

目 录

一、刑事类案例

1. 王茂全故意杀人案 (1)
2. 王立强合同诈骗案 (6)
3. 取保候审期间潜逃后又投案并如实供述罪行应认定自首 (12)
4. 实施伤害后又拿走财物应数罪并罚 (15)
5. 王海洋非国家工作人员受贿、挪用资金案 (18)
6. 罪犯王晓梦不予假释案 (22)
7. 李茂桢内幕交易犯罪案 (23)
8. 济南市人民检察院诉薄熙来受贿、贪污、滥用职权案 (28)
9. 田皓宇、刘朋、刘海涛、程守明贩卖毒品罪案 (36)
10. 朱传峰等生产、销售有毒有害食品、朱传清、朱传波生产、销售有毒、有害食品、
虚开增值税专用发票案 (37)
11. 黛丽佳公司、杜海田、赵华伟非法吸收公众存款案 (39)
12. 济南市历城区人民检察院诉耿晓宁贪污、受贿、贾丽霞贪污案 (40)
13. 济南市槐荫区人民检察院诉郑锴等非法出售珍贵、濒危野生动物制品案 (43)

二、民事类案例

14. 孟吉福诉姜绪辉等机动车交通事故责任纠纷案 (49)
15. 张兆才诉紫金财产保险股份有限公司山东分公司、闫书峰机动车交通事故责任纠纷案
..... (53)
16. 董某甲与朱某、董某乙等遗嘱继承纠纷 (54)
17. 董忠淮与王万伟、刘镇案外人执行异议之诉纠纷案 (55)
18. 石志勇等 14 人诉济南阳光壹佰房地产开发有限公司相邻日照纠纷案 (59)
19. 济南亿维公司诉田甜甜劳动合同纠纷案 (68)
20. 李靖诉巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国劳动争议纠纷案 (71)
21. 孙伟雪诉季毅、哈跃鹏、张玉金被继承人债务清偿纠纷案 (76)

三、商事类案例

22. 湖北天工机电技术有限公司诉杨列军、鲍旭虹股东损害公司债权人利益责任纠纷案
..... (83)
23. 山东天齐房地产开发有限公司诉山东九合地产有限公司、山东九同置业有限公司借款
纠纷案 (89)
24. 李雪霞诉山东圣凯置业有限公司委托合同纠纷案 (93)

目 录

25. 以国有划拨土地上的房屋为抵押物的抵押合同有效	(101)
26. “名不符实”合同中当事人以名义合同主张权利的不予支持	(109)
27. 济南华兴建筑设计有限责任公司诉山东华盛建筑设计研究院等侵犯著作权案	(114)
28. 汇编作品主编享有著作权以付出创造性劳动为依据	(119)
29. 网络服务提供者的注意义务及间接侵权责任的认定	(125)
30. 四川省宜宾五粮液集团有限公司诉济南天源通海酒业有限公司侵犯注册商标专用权、 不正当竞争纠纷案	(131)
31. 兴业银行股份有限公司济南分行诉山东钢铁股份有限公司、山东钢铁股份有限公司 济南分公司、福建省旺隆贸易有限公司保兑仓业务合作合同纠纷案	(141)
32. 曹彬诉济南乾豪科技发展有限公司特许经营合同	(143)
33. “消防排烟装置”专利侵权案	(148)
34. “7天连锁酒店”商标侵权案	(149)
35. “米其林”商标侵权及不正当竞争案	(150)
36. 威尔德摩德不正当竞争案	(151)
37. AutoCAD 计算机软件著作权侵权案	(152)
38. 徐茂峰假冒注册商标罪案	(153)
39. “茅台”商标侵权案	(154)
40. “沃夫特”商标侵权及不正当竞争案	(155)
41. “五常大米”证明商标侵权案	(156)
42. “螺旋体铸造模型及其造型方法”专利行政处罚案	(157)
43. “汽车蝶形阀总成”实用新型专利侵权案	(158)
44. “康明斯”商标及不正当竞争纠纷案	(159)
45. “白鹤泉”商标权属纠纷案	(160)
46. “飞行传奇”著作权侵权案	(161)
47. “客户名单”商业秘密侵权案	(162)
48. “先玉 335”植物新品种权侵权案	(163)
49. “华夏良子”特许经营合同纠纷案	(164)
50. “石英谐振器”产品专利行政诉讼案	(165)
51. 申通投标不正当竞争纠纷案	(166)
52. “稻香园”商标权纠纷案	(167)
53. 德生食品厂滥用商标权案	(168)
54. 微信朋友圈著作权纠纷案	(169)
55. 玉米收获机专利权纠纷案	(170)
56. 韩玉诉山东博控股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案	(171)
57. 枣庄市品源建筑工程有限公司诉山东省振鲁国际交流中心、枣庄市大运河物流 有限公司、枣庄市国有资产经营有限公司合作合同纠纷案	(177)
58. 安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司诉孙勇追偿权纠纷案	(182)
59. 山东登海先锋种业有限公司诉张君侵害植物新品种权纠纷案	(185)

60. Weld Mold Company 诉济南慧邦汉默实业有限公司、济南汉默特种焊接有限公司
侵害商标专用权及不正当竞争纠纷案 (187)
61. 银河公司诉天河公司侵害发明专利权案 (195)

四、行政类案例

62. 戴世华诉济南市公安消防支队行政消防验收纠纷案 (201)
63. “北雁云依”诉济南市公安局历下区分局燕山派出所公安行政登记案 (203)
64. 黄霆诉山东省政府不履行信息公开职责案 (206)
65. 前行政行为承办人在后续行政处罚程序中应回避 (210)
66. 法院审查规范性文件的要点 (214)
67. 齐来发诉山东省交通运输厅道路运输局不履行法定职责案 (217)
68. 赵广平诉济南市司法局司法行政处理案 (218)
69. 山东基能能源科技有限公司诉济南市地方税务局稽查局行政处罚案 (219)

五、执行类案例

70. 执行程序中限制“无益拍卖”原则的适用 (227)
71. 农村集体土地补偿费执行的有关问题 (231)
72. 企业改制后的被执行人追加问题 (235)
73. 山东鑫海投资有限公司与山东启德置业有限公司等委托贷款纠纷执行实施案 (238)
74. 褚某申请解除限制出境措施执行异议复议案 (239)

一、刑事类案例

王茂全故意杀人案

——正当防卫中防卫限度的认定

关键词 正当防卫 防卫过当 限度条件 无限防卫权

【裁判要点】

正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚；对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二十条 为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

【案件索引】

一审：山东省济南市中级人民法院（2012）济刑一初字第53号（2012年9月12日）

【基本案情】

被告人王茂全，男，汉族，1970年11月5日出生于山东省苍山县，小学文化，个体经营者。2003年6月26日因割断本村高音喇叭线、撕毁标语、殴打村干部等行为被劳动教养一年，2004年3月27日解除劳动教养。因涉嫌故意杀人罪于2011年11月10日被逮捕。

山东省济南市人民检察院以被告人王茂全犯故意杀人罪，向山东省济南市中级人民法院提起公诉。

法院经审理查明：被告人王茂全与同居女友张桂侠、张桂侠女儿的男友马天龙在济南市历城区七里堡农贸市场批发卖藕。2011年10月26日凌晨5时许，同在该市场卖藕的程建亮路过王茂全的摊位时，提出以更低的价格欲将正在王茂全处买藕的顾客拉走。王茂全得知此情况后，来到程建亮的摊位前与程建亮理论，二人发生争吵、扭打，此间马天龙也上前打了程建亮，后双方被人拉开。数分钟后，程建亮来到王茂全摊位，再次与王茂全扭打到一起，又被他人拉开。双方分开后，王茂全继续卖藕，程建亮打电话将此事告诉了合伙人张风英。张风英认为程建亮吃了亏，便给女儿张辉打电话，让其带人来教训王茂全。张辉遂将此事告诉了男友贾磊，贾磊又联系了表弟贾廷镇及朋友房立峰。随后，贾磊、房立峰、张辉等人开车来到七里堡农贸市场与贾廷镇汇合。此时张风英也赶到该市场。张风英给贾磊、贾廷镇、房立峰指示出王茂全的长相及摊位后，贾磊、贾廷镇、房立峰分别持啤酒瓶、棒球棍型汽车方向盘锁等物品来到王茂全卖藕的汽车前。同时，在程建亮打电话的过程中，张桂侠意识到对方可能叫人报复，便让王茂全、马天龙先离开。当贾磊等人第一次来到王茂全卖藕的汽

刑事类案例

车前时，没有找到王茂全。稍后，当贾磊、贾廷镇、房立峰再次来到王茂全卖藕的汽车前时，王茂全正好返回，贾磊、房立峰等人首先持啤酒瓶、汽车方向盘锁砸王茂全头部等部位，双方发生打斗。打斗中，王茂全持单刃尖刀朝贾磊、房立峰、贾廷镇捅刺，三人被捅后相继逃离，王茂全持刀追赶，但没有追上。贾磊被捅后倒在现场附近，后在送医院途中死亡。贾廷镇、房立峰跑到农贸市场门口，后被送医院抢救，房立峰经抢救无效死亡；贾廷镇经抢救脱险。经鉴定，贾磊系胸部遭受单刃锐器捅刺致左肺动脉横断，大失血死亡；房立峰系胸腹部遭受单刃锐器捅刺致膈肌、小肠及肠系膜多处破裂，大失血死亡；贾廷镇腰背部有两处创口，其中一处创口深入腹腔，致脾脏破裂，构成重伤；王茂全头部损伤构成轻微伤。王茂全于当日6时许到当地派出所投案，并对持刀捅刺对方的事实供认不讳。

另查明：各附带民事诉讼原告人分别就丧葬费、死亡赔偿金、被扶养人生活费、交通费、医疗费、误工费、护理费、鉴定费、营养费、残疾赔偿金等提出民事赔偿。

【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2012年9月12日作出（2012）济刑一初字第53号刑事附带民事判决：一、被告人王茂全犯故意杀人罪，判处有期徒刑九年。二、被告人王茂全赔偿附带民事诉讼原告人贾明喜、房泽芹、赵相艳、贾翔宇经济损失人民币284771.75元；赔偿附带民事诉讼原告人任桂梅经济损失人民币384476元；赔偿附带民事诉讼原告人贾廷镇经济损失人民币139372.18元。三、作案工具单刃尖刀1把，予以没收。

宣判后，公诉机关不抗诉，附带民事诉讼原告人、被告人均服判不上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效判决认为：被告人王茂全在打斗中持尖刀捅刺他人要害部位，放任死亡结果的发生，公诉机关指控其行为构成故意杀人罪成立。被告人王茂全在遭到数人持械对其殴打的不法侵害情况下，为保护自身安全，持刀捅刺他人，系防卫行为，但其持刀捅刺对方要害部位，造成二人死亡、一人重伤的严重后果，防卫明显超过了必要限度，属于防卫过当。王茂全作案后到公安机关投案，并如实供述持刀捅刺对方的事实，构成自首。依法应对其减轻处罚，其辩护人提出王茂全系防卫过当，有自首情节，要求减轻处罚的意见，予以采纳。被告人王茂全的犯罪行为给各附带民事诉讼原告人造成的经济损失应予赔偿。附带民事诉讼赔偿部分（略）。

【案例注解】

该案例涉及刑法中正当防卫与防卫过当的问题，尤其是正当防卫中防卫限度的把握。刑法中的正当防卫是指当不法侵害正在进行时，防卫人对不法侵害者本人造成一定损害，使其不能继续进行不法侵害，以保护国家、公共利益或者个人利益的行为。正当防卫行为虽然符合《刑法》分则有关条文规定的构成要件，但能够排除实质的违法性而成立违法阻却事由。但是正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损害，否则构成防卫过当。

《刑法》对正当防卫作出了明确规定，但在司法实践中，对正当防卫条件的认定却没有量化的标准，尤其正当防卫的限度条件更是难以把握，弹性化、概括化的表述导致了正当防卫与防卫过当边界的模糊。一般来说，某种行为只要符合正当防卫的客观条件和主观条件，就是防卫行为。但能否成立正当防卫，还应考察该行为是否符合正当防卫的限度条件。

本案中，被害方虽然持械对王茂全殴打，但根据事后被害方对王茂全所造成的伤害结果

看，并非特别严重，这说明案发时被害方对王茂全的侵害程度并没有威胁到王茂全的生命安全。在这种情况下，王茂全持刀捅刺对方要害部位，造成二人死亡一人重伤的严重结果，防卫明显超过了必要限度，属于防卫过当。该案例从正当防卫的制度设计目的出发，解读“正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损害”，对无限防卫权及认定防卫过当都有十分重要的指导意义。

一、对正当防卫限度条件的理解

正当防卫的成立需要符合严格的条件，包括客观条件、主观条件和限度条件三个层面。其中，客观条件和主观条件是定性条件，由此确定了正当防卫“正”的性质；限度条件是定量条件，由此体现了正当防卫“当”的要求，不符合该条件的虽然不失为防卫行为，却不是正当防卫。不法侵害正在发生是正当防卫成立的客观条件，防卫意图是正当防卫的主观条件，这也是主客观相一致原则在正当防卫中的具体体现。“正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损害”是正当防卫的限度条件。如何理解“必要限度”，我国刑法学界基于旧刑法的规定，提出了“基本相适应说”“需要说”“必需说”“适当说”几种观点，其中“适当说”是通说。该种观点认为，“必要限度”的确定，应当以防卫行为是否能制止住正在进行的不法侵害为标准，同时考虑所防卫的利益的性质和可能遭受损害的程度，要同不法侵害人造成损害的性质、程度大体相适应。因此，应该结合危害的性质、手段、紧迫程度，以及防卫者自身能力的大小及侵害者人数的对比等，全面分析，综合判断。能用较为缓和的手段制止不法侵害的，就不应给不法侵害人造成较重的损害结果。

本案中，王茂全在被同行程建亮上门抢生意时，找程建亮理论并发生扭打，后被人拉开，事情已经结束，之后，对方又纠集贾磊等人持械到王茂全摊位前滋事，并且贾磊等人首先持啤酒瓶、汽车方向盘锁砸王茂全头部等部位，此时王茂全的人身权利正在遭受来自被害方的不法侵害，在这种情况下，王茂全为保护自身安全，持刀捅刺被害方，符合正当防卫成立的客观条件和主观条件，系防卫行为。但是，王茂全持单刃尖刀连续朝三被害人要害部位猛捅，造成二人死亡一人重伤的严重结果，其防卫行为在手段、程度、强度及后果方面都明显超过了制止不法侵害行为所需要的必要限度，并且造成重大损害，不具备正当防卫的限度条件。

二、正当防卫限度条件的考虑因素

正当防卫明显超过必要的限度造成重大损害，则构成“防卫过当”。正当防卫与“防卫过当”在刑事责任认定上存有很大差别。在确定正当防卫的限度条件时，必须考虑以下几个因素：

第一，应充分考虑正当防卫制度设计的初衷。法治社会是注重私权保护的社会，是理性和规则的社会。刑法设立正当防卫的初衷就在于鼓励公民敢于、勇于利用该制度同不法侵害作斗争。如果防卫的限度条件对防卫人要求过严、防卫行为动辄成为“防卫过当”，或者对防卫人没有限度要求、私刑泛滥，那么正当防卫权都将失去意义。本案中，王茂全在得知对方纠集人员后离开躲避，但后来仍被再次来到其摊位的被害方殴打，此时，王茂全予以反击，符合刑法设立正当防卫的初衷。

第二，要充分考虑实施正当防卫时的客观条件。不法侵害都具有现实的“紧迫性”，防卫人面临正在进行的不法侵害时，往往没有充足时间准确认识不法侵害的方式、程度、强度及损害后果的大小，也没有余暇去充分地选择防卫行为的手段、程度、强度、将要造成的损害的大小等。因此，正当防卫限度条件的认定必须结合防卫时的客观条件。本案中，王茂

全是在遭受到三被害人持啤酒瓶、汽车方向盘锁击打头部时，持刀与对方打斗，认定防卫限度条件时，应当考虑到当时情况紧急，不能苛求其对不法侵害及防卫行为的性质、手段、程度、强度及后果等情况作出准确判断。

第三，应充分理解刑法对正当防卫限度条件予以修改的原因。新旧刑法规定的正当防卫的限度条件都是有弹性的、概括的规定，刑法明显放宽了对正当防卫限度条件的要求，就是为避免对防卫人的过度要求。正当防卫的必要限度与正当防卫的限度条件有较大的意义区别。某一防卫行为如果未超过必要限度，当然符合正当防卫的限度条件，成立正当防卫；即使超过必要限度，只要不是明显超过必要限度造成重大损害，仍然符合正当防卫的限度条件。所以，存在着超过了正当防卫必要限度但未超过正当防卫的限度条件，因而仍成立正当防卫的情形。这一部分情况在1979年《刑法》中以防卫过当论，在1997年《刑法》中则成立正当防卫。

三、防卫过当及其刑事责任的认定

《刑法》第二十条第二款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”该条款明确了什么是防卫过当行为。1979年《刑法》规定防卫过当是“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的”行为。但什么叫“超过必要限度”，什么叫“不应有的危害”，法律没有明确具体的规定，实践中认识很不一致，执法中有随意性，难以操作，不利于正确认定正当防卫和防卫过当的行为，不利于鼓励群众与犯罪作斗争。因此，1997年修订《刑法》时，对防卫过当行为的内涵表述作了修改，即在“超过必要限度”之前加上了“明显”二字，将原规定的“不应有的危害的”改为“重大损害的”，力求划清正当防卫与防卫过当的界限。

根据本款规定，“防卫过当”应当同时具备以下特征：第一，“防卫过当”必须是明显地超过必要限度。所谓“必要限度”是指为有效地制止不法侵害所必需的防卫的强度。“明显超过必要限度”是指一般人、普通人都能够认识到其防卫强度已经超过了正当防卫所必需的强度。第二，对不法侵害人造成了重大损害。1979年《刑法》规定的“不应有的危害”，实践中很难掌握。因此，1997年修订《刑法》时，改成“重大损害”。“重大损害”是指由于防卫人明显超过必要限度的防卫行为造成不法侵害人或者其他人人身伤亡及其他能够避免的严重的损害。本案中，王茂全持刀连续捅刺被害方要害部位数刀，造成二人死亡一人重伤的严重后果，其防卫行为无论是在手段、程度、强度上还是在结果上都明显超过了制止不法侵害行为所需要的必要限度，并且造成二死一重伤的重大损害，属于防卫过当。

防卫过当的行为应当负刑事责任。由于防卫过当的行为所造成的损害，是超出正当防卫所必需的防卫强度造成的，具有一定的社会危害性，因此法律规定，应当负刑事责任。但是，对防卫过当的行为应当减轻或者免除处罚。这是因为防卫动机是出于正当防卫，其主观恶性较小，社会危害也小于其他故意犯罪。社会危害程度不同，处罚也应当有所区别。

四、对无限防卫权的认定

对一些严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，不存在防卫过当问题。根据《刑法》第二十条第三款之规定，“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”我国刑法学界一般把该款规定视为无限防卫权。事实上，该规定是对正当防卫限度条件的补充，公民根据该款的规定行使防卫权时应遵守该条第一款之规定。

法律之所以有这一规定，主要基于两点考虑：一是社会治安的实际状况。各种暴力犯罪不仅严重破坏社会治安秩序，也严重威胁公民的人身安全，对上述严重的暴力犯罪采取防卫行为作出特殊规定，对鼓励群众勇于同犯罪作斗争，维护社会秩序、社会稳定，具有重要意义。二是上述暴力犯罪的特点。这些犯罪都是严重威胁人身安全的，被侵害人面临正在进行的暴力侵害，很难辨认侵害人的目的和侵害的程度，也很难掌握实行防卫行为的强度，如果对此规定得太严，就会束缚被侵害人的手脚，妨碍其与犯罪作斗争的勇气，不利于公民运用法律武器保护自身的合法权益。因此，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，法律作了不存在防卫过当的特殊规定。但在本案中，根据被害方仅是出于要教训王茂全的意图，结合被害方所使用的工具以及仅造成王茂全头部轻微伤的后果综合分析，被害方的侵害行为还没有达到严重危及王茂全的人身安全的严重程度，即没有足以造成王茂全严重伤害，甚至危及生命的程度。因此，王茂全的行为不符合无限防卫的前提，不能以无限防卫为由认定其行为属于正当防卫。

需要说明的是，适用无限防卫权之规定时仍应考察其行为是否符合防卫行为的其他条件。“假想防卫”“防卫不适时”“防卫第三者”“防卫挑唆”“偶合防卫”等等均不是防卫行为，不适用无限防卫权。另外，并不是只有在行使无限防卫权时造成伤亡才不负刑事责任。如防卫人面对疯狂的精神病人实施的严重危及人身安全的侵害行为，奋力反抗，将该精神病人打成重伤甚至打死，对其应按正当防卫处理，不能对《刑法》第二十条第三款的规定作出相反的解释，对其他不法侵害实施防卫造成伤亡的情况不能一概以防卫过当论处。最后，严重危及人身安全的非法侵害是否构成犯罪，不属于防卫认识的内容，不能要求防卫人在防卫的一瞬间判断出暴力行为的犯罪性质。

五、参照适用本案例时还应注意的问题

防卫人面对不法侵害时，实施防卫行为明显超过必要限度，造成重大损害的，不能仅看后果严重就认为是防卫过当。同时，“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不负刑事责任”规定的适用，更应综合分析不法侵害是否严重危及人身安全、是否以暴力实施、是否是犯罪行为以及防卫人是否出于保护人身安全的目的实施防卫，并根据证据依法认定。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 谢家晋 王玉洲

案例来源：载《人民法院案例选》2015年第1辑

王立强合同诈骗案

——如何准确对一房二卖的行为进行刑民界分

关键词 刑民界分 一房二卖 合同诈骗 非法占有目的

裁判要点

1. 一房二卖的行为是否构成合同诈骗罪，关键看在签订、履行房屋买卖合同的过程中，行为人主观上是否具有非法占有他人购房款的目的。

2. 行为人签订一房二卖有关合同时确实存在特殊原因，在尚未履行合同约定的交房义务时，发生了股权、资产转让等公司变更事项，公司变更相关主体对公司债务如何承担已经做了约定的，不应认定行为人构成合同诈骗罪。

相关法条

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条第（二）项

案件索引

一审：济南市天桥区人民法院（2011）天刑初字第105号（2011年10月20日）、（2012）天刑初字第106号（2013年11月4日）

二审：（2011）济南市中级人民法院济刑二终字第105号（2012年3月7日）、（2013）济刑二终字第113号（2014年4月2日）

基本案情

山东省济南市天桥区人民检察院指控，济南大有升房地产开发有限公司（简称大有升公司）成立于1998年，2003年更名为济南普天大有房地产开发有限责任公司（简称普天大有公司）。被告人王立强在普天大有公司任职并实际控制该公司期间，在公司资不抵债的情况下，隐瞒真相，于2007年8月至2008年8月，自己或者指使公司其他工作人员以公司名义与客户签订商品房买卖合同，将已经出售的天旺浅水湾项目4套房屋再次出售，骗取被害人郭某等四客户的购房款共计人民币（以下币种同）155万元，用于支付公司诉讼费、房租、职工工资、偿还债务等。公诉机关认为，应以合同诈骗罪追究被告人王立强的刑事责任。

法院经审理查明，大有升公司于1998年2月成立，2003年5月更名为普天大有公司，被告人王立强自2003年5月至2009年4月负责该公司全面工作，系该公司实际控制人。

2000年4月至2001年1月，唐某先后购买大有升公司开发的一期天旺嘉园小区房屋3套，房价总计262.8万元，唐某预付购房款2022628元，约定其中1套于2001年6月30日交房，另2套于2001年10月30日交房，大有升公司承诺逾期交房每月按已付房款的20%或者每日按已付房款的1%给付违约金。后大有升公司未能如期交房，2002年3月、8月，唐某向济南市天桥区人民法院分别提起民事诉讼，请求判令被告大有升公司支付逾期交房违约金共计2022628元。同年7月，大有升公司的500万元资金被济南市天桥区人民法院冻结。2003年5月18日，济南市天桥区人民法院判决大有升公司支付唐某上述3套房屋逾期交房违约金共计2022628元。大有升公司不服提出上诉，济南市中级人民法院经审理认为一审判决支付的违约金数额过高，以事实不清、适用法律不当为由，裁定撤销原判，发回重审。

在该案重审期间，2005年1月9日，普天大有公司与唐某同时签订了普天大有公司赔偿唐某200万元逾期交房违约金协议和唐某用天桥区人民法院过付的200万元作为购房款购买普天大有公司开发的二期天旺浅水湾4套房屋协议。同年1月12日，天桥区人民法院出具了普天大有公司赔偿唐某200万元违约金的民事调解书。唐某将法院划拨的200万元汇至普天大有公司的账户用做上述二期天旺浅水湾4套房屋的购房款。

2000年起，济南天岳实业有限公司（简称天岳公司）将其名下的土地转让给大有升公司开发房地产，大有升公司一直拖欠天岳公司的土地转让款。2005年初，天岳公司经理温某无偿占有了普天大有公司开发的一、二期房屋各2套。2005年11月，普天大有公司与天岳公司党委书记李某商定，由李某偿还普天大有公司在银行的一笔贷款的余款283249.56元，普天大有公司将其开发的二期天旺浅水湾房屋1套抵偿给李某，双方为此签订了购房合同，此后，李某按月向银行偿还贷款冲抵购房款。2006年底，普天大有公司内部商定，将李某购买的上述房屋卖掉，将温某无偿占有的二期房屋中的1套调整给李某，但此事未告知李某、温某。

普天大有公司在经营中，因与承建商发生纠纷，以致未能如约交房，导致业主、承建商、贷款银行等纷纷起诉。自2005年12月起，普天大有公司连年出现巨额亏损。2007年8月至2008年8月，王立强自己或者指使公司其他工作人员以公司名义与客户签订商品房买卖合同，将上述已经出售给唐某、李某的二期天旺浅水湾4套房屋再次出售，并将收取的郭某等四购房户的购房款共计155万元，用于支付公司债务、诉讼费、职工工资、电费等。

2008年9月，王立强代表普天大有公司与福州圣满房地产开发有限公司（简称圣满公司）签订协议，普天大有公司将公司股权及土地等资产转让给圣满公司，并约定了圣满公司应当承担的普天大有公司债务总额。2009年4月，普天大有公司原股东将股权转让给圣满公司的谢某、范某二人。同年5月，该公司法定代表人变更为谢某。2010年2月，普天大有公司更名为济南鑫泽房地产开发有限公司，同年4月又更名为大有升公司。

裁判结果

济南市天桥区人民法院于2011年10月20日作出（2011）天刑初字第105号刑事判决，认定被告人王立强犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金五十万元。宣判后，王立强提出上诉，济南市中级人民法院于2012年3月7日作出（2011）济刑二终字第105号刑事裁定，以认定王立强犯合同诈骗罪事实不清，证据不足为由，撤销原判，发回重审。济南市天桥区人民法院于2013年11月4日作出（2012）天刑初字第106号刑事判决，宣判被告人王立强无罪。公诉机关济南市天桥区人民检察院以普天大有公司及被告人王立强的一房二卖的行为构成合同诈骗罪，认定王立强无罪错误为由提出抗诉。济南市中级人民法院于2014年4月2日作出（2013）济刑二终字第113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：普天大有公司与唐某虽然在形式上签订了天旺浅水湾4套房屋销售合同，但实际上是以4套房屋抵顶数额过高的双方之间另3套房屋买卖的逾期交房违约金，违约金纠纷是双方签订该4套房屋销售合同的事实基础。此后，该公司在为唐某保留了其中1套房屋的前提下，将其余3套房屋转卖，系事出有因。先期违约金纠纷的存在对于评价行为人转售房屋主观上是否具有非法占有他人财物目的具有影响。该公司将已经出售给李某的1套房屋再出售给他人，是在已经作出将天岳公司经理温某无偿占有的普天大有公司房屋中

的1套调整给李某的决定之后进行的。4套房屋当时均在开发建设之中，均有房源保障。普天大有公司将收取的四购房人的购房款用于支付电费、员工工资及诉讼费等公司运营必不可少的费用，也表明其有继续经营的意愿和行为。综合上述事实，不能认定普天大有公司具有非法占有后手购房人购房款的主观目的。就普天大有公司与前手购房人唐某、李某二人的关系而言，不能仅因该公司在没有事先告知二人的情况下将二人所购房屋转卖即认定其具有非法占有二人财物的目的，房屋转售有无事先告知与双方可能引发民事纠纷具有因果关系，而与认定该公司具有非法占有二人财物的目的并不具有必然的因果关系。普天大有公司和圣满公司在实施股权及土地转让时，双方约定的圣满公司为普天大有公司承担的债务是一个总数，没有列明究竟包括哪些债务，如果因本案一房二卖而产生了相关债务，也完全可以视为上述债务总额内的一部分，并与其他债务一并平等获得清偿，将因一房二卖所可能产生的债务视为约定承担债务之外的超出部分没有事实依据。退一步讲，即使认定该部分债务属于超出部分，也不能仅因客观上存在债务超出即认定普天大有公司故意隐瞒了该部分债务，没有证据证明其故意实施了隐瞒行为。在普天大有公司与圣满公司已经约定由圣满公司承担清偿巨额债务的义务，事实上圣满公司也已经清偿了数千万元债务的情况下，如果仅因涉及本案一房二卖的相关债务没有清偿即认定王立强的行为构成诈骗，而已经清偿的债务却不构成诈骗，显然属于客观归罪，不符合主客观相统一的认定犯罪的基本原理。本案涉及的一房二卖的行为属于民事法律规范调整的范围，应由民事法律规范予以调整，故一、二审法院作出如上裁判。

案例注解

本案争议的焦点是普天大有公司、被告人王立强一房二卖的行为是否构成合同诈骗罪。司法实践中，一房二卖的行为，究竟是属于民法调整范围，认定为民事欺诈，还是应当纳入刑法规制范围，以合同诈骗罪定罪处罚，存在不同认识。我们认为，对一房二卖的行为定性，关键在于行为人主观上是否具有非法占有的目的。而在此类案件中，行为人是否具有非法占有目的，需要综合行为人一房二卖的具体原因、交房的真实意思表示内容、行为人是否具有调剂交房的能力以及清偿相关债务的能力等方面的事实进行认定。特别是在售房款没有被个人挥霍、占有而是用于继续经营的情况下，对一房二卖行为人非法占有目的的认定更要审慎把握。

（一）在对一房二卖行为人是否具有非法占有他人财物的目的进行分析、认定时，要重点考察一房二卖的具体情由

本案中，仅从起诉书指控的事实看，被告人王立强在普天大有公司出现资不抵债的情况下，将已经签订销售合同的房屋再与他人另行签订销售合同转卖，与一般的一房二卖行为无异，非法占有的目的似不证自明。然而，从人民法院审理查明的事实分析，普天大有公司一房二卖的行为系事出有因，认定该公司在签订有关房屋销售合同时即具有非法占有他人财物的目的，理由不足。

1. 就普天大有公司与唐某有关的房屋一卖、二卖行为，依据审理查明的事实和有关刑法理论，不能认定该公司具有非法占有唐某和后手购房者财物的目的。

（1）普天大有公司不具有刑法上非法占有唐某财物的目的。普天大有公司为唐某保留其中1套房屋而将其余3套房屋转卖，系因为其认为唐某所主张的违约金赔偿数额过高、和解协议显失公平。具体情况是：审理该民事纠纷的法院一审判决普天大有公司支付给唐某与其

预付款等值的巨额违约金，后二审法院以违约金过高为由将该案发回重审。在该案继续重新审理期间，从形式上看，双方达成了与原一审判决支付违约金数额相差仅2万余元的和解协议，并同时达成了唐某以该和解协议的过付款购买普天大有公司的4套房屋的协议。但此协议的签订仍有乘人之危的嫌疑，毕竟普天大有公司仍处于急需资金的境地，否则协议中不会商定以过付款购买4套房屋的内容。不过由此造成的结果是，唐某本来购买3套房屋，但因逾期交房不到一年即可以获得7套房屋。可以说，这种显失公平是诱发普天大有公司一房二卖的主要因素之一。对于这种自认为本属于自己财产，而因为不合理因素转变为他人财产，此后使用不正当手段取回的行为，要区别于一般的非法占有行为。对此类行为非法目的占有的认定，不能仅从形式上侵犯了法益而一律入罪，刑法应当保留必要的克制，体现其附属性、谦抑性。这一理论和做法也已得到司法实践和相关司法解释的认同。如最高人民法院2005年出台的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条规定：“抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其所输或所赢赌资为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处罚”。根据这一规定，对于赌徒之间相互以所输或者所赢赌债为抢劫对象的，不以抢劫罪定罪，主要考虑到这类行为“事出有因”，行为人认为其所抢的是本属于其本人的财物。而从一般人看来，被抢方也不应获得涉案财物的所有权。本案中，普天大有公司并没有将唐某用该公司支付的200万元违约金购买的4套房屋全部转卖他人，而是为唐某保留了1套，正是表明其主观上具有这样的认识和意志：唐某应该得到的经济赔偿部分我不动，不合理的、对我显失公平的、本就属于我的财产，我至少要短暂地行使使用权。这样的一种主观心态显然不能等同于一般侵犯财产犯罪中的非法占有他人财物的目的。

此外，普天大有公司在为唐某保留了1套房屋的前提下，将另外3套房屋转卖，还有公司当时面临经营困境，急需资金的原因。普天大有公司这样做，是为了获取短暂资金，是形势所然。在其理念中，公司只要维持正常经营，其完全可以通过其他形式偿付唐某的债务，如再通过民事诉讼等方式，确定合同履行的方式以及违约金损失的赔偿等。可见，本案普天大有公司非法占有的目的并不明显。

基于上述论述，就普天大有公司将与唐某签订的房屋销售合同项下的该3套房屋转卖他人的行为，我们认为，不具有刑法意义上的非法占有他人财物的目的。

(2) 普天大有公司不具有非法占有后手购房者财物的目的。普天大有公司将上述唐某用显失公平的违约金做为购房款购买的其公司4套房屋中的3套转卖他人，其主观上具有将3套房屋交付后手购房者的真实意思表示。一般的一房二卖行为人，在签订二卖合同时，不具有向后手购房人交房的真实意思。而本案普天大有公司一房二卖的行为主要针对的是唐某主张违约金过高的行为，即前手购房人。在其看来，转卖的3套房屋在二卖合同签订时均在开发建设过程中，在公司维持正常运转的情况下，其可以顺利交房。因此，可以基本认定普天大有公司对后手购房者具有交房的真实意思，普天大有公司转卖3套房是为了解决资金困难，而不是出于非法占有财物的目的。

2. 就普天大有公司与李某有关房屋的一卖、二卖行为，依据审理查明的事实，不能认定该公司具有非法占有财物的目的。在对该房屋二卖时，该公司已经作出了给一买方即李某调整房源的决定，无论是前手购房者还是后手购房者，在房源上都是有保障的。因此，普天大有公司对于前、后手购房者都没有非法占有其财物的目的。

3. 普天大有公司在签订合同时虽隐瞒了部分事实，但不能据此认定其具有刑法意义上的非法占有他人财物的目的。虚构事实、隐瞒真相，是民事欺诈和刑事诈骗的共同手段行为，因此并非只要实施了虚构事实、隐瞒真相的行为，就构成刑事诈骗。要认定构成刑事诈骗，关键要看行为人是否具有非法占有目的。本案中，在签订房屋二卖合同时，普天大有公司对前手、后手均隐瞒了与另一方签订合同的事实，但这些隐瞒行为是为了顺利签订合同，很显然其如果没有隐瞒与前手已经签订的房屋买卖合同事实，与后手的房屋买卖合同事实上根本不可能签订。然而，经由深入分析，这种为了签订合同的隐瞒事实并不意味着必然具有非法占有他人财物的目的，二者在逻辑上是不能等同的。

(二) 对于一房二卖实际交房前发生了股权、资产转让等公司变更事项的，要重点考察公司变更过程中对公司债务的处置情况

普天大有公司与后手再次签订房屋销售合同后，并没有将购房者支付的购房款挥霍，或是用于高风险经营以及其他不当、非法用途，而是用于公司经营和清偿所负债务，这恰恰表明其有继续正常经营的意愿和行为。后被告人王立强将公司股权、土地等转让他人，并与受让方签订了协议，约定了公司股权、土地转让及公司债务承担等内容，双方虽然未就上述一房二卖购房合同今后如何实际履行作出明确安排，但这属于公司变更过程中的未明确事项，不能据此推定王立强此时产生了非法占有他人财物的故意。具体理由如下：

一是王立强在公司变更时并没有实施转移、隐匿公司资产的行为，关于一房二卖的可能产生的债务当时未予以明确的原因，主要在于公司股权、资产转让、受让双方对于债务承担仅作了概括的总额约定。

二是在公司变更之际，王立强作为转让方与受让方就公司债务作了充分的约定，使得包括本案一房二卖所可能产生的债务有了清偿保障。一方面，双方约定了受让方应当承担的债务总额。涉案4套房屋当时均在开发建设之中，均有房源保障。如果按照该公司将4套房屋交付给二卖购房人的意思表示履行合同，也就不存在因不向二卖购房人履行交房义务而产生债务的问题。退一步讲，如果因一房二卖产生了债务，完全可以视为该债务总额的一部分，而与其他债务平等获得清偿，将因一房二卖所可能产生的债务视为约定承担债务之外的超出部分没有事实依据；另一方面，转让、受让双方除约定上述债务承担总额外，还约定了如果实际债务超出该债务总额，超出部分由王立强承担民事责任。双方关于公司债务承担的约定，属于公司变更过程中转让、受让双方的内部约定。依据《公司法》关于公司发生股权转让等变更的，原公司债务由变更后的公司承继的规定，尽管该约定不能对抗外部债权人，即变更后的公司应当承继以前公司所负债务，但该约定对于内部转、受让双方而言是有效的。由此表明双方对于可能超出的债务作了充分的预计和约定。事实上，圣满公司在受让普天大有公司股权、资产后，已经如约清偿了数千万元债务。如果仅因涉及本案一房二卖的相关债务没有清偿即认定王立强的行为构成诈骗，而已经清偿的债务却不构成诈骗，则有客观归罪之嫌。

三是本案没有证据证明涉案房屋的实际归属状态如何，也没有证据证明后手购房人如果没有获得房屋，有没有获得相应的赔偿，即本案侦查机关未就普天大有公司一房二卖是否已经给他人造成经济损失调取相关证据。这些关键证据的缺失，也是本案难以认定行为人主观上具有非法占有目的的原因之一。实际上，普天大有公司在操作股权、资产转让过程中如何处置公司债务的事实未得到侦查机关、公诉机关的应有重视，这一点从本案虽然指控的是单位犯罪，却在程序上未起诉普天大有公司这一事实体现出来。忽视公司变更中的债务承担容

易导致在定性上割裂公司和个人之间的关系，从而就不可能对一房二卖行为作出准确的审查定性。

（三）在刑民交叉案件中刑法应尽可能保持其谦抑性

在我国法律体系中，刑法是其他部门法的保障法，没有刑法作后盾、作保障，其他部门法往往难以得到彻底贯彻实施。这一定位同时表明，只有当一般部门法不能充分保护某种法益时，才由刑法保护。这就是刑法理论所通行的刑法的附属性、谦抑性。在经济交往中，在不损害公共利益、集体利益或者第三人利益的前提下，应当尽可能遵循当事人意思自治原则，保留由当事人自己处理、解决纠纷的最大空间，刑法应尽可能保持其谦抑性。

就本案而言，普天大有公司签订一房二卖有关合同时确实存在特殊原因，在尚未履行合同约定的交房义务时，发生了股权、资产转让等公司变更事项，公司变更相关主体对公司债务如何承担也已作了相关的约定，故认定被告人王立强具有非法占有他人财物的目的的事实难以成立，不符合合同诈骗罪的构成特征。

第一审法院合议庭成员：王 勇、米双功、王历民；重审：张晓玲、张捷军、田建华

第二审合议庭成员：刘志明、魏吉锋、顾广义；李洪川、王国辉、秦荣萌

编 写 人：济南市中级人民法院刑二庭 李洪川

案例来源：2014年度《人民法院案例选》优秀案例二等奖

取保候审期间潜逃后又投案并如实供述罪行应认定自首

【裁判要旨】对犯罪嫌疑人在被取保候审期间潜逃，后又投案，并如实供述自己的犯罪事实的行为，从自首的实质要件及立法宗旨考量，并遵循有利于被告人的原则，应当认定自首。

□案号 一审：(2012)济阳刑初字第146号 二审：(2012)济刑一终字第95号

【案情】

公诉机关：山东省济阳县人民检察院。

被告人：付绍贵、刘文阶、柏光玉、赵爱芹。

山东省济阳县人民法院经审理查明：2006年春天，河北籍在济务工人员郭小红告诉被告人付绍贵，因其怀孕且已生病，无法抚养孩子，待孩子出生后，让付绍贵帮忙联系买主将孩子卖掉。付绍贵将该消息告诉被告人刘文阶、姜金祥（已中止审理）、柏光玉、赵爱芹。经上述五被告人介绍，2006年秋天，商河县白桥镇赵家村村民赵平良以3万元的价格将郭小红所生男婴收买，后将该男婴交给其子赵安康抚养。被告人刘文阶、柏光玉、赵爱芹各得好处费1000元。2012年3月13日，被告人付绍贵在其家属的规劝下到济阳县公安局投案，并如实供述其犯罪事实。

山东省济阳县人民检察院指控被告人付绍贵等人犯拐卖儿童罪，提请法院依法判处。

付绍贵等被告人对指控的犯罪事实和定罪均无异议。

【审判】

山东省济阳县人民法院认为：被告人付绍贵、刘文阶、柏光玉、赵爱芹以出卖为目的，拐卖儿童，其行为构成拐卖儿童罪。公诉机关指控其罪名成立，依法应予惩处。被告人付绍贵在犯罪过程中起主要作用，系主犯，且有犯罪前科，但其主动投案，并如实供述其犯罪事实，系自首，对其减轻处罚；被告人刘文阶、柏光玉、赵爱芹在犯罪过程中起辅助、次要作用，系从犯，对三被告人均减轻处罚。

山东省济阳县人民法院对被告人付绍贵依照刑法第二百四十条，第二十五条第一款，第六十七条第一款，第七十二条第一款、第三款；对被告人刘文阶、柏光玉、赵爱芹依照刑法第二百四十条，第二十五条第一款，第二十七条，第七十二条第一款、第三款之规定，以拐卖儿童罪，判处被告人付绍贵有期徒刑3年，缓刑5年，并处罚金1万元；判处被告人刘文阶、柏光玉、赵爱芹各有期徒刑3年，缓刑3年，并处罚金1万元。

一审宣判后，四被告人均未上诉。公诉机关提出抗诉，认为原判认定付绍贵自首不当；付绍贵系主犯且又有前科，对其量刑畸轻，不应适用缓刑。

山东省济南市中级人民法院认为：被告人付绍贵因涉嫌拐卖儿童犯罪被取保候审后逃跑，后又在家属规劝下投案，并如实供述犯罪事实，符合自首的构成要件。原审判决鉴于付绍贵有自首情节，依法对其减轻处罚并适用缓刑并无不当。抗诉机关以付绍贵系主犯且有前科，认为原判对付绍贵量刑畸轻，不应适用缓刑的意见，不予采纳。原判认定事实清楚，证据确

实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，裁定驳回抗诉，维持原判。

【评析】

本案的焦点问题在于被告人付绍贵在被取保候审期间潜逃，后经家属规劝投案，并如实供述犯罪事实的行为能否构成自首。一审法院认为构成自首，检察机关认为不构成自首，并以此为主要理由提出抗诉，二审法院维持对自首的认定。笔者同意认定自首的意见。具体理由如下：

一、认定自首符合自首制度的本质要求，也体现了有利于被告人的刑事司法原则

投案的主动性和自愿性是判断自动投案的标准，也是区别自动投案与抓获等被动归案的关键。本案中，付绍贵因涉嫌拐卖儿童犯罪被抓获，后在被取保候审期间潜逃至外省打工，因公安人员无法与其取得联系，便委托其家属寻找并通知其到公安机关，之后付绍贵经家属电话规劝即到公安机关投案。付绍贵此时身在外地，其人身和意志自由未受到任何外力强制，自主选择的余地很大，其完全可以选择继续潜逃，但却出于个人真实意愿选择回来向公安机关投案，足以证明其行为具备自动投案的主动性和自愿性，可以认定系自动投案，其投案后又如实供述了自己的犯罪事实，应当认定其行为构成自首。

持异议者则以被取保候审期间潜逃后又投案不符合“犯罪后自动投案”的时间要求为主要理由，否定成立自首。笔者也承认，由于对“犯罪后”的含义理解不同，导致本案认定自首与否都有一定道理，但本着秉承有利于被告人的理念，在本案是否认定自首这一从宽处罚情节存在争议的情况下，应当遵循刑法谦抑性原则，作出有利于被告人的解释或认定，即应当认定自首，给予犯罪嫌疑人获得从宽处罚的机会，至于是否从宽、从宽的幅度则由法院综合考虑案件的事实、性质、情节及后果等因素作出裁判，这样，对于被告人的权利保护及量刑公正，都具有重要意义。

二、认定自首符合自首制度的价值取向和宽严相济的刑事政策

自首作为我国刑罚裁量制度，其设立具有一定的功利性，有人甚至认为，自首制度在本质上是国家与犯罪嫌疑人之间的互惠交易，笔者虽然不完全苟同这种观点，但也不得不承认自首制度的设立是公平与功利的统一，其目的是在鼓励犯罪嫌疑人自动投案，使案件得以及时侦破、起诉和审判，从而节约司法资源，降低司法成本，实现刑罚效益最大化。同时，自首制度也是我国宽严相济刑事政策的重要体现，运用好这一制度，有利于分化瓦解犯罪分子，鼓励犯罪分子悔罪自新，减少社会对立面，增进社会和谐。

本案中，付绍贵虽然在被取保候审期间潜逃，导致公安机关对其失控，但其在接到家属电话后即到公安机关投案，客观上节省了司法机关为组织对其抓捕所应投入的人力、物力、财力，降低了司法成本，同时也未影响诉讼活动的顺利进行，保证了司法机关办案效率。此外，本案处理过程历时较长，付绍贵并非单纯为了逃避法律制裁，而是可能由于法律意识淡薄等原因，才未经批准潜逃外地打工，其行为与单纯以逃避法律制裁为目的的脱逃行为相比，主观恶性相对较小。若不因此阻却自首的成立，有利于体现宽严相济刑事政策，鼓励其接受法律制裁，真诚悔罪自新。

三、认定自首与否与被取保候审人是否履行法定义务没有必然联系，两者并不矛盾

取保候审是司法机关为保证刑事诉讼活动顺利进行而采取的一种强制措施。刑事诉讼法第六十九条第一款规定了被取保候审人必须遵守的5项义务，包括：未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；住址、工作单位和联系方式发生变动的，在24小时以内向执行机关报

告；在传讯的时候及时到案等。违反或者遵守上述义务性规定，与是否认定自首没有必然联系，两者不存在矛盾。违反义务性规定而潜逃的，其法律后果是给予没收保证金、对保证人予以罚款等处罚，或者变更强制措施，进行监视居住、予以逮捕，而不是将其视为加重刑事责任的理由，并以此排除认定行为人自动投案的可能；也不能仅以自动投案行为是履行取保候审期间所负的“在传讯的时候及时到案”的法定义务为由，否认行为人是主动、自愿将自己置于司法机关控制之下，等待法律制裁的自动投案性质，进而否定其行为仍然可以构成自首。

正如交通肇事后保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的行为能否认定为自动投案，无论是在理论上还是在司法实践中也都曾存在很大争议。持异议者的理由也是认为，保护现场、抢救伤者及报告是道路交通安全法第七十条第一款明文规定的法律义务，因此不存在自首；逃逸是加重处罚情节，之后投案也不应认定自首。但权威观点却认为，道路交通安全法规定的是肇事后所负有的法律义务，刑法规定的是自首的构成要件，是否负有法律义务并不影响自首的成立，两法规定的并非同一事项，两者并行不悖，也不存在矛盾，认定自首是对履行法律义务的支持和鼓励，不认定自首，有可能助长逃逸行为，产生不良社会效果。因此，最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》在肯定保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的行为系犯罪嫌疑人的法定义务的同时，也认定其系自动投案，并且给予逃逸者自动投案并构成自首的机会。犯罪嫌疑人在被取保候审期间潜逃，经家属规劝自动投案，并如实供述罪行的，参照上述规定的精神，也应当认定为自首。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 孙维民 王玉洲

案例来源：载《人民司法·案例》总第 715 期

实施伤害后又拿走财物应数罪并罚

【裁判要旨】

对行为人实施伤害行为后，又利用被害人因受到伤害而不敢反抗的处境拿走被害人的财物，应视行为人是否具有非法占有目的，可能分别构成抢劫罪、故意毁坏财物罪，并与此前实施的故意伤害罪并罚。行为人是否具有非法占有目的，应结合行为人的供述及客观行为综合认定。

□案号 一审：(2014) 历城刑初字第 414 号 二审：(2015) 济刑一终字第 51 号

【案情】

公诉机关：山东省济南市历城区人民检察院。

被告人：郑海豹。

山东省济南市历城区人民法院经审理查明：被害人王芳可和朋友曹永升在济南市历城区洪家楼办事处海蔚广场某室，合伙从事信用卡刷卡、套现、放小额贷款业务。2014 年 9 月 3 日 13 时许，被告人郑海豹经与曹永升联系之后到该室找王芳可、曹永升办理信用卡套现业务，因曹永升外出，郑海豹一直在办公室等候。15 时许，郑海豹与王芳可因故发生厮打，在厮打过程中，郑海豹用刀具将王芳可胸部捅成轻伤，为阻止王芳可求助，又将王芳可放在桌子上的一部苹果手机和一部三星手机拿走逃离现场，后将苹果手机丢弃。经鉴定，被拿走的两部手机价值 1 596 元。2014 年 9 月 5 日，公安人员抓获郑海豹时从其身上查获了三星手机。

山东省济南市历城区人民检察院指控被告人郑海豹犯故意伤害罪、抢劫罪，提请法院依法判处。

郑海豹及其辩护人对指控的犯罪事实无异议。郑海豹辩解其拿走王芳可的手机是为阻止王芳可找人，不是抢劫。辩护人提出郑海豹从案发现场拿走王芳可手机的行为没有非法占有的故意，不构成抢劫罪。

【审判】

山东省济南市历城区人民法院认为：被告人郑海豹故意伤害他人身体，致一人轻伤，其行为构成故意伤害罪。对郑海豹及辩护人提出的郑海豹从案发现场拿走两部手机的行为，因其没有非法占有的故意，不构成抢劫罪的辩解和辩护意见，经查，根据被害人陈述、证人证言、被告人供述，可证实郑海豹在案发现场拿走两部手机是担心王芳可求助他人导致自己无法离开，不是以非法占有为目的而拿走手机，故该辩解和辩护意见，予以采纳。郑海豹归案后如实供述自己罪行，并积极赔偿被害人经济损失，取得被害人谅解，依法对其从轻处罚。

济南市历城区法院对被告人郑海豹依照刑法第二百三十四条第一款，第六十七条第三款，第七十二条第一款，第七十三条第二款、第三款之规定，以被告人郑海豹犯故意伤害罪，判处有期徒刑 1 年 6 个月，缓刑 2 年。

一审宣判后，被告人郑海豹未上诉。公诉机关提出抗诉，认为郑海豹捅伤王芳可后，将王芳可的两部手机拿走，其行为构成故意伤害罪和抢劫罪，应数罪并罚。

山东省济南市中级人民法院认为：原审被告人郑海豹故意伤害他人身体，致一人轻伤；实施伤害行为后又利用被害人因受到伤害而不敢反抗的处境，劫取被害人两部手机，后因害怕苹果手机被定位将该手机丢弃，而将三星手机一直随身携带并使用，表明其主观上具有非法占有的目的，其行为依法构成抢劫罪，应与故意伤害罪并罚。抗诉机关及二审出庭检察员的意见，予以采纳。原审判决认为郑海豹的行为不构成抢劫罪不当，应予纠正。原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法。依照刑事诉讼法第二百二十五条第一款第（二）项和刑法第二百三十四条第一款、第二百六十三条、第六十九条、第六十七条第三款之规定，撤销原判，以原审被告人郑海豹犯抢劫罪，判处有期徒刑3年，并处罚金2000元，与故意伤害罪并罚，决定执行有期徒刑3年3个月，并处罚金2000元。

【评析】

本案争议的焦点是对行为人为阻止被害人求助而拿走手机的行为如何定性。一审法院以郑海豹不具有非法占有目的为由认为不构成抢劫罪，检察机关认为该行为构成抢劫罪并以此为主要理由提出抗诉，二审法院采纳了构成抢劫罪的抗诉意见。我们认为应当认定该行为构成抢劫罪。

一、非法占有目的的界定

非法占有他人财物的目的是抢劫罪的主观故意内容，是构成抢劫罪的必备要件，如果不具备非法占有之目的，不能认定为抢劫罪。对何谓非法占有目的，理论界尚有争议。通说认为，非法占有目的是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思，即由排除意思和利用意思构成，二者必须同时具备，缺一不可。否则，不能认定非法占有目的的存在。

排除意思的主要机能是将不值得以刑罚谴责的盗用、骗用行为排除在犯罪之外，其基本含义是指达到了可罚程度的妨害他人利用财物的意思。因此，一般要求排除的是权利人之所以所有，而不能仅是占有，行为人虽然有占有行为和利用意思，却并不具有排除权利人对财物之所有的意思，也不能认定其具有刑法意义上的非法占有目的。但就抢劫罪而言，由于其犯罪对象一般为动产，而动产之占有与所有具有高度的一致性，对占有之破坏就是对所有之否定，只要行为人实际占有了他人财物，便可以认定具有排除意思。

利用意思的机能在于使抢劫等占有型犯罪与故意毁坏财物罪相区别，其基本含义是指遵从财物可能具有的用途进行利用、处分的意思，而不只限于遵从财物的经济用途、本来用途。凡是具有享用财物可能产生的某种效用、利益的意思的，或者说，凡是以单纯毁坏意思以外的意思而取得他人财物的，都可以评价为具有利用意思。以单纯毁坏意思取得他人财物并使权利人遭受财物损失的，行为人则不具备利用意思，从而就不能认定其具有非法占有目的。

二、被告人主观上具有非法占有目的

判定行为人是否具有非法占有目的，应以非法占有目的的两个构成要素为着眼点，结合行为人的供述及客观行为表现综合认定。本案中，郑海豹供述其拿走被害人两部手机是为了阻止被害人使用手机求助，此时因其已实际占有了被害人的手机，具备了排除意思，但尚不能认定其具有非法占有目的。之后其将其中一部三星手机一直随身携带并使用，表明其主观上又具备了利用意思，可以认定其具有了非法占有手机的目的。其虽然将苹果手机丢弃，但这只是因害怕苹果手机被定位而不得已的行为，并不能因此否定其非法占有目的，其行为就可能构成抢劫罪。

如前文所述，非法占有目的是抢劫罪的故意内容，存在与否直接关系到抢劫罪与非罪、与彼罪的界限。本案中，假若郑海豹拿走手机后将两部手机毁坏或者丢弃，其行为则可能构成故意毁坏财物罪；如果其事后及时将手机全部完好地返还被害人，因其主观上缺乏非法占有目的，其拿取手机的行为则可能不构成犯罪。

三、认定抢劫罪不违背禁止重复评价原则

有观点认为，郑海豹持刀捅刺被害人是为了伤害而非为了劫取财物，如果认定抢劫罪，是将其所实施的暴力既作为定伤害罪的根据又作为定抢劫罪的根据，违背了禁止重复评价原则。笔者认为，禁止重复评价原则一般只适用于同一诉讼的量刑阶段，而非完全意义上的定罪原则，其基本含义是不得将已作为定罪之事实再作为量刑要素予以评价，或者是不得对同一量刑要素予以两次以上的评价。本案中，郑海豹持刀朝被害人身上连捅数刀，当时确实是为了伤害被害人，但其在将被害人捅成轻伤后，手里还拿着刀子，在这种条件下，即使不发出任何语言或者动作威胁，也对被害人形成了无言的胁迫，暗示着如果被害人敢反抗，必将再次遭到伤害。被害人也正是基于郑海豹在实施伤害过程中的暴力而认为暴力行为可能还会持续，因而不敢反抗，而不是自愿放弃反抗。郑海豹临时起意，利用了被害人不敢反抗的处境拿走被害人的手机，符合抢劫罪的客观方面构成要件。反之，如果以重复评价为由否定抢劫罪，则会导致被害人的财产权利在遭到不法侵害后却得不到法律救济，最终将会放纵犯罪，在社会效果和法律效果上起到相反的作用。

郑海豹以非法占有为目的，实施伤害行为后又拿走被害人手机，参照最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第8条的规定，“行为人实施伤害、强奸等行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚”，其行为应当构成抢劫罪。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 李锦铭 王玉洲

案例来源：载《人民司法·案例》总第733期)

王海洋非国家工作人员受贿、挪用资金案

——如何认定国家出资企业中工作人员的主体身份

一、基本案情

被告人王海洋，男，1981年9月29日出生，原系中建八局第一建设有限公司（以下简称中建八局一公司）西客站交通枢纽项目部商务经理。2013年5月9日因涉嫌犯受贿罪被逮捕。

山东省济南市历下区人民检察院以被告人王海洋犯受贿罪、挪用公款罪向济南市历下区人民法院提起公诉。

济南市历下区人民法院经公开审理查明：

（一）受贿事实

中建八局一公司系国有企业，被告人王海洋在任该公司西客站交通枢纽项目部商务经理期间，利用负责项目工程预、决算签发、审核的职务便利，为分包施工队谋取利益，分别于2011年9月、2012年4月、2013年2月三次收受施工队负责人李忠阳、郭峰好处费共计27.6万元，据为己有。

（二）挪用公款事实

2011年9月14日，中建八局一公司会计张娜将公款22万元转入被告人王海洋个人农业银行账户，由王海洋保管。同年11月10日，被告人王海洋利用保管该部分账外资金的职务便利，将其中147850.65元用于个人购买农业银行理财产品，进行营利活动，同年12月12日归还，获利约700元。

济南市历下区人民法院认为，被告人王海洋身为国有企业工作人员，利用职务便利，为他人谋取利益，收受他人财物；利用职务便利，挪用公款进行营利活动，数额较大，其行为分别构成受贿罪和挪用公款罪。王海洋到案后如实供述了挪用公款的犯罪事实，依法可予以从轻处罚。王海洋家属为其积极退缴全部受贿赃款，依法可酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》相关规定，被告人王海洋犯受贿罪，判处有期徒刑十年六个月；犯挪用公款罪，判处有期徒刑二年，决定执行有期徒刑十一年。扣押在案的赃款人民币二十七万六千元予以没收，上缴国库。

一审宣判后，被告人王海洋提出上诉，其主要上诉理由是：中建八局一公司是中国建筑第八工程局有限公司（以下简称中建八局公司）的全资子公司，中建八局公司又是中国建筑股份有限公司（以下简称中建股份公司）的全资子公司，而中建股份公司2009年7月上市，从国有公司演变为国有资本控股公司，中建八局公司和中建八局一公司也随之转变为非国有公司，因此，其身份不属于国家工作人员，不具备受贿罪、挪用公款罪的主体要件。

济南市中级人民法院经审理查明上诉人王海洋收受郭峰、李忠阳等人27.6万元贿赂以及挪用本单位资金147850.65元的事实和证据与一审相同。

二审另查明，2007年12月，经国务院国资委同意，中国建筑工程总公司（以下简称中建总公司）联合中国石油天然气集团公司、宝钢集团有限公司、中国中化集团公司作为发起

人（以上均为国有股东，其中中建总公司持股94%），发起设立中建股份公司。随后，中建总公司决定将中建八局公司100%国有法人股权作为其出资的一部份投入中建股份公司，并与中建股份公司签订了股权转让协议，中建八局公司由此成为中建股份公司独家持股的一人有限公司。2009年7月，中建股份公司在上海证券交易所上市，从2009年至2013年，该公司国有股东持股比例均保持在60%以上。2009年12月，中建股份公司为中建八局公司增资9.65亿元。2010年12月，经中建股份公司同意，中建八局公司收购上诉人王海洋所在单位中建八局一公司49%的社会法人股及自然人股股权（另51%股权继续由中建八局公司持有），2011年3月10日，中建八局一公司工商登记注册变更为中建八局的一人有限公司。

济南市中级人民法院认为，上诉人王海洋身为非国有公司的工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额巨大；利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用，进行营利活动，数额较大，其行为构成非国家工作人员受贿罪和挪用资金罪，依法应数罪并罚，原审认定王海洋的行为构成受贿罪和挪用公款罪有误，应予以纠正。鉴于王海洋受贿赃款已全部追回，归案后如实供述其挪用资金的事实，对其依法予以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第二项、《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款、第二百七十二第一款、第六十九条第一款、第六十七条第三款、第六十四条之规定，改判如下：

上诉人王海洋犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑六年；犯挪用资金罪，判处有期徒刑一年，决定执行有期徒刑六年六个月

二、主要问题

如何审查认定国家出资企业中工作人员的主体身份？

三、裁判理由

本案认定被告人王海洋的主体身份是否属于国家工作人员，应对以下两个问题作出分析判断：一是王海洋所在单位是否属于刑法意义上的国有公司；二是如果其单位不属于国有公司，王海洋是否属于《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理国家出资企业中职务犯罪具体应用法律若干问题的解释〉》（以下简称《意见》）第六条第二款所规定的国家工作人员类型。二审法院在查明有关事实的基础上，遵循上述判断思路，得出了王海洋不具有国家工作人员主体身份的判断结论，并据此改判。具体理由如下：

（一）被告人所属公司出资股东的性质决定了该公司的性质是非国有公司，由此被告人不是国有公司中从事公务的人员

刑法意义上的国有公司仅指国家出资的国有独资公司，不包含国有资本控股公司、国有资本参股公司等其他类型的国家出资企业。刑法第九十三条条文包含了国有公司、非国有公司的概念，但刑法条文并没有对国有公司、非国有公司的内涵和外延作出明确规定，但从最高司法机关出台的系列相关司法解释以及其他规范性文件，如2001年《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》、2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》、2005年《最高人民法院关于如何认定国有控股、参股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》等，完全可以说明刑法意义上的国有公司仅限于国有独资公司，这也是长期刑事司法实践中一贯掌握的标准。2010年最高人民法院、最高人民检察院联合出台的上述《意见》与上述规定一脉相承，在坚持国有公司、企业既定外延的基础上，仅是对国家出资企业中“以国家工

作人员论”的范围有所突破和扩大。

本案一审之所以认定被告人所在的中建八局一公司是国有公司，从而被告人的主体身份是国家工作人员，主要是基于该公司在诉讼阶段出具了一份证明：2010年前公司的国有法人股占51%，社会法人股占10%，职工股占39%，2010年经上级同意改为国有企业，社会股和职工股资金全部退出。这里的关键问题是，仅凭该证明能否认定中建八局一公司即属于国有公司？我们认为，认定公司是否属于国有，不能单凭公司的工商注册登记或者公司自身所做的说明，而应依据《意见》第七条规定，遵循“谁投资，谁拥有产权”的原则，实事求是地考察公司的出资情况进行判断界定。2011年3月，中建八局一公司变更为中建八局公司的全资子公司，中建八局公司作为一公司的唯一股东，其性质决定了一公司的性质。而界定中建八局公司自身的性质，应考察其股东即出资人的演变情况：中建八局公司原是国有公司中建总公司的全资子公司，2007年12月，该公司的股东即出资人变更为中建股份公司，此时，中建股份公司仍是国有公司，故中建八局公司也是国有公司；2009年7月，中建股份公司在上海证券交易所上市，转变为国有控股公司，由此，中建八局公司因其股东不再是国有独资公司，其在性质上也就不再属于国有公司，而是转变为国有控股公司。相应的，中建八局一公司的性质也应属于国有控股公司。据此，可以得出王海洋不是国有公司中从事公务的人员这一结论。

（二）从被告人的任职程序和其实际履行的职责看，其也不属于《意见》第六条所规定的国家工作人员类型

《意见》第六条将非国有独资的国家出资企业中的国家工作人员分为两种类型，其中，第一款规定的是与刑法第九十三条第二款相一致的典型的“委派型”国家工作人员，本案中，被告人所在公司及上级公司均为国有控股公司，显然不属于该款规定的从国有公司委派到非国有公司任职的情形；第二款规定：“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员。”此种类型的国家工作人员对刑法规定作了适度的扩张解释，有的称之为“间接委派”型国家工作人员，有的称之为“代表”型国家工作人员。依照《意见》规定，对于国家出资企业中的工作人员是否属于该类型的国家工作人员，应从以下两个方面进行判断：一是形式要件：经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，这里的“组织”主要是指上级或者本级国家出资企业内部的党委、党政联席会；二是实质要件：代表负有管理、监督国有资产职责的组织在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作，实质要件具有“代表性”和“公务性”两个特征。对于形式要件和实质要件在认定行为人身份问题上的作用和关系，我们认为，具有根本性作用的是实质要件，实质要件起着决定作用，只有具备实质要件，才能最终确认行为人的主体身份；在判断层次上，对于形式要件、实质要件的判断分别属于形式判断和实质判断，首先要进行形式判断，形式判断是进一步进行实质判断的重要前提和依据，但实质判断又不完全依赖于形式判断。具体而言，对于经党政联席会等形式批准、任命的人员，只要从事的是具备一定职权内容的公务，而不是那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，一般应以国家工作人员从事公务论，因为在这种情况下，国家性的公务与公司性的公务是融合在一起的，无法也无需再区分行为人所从事的公务性质；如果行为人不具备形式要件，并不能据此即认定行为人是非国家工作人员，还要进行实质判断，看其所

从事的公务是公司性的公务还是代表国有资产管理、监督部门从事公务，对于那些代表国有资产管理、监督部门从事组织、领导、监督、经营、管理工作即同时具备代表性”和“公务性”这两个特征的人员，应当据实认定为国家工作人员，这是刑事上对于犯罪的追究注重实质原则的体现，有利于防止规避法律，有利于国有资产保护。不过，对于行为人不具备形式要件的情形，应本着严格、审慎把握证据、事实的原则，对其在实质上究竟是属于从事国家性公务，还是属于从事公司性公务做出判断。我们认为，一般而言，此类人员的范围应限制在国家出资企业的中层以上，理由是如果既不具备上述形式要件，又不属于中层以上人员，难以说行为人具备了在国家出资企业中从事国家性公务的基本资格；在此基础上，还要有确实、充分的证据足以证明行为人从事的工作确系代表国有投资主体行使监督、管理国有资产的职权，对此，应当严格坚持存疑从无的判断原则，即只要相关证据、事实存有疑问，就不应拔高认定行为人从事的是国家性公务。以上是行为人不具备形式要件的情况下，进行实质判断的基本思路 and 原则。

本案中，被告人任职本公司西客站交通枢纽项目部商务经理是经本公司总经理办公会研究决定任命，并非经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定任命；而且，从实质上看，被告人是本单位某项目部商务经理，是该项目部经理下属的管理人员，虽然负责项目工程预、决算签发、审核以及部分资金保管，但从职务层次上看，是属于中层以下的管理人员，从职务内容上看，不具有管理事项的决定权，故其岗位虽具有管理属性，但系代表本单位利益从事相关活动，属于公司性的公务活动，不属于代表管理、监督国有资产职责的组织从事公务，即不属于国家性的公务；从事实证据的角度讲，对于不具备上述形式要件的国家出资企业的工作人员能否在实质上认定为国家工作人员，我们认为，必须有确实充分的证据证实其确系代表管理、监督国有资产职责的组织从事公务，否则就应当排除国家工作人员的认定，从本案的证据情况看，难以认定被告人所从事的是国家性公务活动。

综上，被告人王海洋不是国家工作人员，其利用职务之便，为他人谋取利益，收受他人贿赂的行为以及挪用本单位资金的行为，不构成受贿罪和挪用公款罪，应当以非国家工作人员受贿罪和挪用资金罪论处。

编写人：济南市中级人民法院刑二庭 李洪川

案例来源：载《刑事审判指导与参考》总第102辑

罪犯王晓梦不予假释案

——虽有一定悔改表现，但犯罪性质恶劣，社会危害性较大，
依法从严控制不予假释

（一）基本案情

罪犯王晓梦，女，1988年2月25日出生。二〇〇九年十一月二十五日，山东省胶州市人民法院作出（2009）胶刑初字第431号刑事判决，以被告人王晓梦犯强迫卖淫罪，判处有期徒刑十一年。二〇一二年、二〇一四年一月二十日，经山东省济南市中级人民法院2次裁定，对该犯减去有期徒刑二年八个月。2015年3月30日山东省女子监狱以罪犯王晓梦确有悔改表现为由向山东省济南市中级人民法院提出假释建议，济南中院立案后将假释建议书等材料通过互联网向社会公示。

济南中院经审理查明，罪犯王晓梦自上次减刑以来能认罪悔罪，服从管教，遵守法律法规及监规，接受教育改造，积极参加思想、文化、职业技术教育，较好的完成了劳动任务，受表扬1次、记功1次、嘉奖1次、被评为2013年度省级改造积极分子、2014年度监狱级改造积极分子。

（二）裁判结果

济南中院认为，罪犯王晓梦在服刑期间虽有悔改表现，但其所犯罪刑性质恶劣，其以介绍工作为由骗取两被害人信任，而后采取非法拘禁，暴力、胁迫等手段，强迫两被害人卖淫五次，后果严重。其在犯罪活动中采取的方式，严重影响到社会正常务工秩序，社会危害性较大。故在假释时从严掌握。遂依法作出对罪犯王晓梦不予假释的裁定。不予假释的裁定书已在中国裁判文书网公布。

编写人：济南市中级人民法院审监庭 孙 勇

案例来源：最高人民法院新闻通气会发布

李茂桢内幕交易犯罪案

【关键词】

内幕信息 公开性 价格敏感期 违法买卖期间

【裁判摘要】

法律文书未在中国证监会指定的报刊、网站等媒体披露，也不能被一般投资者广泛知悉和理解，其记载的证券信息不是公开的证券信息。

实力雄厚的公司参与相关企业的股权竞拍，会对该相关企业的大股东变化和股票市场价格产生重大的实质性影响，这一信息具有确切性和重大性，在未公开前系内幕信息。

内幕信息的价格敏感期一旦形成即客观存在，不以任何人的意志为转移。内幕信息的价格敏感期与被告人知悉内幕信息进行内幕交易的期间不必然相同，后者只能小于或等于前者。

公诉机关山东省济南市人民检察院。

被告人李茂桢，男，1963年8月15日出生，汉族，中专文化，系华夏银行股份有限公司济南分行原营销二部经理。因涉嫌犯内幕交易罪于2009年3月21日被刑事拘留，同年4月27日被逮捕，2009年8月20日被取保候审。2010年8月26日本院决定对其取保候审。

山东省济南市人民检察院指控：2007年7月1日，山东金岭铁矿（国有企业，以下简称“金岭铁矿”）获悉同人华塑股份有限公司（以下简称“华塑公司”）第一大股东、第三大股东因涉及民事诉讼，导致其质押在华夏银行股份有限公司济南分行（以下简称“华夏银行济南分行”）的华塑公司股权可能会被法院拍卖执行，遂欲与他人合作成立公司参与竞拍华塑公司股权，并于2007年7月初在其上级主管部门山东省冶金工业总公司的带领下，就竞拍华塑公司股权一事多次与华夏银行济南分行进行磋商，被告人李茂桢作为华夏银行济南分行的工作人员参与了会谈及其相关事宜。2007年9月22日金岭铁矿与他人合作成立的济南鑫银投资有限公司竞拍华塑公司股权成功，10月20日华塑公司对拍卖结果予以公告。2007年7月2日至2007年10月20日期间，被告人李茂桢得知该内幕信息后，于7月5日开始利用本人及其控制的他人账户买入华塑公司股票5640100股，交易金额36429010.15元，卖出4750233股，交易金额53608989.19元，盈利额合计28312193.58元。被告人李茂桢的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百八十条之规定，应当以内幕交易罪追究刑事责任。

被告人李茂桢对起诉指控的事实供认不讳。

辩护人的主要辩护意见是：1. 华夏银行济南分行提起民事诉讼后，李茂桢所知悉的“华塑公司第一、第三大股东所提供质押的华塑公司股权将被拍卖”这一信息在诉讼过程中已被相关法律文书公开，本案不存在内幕信息。2. 被告人李茂桢既不是上市公司的管理人员，也不是决定参加竞拍上市公司股权的其它公司管理人员，其不构成内幕交易罪的犯罪主体。3. 即使存在内幕信息，公诉机关指控本案内幕信息的价格敏感期为2007年7月2日至2007年10月20日亦不当。理由是：第一，华夏银行济南分行最终是否通过拍卖程序实现债权并不确定；第二，至2007年7月2日李茂桢并不知悉金岭铁矿决定参与竞拍华塑公司股权；第三，2007年9月24日，上市公司向社会发布消息的指定报刊《中国证券报》又刊登了《S*

ST 华塑法人股拍卖成功》一文，报道：山东冶金工业总公司某下属企业竞得该部分股权。虽然文章没有明确指出是金岭铁矿竞拍成功，但一般投资者均能判断是实力雄厚的国有企业竞拍成功，与指明金岭铁矿没有实质区别，应认定金岭铁矿竞拍华塑公司股权的消息此时实质上已经公开。4. 李茂桢系通过技术分析，而没有利用内幕信息违法买卖股票。5. 即使认定李茂桢构成犯罪，李茂桢违法买卖华塑公司股票的期间应为 2007 年 8 月 8 日至 2007 年 9 月 24 日，而不是公诉机关指控的 2007 年 7 月 5 日至 2007 年 10 月 20 日，因此，指控违法所得的数额亦不当。理由是：至 2007 年 8 月 8 日，金岭铁矿等为成立济南鑫银投资有限公司而在华夏银行济南分行开户注资时，李茂桢才知道金岭铁矿决定竞拍华塑公司股权。同时，2007 年 9 月 24 日的《中国证券报》已将拍卖结果公开。由于指控违法买卖股票的期间不当，李茂桢的非法所得数额亦应另行计算。辩护人还向法庭提交了一份 2007 年 9 月 24 日的《中国证券报》，以证实该报刊登了《S*ST 华塑法人股拍卖成功》的报导。

济南市中级人民法院经审理查明：

2007 年 1 月至 2008 年 9 月，被告人李茂桢任华夏银行济南分行业务总部营销二部总经理。2007 年 4 月 12 日，华夏银行济南分行向本院提起民事诉讼，要求债务人山东瑞森实业有限公司、山东世纪煤化工程设备有限公司偿还逾期未还的贷款 7 900 余万元。因该两笔贷款由上市公司华塑公司（股票代码 000509）的第一、第三大股东山东同人实业公司、深圳市天勤资产管理有限公司分别以各自持有的 5 631.57 万股、660 万股华塑公司股权作为质押担保，华夏银行济南分行亦要求二保证人承担担保责任。该民事诉讼的相关工作由李茂桢负责。同年 6 月 20 日，各方当事人达成调解协议：二债务人于协议生效之日起 10 日内偿还所欠贷款本息九千余万元；二担保人的股权质押担保合法有效，如债务人逾期不还款，华夏银行济南分行享有优先受偿权，有权申请法院强制执行。当日，李茂桢签收了调解书。调解协议期满后，上述债务人均没有履行还款义务。

山东金岭铁矿〔国有企业，系上市公司金岭矿业（股票代码 000655）的控股股东，以下简称“金岭铁矿”〕的矿长张相军拟与山东银宝轮胎集团公司的法定代表人刘永华合作成立公司竞拍该部分质押的华塑公司股权，并于 2007 年 7 月 2 日得到主管公司山东省冶金工业总公司领导的同意。之后，张相军等人曾向李茂桢了解过有关情况，并与李茂桢一起实地考察了华塑公司的生产基地和公司总部。

同年 8 月 8 日，李茂桢帮助金岭铁矿和刘永华在华夏银行济南分行开立账户并注资，以成立济南鑫银投资有限公司竞拍华塑公司股权。同年 9 月 22 日，济南鑫银投资有限公司拍得二保证人持有的共计 6 291.57 万股华塑公司股权，成为华塑公司第一大股东。同年 10 月 20 日，华塑公司公告了拍卖结果。

2007 年 8 月 8 日至 2007 年 10 月 20 日，李茂桢利用知悉的“金岭铁矿决定竞拍华塑公司第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司大股东变更”这一内幕信息，通过本人及其实际控制的申继亮等 15 人的股票账户大量买卖华塑公司股票：买入 1 466 500 股、卖出 4 750 233 股华塑公司股票，买卖交易额合计 68 048 567.70 元；在上述价格敏感期内买入，于价格敏感期后卖出 1 159 200 股，交易额合计 12 183 544.48 元；李茂桢非法获利共计 1 346 135.93 元。

案发后，公安机关冻结被告人李茂桢及其实际控制账户资金共计 8 254 617.11 元，冻结“轻纺城”股票 55 900 股、“鲁商置业”股票 166 854 股。

济南市中级人民法院审理认为：济南市中级人民法院审理认为，本案争议焦点是：一是本案的内幕信息是什么，它是否被相关的法律文书公开；二是被告人李茂桢是不是内幕信息知情人及是否利用内幕信息进行了交易；三是本案内幕信息价格敏感期如何确定；四是公诉机关指控李茂桢非法所得数额是否成立。

一、本案的内幕信息是什么，它是否被相关的法律文书公开。

内幕信息是证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。内幕信息应当具备非公开性、确切性、重大性。济南市中级人民法院认为，“金岭铁矿决定竞拍华塑公司第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司大股东变更”符合内幕信息的构成要件，是本案的内幕信息。

（一）该信息具有非公开性。非公开性是内幕信息的首要特征。我国《证券法》未对“未公开”的含义及标准作出具体规定。国务院发布的《股票发行与交易管理暂行条例》第八十一条第（八）项的规定：“公布是指将本条例规定应当予以披露的文件刊载在证监会指定的报刊上的行为”和证监会《证券市场内幕交易行为认定指引（试行）》第十一条之规定：“内幕信息公开，是指内幕信息在中国证监会指定的报刊、网站等媒体披露，或者被一般投资者能够接触到的全国性报刊、网站等媒体揭露，或者被一般投资者广泛知悉和理解”。这表明我国不仅强调内幕信息形式意义上的公开，也重视实质意义上的公开，即信息被一般投资者广泛知悉和理解，被市场吸收和消化，也可以被认定为已公开。法院做出的法律文书虽然向社会公开，但其公开的载体不是中国证监会指定的报刊、网站等媒体披露，或者被一般投资者能够接触到的全国性报刊、网站，不符合上述公开标准的形式要求。同时，当前对法律文书的查阅是有条件限制的，须通过一定的程序进行，社会公众难以通过公开渠道轻易获得。让所有投资者，特别是中小投资者都到法院查阅法律文书，既不经济也不现实。一般投资者不可能知悉和理解法律文书公开的上述信息，因而也不符合实质的公开标准要求。另一方面，裁判文书亦未载明“金岭铁矿决定竞拍华塑公司第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司大股东变更”这一信息。该信息仍属未公开信息，具有非公开性。

（二）该信息具有确切性和重大性。内幕信息除了必须具备非公开性以外，还必须具备确切性。确切性与谣传和猜测相对，是指过去已经发生或即将发生，与具体的时间、地点、人物和企业相关联的事件，而不是一般情形的描述。“华塑公司大股东的股权将被拍卖，进而导致华塑公司股权变更”这一信息，没有与具体的时间、企业相关联，没有指出具体参与竞拍的单位，仅仅是一种猜测，不具有明确性，因而不是本案的内幕信息。而金岭铁矿是国有公司，且系上市公司控股股东，实力雄厚，“其决定竞拍华塑公司股权第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司第一大股东变更”这一信息与具体的企业相关联，在金岭铁矿2007年7月2日做出决定后，就成为一个具体、确切的信息，具备了内幕信息所要求的确切性。同时，该信息一旦公开，即会对华塑公司股票的市场价格产生重大的实质性影响，在尚未公开前，符合《证券法》第七十五条第二款第三项关于“公司股权结构的重大变化”是内幕信息的规定，具有重大性。据此，本案存在内幕信息，其具体内容是“金岭铁矿决定竞拍华塑公司第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司大股东变更”。辩护人提出的“由于涉及民事诉讼，李茂桢知悉的‘华塑公司第一、第三大股东所提供质押的华塑公司股权将被拍卖’这一信息已由裁判文书公开，本案不存在内幕信息”的辩护意见不能成立，不予采纳。

二、被告人李茂桢是不是内幕信息知情人，其是否利用内幕信息进行了交易。

(一) 只有内幕信息知情人员才能构成内幕交易罪的犯罪主体。根据刑法第一百八十条的规定，内幕信息知情人员的范围依照法律、行政法规的规定确定。国务院颁布的《股票发行与交易管理暂行条例》第八十一条第十四项规定“任何由于其职业地位，能够接触或者获取内幕信息的人员是内幕人员”。在山东省冶金工业总公司、金岭铁矿的负责人向时任华夏银行济南分公司部门经理的被告人李茂桢了解被质押的华塑公司股权时，其得知“金岭铁矿决定竞拍该部分股权，将导致华塑公司大股东变更”这一内幕信息，符合上述暂行条例关于内幕信息人员认定的规定，李茂桢系内幕信息知情人。因此，辩护人所提出的“李茂桢不属于《证券法》第七十四条所规定的内幕信息知情人，不构成内幕交易罪犯罪主体”的辩护意见不能成立，不予采纳。

(二) 被告人李茂桢在知悉“金岭铁矿和他人合作成立公司参与竞拍华塑公司股权”这一内幕信息后，大量、多次频繁买卖华塑公司股票，此行为明显表明李茂桢买卖华塑公司股票的行为利用了内幕信息。辩护人所提出的“李茂桢系通过技术分析，而没有利用内幕信息违法买卖股票”的辩护意见不能成立，不予采纳。

三、内幕信息价格敏感期如何确定的问题。

从内幕信息开始形成之日起，至内幕信息公开或者该信息对证券的交易价格不再有显著影响时止，为内幕信息的价格敏感期。作为山东省冶金工业总公司的副总经理，张亿贵对于金岭铁矿是否参与竞拍华塑公司股权有部分决策权，其于2007年7月2日同意金岭铁矿竞拍华塑公司股权，鉴于该决定一旦公开即会对华塑公司的股票价格产生重大的实质性影响，且直至同年10月20日华塑公司公告后，该信息才向社会公众公开。公诉机关根据中国证券监督管理委员会的认定，确认本案内幕信息的价格敏感期为2007年7月2日至2007年10月20日具有充分的事实和法律依据。虽然期间《中国证券报》曾于2007年9月24日报道“山东冶金工业总公司某下属企业竞得华塑公司股权”，但该文没有明确指出是金岭铁矿竞得该部分股权，“金岭铁矿决定竞拍华塑公司第一、第三大股东持有的华塑公司股权，将导致华塑公司大股东变更”的这一信息仍不为公众知悉。辩护人所提出的“本案内幕信息价格敏感期认定不当”的辩护意见不能成立，不予采纳。

四、公诉机关指控李茂桢非法所得数额是否成立的问题。

在内幕信息的价格敏感期内，被告人得知内幕信息后，买卖相关证券的期间，为被告人违法买卖相关证券的期间。该期间只能小于或等于内幕信息的价格敏感期间。经查，虽然山东省冶金工业总公司及金岭铁矿的有关负责人在2007年7月5日前，曾经就拟参与竞拍华塑公司股权向李茂桢咨询过相关情况，且随后一起考察过华塑公司，但鉴于：第一，上述公司的负责人与李茂桢之前并不熟悉，由于保密需要，他们均对李茂桢等银行工作人员称，最终是否参与竞拍还未确定。因此，依据上述事实只能认定李茂桢在咨询、考察期间知道金岭铁矿可能参与竞拍华塑公司股权，而无法认定李茂桢确知金岭铁矿已经做出参与竞拍华塑公司股权的决定。第二，在华塑公司股权可能被拍卖期间，除金岭铁矿外，另有多家公司也向李茂桢咨询过被质押的华塑公司股权的情况，客观上干扰了李茂桢对金岭铁矿参与竞拍华塑公司股权可能性的认知。第三，2007年5月、6月期间，李茂桢也曾经买卖过华塑公司股票，在没有证据证实其确知金岭铁矿已经做出参与竞拍华塑公司股权决定的情况下，不排除其“根据被质押的华塑公司股权有被法院拍卖的可能性，从而影响华塑公司股票价格，进而在

7月份进行买卖”的可能性。所以，无法认定李茂桢在7月份即确知“金岭铁矿决定参与竞拍华塑公司股权”。但到2007年8月8日，金岭铁矿和刘永华在华夏银行济南分行开户注资筹办设立济南鑫银投资有限公司，是在李茂桢的帮助下进行的，此时，可以认定李茂桢的主观心态已从知悉“金岭铁矿可能参与竞拍华塑公司股权”转变为确认“金岭铁矿决定参与竞拍华塑公司股权”。而这也与李茂桢的供述的“金岭铁矿和刘永华在我行开户成立济南鑫银投资有限公司时，我才意识到金岭铁矿是要真正参与重组华塑公司”相吻合。李茂桢违法买卖华塑公司股票的起始日应为2007年8月8日。鉴于本案内幕信息的价格敏感期截止日是2007年10月20日，在知悉内幕信息后，其在内幕信息价格敏感期内买卖相关股票都属违法，因此，李茂桢违法买卖华塑公司股票的截止日应为2007年10月20日。综上，李茂桢违法买卖华塑公司股票的期间为2007年8月8日至2007年10月20日，其违法所得数额应另行计算。公诉机关指控李茂桢自2007年7月5日起开始违法买卖华塑公司股票不当，但指控其违法买卖华塑公司股票的截止日期是正确的。辩护人关于李茂桢违法买卖华塑公司股票起始日为2007年8月8日的辩护意见成立，但关于李茂桢违法买卖华塑公司股票的截止日期的辩护意见不能成立，不予采纳。

济南市中级人民法院认为，被告人李茂桢作为证券交易内幕信息的知情人员，在对证券交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买卖相关公司股票，情节严重，依法构成内幕交易罪，但公诉机关指控的违法所得数额有误，应予纠正。鉴于被告人李茂桢归案后认罪态度较好，案发后追回了全部违法所得，依法应从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百八十条第一款、第七十二条第一、三款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人李茂桢犯内幕交易罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金3 000 000元。

二、被告人李茂桢的违法所得1 346 135.93元，予以没收。

三、自公安机关扣押的被告人李茂桢及其实际控制的申继亮等账户内共计10 571 148.46元现金中扣除没收的违法所得1 346 135.93元、应缴纳的罚金3 000 000元，余款及冻结的55 900股“轻纺城”股票、166 854股“鲁商置业”股票、800股“博汇纸业”股票，均发还被告人李茂桢。

该案宣判后，公诉机关不抗诉，被告人李茂桢服判不上诉，已发生法律效力。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 刘志明

案例来源：载《案例参阅与指导》第24期

济南市人民检察院诉 薄熙来受贿、贪污、滥用职权案

关键词

非法证据 作证能力 亲笔证词 境外证据

【裁判摘要】

对刑事案件证据的审查和采信，首先要查清证据的合法性即证据的证明能力或者是证明资格问题；其次要查清证据是否具有客观性真实性以及与本案有无关联性，也就是证据的证明力问题。本案审查、认定证据严格遵循上述原则、步骤，采取传统形式的言词证据（被告人供述、自书材料、亲笔供词、证人证言、亲笔证词）、以录音录像为载体的新型言词证据（作证录音录像）与书证、物证、视听资料等多类型证据之间的对比审查、证据的细节审查与综合认证相结合的方式、方法，既对受到压力或在特殊环境下所作言词证据是否属于非法证据进行了界定，又依法排除了不具有关联性、缺乏客观性、不合常理的证据材料，案件证据体系科学、完整、严密、清晰。

被告人薄熙来，男，1949年7月3日出生，原系十七届中共中央政治局委员，曾任辽宁省大连市人民政府市长、中共大连市委书记、中共辽宁省委副书记、辽宁省人民政府省长、商务部部长、中共重庆市委书记，因涉嫌犯受贿罪于2012年9月29日被逮捕。

辩护人李贵方、王兆峰，北京德恒律师事务所律师。

山东省济南市人民检察院以被告人薄熙来犯受贿罪、贪污罪、滥用职权罪向济南市中级人民法院提起公诉。

济南市中级人民法院经审理查明：

一、受贿事实

1999年至2012年，被告人薄熙来在担任大连市人民政府市长、中共大连市委书记、辽宁省人民政府省长、商务部部长期间，利用职务上的便利，为大连国际公司及该公司总经理唐肖林、实德集团谋取利益，收受唐肖林给予的钱款，明知并认可其妻薄谷开来、其子薄瓜瓜收受实德集团董事长徐明给予的财物，共计折合人民币20 447 376.11元。具体事实如下：

（一）被告人薄熙来利用职务便利为大连国际公司及唐肖林谋取利益，收受唐肖林给予的钱款共计折合人民币1 109 446元的事实

被告人薄熙来与唐肖林曾系同事。1999年底，唐肖林为利用大连驻深办在深圳市的土地进行开发建设，请求时任中共大连市委书记兼市长的薄熙来对将大连驻深办划归大连国际公司一事予以支持。同年12月4日，薄熙来在大连国际公司关于此事的请示报告上签批了同意办理的意见。2000年3月2日，大连市人民政府召开会议，决定将大连驻深办的人、财、物成建制划归大连国际公司，后薄熙来同意。大连国际公司利用大连驻深办的土地与深圳市华明辉置业有限公司（以下简称华明辉公司）合作建设“大连大厦”，大厦建成后，大连国际公司及唐肖林个人均从中获利。

2002年上半年，唐肖林请求时任辽宁省人民政府省长的被告人薄熙来帮助申请汽车进口

配额，薄熙来答应并让唐肖林直接找时任辽宁省人民政府副省长的夏德仁。之后，夏德仁将唐肖林以辽宁对外经贸发展有限公司（以下简称辽宁经贸公司）名义提出的申请批转时任辽宁省对外经济贸易合作厅（以下简称外经贸厅）副厅长的吴江办理。因辽宁经贸公司不具备相应资质，吴江便安排人员以大连市汽车工业贸易集团公司（以下简称大连汽贸公司）的名义为唐肖林报批了24个汽车进口配额。后唐肖林与大连国际公司原职工姬巍将上述配额倒卖并从中获利。

为感谢被告人薄熙来的支持与帮助，唐肖林先后三次给予薄熙来现金共计美元13万元、人民币5万元。其中，2002年下半年，薄熙来在沈阳市家中收受唐肖林给予的美元5万元（折合人民币413830元）；2004年6月，薄熙来在商务部办公室收受唐肖林给予的人民币5万元；2005年下半年，薄熙来在商务部办公室收受唐肖林给予的美元8万元（折合人民币645616元）。

（二）被告人薄熙来利用职务便利为实德集团谋取利益，明知并认可薄谷开来、薄瓜瓜收受徐明财物折合人民币19337930.11元的事实

1999年底，大连万达集团股份有限公司（以下简称万达集团）与实德集团就转让大连万达实德足球俱乐部有限公司（以下简称大连万达）达成协议后，为推动此事，徐明向薄谷开来提出，希望时任中共大连市委书记兼市长的被告人薄熙来予以支持。薄谷开来向薄熙来转达了徐明的上述请托事项。后经薄熙来同意，实德集团收购了大连万达。2000年1月9日，大连万达变更登记为大连实德足球俱乐部有限公司（以下简称大连实德），法定代表人为徐明。同日，薄熙来出席了大连实德成立的新闻发布会。

2000年上半年，为引进定点直升飞球项目，徐明向薄谷开来提出，希望时任中共大连市委书记兼市长的被告人薄熙来予以支持。薄谷开来向薄熙来转达了徐明的上述请托事项，薄熙来表示同意。同年6月3日，薄熙来在实德集团提交的报告上批示，由副市长刘长德为该项目选择地点。后经薄熙来现场考察，决定将该项目建在大连市星海湾广场。同月16日，经薄熙来批示同意，该项目以租赁方式办理用地手续。

2002年10月，实德集团筹划与台湾台塑集团合作建设大型石化项目（以下简称实德石化项目），徐明请求时任辽宁省人民政府省长的被告人薄熙来予以支持。同月25日，薄熙来在大连市考察时，要求大连市委、市政府对实德石化项目高度重视。同月30日晚，薄熙来主持召开专题会议，要求相关部门大力支持实德石化项目，并指定副省长夏德仁、辽宁省人民政府副秘书长王金笛负责协调、统筹。12月7日，薄熙来批示同意成立实德石化项目协调领导小组，由夏德仁担任组长。后台湾台塑集团退出，2003年2月，实德集团转而与沙特基础工业公司洽谈合作。同年5月，因项目选址与大连市蛇岛老铁山国家级自然保护区（以下简称蛇岛自然保护区）范围冲突，薄熙来批示要求王金迪与时任辽宁省环保局局长的杜秋根做好调整保护区范围的协调工作。后大连市人民政府提出调整蛇岛自然保护区范围的申请并逐级上报，获得批准。同年9月27日，薄熙来在大连考察时，再次要求相关部门对实德石化项目予以高度重视。此后，薄熙来还以辽宁省省长、商务部部长的身份多次会见沙特基础工业公司高级管理人员，并将实德石化项目列入中沙第三届经贸混合委员会正式议题。

2004年3月，实德集团向商务部申报原油成品油非国营贸易进口经营资格，徐明为此找到时任商务部部长的被告人薄熙来，请其予以支持。薄熙来表示同意。同年8月13日，商务部将实德集团列入成品油（燃料油）非国营贸易进口经营备案企业名单。

2000年，薄谷开来提出欲购买位于法国戛纳松树大道7号的枫丹·圣乔治别墅，徐明表示由他支付全部房款。为隐瞒薄家在国外购买房产事实并避税，薄谷开来委托其法国朋友帕特里克·亨利·德维尔（Monsieur Patrick Henri Devillers，以下简称德维尔）设计了一套复杂的以公司名义购买该别墅的方案，并成立了由其实际拥有并控制的罗素地产公司（Russell Properties S.A.）。同年11月7日，徐明指示实德集团下属企业赛德隆国际电器（中国）有限公司（以下简称赛德隆电器公司）利用虚假的进口合同向交通银行大连分行申请开立了金额为美元323万元的不可撤销跟单信用证，受益人为美国东方有限公司（Eastern American Co., Ltd.，以下简称美东公司）。同月29日，信用证项下的美元323万元经里昂信贷银行上海分行议付扣除费用后，汇至薄谷开来指定的罗素地产公司账户。2001年7月9日，薄谷开来委托德维尔以罗素地产公司实际拥有并控制的枫丹·圣乔治房产公司（Residences Fontaine Saint Georges）的名义，使用上述款项中的欧元2 318 604.70元（折合人民币16 249 709.18元）购买了枫丹·圣乔治别墅。2002年的一天中午，被告人薄熙来回家时，遇到薄谷开来、徐明正在观看该别墅幻灯片，便共同观看。薄谷开来告知薄熙来该别墅系由徐明提供的资金所购买。

2004年至2012年，被告人薄熙来之子薄瓜瓜在国外读书期间，徐明为薄谷开来、薄瓜瓜及其亲友支付往返国内外的机票费用人民币1 864 630.80元、住宿费用人民币148 424元、旅行费用美元102 241元（折合人民币654 056.13元）。2008年7月28日，应薄瓜瓜要求，徐明安排其公司员工以人民币85 710元的价格购买了一辆“赛格威”牌电动平衡车送给薄瓜瓜。2011年11月，薄谷开来以薄瓜瓜信用卡透支为由，安排薄熙来家勤务人员张晓军要求徐明为其还清信用卡所欠外币，并明确提出具体数额；同月25日，徐明委托其朋友王季倬花费人民币335 400元兑换美元、英镑后，由薄熙来家勤务人员杨四堂将美元2万元、17 900英镑存入薄谷开来中国银行存折，剩余英镑交由张晓军保存。薄谷开来将徐明为薄瓜瓜在国外学习、生活等方面提供了资助的情况告知了薄熙来。

二、贪污事实

2000年，在被告人薄熙来担任中共大连市委书记期间，大连市人民政府承担了一项上级单位涉密场所改造工程。该工程由薄熙来负责，时任大连市城乡规划土地局局长王正刚具体承办。2002年3月工程完工后，该上级单位通知王正刚，决定向大连市人民政府拨款人民币500万元。王正刚遂就如何处理该款项向已调任辽宁省人民政府省长的薄熙来请示，薄熙来未明确表态。不久之后，王正刚再次就此事向薄熙来请示，并提出大连市有关领导及相关部门均不知晓该款，可将该款留给薄熙来补贴家用。薄熙来即将此事通过电话告知薄谷开来，让王正刚与薄谷开来商议处理。薄谷开来与王正刚商定，将该款转至与薄谷开来关系密切的昂道律师事务所主任赵东平处。后薄谷开来安排赵东平与王正刚办理转款事宜，并让赵东平为其代管。为掩人耳目，王正刚要求上级单位将500万元汇至承揽该改造工程的大连经济技术开发区艺声视听系统有限公司（以下简称艺声视听公司）。2002年5月至2005年3月，上述款项陆续汇至赵东平指定的其朋友李石生名下公司账户和昂道律师事务所账户。

三、滥用职权事实

2011年11月13日，薄谷开来及张晓军在重庆市丽景度假酒店投毒杀害英国公民尼尔·伍德。同月15日，尼尔·伍德被发现死亡。负责侦办该案的郭维国（时任重庆市公安局副局长，已判刑）、李阳（时任重庆市公安局刑警总队总队长，已判刑）、王鹏飞（时任重庆市渝

北区副区长兼公安分局局长)、王智(时任重庆市公安局沙坪坝区分局副局长)为包庇薄谷开来,徇私枉法,使该案未被依法侦破。2012年1月至2月,被告人薄熙来作为中共中央政治局委员兼中共重庆市委书记,在有关人员告知其薄谷开来涉嫌故意杀人后,以及在时任重庆市人民政府副市长的王立军叛逃前后,违反规定实施了一系列滥用职权行为。具体如下:

2012年1月28日晚,王立军将薄谷开来涉嫌投毒杀害尼尔·伍德一事告知被告人薄熙来。次日上午,薄熙来召集王立军、郭维国、吴文康(时任中共重庆市委副秘书长兼市委办公厅主任)谈话,斥责王立军诬陷薄谷开来,打了王立军一记耳光,并将杯子摔碎在地上。当晚,薄熙来得知“11·15”案件原侦查人员王智、王鹏飞根据王立军授意,以提交辞职信方式揭发薄谷开来涉嫌杀人后,根据薄谷开来的要求,安排吴文康对该二人进行调查。

1月29日起,被告人薄熙来先后向重庆市委多名领导提议,免去王立军中共重庆市公安局党委书记、局长职务。时任中共重庆市委组织部部长陈存根、中共重庆市委政法委书记刘光磊均提出,按照组织程序任免公安局党委书记、局长须报经上级公安机关批准,故此事需报经公安部同意。在未报经公安部批准的情况下,薄熙来于2月1日下午主持召开中共重庆市委常委会会议,决定免去王立军的中共重庆市公安局党委书记、局长职务。次日上午,按照薄熙来的要求,中共重庆市委组织部宣布了该决定。

2月6日,王立军叛逃至美国驻成都总领事馆。次日凌晨,时任重庆市委常委、秘书长的翁杰明及吴文康等人到被告人薄熙来住处向其报告此事。在研究应对措施过程中,薄熙来纵容薄谷开来参与。薄谷开来提出可由医院出具诊断证明以表明王立军系因患精神疾病而叛逃,薄熙来对此表示同意。当日,薄谷开来和吴文康协调重庆市大坪医院出具了“王立军存在严重抑郁状态和抑郁重度发作”的虚假诊断证明。2月8日上午,经薄熙来批准,重庆市有关部门对外发布了“据悉,王立军副市长因长期超负荷工作,精神高度紧张,身体严重不适,经同意,现正在接受休假式的治疗”的虚假信息。

2月15日,在薄谷开来向重庆市公安局举报王鹏飞诬告陷害其杀人后,重庆市公安局按照被告人薄熙来的要求对王鹏飞进行审查并移送重庆市渝中区公安分局侦查。次日,渝中区公安分局以涉嫌诬告陷害为由对王鹏飞立案侦查,后决定对王鹏飞采取禁闭措施。2月17日,经薄熙来提议和批准,重庆市渝北区第十七届人民代表大会主席团会议取消了时任渝北区副区长王鹏飞继续作为该职务候选人的提名。

被告人薄熙来的上述行为,是导致“11·15”案件不能依法及时查处和王立军叛逃事件发生的重要原因,并造成特别恶劣的社会影响,致使国家和人民利益遭受重大损失。

针对被告人薄熙来及其辩护人所提出的主要辩解和辩护意见,法院评判如下:

1. 关于被告人薄熙来所提其有关收受唐肖林贿赂及知晓徐明为薄谷开来母子支付费用的两份自书材料系在办案人员施加的不正当压力和诱导下违心所写,该两份自书材料及之后与此相关的供述和亲笔供词均属于《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十四条规定的非法证据,应当予以排除的辩解,以及辩护人所提上述材料属于《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十条规定的“以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集”的证据,应当不予采信的辩护意见。

经查,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》及《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》的相关规定,使用肉刑或者变相肉刑,或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法,迫使被告人违背意愿作出的供述,属于《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十四条规定的采用刑讯逼供等非法方法收集的被告人供述,

依法应当予以排除。被告人薄熙来所称受到的压力，不属于上述规定中的刑讯逼供等非法方法，不符合非法证据排除的条件。另查明，被告人及辩护人所提两份自书材料，分别为薄熙来于2012年6月28日亲笔书写的《关于我和徐明经济问题的说明》、7月26日亲笔书写的《关于我和唐肖林之间的经济关系》。在《关于我和唐肖林之间的经济关系》中，薄熙来交代了其帮助唐肖林在大连驻深办与大连国际公司合并后启动深圳“大连大厦”建设、申请汽车进口配额以及先后三次收受唐肖林美元13万元和人民币5万元的事实；在《关于我和徐明经济问题的说明》中，薄熙来交代了其帮助徐明的实德集团收购万达足球队、在星海湾广场建设定点直升飞球项目、实施实德石化项目、获得原油成品油进口经营资格以及知晓徐明为薄谷开来母子支付费用的事实。庭审中，薄熙来将上述自书材料中交代的具体帮助事实辩解为公事公办，同时否认收受唐肖林钱款及知晓徐明为薄谷开来母子支付费用的事实。综合全案证据，上述自书材料及其后在侦查阶段的亲笔供词是薄熙来本人亲笔书写，且相关内容与证人唐肖林、徐明、薄谷开来等人的证言及相关书证、物证能够相互印证，足以确认其书写内容的真实性。其当庭否认有关收受唐肖林钱款及知晓徐明为薄谷开来母子支付费用的辩解不能成立。此外，薄熙来在《关于我和徐明经济问题的说明》中还写到，“印象里有一次，看到徐明和谷开来闲聊，徐谈到在法国尼斯有套房子，环境很好，满漂亮，建议我们有机会去看看。我当时没在意，随口说，那有机会就去看看，散散心”。据卷宗材料反映，在薄熙来交代上述情节时，虽然徐明已经向中央纪委交代了其于薄谷开来购买法国别墅出资的事实，但并未提及三人谈论该别墅一节，薄谷开来的证言亦未涉及该情节。在最高人民检察院反贪污贿赂总局根据中央纪委移交的薄熙来涉嫌通过薄谷开来收受徐明给予的资金用于购买法国别墅的线索进行侦查之后，薄谷开来在2013年1月20日的证言中初次证明其和徐明在沈阳家里观看枫丹·圣乔治别墅幻灯片及薄熙来下班回来一起观看的情节；徐明在2013年1月23日的证言中初次证明其在薄熙来家和薄谷开来聊天、观看法国别墅幻灯片及薄熙来回家后一起观看，其顺口说了一句“省长有时间去看看”的情节。上述情况表明，薄熙来交代其与薄谷开来、徐明共同谈论法国别墅一节，系在办案机关尚不掌握相关证据的情况下交代的，并非是在办案机关向其施加不正当压力和诱导后违心所写。综上，被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

2. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提证人薄谷开来有精神障碍，其作证能力存疑，且其全部证言均形成于死刑缓期执行考验期内，可能是在某种特殊的压力下或者为了自身立功减刑而作出，影响其证言的真实性的辩解和辩护意见。

经查，薄谷开来故意杀人案中经生效判决确认的司法鉴定意见书载明，薄谷开来在2011年11月13日实施杀人犯罪时辨认能力完整，控制能力削弱，鉴定诊断为精神活性物质所致精神障碍，具有完全刑事责任能力。本案审理过程中，经法庭核实，薄谷开来因犯故意杀人罪于2012年3月被羁押后，已无接触精神活性物质的条件。薄谷开来在证言中对于相关事实表述清晰、条理分明，当庭播放的薄谷开来作证录音录像亦显示，薄谷开来对办案人员的询问有明确的认知，语言流畅，表情自然，情绪稳定，其证言与在案其他证据能够相互印证，足以确认其具有作证能力且证言真实。被告人及辩护人所提薄谷开来作证能力存疑且其证言可能是在某种特殊压力下或者为了自身立功减刑而作出的说法没有事实依据。被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

3. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提不能排除证人徐明、唐肖林、王正刚、吴文康、王

立军等人因被刑事追诉或者与薄熙来存在重大利害冲突而推卸责任的可能性，其证言的真实性存在疑问的辩解和辩护意见。

经查，上述证人均系亲历相关案件事实的人，其证言证明的内容与在案其他证人证言、书证等相互印证，其中部分情节亦得到被告人薄熙来的自书材料、亲笔供词的印证，被告人及辩护人所提质疑没有事实依据。被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

4. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提证人唐肖林关于其三次给予薄熙来钱款的证言与其他证据存在矛盾，不应采信，薄熙来亦否认曾收受唐肖林钱款，起诉指控的该起受贿事实难以认定的辩解和辩护意见。

经查，唐肖林的多份证言、亲笔证词、作证录音录像均证明，其曾为大连国际公司接收大连驻深办以便开发大连驻深办在深圳的土地、申请汽车进口配额请求并获得被告人薄熙来的支持和帮助，为表示感谢其三次送给薄熙来钱款，且其证言的主要内容始终稳定，并与在案其他证据相互印证。其中，唐肖林证言中关于薄熙来曾在上述两起事项上应其请托提供帮助的内容得到了相关证人证言、书证的印证，薄熙来当庭亦不否认；唐肖林证言中关于其在2002年下半年、2005年下半年两次送给薄熙来的美元13万元的部分来源得到了证人姬巍、张文胜证言的印证；唐肖林证言中关于其2004年6月送给薄熙来的人民币5万元系其安排宋振军在大连国际公司账外资金中支取，并曾告知宋振军准备送给薄熙来的内容，得到证人宋振军的证言及大连国际公司账外资金记账页的印证。虽然唐肖林的证言在个别细节上与其他证据存在差异，但对薄熙来收受唐肖林钱款事实的认定没有影响。而薄熙来的自书材料和亲笔供词亦对其三次收受唐肖林钱款的事实予以供认，并与唐肖林的证言能够相互印证。虽然薄熙来在庭审中翻供否认收受唐肖林贿赂，但其辩解与在案其他证据矛盾，不足以采信。综上，认定薄熙来三次收受唐肖林钱款的事实清楚，证据确实、充分。被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

5. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提薄谷开来关于自己曾三次从与薄熙来共用的保险柜中取过美元和人民币的证言不可信的辩解和辩护意见。

经查，薄谷开来的证言虽能证明其曾三次从保险柜中取过美元和人民币，但该证言不能证明其所取钱款与被告人薄熙来收受唐肖林给予的钱款之间存在关联性。对于公诉机关出示的该份证言，不予采信。

6. 关于被告人薄熙来的辩护人所提公诉机关出示的证明枫丹·圣乔治别墅购买过程的书证均来自于境外，未经公证、认证手续，也无相关司法协助文件，书证的来源不明，且均系复印件，真实性不能确认，现有证据也不能证明徐明提供的钱款用于购买枫丹·圣乔治别墅，且不能证明别墅产权属于薄谷开来的辩护意见。

经查，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的规定，对于办案机关收集的来自境外的证据材料，人民法院经审查，能够证明案件事实且符合民事诉讼法规定的，可以作为证据使用，并不要求必须经过公证、认证程序；书证的复印件，经与原件核对无误、经鉴定为真实或者以其他方式确认为真实的，可以作为定案的根据。本案涉及枫丹·圣乔治别墅的相关书证分别系办案机关依法从徐明境内住所调取或者由证人德维尔、姜丰向办案机关提供，来源清楚，其所证明的内容与薄谷开来、德维尔、姜丰等人的证言及相关书证能够相互印证，内容真实，可以作为定案的根据。同时，薄谷开来、德维尔、

徐明、姜丰等人的证言及相关书证可以证明，薄谷开来为隐瞒别墅真实产权关系及避税，安排德维尔使用徐明提供的购房资金，通过实施复杂的购房方案专门设立系列公司并以枫丹·圣乔治房产公司的名义购买了枫丹·圣乔治别墅；此后，薄谷开来为继续掩盖涉案别墅真实产权关系并进一步加强实际控制，以罗素地产公司出资成立的罗素国际度假公司取代加拿大投资托管公司成为枫丹·圣乔治房产公司的唯一股东，又相继改变涉案别墅所属公司及关联公司股权的代为持有人，充分证明了其以控制涉案别墅所属公司及关联公司为手段拥有涉案别墅，并行使所有人权利的事实。别墅产权虽未登记在薄谷开来名下，不影响薄谷开来系涉案别墅实际所有人的认定。辩护人的该项辩护意见不能成立，不予采纳。

7. 关于被告人薄熙来的辩护人所提公诉机关出示的实德集团为薄谷开来、薄瓜瓜等人支付机票、住宿、旅行费用的部分证据存在瑕疵、数额计算有误的辩护意见。

经查，根据现有证据，实德集团为薄谷开来、薄瓜瓜等人支付机票、住宿、旅行费用的主要事实清楚，但部分机票费用所对应的报销凭证与在案其他证据存在矛盾或者在形式上确有瑕疵，经法庭庭后核实，相关单位未能作出合理解释，对该部分费用共计人民币1 343 211元不予认定。辩护人的该项辩护意见，部分采纳。

8. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提薄熙来没有贪污公款的主观故意，亦未参与实施任何侵吞公款行为，其不构成贪污罪的辩解和辩护意见。

经查，证人王正刚和薄谷开来的证言相互印证，证明涉案款项人民币500万元系经被告人薄熙来同意而由王正刚交给薄谷开来占有。薄熙来亦曾供认，王正刚两次向其请示如何处理上级单位拨付的500万元，并建议将该款给其补贴家用，其同意王正刚与薄谷开来商议具体办理事宜。虽然薄熙来又辩称在第一次见面时王正刚提出要将该500万元给其补贴家用后，其明确表示反对，要求王正刚公事公办，第二次见面时其之所以同意王正刚去找薄谷开来商议，只是因为该款不好处理，想让薄谷开来帮忙妥善解决，但其以上辩解得不到相关证据的印证，且不符合常理。薄熙来在王正刚提议将涉案款项给其补贴家用的情况下，同意王正刚与薄谷开来商量处理，并致该款最终由薄谷开来控制、占有，其非法占有涉案款项的主观意图明确。被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

9. 关于被告人薄熙来及其辩护人所提导致“11·15”案件不能及时依法查处的主要原因是王立军等人徇私枉法，而王立军叛逃的主要责任不在薄熙来，薄熙来的行为与起诉指控的滥用职权后果不具有法律上的因果关系的辩解和辩护意见。

经查，在案证据显示，2012年1月29日之后，被告人薄熙来实施了一系列超越职权或者违反规定行使职权的行为，包括：在通知时任重庆市委办公厅主任的吴文康、时任重庆市公安局副局长的郭维国到场的情况下，斥责王立军诬陷薄谷开来杀人并打王立军耳光；按照薄谷开来的要求，安排不具有调查权限的吴文康对揭发薄谷开来涉嫌杀人的“11·15”案件原侦查人员王智、王鹏飞进行调查；提议免去王立军重庆市公安局党委书记、局长职务，并在明知未按程序报经公安部批准的情况下，执意主持会议通过并宣布该免职决定；要求重庆市公安局对拒不承认诬告陷害薄谷开来的王鹏飞进行审查，并因此取消王鹏飞作为副区长候选人提名。薄熙来的上述行为均发生在2012年1月28日王立军告知其薄谷开来涉嫌杀人之后，且均直接指向揭发薄谷开来涉嫌杀人的“11·15”案件原办案人员，足以表明其严禁复查“11·15”案件的主观意图，并导致“11·15”案件未能依法及时查处。同时，王立军的证言证明其之所以叛逃，系因其被违规免去公安局局长职务，身边工作人员亦被调查，其认

为自身处境危险所致，与薄熙来的滥用职权行为直接相关。此外，在王立军叛逃后，薄熙来允许无权参与处置、且与王立军叛逃事件相关联的薄谷开来参与王立军叛逃事件的研究应对，并同意薄谷开来提出的由医院出具诊断证明以表明王立军系因患精神疾病而叛逃的意见，无论其是否知道该诊断证明内容虚假，都应当对此承担责任；况且，薄熙来与王立军共事多年，王立军又担任重要领导职务，其仅凭薄谷开来的片面之辞即相信王立军确实患有精神疾病，不知道诊断证明内容虚假的说法显然不合情理。薄熙来在明知王立军真实去向的情况下，仍然批准对外发布王立军接受“休假式治疗”的虚假消息，错误引导舆论，造成了恶劣的社会影响，依法应当对此承担责任。被告人及辩护人的该项辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

济南市中级人民法院认为，被告人薄熙来身为国家工作人员，接受唐肖林、徐明请托，利用职务便利，为相关单位和个人谋取利益，直接收受唐肖林给予的财物，明知并认可其家庭成员收受徐明给予的财物，其行为已构成受贿罪；薄熙来身为国家工作人员，利用职务便利，伙同他人侵吞公款，其行为已构成贪污罪；薄熙来身为国家机关工作人员，滥用职权，致使国家和人民利益遭受重大损失，其行为已构成滥用职权罪，情节特别严重。公诉机关指控薄熙来受贿人民币20 447 376.11元、贪污人民币500万元、滥用职权的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立，但指控薄熙来认可其家庭成员收受徐明给予的财物中，计人民币1 343 211元因证据不足，不予认定。对薄熙来所犯受贿罪、贪污罪、滥用职权罪，均应依法惩处，并数罪并罚。薄熙来受贿、贪污所得赃款赃物已分别追缴或抵缴。鉴于其用于购买枫丹·圣乔治别墅的受贿所得赃款系以其依法应予没收的财产抵缴，故该别墅作为犯罪所得应当继续追缴。

据此，济南市中级人民法院根据薄熙来犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》相关规定，判决：1. 被告人薄熙来犯受贿罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯贪污罪，判处有期徒刑十五年，并处没收个人财产人民币一百万元；犯滥用职权罪，判处有期徒刑七年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。2. 扣押、冻结在案的受贿所得赃款赃物及用于抵缴受贿所得赃款的被告人薄熙来财产共计折合人民币二千零四十四万七千三百七十六元一角一分依法上缴国库；贪污所得赃款人民币五百万元依法返还辽宁省大连市人民政府；其余部分作为薄熙来个人财产依法予以没收。3. 被告人薄熙来受贿所得赃款购买的位于法国戛纳松树大道7号的枫丹·圣乔治别墅继续追缴，予以没收。

被告人薄熙来不服一审判决，提出上诉，山东省高级人民法院二审裁定驳回上诉，维持原判。

编写人：济南市中级人民法院审委会专职委员 张威力

案例来源：全省法院典型案例评选一等奖

田皓宇、刘朋、刘海涛、程守明 贩卖毒品罪案

基本案情

被告人田皓宇、刘海涛、刘朋预谋贩卖毒品后，田皓宇为筹措毒资抵押汽车借款1.9万元。2013年11月8日，田皓宇找来同事程守明，称让程帮忙办点事。后程守明驾车载田皓宇、刘海涛、刘朋前往江苏省张家港市。途中，刘海涛联系贩毒人员商定价格、交易地点。购买毒品后，刘海涛发布出售毒品信息。程守明驾车载三人返回莒南县，途中见三人吸食毒品。回到莒南县后，程守明向田皓宇明确提出怕出事，不愿再参与，但经田皓宇劝说后，程守明表示同意。程守明在明知田皓宇等人贩卖毒品的情况下，仍驾车将三人送至济南市。案发后，公安人员在四被告人所乘坐的车上及刘海涛身上查获含有甲基苯丙胺成分的毒品96.79克。

裁判结果

济南市中级人民法院经审理认为，被告人程守明在驾车载田皓宇等三人去张家港市途中，听到刘海涛联系贩毒人员购买毒品，并在返回莒南县途中，看到田皓宇等三人吸食毒品，便已知晓其三人购买毒品并欲贩卖。回到莒南后，程守明拒绝再参与，更反映出其已经知道田皓宇等人欲贩卖毒品的事实，但经田皓宇劝说后，程守明在明知田皓宇等人贩卖毒品的情况下，仍驾车将三人送至济南市，与田皓宇等人构成共同犯罪。田皓宇、刘海涛、刘朋在共同犯罪中起主要作用，系主犯；程守明在共同犯罪过程中起辅助作用，系从犯。依照相关法律规定，以贩卖毒品罪，判处田皓宇、刘朋有期徒刑十五年，并处没收个人财产人民币三万元；判处刘海涛有期徒刑十四年，并处罚金人民币二万五千元；判处被告人程守明有期徒刑十年，并处罚金人民币一万元。

典型意义

毒品犯罪是国家严厉打击的刑事犯罪，绝不能心存侥幸，越雷池一步。有的人出于哥们儿义气或想挣点快钱，明知道朋友是去贩卖毒品，以为自己只是开个车、跑跑腿，不至于犯罪，殊不知，这种行为会成为贩卖毒品罪的共犯，害人害己。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 王 静

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

朱传峰等生产、销售有毒有害食品、朱传清、 朱传波生产、销售有毒、有害食品、 虚开增值税专用发票案

基本案情

一、生产、销售有毒、有害食品的事实

2001年3月、2007年3月、2009年3月，被告人朱传峰、朱传清、朱传波兄弟三人先后注册成立山东省平阴县孔村镇郭柳沟村油厂、孔村镇城南兴财油厂、济南发达油脂工业有限公司（简称发达公司），自2006年起，大量收购“泔水油”等原料，生产“地沟油”并以食用油名义销售，销售金额共计52 418 544.2元。在三人的招募下，被告人杜恒强、蒋卫东、杜恒才、朱传国、刘兴善、朱洪涛、刘恒亮先后参与“地沟油”的生产、销售活动，其中，朱洪涛、刘兴善、刘恒亮参与生产、销售金额分别为46 569 640.2元、44 434 461.2元、8 815 582元，其余被告人参与全部“地沟油”的生产、销售活动。

二、虚开增值税专用发票的事实

被告人朱传清、朱传波通过他人帮助，在没有实际购销业务的情况下，取得进项增值税专用发票共计53张，金额合计13 353 312.68元，税额共计1 735 930.72元，全部用于抵扣发达公司税款。

裁判结果

济南市中级人民法院经审理认为，被告人朱传峰、朱传清、朱传波等十被告人在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，数额特别巨大，其行为均构成生产、销售有毒、有害食品罪；被告人朱传清、朱传波让他人为发达公司虚开增值税专用发票的行为，又构成虚开增值税专用发票罪，对二人应数罪并罚。在生产、销售有毒、有害食品共同犯罪中，被告人朱传峰、朱传清、朱传波起主要作用，系主犯，应按照其所参与的全部犯罪处罚；其余被告人均起次要作用，系从犯，被告人蒋卫东、朱传国具有自首情节，分别予以从轻或者减轻处罚。以犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处被告人朱传峰死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以被告人朱传清犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产，犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑十二年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以被告人朱传波犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产，犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑十年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。其余七被告人分别被判处有期徒刑十五年至有期徒刑五年不等的刑罚，并判处相应数额的罚金。宣判后，各被告人均不服判决提出上诉，山东省高级人民法院经审理裁定，驳回上诉，维持原判。

刑事类案例

典型意义

本案是济南市法院审结的涉案金额特别巨大的生产、销售“地沟油”大案，在全国具有重大影响。当前制售“地沟油”等危害食品安全犯罪严重侵害了人民群众的身体健康和生命安全，本案对三名主犯均判处无期徒刑以上刑罚，彰显了对此类犯罪予以严厉打击的指导思想，有力震慑了犯罪分子，对其余罪犯按照其犯罪情节区别对待，分别予以从轻或减轻处罚，切实贯彻了宽严相济的刑事政策，判决对于营造打击危害食品安全犯罪的强大声势具有积极意义和示范作用。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 陈 勇

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

黛丽佳公司、杜海田、赵华伟 非法吸收公众存款案

基本案情

被告单位济南黛丽佳化妆品有限公司（简称黛丽佳公司）成立于2008年3月，经营范围为生活美容、化妆品销售，被告人杜海田为该公司实际经营人，被告人赵华伟任该公司副总经理。

2011年初，杜海田为了扩大公司经营，伙同赵华伟向公司员工及社会人员宣传，分别以支付月息5%—10%不等的高息直接借款或办理一年、半年、三个月不等的预存卡，赠送相应美容服务，到期后返还预存款等方式吸收公众存款。2011年初至2012年5月，黛丽佳公司向社会公众78人非法吸收存款15 257 525元，用于增开连锁店、支付高息等，案发前未返还12 170 306.37元。

裁判结果

济南市天桥区人民法院一审认为，被告单位黛丽佳公司、被告人杜海田、赵华伟的行为均构成非法吸收公众存款罪，对黛丽佳公司判处罚金二百万元；对杜海田、赵华伟分别判处有期徒刑五年，并处罚金二十万元、有期徒刑四年六个月，并处罚金十五万元。宣判后，原审被告单位黛丽佳公司、原审被告杜海田均服判不上诉，原审被告赵华伟不服向济南市中级人民法院提出上诉。济南市中级人民法院经审理认为，原审被告单位黛丽佳公司、原审被告杜海田、上诉人赵华伟作为黛丽佳公司直接负责的主管人员，违反国家有关规定，向集资参与人宣传、吸收集资款用于公司扩大经营，数额巨大，原审认定黛丽佳公司、杜海田、赵华伟犯非法吸收公众存款罪是正确的。原审判决认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，遂裁定，驳回上诉，维持原判。

典型意义

近年来非法集资等涉众型经济犯罪案件持续多发，集资参与人数众多，犯罪分子作案手段多样、隐蔽，具有很强的欺骗性，本案发生在美容行业，与社会公众日常生活关系密切，也是非法集资行为多发的领域，审判中严格依法把握未经有关部门依法批准、通过口口相传、媒体、推介会等途径向社会公开宣传、吸收社会不特定对象资金等非法集资行为的主要特征，对非法集资行为与社会民间借贷、美容卡预存消费做了明确界分，有助于辨清此类行为的性质，对于社会民间借贷行为具有较好的规范、指导作用。

编写人：济南市中级人民法院刑二庭 李洪川

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

济南市历城区人民检察院诉耿晓宁贪污、 受贿、贾丽霞贪污案

关键词 国有公司 委派 国家工作人员 审判监督程序 抗诉

裁判摘要

1. 经国家机关、国有公司、企业、事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中从事公务的人员，应当认定为国家工作人员。具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定。

2. 原判因认定罪名不当，导致重罪轻罚、量刑畸轻，依法必须改判的，二审法院仅应限于“上诉不加刑”的刑法原则予以处置，并在第二审裁定生效后，鉴于除人民检察院抗诉的外，再审一般不得加重原审被告人刑罚的规定，应由检察机关以抗诉方式提起审判监督程序予以纠正。

公诉机关济南市历城区人民检察院。

被告人耿晓宁，男，1959年10月1日出生，原系山东钢铁股份有限公司济南分公司计量质检中心经理，因涉嫌犯贪污罪于2013年6月25日被刑事拘留，同年7月9日被逮捕。

被告人贾丽霞，女，1971年10月4日出生，原系山东钢铁股份有限公司济南分公司计量质检中心管理科科长，因涉嫌犯贪污罪于2013年6月25日被刑事拘留，同年7月9日被取保候审。

济南市历城区人民检察院以被告人耿晓宁犯贪污罪、受贿罪、被告人贾丽霞犯贪污罪向济南市历城区人民法院提起公诉。

被告人耿晓宁、贾丽霞对指控二人系国家工作人员均无异议。

济南市历城区人民法院经审理查明，济钢集团有限公司系国有独资企业，2000年12月由5个国有公司成立济南钢铁股份有限公司，2004年6月济南钢铁股份有限公司上市，2012年2月更名为山东钢铁股份有限公司济南分公司。被告人耿晓宁、贾丽霞与济南钢铁股份有限公司签订有劳动合同，其二人的人事、工资关系均在济南钢铁股份有限公司，均非济钢集团有限公司委派到济南钢铁股份有限公司人员。耿晓宁于2008年5月起先后被聘任为济南钢铁股份有限公司计量管理处处长、山东钢铁股份有限公司济南分公司计量管理部部长、计量质检中心经理。贾丽霞于2010年6月起先后被任命为济南钢铁股份有限公司计量管理处管理科副科长、山东钢铁股份有限公司济南分公司计量质检中心管理科科长。

2010年9月至2012年12月期间，被告人耿晓宁利用担任上述职务之便，单独或伙同被告人贾丽霞从本单位小金库中列支资金购买高速公路通行交费卡、苹果牌电脑一体机、iPad、音响、投影仪、照相机及相关配件等物品，不录入单位固定资产账目，个人予以占有使用，其中，耿晓宁侵占本单位财物共计118 050元，贾丽霞参与共同侵占本单位财物32 750元。耿晓宁还为济南金钟电子衡器股份有限公司谋取产品销售、维修等方面利益，于2010年收受该公司赠送的iphone4手机2部（价值1 1998元）。

济南市历城区人民法院认为，被告人耿晓宁、贾丽霞与济南钢铁股份有限公司签订有劳动合同，二人的人事、工资关系均在济南钢铁股份有限公司，二人均应系济南钢铁股份有限公司的工作人员，而非济钢集团有限公司委派到济南钢铁股份有限公司人员，据此，耿晓宁、贾丽霞身为公司的工作人员，利用职务上的便利，非法占有本单位财物，耿晓宁侵占本单位财物数额巨大，贾丽霞侵占本单位财物数额较大，依法均构成职务侵占罪；耿晓宁身为公司的工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，依法构成非国家工作人员受贿罪。在耿晓宁、贾丽霞共同犯罪中，耿晓宁系主犯，贾丽霞系从犯，贾丽霞还系自首，并有立功情节。据此，依照《中华人民共和国刑法》的相关规定，被告人耿晓宁犯职务侵占罪，判处有期徒刑五年六个月，犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑六个月，决定执行有期徒刑五年九个月；被告人贾丽霞犯职务侵占罪，判处拘役三个月，缓刑六个月；涉案财物依法予以发还或没收。

宣判后，原公诉机关不抗诉，原审被告贾丽霞服判不上诉，原审被告耿晓宁不服判决，以一审认定其构成职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪的事实不清，证据不足为主要理由，提出上诉。

济南市中级人民法院二审审理查明，上诉人耿晓宁担任济南钢铁股份有限公司计量管理处处长系由济钢集团有限公司（国有独资公司）党政研究后同意并责成济南钢铁股份有限公司按照公司章程办理的任职，后耿晓宁又与济南钢铁股份有限公司签订劳动合同。其他事实和证据与一审相同。

济南市中级人民法院二审认为：

上诉人所提一审认定其构成职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪的事实不清，证据不足的问题，经查均有相关证据予以证实，其上诉理由不能成立。

关于上诉人耿晓宁的主体身份问题。实践中，受委派从事公务的人员主要是指在国有控股或者参股的有限责任公司、股份有限公司、中外合资企业、中外合作企业中对国有资产负有监管职责的人员，通常为董事长、董事、监事以及总经理等高级管理人员，但根据有关法律规定，这些人员的产生往往有其特定程序，不能直接由国有单位以任命方式决定，例如，依照《公司法》的规定，股份有限公司的经理由董事会决定聘任或者解聘，但是，在股份有限公司中参股、控股的国有单位对公司经理具体人选的产生仍可起到决定性的作用，“推荐”、“提名”等方式就是国有单位行使人事权的表现，非经国有单位推荐或者提名，有关人员也就不可能受聘，即使受聘，也不可能具有代表国有单位监管国有资产的权利和职责，反之，若国有单位依权利推荐或者提名，就意味着其负有代表国有单位监管国有资产的使命，即使之后其受聘经过了董事会决定的程序，也不能改变是受国有单位委派从事公务的性质，换言之，司法实践中，不能仅因涉案人员的职务是经混合所有制单位的有关组织机构选举、聘任、决定，就简单地认定其不属于受委派从事公务的国家工作人员，而应看国有单位在其出任相关职务过程中是否行使了相应的人事权利，且具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第6条就对上述精神予以了明确规定。本案中，耿晓宁之所以能够在济南钢铁股份有限公司这一国有控股公司中获得经营管理者的职位，与国有单位济钢集团有限公司党政研究同意的指派密不可分，应认定耿晓宁系济钢集团有限公司委派到济南钢铁股份有限公司从事公务的人员，系国家工作人员。

刑事类案例

关于本案的程序处理问题。对于在二审期间发现一审因定性错误，导致量刑畸轻，如何予以处置的问题，刑事诉讼法修订前后的规定不尽一致。对发现发生法律效力的判决、裁定，案件当事人及其法定代理人、近亲属，最高人民法院及上级人民法院，法院（本院）院长、最高人民检察院及上级人民检察院均可提起审判监督程序，但提起主体不同，修订前后刑事诉讼法规定的处理结果是不一样的，修订前，无论是何主体提起，通过审判监督程序改判，既可对被告人减轻处罚，也可对被告人加重处罚，但修订后的刑事诉讼法加强了对被告人权利的保护，为避免审判监督程序滥用加重对被告人的刑罚，《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》第三百八十六条明确规定，除人民检察院抗诉的外，再审一般不得加重原审被告人的刑罚，二审仅应鉴于“上诉不加刑”的刑法原则予以处置。

据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，驳回上诉，维持原判，并建议检察机关按照审判监督程序提起抗诉予以纠正。

编写人：济南市中级人民法院刑二庭 王国辉

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

济南市槐荫区人民检察院诉郑锴等非法出售珍贵、 濒危野生动物制品案

关键词 野生动物制品 减轻处罚 核准

【裁判摘要】

犯罪分子虽不具有刑法规定的减轻处罚情节，但根据案件的特殊情况，如果在法定量刑幅度内判处最低刑罚，仍然过重，为贯彻罪责刑相适应原则，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。

公诉机关济南市槐荫区人民检察院。

被告人郑锴，男，1982年4月9日出生于山东省淄博市，汉族，大学文化，山东省淄博市自来水公司职工，住山东省淄博市张店区柳泉路西二巷5号天府明珠小区7号楼1单元0801号，因涉嫌犯非法出售珍贵、濒危野生动物制品罪于2013年6月23日被刑事拘留，同年7月19日被逮捕，现羁押于山东省济南市看守所。

被告人逯艺，男，1989年4月8日出生于山东省济南市，汉族，中专文化，无业，户籍地济南市市中区朱家庄82号，住济南市市中区明珠花园北区1号楼4单元604室，因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物制品罪于2013年6月23日被取保候审。

被告人郑锴非法运输、出售珍贵、濒危野生动物制品，被告人逯艺非法收购珍贵、濒危野生动物制品一案，由济南市槐荫区人民检察院提起公诉。

济南市槐荫区人民法院经审理查明：2013年6月22日12时许，被告人郑锴将金钱豹毛皮1张、雪豹毛皮1张、云豹毛皮1张、赛加羚羊角4根、象牙制品4个（非洲象或亚洲象）及其他动物制品装在两个旅行包中放在鲁CK3693号银灰色大众牌轿车的后备箱里，驾驶该轿车携带上述物品从山东省淄博市沿309国道于当日13时30分许来到济南市历下区经十路，与朋友苗涵见面后，郑锴以其驾驶的车辆手续不全，不能在济南市市区行驶为由，将两个旅行包放在不知旅行包内有何物的苗涵驾驶的丰田牌轿车后备箱里。苗涵载郑锴及其朋友到一歌厅唱歌。期间，被告人逯艺通过网络向郑锴购买羚羊角2根，二人通过网络讨价还价。后苗涵应郑锴的要求驾驶丰田牌轿车载郑锴及其朋友到济南市槐荫区经六路绿地小区附近与逯艺见面，当日19时许，郑锴见到了欲购买其羚羊角的逯艺，二人正在讨价还价并查看郑锴带来的羚羊角时，被公安人员抓获，当场查获金钱豹毛皮1张、雪豹毛皮1张、云豹毛皮1张、赛加羚羊角4根、象牙制品4个等物品，郑锴在公安机关指认上述物品系其所携带。经国家林业局森林公安司法鉴定中心鉴定，上述金钱豹、雪豹、云豹、赛加羚羊、非洲象或亚洲象均为国家一级重点保护野生动物，其中金钱豹毛皮价值6万元、雪豹毛皮价值10万元、云豹毛皮价值3万元、赛加羚羊角价值12万元、象牙制品价值8291元。郑锴非法运输珍贵、濒危野生动物制品价值共计31.8291万元，郑锴欲向逯艺出售的赛加羚羊角2根价值6万元。案发后，涉案野生动物制品已收缴，鲁CK3693号大众牌轿车被公安机关扣押。

济南市槐荫区人民法院经审理认为：被告人郑锴违反国家野生动物保护法规，运输珍贵、

濒危野生动物制品，情节特别严重；出售珍贵、濒危野生动物制品，其行为已构成非法运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪。被告人逯艺违反国家野生动物保护法规，收购珍贵、濒危野生动物制品，其行为已构成非法收购珍贵、濒危野生动物制品罪。鉴于刑法将非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪“情节特别严重”与走私珍贵动物制品罪“情节特别严重”的法定最低刑均规定为十年有期徒刑，且之前的有关司法解释对两罪“情节特别严重”的数额亦均规定为“20万元以上”，但2014年9月10日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》已将走私珍贵动物制品罪“情节特别严重”的数额提升至“100万元以上”，而对非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪“情节特别严重”的数额尚没有出台新规定，如果仍适用以前的数额，显然会导致罪刑不均衡。同时，本案现有证据不能证实被告人郑锴对羚羊角之外的豹皮等非法运输的大部分珍贵、濒危野生动物制品有出售的意图，且在商谈价格的过程中即被抓获，尚未造成严重社会危害，其虽不具有法定减轻处罚情节，但根据案件的特殊情况，如果对其判处十年以上有期徒刑明显过重，为罪责刑相均衡，故可在法定刑以下判处刑罚，并报请最高人民法院核准。鉴于逯艺系初犯，认罪态度较好，确有悔罪表现，可依法对其从轻处罚。

据此，济南市槐荫区人民法院对被告人郑锴依照《中华人民共和国刑法》第三百四十一条第一款、第六十三条第二款、第六十四条及《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款第（一）项之规定；对被告人逯艺依照《中华人民共和国刑法》第三百四十一条第一款、第六十七条第三款、第七十二条第一、三款、第七十三条第二、三款之规定，以被告人郑锴犯非法运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪，判处有期徒刑五年，并处罚金二万元；被告人逯艺犯非法收购珍贵、濒危野生动物制品罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金五千元。

宣判后，被告人郑锴不服一审判决，向山东省济南市中级人民法院提出上诉，诉称一审认定的事实不清、证据不足。其辩护人辩称郑锴随身携带的豹皮和象牙小件并无出卖意图，不应认定为非法运输珍贵、濒危野生动物制品罪；对涉案羚羊角的鉴定价值过高；量刑过重。

济南市中级人民法院二审审查查明的事实与一审相同。

济南市中级人民法院二审认为：上诉人郑锴携带多件珍贵野生动物制品从淄博驾车前来济南，并和原审被告逯艺进行羚羊角交易的事实，不仅有公安机关出具的案件来源及抓获证明、车辆行驶信息及录像、电子数据、物证、证人证言、逯艺的供述以及鉴定机构出具的鉴定意见等证据予以证实，郑锴在侦查阶段对其犯罪事实亦供认不讳，足以认定。上诉人郑锴所提本案事实不清、证据不足的上诉理由，不能成立。

对于上诉人郑锴的辩护人提出涉案羚羊角的鉴定价值过高的问题，二审法院委托济南市价格认证中心重新对涉案的4根羚羊角进行了价格鉴定，结论依然为每根3万元，并且赛加羚羊原材料仅限于定点医疗机构临床使用和中成药生产，羚羊角在市场上是不允许销售的，不能依据羚羊角粉的价格推断羚羊角的价格。因此不存在对涉案羚羊角的价格认定过高的问题。

上诉人郑锴违反国家野生动物保护法规，运输、出售珍贵、濒危野生动物制品，情节特别严重，其行为构成非法运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪；原审被告逯艺违反国家野生动物保护法规，收购珍贵、濒危野生动物制品，其行为构成非法收购珍贵、濒危野生动物制品罪。逯艺系初犯，认罪态度较好，确有悔罪表现，可对其从轻处罚。一审法院根据案

件的具体情况，坚持罪责刑相适应原则，已对上诉人郑锴在法定刑以下判处刑罚，量刑是适当的，郑锴所提量刑过重的上诉理由，不能成立。原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定驳回上诉，维持原判。同时，依照《中华人民共和国刑法》第六十三条第二款和《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》第三百三十六条第（二）项之规定，依法报送山东省高级人民法院复核。山东省高级人民法院经复核，同意济南市中级人民法院的判决，并依法将此案报请最高人民法院核准，最高人民法院经复核予以核准。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 王玉洲

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

二、民事类案例

孟吉福诉姜绪辉等机动车交通事故责任纠纷案

——兼论悬赏证人证言效力及优者危险负担原则的适用

关键词 交通事故 悬赏证人证言效力 优者危险负担

裁判要点

悬赏取得的证人证言在能够与其他证据相互印证时，应当对其证据效力予以认定。在交警部门就交通事故责任未作认定，难以分清双方各自的过错责任的情况下，法院应考虑双方对道路交通安全注意义务的轻重，按车辆危险性的大小以及危险回避能力的优劣，分配交通事故的赔偿责任。

相关法条

《中华人民共和国民法通则》第一百一十九条，《中华人民共和国道路交通安全法》第六十二条、第七十五条，《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》第十七条、十八条、十九条、二十七条、二十九条，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第八条第二款

案件索引

一审：山东省平阴县人民法院（2011）平民初字第306号（2012年2月9日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2012）济民二终字第263号（2012年8月15日）

基本案情

原告孟吉福诉称：2011年2月9日11时50分，原告之妻于秀廷在平阴县城翠屏街鞋厂门口西侧路段，被被告姜绪辉所骑的电动车撞倒，经抢救无效死亡。为维护原告合法权益，请求被告支付死亡赔偿金61190元、丧葬费17397元、精神抚慰金5000元、医疗费2354.6元、误工费450元、交通费400元，诉讼费用由被告负担。

被告姜绪辉、罗静静辩称：两被告没有与死者于秀廷发生碰撞，于秀廷系自己摔倒，被告只是作为路人碰巧遇到，出于救人的目的在于秀廷摔倒后将其扶起，并拨打120急救电话。原告提交的唯一证据系证人翟良的证言，翟良的证据存有重大瑕疵，无法证实被告与死者之间在本次事故中发生碰撞，被告不应承担任何责任。

法院经审理查明：2011年2月9日11时50分许，于秀廷在平阴县城翠屏街鞋厂门口西侧东西走向路段摔倒，经平阴县中医医院抢救无效，于2011年2月9日20时许死亡。于秀廷花费医疗费2354.60元，于秀廷的伤情经平阴县中医医院诊断为：重型颅脑损伤，急性硬膜下血肿，蛛网膜下腔出血，脑挫裂伤。于秀廷出生于1941年12月27日，系孟吉福之妻。于秀廷与孟吉福之子孟广民、孟广荣、孟广祥、之女孟风云，均明确表示不作为原告参加本案诉讼。2011年3月8日，平阴县公安局交通警察大队作出济公交证字（2011）第00000002号道路交通事故证明，该证明记载：现场位于平阴县城翠屏街鞋厂路口西侧路段（因事后报案，无事故现场），道路呈东西走向，水泥路面，路面完好，干燥，视线良好，道路施划中心双实线，道路两侧设机动车与非机动车隔离带，道路两侧为商铺。经调查，目击证人看到姜绪辉驾驶电动车撞到行人于秀廷，但姜绪辉否认驾驶电动车撞到行人于秀廷。姜绪辉于事故时间

驾驶的电动车歪倒在于秀廷附近。姜绪辉、罗静静系夫妻关系，罗静静陈述：“在2001年2月9日11时50分左右，我对象骑着车子，孩子在前面站着，我在后面坐着，我们在东西路上正常行驶时，在老鞋厂门口，老太太在我们电动车前方三至五米的位置身子晃了一下，不知什么原因往下倒，我对象就从老太太南侧想绕过去，几乎是绕的同时，老太太就倒下了。我们绕过去以后，感觉后面好像来了一辆面包车，从我们身后左侧车道超车过去。因为当时既要绕过老太太，又要躲面包车，我对象没有握好车把就摔倒了。我们摔倒起来后，我对象把孩子扶起来，我问我对象是不是你碰的老太太，我对象说不是。我就过去，还有一个中年妇女一块把老太太扶起来，我对象这时候在照顾孩子。因联系不到老太太家人，我拨打了120，120救护车不到十分钟后来到了，医护人员将老太太抬到担架上，当时有一个约20多岁的年轻小伙子帮忙把老太太扶上车去的。在120救护车来到前，因孩子哭闹，我让我对象领着孩子向西走到大约玛钢厂门口的加油站附近。”证人翟良在平阴县公安局交通警察大队肇事处理中队陈述：“2月9日我开着车去翠屏街老鞋厂路口东南北道的菜馆吃饭，把车停在菜馆门口，想焊个狗笼子，就向西南张望，这时候一个大约六、七十岁的老太太，正从翠屏街老鞋厂路口正对的路南的一个圆形楼的路口西一点的地方向北走，当走到离北面的绿化带外沿3米左右时，从翠屏街由东向西的一辆电动车，电动车是一个男的骑的，前面站着一个小女孩，后面坐着一个女的，他们相遇时。老太太突然站住了，电动车以为老太太不会停就从她后面绕过去，没想到老太太站住了，他就想从她前面直接过去，这时候老太太又走了，电动车站不住了，电动车的左侧从老太太的胸前挂过去了，电动车就向北歪了，老太太向后仰了。骑电动车的男的先把小孩扶起来，又把电动车扶起来，然后过去用右胳膊把老太太的头揽起来，那个坐电动车的女的在老太太的北面站着，一会坐车的女的用左胳膊把老太太接过去，那男的把老太太的鞋穿上，就骑着电动车带着孩子向西走了。我一看那男的走了，就向出事的地方走，那女的打了120电话，救护车来了以后，我帮忙把老太太抬上了救护车。”结合本案罗静静陈述及证人翟良在平阴县公安局交通警察大队肇事处理中队的陈述分析，法院认定在于秀廷倒地的时间段，姜绪辉驾驶的电动车经过于秀廷身边，平阴县中医医院出具诊断证明能够排除于秀廷的伤情系其自身疾病发作所致。姜绪辉、罗静静均辩称未与于秀廷相撞，并因证人翟良未到庭作证否认该证人证言效力。法院经审查认为，证人翟良虽因于秀廷家属发布重金悬赏广告后自愿到交警部门作证，但国家相关法律未对发布悬赏广告寻找肇事方的行为作出禁止性规定，且罗静静的陈述与证人翟良在交警部门的陈述多处相互印证，姜绪辉对罗静静的陈述亦无异议，故对证人翟良所作证言的效力依法予以确认。姜绪辉提交的于庆菊于2011年3月8日在平阴县公安局交警大队所作的询问笔录中称：“正月初七中午11时30分左右，在鞋厂门口遇见一辆电瓶车向西歪倒，一位老太太在电瓶车后侧，头向南歪倒，然后一位男同志扶着老太太，那位男同志给老太太扶了扶帽子，穿上了一只鞋，一位女同志打了120，那位男同志就骑着电瓶车带着一个小女孩向西走了，那位女同志等120来了把人拉走后也向西走了。”孟吉福对该证人证言没有异议，认为该证言证实了事故发生以后的过程，与翟良的证言一致。本案的交通事故，结合罗静静陈述、证人证言、道路交通事故证明分析，事故发生之前，死者于秀廷横穿平阴县城翠屏街，且其横穿该路位置不处于道路路口，于秀廷没有在确认安全后通过，于秀廷对事故发生存有过错。姜绪辉驾驶电动车通过的平阴县城翠屏街，道路两侧设机动车与非机动车隔离带，姜绪辉应自觉在非机动车道行驶，根据罗静静陈述及证人证言，姜绪辉驾驶电动车在事故发生前行驶于机动车道，违反了交通

法相关规定。综上分析认定于秀廷、姜绪辉在本案事故中承担同等责任，罗静静不承担事故责任。孟吉福主张的死亡赔偿金应按上年度城镇居民可支配收入标准计算。孟吉福主张的丧葬费符合法律规定，应按照上年度职工平均工资标准，以六个月总额计算。孟吉福主张的误工费、交通费，因孟吉福未提交相关证据证实，不予支持。孟吉福之妻于秀廷因交通事故突然意外死亡，给孟吉福造成巨大的精神损害，孟吉福要求支付精神抚慰金，依法有据。

裁判结果

山东省平阴县人民法院于2012年2月9日作出(2011)平民初字第306号民事判决：一、被告姜绪辉于判决生效后十日内赔偿原告孟吉福医疗费1177.30元(2354.60×50%)。二、被告姜绪辉于判决生效后十日内赔偿原告孟吉福死亡赔偿金61190元。三、被告姜绪辉于判决生效后十日内赔偿原告孟吉福丧葬费8422.75元(33691÷12×6×50%)。四、被告姜绪辉于判决生效后十日内赔偿原告孟吉福精神抚慰金2000元。五、驳回原告孟吉福的其他诉讼请求。六、驳回原告孟吉福对被告罗静静的诉讼请求。宣判后，姜绪辉向山东省济南市中级人民法院提起上诉。山东省济南市中级人民法院于2012年8月15日以同样的事实作出(2012)济民二终字第263号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案的交通事故并未保留事故现场，交警部门也未对本次交通事故的形成原因作出认定。本案中，关于本次交通事故发生经过的证据只有平阴县公安局交通警察大队出具的道路交通事故证明及其对翟良、于庆菊、罗静静、姜绪辉的询问笔录。罗静静、姜绪辉系本案当事人，其在交警询问笔录中所作的陈述证明力较低，不予采信。翟良、于庆菊并非本案当事人，亦无证据证实翟良、于庆菊与本案存在利害关系，翟良、于庆菊的证人证言能够互相印证，反映出事故发生前后的情况，证明力较高，予以采信，认定姜绪辉驾驶电动与行人于秀廷发生交通事故，并导致于秀廷倒地死亡。本案交通事故发生地的道路两侧设有机动车与非机动车隔离带，姜绪辉本应在非机动车道行驶，但其在事故发生前行驶于机动车道，对本案事故的发生负有一定的责任。于秀廷未在道路路口确认安全后横穿马路，对事故的发生也负有一定的责任，原审法院判决双方当事人承担同等责任妥当，姜绪辉的上诉理由不能成立，不予支持。

案例注解

本案涉及两个较为复杂的问题：一是悬赏证人翟良的证言能否采信的问题；二是双方的事故责任问题。

关于第一个问题，被告姜绪辉主张翟良属于悬赏证人，其证言不应采信。该问题涉及民事诉讼中证人的资格条件、证人证言的审查判断、证人证言的效力确认。我国民事诉讼法把证人证言作为八大证据之一，并对证人作证的资格条件作出明确规定。民事诉讼法第七十二条规定：凡知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。不能正确表达意思的人，不能作证。可见，我国法律对悬赏证人证言并没有明确的禁止性规范，所以对其合法性是应当认可的。证言与其他证据相比具有一定的主观因素，证言真实性的程度易受证人主观意识的干扰，如果证人受到利诱、收买等干扰，就有可能提供虚假的证言，但不能由此得出因作证受到利益的人所作的证言均不真实，这要求我们在对证人证言的审查判断上，应当格外注重结合其他证据对该证言进行分析判断，以便查明其证言的真实性和可靠程度。本案中，翟良系因悬赏才到交警部门，其在交警的询问笔录中对本起交通事故的描述与另一证人于庆菊的询问笔录内容能够相

互印证，而于庆菊与本案并无利害关系，综合分析两份证言的内容，本案悬赏证人所作的证言的效力应予确认。据此，本案能够认定被告姜绪辉与原告之妻于秀廷发生交通事故的事实。

关于第二个问题，在机动车交通事故责任纠纷案件中，过错原则是最常用的归责原则，过失相抵原则和优者危险负担原则在某些案件中也会被作为确定损害赔偿民事责任的补充原则。所谓优者危险负担原则，是指在难以分清双方各自的过错责任的情况下，考虑双方对道路交通安全注意义务的轻重，按机动车辆危险性的大小以及危险回避能力的优劣，分配交通事故的赔偿责任。实行优者危险负担原则，是为了贯彻公平责任原则，合理分配责任负担，调整受害人和加害人之间的关系。优者危险负担原则在我国现行法律和行政法规中并没有这一概念，但在具体的行政法规中已经体现了优者危险负担原则的要求。《中华人民共和国侵权责任法》第七十六条第一款第（二）项规定：“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。”本案中，因事故现场变动，交警部门未出具事故责任认定书，双方的事故责任需要法院结合有关证据作出认定。本案姜绪辉驾驶的电动车无论在速度、硬度及对他人的危险性上，均较行人于秀廷处于更大的优势，作为相对优者，姜绪辉在驾驶过程中应具有更高的避险义务，应当履行的注意义务就更重。在该起交通事故中，即使没有证据能够证明姜绪辉驾驶的电动车与行人于秀廷相撞，致行人于秀廷倒地伤亡，但根据优者危险负担原则，可以认定姜绪辉驾驶机动车与行人于秀廷距离过近，给予秀廷造成了危险。本案交通事故的发生是由于造成险情方（被告姜绪辉）的过错行为（未在非机动车道内行驶）与避让险情方（原告之妻于秀廷）的过错行为（未在人行横道穿行马路）共同造成的，济南市中级人民法院运用优者危险负担原则，酌情确定被告姜绪辉与原告之妻于秀廷分别承担50%的事故责任。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘彦亭
案例来源：载《人民法院案例选》总第85辑

张兆才诉紫金财产保险股份有限公司山东分公司、 闫书峰机动车交通事故责任纠纷案

【基本案情】

2012年5月18日，闫书峰无证驾驶客车与张兆才发生交通事故，张兆才受伤。交警大队认定：闫书峰无证驾驶负本次事故全部责任；张兆才无责任。闫书峰驾驶车辆在紫金保险公司购买交强险1份，事故发生在合同期内。后张兆才诉至法院，要求紫金保险公司、闫书峰赔偿其医疗费等各项费用。庭审中，闫书峰提交证据证明其垫付了医疗费15896.22元。

【裁判结果】

法院判决认为，最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定，驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的导致第三人人身损害，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿，人民法院应予支持。保险公司在赔偿范围内向侵权人主张追偿权的，人民法院应予支持。由此，无证驾驶的驾驶人是侵权损害赔偿的终局责任人，闫书峰已支付的医疗费应由闫书峰承担。闫书峰未赔偿的费用，保险公司应在交强险限额范围内予以赔偿。法院终审判决保险公司赔付闫书峰未赔偿部分费用。

【典型意义】

本案对于肇事方存在违法行为时，如何确定保险公司及肇事方的责任具有指导意义。在交通事故是由于驾驶人无证驾驶、醉酒驾驶等违法行为造成的情况下，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内赔偿的，法院予以支持，但是，交通事故的驾驶人是侵权损害赔偿的终局责任人，如驾驶人已经全部或部分赔偿受害人，则保险公司可不再赔偿或赔偿时可以进行相应的扣减。

编写人：济南市中级人民法院 宋文华

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

董某甲与朱某、董某乙等遗嘱继承纠纷

【基本案情】

董某与朱某系夫妻，共生育 5 名子女，董某甲为其大女儿。董某与朱某经过共同协商，留下了遗嘱一份，将二人坐落于本市的一套房产留给大女儿。该遗嘱由朱某执笔，董某、朱某在遗嘱中签字，并找了二证明人签字。董某在 2012 年去世，朱某尚健在。后朱某反悔，主张其所占份额由 5 个子女共同继承。大女儿根据该遗嘱提起诉讼，请求依法继承并确认对涉案房产拥有一半所有权。

【裁判结果】

法院生效判决认为，被继承人董某与朱某经过协商，由朱某执笔，董某与朱某共同签名立下遗嘱，将共同财产即涉案房产指定大女儿继承。该遗嘱是董某与朱某共同意思表示，所处分的房屋为双方的合法财产，且不违反相关的法律规定，故确认该遗嘱合法有效。因朱某尚健在且反悔，遗嘱所涉及朱某财产部分不发生继承效力，所涉及董某之财产部分自董某死亡时发生继承效力，董某的遗产部分即涉案房产二分之一的份额由其大女儿继承。

【典型意义】

本案中，朱某作为遗嘱执笔人及立遗嘱人之一，其认可该遗嘱是朱某与董某协商一致的产物，是双方的真实意思表示。虽然董某未亲笔书写遗嘱，但不能以此否定私法自治原则及当事人的真实意思表示，故法院判决认定涉案遗嘱为合法有效遗嘱。夫妻共同出具的遗嘱理论界称之为共同遗嘱，因现行继承法并未作出规定，不属于该法第十七条规定的遗嘱行为，故不能硬性套用代书遗嘱或自书遗嘱的形式要件认定其效力。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 李 静

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

董忠淮与王万伟、刘镇案外人执行异议之诉纠纷案

关键词 执行异议 投标保证金 特定物

【裁判摘要】

投标保证金是将金钱以保证金的形式加以特定化，成为实现特定用途的“特定物”，而不再是一种一般的种类物，应排除货币的“所有和占有一致原则”的适用。作为一种质押担保方式，招标人不因对投标保证金的占有而取得货币所有权，该投标保证金只能作为担保物权优先受偿的对象。

基于投标保证金的物权属性，在将其作为执行标的物时，应依相关证据确定其所有权人。本案所诉款项虽系董忠淮借用山东一山建工集团有限公司的账户，向招标人山东超越建设项目管理有限公司缴纳的，但该款项以投标保证金存放在招标人山东超越建设项目管理有限公司账户上，来源和用途明确，在外观上获得了他人所有的表征。该款项亦与山东一山建工集团有限公司自身的财产严格分离的。不应纳入山东一山建工集团有限公司的责任财产而被其他债权人申请强制执行。董忠淮对该投标保证金可以据其对该标的物所享有的物权，提起执行异议之诉，阻止对该标的物的执行。

原告董忠淮，男，生于1965年1月1日，汉族，居民，住泰安市岱丘区满庄镇北留村666号。

被告王万伟，男，生于1970年11月13日，汉族，居民，住济南市长清区文昌街道办事处大柿子园前街北178号。

被告刘镇，男，生于1972年11月26日，汉族，居民，住山东省蒙阴县联城乡王去峪村99号。

董忠淮与王万伟、刘镇案外人执行异议之诉纠纷一案，向济南市长清区人民法院提起诉讼。

原告董忠淮诉称：2013年7月23日，原告董忠淮收到济南市长清区人民法院（2013）长执字第455—1号执行裁定书，原告认为贵院驳回原告提出的执行异议缺乏事实和法律依据，理由如下：2013年4月25日，原告与山东一山建工集团有限公司签订的《协议书》约定：由原告借用山东一山建工集团有限公司资质对嘉源居二期住宅楼项目进行投标，山东一山建工集团有限公司只收取相应的管理费用，不负责施工和管理。在投标过程中，原告需要以山东一山建工集团有限公司的名义向山东超越建设项目管理有限公司缴纳75万元的投标保证金，为此，原告在4月28日向山东一山建工集团有限公司的账户汇入了75万元，山东一山建工集团有限公司当日把这笔钱转到了山东超越建设项目管理有限公司账户，该公司出具了相应的收据。由此可见，该75万元只是经过山东一山建工集团有限公司的账户进行的转账，并不属于山东一山建工集团有限公司的财产，实际所有人为原告。2013年5月9日，贵院将75万元保证金当做山东一山建工集团有限公司的财产进行冻结，原告知道情况后，立即向贵院执行局提出了执行异议，说明了该笔保证金的实际情况，根据原告提供的证据，很明显看出该笔保证金的所有人是原告，但贵院驳回了原告的执行异议，损害了原告对该笔保证

金的所有权。综上所述，执行裁定书驳回了原告作为案外人的执行异议缺乏事实和法律依据。因此，原告依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第十七条、《民事诉讼法》第二百二十七条的规定，特向贵院提起诉讼，请求贵院依法确认原告通过山东一山建工集团有限公司账户向山东超越建设项目管理有限公司缴纳的75万元投标保证金为原告所有，并终止对该财产的执行，诉讼费用由被告承担。

被告王万伟辩称：（2013）长执字第455—1号执行裁定书所确认的事实及其依据的法律正当、程序合法，为此请求法院驳回原告的诉讼请求，维护答辩人的合法权益。

被告刘镇辩称：通过查看证据，电汇凭证原件应当由山东一山建工集团有限公司持有，原告不应持有该证据，由此能够说明，原告与山东一山建工集团有限公司有明确的利害关系。此证据不能作为原告向山东超越建设项目管理有限公司交纳投标保证金的主张。另外，本案所争议的是一笔现金，作为“钱”的所有权应当以占有来确认所有权人，山东超越建设项目管理有限公司所收取的投标保证金是山东一山建工集团有限公司的，那么此75万元在山东一山建工集团有限公司帐户时，山东一山建工集团有限公司就享有占有、使用、处分该75万元的权利，本案原告就不再具备此笔款项的所有权。另外，假如此工程没有中标，超越公司即便退回投标保证金，也只是退给山东一山建工集团有限公司而非本案原告，山东一山建工集团有限公司收取此款后，未必一定将此款给付原告，假如是这种情况，那么原告与山东一山建工集团有限公司就是债权债务关系，也不能以所有权问题向山东一山建工集团有限公司主张。

济南市长清区人民法院经审理查明：董忠淮与山东一山建工集团有限公司之间系建筑资质借用关系，双方于2013年4月25日签订协议书一份，约定由董忠淮借用山东一山建工集团有限公司的建筑资质对嘉源居二期住宅楼工程进行投标和施工，山东一山建工集团有限公司向董忠淮收取该工程总价款8%的管理费，协议书约定甲方（即山东一山建工集团有限公司）权利与义务中的第4项：“乙方（即董忠淮）在投标过程中，需缴纳七十五万元的投标保证金，因乙方无法以个人账户向招标方汇款，需借用甲方账户进行汇款，对此，甲方应积极配合，不得擅自把乙方的款项挪作他用。”第5项：“如果投标失败，甲方应及时向乙方退还该七十五万元保证金，不得无故扣留。”2013年4月28日，董忠淮向山东一山建工集团有限公司账户转账75万元，山东一山建工集团有限公司为董忠淮出具收据一份。同日，山东一山建工集团有限公司向山东超越建设项目管理有限公司电汇75万元投标保证金。

2013年5月9日，原审法院依据（2013）长执字第455号和（2013）长执字第393号执行裁定书，冻结了山东一山建工集团有限公司于2013年4月28日汇入山东超越建设项目管理有限公司账户的投标保证金75万元。2013年5月18日，董忠淮向法院提出执行异议，主张该投标保证金系董忠淮借用山东一山建工集团有限公司的账户转入山东超越建设项目管理有限公司，所有权应属于董忠淮，请求法院解除冻结，原审法院作出（2013）长执字第455—1号执行裁定书，裁定驳回董忠淮的执行异议。2013年8月8日，董忠淮依法向原审法院提起诉讼，请求法院依法确认上述75万元投标保证金的所有权归董忠淮，并终止对该财产的强制执行。

另查，刘镇、王万伟分别于2013年2月1日、2013年3月5日向原审法院申请立案执行，请求法院强制执行包括山东一山建工集团有限公司在内的被申请人的财产，原审法院依据本案王万伟、刘镇提供的（2012）长民初字第610号民事判决书和（2012）长民初字第

2129号民事调解书所确定的义务，作出（2013）长执字第455号和（2013）长执字第393号执行裁定书。

一审中，刘镇、王万伟主张董忠淮提交的建筑资质借用协议书系违法合同，不应作为合法证据使用，且双方争议的标的物为金钱，金钱在法律上系种类物而非特定物，应以其占有来确认所有权人，山东超越建设项目管理有限公司收取的是山东一山建工集团有限公司的投标保证金，该笔现金也是从山东一山建工集团有限公司的账户上转入的，故此款的所有权属于山东一山建工集团有限公司，董忠淮不再享有该款项的所有权。

济南市长清区人民法院经审理认为：公民的合法财产受法律保护，本案系案外人执行异议之诉，双方当事人争议的焦点为：一、山东一山建工集团有限公司于2013年4月28日汇入山东超越建设项目管理有限公司账户的75万元投标保证金，其所有权应归山东一山建工集团有限公司所有还是归董忠淮所有；二、是否应当停止对该75万元投标保证金的强制执行。

对争议焦点一，董忠淮虽然提供了建筑资质协议书及银行回单，用于证实其以山东一山建工集团有限公司的名义参加工程的投标，并向山东一山建工集团有限公司转账75万元，但因资质借用协议书本身违反了法律强制性规定，应系无效合同，董忠淮亦无法证实山东一山建工集团有限公司转入山东超越建设项目管理有限公司账户中的75万元投标保证金与其汇入山东一山建工集团有限公司的钱为同一笔资金，董忠淮主张该75万元投标保证金归其所有的请求不合法，原审法院不应支持。对争议焦点二，因原审法院冻结的山东超越建设项目管理有限公司账户的75万元投标保证金为山东一山建工集团有限公司于2013年4月28日电汇入，系山东一山建工集团有限公司的合法财产，（2013）长执字第455号和（2013）长执字第393号执行裁定书裁定强制执行山东一山建工集团有限公司的该财产合法有据，故董忠淮要求停止对75万元投标保证金强制执行的诉讼请求不合法，原审法院不予支持。

据此，济南市长清区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定判决：驳回董忠淮的诉讼请求。案件受理费11300元，由董忠淮负担。

上诉人董忠淮不服一审判决，向济南市中级人民法院提起上诉称：原审认定事实错误。1. 本案诉争的75万元投标保证金所有权人应为上诉人董忠淮。金钱虽然是种类物，但在本案中，上诉人董忠淮与山东一山建工集团有限公司于2013年4月25日订立的协议书对此75万元的用途以及所有权人作出了明确的约定，约定该75万元只能作为投标保证金使用，所有权人为上诉人董忠淮。2. 通过上诉人董忠淮在一审中提供的电汇凭证以及个人业务转账回单可以充分的证明，该75万元是上诉人董忠淮于2013年4月28日汇至山东一山建工集团有限公司账户，山东一山建工集团有限公司于同一天将该款转入山东超越建设项目有限公司。由以上两点可以看出，该75万元投标保证金是特定化的，所有权人应为上诉人董忠淮。请求二审法院撤销原判，依法改判。

被上诉人王万伟答辩称，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

被上诉人刘镇答辩称，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

济南市中级人民法院二审审理查明：原审认定的事实属实，本院予以确认。

另，二审中，上诉人董忠淮提交加盖山东一山建工集团有限公司印章的该公司企业法人营业执照、税务登记证、组织机构代码证复印件各一份及该公司出具的证明一份，该证明载

刑事类案例

明：“济南市中级人民法院：我公司于2013年4月25日与董忠淮签订的协议书是真实的，根据该协议，董忠淮于2013年4月28日打入我公司账号75万元投标保证金，我公司即时将该款打入山东超越建设项目管理有限公司账户。该款所有权人是董忠淮，与我公司没有关系。因董忠淮借用我公司资质在该次投标中没有中标，所以75万元保证金应退还董忠淮本人。特此证明2014年1月2日”。被上诉人王万伟、刘镇对以上证据的真实性无异议，但主张与本案没有关系。

上述事实，有一审中当事人提交的证据在案为凭。

济南市中级人民法院二审认为：被上诉人王万伟、刘镇对二审中上诉人董忠淮提交的山东一山建工集团有限公司企业法人营业执照、税务登记证、组织机构代码证复印件及该公司出具的证明无异议，本院予以确认。以上证据与上诉人董忠淮一审中提交的其与山东一山建工集团有限公司于2013年4月25日签订的协议书、2013年4月28日上诉人董忠淮向山东一山建工集团有限公司账户转账75万元的个人业务转账回单、山东一山建工集团有限公司向上诉人董忠淮出具的收据以及同日山东一山建工集团有限公司向山东超越建设项目管理有限公司电汇75万元的电汇凭证，具有关联性，能够相互印证，可以证明该75万元系上诉人董忠淮通过山东一山建工集团有限公司向山东超越建设项目管理有限公司缴纳的投标保证金。

根据上诉人董忠淮与山东一山建工集团有限公司于2013年4月25日签订的协议书的约定，该款项系上诉人董忠淮借用山东一山建工集团有限公司的账户向山东超越建设项目管理有限公司账户汇入的投标保证金，在竞标不成功时，应返还上诉人董忠淮。据此，该款项独立于山东一山建工集团有限公司的财产，除用于特定目的以外，不能挪作他用，故，该款项已不再是一般的种类物，而成为实现特定用途的特定物。山东一山建工集团有限公司对该75万元不享有占有、使用、收益和处分的权利，不应纳入山东一山建工集团有限公司的责任财产而被其他债权人申请强制执行。上诉人董忠淮的诉讼请求于法有据，应予以支持。

经本院审判委员会讨论决定，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第十九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销济南市长清区人民法院（2013）长民初字第1949号民事判决；

二、确认2013年4月28日通过山东一山建工集团有限公司汇入山东超越建设项目管理有限公司账户的75万元投标保证金属上诉人董忠淮所有；

三、停止对75万元投标保证金的强制执行。

一、二审案件受理费11300元，均由被上诉人王万伟、刘镇负担。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 王周江

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

石志勇等 14 人诉济南阳光壹佰房地产 开发有限公司相邻日照纠纷案

关键词 规划许可 日照采光 赔偿比例

【裁判要点】

开发商开发建设楼房是否侵害业主的日照采光权，应以《住宅设计规范》、《城市居住区规划设计规范》（GB50180）等规定中的建筑日照专业标准为审查标准，而不应以开发商是否取得建筑规划许可证为审查标准。关于违反日照标准造成损害的赔偿标准，应当综合考虑采光、日照受影响的程度，房屋价值贬损程度，当地居民平均生活水平等诸多因素，以购房总价款为基数，确定一定的合理比例，给予权利人合理赔偿或适当经济补偿。

原告：石志勇，男，1941年2月19日出生，汉族，济南市槐荫区人大退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座3单元201室。

原告：潘庆纲，男，1954年10月14日出生，汉族，济南市槐荫区人民政府干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元101室。

原告：吴兆庆，男，1945年3月12日出生，汉族，济南市槐荫区公安分局退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元102室。

原告：赵世河，男，1950年9月27日出生，汉族，济南市槐荫区政协干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元201室。

原告：郑金松，男，1960年2月18日出生，汉族，济南市槐荫区委在职干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元202室。

原告：张希木，男，1942年7月4日出生，汉族，济南市槐荫区党校退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元301室。

原告：丁坚，女，1926年6月2日出生，汉族，济南市槐荫区人大离休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座2单元302室。

原告：高晓峻，男，1952年7月16日出生，汉族，济南市槐荫区政协干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座3单元101室。

原告：张继珂，男，1942年9月11日出生，汉族，济南市槐荫区公安分局退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座3单元202室。

原告：侯少伟，男，1951年11月29日出生，汉族，济南市槐荫区人大退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座3单元301室。

原告：张其江，男，1949年5月7日出生，汉族，济南市槐荫区政协退休干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座3单元302室。

原告：毛华铭，男，1966年6月18日出生，汉族，济南市人民政府在职干部，住济南市槐荫区阳光壹佰D1座4单元202室。

原告：刘光亮，男，1957年6月15日出生，汉族，济南市槐荫区政协在职干部，住济

南市槐荫区阳光壹佰 D1 座 4 单元 301 室。

原告：赵玉杰，男，1953 年 6 月 16 日出生，汉族，济南市槐荫区人大干部，住济南市槐荫区阳光壹佰 D1 座 4 单元 302 室。

以上被上诉人共同委托代理人叶静，山东乐和律师事务所律师。

以上被上诉人共同委托代理人邹宇博，山东乐和律师事务所律师。

被告：济南阳光壹佰房地产开发有限公司，住所地济南市槐荫区经七路 631 号。

法定代表人刘伟，董事长。

委托代理人于德华，山东豪才律师事务所律师。

委托代理人刘颖，山东豪才律师事务所实习律师。

原告石志勇等 14 人与被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司因相邻日照纠纷，向济南市槐荫区人民法院提起诉讼。

原告石志勇等 14 人诉称：原告分别与被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司签订了《商品房买卖合同》，购买被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司开发的阳光壹佰 D1 座楼住房。签订合同前，被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司提供的规划图纸及沙盘上明确表明，原告所购房屋南边为绿化广场，视野开阔，光照充足，通风良好，生活环境理想，出于优越的生活环境才决定购买此处房屋。但在原告入住同时，被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司不顾原告的合法权益，在未书面通知原告且未经原告同意的情况下，擅自变更了规划，在原告购买的楼房以南，原规划中的绿化广场处建起了四座 23 层、24 层的商品住宅楼，该四座商品楼组建的非常密集，楼层极高，又处于该小区的最高位置，原告所购房屋楼层仅是地上 9 层，该楼又处于低坡处，距离高楼最近不足 50 米。因此，被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司的行为严重侵害了原告的采光、通风及视觉卫生等权利，该侵权行为直接影响了住户的生活质量和水平，同时也降低了购买房屋的价值。原告多次找到被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司的相关部门协商解决，至今未果。因此，诉请法院依法判令被告分别支付每位原告赔偿金 20 万元，受理费、鉴定费由被告负担。

被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司辩称：原告以我方作为被告主体不适格，本案的案由是相邻采光、通风纠纷，其属于相邻关系纠纷，我方开发的 G20、G21、G22、G23 号楼均已交付业主，房屋的所有权已经发生转移，我方与原告之间不再存在相邻关系，因此原告提起相邻关系之诉其主体不适格。我方开发的上述四座楼均取得了建筑规划许可证，证明其建设行为是合法的，且符合城市规划许可，是政府许可的行为，我方的建造行为不存在任何过错，济南市规划局也出具了说明，证明我方开发的上述四座楼经日照分析符合国家规范。本案涉及到审查建筑工程许可证的规划行为合法性问题，我们认为属于行政审查行为，不应进行民事诉讼。本案原告作为共同诉讼主体，法院没有征得当事人同意，我们认为是不合法的。原告要求赔偿的数额没有任何法律事实的依据，原告也没有提供任何证据证明其损失，请求法院驳回原告的诉讼请求。

济南市槐荫区人民法院经审理查明：石志勇等十四人分别与济南阳光壹佰房地产开发有限公司签订《商品房买卖合同》一份，同时双方还签订《补充协议》一份，由十四人分别购买阳光壹佰 D1 座楼住房一套。双方在合同中约定了计价方式与价款、违约责任、交付期限等相关事项。在双方签订合同后，石志勇等十四人依约履行合同，济南阳光壹佰房地产开发有限公司亦将房屋交付石志勇等十四人。石志勇等十四人入住阳光壹佰 D1 座楼住房后，发

现济南阳光壹佰房地产开发有限公司在其所在的 D1 座楼以南的 G 区加盖了 G20、G21、G22、G23 四座住宅楼（楼层为 23 层、24 层不等）。另，阳光壹佰 D1 座楼地上共计 9 层，分为五个单元。一单元和五单元每户南向窗共 2 个；二、三、四单元每户南向窗共 3 个。

济南市槐荫区人民法院审理中，石志勇于 2008 年 12 月 12 日向法院提交了司法鉴定申请，申请就济南阳光壹佰房地产开发有限公司在 G 区加盖的四座楼对其居住的济南阳光壹佰 D1 座楼及其 3 单元 201 室房屋的采光、通风及视觉卫生是否构成侵权进行相关司法鉴定。山东永鼎司法鉴定中心根据法院的委托就上述事项进行了司法鉴定，并于 2009 年 8 月 28 日出具了鲁永司鉴中心〔2009〕建鉴字第 62 号建筑工程司法鉴定意见书。后山东永鼎司法鉴定中心于 2010 年 4 月 27 日出具《关于撤销鲁永司鉴中心〔2009〕建鉴字第 62 号司法鉴定意见书的决定》。

本案中，石志勇等十四人又提交鉴定申请书一份，申请就济南阳光壹佰房地产开发有限公司所加盖的 G20、G21、G22、G23 四座楼对其十四人所居住的济南阳光壹佰 D1 座楼所有的南向窗户的大寒日满窗日光照射时间进行鉴定，后提交增加鉴定内容申请书一份，申请增加对其十四人居住的济南阳光壹佰小区 D1 座楼在未加盖 G20、G21、G22、G23 四座高楼前的所有南向窗户的大寒日日光照射时间进行鉴定，即石志勇等十四人的申请鉴定内容为对所居住的济南阳光壹佰小区 D1 座楼在加盖 G20、G21、G22、G23 四座楼以前及以后的所有的南向窗户的大寒日的日光照射时间进行鉴定。北京市建筑工程研究院建设工程质量司法鉴定中心做出北京建研院司鉴中心〔2013〕建鉴字第 52—1 号司法鉴定意见书，鉴定意见为：潘庆纲居住的 D1 座 2 单元 101 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 3.20 小时—3.35 小时、3.39 小时—3.49 小时、3.60 小时—3.70 小时；吴兆庆居住的 D1 座 2 单元 102 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 2.55 小时—2.66 小时、2.71 小时—2.82 小时、2.92 小时—3.06 小时；赵世河居住的 D1 座 2 单元 201 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 3.20 小时—3.35 小时、3.39 小时—3.49 小时、3.60 小时—3.70 小时；郑金松居住的 D1 座 2 单元 202 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 2.55 小时—2.66 小时、2.71 小时—2.82 小时、2.92 小时—3.06 小时；张希木居住的 D1 座 2 单元 301 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 3.20 小时—3.35 小时、3.39 小时—3.49 小时、3.60 小时—3.70 小时；丁坚居住的 D1 座 2 单元 302 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 2.55 小时—2.66 小时、2.71 小时—2.82 小时、2.92 小时—3.06 小时；高晓峻居住的 D1 座 3 单元 101 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 1.49 小时—1.56 小时、1.59 小时—1.67 小时、1.74 小时—1.86 小时；石志勇居住的 D1 座 3 单元 201 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 1.94 小时—2.12 小时、2.16 小时—2.26 小时、2.35 小时—2.40 小时；张继珂居住的 D1 座 3 单元 202 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 1.49 小时—1.56 小时、1.59 小时—1.67 小时、1.74 小时—1.86 小时；侯少伟居住的 D1 座 3 单元 301 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，

加盖后分别变为 1.94 小时—2.12 小时、2.16 小时—2.26 小时、2.35 小时—2.40 小时；张其江居住的 D1 座 3 单元 302 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 1.49 小时—1.56 小时、1.59 小时—1.67 小时、1.74 小时—1.86 小时；毛华铭居住的 D1 座 4 单元 202 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 0.86、0.85 小时—0.90 小时、0.92 小时—1.00 小时；刘光亮居住的 D1 座 4 单元 301 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 1.08 小时—1.17 小时、1.23 小时—1.26 小时、1.32 小时—1.38 小时；赵玉杰居住的 D1 座 4 单元 302 室 G20、G21、G22、G23 四座楼加盖前三个南向窗户的日照时数都为 7.3 小时，加盖后分别变为 0.86、0.85 小时—0.90 小时、0.92 小时—1.00 小时。济南阳光壹佰房地产开发有限公司提交司法鉴定意见书一份，认为鉴定意见超出委托范围，鉴定分析依据不明确，鉴定结论不能明确显示 G20、G21、G22、G23 建造时 D1 号楼的日照时数，鉴定意见对于 G20、G21、G22、G23 表述为“加盖”，表述不正确。北京市建筑工程研究院建设工程质量司法鉴定中心出具（2013）建鉴字第 52 号鉴定异议（质询）回复函，对济南阳光壹佰房地产开发有限公司提出的异议进行了答复。

济南市槐荫区人民法院审理过程中，石志勇等十四人提交商品房买卖合同及附件、济南时报材料一份、照片一组、山东永鼎司法鉴定中心司法鉴定意见书，用于证明本案石志勇等十四人与济南阳光壹佰房地产开发有限公司签订商品房买卖合同且双方均履行了合同约定的义务。济南时报材料用于证明当时石志勇等十四人在购买商品房地前现 G20、G21、G22、G23 号楼位置原规划为绿地和花园，照片证明存在遮光的事实，山东永鼎司法鉴定中心司法鉴定书证明济南阳光壹佰房地产开发有限公司开发的 G20、G21、G22、G23 号楼对石志勇等十四人居住的住宅楼存在遮光的事实；提交鉴定费发票两张，用于证明支出鉴定费用的情况。济南阳光壹佰房地产开发有限公司提交振兴街派出所出具的证明材料、济南市规划局出具的说明材料及建设工程规划许可证复印件，用于证明取得规划许可证的楼座与涉案 G20、G21、G22、G23 号楼为同一楼座，其开发的 G20、G21、G22、G23 号楼四栋楼符合城市规划及日照时间符合国家规范；提交关于阳光壹佰国际新城一期 26 号楼有关规划情况的复函一份，用于证明涉诉房屋日照时间符合规划及相关规范要求，不存在相关违约或侵权的情况。

济南市槐荫区人民法院经审理认为：济南阳光壹佰房地产开发有限公司在出售其建设的阳光壹佰 D1 座楼时宣传的是 D1 座楼南侧为广场，对石志勇等 14 人购买 D1 座楼的商品房时起到了一定的影响作用，而后其在宣传的原为广场的地方建设了 G20、G21、G22、G23 号四幢高楼，楼层为 23 层、24 层不等，D1 座楼仅为 9 层，结合上述司法鉴定中心的鉴定意见，潘庆纲、吴兆庆、赵世河、郑金松、张希木、丁坚、高晓峻、石志勇、张继珂、侯少伟、张其江、毛华铭、刘光亮、赵玉杰等 14 人居住的 D1 座楼的房屋每户均有三个南向窗户，经核算，上述原告每人每个窗户平均减少的日照时数分别为 3.845 小时、4.513 小时、3.845 小时、4.513 小时、3.845 小时、4.513 小时、5.648 小时、5.095 小时、5.648 小时、5.095 小时、5.648 小时、6.402 小时、6.06 小时、6.402 小时，故石志勇等十四人购买的住宅采光、日照受到了较大的影响，且使石志勇等十四人购买的商品房的价值有所减损，影响到了其正常生活，造成了其精神上的不愉悦，加之行政许可行为的合法性并不构成侵权损害的免责事由，故济南阳光壹佰房地产开发有限公司的上述行为对石志勇等十四人构成了侵权，对石志勇等十四人遭受的损失，济南阳光壹佰房地产开发有限公司应予赔偿。审理过程中，济南阳

光壹佰房地产开发有限公司对北京市建筑工程研究院建设工程质量司法鉴定中心出具的鉴定意见书提出异议，辩称其鉴定意见超出委托范围，鉴定分析依据不明确，鉴定结论不能明确显示 G20、G21、G22、G23 建造时 D1 号楼的日照时数，鉴定意见对于 G20、G21、G22、G23 表述为“加盖”，表述不正确，因石志勇等十四人提出的鉴定申请内容已经双方当事人质证、同意后委托上述鉴定机构鉴定，且鉴定机构对济南阳光壹佰房地产开发有限公司提出的异议内容进行了答复，其鉴定意见书的出具及答复未违反法律规定，对其出具的鉴定意见，予以采信，对济南阳光壹佰房地产开发有限公司的辩称内容，不予支持。关于赔偿的具体标准虽然国家尚无此类赔偿标准可供依据，但在确定赔偿数额时应当考虑采光、日照受影响的程度，房屋价值贬损程度，当事人日常生活影响程度等诸多因素。潘庆纲、赵世河、张希木日照时数减少最小，对潘庆纲、赵世河、张希木应获赔偿的数额酌定为 85000 元，则吴兆庆、郑金松、丁坚、高晓峻、石志勇、张继珂、侯少伟、张其江、毛华铭、刘光亮、赵玉杰应获赔偿的数额分别为 99767 元、99767 元、99767 元、124858 元、112633 元、124858 元、112633 元、124858 元、141527 元、133966 元、141527 元。石志勇等 14 人主张济南阳光壹佰房地产开发有限公司赔偿鉴定费 28000 元，有鉴定费发票佐证，应予以支持，济南阳光壹佰房地产开发有限公司应予赔偿。据此，原审法院依照《中华人民共和国物权法》第八十九条之规定，判决：一、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告潘庆纲损失 85000 元。二、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告吴兆庆损失 99767 元。三、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告赵世河损失 85000 元。四、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告郑金松损失 99767 元。五、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告张希木损失 85000 元。六、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告丁坚损失 99767 元。七、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告高晓峻损失 124858 元。八、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告石志勇损失 112633 元。九、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告张继珂损失 124858 元。十、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告侯少伟损失 112633 元。十一、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告张其江损失 124858 元。十二、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告毛华铭损失 141527 元。十三、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告刘光亮损失 133966 元。十四、被告阳光壹佰房地产开发有限公司于判决生效之日起十日内赔偿原告赵玉杰损失 141527 元。如果未按照判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 29200 元，原告潘庆纲、赵世河、张希木各负担 2473 元，原告吴兆庆、郑金松、丁坚各负担 2155 元，原告高晓峻、张继珂、张其江各负担 1616 元，原告石志勇、侯少伟各负担 1878 元，原告毛华铭、赵玉杰各负担 1257 元，原告刘光亮负担 1420 元，被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司负担 2778 元。鉴定费 28000 元，由被告济南阳光壹佰房地产开发有限公司负担。

上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司不服一审判决，向济南市中级人民法院提起上诉：一、一审法院认定上诉人在被上诉人出售涉案的 D1 号楼房时宣传其南侧为广场，对业主购买房屋起到一定影响作用，以上事实认定证据不足，认定事实错误。一审法院认定上述

事实的证据仅为被上诉人提交的一份济南时报，但该报中对于“涉案的 D1 号楼出售时宣传其南侧为花园广场”这一报道是采访中一位业主的陈述。但该陈述是否真实无法落实，是否是涉案的全部业主均受到此宣传无法落实，并且该报道也没明确上诉人在出售涉案房屋时是否进行过上述宣传，是否对被上诉人购买房屋起到影响作用。并且媒体报道不具备民事证据的基本属性，其真实性无法核实，不能作为事实认定的依据。二、一审法院适用法律错误。

1. 一审法院仅以被上诉人所购买的房屋其南侧建设房屋后的日照时间比没有建设房屋时的日照时间缩短，判定上诉人构成侵权，证据不足，适用法律错误。关于采光、日照的相关的法律，除《民法通则》第三条规定外，在《物权法》第八十九条有规定即：建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

2. 一审法院认为上诉人与被上诉人属于相邻采光、通风侵权纠纷，适用法律错误。《民法通则》第八十三条规定：“不动产的相邻各方，应按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。”但是涉诉的 G20、21、22、23 的房屋已经全部交付给全体住户，房屋所有权已发生转移，上诉人与被上诉人之间不存在相邻关系，因此被上诉人以上诉人为被告提起采光、通风等相邻关系侵权纠纷。诉讼主体不适格。因此，一审法院认定上诉人构成侵权适用法律错误。

三、一审法院认定的赔偿数额没有任何法律依据。涉诉业主没有提供任何证据证明其损失，判决中赔付标准不尽相同，最少八万五千元，最多十四万余元，但赔偿数额的认定及为何数额不同，一审法院没有阐明任何法律及事实依据。综上，一审法院的判决，使上诉人蒙受了巨大的名誉损失及财产损失。并且该判决也可能导致整个房地产行业混乱，也使济南市规划局等政府部门失去了公信力，不利于社会的稳定和谐。

被上诉人石志勇等十四人辩称：一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求维持原判。济南市中级人民法院二审查明的事实与一审相同。

二审期间，济南市中级人民法院到济南市规划局就本案所涉问题进行了调查，济南市规划局确认：被上诉人所住楼房 D1 座前涉案 G20、21、22、23 楼于 2006 年取得合法规划手续。根据《城市居住区规划设计规范（2002）年版》对旧区改建项目的日照要求，阳光壹佰国际新城 D 区 1 号楼日照标准为，不低于大寒日日照时数 1 小时。

济南市中级人民法院另查明以下事实：

一、原审时石志勇等人提交了 2006 年 10 月 16 日济南时报一份，该报纸中有“阳光 100 D1 业主讨要阳光权”的文章报道。该报道中具有以下相关内容：记者采访了 D1 楼一位女业主，D1 楼女业主说，“我们被忽悠了，我们是 2004 年买的期房，今年 5 月份入住的，因为 1 号楼是最靠南的，买楼时售楼人员指着沙盘，宣称 1 号楼前是一个花园广场”，记者现场看到，1 号楼南侧有四座楼房在建，目前均已超过 20 层。随后记者来到阳光 100 售楼中心，在大厅内看到带有 D1 楼模型的沙盘，沙盘前 D1 楼前的确有一个小广场，上面还摆着小亭子，D1 楼前目前正在盖的大楼并不存在。

二、原审中北京建研院司鉴中心出具的鉴定报告显示，毛华铭居住的 D1 座 4 单元 202 室三个南向窗户大寒日日照时数分别为 0.86、0.85 小时—0.90 小时、0.92 小时—1.00 小时；赵玉杰居住的 D1 座 4 单元 302 室三个南向窗户大寒日日照时数分别为 0.86、0.85 小时—0.90 小时、0.92 小时—1.00 小时。上述两被上诉人所住楼房大寒日每窗日照时数均低于 1 小时。

三、被上诉人毛华铭、赵玉杰提供的商品房合同及涉案房屋平面图显示：被上诉人毛华铭及赵玉杰涉案房屋建筑面积均为163.13平方米，购房总款均为432295元。

四、北京建研院司鉴中心出具的鉴定报告显示，除被上诉人毛华铭、赵玉杰之外其他12名被上诉人所住楼房大寒日最低日照时数均高于或等于1小时。根据该鉴定报告计算可得，该12名被上诉人所住楼房三个南向窗户，大寒日最低总日照时数分别为：被上诉人刘光亮为3.63小时，被上诉人张其江为4.82小时，被上诉人张继珂为4.82小时，被上诉人高晓峻为4.82小时，被上诉人侯少伟为6.45小时，被上诉人石志勇为6.45小时，被上诉人丁坚为8.18小时，被上诉人郑金松为8.18小时，被上诉人吴兆庆为8.18小时，被上诉人赵世河为10.19小时，被上诉人张希木为10.19小时，被上诉人潘庆纲为10.19小时。

济南市中级人民法院二审认为：首先，关于本案上诉人主体是否合格的问题。根据《中华人民共和国民法通则》第八十三条的规定：“不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失”。同时，根据《中华人民共和国物权法》第八十九条的规定：“建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。”济南市中级人民法院认为，鉴于涉案楼房系由上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司开发建设，因此，原审时将上诉人列为本案被告，符合上述法律规定，上诉人的主体资格适格。

其次，关于上诉人开发建设的G20、21、22、23楼房是否妨碍被上诉人的日照，上诉人是否应向被上诉人进行补偿的问题。

济南市中级人民法院认为，衡量上诉人开发建设的G20、21、22、23楼房是否妨碍被上诉人所住D1楼房的日照，应审查被上诉人所住楼房采光实际情况，是否符合国家规范和地方规范的日照标准，是否对被上诉人所住D1楼房的日照产生较大影响。目前，国家建设规划部门发布的关于城市居住区日照采光方面的规范和规定，主要有：1.《住宅设计规范》（GB50096—99，2003年版）5.1.1规定：“每套住宅至少应有一个居住空间能获得日照，当一套住宅中居住空间总数超过四个时，其中宜有二个获得日照。”5.1.2规定：“获得日照要求的居住空间，其日照标准应符合现行国家标准《城市居住区规划设计规范》（GB50180）中关于住宅建筑日照标准的规定。”2.《城市居住区规划设计规范》（GB50180—93，2002年版）5.0.2规定：“住宅间距，应以满足日照要求为基础，综合考虑采光、通风、消防、防灾、管线埋设、视觉卫生等要求确定。”5.0.2.1规定：“大城市住宅日照标准为大寒日 ≥ 2 小时，冬至日 ≥ 1 小时，老年人居住建筑不应低于冬至日日照2小时的标准；在原设计建筑外增加任何设施不应使相邻住宅原有日照标准降低；旧区改造的项目内新建住宅日照标准可酌情降低，但不应低于大寒日日照1小时的标准。同时，济南市规划部门确认，根据《城市居住区规划设计规范（2002）年版》对旧区改建项目的日照要求，涉案D1楼日照标准为不低于大寒日日照时数1小时。本案中，根据司法鉴定部门出具的鉴定结果，被上诉人毛华铭、赵玉杰均有南向3个窗子采光，三个窗子大寒日日照时数均不足1小时，最低小时数为0.85小时。该日照不足系由上诉人开发建设的涉案G20、21、22、23楼房遮挡所致。其他12人所住楼房日照实际情况虽然符合上述国家规范和地方规范的日照标准，但受到了较大的影响，从涉案G20、21、22、23楼房建造前的7.3小时降低至建造后的1小时至3.7小时不等。

关于上诉人是否应向被上诉人补偿的问题。济南市中级人民法院认为，D1楼众多业主均

认为当初购买涉案楼房时，上诉人的销售人员曾告诉购买者涉案 D1 楼南侧为花园广场，并且报社记者也进行了实地采访，并在现场看到销售沙盘上确有小广场，被上诉人基于销售人员的宣传购买了上述商品房，现上诉人事后在被上诉人居住楼房的南侧建造了 G20、21、22、23 四座高楼，对被上诉人居住楼房的日照产生了较大影响，其中有的被上诉人居住楼房的日照实际达不到国家规定的最低日照标准，上诉人对上述被上诉人应予补偿。

最后，关于上诉人应予补偿的标准问题。关于日照赔偿的具体标准，目前国家尚无此类明确规定。济南市中级人民法院认为，应当综合考虑采光、日照受影响的程度，房屋价值贬损程度，当地居民平均生活水平，当事人日常生活影响程度等诸多因素。众所周知，楼盘所处的总体位置、房屋的建筑质量、交通生活的便利条件、周边人文自然环境、住宅的健康与安全性等因素，都是影响业主是否选择买房及影响房屋价值高低的因素。其中，周边的自然人文环境又具体包括日照、通风、噪音控制、绿化、私密性、文化氛围等多个方面。因此，可以看出，采光因素是影响涉案楼房价值的重要因素之一，但不是唯一因素。同时，也应看到，开发商的整体开发建设行为，一定程度上也促进了周边设施的完善和人文环境的提升，对于周边楼房包括被上诉人的房屋价值的升值也具有一定促进作用。

本案中，被上诉人毛华铭及赵玉杰涉案房屋建筑面积均为 163.13 平方米、购房总款均为 432295 元。综合考虑上述多种因素，比照涉案楼房的总购买价格，济南市中级人民法院酌定上诉人以涉案楼房购房款的 10% 左右的比例，补偿被上诉人毛华铭及赵玉杰 4.4 万元。

其他 12 名被上诉人，结合本案实际，济南市中级人民法院酌定该补偿数额为 2 万—2.5 万元之间。参照司法鉴定结果，依照大寒日每户最低总日照时数之间的比例，本院酌定上诉人分别补偿被上诉人刘光亮 25000 元，补偿被上诉人张其江 24093 元，补偿被上诉人张继珂 24093 元，补偿被上诉人高晓峻 24093 元，补偿被上诉人侯少伟 22851 元，补偿被上诉人石志勇 22851 元，补偿被上诉人丁坚 21532 元，补偿被上诉人郑金松 21532 元，补偿被上诉人吴兆庆 21532 元，补偿被上诉人赵世河 20000 元，补偿被上诉人张希木 20000 元，补偿被上诉人潘庆纲 20000 元。

上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司上诉部分有理，济南市中级人民法院予以支持。据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决：一、撤销济南市槐荫区人民法院（2012）槐民重初字第 13 号民事判决；二、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人毛华铭 44000 元；三、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人赵玉杰 44000 元；四、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人刘光亮 25000 元；五、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人张其江 24093 元；六、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人张继珂 24093 元；七、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人高晓峻 24093 元；八、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人侯少伟 22851 元；九、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人石志勇 22851 元；十、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人丁坚 21532 元；十一、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起 10 日内补偿被上诉人郑金松 21532 元；十二、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于

本判决生效之日起10日内补偿被上诉人吴兆庆21532元；十三、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起10日内补偿被上诉人赵世河20000元；十四、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起10日内补偿被上诉人张希木20000元；十五、上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司于本判决生效之日起10日内补偿被上诉人潘庆纲20000元。

一审案件受理费29200元，二审案件受理费29200元，由被上诉人潘庆纲、赵世河、张希木各负担4946元，被上诉人吴兆庆、郑金松、丁坚各负担4310元，被上诉人高晓峻、张继珂、张其江各负担3232元，被上诉人石志勇、侯少伟各负担3756元，被上诉人刘光亮负担2840元，被上诉人毛化铭、赵玉杰各负担2514元，上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司负担5556元。鉴定费28000元，由上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司负担。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 刘继英

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

济南亿维公司诉田甜甜劳动合同纠纷案

关键词 人事经理 二倍工资

【裁判摘要】

劳动合同签订及解除属人事经理的职责范围。其在职期间未与单位续签劳动合同，在离职后，以用人单位未与其签订劳动合同为由要求用人单位支付双倍工资，有违诚信原则，人民法院一般不予支持。但人事经理有证据证明其向用人单位提出签订劳动合同而被用人单位拒绝，则用人单位仍应支付未签订劳动合同的双倍工资。

原告：济南亿维先锋信息科技有限公司，住济南市历下区山大路178号。

法定代表人：赵建生，经理。

被告：田甜甜，女，1985年1月21日出生，汉族，住济南市槐荫区经十路239号。

原告济南亿维先锋信息科技有限公司（以下简称亿维公司）因与被告田甜甜劳动合同纠纷一案，向济南市历下区人民法院提起诉讼。

原告亿维公司诉称：被告田甜甜原为公司人力资源部经理，其未按照劳动方面法律法规的规定与劳动合同到期的员工履行续签工作的职责，给公司造成重大经济损失属于严重失职行为，公司保留追究其不履行职责的行为给公司造成损失的权利。综上所述，仲裁裁定原告亿维公司支付被告田甜甜2013年5月1日至2013年8月26日双倍工资差额缺乏事实和法律依据，特诉至法院请求：判令原告亿维公司不支付被告田甜甜2013年5月1日至2013年8月26日双倍工资15720元。

被告田甜甜辩称：被告田甜甜与原告亿维公司于2010年4月1日签订为期三年的劳动合同。2013年3月31日合同期满后，被告田甜甜多次提出与公司签订书面合同，公司以各种理由推脱，依据《劳动合同法》的有关规定，用人单位是签订劳动合同的主体，劳动者如果存在拒签劳动合同的情况用人单位应当以终止劳动关系的书面通知来证明，原告亿维公司未与被告田甜甜签订劳动合同，也未提供终止劳动关系的书面通知，其行为明显是怠于履行签订劳动合同的法定义务，被告田甜甜没有权力代表公司与自己签订劳动合同，所以原告亿维公司应支付双倍工资15720元。

济南市历下区人民法院经审理查明：2010年4月1日，田甜甜与亿维公司签订为期三年的劳动合同，入职亿维公司工作，工作岗位为行政人力部，职务为人力经理。合同到期后，双方未续签劳动合同。2013年8月26日，田甜甜与亿维公司乔飞龙签署员工交接表，确认工资结算至2013年8月26日。同日，亿维公司制作缴费单位减员表，自2013年9月起停止为田甜甜缴纳社会保险费。自该日后，田甜甜未到亿维公司上班。2013年8月31日，田甜甜通过百世汇通快递向亿维公司邮寄解除劳动合同通知书，该快递于次日由亿维公司乔飞龙签收。2013年10月7日，亿维公司下发解除合同通知书。2013年10月15日，田甜甜向济南市历下区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求亿维公司：支付2013年5月1日至2013年8月26日双倍工资15720元。济南市历下区劳动人事争议仲裁委员会于2013年11月13日作出济历下劳人仲案（2013）556号裁决书，裁决亿维公司向田甜甜支付2013年5月1日至2013年

8月26日双倍工资15720元。亿维公司对该裁决书不服，在法定期限内向原审法院提起诉讼。

济南市历下区人民法院经审理认为：《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。该条明确规定用人单位为签订书面劳动合同的义务主体，田甜甜合同自2013年3月31日到期后继续上班的，无论其工作岗位和职务为何，亿维公司作为用人单位均应与其续签劳动合同，未能续签违反法律规定，应向田甜甜支付双倍工资差额，具体数额以田甜甜实发工资数额确定，为9620元（3219元+3119元+2984元+298元）。济南市历下区人民法院判决：原告济南亿维先锋信息科技有限公司于判决生效之日起10日内支付被告田甜甜2013年5月至2013年8月双倍工资差额9620元。

济南亿维先锋信息科技有限公司不服一审判决，向山东省济南市中级人民法院提起上诉称：被上诉人田甜甜劳动合同期满后未续签劳动合同，责任在被上诉人田甜甜，2013年3月31日合同期满后，被上诉人田甜甜一直在上诉人处工作，直至2013年8月31日其单方面提出解除劳动关系。一审法院认定上诉人需要支付田甜甜双倍工资，显然违反法律本意，无形中损害了上诉人的合法权益。一审法院认定被上诉人田甜甜自2013年3月31日合同到期后继续上班，无论其工作岗位和职务为何，上诉人作为用人单位均应与其续签劳动合同，应向被上诉人支付双倍工资差额属于对法律错误理解，适用法律错误；劳动者的劳动合同到期后，作为用人单位的上诉人应当与劳动者续签劳动合同。上诉人作为单位是一个法人主体，其工作岗位和职务分明确，上诉人作为单位其本身不可能实施劳动合同的续签这一工作，而是由每一个岗位的员工按照自己的工作岗位要求及职责来办理，而本案的被上诉人田甜甜作为上诉人单位的人力资源部经理，其应当知晓国家关于劳动方面的法律法规及相关政策，并按照职责处理劳动合同的相关事宜，劳动合同的续签、员工的离职等事项都是其作为人力资源部经理的职责。但被上诉人在自己的劳动合同到期后，一直未履行职责，代表单位与自己续签劳动合同，后其又以未签订劳动合同为由单方面解除合同，并要求上诉人支付双倍工资，对其有何用心，明者自明。针对被上诉人田甜甜不履行自己职责的行为，给我公司造成的一切损失，上诉人保留追究其法律责任的权利。综上所述，一审法院认定事实错误、适用法律错误，请求二审法院依法撤销一审法院判决，支持上诉人的诉讼请求。

被上诉人田甜甜辩称，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。2013年3月31日，田甜甜与上诉人的劳动合同到期后，上诉人未与田甜甜签订劳动合同，也未向田甜甜提出终止劳动关系的书面通知。上诉人的行为明显是怠于履行签订劳动合同的法定义务，上诉人依法应向被上诉人支付2013年5月1日至2013年8月26日期间的双倍工资差额。原审判决正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

山东省济南市中级人民法院二审查明，原审认定事实属实，本院予以确认。

二审期间，上诉人称田甜甜的职责范围是单位所有劳动合同的签订、续订、终止、解除、人员转正、人员处罚、人员任命等。田甜甜称其职责范围是在单位领导的安排下负责劳动合同的签订、续订、解除的具体工作，只是具体的实施者，不是决定者。劳动合同到期后，田甜甜负有向领导汇报的职责。田甜甜称其合同到期后，向领导口头汇报过。

山东省济南市中级人民法院二审认为：《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十六条规定：劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院

刑事类案例

应当支持。本案中，被上诉人田甜甜与上诉人亿维公司的劳动合同到期后，田甜甜仍在原工作岗位向上诉人提供劳动至2013年8月26日，上诉人未提出异议，因此，应视为双方仍在履行原劳动合同。《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。根据当事人双方的陈述，被上诉人田甜甜作为上诉人的人事经理，其职责范围包括劳动合同的签订、续订。田甜甜在其劳动合同到期后，负有向单位领导汇报以确定劳动合同是否续订的职责。田甜甜称其向领导口头汇报过，但其未提交证据证明该事实。田甜甜在其劳动合同期满后，仍从事人事经理工作近五个月，说明田甜甜一直未能履行职责，其在合同期满后未与上诉人签订新的劳动合同，该未签订合同的责任在于田甜甜，而不在上诉人。田甜甜怠于履行职责，从而使上诉人处于不利地位，其再以上诉人未与其签订劳动合同为由，要求上诉人支付其双倍工资，有违诚实信用原则。本院基于田甜甜的工作职责及其怠于履行职责的过错，根据诚实信用原则，不支持田甜甜要求上诉人支付其未签订劳动合同的双倍工资的请求。

据此，山东省济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条、第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决：上诉人济南亿维先锋信息科技有限公司不支付被上诉人田甜甜2013年5月至2013年8月双倍工资9620元。

案例报送单位：山东省济南市中级人民法院民一庭

编写人：济南市中级人民法院民一庭 车言江

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

李靖诉巩跃新、王槐令、巩乃新、 刘国劳动争议纠纷案

【关键词】 抗诉 审理范围 伤残津贴 释明

【裁判摘要】

一、依当事人申请提起的抗诉案件，其再审审理范围受到原审诉讼请求、当事人申诉请求和抗诉支持的请求三个层次限制。如果检察机关的抗诉超越申诉人诉讼请求和申诉请求事由的，应基于当事人意思自治又兼顾检察机关公权力特殊作用的理念来确定再审审理范围。法院可在审理中征询申诉人的意见。如其在庭审中认可抗诉内容，则将获得认可的抗诉事由、相关具体理由及证据纳入审理范围。如其明确表示不同意抗诉事由的，除了存在违反国家利益或社会公共利益的情形，则不予审理。如其在庭审中放弃抗诉支持的诉讼请求和再审事由的，应尊重其处分，也不予审理。

二、劳动关系终止后职工要求支付伤残津贴的，不予支持。在诉讼中查明存在劳动关系终止情形的。法院应向职工释明劳动关系终止后可主张的相关待遇，并告知其可变更诉讼请求，在职工拒绝变更诉讼请求的情况下，对主张伤残津贴的请求不应予以支持。

原告：李靖，女，1987年9月17日出生，汉族，住章丘市。

被告：巩跃新，男，1959年12月19日出生，汉族，住章丘市。

被告：王槐令，男，1954年4月6日出生，汉族，住章丘市。

被告：巩乃新，男，1963年4月21日出生，汉族，住章丘市。

被告：刘国，男，1963年10月29日出生，汉族，住章丘市。

原告李靖诉称：2006年5月14日，李靖到章丘市永丰印刷包装厂（以下简称永丰包装厂）工作，双方未签订书面劳动合同。2007年8月25日，李靖因工伤及右臂、右手，治疗中右前臂截肢。永丰包装厂根据医院建议为李靖安装假肢一副。同年11月6日李靖之伤被认定为工伤。2009年1月7日，山东省劳动能力鉴定委员会鉴定为五级伤残，停工留薪期16个月。因2009年元月后李靖未享受任何待遇，李靖申请仲裁，后经一、二审判决“双方保留劳动关系，永丰包装厂按月支付伤残津贴”。截至李靖申请仲裁前，伤残津贴标准已调整为1100元。现永丰包装厂因经营不善破产，李靖工伤保险待遇应依法一次性处理。为此，李靖于2012年5月13日向章丘市劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请，该委以不属仲裁受案范围为由决定不予受理。李靖不服章劳人仲裁字（2012）第009号决定书，提起民事诉讼。永丰包装厂已于2012年5月14日注销登记，巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国为该企业的合伙人，应当一次性连带承担李靖的工伤待遇以及合法的劳动权益。李靖2012年1月份以前伤残津贴，通过强制执行已执行到位。因永丰包装厂未给李靖缴纳社会保险，李靖退休后无法享受退休待遇，所以巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国应当自2012年2月起至李靖期望寿命止，以每月1100元为基数，支付608个月，计668800元的伤残津贴。李靖右前臂截肢，永丰包装厂根据医院建议安装假肢并确认假肢费24900元。李靖有生之年需更换13次，总价值

323700元，维修费17430元。永丰包装厂注销，双方劳动关系无法延续，应支付经济赔偿金6600元。永丰包装厂未依法缴纳社会保险，应补缴之前欠缴的社会保险，一次性缴纳今后的社会保险。请求判令巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国一次性连带支付李靖伤残津贴668800元，13次假肢周期更换费、维修费341130元，经济赔偿金6600元，补缴2006年5月至2012年5月及一次性缴纳2012年6月至李靖退休的社会统筹保险。

被告巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国辩称：李靖诉请在（2010）济民一终字第1106号民事判决中已涉及，基于同一事实再次起诉，应驳回起诉。

山东省章丘市人民法院一审查明：2006年5月14日，李靖到原章丘市永丰印刷包装厂工作（以下简称永丰包装厂），双方未签订书面劳动合同，建立事实劳动关系，永丰包装厂未依法为李靖缴纳各项社会保险。2007年8月25日，李靖在工作时受伤，伤后在济南军区总医院住院治疗，治疗过程中右前臂截肢。永丰包装厂按治疗单位建议，为李靖安装假肢一副，费用24900元，后维修一次支付维修费1500元。2007年11月6日，李靖之伤经章丘市劳动和社会保障局认定为工伤；2008年9月5日，李靖之伤经济南市劳动能力鉴定委员会鉴定为五级伤残，医疗期确定为8个月；经山东省劳动能力鉴定委员会再次鉴定，确认其劳动能力障碍程度为5级，停工留薪期在确认10个月的基础上，延长6个月，合并执行16个月。2009年8月17日，李靖向章丘市劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，章丘市劳动能力仲裁委员会作出章劳仲裁字〔2009〕第057号裁决书。裁决后永丰包装厂对裁决不服，诉至章丘市人民法院。该院判决后，永丰包装厂、李靖均不服，向本院提起上诉。本院于2010年10月29日作出（2010）济民一终字第1106号民事判决书，判决：一、永丰包装厂与李靖保留劳动关系；……三、永丰包装厂支付李靖一次性伤残补助金16526.4元；四、自2009年1月份始，永丰包装厂按月支付李靖伤残津贴723.03元/月，自2010年5月份始，永丰包装厂按月支付李靖伤残津贴760元/月，如遇国家政策调整按新规定执行；五、永丰包装厂不支付李靖假肢更换及维修费341130元；六、永丰包装厂不支付李靖交通费、检查费、律师费7272.7元。

判决后，经法院强制执行，生效法律文书确定的义务部分履行，伤残津贴按月支付至2012年1月份。2012年法院强制执行中，永丰包装厂因经营不善，于2012年5月14日经申请注销登记。李靖于2012年5月16日向章丘市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，申请永丰包装厂及巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国一次性连带支付伤残津贴577600元，13次假肢周期更换维修费用341130元，经济赔偿金5700元，补缴2006年5月至2012年5月及一次性缴纳2012年6月至李靖退休的社会统筹保险。该委以不属受理范围为由，于2012年5月18日作出章劳人仲定字（2012）第009号决定书，对李靖的申请不予受理。李靖依法诉至法院。审理中，李靖将一次性伤残津贴变更为734800元，13次假肢周期更换维修费用341130元变更为15次366030元。

永丰包装厂系巩跃新以曾用名巩耀新于2000年11月17日注册登记的个人独资企业。巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国于2007年3月签订合伙经营永丰包装厂的协议，约定利益共享，风险共担，但未办理企业注册变更登记；于2012年2月9日签订解散合伙协议，约定李靖的工伤问题共同承担，并于2012年3月22日将协议复印件邮寄给李靖，于2012年5月14日注销永丰包装厂的工商登记。

永丰包装厂未依法为李靖缴纳各项社会保险。章丘市人力资源和社会保障局于2011年

10月12日作出劳动保障监察行政处理决定书,决定永丰包装厂为李靖缴纳自2006年5月至2011年6月的各类社会保险费41550.3元,并依法缴纳自2011年6月以后的社会保险。永丰包装厂不服申请行政复议,济南市人力资源和社会保障局维持上述决定。永丰包装厂至今未履行劳动保障监察行政处理决定书确定的义务。

章丘市最低工资标准自2012年3月1日起按每月1100元执行。

经法院释明,李靖未变更诉讼请求。

山东省章丘市人民法院一审认为:李靖与永丰包装厂未签订书面劳动合同,自用工之日起建立事实劳动关系。永丰包装厂因未依法为李靖缴纳各类社会保险,致使李靖发生工伤后承担支付一次性伤残补助金、伤残津贴等法定义务。现永丰包装厂因合伙人决议解散被注销,双方劳动关系自单位注销之日起终止。李靖在永丰包装厂工作6年,永丰包装厂在合伙清算时应当依法支付李靖经济补偿金6600元。李靖之工伤为五级伤残,依照《工伤保险条例》第四十三条第四款,参照《山东省贯彻〈工伤保险条例〉实施办法》第三十条之规定,永丰包装厂在合伙清算时应当依法支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残金等。上述费用因合伙企业清算时未支付,企业注销后,依法由合伙人即本案巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国承担,并相互承担无限连带责任,故李靖要求经济补偿金的诉求,符合有关法律规定,法院依法予以支持。李靖要求支付一次性伤残津贴的诉求,不符合有关法律规定,其坚持不予变更该项诉求,法院依法不予支持。李靖因生活和就业是否需要安装假肢,需依法由劳动能力鉴定部门确认,李靖未提供相关证据,其要求一次性支付15次假肢周期更换维修费用的诉求,不予支持。永丰包装厂应缴纳的各类社会保险应由相关行政部门处理,且相关行政部门已在处理中,不属法院审理范围,不予处理。巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国合伙经营永丰包装厂期间李靖发生工伤,应当承担相应的法律责任,巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国关于基于同一事实再次起诉不合理的主张,不符合有关法律规定,依法不予采信。综上,章丘市人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十三条、第一百条,《中华人民共和国劳动合同法》第七条、第四十四条第五项、第四十六条第六项,《工伤保险条例》第三十二条、第三十六条、第四十三条第四款、第六十二条第二款,《中华人民共和国合伙企业法》第二条,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定,作出(2012)章民初字第1389号民事判决:一、巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国于判决生效之日起10日内支付李靖经济补偿金6600元。二、巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国对上述款项承担无限连带责任。三、驳回李靖的其它诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务,应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费10元,由巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国负担。

李靖上诉称:一审认定事实不清,审判程序不当。一审法院以曾适用释明程序,并以李靖未变更诉讼请求为由驳回李靖主张的一次性伤残津贴不当。李靖工伤认定在2007年,不应适用《国务院关于修改工伤保险条例的决定》、《山东省贯彻工伤保险条例实施办法》的规定。如果一审法院认为支付一次性伤残津贴不符合法律规定,可以直接判决支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金,而不应当因未变更诉讼请求,就予以驳回。一审法院驳回李靖要求交纳社会保险的诉讼请求,无法律依据。

被上诉人巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国答辩称:一审法院认定事实清楚,适用法律正确,同意原审判决。

山东省济南市中级法院二审查明：一审认定的事实属实，法院予以确认。济南市中级人民法院二审认为：一、关于李靖主张的伤残津贴问题。《中华人民共和国合同法》第四十四条第（五）项规定，用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。永丰包装厂的合伙人巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国经协商决定解散合伙企业，且于2012年5月14日注销了永丰包装厂的工商登记，根据上述规定，李靖与永丰包装厂的事实劳动关系应自此终止。李靖主张的自2012年2月至5月4250元的伤残津贴，系依据本院（2010）济民一终字第1106号民事判决确定的永丰包装厂注销前尚欠的伤残津贴数额，其应当依据该生效判决通过强制执行程序来实现，其要求法院重新判决，理由不当，本案不予审理。永丰包装厂注销后，李靖应依据相关法律、法规对双方劳动关系终止后其应享有的相关待遇主张权利，在原审法院已经对其释明的情况下，其坚持要求巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国支付其一次性伤残津贴，于法无据，不予支持。二、关于李靖主张的假肢周期更换费用、维修费用问题。济南军区总医院全军创伤骨科中心出具的《关于李靖配置残疾辅助器具（假肢）的建议》载明，根据李靖伤情的特殊需求，建议安装普通适用性假肢，假肢的正常使用寿命为4年，维修费用约占假肢总额的5%。永丰包装厂根据该建议分别于2008年6月和2009年12月为李靖安装和维修了假肢，证实双方对该建议均予以认可。在永丰包装厂未经清算而注销的情况下，李靖要求永丰包装厂合伙人巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国承担假肢周期更换费用、维修费用，理由正当，应予支持。结合李靖自身状况、年龄状况及其在家庭中作为主要劳动力的实际情况，本院酌定按照双方认可的上次安装价格24900元和维修价格1500元支持其10次更换费用、维修费用共计264000元，之后如仍需安装和维修，其可另行主张权利。三、关于李靖主张的各类社会保险费问题。李靖主张的巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国应为其缴纳各类社会保险费应由相关行政部门处理，不属法院审理劳动争议案件的受案范围。综上，李靖之上诉理由部分成立，法院予以支持。济南市中级人民法院判决：一、维持章丘市人民法院（2012）章民初字第1389号民事判决第一项、第二项和诉讼费负担；二、撤销章丘市人民法院（2012）章民初字第1389号民事判决第三项；三、被上诉人巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国于判决生效之日起10日内支付李靖假肢更换和维修费用264000元；四、驳回上诉人李靖的其他上诉请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费10元，由上诉人李靖负担。

济南市人民检察院抗诉认为：济南市中级人民法院（2013）济民一终字第165号民事判决适用法律确有错误。

李靖在永丰包装厂工作期间，永丰包装厂未依法为其缴纳社会保险费，巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国等四合伙人未经依法清算即注销永丰包装厂，且在企业注销时未按规定缴纳或清偿李靖的社会保险费用，致使李靖无法享受基本养老保险和工伤保险待遇。在永丰包装厂注销过程中，巩跃新、巩乃新、王槐令、刘国等四人应对未对企业进行清算、未支付社会保险费用即将企业注销，而给李靖造成的经济损失，承担连带赔偿责任。

再审过程中，申诉人李靖称：要求巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国支付一次性伤残津贴871590元，履行章丘市人力资源和社会保障局作出的为李靖缴纳各类社会保险的处理决定。

被申诉人巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国辩称：原二审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

山东省济南市中级人民法院再审查明：原一、二审认定的事实属实，法院予以确认。

山东省济南市中级人民法院再审认为：根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第三十三条规定，人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。本案检察机关抗诉认为：巩跃新、巩乃新、王槐令、刘国等四人应对未对企业进行清算、未支付社会保险费用即将企业注销，而给李靖造成的经济损失，承担连带赔偿责任。原一、二审审理过程中，李靖的诉讼请求是要求巩跃新、巩乃新、王槐令、刘国等四人连带支付一次性伤残津贴及连带为李靖补缴2006年5月至2012年5月的社会统筹保险，一次性缴纳自2012年6月至李靖退休年龄的社会统筹保险。没有要求巩跃新、巩乃新、王槐令、刘国承担因未进行清算、未支付社会保险费用而造成的经济损失，抗诉机关的抗诉理由超出了当事人的诉讼请求和申诉事由，经法院释明后，李靖坚持其原审中的诉讼请求和理由，故检察机关的抗诉意见不属于本案再审审理范围。且李靖再审中所主张的经济损失均未实际发生，损失数额无法确定，法院不予支持。章丘市人力资源和社会保障局针对永丰包装厂作出的为李靖缴纳自2006年5月至2011年6月的各类社会保险费41550.3元，并依法缴纳自2011年6月以后的社会保险的处理决定，该应缴费用应向社保机构缴纳的费用，不能作为损失支付给个人。

对于原审李靖要求一次性支付伤残津贴的诉讼请求。根据《工伤保险条例》第三十六条规定：职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：……（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴……本案永丰包装厂注销后，李靖与永丰包装厂之间的劳动关系已终止，李靖应依据相关法律、法规对双方劳动关系终止后应享有的相关待遇主张权利，在章丘市人民法院向其释明的情况下，李靖坚持要求巩跃新、王槐令、巩乃新、刘国支付一次性伤残津贴，没有法律依据，原二审法院不予支持，并无不当。

对申诉人李靖原审时要求巩跃新、巩乃新、王槐令、刘国等四人连带支付一次性伤残津贴及连带为李靖补缴2006年5月至2012年5月的社会统筹保险，一次性缴纳自2012年6月至李靖退休年龄的社会统筹保险的诉讼请求。双方因缴纳社会保险所发生的争议，是征收与缴纳之间的纠纷，属于行政管理范畴，带有社会管理的性质。该争议应由社保管理部门解决处理，原二审认定不属于人民法院受案范围，并无不当。

综上，原二审判决认定事实清楚、适用法律正确，程序并无不当。抗诉机关的抗诉理由不能成立。济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第二百零七条第一款之规定，判决：维持本院（2013）济民一终字第165号民事判决。

编写人：济南市中级人民法院审监庭 李 杲

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

孙伟雪诉季毅、哈跃鹏、张玉金 被继承人债务清偿纠纷案

【裁判摘要】

大额民间借贷的借条仅能作为借贷关系成立的初步证据。在出借人主张借款以现金方式交付，借款人否认实际收到借款的情况下，如果法官对借款真实性存在合理怀疑，应要求出借人对借款已实际交付进一步举证。依据存取款凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额的大小、当事人之间的关系、当事人陈述的交易经过细节等因素综合判断借款是否实际交付。

原告：孙伟雪，男，1985年12月29日出生，汉族，毓璜顶医院医生，住山东省烟台市芝罘区毓璜顶东路20号。

被告：季毅，女，1978年12月19日出生，汉族，无业，住济南市市中区经七路73号。

被告：哈跃鹏，男，1953年4月22日出生，回族，无业，住黑龙江省伊春市上甘岭区红山街机关委街51组。

被告：张玉金，女，1956年11月9日出生，汉族，无业，住黑龙江省伊春市上甘岭区红山街机关委街51组。

原告孙伟雪因与被告季毅、哈跃鹏、张玉金被继承人债务清偿纠纷一案，向济南市历下区人民法院提起诉讼。

原告孙伟雪诉称：原告孙伟雪于2010年6月和12月分两次借给哈志涛130万元，双方约定按年利率20%计息，借款期限三年，本息合计2246400元。现借款期限已满，因哈志涛于2013年9月24日死亡，上述款项至今未还。哈志涛生前留有房屋两套，分别为海尔绿城全运村桂花园20号楼2单元401号及二环南路3666号蝶泉山庄B1楼3—401房产。哈志涛的妻子季毅、父亲哈跃鹏、母亲张玉金均为哈志涛的法定继承人，应当对哈志涛的借款本金2246400元负有在所继承遗产范围内的清偿责任。故请求法院判令被告季毅、哈跃鹏、张玉金在继承哈志涛遗产范围内清偿欠款2246400元，本案的诉讼费用由被告季毅、哈跃鹏、张玉金在继承哈志涛遗产范围内承担。

被告季毅辩称：同意原告孙伟雪所述在继承清理哈志涛两套遗产范围内承担清偿责任。但我方不认可原告孙伟雪所述本案债务系夫妻共同债务，借款当时我并未参与，该借款也并未用于家庭生活，不应认定为夫妻共同债务。

被告哈跃鹏、张玉金共同辩称：一、我们对于本案涉及的债务毫不知情，也从未听闻。从原告孙伟雪提交的借条来看，借款发生于2010年6月和12月，距离哈志涛去世达三年之久，期间我方经常与哈志涛通过电话或者短信交流，从未听哈志涛提及对外借款的事宜。二、哈志涛于2004年开始在银行系统工作，每年仅其工资一项的稳定收入就在30万元左右。哈志涛与被告季毅于2009年结婚，婚后无子女，家庭经济环境比较宽松。哈志涛没有必要以年息20%的利率对外借大额款项。且哈志涛在2009年结婚之后，与季毅共同生活，季毅也有稳定的收入，作为哈志涛的家庭而言，根本没有对外借款的必要。三、民间借贷是实践性合同，以借款的实际交付为生效条件。原告孙伟雪仅向法院提交了借条，而未能提交款项已经

实际交付的相关证据,故不能以此认定双方之间的借款真实存在。四、原告孙伟雪向法院提交的借条中关于利息的计算方式不符合法律规定,不应得到支持。综上,请求法院在查明案件事实的基础上,依法判决驳回原告孙伟雪的诉讼请求。

济南市历下区人民法院经审理查明:季毅、哈志涛原系夫妻关系,双方于2009年2月12日登记结婚,婚后无子女,哈志涛于2013年9月4日因病去世。被告哈跃鹏系哈志涛之父,被告张玉金系哈志涛之母。哈志涛除被告季毅、哈跃鹏、张玉金之外,无其他法定继承人。哈志涛生前留有海尔绿城全运村桂花园20号楼2单元401号房产及二环南路3666号蝶泉山庄B1楼3—401房产两套。原告孙伟雪提交哈志涛生前向原告孙伟雪出具的50万元和80万元的借条两张。其中50万元的借条载明:“借条 借款人(甲方)哈志涛 身份证号230702198002031418 出借人(乙方)孙伟雪 身份证号370103198512292014 兹因哈志涛手头不便需资金周转,而向孙伟雪借款,共借人民币(大写)伍拾万元,即500000元整,期间年利率20%。借款期限三年,共计利息叁拾陆万肆仟元,即364000元。逾期若无还款能力,以市中区二环南路3666号蝶泉山庄B1号楼3—401房产一处作为抵押,房屋编号:2009030300000342100068。借款期限:2010年6月12日至2013年6月11日。口说无凭,立据为证”;其中80万元的借条载明:“借条 借款人(甲方)哈志涛 身份证号230702198002031418 出借人(乙方)孙伟雪 身份证号370103198512292014 兹因哈志涛手头不便需资金周转,而向孙伟雪借款,共借人民币(大写)捌拾万元,即800000元整,期间年利率20%。借款期限三年,共计利息伍拾捌万贰仟肆佰元,即582400元。逾期若无还款能力,以历下区海尔绿城全运村桂花园20号楼(I1)2—401房产一处作为抵押。借款期限:2010年12月12日至2013年12月11日。口说无凭,立据为证”。

双方当事人的争议焦点为:原告孙伟雪与哈志涛之间是否存在真实合法的借贷关系。

对此,原告孙伟雪主张,借条形成时间为借条中载明的借款时间,即50万元的借条形成于2010年6月12日,80万元的借条形成于2010年12月12日。原告孙伟雪系医学硕士,自2009年至2011年在青岛大学医学院附属医院工作,不是正式员工,当时没有固定工作。原告孙伟雪的父母为公务员和工人。原告孙伟雪与哈志涛系经人介绍认识,哈志涛因为在北京投资需要用钱,向原告孙伟雪借款,具体投资项目不清楚。原告孙伟雪与被告季毅不认识,在借款之前没有见过面,哈志涛死亡后联系的被告季毅。原告孙伟雪在与哈志涛喝茶、打牌时以现金的方式向哈志涛支付的借款,具体地点不清楚,每次都是2万元、3万元、5万元、10万元给的,有时候是一个月一次,打借条前一年左右分批借给哈志涛的,然后哈志涛出具了总的借条。因为哈志涛支付利息都很及时,打汇总条的时候就把其他借条销毁了。现金有的是放在家里的,有的是借的别人的,其中50万元现金是自己的,80万元现金有的是借的,有的是父母的。原告孙伟雪对其上述主张,未提交相应的证据。

被告季毅称,对于借款的真实性没有异议,其于2011年左右知道的借款,借款据说用于北京的投资,但该借款没有用于家庭生活,不是夫妻共同债务。哈志涛生前系平安银行股份有限公司济南分行的职工,每年收入在二三十万左右,哈志涛生前的其他商业活动不清楚,只知道其在北京有投资。被告季毅对于其上述内容,未向法院提交相应的证据。

被告哈跃鹏、张玉金主张,原告孙伟雪所诉并非真实借款,原告孙伟雪仅凭借条无法证实借款已经实际发生。哈志涛生前为平安银行股份有限公司济南分行的职员,每年仅工资一项的稳定收入在三十万元左右,其家庭的主要支出为偿还两套房产的贷款,每年偿还约六万元左右,没有其他的大额支出。哈志涛生前曾经于2012年2月份和2013年1月份提前偿还银行房贷28万元,银行贷款利率每年在6%左右,而本案的借款利率每年为20%,如果本案

的债务真实存在的话，哈志涛不可能提前偿还银行贷款而不去偿还原告孙伟雪的借款。

济南市历下区人民法院认为，民间借贷，是指自然人之间、自然人与非金融机构的法人或者其他组织之间产生的借款合同关系。民间借贷合同为实践性合同，即民间借贷合同以出借人和借款人之间达成货币借用合意，并以出借人实际给付借款为生效条件。出借人主张其享有要求借款人偿还借款本息的请求权的，应当对于其与借款人之间存在借款合同关系以及已经履行给付借款义务的事实承担结果意义上的举证责任。本案中，原告孙伟雪提交了其与哈志涛之间签订的两张借条，双方之间的借款合同已经成立，应当认定双方之间形成民间借贷关系。在案件审理过程中，被告哈跃鹏、张玉金对于原告孙伟雪实际给付借款提出异议，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条第二款规定，对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任，故原告孙伟雪对于借款的实际发生应当承担相应的举证责任。原告孙伟雪主张以现金方式将借款分批交付哈志涛，将借款汇总后出具的借条，借款交付是在与哈志涛喝茶、打牌时交付。原告孙伟雪同时主张，借款发生时原告孙伟雪在青岛大学医学院读研究生，父母为公务员和工人，其对于交付的现金陈述为50万元是自己的，80万元一部分是父母的，一部分是借的，原告孙伟雪对于其具体的借款地点和借款用途均不能详细陈述。被告哈跃鹏、张玉金提交的证据1（哈志涛在平安银行股份有限公司济南分行营业部的工资卡交易明细）可以证实哈志涛生前有稳定丰厚的工资收入。结合本案的实际情况，原告孙伟雪对于借款来源、交付方式及借款行为发生具体情况的陈述明显不符合生活常理，亦未向法院提交相应的证据予以证实，故对于原告孙伟雪的主张，不予认定。原告孙伟雪的诉讼请求，事实不清，证据不足，不予支持。

据此，济南市历下区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第二百零六条、第二百一十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条第二款、第三十四条第一款之规定，判决：驳回原告孙伟雪的诉讼请求。案件受理费24770元，由原告孙伟雪负担。

孙伟雪不服一审判决，向济南市中级人民法院提起上诉。

孙伟雪上诉称：一、孙伟雪在原审中提交了由借款人哈志涛亲笔签名的两份借条和作为抵押偿还借款的房产证原件为借款实际发生的证据。哈志涛正因为收到孙伟雪出具的款项，才出具了两份借条，并把自己的两份房产证原件抵押给了孙伟雪作为担保，这直接证明了双方之间借款已实际发生。并且，三被上诉人对上述证据的真实性均无异议。另外，哈志涛作为一个完全民事行为能力人，再三向孙伟雪出具借条，应当清楚书写借条的前提和法律后果；身为一名从事多年金融工作的职业人员，哈志涛如果没收到借款而出具借条，并交付房产证作抵押，是违反常理的。被上诉人季毅明确表示认可孙伟雪与哈志涛之间借款的真实性，并同意以本案所涉两套房产抵偿债务。二、原审法院违背事实，以不符合生活常理为由主观臆断，判决明显不公。哈志涛生前有稳定丰厚的工资收入，但这既不能证明他没有借过钱又不能证明他不需要借钱，更不能否定本案中孙伟雪提交的两份借条原件及抵押房产证的证明力。金融从业人员往往尝试不同渠道的投资项目，用钱去赚钱，哈志涛借钱合乎情理。三、法律并未禁止民间借贷不能以现金方式交付。民间借贷以现金方式交付，并不需要相关银行转账的支付凭证。民间借贷不同于金融借款。民间借贷通常发生在公民之间、公民与非金融机构之间，由借款人直接向出借人书写借条，以证明双方发生了借贷关系，而借款很多以现金方式交付。实践中，大量的民间借贷是以现金方式进行交易的。综上所述，孙伟雪与哈志涛之间的借款已经实际发生，各被上诉人应当依法承担对债务的清偿责任。本案原审法院认定事实

实严重错误，对铁证视而不见，全凭主观以所谓生活常理判案，判决明显不公。在此，上诉人孙伟雪请求二审法院：1. 依法撤销原判，改判支持孙伟雪的诉讼请求；2. 一、二审诉讼费用由三被上诉人承担。

季毅辩称：本案借款并非夫妻共同债务。同意在继承哈志涛两套房产的价值范围之内承担还款责任。

哈跃鹏、张玉金辩称：原审判决程序合法、认定事实清楚、适用法律正确，请求二审法院依法维持原判，驳回上诉人孙伟雪的上诉请求，上诉费用由孙伟雪负担。理由如下：一、本案案由为被继承人债务清偿纠纷，但本案的基础法律关系应为孙伟雪与哈志涛之间的民间借贷关系。民间借贷合同为实践性合同，认定民间借贷关系应当以借款是否实际履行为生效条件。现哈志涛已经去世，三被上诉人同为哈志涛的继承人，双方在今后遗产继承中有重大利害关系，而孙伟雪主张的债务在哈志涛的遗产范围之内，孙伟雪与季毅之间存在串通损害哈跃鹏、张玉金利益虚假诉讼的可能性。故本案应当比普通的民间借贷案件更加着重审查借条的实际履行情况。二、孙伟雪称哈志涛借款用于北京的投资，但事实上哈志涛作为平安银行济南分行的计算机、数据的技术维护人员，平时需要在平安银行的机房工作，从不接触任何银行实际业务，根本没有时间和精力在北京投资。三、原审庭审中，孙伟雪称是在喝茶、打牌时将款项交给的哈志涛，原审法官询问当时还有谁一起打牌时，孙伟雪称只有他和哈志涛两人，这明显不符合生活常理。四、孙伟雪提交的借条为制式打印形成，仅在借款人和出借人处有签字，借条通篇没有捺印，也没有注明借条的形成时间。在实践中，借条上对于借款人、借款金额、借款利息、借款期限都会有借款人加盖手印。所以，该借条有可能是用哈志涛生前签字的白纸套打形成。五、孙伟雪虽持有哈志涛的房产证，但不排除是季毅将房产证交给孙伟雪以达到串通损害哈跃鹏、张玉金利益的目的，因为本案存在制造虚假诉讼的可能。

济南市中级人民法院二审审理查明：上诉人孙伟雪在原审中向法院提交涉案两套房屋的房产证两份，欲证明其已将借款交付哈志涛，哈志涛才将房产证交付孙伟雪作为抵押。为查明本案相关情况，法院通知孙伟雪、季毅到庭接受调查。调查中，孙伟雪本人陈述称：1. 两份借条均由孙伟雪本人分别于2010年6月、2010年12月借条载明的借款时间打印后交由哈志涛签名，两份借条均系对双方之前借款的汇总而形成的新借条，旧借条均已被销毁。2. 出借款项的来源，一是自己压岁钱积蓄和读书时兼职工作所得，二是向父母借款，三是向三个朋友（分别为李少逵40万元、田少奇25万元、王远贺20万元）借款；向朋友借款亦均以现金方式交付，借款亦从未存入过自己账户。3. 出借款是在哈志涛的车上以现金方式交付，少则三五万元，多则二十五万元，每次交付均无第三人在现场。4. 两套房屋未办理抵押登记是因为自己不知道法律规定抵押房屋需要办理登记。5. 关于两份借条载明的借款，自己父母、妻子（2013年1月结婚）至今均不知情。季毅本人陈述称：1. 自己与哈志涛婚后感情很好。2. 两份借条中哈志涛的签名很像哈志涛本人所签，但在哈志涛生前未见过借条，对哈志涛向孙伟雪借款的事实不知晓，在哈志涛死后孙伟雪催要借款时自己才知道的。3. 对两份房产证交付孙伟雪作借款抵押一事不知晓。一审判决认定的其他事实属实。

济南市中级人民法院二审认为，本案的基础法律关系为民间借贷，民间借贷合同为实践性合同，即民间借贷以出借人实际给付借款为合同生效条件。对于存在借贷关系及借贷内容等事实，出借人应当承担举证责任；当事人主张以现金方式交付的借款，法院应当根据交付凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额大小，当事人关系以及当事人陈述的交付细节经过等因素综合判断借款是否实际交付。就本案而言：

首先，关于借条的真实性。第一，本案两份借条均由出借人孙伟雪自行打印后，交由借款人哈志涛签字，该方式与传统民间借贷交易中借条书写习惯不符，仅凭签名难以证实借条记载内容系借款人的真实意愿的自由表达。第二，孙伟雪称两份借条系对双方之前债务的汇总，但两份借条上并未记载任何关于该方面的信息，孙伟雪该主张无证据支持，本院不予采信。第三，房屋抵押担保应当办理抵押登记，孙伟雪受过硕士研究生高等教育，应当具备该法律常识。两套房屋均办理了房产证，可以且有足够的时间办理抵押登记而未办理，无法证实孙伟雪持有的两份房产证系以合法方式取得，故孙伟雪据以持有两份房产证的事实印证借款真实性的理由亦不能成立。第四，孙伟雪主张出借款项中有向其父母的借款，但又称其父母及妻子至今对本案借款不知情。季毅称与哈志涛生前夫妻感情很好，但对本案借款亦不知情。两人陈述均与常理不符。

其次，关于上诉人孙伟雪应对借款交付负举证责任。季毅未否认哈志涛在借条上签字的真实性，仅是对借贷关系成立的认可，并非对借款已实际交付的认可，因其称对哈志涛向孙伟雪借款一事根本不知情，当然无从得知借款是否实际交付，更无法对此事实进行认可。季毅自愿以其继承哈志涛的遗产偿还借款系其对自身权利的处分（季毅可在继承遗产后自行履行），但该行为并不能成为认定案件事实的依据，亦不对其他当事人产生拘束力。因为，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十三条规定：“对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。”本案中，季毅的陈述涉及本案其他两被上诉人哈跃鹏、张玉金的合法权益。故上诉人孙伟雪以季毅已认可本案争议借款，自己关于借款是否交付的举证责任已免除的理由不能成立，本院不予采信，孙伟雪应当对此负有举证责任。

最后，关于借款是否实际交付。第一，从支付能力看，借款发生时，孙伟雪尚未参加工作，并无大额稳定的合法收入，出借如此大额的借款与孙伟雪出借能力不符。第二，从借款数额看，孙伟雪与哈志涛于2009年初通过他人介绍相识，至借条产生仅一年有余，两人之间并无其他特殊关系，出借如此大额的借款与两人之间的关系紧密、信任程度不符。第三，从借款交付看，一方面，孙伟雪本人陈述的交付方式、地点、款项来源与其委托代理人陈述并不完全一致，存有矛盾；另一方面，借款发生时，孙伟雪并不在济南居住生活，其称每次均系现金交付、无任何一笔经银行转账交付、无任何人在现场见证，其向朋友借款80余万元亦无任何款项通过银行转账，自己亦未将借来的款项存入银行；上述陈述不合常理，足以引起合理怀疑。

综上，孙伟雪提供的证据不足以证实借条中所载明的借款已实际交付哈志涛。上诉人孙伟雪的上诉理由证据不足，不能成立，济南市中级人民法院不予支持。

据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条、第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费24770元，由上诉人孙伟雪负担。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 曹磊

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

三、商事类案例

湖北天工机电技术有限公司

诉杨列军、鲍旭虹股东损害公司债权人利益责任纠纷案

【关键词】 公司 清算义务 赔偿责任

【裁判摘要】

公司法解释（二）第十八条第一款规定：清算义务人未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损的，应对公司债权人承担补充赔偿责任。本案中清算义务人未在法定期限内履行清算义务，导致公司财产流失，应在造成损失范围内对公司债务承担补充赔偿责任。

本案系与最高人民法院公布的第9号指导案例相对应的案例。第9号指导案例实际上是适用公司法解释（二）第十八条第二款的规定进行裁判，即公司清算义务人怠于履行清算义务导致无法进行清算时，清算义务人应向公司债权人承担连带责任。

原告：湖北天工机电技术有限公司，住所地湖北省襄樊市高新区2号工业园邓楚路9号。
法定代表人：周少文，董事长。

被告：杨列军，男，1974年5月5日出生，汉族，住山东省济南市历下区茂岭花苑1号楼1单元703室。

被告：鲍旭虹，女，1977年11月14日出生，汉族，住山东省济南市历下区茂岭花苑1号楼1单元703室。

原告湖北天工机电技术有限公司（以下简称湖北天工公司）与被告杨列军、被告鲍旭虹因股东损害公司债权人利益责任纠纷一案，向济南市历城区人民法院提起诉讼。

原告湖北天工公司诉称：2002年，湖北天工公司与济南罗格电工有限公司（以下简称罗格公司）形成买卖合同关系，罗格公司因购买进相器共欠湖北天工公司货款19万元。2004年1月5日，罗格公司被吊销营业执照，杨列军、鲍旭虹系罗格公司的股东。湖北天工公司曾于2005年起诉两股东，要求其支付欠款。法院判令两股东于判决生效之日起三个月内组织清算组对罗格公司的资产进行清算，并以清算的资产支付货款19万元，如逾期不组织清算，两股东对上述款项承担赔偿责任。判决生效后，湖北天工公司申请强制执行，法院以两股东已经成立清算组，开始对公司清算，至今仍在清算过程中为由，驳回了湖北天工公司的申请。罗格公司自2004年被吊销营业执照至今已有7年有余，杨列军、鲍旭虹作为罗格公司的法定清算义务人，怠于履行义务，导致公司财产灭失，致使湖北天工公司的债权无法清偿，依据公司法及相关司法解释的规定，请求法院判令两人赔偿湖北天工公司货款19万元及利息损失（以19万元为基数，自2005年10月22日起至判决生效之日止，按银行同期贷款利率计算），诉讼费用由两股东承担。

被告杨列军、鲍旭虹共同答辩称：湖北天工公司的起诉无法律依据。关于19万元的欠款已由生效判决确认，本次诉讼属于重复起诉。依据生效判决的内容，杨列军、鲍旭虹承担责

任的前提是，逾期不组织清算，而非未编制清算方案，湖北天工公司超出判决内容，以未编制清算方案为由要求两股东承担责任，没有依据。杨列军、鲍旭虹已经履行了生效判决确定的义务，如召开股东会并成立清算组，在报纸上进行公告三次，随后就公司财产及债权债务进行了相关处理，故诉请不能成立。

济南市历城区人民法院经审理查明：

罗格公司于2001年9月21日依法成立。杨列军、鲍旭虹系罗格公司的股东。自2002年起，罗格公司累计购买襄樊天工机电技术有限公司进相器十台，支付部分货款后，尚欠襄樊天工机电技术有限公司货款19万元。因罗格公司于2003年12月31日被工商行政管理部门吊销营业执照，襄樊天工机电技术有限公司于2005年4月5日以欠付货款为由向济南市历城区人民法院提起诉讼，要求杨列军、鲍旭虹支付货款19万元。2005年6月30日，济南市历城区人民法院作出（2005）历城民商初字第582号民事判决书判令：一、限杨列军、鲍旭虹于判决生效之日起三个月内组织清算组对罗格公司的资产进行清理，并以清算的资产支付襄樊天工机电技术有限公司的货款19万元；二、如逾期不组织清算，杨列军、鲍旭虹对上述款项承担赔偿责任。该判决生效后，襄樊天工机电技术有限公司于2005年11月29日向济南市历城区人民法院申请强制执行，济南市历城区人民法院予以立案，案号为（2005）历城执字第1784号。2006年3月16日，济南市历城区人民法院裁定中止执行。2007年9月7日，襄樊天工机电技术有限公司变更名称为湖北天工公司。2010年8月12日，湖北天工公司申请变更成为（2005）历城执字第1784号案件的申请执行人，并要求恢复执行。2010年11月15日，济南市历城区人民法院作出（2005）历城执字第1784-4号民事裁定书，驳回了湖北天工公司恢复执行的申请。后湖北天工公司对该裁定提出异议，认为杨列军、鲍旭虹未按法定程序进行清算，故意拖延清算，现杨列军、鲍旭虹有财产可供执行，应对两人恢复强制执行。2011年6月20日，济南市历城区人民法院作出（2005）历城执字第1784-5号民事裁定书，认为清算是否符合公司法的规定、是否存在故意拖延清算，不是执行程序所审查的范围；如湖北天工公司认为杨列军、鲍旭虹在公司清算过程中侵犯其权益，可以提起新的诉讼，驳回了湖北天工公司的异议。2011年8月29日，湖北天工公司以杨列军、鲍旭虹怠于履行清算义务为由，向济南市历城区人民法院提起本次诉讼。另查明，在（2005）历城执字第1784号案件执行过程中，杨列军、鲍旭虹于2005年7月5日编制清算方案，并经股东会同意，后在报纸上刊登了申报债权的公告，并先后提供了2005年5月16日出具的清算审计报告和2012年5月6日出具的清算报告及资产负债表。2012年5月6日的清算报告载明“截止2012年5月6日，公司债权债务已清算完毕”。庭审中，济南市历城区人民法院要求杨列军、鲍旭虹说明资产负债表中所列流动资金及固定资产等剩余财产的下落，杨列军、鲍旭虹在规定的期限内未说明情况。杨列军、鲍旭虹主张一直在对外追偿债权，但因时间久远不能追回。杨列军、鲍旭虹也未提供相应的账册等证据予以证实。

济南市历城区人民法院经审理认为：

本案争议的焦点是：一、湖北天工公司起诉是否属于重复诉讼；二、杨列军、鲍旭虹是否怠于履行清算义务，应否承担赔偿责任。

关于焦点一，湖北天工公司于2005年4月5日起诉杨列军、鲍旭虹的理由是，两人开办的公司欠湖北天工公司货款，因公司被吊销营业执照，杨列军、鲍旭虹为开办人，故要求两人承担支付欠款的责任。而本次诉讼是基于两人作为公司的股东，在公司清算过程中怠于履

行清算义务，要求两人承担侵权赔偿责任。由此可见，两次诉讼是基于不同的理由和法律关系，不存在重复诉讼的情形。故杨列军、鲍旭虹据此抗辩，理由不能成立。

关于焦点二，杨列军、鲍旭虹辩称已成立清算组，制定了清算方案，也刊登了申报债权的公告，并一直追讨债权，履行了组织清算的义务。济南市历城区人民法院认为，公司的清算是指在公司面临终止的情况下，负有公司清算义务的主体按照法律规定的方式、程序对公司资产、负债、股东权益等公司的状况做全面的清理和处置，使得公司与其他社会主体之间产生的权利义务归于消灭，从而为公司的终止提供合理依据的行为。《中华人民共和国公司法》第一百八十四条、第一百八十五条规定了清算的程序及职责，即成立清算组，清理公司财产，通知公告债权人，清理债权债务等。对于清算义务人未尽清算义务的责任，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第十八条也明确规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”本案中，罗格公司于2003年底被工商行政管理部门吊销营业执照，公司解散的事由已经出现，杨列军、鲍旭虹作为罗格公司的股东，在出现解散事由后没有对公司进行清算，直至（2005）历城民商初字第582号民事判决作出后，在执行过程中，杨列军、鲍旭虹才成立清算组进行清算。在清算过程中，杨列军、鲍旭虹在刊登申报债权的公告后，未履行任何实质性的清算义务。两人虽辩称一直对公司债权进行追偿，并以债权来清偿债务，但未提供公司账册等证据予以证实债权的存在。在法庭调查公司财产的下落时，杨列军、鲍旭虹也不能对公司固定资产及流动资金等财产作出合理的说明。杨列军、鲍旭虹辩称公司已严重资不抵债，但未根据公司法的规定及时申请公司破产、注销公司。因此，济南市历城区人民法院认为，杨列军、鲍旭虹的行为应认定为怠于履行清算义务的行为。两人作为罗格公司的股东，因其怠于履行清算义务，导致公司的主要财产等灭失，致使湖北天工公司本应受偿的合法债权得不到清偿，要求杨列军、鲍旭虹承担赔偿责任，符合法律规定，予以支持。据此，济南市历城区人民法院依照《中华人民共和国公司法》第一百八十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第六十六条之规定判决：一、限杨列军、鲍旭虹于判决生效之日起十日内赔偿湖北天工公司货款损失19万元；二、限杨列军、鲍旭虹于判决生效之日起十日内赔偿湖北天工公司利息损失（以19万元为基数，自2005年10月22日起，按银行同期贷款利率计算至判决规定的履行期限届满之日或杨列军、鲍旭虹在判决规定的履行期限内自觉履行义务之日）。案件受理费4100元，由杨列军、鲍旭虹负担。

杨列军、鲍旭虹不服一审判决，向济南市中级人民法院提起上诉。

杨列军、鲍旭虹共同上诉称：一、本案明显属于一案两立，湖北天工公司的诉讼请求应当驳回。本案中，湖北天工公司所主张的19万元货款及相应利息的损失，早在2005年6月30日就已经由济南市历城区人民法院进行了审理，并作出（2005）历城民商初字第582号民事判决书，该判决书同样是以本案的杨列军、鲍旭虹为被告，并在判决中判令：限杨列军、鲍旭虹于判决生效之日起三个月内组织清算组对罗格公司的资产进行清算，并以清算的资产

支付货款 19 万元；如逾期不组织清算，杨列军、鲍旭虹对上述款项承担赔偿责任。该判决于 2005 年 7 月 22 日生效，而杨列军、鲍旭虹在 2005 年 8 月 1 日就成立了清算组，并于 2005 年 9 月、10 月和 11 月依法刊登了清算公告，并开始了清算程序。而济南市历城区人民法院（2005）历城执字第 1784—4 号民事裁定书和（2005）历城执字第 1784—6 号民事裁定书均认定，杨列军、鲍旭虹所属的罗格公司“现正在清算过程中，清算程序至今未结束”。因此，通过上述事实可以认定的是，湖北天工公司所主张的 19 万元货款及利息损失已经由生效的判决予以认定，并且该生效判决也正在执行过程中，并未执行终结。所以，湖北天工公司就该笔货款，已经采取了有效的法律救济手段，并且该救济手段已进入执行程序。湖北天工公司却再另行提起所谓侵权诉讼，明显属于一案两诉。二、湖北天工公司的主张没有法律依据。本案湖北天工公司以股东侵害债权人利益为由提起的诉讼，不能成立。湖北天工公司未提交任何证据证明杨列军、鲍旭虹“怠于履行清算义务导致公司资产流失”的证据。综上，湖北天工公司的诉讼请求应当予以驳回。

湖北天工公司答辩称：一、本案不属重复起诉。（2005）历城民商初字第 582 号判决是基于买卖合同纠纷及杨列军、鲍旭虹系罗格公司开办人的事实，要求其支付欠款，法院判令承担清算责任的案件。本案是因杨列军、鲍旭虹作为公司的股东，在公司清算过程中怠于履行清算义务，而要求其承担侵权赔偿责任。两次诉讼是基于不同的事实、理由和法律关系，不存在重复起诉的情形。而且，2011 年 6 月 20 日，济南市历城区人民法院作出的（2005）历城执字第 1784—5 号民事裁定书中认定，“至于是否存在故意拖延清算，以及清算过程中的某些行为是否符合公司法的规定，不是本案执行中审查的范围。”“如果原告认为两被告在公司清算过程中侵犯其权益，可以提起新的诉讼”，以此为由驳回了湖北天工公司的恢复执行申请，湖北天工公司也已没有该法律救济途径。二、杨列军、鲍旭虹怠于清算的事实明确。本案中，罗格公司自 2003 年 12 月 31 日就已被吊销营业执照，在长达近八年的时间内没有任何实质性的清算行为。湖北天工公司的债权一直未得到清偿，济南市历城区人民法院（2005）历城执字第 1784—5 号裁定中也明确了杨列军、鲍旭虹“至今未依法制定清算报告”的事实。湖北天工公司对于杨列军、鲍旭虹不履行清算义务的举证责任已完成。而杨列军、鲍旭虹也没有任何证据证明其有合理的理由仍在进行实质清算，更不能证明罗格公司目前的财产去向。杨列军、鲍旭虹提供了 2005 年 5 月 16 日的清算审计报告和 2012 年 5 月 6 日资产负债表，都载明了罗格公司尚有流动资金和固定资产，但现已不知去向。因此，杨列军、鲍旭虹名义上成立清算组的目的仅仅是为了应付债权人，进而达到逃避债务的目的，这种仅具备清算形式而缺乏实质内容的行为，完全属于不履行清算或怠于履行清算义务的行为。综上，请求查明事实，依法驳回杨列军、鲍旭虹的上诉请求。

济南市中级人民法院二审审理查明：

济南市历城区人民法院认定的事实属实，济南市中级人民法院予以确认。

济南市中级人民法院另查明：一、2005 年 6 月 30 日，济南市历城区人民法院作出（2005）历城民商初字第 582 号民事判决书，判令杨列军、鲍旭虹于判决生效之日起三个月内组织清算组对罗格公司的资产进行清理，并以清算的资产支付湖北天工公司的货款 19 万元；如逾期不组织清算，杨列军、鲍旭虹对上述款项承担赔偿责任。

二、湖北天工公司向济南市历城区人民法院提出申请，要求杨列军、鲍旭虹对罗格公司的欠付货款承担赔偿责任。济南市历城区人民法院认为，杨列军、鲍旭虹成立了清算组，并

两次在报纸上刊登公告通知债权人申报债权，已经履行了开始清算的义务，如湖北天工公司认为股东杨列军、鲍旭虹在公司清算过程中的行为侵犯其权益，可以提起新的诉讼为由，驳回了湖北天工公司的申请。

三、2005年5月16日，山东亿昌会计师事务所有限公司向罗格公司清算组出具清算审计报告载明：截止2003年12月31日，罗格公司尚有银行存款198518.27元、存货182440.26元，固定资产净值8730.00元、其他流动资产1850.00元。

四、2012年5月6日，罗格公司清算组出具的清算报告载明：罗格公司账面尚有货币资金198220.43元、存货182440.23元、流动资产合计748033.16元、固定资产8730.00元。

济南市中级人民法院二审认为：

一、关于本案是否存在重复诉讼的问题。首先，济南市历城区人民法院作出的（2005）历城民商初字第582号民事判决书判令杨列军、鲍旭虹承担对罗格公司限期启动清算程序并以清算资产偿还欠付货款的诉讼。而本案诉讼系湖北天工公司要求清算义务人杨列军、鲍旭虹未在法定期限内对罗格公司开始清算，而造成罗格公司财产损失后对债权人所负损害赔偿责任。两个诉讼涉及了清算义务人杨列军、鲍旭虹在清理公司过程中的不同阶段，一是清算程序启动义务之诉，一是怠于履行清算义务而产生的侵权赔偿之诉，两案涉及的事实不同，亦非同一法律关系。其次，济南市历城区人民法院已经对（2005）历城民商初字第582号民事判决书的执行事宜进行了明确界定，即杨列军、鲍旭虹启动清算程序的判决义务已经履行，其在清算程序过程中是否存在怠于履行清算义务而应承担的相应损害赔偿责任，需另行起诉。在（2005）历城民商初字第582号一案中湖北天工公司已无救济途径，即使杨列军、鲍旭虹在本案中应承担赔偿责任，亦不会产生重复执行的情形。综上，杨列军、鲍旭虹上诉称，本案诉讼系重复诉讼，应当予以驳回的上诉理由，本院不予支持。

二、关于罗格公司股东杨列军、鲍旭虹的清算义务问题。《中华人民共和国公司法》第一百八十四条规定：“公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成……。”其中，公司被吊销营业执照系股东需于法定期限内成立清算组，启动清算程序的法定事由之一。本案中，杨列军、鲍旭虹所开办的罗格公司于2003年12月31日被工商行政管理部门吊销营业执照，作为有限责任公司的股东应在解散事由出现后十五日内启动清算程序，即成立清算组、清理公司财产，编制资产负债表和财产清单、通知、公告债权人、处理与清算有关的公司未了结业务等。杨列军、鲍旭虹未在法定期限内成立清算组及履行法定清算义务。虽然，在（2005）历城民商初字第582号民事判决确定了杨列军、鲍旭虹履行清算义务后，两人成立了清算组，进行了公告，编制了清算报告，但是至今已有七年之久，仍未清算完毕，仅有清算之名，未有清算之实。而且，判决判令清算义务人启动清算程序仅系对杨列军、鲍旭虹未在法定期限内开始清算的强制补救措施，并不能由此认定两人已经履行了在法定期限内开始清算义务的事实。故应认定杨列军、鲍旭虹作为清算义务人没有在法定清算事由出现后的法定期限内履行启动清算程序的法定义务。

三、关于杨列军、鲍旭虹怠于履行清算义务应否承担损害赔偿责任问题。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第十八条第一款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任

责任的，人民法院应依法予以支持。”该条第二款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”有限责任公司的股东“怠于履行义务”包括怠于履行依法及时启动清算程序进行清算的义务，也包括怠于履行妥善保管公司财产、账册、重要文件等义务。第二款的落脚点在于“无法进行清算”，即由于有限责任公司的股东怠于履行及时启动清算程序进行清算的义务，以及怠于履行妥善保管公司财产、账册、重要文件等义务，导致公司清算所必需的公司财产、账册、重要文件等灭失而无法清算，在此情况下，有限责任公司的股东要对公司的债务承担连带清偿责任。如果仅仅是清算义务人未在法定的十五日期限内组成清算组开始清算，但未达到“无法清算”的程度的，应当按照第一款的规定，认定由上述清算义务人在造成法人财产减少的范围内对公司债务承担补充赔偿责任。在确定清算义务人不作为给债权人造成的损失范围时，应当适用因果关系推定和举证责任倒置的原则来确定。即公司出现非破产原因的解散事由时，原则上推定只要公司依法进行清算，债权人在清算程序中理应得到全额的清偿，但是，由于清算义务人没有及时启动清算程序清偿债务，债权人在经强制执行债务人财产不能获得清偿的部分，应当首先推定为债务人的清算义务人未及时启动清算程序所造成的公司责任财产的减少部分，这时，除非债务人的清算义务人能够举证证明该部分法人财产的减少不是其不作为造成的。清算义务人承担损害赔偿责任的必要条件有三则，一是清算义务人存在怠于履行清算义务的事实，二是由于清算义务人怠于履行清算义务致使公司财产流失，三是债权人的债权受到损害。本案中，如前所述，清算义务人杨列军、鲍旭虹未在法定期限内启动清算程序，存在怠于履行清算义务的事实。2005年5月16日罗格公司委托会计师事务所出具的清算审计报告及2012年5月6日罗格公司出具的清算报告均显示，罗格公司尚有银行存款、存货、固定资产及其他流动资产。在原审及二审审理过程中，法庭均限定期限要求杨列军、鲍旭虹说明上述公司财产的去向，但杨列军、鲍旭虹无法作出合理说明，应当认定上述公司财产已经流失。如果清算义务人杨列军、鲍旭虹在清算事由出现后在法定期限内及时进行清算，就可能避免财产的流失，公司债权人的债权就可能得到清偿。杨列军、鲍旭虹怠于履行清算义务，导致公司财产流失，给债权人造成了损失，应在导致公司财产损失范围内承担赔偿责任。虽然杨列军、鲍旭虹怠于履行清算义务，但罗格公司尚未达到无法清算的程度，因为公司的债权、债务关系已在清算报告中列明，可以进行清算，杨列军、鲍旭虹应在造成财产损失范围内承担补充赔偿责任而非无限连带赔偿责任。故杨列军、鲍旭虹上诉称，其不应承担赔偿责任的上诉请求，本院不予支持。

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）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费4100元，由杨列军、鲍旭虹共同承担。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 魏希贵

案例来源：载《案例参阅与指导》第23期

山东天齐房地产开发有限公司 诉山东九合地产有限公司、山东九同置业有限公司 借款纠纷案

【裁判摘要】

公司法人的财产是债权人实现债权的唯一保障。如果公司的业务经常以其股东的名义进行，公司与其股东之间的财产没有明确的区别，形成股东即公司，公司即股东的情形，人民法院可以在特定的法律关系中认定公司法人与其股东人格混同，否认公司法人的人格，公司法人和其股东对外借款承担连带清偿责任。

原告：山东天齐房地产开发有限公司，住所地淄博市张店区中心路 265 号。

法定代表人：吕超，董事长。

委托代理人：舒孝林，该公司职员。

委托代理人：商增远，山东北方永丰律师事务所。

被告：山东九合地产有限公司，住所地济南市经七路 168。

法定代表人：马新强，董事长。

委托代理人：郭洪涛，该公司职员。

被告：山东九同置业有限公司（原山东同德电子技术有限公司），住所地济南市历下区利农路 29 号。

法定代表人：马新强，董事长。

委托代理人：郭洪涛，该山东九合地产有限公司职员。

原告山东天齐房地产开发有限公司（以下简称天齐公司）与被告山东九合地产有限公司（以下简称九合公司）、山东九同置业有限公司（原山东同德电子技术有限公司，以下简称九同公司）因借款纠纷一案，向山东省济南市中级人民法院提起诉讼。

原告天齐公司起诉称：原告公司于 2010 年 1 月 22 日经北京产权交易所竞得九合公司 4881 万元债权。九合公司系专门为运作九同公司房地产项目成立的，成立以来除了收购九同公司的全部股份并试图运作外没有任何业务，且九同公司系九合公司全资控股的一人有限公司，其财产与其股东九合公司财产混合，不具有独立性，因此也应当对其母公司的债务承担清偿义务。要求判令九合公司、九同公司偿还借款 4881 万元及相应利息（资金占用费）。

被告九合公司答辩称：1. 天齐公司提供的现有证据无法证实其主张，其诉讼请求不应得到支持；2. 对天齐公司提交的借款合同真实性没有异议。但从合同看，属于企业之间的借贷行为，借贷无效，天齐公司主张的利息不应受到法律保护。

被告九同公司答辩称：同意九合公司答辩意见。补充，1. 九合公司与九同公司系两个分别独立的法人企业，不存在财产混同的事实；2. 天齐公司自己认可其拥有对九合公司的债权，现要求作为子公司的九同公司承担共同还款责任没有法律依据。要求驳回对我公司的诉

讼请求。

济南市中级人民法院经审理查明：

一、关于股权、债权转让及数额问题

2009年12月9日，山东高新置业有限公司（以下简称高新置业）将其在九合公司的42%股权及享有的4881万元债权委托北京产权交易所公开挂牌交易。2010年1月22日，天齐公司在北京产权交易所竞得高新置业对九合公司的42%的股权及4881万元债权。同日，北京产权交易所出具网络竞价成交确认书和企业国有产权交易凭证。同日，高新置业与天齐公司签订产权交易合同一份。合同约定，高新置业转让其合法持有的九合公司的42%股权及4881万元债权，天齐公司收购高新公司转让的上述股权及债权。挂牌价格为6020万元，公开竞价结果，转让标的以10070万元转让给天齐公司。转让价款为一次性付款，天齐公司将转让款在本合同生效后5个工作日内汇入北京产权交易所指定的结算账户。交易合同签订后，天齐公司按照约定支付了全部转让价款。在诉讼过程中，九合公司申请办理了工商登记的变更手续，变更天齐公司成为九合公司的股东。

九合公司向北京产权交易所公开挂牌交易时的材料证实，高新置业挂牌转让的4881万元债权中，借款本金为4147万元，资金收益（利息）为734万元，上述债权及股权基准评估日为2009年9月30日。

天齐公司提供了九合公司与高新置业签订的借款合同等9份证据，证实高新置业转让债权属实及上述债权约定了支付资金占用费。九合公司对上述证据本身没有异议，但认为转让债权为企业之间借贷，不应当支持利息。

二、九合公司和九同公司工商登记情况及两公司的关系问题

九合公司系2006年7月12日注册成立的企业法人单位，注册资金2000万元。股东为，济宁银通源担保有限公司，持股比例54.82%；高新置业，持股比例42%；马新强，持股比例3.18%。

2006年12月31日，九合公司股东作出关于修改九合公司公司章程的股东会决议，对公司章程和出资协议内容作出如下变更：

公司章程第九章第四十条（四）“在2006年12月31日之前，如果由于种种原因未能取得位于济南市经十东路临港开发区南区〔编号为历城国有（2000）字第2042、2043、2044、2045、2046〕的土地的合作开发手续（包括土地使用权证书）的。”修改为“在2007年12月31日之前，如果由于种种原因未能取得位于济南市经十东路临港开发区南区〔编号为历城国有（2000）字第2042、2043、2044、2045、2046〕的土地的合作开发手续（包括土地使用权证书）的。”

《出资协议》第五条第一款“在2006年12月31日之前，如果由于种种原因未能取得位于济南市经十东路临港开发区南区（编号为历城国有（2000）字第2042、第2043、第2046，历城国有（2000）字第2044、第2045）的土地（以下称合作项目）的合法开发手续时（土地使用权证书），公司即应解散。”修改为“在2007年12月31日之前，如果由于种种原因未能取得位于济南市经十东路临港开发区南区（编号为历城国有（2000）字第2042、第2043、第2046，历城国有（2000）字第2044、第2045）的土地（以下称合作项目）的合法开发手续时（土地使用权证书），公司即应解散。”

2006年12月，山东省电子器材厂变更为山东同德电子技术有限公司，企业类型由集体

股份合作制变更为有限责任公司，股东变更为董志强等8人。注册资金由80万元增加到600万元。2009年1月，董志强等股东将其全部股权及公司拥有的土地及房产转让给九合公司，并更名称为九同公司，并增资至2000万元。历城国有（2000）字第2042、2043、2044、2045、2046号土地使用权为山东省电子器材厂（后变更为山东同德电子有限公司）所有。

根据九合公司和九同公司自己向审计机关提供的被审计单位基本情况表反映如下情况：九合公司和九同公司两企业地址均为济南华信路15号凯贝特大厦A-607号，法定代表人均为马新强，总经理均为孙贻祝，财务负责人均为张立随，电话均为13864098211，传真均为86550131。九合公司在职工7人，其中管理人员4人，而九同公司在职工、管理人员、生产经营人员均为0。

天齐公司提交的九合公司与高新置业签订的9份借款合同中，注明为了解决临港项目资金短缺，九合公司向高新置业借款用于临港项目开发。临港项目的土地使用权在九同公司名下。九合公司在其2008年、2009年1月以及2009年9月30日的利润表中载明主营业务收入均为0，在2009年9月30日的资产负债表中，载明九合公司长期投资为8200万元。

济南市中级人民法院经审理认为：

九合公司的股东高新置业将其在九合公司的股权及债权通过北京产权交易所挂牌转让，天齐公司通过竞拍，取得上述股权和债权。天齐公司在竞得拍卖标的后支付了对价，天齐公司拥有了对九合公司的股权和债权。

高新置业与九合公司之间签订的借款合同约定了收取资金占用费，系高新置业作为九合公司的股东为了九合公司的经营需要，支持九合公司企业发展而出借款项给九合公司使用，双方约定九合公司支付借款期间的资金占用费亦无不可。高新置业将上述债权本金及相应的资金占用费挂牌转让，天齐公司以合法途径取得，天齐公司依法拥有对九合公司的上述债权。天齐公司要求九合公司支付上述受让债权的诉讼请求合法，依法应当予以支持。九合公司辩称转让债权系企业之间借贷，不应当支付利息的主张合法。但是九合公司使用他人的资金，债权人要求九合公司支付使用期间的资金占用费应当支持。天齐公司要求按照年息11%支付资金占用费没有依据，该主张依法不予支持。但依法可以按照人民银行同期贷款利率标准计付。

根据《中华人民共和国公司法》的相关规定，九合公司作为九同公司的唯一股东，应当依照诚实信用原则及禁止权利滥用原则来规范两公司的经营行为，严格遵循公司财产分离原则，维护法人独立制度。从本案查明的事实看，1. 从九合公司和九同公司提供的被审计单位基本情况表可以看出，九合公司与九同公司在经营地址、法定代表人、总经理、财务负责人上均相同，尤其是九同公司没有在职职工、管理人员、生产经营人员，因此，两公司存在人员及组织机构混同情况。2. 从九合公司股东对公司章程和出资协议的修改决定可以看出，九合公司成立的目的明确，即为了收购和运作九同公司的土地使用权并进行开发，否则九合公司解散。因此，可以看出九合公司的成立与解散取决于对九合公司的收购成功与否。在事实上，九合公司成立后，收购了九同公司的全部股权及其所拥有的土地使用权。同时，九合公司也将其公司的全部资金投入到了九同公司，使九同公司注册资金增资至2000万元。两公司所拥有的资产和经营项目为九同公司所拥有的临港开发区土地，但九同公司却没有在职职工、管理人员、生产经营人员，加之九同公司系九合公司全资控股的一人公司，九合公司将所借的巨额款项交付九同公司使用，其自身自成立以后的长时间内其主营业务却没有进行任何经

营活动，可以看出两公司在公司财产和业务上存在混同。根据上述分析，九合公司与九同公司系“二块牌子，一套人马”，两公司财产、人员、业务等诸多方面无法分离清楚，造成两公司在公司人格上存在高度混同，违背了法人制度设立的宗旨。因此，基于上述情况，九同公司应当对九合公司的债务承担连带偿还责任。九同公司辩称该公司与九合公司系两个分别独立的法人企业，不存在财产混同的抗辩与事实不符，不能成立，本院不予支持。

据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第四条、第三十七条、第一百零八条，参照《中华人民共和国公司法》第二十条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告山东九合地产有限公司、山东九同置业有限公司于本判决生效之日起10日内连带偿还原告山东天齐房地产开发有限公司借款4147万元，资金占用费734万元（资金占用费计至2009年9月30日，此后至本判决生效之日按照人民银行同期贷款利率另行计付）。

二、驳回原告山东天齐房地产开发有限公司的其他诉讼请求。

编写人：济南市中级人民法院民六庭 刘培森

案例来源：载《案例参阅与指导》第26期

李雪霞诉山东圣凯置业有限公司 委托合同纠纷案

——产权式商铺业主能否要求自主经营

关键词 产权式商铺 建筑物区分所有权 专有权 委托经营 自主经营

裁判要点

产权式商铺是由国外引进我国的一种新型商业地产销售模式，其核心理念是所有权与经营权的分离。购买产权式商铺的业主享有的是建筑物区分所有权，包括对专有部分的专有权，对共有部分的共有权以及因业主之间共同关系而产生的成员权。商场内分割出售的商铺属于业主的专有部分，业主对专有部分享有完整的、全面的所有权，包括占有、使用、收益、处分的权利。商铺业主要求自主经营的权利应当予以保障。

相关法条

《中华人民共和国物权法》第七十条、第七十一条

案件索引

一审：济南市历下区人民法院（2011）历商初字第355号（2012年6月27日）

二审：济南市中级人民法院（2012）济民一终字第989号（2013年11月15日）

基本案情

原告李雪霞诉称：2006年8月31日，原告与圣凯公司签订了《商品房买卖合同》一份，购买由圣凯公司开发的圣凯财富广场商业广场的一处商铺，原告付清全部房款，办理了房产证。2007年9月1日，原告与圣凯公司签订了《委托经营管理协议》一份，约定由圣凯公司对涉案商铺进行经营管理，期限为三年，自2007年9月1日起至2010年8月31日止。圣凯公司经营期间，对该商铺重新规划，出租给他人使用。《委托经营管理协议》到期后，圣凯公司提出降低协议租金的续约要求，原告则要求提高租金或者返还商铺，双方经多次协商未果，现圣凯公司仍占用原告的商铺。为保护原告的合法权益，特诉至法院，请求：1. 确认原被告签订的《委托经营管理协议》终止；2. 判令被告赔偿《委托经营管理合同》到期之日至实际腾房之日的损失（按年租金58000元计算）；3. 判令被告按照《委托经营管理协议》第十一条的约定以《商品房买卖合同》附加装修标准恢复原状，腾空并返还房产；4. 本案诉讼费、保全费由被告承担。

被告山东圣凯置业有限公司（以下简称圣凯公司）辩称：一、李雪霞购买的是虚拟产权的商铺，不具有独立的使用价值，若要实现其使用价值必须与其他商铺统一使用或经营。本案涉及商场各业主商铺之间没有隔断，商铺之间具有不可分性，每个单独的商铺在物理空间上不具有构造上的独立性，不通水通电，无法独立使用。二、我国法律规定公民的合法权益受法律保护，但公民行使权利不得损害国家、集体及他人的合法权益。本案李雪霞购买商铺仅占整个市场总面积的千分之二，而目前该商场的绝大多数业主都同意与被告续签《委托经营管理协议》，本案李雪霞主张所有权，但不应损害其他业主的利益，本案在处理上应当考虑

个人利益与公众利益之间的平衡。三、被告将李雪霞委托经营的商铺出租给第三人时，已经将租赁合同的租金标准、租赁期限等事宜明确告知给李雪霞，李雪霞未提出任何异议。现李雪霞以租赁期限超出委托经营期限为由，要求收回商铺，没有法律依据。应当保护善意第三人的利益，继续履行租赁合同。假使被告的行为超出了李雪霞的授权，给她造成了损失，被告同意按照有关法律规定和市场价格给予公平合理的赔偿。四、李雪霞所主张损失的计算标准明显高于实际损失，应当依法进行评估鉴定，以确定其实际损失。

第三人济南京硕教育科技有限公司（以下简称京硕公司）诉称：第三人是善意承租方，对圣凯公司不是涉案房屋的产权人毫不知情。第三人与圣凯公司签订租赁合同后，圣凯公司向第三人出示了济房权证历字第 123890 号产权证，第三人持该证办理了公司注册手续，租赁使用至今，第三人有足够理由相信圣凯公司是涉案房屋的合法所有人，对该房屋已部分出售给他人以及与实际产权人之间的委托经营管理事宜，圣凯公司从未向第三人告知。第三人在涉案房屋的承租期间一直守信履约，请求法院考虑第三人作为善意第三人的立场，保护第三人的合法权益。

法院经审理查明：2006 年 8 月 31 日，李雪霞与圣凯公司签订《商品房买卖合同》，约定：李雪霞购买圣凯公司开发的涿源大街 29 号二层 2Z227 号商铺，建筑面积 15.30m²（其中套内建筑面积 7.95m²，公用部位及公用房屋分摊建筑面积 7.35mm²；每平方米单价 24959.48 元，计款 381880 元，首付 161880 元，银行按揭贷款 220000 元；2007 年 7 月 1 日交房。关于装修、设备标准，圣凯公司承诺：出卖人交付使用的商品房的装饰、设备标准应符合双方约定（附件三）的标准。达不到约定标准的，买受人有权要求出卖人赔偿装饰、设备差价。合同附件三装饰、设备标准中，对商场公共装修、街铺装修、装饰、设备标准作出了约定，李雪霞所购买的商铺类型为专柜，合同附件三专柜对应的装修标准为“不作另外装修，按公共部分标准”。合同签订后，李雪霞实际付款 383627 元，圣凯公司于 2009 年 1 月 7 日向李雪霞开具发票，载明建筑面积为 15.37m²，李雪霞取得济房权证历字第 156966 号房产证，上述房屋建筑面积为 15.37m²，套内建筑面积为 7.95m²，登记日期为 2009 年 8 月 12 日。本案诉争房屋的《商品房买卖合同》及补充协议中均载明，李雪霞所购买的 2Z227 房屋的规划用途是商业办公，合同约定的房产是一种投资商业地产的行为，适用法律法规及商业惯例、习惯，房产证所附房屋分户平面图亦注明户与户之间的隔墙、楼板及公用建筑之间的隔墙、外墙（包括山墙）均为共有。2007 年 9 月 1 日，李雪霞与圣凯公司签订《委托经营管理协议》，约定李雪霞将其 2Z227 号商铺委托圣凯公司经营管理，期限 3 年，自 2007 年 9 月 1 日至 2010 年 8 月 31 日，年租金为 30550 元（约为已付房款 383627 元的 8%）。于每年的 9 月 1 日先付租金。李雪霞于 2007 年 9 月 1 日将商铺交付圣凯公司。双方合同另约定委托经营期满李雪霞可以继续委托圣凯公司经营管理，如李雪霞自行出租或自营，经营业态需符合圣凯财富广场整体商业业态、规划，所经营商品需符合圣凯公司对商场的统一规划要求。本协议期满，圣凯公司需继续租用该商铺的，应于期满前向李雪霞提出续租要求。返租期满后，双方协商将商铺按签订的商品房买卖合同附加的装修标准恢复原状或按当时装修现状，由圣凯公司交付李雪霞。上述合同期满后，圣凯公司未返还李雪霞商铺。2011 年 5 月，圣凯公司与第三人京硕公司签订场地租赁合同，约定该公司承租面积为 1180.22m²（含原告 2Z227 号商铺），租赁期限自 2011 年 5 月 16 日至 2016 年 5 月 15 日。上述租赁行为，未经李雪霞同意，至今李雪霞与圣凯公司未续签《委托经营管理协议》。案件审理过程中，圣凯公司申请对李雪霞主张

的损失计算依据即房屋租金标准进行司法鉴定，因该申请的提出已超过举证期限，一审法院未予采纳。

根据双方当事人的陈述，涉案商场竣工后，圣凯公司与业主之间并未履行交付手续，而是根据双方签订的委托经营合同，由圣凯公司开始对商铺进行统一经营并向业主支付租金。最初经营业态为整个商场为一家综合性购物中心，之后购物中心停止营业，目前分别出租给多家公司或个体，用作餐饮、娱乐及教育机构的办公室或营业场所等。商场并未按照合同所附图纸进行间隔划分，商场根据经营需要以及承租人的要求进行隔断。圣凯公司主张目前有330名业主已经与圣凯公司续签了委托经营合同，并提交委托经营合同一宗，李雪霞对圣凯公司提交的其他业主的续签合同不予认可。

根据圣凯公司的申请，本案二审中法院委托鉴定机构对李雪霞诉请损失即涉案商铺的租金数额进行鉴定，济南天德汇资产评估有限公司于2013年5月22日出具济天德法鉴字(2013)第103号鉴定报告，鉴定意见为涉案商铺2010年9月1日至2013年5月22日的租金总额为24771.01元。

在本案一审审理期间，圣凯公司支付李雪霞人民币42917.62元。二审期间，圣凯公司向李雪霞支付17581元。

裁判结果

济南市历下区人民法院于2012年6月27日作出(2011)历商初字第355号民事判决：一、原告李雪霞与被告山东圣凯置业有限公司于2007年9月1日签订的《委托经营管理协议》终止；二、被告山东圣凯置业有限公司于本判决生效之日起30日内返还原告李雪霞圣凯财富广场商业广场二层2Z227商铺(建筑面积15.37m²套内建筑面积为7.95m²)；三、第三人济南京硕教育科技有限公司对上述第二项承担连带责任；四、被告山东圣凯置业有限公司按商品房买卖合同附加的装修标准返还原告上述房屋，其中涉及第三人装修部分，由第三人自行拆除；五、被告山东圣凯置业有限公司于本判决生效之日起10日内赔偿原告李雪霞房屋租金损失(自2010年9月1日起至本判决生效之日止，参照原告已付购房款383627元的8%/年计算)，被告山东圣凯置业有限公司已付的42917.62元应予扣减；六、驳回原告李雪霞的其他诉讼请求。宣判后，圣凯公司向济南市中级人民法院提起上诉。济南市中级人民法院于2013年11月15日作出(2012)济民一终字第989号民事判决，由于二审中圣凯公司另行向李雪霞支付了部分租金，因此二审法院对一审判决第五项中李雪霞损失数额进行了调整，对于其他判项予以维持。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案所涉及商铺虽然与其他商铺之间无物理间隔，但商铺的位置、面积是具体确定的，商场内部的商铺与商场公共区域相通，能够独立使用，具备独立的使用价值，可以作为独立的物权客体，商铺的业主享有的是建筑物区分所有权。建筑物区分所有权包括对专有部分的专有权，对共有部分的共有权以及因业主之间共同关系而产生的成员权。而商场内分割出售的商铺属于业主的专有部分，业主对专有部分享有完整的、全面的所有权，包括占有、使用、收益以及事实上和法律上的处分权。业主对专有部分的所有权是绝对的、排他性的权利，专有部分自主经营或是委托经营应当属于业主自主决定的事项，不受其他业主的限制。根据《中华人民共和国物权法》第七十六条第(七)项的规定，业主的共同决定权应限于“有关共有和共同管理权利的重大事项”，业主专有部分的物权行使，不属于共同决

定的范围。本案李雪霞对其购买的商铺享有全面的、完整的所有权，李雪霞可以自主决定其经营方式。李雪霞与圣凯公司签订的《委托经营管理协议》的期限已届满，该协议第十条约定，期满后可以由圣凯公司续租，也可以由李雪霞自营或自行出租。圣凯公司在合同到期后继续控制使用商铺并收益，没有合同依据和法律依据。因此，现李雪霞要求圣凯公司返还商铺符合协议的约定，应当予以支持。圣凯公司在返还商铺时应按照双方签订《房屋买卖合同》中约定的专有部分的装修标准返还李雪霞专有部分之商铺。

关于李雪霞要求圣凯公司赔偿损失应否支持，损失数额如何确定。由于双方之间经营管理合同到期后圣凯公司仍继续将涉案商铺出租以获取收益，李雪霞要求圣凯公司支付此期间的损失，应当支持。对李雪霞的损失以双方原经营管理协议约定的租金标准来认定，较为公平合理。故原审判决对损失数额的认定并无不当，但诉讼中圣凯公司已支付的使用费应予扣除。二审期间，因圣凯公司申请评估租金损失，经法院委托后，鉴定机构出具鉴定意见，法院经审查认为该意见与双方原本约定之租金数额差距过大，明显不合理，故对该鉴定意见不予采纳。

案例注解

本案中的圣凯财富广场是一处大型的购物中心，开发商为了筹集或迅速回笼建设资金，将购物中心整体分割为若干小面积商铺进行出售，各个商铺之间不设隔断，购买商铺的业主可办理产权登记，但并不直接经营商铺，而是委托开发商或专门的管理公司进行统一经营管理，商铺业主获取定期、定额回报。这种特殊的商业地产销售模式被称为“产权式商铺”。我国现行法律对于此类商铺的规划、建设、销售、登记、经营等环节均无明确的法律规范，司法实践中审理涉及此类商铺的案件存在法律适用的难题。

本案采取目前理论界的主流观点，认为产权式商铺可以作为独立的物权客体，商铺业主享有的是建筑物区分所有权，商场内分割出售的商铺属于业主的专有部分，业主对专有部分享有完整的、全面的所有权。业主对专有部分的所有权是绝对的、排他性的权利，专有部分自主经营或是委托经营应当属于业主自主决定的事项，不受其他业主的限制。本案将产权式商铺物权关系纳入到建筑物区分所有权理论体系中，对类似案件的审理具有一定的借鉴意义。

一、“产权式商铺”的概念与其经营中存在的问题

购物中心属于一种特殊的零售业形式，这种零售形式诞生于美国，其操作方式是产权、经营权、管理权的三权分离。开发商持有产权，将产权内的商铺向商户出租，分散经营，由开发商所委托的专业商业管理公司对全部商户的经营实行统一管理。统一的管理是此类商业模式存在和发展的必要条件之一，也是其区别与其他零售业的标志。^①

这种新型的零售业模式传入我国后，由于市场环境不同而发生新的变化。由于大型购物中心的开发耗资巨大，开发商还贷的资金来源如果仅依赖于商户分散经营的租金收益，则其成本回收期限较长，而目前我国国内金融制度对开发商的贷款期限无法满足这一要求，于是导致开发商往往将商铺的出租变为出售，以筹集建设资金或是实现建设资金的迅速回笼，“产权式商铺”的概念由此产生。所谓“产权式商铺”，是指商业性房产开发商为了筹集或迅速回笼建设资金而将整体的商业建筑物分割为若干独立的部分分别销售，各独立销售的面积之间不设物理间隔，业主购买后办理产权登记后享有产权但不直接经营，而是由开发商或专门的

^① 参见姚辉：《〈物权法〉上业主撤销权及其适用》，《法学论坛》2009年第6期。

品牌经营公司负责统一经营管理，业主获取定期、定额回报的房地产销售模式。

将商场整体分割为若干小面积分别出售，会导致商场产权分散的局面，对实现统一经营造成根源性的障碍，虽然开发商采取一些方式试图解决这一问题，比如在商铺销售的同时与业主签订委托经营协议，以取得统一经营权，但这种方式不能从根本上解决产权分散与统一经营的矛盾。原因在于，委托经营协议是附期限的，开发商只是在约定的委托管理期限内享有经营权，在委托经营合同到期后，如果商场经营良好，则双方完全可能续签合同，使商场统一经营的模式延续，一旦商场经营不善，业主定期回报难以保障，对统一经营失去信心，则会提出自主经营的要求，导致委托经营合同难以延续，动摇商场整体统一经营的模式。本案就是开发商与业主之间委托经营协议到期后，个别业主不同意续签委托经营合同而引发的纠纷。

产权式商铺作为一种新型的房地产销售模式对商业性房地产市场的发展具有积极意义。但商业性房产分割销售导致了单独所有权与统一经营权的分离，正是由于此问题的存在使得我国大部分的产权式商铺的命运都是以火爆热销开场，但最终却以惨淡经营或无法正常开业而告终。目前我国法律体系中尚无“产权式商铺”的法律概念，而这种房地产销售模式在我国市场经济中现实存在且具体操作中存在问题，确实有对其法律属性进行探讨的必要。

二、产权式商铺能否构成建筑物区分所有之专有部分

判断产权式商铺能否构成建筑物区分所有中的专有部分，首先需要考虑其能否成为独立的物权客体。传统法学理论中，能够作为物权客体之物必须是现有物、有形物、独立物。现有物，指作为物权客体之物必须是现实存在的，能够被现实支配的物，而不是将来才能产生或获得的物；有形物，指占有一定空间具备一定形体的物；独立物，指能够单独作为物权客体，具有独立的使用价值与交换价值，在构造上、功能上、法律上能够与其他的物区别开来而独立存在的物。产权式商铺是现有物、有形物，毋庸置疑，但对于产权式商铺是否具备独立性，学界存在一定争议。我们认为，认定物权客体是否具备“独立性”的标准，不能脱离物的特定使用功能，产权式商铺四周虽然没有墙体，但其位置、面积是具体确定的，就商场内部商铺这一特定功能来说，产权式商铺可以成为独立的物权客体。

我国《物权法》第六章对建筑物区分所有权进行了专门规定。建筑物区分所有权，是指根据使用功能，将一栋建筑物在结构上区分为各个所有人独自使用的部分和由多个所有人共同使用的共同部分时，每一个所有权享有的对其专用部分的专有权，对共用部分的共有权以及各个所有人之间基于其共同关系而产生的成员权的结合。它是由专有所有权、共有权、成员权三部分构成。^② 构成建筑物区分所有权的专有部分需要满足以下条件：（1）必须具备构造上的独立性。在构造上能够与建筑物其他部分明确区分开。（2）必须具有利用上的独立性。可以排他使用，具有独立的经济效用。（3）通过登记予以公示并表现法律上的独立性。^③ 如前所述，产权式商铺虽然与住宅用房不同，其封闭性和独立性并没有住宅那么明确，但通过地面埋设、涂刷标记或是测绘图纸，商铺的位置、面积都可以加以明确，因此各个商铺具有构造上、利用上的独立性。本案业主购买商铺后办理了过户登记手续，因此满足了公示性要件，在法律上可以与其他商铺区别开。所以，应当认定产权式商铺可以成为建筑物区分所有

^② 李开国、张玉敏主编：《中国民法学》，法律出版社2002年版，第394页。

^③ 参见王利明：《论商铺业主的专有权及其行使》，《法学论坛》2009年第6期。

的专有部分。

三、产权式商铺业主专有权的行使与自主经营

产权式商铺能够成为建筑物区分所有之专有部分，购买商铺的业主对商铺享有专有权。关于专有权的范围，我国《物权法》第71条规定，业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。这就表明，专有权人对其专有部分的所有权享有如同一般所有权一样的权能，包括占有、使用、收益、和处分的权利。从这个意义上说，专有部分的所有权本质上仍然属于所有权，包含所有权的全部权能。

所谓自主经营权，是指商铺业主享有的根据自己的经营计划安排商铺存在的利用方式，并排斥他人干涉的权利。本案中，商铺业主对其购买的商铺依法享有经营权，其权利的基础是对商铺享有的专有权。一方面，商铺业主的专有权本质上是一种所有权，具有完整的所有权的权能，则业主对其财产可以依法自主经营和利用；另一方面，经营权的内容主要体现为业主的个人私利，业主享有经营权的目的是为了通过经营活动而盈利。经营权的营利性、私利性决定了其自主性，即商铺业主对商铺的经营管理具有充分的自主性，业主可按照其独立意思对商铺进行经营管理。^④ 所以，我们认为商铺业主对其商铺享有独立经营的权利，业主有权决定如何行使该种权利，不受他人意志的支配或干预。该独立经营表现大致为两种形式，一种是委托经营，一种是自主经营。在委托经营的情况下，业主将对商铺占有、使用的权利委托给他人，自己享有收益权；在自主经营的模式下，业主独立地占有并利用其商铺，从事各种经营活动。

自主经营与产权式商铺所有权、经营权相分离的本质属性与经营理念不符，那么对于商铺业主的自主经营权是否应当作出必要限制。以本案来讲，超过三分之二多数的业主在委托经营协议到期后都续签了合同，少数个别业主不同意统一委托经营，而是要求返还商铺自主经营，无疑会对商场统一经营的业态造成冲击，一方面影响商场经济效益的发挥，另一方面也会影响多数业主的利益。那么，对于少数业主要求返还商铺的请求应当支持与否？

随着社会的发展，所有权适当受到限制的思想逐渐产生。对于所有权的限制，既可能是为了社会公共利益，也可以是为了其他民事主体的利益。专有权的权能与一般的所有权并无二致，法律在保障专有权自由行使的同时，也必然对其进行限制。这也是所有权受限制思想在专有权中的体现。我国《物权法》第七十一条规定：“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。”第七十七条规定：“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。”从上述规定来看，我国《物权法》对业主专有权其主要规定了如下限制性规则：一是专有权的行使不得危及建筑物的安全。二是专有权不得滥用而损害其他业主的合法权益。三是“住宅改商用”应得到相关区分所有人的同意。根据以上限制规则，我们认为专有部分的使用虽然应当限制，但主要体现在对其利用不得损害建筑物整体或其他专有部分的安全、不得危害共同的生活秩序等，对专有部分所有权的限制不能随意扩大。如果不允许业主自主经营，实际就剥夺了业主对商铺利用的权利，实际上损害了其所有权。因此，权利人依据独立自主决定专有部分经营方式的权利应当保障。

^④ 参见李建华：《论商铺业主经营权与建筑物区分所有权冲突的司法处理》，《法学论坛》2009年第6期。

四、类似案例及关联

(一) 顾锡炎诉无锡市哈哈餐饮美食有限公司未经同意使用其房产要求迁让纠纷案。^⑤

1994年9月,顾锡炎购买了无锡华光珠宝城房地产开发有限公司(以下简称珠宝城公司)开发的珠宝城商厦五楼第九单元的房产,该房产建筑面积21.64平方米,顾锡炎于1996年4月领取了九单元的房屋所有权证。该建筑五层的总面积6500多平方米,共有40个业主,其中各业主所有的单元没有进行隔断。商厦五楼长期闲置,无法产生效益,2000年1月28日,开发商给各购房业主邮寄挂号信,通知业主拟将房屋出租给第三人无锡市哈哈餐饮美食有限公司(以下简称哈哈公司)经营餐饮。寄给顾锡炎的信件因无人领取被退回。2000年3月16日,开发商召开五楼业主会议,顾锡炎未参加,到会业主同意将房屋出租给第三方使用。2002年3月22日,珠宝城公司与哈哈公司签订了租赁合同,租用五楼、六楼房屋,经营餐饮。顾锡炎以珠宝城公司出租房屋未经其同意为由,起诉要求承租方迁出房屋,并赔偿损失。案经无锡市中级人民法院终审,判决驳回了顾锡炎的诉讼请求。无锡市中级人民法院认为,公民的合法民事权益受法律保护,但我国的法律规定,公民行使个人权利不得损害国家、集体及其他公民的合法权益。珠宝城商厦五楼作为一个整体商铺,各业主所有的单元房产间没有进行间隔,无法分割使用。要发挥该商铺的最大效用,必须整体使用。因大部分业主同意委托珠宝城公司将五楼自有房产出租给哈哈公司使用。顾锡炎不同意哈哈公司使用九单元的房产,不仅损害了自有利益,而且使珠宝城公司与哈哈公司间的租赁合同无法履行,影响到五楼其他业主的公众利益。从兼顾个人利益与公众利益出发,对于顾锡炎的诉讼请求不予支持。

(二) 某商厦834名业主诉38名业主《公约》效力确认案。^⑥

原告834人、被告38人均均为某商厦的业主。2002年1月25日,某商厦正式开始营业。2004年10月24日,商厦业主召开首届业主代表大会,制定了《章程》和《公约》,《公约》第3条规定,业主委员会根据业主大会的授权,征求本楼宇内所有房产权和经济利益相同的业主的意见,表决通过后以合同的形式分楼宇分别委托一个经营管理公司实施统一的专业化经营管理服务。2006年9月29日,业主对《章程》和《公约》进行了修改,在《章程》第11条中规定,业主委员会可根据多数业主的意见,授权经营企业对整体布局进行整改、招商。2005年后,商厦内部经营方式存在部分业主自营,部分委托经营的情形。2007年7月8日,业主委员会根据大多数业主的意见与第三人某经营服务公司签订了《委托经营管理合同》。被告不同意将自己的铺位交给第三人经营,原告诉至法院,要求确认《章程》和《公约》有效;确认2007年7月8日,业主委员会与第三人某经营服务公司签订的《委托经营管理合同》有效。最高人民法院民一庭对该案的意见为:根据《中华人民共和国物权法》第76条的规定,经营性用房的专有部分的经营方式不属于业主大会的共同决定事项。业主公约或章程作出的该专有部分是自主经营还是委托他人经营的约定无效。业主大会根据该公约或章程作出委托经营的决定后,业主委员会与他人签订的委托经营合同,对未经同意或追认的业主不发生法律效力。

以上两例案件中业主所购买的商铺均属于产权式商铺,两例案件都涉及产权式商铺自主经营或委托经营的问题,但裁判思路与结果却不尽一致。第一个案例中,法院从发挥物的最

^⑤ 参见中国应用法学研究所《人民法院案例选》2003年第四辑(总第46辑)。

^⑥ 参见最高人民法院《民事审判与指导》总第41集,第210页。

大效用的角度出发，统筹个人利益与公众利益，驳回了业主要求自主经营的诉讼请求。第二个案例中，法院认为商场内分割出售的商铺为建筑物区分所有权中专有部分，业主独立自主对专有部分进行处分的权利应当保障，认定业主委员会与第三人签订的委托经营合同对于未经同意的业主不发生效力，从而支持了少数不同意委托经营而是要求自主经营的商铺业主。

五、本案例参照适用应注意的问题

产权式商铺在统一经营模式下具体操作方式存在一定的差别，大体存在两种模式：一种是开发商在销售商铺时与业主签订“统一经营”的协议，由开发商自己或由其委托第三方对商场进行统一的经营管理；另一种是由购买商铺的全体业主召开业主大会，由业主大会制定《公约》或《章程》，规定商场采取统一经营的模式，由业主委员会与第三方签订委托经营管理协议。本案属于第一种模式，这种模式下“统一经营”的实现来源于开发商与业主之间的委托经营条款，当委托经营期限届满后，经营权理应回归业主，业主要求自主经营应当支持。而第二种模式下，“统一经营”来源于业主《公约》或《章程》，如果商铺业主在《公约》或《章程》上签字或以其他方式表明加入共同体，也就同意了“多数决”的表决条款以及统一委托经营的条款。这种“统一经营”模式下，个体业主能否要求自主经营，涉及业主大会与个体业主之间权利的配置以及业主大会有权决策事项的范围，本案中对该问题并未讨论，在参照适用时应当注意区别对待。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 曹 慧

案例来源：载《案例参阅与指导》第 25 期

以国有划拨土地上的房屋为抵押物的抵押合同有效

——青岛泓海投资有限公司与山东济南外贸包装公司抵押担保合同纠纷案

【裁判要旨】

法律并未禁止以国有划拨土地上的建筑物为抵押物，根据“法无禁止即允许”的原则，此类抵押合同应认定为有效。实现抵押权时，可以让权利人补交土地出让金，并设置不得改变土地用途等条件。实现抵押权时，将建筑物的土地使用权分别作价，统一拍卖、变卖给同一受让主体，仅就取得的价值分别优先清偿所保障的债权。

【案情】

上诉人（一审原告、再审申请人）：青岛泓海投资有限公司。

上诉人（一审原告、被申请人）：山东济南外贸包装公司，

青岛泓海投资有限公司（简称泓海公司）诉称：山东济南外贸包装公司（简称外贸公司）于1997年8月26日向中国银行济南市市中支行借款100万元；1997年9月25日借款500万元，以其房地产作为抵押并办理了房产抵押登记；1997年10月23日借款727万元。上述三次借款分别到期后，山东济南外贸包装公司未能还款。2000年3月，中国银行济南市市中支行依法将上述债权转让给中国东方资产管理公司青岛办事处；2005年12月27日，中国东方资产管理公司青岛办事处又将该债权依法转让给青岛创丰实业有限公司；2006年1月30日，青岛创丰实业有限公司将上述债权转让给青岛泓海投资有限公司。上述转让均依法通知了山东济南外贸包装公司。青岛泓海投资有限公司受让该笔债权后，多次向山东济南外贸包装公司催款未果。要求法院判令：1. 山东济南外贸包装公司偿还青岛泓海投资有限公司借款本金1327万元及相应的利息（截至2000年3月21日，利息为2231598.29元，自2000年3月21日至实际付款日的利息，以本金1327万元为基数，按银行同期贷款利率日万分之二点一计算）；2. 青岛泓海投资有限公司对山东济南外贸包装公司的抵押物享有优先受偿权；3. 全部诉讼费及其他费用由山东济南外贸包装公司承担。

山东济南外贸包装公司辩称，借款属实，但抵押合同无效，青岛泓海投资有限公司不享有优先受偿权。

济南市历城区人民法院一审查明：1997年8月26日，外贸公司与中国银行济南市市中支行签订了编号为97年贷字第0925号借款合同一份，约定：借款金额为100万元，还款日期为1997年10月29日，借款利率为月息9.24%。1997年9月25日，外贸公司与中国银行济南市市中支行签订了编号为97年贷字第97-09-24-1号借款合同一份，约定：借款金额为500万元，借款期限自1997年8月26日至1998年3月26日，借款利率为月息7.92%；同日，双方另签订编号为97年贷抵字第97-09-24-1号抵押合同一份，约定：为确保97年贷字第97-09-24-1号借款合同的履行，外贸公司愿意以其房地产作为抵押，房产证号为济房字第0286号，土地证号为市中国用（94）字第1628001号。1997年10月5日，双方至济南市工商行政管理局为上述抵押办理了登记，登记号为押登字97-121号。1997年10月23日，外贸公司与中国银行济南市市中支行又签订了编号为97年贷字第10-23号借款合同

一份，约定：借款金额为 727 万元，借款期限自 1997 年 10 月 23 日至 1998 年 4 月 23 日，借款利率为月息 7.92‰。上述三份借款合同签订后，中国银行济南市市中支行均按约定履行了放款义务，但外贸公司未能按期还款。1998 年 12 月 18 日，中国银行济南市市中支行向外贸公司发出贷款到期催收通知单一份，要求还款 1327 万元，外贸公司于 1999 年 2 月 1 日在该通知单上签字并盖章。2000 年，中国银行山东省分行（甲方）与中国东方资产管理公司青岛办事处（乙方）达成了鲁中东联第 006068 号债权转让协议，约定：甲方对债务人外贸公司截止到 2000 年 3 月 21 日的债权，计本金 1327 万元、应收逾期利息 915016 元、应收催收利息 1316582.29 元，转让给乙方，债权转让后，乙方成为新的债权人，取代甲方的债权人地位。2000 年 7 月 21 日，中国银行济南市市中支行与中国东方资产管理公司青岛办事处分别向外贸公司送达债权转让通知及催收通知，上述通知均经外贸公司盖章予以确认。2002 年 3 月 19 日与 2003 年 12 月 31 日，中国东方资产管理公司青岛办事处两次在大众日报发布债权催收公告，要求外贸公司履行还款责任。2005 年 11 月 18 日，中国东方资产管理公司青岛办事处在山东法制报公告催收外贸公司债权。2005 年 12 月，中国东方资产管理公司青岛办事处与青岛创丰实业有限公司达成债权转让协议，将外贸公司的所有债权转让，上述两单位于 2005 年 12 月 27 日在大众日报联合发布转让债权、受让债权及催收公告。2006 年 1 月 30 日，青岛创丰实业有限公司与泓海公司达成债权转让协议一份，约定，青岛创丰实业有限公司将对外贸公司的 1327 万元的借款本金及相应利息的债权转让与泓海公司。2006 年 3 月 21 日，泓海公司将青岛创丰实业有限公司的债权转让通知书、催收函邮寄送达外贸公司，外贸公司于 2006 年 3 月 23 日签收。因泓海公司向外贸公司催款未果提起诉讼。

【审理】

济南市历城区人民法院一审认为，外贸公司与中国银行济南市市中支行之间签订的借款合同及抵押合同，系双方当事人的真实意思表示，合法有效。合同到期后，外贸公司未能按时偿还借款本金 1327 万元及相应的利息，对此，外贸公司负有过错责任。中国银行济南市市中支行对外贸公司的上述债权的三次转让，合法有效，且转让期间对外贸公司的债权催收连续，故泓海公司要求外贸公司偿还 1327 万元借款本金的请求，合法有效，法院应当予以支持。外贸公司对于截止到 2000 年 3 月 21 日前的利息，即包括应收逾期利息 915016 元、应收催收利息 1316582.29 元无争议，法院予以支持；自 2000 年 3 月 22 日至本判决生效之日止的利息，应按照中国人民银行逾期还款利率计算，即按每日万分之二点一计算。关于泓海公司要求对外贸公司的抵押物享有优先受偿权的诉讼请求，因抵押合同为借款合同的从合同，所以抵押权作为从权利应当随主合同债权的转移而移转。在本案中，抵押权所担保的 500 万元借款本金，已经合法转让至泓海公司享有，故泓海公司对已经登记的抵押物，即房产证号为济房字第 0286 号、土地证号为市中国用（94）字第 1628001 号的房地产享有法律规定的优先受偿权，对泓海公司的该项主张，法院予以支持。故，济南市历城区人民法院判决如下：一、山东济南外贸包装公司偿还青岛泓海投资有限公司借款本金 1327 万元；二、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司借款利息 1316582.29 元；三、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司逾期借款利息 915016 元（截至 2000 年 3 月 21 日，自 2000 年 3 月 22 日起至本判决生效之日止的利息，以 1327 万元为基数，按日万分之二点一另行计付）。上述一至三条所判款项，限山东济南外贸包装公司于本判决生效之日起十日内付清；四、青岛泓海投资有限公司对山东济南外贸包装公司名下的房产证号为济房字第 0286 号、土地证号为市中

国用(94)字第1628001号的房地产享有优先受偿权。

该判决生效后,济南市历城区人民法院于2013年11月14日依职权再审本案。

济南市历城区人民法院再审查明,外贸公司提供了用以抵押土地的土地证,该证载明土地使用权类型为划拨。以该划拨土地设定抵押未经土地行政管理机关批准,也未在土地行政管理部门办理抵押登记手续。查明的其他事实与原一审基本一致。

济南市历城区人民法院再审认为,关于本案争议焦点房屋和土地抵押合同是否有效,泓海公司能否就抵押物享有优先受偿权问题。《中华人民共和国担保法》第四十一条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押登记,抵押合同自登记之日起生效”。第四十二条规定:“办理抵押登记的部门如下:(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的,为核发土地使用权证书的土地管理部门;……”。《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十四条规定:“划拨土地使用权,除本条例第四十五条规定的情况外,不得转让、出租、抵押”。第四十五条规定:“符合下列条件的,经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准,其划拨土地使用权和地上建筑物,其他附着物所有权可以转让、出租、抵押:(一)土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人;(二)领有国有土地使用证;(三)具有地上建筑物、其他附着物合法产权证明;(四)依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同,向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。”最高人民法院《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》第二条规定:“企业对其以划拨方式取得的国有土地使用权无处分权,以该土地使用权为标的物设定抵押,除依法办理抵押登记手续外,还应经具有审批权限的人民政府或土地行政管理部门批准。否则,应认定抵押无效。”第三条第二款规定:“国有企业以建筑物设定抵押的效力问题,应区分两种情况处理:如果建筑物附着于划拨土地取得的国有土地使用权之上,将该建筑物与土地使用权一并设定抵押的,对土地使用权的抵押需履行法定的审批手续,否则,应认定抵押无效;如果建筑物附着于以出让、转让方式取得的国有土地使用权之上,将建筑物与土地使用权一并设定抵押的,即使未经有关主管部门批准,亦应认定抵押有效。”最高人民法院《关于转发国土资源部〈关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问题的通知〉的通知》规定:“在《通知》发布之日起,人民法院尚未审结的涉及国有划拨土地使用权抵押经过有审批权限的土地行政管理部门依法办理登记手续的案件,不以国有划拨土地使用权抵押未经批准而认定抵押无效。”《国土资源部关于划拨国有土地使用权抵押登记有关问题的通知》规定:“以国有划拨土地使用权为标的物设定抵押,土地行政管理部门依法办理登记手续,即视同已经具有审批权限的土地行政管理部门批准,不必另行办理土地使用权抵押的审批手续。”从以上规定可以看出,国有划拨土地使用权是国家无偿划拨土地给使用者使用,使用者只有使用的权利,没有处分的权利。因此,要处分该土地使用权时要体现国家意志。主要是通过审批程序来决定是否同意对国有划拨土地使用权进行抵押。对于设定抵押这种物权处分行为,只有经过有权批准机关的审批,才能产生法律效力。本案系将划拨土地与地上建筑物一并抵押,未经有审批权的土地管理部门办理批准或登记手续,违反了《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让暂行条例》等法律、法规的规定,土地和房屋的抵押合同应认定无效。泓海公司作为债权人,不能依据无效的抵押合同享有优先受偿权。原审判决判令泓海公司对抵押的土地、房屋享有优先受偿权不当,应予纠正。关于原审判决认定的债权本息是否属实的问题。法院认为,泓海公

司提供了相关的借款合同和借款借据，且在原审庭审中外贸公司法定代表人认可了泓海公司主张的借款本金。原审认定的债权利息应予认定。

关于原审判令外贸公司按金融机构标准计算利息是否合法的问题。根据《中华人民共和国合同法》第八十一条的规定，“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利。”泓海公司主张的利息属于该规定的从权利，泓海公司的该项主张合法有据。故，济南市历城区人民法院判决如下：一、撤销济南市历城区人民法院（2006）历城民初字第1091号民事判决第四项，即“原告青岛泓海投资有限公司对被告山东济南外贸包装公司名下的房产证号为济房字第0286号、土地证号为市中国用（94）字第1628001号的房地产享有优先受偿权。”二、维持济南市历城区人民法院（2006）历城民初字第1091号民事判决第一项，即“被告山东济南外贸包装公司偿还原告青岛泓海投资有限公司借款本金1327万元。”第二项，即“被告山东济南外贸包装公司支付原告青岛泓海投资有限公司借款本金1327万元的利息1316582.29元。”第三项，即“被告山东济南外贸包装公司支付原告青岛泓海投资有限公司逾期借款利息915016元（截至2000年3月21日，自2000年3月22日起至本判决生效之日止的利息，以1327万元为基数，按日2.1%另行计付）。上述一至三条所判款项，限被告山东济南外贸包装公司于本判决生效之日起十日内付清。”三、驳回青岛泓海投资有限公司其他诉讼请求。

泓海上诉称，一审再审判决故意遗漏重要事实，适用法律错误。涉案房屋抵押物的登记时间系1997年10月5日，山东省高级人民法院2004年12月21日鲁高法（2004）238号明确规定，鲁政字（2002）267号下发之前，企业以厂房等建筑物设定抵押的，在工商行政管理部门进行抵押登记的，抵押合同有效。《物权法》规定，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。外贸公司为企业性质，涉案建筑物均属该单位的财产。其抵押登记的时间均在山东省人民政府和山东省高级人民法院所确认的有效范围内。外贸公司辩称，再审判决认定泓海公司的抵押无效符合法律法规及司法解释的规定，应当维持。

外贸公司上诉称，泓海公司诉讼请求第一项中主张2000年3月21日至实际付款日的利息，但是泓海公司并未对该项主张缴纳诉讼费用，法院不应审理该项诉讼请求，所以，再审判决对该项诉讼主张进行审理并作出判决超出了泓海公司的诉讼请求范围。再审判决按日2.1%计算利息的判决内容可能属于笔误，也超出了泓海公司诉讼请求主张的范围，二审应予纠正。泓海公司按照日万分之二点一计算利息也没有事实及法律依据。

泓海公司辩称，判决并没有超出泓海公司的诉讼请求。泓海公司所主张的利息应当受到法律的保护。最高人民法院《关于审理涉及不良债权转让案件工作座谈会纪要》（简称《纪要》）是2009年3月30日下发的，该《纪要》中有关债权受让人向国有企业债务人主张利息只能主张受让前的规定，由于判决在先，《纪要》在后，所以没有溯及力。该《纪要》仅适用于在《纪要》发布之后尚在一审或者二审阶段的相关案件，人民法院依照审判监督程序决定再审的案件，不适用《纪要》。故外贸公司的该项事实和理由无法律依据。一审法院依据最高人民法院法释〔1999〕8号做出按日支付万分之二点一的利息判决是正确的。请求驳回外贸公司的上诉请求。

济南市中级人民法院二审查明的事实与原审查明的事实一致。

济南市中级人民法院二审认为，本案双方当事人争议的主要焦点问题是：一、抵押合同是否有效，泓海公司是否就抵押物享有优先受偿权；二、对于2000年3月22日至判决生效之日止的利息应否支持。

关于第一个焦点问题。《中华人民共和国担保法》第三十六条第一款的规定，以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。第四十一条规定，当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押登记，抵押合同自登记之日起生效。第四十二条规定，办理抵押登记的部门如下：（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门。1996年4月23日，《山东省人民政府关于同意由工商行政管理部门对以企业厂房等建筑签订抵押合同进行登记管理的批复》（鲁政字〔1996〕68号）规定，鉴于工商行政管理部门是企业的登记注册机关，又是经济合同的主管部门，根据《中华人民共和国担保法》的有关规定，结合我省实际，同意由工商行政管理部门按照管辖分工，对以企业的厂房等建筑签订的抵押合同进行登记管理。2002年7月3日，《山东省人民政府关于对企业房产等建筑物抵押登记主管机关进行调整的通知》（鲁政〔2002〕267号）规定：房地产交易主管部门为对企业以厂房等建筑物进行抵押登记的主管机关。《山东省人民政府关于同意由工商行政管理部门对以企业厂房等建筑签订抵押合同进行登记管理的批复》（鲁政字〔1996〕68号）同时废止。本文下发之日前已经在工商行政管理部门进行抵押登记的，确认有效，不再重复登记。依据担保法的规定以及房地产交易中房随地走、地随房走，即房地产主体一致的原则，本案中涉案房产及其占用范围内的土地在工商部门进行了抵押登记。对于土地的抵押登记虽未取得土地部门批准，但对划拨土地上的厂房进行的抵押，已在济南市工商行政管理局按相关法律法规办理了抵押物登记，并取得编号为押登字97-121号的抵押物登记证，对于划拨土地上的房屋抵押，法律并无禁止性规定。故该抵押合同中房产部分的抵押应为有效。最高人民法院《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》有其明确的适用范围，与本案的情形不相同。原再审判决定抵押合同无效适用法律错误。该抵押合同对应的主合同系97-09-24-1号借款合同，其担保范围限于主合同项下的500万元借款本金及相应利息。

关于第二个焦点问题。外贸公司认为对于2005年12月之后的利息不应予以支持。其理由主要有三个：一是根据《纪要》精神，受让人向国有企业债务人主张利息的计算基数应以原借款合同本金为准；受让人向国有企业债务人主张不良债权受让日之后发生的利息的，人民法院不予支持。二是泓海公司对该项请求未交纳诉讼费用，原再审判决定超出了泓海公司的诉讼请求范围。三是泓海公司按照日万分之二点一计算利息没有事实及法律依据。本院认为，第一，《纪要》于2009年3月30日公布，《纪要》规定，《纪要》的内容和精神仅适用于在《纪要》发布之后尚在一审或者二审阶段的涉及最初转让方为国有银行、金融资产管理公司通过债权转让方式处置不良资产形成的相关案件。人民法院依照审判监督程序决定再审的案件，不适用《纪要》。本案系再审案件，故不适用《纪要》规定。第二，对于2005年12月之后的利息，泓海公司在一审诉讼请求中有关于利息的请求，并交纳了诉讼费用，原审法院予以了受理。在庭审阶段泓海公司明确了利息的计算起止时间及计算方式，包括2005年12月之后的利息，原审对该部分利息进行审理并未超出泓海公司的诉讼请求。第三，泓海公司要求按日万分之二点一计算自2000年3月21日起至实际付款日的利息，没有法律依据。应调整为，自2000年3月22日至本判决生效之日止的利息，按中国人民银行同期逾期贷款利率计算。综上，原再审判决定适用法律不当，应予纠正。故，济南市中级人民法院判决如下：一、撤销济南市历城区人民法院（2013）历城民再初字第8号民事判决；二、维持济南市历城区人民

法院（2006）历城民商初字第1091号民事判决第一项、第二项及案件受理费负担，即“一、山东济南外贸包装公司偿还青岛泓海投资有限公司借款本金1327万元。”“二、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司借款利息1316582.29元。”“案件受理费123000元，财产保全费90520元，由山东济南外贸包装公司负担。”三、撤销济南市历城区人民法院（2006）历城民商初字第1091号民事判决第三项，即“三、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司逾期借款利息915016元（截至2000年3月21日，自2000年3月22日起至本判决生效之日止的利息，以1327万元为基数，按日万分之二点一另行计付）。上述一至三条所判款项，限被告山东济南外贸包装公司于本判决生效之日起十日内付清。”四、撤销济南市历城区人民法院（2006）历城民商初字第1091号民事判决第四项，即“四、青岛泓海投资有限公司对山东济南外贸包装公司名下的房产证号为济房字第0286号、土地证号为市中国用（94）字第1628001号的房地产享有优先受偿权。”五、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司逾期借款利息915016元（截至2000年3月21日）；六、山东济南外贸包装公司支付青岛泓海投资有限公司自2000年3月22日起至本判决生效之日止的利息（以本金1327万元为基数，按同期人民银行逾期贷款利率计算）。上述二、五、六项，限山东济南外贸包装公司于本判决生效之日起十日内付清；七、青岛泓海投资有限公司对押登字97-121号权证下的抵押房产在本金500万元及利息范围内享有优先受偿权；八、驳回青岛泓海投资有限公司的其他诉讼请求。

【评析】

一、关于抵押权设定中土地使用权和地上建筑物之间关系的规定

由于建筑物和土地具有不可分离的依附关系，因此单独以建筑物或建设用地使用权为抵押，都必然涉及二者的关系如何处理的问题。我国处理房地产和地产关系的基本原则是“房随地走”，“地随房走”的双向统一原则。《物权法》第一百八十二条规定，“以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”

房地产虽然基于其“如影相随”的物理属性而不得不同时处分，但房地产并非不加区分地视为同一标的物。世界各国在处理房地产和地产的关系时大致有两种立法模式：一是结合主义，将房地产结合作为一个不动产，视做同一标的物，建筑物只是土地的附属物，不是独立的不动产；二是分别主义，将房地产分别作为两个独立的不动产，看作不同的标的物，德国和我国台湾地区“民法”采前一种立法例，法国和日本民法则采后一种立法例。基于管理体制和利于流通的考虑，我国物权法实施之前，民法与法国和日本的立法例一样，采取了分别主义的模式^①。因此，城市房地产管理法第三十二条虽然要求“房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押”，但并没有将房地产当然地视为一体。

尽管法律规定了“房随地走，地随房走”的同时抵押原则，但对于房屋所有权的抵押和对于土地使用权的抵押还是应当有所区分。不能因为仅对房屋设定了抵押而未对土地使用权设定抵押，就简单地否认房屋抵押合同的效力；反之，也不能因为仅对土地使用权设定了抵押而未对房屋设定抵押，便否定对土地使用权设定的抵押。因为房屋和土地使用权毕竟是相

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第84页。

互独立的财产，单独设定抵押亦符合担保法关于抵押担保之规定。不过，单独设定抵押与同时就房屋和土地使用权一并设定抵押还是有所不同。由于房屋和土地相依相存的自然属性，一者在实现抵押权的时候不可避免地会与另一者发生牵连。所以，有必要考察立法对单独就房屋所有权或单独就土地使用权设定抵押的态度。

二、立法对房屋所有权抵押的态度

对于房屋抵押而言，只要是依法取得的房屋所有权都可以设定抵押，并不需要特别考虑土地使用权的取得方式。

担保法第三十六条第一款与城市房地产管理法第四十七条第一款规定：“依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。”同样，在担保法第三十六条第二款和城市房地产管理法第四十七条第二款中又规定以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。“而城市房地产管理法第五十一条还规定：“设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的数额后，抵押权人方可优先受偿。”由此可见，抵押房屋是坐落于出让方式还是划拨方式取得的土地使用权之上，最后的区别仅在于：如果抵押房屋所附着的土地的使用权是划拨取得的，在实现抵押权的时候必须先扣除土地使用权的出让金，将土地使用权的取得方式变更为出让；而抵押房屋坐落于出让取得的土地使用权之上的，自无须再扣缴出让金和变更土地使用权的取得方式。尽管城市房地产管理法第五十一条只规定了扣缴土地使用权的出让金，但扣缴出让金的实质就是将土地使用权的取得方式由划拨转为出让，因为《国务院关于加强国有土地资产管理的通知》第四条规要求：“设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，受让人应当依法与土地所在地的土地行政主管部门签订土地使用权的出让合同，从拍卖价款中缴纳土地使用权出让金后，抵押权人方可有限受偿。”所以，扣缴出让金也就意味着签订出让合同，从而变更土地使用权的取得方式。

三、立法对土地使用权抵押的态度

对于土地使用权的抵押而言，如果是因为房屋的抵押而一并抵押的，不需要考虑土地使用权取得的方式，而如果单独抵押土地使用权的，只有出让取得的土地使用权才能抵押，所谓划拨土地使用权必须经过严格的程序才能抵押的规定事实上是否认划拨土地使用权可以抵押的。

首先，担保法第三十六条，城市房地产管理法第四十八条都指出了房屋所有权连同占用范围内的土地使用权可以抵押，只在第二款特别规定出让取得的土地使用权可以抵押。这说明两个问题，其一，立法者是注意到我国土地使用权有划拨和出让两种取得方式的，只规定了出让方式取得的土地使用权可以设定抵押而没有明确规定划拨方式取得的土地使用权，不是立法的疏忽，而是基于立法技术考虑的有意为之；其二，法律、法规中所谓“该房屋占用范围内的土地使用权”的涵义是明确地，既包括出让方式取得的也包括划拨方式取得的土地使用权，法律没有明确作为禁止性规定，也就没有理由对此处的土地使用权“作限缩解释。法无禁止即为允许是民事法律的一项基础原则。所以，划拨取得的土地使用权如果随房屋一并，是可以抵押的。其次，仅就划拨土地使用权而言，无论是否经过审批，划拨土地使用权事实上都是不能够进行抵押的。尽管《国土资源部关于印发〈查处土地违法行为立案标准〉的通知》将“未经批准，非法转让、出租、抵押以划拨方式取得的国有土地使用权”视为“非法转让土地”的违法行为，暗含有经过批准即可以抵押划拨土地使用权的意思，但 1992

年国家土地管理局《划拨土地使用权管理暂行办法》第五条明确规定：“未经市、县人民政府土地管理部门批准并办理土地使用权出让手续，交付土地使用权出让金的土地使用者，不得转让、出租、抵押土地使用权。”也就是说，划拨土地使用权抵押的前提就是经土地管理部门批准，但批准并不是简单的审批，在批准的同时还必须按照《划拨土地使用权管理暂行办法》的规定“办理土地使用权出让手续，交付土地使用权出让金”。毫无疑问，按照《划拨土地使用权管理暂行办法》的规定，批准也就意味着将土地的取得方式变为了出让，此后再行抵押也就不再是对划拨土地抵押了。因此，土地使用权的抵押是分情形的：随房屋一并抵押的，无需区分土地使用权取得的方式，对土地使用权的抵押是依据“地随房走”原则而产生的；单独抵押土地使用权的，则只有在土地使用权是以出让方式取得的方才可以抵押。

四、对《最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》第三条的认识

《最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》（以下简称《批复》）第三条规定：“国有企业以建筑物设定抵押的效力问题，应区分两种情况处理：如果建筑物附着于以划拨方式取得的国有土地使用权之上，将该建筑物与土地使用权一并设定抵押的，对土地使用权的抵押需履行法定的审批手续。否则，应认定抵押无效；如果建筑物附着于以出让、转让方式取得的国有土地使用权之上，将该建筑物与土地使用权一并设定抵押的，即便未经有关主管部门批准，亦应认定抵押有效。”原审判决即依据该条规定认为、凡房屋坐落于划拨土地使用权之上的，设定抵押就必须履行法定的审批手续。否则，包括房屋抵押在内的抵押均归于无效。

编写人：济南市中级人民法院审监庭 李 杲

案例来源：载《民商事再审案例评析》

“名实不符”合同中，当事人以名义合同 主张权利的不予支持

——李博与王孔福借贷纠纷案

【裁判要旨】

当事人对合同法律关系存在分歧的，应根据“谁主张，谁举证”的原则分配举证责任，负有举证义务的当事人证明事实应达到高度盖然性的标准，对方反驳他的主张所提出的证据只需要达到使待证事实真伪不明的标准即可。

【案情】

上诉人（一审原告）：李博

被上诉人（一审被告）：王孔福

2010年4月20日，李博诉至济南市槐荫区人民法院称，李博、王孔福于2010年1月5日签订房屋买卖合同，约定王孔福将自有的位于槐荫区裕园小区16号楼2—102室房产卖给李博（济房权证槐字第032858号），房屋价款为50万元，王孔福应在2010年2月7日前办理过户手续并将房屋交付给李博。合同约定10万元定金，其余房款40万元在过户完毕后一次性付清。合同签订后李博依约将10万元定金交付王孔福，但王孔福却没有依约将房屋交付李博，也不给李博办理过户，致使李博合同目的无法实现。请求法院判令：王孔福双倍返还李博定金20万元，诉讼费用由王孔福承担。王孔福未答辩。

济南市槐荫区人民法院一审查明，李博、王孔福于2010年1月5日签订房屋买卖合同，约定：“甲方（王孔福）将其所有的坐落本市槐荫区裕园小区16号楼2—102室（济房权证槐字第032858号），以50万元价格卖于乙方（李博）。付款方式：在甲乙双方办理过户手续后付清余款40万元，乙方先交定金10万元。甲方保证在2010年2月7日前将上述房屋交付给乙方，甲方保证提供给乙方的资料……”合同签订当日，王孔福收取李博的购房定金款10万元，王孔福未按合同约定将上述房屋交付李博并办理房屋过户手续。为此，李博起诉要求王孔福双倍返还定金20万元。

【审理】

济南市槐荫区人民法院一审认为，李博、王孔福签订房屋买卖合同，系双方真实意思表示，并不违反法律规定，应为有效合同。合同约定王孔福将其所有的坐落本市槐荫区裕园小区16号楼2—102室的房屋以50万元价格卖于李博，并约定由李博先付定金10万元，李博将约定定金交给王孔福后，王孔福并未按约定交付房屋并办理房屋过户手续，显系违约行为，且合同中双方亦约定如甲方（即王孔福）违约自愿双倍返还乙方（即李博）缴纳的购房款定金，故李博的诉讼请求合法有据，应予支持。济南市槐荫区人民法院判决如下：被告王孔福于本判决生效后十日内双倍返还原告李博购房定金20万元。

该判决已经发生法律效力。济南市槐荫区人民法院经审判委员会讨论决定于2012年1月19日作出（2011）槐民监字第4号民事裁定，再审本案。

再审过程中，李博称，李博、王孔福签订房屋买卖合同约定王孔福将自有房产卖给李博，房屋价款为50万元，先交付10万元定金，其余房款40万元在过户完毕后一次性付清。合同签订后李博依约将10万元定金交付王孔福，但王孔福却没有依约将房屋交付李博，也不给李博办理过户，致使李博合同目的无法实现。请求法院判令：王孔福双倍返还李博定金20万元，诉讼费用由王孔福承担。

王孔福辩称，王孔福为邻居王洪江借款30万元作担保，将涉案房产证抵押给了济南云维科技发展有限公司（简称云维公司），并在云维公司签订了《房屋买卖合同》。李博起诉的10万元定金和案外人罗华另案起诉的20万元定金实为该30万元借款。原审中李博的诉讼代理人张春红即为云维公司经办借款的经办人。王孔福不欠李博的钱，请法院驳回李博的诉讼请求。

济南市槐荫区人民法院再审查明，李博提交的《房屋买卖合同》1份，载明：“一、卖方王孔福（以下简称甲方），买方李博（以下简称乙方），房屋座落地址槐荫裕园小区16号2-102，房产证号：槐字第032858；二、甲乙双方商定成交价格为人民币伍拾万元。付款方式在甲乙双方办理完过户手续后付清余款40万元。乙方先交定金壹拾万元（小写100000）；三、甲方保证在2010年2月7日前将上述房屋交付给乙方；四、（略，详见合同）；五、甲方保证在2010年2月7日前协助乙方办理房产过户手续，并保证提供乙方的资料是与真实相符的。甲方保证出卖的房屋无产权纠纷、无任何担保、抵押、房产瑕疵，无人租住、使用，如若违约甲方自愿双倍返还乙方交纳的购房款定金；六、……如发生争议，双方协商解决，协商不成由济南市（历下）区人民法院管辖。甲方（签名或盖章）王孔福身份证370102194404040034 乙方（签名或盖章）李博2010年1月5日。”在合同书下眉处注有：“收到李博购房定金款壹拾万元。100000元 槐字032858 收款人王孔福 2010.1.5”的字样。再审中，2012年3月14日对王孔福调查时，要求王孔福对双方签订的《房屋买卖合同》中其本人签名进行确认，王孔福认可合同中卖方栏中“王孔福”、房屋座落栏中“槐荫裕园小区16#2-102”、房产证号栏中“槐字第032858”、第二条甲乙双方商定成交价格为人民币伍拾万元中的“伍拾万”为其个人所写。甲方（签名或盖章）栏中“王孔福”名上手印认为自己手印。再审中王孔福委托代理人提出对合同的签名及收条上的“定金”两字进行鉴定。2010年1月5日王孔福与罗华亦签订了一份上述房屋的《房屋买卖合同》，将该房屋以50万元的价格卖与罗华，同时亦约定2010年2月7日交付上述房屋。罗华、王孔福及李博、王孔福之间的房屋买卖合同为同一天签订，系同一处房产。王洪江在2010年3月4日公安机关对其做的笔录中陈述，其于2009年12月份用王孔福的房产证借了30万元钱。宗小俭在2010年4月15日公安机关对其做的笔录中陈述，其见到王孔福用房产证为王洪江担保向一个公司借了30万元钱。张春红在2010年4月21日公安机关对其做的笔录中陈述，王孔福用房产证抵押为王洪江从云维公司处借款30万元。

济南市槐荫区人民法院再审认为，王孔福一直居住于诉争之房即本市槐荫区裕园小区16号楼2单元102室，原审却未到王孔福居住的地址送达，而以当事人找不到为由，以公告形式向王孔福送达开庭传票及判决书，原审送达方式上存有瑕疵，故因程序问题导致判决结果存在瑕疵而进入再审。就本案实体而言，李博与王孔福间签订的《房屋买卖合同》王孔福在合同的主要条款上均认可为自己填写或加盖手印，从法律角度上讲，合同已经成就。但该房屋系王孔福夫妻共同财产，由王孔福一人处理不当，其处分的夫妻另一方的财产权，李博没有证据证明王孔福之妻已明知并同意王孔福处理该共同财产，按常理，李博应充分了解房屋的

共有人情况、居住情况、共有人对财产处分的意见。如李博所述属实，王孔福一天之内两次买卖同一套自住房屋，并得到30万元的定金（李博10万元、罗华20万元），该陈述违背一般性交易习惯。李博有义务提交证据证明自己陈述的真实性。李博在再审中亦未按法院要求提交支付给王孔福10万元定金的资金来源的证据。从支付定金的证据看，李博只提交了在《房屋买卖合同》下写的“收条”，没有提交其它证据予以佐证王孔福收到该“定金”。从书写内容上看，李博与王孔福的合同上所载的内容为“收到李博购房定金款拾万元。100000元”。而罗华与王孔福《房屋买卖合同》上所载的内容为“收到罗华购房款定金贰拾万元200000元”。两处收到款项内容的“定金”两字均为后加，亦不符合一般性书写习惯和一般性交易习惯。2010年1月5日双方签订《房屋买卖合同》，李博于2010年4月20日即向法院起诉要求王孔福双倍返还定金，也不符合一般购房人心理常态。从本案诉求上看，李博起诉的案由是房屋买卖合同纠纷，而从本案事实上看，李博与王孔福之间存在的房屋买卖的事实并不清楚，证据并不充分，且疑点众多，故原审在房屋买卖事实不清、证据不足的情况下，判决返还由房屋买卖合同而产生的定金显然不当，原审判决错误应予撤销。

综上，本案经济南市槐荫区人民法院审判委员会研究决定，判决如下：一、撤销济南市槐荫区人民法院（2010）槐民初字第564号民事判决；二、驳回李博的诉讼请求。

李博上诉称，一审法院审查了李博与王孔福于2010年1月5日签订《房屋买卖合同》及收到条，并经王孔福确认《房屋买卖合同》及收到条上的王孔福签名的真实性，且王孔福在多次庭审中并未出具任何证据证明其签订《房屋买卖合同》及收到条是受胁迫或属于法律规定的合同无效、可撤销合同的相关证据。故本案所涉合同及收到条是真实合法有效的，是双方真实意思表示，该合同对双方具有约束力。李博按照合同的约定履行了合同义务，现因王孔福的原因致使李博的合同目的无法实现，王孔福构成根本违约，其就应当承担违约责任即双倍返还定金。一审中李博向法庭提交了《房屋买卖合同》及收到条，证实李博按约履行了合同义务，并且该证据真实合法有效，对于李博的诉讼请求构成了完整的证据链，李博要求王孔福双倍返还购房定金事实清楚，于法有据。而一审法院却对上述证据不予理睬，仅仅依据其在没有任何事实与法律基础的推定而否定了李博的主张，违背了案件裁判的基本原则。请求法院判令：1. 撤销原判发回重审，或改判支持李博的诉讼请求。2. 王孔福承担本案诉讼费用。

被上诉人王孔福辩称，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。1. 房屋买卖合同存在诸多不合常理之处。房屋买卖合同中约定的房款与该房屋实际价值严重不符。起诉之前王孔福与李博互不认识。买卖房屋的细节李博不能自圆其说。2. 王孔福房屋的房屋产权证书不应在李博手中。案外人罗华也有一份和李博同一天，与王孔福签订的同一套房屋的房屋买卖合同，房屋价款也是50万元，只是购房定金变成了20万元。罗华也称王孔福的房屋产权证原件在他手中。3. 实际情况是，2009年底，王孔福借给邻居王洪江3万元，王洪江让王孔福用自己的房产证帮其担保借款30万元，王洪江保证一个月后，房产证及3万元借款一并归还。于是王孔福与王洪江到济南云维科技发展有限公司（简称云维公司），王孔福将自己房屋的房屋产权证原件交到云维公司，并按照云维公司的工作人员要求，在一份空白合同上签名。当时还有两人同事宗小俭和云维公司的张春红在场。在一审中，张春红作为李博的代理人出庭应诉，作为云维公司的职工、财务人员、王洪江借款合同的经办人，亲手收取了王孔福的房屋产权证原件，她明明知道王孔福已经没有房产证原件了，不可能再去卖房，为何又代理李博和罗华起诉王孔福。在槐荫法院民庭称王孔福将房产证原件交给了罗华，在槐荫

法院审监庭又称王孔福将房产证原件交给了李博。4. 李博从未给过王孔福 10 万元定金。请求法院在支持一审判决，驳回李博诉讼请求的同时，向公安机关提出司法建议书，建议公安机关以刑事案件立案，查明案件诈骗的事实，追究李博等人的刑事责任；法院应依法判决李博返还房屋产权证书，维护王孔福的切身权益。

济南市中级人民法院二审查明，济南市槐荫区人民法院（2012）槐民再初字第 3 号民事判决认定的事实属实，予以确认。

另查明，王洪江在 2010 年 3 月 4 日公安机关对其做的笔录中陈述，其于 2009 年 12 月份用王孔福的房产证借了 30 万元钱。宗小俭在 2010 年 4 月 15 日公安机关对其做的笔录中陈述，其见到王孔福用房产证为王洪江担保向一个公司借了 30 万元钱。张春红在 2010 年 4 月 21 日公安机关对其做的笔录中陈述，王孔福用房产证抵押为王洪江从云维公司处借款 30 万元。

法院再审认为，王孔福在一审时认可合同中卖方栏中“王孔福”、房屋座落栏中“槐荫裕园小区 16#2-102”、房产证号栏中“槐字第 032858”、第二条甲乙双方商定成交价格为人民币伍拾万元中的“伍拾万”为其个人所写。甲方（签名或盖章）栏中“王孔福”名上手印自认为自己手印。故本案中的房屋买卖合同应为李博与王孔福本人签订。

王孔福应向李博双倍返还定金 20 万元的前提是李博已依约向王孔福支付了定金 10 万元。李博虽提交了张淑娟工商银行存取款明细，欲证明其定金的资金来源，但其陈述与一审时“当时现金是李博在其老婆名下取出了一部分钱约 4、5 万元，和李博小金库里的一部分钱”不符。且李博提交的该份存取款明细中，大额资金进出较为频繁，难以证实 12 月 31 日的两笔提现为支付买房定金所用。李博陈述购房时王孔福将房产证交给李博作为抵押，但根据王洪江、宗小俭、张春红的证言，王孔福于 2009 年春节以前已经将房产证抵押给云维公司，房产证原件由云维公司保管。且现在李博不能提供房产证原件。李博未能对上述矛盾之处作出合理解释。综上，李博与王孔福于 2010 年 1 月 5 日签订的《房屋买卖合同》存在诸多疑点，李博现有证据难以证实其主张。原审法院对其诉讼请求不予支持并无不当。综上，济南市中级人民法院判决如下：驳回上诉，维持原判。

【评析】

在审判实践中出现了一批“名为房屋买卖，实为借贷”的新类型案件。在这类案件中，原告持房屋买卖合同及定金收到条，主张被告收到买房定金后未交付房屋或办理过户，起诉要求被告双倍返还定金。被告往往辩称双方之间不存在真实的房屋买卖关系，双方实际为民间借贷关系或借款担保关系。签订房屋买卖合同其真实目的是为借款进行担保。

第一，出现的原因：当事人在民间借贷关系中签订房屋买卖合同的目的主要是为了规避相关法律及司法解释的适用。1. 规避对民间借贷利息的限制。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 6 条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”而签订房屋买卖合同后，根据合同的规定，当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。这样当事人起诉时可以要求双倍返还定金，实际上可以拿到相当于本金一倍的利息。2. 规避对民间借贷举证的限制。审判实践中对民间借贷中债权人的举证要

求日益严格。最高人民法院《于依法妥善审理民间借贷纠纷案件促进经济发展维护社会稳定的通知》(法〔2011〕336号)规定,对形式有瑕疵的“欠条”或者“收条”,要结合其他证据认定是否存在借贷关系;对现金交付的借贷,可根据交付凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额的大小、当事人间关系以及当事人陈述的交易细节经过等因素综合判断。而如果将借条写为定金收据的形式,则其性质为被告出具的认可收到资金的证明,在签名真实的情况下,除非被告能够提出足以推翻该收据的相反证据,否则应认定被告已收到了收据上记载的资金。通过这种形式,原告也即出借人无须证明支付能力、当事人之间的关系、借款用途等其他事实。

第二,举证责任分配及证明标准:根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的相关规定及“谁主张,谁举证”的原则,本案中,李博提出王孔福应双倍返还定金的诉讼请求,其应就双方之间系房屋买卖法律关系承担举证责任。李博提交了王孔福签名的房屋买卖合同及定金收到条,其已经完成了初步证明义务,证明责任发生了转移,此时王孔福应对李博提供的证据提出相反证据进行反驳。

《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》确立了三种证明标准:高度盖然性标准、事实真伪不明标准、排除合理怀疑标准。其中高度盖然性标准适用于负有举证证明责任的当事人,事实真伪不明标准适用于反驳负有举证证明责任的当事人,排除合理怀疑标准适用于特殊事项即对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明。在证明标准的严格程度上,高度盖然性标准严于排除合理怀疑标准,排除合理怀疑标准严于事实真伪不明标准。负有举证义务的当事人证明事实应达到高度盖然性标准,对方反驳他的主张所提出的证据只需要达到使待证事实真伪不明的标准即可。本案中,王孔福为反驳李博的主张,无须证明本案所涉款项确系其为王洪江担保的借款,只需要达到使双方当事人之间是否存在房屋买卖的事实真伪不明的状态即可。王孔福提交的证人证言可以证明王孔福为王洪江担保,将涉案房产证原件交给云维公司的张春红。这与李博陈述的王孔福将涉案房产证原件交给他不符。王孔福于同一日与李博和罗华两个人签订房屋买卖合同,定金金额共计30万元,与王洪江借款金额相符。通过王孔福提供的证据,可以使李博负有举证责任的事实处于真伪不明的状态,所以应当认定该事实不存在,李博提供的证据不足以证明其主张,应当承担败诉的不利后果。

第三,其他需要说明的问题:通过前述分析,我们可以发现这种案件对于法院来讲具有隐蔽性强、不易判断真实法律关系的特点,对于当事人双方来讲,将借款合同写为房屋买卖合同也具有一定的风险。对于出借人来说,如果借款人不还款,且有证据证明房屋买卖法律关系真伪不明,出借人就有败诉的风险。出卖人在起诉房屋买卖法律关系败诉后,固然可以以民间借贷关系再次提出起诉,但仍应承担举证责任,在没有借条及收款条的情况下,举证证明民间借贷的事实存在达到高度盖然性的标准更是难上加难。对于借款人来讲,房屋买卖合同作为其自书的书证,反驳该合同也存在很大难度。像本案中有证人证言、有关联案件的事实加以佐证的情况应属于个例。所以借款人一方签订合同后不论是否还款,均有被出借人起诉要求双倍返还定金甚至要求继续履行房屋买卖合同办理过户的风险。综上,当事人在签订合同时,应当依照诚实信用原则,签订与真实法律关系相符的合同。

编写人:济南市中级人民法院审监庭 尹腾飞

案例来源:载《民商事再审案例评析》

济南华兴建筑设计有限责任公司诉 山东华盛建筑设计研究院等侵犯著作权案

——对于侵犯著作权罪中“复制发行”行为的理解

关键词：侵犯著作权罪 复制 发行 剽窃

【裁判要点】

1. 侵犯著作权罪中的“复制”在《刑法》没有规定的情况下，应依照《著作权法》的有关规定理解，即以印刷、复印、排印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的行为。增加了再创作内容的高级剽窃行为侵犯了作者的改编权，不属于复制行为。
2. 侵犯著作权罪中的“复制”必须具有发行的目的，否则不构成本罪。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二百一十七条【侵犯著作权罪】以营利为目的，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第二条 刑法第二百一十七条侵犯著作权罪中的“复制发行”，包括复制、发行或者既复制又发行的行为。

《中华人民共和国著作权法》第十条 著作权包括下列人身权和财产权：

……

（五）复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利；

（六）发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；

【案件索引】

一审：山东省章丘市人民法院（2015）章立刑字第2号

二审：山东省济南市中级人民法院（2015）济知刑终字第4号

【案情】

自诉人：济南华兴建筑设计有限责任公司（以下简称华兴公司）

被告人：山东华盛建筑设计研究院（以下简称华盛设计院）

被告人：章丘市住房和城乡建设管理委员会（以下简称章丘住建委）

2009年10月，山东金田建设开发有限公司（以下简称金田公司）委托华兴公司对济南国际商贸城双泉路商业街进行工程图纸设计。华兴公司依约设计并交付了十套工程施工图。2014年11月20日，华兴公司将上述图纸以《济南国际商贸城》的名称在国家版权局做了图形作品登记。因金田公司与华兴公司就合同履行发生纠纷，金田公司于2013年10月28日向

华兴公司发函要求解除合同，并于同日另行与华盛设计院签订工程设计合同，委托其对同一工程进行设计。华盛设计院以华兴公司的图纸为基础，根据施工情况修改了约20%，向金田公司提供了署名为华盛设计院的另外十套图纸，并收取了设计费593760元。华兴公司以华盛设计院侵犯其著作权为由，向山东省济南市中级人民法院提起民事侵权诉讼。经山东省济南市中级人民法院及山东省高级人民法院一、二审判决，认定华盛设计院侵犯了华兴公司的著作权，判令其赔礼道歉并赔偿损失35万元。后华兴公司又以华盛设计院未经许可，非法复制其享有著作权的工程设计图，违法所得数额巨大，已构成侵犯著作权罪为由，向山东省章丘市人民法院提起自诉，要求追究华盛设计院及章丘住建委的刑事责任。

【裁判结果】

山东省章丘市人民法院于2015年11月30日作出(2015)章立刑字第2号刑事裁定：驳回华兴公司的起诉。一审宣判后，华兴公司不服，向山东省济南市中级人民法院提起上诉。山东省济南市中级人民法院裁定：驳回上诉，维持原裁定。

【裁判理由】

法院生效判决认为：对已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，自诉人提不出补充证据的，人民法院应当说服其撤回起诉或者裁定驳回起诉。自诉人提供的证据不能证明被告人的行为属于《刑法》关于侵犯著作权罪所规定的“复制发行”行为，故应当裁定驳回自诉人的起诉。

【案例注解】

本案是民事诉讼认定著作权侵权后，著作权人又指控侵权人构成侵犯著作权罪的自诉案件，涉及侵犯著作权罪中“复制发行”行为的正确认定问题。由于刑法以及相关司法解释对于复制、发行的界定以及两者之间关系的规定不甚明确，以及及此引申的何为“剽窃”，“剽窃”行为是否构成犯罪的的问题，理论与实务上均存在不同理解。以下着重对上述问题进行探讨，从行为性质上为著作权的民事侵权与刑事犯罪之间划定一条清晰的界限。

一、对于“复制”行为的界定

著作权包括了多项权能，其中复制权是著作权人的一项最原始也是最基本的财产权利，《刑法》第二百一十七条规定的四类侵犯著作权罪的行为中，两种行为明确规定了“复制”，而“出版”是“复制及发行”的意思，“制作”行为也是复制的具体表现，可见侵犯著作权罪均以复制为前提条件。何为复制？从法律渊源的角度，由于《刑法》及相关知识产权刑事司法解释均未作出规定，应以《著作权法》的相关规定作为依据。根据《著作权法》第十条第一款第（五）项规定，复制是指“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份”的行为。这是著作权法意义上的复制，仅指不增加再创作内容的再现原作品的行为^①，属于狭义的复制。除此之外，广义的复制还包括改变形式的利用，即改换了原作载体或表现形式的再现，如翻译、改编、汇编等，这种对原作品的利用形式都没有离开原作的基本表达，但在原有作品的基础上有所创新。^②鉴于刑法的谦抑性品格，只对具有较强社会危害性的侵犯著作权的行为进行制裁，因此对于复制的理解，也必须采取最狭义

^① 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第182页。

^② 关于广义与狭义的复制概念，参见陈锦川：《著作权审判——原理解读与实务指导》，法律出版社2014年1月第1版，第315页。

的解释。因此刑法所制裁的复制行为，必须是不能改变原作品内容、不增加再创作内容的再现原作品的行为。

二、“剽窃”是否属于复制？

本案中华兴公司的行为还涉及到剽窃他人作品的问题。虽然《著作权法》列举了“剽窃”这种侵权行为，但对于剽窃却没有下定义，根据《国家版权局关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的答复》（权司〔1999〕第6号），是指将他人的作品或者作品的片段窃为已有而发表的行为。一般对于“剽窃”的理解是，以或多或少变化的形式，或在或多或少的场合，将他人作品全部或部分地作为本人的作品来出示或展现的行为。^③因此，剽窃的实质是一种混淆作品或作品中部分要素出处的行为，也是一种不当署名。

至于剽窃行为是否侵犯复制权，则存在多种观点。有的观点认为，剽窃的本质是混淆了作品的出处，只与不当署名有关，与非法复制之间存在根本的差异。^④也有的观点认为剽窃行为侵犯了复制权。对此，应从著作权刑法保护的角度，按照前文对于复制行为的界定，即按照狭义的复制概念进行分析。探讨剽窃是否构成了著作权法规定的复制，应以是否改变了作品的表达形式，是否是对作品的完整再现的标准进行判断。由于剽窃本身并非著作权法中类型化的侵权行为，它涉及到著作权中的多项权能，如署名权、复制权、改编权、翻译权、保护作品完整权等，其行为样态不能一概而论。根据剽窃的再创作程度不同，可以分为低级剽窃与高级剽窃两种。对于低级剽窃来说，只是原封不动地照搬他人作品或者稍加改动并署上自己的名字，这种行为侵犯了他人的署名权、复制权，有的还侵犯了他人的保护作品完整权，如果其用于发行并在数量上或者数额上达到了相应标准，是可以构成侵犯著作权罪的。对于稍加改动的剽窃，也有的观点认为不属于复制行为。^⑤但是按照这种观点，将导致对于著作权人作品的刑法保护范围过窄，行为人可以轻易地规避法律，不符合刑法保护的初衷。本文认为，如果这种改动并没有增加实质性的创作内容，那么仍然属于复制行为。

对于高级剽窃来说，这种“改头换面”使用他人作品的行为，其本质属于一种改编行为。改编主要包括两种情况：一是不改变作品原来类型而改编作品，如将长篇著作缩写为简本。二是在不改变作品基本内容的情况下将作品由一种类型改编成另一种类型，如将小说改编成剧本。对于高级剽窃行为，虽然也实质上利用了原作品的表达，但因为增加了再创作内容，因此不属于著作权法规定的复制，也就是狭义的复制，因此没有构成侵犯著作权罪的可能性。就琼瑶诉于正《宫锁连城》著作权侵权案^⑥来说，即属于这种情形——即便法院根据侵权获利确定的赔偿数额远远超过了侵犯著作权罪的人罪标准，于正剽窃琼瑶作品的行为侵犯了琼瑶的改编权而非复制权，属于应承担民事责任的侵权行为，而不会构成侵犯著作权罪。

对于剽窃是否可以单独入罪的问题，虽然有人认为，剽窃是对他人劳动成果的窃取，同盗窃行为并无本质的区别，应将其列入侵犯著作权罪或按盗窃罪定罪处罚。^⑦还有的观点认

^③ 世界知识产权组织编：《著作权与邻接权法律术语汇编》，刘波林译，北京大学出版社2007年版，第188页。

^④ 王坤：《剽窃概念的界定及其私法责任研究》，载《知识产权》2012年第8期。

^⑤ 杨巧：《美术作品相似是否构成“剽窃”的认定——对一起文字画作品侵权案的思考》，载《知识产权》2010年第4期。

^⑥ 关于琼瑶诉于正著作权侵权案，参见北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号终审判决。

^⑦ 杜雄柏：《“剽窃”行为的认定与处罚》，载《山东警察学院学报》，2012年9月第5期。

为应以损害社会公益为由，将其纳入行政处罚的范围。^⑧上述意见看似加强了对著作权的保护，实则可能使得使用他人作品的人动辄得咎，反而混淆了民事侵权与刑事制裁之间的界限。因此，剽窃行为构成犯罪，前提是这种行为侵犯了作者的复制权，否则即使获利巨大，仍属于民事侵权行为。

三、侵犯著作权罪中“复制”与“发行”的关系

关于“发行”，《著作权法》第十条第一款第（六）项以及《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第十二条的规定是一致的，综合起来，是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或复制件的行为，包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。发行的核心内容是向不特定的公众散发，如果接受的主体是特定的，即便散发多份，也不属于发行，这是认定是否属于发行行为的关键。相关司法解释还从数量上规定了侵犯著作权罪的人罪标准，因此，如果行为复制的数量超过了该数量标准，一般情况下超出了合理使用的界限，从而具有了发行之目的。

对于《刑法》第二百一十七条第一款第1项和第3项规定的“复制发行”行为的理解，虽然《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（以下简称《解释二》）第二条第一款的规定，“复制发行”包括复制、发行或者既复制又发行的行为。上述规定似乎明确，但不论是在理论界还是实务界，对于“复制”与“发行”之间的关系，争议较大。主要存在三种观点，可以总结如下：

1. 单独构成犯罪说。该观点认为，应当严格按照《解释（二）》第二条的规定，构成侵犯著作权罪的客观方面可表现为“复制”、“发行”或者“复制并发行”，因此复制行为单独可以构成侵犯著作权罪，即使没有发行获利，只要复制的数量达到定罪标准，就构成本罪。

2. 同时具备说。理论界多数学者的观点认为，构成侵犯著作权罪，必须同时具备复制行为与发行行为。理由是这里的复制行为与发行行为不是刑法规定的两种并列的犯罪行为，而是一个犯罪行为两个方面。如果行为人只实施了复制行为而没有实施发行行为，或者只实施了发行行为而没有复制行为，不符合侵犯著作权罪的构成要件。^⑨也有学者将复制与发行同时具备看作构成侵犯著作权罪的既遂要件。^⑩

3. 发行目的说。该观点认为，仅以司法解释的规定认为单纯复制即构成本罪是不妥的，必须立足于立法原意完整地加以把握。侵犯著作权罪之“复制发行”应理解为“复制”以便“发行”，从语法上看二者不是一种并列关系或者选择关系，复制的目的是发行，复制是发行的手段，发行是复制的结果。发行行为必然包括了复制行为，复制行为必须与将侵权制品分散的行为相结合才具有社会危害性，因而才具备刑事可罚性。侵权制品的分散行为以复制行为的存在为必然基础的。^⑪

以上观点各有其依据，但是第三种观点更符合立法本意。在司法实践中，未经著作权人许可，复制其作品或者发行其作品都是具有社会危害性的行为。要求既复制又发行著作权人

^⑧ 王坤：《论剽窃行为侵权责任的构成要件及承担方式》，载《电子知识产权》2013年第9期。

^⑨ 参见刘方、单民：《侵犯知识产权犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年5月版，第218页；朱继良、雷东生：《对侵犯著作权罪的探讨》，载《法学评论》1995年第3期。

^⑩ 聂洪勇：《知识产权的刑法保护》，中国方正出版社2000年版，第122页。

^⑪ 侯艳芳、何亚军：《侵犯著作权罪界限划定疑难问题探析》，载《法学杂志》2008年第6期。

作品，情节严重的才构成犯罪，既不合情理，又不利于著作权的保护。但是如果不分情况地认定单独复制即可构成犯罪，也不符合设定侵犯著作权罪的保护目的。从法律条文的表述上分析，刑法第二百一十七条四项规定中，第（一）、（三）项的“复制发行”是连在一起表述的，而（四）项的“制作、出售假冒他人署名的美术作品”中的“制作”与“出售”则是用顿号隔开的，可见复制与发行更加紧密联系在一起，是一种难以分割的行为。再者，由于《刑法》在规定了第二百一十七条内容后，又在第二百一十八条专门规定了销售侵权复制品罪，在这种立法背景下理解“复制发行”行为的内容就更应该从整体上考虑，即复制和发行是一个复合整体的行为，通常情况下发行者理应就是复制者，而复制者的目的就是发行。如果复制者的目的并非是发行，由于这种情况通常不会造成严重后果，也很难对他人的著作权造成实际的侵害，因而不构成著作权罪。^⑫ 根据《解释》第十四条的规定，侵犯著作权罪中的销售行为与销售侵权复制品罪中的销售行为的区别在于所销售的侵权复制品是何人复制或制作的。立法鉴于侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的行为特征有所区别，分别设立罪名，意图在于体现不同社会危害性的犯罪的区别对待。在等量情况下，单纯销售侵权复制品的行为其社会危害性小于非法复制发行、出版等行为。^⑬ 因为销售侵权复制品的起刑点较侵犯著作权罪高，而销售行为属于最典型的作品发行行为，如果将复制与发行的关系仅理解为选择关系，那么以出租的方式向公众散发他人复制的作品的行为也按照侵犯著作权罪的起刑点定罪，这样反而出现了危害性较轻的出租行为较之危害性较重的销售行为的定罪更重的不合理现象，而实际上对于出租他人复制作品的行为，多数认为是不构成犯罪的。由此可见复制与发行的关系不可能是简单的并列关系而没有其他联系。因此，虽然司法解释规定复制或发行均可以单独构成犯罪，但复制应具有发行的目的，而发行则是复制的后续行为。因此，构成侵犯著作权罪的复制发行，其复制必须以发行为目的，不以发行为目的的复制不构成犯罪。

综上，本案中被告人华盛设计院是否构成犯罪，关键问题是其行为是否属于刑法规定的“复制发行”行为。华兴公司为完成合同约定的义务向金田公司提供的设计图纸系沿用华兴公司原设计图的主要部分进行修改而成，并在图纸作品上署名，其行为混淆了作品的出处，是典型的剽窃他人作品的行为，属于《著作权法》第四十七条规定的应当承担民事责任的侵权行为。但华盛设计院的行为并不属于著作权法规定的“复制”，并且设计图纸系用于工程施工及验收、备案，图纸印制的数量有限，持有主体特定，不存在以出售、赠与等方式向公众散发的发行行为。因此华兴公司指控的华盛设计院复制发行其作品的行为缺乏罪证予以支持，应当裁定驳回其自诉。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰
案例来源：载《人民法院案例选》2016年第1辑

^⑫ 参见刘宪权、吴允锋：《侵犯知识产权犯罪理论与实务》，北京大学出版社2007年1月第1版，第290～301页。

^⑬ 刘远山：《论我国著作权犯罪的定罪和处罚及其刑法完善》，载《河北法学》2006年第4期。

汇编作品主编享有著作权以付出创造性劳动为依据

【裁判要旨】

作为汇编作品的教材，其独创性主要体现于教材内容的选择、编排及体例结构。由于编纂过程的复杂性，教材具有双重甚至多重著作权。主编享有汇编作品著作权的前提是对于教材的编写付出了创造性劳动，其单独还是与其他编写人员共同享有教材的整体著作权，还应当根据教材的编写方式与编写人员的分工情况而定。

案号 一审：(2012)济民三初字第107号

二审：(2013)鲁民三终字第97号

再审：(2013)民申字第363号

【案情】

原告（二审上诉人、再审申请人）：袁某

被告（二审被上诉人、再审被申请人）：丁某

被告（二审被上诉人、再审被申请人）：山东大学出版社有限公司（简称山大出版社）

2008年初，山大出版社组织幼儿园教师共73人组成编写组，编写一套幼儿园教材。其中，聘任袁某与另一名退休教师共同担任主编，谭某、鞠某等12人为各分册主编，并指定了幼儿用书及教师用书的年龄段负责人、单元负责人。其中教师负责选材和编写方案、设计版面、搜集资源；单元负责人撰写单元目标、生活活动、环境创设、家园共育部分，年龄段负责人负责撰写学期教育目标、填写学期教育活动安排表，负责整学期稿件的审阅、修改、校对；主编负责工作计划和部署、组织协调相关事宜，审阅、修改、校对稿件，监督书籍、音像出版质量。编写组成员均未与出版社方面签订合同，就教材著作权的归属及报酬等问题做出约定。2008年9月，该套名为《山东省幼儿园》的教材（以下称第一套教材）由山大出版社公开出版发行。

因该套教材未通过山东省教材审定委员会的审定，山大出版社于2009年8月再次组织人员编写幼儿教材，编写组成员与第一套教材大体相同，并聘请某大学副教授丁某担任主编。因袁某与山大出版社之间就稿酬、编写理念等问题存在分歧，未再参与该套教材的编写。2011年1月，由丁某主编的《幼儿园主题活动课程》教材（以下称第二套教材）开始公开出版发行。2011年7月，袁某以山大出版社未支付其报酬且丁某主编的教材侵犯其著作权为由提起诉讼，要求两被告停止侵权、赔礼道歉并赔偿损失，山大出版社支付拖欠稿酬7万元及利息。

【审判】

山东省济南市中级人民法院经审理认为：一、对于第一套教材的著作权归属问题，该套教材系在山大出版社的统一组织并提供的物质条件下，由一个多层次的编写组分工协作、共同完成的。主编在承担工作计划和部署、组织协调等工作外，也承担了稿件的审阅、修改等工作，因此教师、单元负责人、年龄段负责人及副主编、主编均对教材的创作付出了智力劳动，均为教材作品的共同作者。在山大出版社与编写组未就著作权归属做出约定的情况下，

作品的著作权依法属于全体编写人员。二、对于丁某主编、山大出版社出版的第二套教材是否侵害了袁某的著作权问题，由于幼儿教材须围绕《幼儿园教育指导纲要（试行）》规定的健康、语言、社会、科学、艺术五个领域的要求进行，并遵循编写惯例，在具体内容、结构体例等方面存在相对固定的要求，同时存在大量公用领域及他人享有著作权的作品内容，因此该类教材所包含的原创内容较少，其独创性主要体现在对内容的选择、编排所体现的独特表达方式上。通过对比两套教材，其教师用书在名称、前言、教育目标、目录、版式及语言风格上均存在明显的区别，幼儿用书在结构上分别采取了单元与主题的形式，且数目不同，相同栏目项下的活动采用的文字设计不同，相同来源插图的布局及形状、色彩均有明显区别。两套教材在体例编排及具体结构上存在明显差异，从而产生了不同的表达效果。丁某担任主编的编写组所编写的教材具有其独创性特点，是一套独立的作品。因袁某未参与第二套教材的编写工作，故其对第二套教材不享有著作权。对于两套教材存在的相似之处，因第一套教材的编写组大部分成员参与了第二套教材的编写，编写中有权使用其自行创作或选择的作品内容。袁某作为主编未从事教材中具体内容的选择或编写，对教材付出的智力劳动主要体现在教材宏观体例及编排顺序的确定方面，而两套教材在上述方面存在明显不同。并且原告提供的证据也无法证明两套教材中的相似内容系采用了出自袁某的独立创作内容。因此袁某主张丁某、山大出版社侵害其署名权、修改权、保护作品完整权欠缺事实及法律依据。但山大出版社未与包括袁某在内的作者签订书面合同以明确稿酬支付方式，事后又未就此达成一致意见，应依照国家版权局《出版文字作品报酬规定》相关标准的上限确定报酬。依照著作权法第十条、第十一条、第十三条、第十七条、第二十八条、第三十条、第四十九条，合同法第六十二条第四项，最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释第十二条，法院判决：一、山大出版社支付袁某报酬 33596.44 元及逾期付款利息，并赔偿合理费用 7000 元；二、驳回袁某的其他诉讼请求。

宣判后，袁某不服一审判决，提起上诉称，袁某作为教材的主编享有著作权，两套教材存在多处相同内容，编写组的其他成员使用教材内容未与其协商，因此丁某主编的第二套教材侵犯其著作权，请求二审法院依法改判。

山东省高级人民法院经审理认为：袁某主编的第一套教材应定性为委托创作作品。根据法律规定，对于委托创作作品，双方当事人未约定权属的，著作权应由创作人享有。原审法院认定第一套教材的著作权属于全体编写人员正确。袁某作为第一套教材署名的两名主编之一，有权主张其合法权利。但因为第一套教材的绝大部分其他作者均参与了第二套教材的编写，该部分作者对其在先发表的作品具有合理使用权，第二套教材中对该部分作者所撰写的部分内容的复制不构成侵权。现袁某主张第二套教材侵犯其著作权，并列举了两套教材的多处相似之处，但其未能举证证明该构成相似的部分为其独立完成，其对该相似部分内容享有著作权，其主张第一套教材是不可分割使用的作品亦不能成立。且第二套教材在所有参编作者共同努力下，对第一套教材也作了相应的修改，因此，根据现有证据不能证明第二套教材侵犯袁某的著作权。原审判决认定事实正确，适用法律准确，袁某的上诉理由不能成立。二审法院判决驳回上诉，维持原判。

二审宣判后，袁某仍不服，向最高人民法院申请再审，请求撤销二审判决。最高人民法院经审查后认为：本案争议焦点为丁某主编的教材是否侵害了袁某的著作权。经对比，两套教材有许多相似之处，也有许多不同之处。判断第二套教材是否剽窃了第一套教材，主要判

断依据是其相同之处是否有法律依据,如果有则不构成侵权。根据著作权法的规定,对作品的保护,保护的不是作品所体现的主题、思想、情感以及科学原理等,而是作者对这些主题、思想、情感或科学原理的表达。对此,最高人民法院采纳了一审法院的观点,即教材独创性主要体现在对内容的选择、编排所体现的独特表达方式上,而两套教材在上述方面差别明显,袁某对第二套教材不享有著作权。两套教材的部分内容及幼儿用书的目录、栏目名称等方面之所以存在相似之处,主要缘于第一套教材的编写组大部分成员参与了第二套教材的编写,编写中有权使用其自行创作或选择的内容。并且即使对于教材的体例、内容的选取与编排等,其他主编、副主编、年龄段负责人等均付出了劳动,袁某无法证明两套教材中的相似内容系由其独立创作。因此袁某主张第二套教材侵犯其著作权欠缺事实及法律依据,其再审申请不符合法律规定,遂裁定驳回袁某的再审申请。

【评析】

本案系因教材产生的著作权纠纷。主编制教材作为一种特殊类型的汇编作品,其著作权的归属及行使均有其特殊性。从教材的作品性质入手分析,将有助于准确把握其著作权归属及主编的著作权法地位问题。

一、教材作为汇编作品的特点

(一) 集合性及独创性的体现

教材属于汇编作品。汇编作品是指在对现有作品和材料不改变内容的情况下,对其进行选择、编排并体现独创性的作品。认定汇编作品,有两个重要的特征:一是“集合性”,即汇编作品以现有作品或材料为来源,将若干作品、作品片段或不构成作品的材料进行搜集整理;二是“独创性”,即对现有材料的选择或编排是一种创造性的表达,满足一定的创作高度。^①对应于第一点,教材内容必须包含各领域的人类文明成果,存在大量公有领域及他人享有著作权的作品,其中不乏名家名作,当然也可能存在一些编写者个人创作的作品。对应于第二点,由于教材担负的教育目的,其编写必须遵循教育部门制定的有关计划和要求,满足国家的培养目标,具有一定的强制性,加之还要遵循编写惯例,决定了教材的具体内容、结构体例等方面均存在相对固定的要求,编写者所能够自由发挥的创作空间比较狭窄。教材的独创性主要并不体现于构成教材内容的具体作品,而在于具体作品、材料的选择以及篇章布局、体例结构方面。至于教材的构思、所体现的价值取向、主题思想等虽然也体现了编写者的创造性,也可能更为编写者所看重,但却不属于著作权法所保护的“表达”范畴。正因如此,教材的编排体例和结构方才属于最应保护的核心所在。^②

(二) 教材上的双重及多重著作权

所谓双重著作权,是指汇编人就整部教材的特定编排顺序、结构及材料的选择享有整体的著作权,而对于其中具体的作品则由相应的作者享有著作权。双重著作权可以较好的解释汇编作品的著作权归属问题。汇编作者只能就他付出了创造性劳动的那部分成果(如材料的选择或编排等)享有著作权,其中可以单独取出的每个被汇编进去的作品,著作权仍归原作

^① 黄振中:《使用汇编作品的内容是否构成对汇编作品著作权的侵犯——对一起侵犯汇编作品著作权案的思考》,载《知识产权》2010年第5期。

^② 周安平、简祯:《我国中小学教材著作权初探》,载《出版发行研究》2007年第4期,第73页。

者所有。^③ 如果汇编作品中的原作品受到侵犯（并非汇编作品受到侵犯），也只能由原作品的著作权人主张权利，而与汇编作品的著作权人无关。对于教材来说，由于其既编又纂的特点，使得双重著作权的问题有时变得较为复杂。因为教材一般均成套出版，是数册书籍及光碟、挂图等作品的集合。单以书籍为例，一套教材包括数册图书，每册又分章节。每章是对本章内容的汇编，每册书则是对全册书中各章节的汇编，而整套教材又可看作全部分册教材的汇编。在汇编的每一层次，均有相应的汇编作者，这样他们所享有的著作权范围显然是不同的，从而产生了双重乃至多重的著作权，这是教材作为汇编作品不同于一般汇编作品的特征。

二、教材主编的作者身份认定

（一）署名原则的适用及其局限性

在教材属于委托作品的情况下，根据著作权法的规定，委托作品的著作权归属由委托人和受托人通过合同约定，未作明确约定或者未订立合同的，著作权属于受托人。如果受托人不明或者教材不属于委托作品的情形，应以教材的作者确定教材著作权的归属。对于作者的认定，一般遵循署名原则。如果教材署名由某编写组编写，则教材的作者应为该编写组，著作权由编写组享有，该编写组的法律地位相当于民法上的“其他组织”，而主编及编写人员等则作为编写组成员享有相应的权利。如果教材不存在编写组或者编写组未在教材上署名，是否以主编作为教材的汇编作者，存在不同的认识。如有观点认为，主编不是或者起码不等同于作者，不享有或者不享有完全意义上的著作权。^④ 这一观点可能有失偏颇，却至少说明对于主编制作品，既有主编，又有撰稿人的情况下，谁是作者、谁享有著作权问题的复杂性，主编与作者在著作权法地位上不可能简单地划等号。并且在署名方式上，形式多样，有时异常复杂，难以简单地适用推定原则确定作者。以本案涉及的幼儿园教材为例，其署名不仅有主编，还有分册主编、副主编以及编写人员等，作者的范围包括哪些人员？显然还需要具体分析。

（二）主编成为作者的条件

在法律尚无创设“主编权”的现有环境下，不管主编对于作品付出了何种劳动，主编享有著作权的唯一条件是看其是否符合作者的条件。对于作者，著作权法将其界定为创作作品的人，并且还以反面排除的方式明确了不能成为作者的人，比如，在关于合作作品的规定中，没有参加创作的人，不能成为合作作者，而不管其对于作品的形成是否存在贡献，只要未付出创造性劳动，一律不算作者。根据各类教材的编写实践，大体可把主编的工作及在教材编写中的作用分为以下四类：1. 仅起挂名作用，未参与教材编写的任何实际编写工作。2. 在编写中从事组织、协调工作，例如负责编写人员的召集、培训、联络，监督编写工作进度，与出版社方面进行沟通等纯粹行政性、事务性的工作。3. 负责教材的体例结构、作品的选取、编排顺序的确定，审稿、排版、修改、定稿等。4. 不仅参与第3类工作，还具体从事某些具体章节的编写工作。第1类主编为典型的挂名主编，由于自身未从事任何创作活动，当然不应享有作者地位。第2类主编虽然对于教材的创作付出了劳动，但这种劳动不具有创造性，教材中也体现不出其任何创造性因素。其对文章进行文字性修改、润色及其对其中的事实、引文和语法错误进行核实和更正行为，仅是一种履行编辑职务的行为，并非创作行为。因此

^③ 陶舒亚：《汇编作品著作权相关问题探析》，载《中国政法大学学报》2010年第5期。

^④ 王岩：《关于主编制作品的法律思考》，载《知识产权（双月刊）》2004年第4期。

该类主编也不具有作者的地位，其署名虽不违法，但与著作权法上的署名不可同日而语，其获得的报酬也仅应看作是对其参与劳动的对价，与著作权人获得的报酬存在实质不同。第3类主编在教材创作过程中享有主导地位，即使整部教材中并没有其具体的作品内容，但作品的编排体例、整体风格均能够体现出主编的个性特点，因此是教材的汇编作者。第4类主编是对教材创作过程的更深度的参与，不仅从事了宏观体例的确定以及稿件的修改工作，这样其作为作者不仅就整部作品享有汇编作品著作权，而且对其独立创作的部分，如果能够形成单独的作品，就该作品还享有单独著作权。

三、主编与其他编写人员的关系及著作权范围

(一) 主编的著作权范围

教材作为主编制作品，存在于多个人参与创作活动所创作的作品中，是一种特殊的表现形式。^⑤对主编与其他编写人员是否系合作作者的关系，存在两种观点。一种认为只有主编才能就整部作品享有著作权，而其他编写人员不能享有，如果能够确定其参与编写部分并且该部分能够构成作品的，可以就该部分享有著作权。另一种观点则认为主编与其他编写人员虽然分工不同，但只要对于教材的形成付出了创造性劳动，均应就整部教材享有著作权。对此问题，笔者认为不可一概而论，应以实际创作过程加以分析。主编主持下的教材编写工作，不外乎两种情况：1. 主编负责教材的框架结构、选定主题、材料的选择等工作，其他编写人员具体撰写相应的内容，或者负责相应单元部分的材料搜集与整理。这时的主编与期刊、百科全书类主编的地位相当，对于教材这一汇编作品的整体享有著作权。虽然其他编写人员也在材料搜集中做出了一定的工作，但是否采用的决定权在于主编，他们只是在主编的指示与要求下进行的搜集与整理工作，与主编所承担的决定汇编教材独创性的选择、编排工作不可同日而语，其对于整部教材的结构体例并无创造性的贡献，因此就整部教材自然不享有汇编作品的著作权。如果其他编写人员所独自编写部分形成了单独作品，其就该作品享有著作权。然而如果其他编写人员创作的作品如果使用了主编有独创性的表达结构的，其单独使用该部分还应征得主编之同意，否则也构成对主编享有的汇编作品著作权的侵犯。2. 主编与其他编写人员共同协商确定教材的体例结构、版式框架以及材料的选择整理。这时主编不因主编地位而享有特别权利，教材的著作权由主编与其他参与汇编的人员共同享有，由主编独享汇编教材的整体著作权是显失公平的，因此应当坚持整体著作权的共有。^⑥总之，确定主编与其他编写人员著作权范围的原则是，如果能够确定各自所从事的创作活动范围，则其享有的著作权应当以其创作活动所涉及的作品范围为限；如果各自的创作活动是不可区分的，则认定其就全部作品共同享有整体著作权。

(二) 主编以外的其他编写人员的著作权范围

主编以外，每名编写人员享有的著作权范围取决于两方面，一是其参与汇编的层级范围，如主编可就全套教材享有著作权，而分册主编仅就该分册教材享有著作权；二是确定著作权范围时，应注意到教材的表现形式作为作品在物理上的最小表现单位，通常表现为教材的分册。以分册为例，凡是参与该分册汇编工作的，对该分册享有整体著作权，而不论其参与汇

^⑤ 王岩：《关于主编制作品的法律思考》，载《知识产权（双月刊）》2004年第4期。

^⑥ 冯涛：《可分割使用的合作作品的权利争议与对策——以社会科学教科书为分析对象》，载《理论探索》2011年第3期。

编的范围大小。如本案中分册主编、单元负责人、编写人员虽然面向的范围不同，但均参与了该分册内容的选择与编排，由于分册已经是物理上可分离的最小单位，故他们就分册共同享有著作权，而并非各人仅就其负责的部分享有著作权。

基于以上分析，回到本案中袁某就教材主张著作权的问题。对于第一套教材，由于编写人员未与出版社签订合同约定著作权的归属，教材的著作权应归作者所有。在教材的实际编写过程中，主编除承担部分事务性工作以外，在教材的宏观体现与编排结构上面也付出了创造性劳动，具备汇编作者的身份。但与此同时，教材的副主编、年龄段负责人等编写人员对于教材内容的选择与编排也均付出了劳动，并且他们的创作活动是一个不可分割的有机整体，因此一审、二审及再审法院认定教材的整体著作权归属于全部编写人员。退一步讲，即使主编享有单独的汇编作品著作权，该著作权的保护范围也仅限于整套教材的编排体例与结构上。而对于构成全套教材的各分册而言，其汇编作者至少还有副主编、分册主编等人，主编不能就分册教材主张单独的著作权。至于编写人员在教材编写过程中独自创作完成的文章、绘画及摄影等作品，根据双重著作权原理，编写人员享有单独著作权，有权决定如何使用。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：载《人民司法·案例》2014年第24期

网络服务提供者的注意义务及间接侵权责任的认定

——上海玄霆公司诉山东机客公司侵害信息网络传播权纠纷案

【案号】

一审：山东省济南市中级人民法院（2011）济民三初字第329号（2012年12月9日）

二审：山东省高级人民法院（2013）鲁民三终字第36号（2013年5月6日）

【关键词】 网络服务提供者 避风港原则 注意义务

【裁判摘要】

认定提供信息存储空间的网络服务提供者是否应当承担教唆、侵权的间接侵权责任时，根据《信息网络传播权条例》第22条有关“避风港”的规定，确定其是否可以免责。网络服务提供者间接侵权责任属于过错责任，具体体现为对于网络用户侵权行为的明知或应知。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》列举了认定网络服务提供者是否构成应知的考虑因素，人民法院应当根据案件具体情况综合予以认定。而网络服务提供者直接从侵权作品中直接获得经济利益的，提高了其对侵权行为的注意义务标准，也就是说，其构成应知的可能性相对增加。

【案情】

上诉人（原审被告）：山东机客网络技术有限公司（以下简称机客公司）

被上诉人（原审原告）：上海玄霆娱乐信息科技有限公司（以下简称玄霆公司）

玄霆公司系国内原创文学门户网站“起点中文网”（www.qidian.com）的运营商。2007年1月，玄霆公司与张牧野就后者以笔名“本物天下霸唱”创作的作品《魁星踢斗》（暂定名）的著作权转让问题签订《协议书》，约定：在协议有效期内，张牧野作为玄霆公司的专属作者将协议作品著作权除专属于作者自身的权利以外的全部权利转让给玄霆公司，转让费为人民币150万元。玄霆公司按照协议支付转让费后，获得协议作品的著作权。2007年8月30日，双方再次签订《补充确认书》，确定协议作品《魁星踢斗》名称改为《鬼吹灯Ⅱ》，张牧野的笔名改为“天下霸唱”。2007年7月，小说《鬼吹灯Ⅱ》系列作品开始公开出版发行，作者署名为“天下霸唱”，封面左上角有“原创文学门户起点中文网 www.cmfu.com”的标记。同时该小说也在玄霆公司的起点中文网上提供付费下载及阅读服务，在百度“十大小说风云榜”上长期名列前茅。

机客公司是一家经营手机商用商店的互联网企业，经营范围包括为手机用户提供手机游戏、软件、电子书、主题、壁纸、电影、铃声、祝福短信等服务。该公司在其经营网站（www.159.com）上以每部0.5元的价格向手机用户提供小说《鬼吹灯2（全集）》的下载服务，小说上传发布者“159bj5”，在网站首页的下载榜单位置，该小说排名第4。小说首页显示“本物天下霸唱著”，并有“本书由机客网（www.159.com）自网络收集整理制作”的声明。该小说经与玄霆公司提供的小说电子版及公开出版物比对，二者内容完全相同。截至2011年8月11日，机客网上“推荐下载”一栏显示“鬼吹灯2（全集）”的下载次数为192238次。因玄霆公司认为机客公司在网络上提供的涉案作品的付费下载服务未经其许可，侵犯了其信息网

络传播权，要求法院判令机客公司侵权并赔偿经济损失及合理费用 12 万元。

在该网站“机客帮助中心”页面，通过点击“注册成为机客”，然后下载《机客手机应用商店协议书》，该协议书约定网络用户可在机客网的手机应用商店向用户提供作品，机客公司与网络用户的分配比例为 3：7。另外查明，任何网络用户在该网站通过注册成为机客用户后，可将其自己的电子文档上传至机客网站。

【审理】

山东省济南市中级人民法院经审理认为：

一、根据《著作权法》的规定，如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。根据现有证据，足以认定张牧野（笔名本物天下霸唱或天下霸唱）系涉案小说《鬼吹灯 II》系列的作者。张牧野与玄霆公司之间就著作权转让签订的协议书不违反法律规定，合法有效。张牧野已书面确认著作权转让与玄霆公司，因此玄霆公司就涉案小说享有包括信息网络传播权在内的著作权，机客公司未经许可，在其经营的网站上提供下载的小说《鬼吹灯 2（全集）》与玄霆公司的作品内容相同，侵犯了玄霆公司对该小说享有的信息网络传播权。机客公司辩称涉案作品系由其网站会员上传，且已停止提供涉案小说的下载服务并己将其从网站删除，因此应适用“避风港”原则，不应承担侵权责任。法院认为，本案中机客公司是以下载服务的形式在网络上传播涉案小说，对于作品是否经过授权应有审查的义务。并且该下载为收费服务，机客公司亦认可所获利益由机客公司与上传者共享。因此机客公司对于侵权行为存在明显的主观过错，应承担赔偿损失的民事责任。

二、对于赔偿损失数额的认定，根据《著作权法》的相关规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。玄霆公司因机客公司的侵权行为造成的实际损失难以计算，而机客公司网站显示的涉案小说下载量与价格的乘积（192238 次×0.5 元=96119 元）系在玄霆公司取证的时间点机客公司的违法所得。机客公司辩称其所收费用并非全部归机客公司所有，但仅以机客公司网站上的空白《内容合作协议》不能证明机客公司已向上传者支付费用，并且其与上传者之间的利润分成系侵权行为人之间的内部约定，不能据以对抗权利人。故对机客公司的上述答辩意见，不予采纳。

综上，一审法院判决：1. 机客公司立即停止在其网站 www.159.com 上提供《鬼吹灯 2》（《鬼吹灯 II》）系列小说的下载服务；2. 机客公司赔偿玄霆公司经济损失 96119 元；3. 机客公司赔偿玄霆公司合理开支 500.8 元。

宣判后，机客公司不服一审判决，提起上诉。

山东省高级人民法院经审理认为，二审争议焦点为机客公司是否构成著作权侵权，如构成侵权，原审确定的赔偿数额是否适当。根据《中华人民共和国著作权法》第四十八条第一款第（一）项之规定，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播其作品的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。机客公司未经玄霆公司许可，在其经营的网站上提供涉案作品《鬼吹灯 II》系列小说的下载服务，侵犯了玄霆公司依法享有的信息网络传播权，应承担相应的民事责任。机客公司主张其不应承担侵权责任，主要理由为涉案作品系其网站会员上传，其作为信息存储空间提供者已尽到审查义务，应当免除赔偿责任。但机客公司通过提供涉案作品的下载服务收取了费用，从中获取了直接经济利

益，其行为不符合《信息网络传播权保护条例》第二十二条关于信息存储空间网络服务提供者得免除赔偿责任的法定条件。并且根据《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十一条的规定，网络服务提供者从网络用户提供的作品中直接获得经济利益的，应当认定其对网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。机客公司并未提交证据证明其已尽到了相应的注意义务，也未证明其已采取了合理、必要的技术防范措施，故对其行为应承担过错责任。

关于赔偿损失数额的确定，依据《中华人民共和国著作权法》第四十九条之规定，确定侵犯著作权的赔偿数额在权利人实际损失难以计算的情况下，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿，原审法院依据机客公司网站显示的内容计算出其违法所得，并以此确定赔偿损失的数额符合法律规定，并无不当。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。二审判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案的核心问题是网络服务提供者侵害信息网络传播权的认定，其中主要涉及网络服务提供者免责的“避风港”原则、直接侵权与间接侵权的区分、注意义务对于“应知”的影响的问题。在《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）出台之前，由于《著作权法》关于信息网络传播权侵权的规定比较原则，司法实践中主要以《侵权责任法》及《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》）作为认定网络服务提供者侵权责任的主要法律依据。而《规定》为侵害信息网络传播权的行为构成、间接侵权的判定标准提供了更为明确的法律依据，本案二审审理过程中正值《规定》开始生效，因此二审法院适用《规定》的有关内容对本案作出了更有说服力的判决。但是，在《规定》生效之后，《侵权责任法》、《条例》与《规定》应如何衔接适用，尤其是《条例》是否还有适用余地？是值得思考的一个问题。带着上述思考，本文重点结合“避风港”原则、“红旗标准”的有关原理，并参考侵权法中关于注意义务的法理，试对网络服务提供者间接侵权责任的认定思路作出厘清。

一、行为界定：作品提供行为还是网络服务行为

《著作权法》第四十八条第一款第（一）项、第（三）项虽然规定了网络侵权行为，但对于侵权行为类型来说，只有“通过信息网络向公众传播作品”这一种行为，而这显然不能涵盖网络侵权的所有行为类型。《规定》以是否直接提供权利人的作品的法律标准取代服务器标准来界定信息网络传播行为，将信息网络传播行为区分为作品的提供行为与其他信息网络传播行为，而其他信息网络传播行为则是以其技术、设施提供网络中间性服务的行为，即是一种提供服务而非直接提供作品等的行为。将信息网络传播行为区分为作品提供行为和网络服务提供行为，对于构建网络环境下著作权保护的责任体系具有基础性意义。因为在这种区分的基础之上，产生了直接侵权责任与间接侵权责任的区分，直接侵权责任对应作品提供行为，而间接侵权责任对应网络服务提供行为。^①也只有网络服务行为才能适用避风港原则。根据《规定》第三条的规定，如果属于作品提供行为，则只要未经权利人许可，即构成侵权。

本案中，原告玄霆公司主张机客公司提供被控侵权作品的行为不属于提供存储空间的网络服务行为，应构成直接侵权，其理由是所谓的上传者“159bj5”的真实身份无法核实，极

^① 孔祥俊：《论信息网络传播行为》，载《人民司法（应用）》2012年7期。

有可能是机客公司的内部员工所为，在机客公司不能提供其真实身份的情况下，应认定系机客公司直接上传了侵权作品。对此，机客公司通过公证行为已经证实了任何网络用户无需实名验证即可在其网站上传任何作品，因此在原告没有提供证据的情况下，难以证明机客公司系侵权作品的直接提供者，因此法院没有支持玄霆公司的意见，而是将机客公司的行为认定为网络服务的提供行为，这种网络服务，具体到本案，就是向网络用户提供了存储空间。

二、免责条件：避风港原则的适用

避风港原则最早来自于美国 1998 年的《千禧年数字版权法》（即 DMCA 法案），其主要目的是为了互联网行业的健康发展。根据避风港原则，网络服务提供者在没有能力事先对他人上传的作品进行审查，而且事前也不知道且不应该知道侵权事实存在的情况下，如果收到著作权人通知后对侵权内容进行移除，则不承担侵权责任，即“通知+移除”规则。我国在互联网企业发展壮大时期也引入了避风港原则，具体体现在 2006 年 7 月实施的《条例》第 20 条至第 23 条以及 2010 年 7 月实施的《侵权责任法》第 36 条中。《条例》第 20 条至第 23 条具体规定了网络服务提供者在提供自动接入服务、自动传输服务、自动存储、提供信息存储空间、提供搜索与链接服务不承担赔偿责任的情形，这些条款具有操作性，属于对避风港原则的细化，为司法上判断网络服务提供者是否承担责任提供了法律依据。在司法解释方面，《规定》第四条也是避风港原则的体现。

《条例》第二十二条关于信息存储空间的提供者免责的五个条件，只有五项均没有违反，方予以免责。这五个条件依次是，（一）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。根据上述规定，本案被告机客公司通过提供涉案作品的下载服务收取了费用，从中获取了直接经济利益，不符合第（三）项要求，因此也就不能直接援引该条规定予以免责。而对于网络服务提供者对于侵权行为主观上是否明知或应知，则并没有规定具体的判定标准。由此可以看出，在认定网络服务提供者的侵权责任问题上，《条例》仅提供了有关网络服务提供者免责的条件，没有规定关于网络服务提供者侵权行为构成要件的具体认定标准，这是适用《条例》认定网络服务提供者侵权责任时存在的不足之处。

三、网络服务提供者间接侵权的归责原则：过错责任

（一）过错的表现：明知或应知

《侵权责任法》第三十六条第三款规定，网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。这要求网络服务提供者必须知道侵权行为的存在，方构成侵权。但该“知道”是否包括“应当知道”，则尚不明确。而《规定》不但将网络服务提供者承担责任的主观标准明确为“明知或应知”，更将其与传统侵权行为构成要件中的过错衔接起来，解决了网络侵权行为在侵权行为法体系中的地位问题，并且将网络间接侵权行为具体化为教唆与帮助两种类型。无论是教唆侵权还是帮助侵权，均要求网络服务提供者主观上存在过错。网络服务提供者就其网络服务提供行为造成侵权存在的过错，包括两种认知情况，即对于网络用户侵权行为的明知或应知两种。“明知”是一种主观心理状态，除了有直接证据可以证明以外，某些行为也可以视为“明知”，一般认为，如果

网络服务提供者对内容进行了编辑、宣传、推荐、介绍等行为，则往往可以认定网络服务提供者属于“明知”。但《规定》在此问题上将上述行为作为可能构成“应知”的判断要素来看待，对于“明知”，仅规定了对于“通知—删除”的违反这一种情形（第十三条）。对于“应知”的判断更多依赖于法官依据个案情况的不同而进行个案的判断，《规定》的主要篇幅在于为判断“应知”提供具体的参考要素。

（二）注意义务对于判定“应知”的作用

将网络服务提供者的过错具体化为“明知”或“应知”两种主观认知状态以后，《规定》所列举的众多参考要素中，多数是以网络服务提供者的外部行为作为判断其主观状态的标准。这种通过外部行为界定行为人主观做法，是近现代以来大陆法系主观过失客观化趋势的具体体现，这也就为将本为英美法系中重要概念的注意义务的引入提供了契机。

大陆法系传统上以过失作为一般侵权行为的要件，本无注意义务的概念。注意义务是英美法系侵权法中的重要概念，其起源于中世纪普通法的损害赔偿之诉令状^②，注意义务（duty of care）之存在是构成过失侵权诉因的首要条件，也就是说，没有注意义务，也就没有过失侵权责任。英美法系历来将过失侵权视为一种“注意义务的违反”，并不重视其实际的主观状态。由于注意义务适应了过错客观化及过错标准客观化的历史发展趋势，大陆法系也逐渐引入注意义务作为判断侵权行为人过错的重要工具。就其功能来讲，注意义务所发挥的以下两项功能是其存在的主要理由。一是规范不作为，传统上，一个消极的不作为，只有在具体案件中变成一个积极的法律义务或约定义务时，才能成为法律责任的基础。而注意义务的设置，就为追究这种不作为的侵权责任提供了依据。而因不作为承担法律责任的前提是注意义务的存在，从而也为不作为之人承担侵权责任限定了条件。二是作为政策的控制器，能够有效控制侵权责任的范围。立法者、司法者通过调校衡量注意义务的准星，可以使得侵权责任范围根据社会发展变化而作出调整，更好地贯彻知识产权保护的政策。因此，注意义务的引入，有利于追究网络服务提供者因其消极不作为造成的对他人信息网络传播权的损害的侵权责任。同时，通过设置不同的注意义务标准，有效地为不同情况下的间接侵权行为确定更加精确的“应知”界限，更好地判定网络服务提供者是否构成应知。

根据《规定》第11条，网络服务提供者从网络用户提供的作品中直接获得经济利益的，要承担“较高的注意义务”。何谓“较高的注意义务”，笔者以为，其是就普通的注意义务而言，其中暗含着一定的审查义务。考虑到互联网产业的健康发展，一般情况下，网络服务提供者对于网络用户上传的作品是否侵权没有主动审查的义务，除非这种侵权行为已经达到像红旗一样高高飘扬的程度。而在网络用户通过侵权作品直接获利的情况下，法律则对网络服务提供者课以较高的注意义务，也就是说，即使侵权行为并不明显，但网络服务提供者如果通过合理的审查可以发现侵权行为时，也认定其已构成“应知”，应当承担间接侵权责任。

本案中，对于是否从涉案小说中直接获得经济利益的问题，虽然机客公司辩称针对涉案小说的下载在2011年4月22日前是收取机客币的，但机客币仍具有财产属性，可以带来利益。该日期后是通过网银来收取费用，收取金额较小，但收取的并非是一般性广告费或服务费，应认定“直接获得经济利益”。而机客公司仅在下载的页面中列有“如果上传的资料侵犯您的权利，请按照《信息网络传播权保护条例》的规定向我们发出通知，我们将依法删除”

^② 廖焕国：《论英美侵权法中注意义务的历史、概念与功能》，载《时代法学》2007年1期。

的声明，显然只能认为属于“一般的注意义务”，而非“较高的注意义务”。

在较高程度的注意义务要求之下，再根据《规定》第九条列举的因素，考量网络服务提供者是否达到了该标准。如果未达到此标准，则应认为其对于侵权行为构成“应知”。结合本案，首先，就作品的类型及知名度来讲，玄霆公司经营的起点中文网是目前国内最大的文学阅读和写字平台之一，《鬼吹灯 II》系列小说又是点击率较高的热门小说，因此其作品的知名度较高。而机客公司经营的机客网作为一家文学类的专业网站，其应当熟知同类型的热门网站及网络热门小说。其次，根据玄霆公司提供的证据，在从机客网上下载下来的小说的开头有“本书由机客网（www.159.com）自网络收集整理制作”的声明，并且机客网在其首页专门设置了榜单，其中《鬼吹灯 2》排名第 4。综上，机客公司在应该知道流行度较高的涉案作品的情况下，对作品主动进行了选择、编辑与推荐等。因此在《规定》列举的七种情形中，机客公司已经存在两种违反其注意义务的情形，因此其再推说没有注意到其存储的作品涉嫌侵权显然是不合理的。在认定机客公司对于网络用户的侵权行为构成应知的基础上，也就是主观上存在过错，那么其应当承担帮助侵权的责任。

结论

通过以上分析可以看出，在认定网络服务提供者的侵权责任时，《条例》从免责的角度，设置了网络服务提供者免责的避风港原则，如果不能满足规定的条件，则并不代表网络服务提供者必然承担侵权责任。《侵权责任法》规定网络服务提供者构成间接侵权的主观要件是“知道”该侵权行为的存在，实际上确立了间接侵权的过错责任原则。《规定》在进一步将信息网络传播行为区分为作品的提供行为与一般的网络服务提供行为的基础上，明确了网络服务提供者构成间接侵权时的过错表现为明知或应知。在确定网络服务提供者是否构成应知时，应根据《规定》列举的有关因素，综合考虑，如果网络服务提供者通过侵权作品直接获利的，则应承担较高的注意义务。在此情况下，就预示着网络服务提供者对于网络用户传播的作品是否侵权承担合理限度内的审查义务。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰
案例来源：载《人民司法·案例》2014 年第 8 期

四川省宜宾五粮液集团有限公司 诉济南天源通海酒业有限公司侵犯注册商标专用权、 不正当竞争纠纷案

【诉点聚焦】

销售商使用其销售商品商标的正当性认定

【基本案情】

原告四川省宜宾五粮液集团有限公司，住所地四川省宜宾市岷江西路 150 号。

法定代表人王国春，董事长。

委托代理人夏荣水，山东成思律师事务所律师。

委托代理人王芳，山东成思律师事务所律师。








被告济南天源通海酒业有限公司，住所地山东省济南市山大路 236 号大舜天成 2 号楼 1—302。

法定代表人樊亚利，经理。

委托代理人郝臣之，山东诚信人律师事务所律师。

（一）一审情况

1. 一审诉辩主张




（1）原告四川省宜宾五粮液集团有限公司诉称：原告是中文“**五粮液**”、图形“”及拼音“WULIANGYE”系列注册商标的权利人。“**五粮液**”商标自 1991 年被评为首届中国“十大驰名商标”。未经原告许可，被告实施了下列行为，侵犯了原告五粮液系列注册商标的商标专用权。一、被告在其网站宣传的首页及内文的显著位置使用“**五粮液**”中文、图形“”及拼音“WULIANGYE”商标的行为。二、被告在其自制的连锁店加盟手册的封面、内文及封底等显著位置使用“**五粮液**”及图形“”商标。三、被告许可其加盟连锁店的门头上使用“**五粮液**”及图形“”商标。四、在齐鲁晚报所做的招商广告中，在显著位置和背景图案中使用“**五粮液**”及图形“”对外宣传。五、被告在同加盟商签订的授权经销合同书的封面上，擅自使用“**五粮液**”及图形“”商标。六、被告在销售宜宾五粮液股份有限公司生产的低端酒的过程中使用“**五粮液**”及图形“”商标的行为给原告商标造成淡化。被告在使用商标的同时，并使用“宜宾五粮液股份有限公司”、“五粮液集团有限公司”等字样，并自称是五粮液新产品的品牌运营商，甚至打着原告的旗号进行经营活动，使社会公众误认为被告与原告有关联关系。被告实施的上述行为，侵犯了原告的注册商标专用权，也对原告构成不正当竞争，给原告造成了严重不良影响和巨大损失。请求判令：1. 被告立即停止侵犯原告注册商标专用权和不正当竞争行为；2. 被告赔偿原告经济损失 50 万元，赔偿原告因制止侵权行为所支付的合理开支 2 万元；3. 判令被告在《齐鲁晚报》、山东省电视台等媒体上消除影响。





（2）被告济南天源通海酒业有限公司（以下简称天源通海公司）辩称：一、被告的行为

并未侵犯原告商标专用权。被告使用原告的商标及五粮液文字等字样，是经过原告的子公司宜宾五粮液酒类销售有限责任公司授权上海锦绣前程酒业有限公司为宜宾五粮液股份有限公司出品的锦绣前程系列酒的全国经销商，该全国经销商又授权被告为山东运营商。根据授权的双方合同约定，被告是可以进行广告宣传的。被告的网络介绍宣传是经有关公司制作的，内容为主要介绍和宣传原告方的公司和产品，但其目的也是为了推广和介绍被告被授权经销的商品。被告销售的商品也是原告的公司生产的真实商品，不是假冒伪劣商品，完全是为了完成自己被授权的经销任务。二、被告经授权为山东运营商，有权使用其商标进行宣传，故被告对原告并不存在不正当竞争行为。三、关于原告经济损失。被告是在2010年8月17日才办理的营业执照，投入了大量资金，并没有获得利益。被告行为是在积极赞扬和宣传原告商品优势、特长及价值，对原告有较大的好处和利益，没有给原告造成不良影响和损失。请求驳回原告诉讼请求。

2. 一审事实和证据

山东省济南市中级人民法院经公开审理查明：


原告五粮液公司经受让取得第160922号商标“**五粮液**”、第1207092号商标“”所有权，注册取得第3467941号商标“WULIANGYE”所有权。上述三商标注册有效期分别为2003年3月1日至2013年2月28日，2008年9月14日至2018年9月13日，2004年8月21日至2014年8月20日，核定使用商品类别均为第33类：含酒精饮料（不包括啤酒），酒，酒精饮料（啤酒除外）。1991年9月19日，五粮液牌商标在首届“中国驰名商标”（部分商品）消费者评选活动中荣获“中国驰名商标”称号，由首届中国驰名商标消费者评选活动组委会颁发了证书。2010年9月15日，R&F睿富全球排行榜、北京名牌资产评估有限公司向原告五粮液公司颁发证书，证明“五粮液”品牌在2010中国最有价值品牌评价中，品牌价值526.16亿元。居全国白酒制造业第一位。2010年11月22日，原告五粮液委托代理人冯正慧，登陆被告天源通海公司的网站，对部分网页进行截图保存。山东省济南市长清公证处对上述行为进行了公证，并制作（2010）济长清证民字第505号公证书。被告天源通海公司的网页中，使用了商标“**五粮液**”、“”、“WULIANGYE”以及原告五粮液的企业名称，并在网站中称被告天源通海公司为五粮液山东运营机构。被告天源通海公司为企业法人，成立日期为2010年8月17日，注册资本为100万元整。2010年5月28日，宜宾五粮液酒类销售有限责任公司为上海锦绣前程酒业有限公司出具《经销商身份证明书》，证明上海锦绣前程酒业有限公司系宜宾五粮液酒类销售有限责任公司2010年度锦绣前程品牌在全国的经销商，有效期限自2010年6月1日至2010年12月31日。2010年6月20日，上海锦绣前程酒业有限公司与被告天源通海公司签订《锦绣前程酒购销协议》，协议约定：…上海锦绣前程酒业有限公司为锦绣前程酒全国总经销商，被告天源通海公司为山东省总运营商，…被告天源通海公司进货款每达到100万元，上海锦绣前程酒业有限公司返其实物5万元（用于广告费用，乙方必须出示广告报纸报甲方备案）…协议有效期限为12个月…。2010年8月8日，上海锦绣前程酒业有限公司授权被告天源通海公司为山东省五粮液锦绣前程系列酒山东省运营商。（济南市的商超、酒店、流通渠道由我公司确定的经销商经销），授权有效期限至2010年12月31日。2010年9月16日，被告天源通海公司在齐鲁晚报广告版刊登的《五粮液新品区域独家开店总经销权竞标公告》中使用了“”、“**五粮液**”商标，同时在公告中称品牌制造商为宜宾五粮液股份有限公司，品牌运营商为被告天源通海公司。2010年11月3日，被告天

源通海公司在齐鲁晚报《五粮液新品招商》广告中，使用了“”、“五粮液”，广告中称品牌制造商为宜宾五粮液股份有限公司，品牌运营商为被告天源通海公司。被告天源通海公司在其制作的五粮液连锁店加盟手册封面及文中使用了“”、“五粮液”，并有五粮液集团简介内容，称制造商为宜宾五粮液股份有限公司，运营商为被告天源通海公司。被告天源通海公司在其制作的五粮液品牌授权经销合同书封面中使用了“”、“五粮液”商标及中国四川宜宾五粮液集团有限公司企业名称，在合同正文中，被告天源通海公司自称是五粮液股份有限公司出品的五粮液锦绣前程酒、五粮液金谷春酒、五粮液万事如意酒山东省的唯一合法的总经销商。被告天源通海公司所销售的锦绣前程酒系宜宾五粮液股份有限公司生产，酒产品外包装显著位置标有“”商标。宜宾五粮液股份有限公司与四川省宜宾五粮液集团有限公司共同出资设立宜宾五粮液酒类销售有限责任公司，其中宜宾五粮液股份有限公司出资占注册资本的95%。原告五粮液公司为本案诉讼支付律师费18000元，支付公证费用1000元。

3. 一审判案理由

山东省济南市中级人民法院经审理认为：

本案争议的焦点为，一是被告天源通海公司是否侵犯了原告五粮液公司的商标专用权及企业名称权？二是被告天源通海公司行为是否构成不正当竞争？（一）关于焦点问题一，被告天源通海公司是否侵犯了原告五粮液公司商标专用权及企业名称权？被告天源通海公司在其网站、加盟手册、报纸广告、合同封面使用了中文“五粮液”、图形“”、拼音“WULIANGYE”商标及企业名称。原告五粮液公司据此主张被告天源通海公司侵犯了其商标专用权及企业名称权。被告天源通海公司抗辩其经上海锦绣前程酒业有限公司授权为山东省五粮液锦绣前程系列酒山东省运营商，使用原告五粮液公司的商标及企业名称，是为宣传和介绍原告五粮液公司及其商品，没有侵犯原告五粮液公司商标专用权及企业名称权。原告五粮液公司对被告天源通海公司经授权销售锦绣前程系列酒以及该等系列酒系原告五粮液公司商品均无异议。《中华人民共和国商标法》第五十二条对属侵犯注册商标专用权的行为作出规定：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（二）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（三）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（四）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（五）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。本案中，被告天源通海公司销售的商品锦绣前程酒系原告五粮液公司系列商品，故被告天源通海公司的行为显然不属于前四项规定中的行为。被告天源通海公司在销售锦绣前程酒时进行宣传活动虽使用了原告五粮液公司商标，但不具有主观恶意，其目的在于宣传介绍和推广其销售的使用“”商标的商品，以期提高知名度，扩大销售量。被告天源通海公司在其宣传活动中没有贬低或诋毁原告五粮液公司商标的不良言行，不会发生社会公众误认为商标属被告天源通海公司所有，不会对该商标造成淡化，亦未对原告五粮液公司商标专用权造成其他损害。因此，原告五粮液公司主张被告天源通海公司侵犯其商标专用权证据不足，不予支持。《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》的通知第141条对于侵犯名称权的问题作出规定：盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的，应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。本案中，被告天源通海公司虽使用了原告五粮液公司企业名称，但在使用原告五粮液公司企业名称时亦明确写明被告天源通海公司企业名称，两企业名称存在明显区别，相关公众对此不会造成误认或混淆，不属于被告天源通海公司盗用或假冒

原告五粮液公司企业名称的行为。且被告天源通海公司使用原告五粮液公司企业名称，不具有主观恶意，其目的在于宣传、介绍和推广原告五粮液公司及其产品。原告五粮液公司亦没有提供因被告天源通海公司使用其企业名称给其造成经济损失的相关证据。故对于原告五粮液公司所主张的被告天源通海公司侵犯其名称权的诉讼请求，不予支持。（二）关于焦点问题二，被告天源通海公司的行为是否构成不正当竞争？原告五粮液公司主张，被告天源通海公司使用原告五粮液公司商标、“五粮液集团有限公司”等字样，并自称是五粮液新产品的品牌运营商，打着原告五粮液公司旗号进行经营活动，使社会公众误认为二者有关联关系。被告天源通海公司的上述行为，对原告构成不正当竞争，给原告五粮液公司造成了严重不良影响和巨大损失。原告五粮液公司是生产商，是中文“**五粮液**”、图形“”、及拼音“WULIANGYE”商标的专用权人。被告天源通海公司是原告五粮液公司产品的销售商。原告五粮液公司产品知名度提高，销量增加，原告五粮液公司与被告天源通海公司均会从中受益。反之，如果原告五粮液公司及其产品名誉受损，销量下降，原告五粮液公司与被告天源通海公司均会因此受损。被告天源通海公司通过网站、报纸、宣传册等媒介对商品进行宣传推广等经营活动中，虽然使用了原告五粮液公司商标及公司名称，但并未侵犯其商标专用权和名称权，也不易导致相关公众误认为原被告之间有关联关系的必然结果。原告五粮液公司虽主张因被告天源通海公司的不正当竞争行为给其造成经济损失，但其并未提供有效证据证明。故对于原告五粮液公司主张被告天源通海公司行为构成不正当竞争应赔偿经济损失的诉讼请求，本院不予支持。

4. 一审定案结论

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

驳回原告四川省宜宾五粮液集团有限公司的诉讼请求。

（二）二审情况

1. 二审诉辩主张

（1）上诉人五粮液公司不服一审判决，向山东省高级人民法院提起上诉，请求撤销原审判决，依法改判支持其全部诉讼请求。其主要理由为：一、原审判决认定事实不清，适用法律错误。1. 天源通海公司在经营活动中擅自使用五粮液的注册商标，属于在类似商品上使用与涉案注册商标相同的商标，其行为属于侵犯注册商标专用权的行为；而且“**五粮液**”商标系驰名商标，应当进行跨类保护。2. 天源通海公司就是想借用五粮液品牌的知名度谋取非法利益，其“搭便车”、“傍名牌”的主观恶意明显。其真实目的是想借助五粮液驰名商标来提升其知名度，使社会公众误认为其与五粮液公司之间存在密切联系，骗取加盟者。3. 涉案“**五粮液**”商标为驰名商标，价值高达526亿元。天源通海公司的行为大大降低了该商标在社会公众中的影响，减少了该商标的含金量，是严重淡化五粮液商标的行为。原审判决认定天源通海公司的行为不会造成五粮液商标的淡化与事实不符。二、原审判决认定天源通海公司在网站、报纸、宣传册等媒介中使用五粮液公司的企业名称、字号等行为不构成不正当竞争认定事实不清，适用法律错误。五粮液公司是以白酒生产销售为主营业务的综合性企业集团，天源通海公司行为容易使社会公众误认为天源通海公司是五粮液的子公司或者授权代表五粮液公司招商的公司。属于擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品的行为，构成不正当竞争。其行为会使人误认为五粮液酒及五粮液新品系列酒的宣传、

推广、销售均由天源通海公司负责，加盟其连锁店即是加盟了五粮液连锁店的误解。三、原审判决以天源通海公司不具备主观恶意以及未给五粮液公司造成损失为由，认定天源通海公司不构成侵犯注册商标专用权 and 不正当竞争，违反法律规定和知识产权的基本原则。我国商标法和反不正当竞争法也没有规定行为人只有主观上具有恶意才能构成侵犯注册商标专用权 and 不正当竞争。另外，原审判决以五粮液公司未举证证明损失为由认定其行为不构成不正当竞争违反法律规定，颠倒因果关系。四、本案系侵犯注册商标专用权及不正当竞争纠纷，五粮液公司并未主张侵犯名称权的诉讼请求，原审判决驳回五粮液公司主张侵犯名称权的诉讼请求，适用法律错误。




(2) 被上诉人天源通海公司辩称：天源通海公司是经合法授权的锦绣前程系列酒的山东省总运营商，销售的都是五粮液公司的子公司生产的真实产品。根据授权合同的约定，天源通海公司是可以进行广告宣传的。天源通海公司宣传、介绍五粮液公司及其产品，完全是为了完成自己被授权的经销任务，是正常的销售行为，不会贬低或诋毁五粮液公司及其涉案注册商标，而且在宣传中也明确写明了天源通海公司的名称，不会对该商标造成淡化或混淆、误认等其他损害，不构成侵犯商标专用权及不正当竞争。请求维持原判。

3. 二审事实和证据

山东省高级人民法院经审理，确认一审法院认定的事实和证据。

4. 二审判案理由

山东省高级人民法院经审理认为：

本案双方当事人争议的焦点问题是，天源通海公司的行为是否侵犯了五粮液公司的涉案注册商标专用权，是否构成不正当竞争。首先，关于天源通海公司的行为是否侵犯了五粮液公司的涉案注册商标专用权问题。五粮液公司系涉案“**五粮液**”、“”及“WULIANGYE”注册商标的注册人，其商标专用权依法应受法律保护。商标的基本功能是区别商品与服务的来源，对商标权保护的目的就是防止对商品及服务的来源产生混淆。本案中，天源通海公司系经合法授权的“锦绣前程”系列酒的山东省运营商，“锦绣前程”系列酒系五粮液公司的授权生产商宜宾五粮液股份有限公司生产，该商品外包装上即标注有五粮液公司的“”注册商标及生产商宜宾五粮液股份有限公司的企业名称。天源通海公司虽然在其公司网站、加盟手册和合同、报纸的招商广告中使用了五粮液公司的“**五粮液**”、“”和“WULIANGYE”注册商标，但其使用上述商标的目的在于宣传、介绍其经销的“锦绣前程”系列酒，表明其经销的标注有上述注册商标的酒类商品来源于五粮液公司的合法生产商，而且其宣传及经销的标注有上述注册商标的酒类商品确系五粮液公司的合法生产商生产的真实商品，并非假冒五粮液公司涉案注册商标的侵权商品，天源通海公司亦并未在其经销的其他厂家生产的酒类商品上使用五粮液公司的涉案注册商标。因此，天源通海公司对于五粮液公司涉案注册商标的使用行为不具有侵权的主观恶意，不会造成相关消费者对天源通海公司销售的酒类商品来源的混淆和误认，也不存在五粮液公司主张的驰名商标应当给予跨类保护的问题。原审判决认定天源通海公司的行为不构成商标侵权，并无不当。其次，关于天源通海公司的行为是否构成不正当竞争问题。五粮液公司主张天源通海公司擅自在其网站、加盟手册及合同、报纸广告中使用五粮液公司的企业名称、字号，并自称是五粮液山东运营机构，违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第（三）项及《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第（三）项的规定，构成不正当竞争。《中华人民共和国

反不正当竞争法》第五条第（三）项的规定是“经营者不得擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人商品”，而《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第（三）项的规定是“以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的”，可以认定为反不正当竞争法第九条第一款规定的引人误解的虚假宣传行为。本案中，天源通海公司虽然使用了五粮液公司的企业名称，并自称其为五粮液新品酒的品牌营运商，但其宣传、介绍的是五粮液公司以及宜宾五粮液股份有限公司生产的使用涉案注册商标的酒类商品，其内容并无引人误解的虚假之处，且天源通海公司亦确系“锦绣前程”系列酒合法的山东省营运商，天源通海公司的行为并未损害五粮液公司的商业信誉及其商品声誉，也不会导致相关公众对有关商品来源产生混淆、误认，天源通海公司的被控行为并未违反上述法律及司法解释的规定。因此，原审判决认定天源通海公司的行为不构成不正当竞争，并无不当。另外，五粮液公司在本案中提出的诉讼请求是天源通海公司的涉案被控行为侵犯其注册商标专用权和构成不正当竞争，其中关于天源通海公司在经营中使用“宜宾五粮液股份有限公司”、“五粮液集团有限公司”等字样的被控行为属于其不正当竞争的诉讼请求范畴，并无将天源通海公司是否侵犯了五粮液公司的企业名称权问题单独予以判定的必要，原审判决虽曲解了五粮液公司的诉讼请求，但对本案的处理结果并无实质影响。综上所述，五粮液公司主张天源通海公司的行为侵犯了其涉案注册商标专用权和构成不正当竞争，应当承担相应的侵权赔偿责任，缺乏事实和法律依据，其上诉主张不能成立。原审判决认定事实清楚，判决结果正确，应予维持。


5. 二审定案结论

山东省高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

三、再审情况


1. 再审诉辩主张

五粮液公司向最高人民法院申请再审称：一、二审判决认定天源通海公司是经合法授权的“锦绣前程”系列酒的山东运营商与事实不符。天源通海公司是经上海锦绣前程酒业有限公司授权的锦绣前程系列酒除济南市超市、酒店、流通渠道外的运营商，授权期限2010年12月31日。由于天源通海公司违反约定，上海锦绣前程酒业有限公司于2010年8月23日通知天源通海公司停止侵权，并于2010年10月10日通知天源通海公司终止履行双方的协议，天源通海公司自此已经不再是上海锦绣前程酒业有限公司的合法运营商。2. 二审法院不采信其提交的证据与一审查明的事实矛盾，且违反法律规定。（1）二审中，为了证明天源通海公司的获利情况，其提交的天源通海公司与部分加盟商签订的授权经销合同书复印件四份，系在相关商标侵权案件诉讼过程中被告为证明其使用五粮液商标系天源通海公司的授权而提交的，且与一审中证据6的内容完全一致，并有相关法律文书佐证。二审法院却以该证据系复印件不予采信，违反了民事诉讼的禁反言原则和证据规则的相关规定。（2）加盟商在门头及店面装修中使用涉案“五粮液”、图形“”商标系天源通海公司的授权，侵犯了其商标专用权。二审法院以调解书系非生效裁判文书、案外人的行为与天源通海公司无关等为由不采信，违反了证据规则第六十四条的规定。3. 一、二审判决认定天源通海公司不具有主观恶意，不会造成相关消费者对商品来源的混淆和误认，从而认定天源通海公司不构成商标侵权


在认定事实和适用法律上均有错误。首先，其主张的类似商品是指服务与商品类似，但原审法院却认为“天源通海公司并未在其经销的其他厂家的酒类商品上使用五粮液公司的涉案注册商标”，显然是曲解其诉讼请求。其次，天源通海公司在网站、连锁店加盟手册、招商广告、加盟店、品牌授权合同书等经营活动中大量使用涉案商标，该使用方式属于在服务中使用五粮液公司的商标，属于《商标注册用商品和服务国际分类表》第35类3503小类中规定的“推销（替他人）”行为，根据《中华人民共和国商标法》（简称商标法）第五十二条第（一）项及《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条的规定，天源通海公司系在类似商品（销售服务中）上使用相同商标，侵犯了涉案商标的注册商标专用权。第三，天源通海公司与其加盟商签订的合同为2011年年底，最早的也是11月份，远远超出其被授权时间。另外，通过天源通海公司在《齐鲁晚报》2011年4月20日A02版、2011年6月3日A24版刊登的广告和致歉声明中可以看出，天源通海公司明知其侵权行为的性质，且其所经营的产品也不仅仅限于五粮液公司的产品，还有拉菲系列红酒、茅台公司的系列产品等等。另外，“**五粮液**”商标仅在高端优质白酒上使用，锦绣前程酒虽为其子公司生产，但在包装和销售宣传中，均不得使用“**五粮液**”商标。4. 一、二审判决认定天源通海公司不构成不正当竞争证据不足。天源通海公司在其网站中标明“五粮液集团有限公司版权所有”、“五粮液山东运营机构济南天源通海公司酒业有限公司等字样，品牌授权经销合同书封面上、连锁店加盟手册的落款处、授权经销证书上使用了五粮液公司的企业名称，故意使社会公众误认为天源通海公司的经营行为是代表五粮液公司所为，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（简称反不正当竞争法）第五条第（三）项和《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第七条的规定，天源通海公司的行为构成不正当竞争。此外，天源通海公司在连锁店加盟手册的第一页中，将五粮液公司厂区的大幅照片作为背景和主要画面，把五粮液公司的企业简介与天源通海公司的介绍并列放在一起；在《齐鲁晚报》所做的招商广告中使用“宜宾五粮液股份有限公司”、“五粮液集团有限公司”等字样，采用了较大篇幅宣传五粮液酒及五粮液公司，并宣称品牌制造商是“宜宾五粮液股份有限公司”，品牌运营商是天源通海公司，却只字未提“品牌运营商”的含义是什么，更未提其仅仅是“锦绣前程”系列酒的山东代理商的事实。按照通常理解，会使人认为加盟了天源通海公司，就是加盟了五粮液公司。这种故意使用歧义性语言的行为，根据反不正当竞争法第九条第一款和《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第七条、第八条第一款第（三）项的规定，天源通海公司的上述行为也构成不正当竞争。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（二）项、第（六）项之规定，请求撤销一、二审判决，依法改判支持其所有的诉讼请求。

2. 再审判案理由

最高人民法院经审查认为，

本案争议焦点为：1. 天源通海公司是否系合法授权的“锦绣前程”系列酒的山东运营商。2. 天源通海公司在网站、连锁店加盟手册、招商广告、品牌授权经销合同书等经营活动中使用“**五粮液**”、“”及“WULIANGYE”商标是否侵犯了五粮液公司的商标专用权。3. 天源通海公司在网站、连锁店加盟手册、招商广告、品牌授权经销合同书等经营活动中使用五粮液公司的企业名称以及进行其他宣传行为是否构成不正当竞争。1. 关于天源通海公司是否系合法授权的“锦绣前程”系列酒的山东运营商的问题。根据原审查明的事实，2010年

5月28日，宜宾五粮液酒类销售有限责任公司为上海锦绣前程酒业有限公司出具《经销商身份证明书》。2010年6月20日，上海锦绣前程酒业有限公司与天源通海公司签订《锦绣前程酒购销协议》，该协议约定：天源通海公司为山东省总运营商……天源通海公司进货款每达到100万元，上海锦绣前程酒业有限公司返其实物5万元（用于广告费用，乙方必须出示广告报纸报甲方备案），授权期限至2010年12月31日。在原审中，五粮液公司对上述事实予以确认。虽然五粮液公司主张上海锦绣前程酒业有限公司于2010年8月23日通知天源通海公司停止侵权，并于2010年10月10日通知天源通海公司终止履行双方的协议，自此天源通海公司不再是“锦绣前程”系列酒的山东运营商，但天源通海公司不予认可，且上海锦绣前程酒业有限公司亦未出庭作证，故天源通海公司系合法授权的“锦绣前程”系列酒的山东运营商，五粮液公司的再审理由无事实和法律依据，本院不予支持。

2. 关于天源通海公司在网站、连锁店加盟手册、招商广告、品牌授权经销合同书等经营活动中使用“**五粮液**”、“”及“WULIANGYE”商标是否侵犯了五粮液公司的商标专用权的问题。五粮液公司是涉案商标的权利人，根据商标法的相关规定，其享有注册商标专用权，未经许可任何人不得在相同或类似商品上使用其注册商标。天源通海公司是五粮液公司生产的“锦绣前程”系列酒的山东运营商，其在上述经营活动中使用商标，虽未经五粮液公司许可，但其使用商标的意图是指明“锦绣前程”系列酒系五粮液公司所生产、其为五粮液公司“锦绣前程”系列酒的山东运营商，且五粮液三字既是五粮液公司的商标亦为五粮液公司的字号，“锦绣前程”系列酒本身标注着商标。同时，天源通海公司在经营活动中使用涉案商标是为了更好地宣传推广和销售“锦绣前程”系列酒，亦无主观恶意，这种使用行为并没有破坏商标识别商品来源的主要功能，故天源通海公司未侵犯五粮液公司的涉案商标专用权。五粮液公司主张天源通海公司在经营活动中使用涉案商标是在推广销售酒类的服务中使用涉案商标，故构成商标法第五十二条第（一）项规定的在类似商品上使用涉案商标的情形。本院认为，根据《中华人民共和国商标法实施条例》第三条的规定，商标的使用不仅包括在商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上的使用，也包括在广告宣传、展览以及其他商业活动中的使用，因此五粮液公司将天源通海公司在经营活动中使用涉案商标的行为理解为仅在服务中使用，系对商标使用行为理解不全面，二审法院并未曲解五粮液公司的诉讼请求。五粮液公司申请再审理由不能成立，本院不予支持。

3. 关于天源通海公司在网站、连锁店加盟手册、招商广告、品牌授权经销合同书等经营活动中使用五粮液公司的企业名称以及进行其他宣传行为是否构成不正当竞争的问题。本案中，五粮液公司主张天源通海公司构成不正当竞争的行为主要有两类：一是反不正当竞争法第五条第（三）项关于“擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品”的行为；二是反不正当竞争法第九条第一款以及《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第一款第（三）项关于“引人误解的虚假宣传”的行为。关于第一类擅自使用他人企业名称或者姓名、引人误认为是他人的商品的不正当竞争问题。本案中，五粮液公司主张天源通海公司构成不正当竞争的行为主要有：在网站上标明“五粮液集团有限公司版权所有”、“五粮液山东运营机构济南天源通海酒业有限公司”等字样；在品牌授权经销合同书、连锁店加盟手册、授权经销证书上使用了“五粮液集团”、“宜宾五粮液酒类销售有限责任公司”等。本院认为，反不正当竞争法第五条第（三）项旨在规制引人误认为是他人的商品的行为。本案中，锦绣前程系列酒本身为五粮液公司所生产，天源通海公司在经营活动中使用五粮液公司的企业名称，主要是为了指明锦绣前程系

列酒的生产商和来源以及宣传推广锦绣前程系列酒，使用五粮液公司的企业名称并不存在引人误认为是他人的商品的问题，故上述行为并不违反反不正当竞争法第五条第（三）项的规定，未构成不正当竞争。五粮液公司申请再审理由不能成立，本院不予支持。关于第二类引人误解的虚假宣传的不正当竞争问题。五粮液公司主张天源通海公司构成不正当竞争的行为主要有：天源通海公司在连锁店加盟手册的第一页中，将五粮液公司厂区的大幅照片作为背景和主要画面，把五粮液公司的企业简介与天源通海公司的介绍并列放在一起；在《齐鲁晚报》所做的招商广告中使用“宜宾五粮液股份有限公司”、“五粮液集团有限公司”等字样，采用了较大篇幅宣传五粮液酒及五粮液公司，并宣称品牌制造商是“宜宾五粮液股份有限公司”，品牌运营商是天源通海公司，却未提其仅仅是“锦绣前程”系列酒的山东代理商的事实，等等。本院认为，从整个经营活动来看，天源通海公司作为锦绣前程系列酒的山东运营商，采取上述宣传方式的目的是为了推广和销售五粮液公司生产的锦绣前程系列酒，而且在宣传中其也表明是五粮液新品的山东运营商，天源通海公司主观上不存在不正当竞争的故意，客观上也没有损害五粮液公司的整体利益。尽管在宣传中用语有不妥之处，但也难以构成引人误解的虚假宣传。故天源通海公司不构成不正当竞争，五粮液公司申请再审理由不能成立，本院不予支持。此外，关于二审法院不予采纳证据是否违法问题。本院认为，二审法院以天源通海公司在二审中提交的授权经销合同书等证据系复印件，证明加盟商使用涉案商标系天源通海公司授权等证据或系调解书或与本案无关联性或者涉及案外人为由，不予采纳上述证据未有不妥。综上，五粮液的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（二）项、第（六）项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十一条第一款之规定，裁定：驳回四川省宜宾五粮液集团有限公司的再审申请。

【法官评析】

该案例涉及销售商在宣传活动中使用注册商标及被告企业名称的行为是否属于侵犯注册商标专用权的行为或者属于不正当竞争行为。

商标侵权行为是指行为人未经商标所有人同意，擅自使用与注册商标相同或近似的标志，或者干涉、妨碍商标所有人使用注册商标、损害商标权人合法权益的行为。天源通海公司使用五粮液公司注册商标的目的在于宣传、介绍其经销的商品，表明其经销的标注注册商标的酒类商品来源于五粮液的合法生产商，而且其宣传及经销的标注有注册商标的酒类商品确系五粮液的合法生产商生产的真实商品，并非假冒五粮液公司涉案注册商标的侵权商品，天源通海公司亦并未在其经销的其他厂家生产的酒类商品上使用五粮液的涉案注册商标。因此，天源通海公司对于五粮液公司涉案注册商标的使用行为没有主观恶意，不会造成相关消费者对天源通海公司销售的酒类商品来源的混淆和误认，对原告注册商标专用权没有造成损害，天源通海公司的行为不属于侵犯注册商标专用权的行为。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第（三）项的规定是“经营者不得擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人商品”，而《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第（三）项的规定是“以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的”，可以认定为反不正当竞争法第九条第一款规定的引人误解的虚假宣传行为。本案中，天源通海公司虽然使用了五粮液公司的企业名称，并自称其为五粮液新品酒的品牌运营商，但其宣传、介绍的是五粮液公司以及宜宾五粮液股份有限公司生产的使用涉案注册商标的酒类商品，其内容并无引人误解的虚假之处，且天源通海公司亦确系

商事类案例

“锦绣前程”系列酒合法的山东省营运商，天源通海公司的行为并未损害五粮液公司的商业信誉及其商品声誉，也不会导致相关公众对有关商品来源产生混淆、误认，天源通海公司的被控行为并未违反上述法律及司法解释的规定。因此，天源通海公司的行为不构成不正当竞争。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 李现光

案例来源：载《最高人民法院知识产权审判案例指导》

兴业银行股份有限公司济南分行诉山东钢铁股份有限公司、 山东钢铁股份有限公司济南分公司、 福建省旺隆贸易有限公司保兑仓 业务合作合同纠纷案

（一）基本案情

2012年2月24日，兴业银行济南分行、旺隆公司与济钢公司签订《保兑仓业务三方合作协议》，约定：为保障兴业银行济南分行与旺隆公司在2012年2月24日至2013年2月23日期间发生的各类授信业务项下协议的履行，旺隆公司、济钢公司双方同意以银行承兑汇票作为双方贸易合同的付款方式，并由兴业银行济南分行作为汇票的承兑银行，济钢公司作为汇票的收款人。兴业银行济南分行同意贷款给旺隆公司，用以支付旺隆公司在上述贸易合同项下的货款。提货采用旺隆公司从济钢公司自行提货的模式。银行承兑汇票开出后，旺隆公司即可向济钢公司提取与初始保证金100%等值的货物。此后旺隆公司每次向济钢公司提货时，济钢公司均应凭兴业银行济南分行签发的《提货通知书》办理。济钢公司收到《提货通知书》的当日立即向兴业银行济南分行签发《发货通知书》，并按《提货通知书》规定向旺隆公司办理发货事宜。济钢公司违反上述规定给旺隆公司办理提货手续的，应当向兴业银行济南分行承担连带还款责任。

2012年2月27日，济钢公司更名为山钢公司，2012年2月28日，设立山钢济南公司。山钢公司同意由山钢济南公司继续履行《保兑仓业务三方合作协议》中济钢公司的相关责任和义务，另两方对此也予以认可。

2012年8月14日，兴业银行济南分行（承兑人）与旺隆公司（承兑申请人）签订《商业汇票银行承兑合同》。约定兴业银行济南分行为旺隆公司办理银行承兑汇票8150万元，期限为2012年8月14日至2013年2月14日。2012年8月15日，兴业银行济南分行将出票人为旺隆公司、收款人为山钢济南公司的17份共计8150万元的银行承兑汇票交付山钢济南公司，按照《保兑仓业务三方合作协议》约定履行了义务。此后，山钢济南公司在未收到兴业银行济南分行的提货通知的情况下，未按《保兑仓业务三方合作协议》约定将剩余5705万元承兑汇票退回兴业银行济南分行，自行将等值货物交付旺隆公司。

兴业银行济南分行与旺隆公司签订《商业汇票银行承兑合同》于2013年2月14日到期，旺隆公司未按合同约定履行还款义务。截至2013年3月25日，旺隆公司共欠兴业银行济南分行银行承兑汇票垫付款本金56707177.04元及利息1081765.24元。

兴业银行济南分行诉至法院请求判令旺隆公司偿还银行承兑汇票项下款项5705万元，并承担利息1081765.24元；判令山钢公司、山钢济南公司对上述债务承担连带清偿责任。

（二）裁判结果

兴业银行济南分行与济钢公司、旺隆公司签订的《保兑仓业务三方合作协议》，系为了保障旺隆公司在2012年2月24日至2013年2月23日期间与兴业银行济南分行发生的各类授

信业务的履行而签订。根据该协议约定，旺隆公司与济钢公司之间设立贸易合同关系，旺隆公司以向兴业银行济南分行申请开立银行承兑汇票的融资方式，将收款人为济钢公司的银行承兑汇票，由兴业银行济南分行直接支付到济钢公司，旺隆公司在银行承兑汇票到期前将票款足额支付到兴业银行济南分行，兴业银行济南分行根据旺隆公司支付票款的数额和进度向济钢公司发出提货通知书，济钢公司依据兴业银行济南分行发出的提货通知书向旺隆公司发货；如济钢公司未接到兴业银行济南分行的提货通知书就向旺隆公司发货，应对旺隆公司的债务承担连带还款责任。后因济钢公司更名为山钢公司，原济钢公司的资产、负债、权益、业务及其他权利与义务由山钢济南公司承继。山钢济南公司未按照约定履行《保兑仓业务三方合作协议》，构成违约。兴业银行济南分行要求山钢济南公司承担连带还款责任符合合同约定和法律规定，故山钢公司应与山钢济南公司共同对旺隆公司的债务承担连带还款责任。兴业银行济南分行依合同约定为旺隆公司垫付了银行承兑汇票款，履行了合同义务。旺隆公司未按合同约定在银行承兑汇票到期前向兴业银行济南分行足额交存票款，应承担还款责任，并按合同约定支付利息。遂判决旺隆公司偿还兴业银行济南分行银行承兑汇票垫付款本金56707177.04元及利息1081765.24元；山钢公司、山钢济南公司在就旺隆公司的偿还义务承担连带清偿责任。

（三）典型意义

该案是山东省内首例保兑仓纠纷案件，该案的判决起到很好的示范效应。“保兑仓”是指以银行信用为载体，以银行承兑汇票为结算工具，由银行控制货权，卖方受托保管货物并对承兑汇票保证金以外金额部分由卖方以货物回购作为担保措施，由银行向卖方和买方提供的以银行承兑汇票的一种金融服务。保兑仓作为一种新类型融资方式，对卖方而言，保障了收款；对买方而言，降低了融资成本；对银行而言，保障了资金安全。该案的判决，充分体现了人民法院在支持新类型融资方式、规范融资市场发展方面的职能作用。

编写人：济南市中级人民法院民六庭 吴 魁

案例来源：最高人民法院新闻通气会发布

曹彬诉济南乾豪科技发展有限公司特许经营合同案*

(特许经营、单方解约权)

(一) 首部

1. 判决书字号:

一审判决书: 山东省济南市中级人民法院 (2013) 济民三初字第 55 号判决书。

二审判决书: 山东省高级人民法院 (2013) 鲁民三终字第 233 号判决书。

2. 案由: 特许经营合同纠纷

3. 诉讼双方

原告 (被上诉人): 曹彬, 女, 1966 年 12 月 20 日出生, 汉族, 住河南省洛阳市西工区唐宫中路二街坊 9 栋 4 门 502 号。

委托代理人: 赵亭旭, 河南森合律师事务所律师。

被告 (上诉人): 济南乾豪科技发展有限公司, 住所地山东省济南市二环东路 3966 号东环国际广场 A 座 3-701 室。

法定代表人: 冯占伟, 总裁。

委托代理人: 邢桂霞, 山东森信律师事务所律师。

委托代理人: 冉德慧, 山东森信律师事务所律师。

4. 审级: 二审。

5. 审判机关和审判组织

一审法院: 山东省济南市中级人民法院。

合议庭组成人员: 审判长: 王云; 审判员: 武守宪、刘军生。

二审法院: 山东省高级人民法院。

合议庭组成人员: 审判长: 肖彬; 代理审判员: 刘晓梅、张金柱。

6. 审结时间:

一审审结时间: 2013 年 5 月 15 日。

二审审结时间: 2013 年 9 月 27 日。

(二) 一审情况

1. 一审诉辩主张

(1) 原告诉称: 2010 年 9 月 26 日, 原、被告双方签订《AA 国际动漫专营 (标准店) 合作协议》 (以下简称涉案协议)。涉案协议约定, 原告向被告支付品牌加盟费 18000 元、合作保证金 15000 元、装修保证金 3000 元, 共计 36000 元; 被告同意原告在河南省洛阳市建西区开设专营店加盟经营 AA 国际动漫品牌授权经营范围内的所有产品。涉案协议签订之时, 原告向被告支付了 36000 元。原告签订涉案协议回到洛阳后, 认真研究了被告的加盟政策, 发

* 《中国审判案例要览》2014 年稿件采用民事卷 56。

现自己的具体实际情况不适合从事被告公司的业务。原告又及时找到被告要求解除涉案协议、返还所交费用，但遭被告拒绝。被告的行为违反了公平合理、等价有偿的原则，请求法院判令：1. 认定原、被告签订的涉案协议中不予退还加盟费和保证金的条款无效；2. 解除原、被告签订的涉案协议；3. 被告返还原告交纳的加盟费 18000 元、合作担保金 15000 元、装修保证金 3000 元，合计 36000 元；4. 诉讼费用由被告承担。

(2) 被告辩称：涉案协议是双方协商一致后自愿签订的，是双方真实的意思表示，没有违反法律、行政法规的强制性规定，是合法有效的合同。原告依约依法均不享有合同解除权，其主张解除合同的诉讼请求应予驳回。被告已经履行了合同义务，不存在违约行为，原告作为违约一方无权要求返还加盟费、合作保证金和装修保证金。

2. 一审事实和证据

山东省济南市中级人民法院经公开审理查明：

2010 年 9 月 26 日，原告（乙方）与被告（甲方）签订涉案协议。协议约定，甲方授权乙方为河南省洛阳市建西区专营店；乙方支付甲方品牌加盟费 18000 元，合作担保金 15000 元，在三年合作协议履行完毕情况下，合作担保金无息退还乙方，乙方若中途单方面退出合作，合作担保金不予退还；协议签约时乙方向甲方交纳装修保证金 3000 元，用来保证乙方按甲方要求进行规范装修，在装修通过甲方审核情况下，甲方在 2 个工作日内退回乙方全额装修保证金；乙方在未经甲方授权的情况下，不得私自转让或变更“AA 国际动漫专营店”的经营权；协议有效期为三年，自 2010 年 9 月 26 日至 2013 年 9 月 25 日；协议生效后即具有法律约束力，任何一方不得随意变更或解除。协议还约定了加盟涉及的商品、商品价格、交货方式、支付方式、乙方的经营模式、甲方的培训支持等事宜。协议签订后，原告曹彬参加了被告组织的培训。AA 国际动漫专营店管理规范、DIY 测试题、打印机测试题、产品测试题、经营测试题、店主信息档案、费用报销单等培训材料上，均有原告曹彬的签字。2010 年 9 月 30 日，被告乾豪公司给原告曹彬出具收到品牌加盟费 18000 元、合作担保金 15000 元、装修保证金 3000 元的收据。此后，原告曹彬一直未着手实施涉案协议，向被告提出解除涉案协议。因协商未果，故原告提起本案诉讼。被告乾豪公司于 2008 年 6 月 30 日注册成立，注册资本 100 万元。在国家商务部的商业特许经营信息管理系统，可以查询到被告乾豪公司的特许人备案信息，其特许品牌为 AA 国际动漫，第一家加盟店时间为 2008 年 11 月 19 日，加盟店分布区域在北京、天津、上海、浙江、山东等地。

上述事实有下列证据证明：

(1) 原、被告双方于 2010 年 9 月 26 日签订的《AA 国际动漫专营（标准店）合作协议》，以证明双方存在特许经营合同关系。

(2) 加盟费、合作保证金、装修保证金共计 36000 元的收据，以证明原告按约履行付款义务。

(3) AA 国际动漫专营店管理规范、DIY 测试题、打印机测试题、产品测试题、经营测试题、店主信息档案、费用报销单等培训材料，以证明被告按约履行培训义务。

(4) 国家商务部商业特许经营信息管理系统中查询到的被告的特许人备案信息，以证明被告具有商业特许经营资格。

3. 一审裁判理由

山东省济南市中级人民法院经审理认为：

原、被告双方签订的涉案协议，系被告乾豪公司将其拥有的 AA 国际动漫经营资源许可原告曹彬在统一的经营模式下开展经营活动，被告收取原告加盟使用费为目的而签订的协议，应为商业特许经营合同。我国的法律、法规对商业特许经营合同的订立、特许经营活动的开展均有严格规定，特许人必须严格按照相关规定订立合同、依法从事特许经营。我国《商业特许经营管理条例》第十二条规定：“特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同。”本案的被告乾豪公司，作为具有特许经营资格的特许人，在明知法律有明确规定的情况下，在合同中不载明上述法定条款，使被特许人难以知悉其应有的合法权益，具有缔约的过错。且原告曹彬在支付加盟费等各项费用后，一直未着手实施涉案协议，没有实际利用被告的经营资源。故原告主张解除合同，退还加盟费、合作担保金、装修保证金的诉讼请求应予支持。鉴于，本院已经支持原告要求退还加盟费、合作担保金的诉讼请求，原告要求认定涉案协议中不予退还加盟费和保证金的条款无效的该项诉讼主张不再另行支持。

4. 一审定案结论

山东省济南市中级人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十四条第一款第（五）项、第九十七条，《商业特许经营管理条例》第十四条、第十二条之规定，作出如下判决：

1. 原告曹彬与被告济南乾豪科技发展有限公司于 2010 年 9 月 26 日签订的《AA 国际动漫专营（标准店）合作协议》，于本判决生效之日起解除。

2. 被告济南乾豪科技发展有限公司于本判决生效之日起十日内返还原告曹彬已付的加盟费 18000 元、合作担保金 15000 元、装修保证金 3000 元，合计 36000 元。

3. 驳回原告曹彬的其他诉讼请求。

案件受理费 1000 元，由被告济南乾豪科技发展有限公司负担。

（三）二审诉辩主张

上诉人（原审被告）上诉称：请求撤销原审判决，依法改判或发回重审，上诉费用由曹彬承担。主要理由是：1. 原审法院认定事实错误。1) 曹彬在提起本案诉讼之前，从未与乾豪公司协商过解除合同，也不存在双方协商未果的情况。2) 涉案协议签订后，曹彬已经实际使用了乾豪公司的经营资源。曹彬实际上已经取得了在合同约定区域内设立专营店的特许经营权，接受了乾豪公司向其提供的专营店管理规范、专业技术问题等专业培训及住宿费加盟优惠待遇，这些均是曹彬与乾豪公司签订加盟合同并支付费用后才能获得的各种好处。3) 我国《商业特许经营管理条例》属于行政法规，是向社会公开的。因此，不存在涉案协议没有载明上述法定条款曹彬就难以知悉其应有权益的问题。2. 原审法院适用《商业特许经营管理条例》第 12 条的规定解除涉案协议属适用法律错误。曹彬应在合理期限内行使单方解除合同权，该条规定不适用于本案。3. 涉案协议系因曹彬单方违约导致不能继续履行，乾豪公司依约不应返还合作担保金、加盟费和装修保证金。

被上诉人（原审原告）辩称：原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院依法驳回上诉人的上诉请求，维持原审判决。具体理由是：1. 曹彬从未考虑过着手实施与乾豪公司所签加盟协议的事宜，经多次要求解约退费均无果，才提起本案诉讼。2. 曹彬参加培训不构成实际利用乾豪公司的经营资源。根据法律规定和涉案协议约定，乾豪公司承诺提供的经营资源是“AA 国际动漫品牌授权经营范围内所有产品”的经营权，而非免费培训。3. 曹

彬从未享有在合同约定区域内的特许经营权。河南省洛阳市根本没有“建西区”这个地方。4. 涉案协议是乾豪公司单方提供的格式合同，曹彬并无参与协商订立合同具体内容的可能，原审法院认定乾豪公司具有缔约过错，适用法律正确。5. 曹彬依法享有单方合同解除权，无论涉案协议有无约定，都不影响曹彬行使该法定权利。合同对“一定期限”没有约定，特许人应承担由此带来的一切不利后果。

（四）二审事实和证据

山东省高级人民法院经审理，确认一审法院认定的事实和证据。

（五）二审判决理由

山东省高级人民法院经审理认为：根据双方当事人的诉辩主张，本案争议焦点有二点：一是曹彬能否单方解除涉案协议；二是如涉案协议解除，乾豪公司应否向曹彬返还加盟费、合作担保金、装修保证金。

关于焦点一，曹彬能否单方解除涉案协议的问题。根据我国《商业特许经营管理条例》第十二条的规定，被特许人在一定期限内享有单方解约权。本案中，曹彬作为被特许人，理应享有单方解除涉案协议的法定权利，而涉案协议对曹彬的单方解约权和解约期限均未作约定，特许人乾豪公司对此具有缔约过失，应承担由此产生的不利后果。在此情形下，为维护合同订立应遵循的公平原则，曹彬在涉案协议订立后的合理期限内仍可以主张单方解约权。

关于曹彬行使单方解约权是否超出合理期限的问题。本院认为，因涉案协议对曹彬解约期限未作约定，本案应根据民事活动应遵循的公平原则确定合理期限，主要考虑以下几点：1. 被特许人是否已经实际利用经营资源。根据我国《商业特许经营管理条例》第二条的规定，经营资源是指特许人拥有的注册商标、企业标志、专利、专有技术等。本案中，曹彬签约后一直未着手实施涉案协议，没有实际使用乾豪公司拥有的 AA 国际动漫品牌等经营资源。2. 被特许人解除合同是否会不恰当转移其应当承担的商业风险。法律赋予被特许人单方解约权是对被特许人利益的特殊保护，而不是为被特许人提供一个试营业的机会，被特许人不能将其应承担的市场风险转嫁给特许人。本案中，曹彬没有实际开展经营活动，因此，解除合同并不存在转嫁商业风险的问题。3. 被特许人解除合同是否会不恰当地损害特许人的合法权益。根据我国《合同法》的相关规定，被特许人可以单方解除合同，但造成特许人损失的，应当赔偿损失。因此，合理期限的确定还应考虑特许人的经营利益会否因解除合同遭受不利影响。根据涉案协议，曹彬对其店面 1 公里范围享有区域保护政策。而根据本案已查明的协议履行情况，曹彬与乾豪公司并未进行店面选址，因经营地址尚未确定故不产生区域保护问题。在此情形下，虽然涉案协议履行期限过半，但乾豪公司的经营利益不会因涉案协议解除而受到实质性影响。综上，曹彬与乾豪公司签约后，双方未依约进行店面选址，曹彬未实际利用乾豪公司的经营资源开展经营活动，解除协议无损于乾豪公司的经营利益，故曹彬主张单方解约权并未超出合理期限，可以单方解除涉案协议。乾豪公司关于曹彬参加乾豪公司培训是利用其经营资源的抗辩主张，缺乏法律依据，不能成立，本院不予支持。

关于焦点问题二，如涉案协议解除，乾豪公司应否向曹彬返还加盟费、合作担保金、装修保证金的问题。本案中，曹彬依法行使单方解约权，涉案协议解除。根据我国《合同法》第九十七条的规定，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等。因涉案协议未实际履行，乾豪公司应返还曹彬加盟费、合作担保金、装修保证金。乾豪公司关于曹彬单方解除协议构成违约、其不应返还上述款项

的抗辩主张缺乏法律依据，不能成立，本院不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决结果并无不当，应予维持。上诉人乾豪公司的上诉请求缺乏事实法律依据，不能成立，依法应予驳回。

（六）二审定案结论

山东省高级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费1000元，由上诉人济南乾豪科技发展有限公司承担。

（七）解说

特许经营是特许人以合同形式将其拥有的经营资源许可被特许人使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。这是近年来新兴的商业经营模式，也是一种新型的知识产权案件类型。专门规范特许经营的法律法规不多，主要依据是2007年2月国务院颁布实施的《商业特许经营管理条例》（以下简称《条例》）。本案涉及特许经营合同的被特许人如何行使单方解约权的问题。《条例》对此作出了有别于其他合同的特殊规定，即第十二条：“特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同”，该条款即所谓的“冷静期”条款。此条款是考虑到特许人的能力和实力与被特许人不对等，处于缔约优势地位。被特许人在特许人的邀约引诱下，往往是在对自身经营能力和被特许的经营模式缺乏深入评估的情况下就签订了合同。为避免被特许人的盲目投入导致损失扩大，从保护被特许人的利益出发，所以规定特许人必须给予被特许人考虑是否继续从事特许经营的一定期限，如被特许人决定不从事特许经营的，在此期限内享有可以随时单方解约的特权。

“冷静期”条款是特许经营合同的必备条款，即使双方没有在合同中注明，被特许人仍可依据《条例》的规定，行使单方解约权。如特许经营合同未约定被特许人的单方解约权和解约期限，则特许人对此具有缔约过失，应对由此产生的不利后果承担主要责任。正如本案的情形，虽然特许人乾豪公司与被特许人曹彬签订的特许经营合同中约定了“冷静期”条款，但被特许人曹彬仍可行使单方解约的法定权利。特许人乾豪公司对此具有缔约过失，应承担由此产生的不利后果。

行使单方解约权应在合理期限内提出。涉案协议对曹彬解约期限未作约定，法院在裁判中考虑到，曹彬签约后一直没有实际开展经营活动，没有实际使用乾豪公司拥有的AA国际动漫品牌等经营资源，解除合同无损于乾豪公司的经营利益，也不存在转嫁商业风险的问题，以此认定曹彬主张单方解约权并未超出合理期限，可以单方解除涉案协议。乾豪公司具有缔约过失，且涉案协议未实际履行，乾豪公司应返还曹彬加盟费、合作担保金、装修保证金。如果被特许人已经实际利用经营资源而合同没有“冷静期”条款，其能否行使单方解约权，对此实务界尚存在争议。笔者认为，此种情形被特许人仍可行使单方解约权，但应遵循合同法的公平原则，在返还被特许人投入的加盟费等费用时，考虑到特许人丧失缔约机会或其他可得利益的损失，公平合理的确定双方的责任划分。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 刘军生

案例来源：最高人民法院新闻通气会发布

“消防排烟装置”专利侵权案

原告：陕西银河消防科技装备股份有限公司（简称陕西银河公司）

被告：山东省天河消防车辆装备有限公司（简称山东天河公司）

【案情摘要】陕西银河公司系“多核驱动的多级增压组合式消防排烟装置”发明专利权人。陕西银河公司认为山东天河公司擅自制造、销售被诉侵权排烟器的行为侵害其专利权，请求法院判令山东天河公司停止侵权并赔偿经济损失。涉案专利权利要求记载，该专利的一个技术特征为“控制系统，包括无线控制器与接收装置”。涉案专利说明书记载：“该专利设置有控制系统，控制系统可以是无线控制系统亦可是有线控制系统”。

法院经审理认为，经比对，被诉侵权产品采用了有线控制系统。虽然涉案专利说明书中记载了控制系统可以是有线控制系统，但在涉案专利权利要求中的记载为无线控制系统，因此有线控制系统不属于涉案专利权保护范围。而被诉侵权产品使用的系有线控制系统，故与涉案专利技术特征不同，未落入涉案专利权的保护范围。法院判决驳回了陕西银河公司的诉讼请求。

【典型意义】本案系一起适用“捐献规则”确定专利权保护范围进而正确进行侵权判定的典型案例。对于仅在专利说明书或者附图中描述而未在权利要求中记载的技术方案，视为专利权人对社会的“捐献”，专利权人在侵害专利权纠纷中将其纳入专利权保护范围的，法院不予支持。本案的裁判，通过对专利权保护范围的准确界定，划清了专利权与公共领域的界限，防止了权利滥用，为大众创新留出了合理空间，实现了专利权人与社会公众的利益平衡。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰 李 玉

案例来源：最高人民法院新闻通气会发布

“7 天连锁酒店” 商标侵权案

原告：七天酒店（深圳）有限公司（简称七天酒店）

被告：济宁市星月酒店管理有限公司（简称星月公司）

【案情】七天酒店是“7 天连锁酒店”注册商标的权利人，该商标系 2007 年 7 月 20 日提出注册申请，2012 年 2 月 6 日被初审公告，2013 年 2 月 21 日获得核准并予以公告，核准服务项目包括住所、饭店等，有效期自 2012 年 5 月 7 日至 2022 年 5 月 6 日。2012 年 8 月 24 日，七天酒店发现星月公司在其经营的酒店门头、店内物品上使用了“7 天连锁酒店”标识，上述行为持续到 2013 年 2 月 21 日之后。七天酒店认为星月公司的行为侵害了其商标权，请求法院判令星月公司停止侵权行为并赔偿经济损失。

【审判】法院经审理认为，由于七天酒店未能提交证据证明星月公司在涉案商标核准注册之前的商标使用行为主观上存在恶意，所以对七天酒店要求星月公司对 2012 年 5 月 7 日至 2013 年 2 月 21 日期间的商标使用行为承担赔偿责任的诉讼请求不予支持。但 2013 年 2 月 21 日涉案商标核准注册之后，星月公司的行为侵害了涉案商标权。故判决星月公司停止侵权行为并赔偿经济损失。

【评析】本案是一起新类型商标侵权案件。商标权人在商标初审公告期满至商标核准注册日之间的商标权利受到一定限制。商标权人在其商标获得核准注册以前，无权禁止其他主体使用相同的商标，只能向恶意使用人主张赔偿损失。本案的裁判，准确划定了商标权在不同时期的权利边界，既依法保护了商标权人的合法权益，又防止了权利滥用。



编写人：济南市中级人民法院


案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“米其林”商标侵权及不正当竞争案

原告：法国米其林集团总公司（简称米其林公司）

被告：淄博顺泰物资有限公司（简称顺泰公司）

【案情】米其林公司是“”、“米其林”注册商标的权利人，上述商标核定使用商品均为轮胎、内胎等。米其林公司认为顺泰公司在其门店的橱窗使用“”标识及“米其林轮胎专卖”字样的行为侵害了其商标权并构成不正当竞争，请求法院判令顺泰公司停止侵权行为并赔偿经济损失。

【审判】法院经审理认为，顺泰公司在经营活动中使用“”标识及“米其林轮胎专卖”字样的行为是向相关公众表明其销售的轮胎为米其林公司生产，不会使相关公众对米其林轮胎来源产生混淆，未侵害涉案商标权。但顺泰公司在销售米其林轮胎的同时还销售其他品牌的轮胎，其在门店橱窗上使用“米其林轮胎专卖”字样的行为属虚假宣传，容易使消费者产生误解，损害了消费者的合法权益，构成不正当竞争。故判决顺泰公司停止在门店橱窗使用“米其林轮胎专卖”字样的不正当竞争行为。

【评析】本案是一起规范销售商广告宣传行为的典型案例。通过对商标法及反不正当竞争法原理的深入分析，对销售商在销售正品商品时使用相关商标进行商品宣传是否侵害商标权，及非专卖销售商在销售商品时宣称专卖是否构成不正当竞争进行了正确认定。本案的裁判，对规范市场经营秩序、引导轮胎销售行业健康有序发展以及保护消费者的合法权益具有积极意义。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 王俊河

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

威尔德摩德不正当竞争案

原告：美国威尔德摩德公司（简称威尔德摩德公司）

被告：济南慧邦汉默实业有限公司（简称慧邦汉默公司）等

【案情】威尔德摩德公司成立于1960年，系全球锻造行业的知名厂商，其英文企业名称为WeldMoldCompany。慧邦汉默公司在经营中注册使用www.weldmold-china.com作为公司域名，并在广告中宣称其是锻造行业知名厂商威尔德摩德公司的中国总代理。威尔德摩德公司认为慧邦汉默公司将其英文企业字号“weldmold”注册为公司域名并使用的行为构成不正当竞争，请求法院判令慧邦汉默公司停止侵权行为并赔偿经济损失。

【审判】法院经审理认为，尽管威尔德摩德公司并未提交其字号在国内享有知名度的证据，但结合慧邦汉默公司在广告宣传中对威尔德摩德公司知名度的描述，以及宣称自己是威尔德摩德公司中国总代理的宣传内容，足以视为其明知威尔德摩德公司在行业内具有较高知名度。慧邦汉默公司将威尔德摩德公司的企业字号作为其域名的主要组成部分予以注册使用，主观上具有攀附威尔德摩德公司知名度的不正当意图，客观上亦会使相关公众产生误认。该行为构成不正当竞争，故判决慧邦汉默公司停止不正当竞争行为并赔偿经济损失。

【评析】本案是一起涉及域外公司企业字号的不正当竞争纠纷案件。企业字号通常需要具备一定的市场知名度方可给予保护。本案中域外公司虽未举证其企业字号具有知名度，但被诉侵权方系明知该企业字号在行业内具有较高知名度的情况下仍恶意进行攀附，该行为应当为反不正当竞争法所规制。本案的裁判，对建立平等公平的竞争秩序，促使经营者在市场交易中诚实守信、遵守商业道德具有积极意义。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 李现光

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

AutoCAD 计算机软件著作权侵权案

原告：美国欧特克公司（简称欧特克公司）

被告：山东法因数控机械股份有限公司（简称法因公司）

【案情】欧特克公司系 AutoCAD 系列计算机软件的著作权人。欧特克公司认为法因公司擅自在其办公系统中使用 AutoCAD 系列计算机软件的行为侵害了其计算机软件著作权，请求法院判令法因公司停止侵权行为并赔偿经济损失。法院应欧特克公司的申请对法因公司的被诉侵权软件进行了诉前证据保全。

【审判】法院经审理认为，根据《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，欧特克公司的 AutoCAD 系列计算机软件受中国法律保护。法因公司未经欧特克公司许可，商业使用欧特克公司的计算机软件，其行为侵害了欧特克公司的计算机软件著作权，故判决法因公司停止侵权行为并赔偿经济损失 50 万元。

【评析】本案是一起加大计算机软件著作权司法保护力度的典型案例。法院通过诉前证据保全及时固定证据，依法认定计算机软件用户商业使用了盗版软件，在权利人的实际损失和侵权人的违法所得不能确定的情况下，充分考虑了涉案计算机软件的专业性、市场价值和影响力，顶额适用法定赔偿确定赔偿数额 50 万元。本案的裁判，打击了商业使用盗版软件的侵权行为，体现了我国加大知识产权司法保护力度的决心，充分实现了知识产权的市场价值，平等保护了中外当事人的合法权益，树立了我国知识产权司法保护的良好国际形象。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

徐茂峰假冒注册商标罪案

公诉机关：山东省济南市天桥区人民检察院

被告人：徐茂峰

【案情摘要】陕西重型汽车有限公司系“”图形商标的商标权人，该商标核定使用商品为第12类：载货汽车，大客车底盘，汽车零部件等。徐茂峰为牟取非法利益，擅自组装并销售带有上述商标的汽车驾驶室总成共计50台，非法经营数额113万余元。

法院经审理认为，被告人徐茂峰的行为构成假冒注册商标罪，判处有期徒刑三年，并处罚金六十二万元。

【典型意义】本案是一起知识产权刑事案件。自山东省开展知识产权审判“三合一”试点工作以来，知识产权刑事审判在惩治和威慑犯罪中持续发力。本案的裁判，不但综合运用各种刑罚方法，有力震慑了侵犯知识产权的犯罪行为，同时对于保证知识产权司法标准的统一也具有积极意义。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“茅台”商标侵权案

原告：贵州茅台酒股份有限公司（简称茅台股份公司）

被告：山东银座商城股份有限公司（简称银座商城公司）等

【案情摘要】茅台股份公司系“茅台”、“MOUTAI”等商标的商标权人。茅台股份公司认为银座商城公司销售被诉侵权茅台酒的行为侵害其商标权，请求法院判令银座商城公司停止侵权并赔偿经济损失。经查，银座商城公司共被查扣被诉侵权商品 1668 瓶。

法院经审理认为，银座商城公司销售被诉侵权商品的行为侵害了涉案商标权。虽然银座商城公司提供了侵权商品的进货来源，但是由于其系全国知名大型百货连锁企业，对其经营的商品是否来源于商标权人或其授权经销商应负有较高的审查义务，而其未进行严格审查，主观上具有过错，故银座商城公司应承担侵权赔偿责任。法院综合考虑涉案商标的知名度、银座商城公司的经营规模及主观过错程度等因素，判决银座商城公司赔偿茅台股份公司经济损失 200 万元。

【典型意义】本案是一起依法认定销售商过错，提高赔偿数额，加大知识产权损害赔偿力度的典型案件。在销售商“知假售假”的情况下，即使其提供了侵权商品合法来源，也应承担赔偿责任，并且在确有证据证明侵权受损或者侵权获利超过法定赔偿最高限额的，应在法定赔偿最高限额以上合理确定赔偿数额。本案的裁判，根据全案证据情况确定了较高的赔偿数额，使商标权的保护强度与商标知名度及侵权行为的情节相适应，有力地保护了商标权人的合法权益。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 武守宪

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“沃夫特”商标侵权及不正当竞争案

原告：金正大生态工程集团股份有限公司（简称金正大公司）

被告：山东沃夫特农业科技有限公司（简称沃夫特公司）

【案情摘要】金正大公司系“沃夫特”商标的商标权人。2012年，该商标被国家工商行政管理总局商标局认定为中国驰名商标。沃夫特公司于2013年10月17日登记使用与“沃夫特”商标相同的企业字号，其经营范围亦与金正大公司重合，双方存在竞争关系。金正大公司认为沃夫特公司在其商品包装袋上使用沃夫特公司企业全称及突出使用“沃夫特”字号的行为同时构成商标侵权及不正当竞争，请求法院判令沃夫特公司停止商标侵权和不正当竞争行为并赔偿经济损失。

法院经审理认为，金正大公司“沃夫特”商标在肥料产品上具有较高知名度。沃夫特公司作为金正大公司的同业竞争者，在其肥料包装上使用含有“沃夫特”字样的企业全称，其主观上具有攀附涉案商标知名度和美誉度的故意，客观上容易使相关公众对有关商品来源或者其关联关系发生市场混淆，其行为构成不正当竞争；而沃夫特公司在其肥料包装上突出使用“沃夫特”字号的行为则构成《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中规定的商标侵权。法院判决沃夫特公司分别停止商标侵权及不正当竞争行为并赔偿经济损失。

【典型意义】本案系一起商标权与企业名称权权利冲突的典型案件。在该类案件中，当事人往往主张被诉侵权行为同时构成商标侵权及不正当竞争。但是，认定侵害商标权行为与不正当竞争行为的法律依据不同，法定构成要件不同。同一行为或者构成不正当竞争，或者侵害有关商标权，不能同时构成侵害商标权行为和不正当竞争行为。本案的裁判，厘清了商标侵权与不正当竞争的界限，对于此类案件的正确处理具有指导意义

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“五常大米”证明商标侵权案

原告：五常市大米协会

被告：临沂市恒达米业有限公司（简称恒达公司）

【案情摘要】五常市大米协会系“五常大米”证明商标的商标权人。为便于监督管理，五常市大米协会制定了《“五常大米”证明商标使用管理规则》，对于“五常大米”证明商标的使用条件、使用申请程序等作出了规定。恒达公司生产、销售的大米包装袋上标有“东北大米五常特产”及“原粮产自黑龙江省五常市水稻基地”字样。五常市大米协会认为恒达公司的上述行为侵害其商标权，请求法院判令恒达公司停止侵权并赔偿经济损失。经查，恒达公司未能提交证据证明其大米产自黑龙江省五常市。

法院经审理认为，“五常大米”证明商标系由商标权人五常市大米协会控制并负责监督管理。恒达公司在其生产、销售的大米包装袋标注的“五常特产”文字，与涉案商标构成近似，容易导致相关公众对其商品与“五常大米”证明商标使用者的商品发生混淆。恒达公司的行为侵害了涉案商标权，法院判决恒达公司停止侵权并赔偿经济损失8万元。

【典型意义】本案系一起涉及证明商标保护的典型案件。证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。本案明确了对于原产地证明商标的使用必须满足两个条件：（1）商品来自证明商标所标识的地区且品质符合要求；（2）向证明商标权人提出申请并取得许可。本案的裁判，对于原产地证明商标的保护条件进行了有益的探索，有效地保护了商标权人及消费者的合法权益，具有一定的借鉴意义

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“螺旋体铸造模型及其造型方法”专利行政处罚案

原告：淄博干式真空泵有限公司（简称淄博真空泵公司）

被告：山东省知识产权局（简称省知产局）

第三人：尹宇浩

【案情摘要】尹宇浩系“螺旋体铸造模型及其造型方法”发明专利权人。省知产局认为，淄博真空泵公司未经许可为生产经营目的使用被诉侵权技术方法的行为，侵害了尹宇浩的专利权，遂作出鲁知法处字〔2012〕3号专利侵权纠纷处理决定，责令淄博真空泵公司立即停止侵权。淄博真空泵公司认为省知产局的处理决定不当，请求法院撤销上述决定。

法院经审理认为，被诉侵权技术方法落入涉案专利权保护范围，淄博真空泵公司的行为侵害了涉案专利权。省知产局作出的处理决定并无不当，判决维持了省知产局鲁知法处字〔2012〕3号专利侵权纠纷处理决定。

【典型意义】本案是一起知识产权行政案件。本案的裁判，通过对行政执法行为实体标准的司法审查，肯定了行政执法行为的正当性，对促进依法行政、科学保护专利权具有积极作用，对进一步探索完善知识产权民事、行政、刑事“三合一”审理体制以及发挥知识产权司法保护主导作用也具有积极意义。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 王 云

案例来源：山东法院知识产权审判年度案件

“汽车蝶形阀总成”实用新型专利侵权案

原告：马某

被告：重庆劲雄机电有限公司（简称劲雄公司）、济南欧康汽车服务有限公司（简称欧康公司）

【案情】马某为“用于汽车发动机排气辅助制动的蝶形阀总成”实用新型专利的专利权人，专利申请日为2006年7月10日。2011年，欧康公司销售了涉嫌侵犯该专利的产品。马某遂以欧康公司及产品上标注的生产者劲雄公司作为共同被告诉至法院，要求判令两公司停止侵权并赔偿经济损失及合理开支共计108万余元。审理中，劲雄公司以曾于2005年11月9日提出一种名为“柴油机排气制动汽缸”实用新型专利申请为由，主张专利抵触申请的现有技术抗辩。

【审判】法院经审理认为，劲雄公司提供的专利申请早于涉案专利的申请时间，符合专利抵触申请的时间要件，但与涉案专利解决的技术问题不同，并非相同的专利技术，相对于涉案专利不构成抵触申请。劲雄公司生产、欧康公司销售的被控侵权产品具备了专利权利要求中的全部技术特征，落入了专利权利要求的保护范围，构成专利侵权。欧康公司作为销售方提供了侵权产品的合法来源，主观上没有过错，依法可以免除赔偿责任。据此，判决劲雄公司、济南欧康公司停止侵权，劲雄公司赔偿马某经济损失15万元。

【评析】本案主要涉及抵触申请作为现有技术抗辩的法律适用问题。抵触申请是指与专利申请同样的技术方案或外观设计在前述专利申请日前已向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在前述专利申请日后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中的申请。抵触申请如果成立，则不构成专利侵权。本案的审理，进一步明确了抵触申请除必须满足时间上早于专利申请日、系同种专利类型的条件之外，还必须与该专利申请系相同的技术方案，解决相同的技术问题。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 刘军生

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“康明斯”商标及不正当竞争纠纷案

原告：康明斯有限公司（简称康明斯公司）

被告：山东康明斯有限公司（简称山东康明斯）

【案情】康明斯公司创建于1919年，总部设在美国，业务包括设计、制造和分销发动机，拥有包括中文“康明斯”、英文“CUMMINS”等多项注册商标专用权。山东康明斯于2009年注册使用现企业名称，并在其产品、网站上突出使用了中文“康明斯”、英文“Cummins”的名称。康明斯公司认为山东康明斯侵犯了其注册商标专用权并且构成不正当竞争。为此，请求法院判令山东康明斯立即停止侵权并变更企业名称，赔偿经济损失及合理费用共计500万元。

【审判】法院经审理认为，康明斯公司与山东康明斯系从事相关产业的制造商。山东康明斯在其产品、包装、交易文书、网站以及广告宣传中，使用了康明斯公司的注册商标，构成商标侵权。且山东康明斯未经许可，擅自使用中英文“康明斯”、“Cummins”作为企业字号，可能导致社会公众误认为两者之间存在某种特定联系，易使相关公众对其商品或者服务的来源产生混淆，故其行为也构成不正当竞争。据此，判决山东康明斯立即停止侵权并停止使用带有中英文“康明斯”字号的企业名称，赔偿康明斯公司经济损失及合理费用共计30万元。

【评析】本案通过判决被告停止使用带有侵权字号的企业名称，维护了商业伦理与市场公平竞争秩序。企业名称由行政区域、字号、行业特点和组织形式四部分组成。其中，字号是企业名称的核心内容，是企业之间相互区别的重要标志。对于注册商标与企业名称之间的纠纷，人民法院应当区分不同的情形，按照诚实信用、维护公平竞争和保护在先权利等原则，依法处理。如果不正当地将他人具有较高知名度的在先注册商标作为字号注册登记为企业名称，即使规范使用仍足以产生市场混淆的，应根据当事人的请求判决停止使用企业名称。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“白鹤泉”商标权属纠纷案

原告：济南好运泉酒业有限公司（简称好运泉公司）

被告：田某

【案情】好运泉公司系“白鹤泉”注册商标专用权人。2002年，田某在担任公司法定代表人期间，未经股东会或董事会决定，经国家商标局核准，将“白鹤泉”商标由好运泉公司转让到自己名下。好运泉公司认为田某擅自转让公司财产的行为侵犯了公司及其他股东的利益。为此，请求法院判令该商标转让行为无效。

【审判】法院经审理认为，涉案商标作为好运泉公司的无形资产，与公司的经营与发展有着密切的关系，转让行为影响到股东的利益，属于公司决策上的重大事项。根据1999年修正的公司法和好运泉公司章程，涉案商标的转让应由股东会或董事会决定。未经股东会或董事会决定，涉案商标的转让不应视为好运泉公司的真实意思表示。据此，判决确认涉案商标由好运泉公司转让至田某的行为无效。

【评析】商标、专利等知识产权作为企业的一项重要无形财产，是企业核心竞争力的重要组成部分。本案的处理，提示企业对涉及核心知识产权的处分，应当严格管理，加强管控，完善知识产权法律风险管理体系的建设，防止风险发生。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“飞行传奇”著作权侵权案

原告：魏某

被告：明天出版社有限公司（简称明天出版社）

【案情】魏某系科普类图书《飞行传奇》的作者。1985年5月，该书经由明天出版社出版，首次印刷45600册。明天出版社支付魏某稿酬1000元，双方未签订图书出版合同。后该书分别于1989年、1991年、1992年、1994年分四次共重印55091册。魏某于2013年10月发现重印的图书后，认为明天出版社侵犯了其著作权，遂起诉至法院要求判令明天出版社停止侵权、赔礼道歉并赔偿经济损失85000元、精神抚慰金15000元。

【审判】法院经审理认为，涉案作品首次出版时，尚无有关著作权的法律规定，应适用当时的出版行业政策；前两次重印时，《民法通则》已施行，应适用《民法通则》；后两次重印时，《著作权法》已经施行，应以《著作权法》作为处理纠纷的主要法律依据。对于涉案作品的稿酬问题，虽然当时存在一次性稿酬与基本稿酬加印数稿酬两种支付方式，但后者为出版行业主管部门倡导并推行，明天出版社在无法举证证明其支付的1000元系一次性稿酬的情况下，仍应就重印行为向魏某支付印数稿酬。因图书重印行为未侵犯著作权人的复制权及著作人身权，因此对魏某的停止侵权及精神损害赔偿主张不予支持。据此，法院判决明天出版社赔偿魏某经济损失6000元，并驳回魏某的其他诉讼请求。

【评析】本案特殊之处在于涉案图书出版时，著作权法尚未颁布，而著作权人与图书出版者未就稿酬及图书重印等问题签订出版合同。本案的处理，主要依照当时出版行业管理部门制定的规章政策，通过合理分配举证责任，确定了稿酬支付方式。并根据《民法通则》以及著作权法相关规定，对于重印行为的法律性质、诉讼时效等问题做出了合理的分析认定，对于类似案件的处理具有一定的指导意义。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“客户名单”商业秘密侵权案

原告：济南三康环保科技有限公司（简称三康公司）

被告：倪某

【案情】2008年，三康公司与倪某签订《聘用合同》和《保密合同》，建立了劳动关系。案外人温州宝泰包装材料有限公司（以下简称宝泰公司）自2009年与三康公司建立了业务联系。2013年，宝泰公司联系三康公司，欲购买臭氧设备。三康公司向宝泰公司发送了报价单，其内容包括设备采购信息和维修信息。倪某获知该信息后，向宝泰公司承诺自己可以提供相同质量但价格便宜的设备，并随后与宝泰公司签订了臭氧设备采购合同。倪某收取了宝泰公司合同总价款93000元以及设备维修费35800元。三康公司认为倪某的行为违反了双方合同约定，与倪某解除了劳动关系，并诉至法院，要求倪某停止侵犯其商业秘密的行为并赔偿经济损失。

【审判】法院经审理认为，宝泰公司的订单信息是其向三康公司这一特定主体发出的邀约或磋商，并非针对不特定对象的宣传，双方询价、磋商的过程、内容不为公众知悉，具有秘密性；上述订单信息一旦转化为正式订单，即可给三康公司带来利润；三康公司与倪某签订的《保密合同》应认定为三康公司对其商业秘密采取的保密措施。因此该订单信息属于三康公司的商业秘密。倪某利用其职务上的便利获悉订单信息并利用其谋取非法利益，侵犯了原告的商业秘密。据此，判决倪某停止侵权并赔偿原告经济损失。

【评析】本案的裁判，从订单信息的秘密性、价值性、实用性，以及是否采取保密措施等因素予以考量，最终认定订单信息构成商业秘密，对类似涉及订单信息是否构成商业秘密的案件处理具有一定的参考价值。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 李 玉

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“先玉 335”植物新品种权侵权案

原告：山东登海先锋种业有限公司（简称登海公司）

被告：高某

【案情】登海公司获得“先玉 335”玉米植物新品种权的授权，得以自己的名义对侵权行为提起诉讼。登海公司认为高某经营的农资种子商店销售的名称为“瑞祥 505”玉米种子侵犯了其“先玉 335”玉米植物新品种权，起诉要求高某停止侵权并赔偿损失。

【审判】法院经审理认为，根据双方共同委托的北京玉米种子检测中心采用 DNA 指纹方法做出的检验报告，高某销售的“瑞祥 505”玉米种子与“先玉 335”的比较位点数 40，差异位点数 0，两品种构成相同或极近似。根据我国《种子法》的规定，经营者购买种子必须对种子来源进行审查。高某作为种子经营者，销售授权品种“先玉 335”玉米的繁殖材料，无法提供合法进货渠道，对种子来源未尽到合理的注意义务，应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。据此，判决高某停止侵权并赔偿登海公司经济损失 6 万元。

【评析】本案以鉴定机构的权威性对比检验报告为依据，依法保护了植物新品种权人的合法权益。加强对植物新品种的司法保护，打击侵权行为，对于鼓励育种者的创新热情，促进农林业的持续稳定发展，具有重要的作用。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“华夏良子”特许经营合同纠纷案

原告：山东华夏良子健康管理有限公司（简称华夏良子）

被告：张某

【案情】2010年7月，华夏良子与张某签订连锁经营合同书，许可张某“济南市长清区华夏良子养生会馆”。合同签订后，因张某拖欠特许经营管理费，华夏良子认为其构成根本违约，请求法院判决张某支付所欠管理费50万余元，并解除合同。

【审判】法院经审理认为，双方签订的连锁经营合同书系当事人的真实意思表示，内容不违反相关法律规定，该合同合法、有效。华夏良子基于合同所产生的合法权益应予保护，张某实际拖欠特许经营管理费应予支付。基于双方合作的基础已不存在，合同目的已不能实现，双方之间的合同应予解除。据此，判决解除双方签订的连锁经营合同书，张某向华夏良子支付特许经营管理费37万余元。

【评析】特许经营是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的特许人，以合同形式将其拥有的经营资源许可被特许人使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。特许经营是近年新兴的商业经营模式，本案为特许经营合同纠纷中典型的拖欠特许经营管理费案例。通过本案的裁判，对促进特许经营商业模式的健康有序发展具有积极的引导作用。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 武守宪

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

“石英谐振器”产品专利行政诉讼案

原告：日照汇丰电子有限公司（简称汇丰公司）

被告：日照市知识产权局（简称日照知产局）

第三人：日照旭日电子有限公司（简称旭日公司）

【案情】旭日公司是名称为“一种框架带及用于生产石英谐振器基座支架片加工焊接方法”发明专利的独占实施被许可人，因发现汇丰公司涉嫌侵犯该专利，于2011年5月申请日照知产局予以处理。日照知产局在处理决定中认定，汇丰公司的被控侵权技术与涉案专利的权利要求相比，仅在焊接顺序及焊接位置上存在不同，该不同均属于本领域技术人员无需经过创造性劳动就能够联想到的特征，符合关于等同特征的要求，落入涉案专利权的保护范围。遂责令汇丰公司立即停止侵权行为。汇丰公司对该决定不服，向法院提起行政诉讼。

【审判】法院经审理认为，经庭审中对被控侵权技术方案与涉案专利技术特征进行比对，日照知产局认定汇丰公司构成等同侵权并无不当。日照知产局对其处理决定提供了调查笔录、现场取证记录等证据予以证实，认定事实清楚，适用法律正确，汇丰公司抗辩理由缺乏依据。据此，判决驳回了汇丰公司的诉讼请求。

【评析】在审理因对专利行政处理决定不服引起的专利行政诉讼案件时，法院既要对行政行为的程序、事实认定及法律适用等方面的合法性进行全面审查，同时也要在进行技术比对的基础上，适用专利侵权判定规则对专利侵权问题作出独立的判断，才能对被诉专利行政行为作出正确的处理。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 王 云

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

申通投标不正当竞争纠纷案

原告：济南瑞丰餐饮有限公司（简称瑞丰公司）

被告：山东招标股份有限公司（简称招标公司）

被告：济南森林公园管理处（简称森林公园管理处）

被告：山东爱婴投资有限公司（简称爱婴公司）

【案情摘要】2014年9月10日，招标公司作为森林公园管理处的招标代理机构，发布“综合楼”房屋租赁招商引资信息，招标文件要求的投标保证金为40万元，可以电汇或支票倒存的形式缴至招标公司指定的银行账户。瑞丰公司、爱婴公司等四家公司参加了投标。其中，瑞丰公司将投标保证金电汇至指定账户，爱婴公司的法定代表人通过个人账户将投标保证金汇至指定账户。另外两名投标人各将40万元的转账支票缴至招标公司，招标公司未将支票入账。2015年6月15日，招标公司发布公告，爱婴公司以最高租金价格中标。瑞丰公司认为招标公司与爱婴公司、森林公园管理处构成申通投标不正当竞争，起诉要求法院确认中标结果无效。

法院经审理认为，投标保证金是约定而不是法定的，涉案项目招标文件中未限定保证金的交纳方式，也未将其作为否决投标的事由。招标代理机构接受不同的投标者以不同形式交纳的投标保证金，不属于对潜在的投标人实行差别对待，并且瑞丰公司未中标的原因为其租金出价低于爱婴公司，投标保证金的交纳问题对中标结果无实质性影响，在案证据不能证明三被告通过意思联络达成了排挤瑞丰公司公平竞争的共同意图并实施了排挤行为，瑞丰公司主张的不正当竞争行为不能成立。判决驳回瑞丰公司的诉讼请求。

【典型意义】本案是济南法院受理的第一起申通投标不正当竞争案件。《反不正当竞争法》第十五条规定，禁止串通投标，投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。在此类案件中，如何认定投标者和招标者在招标、投标、评标的过程中进行了串通和勾结是审理的重点和难点，对此当事人应当提供充分、完整的证据予以证实。由于本案中原告并未提供有效证据证实各被告之间存在串通行为，仅以投标保证金存在不同交纳方式的事实不能证实招标代理机构对投标人实行了差别对待，故作出了驳回其诉讼请求的判决。本案的裁判，确定了该类案件的审理思路和裁判规则。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布


2016 年度济南知识产权十大案例

“稻香园”商标权纠纷案

原告：成都市稻香食品有限责任公司（简称成都稻香公司）

被告：山东稻香园食品有限公司（简称山东稻香园公司）

被告：济南市中佳佳稻香园蛋糕店（简称佳佳蛋糕店）

【案情摘要】成都稻香公司享有第 3063727 号“”（稻香园文字及图形组合）商标专用权，注册时间为 2003 年 3 月，核定使用商品为第 30 类：糖果、面包、饼干、蛋糕等。济南稻香园食品有限公司（简称济南稻香园公司）成立于 1995 年 10 月 11 日，其生产的“稻香园”系列产品自 2002 年即获得诸多荣誉，取得一定的知名度。2007 年 3 月 7 日，济南稻香园公司的股东注册成立山东稻香园公司，并将全部业务转移到该公司，延续使用“稻香园”品牌。山东稻香园公司分店分布于济南、德州、泰安等地共计 51 家，形成相对固定的消费群体，享有较高的知名度和影响力。成都稻香公司认为，山东稻香园公司生产并由佳佳蛋糕店销售的糕点、月饼、面包等商品使用了“稻香园”及近似标识，侵犯了其注册商标专用权，起诉要求被告停止侵权并赔偿损失。

法院经审理认为，“稻香园”企业字号经过山东稻香园公司和济南稻香园公司的持续性使用，在成都稻香公司注册使用涉案商标之前已经具有一定的市场知名度，被诉标识对涉案商标构成在先权利，被告使用被诉标识具有正当性和合理性，不具有攀附成都稻香公司涉案商标的主观意图。成都稻香公司涉案商标显著性不高，其受保护的边界应限于图文整体标识。被诉标识和涉案商标的实际使用情况存在明显区别，山东稻香园公司使用带有“稻香园”文字的标识与成都稻香公司涉案商标不会产生混淆，不构成商标侵权。判决驳回成都稻香公司的诉讼请求。

【典型意义】本案涉及的实质问题是企业字号和注册商标不同权利主体在商业扩张中权利边界的划定问题。对于在先企业字号与注册商标之间的权利冲突，应当遵循诚实信用、公平竞争及保护在先权利的原则，重点考虑被告的具体使用方式是否具有正当性和合理性，是否具有攀附注册商标的主观意图，并以相关公众的一般注意力为标准，结合注册商标的显著性和知名度，是否容易造成混淆等因素，合理确定企业字号与注册商标之间的权利边界。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 李现光


案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

德生食品厂滥用商标权案

原告：汕头市德生食品厂（简称德生食品厂）

被告：广州康赢食品有限公司（简称康赢公司）

被告：济南槐荫金福广调味干果商行（简称金福广商行）

【案情摘要】德生食品厂于2015年8月14日注册取得第15018196号“”图形商标的专用权，核定使用商品为第30类：食盐，醋，调味品等。该厂法定代表人还于2015年12月8日将与涉案商标标识相同的图形作为美术作品在国家版权局进行了登记，作品登记书记载的创作完成时间为2014年7月15日，首次发表时间为2014年9月10日。金福广商行于2016年8月9日销售的由康赢公司生产的咖喱粉的瓶贴外观与涉案商标相同。德生食品厂认为，康赢公司与金福广商行侵犯了其商标权，起诉要求两被告停止侵权，康赢公司赔偿110万元。法院查明，康赢公司已于2012年6月即委托他人设计出了与涉案商标相同的标识，并取得该标识的著作权。康赢公司还于2014年4月就涉案标识向国家知识产权局申请外观设计专利。根据淘宝网上存储的交易快照信息，在涉案商标申请日之前，已有多家网店在销售康赢公司生产的带有涉案标识的咖喱产品，产品销售区域遍布全国。

法院经审理认为，被告康赢公司在涉案商标申请注册前，已经在同一种商品上先于原告使用相同标识并产生了一定影响，其依法有权在原使用范围内继续使用该商标。并且被告对涉案标识享有在先著作权，原告将被告享有在先著作权、在先使用并有一定影响的标识申请注册为商标的行为有违诚实信用，其以不正当手段取得的商标权不能对抗被告的正当使用行为。判决驳回德生食品厂的诉讼请求。

【典型意义】2013年修正的《中华人民共和国商标法》增加了“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则”的规定。本案的裁判表明，当事人以缺乏合法性基础的商标对在先权利人或在先使用人的正当使用行为提起商标权侵权之诉，违反了诚实信用原则，不应得到法律的支持和保护。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

微信朋友圈著作权纠纷案

原告：张某

被告：韩某

【案情摘要】2015年5月，韩某以300元的价格向张某购买了一捧花束。韩某在其微信朋友圈上传了一条文字内容，配图为该花束的照片。张某发现后认为韩某拍摄的花束照片没有加盖其花店的水印或者指出作者名称，韩某未经其许可擅自将其享有著作权的作品公开的行为侵犯了其著作权，遂通过微信向韩某指出其行为不妥。后韩某将照片在朋友圈删除。因双方在沟通过程中发生纠纷，张某起诉要求法院判令韩某在微信朋友圈中消除影响、赔礼道歉并赔偿损失。

法院经审理认为，张某对其制作的花束分别从色彩搭配与过渡、花材选择等方面的独特之处进行了阐释，具备独创性，能够作为美术作品受到著作权法保护。美术作品原件所有权转移后，除展览权外的其他著作权仍归原著作权人所有。但韩某将其购买的花束拍照后上传到微信朋友圈的行为，其受众仅限于特定群体，传播范围有限，客观上并未给张某造成不良影响。并且韩某主观上没有恶意，没有获取经济利益的意图，在此情况下其行为应视为对其所有权的正当行使。判决驳回张某的诉讼请求。

【典型意义】本案涉及美术作品独创性及在微信朋友圈发布信息行为的合理性认定问题。本案的裁判具有以下两点指导意义：一是作品的独创性要求该作品能够体现作者的个性表达，但其标准不应过高，只要作品中体现了作者某种程度的取舍、选择、安排、设计，就应认为具有独创性。二是美术作品原件的所有权转移后，所有权人对作品进行拍照并上传微信朋友圈的行为，如果没有影响到对美术作品的正常使用，没有获取经济利益的意图，就不应予以禁止。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

玉米收获机专利权纠纷案

原告：山东常林农业装备股份有限公司（简称常林公司）

被告：山东白龙机械有限公司（简称白龙公司）

【案情摘要】常林公司于2014年6月26日申请“农业机械变速箱用挡位互锁机构”实用新型专利并获得授权。原告认为被告生产、销售的“帝呈白龙”双行玉米收获机侵犯了其专利权，要求法院判令被告停止侵权并赔偿损失。被告辩称，涉案的玉米收获机在专利申请日前已经制造且公开销售，其享有先用权，并且使用了现有技术，不构成侵权。

法院经审理认为，白龙公司早在专利申请日前的2013年7月已经完成被控侵权产品所必需的主要技术图纸，于2014年3月发布了产品备案企业标准，并在质量技术监督机关进行了企业产品执行标准登记，可以证明其在先使用行为成立。被告还提供了证据证明，在涉案专利申请日前被控侵权产品已经在国内公开销售和使用。白龙公司的在先使用、现有技术抗辩成立，不构成对原告专利权的侵犯。判决驳回常林公司的诉讼请求。

【典型意义】本案对审理专利权侵权纠纷案件中先用权、现有技术抗辩的审查具有指导意义。专利申请日前的技术研发资料、权威部门的备案登记材料，可以作为有效证据证明使用者在专利申请日前已经作好制造、使用的必要准备，其在先使用行为成立。公证的涉案产品的品牌、型号、出厂日期、销售发票等证据如能综合印证其在专利申请日前已在国内公开销售和使用，应当认定其所蕴含的技术已在国内被不特定的相关公众所知悉，现有技术的抗辩应当支持。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 刘军生

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

韩玉诉山东京博控股股份有限公司 证券虚假陈述责任纠纷案

【关键词】 商事 证券虚假陈述 诱空型虚假陈述 交易因果关系 损失因果关系

【裁判摘要】

1. 证券交易的投资人持有上市公司已发行的股份达到5%时，未在法定期限内未以法定方式予以披露的，属于虚假陈述行为人。

2. 隐瞒股份收购的利好消息应予披露而未予披露的，构成诱空型虚假陈述。

3. 诱空型虚假陈述与损害结果因果关系的认定，应从虚假陈述对投资决定的影响、股票价格变化与虚假陈述的关系、揭露日前投资人卖出均价与揭露日至基准日期间股票收盘均价高低比较予以分析。

原告韩玉，女，汉族，1961年12月8日出生，住辽宁省大连市旅顺口区解放街24号。

被告山东京博控股股份有限公司，住所地山东省博兴县经济开发区。

法定代表人马韵升，董事长。

原告韩玉与被告山东京博控股股份有限公司（以下简称京博公司）因证券虚假陈述责任纠纷一案，向济南市中级人民法院提起诉讼。

原告韩玉诉称：安徽国通高新管业股份有限公司（以下简称国通管业）为上市公司，韩玉为二级市场投资者，京博公司为国通管业股东。2012年3月16日，中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）通报了京博公司违法违规案，京博公司及其法定代表人董事长马韵升被处罚。根据证监会〔2012〕6号行政处罚决定书和《最高人民法院关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《若干规定》），京博公司作为信息披露义务人已构成证券法意义上的虚假陈述。京博公司的虚假陈述行为，使韩玉不能真实了解国通管业的股权结构、大股东持股比例及增减状况，严重影响了韩玉的投资判断，导致韩玉对国通管业的投资价值、股价波动和资金进出等方面产生误判，遭受巨额投资损失。从2007年12月18日至2009年4月9日，京博公司减持其股份未予公布；特别是2008年7月10日和9月24日，京博公司虚假陈述误导市场其股份由5%增持到10%，事实是从30%减持到16%。该期间京博公司的虚假陈述为诱多型虚假陈述。韩玉在实施日至揭露日之间净买入28600股，卖出14600股，净买入14000股，买入总金额381015元，该期间卖出总金额202932元，净买入额是381015减去202932元，以净买入额除以股数得出买入均价12.72元。在揭露日至基准日期间卖出9300股，卖出总金额98107元，卖出均价10.54元，在基准日之后结余因果关系股数是4700股。请求判令京博公司赔偿韩玉投资差额损失38056.46元、佣金损失114.17元、印花税损失38.06元、利息损失593.3元。

被告京博公司辩称：证监会对京博公司处罚所涉及的三项事实中，只有第二项涉及京博公司2008年7月11日、2008年9月25日两次虚假披露持股情况，其余均系违反上市公司收购的情况，与虚假陈述无关。2008年7月11日和9月25日期间，京博公司实际隐瞒的还是持股比例相对较低的事实。依据韩玉诉称的事实和证监会行政处罚决定书记载，京博公司虚

假陈述是隐瞒股份收购的利好消息，未诱导包括韩玉在内的投资者作出积极投资的行为。因此韩玉的投资未受到虚假陈述的影响，两者不存在因果关系。本案虚假陈述揭露日为2012年3月16日，根据国通管业股票交易的实际情况，没有出现因虚假陈述的揭露导致卖出或继续持有该股票而亏损的情形。国通管业股价下跌，在揭露日以前就随证券市场的系统风险并存，是证券市场的自身因素所致。韩玉的投资差额损失，依法应自行承担。

济南市中级人民法院经审理查明：国通管业股票在上海证券交易所挂牌交易，证券简称国通管业，证券代码600444。自2007年7月24日起，京博公司开始买入国通管业股票。

2012年3月16日，证监会在其网站通报了京博公司的违法事实和行政处罚。〔2012〕6号行政处罚决定书认定：1. 京博公司未就交易国通管业股票按规定履行报告和信息披露义务并继续交易国通管业股票。2007年7月24日，京博公司持有国通管业股票4203914股，持股量占国通管业已发行股份的6%，京博公司在未向国务院证券监督管理机构和证券交易所就持有国通管业股票情况作出书面报告，未通知国通管业并予公告的情况下，继续交易。2007年8月3日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的10.37%。2007年8月10日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的15.12%。2007年8月27日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的20.24%。2007年9月24日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的25.10%。2007年12月13日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的30.09%。2007年12月18日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的30.31%。2008年4月15日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的25.23%。2008年12月18日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的20.13%。2009年4月9日，京博公司持有国通管业股票占其已发行股份的16.12%。京博公司在2007年7月25日至2009年4月9日期间未对持有国通管业股票情况予以真实披露。京博公司违反了证券法第八十六条和《上市公司收购管理办法》第十三条的规定。2. 京博公司于2008年7月11日和2008年9月25日两次虚假披露关于持有国通管业股票的情况。京博公司2008年7月11日披露，其2008年7月10日持有国通管业股票5251343股，持股量占国通管业已发行股份的5%。经查，京博公司2008年7月10日持有国通管业股票25120262股，持股量占国通管业已发行股份的23.92%。京博公司2008年9月25日披露，其2008年9月24日持有国通管业股票10536361股，持股量占国通管业已发行股份的10.03%。经查，京博公司2008年9月24日持有国通管业股票27812654股，持股量占国通管业已发行股份的26.48%。京博公司构成证券法第一百九十三条所述违法行为。3. 京博公司未向国通管业股东发出收购股份要约。京博公司2007年12月13日持有国通管业股票21069256股，持股比例超过国通管业已发行股份的30%，达到30.09%。此后，京博公司继续收购国通管业股票，但未向国通管业所有股东发出收购股份的要约。直至2007年12月21日，京博公司持有国通管业股票20505108股，持股量占国通管业已发行股份的29.29%。低于30%的比例。京博公司违反了证券法第八十六条规定。基于上述违法行为，对京博公司及其直接负责主管人员予以处罚。

韩玉与京博公司均认可，本案虚假陈述的实施日为2007年7月24日、揭露日为2012年3月16日；2012年3月16日至2012年12月18日期间，国通管业的换手率累计达到100%，2012年12月18日为投资差额损失计算的基准日。

韩玉自虚假陈述实施日2007年7月24日至揭露日2012年3月15日期间，共买入国通管业28600股，买入资金总额381016元，买入均价13.32元；卖出14600股，卖出资金总额

203058元，卖出均价13.91元。自揭露日2012年3月16日至基准日2012年12月18日期间，共买入国通管业13000股，买入资金总额132418元，买入均价10.19元；卖出12800股，卖出资金总额133952元，卖出均价10.47元。

韩玉首次买入日2009年11月23日至揭露日2012年3月15日及基准日2012年12月18日期间相关证券数据

时 间	上证指数收盘价	上证工业指数收盘价	国通管业收盘价
2009.11.23	3338.66	2751.02	15.72
2012.3.15	2373.77	2054.62	9.37
2012.3.16	2404.74	2088.57	9.64
2012.12.18	2162.46	1785.80	10.13

2012年3月16日至2012年12月18日期间，国通管业每个交易日收盘价平均价为8.94元，上证指数每个交易日收盘价平均价为2189.17元。

期 间	上证指数涨跌幅度	上证工业指数 涨跌幅度	国通管业涨跌幅度
2009.11.23—2012.3.15	-29%	-25%	-40%
2012.3.16—2012.12.18	-10%	-14%	+5%

济南市中级人民法院经审理认为：

（一）京博公司的虚假陈述为违反非例行信息披露义务的消极沉默的诱空型虚假陈述，与韩玉的投资决定之间不存在交易因果关系。依据证监会〔2012〕6号行政处罚决定书的认定，京博公司系违反《中华人民共和国证券法》第八十六条和《上市公司收购管理办法》第十三条的规定，在其持有国通管业的证券达到已发行股份的5%后，未予报告和公告，达到已发行股份的30%后，未向国通管业所有股东发出收购股份的要约。上述非例行信息的未及时披露，即构成消极沉默的虚假陈述。在证券市场，对投资者而言股份收购系利好消息，利好消息的披露一般会引发被收购证券价格的增长，从而亦增加收购成本，当收购人为降低其收购成本而隐瞒股份收购的利好消息时，收购人的隐瞒行为即为消极沉默的诱空型虚假陈述。在此类虚假陈述行为中，利好消息即便未披露，也不会诱使投资者做出积极的投资决定。京博公司虽然存在未及时披露信息的违法行为，但其行为并非采取浮夸、误导的方式公布信息，从而引诱投资人作出积极投资的行为，而是延迟披露重大信息，故京博公司被证监会处罚的行为即为消极沉默的诱空型虚假陈述。

依据证监会的认定，京博公司于2008年7月11日和2008年9月25日两次虚假披露其持股量占国通管业已发行股份的5%和10.03%，而实际应为23.92%和26.48%。虽然京博公司未如实披露上述两时间点的其实际持股量，但京博公司已经披露的信息表明其持股量2008年9月25日比2008年7月11日增加，其实际持股量亦是增持而非减持，故京博公司已经披露的信息与其实际持股比例趋势相同，且其实际持有的股份并没有低于且远远高于其公告持有的股份。纵观2007年12月18日至2009年4月9日期间，京博公司虽然未真实披露其对国通管业的实际持股量，但其并未采取与其持股趋势相反的描述披露不真实信息，其虚

假陈述的目的乃在于极力隐瞒其欲收购国通管业的意图，故京博公司的虚假陈述仍为诱空型虚假陈述。韩玉关于在2007年12月18日至2009年4月9日期间，京博公司减持国通管业股票未予披露应为诱多型虚假陈述的主张与事实不符，不予支持。

鉴于京博公司系违反持股量的非例行信息的及时披露义务，构成消极沉默的诱空型虚假陈述，韩玉的投资交易并非由京博公司未及时披露信息的行为所决定，其投资决定并未受虚假陈述行为影响，故韩玉的投资交易与京博公司的虚假陈述行为之间不存在交易的因果关系。

(二) 国通管业的价格受多重因素影响，韩玉并未因揭露日前低价卖出遭受损失，韩玉的买入均价与卖出均价之间的投资损失与京博公司的虚假陈述之间无损失因果关系。在市场交易中，虚假陈述对股票价格产生不利影响是从虚假陈述揭露日开始的，虚假陈述被揭示的意义就在于其对证券市场发出了一个警示信号，提醒投资人重新判断股票价值，进而对市场价格产生影响。故诱空型虚假陈述揭露后，股票价格通常会上涨，如果投资者在揭露日之前因低价卖出股票产生投资损失，则虚假陈述行为人应予赔偿。揭露日前韩玉的平均买入价高于揭露日收盘价，揭露日之前同期大盘指数、同行业板块指数与国通管业的价格均大幅下跌。揭露日之后至基准日期间，同期大盘指数、同行业板块指数与国通管业的价格亦均下跌。故韩玉首次买入日之后至基准日期间，国通管业的价格均受到证券市场系统风险的影响，国通管业的价格下跌并非受到虚假陈述影响。比较国通管业的股票价格，揭露日前韩玉的卖出均价为13.91元，揭露日当天收盘价为9.64元，基准日当天收盘价为10.13元，故在揭露日后国通管业的股价未高出其揭露日前卖出均价，韩玉并未因低价卖出产生损失。因此，韩玉的投资损失与京博公司的虚假陈述行为之间亦不存在损失因果关系，京博公司不应当承担赔偿责任。

综上，京博公司虽然存在未及时披露信息的违法行为，但韩玉的投资损失与京博公司的虚假陈述之间无因果关系，京博公司不应当承担赔偿责任。

据此，济南市中级人民法院依照《最高人民法院关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第一条、第二条之规定，判决：驳回原告韩玉的诉讼请求。案件受理费770元，由原告韩玉负担。

韩玉不服一审判决，向山东省高级人民法院提起上诉。

上诉人韩玉诉称：原审判决认为京博公司构成诱空型虚假陈述，于法无据。证券法及司法解释均未对虚假陈述的诱空还是诱多进行法定区分。京博公司在减持期间发布虚假的增持公告，构成对韩玉的欺骗，韩玉的交易行为与京博公司的虚假陈述行为之间存在因果关系。2007年12月18日京博公司持股数达到30.31%，此后开始减持股份，至2009年4月9日减持至16.12%。但京博公司在2008年7月11日以及2008年9月25日作出的两份公告表示其持股数从5%增至10.03%。韩玉于2009年11月23日买入涉案股票，京博公司的虚假增持公告传达了上市公司存在被收购的预期，韩玉在此信息基础上购入股票，投资行为显然与京博公司的虚假陈述之间存在因果关系。韩玉的损失与京博公司的虚假陈述行为之间存在直接因果关系。涉案股票在虚假陈述被揭露的前两个工作日连续跌停，并在随后的30个交易日跌幅达29.46%，也证明京博公司实施的是诱多型虚假陈述。因此，请求撤销原判，改判支持韩玉的诉讼请求。

被上诉人京博公司辩称：原审判决认为本案的虚假陈述属证券市场上的诱空型陈述，并无不当。韩玉主张京博公司在减持期间发布虚假的增持公告，不符合客观事实。韩玉主张的

损失与京博公司的虚假陈述行为无直接的因果关系。请求驳回上诉，维持原判。

山东省高级人民法院二审审理查明：京博公司提交2012年6月25日国通管业发布的《关于终止筹划重大资产重组事项暨公司股票复牌公告》，公告载明：国通管业于2012年3月19日发布《关于重大资产重组及股票变更停牌公告》。国通管业股票自2012年3月20日停牌，……2012年6月25日起复牌。证明目的：2012年6月26日国通管业股票复牌后价格下跌系受到终止筹划重大资产重组事项的影响。韩玉对该证据的真实性无异议，但对京博公司的证明目的不予认可。山东省高级人民法院二审查明的其他事实与一审相同。

山东省高级人民法院二审认为：（一）关于本案是否属于诱空型虚假陈述。根据虚假陈述对市场影响、对投资人主观判断和投资行为的影响，证券法理论将虚假陈述分为诱多型和诱空型。诱多型虚假陈述是指虚假陈述行为人故意违背事实真相发布虚假的利多信息，或者隐瞒实质性的利空信息不予公布或不及时公布等，以使投资人在股价处于相对高位时，持有积极投资心态并进行“投资”追涨的行为。诱空型虚假陈述，是指虚假陈述行为人发布虚假的消极利空信息，或者隐瞒实质性的利好信息不予公布或不及时公布等，以使投资人在股价向下运行或处于相对低位时，因受其虚假陈述影响持有消极心态而卖出股票，在虚假陈述被揭露或者被更正后股价上涨而使投资人遭受损失的行为。依据证监会的认定，2008年7月11日和2008年9月25日，京博公司两次虚假披露其持股量占国通管业已发行股份的5%和10.03%，而其实际持股情况为23.92%和26.48%。虽然在上述两时间点，京博公司披露的持股量低于其实际持股量，但已经披露的信息表明京博公司持股的趋势是一致的，即均为增持。假设京博公司按照其实际持股量披露，则投资者获得的信息应为2008年7月11日京博公司持股量为23.92%，2008年9月25日京博公司持股量为26.48%，即上市公司国通管业面临被收购的趋势，对于投资者而言属于利好消息，一般会引导投资者买入更多股票。因此，2008年7月11日和2008年9月25日，京博公司未按其实际持股情况予以披露，属于向投资者隐瞒了利好消息，原审法院依据证券法理论，认定京博公司的虚假陈述行为属于诱空型虚假陈述，并无不当。韩玉关于2007年12月18日至2009年4月9日期间，京博公司在减持国通管业股票期间发布增持公告应为诱多型虚假陈述的主张与事实不符，不予支持。（二）关于韩玉的投资差额与京博公司的虚假陈述行为是否存在因果关系。诱空型虚假陈述揭露后，如果投资者在揭露日之前因低价卖出股票产生投资损失，则虚假陈述行为人应予赔偿。比较国通管业的股票价格，揭露日前韩玉的卖出均价为13.91元，2012年3月16日揭露日当天收盘价为9.64元，2012年12月18日基准日当天收盘价为10.13元，自揭露日至基准日期间平均收盘价为8.94元。故在揭露日后国通管业股票的均价未高出揭露日前韩玉的卖出均价，韩玉未因揭露日前卖出该股票产生损失，且韩玉在原审起诉时亦未主张该部分损失。又根据原审判决查明的事实，本案揭露日之前同期大盘指数、同行业板块指数与国通管业的股票价格均大幅下跌。揭露日之后至基准日期间，同期大盘指数、同行业板块指数与国通管业的价格亦均下跌。故国通管业的股票价格在虚假陈述揭露日前后的一段期间内，与大盘及其他同类企业股票价格的整体走势基本一致。国通管业的股票价格系受到证券市场系统风险的影响，韩玉在揭露日之前买入但未卖出的14000股所产生的投资差额与京博公司的虚假陈述行为之间不存在直接因果关系。韩玉关于因京博公司的虚假陈述行为导致国通管业股价下跌，其投资损失与京博公司的虚假陈述行为存在直接因果关系的上诉理由亦不成立，不予支持。

商事类案例

据此，山东省高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费 770 元，由上诉人韩玉负担。本判决为终审判决。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 孙 潇

案例来源：全省法院典型案例评选一等奖

枣庄市品源建筑工程有限公司诉山东省振鲁国际 交流中心、枣庄市大运河物流有限公司、 枣庄市国有资产经营有限公司 合作合同纠纷案

关键词：增资扩股 目标公司 共同偿还

【裁判摘要】

目标公司的唯一股东与第三方签订增资扩股协议，第三方按协议将出资汇入目标公司，而目标公司拒不按协议将第三方增为其股东，致第三方合同目的无法实现而解除协议的，目标公司因实际占有和使用出了资款，负有返还出资款及利息的义务；目标公司的唯一股东则因掌控目标公司，且系增资扩股协议的相对方，负有共同偿还责任。

原告：枣庄市品源建筑工程有限公司，住所地枣庄高新区兴城办事处大吕巷村。

法定代表人周品，总经理。

委托代理人于毅，山东德孚律师事务所律师。

委托代理人姚蕊，山东德孚律师事务所律师。

被告：山东省振鲁国际交流中心，住所地济南市解放路37号东郊饭店301室。

法定代表人孙岗，总经理。

委托代理人李文利，该公司职员。

被告：枣庄市大运河物流有限公司，住所地枣庄市中区解放北路1599号。

法定代表人郭庆来，董事长。

被告：枣庄市国有资产经营有限公司，住所地枣庄市光明大道2621号嘉汇大厦5楼A区。

法定代表人郭庆来，经理。

两被告共同委托代理人宗志，山东法扬律师事务所律师。

原告枣庄市品源建筑工程有限公司（以下简称品源公司）与被告山东省振鲁国际交流中心（以下简称振鲁中心）、枣庄市大运河物流有限公司（以下简称大运河公司）、枣庄市国有资产经营有限公司（以下简称国资公司）合作合同纠纷一案，向济南市中级人民法院提起诉讼。

原告品源公司诉称：2009年8月25日，品源公司与振鲁中心签订合作协议，约定由振鲁中心负责项目前期工作，对外签署项目合同，项目所需资金以及项目经营由品源公司负责。项目合作合同签订后，振鲁中心占10%股权，品源公司占90%股权。合作协议签署后，品源公司按照合同约定向大运河公司支付投资款1000万元，但振鲁中心并没有按照合同履行义务。因振鲁中心的违约行为导致品源公司最终没有参与项目的经营和得到应得的股权，致使合同目的无法实现。振鲁中心于2011年1月26日通知国资公司解除投资协议。2011年7月

31日，振鲁中心将该1000万元投资款形成的债权转让给品源公司，并依法通知了国资公司。基于上述转让品源公司可以直接向国资公司主张权利，大运河公司、国资公司作为资金占用人和受益人承担共同返还投资款责任。请求判令：解除合作协议；振鲁中心、大运河公司、国资公司共同返还投资款1000万元并赔偿利息损失450万元。

被告振鲁中心辩称：我中心和品源公司签订合作协议，约定运作向大运河项目投资600万元。之后，我中心按约与国资公司签订了投资协议书，约定由我中心出资600万元入股大运河公司，并约定按照增资比例变更股权变更登记，享有原股东同等的法律地位。并将品源公司汇来的600万元投资款当天转汇给了大运河公司。我中心已经全面履行合同义务，不存在任何违约行为，请求驳回对我中心的诉讼请求。

被告大运河公司辩称：品源公司与我公司、国资公司均不存在任何法律关系，品源公司向我公司、国资公司主张权利没有任何依据。品源公司起诉要求解除合作协议，合同具有相对性，本案与我们两公司没有任何关系，本案不应将我公司、国资公司列为本案当事人。振鲁中心作为我公司的股东，正在正常参与我公司的经营与管理、正常行使股东权利。未办理工商登记变更的原因是振鲁中心与品源公司间存有矛盾，振鲁中心现在均没有提交相关手续，致使变更尚未完成，我公司不应当承担相关责任。

被告国资公司辩称：同意大运河公司的上述答辩意见。另外，没有任何法律规定占有人、使用人要承担归还义务，因此，国资公司与占有和使用并无任何关系，该款已汇至大运河公司，退一步讲即使应判决占用和使用人承担责任的话，该债务主体也应为大运河，而并非我公司。请求驳回对我公司的诉讼请求。

济南市中级人民法院经审理查明：2009年8月25日，品源公司与振鲁中心签订合作协议一份。合作协议约定，为更好的整合资源，达到合作共赢，优势互补，双方协商，就枣庄大运河物流项目的合作，达成合作协议。振鲁中心负责项目咨询、投资顾问、专家调研、技术支持等项目前期工作；振鲁中心负责提供与项目投资主体的相关法人资质、负责与第三方签署项目合作合同，并承担相关法律责任，负责依据有关法规进行项目的财务管理工作；项目所需资金及项目经营由品源公司负责，项目前期工作费用及项目财务管理费用由品源公司承担；项目前期工作完成后，在项目启动前，品源公司将应投资款600万元汇入振鲁中心指定账户，由振鲁中心与第三方签署大运河项目的相关法律文书；大运河项目合作合同签订后，双方各自拥有的股权比例为：振鲁中心占10%，品源公司占90%。

国资公司（甲方）与振鲁中心（乙方）签订投资协议书一份。协议主要约定，鉴于大运河公司系甲方独资的有限责任公司，于2008年3月24日注册成立，注册资金2100万元。为增强公司实力，股东决议通过增资扩股决议；乙方有意对大运河公司进行投资，参股公司，甲方接受乙方作为新股东对大运河公司进行投资；乙方投资入股大运河公司，以现金出资600万元；乙方投资到位经会计师事务所验资后，由甲方负责办理工商变更手续，大运河公司股东由甲方、乙方组成，双方拥有的股份数量按照各自所占增资后注册资本的比例计算，甲乙双方应修改公司章程，重组大运河公司董事会；甲方确认，此次乙方对大运河公司的增资扩股的各项事宜，已经获得甲方主管部门枣庄市国资委的批准；甲方承诺在本协议签署并履行后尽快通过对本次增资扩股的股东决议，完成向枣庄市工商行政管理局申报的一切必备手续，尽快使乙方的股东地位正式确立；新股东享有法律规定股东应享有的一切权利，包括但不限于资产收益、重大决策、选择管理者的权利；本协议在双方授权代表签署后生效，乙

方应自本协议生效后15个工作日内将投资款汇入大运河公司的账户。国资公司法定代表人吴长山签字，并加盖公章；振鲁中心法定代表人孙岗签字，并加盖公章。

上述合同签订后，2009年9月11日，品源公司分三次将600万元款项汇到振鲁中心的账户，同日，振鲁中心将600万元汇至投资协议书约定的大运河公司账户；振鲁中心于2009年9月14日向品源公司出具收据一份，注明收到投资款600万元。同日，大运河公司向振鲁中心出具收款收据一张，注明收到振鲁中心投资款600万元。

2010年3月2日，品源公司以转账支票方式支付大运河公司400万元，大运河公司向品源公司出具收款收据一份，载明，收到品源公司交来振鲁中心参股投资款400万元。

2011年1月26日，振鲁中心向国资公司发出的关于解除合作协议通知书，该通知书载明：按照振鲁中心与贵公司签订的入股大运河项目股份的投资合作协议，我方已于2009年9月14日注资600万元至你方指定账户；后又由品源公司增资400万元于2010年3月2日汇入你方指定账号。自我中心出资至今，你方没有按照协议约定办理变更法律文件、工商变更注册手续，也从未参与经营管理。因此，我中心决定自通知到达之日起解除与贵公司的投资合作协议，并要求贵公司立即返还我中心的出资款，并赔偿我中心自出资之日至今的占用损失，计算方式参照出资款期间银行利息。2011年1月26日，国资公司法定代表人吴长山在通知书上签署：情况属实。

对于上述关于解除合作协议通知书，振鲁中心称，国资公司不按照投资协议的约定增加注册资本、股东变更等工商登记，也从没有通知该中心提供股东变更所需要的文件，同时因为相关法律手续没有办理，也就没有实际参与大运河公司的经营管理，导致品源公司投资款项落空，投资协议书的目的是无法实现，所以该中心于2011年1月26日通知国资公司解除投资协议书。大运河公司、国资公司对该证据质证称，对该解除合作协议通知书中吴长山签字的真实性无异议，对该通知书的真实性和证明目的不予认可，没有及时办理增资及股东变更的原因是振鲁中心没有提供相关变更资料所致，振鲁中心是否实际参与经营需要进一步核实。

2011年7月31日，振鲁中心向国资公司发出要求返还参股投资款函，载明，为参股经营大运河公司，我中心与贵公司于2009年签订了投资协议书。依约定我公司将600万元参股款汇至贵公司指定的大运河公司的账户，后又追加投资400万元。（该1000万元由我公司基于大运河项目的投资合作方品源公司支付，有大运河公司出具的参股投资款收据为证）。上述参股款支付后，贵公司及大运河公司未依投资协议约定和法定期限登记变更股权设定，致使双方签订的投资协议成为一纸空文，未能依法产生法律上的效力。贵公司及大运河公司的违约给我方带来严重的经济损失。为此，我中心多次与公司交涉未果。我公司决定：1. 请贵公司接到此通知后立即返还1000万元参股款之本息；2. 鉴于我公司所付1000万元参股款项由我公司合作方品源公司实际转账支付的，我中心已将上述1000万元参股款项之债权转移给品源公司，请贵公司径行将1000万元参股款项本息直接支付给品源公司。

对于该要求返还参股投资款函，振鲁中心称，因1000万元参股款项由品源公司出资，我中心于2011年7月31日将该1000万元投资款及利息损失之债权全部转移给品源公司。品源公司称，吴长山在解除通知书上签字，也同意退还1000万元及利息，也就是说由经过双方协商同意退还，形成债权债务关系，2011年7月31日振鲁中心将1000万元投资款及利息转让给我公司，该公司基于转让可以直接向国资公司主张权利。大运河公司、国资公司对该函真实性不予认可。品源公司提交特快专递邮件详情单及回执，证明振鲁中心已经将要求返还参

股投资款函寄送国资公司。

2011年12月27日，品源公司向大运河公司出具关于参股投资大运河公司的情况说明和解决方案，载明，2009年8月25日我公司与振鲁中心及贵公司签订了由我公司出资，以振鲁中心出面，参股贵公司经营的投资合作协议书。我公司按投资协议之约定，将1000万元银行贷款分两次（600万元和400万元）直接汇入到了贵公司账户，贵公司出具了收款收据。但是，我公司出资后，贵公司未按协议将我公司列为股东，也没有将我公司贷款投资依法增资到贵公司注册资本中，更没有得到贵公司任何投资回报，由于贵公司始终没有履行合作协议，我认为实属无效协议。为此，鉴于我公司急还信用社和商业银行的贷款，敬请贵公司能于2011年春节前将1000万元利息付给我公司（贵公司自收到我公司投资款起计算至支付之日）。其1000万元本金和剩余利息待春节过后再由贵公司择期返还我公司。当日，吴长山在该文件上签署：对此事公司召开专题会议并已形成纪要，请按市工行同期贷款利息付息。大运河公司加盖了财务专用章。大运河公司对该证据中吴长山的签字有异议，对真实性有异议，但是没有申请鉴定真伪。

另，1. 大运河公司于2008年3月24日注册成立，国资公司全资子公司，注册资金2100万元。法定代表人吴长山，2012年5月2日变更为郭庆来。2. 根据枣庄市人民政府任免通知和国资公司股东决议，吴长山自2003年至2012年4月5日任国资公司董事长、法定代表人。

诉讼中，振鲁中心提起反诉，要求品源公司支付振鲁交流中心60万报酬。但是在本院规定的期间内没有预交反诉案件受理费。

上述事实有合作协议、投资协议书、汇款凭证、收款收据、关于解除合作协议通知书、要求返还参股投资款函、关于参股投资大运河公司的情况说明和解决方案、工商登记材料及庭审笔录在案为证。

济南市中级人民法院经审理认为：品源公司与振鲁中心签订的合作协议、国资公司与振鲁中心签订的投资协议书均系当事人之间真实意思表示，合法有效，各方均应按照协议的约定履行各自的义务，享有各自的权利。品源公司按照合作协议的约定，向振鲁中心支付了合作资金，履行了约定的义务。振鲁中心将收到的资金按照投资协议书的约定汇到了指定的大运河公司账户，履行了其在投资协议书中约定的主要义务。虽然振鲁中心与国资公司在投资协议书中约定的是振鲁中心参股600万元，但是在实际履行参股过程中，振鲁中心和品源公司分600万元和400万元汇入大运河公司1000万元，而且大运河公司对于品源公司汇入的400万元出具的收款收据注明的是收到品源公司交来振鲁中心参股投资款400万元。因此，双方在实际履行中变更了振鲁中心对大运河公司的参股数额，可以认定汇入大运河公司的1000万元均是振鲁中心向大运河公司的参股款项。

按照投资协议的约定，国资公司承诺在投资协议书签署、履行后尽快通过对本次增资扩股的股东会决议，完成向枣庄市工商行政管理局申报的一切必备手续，确立振鲁中心的股东地位，双方应修改公司章程，重组大运河公司董事会。根据上述承诺，国资公司应当及时准备好在工商行政管理部门的变更登记材料，大运河公司作为目标公司完成对振鲁中心实现股东地位的变更登记手续。但是，大运河公司至今没有办理股东变更登记手续，甚至也没有修改公司章程。正是基于国资公司和大运河公司没有按照投资协议书的约定办理变更法律文件和工商变更注册手续、振鲁中心也未能参与大运河公司的经营管理，振鲁中心于2011年1月26日向国资公司发出的关于解除合作协议通知书，在披露投资资金来源的同时，要求解除与

国资公司签订的投资合作协议书，并要求国资公司立即返还投资款、赔偿自出资之日至今的占用损失。因此，由于国资公司不予办理股东变更登记的违约行为，导致振鲁中心的占用大运河公司股权的目的无法实现，振鲁中心有权行使解除权。大运河公司作为振鲁中心投资协议的目标公司，是投资款的接收人，现在正实际占用并使用着资金，在振鲁中心投资目的无法实现的情况下，负有返还投资款的责任。而国资公司作为投资协议书的合同相对方和大运河公司的唯一股东，对振鲁中心投入的投资款与大运河公司负有共同返还投资款的义务。

在大运河公司和国资公司不予办理股权变更事宜的情况下，振鲁中心和品源公司多次与国资公司和大运河公司进行交涉。振鲁中心因无法获得大运河公司股东资格的情况下，要求解除投资协议书、返还参股投资款。因此，振鲁中心的投资款项成为对大运河公司和国资公司的债权。振鲁中心已经向国资公司披露了投资款的出资人是品源公司，并要求将投资款径行返还给品源公司，结合品源公司向大运河公司出具的关于参股投资大运河公司的情况说明和解决方案，振鲁中心已经明确将上述投资款的权益转让给品源公司所有，品源公司也已经接受该转让行为，品源公司依法享有了振鲁中心对国资公司和大运河公司的债权，故品源公司要求国资公司和大运河公司返还投资款本息的主张合法，本院予以支持。基于投资目的无法实现，投资协议已经无法履行，故品源公司要求支付自出资之日起的利息损失的主张合法，依法予以支持。

根据振鲁中心向国资公司发出的关于解除合作协议通知书以及要求返还参股投资款函的意思表示，振鲁中心已经在实际操作中解除了与品源公司的合作协议，故品源公司要求解除合作协议的主张成立，本院予以支持。振鲁中心已经履行了合作协议约定的义务，且已经向国资公司披露了实际出资人并将其在投资协议中的权益转让给品源公司，品源公司对该债权转让行为也予以认可，故品源公司要求振鲁中心承担返还款项的主张不能成立，本院不予支持。

综上，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百一十一条、第一百一十五条，《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十四条、第九十七条、第一百零七条之规定，判决如下：一、解除枣庄市品源建筑工程有限公司与山东省振鲁国际交流中心签订的合作协议；二、被告枣庄市大运河物流有限公司、枣庄市国有资产经营有限公司于本判决生效之日起10日内返还原告枣庄市品源建筑工程有限公司投资款1000万元并赔偿利息损失（600万元自2009年9月14日起、400万元自2010年3月2日起，至本判决生效之日按照中国人民银行规定的同期贷款利率计付）；三、驳回原告枣庄市品源建筑工程有限公司的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费108800元，由被告枣庄市大运河物流有限公司、枣庄市国有资产经营有限公司负担。

一审宣判后，各方当事人均没有上诉，判决已发生法律效力。

编写人：济南市中级人民法院民六庭 刘培森

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司 诉孙勇追偿权纠纷案

关键词 C3 驾驶证 运输型拖拉机 驾驶资格

【裁判摘要】

运输型拖拉机既不属于《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第一百一十一规定“最高设计行驶速度不超过每小时 20 公里的轮式拖拉机和最高设计速度不超过每小时 40 公里、牵引挂车方可从事道路运输的轮式拖拉机”，也不属于农业部颁布的《拖拉机驾驶证申领和使用规定》中规定的大中型拖拉机、小型方向盘式拖拉机、手扶式拖拉机。现实中，运输型拖拉机不论在速度、功率还是载重上，均超出了拖拉机的功能范畴，且从使用目的考察，实为从事运输的低速载货汽车。被保险人持 C3 型机动车驾驶证驾驶运输型拖拉机，符合驾驶资格的要求，保险公司应依据保险合同的约定对保险事故承担保险责任，其在对受害人承担保险责任后，无权向被保险人追偿。

原告：安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司，住所地山东省滨州市滨城区黄河二路渤海十二路 586 号建工大厦五楼。

负责人陈立华，总经理。

委托代理人张佩佩，该公司工作人员。

被告：孙勇，男，生于 1975 年 12 月 13 日，汉族，居民，住章丘市相公庄镇东皋西村。

委托代理人李嘉新，山东鲁明律师事务所律师。

原告安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司（以下简称安邦公司）与被告孙勇追偿权纠纷一案，向章丘市人民法院提起诉讼。

原告安邦公司诉称：2011 年 12 月 4 日，孙勇持 C3 驾驶证（准驾不符）驾驶鲁 16/G3845 号运输型拖拉机，由东向西行驶至章丘市相公庄镇辛家村时金路建筑机械有限公司门口处时，与张振福驾驶的两轮摩托车发生交通事故，致两车受损，张振福伤。章丘市交警大队认定标的车负同等责任。后张振福起诉安邦公司与孙勇要求赔偿，安邦公司依据章丘市人民法院作出的（2012）章民初字第 223 号民事判决书，已在 2012 年 5 月 24 日赔偿张振福 101008.25 元。孙勇未取得相应驾驶资格，发生交通事故造成重大损失，请求判令孙勇返还安邦公司垫付款 101008.25 元。

被告孙勇辩称：孙勇有驾驶资格，交通事故经交警部门并未认定孙勇驾驶证不符。

章丘市人民法院经审理查明：2011 年 12 月 4 日 14 时 30 分，孙勇持 C3 驾驶证驾驶鲁 16/G3845 号运输型拖拉机，由西向东行驶至章丘市相公庄镇辛家村金路建筑机械有限公司门口时，与张振福无证驾驶的无牌二轮摩托车发生事故，造成张振福受伤，两车受损的交通事故，经章丘市交警大队认定孙勇未按照操作规范安全驾驶、文明驾驶，承担同等责任。后张振福将安邦公司、孙勇诉至章丘市人民法院要求赔偿。章丘市人民法院 2012 年 3 月 23 日作出（2012）章民初字第 223 号民事判决书，判令安邦公司赔偿张振福各项费用共计 101008.25 元。安邦公司于 2012 年 5 月 23 日履行判决书义务。2014 年 4 月 30 日，安邦公司以孙勇驾驶证不符

为由将孙勇诉至章丘市人民法院，要求孙勇返还其已经垫付的款项 101008.25 元。

章丘市人民法院经审理认为：本案争议焦点为孙勇发生道路交通事故时，是否存有驾证不符的情形。孙勇持 C3 证驾驶鲁 16/G3845 号运输型拖拉机，根据《山东省农业机械牌证管理有关问题暂行规定》的规定，持有公安交警部门核发的机动车驾驶证（有准驾拖拉机记录）申请换发拖拉机驾驶证的，凭机动车驾驶证和机动车驾驶证档案资料复印件，考试科目三，换发相应准驾机型的拖拉机驾驶证，收存原机动车驾驶证（只有拖拉机准驾记录的）或原机动车驾驶证复印件（含有其它车型准驾记录的）和机动车驾驶证档案资料复印件，重新建立档案。准驾机型按原证的准驾机型签注，驾驶证有效期按新发证签注。由上可以看出，孙勇持有的 C3 证与拖拉机驾驶证的发证机关不同，C3 证系公安交警部门发放，拖拉机驾驶证系农业部门发放。孙勇持有的 C3 证准驾低速载货汽车和三轮汽车，而是否可以准驾拖拉机应举证证明。孙勇驾驶鲁 16/G3845 号运输拖拉机与张振福发生交通事故，章丘市公安局交通警察大队做出的章公交认字〔2011〕第 61205 号道路交通事故认定书载明，孙勇违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二条第一款之规定，并未就是否准驾运输型拖拉机做出认定。孙勇并未提交其他证据证明其持有 C3 证可以驾驶运输型拖拉机。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，举证不能的应承担不利后果。因此，应认定孙勇持有 C3 证不能驾驶拖拉机，其持有 C3 证驾驶运输型拖拉机的行为为准驾车型不符。根据《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定，有下列情形之一导致第三人人身损害，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿，人民法院应予支持：（一）驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；（二）……。保险公司在赔偿范围内向侵权人主张追偿权的，人民法院应予支持。现安邦公司已对受害人张振福的损失进行了赔偿，故其有权就已赔偿部分进行追偿，因此对安邦公司要求孙勇支付垫付款 101008.25 元的诉讼请求予以支持。

据此，章丘市人民法院依照最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决：孙勇于判决生效之日起 10 日内，给付安邦公司 101008.25 元。案件受理费 2320 元，由孙勇负担。

上诉人孙勇不服一审判决，向济南市中级人民法院提起上诉称，原审判决认定孙勇驾证不符无事实与法律依据。国家标准《农业机械运行安全技术条件》、《运行安全技术条件机动车》、农业部《拖拉机驾驶证申领和使用规定》等没有规定“运输型拖拉机”这一称谓和“运输型拖拉机”车型，所谓运输型拖拉机实为低速载货汽车。安邦财保公司在事故车辆投保交强险、商业险时并不认可投保车辆是拖拉机，其是按汽车标准而不是按农业部门公布的拖拉机保费费率收取的交强险保费。从安邦财保公司按汽车收取保费的情况看，安邦财保公司认为保险车辆是汽车（低速载货汽车），据此在投保时安邦财保公司并不认为孙勇存在驾证不符的情形。安邦财保公司在承担保险责任后以投保车辆是拖拉机为由主张驾证不符并向孙勇追偿，违反了诚实信用和公平公正原则。孙勇与张振福发生交通事故后，章丘市公安局交警大队作出的章公交认字〔2011〕第 61205 号道路交通事故认定书，载明孙勇违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二条第一款，没有认定孙勇驾证不符，且同时认定孙勇与张振福负交通事故同等责任。假如孙勇驾证不符承担责任，其也只应在负交通事故同等责任的赔偿范围内承担责任赔付。原审判决将法律规定的安邦财保公司赔偿给张振福负交通事故

同等责任应自负的赔偿金让孙勇全部赔偿无事实与法律依据。本案的交通事故发生在 2011 年，于 2012 年 3 月诉讼终结，安邦财保公司 2012 年 5 月支付交通事故赔偿金。此时，最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》并未出台，根据法不溯及既往原则，原审判决以该司法解释相关内容规定认定案件事实及判决本案适用法律错误。综上，请求撤销原审判决、发回重审，或依法改判孙勇不给付安邦财保公司依交强险支付的赔偿金。

被上诉人安邦公司辩称：原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。涉案的车辆性质有行驶证为证，主管机关已经对其性质进行了确认，其他人无权更改其性质。关于所持驾驶证载明的车型与所驾驶的机动车不符的，属于无驾驶资格或无相应驾驶资格。在这种情况下，保险公司在赔偿了受害人之后取得追偿权是明确的规定。

济南市中级人民法院二审查明的事实与一审相同。

济南市中级人民法院二审认为：本案的争议焦点系上诉人孙勇是否有运输型拖拉机的相应驾驶资格。孙勇持有的驾驶证准驾车型为 C3，其准予驾驶的车型为低速载货汽车和三轮汽车。《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第一百一十一条规定：“本条例所称上道路行驶的拖拉机，是指手扶拖拉机、最高设计行驶速度不超过每小时 20 公里的轮式拖拉机和最高设计速度不超过每小时 40 公里、牵引挂车方可从事道路运输的轮式拖拉机。”农业部颁布的《拖拉机驾驶证申领和使用规定》对大中型拖拉机、小型方向盘式拖拉机、手扶式拖拉机三种拖拉机机型驾驶证的申领予以了规定，即相应申领 G、H、K 驾驶证，对于运输型拖拉机驾驶证的申领未予明确。据此，目前的法律、法规对于运输型拖拉机到底属于什么车辆及其驾驶证的申领均未予界定，且依据目前法律、法规的规定，并非所有拖拉机机型驾驶证的申领颁发均系农机部门。现实中，运输型拖拉机不论在速度、功率还是载重上，均超出了拖拉机的功能范畴，且从使用目的考察，其实质就是从事运输的低速载货汽车。安邦财保公司出具的保险单亦认可被保险机动车为营业货车。在本案交通事故的处理中，章丘市公安局交通警察大队所作出的交通事故认定书对孙勇是否准予驾驶运输型拖拉机亦未予认定。因此，孙勇持 C3 型机动车驾驶证驾驶运输型拖拉机，符合驾驶资格的要求，并未因此增加行车风险，亦未增加保险公司的承保风险。安邦财保公司在保险事故发生后以被保险机动车系拖拉机、准驾不符为由向被保险人追偿，违背了被保险人孙勇投保时的合理保险期待，根据权利义务对等原则和诚实信用原则，安邦财保公司应依据保险合同的约定对保险事故承担保险责任，其在对受害人承担保险责任后，无权向被保险人孙勇追偿。原审判决认定事实及适用法律均有误，应予纠正，上诉人孙勇的上诉请求应予支持。

据此，济南市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款（二）项之规定，判决：一、撤销章丘市人民法院（2014）章民初字第 1227 号民事判决；二、驳回被上诉人安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司对上诉人孙勇的诉讼请求。一、二审案件受理费各 2320 元，均由被上诉人安邦财产保险股份有限公司滨州中心支公司负担。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 孙 潇
案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

山东登海先锋种业有限公司

诉张君侵害植物新品种权纠纷案

【关键词】 植物新品种权 近似 DNA 指纹图谱 差异位点

【裁判要点】

授予品种权的植物新品种除要求具备一致性和稳定性，还允许存在一定限度的变异。通过玉米品种 DNA 指纹方法鉴定，被控侵权玉米种与授权品种既非完全相同也非完全不同，法院可根据被控侵权玉米种与授权品种在 DNA 指纹谱带上的差异位点个数判断变异程度。如果被控侵权玉米种的变异量未达到引起质变的程度，就应视为同一品种，仍落入授权品种的保护范围。

【相关法条】

《植物新品种保护条例》第十六条、第十七条

《最高人民法院关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第二条

基本案情

原告山东登海先锋种业有限公司（以下简称登海先锋）诉称：先锋国际良种公司（以下简称先锋国际）拥有玉米品种“先玉 335”植物新品种权（品种权号为 CNA20050280.8）。先锋国际授权原告使用“先玉 335”植物新品种权，并授权原告就侵犯植物新品种权的行为提起诉讼。被告经营的包装标签名为“费玉 3 号”的玉米种子，实际为原告的“先玉 335”玉米种子，严重侵犯了原告的合法权益。请求判令被告立即停止侵权行为并赔偿经济损失及合理费用 54 万元。

被告张君辩称：原告起诉证据不足，其无主观过错，请求依法驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：2005 年 5 月 18 日，先锋国际向国家农业部申请“先玉 335”玉米植物新品种权，2010 年 1 月 1 日获得授权，保护期限 15 年，目前该权利处于有效法律保护状态。2010 年 6 月 18 日，先锋国际授权原告登海先锋对“先玉 335”玉米植物新品种权的侵权和假冒行为以自己的名义采取举报、调查取证、提起侵权诉讼等权利，并代为履行诉讼过程中的全部权利和义务，承担相应责任。

2011 年 12 月 9 日，原告登海先锋向菏泽市曹州公证处申请证据保全。同日，公证处工作人员与原告登海先锋的委托代理人在被告张君位于菏泽市牡丹北路 25 号 B5 的“菏泽君丰种业”购买玉米种四袋，取得收款收据一张。公证处工作人员对所购玉米种予以了封存，并拍摄了照片。

为证明被控侵权产品（公证取得的“费玉 3 号”）与原告的“先玉 335”玉米种两者是否为同一品种，本院委托北京玉米种子检测中心对此进行了鉴定。北京玉米种子检测中心出具编号为 BJYJ12140125 检测报告，检验依据 NY/T1432—2007 玉米品种鉴定 DNA 指纹方法，比较位点 40 个，差异位点 1 个，结论为近似。原告对鉴定结论提出了异议，法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第七十八条的规定，通知北京玉米种子检测中心第二次开庭时出庭

作证。鉴定人北京玉米种子检测中心委派负责本案鉴定的工作人员王风格到庭作证对鉴定结论“近似”做出了进一步的解释。

裁判结果

济南市中级人民法院于2013年9月3日作出(2012)济民三初字第101号民事判决：一、被告张君于本判决生效之日起立即停止销售侵犯“先玉335”玉米植物新品种权(品种权号为CNA20050280.8)玉米种子的行为。二、被告张君于本判决生效之日起10日内赔偿原告山东登海先锋种业有限公司经济损失8万元。三、驳回原告山东登海先锋种业有限公司的其他诉讼请求。

一审宣判后，双方当事人均未上诉，本判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：先锋国际良种公司拥有玉米品种“先玉335”植物新品种权(品种权号为CNA20050280.8)。经先锋国际良种公司合法授权，原告可以自己的名义通过诉讼保护涉案品种的合法权益。虽然被告销售的被控侵权产品的名称为“费玉3号”，但经司法鉴定，依据NY/T1432-2007玉米品种鉴定DNA指纹方法，其与涉案品种“先玉335”差异位点1个，结论为近似。该鉴定程序合法，鉴定人和鉴定方法均符合法律规定，对鉴定结论应予采信。根据《植物新品种保护条例》第十六条、第十七条的规定，授权植物新品种权的种子要具备“一致性”和“稳定性”的特征，还允许存在“可以预见的变异”。根据行业标准NY/T1432-2007和鉴定人对鉴定结论作出的解释，玉米种的生产过程包括制种亲本的自交繁殖和两个亲本的杂交，其中制种亲本在自交繁殖过程中，存在剩余变异和遗传漂变，其繁殖后代与原种可能会出现细微差异；两个亲本进行杂交的过程中，由于外来花粉串粉及去雄不彻底等，不同制种时间和地点收获的种子也可能出现细微差异，其一致性是相对的，存在变异是绝对的。这个变异阈值在行业标准NY/T1432-2007中设为差异位点数=2，即只有差异位点 ≥ 2 时，变异才具备生物遗传上的实质意义，才能“视为不同品种”。被告销售的被控侵权产品与涉案品种“先玉335”差异位点1个，变异未达到特征或者特性明显变化的程度，应“视为同一品种”，落入涉案“先玉335”玉米植物新品种权的保护范围。

被告未经品种权人许可，销售授权品种“先玉335”玉米的繁殖材料，其行为已经构成对“先玉335”玉米植物新品种权的侵犯。按照我国《种子法》的规定，经营者购买种子必须对种子来源进行审查，被告张君作为种子经营者，没有提供种子进货渠道的相关材料，对种子来源未尽到合理的注意义务，主观过错明显，应承担停止侵权行为、赔偿损失的民事责任。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 庄辛晓

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

Weld Mold Company 诉济南慧邦汉默实业有限公司、 济南汉默特种焊接有限公司侵害商标专用权 及不正当竞争纠纷案

关键词 侵害商标专用权 不正当竞争 域名

【裁判摘要】

本案争议焦点在于被告慧邦汉默公司注册并使用“weldmold-china.com”域名的行为是否侵害原告合法权益构成不正当竞争。被告慧邦汉默公司注册使用的域名与原告企业名称及原告的注册商标相同或近似，足以造成相关公众的误认且被告对该域名或其主要部分不享有权益，没有注册、使用该域名的正当理由。在认定被告对该域名的注册、使用是否具有恶意方面主要考虑原告的企业名称是否有一定的知名度或影响力，被告是否从主观上具有攀附达到宣传自己的故意，以达到使相关公众产生被告慧邦汉默公司与原告 Weld Mold Company 之间存在某种关联关系的误认的效果，从中获取不正当利益。

原告 Weld Mold Company，住所地美国密歇根州 48116，利文斯顿县布莱顿市瑞克特 (Rickett) 路 750 号。

法定代表人 Darryl Hammock，首席执行官。

委托代理人齐斌，上海市世民律师事务所律师。

委托代理人张磊，上海市世民律师事务所律师。

被告济南慧邦汉默实业有限公司，住所地山东省济南市高新区新泺大街 2008 号 3-502-3。

法定代表人赵琼伟，董事长。

被告济南汉默特种焊接有限公司，住所地山东省济南市历下区山大路 242-2 号大东科技城 C4。

法定代表人张海，总经理。

两被告共同委托代理人陈峰，山东方良律师事务所律师。

原告 Weld Mold Company 因与被告济南慧邦汉默实业有限公司（以下简称慧邦汉默公司）、济南汉默特种焊接有限公司（以下简称汉默焊接公司）侵害商标专用权及不正当竞争纠纷一案，向济南市中级人民法院提起诉讼。

原告 Weld Mold Company 诉称，原告（中文名“威尔德摩德公司”，又名“美国万得模模具焊接公司”；因原告创始人家族及现任法定代表人姓氏“Hammock”发音为“汉默”，原告亦称“美国汉默公司”）系在美国注册的合法公司，在锻造、焊接及模具修复行业处于领先地位，是世界锻造模具修复行业的创立者和行标制定者；公司网址为 <http://www.weldmold.com/>。1996 年，原告取得中国国家工商行政管理局商标局颁发的第 895028 号、第 898344 号商标注册证，核定使用商品分别为第 9 类“电极”及第 6 类“焊条钢丝，金属焊条”。注册商标均在有效期内。2001 年，原告进入中国市场，在业内获得较高知名度。2011 年，

原告在上海独资设立了万得模模具焊接材料贸易（上海）有限公司（以下简称“万得模上海公司”），在中国销售万得模（Weld Mold）产品并进行技术推广，该公司网址为 <http://www.weldmoldchina.com/>。2011年10月31日，原告“WELD MOLD COMPANY”文字（字母）商标的注册申请（类别：6、7、9、35）被中国国家工商行政管理局商标局受理。两被告系关联企业，第一被告法定代表人赵琼伟是第二被告第二大股东。两被告曾向原告采购焊接材料等，与原告及其万得模上海公司经营同类产品、提供同类服务。2011年，两被告未经原告授权，以两被告名义，擅自将原告注册商标以整页平面广告形式刊载于业内权威杂志《锻造与冲压》（2011年8月）总第276期及（2011年10月）总第279期。在广告中，原告注册商标与英文名称、网址及联系方式等信息置于广告页面的中心位置，两侧分别列出两被告名称、网站及联系方式等信息，并以较大字体刊载“美国汉默‘II’代产品”字样。“汉默”为原告创始人家族姓氏（Hammock）的中文翻译，在业内通常以“汉默”指代原告及其产品和技术；广告用语显然是以“美国汉默”的说法误导业内人士和相关公众，使其误认为双方有关联关系，严重侵犯原告的注册商标专用权，且擅自使用原告名称，构成不正当竞争。2011年12月21日，原告法定代表人 Hammock 分别致函两被告，要求其尽快支付拖欠的货款（另案处理）并停止商标侵权和不正当竞争行为。但，2012年1月，第一被告未经原告授权，以第一被告名义，擅自将与原告注册商标极其相似的图案以整页平面广告形式刊载于《锻造与冲压》【2012年1月（上）】总第282期；第一被告在该广告中自称“汉默特种焊材中国总代理”。第一被告使用与原告及其独资企业——万得模上海公司基本相同的网站域名（www.weldmold-china.com）。并在该网站首页左上角显著位置使用与原告注册商标极其相似的图案，在网站“公司简介”中自称“美国汉默公司中国总代理”、“‘汉默’商标持有者”、“汉默国际中国总代理及联络处”，足以使人误认为第一被告与原告有关联，并极可能误导原告及万得模上海公司的用户或潜在用户访问第一被告网站。另外，第一被告还在“中国锻造网上展览会”网站（<http://www.china-forge.net>）上使用类似的误导性措辞，以展商身份为其产品刊登广告。第二被告销售原告的焊条产品。两被告实施了侵权及不正当竞争行为，严重损害了原告形象和信誉，给原告造成了经济损失。请求判决：1. 判令两被告立即停止侵权行为，即立即停止在行业杂志广告、网站、产品包装上使用原告的注册商标或相似图案；2. 判令第一被告立即停止不正当竞争行为，即立即停止在其公司网站上使用带有“weldmold”字样的域名，并删除其公司网站上“公司简介”中及其在“中国锻造网上展览会”网站所登广告中所有涉及“美国汉默”、“‘汉默’商标”及“汉默国际”的内容；3. 判令两被告共同赔偿原告经济损失和律师费、公证费、差旅费等维权合理费用共计人民币10万元；4. 判令两被告在《锻造与冲压》杂志及《齐鲁晚报》上登文向原告赔礼道歉，内容由法院审定；5. 判令两被告共同承担本案全部诉讼费用。

被告慧邦汉默公司、汉默焊接公司共同辩称，原告自称名为“美国汉默公司”与事实不符。Weld Mold Company 是否是美国合法注册公司，尚未提交合法有效证据，亦不能证明其具备合法主体资格身份。其中文名自称“威尔德摩德公司”，又名“美国万德模模具焊接公司”，这在其提供的诉状及商标注册证等相关证据均明确载明。原告自称“汉默”是原告家族创始人姓氏（Hammock）的发音，与事实不符。Hammock 的发音与“汉默”有明显差异。汉默名称是由被告独创，来源于“焊接模具”中焊模两个字，汉默是谐音。原告混淆视听，明显存在恶意。济南慧邦汉默实业有限公司成立于1995年，自始至终“汉默”就是作为企业

对外的简称，其所代表的是中国焊接模具修复工艺创立者，在相关用户中，“汉默”就是代表被告。这一点从国内用户对被告的认可足以能够体现出来（有历年来被告获得的用户奖状为证）。为了更好的保护被告的合法权利，被告已向中国商标局提出了注册申请，中国商标局受理并作出了公告。二、原告提供的图形商标与被告所使用的图形商标存在明显的差异。《锻造与冲压》杂志2001年8月（276期）、10月（279期）上所刊登的内容，主要突出的是原告，包括在使用的图形、英文字母、威尔德摩德公司的企业介绍等等，都是原告的详细资料。被告并不构成侵权，也不存在原告所陈述的“使用误导性语言误导公众”。反而是原告在误导相关公众及人民法院。原告提供的《商标注册证》第898344号的图形商标与被告在《锻造与冲压》总第282期上所使用的商标完全不同。首先，被告所使用的图形商标，是被告在多年以前就筹划、设计的商标，并已提出注册申请。其次，从两个商标的外观图形、结构来看，其完全不同。被告的商标内为实体结构，四条粗细一样、长度一样的实体菱形，外加两个上下对称的实体三角形，象征被告独创中国模具焊接修复工艺的曲折艰辛以及图形所寓意高超的加工技艺。而原告的商标则为镂空的长短不一、粗细不同的实体斜线，且相互连接。两者在视觉上存在明显差异。最后，原告提交的《商标注册证》第898344号注明，Weld Mold Company不在专用权范围内。也就是说，Weld Mold Company不受法律保护，被告所使用的字母为WeldMoldMachine，字母含义不同，根本不构成侵权。Weld（中文意思为焊接）Mold（中文意思为模型模具），属焊接模型具的通用名称（范畴领域），不属于法律保护的范畴。《锻造与冲压》杂志上所引用的企业名称完全与原告的通用名称不一致。原告在中国境内进行商业使用的企业名称为“威尔德摩德公司”。被告不存在不正当竞争行为。《商标法》规定，商标侵权指的是在商品上使用他人已注册商标。本案被告所使用的图形商标，体现的是锻造模具，是一种修复的技术工艺与数控加工工艺，与原告注册商标保护的品种范围大相径庭。退一步讲，原告销售的商品既不是“知名商品”，又从何谈起被告的行为构成不正当竞争呢？三、原告诉称被告的企业域名与其独资企业万德模上海公司仅差一个连字符。被告的公司域名已在2003年注册并首先使用，其域名的使用受到我国法律的保护。原告自称为2011年设立了万德模模具焊接材料贸易（上海）有限公司。原告子公司公司域名使用显然在被告注册使用之后。原告诉讼请求于法无据，应予驳回。


济南市中级人民法院经审理查明：

1960年12月6日，Weld Mold Company作为美国密歇根州营利公司成立。1996年，威尔德摩德公司、Weld Mold Company经我国国家工商行政管理总局商标局（以下简称商标局）核准注册“”和“”商标（注：“WELD MOLD COMPANY”不在专用权范围内），商标注册证号分别为第895028号、第898344号，分别核定使用在第9类的电极商品上和第6类的焊条钢丝，金属焊条商品上，续展注册有效期分别自2006年11月7日至2016年11月6日和2006年11月14日至2016年11月13日。

2010年1月、4月、6月，2011年1月《Forge》杂志刊发了相同内容的图文广告。该广告有“WELD MOLD COMPANY美国汉默公司自1945年服务于锻造行业。中国总代理：济南慧邦汉默实业有限公司、济南汉默特种焊接有限公司”字样，配有原告第898344号商标。


2011年8月、10月，《锻造与冲压》杂志第276、279期刊发了相同内容的图文广告。该广告有“WELD MOLD COMPANY美国汉默公司——焊条、药芯、实芯焊丝，模具数控加

工与专用焊接修复设备以及相关的培训 热烈庆祝美国汉默‘II’代产品即将上市”字样，并载有原告、两被告的单位名称、地址、电话、传真、网址等信息，配有原告第 898344 号商标。



2012 年 1 月、9 月，《锻造与冲压》杂志第 282 期，第一被告刊发了广告，该广告有“WELD MOLD MACHINE 汉默国际——焊条、药芯、实芯焊丝，模具数控加工与专用焊接修复设备以及相关的培训 汉默工艺技术中国创立者 汉默焊接技术支持与服务 汉默特种焊材中国总代理……”字样，并载有被告慧邦汉默公司的单位名称、地址、电话、传真、网址等信息，配有“”图标。

2003 年 11 月，被告慧邦汉默公司申请注册域名“weldmold—china.com”，并在国际顶级域名数据库中记录。




2004 年 6 月，潍柴动力股份有限公司铸锻厂在为原告颁发的优秀供应商铭牌中称原告为美国汉默公司。2004 年 3 月，中国重汽汽车集团公司济南卡车有限公司锻造厂在为原告颁发优秀材料供应商铭牌中称原告为美国焊模公司。

2011 年 4 月，被告慧邦汉默公司向国家工商行政管理总局商标局申请注册“汉默”、“”商标，使用商品类别分别为 6、7、9。

2011 年 9 月，原告向国家工商行政管理总局商标局申请注册“WELD MOLD COMPANY”商标，使用商品类别均为 6、7、9、35，尚未获准注册。

2012 年 4 月 28 日，原告代理人登陆“www.weldmold—china.com”，打开慧邦汉默公司网页，标题为“济南慧邦汉默实业有限公司：美国汉默公司中国总代理”，其公司简介称“济南慧邦汉默实业有限公司成立于 1995 年，为‘汉默’模具焊接修复工艺技术中国创立者，‘汉默’商标持有者，是一家集汉默国际进口焊接类产品技术支持推广、销售、服务、模具及设备部件的焊接修复，模具开发设计，模具、零部件数控及通用设备加工、进出口贸易等业务为一体的多元化企业。是汉默国际中国总代理及联络处”，并配有“”图标。原告代理人登陆“www.china—forge.net”，进入锻造模具及锻造润滑馆页面，亦有慧邦汉默公司的公司简介，简介内容与慧邦汉默公司网页相同，并配有“”图标。

2012 年 4 月，国家工商行政管理总局商标局向被告慧邦汉默公司颁发第 9292904 号、第 9292960 号、第 9297706 号“汉默”商标注册证，核定使用商品分别为第 6、7、9 类。



2012 年 5 月，原告对慧邦汉默公司申请注册的第 9292904 号、第 9292960 号、第 9297706 号“汉默”及“”商标的异议申请被国家工商行政管理总局商标局受理。2013 年 2 月 19 日，国家工商行政管理总局商标局作出裁定书，分别认定原告对第 9292904 号、第 9292960 号、第 9297706 号“汉默”商标异议不成立，予以核准注册。2013 年 4 月 13 日，国家工商行政管理总局商标局作出裁定书，认定原告对第 9297819 号“”（第 9 类）商标异议不成立，予以核准注册，认定原告对第 9297819 号“”（第 6 类）商标异议理由成立，不予核准注册。

被告慧邦汉默公司成立于 1999 年 2 月 11 日，注册资本 50 万元，经营范围为批发、零售：焊接材料及设备，钢材，机械设备、电子产品及配件；模具修复技术开发；模具加工、销售（不含冶炼）；模具设备的维修、安装；机械加工；进出口业务（未取得专项许可的项目除外）。股东为赵玉琴、赵晓蓉、赵琼伟。

被告汉默焊接公司成立于2005年1月13日，注册资本50万元，经营范围为批发、零售：焊接材料，焊接设备及辅具，电子产品，汽车用品；模具制造及修复；机械设备的维修、安装；模具制造技术的开发及转让；进出口业务（未取得专项许可的项目除外）。2005年4月8日，企业名称由济南华润泰克科技有限公司变更为济南汉默特种焊接有限公司。股东为赵晓蓉、张传宝、赵琼伟、张海。

原告使用的网址为 <http://www.weldmold.com>，于1997年2月19日注册。2011年原告在上海独资设立了万得模模具焊接材料贸易（上海）有限公司，网址为 <http://www.weldmoldchina.com>。

原告为诉讼支出法律服务费50000元，公证费2000元，交通费1200元。

济南市中级人民法院审理认为，两被告在《forge》、《锻造与冲压》杂志中所作广告中以英文将原告公司名称、地址、电话、网址等详细列出，在显要位置标注原告公司英文名称及商标标识“”或与被告商标标识相似标识“”，并将两被告名称与原告名称并列。被告慧邦汉默公司在网站公司简介中使用与原告商标近似的标识并自称汉默特种焊材中国总代理或汉默国际中国总代理及联络处。对于两被告辩称其在广告中使用原告商标及公司名称的行为原告口头同意的事实及两被告在广告中自称系原告总代理的事实，两被告没有相关证据证明，原告亦不予认可，对被告抗辩主张本院不予采信。因此两被告擅自使用原告公司名称、商标标识，采取了虚构事实的手段，其目的在于借助原告的影响力和知名度，误导相关公众，使人误认为被告与原告有着某种联系，以此谋取不正当的商业利益，违反公平竞争原则，属于不正当竞争行为。

原告公司英文名称为Weld Mold Company，1997年2月注册域名“weldmold”。原告在上海设立的公司万得模模具焊接材料贸易（上海）有限公司，域名为“weldmoldchina”。被告慧邦汉默公司2003年11月注册域名为“weldmold-china”。依据最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：“人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。”本案中，原告请求保护的民事权益合法有效，被告慧邦汉默公司域名主要部分与原告的企业名称、域名等在先权益相同，足以造成相关公众的误认。且被告慧邦汉默公司对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由。符合《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定的条件，被告慧邦汉默公司注册、使用域名“weldmold-china”的行为构成不正当竞争，应予停止。两被告的不正当竞争行为损害了原告的合法权益，依法应承担停止侵权、赔偿损失的法律責任。


关于被告应予赔偿的经济损失的数额，因原告未提交其因侵权行为所受损失或被告因侵权行为所获利润的证据，本院综合考虑涉案商标的知名度、两被告的经营规模、侵权行为的性质、原告为制止侵权所支出的合理费用等因素，酌情确定为6万元。本院判决两被告停止侵权、赔偿损失足以制裁其侵权行为，且两被告不正当竞争行为系借助原告商业信誉，原告亦未举证证明其商业信誉降低，对于原告赔礼道歉的诉讼请求，本院不予支持。

原告诉称被告汉默焊接公司产品包装上使用了其商标标识，侵犯了原告商标专用权，被告汉默焊接公司对此予以否认。原告为证明其主张虽然提供了照片，但照片较为模糊，原告再无其他证据予以佐证，对照片拍摄日期及拍摄内容均无法核实，原告证据本院不予采信。原告以被告汉默焊接公司产品包装使用了原告商标，侵犯了原告商标专用权为由要求其承担侵权责任，证据不足，本院不予支持。

综上，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第一款、第九条第一款，《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条之规定，判决：一、被告济南汉默特种焊接有限公司、被告济南慧邦汉默实业有限公司立即停止不正当竞争行为，即两被告立即停止有关广告宣传中使用原告商标标识、原告公司名称等借助原告商誉的行为；二、被告济南慧邦汉默实业有限公司立即停止使用并注销“weldmold—china.com”域名；三、被告济南慧邦汉默实业有限公司、被告济南汉默特种焊接有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告 Weld Mold Company 经济损失及合理费用 6 万元；四、驳回原告 Weld Mold Company 的其他诉讼请求。

济南慧邦汉默实业有限公司不服一审判决，向山东省高级人民法院提起上诉，请求依法撤销原审判决第二、三项，并改判一、二审诉讼费用由威尔德摩德公司承担。其主要理由是：一、“weldmold—china.com”是慧邦汉默公司在工信部合法注册并备案的域名，慧邦汉默公司对该域名有合法的使用权，应受我国法律保护；二、慧邦汉默公司提供的相关证据可以证明威尔德摩德公司并不是“weldmold.com”域名的合法注册人及所有人，故威尔德摩德公司不能作为本案的诉讼主体提起域名侵权诉讼；三、相关法律及司法解释中并未规定域名与企业名称近似就构成不正当竞争，原审法院适用法律错误；四、“WeldMold”中文意思是焊接、模型，属于商品的通用名称，既不能作为企业名称使用，也不能作为注册商标使用；五、慧邦汉默公司不构成不正当竞争，故不应承担赔偿责任，原审法院关于慧邦汉默公司赔偿经济损失及合理费用的判项于法无据。

被上诉人威尔德摩德公司答辩称，威尔德摩德公司在 1986 年就进入中国市场，2001 年左右威尔德摩德公司与慧邦汉默公司及汉默焊接公司曾进行过合作，后由于出现纠纷而中止合作，威尔德摩德公司授予两公司的代理权也取消。慧邦汉默公司使用的“weldmold—china.com”域名与威尔德摩德公司的企业名称及域名非常相似，会在中国市场造成误认，构成不正当竞争，原审法院判决其承担侵权赔偿责任是适当的。

山东省高级人民法院原审法院查明事实的基础上，另查明：2010 年 1 月《Forge》以及 2010 年 4 月、6 月的《锻造与冲压》杂志中，慧邦汉默公司刊登图片广告，除标注“WELD MOLD COMPANY”、美国汉默公司自 1945 年服务于锻造行业、中国总代理济南慧邦汉默实业有限公司以及威尔德摩德公司第 898344 号商标“”外，还称“我们的竞争对手感激我们！因为他们知道美国汉默公司为锻造模具及设备的修复确立了行业标准。”

山东省高级人民法院二审认为，本案争议的焦点问题是慧邦汉默公司注册并使用“weldmold—china.com”域名的行为是否构成不正当竞争。各方当事人对上述焦点问题无异议无补充。威尔德摩德公司主张慧邦汉默公司注册使用的“weldmold—china.com”域名，既包含了其企业字号“WeldMold”，又与其域名“weldmold.com”近似，足以造成相关公众的误认，构成不正当竞争。可见，威尔德摩德公司在本案中要求保护的权利既包括其企业名称权，也包括其域名权，对此，山东省高级人民法院分别作如下分析：对于威尔德摩德公司

主张保护的企业名称权。山东省高级人民法院认为，依据我国反不正当竞争法的相关规定，经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德，不得损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序。本案中，根据原审及山东省高级人民法院二审查明的事实可知，威尔德摩德公司成立于1960年，早于慧邦汉默公司的成立时间1999年。慧邦汉默公司在《Forge》杂志刊发图文广告称，“WELD MOLD COMPANY 美国汉默公司自1945年服务于锻造行业。中国总代理：济南慧邦汉默实业有限公司”、“我们的竞争对手感激我们！因为他们知道美国汉默公司为锻造模具及设备的修复确立了行业标准。”在其网站“www.weldmold-china.com”上亦显示“济南慧邦汉默实业有限公司：美国汉默公司中国总代理”、“济南慧邦汉默实业有限公司成立于1995年，为‘汉默’模具焊接修复工艺技术中国创立者，……是汉默国际中国总代理及联络处”等内容。上述内容皆是慧邦汉默公司对自身进行的宣传，据此，山东省高级人民法院认为，慧邦汉默公司在成立、经营过程中及注册域名时，对于美国汉默公司即为本案威尔德摩德公司，以及威尔德摩德公司的英文企业名称“WELDMOLDCOMPANY”是明知的，对于威尔德摩德公司在行业内的地位、经营时间、知名度及影响力亦应当是知晓的。故山东省高级人民法院认为，慧邦汉默公司将含有威尔德摩德公司英文企业字号的“weldmold-china.com”注册为公司域名，主观上具有攀附威尔德摩德公司知名度借以宣传自己的不正当意图，客观上亦会使相关公众产生慧邦汉默公司与威尔德摩德公司之间存在某种关联关系的误认。该行为违反了反不正当竞争法所倡导的诚实信用原则和公认的商业道德，扰乱了正常的社会经济秩序，构成不正当竞争，应当予以禁止。慧邦汉默公司关于“WeldMold”属于商品的通用名称，不能作为企业名称使用的主张缺乏证据支持，也无相关事实及法律依据，山东省高级人民法院不予支持。对于威尔德摩德公司主张的“weldmold.com”域名权利。因慧邦汉默公司对“weldmold.com”域名注册于1997年、该域名系由威尔德摩德公司使用并无异议，故山东省高级人民法院认为威尔德摩德公司依法对“weldmold.com”域名享有权利，其域名权应当受到法律保护。慧邦汉默公司虽主张威尔德摩德公司并非该域名的注册人，但并未提交有效证据予以支持，故山东省高级人民法院对其主张不予支持。依据最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条的规定，人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。本案中，威尔德摩德公司依法对“weldmold.com”域名享有权利，慧邦汉默公司注册的“weldmold-china.com”域名与威尔德摩德公司的“weldmold.com”域名相比，整体组成构成近似，主要部分均为“weldmold”，仅有的区别在于有无“-china”后缀，而这种区别并不足以使相关公众对两域名进行区分，与之相反会导致相关公众误认为“weldmold-china.com”是“weldmold.com”域名的中文版，进而将慧邦汉默公司与威尔德摩德公司的产品或服务相混淆。因慧邦汉默公司对域名的主要部分“weldmold”并不享有权利，也无注册、使用该域名的正当理由，且其注册“weldmold-china.com”域名的时间为2003年，晚于“weldmold.com”域名的注册时间1997年，主观上亦存在利用该域名造成两公司的产品或服务相混淆的故意，故山东省高级人民法院认为慧邦汉默公司注册使用

商事类案例

“weldmold—china.com”域名的行为符合最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定的情形，构成不正当竞争。综上所述，慧邦汉默公司注册使用“weldmold—china.com”域名的行为既侵犯了威尔德摩德公司的企业名称权，也侵犯了威尔德摩德公司的域名权，构成不正当竞争，应当承担相应的民事责任。其域名是否在工信部注册备案并不影响其侵权的成立，山东省高级人民法院对其关于域名已经在工信部注册备案，其使用系合法使用的主张依法不予支持。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决结果并无不当，应予维持。上诉人慧邦汉默公司的上诉请求缺乏事实和法律依据，不能成立，依法应予驳回，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费1300元，由上诉人济南慧邦汉默实业有限公司承担。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 李现光

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

银河公司诉天河公司侵害发明专利权案

关键词：发明 捐献原则 技术方案 技术特征

【裁判摘要】

确定发明专利权的保护范围，应以权利要求书记载的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容，但是对于仅在说明书或者附图中进行了描述，而在权利要求中未记载的技术方案或者技术特征，则视为专利权人对社会公众的“捐献”，权利人在侵害专利权纠纷案件中以构成等同为由主张将其纳入专利权保护范围的，人民法院不予支持。

原告：陕西银河消防科技装备有限公司，住所地陕西省宝鸡市高新大道 20 路 417 号。

法定代表人武润奎，董事长。

被告：山东省天河消防车辆装备有限公司，住所地山东省临沂市金雀山路西段。

法定代表人陈会文，董事长。

原告陕西银河消防科技装备有限公司（以下简称银河公司）因与被告山东省天河消防车辆装备有限公司（以下简称天河公司）侵害发明专利权纠纷一案，向山东省济南市中级人民法院提起诉讼。

原告银河公司诉称：原告享有“多核驱动的多级增压组合消防排烟装置”（专利号：ZL2010 1 0277144.3）发明专利权，被告天河公司未经许可擅自生产、销售侵犯原告涉案专利权的产品，给原告造成了巨大经济损失。请求法院判令被告停止侵权、赔偿经济损失及合理费用共计 450 万元。

被告天河公司辩称：原告的涉案专利权不符合专利法规定的授权条件，被告已就涉案专利权提出无效宣告请求，并予以受理，故申请中止本案审理。综上，请求法院驳回原告的全部诉讼请求。

山东省济南市中级人民法院经审理查明：2010 年 9 月 9 日，银河公司、陕西凌云电器集团有限公司向国家知识产权局申请名称为“多核驱动的多级增压组合式消防排烟装置”的发明专利，于 2012 年 3 月 21 日获得授权，专利号为 ZL2010 1 0277144.3，专利权人为银河公司、陕西凌云电器集团有限公司，目前该专利权处于有效的法律状态。2014 年 5 月 5 日，陕西凌云电器集团有限公司出具授权书授权银河公司全权处理涉案专利的专利维权事宜并可单独开展各项专利维权活动。本案中，银河公司主张以该专利记载的独立权利要求 1 确定其专利保护范围，即：一种多核驱动的多级增压组合式消防排烟装置，其特征在于，包括载体，载体上设置有旋转升降机构，旋转升降机构上固定安装有组合式排烟机组，载体上还设置有控制系统，控制系统与组合式排烟机组相连接；所述的组合式排烟机组是由 6 个排烟机组组合固定安装在一起，每排设置 3 个排烟机、上下设置两排集合组成，6 个排烟机安装共用外罩风筒、供水管路以及细水雾喷嘴；每个所述的排烟机包括两个电机、风筒、两个支架、两个风扇、整流机构、两个固定安装机构；所述的电机通过支架分别固定安装在风筒轴心的位置上，风扇通过固定安装机构固定在电机输出轴上，所述风筒的排风口处安装整流机构；所述

外罩风筒排风口处设置有与供水管路相连的细水雾喷嘴；所述控制系统包括无线控制器与接收装置，所述接收装置与组合式排烟机组中的每个电机相连。对于专利技术方案中的控制系统，涉案专利的说明书记载：该专利设置有控制系统，控制系统可以是无线控制亦可是有线控制系统，本发明采用无线控制系统，它包括无线控制器、接收装置。

2014年5月9日，根据原告银河公司的申请，济南市中级人民法院以拍照的形式对天河公司生产、销售的“天河大功率大风量排烟消防车”采取了诉前证据保全措施。庭审中将被控侵权产品的技术方案与涉案专利进行了技术特征比对，涉案专利的一个技术特征为“控制系统，包括无线控制器与接收装置”，而被控产品的控制系统采用了有线控制器。

山东省济南市中级人民法院经审理认为：原告银河公司拥有的名称为“多核驱动的多级增压组合式消防排烟装置”（专利号为ZL2010 1 0277144.3）的发明专利权合法、有效，应受法律保护。《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款规定：发明专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条规定：人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围；被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个以上的技术特征，或者有一个以上技术特征不相同也不等同的，人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。本案中，银河公司主张以涉案专利记载的独立权利要求1确定其专利保护范围。涉案专利的说明书记载：该专利设置有控制系统，控制系统可以是无线控制亦可是有线控制系统，本发明采用无线控制系统，它包括无线控制器、接收装置。根据这一记载，有线控制系统属于涉案专利权放弃的技术方案。被控产品的控制系统中设有“有线控制器”，其控制系统属于有线控制系统。被控产品的这一特征与专利保护的控制系统中设有“无线控制器”的特征相比，两者采用的技术手段不同、达到的效果亦不相同。银河公司主张“有线控制系统”与“无线控制系统”构成等同，根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第五条“对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案，权利人在侵犯专利权纠纷案件中将其纳入专利权保护范围的，人民法院不予支持”的规定，对银河公司的主张不予支持。因此，被诉侵权技术方案的技术特征与涉案权利要求记载的全部技术特征相比，有一个技术特征不相同也不等同，被诉侵权技术方案没有落入涉案专利权的保护范围。银河公司以天河公司所生产销售的产品侵犯了其发明专利权为由，主张天河公司停止侵权、赔偿损失的诉讼请求，无事实和法律依据，应予驳回。

综上，一审法院判决：驳回银河的全部诉讼请求。

宣判后，银河公司不服一审判决，提起上诉称：1. 涉案专利技术特征中使用的“包括”一词属于开放式表述，并没有排除控制系统可以包括“有线控制器”的技术方案，而被控侵权产品完全复制了涉案专利的发明创新点，落入涉案专利权的保护范围。2. 被控侵权产品中的“有线控制器”与涉案专利中的“无线控制器”构成等同。两者的控制方式、控制逻辑是相同的，唯一的不同就是在输出装置与接收装置之间的信号传输方式不同。两者属于基本相

同的技术手段，实现了基本相同的功能，达到了基本相同的技术效果，并且本领域的普通技术人员无需经过创造性劳动就能通过“无线控制器”联想到“有线控制器”。3. 原审法院适用法律错误，本案中不应适用“捐献规则”。涉案专利说明书中并没有记载“有线控制器”的技术方案，并且无论“有线控制器”还是“无线控制器”都是现有技术，而控制系统并非涉案专利的发明创新点，控制系统包括无线控制器并不是对涉案专利申请授权有贡献的特征，故适用“捐献规则”不符合立法目的。请求撤销原审判决，改判支持其原审诉讼请求。

天河公司针对以上上诉理由答辩称：1. 专利的保护范围应以权利要求书为准，被控侵权产品缺少涉案专利权利要求1中的无线控制器的技术特征，未落入涉案专利权的保护范围。2. 结合涉案专利说明书，涉案专利的具体实施例记载了控制系统既可以是有线控制系统也可以是无线控制系统，且说明书明确指出涉案专利采用无线控制系统，故符合“捐献规则”的适用条件。3. 有线控制器和无线控制器技术手段不同，功能和效果也均不相同，两者不构成等同技术特征，故原审法院适用法律正确。请求二审法院驳回银河公司的上诉请求，维持原判。

山东省高级人民法院二审认为：

一、关于涉案专利权的保护范围的问题。本案中，当事人对专利权保护范围的争议在于涉案专利技术特征是否包括有线控制系统技术特征。根据《中华人民共和国专利法》第五十九条第一款“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容”的规定，涉案专利权利要求1中用语是明确的，“包括”一词并非开放式表述，而是对控制系统“组成部件”进行的限定，根据权利要求1，涉案专利的控制系统由“无线控制器”和“接收装置”组成，结合涉案专利说明书“本发明采用无线控制系统，它包括无线控制器、接收装置”的记载，可以看出涉案专利权利要求1中控制技术特征是明确的，即涉案专利的控制系统是由“无线控制器”和“接收装置”组成的“无线控制系统”。且涉案专利的说明书中有“该专利设置有控制系统，控制系统可以是无线控制亦可是有线控制系统，本发明采用无线控制系统，它包括无线控制器、接收装置”的记载，而在权利要求中并未记载有线控制系统技术方案，根据《最高人民法院关于审理侵犯专利纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条“对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案，权利人在侵犯专利权纠纷案件中将其纳入专利权保护范围的，人民法院不予支持”的规定，有线控制系统技术方案不应再纳入专利权的保护范围。综上，银河公司关于涉案专利控制系统包括有线控制系统的主张不能成立。

二、关于被控侵权产品是否落入了涉案专利权保护范围的问题。首先，涉案专利权的保护范围已经明确排除了有线控制系统技术方案，而被控侵权产品系采用有线控制系统。其次，被控侵权产品的“有线控制器”与涉案专利的“无线控制器”也不构成等同技术特征。《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十七条第二款规定，等同特征是指与所记载的技术特征以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域普通技术人员在被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的特征。将被控侵权产品使用的有线控制系统与涉案专利无线控制系统相比，两者虽然均通过控制器输入信号指令，经接收装置接收后指令排烟装置进行工作，进而实现排烟的功能，但由于两者信号输入输出控制方式不同，导致两者相关电路的设计、元件及技术手段均不同，故被控侵权产品的“有线控制器”与涉案专利的“无线控制器”不构成等同技术特征。

商事类案例

综上，被控侵权产品与涉案专利技术特征不同，未落入涉案专利权的保护范围，天河公司生产销售被控侵权产品的行为不侵犯银河公司的涉案专利权，天河公司也不应承担侵权责任。银河公司的上诉主张缺乏事实和法律依据，其上诉请求不能成立，应予驳回。二审判决驳回上诉，维持原判。

编写人：济南市中级人民法院民三庭 颜 峰 李 玉

案例来源：全市法院典型案例评选一等奖

四、行政类案例

戴世华诉济南市公安消防支队 行政消防验收纠纷案

关键词 行政诉讼 消防验收备案结果通知 受理范围

裁判要点

对公安消防部门的消防验收备案结果通知行为提起诉讼的，因建设工程消防验收备案结果通知中有消防竣工验收是否合格的评定，具有行政确认的性质，是消防行政机关的具体行政行为，具有可诉性，人民法院应予受理。

相关法条

《中华人民共和国消防法》第四条、第十三条

《公安部建设工程消防监督管理规定》第三条第二款、第二十四条、第二十五条

基本案情

原告戴世华诉称：原告所住单元一梯四户，其居住的801室坐东朝西，进户门朝外开启。距离原告门口0.35米处的南墙挂有高1.6米、宽0.7米、厚0.25米的消防栓。人员入室需后退避让，等门扇开启后再前行入室。原告的门扇开不到60、70度根本出不来。消防栓的设置和建设影响原告的生活。请求：依法撤销被告批准原告门前设置的消防栓通过验收的决定；依法判令被告责令批报单位依据国家标准限期整改。

被告济南市公安消防支队辩称：建设工程消防验收备案结果通知是按照建设工程消防验收评定标准完成工程检查，是检查记录的体现。如果备案结果合格，则表明建设工程是符合相关消防技术规范的；如果不合格，消防部门将依法采取措施，要求建设单位整改有关问题，其性质属于技术性验收，并不是一项独立、完整的具体行政行为，不具有可诉性，不属于人民法院行政诉讼的受案范围。请求驳回原告的起诉。

裁判结果

济南高新技术产业开发区人民法院于2012年11月13日作出（2012）高行初字第2号行政裁定，驳回原告戴世华的起诉。戴世华不服一审裁定提起上诉。济南市中级人民法院经审理，于2013年1月17日作出（2012）济行终字第223号行政裁定：一、撤销济南高新技术产业开发区人民法院作出的（2012）高行初字第2号行政裁定；二、本案由济南高新技术产业开发区人民法院继续审理。

裁判理由

关于行为的性质。《消防法》第四条规定：“县级以上地方人民政府公安机关对本行政区域内的消防工作实施监督管理，并由本级人民政府公安机关消防机构负责实施。”公安部《建设工程消防监督管理规定》第三条第二款规定：“公安机关消防机构依法实施建设工程消防设计审核、消防验收和备案、抽查，对建设工程进行消防监督。”第二十四条规定：“对本规定第十三条、第十四条规定以外的建设工程，建设单位应当在取得施工许可、工程竣工验收合格之日起七日内，通过省级公安机关消防机构网站进行消防设计、竣工验收消防备案，或者到公安机关消防机构业务受理场所进行消防设计、竣工验收消防备案。”上述规定表明，建设

工程消防验收备案就是特定的建设工程施工人向消防行政管理机关报告工程完成验收情况，行政机关予以登记备案，以供行政机关检查和监督，备案行为是公安消防机构对建设工程实施消防监督和管理的行为。消防机构实施的建设工程消防备案、抽查的行为具备行政职权的性质，体现出国家意志性、法律性、公益性、专属性和强制性，备案结果通知是备案行为的组成部分，是备案行为结果的具体表现形式，也具有上述行政职权的特性，应该纳入司法审查的范围。

关于行为的后果。《消防法》第十三条规定：“按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的建设工程竣工，依照下列规定进行消防验收、备案：（二）其他建设工程，建设单位在验收后应当报公安机关消防机构备案，公安机关消防机构应当进行抽查。依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用；其他建设工程经依法抽查不合格的，应当停止使用。”《建设工程消防监督管理规定》第二十五条规定：“公安机关消防机构应当在已经备案的消防设计、竣工验收工程中，随机确定检查对象并向社会公告。对确定为检查对象的，公安机关消防机构应当在二十日内按照消防法规和国家工程建设消防技术标准完成图纸检查，或者按照建设工程消防验收评定标准完成工程检查，制作检查记录。检查结果应当向社会公告，检查不合格的，还应当书面通知建设单位。建设单位收到通知后，应当停止施工或者停止使用，组织整改后向公安机关消防机构申请复查。公安机关消防机构应当在收到书面申请之日起二十日内进行复查并出具书面复查意见。”上述规定表明，在竣工验收备案行为中，建设行政机关并非仅仅是简单地接受建设单位向其报送的相关资料，还要对备案资料进行审查，完成工程检查。消防机构实施的建设工程消防备案、抽查的行为能产生行政法上的拘束力。对建设单位而言，在工程竣工验收后到消防行政部门进行验收备案，否则，应当承担相应的行政责任，消防设施经依法抽查不合格的，应当停止使用，并组织整改；对行政相关人而言，备案结果中有抽查是否合格的评定，实质上是一种行政确认行为，即消防行政管理机关对行政相对人的法律事实、法律关系予以认定、确认的行政行为，一旦消防设施被行政机关评定为合格，那就视为消防行政机关在事实上确认了消防工程质量合格，行政相关人也将受到该行为的拘束。

据此，法院生效裁判认为：建设工程消防验收备案是对建设工程消防设施质量监督管理的最后环节，备案结果中有消防竣工验收是否合格的评定，具有行政确认的性质，是消防行政机关的具体行政行为。备案手续的完成能产生行政法上的拘束力。故备案行为是可诉的行政行为，人民法院可以对其进行司法审查。原审裁定认为建设工程消防验收备案结果通知性质属于技术性验收通知，不是具体行政行为，并据此驳回上诉人戴世华的起诉，确有不当。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 孙继发

案例来源：最高人民法院指导性案例

“北雁云依”诉济南市公安局历下区分局 燕山派出所公安行政登记案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2017 年 11 月 15 日发布）

关键词 行政 公安行政登记 姓名权 公序良俗 正当理由

裁判要点

公民选取或创设姓氏应当符合中华传统文化和伦理观念。仅凭个人喜好和愿望在父姓、母姓之外选取其他姓氏或者创设新的姓氏，不属于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》第二款第三项规定的“有不违反公序良俗的其他正当理由”。

相关法条

《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 99 条第 1 款

《中华人民共和国婚姻法》第 22 条

《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》

基本案情

原告“北雁云依”法定代理人吕晓峰诉称：其妻张瑞峥在医院产下一女取名“北雁云依”，并办理了出生证明和计划生育服务手册新生儿落户备查登记。为女儿办理户口登记时，被告济南市公安局历下区分局燕山派出所（以下简称“燕山派出所”）不予上户口。理由是孩子姓氏必须随父姓或母姓，即姓“吕”或姓“张”。根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）和《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）关于姓名权的规定，请求法院判令确认被告拒绝以“北雁云依”为姓名办理户口登记的行为违法。

被告燕山派出所辩称：依据法律和上级文件的规定不按“北雁云依”进行户口登记的行为是正确的。《民法通则》规定公民享有姓名权，但没有具体规定。而 2009 年 12 月 23 日最高人民法院举行新闻发布会，关于夫妻离异后子女更改姓氏问题的答复中称，《婚姻法》第二十二条是我国法律对子女姓氏问题作出的专门规定，该条规定子女可以随父姓，可以随母姓，没有规定可以随第三姓。行政机关应当依法行政，法律没有明确规定的行为，行政机关就不能实施，原告和行政机关都无权对法律作出扩大化解释，这就意味着子女只有随父姓或者随母姓两种选择。从另一个角度讲，法律确认姓名权是为了使公民能以文字符号即姓名明确区别于他人，实现自己的人格和权利。姓名权和其他权利一样，受到法律的限制而不可滥用。新生儿随父姓、随母姓是中华民族的传统习俗，这种习俗标志着血缘关系，随父姓或者随母姓，都是有血缘关系的，可以在很大程度上避免近亲结婚，但是姓第三姓，则与这种传统习俗、与姓的本意相违背。全国各地公安机关在执行《婚姻法》第二十二条关于子女姓氏的问题上，标准都是一致的，即子女应当随父姓或者随母姓。综上所述，拒绝原告法定代理人以“北雁云依”的姓名为原告申报户口登记的行为正确，恳请人民法院依法驳回原告的诉讼

请求。

法院经审理查明：原告“北雁云依”出生于2009年1月25日，其父亲名为吕晓峰，母亲名为张瑞峥。因酷爱诗词歌赋和中国传统文化，吕晓峰、张瑞峥夫妇二人决定给爱女起名为“北雁云依”，并以“北雁云依”为名办理了新生儿出生证明和计划生育服务手册新生儿落户备查登记。2009年2月，吕晓峰前往燕山派出所为女儿申请办理户口登记，被民警告知拟被登记人员的姓氏应当随父姓或者母姓，即姓“吕”或者“张”，否则不符合办理出生登记条件。因吕晓峰坚持以“北雁云依”为姓名为女儿申请户口登记，被告燕山派出所遂依照《婚姻法》第二十二条之规定，于当日作出拒绝办理户口登记的具体行政行为。

该案经过两次公开开庭审理，原告“北雁云依”法定代理人吕晓峰在庭审中称：其为女儿选取的“北雁云依”之姓名，“北雁”是姓，“云依”是名。

因案件涉及法律适用问题，需送请有权机关作出解释或者确认，该案于2010年3月11日裁定中止审理，中止事由消除后，该案于2015年4月21日恢复审理。

裁判结果

济南市历下区人民法院于2015年4月25日作出（2010）历行初字第4号行政判决：驳回原告“北雁云依”要求确认被告燕山派出所拒绝以“北雁云依”为姓名办理户口登记行为违法的诉讼请求。

一审宣判并送达后，原被告双方均未提出上诉，本判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：2014年11月1日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》。该立法解释规定：“公民依法享有姓名权。公民行使姓名权，还应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：（一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（二）因由法定扶养人以外的人抚养而选取抚养人姓氏；（三）有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。”

本案不存在选取其他直系长辈血亲姓氏或者选取法定扶养人以外的抚养人姓氏的情形，案件的焦点就在于原告法定代理人吕晓峰提出的理由是否符合上述立法解释第二款第三项规定的“有不违反公序良俗的其他正当理由”。首先，从社会管理和发展的角度，子女承袭父母姓氏有利于提高社会管理效率，便于管理机关和其他社会成员对姓氏使用人的主要社会关系进行初步判断。倘若允许随意选取姓氏甚至恣意创造姓氏，则会增加社会管理成本，不利于社会和他人，不利于维护社会秩序和实现社会的良性管控，而且极易使社会管理出现混乱，增加社会管理的风险性和不确定性。其次，公民选取姓氏涉及公序良俗。在中华传统文化中，“姓名”中的“姓”，即姓氏，主要来源于客观上的承袭，系先祖所传，承载了对先祖的敬重、对家庭的热爱等，体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统。而“名”则源于主观创造，为父母所授，承载了个人喜好、人格特征、长辈愿望等。公民对姓氏传承的重视和尊崇，不仅仅体现了血缘关系、亲属关系，更承载着丰富的文化传统、伦理观念、人文情怀，符合主流价值观念，是中华民族向心力、凝聚力的载体和镜像。公民原则上随父姓或者母姓，符合中华传统文化和伦理观念，符合绝大多数公民的意愿和实际做法。反之，如果任由公民仅凭个人意愿喜好，随意选取姓氏甚至自创姓氏，则会造成对文化传统和伦理观念的冲击，违背社会

善良风俗和一般道德要求。再次，公民依法享有姓名权，公民行使姓名权属于民事活动，既应当依照《民法通则》第九十九条第一款和《婚姻法》第二十二条的规定，还应当遵守《民法通则》第七条的规定，即应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。通常情况下，在父姓和母姓之外选取姓氏的行为，主要存在于实际抚养关系发生变动、有利于未成年人身心健康、维护个人人格尊严等情形。本案中，原告“北雁云依”的父母自创“北雁”为姓氏、选取“北雁云依”为姓名给女儿办理户口登记的理由是“我女儿姓名‘北雁云依’四字，取自四首著名的中国古典诗词，寓意父母对女儿的美好祝愿”。此理由仅凭个人喜好愿望并创设姓氏，具有明显的随意性，不符合立法解释第二款第三项的情形，不应给予支持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 赵雯

案例来源：最高人民法院指导性案例

黄霆诉山东省政府不履行信息公开职责案

——证券公司行政清理组不是行政机关的派出机构

关键词 行政清理组 证券公司风险处置 政府信息

【裁判要点】

证券公司行政清理组履行公司组织机构的职责，在行政清理的范围内代表证券公司进行活动，不是行政机关的派出机构，其履行职责的信息，除须向行政机关报告的之外，都不是政府信息。

【相关法条】

《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条^①，《中华人民共和国证券法》第一百二十九条^②，《企业国有资产监督管理法》第二十一条^③，《证券公司风险处置条例》第二十一、二十二、二十三、三十三条^④。

【案例索引】

一审：济南市中级人民法院（2013）济行初字第15号（2013年6月5日）

二审：山东省高级人民法院（2013）鲁行终字第117号（2013年11月17日）

【基本案情】

原告黄霆诉称：其于2012年11月15日向省政府邮寄信息公开申请，要求公开齐鲁证券

-
- ① 《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条：“本条例所称政府信息，是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。”
- ② 《中华人民共和国证券法》第一百二十九条：“证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。”
- ③ 《企业国有资产监督管理法》第二十一条：“国有资产监督管理机构依照法定程序决定其所出资企业中的国有独资企业、国有独资公司的分立、合并、破产、解散、增减资本、发行公司债券等重大事项。其中，重要的国有独资企业、国有独资公司分立、合并、破产、解散的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。”
- ④ 《证券公司风险处置条例》第二十一条：“国务院证券监督管理机构撤销证券公司，应当做出撤销决定，并按照规定程序选择律师事务所、会计师事务所等专业机构成立行政清理组，对该证券公司进行行政清理。”第二十二条：“行政清理期间，行政清理组负责人行使被撤销证券公司法定代表人职权。行政清理组履行下列职责：（一）管理证券公司的财产、印章和账簿、文书等资料。（二）清理账户，核实资产负债有关情况，对符合国家规定的债权进行登记；（三）协助甄别确认、收购符合国家规定的债权；（四）协助证券投资者保护基金管理机构弥补客户的交易结算资金；（五）按照客户自愿的原则安置客户；（六）转让证券类资产；（七）国务院证券监督管理机构要求履行的其他职责。”第二十三条：“被撤销证券公司的股东会或者股东大会、董事会、监事会以及经理、副经理停止履行职责。行政清理期间，被撤销证券公司的股东不得自行组织清算，不得参与行政清理工作。”第三十三条：“行政清理费用经国务院证券监督管理机构审核后，从被处置证券公司财产中随时清偿。前款所称行政清理费用，是指行政清理组管理、转让证券公司财产所需的费用，行政清理组履行职务和聘用专业机构的费用等。”

收购天同证券证券类资产后，对天同证券职工具体如何安置的政府信息。2012年12月3日，省政府以相关信息不是政府信息为由，拒绝进行公开，并告知原告向省金融办公室咨询。原告认为，法院生效裁定已经认定，为作好天同证券职工安置工作，省政府制定了社会稳定方案，并成立专门的职工安置小组。此外，齐鲁证券是大型证券类国企，接收安置天同证券职工，应报国有资产监督管理部门和国务院证券监管部门批准。以上事实说明，涉案信息属于政府信息，请求法院判令省政府予以公开。

被告省政府辩称：2006年，天同证券因为严重违规操作，被证监会撤销证券业务许可，齐鲁证券通过证券市场，受让了该公司证券类资产，并对该公司职工进行安置，职工安置属于企业行为，相应信息也是企业信息，不是行政机关在履行职责过程中制作或获取的政府信息，省政府不予公开符合《政府信息公开条例》的规定。省金融办与金融企业联系相对较多，建议原告去省金融办咨询，是出于善意的考虑。请求法院判决驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：济南市中级人民法院（2008）济民破字第1号裁定认定，天同证券系山东省工商行政管理局核准注册的有限公司法人，因挪用巨额客户交易资金等原因，被证监会于2006年3月17日撤销了证券业务许可，并责令关闭。同日，证监会决定齐鲁证券成立托管组，对天同证券的证券类业务进行托管，省政府商证监会决定，委托天铎律师事务所成立天同证券行政清理组，接管天同证券，开展行政清理工作^⑤。行政清理期间，天同证券行政清理组基本完成了证券类资产的处置以及职工安置工作，齐鲁证券收购了天同证券的证券类资产。在上述过程中，省政府制定了社会稳定方案。2007年9月3日，证监会批准天同证券破产清算。

【裁判结果】

2013年6月5日，济南市中级人民法院作出（2013）济行初字第15号行政判决，驳回黄霆的诉讼请求。黄霆不服，提起上诉，2013年11月17日，山东省高级人民法院作出（2013）鲁行终字第117号行政裁定，裁定本案按撤回上诉处理，双方当事人均按原审判决执行。

【裁判理由】

根据《政府信息公开条例》第二条的规定，行政机关在履行职责过程中制作或获取的，并以一定形式记录、保存的信息是政府信息。天同证券职工安置的信息，不是《政府信息公开条例》中的政府信息。

一、天同证券行政清理组不是行政机关的派出机构。天同证券行政清理组，虽然是由省政府委托天铎律师事务所成立的，但履行的天同证券公司组织机构的职责，在行政清理的范围内代表天同证券进行活动，不是行政机关的派出机构。行政清理组安置职工的活动，受《劳动合同法》的调整，要以平等协商的方式解决，不能以行政命令的方式完成。

二、安置天同证券职工无需报国务院证券监督管理机构批准。《中华人民共和国证券法》第一百二十九条规定：“证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、

^⑤ 行政清理也叫行政清算，它是《金融机构撤销条例》规定一种金融风险处置措施，出现在金融机构被依法撤销后，到进入破产程序前这段时间，主要内容是将金融业务转移到其他机构，以维护客户的合法利益和金融秩序。

分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。”无论是行政清理组安置天同证券职工，还是齐鲁证券接收天同证券职工，都不属于该条列举的报批事项。

三、齐鲁证券接收天同证券职工无需报国有资产监督管理机构批准。《企业国有资产监督管理暂行条例》第二十一条规定，“国有资产监督管理机构依照法定程序决定其所出资企业中的国有独资企业、国有独资公司的分立、合并、破产、解散、增减资本、发行公司债券等重大事项。其中，重要的国有独资企业、国有独资公司分立、合并、破产、解散的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。”齐鲁证券虽然是大型国企，但其接收天同证券职工安置不属于该条列举的重大事项。

四、政府维护社会稳定不需要直接介入天同证券职工安置。地方政府负有社会稳定职责，但履行社会稳定职责，主要是对职工安置工作进行风险评估，并制作相应的处置预案，不代表直接介入职工安置工作，对具体安置情况进行批准，或者了解职工安置的详细情况。

【案例注释】

本案属于信息公开和证券公司行政清理的交叉案件，涉及多个法律问题，但其中最具有挑战性，也是最根本的，是天同证券行政清理组的性质问题。

根据《金融机构撤销条例》和《证券公司风险处置条例》的规定，证券公司行政清理的第一步，是由行政机关成立行政清理组，到公司中从事行政清理工作，但没有明确行政清理组与行政机关的关系，导致网络上普遍认为，行政清理组是行政机关的派出机构。本案原告申请信息公开，根源也在这里。

但无论是从具体规定，还是从制度原理上来看，证券公司行政清理都是证券公司的组织机构，并不是行政机关的派出机构，主要理由有以下几个：

一、行政清理组填补的是证券公司组织机构的空缺。《证券公司风险处置条例》第二十三条规定：“被撤销证券公司的股东会或者股东大会、董事会、监事会以及经理、副经理停止履行职责。行政清理期间，被撤销证券公司的股东不得自行组织清算，不得参与行政清理工作。”可见，证券公司被撤销后，其组织机构被停止履行职责，但证券公司被撤销不等于破产，在行政清理完成之前，证券公司仍然具备民事主体资格，可以在行政清理的范围内进行活动，在其组织机构被停止履行职责的情况下，只能由国务院证券监督管理部门及当地政府，组织成立行政清理组，代行证券公司组织机构职责，维护证券公司合法权益。

二、行政清理组履行的是证券公司组织机构职责。《证券公司风险处置条例》第二十二条第一款规定：“行政清理期间，行政清理组负责人行使被撤销证券公司法定代表人职权。”第二十二条第二款规定：“行政清理组履行下列职责：（一）管理证券公司的财产、印章和账簿、文书等资料；（二）清理账户，核实资产负债有关情况，对符合国家规定的债权进行登记；（三）协助甄别确认、收购符合国家规定的债权；（四）协助证券投资者保护基金管理机构弥补客户的交易结算资金；（五）按照客户自愿的原则安置客户；（六）转让证券类资产；（七）国务院证券监督管理机构要求履行的其他职责。”以上规定说明，在行政清理期间，行政清理组负责人行使被撤销证券公司法定代表人职权，行政清理组行使被撤销证券公司组织机构的职权，代表证券公司在行政清理的范围内进行活动，是证券公司的组织机构，并非行政机关的派出机构。

三、行政清理组履行职责的费用由证券公司承担。根据公共行政的原则，行政机关履行职责的费用，必须要由公共财政资金来承担，这样才能避免行政的偏私。但《证券公司风险处置条例》第三十三条规定：“行政清理费用经国务院证券监督管理机构审核后，从被处置证券公司财产中随时清偿。前款所称行政清理费用，是指行政清理组管理、转让证券公司财产所需的费用，行政清理组履行职务和聘用专业机构的费用等。”上述规定说明，行政清理组履行职责的费用，由被清理的证券公司负担，并非由公共财政支付。

四、行政清理组组成人员由专业机构决定。证券公司行政清理专业性强，加之被清理的证券公司本身处境艰难，这对组成人员的素质提出了很高要求，也对选择渠道提出了较高的要求。《证券公司风险处置条例》第二十一条规定，“国务院证券监督管理机构撤销证券公司，应当做出撤销决定，并按照规定程序选择律师事务所、会计师事务所等专业机构成立行政清理组，对该证券公司进行行政清理。”这就说明，行政机关成立行政清理组，是通过选定专业机构，再由专业机构来具体选择组成人员。具体到本案中，就是省政府商证监会同意，委托天铎律师事务所来成立，根据上述规定，行政清理组成员由专业机构决定，政府仅负责启动产生程序。

一审合议庭组成人员 审判长张极峰 审判员王大伟 代理审判员陈伟
二审合议庭组成人员 审判长许琳 代理审判员于晶 代理审判员蒋炎焱

编写人：济南市中级人民法院行政庭 孙中华 陈伟
案例来源：载《人民法院案例选》2014年第4期

前行政行为承办人在后续行政处罚程序中应回避

——赵恩风诉济南市公安局历城区分局治安行政处罚案^①

【裁判要旨】

行政相对人因妨碍执行公务被行政处罚，被妨碍执行公务的民警不能参加行政处罚过程中询问等调查活动，为体现公正，其应当主动回避，行政处罚案件承办人员未回避，可能影响案件公正处理的，构成违反法定程序。

【索引词】

承办人员 回避 行政处罚 程序违法

案情

原告：赵恩风。

被告：济南市公安局历城区分局（以下简称历城区公安局）。

济南市历城区人民法院一审认定，2013年9月3日，历城区公安局港沟派出所接到报案，称郑洪勇夫妇采用静坐、拦挡等形式阻挠其公司正常施工，当日港沟派出所立案受理，同年9月6日港沟派出所分别对郑洪勇、赵恩风进行了询问。为进一步调查，10月12日上午9时许，港沟派出所民警到赵恩风家对其进行传唤，原告赵恩风无正当理由，拒不接受传唤，在民警对其强制传唤时，赵恩风蹬踹民警，大喊大叫，阻碍民警依法执行职务。被告历城区公安局于2013年10月12日对原告赵恩风作出历城公行罚决字（2013）第01076号行政处罚决定，根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第五十条第一款第（二）项之规定，决定对赵恩风处以行政拘留十日。被告将处罚决定书当场向赵恩风送达，赵恩风拒绝签字。同日将赵恩风送至济南市拘留所执行拘留。原告不服行政处罚决定，提起行政诉讼。

原告诉称：2013年9月7日，山东省公安厅警卫局因修建宿舍楼东围墙占用原告承包的山场，并且用挖掘机采挖山场石材，侵占部分山体土地。原告多次打110报警，历城区公安局港沟镇派出所未能制止警卫局的非法行为，原告向上级公安机关举报投诉，历城区公安局港沟派出所知道原告举报后，打击报复，2013年10月12日，强行把原告带走，并作出行政处罚决定。被告作出的行政处罚决定认定事实不清、程序违法。第一、本案中阻碍民警执行职务是行政处罚的客体，被阻碍的对象是被告下属港沟派出所执行职务的民警，该民警又是本案的当事人，可能影响案件公正处理，港沟派出所的办案民警应当自行回避。第二、认定原告阻碍民警依法执行职务主要证据不足，缺失现场物证、鉴定意见、现场笔录、视听资料、电子数据等。办案民警的言词证据，因该民警是本案的当事人，证明力较低，且没有其他证据相互佐证。第三、上诉人并没有采取暴力或威胁的方式阻碍民警执行职务，上诉人违法事

^① 一审：济南市历城区人民法院（2013）历城行初字第72号，合议庭成员：明霞、朱贵华、古明兰。二审：山东省济南市中级人民法院（2014）济行终字第27号，合议庭成员：孙继发、黄娟、陈伟。结案方式：撤销原判，撤销行政处罚决定。生效裁判作出时间：2014年3月24日。

实不存在。请求法院撤销被告作出的历城公行罚决字（2013）01076号行政处罚决定，判令被告赔礼道歉。

被告辩称：我局作出处罚决定，认定事实清楚，证据确凿，适用法律正确，程序合法、内容适当，请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

审判

济南市历城区人民法院一审认为，《中华人民共和国治安管理处罚法》第九十一条规定，治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；原告阻碍被告执行职务行为发生在港沟派出所治安管辖区，故被告历城区公安局有作出治安管理行政处罚的职权。原告认为被告办案民警具有应当回避的法定情形，而没有执行回避。《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十一条规定，人民警察在办理治安案件过程中，遇有下列情形之一的，应当回避，违反治安管理行为人、被侵害人或者其法定代理人也有权要求他们回避：（一）是本案当事人或者当事人的近亲属的；（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。一审法院认为，原告要求办案民警回避不符合以上规定的情形，对原告主张不予采信。被告提交的证据可以证明，被告作出本案被诉具体行政行为，履行了法律规定的程序，被告在作出处罚决定中认定“2013年10月12日上午9时许，港沟派出所民警到历城区港沟办事处田庄村郑洪勇家传唤违法嫌疑人郑洪勇夫妇，郑洪勇对象赵恩风无正当理由拒不接受传唤，在民警对其强制传唤时赵恩风蹬踹民警，大喊大叫，阻碍民警依法执行职务”的事实充分，证据确凿。综上，原告要求撤销被告作出的历城公行罚决字（2013）第01076号行政处罚决定的理由不成立，应当驳回，对其要求赔礼道歉的请求不予支持。判决：驳回原告赵恩风的诉讼请求。

赵恩风不服一审判决提起上诉。

济南市中级人民法院认为，《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十一条第一款规定：“人民警察在办理治安案件过程中，遇有下列情形之一的，应当回避；违反治安管理行为人、被侵害人或者其法定代理人也有权要求他们回避：（一）是本案当事人或者当事人的近亲属的；（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。”本案中，2013年10月12日9时许参与对上诉人进行强制传唤的民警是陈恒杰、孟祥山、李俊、胡宝成、田洪超、张来福，由于上诉人赵恩风在被强制传唤时，蹬踹民警，被上诉人认为其行为阻碍了民警执行职务，于同日12时40分至13时09分，田洪超、胡宝成对上诉人赵恩风在强制传唤过程中阻碍民警执行职务情况进行询问并制作了询问笔录。同日15时40分，胡宝成、田洪超告知上诉人赵恩风其行为已构成阻碍民警依法执行职务，根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第五十条第一款第（二）项、第二款的规定，拟对其进行处罚，并制作了告知笔录。同日21时，田洪超、胡宝成向上诉人赵恩风送达历城公行罚决字（2013）第01076号行政处罚决定。田洪超、胡宝成参加了对上诉人赵恩风的强制传唤，是上诉人赵恩风在强制传唤过程中“阻碍执行职务”的民警之一，既是对上诉人赵恩风因阻碍民警执行职务而对其予以行政处罚案件的当事人，又是该案件的办案人，应当自行提出回避申请。上诉人关于“办案民警应当自行回避”的上诉主张，本院予以支持。田洪超、胡宝成作为案件当事人应当自行回避而未回避，可能影响案件公正处理，被上诉人历城区公安局制作的历城公行罚决字（2013）第01076号行政处罚决定程序违法。判决：撤销济南市历城区人民法院（2013）历城行初字第72号行政判决；撤销被上诉人济南市公安局

历城区分局历城公行罚决字（2013）01076号行政处罚决定。一、二审案件受理费各50元，均由被上诉人济南市公安局历城区分局负担。

评析

一、案件焦点问题

本案虽系一起普通的行政处罚案件，但因为存在着主体上的特殊性，即被告集行政执法当事人主体与行政执法主体于一身，这就为本案的审理带来了特殊的法律问题。诉讼中，原告、被告就被告是否应当回避的问题存在严重分歧意见。被告认为，《中华人民共和国治安管理处罚法》规定的回避仅针对执法人员以普通公民身份成为当事人的情形，而本案中，民警对赵恩风强制传唤是执行职务行为，是依法律授权而为，执行职务被妨碍时，完全可以自行依法对妨碍人作出处理，不需要回避，否则就可能构成行政不作为。原告认为，对赵恩风予以处罚的理由是其妨碍执行公务，被妨碍者不能担任处罚者，否则，既无法保证能够客观公正地评价赵恩风的行为，也无法保证能够公正地适用罚则，因此，尽管赵恩风没有提出回避申请，本案的办案民警也应当自行回避。

二、确立裁判要旨的理由

治安管理处罚程序应当遵循程序正当原则。治安管理处罚程序由调查、决定和执行三部分组成。调查指行政主体查明事实并收集证据的制度，调查活动的内容，主要包括对违反治安管理行为人的传唤和询问，对行为人、有关场所和物品的检查等。建立调查制度并注意保障行政相对人的权利，是非常必要的，调查活动应当遵守治安管理处罚法律法规关于依法收集证据、保守秘密和回避的规定。

回避是指行政机关工作人员在行使职权过程中，因其与所处理的事务有利害关系，为保证实体处理结果和程序进展的公正性，根据当事人的申请或行政机关工作人员请求，有权机关依法终止其职务的行为并由其他执法人员处理该事务的制度。回避制度的主要价值在于防止偏私，保障公正。因此，回避制度是行政程序的一项基本制度。在适用回避制度时，对“利害关系”的判断显得尤为重要。在《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十一条第一款规定中，“利害关系”包括的情形主要有：（1）是本案当事人或者当事人的近亲属的。如果办案人员是该行政事务的当事人，就与行政事务有直接的利害关系，很有可能作出有利于自己或不利他人的行政行为。（2）本人或者其近亲属与本案有利害关系的。办案人员或其近亲属虽然不是该行政事务的当事人，但是与该事务有事实或法律上的联系，也可能直接影响该事务的处理。（3）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。办案人员与当事人不存在亲属关系，但是可能在以往的社会生活中，与当事人有过节或者关系密切，从而影响行政事务的公正处理。上述情形是需要回避的形式要件，其实质要件是可能影响案件公正处理，这是建立回避制度的根本原因。回避制度要求与处理的行政事务有利害关系的人不得参与有关行政活动，“任何人不能做自己案件的法官”。

本案中，被告所属民警，以执法者的身份在对原告妨碍其执行公务的行为实施处罚程序中，未自行回避，参与了调查、询问、告知、送达等活动，正是充当了自己案件的法官。由于本案被告在行政执法中违反了正当程序原则，因而，其行政处罚决定认定事实是否清楚、适用法律是否正确已不重要，因为经过非正当程序获得的结果不可能是正当的。被告的所谓《中华人民共和国治安管理处罚法》规定的回避仅针对执法人员以普通公民身份成为当事人的情形的主张，没有准确把握回避制度的精神和原意，因此是不能成立的。本案中，被告做出

的行政处罚决定是侵益性行政行为，侵益性行政行为由于直接损害相对人的利益，就要求行政机关必须要谨慎地行使这种权力，必须要高度注意。与此要求相适应，法律上对这种权力行使的程序提出的要求也是比较高的，因此，本案被诉具体行政行为构成程序违法，应予撤销。

三、运用裁判要旨应当注意的问题

在司法实践中，以是否影响相对人合法权益为中心，将程序违法区分为两种结果：一是违反法定程序，如在行政程序中应当回避而未回避，容易引发合理怀疑；顺序颠倒和步骤欠缺，违反听证权相关程序等。二是程序瑕疵，如送达未在合理期限内（实际上已经送达）、超期办理、未在文书中列明相对人应当享有的救济权利等。如果被认定为程序瑕疵，则不足以导致行政行为被撤销的法律后果。撤销是程序违法的法律后果的主要形式，同时要结合具体案情进行利益衡量，区分不同的情形进行处理。（1）如果侵益行政行为违法，损害了相对人的合法权益，应以撤销为原则，但是撤销该行政行为会给公共利益或他人的合法权益带来更大的损害，就不能撤销。同时，应给遭受损害的相对人行政赔偿。（2）如果授益行政行为违法，基于信赖利益保护原则的考虑，则以不撤销为原则。但如果受益人对程序违法的授益有过错，或者撤销的必要性超过信赖保护的必要性，就应撤销，同时，应赔偿相对人所受损害。对行政程序违法进行区分，结合对相对人的合法权益带来的法律后果，进行裁判，有利于提高审判效率，更有利于减少当事人的诉累，保护当事人的合法权益。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 孙继发 孙辉妮

案例来源：载《人民司法·案例》2015年第4期

法院审查规范性文件的要点

【裁判要旨】

法院审查规范性文件时，既要进行法律审，即审查该规范性文件是否有相应的上位法，以及是否与上位法相冲突；也要进行事实审，即对该规范性文件的适当性进行审查。

一审：（2014）市行初字第157号 二审：（2015）济行终字第113号

【案情】

原告：逯峰。

被告：济南市社会保险事业局（以下简称市社保局）。

原告逯峰1972年11月1日参加工作，档案出生时间1953年2月22日，参加医保时间为2005年9月，在济南市实际缴费35个月（2005年9月至2008年7月），原告后到北京工作，在北京参加医保时间是2008年7月至2014年2月。2014年7月原告到被告处申请办理退休手续，2014年7月2日，北京市社保基金管理中心为原告开具了《参保凭证》和《参保人员医疗保险类型变更信息表》。被告于2014年7月24日为原告办理了医保转入手续。2014年8月6日，被告市社保局给原告逯峰作出《职转退休未达最低缴费年限补缴单》，认定：逯峰参加工作时间1972年11月，参加医保时间2005年9月，上年社平工资3873元。医保视同缴费月数306，医保实际缴费月数102，医保累计缴费月数408，应补缴月数85，补缴金额24690.38元。原告对此不服，向山东省人力资源和社会保障厅提起行政复议，2014年10月20日山东省人力资源和社会保障厅复议维持了市社保局收取逯峰24690.38元医疗保险费的具体行政行为。原告于2014年12月24日提起诉讼。

【裁判】

济南市市中区人民法院一审认为，济南市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）《关于印发济南市职工基本医疗保险办法实施细则》的通知（济人社发〔2014〕58号）第八条规定：“2010年7月1日后职工医疗保险关系由异地转入我市的参保人员，办理退休手续时，其在我市的实际缴费年限应满10年。实际缴费年限不足10年的，应以办理退休手续时本市上年度在岗职工月平均工资为基数，一次性补足所差月份的基本医疗保险费，并自次月起享受退休人员的基本医疗保险待遇。”该规范性文件与法律并不冲突，被告适用该文件对原告的医保进行审核并无不当。原告在济南市实际缴费35个月，按上述规定应一次性补足所差85个月的基本医疗保险费24690.38元，故被告作出的《职转退休未达最低缴费年限补缴单》的具体行政行为认定事实清楚。判决驳回原告逯峰请求人民法院依法判决被告返还额外补交的24690.38元及利息等诉讼请求。

逯峰不服一审判决，上诉称：逯峰1972年参加工作，2013年2月到达法定退休年龄，2014年2月起开始办理退休手续，累计医保缴费年限416个月，其中在济南市的工作时间为1988年至2008年，逯峰的户籍在济南市，在济南市参加职工基本医疗保险至2008年7月，这是在济人社发〔2014〕58号文规定的2010年10月前就已经存在的事实，按2008年7月计

算，逯峰已经累计缴纳医疗保险31.09年，也就是说逯峰在2008年7月后不再在任何地区包括济南市缴纳医保也已经满足退休享受医保待遇全部条件，也不存在济人社发〔2014〕58号文所说的2010年10月后由异地转入的问题，无需补缴任何费用，依法享受基本医疗保险待遇，被上诉人利用逯峰在外地缴费就否定已经存在的满足享受医保待遇的事实，实属认定事实不清，选择依据不当。另外，济人社发〔2014〕58号文存在不公平条款。

被上诉人市社保局辩称，被上诉人认定事实清楚，证据确凿，程序合法，适用依据正确。

济南市中级人民法院二审经审理认为，本案的争议焦点为被上诉人市社保局依据市人社局58号文第八条的规定，向上诉人逯峰作出《职转退休未达最低缴费年限补缴单》，适用依据是否正确。

《中华人民共和国社会保险法》第二十七条规定：“参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。”人力资源和社会保障部令（第13号）《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第七条第一款规定：“社会保险法第二十七条规定的退休人员享受基本医疗保险待遇的缴费年限按照各地规定执行。”济南市人民政府252号令第二十一条第一款规定：“退休人员享受职工基本医疗保险待遇的最低缴费年限为男满30年，女满25年。”上述规定表明，各地有权根据各地的实际情况规定退休人员享受基本医疗保险待遇的缴费年限，且济南市人民政府252号令第二十一条规定的是“最低”缴费年限，即退休人员享受职工基本医疗保险待遇必须要达到的基本条件，并未限制其他附加条件。市人社局58号文第八条规定：“2010年7月1日后职工医疗保险关系由异地转入我市的参保人员，办理退休手续时，其在我市的实际缴费年限应满10年。实际缴费年限不足10年的，应以办理退休手续时本市上年度在岗职工月平均工资为基数，一次性补足所差月份的基本医疗保险费，并自次月起享受退休人员的基本医疗保险待遇。”针对2010年7月1日后职工医疗保险关系由异地转入济南市的参保人员，济南市亦具有规定缴费年限的权限，市人社局58号文第八条的规定并不违反上位法的规定。从适当性上考量，《中华人民共和国社会保险法》第三条规定：“社会保险制度坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续发展的方针，社会保险水平应当与经济社会发展水平相适应。”职工基本医疗保险是国家为补偿劳动者因疾病风险造成的经济损失而建立的一项社会保险制度，坚持收支平衡有利于保持医疗保险制度的可持续发展，应体现公平、权利与义务相对应原则，且应与医疗保险基金的统筹层次相适应。济南市医疗保险基金的统筹层次为市级统筹，该基金来源于由济南市范围内的用人单位和个人缴纳的医疗保险费，职工医疗保险关系由异地转入济南市的参保人员，其医疗保险关系虽然转入济南市，但其关系转入前所缴纳的医疗保险费并未并入济南市医疗保险基金，而其退休后不再缴纳基本医疗保险费，却享受济南市的医疗保险待遇，患病就诊时发生的医疗费用由医疗保险基金按比例支付，既违背权利与义务相对应原则，对其他参保人员不公平，也不利于保持医疗保险基金收支平衡，因此，市人社局58号文第八条的规定具有适当性，符合济南市经济社会发展实际状况。本案中，上诉人逯峰2008年中断在济南市的缴费后到北京参保缴费，又于2014年7月将医疗保险关系从北京转入济南市并申请退休，属于2010年7月1日后职工医疗保险关系由异地转入济南市的参保人员。逯峰于2014年7月申请办理退休手续，其在济南市的实际缴费年限未满10年，按规定应一次性补足所差85个月的基本医疗保险费24690.38元，故被上诉人市社保局作出的《职转退休未达最低缴费年限补缴

单》的行政行为认定事实清楚，适用依据正确。判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案一审提起诉讼时，新行政诉讼法还未实施，原告并未就涉案行政行为依据的规范性文件一并请求法院审查，但是对行政行为的合法性审查必涉及对其所依据的规范性文件合法性审查问题，换言之，相关规范性文件合法与否，影响到法院对涉案行政行为合法性的审查。虽然新行政诉讼法在第五十三条、六十四条，对规范性文件审查的范围、提起方式、时间、内容、处理结果的审查进行了明确的规定，但是在具体实践中可操作性仍有待细化。

司法实践中，法院对规范性文件的审查应遵循何种步骤和标准？一般说来，首先应进行法律审，审查该规范性文件有无相对应的上位法，如果有相应的上位法，就应该进一步审查制定规范性文件的行政机关有无上位法的授权制定该规范，进而就该规范的内容进行实质性的审查，审查其是否与上位法存在冲突，与上位法冲突的规范性文件，一般不能作为法院认定行政机关作出行政行为合法性的依据（极少数扩大上位法规定的权利主体范围的情况除外）。其次，应进行事实审，在与上位法不冲突的情况下，法院对规范性文件的适当性进行审查。规范性文件是行政行为的直接依据，具有对法律、法规和规章进行细化的特点，细化的程度是否适当对其合法性也有影响。实践中，容易产生争议规范性文件制作机关制定规范性文件往往具有浓厚的地域性或者部门性以及时间性特点，在一定意义上具有政策性规定的性质。因此在审查其适当性问题上，只要接受审查的规范性文件合乎事理，法院就应予以尊重，法院应该权衡制定该规范性文件的背景、目的以及意义，从整体进行考虑，而不是从个案入手，涉及政策性的规定和公共利益的考量，公共利益是限制公民基本权利的理由之一，必然会使一小部分人利益受损大部分人获益。本案中法院在审查市人社局 58 号文第八条规定时，充分考虑到我国基本医疗保险当前地区统筹特点，该条款虽然可能使部分权利人利益受损，但是能在更大程度上保障大部分权利人的利益。

另外，对规范性文件而言，上位法是其制定的依据，因此，没有上位法依据的规范性文件，也就失去了合法性的基础，但是实践中，立法滞后性的特点以及社会形势瞬息万变，如果没有一定的规范，会给社会秩序和公众合法权益造成更大的危害。此时，应该结合法律公平正义等基本原则，来评价行政行为的合法性问题，不能简单因该规范性文件无上位法依据来判定行政行为违法。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 孙继发 孙辉妮

案例来源：载《人民司法·案例》2016 年第 23 期

齐来发诉山东省交通运输厅道路运输局 不履行法定职责案

基本案情

2012年11月，齐来发向山东省交通运输厅道路运输局邮寄申请，认为某客车侵占其运营路线，要求依法予以查处，并吊销营运人道路运输经营许可证。

至齐来发提起诉讼之日，该局一直未作出答复。齐来发起诉称，“谁许可谁监督”是行政许可的一般原则，山东省交通运输厅道路运输局是道路运输经营许可证的发证机关，依法负有相应的法定职责。

山东省交通运输厅道路运输局答辩称，根据道路交通安全法及山东省的相关规定，对违反规定线路行驶行为的执法权，属于省内各级交通稽查机构，该局不予答复并无不当。

裁判结果

2013年3月，济南市市中区人民法院作出（2013）市行初字第4号行政判决，驳回原告诉讼请求。2013年9月，济南市中级人民法院作出（2013）济行终字第45号行政判决，判决撤销原审判决；责令山东省交通运输厅道路运输局自接到本判决之日起60日内对齐来发的申请作出处理。

裁判理由

法院生效判决认为，道路交通安全法是特别法，行政许可法是一般法，在山东省交通运输厅道路运输局职责问题上，应遵循特别法优于一般法的原则，但在一般法有明确规定的情况下，该局收到申请后未作出任何说明与指导，确有不当地。

意义点评

本案强调了行政机关的释明义务，明确了在申请人依一般法规定要求行政机关履行职责时，行政机关不能因特别法有不同规定而置之不理，应该给予必要的说明和指导。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 寇 婕

案例来源：最高人民法院新闻通气会发布

赵广平诉济南市司法局司法行政处理案

上诉人（原审原告）：赵广平

被上诉人（原审被告）：济南市司法局

【案情】赵广平因对山东大舜司法鉴定所先后出具的两份案号相同、内容不同的鉴定意见书，以及山东大舜司法鉴定所、山东金正法医司法鉴定所作出的鉴定结论有异议，要求撤销鉴定结论，重新评定伤残等级。于2014年1月12日，向济南市司法局进行投诉。济南市司法局收到投诉书后，当即填写了《司法鉴定执业活动投诉登记表》，1月15日，济南市司法局作出《投诉受理通知书》并送达赵广平。期间，济南市司法局分别向山东大舜司法鉴定所、山东金正法医司法鉴定所送达了《投诉处理通知书》，要求对赵广平投诉的问题进行自查，并针对赵广平投诉的问题，对上述两家司法鉴定所部分人员进行调查，还要求山东省东平县人民法院对赵广平投诉的有关问题出具了书面说明。2014年5月23日，济南市司法局依据调查情况作出《关于对山东大舜和山东金正法医司法鉴定所投诉的答复》，并于当月27日将该答复送达赵广平。6月5日，济南市司法局作出《关于对山东大舜司法鉴定所通报批评的决定》。赵广平不服，向济南市历下区人民法院提起行政诉讼。

【裁判】法院经审理认为，根据《司法鉴定执业活动投诉处理办法》的有关规定，济南市司法局于2014年1月12日收到赵广平的投诉书后，于当月15日受理。在进行调查后，于5月23日作出《关于对山东大舜和山东金正法医司法鉴定所投诉的答复》，并送达赵广平的行政行为程序合法，履职正当。同时，根据《司法鉴定执业活动投诉处理办法》的有关规定，济南市司法局调查后认定，未发现存在需作出行政处罚的情形，针对大舜司法鉴定所制作文书不规范问题，济南市司法局对该所予以通报批评，责令整改，并无不当，且有提交在案的司法鉴定执业活动投诉登记表、投诉处理告知书、投诉处理通知、调查笔录、委托法院出具的情况说明、通报批评决定等证据证实，证据确凿。另，根据《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》以及《山东省司法鉴定条例》的有关规定，赵广平对鉴定结论有异议，可以通过庭审质证、重新鉴定等方式依法行使自己的民事权利。据此，判决驳回了赵广平的诉讼请求。

【评析】当事人对鉴定结论有异议，可以依法申请重新鉴定或者通过补充鉴定、重新质证、补充质证等方式依法行使自己的民事权利。同时，当事人认为司法鉴定机构和司法鉴定人在执业活动中存在违法违规情形的，可以向有管辖权的司法行政机关投诉。司法行政机关受理投诉，履行调查程序后，根据不同情形，作出相应的行政处理。但当事人通过向司法行政机关投诉，直接主张重新鉴定，于法无据。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 魏吉锋

案例来源：山东省高院发布

山东基能能源科技有限公司诉 济南市地方税务局稽查局行政处罚案

关键词：税务 行政处罚 陈述申辩 复核程序

【裁判摘要】

在行政处罚程序中，对当事人的申辩事项进行复核，是行政机关的法定义务。对复核程序的审查，是审查行政处罚行为合法性的必要内容。对当事人提出的申辩事项，如果行政机关没有进行复核的证据，可能影响处罚结果的正确性时，人民法院将确认行政处罚程序违法。

上诉人（一审被告）：济南市地方税务局稽查局，住所地济南市市中区大纬二路174号。

法定代表人：刘荣，局长。

委托代理人：倪晓燕，该局工作人员。

委托代理人：王雪峰，山东众成仁和律师事务所律师。

被上诉人（一审原告）：山东基能能源科技有限公司，住所地济南市历下区解放路62号4-B16室。

法定代表人：王成玉，总经理。

委托代理人：于晓霞，女，1983年9月14日出生，汉族，该公司工作人员。

委托代理人：任月红，山东舜翔律师事务所律师。

上诉人济南市地方税务局稽查局（以下简称地税稽查局）因与被上诉人山东基能能源科技有限公司（以下简称基能公司）行政处罚一案，不服济南市市中区人民法院（2015）市行初字第19号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

基能公司向一审法院济南市市中区人民法院起诉称：地税稽查局于2014年4月10日至2014年11月14日对基能公司2011年1月1日至2013年12月31日涉税情况进行检查。于2014年12月3日向基能公司送达《济地税稽罚〔2014〕297号税务行政处罚决定书》，对基能公司罚款1243702.85元。基能公司认为地税稽查局作出的该决定违反了《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》及《中华人民共和国行政处罚法》之规定，理由如下：1.《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条规定“纳税人、扣缴义务人可以委托税务代理人代为办理税务事宜。”《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定“税务代理人违反税收法律、行政法规，造成纳税人未缴或者少缴税款的，除由纳税人缴纳或者补缴应纳税款、滞纳金外，对税务代理人处纳税人未缴或者少缴税款50%以上3倍以下的罚款。”本案基能公司自成立即委托第三方代理记账及纳税申报，在地税稽查局进行税务检查过程中，基能公司已将与第三方的代理记账协议和相关证据提交，足以证明基能公司没有故意行为。地税稽查局应当依据《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》之规定对代理方进行处罚，而不是对基能公司进行处罚。2.基能公司营业期间系全权委托第三方进行记账及纳税申报，没有违法故意。地税稽查局适用法律错误，应当适用《中华人民共和国税收征收管理法》第六十二条之规定进行处罚，而不应当依第六十三条规定进行处罚。3.地税稽查局在处罚决定中已对基能公司进行了罚款的行政处罚，却又在

另一个处理决定中要求基能公司从滞纳税款之日起，按日交纳滞纳税款万分之五的滞纳金。上述行为违反了《中华人民共和国行政处罚法》第二十四条之规定，属于重复处理行为，应当予以撤销。

地税稽查局答辩称：济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》合法有效。理由如下：1. 行政处罚的主体合法。地税稽查局作为依法设立的税务机关，具有独立的执法主体资格，专司偷税、逃避追缴欠税、骗税、抗税案件的查处，享有依法作出行政处罚的职权。2. 行政处罚的事实认定清楚。地税稽查局在税务检查中发现，基能公司在2011年度共取得采暖工程收入24 011 600元。该收入除2 511 600元挂“预收账款—七里堡”科目外，其余均未入账，以上收入均未申报缴纳营业税、城市维护建设税、教育费附加。根据《中华人民共和国营业税暂行条例》第一条、第二条、第四条及《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》第二条规定，应交缴纳营业税 $24\,011\,600 \times 3\% = 720\,348$ 元；根据《中华人民共和国城市维护建设税暂行条例》第二条、第三条、第四条规定，应缴纳城市维护建设税 $720\,348 \times 7\% = 50\,424.36$ 元。基能公司2012年共取得采暖工程收入20 033 037.14元，其中14 733 037.14元未申报缴纳营业税和企业所得税。根据《中华人民共和国营业税暂行条例》第一条、第二条、第四条及《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》第二条规定，应缴纳营业税 $14\,733\,037.14 \times 3\% = 441\,991.11$ 元；《中华人民共和国城市维护建设税暂行条例》第二条、第三条、第四条规定，应缴纳城市维护建设税 $441\,991.11 \times 7\% = 30\,939.38$ 元。3. 行政处罚适用法律正确。根据《中华人民共和国征收管理法》第六十三条第一款规定：“纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税。对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金、并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”对基能公司未申报缴纳2011年至2012年营业税1 162 339.11元、城市建设维护建设税81 363.74元的行为，处以未缴税款一倍的罚款，罚款金额为1 243 702.85元。4. 行政处罚程序合法。地税稽查局于2014年3月27日对举报转办案件进行登记，同日进行立案。2014年4月23日向基能公司送达《税务检查通知书》和《调取账簿资料通知书》，并调取了相关资料。2014年9月26日送达了《税务行政处罚事项告知书》。2014年9月26日听取了基能公司对行政处罚的陈述申辩。根据基能公司的申请，于2014年9月30日作出《税务行政处罚听证通知书》，决定举行听证，后基能公司申请撤销听证会。2014年11月21日作出济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》。本案行政处罚符合《中华人民共和国行政处罚法》、《税务稽查工作规程》的相关规定，程序合法。另，地税稽查局认为，基能公司提供的材料不足以证明本案属于《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定的情形，针对基能公司的税收违法行为，地税稽查局只作出了济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》一次罚款。无论是处罚决定书规定的按日缴纳3%的加处罚款，还是行政处理决定书中规定的按日缴纳万分之五的滞纳金都不属于行政处罚，没有违反《中华人民共和国行政处罚法》第二十四条的规定。综上所述，济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》主体合法，认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，依法应予维持。

济南市市中区人民法院审理查明：

地税稽查局收到检举反映基能公司自2011年起，假借其他公司资质承接大量市政热力工

程，隐匿收入、在账簿上不列收入、进行虚假的纳税申报后，随即进行了调查。调查中发现，基能公司在2011年度共取得采暖工程收入24011600元，其中除2511600元挂“预收账款—七里堡”科目外，其余均未入账，以上收入均未申报缴纳营业税、城市维护建设税、教育费附加，该年度取得的采暖工程收入24011600元未计入营业收入，未申报缴纳企业所得税。2012年度，基能公司共取得采暖工程收入20033037.14元，以上收入中有14733037.14元未入账，未申报缴纳营业税、城市维护建设税、教育费附加，未申报缴纳企业所得税。地税稽查局依据《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条第一款规定，对原告未申报缴纳2011年至2012年营业税1162339.11元、城市维护建设税81363.74元的行为，处以未缴税款一倍的罚款，罚款金额为1243702.85元。另查明，在行政处罚处理期间，基能公司向地税稽查局陈述其与济南金立信财务管理咨询有限公司曾签订《代理记账协议书》，因双方其他纠纷导致该公司故意未按约定进行纳税申报等事务。基能公司出示其公司于2011年6月17日与济南金立信财务管理咨询有限公司签订的《代理记账协议书》，该协议显示双方曾约定济南金立信财务管理咨询有限公司有关的代理记账、税务申报的合同义务；同时出示其与济南金立信财务管理咨询有限公司发生纠纷、终止上述协议、进行相关诉讼的证据。又查明，基能公司在被调查处理期间于2014年6月3日自行申报缴纳营业税等各项税款共计1254251.33元。

济南市市中区人民法院审理认为：

一、依据《中华人民共和国税收征收管理法》第五条：“国务院税务主管部门主管全国税收征收管理工作。各地国家税务局和地方税务局应当按照国务院规定的税收征收管理范围分别进行征收管理”及第十四条“本法所称税务机关是指各级税务局、税务分局、税务所和按照国务院规定设立的并向社会公告的税务机构”之规定，地税稽查局作为地方税务局的直属机构，具有作出本案所诉具体行政行为的主体资格及行政权限。

二、地税稽查局作出本案所诉处罚决定书的行政程序符合法律法规关于行政程序的相关规定，基能公司对此无异议，故认定地税稽查局作出被诉行政行为程序合法。

三、《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条规定：“纳税人、扣缴义务人可以委托税务代理人代为办理税务事宜。”《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定：“税务代理人违反税收法律、行政法规，造成纳税人未缴或者少缴税款的，除由纳税人缴纳或者补缴应纳税款、滞纳金外，对税务代理人处纳税人未缴或者少缴税款50%以上3倍以下的罚款”。在被行政处罚处理期间，基能公司向地税稽查局陈述其与济南金立信财务管理咨询有限公司曾签订《代理记账协议书》，因双方其他纠纷导致该公司故意未按约定进行纳税申报等事务。基能公司向地税稽查局工作人员出示其公司于2011年6月17日与济南金立信财务管理咨询有限公司签订《代理记账协议书》，该协议显示双方曾约定济南金立信财务管理咨询有限公司有关的代理记账、税务申报的合同义务。同时出示其与济南金立信财务管理咨询有限公司发生纠纷、终止上述协议、进行相关诉讼的证据。因上述《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》的规定，结合基能公司在行政处罚程序中的陈述意见，地税稽查局应当根据基能公司提供的证据、线索进行调查、核实，对纳税人未缴、少缴税款的原因进行甄别、确认。基能公司向地税稽查局提供的证据及向法院提供的证据，需要地税稽查局根据其职责权限及基能公司的主张在行政处罚程序中予以调查核实，本案中对其证据证明的内容和证明力不予评价。综上，地税稽查局的处罚需要确认纳税人未缴、少缴税款的原因和责任主体，现无证据证明地税稽查局对此进行了调查，尤其基能公司

提供的证据及线索直接指向上述问题的确认，且考虑到涉案处罚案件的来源，地税稽查局当庭陈述对基能公司的证据进行了书面审查，但其未尽到审慎的职责。地税稽查局仅凭现有证据，不足以对基能公司进行处罚，属于行政行为认定事实缺乏证据。

据此，济南市市中区法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目的规定，判决：撤销地税稽查局2014年11月21日作出的济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》；案件受理费50元，由地税稽查局负担。

地税稽查局不服济南市市中区法院一审判决，向本院提起上诉称：一审法院事实认定错误，请求撤销原判。其理由如下：一、济地税稽罚〔2014〕297号《税务行政处罚决定书》认定基能公司存在《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条第一款规定的偷税行为，证据确凿、充分。地税稽查局提交的证据能够充分证明基能公司存在着在账簿上不列、少列收入，不缴或少缴税款的偷税行为。同时，依照《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条第一款规定，不论不缴或少缴税款的原因是什么，只要在基能公司作为纳税人存在不缴或少缴税款的偷税行为的情况下，地税稽查局有权依法对其进行处罚。二、从地税稽查局在税务检查过程中补充提交的材料看，本案不属于《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条和《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定的情形。根据有关规定，从事税务代理业务的中介机构为税务师事务所，而从基能公司提交的材料看，其所谓的进行代理记账的公司“济南金立信财务管理咨询有限公司”明显不是税务师事务所，其代理记账行为当然不属于税务代理行为。一审法院依据《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条和《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定，要求地税稽查局去界定基能公司不缴及少缴税款的原因和责任主体没有依据。三、一审法院认定“上诉人对被上诉人提供的证据进行书面审查未尽到审慎的职责”与客观事实不服，且没有法律依据。本案行政处罚过程中，地税稽查局履行了应尽的审查职责。从履行审查职责的程序看，首先是基能公司主动放弃听证程序，针对其撤销听证申请后补充提交的材料所反映的问题，地税稽查局又对其进行了询问并制作了笔录。该笔录记载了有关单据交接问题的审查内容；从履行审查职责的内容看，针对基能公司补充提交的材料，地税稽查局逐一进行了审查，认定基能公司提供的材料中没有一份能够证明其所称的由于代理记账公司的原因导致其不缴或少缴税款；从履行审查职责的结果看，本案不属于《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条和《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定的情形。综上，对基能公司申请撤销听证程序后补充提交的材料，地税稽查局已履行了应尽的审查职责。针对基能公司的税收违法行为依法进行处罚，事实认定清楚、证据确实充分。请求依法撤销一审判决，维护地税稽查局的合法权益及正常的行政执法程序。

基能公司答辩称：偷税是主观故意存在才能形成的客观行为，而基能公司是委托代理机构进行的纳税申报及税款缴纳，所以不存在主观故意。因基能公司提供了证据证明由税务代理机构代为纳税申报，在出现未申报或者违规行为情形时，税务机关应对税务代理人进行处罚，基能公司需承担的是补缴税款和因未缴税款产生的滞纳金。税务机关直接对基能公司进行处罚违反法律规定。地税稽查局作为行政机关在进行行政行为过程中，没有对税务代理机构进行审核和调查，在二审中主张基能公司的税务代理机构有可能不合格，此举证明其行政行为的不负责任性和违法性。综上，一审判决认定事实清楚、证据确实充分、适用法律正确，请求依法驳回地税稽查局的上诉请求，维持原判。

济南市中级人民法院经审理查明的事实与一审法院认定的事实一致。

济南市中级人民法院审理认为：

双方当事人对地税稽查局认定基能公司未申报缴纳 2011 年至 2012 年营业税 1 162 339.11 元，城市维护建设税 81363.74 元的事实，没有异议。对基能公司在行政程序中主张济南金立信财务管理咨询有限公司在 2011 年至 2012 年期间代其管理财务账目、办理税务事宜，并提供了其与济南金立信财务管理咨询有限公司签订的《代理记账协议》等证据，双方当事人亦无异议。本案的争议焦点是对基能公司的申辩意见，即委托第三人代为办理税务事宜，地税稽查局是否进行了复核；未进行复核是否可能影响济地税稽罚〔2014〕297 号税务行政处罚决定的正确性。

首先，行政处罚程序中，对当事人的陈述、申辩进行复核，是行政机关的法定义务。《中华人民共和国行政处罚法》第三十一条规定：“行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利”。第三十二条规定：“当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。行政机关不得因当事人申辩而加重处罚”。本案中，基能公司在行政程序中主张济南金立信财务管理咨询有限公司在 2011 年至 2012 年期间代其管理财务账目、办理税务事宜，并提供了其与济南金立信财务管理咨询有限公司签订的《代理记账协议》等证据。基能公司提出第三人代为办理税务事宜的陈述、申辩意见后，地税稽查局具有进行复核的法定义务。

其次，复核程序，是正当程序的基本要求。任何人在受到公权力不利行为的影响时，有获得告知、说明理由和提出申辩的权利。复核程序是对当事人提出申辩事项的调查处理，当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。行政机关的相关复核证据应当存入卷宗。本案中，地税稽查局虽主张其对基能公司的主张及其提供的证据进行了复核，但其没有提供证明其进行复核的证据。地税稽查局关于因为基能公司撤销听证申请，影响其将复核情况告知的主张。本院认为，地税稽查局收到基能公司撤销听证的申请并对听证会予以撤销后，依然应当充分听取基能公司的陈述、申辩意见，对其提出的事实、理由和证据，进行复核，并将复核情况告知基能公司且说明理由，同时，将复核情况形成证据存入卷宗。基能公司撤回听证申请，不能免除地税稽查局的复核义务。地税稽查局未提供证据证明其履行了复核程序，其行政处罚程序违法。

再次，复核程序，是确保结果公正的重要保障。通过复核程序，行政机关对当事人的陈述、申辩理由充分加以考虑，确保行政处罚结果正确；从完善执法程序，自我监督的角度分析，复核程序对上诉人同样具有重要意义，因通过复核程序，行政机关可以掌握调查过程中尚未掌握的事实、证据，有助于更全面考虑案情，防止错误行政处罚的作出。本案中，从可能影响行政处罚结果的角度考量，复核程序对基能公司更有意义。《中华人民共和国税收征收管理法》第八十九条规定：“纳税人、扣缴义务人可以委托税务代理人代为办理税务事宜”。《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第九十八条规定：“税务代理人违反税收法律、行政法规，造成纳税人未缴或者少缴税款的，除由纳税人缴纳或者补缴应纳税款、滞纳金外，对税务代理人处纳税人未缴或者少缴税款 50% 以上 3 倍以下的罚款”。上述法律明确规定了税务代理人违反税收法律、法规规定的法律责任。在行政处罚处理期间，基能公司主张其并无偷税故意并陈述、申辩称，其与济南金立信财务管理咨询有限公司曾签订《代理记账协议

书》，因双方其他纠纷导致该公司故意未按约定进行纳税申报等事务，并提供了有关证据。在此情况下，地税稽查局应结合基能公司在行政处罚程序中的陈述、申辩意见及提供的证据在职责范围内依法进行调查、复核，以确定基能公司申辩理由是否与事实相符，同时，须对基能公司未缴、少缴税款的原因作出认定，以确定承担法律责任的主体。地税稽查局关于其已查清基能公司未申报缴纳税款的事实，法院再审查其复核程序是否是过度审查的问题。本院认为，对于基能公司未申报缴纳税款的事实，地税稽查局提供的证据充分，基能公司无异议，并补缴了税款及滞纳金。在履行行政处罚职权时，地税稽查局仍有查清事实，确认法律责任承担主体的法定义务。对复核程序的审查，是审查行政处罚行为合法性的必要内容。地税稽查局提供的证据不能证明其尽到了复核义务，从而可能影响被诉行政处罚决定结果的正确性。

综上，地税稽查局未对基能公司申辩的委托税务事宜进行复核，行政处罚程序违法，且可能影响到处罚结果的正确性。一审法院认定地税稽查局行政处罚程序合法，二审法院予以纠正。但一审法院认为地税稽查局未尽到审慎的职责，并判决撤销上述税务处罚决定，应予维持。地税稽查局的上诉理由不能成立，其上诉请求二审法院不予支持。

据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（二）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判；二审案件受理费50元，由上诉人济南市地方税务局稽查局负担。本判决为终审判决。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 孙中华 李国才

案例来源：全省法院典型案例评选二等奖

五、执行类案例

执行程序中限制“无益拍卖”原则的适用

【裁判摘要】

执行程序中限制“无益拍卖”原则的适用条件是：拍卖标的物上存在优先权；拍卖申请人不能因法院拍卖行为而受益；依据已确定的拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能。该原则是关于拍卖标的保留价确定的特别条款，虽然之后的司法解释对拍卖标的保留价的确定又作出了新的一般规定，但是根据特别法优于一般法的原则，仍应优先适用限制无益拍卖的有关规定。

案号：(2013)济中法执字第704号 (2015)济执异字2号 (2015)鲁执复字43号

【案情】

济南市中级人民法院（以下简称济南中院）立案执行的济南市历城区农村信用合作联社（以下简称历城农信社）申请执行济南泰瀛国际大酒店有限公司、许加臣、许加美金融借款合同纠纷一案，申请执行标的额34474382.46元。

执行中查明，被执行人许加臣名下有房产一处，但该房产已因赵艳荣申请执行许加臣民间借贷纠纷一案被济南市历下区人民法院查封，本案系轮候查封该房产。济南中院督促济南市历下区人民法院尽快处置涉案房产，但首查封案件的申请执行人赵艳荣拒不申请拍卖处置该房产。后经协调，济南市历下区人民法院书面同意将涉案房产交由济南中院处置。后济南中院依法委托评估机构对该房产进行了评估，评估价值为3724.54万元。评估报告均已送达相关权利人，异议期内，相关权利人对评估报告未提出异议，案件进入拍卖程序。

另查明，被执行人许加臣的上述房产先于2011年11月17日抵押给历城农信社，抵押债权本金3300万元；后于2013年1月18日抵押给第三人陈卓，抵押债权本金720万元，两次抵押均办理了抵押登记手续。

济南中院根据《最高人民法院关于人民法院委托评估、拍卖和变卖工作的若干规定》（以下简称《委托规定》，法释〔2009〕16号）第十三条的规定，确定涉案房产的第一次拍卖保留价为评估价即3724.54万元。后第三人陈卓向法院提出异议，要求法院重新确定保留价。理由为：依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称《拍卖规定》，法释〔2004〕16号）第九条规定：“保留价确定后，依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能的，应当在实施拍卖前将有关情况通知申请执行人。申请执行人于收到通知后五日内申请继续拍卖的，人民法院应当准许，但应当重新确定保留价；重新确定的保留价应当大于该优先权及强制执行费用的总额。依照前款规定流拍的，拍卖费用由申请执行人负担。”因此，根据该条规定，本案中拟拍卖房产的保留价应包含所有优先债权数额（3300万+720万=4020万）及强制执行费用，将评估价3724.54万元确定为保留价明显错误，请求法院按照《拍卖规定》重新确定保留价。

【异议审查】

对于陈卓的异议，济南中院经审查后认为：《拍卖规定》第九条适用于拍卖申请人为普通债权人而非优先权人的情况，目的是为防止出现无益拍卖的情况。而本案拍卖申请人即为优先权人，不适用上述规定。另外《委托规定》第十三条规定，拍卖财产经过评估的，评估价

即为第一次拍卖保留价；第十六条规定，施行前本院公布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。综上，本院确定以上述房产的评估价作为第一次拍卖保留价，事实清楚，适用法律正确。利害关系人陈卓的异议请求没有事实和法律依据，本院不予支持。据此，济南中院于2015年2月22日作出（2015）济执异字第2号执行裁定书，驳回陈卓的执行异议。

陈卓对上述裁定不服，向山东省高级人民法院申请复议。山东省高级人民法院经审查后认为：根据《拍卖规定》第九条，第一，第一次拍卖的保留价一般以参照评估价确定为原则，本条款属确定拍卖保留价的特别条款，是对无益拍卖的禁止或者限制性规定，即当拍卖对申请执行人实现债权没有益处且会耗费一定的司法资源的情况下，这种拍卖应当被禁止或者限制。第二，本条款适用的前提条件是出现无益拍卖的情形，而拍卖是否有益所针对的主体是申请执行人。本案中，申请执行人历城农信社是涉案财产的第一顺位优先受偿权人，拍卖涉案财产可以实现或部分实现其债权，因此，此次拍卖并不属于无益拍卖的情形，不能适用《拍卖规定》第九条关于无益拍卖中重新确定保留价的规定。第三，当出现无益拍卖的情形时，若申请执行人选择继续拍卖，流拍后要承担支付拍卖费用的后果。因此，是否继续拍卖并重新确定保留价的选择权在申请执行人一方，被执行人及其他利害关系人均无权依据本条规定申请重新确定保留价。本案，申请复议人陈卓是涉案财产的第二顺位优先受偿权人，并不是本案的申请执行人，因此主张按照《拍卖规定》第九条重新确定保留价属于主体不适格，济南中院未同意其请求重新确定保留价并无不当。据此，山东省高级人民法院于2015年5月8日作出（2015）鲁执复字43号执行裁定书，驳回陈卓的复议申请。

【评析】

本执行案件主要涉及以下几个问题：一是在首查封案件申请执行人拒不申请拍卖被执行人财产的情况下，执行法院是否可以依职权启动拍卖程序？二是关于拍卖财产保留价的确定，最高人民法院先后有两个司法解释作出了不同的规定，对此该如何选择适用？三是如果选择适用限制“无益拍卖”^①条款，那么应当符合哪几个条件？

一、执行中拍卖程序的启动。此问题在当前执行实务中十分突出，直接影响到相当一部分执行案件程序的推进。一方面是首查封案件的申请执行人怠于行使权力，迟迟不主动申请法院拍卖被执行人房产。原因可能有二：一是被执行人为规避执行，事先寻找关联公司或者股东、亲友等将其财产进行“保护性”查封，掌握财产处置的“主动权”；二是被执行财产上设有优先权，而首查封案件的申请执行人为普通债权人，其预测拍卖该财产所得价款，在扣除优先债权数额及评估、拍卖和执行费等费用后，所剩无几或根本没有剩余，拍卖被执行人房产不会使其受益。另一方面享有优先权的债权人急于拍卖被执行人财产，但因未首查封被执行人财产而无法启动拍卖程序。特别是当两个案件分属不同的执行法院时，首查封案件的执行法院因申请执行人不申请，而且还可能涉及到限制“无益拍卖”以及交纳评估费用的问题，一般不会依职权启动拍卖程序；而抵押权案件的执行法院因未查封被执行人财产，没有处置权，也无法启动拍卖程序。一边“有力无心”，一边“有心无力”，结果就是被执行人的财产长期难以处置，两个甚至多个案件久执不结。而且此类案件在执行实践中数量较多，当

^① 所谓无益拍卖，就是指保留价确定后，依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能，不能使案件申请执行人从中受益的司法拍卖行为。最高人民法院《拍卖规定》第九条，对无益拍卖行为作出了限制。

事人反应强烈，影响了债权人利益的实现，损害了法律权威，亟需加以解决。

笔者认为，对于此类情况，执行法院应当改变传统的必须依据当事人申请的做法，通过法院间协调，依职权及时启动对被执行人财产的变价处置程序。因为，首先从执行程序的功能定位上来说，执行不仅是为了保障申请执行人的利益，还包括实现生效法律文书确定的内容，维护司法权威。因此，即使申请执行人急于行使其权利，人民法院为维护生效法律文书的权威当然可以依职权主动处置被执行人的财产用以偿还债务。其次，从法律依据看，现行法律和司法解释并未要求对被执行人财产的处置必须经过申请执行人的申请，相反《民事诉讼法》第二百四十四条规定，“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产”，《拍卖规定》第一条即规定“在执行程序中，被执行人的财产被查封、扣押、冻结后，人民法院应当及时进行拍卖、变卖或者采取其他执行措施”。可见，法院依职权启动拍卖程序符合法律规定。最后，从效果上来看，如果法院不能依职权启动拍卖程序，致使被执行人财产长期不予处置，不仅会使案件久执不结，而且在将来财产变现后，在此期间产生的迟延履行利息由已丧失处置权的被执行人承担，对被执行人来说有失公平。而如果法院能依职权启动拍卖程序，不仅能使优先债权尽快得到实现，而且一般也不会直接损害普通债权人的利益，如果普通债权人对此有异议，可通过执行异议、复议程序寻求救济。因此，鉴于根据新的民事诉讼法解释第四百八十六条关于“对被执行的财产，人民法院非经查封、扣押、冻结不得处分。”的规定，在首查封案件申请执行人经法院督促，仍拒不申请对被执行人财产启动拍卖程序的情况下，执行法院可通过协调或请求上级法院指定管辖，确定由一家法院依职权主动启动拍卖程序，但可能出现“无益拍卖”的情况时除外。因为根据《拍卖规定》第九条，在可能出现“无益拍卖”时，执行法院必须依据申请才能启动拍卖程序。

二、执行中拍卖标的保留价的确定。对执行中拍卖标的保留价的确定，最高人民法院先后有两个司法解释作了规定。《拍卖规定》第九条第一款规定：“保留价确定后，依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能的，应当在实施拍卖前将有关情况通知申请执行人。申请执行人于收到通知后五日内申请继续拍卖的，人民法院应当准许，但应当重新确定保留价；重新确定的保留价应当大于该优先债权及强制执行费用的总额”。《委托规定》第十三条规定：“拍卖财产经过评估的，评估价即为第一次拍卖的保留价；未作评估的，保留价由人民法院参照市价确定，并应当征询有关当事人的意见。”第十六条规定：“施行前本院公布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准”。在先的《拍卖规定》第九条确定了执行中限制无益拍卖的原则，也即法院在经申请执行人同意后，实施对其无益的拍卖行为时，拍卖保留价应当大于该优先债权及强制执行费用的总额。而根据之后的《委托规定》，评估价即为第一次拍卖保留价。

对于以上两个司法解释，笔者认为，《委托规定》是关于执行中确定拍卖标的保留价的一般性规定，旨在防止出现首次拍卖保留价即低于评估价的情况；而《拍卖规定》是在拍卖标的物上存在其他优先债权时，为保护申请执行人的利益，避免浪费司法资源，而所作的限制无益拍卖的特别规定。因为执行程序本身也是一种有限的资源，具体到拍卖来说，拍卖作为一种成本较高的执行措施，其实施与否，既要考虑执行当事人的利益，同时也要考虑社会成本和社会效益，尽量避免对各方当事人都没有实际利益的执行。在普通债权人或受偿顺位在后的优先债权人申请拍卖时，如果依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿顺位在先

的债权和强制执行的费用后，没有剩余可能的，就意味着申请执行人的债权很可能无法通过拍卖价款得到实现，这种情况下的拍卖就可能成为无益拍卖，如果再依照正常程序进行拍卖，其结果，不仅对申请执行人和顺位在先的债权人无益，而且还会造成司法资源的浪费。因此，在出现无益拍卖的情况下，有必要设置专门的法律制度予以限制或禁止。因此，在执行程序中确定拍卖标的保留价时，对两个司法解释的适用应当如此选择，即：如果拍卖拍卖标的物上不存在其他优先债权时，应适用《委托规定》，以评估价为首次拍卖保留价；如果标的物上有其他优先债权且存在无益拍卖可能时，应适用《拍卖规定》确定拍卖保留价，但是当优先权人为拍卖申请人时除外。

三、限制“无益拍卖”原则的适用条件

1. 拍卖标的上存在优先债权。如果申请执行人均为普通债权人，那么根据被执行人的整体财产状况，各债权人要么按照查封财产的先后顺序受偿，要么通过参与分配程序或破产程序按比例清偿，不管那种情况，对首查封的申请执行人均会因拍卖被执行人的财产而受益，不会出现“无益拍卖”的可能。

2. 拍卖申请人为不能因法院拍卖行为受益。因为当享有优先受偿权的债权人申请拍卖时，法院的拍卖行为将使其受益，所以不适用限制“无益拍卖”条款。这里需要注意的是，假如拍卖标的上存有多个优先债权，那么排名靠后的优先权人申请拍卖是否适用限制“无益拍卖”条款呢？我们认为，不论是普通债权人还是排名靠后的优先权人，只要拍卖申请人不会因法院的拍卖行为受益，那么其就应适用限制“无益拍卖”条款。

3. 依据已确定的拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能。这里的“保留价”应是不限于第一次拍卖。假如第一次拍卖保留价大于优先债权和强制执行费用之和，但降价后第二次拍卖保留价低于优先债权和强制执行费用之和的，也应当适用限制“无益拍卖”的条款。也即，当可能出现“无益拍卖”时，每一次拍卖的保留价均应大于优先债权和强制执行费用之和。

本案中，历城农信社为涉案房产的第一顺位抵押权人，拍卖涉案房产将使其受益，不适用限制“无益拍卖”条款，其作为申请执行人申请拍卖被执行人房产，应依照《委托规定》将涉案房产评估价 3724.54 万元确定为首次拍卖保留价。第二顺位抵押权人陈卓申请拍卖保留价应包含其抵押权数额，没有法律依据，不应予以支持。

编写人：济南市中级人民法院执行三庭 陈明

案例来源：载《人民司法·案例》2016 年第 11 期

农村集体土地补偿费执行的有关问题

【裁判摘要】

在以农村集体经济组织（即村委会）为被执行人的执行案件中，尚未分配给村民的土地补偿费应归农村集体经济组织所有，法院可以依法予以执行。但土地补偿费应主要用于保障失地村民的生产生活，不能全部用于偿还农村集体经济组织对外所欠债务。参照政府规章的有关规定，土地补偿费中用于清偿农村集体经济组织因集体公益对外所欠债务的比例以 20% 为宜，剩余 80% 用于保障失地村民的生产生活。

案号：（2015）济执异字第 190 号【案情】

济南市中级人民法院（以下简称济南中院）立案执行的山东舜玉建设工程有限公司（以下简称舜玉公司）与济南市市中区十六里河街道办事处南康而庄村民委员会（以下简称南康村委会）建设工程施工合同纠纷一案，执行中，济南中院于 2015 年 9 月 24 日作出（2015）济中法执字第 63 号民事裁定书和协助冻结存款通知书，冻结被执行人南康村委会在济南农商银行英雄山支行 90104100020100021330 账户上存款 23995479.11 元。后案外人李秀义、曹玉泉、闫镇向济南中院提出执行异议，请求中止执行并解除对被执行人银行存款的冻结。

【异议审查】

济南中院查明：关于舜玉公司与南康村委会建设工程合同纠纷一案，该院于 2014 年 12 月 20 日作出（2013）济民五初字第 72 号民事判决书，判决南康村委会自判决生效之日起十日内支付舜玉公司工程款 19280173.68 元及相应利息。

2013 年 7 月 25 日至 2014 年 12 月 24 日，济南市国土资源局市中分局、南康村委会、济南市市中区国有资产运营有限公司（后变更为济南市市控股有限公司，以下简称市中控股公司）、济南市市中区人力资源和社会保障局先后签订了九份《土地征收补偿安置协议》，其中对土地征收费用的约定为：土地征收补偿安置费每亩 16 万元，地上附着物及青苗补偿费每亩 4.2 万元。2013 年 2 月 8 日，市中控股公司与南康村委会签订《协议书》一份，其中约定因南北康片区建设项目，征用济南市市中区十六里河街道办事处南康而庄村（以下简称南康村）土地总面积约 2171.38 亩（具体土地面积以国土资源部门实测为准）；土地及地上附着物补偿费：每亩 20.2 万元，补偿面积 1808.48 亩，共计 36531.296 万元。（地上附着物主要包括线杆、树木、青苗、石堰、道路、水池等）自 2013 年 7 月 29 日至今，市中控股公司已因南北康片区项目向南康村委会支付“土地及地上附着物补偿费”140954085 元，其中 23995479.11 元被法院冻结。

另查明，异议人李秀义、曹玉泉、闫镇均为南康村村民。

济南中院认为：土地补偿费归农村集体经济组织所有，但应主要用于被征地农民的生产生活安置和社会保障，土地补偿款中 20% 的比例可以用于偿还农村集体经济组织因集体公益对外所欠债务。本案中，涉案债务是在南康村委会建设“南康村 4#、5# 住宅楼建筑工程”时产生，应属于因南康村基础设施建设所产生的债务，可以由南康村委会所取得土地征收补

偿安置费中的 20% 份额来偿还。因南北康片区项目建设，市中控股公司已向南康村委会支付“土地及地上附着物补偿款” 140954085 元，按照《土地征收补偿安置协议》约定（土地征收补偿安置费每亩 16 万元，地上附着物及青苗补偿费每亩 4.2 万元）计算，其中土地征收补偿安置费为 11646800 元（ $140954085 \times 16 \div 20.2$ ），可以用于偿还债务的金额为 22329360 元（ 11646800×0.2 ）。另考虑到该项目征地补偿总价款为 36531.296 万元，仍有约 2.24 亿元“土地及地上附着物补偿款”尚未支付给南康村委会，所以法院冻结南康村委会 23995479.11 元用以偿还涉案债务，并无不当。异议人主张土地征收费用应归包括其在内的全体村民所有，请求解除对被执行人南康村委会名下银行存款的冻结，没有法律依据。据此，裁定驳回了异议请求。

【评析】

农村集体经济组织（也即村委会）作为被执行人时，登记在其名下的农村集体土地补偿费（以下简称土地补偿费）能否作为被执行人财产予以执行以及如何执行，是当前执行实务中经常遇到的一个问题，处理不当极易引发村民或债权人的群体上访，并影响到当地社会稳定和政府的征地拆迁工作，亟需加以研究解决。该类案件的执行主要涉及以下几个问题：一是土地补偿费的所有权归属；二是如何对法律文书确定的债权人合法权益和失地村民的生产生活利益进行平等保护；三是此类执行案件中应查明的几个主要事实。

一、土地补偿费的所有权归属

探讨对土地补偿费的执行，首先必须确定土地补偿费的所有权归属。在所有的现行法律法规中，只有《土地管理法实施条例》对土地补偿费的所有权归属作了规定。《土地管理法实施条例》第二十六条第一款规定：土地补偿费归农村集体经济组织所有；地上附着物及青苗补助费归地上附着物及青苗的所有者所有。根据该款规定，土地补偿费归农村集体经济组织所有。因此，当村委会作为被执行人时，尚未分配给村民的土地补偿费可以作为村委会的责任财产予以执行，用以清偿村委会对外所欠债务。

但是土地补偿费又不能全部用于清偿村委会对外所欠的债务。因为，从现实层面看，如果将土地补偿费全部用于清偿村委会的债务，失地村民的生产生活将难以保障，必然会损害村民的基本生存权益，影响社会稳定，也违背了谦抑执行的司法理念。从理论依据看，《物权法》第五十九条规定：农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。第六十条规定：“对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。”《村民委员会组织法》第八条规定：村民委员会依照法律规定，管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产，引导村民合理利用自然资源，保护和改善生态环境。根据上述法律规定，农村集体土地所有权的归属主体是农民集体，村委会只是代表农民集体行使集体土地所有权。因此，由于农村集体土地归农民集体所有，基于土地所有权而产生的土地补偿费实质上自然也归农民集体所有。村委会只是代表农民集体行使所有权，管理农民集体所有的财产，包括土地补偿费。而村委会在代表农民集体行使权利过程中，为了农民集体的利益所产生的债务，当然也应当由农民集体来偿还。也

即，在此类案件中，表面上被执行人是村委会，土地补偿费归村委会所有；而实质上被执行人是该村的农民集体，土地补偿费也应归农民集体所有。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第五条规定：人民法院对被执行人下列的财产不得查封、扣押、冻结：（一）被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；（二）被执行人及其所扶养家属所必需的生活费用。当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定；（三）被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品；……。综上，即使行政法规规定土地补偿费归农村集体经济组织所有，在执行以村委会为被执行人的案件时，必须为村民保留必要的生活必须费用，不能将土地补偿费全部执行用于清偿村委会所欠债务。

二、对债权人和村民利益如何平等保护

土地补偿款是有限的，既要保障失地农民的生产生活，又要保护债权人的合法权益，这两种相互冲突的利益该如何平等保护呢？土地补偿费中多少比例可以用于清偿村委会所欠债务呢？对此现行法律没有规定，只能参照适用政府规章。

《山东省土地征收管理办法》（山东省人民政府第226号令）第二十二条规定：农民集体所有的土地全部被征收或者征收土地后没有条件调整承包土地的，土地征收补偿安置费的80%支付给土地承包户，主要用于被征收土地农民的社会保障、生产生活安置，其余的20%支付给被征收土地的农村集体经济组织，用于兴办公益事业或者进行公共设施、基础设施建设。也即土地补偿安置费中20%份额可以用来偿还农村集体经济组织所欠债务。《济南市土地征收管理办法》（2010年9月1日起施行）第二十一条规定：土地补偿费和安置补助费应当主要用于被征地农民的生产生活安置和社会保障，其余的部分用于被征地的农村集体经济组织兴办公益事业或进行公共设施和基础设施建设。参照上述政府规章，土地补偿费应当主要（约80%）用于失地农民的生产生活和社会保障，剩余少数部分（约20%）可以用于清偿村委会因村民集体公益所欠的债务。

三、此类执行案件应查明的主要事实

1. 查明村委会名下的银行存款性质。银行存款属于种类物，村委会名下的银行存款来源可能很多，因此必须首先查明法院冻结的款项是否为土地补偿费。只有确定为土地补偿费的款项才可以参照上述比例（20%）予以执行，其他性质的存款不受此限制，一般均应全部予以执行。对于土地补偿费性质的确定，可以通过调查拆迁安置补偿协议、账户交易明细、政府征收公告、账户性质以及相关职能部门的证明等材料加以证实。

2. 查明土地补偿费的具体数额。现实中，政府与村委会签订完拆迁安置协议后，一般会计算出总数，然后将补偿款（包括土地补偿费、安置费、地上附着物及青苗补助费）一并打入村委会账户。因此，在执行过程中要根据拆迁补偿协议的具体内容，将上述款项进行区分，其中地上附着物及青苗补助费和安置费不得作为村委会财产执行。但如果根据拆迁安置协议，土地补偿费与安置费一并计算的，可以不加区分，参照20%的比例予以执行。

3. 查明执行案件所涉债务的性质。只有村委会因村民集体公益（比如修路、建养老院等）而对外所欠的债务才可执行土地补偿费，如果执行案件所涉债务系非因村民集体公益（比如村委会主任擅自以村委会名义对他人债务进行担保）而产生，则不得执行村集体的土地补偿费。

执行类案例

另外需要注意的是，此类案件法院只是参照政府规章确定的比例予以执行，不需要完全符合政府规章所规定的其他条件，具体的比例也可根据具体案情适当调整，不受 20% 的严格限制。

编写人：济南市中级人民法院执行三庭 陈 明

案例来源：载《人民司法·案例》2017 年第 14 期

企业改制后的被执行人追加问题

——曲阜金皇活塞股份有限公司申请复议案

【案件基本信息】

1. 判决书字号

济南市中级人民法院（2013）济执复字第 25 号执行裁定书

2. 案由：对驳回执行异议裁定不服

3. 当事人

申请复议人（异议人）：曲阜金皇活塞股份有限公司，住所地曲阜市献泉路 1 号。

法定代表人：张鲁京，董事长。

委托代理人：颜世明，男，1954 年 11 月 10 日生，汉族，该公司职工。

委托代理人：俞世海，山东众立律师事务所律师。

申请执行人：中国长城资产管理公司济南办事处，住所地济南市经七路 168 号。

法定代表人：刘学堂，总经理。

委托代理人：邹立娟，北京隆安律师事务所律师。

被执行人：中国轻骑集团有限公司，住所地济南市和平路 34 号。

法定代表人：宋勇，董事长。

被执行人：中国轻骑集团曲阜活塞厂，住所地曲阜市献泉路 1 号。

法定代表人：张家岭，董事长。

【基本案情】

关于中国长城资产管理公司济南办事处申请执行中国轻骑集团有限公司（以下简称轻骑集团）、中国轻骑集团曲阜活塞厂（以下简称曲阜活塞厂）借款担保合同纠纷一案，济南市市中区人民法院（以下简称市中法院）于 2012 年 10 月 16 日作出（2004）市非诉仲执字第 94—3 号执行裁定书，变更曲阜金皇活塞股份有限公司（以下简称金皇公司）、轻骑集团为本案被执行人。

金皇公司不服，向市中法院提出异议，称金皇公司是自然人出资成立，与曲阜活塞厂无法律上关联性，曲阜活塞厂的债务不应由金皇公司承担。

【案件焦点】

金皇公司应否为改制前的曲阜活塞厂的债务承担清偿责任

【法院裁判要旨】

市中法院查明，曲阜活塞厂是轻骑集团的全资子公司，2003 年，曲阜活塞厂以轻曲活字〔2003〕第 19 号文件、轻骑集团以轻集企发〔2003〕28 号文件要求将曲阜活塞厂以零买断方式改制为有限责任公司。在轻集企发〔2003〕28 号文件中的改制方案中，对股本结构也作了设置，截止到 2002 年 10 月末轻骑集团对曲阜活塞厂贷款互相担保金额为 1887 万元，土地评估值为 1153.5 万元。济南市国有资产管理局以济国资评函〔2003〕03 号文、济国资运控〔2003〕04 号文核准曲阜活塞厂以零价买断方式改制，济国资运控〔2003〕04 号文中的批复

“原则同意你公司提出的由该企业职工、经营者群体以零价买断的国有资产处置方案，并由其共同出资组建新公司，原企业的债权、债务（包括或有负债）由新公司承接。”2003年4月1日轻骑集团与曲阜活塞厂全体职工及经营者群体代表张鲁京签订了股权转让合同，在曲阜活塞厂的基础上成立了曲阜金皇活塞有限公司。2005年12月16日，经山东省发展和改革委员会鲁发改〔2005〕1275号文批复曲阜金皇活塞有限公司变更成立金皇公司。曲阜金皇活塞有限公司于2003年7月向曲阜市国土资源局递交了土地转让变更登记申请，将原曲阜活塞厂名下的三宗土地变更到曲阜金皇活塞有限公司名下，曲阜金皇活塞有限公司在2003年7月22日向曲阜市国土资源局递交的土地转让变更登记申请中写明“我厂改制前是轻骑集团异地国有子公司，2003年4月11日经济南市国有资产管理局、济国运控〔2003〕04号文批准，以零资产出让的形式实施公司制改造，改制为由全体职工和经营者群体投资组建有限责任公司。”2011年上述三宗土地部分被政府收回，被收回部分曲阜市人民政府在曲政土〔2011〕16号文中注明“由山东瑞嘉置业有限公司对曲阜金皇活塞股份有限公司依法给予补偿。”2009年5月26日，中国轻骑集团曲阜活塞厂被曲阜市工商行政管理局吊销。

市中法院认为，异议人金皇公司提交的相关证据及申请执行人中国长城资产管理公司济南办事处提交的相关证据证明，金皇公司是由曲阜活塞厂以零买断形式改制后成立的公司，在改制过程中已对曲阜活塞厂的企业互相担保贷款金额在改革方案的股本结构上作了设置。金皇公司亦对包括土地在内的财产接受并变更到自己名下。曲阜金皇活塞有限公司在2003年7月22日向曲阜市国土资源局递交的土地转让变更登记申请中写明“我厂改制前是轻骑集团异地国有子公司，2003年4月11日经济南市国有资产管理局、济国运控〔2003〕04号文批准，以零资产出让的形式实施公司制改造，改制为由全体职工和经营者群体投资组建有限责任公司。”此证据及异议人提交的其他证据和申请执行人提交的相关证据证明，异议人所称原曲阜活塞厂与异议人金皇公司没有关系的异议不能成立。原曲阜活塞厂是否及时被工商行政管理部门吊销也不能说明原曲阜活塞厂与金皇公司没有关系。因此，异议人金皇公司的异议理由不能成立。市中法院作出（2004）市非诉仲执字第94-5号执行裁定书，驳回了金皇公司的异议。金皇公司不服，以与异议时相同的理由向济南市中级人民法院申请复议。

济南市中级人民法院经复议审查认为，企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记手续。本案中，曲阜活塞厂虽被工商行政管理机关吊销了营业执照，但没有办理注销登记，曲阜活塞厂的企业法人资格并未终止。市中法院在异议审查中，错误的认为曲阜活塞厂的法人资格已终止，并依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条（现已改为第二百三十二条）的规定裁定变更金皇公司、轻骑集团为被执行人，属认定事实不清，适用法律错误，应予撤销。本案中，轻骑集团经主管机关批准，对曲阜活塞厂进行改制，相关改制文件确定了由曲阜活塞厂职工和经营者群体零价买断企业资产的改制方案，并明确曲阜活塞厂的原有债权、债务由新成立的公司承受。按照上述改制方案，曲阜活塞厂的职工和经营者组建了金皇公司，并接受了曲阜活塞厂的国有土地使用权、机器设备等资产。中国长城资产管理公司济南办事处要求金皇公司承担曲阜活塞厂对其所负的债务，可通过诉讼程序主张权利。

济南市中级人民法院于2013年6月24日作出（2013）济执复字第25号复议裁定书，撤销了济南市市中区人民法院（2004）市非诉仲执字第94-3号、94-5号执行裁定书。

【法官后语】

人民法院执行中的变更、追加被执行人程序，可将案件当事人之外的其他自然人或法人，

在不经审理程序确认的情况下，直接裁定为案件的债务承担者，属于对生效法律文书既判力的扩张^①，会严重影响被追加人的实体权益，因此对该程序的适用必须慎之又慎。人民法院变更、追加被执行人必须符合以下几个条件：

1. 有明确的程序性法律依据

变更追加被执行人只能依据程序性法律规定，而不能直接依据实体法变更或追加被执行人。因为执行中没有如审判一样周密的给予双发当事人充分权利保障的程序性设置，救济渠道也相对简单，因此要多执行中法官的裁决权作出必要限制，以便充分保护当事人的权益。

2. 有充分的事实理由

执行法院在变更追加被执行人前必须要通过调查，有充分的事实证据证明案件符合变更追加被执行人的全部条件，只要有一点不符合，也不得变更追加，从这个角度看，可以说执行法院对变更追加被执行人承担举证责任。

3. 符合比例原则

一是必须被执行人无法履行全部义务。如果生效法律文书确定的被执行人有履行能力，则应首先执行该被执行人的财产。只有在穷尽了所有执行措施，被执行人仍不能清偿全部债务的情况下，才可以考虑变更、追加案外人为被执行人。^②二是变更追加被执行人的裁定应当同时明确承担责任的范围。三是要给予被变更追加人充分的权利救济保障。案外人被变更、追加为被执行人后提出异议的，执行法院应当召开听证会进行审查，在合议研究后依法作出裁定。各方对裁定不服的，还可向上一级人民法院复议。

编写人：济南市中级人民法院执行三庭 陈明

案例来源：载《执行工作指导》2014年第3辑（总第51辑）

^① 丁万志：《变更追加被执行人适用程序研究》，《人民法院报》2011年12月14日。

^② 因被执行人名称变更而变更被执行人的除外，《民诉意见》第273条。

山东鑫海投资有限公司与山东启德置业有限公司等 委托贷款纠纷执行实施案

基本案情

山东鑫海投资有限公司（以下简称鑫海公司）与山东启德置业有限公司（以下简称启德公司）等委托贷款纠纷一案，经最高人民法院终审后判决：启德公司偿还鑫海公司借款84500万元及相应利息；鑫海公司对“启德国际金融中心”三宗土地拍卖的价款优先受偿；三威公司、大地公司、张辉、张浩承担相应保证责任。该案山东省高院依法指定济南市中级人民法院执行。

执行结果

执行中，济南市中级人民法院依法查封“启德国际金融中心”土地及地上建筑物，对启德公司等依法纳入失信被执行人名单，予以信用惩戒，并限制有关人员出境，依法委托评估、拍卖涉案“启德国际金融中心”，经79轮竞拍，以15.6亿元拍卖成交，并对现场强制清场腾空，交付买受人。根据鑫海公司的承诺，在拍卖款中提存1.5亿元，维护购房户购房款权益。同时留存相应款项，保障施工队建设工程价款优先受偿权。剩余拍卖款，依法清偿启德公司所欠债务。

典型意义

本案对“启德国际金融中心”的依法执行，有效保证了生效法律文书确定的当事人合法权利得以实现，防止了申请执行人巨额资产的损失，依法维护了人民法院司法权威和司法公信力，取得良好效果，对相关房地产执行案件具有示范意义。

编写人：济南市中级人民法院执行三庭 陈 明

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布

褚某申请解除限制出境措施执行异议复议案

基本案情

济南市历下区人民法院在执行佛山南海厂与济南星泰装饰有限公司买卖合同纠纷一案中，裁定限制被执行人的法定代表人褚某出境。之后济南星泰公司变更了工商登记，褚某不再担任法定代表人，其出资亦转让他人。褚某遂向法院申请解除限制出境措施。

裁判结果

济南市中级人民法院经复议认为，采取限制出境的目的，是为督促被执行人主动履行义务。被执行人为单位的，可以对其采取限制出境措施的主体为影响公司履行义务的人员，不限于公司的法定代表人。褚某作为公司的主要投资人和法定代表人，应认真履行职责，积极履行生效法律文书确定的义务。在案件执行期间，褚某转让投资及辞去法定代表人的行为，客观上影响了公司义务的履行，也影响了申请执行人权利的实现。因此，褚某要求解除限制出境措施不应支持。

典型意义

本案的裁判明确了即使法定代表人辞去其职务，仍是影响债务履行的直接责任人，在债务履行完毕前，不应对其解除限制出境。解除限制出境的条件应是被执行人履行全部债务，或提供充分有效的担保，或经申请执行人同意。严格掌握解除限制出境的条件，对打击规避执行行为，促进社会诚信体系建设，具有积极的意义。

编写人：济南市中级人民法院执行三庭 刘忠东

案例来源：济南市中级人民法院新闻通报会发布