，属于个人信息的范畴，民法典施行后应有更大的适用空间。

2. 民法典的施行既满足了新时代人民群众日益增长的美好幸福生活需要，又强化了对人格尊严的维护，解决了人权保护实践中的大量复杂问题。实践中，由于侵犯个人信息的行为通常具有隐蔽性，往往导致认定侵权人的主观意图、判断处理个人信息的合法性、适用个人信息侵权的归责原则存在不同，从而使得被侵权人的利益很难得到保护。本案例裁判过程中，适用客观过错归责标准，即不再探求侵权行为人实施获取他人信息时的主观意图，而是以获取信息技术手段的合规与否进行推定。本案中，被告的行为违反了《中华人民共和国律师法》第三十五条规定，即律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。被告在律师未到场的情况下，违规提供个人信息，属于违反法律规定的行为，应该推定被告具有过错，承担侵权责任。

3. 关于侵犯个人信息的责任承担方式，比如停止侵害、排除妨碍、消除危险等，在个人信息保护纠纷中是可以适用的。但除此之外，就损害赔偿而言，侵害个人信息而给受害人造成损害，如果判决过多地出现传统责任承担方式，可能无法弥补受害人的损失。因此，有必要量

民事案例

化精神损害赔偿标准，加大精神损害赔偿的数额，以彰显个人信息保护的急迫性。关于“严重精神损害”的衡量标准，应该考虑以下方面：1. 个人信息被侵权转载的次数；2. 个人信息被散布及被外人获知的范围；3. 个人信息的敏感程度；4. 与个人关系的密切程度。

济南市中级人民法院研究室 乔 斌

公共道路遗撒行为造成损害的责任确定

——潘某某诉某工程公司、某街道办等侵权责任纠纷案

关键词 公共道路遗撒 损害责任

【裁判要旨】

施工单位在运送淤泥过程中未对运送车辆进行规范及清理，将淤泥遗撒到路面，且后期路面清理不彻底，导致路面泥泞，造成骑行人员滑倒摔伤，遗撒行为人应承担侵权责任。市政部门作为公共道路管理人疏于管理，未能尽到清理、防护、警示等义务，应当承担相应的责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千二百五十六条 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，由行为人承担侵权责任。公共道路管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的责任。

【基本案情】

潘某某向济南高新技术产业开发区人民法院诉称：其在骑电动自行车沿荷花路由东向西行驶时，因地面泥泞湿滑而滑倒摔伤，伤后被送往医院治疗。出院后与各被告就赔偿事宜协商不成，诉至法院。潘某某认为，某工程公司未安全施工，任由淤泥撒落在道路上且未及时清理，造成路面泥泞湿滑致使潘某某摔倒受伤，其应承担相应的侵权责任。某建设管理部、某街道办、某交警大队均有环境卫生、交通运输管理的行政职能，但均未切实履行其职能，导致出现潘某某摔伤的情况，亦应承担相应的侵权责任。潘某某要求各被告赔偿其各项损失共计282004.87元。

某建设管理部辩称，其系管委会内设机构，而非独立法人，因此不是适格被告，应驳回潘某某对建设管理部的起诉。

某街道办辩称，潘某某依据街道办行政职能履行之理由请求赔偿，应当通过行政赔偿之诉进行，而非本案民事诉讼。街道办已完成法律赋予的行政职责、行政义务，在发现存在落泥现象时加大了清理力度，安

排调度增加车次和人力进行清理道路工作。街道办无过错，亦与潘某某受伤之间无因果关系，不应当承担侵权赔偿责任。

某交警大队辩称，根据《中华人民共和国人民警察法》的相关规定，交通警察的主要职责是维护道路交通秩序。交警大队并非事故发生路段道路的管理人，与事故的发生也不具有因果关系，应驳回潘某某对交警大队的诉讼请求。

某工程公司辩称，工程公司应政府要求进行洒水作业，具有公益性质，该行为不属于侵权行为。潘某某并未提交政府机构出具的责任认定书，无法证实某工程公司负有相关责任及过错。工程公司已经在道路两旁设置警示标志，尽到了提醒义务，潘某某因自身原因未尽到谨慎驾驶的义务，其应承担本次事故的全部责任，故请求法院依法驳回潘某某的全部诉讼请求。

济南高新技术产业开发区人民法院经审理查明：2020年5月2日上午10时许，潘某某驾驶电动二轮车沿荷花路由东向西行驶至西河北村与荷花路路口附近时，因地面泥泞湿滑而滑倒受伤。受伤后，潘某某到济南临港医院就医，诊断为：1. 左膝胫骨髁间隆突骨折；2. 左侧胫骨平台骨折；3. 左膝关节积液；4. 多发软组织挫伤。后经司法鉴定，潘某某构成十级伤残。

另查明，某工程公司承包了小清河防洪综合治理工程某标段，工地位于荷花路附近，淤泥清出后由车辆通过荷花路运送。从其工地驶出的车辆密封不严，不断有淤泥遗撒到路面；某工程公司及环卫部门的洒水车不定期洒水，但未清理干净，造成路面泥泞。案涉事故发生地位于某街道辖区，根据区内机构职责设置，某街道办具有负责本辖区内环境保护和监管的工作职责。

【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院判决：一、某工程公司赔偿潘某某残疾赔偿金等各项损失共计118838.98元；二、某街道办赔偿潘某某残疾赔偿金等各项损失共计39599.66元；三、驳回潘某某的其他诉讼请求。

宣判后某工程公司不服提出上诉，济南市中级人民法院经审理后作出判决：驳回上诉，维持原判。

【案例解读】

公共道路，是指对社会一般人开放，可以同时供不特定的多数无轨车辆和行人通行的基础设施。在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物，是指在公共道路上堆放、倾倒、遗撒物品，影响他人对该公共道路正常、合理的使用。公共道路的使用关系到公众的利益，在道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物，会对他人的安全造成不合理的危险。例如，行人在公共道路上被妨碍通行物绊倒、滑倒；司机被公共道路上非法堆放的物体遮挡视线，驾驶机动车撞到路旁的建筑物上、发生交通事故等等。

妨碍通行物损害责任的归责原则，根据承担责任主体的不同，适用不同的归责原则：（一）在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品的行为人承担无过错的侵权责任。堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品行为人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品造成他人损害的，无论主观上是否存在过错，均应当承担赔偿责任，即适用无过错责任原则。（二）公共道路管理人采用过错推定归责原则，即不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的责任。堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品行为人承担无过错责任是因为其堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品是造成损害的真正原因，其作为控制和管理妨碍通行物品的行为人，其堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品的行为违反了法律、行政法规及规章的规定，其完全有能力预防损害的发生，故其应承担侵权责任；而公共道路管理者对其管理的公共道路依法负有清理、防护、警示等义务，若因其消极的不作为，没有尽到合理的注意义务，则其对损害结果发生起到了辅助作用，故其应承担相应的责任。公共道路管理者承担相应责任，指的是其承担与其过错程度及造成受害人损害原因力相适应的责任，而非与堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品行为人承担连带责任。本案中，某工程公司没有按照要求对向外装运淤泥的车辆进行规范及清理，使得淤泥遗撒到路面，后进行洒水清理亦未清理干净，导致路面泥泞，造成潘某某在骑行过程中滑倒摔伤。遗撒行为是导致本次事故发生的主要原因，某工程公司作为遗撒的行为人为直接侵权人，应当承担侵权责任。某建设管理部虽然负责本辖区范围内的农村公路建设养护管理工作，但是根据相关文件及本区组织机构职责等证据可以确认各街道范围内的道路环境保护和监管由各街道办具体负责，因此可以确认某街道办为该段道路的管理人，某建

民事案例

设管理部亦仅是内设机构，故其在本案中不承担责任。某街道办委托的环卫公司在清理的过程中亦未清理干净，路面依然泥泞，且既未设置警示标志，亦未采取相应的防护措施。并且在施工单位长期拉运渣土过程中，某街道办对其遗撒行为未尽到完全的环保监管及道路管理责任，应当承担与其过错相应的责任。潘某某作为完全民事行为能力人，在发现路况较差的情况下，并未尽到谨慎的注意义务，其对于摔伤亦应自行承担与其过错相对应的责任。潘某某要求某交警大队承担责任无事实及法律依据，因此不予支持。综合各方当事人的过错程度、原因力大小及实际情况，法院认定某公司、某街道办及潘某某应承担的责任比例分别为60%、20%、20%，并依据该赔偿比例作出了相应判决。

济南高新技术产业开发区人民法院 王 卉

新冠疫情期间逾期交房不可抗力的认定

——李某诉济南世茂天城置业有限公司商品房预售合同纠纷案

关键词 新冠疫情 逾期交房 不可抗力

【裁判要旨】

对于新冠疫情的爆发，以及政府采取相关防控政策中对部分企业的停工、停产要求，均是属于不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，该种情形属于民法典规定的不可抗力情形。同时，当事人在商品房买卖合同中也有相关约定，在该种情形下应当部分免除开发商逾期交房的违约责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一百八十条 因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

第五百九十条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2021）鲁 0105 民初 2648 号（2021 年 4 月 21 日）

【基本案情】

原告李某诉称：2018 年，原告购买被告开发的世茂天城二期 22#、23# 项目房产并与被告签订了《济南市商品房买卖合同》，房款合计总价 2048124 元，该合同中被告承诺在 2020 年 9 月 30 日前完成交房，逾期交付时应自 2020 年 10 月 1 日开始，每日按照合同总房款金额的万分之一计算逾期违约金（含储藏室、车位）赔付给原告。被告实际于 2020 年 12

月6日完成交付，累计逾期合计66天，应按照约定支付相应违约金。被告以新冠疫情影响为由只同意承担自2020年12月1日开始计算逾期承担5天赔偿，原告不认可，期间多次协商未果。

被告济南世茂天城置业有限公司（以下简称世茂公司）辩称：一、新型冠状病毒疫情及政府防控措施属于不可抗力，被告可主张延期交付违约免责。二、重污染天气黄色预警及二级响应措施属于法律规定的不可抗力和合同约定的出卖人可主张延期交付的事由，出卖人不应当承担延期交付的违约责任。按照商品房买卖合同第8条约定，重污染天气黄色预警及二级响应措施属于导致项目停工的商品房买卖合同约定的因政府行政行为而造成不能施工，被告有权顺延商品房交付时间。自原被告双方签署商品房买卖合同以来到涉案房屋交付之日，济南重污染天气二级响应的持续天数超过三个月，属于不能预见、不能避免、不能克服的不可抗力，被告可基于因重污染天气二级响应导致项目停工期间主张免除延期交付房屋的违约责任。综上，被告认为，被告实际交付时间晚于合同约定的交付时间是因为新冠病毒疫情、重污染天气黄色预警及政府的防控措施导致，被告不应当承担延期交付的违约责任，请求驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：原、被告于2018年7月签订了《商品房买卖合同》两份，由原告购买被告开发建设的位于济南市天桥区世茂天城二期22号楼3单元1301号商品房及地下室，总价款2048124元。双方在合同第八条约定，被告应于2020年9月30日前，依照国家和地方人民政府的有关规定，将取得《分期综合验收备案证明》并符合合同约定的商品房交付给原告使用。该条还约定，如遇下列特殊原因，出卖人可予以延期：“1. 遭遇不可抗力，且出卖人在发生之日起30日内告知买受人的；2. 如因发生非出卖人所能控制的因素，致使该商品房交付延误的，则出卖人有权将该商品房交付日期顺延，顺延时间相当于该等因素影响持续的期间，而无须为该延误承担任何责任，也无须对买受人补偿任何费用。非出卖人所能控制因素包括如下：1）遭遇自然灾害（包括但不限于六级以上大风、中雨以上、38度及以上高温天气、火灾等）造成施工不能进行的；2）因政府行政行为、政策法律变化及其他非出卖人之人为干扰因素等（包括但不限于战争等类似军事行动、社会骚动、罢工、公共卫生事件、创卫、

高考、大型会议、限断电、水、交通管制、征用、规划变更、政府指令暂停施工等政府限制性行为或地方共建设施、配套设施建设及供水、电、暖、燃气等市政能源部门进行与该商品房所在项目相关联的市政干线工程、配套设施工程延误或采取临时措施而造成施工调整或不能施工的；3) 因政府部门根据法律法规采取某项重要措施、调整规划或遇到目前技术水平暂时无法解决的重大技术问题而导致开发建设期延长；4) 因政府拆迁原因以及政府相关部门公布的公共卫生事件或其他突发事件导致延期交付；5) 政府部门延迟发放相关批准文件。以上特殊原因若为众所周知的，出卖人无须承担告知的义务；属于其他情形的，出卖人于发生之日起 60 日内告知买受人。3. 出卖人存在任何违约行为。合同补充协议第六条约定，如出卖人超过本合同上述规定期限但未超过 6 个月交房的，自 2020 年 10 月 1 日起至出卖人书面交房通知确定的交付日之首日止，出卖人按日向买受人支付其已付房价款万分之一的违约金，合同继续履行。第九条约定，逾期交房不超过 90 日的，自最后交付期限届满第二日至实际交付之日止，按照已交付房价款日万分之一标准支付违约金后合同继续履行。

2020 年 2 月 24 日，世茂公司发布了《不可抗力告知书》，认为新冠疫情影响属于不可抗力，可能会导致房屋延期交付。2020 年 9 月 21 日、11 月 25 日分别发布了《延期交付告知书》，告知预计交房时间为 2020 年 11 月 30 日前，逾期违约责任自 2020 年 12 月 1 日起算。2020 年 12 月 4 日，世茂公司发布了《交付通知书》，通知业主在 2020 年 12 月 6 日至 12 月 7 日集中办理交房手续。李某实际于 2020 年 12 月 6 日办理了交付手续。另查明，涉案楼宇于 2020 年 12 月 4 日取得了《分期竣工综合验收备案证明》。

再查明，山东省人民政府因新冠疫情影响，于 2020 年 1 月 24 日宣布启动重大突发公共卫生事件一级响应，自 2020 年 3 月 7 日 24 时起，将新冠疫情防控应急相应级别调整为二级，一级响应事件共计 44 天。山东省以及济南市于 2020 年 2 月开始即不断发布各类促进企业复工复产的各项政策及保障措施。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于 2021 年 4 月 21 日作出（2021）鲁 0105 民初 2648 号民事判决：一、被告济南世茂天城置业有限公司于本判决生效

之日起 10 日内支付原告李某逾期交房违约金 4506 元；二、驳回原告李某的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：原、被告双方之间的商品房买卖合同系双方当事人真实意思表示，未违反法律法规的强制性规定，属合法有效，对双方当事人均具有拘束力。根据合同约定，世茂公司应于 2020 年 9 月 30 日前完成涉案房屋交付义务，实际上世茂公司于 2020 年 12 月 6 日才履行了交付义务，逾期时间为 66 天。关于世茂公司应当承担逾期交房违约责任问题，法院认为：首先，双方在商品房买卖合同中就免除责任情形也进行了相应约定。同时，《中华人民共和国民法典》第一百八十条规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。第五百九十条规定，当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。关于新冠疫情，在政府启动重大突发公共卫生事件一级响应期间，政府采取了相应的措施进行疫情防控。对于新冠疫情以及政府相关防控政策及措施，均是属于不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，对于该种情形下免除违约责任，双方在商品房买卖合同中也有相关约定，应当免除世茂公司部分违约责任。其次，新冠疫情发生后，无论是原、被告，还是其他个人或者单位，均遭受到了相应的损失。同样，新冠疫情发生后，全国人民众志成城、共克时艰，无论是原告还是被告，也都为疫情防控做出了力所能及的努力和贡献。世茂公司所在的集团公司也积极进行抗疫捐款；在复工复产过程中，各地产公司还响应党委、政府号召为商业承租人减免了一定的租金，均是履行了相应的社会责任。现在，我们仍应继续携手，争取早日完全渡过疫情期间。最后，双方约定的按照已付房价款每日万分之一标准支付逾期交房违约金，该标准并不低，尤其是在经历了新冠疫情的情况下，按照该标准支付违约金，也能在一定程度上弥补业主的部分损失。综上，世茂公司免除 44 天违约责任较为合理，其仍应当承担 22 天的逾期交房违约责任，即应支付

违约金 4506 元（2048124 元 × 22 天 × 0.0001/天）。关于世茂公司提出的重污染天气等导致停工的问题，双方在合同中虽有约定，但世茂公司作为专业的房地产开发公司，对于建设工期具有一定的预见性，其完全可以在约定交付时间时进行相应顺延，诉讼中，世茂公司也没有证据证实涉案房屋建设工期中突发了明显超出往年的恶劣天气情形，从而导致其工期大幅度延长；此外，自 2020 年 3 月 7 日 24 时起新冠疫情防控应急相应级别调整为二级后，以及全国复工复产情况来看，至 2020 年 9 月 30 日约定的交付时间，仍有 200 余天的建设施工工期，世茂公司再主张其他免除违约责任的事由，法院不予支持。

【案例注解】

关于新冠疫情对合同履行的影响，最高人民法院作出了在一定条件下构成不可抗力的表述：在适用法律时，应当综合考量疫情对不同地区、不同行业、不同案件的影响，准确把握疫情或者疫情防控措施与合同不能履行之间的因果关系和原因力大小。疫情或者疫情防控措施直接导致合同不能履行的，依法适用不可抗力的规定，根据疫情或者疫情防控措施的影响程度部分或全部免除责任。对此，我们认为，在政府启动重大突发公共卫生事件一级响应期间，政府采取了相应的措施进行疫情防控，从而导致大多数非必要生产企业停工、停产，在该期间内，应当属于不可抗力范畴，应当顺延合同履行或适当免除相应违约责任。对于新冠疫情期间，因政府相关防控政策及措施导致合同不能履行的，应归属于不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，同时商品房买卖合同中也有相关约定的情形下，应当免除房地产开发公司部分违约责任。但是，在政府调低重大突发公共卫生事件响应等级，并具备了复工复产条件后，即不再具备不能避免不能克服等因素，只是可能增加相应的履约成本，不能继续按照不可抗力情形调整当事人的利益关系，否则会导致当事人利益产生严重失衡。

济南市天桥区人民法院 李 燕

存在多笔债务的情况下，还款抵充顺序的认定问题

——马某诉赵某民间借贷纠纷案

关键词 民间借贷 还款抵充

【裁判要旨】

在双方对转款性质产生争议的情况下，应查明当事人对此是否有约定、及两笔债务的付款期限、担保情况、债务数额等，然后根据《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）》第二十条的规定，认定还款抵充顺序。

【相关法条】

《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）》第二十条 债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。但是，债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2020）鲁0105民初3796号（2020年9月15日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民终13225号（2020年12月9日）

【基本案情】

原告马某诉称：判令赵某偿还78万元及利息（利息以78万元为基数，自立案之日起至实际给付之日止，按照年利率6%计算）。

被告赵某辩称：马某并非借款的实际出借人，只是持有78万元的借条，实际出借人为毕某、张某、马某某、卫某、胡某、马某。78万元并非借款，而是上述六人交付的土地租赁定金，后经七方协商，上述六人

成为赵某的合伙人，78 万由租赁定金转为借款。马某是其余五人的介绍人，故赵某向马某出具了 78 万元的借条，后期收取租金后，马某已收到赵某偿还的 18 万元，还款后，赵某又向张某出具了新的借条，但并没有将 78 万元的借条收回。在合伙人纠纷中，上述六人已诉至法院，要求赵某偿还 60 万元，故本案为重复诉讼或虚假诉讼。

法院经审理查明：2014 年 1 月 22 日至 2014 年 3 月 21 日期间，案外人卫某、胡某、毕某、张某等分别向赵某转账共计 78 万元。2014 年 3 月 21 日，赵某出具借条一份，载明“今借马某现金柒拾捌万元正（780000.-）”。毕某、张某、马某某、卫某、胡某五人表示赵某多次向包括马某在内的六人借款，六人以银行转账形式给付借款，因赵某先与马某相识，故将借条均出具在一张借条上，出借人写成马某。赵某于 2015 年 8 月 12 日、2015 年 11 月 14 日分别向马某转账 45 万元、50 万元。马某主张上述款项系赵某向其支付购买厂房的款项，与本案无关，马某对此提交赵某出具的收条予以证实，该收条载明“今已付东沙厂房款肆拾伍万元正。2015 年 10 月 31 日付清余款壹佰贰拾伍万元正。赵某 2015.8.14”。赵某主张 50 万元系偿还本案 78 万元借款，马某主张 50 万元系支付东沙厂房款项。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于 2020 年 9 月 15 日作出（2020）鲁 0105 民初 3796 号民事判决：赵某于判决生效之日起 10 日内偿还马某借款 28 万元及利息（利息以 28 万元为基数，自 2020 年 7 月 1 日起至借款实际给付之日止，按年利率 6% 计算）。宣判后，马某不服提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 12 月 9 日作出（2020）鲁 01 民终 13225 号民事判决：一、撤销济南市天桥区人民法院（2020）鲁 0105 民初 3796 号民事判决；二、赵某于判决生效之日起 10 日内偿还马某借款 78 万元及利息（利息以 78 万元为基数，自 2020 年 7 月 1 日起至借款实际给付之日止，按年利率 6% 计算）。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议焦点为，赵某于 2015 年 11 月 14 日向马某转款 50 万元是否系偿还本案 78 万元的借款。赵某主张 50 万元系偿还本案 78 万元借款，马某主张 50 万元系支付东沙厂房款项。赵某出具

的收条中承诺 2015 年 10 月 31 日付清东沙厂房的 125 万元余款，2015 年 11 月 14 日该债务已经到期，且赵某未提交有效证据予以证实东沙厂房余款支付情况，故该日转款 50 万元应优先抵充东沙厂房款项，一审法院认定 50 万元系偿还涉案借款欠当，应予以纠正。赵某应当偿还马某借款 78 万元及利息，利息以 78 万元为基数，自 2020 年 7 月 1 日起至借款实际给付之日止，按年利率 6% 计算。

【案例注解】

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）第二十条规定，“债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。但是，债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。”

在日常生活中，各民事主体之间的经济交往较为频繁，有可能存在多个法律关系。债务人对同一债权人负担数笔债务，存在履行期限、利息约定、担保大小的差异，当债务人还款不足以充抵全部债务时，认定抵充顺序对剩余债务数额的认定存在重大影响。本案中，马某与赵某之间存在两笔债权债务关系，且赵某向马某的转款未注明款项用途，双方对转款性质产生争议，故应结合当事人约定的抵充顺序、合同约定的履行债务期间、债务数额、担保情况等情形，认定还款的抵充方式。

济南市中级人民法院民事审判第五庭 高希亮 谭行方

义务帮工致人受伤的责任承担问题

——张某与牛某然生命权、健康权、身体权纠纷案

关键词 义务帮工 责任承担

【裁判要旨】

所谓帮工，是指无偿为他人提供劳务，帮工人与被帮工人之间往往具有特殊的社会关系，通常发生在亲朋好友、同事、邻居之间，具有临时性的特点，也可以理解为通常所说的助人为乐。帮工活动中，帮工人虽然是自愿、无偿提供帮工活动，但其目的是为了被帮工人利益，基于这个原因，作为被帮工人来说，接受义务的帮工在法律上就不再是一种随意的行为，如果帮工人在帮工的过程中对他人造成了伤害或者说自己受到了伤害，就需要由被帮工人来承担责任。也就是说，被帮工人在接受帮工时就将面临帮工过程中发生意外伤害事故承担赔偿责任的风险。

【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》第十三条 为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。

【案件索引】

一审：济南市济阳区人民法院（2020）鲁0125民初4111号（2020年11月23日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终400号（2021年1月25日）

【基本案情】

原告牛某然诉称：被告与原告母亲系朋友关系，2020年6月19日下午，被告骑电动车载原告及其孩子玩耍，原告坐在电动车后座。在济阳区城区预防接种门诊西十字路口，因被告骑行较快，加之路况不好，原

告从电动车上掉下来，电动车又将原告的手轧伤。2020年6月20日原告前往济南市儿童医院住院治疗，住院6天，实际支出医疗费7757.04元。原告住院期间，被告曾前往医院看望，并在送的奶中放了2000元。原告本不想再追究此事，但原告出院后，被告非但不看孩子，还前往原告之父单位索要给的2000元，并声称自己没责任，辱骂原告，态度十分恶劣。为维护原告自身权益，诉至法院。

被告张某辩称：其没有轧伤原告，也没有辱骂原告，发生事件的地点是济南市济阳区纬一路与经三路的路口西北角，其是从经三路右拐至经一路，大约10米左右，原告坐在电动车后座上，不小心掉下来摔伤，具体过程该路口有监控，应该能记录该事件发生的过程。当时张某带着自己的小孩，自己的小孩在前面的小椅子上坐着。

法院经审理查明：2020年6月19日，张某骑电动车带其孩子与牛某然行驶至济南市济阳区经三路与纬一路路口时，坐在电动车后座的牛某然从电动车上摔落受伤。2020年6月20日，牛某然至济南市儿童医院接受治疗，入院诊断为皮肤挫伤（左手环指、小指），住院6天，经医保报销后共支出医疗费7757.04元。事故发生后，张某已支付牛某然2000元。

【裁判结果】

济南市济阳区人民法院于2020年11月23日作出（2020）鲁0125民初4111号民事判决：一、被告张某于本判决生效之日起十日内赔偿原告牛某然医疗费5429.93元、护理费420元、交通费140元，扣除被告张某已支付的2000元，以上共计3989.93元；二、驳回原告牛某然的其他诉讼请求。宣判后，张某提出上诉。山东省济南市中级人民法院于2021年1月25日作出（2021）鲁01民终400号民事判决：一、撤销山东省济南市济阳区人民法院（2020）鲁0125民初4111号民事判决；二、驳回牛某然的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：张某与牛某奇、杜某倩系朋友关系，事故发生之日，其帮牛某奇、杜某倩送女儿牛某然回家，双方并未约定报酬，成立无偿帮工关系。张某在从事帮忙照顾牛某然活动中致牛某然受伤，牛某奇、杜某倩作为被帮工人依法应当承担赔偿责任。事故发生在济南市济阳区市区道路，张某骑电动车载其孩子和牛某然两名未满十二周岁儿

童出行，违反了关于非机动车载人的规定，但是牛某奇、杜某倩作为牛某然的监护人，明知张某驾驶非机动车安装的固定安全座椅只能附载一名儿童，对于可能存在的风险应当预料到，而仍将牛某然交给张某待孩子玩耍结束后送牛某然回家，且张某作为帮工人将牛某然安放在固定安全座椅上，而将自己的孩子放在存在安全隐患的脚踏板上，已经尽到了相应的义务，牛某奇、杜某倩作为牛某然的监护人存在过错，更何况系被帮工人，相应的责任应由其承担。故牛某奇、杜某倩作为牛某然的监护人要求张某对本次事故的发生承担相应的责任，不予支持。一审法院认定牛某然的各项损失由张某按 70% 承担赔偿责任适用法律错误，予以纠正。牛某奇、杜某倩也认可本次伤害属意外，并无证据证实系张某主观故意或重大过失所为，且在牛某然住院后，张某带礼品到医院探望并留下 2000 元，以表达慰问及歉意，虽然事后双方又发生矛盾，而张某亦非真意讨要该 2000 元，系对自有权利的正当处分，不予干涉。而对于张某这种邻里朋友之间善意行为，互帮互助、团结友善的良好道德风尚是值得肯定的。牛某然受伤，双方都很心疼，牛某奇、杜某倩应正确对待本次事故，不应迁怒于张某。

【案例注解】

所谓帮工，是指无偿为他人提供劳务，帮工人与被帮工人之间往往具有特殊的社会关系，通常发生在亲朋好友、同事、邻居之间，具有临时性的特点，也可以理解为通常所说的助人为乐。帮工活动中，帮工人虽然是自愿、无偿提供帮工活动，但其目的是为了被帮工人利益，基于这个原因，作为被帮工人来说，接受义务的帮工在法律上就不再是一种随意的行为，如果帮工人在帮工的过程中对他人造成了伤害或者说自己不小心受到了伤害，那么就需要由被帮工人来承担这个责任。也就是说，被帮工人在接受帮工时就将面临帮工过程中发生意外事故承担赔偿责任的风险。

在日常生活中，经常出现邻里好友出于善意，在他人陷入困境时主动伸出援手、提供帮助的情况。被帮助人从这种帮助行为中受益可能非常有限，但此种帮助行为往往符合社会主义核心价值观，有助于良好社会风气的形成，值得鼓励。当帮助人因帮助行为受到损害，且该损害不因被帮助人故意或过失而产生，被帮助人不可以以帮助行为并非其主动

民事案例

要求、帮助行为收益有限为由少赔偿或不予赔偿帮工人。并且在生活中，帮助人的帮助行为或许并非完美无缺，但被帮助人已经接受了帮助，并且明知帮助行为存在一定的风险，则应当认为被帮助人已经自愿承担了这一风险所可能导致的损害后果，而不能要求帮助人承担这一责任。义务帮助行为是社会和谐风貌的体现，和谐友善是凝聚社会合力，维护社会稳定的重要力量，是社会主义核心价值观的重要内容，本判决有助于引导公民之间互相尊重、互相关心、互相帮助，对形成和睦友好的社会主义新型人际关系有较好的社会效果。

济南市中级人民法院家事少年审判庭 蔺双祝 潘宇晨

基于欺诈情形下出具的放弃继承权 声明书的效力认定

——马某诉孙某某法定继承纠纷案

关键词 继承 放弃继承 遗产 无效

【裁判要旨】

放弃继承必须是继承人的真实意思表示。如果采取欺骗、威胁或胁迫等强制手段，让继承人违背真实意愿而作出的放弃继承表示，这种表示是无效的。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五条 民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

第七条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

第一千一百二十条 国家保护自然人的继承权。

第一千一百二十三条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第一千一百二十四条 继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

第一千一百二十七条 遗产按照下列顺序继承：

（一）第一顺序：配偶、子女、父母；

（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

第一千一百三十条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

第一千一百五十六条 遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

第一千一百五十九条 分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。

【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2020）鲁0104民初6054号（2021年2月23日）

【基本案情】

原告马某诉称：我系孙某甲的母亲，孙某某是孙某甲的儿子，孙某甲于2020年7月7日突发疾病死亡，其父亲孙某早已亡故，第一顺序继承人为我和孙某某。孙某甲去世后，我和孙某某对于其遗产分割问题未能达成一致，为了解决遗产纷争，特诉至贵院，提出如下诉讼请求：1. 依法继承被继承人孙某甲位于济南市槐荫区经十路29514号外海中央花园一区11号楼某号房产、一区4号楼某号房产；2. 依法分割孙某甲的抚恤金、丧葬费用；3. 本案诉讼费用由孙某某承担。诉讼过程中，马某表示在本案中撤销其要求继承孙某甲位于济南市槐荫区经十路29514号外海中央花园一区11号楼某号房产及分割孙某甲的抚恤金与丧葬费用的诉讼请求。

被告孙某某辩称：一、马某已于继承发生后遗产分割前以书面形式自愿自书放弃对被继承人孙某甲的遗产继承权，根据相关司法解释规定，该放弃继承权的行为合法有效；二、2010年10月15日，孙某甲与李某离婚时，已将坐落济南市槐荫区经十路29514号外海中央花园一区11号楼某号房产归于李某所有；三、马某未提交孙某甲的抚恤金、丧葬费用数额的相关证据，我对此也不清楚，故对其该项请求不予认可。

法院经审理查明：孙某甲与李某原系夫妻关系，双方育有一子孙某某。2010年10月15日，孙某甲与李某经济南市槐荫区民政局协议离婚，双方在离婚协议书中约定：“1. 男方名下位于济南市经十西路外海中央花园B4号楼某房产归女方所有，此房产银行贷款本金及利息均由男方负担。离婚后配合女方办理产权变更登记手续，因办理产权变更登记手续所应

支付的一切税费由男方负担。2. 男方名下位于济南市槐荫区张庄路某房产归男方所有。3. 女方名下房产槐荫区匡山小区某号及财产归女方所有。4. 家庭用汽车上海华普鲁 ××× 一部归男方所有，其余共同财产归女方所有。5. 双方个人名下的债权债务离婚后由各自享有和承担。”

另查明，马某系孙某甲之母，孙某甲之父孙某已于 1985 年去世。庭审过程中，马某与孙某某均表示孙某甲无其他子女，且孙某甲与李某系原配夫妻，双方离婚后孙某甲并未再婚，除本案的继承人以外，孙某甲并无其他继承人及可适当分得其遗产的人。

还查明，2016 年 7 月 14 日，孙某甲取得其购得的坐落本市槐荫区经十路 29716 号外海中央花园一区 4 号楼某号房产一套的所有权，房屋权属状况信息表中登记的共有情况一栏中载明“无”。其因购买该房产于 2016 年 7 月 26 日向中国工商银行股份有限公司济南千佛山支行贷款 40 万元，贷款期限至 2028 年 7 月 26 日止。2020 年 7 月 7 日，孙某甲去世，其未立有遗嘱，亦未签订遗赠扶养协议。诉讼过程中，马某对此套房产目前的市场价值提出鉴定申请，山东广泰土地房地产评估测绘有限公司接受法院委托后，于 2021 年 1 月 18 日作出如下估价结果：“估价对象坐落于本市槐荫区经十路 29716 号外海中央花园一区 4 号楼某号房产于价值时点 2021 年 1 月 11 日的估价结果为 144.02 万元。”马某一方为此支付评估费 14000 元。庭审过程中，双方均认可孙某某在其父去世后代孙某甲偿还上述房屋贷款本息共计 26871.40 元，且截至 2021 年 3 月，孙某甲尚欠中国工商银行股份有限公司济南千佛山支行贷款本金 267907.44 元及相应的利息未还。

又查明，2020 年 7 月 12 日，在孙某某的要求下，马某为其出具如下内容的书面意见一份，其中载明：“我叫马某，身份证号：××××，我自愿放弃儿子孙某甲名下所有财产继承权。我思维清楚，是自愿表达。”庭审中，马某主张上述书面意见系孙某某与其母李某于 2020 年 7 月 12 日以孙某甲因与他人打仗被判刑，且房产已经抵押为由要求自己出具，但当时其二人并未告知自己孙某甲已经去世，孙某某承认其要求马某出具上述意见时，自己并未告知马某孙某甲已经去世的事实，而是在告知马某自己与李某均需书写同样内容的书面意见后才能查到其父孙某甲在外是否有其他女人和孩子的情况下糊弄马某出具了上述意见。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2021年2月23日作出(2020)鲁0104民初6054号民事判决：一、坐落于济南市槐荫区经十路29716号外海中央花园一区4号楼某号房产一套(房产证号：济南××××)归被告孙某某所有；二、被告孙某某于本判决生效之日起十日内给付原告马某上述房屋货币补偿款572710.58元；三、截至2021年3月，孙某甲尚欠中国工商银行股份有限公司济南千佛山支行的贷款本金267907.44元及相应的利息由被告孙某某偿还。宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：坐落于本市槐荫区经十路29716号外海中央花园一区4号楼某号房产一套的所有权登记于孙某甲个人名下，因此，其去世后，该处房产即成为孙某甲的遗产。因被继承人孙某甲生前对此房产并未立有遗嘱，亦未签订遗赠扶养协议，故上述房产应按法定继承办理。虽然马某曾于2020年7月12日书写过自愿放弃儿子孙某甲名下所有财产继承权的书面意见，但该意见并非其本人真实意思的表示，故此书面意见不能作为有效证据予以采信。因此，孙某某关于马某已于继承发生后遗产分割前以书面形式自愿自书放弃对被继承人孙某甲的遗产继承权的抗辩主张不能成立，法院对此不予采信。根据相关法律规定，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。故马某、孙某某每人对涉案房产的应继份额均为1/2。鉴于孙某某在其父去世后代孙某甲偿还了房屋贷款本息26871.40元，且截至2021年3月，孙某甲尚欠有中国工商银行股份有限公司济南千佛山支行贷款本金267907.44元未还，加之马某并不主张涉案房屋的所有权，故涉案房产以判归孙某某所有为宜；但其应按评估的房产市场价值扣除孙某某代偿的房屋贷款本息及尚未归还的房屋贷款后给予马某相应的货币补偿。尚未归还的涉案房屋贷款，则应由孙某某偿还。因本案产生的鉴定评估费，应由马某与孙某某共同承担。

【案例注解】

按照我国法律的规定，继承人放弃继承行为属于单方民事法律行为，虽然只要有继承人明确放弃继承的意思表示即可成立，但放弃继承也应在符合民事法律行为的有效要件时才能发生效力。实践中，放弃继承权

有效需具备以下条件：1. 继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后遗产分割前作出。2. 继承人放弃继承权，必须以明示的方式表示出来，不可以用默示的方式。3. 放弃继承的意思表示应当由具有民事行为能力的继承人亲自作出。法定代理人一般不能代理无民事行为能力人、限制民事行为能力人的继承人放弃继承权。4. 放弃继承的效力应从继承开始计算。如果继承人放弃继承权，即意味着从继承一开始其就没有了继承权。5. 放弃继承必须是继承人的真实意思表示。如果采取欺骗、威胁或胁迫等强制手段，让继承人违背真实意愿而作出的放弃继承表示，这种放弃继承行为是无效的。以该案为例，虽然马某曾于2020年7月12日书写过自愿放弃其子孙某甲名下所有财产继承权的书面意见，但其出具上述意见时已近80岁高龄，该意见系其在未被告知其子孙某甲已经去世，亦未被告知其出具此书面意见的真实用意，其系在受到其孙子等人欺骗的情况下所出具，故其以上书面意见不能作为认定马某已放弃继承涉案房产的有效证据予以采信。综上，继承人有权根据自己的意愿选择放弃继承权，但对放弃继承权声明有效性的认定，应综合案件的证据进行判断，并非所有放弃继承的行为均属有效。

济南市槐荫区人民法院 岑玉洁

房屋买卖是否足以排除执行的认定

——刘某、周某香与项某、郑某莉案外人执行异议之诉案

关键词 签订房屋买卖合同 占有 支付价款 未办理过户 排除执行

【裁判要旨】

案外人对登记在被执行人名下的不动产享有足以排除强制执行的民事权益为由，提起执行异议之诉的，应当对其主张承担举证证明责任。案外人提供的证据无法证明在法院查封前已经签订房屋买卖合同、合法占有房产、支付房屋全部价款、非因自身原因无法办理产权过户登记等情形，也即无法证明其享有足以排除强制执行的民事权益，应当承担举证不能的责任。

【相关法条】

《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》第二十八条 金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

《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》第三百一十一条 案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的，案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。

第三百一十二条 对案外人提起的执行异议之诉，人民法院经审理，按照下列情形处理：（二）案外人就执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益的，判决驳回诉讼请求。

【案件索引】

一审：济南市济阳区人民法院（2019）鲁0125民初2789号（2020

年 3 月 13 日)

二审：济南市中级人民法院 (2020) 鲁 01 民终 7437 号 (2020 年 8 月 4 日)

【基本案情】

原告刘某、周某香诉称：两原告系夫妻关系，周某香与涉案房产权利人周某军为兄妹关系，周某军与第三人郑某莉为夫妻关系。2005 年，两原告与周某军及第三人协商，约定周某军夫妇将涉案房屋转让给两原告，房屋总价款为人民币两万元，达成协议后，两原告向周某军夫妇支付现金一万元，周某军夫妇向原告交付了房屋，两原告居住使用至今。2007 年 7 月份，两原告支付尾款一万元，并与周某军夫妇补签私有房屋买卖合同一份，周某军为原告出具收据一张，随后原告要求周某军夫妇配合办证，因涉案房屋产权证书为九十年代老证，需要更换为新证方能过户，且因周某香与郑某莉夫妻关系不和，两人就配合过户问题未能达成一致意见，迟迟未能办理过户手续。2019 年初，涉案房屋遇国家拆迁，在办理评估手续发现房屋由被告申请查封，原告随即向贵院提起执行异议，但法院作出的 (2019) 鲁 0125 执异 18 号执行裁定书，驳回了原告的异议请求。原告已经在查封前签订了房屋买卖合同，并合理居住，支付了全部价款，且未过户的原因不在原告，请求法院依法确认位于济南市济阳区经二路 53-7 号房产 (房产证号：济阳房权证城改字第 006766 号) 为原告所有，并停止对该房产的强制执行，解除查封，本案全部诉讼费被告承担。

被告项某辩称，刘某、周某香的诉讼请求没有任何事实和法律依据，应当驳回。项某申请查封房屋的首次时间为 2009 年 6 月 18 日，刘某、周某香对涉案房产享有的实体权利不足认定房屋归其所有，亦不足以阻挡人民法院的强制执行。本案没有证据证实刘某、周某香在人民法院查封之前已经签订了合法有效的书面买卖合同，也没有证据证实刘某、周某香在人民法院查封之前已合法占有该不动产，并已经支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行。本案不符合非因买受人自身原因未办理过户登记的条件。涉案房屋已经在 2007 年由周某军重新申请了房屋所有权房改登记，且于 2007 年 6 月 29 日取得了新的房屋不动产权证书 (城改 006766 号)，既然取得

了新证，且距离答辩人申请查封房屋有两年的间隔。但刘某、周某香并没有办理过户。综上，刘某、周某香的诉讼请求，证据不足，于法无据，法院不应支持。

第三人郑某莉未作陈述。

法院经审理查明：2009年6月18日，项某与郑某莉、周某军民间借贷纠纷一案在济南市济阳区人民法院申请诉前保全，该院作出（2009）济阳民保字第54号民事裁定书，查封了郑某莉、周某军共有的产权证号为城改006766的住房一套。2009年6月18日项某提起民事诉讼，该院于2009年11月24日作出（2009）济阳民初字第920号民事判决书，判决郑某莉、周某军给付项某借款本金180000元及应付利息。判决生效后，郑某莉、周某军未履行判决义务。项某于2010年3月17日向该院申请强制执行，该院于2010年5月14日作出（2010）济阳法执字第193号执行裁定书（续查封沿用了原执行案号），裁定继续查封郑某莉、周某军共有的涉案房产。刘某、周某香对该裁定（注：即原（2010）济阳法执字第193号执行案件中的查封裁定书）的查封措施不服，于2010年4月26日向该院提出书面异议，该院于2010年5月6日作出（2010）执异18号执行裁定书，裁定驳回刘某、周某香的异议请求，刘某、周某香在法定期限内向本院提起案外人执行异议之诉。

郑某莉、周某军于1995年在民政局登记结婚。1998年购买涉案房产并登记在周某军名下，2007年6月29日换领新的房屋产权证书（证号为城改006766）。周某军与周某香系兄妹关系，周某军于2010年1月31日因病死亡。

刘某、周某香提供的落款时间为“2007年7月”的《私有房屋买卖合同》约定的房屋买卖时间、价款的支付方式，以及在诉状中陈述的房屋占有使用、付款情况与刘某、周某香开庭时的陈述不一致，互相不能印证，刘某、周某香没有提交其他证据证明房屋买卖合同签订的准确时间，且项某对其真实性不予认可。故，不能证明在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同、亦不能证实其已经支付全部价款，并实际占有涉案房屋，也没有提供证据证明非因自身原因无法办理房屋产权过户登记。

【裁判结果】

济南市济阳区人民法院于 2020 年 3 月 13 日作出 (2019) 鲁 0125 民初 2789 号民事判决：驳回刘某、周某香的诉讼请求。宣判后，刘某、周某香提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 8 月 4 日作出 (2020) 鲁 01 民终 7437 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：金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，主张享有足以排除强制执行的民事权益的，应当同时符合下列情形：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。本案的争议焦点在于刘某、周某香对涉案房产是否具有足以排除执行的民事权益。刘某、周某香提供的相关证据及在诉状中的陈述与其开庭时的相关陈述不一致，互相不能印证，无法证明在法院查封前其已经签订房屋买卖合同、合法占有房产、支付房屋全部价款、非因自身原因无法办理产权过户登记等情形。法院认定，刘某、周某香的异议理由不成立，对其诉讼请求，不予支持。

【案例注解】

法院查封的房产登记在周某军名下，刘某、周某香主张其购买了该房产，享有足以排除强制执行的民事权益，其应当提供证据证明同时满足《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》第二十八条规定的四个条件。刘某、周某香虽然提供了签订时间显示为“2007 年 7 月”的《私有房屋买卖合同》，但该合同约定的房屋买卖时间、价款的支付方式以及刘某、周某香在提出执行异议的书面材料及本案起诉状中对支付价款、实际占有情况、未能办理房屋过户的原因等事实的陈述与开庭时刘某、周某香的陈述相互矛盾，互相不能印证。刘某、周某香提供的证据不能证明其在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同、已合法占有该不动产、已支付全部价款或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行，且非因其自身原因未办理过户登记，无法证明刘某、周某香对登记在周某军名下

民事案例

的房屋享有足以排除强制执行的民事权益。故刘某、周某香的异议理由不成立。

本案例的指导意义在于，对于买受人对登记在被执行人名下的不动产提出执行异议的，应当审查是否同时满足《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》第二十八条规定的四个条件，即在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；在人民法院查封之前已合法占有该不动产；已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；非因买受人自身原因未办理过户登记。否则，不能确认其享有足以排除强制执行的民事权益。同时提醒，房屋买卖合同的当事人，在购买房产时要签订正规的房屋买卖合同、保留付款凭证、合法占有房屋，并及时办理相关产权转移登记手续，以避免自己购买的登记在被执行人名下的房屋被强制执行。

济南市济阳区人民法院 杨名峰

三、商事案例

囤积免冠、免行业的知名企业字号的行为 构成不正当竞争的认定

——福建永荣控股集团有限公司诉永荣集团有限公司、
永荣能源集团有限公司等不正当竞争纠纷案

关键词 不正当竞争 企业名称 免冠免行业

【裁判要旨】

按照企业名称登记管理规定，只有全国性的、历史悠久、字号驰名、注册资本超过一亿的企业，其企业名称才能够不冠以行政区划（免冠）、行业种类（免行业）。被告囤积大量免冠、免行业的第三方知名企业的字号，是一种新型的不正当竞争侵权形态。此种侵权行为已经超出了生产经营的实际需要，将产生阻碍本案原告在内的大量第三方无法正常注册免冠、免行业的企业名称的后果，违反了诚实信用原则，扰乱了正常的企业名称登记管理秩序，构成不正当竞争，应受法律的制裁。

【相关法条】

《中华人民共和国商标法》第五十八条 将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第一款 经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。

第六条第一款第二、四项 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人

民法院提起诉讼。

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。

《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第四条 被诉企业名称侵犯注册商标专用权或者构成不正当竞争的，人民法院可以根据原告的诉讼请求和案件具体情况，确定被告承担停止使用、规范使用等民事责任。

【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2020）鲁01民初242号（2020年6月19日）

二审：山东省高级人民法院（2020）鲁民终2356号（2020年9月23日）

【基本案情】

原告福建永荣控股集团有限公司（以下简称福建永荣公司）诉称：福建永荣公司成立于2009年6月17日，是一家生产制造为主业的大型产业集团。“永荣”作为原告的注册商标及企业字号，具备知名度、美誉度，多次获得“亚洲十大影响力品牌”“中国企业500强”等荣誉。原告发现，被告永荣集团有限公司（以下简称永荣集团公司）于2018年8月8日抢注了企业名称，其全资控股子公司的另两被告永荣能源集团有限公司（以下简称永荣能源公司）、永荣控股集团有限公司（以下简称永荣控股公司）分别于2019年11月21日、2019年11月28日注册。三被告的法定代表人段连军大量注册包含他人知名商标或字号的企业名称，恶意囤积企业名称、破坏公平竞争的市场秩序，构成不正当竞争行为。请求法院判令：1. 三被告立即停止不正当竞争行为；2. 三被告赔偿原告经济损失及合理费用支出共计35万元。

三被告共同辩称：被告是依法批准成立的公司，与原告所属行业不同。国内有诸多“永荣”商标，该商标显著性不高。在全国范围内的各行业

使用“永荣”字号的企业众多。被告使用“永荣”字号不存在不正当竞争的行为，原告主张赔偿没有事实和法律依据。

法院经审理查明：原告福建永荣公司于 2009 年 6 月 17 日注册成立，注册资本 13 亿元，经营范围包括商业投资、针纺织品、燃料油、化工产品的销售等，在内地及香港有 16 家带有“永荣”字号的子公司、关联公司。原告于 2010 年 11 月 7 日、2011 年 2 月 7 日分别注册第 7578124 号“永荣”文字商标和第 7578126 号“永荣 EVER SUN”文字商标，核定使用商品分别为第 7 类（发电机、纺织工业用机器、石油精炼设备等）和第 1 类（化学肥料、金属土等）。原告先后获得 2019 中国企业 500 强、2019 亚洲品牌 500 强等荣誉。2019 年原告的品牌价值评估价为 450.68 亿元。被告永荣集团公司成立于 2018 年 8 月 8 日，注册资本 1 亿元，认缴出资时间至 2047 年 12 月 31 日前，股东为山东五八同城文化传媒有限公司，行业门类为文化、体育和娱乐业。被告永荣能源公司成立于 2019 年 11 月 21 日，注册资本 1 亿元，认缴出资时间至 2050 年 12 月 31 日前，股东为被告永荣集团公司，行业门类为制造业。被告永荣控股公司成立于 2019 年 11 月 28 日，注册资本 1 亿元，认缴出资时间至 2050 年 12 月 31 日前，股东为被告永荣集团公司，行业门类为租赁和商务服务业。上述三被告的法定代表人均为段连军，注册登记的经营地址均在山东省济南市槐荫区经七路 843 号泰山国际大厦 11 层。段连军是山东五八同城文化传媒有限公司、山东五八到家文化传媒有限公司等 13 家企业的法定代表人。段连军还是大疆集团有限公司、传音集团有限公司、博长集团有限公司、金岭集团有限公司等 29 家企业的法定代表人。上述企业使用免冠（即：不包含行政区划）企业名称，行业门类主要集中在文化、传媒业，认缴出资均在 1 亿元以上，现认缴出资时间均未到期，注册时间在 2016 年 2 月至 2019 年 11 月之间，注册登记的经营地址主要集中在山东省济南市槐荫区经七路 843 号泰山国际大厦 11 层、23 层。原告福建永荣公司提交了其公司员工俞兴养和钟润成的微信聊天记录和通话记录。在双方的沟通记录中，钟润成发送被告永荣集团公司的企业工商信息和永荣集团规划方案，推销免冠的“永荣”企业字号，并约俞兴养于 2019 年 10 月 24 日到其位于山东省济南市槐荫区经七路 843 号泰山国际大厦 11 层 B01 的办公室协商。因协商未果，钟润成于 2019 年 12 月 21 日通过微信给原告发

告知函，要求原告停止侵犯被告永荣控股公司的企业名称权行为。

【裁判结果】

济南市中级人民法院于2020年6月19日作出（2020）鲁01民初242号民事判决：一、被告永荣集团有限公司、永荣能源集团有限公司、永荣控股集团有限公司立即停止对原告福建永荣控股集团有限公司的不正当竞争行为，即立即停止在其企业名称中使用“永荣”字样；二、被告永荣集团有限公司、永荣能源集团有限公司、永荣控股集团有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告福建永荣控股集团有限公司经济损失及合理开支共计25万元；三、驳回原告福建永荣控股集团有限公司的其他诉讼请求。宣判后，永荣集团有限公司提出上诉，后在二审中申请撤回上诉。山东省高级人民法院于2020年9月23日作出（2020）鲁民终2356号民事裁定：准许上诉人永荣集团有限公司撤回上诉。一审判决自本裁定书送达之日起发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：原告福建永荣公司成立后，先后获得中国企业500强、亚洲品牌500强等荣誉，“永荣”品牌已经在中国民营企业界、制造行业、石油化工行业等市场领域内取得了很高的市场知名度，应当获得较高水平的保护。被告永荣集团公司、永荣能源公司、永荣控股公司的成立时间，均明显晚于原告字号及商标的注册使用时间。三被告使用的企业名称有一个共同特点，是免冠的企业名称。按照企业名称登记管理规定，只有全国性的、历史悠久、字号驰名的企业，才能够不冠以行政区划（免冠）；只有经营范围涵盖多个行业、注册资本超过一亿的企业，才能够注册不包含行业的企业名称。山东五八同城文化传媒有限公司成立于2014年1月，又于2018年8月独资投资成立被告永荣集团公司。被告永荣集团公司显然达不到全国性的、历史悠久、字号驰名的企业的程度，对于将“永荣”作为公司名称中字号使用的行为无法做出合理解释。因此，被告将原告的企业名称、字号及注册商标作为企业名称、字号注册并使用，不具有合理性。三被告使用“永荣”字号成立后，均未实缴出资、无经营业务发生。钟润成是被告的利益相关方，曾要约出售企业字号牟利。在出售未果的情况下，被告继而又向原告发出告知函，被告获取不正当利益的意图明显。被告的法定代表人段连军也是大量的

免冠、免行业公司的法定代表人，但对大量注册公司的行为未给出合理解释，扰乱了正常的企业名称登记管理秩序。因此，被告将原告的企业名称、字号及注册商标作为企业名称、字号注册并使用，不具有正当性。被告永荣集团公司的企业名称为免冠、免行业的企业名称，其企业名称中并不显示行业特点，相关公众对其具体经营行业不能直接与原告的行业进行区分，会产生混淆误认的后果。被告永荣能源公司、永荣控股公司登记的行业门类与原告重叠，造成相关公众混淆误认在所难免。原告“永荣”商标和字号的显著性和知名度，是经过原告长期使用获得诸多荣誉累积形成的，他人使用“永荣”商标和字号，并不代表原告的“永荣”商标和字号不具有显著性和知名度，也不代表被告使用“永荣”商标和字号具有合理性和正当性，更不能据此否认其与原告“永荣”商标和字号混淆的事实。在原告的企业名称、“永荣”字号及商标注册在先且具有较高知名度的情况下，在后成立的被告攀附在先知名企业的商誉，构成对原告的不正当竞争，应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。被告注册使用企业名称不具有合理性、正当性，违法性质明显，其在经营过程中不论是否突出使用其字号“永荣”二字，均难以避免会产生市场误认。对于原告诉讼请求判令被告停止在其企业名称中使用含有“永荣”字号的诉讼请求，予以支持。因原告侵权受损或被告侵权获利的数额难以准确确定，将综合考虑涉案商标、字号的知名度和显著性、被告侵权行为的性质、主观过错程度、侵权后果、原告为维权支付的合理费用等因素酌定赔偿 25 万元。

【案例注解】

囤积免冠、免行业的第三方知名企业的字号，是一种新型的不正当竞争侵权形态。根据《企业名称登记管理规定》，企业名称应当冠以企业所在地行政区划名称、字号、行业或者经营特点、组织形式。免冠、免行业的企业名称核准有严格的标准，只有全国性的、历史悠久、字号驰名的企业，才能够不冠以行政区划（免冠）；只有经营范围涵盖多个行业、注册资本超过一亿的企业，才能够注册不包含行业的企业名称。那么本案中被告的企业名称是否符合上述标准，决定其使用“永荣”字号是否具有合理性。被告永荣集团公司的法人独资股东山东五八同城文化传媒有限公司成立于 2014 年 1 月，被告永荣集团公司于 2018 年 8 月成立，

显然达不到免冠、免行业企业名称所要求的全国性的、历史悠久、字号驰名的条件，对于将“永荣”作为企业字号使用被告无法做出合理解释，因此被告的使用行为不具有合理性。

另一方面，被告的使用行为存在不正当的主观意图。被告成立后未实缴出资、无业务发生，说明其成立的目的并非为了生产经营。被告的利益相关方曾要约出售企业字号牟利，被告的法定代表人段连军也是大量的免冠、免行业公司的法定代表人，对大量注册公司的行为不能给出合理解释。被告及其法定代表人的行为，将产生阻碍本案原告在内的大量第三方无法正常注册免冠、免行业的企业名称的后果，违反了诚实信用原则，不具有正当性。原告的“永荣”字号、商标通过使用业已取得显著性和较高的知名度，被告使用“永荣”字号注册企业，是一种囤积免冠、免行业的知名企业字号的行为，扰乱了正常的企业名称登记管理秩序，不具有合理性、正当性，构成不正当竞争。

被告永荣集团公司抗辩其公司登记的行业门类为文化、体育和娱乐业，与原告是不同行业的经营者，两者不存在竞争关系。反不正当竞争法调整的竞争关系，虽然一般是指经营者经营同类商品或服务，经营业务虽不相同，但违反了反不正当竞争法第二条规定的自愿、平等、公平、诚信、遵守法律和商业道德等竞争原则，也可以认定具有竞争关系。被告永荣集团公司企业名称的注册使用不具有合理性和正当性，违反了反不正当竞争法规定的基本竞争原则，被告永荣集团公司以与原告不存在竞争关系的抗辩不能成立。且被告永荣集团公司的企业名称为免冠、免行业的企业名称，其企业名称中并不显示行业特点，相关公众对其具体经营行业不能直接与原告的行业进行区分，亦会产生混淆误认的后果。被告永荣能源公司、永荣控股公司登记的行业门类与原告重叠，造成相关公众混淆误认在所难免。被告查询出国内有诸多企业拥有“永荣”商标、使用“永荣”字号，来否定原告“永荣”商标和字号的显著性和知名度。但原告“永荣”商标和字号的显著性和知名度，是经过原告长期使用获得诸多荣誉累积形成的，他人使用“永荣”商标和字号，并不代表原告的“永荣”商标和字号不具有显著性和知名度，也不代表被告使用“永荣”商标和字号具有合理性和正当性，更不能据此否认其与原告“永荣”商标和字号混淆的事实。

《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第四条规定，被诉企业名称侵犯注册商标专用权或者构成不正当竞争的，人民法院可以根据原告的诉讼请求和案件具体情况，确定被告承担停止使用、规范使用等民事责任。具体而言，如果企业名称的注册使用并不违法，只是因突出使用其中的字号而侵犯注册商标专用权的，判令被告规范使用企业名称、停止突出使用行为即足以制止被告的侵权行为；相反，如果不正当地将他人具有较高知名度的在先注册商标、字号作为自己的字号注册登记为企业名称，则该注册使用企业名称的行为本身即是违法行为，不论是否突出使用均难以避免产生市场混淆误认的，则可以根据当事人的请求判令停止使用或者变更该企业名称。本案中，被告注册使用企业名称不具有合理性、正当性，违法性质明显，其在经营过程中不论是否突出使用其字号“永荣”二字，均难以避免会产生市场误认。因此，应当判令被告在其企业名称中停止使用含有“永荣”字样的字号。

济南知识产权法庭 刘军生

以直接起诉方式解除合合同时合同解除时间的认定

——济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会诉
青州市禾某棚业有限公司、袁某某合同纠纷案

关键词 解除合同 诉讼解除 时间认定

【裁判要旨】

《中华人民共和国民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》明确，民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的，人民法院确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五百六十五条第二款 当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十条 民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的，适用民法典第五百六十五条第二款的规定。

【案件索引】

一审：济南市长清区人民法院（2020）鲁 0113 民初 3725 号（2021 年 1 月 21 日）

【基本案情】

原告济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会（以下简称某某村委会）诉称：1. 解除某某村委会与青州市禾某棚业有限公司（以下简称禾某公司）签订的政府采购合同；2. 禾某公司返还工程款 1041932.50 元并支付违约金 180386.50 元；3. 诉讼费用由禾某公司承担。事实和理由：2019 年，某某村大棚建设作为政府采购项目公开招标，禾某公司中标。2019 年 1 月 2 日，双方签订农业大棚建设项目政府采购合同，禾某公司

进场施工，某某村委会支付 1041932.50 元工程款，但禾某公司未按合同约定时间竣工，无故停工至今。后某某村委会发现合同约定大棚顶高 6.50 米，禾某公司实际承建的大棚高度 5.65 米。为此，某某村委会于 2020 年 7 月 27 日书面通知禾某公司继续施工整改，禾某公司于 2020 年 7 月 30 日回复表示不再履行合同，要求解除合同。为防止损失扩大，某某村委会同意解除政府采购合同，但禾某公司应返还已付工程款 1041932.50 元并承担违约金 180386.50 元。

被告禾某公司辩称，1. 涉案工程招投标过程由某某村党支部书记袁某某违纪违规一手操办，合同是否有效存疑，对袁某某的违纪行为，禾某公司将向有关机关举报。2. 施工过程中，施工人实际收到的工程款少于建设方拨付的形象进度款，严重影响工程进度和质量，禾某公司已无法继续履行合同，对合同已履行部分，不存在解除问题，尚未履行部分的合同目的已无法实现，应当予以解除。3. 某某村委会已实际使用 1# 棚、2# 棚，合同约定建设的五个大棚所用材料和工艺相同，系一个整体，依照法律规定，建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持。4. 涉案施工合同为固定综合单价合同，应根据实际工程量据实结算并裁判。

第三人袁某某述称，自政府采购合同签订至今，其一直是某某村党支部书记，禾某公司、袁某某及其他人员在招投标及施工过程中的协商和沟通，不能变更合同内容，禾某公司应严格按照合同约定施工。

经审理查明：涉案项目经招投标，禾某公司中标。2019 年 1 月 2 日，某某村委会作为甲方、禾某公司作为乙方，双方签订政府采购合同一份，对工程的名称、内容、合同金额、付款方式、违约责任等予以约定。该合同所附全费用清单报价明细表约定 5 个大棚的顶高均为 6.50m。合同签订后，禾某公司进场施工，但未施工完毕。

某某村委会已付工程款 1041932.50 元。此外，某某村委会主张另行支付 20 万元回填土款即土款和机械平整费，加上已付的 1041932.50 元，已超过合同额的 60%。禾某公司主张 20 万元回填土款系袁某某以回填土的名义索取的回扣以用于个人还债，并提供袁某某与董某于 2019 年 1 月 25 日的通话录音拟证明该事实。

禾某公司修建的大棚棚高 5.50 米（不含高度 1 米的卷帘机）。某某

村委会主张政府采购合同约定大棚顶高 6.50 米，禾某公司修建的大棚棚高不符合合同约定，其于 2020 年 7 月 24 日向禾某公司发送通知一份，要求禾某公司在接到通知后 7 日内前来翻工。禾某公司于 2020 年 7 月 30 日向某某村委会发送解除合同通知书，陈述某某村委会未按时付款至 60%，未及时支付工程款时间太长，合同目的无法实现，通知某某村委会解除合同，自本通知到达之日合同解除。庭审中，禾某公司进一步明确其主张，仅同意解除政府采购合同尚未履行的部分，已经履行完毕的部分不存在解除的问题。

关于大棚棚高的计算方式，双方陈述不一。禾某公司主张其按照图纸及政府采购合同所附全费用清单报价明细表的要求修建大棚，棚高符合合同约定，棚高自从地面到顶端包括卷帘机部分的总高度为 6.50 米，不含卷帘机的棚高为 5.50 米，卷帘机作为大棚不可分割的一部分，其高度应计算在棚高内。对此，禾某公司提交大棚图纸一份为证，主张涉案工程招投标前已将图纸交付袁某某，袁某某同意按图纸施工，袁某某、艾某与董某 2018 年 11 月 18 日的通话录音也可证实二人均已经看到图纸，董某与艾某 2019 年 3 月 11 日的通话录音可证实董某认可顶高是 5.50 米。

某某村委会、袁某某对图纸不予认可，主张系禾某公司自行制作，没有某某村委会盖章或工作人员签名认可，招投标及施工过程中均未见该图纸，且双方在（2020）鲁 0113 民初 98 号案件（系双方因同一纠纷形成的前期诉讼，某某村委会请求解除政府采购合同，禾某公司支付违约金并返还多付工程款，后某某村委会撤回起诉）中均认可涉案工程无施工图纸，施工系按照政府采购合同约定、合同附件、全费用清单报价明细表进行，否认通话录音的证明目的。对此，某某村委会提交 98 号案件中 2019 年 10 月 18 日的庭前会议记录一份。在该庭前会议记录中，禾某公司有“工程没有图纸”的陈述。袁某某对此无异议。禾某公司主张其当时表述不准确，应系没有找到图纸。某某村委会并主张，大棚顶高及肩高跨度均是限定大棚内空间的数据，顶高应系大棚内部的最顶端，而非大棚外部的卷帘机高度，禾某公司提交的图纸与其陈述曾交付袁某某的图纸内容不一致，录音显示图纸为棚头的效果图，而非大棚的剖面图。

禾某公司主张政府采购合同无效，袁某某明知禾某公司不具备投标资格，缺乏相应的资质及业绩，仍亲自安排并让禾某公司中标，违反招

投标法和招投标实施条例。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于 2021 年 1 月 21 日作出（2020）鲁 0113 民初 3725 号民事判决书：一、济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会与青州市禾某棚业有限公司于 2019 年 1 月 2 日签订的政府采购合同于 2020 年 10 月 14 日起解除；二、青州市禾某棚业有限公司于本判决生效之日起十日内支付济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会违约金 180386.50 元；三、驳回济南市长清区平安街道办事处某某村民委员会的其他诉讼请求。宣判后，各方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

生效判决认为，某某村委会与禾某公司于 2019 年 1 月 2 日签订的政府采购合同，系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，系有效合同。禾某公司关于政府采购合同无效的抗辩主张，法院不予采信，理由如下：第一，禾某公司提交的招标文件对投标人的资质没有特殊要求，仅对投标人的经营范围作出要求，而禾某公司的经营范围对此已经囊括，故禾某公司关于其缺乏相应施工资质的主张，法院不予采信。第二，禾某公司虽主张投标书系袁某某制作后向其交付，但其对袁某某拿走公司公章一事认可并知情，应承担放任此种行为发生的法律后果，且禾某公司对投标行为及结果均予认可，故法院对禾某公司的投标书依法予以采信，该投标书已明确载明 2015 年以来已完工同类工程业绩表，禾某公司关于其缺少相应公司业绩的主张，法院不予采信。第三，袁某某作为某某村党支部书记在关于变更付款方式的申请上签字系履行职务行为，符合村委会村集体经济组织财务及重大事项管理制度；从禾某公司提交的银行转账记录可以看出，袁某某与禾某公司之间没有频繁的款项往来，对其中仅存的一笔交易，某某村委会也已对此作出合理说明。故对禾某公司关于上述两份证据的证明目的，法院无法采信。仅凭禾某公司提交的通话录音，不足以证实袁某某违法操作使其中标的事实，对禾某公司的上述主张，法院不予采信。禾某公司主张的相关人员违纪、违规的行为，其可以依法向有权部门举报，法院无权处理。

合同签订后，禾某公司进场施工，所建大棚棚高 5.5 米（不含卷帘机），某某村委会已付工程款 1041932.50 元，现涉案工程尚未完工，上述事实

已经质证且均予认可，本院予以确认。本案的争议焦点有三个：一是某某村委会已付工程款的数额；二是禾某公司所建大棚棚高是否违反合同约定及合同应否解除；三是某某村委会要求禾某公司返还工程款并支付违约金的诉讼请求应否予以支持。

关于争议焦点一，某某村委会已付工程款的数额。双方均认可某某村委会已付工程款 1041932.50 元，法院予以认定。禾某公司主张袁某某侵占 40 万元左右工程款，但未提交证据证实，本院不予采信。关于 20 万元款项的性质，禾某公司的主张及其提交的证据不足以证实该 20 万元款项系袁某某所拿回扣款，对其该项主张，法院不予采信。综上，法院依法认定某某村委会已支付禾某公司工程款 1241932.50 元（1041932.50 元+20 万元），付款进度已达合同额的 60%（1803865 元×60%=1082319 元）。因此，禾某公司在解除合同通知书中据以要求解除政府采购合同的事由，缺乏事实依据，法院不予采信。

关于争议焦点二，禾某公司所建大棚棚高是否违反合同约定及合同应否解除。第一，98 号案件中，禾某公司明确认可涉案工程没有施工图纸，其在本案中又主张系按照其提交的图纸进行施工，自相矛盾，对其上述主张，法院不予采信。且禾某公司提交的图纸系棚头剖面图，无某某村委会盖章或工作人员签名认可，禾某公司提交的其他证据也无法印证某某村委会曾经确认该图纸，对该图纸，法院不予采信。第二，双方均认可的全费用清单报价明细表明确载明大棚顶高为 6.5 米，根据常理，大棚的顶高系决定大棚空间的重要参数，该距离应系地面至大棚内部最高端的距离，不包含大棚外部的卷帘机高度。即便该 6.5 米包含卷帘机的高度，依据常理，双方也应对卷帘机的高度以及除此之外的棚高作出具体约定。在全费用清单报价明细表对此未作具体约定的情况下，禾某公司主张棚高应含卷帘机高度，与常理不符，对其该项主张，法院不予采信。因此，依法认定禾某公司所建大棚的棚高不符合合同约定。《中华人民共和国合同法》第九十四条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（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；……禾某公司所建大棚棚高不符合合同约定，并在某某村委会要求其翻工整改时明确表示不再继续履行该合同，导致某某村委会签订政府采购合同的目的无法实现，故某某村委会要求解除政府采购合同，

合理合法，法院予以支持。

关于解除时间。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十条规定，民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除劳动合同的，适用民法典第五百六十五条第二款的规定。《中华人民共和国民法典》第五百六十五条第二款规定，当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除劳动合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。本案起诉状副本于2020年10月14日送达禾某公司，故政府采购合同应自此起解除。

关于争议焦点三，某某村委会要求禾某公司返还工程款并支付违约金应否得以支持的问题。《中华人民共和国合同法》第九十七条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。本案中，对禾某公司已完工部分，是完全无法使用需要重新修建亦或采取补救措施后可以继续使用，综合本案现有证据及当事人陈述，法院无法直接作出认定，某某村委会亦未对此提出司法技术鉴定申请。现某某村委会主张已经完成工程需要全部推倒重建，并要求禾某公司返还全部已付工程款1041932.50元，证据不充分，法院不予支持，对此，双方当事人应当进一步协商解决，协商不成可另行主张权利。关于违约金，禾某公司所建大棚户高不符合合同约定，影响某某村委会如期使用，必然给其造成一定的经济损失。某某村委会参照履约保证金的约定，要求禾某公司按照签约合同价的10%向其支付违约金，合理合法，法院予以支持。故禾某公司应向某某村委会支付违约金180386.50元。

【案例注解】

在合同纠纷中，关于一方未通知对方而直接以诉讼或仲裁方式主张解除劳动合同的情况下，合同自何时解除这一问题，民法典施行前的法律、司法解释均没有明确规定。民法典第五百六十五条第二款对此类情况作出了明确规定，即“当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除劳动合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。”该款明确了以直接起诉或申请仲裁的方式解除合同时，如何确定合同解除时间。我国对

合同解除时间的确定系采用通知到达的立法模式，即对方知晓解除权人解除合同的意思表示的时间即为合同解除的时间。以通知方式行使解除权的，合同自通知到达对方时解除；以提起诉讼或申请仲裁的方式行使解除权的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。上述解除时间的确定是以当事人在表达解除合同的意思表示时享有解除权，即约定或法定的解除条件已经成就为前提。倘若当事人通知对方解除合同时，解除条件并未成就，对方当事人表示异议，后一方提起诉讼或申请仲裁，在起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时合同解除的条件已经成就，则合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

本案中，某某村委会与禾某公司于2019年1月2日签订的政府采购合同，系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，系有效合同。禾某公司关于案涉政府采购合同无效的抗辩主张，法院不予采信。禾某公司所建大棚棚高不符合合同约定，并在某某村委会要求其翻工整改时明确表示不再继续履行该合同，导致某某村委会签订政府采购合同的目的无法实现，故某某村委会要求解除政府采购合同，合理合法，法院予以支持。关于案涉政府采购合同的解除时间，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十条规定，民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的，适用民法典第五百六十五条第二款的规定；民法典第五百六十五条第二款规定，当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。本案起诉状副本于2020年10月14日送达禾某公司，故案涉政府采购合同应自此日起解除。

济南市长清区人民法院 尚然然

情势变更及合同解除时间的认定

——夹江县勤安砂石场诉四川鲁桥绿色公路养护有限公司
合同纠纷案

关键词 情势变更 不可预见 显示公平 提起诉讼方式 解除合同

【裁判要旨】

一、情势变更制度具有根据情势变化而对当事人的权利义务予以平衡的功能，涉及对合同效力的变更、限制或否定，与我国合同法维护有效合同的法律效力、促进交易安全的目标和宗旨相违背，因此适用情势变更要持审慎、严格的态度，防止对该制度的滥用。实践中应注意审查以下三方面：一是审查情势变更的事实，即合同赖以存在的客观情况是否确实发生变化。二是审查情势变更是否是双方当事人不能预见的，且均没有过错。三是审查继续履行原合同是否显失公平。

二、《民法典》施行后，当事人直接通过提起诉讼要求解除合同，人民法院审查后可以确认该主张的，可以适用《民法典》第五百六十五条的规定，确认起诉状副本或仲裁申请书副本送达合同相对方的时间为合同解除时间。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五百六十五条第二款 当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

《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）》第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人

民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十条 民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的，适用民法典第五百六十五条第二款的规定。

【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民初1394号（2021年9月2日）

【基本案情】

原告夹江县勤安砂石场（以下简称勤安砂石场）诉称：依法解除勤安砂石场与四川鲁桥绿色公路养护有限公司（以下简称鲁桥公司）签订的《砂石加工生产销售项目合作协议》；鲁桥公司返还砂石料款1000万元，给付资金占用期间资金利息1001000元，并承担勤安砂石场为履行合同发生的各项费用总计3994982元的50%即1997491元，本案诉讼费用由鲁桥公司承担。

被告鲁桥公司辩称：一、鲁桥公司不存在违反合同约定的行为。就砂石的交付时间，合同明确约定以鲁桥公司通知时间或夹江县相关部门现场移交给鲁桥公司的日期为准。夹江县相关部门至今未将万华河流域内砂石移交给鲁桥公司，因此，鲁桥公司不存在违约行为。二、勤安砂石场无权解除合同，无权要求退还预交的款项，更无权要求给付资金占用期间的利息及主张其自己发生的各种费用。勤安砂石场在签订合同前就涉案砂石的情况包括地方关系等都是知悉且明确的，合同中也未约定勤安砂石场的合同解除权。合同约定不可抗力包括政府的政策调整 and 变化，当不可抗力发生，免除鲁桥公司的责任。而涉案砂石未移交系因政策调整 and 变化导致，因此，勤安砂石场要求鲁桥公司支付其各项费用1997491元及利息没有任何依据，不符合双方合同的约定。三、勤安砂石场存在明显违约行为。合同明确约定的是先付款再开挖，勤安砂石场仅向鲁桥公司支付1000万元预付款，明显违反合同约定，勤安砂石场还应向鲁桥公司承担违约责任。

法院经审理查明：2018年5月11日，鲁桥公司通过公开竞价拍得迎江乡双鱼村4社砂石储量约74.73万方，南安乡丁字村3社砂石储量约

36. 19 万方、甘霖镇新生村 8 社砂石储量约 18.21 万方、万华河流域内砂石储量约 300 万方。2018 年 11 月 21 日，鲁桥公司与移交方乐山高新投夹江基地建设开发有限公司、监交方夹江县国有资产管理委员会办公室签署了《万华河地勘资料移交清单》，移交清单包括夹江县万华河中心段一组至三组段地勘报告及夹江县甘江镇万华河胜利村一组至五组段地勘预估报告。

鲁桥公司（甲方）与勤安砂石场（乙方）于 2019 年签订《合作协议》，约定：一、合作项目概况：1、项目名称：砂砾石加工生产销售；2、砂石规格：天然砂砾石原料；3、砂石存放地点：夹江县甘江镇万华河（中心村一组至四组）。二、合作模式：甲方提供自然现状下的砂石原料，乙方负责组织开挖、运输，加工生产及销售工作，包括但不限于与之相关的便道修建维护，场地放样和管理、开挖、装卸、运输、加工及堆料场所、设备购置安装、加工生产、销售、纳税、地方协调、开挖方案报批、环保等手续办理等工作和费用支出，以及合作协议明示或暗示的责任、义务和风险等。三、双方议定的砂石数量：1、砂砾石数量 60 万方，此数量为协议预估数量，最终以实际开挖数量为准。3、甲方每方收取固定收益 69.50 元，该固定收益不随市场价格变动而调整。砂石的资源税由甲方缴纳，乙方同意按照本协议约定的日期和金额支付固定收益。4.1 乙方向甲方支付的固定收益总计 41700000 元，该合同价格为含税价格（税率为 3%）。其中，不含税价款为 40485436.89 元，增值税为 1214563.11 元，以本协议约定的每方固定收益和实际开挖数量计算最终结算金额。4.2 本项目采用先付款，再开挖的合作模式，甲方根据乙方付款情况，分批次划定开采部位，开挖数量，乙方严格按照甲方要求进行开挖，不得超挖，若因乙方未按合同支付款项，甲方有权视情况改变相应的开挖数量，同时乙方应赔付甲方相关损失。四、固定收益支付：1、支付方式：乙方采用网银转账，分次付款的方式向甲方支付。2、支付时间：合同签订后 10 个工作日内乙方一次性向甲方支付预付款 2350 万元。另外应同时支付 150 万元作为履约保证金。剩余的固定收益部分乙方应于 2019 年 4 月 5 日前一次性支付完毕或采用分期方式支付……3、所有预支付的固定收益不计利息，如最终结算甲方需返还的，以本金为限，不计算占用期间的资金利息费用。……六、砂石交付：1、砂石交付方式：

甲方按照本协议提供给乙方的砂石的位置和开挖范围、开挖深度以资源勘查报告为准，甲方书面告知乙方砂石应开挖范围和开挖深度后，即视为甲方将本协议约定的砂砾石场地移交给了乙方，甲方提供场地的义务完成，对于开发范围和开挖深度等，以甲方书面通知为准（即使存在与协议约定不一致，也以甲方通知为准），乙方不得提出异议，甲方可采取分批交付的方式，双方需在交付确认单上签字认可。2、砂石场地点：夹江县甘江镇万华河（中心村一组三组段河段）。3、交付时间：以甲方通知时间或夹江县相关部门现场移交给甲方的日期为准。七、砂石验收：乙方在甲方告知乙方砂石应开挖范围和开挖深度书面通知确认单签字，即视为甲方将符合本协议约定的砂石场地转移给了乙方，乙方验收合格，确认接受该砂砾石。八、双方义务：甲方义务：（1）按本合作协议约定的时间及交付方式交付砂石……乙方义务：（5）砂石移交日期以甲方通知时间或夹江县相关部门现场移交给甲方的日期为准，乙方不得以移交日期延后等理由提出异议。十、违约责任：1、甲方：（1）未按合作协议约定的提供砂石场地的，乙方有权要求甲方按照合同履行。如果因不可抗力事件发生造成甲方违约的，免除甲方违约责任。十二、争议的解决方式：1、本合作协议在履行过程中如发生争议，双方应协商解决。2、协商不成，由本协议签订地点人民法院管辖。十三、本合作协议的签订地点为：山东省济南市槐荫区。

2019年4月11日，勤安砂石场向鲁桥公司转账支付1000万元，用途为砂石预付款。同日，鲁桥公司为勤安砂石场出具1000万元的收款收据。

2021年6月7日，夹江县人民政府向鲁桥公司发出《关于协商解决砂石移交相关问题的函》，函的内容为：“鲁桥公司：公司于2018年5月11日通过参加夹江县公共资源交易服务中心举行的砂石竞拍，拍得砂石料430万方。因部分砂石涉及基本农田等原因，贵公司竞拍的砂石料中有约355.27万方，我方无法继续履行协议。请贵公司收到此函后尽快安排专人到我处协商解决相关后续事宜”。涉案《合作协议》中约定的砂石包含在该355.27万方砂石范围内。

【裁判结果】

济南市中级人民法院于2021年9月2日作出（2021）鲁01民初1394号民事判决：一、确认夹江县勤安砂石场与四川鲁桥绿色公路养护

有限公司签订的《砂石加工生产销售项目合作协议》于 2021 年 5 月 13 日解除；二、四川鲁桥绿色公路养护有限公司于判决生效之日起十日内向夹江县勤安砂石场返还砂石预付款 1000 万元；三、驳回夹江县勤安砂石场的其他诉讼请求。宣判后，原被告双方均未上诉，该判决已经发生法律效力。

【案例注解】

鲁桥公司与勤安砂石场签订的《合作协议》为双方当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效。《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）》第二十六条规定：合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。本案中，鲁桥公司通过竞拍方式取得万华河流域砂石储量，后与勤安砂石场签订涉案《合作协议》。根据《合作协议》的约定，鲁桥公司应向勤安砂石场提供自然现状下的天然砂砾石场地，砂石移交日期以鲁桥公司通知时间或夹江县相关部门现场移交给鲁桥公司的日期为准，勤安砂石场不得以移交日期延后等理由提出异议。2021 年 6 月 7 日夹江县人民政府向鲁桥公司发函，明确因部分砂石涉及基本农田等原因，鲁桥公司竞拍的砂石料中有约 355.27 万方砂石，夹江县人民政府无法履行。夹江县人民政府无法向鲁桥公司交付涉案《合作协议》约定的砂石场地，这一客观情况是鲁桥公司与勤安砂石场在签订合同时不可能预见到的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化。在此情况下，鲁桥公司客观上已无法向勤安砂石场履行《合作协议》约定的交付砂石的义务，已无法实现合同目的，勤安砂石场起诉要求解除涉案《合作协议》并返还已支付的砂石预付款 1000 万元，有事实及法律依据，法院予以支持。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十条规定，民法典施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的，适用民法典第五百六十五条第二款的规定。《中华人民共和国民法典》第五百六十五条第二款规定，当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方

时解除。当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状或者仲裁申请书副本送达对方时解除。本案中，勤安砂石场未提供证据证明其于起诉前曾通知鲁桥公司解除涉案《合作协议》，其直接于2021年4月30日向法院起诉要求解除涉案《合作协议》，四川省乐山市中级人民法院于2021年5月13日向鲁桥公司送达了起诉状等诉讼材料。故法院确认勤安砂石场与鲁桥公司签订的《合作协议》于2021年5月13日解除。

一、情势变更的认定

情势变更，是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的原因发生不可预料的情势变化，而使合同的基础动摇或者丧失，若继续履行合同会显失公平，因此允许变更合同或解除合同的制度。

《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）》第二十六条规定：合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。该条是合同法关于情势变更制度的相关规定。

《民法典》吸收了上述《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）》第二十六条的规定，也对情势变更制度进行了规定。《民法典》第五百三十三条规定：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。《民法典》对情势变更的规定作了如下变更：一是表述方面，将“客观情况”的表述调整为“合同的基础条件”；二是删除了“非不可抗力造成的”，未将不可抗力排除在情势变更之外，即不可抗力可以作为适用情势变更制度的事由。三是增加了仲裁机构作为裁决机构。

情势变更制度具有根据情势变化而对当事人的权利义务予以平衡的功能，涉及对合同效力的变更、限制或否定，与我国合同法维护有效合同的法律效力、促进交易安全的目标和宗旨相违背，因此适用情势变更要持审慎、严格的态度，防止对该制度的滥用。结合上述案件来讲，主要注意审查以下几点：

一是审查情势变更的事实，即合同赖以存在的客观情况确实发生变化。“情势”即作为合同法律行为基础的一切客观事实，包括政治、经济、法律及商业上的种种客观状况，具体如国家政策、法律规定、行政措施、政府行为、物价等。本案中，因鲁桥公司系通过竞拍方式取得万华河流域砂石储量，然后与勤安砂石场签订涉案《合作协议》。《合作协议》能继续履行的前提是鲁桥公司能取得万华河流域砂石储量，但因部分砂石涉及基本农田等原因，夹江县人民政府无法交付鲁桥公司竞拍的部分砂石料。在此情况下，应当认定《合作协议》赖以存在的客观情况发生了变化。

二是审查情势变更是否是双方当事人不能预见的，且均没有过错。情势变更必须是双方当事人不能预见的且均没有过错，这也是情势变更与商业风险的主要区别。如果当事人在订立合同时能够预见到客观情况变化，即表明其也已经预见到客观情况变化所产生的风险，并甘愿承担，那么产生的责任就应由其自负，在这种情况下情势变更制度并不适用。如果可归责于当事人，则应由其承担风险或承担违约责任，也不适用情势变更制度。本案中，涉案《合作协议》签订时，鲁桥公司已经竞拍得到砂石储量，但夹江县人民政府一直未交付砂石场，并于2021年6月明确发函表示无法交付砂石场，这种情况下，涉案《合作协议》无法继续履行。签订《合作协议》时，勤安砂石场与鲁桥公司均不可能预见到政府最终无法交付砂石场，双方当事人对于《合作协议》无法继续履行均没有过错，均不应承担违约责任。

三是审查继续履行原合同是否显失公平。情势变更发生以后，如继续按原合同规定履行义务，将会导致利益的失衡，对一方当事人产生显失公平的结果。这种情况下才能适用情势变更制度，赋予一方当事人变更或解除合同的权利，从而消除合同因情势变更所产生的显失公平。如果在签订合同时，一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使合

同约定显失公平，那么明显也不属于情势变更，而应认定为《民法典》第一百五十一条规定的显失公平。本案中，合同签订时并不存在显失公平的情况，但合同履行过程中，鲁桥公司收到政府函件，明确无法交付砂石。因勤安砂石场将砂石款 1000 万元交付鲁桥公司已两年有余，鲁桥公司与勤安砂石场的《合作协议》已无法继续履行，鲁桥公司继续占有勤安砂石场的预付款，对勤安砂石场是明显不公的。在此情况下，解除《合作协议》，由鲁桥公司返还砂石预付款，可调整当事人之间的利益失衡现象。

除以上三点外，需要区分情势变更与不可抗力的区别。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。情势变更与不可抗力都可能造成合同履行不能和导致合同的变更或解除。但情势变更主要表现为履行合同的社会经济形势和环境发生变化，不可抗力一般表现为影响合同履行的自然灾害、大规模流行疾病、政府政策调整等。本案中，鲁桥公司抗辩称，涉案砂石未移交系因政府政策调整 and 变化导致，属于合同约定的不可抗力。但是，本案是因鲁桥公司竞拍所得的砂石储量涉及基本农田，政府无法交付。该情况并非政府的统一政策调整或统一性的政府行为，而是政府拍卖涉案砂石后无法交付的具体政府行为，不属于不可抗力，故对鲁桥公司的抗辩，未予支持。

二、当事人直接通过诉讼要求解除合同的认定

《民法典》第五百六十五条第二款新增规定，解除合同可直接通过诉讼行为为之，并明确了以该方式解除合同时如何确定合同的解除时间。一方面，原《合同法》第九十六条对于“通知对方”是否为合同解除之必要前置程序未作规定，司法实践中对于如何处理合同一方当事人在没有通知对方即向法院起诉请求解除合同的情况，一直存有争议。该款则明确了“通知对方”并非解除权人的强制性义务。另一方面，该款彰显了合同解除权的普通形成权属性。区别于形成诉权，以普通形成权为标的的诉讼系确认之诉。在此款规定的情形下，合同解除的效力源于当事人的意思表示而非法院判决的形成力，法院的职责仅在于审查确认解除权行使是否有效，故解除权人意思表示的到达时间应为合同解除时间。本案中，勤安砂石场作为解除权人，虽未举证证明其已向鲁桥公司发送解除通知，但其直接向法院起诉要求解除涉案《合作协议》，亦发生行使

合同解除权的效力,法院向鲁桥公司送达起诉状之日即为案涉《合作协议》解除之日。

济南中级人民法院民事审判第二庭 宋文华

民法典“绿色原则”在因质量问题 解除买卖合同的适用

——山东亿源光电科技有限公司诉深圳蓝搏万欣意稀土
新材料有限公司买卖合同纠纷案

关键词 绿色原则 质量问题 买卖合同

【裁判要旨】

买卖合同纠纷中，经抽鉴，涉案产品不符合合同约定及质量要求，但买方认可部分产品能够正常使用。在此情况下，如判决解除整个合同，则返还卖方的可用产品难以再发挥使用价值，势必造成资源浪费。根据《中华人民共和国民法典》第九条规定的“绿色原则”，民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源，保护生态环境。因此，人民法院可根据涉案产品的实际情况，判令部分解除合同。即：对于不能使用的产品，双方解除合同，各自返还产品及货款；对于可以使用的产品，卖方仍应继续按照合同约定，履行质保义务，否则买方仍可以采取诉讼方式主张权利。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第九条 民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

第五百零九条第三款 当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2020）鲁0191民初156号民事判决（2020年10月30日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终3363号（2021年6月18日）

【基本案情】

原告山东亿源光电科技有限公司（以下简称亿源公司）诉称：亿源

公司与深圳蓝搏万欣意稀土新材料有限公司(以下简称蓝搏公司)签订《灯具采购合同》，其向蓝搏公司出售氙气灯灯具。亿源公司提供货物后，蓝搏公司未按照约定支付款项，截止 2019 年 9 月 25 日，蓝搏公司共欠付货款 45.1 万元，蓝搏公司应当支付货款及迟延付款违约金。

被告蓝搏公司辩称：其支付的货款总额已经超过亿源公司提供的货物价值，且涉案灯具存在严重质量问题，故其不应当向亿源公司支付货款。依据合同约定，亿源公司应当返还其已支付的货款并支付 30% 的违约金。

反诉原告蓝搏公司反诉称：要求亿源公司退还已支付的全部货款 149.4 万元，并支付违约金 150 万元、律师费损失 2 万元。

反诉被告亿源公司辩称：反诉请求无事实及法律依据，请求人民法院予以驳回。

法院经审理查明，亿源公司(乙方)与蓝搏公司(甲方)签订《灯具采购合同》。2018 年 8 月 26 日-27 日，蓝搏公司共向亿源公司支付 149.4 万元货款。2020 年 7 月 27 日，由济南高新技术产业开发区人民法院委托的浙江省机电产品质量检测所有限公司出具鉴定意见书：1. 涉案灯具的 IPX3 实验不符合 GB7000.203-2013《灯具第 2-3 部分特殊要求道路与街路照明灯具》的要求；2. 1#、2# 样品无法点亮的原因是 HID 电子镇流器失效；3. 氙气灯的初始光通量和(或)光通维持率不符合《产品规格书》的要求；4. 路灯控制器 IPX7 实验不符合 GB/T4208-2017《外壳防护等级(IP 代码)要求》。

另查明，涉案合同项下每套灯具包括光源、镇流器、灯壳三部分，合同载明这三部分单价共计 2000 元，其中灯壳、镇流器总价 1500 元，光源单价 500 元。蓝搏公司主张，合同中未明确灯壳、镇流器的单价，镇流器估价 777 元，灯壳估价 723 元。亿源公司主张，合同中约定光源、镇流器、灯壳单价总计 2000 元，并非实际单价，其中有 500 元是对亿源公司中标涉案项目付出的成本的补偿。济南市中级人民法院认为，亿源公司的主张与合同载明的货物单价不符，且蓝搏公司不认可，故不予采纳。因亿源公司未对灯壳、镇流器的价格作出明确表示，亦未提供反驳证据推翻蓝搏公司估算的单价，故济南市中级人民法院采纳蓝搏公司的主张，认定镇流器单价 777 元、灯壳单价 723 元、光源单价 500 元。

再查明，双方一致确认亿源公司已供货的数量为 630 套。蓝搏公司

主张，未经亿源公司维修但能使用的有 101 套，但其主张该部分灯具也存在质量问题，应当按照合同价格的 60% 计价；经亿源公司维修后能使用的 160 套；经亿源公司维修后仍不能使用的 23 套（不能使用系光源和镇流器的问题所致）。对另外的 346 套灯具，蓝搏公司主张其自行更换镇流器 346 个，花费 294000 元，但费用支出的单据已经丢失，无法提交；同时主张上述 346 套中仍有 96 个光源无法使用、346 个灯壳不能使用。

【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于 2020 年 10 月 30 日作出（2020）鲁 0191 民初 156 号民事判决：一、驳回亿源公司的诉讼请求；二、亿源公司于判决生效之日起十日内返还蓝搏公司货款 149.4 万元；三、亿源公司于判决生效之日起十日内支付蓝搏公司违约金 37.8 万元；四、亿源公司于判决生效之日起十日内支付蓝搏公司律师费 2 万元及鉴定费 8 万元；五、驳回蓝搏公司的其他诉讼请求。宣判后，亿源公司提出上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 6 月 18 日作出（2021）鲁 01 民终 3363 号民事判决：一、维持一审判决第一项、第四项；二、撤销一审判决第二项、第三项、第五项及一审案件受理费的负担部分；三、解除蓝搏公司与亿源公司之间 327529 元灯具（含 119 个光源、23 个镇流器、346 个灯壳）的买卖合同；亿源公司于判决生效之日起十日内返还蓝搏公司货款 415826 元；蓝搏公司应于判决生效之日起二十日内拆除并就地返还亿源公司上述 119 个光源、23 个镇流器、346 个灯壳，在上述限定期限内，蓝搏公司提前三日书面通知亿源公司交付的时间、地点和方式，如原物灭失，以济南市中级人民法院认定的价格计算价值予以赔偿；四、亿源公司于判决生效之日起十日内支付蓝搏公司违约金 98259 元；五、驳回蓝搏公司其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，本案的争议焦点为在部分产品能够使用的情况下，是否应当解除整个买卖合同。

民法典第九条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”第五百零九条第三款规定：“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”这即是民法典的“绿色原则”和“绿色条款”。“绿色原则”成为民事主体实施民事活动的一项法定的

基本原则之一。基于本案二审中查明的灯具使用情况，同时考虑到灯具均已安装并投入使用两年有余，成物不可毁，若解除整个合同、恢复原状，那么即使原来能够使用的灯具在拆除后也基本无法再利用，蓝搏公司也需要重新招标、签订合同、安装路灯，对双方当事人来讲，势必会造成人力、物力损失的进一步扩大。因此，济南市中级人民法院认为，仅解除双方之间 327529 元不能使用的灯具的买卖合同，更符合双方之间的合同目的，也符合民法典“绿色原则”“绿色条款”倡导的节约资源、避免资源浪费原则。对该部分灯具，合同解除后，由蓝搏公司负责拆除，亿源公司自行运回。

对剩余已交付灯具，虽经鉴定不合格，但因尚未出现不能使用情形，蓝搏公司未就该部分灯具向对方提出更换、维修的请求，按照合同约定，其不能直接主张违约责任或解除合同，且亿源公司在庭审中明确，同意对在质保期内的灯具履行质保义务，故蓝搏公司要求按照 60% 降价处理的主张，法院不予支持。对蓝搏公司自认目前能够使用的部分灯具，在合同约定的质保期内如出现不能使用的情形，亿源公司应本着诚信原则，继续依约履行维修、更换义务，否则蓝搏公司仍可采取诉讼的方式主张权利。相应地，对蓝搏公司主张的违约金，法院仅支持 98259 元（327529 元 × 30%）。对蓝搏公司主张的超出部分，法院不予支持。

【案例注解】

习近平总书记提出，绿水青山就是金山银山。经济的高质量发展，需要节约资源，避免资源浪费。在民法典中确立绿色原则，构建生态时代人与自然和谐共处的新型关系，成为我国民法典的一大亮点，回应了当下社会普通关注的环境问题。在司法实践中，对很多民事行为的评判都直接或间接地涉及经济发展与环境保护平衡问题，那么绿色原则在具体案件中能否直接作为裁判工具使用，如何将《民法典》总则中的绿色原则与分则中的绿色条款结合，如何在具体案件中予以适用，结合本案，作如下分析：

一、绿色原则的含义

根据民法典第九条的规定，民事主体在从事民事活动时，应当有利于节约资源、保护生态环境。据此可知，绿色原则的内涵包括节约资源和保护生态环境两项。

二、绿色原则的性质

民法典第九条采用了“应当有利于”的表述，不同于公平原则、诚信原则、公序良俗原则等的规定中所采用的“应当遵循”“不得违反”的表述，说明本条属于倡导性原则规范。既然如此，我们认为，该条规定不能作为裁判工具直接适用。

三、绿色原则在民法典分则中的具体体现

绿色原则作为民法典的一项基本原则，贯穿于整部《民法典》中，直接体现在各相关分编的规则中。比如：民法典在物权编第三百二十二条新增了添附的规定，明确了在没有约定和法律规定的情况下，可以按照充分发挥物的效用等原则确定；在物的利用方面，第二百九十四条规定了不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、土壤污染物、噪声、光辐射、电磁辐射等有害物质；第二百八十六条规定，业主相关行为应当符合节约资源、保护生态环境的要求等。民法典合同编也作了相关规定，在合同履行环节，第六百一十九条规定，对没有通用包装方式的标的物，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式；在合同终止环节，第五百五十八条规定，债权债务终止后，当事人应当根据交易习惯履行旧物回收等义务。如此，绿色原则就不仅仅停留在倡导或宣示层面，而是贯穿于绿色条款中，绿色条款可作为裁判工具使用，那么绿色原则即得以落地落实。所以，裁判文书中在引用民法典总则中绿色原则的同时，应具体引用分则中绿色条款作为裁判依据。

本案中，涉案《灯具采购合同》的标的额较大、产品数量较多。如解除整个合同，可以使用的产品会大量闲置，双方均会承担较大损失。法院依据民法典总则编第九条及合同编第五百零九条第三款判决部分解除合同，充分考虑到了涉案合同履行的现实情况，在违约方承担相应责任的同时，最大程度地提高了资源利用效率，彰显了绿色原则。

将绿色原则写入民法典，反映了我国民事立法的重要价值取向。在履行合同的过程中，民事主体应当考量自己的行为，避免浪费。人民法院在审理案件时，也应将节约资源、提高资源利用效率作为一项重要的考量因素。

济南市中级人民法院民事审判第二庭 杨晓辉 郝思远

出卖人对其销售的防疫产品来源应否尽到 审查、核实义务的认定

——黑龙江宏伟大同医药有限公司诉济南博创辐射防护
工程有限公司等买卖合同案

关键词 新冠疫情 防疫产品 风险共担 出卖人审查、核实义务

【裁判要旨】

防疫产品具有强烈的社会公共利益属性及关系到疫情防控效果的紧急性，出卖人应对其所售防疫产品是否符合相关行业或国家生产标准、来源是否合法、有无合格证及防伪标志等予以审查鉴别，并有义务向相关政府部门或生产厂家核实真伪。出卖人未尽到审查、核实义务，致使所售产品系伪劣产品，给买受人造成损失的，即使不存在欺诈销售的故意，也应当承担赔偿责任。买受人对此亦存在过错的，根据双方过错程度，共同分担损失。

【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。

第六十二条 当事人就有关合同约定不明确的，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，使用下列规定：（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行……

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。违约责任没有约定或者约定不明确，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。

【案件索引】

一审：济南市长清区人民法院（2020）鲁 0113 民初 2906 号（2020 年 10 月 22 日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁 01 民终 13604 号（2020 年 12 月 29 日）

【基本案情】

原告黑龙江宏伟大同医药有限公司（以下简称“宏伟公司”）诉称：2020 年 2 月因全国爆发“新冠肺炎”疫情，宏伟公司为向黑龙江省大庆市大同区人民政府提供防护服之需，经与济南博创辐射防护工程有限公司（以下简称“博创公司”）联系，达成医用防护服购销合同关系。宏伟公司分别于 2020 年 2 月 15 日向博创公司汇款 316000 元购买“医用二线”防护服 4000 套；于 2 月 16 日汇款 885000 元，购买“医用一线”防护服 3000 套。宏伟公司收到货物后，发现 4000 套二线医用防护服系民用防尘防护服，3000 套一线防护服并非医用防护服标准，验收无法通过。后经向第三人青岛华匀医疗用品有限公司（以下简称“华匀公司”）核实，博创公司所供 3000 套一线防护服，涉嫌假冒华匀公司的生产、检验文件，系假冒医用产品；4000 套二线医用防护服无任何产品标准、检验合格证、厂名、厂址，属于典型的“三无”产品。博创公司提供假冒的不合格医疗产品、三无医疗产品的行为，违反了产品质量保证的基本义务和诚实信用的法律原则，使宏伟公司丧失商业机会，并造成较大的经济损失，根据法律规定博创公司应当返还全部货款并赔偿损失。华匀公司在交易过程中向博创公司提供检验合格证等资质文件，为其销售不合格产品提供方便，过后又在互联网发布公告予以否认，依法应当在其过错范围内承担补充责任。综上，请求法院依法支持宏伟公司的诉讼请求：1. 判令解除原、被告双方的买卖合同，博创公司向宏伟公司返还全部货款 1 201 000 元、承担经济损失 240 200 元以及给付货物运费 19 707 元；2. 判令第三人华匀公司在其过错范围内对宏伟公司承担补充责任；3. 本案诉讼费、保全费、差旅费等由博创公司承担。

博创公司辩称：一、宏伟公司采购防护服时，我公司明确告知其工作人员刘某某为非医用防护服，刘仍同意购买。宏伟公司称其采购的防护服未能通过政府人员验收，是其自身原因所致，与我公司无关。我方

销售给宏伟公司的货物均为北京吾发在线科技有限公司（以下简称“吾发公司”）提供，吾发公司提供了生产企业即第三人的营业执照、第一类医疗器械备案信息表、检验报告等证明文件，货物来源合法、质量合格，并非“三无产品”。宏伟公司与我公司联系时，我公司明确告知只能提供非医用防护服，防护服不能到医院手术室、隔离区等抗疫一线使用，宏伟公司的工作人员刘德生同意购买，我公司才联系吾发公司，并由吾发公司直接通过快递向宏伟公司发送货物。二、疫情期间，各类防护服紧缺，价格每天都在变化，宏伟公司以“防护服不符合标准”为借口解除合同，其实质是认为采购的防护服价格高，没有利润，不愿承担经营风险，是一种不诚信的行为。三、买卖合同已经实际履行完毕，双方的纠纷已经解决。经双方协商一致意见，我公司已经退还宏伟公司 60000 元，并且帮助宏伟公司转卖部分防护服，将转卖所得价款 86400 元支付给宏伟公司，双方均承诺互不追究任何责任，宏伟公司以同样的事由提起诉讼，是一种不诚信的行为。综上，请求驳回宏伟公司的诉讼请求。

第三人华匀公司辩称：我公司没有与博创公司发生过任何交易，更没有为其销售不合格产品提供方便。本案涉及的医用防护服非我公司生产和销售，我公司没有生产防护服的资质，涉案防护服及合格证等均系他人伪造、假冒我公司的名义生产和销售。我公司已于 2020 年 2 月 28 日在网站上发表声明，声明从未申请过医用防护服的资质也没有实际生产过，我公司也已经向辽宁省公安厅和丹东市公安局报案，辽宁省丹东市公安局已立案侦查。综上，宏伟公司要求我公司承担责任，无事实和法律依据，请求法院依法驳回对我公司的诉讼请求。

法院经审理查明：2020 年 2 月 18 日，受新冠疫情影响，宏伟公司受黑龙江省大庆市大同区发改委委托采购一次性医用外科口罩、医疗防护服等防疫物资，宏伟公司业务经理刘某某通过微信及电话联系到博创公司当时的法定代表人高某，双方就订购防护服事宜进行了磋商。其中第一批 4000 套防护服，双方在电话中磋商时，高某明确表示是非医用防护服，刘某某称“非医用的防护服，行，你给我发吧。你按 4000 套先做，明天给我发出来呗”、“医用和非医用的我都用”，并且称“他们（指政府验货人员）都是肉眼凡胎的，他们没看到，你那里边搞张纸合格证、完了写上医用防护服、或者非医用防护服，就写防护服也行”等内容，在

此情况下博创公司向宏伟公司发送了第一批 4000 套防护服。此后，宏伟公司又向博创公司订购第二批防护服 3000 件，宏伟公司业务经理刘某某在微信中明确用途为医用防护服，高某也表示是医用防护服，但不是一线医用防护服，同时向刘某某微信发送了防护服图片、检验报告、合格证、医疗器械生产备案凭证等内容。双方协商好后，博创公司向宏伟公司发货，宏伟公司共向博创公司支付货款 1201000 元（其中第一批非医用防护服 4000 套，单价 79 元；第二批医用防护服 3000 件，单价 295 元）。宏伟公司收到货物后，将该货物向大同区政府交付拟用于疫情防护，但经检验 4000 套非医用防护服为民用防尘防护服，无产品标准、合格证、厂名、厂址等；3000 套医用防护服，不符合防疫医用防护服的标准，无法用于疫情防护而未被采用。宏伟公司遂要求博创公司退货，但博创公司不同意退货，双方经协商，由博创公司帮助宏伟公司转卖部分防护服 800 件，转卖价款 86400 元已支付，另外博创公司退还了宏伟公司防护服款 60000 元作为损失补偿。

另查明，博创公司销售给宏伟公司的防护服均系向吾发公司订购，并且直接由吾发公司向宏伟公司的业务经理刘某某发货。博创公司共计向吾发公司支付货款 705 000 元。本案防护服所涉及的华匀公司的营业执照、医疗器械生产备案凭证、检验报告、合格证、防护服说明书等材料均系吾发公司提供。

关于本案防护服，华匀公司称系他人假冒其公司的名义和资质所生产，相应的证明文件均系他人伪造，华匀公司并没有生产防护服的资质，其已于 2020 年 2 月 26 日向辽宁省丹东市公安局报案，辽宁省丹东市公安局已经立案受理，案件正在侦办过程中。2020 年 2 月 28 日华匀公司曾在其公司网站上刊登声明其公司并没有生产医用防护服的资质，市场上“华匀牌”防护服系他人假冒其公司名称和资质所生产。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于 2020 年 10 月 22 日作出（2020）鲁 0113 民初 2906 号民事判决：一、由济南博创辐射防护工程有限公司于本判决生效之日起十日内向黑龙江宏伟大同医药有限公司返还货款 501 600 元；二、由济南博创辐射防护工程有限公司于本判决生效之日起十日内向黑龙江宏伟大同医药有限公司支付运费 9 853 元；三、驳回黑龙江

宏伟大同医药有限公司的其他诉讼请求。宣判后，宏伟公司及博创公司均提起上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 12 月 29 日作出（2020）鲁 01 民终 13604 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：宏伟公司与博创公司在通过微信及电话磋商时，就合同的相关内容达成明确的一致意见，双方之间的买卖合同依法成立并生效。考虑到本案合同标的防护服具有很强的时效性，是在新冠疫情这种特殊情况下订立的合同，且防护服已经交付，合同已经履行完毕，不存在合同解除的事实基础，因此博创公司要求解除合同的诉讼请求，不予支持。关于本案损失的承担问题，因宏伟公司与博创公司均存在一定的过错，应当根据双方的过错情况合理分担。具体为：对于第一批 4000 套防护服，博创公司明确告知为非医用防护服，宏伟公司明确表示非医用防护服也愿意购买，因此该批防护服的价款，应由宏伟公司承担。对第二批 3000 套医用防护服，因双方明确约定为防疫类医用防护服，博创公司虽然基于对案外人吾发公司提供的相关证明文件的信任，主观上不存在故意欺诈，但在疫情防控的特殊时期，防护服作为重要的防疫物资，关系到社会公共利益，任何防护服销售者均应当销售符合相关行业生产标准、国家规范的防护服，并有义务向原生产厂家核实相关产品的真伪，博创公司在未彻底了解清楚产品来源、未向相关生产厂家核实真伪的情况下，趁疫情期间通过倒卖防护服赚取差价，存在一定的过错。同时，疫情期间各类防护服紧缺，价格波动风险加大，在博创公司明确告知宏伟公司该批防护服不能“上一线”的情况下，宏伟公司仍同意高价采购，亦应当承担一定的市场风险。

【案例注解】

一、物的瑕疵担保责任的理论探析

买卖合同有效成立后，出卖人应当对标的物负有瑕疵担保责任，即权利瑕疵担保责任和物的瑕疵担保责任。所谓物的瑕疵担保，即担保标的物应当具有通常的品质或者特别保证的品质。^① 我国民法理论肯定出卖人负有瑕疵担保责任，即出卖人应保证标的物符合国家规定的质量

^① 参见梁慧星：《论出卖人的瑕疵担保责任》，载于《比较法研究》1991 年第 3 期。

标准或者合同中约定的质量标准。但在具体判断瑕疵担保责任的构成时，对于出卖人、买受人主观过错状态的认定，则往往成为重要的考量标准，并且会影响后续违约责任的承担问题。

首先，从买受人是否“善意”的角度考量。有学者认为：买受人如果明知标的物有瑕疵而仍买受，则出卖人即使故意不告知瑕疵或者保证标的物无瑕疵，于法仍不负瑕疵担保责任。^② 对此《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33条^③作出了正面回应。但另一方面，《消费者权益保护法》第23条第1款^④以及《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条却明确赋予了买受人“知假买假”损害赔偿请求权的正当性。^⑤ 不过，毕竟上述“知假买假”损害赔偿请求权的适用范围是针对特定情形下的买卖合同关系，不宜在实践中扩大适用。

其次，从出卖人是否“善意”的角度考量，来判断出卖人之过错程度，并进而厘清其应当承担的责任。出卖人对标的物主观状态有二，其一为“善意出卖人”，即出卖人不知其所出卖标的物有瑕疵或者出卖人依据外观主义相信其出卖标的物无瑕疵且出卖人不具备标的物瑕疵检验的技术、手段或能力。比如社区超市销售的零售商品，超市经营者基于产品外包装所载明的生产厂家、合格证、生产日期等外观信任而有理由相信这些商品无质量瑕疵，且亦无可能要求每一个超市经营者对这些商品进行检测是否存在瑕疵，此时应当认定出卖人为善意出卖人。对此，若商品存在瑕疵，则出卖人仅返还价金并赔偿因买卖契约而支出的费用即可。其二为“恶意出卖人”，恶意出卖人为明知标的物有瑕疵的出卖人，恶意

② 参见宁红丽：《试论出卖人物之瑕疵责任的构成——以〈买卖合同司法解释〉为主要分析对象》，载于《社会科学》2013年第9期。

③ 注：《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33条：买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

④ 注：《消费者权益保护法》第23条第1款规定：经营者应当保证在正常使用商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵，且存在瑕疵不违反法律强制性规定的除外。

⑤ 注：《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条 因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

出卖人又包括向买受人明确告知标的物有瑕疵和故意向买受人隐瞒瑕疵信息两种情形。对于前一种情形，则要结合前述买受人的主观状态综合考虑予以考虑，对于后一种情形，恶意出卖人实质构成了欺诈销售，则不仅要向买受人返还价金，还要赔偿违约损失，包括预期可得利益损失，在特定情况下可能要面临惩罚性赔偿。

二、本案对物的瑕疵担保责任的具体适用分析

2020 年初新冠疫情爆发期间，防疫物资紧缺，价格暴涨，因此有些不法商贩伪造合格证及冒充正规厂家生产假冒伪劣防疫产品牟取暴利，本案即由此引发的一起防护服买卖合同纠纷。因涉案合同交易时间发生在新冠疫情最为严峻期间，具有特殊的交易背景，且由于买卖双方没有正式的书面合同，整个交易流程包括磋商、付款、货物交付、事后协商等全是通过微信、电话等线上方式进行，双方对货物质量标准没有详细、清晰的约定，只是笼统约定能否用于“一线”还是“二线”，因此如何确定买卖双方的主观状态则成为本案的关键。

从买受人宏伟公司的主观状态分析：对于第一批 4000 件防护服，出卖人博创公司明确告知其为非医用防护服，宏伟公司也明知不能用于防疫而明确同意购买，且购买的意图是为了蒙混政府过关，谋取不正当利益，因此其损失不具有可保护性，应由其自身承担。对第二批 3000 件防护服，宏伟公司明确表示为医用防疫用途，且支付了较高的对价，因此其合理利益应予保护。

从出卖人博创公司的主观状态分析：纵观全案，出卖人博创公司虽然主观上并没有欺诈销售的恶意，在某种意义上也是假冒伪劣产品的受害者，但并不能因此而免除其作为出卖人应当承担的物的瑕疵担保义务。一般来讲，出卖人依据商品的外观主义完备（如合格证、防伪标志、生产备案凭证等）而相信其出卖标的物无瑕疵，则无需另向产品的生产者或者相关政府部门对货物的合法性、符合相关行业或国家生产标准等进行核实。

但在疫情防控的特殊背景下，防护服作为重要的防疫物资，关系到社会公共利益，因为防护服一旦投入使用，因其质量瑕疵所造成的损失将是不可估量的，此时出卖人之审查义务则不应当仅仅停留在外观审查层面，而应当对其所售防疫产品是否符合相关行业或国家生产标准、来

源是否合法、有无合格证及防伪标志等予以审查鉴别，并有义务向相关生产厂家核实防护服的真伪。本案出卖人博创公司在未尽到上述审查义务的情况下，趁疫情期间通过倒卖防护服赚取差价，存在一定的过错，应当赔偿买受人的损失。综上，本案根据疫情期间风险共担原则及买卖双方各自的过错，人民法院合理运用自由裁量，最终判定各自应当承担的损失数额。

三、本案的积极意义

本案的积极意义在于将新冠疫情期间防疫产品的买卖合同关系赋予了社会公众利益的属性，强化了买卖双方（尤其是出卖人）的合同义务，从而引导市场主体在进行防疫产品交易时更加理性、审慎，而不是单纯将防疫产品作为赚取差价、牟取利润的工具。同理，笔者认为本案的典型性可以扩大适用到其他关涉到社会公众利益的商品买卖合同中（比如疫苗、药品、医疗、教育公共设施等），从而倡导正确的价值导向，规范市场主体的交易行为，营造良好的市场氛围。

济南市长清区人民法院 吴开龙

四、行政案例

社会主义核心价值观融入裁判释法 说理的功能、角色与限度

——许某某诉济南市公安局历下区分局等行政处罚案

关键词 社会主义核心价值观 裁判文书 释法说理

【裁判要旨】

1. 依照中国传统行为规范，陌生异性之间应以常人可以接受的方式进行沟通交流。公共场所亲吻陌生异性面部、触摸腰臀等行为，属于《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条中规定的猥亵行为。

2. 法律制裁只是手段而非目的，对违法者施以处罚，旨在实现法律的教育和救赎功能。酒精麻醉人的神经，但饮酒是行为人自己的选择，不成为一个人酒后行为失控的借口，更不成为减免违法责任的理由。

3. 将社会主义核心价值观融入裁判释法说理，可以增加判决的温度，提升判决的说服力，宣扬社会主流价值与传统优秀文化，发挥判决的教育和预防功能。法官应当根据不同的案情和场景，以必要妥当为原则，决定在释法说理中是否融入社会主义核心价值观，并准确定位其与法律规范之间的逻辑关系。判词应采中立克制的修辞风格，运用严肃大方的表达方式，避免使用含混晦涩、幽默讽刺等用语。

【相关法条】

《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条 猥亵他人的，或者在公共场所故意裸露身体，情节恶劣的，处五日以上十日以下拘留；猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的，处十日以上十五日以下拘留。

第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2020）鲁0105行初30号（2020年

6月24日)

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01行终1034号（2020年12月8日）

【基本案情】

原告许某某诉称：其一，现有证据并不能认定许某某确实实施了猥亵第三人的行为，许某某并没有亲到第三人张某，也没有摸到第三人孔某某的屁股，监控录像不够全面清晰，并且，除了当事人陈述和监控录像之外，没有其他证人能够证实。其二，被告济南市公安局历下区分局（以下简称历下区分局）民警在许某某没有醒酒的情况下即作出笔录，该笔录无效。其三，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条，许某某行为显然没有达到“情节恶劣”的程度。其四，民警徐晓辉同一时间段内对两人制作笔录，程序违法；同一时间出具《行政处罚告知笔录》《行政处理审批表》《行政处罚决定书》《行政拘留家属通知书》且未经负责人审查和集体讨论决定，程序违法。综上，被告历下区分局作出的历公（科）行罚决字[2019]585号《行政处罚决定书》（以下简称585号处罚决定）认定事实的主要证据不足，程序违法。被告济南市历下区人民政府（以下简称历下区政府）作出的济历下政复决字[2019]52号《行政复议决定书》（以下简称52号复议决定）认定事实、适用法律法规错误。诉讼请求：1. 依法撤销被告历下区分局作出的585号处罚决定；2. 依法撤销被告历下区政府作出的52号复议决定。

被告历下区分局辩称：历下区分局对该案件认定事实清楚，证据确凿，程序合法，作出的行政处罚适用法律、法规正确，处罚得当。综合全案证据，许某某酒后在历下区环山路某饭店二楼大厅内，先后猥亵两名女服务员，事实清楚，证据充分。本案现有证据已查证属实，排除合理怀疑，形成证据链，可以作为定案的证据。本案个别文书存在轻微瑕疵，但可以合理解释，并不影响证据的效力。585号处罚决定认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法。请法院驳回原告的诉讼请求。

被告历下区政府辩称：52号复议决定的作出程序符合法律规定，认定事实清楚，适用法律正确，请求法院驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：2019年10月6日15时55分许，许某某酒后在济南市历下区环山路某饭店二楼大厅，趁张某趴在15号桌子上看手机时亲

了张某左脸一下；16时13分许，在二楼走廊趁孔某某开酒之际摸了孔某某左侧屁股一下。16时23分，被告历下区分局接到报警后出警并立案受理，对当事人进行了询问。许某某在询问笔录中陈述，许某某是从后面用右手手背拍了一下第三人孔某某，大约是拍的她的屁股。第三人孔某某在询问笔录中陈述，还没来得及开酒，那名陌生男子就把右手伸到身后摸了自己左侧屁股一下。第三人张某在询问笔录中陈述，一个在饭店吃饭的男客人打着电话从西边走过来，走到她身边时直接亲了她的左脸一下。监控录像显示许某某确实对第三人孔某某、张某实施了上述行为。2019年10月6日，历下区分局对许某某进行了处罚前告知，并于同日作出585号处罚决定，对许某某给予行政拘留十日的行政处罚。许某某不服，于2019年12月2日向历下区政府申请行政复议，2020年1月21日，历下区政府作出了52号复议决定，维持了585号处罚决定。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2020年6月24日作出（2020）鲁0105行初30号行政判决，判决：驳回原告许某某的诉讼请求。宣判后，许某某提出上诉。济南市中级人民法院于2020年12月8日作出（2020）鲁01行终1034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，行政处罚决定是否正确，取决于事实认定是否正确、法律适用及处罚程序是否合法等要件。

关于本案行政处罚认定的事实。历下区分局作出处罚决定所依据的事实是许某某有猥亵他人之行为。关于事实认定，其一，视频录像清楚显示许某某亲了第三人张某左脸一下、摸了第三人孔某某左侧屁股的事实，该事实眼见可知，毋庸置疑；其二，两第三人陈述事实与录像显示相一致，不存在虚假；其三，许某某在笔录中陈述“我就从后面用右手手背拍了她一下，大约是拍的她的屁股”“我认错，我不应该对女服务员用语和行为上有任何的不尊重，我想跟对方道歉”，该陈述与视频录像及两第三人指控相一致；其四，书证、物证、视频录像、当事人陈述、证人证言等均为行政诉讼法所规定的认定案件事实的证据，证人证言系认定事实的证据之一，但非必不可少，执法机关和人民法院可以综合各种证据对事实进行认定。综上，视频录像与当事人陈述均为直接证据，可

以形成完整的证据链条，被上诉人历下区分局对涉案事实的认定，证据充分。关于行为定性，许某某与两第三人之间并无任何亲密关系，依照中国传统的行为规范，陌生异性之间应以常人可以接受的方式进行沟通交流。在异性面前故意暴露身体、使用色情言语进行骚扰等非接触行为即可构成猥亵，亲吻面部、触摸异性腰臀等敏感部位的行为，当然构成猥亵。许某某对自己对第三人张某实施亲吻行为所作辩解，不具有合理性，不予采纳；许某某主张其用手拍第三人孔某某屁股系提醒其开酒，即使该理由为真，该方式显然超过常人接受范围，不能成为否定其实施了猥亵行为的理由。故被上诉人历下区分局对许某某所实施行为定性为猥亵，证据确实充分，并无不当。

关于本案的法律适用、处罚程序。依法行政要求行政机关必须依照法律、法规、规章的规定，作出行政行为。具体到行政处罚，公安机关应当依照《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国治安管理处罚法》《公安机关办理行政案件程序规定》等法律、法规、规章作出处罚。许某某猥亵他人，情节恶劣，被上诉人历下区分局依照《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条第一款之规定，对许某某作出行政拘留十日的处罚决定，适用法律正确。行政法的基本精神是，维护社会秩序与公平正义，制裁违法侵权，监督强势权力，救济弱势权利。对于公安机关特别是基层公安机关，在紧急案件的办理中，即使出现瑕疵，如果对当事人的权利不造成影响，则不构成行政行为被撤销的事由。因为，程序的主要功能在于保障实体正义的实现，而不是相反，更不应被当作违法行为人逃避责任的依据和籍口。经本院审查，被上诉人历下区分局依法履行了受案、传唤、询问、告知陈述申辩权及处罚的事实、理由和依据等职责，并依法通过网络办公系统完成审批，不存在许某某所指出的或足以导致涉案行政处罚被撤销的程序违法情形。

关于行政处罚的目的及其他。人的行为，只有经过长期的自我约束，形成内化于心的修养，方可在社会活动中外化于行。酒精麻醉人的神经，但饮酒是行为人自己的选择，不成为一个人酒后行为失控的借口，更不是减轻责任的理由。师者，传道授业解惑也，所谓学高为人师，身正为人范。师德是高于一般社会公众道德水准的道德准则。为人师者，不仅需要渊博的学识作为指引学生登攀知识高峰的旗帜，更需要有高尚的

修为作为引领学生提升道德境界的灯塔。一个修为不够且缺乏自省意识的人，何以为人师表？如若许某某在事发之初即已认识错误、赔礼道歉，取得受害人的谅解，或许已为自己争取到宽大处理的机会。但是，许某某咄咄逼人的气势，意图以矢口否认、寻找执法瑕疵等方式为自己开脱的思路，模糊了善恶美丑之标准，误解了公平正义，误读了行政审判，缺乏对法律的基本敬畏之心。法，无外乎天理国法人情。法律制裁只是手段而非目的，对违法者施以处罚，主要在于实现法律教育和救赎的目的。在释法说理之余，本院之所以强调师德作风和人情事理，是希望本次事件能够敲响警钟，提醒身为大学教师的许某某深刻反思、引以为戒。

【案例注解】

我国是成文法国家，制定法是法治的基石。但司法案例作为“行动中的法”，在社会治理中的作用不容小觑。这不仅仅是因为司法案例是法律条文的鲜活体现，更重要的是案例中所蕴含的社会价值以及法治理念。古今中外的许多国家，都把案例作为法治建设的重要资源，高度重视案例对于完善立法、发展理论和指导实践的重要价值。^①2021年初，最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《意见》），以规范的方式引导法官在释法说理时融入社会主义核心价值观，发挥司法案例在社会治理中的风尚引领和价值导向作用。结合司法案例，阐释社会主义核心价值观在裁判说理中的功能、规范其应用方法、明确其应用限度，对于提升法官积极性与应用技能有着重要的意义。

一、社会主义核心价值观融入裁判释法说理的功能

案例的质量在一定程度上代表了一个地区乃至一个国家的司法水平。随着智慧法院、司法信息化的快速发展，信息的传播一秒千里，法律再也不神秘不可知。民众的权利意识全面觉醒，学法用法守法的规则意识已深入人心。相较于艰涩难懂的法典条文，民众更乐意通过对司法案例的阅读获取法律知识。司法案件浩如烟海，并非每一个案件都值得关注，只有典型的精品案例才可以作为“范本”。精品的判决书必须有充分的说

^① 胡云腾主编：《新时代的案例研究与案例法学研究——中国法学会案例法学研究会学术年会优秀论文集》，法律出版社2020年版，第2页。

理论证，既要义正辞严讲清法理，又要循循善诱讲明事理，感同身受讲透情理。^② 因为，法律是“理”与“力”的结合，有“理”无“力”乃道德，有“力”无“理”乃强权。^③ 基于这样的原因，判决书不能是事实与法律条文的罗列，而是法官与当事人以及社会民众进行法律沟通的媒介，是法官裁判思路以及司法理念的体现。特别是法治化程度日益提升的今天，司法应当从权威的压服方式转向理性的说服方式，做到以理服人。“通过说理，法官呈现了案件的逻辑演绎及其心证过程，使得法官的裁判权力得以公开化，一定程度上限制了法官的恣意判断和权力滥用。”^④ 中国传统法律文化中，就有情理法相结合的司法正义观。长期以来，法官都注重将情理融入裁判说理以提升说服力并取得了很成功的经验。当今中国的改革已经进入攻坚期和深水区，社会层面各种意识形态更加多元，也呈现出更多样的价值选择。面对不断变化的新形势、层出不穷的新挑战，党的十八大提出社会主义核心价值观，从国家层面、社会层面以及公民层面对价值取向和价值目标进行了高度凝练。“社会主义核心价值观是最广大人民的普遍愿望的集中体现，不仅与中华民族优秀传统文化和人类文明优秀成果相承接，而且体现了社会主义意识形态的本质要求。”^⑤ 社会主义核心价值观是中华优秀传统文化的延续和发展，是传统价值观、情理文化的当代升级版，是社会主义法治的精神内涵和灵魂。把社会主义核心价值观融入司法裁判，是坚持依法治国和以德治国相结合的应有之义。

社会主义核心价值观与司法裁判之间的关系不是单向度的，而是辩证统一的，两者相互支撑，相互促进。一方面，社会主义核心价值观需要通过裁判说理释放其对社会的积极影响。有学者认为，裁判文书的实际意义就在于通过充分的说理，将“纸面上的法”激活为解决现实纠纷的“活法”。^⑥ 社会主义核心价值观是抽象的、整体性的，与人们的日常

② 参见习近平总书记在2019年中央政法工作会议上的讲话。

③ 陈界融：《论判决书内容中的法理分析》，载《法学》1998年第5期。

④ 王聪，秦川：《判决书制作的说理之道》，载《人民法院报》2011年11月28日，第5版。

⑤ 参见冯玉军：《把社会主义核心价值观融入法治建设的要义和途径》，载《当代世界与社会主义》2017年第4期。

⑥ 刘武俊：《裁判文书要善于说理》，载《福建日报》2016年7月8日，第10版。

生活规则尚有较大的距离。社会主义核心价值观不同于法律规则，其没有具体的规范结构，不能像法律条文一样直接指引人们的行为并预测其后果。这就意味着，社会主义核心价值观要完成从抽象到具体的转换，需要借助于工具和桥梁。“要想使社会主义核心价值观成为人们的精神信仰，成为人们的价值共识和导航指引，需要获得刚性力量的支持。”^⑦立法当然是社会主义核心价值观获取刚性力量最为直接的途径。但自建国以来，经过数十年的发展，我国已经形成法律、法规、规章等不同效力层次且数量极其庞大的法律体系，通过修法方式将核心价值观全面融入既有立法显然是一个浩大的工程，绝非朝夕之功，无法满足常态化融入的现实需要。法律是稳定的，司法个案却是多变的。法律的刚性与司法的柔性之间的差距可以借助社会主义核心价值观予以消除。“司法裁判具有既定的法律效力，通过法律的权威，可以增强人们培育和践行社会主义核心价值观的自觉性。”^⑧由此可见，在贯彻社会主义核心价值观的进程中，司法无异是最优质、最高效的途径。在司法裁判中，法官可以对核心价值观中的不确定概念予以明确，对子价值的内涵和外延予以阐释、补充。整体而言，司法个案是社会主义核心价值观具体化的主要工具，是社会主义核心价值观付诸实施的主要路径。另一方面，社会主义核心价值观融入裁判释法说理是规范司法自治的必要手段。法律适用的过程离不开价值的评判和选择。“司法职责之一在于发现法律背后的价值，法律适用是一种价值实现的行为。”^⑨法官在价值的指引之下理解法律，进而运用法律对案件作出评价。“这种评价不是恣意的，需要依据法秩序以及法律原则中存在的价值评价标准。”^⑩如此以来，发现法秩序中所蕴含的价值即成为法官的重要任务，特别是在一些涉及利益衡量、价值衡量和后果取舍的疑难案件中，法所追求的价值某种程度上会决定着裁判结

^⑦ 赵蓉，黄明理：《社会主义核心价值观融入法治建设的逻辑理路》，载《理路探讨》2018年第5期。

^⑧ 白龙飞：《深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理——以公正裁判引领社会风尚——最高人民法院司改办负责人答记者问》，载《人民法院报》2021年2月18日，第4版。

^⑨ 唐世银：《把社会主义核心价值观融入到审判执行工作中》，载《人民法院报》2020年4月27日，第2版。

^⑩ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第69页。

果。“社会主义核心价值观中的多个要素本身就是法律所追求的价值。”^① 价值追求能够使司法裁判具有相当程度的稳定性与一贯性，可以作为法官理解立法目的和法律原则的指引，作为检验法律解释结论是否正确、自由裁量权行使是否合理的重要标准。^②

本案系一起大学教师对异性性骚扰而引发的治安处罚案件。被处罚人在作出严重违反师德的违法行为之后，并未认识到自身的错误，而是意图借助复议及司法程序为自己开脱。显然，法律所施加的制裁并未有效发挥教育和救赎的作用。这不是法律的本意，更与法所追求的“文明”“法治”等核心价值相背离。如果仅仅一判了之，而不藉由案件阐明价值立场，司法裁判与社会主义核心价值观将难以达成协同。法官在依法说理之余，专门利用一个段落的笔墨阐述师德作风和人情事理，对被处罚人的行为从师风、师德的角度进行了负面评价，给予了严肃的批评教育。判词中所流淌的正能量便生发于社会主义核心价值观。这样的说理比单纯的法律推理论证有着更充足的理由，对于被处罚人而言无异于一声响亮的警钟，有助于促动其发自内心的反省，改正错误。判决书向社会公开后，“能够宣扬社会主流价值，并对民众形成法治、伦理教育，有利于弘扬和践行社会主义核心价值观。”^③

二、社会主义核心价值观融入裁判释法说理的角色

裁判文书主要由事实认定、裁判理由和裁判结果三部分组成，而将待决事实与法律规范进行涵摄并展示推理过程则是裁判理由最核心的内容。现实生活的复杂性制约着法律规范的覆盖力，导致了涵摄推理过程的不调适。法律时常会显现力有不逮的尴尬。法律解释、法律修辞、法律论证、价值衡量等法律方法便应运而生，义不容辞地成为“救主”先锋。随着法社会学理论的日臻完善，强调法律一元治理的理念逐渐动摇，“徒法不足以自行”的辩证治理观获得普遍认可，人们相信借助多元的要

^① 陈金钊：《“社会主义核心价值观融入法治建设”的方法论诠释》，载《当代世界与社会主义》2017年第4期。

^② 参见赵蓉，黄明理：《社会主义核心价值观融入法治建设的逻辑理路》，载《理路探讨》2018年第5期。

^③ 参见李祖军，王娱媛：《社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用与规制》，载《江西师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期。

素可以与法律一道更好地完成治理任务。社会主义核心价值观便是新时代司法工作必须给予认真对待的法治要素，其应当被作为法律规范最重要的辅助。《意见》第5-7条确立了核心价值观融入裁判说理最常见的场景，肯定了其参与裁判规则完善乃至生成的三重角色。这三重角色分别是：一是阐明立法目的，宣示主流价值。有明确的法律规范作为裁判依据且裁判结论不存在争议的情况下，法官应当依法进行说理，然后运用社会主义核心价值观进一步阐明立法目的，其目的在于提升裁判结论的说服力，宣示社会主流价值，进而实现通过个案完成教育、规范社会主体行为的目标。二是作为方向指引，寻找填补材料。民商事案件出现法律漏洞时，法官在没有习惯等法源作为漏洞补充材料的情况下，可以在社会主义核心价值观的指引下，以类推适用相似法律规定的方法填补法律漏洞。在裁判文书说理中需要扩展援引的法律渊源，以寻求一种最有利于实现理性与正义的方法。此处明确将法律漏洞的范围限定于民商事领域，通过“明示其一，排除其他”的解释规则可知，最高人民法院的态度是：不允许法官在行政或刑事领域法律漏洞以类推适用方法填补法律漏洞。三是作为评价标准，进行价值取舍。案件多种价值相互冲突的，法官应当依据立法精神和原则，以及社会主义核心价值观作为标准，对相互冲突的价值进行评判和选择，确定适用于个案的价值。

社会主义核心价值观经过数年的积累和发展已经深入人心，具有内涵“共识性”。核心价值观包含的价值维度与法治理念、法治精神相契合。^⑭因此，以其作为法律规范的辅助有着天然的优势，值得研究的是核心价值观究竟如何与法律规范及司法过程进行勾连，或者说在具体个案中，核心价值究竟何时以何种角色登场。只有弄清楚出场时机，法官才能理性地在合适的场合、合适的时机将社会主义核心价值观介绍出场，才能够使其不动声色地融入到说理的过程中，辅助法律规范共同完成说服的任务。在社会主义核心价值观适合出场的情况下，需要准确定位其角色，以免出现以社会主义核心价值观取代法律规范的喧宾夺主情况出现。本案中，对被处罚人的行为定性为骚扰并对其作出治安拘留，在法律适用

^⑭ 参见《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，载《人民法院报》2018年6月13日，第3版。

上并不存在任何障碍。在社会主义核心价值观确立之前，法官不必借助法律之外的其他要素即可完成推理和说理。法官将社会主义核心价值观融入了释法说理，时机是否适当？角色是否准确？回归《意见》的指导，去解读本案中社会主义核心价值观的适用场景与角色，便可发现本案属于适用核心价值观的第一种情形，即法律存在明确的规定，法官运用核心价值观旨在阐明立法目的、弘扬社会主流价值。判决书中“师德是高于一般社会公众道德水准的道德准则……一个修为不够且缺乏自省意识的人，何以为人师表？”的判词，通过对社会主流价值的引入，进一步从道德层面对被处罚人的行为作出否定评价。一方面，“礼之所取，刑之所去，出礼则入刑”的儒家法治思想深入人心，虽然这种思想在当下应有所扬弃，但借助这种朴素的法治观可以增强民众理解行政机关对许某某作出处罚的正当性；另一方面，对主流价值观进行宣示，让人们通过案例进一步明辨是非对错，孰可为孰不可为，树立正确的道德理念，形成规范的行为方式，用判决形成的权威深化人们学习和践行核心价值观的自觉性。“法律的目的不仅在于使人服从，也在帮助他们成为有道德的人。”^⑮简言之，核心价值观在本案中起到了对法律价值导向、司法态度的释明作用，提升了裁判结论的说服力并达到指引被处罚人及社会民众今后行为的效果。

三、社会主义核心价值观融入裁判释法说理的限度

最高人民法院以规范性文件的方式推行社会主义核心价值观融入司法裁判，并不是要求法官将此项工作当做任务强行推进。恰恰相反，司法裁判是极为严肃的工作，不允许有通过“试错”获取经验的念头。越是当务之急，越要冷静应对，三思而后行。《意见》所明示或蕴含的三个限度或准则，在具体操作中必须予以透彻理解。

（一）克制姿态：法律为主，价值为辅

把社会主义核心价值观融入文书说理，必须坚持法律规则优先。从法律渊源的角度讲，法律规则是法官作出裁判的最重要依据，具有最高的权威。社会主义核心价值观不是法律规范，不使用法律方法而直接用价值替代法律，会使法律规范丧失确定性，重返法律虚无主义的错误道

^⑮ [意]登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，李日章等译，新星出版社2008年版，第98页。

路。^⑯ 这一点要求体现在《意见》第3条中。法律规则优先于价值、原则与立法目的等是法理学的基本常识。法学方法论上,法律规则优先是指,为了避免法官向一般条款逃逸,要求法官只有在穷尽具体性的法律规则仍无能为力之时,才能适用抽象性的原则。虽然社会主义核心价值观与法律规则都蕴含着“法治”的价值追求,但社会主义核心价值观是抽象的,无法直接适用进行裁判,必须依附于具体的法律规则并借助法律方法方可融入裁判释法说理。本案释法说理中关于行政行为合法性的表述,即是将行政处罚行为是否符合法律规定作为司法审查的基点。在通过法律推理得出结论之后,辅之以社会主义核心价值观进行说理和说服教育,坚持了以事实为根据、以法律为准绳的基本裁判准则。未过分宣扬社会主义核心价值观在裁判结论生成过程中的作用,保持了司法克制的中立姿态。简而言之,价值的司法适用,必须认真对待规则;若非必要,价值不出场,即使出场,亦应通过法律规则或原则进行表达。^⑰

(二) 必要场景:当融则融,不宜则罢

社会主义核心价值观融入裁判说理与情理融入裁判说理一样,是有场景限度的,并非全面融入。要么,裁判说理需要借助社会主义核心价值观证成其合法性、正当性和合理性,或是提升说服力;要么,可以通过案例弘扬、践行社会主义核心价值观,进而规范社会秩序,引导人们的行为。《意见》第6条规定,在涉及国家利益、重大公共利益并引发社会广泛关注的案件、可能引发社会道德评价等五类案件中,鼓励法官融入社会主义核心价值观进行说理。结合我本人的审判经验,需要融入社会主义核心价值观进行说理的案件的的比例应在5%以内。绝大多数案件仅依照法律规定进行说理便可以满足形式推理要求以及法律人的普遍经验,无需强调社会主义核心价值观的融入,为追求数量而强行融入很可能是白费力气甚或画蛇添足。本案属于涉及公序良俗且可能引发社会道德评价的案件,具备社会主义核心价值观融入的妥适场景。对法官而言,社

^⑯ 参见陈金钊:《“社会主义核心价值观融入法治建设”的方法论诠释》,载《当代世界与社会主义》2017年第4期。

^⑰ 参见江秋伟:《价值的司法适用及方法——以法院适用社会主义核心价值观的案例为对象》,载《西安交通大学学报》(社会科学版)2019年第3期。

会主义核心价值观融入释法说理是新时代的一种新型法律方法尤其是修辞论证方法，这不是法官的一个负担，更不是考核绩效的指标，法官应当以主动的心态去尝试从该方法中获取力量，而不应对其置之不理或冷淡应对。此过程中，宜循序渐进、宁缺毋滥；忌一拥而上，蹭热点、搞运动。

（三）修辞风格：平实大气，浑然一体

司法活动是国家意志的体现，裁判文书一定程度上代表着司法机关的形象，有着不同于一般文书的标准。法官运用社会主义核心价值观进行释法说理时应当妥当运用语言及修辞手法，这也是《意见》第10条提出的判词修辞与文风要求。一是不宜机械生硬植入，使之孤立突兀。有人将社会主义核心价值观融入释法说理简单理解为整体概念或子价值概念的照搬，不能说这样的做法错误，只能说这并不是高明的技巧。社会主义核心价值观也代表着群众最朴素的正义观，法官应当将价值与概念转化为通俗易懂的词汇进行表述，回应当事人与社会民众关切，提升判决的温度与柔性。这是世界各国对判词高度一致的修辞要求。即使在法官享有较高权威与较大写作自由的美国，法官也被要求避免使用华丽浮夸、晦涩拗口、炫耀文采、幽默讽刺的文字，应使用简洁直白、平实常用的语言。^⑮二是不宜游离于案情之外，成为空洞说教。法官应在依法说理的基础上，聚焦于证据的采信、事实的认定、利益取舍的合理性、裁判结论的正当性等核心问题进行深入论证。^⑯切忌将社会主义核心价值观口号化、格式化，不顾及案件的具体情况而将其作为判决说理模板进行套用。本案判决书并未刻意地照搬核心价值观及其子价值的字样，而是将其表述为“传统行为规范”“自我约束”“师德作风”“高尚的修为”“善恶美丑”等语句，较好地完成了表达方式转化，实现了法律与价值的相得益彰。三是不宜渲染主观情绪，有失沉稳严肃。最高人民法院行政审判庭编写的《行政诉讼文书样式》明确要求，裁判文书应避免使用过激的语言，排斥个人主观情绪。“这不仅是因为过于情感化的文字可能有损司法尊严，还在

^⑮ 参见美国联邦司法中心编：《法官裁判文书写作指南》，何帆译，中国民主法制出版社2016年版，第44-46页。

^⑯ 参见李祖军，王娱媛：《社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用与规制》，载《江西师范大学学报》（哲学社会科学版）2020年第4期。

于过于夸张的情感手段运用反而可能引起听众的警惕而适得其反。”^{②①}被处罚人庭审上咄咄逼人的气势以及吹毛求疵为自己开脱的行为，影响了主审法官的情绪。判决书初稿曾有部分判词主观情绪过于激烈，训诫色彩浓重，在修改过程中已做处理。审视终稿判词，虽然读起来酣畅淋漓，但字里行间的个人情绪仍然较为强烈，与沉稳大气、中立严肃、朴实庄重的用语标准仍有差距。这是判词的不足之处。因此，情绪的控制、时间的沉淀与反复的修改是一篇精彩判词不可或缺的工序。

济南市中级人民法院行政审判庭 曹 磊 石璐璐

^{②①} 武飞：《论修辞论证的适用场景》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》第11卷，山东人民出版社2011年版，第38页。

未成年人校园欺凌案件的处理原则及路径

——王某甲诉济南市公安局历下区分局行政处罚案

关键词 未成年人 校园欺凌 处罚 调解

【裁判要旨】

公安机关在办理未成年人校园欺凌案件时，既应当坚持教育、感化、挽救的方针，从教育入手，以情感人，以理服人，充分考虑未成年人的心理特点和承受能力，尊重其人格，保障其依法享有的合法权益，又要在查明案件事实的基础上依法决定是否对违法未成年人作出相应处罚，不枉不纵。针对未成年人、在校学生实施的结伙殴打、伤害他人的行为，情节较轻尚不够刑事处罚时，公安机关可以经当事人同意进行调解处理，并作出不予处罚决定。当违法行为人与受害人无法达成和解，不能取得受害人谅解时，公安机关应依法决定是否作出处罚。公安机关对结伙实施校园欺凌行为的违法未成年人分别作出处罚决定和不予处罚决定，并不必然存在矛盾。

【相关法条】

《中华人民共和国治安管理处罚法》第十二条 已满14周岁不满18周岁的人违反治安管理的，从轻或者减轻处罚；不满14周岁的人违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加管教。

第十九条 违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：（一）情节特别轻微的；（二）主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解的……

第二十一条 违反治安管理行为有下列情形之一的，依照本法应当给予行政拘留处罚的，不执行行政拘留处罚：（一）已满十四周岁不满十六周岁的；（二）已满十六周岁不满十八周岁，初次违反治安管理的……

第四十三条 殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，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；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。有下列情形之一的，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:(一)结伙殴打、伤害他人的……

《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第二条 办理未成年人违法犯罪案件,必须以事实为根据,以法律为准绳,贯彻教育、感化、挽救的方针,应当照顾未成年人的身心特点,尊重其人格尊严,保障其合法权益。

第二十七条 对违反治安管理的未成年人,应当尽量避免使用治安拘留处罚。对在校学生,一般不得予以治安拘留。

《公安机关办理伤害案件规定》第三十条规定 对于因民间纠纷引起的殴打他人或者故意伤害他人身体的行为,情节较轻尚不够刑事处罚,具有下列情形之一的,经双方当事人同意,公安机关可以依法调解处理:(一)亲友、邻里或者同事之间因琐事发生纠纷,双方均有过错的;(二)未成年人、在校学生殴打他人或者故意伤害他人身体的……

【案件索引】

一审:济南市历下区人民法院(2019)鲁0102行初258号(2020年3月31日)

二审:济南市中级人民法院(2020)鲁01行终376号(2020年7月24日)

【基本案情】

王某甲诉称:济南市公安局历下区分局作出的被诉行政处罚决定认定事实不清,适用法律不当,应予撤销。王某甲与王某乙因为同学之间的矛盾发生推搡,属于同学间小摩擦,没有达到殴打的程度,也没有给对方造成身体伤害,属于《治安管理处罚法》第十九条规定的“情节特别轻微”的情形,应当减轻处罚或者不予处罚。济南市公安局历下区分局对未成年学生作出行政拘留的处罚决定,违反了《未成年人保护法》第五十四条规定的“坚持教育为主,惩罚为辅”的法律原则以及“对违法犯罪的未成年人,应当依法从轻、减轻或者免除处罚”的规定,明显不当。请求:1、依法撤销济南市公安局历下区分局作出的历公(龙)行罚决字[2018]886号《行政处罚决定书》;2、本案诉讼费用由济南市公安局历下区分局承担。

济南市公安局历下区分局辩称:济南市公安局历下区分局对王某甲作出行政处罚,认定事实清楚,证据确实充分,程序合法,适用法律正确。

济南市公安局历下区分局民警在处理此案时，充分考虑了王某某未成年人的身份，在该案依法允许调解的情况下，多次组织双方调解。在调解无法达成的情况下，才对王某某进行了处罚。在处罚时，公安机关也依据《治安管理处罚法》第十二条之规定，对王某某减轻了处罚；同时根据《治安管理处罚法》第二十一条第二项的规定，对其不送拘留所执行。请法院依法驳回王某某的诉讼请求。

第三人王某某述称：济南市公安局历下区分局作出的历公（龙）行罚决字[2018]886号《行政处罚决定书》认定事实清楚，适用法律正确，请求法院依法驳回王某某的诉讼请求。

法院经审理查明：2018年11月，济南市历下区某培训学校在校未成年学生王某某、姜某某两次在学校209寝室对其同宿舍同学王某某（未成年）实施殴打。第二次事发后，王某某母亲报警。济南市公安局历下区分局接到报警后依法受案，并对涉案治安案件进行调查取证。经调查，济南市公安局历下区分局认为王某某、姜某某共同殴打王某某的行为构成结伙殴打。考虑到本案违法行为人及受害人均为未成年人，济南市公安局历下区分局在当事人三方均有调解意愿的前提下组织调解，最终姜某某一方取得受害人王某某谅解，济南市公安局历下区分局作出历公（龙）不罚决字[2018]20号《不予行政处罚决定书》，根据《治安管理处罚法》第十九条第二项之规定，决定对姜某某不予行政处罚；在王某某、王某某双方明确表示无法达成和解，要求公安机关依法处理后，济南市公安局历下区分局作出历公（龙）行罚决字[2018]886号《行政处罚决定书》，依据《治安管理处罚法》第四十三条第二款第一项、第十二条之规定，决定给予王某某行政拘留七日并处罚款贰佰元的行政处罚，同时依据《治安管理处罚法》第二十一条第二项的规定，对王某某不送拘留所执行。王某某不服济南市公安局历下区分局作出的历公（龙）行罚决字[2018]886号《行政处罚决定书》，诉至法院。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2020年3月31日作出(2019)鲁0102行初258号行政判决：一、撤销被告济南市公安局历下区分局作出的历公（龙）行罚决字[2018]886号《行政处罚决定书》；二、被告济南市公安局历下区分局于法定期限内对原告王某某违反治安管理的行为重新作出

处理。宣判后，济南市公安局历下区分局提出上诉。济南市中级人民法院于2020年7月24日作出(2020)鲁01行终376号行政判决：一、撤销济南市历下区人民法院(2019)鲁0102行初258号行政判决；二、驳回被上诉人王某甲的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：王某乙与王某甲同为未成年人，双方的权利均应得到法律的保护，体现在本案中就是对实施欺凌行为的当事人作出公正的处罚。根据已查明的事实，王某甲、姜某某两人共同实施殴打王某乙的行为，构成结伙殴打他人，符合《治安管理处罚法》第四十三条第二款规定的处罚情形。至于情节轻重，属于公安机关自由裁量的范畴。因王某甲与姜某某均系未成年在校学生，其结伙殴打受害人王某乙的行为在情节上尚不够刑事处罚，亦不属于排除适用治安调解的违法行为范围，且姜某某实际上能够取得受害人王某乙的谅解，故公安机关根据《公安机关办理伤害案件规定》第三十条第二项的规定，经双方当事人同意，可以通过治安调解的方式予以处理。经调解，姜某某因认错态度良好，主动承担赔偿责任，取得了受害人王某乙的谅解，济南市公安局历下区分局对姜某某作出《不予行政处罚决定书》，并无不当；王某甲因未主动消除或者减轻违法后果，未就赔偿问题与受害人达成协议，未取得受害人王某乙的谅解，公安机关鉴于其系已满十四周岁不满十八周岁的未成年人，且初次违反治安管理法律法规，依据《治安管理处罚法》第十二条之规定，减轻处罚幅度，对其作出行政拘留七日并处罚款贰佰元的行政处罚，且不送拘留所执行，适用法律正确，处罚幅度及执行方式适当。针对王某甲诉称被诉处罚决定违反了《未成年人保护法》规定的“坚持教育为主，惩罚为辅”的法律原则以及“对违法犯罪的未成年人，应当依法从轻、减轻或者免除处罚”的问题。根据《治安管理处罚法》《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》及《公安机关办理行政案件程序规定》的相关规定，公安机关在办理未成年人行政案件时，应当坚持教育、感化、挽救的方针，从教育入手，以情感人，以理服人，要考虑未成年人的心理特点和承受能力，尊重其人格，保障其依法享有的合法权益，尽量避免给予其治安拘留处罚。但是，法律对于未成年人实施违法行为并非放任不管。对不满十四周岁的未成年人实施违法行为的，虽

不予行政处罚，但由监护人严加管教，并在不予行政处罚决定书中载明；对已满十四周岁不满十八周岁的未成年人实施违法行为的，从轻或者减轻行政处罚，但不免除给予行政拘留处罚，只是作出行政拘留处罚后不予执行行政拘留。故公安机关作出的被诉处罚决定，既不违反对未成年人违法“坚持教育为主，惩罚为辅”的处理原则，亦不存在对违法情节认定适用双重认定标准的问题。

【案例注解】

一、未成年人校园欺凌案件的处理原则及路径

近年来，我国校园欺凌事件屡有发生，不断引发社会的强烈关注和担忧。校园欺凌行为具有隐蔽性强、伤害力度大的特性，对未成年人的身心健康造成巨大的影响。为此，国务院教育督导委员会于2016年4月28日发布了《关于开展校园欺凌专项治理的通知》，该通知明确提出：“……各校要及时发现、调查处置校园欺凌事件，严肃处理实施欺凌的学生。涉嫌违法犯罪的，要及时向公安部门报案并配合立案查处……”2020年，国家重新修订了《中华人民共和国未成年人保护法》及《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》，亦体现了中央层面对未成年人保护及预防未成年人违法犯罪的高度重视。然而，当前就未成年人校园欺凌行为，少数地方出台了地方性法规予以预防和治理，但国家层面并未出台专门的法律法规进行规制，仅有部分责任性条款零散地分布于刑法、治安管理处罚法、未成年人保护法、预防未成年人犯罪法及相关民事法律规范中。对未成年人正当、合法权益进行保护，制止并预防校园欺凌，才能建设平安校园。现行法律法规对未成年人违法犯罪持教育、感化、挽救的态度，以促进未成年人改过自新为主，尽量避免因公权力强制而给未成年人的健康成长造成不良影响。校园欺凌行为若得不到相应的依法惩处，受害人权益就得不到相应的保障。应当看到，校园欺凌的实施主体是未成年人、在校学生，校园欺凌的受害人亦是未成年人、在校学生，如果公安机关仅以教育、感化的方式对类似案件中的校园欺凌行为进行处理，而不在法律规定的处罚幅度内对违法行为人作出相应的处罚，将会降低相关人员的违法成本，不利于预防和制止校园欺凌现象。故，公安机关在针对校园欺凌行为进行处理时，既应充分考虑对违法未成年人予以挽救和教育，给予其改过自新的机会，又要在查明事实的基础上依法决定是否对

违法未成年人作出相应处罚，不能对类似违法行为一味宽容而对违法行为人不给予处罚，损害受害人的合法权益。

由于未成年人身心发育尚未成熟，心理相对脆弱，教育可塑性强，公安机关对符合法定条件的校园欺凌案件违法行为人，可依照《治安管理处罚法》第九条及《公安机关办理伤害案件规定》第三十条第二项的规定，优先适用调解处理。通过柔性的调解方式，让未成年人充分认识到自身行为的违法性，主动承认错误，消除影响，改过自新。经公安机关调解，违法未成年人主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解，公安机关可根据《治安管理处罚法》第十九条的规定，对其减轻处罚或者不予处罚。违法未成年人若经调解教育，仍然不承认错误或认错态度较差，不愿意消除或者减轻违法后果，无法取得受害人谅解，公安机关为避免损害受害人的合法权益，应依法作出相应处罚。同时，公安机关在办理未成年人校园欺凌案件时，有必要对违法未成年人进行法制宣传教育，主动向其提供法律咨询和帮助，并明确告知其依法享有的权利和应当承担的义务。在依照法定程序保障未成年人权益的基础上，公正的作出处理。

二、结伙实施校园欺凌行为的情节认定及处罚标准

《治安管理处罚法》第四十三条规定将殴打他人、故意伤害他人身体的违法情形分为三种，对一般情形的，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；对情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；对具有特殊情形的，如结伙殴打、伤害他人的，殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的，多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的，给予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。上述规定并非按照情节轻重对殴打他人、故意伤害他人身体的违法行为进行处罚幅度的划分，也未明确将结伙殴打、伤害他人等情形划归为情节较重的情形。情节轻重的认定，属于公安机关依照案件事实予以自由裁量的范畴；而一般与特殊情形的认定，属于法律明定的范畴。即公安机关在作出治安处罚时，可以根据治安案件的违法性质、手段、后果、社会危害性等，对违法情节的轻重作出判断和认定；而对于结伙殴打、伤害他人等特殊情形的认定，则需要严格依照法律法规的规定。未成年人结伙实施殴打、伤害他人的校园欺

凌行为，符合《治安管理处罚法》第四十三条第二款第一项规定的处罚情形，至于情节轻重，则属于公安机关自由裁量的范畴。公安机关结合未成年人实施校园欺凌行为的主观恶性、违法手段、危害后果及认错态度、赔礼道歉、赔偿损失等情况，对违法行为人从轻、减轻或免于处罚，均属于公安机关在遵循法定处罚情形下，自由裁量的范畴。法院对于公安机关在法律框架内行使自由裁量权作出的处理，亦应予以尊重。

至于未成年人能否适用行政拘留处罚的问题。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第十二条、第二十一条及《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第二条、第二十七条的规定，公安机关在办理未成年人行政案件时，应当坚持教育、感化、挽救的方针，从教育入手，以情感人，以理服人，要考虑未成年人的心理特点和承受能力，尊重其人格，保障其依法享有的合法权益，尽量避免给予其治安拘留处罚。但是，法律对于未成年人实施违法行为并非放任不管。对不满十四周岁的未成年人实施违法行为的，虽不予行政处罚，但由监护人严加管教；对已满十四周岁不满十八周岁的未成年人实施违法行为的，从轻或者减轻行政处罚，但不免除给予行政拘留处罚，只是作出行政拘留处罚后不予执行行政拘留。对于已满十四周岁不满十八周岁的未成年人实施的校园欺凌行为，公安机关有权在查清事实的基础上依法作出拘留处罚。相关法律法规所规定的从轻、减轻处罚及不予执行行政拘留，实际上已然考虑了未成年人实施违法行为的特点，映射了法律对违法未成年人教育、感化、挽救的态度，给予了未成年改过自新的机会，体现了法律的温度。

济南市中级人民法院行政审判庭 张振明 靳颖

乡镇人民政府对村民自治事项 履行监督职责问题分析

——董某诉济南市槐荫区人民政府腊山街道办事处不履行
监督管理法定职责案

关键词 行政 村民自治 监督职责

【裁判要旨】

乡镇人民政府应围绕村民自治程序性事项进行监督，利用对村民自治程序的监督确保村民自治的实质性实现。

乡镇人民政府只有完成“实质性履责”之后，才能认定其履行了法定监督职责。

【相关法条】

《中华人民共和国村民委员会组织法》第二条第一款 村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。

第五条 乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项。村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作。

第二十四条 涉及村民利益的下列事项，经村民会议讨论决定方可办理：

- (一) 本村享受误工补贴的人员及补贴标准；
- (二) 从村集体经济所得收益的使用；
- (三) 本村公益事业的兴办和筹资筹劳方案及建设承包方案；
- (四) 土地承包经营方案；
- (五) 村集体经济项目的立项、承包方案；
- (六) 宅基地的使用方案；
- (七) 征地补偿费的使用、分配方案；

(八) 以借贷、租赁或者其他方式处分村集体财产；

(九) 村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项。

村民会议可以授权村民代表会议讨论决定前款规定的事项。

法律对讨论决定村集体经济组织财产和成员权益的事项另有规定的，依照其规定。

第三十六条 村民委员会或者村民委员会成员作出的决定侵害村民合法权益的，受侵害的村民可以申请人民法院予以撤销，责任人依法承担法律责任。

村民委员会不依照法律、法规的规定履行法定义务的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。

乡、民族乡、镇的人民政府干预依法属于村民自治范围事项的，由上一级人民政府责令改正。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2020）鲁 0103 行初 325 号（2020 年 11 月 23 日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 行终 47 号（2021 年 4 月 8 日）

【基本案情】

原告董某诉称：原告具备成为张家庄集体经济组织成员的资格，但腊山街道办事处张家庄村民委员会（以下简称张家庄村委会）拒绝认可。因此，原告向被告济南市槐荫区人民政府腊山街道办事处（以下简称腊山街道办）邮寄《责令村委会纠正违法行为申请书》，申请被告责令张家庄村委会“认可原告为本集体经济组织成员；给予原告与本村村民相同待遇；补发 2006 年 1 月 11 日至今的福利待遇”。被告作出《责令张家庄村民委员会对董波申请事项重新作出处理的通知书》（以下简称《重新处理通知书》），责令张家庄村委会对原告村民资格和村民待遇问题依法进行整改，但是张家庄村委会并未按照该处理意见的要求进行整改，被告也没有进一步履职。因此，原告又书面申请被告继续督促张家庄村委会进行纠错，但被告没有再处理，明显违法。特此向法院提起诉讼，请求：1. 依法确认被告未能完全履职行为违法；2. 依法责令被告采取必要措施，进一步履行法定职责即责令张家庄村委会纠正违法行为。

被告腊山街道办辩称：被告已经对原告的申请事项作出处理，已经将处理过程和结果告知了原告，并且交代了复议和诉讼的权利，被告已经履行了法定职责。

法院经审理查明：2020年4月20日，董某向腊山街道办邮寄《责令村委会纠正违法行为申请书》，要求腊山街道办责令张家庄村委会认可董某为本集体经济组织成员并给予本村村民待遇，责令张家庄村委会向董某补发2006年1月11日至今的福利待遇。腊山街道办收到上述申请后向张家庄村委会作出《提出答复通知书》，要求该村委会根据董某的申请书提出书面答复意见及证据、依据，该村委会未在规定期限内作出答复。腊山街道办作出《重新处理通知书》，主要内容如下：村集体组织成员资格及相关待遇是村级集体组织内部的问题，属于村民自治的范围；作出董某是否为村集体经济组织成员的决定属于张家庄村自治的范围，但依照有关法律规定，张家庄应将该决定提交本村村民会议进行讨论决定，履行有关民主表决和公示程序，或将张家庄村委会作出该决定所依据的有关村集体经济分配章程或村规民约报腊山街道办事处人民政府备案。在规定时间内，张家庄村委会未向腊山街道办提交相关证据材料证明作出董某为非村集体经济组织成员的决定已履行上述法定程序。因此，张家庄村委会作出的该决定应为无效决定。要求张家庄村委会整改将董某认定为非村集体经济组织成员、未给予村民待遇的决定，并在十五日内将整改处理的结果上报腊山街道办。张家庄村委会未履行上述整改决定。董某书面要求腊山街道办进一步采取措施责令张家庄村委会纠正其违法行为，腊山街道办未再进行处理。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2020年11月23日作出（2020）鲁0103行初325号行政判决：驳回原告董某的诉讼请求。宣判后，董某提出上诉。济南市中级人民法院于2021年4月8日作出（2021）鲁01行终47号行政判决：撤销一审判决，责令腊山街道办继续履行监督管理法定职责，督促张家庄村委会落实《重新处理通知书》。

【裁判理由】

法院生效判决认为：腊山街道办收到董某的申请后，向张家庄村委会发出书面通知要求其就董某所反映事项进行答复，并在张家庄村委会

未在规定期限内进行答复的情况下，作出《重新处理通知书》，认为张家庄村委会未证明其关于董某集体组织成员资格及村民待遇问题的决定符合法定程序，要求张家庄村委会整改并将整改处理的结果上报腊山街道办。腊山街道办的上述处理意见未替代张家庄村委会就村民自治范围内事项作出决定，其内容并无不当。

关于腊山街道办是否充分履行监督职责问题。张家庄村委会未按照腊山街道办的要求进行整改，腊山街道办也未采取措施督促张家庄村委会落实整改要求，致使监督流于形式，不利于村民自治组织的健康发展，未能实质解决董某所反映的问题，不利于村民合法权益的保护，该种监督不是一个充分的监督行为，属于未充分履行监督职责。判决撤销一审判决；责令腊山街道办继续履行监督管理法定职责，督促张家庄村委会落实《重新处理通知书》。

【案例注解】

村民自治应是在法治下的自治，《中共中央国务院关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》（2021年中央一号文件）强调，要加强党的农村基层组织建设和乡村治理，坚决惩治侵害农民利益的腐败行为，推进村委会规范化建设和村务公开“阳光工程”。落实好中央一号文件的上述要求，避免政府对农村基层组织建设和乡村治理虚化、软化，避免农村基层组织以自治名义侵害农民权益的事件发生，需要上级政府充分发挥监督职责并确保监督决定切实得到执行。根据现有救济机制，在村民自治过程中，侵犯村民合法权益的，乡镇人民政府可责令基层组织改正。另外，在“撤镇设街”后，虽然街道办与乡镇人民政府的法律地位和职责明显不同，且村民委员会组织法中未直接表述街道办，但对村民自治活动的监督职权理应由相应街道办承继。^①

一、乡镇人民政府对村民自治事项履行监督职责的范围

“从立法体例上看，《村民委员会组织法》规定了以村委会为中心、村民会议和村民代表会议为辅助，实行民主管理和民主监督的制度框架”。

^① 吴建坦、李广娟，“‘撤镇设街’后对村民自治活动的监督职权应如何行使——南京铁路运输法院判决武某诉永阳街道办履行乡镇政府监督职责纠纷案”，载《人民法院报》2018年11月8日第006版。

② 根据《村民委员会组织法》第二十三条及二十七条的规定，村民会议和村民代表会议是村民直接行使自治权的组织形式。村民委员会是村民自治的执行机构和工作机构。村民委员会对村民自治事务的执行源于村民会议、村民代表会议的自治权。实践中，引发争议较多的是认为村民委员会以自治名义侵害村民合法权益。因此，乡镇人民政府对村民自治事项的监督既包括对村民会议或者村民代表会议决议的监督，也包括对村民委员会执行会议决定事项行为的监督。根据《村民委员会组织法》第二十七条及第三十六条的规定，乡镇人民政府对村民会议或者村民代表会议的决定履行监督职责，同时对村民委员会不依照法律、规定的规定履行义务的进行监督。其中，关于村民会议或者村民代表会议决定事项范围，主要是指涉及村民权益的事项。关于村民委员会履行法定义务范围，主要是指《村民委员会组织法》等法律法规规定的村民委员会在自我管理过程中应履行的义务。比如召集村民会议、村民代表会议，执行村民会议、村民代表会议决议，依法公布村务等。通过上述分析可知，几乎所有的村民自治事项包括村委会履行职责情况都可纳入到乡镇人民政府监督范畴。在目前对村民自治事项司法保护范围有限的情况下，扩大乡镇人民政府监督范围，对确保村民合法利益在自治过程中不受侵害就显得尤为重要。

需要说明的是，对侵害村民权益行为，申请乡镇人民政府进行监督并不是唯一救济途径。根据《村民委员会组织法》第三十六条第一款规定，村民委员会或者村民委员会成员作出的决定侵害村民合法权益的，受侵害的村民可以直接向人民法院申请予以撤销，责任人依法承担法律责任。但是如果村民就同一监督事项，先提起民事诉讼，人民法院作出生效民事判决后，村民又向乡镇人民政府申请监督的，由于受生效民事判决效力的拘束，乡镇人民政府无权再作出处理。^③

二、乡镇人民政府对村民自治事项履行监督职责的内容

农村实行村民自治，由村民依法办理自己的事情。根据《村民委员会组织法》第五条规定，乡镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、

② 李亚冬：“《村民委员会组织法》的完善与修改”，载《甘肃政法学院学报》2019年第3期。

③ (2017)最高法行申6356号行政裁定书。

支持和帮助，村民委员会协助乡镇人民政府开展工作。因此，村民委员会与乡镇人民政府不属于上下级行政管理关系，乡镇人民政府对村民委员会执行村民自治决定行为进行监督，应该保持谨慎克制的态度，平衡国家行政权力和村民自治权利。既不能放任村民会议滥用自治权或者村民委员会及其成员以村民自治的名义侵害村民的合法权益，也不能干预村民依法以民主决议方式就自治范围内事项作出的决议，影响村民自治的实现。现行法律法规并没有具体、明确规定乡镇人民政府对村民自治事项进行监督的程序和实体性判断标准，没有规定作为自治事务执行者的村民委员会不执行监督决定时应如何处理。法律制度的缺失导致乡镇人民政府在监督履职过程中处于无法可依的局面，监督的职责趋于虚化。乡镇人民政府对村民自治事项的监督包括程序和实体两个方面。从程序上讲，目前，村民以及村民委员会民主决策的意识尚不够浓厚，导致本应由村民会议讨论决定的事项，由村委会或者未经村民会议授权的村民代表会议越权决定，有学者调查显示，村民会议一年召开一次的比例为39.2%，两年召开一次的比例为3.2%，三年召开一次的比例为13.6%，近三年没有召开过一次的比例为4.8%。^④也就是说村民自治处于程序缺失的状态并不是罕见现象。乡镇人民政府可以围绕村民自治程序性事项进行监督，利用对村民自治程序、自治形式的监督确保村民自治的实质性实现。具体包括监督相关事项是否由村民会议或者经其授权的村民代表会议决定，召开村民会议或者村民代表会议的程序是否完备、与会人员的资格和人数是否符合法律规定以及村民会议记录是否存在篡改伪造情形等。从实践来看，对侵害村民合法权益的自治行为，通常可以通过民事诉讼或者申请乡镇人民政府监督这两条途径来解决。但是法律在授权村民自治的同时，对村民自治实质性规定的缺失，导致人民法院在实质性审查村民自治事项是否侵害村民合法权益时面临无法可依局面，比如法院以何标准判断村规民约、村民资格认定的实体合法性？至少目前，就村规民约、村民资格认定等与村民权益密切相关事项的司法审查标准，司法界尚未形成一个统一标准。在此情况下，由乡镇人民政府基于行政管理

^④ 唐鸣：“草根民主的法律规制：村民自治面临的新问题及法律制度建设”，中国社会科学出版社2013年版，第224页。

的直接性、便捷性和对当地风俗的掌握，肩负起对自治事项的实质性监督，是目前确保自治法治化的一个较为可行的方法。

三、关于乡镇人民政府是否履行法定监督职责的判断标准

就本案而言，曾有两种观点，一种观点是认为腊山街道办已经履行了监督职责。理由是，法律对于乡镇人民政府对村委会监督职责的履行没有相应的法律规定，在此情况下的法院判决不宜过分干涉行政权，法院应主要审查乡镇人民政府从形式上是否履行监督职责即可。即使法院认为乡镇人民政府应采取措施继续履行职责，也属于法律空缺，因该事项涉及重大社会利益，应交由立法机关对法律空缺进行填补，不应由司法机关进行补充。另一种观点是，腊山街道办未履行法定监督职责。理由是，腊山街道办对张家庄村委会作出的处理意见，是对村民自治组织所作决定的监督纠正行为，具有行政拘束力和行政执行力。虽然法律对腊山街道办作出的处理意见如何履行的问题以及如何产生强制执行力的问题没有作出明确规定，但是并不能因此免除腊山街道办确保该处理意见执行的职责。作为乡镇一级人民政府，应该并且也能够运用行政措施确保该处理意见的实现。最后合议庭采纳第二种观点。

乡镇人民政府是否依法履行法定职责，不能简单地以其是否作出决定或答复来判断，而应当审查其有无“实质性”履行法律、法规所规定的行政职责，只有完成“实质性履责”之后才能认定其履行了法定职责和义务。现行法律法规未对乡镇人民政府“实质性履责”作出具体的规定，人民法院在审判实践中应综合考量乡镇人民履行法定职责的现实可能性和实现程度，来判断其是否“实质性履责”法定职责。

济南市中级人民法院行政审判庭 孙继发 孙辉妮

食品经营者免于处罚条款的适用

——山东若森商贸有限公司诉济南市历城区市场监督管理局、
济南市历城区人民政府行政处罚、行政复议案

关键词 食品安全 食品经营 进货查验 追溯体系 免于处罚

【裁判要旨】

2015年修订通过的《食品安全法》，第一次将食品安全全程追溯制度列入法律。完善的食品安全追溯体系在强化各环节监管、明确落实主体责任、源头防控食品安全事故发生等方面起到重要作用。现行《食品安全法》第五十三条对食品经营者进货查验、食品经营企业建立食品进货查验记录制度、从事食品批发业务的经营企业建立食品销售记录制度等义务作出了明确规定，该部分义务即等同于《食品安全法》中规定的建立食品安全追溯体系的义务。食品经营者在违法经营不符合《食品安全法》相关规定的食品、应当受到行政处罚的情况下，如果按照上述义务建立了食品安全追溯体系，保证食品可追溯，并有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，能如实说明进货来源的，可以免受行政处罚，但应当依法没收不符合食品安全标准的食品。

【相关法条】

《中华人民共和国食品安全法》第四十二条第二款 食品生产经营者应当依照本法的规定，建立食品安全追溯体系，保证食品可追溯。国家鼓励食品生产经营者采用信息化手段采集、留存生产经营信息，建立食品安全追溯体系。

第五十三条 食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品出厂检验合格证或者其他合格证明（以下称合格证明文件）。

食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期或者生产批号、保质期、进货日期以及供货者名称、地址、联系方式等内容，并保存相关凭证。记录和凭证保存期限应当符合本法第五十条第二款的规定。

实行统一配送经营方式的食品经营企业，可以由企业总部统一查验

供货者的许可证和食品合格证明文件，进行食品进货查验记录。

从事食品批发业务的经营企业应当建立食品销售记录制度，如实记录批发食品的名称、规格、数量、生产日期或者生产批号、保质期、销售日期以及购货者名称、地址、联系方式等内容，并保存相关凭证。记录和凭证保存期限应当符合本法第五十条第二款的规定。

第一百二十五条第一款第二项 违反本法规定，有下列情形之一的，由县级以上人民政府食品安全监督管理部门没收违法所得和违法生产经营的食品、食品添加剂，并可以没收用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的，并处五千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：

（二）生产经营无标签的预包装食品、食品添加剂或者标签、说明书不符合本法规定的食品、食品添加剂；

第一百二十六条第一款第三项 违反本法规定，有下列情形之一的，由县级以上人民政府食品安全监督管理部门责令改正，给予警告；拒不改正的，处五千元以上五万元以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：

（三）食品、食品添加剂生产经营者进货时未查验许可证和相关证明文件，或者未按规定建立并遵守进货查验记录、出厂检验记录和销售记录制度；

第一百三十六条 食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚，但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品；造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。

《中华人民共和国食品安全法实施条例》第十八条 食品生产经营者应当建立食品安全追溯体系，依照食品安全法的规定如实记录并保存进货查验、出厂检验、食品销售等信息，保证食品可追溯。

《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条第一款第四项 当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：

（四）其他依法从轻或者减轻行政处罚的。

【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2019）鲁0112行初101号（2019年

9月23日)

二审:济南市中级人民法院(2020)鲁01行终160号(2020年4月8日)

【基本案情】

原告山东若森商贸有限公司(以下简称若森商贸公司)诉称:2018年12月6日被告济南市历城区市场监督管理局(以下简称历城区市场监管局)以原告经营的六种“林德蔓系列啤酒”的原外文标签中标注的“甜味剂:甜菊糖苷、抗氧化剂:抗坏血酸”在中文标签中未有标注,且原告亦未严格按照规定建立并遵守进货记录和销售记录制度为由,对原告作出处罚决定:1. 责令15日内改正,给予警告;2. 没收违法所得4213元,上缴国库;3. 罚款27720元,上缴国库。若森商贸公司认为其已向被告历城区市场监管局提供了进口商上海一进口公司的营业执照、酒类商品批发许可、食品经营许可证及海关进口货物报关、入境检验检疫证明等材料,并提供了进口商的销售出库单、销售终端的送货单,且原告有与客户的正规供货合同。原告已经履行了《食品安全法》第一百三十六条的规定,可以免于处罚。因此,若森商贸公司不服被告历城区市场监管局作出的处罚决定,向被告济南市历城区人民政府(以下简称历城区政府)申请复议,被告历城区政府作出维持原处罚决定的复议决定。诉讼请求:1. 撤销被告历城区市场监管局作出的处罚决定及被告历城区政府作出的复议决定;2. 诉讼费由被告承担。

被告历城区市场监管局辩称:1. 被告作为辖区食品药品监督管理部门,有权就违反食品药品法律法规的行为实施行政处罚;2. 被告作出的处罚决定程序合法、认定事实清楚,证据确凿,适用法律正确,原告不符合免于处罚的条件。请求驳回原告的诉讼请求。

被告历城区政府辩称:历城区政府作出的复议决定认定事实清楚,证据充分,适用法律正确,程序合法,被告历城区市场监管局作出的处罚决定不存在被撤销的情形,请求驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明:2018年3月26日,若森商贸公司以6875元自上海一进口公司购入720瓶某品牌进口啤酒,并于当月28日全部批发给济南市市中区某超市,总批发价11088元。同年5月8日,原济南市市中区食品药品监督管理局接到投诉,称涉案超市销售不符合食品安全标准的进口啤酒。该局立案后,查明啤酒系若森商贸公司所售,遂向该公司所在地的历城区市场监管局移送案件线索。历城区市场监管局经过调查,

作出了 118 号行政处罚决定。

118 号行政处罚决定认定，若森商贸公司经营的涉案品牌进口啤酒外文标签标注的“甜味剂：甜菊糖苷、抗氧化剂：抗坏血酸”在中文标签中没有标注，不符合食品安全国家标准《预包装食品标签通则》（GB7718-2011）3.8.2 以及《食品安全法》第六十七条、第九十七条的规定，应当按照《食品安全法》第一百二十五条第一款第（二）项的规定处罚。鉴于该公司购入涉案啤酒前，查验并留存了相应的海关报关单、入境检验检疫合格证明与供货者的经营许可证，不知道所采购的食品不符合食品安全标准，没有违法的故意，且系初次违法，并能如实说明进货来源，主动提供证据配合调查，应当减轻处罚，决定没收该公司违法所得 4213 元，并处货值金额 2.5 倍罚款共 27720 元。

118 号行政处罚决定另外认定，若森商贸公司未建立并严格遵守进货查验记录和食品销售记录制度，违反了《食品安全法》第五十三条第二款、第四款的规定，依照《食品安全法》第一百二十六条第一款第（三）项的规定，决定给予该公司警告，并责令该公司改正上述违法行为。

若森商贸公司不服 118 号行政处罚决定，先向历城区政府申请行政复议。历城区政府作出维持的复议决定后，又先后向济南市历城区人民法院提起行政诉讼，向济南市中级人民法院提起上诉。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于 2019 年 9 月 23 日作出（2019）鲁 0112 行初 101 号行政判决：驳回若森商贸公司的诉讼请求。宣判后，若森商贸公司提出上诉。济南市中级人民法院于 2020 年 4 月 8 日作出（2020）鲁 01 行终 160 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：1. 关于《食品安全法》规定的进货查验义务。《食品安全法》第五十三条第一款规定：“食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品出厂检验合格证或者其他合格证明（以下称合格证明文件）。”第二款规定：“食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期或者生产批号、保质期、进货日期以及供货者名称、地址、联系方式等内容，并保存相关凭证。记录和凭证保存期限应当符合本法第五十条第二款的规定。”第三款规定：“实行统一配送经营方式的食品经营企业，可以由企业总部统一查

验供货者的许可证和食品合格证明文件，进行食品进货查验记录。”该条上述三款，均是关于食品经营者进货查验义务的规定。其中第一款是对所有的食品经营者所作的一般规定；第二款是针对所有食品经营企业作的特别规定，要求食品经营企业建立进货查验记录制度；第三款是进一步针对实行统一配送经营方式的食品经营企业所作特别规定。

2. 关于若森商贸公司是否履行了《食品安全法》规定的进货查验义务。若森商贸公司属于食品经营企业，但并非实行统一配送经营方式的食品经营企业，应当同时履行《食品安全法》第五十三条第一、二款规定的进货查验义务，即要查验供货者的许可证和食品合格证明文件，还要建立并遵守食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期或者生产批号、保质期、进货日期以及供货者名称、地址、联系方式等内容，并保存相关凭证。本案中，上诉人若森商贸公司采购涉案进口啤酒时，确实查验了供货者的许可证以及食品合格证明文件，但未遵守食品进货查验记录制度，未如实对相应事项作出记录，违反《食品安全法》第五十三条第二款规定的进货查验义务。

3. 关于若森商贸公司能否具备《食品安全法》第一百三十六条规定的免于处罚的条件。《食品安全法》第一百三十六条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚，但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品；造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。”根据上述规定，若森商贸公司履行了《食品安全法》规定的进货查验等义务，是免于处罚必备的前提条件，鉴于若森商贸公司违反了《食品安全法》第五十三条第二款规定的进货查验义务，其不具备免于处罚的条件。

4. 关于118号处罚决定适用法律、法规是否正确。若森商贸公司未建立并遵守进货查验记录制度外，也未建立并遵守销售记录制度。历城区市场监管局根据《食品安全法》第一百二十六条第一款第三项之规定，应当作出责令改正、给予警告的处罚。另外，根据《食品安全法》第一百二十五条第一款第二项之规定，经营标签不符合规定的食品，货值金额在一万元以上的，应当没收违法所得和违法经营的食品，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款。鉴于经营标签判断的专业性，《食品安全法》第一百三十六条又规定，食品经营者“履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源

的”，即使食品标签不符合规定，也可以要求免于处罚，说明《食品安全法》第一百二十五条关于经营标签不符合规定食品的处理规定，并非强人所难。鉴于涉案进口啤酒标签不符合《食品安全法》规定，且货值在一万元以上，又鉴于涉案进口啤酒已全部出售，若森商贸公司也不具备《食品安全法》第一百三十六条规定的免于处罚的条件，历城区市场监管局根据《食品安全法》第一百二十五条第一款第二项之规定，应当决定没收若森商贸公司违法所得 4213 元，并处货值金额 11088 元五倍以上十倍以下罚款。最后，鉴于若森商贸公司系初次违法，已部分履行进货查验义务，且其违法行为不具有主观故意，并能主动提供证据配合调查，历城区市场监管局根据《行政处罚法》第二十七条第一款第四项的规定，决定给予减轻处罚，最终决定：1. 责令若森商贸公司 15 日内改正，给予警告；2. 没收若森商贸公司违法所得 4213 元，上缴国库；3. 对若森商贸公司罚款 27720 元，上缴国库，适用法律、法规正确。

【案例注解】

《食品安全法》第一百三十六条规定，“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚，但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品；造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。”该条前半部分规定了食品经营者可以免于处罚的条件，也被称为食品经营者免于处罚条款。本案例就涉及该条款的理解和适用问题。

一、存在违法经营行为，本应受到处罚，是食品经营者免于处罚的前提

免于处罚是对本应受到处罚的公民、法人和其他组织，不再给予行政处罚的一种处理方式。食品经营者违法经营不符合《食品安全法》规定的食品，本应受到行政处罚，是免于处罚条款适用的前提。认定食品经营者违法经营行为的成立，需要注意以下两个问题：

1. 主观过错是行政违法的必要构成要件

本案生效判决作出时，《行政处罚法》还没有修改，对于主观过错是否是行政违法的必要构成要件，人们的认识还不统一。本案采用了肯定的观点，主要理由是：首先，这是立法民主性的必然要求，体现了对个人主体地位的尊重；其次，这是落实行政处罚惩罚与教育相结合原则的

必然要求，只有主观上有过错的主体，才有教育的必要性与可行性；再次，这是落实“行政处罚与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”原则的必然要求，主观过错是社会危害程度的重要决定因素；最后，这也是各国通行的作法。

2. 立足食品安全风险防控，认定食品经营者过错

食品安全风险防控是《食品安全法》的主旨，《食品安全法》给食品经营者设定的义务，也是围绕食品安全风险防控展开的，对食品经营者过错的认定，也应当立足食品安全风险的防控。

法律上的过错是意识因素和意志因素的统一，包括故意和过失两种形态。故意是明知自己的行为会发生危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。食品经营者违法经营的故意，表现为其明知经营的食物不符合《食品安全法》的规定，而仍然实施采购、销售等经营行为，这也反映了其对食品安全风险发生持有希望或者放任的态度。过失则是应当预见到自己的行为可能发生危害结果，因为疏忽大意没有预见到，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的。“食品安全没有零风险”，很多食品安全风险在现有科技和检测水平下无法识别出来，但法律不可能禁止所有的食品经营行为，而是允许食品经营者“依照法律、法规和食品安全标准从事生产经营活动”，就此可以认定其没有过失，不构成违法行为，否则，可以认定其主观上有疏忽大意或者轻信的过失。食品经营者未“依照法律、法规和食品安全标准从事生产经营活动”，而是以食品经进出口检验检疫等法定机构检验合格，抗辩其没有过错的，不应予以支持。

二、食品经营者免于处罚条款中的“进货查验等义务”

根据《食品安全法》第一百三十六条的规定，食品经营者履行了《食品安全法》规定的进货查验等义务，才可以免于处罚。但关于进货查验等义务的范围，《食品安全法》及国务院的《食品安全法实施条例》都没有作出明确规定，导致实践中的认识比较混乱，亟待作出解释。

鉴于《食品安全法》对不同食品经营者的义务作了差异化规定，从表述需要和语法结构上看，该法第一百三十六条中的进货查验义务，应该是所有食品经营者共同遵守的义务，即该法第五十三条第一款规定的“查验供货者的许可证和食品出厂检验合格证或者其他合格证明”的义务。

对于进货查验之外的义务，也就是“等”所包涵的内容。“等”表示

同类列举。《食品安全法》第四十二条第二款规定：“食品生产经营者应当依照本法的规定，建立食品安全追溯体系。”关于追溯体系的内容，《食品安全法实施条例》第十八条规定：“食品生产经营者应当建立食品安全追溯体系，依照食品安全法的规定如实记录并保存进货查验、出厂检验、食品销售等信息，保证食品可追溯。”由此可知，食品经营者的进货查验、出厂检验、食品销售义务，均属于建立食品安全追溯体系的任务，属于同类义务，它们共同构成“进货查验等义务”的内涵。

上述义务的具体内容，规定在《食品安全法》第五十三条中。该条共四款，其中第一款是对食品经营者进货查验义务的规定，第二、三款是对食品经营企业建立食品进货查验记录制度义务的规定，第四款是对从事食品批发业务的企业建立食品销售记录制度义务的规定。《食品安全法》第一百三十六条规定食品经营者履行“进货查验等义务”，也就等同于履行《食品安全法》第五十三条规定的建立食品安全追溯体系的义务。

三、对若森商贸公司不能免予处罚的原因分析

本案中，若森商贸公司不知道涉案啤酒不符合《食品安全法》的规定，主观上没有违法的故意，但历城区市场监管局已经查明，该公司没有严格履行《食品安全法》第五十三条第二款规定的食品经营企业建立并严格遵守进货查验制度的义务，以及该条第四款规定的食品批发企业建立并严格遵守销售记录制度的义务，没有说明其未“依照法律、法规和食品安全标准从事生产经营活动”，主观上有疏忽大意或者轻信过失，根据主客观相一致的原则，构成违法经营行为，应当受到行政处罚。

食品经营者免予处罚条款规定的进货查验等义务，是指《食品安全法》第五十三条规定的建立食品追溯体系的义务。若某商贸公司没有严格履行《食品安全法》第五十三条第二款规定的食品经营企业建立并严格遵守进货查验制度的义务，以及该条第四款规定的食品批发企业建立并严格遵守销售记录制度的义务，说明该公司没有履行《食品安全法》规定的进货查验等义务，不具备免予处罚的条件，历城区市场监管局依法给予减轻处罚的处理结果正确。

济南市中级人民法院行政审判庭 陈 伟 刘 苗

“村民自治”不应成为“法外之地”

——单某玲诉舜华路街道办、小汉峪村委行政处理案

关键词 村民自治 妇女权益保护

【裁判要旨】

“村民自治”形成的决定等应当纳入行政监管、司法审查范围，当与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，有侵犯村民的人身权、合法财产权利的内容时，应由政府责令改正，不能以“自治”的名义使得“村民自治”沦为法外之地。

【相关法条】

《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条 村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。

《中华人民共和国妇女权益保障法》第三十二条 妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收或者征用补偿费使用以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。

第三十三条 任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。

【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2020）鲁0181行初226号（2020年12月29日）

【基本案情】

原告单某玲诉称：关于被告不履行法定职责一案，章丘区人民法院2020年6月8日作出的（2020）鲁0181行初5号行政判决书（以下简称行初5号判决）已生效，判决确认被告应当作出责令济南高新区舜华路街道小汉峪村村民委员会（以下简称小汉峪村委）改正其侵害原告单某玲合法权益违法决定的行政行为。被告收悉判决后，于2020年8月10

日向原告出具《复函》，以不属于行政裁决内容、无权干预村民自治范围内的事项为由不予处理，虽然被告表示将向小汉峪村委提出建议，但依据生效判决文书及《中华人民共和国村民委员会组织法》（以下简称《村民委员会组织法》）第二十七条“村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正”的规定，被告应当对此作出责令改正的行政行为，故再次向贵院提起本诉，同时也恳请被告能关注到本案妇女权益被侵害的现状，依法履行职责，保护原告的合法权益。被告所作《复函》应当撤销并判令被告重新作出责令改正决定。

被告济南高新技术产业开发区管理委员会舜华路街道办事处（以下简称舜华路街道办）辩称：一、我办事处作出的《复函》，程序合法。我办事处在行初5号判决生效后，于2020年7月21日向小汉峪村委送达了《询问函》，经过对小汉峪村委及向有关部门调查，于2020年8月10日向单某玲作出《复函》，并于同日将文书送达单某玲家中，程序合法。二、我办事处作出的《复函》认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。2018年7月起，小汉峪村委开展农村集体产权制度改革工作，进行清产核资、成员界定、股权量化、设立合作社等工作。小汉峪村委在集体经济组织成员认定工作过程中，对集体经济组织成员界定办法进行了公示并经村民大会通过。初榜名单公示后，又根据村民的反馈对集体经济组织成员界定办法进行了细化修订，并经村民大会通过。根据小汉峪村集体经济组织成员界定办法及细化修订的办法制定的小汉峪村集体经济组织成员名单经过三榜公示，并经村民代表大会审议通过。在此过程中，小汉峪村委并不违反法律、法规程序性方面的规定。根据《村民委员会组织法》第二条“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督”、第二十四条“涉及村民利益的下列事项，经村民会议讨论决定方可办理……（二）从村集体经济所得收益的使用……（九）村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项”及《山东省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第六条第四款“其他将户口依法迁入本村，并经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，接纳为本集体经济组织成员的”的规

定，集体经济组织成员的认定和成员待遇发放属于村民自治范围内事项。根据《村民委员会组织法》第五条“乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项”之规定，反之，若我办事处对小汉峪村委集体经济组织成员身份的认定标准进行干预，允许离婚后人员仍具备集体经济组织成员身份，那么将会导致村内出现大量的多次离婚而后再婚的情形出现，村里享有集体经济组织成员身份的人员越来越多，村里的收益将无法负担巨额的福利待遇支出，最终导致社会不稳定因素增加，且违背公序良俗。综上，我办事处作出的《复函》事实清楚、程序合法、适用法律正确，被答辩人的诉讼请求没有事实及法律依据，请求法院依法予以驳回。

第三人小汉峪村委未向法院提交答辩意见及证据。

法院经审理查明：第一，2019年9月16日，单某玲通过中国邮政快递向被告舜华路街道办邮寄《责令济南高新区舜华路街道小汉峪村民委员会改正侵害村民单某玲妇女权益违法决定的申请书》及证据材料，请求被告依《村民委员会组织法》第二十七条，责令第三人改正其侵害原告合法权益的违法决定，追究相关责任人员的责任。因被告未在法定期限内答复，原告于2020年1月6日以“不履行法定职责”案起诉被告舜华路街道办。经法院审理，于2020年6月8日作出行初5号判决，认定被告对违反宪法、法律、法规和与国家政策相抵触的村民会议或村民代表决定负有责令改正的法定职责，并判决：一、责令被告济南高新技术产业开发区管理委员会舜华路街道办事处于本判决生效之日起六十日内对原告单某玲2019年9月16日向其提出的申请，依法作出处理。2020年7月21日被告舜华路街道办向小汉峪村委发出《询问函》，2020年7月24日小汉峪村委出具《答复函》称：“根据我村对村集体经济组织成员身份的认定：凡是我村离婚、再婚情况，生活费及各项福利待遇，只能有一人享受，并由户主来决定。所以单某玲与我村村民曹某某离婚后其不再具备集体经济组织成员身份，且我村集体经济组织成员名单已经公证并无单某玲名单，因此其不再系我村集体经济组织成员。”2020年8月10日被告舜华路街道办向原告送达本案《复函》，原告单某玲对此不服，诉至法院。

第二，原告于2007年12月21日与小汉峪村村民曹某某结婚。2008

年3月3日因夫妻投靠将户口由原山东省章丘市刁镇茄庄村阎张家街42号迁至济南市历城区港沟镇小汉峪34号。2015年4月17日曹某某以夫妻感情破裂为由向济南市高新区人民法院起诉离婚，离婚诉讼期间2015年5月6日、2015年5月18日小汉峪村委向原告出具成员身份及待遇证明以及申请法律援助的贫困证明。2015年6月3日经法院调解，曹某某与单某玲协议离婚。离婚后，小汉峪村委将原告的生活费打到曹某某的存折上，原告以“侵害集体经济组织成员权”为由，起诉小汉峪村委。生效的（2016）鲁01民终5423号民事裁定书、（2016）鲁0191民初2739号民事判决书、（2019）鲁01民终2683号民事判决书已作出相关认定、裁判。

第三，2018年7月起，小汉峪村委开展农村集体产权制度改革，进行清产核资、成员界定、股权量化、设立合作社等工作，小汉峪村委根据村民代表大会审议的小汉峪村集体经济组织成员界定办法及细化修订的办法，制定小汉峪村集体经济组织成员名单，该名单中取消掉了原告的名字。根据小汉峪村委2020年7月24日出具的《答复函》内容，取消原告集体经济组织成员身份是因原告与曹某某离婚及“凡是我村离婚、再婚情况，生活费及各项福利待遇，只能有一人享受，并由户主来决定”的成员认定办法。

第四，2018年3月18日原告持小汉峪村选民证书参与了该村第十二次换届选举。2009年至2019年原告正常以小汉峪村作为集体组织缴纳居民医疗、养老保险。2018年11月8日曹某某向济南市历下区舜华路派出所提出申请“因本人与其（单某玲）离婚，申请将其迁入社区集体户”，小汉峪村委出具了曹某某与原告已离婚及原告未安置的证明。舜华路派出所依据鲁公通[2016]179号、济公通[2017]157号政策要求将原告的户口迁入辖区内社区集体户济南市历下区新泺大街2566号，该地址为舜华路派出所所在地。2020年5月8日，原告原户籍地章丘刁镇茄庄村委会出具证明，原告自2007年因婚姻关系迁入小汉峪后，已不是茄庄村委会集体经济组织成员，不享有茄庄村的村民待遇。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于2020年12月29日作出（2020）鲁0181行初226号行政判决：一、撤销被告济南高新技术产业开发区管理委员会

会舜华路街道办事处 2020 年 8 月 10 日作出的《复函》；二、限被告济南高新技术产业开发区管理委员会舜华路街道办事处于本判决生效之日起 60 日内对原告单某玲的申请重新作出处理决定。宣判后，各方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：结合各方当事人的诉辩及庭审调查事实，本案主要有三个焦点问题：

第一，小汉峪村委在（2019）鲁 01 民终 2683 号案件上诉及 2020 年 7 月 24 日出具的《答复函》中，关于取消原告在本村集体经济组织中的成员身份的决定，是否存在与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，及侵犯原告合法权益的内容。

本院认为，保护妇女合法权益、实行男女平等是我国基本的国家政策。宪法、法律乃至国家推行的农村集体产权制度改革均一以贯之。根据相关法律规定，村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触；妇女在集体经济组织收益分配等方面，享有与男子平等的权利；任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。中共中央、国务院及山东省出台的相关文件中，明确农村集体产权制度改革中的成员身份确认阶段应切实保障农村特殊（出嫁、离婚、丧偶等）妇女权益，防止“娘家婆家两头空”，要保障农村妇女作为集体经济组织成员集体收益分配权和对民主生活的集体管理权，确保农村妇女权益不挂“空档”。

本案中，原告因婚姻于 2008 年 3 月 3 日将户口迁入小汉峪村，与原户籍地章丘区刁镇茄庄村无成员联系；2015 年 6 月 3 日原告与曹某某解除婚姻关系后，小汉峪村委于 2016 年 3 月 28 日向原告出具村民待遇证明；原告于 2018 年 3 月 18 日在该村行使民主选举权，且常年通过小汉峪村正常缴纳居民养老、医疗保险，原告在小汉峪村已形成了长期、稳定的生产、生活联系。（2016）鲁 0191 民初 2739 号生效民事判决书也确认了原告在小汉峪村委处的成员身份及平等享有村民待遇的事实。结合《山东省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第六条：“符合下列条件之一的本村常住人员，为本集体经济组织成员……（二）与本村村民结婚且户口迁入本村的；”之规定，原告主张其系小汉峪村集体经济

组织成员身份，合法有据。小汉峪村委在农村集体产权制度改革中的成员界定中，通过村民会议决议或村民代表会议决定等方式，以原告离婚及“凡是我村离婚、再婚情况，生活费及各项福利待遇，只能有一人享受，并由户主来决定”的成员认定办法为由，未将原告列入成员榜单，取消原告集体经济组织成员身份，这违反了前述法律规定及国家政策，导致原告失去基本的权利保障，应当予以纠正。小汉峪村委不得因原告的婚姻状况变化而减损或增加其权益，应当依法确认原告集体经济组织成员身份及权益，如此既符合保障公民基本权利的法治精神及具体法律规定，也符合农村集体产权制度改革的政策要求。

第二，原告 2018 年 11 月 8 日的户籍地变动是否影响原告在小汉峪村的集体经济组织成员身份及权益。

济公通 [2017] 157 号《通知》第五十一条：“迁往区域属农村地区的，按下列规定执行……（三）夫妻离婚后，无现落户地房屋产权或使用权的一方，应当按以下情形及时办理迁移……2、无合法稳定住所的，可以迁移至户籍地社区集体户。”；鲁公通 [2016] 179 号《山东省户口登记管理规范（试行）》第七十三条：“公民具有下列情形之一的，应当及时将户口迁往合法稳定住所或者社区集体户……（三）集体户成员拥有合法稳定住所或者已经离开原单位的；上述人员拒不迁出的，暂时停止受理除办理居民身份证、户口迁出、注销登记以外的其他户口事项。”；济公通 [2020] 44 号《通知》第二十六条第（四）项拟落户地证件材料中的《约定书》：“四、凡在集体户上落户的成员，在济取得合法稳定住所，符合迁移条件的，应凭合法稳定住所证明及时将户口迁往合法稳定住所处。”。曹某某 2018 年 11 月 8 日签署的《社区集体户落户申请表》底端声明部分，也有相似内容：“本人承诺在本人或配偶取得合法产权或使用权住房后，将户口迁到自己合法稳定住所处，如若不迁，同意公安机关将本人及其户内成员户口迁往自己的住所或者对本户人员进行户口冻结”。结合法院已查明事实可知，原告离婚后，小汉峪村委应向原告分配安置房而未分配，致原告在现落户地没有房屋产权或使用权，由此致使原告户口发生被动性、政策性的变动。不能因一方违反义务而使对方丧失权利。故本案原告的户口变动不影响其在小汉峪村的成员身份及权益。另外，从小汉峪村委 2020 年 7 月 24 日出具的《答复函》看，其取消原告成员身份的主

要原因是原告婚姻变化及成员认定的办法，而非户口变动。

第三，被告作出的《复函》是否合法、是否应当作出责令小汉峪村委改正的决定。

根据被告提供的证据，被告作出《复函》的依据仅仅是其给小汉峪村委下达了一份《询问函》，没有调查原告前夫曹某某未经原告同意单方申请、强制迁出原告户口，原告现户籍地为舜华路派出所所在地的社区集体户的事实；没有调查小汉峪村委应向原告分配安置房尚未分配等基本事实。属于作出行政行为的主要证据不足。

《村民委员会组织法》第二十七条规定，村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，违反规定的由乡镇人民政府责令改正。因此，村集体经济组织虽然依法享有自主决定自治范围内事项的权利，但是必须符合法律、法规的规定，不得侵犯组织成员依法应享有的基本权利。本案中，经法院审理查明，小汉峪村委取消原告成员身份及成员权益的做法，存在违反法律、法规及国家政策的内容，应当责令小汉峪村委改正。被告关于原告申请事项属于村民自治事项不予处理的主张，法院不予支持，其作出的《复函》适用法律法规错误。

综上，被告做出的《复函》主要证据不足、适用法律法规错误，应予撤销，并应依法重新作出处理。

【案例注解】

我国基层治理中从明清时期“政令不下乡”的乡绅治理，到如今的村民自治的历程，在尊重地方公序的基础上摒弃了“私刑”。即现有法律框架下：对影响到村民基本权利的决议、决定或者村规民约等应当纳入司法、行政的监管、审查范围内，不能以“自治”名义使得村民自治沦为法外之地。

本案是一起典型的农村村委以“村民自治”为由违法侵害离婚妇女集体组织成员权益而基层乡镇政府未尽行政监管职责责令村委改正的行政争议，由于笔者所在基层法院处于城乡结合部，近年来因城市建设涉及农村集体土地上的拆迁较多，也因此出现了较多涉及侵害农村妇女权益的事件。受农村风俗、历史传统及熟人关系影响，外村女嫁入后一旦离婚，在处理相关涉及妇女村集体组织成员身份、财产等权益保护方面，

就不可避免地出现了很多问题。《村民委员会组织法》实施以来，我国确立了“村民自治”的基本制度，村民自治回归法治的运行轨道，将村民自治决议、决定或者村规民约纳入司法、行政的监管和审查范围，是《村民委员会组织法》的具体法律规定，也是全面依法治国方略的基本要求。但实践中普遍存在“村民自治”行为违法的现象，尤其存在村委以“村民自治”为由侵害离婚妇女合法权益的现象。在当前国家农村集体产权制度改革、乡村振兴的重大举措下，对农村妇女权益的保护应当尤为重视，对明显“违反男女平等”、“侵害妇女权益”等成员权益的违法行为应依法制止、改正，“村民自治”不应成为“法外之地”，村民应当依法自治、政府应当依法行政，让每位个体尤其农村妇女等特殊群体，感受到法律的公平和正义，树立法律在基层社会的威信和权威，保障改革的推进和效果。本案中，“村民自治”决定取消原告集体组织成员身份及成员权益的做法是违法的，应该得到纠正。对于原告离婚后的村集体组织成员权益应否得到法律保护、受到侵害时如何救济，成为原被告双方争执的焦点问题。现结合本案对离婚女村集体组织成员的权益保护展开简单论述。

1. 村委取消离婚女在本村集体经济组织中的成员身份的决定，与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，侵犯了离婚女的合法权利。

保护妇女合法权益、实行男女平等是我国基本的国家政策。宪法、法律乃至国家推行的农村集体产权制度改革均一以贯之。《村民委员会组织法》第二十七条规定，村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触；《妇女权益保障法》第三十二条规定，妇女在集体经济组织收益分配、土地征收等方面，享有与男子平等的权利；第三十三条规定，任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益；中共中央 国务院出台关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见，山东省颁发《关于在农村集体产权制度改革中切实维护妇女合法权益的通知》，明确农村集体产权制度改革中的成员身份确认阶段应切实保障农村特殊（出嫁、离婚、丧偶等）妇女权益，防止“娘家婆家两头空”，要保障农村妇女作为集体经济组织成员集体收益分配权和对民主生活的集体管理权，确保农村妇女权益不挂“空档”。

2. 离婚女户籍地变动并不影响其集体经济组织成员身份及权益

根据济南市公安局有关户籍政策规定，夫妻离婚后，无现落户地房屋产权或使用权的一方，无合法稳定住所的，可以迁移至户籍地社区集体户；凡在集体户上落户的成员，在济取得合法稳定住所，符合迁移条件的，应凭合法稳定住所证明及时将户口迁往合法稳定住所处；曹某某签署的《社区集体户落户申请表》也承诺：“本人承诺在本人或配偶取得合法产权或使用权住房后，将户口迁到自己合法稳定住所处，如若不迁，同意公安机关将本人及其户内成员户口迁往自己的住所或者对本户人员进行户口冻结”。本案中，原告离婚后，小汉峪村委应向原告分配安置房而未分配，致原告在现落户地没有房屋产权或使用权，由此致使原告户口发生被动性、政策性的变动。不能因一方违反义务而使对方丧失权利。故本案原告的户口变动不影响其在小汉峪村的成员身份及权益。况且，从小汉峪村委出具的《答复函》看，其取消原告成员身份的主要原因是原告的婚姻变化及成员认定的办法，而非户口变动。

3. 村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反法律法规等规定的，基层人民政府有权责令改正。集体经济组织虽然依法享有自主决定自治范围内事项的权利，但是必须符合法律、法规的规定，“村民自治”不是“法外之地”，不得侵犯组织成员依法应享有的基本权利。

综上，被告做出的《复函》主要证据不足、适用法律法规错误，应予撤销，并应依法重新作出处理，原告的诉讼请求应予支持。基层政府依法行政，尽职尽责，是离婚女村集体组织成员的权益保护法定的救济途径之一，这是国家增强对妇女等特殊群体合法权益保护的体现，也是实现全面依法治国、依法行政的重要保证。

济南市章丘区人民法院 赵太新

五、执行案例

执行程序中遗产管理人的认定及其责任承担

——复议申请人寇长某、王某某等执行复议案

关键词 继承 遗产管理人 遗产

【裁判要旨】

继承开始后，没有遗嘱执行人且继承人未推选遗产管理人的，由继承人共同担任遗产管理人。执行依据确定的债务人死亡后，其继承人尚未继承遗产时，继承人作为遗产管理人可以成为被执行人，但执行中仅能执行被继承人的遗产。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条 继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

第一千一百四十七条 遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。

【案件索引】

一审：济南市济阳区人民法院（2020）鲁0115执异81号（2020年10月27日）

二审：济南市中级人民法院（2020）鲁01执复363号（2021年1月4日）

【基本案情】

济南市济阳区人民法院在执行胡某某与寇西某租赁合同纠纷一案中，寇长某、王某某、寇清某、寇亚某对该院（2020）鲁0115执2163号执行裁定提出书面异议。

一审法院经审理查明，胡某某与寇西某租赁合同纠纷一案，该院作

执行案例

出（2018）鲁0125民初2195号民事判决。2020年9月22日，该院作出（2020）鲁0115执2163号执行裁定，查封王某某名下所有的位于济阳区济北龙海路私营园海尔街北侧鑫达商城A座13号房屋（不动产权证书号：城区003859）一套；查封王某某、寇西某名下共有的位于济南市济阳区济北龙海路私营园海尔街北侧鑫达商城A座13号房屋（不动产权证书号：城区009691）一套；查封王某某名下所有的位于永安路16号安大城市广场B06地下人防商城（不动产权证书号：济阳20170007165）一套。2020年9月22日，该院作出（2020）鲁0115执2163号执行裁定，查封被执行人寇清某之父寇西某持有的济南昌泽精密机械有限公司价值80万元股权。另查明，寇长某系寇西某之父，王某某系寇西某之妻，寇清某系寇西某之子，寇亚某系寇西某之女。

二审另查明，胡某某与寇西某租赁合同纠纷一案，济南市济阳区人民法院于2019年5月7日作出（2018）鲁0125民初2195号民事判决：寇西某于本判决生效之日起十日内给付胡某某尚欠的租赁费71万元及相应利息。该判决生效后，寇西某于2019年5月23日因病去世，其法定继承人为寇西某之父寇长某，寇西某之妻王某某，寇西某之子寇清某，寇西某之女寇亚某。2020年4月，寇长某、王某某、寇清某、寇亚某作为原告向济南市济阳区人民法院提起诉讼，请求解除寇西某与胡某某于2017年10月27日签订的《经营权转让协议》，胡某某承担诉讼费用。2020年6月28日，济南市济阳区人民法院作出（2020）鲁0125民初1666号民事裁定，驳回寇长某、王某某、寇清某、寇亚某的起诉。该民事裁定载明：“……本院经审查认为，2017年10月27日寇西某与胡某某签订《经营权转让协议》，寇西某租赁济阳县粮食购销有限公司庙廊粮所南院。寇西某支付部分租赁费后，双方因租赁费发生纠纷，2019年本院作出（2018）鲁0125民初2195号民事判决，判决寇西某支付胡某某租赁费71万元及利息。2019年5月寇西某死亡。寇西某死亡后，四原告并未就该协议的履行、终止清算等与胡某某达成协议。现涉案场所由原告方准许的案外人占有使用。本院认为，2017年10月27日《经营权转让协议》的合同主体为寇西某与胡某某，在寇西某死亡后，除法律规定及胡某某同意外，其法定继承人并不必然成为合同一方主体，在原、被告未达成协议的情况下，本院认为四原告以合同一方主体的身份而主张解

除合同，没有法律依据。综上，本院认为四原告的诉讼主体不适格，应当驳回其起诉……”2020年8月31日，申请执行人胡某某向济南市济阳区人民法院申请执行，被执行人为寇长某、王某某、寇清某、寇亚某。

【裁判结果】

济南市济阳区人民法院于2020年10月27日作出(2020)鲁0115执异81号执行裁定：驳回寇长某、王某某、寇清某、寇亚某的申请。寇长某、王某某、寇清某、寇亚某不服，申请复议。济南市中级人民法院于2021年1月4日作出(2020)鲁01执复363号执行裁定：一、撤销济南市济阳区人民法院(2020)鲁0115执异81号执行裁定；二、撤销济南市济阳区人民法院对王某某名下所有的位于济阳区济北龙海路私营园海尔街北侧鑫达商城A座13号房屋(不动产权证书号：城区003859)的查封；三、撤销济南市济阳区人民法院对王某某名下所有的位于永安路16号安大城市广场B06地下人防商城(不动产权证书号：济阳20170007165)的查封；四、撤销济南市济阳区人民法院对寇长某、王某某、寇清某、寇亚某采取的限制消费措施；五、驳回寇长某、王某某、寇清某、寇亚某的其他异议请求。

【裁判理由】

本案的争议焦点有三：一是执行依据确定的债务人死亡后，能否列其继承人为被执行人；二是执行程序中能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费等措施；三是债务人的继承人能否在执行程序中主张债权人与债务人的合同终止并要求排除执行。

第一，关于债务人的继承人能否作为被执行人。《中华人民共和国民法典》(以下简称民法典)第一千一百四十五条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。2020年12月29日修正的《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)第十条第一款规定，作为被执行人的自然人死亡或被宣告死亡，申请执行人申请变更、追加该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡取得遗产的主体为被执行人，在遗产范围

内承担责任的，人民法院应予支持。依据上述规定，被继承人死亡后，继承人未推选遗产管理人的，由继承人共同担任遗产管理人，在执行程序中，可以变更、追加遗产管理人为被执行人，在遗产范围内承担责任。本案中，执行依据确定的债务人寇西某在判决生效后死亡，未遗留遗嘱，其法定继承人尚未继承遗产，且未推选遗产管理人，根据民法典的前述规定，由其继承人寇长某、王某某、寇清某、寇亚某共同担任遗产管理人。因债务人寇西某死亡时本案尚未进入执行程序，济南市济阳区人民法院立案执行时将寇西某的继承人列为被执行人，可视为在立案时对被执行主体的直接变更，寇长某、王某某、寇清某、寇亚某作为寇西某的遗产管理人成为被执行人，符合民法典和变更追加规定的相关规定。

第二，关于能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费措施。民法典第一千一百四十七条规定，遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。根据上述规定，遗产管理人虽然可以成为被执行人，但其主要职责为处理被继承人的债权债务和分割遗产，因此不能直接执行遗产管理人的自有财产清偿债务，亦不能对遗产管理人采取限制消费措施。变更追加规定第十条第一款亦规定，变更、追加遗产管理人为被执行人后，也是在遗产范围内承担责任的。本案中，济南市济阳区人民法院查封被继承人寇西某持有的济南昌泽精密机械有限公司价值80万元的股权，以及其与王某某共有的鑫达商城A座13号房屋（不动产权证书号：城区009691），系对被继承人遗产的查封，并无不当。对于遗产管理人王某某名下鑫达商城A座13号房屋（不动产权证书号：城区003859）和安大城市广场B06地下人防商城（不动产权证书号：济阳20170007165），在无证据证实上述财产为寇西某遗产的情况下，济南市济阳区人民法院对其进行查封无事实及法律依据，应予纠正。对寇长某、王某某、寇清某、寇亚某采取限制消费措施，亦无事实及法律依据，亦予一并撤销。

第三，关于债务人的继承人能否在执行程序中要求解除债权人与债务人签订的租赁合同并要求排除执行。《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》第七条第二款规定，被执行人以

债权消灭、丧失强制执行效力等执行依据生效之后的实体事由提出排除执行异议的，人民法院应当参照民事诉讼法第二百二十五条规定进行审查。本案中，寇长某、王某某、寇清某、寇亚某主张胡某某与寇西某签订的经营权转让协议自然终止，（2018）鲁0125民初2195号民事判决已失去履行的客观事实，胡某某要求支付2019年5月23日之后的租金无事实根据，系以执行依据生效之后的实体事由提出的排除执行异议，并非针对执行行为所提异议，不宜在本案中一并审查，对该异议请求，济南市济阳区人民法院应参照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条规定另行审查。综上，济南市济阳区人民法院（2020）鲁0115执异81号执行裁定认定事实不清，适用法律错误，应予撤销。寇长某、王某某、寇清某、寇亚某所提异议部分成立，应予以支持。

【案例解读】

遗产管理人制度是民法典继承编的新增内容，从继承开始到继承人接受继承期间，为了有效地保护遗产不被减损，必须设定遗产管理人，对遗产进行管理。简单地说，遗产管理人是对被继承人的财产进行妥善保存和管理分配的人。遗产管理制度作为一项综合性的遗产处理机制，是指在继承开始后、遗产分割之前，由遗嘱指定，或继承人推选或者继承人共同担任，或法院指定的管理人承担保护和管理待继承遗产的职责，通过其对遗产实施有效管理，使遗产在未被接受或放弃前避免遭受毁损，保障遗产可以公平、有序地进行分配的制度。

民法典规定了遗产管理人的选任、指定、职责、民事责任的承担等内容。根据遗产管理人的职责，其可以成为申请执行人或被执行人。在没有遗产管理人制度的情况下，修正前的变更追加规定第十条规定可以直接执行遗产，但如何列被执行人却一直困扰着司法实践。民法典规定了遗产管理人制度后，这一问题迎刃而解，变更追加规定第十条根据民法典的规定进行了相应修改，明确了遗产管理人可以成为被执行人。本案适用民法典和修正后的变更追加规定第十条，成功解决了执行实践中的问题，既明确了遗产管理人及应承担的义务，又保障了其合法权益。

济南市中级人民法院执行三庭 郑风云 毛雪

