

# 济南法院参考性案例

济南市中级人民法院编



## 编辑委员会

主任：张爱云

副主任：李杰 孙永一 宋蔚 郑玉 毕于军 杨雷 张江涛 张威力  
王成 贾玉东 李志忠

编委：吴大平 付雪玉 赵军蒙 陈茹



## 前 言

为进一步总结类案裁判规则，统一类案审理思路，提炼和推广更具参考价值的典型案例，有效推动优秀审判经验的传承，根据中院党组“六个一”工程任务目标，今年我们继续编纂了《参考性案例》系列丛书第二辑。

本辑主旨为：总结裁判规则、统一类案标准。本辑将通过微信公众号、法信搜索平台、赠送书籍等方式向社会公众全面推送、扩大传播，以期能够作为法官审理类似案件中普遍适用的办案参考、青年法官司法能力培养的教材和辖区法院业务指导的载体，并在加强司法公开等方面发挥积极作用。

编撰中，各业务庭室按照职能分工对目前审理的主要案由进行了系统化梳理，将具有同类特征要素的案件进行归并整理，如将劳动争议纠纷细分为确认劳动关系纠纷案件、追索劳动报酬纠纷案件、工伤保险待遇纠纷案件等，根据类案的典型特征选择了具有代表性的案件撰写案例，以确定类案裁判方法及适用范围。

本辑共收录案例 61 篇，分为刑事、民事、商事、行政和执行五大类。案例按照关键词、案例要旨、相关法条、案件索引、基本案情、裁判结果、裁判理由以及参照适用本案例时应注意的问题等八个方面，对案例所具有的指导意义、适用范围、不宜使用的情况等进行了阐述。

由于水平有限，本书在编辑过程中存在的不当之处，敬祈读者批评、指正。

编 者

二〇一九年十一月



## 目 录

### 一、刑事案件

1. 实施一般殴打导致特异体质被害人死亡的行为如何定性 ..... (1)
2. 案发前后的通奸行为不影响强奸犯罪的认定 ..... (6)
3. 法院在认定刑事被告人罪名时要形成完整的证据链条以及对于强奸罪中轮奸行为的认定问题 ..... (9)
4. 综合考量刑事被告人量刑情节来实现罪责刑相统一 ..... (12)

### 二、民事案例

5. 法院应综合审查当事人遭受人身损害的具体情况在确有证据支持的基础上运用裁量权确定公平合理的赔偿数额 ..... (17)
6. 房屋消费者的物权期待权具有排除执行的效力 ..... (23)
7. 法院在正确分配举证责任基础上运用优势证据规则认定案件事实 ..... (25)
8. 恋爱双方共同贷款购买的房屋为按份共有 共有份额确定后方可分割 ..... (30)
9. 小区建筑未统一规划安装太阳能, 业主自行安装太阳能给相邻方造成妨碍的应予拆除 ..... (32)
10. 用人单位为劳动者缴纳社会保险费的缴费基数低于劳动者实际工资, 劳动者主张解除劳动合同经济补偿金, 一般不予支持 ..... (35)
11. 关于不当出生之诉的认定规则、医方承担赔偿责任的基础及损害赔偿范围问题 ..... (38)
12. 案外人执行异议案件中对特定账户内金钱权属的异议审查规则 ..... (42)
13. 优势危险负担原则在机动车与非机动车发生交通事故时责任认定中的适用规则 ..... (46)
14. 夫妻双方在离婚协议中对房屋权属作出的约定, 能否产生物权变动效力及能否排除执行 ..... (50)
15. 公司股东抽逃出资证明责任分配及认定 ..... (54)
16. 法院应根据污染物的种类、排放量等因素确定两个以上污染者责任的大小, 可参考专家意见综合认定 ..... (57)
17. 法院应综合案情和当事人提供的证据判断无书面委托授权情况下签订的农村土地流转合同效力 ..... (74)
18. 对执行标的先采取查封措施的债权不能先于享有优先权的债权受偿 ..... (78)
19. 消费者购买商品房后因欠债被执行房产, 开发商能否以商品房买卖合同已解除为由阻却执行 ..... (81)
20. 名为委托租赁合同关系实为售后包租合同关系, 人民法院应根据当事人之间真实法律关系定性处理纠纷 ..... (85)

## 目 录

---

21. 农村土地承包合同纠纷中拆迁补偿利益的综合认定 ..... (89)
22. 认定债权人对账户资金是否享有质权，应从当事人是否存在质押合同关系、质权是否设立等方面进行审查 ..... (96)
23. 被执行人在银行设立保证金账户为贷款提供质押担保的，该账户内的存款不应作为被执行人的财产予以执行 ..... (100)
24. 撤销权的成立，客观上必须是债务人实施了一定的危害债权人债权的行为，导致财产的减少将会使债权得不到清偿 ..... (104)
25. 承租人单方致函并搬离承租房屋不具有合同解除权应承担违约责任 ..... (108)
26. 因业主存在违建情形导致开发商办理商品房初始登记受阻，开发商不承担逾期办证违约责任 ..... (114)
27. 关于未取得产权证书的政策性拆迁安置房屋流转的合法性是否属于人民法院受理范围 ..... (117)
28. 在涉案房屋未办理产权登记的情况下，借名买房中要求确认其为实际购买人并办理产权登记如何处理的问题 ..... (120)
29. 未签订书面合同是否成立房屋买卖关系及一房二卖的法律后果 ..... (125)
30. 合同条款存有歧义情形下的解释方法及“公开的计算错误”的处理规则 ..... (129)
31. 恋爱期间给与对方钱款，分手后能否以民间借贷主张返还 ..... (149)

### 三、商事案例

32. 法院应通过对相关法律规定要义的理解与适用来判断给付之诉请求权与确认之诉请求权的界定、涉及破产的被告及未破产的被告和自然人被告各自债务金额截止时间点、担保物权与保证担保并存时的实现顺序、抵押登记债权金额与抵押合同约定担保范围不同时的界定 ..... (155)
33. 法院在审理证券虚假陈述责任纠纷案件中对虚假陈述行为实施日、揭露日（更正日）、基准日、市场系统风险的认定考量标准以及投资差额损失的算法 ..... (164)
34. 票据利益返还请求权的诉讼时效适用民法中关于民事权利诉讼时效的规定确定 ..... (178)
35. 公司为实际控制人担保相对人未尽形式审查义务的不予保护 ..... (180)
36. 法院应通过对相关法律规定要义的理解与适用来判断破产债权的范围 ..... (189)
37. 政府采购合同非经法定程序、符合法律规定的条件不得擅自变更 ..... (194)
38. 证券市场股票简称的规范性使用 ..... (199)
39. 著作权权利基本事实的证明与举证责任分配 ..... (203)
40. 美术作品拍照上传微信朋友圈的行为性质认定 ..... (207)
41. 违反诚实信用恶意注册并行使商标权的行为构成商标权滥用 ..... (210)
42. 以拆分等形式不规范使用自身商标导致与他人商标混淆构成侵犯他人注册商标专用权的行为 ..... (214)
43. 股东在验资结束后将验资资金立即转移至由其担任唯一股东的一人有限责任公司或未经减少注册资本法定程序直接从公司收回投资应认定为抽逃出资 ..... (218)



44. 股份合作制企业兼具公司制企业和合伙制企业的部分特征，当股东与企业发生纠纷时，应首先尊重企业内部约定，在无企业内部约定的情况下，可以参照适用公司法或者合伙企业法的相关规定 ..... (224)
45. 清算组未按法律规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，清算组成员应对造成的损失承担赔偿责任 ..... (229)

#### 四、行政案例

46. 法院应综合运用行政法基本原则对行政机关的自由裁量权进行适度的审查 ..... (239)
47. 贾洪泷诉济南市历城区食品药品监督管理局行政奖励案 ..... (244)
48. 泰安明智置业有限公司诉山东省人民政府行政复议案 ..... (249)
49. 销售不合格食品免予行政处罚的条件认定与执法机关裁量权把握 ..... (252)
50. 醉酒并非一概不予认定工伤的事由 ..... (257)
51. 道路运输系统内的相对集中行政处罚权 ..... (262)
52. 复议与诉讼的程序选择问题 ..... (267)

#### 五、执行案例

53. 法院应当审查拍卖程序是否严重违法且损害当事人利益判断是否撤销拍卖程序 ..... (273)
54. 法院采取罚款措施时应当根据当事人实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果以及诉讼标的额等因素 ..... (276)
55. 执行机构在执行过程中可以结合执行依据裁判说理部分审查确定具体给付内容 ..... (278)
56. 到期债权异议应以不予审查为原则，以立案审查为例外 ..... (281)
57. 逾期提出以物抵债申请导致执行标的的市场价值发生变化属于依法不能交付抵债的情形 ..... (286)
58. 被执行人享有的基金份额能否作为执行标的采取强制执行措施 ..... (289)
59. 法院关于到期债权第三人异议的审查 ..... (295)
60. 因笔误而作出的民事补正裁定不影响执行行为的效力 and 延续性 ..... (297)
61. 逾期缴纳拍卖款是否构成悔拍 ..... (300)

## 一、刑事案例



# 实施一般殴打导致 特异体质被害人死亡的行为如何定性

——张某某过失致人死亡案

**关键词** 一般殴打导致特异体质被害人死亡

## 【案例要旨】

行为人因民间纠纷与被害人发生争执后，在不明知被害人患有严重心脏疾病的情况下，对被害人实施一般性殴打，致使被害人冠心病急性发作死亡。行为人实施的行为直接产生的后果没有达到构成故意伤害罪所要求的轻伤以上程度，应以过失致人死亡罪定罪处罚。

## 【相关法条】

《中华人民共和国刑法》

**第二百三十三条** 过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

**第二百三十四条第一、二款** 故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁0102刑初119号（2019年6月5日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01刑终277号（2019年8月23日）

## 【基本案情】

被告人张某某，男，1969年10月20日出生于山东省济南市，汉族，高中文化，无业，住济南市历下区某马路12号，2017年9月7日因涉嫌故意伤害罪被逮捕。

济南市历下区人民检察院以张某某犯故意伤害罪，向济南市历下区人民法院提起公诉。

历下区人民法院经公开审理查明：2017年7月31日，在济南市历下区某马路12号，被告人张某某、刘某双（张某某妻子）因琐事与邻居被害人李某某（男，63岁）、刘某（李某某妻子，60岁）发生争执并相互辱骂。其间，被告人张某某使用拳头及木棍对李某某头部进行击打，随后被邻居劝开。被害人李某某回家后昏倒，经抢救无效死亡。被告人张某某使用其妻子刘某双的手机拨打了报警电话。

经鉴定，被害人李某某系与人争吵、打斗等因素诱发冠心病急性发作死亡；刘某遭钝性外力作用致左手背、左臀下外侧、右臀部及左膝外侧软组织挫伤，软组织挫伤面积达15.0cm<sup>2</sup>以上，评定为轻微伤。

认定上述事实的证据有：

1. 证人刘某双的证言证明：2017年7月31日17时许，其见自家电表快从墙上掉下来

了，电线也耷拉在门口。一会儿，其对象张某某回来了，其就给张某某说了电表和电线的事。因其电表和刘某理发店的电表挨着，有新电线缕到刘某刚租的房子里，其明白就是他们干的。张某某就在理发店门口给对方说了一下。不久，理发店对面的裴大哥过来修电表，还没有修完，刘某和对象老李就过来了，其听见他们在骂娘。张某某听见对方骂娘就也骂着过去。他们两个男人就厮打在一起，刘某也打张某某。其就过去拉扯刘某的对象，结果被打了两拳。张某某头上、手上、脸上都有伤，老李脸上没有什么伤。后其拉着张某某回大门洞，刘某也拉着老李回理发店。其和张某某在大门洞里打了“110”。

2. 证人刘某的证言证明：2017年7月31日，其理发店搬家。17时许，其听到张某某妻子在院子里乱骂。其赶紧过去承诺给对方修电表。这时，裴大哥过来说一会儿给弄上，一会儿，张某某夫妻又出来在院子里骂，其回去给丈夫李某某说，李某某过去给对方说一会儿弄好，张某某夫妻二人还是不愿意。张某某用拳头打李某某鼻子处好几拳，其过去拉架，张某某妻子咬李某某胳膊，还抓挠其头发、胳膊，张某某媳妇和其一起厮打，张某某和李某某一起厮打，从过道打到某马路上，张某某把其摔倒了。其看到张某某媳妇回家拿一根木棍朝李某某打。后张某某把木棍拿过来，用木棍砸李某某后脑勺一棍，打李某某后背一下，又打李某某腿部一下。邻居拉开后，其和丈夫回到理发店，刚进门李某某就栽倒在地，不省人事。其打“120”，一会“110”“120”都来了，对其丈夫进行抢救，后在齐鲁医院也没抢救过来。其左手背红了，李某某鼻子处有血迹。李某某有高血压，三年前得过脑梗。

3. 证人袁某某的证言及辨认笔录证明：2017年7月31日17时许，其在刘某理发店帮忙搬家。李某某让一个姓裴的人帮忙扯电线，理发店的电表和张某某家电表紧挨着，老裴扯线时可能不小心把张某某家电表一个木橛子弄下来了，张某某夫妻不愿意，双方打了起来。其就看到张某某夫妻先动手，拳打脚踢李某某夫妻，张某某边打边骂。李某某夫妻也反抗，互相殴打。张某某和李某某打在一起，两人的媳妇也打在一起，双方从过道打到某马路。张某某把刘某打倒在地，又把李某某打倒在地，张某某媳妇帮着张某某分别殴打李某某和刘某，其和老裴、房东去拉架。张某某拿棍子朝李某某头部打了一下，李某某当时没有反抗。李某某到新搬的理发店屋门口，就一头栽倒地，不省人事。

4. 证人裴某某的证言及辨认笔录证明：2017年7月31日17时30分许，其刚回家，张某某的妻子在某马路巷子里嚷嚷她家电表盒被动了，快掉下来了。这时李某某妻子来找我，让其去帮忙说说。其给张某某的妻子说其给他们修，并拿凳子锤子去修电表盒子。其修的时候听到了打起来的动静，就跑到家门口看到李某某两口子和张某某两口子四个人打成一团，互相撕扯在一起，其和街坊上去把四个人分开，他们就各自回家了。张某某当时还说要打“110”。几分钟后，李某某妻子跑过来说李某某不行了，其赶去李某某家，见李某某右手蜷在胸前，左手顺在身体旁边，脸趴在地上，脸色发紫，不久救护车就来了。

5. 证人魏某某的证言及辨认笔录证明：2017年7月31日17时许，其看见有人打架了，打架的一方是和其住一个院的夫妻，另一方是某马路开理发店的夫妇。和其住一个院的那家女人回来见电线耷拉下来挡着门，电表盒子也歪了，电表旁边一根新线直通到12号院门口理发店中，就觉得是理发店的人把电线弄下来的，就骂了两句。一会儿，那家男人回来了，这个女的就让她对象去找理发店的人来修电表盒子。有人过来修，在修电表盒子的时候双方争吵起来，双方夫妇都到现场，吵了一会儿就动手打起来。双方夫妇都动手和对方撕扯，空着手打对方。电工和一个街坊也过来拉架。其正劝架中，左前侧额头被一个人用拖把杆打中。

经辨认张某某、刘某双就是和其住一个院的那对夫妇，刘某就是某马路开理发店的女子。

6. 被告人张某某供述：其住济南市历下区某马路12号，门口有刘某的理发店。2017年7月31日18时许，其下班回家后，其对象说电表快从墙上下来了，电线耷拉在门口，是理发店刘某弄的。其就在大门口冲着理发店喊，让他们抓紧修好。一会儿，隔壁老裴哥过来修电表和电线，还未修完，刘某和对象老李就过来了，老李嚷嚷着说什么大不了的事，来了给你修好就是了，其对象就接话并在言语上发生冲突。老李从大门洞的门后面拿了根棍子想冲其对象打，棍子被邻居夺下。其往回走时听见老李在大门外还一直骂娘，其转身抄起刚才被邻居夺下的木棍就冲老李过去，裴哥等邻居来夺其手中棍子，其用棍子抡打到打架的邻居，并没有打到老李，棍子就被夺下了，其和老李扭打在一起，其冲老李头部、胸部还击了几拳，其头上也挨了几下，左手流血了。刘某冲上来拉扯其，其把对方甩倒了，老李趁机打其一拳，其就把老李推倒在理发店门口台阶上，老李坐在台阶上身子向后仰着，身体其他部位应该没有摔在地上，后邻居把其和老李拉开了。其在大门洞里打“110”报警。

7. 被告人张某某的辨认笔录证明：济南市历下区某马路7号和12号院中间门马路中央就是其与刘某双同李某某夫妻打架的地点，李某某就是和其打架的老李。

8. 法医学尸体检验鉴定书、病历证明：李某某系冠心病急性发作死亡，争吵、打斗等因素为其冠心病急性发作死亡的诱因。

9. 法医学人体损伤程度鉴定书、病历证明：刘某所受损伤评定为轻微伤。

10. 公安机关出具的发破案经过、抓获材料、报警单证明：案发后，公安机关曾接到被告人张某某妻子刘某双的手机号码拨打的报警电话。2018年7月31日，被告人张某某经公安机关传唤到案。

11. 被告人张某某的户籍信息及表现材料证明：张某某的身份情况，无前科。

#### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年6月5日作出（2018）鲁0102刑初119号刑事判决：被告人张某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十年。

宣判后，公诉机关不抗诉。被告人张某某不服判决，以“一审判决量刑畸重、其欲赔偿被害人亲属经济损失并争取对方谅解”为由提出上诉。辩护人提出对张某某应按过失致人死亡罪定罪量刑，张某某具有自首、认罪悔罪、积极赔偿并取得谅解的从宽情节，可判处三年以下有期徒刑，并适用缓刑。二审出庭检察员认为，张某某与被害人李某某因琐事发生纠纷后，张某某使用拳头及木棍对李某某头部进行击打，故意伤害意图明显，一审判决认定事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当，应驳回上诉，维持原判。二审审理查明的事实和证据与一审相同。二审另查明：上诉人张某某的亲属向被害人李某某的亲属赔偿人民币41万元，李某某的亲属出具了谅解书，请求对张某某依法从轻处罚。

济南市中级人民法院于2019年8月23日作出（2019）鲁01刑终277号刑事判决：一、撤销山东省济南市历下区人民法院（2018）鲁0102刑初119号刑事判决；二、上诉人张某某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑五年。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：上诉人张某某因琐事与被害人李某某发生争执后，张某某用拳头对李某某头部进行击打，其应当预见李某某年龄较大、可能存在健康状况不佳等因素，击打李某某头部可能导致李某某伤亡的危害后果，由于疏忽大意未能预见，以致发生李某某死亡的

危害后果，其行为依法构成过失致人死亡罪。尽管证人刘某、袁某某的证言证实张某某实施了用木棍击打李某某头部的行为，但张某某供述其持棍抡打被害人但未打中，根据李某某尸体检验鉴定书的记载，被害人李某某尸检头皮表面未见损伤，双侧颞肌无出血，颅骨无骨折。张某某实施的拳头、木棍击打李某某头部的行为直接产生的后果没有达到构成故意伤害罪所要求的轻伤以上程度，且鉴定意见认为李某某系与人争吵、打斗等因素诱发冠心病急性发作死亡。张某某对李某某造成的损伤不是李某某死亡的直接原因，而是诱发李某某冠心病急性发作的诱因。我国刑法规定，故意伤害他人身体导致轻伤以上的结果才构成故意伤害罪，而且伤害行为与伤害后果应具有直接因果关系。据此，张某某的行为不符合故意伤害罪的犯罪构成要件，一审判决对此定罪错误，应予纠正，二审出庭检察员的相关意见不能成立，辩护人提出的应构成过失致人死亡罪的辩护意见成立，予以采纳。鉴于张某某有自首情节，认罪悔罪、赔偿被害人亲属并取得谅解，可对其从轻处罚，辩护人提出的相关辩护意见成立，予以采纳，但张某某所犯罪行不符合判处缓刑的法定条件，辩护人提出的可判处缓刑的辩护意见不能成立，不予采纳。综上，一审判决认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法，但适用法律错误。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第（二）项和《中华人民共和国刑法》第二百三十三条，第六十七条第一款，《最高人民法院〈关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释〉》第一条之规定，做出上述判决。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

针对本案被告人张某某的行为定性，还有一种意见认为属于意外事件，张某某的行为不构成犯罪，不应当负刑事责任。该意见认为，被害人死亡的直接原因是生前患有严重的冠状动脉粥样硬化性心脏病，并且曾多次出现心肌梗死。被告人仅实施了一般性殴打且未直接导致轻伤以上的危害后果，被告人不可能预见到被害人的特异体质进而预见到导致被害人死亡的结果，因此，本案属于意外事件，被告人的行为不构成犯罪，不应当负刑事责任。

针对该意见，承办人认为刑法中的因果关系是指实行行为与结果之间的引起与被引起的关系。本案法医学尸体检验鉴定意见书、被害人的病历表明，被害人李某某冠心病急性发作死亡，争吵、打斗等因素为其冠心病急性发作死亡的诱因。由此见可知，被害人李某某的死亡属于多因一果情形，死亡的直接原因是心脏病，但该心脏病并非自然发作，被告人张某某实施的殴打行为本身也并不必然产生死亡的危害结果，但该行为导致被害人情绪激动，诱发冠心病急性发作，最终导致被害人死亡，张某某的行为与被害人死亡结果之间属于偶然因果关系。张某某与被害人发生争吵、打斗在前，被害人冠心病发作在后，期间没有其他因素介入。因此，本案被告人张某某的行为是被害人死亡结果发生的必要条件，两者具有刑法上的因果关系，应对被告人进行定罪处罚。

本案认定被告人张某某的行为构成过失致人死亡罪更符合公众的一般心理预期。为了合理明确刑法处罚范围，对于处在罪与非罪、重罪与轻罪边缘的行为，应适当结合一般人的生活和社会常理作出判断。在一般争执和殴打致人死亡案件中，被告人的行为并未直接造成被害人轻伤以上的后果，而是因被害人原有病症发作等复杂因素导致死亡，因果关系方面具有“多因一果”的特征，死亡结果具有某种程度的偶发性，对此种情形以过失致人死亡罪定罪处罚更能获得社会认同。

本案二审期间，张某某的亲属向被害人李某某的亲属赔偿人民币41万元，一定程度上化解了被害人家属的矛盾情绪，为刑事部分的判罚奠定了基础。本案的处理实现了案结事了以

及法律效果和社会效果的有机统一。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 谢齐光 王西伟



# 案发前后的通奸行为不影响强奸犯罪的认定

## ——济南市莱芜区人民检察院指控蔺延龙强奸案

**关键词** 案发前 案发后 通奸 强奸

### 【案例要旨】

被告人是否违背妇女意志强行发生性关系，应从证据内容分析，并结合双方关系、被害人案发时的状态及案发后的态度等综合认定。案发之前双方的通奸行为、案发后双方又开房发生性关系的行为，不是否定被告人犯强奸罪的理由和依据。

### 【相关法条】

**第二百三十六条第一款 【强奸罪】**以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

### 【案件索引】

一审：山东省济南市莱芜区人民法院（2018）鲁1202刑初156号（2019年2月1日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01刑终122号（2019年8月12日）

### 【基本案情】

经审理查明，被告人蔺延龙与被害人毕某某于2015年8月认识并发展为婚外情，至2016年10月毕某某拒绝继续保持婚外情，蔺延龙不同意，先后到毕某某居住地等处散发毕某某裸照、大字报，踹坏毕某某家卷帘门予以威胁。2017年5月2日8时许，蔺延龙以约毕某某吃饭为由，向其提出开房发生性关系要求，被毕某某拒绝，后蔺延龙以聊天为由让毕某某上车，并将车开至牟汶河沿河路原莱芜市水文局东北侧一胡同内，欲在车内与毕某某发生性关系，毕某某反抗并逃到车外，顺沿河路步行离开现场。之后，蔺延龙驾车追上毕某某将其扛进车内，并驾车再次返回现场，不顾毕某某抓挠反抗，使用暴力强行与毕某某发生性关系，并体内射精。当日14时30分许，毕某某向城东派出所报案称其被蔺延龙强奸，蔺延龙对其进行殴打致其左眼受伤。经鉴定，毕某某指甲、阴道内均检出蔺延龙的DNA，其左眼挫伤，构成轻微伤。毕某某于同年6月5日人工流产。2017年5月19日，公安机关将蔺延龙抓获，经检查，蔺延龙胳膊、腹部有条状、点状皮肤瘀痕。

公诉机关认为被告人蔺延龙违背妇女意志，采取暴力手段强行与妇女发生性关系，其行为触犯《中华人民共和国刑法》第二百三十六条的规定，应当以强奸罪追究其刑事责任。

被告人蔺延龙辩称案发前和案发后一直与被害人保持情人关系，案发当日被害人同意“车震”，但其没有按被害人要求戴避孕套而射精到被害人体内，二人因此发生争执，其用手打了毕某某的脸部一下，指甲把毕某某的左眼皮划伤。

辩护人的辩护意见是，综合全案证据并不足以证明蔺延龙采取暴力、威胁或其他手段违背妇女意志与毕某某发生性关系，其二人发生性关系是双方自愿的，蔺延龙的行为不构成强奸罪。

### 【裁判结果】

山东省济南市莱芜区人民法院于2019年2月1日作出（2018）鲁1202刑初156号刑事

判决：被告人蒯延龙无罪。宣判后，原审被告人蒯延龙不上诉，原公诉机关以“原审判决在事实认定、证据采信、法律适用方面确有错误，蒯延龙的行为构成强奸罪”为由，提出抗诉。山东省济南市中级人民法院于2019年8月12日作出（2019）鲁01刑终122号刑事判决：一、撤销山东省济南市莱芜区人民法院（2018）鲁1202刑初156号刑事判决；二、原审被告人蒯延龙犯强奸罪，判处有期徒刑四年。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案中，原审被告人蒯延龙、被害人毕某某双方均承认案发时发生了性关系，对被害人毕某某阴道后穹隆处提取物所作的物证鉴定书也检测出精斑系蒯延龙所留，能够证实两人确实发生了性关系。至于被告人是否违背妇女意志强行发生性关系，应从证据内容分析，并结合双方关系、被害人案发时的状态及案发后的态度等综合认定。

首先，从证据内容看，被害人报案后多次陈述以及二审庭审出庭作证陈述内容稳定，过程、细节详细，符合常情常理，且与其他在案证据相互印证；而被告人供述前后不一致，辩解明显不合常理，部分供述与其他在案证据相矛盾。

其次，从双方关系上看，蒯延龙与被害人先是通奸，后来被害人不愿继续通奸，而蒯延龙不同意，并以踹卷帘门、散发裸照、写大字报方式败坏被害人名誉进行胁迫，以“保证是最后一次”等方式对被害人进行欺骗，纠缠被害人继续发生性行为。被害人不愿继续与被告人保持通奸关系而被纠缠、威胁的事实有被害人陈述、两次报警出警记录、视频、图片、被害人家人证言以及蒯延龙供述等证据予以证实。

再次，从被害人案发时的状态来看，被害人对蒯延龙采取强制手段与其发生性关系的多次陈述稳定，过程、情节详细，证明被害人不同意开房，反抗期间曾用手抓、挠、掐蒯延龙胳膊、肚子和大腿；监控录像证明被害人在车内一次反抗离开现场，又被蒯延龙扛回车内带回现场；伤情检验证明双方均有伤，被害人指甲内检出被告人DNA；DNA鉴定、流产证明、证人证言证实被害人当时处于女性排卵期，于前一晚为要二胎已与丈夫发生过性关系，该事件发生后，因怀孕无法明确是谁的孩子而人工流产。

最后，从案发后被害人的态度来看，蒯延龙拍摄的手机视频证明，发生性关系后，被害人表现出强烈的反感、生气态度；受案登记表证明，被害人当天下午到公安机关报警，表现出急于要求惩处被告人的心理。被害人陈述、被害人家属证言以及蒯延龙供述等证据证明，从二人发生性关系到被害人报警，期间未发生其他影响被害人主观意愿的事件，被害人并非由于通奸后来关系恶化或者被人发现，为了报复或者保全名誉而控告被“强奸”，也不是发生性关系后因索要财物未果而控告被“强奸”。

综上，被害人毕某某的陈述与其他证据更能相互印证，更为客观，可信程度更高，应予采信；相反，蒯延龙供述前后不一致，辩解明显不合常理，部分供述与其他在案证据相矛盾，其供述具有虚假性。原审判决仅仅依据蒯延龙关于“毕某某发现其并未戴避孕套因而生气发生撕打”的辩解与毕某某的陈述相矛盾，结合公安机关对蒯延龙汽车后备箱勘验时发现存有尚未使用避孕套，就认定不能排除被告人蒯延龙辩解意见的可能性，否认公诉机关关于二人发生性关系时蒯延龙对毕某某使用了暴力的指控不当。现有证据能够认定蒯延龙违背妇女意志实施了强奸行为，应认定蒯延龙的行为构成强奸罪。

另外，关于案发之前双方通奸、案发后双方又开房发生性关系，是否对本案定性有影响的问题。首先，如果男女双方原有通奸关系，后女方不愿继续保持并已对男方表示拒绝，男

## 刑事案例

---

方若采用暴力或者胁迫等手段，强行与妇女发生性行为的，应认定为强奸罪。本案符合此种情形。其次，目前理论界、实务界的主流观点认为，女方被强奸后，没有告发，后来女方又自愿与男方多次发生性交，甚至发展成恋爱关系或者通奸关系的，一般不应再以强奸罪论处。但是，本案中，被害人被强奸后立即报警，在案发半年后，又与被告人去开房发生性关系（此处需要注意被告人行为目的，该行为发生于一审审理期间，开房前被告人对被害人有哄骗行为，在与被害人相约开房后立即要求公安机关调取开房监控证据，并将该证据提交法庭以证明二人一直保持情人关系），之后的这种“通奸”行为不应成为否定之前强奸犯罪的理由和依据。因此，案发之前和之后二人的通奸、开房行为不影响对被告人犯强奸罪的认定。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 孟庆孝

# 法院在认定刑事被告人罪名时要形成完整的证据链条 以及对于强奸罪中轮奸行为的认定问题

——被告人张某某、刘某某、张某某、麻某某强奸案

**关键词** 完整的证据链条 共同犯罪

## 【案例要旨】

强奸罪认定的关键在于，性行为是否违背了受害人的意愿，查明该问题需要通过各种证据与被害人陈述、被告人供述的对比分析，来形成一个完整的证据链条，并且排除合理怀疑。在犯强奸罪的共同犯罪中，需注意的是轮奸行为并非独立的犯罪形态，而是建立在客观事实基础上的法定量刑情节。

## 【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二十五条第一款规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款规定，以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第三款规定，强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。其中第四项，二人以上轮奸的。

## 【案件索引】

一审：山东省济南市槐荫区人民法院（2015）槐少刑初字第16号刑事判决（2016年11月3日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01刑终375号刑事判决（2017年3月2日）

## 【基本案情】

法院经审理查明：2014年12月下旬的一天，被告人张亮在跟随被告人麻国勇接了被害人原某某（女，1998年12月8日出生）一起吃饭后，原某某因对第一次见面的张亮产生好感，遂于当晚独处时提出要与张亮谈朋友，并与张亮发生了性关系。后原某某因联系不到张亮，多次找麻国勇联系张亮，但张亮未与原某某见面。2015年1月2日晚，被告人张鑫宇、麻国勇、刘振兴因此前看到张亮在网络上公布了与原某某第一次见面不久即发生了性关系的信息，遂商议也将原某某约出来发生性关系，如原某某不同意就将原某某灌醉后再一起与原某某发生性关系。麻国勇随即打电话约原某某外出，但原某某提出如张亮参加其才同意参加。次日晚，张鑫宇、麻国勇先后来到张亮家中劝说张亮与原某某见面，后在与刘振兴一起去原某某家的路上，麻国勇告诉了张亮此前与张鑫宇、刘振兴商议的一起将原某某灌醉后与原发生性关系的事情，张亮未表示反对。21时许，四被告人从原某某姑姑家楼下将原某某带至本市槐荫区匡山蔬菜批发市场老乡村饺子馆，并在吃饭过程中轮流劝原某某饮酒。后原某某因敬酒的问题与张亮产生争执，原某某赌气独自喝了近半斤白酒。原某某走出饭馆准备回家时，被张鑫宇、刘振兴拽回，随后不久，原某某失去意识。后四被告人将失去意识的原某某抬至

## 刑事案例

饭馆附近的皓天宾馆 303 房间。在四被告人商议谁先与被害人发生性关系时，意识稍有恢复的原某某开始喊张亮的名字，并主动提出与张亮再发生一次性关系后与张亮不再来往，张亮遂与原某某发生了性关系一次。后张鑫宇不顾原某某的喊叫强行与原某某发生了性关系，但因原某某反抗、蹬踹，张鑫宇未能继续，随后张鑫宇再次与原某某发生性关系一次。麻国勇、刘振兴因原某某下体出血未再与原某某发生性关系。同年 2 月 10 日晚，原某某到公安机关报案。调查期间，刘振兴于同年 2 月 11 日主动到公安机关投案、如实交待了上述事实，后带领公安机关到家中将麻国勇抓获，麻国勇归案后带领公安机关到家中将张亮抓获，张亮归案后带领公安人员将张鑫宇抓获。

### 【裁判结果】

山东省济南市槐荫区人民法院于 2016 年 11 月 3 日作出（2015）槐少刑初字第 16 号刑事判决：被告人张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴的行为构成强奸罪。四被告人系共同犯罪，张鑫宇实施了强奸行为，系主犯，张亮、麻国勇、刘振兴实施了帮助行为，系从犯，应从轻处罚。张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴强奸少女应从重处罚，但鉴于张鑫宇、张亮犯罪时未满十八周岁，麻国勇、刘振兴犯罪时未满十六周岁，刘振兴系自首、立功，张亮、麻国勇系立功，对张鑫宇应从轻处罚，对张亮、麻国勇、刘振兴应减轻处罚。对被告人张鑫宇依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第十七条第一、三款、第六十七条第三款之规定；对被告人张亮依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二十五条第一款、第二十七条、第十七条第一、三款、第六十八条、第六十七条第三款及《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第五条第一款之规定；对被告人麻国勇依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二十五条第一款、第二十七条、第十七条第一、二、三款、第六十八条、第六十七条第三款及《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第五条第一款之规定；对被告人刘振兴依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二十五条第一款、第二十七条、第十七条第一、二、三款、第六十七条第一款、第六十八条及《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第五条第一款之规定，以强奸罪分别判处被告人张鑫宇有期徒刑三年二个月，判处被告人张亮有期徒刑二年六个月，判处被告人麻国勇有期徒刑二年三个月，判处被告人刘振兴有期徒刑二年。宣判后，山东省济南市槐荫区人民检察院以“原审判决未认定张亮强奸不当以及未认定张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴四人构成轮奸，属事实不当，量刑畸轻”为由，提出抗诉。山东省济南市中级人民法院于 2017 年 3 月 2 日作出（2016）鲁 01 刑终 375 号刑事判决：驳回抗诉，维持原判。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于抗诉机关提出的“被害人的陈述始终称张亮违背其意志，强行与其发生性关系，张鑫宇、麻国勇、刘振兴亦能证实被害人系醉酒状态，故原审判决未认定张亮强奸不当”的问题，经合议庭评议后认为，首先，被害人原某某系案发一个月后到公安机关报案，其陈述在证据的时效性上存在不足，一定程度上影响对证据的审查及判断。其次，被害人原某某在侦查阶段的陈述称张亮强行与其发生性关系；但在检察机关所作的陈述中称，在宾馆恢复意识后，其先提出与张亮发生性关系后二人再无往来，该意思表示，对心智发育未成熟的未成年人来说，客观上存在误判、误解的可能。因被害人的陈述与其在侦查阶段的陈述存在较大差异，故对被害人在其与张亮发生性关系时的主观心态尚不能排除合理怀疑。

再次，四被告人的供述相互之间能相互印证，与被害人原某某的陈述仍存在矛盾之处：被害人称与张亮发生性关系并非自愿的，系因为听张亮要离开，自己生气、赌气才提出，且进行了反抗；但被告人的供述均证实是被害人先提出与张亮发生性关系的，被害人也没有反抗的行为，且上述四人对该情节的供述之间能相互印证。最后，根据在卷的证据分析，被害人虽饮酒过量，但能够分辨出他人，明确表达其个人喜怒情绪，可见仍具有一定的意识和控制能力；并因房内动静大而导致他人敲门提醒，可见当时仍具备一定的求助或求救的客观条件。张亮等人并未采取明显的暴力或胁迫手段，被害人发现张鑫宇假称是张亮与其发生性关系后，即进行反抗，足以证明被害人处于可以反抗、能够反抗的状态下。综上所述，公诉机关指控张亮强奸的证据没有形成完整的证据链，尚不能排除合理怀疑。故原审判决未认定张亮对被害人实施该起强奸行为是适当的。因此，公诉机关提出的该条抗诉意见不能成立，不予采纳。

关于抗诉机关提出“张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴共同预谋，共同实施灌酒并将被害人带至宾馆，安排与被害人发生性行为的顺序，四人的行为构成强奸（轮奸）的共犯，原审判决未认定四人构成轮奸，属认定事实不当”的问题，经合议庭评议后认为，首先，原审被告人张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴共同预谋，并实施灌酒，一起将被害人带至宾馆，后张鑫宇强行与被害人发生性行为，四人的行为均构成强奸罪，且系共同犯罪，原审法院判决亦已予以认定。其次，轮奸并非独立的犯罪形态，而是建立在客观事实基础之上的法定量刑情节，四原审被告虽曾拟定与被害人发生性行为的顺序，张亮、张鑫宇也相继与被害人发生了性关系，但张亮的该行为依法不构成强奸，上述四人并未连续、轮流对被害人实施了强奸行为，故原审法院未认定轮奸情节是正确的。因此，公诉机关提出的该抗诉意见不能成立，不予采纳。原审被告人张鑫宇、张亮、麻国勇、刘振兴违背妇女意志，强行与对方发生性关系，四人的行为依法均构成强奸罪。一审法院认定四人对未成年女性实施性侵害，系共同犯罪，应依法惩处，但张鑫宇在共同犯罪中起主要作用、系主犯，张亮、麻国勇、刘振兴均系从犯，张鑫宇、张亮犯罪时未满十八周岁，麻国勇、刘振兴犯罪时未满十六周岁，刘振兴有自首、立功，张亮、麻国勇有立功情节，原审法院因而分别对张鑫宇予以从轻处罚、对张亮、麻国勇、刘振兴予以减轻处罚，对四人的量刑亦在法律规定的幅度内，均是适当的。因此，抗诉机关提出量刑畸轻的意见不能成立，不予采纳。一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。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 陈瑶 吕厥中

# 综合考量刑事被告人量刑情节来实现罪责刑相统一

## ——被告人王某某强奸一案

**关键词** 量刑情节 量刑幅度

### 【案例要旨】

在对刑事案件被告人进行量刑时，要充分考虑各种法定和酌定量刑情节，根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形，依法确定量刑情节的适用及其调节比例。在具体确定各个量刑情节的调节比例时，应当综合平衡调节幅度与实际增减刑罚量刑的关系，确保罪责刑相适应。

### 【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款规定，奸淫不满十四周岁幼女的，以强奸论，从重处罚。

《中华人民共和国刑法》第六十七条第三款规定，犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以从轻处罚。

### 【案件索引】

一审：山东省济南市长清区人民法院（2018）鲁0113刑初11号（2018年4月2日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2018）鲁01刑终172号（2018年8月22日）

### 【基本案情】

法院经审理查明：2017年6月的一天上午，被告人王汶水明知被害人徐某某（女，2004年6月30日出生）不满14周岁，在长清区长清乐园南龙泉街徐某某租房处同被害人徐某某发生性关系。一审法院审理期间，被告人与被害人的法定代理人达成调解协议并履行，取得对方的谅解。

### 【裁判结果】

山东省济南市长清区人民法院于2018年4月2日作出（2018）鲁0113刑初11号刑事判决：被告人王汶水犯强奸罪，判处有期徒刑三年。宣判后，山东省济南市长清区人民检察院以“未对王汶水从重处罚，量刑畸轻”为由，提出抗诉。山东省济南市中级人民法院于2018年8月22日作出（2018）鲁01刑终172号刑事判决：一、维持济南市长清区人民法院（2018）鲁0113刑初11号刑事判决对被告人王汶水的定罪部分，即被告人王汶水犯强奸罪；二、撤销济南市长清区人民法院（2018）鲁0113刑初11号刑事判决对被告人王汶水的量刑部分，即判处被告人王汶水有期徒刑三年；三、原审被告人王汶水犯强奸罪，判处有期徒刑四年。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于抗诉机关提出“王汶水犯强奸罪事实清楚，但应对其在三年以上十年以下有期徒刑的法定量刑幅度内从重处罚，而一审法院未适用从重处罚，仅判处王汶水有期徒刑三年确有错误”的问题，合议庭经评议后认为，原审被告人王汶水归案后有坦白



情节，认罪态度较好，赔偿了被害人经济损失，且取得被害人谅解，可依法予以从轻处罚；但其奸淫幼女，依法应从重处罚。一审法院综合以上量刑情节对原审被告人判处有期徒刑三年，该宣告刑的量刑结果虽在量刑幅度内，但对强奸犯罪的案件虽有谅解亦应依法从严掌握，而一审法院对王汶水适用从轻处罚的量刑幅度过宽，导致判处王汶水的宣告刑为三年，属于畸轻的情形。（最高法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》中确定奸淫幼女的量刑起点为四年到七年，而山东省法院的实施细则中规定奸淫幼女的量刑起点为五年，二审确定本案量刑基准刑为五年，体现对王汶水从重处罚，在此基础上，再考虑适用从轻处罚的情节。）抗诉机关提出的该条意见成立，予以采纳。

原审判决认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法，但量刑畸轻，依法予以纠正。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 陈 瑶 吕厥中





## 二、民事案例



# 法院应综合审查当事人遭受人身损害的具体情况 在确有证据支持的基础下运用裁量权 确定公平合理的赔偿数额

——王某诉山东莱钢物流发展有限公司机动车交通事故责任纠纷案

**关键词** 交通事故 遭受损害 医疗费用

## 【案例要旨】

本案系机动车交通事故责任纠纷案，该案的上诉人系未成年人，因交通事故造成身体严重伤残，相对于被上诉人而言，上诉人处于明显劣势。二审期间，法院在查明案件事实的同时，针对上诉人因交通事故遭受人身损害而应赔偿的项目及其数额问题进行了严谨、细致的分析，对其中包含的部分医疗费、营养费、护理费、交通费、精神损害赔偿金等五个方面重新进行了梳理，在明确相关事实和证据的基础上运用裁量性赔偿方法，计算赔偿所需要的其他数据，从而确定公平合理的赔偿数额，让司法判决既彰显厚度，又饱含温度。

## 【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》

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

**第四十八条** 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。

## 【案件索引】

一审：山东省济南市莱芜区（原莱芜市莱城区）人民法院（2018）鲁1202民初3567号（2019年1月15日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终2228号（2019年6月4日）

## 【基本案情】

原告王某诉称：一、医疗费2196672.74元（包括2014年5月19日至2018年7月11日实际发生的医疗费2036697.93元、今后颈椎复位内固定物取出手术费30000元、2018年7月11日至10月26日医疗费为129974.81元。根据医疗费票据和鉴定意见计算）；二、住院伙食补助费162200元（2014年5月19日至2018年10月26日，共1622天，每天100元。参照国家工作人员出差伙食补助费标准计算）；三、营养费162200元（2014年5月19日至2018年10月26日，共1622天，每天100元。参照住院时间确定）；四、护理费4282560元〔包括：1.2014年5月19日至2018年10月26日，共1622天，实际发生护理费778560元（240元/人/天×2人×1622天）；2.后续长期护理费3504000元（240元/人/天）×20年×365天×2人。比照护工收费标准，并按照鉴定意见二人护理计算〕；五、交通费50000元

## 民事案例

(参照实际发生交通费票据计算);六、住宿费 157871 元(参照实际发生住宿费票据计算);七、残疾赔偿金 735780 元(2017 年山东省城镇居民人均可支配收入 36789 元,计算 20 年,赔偿系数 100%,依据法律规定计算);八、精神损害抚慰金 200000 元(根据受害人年龄、所受损害后果及痛苦、对今后生活的影响、司法实践等诸多因素酌定);九、康复器材、辅助器具费用 372950 元(依据鉴定意见计算):1.20 年轮椅费用 57500 元(7500 元/个 $\times$ 5 个+4000 元/个 $\times$ 5 个),2.20 年长下肢支具费用 198000 元(9900 元/个 $\times$ 20 个),3.20 年坐便轮椅费用 7000 元(1000 元/个 $\times$ 7 个);4.20 年淋浴椅费用 2450 元(350 元/个 $\times$ 7 个),5.20 年防褥疮床垫费用 21000 元(3000 元/个 $\times$ 7 个),6.20 年防褥疮坐垫费用 40000 元(4000 元/个 $\times$ 10 个),7.20 年手动站立台费用 13200 元(6600 元/个 $\times$ 2 个),8.20 年护理床费用 9000 元(3000 元/个 $\times$ 3 个),9.20 年自助具费用 3800 元(380 元/个 $\times$ 10 个),10.20 年腰围费用 21000 元(1050 元/个 $\times$ 20 个);十、后续检查费用 72854.6 元(依据鉴定意见计算):1.20 年尿动力学检查费用 46614.6 元(2330.73 元/次 $\times$ 1 次/年 $\times$ 20 年),2.20 年肾功能检查费用 3600 元(90 元/次 $\times$ 2 次/年 $\times$ 20 年),3.20 年血常规检查费用 800 元(20 元/次 $\times$ 2 次/年 $\times$ 20 年),4.20 年尿常规检查费用 1040 元(26 元/次 $\times$ 2 次/年 $\times$ 20 年),5.20 年泌尿器官彩超检查费用 4800 元(120 元/次 $\times$ 2 次/年 $\times$ 20 年),6.20 年双下肢彩超检查费用 3400 元(170 元/次 $\times$ 1 次/年 $\times$ 20 年),7.20 年颈椎核磁扫描检查费用 10200 元(510 元/次 $\times$ 1 次/年 $\times$ 20 年),8.20 年骨密度检查费用 2400 元(120 元/次 $\times$ 1 次/年 $\times$ 20 年);十一、后续康复治疗药物费用及卫生用品用具费用合计 1218516 元(根据鉴定意见计算):1.20 年开塞露(外用)费用 9490 元(0.65 元/支 $\times$ 2 支/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),2.20 年骨化三醇胶丸费用 52852 元(3.62 元/粒 $\times$ 2 粒/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),3.20 年马沙尼费用 11972 元(0.83 元/片 $\times$ 2 片/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),4.20 年舍尼亭费用 64970 元(8.9 元/片 $\times$ 1 片/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),5.20 年甲钴胺胶囊费用 30879 元(1.14 元/粒 $\times$ 3 粒/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),6.20 年卫喜康费用 67014 元(9.18 元/片 $\times$ 1 片/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),7.20 年一次性推助器一冲洗膀胱费用 152570 元(20.9 元/个 $\times$ 1 个/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),8.20 年盐酸利多卡因凝胶费用 110960 元(15.2 元/支 $\times$ 1 支/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),9.20 年生理盐水费用 41610 元(5.7 元/袋 $\times$ 1 袋/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),10.20 年一次性尿垫费用 125268 元(8.58 元/片 $\times$ 2 片/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),11.20 年一次性尿片费用 102784 元(3.52 元/片 $\times$ 4 片/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),12.20 年一次性尿裤费用 163812 元(5.61 元/个 $\times$ 4 个/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),13.20 年一次性导尿包费用 277035 元(7.59 元/个 $\times$ 5 个/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年),14.20 年一次性医用手套费用 7300 元(1 元/双 $\times$ 1 双/日 $\times$ 365 天 $\times$ 20 年);十二、后续康复训练费用 2177280 元(根据鉴定意见计算):1.OT 训练费用 368000 元(100 元/次 $\times$ 2 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),2.PT 训练费用 552000 元(80 元/次 $\times$ 2 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),3.生物反馈治疗 176640 元(48 元/次 $\times$ 2 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),4.康复踏车训练 92000 元(50 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),5.气压式血液循环驱动器 55200 元(30 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),6.作业职业功能训练 187000 元(100 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),7.电动浴缸治疗 184000 元(100 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),8.半导体激光照射 184000 元(100 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),9.关节活动检查(多关节)28800 元(120 元/次 $\times$ 1 次/周 $\times$ 12 周 $\times$ 20 年),10.肌力检查(多部位)28800 元(120 元/次 $\times$ 1 次/周 $\times$ 12 周 $\times$ 20 年),11.床位费 92000 元(50 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$ 92 天 $\times$ 20 年),12.医事服务费 184000 元(100 元/次 $\times$ 1 次/日 $\times$

92天×20年), 13. 二级护理 47840元(26元/次×1次/日×92天×20年); 十三、鉴定费 10600元; 十四、复印费 90元; 十五、补课费 144000元。十六、案件受理费由被告负担。以上前十五项损失合计 11943574.34元。山东莱钢物流发展有限公司在交通事故责任中承担主要责任, 根据其过错及赔偿能力, 承担 80% 赔偿责任计算, 应赔偿原告各项损失 9554859.47元, 扣除莱钢公司已经支付的 2186800元, 还需支付 7368059.47元。

一审法院经审理查明: 2014年5月19日17时15分许, 刘某某(系被告山东莱钢物流发展有限公司职工) 驾驶超载的鲁 S26319号重型自卸货车沿莱芜市经济开发区西内环路由北向南行驶, 行至高家洼村路口, 与沿嘶马河北沿河路由东向西行驶的王某1驾驶的电动三轮车相撞, 后又将顺行的王某2驾驶的鲁 SB7083号自卸低速货车撞翻, 鲁 SB7083号自卸低速货车翻倒时将由南向北行驶的张某某驾驶的自行车砸倒, 造成张某某当场死亡, 王某1、王某2及电动三轮车乘车人王某(原告) 受伤, 四车不同程度损坏。王某1、王某2经莱芜市人民医院抢救无效于当日死亡。2014年5月26日, 山东省莱芜市公安局交通警察支队第一大队作出莱公交认字〔2014〕第 00001号路外车辆事故认定书, 认定刘某某承担事故的主要责任, 王某1承担事故的次要责任, 王某2、张风华、王某无事故责任。交通事故发生后, 经公安交警部门调解, 被告已对死者王某2、张某某、王某1赔偿完毕。中国人民财产保险股份有限公司莱芜市分公司已将鲁 S26319号重型自卸货车投保的交强险理赔款 12万元全部支付给被告。交通事故发生后, 原告王某伤情严重。原告先后到莱芜市人民医院、山东省立医院、中国人民武装警察部队北京总队医院、北京博爱医院、北京同仁医院等医院住院治疗共计 1622天, 被告对住院治疗时间无异议。2017年6月20日, 北京华夏物证鉴定中心司法鉴定意见书, 编号: 华夏物鉴中心〔2017〕医鉴字第 351号, 鉴定意见为: 1. 被鉴定人王某 C6/7 脊髓横断伤至四肢瘫伴二便功能障碍构成二级伤残; 双侧多发肋骨骨折等胸部多发损伤后果构成九级伤残; 外伤至左眼麻痹性外斜视矫正术后构成十级伤残; C6/7 椎体截断等脊柱多发损伤内固定术构成十级伤残; 综合伤残赔偿指数 100%。2. 被鉴定人王某四肢瘫伴神经源性膀胱、二便功能障碍构成完全护理依赖; 护理人数为贰人。3. 被鉴定人王某颈椎、脊髓等多发损伤目前存在后续诊疗项目。建议实施颈椎复位内固定取出手术医疗费用约为贰万至三万元。残疾用品用具及后续康复治疗项目及费用建议, 请参阅分析说明。二〇一八年六月二十五日, 北京中正司法鉴定所司法鉴定意见书, 北京中正鉴定所〔2018〕临鉴字第 1364号, 鉴定结论为: 被鉴定人王某后续需要行康复训练, 具体训练项目、次数、价格建议详见分析说明第(三)部分, “(三) 被鉴定人王某目前四肢瘫痪、神经圆形膀胱、神经源性直肠, 《人身损害后续诊疗项目评定指南(SF/ZJD0103008-2005)》之第 11.17条规定, 被鉴定人王某后续需要行康复训练, 具体训练项目、次数根据康复专家会诊意见, 价格参照北京市统一医疗服务收费现行价格及中国康复研究中心康复工程研究所现行价格, 为参考价格。具体如下: 1. OT, 2次/日, 100元/次; 2. PT, 3次/日, 100元/次; 3. 生物反馈治疗, 2次/日, 48元/次; 4. 康复踏车训练, 1次/日, 50元/次; 5. 气压式血液循环驱动器, 1次/日, 30元/次; 6. 作业职业功能训练, 1次/日, 100元/次; 7. 电动浴缸治疗, 1次/日, 100元/次; 8. 半导体激光照射, 1次/日, 100元/次; 9. 关节活动度检查(多关节), 1次/周, 120元/次; 10. 肌力检查(多部位), 1次/周, 120元/次; 11. 床位费, 50元/日; 12. 医事服务费, 100元/日; 13. 二级护理, 26元/日; 每年住院治疗及功能训练 1个疗程(1个疗程 3个月)。”

关于原告主张的各项费用数额, 一审法院认定如下: 一、原告主张医疗费 2196672.74

## 民事案例

元，经被告方质证，其中，诺亚舟 1198 元、复印费 191.2 元、复印费 44.8 元、复印费 141.6 元、体育用品费用 119.8 元、体育用品费用 90.1 元、体育用品费用 9606.2 元、体育用品费用 323.6 元、体育用品费用 783.6 元、体育用品费用 782.7 元，清洁用品费用 5181.4 元、清洁用品费用 3326.02 元、清洁用品费用 2896.11 元、清洁用品费用 3086.21 元、清洁用品费用 3639.44 元、清洁用品费用 4264.39 元、清洁用品费用 2965.92 元、清洁用品费用 2603.9 元，重复计算 143 元费用，无印章的收据 20080 元，上述费用共计 61467.99 元，并非医疗费用，实际医疗费用为 2135204.75 元。二、原告主张住院伙食补助费 162200 元（100 元/天×1622 天），一审法院予以确认。三、原告主张营养费 162200 元，无相关医疗机构或鉴定机构的证明，一审法院不予认定。四、原告主张护理费 4282560 元，原告的护理费可分段计算，住院期间实际发生护理费 261120 元（240 元/人·天×20 天×1 人=4800 元；80 元/人·天×1602 天×2 人=256320 元）；后续长期护理费 1168000 元（80 元/人·天）×20 年×365 天×2 人，护理费共计 1429120 元，一审法院予以确认，超出部分一审法院不予认定。五、原告主张交通费 50000 元，原告提交的交通费发票为 22636 元，扣除与本案无关的 186 元交通费，原告实际发生的交通费为 22450 元，被告认可，一审法院确认原告交通费 22450 元，超出部分一审法院不予认定。六、原告主张住宿费 157871 元，虽无规范票据，但是被告认可实际发生，一审法院予以确认。七、原告主张残疾赔偿金 735780 元（36789 元/年×20 年），原告按城镇居民人均可支配收入计算，符合法律规定，一审法院予以确认。八、原告主张精神损害抚慰金 200000 元，一审法院酌定支持精神损害抚慰金 50000 元。九、原告主张康复器材、辅助器具费用 372950 元（依据鉴定意见计算），有鉴定意见在案证实，符合法律规定，一审法院予以确认。十、后续检查费用 72854.6 元（依据鉴定意见计算）、后续康复治疗药物费用及卫生用品用具费用合计 1218516 元（根据鉴定意见计算）、后续康复训练费用 2177280 元（根据鉴定意见计算）虽有鉴定意见，鉴定意见计算的费用参照的是北京市的相关标准，且未实际发生，被告方有异议，一审法院不予认定，可在实际发生后另行主张。十一、原告主张鉴定费 10600 元、复印费 90 元，被告方无异议，符合法律规定，一审法院予以确认。十二、原告主张补课费 144000 元，被告方有异议，不符合法律规定，一审法院不予认定。另查明，被告已实际支付给原告 2186800 元。

### 【裁判结果】

山东省济南市莱芜区（原莱芜市莱城区）人民法院于 2019 年 1 月 15 日作出（2018）鲁 1202 民初 3567 号民事判决：一、被告山东莱钢物流发展有限公司赔偿原告王某医疗费、住院伙食补助费、护理费、伤残赔偿金、交通费、住宿费、精神抚慰金、鉴定费、复印费、残疾生活辅助器具费等共计 1375586.03 元。于判决生效后十日内一次性付清。二、驳回原告王某的其他诉讼请求。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》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 17173 元，由被告山东莱钢物流发展有限公司负担。宣判后，王某提出上诉。山东省济南市中级人民法院于 2019 年 6 月 14 日作出（2019）鲁 01 民终 2228 号民事判决：一、撤销山东省济南市莱芜区（原莱芜市莱城区）人民法院（2018）鲁 1202 民初 3567 号民事判决；二、被上诉人山东莱钢物流发展有限公司于本判决生效后十日内一次性赔偿上诉人王某医疗费、住院伙食补助费、营养费、护理费、伤残赔偿金、交通费、住宿费、精神抚慰金、鉴定费、复印费、残疾生活辅助器具费等共计 1672762.03 元；三、驳回上诉人王某的其他诉讼请求。



**【裁判理由】**

法院生效裁判认为：本案的争议焦点为：一、上诉人王某因交通事故遭受人身损害而应赔偿的项目及其数额；二、被上诉人山东莱钢物流发展有限公司在本案事故中应承担的责任比例。

对于争议焦点一，首先，对于上诉人王某二审中所主张的各项赔偿费用，法院作如下认定：1. 对于上诉人主张的部分医疗费用，其中体育用品费用 11706 元、清洁用品费用 27963.39 元，尽管该费用与其在一审主张过的康复器材、辅助器具费用在功能上存在重复，且被上诉人对此不予认可，但该费用确系上诉人王某康复性治疗所需，故法院对该费用酌定支持 24000 元。对于康复训练费用 20080 元，上诉人提供的证据不足以证实其真实性，应承担举证不能的不利后果，法院对该康复训练费用不予支持；2. 对于上诉人主张的住院期间的营养费 162200 元，本案中鉴定机构虽未出具“加强营养”等相关鉴定意见，但上诉人在二审期间提供并经质证的《莱钢集团莱芜矿业有限公司职工医院住院患者诊断证明书》载有“加强营养”的医嘱，且其因事故遭受严重损害，并致其多处伤残，其中最重一处为二级，应给予适当的营养支持，有益于改善受害人的营养状况，促进其尽快康复，故法院酌定支持上诉人营养费 8 万元；3. 对于上诉人主张的护理费，根据法律规定，护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定，护理人员没有收入或者雇佣护工的，参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。本案中，对于上诉人王某住院期间的护理费认定，应统一参照北京住院地区的护工标准为宜，法院结合本案实际情况，酌定该护工标准为每人每天 200 元，共计 648800 元（ $200 \times 2 \times 1622$ ），对于上诉人王某后续长期护理费，应参照原莱芜市的护工标准为宜，上诉人提供的证据不足以证明原莱芜市的护工标准，被上诉人对此亦不予认可，应承担举证不利的后果，一审法院认定护工标准为每人每天 80 元，并无不当；4. 对于上诉人主张的交通费 30364 元，经审查，上诉人提交的交通费票据中存在发票发生时间与本案无联系、发票连号等情况，该组部分票据的真实性存疑，被上诉人对此亦不予认可，但因被害人在外地较长住院治疗康复等，交通费确实需要并实际发生，故法院结合本案实际情况，酌定支持上诉人交通费 20000 元；5. 对于上诉人主张的精神损害抚慰金，法院考虑到上诉人王某系未成年人，遭受重大侵害致使伤情严重，严重影响了正常的学习、生活，故法院酌定支持精神损害抚慰金 80000 元；6. 对于上诉人主张的后续检查费用、后续康复治疗药物费用及卫生用品用具费用、后续康复训练费用，鉴定机构的意见虽明确上诉人王某颈椎、脊髓等多发损伤确需后续治疗，但对于后续治疗项目的具体数额及标准存在不确定性，故上诉人可待实际发生后另行主张权利；7. 对于上诉人主张的补课费及学习机费用，经审查，上诉人仅提供了补课费用标准，并未提供证据证明其实际支出了该费用，且对该费用上诉人要求赔偿没有法律依据，故法院对上诉人该项主张不予支持。

其次，双方当事人对于一审认定的其他赔偿事项均无异议，本院予以认定。据此，法院支持上诉人王某各项损失共计 5537945.75 元。

对于争议焦点二，本案事故发生后，山东省莱芜市公安局交通警察支队第一大队作出某公交认字〔2014〕第 00001 号路外车辆事故认定书，认定刘某某承担事故的主要责任，王某 1 承担事故的次要责任，各方当事人对此均无异议，一审法院据此认定被上诉人山东莱钢物流发展有限公司按 70% 的比例赔偿各项费用，并无不当。

综上，上诉人王某因遭受人身损害而造成的各项损失共计 5537945.75 元，扣除交强险理



## 民事案例

---

赔款 30000 元后，超过交强险责任限额的部分（5507945.75 元），应由被上诉人山东莱钢物流发展有限公司按照 70% 的事故责任划分比例，赔偿上诉人 3855562.03 元。本案中，被上诉人山东莱钢物流发展有限公司主张已先前垫付给上诉人 2186800 元，但二审中其认可上述 2186800 元款项中包含了与本案赔偿事项无关的 4000 元，据此，被上诉人山东莱钢物流发展有限公司实际上已支付赔偿款项 2182800 元，扣除此款外，还应赔偿上诉人 1672762.03 元。

编写人：济南市中级人民法院家事少年审判庭 吴万秋 陈 瑶

# 房屋消费者的物权期待权具有排除执行的效力

## ——蔡某诉汤某等案外人执行异议之诉案

**关键词** 居住 物权期待权 抵押权

### 【案例要旨】

购买房地产经营者所开发的商品房用于居住，即“一手房买卖”的买受人，应属于房屋消费者。在执行程序中，基于对消费者生存权这一更高价值的维护，赋予消费者对买受房屋的物权期待权以排除执行的效力。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条规定了房屋消费者物权期待权的保护条件。

### 【相关法条】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

### 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2017）鲁01民初1176号（2018年1月22日）

二审：山东省高级人民法院（2019）鲁民终89号（2019年3月4日）

### 【基本案情】

原告蔡某诉称：涉案3号楼3-2203室商品房是其2015年9月12日签订商品房买卖合同并支付1081865元对价购买的，所购商品房是用于居住且名下无其他用于居住的房屋，符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条的规定。故蔡某享有足以排除强制执行的民事权益，要求撤销（2017）鲁01执异225号执行裁定书，判决不得执行涉案3号楼3-2203号商品房。

被告汤某辩称，汤某对涉案房屋依法享有抵押权。蔡某提供的证据不能证明其符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条所规定的三种情形。蔡某不存在网签或预告登记的情形或者实际居住使用、取得产权证的情况，没有取得可以排除执行的权利。

被告某置业公司、李某、罗某未答辩。

法院经审理查明：2015年9月12日，蔡某与某置业公司签订《商品房买卖合同》，约定：蔡某购买某置业公司建设的商品房第3幢3单元2203号房，用途为居住，建筑面积221.17平方米，单价4891.554元，总金额为1081865元。上述购房款由买受人蔡某于签订合同时一次性全部付清。出卖人某置业公司应在2016年7月31日前将经验收合格并符合合同约定的商品房交付买受人蔡某使用。同日，某置业公司向蔡某出具了三张收款收据，总金额1081865元。蔡某名下无房产，涉案房产所在的3号楼尚未进行竣工验收。

2015年1月29日，汤某（委托人）、某置业公司（借款人）与某银行（受托人）签订

## 民事案例

《委托贷款合同》，约定由汤某委托某银行向某置业公司发放贷款 2.5 亿元，贷款期限为 12 个月，某置业公司以其财产提供抵押担保，李某、罗某为上述贷款提供连带责任保证担保。同日，各方又签订《抵押合同》，约定抵押人某置业公司将其土地使用权及在建工程抵押给汤某，但由于登记机关要求，抵押物之抵押权必须登记在受托人名下，故经三方同意，为办理抵押登记，某银行将以自己的名义代理汤某持有抵押物之抵押权。签订上述合同时，三方系在公证处的公证下进行，并由公证处出具了《赋予强制执行效力的债权文书公证书》。2015 年 2 月 3 日，就《抵押合同》中约定的抵押物，某置业公司和某银行在房地产管理部门办理了抵押登记，其中包括涉案 3 号楼 3 单元 2203 室。

2016 年 11 月 25 日，因某置业公司未能向汤某、某银行及时履行还款义务，汤某作为申请执行人向公证处申请出具了执行证书，汤某据此作为申请执行人向济南市中级人民法院申请执行，济南市中级人民法院于 2017 年 1 月 16 日作出（2016）鲁 01 执 31 号之一执行裁定书，裁定查封被执行人某置业公司名下包括涉案房产在内的土地使用权及房产一宗。蔡某提出书面异议，济南市中级人民法院于 2017 年 4 月 17 日作出（2017）鲁 01 执异 225 号执行裁定，驳回了案外人蔡某的异议请求。蔡某提起本案诉讼。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于 2018 年 1 月 22 日作出（2017）鲁 01 民初 1176 号民事判决：不得执行坐落于滨州市渤海十八路以西黄河八路以南美信·滨州世贸中心海公馆第 3 幢 3 单元 2203 号商品房。汤某提起上诉，山东省高级人民法院于 2019 年 3 月 4 日作出（2019）鲁民终 89 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：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条规定，金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。本案中，蔡某与某置业公司就 3 号楼 3 单元 2203 号商品房于 2015 年 9 月 12 日签订商品房买卖合同，已支付合同价款 1081865 元，蔡某所购商品房用途为居住且其名下无其他用于居住的房屋，因此，蔡某所提异议符合上述规定，其权利能够排除执行。汤某主张对涉案房屋享有抵押权，其提交的抵押登记证载明的权利人为某银行，根据《物权法》第九条的规定，不动产物权的设立，经依法登记发生法律效力，汤某并非登记的抵押权人，其主张对涉案房产享有抵押权，不予支持。另，汤某即使享有抵押权，蔡某作为消费者在涉案房屋查封前已与某置业公司签订房屋买卖合同，并支付了全部购房款，其权利应当优先于汤某的抵押权。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 马立营

# 法院在正确分配举证责任基础上 运用优势证据规则认定案件事实

——尚存领诉山东吉通汽车销售服务有限公司买卖合同纠纷案

**关键词** 优势证据规则

## 【案例要旨】

经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任

## 【相关法条】

《中华人民共和国消费者权益保护法》第八条规定，“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况”。第二十三条规定，“经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定，“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在”。

## 【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2016）鲁0104民初3572号（2017年1月6日）

二审：济南市第一中级人民法院（2017）鲁01民终3843号（2017年9月15日）

## 【基本案情】

原告尚存领诉称：2015年5月1日，原告到本市工业南路山东世中汽车销售服务有限公司分店看车，汽车销售员孙莹莹接待了原告。经咨询后，初步意向购买雷诺科雷傲2.0都市版汽车一辆，当日交纳订金5000元人民币。5月10日下午，原告再次到该店试驾（所试驾车辆未挂牌），感觉2.5四驱舒道版动力要好一些，就有意购买此款车型。5月12日中午，原告到市西郊朋友处办事，谈到购车一事，朋友说，雷诺4s店就在附近，而且和老板也熟悉，车价还能优惠些，于是，一起来到位于经十西路的山东吉通汽车销售服务有限公司（以下简称吉通公司）、看车。销售员刘坤接待了我们。原告把在世中公司交订金的情况告诉了他，他说两家公司是一个老板，在哪里买车都一样。经请示公司领导，答复原告订金可以由世中公司转至吉通公司，并在协议中注明。吉通公司提供的格式合同（协议）中明确车辆成

交价 24 万元人民币。我按照车价 24 万交了首付款 7.2 万元（含订金 5000 元），办理分期付款 16.8 万元。协议仅签订了一份，他们说该协议要留在公司保存，在我的强烈要求下，才给了我一份复印件。在该协议中，他们又加注了“另车款 10000 元由肖正立支付，实际车款 250000 元”。当时原告理解这是吉通公司看朋友面子给予的优惠。5 月 25 日，原告接吉通公司通知，贷款已到位，可以办理提车手续，让原告到世中公司提车，原告没有同意，理由是原告与吉通公司签订了购车协议，办理贷款手续，理应从吉通公司提车，他们同意了原告的要求。5 月 26 日，办理了出票、购险、挂临时牌照等手续。因车辆关单原件、另一把钥匙抵押在银行，不能办理购置税、车辆挂牌等手续。期间，同事朋友见我买回新车，都围到近前问这问那。其中一位同事说，我看这车是展车。基于对雷诺品牌的信任，原告不相信这么大的公司会把展车当新车卖，因此，也就没往心里去。6 月 2 日，原告拿到车辆关单原件和另一把钥匙，对比一下，很明显，发现之前的钥匙又脏又旧，原告心中“咯噔”一下，真应验了同事的判断，这是辆展车。带着这种疑虑，原告就找懂车的朋友帮忙看一下车有没有其他问题。朋友仔细察看后说，这是典型的展车，不仅钥匙有新旧之别，而且车内座椅没有防尘罩，四个车门闭合处有明显的磨损，车牌悬挂处也有明显的粘贴宣传牌痕迹。原告在得知自己的权益受到侵害的第一时间，立即向被告吉通公司反映情况，他们说车是世中公司提供的，应找他们解决问题。随后，原告多次到世中公司提出主张我要买的是新车，不是展车，要求换车，如不换车，强烈要求退车。世中公司说，我们公司所有的展车都是新车。原告说，你们既然认为展车是新车，给我换辆不是展车的新车问题就解决了。他们答复我，车既不能换，更不能退，态度蛮横，令人气愤！到了这个时候，原告才发现自己被吉通公司设了一个套欺骗了，吉通公司隐瞒真相，故意混淆与世中公司的关系，明知销售的是展车而不告知消费者，纯属欺诈消费者行为。6 月 8 日，原告得知朋友肖正立向吉通公司交纳 1 万元车款后，于 6 月 10 日通过银行转存，归还肖正立人民币 1 万元。此时，原告得知被告吉通公司向肖正立收取的 1 万元车款并没有出具发票，被告吉通公司涉嫌偷漏税。得知自己的合法权益受到侵害后，原告本着协商一致、解决问题的态度，反复跑到被告吉通公司和世中公司反映自己的诉求和主张，都遭遇蛮横的态度。雷诺汽车作为比较知名的品牌企业，其代理商弄虚作假，隐瞒真相，拿展车当新车出售，侵害消费者的知情权，欺诈消费者，严重侵害了消费者合法权益。购车合同中订立两种价格且拒绝将合同原件交付消费者，涉嫌偷漏税。无视消费者的合理诉求，一副强势姿态，蛮不讲理，拒不解决问题。原告作为弱势群体的一员，面对销售商的欺诈、家人的埋怨、同事的讥讽、朋友的嘲笑等诸多压力，近段时间，原告心情郁闷烦躁、夜不能寐、严重失眠、血压升高，感到身心疲惫，精神受到极大伤害。为维护合法权益不受侵害，原告耗费了大量精力物力，已严重影响到工作和家庭生活。在维权走投无路之时，原告想到人民法院是法律正义的化身，是人民群众的主心骨，是维权者的坚强后盾，是建设法治社会、诚信社会的中流砥柱，这让原告在绝望中看到了希望，特诉之法院。原告认为，被告山东吉通汽车销售服务有限公司在销售汽车过程中，严重违反了民事行为要遵循诚实信用这一基本原则，严重违反了消费者权益保护法，在格式合同中拟订两个车价款，诱导消费者签署购车协议。更为恶劣的是，被告弄虚作假，隐瞒真相，拿展车当新车出售，侵害消费者的知情权，欺诈消费者，使消费者的合法权益一而再、再而三地遭受侵害。原告恳请法院依

法做出判决，撤销因受欺诈签订的购车合同，由此引起的一切法律后果由被告吉通公司承担。请求：1. 吉通公司返还尚存领购车款及相关费用：首付款 72000 元人民币，保险费 6855.31 元人民币，履约续保押金 2000 元人民币，公证抵押费 520 元人民币，礼包金额 1680 元人民币，GPS 汽车定位防盗系统 3480 元人民币，肖正立代交款项 10000 元人民币，银行贷款月供（注：该月供系 2015 年 6 月份月供）5168 元人民币，共计 101703.31 元人民币；2015 年 6 月份以后的月供由吉通公司承担并直接支付给中国工商银行济南幸福街支行；车辆退还吉通公司。2. 解除尚存领与中国工商银行济南幸福街支行的贷款合同。3. 由此引起的一切法律后果由吉通公司承担。4. 诉讼费用由吉通公司承担。庭审中，尚存领增加诉讼请求，要求吉通公司返还购车款 25 万元，其中包括 24 万元购车款和给肖正立的 1 万元；并以实际发生的车辆贷款费用（计算至 2016 年 10 月 5 日）返还给尚存领。

被告吉通公司辩称：被告严格履行了合同义务，交付合格车辆，原告的诉讼请求无事实和法律依据，请求驳回原告的诉讼请求。

第三人中国工商银行股份有限公司济南槐荫支行（以下简称工商银行）述称：第三人依据与原告签订的分期付款合同，依法履行了合同义务，第三人无过错，请求法院维护第三人的合法权益。

法院经审理查明：2015 年 5 月 12 日，尚存领（甲方）与吉通公司（乙方）签订车辆定购协议，约定甲方自乙方处购买品牌为科雷傲 2.5 四驱舒适型白色车辆一部，成交价 240000 元，销售类型为分期。协议还约定甲方在签定合同时即付定金 5000 元在结算时冲抵车款。乙方在收到车价全款或银行的放款后方开具汽车发票。其他特别约定内容为“另车款 10000 元由肖正立支付，实际车款 250000”。协议签订后，尚存领于 2015 年 5 月 18 日与工商银行签订《工行山东省分行购车专用卡分期付款合同》，约定尚存领为购车在工商银行处办理分期付款，分期总额 168000 元，分期期数 36 个月，每期还款 5153 元。合同签订后，吉通公司在收到工商银行发放的贷款后，为尚存领开具购车发票。2015 年 5 月 26 日，尚存领到吉通公司处提车，并在对车辆验收无误后，在客户交车确认表落款处签字确认。现尚存领将吉通公司诉至法院，诉称其在吉通公司处购买的科雷傲汽车的钥匙不仅有新旧之别，而且车内座椅没有防尘罩，四个车门闭合处有明显的磨损，车牌悬挂处也有明显的粘贴宣传牌痕迹，尚存领怀疑吉通公司出售的车辆系展车，而非新车。同时，尚存领称签订合同时，吉通公司在格式合同中拟订两个车价款，诱导消费者签署购车协议，吉通公司在合同上亦存在欺诈行为，为此要求吉通公司退还车辆赔偿车费、保险费等，并要求解除其与工商银行签订的贷款合同，一切赔偿责任由吉通公司承担。

#### 【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于 2017 年 1 月 6 日作出（2016）鲁 0104 民初 3572 号民事判决：对于尚存领提出该车辆系展车而非新车的理由，“展车”只是通俗说法，而不是法律概念，该事实不能认定，不必然形成虚假或欺诈，尚存领以吉通公司销售行为存有欺诈为由，要求吉通公司将车退还，并对其进行赔偿的诉讼请求，以及要求解除其与工商银行签订的贷款合同的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，不予支持。判决：驳回尚存领的诉讼请求。案件受理费 5496 元，由尚存领负担。宣判后，尚存领提出上诉。济南市中级人民法院于 2017 年 9 月 15



## 民事案例

日作出（2017）鲁 01 民终 3843 号民事判决：一、撤销济南市槐荫区人民法院（2016）鲁 0104 民初 3572 号民事判决；二、尚存领于本判决生效之日起十日内将自山东吉通汽车销售服务有限公司处购买的发动机号码为 2TRA703F013123，车辆识别代码（车架号码）为 F1VYRTY3EC522937 的科雷傲 2.5 四驱舒适型白色车辆一辆返还山东吉通汽车销售服务有限公司；三、山东吉通汽车销售服务有限公司于本判决生效之日起十日内返还尚存领已经支付的购车费用 86979 元（包括首付款 82000 元、礼包金额 1499 元、GPS 汽车定位防盗系统 3480 元），以及尚存领已实际向中国工商银行股份有限公司济南槐荫支行偿还的贷款本息 144280 元（截至 2017 年 9 月 12 日）；四、解除尚存领与中国工商银行股份有限公司济南槐荫支行于 2015 年 5 月 18 日签订的《工行山东省分行购车专用卡分期付款合同》；五、山东吉通汽车销售服务有限公司于本判决生效之日起十日内返还中国工商银行股份有限公司济南槐荫支行剩余贷款本金 37328 元；六、驳回尚存领的其他诉讼请求。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。一、二审案件受理费各 5496 元，均分别由尚存领各负担 406 元，山东吉通汽车销售服务有限公司各负担 5090 元。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国消费者权益保护法》第八条规定，“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况”。第二十三条规定，“经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定，“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在”。尚存领为证实涉案车辆系展车，提供了照片、录音等相应证据，且对于交车时里程表线未接好这一事实提供了录音证据，而吉通公司提交的交车确认表中显示的是交车时车辆一切项目完好。根据上述法律规定，尚存领作为消费者已经尽到了举证责任，吉通公司作为销售商，其应对所交付的车辆不存在尚存领主张之瑕疵提供证据，但其为证明不存在该瑕疵而提交的交车确认表不能认定确系经过消费者实际确认车辆在交付时完好无误的证据，吉通公司应当承担不利法律后果。尚存领要求退车退款应予支持。鉴于本案尚存领与工商银行签订的《工行山东省分行购车专用卡分期付款合同》系为履行尚存领与吉通公司之间的车辆买卖合同，现尚存领要求退车退款系主张解除其与吉通公司之间买卖合同的诉求，车辆买卖合同已经解除，尚存领与工商银行之间的《工行山东省分行购车专用卡分期付款合同》亦应解除，造成两合同解除的责任在吉通公司，因此合同解除后吉通公司应当承担相应赔偿责任，吉通公司应当赔偿尚存领已经向工商银行偿还的借款本息 144280 元（截至 2017 年 9 月 12 日），

尚欠本金 37328 元由吉通公司向工商银行偿还；对于尚存领要求吉通公司返还的保险费 6855.31 元，由于是尚存领为涉案车辆投保向保险公司交纳，且已经实际享有了保险利益，所以该项费用不应返还；礼包金额 1680 元，实际付款凭证显示是 1499 元，该项费用应当以实际付款数额为限予以返还；履约续保押金 2000 元、公证抵押费 520 元，显示的收款人是济南冠良汽车配件有限公司，吉通公司否认收到该 2520 元，故尚存领要求吉通公司返还该 2520 元不应支持。综上，经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（三）项规定，做出上述判决。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 韩 梅



# 恋爱双方共同贷款购买的房屋为按份共有 共有份额确定后方可分割

——侯某诉潘某共有纠纷案

**关键词** 恋爱 共同购房 按份共有 分割

## 【案例要旨】

恋爱双方共同向银行贷款购买的房屋为按份共有。因开发企业为贷款提供了保证，恋爱双方为共同借款人，均可以偿还贷款，在双方确定贷款偿还比例及共有份额，征得贷款银行、开发企业的同意后方可分割。

## 【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第一百零三条共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

## 【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2017）鲁0103民初4630号（2018年5月11日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民终6016号（2018年10月3日）

## 【基本案情】

原告侯某提出诉讼请求：1. 判令解除财产共有关系，分割共有财产33313.17元，将绿地国际城某室房屋买卖合同买受人确认为侯某。事实与理由：侯某、潘某原系男女朋友关系。2016年6月20日，侯某、潘某与济南某置业有限公司签订了商品房买卖合同，购买绿地国际城项目某室房屋，侯某支付了首付款173558元，剩余房款583000元由侯某向上海某某银行申请贷款。自2016年7月20日，侯某、潘某开始共同偿还房屋贷款，至起诉之日共同偿还房屋贷款10个月，偿还金额33313.17元。2016年12月，侯某、潘某因性格不合分手，共有的基础丧失，需要分割共有财产，望依法判决。

被告潘某辩称：侯某主张没有事实及法律依据，不同意解除共有关系。1. 双方共有关系解除尚不具备解除条件，因双方系以贷款方式购房，贷款尚未结清，潘某的个人借款关系无法解除，共有关系的解除应当以贷款结清为前提。2. 侯某主张分割共有财产将33313.17元的一半为潘某所有，没有事实依据，该房屋目前已升值，并且双方的首付款比例仅为22.94%，剩余77.06%均系双方共同借款，并且双方自贷款发放日均共同偿还银行借款，截止至2018年3月份，潘某已累计偿还银行借款38520.97元，因此如双方共有关系解除，应当考虑首付款占总房款的比例及剩余贷款结清等问题，在分割之前双方共同结清剩余贷款，便于法院裁判，对双方当事人也公平。

法院经审理查明：侯某、潘某原系男女朋友关系，双方因性格不和于2017年2、3月份分手，现侯某尚未婚，潘某于2017年11月10日已登记结婚。双方恋爱期间，2016年6月16日，为购买涉案房屋与上海某某银行股份有限公司济南分行签订《个人购房担保借款合同》，侯某作为借款人、潘某作为共同还款人向上海某某银行股份有限公司济南分行借款

583000元，并共同将涉案房屋抵押给上海浦东发展银行股份有限公司济南分行，济南某置业有限公司为侯某、潘某的借款提供保证担保。2016年6月20日，侯某、潘某与济南某置业有限公司签订了合同，购买位于济南市市中区104国道东南侧绿地国际城某室房屋及储藏室，款项共计756558元，首付173558元，剩余购房款向银行贷款583000元。侯某支付了购房首付款173558元。潘某通过中国建设银行于2017年1月13日向侯某转账1500元、2017年1月25日转账1000元、9000元，共计11500元，之后自2017年3月开始每月支付应付房款的一半。截止2018年3月，侯某、潘某共偿还房贷63392.27元，包含本金16296.66元，银行利息47095.61元。2018年4月至9月，潘某继续偿还银行贷款。涉案房屋尚未交付。

#### 【裁判结果】

一审法院依照《中华人民共和国物权法》第一百零三条、第一百零四条规定，判决：一、侯某、潘某于2016年6月20日与济南某置业有限公司签订的预售房屋买卖合同（济南市市中区104国道东南侧绿地国际城某室房屋及储藏室）中买受人的权利义务由原告侯某享有、承担，涉及该房屋尚未偿还的银行贷款由原告侯某偿还。二、原告侯某于判决生效之日起10日内支付被告潘某房屋折价款57581.16元。三、被告潘某于判决生效之日起10日内支付原告侯某鉴定费9500元。案件受理费21900元，由原告侯某负担20661元，被告潘某负担1239元。宣判后，潘某提起上诉。

二审法院依照《中华人民共和国物权法》第一百零三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项、《诉讼费用交纳办法》第十二条规定，判决：一、撤销济南市市中区人民法院（2017）鲁0103民初4630号民事判决；二、驳回被上诉人侯某的诉讼请求。一审案件受理费21900元，二审案件受理费21900元，均由被上诉人侯某负担。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国物权法》第一百零三条规定“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”本案中，潘某、侯某与济南某置业有限公司签订商品房买卖合同时系恋爱关系，双方以共同组建家庭为目的而共同出资购房。商品房买卖合同虽显示双方为共有，但未约定共有的性质，且双方现因感情破裂而分手，潘某、侯某之间不具有家庭关系。根据上述法律规定，一审法院认定涉案房屋系双方按份共有正确，予以确认。根据查明的事实，潘某、侯某为涉案房屋的共同借款人，涉案房屋尚有贷款未还清，亦未办理权属登记。对于涉及贷款的房屋，若对商品房买卖合同的权利、义务进行分割，商品房买卖合同的一方不再承担还款义务，将导致购房借款合同的变更，贷款银行需要就另一方的资质进行重新评定以决定是否继续出借款项，也需要征得借款保证人的同意。此外，侯某请求将商品房买卖合同的买受人主体确认为侯某，变更了商品房买卖合同的买受人，应征得合同相对方出卖人的同意。本案中，潘某、侯某对涉案房屋的分割方案、所欠银行贷款的偿还方式未达成一致，侯某亦未提交证据证明上海某某银行股份有限公司济南分行及济南某置业有限公司同意二人对涉案房屋进行分割，并由其中一人承担还款义务。故一审法院判决涉案商品房买卖合同中买受人的权利义务由侯某享有、承担不当，应予以纠正。侯某、潘某之间的共有关系，可待银行贷款清偿完毕，各自份额确定后，再行分割处理。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 许海涛

# 小区建筑未统一规划安装太阳能， 业主自行安装太阳能给相邻方造成妨碍的应予拆除

——李某诉王某相邻采光、日照纠纷案

**关键词** 相邻关系 太阳能 妨碍 拆除

## 【案例要旨】

同一建筑物的上下楼邻居，因一方在原设计建筑外增加设施影响日照采光而产生纠纷，不应适用《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉（GB50180—93）》的相关规定，应依据《中华人民共和国民法通则》第八十三条及《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条的规定，对相邻方造成妨碍的，应排除妨碍。

## 【相关法条】

《中华人民共和国民法通则》第八十三条规定，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。

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定，业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。

## 【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2018）鲁0112民初7321号（2018年10月10日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民终8316号（2019年7月30日）

## 【基本案情】

原告李某提出诉讼请求：1. 判令王某立即拆除安装在李某窗户上的太阳能集热板；2. 判令王某赔偿李某损失1万元。事实与理由：历城区凤岐路1956号尚东花园小区在建筑设计时未预留太阳能集热板安装空间。王某在未征得李某同意的情况下即在王某房屋外墙上安装太阳能集热板，但太阳能集热板的投影投在李某房屋内，影响了李某的采光和日照。因此李某要求王某拆除在阳台外的太阳能集热板，并赔偿损失。

被告王某辩称：1. 王某安装热水器经过李某同意，李某不知为何在热水器安装一年后反悔；2. 李某诉称王某安装集热板使其日照标准降低没有事实和法律依据；3. 根据相关法律及相关文件王某安装热水器的行为是响应国家、省、市各级政府的号召，有法可依。

法院经审理查明：李某系历城区凤岐路1956号尚东花园3号楼2—2002室房屋所有权人，王某系该小区3号楼2—2102室业主，双方系上下楼邻居关系。李某于2018年4月份发现王某在房屋外墙处安装的太阳能采光集热板遮挡李某房屋阳台的采光，就此问题与王某进行沟通。2018年7月份李某入住后该问题仍未能解决，期间，双方多次沟通就该问题的解决

方案未能达成一致，为此诉至法院。另查明，1. 尚东花园小区在楼体设计时并未预留壁挂式太阳能安装位；2. 李某于2018年8月份拍摄照片，根据照片显示王某所安装的太阳能集热板对李某阳台的采光存在遮挡；王某于2018年10月份拍摄照片，照片显示太阳能集热板未对李某阳台的采光存在遮挡；3. 王某曾与太阳能厂家艾欧史密斯（中国）热水器有限公司就太阳能采光集热板遮挡采光问题进行沟通，太阳能厂家提出解决方案：将太阳能集热板上提20厘米，并使之更靠近墙体，直接贴到王某房屋的玻璃处。李某不同意该方案。

#### 【裁判结果】

一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条、第一百三十四条，《中华人民共和国物权法》第八十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：驳回原告李某的诉讼请求。案件受理费25元，由原告李某负担。宣判后，李某提起上诉。

二审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条、《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决：一、撤销济南市历城区人民法院（2018）鲁0112民初7321号民事判决；二、被上诉人王某于本判决生效之日起10日内拆除太阳能集热板；三、驳回上诉人李某要求被上诉人王某赔偿损失1万元的诉讼请求。一审案件受理费25元，由被上诉人王某负担；二审案件受理费50元，由上诉人李某负担。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条规定，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。本案中，李某与王某系上下楼邻居关系，李某主张王某安装的太阳能集热板对其阳台采光产生遮挡，双方产生争议并诉至一审法院，一审判决后，王某安装的太阳能厂家虽然上调了太阳能集热板，但根据李某提交的照片，2019年4月5日中午，王某的太阳能集热板投射的阴影对李某的阳台采光存在少许遮挡，之后遮挡面积逐渐增加，部分时间段存在全部遮挡的情形。

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定，业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。王某安装使用太阳能虽符合当前济南市政府鼓励既有建筑推广应用太阳能系统的相关意见，但因涉案小区建筑并未统一规划安装太阳能，故王某自行安装太阳能应避免给相邻方造成妨碍，现王某的太阳能集热板对李某的阳台采光确有妨碍。对于能否在一定期限内解决妨碍李某阳台采光的问题，经法庭询问，王某表示为了维护邻里关系，已根据一审判决要求进行改进，不同意再进行太阳能集热板的修改。鉴于王某明确表示不同意再修改太阳能集热板，在当前王某的太阳能集热板对李某的阳台采光确有妨碍的情况下，李某要求王某拆除太阳能集热板，依据上述《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条，《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条的规定，应予以支持。

《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉（GB50180—93）》系针对城市居住区建筑物的间距、采光、日照等方面作出规定，其关于住宅建筑大寒日日照不少于2小

## 民事案例

---

时，冬至日日照不少于1小时等规定亦针对相邻建筑物的情形。本案李某与王某系同一建筑物的上下楼邻居，因一方在原设计建筑外增加设施影响日照采光而产生纠纷，不应适用《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉（GB50180—93）》的相关规定，王某辩称李某的采光是否受影响，应以《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉（GB50180—93）》的规定予以认定，不予支持。

李某未提交证据证明王某安装的太阳能集热板对其造成损失，依据上述《中华人民共和国民法通则》第八十三条的规定，李某要求王某赔偿损失1万元，证据不足，不予支持。即使依据李某主张的《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十四规定，李某未提交证据证明存在损失，对其要求赔偿损失的请求，亦不予支持。鉴于李某提交的证据已能证明其申请鉴定欲证明的事实，故对其鉴定申请，不予准许。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 何菊红

# 用人单位为劳动者缴纳社会保险费的 缴费基数低于劳动者实际工资，劳动者主张解除 劳动合同经济补偿金，一般不予支持

——刘某诉济南某房地产公司劳动争议案

**关键词** 社会保险费 缴费基数 解除劳动合同经济补偿金

## 【案例要旨】

用人单位已为劳动者建立社会保险账户且险种齐全，但存在缴费基数低情形的，劳动者的社会保险权益可通过用人单位补缴或者社会保险费征收机构强制征收的方式实现，在此情形下，劳动者以此为由主张解除劳动合同经济补偿的，一般不予支持。

## 【相关法条】

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会报酬的，劳动者可以解除劳动合同。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定，劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

## 【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104民初4836号民事判决（2018年12月7日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终1395号（2019年5月8日）

## 【基本案情】

刘某提出诉讼请求：1. 解除其与济南某房地产公司的劳动合同关系；2. 判令济南某房地产公司支付其经济补偿108916.5元；3. 判令济南某房地产公司支付其2010年1月30日至2014年4月7日的加班工资16612.9元；4. 判令济南某房地产公司支付其工龄补贴3000元。事实和理由：其自2008年1月进入济南某房地产公司上班，负责采暖预算工作。工作期间，济南某房地产公司经常要求其加班，不给加班费补偿，没有另行安排补休。济南某房地产公司在2008年开始为其缴纳社保金，但并没有按照法律规定依照其工资基数缴纳，而是以少于工资基数的数额缴纳相关社保金，同时其承诺在员工离职时为员工补齐少缴纳的社保，且在2018年前济南某房地产公司也确实为离职员工补齐了社保。济南某房地产公司停止为员工补齐社保的行为侵害了其合法权益，请法院支持其主张。

济南某房地产公司辩称：双方之间的劳动合同因刘某严重违反公司规章于2018年4月18日解除。刘某在2014年1月后的社保，一直足额缴纳，对于此前的社保，也已经于2018年3月16日补缴完毕，现已不存在不足额缴纳的情形，不符合支付经济补偿的条件。刘某主张的加班费和工龄补贴没有事实依据。

法院经审理查明：2008年2月，刘某入职济南某房地产公司处工作，双方形成劳动关系，在签订固定期限的劳动合同后，于2013年10月14日签订无固定期限劳动合同。工作期



间，济南某房地产公司向刘某发放工资，并按月为刘某缴纳社会保险费。2008年4月至2013年12月，济南某房地产公司未按照刘某的实际工资基数足额为刘某缴纳社会保险费用，按照刘某的实际工资基数足额缴纳了其2014年1月以后的社会保险费。刘某向社会保险征缴机构反映后，社会保险征缴机构进行了稽核征缴，2018年5月17日，济南某房地产公司为刘某补缴2008年4月至2013年12月的社会保险费用。

刘某于2018年3月16日向槐荫仲裁委递交了仲裁申请，要求：1. 解除双方劳动合同；2. 济南某房地产公司支付其经济补偿108916.5元；3. 济南某房地产公司支付其2010年1月30日至2014年4月7日的加班工资16612.9元；4. 济南某房地产公司支付其工龄补贴3000元。槐荫仲裁委于2018年5月16日向刘某出具受理通知书一份，载明收悉刘某于2018年3月16日送来的仲裁申请，刘某需在2018年5月26日前送交手续及补充提交相关证明材料等内容。槐荫仲裁委于2018年6月28日做出济槐劳人仲案〔2018〕362号仲裁裁决，裁决双方于2018年3月16日解除劳动合同，对刘某的其他仲裁请求不予支持。刘某不服，提起本案诉讼。

2018年3月27日，济南某房地产公司向刘某邮寄《告知函》，主要内容为刘某工作至2018年3月16日，3月19日起未办理任何请假手续的情况下一直未到公司上班，公司多次联系，仍在没有任何正当理由也未请假的情况下不到岗，截至3月27日连续旷工7天。刘某于次日收到该告知函。2018年4月9日，济南某房地产公司向刘某邮寄《告知函》，主要内容为刘某自2018年3月19日起未办理任何请假手续的情况下一直未到公司上班，截至4月9日，已连续旷工15天，公司多次联系并于3月27日送达旷工告知函后，仍未到岗，也未说明旷工的正当理由，要求刘某在2018年4月10日前到公司明确是否离职，如逾期将解除劳动合同等内容。2018年4月12日，刘某向济南某房地产公司送达《针对两次告知函的回复》，主要内容为其在2018年初得知公司不再补偿拖欠的社保金，3月13日要求公司补缴未果，其于3月19日向社保稽核科反映情况，社保稽核科通知公司补缴，济南某房地产公司于3月23日称同意补缴并要求其撤回举报，但一直未补缴。其于3月19日开始来往于社保稽核科处理公司的违法行为，不属于无故旷工，公司应继续支付其工资，公司若与其解除劳动合同，系违法解除劳动合同，应支付相关赔偿金。2018年4月18日，济南某房地产公司向刘某送达《回复函》，主要内容为其一直同意对未足额缴纳社保部分按照社保稽查科的要求进行补缴，并正在核实缴纳基数，待社保稽查科确认后方可进行相关后续手续办理。刘某自3月19日起未到岗，截至本次回函未向公司提交任何请假申请，构成旷工，未告知旷工事由，严重违反了公司的规章制度及员工手册及劳动纪律。刘某未明确是否离职，为进行工作交接及安排，公司根据法律法规、公司规章制度及员工手册相关规定解除双方的劳动合同，自本回复函寄出之日起生效，同时保留追究损失的权利。刘某于次日收到该回复函。

### 【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2018年12月7日作出（2018）鲁0104民初4836号民事判决：一、刘某与济南某房地产公司的劳动关系于2018年4月19日解除；二、济南某房地产公司于判决生效之日起十日内向刘某支付工龄补贴3000元；三、驳回刘某的其他诉讼请求。宣判后，刘某不服，针对解除劳动合同时间、经济补偿金、加班费问题提出上诉。济南市中级人民法院于2019年5月8日作出（2019）鲁01民终1395号民事判决：一、维持济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104民初4836号民事判决第二、三项及案件受理费负担部分。二、撤

销济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104民初4836号民事判决第一项。三、上诉人刘继明与被上诉人济南阳光壹佰房地产开发有限公司的劳动关系于2018年3月26日解除。

**【裁判理由】**

法院生效裁判认为：《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十九条规定，劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由；对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。第三十条第一款规定，劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。本案中，刘某于2018年3月16日向槐荫仲裁委递交了仲裁申请，直至2018年5月16日才受理本案，超出了上述法律规定的期限，导致刘某的解除劳动合同的意思表示未能及时送达济南某房地产公司，由此产生的后果，不应由刘某来承担。按照上述法律规定槐荫仲裁委应当在2018年3月21日前决定受理本案，应当于2018年3月26日前向济南某房地产公司送达仲裁申请书。因此，刘某与济南某房地产公司之间的劳动合同于2018年3月26日解除。关于经济补偿金的问题，根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六条的规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。本案中，济南某房地产公司已经为劳动者建立了社保账户，亦为其缴纳了社会保险，虽然存在缴费基数低于工资基数的问题，但刘某已经通过向社保管理部门举报的形式，使济南某房地产公司按照相应的规定进行了补缴，刘某的社会保险权益并未受到损害，其以此为由主张经济补偿金，不符合法律规定，不予支持。刘某主张加班费，应由刘某举证证实存在加班事实。其一审时提交了值班计划表复印件19页、值班人员审批表复印件18页，济南某房地产公司对该证据不予认可，本院不予采信，因此，刘某主张加班费，证据不足，一审法院不予支持并无不当。综上所述，刘某的上诉请求中关于劳动关系解除时间的部分成立，予以支持。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 曹 强



# 关于不当出生之诉的认定规则、医方承担赔偿责任的基础及损害赔偿范围问题

——上诉人张庆红、刘福忠因与上诉人济南市章丘区妇幼保健院  
医疗损害责任纠纷

**关键词** 缺陷胎儿出生 产前诊断 医方责任 损害赔偿范围

## 【案例要旨】

不当出生之诉，是指孕有先天缺陷胎儿的父母，因医疗机构的过错影响其优生优育的选择权，导致缺陷胎儿出生，父母以医疗机构对该缺陷胎儿的不当出生负有过错为由，请求其承担赔偿责任而提起的诉讼。

请求权基础为医师应给予产前诊断而未进行产前诊断的，或者应给予说明而未进行说明的，或者应提出终止建议而未提出的，医方违反了应尽的义务，应承担相应的民事责任。

损害赔偿范围为父母就缺陷儿的出生所额外增加的相应医疗费、护理费、特殊教育费以及缺陷儿父母的精神损害抚慰金。

## 【相关法条】

《中华人民共和国母婴保健法》第十五条规定，“对患有严重疾病或者接触致畸物质，妊娠可能危及孕妇生命安全或者可能影响孕妇健康和胎儿正常发育的，医疗保健机构应当予以医学指导”。第十八条规定“经产前诊断，有下列情形之一的，医师应当向夫妻双方说明情况，并提出终止妊娠的医学意见：（一）胎儿患严重遗传性疾病的；（二）胎儿有严重缺陷的……”。

## 【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2018）鲁0181民初6580号民事判决（2018年11月7日）。

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终4869号（2019年10月31日）

## 【基本案情】

张庆红、刘福忠诉称：张庆红、刘福忠系夫妻关系，张庆红于2017年初怀孕，怀孕后到章丘妇幼检查。同年3月，章丘妇幼建议张庆红进行胎儿染色体非整倍体无创产前基因检测，之后将样本送至广州达安临床检测中心。待检测结果送至章丘妇幼后，医务人员告知胎儿检测正常，可以生产，并将检测报告复印件交张庆红、刘福忠保存。2017年8月28日，张庆红在章丘妇幼产下一名女婴，经诊断为21三体综合征。因章丘妇幼不负责，造成张庆红、刘福忠痛苦。为维护张庆红、刘福忠合法权益，特起诉。诉讼请求：1. 判令章丘妇幼返还医疗费20363.74元，并赔偿各项损失共计1300038.99元。2. 诉讼费用由章丘妇幼承担。

章丘妇幼辩称，章丘妇幼对张庆红孕期检查符合孕产妇系统管理要求，尽到了医院的诊疗及告知义务，21三体患儿出生与父母的遗传因素有关。在出具检测结果后，张庆红未遵守

章丘妇幼意见及时诊疗，应是张庆红、刘福忠的责任，章丘妇幼不应承担任何责任，请求法院依法驳回张庆红、刘福忠的诉讼请求。即使章丘妇幼侵犯了张庆红、刘福忠的权力，也是侵犯了张庆红、刘福忠优生优育选择权，根据相关法律规定章丘妇幼只承担精神损害抚慰金，张庆红、刘福忠所诉的伤残赔偿金、护理费无法律依据，章丘妇幼不予承担。

一审法院经审理查明：1. 张庆红、刘福忠系夫妻关系，张庆红于2017年初怀孕，怀孕后一直到章丘妇幼检查。同年3月，章丘妇幼建议张庆红进行胎儿染色体非整倍体无创产前基因检测，之后将样本送至广州达安临床检测中心。后广州达安临床检测中心于2017年3月31日出具检查结果报告：提示胎儿21号染色体异常高风险。2017年8月28日，张庆红在章丘妇幼产下一名女婴，取名刘泽雅，刘泽雅于2017年9月8日经广州达安临床检测中心诊断为“21-三体综合征”。期间，张庆红母女共支付医疗费20363.74元。以上由张庆红、刘福忠提交章丘妇幼母子保健档案手册、彩超报告单3份、胎儿监护图、张庆红及刘泽雅出院记录及住院病历、无创基因检测申请单及书面说明、检查报告单6份、张庆红、刘福忠结婚证、户口本复印件证实；章丘妇幼提交广州达安临床检测中心报告单、基因检测申请单、无创DNA测序登记表证实。双方当事人均无异议。2. 经双方当事人同意，一审法院委托，2018年4月13日，北京明正司法鉴定中心出具鉴定报告：2017年3月31日广州达安临床检测中心出具报告单并告知双方后，之后张庆红数次产检过程中，章丘妇幼均未针对该检验结果进行追访，漏诊“21-三体综合征”存在过错；章丘妇幼未对张庆红妊娠期糖尿病进行及时诊断，未按照妊娠期糖尿病产妇进行孕期管理和指导，存在过错。鉴定意见：章丘妇幼在张庆红诊疗过程中存在过错，医方过错与张庆红之女的不利出生之间存在主要因果关系。张庆红支付鉴定费7650元。章丘妇幼对该鉴定结论提出异议，但并未申请重新鉴定或提交其它有效证据予以反驳。经审查，该鉴定结论程序合法，鉴定机构具备相关鉴定资质，结论合理有据，故一审法院对此予以采纳。3. 张庆红、刘福忠主张对刘泽雅护理费总额为735780元（36789元×20年），章丘妇幼有异议。经审查，张庆红、刘福忠主张的计算标准并无不当，根据其年龄、健康状况等综合因素，一审法院确定其护理期限为十年，计算护理费总额为367890元（36789元×10年）。4. 张庆红、刘福忠主张刘泽雅残疾赔偿金总额为735780元（36789元×20年），章丘妇幼有异议。

#### 【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于2018年11月7日作出（2018）鲁0181民初6580号民事判决：一、章丘妇幼于判决生效之日起十日内赔偿张庆红、刘福忠医疗费14254.62元；二、章丘妇幼于判决生效之日起十日内赔偿张庆红、刘福忠护理费257523元；三、章丘妇幼于判决生效之日起十日内赔偿张庆红、刘福忠鉴定费5355元；四、章丘妇幼于判决生效之日起十日内赔偿张庆红、刘福忠精神损害抚慰金50000元；五、驳回张庆红、刘福忠的其他诉讼请求。案件受理费16500元，减半收取计8250元，由张庆红、刘福忠负担4098元，由章丘妇幼负担4152元。宣判后，张庆红、刘福忠、章丘妇幼均不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年10月31日作出（2019）鲁01民终7536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：本案为医疗损害责任纠纷中的不当出生之诉，是指孕有先天缺陷胎儿的父母，因医疗机构的过错影响其优生优育的选择权，导致缺陷胎儿出生，父母以医疗机构对该缺陷胎儿的不当出生负有过错为由，请求其承担赔偿责任而提起的诉讼。该诉的请求

权基础为医师应给予产前诊断而未进行产前诊断的，或者应给予说明而未进行说明的，或者应提出终止建议而未提出的，医方违反了应尽的义务，应承担相应的民事责任。该诉的损害赔偿范围为父母就缺陷儿的出生所额外增加的相应医疗费、护理费、特殊教育费以及缺陷儿父母的精神损害抚慰金。本案中，张庆红、刘福忠作为刘泽雅的父母提起本案诉讼主体适格。关于章丘妇幼应否承担赔偿责任及其责任比例的问题，《中华人民共和国母婴保健法》第十五条规定，“对患有严重疾病或者接触致畸物质，妊娠可能危及孕妇生命安全或者可能影响孕妇健康和胎儿正常发育的，医疗保健机构应当予以医学指导”。第十八条规定“经产前诊断，有下列情形之一的，医师应当向夫妻双方说明情况，并提出终止妊娠的医学意见：（一）胎儿患严重遗传性疾病的；（二）胎儿有严重缺陷的……”。医疗机构违反告知义务，使患者未能行使优生优育选择权的，导致畸形婴儿出生，医疗机构应承担相应的赔偿责任。北京明正司法鉴定中心就章丘妇幼对患者张庆红的诊疗过程是否存在过错、医疗行为与损害后果的因果关系及原因力大小（参与度）进行了鉴定，该鉴定中心认为，章丘妇幼在张庆红诊疗过程中存在对张庆红孕检提示胎儿“21号染色体异常高风险”时未进行追访，漏诊“21-三体综合征”存在过错；未按照妊娠期糖尿病产妇进行孕期管理与指导存在过错，与张庆红之女的不利出生之间存在主要因果关系。该鉴定中心及鉴定人员具备相应的鉴定资质且鉴定程序合法，应作为确定各方当事人过错的主要依据。章丘妇幼应对缺陷儿不当出生而给张庆红、刘福忠抚养该缺陷儿额外产生的各项损失承担主要的赔偿责任，一审法院判决章丘妇幼承担70%的赔偿责任并无不当。章丘妇幼应承担的损失范围，应为张庆红、刘福忠因缺陷儿的出生所额外增加的医疗费、护理费、特殊教育费用及缺陷儿父母的精神损害抚慰金。现张庆红、刘福忠要求章丘妇幼赔偿医疗费、护理费、精神损害抚慰金于法有据。关于上述费用的具体数额问题，关于医疗费的问题，因章丘妇幼在对张庆红诊疗过程中，未对张庆红孕检提示胎儿“21号染色体异常高风险”进行追访，漏诊“21-三体综合征”，且未给予张庆红夫妇产前医学指导，导致张庆红将缺陷胎儿生出，由此产生的医疗费，均为张庆红、刘福忠的损失，一审法院判由章丘妇幼按比例承担并无不当。关于护理费的问题，双方对于护理费的计算标准无异议，争议的焦点为护理期限问题，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》第二十一条规定“护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的，可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限，但最长不能超过二十年”。刘泽雅于2017年8月28日出生，年龄尚小，一审法院根据其年龄状况，身体状况，确定十年的护理期限并无不当。十年之后，若刘泽雅生活仍不能自理，张庆红、刘福忠可再行主张权利。关于精神损害抚慰金的问题，根据相关法律规定，一般性精神损害赔偿标准为1000至3000元，严重精神损害的，赔偿标准为3000元至5000元，侵害人为法人或者其他社会组织的，一般按照公民赔偿标准的五倍至十倍予以赔偿。一审法院酌定5万元的精神损害抚慰金公平合理，符合相关法律规定，本院予以支持。张庆红、刘福忠要求10万元精神损害抚慰金过高，本院不予支持。关于张庆红、刘福忠能否代刘泽雅主张残疾赔偿金的问题，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》第十六条规定“侵害他人造成残疾的，应赔偿残疾赔偿金”。残疾赔偿金的性质为财产损害赔偿，具有专属性，应由被侵权人或者被侵权人的法定代理人以被侵权人的名义主张权利，张庆红、刘福忠代刘泽雅主张残疾赔偿金于法无据，本院不予支持。另外，刘泽雅的残疾系由其先天性遗传因素造成，与章丘妇幼无直接的因果关系，张庆红、刘福忠要求章丘妇幼赔偿

其残疾赔偿金本院不予支持。综上所述，张庆红、刘福忠、章丘妇幼的上诉请求均不能成立。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘学宽 陈李丽

# 案外人执行异议案件中 对特定账户内金钱权属的异议审查规则

——王某诉吕某、苏某案外人执行异议之诉案

**关键词** 执行异议 信誉保证金 金钱 种类物

## 【案例要旨】

金钱属于种类物，而非特定物，具有“谁占有即谁所有”的自然属性，一般情况下，登记在账户内的资金应属于该账户开立人所有。在审查案外人对于账户资金提出的执行异议时，关键在于审查该账户内的资金是否被特定化，如该账户金钱被登记记名或赋予身份专属性，该金钱即被特定化，该金钱权利即特定属于该登记记名的公民、法人或具有身份专属性的人。如案外人仅以该账户资金实质来源于被执行人或被执行人对该账户资金享有债权为由提出执行异议，则该异议实质属于对该账户资金的来源或再分配提出主张，应属于记名登记人与被执行人之间的债权债务关系范畴，应另行通过债权诉讼的方式予以解决，而非通过案外人执行异议的途径解决。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条第一款第（三）项规定：对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：（三）银行存款和存管在金融机构的有价证券，按照金融机构和登记结算机构登记的账户名称判断；有价证券由具备合法经营资质的托管机构名义持有的，按照该机构登记的实际投资人账户名称判断。

## 【案件索引】

一审：莱芜市莱城区人民法院（2018）鲁1202民初3943号（2018年12月28日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终5099号（2019年8月29日）

## 【基本案情】

原告王某诉称：2017年10月24日法院作出（2017）鲁1202执1776号执行裁定书和协助执行通知书，查封郗某名下归孙某所有的在某养殖公司的信誉保证金80040.21元。莱城区法院（2018）鲁1202执异32号案执行异议人吕某，主张涉案标的归其所有、排除执行。法院裁定中止执行。王某提起执行异议之诉。1. 某养殖公司和养殖户郗某，作为合同甲、乙方签字的904935批次肉鸭委托养殖合同中，丙方处空白。被告私自在合同丙方（乙方担保人）处签上吕某的名字，并向法庭提交为证，以使其合同乙方担保人的身份合法化。其应为该行为承担相应法律后果。执行法官可以证实上述情况属实，养殖户郗某也明确说明，合同中丙方处签字无吕某签字。鉴于以上事实，（2018）鲁1202执异32号执行裁定书认定事实不属实。2. （2018）鲁1202执异32号执行裁定书查明的事实遗漏一笔转账，即2017年5月8日，吕某向刘霞合作社名下银行账户转账62600元，该笔转账最能证明被告与刘霞合作社（苏某）是借贷关系，与保证金无直接关系。被告若主张权利，应向刘霞合作社主张，不应在保证金

上进行主张。郗某与吕某的银行往来明细可以看出，被告和刘霞（苏某）合作社存在账务上协议关系，而不是被告本人和郗某有这种关系。郗某在保证合同纠纷的案件中，明确表示其和被告不认识，法院查封涉案款项后被告恐吓郗某，因此，双方协商一致，给对方打入保证金，有悖于常理。被告为了回避其和刘霞合作社的借贷关系，伪造成乙方担保人，即经销商。被告乘苏某失踪，私自占有涉案标的，并提供伪证。我提交的与苏某通话记录可以证明，刘霞合作社有时为了缓解资金周转紧张跟被告借钱，但养殖业务都是刘霞合作社操办，当时郗某的经销商是苏某，包括保证金在内的养殖业务都是苏某一手操办。被告与郗某两笔往来账，也是先打入刘霞合作社，再由苏某和郗某结账，而非被告直接和郗某结算。被告提供的保证金银行对账单也明显表示苏某是904935批次养鸭的经销商，并非被告。以上可以看出，被告仅有的两次打款39000元和45500元应是和刘霞合作社账务关系的一部分，与保证金权属没有关系。该批次的保证金虽然不属于涉案标的，但是关系到本案的涉案标的。之后的两批次保证金由刘霞（苏某）合作社自行投资运行，与被告无关。因此，苏某是郗某养鸭的经销商（担保人），同时是892474批次、904935批次保证金的垫付者和结算者，亦是涉案标的的权属人。综上，2017年1月9日—2月17日，郗某养殖882347批次保证金84500元，被告并不享有权益；2017年2月28日—4月8日，郗某养殖892474批次保证金84500元。被告无证据证实，所以不享有权益；2017年4月20日—5月27日，郗某养殖904935批次保证金80040.21元。即本案执行标的，被告无证据证实与其有关系。依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定》第25条，被告对其不享有权益。事实证明，养殖户郗某初始对法院陈述和证明材料属实，其养殖的904935批次肉鸭的保证金是其经销商苏某垫付。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第227条，最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第311条、313条第二款第一项规定，结合本案实际，被告对本案执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益。诉讼请求：一、撤销莱城区法院（2018）鲁1202执异32号执行裁定书，准许对该执行标的的继续执行。二、要求吕慎法承担诉讼费。

吕某未作答辩。

苏某未作答辩。

一审法院经审理查明：王某与苏某、崔某、苏某某民间借贷纠纷一案，一审法院于2017年6月26日作出（2017）鲁1202民初2424号民事判决，判决苏某、崔某共同偿还王某借款本金88000元及利息于本判决生效之日起5日内付清；苏某某对上述第一项履行内容承担连带偿还责任。因苏某等逾期未履行生效法律文书确定的义务，王某向一审法院申请强制执行，该案在执行过程中，于2017年10月24日作出（2017）鲁1202执1776号执行裁定，裁定查封郗某名下归苏某所有在某养殖公司的信誉保证金80040.21元。后吕某提出异议，要求撤销莱城区人民法院（2017）鲁1202执1776号执行裁定书及协助执行通知书；解除对郗某名下归苏某所有在某养殖公司的信用保证金80040.21元查封。一审法院于2018年7月20日作出（2018）鲁1202执异32号执行裁定，裁定中止对郗某名下归苏某所有在某养殖公司的信用保证金80040.21元的执行。某养殖公司于2017年10月对一审法院查封郗某在其公司名下80040.21元提出执行异议，一审法院于2017年12月1日作出（2017）鲁1202执异90号执行裁定，裁定驳回某养殖公司的异议。某养殖公司在法律规定的期限内提起案外人执行异议之诉，一审法院作出（2017）鲁1202民初4889号民事裁定，裁定驳回某养殖公司的起诉。关于吕某与某养殖公司、郗某保证合同纠纷一案，吕某于2018年6月28日提交撤回诉讼申



请书，一审法院于同日作出（2018）鲁1202民初52号民事裁定，裁定准许吕某撤诉。某食品公司（甲方）与某养殖公司（乙方）签订《山东某食品公司契约养殖批次合同》，双方约定由某养殖公司对鸭苗进行养殖，协议政策：乙方自购鸭苗，并向甲方交纳〔上表约定〕元/只协议保证金。某养殖公司（甲方）与郝某（乙方）签订批次为904935的《某养殖公司肉鸭委托养殖合同》，合同约定由乙方代养鸭苗；保证金：乙方向甲方按每只鸭13元的标准交付保证金，保证金由乙方自筹或由甲方协助乙方贷款，利息由乙方承担，甲方有权将本金直接与银行结算，出现差额由乙方偿还。此保证金在确认合同履行完毕且双方无争议事项后，7天内退还；甲方向乙方提供鸭苗，数量6200只，鸭苗价格为1.4元/只；保证金退还办法：肉鸭检测合格回收后，保证金全额退回；如肉鸭出现私自外卖、检测不合格等，造成甲方无法收回，保证金不予退还。合同还对委托养殖、代养收入的确认、结算方式等进行了约定。合同尾部由某养殖公司加盖合同专用章、经办人签字、乙方签字予以确认。2017年1月9日，吕某向郝某名下银行账户转账39000元，交易摘要标注“某食品公司苗款”同日该笔款项又通过郝某该银行账户转入某养殖公司；2017年1月12日，吕某向郝某名下银行账户转账45500元，交易摘要标注“某食品公司料款”，同日该笔款项又通过郝某该银行账户转入某养殖公司；2017年2月20日，某养殖公司将45500元打入郝某银行账户，2017年2月21日，该笔款项又打入吕某银行账户；2017年2月21日，吕某向刘霞合作社名下银行账户转账10753.8元，用途标注“郝某往来款”；2017年3月15日，吕某向刘霞合作社名下银行账户转账45500元，交易摘要为“郝某某食品公司料款”；2017年4月10日，某养殖公司打入郝某账户寄养成本15016.05元、保证金45500元，同日，郝某账户转入吕某银行账户60516元；2017年4月13日，吕某向刘霞合作社名下银行账户转账12821.1元，用途标注“郝某往来款”；2017年5月8日，吕某向刘霞合作社名下银行账户转账62600元，交易用途为“朱某料款21000郝某料款41600元”，同日，刘霞合作社以郝某名义打入某养殖公司41600元。某养殖公司分别于2017年1月9日2017年1月12日、2017年3月15日出具载明收到郝某信誉保证金39000元（882347批次）、45500元（882347批次）、45500元（892474批次）的收据予以证明。2017年5月8日，现金缴款单显示某养殖公司收到郝某缴纳的料款41600元。某养殖公司的保证金对账单可以看出2017年4月22日，在摘要一栏中显示调增郝某904935批次信誉保证金贷方39000元。也就是说截止2017年4月份，郝某在某养殖公司尚有保证金39000元。2017年4月29日，交易说明一栏中显示收款未核销贷方39000元；2017年5月8日，交易说明一栏中显示收款未核销贷方41600元。2017年5月30日，交易说明一栏中显示客户退款借方559.79元；合计-80040.21元。（2018）鲁1202民初52号卷宗中，谈话笔录中郝某明确表示，之前一直以为苏某为其缴纳保证金，但实际是吕某为其缴纳的第三批鸭苗的保证金，具体保证金的经办都没有经过其本人，其意见是关于保证金希望某养殖公司直接给吕某，第三批保证金为39000元加41600元共计80600元，通过与刘霞合作社的谈话笔录可以看出，其作为养殖合作社会计，因合作社无资金无法经营业务，合作社股东找吕某，让吕某为养殖户缴纳保证金维持养殖户的正常养殖。通过与吕某、某养殖公司、郝某的谈话笔录可以看出第三批鸭苗养殖出现亏损559.79元。

二审中上诉人王某提交以下证据：一、郝某欠条复印件一份。王某称该份证据是由吕某在执行异议中提交到法庭，然后由王某复印得来，该份欠条由苏某委托其儿子苏某某找到郝某书写而成，证明涉案80600元保证金是苏某的资金。吕某质证称，对欠条的真实性无异议，

对证明目的有异议，80600元不是苏某的，欠条是郗某打给吕某的，由吕某提交到法院的。因吕某对该欠条的真实性无异议，法院认定其客观真实，但上述证据不能证明王某的主张。二、谈话录音两份。拟证明苏某是郗某的养殖保证人，也称经销商，自己只欠苏某养殖保证金。吕某质证称，在（2018）鲁1202执字32号执行案件调查时，郗某已经承认所有款项都是吕某出的，并有郗某的签字笔录为证。因郗某本人未出庭，无法核实该录音内容的真实性，且该录音内容与郗某在（2018）鲁1202执字32号执行案件中其向一审法院陈述的内容不一致，二审法院对该证据依法未予采信。

#### 【裁判结果】

莱芜市莱城区人民法院于2018年12月28日作出（2018）鲁1202民初3943号民事判决驳回王某的诉讼请求，案件受理费1801元，由王某负担。宣判后，王某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年8月29日作出（2019）鲁01民终5099号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：金钱属于种类物，而非特定物，但当该金钱一旦记名或具有身份专属性，则该金钱即特定化，该金钱权利即特定属于该记名的公民、法人或专属于具有专属身份的公民、法人，如因该金钱的实质来源或二次再分配引起争议，应属于该记名人与他人之间的其他债权债务关系纠纷，应另行通过查明该债权债务事实是否存在的其他诉讼方式予以解决。本案中，郗某与某养殖公司签订的《某养殖公司肉鸭委托养殖合同》明确约定：某养殖公司委托郗某代为饲养肉鸭，为确保肉鸭饲养品质，由郗某向某养殖公司按每只鸭13元标准交付保证金，保证金由乙方自筹或由甲方协助乙方贷款，此保证金在确认合同履行完毕且双方无争议事项后，7天内退还。根据上述约定可知，郗某名下的款项系信誉保证金，专属于郗某的养殖户身份，而非其他人，至于该信誉保证金的来源，比如该信誉保证金是郗某本人资金，还是向他人借贷而来等，并不影响该信誉保证金现专属于郗某所有的性质。因此，鉴于涉案查封款项在郗某名下，而非在被执行人苏某名下，且该款项性质系专属于郗某作为养殖户身份的信誉保证金，在法院查封该涉案款项时，涉案款项的权益此时应归属于记名人和信誉保证金专属权利人郗某所有。现上诉人王某主张涉案款项实质系属于被执行人苏某所有，对此，二审法院认为，该主张应系对已归属于郗某名下的涉案金钱的实质来源或请求再行分配提出权利主张，该权利主张属于郗某与被执行人苏某及其他当事人之间的其他债权债务纠纷，应通过相关当事人另行提起债权债务确认之诉的方式予以解决，而非直接通过本次执行程序予以执行解决，故一审法院径直裁定用郗某名下具有专属性质的金钱偿还被执行人苏某的对外所欠债务，于法无据，不予支持。一审法院判决驳回王某关于准许执行涉案款项的诉讼请求，裁判说理不当，但结果正确，二审予以维持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘继英



# 优势危险负担原则在机动车与非机动车发生交通事故时责任认定中的适用规则

——辛某金、辛某银、辛某成诉赵某、某车队、某保险公司  
机动车交通事故责任纠纷案

**关键词** 机动车 非机动车 危险优势 商业第三者险

## 【案例要旨】

根据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第（二）项的规定，当机动车与非机动车、行人发生交通事故时，对于机动车一方的责任认定，一般适用过错推定原则。该条法律规定适用的对象和前提是，机动车与非机动车、行人之间发生交通事故。该条法律规定也是优势危险负担原则在机动车与非机动车、行人发生交通事故时责任认定中的具体适用，原理在于：相对于非机动车、行人一方，机动车一方往往具有速度上和体积上的客观优势，当双方交通相遇时，相对于弱势一方的非机动车、行人，机动车一方应当更加具有注意谨慎驾驶、观察瞭望、优先避让非机动车和行人的义务。一旦双方发生交通碰撞，在无证据证实非机动车、行人一方具有过错的情况下，人民法院则会基于机动车一方对于交通事故的形成具有更加优势的危险因素的原因，首先认定机动车一方没有完全尽到谨慎驾驶、观察瞭望和优先避让行人的义务，而后推定机动车一方对交通事故的发生具有过错责任。如此裁判原则，亦符合人权高于路权、尊重和保护弱势群体生命权的现代司法理念。

## 【相关法条】

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第（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。

## 【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2018）鲁0105民初7859号（2019年1月9日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终7536号（2019年10月31日）

## 【基本案情】

原告辛某金、辛某银、辛某成诉称：2018年8月19日05时30分许，被告赵某驾驶被告某车队为车主的冀×××重型仓栅式货车沿国道308线由西向东行驶至国道308线368公里480米处，与驾驶自行车的辛某汤发生交通事故，辛某汤经医院抢救无效死亡。事故经济南市公安局交通警察支队天桥区大队调查未能确定责任，出具了事故证明一份。三原告作为事故受害人辛某汤与被告方因赔偿责任比例和赔偿数额未能达成一致，故诉至法院。诉讼请求：1. 判令被告赵某、某车队赔偿原告医疗费3722.07元、死亡赔偿金183945元、丧葬费34652元、处理事故人员误工费交通费2500元、精神抚慰金5万元，扣除已支付的3.5万元，共计239819.57元；2. 判令被告某保险公司在车辆投保的交强险和三者商业险范围内承担赔偿责任

任；3. 诉讼费用由被告承担。

赵某辩称，交通事故属实，所驾驶的车辆在保险公司处投保交强险、商业险、三者险，应由保险公司先行赔付。

某车队辩称，车队已垫付了3.5万元，请求在本案一并处理，其他的损失要求保险公司从保险范围内赔偿。

某保险公司辩称，肇事车辆在公司投保商业险及交强险、三者险50万元，不计免赔。事故发生属实，发生于保险期间内。本案事故发生后，经济南市公安局交通警察支队天桥区大队处理，未能确定事故责任，在核实相关证件符合法律规定，公司同意在交强险限额内对原告合理合法的损失予以赔付，超出交强险范围的损失按照同等责任即50%的责任比例予以赔付，因本案产生的相关诉讼费用等间接损失，不予承担。

一审法院经审理查明：2018年8月19日05时30分许，赵某驾驶冀EC0713重型仓栅式货车沿国道308线由西向东行驶至国道308线368公里480米处，遇辛某汤驾驶自行车向北行驶，冀EC0713重型仓栅式货车前部左侧与自行车左后部接触碰撞，造成辛某汤受伤，两车损坏的交通事故，辛某汤经医院抢救无效死亡。济南市公安局交通警察支队天桥区大队于2018年10月16日出具道路交通事故证明一份，载明：根据现有证据，该道路交通事故形成原因无法查清。另，冀EC0713重型仓栅式货车的车主系某车队，赵某系该车队的雇佣人员，发生事故时系在从事雇佣活动。涉案车辆在某保险公司处投保交强险、商业三者险50万元，不计免赔，事故发生在保险期间内。辛某金系辛某汤的长子，辛某银系其次子，辛某成系其三子，辛某汤的配偶及父母均先于其去世。故本案三原告系辛某汤的法定继承人。事故发生后，某车队已支付原告3.5万元。三原告对被告多支付部分同意一并返还。

二审另查明，2018年10月16日，济南市公安局交通警察支队天桥大队出具的道路交通事故证明中“调查交通事故得到的事实”部分第3项载明：“经询问赵某，其陈述：我驾驶冀EC0713重型仓栅式货车沿国道308线由西向东行驶，当行驶至事发路口时，看到路口是绿灯放行信号，我减了减车速，进入路口，在我右侧车道前方一辆轿车减了减速，我在轿车左侧通过时发现一辆自行车由南向北行驶，我发现后立刻刹车，刹车过程中我车前部右侧与自行车左侧碰撞。”该道路交通事故证明最后载明：“根据现有证据，不能确定辛某汤驾驶自行车是从哪个方向进入路口的，该道路交通事故形成原因无法查清。”

二审中，上诉人某保险公司提交了视频证据一份（手机录制），该视频系一审判决后上诉人代理人到交警部门查看事故发生时事故现场监控录像的视频，以证明事故发生时辛某汤正处在道路正中间的位置，而且不确定到底是从西往东行驶，还是从南往北行驶，证明辛某汤在本次交通事故发生中存在过错。经二审质证，被上诉人对视频证据的真实性无异议，对证明目的有异议，视频中民警与上诉人的代理人边看录像边交谈，视频中无法确定辛某汤是由南往北还是北西往北左转弯，在行驶方向不能确定的情况下，反而证明辛某汤作为大货车驾驶员是有过错的，在经过路口时没有仔细观察，没有确保安全的前提下通过，不能证明被害人通过路口时有过错。

对于上诉人某保险公司提交的上述视频证据，经二审法院审查认为，该视频证据具有真实性，与本案具有关联性，可作为有效证据使用，该视频仅载明了事故发生时辛某汤于事发道路正中间的车辆来往状态，无法看出本案货车一方及行人一方是否具有闯红灯的行为。

#### 【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2019年1月9日作出（2018）鲁0105民初7859号民事判决：

一、被告某保险公司于本判决生效之日起10日内在第三者责任强制险限额内赔偿原告辛某金、辛某银、辛某成医疗费3722.07元、死亡赔偿金65348元、丧葬费34652元、精神损害抚慰金10000元，以上共计113722.07元；二、被告某保险公司于本判决生效之日起10日内在商业三者险范围内赔偿原告辛某金、辛某银、辛某成死亡赔偿金57979.8元、处理事故人员误工费、交通费1800元，以上共计59779.8元。三、被告某车队赔偿原告辛某金、辛某银、辛某成死亡赔偿金6442元、处理事故人员误工费、交通费200元，以上共计6642元，在其已支付的3.5万元中予以抵扣，余款28358元由原告辛某金、辛某银、辛某成于本判决生效之日起10日内返还给被告某车队。四、驳回原告辛某金、辛某银、辛某成对被告赵某的诉讼请求。宣判后，某保险公司不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年10月31日作出（2019）鲁01民终7536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：首先，《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款及第（二）项规定：“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。”本案纠纷为机动车交通事故责任纠纷，本次交通事故一方为机动车一方，另一方为非机动车一方，因此，本案纠纷的赔偿责任认定与划分，应当依法适用《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款及第（二）项的法律规定处理。依据该条法律的规定，机动车与非机动车、行人发生交通事故时，超出交强险责任限额的部分，首先，应由机动车承担赔偿责任；其次，如果能够证明非机动车、行人有违法、违规行为，而机动车一方已经采取了必要的、合理的处置措施，可以适当减少机动车一方的责任，而不是完全免除机动车一方的赔偿责任，即使机动车一方对事故的发生无过错，也应承担不超过百分之十的赔偿责任。本条法律的立法原理在于，当机动车与非机动车、行人发生交通事故时，对于机动车一方的责任承担一般适用过错推定原则，即相对于非机动车、行人一方，机动车一方具有速度上和体积上的优势，在双方交通相会时，机动车一方应当具有更加谨慎驾驶、观察瞭望的注意义务。交通事故发生后，如根据案件发生的实际情况，如无证据证实非机动车、行人一方具有过错，人民法院则基于机动车一方在交通事故形成原因中具有客观危险优势因素，即推定机动车一方对于事故的发生具有没有完全尽到谨慎驾驶、观察瞭望的过错责任。另外，该法律规定的立法精神在于，在同一通行区域，机动车与非机动车、行人相会，应当优先保护非机动车驾驶人、行人的通行权和生命安全权，体现了人权高于路权、尊重和保护弱势群体人权和生命权的现代立法理念。

其次，本案中，2018年8月19日赵某驾驶上诉人某保险公司承保的车辆与辛某汤发生交通事故后，交警部门经过调查、实地勘察等行政处理程序，作出了道路交通事故证明。根据道路交通事故证明的内容和结论，交警部门经调查处理后不能确定辛某汤驾驶自行车是从哪个方向进入路口，无法查清该交通事故的形成原因。因此，对于本次交通事故，交警部门经过调查处理后，不能确定受害人辛某汤在事故发生时具有闯红灯等违反交通规定的客观行为。现上诉人某保险公司主张辛某汤在本次事故负有过错，存在具有闯红灯等违反交通规定

的行为，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条关于“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”的规定，上诉人某保险公司依法应对自己的上述主张提供证据予以证实。二审中，上诉人某保险公司虽然提交了事故发生时现场监控录像的相关视频证据，但经双方质证和法院审查，该视频证据仅载明了事故发生时辛某汤正处于事发道路正中间，当时来往车辆频繁，无法看出本案事故任何一方当事人具有闯红灯的行为。上诉人某保险公司提交的证据，亦不能证实受害人辛某汤在本次事故中具有违反交通规则的主观行为。因此，上诉人某保险公司关于辛某汤存在明显违反信号灯的行为、其不该出现在路口正中间位置、辛某汤对本次事故的发生具有直接原因力的上诉主张，无证据证实，法院依法不予采信。

最后，根据涉案道路交通事故证明所载明的调查事实，本案辛某汤的死亡系因赵某驾驶上诉人某保险公司承保的车辆与辛某汤驾驶的自行车发生碰撞而直接导致，本案事故发生地点处于比较繁忙的交通路口，来往车辆和非机动车辆、行人较多，赵某驾驶涉案车辆系重型仓栅式货车，该车辆体积较大，相对于辛某汤驾驶的自行车，具有车辆体积及速度上的明显优势，赵某作为货车驾驶人在交通路口通行时，应当谨慎驾驶、仔细观察瞭望，对非机动车辆和行人应当及时避让。因此，本案中，赵某作为重型仓栅式货车驾驶人，在通过繁华交通路口与非机动车相会时，没有完全尽到谨慎驾驶、及时避让的义务，致使其驾驶车辆与辛某汤驾驶的自行车相撞，赵某作为重型仓栅式货车驾驶人，对本次事故的发生具有一定程度的过错。

综上，二审法院认为，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款第（二）项关于“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”的规定，上诉人承保的机动车对本次事故的发生具有一定程度的过错，在无有效证据证实非机动车驾驶人辛某汤对本次事故的形成具有过错的情况下，一审法院结合上诉人承保车辆违反安全装载规定的事实，在扣除约定的10%免赔率后，认定上诉人某保险公司对辛某汤在商业三者险范围内承担90%的赔偿责任，具有事实和法律依据。综上，一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘继英

# 夫妻双方离婚协议中对房屋权属作出的约定， 能否产生物权变动效力及能否排除执行

——赛某诉韩某、殷某刚、殷某亮、武某某案外人执行异议之诉案

## 【基本案情】

原告赛某诉称：1. 撤销济南市市中区人民法院作出的（2018）鲁 0103 执异 15 号执行裁定书，停止对济南市市中区舜玉小区北区 100 号楼 102 号房产的执行，判决上述房产中登记在第三人殷某刚名下的份额归原告所有；2. 本案诉讼费用由被告承担。

被告韩某辩称：1. 原告并非涉案房屋的权利人。根据最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条规定，对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：（一）已登记的不动产，按照不动产登记簿判断；涉案房屋的不动产登记簿上无原告，因此原告并非该房屋的权利人，其申请执行异议没有法律依据。2. 根据物权法定原则，第三人殷某刚为涉案房屋的所有人。《物权法》第九条明确规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力”。物权在法律上表现为权利人对标的物的直接支配力，具有排他性和对世性。涉案房屋登记于第三人殷某刚名下，第三人殷某刚对该房屋具有直接支配的权利。3. 离婚协议不具备对抗第三人的法律效果。原告及第三人殷某刚在离婚协议中约定涉案房屋产权均归原告所有，这是第三人殷某刚对自己在诉争房屋产权中所拥有份额的处分，该处分行为未经产权变更登记并不直接发生物权变动的法律效果，也不具有对抗第三人的法律效力。4. 原告与第三人殷某刚的离婚行为存在转移财产的嫌疑，系恶意逃避债务。综上所述，请求贵院依法驳回原告的诉讼请求。

第三人殷某刚述称，1. 第三人殷某刚与赛某离婚发生于 2015 年 9 月 9 日，被告韩某与第三人殷某刚的债权发生于第三人殷某刚与原告离婚之后。双方离婚后，涉案房屋交付给原告及其子实际使用。2. 涉案房产未办理过户系第三人殷某刚的过错及涉案的房屋尚有其他人的各二分之一的共同共有人，因涉及诸多客观原因使该房屋未能办理过户。3. 被告韩某与第三人殷某刚之间的债权已经贵院调解确认由第三人殷某刚、殷某亮、武某某共同承担，第三人殷某亮、武某某一直按照协议约定正常还款，无违约行为。因第三人殷某刚未按时履行还款义务，故被告韩某申请强制执行。

第三人殷某亮、武某某述称，对本案的处理意见同第三人殷某刚一致。

综合当事人无异议的离婚证、离婚协议书、一审法院（2018）鲁 0103 执异 15 号执行裁定书及一审法院调取的（2016）鲁 0103 民初 4386 号民事调解书、协助执行通知书、（2018）鲁 0103 执 548 号案件立案审批表等证据，经审理查明：涉案房屋坐落于济南市市中区舜玉小区北区 100 号楼 102 号，权属状况信息载明：房产证号中 173820，所有权人胡新民，共有情况殷某刚，登记时间 2009 年 12 月 3 日。原告赛某与第三人殷某刚原系夫妻关系，双方于 2015 年 9 月 9 日在济南市市中区民政局办理离婚登记手续。离婚协议约定：双方的儿子由女



方赛某抚养，随女方共同生活。男方殷某刚每月支付抚养费5000元；位于济南市市中区舜玉小区北区100号楼602室及济南市市中区舜玉小区北区100号楼102室的房产归女方所有；鲁AJ5633科鲁兹小型轿车归女方所有；双方无其他共同财产；双方的共同债务全部由男方承担。涉案房屋现由赛某控制并对外进行出租，尚未就殷某刚所有的份额办理所有权变更登记。

2015年12月28日至2016年6月17日期间，韩某向殷某刚出借款项，后经双方对账确认，殷某刚拖欠韩某借款116.8万元。2016年7月12日，韩某以民间借贷纠纷为由，将殷某刚、殷某亮、武某某诉至一审法院，韩某要求殷某刚、殷某亮、武某某偿还借款本金116.8万元并支付利息。一审法院于2017年10月26日作出（2016）鲁0103民初4386号民事调解书，载明韩某与殷某刚达成如下协议：殷某刚于2017年10月30日前一次性偿还韩某借款本金116.8万元；如殷某刚未按上述约定还款，另需支付韩某逾期还款利息；殷某亮、武某某对上述债务承担共同还款责任。该调解书于出具当日生效。

2018年1月15日，韩某就上述民事调解书向一审法院申请执行，案号为（2018）鲁0103执548号。执行期间，赛某向一审提起书面执行异议申请，一审法院于2018年2月25日作出（2018）鲁0103执异15号执行裁定书，裁定驳回赛某的异议请求。

另查明，第三人殷某刚因涉嫌抢劫罪于2016年6月8日被刑事拘留，上海市第二中级人民法院于2017年3月29日出具（2016）沪02刑终1342号刑事判决，判决殷某刚犯抢劫罪，判处有期徒刑十一年。

一审宣判后，韩某不服上诉至济南市中级人民法院，上诉请求：一、撤销一审判决，并依法改判驳回赛某的诉讼请求。二、一、二审诉讼费由赛某承担。事实与理由：一、根据物权法定原则，殷某刚为涉案房屋所有人。涉案房屋登记在殷某刚的名下，殷某刚对该房屋具有直接支配的权利。二、离婚协议不具备对抗第三人的法律效力。殷某刚与赛某在离婚协议中约定涉案房屋产权归赛某所有，该处分行为未经产权变更登记并不直接发生物权变动的法律效果，也不具有对抗第三人的法律效力，离婚协议属于当事人的隐私并不对外公示。三、殷某刚与赛某的离婚行为明显属于恶意串通逃避债务的行为。

赛某辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。一、涉案房产在离婚协议中明确约定归赛某所有，且该协议内容是双方当事人的真实意思表示。二、韩某与殷某刚的民间借贷发生在赛某与殷某刚离婚之后。韩某与殷某刚离婚在前，民间借贷发生在后，不存在恶意串通、逃避债务的行为。三、涉案房屋赛某已实际占有使用，未办理过户非因赛某的过错，且涉案房屋是赛某母子赖以生存的基础。根据《山东省高级人民法院民一庭：执行异议之诉案件审判观点综述》1. 审理执行异议之诉案件的基本原则：（一）生存权益优先保障原则，优先保障人民群众的居住权等基本生存权益。16. 夫妻一方依据离婚协议提起执行异议之诉的处理：金钱债权执行中，夫妻一方依据离婚协议的约定对登记在夫妻另一方名下的房产提起执行异议之诉，请求排除执行，经审查夫妻一方在人民法院查封前已实际占有使用该房产，且对未办理过户登记没有过错可予支持。但双方恶意串通，逃避债务的除外。综上，韩某的上诉请求无事实与法律依据，请求驳回韩某的上诉请求，维持一审判决。

二审中，当事人未提交新证据。二审查明的事实与一审一致。

#### 【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2018年6月25日作出（2018）鲁0103民初2784号民事判决：

## 民事案例

一、确认济南市市中区舜玉小区北区 100 号楼 102 号房产中第三人殷某刚所有的份额归原告赛某所有；二、停止对位于济南市市中区舜玉小区北区 100 号楼 102 号房产中登记于第三人殷某刚所有份额的执行。

宣判后，韩某提出上诉。济南市中级人民法院于 2019 年 2 月 25 日作出（2019）鲁 01 民终 504 号民事判决：一、维持济南市市中区人民法院（2018）鲁 0103 民初 2784 号民事判决第二项及案件受理费负担部分。二、撤销济南市市中区人民法院（2018）鲁 0103 民初 2784 号民事判决第一项。三、驳回赛某的其他诉讼请求。

### 【裁判理由】

一审法院裁判认为，本案争议焦点系原告赛某是否对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益。第一，原告赛某与第三人殷某刚在离婚协议中明确约定涉案房产归原告所有，该协议内容是当事人真实的意思表示，已将包括涉案房屋在内的财产明确分割。第二，原告赛某与第三人殷某刚办理离婚登记在先，被告韩某与第三人殷某刚之间发生民间借贷纠纷在后，被告韩某未提供证据证明赛某与殷某刚之间存在恶意串通、逃避债务的情形。第三，原告赛某已实际占有使用该房屋，被告韩某未提交证据证明未办理所有权变更登记系出于赛某的过错。综上所述，本案系案外人执行异议之诉，应依照生存权益优先保障的原则进行处理，优先保障当事人的居住权。根据一审法院认定的事实及前述分析，涉案房产中第三人殷某刚所有的份额应认定归原告赛某所有；原告赛某提出的停止对涉案房产执行的诉讼请求，事实清楚，证据充分，一审予以支持。对被告韩某提出的抗辩意见，一审法院不予采纳。

二审法院生效裁判认为：本案主要争议焦点为：一是能否确认涉案房产中殷某刚所有的份额归赛某所有；二是赛某对涉案房产是否享有足以排除执行的民事权益。关于第一个争议焦点，赛某与殷某刚于 2015 年 9 月 9 日协议离婚时，双方在《离婚协议书》中约定，“济南市市中区舜玉小区北区 100 号楼 102 室的房产归女方（赛某）所有”，无证据证明该离婚协议系虚假或伪造，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》第八条规定，赛某、殷某刚针对案涉房产分割达成的前述协议，对双方均具有法律约束力。由于案涉房产并未办理所有权登记变更手续，目前仍登记在殷某刚名下，依照《中华人民共和国物权法》第九条关于“不动产的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”的规定，本案仅凭案涉离婚协议无法发生涉案房产权变动效力，赛某要求确认被执行房产归其所有，缺乏相应的法律依据。对赛某要求确认涉案房产中殷某刚所有的份额归赛某所有的诉讼请求，二审法院不予支持。

关于第二个争议焦点，赛某对涉案房屋享有的权益可以排除对涉案房产的强制执行。具体理由是：一方面，从两种请求权产生的时间来看，赛某对案涉房产享有的请求权是基于 2015 年 9 月 9 日其与殷某刚签订的离婚协议产生，而韩某享有的请求权是基于 2015 年 12 月 28 日至 2016 年 6 月 17 日韩某与殷某刚的借款关系产生。赛某的请求权成立在前，其与殷某刚不存在通过离婚协议逃避此后殷某刚可能发生的债务。韩某的请求权与赛某的请求权相比较，在时间上不具有优先性。另一方面，从两种请求权的性质和内容来看，赛某享有的是针对涉案房产要求变更登记为所有权人的请求权，而殷某刚在向韩某借款时，未将涉案房产设定为抵押担保物，故韩某享有的是针对殷某刚的一般金钱债权。因而，韩某的金钱债权请求权与赛某的所有权变更登记请求权比较，在性质和内容上亦不具有优先性。故赛某关于停止对案涉房产强制执行的诉讼请求成立，一审法院予以支持，并无不当。

**【参照适用本案例时应注意的问题】**

本案例的争议焦点属于夫妻双方离婚协议中对房屋权属作出的约定，能否产生物权变动效力及能否排除执行的问题。

一、夫妻双方在离婚协议中对房屋权属作出的约定不能产生物权变动的效力。《中华人民共和国物权法》第九条规定：不动产的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。只有依法办理了房屋所有权转让登记后，才发生房屋所有权变动的法律后果；不经登记，法律不认为发生了房屋所有权的变动，不动产登记系物权变动的核心基础，夫妻双方在离婚协议中对房屋权属作出的约定，对双方均具有法律约束力，在未办理所有权登记变更手续之前，夫妻双方的约定不能产生物权变动的效力。

二、夫妻双方在离婚协议中对房屋权属作出的约定能否排除执行的问题。现实中，确实存在夫妻双方恶意串通，为了逃避债务、逃避执行而“假离婚”的情况，通过离婚协议处分财产及债务，从而达到、逃避执行的目的，事实上损害了申请执行人的合法权益。《山东省高级人民法院民一庭：执行异议之诉案件审判观点综述》1. 审理执行异议之诉案件的基本原则：（一）生存权益优先保障原则，优先保障人民群众的居住权等基本生存权益。16. 夫妻一方依据离婚协议提起执行异议之诉的处理：金钱债权执行中，夫妻一方依据离婚协议的约定对登记在夫妻另一方名下的房产提起执行异议之诉，请求排除执行，经审查夫妻一方在人民法院查封前已实际占有使用该房产，且对未办理过户登记没有过错可予支持。但双方恶意串通，逃避债务的除外。此时应当判断以下几点：一是离婚登记与债务产生的时间先后问题。若离婚登记在前，民间借贷纠纷在后，此时可以考虑，该民间借贷纠纷中的债务不属于夫妻双方的共同债务，亦不存在恶意串通逃避债务的可能。二是判断夫妻一方是否在人民法院查封前已经实际占有该房产，对未办理过户是否存在过错。三是判断双方请求权的性质是否存在优先权。赛某享有的是针对涉案房产要求变更登记为所有权人的请求权，而殷某刚在向韩某借款时，未将涉案房产设定为抵押担保物，故韩某享有的是针对殷某刚的一般金钱债权。因而，韩某的金钱债权请求权与赛某的所有权变更登记请求权比较，在性质和内容上亦不具有优先性。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 武绍山 杨 锐



# 公司股东抽逃出资证明责任分配及认定

——某机床公司与张某、李某申请执行人执行异议之诉案

**关键词** 执行异议之诉 抽逃出资 举证责任

## 【案例要旨】

公司股东抽逃出资的行为具有隐蔽性，公司债权人难以举证证明相关事实，而股东抽逃出资和股东不履行出资义务在法律效果上具有相似性，法院在进行审查时，应该按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第二十条的规定，实行部分举证责任倒置，公司债权人需提供证据，证明其对公司股东抽逃出资所产生的合理怀疑，公司股东应该对其未抽逃出资承担举证责任。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第二十条规定：当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

## 【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104民初6826号（2019年3月29日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2019）鲁01民终5069号（2019年8月26日）

## 【基本案情】

原告某机床公司诉称，（2018）鲁0104执异88号执行裁定书仅以1000万元的抽逃资金用途不明确，裁定驳回原告追加张某、李某为被执行人的请求，适用法律错误。某经贸公司股东张某、李某在公司设立后几天内即转走全部出资1000万元，明显是抽逃资金。关于该资金如何使用应由被告承担举证责任。

被告张某、李某辩称，1. 两被告已经履行了出资义务，不存在虚假出资或抽逃出资的情形。2. 原告没有提供任何证据证明被告有抽逃出资的情形，本案为民事诉讼，原告应向法庭提交证明其诉讼请求成立及反驳被告证据的相关证据予以支持。3. 被告所属某经贸公司支出款项1000万元是正常的业务支出，并且全部款项已经收回至格瑞维尔公司账户，并不存在抽逃出资的情形。

法院经审理查明：2014年4月29日，某机床公司与某经贸公司签订《工业品买卖合同》，约定某机床公司向某经贸公司购买意大利公司OMLAT生产的铣削电主轴一件，合同标的额47万元。某机床公司购货后，某经贸公司依据合同送货并组织验收，在现场指导进行初调试时调试失败，导致电主轴定子损坏。某机床公司遂于一审法院提起诉讼，要求退还设备款47万元。一审法院经审理作出（2015）槐商初字第700号民事判决书，判决：解

除双方签订的《工业品买卖合同》，某经贸公司退还某机床公司支付的设备款47万元。一审判决发生法律效力，某机床公司向一审法院申请执行。执行过程中，某机床公司申请追加某经贸公司股东张某、李某为该案被执行人。一审法院审查后作出（2018）鲁0104执异88号执行裁定书，裁定驳回某机床公司追加张成欣、李巧曼为被执行人的请求。某机床公司对该裁定不服，向一审法院提起申请执行人执行异议之诉。另查明，某经贸公司设立时股东有三人，李某出资5万元、张某出资5万元、某科技公司出资990万元，出资时间为2007年3月26日。2007年3月29日，某经贸公司通过其华夏银行账户向某信息公司账户转账1000万元。2007年4月25日，某科技公司将其在某经贸公司所持有的990万元股权平均转让给张某、李某，某经贸公司的股东变更为张某、李某二人，每人享有股权500万元。2013年7月18日，李某将其在某经贸公司享有的全部股权转让给魏某，张某将其在某经贸公司享有的450万元股权转让给魏某，张某将其剩余股权50万元转让给王某，某经贸公司的股东变更为魏某、王某二人，魏某享有股权950万元，王某享有股权50万元。2014年7月18日，王某将其在某经贸公司的50万元股权转让给魏某，某经贸公司的股东变更为魏某一人。

张某、李某提交某经贸公司财务记账凭证一宗、委托理财协议及某经贸公司长期投资专项审计报告各一份，证明某经贸公司向某信息公司转账1000万元系某经贸公司投资理财且该款项截至2010年11月30日已陆续回到某经贸公司账面上的事实。经本院审查，虽然本案某机床公司对张某、李某提交的上述证据真实性不予认可，但张某、李某提交了某经贸公司财务记账凭证一宗及委托理财协议、长期投资专项审计报告各一份（均为原件），故法院对张某、李某提交的证据予以采信。

#### 【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院2019年3月29日作出（2018）鲁0104民初6826号民事判决：一、追加张某、李某为被执行人；二、张某、李某于判决生效之日起十日内分别在其抽逃出资5万元的本金及利息（利息以5万元为基数，自2007年3月29日起至实际给付之日止，按照中国人民银行规定的同期贷款利率计算）范围内对某经贸公司47万元本金及利息债务不能清偿的部分向某机床公司承担补充赔偿责任；三、驳回某机床公司的其他诉讼请求。宣判后，某机床公司、张某、李某均提出上诉。山东省济南市中级人民法院于2019年8月26日作出（2019）鲁01民终5069号民事判决：一、撤销济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104民初6826号民事判决；二、驳回某机床公司的诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十条规定：当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。本案某机床公司提供证据证明某经贸公司于2007年3月29日向某信息公司账户转账1000万元，根据上述司法解释规定的精神，某经贸公司就股东是否抽逃出资完成了举证义务，作为某经贸公司的股东，张某、李某应就某经贸公司向某信息公司转账1000万元的行为是否是正常的公司经营行为及该款项是否已经返还至某经贸公司账户承担举证证明义务。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明

## 民事案例

---

其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。第一百零四条规定，人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。本案二审中，张某、李某二审中提交某经贸公司财务记账凭证及委托理财协议、长期投资专项审计报告，能够形成完整的证据链，证实某经贸公司 2007 年 3 月 29 日向某信息公司账户转账 1000 万元系公司正常的经营行为，且该款项截至 2012 年 6 月 18 日已陆续回收。某机床公司对张某、李某提交的证据均不予认可，但未提交有效的相反证据予以反驳。因此，法院认定张某、李某不存在抽逃出资的行为。某机床公司要求追加张某、李某为被执行人，在 1000 万元未履行出资义务本息范围内，对某经贸公司 47 万元本金及利息债务不能清偿的部分承担连带责任的诉讼请求，证据不足，法院不予支持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 吴松成

# 法院应根据污染物的种类、 排放量等因素确定两个以上污染者责任的 大小， 可参考专家意见综合认定

——山东省生态环境厅诉山东金诚重油化工有限公司、  
山东弘聚新能源有限公司生态环境损害赔偿纠纷案

**关键词** 生态环境损害赔偿纠纷 两个以上污染者 专家意见

## 【案例要旨】

本案系因重大突发环境事件导致的生态环境损害赔偿案件。污染事件发生后，受到社会广泛关注。因二被告排放污染物的时间、种类、数量不同，认定二被告各自行为所造成的污染范围、损害后果及相应的治理费用存在较大困难。人民法院充分借助专家专业技术优势，在查明专业技术相关事实，确定生态环境损害赔偿数额，划分污染者责任等方面进行了积极探索。一是由原、被告分别申请专家辅助人出庭从专业技术角度对案件事实涉及的专业问题充分发表意见；二是由参与《环境损害评估报告》的专业人员出庭说明并接受质询；三是由人民法院另行聘请三位咨询专家参加庭审，并在庭审后出具《损害赔偿责任分担的专家咨询意见》；四是在评估报告基础上，综合专家辅助人和咨询专家的意见，根据主观过错、经营状况等因素，合理分配二被告各自应承担的赔偿责任。

## 【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第十二条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。

《中华人民共和国侵权责任法》第六十六条 因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

《中华人民共和国侵权责任法》第六十七条 两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条第二款 两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十二条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条 两个以上污染者污染环境，对污染者承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。

## 【案件索引】

一审：山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民初1467号（2018年12月21日）

## 【基本案情】

## 民事案例

原告山东省生态环境厅诉称：2015年10月21日凌晨6点40分左右，原章丘市公安局110接到报警，称在普集街道办上皋村废弃三号煤井（明皋二号副井）所在院落内发现有人中毒死亡。事发院落内发现四具男性尸体，淄博牌照黑色轿车和罐车各一辆。罐车标示容积42m<sup>3</sup>，罐内废液已经全部倒空。金诚公司于2015年10月20日向上皋村三号废弃煤井（明皋二号副井）倾倒废液一车，来源是该公司加氢车间，重量23.7吨，废碱液。经监测，废液井壁、井底土壤造成污染，对地下水造成污染。废水主要成分为：呈强碱性PH>14，含有机物成分，为石油类。鉴定结论为危险废物。弘聚公司于2015年9月28日至2015年10月13日间，共向上皋村三号废弃煤井（明皋二号副井）倾倒废液十七车，约640吨。经监测，废液井壁、井底土壤造成污染，对地下水造成污染。废液来源为该公司废硫酸储罐内，主要来自于液化气深加工项目。倾倒废酸主要成分：废硫酸PH<0，呈强酸性。鉴定结论为危险废物。原章丘市普集街道办事处上皋煤矿污染事件对生态环境造成了巨大破坏。根据中共中央办公厅、国务院办公厅《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》，山东省人民政府确定山东省生态环境厅为具体工作部门，开展生态损害赔偿索赔工作。事件发生后，原章丘市人民政府进行了应急处置，并开展环境修复工作，相关支出已由原章丘市人民政府垫付。山东省环境保护科学研究设计院出具《环境损害评估报告》，金诚公司、弘聚公司和山东万达有机硅新材料有限公司排放废弃物均为危险废物；为应急处置危险废物、修复受损环境，支出的应急处置费用为4030.818万元（包括直接经济损失为2189.582万元和期间功能损失为1841.236万元），生态环境损害费用19991.05万元。经磋商，2017年2月27日，山东省生态环境厅与山东万达有机硅新材料有限公司签署赔偿合同，赔偿各项损失共计351.0840万元。与金诚公司、弘聚公司磋商未能达成一致。

经山东省人民政府授权，山东省生态环境厅作为本案生态环境损害赔偿民事纠纷案件的原告，根据《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》和《侵权责任法》的相关规定，请求：  
1. 判令被告承担应急处置造成的经济损失3207.076万元（包含修复期间服务功能损失1751.51万元和应急处置损失1455.566元）。  
2. 判令被告承担生态损害赔偿费用19890万元。  
3. 判令被告承担其他费用共计270.6833万元。  
4. 判令两被告对1—3项诉讼请求承担连带责任。  
5. 判令两被告在省级以上媒体公开赔礼道歉。判令两被告承担本案诉讼费用。事实和理由：

被告金诚公司辩称：一、金诚公司和弘聚公司不具备主观过错的共同性和行为的共同性，其行为不构成共同侵权，不能依据《侵权责任法》第八条和《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定承担连带责任。同时，也并非每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，不能依据《侵权责任法》第十一条和《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款的规定承担连带责任。二、弘聚公司的污染行为足以造成全部损害，金诚公司的法律行为造成部分损害，依据《侵权责任法》第十一条和《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条第三款规定，弘聚公司承担全部责任，金诚公司和弘聚公司就共同损害部分承担连带责任。三、金诚公司没有污染的故意和过失，污染全系殷珂珂等五人犯罪行为所致，金诚公司承担的不是真正连带责任，有权在承担赔偿责任后向最终责任人殷珂珂等人追偿。四、污染案发生的第二天即2015年10月22日，金诚公司本着减少环境污染损失、加快应急救援的担当精神，先期预付应急费用500万元。该费用应当从赔偿数额中酌情抵扣。



五、赔偿损失不能适用虚拟治理成本法计算，而且所主张损失部分还未支付或发生，具体的修复费用应当以实际产生的费用为准。六、评估报告中的诸多结论仅是推论，缺乏相关勘测、检测和化验等客观证据支持，不能作为本案认定事实和赔偿数额的依据。七、山东省生态环境厅关于废酸液和废碱液“完全混合，剧烈反应”的主张不能成立。1. 山东省环科院评估中心《环境损害评估报告》没有废酸液和废碱液“完全混合，剧烈反应”的证据。2. 废酸液和废碱液排放时间相差20多天，而且先后“渗入地下”，不可能完全混合。弘聚公司于2015年9月28日至2015年10月13日期间倾倒废酸液约640吨，早于金诚公司倾倒废碱液时间（2015年10月20日），金诚公司倾倒废碱液之前，在长达22天的时间里，弘聚公司所排放的废酸液不是静止不动，按照山东省环科院评估中心出具的《环境损害评估报告》所述该640吨废酸液已经在金诚公司排放废碱液前“渗入地下”，造成污染。10月20日前的污染是弘聚公司单独实施的，这期间的污染责任完全由弘聚公司造成，与金诚公司没有任何关系。3. 金诚公司排放的23.7吨废碱液最多和弘聚公司排放的2.05吨废酸液反应，不可能完全反应。弘聚公司排放的废酸液640吨，浓度85%，约合纯酸544吨，金诚公司排放的废碱液23.7吨，浓度6%，约合纯碱1.42吨。根据酸碱中和反应原理，1.42吨碱最多可与1.74吨酸产生反应。1.74吨酸仅占544吨纯酸的0.32%，换算成浓度85%的废酸液2.05吨。4. 废碱液和废酸液重复污染的面积或体积占总量的3.57%。金诚公司废碱液是与弘聚公司废酸液同一个井口倾倒下去的，其传播途径与废酸液基本相同。由此可知，金诚公司废碱液的污染是在废酸液污染20天后，在废酸液污染后的情况下重复污染；由于金诚公司与弘聚公司污染物的重量比例是1:27，污染面积或体积的比例也基本上是1:27。也就是说，弘聚公司单独污染面积或体积是100%，金诚公司重复污染3.57%〔 $23.7 \div (640 + 23.7) = 3.57\%$ 〕。八、山东环科院《排放污染物相关问题的说明》是片面的、不负责任的，带严重的误导性。1. “废碱液中的硫化物与废硫酸中的氢离子发生反应，会生成剧毒物质硫化氢”的说法没有依据，和本案无关。第一，刑事侦查和检验检测过程中，均未发现硫化氢成分，废酸液和废碱液反应生成硫化氢一说与本案无关；第二，弘聚公司倾倒的废硫酸本身就是硫化物，废硫酸液中也必定含有其他硫化物。假设存在硫化物与氢离子的反应，不应该将反应后果完全归因于“废碱液中的硫化物”。事实上，弘聚公司的废硫酸液中的硫化物要远远大于金诚公司废碱液中的硫化物。2. 废酸液和废碱液混合后“毒性增加，增加治理难度”的说法，没有合法科学的依据。据环保部聘任专家介绍，现阶段评估危险废物的危害程度没有考虑不同种类的危险废物之间的反应因素。危险废物基本都是生产、生活中的废弃物，成分复杂且不易确定。危险废物之间是否反应、如何反应以及是否发生连锁反应，反应后的污染程度是降低还是增加，限于现有技术水平，无法进行定量和定性分析。受此局限，现有技术规范没有考虑危险废物间的反应问题。非专业人员基于化学常识，认为酸和碱混合后必然发生中和反应，是正常的。但是，认定包含有机物杂质的废酸液和废碱液反应产生的新物质、危害性是否增加以及责任分担，必须按照法律法规以及技术性规范，而不能依据普通人的“感性认识”。在现行法律法规和技术性规范没有规定的情况下，在没有科学鉴定结论的情况下，妄言废酸液和废碱液混合后“毒性增加，增加治理难度”，没有有效证据支持，也没有法律规定支撑，该说法不能采信。九、废酸液和废碱液都是污染物，其污染性质相同。只要是危险废物，都具有腐蚀性、毒性、易燃性、反应性或者感染性等一种或者几种危险特性，没有对“五性”的危害大小再作区分。只要违法排放，就必然对环境或生态造成污染。弘聚公司于2015年9月28

## 民事案例

日至2015年10月13日期间往3号井倾倒废酸液约640吨，其对环境和生态的污染就已经发生。到了2015年10月20日，金诚公司往同一煤井中倾倒废碱液，是在原废酸液污染基础上重复污染。本案中的污染因子是有机物、酸和碱，废酸液和废碱液同样都是危险废物，对环境和生态都造成损害，现行技术规范对二者的危害大小没有区分，对二者的反应后果没有定性和定量标准。从危害不分轻重的角度考虑，二者的性质相同，都具有环境和生态危害性，应当按照排放数量进行责任划分。十、生效刑事判决判处弘聚公司单位和个人罚金108万元，判处王海洋、周彩霞罚金5.5万元，其比例为1:20，与污染物排放比，1:27基本相当。刑事生效判决是在综合考虑各个排污人的主观恶性、排污数量和排污的合法性基础上，慎重判处的罚金。排污数量1:27，罚金比例1:20，二者呈正相关关系。由此可见，数量是决定罚金的决定因素。

被告弘聚公司辩称：一、弘聚公司没有实施违法行为，没有任何过错，不应承担任何法律责任。因涉案物品系济南金缘地磨料有限公司作为自己的工业原料到弘聚公司收取，并提供了相应证件，弘聚公司在莒县将物品交付给济南金缘地磨料有限公司，不存在任何倾倒行为。因此，非法进行倾倒的是济南金缘地磨料有限公司，应其承担法律责任，申请将济南金缘地磨料有限公司列为被告。二、因弘聚公司没有实施任何违法行为，不应承担民事责任，弘聚公司对山东省生态环境厅提交的证据均不认可。三、退一步讲，假设弘聚公司有过错，山东省生态环境厅的证据与请求也不成立。首先，山东省生态环境厅提交的《环境损害评估报告》，其列明的事件应急处置阶段损害费用合计总支出4320.8万元、应急处置阶段环境损害直接经济损失约为4109.27万元都没有详细的明细表与合法凭证，不应支持。其次，生态损害费用19991.05万元目前尚未发生，山东省生态环境厅必须在实际发生后另行主张。四、除了本案外，济南中院还受理了中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉弘聚公司一案，由于两个案件是基于相同的事实与理由，且由相同的审判庭审理，应当明确两个原告的关系。弘聚公司自2016年1月6日向章丘市环保局支付了200万元的费用，该费用就是应急处理费用。

法院经审理查明：弘聚公司、山东万达有机硅新材料有限公司（以下简称万达公司）、金诚公司均系化工企业，在生产过程中产生废酸、废碱等危险废物，依法应当由具有资质的企业进行处置。

2015年7月，张林德（已死亡）租赁蓬光强位于济南市章丘区双山街道办事处马安村厂区部分车间，用于处置危险废物，并向该厂区内废弃矿井排放。同年9月2日，陈继新（已死亡）承租济南市章丘区普集街道办事处上皋村一处场地，与张林德将此场地及该处废弃矿井作为危险废物的排放地点。

自2015年7月至10月间，张林德为谋取非法利益，在无危险废物处理资质且无能力处置危险废物的情况下，自己或通过无危险废物处理资质的殷珂珂、郭泗滨、贺程海及李万津（在逃）联系弘聚公司、利丰达公司、万达公司、麟丰公司、金诚公司或公司相关人员处置危险废物，并将马安村、上皋村作为处置地点，造成环境污染。

2015年9月28日至同年10月13日，张林德安排将从弘聚公司运输的废酸非法排放至上皋村废弃煤井，同年10月20日又安排将从金诚公司运输的废碱非法排放在同一地点，废碱液排放后，现场的张林德、陈继新、路桐、窦志星被发现已死亡。经鉴定，张林德、路桐、陈继新、窦志星心血及右肺中均检出甲硫醚，符合甲硫醚等化学物质及其分解产物中毒死亡；

上皋村明泉2号井罐车废液中检出甲硫醚成分；金诚公司加氢车间废碱存储罐内废液未检出甲硫醚成分；弘聚公司生产过程中产生的废酸液中检出二氧化硫成分。

另查明，2015年8月初，弘聚公司未经批准擅自试生产异辛烷，副产品有废酸、正丁烷，该公司法定代表人委托无危险废物经营许可证的山东晨曦物流有限公司处置该公司的产品、副产品，后弘聚公司车间主任联系晨曦物流公司业务经理于晓磊处理，于晓磊明知郭泗滨无危险废物处理资质，以320元/吨的费用将废酸交给郭泗滨处置。郭泗滨联系危险品运输车车主刘银忠及张风武，刘银忠安排使用冀JB9772车辆（郭传强驾驶、张新波押运）运输，张风武安排使用冀JL8013车辆（马喜原驾驶、林忠伟押运）和冀JN0161车辆（蔡中德驾驶、孙国辉押运）运输。自2015年9月28日至10月13日，共运输废酸近640吨至上皋村排入废弃煤井。其中使用冀JB9772车辆运输约175吨、冀JL8013车辆运输约380吨、冀JN0161车辆运输约85吨。案发后，弘聚公司支付郭泗滨处理费204563.20元。

因弘聚公司2015年10月起未经莒县环境保护局批准非法转移废酸17车，共计约510吨，莒县环境保护局于2016年1月15日作出行政处罚决定书（莒环罚字〔2015〕第148号），认为该公司已违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十九条第一款之规定，据此，依照《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第七十五条第六项之规定，责令金诚公司立即停止违法行为，并处罚款20万元。

2015年1月10日，金诚公司与淄博临淄鲁威化工有限公司（以下简称“鲁威公司”）签订产品购销合同，金诚公司的废碱由鲁威公司处理。同年10月20日，金诚公司生产车间产生废碱，车间主任马振国通过金诚公司下属供应公司内勤周彩霞联系金诚公司下属供应公司业务员王海洋处理，王海洋明知殷珂珂无危险废物处理资质，仍将其公司的危险废物交由殷珂珂处理，约定处理费每吨300元。殷珂珂联系郭泗滨，郭泗滨联系张林德处理，并联系车牌号为鲁CB6590的危险品运输车（驾驶员和押运员分别为窦志兴、路桐，二人当场死亡），周彩霞未经审查即为该车开具装车单。当晚至次日凌晨，该车装载23.72吨废碱运输至上皋村，将废碱排放至废弃煤井，在排放废液碱后，现场的张林德、陈继新、窦志兴、路桐被发现已死亡。事后，殷珂珂支付郭泗滨4600元，郭泗滨支付张林德2400元、支付车主路祥云运费2100元。

金诚公司制定的《危险废物管理计划》规定，供应公司接到车间通知后联系符合资质的处置、运输客户，索取、保存危险废物处置单位的资质材料，将处置和运输单位的资质材料送安全环保部审核通过后签订处置合同，联系车间发货。

因金诚公司在鲁威公司没有危险废物处置资质的情况下，于2015年1月10日将374.94吨危险废物废碱液委托鲁威公司处置，违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十五条、《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第七十五条之规定，淄博市环境保护局于2015年12月18日作出行政处罚决定书（淄环罚字〔2015〕76-1号），给予金诚公司罚款20万元。因金诚公司未按危险废物管理的要求处置废碱液，而是委托殷珂珂外运处置，殷珂珂没有危险废物处置资质，违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十五条之规定，淄博市环境保护局于2015年11月作出行政处罚决定书（淄环罚字〔2015〕76号），给予金诚公司罚款20万元。

魏修良系万达公司生产部经理。2015年8月，李万津（在逃）联系魏修良处理公司的废酸，魏修良明知李万津无危险废物处理资质，仍商定由其处理，约定处理费每吨500元。之



## 民事案例

后李万津与贺程海找到张林德处理，贺程海通过物流公司联系到时相桥的运输车鲁 Q6E578，时相桥安排 2015 年 9 月 14 日、9 月 25 日、10 月 20 日先后三次到万达公司装载桶装废酸共约 88 吨，第一车 120 桶共 30 吨运送至上皋村卸下，第二车与第三车约 240 桶 58 吨运送至马安村卸下，后张林德又将马安村桶装废物中的 120 桶运走。张林德在上皋村将 101 桶 25 吨废酸挖坑掩埋。蓬光强得知张林德死亡后，将在马安村厂房内放置的 120 桶桶装废酸用石英砂覆盖。案发后经勘查，上皋村事故所在地院落堆存 106 桶桶装废弃物、院落地下掩埋 101 桶桶装废弃物，马安村事故所在地院内掩埋 129 桶桶装废弃物，技术人员将上述铁桶挖出并送至腾跃公司处置。

另查明，2015 年 2 月，万达公司与腾跃公司签订《危险废物委托处置合同》，合同腾跃公司负责危险废物的运输、接收及无害化处置工作，每吨废硫酸 3300 元，合同有效期自 2015 年 2 月 2 日至 2016 年 2 月 1 日，合同有效期内万达公司不得将其产生的危险废物交给第三方处置。

济南市章丘区环保局将上皋村事故井所在场地堆存及掩埋于地下的桶装废弃物委托腾跃公司进行处置，根据《环境损害评估报告》为消除万达公司废酸造成环境污染、防止污染进一步扩大，清理上述污染物中 101 大桶化工废料清理费用约为 37.545 万元、25 吨包污染土壤清理费用为 12.04 万元、30 桶污染土壤清理费用为 7.5 万元、上皋清挖、清理、包装、装车、防护费用为 4.1 万元。上皋村污染环境案（包含弘聚公司、金诚公司、万达公司）中应急监测费用为 173.52 万元。

2015 年 11 月 13 日，章丘市人民政府与山东省环境保护科学研究设计院签订《技术服务合同书》，约定：山东省环境保护科学研究设计院利用本单位的非专利技术和成果，编制《环境损害评估报告》，本项目环境污染损害评估报告编制总经费为 35 万元。合同签订后，章丘市环境保护局向山东省环境保护科学研究设计院支付了技术服务费 35 万元，万达公司已承担 11.67 万元鉴定费。山东省环境保护科学研究设计院环境风险与污染损害鉴定评估中心于 2016 年 6 月作出《环境损害评估报告》，该报告证明：该事故造成应急处置阶段环境损害直接经济损失约为 4109.27 万元；生态损害费用合计约 19991.05 万元，其中桶装废弃物填埋场污染土壤修复费用约为 101.05 万元。万达公司已承担应急处置损失 202.194 万元，金诚公司已支付应急处置费 500 万元，弘聚公司已支付应急处置费 200 万元；万达公司已承担生态损害费用 101.05 万元。

2016 年 8 月 10 日，章丘市人民政府与北京德恒（济南）律师事务所签订《专项法律顾问合同》约定，法律顾问费分磋商阶段律师费两部分收取：针对应急阶段处置费赔偿部分，律师费 28.5 万元；针对生态环境损害赔偿费用部分，律师费 80 万元；如磋商不成提起诉讼的，按照《山东省律师服务收费标准指导意见》规定的标准取中确定，分阶段（即一审、二审、执行、再审等）分别收取。合同签订后，章丘市人民政府共支付了磋商阶段律师费 55.17 万元，其余尚未支付。

2018 年 8 月 27 日，山东省莒县人民法院作出（2018）鲁 1122 破 1-5、2-5、3-3、4-3、5-3、6-3、7-3、8-3、9-3、10-3、11-3、12-3、13-3、14-3、15-3、16-3、17-3、18-3、19-3、20-3 号民事裁定书，裁定山东晨曦集团有限公司、山东海右石化集团有限公司、弘聚公司等 26 家公司合并重整，弘聚公司的破产重整管理人为：国浩律师（济南）事务所、山东齐鲁律师事务所。

山东省生态环境厅申请《环境损害评估报告》的评估及审核人员孙娟、沈浩松出庭作证。孙娟对《环境损害评估报告》中的有关问题作出如下说明：

1. 关于作出《环境损害评估报告》的依据问题。孙娟称是根据委托方提供的资料按照突发环境事件应急处置阶段环境损害评估推荐方法规定进行的评估。

2. 关于生态损害赔偿费用里受污染的土壤为何认定为危险废物问题。孙娟称，受污染的土壤受到倾倒废物的污染，倾倒废物为具有强碱性和毒性或强酸性和毒性的危险废物，根据危险废物混合判定原则，倾倒废物污染的土壤也为具有危险特性的物品。

3. 关于采用虚拟成本法的依据问题。孙娟称，依据环境损害鉴定评估推荐方法，虚拟成本法是污染物的量乘单位治理成本乘敏感系数，对于无法计算实际修复费用的情况适用这种方法。

4. 关于污染事件是否无法计算修复费用问题。孙娟称，应急处置阶段，暂无法了解帷幕内具体污染状况，因此适用于该方法。

5. 关于《环境损害评估报告》中对应急处置费的计算依据问题。孙娟称，是根据委托方提供的应急处置阶段的费用明细和一部分服务功能损失估算（居民用水及灌溉、农作物减产），按照突发环境事件应急处置阶段环境损害推荐方法。

6. 关于《环境损害评估报告》中按9000吨计算污染土壤的修复费用的依据问题。孙娟称，9000吨是按照帷幕注浆面积及地质地层结构进行的计算。

7. 关于金诚公司提出的在《环境损害评估报告》中有三处均说明了评估报告没有采集到受污染的土壤样品，但是该报告却给出了9000吨的污染数量，9000吨全部污染的依据问题。孙娟称，根据危险废物混合判定原则确定受到污染。

8. 关于环保部办公厅环境损害鉴定评估推荐办法A.2.3条规定第1. 环境污染损害无法通过恢复工程完全恢复。第2. 恢复成本远远大于可能获得的收益。第3. 缺乏生态环境损害恢复评估指标。这三种情况下才适用于虚拟治理成本法，刚才所讲的无法计算修复费用，因而适用虚拟法，无法计算修复费用属于上述三种情形中的哪一种的问题。孙娟称，属于第1条。

9. 关于《环境损害评估报告》有六处均说明修复费用以实际发生费用为准，以实际发生费用为准和生态损害费用的关系问题。孙娟称，生态环境损害费用包括实际的修复费用，但不仅限于修复费用，还包括一些不可修复的永久损害（帷幕内土壤及地下水即使修复也难以修复到基线水平）等费用，报告中所指的是狭义的实际修复费用。帷幕外也存在地下水及其污染的土壤的损害。

10. 关于评估报告称本次事故在倾倒600多吨废液后实际上大部分保留在煤巷之中的说法，是勘验结果还是推测的问题，孙娟称，模型预测结果。

山东省生态环境厅申请的专家辅助人环境保护部环境规划院研究员张红振出庭对《环境损害评估报告》陈述如下主要意见：“关于章丘普集上皋煤矿污染案件有关问题的意见：关于鉴定评估报告。山东省环科院鉴定评估工作按照法律法规和技术规范规定的程序和方法开展，与我国相关法律法规要求与党中央生态文明改革方向高度一致，其出具的鉴定报告规范合法，科学合理，评估方法符合规范要求，发挥了及时、高效、精确作用，其鉴定的范围、内容、程序和方法规范，鉴定评估意见正确。关于生态环境损害费用的计算。山东省环科院根据相关证据材料，运用污染物迁移模型确定受到重污染的地下土壤及地下水的数量。同时根据

《固体废物污染环境防治法》和《危险废物鉴别标准通则》(GB5085.7—2007)中危险废物混合后的判定规则,确定受到玷污和严重污染的土壤、岩土及地下水为危险废物。根据《突发环境事件应急处置阶段环境损害评估推荐方法》,基于虚拟治理成本计算生态损害费用。对于生态损害费用的计算科学合理,符合规范要求,鉴定评估意见可以被采信和使用。关于虚拟成本与实际治理成本的关系。虚拟成本法是以虚拟治理成本作为参照计算生态损害费用,目的是将受损的生态环境恢复至基线水平的货币化计算。生态损害费用包括可修复的修复费用及不可修复的损害费用,虚拟成本只是计算生态损害费用的一个工具,是我们国家行业主管部门认可和推荐的计算方法,其计算的是政府相关部门需要代表公益主张的生态环境损害的货币化技术方法。而修复工程是针对其中一部分我国当前土壤和地下水环境监管要求的风险因子,采取工程手段,使其达到某一合理修复目标值的过程。修复工程的目标是污染因子达到某一目标值,而不是达到基线水平。因此,修复工程费用只是生态损害费用中的一部分,与虚拟治理成本的作用和范畴是完全不同的概念。由于我国尚处于土壤和地下水污染环境风险管控的初期阶段,对于关注的污染因子和治理要求强度尚不健全。本案中的《治理方案》显示的实际治理费用只是阶段性治理的预估值,且未包含地下土壤(巷道底部煤层)的治理费用,这一费用也仅仅是修复治理和长期风险管控费用的一部分。关于污染范围。根据环保部南京环境科学研究所出具的《污染场地调查及风险评估》及《治理方案》对地下水所做的水文地质调查结果,污染场地(帷幕注浆范围内)巷道内处于充满水的状态,可以推测,倾倒入废弃煤井的废酸液和废碱液均已混入地下水。由于地下水的运移作用,废酸液和废碱液的污染范围已无法区分,两者混入地下水的污染范围,即为受污染地下水的范围。根据南京所得风险评估报告,评估场地内受污染的地下水范围为 $13300\text{m}^2$ ,污染水量 $292600\text{m}^3$ 。地下水存在于地下岩层中,相应范围的地下岩土和土壤介质也会同时被污染,地下环境介质的污染范围与地下水的污染范围一致。根据前期应急监测以及南京所以对周边地下水井的水质监测,分别有TPHs、奈、1-甲基萘、甲苯、三甲苯等污染物检出,说明地下水及地下土壤的污染范围要大于帷幕注浆的范围,这些污染物质与金诚公司倾倒入废碱液中污染物大部分相同且比较一致,说明金诚公司与该污染范围内的污染具有直接关联性。关于修复目标。修复目标是修复工程上的概念,是确定修复范围、工程量以及工程验收的指标,修复目标的制定与风险可接受水平、技术可行性和经济合理性高度相关。在确定治理方案时根据相应监测结果确定的修复目标,选取的是超过一定环境质量标准,且仍然存在较大环境风险的污染物。修复目标确定的范围,只能说明当前阶段可操作的工程化措施需要完成修复目标的污染范围现状,而不是整个污染废液倾倒事件造成的污染范围和程度。修复治理方案中的修复目标对于区分污染范围和污染程度没有意义。另外,本事件短期工程化清理修复的难度大,实际效果保障率的识别和长期风险管控的需求强度更大,需要未来30年—50年甚至更长时间的场地动态监控。关于不能修复的生态环境部分与期间损失。根据应急阶段、南京所以及修复治理阶段等的检测结果,周边居民用水井多处检测到污染物,可见污染范围很大。污染物扩散出帷幕范围很广,该部分污染难以采用工程方法修复。南京所风险评估过程中的监测结果显示,周边大气环境长期受到污染,该部分挥发到大气环境中污染物,再下降到周边表层土壤或地表水中,对其造成污染,这部分污染难以采用工程方法修复。根据风险评估的检测结果,巷道底部煤层受到污染,需要一并修复治理,但本次修复治理工程未针对巷道底部煤层土壤进行,也未确定该部分治理的费用。该部分土壤的治理成本很高,可能会大大超过其修复获得利益,

一般会属于不能修复的范围。不能修复的部分，污染物中含有有毒物质和生物毒性物质，已经对周边地下水和生态环境造成直接明显损害，同时未来也可能会对人体健康、周边动植物等产生危害。关于后续修复治理与风险管控。地下岩土环境介质污染治理是个世界性难题，针对基岩裂隙和岩溶地下水污染状况非常复杂，治理难度很高。根据国外的治理经验，修复治理和风险管控过程可能持续三十年甚至更长的时间。本次治理修复工程尚未结束，结束后还要开展中长期评估，以确定下一步针对性的风险管控方案。

山东省生态环境厅提供一份落款时间为2018年10月28日、加盖山东省地矿工程勘察院印章并有项目负责人张学武署名的“关于章丘区普集街道上皋煤井污染场地修复工作的说明”，内容为：我单位是从2017年6月进驻现场，开始修复工作。截止目前，事故井（煤井竖井）内已完成清理，挖出污染土壤及充填物近一千立方米（约两千吨），正在抽取地下污水进行处置。固废（煤井竖井）处理方面，原设计事故井需要清理七百立方米，大部分原位处置，少量外运处置。但施工过程中，实际挖出倾倒危废及受污染土壤近一千立方米，比原设计多出六百余吨。同时，经专家鉴定，该部分废物全部认定为危险废物，需要全部外运处置。事故井危废处置这一项，增加处置费用近一千万元。截止目前已抽取受污染地下水两万多方。但是因地下污染水量增多，地下水水位和污染指标下降较慢，处理难度加大。原设计只针对煤井巷道内需处理水量进行估算，实际施工中情况更为复杂，修复工程处理水量增加一倍甚至数倍，处理费用大幅增加。修复场地区域地下水位埋深在65米左右，巷道内全部充水。倾倒地下的废酸液和废碱液已混合到地下水里边，无法区分开，污染成分复杂。实际施工中，我们采用的是地下水抽提，化学氧化还原加热脱附技术进行处置，未针对废酸液和废碱液污染进行分别处置。本次修复工程是一期修复工程，本次修复完成后，还需要对污染场地及周边进行长期监测，适时启动后效果评价工作。金诚公司质证认为，该证据是原告的受托人所作，与原告有利害关系，不能作为证据使用；山东省地矿院没有环境污染鉴定和评估资质，其对于污染物情况所作的陈述没有法律约束力。弘聚公司质证称，对该证据的真实性、合法性、关联性均不予认可，弘聚公司没有实施污染环境行为，不应该承担任何赔偿责任。

诉讼中，山东省生态环境厅、金诚公司分别请具有专门知识的人出庭对案件事实所涉及的专业问题提出意见。

金诚公司专家辅助人意见：

1. 废酸量大，倾倒时间早一个星期，废酸倾倒时根据地貌和地形流动，向地底下扩散，污染区域已确定。

2. 废碱浓度轻，理论上不可能完全混合，实际上通过取样可以确定混合程度及面积、体积，原告说完全混合没有取样数据确定。

目前用完全混合的标准来认定污染范围和污染程度是没有科学根据的。

3. 污染物到了地下，地下的土壤和地下水环境比较复杂，污染情况可以通过调查、取样来证明酸的污染及碱的污染程度、深度和范围。

4. 废酸和废碱主要是中和反应生成盐，盐作为危废的污染程度应该是与废酸和废碱是相当的，在某种程度上可能会更轻微一些。有些有机物在强酸的环境下会产生微量的反应，产生其他的产物，但这个反应在常温条件下是非常缓慢的，所产生的小型的有机化合物会蒸发，对土壤和水应该不会有太大的影响，产生的部分有机物应该不会改变固体危险物的属性和污染程度。



可以通过对土壤和地下水的调查、取样证明是否有其他的产物或新的污染物。

5. 评估报告对土壤的治理方法是采用危废的治理成本计算的，这样来说强酸和强碱所造成的成本都是一样的。本案废酸和废碱都是按危废来处理，这 9000 吨土壤都是按危废来处理，按 2700 元/吨，这样来说成本是一样的。按照危废处理是一种最原始或最保守的办法，处理费用肯定是最贵的，还有其他的土壤修复的技术和方法，治理费用是可以便宜的。现在比较提倡在线修复，严格上讲在成本上都低于 2700 元/吨。

评估报告是在 2016 年作出的，这几年我国对土壤污染防治的法律、管理办法、技术导则都在完善。在当时的情况下因为有关导则和标准没有出台，采取的是虚拟成本法，土壤污染保守的估算了 9000 吨，治理方法采用了最保守的按照危险废物处理的 2700 元/吨，这两方面处理都是比较保守的，在此基础上采用虚拟成本乘以 3，为 7000 多万，现在修复的范围不应该有这么多。地下水的污染按 4500 方计算，采用的是原位修复的办法，一吨算了 4000 元修复费用，其实污染的范围和修复的技术都已经有了，但是报告还是采用了虚拟成本法，乘以 7 倍。总的观点是我国在土壤和地下水方面有技术和方法修复污染场地。

对于地下水的污染治理来说，有原位的化学氧化和还原办法技术，可能它采用的药剂有些不同，但是成本是差不多的。

山东省生态环境厅专家辅助人意见：

1. 危险废物的危害性、毒性，不同类别差别很大，不能简单的以浓度和量来定。在本案中的废酸和废碱经鉴定属于不同类别的危险物，其毒性和危险性不可比，事实上所有危险废物的种类不同类别不能简单以量来对比。金诚公司专家辅助人提出废碱浓度轻缺乏依据。

2. 废酸液和废碱液并不是实验室中的简单反应，是非常复杂的混合物，无法简单的说生成盐，到底发生什么反应，发生什么危害后果，一要看事实，二要看报告，从事实来看，排放废酸液在前，当时并没有引起人死亡的危害后果，就是在倒入废碱液发生了复杂的混合反应，并不仅仅是生成盐，有 4 名被害人死亡说明这种混合反应是非常复杂的，所以金诚公司专家提出的如何反应并且提出了一个简单的化学公式没有说明力，两类危废都是复杂的混合物，其反应也是复杂的。事实是产生了致命的有毒气体，从山东省环科院的鉴定报告来看，也正是在金诚公司排放危废后大约一周在地下水流迁移方向的下游发现了特征污染物，因此危害是由两公司共同作用产生的。两公司倾倒危废的行为，虽然无事先联络，有先后，正是因为金诚公司废碱液的排放共同作用导致同一损害结果。简单的说两种被认定为危废的污染物混合后还是危废，并非酸碱中和变成无危害的盐，既然是危废渗入土壤中依然作为危废，所以治理成本的计算也同样按照危废来计算，而非地下水。

3. 2700 元/吨的费用是高还是低，对方专家提出了很多技术的发展和很多立法，污染治理的技术各种各样，但是损害的鉴定依据必须是法定的，法定的就是损害评估推荐方法以及相关的技术导则。本报告正是按照这些法定的评估方法和技术导则来实施和编制的。无论是何种技术，不能称为法定的鉴定依据，应当没有效力。

4. 对方专家提出目前要重新调查，污染发生后随着水流、风，有些气体已经不存在了，自然要素是流动的、变化的，现在评估污染的中心区域浓度确实低了，甚至有些可能测不出来了，实际上他们已经扩散了，虽然打了帷幕注浆也不能阻止化学物的迁移，在事实上已经无法重新鉴定。

5. 对方也承认当时的虚拟成本法是合规的。山东省环科院出具的报告没有违反法定规则

的情况，应当具有法定的效力。两公司先后排放不同种类的危险废物，不同种类的危险废物其危害性、毒性等指标在本质上不可以量（重量）来类比，危害的发生（导致4人的死亡）正是复合反应的表现，所以结论是损害结果是由共同作用产生的。

6. 在环境污染损害的认定中因其复杂性，有特定的因果关系推定原则，可能有多果多因，本案就是有多果多因，所以在此案的损害鉴定中既没有可能也没有必要去确认反应的准确过程，不是实验室，是复杂的混合物，没有必要确定复杂的反应公式，就看损害结果，确定损害结果是损害赔偿类案件中核心的部分。

7. 对污染损害的界定应该这样理解，因为排放污染物的复杂性无法用准确的公式或实验来进行模拟，本案中的土壤在70米深下受到污染，事实上已无法完全修复，根据技术导则只能用虚拟成本法来计算，所以其损害大小的界定只能由有资质的评估单位根据法定的技术导则指南和相关的技术参数来计算。

8. 本案的争议焦点是生态环境污染损害，具体来讲是土壤污染物的损害，包括地下水，核心的要点无论是废酸还是废碱，混合物还是衍生物都是危险废物，事实上，被危险废物污染的土壤是危险废物，其污染损害的鉴定应当按照危险废物的处理成本来计算。

双方专家辅助人对案件事实涉及的以下专业问题的意见：

1. 关于本案的废酸液和废碱液发生反应是否会产生新的有毒物质，是否会增加治理的难度，产生新的有毒物质的污染范围和治理费用与倾倒的两种危险废液能否区分开的问题。

山东省生态环境厅专家辅助人称，会产生新的有毒物质，增加了治理难度，产生新的有毒物质的污染范围和治理费用与倾倒的两种危险废液不能区分开。产生的有毒物质气体中有硫化氢，土壤中因为反应复杂，难以明确。既然产生了新的物质，治理种类必然也会增加。尽管理论上可能溯源污染物的成分，但其危害无法区分。

金诚公司专家辅助人称，对于本案的土壤和地下水污染治理来说，如果我们采用按危废的治理办法，废酸、废碱和产生新的污染的土壤都是一样的，不存在增加治理难和治理成本。由于危废产生的污染的土壤全部按危废来处理是不科学的。目前污染治理有的是采用危废，大多数都不是采用按危废处理的。

废酸和废碱会产生新的衍生物，但是如果按照危废的处理方法不增加处理的难度和成本。对于污染的责任问题，确实有量的问题，而且量的问题不能按照人员伤亡来判断。

土壤地下水的污染是可以通过采样来分析判断确认是不是有新的污染物，虽然比较难但是是可以做到的，污染的成分和范围都是可以区分的。

通过区分属性可以确定污染物的范围，从而可以确定污染的责任问题。

2. 关于单独的废酸液或者单独的废碱液是否会造成本案的全部损害后果问题。

山东省生态环境厅专家辅助人称，不会。从事实来看，弘聚公司倾倒废酸液的时候其危害表现还不明显（已有危害），但当金诚公司的废碱液倾倒的矿井中时，危害明显加重，直接导致了人的死亡，这说明有新的污染物质产生，尽管某些污染衍生物无法准确的界定，但损害事实已存在，包括对人的损害，也包括特征污染物在土壤、地下水的不同采位点发现的污染物的扩散。

金诚公司专家辅助人称，对本案土壤和地下水污染的损害来说，单独的废酸倒进会导致污染后果，单独的废碱倒进也会造成土壤和地下水的污染与损害，但是这两种物质倾倒的时间不同，倒下去之后是不是完全一样的东西不同，污染的范围和后果不同。

用人员伤亡判断土壤和地下水的危害是不对的，本案中致人死亡的危险物需要的量是非常小的，刚才专家提到的硫化氢作为例子，致死人的量只需要 50ppm 就可以顷刻致人死亡，而且致人死亡的危险物和土壤、水的污染物是不同的。因为致人死亡的是小分子的气体化合物。关于污染程度，如果单独废酸或废碱，会产生同样的污染危害，但是他的污染范围和污染程度是与倾倒的量有直接的因果关系。

3. 关于两种危险废液的共同污染的范围是否能够确定，共同污染的修复费用能否计算出来的问题。

山东省生态环境厅专家辅助人称，污染的全部范围无法确定，因为污染物随地下水体扩散，其范围可能还大。但为了相对界定出污染的核心区域的范围，所以在本案中采取了一种技术手段，进行帷幕注浆工程，因此本案污染损害范围也仅以帷幕注浆范围内来计算，事实上是相对保守的范围。这个范围内的修复费用能算出来，就是根据环境损害鉴定评估推荐方法及相应的技术标准计算的。扩散到帷幕外的已无法计算。

金诚公司专家辅助人称，两种危险废液的共同污染的范围能够确定，共同污染的修复费用能够计算。虽然比较难，土壤污染相对是比较固定的，在一年两年甚至十年二十年都能取样，地下水虽然会迁移，但是都可以通过调查取样来确定。原告说的帷幕以外的不可计算是错误的。

4. 关于废酸液污染范围的大小与废碱液污染范围的大小问题。

山东省生态环境厅专家辅助人称，废酸液和废碱液污染的范围因为污染物迁移扩散的原因，范围很大，无法准确界定，但本案主张的损害仅就帷幕范围内，这个范围内的损失是可以确定的。

金诚公司专家辅助人称，废酸和废碱的污染范围通过取样是可以确定的，目前通过报告无法确定污染内的范围是由于废碱造成的。

5. 关于能否分别计算出两种危险废液的损害后果和修复费用问题。

山东省生态环境厅专家辅助人称，不能。

金诚公司专家辅助人称，这两种物质的损害程度如果在严格的取样条件下是可以区分的，修复费用应该是相同的，尤其现在按照危废处理来计算的话修复费用是相同的，我们认为污染的范围和量是不同的。

针对土壤和地下水的污染，一个是酸，一个是碱，其他成分可能比较难，但是酸和碱进行取样是可以分开的。对于修复费用，修复的技术非常多，这两种物质在不同的地方修复费用不同，但是本案中如果都按照危废处理的话修复费用没有区别。

6. 关于排放量和污染范围、损害后果在本案中的关系问题，

金诚公司专家辅助人称，一般来说污染物的排放量、排放时间和污染范围、损害后果是有关系的，甚至可以说是量越大，排放时间越早，损害后果越严重，对于本案来说从目前的资料数据来看，还没有看到排放量和污染范围没有关系。

山东省生态环境厅专家辅助人称，《侵权责任法》第六十七条所讲的二者的浓度、数量等区分责任前提是污染物的种类、数量、浓度能够准确界定，例如污水中污染物的种类、量、浓度是确定的，通常这种责任的区分是适用于能够准确界定浓度的污染物，包括废气废水，而危险废物混合的物质不适合。

7. 关于本案所涉的评估报告中用虚拟成本计算修复费用是否合适的问题，



山东省生态环境厅专家辅助人称，合适，评估方法符合评估规范的要求。

金诚公司专家辅助人称，从目前的技术和新出的损害鉴定评估导则和标准来看，可以用更实际的方法来计算，用虚拟成本可能在当时（2015年、2016年）没有其他办法，但是目前可以采取其他方法。

8. 关于本案中根据排放量来计算修复费用是否合适的问题，

山东省生态环境厅专家辅助人称不合适，两个污染企业排放后的不同种类的危险废物混合后其污染范围与损害大小以及修复费用无法根据各自的排放量分别计算。

金诚公司专家辅助人称，对本案的土壤和地下水修复的费用可以采用足够的数据来分析，根据排放量计算修复费用是合适的。

针对金诚公司专家辅助人所提问的：原告方专家说影响因子不同无法区分，但是现在两种物质倾倒入量不同以同样的标准来核算金诚公司的修复费用，依据是什么？在报告中没有看到这方面的记载，请原告方专家进行说明。

山东省生态环境厅聘请的专家辅助人称，不同类型的废酸和废碱对最终的损害结果无法区分，不能简单的以排放的重量来区分责任大小，他们是共同的作用造成的同一损害后果，污染了土壤和地下水，因此评估报告也无法区分他们的责任，只有共同损害后果，在帷幕内范围，不能理解两个企业各半，是错误的，影响是共同的，不能区分。

本院针对本案事实所涉及的专业问题，聘请了三位咨询专家，三位咨询专家在参加庭审后，为本院出具一份《损害赔偿责任分担的专家咨询意见》，其中，1. 专家意见：（1）本案中弘聚公司倾倒的废酸液和金诚公司倾倒的废碱液成分均较复杂，根据《章丘市普集街道上皋村非法倾倒化工废物致死事件排放污染物相关问题的说明》，弘聚公司倾倒的废酸液大体成分为硫酸、水和烃类物质，金诚公司倾倒的废碱液含有游离碱、油、环烷酸、硫化物、酚和金属杂质，根据这两类废液的物质组成和化学性质，两者混合除发生酸碱反应外，还有可能发生其他化学反应，产生其他有毒物质，比如废碱中的硫化物与废酸中的硫酸可产生反应产生硫化氢。但是，由于两种废液的成分均较复杂，混合后的实际反应过程和产物难以确定，反应产物进入环境后的污染和危害难以判定，是否会增加治理难度和造成治理成本的增加也难以简单判断。（2）由于两种废液有共有的污染因子（油类物质），也有不同的污染因子，两者的污染性质（污染物种类、数量和含量）并不完全相同，根据现有的调查资料，两者混合后，已无法判断单独的废酸液、或者单独的废碱液是否会造成本案的全部损害后果，废酸液和废碱液发生混合、产生反应并在环境中迁移扩散后，各自污染的范围已难以从技术上进行区分。（3）根据《环境损害评估报告》，两种危险废液的共同污染范围基本能确定，基于污染范围、污染物质特性和环境管理目标，采用国内外普遍采用的模拟计算方法，在有充分的调查和评估数据作支撑的基础上，可对修复费用进行合理的估算，但混合后已难以分别计算和区分两种危险废液各自的损害后果和修复费用。（4）理论上，同种物质进入环境的排放量与污染范围呈对应的正相关关系。本案中废酸液和废碱液均为含有多种有毒有害物质的混合溶液，污染因子不完全相同，污染物的排放浓度不完全相同，不同污染物的迁移扩散能力也不相同，因此，废液倾倒（排放）量与污染范围不再是简单的“排放量—污染范围”关系，同样地，排放量和修复费用也不再是简单的“量—费”关系。2. 专家建议：（1）弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液均倒入同一废弃煤井（上皋村一处场地三号废弃煤井），虽然二者是无共谋意识的分别倾倒行为，但倾倒后造成了共同污染的事实，客观上构成了环境污染的关

联共同，建议二公司对本案的生态环境损害均应承担责任。(2) 弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液成分不同，两者混合除发生酸碱反应外，还有可能发生其他化学反应，产生其他有毒有害物质，但混合后的实际反应过程（包括与废弃煤井中的自然物质发生反应）和产物已难以准确鉴定，现有的调查结果也难以支撑对混合反应后的环境污染和危害进行判定，从技术上也难以对混合后是否会增加治理难度和造成治理成本的增加进行准确判定。因此，在无法全面、系统、完整和准确判定混合反应、反应产物及反应的危害后果等情况下，从正视案件客观现实且受制于现有鉴别技术难以对混合反应进行技术举证的局限性等方面考虑，建议案件审判不再对混合反应和反应产物的污染和损害后果进行考量。(3) 虽然弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液倾倒进入同一废弃煤井的时间节点不同，二者倾倒时间最长相差 22 天，最短相差 8 天，但在没有证据表明金诚公司的废碱液倾倒前弘聚公司的废酸液已发生了完全的自然衰减的情况下，按照一般污染物的迁移、扩散和衰减规律，弘聚公司倾倒废酸液的行为和金诚公司倾倒废碱液的行为会导致两种废液产生混合，且弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液成分亦不完全相同，两者之间发生混合不是简单的重复污染，而是客观上的复合污染，两个公司造成的污染损害后果在事实上已难以完全区分。因此，对金诚公司主张的“弘聚公司依法应当承担全部污染的赔偿责任，金诚公司和弘聚公司就重复污染部分承担连带责任”不予支持。(4) 弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液虽然危险性质相似，均具有腐蚀性、反应性和毒性等一种或者几种危险特性，但两种废液的化学性质（一种是废酸、一种是废碱）并不相同，其毒害作用方式和危害特点也略有区别，两者共同造成的环境损害后果不能简单地按照倾倒数量进行量化区分；事实上，弘聚公司和金诚公司先后向同一废弃煤井倾倒废酸液和废碱液的行为，可对煤井区域土壤和地下水产生复合污染，污染物发生混合并在环境中迁移扩散后，二公司倾倒的废液各自污染的范围已难以从技术上进行准确区分。因此，二公司共同污染环境的后果，在责任的分担上不应再是简单的按份责任，但考虑到土壤和地下水污染的程度、范围与倾倒量之间理论上仍有一定的量—效关系，建议在二公司责任的分担上应酌情考虑倾倒量的影响。(5) 从治理费用上看，废酸液、废碱液对土壤和地下水的污染，其修复成本除与废酸液、废碱液的污染属性、污染浓度、污染范围有关外，还与废液中含有的其他有毒有害物质的种类、数量和浓度等有关，也与所选用的土壤和地下水治理修复技术相关。因此，在本案无法再准确区分两种废液各自的污染程度和范围，以及两种废液中其自含有的其他有毒有害物质的种类、数量和浓度的情况下，不宜简单地认为治理费用与废酸液、废碱液的倾倒量直接相关。(6) 综上，本案无法准确区分两种废液各自的污染程度和范围，其污染修复成本不仅与废液排放量有关，还与废液中含有的其他有毒有害物质等有关。弘聚公司废酸液排放量较大（占总排放量的 96.43%），对土壤和地下水污染应负主要责任，金诚公司废碱液排放量较小（占总排放量的 3.57%），对土壤和地下水污染应负次要责任，但金诚公司废碱液污染成分更复杂（比如含有金属类污染物），综合考虑，建议弘聚公司分担本案生态环境损害赔偿总金额的 85%，金诚公司分担本案生态环境损害赔偿总金额的 15%。

另查明，经山东省人民政府授权，山东省环境保护厅作为原告提起本案生态环境损害赔偿诉讼。诉讼中，山东省环境保护厅更名为山东省生态环境厅。

### 【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于 2018 年 12 月 21 日作出（2017）鲁 01 民初 1467 号民事判

决：一、被告山东弘聚新能源有限公司和山东金诚重油化工有限公司于本判决生效之日起三十日内赔偿原告山东省生态环境厅应急处置费用1455.566万元；二、被告山东弘聚新能源有限公司于本判决生效之日起三十日内赔偿原告山东省生态环境厅生态环境修复期间服务功能的损失1401.208万元、生态环境损害赔偿费15912万元、鉴定费18.664万元、律师代理费16万元；三、被告山东金诚重油化工有限公司于本判决生效之日起三十日内赔偿原告山东省生态环境厅生态环境修复期间服务功能的损失350.302万元、生态环境损害赔偿费3978万元、鉴定费4.666万元、律师代理费4万元；四、被告山东金诚重油化工有限公司与被告山东弘聚新能源有限公司于本判决生效之日起三十日内在省级以上媒体公开赔礼道歉（书面道歉的内容须经法院审核）；五、驳回原告山东省生态环境厅的其他诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：弘聚公司生产过程中产生的废酸液和金诚公司生产过程中产生的废碱液导致案涉场地生态环境损害，事实清楚，证据充分，法院予以认定。根据《中华人民共和国物权法》第四十五条第二款的规定，国有财产由国务院代表国家行使所有权，为维护国家利益，山东省人民政府经国务院授权，指定山东省生态环境厅作为赔偿权利人提起本案生态环境损害赔偿诉讼，符合中共中央办公厅国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》第四条第（三）项规定。根据原、被告的诉辩主张，本案的争议焦点为：一、两被告是否是本案生态环境损害赔偿的义务主体；二、原告请求的赔偿金额问题；三、两被告应承担的民事赔偿责任问题；四、两被告应否在省级以上媒体公开赔礼道歉的问题。

关于第一个争议焦点，法院作出的（2018）鲁01刑终54号刑事判决书已经发生法律效力，该刑事判决书认定弘聚公司构成污染环境罪，故弘聚公司是本案生态环境损害赔偿的义务主体，应承担相应的民事赔偿责任。金诚公司对其生产过程中产生的废碱液未依法进行处理，而是交无危险废物处理资质的第三方处理，二者行为结合造成环境污染，金诚公司应当与无危险废物处理资质的第三方承担连带责任。《中华人民共和国侵权责任法》第十三条规定，法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。因此，山东省生态环境厅请求金诚公司承担责任符合上述法律规定，金诚公司也应是本案生态环境损害赔偿的义务主体。

关于第二个争议焦点，山东省环境保护科学研究设计院及鉴定评估人员均具有法定资质，鉴定程序合法，鉴定评估意见明确，对涉案化工废料的危险性、受污染环境的程度、范围、所属危险废物类别及损害费用均进行了鉴定评估，与本案待证事实有关联，经过当庭举证质证；参与制作《环境损害评估报告》的相关评估及审核人员出庭接受了当事人的质询，对金诚公司就《环境评估报告》的异议，已当庭作出说明；环境保护部环境规划院的专家也出庭证明《环境损害评估报告》评估的范围、内容、程序和方法规范，科学合理，评估方法符合规范要求；同时，法院已经发生法律效力的（2018）鲁01刑终54号刑事判决书已将《环境损害评估报告》作为定案依据。金诚公司、弘聚公司虽不认可，但其未提供足够的证据推翻《环境损害评估报告》。另外，从专家辅助人及咨询专家的意见可见，《环境损害评估报告》采用虚拟成本法计算修复费用是国内外通行的做法和一般惯例，故对该《环境损害评估报告》法院予以采信。根据《环境损害评估报告》可以认定，上皋村环境污染造成的直接经济损失约为4109.27万元，上皋村环境污染生态损害费用为桶装废弃物填埋场污染土壤修复费用为101.05万元，事故井倾倒废液污染土壤的虚拟治理费用约为7290万元（以实际发生为准），



## 民事案例

污染地下水的虚拟修复治理费用约为 12600 万元（以实际发生为准）。对于 4109.27 万元直接经济损失，山东省生态环境厅的诉讼请求数额中已扣除万达公司已承担的 202.194 万元、金诚公司已支付的 500 万元和弘聚公司已支付的 200 万元，剩余 3207.076 万元（包含修复期间服务功能损失 1751.51 万元和应急处置损失 1455.566 元）。山东省生态环境厅主张的 35 万元鉴定费，有《技术服务合同书》及相关票据证实，法院予以采信。山东省生态环境厅主张万达公司已承担 11.67 万元鉴定费，尚剩余 23.33 万元要求支付。山东省生态环境厅提供的《专项法律顾问合同》证明，针对应急阶段处置费赔偿部分，律师费 28.5 万元，针对生态环境损害赔偿费用部分，律师费 80 万元，磋商阶段律师费共计 108.5 万元，万达公司已支付 36.17 万元。2016 年 8 月 22 日的进账单表明章丘市环保局支付律师费 228500 元，2017 年 10 月 19 日进账单表明章丘市环保局支付律师费 495200 元。

关于第三个争议焦点，法院认为，虽然案涉突发环境事件的暴露时间在向案涉场地倾倒废碱液后，但该突发环境事件是因弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液引起的，原章丘市人民政府应急处置该突发环境事件造成的经济损失依法应由弘聚公司和金诚公司共同承担。山东省生态环境厅主张的应急处置损失 1455.566 万元，有《环境损害评估报告》证实，法院予以支持。

《中华人民共和国侵权责任法》第十二条规定，二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。第六十六条规定，因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。第六十七条规定，两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条第二款规定，两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十二条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。第四条规定，两个以上污染者污染环境，对污染者承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。本案中，山东省生态环境厅主张的服务功能损失和帷幕注浆范围内受污染的土壤、地下水修复费及鉴定费和律师代理费，均是因弘聚公司的废酸液和金诚公司的废碱液造成生态环境损害引起的，故应由该两公司承担。至于两公司应承担何种责任一节，因废酸液和废碱液属不同种类危险废液，二者在案涉场地的排放量不同，对两种危险废液的污染范围、污染程度、损害后果及其与损害后果之间的因果关系、污染修复成本等，山东省生态环境厅、弘聚公司、金诚公司、专家辅助人、咨询专家之间意见不一，《环境损害评估报告》对此也未明确区分。根据各方当事人陈述及在案证据，综合专家辅助人和咨询专家的意见，法院酌定弘聚公司承担 80% 的赔偿责任，金诚公司承担 20% 的赔偿责任。依此，弘聚公司、金诚公司应承担的服务功能损失分别为： $1751.51 \text{ 万元} \times 80\% = 1401.208 \text{ 万元}$ 、 $1751.51 \text{ 万元} \times 20\% = 350.302 \text{ 万元}$ ；生态环境损害赔偿费分别为： $19890 \text{ 万元} \times 80\% = 15912 \text{ 万元}$ 、 $19890 \text{ 万元} \times 20\% = 3978 \text{ 万元}$ ；鉴定费分别为： $23.33 \text{ 万元} \times 80\% = 18.664 \text{ 万元}$ 、 $23.33 \text{ 万元} \times 20\% = 4.666 \text{ 万元}$ 。对于山东省生态环境厅主张的律师代理费一节，根据本案实际情况，结合起诉人为政府部门和本案具有社会公益的属性，法院酌定律师代理费为 20 万元，由弘聚公司承担 16 万元，金诚公司承担 4 万元。弘聚公司因此次污染事件被追究刑事

责任，目前正处于合并破产重整阶段，金诚公司未被追究刑事责任，公司正常经营，根据两公司主观过错、经营状况等因素，法院确定金诚公司应支付的赔偿款金诚公司可申请分期赔付。

关于第四个争议焦点，《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定，人民法院应当根据被侵权人的诉讼请求以及具体案情，合理判定污染者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定，对污染环境、破坏生态，已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的行为，原告可以请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任。本案中，弘聚公司、金诚公司生产过程中产生的危险废液造成环境污染，严重损害了国家利益和社会公共利益，即使承担了金钱赔偿责任，也无法完全弥补其行为带来的危害，为警示和教育环境污染者，增强公众环境保护意识，根据上述法律规定，对山东省生态环境厅要求弘聚公司、金诚公司在省级以上媒体公开赔礼道歉的诉讼请求，法院予以支持。

#### 【参照适用本案例时应注意的问题】

因重大突发环境事件致生态环境损害，属于《生态环境损害赔偿制度改革方案》规定的较为典型的生态环境损害赔偿案件。法院受理此案后，在案件事实认定和法律责任承担等方面都进行了有益探索。一是本案在技术事实查明方面突出由多方专家参与，为事实认定提供了技术支撑。二是本案在对责任的认定和分担方式上，具有一定的合理性。法院基于无意思联络数人侵权的责任承担，在综合全案证据的基础上，根据二被告主观过错、经营状况等因素，分配二被告各自应承担的赔偿责任。三是本案在诉讼程序上也进行了有益探索。生态环境损害事件发生后，社会组织和本案原告先后提起环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼，法院分别立案受理并中止环境民事公益诉讼案件的审理，待本案审理裁判后再就环境民事公益诉讼案件依法作出裁判，是衔接两类诉讼程序和规则的一种新探索。

注：本案例曾入选最高人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例。

编写人：济南市中级人民法院民事审判第四庭 刘彦亭

# 法院应综合案情和当事人提供的证据 判断无书面委托授权情况下签订的 农村土地流转合同效力

——杜庆亮诉济南景然农业技术开发有限公司、  
济南高新技术产业开发区遥墙街道小杜家村村委会  
及第三人杜庆明土地承包经营权纠纷案

**关键词** 授权委托 合同效力

## 【案例要旨】

在现实农村经济生活中，村委会代表村民将承包地统一流转的做法广泛存在，这不但能够帮助村民获得一定的经济收益，也能够使村民的闲置土地得到统一开发，促进资源有效利用。本案中，杜庆亮与小杜家村委会虽未签订正式的授权委托书面材料，小杜家村委会仅提交了有村民签名捺印的征求意见表，但杜庆亮、景然农业公司双方已实际履行小杜家村委会与景然农业公司签订的《农村土地流转合同》5年，这一事实能够证明小杜家村委会在2012年7月1日与景然农业公司签订《农村土地流转合同》时，得到了杜庆亮的授权。因杜庆亮关于其仅同意小杜家村委会将其承包地向景然农业公司流转五年的主张，证据不足，法院依法确认杜庆亮委托小杜家村委会与景然农业公司签订的土地流转合同不违反法律规定而有效，但超过杜庆亮剩余承包期限的部分无效，并依法驳回了杜庆亮关于小杜家村委会、景然农业公司返还承包地及赔偿损失的诉讼请求，维护了农村土地流转交易秩序，保障了交易各方合法权益，取得了良好的法律效果和社会效果。在倡导公民诚信守法、遵循契约精神，保障新农村经济社会健康发展等方面具有较好的规范和警示作用。

## 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第四百零二条 受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人。

## 【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2017）鲁0191民初1568号（2017年9月10日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民终8529号（2017年12月20日）

## 【基本案情】

原告杜庆亮诉称：杜庆亮是小杜家村四组村民，家庭承包了本村渔场路西土地。2012年5月，小杜家村委会指派四组组长杜庆明到本村四组村民家中挨家挨户要求在空白纸上签字捺印，杜庆亮询问签字原因，小杜家村委会告知拟组织四组村民将涉案承包地承包经营权以租赁的形式流转给景然农业公司，租赁期为5年，自2012年6月1日至2017年5月31日，租赁费用为1200元/亩/年。杜庆亮同意租赁五年，遂在空白纸上签字捺印。2017年5

月中旬，租赁期届满，杜庆亮找景然农业公司要求返还承包地并恢复土地原状。景然农业公司拒不返还，并拿出一份与小杜家村委会签订的农村土地流转合同。该合同上记载，租赁期限为30年。小杜家村委会违背了杜庆亮的真实意思表示，擅自将杜庆亮的土地承包经营权租赁期限约定为30年。小杜家村委会与景然农业公司的行为侵害了杜庆亮的承包经营权。请求：1. 依法确认小杜家村委会、景然农业公司2012年7月1日签订的农村土地流转合同2017年6月1日之后的部分无效。2. 小杜家村委会、景然农业公司返还杜庆亮的2.13亩承包地并排除妨碍，恢复土地原状。3. 小杜家村委会、景然农业公司赔偿杜庆亮的损失1278元。4. 本案诉讼费用全部由小杜家村委会、景然农业公司承担。

小杜家村委会辩称：农村土地流转合同是2012年签订的，与景然农业公司之间签订的期限为30年。

景然农业公司辩称：2012年7月1日小杜家村委会代表杜庆亮在内的该村第四小组村民成员与景然农业公司就土地流转事宜签订农村土地流转合同，该合同对土地的流转方式、用途、期限、土地流转费的支付标准及方式等均进行了详细而明确的约定，其中的流转期限约定为30年。该合同系杜庆亮与小杜家村委会、景然农业公司之间真实意思表示，且合同签订后一直处于正常履行状态，杜庆亮所述土地流转期限为五年没有任何事实及法律依据，请求法院依法驳回。其他答辩意见在法庭调查之后作出。

杜庆明辩称：当时杜庆明是小杜家村第四小组的组长，小杜家村委会让杜庆明对第四小组的村民通知承包土地事情，所有村民到杜庆明家开会，同意者签在同意的一栏，不同意者在不同意的一栏签的字。当时没有不同意的，也没有说明签多少年。杜庆明当时也不知道具体期限。

法院经审理查明：杜连胜与杜庆亮系父子关系。山东省农业厅向杜连胜发放土地承包经营权证，承包土地面积为3亩6分3厘，其中渔场路西为2.13亩，渔场路东为1.5亩，承包期限自1999年3月1日至2029年3月1日。杜连胜于2007年4月1日去世。

2012年6月1日，济南市历城区遥墙街道小杜家村民委员会（甲方）与景然农业公司（乙方）签订《农村土地流转合同》，约定：一、土地流转方式 甲方采用租赁方式将其承包经营的流转给乙方经营。二、流转土地的用途 乙方只能将流转的土地用于：农业生态园区设施建设和相关的农业生产活动。三、土地流转期限和起止日期 合同约定，土地承包经营流转年限为30年，从2012年6月1日至2042年6月1日止。四、土地流转数量及费用

甲方将第六条所列土地82亩流转给乙方经营，土地流转费以现金方式计算，每亩每年人民币1200元。合同有效期内，流转费用每五年调整一次，调整比例为在上一期基础递增10%。五、付费方式及时间 土地流转费以现金形式支付。土地流转费每年支付一次，在6月1日之前付清。合同签订后，景然农业公司整体接收了小杜家村渔场路西82亩土地进行农业经营。自2012年6月1日至2017年6月1日5年的租赁费，景然公司已经支付。

杜庆亮认可其已收到景然农业公司支付的前五年的土地流转费。

济南市历城区遥墙街道小杜家村民委员会更名为“济南高新技术产业开发区遥墙街道小杜家村民委员会”。

杜庆亮认为其系拥有土地承包经营权证的土地经营权人，享有排他的物权，任何人或组织未经其同意或授权擅自处分土地承包经营权的行为无效。小杜家村委会与景然农业公司通过签订合同的形式将其许可的5年变更为30年，侵害了杜庆亮的承包经营权。起诉请求：



1. 依法确认小杜家村委会、景然农业公司 2012 年 7 月 1 日签订的农村土地流转合同 2017 年 6 月 1 日之后的部分无效。2. 小杜家村委会、景然农业公司返还杜庆亮的 2.13 亩承包地并排除妨碍，恢复土地原状。3. 小杜家村委会、景然农业公司赔偿杜庆亮的损失 1278 元。4. 本案诉讼费用全部由小杜家村委会、景然农业公司承担。

景然农业公司辩称杜庆亮若没有自愿签字并交付土地，其不可能经营土地五年之久，流转合同中明确记载为 30 年，杜庆亮没有任何证据证实租赁期限为 5 年。合同签订后景然农业公司投入巨大的人力物力资金，直到 2016 年底还在加大投入，如果合同五年到期，其没有任何必要付出如此大的精力及资金。杜庆明在庭审中明确陈述了征求意见表的制作过程，且后期交付土地的行为也足以表明村民对土地流转事宜的认可。小杜家村委会取得了杜庆亮书面同意的手续，与景然农业公司就土地流转事宜签订合同没有任何问题，杜庆亮及小杜家村委会应积极履行流转合同的相关内容。杜庆亮称其土地承包经营权证中承包期限于 2029 年到期，并不能否定小杜家村委会与景然农业公司在流转合同中 30 年期限的约定，更无法证明其租赁期限为 5 年的主张，只能说明合同中的相关约定存在瑕疵，并不能导致流转合同 2017 年 6 月 1 日之后无效。

### 【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于 2017 年 9 月 10 日作出（2017）鲁 0191 民初 1568 号民事判决：一、确认济南高新技术产业开发区遥墙街道小杜家村民委员会与济南景然农业技术开发有限公司于 2012 年 7 月 1 日签订的《农村土地流转合同》无效；二、济南景然农业技术开发有限公司于本判决生效之日起十日内返还杜庆亮 2.13 亩承包地并恢复原状；三、驳回杜庆亮的其他诉讼请求。宣判后，济南景然农业技术开发有限公司提出上诉。山东省济南市中级人民法院于 2017 年 12 月 20 日作出（2017）鲁 01 民终 8529 号民事判决：一、撤销济南高新技术产业开发区人民法院（2017）鲁 0191 民初 1568 号民事判决；二、济南高新技术产业开发区遥墙街道小杜家村民委员会、济南景然农业技术开发有限公司于 2012 年 7 月 1 日签订的《农村土地流转合同》超过 2029 年 3 月 1 日之后的部分无效；三、驳回杜庆亮的其他诉讼请求。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：杜庆亮、景然农业公司双方已实际履行小杜家村委会与景然农业公司签订的《农村土地流转合同》的事实证明，小杜家村委会在 2012 年 7 月 1 日与景然农业公司签订《农村土地流转合同》时，得到了杜庆亮的授权。《中华人民共和国合同法》第四百零二条规定，受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人。本案中，杜庆亮户对其承包的土地享有承包经营权，其委托小杜家村委会对外签订土地流转合同不违反法律规定，涉案《农村土地流转合同》合法有效，杜庆亮应当受该合同约定约束，但因涉案《农村土地流转合同》约定的期限超过了杜庆亮剩余承包期限，故超过部分的约定应为无效。在案证据不足以证明杜庆亮关于其仅同意小杜家村委会将其承包土地向景然农业公司流转五年的主张，故其要求返还 2.13 亩承包地并排除妨碍，恢复原状的主张缺乏依据，本院不予支持。杜庆亮请求小杜家村委会、景然农业公司赔偿损失 1278 元的诉讼请求，未提交证据予以证实，一审不予支持符合法律规定。据此，二审法院撤销一审判决，确认小杜家村委会、景然农业公司于 2012 年 7 月 1 日签订的《农村土地流转合同》超过 2029 年 3 月 1 日之后的部

分无效，驳回了杜庆亮的其他诉讼请求。

编写人：济南市中级人民法院民事审判第四庭 刘彦亭

# 对执行标的先采取查封措施的债权 不能先于享有优先权的债权受偿

——山东中宏路桥建设有限公司等执行分配方案异议之诉案

**关键词** 执行分配方案 异议 首查封 优先权

## 【裁判要旨】

1. 经多份生效法律文书确定，多个债权人对执行标的均享有金钱给付内容债权的，执行财产变价款在扣除执行费用后，清偿的顺序为：享有优先权的债权→先采取查封、扣押、冻结财产措施的债权→后采取查封、扣押、冻结财产措施的债权→其他普通债权按比例清偿。

2. 对执行财产进行具体分配属执行程序职责，不宜在执行异议之诉案件中进行审理。在执行财产分配方案异议之诉中，当事人请求确定执行财产的具体分配方案的，人民法院可不予支持。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定》第88条、第93条、第94条

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百一十条、第五百一十三条、第五百一十六条

## 【案件索引】

一审案号：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初717号

二审案号：山东省高级人民法院（2019）鲁民终243号

## 【基本案情】

2016年3月17日，济南宏建伟业机械化施工有限公司（以下简称宏建公司）对其与山东丁豪房地产开发有限公司（以下简称丁豪公司）关于支付工程款及逾期利息纠纷申请济南市仲裁委员会仲裁。2016年3月25日，济南市高新区人民法院经宏建公司申请，首次查封了丁豪公司名下的济南市高新区工业南路44号丁豪广场EF座31套房产和100套地下室。2017年6月20日，济南市仲裁委员会作出0201号仲裁裁决：丁豪公司向宏建公司支付工程款15322049.21元及利息387647.84元。仲裁裁决生效后，丁豪公司未履行上述义务，宏建公司向济南市中级人民法院申请强制执行，执行案号为（2017）01执501号。2017年7月26日，济南市中级人民法院裁定对涉案房产进行拍卖，并已将其中的16套房产变价9866900元。

2017年4月6日，济南市中级人民法院受理山东中宏路桥建设有限公司（以下简称中宏公司）诉丁豪公司建设工程施工合同纠纷案。2017年9月27日，济南市中级人民法院作出（2017）鲁01民初640号民事判决：丁豪公司于判决生效之日起十日内支付中宏公司工程款69196040元；丁豪公司于判决生效之日起十日内支付中宏公司逾期付款利息（以69196040元为基数，自该案起诉之日即2017年4月6日起，至实际给付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率计算）；中宏公司在上述一、二项确定的债务范围内对丁豪广场EF座工程、

GHK座工程及附属地下车库工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿权；驳回中宏公司的其他诉讼请求。判决生效后，丁豪公司未履行判决确定的义务，中宏公司申请济南市中级人民法院强制执行，执行案号为（2017）鲁01执832号。执行中，济南市中级人民法院裁定查封丁豪公司部分房屋及地下室。所查封的财产中，一部分为轮候查封，另外的部分被案外人提起执行异议之诉，且诉讼正在审理中，中宏公司的债权未得到任何实现。中宏公司在申请上述强制执行的同时，申请对宏建公司（2017）01执501号执行案中的执行财产参与分配。

2018年3月22日，济南市中级人民法院作出（2017）鲁01执501号执行财产分配方案。方案认为，宏建公司的工程涉及整个项目的土石方工程，是整个项目的基础，其涉及的工程款对应整个项目应优先受偿。同时，宏建公司的债权发生在先，宏建公司对执行财产申请了首查封、评估和拍卖，交纳了执行费用，应当按照查封顺序优先受偿。方案确定债权人受偿如下：1. 对查封的丁豪广场EF座的15套房产按照评估价8807300元的价格以物抵债给宏建公司，抵偿其8807300元的债权，剩余的债权在拍卖款中过付。2. 剩余的拍卖款在扣除执行费用后过付给中宏公司，查封的100套地下室交由（2017）鲁01民初640号判决执行。

中宏公司认为上述分配方案未保障其优先受偿权，提出执行异议，宏建公司反对其异议，中宏公司提起本执行分配方案异议之诉。

#### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年11月30作出（2018）鲁01民初717号民事判决：一、撤销济南市中级人民法院执行局于2018年3月22日作出的（2017）鲁01执501号执行财产分配方案；二、驳回原告山东中宏路桥建设有限公司的其他诉讼请求。宣判后，宏建公司提出上诉。山东省高级人民法院于2019年5月29日作出（2019）鲁民终243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：根据《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定》第88条、第93条与第94条规定，多份生效的法律文书确定金钱给付内容的多个债权人，对执行标的均无担保物权的，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿；对人民法院查封、扣押或冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以申请参加参与分配程序，主张优先权；参与分配案件中可供执行的财产，在对享有优先权、担保权的债权人依照法律规定的顺序优先受偿后，按照各个案件债权额的比例进行分配。根据民事诉讼法司法解释第五百一十条、第五百一十三条、第五百一十六条规定，参与分配执行中，执行所得价款扣除执行费用，并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部参与分配债权数额的比例受偿；在执行中，如果作为被执行人的企业符合企业破产法规定的情形的，执行法院经申请执行人之一或被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院；当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先权的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。综合上述法律规定，对金钱给付内容的债权，执行清偿的先后顺序应为：享有优先权的债权→先采取查封、扣押、冻结财产措施的债权→后采取查封、扣押、冻结财产措施的债权→其他普通债权按比例清偿。本案中，中宏公司涉案债权经生效640号民事判决确认，对丁豪广场EF座工程、GHK座工程及附属地下车库工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿权。而执行财产分配方案中，分配的财产即

## 民事案例

---

为法院查封丁豪广场中 EF 座 31 套房产和 100 个地下室。故中宏公司主张在执行财产分配中对该财产折价或者拍卖的价款享有优先受偿权，符合上述法律规定的清偿顺序。宏建公司查封在先、债权发生在先、施工内容是整个项目基础和重要组成部分等事实均不能对抗中宏公司对涉案标的享有的优先受偿权。故（2017）鲁 01 执 501 号执行分配方案关于应当按照查封顺序优先受偿，剩余的再分配给在后的工程款债权的认定缺乏法律依据，一审法院予以撤销并无不当。对执行财产进行具体分配，属执行程序的职责，中宏公司诉讼请求对涉案财产进行具体分配，不属于执行异议之诉案件的审理范围。

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿问题的批复》，建设工程价款优先于抵押权和其他债权，建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失；承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。本案中，宏建公司未在上述期间主张其优先权，故其债权是否享有优先权、其优先权范围如何等实体问题未经相应程序确认，在执行财产分配方案中即直接对其该项债权优先清偿，没有执行依据。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿问题的批复》认定建设工程价款优先于抵押权和其他债权，其理念基础系建设工程价款是建筑工人工资的保障，建筑工人的生存权高于抵押权和普通债权。依该理念，无论建筑工程的土石方工程的价款，还是建筑工程的非土石方工程的价款，都涉及建筑工人的生存权保障，其重要性是相同的。因此，宏建公司抗辩其工程款涉及建筑工程的基础工程和配套工程，应当优先受偿，与上述批复的理念不符。

综上所述，中宏公司诉讼请求执行财产优先清偿其债权，符合法律规定，（2017）鲁 01 执 501 号执行财产分配方案对宏建公司债权予以优先清偿，对中宏公司债权未予优先清偿，与法院规定不符，依法予以撤销。

本案例在《案例参阅与指导》2019 年第 3 期刊登  
编写人：民四庭 赵 雯

# 消费者购买商品房后因欠债被执行房产， 开发商能否以商品房买卖合同已解除为由阻却执行

——某地产公司诉周某魁、张某洲案外人执行异议之诉案

**关键词** 商品房 解除 排除执行

## 【案例要旨】

消费者与开发商签订商品房买卖合同后，已全额支付购房款，交付房屋并办理网签备案。后消费者因欠债被执行名下房产，开发商以已通过诉讼解除商品房买卖合同为由排除对房产的执行，不应支持。理由如下：其一，《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》第二十六条规定，被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。购房人为被执行人，其买卖合同债权已被人民法院查封，而诉讼判决解除了买卖合同导致其丧失合同债权之虞，故诉讼解除合同返还房屋或确权实质上属妨碍执行的行为性质，不得对抗申请执行人；其二，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十六条第二款规定，金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的，人民法院不予支持。申请执行人申请执行的是对被执行人的金钱债权，且其申请查封措施在先，故开发商依据在后的生效判决提出的执行异议应不予支持。

## 【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第九条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。《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》第二十六条规定，被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十六条第二款规定，金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的，人民法院不予支持。

## 【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院作出的（2018）鲁0103民初8453号（2019年4月27日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终6612号（2019年8月7日）

## 【基本案情】

原告某地产公司诉称：涉案房屋属于某地产公司所有，网签备案不具有物权效力，张某洲对涉案房屋不享有所有权，执行拍卖涉案房屋严重侵害了某地产公司的合法权益，并导致国有资产流失。因张某洲逾期还贷及逾期办证构成严重违约，某地产公司已起诉至法院主张解除与张某洲之间买卖涉案房屋的合同。预查封法院不能拍卖非被执行人所有的房屋，执行法院严重违反法律规定，错误采取执行措施。某地产公司对执行标的物享有足以排除强制执



行的民事权益，因周某魁基于对张某洲享有的债权要求执行涉案房产于法无据，执行法院执行涉案房屋严重违法违反法律规定，请求：1. 依法撤销济南市市中区人民法院作出的（2018）鲁0103执异282号执行裁定书及（2018）鲁0103执恢238号执行裁定书；2. 请求确认济南市市中区××号楼××房产所有权归某地产公司；3. 判令立即停止对济南市市中区××号楼××房产的强制执行，解除对该房产的查封，并将该房产执行回转；4. 请求判令周某魁、张某洲承担诉讼费用。

周某魁辩称，济南市市中区人民法院作出（2018）鲁0103执异282号执行裁定书及（2018）鲁0103执恢238号执行裁定书程序合法，事实清楚，适用法律正确，不存在任何的撤销事由，如某地产公司对该裁定不服，应当依照审判监督程序办理。某地产公司称涉案房产归其所有不成立，其并不是涉案房屋所有权人，所以也不具备本案的诉讼主体资格。法院依法查封、拍卖被执行人张某洲购买的房屋程序合法。涉案房屋已通过司法拍卖程序拍卖给第三人郑某所有。

张某洲辩称，认可某地产公司的诉讼。

一审法院经审理查明：济南市市中区××号楼××室（房产证号济南20××××94）房产系某地产公司开发建设。2014年11月4日，张某洲与某地产公司签订《济南市商品房买卖合同》，购买了该房屋，总购房款为773870元。上述合同对付款方式约定为抵押担保贷款付款，买受人于2014年10月30日前向出卖人支付定金2万元，于2014年11月4日向出卖人支付首付款233870元（定金自动转入首付款），买受人以向济南某银行贷款的方式支付剩余款项54万元。上述合同签订后，张某洲依约向某地产公司支付了全部购房款，某地产公司于2016年将房屋交付给张某洲，房屋亦已网签备案。周某魁与济南某合伙企业、山东某基金有限公司、山东某担保有限公司、张某、张某洲民间借贷纠纷一案，一审法院于2016年5月31日作出（2015）市民初字第2122号民事判决书，确认了周某魁对济南某合伙企业的债权，并判决张某洲承担连带清偿责任，该判决生效后，义务人未履行判决书确定的义务，周某魁向一审法院申请强制执行。2018年6月10日，一审法院作出（2018）鲁0103执恢238号执行裁定书，裁定评估、拍卖张某洲名下××号楼××室房屋。2018年9月29日买受人郑某通过济南市市中区人民法院淘宝网司法拍卖网络平台以1519560元拍得上述房产。2018年10月9日，一审法院作出（2016）鲁0103执1300号之一执行裁定书，裁定被执行人张某洲名下的××号楼××室房产归郑某所有。2018年11月23日，上述房屋登记至郑某名下。2018年8月23日某地产公司以张某洲违约为由诉至一审法院，要求解除与张某洲于2014年11月4日签订的《济南市商品房买卖合同》及《济南市商品房买卖合同B4地块补充协议》、要求张某洲、宫某霞（系张某洲之妻）支付违约金、律师代理费等，一审法院于2019年2月25日作出（2018）鲁0103民初6895号民事判决书，判决：“一、某地产公司与张某洲于2014年11月4日签订的《济南市商品房买卖合同》及《济南市商品房买卖合同B4地块补充协议》于判决生效之日起解除；二、张某洲、宫某霞于判决生效之日起十日内赔偿某地产公司经济损失（律师费）50000元；三、驳回某地产公司的其他诉讼请求”，该判决现已生效。2018年12月4日，济南某银行以“某地产公司已提起诉讼要求解除同张鲁洲之间的房屋买卖合同且所购房产已被处置，依据合同约定周某魁、张某洲应当提前还款，但均未履行还款义务”为



由诉至一审法院，要求张某洲偿还借款本金及利息，同时要求宫某霞、某地产公司承担连带清偿责任。一审法院于2019年1月28日作出（2018）鲁0103民初9725号民事判决书，判决：“一、张某洲于判决生效之日起十日内偿还济南某银行借款本金503857.85元；二、张某洲于判决生效之日起十日内偿还济南某银行利息、罚息、复利（以本金503857.85元为基数，按《个人一手房按揭贷款借款、抵押及开发商保证合同》约定的计算办法，自2019年1月19日起至贷款结清之日止）；三、张某洲于判决生效之日起十日内赔偿济南某银行律师费损失3000元；四、宫某霞、某地产公司对上述第一、二、三项判决确定的债务承担连带清偿责任；五、宫某霞、某地产公司承担保证责任后，有权向张某洲追偿”。该判决现已生效，张某洲、宫某霞、某地产公司现均未履行判决义务。

二审查明事实与一审一致。

二审期间，某地产公司提交如下证据：济南市市中区人民法院立案审批表、听证笔录、民事裁定书送达回证、执行异议申请书，证明原审法院在案外人异议审查期间及驳回案外人执行异议裁定送达案外人之日起15日内，未对涉案执行标的停止处分明显违背法律规定，执行程序严重违法。经二审质证，周某魁认为，对该证据的真实性无异议，对某地产公司证明目的有异议，第一，该证据不属于新证据范围；第二，其想证明的目的与本案审查执行异议之诉标的的实体权益无关。张某洲认为，真实性无异议，对其证明目的及对象均无异议。经二审法院审查认为，某地产公司提交上述证据拟证明的执行程序违法问题，不属本案审查范围，与本案待证事实不具有关联，不予采纳。

#### 【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2019年4月27日作出（2018）鲁0103民初8453号民事判决：驳回某地产公司的诉讼请求。

宣判后，某地产公司不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年8月7日作出（2019）鲁01民终6612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：根据已查明事实，张某洲与某地产公司于2014年11月4日签订《济南市商品房买卖合同》，购买了该房屋，总购房款为773870元。买受人于2014年10月30日前向出卖人支付定金2万元，于2014年11月4日向出卖人支付首付款233870元（定金自动转入首付款），买受人以向济南某银行贷款的方式支付剩余款项54万元。上述合同签订后，张某洲依约向某地产公司支付了全部购房款，某地产公司于2016年将房屋交付给张某洲，房屋亦已网签备案，根据上述事实，参照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条规定，张某洲在履行付款义务并实际占有涉案房屋时已依法享有对涉案房屋的民事权益。同时，某地产公司通过诉讼程序与张某洲解除了上述房屋买卖合同，但双方解除合同时，涉诉房屋已登记于案外人郑某名下，现某地产公司要求确认该房屋所有权归某地产公司，不符合《中华人民共和国物权法》第九条的规定，一审法院对济南中海地产投资有限公司该诉请未予支持，并无不当。某地产公司未提交充分有效证据证明其对涉案房屋享有足以排除强制执行的民事权益，一审法院未支持其关于撤销一审法院作出的（2018）鲁0103执异282号执行裁定书及（2018）鲁0103执恢238号执行裁定书，并停止对

## 民事案例

---

涉诉房屋的强制执行、解除对房产的查封，并将房产执行回转的诉讼请求，并无不当。另，济南中海地产投资有限公司主张的执行行为及执行程序违法问题，不属本案执行异议之诉审查范围。综上所述，某地产公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 王立强

# 名为委托租赁合同关系实为售后包租合同关系， 人民法院应根据当事人之间真实法律关系定性处理纠纷

——某科技公司诉某电子公司合同纠纷案

**关键词** 委托 租赁 包租 解除

## 【案例要旨】

根据《商品房销售管理办法》第四十五条第二款规定，本办法所称售后包租，是指房地产开发企业以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。当事人之间真实法律关系性质，应围绕合同主体、客体及具体权利义务内容等要素深入解析，准确定性。当事人虽签订有委托租赁合同，但当事人之间实际履行及各自权利义务内容更符合售后包租法律关系，应根据当事人之间真实法律关系性质准确界定。委托租赁合同关系与售后包租合同关系项下各自举证要求、举证责任、证明标准、认定事实的难易程度及法律效果等方面均不同，故准确界定双方当事人之间的法律关系性质对案件实体处理、当事人利益的维护及实现法律效果与社会效果相统一至关重要，实务中务必谨慎处之。

## 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第八条规定，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。第三百九十六条规定，委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。第四百零六条规定，有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。《商品房销售管理办法》第四十五条第二款规定，本办法所称售后包租，是指房地产开发企业以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。

## 【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2018）鲁0191民初2861号（2019年1月10日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终3829号（2019年6月4日）

## 【基本案情】

某科技公司诉称：2011年8月16日，双方签订《房屋买卖合同》，双方约定某科技公司购买某电子公司××房屋，房产总价为18952445元，合同签订后某科技公司依约支付购房款10052445元，剩余房款由与某电子公司签订“弱电施工合同”的施工方—北京某公司用工程款8948628元折抵。2011年该房屋竣工并交付某科技公司后，某科技公司自身办公尚不需房屋，便与某电子公司协商由某电子公司代为出租；2011年12月25日双方签订委托租赁合同一份，约定：某科技公司委托某电子公司对外出租该房产，委托租赁期限为2012年1月1日至2015年1月1日，租金标准为第一年度按照每日每平方米0.6元计算，年租金为933537元，第二、第三年度按照每年递增13%的幅度给付租金。自2012年1月1日至今，某电子公

司未向某科技公司支付房屋租金,《委托租赁合同》期限届满后,经某科技公司多次催促,某电子公司仍拒绝向原告偿付租金。2016年3月8日某科技公司向法院提起诉讼,请求某电子公司偿付租金及其他,经一、二审处理,法院支持了支付2012年1月1日至2015年1月1日的租金请求。但2015年1月1日至今某科技公司仍占用房产未交回某科技公司;而据某科技公司核实,房产一直由某电子公司对外出租获益。根据我国合同法关于租赁合同、委托合同的相关规定,某电子公司在委托租赁合同到期后应当向某科技公司交回房产。但某电子公司却拒不交回房产并擅自出租收益,某电子公司的严重违约行为已经侵害了某科技公司的合同权益,造成了某科技公司的巨大经济损失。诉讼请求:1.解除双方签订的《委托租赁合同》;2.某电子公司交回委托租赁的房产;3.某电子公司向某科技公司支付自2015年1月1日至2018年8月1日期间占用房屋给某科技公司造成的经济损失(按占用期间房屋租赁收益计算)6690354.77元;并支付因实际占用房屋经济损失未及时支付的利息损失至实际支付之日止(以当年应支付租金为基数,按年利率6%计算);4.某电子公司承担全部诉讼费用。

某电子公司赵某辩称,某电子公司同意解除委托租赁合同,因双方系委托租赁合同关系,并非包租关系,因此只应当就在受托期间收取的租金范围内存在转付义务,并非某科技公司所主张的全部租金。

一审法院经审理查明:2011年8月16日,某科技公司与某电子公司签订《房屋买卖合同》一份,某科技公司购买某电子公司开发建设的×号楼3、4单元。2011年12月15日,某科技公司作为委托方(甲方)与某电子公司作为受托方(乙方)签订《委托租赁合同》一份,双方约定甲方委托乙方出租的房屋为甲方购买的×号楼3、4单元,建筑面积4262.73平方米;委托租赁期间为3年,自2012年1月1日起至2015年1月1日止;租金标准为第一年按照每日每平方0.6元计算,年租金为933537元,第二、三年按照年递增13%的幅度给予租金;乙方对外出租该房产后,上述租金所发生的税费由乙方从甲方应收租金中代扣代缴;承租人负责支付出租房屋使用期间的水、电、暖及物业费用;租赁房屋的用途为企业经营办公使用;甲方允许承租人对所租赁房屋进行装修或改善增设他物,但不得破坏该建筑物的基本结构;甲方授权乙方以乙方的名义与承租人签订房屋租赁合同。双方另就其他事宜作出约定。某科技公司在合同甲方处加盖合同专用章,某电子公司在合同乙方处加盖公章。合同签订后,某电子公司未依约向某科技公司支付租金。合同到期后,某电子公司至今未将委托租赁房屋交还某科技公司,2015年后某电子公司分别与山东某网络公司、济南某技术公司、山东某信息公司、山东某消防工程公司签订《房屋租赁合同》,约定将涉案房产租赁给上述四家公司,租金为1.2元/平/天。

二审查明事实与一审一致。

二审中,某电子公司提交如下证据:证据1.《情况说明》复印件一份,该情况说明系北京蓝特恒信科技有限公司于2011年8月22日单方出具,载明由北京蓝特恒信科技有限公司用工程款抵扣某科技公司的购房款。证据2.某电子公司与某科技公司于2011年8月22日所签订的《购房款支付协议书》一份,记载某科技公司根据双方签订的《房产买卖合同》,剩余未付购房款为890万元,并于该剩余的购房款,某科技公司应当与某银行签订贷款协议,所贷款项用于支付剩余购房款。该《购房款支付协议书》在双方其他的诉讼中,双方已经质证过,提交济南高新技术产业开发区人民法院于2016年6月21日庭审笔录予以证实,双方对该证据真实性无异议。以上两份证据内容相矛盾,同一天所签订的用工程款抵扣剩余购房款

的同时，却又向银行贷款用以支付剩余房款该行为是不符合常理的，证明某科技公司对本案的诉讼系虚假的诉讼，应当予以驳回。经质证，某科技公司认为，首先对某电子公司提交的上述证据的真实性均没有异议。但是对其所要证明的目的有不同的看法。针对证据1北京某科技公司出具的《情况说明》，该份证据某电子公司既然作为证据向法庭提交，就说明了某电子公司认为该份证据是符合相应的证据规则的，该证据是真实的。该证据的内容恰恰能够说明最初在2011年涉及本案争议的房屋、房款的支付已经进行了相应的约定；针对证据2《购房款支付协议书》，该份证据签署双方并未实际履行完，就因为有了新的以房抵款的约定使该协议未完全履行，特别说明的一点是仔细看一下该份协议，虽然说贷款方为本案的某科技公司，但该份协议中所约定的要产生的相应的贷款利息、担保费用以及履行该份协议所产生的所有的费用都是由某电子公司来承担，这才是该份《购房款支付协议书》不符合常理和最终没有履行下去的根本原因。最后说明某电子公司提交的几份证据均与本案因委托租赁合同而产生的争议没有任何的直接关联性，无法起到证明本案的案件事实作用。经二审法院审查认为，上述证据与本案待证事实不具有关联，不予采纳。

某科技公司提交如下证据：山东省高级人民法院（2018）鲁民再1157号民事判决书，判决最后认定本案所争议的委托合同名为委托，实为售后包租合同，判决支持了最初的一审判决济南高新技术产业开发区人民法院（2016）鲁0191民初527号，撤销济南市中级人民法院二审（2017）鲁01民终1365号民事判决。经质证，某电子公司认为，真实性无异议，但认为某电子公司与某科技公司之间所签订的是委托租赁合同，而非普通的租赁合同，更不是售后包租合同，且某科技公司自起诉之日起至今一直主张是委托租赁关系，对于双方约定非常清楚的委托租赁关系，山东省高级人民法院已认定为售后包租的法律关系，某电子公司认为是非常错误的，并且与本案没有任何关系。经二审法院审查认为，对上述证据的真实性予以确认。

#### 【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于2019年1月10日作出（2018）鲁0191民初2861号民事判决：一、解除某科技公司与某电子公司于2011年12月15日签订的《委托租赁合同》；二、某电子公司于判决生效之日起十日内将位于经×基地×号楼3、4单元房产返还某科技公司；三、某电子公司于判决生效之日起十日内赔偿某科技公司房屋占用经济损失（自2015年1月1日起至2018年8月1日，按照涉案房产的面积4262.73平方米乘以1.2元/平/天计算）；四、驳回山东永川科技有限公司的其他诉讼请求。宣判后，某电子公司不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年6月4日作出（2019）鲁01民终3829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：某科技公司、某电子公司于2011年12月15日签订的《委托租赁合同》系双方当事人真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的规定，应为有效。根据当事人实际履行合同情况及当事人之间实际权利义务内容，上述合同虽名为委托租赁合同，其实际符合售后包租合同法律关系特征。

某科技公司主张解除《委托租赁合同》并返还涉案房产，某电子公司在一审中同意解除该合同并返还涉案房产，故一审法院判令解除涉案《委托租赁合同》，并由某电子公司向某科技公司返还涉案房产并无不当。涉案《委托租赁合同》到期后，某电子公司应将委托租赁房

## 民事案例

---

产及时返还某科技公司，而某电子公司未将委托租赁房产返还某科技公司，某科技公司曾于2016年3月8日通过诉讼方式要求某电子公司返还委托租赁房产，某电子公司未予返还。同时，没有证据证明其继续占有使用涉案房产具有法律依据，某电子公司未及时返还涉案房产，给某科技公司造成一定损失，且对损失的形成具有过错。故一审法院判令某电子公司赔偿某科技公司相应房屋占用经济损失，并无不当，同时，一审法院参照某科技公司提供的《房屋租赁合同》中所约定的租金，结合涉案房产近三年租赁市场行情确定的损失赔偿标准，不超出合理范围，并无不当。另，某电子公司主张的关于涉案房产买卖合同购房款的支付等问题，与本案不属同一法律关系，本案不予审理。

一审法院虽对双方真实法律关系性质认定欠当，但实体处理结果并无不当。综上所述，某电子公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 王立强

# 农村土地承包合同纠纷中拆迁补偿利益的综合认定

## ——谢某某与某村民委员会农业承包合同纠纷案

**关键词** 农业承包 拆除补偿协议 损失认定 补偿标准

### 【案例要旨】

谢某某与某村民委员会对双方签订的《地上物拆除补偿协议》中土地是否在被征用范围，是否包含承包果树的补偿数额发生争议。济南市国土资源部门出具的政府信息公开告知书，可知该果园所占土地并不属于政府征收范围，因此，某村委会提出解除的理由不属实，其对承包合同的提前解除，应承担相应的违约责任，应对涉案承包合同解除后对承包人谢某某造成的经济损失予以赔偿。涉案承包果树的补偿数额，并非数额较小的债权，对该数额较大债权的放弃，需双方有明确的约定或明示的行为，现有材料均无对承包土地果树的补偿约定，亦无谢某某的明示放弃补偿的证据。某村委会与谢某某丈夫签订《地上物拆除补偿协议》中并不包含对涉案果树的补偿。

### 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第八条规定依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。第九十三条当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。第九十七条合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

### 【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2018）鲁0112民初73号（2018年12月13日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终2402号（2019年7月22日）

### 【基本案情】

原告谢某某诉称：2000年1月1日，双方签署了果园承包合同，合同约定，被告将其所有的某果园承包给原告种植，承包期为四年，自1998年4月22日至2002年4月22日，承包费为40000元/年，每年的元月十五日之前，一次性交清当年的承包费。合同还约定，按时交纳承包费后，合同到期可延续承包期限十五年至三十年。合同签署后，原告已将承包人交至2018年12月31日。2017年10月，被告以原告所承包的土地已被征收为由，单方面通知申请人解除合同，并限期搬离，但原告已将承包费交至2018年12月31日，故合同解除后的承包费被告应予以退还。因双方签署的承包合同期限还有14年未到期即被解除，根据法律规定及公平原则，原告对合同解除后尚未到期的合同期限享有预期可得利益，被告应当依法给予补偿。因承包合同签署时，该果园仅有苹果树1641棵，且均处于老龄化状态，腐烂病与根朽病蔓延，为了提高该果园的经济效益，原告加大了投入，更新种植了12040棵树。根据果园承包协议的约定，该差额部分10399棵树属于原告投入的，其补偿费应归原告所有。另外，因被告原因导致本案的发生，原告为保障案件将来顺利执行，为此申请了财产保全，根据最



高人民法院的指导精神，因财产保全产生的担保费 20808 元亦应由被告承担。

被告某村委会辩称，原告第一项诉讼请求，被告认为如原告已将承包费交至 2018 年年底，那原告同意按多退少补的原则进行结算。本案所涉及的土地系国家征用，属于不可抗力，按合同约定及相关法律规定，原告的预期利益损失不应由被告承担。根据国家征地补偿时的政策，非盛果期树木不予补偿，且原被告已于 2017 年 10 月 31 日就地上物拆除补偿进行了书面约定，其中包含有对果树的处分，因此原告另行主张要求对果树进行补偿没有事实及法律依据。原告第四项诉讼请求没有法律依据。请求法院查明事实后依法驳回原告的二、三、四项诉讼请求，第一项诉讼请求可由双方进行对账确认后被告同意据实结算。

一审法院经审理查明：谢某某于 1998 年 4 月 22 日实际承包了某村委会所有的大果园，并于 1998 年 4 月 19 日与大果园原承包人李兴智办理了交接手续，交接时大果园内果树共 1641 棵，其中大树 1488 棵，小树 153 棵。2000 年 1 月 1 日，某村委会（甲方）与谢某某（乙方）签订了果园承包合同，相关内容为：一、根据投标规定，村同意将某果园承包给乙方种植。在不影响集体投资减值的条件下，乙方可以养殖经济作物；二、承包期为四年，自 1998 年 4 月 22 日至 2002 年 4 月 22 日；三、承包费每年为 4 万元，四年合计 16 万元，每年的元月十五日前，一次性交清当年的承包费；四、对病死老化不能做果的果树，乙方有自行处理的权力，但必须采用除栽结合的办法，除一棵树补栽一棵的原则执行。注：按时交纳承包费后，合同到期可延续期限十五年至三十年。某村委会在甲方落款处加盖公章，谢某某在乙方落款处签字确认。谢某某已交纳承包费至 2018 年 12 月 31 日，某村委会于 2017 年 8 月 22 日出具了交纳承包费的收款收据。

2014 年 3 月，某村委会出具说明一份，主要内容概括为：2001 年某村委会大果园续签的合同，是依法续签的……。第三条：原土地承包合同期满后，再延长 30 年，从事开发性农业生产项目的承包期可以更长，任何单位和个人不得擅自解除承包合同……。

2017 年 10 月 31 日，某村委会（甲方）与谢某某（乙方）签订地上物拆除补偿协议，相关内容为：一、甲乙双方于 1998 年 4 月 22 日签订有关土地租赁协议一份，因乙方所租赁土地属于济南市政府长岭片区水泥厂以南地块规划建设征地范围，为配合土地征用、规划建设的政府行为，2017 年 10 月，甲方已通知乙方即日起解除双方签订的有关土地租赁协议，并限期搬离。乙方对上述事实知悉，且无异议。二、鉴于乙方在土地租赁期间存在建设地上物的投入，甲方需对乙方地上物拆除进行必要的经济补偿。经双方协商，乙方自愿同意按照村村民代表大会通过的补偿标准，放弃奖励的办法予以补偿，具体补偿办法和金额见下文。三、乙方对已经签字确认的地上物测量数据无异议，同意以此数据按照《长岭片区水泥厂以南地块地上物拆除补偿明细表》计算补偿数额，乙方应得地上物补偿款总额为 32598280.60 元。四、乙方签订本协议后即视同放弃自行拆除，由甲方组织统一拆除，乙方保证在 2017 年 11 月 7 日前自行腾空房屋，搬离现场……。五、乙方的地上物拆除完毕后，甲方承诺 2 日内向乙方支付补偿款总额的 30%，金额为 9779484.18 元。剩余的补偿款 22818796.42 元，因截止甲乙双方《土地租赁协议》解除之日，应扣除甲方原集体土地上的所有地上附属物补偿款及乙方尚欠甲方租赁费后欠款。上述剩余补偿款扣除以上乙方应缴欠款后，甲方实际再向乙方支付的剩余补偿款数额为 22818796.42 元。附件：长岭片区水泥厂以南地块地上物拆除补偿明细表。某村委会在甲方落款处加盖公章，谢某某的配偶杨玉玺代其在乙方落款处签字捺印确认。地上物明细表记载的补偿项目中果树（盛果期）合计为 0 元，谢某某的配偶杨玉玺

代其在地上物明细表中签字捺印确认，谢某某对杨玉玺在地上物拆除补偿协议及地上物明细表上代签及捺印的行为予以追认。协议签订后，涉案果园内地上建筑物已拆除完毕。

谢某某认为某村委会以政府征收为由单方解除承包合同，存在违约行为，并提交了济南市人民政府办公厅、济南市历城区人民政府、济南市国土资源局的政府信息公开告知书，证实涉案土地未被政府征收。经质证，某村委会对上述政府信息公开告知书的真实性无异议，但认为与本案无关。一审法院认为，济南市人民政府办公厅、济南市历城区人民政府、济南市国土资源局分别对谢某某出具的政府信息公开告知书均明确答复“长岭片区水泥厂以北地块土地未征收”，不能证明双方签订的地上物拆除补偿协议第一条约定的“长岭片区水泥厂以南地块”未被征用的事实，谢某某提交的证据与本案无关联性，一审法院不予采信。

谢某某提交（2017）济历城证民字第7068号公证书、山东金鹰森林资源资产评估有限公司作出的林业专项调查报告，拟证明以下内容：谢某某为了确定其承包果园的种植面积、林木树种、规格、数量、果树树龄及果树产期属性等事项委托山东金鹰森林资源资产评估有限公司予以确定，并由济南市历城区公证处予以全程公证出具了公证书。果园的总面积为144.5亩（不含建筑占地面积），其中果园种植面积为135.3亩，果树共计12040棵。经质证，某村委会质证意见为：1. 该报告的委托及公证均系谢某某单方委托，且委托时间是谢某某与某村委会就地上物拆除补偿作出书面协议后所实施的行为，因此所形成的公证书及调查报告对本案没有约束力。2. 报告书所作出的林木清点与地块拆除时谢某某所确认的内容相矛盾。3. 鉴定报告所涉及的地块及地上物均与某村委会有利害关系，谢某某单方实施的调查委托以及第三方出具的鉴定结论等均不具有法律效力。因此对谢某某的证据某村委会不认可。一审法院认为，谢某某委托山东金鹰森林资源资产评估有限公司作出的林业专项调查报告系单方委托，某村委会对鉴定程序及内容均有异议，一审法院不予采信。

二审另查明，2017年10月9日，济南市城市建设投资有限公司、济南市雪山片区建设指挥部、济南市历城区鲍山街道办事处与本案中的某村民委员会共同签订《殷陈村土地征收补偿费支付协议书》（以下简称四方协议书）。其中，四方协议书第一条约定：“……关于征收土地位置，北至城区水泥厂”。

2018年1月29日，济南市国土资源局出具编号〔2018〕第12号政府信息公开告知书一份，告知书载明：“济南市历城区鲍山街道长岭片区水泥厂以北地块未征收。该果园所占土地并不属于上述政府征收范围。”

2017年7月，为确定对谢某某地上物拆除的补偿数额，某村委会委托中天路通公司对谢某某承包果园内的地上建筑物面积进行了实地测量。经实地测量，中天路通公司出具了《房屋平面测绘图》及《地上物明细表》，上述图表中记载涉案果园中的地上建筑物合计价值32598280.60元，未涉及对谢某某承包果园内的果树清点和补偿事宜。

关于谢某某承包果园内果树品种、生长期与数量情况。经现场核实清点，2017年12月29日，山东省济南市历城公证处出具（2017）济历城证民字第7069编号公证书，公证书附件三载明：“果园总面积144.5亩，其中果树种植面积135.3亩，果树共计12040棵”。

2017年11月21日，谢某某给某村委会发出书面函件一份，函件主要内容为：“……某村委会未对谢某某所种植的果树作出任何补偿，谢某某已按照约定将房屋腾空，某村委会可以随时拆除。现要求某村委会在收到本函后三日内对谢某某所种植果树进行清点，并按照相关补偿标准处理果树补偿事宜”。

## 民事案例

另查明，关于对集体土地上地上物征收补偿标准，2015年8月31日，济南市人民政府出台了《济南市人民政府办公厅关于调整征地上附着物和青苗补偿标准的通知》（济政办发〔2015〕16号文）。相关补偿标准见下图：

序号	名称	类别规格	补偿标准
1	房屋	钢混结构：主体承重为钢结构或砼结构，主要指框架结构的大跨度厂房或多层楼房。	1050—1250 元/m <sup>2</sup>
		砖混结构（楼房）：砖墙承重，现浇或预制板保温防水屋面，水泥或其他硬化地面的楼房。	850—1050 元/m <sup>2</sup>
		砖混（平房）：砖墙承重，现浇或预制板保温防水屋面，水泥或其他硬化地面的平房，檐高不低于2.5米。	600—800 元/m <sup>2</sup>
		砖木结构（平房）：规则的石角，砖墙或石墙承重，符合规格的木屋架，木（预制）檩条，瓦屋面，外墙扞缝（抹灰），檐高不低于2.5米。	500—700 元/m <sup>2</sup>
		简易结构：承重墙土坯、砖头、条砖混砌、碎石等，不规则木梁檩、瓦屋面，两面借墙或檐高低于2.5米。	320 元/m <sup>2</sup>
2—15		略	
16	果树	幼龄期（区分树种）	60—90 元/棵
		初果期（区分树种）	160—260 元/棵
		盛果期（区分树种）	300—600 元/棵
		衰老期（区分树种）	120—260 元/棵
17—19		略	

二审中，谢某某确认双方承包经营合同解除，并同意仍按2017年11月21日向某村委会的发函意见，将承包果园内的现存所有果树及果树所占承包土地交付给某村委会处理。

### 【裁判结果】

济南市历城区人民法院于2018年12月13日作出（2018）鲁0112民初73号民事判决：一、被告某村民委员会于本判决生效之日起十日内返还原告谢某某承包费46666.67元；二、驳回原告谢某某的其他诉讼请求。

宣判后，谢某某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年7月22日作出（2019）鲁01民终2402号民事判决：一、维持济南市历城区人民法院（2018）鲁0112民初73号民事判决第一项；二、撤销济南市历城区人民法院（2018）鲁0112民初73号民事判决第二项

及案件受理费部分；三、某村民委员会于本判决书生效之日起十日内向谢某某支付果树补偿款3124286.27元。四、驳回谢某某的其他诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：根据双方诉辩意见，本案争议的焦点问题有三个：一、2017年10月31日，某村委会与谢某某丈夫签订《地上物拆除补偿协议》时，是否已包含对涉案承包果园果树的补偿。二、某村委会是否应对谢某某涉案果园果树的损失予以赔偿。三、如认定某村委会应对涉案果园果树予以赔偿，应如何赔偿。

关于焦点问题一，即：2017年10月31日，某村委会与谢某某丈夫签订的《地上物拆除补偿协议》是否已经包含对涉案果园果树的补偿约定。

某村委会主张，上述拆除补偿协议已经包含对涉案果园果树的补偿。

谢某某主张，上述拆除补偿协议不包含对承包果园果树的补偿。

对此，本院认为，经综合分析，2017年10月31日某村委会与谢某某丈夫签订《地上物拆除补偿协议》时，双方并未对涉案承包地上果树如何予以补偿进行约定，双方签订该补偿协议时，并不包含对涉案果树的补偿。具体理由如下：

首先，从上述《地上物拆除补偿协议》的内容看。该协议第二条明确约定：“鉴于乙方（谢某某）在土地租赁期间存在建设地上物的投入，甲方（某村委会）需对乙方地上物拆除进行必要的经济补偿。经双方协商……”，因此，根据该条的相关约定内容，并结合该拆除补偿协议的其他约定内容可知，双方签订的《地上物拆除补偿协议》均是针对涉案承包土地上建筑物进行拆除后如何补偿的具体约定，并无对承包果园果树如何进行补偿的约定内容。

其次，从《地上物拆除补偿明细表》具体补偿项目与某村委会签订协议当时自行委托测绘部门测绘的《房屋平面测绘图》载明的实测建筑面积、《地上物拆除补偿协议》载明的补偿总额相互比较看。《地上物拆除补偿明细表》中详细列明了涉案承包地上建筑物的面积、补偿单价、补偿总价，《地上物拆除补偿明细表》载明的给予补偿的地上建筑面积与某村委会自行提供的《房屋平面测绘图》相一致，《地上物拆除补偿明细表》中载明的对地上建筑物的补偿总额与双方《地上物拆除补偿协议》中载明的补偿总额相一致，均是32598280元。因此，从《地上物拆除补偿明细表》具体补偿项目与《房屋平面测绘图》载明的建筑面积、《地上物拆除补偿协议》载明的补偿总额相比对看，具体实际补偿项目并不包含对涉案承包果园果树的补偿。

再次，2017年10月31日，自谢某某丈夫与某村委会签订《地上物拆除补偿协议》后，2017年11月21日，谢某某本人又给某村委会发函，向某村委会主张承包果园果树的补偿款事宜。该行为明确表明，谢某某从未放弃对涉案承包果园果树的补偿要求。

现某村委会以《地上物拆除补偿明细表》中果树项目中记载补偿数额为0为由，主张谢某某已放弃了涉案果树的补偿。对此，本院认为，涉案承包果树的补偿数额，并非数额较小的债权，对该数额较大债权的放弃，需双方有明确的约定或明示的行为，如前所述，无论是从上述《地上物拆除补偿协议》的约定内容，还是从《地上物拆除补偿明细表》具体补偿项目与《房屋平面测绘图》实测载明的建筑面积、《地上物拆除补偿协议》载明的补偿总额相比对看，均无对承包土地果树的补偿约定，亦无谢某某的明示放弃补偿的证据。2017年10月31日某村委会与谢某某丈夫签订《地上物拆除补偿协议》后不久，谢某某本人又给某村委会发函，向某村委会主张承包果园果树的补偿款事宜。该行为表明，谢某某从未放弃对涉案承包果园果树的补偿要求。



综上分析，本院认为，2017年10月31日某村委会与谢某某丈夫签订《地上物拆除补偿协议》时，双方并未对涉案承包地上果树如何予以补偿进行约定，并不包含对涉案果树的补偿。某村委会主张谢某某已放弃了涉案果树的补偿，2017年10月31日对谢某某的补偿约定已经包含了对果树的补偿，理由成立，本院不予支持。

关于焦点问题二，某村委会是否应对涉案果园果树的损失予以赔偿。

依法成立的承包经营合同，应受法律保护，双方均应遵守合同约定，不应提前解除。本案中，谢某某于1998年4月22日实际承包了某村委会所有的大果园，并于2000年1月1日与某村委会签订书面承包经营合同。上述承包经营合同，合法有效，应受法律保护。2017年10月31日，某村委会与谢某某丈夫签订了《地上物拆除补偿协议》，以该果园所占土地属于政府征收地块为由，提出解除双方签订的承包合同，但经审查，某村委会提交的四方协议书第一条明确约定：“……关于征收土地位置，北至城区水泥厂”，以及济南市国土资源部门出具的政府信息公开告知书，可知该果园所占土地并不属于政府征收范围，因此，某村委会提出解除的理由不属实，其对承包合同的提前解除，应承担相应的违约责任，应对涉案承包合同解除后对承包人谢某某造成的经济损失予以赔偿。鉴于2017年10月31日，某村委会与谢某某丈夫已就涉案承包经营合同的解除与果园地上建筑物的损失达成了《地上物拆除补偿协议》，谢某某亦予以认可，对此本院予以确认。但是，涉案承包合同被违约解除后，谢某某将无法再取得果园果树合同约定期限内的收益，因此，某村委会对谢某某关于涉案果园果树的损失，应予以赔偿。

关于焦点问题三，某村委会应对涉案果园果树的损失应如何予以补偿。

某村委会与谢某某均确认，2017年10月31日双方签订的《地上物拆除补偿协议》对果园地上物的补偿标准，系参照济南市人民政府济政办发〔2015〕16号文件规定的补偿标准，因此，鉴于涉案果树与地上建筑物处于同一地块，为公平起见，本院酌定某村委会对谢某某关于涉案果园果树的损失补偿，亦参照济南市人民政府济政办发〔2015〕16号文件规定的补偿标准。

关于涉案果园果树的数目及品种。谢某某已提供了公证机构的现场公证文书，该公证文书已经双方质证，可作为有效证据使用。公证书载明涉案承包果园总面积144.5亩（不含建筑占地面积），果树种植面积135.3亩，其中初产期，约为4622棵，盛果期，约为3707棵等合计12040棵。

具体补偿明细。参照济南市人民政府济政办发〔2015〕16号文件规定的补偿标准，果树补偿明细如下：

产期	棵 树	补偿单价（元/棵）	总价（元）
幼龄期	283（核桃）+426（石榴苗）+280（桃树苗）+67（核桃苗）=1056棵	90	95040
初果期	2213（核桃）+988（枣树）+344（桃树）+447（梨树）+578（杏树）+33（大樱桃）+1（李子树）+15（板栗）+3（香椿）=4622棵	260	1201720

产期	棵 树	补偿单价 (元/棵)	总价 (元)
盛果期	1577 (核桃) + 65 (枣树) + 566 (桃树) + 2 (梨树) + 283 (杏树) + 229 (大樱桃树) + 418 (油桃树) + 66 (苹果) + 50 (李子树) + 31 (软枣树) + 381 (石榴) + 33 (山楂) + 4 (银杏) + 2 (香椿) = 3707 棵	600	2224200
树种	棵 树	补偿单价 (元/棵)	总价 (元)
杜仲	胸径 5—10cm: 2 棵	60	120
	胸径 10—20cm: 7 棵	70	490
	胸径大于 20cm: 6 棵	80	480
龙柳	胸径 10—20cm: 2 棵	70	140
	胸径大于 20cm: 1 棵	80	80
龙爪槐	地径 8cm: 2 棵	60	120
观赏竹	地径 1.5cm: 2240 棵	30	67200
杨树	胸径 10—20cm: 198 棵	70	13860
	胸径大于 20cm: 45 棵	80	3600
刺槐	地径 14cm: 96 棵	70	6720
	地径 20cm: 18 棵	70	1260
旱柳	胸径 5—10cm: 38 棵	60	2280
共计	12040 棵		3617310

上述果树共计 12040 棵，按照济南市人民政府济政办发〔2015〕16 号文件规定的补偿标准，合计补偿款 3617310 元。在谢某某接收果园时，果园内尚有果树 1641 棵。从公平角度，对某村委会原有 1641 棵果树款项应做相应扣除。鉴于上述 12040 棵果树均系谢某某承包后种植，无法区分 1641 棵果树的品种，本院酌情扣除 493023.73 元（ $3617310 \div 12040 \times 1641 = 493023.73$  元）。综上，一审法院判决部分认定不当，予以纠正。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 赵玉兰



# 认定债权人对账户资金是否享有质权，应从当事人是否存在质押合同关系、质权是否设立等方面进行审查

——某租赁公司与某供电公司等申请执行人执行异议之诉案

**关键词** 质权的认定

## 【案例要旨】

执行异议之诉中，若案外人能举证证明其享有质权等优先权，则可以排除申请执行人享有的一般债权的执行。而认定债权人对账户资金是否享有质权，应从当事人是否存在质押合同关系、质权是否设立等方面进行审查。对质押合同关系的审查，应按照《中华人民共和国物权法》第二百一十条规定审查质押合同条款，只有具备质押合同的主要条款，才能认定质押合同关系。

## 【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第二百一十条、第二百一十二条。

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初1600号（2019年1月24日）

二审：山东省高级人民法院（2019）鲁民终993号（2019年7月18日）

## 【基本案情】

原告某租赁公司提出诉讼请求：准许执行某科技公司在中国银行股份有限公司聊城东昌支行账户244×××××上的存款715000元，本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：某租赁公司诉某集团公司等融资租赁合同纠纷案，济南市中级人民法院于2014年4月18日作出（2014）济商初字第41号民事调解书，调解书增加某科技公司为保证人。该调解书生效后，调解书所涉各被告并未履行调解书的内容，某租赁公司依法申请了强制执行。执行中，济南市中级人民法院作出（2017）鲁01执恢99号民事裁定书，裁定扣划广庆公司244×××××××号账户上的存款715000元。某供电公司提出执行异议，济南市中级人民法院作出执行裁定书，裁定中止存款的执行。某租赁公司认为，某供电公司对某科技公司244×××××××号账户上的存款不享有质权，请求继续执行。

某供电公司辩称，某供电公司对案涉账户内的资金依法享有质权，应停止对该账户资金的执行，请求驳回某租赁公司的诉讼请求。

某科技公司未作答辩。

法院经审理查明：2013年7月1日，中国银行某支行（甲方）、某科技公司（乙方）、某供电公司（丙方）签订了《电费账户质押监管协议》。其中第一条约定：按照中国人民银行账户管理办法的有关规定，经甲方同意，由乙方在甲方开立结算账户（账号227××××××××）。根据三方实际需要，在乙方结算账户下，开立一个企业定期存款账户（账号244××

×××××)，作为电费质押监管的专管账户。乙方将以上开立的电费质押监管的专管账户质押给丙方，由甲方管理并实行封闭运行。第二条约定：该账户开立后，乙方将人民币壹佰万元整存入其开立的结算账户，本账户专项用于乙方在拖欠丙方电费时缴付。第三条约定：在乙方拖欠丙方电费时，丙方凭支付通知书向甲方申请从以上专管账户内优先支付所欠电费，乙方认可上述支付条件和支付方式。甲方在收到丙方的申请当日内，无须经乙方同意，甲方将根据丙方申请将乙方拖欠电费支付给丙方。第四条约定：乙方在甲方开立的以上电费质押监管账户，质押给丙方并特定化，保证不得以任何方式和理由动用该账户的资金。第九条约定：本协议自2013年7月1日至2018年7月1日止。到期如无异议，本协议自动顺延。

2016年1月4日，某科技公司向某供电公司出具名称变更申请书，申请将某科技公司的电力业务及开票名称变更为某国际贸易有限公司，原某科技公司根据《电费账户质押监管协议》缴纳的款项继续为某国际贸易有限公司电费作质押担保。2018年9月26日，某供电公司开具停（限）电通知单，载明用电单位为某国际贸易有限公司，欠电费1079829.16元，处理意见为：请务必于2018年9月30日前结清所欠电费，否则按规定停电。

某租赁公司与某集团公司等融资租赁合同纠纷一案，本院于2014年4月18日作出（2014）济商初字第41号民事调解书，主要内容为：某集团公司于2014年4月17日前向某租赁公司支付租金5771200.88元及租金专用利息125042.69元，支付经济损失168000元（均已履行完毕）；某集团公司对剩余未到期租金及逾期租金占用利息，某租赁公司承诺不再收取违约金173136.02元；保证人某科技公司与某租赁公司另行签订《保证合同》，对上述融资租赁合同项下某集团公司的全部债务向某租赁公司承担不可撤销的连带保证责任。在本案执行过程中，本院于2017年11月8日作出（2017）鲁01执恢99号执行裁定书，裁定扣划被执行人某科技公司244××××××号账户上的存款715000元。某供电公司向本院执行局提出书面异议。本院执行局作出（2018）鲁01执异93号执行裁定书，裁定中止对某科技公司在中国银行东昌支行244××××××号账户上存款的执行。该裁定书送达各方当事人后，某租赁公司于2018年7月19日向本院提起涉案诉讼。

#### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2019年1月24日作出（2018）鲁01民初1600号民事判决：准许执行某科技公司在中国银行股份有限公司聊城东昌支行账户244××××××号账户上的存款715000元。宣判后，某供电公司提出上诉。山东省高级人民法院于2019年7月18日作出（2019）鲁民终993号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

一审判决认为，本案主要争议焦点为某供电公司对某科技公司244××××××号账户上的存款是否享有质权。《中华人民共和国物权法》第二百一十条规定，设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同一般包括下列条款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；（四）担保的范围；（五）质押财产交付的时间。本案中，某供电公司未提交其与某科技公司签订的书面质权合同。某供电公司、某科技公司及中国银行东昌支行签订的《电费账户质押监管协议》约定，某科技公司244××××××号账户开立后，某科技公司将一百万元存入该账户，专项用于某科技公司在拖欠某供电公司电费时缴付。根据该约定，被担保的债权在签订协议时尚未发生，并非特定债权，该合同中未约定被担保的债权数额，也未约定债务人履行债务的明

确期限，担保范围亦不确定。故该《电费账户质押监管协议》未包括质权合同的主要条款，并非质权合同。综上，某供电公司与某科技公司未签订书面质权合同，其对某科技公司 244×××××××号账户上的存款不享有质权。某租赁公司关于准许执行某科技公司在中国银行东昌支行账户 244219228106—00101 上的存款 715000 元的诉讼请求，于法有据，予以支持。

二审生效判决认为，本案的焦点问题是中国银行东昌支行（甲方）、某科技公司（乙方）、某供电公司（丙方）三方签订的“电费账户质押监管协议”能否认定为质押合同。首先，《中华人民共和国物权法》第二百一十二条规定“质权自出质人交付质押财产时设立”。质权分为动产质权、权利质权。根据《中华人民共和国物权法》第二百零八条、第二百二十四条规定，两种质权的成立都以质物或权利凭证的交付为前提。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条也规定“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿”。“电费账户质押监管协议”的第一条尽管有“乙方将以上开立的电费质押监管的专管账户质押给丙方”的约定，但该条也明确约定“由甲方管理并实行封闭运行”。因此该账户实际由中国银行东昌支行管理，并未交付某供电公司。其次，《中华人民共和国物权法》第二百一十条规定，设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同一般包括下列条款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；（四）担保的范围；（五）质押财产交付的时间。从上述规定看，在质权设立时双方应以书面合同形式明确债权的数额。本案中，某供电公司与某科技公司并未签订质权合同。而“电费账户质押监管协议”从内容看，也并非中国银行东昌支行以其自有资金为某科技公司的电费向某供电公司提供担保。该协议第三条还约定“在乙方拖欠丙方电费时，丙方凭支付通知书向甲方申请从以上专管账户内优先支付所欠电费”，因此该协议生效的前提是“乙方拖欠丙方电费时”。从日常生产生活的实际来看，某科技公司作为用电方，其实际用电量随时变化，只有在每次结账前才能确定当期的用电量、是否欠付电费等，因此在签约时某供电公司与某科技公司并未发生实际的债权债务关系，债权的数额并未确定。综上，本案中的“电费账户质押监管协议”不具有质押合同的特征，不能认定为质押合同。二审判决：驳回上诉，维持原判。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

1. 根据《中华人民共和国物权法》第二百一十条的规定，设立质权，当事人应当签订书面的质权合同，并包括被担保债权的种类和数额、债务人履行债务的期限等重要条款。本案中，从当事人签订的电费账户质押监管协议的约定来看，被担保的债权数额需待电费发生且某科技公司未支付电费的数额确定后才能确定，监管协议中并未约定被担保的债权数额、某科技公司履行债务的期限等，不具备质权合同的关键条款，不具有质权合同的特征。承办法官认为，本案中的电费账户质押监管协议，虽名称中有质押两字，但实际性质是监管合同，是中国银行东昌支行对某科技公司开立在中国银行的涉案账户内的资金进行监管，保障某科技公司欠付某电力公司的电费能够在 100 万范围内进行清偿。

2. 金钱质押作为特殊的动产质押，不同于不动产抵押和权利质押，还应当符合金钱特定化和移交债权人占有两个要件。对于银行账户来讲，只有债权人取得特定化的账户的实际控制权，才可以认定“已移交债权人占有”。本案中，电费账户质押监管协议约定，涉案账户由

中国银行东昌支行管理并实行封闭运行，在某科技公司拖欠某电力公司电费时，某电力公司需凭支付通知书向中国银行东昌支行申请从以上专管账户内优先支付所欠电费。可见，某电力公司并未取得涉案账户的实际控制权，并未实际控制和管理该账户，涉案账户不能被认定为“已移交债权人占有”。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 郭维敬 宋文华

# 被执行人在银行设立保证金账户为贷款 提供质押担保的，该账户内的存款不应作为 被执行人的财产予以执行

——中国民生银行股份有限公司济南分行诉田丽华、靳立国案外人  
执行异议之诉一案

**关键词** 质押担保 保证金 执行

## 【案例要旨】

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定，债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。金钱质押作为特殊的动产质押，应当符合金钱特定化和移交债权人占有两个要件。符合上述条件的，可以排除执行，最大限度的保护当事人的合法权益。

## 【相关法条】

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定，债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁 0102 民初 9076 号

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁 01 民终 6843 号

## 【基本案情】

田丽华与案外人山东壹撇捺汽车销售有限公司、靳立国买卖合同纠纷一案中，田丽华提出诉讼保全申请。济南市历下区人民法院于 2017 年 2 月 27 日作出（2017）鲁 0102 民初 392 号民事裁定书，冻结山东壹撇捺汽车销售有限公司、靳立国名下 500 万元的银行存款或查封价值相当的其他财产。该裁定作出后，济南市历下区人民法院于 2017 年 2 月 28 日冻结靳立国在民生银行济南经十路支行开立的尾号为 1245 账户内 20 万元；于 2017 年 3 月 1 日冻结靳立国在民生银行济南东城支行开立的尾号为 3431 账户内 30 万元。上述账户的冻结分别于 2018 年 2 月 28 日、2018 年 3 月 1 日到期。2018 年 3 月 27 日，济南市历下区人民法院再次对上述账户进行查封。民生银行济南分行于 2018 年 7 月 16 日对该裁定提出书面异议，济南市历下区人民法院于 2018 年 9 月 13 日作出（2017）鲁 0102 民初 392 号之二民事裁定书，驳回民生银行济南分行的异议请求。中国民生银行股份有限公司济南分行（以下简称民生银行济南分行）对上述裁定结果不服，遂提起本案诉讼。

另查明，2018 年 3 月 2 日，靳立国（乙方）与民生银行济南分行（丁方）签订《最高额担保合同》（编号为 916042017334290-6），约定靳立国以其名下的活期保证金账户

(50000000000107632681) 内的 20 万元存款, 为其与民生银行济南分行签订的上述《综合授信合同》项下的全部债务设立质押担保, 并与民生银行济南分行签订《保证金账户内存款质押清单》。

2018 年 3 月 2 日, 靳立国 (乙方) 与民生银行济南分行 (丁方) 签订《最高额担保合同》 (编号为 916042017334290 - 7), 约定靳立国以其名下的一年定期账户 (50000000000422333431) 内的 30 万元存款, 为其与民生银行济南分行签订的《综合授信合同》项下的全部债务设立质押担保。同时与民生银行济南分行签订《定期存单及凭证式国债质押清单》。

田丽华提交民生银行《商户授信调查报告》, 欲证明民生银行济南分行在知悉靳立国的上述账户被冻结的情况下, 仍然与靳立国约定以已被冻结的账户内存款作为质押财产。

### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条、《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法的解释》第一百五十四条第二款、第五百零八条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定判决: 一、解除对靳立国名下在中国民生银行股份有限公司济南分行东城支行保证金账户 (50000000000422333431) 内的 30 万元存款及孳息的冻结; 二、驳回中国民生银行股份有限公司济南分行的其他诉讼请求。

济南市中级人民法院经审理认为, 民生银行济南分行提交的上述证据可以证实, 2018 年 3 月 2 日, 靳立国与民生银行济南分行签订《最高额担保合同》 (编号为 916042017334290 - 6), 约定靳立国以其名下的活期保证金账户 (50000000000107632681) 内的 20 万元存款, 为其与民生银行济南分行签订的《综合授信合同》项下的全部债务设立质押担保, 该账户 (50000000000107632681) 是在靳立国所有的 6226191600331245 客户卡号下另行开设的保证金账户, 该保证金账户 (50000000000107632681) 已于 2018 年 3 月 27 日被济南市历下区人民法院冻结。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定, 债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后, 移交债权人占有作为债权的担保, 债务人不履行债务时, 债权人可以以该金钱优先受偿。本案中, 靳立国以开立保证金账户、定期存单及凭证式国债形式设立质权, 该账户内的存款已经特定化, 且开户行为民生银行济南分行, 民生银行济南分行对案涉账户有控制权, 应当认定双方当事人已就案涉保证金账户及定期存款账户内的资金设立质权。民生银行济南分行有权主张优先受偿实现质权。故对于民生银行济南分行主张解除靳立国所有的 6226191600331245 账号下保证金账户 (50000000000107632681) 内的存款及孳息的冻结的诉讼请求, 予以支持。但靳立国所有的民生银行济南分行 6226191600331245 账号下另有一活期账户 5000000000059735193, 该账户并不涉及质权实现的问题, 在济南市历下区人民法院对靳立国所有的 6226191600331245 账号解除冻结时, 5000000000059735193 账户不应予以解除。

综上所述, 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) 项规定, 判决如下: 一、维持济南市历下区人民法院 (2018) 鲁 0102 民初 9076 号民事判决第一项; 二、撤销济南市历下区人民法院 (2018) 鲁 0102 民初 9076 号民事判决第二项以及案件受理费负担部分; 三、解除靳立国所有的账号 6226191600331245 下在中国民生银行股份有限公司济南分行经十路支行开设的保证金账户 (50000000000107632681) 内的



存款及孳息的冻结。四、驳回中国民生银行股份有限公司济南分行的其他诉讼请求。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：二审中，民生银行济南分行向法庭提交了四份证据。证据一，民生银行济南分行出具的靳立国户账号 6226191600331245 及该账户项下产品包括活期结算户和活期保证金，活期保证金账号为 50000000000107632681，拟证实涉案的 20 万元保证金系靳立国在民生银行济南分行尾号为 1245 号账户项下，尾号 2681 账号内的活期保证金，也就是说济南市历下区人民法院冻结的 1245 号账户内的活期保证金与民生银行主张的尾号为 2681 的账号内资金为同一笔资金。证据二，民生银行济南分行出具的靳立国欠款明细表、还款明细表各一份，拟证实截止至 2019 年 8 月 5 日靳立国在民生银行的债务尚有 605087 元未能结清，民生银行济南分行对涉案的 20 万元保证金仍享有优先权。证据三，银行流水一份共 8 页，内部业务联系单一份，拟证实靳立国在民生银行济南经十路支行开设了账号为 5000000000059735193 的账户及账号为 500000000007632681 的账户，两个账户的客户卡号均为 6226191600331245。2014 年 3 月 7 日，靳立国将账号为 5000000000059735193 的账户内的 20 万元转账至账号为 500000000007632681 的账户，内联单中已经标注上述 20 万元系用于开立活期保证金账户，本案中的保证金账户符合特定化要求，民生银行济南分行对该账户具有控制和管理权。证据四，协助冻结存款通知书及回执，拟证实 2017 年 2 月 28 日及 2018 年 3 月 27 日，济南市历下区人民法院向民生银行济南分行出具（2017）鲁 0102 民初 392 号的协助冻结存款通知书，要求冻结靳立国在民生银行济南分行 6226191600331245（活期户和保证金户均冻结）账户的存款 400 万元，济南市历下区人民法院知晓 6226191600331245 客户卡号下开设有活期户和保证金户两种账户类型。民生银行济南分行冻结了靳立国开设的保证金账号为 500000000007632681 内的 20 万元。田丽华质证称，证据一并非新证据，从该印章上分辨应当是 20130424，也就是说该文件出具的时间应是 2013 年 4 月 24 日，对于民生银行济南分行要证明的事项不予认可，该材料为民生银行济南分行单方面出具的，对其真实性不予认可，且也无法分辨账号为 50000000000107632681 与账号 6226191600331245 之间的从属性。证据二并非新证据，该证据应当在一审中提交，且该组证据系民生银行济南分行单方面出具，对其真实性也不予认可。证据三并非新证据，民生银行济南分行应当在一审举证期限内依法提交，未如期提交应当承担举证不能的责任。对于内部业务联系单，真实性及关联性均不予认可，因该单据无靳立国的签字确认，且保证金账号也是手写。对于银行流水的真实性无法确认，该证据无法证实民生银行济南分行的主张。证据四也并非新证据，对于 2017 年 2 月 28 日和 2018 年 3 月 27 日济南市历下区人民法院出具的协助冻结存款通知书的真实性没有异议，但对于 2017 年 2 月 28 日和 2018 年 3 月 27 日的两份回执有异议，民生银行济南分行提交的该两份回执均为复印件，对该份证据不予认可。靳立国质证称，认可民生银行济南分行提交的证据，同意民生银行济南分行的证明目的。2018 年 3 月 2 日，靳立国与民生银行济南分行签订《最高额担保合同》（编号为 916042017334290-6），约定靳立国以其名下的活期保证金账户（50000000000107632681）内的 20 万元存款，为其与民生银行济南分行签订的《综合授信合同》项下的全部债务设立质押担保，该账户（50000000000107632681）是在靳立国所有的 6226191600331245 客户卡号下另行开设的保证金账户，该保证金账户（50000000000107632681）已于 2018 年 3 月 27 日被济南市历下区人民法院冻结。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定，债务人或者第

三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。本案中，靳立国以开立保证金账户、定期存单及凭证式国债形式设立质权，该账户内的存款已经特定化，且开户行为民生银行济南分行，民生银行济南分行对案涉账户有控制权，应当认定双方当事人已就案涉保证金账户及定期存款账户内的资金设立质权。民生银行济南分行有权主张优先受偿实现质权。故对于民生银行济南分行主张解除靳立国所有的 6226191600331245 账号下保证金账户（50000000000107632681）内的存款及孳息的冻结的诉讼请求，予以支持。但靳立国所有的民生银行济南分行 6226191600331245 账号下另有一活期账户 50000000000059735193，该账户并不涉及质权实现的问题，在济南市历下区人民法院对靳立国所有的 6226191600331245 账号解除冻结时，50000000000059735193 账户不应予以解除。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 陈 勇

# 撤销权的成立，客观上必须是 债务人实施了一定的危害债权人债权的行为， 导致财产的减少将会使债权得不到清偿

——殷某诉王某芬债权人撤销权纠纷案

**关键词** 债权人撤销权

## 【案例要旨】

撤销权的成立，客观上必须是债务人实施了一定的危害债权人债权的行为，危害债权是指债务人的行为导致财产的减少将会使债权得不到清偿。这种危害债权的行为发生在债权成立之后，表现为放弃债权、无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产。

该案例明确了债权人行使撤销权的条件及范围。同时也明确了明确了债权人撤销权之诉中不能请求确认所有权。

## 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第七十四条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害的，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担”。

## 【案件索引】

一审：原莱芜市钢城区人民法院（2018）鲁1203民初265号（2018年10月16日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终字第967号（2019年4月29日）

## 【基本案情】

原告王某芬诉称：2015年10月22日，第三人与青岛远洋置业有限公司签订购房合同一份，购买房产及车库等一套，虽然合同系第三人殷某签订，合同签订后，该房产的首付款计245万元系被告殷某成出资交纳，剩余的房款系按揭，自2015年10月22日签订合同办理完按揭手续后，截止到王某芬起诉之前的按揭款也系被告殷某成交纳，约计120万元，与前面的首付合计共365万余元。被告出资购买房产却登记在第三人名下，其行为已经严重侵害了王某芬的权益。经目前生效的法律文书确定，被告尚欠王某芬93万元及利息30余万元，现王某芬已申请执行，两被告没有足以清偿原告款项的财产。为维护王某芬的合法权益，现诉至法院，请求依法支持王某芬的诉讼请求。诉讼请求：1. 请求判令撤销被告殷某成、于某出资购买的房产登记在第三人名下的行为，撤销被告殷某成、于某的赠与行为；2. 判令该房屋属于被告殷某成、于某所有；3. 判令被告殷某成、于某承担实现债权而提起撤销权之诉支出的律师代理费及为采取保全措施购买诉讼保全保险费用及差旅费共计45000元；4. 诉讼费用、保全费由被告殷某成、于某承担。

殷某成、于某辩称，王某芬所诉无事实及法律依据。涉案房产系第三人殷某与青岛远洋置业有限公司签订购买合同，购买人为第三人，产权权利人也为第三人，与被告无关。因此王某芬要求被告撤销登记在第三人名下的行为及确认涉案房屋系被告所有于法无据。涉案房产的购房款系国某忠支付的，系国某忠对第三人及国某忠女儿的赠与，购房款也与被告无关。原告与被告的债权，原告最早于2017年向法院起诉，在原、被告债权确立之前，第三人于2015年10月份购买涉案房屋，即使存在被告对第三人有赠与行为，也是正常的交易行为，并没有侵害原告合法权益。综上，原告所诉无事实及法律依据，请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

第三人殷某辩称，同殷某成、于某的答辩意见。涉案房产是案外人国某忠赠与给第三人及国某忠女儿国某，与被告无关。

一审法院经审理查明：该院（2017）鲁1203民初839号民间借贷纠纷案件查明，殷某成与于某系夫妻关系。王某芬与殷某成、于某多次发生借款业务，截止2014年11月27日，殷某成、于某尚欠王某芬借款930000元，约定年利率15%。2017年9月22日，该院作出（2017）鲁1203民初839号民事判决书，判决殷某成、于某偿还王某芬借款930000元及利息（自2014年11月27日至还清之日止，按年息15%计算），案件受理费13100元，由殷某成、于某负担。殷某成、于某提起上诉，原莱芜市中级人民法院作出（2017）鲁12民终527号民事判决书，维持原判。判决生效后，殷某成、于某未履行义务，王某芬向一审法院申请强制执行，执行殷某成住房公积金44968.41元，于2018年5月3日支付给王某芬，剩余款项未执行，现该案已终结本次执行程序。

殷某系殷某成和于某之子。2015年10月22日，殷某与青岛远佳置业有限公司签订青岛市商品房预售合同，购买该公司开发的位于青岛市市南区燕儿岛路23号《泉州路5号工人疗养院改造项目（远洋公馆）》1号楼1单元2层202户房屋一套，房屋总价款（不包含房屋全装修价格）暂定为8323005元。2016年5月4日，青岛远佳置业有限公司将该涉案房屋交付给殷某。该房屋产权登记在殷某名下。2015年10月16日、2015年10月19日、2015年11月6日，殷某成分三次共向青岛远佳置业有限公司的银行账户转账2470100元。2016年8月12日，殷某向兴业银行股份有限公司青岛分行办理借款5820000元，借款直接发放至青岛远佳置业有限公司的账户，并用其购买的市南区燕儿岛路23号1号楼1单元2层202户房屋作为抵押。在殷某向银行偿还借款过程中，由殷某成先向殷某的账户转款，再由殷某偿还兴业银行贷款。

在案件审理过程中，王某芬向一审法院申请对2015年1月1日殷某与国某忠签订的协议书的形成时间进行鉴定，在鉴定过程中，王某芬申请撤回鉴定申请，一审法院于2018年9月14日作出（2018）鲁1203鉴15号终止委托意见书，终止对外委托工作。

另查明，殷某在签订涉案房屋预售合同时，正在新加坡上学。本案中王某芬支付代理费44000元，因申请财产保全，办理诉讼财产保全责任保险，支付保险费1950元。

综合分析殷某成、于某、殷某提供的证据，对于殷某在青岛购买房屋的首付款由殷某成支付，房屋贷款亦是由殷某成支付给殷某，再由殷某支付给银行的事实双方无异议。殷某成、于某、殷某主张涉案房屋系国某忠赠与给殷某，殷某成支付的款项系国某忠赠与的，只是由殷某成经办。根据国某忠出庭陈述，因其女儿与殷某为恋人关系，故以殷某的名义在青岛购买房屋，待两人结婚后再变更在夫妻双方名下，所有购房款均由国某忠出资，因殷某在国外，

偿还银行贷款时，由国某忠将款项通过银行转账支付给殷某成后，殷某成再支付给殷某，由殷某偿还银行的借款；其与殷某成为朋友关系，偶尔双方之间会相互借款。证人王文才出庭时亦陈述，2011年，根据国某忠的安排，殷某成向其账户打过款，大约为四五百万元，其在国某忠的安排下，也多次向殷某成的银行账户打过款。根据国某忠与王文才的证言国某忠与殷某成之间曾存在借款关系。虽然根据银行交易明细显示王文才曾向殷某成银行账户中转过款项，但根据两人的证言不足以证实王文才向殷某成银行账户支付的款项系赠与给殷某的购房款，不能证实殷某购买房屋的款项系国某忠赠与。

二审期间，殷某提交偿还银行贷款的还款记录，拟证明购房款资金来源不是殷某成和于某的。王某芬认为不属于新证据，也不能证明其观点。本院认为该证据不能推翻殷某成、于某赠与给殷某购房款的事实，不予采信。其他当事人没有提交新证据。二审对一审法院查明的事实予以确认。二审期间，王某芬进一步明确诉讼请求为：撤销殷某成、于某将购房款赠与给殷某的行为，其他诉讼请求不变。

### 【裁判结果】

原莱芜市钢城区人民法院于2018年10月16日作出（2018）鲁1203民初265号民事判决：一、撤销殷某成、于某将出资购买的位于青岛市市南区燕儿岛路23号1号楼1单元202户房屋登记在殷航名下的行为；二、位于青岛市市南区燕儿岛路23号《泉州路5号工人疗养院改造项目（远洋公馆）》1号楼1单元2层202户房屋归殷某成、于某所有；三、殷某成、于某于判决生效之日起五日内支付王某芬代理费、诉讼财产保全责任保险费45000元；四、驳回王某芬的其他诉讼请求。宣判后，殷某不服提出上诉。济南市中级人民法院于2019年4月29日作出（2019）鲁01民终字第967号民事判决：一、维持原莱芜市钢城区人民法院（2018）鲁1203民初265号民事判决第三项，即：“殷某成、于某于本判决生效之日起五日内支付王某芬代理费、诉讼财产保全责任保险费45000元”；二、撤销原莱芜市钢城区人民法院（2018）鲁1203民初265号民事判决第一项、第二项、第四项，即：“撤销殷某成、于某将出资购买的位于青岛市市南区燕儿岛路23号1号楼1单元202户房屋登记在殷航名下的行为；位于青岛市市南区燕儿岛路23号《泉州路5号工人疗养院改造项目（远洋公馆）》1号楼1单元2层202户房屋归殷某成、于某所有；驳回王某芬的其他诉讼请求”；三、撤销殷某成、于某赠与给殷航购房款的行为，撤销范围以930000元本金及利息（自2014年11月27日至还清之日止，按年息15%计算）为限；四、驳回王某芬的其他诉讼请求。

### 【裁判理由】

法院生效判决认为，本案二审争议焦点问题是：1. 涉案房产首付款及偿还银行贷款的款项来源如何认定，殷某成、于某是否是涉案房产实际出资人；2. 一审判决主文第一项表述是否正确，第二项判决涉案房产归殷某成、于某所有是否正确。

关于第一个争议焦点涉案房产出资来源认定问题。根据一、二审查明的事实，涉案房产首付款（2470100元）是由殷某成、于某出资，后以殷某名义办理银行贷款，偿还银行贷款也是殷某成转给殷某后再以殷某名义偿还银行贷款。对于该事实有银行转账、当事人陈述等证据证明，足以认定。殷某上诉称资金来源于国某忠，是国某忠赠与殷某的，殷某是国某忠之女国某的恋人，并提供国某忠与殷某之间的协议，但该协议不能推翻殷某成转账支付涉案房产首付款及偿还按揭贷款的事实，且这一说法不符合常理，因此，殷某该上诉理由不成立，不予支持。一审认定涉案房产购房资金是殷某成和于某赠与给殷某的，并无不当。



关于第二个争议焦点一审判决主文第一项表述是否适当问题。《中华人民共和国合同法》第七十四条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害的，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担”。

根据上述法律规定，撤销权的成立，客观上必须是债务人实施了一定的危害债权人债权的行为，危害债权是指债务人的行为导致财产的减少将会使债权得不到清偿。这种危害债权的行为发生在债权成立之后，表现为放弃债权、无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产。本案中，殷某成欠王某芬借款本金930000元及利息（自2014年11月27日至还清之日止，按年息15%计算），已经生效判决确认。殷某成和于某在有债务未清偿完毕的情况下，向其子殷某赠与购房款，属于无偿转让财产，这一行为减少了殷某成和于某的责任财产数额，对债权人王某芬造成损害，依照前述法律规定，王某芬要求撤销殷某成、于某与殷某之间赠与行为，符合法律规定，应予支持；但是，撤销权行使的范围以债权人的债权数额为限，本案中王某芬对殷某成和于某享有的债权数额是930000元及利息（自2014年11月27日至还清之日止，按年息15%计算），因此，应在该债权限额范围内撤销殷某成、于某赠与给殷某购房款的行为。一审判决主文第一项“撤销殷某成、于某将出资购买的位于青岛市市南区燕儿岛路23号1号楼1单元202户房屋登记在殷某名下的行为”，表述不当，应予纠正。

王某芬要求将涉案房屋确权给殷某成和于某的诉讼请求，不属于债权人撤销权纠纷审理的范围，应予驳回。一审判决主文第二项将涉案房产判决归殷某成、于某所有错误，应予纠正。

综上，殷某上诉理由部分成立，应予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律错误，判决结果不当，应予纠正。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 李 琴



# 承租人单方致函并搬离承租房屋 不具有合同解除权应承担违约责任

——唐某某诉中信博公司房屋租赁合同纠纷案

**关键词** 单方解除合同 违约责任

## 【案例要旨】

在承租人违约要求解除合同的情况下，承租人并无合法解除权，但如要求承租人继续履行合同并在未占有使用房屋的情况下继续负担租金，既存在客观上的困难，也有违公平和经济原则，因此，涉案房屋租赁合同不宜继续履行。此时如出租人拒不同意解除合同，可以判令解除，但应当由承租人对出租人的损失予以充分赔偿。对损失数额，一般应以房屋的空置期间租赁费作为计算依据，租赁期间可根据房屋性质、出租难易程度等案件具体情形予以合理确定。

## 【相关法条】

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

《中华人民共和国合同法》第一百零七条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁0102民初73号（2019年1月7日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终3428号（2019年6月4日）

## 【基本案情】

原告唐某某诉称：1. 确认中信博公司单方解除《房屋租赁合同》无效；2. 中信博公司继续履行《房屋租赁合同》，支付2017年12月21日至2018年12月20日的房租40万元及滞纳金9万元（滞纳金暂计算至起诉之日，之后计算至中信博公司实际给付之日）；3. 诉讼费用由中信博公司承担。诉讼过程中，唐某某变更诉讼请求为：1. 解除唐某某与中信博公司签订的《房屋租赁合同》；2. 中信博公司向唐某某支付违约金10万元，并赔偿租金损失暂计40万元（租金损失暂计算至2018年12月20日，之后按合同约定的日租金1096元计算至判决双方租赁合同解除之日）。

被告中信博公司辩称：承认唐某某主张解除租赁合同的诉讼请求，中信博公司认为涉案房屋租赁合同已经于2017年11月11日正式解除，唐某某主张的违约金及租金损失无任何事实及法律依据，请求法庭驳回唐某某的诉讼请求。

一审法院经审理查明：2016年12月20日，出租方：唐某某（甲方）、承租方：中信博

公司（乙方）签订《房屋租赁合同》，约定甲方出租给乙方的房屋位于济南市经十路13777号中润世纪广场18号楼403室；出租房屋面积（建筑面积）391.9平方米；该房屋租赁期为三年，自2016年12月20日起至2019年12月20日止；该房屋年租金为40万元；房屋租金支付方式：租金按年支付，在签订本合同时，乙方先期支付第一年度租金40万元，第二年度的租金在2017年11月20日前交纳，第三年度租金均在2018年11月20日前交纳，乙方逾期缴纳房屋租金的，每逾期一日按应付金额的千分之五支付滞纳金；第九条，合同的变更、解除与终止：1. 双方可以协商变更或终止本合同，2. 甲方有以下行为之一的，乙方有权解除合同：（1）不能提供房屋或提供房屋不符合约定条件，严重影响使用，（2）甲方未尽协助义务，严重影响使用，6. 因不可抗力因素导致合同无法履行的，合同终止；第十一条，违约责任：2. 除乙方根据本合同享有的单方解除权的情形外，在租赁期限内若乙方违约解除合同的，乙方应向甲方支付违约金壹拾万元。合同签订后，中信博公司向唐某某支付了第一年租金40万元。

2017年11月6日，中信博公司向唐某某发出《〈房屋租赁合同〉终止函》，载明，“我司于2016年12月20日与您签订《房屋租赁合同》，租赁房屋位于济南市经十路13777号中润世纪广场18号楼403室，房屋总面积391.9平方米，现由于我司在山东设立的中信博山东分公司自成立以来没有业务，现已无法继续经营，该分公司正在办理注销，合同无法继续履行……。”2017年11月9日，唐某某向中信博公司发出《关于〈房屋租赁合同〉终止函〉的回复》，载明，“本人认为，贵我双方签订的《房屋租赁合同》合法有效，双方应按合同约定履行，任何一方不得擅自解除或终止……。”2017年11月16日，中信博公司向唐某某发出《关于〈房屋租赁合同〉终止函的回复的答复》，载明，“公司收悉您关于《房屋租赁合同》终止函的回复，我司重申由于山东分公司自成立以来，一直没有业务，无经济收入，无力继续履约支付房租，解除合同实属无奈。2017年11月8日我司已经将钥匙寄给贵方，现再次退回，请贵方妥善保管，不要再将钥匙寄回到我司，因为我司发给贵方的《房屋租赁合同》终止函已经生效。如果贵方再次将钥匙寄给我司，我司将不承担保管责任，如发生遗失，我司也概不负责。贵方收到我司的《房屋租赁合同》终止函后，应当积极寻找第三方进行房屋的租赁，不能以要求继续我司履行合同为由，要求我司缴纳后续房租。贵方也不能怠于作为，对《房屋租赁合同》终止函生效后的房屋租赁费用，我司不承担任何责任。”

另查明，中信博公司的分公司江苏中信博新能源科技股份有限公司山东分公司于2017年1月12日成立，营业场所位于济南市历下区经十路13777号中润世纪广场18号楼403室，该公司于2017年10月18日申请清税，于2018年7月23日注销登记。

唐某某提交的证据材料包括：1. 唐某某提交《房租催缴函》一份，欲证明其于2017年11月6日向中信博公司催缴房租，中信博公司对该证据不予认可，经审查，仅凭该证据不能证明唐某某曾向催缴房租；2. 中信博公司提交其山东分公司工商登记信息、国税、地税、工商注销资料等证据，经审查，该组证据均与本案具有关联性，一审法院予以采信。

一审宣判后，唐某某不服判决上诉至济南市中级人民法院，上诉请求：1. 撤销一审判决，改判支持唐某某的一审诉讼请求；2. 一、二审诉讼费用由中信博公司承担。事实与理由：一、一审判决认定涉案《房屋租赁合同》于2017年11月6日解除，系认定事实错误。1. 涉案《房屋租赁合同》并未解除。中信博公司单方解除《房屋租赁合同》不符合双方约定，也不符合法定解除的情形，不发生合同解除的法律效力。中信博公司依法不享有解除权，

在唐某某同意解除合同之前，中信博公司应继续履行《房屋解除合同》。2017年11月6日，唐某某向中信博公司催收下年度租金后，中信博公司单方提出终止《房屋租赁合同》，唐某某致函中信博公司不同意解除合同。中信博公司单方终止合同是以其山东分公司经营不善无法继续经营为由，但中信博公司山东分公司并不是本案当事人，且该情况属于中信博公司可预料到的商业风险，属于其自身的原因，并非《房屋租赁合同》第九条第6款规定的“不可抗力因素”。中信博公司没有其他提前终止合同的法定及约定事由，其违法解除合同违反合同约定和诚实信用原则，中信博公司应当继续履行《房屋租赁合同》。2. 2018年12月20日，一审法官在第二次开庭时，释明“若法院不支持继续履行合同的请求”，唐某某才变更诉讼请求为同意解除合同，要求中信博公司支付违约金10万元，并赔偿租金损失。故涉案《房屋租赁合同》解除的最早时间应认定为2018年12月20日。而中信博公司也自认合同解除时间为2017年11月11日，一审法院认定的合同解除时间错误。二、一审判令中信博公司赔偿唐某某两个月租金，不足以弥补唐某某损失。1. 涉案《房屋租赁合同》系双方真实意思，合法有效，双方均应按约履行。中信博公司未按约支付第二年租金，经唐某某多次催缴，中信博公司仍未支付，在无解除权的情况下擅自解除合同，已构成违约。中信博公司应当根据涉案《房屋租赁合同》第十一条第2款约定承担相应的违约责任并赔偿唐某某实际损失，唐某某的实际损失为租金损失。至一审时，涉案《房屋租赁合同》并未解除，中信博公司应支付约定违约金10万元及租金损失40万元（暂计算至2018年12月20日，之后按1096元/日计算至合同解除之日）。根据合同法第一百一十二条、第一百一十三条之规定，赔偿损失与其他违约责任方式可以并用，损失应完全赔偿，包括因违约行为而减少的直接损失，也包括因违约而丧失的本可以取得的利益，即间接损失。三、一审法院适用法律错误。本案中，中信博公司所负的支付第二年度租金义务，属于金钱债务，而非合同法第一百一十条规定的非金钱债务。一审法院适用合同法第九十四条、第一百一十一条，适用法律错误。

中信博公司辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。一、根据一审法庭调查的事实及双方举证质证，涉案房屋租赁合同已于2017年11月6日解除，唐某某要求中信博公司支付租金没有事实和法律依据。涉案合同签订后，中信博公司山东分公司注销。中信博公司签订涉案合同的目的客观上已无法实现，迫于无奈提前解除房屋租赁合同。唐某某在一审中已对房屋租赁合同解除予以确认。二、涉案合同签订后，中信博公司按期支付了2016年12月至2017年12月20日的租金，并提前二个月的时间通知唐某某解除房屋租赁合同。在此情况下，唐某某完全可以另行寻找新的承租方来避免损失的发生。根据合同法第119条规定，唐某某也应当有义务采取措施防止损失发生，否则就应该自行承担所有的损失。唐某某要求中信博公司支付违约金10万元及2017年12月20日至2018年12月20日的租金无事实和法律依据。

二审中，当事人未提交新证据。二审查明的事实与一审一致。

### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年1月7日作出（2018）鲁0102民初73号民事判决：一、原告唐某某与被告江苏中信博新能源科技股份有限公司签订的《房屋租赁合同》于2017年11月6日解除；二、被告江苏中信博新能源科技股份有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告唐某某损失33333元；三、驳回原告唐某某的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，

加倍支付迟延履行期间的债务利息。

宣判后，唐某某提出上诉。济南市中级人民法院于2019年6月4日作出（2019）鲁01民终3428号民事判决：一、撤销济南市历下区人民法院（2018）鲁0102民初73号民事判决；二、上诉人唐某某与被上诉人江苏中信博新能源科技股份有限公司签订的《房屋租赁合同》于2018年12月20日解除；三、被上诉人江苏中信博新能源科技股份有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿上诉人唐某某损失200000元；四、驳回上诉人唐某某的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

#### 【裁判理由】

一审法院裁判认为：本案系房屋租赁合同纠纷。唐某某与中信博公司签订的《房屋租赁合同》系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规强制性规定，合法有效，双方均应当按照合同约定履行合同义务。唐某某已按约定向中信博公司交付了房屋，中信博公司向唐某某发函明确表示不继续履行合同，已构成违约，应当承担违约责任。《中华人民共和国合同法》第一百一十条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。本案中，中信博公司位于涉案房屋的分公司已注销不再经营，如果让中信博公司继续履行合同，则中信博公司还需在不使用涉案房屋的情况下，继续支付两年的租金80万元，支付的履行费用过高，为平衡双方当事人利益，租赁合同不宜继续履行，一审法院允许违约方中信博公司解除合同，用赔偿损失来代替继续履行。通过2017年11月6日、2017年11月9日、2017年11月16日唐某某与中信博公司的往来函件可以认定，中信博公司于2017年11月6日向唐某某发出解除合同的通知并已将房屋钥匙交还给唐某某，故涉案《房屋租赁合同》解除的日期为2017年11月6日，唐某某主张解除合同之后的租金，于法无据，一审法院不予支持。《中华人民共和国合同法》第九十七条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求回复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。本案中，合同解除后，中信博公司应当赔偿唐某某损失，关于损失的金额，唐某某主张违约金10万元及租金损失40万元，鉴于该标准过高，一审法院依法酌定为两个月的租金，中信博公司实际租赁了11个月，已支付12个月的租金，还需向唐某某赔偿1个月的租金即40万元/年÷12个月=33333元。

二审法院裁判认为：本案争议焦点是：1. 涉案《房屋租赁合同》应否解除，解除时间应如何认定；2. 合同解除后责任应如何承担。

一、关于涉案《房屋租赁合同》的解除问题。《中华人民共和国合同法》第九十三条规定，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。本案中，中信博公司以其山东分公司无法继续经营为由，于2016年11月6日向唐某某发出解除通知合同，并将涉案房屋钥匙交还唐某某。中信博公司解除合同并无合同依据，唐某某对中信博公司解除合同的通知亦不予认可。故涉案合同不符合约定解除的情形。《中华人民共和国合同法》第九十四条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债



务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。因中信博公司已经明示其不再履行主要债务，守约方唐某某依法享有合同解除权，而中信博公司作为违约方并不具有合同解除权。根据上述分析，中信博公司单方解除合同的行为，既没有合同依据，也不符合上述法定解除情形，不能发生解除合同的法律效力。一审判决认定涉案《房屋租赁合同》于2016年11月6日解除无事实和法律依据，应予纠正。

关于合同解除时间。经一审法院释明，唐某某于2018年12月20日变更其诉讼请求为解除涉案房屋租赁合同。唐某某的该诉讼请求合法有据，应予支持。二审法院认定，涉案房屋租赁合同自2018年12月20日解除。

二、关于合同解除后责任承担问题。合同法第一百零七条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。本案中，中信博公司明示不再履行涉案《房屋租赁合同》，也没有按照约定交纳第二年度租金，其行为已经构成违约，依法应当承担违约责任。

关于责任承担的具体方式问题。《中华人民共和国合同法》第一百一十条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。本案系房屋租赁合同纠纷，承租人所负支付租金义务与租赁房屋的占有使用相对应，承租人中信博公司已经明确不再承租涉案房屋，并将钥匙返还唐某某的情况。在承租人明示不再承租房屋，也不再占有使用的情况下，如要求中信博公司继续履行合同并在未占有使用房屋的情况下继续负担租金，既存在客观上的困难，也有违公平和经济原则。因此，涉案房屋租赁合同不宜继续履行，对唐某某的损失应当由中信博公司予以赔偿。

关于损失赔偿的数额认定问题。《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。第一百一十九条规定，当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。就本案而言，中信博公司违反合同义务，应当对守约方唐某某的损失予以赔偿，但不应超出中信博公司合理预见的范围。守约方唐某某亦负有减损义务，在中信博公司明示不再履行合同义务的情况下，唐某某应当及时行使合同解除权，通过收回房屋另行出租等方式减少自身损失，不应放任房屋空置而致损失扩大。根据上述分析，涉案合同的解除时间虽应以唐某某诉讼中主张解除的时间为准予以认定，但唐某某损失数额应以唐某某另行转租的合理期间为基础，并结合中信博公司违约行为的过错程度，唐某某减损义务履行情况及双方在诉讼中的行为等因素予以确定。

综合本案事实，二审法院酌定中信博公司另行赔偿唐某某六个月租金，即20万元。鉴于二审法院认定的六个月租金已经达到合同约定违约金的2倍，唐某某关于中信博公司赔偿违约金10万元的诉讼请求不再支持。

**【参照适用本案例时应注意的问题】**

在（2019）鲁01民终3428号案件中，承租人在租赁合同到期前搬离房屋，明示不再承租涉案房屋，并将钥匙返还出租人。一审认为，双方签订的《房屋租赁合同》合法有效，应当按照合同约定履行合同义务，但因承租人在不使用涉案房屋的情况下，继续支付两年的租金80万元，支付的履行费用过高，为平衡双方当事人利益，租赁合同不宜继续履行，故一审法院允许违约方承租人解除合同，合同解除时间为违约方承租人向出租人发出解除通知的时间，即2016年11月6日。二审认为，因承租人已经明示其不再履行主要债务，出租人作为守约方依法享有合同解除权，承租人作为违约方并不具有合同解除权。承租人单方解除合同的行为，既没有合同依据，也不符合法定解除情形，不能发生解除合同的法律效力。一审判决认定合同解除的时间为承租人向出租人发出解除通知的时间，无事实和法律依据。关于合同解除时间。经一审法院释明，出租人于2018年12月20日变更其诉讼请求为解除涉案房屋租赁合同，该诉讼请求合法有据，应予支持。故此，二审认定涉案房屋租赁合同自2018年12月20日解除。损失数额方面，二审根据本案具体情况将一审认定的两个月房屋空置期间租赁费调整至六个月。

在相关案件的审理过程中，一是要注意判断涉案的房屋租赁合同是否存在继续履行的可能。若继续履行已无实际意义，则此时法院应及时释明。二是应合理判断房屋租赁合同的解除时间。合同解除分为约定的解除情形与法定解除情形，单方违约解除合同的情形下不发生合同解除的效力。三是违约责任的承担方面。综合案件整体情况进行判断，在承租人明示不再承租房屋，也不再占有使用的情况下，如要求承租人继续履行合同并在未占有使用房屋的情况下继续负担租金既存在客观上的困难，也有违公平和经济原则。故，承租人可通过赔偿损失的方式承担责任，但不应超出承租人合理预见的范围。守约方亦负有减损义务，在承租人明示不再履行合同义务的情况下，出租人应当及时行使合同解除权，通过收回房屋另行出租等方式减少自身损失，不应放任房屋空置而致损失扩大。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 孙磊 杨锐



# 因业主存在违建情形导致开发商办理商品房 初始登记受阻，开发商不承担逾期办证违约责任

——周秀梅诉济南海尔绿城置业有限公司商品房销售合同纠纷案

## 【案例要旨】

业主的违法违规建设行为导致涉案楼房办理不动产登记的程序受阻，但非导致开发商向不动产登记中心不能提交相关资料而产生违约。换言之，业主的违法行为并未导致开发商提交办证资料违约行为的发生。开发商向不动产登记中心提交相关资料系履行合同义务，而违法建设行为则影响商品房的物权登记结果。违法建设行为与开发商向不动产登记中心提交相关资料行为之间互不存在因果关系。

开发商已按合同约定向产权登记机关提交了相关产权登记资料，完成了合同义务。商品房未能完成产权登记的原因系该房屋所在楼房存在违法建设行为所致，不属于“因出卖人的原因”的法定情形，购房人请求开发商承担逾期办理违约责任，不应予以支持。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定：由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担违约责任：（一）商品房买卖合同约定的办理房屋所有权登记的期限；（二）商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起 90 日；（三）商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起 90 日。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁 0102 民初 5614 号（2018 年 8 月 31 日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2018）鲁 01 民终 7993 号（2018 年 11 月 29 日）

## 【基本案情】

周秀梅诉称：2014 年 12 月 22 日，周秀梅与海尔绿城公司签订商品房买卖合同，由周秀梅购买海尔绿城公司开发的海尔绿城全运村锦兰园 25 号楼 1 单元 602 室房产。合同签订后，周秀梅依约向海尔绿城公司支付了全部房款 1761900 元，海尔绿城公司于 2016 年 5 月 31 日前向周秀梅交付了房屋。商品房买卖合同第 15 条约定，海尔绿城公司应当在商品房交付使用后 360 个工作日内办理权属登记备案，逾期按已付房款的日万分之零点一向周秀梅支付违约金。截至起诉时海尔绿城公司没有为周秀梅办理完成权属登记备案，未按商品房买卖合同约定履行相关义务。请求判令海尔绿城公司向周秀梅支付逾期办理房地产权属证书的违约金（以 1761900 元为基数，自 2017 年 10 月 18 日起至判决确定的履行期限届满之日止，按照每日万分之零点一计算，截止于 2018 年 8 月 27 日暂计为 5515 元）。

海尔绿城公司辩称：由于涉案房产所在楼栋存在个别业主非法违建的情形，海尔绿城公司于 2017 年 5 月 12 日向济南市不动产登记中心申办涉案房产所在楼栋不动产登记（即大证）时，济南市不动产登记中心向海尔绿城公司出具了不予登记通知单，导致所涉房产所在楼栋

大证无法办理，以至于涉案房产无法办理小证。因此，无法办证的责任不在于海尔绿城公司，海尔绿城公司不应该承担周秀梅诉求的违约金

法院经审理查明：2014年12月22日，周秀梅（买受人）与海尔绿城公司（出卖人）签订《商品房买卖合同》一份，约定周秀梅购买海尔绿城公司开发的海尔绿城全运村锦兰园25号楼1单元602室房产。其中，合同第八条约定：海尔绿城公司应在2016年5月31日前将符合合同约定的商品房交付买受人使用。第十五条约定：海尔绿城公司应当在商品房交付使用后360个工作日内，将办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案。如因出卖人责任，买受人不能在规定期限内取得房地产权属证书的，买受人不退房，出卖人按已付房价款的日万分之零点一向买受人支付违约金。合同附件五第八条第3项对合同第十五条进一步约定：出卖人将办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案，以出卖人取得产权登记机关的收件凭证为准。因产权登记机关的原因导致备案延迟，而使买受人不能在规定期限内取得房地产权属证书的，出卖人不承担责任。若土地主管部门暂不办理土地权属登记，则出卖人只需向产权登记机关提交办理该商品房《房屋所有权证》应由出卖人提供的资料，即视为出卖人已经完成了该条约约定的出卖人提供资料的义务。

合同签订后，周秀梅向海尔绿城公司支付房款1761900元，海尔绿城公司于2016年4月21日开具了收款发票，2016年5月31日前向周秀梅交付了房屋，至今尚未办理权属登记备案。2017年5月12日，济南市不动产登记中心向海尔绿城公司出具了《不予登记通知单》，内容如下：根据不动产登记的有关要求，对申请首次登记的历下区海尔绿城全运村锦兰园13号楼、14号楼、15号楼、16号楼、18号楼、23号楼、25号楼、26号楼、31号楼、32号楼进行现场调查，发现实际现状存在加建情形，不符合不动产登记的规定，无法正常办理登记手续。

海尔绿城公司提交《济南市历下区依法整治违法违规建设领导小组办公室关于督促绿城物业服务集团有限公司济南分公司全运村生活服务中心切实履行发现、劝阻、制止、报告小区内违法建设行为的通知》复印件，通知书落款时间为2016年6月8日，用于证明海尔绿城全运村锦兰园南区13号楼至32号楼部分业主未取得相关行政审批手续，擅自利用楼顶露台进行违法建设。

根据济南市不动产登记中心官方网站公布的数据显示，《新建商品房转移登记新流程说明》对于开发企业在申请办理新建商品房首次登记（办大证）时，转移登记（分小证）预申请业务同时开展，即办大证申请时，分小证准备工作同时进行。海尔绿城公司提交的证据材料能够证明其已在合同约定的提交办证资料的时间之前近10个月，即2016年12月份向产权登记机关提交了初始登记的相关资料，为办理分户转移登记作准备，履行《商品房买卖合同》约定的提交办证资料的相关义务。

#### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2018年8月31日作出（2018）鲁0102民初5614号民事判决：一、被告济南海尔绿城置业有限公司于本判决生效之日起十日内给付原告周秀梅逾期办理房地产权属证书的违约金（以1761900元为基数，自2017年10月18日起至2018年8月31日止，按照日万分之零点一的标准计算）；二、驳回原告周秀梅的其他诉讼请求。宣判后，济南海尔绿城置业有限公司提出上诉，山东省济南市中级人民法院于2018年11月29日作出（2018）鲁01民终7993号民事判决：一、撤销济南市历下区人民法院（2018）鲁0102民初

5614 号民事判决；二、驳回周秀梅的诉讼请求。

### 【裁判理由】

生效判决认为：房地产开发企业向产权登记机关提交办理该商品房《房屋所有权证》应由出卖人提供的合格资料，即视为出卖人已经完成了该条约定的出卖人提供资料的义务。至于因产权登记机关的原因导致备案延迟或其他原因导致办证延迟，如果并非房地产开发企业提供“应由出卖人提供的资料”存在问题导致，则房地产开发企业不应当承担责任。

2017年5月12日，济南市不动产登记中心向海尔绿城公司出具了《不予登记通知单》，济南市不动产登记中心对涉案楼房不予登记的原因系“发现实际现状存在加建情形”而并非提交资料不符合要求。因此，涉案楼房因部分业主违法违规建设而导致整栋楼房无法办理产权登记，责任不在于开发商海尔绿城公司。第三人的违法违规建设行为导致涉案楼房办理不动产登记的程序受阻，但非导致海尔绿城公司向不动产登记中心不能提交相关资料而产生违约。换言之，第三人的违法行为并未导致海尔绿城公司提交资料违约行为的发生。海尔绿城公司向不动产登记中心提交相关资料系履行合同义务，而第三人违法建设行为则影响海尔绿城公司提交相关资料之后的物权登记后果。第三人违法建设行为与海尔绿城公司向不动产登记中心提交相关资料行为之间互不存在因果关系。故驳回周秀梅的诉讼请求。

编写人：济南市中级人民法院 褚 飞

# 关于未取得产权证书的政策性拆迁安置房屋 流转的合法性是否属于人民法院受理范围

——李某运诉贺某靖、朱某文确认合同效力纠纷案

**关键词** “城中村”等政策性房屋的受理问题

## 【案例要旨】

“城中村”拆迁安置的房屋性质具有较强的政策性，该类房屋流转的合法性问题引起的争议，是否属于人民法院的受理范围，应当综合考虑。

## 【相关法条】

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

## 【案件索引】

一审：原莱芜市莱城区人民法院（2018）鲁1202民初5742号（2019年1月8日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终2165号（2019年5月7日）

## 【基本案情】

原告李某运诉称：原告与母亲及四个姊妹共有两套楼房，分别是莱芜高新区鹏泉街道办事处李陈庄村35号楼东单元1103室、1104室。2017年10月底，原告获悉母亲与第三人签订了楼房买卖合同，将上述1104室及车库卖给第三人，立即进行了制止。原告认为，母亲与第三人签订的楼房买卖合同无效，损害了原告的合法权益，侵害了原告的优先购买权，特诉至法院，请求依法判决。确认贺某靖与朱某文签订的楼房买卖合同无效；确认李某运对涉案房产享有同等条件下优先购买权；诉讼费等由贺某靖承担。

被告贺某靖辩称，原告的起诉已经超过合同法及物权法的规定，原告否定了被告方面大多共有权人认可的与第三人签订的房屋买卖合同，不受法律保护；原告在涉案房屋使用权转移给第三人一年多以后提出优先购买权，已经超出法律规定，丧失了自己的权利，应予驳回。

朱某文诉称，涉案房屋是我通过房产公司打出的广告与被告达成购买协议，并在2017年11月9日完成所有的手续，买卖合法有效。后在入住过程中，原告安装了防盗门，不得已我们在外面暂时租住，在外租房八个月，形成房租8000元，该费用应由原告承担。我在12月2日上午给原告打电话想和他协商协商，但是在电话中被原告严词拒绝且说房子不是我卖给你们的，和我说不上话。原告主张的权利从合同开始就应该立即主张为什么在一年后主张，根据莱芜房地产的情况，涉案的房屋溢价18万元，该损失应该由原告承担，现在房子已经装修，我也已经入住，我们服从法庭给出的结果，但是请法庭考虑考虑我方的利益。

法院经审理查明：贺某靖系李某实的再婚配偶，婚后生李某芝、李某桂、李某英、李某凤，李某运是贺某靖继子。李某实于2003年去世。贺某靖与李某实婚后所建房屋在旧村改造

时置换两套楼房，分别是莱芜高新区鹏泉街道办事处李陈庄社区 35 号楼 11 楼东单元 1103 室（面积 90 平方米带储藏室）、1104 室（面积 120 平方米带车位）；2017 年 10 月 26 日，贺某靖与朱某文签订《楼房买卖合同》，将上述 1104 室（面积 120 平方米带车位）以 38 万元的价格卖给朱某文，并已交付给朱某文占有使用，售房款 38 万元在贺某靖处。

法院综合上述证据认定：案件的焦点为：一、关于贺某靖与朱某文签订的房屋买卖合同效力问题；二、李某运是否享有同等条件下优先购买权问题。

关于焦点问题一、本案被继承人李某实于 2003 年去世，贺某靖、李某芝、李某桂、李某英、李某凤、李某运均为李某实的法定第一顺序继承人，对其遗产均享有法定继承权利。涉案房屋 1104 室及车位，其中的二分之一份额归贺某靖享有，另二分之一份额由贺某靖、李某芝、李某桂、李某英、李某凤、李某运六人继承，每人享有十二分之一（ $1/2 \div 6$ ）的份额，即李某芝、李某桂、李某英、李某凤、李某运每人享有十二分之一的份额。经贺某靖、李某芝、李某桂、李某英、李某凤共同处分，涉案房屋于 2017 年 10 月 26 日卖给朱某文。根据《中华人民共和国物权法》第九十七条“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外”的规定，贺某靖、李某芝、李某桂、李某英、李某凤房屋占有份额已经超过三分之二，有权对其按份共有的涉案房屋进行处分，故贺某靖将涉案房屋卖于第三人并无不妥。李某运诉称“房屋可以卖但必须共有人全部参与，共同研究房屋价格等事宜”，根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持”的规定，故李某运主张贺某靖与第三人签订的房屋买卖合同无效，于法无据，不予支持。

关于焦点二、本案中，贺某靖与朱某文签订的房屋买卖合同日期为 2017 年 10 月 26 日，李某运在诉状中称“其在 2017 年 10 月底获悉贺某靖与朱某文签订了楼房买卖合同，将上述 1104 室及车位卖给朱某文，立即进行了制止”。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第十一条：“优先购买权的行使期间，按份共有人之间有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，按照下列情形确定：（一）转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准；（二）通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起十五日的，为十五日；（三）转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起十五日；（四）转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起六个月”的规定，李某运享有的所称的‘同等条件’，应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定，按份共有人优先购买权的行使期限为除斥期间。李某运在 2017 年 10 月底已经知道贺某靖与第三人签订房屋买卖合同，但没有在上述法律规定的除斥期间内行使优先购买权，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第十二条“按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件购买该共有份额的，应予支持。其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：（一）未在本解释第十一条规定的期间内主张优先购买，或者虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；（二）以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无

效”的规定，李某运因未在法律规定的期间内主张优先购买权，其享有的优先购买权权利丧失。

**【裁判结果】**

原莱芜市莱城区人民法院于2019年1月8日作出（2018）鲁1202民初5742号民事判决：驳回李某运的诉讼请求。济南市中级人民法院于2019年5月7日作出（2019）鲁01民终2165号民事裁定：一、撤销济南市莱芜区人民法院（原莱芜市莱城区人民法院）（2018）鲁1202民初5742号民事判决；二、驳回上诉人李某运的起诉。

**【裁判理由】**

法院生效裁判认为：李某运主张贺某靖与朱某文于2017年10月26日签订的楼房买卖合同无效，但该买卖合同中约定的楼房坐落于莱芜高新区鹏泉街道办事处李陈庄村，该房屋系贺某靖与李某实婚后所建房屋因李陈庄村旧村改造时置换取得，李陈庄村位于莱芜城镇规划内，李陈庄村拆迁安置方案亦是根据政府“城中村”改造文件精神进行制定和实施，虽然涉案房屋尚未取得产权证书，但该房屋应属于合法的原始取得。至于该房屋能否进行市场流转目前尚无明确的法律规定，因李某运主张涉及“城中村”拆迁安置的房屋性质具有较强的政策性，该类房屋流转的合法性问题引起的争议不属于人民法院的受理范围。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 闫振华



# 在涉案房屋未办理产权登记的情况下， 借名买房中要求确认其为实际购买人 并办理产权登记如何处理的问题

——韩某芳诉韩某、刘某所有权确认纠纷案

**关键词** 房屋买卖中实际购买人的确认及请求

## 【案例要旨】

基于不动产登记公信力，法律上一般推定不动产权属证书上载明的登记人是产权人。在以他人名义购房的情况下，实际购房人能够提供充分的证据证明其为真实的购房人，且能够证明购房款由其支付，则可确认其为房屋的实际所有权人。但名义买房人尚未取得房屋所有权，实际购房人要求名义买房人直接协助其办理房屋权属变更手续的，应考虑其请求是否可以履行，条件是否具备。

## 【相关法条】

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

## 【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2018）鲁0181民初5719号（2018年11月2日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终1918号（2019年5月22日）

## 【基本案情】

原告刘某诉称：韩某与刘某原系夫妻关系，双方于2006年9月1日登记结婚，于2017年4月开始诉讼离婚，于2018年7月离婚。韩某系韩某芳女儿。韩某芳于2016年3月购买济南市章丘区山水泉城北城三期10号楼（37A）-2（西单元）-1102室房产，因需贷款，遂让韩某与刘某顶名购买并办理房贷。2018年4月刘某停止还贷并出现逾期，后贷款由韩某芳偿还。现上述楼房购房合同已办理网签，楼房主体已完工，还未交房。因协商未果，为维护原告合法权益，特起诉。请求依法确认位于济南市章丘区山水泉城北城三期10号楼（37A）-2（西单元）-1102室楼房系韩某芳购买，归韩某芳所有，韩某与刘某协助韩某芳办理房屋权属变更手续；案件受理费由韩某与刘某承担。

韩某辩称，同意原告所述。

刘某辩称，1. 涉案房产为刘某与前妻韩某共同出资贷款购买，房屋购房合同为两人与开发商签订，银行按揭贷款的相关业务也由两人办理，后续的房贷一直由刘某个人工资偿还。根据合同相对性，刘某与韩某系该房产所有人。2. 韩某芳为丧偶老年人，由于不敢独自生活，自2014年一直与刘某及前妻韩某共同居住在140平方米的房子中，其独自购置170平方米超大面积房产不符合常理。韩某芳本人具备贷款条件，没有必要由别人顶名贷款，即使顶名也应由其本人偿还，而贷款一直由刘某个人偿还。3. 刘某与韩某离婚后提起婚后财产分割

诉讼，韩某芳随即提起本案诉讼，其目的是为其女韩某争夺夫妻共同财产，请求法庭驳回其诉讼请求。

法院经审理查明：韩某与刘某原系夫妻关系，双方于2006年9月1日登记结婚，2018年7月离婚。韩某系韩某芳女儿。2016年4月，刘某作为买受人，韩某作为共有人，与某房地产开发商签订《商品房买卖合同》，并作为共同借款人与某银行签订《个人购房借款/担保合同》，以住房公积金贷款的方式购买济南市章丘区山水泉城第10#（规划37A#）幢2单元2-1102号房。该房首付款系通过韩某、刘某给付出卖人，2018年4月份以前贷款由刘某偿还，之后由韩某芳偿还。

韩某芳提交的证据材料包括：证据1. 赵某兰提交的证言及身份证、结婚证复印件各一份，欲证明韩某芳借赵某兰10万元用于购房的事实。证据2. 韩某的银行卡交易明细一份，欲证明赵某兰的丈夫侯某义于2016年3月19日以银行转存的方式将借款10万元转至韩某银行卡，2016年4月5日韩某在山东道通置业投资有限公司（以下简称道通公司）用此款缴涉案房款10万元。证据3. 韩某飞证言及身份证复印件一份，欲证明韩某芳购车位向韩某飞借款9万元的事实。证据4、韩某工商银行交易明细一份，欲证明韩某飞向韩某银行账户转账两笔，共计8万元，2016年5月23日韩某飞给韩某1万元现金，韩某于当日存至银行卡。证据5、石某安证言及身份证复印件一份，欲证明韩某芳因购买涉案房屋通过刘某、韩某向石某安借款15万元。证据6、韩某工商银行2016年1月1日至2016年7月31日银行交易流水一份，欲证明韩某芳所称的交首付款219608元款项的由来，在流水中均已体现。证据7、韩某芳工商银行2017年1月1日至2019年3月22日交易流水一份，欲证明自2018年5月份至今涉案房屋的公积金贷款、商贷均由韩某芳偿还，因为刘某公积金贷款、商贷均逾期，工商银行工作人员通知韩某，韩某与韩某芳向工商银行的工作人员说明情况，韩某与刘某的离婚诉讼一审判决书已下达，判决双方离婚，刘某表示不再偿还公积金和商业贷款，银行工作人员说需要增加还款卡号，就把韩某芳的账户增加进去，扣的韩某芳的款项，从清单中看所还两笔贷款均系对应的户名为刘某和公积金个贷中心。证据8、韩某芳从道通公司所拍的照片两份，2016年4月5日韩某刷卡10万元购房款的照片，2016年5月30日韩某刷卡9万元购车位的照片。证据9、道通公司章丘分公司开户许可证一份，欲证明该公司的账户。证据10、道通公司出具的发票两份，一份是2016年4月18日首付款329608元，另一份是2016年5月30日车位款9万元。证据11. 从银行打印的刘某名下的商贷明细一份，欲证明商贷每月还款2147.87元。证据12. 刘某个人账户还款计划表一份，欲证明：公积金每月还贷1705.61元。证据13. 韩某芳建设银行交易明细一份，欲证明韩某芳每月收入、退休金收入每月8000元左右。证据14、韩某芳退休证复印件一份，欲证明韩某芳是中学高级教师。证据15、韩某芳与案外人冯某九于2017年1月10日签订的房屋买卖合同一份，欲证明韩某芳将自己的同乐园小区的楼房以61万元的价格出卖冯某九。证据16、冯某九的民生银行个人账户对账单一份。证明：在2017年1月10日将60万元房款通过银行转账形式转给韩某芳，另外的1万元在签协议时冯某九给付的韩某芳现金。证据17、韩某芳民生银行对账单一份，欲证明韩某芳于2017年1月10日收到冯某九的转账60万元，同日向赵某兰还款10万元，向证人石某安还款15万元，向证人韩某飞还款10万元，均在对账单中体现。上述证据说明首付款系韩某芳所出，虽然在向道通公司交房款时是以韩某的名义，但款项来源均系韩某芳向证人所借，将自己的房子处理卖掉后立即偿还证人上述款项，2018年4月份刘某账户

逾期后至今的公积金和商贷均由韩某芳偿还。

韩某芳申请证人赵某兰、侯某义、韩某飞出庭作证。证人赵某兰、侯某义称，韩某芳于2016年3月份找其借款10万元购买山水泉城的房子，赵某兰通过其丈夫侯某义的银行账户于2016年3月19日将借款10万元转入韩某的银行账户，韩某芳于2017年1月10日归还10万元借款。证人韩某飞称，2016年5月份，韩某芳因购买山水泉城的车位向其借款9万元，韩某飞于2016年5月2日通过汇款、转账的方式交付给韩某8万元，另交付给韩某现金1万元，2017年1月份，韩某芳卖掉同乐园的房子后归还我10万元，其中有韩某芳另外借其的1万元。

法院综合上述证据认定：韩某与刘某于2006年9月1日登记结婚，刘某于2017年4月起诉离婚，法院判决不准离婚，2018年1月刘某再次起诉离婚，一审法院于2018年4月判决准许离婚，韩某不服上诉至本院，本院于2018年7月维持原判。韩某系韩某芳女儿。

2016年3月6日，刘某、韩某作为共同买受人与道通公司签订〔山水泉城〕房屋三期预定协议1份，刘某、韩某认购道通公司开发的山水泉城三期房屋：房屋编号为10（37A）—2—1102，总价为1150634元；地下室编号为50，总价为21128元；房屋与地下室合计1171762元。2016年4月7日，刘某作为买受人，韩某作为共有人，共同与道通公司签订《商品房买卖合同》，刘某、韩某共同购买道通公司开发的济南市章丘区双方西街2399号山水泉城住宅小区10（37A）号楼2单元2—1102号房，房屋价款为1048480元，配套房21128元，总价款为1069608元。签订合同当日支付首付总房款的30.82%，即329608元；剩余总房款的69.18%，即74万元通过住房按揭贷款或其他商业贷款的方式予以支付。2016年3月6日韩某向道通公司交纳定金1万元，2016年4月5日，韩某工商银行账户转款至道通公司219608元，韩某农业银行账户转款至道通公司10万元。道通公司于2016年4月18日给刘某、韩某出具329608元的收据。2016年5月30日，韩某通过其银行账户交付道通公司车位款9万元，道通公司于当日给刘某、韩某出具9万元的车位发票。2016年7月，刘某、韩某作为共同借款人向工商银行以住房公积金和商业贷款的方式贷款74万元，其中公积金贷款35万元，商业贷款39万元，贷款期限均为25年。2016年7月至2018年4月份之间的贷款刘某已向银行分期偿还，2018年5月份至今由韩某芳向银行分期偿还。涉案房屋至今未办理所有权登记。

刘某在内容为：“山水泉城北城37号楼A（三区10楼）二单元1102室住房，是韩某芳购买。当时因年龄大无法办理贷款分期业务，家族成员协商一致同意由韩某芳女婿刘某顶名购买并办理分期贷款。现因刘某与韩某芳女儿韩某离婚，刘某承认此房是给韩某芳顶名购买。不是夫妻共同财产”字条上签名。2018年6月19日12时29分，刘某向公安机关报警称：“今天上午三个妇女逼迫签写了一个协议”，济南市公安局章丘分局枣园派出所民警于2018年6月19日12时48分处警，处警情况记载：刘某与妻子离婚，因为房产问题前丈母娘带人到单位找他，并在单位吵闹，刘某怕造成不好的影响，称违心的在放弃夫妻共同财产的协议上签字，民警当场告知协议是否有效通过法院解决。刘某在一审庭审中申请证人高某德、张某刚出庭作证，2018年6月19日上午，有三个女人到办公室找刘某，其中一个女人拿出一张纸来让刘某签字，刘某不签，该女人便躺在桌子上打滚，影响了办公秩序，刘某无奈签了字。

2016年3月19日，侯某义通过银行向韩某银行账户尾号2671转款10万元，2016年3月21日韩某芳通过银行向韩某银行账户尾号7430转款4万元，2016年3月22日，石某安通

过银行向韩某银行账户尾号 7430 转款 15 万元，2016 年 5 月 2 日韩某飞通过银行向韩某银行账户尾号 9393 转款两笔各 40000 元，共计 80000 元。2017 年 1 月 10 日，韩某芳与冯某九签订《房屋买卖合同》一份，韩某芳将位于同乐园小区广电宿舍 6 号楼七单元二楼西户的房屋以 61 万元价格出卖给冯某九，冯某九于当日通过银行转账给付韩某芳 60 万元。2017 年 1 月 10 日，韩某芳通过银行给赵某兰转账 10 万元，给石某安转账 15 万元，给韩某飞转账 10 万元。

另查明，在（2017）鲁 0181 民初 2392 号离婚纠纷一案的 2017 年 5 月 24 日庭审笔录中，韩某陈述：“三期的房子是我母亲想要购买，但是不满足贷款的条件，所以我们顶名买的，当时首付是 37 万元，我母亲出了 10 万元，原告从朋友处借了 15 万元，自己手里凑齐的剩余的钱。在买山水北城三期的房子期间，我母亲将她住的房子卖掉了，帮我们借的 25 万元全部还上了，想当我母亲将首付给出了，后来的贷款是原告出的，没有其他财产了。”刘某对该陈述的意见为：“被告（指韩某）说的三期房子的情况是对的。当时三期的房子我是不同意购买的……”。

#### 【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于 2018 年 11 月 2 日作出（2018）鲁 0181 民初 5719 号民事判决：驳回原告韩某芳的诉讼请求。宣判后，韩某芳提出上诉。济南市中级人民法院于 2019 年 5 月 22 日作出（2019）鲁 01 民终 1918 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议的焦点为济南市章丘区双方西街 2399 号山水泉城住宅小区 10（37A）号楼 2 单元 2—1102 号房屋的实际购买人如何认定的问题。首先，当事人对于自己的主张有责任提供证据予以证实。韩某芳为证实自己为涉案房屋的实际购买人，申请证人赵某兰、侯某、韩某飞等出庭作证，证人赵某兰、侯某义证实韩某芳借钱自己买房子用的内容与银行交易明细显示的侯某义向韩某转款 10 万元、韩某芳向赵某兰还款 10 万元相印证，能够证实在购买涉案房屋的过程中，韩某芳向赵某兰借款 10 万元的事实。石某安在本院向其调查时陈述：涉案房屋是刘某的岳母买的，刘某说是给他岳母韩某芳借钱，该陈述与银行交易明细显示的石某安向韩某转款、韩某芳向石某安还款 15 万元相印证，能够证实韩某芳向石某安借款 15 万元的事实。此外，韩某芳通过银行转账给韩某 4 万元，上述银行转账款项合计 29 万元，涉案房屋的首付款为 329608 元，虽有近 4 万元的差距，但大部分首付款系韩某芳所支付。证人韩某飞证实韩某芳向其借款 9 万元购买车位，其中 8 万元通过转账，1 万元现金交付给韩某的内容与银行交易明细显示的向韩某账户转账 8 万元，韩某芳向韩某飞偿还借款 10 万元的事实相互印证，能够证实韩某芳向韩某飞借款用于购买涉案房屋车位的事实。上述款项的借取、转账的金额、时间能够与涉案房屋购买合同约定的首付款及发票出具时间基本对应。其次，涉案房屋的合同签订后，韩某芳在 2017 年 1 月 10 日将其自有住房出卖，并用出卖房款偿还所借赵某兰、石某安、韩某飞款项，此时刘某并未向一审法院提起与韩某的离婚诉讼，韩某芳作为一名老人，房产是其重要的养老保障，如不是因自己购房，一般情况下是不会出卖原有住房，由此可见，韩某芳具有购房的真实意思表示。再次，涉案房屋购买时，韩某芳已年满 62 周岁，而涉案房产公积金和商业贷款的年限为 25 年，金额总计 74 万元，按照银行贷款的通常做法，韩某芳不能以自己名义办理上述贷款，购房时，刘某、韩某尚未离婚，且刘某有较高的固定收入，以刘某与韩某的名义办理贷款亦符合常理。最后，

## 民事案例

---

(2017)鲁0181民初2392号刘某与韩某离婚纠纷一案庭审笔录中，刘某对韩某陈述本案所涉房屋系韩某芳顶名购买的事实没有异议。银行贷款逾期不按时偿还会影响到个人征信，而刘某自2018年4月就不再偿还贷款而由韩某芳偿还。综上，韩某芳提供的证据之间相互印证，能够证明韩某芳系涉案房屋的实际出资购买人，但韩某芳作为涉案房屋的实际购买人是建立在以刘某、韩某的名义从道通公司购买的事实，即韩某芳借用刘某、韩某的名义购买涉案房屋，该借名购房实际存在两个法律关系，一是刘某、韩某与道通公司之间就涉案房屋的买卖合同关系，二是韩某芳与刘某、韩某之间就涉案房屋的借名购房的法律关系。基于本案存在上述两个法律关系，韩某芳可依据道通公司与刘某、韩某签订的房屋买卖合同请求道通公司向刘某、韩某交付房屋并将房产证协助办理至刘某、韩某名下，再依据其实际存在的借名购房的事实，请求出名人刘某、韩某向其交付涉案房屋及协助办理涉案房屋所有权转移登记其名下。现刘某、韩某与道通公司之间的房屋买卖合同尚未履行完毕，涉案房屋亦未办理产权登记，韩某芳直接请求确认涉案房屋系其购买、归其所有，要求韩某、刘某协助办理房屋权属变更手续的条件尚不具备，本院不予支持，韩某芳可依据借名购房存在的两个法律关系另案主张权利。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 闫振华

# 未签订书面合同是否成立房屋买卖合同 及一房二卖的法律后果

——张丽欣诉济南世贸置业有限公司商品房预售合同纠纷案

**关键词** 未签订书面合同 一房二卖 合同效力

## 【案例要旨】

具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同，成立商品房买卖合同关系。

## 【相关法条】

《商品房销售管理办法》第十六条，商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。商品房买卖合同应当明确以下主要内容：（一）当事人名称或者姓名和住所；（二）商品房基本状况；（三）商品房的销售方式；（四）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间……

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2016）鲁0102民初4085号（2017年1月13日）

二审：济南市中级人民法院（2017）一中民四终字第785号（2018年3月12日）

## 【基本案情】

原告张某某诉称：2014年12月19日，原告经人介绍，从被告济南世茂置业有限公司（以下简称“世茂公司”）处购买济南市××××号房屋，双方商定合同总价为2013712元。2014年12月28日，原告按照被告要求以电汇方式支付定金10万元；2015年1月6日及2015年1月7日，原告又分别电汇支付购房款80万元及113712元。上述款项被告均开具收款收据，收据载明了原告所购买的房屋坐落位置。被告收到上述款项后，一直未与原告签订商品房买卖合同。2016年2月25日、2016年3月10日，原告两次致函被告要求签订正式商品房买卖合同，但被告均置之不理。目前经了解，上述房屋已售与案外人。被告这种一房二卖的行为已严重侵犯了原告的合法权益，故诉至法院，请求：1. 判决被告依法向原告返还已付购房款1013712元及利息（以原告已付购房款为基数，自被告收到款项之日起计算至被告实际返还已付房款之日止，按照同期银行贷款年利率6%计算）；2. 判决被告向原告支付赔偿款1013712元；3. 本案诉讼费用由被告承担。

被告世茂公司辩称：1. 原、被告双方之间只存在购房预约合同关系，不存在房屋买卖合同关系。原告通过朋友获悉被告建设的楼盘，但未到现场考察，也未与被告商定购房价格、



付款方式、购房面积等，双方未达成购房合意。2014年12月25日，案外人未某某向被告账户汇款10万元选房诚意金，2015年1月5日分2笔各汇款20万元，2015年1月6日分2笔各汇款20万元，2015年1月7日汇款113712元；综上未某某共计向被告汇款1013712元。除第一笔汇款单备注为“张某某世茂房产订金”外，其他汇款单并未体现“张某某”的名字。至于“未某某”与原告为何种关系，未某某是否替原告付款，被告无法查证。2. 原告因自身原因，迟迟未到被告处签署购房合同，其后果应自行承担。虽然未某某替原告支付了10万元选房诚意金，但原告自始至终未到被告处看房，也迟迟未到被告处签署购房合同。为此，被告多次电话通知原告，并于2016年1月8日向原告邮寄《签约邀请函》，邀请原告在收到本通知后3日内到被告处签署房屋买卖合同，逾期将不再保留购房优先权，并扣除已交付的诚意金；原告于2016年1月10日签收该快递。因原告迟迟不到被告处签约，在被告向原告邮寄《签约邀请函》后仍未在通知时间内到被告处签约，被告又于2016年1月14日向原告邮寄《解除优先购买权通知函》，不再为原告保留房屋优先购买权，被告有权另行销售，并告知原告在收到通知函后3日内到被告处办理退款工作；原告于2016年1月17日签收该快递。综上，被告已尽到最大的善意，并多次打电话及函件催告原告前来签署合同，但原告因其自身原因迟迟未到被告处签署购房合同，其责任应由原告自行承担；3. 被告愿返还未某某已付款项1013712元，但原告请求返还已付款利息，于法无据，不应支持。双方未能签订房屋买卖合同的原因及过错在于原告，对于原告主张返还已付款1013712元的主张，被告抱着最大的诚意愿意返还未某某已付款1013712元。对于原告主张的全部款项返还原告，原告应提交未某某同意的证明，否则无法将款项直接返还原告。对于原告主张的已付款的利息，因被告并未违约，原告主张利息损失于法无据，依法不应支持；4. 原告主张的要求支付赔偿款1013712元，缺乏法律依据。双方之间未签订商品房买卖合同，也就不存在“商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人”的情形。原告主张被告支付双倍赔偿款，该请求不符合《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八、九条的相关规定，依法不应支持。

一审法院经审理查明：2014年，原告张某某与被告世茂公司就济南世贸国际广场南三期三组团2号楼307号房屋达成认购意向，原告张某某的丈夫未某某于2014年12月25日向被告电汇10万元，于2015年1月5日分2笔各汇款20万元，1月6日分2笔各汇款20万元，1月7日汇款113712元，第三人未某某共计向被告世茂公司汇款1013712元。被告世茂公司于2014年12月28日向原告张某某出具收据注明南三期三组团2号楼307定金，金额10万元，于2015年1月6日向原告张某某出具收据注明南三期三组团2号楼307房款，金额80万元，2015年1月7日向原告张某某出具收据注明南三期2-307房款，金额113712元，原告张某某于2016年2月25日、3月25日向被告世茂公司邮寄函件要求签署购房合同，被告世茂公司收到。被告世茂公司于2016年1月8日、1月16日向原告张某某邮寄的《签约邀请函》和《解除优先购买权通知函》，原告张某某称未收到。故原、被告未签订商品房买卖合同。另查明，原告张某某与第三人未某某系夫妻关系。

一审法院认为：张丽欣与世茂公司之间存在购买济南世贸国际广场南三期三组团2号楼307号房屋的预约，但双方未能就涉案房屋买卖的主要内容达成合意，因此张丽欣、世茂公司之间的商品房买卖合同关系不成立，张丽欣主张世茂公司承担已付购房款一倍的赔偿责任，一审法院不予支持。张丽欣主张世茂公司返还已付款项1013712元及利息，一审法院

予以支持，但利息应当按照中国人民银行同期存款利率计算。据此，判决：一、被告济南世茂置业有限公司于判决生效之日起十日内向原告张丽欣返还购房款 1013712 元；二、被告济南世茂置业有限公司于判决生效之日起十日内向原告张丽欣支付利息（以 1013712 元为基数，按照中国人民银行同期存款利率，时间自 2015 年 1 月 8 日起计算至判决生效之日止）；三、驳回原告张丽欣的其他诉讼请求。若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。案件受理费人民币 23660 元，由原告张丽欣负担 11000 元，被告济南世茂置业有限公司负担 12660 元。

一审法院判决后，张丽欣不服一审判决，提起上诉，上诉请求：1. 请求法院依法撤销一审判决第二、三项，并依法按一审诉讼请求改判；2. 本案一、二审诉讼费用由世茂公司承担。

#### 【裁判理由】

二审法院生效裁判认为，本案争议焦点为：一、张丽欣与世贸公司之间是否成立商品房买卖合同关系；二、张丽欣的诉讼请求应否予以支持。

关于焦点一，张丽欣与世贸公司之间的关系问题。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条规定，商品房的认购、订购、预定等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。本案中，根据张丽欣在一审中提供的证据，张丽欣购买世贸公司开发的济南世贸国际广场南三期三组团 2 号楼 307 号房屋，面积为 70.48 平方米，单价为 28571.3 元，总价为 2013712 元，并确定首付款为 1013712 元，贷款 1000000 元。张丽欣及其夫未伏庆分多次共向世贸公司支付房屋首付款 1013712 元。张丽欣与世贸公司虽未签订商品房买卖合同，但是双方对于当事人名称、商品房的基本状况、商品房价款的确定方式及总价款、付款方式等进行了确认，世贸公司亦按照双方约定收取购房款，故张丽欣与世贸公司之间成立商品房买卖合同关系。

关于焦点二，张丽欣的诉讼请求问题。根据张丽欣提供的其与世贸公司销售人员的短信记录，张丽欣已于 2015 年 12 月 19 日向世贸公司提供了其详细地址及电话，为深圳市福田区深南香梅路口香蜜湖公寓 C505。世贸公司虽于 2016 年 1 月 8 日发出了签约邀请函及 2016 年 1 月 14 日发出解除优先购买权通知函，但并非按照张丽欣确认的地址邮寄，且并非为张丽欣签收，故世贸公司主张系因张丽欣原因导致未能签订书面商品房买卖合同的理由不能成立，本院不予采信。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。二审中，世贸公司明确认定涉案房屋已经另行出售，系因世贸公司原因导致涉案商品房买卖合同不能实现，根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条的规定，世贸公司应当返还张丽欣已经支付的购房款及利息并赔偿损失。张丽欣要求世贸公司返还已付购房款 1013712 元及赔偿损失 1013712 元，符合法律规定，应予支持。关于张丽欣主张已

付购房款利息问题，根据张丽欣提供的付款证据及世贸公司出具的收据，张丽欣于2014年12月25日支付10万元，于2015年1月5日支付40万元，1月6日支付40万元，2015年1月7日支付113712元，故世贸公司应分段支付利息（以10万元为基数，自2014年12月25日起至实际履行之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算；以40万元为基数，自2015年1月5日起至实际履行之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算；以40万元为基数，自2015年1月6日起至实际履行之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算；以113712元为基数，自2015年1月7日起至实际履行之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算）。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

本案例处理的争议问题在于以下两个方面：

一是双方未签订书面买卖合同或仅签订了购房意向书，是否成立房屋买卖合同关系。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条规定，商品房的认购、订购、预定等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。认定为商品房买卖合同关系的关键在于是否符合《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，即当事人名称、商品房的基本状况、商品房价款的确定方式及总价款、付款方式等。如具备了《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，双方成立商品房买卖合同关系。

二是一房二卖的后果。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人”。济南某置业公司在与张某某虽未签订商品房买卖合同，但双方已经成立房屋买卖合同关系，济南某置业公司在收取首付款后，又将涉案房屋另行出售，应当返还已经支付的购房款及已付购房款利息并赔偿不超过已付购房款一倍的损失。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 李 静

# 合同条款存有歧义情形下的解释方法 及“公开的计算错误”的处理规则

——郑松荣诉济南同乐置业有限公司等合作开发房地产合同纠纷案

**关键词** 协议书 歧义 真实意思表示 公开的计算错误 误载不害真意

## 【案例要旨】

1. 协议书内容存有歧义且双方对此存有争议时，应当综合分析相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，探究当事人签订协议时的真实意思表示，而不应仅凭协议书中的个别文字表述片面的作出解释。

2. 协议双方对价款计算方式已经达成明确合意，但在具体计算过程中出现了错误，属于“公开的计算错误”，并不构成重大误解，应按照“误载不害真意”规则处理，即这种错误不应损害真实意思，应按照当事人真实意思，根据计算出的正确结果予以纠正。

## 【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第一百四十二条第一款：有相对人的意思表示的解释，应当依照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第七十一条：行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品质、规格和数量等错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2011）济民五初字第16号民事判决（2013年3月8日）

二审：山东省高级人民法院（2013）鲁民一终字第315号民事判决（2013年10月28日）

申请再审审查：最高人民法院（2014）民申字第294号民事裁定（2014年8月4日）

抗诉监督：最高人民检察院高检民监〔2015〕221号民事抗诉书（2015年11月9日）

指令再审：最高人民法院（2016）最高法民抗75号民事裁定（2016年5月26日）

发回重审：山东省高级人民法院（2017）鲁民再21号民事裁定（2017年9月20日）

重审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初469号民事判决（2018年11月13日）

（已生效）

## 【基本案情】

原告郑松荣诉称：1. 判令同乐公司、浆水泉管委会支付郑松荣欠款13658958.8元及违约金；2. 本案诉讼费、保全费等所有费用由同乐公司、浆水泉管委会承担。事实和理由：2006年1月16日，同乐公司和恒嘉公司签订《合作合同》，合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻的三栋房产。恒嘉公司负责出资和项目施工，同乐公司负责办理大约16亩地的国有土地使用权证，同时负责办理规划许可证、施工许可证和商品房预售许可证等开发建设手续，建成后的房产恒嘉公司分得60%，同乐公司分得40%，同乐公司按照4500元/

平方米回购恒嘉公司分得的房产，以 2250 元/平方米回购恒嘉公司分得的阁楼和地下室。合作合同签订后，恒嘉公司依约进行了投资和建设施工。2006 年 3 月 18 日，同乐公司和恒嘉公司签订《商品房买卖合同》，合同约定由同乐公司将恒嘉公司在合作建成的项目中应分得的房产分别按照 4500 元/平方米和 2250 元/平方米的价格购买。2006 年 12 月 6 日，同乐公司和恒嘉公司签订《协议书》，协议约定同乐公司用其所有的 23.21 亩国有土地使用权抵偿所欠恒嘉公司 3040 万元的债务。2007 年 2 月 1 日，浆水泉管委会和恒嘉公司就恒嘉公司和同乐公司合作开发位于龙泉山庄和荷兰庄园三栋房产项目中法律关系变更、结算事宜和债务承担等问题签订《债务结算协议》。协议约定：截至 2007 年 1 月 31 日，同乐公司共计支付恒嘉公司 1800 万元，尚欠恒嘉公司 32285000 元，浆水泉管委会于 2007 年 5 月 1 日前清偿上述债务，并明确约定了违约金的计算方法。2007 年 2 月 6 日，同乐公司向恒嘉公司出具确认函，自愿接受恒嘉公司和浆水泉管委会所签订《债务结算协议书》的约束，并承诺于 2007 年 5 月 1 日前向恒嘉公司清偿债务。在恒嘉公司和同乐公司合作期间，同乐公司共向恒嘉公司借款 2828669 元。2011 年 4 月 19 日，恒嘉公司将其在合作开发龙泉山庄和荷兰庄园三栋房产项目中对同乐公司、浆水泉管委会享有的债权转让给郑松荣，并签订了《债权转让协议》。恒嘉公司向同乐公司、浆水泉管委会发出了《债权转让通知书》。2006 年 1 月 16 日至 2007 年 1 月 31 日，同乐公司向恒嘉公司付款 21454710.20 元，同乐公司、浆水泉管委会共向恒嘉公司支付 39454710.20 元，尚欠 10830289.8 元，加上 2828669 元借款，共计欠款 13658958.8 元。同乐公司、浆水泉管委会以种种理由为借口，拒不向郑松荣支付款项。现诉至法院，望判如所请。

被告同乐公司、浆水泉管委会辩称，一、恒嘉公司与郑松荣所签订《债权转让协议》中的债权因不复存在而无效。2006 年 1 月 16 日同乐公司与恒嘉公司签订合作合同合作开发位于龙泉山庄荷兰庄园东邻三栋楼房。楼房建设竣工后，按照约定进行了利益分配。其中，2006 年 12 月 6 日同乐公司与恒嘉公司签署《协议书》约定，同乐公司回购恒嘉公司总计房款 4840 万元，目前已累计支付 1800 万元，尚欠 3040 万元，同乐公司用 23.21 亩土地以每亩 132 万元计款 3036 万元，与回购房款相互抵消。2009 年 1 月 15 日同乐公司、恒嘉公司和山东高速置业发展有限公司（以下简称高速公司）共同签署《协议书》约定，同乐公司将其名下位于旅游路北侧使用面积 48758 平方米（折合 73.137 亩）的国有土地使用权，以每亩 260 万元的价格转让给高速公司，共计价款为 190156200 元，分别向恒嘉公司支付 145156200 元，向同乐公司支付 4500 万元。73.137 亩土地包括：1. 2006 年 9 月 15 日《国有土地使用权转让协议书》中约定，同乐公司已经转让给恒嘉公司但未办理过户手续的 50 亩；2. 上述 2006 年 12 月 6 日《协议书》中约定，抵消回购房款的 23.21 亩。2009 年 1 月 15 日《协议书》包括五个附件，共 30 页。其中，附件三、四、五与本案郑松荣受让债权具有关联性。根据《协议书》及其附件约定，高速公司支付恒嘉公司的 145156200 元包括以下三部分：一是支付恒嘉公司 50 亩土地转让款 8600 万元（50 亩×172 万元/亩）；二是支付恒嘉公司垫付济南市中级人民法院执行同乐公司、浆水泉管委会拖欠山东阿波罗甲壳素肥业有限公司（以下简称阿波罗公司）执行款 3694.1472 万元（其中，欠土地使用权转让金 2867.42 万元，违约金 790 万元，仲裁费 20.6752 万元和保全费 16.052 万元）；三是支付同乐公司应当支付恒嘉公司回购房款等欠款共计 866.30954 万元【原一审判决书已认定，同乐公司和浆水泉管委会共应支付恒嘉公司 5028.50 万元，已支付 43488385.6 元（1. 支付 1155 万元；2. 直接收取购房款



756万元；3. 约定收取房款22145072.60元；4. 恒嘉公司会计收70万元+66万元=136万元；5. 装修费车位费873313元；共计：1155万+756万+22145072.60元+70万元+66万+873313元=43488385.60元），尚欠6796614.40元，同乐公司另外欠恒嘉公司1866481元，共计欠款8663095.40元，郑松荣对该原一审判决没有上诉，表明郑松荣已认可判决书认定的事实，同乐公司和浆水泉管委会除对多计算回购房款不予认可外，对其他也予以认可。总支付款145156200元，减去上述三项支付款项131604567元（8600万元+3694.1472万元+866.30954万元），尚有13551633元无支付项目，属于多支付给恒嘉公司的款项。2009年1月15日《协议书》第一条第2款明确约定，本协议签订后，同乐公司和恒嘉公司的所有债权债务及其他任何法律关系全部了结，恒嘉公司无权向同乐公司、浆水泉管委会主张任何权利（除非同乐公司和浆水泉管委会在本协议签订后另行书面同意或确认）。因此，2011年4月19日恒嘉公司向郑松荣转让同乐公司和浆水泉管委会的债权因不复存在而无效。二、恒嘉公司与同乐公司、浆水泉管委会之间就回购房款数额存在公开的计算错误。根据同乐公司和恒嘉公司2006年1月16日《合作合同》约定，开发建设竣工后的房产，由双方按照四比六的比例分配，恒嘉公司分得的房产，由同乐公司按照4500元/平方米的价格整体购买（地下室与阁楼按照半价即2250元/平方米）。根据《房产测绘成果报告书》，三栋楼面积相同，每栋楼建筑面积为5354.72平方米，其中地下室为555.44平方米，阁楼为373.275平方米。恒嘉公司应分得 $5354.72 \times 3 \times 60\% = 9638$ 平方米，这与2006年12月6日同乐公司与恒嘉公司签署《协议书》中确定的总面积相同，但《协议书》中直接用总面积9638平方米乘以单价4500元计算得出总价款是错误的，因为总面积9638平方米中包含999平方米（ $555.44 \times 3 \times 60\%$ ）的地下室和672平方米（ $373.275 \times 3 \times 60\%$ ）的阁楼；而且在《协议书》中进行上述计算后，接着又将999平方米算作储藏室以2250元/平方米又计算一次。因此，应当将按全价计算的672平方米阁楼的价款减去一半，即1512000元（ $672 \times 2250$ ），将按全价计算的999平方米地下室的价款全部减去，即4495500元（ $999 \times 4500$ ），同乐公司应付款多计算了601万元（ $672 \times 2250 + 999 \times 4500$ ），属于公开的计算错误，应当予以纠正。之后，根据该《协议书》形成的《债务结算协议书》、《确认函》、《协议书》等中的回购房款数额均存在计算错误，与客观事实不相符，均应当予以纠正。综上所述，同乐公司、浆水泉管委会与恒嘉公司之间的债权债务已经全部了结，同乐公司和浆水泉管委会自2009年1月15日《协议书》履行完毕后，不再拖欠恒嘉公司任何债务，郑松荣受让恒嘉公司的债权因不复存在而无效，请求依法驳回郑松荣的诉讼请求。

恒嘉公司未作答辩。

法院经审理查明：1. 2006年1月16日，同乐公司（甲方）与恒嘉公司（乙方）签订《合作合同》一份，主要内容有：一、双方合作开发龙泉山庄、荷兰庄园东邻的三栋房产项目；二、本项目的所有的投资由乙方负责，乙方按照双方确认的设计图纸规定的内容确定项目预算和工程进度及实际资金需求进行投资，确保2006年10月31日验收合格。三、本项目的土地约16亩由甲方负责提供，甲方并保证其所提供的土地有合法的产权和处分权。四、与本项目开发、建设、施工、销售有关的手续，由甲方负责办理，相关一切规费由甲方负担。五、开发建设竣工后的房产，由甲乙双方按照四比六的比例分配。乙方分得的房产，由甲方按照4500元/平方米的价格整体购买（地下室与阁楼按照半价即2250元/平方米）。六、鉴于本项目的投资均系由乙方的另一股东谢悦林实际出资且在整体出售给甲方的房屋价格上已经



给予了充分优惠，甲方放弃作为乙方股东对乙方在本项目中取得之利润的分配权。七、违约责任：1. 如甲方对所提供的土地不具有合法产权和处分权，造成本项目开发无法进行，甲方应赔偿乙方因此遭受的损失。2. 如乙方不能及时投资到位，造成项目停滞的，由乙方负责赔偿甲方因此遭受的损失，延期交工一日按总造价的3%向甲方交纳违约金。八、本合同未尽事宜，双方可协议补充，补充协议与本合同具有同等效力。

2. 2006年3月18日，恒嘉公司（甲方）与同乐公司（乙方）签订《商品房买卖合同》一份，主要内容有：乙方买受甲方的特定商品房。一、买卖标的：本合同所称特定商品房，是指甲方从双方合作开发的三栋房产项目（位于龙泉山庄、荷兰庄园东邻）中分得的商品房。二、特定商品房的交付：上述项目竣工验收合格之日，视为甲方已经按照约定分得六成房产且甲方已经向乙方交付全部分得的特定商品房。三、价款的计算：商品房以建筑面积为准，按照4500元/平方米的价格整体购买，地下室与阁楼按照半价即2250元/平方米的价格计算。四、价款的支付：合同签订即日起，十日内首付总价款的10%，作为购房款的定金；商品房封顶后付15%；竣工后再付25%；全部验收合格交钥匙后再交50%，全部结清。五、特定商品房的处分：自符合预售条件之日起，乙方可以自由处分项目内的在建商品房，但应自处分所得款项到位七日内，将甲方应得的收益一次性支付给甲方。六、违约责任：乙方迟延付款的，每迟延一日向甲方支付迟延金额的万分之三作为违约金。七、本合同未尽事宜，双方可协议补充，补充协议与本合同具有同等效力。

3. 2006年9月15日，同乐公司（甲方）与恒嘉公司（乙方）签订《国有土地使用权转让协议》一份，主要内容有：鉴于：1. 根据济南市国土资源局2006年8月4日编号为“2006-G015”的《成交确认书》，甲方在国有土地使用权挂牌出让活动中，与其他公司联合竞得编号为“2006-G015”的地块的国有土地使用权，该地块位于济南市历下区姚家镇，出让面积为1,104,408平方米，土地用途为“居住”，土地使用期限为70年。2. 甲方有意按照本协议规定将其拥有的上述国有土地使用权中的约计50亩转让给乙方，乙方有意受让该部分国有土地使用权。根据《中华人民共和国土地管理法》、《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》、《中华人民共和国合同法》以及其他法律、行政法规、地方性法规的规定，本协议双方本着平等互利的原则，通过友好协商，现就甲方与乙方之间的国有土地使用权转让事宜达成如下条款，供双方共同遵守。第一条土地使用权转让。1.1 甲方同意按照本协议规定的条款与条件转让国有土地使用权，乙方同意按照本协议规定的条款与条件受让该国有土地使用权。1.2 转（受）让的国有土地使用权。（1）标的土地（含地上建筑物、附着物）面积约计50亩（以国土主管机关最终实际测定的红线图范围内面积为准），属于编号为“2006-G015”地块的国有土地使用权所指向的土地的一部分。（2）标的土地对应的四至为（以国土主管机关最终核发的因有土地使用权证为准）：东至荆山西路，西至浆水泉西路，南至同乐公司（原阿波罗）北界，北至荆山北路。（3）标的土地用途：居住。（4）标的土地使用期限为70年。（5）容积率：以主管机关最终核定的为准。第二条土地使用权转让价款及支付。2.1 转让价款。双方同意标的土地使用权的转让价格为每亩人民币132万元，总价款按实际测定红线内面积结算，约计为人民币6600万元（大写：陆仟陆佰万元）。该土地转让价款包括：办理土地征用过程中的青苗补偿费，地上附着物的补偿费，拆迁安置费，土地补偿费，土地出让金及浆水泉住宅区外围分摊等所有费用。2.2 转让价款的支付。（1）自本协议签订之日起10个工作日内，乙方应在以下账户内存足全部约计转让价款计人民币6600万元

(大写:陆仟陆佰万元)。(2)甲方收到国土主管机关发出的缴纳土地出让金书面通知之后,乙方按照国土主管机关确定的金额,将应缴纳的土地出让金由专用账户付至甲方账户,由甲方在收到该土地出让金当日将其全额付至国土主管机关指定账户。(3)自标的土地使用权经国土主管机关核准转移登记至乙方名下、且乙方取得新核发的《国有土地使用权证》之后,乙方向甲方支付土地使用权转让余款,具体支付方式由双方在另行签订的《补充协议》中约定。

第三条 土地使用权的产权转移登记与交付。

3.1 自乙方在专用账户内存足全部约计转让价款之日起,(1)甲方应立即进行标的土地地上建筑物及附着物拆迁清除工作,直至标的土地初步具备建设用地条件及法律规定的转让条件;(2)甲方应即配合乙方进行标的土地状况及面积的核勘察实工作。

3.2 自标的土地具备法律规定的转让条件之日起七个工作日内,甲乙双方应备齐有关资料共同向济南市国土主管机关申请办理标的土地的产权转移登记手续。甲方应确保在本协议签订之日起60个工作日内,将标的土地使用权证办理到乙方名下。

3.3 在济南市国土主管机关核准标的土地的转移登记以前,有关标的土地的产权瑕疵所引起的风险、责任仍由甲方承担;自济南市国土主管机关核准标的土地转移登记之日起,有关标的土地的一切风险和责任由乙方承担。

3.4 自济南市国土主管机关核准标的土地的转移登记之日起5日内,甲方向乙方移交土地使用权(含地上建筑物、附着物)及全部相关资料,同时乙方承接标的土地(国有土地使用权出让合同书)所签订的一切权利与义务。

3.5 截止标的土地转移登记核准之日前,甲方应将标的土地的地价款、土地使用费向国土主管机关清结。自标的土地转移登记核准之日起,标的土地的土地使用费由乙方承担。

第四条 转让方的陈述与保证。

4.1 甲方具有依法转让标的土地使用权的主体资格,并已获得签订本协议的合法有效授权。

4.2 甲方保证标的土地使用权不存在权属争议,保证对标的土地拥有完整合法的处置权,保证在签订本协议时及以后标的土地不因甲方原因出现查封、冻结、抵押等事宜;如果与任何第三方产生权属或地界争议,由甲方在七日内负责处理完毕并承担全部责任。

4.3 甲方保证在申请办理标的土地的产权转移登记手续之前,标的土地初步具备建设用地条件及法律规定的转让条件。

4.4 在乙方协助下办理标的土地的产权转移登记手续,并按照本协议的规定向乙方及时交付标的土地使用权。

4.5 甲方负责协调标的土地周围各村关系,以便乙方的正常开发、经营、管理、施工等活动不受干扰。

4.6 在乙方对标的土地进行开发、经营管理活动时,甲方帮助乙方协调落实正常需要的用水、用电设施。

第五条 受让方的陈述与保证。

5.1 乙方具有依法受让标的土地使用权的主体资格,并已获得签订本协议的合法有效授权。

5.2 按照本协议的规定向甲方及时足额支付土地使用权转让价款。

5.3 协助甲方办理标的土地的产权转移登记手续。

第六条 税、费承担。

6.1 标的土地使用权转让涉及应交的税费中,依法属转让方应缴纳的均由甲方承担,属受让方应缴纳的由乙方承担。对于其他可能发生的税赋,凡法律、行政法规有规定者,依规定办理,无规定者,由本协议双方平均分担。

6.2 如需公证,本协议公证费由甲乙双方平均分担。

6.3 因洽谈、签订本协议产生的费用,由本协议各方各自承担。

第七条 不可抗力。

7.1 由于地震、台风、水灾、火灾、战争等不能预见、不能避免、不能抗拒的客观原因,导致本协议各方或任何一方不能履行或不能完全履行本协议项下的有关义务时,各方根据不可抗力的影响,部分或全部免除责任,相互不承担违约责任,但应在条件允许下采取一切必要的补救措施,以减少因不可抗力造成的损失。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。

7.2 遭受不可抗力影响的一方应在不可抗力事件发生后72小时内将事件的情况以信件、电报、电传、传真等书面形式通知另一方,并在不可

抗力影响结束之日起 15 日内向另一方提供遭受不可抗力影响的充分证据：在不可抗力影响消除后的合理时间内，一方或双方应当继续履行本协议。第八条违约责任。8.1 本协议任何一方未按本协议的规定，适当的、全面的履行其义务，应当承担违约责任。违约方应赔偿守约方全部损失。8.2 除本协议另有规定外，甲乙双方不得单方终止协议，否则视为违约，由违约方向守约方支付标的土地总价款项 20% 的违约金。8.3 本协议签订后，如因政府部门的原因致使标的土地不能过户至乙方名下，造成乙方无法取得标的土地使用权证时，乙方有权解除本协议，甲方应在接到乙方书面解除协议通知之日起 10 日内负责向乙方退回全部已付的转让价款。8.4 在办理产权转移登记的过程中，因甲方原因，经国土主管机关审核，不符合产权登记条件而导致不能登记的，或在登记过程中标的土地被司法机关、行政机关依法查封时或以其他形式限制房地产权利的，乙方有权解除协议，并要求退还已付的转让价款连同利息，造成乙方损失的，甲方应予赔偿。8.5 如甲方隐瞒事实真相，在办妥转移登记手续前出现第三人对该地块主张权利，对抗乙方权利情形的，甲方应承担由此而产生的法律责任，并全部退还乙方已付的转让价款连同利息。造成乙方损失的，甲方应予赔偿。8.6 本协议生效后，因甲方下列行为之一致使延期交付标的土地的，乙方可单方解除协议，甲方应退还乙方已付的转让价款连同利息；乙方不解除协议的，甲方每延期一日应向乙方支付已付转让价款万分之二点一的违约金，乙方的付款时间应相应顺延且不承担任何违约责任；（1）因甲方责任不能在本协议约定期限内将标的土地范围内建筑物全部拆迁完毕的；（2）未在规定的时间内备齐资料与乙方共同到国土主管机关申请办理产权转移登记手续的；（3）未按本协议第三条规定在递交转移登记申请以前将该地块的地价款、土地使用费清结的；（4）未按本协议第六条规定要求及时缴纳转让方税费的；（5）未能在转移登记核准之日起 5 日内移交土地相关权益和资料的；（6）未尽转让方依法应尽的其他义务。8.7 在甲方严格履约时，乙方不按期付款，每延期天，按应付款项的每日万分之二点一的标准向甲方支付违约金。第九条法律适用与争议的解决。9.1 本协议的有效性、解释、履行及争议解决等事项，均适用中华人民共和国法律。9.2 凡由本协议引起的或与本协议有关的任何争议，包括但不限于本协议的成立、约束力、履行、解释、违约责任、修改及终止，本协议各方应友好协商解决。如在发生争议后的 30 日内无法达成一致意见，各方有权将该争议事项向有管辖权的人民法院起诉。胜诉方有权要求败诉方承担胜诉方为诉讼支出的专业顾问费用（包括但不限于律师费）及一切其他费用。第十条协议的变更与解除。10.1 本协议的变更。必须经协议各方协商一致，并订立书面变更协议后方能生效。10.2 任何一方重大违约时，守约一方有解除本协议的权利。10.3 各方一致同意解除本协议时，须订立书面协议。第十一条协议生效及其他。11.1 本协议自甲乙双方法定代表人或授权代理人签字、并加盖公章之日起生效。11.2 本协议所有附件是本协议不可分割的组成部分，与本协议具有同等法律效力。11.3 本协议履行不因双方法定代表人更换或受上级指令限制。11.4 本协议是各方就本协议所涉内容的完整文件，本协议连同本协议的任何附件构成本协议各方的全部协议；未尽事宜，双方另行协商，并签订补充协议，与本协议具有同等法律效力。

4. 2006 年 12 月 6 日，同乐公司（甲方）与恒嘉公司（乙方）签订《协议书》一份，主要内容有：一、双方确认：甲方回购乙方荷兰庄园东侧即（龙泉山庄）按房管局实测：商品房面积 9638 平方米，每平方米 4500 元，计款 4332 万元；地下车库面积 1046 平方米，每平方米 2700 元，计款 282 万元；储藏室面积 999 平方米，每平方米 2250 元，计款 225 万元，



以上各项总计款 4840 万元。目前甲方已累计付给乙方各类款项 1800 万元；目前甲方尚欠乙方各类款项共计 3040 万元。二、双方确认：就“3-3”地块项下的面积约计 23.21 亩的国有土地使用权转让给乙方，乙方应向甲方支付人民币 3036 万元的转让价款（每亩 132 万元）。三、双方均同意：本协议一旦生效，甲方应付乙方的上述购房款即与乙方应付甲方的上述国有土地使用权转让价款互相抵消。余额 23 万元，三个月内付清。四、凡由本协议引起的任何争议，协议各方应友好协商解决。如在发生争议后的 30 日内无法达成一致意见，各方有权就该争议事项向有管辖权的人民法院、诉讼解决。

5. 郑松荣提交 2006 年 12 月 6 日浆水泉管委会向恒嘉公司出具的《通知》复印件一份，载明：“关于贵公司与我公司于 2006 年 3 月 18 日签定的商品房买卖合同中第三款，商品房按建筑面积为准每平方 4500 元（阁楼、室每平方米 2250 元）。我管委会与同乐公司，经与房管局请示，为下一步按法律规定，为购房者办理房产证，必须依法按房产测绘部门的实测面积计算。阁楼也按实测面积计算，即每平方米均价 4500 元计算。特此通知。”同乐公司、浆水泉管委会对上述《通知》真实性不予认可。

6. 2006 年 12 月 21 日，同乐公司向恒嘉公司出具《委托书》一份，主要内容有：兹有同乐公司与恒嘉公司合作开发的座落于历下区转山西路荷兰庄园东侧的商品房，即龙泉山庄 1#-3# 楼。双方根据合作协议比例分配，恒嘉公司出资占 60% 股份，同乐公司出土地占 40% 的股份商住房，双方分得的商住房面积按图纸实际面积计算。因同乐公司的需要将恒嘉公司所分的 60% 商品房总面积（面积按图纸实际结算）一次性回购。同乐公司与恒嘉公司已签订了商品房购房协议并约定条款。为方便手续，同乐公司委托恒嘉公司代办售房合同。直接收取购房款，恒嘉公司必须按照同乐公司规定的商品房买卖合同约定的条款执行。对原恒嘉公司与同乐公司 2006 年 1 月 16 日签订的商品房买卖合同继续生效，同乐公司委托恒嘉公司代售的商品房所发生经济亏赢与恒嘉公司无关。

7. 2007 年 1 月 15 日，济南市房产测绘房屋安全鉴定中心出具《房产测绘成果报告书》一份，载明涉案历下区燕山工业园龙泉山庄同乐组团 2# 楼总建筑面积 5354.72 平方米（地下室 547.2198 平方米，住宅 4807.4995 平方米），1# 楼和 3# 楼结构和面积与 2# 楼相同，总建筑面积  $5354.72 \text{ 平方米} \times 3 = 16064.16 \text{ 平方米}$ 。

2007 年 10 月 22 日，济南市房产测绘房屋安全鉴定中心出具《房产测绘成果报告书》，载明涉案龙泉山庄同乐组团 1-3 号楼地下车库面积共计 2376.26 平方米。

8. 2007 年 2 月 1 日，浆水泉管委会（甲方）与恒嘉公司（乙方）签订《债务结算协议书》一份，主要内容有：2006 年 1 月 16 日，同乐公司和乙方签订《合作合同》，合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻的三栋房产，由甲方负责提供合作开发地块的国有土地使用权（约 16 亩，以土地行政管理部门实际测算为准），乙方负责该地块的开发建设施工及建设施工费用，就合作开发建成的房产，同乐公司分得 40%，乙方分得 60%。乙方依约进行了投资和建设施工。2006 年 3 月 18 日，同乐公司和乙方签订《商品房买卖合同》，合同约定由同乐公司将乙方在本合作项目中应分得的房产分别按照 4500 元/平方米和 2250 元/平方米的价格购买。2006 年 12 月 6 日，同乐公司和乙方签订《协议书》，协议约定同乐公司用其所有的 23.21 亩国有土地使用权每亩作价 132 万元抵偿所欠乙方 3040 万元的债务。甲方系同乐公司的上级主管机构，甲方认为将上述 23.21 亩国有土地使用权每亩由作价 132 万元将会造成国有资产流失。应甲方之要求，乙方在充分尊重和配合甲方的基础上，考虑资金回收

的现实问题，双方在平等自愿的基础上，依据现行法律法规和相关司法解释，就乙方和同乐公司在合作开发位于龙泉山庄、荷兰庄园东邻三栋房产项目中法律关系变更、结算事宜和债务承担等问题协商一致，签订如下协议，以供各方共同遵守。第一条同乐公司和乙方此前所签订合同的解除。乙方自愿在接到同乐公司承认本债务结算协议通知书的当日即解除此前涉及本合作项目与同乐公司签订的合同或协议（包含2006年1月16日签订的《合作合同》、2006年3月18日签订的商品房买卖合同和2006年12月6日签订的《协议书》）。第二条竣工日期。由于目前乙方已经将本合作项目的主体施工完毕，余下少许装修工程即将完工，甲方确认2007年1月31日对本合作项目进行了合格验收，乙方已经将本合作项目交付甲方和同乐公司使用。第三条债务结算。1. 甲方确认在本合作项目中，截至2007年1月31日，同乐公司共支付乙方各种款项共计1800万元，同乐公司尚欠乙方3040万元；2. 甲方派驻本合作项目工地办公室即历下区姚家镇政府指挥部所产生的办公等各种费用70万元，该款项应由甲方自行承担，但甲方由于资金紧张，无力自行支付，由乙方垫付。该70万元应视为甲方向乙方借贷之款项，双方确认该款项在本次结算中一并处理。3. 甲方与上海三菱电梯有限公司于2005年12月12日签定《产品买卖合同》，电梯款项1389000元应由甲方支付卖方上海三菱电梯有限公司，但甲方由于资金紧张，无力自行支付，其中电梯款项1185000元由乙方按照甲方的指示支付卖方即上海三菱电梯有限公司。该1185000元（壹佰壹拾捌万伍仟元）应视为甲方向乙方借贷之款项，双方确认该款项在本次结算中一并处理。甲方确认上述三项欠项合计32285000元（叁仟贰佰贰拾捌万伍仟元）。第四条支付方式。甲方承诺于2007年5月1日前自愿向乙方清偿本协议第三条所确认的欠款32285000元（叁仟贰佰贰拾捌万伍仟元）。第五条违约责任。截至2007年5月1日，甲方或同乐公司如果不能向乙方清偿32285000元（叁仟贰佰贰拾捌万伍仟元）的欠款，则甲方自愿向乙方支付以32285000元（叁仟贰佰贰拾捌万伍仟元）为基数，按日万分之五比例计算的违约金，即违约金32285000元×万分之五×逾期天数。本条第一款所说的“逾期天数”是指自2007年5月1日至甲方或同乐公司完全清偿32285000元债务日期止的总天数。第六条协议的效力。甲乙双方均同意本协议独立于其他协议，不因其他协议无效而无效；本协议的条款具有相对独立性，不因其他条款无效而无效。第七条协议的解除。任何一方无正当理由解除本协议的，向另一方支付本协议第三条第四款所确认欠款一半的违约金。

9. 2007年2月6日，同乐公司向恒嘉公司出具《确认函》一份，载明：我公司认可浆水泉管委会与贵公司2007年2月1日签订的《债务结算协议书》。自愿接受该协议的约束。并承诺于2007年5月1日前向贵司支付该协议约定的欠款。

10. 2007年6月12日，恒嘉公司向同乐公司出具《承诺书》一份，载明：贵公司与我公司于2006年12月6日签署了房屋与土地抵帐协议，该协议早已生效，根据贵公司的要求，我方考虑双方友好合作，向贵公司承诺原来签定的土地抵消协议重新做出以下调整：一、贵公司回购荷兰庄园商品房及地下车库、储藏室，面积、数量按房管局测绘中心测定的实际面积计算，单价按原协议执行价款据实结算。二、根据贵公司回购房屋面积折算的价款，除先付部分以外，结欠我公司的购房款，贵公司如在交房前能够还清，我方将同意放弃“3-3”地块项下约计23.137亩的国有土地抵消权，倘若未在规定的时间内还清全款，剩余部分则继续以“3-3”地块项下的土地实际折算抵消（地价132万元/亩）。

11. 2008年5月17日，同乐公司（甲方）与恒嘉公司（乙方）签订《补充协议书》一

份，主要内容有：鉴于：1. 甲方与其他方于2006年8月4日联合竞得2006-G015地块的国有土地使用权，并签署了《成交确认书》。2. 2006年9月15日，甲方与乙方签订《国有土地使用权转让协议书》，甲方将其竞得的编号为“2006-G015”地块中的约50亩土地使用权以约6600万元的价款（每亩人民币132万元）转让给乙方。甲乙双方经友好协商，达成如下协议条款：一、土地使用权转让价格的变更。甲乙双方一致确认：1. 《转让协议》约定的“A3-3”地块中50亩（四至范围由甲乙双方实地测量确定最终以土地部门核定的为准）的国有土地使用权转让单价变更为每亩人民币172万元，该地块的国有土地使用权转让总价款为人民币8600万元。该转让价款包括办理土地征用过程中的青苗补偿费、地上附着物的补偿费、拆迁安置费、土地补偿费、土地出让金等所有费用。2. 该地块应分摊承担的规划公用道路和服务于住宅区内的大型配套设施项目的建设费用，乙方应将按照该地块规划总建筑面积×人民币200元/平方米（暂定）方式计算的配套建设费，按照景观河、道路等建设进度（含相关地上物拆迁、渣土外运）支付给甲方或历下区浆水泉风景住宅区管理委员会；配套建设费最终以乙方在该地块建设竣工的建筑面积据实结算，多退少补；甲方或历下区浆水泉风景住宅区管理委员会收到乙方支付的配套建设费后，负责实施在该地块范围外的有关配套建设；具体建设事宜甲乙双方另行协商。3. 该地块范围内的配套设施建设由乙方自行负责实施并承担全部费用。二、土地使用权转让价款的支付。本协议签订后，甲乙双方对帐核实该地块乙方已付款数额；甲乙双方对帐确认乙方已付款总额后，甲方协助乙方办理该地块国有土地使用权转让过户手续。乙方在该地块开工之前，乙方向甲方付清本协议第一条约定的该地块全部转让价款及相关各项费用，但若就甲方竞得的地块需要向政府部门交纳土地出让金，乙方配合甲方完成交纳。具体方式双方另行协商。三、土地使用权转让过户手续的办理。1. 甲方协助乙方将该地块的国有土地使用权转让过户登记至乙方名下；因土地主管部门办事程序或期限等原因造成不能及时完成过户登记，甲方不承担违约责任。2. 乙方要求转让过户后该地块的容积率应与本协议签订时“A3-3”地块的容积率保持基本一致（即地上部分的容积率不低于2.33、地下部分的容积率不低于0.46），甲方协助乙方办理有关手续。3. 因该地块国有土地使用权转让过户登记产生的税、费由甲乙双方按照有关法律法规规定各自承担。四、相关事宜。1. 该地块的国有土地使用权转让过户至乙方名下之日起五十日内，甲方负责该地块范围内的地上物拆迁，并将该地块范围内土地（含机井、泵房）作为一个整体交付给乙方。2. 甲方仅按照本协议约定承担相应责任和义务。3. 本协议签订之日起，甲乙双方签订的济南市东环国际广场A座2604室无偿使用协议书即告解除，乙方应在本协议签署之日起六十日内将该房屋腾空并结清所有水电、电话、网络、物业管理等各项费用后，向甲方交还该房屋若乙方在使用该房屋过程中造成该房屋的损坏，乙方应向甲方赔偿；若乙方不按期向甲方退还该房屋，乙方应向甲方支付每日人民币500元的违约金。4. 若乙方不按照本协议约定的期限向甲方支付各项应付款项，乙方应向甲方支付逾期应付款项数额每日万分之二的违约金。5. 甲乙双方签订其他合作项目协议，本着公平、合理、合法的原则，甲乙双方另行协商处理。五、争议解决。本协议发生任何争议，甲乙双方协商不成，由甲方所在地法院审理裁决。六、其他。1. 本协议与《转让协议》及甲乙双方签订的其他有关A3-3地块的协议不一致的，均以本协议为准。

12. 2009年1月15日，同乐公司（甲方）、恒嘉公司（乙方）、高速公司（丙方）签订《协议书》一份，主要内容有：鉴于：1. 甲方于2007年2月8日通过出让方式取得位于济南



市历下区旅游路北侧使用权面积为 48758 平方米（折合 73.137 亩）的土地，国有土地使用权证号为：历下国用（2007）第 0100046 号，具体位置见国有土地使用权证，该有土地使用证作为本合同之附件一附后。2. 甲乙双方于 2006 年 9 月 15 日签订《国有土地使用权转让协议书》（该协议书作为本合同附件二附后），双方约定将上述土地中的 50 亩土地使用权转让给乙方；于 2006 年 12 月 6 日签订《协议书》（该协议书作为本合同附件三附后），双方约定将上述土地中的 23.21 亩的土地使用权转让给乙方；乙方于 2007 年 6 月 12 日向甲方做出了承诺书（作为本协议附件四附后）；于 2008 年 5 月 17 日签订一份《补充协议书》（作为本协议附件五附后），调整了原 2006 年 12 月 6 日签订的《因有土地使用权转让协议书》约定的土地转让价格。现由于国家房地产相关政策变化等原因，甲乙双方经充分协商一致同意终止上述所有协议，并按照本协议约定处理。3. 在土地使用权未办理过户至乙方名下的情形下，因甲方与山东阿波罗甲壳素肥业有限公司（以下简称阿波罗公司）执行案件，济南市中级人民法院在该案的执行过程中拍卖该宗地中的 30 亩土地使用权，乙方参加拍卖竞得了该 30 亩的土地使用权（见拍卖成交确认书作为本协议附件六），但乙方除支付了拍卖保证金之外尚未支付拍卖成交款项及办理相关手续，甲乙丙三方同意甲方仍保留对该宗地完整的土地使用权，乙方不再享有该 30 亩土地使用权之相关权益。4. 通过上述，甲方继续拥有了该宗地的完整的土地使用权，甲方同意将该宗地转让给丙方，丙方同意受让，同时乙方亦同意该宗地转让并承诺协助甲方丙方办理完成相关手续。根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》及相关法律法规之规定，经友好协商，甲乙丙三方达成如下协议，以资共同遵照执行。一、关于甲乙双方终止协议及相关事宜。1. 在本协议签定时，甲乙双方终止附件二、附件三、附件四、附件五的协议。2. 本协议签订后，甲方与乙方的所有债权债务及其他任何法律关系全部了结，乙方无权向甲方、浆水泉管委会主张任何权利（除非甲方及浆水泉管委会在本协议签订后另行书面同意或确认）。3. 甲乙双方约定由乙方负责代甲方了结甲方与阿波罗公司在济南市中级人民法院的执行案件，乙方按照本协议约定取得的款项首先应用于支付甲方与阿波罗公司执行案件中的全部款项，包括但不限于该案的欠款本金、违约金、仲裁案件受理费、保全费、迟延履行金、评估费、拍卖费、执行费等所有费用。乙方保证在本协议约定期限内处理完毕该执行案件，并由济南市中级人民法院向甲方下达该执行案阿波罗公司与甲方债权债务全部结清、该案执行终结、解除该宗地查封措施的裁定书。4. 鉴于乙方在甲方与阿波罗公司执行案中通过拍卖已经竞得该宗地中的 30 亩土地使用权，乙方在处理甲方与阿波罗公司执行案的过程中，乙方应向济南市中级人民法院提出申请，明确要求并确保济南市中级人民法院不出具该宗地 30 亩土地使用权过户至乙方名下的法律文书，并负责协调济南市国土资源局不再办理该宗地由甲方转让至乙方的过户手续，保证甲方拥有该宗地完整合法的土地使用权。二、该宗地由甲方转让给丙方的价款以及付款时间和方式。1. 该宗地转让价格为人民币 260（贰佰陆拾）万元/亩，转让总价款为人民币 190156200 元（壹亿玖仟零壹拾伍万陆仟贰佰元整）。2. 鉴于乙方前期依据附件二、三所指协议已经向甲方支付部分价款，且乙方负责处理完结甲方与阿波罗公司在济南市中级人民法院的执行案件并承担该执行案件甲方应支付的所有款项及费用，并考虑对乙方的补偿，甲乙丙三方同意丙方应向甲方支付的本协议约定总价款中的人民币 145156200 元（壹亿肆仟伍佰壹拾伍万陆仟贰佰元整）由丙方直接向乙方支付，甲乙丙三方同意按以下时间和方式支付。2.1 本协议签订之日起 3 日内，丙方向乙方支付人民币伍仟万元，用于乙方向济南市中

级人民法院支付该宗地30亩土地使用权的拍卖成交价款以及本协议第一条第3款约定的所有价款；乙方应在本协议签订之日起3个月内，负责处理完结甲方与阿波罗公司在济南市中级人民法院的执行案件，协调济南市中级人民法院不出具该宗地30亩土地使用权过户至乙方名下的裁定，并由济南市中级人民法院向甲方下达该执行案阿波罗公司与甲方债权债务全部结清、该案执行终结、解除该宗地查封措施的裁定书。丙方付款前，乙方向甲方开具收据、甲方向丙方开具收据。2.2 甲方在享有该宗地完整合法的土地使用权，并取得济南中级人民法院下达的阿波罗公司执行案件执行终结裁定书以及解除该宗地查封措施裁定书后3日内，丙方再向乙方支付人民币伍仟万元。此部分款项用于甲乙双方终止附件二、三、四、五的协议甲方应退还乙方的已付款项和补偿款。2.3 甲方在享有该宗地完整合法的土地使用权，并取得济南市中级人民法院下达的阿波罗公司执行案件执行终结裁定书、解除该宗地查封措施裁定书以及无需办理甲方将该宗地过户至乙方再由乙方过户至甲方的手续后30日内，丙方向乙方支付剩余款项45156200元（肆仟伍佰壹拾伍万陆仟贰佰元整）。如乙方未能履行本协议第一条第4款的义务，济南市中级人民法院仍下达了将该宗地30亩土地使用权过户至乙方名下的法律文书，须办理该宗地30亩土地使用权由甲方转至乙方的过户手续，并应办理乙方再转回给甲方的过户手续，由此产生的过户所有税费费用由乙方承担，如乙方不能及时支付上述过户费用，丙方可先垫付，过户手续办理完毕丙方在扣除相关过户费用（含税费等一切费用）后将余款支付乙方。3. 本协议签订之日起2个月内，丙方将该宗地转让总价款中的人民币2500万元直接支付给甲方；甲方向丙方转让该宗地的手续办理完毕或甲丙方合作开发该宗地的协议签订后三日内，丙方向甲方支付剩余人民币2000万元。甲方负责承担该宗地涉及的向被征地村集体组织的全部土地补偿款。三、甲丙方关于该宗地土地使用权转让手续的办理。乙方按照本协议约定履行全部义务后，为节省有关费用，甲方与丙方另行协商通过合法途径将该宗地完整转让给丙方，乙方应协助甲方、丙方办理有关手续。本协议签订之日起六个月内完成上述转让手续，相关税费由甲丙双方另行协商处理。四、甲方权利和义务。1. 有权向丙方收取第二条第3款所列的款项；2. 负责与丙方配合在本协议签订之日起六个月内完成该宗地向丙方的转让手续；3. 除了向丙方披露的该宗地现有的查封措施外，保证向丙方转让的该宗地不再存在其他任何抵押、查封、第三方主张权利或纠纷事宜；4. 负责处理该宗地遗留问题（查封、对被征地村集体组织的土地补偿事宜），并承担相关费用；与丙方共同处理该宗地地上垃圾、石头等清理问题，但甲方不承担任何费用。五、乙方权利义务。1. 有权向丙方收取第二条第2款所列的款项；2. 按照甲方的要求随时交付该宗地的国有土地使用证，负责与丙方配合在本协议签订之日起三个月内完成该宗地向丙方的转让手续；3. 乙方负责按照本协议约定代甲方处理完毕甲方与阿波罗公司在济南市中级人民法院的执行案件，保证该执行案件无任何遗留事项和费用；4. 乙方负责协调济南市中级人民法院不再办理由甲方转给乙方及乙方再转给甲方的过户手续，确保甲方拥有该宗地完整合法的土地使用权，协助甲方将该宗地直接转让给丙方；5. 全面严格履行本协议各项义务，并保证不向甲方及丙方主张其他任何权利。六、丙方的权利和义务。1. 积极配合甲方向丙方办理的土地转让手续并有权领取《国有土地使用证》；2. 负责按照本协议约定按时支付各项款项及费用。七、违约责任。1. 若甲方在本协议签订之日起六个月内，因甲方单方原因不能完成丙方取得该宗地完整的国有土地使用权的转让手续，逾期一个月以上，甲方向丙方支付违约金额为转让土地总价款的0.5%，且甲丙双方仍应共同努力协调有关部门尽快办理该宗地的国有土地使用权转让给丙方

的手续。2. 若因乙方不能按照本协议约定期限协调法院解除该宗地上的与阿波罗公司有关的查封措施造成该宗地无法办理转让手续,逾期一个月以上,乙方向丙方支付违约金额为转让土地总价款的0.5%,且乙方仍有义务协调有关部门解除上述查封措施。若因乙方原因导致本协议无法继续履行,丙方有权解除本协议,乙方应向丙方返还全部已付款项并按照全部已付款项的10%支付违约金;因此对甲方造成实际损失的,乙方向甲方赔偿全部实际损失。3. 若丙方不能按时向甲方支付协议约定价款,逾期一日,按照应付款项的日万分之二向甲方支付违约金,该违约金不足以弥补损失的,丙方负有继续赔偿的义务。4. 若丙方不能按时向乙方支付协议约定价款,逾期一日,按照应付款项的日万分之二向乙方支付违约金,同时甲方对丙方的本条款约定义务负有连带责任,承诺不为丙方办理该宗地的转让手续,丙方不得追究甲方的任何责任。5. 在本协议签定之后至办理该宗地向丙方的转让手续前,若因甲方自身债务造成该宗地被查封且甲方无法解除查封导致本协议无法履行,丙方有权解除本协议。届时,甲方须返还丙方全部已付款项并赔偿丙方实际损失。

13. 2011年4月19日,恒嘉公司(甲方)与郑松荣(乙方)签订《债权转让协议》一份,主要内容有:甲方和同乐公司合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻三栋房产项目,乙方实际负责了该项目的投资和建设施工。现在已经将建成的房屋交付同乐公司使用。甲方和浆水泉管委会于2007年2月1日签订《债务结算协议书》,该协议明确了管委会和甲方就上述该项目合作、结算等事宜,并且明确了管委会向甲方承担债务。乙方、深圳市世纪华铭投资有限公司和普宁市金盘科技有限公司于2007年8月23日签订的《协议书》和《补充协议书》就甲方在该合作项目中的经营收益进行了处置,其债权债务由乙方承受。甲乙双方在平等和自愿的基础上,依据现行《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国公司法》等法律法规之规定,协商一致,签订本债权转让协议,以资双方共同遵守。第一条,甲方认可乙方、深圳市世纪华铭投资有限公司和普宁市金盘科技有限公司于2007年8月23日签订的《协议书》和《补充协议书》,并承认上述两份协议对其具有拘束力。第二条,甲方和同乐公司合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻三栋房产项目,该合作项目现已竣工并交付同乐公司使用。甲方自愿将在该合作项目中的债权转让给乙方,该债权包括但不限于甲方和同乐公司,以及管委会因该合作项目所签订的所有合同、协议、结算资料或往来函件项下的本金、违约金或利息等债权。第三条,乙方自愿接受甲方转让的债权。第四条,甲方在本协议生效之日起10日内以书面的形式通知同乐公司转让事宜。第五条,本协议一式五份,甲乙双方各执两份,公证处执一份,具有同等法律效力,自甲乙双方签字或盖章之日起生效。

14. 2011年4月19日,恒嘉公司向同乐公司出具《债权转让通知书》一份,载明:贵公司和恒嘉公司于2006年1月16日签订《合作合同》,双方共同合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻三栋房产项目,我公司依约进行投资和建设施工,现在该项目已经竣工并交付贵公司使用。根据我公司与郑松荣先生于2011年4月19日签订的《债权转让协议》,我公司现将在该项中我公司和贵公司签订的所有合同、协议、结算资料、会谈纪要或往来函件项下的所有债权转让给郑松荣。贵公司就该项目所欠我公司的款项(包含不限于本金,违约金或利息等)请支付给郑松荣。自贵公司接到本通知之日起,郑松荣有权以其本人的名义与贵公司就上述项目进行结算,并有权以自己的名义向贵公司主张、放弃或变更权利。

2011年4月19日,恒嘉公司向浆水泉管委会出具《债权转让通知书》一份,载明:同

乐公司和恒嘉公司于2006年1月16日签订《合作合同》，双方共同合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻三栋房产项目。我公司依约进行投资和建设施工，现在该项目已经竣工并交付同乐公司和贵委使用。贵委和我公司于2007年2月1日签订《债务结算协议书》，该协议明确了贵委和我公司就上述该项目合作、结算等事宜，并且明确了贵委向我公司承担债务。根据我公司与郑松荣先生于2011年4月19日签订的《债权转让协议》，我公司现将在该项目中我公司和贵委签订的所有合同、协议、结算资料、会谈纪要或往来函件项下的所有债权转让给郑松荣。贵委就该项目所欠我公司的款项（包含不限于本金、违约金或利息等）请支付给郑松荣。自贵委接到本通知之日起，郑松荣有权以其本人的名义与贵公司就上述该项目进行结算，并有权以自己的名义向贵公司主张、放弃或变更权利。

15. 郑松荣提交同乐公司财务人员时元华与恒嘉公司会计刘莹于2009年8月4日签订的《结算确认书》一份，载明：恒嘉公司与同乐公司关于合作龙泉山庄的项目结算如下：一、1#、2#、3#三栋楼各为七层，每栋4426.002平方米，共计13278.006平方米。二、1#、2#、3#三栋楼地下室，每栋555.44平方米，共计1666.32平方米。三、1#、2#、3#三栋楼假层，每栋为373.275平方米，共计1119.825平方米。四、地下车库2446平方米。根据双方签订合同确认，以上商品房恒嘉公司占60%的股份，同乐公司占40%的股份，同乐公司回购恒嘉公司所占60%的商品房。计算方式如下：

序号	功能区名称	测绘面积 (m <sup>2</sup> )	单价 (元)	总造价 (元)	按总造价 60%	总价款 (元)
1	1#-3#住宅楼	13278.006	4500	59751027	59751027×60%	35850616.20
2	1#-3#地下室	1666.32	2250	3749220	3749220×60%	2249532.00
3	1#-3#假层	1119.825	2250	2519606.25	2519606.25×60%	1511763.75
4	地下车库	2446	2250	5503500		5503500.00
5	增加签证					1891285.07
合计：47006697.02		人民币大写：肆仟柒佰万陆仟陆佰玖拾柒元零贰分				

一、以上结算同乐公司应付恒嘉公司购房款47006697.02元。二、1. 同乐公司委托恒嘉公司收取售房款：26859581.30元；2. 同乐公司委托恒嘉公司代收装修款：513313.70元；3. 同乐公司委托恒嘉公司代收车位款：360000.00元；4. 同乐公司拨付购房款11550000.00元；以上四项合计：39282895.00元。同乐公司尚欠恒嘉公司（一减二）：7723802.02元。庭审中，同乐公司、浆水泉管委会对上述时元华、刘莹的签名真实性不予认可，但认可时元华系同乐公司的财务人员，并表示上述签名是否系时元华所签需庭后核实后书面回复法庭。经本院释明，同乐公司、浆水泉管委会在指定期限内未能提交书面回复意见，亦未对此申请司法鉴定，应当承担相应不利的法律后果，故本院对上述《结算确认书》的真实性予以采信。

16. 关于同乐公司和浆水泉管委会的应付款数额问题，郑松荣主张根据《债务结算协议



书》及《确认函》的约定，同乐公司和浆水泉管委会共应支付 5028.5 万元（4840 万元+70 万元+118.5 万元），郑松荣还主张其代同乐公司付款 1866481 元，并提交了相应发票、收据、借条予以证明。对于上述 5028.5 万元款项，同乐公司和浆水泉管委会主张除对《债务结算协议书》中多计算的 601 万元款项不予认可外，其余款项均予以认可。对上述双方均无异议的应付款项，本院予以确认。另外，郑松荣还提交 2828669 元的发票、收据、借条，鉴于其中的 5 笔款项票据中没有同乐公司或浆水泉管委会的人员签名确认，另一笔款项票据虽有浆水泉管委会的人员签名，但同乐公司、浆水泉管委会对此并不认可，郑松荣未能进一步提供证据证明其主张成立，故本院对此不予采信。

17. 关于同乐公司、浆水泉管委会的已付款数额问题，经查，（1）同乐公司向恒嘉公司支付 1155 万元；（2）恒嘉公司直接收取购房款 756 万元；（3）同乐公司委托恒嘉公司销售并收取购房总价款 22145072.6 元，恒嘉公司已实际收取 19299581.3 元，因同乐公司、恒嘉公司、郑松荣已签订《确认协议书》，确认恒嘉公司、郑松荣认可同乐公司前期委托恒嘉公司销售的房屋所应收回的售房款视为同乐公司应向恒嘉公司的结算价款，不论该售房款是否由恒嘉公司、郑松荣实际收回，均视为同乐公司向恒嘉公司已经实际支付了回购商品房的结算价款，故应认定恒嘉公司已经实际支付了回购房款 22145072.6 元，有关房款的差价，可由郑松荣向房屋买受人另行主张；（4）恒嘉公司另收到同乐公司会计经手的款项 136 万元；（5）恒嘉公司直接收取装修费、车位费 873313 元。综上，同乐公司、浆水泉管委会已付款共计为 43488385.6 元（1155 万元+756 万元+22145072.6 元+136 万元+873313 元）。

18. 恒嘉公司代同乐公司、浆水泉管委会向阿波罗公司支付案件执行款共计 3694.1472 万元，其中欠款 2867.42 万元，违约金 790 万元，仲裁费 20.6752 元，保全费 160520 元。

19. 关于 2009 年 1 月 15 日《协议书》的付款情况，根据协议约定，高速公司应当支付同乐公司土地转让款 190156200 元，其中直接向同乐公司支付 4500 万元，向恒嘉公司支付 145156200 元。协议签订后，高速公司共计向恒嘉公司和同乐公司支付 188156200 元，其中向恒嘉公司支付 145156200 元（已付清），向同乐公司支付 4300 万元（尚有 200 万元未支付）。

20. 恒嘉公司于 2006 年 1 月 19 日注册成立，注册资本 2888 万元，法定代表人为郑松荣，股东为同乐公司和香港谢悦林，同乐公司以土地使用权出资 1155.2 万元，谢悦林出资 1732.8 万元。2009 年 12 月 20 日，恒嘉公司因不按规定接受年度检验，被济南市工商行政管理局吊销营业执照。

21. 本院（2011）济民五初字第 16 号案件审理过程中，因同乐公司、浆水泉管委会对涉案《债务结算协议书》、《确认函》的真实性有异议，本院委托山东永鼎司法鉴定中心对此进行司法鉴定。山东永鼎司法鉴定中心于 2011 年 12 月 2 日作出鲁永司鉴中心〔2011〕文检字第 213 号《文书司法鉴定检验报告书》，检验结果为：1. 《债务结算协议书》加盖的浆水泉管委会印文于送检样本同名印文系同一枚印章盖印形成，不能确定《债务结算协议书》的形成时间（包括印章与文书）；2. 《确认函》加盖的同乐公司印文与送检样本印文系同一枚印章盖印形成，不能确定《确认函》的形成时间（包括印章与文书），《确认函》下方“时光峰”签名字迹与送检样本“时光峰”签名字迹是同一人书写习惯的反映。经同乐公司、浆水泉管委会申请，鉴定人员张培峰出庭接受了当事人的质询。

22. 在本院（2011）济民五初字第 16 号案件审理中，恒嘉公司提交书面答辩状称，第

一，恒嘉公司自成立以来，唯一从事的经营活动就是与同乐公司合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻的三栋房产，在涉案项目合作开发过程中，恒嘉公司的资金投入均由郑松荣筹集。郑松荣与恒嘉公司就涉案项目的约定是由郑松荣以恒嘉公司的名义与同乐公司合作开发涉案工程，项目合作开发全部资金投入由郑松荣负责，郑松荣对涉案工程自负盈亏，因涉案工程产生的债权债务由郑松荣负责，与恒嘉公司无关。第二，恒嘉公司因股东同乐公司出资不到位的原因，无法通过工商局年检，被济南市工商行政管理局吊销营业执照。恒嘉公司在吊销营业执照期间，在遵守法无明文规定不禁止的原则之下，将恒嘉公司对同乐公司和浆水泉管委会就涉案工程享有的债权全部转让给郑松荣。恒嘉公司保证对外没有任何欠债，上述债权转让行为没有损害任何第三人的权益和任何股东权益。

#### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2013年3月8日作出（2011）济民五初字第16号民事判决：一、同乐公司、浆水泉管委会向郑松荣支付欠款6796614.4元及相应违约金；二、同乐公司向郑松荣支付欠款1866481元及相应违约金。同乐公司、浆水泉管委会不服提起上诉，山东省高级人民法院于2013年10月28日作出（2013）鲁民一终字第315号民事判决：驳回上诉，维持原判。同乐公司、浆水泉管委会不服，向最高人民法院申请再审，最高人民法院于2014年8月4日作出（2014）民申字第294号民事裁定：驳回同乐公司、浆水泉管委会的再审申请。同乐公司、浆水泉管委会不服，向最高人民检察院申请监督，最高人民检察院于2015年11月9日作出高检民监〔2015〕221号民事抗诉书，向最高人民法院提出抗诉。最高人民法院于2016年5月26日作出（2016）最高法民抗75号民事裁定，指定山东省高级人民法院再审，再审期间，中止原判决的执行。山东省高级人民法院于2017年9月20日作出（2017）鲁民再21号民事裁定，撤销山东省高级人民法院（2013）鲁民一终字第315号民事判决及济南市中级人民法院（2011）济民五初字第16号民事判决，本案发回济南市中级人民法院重审。济南市中级人民法院于2018年11月13日作出（2018）鲁01民初469号民事判决：一、同乐公司、浆水泉管委会向郑松荣支付欠款3326455.6元及相应违约金；二、同乐公司向郑松荣支付欠款1866481元及相应逾期付款利息；三、驳回郑松荣的其他诉讼请求。上述判决送达后，双方均未提出上诉，判决已经生效。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：同乐公司与恒嘉公司签订《合作合同》，双方约定合作开发位于济南市历下区龙泉山庄、荷兰庄园东邻的三栋房产，恒嘉公司负责出资和项目施工，同乐公司负责办理国有土地使用权证、规划许可证、施工许可证和商品房预售许可证等开发建设手续，建成后的房产恒嘉公司分得60%，同乐公司分得40%，同乐公司按照4500元/平方米回购恒嘉公司所分得的房产，以2250元/平方米回购恒嘉公司分得的阁楼和地下室。合同签订后，恒嘉公司依约对涉案合作项目进行了投资和建设施工，合作房产已经竣工验收并交付同乐公司、浆水泉管委会使用。浆水泉管委会作为同乐公司的主管单位，其于2007年2月1日与恒嘉公司签订《债务结算协议书》，双方对同乐公司与恒嘉公司之间的合作开发债权债务进行结算，浆水泉管委会自愿承诺于2007年5月1日前向恒嘉公司清偿同乐公司所欠恒嘉公司的债务，同乐公司于2007年2月6日向恒嘉公司出具《确认函》，自愿接受上述《结算协议书》的约束，并承诺于2007年5月1日向恒嘉公司支付相应欠款。上述《债务结算协议书》、《确认函》系双方对合作开发事宜的结算和清理，系双方的真实意思表示，不违反法律、行政法



规的强制性规定，浆水泉管委会、同乐公司均应承担向恒嘉公司清偿相应债务的法律责任。恒嘉公司与郑松荣于2011年4月19日签订《债权转让协议》，双方约定恒嘉公司将涉案合作开发项目中的债权全部转让给郑松荣，该转让协议合法有效，且恒嘉公司已将债权转让事宜通知同乐公司和浆水泉管委会，据此郑松荣已受让恒嘉公司对浆水泉管委会和同乐公司的上述债权，其亦具有向浆水泉管委会和同乐公司主张相应债权的主体资格。

本案双方争议焦点问题有两个，一是关于2009年1月15日同乐公司、恒嘉公司、高速公司签订的《协议书》是否使恒嘉公司基于《债务结算协议书》享有债权归于消灭的问题；二是关于2007年2月1日《债务结算协议书》所确认的恒嘉公司应得房屋回购款4840万元是否存在计算错误，以及如果存在计算错误应当如何处理问题。

关于争议焦点问题一，本案同乐公司、浆水泉管委会主张同乐公司、恒嘉公司、高速公司签订的《协议书》已经对恒嘉公司基于《债务结算协议书》而获得的债权予以了处理，同乐公司、浆水泉管委会不再拖欠恒嘉公司任何债务，郑松荣受让恒嘉公司的债权因不复存在而无效，故郑松荣无权再向同乐公司、浆水泉管委会主张权利，依据是：1. 2009年1月15日《协议书》中作为附件的2006年12月6日《协议书》、2007年6月12日《承诺书》、2008年5月17日《补充协议书》与本案郑松荣受让债权具有关联性；2. 恒嘉公司基于2009年1月15日《协议书》从高速公司处获得的145156200元，减去返还恒嘉公司50亩土地转让款8600万元，减去恒嘉公司垫付给阿波罗公司的执行款3694.1472万元，再减去同乐公司应当支付恒嘉公司的回购房款等欠款866.30954万元，尚有13551633元无支付项目，属于多支付给恒嘉公司的款项；3. 2009年1月15日《协议书》第一条第2项明确约定“本协议签订后，同乐公司和恒嘉公司的所有债权债务及其他任何法律关系全部了结，恒嘉公司无权向同乐公司、浆水泉管委会主张任何权利（除非同乐公司及浆水泉管委会在本协议签订后另行书面同意或确认）”。本院认为，《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百四十二条第一款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当依照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”判断2009年1月15日《协议书》是否对本案同乐公司、浆水泉管委会所欠恒嘉公司的房屋回购款等债务进行了处理，应当综合分析协议书的签订主体、背景、目的、相关条款以及各方履行合同的具体情况，探究当事人签订合同时的真实意思表示，而不应仅凭协议书中的个别文字表述片面的作出解释。其一，从合同签订主体来看，2009年1月15日《协议书》的主体为同乐公司、恒嘉公司、高速公司，而《债务结算协议书》的主体为恒嘉公司和浆水泉管委会、同乐公司。《协议书》中三方合同主体的身份分别为：同乐公司系相关土地使用权的出让人，恒嘉公司系签约前的土地受让人，而高速公司系土地使用权的最终受让人，三方作为土地使用权转让合同的主体，符合一般的交易习惯。而若《协议书》意图处理同乐公司、浆水泉管委会所欠恒嘉公司的债务，恰恰缺少了浆水泉管委会这一债务人的参与。其二，从《协议书》签订背景来看，《协议书》在前部“鉴于”部分对协议书签订背景进行了具体说明，该背景说明对同乐公司如何取得73.137亩国有土地使用权证，同乐公司将其中的50亩国有土地使用权转让给恒嘉公司，后来又另外的23.21亩国有土地使用权转让给恒嘉公司，以及恒嘉公司在法院执行同乐公司与阿波罗公司案件中竞拍取得30亩国有土地使用权等有关土地使用权流转的基本情况进行了描述，而对于浆水泉管委会、同乐公司尚欠恒嘉公司的房屋回购款等债务情况却只字未提。并且在上述“鉴于”部分的最后归纳内容为“通过上述，同乐公司继续拥有了该宗地的完整的土地使用权，同乐公

司同意将该宗地转让给高速公司，高速公司同意受让，同时恒嘉公司亦同意该宗地转让并承诺协助同乐公司办理完成相关手续”。签约背景描述中，虽然将本案所涉2006年12月6日《协议书》、2007年6月12日《承诺书》、2008年5月17日《补充协议书》等作为附件予以了列明，但鉴于上述附件均涉及同乐公司前期已将相关土地抵账或转让给恒嘉公司的问题，且从文字表达形式看，该附件文本仅作为对上述土地使用权属、流转情况的一种备注说明而出现，其目的在于解释同乐公司与恒嘉公司之间有关土地转让的事实。关键在于，根据《债务结算协议书》的约定，2006年1月16日《合作合同》、2006年3月18日《商品房买卖合同》、2006年12月6日《协议书》已经解除，并为《债务结算协议书》、2007年2月6日《确认函》所取代。若2009年1月15日《协议书》意图清偿浆水泉管委会、同乐公司所欠恒嘉公司的房屋回购款，则理应将《债务结算协议书》、《确认函》作为附件予以列明，或是对该债务结算情况予以说明，而不应仅仅将已经解除的上述协议作为附件备注，且对有关债务结算情况只字不提。根据2009年1月15日《协议书》的签约背景描述，再结合作为附件的2006年12月6日《协议书》、2007年6月12日《承诺书》、2008年5月17日《补充协议书》中均涉及同乐公司将相关土地转让给恒嘉公司的约定内容，可以说明同乐公司、恒嘉公司、高速公司签订《协议书》以及将上述文本作为附件的真正目的在于确保将相关土地使用权顺利转让至高速公司名下，而并不包括处理浆水泉管委会、同乐公司尚欠恒嘉公司的房屋回购款等债务问题。其三，从《协议书》约定内容来看，协议书第二条第2项明确载明“鉴于恒嘉公司前期依据附件二、三所指协议已经向同乐公司支付部分价款，且恒嘉公司负责处理完结同乐公司与阿波罗公司在济南市中级人民法院的执行案件并承担该执行案件同乐公司应支付的所有款项及费用，并考虑对恒嘉公司的补偿，三方同意高速公司应向同乐公司支付的本协议约定总价款中的145156200元由高速公司直接向恒嘉公司支付”，由此可见，《协议书》约定的高速公司直接向恒嘉公司支付的145156200元款项用途分为三项，一是同乐公司返还恒嘉公司之前已经支付的土地转让款，二是作为恒嘉公司负责代为处理同乐公司与阿波罗公司在济南市中级人民法院执行案件所需的款项和费用，三是作为对恒嘉公司的补偿。前两项款项用途并无争议，第三项款项用途文字表述为“并考虑对恒嘉公司的补偿”，联系上下文，此处的补偿应理解为同乐公司向恒嘉公司支付的有关终止土地转让合同、代为清偿债务所产生的经济补偿。其四，同乐公司作为2009年1月15日《协议书》的合同主体，对该《协议书》的签订及和合同内容理应知情。若该《协议书》已经清偿了同乐公司、浆水泉管委会所欠恒嘉公司的涉案债务，同乐公司理应提出相关抗辩，而在本案之前的原审、二审、申请再审、申请抗诉、再审以及高速公司提起的执行异议之诉等诉讼过程中，同乐公司、浆水泉管委会均未提出相关抗辩意见，仅抗辩称《协议书》多计算了601万元回购款，而在山东省高级人民法院（2017）鲁民再21号民事裁定作出之后，有鉴于该民事裁定书作出本案应当审查2009年1月15日《协议书》与《债务结算协议书》之间是否存在关联性的裁判意见之后，同乐公司、浆水泉管委会这才提出上述抗辩意见，有违常理。而且，该《协议书》签订后，同乐公司的财务人员还多次与恒嘉公司就涉案房屋回购款结算情况进行对账，并在《结算确认书》中签字，根据双方初步对账结果显示，同乐公司、浆水泉管委会尚欠恒嘉公司的债务数额甚至还大于本案郑松荣所主张的债权数额，亦可进一步印证2009年1月15日《协议书》与同乐公司、浆水泉管委会所欠恒嘉公司的涉案债务并无关联性的事实。综上，虽然2009年1月15日《协议书》第一条第2项载明“本协议签订后，同乐公司与恒嘉公司的所有债权债

务及其他任何法律关系全部了结，恒嘉公司无权向同乐公司、浆水泉管委会主张任何权利（除非甲方及浆水泉管委会在本协议签订后另行书面同意或确认）”，但根据上述分析，该条款的真实意思应解释为仅限于《协议书》中明确约定的同乐公司与恒嘉公司之间的土地转让合同以及恒嘉公司代为清偿阿波罗公司债务所产生的债权债务，而不应扩大解释为包括同乐公司、浆水泉管委会所欠恒嘉公司的房屋回购款、借款等《协议书》中并未涉及的其他债务纠纷。同乐公司、浆水泉管委会关于2009年1月15日《协议书》已经清偿了其所欠恒嘉公司涉案房屋回购款等债务的抗辩主张与事实不符，亦有违常理，本院不予采信。

关于争议焦点问题二，浆水泉管委会与恒嘉公司于2007年2月1日签订《债务结算协议书》，虽然双方确定恒嘉公司应分得的房屋回购款为4840万元，但综合分析双方主张及本案查明事实，应认定该回购款数额存在计算错误。理由为：其一，2007年2月1日《债务结算协议书》之前，同乐公司与恒嘉公司于2006年12月6日签订《协议书》，双方对恒嘉公司应分得回购款的计算方式进行了约定，最终确定恒嘉公司应分得回购款数额为4840万元。上述两份协议书的回购款数额相同，且从《债务结算协议书》载明内容来看，双方对回购款计算方式和总额并未作出新的意思表示，故应认定《债务结算协议书》确定的回购款数额来源于2006年12月6日《协议书》。其二，从2006年12月6日《协议书》载明恒嘉公司应分得回购款计算方式来看，其表述为“同乐公司回购恒嘉公司荷兰庄园东侧即（龙泉山庄）按房管局实测：商品房面积9638平方米，每平方米4500元，计款4332万元；地下车库面积1046平方米，每平方米2700元，计款282万元；储藏室面积999平方米，每平方米2250元，计款225万元，以上各项总计款4840万元”。上述回购款计算方式存在明显的计算错误，因为：第一，根据涉案《合作合同》第五条以及《商品房买卖合同》第三条的约定，恒嘉公司应分得的回购款的计算方式为面积乘以单价，其中面积为房屋总面积乘以60%，整体价格为4500元/平方米，但地下室和阁楼价格为半价即2250元/平方米。按照《协议书》约定，恒嘉公司应分得的房屋面积按房管局实测面积计算。而根据2007年1月15日《房产测绘成果报告书》，恒嘉公司应分得的房屋面积（含地下室、1—7层、阁楼）为9638平方米（5354.72平方米 $\times$ 3 $\times$ 60%），该数额与上述《协议书》载明的“商品房面积9638平方米”是相符的，但其直接用9638平方米乘以单价4500元/平方米是错误的，因为9638平方米还包括999平方米（555.44 $\times$ 3 $\times$ 60%）的地下室面积，而且，该《协议书》将999平方米的地下室按照单价2250元/平方米又计算了一次价款。因此，上述《协议书》将恒嘉公司应分得的地下室回购款多计算了4495500元（999平方米 $\times$ 4500元/平方米）。第二，同理，根据2007年10月22日《房产测绘成果报告书》，车位总面积为2376.26平方米，按照双方约定的分配比例，恒嘉公司应分得1425.756平方米（2376.26平方米 $\times$ 60%）。故《协议书》按照1046平方米计算恒嘉公司应分得的车位回购款，亦属计算错误，少计算车位回购款1025341.2元〔（1425.756平方米—1046平方米） $\times$ 2700元/平方米〕。上述两处计算错误相互抵消后，《协议书》将恒嘉公司应分得的房屋回购款多计算了3470158.8元（4495500元—1025341.2元）。同乐公司、浆水泉管委会主张《协议书》还多计算阁楼回购款1512000元（672平方米 $\times$ 2250元/平方米），理由为《协议书》将恒嘉公司应分得的阁楼回购款按照单价4500元/平方米计算明显错误，应按照《合作合同》第五条以及《商品房买卖合同》第三条约定的单价即2250元/平方米计算。对此本院认为，第一，虽然之前的《合作合同》以及《商品房买卖合同》对阁楼回购单价进行了约定，但不能据此即足以推翻之后签订的《协议书》对阁楼单价约定的法律



效力，因为，法律并不禁止当事人在协商一致以后变更之前约定的标的物单价，在现有证据并不足以证明当事人确实存在明显的计算错误的情况下，应当对签订在后的《协议书》单价约定的法律效力予以确认。第二，判断《协议书》是否存在明显计算错误，应当根据查明事实以及协议约定等情况综合进行认定。前述分析中，本院认定《协议书》多计算地下室价款和少计算车位价款，是因为《协议书》本身就明确约定恒嘉公司应分得的房屋面积按房管局实测面积计算，对地下室以及车位单价亦有明确约定。在这种情况下，《协议书》将地下室面积重复计算，并且少计算车位部分面积，足以证明存在明显计算错误。而关于阁楼单价问题，同乐公司、浆水泉管委会提交的现有证据并不足以证明《协议书》按照4500元/平方米计算存在明显计算错误，应当承担相应不利法律后果。并且，恒嘉公司主张双方经协商后将原来约定单价2250元/平方米变更为4500元/平方米，并提交了浆水泉管委会于2006年12月6日向恒嘉公司出具的《通知》复印件予以证明，根据《通知》载明内容，鉴于双方将原来约定的按照图纸实际面积计算（同乐公司于2006年12月21日向恒嘉公司出具的《委托书》中有明确记载）变更为按房产测绘部门实测面积计算，浆水泉管委会同意将原来约定的阁楼单价由2250元/平方米变更为4500元/平方米。上述《通知》虽为复印件，并不能单独作为认定事实的依据，但其与《协议书》、《委托书》、郑松荣的相关陈述以及其他事实相互印证，可以进一步佐证同乐公司、浆水泉管委会关于《协议书》阁楼单价计算错误的主张不能成立。故本院对同乐公司、浆水泉管委会的上述主张不予采信。郑松荣主张《合作合同》、《商品房买卖合同》并未约定车位价款的分配，《协议书》约定车位单价2700元/平方米仅系建设成本，故其应分得全部车位价款，而且还存在遗漏水池面积、工程增项及签证等情况，该主张与事实不符，亦无有效证据予以证明，本院不予采信。

关于《协议书》中多计算的回购款3470158.8元应当如何处理问题。郑松荣主张，即使《协议书》存在多计算回购款，但该计算错误构成重大误解，根据合同法的相关规定，当事人对此应自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使撤销权，同乐公司、浆水泉管委会至今为止未行使撤销权，应视为其放弃权利。同乐公司、浆水泉管委会则主张，根据《合作合同》、《协议书》的相关约定，恒嘉公司与同乐公司、浆水泉管委会之间就回购购房款数额存在公开的计算错误，应当予以纠正，将多计算的回购款予以扣除。本院认为，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第七十一条规定：“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品质、规格和数量等错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。”由此可见，重大误解是表示出来的意思与内心真实意思不一致，即存在两种意思表示。本案中，双方在《协议书》中对房屋回购款的计算方式已经达成明确合意，仅仅就价款确定方式达成一致后的具体计算过程中出现了计算错误，属于“公开的计算错误”之情形，应按照“误载不害真意”规则处理，即这种错误不应损害真实意思，应按照当事人真实意思，根据计算出的正确结果予以纠正。

综上，涉案《债务结算协议》确认的房屋回购款总数4840万元有误，应扣减多计算的3470158.8元，应为44929841.2元（4840万元-3470158.8元）。同乐公司、浆水泉管委会共计应付款数额为46814841.2元（44929841.2元+70万元+118.5万元），减去同乐公司、浆水泉管委会已付款数额43488385.6元，尚欠3326455.6元。根据《债务结算协议》及《确认函》的约定，同乐公司、浆水泉管委会应于2007年5月1日前清偿债务，其至今为止仍未履行，构成违约，应当承担逾期付款的违约责任。按照协议约定和郑松荣的主张，违约金应

## 民事案例

---

按每日万分之五的标准，自 2007 年 5 月 1 日起，计算至本判决生效之日止。关于恒嘉公司代同乐公司付款 1866481 元，同乐公司应当予以偿还，因未约定还款时间和利息，同乐公司应当按中国人民银行同期贷款利率，自郑松荣起诉之日即 2011 年 6 月 11 日起至本判决生效之日止，向郑松荣支付逾期付款的利息损失。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 黄宏伟

# 恋爱期间给与对方钱款，分手后 能否以民间借贷主张返还

—— 张某诉白某民间借贷纠纷案

**关键词** 恋爱期间款项往来的定性问题

## 【案例要旨】

在恋爱期间，恋爱双方互相给予钱款、财物的情况比较常见，这种行为认定为赠与、借贷还是其他法律关系，应当结合具体情况具体分析，若一方当事人事后出具借条、收条等，应当视为对往来款项转作借款的追认，同时，作为收款方亦有责任提交证据证明该款项非借款而为他用。

## 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第二百零六条：借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十六条的规定：被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。

## 【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2018）鲁 0181 民初 1612 号（2018 年 12 月 20 日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁 01 民终 4236 号（2019 年 6 月 11 日）

## 【基本案情】

原告张某诉称：2016 年 3 月 21 日，白某为张某出具借条、收条各 1 份，内容为借张某现金 122810 元；4 月 29 日，白某为张某出具借条、收条各 1 份，内容为借张某现金 20000 元。白某借款后至今未还，请求判令白某偿还借款 200000 元；诉讼费用由白某承担。

被告白某辩称：两人恋爱期间 2016 年 3 月 21 号的借条 122810 元并未实际发生，张某未提交支付记录、资金流向或者提款记录等，无法证实该款项已交付给白某。根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十六条的规定：被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。第十九条规定，人民法院审理民间借贷纠纷案件时发现有下列情形，应当严格审查借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实综合判断是否属于虚假民事诉讼。张某不能证实其将款项交付给白某。

法院经审理查明：2014 年 9 月起张某与白某建立恋爱关系，2016 年 3 月 21 日，白某为



## 民事案例

张某出具借条、收条各 1 份，内容为借张某现金 122810 元。2016 年 4 月 29 日，白某为张某出具借条、收条各 1 份，内容为借张某现金 20000 元。

张某主张借款大部分系恋爱期间出借，白某借用张某银行卡、信用卡消费产生，出具借条之日出借少部分，2016 年 3 月 21 号借条载明的 122810 元，系双方对前期款项汇总以后的数额。对于该笔款项的组成，张某提供了其银行账户明细、微信账单明细、支付宝账单明细、信用卡还款账单等证据予以佐证。

法院综合双方提交的证据认定：自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。双方恋爱期间发生的资金往来，有证据证实为借贷关系的可按借贷关系主张权利，否则应按其他法律关系主张权利。白某向张某借款 142810 元的事实有证据证实，其未依法偿还，张某可依法诉求其偿还，其余部分证据不足，依法不应支持，故张某要求白某偿还借款的诉求，依法部分支持。白某对受胁迫出具借条、收条的主张未提供证据证实，应承担举证不能的法律后果。

### 【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于 2018 年 12 月 20 日作出（2018）鲁 0181 民初 1612 号民事判决：一、白某于判决生效之日起 10 日内偿付张某借款 142810 元；二、驳回张某的其他诉讼请求。济南市中级人民法院于 2019 年 6 月 11 日作出（2019）鲁 01 民终 4236 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：张某通过支付宝、微信等多次向白某转款事实确定，白某于 2016 年 3 月 21 日出具 122810 元的借条、收条，应当视为对张某前期转款的追认，同时，白某作为收款方有责任提交证据证明该款项非借款而为他用。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”综合分析张某向白某的转款记录、白某于 2016 年 3 月 21 日出具的借条、收条等证据，应当认定涉案借款 122810 元的存在。白某二审中主张上述转账系两人恋爱期间的赠与，未提交证据证实，其抗辩涉案款项未实际交付，亦不能作出合理说明，本院不予支持。白某对该款项应当承担偿还责任。

合法的借贷关系受法律保护。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条第一款第一项的规定：“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任。”本案中张某通过支付宝、微信等多次向白某转款事实确定，白某于 2016 年 3 月 21 日出具 122810 元的借条、收条，应当视为对张某前期转款的追认，同时，白某作为收款方有责任提交证据证明该款项非借款而为他用。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”综合分析张某向白某的转款记录、白某于 2016 年 3 月 21 日出具的借条、收条等证据，应当

认定涉案借款 122810 元的存在。白某二审中主张上述转账系两人恋爱期间的赠与，未提交证据证明证实，其抗辩涉案款项未实际交付，亦不能作出合理说明，因此难以得到法院的支持，白某对上述款项应当承担偿还责任。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 李莎莎



### 三、商事案例





# 法院应通过对相关法律规定要义的理解 与适用来判断给付之诉请求权与确认之诉请求权的 界定、涉及破产的被告及未破产的被告和自然人被告 各自债务金额截止时间点、担保物权与保证担保并存时 的实现顺序、抵押登记债权金额与抵押合同 约定担保范围不同时的界定

——原告红岭创投电子商务股份有限公司诉被告洪业化工集团股份有限公司、山东方明化工股份有限公司、山东洪达化工有限公司、山东天秀化工贸易有限公司、山东洪鼎化工有限公司、山东方明药业集团股份有限公司、余洪勇、余庆明、第三人中信银行股份有限公司济南分行委托贷款合同纠纷一案

**关键词** 给付之诉请求权 确认之诉请求权 破产债权 抵押登记债权金额 房地产的不可分性

## 【案例要旨】

虽然各被告中的主债务人及部分保证人已经入破产重整程序的，但仍存在未进入破产重整程序的保证人和自然人保证人的情况下，诉的性质仍应为给付之诉，而非债权确认之诉。债权人对已进入破产重整程序的主债务人和保证人的债权在具体执行时可在破产程序中进行申报处理。

未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。

《中华人民共和国企业破产法》第四十六条并未规定债务人的保证人在破产程序外的担保债权也停止计息，且在主债务人破产时，对保证人不停止计息，也未加重保证人的法律义务与责任，未对其权利造成损害。保证人被人民法院受理重整申请的，债权人要求该保证人承担保证责任中利息的计算应截至人民法院受理该保证人的重整申请之日，对债权人主张的超出部分不应支持。自然人保证人，不存在停止计息的法定事由，应按约定的保证范围承担保证责任。

被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。

抵押人虽通过两份《抵押合同》分别以工业厂房和该厂房占用的土地使用权为主债务人

## 商事案例

的债务提供担保，但基于房地产的不可分性，抵押权人在实现抵押权时，可就抵押房地产一并受偿。

抵押登记权利证书中记载的“债权数额”仅是设定抵押时担保的主债权本金数额，与抵押合同约定的担保范围是两个不同的范畴，债权人可根据抵押合同的约定就抵押物享有优先受偿权。

本案所涉委托贷款合同纠纷涵盖多个当前商事审判中较为新型且在理论界定及实务操作中存有争议的焦点问题，整个判决认定事实清楚，适用法律准确，裁判结果正确，说理充分透彻，对于如何准确认定当事人之间的法律关系及责任承担具有较强的典型性、指导性和示范性意义。

### 【相关法条】

《中华人民共和国企业破产法》第四十六条 未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。

《中华人民共和国物权法》第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

《中华人民共和国物权法》第一百八十二条 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。

### 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初1682号民事判决（2018年12月29日）

### 【基本案情】

原告红岭创投电子商务股份有限公司（以下简称红岭公司）与被告洪业化工集团股份有限公司（以下简称洪业公司）、山东方明化工股份有限公司（以下简称方明化工公司）、山东洪达化工有限公司（以下简称洪达公司）、山东天秀化工贸易有限公司（以下简称天秀公司）、山东洪鼎化工有限公司（以下简称洪鼎公司）、山东方明药业集团股份有限公司（以下简称方明药业公司）、余洪勇、余庆明、第三人中信银行股份有限公司济南分行（以下简称中信银行济南分行）委托贷款合同纠纷一案

原告红岭创投电子商务股份有限公司（以下简称红岭公司）向法院提出诉讼请求：1. 判令洪业化工集团股份有限公司（以下简称洪业公司）立即向红岭公司归还借款本金58998303.76元；2. 判令洪业公司向红岭公司支付所欠借款逾期利息至其清偿欠款之日止，逾期利息以未还借款本金为基数，按合同约定利率上浮210%即年利率23.25%计算，暂自2017年6月20日计算至2017年11月13日，为5537056.32元；3. 判令山东方明化工股份有限公司（以下简称方明化工公司）、山东洪达化工有限公司（以下简称洪达公司）、山东天秀化工贸易有限公司（以下简称天秀公司）、山东洪鼎化工有限公司（以下简称洪鼎公司）、山东方明药业集团股份有限公司（以下简称方明药业公司）、余洪勇、余庆明对洪业公司的上述第一项、第二项债务承担连带清偿责任；4. 判令红岭公司对洪达公司名下位于山东省菏泽市郓城县随官屯镇煤化工业园区（西厂区）的工业厂房（权证号：郓房权证郓城字第

0011479号)享有抵押权,有权就抵押物拍卖、变卖所得价款优先受偿;5.判令红岭公司对洪达公司名下位于山东省菏泽市鄄城县随官屯镇煤化工业园区的工业厂房土地使用权(权证号:鄄国用(2015)第8526号)享有抵押权,有权就抵押物拍卖、变卖所得价款优先受偿;6.判令全部被告承担本案的全部诉讼费、保全费、担保费64757.04元、律师费8万元等红岭公司为实现债权所支付的费用。事实与理由:2016年2月2日,洪业公司和红岭公司及中信银行济南分行签订了《委托贷款合同》,约定红岭公司委托中信银行济南分行向洪业公司发放借款8000万元;借款期限12个月;借款利率为固定年利率7.5%;还款方式:按月结息,每月的20日为结息日,按月付息,分期还本,第一笔借款自借款发放之日起第10个月20日归还1000万元本金,第11个月20日归还1000万元本金,到期归还剩余3000万元本金;第二笔借款到期一次性归还本金;如借款人未按还款计划还款,则构成贷款逾期,出借人有权根据实际逾期天数,按合同利率加收210%罚息利率计收利息;借款人未按期偿还本金、利息,构成借款人违约,出借人有权要求借款人立即偿还所有已提贷款、应付利息及借款人依法应承担的其他费用;借款人未能偿还的本金和不能按时支付的利息,出借人有权根据实际逾期天数,按罚息利率分别计收利息和复利;出借人实现债权的费用由借款人承担;争议解决方式:向中信银行济南分行所在地人民法院起诉。2016年2月4日,方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、余洪勇、余庆明分别与中信银行济南分行签署了《保证合同》。2016年6月8日,洪鼎公司向红岭公司和中信银行济南分行出具《保证担保书》,约定:方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司、余洪勇、余庆明为洪业公司在上述《委托贷款合同》项下的债务提供连带责任保证担保;担保范围:主合同项下主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用和其他所有应付的费用。三方当事人之间系委托贷款合同关系。因洪业公司明确知道贷款系由红岭公司委托中信银行济南分行发放,红岭公司依法可以自己的名义直接向洪业公司主张权利,该权利包括以中信银行济南分行名义设立的全部债权和担保权等。综上,《委托贷款合同》、《保证合同》和《抵押合同》是当事人的真实意思表示,未违反法律、行政法规的强制性规定,合法有效,各方当事人均应按照合同约定严格适当履行其义务。洪业公司未按约足额还本付息,构成违约,方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司、余洪勇、余庆明亦未在洪业公司的债务范围内履行代偿义务。为维护自身利益,红岭公司依据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律法规的规定,诉至贵院,请求支持红岭公司的诉讼请求。

被告洪业公司、方明化工公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司辩称,(一)洪业公司、方明化工公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司均已进入合并重整程序,法院应告知红岭公司变更诉讼请求为确认债权。2018年7月25日,山东省菏泽市中级人民法院作出(2018)鲁17破2号民事裁定书,裁定受理山东玉皇化工有限公司对洪业公司的重整申请;2018年9月28日,山东省菏泽市中级人民法院作出(2018)鲁17破6号民事裁定书,裁定洪业公司、方明化工公司、天秀公司、洪达公司、洪鼎公司等29家企业合并重整。根据《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉实施时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条关于“债权人就争议债权起诉债务人,要求其承担偿还责任的,人民法院应当告知该债权人变更诉讼请求为确认债权”的规定,法院应告知红岭公司变更诉讼请求为确认债权。(二)红岭公司向洪业公司、方明化工公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司主张的利

息、罚息等应计算至法院重整申请受理之日。因山东省菏泽市中级人民法院已于2018年7月25日受理了洪业公司的重整申请，并于2018年9月28日裁定洪业公司、方明化工公司、天秀公司、洪达公司等29家企业合并重整，根据《中华人民共和国破产法》第四十六条关于“附利息的债权自破产申请受理时起停止计息”的规定，红岭公司主张利息应计算至法院重整申请受理之日，此后利息无权主张。（三）红岭公司对洪达公司抵押的房产应在4811万元范围内享有优先受偿权。虽红岭公司在与洪达公司签订的（2016）银抵字第811258007857号《抵押合同》中对抵押金额及抵押担保范围进行了约定，但郓房他证郓城字第004002号他项权证中记载的抵押债权数额为4811万元。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十一条关于“抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准”的规定，红岭公司对洪达公司抵押的房产应在4811万元范围内享有优先受偿权。

被告方明药业公司辩称，（一）红岭公司向方明药业公司主张连带保证责任所依据的《保证合同》并未生效，故其主张不能成立。红岭公司与方明药业公司签订的2016银保字第811258007857-1号《保证合同》，乙方即中信银行济南分行均未签字或加盖公章。《保证合同》第16.1约定：“本合同经甲方法定代表人和授权代理人 and 乙方法定代表人、负责人或授权代理人签章（签字或加盖名章）并加盖公章或合同专用章后生效。”根据合同法第三十二条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。因乙方并未签字盖章，故此《保证合同》未成立生效，红岭公司主张方明药业公司承担连带保证责任不能成立。（二）由于方明药业公司与中信银行济南分行签订的《保证合同》未成立生效，因此，红岭公司向方明药业公司主张的主合同项下的本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金及未实现债权所负担的所有费用，无法律与事实依据，方明药业公司对此不承担任何担保责任。（三）由于山东省菏泽市中级人民法院于2018年7月25日作出（2018）鲁17破1号裁定书，裁定方明药业公司破产重整，因此红岭公司主张的利息应计算至2018年7月25日。（四）红岭公司主张方明药业公司承担本案的担保费无合同约定亦无法律规定，依法不能成立。涉案《委托贷款合同》第19.7条并未对担保费作出相关约定，且担保费亦不是必须发生的费用，故该主张不能成立。（五）《中华人民共和国担保法》第二十八条规定，同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。由于洪达公司提供了抵押，因此方明药业公司若承担保证责任，也只是对其抵押范围以外的部分承担保证责任。

被告余洪勇辩称，（一）根据《中华人民共和国担保法》第二十八条的规定及涉案《委托贷款合同》第十七条第六款的约定，本案应先履行物的担保，其次确定担保人是否需要承担担保责任。因洪达公司提供的抵押物足以偿还主债务，即使抵押物不足以偿还主债务，按照《委托贷款合同》第十七条第六款的约定，债权人也应向主债务人主张权利。（二）综合考虑本案实际情况，本案应当由给付之诉变更为确认之诉。

被告余庆明辩称，同余洪勇的答辩意见。

第三人中信银行济南分行述称，对红岭公司的诉讼请求无异议。

经审理查明认定，2016年2月2日，红岭公司（甲方、委托人）与中信银行济南分行（乙方、受托人）、洪业公司（丙方、借款人）签订编号为2016鲁济银委贷字第811258007857号的《委托贷款合同》，约定：甲方委托乙方向丙方发放借款8000万元；借款期限为2016年2月2日至2017年2月1日；借款利率为固定年利率7.5%；还款方式为按月



结息，每月的20日为结息日；按月付息，分期还款，第一笔借款自借款发放之日起第10个月20日归还1000万本金，第11个月20日归还1000万本金，到期归还剩余3000万本金。第二笔借款到期一次性归还本金；如丙方未按还款计划还款，且又未就展期事宜与甲、乙方达成协议，则构成贷款逾期，乙方有权根据实际逾期天数，按合同利率加收210%罚息利率计收利息；丙方未按期偿还本金、利息，构成违约，乙方有权根据甲方要求停止或终止发放本合同项下尚未提取的任何款项，并要求丙方立即偿还所有已提贷款、应付利息及丙方依法应承担的其他费用；丙方未能偿还的本金和不能按时支付的利息，乙方有权根据实际逾期天数，按罚息利率分别计收利息和复利；乙方因实现债权所发生的各项费用，包括但不限于诉讼费、仲裁费、差旅费、律师费、财产保全费、公证认证费、翻译费、评估拍卖费等，均由丙方承担。

2016年2月4日，红岭公司与洪业公司签订编号为HLCT20160126001BC的《补充协议》，约定：红岭公司委托中信银行济南分行发放的8000万元借款在编号为2016鲁济银委贷字第811258007857号的《委托贷款合同》基础上，分两次发放，第一笔发放5000万元；第二笔发放3000万元。

2016年2月4日，天秀公司、方明化工公司、洪达公司、余洪勇、余庆明分别与中信银行济南分行签署了编号为2016银保字第811258007857-2号、2016银保字第811258007857号、2016银保字第811258007857-3号、2016银个保字第811258007857-1号、2016银个保字第811258007857号《保证合同》。各《保证合同》均约定：担保的主合同为洪业公司与中信银行济南分行签订的《委托贷款合同》；担保的主债权为8000万元；保证范围包括主合同项下的主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用（包括但不限于诉讼费、仲裁费、律师费、差旅费、评估费、过户费、保全费、公告费、执行费等）和其他所有应付的费用；保证方式为连带责任保证；保证期间为主合同项下债务履行期限届满之日起两年。

2016年6月8日，洪鼎公司为红岭公司、中信银行济南分行出具编号为2016年0606BZ号的《保证担保书》，承诺：担保的主合同为洪业公司与中信银行济南分行签订的《委托贷款合同》；担保的主债权为8000万元；保证范围包括主合同项下的主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用（包括但不限于诉讼或仲裁费、财产保全或证据保全费、强制执行费、评估费、拍卖费、鉴定费、律师费、差旅费、调查取证费等）；保证方式为连带责任保证；保证期间为主合同项下债务履行期限届满之日起两年。

2016年2月2日，洪达公司与中信银行济南分行签订编号为2016银抵字第811258007857号《抵押合同》，约定：洪达公司将其所属位于山东省菏泽市鄄城县随官屯镇煤化工业园区（西厂区）的工业厂房（权证号：鄄房权证鄄城字第0011479号）作为抵押物；抵押担保的主合同为洪业公司与中信银行济南分行签订的《委托贷款合同》，担保的主债权本金为4811万元；担保范围包括主合同项下的主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用（包括但不限于诉讼费、仲裁费、律师费、差旅费、评估费、过户费、保全费、公告费、执行费等）和其他所有应付的费用。2016年2月5日，双方就抵押物办理抵押登记，他项权证号为鄄房他证鄄城字第004002号，登记债权数额为4811万元。

同日，洪达公司与中信银行济南分行签订编号为2016银抵字第811258007857-1号《抵押合同》，约定：洪达公司将其所属位于山东省菏泽市鄄城县随官屯镇煤化工业园区的工业厂

房土地使用权（权证号：郓国用（2015）第 8526 号）作为抵押物；抵押担保的主合同为洪业公司与中信银行济南分行签订的《委托贷款合同》，担保的主债权本金为 3189 万元；担保范围包括主合同项下的主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用（包括但不限于诉讼费、仲裁费、律师费、差旅费、评估费、过户费、保全费、公告费、执行费等）和其他所有应付的费用。2016 年 2 月 15 日，双方就抵押物办理抵押登记，他项权证号为郓他项（2016）第 022 号。

2016 年 3 月 2 日，红岭公司通过中信银行济南分行向洪业公司发放借款 5000 万元；2016 年 6 月 16 日，红岭公司通过中信银行济南分行向洪业公司发放借款 3000 万元。

对当事人有争议的证据和事实，法院认定如下：

方明药业公司对红岭公司提交的 2016 银保字第 811258007857-1 号《保证合同》存有异议，认为中信银行济南分行交付给方明药业公司的该合同复印件中，没有中信银行济南分行的签章，故该合同并未成立，红岭公司提交的该证据也不具真实性。对此，中信银行济南分行向方明药业公司提供的合同复印件系通过扫描件复印，所以复印件上没有中信银行济南分行的印章，合同原件上加盖有中信银行济南分行的印章。中信银行济南分行认可该合同原件中加盖的印章为其真实印章，加盖日期为 2016 年 2 月 4 日。法院认为，本案诉讼中，红岭公司提交了上述《保证合同》原件，原件中加盖有方明药业公司及中信银行济南分行印章，中信银行济南分行对其印章真实性认可，方明药业公司亦未否认其公司印章的真实性，故法院对该证据的真实性予以确认。据此，法院认定事实如下：2016 年 2 月 4 日，方明药业公司与中信银行济南分行签署编号为 2016 银保字第 811258007857-1 号《保证合同》，约定：方明药业公司担保的主合同为洪业公司与中信银行济南分行签订的《委托贷款合同》；担保的主债权为 8000 万元；保证范围包括主合同项下的主债权、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、为实现债权的费用（包括但不限于诉讼费、仲裁费、律师费、差旅费、评估费、过户费、保全费、公告费、执行费等）和其他所有应付的费用；保证方式为连带责任保证；保证期间为主合同项下债务履行期限届满之日起两年。

另查明，（一）2018 年 7 月 25 日，山东省菏泽市中级人民法院作出（2018）鲁 17 破 1 号民事裁定书，裁定受理山东玉皇化工有限公司对方明药业公司的重整申请；2018 年 7 月 25 日，山东省菏泽市中级人民法院作出（2018）鲁 17 破 2 号民事裁定书，裁定受理山东玉皇化工有限公司对洪业公司的重整申请；2018 年 9 月 28 日，山东省菏泽市中级人民法院作出（2018）鲁 17 破 6 号民事裁定书，裁定洪业公司、方明化工公司、天秀公司、洪达公司、洪鼎公司等 29 家企业合并重整。（二）截至 2017 年 11 月 13 日，红岭公司的债权数额为本金 58998303.76 元、利息 5530598.19 元；截至 2018 年 7 月 25 日，红岭公司享有的债权数额为本金 58998303.76 元、利息 14560024.1 元；截至 2018 年 9 月 28 日，红岭公司享有的债权数额为本金 58998303.76 元、利息 17036723.73 元。（三）红岭公司为实现本案债权支出律师代理费 8 万元，支出诉讼财产保全责任保险费 64757.04 元。

红岭公司提交的证据材料有：《委托贷款合同》及《补充协议》各 1 份、单位借款凭证（借据）2 份、银行电子回单 2 份、《保证合同》6 份、《保证担保书》1 份、《抵押合同》2 份、《委托代理合同》、律师费发票及转账凭证、保险费发票及转账凭证、保函、欠款计算表。各被告提供的证据材料有：菏泽市中级人民法院（2018）鲁 17 破 1 号民事裁定书、（2018）鲁 17 破 2 号民事裁定书、（2018）鲁 17 破 6 号民事裁定书。



**【裁判结果】**

济南市中级人民法院于2018年12月29日作出(2018)鲁01民初1682号民事判决:一、确认原告红岭创投电子商务股份有限公司对被告洪业化工集团股份有限公司享有借款本金58998303.76元、利息14560024.1元、律师代理费损失8万元,共计73638327.86元的债权;二、确认原告红岭创投电子商务股份有限公司就被告洪业化工集团股份有限公司的债务在借款本金58998303.76元、利息14560024.1元、律师代理费损失8万元,共计73638327.86元的范围内对被告山东方明药业集团股份有限公司享有债权;三、确认原告红岭创投电子商务股份有限公司就被告洪业化工集团股份有限公司的债务在借款本金58998303.76元、利息17036723.73元、律师代理费损失8万元,共计76115027.49元的范围内对被告山东方明化工股份有限公司、山东洪达化工有限公司、山东天秀化工贸易有限公司、山东洪鼎化工有限公司享有债权;四、被告余洪勇、余庆明于本判决生效之日起十日内对被告洪业化工集团股份有限公司的债务在本金58998303.76元、利息5530598.19元(利息计至2017年11月13日,嗣后利息以本金58998303.76元为基数,按年利率23.25%的标准,继续计算至实际给付之日)、律师代理费损失8万元的范围内对原告红岭创投电子商务股份有限公司承担连带清偿责任;五、原告红岭创投电子商务股份有限公司就被告洪业化工集团股份有限公司的债务对被告山东洪达化工有限公司抵押的位于山东省菏泽市郓城县随官屯镇煤化工工业园区(西厂区)的工业厂房(权证号:郓房权证郓城字第0011479号)及土地使用权(权证号:郓国用(2015)第8526号)在本金58998303.76元、利息17036723.73元、律师代理费损失8万元,共计76115027.49元的范围内享有优先受偿权;原告红岭创投电子商务股份有限公司所享有的上述第一至五项的债权总额不超过本金58998303.76元、利息5530598.19元(利息计至2017年11月13日,嗣后利息以本金58998303.76元为基数,按年利率23.25%的标准,继续计算至实际给付之日)、律师代理费损失8万元的范围;六、被告山东方明化工股份有限公司、山东方明药业集团股份有限公司、山东洪达化工有限公司、山东天秀化工贸易有限公司、山东洪鼎化工有限公司、余洪勇、余庆明承担担保责任后,有权依法向被告洪业化工集团股份有限公司主张相应权利;七、驳回原告红岭创投电子商务股份有限公司其他诉讼请求。案件受理费365586元、财产保全费5000元,共计370586元,由被告洪业化工集团股份有限公司、山东方明化工股份有限公司、山东方明药业集团股份有限公司、山东洪达化工有限公司、山东天秀化工贸易有限公司、山东洪鼎化工有限公司、余洪勇、余庆明共同负担。

宣判后,各方当事人均未提出上诉,一审判决生效。

**【裁判理由】**

法院生效裁判认为:本案系红岭公司以主债务人洪业公司及各保证人方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司、余洪勇、余庆明不履行《委托贷款合同》和《抵押合同》、《保证合同》约定的义务为由,对主债务人及各保证人提起的诉讼。因本案涉及到自然人保证人余洪勇、余庆明的保证责任承担问题,故本案不能变更为债权确认之诉。主债务人洪业公司及部分保证人方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、洪鼎公司均已进入破产重整程序,红岭公司对主债务人及上述已进入破产重整程序的保证人的债权在具体执行时可在破产程序中进行申报处理。

红岭公司、中信银行济南分行、洪业公司签订的《委托贷款合同》及《补充协议》,方明

化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、余庆明、余洪勇分别与中信银行济南分行签署的《保证合同》，洪鼎公司为红岭公司、中信银行济南分行出具的《保证担保书》、洪达公司与中信银行济南分行签订的两份《抵押合同》，均系各方当事人之间真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，为有效合同，法院予以确认。方明药业公司以其与中信银行济南分行签署的《保证合同》中无中信银行济南分行签章为由主张合同未成立并生效，与事实不符，法院不予采纳。

《中华人民共和国合同法》第四百零二条规定，受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人。本案中，红岭公司委托中信银行济南分行向洪业公司发放借款，洪业公司及各担保人知道该委托关系，故红岭公司有权以自己名义向各被告主张债权，中信银行济南分行与洪业公司及各担保人签订的合同及借款发放行为的法律后果均由红岭公司承担。红岭公司按照约定向洪业公司发放了借款，履行了合同义务。借款到期后，洪业公司未依约足额偿还借款本金及利息，构成违约，应承担相应的违约责任。红岭公司要求洪业公司偿还剩余本金 58998303.76 元的诉讼请求，符合法律规定，法院予以支持。《中华人民共和国企业破产法》第四十六条规定，未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。山东省菏泽市中级人民法院于 2018 年 7 月 25 日裁定受理了山东玉皇化工有限公司对洪业公司的重整申请，故红岭公司向洪业公司主张的利息计算应截止至 2018 年 7 月 25 日，为 14560024.1 元，对红岭公司主张的超出部分法院不予支持。

红岭公司主张的律师代理费已实际发生，且符合《委托贷款合同》约定，法院予以支持。

红岭公司主张的担保费，因《委托贷款合同》中未作约定，该费用亦不是必须发生的费用，故法院不予支持。

由于保证人所担保的主债务人洪业公司未依约向债权人红岭公司偿还借款本金及利息，构成违约，各保证人亦未履行保证责任，故红岭公司要求洪鼎公司、方明化工公司、方明药业公司、洪达公司、天秀公司、余庆明、余洪勇承担连带清偿责任的诉讼请求，亦符合合同约定及法律规定，法院予以支持。关于各保证人承担债务利息的责任限额。根据《中华人民共和国企业破产法》第四十六条的规定，方明药业公司亦于 2018 年 7 月 25 日被法院受理重整申请，故红岭公司要求方明药业公司承担保证责任中利息的计算亦应截止至 2018 年 7 月 25 日，为 14560024.1 元，对红岭公司主张的超出部分不予支持。虽然洪业公司作为主债务人于 2018 年 7 月 25 日被法院受理重整申请，但《中华人民共和国企业破产法》第四十六条并未规定债务人的保证人在破产程序外的担保债权也停止计息，且在主债务人破产时，对保证人不停止计息，也未加重保证人的法律义务与责任，未对其权利造成损害，故红岭公司要求洪鼎公司、方明化工公司、洪达公司、天秀公司承担保证责任中利息的计算应截止至 2018 年 9 月 28 日该四公司破产重整之日，为 17036723.73 元，对红岭公司主张的超出部分亦不予支持。余庆明、余洪勇作为自然人保证人，不存在停止计息的法定事由，应按约定的保证范围承担保证责任。余庆明、余洪勇应承担的利息截至 2017 年 11 月 13 日为 5530598.19 元，嗣后利息以本金 58998303.76 元为基数，按年利率 23.25%，自 2017 年 12 月 14 日起继续计算至实际给付之日。

《中华人民共和国物权法》第一百七十六条规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照

约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。本案中，红岭公司的债权既有担保人洪达公司提供的抵押担保，也有方明药业公司、余洪勇、余庆明等提供的保证担保，但是，各方合同中并未约定担保责任的履行顺序，按照上述法律规定，红岭公司既可以要求就洪达公司提供的物保实现债权，也可以要求各保证人承担保证责任。方明药业公司、余洪勇、余庆明抗辩红岭公司的债权既有物保又有保证人的保证，应就抵押物的担保优先偿付的主张，于法无据，法院不予采纳。

洪达公司就抵押清单中的房屋及土地使用权为洪业公司债务提供抵押担保，并办理了抵押登记，红岭公司要求就抵押财产享有优先受偿权，合法有据，法院予以支持。《中华人民共和国物权法》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。”洪达公司虽通过两份《抵押合同》分别以工业厂房和该厂房占用的土地使用权为洪业公司的债务提供担保，且分别设定了抵押物担保的债权本金数额，但上述房地产抵押的债权本金总额为8000万元，与红岭公司发放的借款本金总额相等，基于房地产的不可分性，根据上述法律规定，抵押权人在实现抵押权时，可就抵押房地产一并受偿。虽然郓房他证郓城字第004002号他项权证中记载的抵押“债权数额”为4811万元，但是，抵押登记权利证书中记载的“债权数额”仅是设定抵押时担保的主债权本金数额，与抵押合同约定的担保范围是两个不同的范畴，故洪达公司抗辩编号为2016银抵字第811258007857号《抵押合同》项下抵押登记的债权数额为4811万元，红岭公司就洪达公司抵押的房产仅应在4811万元的范围内享有有限受偿权的主张不能成立，法院不予采纳。

编写人：济南市中级人民法院 孙永一

# 法院在审理证券虚假陈述责任纠纷案件中 对虚假陈述行为实施日、揭露日（更正日）、 基准日、市场系统风险的认定考量标准以及 投资差额损失的算法

——证券投资者刘根诉山东墨龙石油机械股份有限公司  
证券虚假陈述责任纠纷案

**关键词** 实施日 揭露日 基准日 市场系统风险 佣金 印花税 投资差额损失

## 【案例要旨】

近年来，随着金融市场和金融监管政策等诸多方面的变化，证券虚假陈述责任纠纷案件逐年增多。司法实践中关于信息重大性的认定、虚假陈述揭露日（更正日）的确定、系统风险的考量、投资差额损失的计算方法等均存在着争议和裁判尺度不统一。本案在对证券监管部门立案调查、行政处罚等事实认定的基础上，结合大盘及个股的股票走势，确立了信息重大性、虚假陈述揭露日（更正日）的认定标准，并首次尝试引入中国证券投资者保护基金有限责任公司以提供专业咨询意见的方式辅助案件审理，确定系统风险、投资差额损失的计算方法。该案对于统一裁判尺度、促进多元化解纠纷解决机制的建立具有较强的参考和指引意义。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十八条 投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：

- （一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；
- （二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；
- （三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。

第二十条 本规定所指的虚假陈述实施日，是指作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日。

虚假陈述揭露日，是指虚假陈述在全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体上，首次被公开揭露之日。

虚假陈述更正日，是指虚假陈述行为人在中国证券监督管理委员会指定披露证券市场信息的媒体上，自行公告更正虚假陈述并按规定履行停牌手续之日。

第三十条 虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。投资人实际损失包括：

- （一）投资差额损失；
- （二）投资差额损失部分的佣金和印花税。

前款所涉资金利息，自买入至卖出证券日或者基准日，按银行同期活期存款利率计算。

第三十三条 投资差额损失计算的基准日，是指虚假陈述揭露或者更正后，为将投资人应获赔偿限定在虚假陈述所造成的损失范围内，确定损失计算的合理期间而规定的截止日期。基准日分别按下列情况确定：

（一）揭露日或者更正日起，至被虚假陈述影响的证券累计成交量达到其可流通部分100%之日。但通过大宗交易协议转让的证券成交量不予计算。

（二）按前项规定在开庭审理前尚不能确定的，则以揭露日或者更正日后第30个交易日为基准日。

（三）已经退出证券交易市场的，以摘牌日前一交易日为基准日。

（四）已经停止证券交易的，可以停牌日前一交易日为基准日；恢复交易的，可以本条第（一）项规定确定基准日。

#### 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2017）鲁01民初1006号（2018年8月6日）

二审：山东省高级人民法院（2018）鲁民终1646号（2018年11月16日）

#### 【基本案情】

原告刘根向法院提出诉讼请求：请求判令山东墨龙石油机械股份有限公司（以下简称山东墨龙公司）向刘根赔偿投资损失1532826元；诉讼费用由山东墨龙公司承担。事实与理由：刘根作为投资者，因山东墨龙公司信息披露违法违规一事受到损失，山东墨龙公司依法应当赔偿刘根的投资损失。刘根购买证券的时间在山东墨龙公司虚假陈述实施日以后至揭露日之前。依据《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）、《最高人民法院关于审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》）等法律法规的规定，刘根的投资损失与山东墨龙公司虚假陈述存在因果关系。为了维护刘根的合法权益，依法提起诉讼，请予支持。

被告山东墨龙公司辩称，根据相关法律法规，参照司法实践做法，结合本案实际情况，山东墨龙公司原则上认为，如刘根的投资损失与山东墨龙公司的虚假陈述行为存在因果关系并具备法律规定的其他赔偿条件，山东墨龙公司同意按照法律规定予以赔偿。但前提是：第一，虚假陈述实施日、揭露日、基准日、基准价的确定直接影响刘根等投资者能否向山东墨龙公司主张损失以及能够主张损失的金额，应当依法认定；第二，在计算具体投资差额损失时，必须采用合法、合理的计算方法；第三，在正确计算投资差额损失的基础上，对于因系统风险因素造成的损失部分，应当依法予以剔除；第四，在正确计算投资差额损失的基础上，对于因公司自身经营情况等其他非系统风险因素造成的损失部分，应当依法予以剔除；第五，针对刘根等投资者主张的佣金、印花税，应当在正确认定投资差额损失的基础上，按照相关规定予以确定。具体如下：1. 本案的关键日期及价格。实施日：2015年4月25日；揭露日：2017年5月16日；基准日：2017年7月17日；基准价：4.54元。不同意刘根的诉讼请求，刘根主张的虚假陈述揭露日、基准日存在错误。2. 刘根提供的股票交易对账单起止日期为2016年10月1日—2017年4月17日。该对账单内容显示，其间刘根累计买入山东墨龙公司股票合计307800股，成交金额3636360元，平均买入价11.81元。3. 根据山东墨龙公司对本案揭露日的主张，刘根提供的对账单不能完整显示自实施日至基准日期间刘根买入、卖出股票的完整交易记录，无法认定至揭露日刘根持有的山东墨龙公司股票数量，无法确定自揭



露日至基准日刘根卖出的股票数量及基准日后继续持有的股票数量，因此仅凭刘根提供的证据材料不能证实刘根存在投资差额损失的事实，刘根应继续补充举证，否则应承担举证不能的法律后果。山东墨龙公司将根据刘根补充的完整交易对账单，确定其是否存在投资差额损失及投资差额损失与山东墨龙公司虚假陈述是否存在因果关系，进而判断是否予以赔偿。综上，如果投资者的投资差额损失与山东墨龙公司虚假陈述行为有因果关系且符合相关法律法规规定的其他条件的，应当在依法确定虚假陈述实施日、揭露日、基准日的基础上，采取正确的损失计算方法予以计算，并依法剔除因系统风险因素和其他非系统风险因素影响所造成的损失部分。对于刘根主张的损失中没有事实和法律依据的部分，依法不应支持。

经审理查明认定，山东墨龙公司系一家以能源装备行业所需产品的研发、生产与销售为主营业务的股份有限公司。2010年10月21日，山东墨龙公司A股在深圳证券交易所挂牌上市，证券名称为山东墨龙，证券代码为002490，属专用设备行业板块。

2017年3月21日，山东墨龙公司作出《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》，载明：山东墨龙公司于2017年3月21日下午收盘后收到中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）《调查通知书》（编号：鲁证调查字〔2017〕003号），因公司涉嫌违反证券法律法规，根据《证券法》的有关规定，中国证监会决定对公司进行立案调查。在立案调查期间，将积极配合中国证监会的调查工作，同时严格按照相关法律法规及监管要求履行信息披露义务。目前，公司总体经营情况正常。公司指定的信息披露媒体为《中国证券报》、《证券时报》和巨潮资讯网，公司所有信息均以上述媒体刊登的公告为准。

2017年5月16日，山东墨龙公司发布《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》，载明：山东墨龙公司于2017年3月21日下午收盘后收到中国证监会《调查通知书》（编号：鲁证调查字〔2017〕003号），因公司涉嫌违反证券法律法规，根据《证券法》的有关规定，中国证监会决定对公司进行立案调查。公司已于2017年3月21日在指定信息披露媒体上披露了《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》（公告编号：2017-012）。2017年5月12日，公司及张恩荣、张云三、杨晋、赵洪峰、林福龙、国焕然、肖庆周、郭洪利、约翰·保罗·卡梅伦、王春花、秦学昌、冀延松、权玉华、郝亮、樊仁意、张九利、郑建国、丁志水收到中国证监会《行政处罚事先告知书》（处罚字〔2017〕51号）。现就主要内容公告如下：山东墨龙公司涉嫌信息披露违法违规案已由中国证监会调查完毕，中国证监会依法拟对山东墨龙公司作出行政处罚。经查明，山东墨龙公司涉嫌违法的事实如下：一、山东墨龙公司披露的2015年、2016年部分定期报告涉嫌虚假记载。2015年以来，为了粉饰季度报告、半年报财务数据，公司在真实财务数据的基础上，通过调增《借出明细表》中的销售单价虚增暂估收入，同时少结转销售成本（包括暂估销售成本和已开票收入对应的销售成本），从而实现净利润的虚增。经上述调整后，公司2015年、2016年的一季报、半年报、三季报归属于母公司所有者的净利润从亏损调整为盈利。二、山东墨龙公司涉嫌未及时披露重大投资事项。根据举报线索，山东墨龙公司分别于2014年12月、2016年6月对子公司寿光懋隆新材料技术开发有限公司增资4亿元和3亿元，山东墨龙公司2013年度经审计净资产为26.74亿元、2015年度经审计净资产为24.33亿元，未披露事项涉及金额均占上市公司最近一期经审计净资产的10%以上，且绝对金额超过一千万元。属于《证券法》第六十七条第二款第（二）项公司的重大投资行为，但是公司没有及时披露，而是分别在2014年年度报告及2016年半年度报告中进行了披露。其中2014年12



月的增资信息未及时披露，已过2年的追溯时限。董事会秘书赵洪峰是未及时披露行为的直接负责的主管人员。上述行为涉嫌违反《证券法》第六十三条、第六十五条、第六十七条、第六十八条的规定，构成《证券法》第一百九十三条第一款所述的信息披露违法行为。根据《证券法》第一百九十三条第一款的规定，中国证监会作出拟处罚决定。山东墨龙公司在公告中还称，若公司及相关人员对证监会相关拟处罚措施需要进行陈述和申辩，公司将根据该事项进展情况及时履行信息披露义务。目前公司生产运营正常，敬请广大投资者注意投资风险。

2017年9月25日，山东墨龙公司作出《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚决定书〉的公告》，载明：山东墨龙公司于2017年3月21日下午收盘后收到中国证监会《调查通知书》（编号：鲁证调查字〔2017〕003号），详见2017年3月21日在指定信息披露媒体披露的《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》（公告编号：2017-012）。2017年5月12日，公司及相关当事人收到中国证监会《行政处罚事先告知书》（处罚字〔2017〕51号），详见2017年5月16日在指定信息披露媒体披露的《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》（公告编号：2017-032）。2017年9月25日，公司及当事人收到中国证监会的《行政处罚决定书》（〔2017〕87号），现就主要内容公告如下：当事人：山东墨龙公司、张恩荣、张云三、杨晋等（18人）。依据《证券法》的有关规定，中国证监会对山东墨龙公司信息披露违法违规进行了立案调查、审理，现已调查、审理终结。经查明，山东墨龙公司存在以下违法事实：一、山东墨龙公司披露的2015年、2016年部分定期报告存在虚假记载。2015年以来，为了粉饰季度报告、半年报财务数据，公司在真实财务数据的基础上，通过调增《借出明细表》中的销售单价虚增暂估收入，同时少结转销售成本（包括暂估销售成本和已开票收入对应的销售成本），从而实现净利润的虚增。经上述调整后，公司2015年、2016年的一季报、半年报、三季报归属于母公司所有者的净利润从亏损调整为盈利。（一）山东墨龙公司2015年一季报、半年报、三季报存在虚假记载。山东墨龙公司2015年一季度报通过虚增收入2411.49万元，多结转成本6.72万元，导致净利润虚增2404.77万元。山东墨龙公司2015年半年报通过虚增收入7318.97万元，少结转成本895.08万元，导致净利润虚增8214.05万元。山东墨龙公司三季度报通过虚增收入2167.73万元，少结转成本8351.34万元，导致净利润虚增10519.07万元。（二）山东墨龙公司2016年一季报、半年报、三季报存在虚假记载。山东墨龙公司2016年一季度报通过虚增收入4140万元，少结转成本2000万元，导致净利润虚增6140万元。山东墨龙公司2016年半年报通过虚增收入10000万元，少结转成本5801.64万元，导致净利润虚增15231.64万元。山东墨龙公司2016年三季度报通过虚增收入6049.28万元，少结转成本17582.29万元，导致净利润虚增22731.56万元。二、山东墨龙公司未及时披露重大投资事项。山东墨龙公司于2016年6月对子公司寿光懋隆新材料技术开发有限公司增资3亿元，山东墨龙公司2015年度经审计净资产为24.33亿元，上述事项涉及金额占上市公司最近一期经审计净资产的10%以上，且绝对金额超过一千万元。上述事项属于《证券法》第六十七条第二款第二项规定的公司重大投资行为，但是山东墨龙公司没有及时披露，而是在2016年半年度报告中进行了披露。根据当事人违法行为的事实、性质、情节与社会危害程度，依据《证券法》第一百九十三条第一款的规定，作出处罚决定。

山东墨龙公司2015年一季报发布时间为2015年4月25日。

刘根为山东墨龙公司证券投资者，身份证号210211196510125513，信用资金账号为

801566600310。2016年11月14日至2016年12月30日期间，刘根共计买入山东墨龙公司股票307800股，成交总价3636360元；上述期间未卖出股票。截至2017年4月20日，刘根持有山东墨龙公司股票307800股。

刘根主张本案虚假陈述的实施日为2015年4月25日、揭露日为2017年3月22日、基准日为2017年4月20日、基准价为6.84元。刘根主张其投资差额损失为1529766元，佣金、印花税均按照投资差额损失的1‰计算，总计为3060元，投资实际损失合计为1532826元。

山东墨龙公司认可本案虚假陈述的实施日为2015年4月25日，但主张揭露日应为2017年5月16日、基准日为2017年7月17日、基准价为4.54元。山东墨龙公司还认为，对于系统风险造成的损失，其不应赔偿，对于虽然是非系统风险但基于上市公司自身经营的风险造成的损失也应在计算损失时予以剔除。为此，山东墨龙公司向法院提交司法鉴定申请书，申请就系统风险因素对投资者造成的损失进行司法鉴定。刘根认为本案不需要进行司法鉴定，理由是：第一，本案虚假陈述实施日至揭露日期间大盘指数波动很小，基本为个位数。波动不明显的不能认定为系统风险。在波动指数为个位数的情况下，有很多股票同比例是上涨的；第二，在刘根主张的揭露日至基准日期间，大盘指数波动更小，不存在系统风险。第三，山东墨龙公司申请由会计师事务所进行司法鉴定，但是中国没有一家会计师事务所能够作此类鉴定。

刘根庭审中陈述，如果法院最终认定2017年5月16日为揭露日，则对山东墨龙公司主张的基准日为2017年7月17日、基准价为4.54元予以认可。山东墨龙公司庭审中陈述，如果法院最终认定以2017年3月22日为揭露日，则对基准日为2017年4月20日、基准价为6.84元予以认可。

本案审理过程中，法院向中国证券投资者保护基金有限责任公司（以下简称证券投资者保护基金公司）发函就相关问题进行咨询。证券投资者保护基金公司以《关于对投资者刘根诉山东墨龙石油机械股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案件委托事项的复函》（证保函〔2018〕196号）答复了法院。法院向双方当事人出示上述复函后，双方当事人对复函中的相关问题提出了具体意见。法院又针对双方当事人提出的意见再次咨询了证券投资者保护基金公司。证券投资者保护基金公司以《关于对投资者刘根诉山东墨龙石油机械股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案件二次委托事项的复函》（证保函〔2017〕220号）答复了法院。

证券投资者保护基金公司第二次复函意见为：

1. 本案所需相关数据提取源为同花顺数据客户端。
2. 对2017年3月21日和2017年5月15日之后一段时间的股价涨跌幅情况进行对比：

(1) 2017年3月21日，深证综指收盘于2043.94，专用设备收盘于4593.04，山东墨龙公司收盘价为7.91。2017年3月21日后第一至第十个交易日的涨跌幅情况如下：①2017年3月22日，深证综指收盘于2037.89，相较于2017年3月21日下跌0.30%；专用设备收盘于4604.46，相较于2017年3月21日上涨0.25%；山东墨龙公司收盘价为7.66，相较于前一日下跌3.16%。②2017年3月23日，深证综指收盘于2038.6，相较于2017年3月21日下跌0.26%；专用设备收盘于4609.80，相较于2017年3月21日上涨0.37%；山东墨龙公司收盘价为7.75，相较于2017年3月21日下跌2.02%。③2017年3月24日，深证综指收盘于2046.74，相较于2017年3月21日上涨0.14%；专用设备收盘于4655.21，相较于

2017年3月21日上涨1.35%；山东墨龙公司收盘价为7.62，相较于2017年3月21日下跌3.67%。④2017年3月27日，深证综指收盘于2039.41，相较于2017年3月21日下跌0.22%；专用设备收盘于4656.02，相较于2017年3月21日上涨1.37%；山东墨龙公司收盘价为7.51，相较于2017年3月21日下跌5.06%。⑤2017年3月28日，深证综指收盘于2034.22，相较于2017年3月21日下跌0.48%；专用设备收盘于4632.82，相较于2017年3月21日上涨0.87%；山东墨龙公司收盘价为7.78，相较于2017年3月21日下跌1.64%。⑥2017年3月29日，深证综指收盘于2019.39，相较于2017年3月21日下跌1.20%；专用设备收盘于4575.79，相较于2017年3月21日下跌0.38%；山东墨龙公司收盘价为7.58，相较于2017年3月21日下跌4.17%。⑦2017年3月30日，深证综指收盘于1979.58，相较于2017年3月21日下跌3.15%；专用设备收盘于4455.30，相较于2017年3月21日下跌3.00%；山东墨龙公司收盘价为7.33，相较于2017年3月21日下跌7.33%。⑧2017年3月31日，深证综指收盘于1986.47，相较于2017年3月21日下跌2.81%；专用设备收盘于4438.41，相较于2017年3月21日下跌3.37%；山东墨龙公司收盘价为7.24，相较于2017年3月21日下跌8.47%。⑨2017年4月5日，深证综指收盘于2023.2，相较于2017年3月21日下跌1.01%；专用设备收盘于4545.90，相较于2017年3月21日下跌1.03%；山东墨龙公司收盘价为7.49，相较于2017年3月21日下跌5.31%。⑩2017年4月7日，深证综指收盘于2028.33，相较于2017年3月21日下跌0.76%；专用设备收盘于4562.40，相较于2017年3月21日下跌0.67%；山东墨龙公司收盘价为7.12，相较于2017年3月21日下跌9.99%。

(2) 2017年5月15日，深证综指收盘于1827.02，专用设备收盘于3837.69，山东墨龙公司收盘价为4.69。2017年5月15日后第一至第十日交易日的涨跌幅情况如下：①2017年5月16日，深证综指收盘于1865.27，相较于2017年5月15日上涨2.09%；专用设备收盘于3932.82，相较于2017年5月15日上涨2.48%；山东墨龙公司收盘价为4.84，相较于2017年5月15日上涨3.20%。②2017年5月17日，深证综指收盘于1867.68，相较于2017年5月15日上涨2.23%；专用设备收盘于3966.22，相较于2017年5月15日上涨3.35%；山东墨龙公司收盘价为4.79，相较于2017年5月15日上涨2.13%。③2017年5月18日，深证综指收盘于1855.99，相较于2017年5月15日上涨1.59%；专用设备收盘于3933.58，相较于2017年5月15日上涨2.50%；山东墨龙公司收盘价为4.70，相较于2017年5月15日上涨0.21%。④2017年5月19日，深证综指收盘于1853.71，相较于2017年5月15日上涨1.46%；专用设备收盘于3932.72，相较于2017年5月15日上涨2.48%；山东墨龙公司收盘价为4.94，相较于2017年5月15日上涨5.33%。⑤2017年5月22日，深证综指收盘于1828.22，相较于2017年5月15日上涨0.07%；专用设备收盘于3826.37，相较于2017年5月15日下跌0.30%；山东墨龙公司收盘价为4.69，相较于2017年5月15日涨跌幅为0%。⑥2017年5月23日，深证综指收盘于1789.47，相较于2017年5月15日下跌2.06%；专用设备收盘于3673.12，相较于2017年5月15日下跌4.29%；山东墨龙公司收盘价为4.46，相较于2017年5月15日下跌4.90%。⑦2017年5月24日，深证综指收盘于1798.87，相较于2017年5月15日下跌1.54%；专用设备收盘于3706.64，相较于2017年5月15日下跌3.41%；山东墨龙公司收盘价为4.48，相较于2017年5月15日下跌4.48%。⑧2017年5月25日，深证综指收盘于1811.9，相较于2017年5月15日下跌0.83%；专用

## 商事案例

设备收盘于 3726.65，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 2.89%；山东墨龙公司收盘价为 4.60，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 1.92%。⑨2017 年 5 月 26 日，深证综指收盘于 1810.11，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 0.93%；专用设备收盘于 3732.84，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 2.73%；山东墨龙公司收盘价为 4.57，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 2.56%。⑩2017 年 5 月 31 日，深证综指收盘于 1808.3，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 1.02%；专用设备收盘于 3719.12，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 3.09%；山东墨龙公司收盘价为 4.51，相较于 2017 年 5 月 15 日下跌 3.84%。

由于股价波动受多重因素影响，单从个股的跌幅来看，以 2017 年 3 月 21 日为揭露日后连续十个交易日山东墨龙公司股票价格下跌幅度比以 2017 年 5 月 15 日为揭露日后连续十个交易日股价的下跌幅度更大。

3. 如果以 2017 年 3 月 21 日为揭露日，根据山东墨龙公司证券的换手率数据，测算出基准日为 2017 年 4 月 20 日；相应的，根据山东墨龙公司证券收盘价的行情数据，2017 年 3 月 21 日（不含）至 2017 年 4 月 20 日（含）所有交易日的收盘价平均值为 6.84 元，即为基准价。

### 4. 系统风险及损失测算情况：

(1) 因山东墨龙公司《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》的发布时间为 2017 年 3 月 21 日收盘后，不会对当日股价产生影响，故以 2017 年 3 月 22 为投资者损失的计算起点。

(2) 采用移动加权平均法计算得出刘根的股票平均买入价为 11.81 元。

(3) 以基准价作为卖出价即为 6.84 元。

(4) 根据刘根的主张，测算刘根投资实际损失采用的投资差额损失的佣金比例为 1‰、投资差额损失的印花税税率为 1‰。

(5) 系统风险因素影响比例为 28%。计算过程如下：

①山东墨龙公司证券股价涨跌幅：2017 年 3 月 21 日山东墨龙公司收盘价为 7.91 元，2017 年 4 月 20 日山东墨龙公司收盘价为 5.60 元，则揭露日至基准日期间对应股价涨跌幅为  $(5.60 - 7.91) \div 7.91 = -29.2\%$ 。

②深证综指涨跌幅：2017 年 3 月 21 日深证综指为 2043.94，2017 年 4 月 20 日深证综指为 1928.78，则揭露日至基准日期间对应深证综指涨跌幅为  $(1928.78 - 2043.94) \div 2043.94 = -5.63\%$ 。

③专用设备涨跌幅：2017 年 3 月 21 日专用设备为 4593.04，2017 年 4 月 20 日专用设备为 4099.33，则揭露日至基准日期间对应专用设备涨跌幅为  $(4099.33 - 4593.04) \div 4593.04 = -10.75\%$ 。

④深证综指和专用设备涨跌幅的算术平均值： $[( -5.63\%) + ( -10.75\%)] \div 2 = -8.19\%$ 。

⑤系统风险对山东墨龙公司证券个股跌幅造成的影响比例： $( -8.19\%) \div ( -29.2\%) = 28\%$ 。

(6) 刘根投资实际损失为剔除系统风险因素后的投资差额损失加上佣金、印花税损失：

剔除系统风险因素后的投资差额损失为  $307800 \text{ 股} \times (11.81 \text{ 元} - 6.84 \text{ 元}) \times (1 - 0.28) = 1101431.52 \text{ 元}$ ；



佣金损失为  $1101431.52 \text{ 元} \times 1\% = 1101.43 \text{ 元}$ ；

印花税损失为  $1101431.52 \text{ 元} \times 1\% = 1101.43 \text{ 元}$ ；

刘根投资实际损失为  $1101431.52 \text{ 元} + 1101.43 \text{ 元} + 1101.43 \text{ 元} = 1103634.38 \text{ 元}$ 。

(7) 关于在平均买入价的计算方法问题。山东墨龙公司主张的先进先出加权平均法，即先以先进先出的原则（先买入的股票也先被卖出），将实施日至揭露日期间买入但被卖出的股票进行剔除，确定可索赔的股票范围，再按照可索赔股票的实际买入价格以加权平均的计算方法计算平均买入价。而证券投资者保护基金公司采用的移动加权平均法是指以投资者新买进的股票数量与在此之前持有的股票数量之和为权数，根据总持仓成本计算买入平均价格。简单说，就是用本次买入股票成本加原来的持仓成本，除以本次买进数量加原有持仓数量，卖出股票时，不影响买入均价。根据对两种计算方法的分析比较可知，移动加权平均法在计算过程中也考虑了“先进先出”问题，两种方法不同之处在于，移动加权平均法下，揭露日前的卖出行为不影响买入均价的计算；而先进先出加权平均法下，揭露日前的卖出行为影响买入均价的计算。但是，因揭露日前卖出的股票未收到虚假陈述披露的影响，当然不属于赔付范围，但投资者从买入股票那一刻起，买入价格就固定了，不会因卖出股票就改变了买入价格，因此，并不意味着计算平均买入价时要将该部分股票剔除。先进先出加权平均法计算平均买入价时将该部分股票剔除，较移动加权平均法略有不妥。因此，采用移动加权平均法计算平均买入价更为科学和合理。

双方当事人对证券投资者保护基金公司第二次复函分别发表了意见。刘根认为：（一）本案不存在系统风险，本案揭露日至基准日期间，无论是大盘还是行业板块，下跌幅度均不超过10%。所有不超过10%的涨跌幅均是资本市场最为普遍的正常波动。（二）对第二次复函中计算的其他数据及计算方法均无异议。山东墨龙公司认为：（一）对第二次复函计算采用的同花顺客户端提取的基础数据没有异议，这与双方当事人主张的数据来源相一致，也与广大普通投资者能公开查询的数据来源渠道相一致。（二）对第二次复函分别按照2017年3月21日、2017年5月15日为揭露日计算的之后连续10个交易日的涨跌幅数据本身没有异议。但是，第二次复函采用揭露日后连续十个交易日的涨跌幅是分别与3月21日、5月15日的收盘价为基数计算出来的。山东墨龙公司认为应分别以3月21日、5月15日之后连续十个交易日相比较前一交易日的涨跌幅数据作为判断本案揭露日的参考依据之一。据此测算的结果为5月15日之后连续十个交易日涨跌幅波动更加明显。除此之外，仅以股价跌幅不能认定本案揭露日为山东墨龙公司公告关于收到中国证监会《立案调查通知书》之日，山东墨龙公司认为应根据《立案调查通知书》公告或《行政处罚事先告知书》公告的具体内容，即哪一个公告内容与中国证监会《行政处罚决定书》最终认定的虚假陈述行为相对应，据此山东墨龙公司认为本案揭露日应为2017年5月16日山东墨龙公司公告《行政处罚事先告知书》之日。另，鉴于山东墨龙公司股票自2017年4月6日起被实施“退市风险警示”特别处理，之后股票交易的日涨跌幅限制为5%，山东墨龙公司认为本案应考虑山东墨龙公司股票被ST之后对股价涨跌幅限制和对本案揭露日认定的影响。（三）如法院认定以山东墨龙公司公告《立案调查通知书》之日为本案揭露日，本案揭露日也应为2017年3月22日，并非3月21日，理由为：（1）参照济南市中级人民法院审理的恒天海龙、鲁北化工及武汉中院审理的三

峡新材等证券虚假陈述案件，均认定虚假陈述行为主体在官方指定披露媒体上公告《关于收到中国证券监督管理委员会立案调查通知书》之日为揭露日，而不是披露文件的作出之日；（2）山东墨龙公司于2017年3月21日下午收盘后收到中国证监会《立案调查通知书》，于晚上作出决议并上传深交所信息披露“直通车”系统，待监管部门审核后发布。经查询中国证监会、深交所指定的媒体巨潮资讯等官网信息披露平台，山东墨龙公司公告之日明确为2017年3月22日；（3）该《公告》明确载明“公司所有信息均以上述媒体刊登的公告为准”，该《公告》的实际公告之日更符合《若干规定》关于“首次公开披露”的要求，其他APP软件等媒体的报道不具有代表性，受众范围小，不符合“首次公开披露”的要求；（4）包括本案原告在内的两百多名投资者也主张以2017年3月22日为本案揭露日。据此，山东墨龙公司认为，即使以山东墨龙公司公告《立案调查通知书》之日为本案揭露日，也应以2017年3月22日为本案揭露日。（四）结合上述第三条意见，山东墨龙公司认为应采用2017年3月22日（揭露日）及2017年4月20日（基准日）山东墨龙公司收盘价、深圳综指及专用设备指数计算本案系统风险，而不应以2017年3月21日为揭露日进行计算。据此，山东墨龙公司计算出的系统风险因素比例为30.35%。（五）刘根及绝大部分投资者主张采用先进先出加权平均法计算平均买入价。山东墨龙公司不同意采用移动加权平均法的理由为：（1）本案采用何种计算方法属于当事人协商的范围，不违反法律的强制性规定，法院不宜过度干预，更不能超出原告的诉讼请求或主张；（2）先进先出加权平均法系以先进先出的原则确定可索赔的证券范围，再按照可索赔证券的实际买入价格以加权平均的方法计算平均买入价，该方法科学简单，易被广大投资者所理解和接受，并为司法实践所广泛采用；（3）济南市中级人民法院审理的恒天海龙虚假陈述案件全部采用先进先出加权平均法，法院认为在计算可索赔股票的平均买入价时，应按照先进先出的原则（即先买入的股票也先被卖出）确定可索赔的股票范围，再按照可索赔股票的实际买入价格以加权平均的计算方法计算平均买入价；（4）双方当事人对移动加权平均法的计算公式和原理均不理解和掌握，该方法也不被普通投资者所接受，不是司法实践中通常采用的计算方法，山东墨龙公司无法对第二次复函中关于移动加权平均计算方法本身发表意见；（5）截至目前，涉及山东墨龙公司虚假陈述责任纠纷案件中的绝大部分投资者采用先进先出加权平均法计算并主张投资损失，如本案强行采用移动加权平均法计算，不仅原、被告之前计算的数据需要推倒重来，重复计算，还会涉及变更诉讼请求、补缴或者退回诉讼费用等复杂问题，工作量非常巨大，徒增诉累。因此，山东墨龙公司认为，先进先出加权平均法更符合《若干规定》的相关规定，并且计算简便，应当作为本案平均买入价的计算方法。

刘根提供的证据材料包括：山东墨龙公司发布的《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》、《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》、《关于公司及相关当事人收到中国证监会〈行政处罚决定书〉的公告》、刘根的证券交易记录资料以及损失计算表。山东墨龙公司未提交其他证据。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年8月6日作出（2017）鲁01民初1006号民事判决：一、山东墨龙公司赔偿刘根投资损失1103634.38元；二、驳回刘根的其他诉讼请求。案件受理费



18596元,由刘根负担5207元,由山东墨龙公司负担13389元。宣判后,山东墨龙公司提出上诉。山东省高级人民法院于2018年11月16日作出(2018)鲁民终1646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:本案的焦点问题是:(一)本案虚假陈述的实施日、揭露日、基准日及基准价的认定;(二)山东墨龙公司的虚假陈述行为与刘根损失之间是否存在因果关系;(三)本案是否存在《若干规定》第十九条第四项中的否定情形,即损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致;(四)刘根投资实际损失的数额,即山东墨龙公司应赔偿的损失数额。

(一)关于本案虚假陈述的实施日、揭露日、基准日及基准价的认定。

1.关于实施日的认定。本案双方当事人均主张虚假陈述实施日为2015年4月25日。法院经审查认为,《若干规定》第二十条第一款规定:“本规定所指的虚假陈述实施日,是指作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日。”《证券法》第六十三条规定:“发行人、上市公司依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。”《上市信息披露管理办法》第五条规定:“信息披露文件主要包括招股说明书、募集说明书、上市公告书、定期报告和临时报告等。”信息披露义务人披露信息应当符合以上法律法规及管理规定的规定。本案中,山东墨龙公司于2015年4月25日发布的一季度报通过虚增收入2411.49万元,多结转成本6.72万元,导致净利润虚增2404.77万元。上述行为是被中国证监会《行政处罚决定书》(〔2017〕87号)认定的山东墨龙公司最早作出的虚假陈述行为,故该行为之日2015年4月25日应认定为本案虚假陈述实施日。

2.关于揭露日的认定。《若干规定》第二十条第二款规定:“虚假陈述揭露日,是指虚假陈述在全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体上,首次被公开揭露之日”。虚假陈述被揭露的意义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。根据《若干规定》对虚假陈述揭露日的定义以及对揭露日设定意义的理解,对于虚假陈述揭露日的认定应从以下四个方面进行分析和判断:一是虚假陈述揭露日应为上市公司虚假陈述行为被首次公开披露之日;二是有关虚假陈述信息的披露应系在全国范围发行或播放的媒体上;三是信息披露必须对证券投资者具有强烈的警示作用;四是上市公司股票因虚假陈述被披露,其个股股价跌幅与大盘和行业板块指数涨跌幅相比为异常,同时对因受到上市公司虚假陈述误导而购买股票的投资者造成重大损失。本案中,首先,山东墨龙公司于2017年3月21日作出的《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》中载明了山东墨龙公司涉嫌违反证券法律法规被中国证监会决定进行立案调查的内容。山东墨龙公司于2017年5月15日作出的《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》及2017年9月25日作出的《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚决定书〉的公告》,均载明了中国证监会对山东墨龙公司作出行政处罚所根据的虚假陈述的事实、理由和依据等内容,与2017年3月21日山东墨龙公司发布的公告内容相印证,证实了2017年3月21日公告所载明的对山东墨龙公司立案调查的事由包括虚假陈述。其次,证券时报·e公司等媒体于2017年3月21日报道了山东

墨龙公司因违反证券法律法规被中国证监会立案调查一事，说明山东墨龙公司虚假陈述首次被公开披露之日即为2017年3月21日。再次，根据证券投资者保护基金公司第二次复函中测算的数据，山东墨龙公司发布上述公告后的第一至第十个交易日，山东墨龙公司股票价格相比2017年3月21日呈现了连续十日的下跌。虽然山东墨龙公司认为第二次复函中计算的揭露日后连续十日的股价涨跌幅采用的与2017年3月21日作比较的方法不合理，主张采用每个交易日的数据与前一日作比较的计算方法。但是，法院认为，因山东墨龙公司于2017年3月21日下午收盘后才收到中国证监会的《调查通知书》，因此该日股价并未受到影响，在计算其后的十个交易日的股价涨跌幅时与该日股价对比，才具参考性，并且以此计算出的结果与山东墨龙公司的股价走势图相吻合，山东墨龙公司股价已构成陡峭波动。由此可知，2017年3月21日公告对投资市场起到了足够的警示作用，足以对因受到山东墨龙公司虚假陈述误导而购买股票的投资者造成重大损失，故该日应认定为本案虚假陈述揭露日。

关于2017年3月22日是否能认定为本案揭露日问题。刘根主张本案虚假陈述揭露日为2017年3月22日，山东墨龙公司也认为如果最终认定山东墨龙公司被中国证监会立案调查公告之日为揭露日，那么也应是2017年3月22日。对此，法院认为，首先，《若干规定》中对虚假陈述被揭露的媒体规定为“全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体”，其中并未将披露媒体限定为上市公司或中国证监会指定的媒体，只要具备“全国范围发行或播放”的条件即可。2017年3月21日，证券时报·e公司等多家在全国范围内公开的媒体均对山东墨龙公司于当日下午收盘后收到中国证监会《调查通知书》事宜进行了报道，同时上述媒体在报道时均冠以同样的事实，即“山东墨龙公司3月21日晚间公告，公司于3月21日下午收盘后收到证监会《调查通知书》，因公司涉嫌违反证券法律法规，……”。对此，山东墨龙公司抗辩上述媒体受众人数较少，不属于“在全国范围内发行或播放的媒体”。法院认为，在资讯技术高度发达的当今社会，通过网络技术发布的消息瞬间可传达至全国各地的受众，上述媒体当然属于“在全国范围内发行或播放的媒体”。其次，山东墨龙公司在其自行发布的2017年5月15日及2017年9月25日公告中，也均明确表明其系于2017年3月21日发布了公司被中国证监会立案调查的公告。综上，应当认定2017年3月21日为本案揭露日。刘根、山东墨龙公司的主张与上述事实不一致，2017年3月22日不能作为本案揭露日。

关于2017年5月16日是否能认定为本案揭露日问题。法院认为，首先，虽然2017年5月16日山东墨龙公司发布的《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》首次认定了山东墨龙公司的虚假陈述行为，但是，如前所述，该公告与2017年3月21日山东墨龙公司发布的公告相印证，证实了2017年3月21日公告所载明的对山东墨龙公司立案调查的事由包括虚假陈述，也说明山东墨龙公司虚假陈述违法行为被首次公开披露之日为2017年3月21日。其次，山东墨龙公司于2017年5月16日发布《关于公司及相关当事人收到中国证券监督管理委员会〈行政处罚事先告知书〉的公告》后，从山东墨龙公司股票于当日至第十个交易日的价格走势看，涨跌幅正常，且前五个交易日与5月16日相比连续上涨，整体尚不构成陡峭波动。正因为2017年3月21日公告已经对投资市场起到了相当程度的警示作用，2017年5月16日公告对投资市场的警示作用已然降低，故该日不应确定为虚假陈述揭露日。另外，山东墨龙公司认为，本案应考虑山东墨龙公司股

票自2017年4月6日起被实施“退市风险警示”特别处理(ST)后对股价涨跌幅的限制和对本案认定揭露日的影响。对此,法院认为,山东墨龙公司被ST后,市场即会作出反应,山东墨龙公司的股票价格下挫,但是自4月6日至5月16日,时隔40天,ST对市场的扭曲效应应该已经被市场所消化,5月16日的股价反映的应该是山东墨龙公司股票的实际价值,故法院对山东墨龙公司的该主张不予采纳。

3. 关于基准日及基准价的认定。《若干规定》第三十三条第一项规定:“投资差额损失计算的基准日,是指虚假陈述行为揭露或更正后,为将投资人应获赔偿限定在虚假陈述所造成的损失范围内,确定损失计算的合理期间而规定的截止日期。基准日按下列情况确定:(一)揭露日或者更正日起,至虚假陈述影响的证券累计成交量达到其可流通部分100%之日。但通过大宗交易协议转让的证券成交量不予计算……。”本案中,虚假陈述揭露日已确定为2017年3月21日,因山东墨龙公司发布《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》的时间在2017年3月21日晚收盘之后,当日股价不会受之影响,故换手率数据的计算以2017年3月22日为起点。自2017年3月22日起至2017年4月20日,山东墨龙公司股票的累计成交量达到其可流通部分的100%,符合上述法律规定的要件,故2017年4月20日应确认为本案的基准日。相应的,根据《若干规定》,基准价为虚假陈述揭露日起至基准日期间每个交易日收盘价的平均价格。根据证券投资者保护基金公司第二次复函测算的数据,2017年3月22日至2017年4月20日的收盘价算术平均值为6.84元,即为基准价。

(二) 山东墨龙公司的虚假陈述行为与刘根损失之间是否存在因果关系。《若干规定》第十八条规定:“投资人具有以下情形的,人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系:(一)投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券;(二)投资人在虚假陈述实施日及以后,至揭露日或者更正日之前买入该证券;(三)投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后,因卖出该证券发生亏损,或者因持续持有该证券而产生亏损。”本案中,刘根在虚假陈述实施日以后至揭露日之前买入了山东墨龙公司股票,在揭露日后继续持有,该情形符合上述规定的三个要件,故应认定山东墨龙公司的虚假陈述与刘根主张的损害结果之间具有因果关系。

(三) 本案是否存在《若干规定》第十九条第四项规定中的否定情形,即损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致。

1. 关于本案是否存在证券市场系统风险因素问题。《若干规定》第十九条第四项规定了被告举证证明原告的损失或者部分损失是由证券市场的系统风险等其他因素所导致的,人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系。本案中,山东墨龙公司主张其公司股价在2017年3月22日至2017年4月20日期间的下跌系由证券市场系统风险因素所致,应在计算刘根实际投资损失中予以剔除。而刘根认为,本案不存在系统风险因素,原因是所有不超过10%的股票涨跌幅均是投资市场最为普遍的正常波动。对此,法院认为,系统风险因素是指对证券市场产生普遍影响的风险因素,对证券市场所有的股票价格产生影响,且这种影响不为个别企业或行业所能控制,是整个市场或者市场某个领域的所有参与者所共同面临的,投资人亦无法通过分散投资加以消除,因而投资者发生的该部分损失不应由虚假陈述行为人承担。通常而言,系统风险主要有以下几种不同的形式:通货膨胀风险、利率风险、

汇率风险、宏观经济风险、社会政治风险、市场风险等。由于证券市场的复杂性，相关政治、经济变动等诱因对证券市场是否存在及其影响大小的衡量和认定存在一定的困难。因此，司法实践中，通常认为以大盘、行业板块等指数的波动情况作为判断系统风险因素是否存在以及影响大小的参考依据。如果在揭露日至基准日期间，大盘、行业板块等指数存在大幅波动情形的，应认定股价的下跌系全部或部分因系统风险所致，与虚假陈述之间不存在因果关系。具体到本案，自揭露日2017年3月21日至基准日2017年4月20日，深证综指下跌了5.63%，专用设备行业板块指数下跌了10.75%，山东墨龙公司股价下跌了29.2%。以上数据可以看出，山东墨龙公司股票的价格呈陡式下跌走势，系明显的价格异动，而此期间的大盘及行业板块总体也均呈大幅下跌走势，山东墨龙公司股票的下跌幅度与大盘和行业板块的下跌幅度相一致，应认定山东墨龙公司股票的下跌幅度受到了证券市场系统风险因素的影响，故法院对山东墨龙公司要求剔除系统风险因素的主张予以采纳。

2. 关于本案是否存在因山东墨龙公司自身经营情况等导致的其他非系统风险因素问题。山东墨龙公司主张本案存在因公司自身经营情况等其他非系统风险因素，上述因素属于《若干规定》中的“其他因素”。对此，首先，《若干规定》中未明确“其他因素”的具体指向。其次，要由山东墨龙公司举证证明造成其他非系统风险因素的事由存在。再次，应当证明该事由对股票市场产生了重大影响，引起股票价格大幅涨跌。因山东墨龙公司并未提交证据证明其所主张的其他非系统风险因素的存在，故法院对山东墨龙公司要求剔除其他非系统风险因素的主张不予采纳。

综合上述分析，刘根投资股票的损失与山东墨龙公司的虚假陈述行为存在一定的因果关系，但应同时考量专用设备板块和深证综指对山东墨龙公司股票的影响，将上述证券市场系统风险因素剔除。根据证券投资者保护基金公司第二次复函测算的数据，本案应剔除的系统风险影响比例为28%。

（四）关于山东墨龙公司应赔偿给刘根的投资实际损失数额问题。

《若干规定》第三十条规定：“虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。投资人实际损失包括：（一）投资差额损失；（二）投资差额损失部分的佣金和印花税。前款所涉资金利息，自买入至卖出证券日或者基准日，按银行同期活期存款利率计算。”本案中，刘根明确其主张的经济损失包括投资差额损失、印花税及佣金，未超出上述法律规定的范围，法院予以确认。同时，因刘根所主张的佣金比例及印花税税率各按投资差额损失的1‰的标准计算，该标准未超出当前证券市场通常佣金比例和印花税税率，具有合理性，法院亦予以确认。

《若干规定》第十八条规定：“投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；（二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；（三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。”第三十二条规定：“投资人在基准日之后卖出或者仍持有证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与虚假陈述揭露日或者更正日起至基准日期间，每个交易日收盘价的平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。”根据上述规定，本案投资者刘根实际损失的计算公式应为：



投资者实际损失=投资差额损失〔持仓数量×(平均买入价-卖出价格或基准价)×(1-系统风险影响比例)〕+佣金损失(投资差额损失×佣金比例)+印花税损失(投资差额损失×印花税税率)。双方当事人对上述计算公式亦均无异议,法院予以确认。但是,对上述公式中平均买入价的计算应采用移动加权平均法还是采用先进先出加权法,山东墨龙公司持有异议。法院认为,证券投资者保护基金公司第二次复函已经对采用移动加权平均法计算的合理性和科学性作出了详细分析,法院予以采纳。根据证券投资者保护基金公司第二次复函测算的数据,刘根的股票平均买入价为11.81元,与双方当事人主张的数额一致,法院予以确认。

根据上述投资者实际损失的计算公式及证券投资者保护基金公司的测算,山东墨龙公司应赔偿刘根的投资实际损失金额为1103634.38元。

编写人:济南市中级人民法院民二庭 李志忠



# 票据利益返还请求权的诉讼时效应适用民法中 关于民事权利诉讼时效的规定确定

——大连宏马模具有限公司诉中国民生银行股份有限公司  
济南明湖支行票据利益返还请求权纠纷案

**关键词** 票据权利时效 票据利益返还请求权诉讼时效

## 【案例要旨】

票据利益返还请求权系《中华人民共和国票据法》规定的非票据权利，属于民事权利的一种，在《中华人民共和国票据法》对其诉讼时效没有规定的情况下，应适用民法中关于民事权利诉讼时效的规定。

当事人在2017年10月1日之后主张权利的，应考察在《中华人民共和国民法总则》施行前即2017年10月1日前，《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条规定的两年诉讼时效期间是否已经届满。

## 【相关法条】

《中华人民共和国票据法》第十七条：“票据权利在下列期限内不行使而消灭：（一）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起二年。见票即付的汇票、本票，自出票日起二年；（二）持票人对支票出票人的权利，自出票日起六个月；（三）持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月；（四）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。”第十八条：“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。”

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁0102民初3320号（2018年8月10日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01民终94号（2019年1月24日）

## 【基本案情】

原告大连宏马模具有限公司（以下简称宏马公司）诉称：2009年12月10日，烟台首钢东星集团有限公司委托中国民生银行股份有限公司济南明湖支行（原中国民生银行济南泉城路支行，以下简称民生银行）签发GA0101295511号银行承兑汇票一张，出票金额1万元，收款人为烟台首钢东星宏达经贸有限公司，汇票到期日2010年6月10日，付款银行为民生银行。该汇票经过了三次背书，被背书人依次为烟台首钢东星集团有限公司精密机械分公司、大连伯新特钢制品有限公司、宏马公司。2018年3月，宏马公司向民生银行托收，民生银行以付款请求已经超过规定期限、票据权利丧失为由拒绝承兑。请求判令民生银行支付宏马公司银行承兑汇票本金1万元。

被告民生银行辩称：宏马公司所持票据的到期日为2010年6月10日，根据法律规定，应于2012年6月10日前提出承兑请求，宏马公司于2018年才主张，已丧失票据权利。即使

宏马公司在丧失票据权利后享有票据记载利益的返还请求权，但自2012年6月10日丧失票据权利时起算，应于2014年6月9日前主张相应权利，现本案已超过诉讼时效，应驳回宏马公司的诉讼请求。

法院经审理查明：2009年12月10日，烟台首钢东星集团有限公司作为出票人出具银行承兑汇票一张，票据金额为1万元整，汇票到期日为2010年6月10日，收款人为烟台首钢东星宏达经贸有限公司，付款行为民生银行（原中国民生银行济南泉城路支行）。票据背书人分别是烟台首钢东星集团有限公司精密机械分公司、大连伯新特钢制品有限公司、宏马公司。宏马公司于2018年3月7日向民生银行提示付款，民生银行于2018年3月14日作出《拒绝付款理由书》，以票据超期为由，不予承付。

宏马公司的证据材料包括：（1）银行承兑汇票；（2）托收凭证；（3）托收承付结算拒付理由书；（4）民生银行变更名称证明。民生银行未提交证据。民生银行对宏马公司提交的证据真实性均无异议。法院对宏马公司提交证据的真实性予以确认。

#### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2018年8月10日作出（2018）鲁0102民初3320号民事判决：驳回宏马公司的诉讼请求。宣判后，宏马公司提出上诉。济南市中级人民法院于2019年1月24日作出（2019）鲁01民终94号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：宏马公司在本案中所主张的系票据利益返还请求权。票据利益返还请求权系《中华人民共和国票据法》规定的非票据权利，属于民事权利的一种，在《中华人民共和国票据法》对其诉讼时效没有规定的情况下，应适用民法中关于民事权利诉讼时效的规定。鉴于宏马公司系于2018年3月7日向民生银行提示付款，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉诉讼时效制度若干问题的解释》第三条规定，应考察在《中华人民共和国民法总则》施行前即2017年10月1日前，《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条规定的两年诉讼时效期间是否已经届满。票据系文义性、设权性证券，故票据权利的行使应依据票据的记载和《中华人民共和国票据法》的规定。本案银行承兑汇票明确载明到期日为2010年6月10日，依照《中华人民共和国票据法》第十七条、第十八条之规定，该银行承兑汇票的票据权利时效为自2010年6月10日起两年，即至2012年6月10日。票据利益返还请求权诉讼时效为自2012年6月11日起两年，即至2014年6月10日。故在2017年10月1日前，本案的票据利益返还请求权诉讼时效期间已经届满，宏马公司在2018年3月7日向民生银行请求承兑，已经超过票据利益返还请求权诉讼时效期间。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 孙 潇

# 公司为实际控制人担保相对人未尽 形式审查义务的不予保护

——山东省再担保集团股份有限公司诉临沭县经济开发投资公司、  
山东大启机械有限公司、张义华、刘桂华追偿权纠纷案

**关键词** 实际控制人 担保 追偿

## 【案例要旨】

《公司法》第十六条第二款规定：公司为股东或实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议；第三款规定：前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。这是法律作出的强制性要求，未经股东会决议，公司不得为股东或实际控制人提供担保。这实际上是在公司担保事项上，对法定代表人的代表权进行法定限制。其立法目的在于，以股东会的资本民主，来体现公司治理的集体决定功能，意在根本遏制公司决定的独裁，扭转肆意担保的混乱局面。其明文的公示宣告效力，产生相对人的形式审查义务。未履行形式审查义务的，不属于善意相对人，法律不予保护。

## 【相关法条】

《中华人民共和国公司法》第十六条、《中华人民共和国合同法》第五十条。

## 【案件索引】

济南市中级人民法院（2018）鲁01民初244号（2018年7月23日）

## 【基本案情】

原告山东省再担保集团股份有限公司（以下简称再担保公司）诉称：1. 请求依法判令临沭县经济开发投资公司（以下简称临沭开发公司）、山东大启机械有限公司（以下简称大启公司）、张义华、刘桂华四被告连带清偿原告再担保公司代山东常林机械集团股份有限公司（以下简称常林集团）代偿的款项共计104895361.11元；2. 请求依法判令四被告连带清偿代偿款的违约金10489536.11元，及计算至实际清偿之日止的代偿款的利息（以代偿金额每日万分之五计算，暂计至2018年1月7日为2427000.73元）；3. 请求依法判令四被告连带清偿常林集团应支付给再担保公司的担保费2000000元；以上1—3项暂计金额为：119811897.95元。4. 诉讼费用以及再担保公司为实现债权而发生的全部费用由各被告承担。事实与理由：2014年11月，东北证券股份有限公司（以下简称东北证券）接受齐鲁银行股份有限公司（以下简称齐鲁银行）的委托，成立东北证券明珠28号定向资金管理计划，并签署了编号为（DX）东北证券—齐鲁银行—合同2014第28号的定向资金管理计划资产管理合同，约定齐鲁银行委托东北证券为管理人，通过托管人宁波银行股份有限公司（以下简称宁波银行）发放委托贷款壹亿元人民币。2014年11月6日，东北证券向宁波银行南京分行申请向常林集团发放人民币壹亿元的委托贷款，并与常林集团签署了编号为07201WJ20148036的《委托贷款业务委托书》。2014年11月12日，东北证券依照（DX）东北证券—齐鲁银行—合同2014第28号合同的约定，与宁波银行南京分行、常林集团，三方共同签订了编号为07201WJ20148036

的《委托贷款合同》，合同约定由东北证券委托宁波银行南京分行向借款人即常林集团发放贷款人民币壹亿元，用于补充流动资金，期限为24个月，自2014年11月18日至2016年11月17日止。常林集团委托原告为其上述借款提供担保，并于2014年11月12日与原告签订编号为2DBWB-2014-055的《委托担保合同》，合同约定由原告为常林集团上述壹亿元借款提供连带保证责任。如常林集团未履行主合同义务导致原告代偿的，原告履行保证责任后，有权向常林集团追偿；所代偿的全部款项、按代偿金额的10%计算的违约金、自原告代偿之日起至偿还全部代偿金额之日止按照代偿金额的万分之五每日计算的代偿款利息、原告为实现债权而发生的全部费用、因常林集团给原告造成损失而应赔偿给原告的其他款项。同时，合同约定由四被告提供连带保证反担保。四被告向原告出具了《不可撤销的反担保函》。基于《委托担保合同》的约定，原告向齐鲁银行出具了《不可撤销担保书》，约定由原告为东北证券明珠28号定向资产管理计划委托贷款业务借款人即常林集团在编号为07201WJ20148036号的《委托贷款合同》项下的全部债务承担连带保证责任。2016年2月，东北证券及东证融汇证券资产管理有限公司（以下简称东证融汇证券）共同出具《关于定向资产管理计划变更的说明》，将东北证券明珠28号定向资产管理计划的管理人变更为东证融汇证券。借款到期后，因常林集团未按约定还本付息，导致原告陆续为其代偿且至今未归还代偿款。

被告临沐开发公司辩称，1. 本案应当裁定中止审理。再担保公司已就其代常林集团偿还的全部款项向常林集团及其关联公司管理人申报了债权，且其申报的债权业经管理人认定。根据最高法院司法解释，再担保公司既然已经申报了债权，就应当在债务人破产重整程序结束后，确定受偿比例并获得清偿后，才能就未受清偿部分向保证人主张权利。鉴于常林集团及其关联公司破产重整程序尚未结束，目前无法确定原告受偿比例，本案应中止审理。如果本案不中止审理，判决被告承担责任，则原告仍有在常林集团破产重整一案中获得部分清偿的可能。2. 根据担保法规定，人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。如果债权人申报了债权，则保证人无法参加破产财产分配，无法预先行使追偿权。原告已经在破产重整一案中申报了债权，致使被告失去了预先行使追偿权的权利。3. 我公司对外担保未经公司董事会决议通过，违反了法律的强制性规定，担保无效。

被告大启公司辩称，1. 整个反担保是无对价的担保，不符合最基本的商业逻辑。原山东常林农业装备股份有限公司（以下简称常林农装公司，现已变更名称为：大启公司）为常林集团提供的所谓反担保行为，对常林农装公司自身和其绝对控股股东山东常林道依茨法尔机械有限公司（以下简称常林道依公司）都无任何益处，反而可能因此给自己带来灭顶之灾，从任何最基本的、正常的商业逻辑考虑，常林农装公司都不可能出于自己的真实意思做出这种行为。2. 《委托担保合同》、《委托贷款合同》、《不可撤销担保书》和《不可撤销反担保函》均是同日签订的做法，本身就不可能完成法律规定的法定程序。2014年11月12日再担保公司与常林集团签订的《委托担保合同》第五条规定：关联企业常林农装公司提供反担保，同日常林农装公司出具《不可撤销反担保函》，同日再担保公司向齐鲁银行出具《不可撤销担保书》，同日宁波银行南京分行同常林集团签订了《委托贷款合同》，这种同日签订众多合同的做法，其本身就不可能完成公司法规定的对股东和实际控制人担保，必须出具股东大会决议的法定程序。因为《公司法》第102条规定股份有限公司召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召

开十五日前通知各股东。3. 原告知道且应当知道《不可撤销的反担保函》违反公司法 16 条第 2 款必须取得股东大会决议的规定。原告是专业担保金融机构，并且是新三板挂牌公司，其应当知道公司法第 16 条第 2 款要求，公司对自身股东和实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议同意。原告不是不知道需要股东会决议，而是明知需要股东会决议，刻意规避法律。作为再担保行业龙头企业，如果支持这种行为，将会使公司法 16 条第 2 款无法执行，并且，为侵害其他股东利益开辟通道。2014 年 10 月原告在全国中小股份转让系统挂牌的公开文件中第 2 页写到：作为山东省融资性担保行业最具实力的省属国有大型企业，担任中国融资担保行业协会理事单位、山东省担保行业协会和山东省融资担保企业协会会长单位。如果公司未能完全遵守这些法律、法规和政策，可能导致公司受到处罚或业务受到限制，从而对公司业务造成不利影响。反担保人常林农装公司在工商登记记录里面有 11 处可以显示其股东是常林道依公司，对其持股 99.98%。在有法律却没有遵守情况下，在没有取得其绝对控股股东常林道依公司和股东大会同意的决议的情况下，再担保公司不得以自己善意来主张权利。2014 年 11 月 12 日的《不可撤销的反担保函》由于缺乏生效条件，是无效的。4. 原告知道且应当知道《不可撤销的反担保函》违反公司法第 149 条的规定。常林农装公司当时的法定代表人张东，在公司绝对控股股东和股东大会均不知情的情况下，私自对外签字为自身家族企业即常林集团签署反担保函的行为，违反了《公司法》149 条的规定，且也违背了该公司《章程》6 处规定。《公司法》第 149 条规定，公司董事、高级管理人员不得有下列行为：……（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保。5. 如果债权人知道或应当知道，担保人对债权人损失承担连带责任，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四条：董事、经理违反《中华人民共和国公司法》规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。再担保公司是专业的担保机构，其知道且应当知道《公司法》法律的规定、公司章程的规定情况，其没有尽到基本法定义务的时候，反担保人不承担连带责任。6. 2016 年 11 月的《不可撤销的反担保函》是后期填上的，不是我们的真实意思表示。我们看到，2016 年 11 月的《不可撤销反担保函》在长达一年多的诉讼期间都没有出现在证据里面，而是在 2018 年 4 月 17 日，历下区法院开庭当时，由原告提交。而且整个函件第一页并没有骑缝章，第一页函件与 2014 年 11 月的《不可撤销反担保函》不一样的地方都为手填，最后法定代表人或授权代理人签字都是张东（虽然 2016 年 11 月张东已经不是法定代表人）。但是，张东两个字的签字惊人一致。经询问张东本人，张东本人说：2016 年 11 月的张东签字字迹是他的，但是其 2016 年并没有签过这份反担保函。我们推断 2016 年关于贷款展期的反担保函为伪造，原告借用了 2014 年的《不可撤销反担保函》最后签字页，并将时间修改为 2016，同时修改了合同第一页，做了一份假担保函。且 2014 和 2016 两份反担保函上，两个公司印章用墨过分均匀，不像是盖的章，与真实盖章的差异很大，很像是电脑打印出的印章。我方认为原告涉及提供虚假民事诉讼证据，要求法院鉴定 2016 年 11 月《不可撤销反担保函》的公章形成时间、公章真伪，并要求比对 2014 年 11 月与 2016 年 11 月《不可撤销反担保函》的签字形成时间和公章形成时间是否一致。7. 2014 年 11 月、2016 年 11 月的《关于同意提供反担保的董事会决议》不是公司法规定 16 条第 2 款规定的法律文件，且董事会决议签字完全一致，存在作假，反面说明了再担保公司的主观恶意。



首先，董事会决议不是法律规定的担保条件。也不是公司章程规定的担保条件。具备董事会决议恰恰说明原告对担保的该生效条件是知悉的。由于拿不到股东会决议而刻意做了董事会决议。我们看到两份董事会决议的董事签字栏、决议空白处填写人的笔迹都完全一样，尤其是董事签名，在两年后的签字笔画上、位置上完全一致，这肯定不可能是相隔两年形成的东西。而且2014年11月的董事与2016年11月的董事都变化了，上面签字的董事并不是公司当时的董事，两个公司印章用墨过分均匀，不像是盖的章，很像是电脑打印出的印章。我们认为：有可能公司印章是假的，签名也是假的，两份董事会决议形成于同一时间，原告存在证据作假行为。8. 我方认为《反担保函》是格式合同，其第4条第7款应当认定为无效，《反担保函》第4条第7款载明：贵司、债权人、债务人之间合同变更，除非主合同本金增加的，无须征得反担保人的同意，反担保人承诺均认可相关变更。《合同法》第40条规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。根据《担保法》司法解释第30条的规定，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率、履行期限等内容作了变动，是应当经过担保人书面同意的，否则对担保人不生效力。《反担保函》第4条第7款规定明显违反了《合同法》和《担保法司法解释》的规定，故该条款无效。9. 2014年11月《不可撤销反担保函》指向仅为尾号8036号《委托贷款合同》，而该合同已经不履行，责任由东证融汇证券承担。2014000版《委托贷款延期偿还协议书》与尾号8036号《委托贷款合同》不是同一个合同：（1）《委托贷款延期偿还协议书》上用的是“原合同编号”、“原合同金额”、“原还款日期”、“原借款日期”，其对应的是新合同；（2）合同主体不一样，由东证融汇证券与债务人常林集团签订，银行并没有参与，而是绕过银行直接签订债权债务关系。依照《最高人民法院关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（法复〔1996〕6号）在履行委托贷款协议过程中，由于借款人不按期归还贷款而发生纠纷的，贷款人（受托人）可以借款合同纠纷为由向人民法院提起诉讼；贷款人坚持不起诉的，委托人可以委托贷款协议的受托人为被告、以借款人为第三人向人民法院提起诉讼。依照此司法解释，东证融汇证券（委托方）不能跨过宁波银行直接起诉（借款人）常林集团。而2014000版《委托贷款延期偿还协议书》却给予其这个权利，直接与借款人产生了新的权利义务，这是一个新的法律关系。（3）东证融汇证券（委托方）和（借款人）常林集团在达成《委托贷款延期偿还协议书》后，向宁波银行申请委托贷款展期书第三段中注明：东证融汇证券自愿承担借款人不能按时足额偿付上述全部委托贷款本息的风险和责任。委托贷款展期产生的一切问题，风险和后果都与贵行无关。这已经是新的权利义务，不是贷款合同的内容。（4）这不是债权转让。债权转让应由银行向借款人发通知，通知转让债权给东北证券。这是新合同，不是原贷款合同的补充协议。我们认为，委托贷款协议、委托贷款合同是银监会管理的银行与当事人之间的贷款合同，其法律性质是金融机构贷款协议，而延期还款协议是委托人与借款人达成的还款协议书，类似于企业与企业之间的借款，是全新的合同。而我们不可撤销反担保函指向非常明确，其指向尾号8036号委托贷款合同，而这个合同目前已经不履行，且责任是由东证融汇证券承担。

被告张义华、刘桂华未作答辩。

经审理查明认定，2014年，齐鲁银行（委托人）、东北证券（管理人）、宁波银行（托管人）签署编号为（DX）东北证券—齐鲁银行—合同2014第28号的东北证券明珠28号定向资产管理计划资产管理合同。2014年11月6日，东北证券与常林集团签署了编号为

07201WJ20148036 的《委托贷款业务委托书》，约定：东北证券向宁波银行南京分行申请向常林集团发放人民币壹亿元的委托贷款，贷款期限为 2014 年 11 月至 2016 年 11 月，贷款利率为年 10%，贷款用途为补充流动资金。2014 年 11 月 12 日，东北证券（委托人）、宁波银行（贷款人）、常林集团（借款人）签订编号为 07201WJ20148036 的《委托贷款合同》，约定委托人交付的委托贷款资金来自于所管理的“东北证券明珠 28 号定向资产管理计划”，委托人为了有效地运用资金，委托贷款人向借款人发放委托贷款。其中第二条规定：借款用途为补充流动资金，借款金额为人民币壹亿元，提款日为 2014 年 11 月 18 日止，到期日为 2016 年 11 月 17 日止，贷款利率为年 10%。2.7 款约定，利息支付分两部分，第一部分 9.5%按季支付，支付时间为每季末月的 21 日，且贷款到期，利随本清。每次支付金额=委托贷款本金×9.5%×当季实际存续天数/360；第二部分 0.5%于本合同项下贷款发放后 3 个工作日内一次性支付，一次性支付金额=100000000×0.5%×贷款期限/360。贷款人从借款人账户中扣收利息，账户为：常林集团在宁波银行南京分行的 72010122001081086。并将所扣收利息划转至委托人开立的托管账户，账户为：东北证券明珠 28 号定向资产管理计划在宁波银行南京分行的 72010122001079240。2.8 款约定：还款账户为常林集团在宁波银行南京分行的账号 72010122001081086。其中第三条 3.3 款约定：借款人如要求贷款展期的，应当在贷款到期 15 日之前取得委托人同意，并签订相关协议后，本合同项下贷款才相应展期。其中第五条约定：本合同项下债务若有担保，担保合同由委托人与担保人另行签订。

2014 年 11 月 12 日，再担保公司（甲方，主合同保证人）与常林集团（乙方，主合同债务人）签订编号为 2DBWB-2014-055 的《委托担保合同》，该合同约定：鉴于乙方因经营需要，已经或拟与宁波银行南京分行（债权人）签署《委托贷款合同》。甲方根据乙方的申请及所提供的资料，同意为乙方向债权人提供担保。主合同是编号为 07201WJ20148036 的《委托贷款合同》，债务为人民币壹亿元，期限为 24 个月，自 2014 年 11 月至 2016 年 11 月；甲方担保的范围、保证期间及保证方式具体以甲方与债权人之间签订的相关保证合同或相关法律文书约定为准；乙方按壹亿元的 2%年费率向甲方一次性支付担保费，乙方需甲方担保的债务期限为两年，乙方应向甲方支付担保费肆佰万元；债权人与乙方协商对主合同项下债务或其他履约义务进行展期，甲方同意继续提供担保的，就收费及其他相关问题，双方另行签订委托担保合同。第五条约定：乙方愿以以下方式为甲方的担保责任提供反担保，临沭开发公司提供连带保证反担保，关联企业力士德工程机械股份有限公司、山东常林农业装备股份有限公司、山东中川液压有限公司、山东华垦化肥进出口有限公司、山东常林铸业有限公司提供连带保证反担保，申保人法定代表人张义华及配偶刘桂华提供个人财产连带保证反担保。第六条约定：乙方违反主合同约定的所有义务和责任的，应按甲方代偿金额的 10%向甲方支付违约金；并自甲方代偿之日起至乙方偿还甲方全部代偿金额之日止，按照代偿金额的万分之五计算，向甲方支付代偿款利息。乙方未履行本合同其他约定的，甲方有权要求乙方按担保金额的 5%向甲方支付违约金。乙方因违约给甲方造成经济损失，且约定的违约金不足以赔偿的，乙方应赔偿甲方全部损失。其中第七条约定：如乙方未履行主合同义务导致甲方代偿的，甲方代乙方向债权人履行保证责任后，有权向乙方立即追偿甲方代乙方偿付的全部款项、本合同约定的违约金及代偿款利息，甲方为实现债权而发生的全部费用（包括但不限于交通费、住宿费、查询资料费、调查取证费、公证费、律师费、财产保全费等），因乙方给甲方造成损失，而应赔偿给甲方的其他款项。第八条约定：甲乙双方因履行本合同发生争议协

商不成的，在甲方所在地人民法院诉讼。

2014年11月12日，临沭开发公司、常林农装公司、张义华、刘桂华分别向再担保公司出具了《不可撤销的反担保函》，承诺反担保范围为再担保公司代债务人向债权人偿付的全部代偿款，及债务人与再担保公司签订的《委托担保合同》中约定的债务人应承担的违约金、代偿款应计利息及其他费用，再担保公司为实现债权而发生的全部费用。反担保人的反担保保证方式为连带责任保证。反担保保证期间为再担保公司承担保证责任代债务人偿还债务之日起两年。其中临沭开发公司、常林农装公司提交《不可撤销的反担保函》第四条第一款约定：本函是独立的、持续有效、不可撤销和无条件的，不受主合同、保证合同、委托担保合同效力的影响，不受债务人与任何单位签订的任何协议、文件的影响，也不因债务人的欺诈、重组、停业、解散、清算、破产等任何变化而变化。第三款约定：反担保人若发生合并、分立、对外合资、重组、变更公司名称、经营范围、注册资金、住所、法定代表人等事项，应于变更后三日内书面通知再担保公司，并附材料。第六款约定：反担保人具备担当保证人的合法资格并履行了相应的内部审批程序，即我司作出本承诺已经股东会（或董事会、股东）决议通过，不受反担保人股东会（或董事会、股东）成员变化影响。如我司有违背本陈述与保证的情形给再担保公司造成损失的，我司应全额赔偿。第七款约定：再担保公司、债务人、债权人之间合同变更，除非主合同本金增加的，无须征得反担保人的同意，反担保人承诺均认可相关变更。张义华、刘桂华提交的《不可撤销的反担保函》第一款约定：本函是独立的、持续有效、不可撤销和无条件的，不受主合同、保证合同、委托担保合同效力的影响，不受债务人与任何单位签订的任何协议、文件的影响，也不因债务人的欺诈、重组、停业、解散、清算、破产等任何变化而变化。第二款约定：本函出具后，再担保公司、债务人、债权人之间合同变更，除非主合同本金增加的，无须征得反担保人的同意，反担保人承诺均认可相关变更。临沭开发公司、常林农装公司分别向再担保公司出具《关于同意提供反担保的总经理办公会会议纪要》、《关于同意提供反担保的董事会决议》。

2014年11月12日，再担保公司向齐鲁银行出具《不可撤销担保书》。约定由再担保公司为东北证券明珠28号定向资产管理计划委托贷款业务借款人即常林集团在编号为07201WJ20148036号的《委托贷款合同》项下的全部债务承担连带保证责任。

2016年2月22日起，东北证券管理的所有定向资产管理计划管理人变更为东证融汇证券。

2016年11月15日，齐鲁银行出具《投资指令》。后东证融汇证券与常林集团签订《委托贷款延期偿还协议书》。东证融汇证券与常林集团向宁波银行南京分行出具《委托贷款展期申请书》。《委托贷款展期申请书》记载：“借款人常林集团不能按时足额向委托人东证融汇证券偿付全部委托贷款本息，借款人常林集团向委托人东证融汇证券申请延期偿还该笔贷款并已获委托人东证融汇证券同意……。东证融汇证券自愿承担借款人常林集团不能按时足额偿付上述全部委托贷款本息的风险和责任……”。《委托贷款合同》期限届满时，东证融汇证券按照齐鲁银行的指令，对常林集团的贷款进行展期，双方通过签订展期相关申请及协议，将原贷款合同期限延长至2017年10月17日，延期利率为年息8.17%。

2016年11月，临沭开发公司、张义华、刘桂华分别向原告出具《不可撤销的反担保函》。同意对常林集团展期期间的贷款提供连带责任保证。临沭开发公司向再担保公司出具《关于同意提供反担保的总经理办公会会议纪要》。

2016年11月17日，再担保公司向齐鲁银行出具《担保函》，针对常林集团的贷款展期，再担保公司同意继续在展期期间内为常林集团的贷款提供担保。

2017年11月28日，齐鲁银行、东证融汇证券共同向再担保公司出具《追偿函》，载明：借款人常林集团于2017年7月24日进入破产程序，已无法到期偿付案涉的委托贷款本息，再担保公司有义务依据出具的担保文件代偿案涉《委托贷款合同》及《委托贷款延期偿还协议书》项下贷款本息。1. 东证融汇证券（代资管计划）已确认收到再担保公司代偿利息11159722.23元，并已由齐鲁银行提取；齐鲁银行确认通过资管计划间接收到再担保公司代偿利息11159722.23元，直接收到再担保公司代偿利息733333.33元；双方收到再担保公司已代偿利息共计11893055.56元；2. 齐鲁银行确认并指令东证融汇证券（代资管计划）确认仅剩本金1亿元和尚未偿还利息117583.34元需再担保公司代偿，请再担保公司将代偿资金共计人民币100117583.34元，划转至以下账户，齐鲁银行、东证融汇证券即视为再担保公司已代常林集团偿还了全部借款本金、利息及各项费用。户名：未在本行开户待划转 账号：72010124301000003 开户行：宁波银行南京分行营业部 备注：替常林集团偿还本金及尚未偿还利息。

2017年12月13日，齐鲁银行、东证融汇证券向再担保公司出具《解除保证责任通知书》，载明：因借款人常林集团未能按要求履行案涉委托贷款还款义务，再担保公司已代借款人常林集团偿还本金及利息112010638.9元，特通知再担保公司保证责任解除。

2017年4月13日，山东常林农业装备股份有限公司更名为山东大启机械有限公司。

再担保公司已就其代偿的部分利息共计7115277.79元及该部分利息至实际清偿之日止的损失，在济南市历下区人民法院向本案四被告提起诉讼。本案再担保公司主张的代偿款已扣除其在历下区法院主张的数额。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年7月23日作出（2018）鲁01民初244号民事判决：一、被告临沭县经济开发投资公司、被告张义华、被告刘桂华于本判决生效之日起十日内向原告山东省再担保集团股份有限公司连带清偿104895361.11元；二、被告临沭县经济开发投资公司、被告张义华、被告刘桂华于本判决生效之日起十日内向原告山东省再担保集团股份有限公司连带清偿违约金10489536.11元及代偿款利息（利息按照代偿款104895361.11元为基数，按照每日万分之五计算，计算至2018年1月7日为2427000.73元；嗣后至实际清偿之日止，以代偿款104895361.11元为基数，按照日万分之五的标准计算。违约金及代偿款利息总额不超出以代偿款104895361.11元为基数，以年息24%为标准计算出的数额）；三、被告临沭县经济开发投资公司、被告张义华、被告刘桂华于本判决生效之日起十日内向原告山东省再担保集团股份有限公司连带清偿担保费2000000元。四、驳回原告山东省再担保集团股份有限公司其他诉讼请求。案件受理费640860元，由被告临沭县经济开发投资公司、被告张义华、被告刘桂华共同负担。

宣判后，各方当事人均未提出上诉。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议焦点为：一、本案应否中止审理；二、临沭开发公司与大启公司应否承担连带清偿责任。三、再担保公司主张的违约金及利息应予以调整。

关于焦点问题一，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》



第四十四条第一款规定，保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。因此，再担保公司有权向案涉贷款保证人追偿其担保的款项，本案不应中止审理。

关于焦点问题二，临沭开发公司分别于2014年11月12日和2016年11月，向再担保公司出具了《不可撤销反担保函》及《关于同意提供反担保的总经理办公会会议纪要》，上述文件对临沭开发公司的担保责任有明确约定。临沭开发公司辩称该《不可撤销反担保函》未经公司董事会决议应属无效。经查，临沭开发公司系全民所有制企业，并非《公司法》调整的有限责任公司或股份有限公司，临沭开发公司亦未提交其对外承担担保责任应经董事会决议的公司章程或法律依据，本院对其辩称不予采纳。临沭开发公司应对案涉债务承担连带清偿责任。

关于大启公司应否承担连带清偿责任问题。首先，常林集团与常林农装公司的关系，对此，大启公司主张常林集团是常林农装公司实际控制人；再担保公司则主张常林集团不是常林农装公司实际控制人，本案不存在为股东或实际控制人提供担保的情况。经查，常林集团原持有常林农装公司99.98%股份，2014年4月15日常林集团与赛迈道依茨法尔意大利股份有限公司签订合资合同，常林集团以其持有的常林农装公司99.98%股份作价3.22亿元，作为对合资公司常林道依公司的出资，常林集团对合资公司持股50%。目前，常林农装公司股东为：常林道依公司，持股99.98%；赛迈道依茨贸易（大连）有限公司，持股0.01%；山东常林投资有限公司（系常林集团关联公司，与常林集团法定代表人同为张义华），持股0.01%。《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定：“……（二）控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。（三）实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系”。《中华人民共和国民法总则》第二百零五条规定：“民法所称的‘以上’‘以下’‘以内’‘届满’，包括本数；所称的‘不满’‘超过’‘以外’，不包括本数”。据此，常林集团出资额占常林道依公司资本总额50%，并持有50%股份，是常林道依公司的控股股东；常林道依公司持有常林农装公司99.98%的股份；山东常林投资有限公司是常林集团关联公司，持有常林农装公司0.01%股份。另，常林农装公司2014年出具《不可撤销反担保函》时的法定代表人张东系常林集团法定代表人张义华之子。综上，常林集团通过投资关系、关联公司以及与常林农装公司高管之间的特殊关系，能够实际支配常林农装公司的行为。常林农装公司于2014年出具《不可撤销反担保函》时，常林集团是常林农装公司的实际控制人。

其次，常林农装公司出具的《不可撤销反担保函》的效力。《中华人民共和国公司法》第十六条第二款、第三款规定：“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决”。公司为股东或实际控制人提供担保，在担保决议作出时，已涉及其他第三人股东利益，致其他股东利益处于风险之中，在涉及第三人利益时，该强制性规定应属于效力性规范。故公司法对公司对外担保事项作出了法定限制。法律规定具有公示作用，作为专



业的担保机构，再担保公司对此理应知晓，其应当知道常林农装公司为实际控制人常林集团的债务提供担保必须经常林农装公司股东会决议。另，再担保公司与常林集团签订的《委托担保合同》中已经明确载明：提供反担保的常林农装公司是常林集团关联企业。涉案借款1亿元，从交易风险控制角度而言，再担保公司亦应要求常林农装公司在向其提交反担保资料时提交公司的章程，或要求常林农装公司对其与常林集团的关系作出说明，进一步对常林农装公司为常林集团的债务向再担保公司提供反担保是否经股东会决议进行基本的形式审查，并以此证明自己的善意第三人身份。但再担保公司对此并未进行形式上的审查。事实上，常林农装公司也未召开股东会对案涉反担保事项作出决议。虽然再担保公司主张常林农装公司提交了董事会决议，但董事会决议不是《公司法》规定的有效的代表公司为实际控制人提供担保真实意思表示的股东会决议文件。综上，常林农装公司于2014年向再担保公司出具的《不可撤销反担保函》，违反了《公司法》强制性规定和公司的章程，法定代表人张东的签名属越权代表，损害了第三人公司股东的利益，再担保公司亦不构成善意，《不可撤销反担保函》不能代表常林农装公司的真实意思，该《不可撤销反担保函》无效。因再担保公司不构成善意，常林农装公司即现在的大启公司对案涉债务不应承担连带清偿责任。

关于焦点三，再担保公司在本案中按照代偿金额的10%主张违约金，并主张自代偿之日起以代偿金额为基数按照每日万分之五标准计算至实际清偿之日止的利息。经查，该违约金及代偿款利息计算标准系再担保公司与常林集团在《委托担保合同》中的明确约定，也是保证人临沭开发公司、张义华、刘桂华在《不可撤销反担保函》明确承诺的保证范围，再担保公司向反担保人主张违约金及代偿款利息符合合同约定，但是再担保公司主张的违约金及代偿款利息最终计算数额，不得超出以代偿款数额为基数以年息24%为标准计算出的数额，超出部分，于法无据，不予支持。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 李耀勇

# 法院应通过对相关法律规定要义的理解与适用来判断破产债权的范围

——厦门象屿资产管理运营有限公司诉山东省济南医疗器械  
采购供应站破产债权确认纠纷案

**关键词** 破产债权 利息滞纳金 优先权

## 【案例要旨】

破产案件受理日之后所产生的利息或滞纳金，不属于破产债权。而破产案件受理日之前所产生的利息或滞纳金，仍应属于破产债权。主债务人因怠于履行生效判决义务而产生的迟延履行利息应属于破产债权，该破产债权上存有抵押的，债权人亦应享有优先权。破产债权的范围在司法实践中没有明确的法律规范，缺乏统一的认定标准，一直争议不断。该案例通过对事实的准确分析、对证据的充分说理，确立了对破产债权的认定标准，对于统一裁判尺度、有效解决类案纠纷具有较强的参考与指引作用。

## 【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第一百七十三条、《中华人民共和国破产法》第四十四条、第五十八条第三款、《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条。

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民初1154号（2018年10月23日）

二审：山东省高级人民法院（2019）鲁民终419号（2019年4月28日）

## 【基本案情】

原告厦门象屿资产管理运营有限公司（以下简称厦门象屿公司）向济南市中级人民法院提出诉讼请求：1. 请求确认厦门象屿公司对山东省济南医疗器械采购供应站（以下简称济南医购站）享有破产管理人不予确认的2311073元债权系有特定财产担保的债权，并且厦门象屿公司就该2311073元有特定财产担保的债权对拍卖、变卖济南医购站提供抵押的坐落于济南市市中区纬二路29号房产的所得价款享有优先受偿权；2. 本案案件受理费由济南医购站承担。事实和理由：2017年10月25日，山东省济南市中级人民法院作出（2017）鲁01破申9号民事裁定书，裁定受理济南医购站破产清算案，指定济南医购站清算组担任管理人。厦门象屿公司依据济南市槐荫区人民法院作出的（2005）槐民初字第897号民事判决书，依法对济南医购站享有的7933301元有特定财产担保的债权，包括借款本金465万元、利息246915元、逾期借款利息725313元、迟延履行期间的债务利息2311073元。厦门象屿公司在申报期内向破产管理人申报了该笔债权，但破产管理人仅认定了厦门象屿公司对济南医购站享有5622228元有特定财产担保的债权，包括：借款本金465万元、利息246915元、逾期借款利息725313元，对其中的2311073元迟延履行期间的债务利息未予认可。《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定：担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。有特定财产担保的债权包括迟延履行期间

的债务利息。济南医购站破产管理人不予确认上述债权的行为，损害了厦门象屿公司的合法权益。综上，请求法院依据事实和相关法律规定，支持厦门象屿公司的诉讼请求。

济南医购站辩称，（一）厦门象屿公司申报的违约金中属于迟延履行期间的债务利息部分不属于破产债权，更不应就特定财产享有优先受偿权。《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条第一款第（二）项规定的，人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延履行利息和劳动保险金的滞纳金，其中“债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延履行利息”应当理解为包括法院受理破产申请日之前未实际加倍支付的迟延履行利息。理由如下：1. 根据《中华人民共和国企业破产法》第四十六条之规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计算。换言之，破产债权至破产案件受理日即已固化，破产案件受理后不会再发生破产债权。2. 破产程序是债务人不能全额清偿所负债务的集体清偿程序，立法宗旨是保护全体债权人公平受偿，目的在于使破产债权得到公平对待，债权人获得清偿亦具有补偿性质。在债务人破产的情况下，其财产本质归属于所有破产债权人，如将带有惩罚性质的未履行生效判决的迟延履行期间的债务利息列为破产债权，该惩罚最终承受者是全体债权人。3. 在破产财产无法全部清偿对外债务时，破产程序以弥补债权人实际损失为目标。债务人未及时清偿欠款而给债权人造成的资金占用损失，人民法院在审理案件时通常以银行同期贷款利率为标准予以确定，符合弥补债权人实际财产损失的原则。4. 厦门象屿公司与济南医购站在《最高额抵押合同》中约定的抵押担保范围不包括迟延履行利息。迟延履行利息的产生本质上属于人民法院确定的债务人不履行生效法律裁判的责任，性质属于“违法责任”而不是“违约责任”，故不应将此种利息认定为财产担保范围。（二）按照《最高人民法院全国法院破产审判工作会议纪要》的规定，厦门象屿公司申报的违约金中属于迟延履行期间的债务利息部分也仅能列为劣后债权。理由如下：2018年3月4日，最高人民法院印发了《全国法院破产审判工作会议纪要》，该会议纪要第28条关于破产债权的清偿原则和顺序的规定：“破产财产依照企业破产法第一百一十三规定的顺序清偿后仍有剩余的，可依次用于清偿破产受理前产生的民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权。”迟延履行期间的加倍部分的债务利息属于民事惩罚性赔偿金，在破产程序之外依法保护民事惩罚性赔偿之债是毋庸置疑的。但在破产程序中实现全体债权人的公平清偿才是首要原则和目标。如果将民事惩罚性债权列入普通债权清偿，将降低处于同一序位的其他普通债权的受偿率，导致对于债务人的法律惩罚转嫁到其他普通债权人身上，使得其他普通债权人对此惩罚性债权承担了连带责任，这是不公平的。因此，即使根据该最新的会议纪要的规定，该笔迟延履行期间的债务利息也仅能列为劣后债权。

经审理查明认定，2002年12月18日，济南医购站与槐荫工行签订一份《流动资金借款合同》，约定借款人济南医购站向贷款人槐荫工行借款本金465万，借款期限内的利率标准为月利率千分之四点四二五，借款人逾期还款的还将支付逾期付款利息。同时，济南医购站以其所有的位于济南市市中区经三纬二路29号的房产为上述债务设定了抵押担保，并进行了抵押登记。借款期限届满后，济南医购站未能按约还本付息，构成违约，槐荫工行为此诉至济南市槐荫区人民法院。2005年10月27日，济南市槐荫区人民法院作出（2005）槐民初字第897号民事判决书，认定抵押有效并判令济南医购站向槐荫工行偿还借款本金及利息。济南市槐荫区人民法院（2005）槐民初字第897号民事判决书所载明的债权经转让最终由厦门象屿公司受让取得，并成为本案所涉债权的权利人。

2017年10月25日,山东省济南市中级人民法院受理了济南医购站破产清算案。2017年12月,厦门象屿公司向济南医购站管理人申报债权,包括本金465万元、期内利息246915元、逾期利息725313元(期限自2003年12月26日起至2005年11月11日止)、迟延履行债务期间的利息为2311073元(期限自2005年11月21日起至2009年3月30日止)。

《最高人民法院关于非金融机构受让金融不良债权后能否向非国有企业债务人主张全额债权的请示的答复》载明:“一、非金融机构受让经生效法律文书确定的金融不良债权能否在执行程序中向非国有企业债务人主张受让日后利息的问题,应当参照我院2009年3月30日《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发〔2009〕19号,以下简称《纪要》)的精神处理。二、根据《纪要》第十二条的规定,《纪要》不具有溯及力。《纪要》发布前,非金融资产管理公司的机构或个人受让经生效法律文书确定的金融不良债权,或者受让的金融不良债权经生效法律文书确定的,发布日之前的利息按照相关法律规定计算;发布日之后不再计付利息。《纪要》发布后,非金融资产管理公司的机构或个人受让经生效法律文书确定的金融不良债权的,受让日之前的利息按照相关法律规定计算;受让日之后不再计付利息”。本案中,厦门象屿公司所要求确认的迟延履行债务期间的利息2311073元的截止日期为上述《纪要》的发布之日即2009年3月30日。

济南医购站对于厦门象屿公司申报的上述债权中的本金465万元、期内利息246915元、逾期利息725313元,共计5622228元,确认为对债务人的特定财产享有担保权的债权,对迟延履行期间的利息2311073元,认为不属于破产债权,未予确认。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据,法院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据,法院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据和事实,法院认定如下:厦门象屿公司为证明其诉讼请求,向提交了以下证据:

(一)2002年12月18日,济南医购站与原债权人中国工商银行济南市槐荫区支行(以下简称槐荫工行)签订一份《流动资金借款合同》,证明济南医购站向槐荫工行借款本金465万元。

(二)同日,济南医购站与原债权人槐荫工行签订一份《最高额抵押合同》,证明为担保《流动资金借款合同》的履行,济南医购站以自有土地、房产提供了抵押担保。

(三)已发生法律效力济南市槐荫区人民法院(2005)槐民初字第897号民事判决书一份,证明发生法律效力的民事判决书已经确认,济南医购站应当向槐荫工行偿还借款本金,双方签订的《最高额抵押合同》有效。

(四)山东省济南市中级人民法院(2016)鲁01执恢225号之一执行裁定书一份,证明厦门象屿公司作为案件的申请执行人,享有济南市槐荫区(2005)槐民初字第897号民事判决书所确定的465万借款本金及利息、逾期利息及迟延履行期间的债务利息的债权,对济南医购站抵押的位于济南市市中区经三纬二路29号的房产享有抵押权。

(五)山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01破申9号裁定书、(2016)鲁01执恢225号执行裁定书各一份,证明法院受理了济南医购站破产清算案件,并中止了济南市槐荫区人民法院(2005)槐民初字第897号民事判决的执行。

(六)厦门象屿公司债权申报表和第一次债权人会议资料一宗,证明厦门象屿公司申请确认有特定财产抵押的债权7933301元,济南医购站破产清算组仅确认了其中的债权本金及借款利息、逾期借款利息合计5622228元,而对其中的迟延履行期间的债务利息2311073元未

予确认。

(七) 厦门象屿公司书面异议、济南医购站破产清算组书面答复各一份,证明厦门象屿公司对济南医购站不予确认迟延履行期间的债务利息提出异议,要求确认该部分迟延履行期间的债务利息为有特定财产担保的债权,济南医购站拒绝确认。

济南医购站对上述证据质证认为,对上述证据的真实性没有异议,但认为本案所涉迟延履行期间的债务利息 2311073 元不应列为破产债权。

济南医购站未提交证据。

济南医购站对于厦门象屿公司提交的证据的真实性无异议,法院对上述证据形式要件亦予以确认。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于 2018 年 10 月 23 日作出 (2018) 鲁 01 民初 1154 号民事判决:厦门象屿公司对济南医购站所欠迟延履行债务期间的利息 2311073 元系有特定财产担保的破产债权,并就该 2311073 元有特定财产担保的债权对拍卖、变卖济南医购站抵押的坐落于济南市市中区纬二路 29 号房产的所得价款享有优先受偿权。案件受理费 25289 元,由济南医购站负担。宣判后,济南医购站提出上诉。山东省高级人民法院于 2019 年 4 月 28 日作出 (2019) 鲁民终 419 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:《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定:“下列债权不属于破产债权:(一)行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金以及其他有关费用;(二)人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金,包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金;(三)破产宣告后的债务利息;(四)债权人参加破产程序所支出的费用;(五)破产企业的股权、股票持有人在股权、股票上的权利;(六)破产财产分配开始后向清算组申报的债权;(七)超过诉讼时效的债权;(八)债务人开办单位对债务人未收取的管理费、承包费。上述不属于破产债权的权利,人民法院或者清算组也应当对当事人的申报进行登记”。该规定第(二)项所指的不属于破产债权的债权是破产案件受理日之后所产生的利息或滞纳金,而破产案件受理日之前所产生的利息或滞纳金,仍应属于破产债权。本案中,厦门象屿公司依据《最高人民法院关于非金融机构受让金融不良债权后能否向非国有企业债务人主张全额债权的请示的答复》的规定所主张债权的截止日期系《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》的发布之日即 2009 年 9 月 30 日。该日期早于 2017 年 10 月 25 日即山东省济南市中级人民法院受理济南医购站破产清算案的日期。故济南医购站在上述期间内因怠于履行生效判决义务而产生的迟延履行利息应属于破产债权。

而且,《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》规定:“税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉,人民法院应依法受理。依照企业破产法、税收征收管理法的有关规定,破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。对于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金,人民法院应当依照《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定处理。”虽然上述批复所指向的债权内容与本案所涉债权内容不同,但明确了对于债权所产生的利息或滞纳金可计算至破产案件受理日。故破产案件受理之前所产生的滞



纳金等债权应当作为破产债权予以确认。综上，济南医购站辩称，本案所涉债权不属于破产债权的主张，不符合法律规定，济南市中级人民法院不予采信。

《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。”济南医购站怠于履行已经发生法律效力济南市槐荫区人民法院（2005）槐民初字第897号民事判决书所确定的义务，所产生的迟延履行债务期间所产生的利息，系基于主债权所产生的从义务。根据上述法律规定，济南医购站所抵押的财产担保的范围亦应及于此部分债权。

综上所述，厦门象屿公司要求确认对济南医购站所欠迟延履行债务期间所产生的利息2311073元，系有特定财产担保的破产债权，并就该2311073元有特定财产担保的债权对拍卖、变卖济南医购站提供抵押的坐落于济南市市中区纬二路29号房产的所得价款享有优先受偿权的诉讼请求，符合法律规定，予以支持。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 魏希贵

# 政府采购合同非经法定程序、符合法律规定的条件 不得擅自变更

## ——某公司诉某消防支队服务合同纠纷案

**关键词** 通过竞争性谈判中标的，应按照采购文件确定的事项签订政府采购合同

### 【案例要旨】

政府采购通过竞争性谈判成交后，对采购人和供应商均具有法律效力，在未有证据证明该政府采购继续履行，将损害国家利益和社会公共利益的情况下，采购人和供应商均不得擅自变更、中止或者终止合同。

### 【相关法条】

《中华人民共和国政府采购法》第二十六条规定，政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。

第四十九条规定，政府采购合同履行中，采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的，在不改变合同其他条款的前提下，可以与供应商协商签订补充合同，但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的百分之十。

第五十条规定，政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的，双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任，双方都有过错的，各自承担相应的责任。

《中华人民共和国合同法》第一百一十三条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

### 【案件索引】

一审：济南高新技术产业开发区人民法院（2017）鲁 0191 民初 900 号民事判决

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁 01 民终 2408 号民事判决

### 【基本案情】

某公司诉称：某公司于 2014 年 8 月 21 日通过公开招标，中标应急救援综合训练基地项目造价咨询服务，取得对该单位造价咨询服务资格。2015 年 5 月 17 日某消防支队工作人员通知我公司，要求紧急编制应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价，且编制完成后抓紧详细审核第三方所编制的清单及控制价，必须赶在招标控制价备案之前完成此项工作。在时间紧任务重情况下，我公司调集高水平工程师紧急加班，终于赶在要求的时间前完成了清单及控制价的编制与审核工作。清单及控制价的编制与详细审核工作内容原合同中并不包含，属于我公司对合同工作内容的追加，是某消防支队在招标阶段另行要求的专项咨询服务。当时双方并没有就此工作签订补充合同，工程施工总包招标也已经于 2015 年 9 月 17 日顺利

结束，某消防支队也已认可我公司工作，故诉请：1. 某消防支队向某公司支付应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价编制费用 63.998 万元；2. 某消防支队向某公司支付济南市应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价审核费用 105.946 万元，两项共计  $63.998+105.946=169.944$  万元；3. 诉讼费用由被告承担。

被告某消防支队辩称：1. 针对某公司第一项诉讼请求，该笔费用不属于该公司完成，系案外人某建招公司完成。2. 针对某公司第二项诉讼请求，该项审计确系其完成，但是其形成时间为 2015 年 9 月 17 日，也即为本案涉及的于 2015 年 10 月 1 日签订的《工程造价咨询合同》及《补充协议》之前所形成，对于该笔费用双方在上述合同中已明确进行了约定，包含于合同总价 12 万元，该公司不应单独提起。

法院经审理查明：2014 年 7 月，某消防支队（采购人）委托某建招公司（代理人）对外发布《某市应急救援综合训练基地项目造价咨询服务竞争性谈判文件》，通过公开竞争性谈判方式择优确定壹名成交供应商为应急救援综合训练项目造价咨询服务单位。造价咨询服务范围为：一、前期服务阶段：1) 项目成本测算；2) 编制并与施工单位核对施工图预算，确定工程预算造价，向委托方提出节约造价的合理化建议；进行工程造价指标的比较及分析；3) 按照采购人的招标时间要求，审核招标代理机构编制的总包工程量清单、招标控制价或招标标底，保证审核成果准确及时。二、项目实施阶段。三、结算及后评估阶段：1) 审计施工单位的竣工结算，出具审计报告；完成结算审计备案。2) 协助业主进行项目成本后评估。1.2 采购人委托的其他相关造价咨询服务（不再单独付费）。2014 年 8 月 17 日，某公司制作投标文件并进行投标。经谈判人员评定，确定两家造价咨询单位中标，山东某有限公司和某公司。2014 年 9 月 24 日某消防支队向某公司发送《成交通知书》，确定某公司为成交人，成交价为 5.0 元/平方米。

2015 年 5 月 25 日，某消防支队出具建设单位授权委托书，消防支队委托张某作为代理人，并以消防支队的名义办理坐落在位于济南高新区绕城高速路东环线以东、旅游路以南、有兰峪村以北的济南市应急救援综合训练基地一期建设项目的建设工程、货物、服务招标活动。通过招标择优选定工程、货物、服务单位，并签署上述招标工程的招标文件，参加开标、评标和定标工作，以及处理、签署与之有关的一切事务。我均予以承认，特此证明。

2015 年 7 月 2 日，消防支队代理人通过其 446279754@qq.com 的邮箱向某公司 sdjy526508@126.com 的邮箱转发了某建招公司发送的急救综合训练场地室内外工程 6.30 的文件，某建招公司的待审控制价为 168782448.71 元。2015 年 7 月 31 日，某公司代理人向张某 446279754@qq.com 的邮箱发送《控制价疑问、总价统计表 7.30》的附件，显示应急救援综合训练基地一期工程造价审核的汇总控制价为 139035990.32 元。2015 年 8 月 6 日，某公司出具了其编制的案涉工程纸质的控制价（七册）及《招标清单及控制价审核问题汇总》（一册）。2015 年 8 月 17 日，消防支队审计科向消防支队提交《支队应急救援基地一期建设工程招标控制价和招标文件草案初审意见》，该意见载明：接到支队基建办应急救援训练基地一期建设工程招标控制价和招标文件草案后，审计科委托某公司（支队通过公开招标选取的造价咨询单位）进行审核，通过对审核情况进行复核，提出以下修改意见：……建议对存在的 97 个问题进行修改，控制价由原来的 139035990.32 元修订为 145154111.60 元。2015 年 8 月 25 日，消防支队关于案涉工程的招标控制价在济南高新区工程造价管理机构备案。备案登记表显示编制单位为某建招公司，1#学员宿舍楼的控制价为 10709566.31 元；2#学员宿舍楼的

控制价为 7386012.33 元；消防安全体验馆的控制价为 33447664.58 元；体能训练馆的控制价为 10556343.85 元；室外工程的控制价为 39303408.89 元；教学实训综合楼的控制价为 25380512.61 元；战勤保障综合楼的控制价为 25850472.23 元，涉案工程的控制价共计 152633980.8 元。

2015 年 12 月 8 日，某公司出具《济南市公安消防支队工作统计表》，该统计表显示：工程名称：应急救援综合训练基地一期全部工程；工作内容：工程量清单、控制价的编制及审核；原报值/审定值（预算）：13915 万元；进展情况：已完成；张某在甲方经办人处签名确认。2015 年 12 月 1 日，消防支队基建办向支队发送《关于支付跟踪审计费用的请示》，载明：前期按规定进行了造价咨询单位的招标工作……根据合同规定，应支付两家公司相应费用。应支付山东某有限公司 50% 合同款，65000 元。应支付某公司 50% 合同款以及前期支队委托其开展的基地工程量清单、控制价的编制及审核、文化活动中心预算、基地水井钻探结算审计、地质勘察、物探、地质灾害危险性评估结算审计等工作费用共计 733501.2 元。费用合计 798501.2 元，现申请支付该项目。消防支队基建办负责人在该请示上签名。

2017 年 6 月 13 日，某公司出具《关于“应急救援综合训练基地一期建设项目施工总承包招标”工程量清单及招标控制价编制的说明》，该说明载明：2015 年 5 月该工程进入工程施工总承包招标阶段，我公司根据招标人提供的图纸开始编制工程量清单及招标控制价，编制完成后提交给招标人审核，在经招标人审核通过后提交给高新区招标办审核办理备案，于 2015 年 8 月 25 日完成本工程的工程量清单及招标控制价的备案登记手续，之后按规定将工程量清单及招标控制价发放各投标单位，各投标单位根据我单位发放的工程量清单及招标控制价编制投标文件。

2015 年 10 月 1 日，某公司（工程造价咨询单位）与某消防支队（委托方）签订《山东省工程造价咨询合同》，约定：工程名称：应急救援综合训练基地；工程规模：建筑面积约 39986 m<sup>2</sup>，工程造价咨询业务范围：体能训练馆、模拟体验馆、室外配套附属及其他工程跟踪及结算审计；下列文件均为本合同的组成部分：1. 工程造价咨询委托函；2. 工程造价咨询合同标准条件；3. 工程造价咨询合同专用条件；4. 工程造价咨询施工过程中共同签署的补充与修正文件。本合同的工程造价咨询业务自 2015 年 10 月 1 日合同签订开始实施至总包合同工期结束日止。工程造价咨询合同专用条件第 24 条约定：委托方同意按以下的计算方法、支付时间与金额，支付工程造价咨询单位的酬金：1. 甲方应支付部分：跟踪及结算审计部分合同金额暂定 12 万元。本项目采用综合单价包干模式，包干综合单价为 5 元/m<sup>2</sup>（建筑面积以图审机构出具的建筑面积审核表为准）。其他无法计算建筑面积的和非咨询人原因发生的二次或重新设计的部分工程执行鲁价费发〔2007〕205 号文件。服务费以工程审核报告最终数字为准。2. 施工方应支付部分：审减部分审计费的计取执行鲁价费发〔2007〕205 号文件。工程造价审核，最终差额超过总造价 5% 的，超过部分由施工单位支付，由甲方代扣代缴。施工单位在结算时漏报、误报、蓄意修改正确的结算程序等，不论何种原因发生的审减额被冲减时间按此部分金额总值的 10% 收取审计费；若施工单位不能按时或无力支付时由甲方从其工程款中代扣代缴。后经双方协商一致，某公司（咨询人）与某消防支队（委托人）签订《济南消防支队造价咨询补充协议》一份，约定：根据支队实际工作需要安排，咨询单位已经按期完成如下工作：委托人支付咨询人的咨询费用根据鲁价费发〔2007〕205 号文件执行，协议签订后 28 天内支付，费用分别为：1. 体能训练（文化中心）中心预算（清单版）费，

计 27370 元；2. 应急救援综合训练基地水井钻探结算审计，费 1501.20 元；3. 地质勘察、物探、地质灾害危险性评估结算审，计 4650 元；4. 临时用电接入工程结算审，计 2410 元。费用总计：35931.20 元。

#### 【裁判结果】

济南高新技术产业开发区人民法院于 2017 年 12 月 25 日（2017）鲁 0191 民初 900 号民事判决：一、被告消防支队于本判决生效之日起十日内支付原告某公司审核费用 105.946 万元；二、驳回原告的其他诉讼请求。宣判后，某消防支队提出上诉。济南市中级人民法院于 2018 年 6 月 2 日作出（2018）鲁 01 民终 2408 号民事判决：一、撤销济南高新技术产业开发区人民法院（2017）鲁 0191 民初 900 号民事判决；二、驳回被上诉人某公司的诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案上诉的争议焦点是，某公司对济南市应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价进行编制和审核，是履行其与某消防支队竞争性谈判的成交结果，还是履行与竞争性谈判成交结果无关的另行口头委托。本院认为，某公司本次诉讼的编制和审核行为，系其与某消防支队通过竞争性谈判成交后的履约行为，理由如下：

一、政府采购通过竞争性谈判成交后，即对采购方和供应商均具有法律效力，非法定事由不得变更、中止或者终止成交结果。某公司主张竞争性谈判成交结果发生实质性变更，并主张其依据另行口头委托要求费用，不符合法律规定，违反了政府采购的法定程序，违背了《中华人民共和国政府采购法》规范政府采购行为、维护国家利益和社会公共利益的立法目的，司法裁判应对该行为予以否定性评价，引导其根据已成交的竞争性谈判及法律规定主张权利。

《中华人民共和国政府采购法》第一条规定，为了规范政府采购行为，提高政府采购资金的使用效益，维护国家利益和社会公共利益，保护政府采购当事人的合法权益，促进廉政建设，制定本法。第二十六条规定，政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。第四十六条规定，采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起三十日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。中标、成交通知书对采购人和中标、成交供应商均具有法律效力。中标、成交通知书发出后，采购人改变中标、成交结果的，或者中标、成交供应商放弃中标、成交项目的，应当依法承担法律责任。第四十九条规定，政府采购合同履行中，采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的，在不改变合同其他条款的前提下，可以与供应商协商签订补充合同，但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的百分之十。第五十条规定，政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的，双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任，双方都有过错的，各自承担相应的责任。

根据上述法律规定，政府采购通过竞争性谈判成交后，对作为采购人的某消防支队和作为供应商的某公司均具有法律效力，在未有证据证明该政府采购继续履行将损害国家利益和社会公共利益的情况下，双方均不得擅自变更、中止或者终止合同。即使需追加采购，也应在不改变原有合同前提下，签订不超过原合同采购金额百分之十的补充合同。某消防支队于 2014 年 7 月委托某建招公司对外发布《济南市应急救援综合训练基地项目造价咨询服务竞争



性谈判文件》，某公司于2014年8月17日提交《投标文件》参与竞争性谈判，某消防支队于2014年9月24日向某公司发送《成交通知书》，《成交通知书》对双方均具有法律效力。《竞争性谈判文件》中约定供应商的服务内容包括“一、前期服务阶段：1) 项目成本测算；2) 编制并与施工单位核对施工图预算，确定工程预算造价，向委托方提出节约造价的合理化建议；进行工程造价指标的比较及分析；3) 按照采购人的招标时间要求，审核招标代理机构编制的总包工程量清单、招标控制价或招标标底，保证审核成果准确及时”“采购人委托的其他相关造价咨询服务（不再单独付费）”，竞争性谈判成交约定的服务内容括本案中某公司索取费用的“对应应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价进行了编制和审核”服务。同时，某公司前期已参加了涉案政府采购项目的竞争性谈判，并被确定为成交供应商，故某公司知晓涉案项目应当通过政府采购，现其作为确定的供应商却抛开已成交的政府采购程序而主张依据后期另行口头委托要求费用，违反了政府采购法定程序，本院予以否定性评价。双方当事人应当按照已成交的政府采购主张权利，提高政府采购资金的使用效益，维护国家利益和社会公共利益。

二、某公司主张的数额远远超过通过竞争性谈判签订正式合同可能取得的报酬，不符合权利义务对等及公平原则。

《中华人民共和国合同法》第一百一十三条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。本案的《竞争性谈判文件》载明“总建筑面积约39986平方米”“竞报的每平方米综合单价不得高于10元，否则按废标处理”，《投标文件》载明“暂按39986平方米，包干综合单价9.2元/平方米，合价367871.2元”“二次（最终）报价6.8元/平方米”，《成交确认书》载明“成交价5元/平方米”，可见，通过竞争性谈判且经《成交通知书》予以确认成交后，某公司通过合同所获得的价款为20万元左右，但现其主张完成了应急救援综合训练基地一期建设项目清单及控制价的编制和审核服务，在该服务包含于竞争性谈判约定的服务内容情况下，其主张约169万元费用，已数倍于通过正式合同可获得的利益，于常理不符，亦不符合权利义务对等及公平原则。综上所述，某消防支队上诉请求成立，一审法院适用法律错误，应予纠正。

编写人：济南市中级人民法院民二庭 高 静

# 证券市场股票简称的规范性使用

## ——山东能源集团有限公司诉山东泰维能源股份有限公司 侵害商标权及不正当竞争纠纷一案

**关键词** 股票简称 商标侵权 不正当竞争

### 【案例要旨】

企业在挂牌股票简称中如果体现了其在先合法的商标或企业名称，并具有明显的识别商品来源、区别商业主体身份的作用，他人在选择使用股票简称时应当予以合理避让，避免产生混淆。

### 【相关法条】

《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条第二项、第六十三条第一款，《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》第十六条第二款，《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第五条第三项，《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》第六条第一款、第七条、第十七条第一款。

### 【案件索引】

一审：山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民初1251号（2017年1月22日）

### 【基本案情】

原告山东能源公司诉称：原告是2010年经省委、省政府批准设立的山东省属国有独资公司，系世界500强企业。“山东能源”经原告不断的使用和宣传已在国内相关领域享有很高的知名度。原告于2013年6月21日核准注册了第9546019号“山东能源”文字+图形商标，核定服务项目为第40类能源生产、燃料加工等，其中“山东能源”四个汉字为商标的主要部分。此外，原告还将该商标标识在第35类、第37类、第42类上予以注册。“山东能源”作为原告的企业字号和企业简称，已经建立起很高的知名度。2011年以来，原告的生产经营状况和企业字号“山东能源”多次被主流媒体报道和使用。长期的使用，使“山东能源”这一原告的企业字号和企业简称具有了显著的、与企业全称同等的意义，已为相关公众所熟知，已产生识别经营主体的商业标示意义。2016年，原告发现被告在全国中小企业股份转让系统挂牌，其登记的企业简称为“山东能源”，已经造成相关消费者混淆，给原告正常的生产经营造成极大的困扰。请求判令被告：1. 立即停止侵害商标权及不正当竞争行为，立即在全国中小企业股份转让系统中变更其“山东能源”的简称；2. 赔偿因其侵权行为致原告支出的维权费用15.2万元；3. 承担本案的诉讼费用。

被告泰维能源公司辩称：一、“山东能源”证券简称系正当使用，不构成对被答辩人商标权的侵害。目前上交所、深交所在审查上市公司的股票名称时并没有特别的要求，基本上是与两市已有股票的名称不同即可获准登记和使用，现行法律法规对证券简称的选择与使用并未有禁止性规定。答辩人于2015年5月申请在新三板挂牌交易时，与券商共同选定了“山东能源”的证券简称，该使用符合上述规定，系正当使用。二、原告主张“山东能源”系其企业简称并无依据。原告系于2010年12月成立的国有独资公司，其成立时间晚于答辩人，下

辖6家子公司为真正的生产经营性企业。根据原告成立的文件与使用经营状况，其企业的简称应为“山东能源集团”，并非“山东能源”。三、答辩人与被答辩人不存在竞争关系，也不具备不正当竞争的要件。原告与答辩人两个企业的组织形式与经营范围皆有明显区别。原告在煤炭行业，答辩人在天然气行业，虽然煤炭与天然气均属于能源，但二者提供的产品与服务不同，不存在竞争关系。且新三板上市交易者主要是机构投资者，并非一般的消费者，“山东能源”证券简称不足以让消费者混淆商品或者服务的来源。综上，答辩人不构成侵权，不应当支付被答辩人维权费用、承担诉讼费用，原告的诉讼请求依法应予驳回。

法院经审理查明：2010年12月1日，山东省国资委下发鲁国资企改（2010）16号文件，《关于组建山东能源集团有限公司的通知》。文件内容为，山东能源集团以整体划转新汶矿业集团有限责任公司、枣庄矿业（集团）有限责任公司、淄博矿业集团有限责任公司、肥城矿业集团有限责任公司、龙口矿业集团有限责任公司、临沂矿业集团有限责任公司全部国有资产的方式组建，注册资本为100亿元。现有矿业集团公司保留法人地位，山东能源集团与其建立以产权为纽带的母子公司管理体制。集团公司为战略管理中心、资本运营中心和人力资源管理中心，对权属企业行使出资人职责，承担国有资产保值增值责任。2010年12月16日，原告山东能源公司工商注册成立，注册资本100亿元，经营范围包括：煤炭批发；能源、新能源的投资与管理；煤炭焦化和制气、煤层气、煤化工；能源与环保技术的综合开发利用等。2011年5月11日，山东省国资委下发鲁国资规划函〔2011〕88号文件《关于修改〈山东能源集团有限公司章程〉的通知》。文件中涉及，将公司章程第三条第二款中文简称山能集团公司，修改为山东能源。原告山东能源公司成立后先后获得山东省省级文明单位、中国工业大奖表彰奖、山东工业突出贡献奖、2011中国企业500强第75名、2012中国企业500强第69名、2013中国企业500强第57名、2014中国企业500强第53名、企业信用评级AAA级信用企业、中国煤炭企业100强、煤炭工业两化融合示范企业、山东省风险管理示范单位、2013财富全球500强第373位、中国产业海外发展和规划协会理事单位等荣誉。原告山东能源公司为宣传扩大影响，与山东省内主流媒体开展合作业务。原告于2012年、2013年与济南通广传媒股份有限公司签订《京福高速济泰段跨线桥户外广告发布合同》。原告于2013年9月12日与大众日报社签订合办《山东能源》协议。协议约定，2011年6月27日双方签订了《联合创办〈山东能源〉协议》。为将双方合作继续推向深入，经双方友好协商，在原合作出版《山东能源》的基础上，继续联合出版《山东能源》新闻专刊，每周一出版，随大众日报全省发行，每期4个版，把《山东能源》新闻专刊办成全省能源行业的第一权威、高端、强势大报纸。在五年的合作期内，原告山东能源公司每年度支付大众日报合作费用460万元。《山东能源》新闻专刊于2014年9月获得山东省国资委颁发的“好版面奖”。原告山东能源公司为第9546019号“山东能源”文字+拼音+图形商标的注册人，该商标核定服务项目为第40类，包括：能源生产、燃料加工等，注册有效期为2013年6月21日至2023年6月20日。原告还先后将上述标识在第35类（核定服务项目包括进出口代理、拍卖等）、第37类（核定服务项目包括采矿、钻井、建筑等）、第42类（核定服务项目包括地质调查、地质研究等）上注册了第9545854号、第9545905号、第9544933号商标。原告在我国的台湾、香港、澳门等地区，以及澳大利亚、日本、韩国、缅甸等国家，将上述标识注册了商标。2016年5月31日，山东省济南市泉城公证处根据原告的应用，进行了网络保全证据公证，后于2016年6月1日作出（2016）济泉城证经字第17631号公证书。该公证书记载了三次主要网络搜索过

程，第一次搜索在百度搜索首页输入“山东能源”，搜索结果向原告企业的相关信息，原告以此搜索结果证明山东能源作为原告的商标及字号，在公众中产生了与原告特定的联系，已经为公众所熟知；第二次在百度搜索首页输入“山东能源新三板”，搜索结果向被告企业的相关信息；第三次检索，是在同花顺网站“新三板”栏目的输入“山东能源”，搜索结果是被告在新三板企业信息页，在该页面的公司新闻栏目里全部为原告的新闻信息，在该页面的公司公告栏目里全部为被告的企业信息，企业新闻栏目和企业公告栏目在网页中是并排显示，原告以此搜索结果证明被告在新三板系统使用山东能源作为简称，已经造成公众对原、被告公司之间的混淆。2009年10月23日，被告泰维能源公司工商注册成立，企业类型为股份有限公司（非上市、自然人投资或控股），股东为于希明和彭静，法定代表人为于希明，注册资本1000万元，经营范围包括：天然气CNG加气站；新能源的技术开发等。2016年3月22日，被告泰维能源公司发布《关于股票挂牌并采用协议转让方式的提示性公告》。公告内容为，本公司股票将于2016年3月23日起在全国股转系统挂牌公开转让，证券简称：山东能源，证券代码：835567，转让方式：协议转让。挂牌公司协议转让股票公开转让记录表记载的证券简称、证券代码与上述相同，记载的证券级别为挂牌公司股票，行业种类及代码为燃气生产和供应业（代码D45），挂牌日期为2016年3月23日。因被告的证券简称使用山东能源，原告曾于2016年3月和4月给被告发律师函、洽谈函进行交涉。原告提供了2000元公证费发票、15万元律师代理费发票（其中的9万元有实际转账的凭证）。

#### 【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2017年1月22日作出（2016）鲁01民初1251号民事判决：一、被告山东泰维能源股份有限公司于本判决生效之日起立即停止侵害涉案商标权及不正当竞争行为，即立即在全国中小企业股份转让系统中变更其“山东能源”的证券简称；二、被告山东泰维能源股份有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告山东能源集团有限公司维权合理费用9万元；三、驳回原告山东能源集团有限公司的其他诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案双方当事人争议的焦点问题主要集中于以下两个方面：一、关于被告泰维公司的被诉行为是否侵害了原告山东能源公司涉案商标权。涉案第9546019号“山东能源”文字+拼音+图形商标，经原告山东能源公司合法注册并在法律保护期内，原告据此享有的商标合法权益应受法律保护。《商标法》第四十八条规定：“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。”被告泰维能源公司在全国中小企业股份转让系统中挂牌了股票，以“山东能源”作为股票简称，具有明显的识别商品来源、区别商业主体身份的商业行为特征，构成商标意义上的使用。即使证券法规对股票简称的选择没有禁止性规定，但并不意味着允许侵犯他人合法的合法权益。被告在选择使用股票简称时，应当避让他人合法的商标权，以免侵入他人商标权的保护范围。《商标法》第五十七条第一款第二项规定：“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”，是属于侵犯注册商标专用权的行为。被告股票的行业种类及代码为燃气生产和供应业，涉案商标核定服务项目为第40类能源生产、燃料加工等，两者应当同属于能源领域内的类似的商品类别。虽然涉案商标系由“山东能源”文字+拼音+图形构成的组合商标，但对组合商标而言，文字

“山东能源”是其主要识别和称呼部分。被告的股票简称为“山东能源”，使用了涉案商标中的主要文字标识，容易使相关公众产生混淆，会误认为被告的商品来源于原告，或与原告的商品存在某种特定联系。被告的行为构成“未经商标注册人的许可，在类似商品上使用与其注册商标近似的商标的”行为，其应当承担商标侵权的民事责任。二、关于被告泰维公司的被诉行为是否对原告山东能源公司构成不正当竞争。原告山东能源公司作为承担着山东省能源战略布局的大型国有企业，其企业名称及“山东能源”的企业简称经过多年的经营、使用和宣传，在媒体、网络 and 行业中已享有较高知名度，得到了相关公众的认可。“山东能源”作为企业简称，已与原告山东能源集团有限公司之间建立起稳定的关联关系，具有识别经营主体的商业标识意义。对于具有一定市场知名度、并为相关公众所熟知、已实际具有商号作用的企业名称的简称，可以根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第三项的规定，依法予以保护。原告山东能源公司与被告泰维能源公司的经营地域重合，经营范围类同，被告主张其与原告之间不存在竞争关系的抗辩不能成立。在“山东能源”作为原告的特定简称已经为相关公众认可的情况下，被告作为同业竞争者理应知情。在这种情况下，被告仍将“山东能源”作为股票简称进行商业使用，自己的字号“泰维”却全无体现。被告的行为严重削弱了“山东能源”企业简称与原告企业之间的特定联系，足以造成相关公众对两家企业产生误认，侵犯了原告的合法权益，构成不正当竞争。综上，被告的被诉行为构成商标侵权和不正当竞争，其应当承担停止侵权的民事责任。鉴于原告没有主张侵权损失赔偿，仅主张维权费用，对维权费用中的合理部分本院予以支持。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

股票简称的使用，是企业 在证券市场 亮明其商业主体身份的重要商业标识。在选择使用股票简称时，如与他人 在先合法存在的商标权、企业简称产生冲突，在查明符合商标使用构成混淆、造成具有竞争关系的企业产生误认的情况下，可以认定该股票简称使用人构成商标侵权和不正当竞争，其应当在证券系统中停止使用。

注：本案例曾在全省法院第八届典型性案例评选活动中获一等奖

编写人：山东省济南市中级人民法院民三庭 刘军生



# 著作权权利基本事实的证明与举证责任分配

——原告东星（天津）视讯科技有限公司诉被告山东广电新媒体  
有限责任公司侵害著作权纠纷案

**关键词** 著作权纠纷 权利基本事实 举证责任分配

## 【案例要旨】

原告提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物等，可以作为认定其享有著作权的基本事实证据。被告如对原告提交的基本事实证据予以否认，必须就否认的事实提交反证予以证明。

## 【相关法条】

《中华人民共和国著作权法》第十条、第四十八条第一款第（一）项、第四十九条、第五十三条，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》第七条、第二十五条第二款

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2015）历知民初字第34号（2015年6月23日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2015）济民三终字第5号（2015年10月29日）

## 【基本案情】

原告东星天津公司诉称：东星天津公司是一家为机构媒体娱乐频道（栏目）提供数字娱乐资讯图片和视频内容以及图文视讯服务的专业公司，是适应当代网络环境及新媒体而诞生的集娱乐资讯图片、视频和专业服务为一体的最为典型的垂直型内容提供商。2013年4月，东星天津公司发现山东广电公司在其主办的网站中【齐鲁网 [www.iqilu.com](http://www.iqilu.com)】采用了东星天津公司拥有著作权的14张摄影作品，作品编号分别为：4341530、4341531、4341532、4341533、4341534、4341535、4341536、4341538、4341539、4341540、4341541、4341542、4341543、4341544，内容是为Twins所拍摄的一组硬照（所谓硬照，是一种摄影术语，是指为广告和杂志拍的平面照，也即棚照），相关侵权证据业已经公证机构进行证据保全。东星天津公司是上述作品的合法的著作权人，涉案作品公开展示在东星天津公司网站上并署名为著作权人。山东广电公司在未经原告东星天津公司授权的情况下，擅自使用上述作品，已经侵害了原告东星天津公司享有的著作权的信息网络传播权。原告东星天津公司曾就被告山东广电公司的侵权行为多次致函被告山东广电公司，要求其停止侵权并承担赔偿责任，但被告山东广电公司对事实多番推诿，拒不承担责任。为此诉至法院，请求依法判令山东广电公司支付作品赔偿金7万元、维权合理费用3000元（含公证费、律师出庭费），共计73000元；承担本案诉讼费用。

被告山东广电公司辩称：一、原告东星天津公司主张其为涉案图片的著作权人的证据存在重大瑕疵，不能证明其为著作权人。首先，因原告未提供存储原始照片的相机，所以无法认定原告就是涉案摄影作品著作权人。数码照片区别于传统照片的最大特点是无形性，传统照片在拍摄完成后即在胶卷底片上一次成形，胶卷和底片具有一一对应性，因此底片就是最

具证明力的权属证明，无相反证据的情况下，拥有胶卷底片的人就应被认定为照片的著作权人，而数码照片是虚拟的数字组合格式，必须依附于存储介质而存在，其数据可以反复多次复制、刻录于不同载体中，很容易与原始拍摄介质相分离。在本案中，原告仅提供数码照片转存后的光盘而非原始的拍摄、存储设备，根据数码作品的无形性特征，无法认定其为涉案数码照片摄影作品的著作权人。其次，原告提交的证据5中显示涉案图片拍摄时间为2012年3月28日、上传至原告网站的时间为2012年3月28日，而据被告从网上搜索到的涉案图片显示2012年3月12日其他网站（如新华网、网易娱乐等）已上传了涉案图片，被告对原告主张享有涉案图片著作权不认可。二、原告主张赔偿金额过高且于法无据。被告与网易有合作关系，转载了涉案图片，且已尽到了合理审查义务，属于合理使用的范围。另外，被告已于2013年6月份之前全部将涉案图片删除，不构成对涉案图片的著作权侵权。综上，原告诉求无事实依据，请求法院依法予以驳回。

法院经审理查明：2013年2月17日，北京东星视讯科技有限公司（以下简称北京东星公司）申请大连市中山区公证处进行网上证据保全公证，公证了山东广电公司在其网站中使用的14张拍摄香港娱乐明星Twins的摄影作品。同日，该公证处进行了证据保全并出具了（2013）大中证经字第594号公证书。2013年7月31日，北京东星公司作出了权利转让确认书，确认将其所拥有的有形资产、无形资产、人员、此前的与客户所签订的合同继续所得利益、作品所含的各项权利等全部转让和授权给了原告东星天津公司，并于2014年4月23日在人民法院报第八版进行了公告。转让和授权给东星天津公司有形资产、无形资产中，包括北京东星公司独家享有的TUNGSTAR数字版权产品。经当庭打开东星天津公司提交的证明其享有著作权的14张摄影作品的电子底片转存光盘，显示14张涉案图片拍摄时间为2012年3月8日，修改时间为2014年8月15日，文件类型：JPEG图像（.jpg），程序名称：Adobe Photoshop CS5 Windows，尺寸3744×5616，宽度3744像素，高度5616像素，水平分辨率72dpi，垂直分辨率72dpi，照相机型号：Canon EOS 5D Mark II等内容。对该证据，山东广电公司的质证意见是东星天津公司仅提供数码照片转存后的光盘而非原始的拍摄、存储设备，根据数码作品的无形性特征，无法认定东星天津公司为涉案数码照片摄影作品的著作权人，且属性载明的时间为2012年3月8日，创建软件为Photoshop，该底片经过特殊处理，并非原始的涉案图片载体。征询东星天津公司能否提供涉案图片的RAW格式图片，东星天津公司称其提交的证据已经形成证据链，没有必要提供RAW格式的图片，对于摄影作品，特别是电子底片，双方谁能提供高精度、大尺寸的电子底片，也是证明权利人身份的法律判断方式。罗佳（香港居民）出具书面声明称其为北京东星公司的签约摄影师，包括涉案的14张图片在内的16张图片是受北京东星公司的委托，于2012年3月28日独立完成拍摄，以上图片的著作权属于北京东星公司所有，现北京东星公司已将上述图片的全部著作权转让给东星天津公司所有。东星天津公司称3月28日是摄影师罗佳的笔误。2012年3月12日，汉华易美网、映象网、网易网、搜狐网均上传了涉案图片。北京东星公司作为甲方与网之易信息技术（北京）有限公司（以下简称网易公司）作为乙方，曾于2011年签订合作协议，甲方授权乙方从甲方TUNGSTAR网站www.tunstar.com上不限量下载港台娱乐图片，协议生效期自2011年4月1日至2012年3月31日。山东广电公司（甲方）与网易公司（乙方）于2012年12月1日签订齐鲁网、网易内容合作协议，双方互相授权从各自经营的齐鲁网、网易网站转载信息，协议期限自2012年12月1日至2014年12月1日。对信息的内容协议有特别约定，

不包括甲、乙双方网站上明显标注为由第三方提供的内容，不包括各自可能书面函件通知对方不属于自己的内容。山东广电公司在其网站中使用的14张拍摄香港娱乐明星Twins的摄影作品，作品上显示了“TUNGSTAR”商业标识及“网易娱乐”的字标。

#### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2015年6月23日作出(2015)历知民初字第34号民事判决：驳回东星天津公司的诉讼请求。宣判后，东星天津公司向山东省济南市中级人民法院提出上诉。山东省济南市中级人民法院于2015年10月29日作出(2015)济民三终字第5号民事判决：一、撤销济南市历下区人民法院(2015)历知民初字第34号民事判决；二、山东广电公司于本判决生效之日起十日内赔偿东星天津公司经济损失25000元；三、驳回东星天津公司的其他诉讼请求。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：东星天津公司系专业的数字娱乐资讯图片提供商，其网站上传的涉案图片均有其特殊的“TUNGSTAR”商业标识。东星天津公司为证明其享有涉案图片的著作权，还提交了权利转让确认书、摄影师的书面声明、图片提供商所持有的高精度的电子底片。电子底片技术参数显示的作品完成时间为2012年3月8日，应以此时间界定为作品完成的时间。山东广电公司如否认上述事实，必须提交相关证据，在其没有提供足以推翻东星天津公司提交的相关证据的情况下，东星天津公司的基本举证责任已经完成。原审法院要求东星天津公司提供RAW格式图片，加重了权利人的举证责任的负担，应当予以纠正。山东广电公司提供了其与网易公司签订的齐鲁网、网易内容合作协议，以证明其使用的涉案图片合法来源于网易公司。而东星天津公司亦提供了允许网易公司下载其娱乐图片的合作协议，且山东广电公司网站使用的作品与涉案作品完全一致，且均有东星天津公司的“TUNGSTAR”商业标识及“网易娱乐”的字标，由此可以认定山东广电公司使用了东星天津公司享有著作权的涉案作品。而且，山东广电公司的这种使用行为，在明确知道图片有“TUNGSTAR”商业标识的情况下，违背了不使用网易公司网站上明显标注为由第三方提供的内容的约定，主观过错明显，其行为构成侵权，应当承担侵权赔偿责任。东星天津公司主张的侵权赔偿数额，因其未提供侵权受损或被告侵权获利的相关证据，法院将根据涉案作品的类型、山东广电公司使用涉案作品的方式、过错程度、侵权行为的性质等因素，酌情确定本案的赔偿数额。综上，原审判决适用法律错误，依法应予改判。

#### 【参照适用本案例时应注意的问题】

一、著作权权利人享有权利的依据。

在著作权侵权诉讼中，原告作为著作权权利人，首先要提供其享有著作权权利的相关证据，这是原告起诉和侵权认定的前提基础。《中华人民共和国著作权法》第十一条第三款规定，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。《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》第七条规定，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反证明的除外。上述法律和解释是关于证明著作权权利存在的基本事实证据的规定。但对这些证据如何审查，审查的标准如何界定，本案的一、二审法院的认识并不相同，导致了截然相反的裁判结果。

### 二、权利基本事实证据的审查与举证责任分配。

“谁主张、谁举证”是民事诉讼的基本原则。在著作权侵权诉讼中，在审查原告提供的权利基本事实证据的同时，一定要结合原告的举证能力，正确适用证据规则，合理分配举证责任，综合判断权利基本事实证据的效力。本案中，原告东星天津公司通过权利流转取得涉案图片的著作权，其作为受让人一般不会持有作品创作最原始的 RAW 格式的图片（RAW 是未经处理、也未经压缩的格式，可以把 RAW 概念化为“原始图像编码数据”或更形象的称为“数字底片”）。但原告还是提交了权利转让确认书、摄影师的书面声明、高精度的电子底片等相关证据，证明其享有图片的著作权。原告作为著作权受让人在其举证能力范围内已经提供了其掌握的权利基本事实证据，尽到了基本的举证义务。被告山东广电公司如否认，则应根据证据规则产生举证义务的转移，在被告没有提供足以推翻东星天津公司所举证据的情况下，东星天津公司的基本举证责任已经完成。一审法院没有充分考虑原告东星天津公司的举证能力，机械的要求其提供 RAW 格式图片。二审法院认为举证责任的分配不合理，加重了原告举证责任的负担，按照证据规则重新分配举证责任后，对权利基本事实证据的效力予以认定，合理的作出了侵权判定。

注：本案例曾入选国家法官学院公布的《中国法院 2018 年度案例》。

编写人：山东省济南市中级人民法院民三庭 刘军生

# 美术作品拍照上传微信朋友圈的行为性质认定

## ——张冬晔诉韩童侵害著作权纠纷案

**关键词** 美术作品 微信朋友圈 合理使用

### 【案例要旨】

1. 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。

2. 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。

### 【相关法条】

《中华人民共和国著作权法》第三条：本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：……（四）美术、建筑作品。

《中华人民共和国著作权法实施条例》第二十一条：依照著作权法有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。

### 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2016）鲁0102民初976号（2016年7月22日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民终998号（2017年3月7日）

### 【基本案情】

原告张冬晔诉称：原告张冬晔是专业的花艺师，被告韩童向原告张冬晔订购一束花束用于送人，因曾是同学，原告张冬晔仅以成本价出售，被告韩童通过支付宝付款。2015年5月14日下午，原告张冬晔送花至约定处，被告韩童拍照留念，原告张冬晔告知被告韩童此照片可以私下欣赏，但不得用于任何公开场合发布传播，除非经原告张冬晔授权或者注明花束由原告张冬晔设计。2015年8月21日上午，原告张冬晔发现被告韩童于8月20日（七夕节）在未告知原告张冬晔的情况下，擅自发布花束的照片，且未注明该花束系原告张冬晔设计。原告张冬晔设计的花艺作品是根据消费者的不同需求设计的，在色彩、搭配、植物线条等方面体现了原告张冬晔的独创性。因此，原告张冬晔对该作品拥有著作权。被告韩童未经原告张冬晔许可擅自将作品公开的行为，违反了《著作权法》的规定，侵犯了原告张冬晔就其作品享有的复制权、发行权和获得报酬权。原告张冬晔要求其停止侵害、消除影响，被告韩童没有任何解释且态度恶劣。要求依法判令：1. 被告韩童在微信朋友圈中消除影响、公开赔礼道歉；2. 被告韩童赔偿10万元；3. 被告韩童支付医药费暂计3300元；4. 被告韩童支付精神损失费5000元；5. 诉讼费、律师代理费由被告韩童承担。

被告韩童辩称：涉案鲜花花束只是一束普通的手捧花，在色彩、搭配、植物线条等方面无从体现其独创性，不属于著作权法予以保护的客体。被告韩童将花束照片传至微信朋友圈的行为，属于消费者正常的合理使用行为，不构成任何侵权，且被告韩童主观上并无恶意，也未用于商业获利，被告韩童认为自己购买了涉案花束，就获得了花束的所有权，拍照、欣



赏属于正当使用方式。被告韩童在原告张冬晔告知在微信公布花束照片要说明出处后，第一时间进行道歉并删除照片，未对原告张冬晔产生任何不利影响。原告主张的医药费、精神损失费无事实和法律依据。综上，请求法院依法查明事实，驳回原告张冬晔的所有诉讼请求。

法院经审理查明：2015年5月13日，被告韩童给原告张冬晔打电话预订鲜花花束，双方约定价格300元。5月14日，原告张冬晔将涉案花束送给了被告韩童，被告韩童通过支付宝转账给原告张冬晔300元。2015年8月20日，被告韩童在朋友圈上传了涉案鲜花花束的照片。8月21日、22日，原、被告私信进行沟通协商，后被告韩童将涉案花束在朋友圈删除，并在微信交流时给原告张冬晔进行了道歉。后因双方在沟通过程中发生纠纷，张冬晔提起著作权侵权之诉，要求法院判令韩童在微信朋友圈中消除影响、公开赔礼道歉并赔偿合理使用费10万元、医药费3300元、精神损失费5000元。

### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2016年7月22日作出（2016）鲁0102民初976号民事判决：驳回原告张冬晔的诉讼请求。原告张冬晔不服，提起上诉。山东省济南市中级人民法院于2017年3月7日作出2017（2017）鲁01民终998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：

1. 涉案花束是否具有独创性，是其能否视为作品的关键条件。独创性包含“独立完成”和“创作性”两个方面的内容。首先，涉案花束确系韩童由张冬晔处购买，且韩童未提供反证证明制作者另有他人，故本院推定涉案花束的制作人为张冬晔。对于涉案作品是否具有创作性的问题，作品的创作性要求该作品能够体现作者的个性表达，就涉案花束而言，张冬晔对于作品的创作性，分别从色彩搭配与过渡、花材的选择等方面进行了阐释，而韩童虽然认为其与普通花束无异，但并未提供相应证据予以证实。且从韩童作为消费者由张冬晔购买花束用于婚礼的事实本身，也能够说明其对于张冬晔制作的花束在主观上是认可的。从韩童所拍照片来看，涉案花束在视觉上具备相应的美感。综合以上因素，涉案花束具备独创性，且能够以有形形式予以复制，具有实用性，能够作为美术作品中的实用艺术品受到著作权法保护。

2. 关于韩童将涉案花束拍照并上传的行为性质的认定。首先，韩童以合法渠道购得涉案花束后，对该花束享有所有权。其次，根据《著作权法》第十一条第一款的规定，除法律另有规定的以外，作品的著作权属于作者，《著作权法》第十八条的规定，美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。因此涉案花束在所有权转移后，其除展览权之外的著作权仍归张冬晔所有。在同一标的物的所有权与著作权分属不同权利人的情况下，根据《民法通则》第四条及第七条确定的诚实信用原则及禁止权利滥用原则，权利人对其权利的行使均应遵循诚实信用原则，不得侵害他人的合法权利，也不得对他人权利行使造成不合理的限制，否则将构成权利滥用。韩童将涉案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，主观上没有恶意，也没有获取经济利益的意图，客观上并未给上诉人造成不良影响，在此情况下其行为应视为对其所有权的正当行使。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

本案案情虽然并不复杂，但涉及实用工艺品的独创性认定以及在微信朋友圈这种新形式

下，上传作品的行为性质问题。

1. 实用工艺品的创造性认定。本案中的花束是一种插花产品，而插花已经作为一门艺术形成社会共识，插花产品也就具有成为作品的可能性。如果能够成为作品，按照作品的分类，应当归入美术作品中的实用艺术品。实用艺术品是否作为作品受到著作权保护，其关键是是否具有独创性。独创性包含“独立完成”和“创造性”两个方面的内容。对于创造性，本案一、二审存在不同的认定标准。现在的主流观点是，对于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，在司法实践中应当持宽泛的标准，也就是说，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。对于是否具有创造性的问题，需要作者举证证明并进行说明——其区别于其他作品或者公知作品的独特之处在什么地方。在进行具体判断时，应当结合考虑以下因素：（1）制作者本人的资质；（2）该类工艺产品的创作空间；（3）制作者所主张的创造性特点是否仅具有实用性。

2. 上传微信朋友圈是否构成合理使用的问题。关于将作品上传微信朋友圈的情况下能否构成合理使用的问题，著作权法第二十二条列举的12种合理使用行为均未涉及。《著作权法保护条例》第二十一条规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。该规定是对《伯尔尼公约》第九条的直接借鉴。在判定是否构成合理使用时，按照下述步骤进行：一是只适用于特殊情形，这种特殊性体现在这种情形下使用作品将进入著作权的保护范围，但又存在使用作品的必要性，如本案即属于美术作品原件的所有权与著作权的权利主体发生分离的情形。二是作品的使用与作品的正常使用不相冲突，否则不能允许。三是这种使用没有不合理地损害著作权人的合法权益。这一点可以从正反两个方面进行分析，首先，应当看著作权人是否因为被告的行为造成其利益受到损害，同时，由于著作权作为知识产权的无形财产权的性质，其所受损害往往难以衡量，因此还可以从行为是否通过其使用行为获取了不当利益进行分析。如果行为人通过这种行为获得了本不该由其获得的利益，则这种使用就失去了正当性。就本案来说，被告将作品照片上传朋友圈的行为并没有获取经济利益的目的，也没有侵害著作权人合法权益的意图，客观上也没有对作品的正常使用造成任何限制，因此该行为属于所有权人正当行使其所有权，著作权人不得干涉。

注：本案入选国家法官学院公布的《中国法院2018年度案例》。

编写人：山东省济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

# 违反诚实信用恶意注册并行使商标权的行为构成商标权滥用

——汕头市德生食品厂诉广州康赢食品有限公司等  
侵害商标专用权纠纷案

**关键词** 商标权 诚实信用 恶意注册 滥用

## 【案例要旨】

以违反诚实信用、侵犯他人先在权利的不正当手段注册的涉案商标缺乏合法性基础，商标权人以该商标对在先权利人及在先使用人提起侵权之诉，系对商标权的滥用，法院不予支持。

## 【相关法条】

《中华人民共和国商标法》第七条第一款：申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。

## 【案件索引】

一审：山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民初1856号民事判决书

## 【基本案情】

原告德生食品厂诉称：原告是第15018196号图形注册商标的专用权人，上述商标核定使用在第30类等商品上。经过使用，涉案商标在市场上已经享有很高的知名度和美誉度。被告未经许可，在销售的咖喱膏商品外观上突出使用与原告商标相同的标识，造成消费者的混淆误认，侵害了原告的注册商标专用权，给原告造成经济损失。请求依法判令：1. 二被告立即停止对第15018196号注册商标专用权的侵害行为；2. 被告康赢公司赔偿原告经济损失100万元及合理费用10万元。

被告康赢公司辩称，原告的涉案注册商标侵犯了其在先取得的合法权利，具体体现在：一是侵犯了被告康赢公司法定代表人崔景茂的外观设计专利权，二是侵犯了被告康赢公司的著作权。原告商标的核准时间为2015年8月，晚于被告的“妙多”咖喱膏、咖喱粉瓶装标识的使用时间。原告曾多次模仿和恶意注册与被告的“妙多”商标标识近似的商标，康赢公司的“妙多”品牌系列产品的质量和管理水平、市场知名度和市场品牌影响力远远高于原告的同类产品，本案中原告注册涉案商标的恶意动机十分明显，其目的是为了搭乘被告的“妙多”品牌，通过不正当手段争得市场份额。原告向其提出巨额索赔没有合法依据。原告不能证明此前三年内实际使用过涉案注册商标，也不能证明其因侵权行为受到其他损失，因此即使构成侵权，被告也不负赔偿义务。综上，请求法院依法驳回原告的全部诉讼请求。

被告金福广商行辩称，其是康赢公司在山东省的众多经销商之一，康赢公司加工生产产品委托其代为销售。涉案商品是其从2014年下半年到2016年代理销售康赢公司咖喱膏的多批次相同产品中的一部分，双方签有销售合同、商品供货单及往来汇款票据等相关证据。其作为经销商已经如实向法院陈述侵权商品的来源，依据商标法第六十四条第二款的规定，不应

承担赔偿责任。

法院经审理查明：

1. 原告德生食品厂注册涉案商标的相关事实。德生食品厂于2014年7月2日申请并于2015年8月14日注册取得第15018196号图形商标的专用权。该商标核定使用商品为第30类：食用淀粉，食盐，醋，调味品，调味酱汁，酱菜，涮羊肉调料，五香粉，调味酱。根据原告提供的作品登记证书，原告法定代表人高炮德于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。2014年9月24日，德生食品厂法定代表人高炮德将以涉案商标标识为主要部分的标贴向国家知识产权局申请了外观设计专利，并于2015年3月25日获得授权公告，专利号为ZL201430355607.2。

2. 被告康赢公司使用涉案标识的事实。根据法院向浙江淘宝网络有限公司调取的交易快照信息，在淘宝网上名称为“心灵的静谧”、“zwkfc”、“tb527510\_2012”三个网店分别于2014年2月26日、5月23日、3月28日对外销售了标有涉案商标标识的咖喱产品，上述产品标注的生产厂家为康赢公司。2014年1月至2015年1月，康赢公司与厦门、广州、济南、乌鲁木齐等多地经销商签订了妙多咖喱系列产品的经销合同。在阿里巴巴、淘宝、京东商城，均有多家经销商网店在销售康赢公司生产的使用涉案标识的咖喱产品。

2016年8月9日，德生食品厂的委托代理人肖建峰与山东省济南市泉城公证处公证人员来到山东省济南市槐荫区张庄路“八里桥副食调料批发市场”的被告金福广商行的经营场所，以40元价格购买了标有“Mida's妙多牌”咖喱粉两瓶，现场取得单据及名片各1张。经当庭拆封，公证保全的实物为康赢公司生产的咖喱粉两瓶，其瓶贴正面使用的标识与涉案商标相同，并在上半部分标有“Mida's妙多牌咖喱粉 CURRY POWDER”的标识，生产日期为2016年6月3日。上述咖喱粉系金福广商行于2014年10月11日向康赢公司采购。康赢公司认可上述商品为其生产、销售。

3. 康赢公司委托设计涉案标识及申请外观设计专利的事实。2012年6月16日，被告与广州市花都区新华诺盈办公用品经营部（简称诺盈经营部）签订平面设计合同，合同约定：康赢公司委托诺盈经营部对妙多牌咖喱粉、咖喱膏瓶装标贴进行包装设计，设计日期为10个工作日，康赢公司将委托设计的所有费用结算完毕后，诺盈经营部将作品的著作权转让给康赢公司。合同附页中的设计图主体部分与涉案商标标识相同。2016年10月21日，康赢公司及诺盈经营部分别在广州公证处作出声明，保证上述合同及其所附而设计妙多咖喱粉和妙多咖喱膏标签图案及内容的真实性、完整性、准确性。2016年11月7日，诺盈经营部在广州公证处作出声明，确认该经营部及设计人骆永尧已将上述合同附图作品的著作权转让给康赢公司，同意康赢公司自2012年6月28日起拥有该设计作品的著作权。广州公证处对上述三项声明行为均作了公证。

2014年4月4日，北京中北知识产权代理有限公司代理康赢公司进行了外观设计专利申请，其申请的外观设计产品名称为香料瓶（妙多牌咖喱粉），外观设计图片或照片为与被控侵权咖喱产品相同的商品照片，通过其中的左视图可以观察到该商品左侧标签下方标注有“生产日期2014/02/10”字样。在中华人民共和国国家知识产权局2014年7月3日作出的《第一次审查意见通知书》中记载有“申请人提交的左视图中显示产品生产日期2014年2月10日，其早于本申请的申请日。……不能授予专利权”的表述。该外观设计专利至今仍未被授予专

利权。上述外观设计专利申请文件及所附照片在中华人民共和国国家知识产权局及北京中北知识产权代理有限公司均有存档。

### 【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2017年1月10日作出(2016)鲁01民初1856号民事判决：驳回原告汕头市德生食品厂的诉讼请求。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：

一、康赢公司在先使用涉案标识并取得了广泛影响力及知名度。康赢公司至少在2014年2月即存在网络销售商销售康赢公司生产的带有涉案标识的咖喱产品的网上交易纪录，证明康赢公司使用涉案标识的时间早于德生食品厂申请商标注册的时间，并且与众多经销商签订了供货合同，在淘宝、京东、阿里巴巴等互联网交易平台上的进行广泛销售，足以证明德生食品厂使用涉案商标标识作为瓶贴的咖喱产品销售范围及影响力已遍及全国。

二、康赢公司就涉案标识享有在先的著作权。德生食品厂涉案商标的注册日为2015年8月14日，德生食品厂为证明其涉案商标标识的创作时间，提供了其法定代表人高炮德在国家版权局登记的作品登记证书，该证书记载的作品登记时间为2015年12月8日，创作完成时间为2014年7月15日，而康赢公司已于2014年4月4日向国家知识产权局就涉案标识申请外观设计专利，申请照片中商品标签标注的生产日期为2014年2月10日，均早于涉案商标注册时间，也早于德生食品厂提供的作品登记证书中记载的创作、发表时间。对涉案标识的创作过程，康赢公司提供了平面设计合同，证明涉案标识系康赢公司委托他人创作的事实，该合同中明确约定了委托作品的著作权归康赢公司享有，其使用涉案标识有合法性的权利基础。

三、德生食品厂申请注册涉案商标违反了诚实信用原则。商标法第三十二条规定：“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”德生食品厂与康赢公司的经营领域存在竞争关系，康赢公司使用涉案商标标识的时间长、影响范围广，德生食品厂不可能不知情，在此情况下仍然将康赢公司享有在先著作权、在先使用并有一定影响的标识抢先注册为商标，其行为有违诚实信用，不具有正当性基础，其提起侵权之诉系对注册商标权的滥用，不予保护。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

由于我国实行商标注册取得的制度，通过将他人享有在先权利或者在先使用并有一定影响的商业标识恶意抢注商标，然后向包括在先权利人和在先使用人在内的其他人提起商标侵权之诉，以达到获取非法利益之目的的行为已成为不可忽视的现象。2013年修订的《中华人民共和国商标法》将诚实信用确立为商标注册和使用的基本原则，能够对恶意抢注行为进行有效的遏制。

1. 商标在先使用抗辩限制恶意注册行为的有限性。商标法第五十八条第三款规定，商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。使用人通过援引在先使用抗辩，可以一定程度上保护在先使用人的利益，但是这种保护是有限的，一是仅限于在先使用人的保护，不涉及对在先的著作权人等权利人的保护；二是这种保护也是有限度的，要求使用在只



能在原有使用范围内继续使用，并且商标权人可以要求其附加区别标识；三是这种保护是有条件的，要求在先使用必须产生了一定的影响。因此，商标法规定的在先使用抗辩制度仅能够在一定程度上对于恶意注册的商标滥用行为进行制约。

2. 贯彻诚实信用原则，打击商标权滥用。2013年修订的商标法第七条增加了“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则”的规定，正式将诚实信用这一民法的基本原则确立为商标法的基本原则。对于以缺乏正当性而恶意注册商标并向他人提起商标侵权之诉的行为，虽然商标法没有作出明确规定，但是这种使用行为因其欠缺正当性基础，以这种违背诚实信用而注册取得的商标进行维权，构成权利滥用而不能受到法律保护，也是在商标法领域贯彻诚实信用原则的应有之义。以恶意注册行为构成商标权滥用为由对其不予保护，能够有效遏制、打击商标恶意注册行为。在审理此类案件时，应当首先审查被诉侵权人的有无合法的在先权利基础或者在先使用的事实，包括著作权、外观设计专利权、企业名称权等。其次，被诉侵权人的使用行为是否系基于该合法的权利基础。对此，可以从使用方式、使用者有无攀附注册商标商誉的主观意图等方面进行判断。最后，商标权人是否存在损害他人合法利益的恶意，是决定商标注册行为是否具有正当性的关键。明知他人对相关标识享有在先权利，仍然申请注册为商标的行为损害了他人的正当权益，即便他人没有通过无效宣告程序宣告该商标无效，这种行为主观上存在损害他人合法权益的恶意，相关诉讼主张不应得到法律的保护和支持。

注：本案入选最高人民法院发布的“2017年中国法院50件典型知识产权案例”。

编写人：山东省济南市中级人民法院民三庭 颜 峰

# 以拆分等形式不规范使用自身商标 导致与他人商标混淆构成侵犯他人注册商标 专用权的行为

——原告河南谢人安防门帘有限公司诉被告唐山谢人门帘  
制造有限公司等侵害商标专用权及不正当竞争纠纷案

**关键词** 商标侵权 行为样式

## 【案例要旨】

1. 当事人虽有注册商标或商标使用许可，但超出该商标核定商品的范围或者以改变该商标显著特征、拆分、组合等方式在相同或类似商品上使用，与他人注册商标相同或近似，且上述改变、拆分、组合等不依照商标核准方式规范使用的行为主观上具有攀附故意，客观上形成混淆的，构成侵犯他人注册商标专用权的行为。

2. 将他人具有一定市场知名度的企业字号，注册商标中的文字，在无正当理由的情况下，作为在后企业名称中的字号使用，如使用行为使相关公众对商品的来源产生混淆的，构成不正当竞争行为。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款、第二条。

第一条 原告以他人使用在核定商品上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当根据民事诉讼法第一百一十一条第（三）项的规定，告知原告向有关行政主管部门申请解决。但原告以他人超出核定商品的范围或者以改变显著特征、拆分、组合等方式使用的注册商标，与其注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当受理。

第二条 原告以他人企业名称与其在先的企业名称相同或者近似，足以使相关公众对其商品的来源产生混淆，违反《反不正当竞争法》第五条第（三）项的规定为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。

**【案件索引】** 一审：山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民初1681号（2017年3月2日）

二审：山东省高级人民法院（2017）鲁民终939号（2017年10月11日）


## 【基本案情】


原告河南谢人安防门帘有限公司（以下简称河南谢人公司）诉称：原告系第1472886号、第8665870号两商标的专用权人，原告商标为中国驰名商标，具有较高的市场知名度。被告唐山谢人公司生产的、长宝批发部销售的产品侵犯了原告注册商标专用权，唐山谢人公司以“谢人”为字号在原告相同行业上注册企业名称，使用“xierenmenlian”网络域名，且将“谢

人门帘”设置为搜索关键词，造成混淆，构成不正当竞争。请求：（1）两被告立即停止生产、销售并销毁侵犯原告商标专用权的商品；（2）唐山谢人公司立即停止使用并变更企业名称，企业名称不得使用“谢人”或近似的字样。（3）唐山谢人公司立即停止使用“xierenmenlian”网络域名；（4）唐山谢人公司赔偿原告经济损失及合理费用共计243.4万元；（5）长宝批发部赔偿原告经济损失5万元。

被告唐山谢人门帘制造有限公司（以下简称唐山谢人公司）答辩称：薄万臣注册了第11231779号“谢人”文字商标，2015年4月20日薄万臣许可唐山谢人公司使用其商标，被告在核定使用的商品上使用已经注册并被许可使用的谢人商标是对商标的依法使用，不构成商标侵权，域名及字号也不构成不正当竞争。

被告阳信县河流长宝软门帘批发部（以下简称长宝批发部）答辩称：其系经唐山谢人公司授权许可销售后者依法生产的产品，属于正常的经营行为，不应承担责任。

法院经审理查明：原告现系第1472886号“谢人”文字及图形组合商标（如下图所示）专用权人，该商标注册于2000年，核定使用商品为第19类，包括非金属和非纺织品制遮帘（室外），建筑用塑料管、板、杆、条等。原告2011年注册第8665870号“谢人”文字图形组合商标，（图形与第1472886号商标一致），核定使用商品为第17类，包括塑料条、塑料板等。

2016年6月7日，原告在被告长宝批发处购得产品名称为“白梅花”的塑料门帘材料一宗，支付400元，产品外观表现为成卷塑料板、条。该产品外观有两图形标志（如下两图所示）。唐山谢人公司对涉案产品为其生产并授权许可本案被告长宝批发部销售的事实予以认可。

2013年12月14日，案外人薄万臣申请注册了第11231779号“谢人”文字商标，核定使用商品为第24类，包括门帘；家用塑料遮盖物；纺织品或塑料帘等。2015年，薄万臣与唐山谢人公司签订“谢人”文字商标许可使用合同。薄万臣自2010年起与原告签约购买大量的原告窗帘产品，合同中均明示购买产品为“谢人牌门帘”。

唐山谢人公司成立于2015年，原名称为唐山谢人门帘有限公司，2016年9月5日变更为现名称，注册资本1亿元。网址域名www.xierenmenlian.cn下的网站内容为唐山谢人公司的经营信息、产品展示，并有唐山谢人公司的公司简介、地址、电话，并载明网页内容唐山谢人公司版权所有。

河南谢人公司及其产品在社会上具有较高知名度。其系全国生产透明PVC塑料条软门帘的主要骨干企业之一，2009年、2012年、2015年连续三次被河南省工商行政管理局认定为河南省著名商标；2007年以来先后被认证“高新技术产品”和“高新技术企业”“中国著名品牌”等；2015年“谢人及图”注册商标被国家工商行政管理总局商标评审委员会认定为“驰名商标”等。原告企业产值和销量在全国同行业中名列前茅。原告的产品销往全国各地，并有出口销售。

原告为维权支付律师费418000元、公证费用7210元。上述费用涉及与本案相关联的四起案件。

#### 【裁判结果】

山东省济南市中级人民法院于2017年3月2日作出（2016）鲁01民初1681号民事判决：1. 被告唐山谢人门帘制造有限公司立即停止生产、销售侵犯原告河南谢人安防门帘有限

公司第 1472886 号、第 8665870 号商标专用权的商品的行为。2. 被告阳信县河流长宝软门帘批发部立即停止销售侵犯原告河南谢人安防门帘有限公司第 1472886 号、第 8665870 号商标专用权的商品的行为。3. 被告唐山谢人门帘制造有限公司立即停止使用“xierenmenlian”网络域名。4. 被告唐山谢人门帘制造有限公司立即停止在企业名称中使用“谢人”两字。5. 被告唐山谢人门帘制造有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告河南谢人安防门帘有限公司经济损失及合理费用共计 80 万元。6. 驳回原告河南谢人安防门帘有限公司的其他诉讼请求。宣判后，长宝批发部不服一审判决，向山东省高级人民法院提起上诉，山东省高级人民法院于 2017 年 10 月 11 日作出（2017）鲁民终 939 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：唐山谢人公司生产、销售的产品上使用的商标与原告第 1472886 号和第 8665870 号“谢人”文字图形组合商标相比较，其中一项图案完全相同，另一项图案中除标识中间的太阳小图案外，在整个标识的绝大部分，包括心形外框、托举的双手、图案中谢人的标识以及各主要要素的布局、对视觉的影响力方面，两者构成高度相似，被告具有明显的攀附故意及混淆故意；从产品的标注、材质、使用用途、相关公众的一般认知水平、被告的主观认知等因素来考虑，被告商品与原告商标核定使用的商品构成类似商品。被告唐山谢人公司的行为构成商标侵权。

被告虽然举证其拥有第 11231779 号“谢人”文字商标的授权使用许可，但本案中，被告的产品的使用的两个商标均系文字及图形组合商标，而非单纯的“谢人”两字的文字商标，该行为属于《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条所规定的“以改变显著特征、拆分、组合等方式使用注册商标”的行为，原告仍有权以“与原告注册商标相同或者近似”为由提起诉讼，被告以有案外人的商标授权许可进行的抗辩，不符合法律规定，法院不予支持。

关于被告长宝批发部的法律责任。鉴于唐山谢人公司对涉案产品为其生产并授权许可本案被告销售的事实予以认可，原告对此不持异议，同时，两被告所做陈述与销售产品的标注相吻合，唐山谢人公司以“谢人”为字号并有第 11231779 号“谢人”文字商标的使用许可，被告作为市场终端的一般销售者，其辩解不知是侵权产品有一定的合理性，原告也无其他证据证明被告属于明知侵权产品而销售，对于原告要求被告长宝批发部承担赔偿责任的主张不予支持。

关于原告要求唐山谢人公司立即停止使用含有“谢人”字样的企业名称的问题。我国商标法第五十八条规定，将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第二条规定，原告以他人企业名称与其在先的企业名称相同或者近似，足以使相关公众对其商品的来源产生混淆，违反《反不正当竞争法》第五条第（三）项的规定为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。《反不正当竞争法》第二条规定，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。本案中，被告唐山谢人公司在企业名称中使用“谢人”，是否误导公众，本院考虑以下因素：（一）原告的商标在前，被告的企业名称注册在后。原告享有在先权利。原告的两商标分别注册于 2000 年 2011 年，早于被告企业名称注册时间 2015 年。（二）原告在企业名称中使用“谢人”

在先。原告企业名称注册于2005年，其股东企业于1999年就在企业名称中使用谢人字号，被告企业名称注册时间是2015年，原告早于被告十年。（三）原告及其产品在中国境内为相关公众广为知晓。通过前述查明的事实，可以看出原告持续使用商标时间长，享有较高的市场荣誉。（四）原、被告具有直接的竞争关系。（五）被告具有明显的主观恶意和攀附故意。被告拥有案外人的第11231779号“谢人”文字商标的使用许可，但被告在产品上却大量使用与原告商标相同和极相近的文字图形组合商标，明显超出合理使用范畴，具有明显的攀附原告商标和商誉的故意。（六）原告的企业名称“河南谢人安防门帘有限公司”与被告的企业名称“唐山谢人门帘制造有限公司”企业名称高度近似，仅存在行政区划的分别，都以“谢人”为字号，都突出门帘这一产品特征，组织形式都是有限公司，足以使相关公众对其商品的来源产生混淆。（七）在商标具有较高知名度的情形下，社会公众也有以商标中的文字部分进行商标代指的习惯时，其中的文字部分可以作为构成权利边界的重要参考因素或主要参考因素。从本案查明的事实和中国相关公众的使用习惯和称呼习惯上，可以认定，“谢人门帘”和“谢人牌门帘”与原告联系密切，系原告多年的市场培育而形成的知名品牌，其民事权益应受市场尊重和法律保护。（八）“谢人”两字做为企业字号具有较高的识别性。综上，本院认为，被告在其企业名称中使用“谢人”作为字号，攀附故意和混淆恶意明显，误导公众，构成不正当竞争行为，应予禁止，原告要求被告变更企业名称中的字号，不再使用“谢人”两字，本院予以支持。

关于唐山谢人公司是否立即停止使用“xierenmenlian”网络域名的问题。《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》第一条第（三）项规定，将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的属于侵犯商标权的行为。本案中，涉案域名下的网站内容为唐山谢人公司的经营信息、产品展示，并有唐山谢人公司的公司简介，地址、电话，并载明网页内容唐山谢人公司版权所有，上述事实可以证明系唐山谢人公司在使用该域名。本院考虑：（一）“xierenmenlian”网络域名显然是“谢人门帘”的汉语拼音。“xierenmenlian”网络域名与原告商标中的“谢人”两字存在拼音与汉字的高度关联，极易产生误认和认为两者之间存在特殊关系的不合理联想；（二）在商标具有较高知名度的情形下，社会公众也有以商标中的文字部分进行商标代指的习惯，其中的文字部分可以作为构成权利边界的重要参考因素或主要参考因素；（三）本院在前述“被告在企业名称中使用谢人是否误导公众”的考虑因素，同样适用于作为判断被告的上述域名使用行为是否容易使相关公众产生误认的考虑因素。法院对原告要求被告停止使用“xierenmenlian”网络域名予以支持。

关于被告唐山谢人公司承担赔偿责任问题，本院综合考虑以下因素：（一）涉案商标及其产品具有较高的市场知名度和商誉；（二）被告系生产商；（三）涉案产品属生产线规模化生产；（四）被告侵权行为性质、情节及主观上明显的攀附故意及混淆故意；（五）原告为制止侵权所支出的合理费用；对被告赔偿原告的经济损失予以酌定。

注：本案例曾在山东省高级人民法院《案例参阅与指导》2018年第3期发表。

编写人：山东省济南市中级人民法院民三庭 李宏军



# 股东在验资结束后将验资资金立即转移至 由其担任唯一股东的一人有限责任公司或未经 减少注册资本法定程序直接从公司收回投资 应认定为抽逃出资

——雅琳思公司与孙某甲、梁某甲等股东  
损害公司债权人利益责任纠纷案

**关键词** 抽逃出资 举证责任分配 减少注册资本 补充赔偿责任

## 【案例要旨】

梁某甲在验资结束一周内将验资资金转至新鹏公司，而新鹏公司系梁某甲担任股东的一人有限责任公司，梁某甲的行为同时违反了《公司法》第二十一条禁止关联行为的规定与第三十五条不能抽逃出资的规定，应认定为抽逃出资。

## 【相关法条】

《公司法》第三十五条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十二条 公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）将出资款项转入公司账户验资后又转出；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（四）利用关联交易将出资转出；（五）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

## 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁 0102 民初 162 号（2018 年 4 月 24 日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁 01 民终 285 号（2019 年 5 月 27 日）

## 【基本案情】

雅琳思公司起诉请求：1. 确认孙某甲、孙某乙、梁某乙、梁某甲存在抽逃出资的行为；2. 判令孙某甲、孙某乙、梁某乙、梁某甲对公司债务不能清偿的部分（150 万元）承担连带赔偿责任；3. 诉讼费用由孙某甲、孙某乙、梁某乙、梁某甲承担。

法院经审理查明：2013 年 5 月 7 日，皮革公司注册成立，注册资本 600 万元，股东（发起人）为梁某甲。2013 年 9 月 23 日，梁某甲注资 1400 万元，变更注册资本为 2000 万元。2013 年 11 月 12 日，梁某甲注资 3000 万元，变更注册资本为 5000 万元。2013 年 11 月 18 日，梁某甲与孙某甲签订股权转让协议，约定梁某甲将其 1000 万元股权转让给孙某甲，股权转让价款为 1000 万元。2014 年 2 月 25 日，梁某甲与梁某乙签订股权转让协议，约定梁某甲将 4000 万元股权转让给梁某乙。同日，孙某甲与孙某乙签订股权转让协议，约定孙某甲将 1000 万元股权转让给孙某乙。2015 年 6 月 26 日，浙江省温岭市人民法院作出（2014）台温

商初字第1666号民事判决书，撤销梁某甲将其持有公司的20%股权转让给梁某乙的行为，并向济南市工商局发出协助执行的通知。皮革公司的现股东为梁某甲、梁某乙和孙某乙。2016年8月9日，济南市天桥区人民法院作出（2015）天商园初字第81号民事判决书，皮革公司向雅琳思公司支付广告发布费144万元及逾期付款利息5000元，皮革公司无财产可供执行，济南市天桥区人民法院于2017年6月12日作出（2016）鲁0105执2042号执行裁定书，终结本次执行程序。

关于皮革公司账户内资金的收支情况，按照时间顺序如下：

2013年5月6日，公司注册资金600万元转账进入皮革公司在中国银行济南师范路支行账户（账号：214318779960）。

2013年5月7日，皮革公司在济南市工商行政管理局登记成立。

2013年5月21日，注册资金600万元转账进入412账户。

2013年9月22日，1400万元转账进入皮革公司在中国银行济南师范路支行账户（账号：235119979936）。

2013年9月24日，皮革公司注册资本变更为2000万元。同日，上述1400万元转账进入412账户。

2013年10月1日，412账户内余额为256156.94元。

2013年11月12日，3000万分两次转账进入皮革公司在中国银行济南师范路支行账户（账号：244220404485）。

2013年11月13日，皮革公司注册资金变更为5000万元，全部由梁某甲出资，梁某甲持股100%，

2013年11月15日，上述3000万元转账进入412账户，同日，自412账户转账1000万元进入新鹏公司账户。

2013年11月18日，自412账户转账1000万元进入红阳公司账户。同日，皮革公司召开股东会，同意梁某甲将股权1000万元转让给孙某甲，新股东会由梁某甲、孙某甲组成。

2013年11月20日，412账户转账750万元进入皮革公司其它账户。

2013年11月21日，孙某甲转账1000万元进入412账户。

2013年11月22日，412账户转账900万元进入皮革公司其它账户。

2014年2月25日，梁某甲与梁某乙签订股权转让协议，约定梁某乙受让梁某甲4000万股份，成为皮革公司股东，同时担任皮革公司董事长、法定代表人。同日，孙某甲与孙某乙签订股权转让协议，孙某甲将皮革公司1000万元股权转让给孙某乙。至此，股东变更为梁某乙（持股4000万，占比80%）、孙某乙（持股1000万元，占比20%）。

2014年2月27日，412账户先后发生下列交易：（1）梁某乙转账1000万元进入412账户，账户余额10002277.26元；（2）412账户转账1000万元至梁某甲账户；（3）梁某乙另外一笔1000万元转账进入412账户，账户余额10174972.68元。

2014年2月28日，412账户先后发生下列交易：（1）412账户转账1000万元至梁某甲账户，账户余额442142.68元；（2）梁某乙转账1000万元进入412账户，账户余额12490452.85元；（3）412账户转账1000万元进入梁某甲账户；（4）梁某乙又转账1000万元进入412账户，账户余额10072301.29元；（5）412账户转款1000万元至梁某甲账户，账户余额为72301.29元。

2014年6月9日,412账户转账2000万元进入梁某乙账户,用途/摘要:“退投资款”。  
2014年6月13日,412账户转账2000万元进入梁某乙账户,用途/摘要:“退投资款”。

2016年11月20日,(2015)天商园初字第81号民事判决书生效。

另查明:新鹏公司为梁某甲个人独资有限责任公司,梁某甲认缴出资12000万元,持股100%;红阳公司登记状态:注销,红阳公司股东之一为新鹏房地产集团有限公司,梁某甲系新鹏房地产集团有限公司的股东。

### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2018年4月24日判决驳回雅琳思公司的诉求。

雅琳思公司不服一审判决提起上诉,济南市中级人民法院2019年5月27日作出二审判决:一、撤销济南市历下区人民法院(2018)鲁0102民初162号民事判决;二、梁某甲在其抽逃出资1000万元的范围内、梁某乙在其抽逃出资4000万元的范围内,对皮革公司欠付雅琳思公司150万元债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任;三、驳回雅琳思公司的其他诉讼请求。

### 【裁判理由】

本案争议焦点是孙某甲、孙某乙、梁某乙、梁某甲是否存在抽逃出资行为,应对皮革公司欠付雅琳思公司的债务承担补充赔偿责任。

《公司法解释三》对抽逃出资的认定、抽逃出资举证责任分配、抽逃出资的责任承担作出了明确的规定,本案应遵照适用。首先,关于抽逃出资的认定,《公司法解释三》第十二条规定:“公司成立后,公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由,请求认定该股东抽逃出资的,人民法院应予支持:……(三)利用关联交易将出资转出;(四)其他未经法定程序将出资抽回的行为”。第二,关于抽逃出资的举证责任分配,《公司法解释三》第二十条规定:“当事人之间对是否已履行出资义务发生争议,原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的,被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任”。第三,关于抽逃出资的责任承担,《公司法解释三》第十四条第二款规定:“公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的,人民法院应予支持;抽逃出资的股东已经承担上述责任,其他债权人提出相同请求的,人民法院不予支持”。

本案举证责任的分配问题。雅琳思公司一审时提交了皮革公司银行转账明细、工商登记材料以及经人民法院执行皮革公司不能清偿雅琳思公司到期债务的相关证据,可以达到对梁某甲、梁某乙等出资义务产生合理怀疑的态度,依照《公司法解释三》第二十条规定,在雅琳思公司提交上述证据后,举证责任发生转移,应由梁某甲、梁某乙等就其已履行出资义务承担举证责任,梁某甲、梁某乙经一审法院与本院传票传唤,无正当理由拒不到庭参加诉讼,视为放弃诉讼权利,应承担举证不能的不利后果。一审法院分配举证责任有误,应予纠正。

#### 一、关于梁某甲的责任认定问题。

1. 皮革公司第一次增资资金1400万元于2013年9月22日进入公司验资账号,增资完成于2013年9月24日由验资账户转入412账户,至2013年10月11日412账户资金余额仅为256156.94元,转出13743843.06元(1400万元-256156.94元),雅琳思公司无证据证实该13743843.06元转出后由梁某甲收回,不能排除皮革公司与其他公司之间存在正常的交易,

故雅琳思公司请求确认 13743843.06 元的资金流出为抽逃出资，证据不足，不予支持。

2. 雅琳思公司主张的梁某甲抽逃注册资金 600 万元。因自皮革公司注册成立之日（2013 年 5 月 7 日）至资金流出之日（2013 年 10 月 1 日）时间较长，鉴于抽逃资金具有短期内流出的特征，雅琳思公司主张该 600 万元为抽逃出资，证据不足，本院不予认定；雅琳思公司主张的皮革公司抽逃第二次增资资金 750 万元，因该 750 万元系由 412 账户转至皮革公司其它账户，转款后仍属皮革公司所有，该项诉求不符合抽逃出资的成立要件，不予认定。

3. 皮革公司第二次增资资金 3000 万元于 2013 年 11 月 12 日转入验资账户，增资完成后，于当日向新鹏公司转账支出 1000 万元，《公司法》第二十一条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。梁某甲作为皮革公司当时的唯一股东，在验资结束一周内将验资资金 1000 万元转至新鹏公司，而新鹏公司系梁某甲担任股东的一人有限责任公司，梁某甲的行为同时违反了《公司法》第二十一条禁止关联行为的规定与第三十五条不能抽逃出资的规定，事实清楚，证据确实，梁某甲对此未能提出证据反驳，该 1000 万元应认定为抽逃出资。

综上，应认定梁某甲抽逃出资金额为 1000 万元，梁某甲原系皮革公司股东，皮革公司欠雅琳思公司的债务经人民法院强制执行不能清偿，雅琳思公司请求梁某甲在抽逃出资的范围内承担补充赔偿责任的诉求，合法有据，予以支持。

#### 二、关于孙某甲、孙某乙的责任认定问题。

《公司法解释三》第十八条第一款规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持”。依照上述规定，受让人承担连带责任的前提是受让人对出让人未全面履行出资义务即转让股权的事实知道或者应当知道。本案中，孙某甲、孙某乙的股权均为受让所得，雅琳思公司无证据证实孙某甲、孙某乙知道或应当知道出让人梁某甲未全面履行出资义务，两人股权转让款的支付对象为股权出让人而非皮革公司，换言之，两人是否支付、如何支付股权转让款与抽逃出资无直接关系，雅琳思公司以孙某甲支付转让款至皮革公司后转出、孙某乙未支付股权转让款为由请求两人承担补充赔偿责任，于法无据，不予支持。

#### 三、关于梁某乙的责任认定问题。

《公司法》第一百七十七条规定：“公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保”。梁某乙受让梁某甲 4000 万股权成为股东，虽无确切证据证实梁某乙在受让股权时对梁某甲抽逃出资的事实知道或应当知道，但梁某乙在受让股权后未经上述减少注册资本的法定程序从皮革公司收回投资 4000 万元，同时，其未举证证明其收回 4000 万元投资存在合理的理由，客观上给皮革公司的偿债能力造成损害，该行为构成抽逃出资，抽逃出资额为 4000 万元，雅琳思公司请求梁某乙在抽逃出资的范围内承担补充赔偿责任，合法有据，予以支持。浙江省温岭市人民法院于 2015 年 6 月 26 日作出的（2014）台温商初字第 1666 号民事判决书，系在梁某乙抽逃出资之后，不能影响梁某乙抽逃出资的认定。

### 四、关于雅琳思公司主张的迟延履行金问题。

《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第一条规定：“根据民事诉讼法第二百五十三条规定加倍计算之后的迟延履行期间的债务利息，包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍部分债务利息。迟延履行期间的一般债务利息，根据生效法律文书确定的方法计算；生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。加倍部分债务利息的计算方法为：加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间。第二条规定，加倍部分债务利息自生效法律文书确定的履行期间届满之日起计算”。（2015）天商园初字第81号民事判决书未判令迟延履行期间的一般债务利息，故不予计算。雅琳思公司主张的加倍债务利息=生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务144万元×日万分之一点七五×408天（自2016年11月29日履行期限届满之日起至2018年1月11日起诉之日）=102816元。利息与本金之和1542816元大于雅琳思公司主张的150万元，故对雅琳思公司要求梁某甲、梁某乙对150万元承担补充赔偿责任的诉求，予以支持。

五、关于雅琳思公司一审诉求第一项请求确认梁某甲、梁某乙等人存在抽逃出资行为问题。因梁某甲、梁某乙抽逃出资的行为系民事法律行为，民事法律行为是民事法律事实的一种，隶属事实认定的范畴，梁某甲、梁某乙抽逃资金的事实在本判决书事实认定部分予以查明，同时在说理部分作出违法的认定。事实问题不应成为确认之诉的客体，故雅琳思公司的该项诉求，不予支持。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

本案涉及股东抽逃出资的认定，以及股东抽逃出资的法律后果。我国现行公司法继承了1993年公司法禁止股东抽逃出资的规定，《公司法司法解释三》对股东抽逃出资的认定、抽逃出资的民事法律后果进行了规定，弥补了立法空白，具有重要的司法实践意义。因此，笔者借上述案例对此类案件的审理提出一些见解。

#### 一、股东抽逃出资的认定

投资者出资是公司资本形成的基础，因此出资是股东的一项基本义务，抽逃出资行为是违反出资义务的表现之一，而且抽逃出资是比瑕疵出资性质更严重、情节更恶劣的行为，其严重影响了交易安全，给公司及公司债权人的利益带来了重大损害。我国公司法对股东抽逃出资行为未明确定义，但一般认为抽逃出资是指股东已出资，但在出资后非法将与其所缴纳出资相应的出资额部分或全部抽回，从而达到不出资或少出资但保有股东身份目的的行为。根据抽逃出资的概念，构成抽逃出资须符合以下要件：抽逃出资的主体是公司股东；抽逃出资股东具有欺诈的故意；抽逃出资行为是发生在公司成立后，且损害公司权益；股东实施将其缴纳的出资全部或者部分抽走的行为。《公司法司法解释三》第十二条明确了五种抽逃出资的情形，包括第（一）项“将出资款项转入公司账户验资后又转出”的典型行为。本案中，梁某甲作为皮革公司当时的唯一股东，在验资结束一周内将验资资金1000万元转至新鹏公司，而新鹏公司系梁某甲担任股东的一人有限责任公司，梁某甲的行为同时违反了《公司法》第二十一条禁止关联行为的规定与第三十五条不能抽逃出资的规定，事实清楚，证据确实，梁某甲对此未能提出证据反驳，该1000万元应认定为抽逃出资。

#### 二、抽逃出资股东的民事责任

抽逃出资行为会严重损害公司、债权人和其他股东的权益，因此，抽逃出资股东需对这



些利害关系人承担相应的民事责任。本案主要涉及对公司的民事责任。股东向公司出资的财产，在转移给公司之后就转化为公司财产，未经公司同意，擅自抽逃出资，则侵害了公司的财产权利。《公司法解释三》第十四条第二款规定公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。本案中，梁某甲、梁某乙系皮革公司股东，皮革公司欠雅琳思公司的债务经人民法院强制执行不能清偿，雅琳思公司请求梁某甲、梁某乙在抽逃出资的范围内承担补充赔偿责任的诉求，合法有据，应予支持。

编写人：山东省济南市中级人民法院金融破产庭 刘培森

# 股份合作制企业兼具公司制企业和合伙制企业的部分特征，当股东与企业发生纠纷时，应首先尊重企业内部约定，在无企业内部约定的情况下，可以参照适用公司法或者合伙企业法的相关规定

——王某与济南铸管厂股东知情权纠纷案

**关键词** 股份合作制企业 公司制企业 合伙制企业 股东知情权

## 【案例要旨】

股份合作制企业兼具公司制企业或者合伙制企业组织的部分特征，但其既不是公司制企业，也不是合伙制企业。我国立法机关尚未制定规范股份合作制企业的法律、法规。因此，有关股份合作制企业纠纷的处理，应首先尊重企业内部的规定、决定或者约定等，在企业内部没有约定的情况下，可以参照公司法或者合伙企业法的相关规定处理。

## 【相关法条及部门规范性文件】

《中华人民共和国合伙企业法》

第二十八条第二款：合伙人为了了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。

《中华人民共和国公司法》

第三十三条：股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。

第九十七条：股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。

国家体改委《关于发展城市股份合作制的指导意见》

二、股份合作制是采取了股份制一些做法的合作经济，是社会主义市场经济中集体经济的一种新的组织形式。

三、股份合作制是在改革中群众大胆探索、勇于实践的重大成果。

四、股份合作制企业是独立法人，以企业全部资产承担民事责任，主要由本企业职工个人出资，出资人以出资额为限对企业的债务承担责任。

## 【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2017）鲁0103民初5145号（2017年10月9日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民终565号（2018年3月29日）

## 【基本案情】

王某起诉请求：1. 查阅、复制济南铸管厂（以下简称“铸管厂”）1995年成立以来股东购买股份的详细情况和股东退股的详细资料；2. 查阅、复制铸管厂1995年改制后至今的所有董事会会议记录；3. 查阅、复制2014年4月21日山东省致源会计师事务所对企业的财务

审计报告（用于铸管厂清产核资）；4. 查阅、复制2014年1月至2017年6月30日铸管厂财务自有资金支出情况（查阅、复制财务会计账簿）；5. 查阅、复制2014年5月27日至2017年6月30日动用企业公章与外单位签署的所有协议及发出的所有通知、说明；6. 查阅、复制铸管厂营业执照副本；7. 查阅、复制2014年企业上报市中区国资委帮扶解困救助报告详细内容和获取区政府国有企业专项救助资金382万元职工领取项目的名单；8. 铸管厂承担所有诉讼费用；9. 查询铸管厂企业公章所在何处。

法院经审理查明：王某为铸管厂的员工股东，铸管厂成立于1989年9月29日。1995年3月4日，铸管厂召开了首届股东代表大会，通过了企业章程，将企业改制成为股份合作制企业，并选举了董事会及监事会。《企业章程》第五条规定，企业性质为股份合作制。第六条规定，企业总股本663.2万元。其中企业集体股511.2万元（量化内部员工基本股149.9万元），内部员工普通股151万元，法人股1万元。第十一条规定，股东按其持股份额享有的权利包括：1. 按规定出席股东大会，并行使表决权；2. 按规定享有集体资产量化分配的基本股分得红利、优先承购新股；3. 有权监督企业合法经营，查阅企业财务决算报告；4. 企业终止清理后按股份比例取得企业剩余财产。第三十四条规定，企业按规定向政府有关部门报送报表，编制年度资产负债表、利润表、财务状况变动表和其它有关附表等，在股东代表大会召开前二十天备置于企业住所供股东查阅，年度会计报告须经注册会计师验证。王某在一审起诉状的事实和理由中陈述：依据铸管厂《企业章程》第十一条规定，参照《公司法》第三十三条“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议和财务会计报告”的规定，我是企业股东、董事，依法享有查阅、复制企业所有相关资料、信息的权利，故诉至法院。

#### 【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2017年10月9日判决驳回王某的诉求。

王某不服一审判决提起上诉，济南市中级人民法院2018年3月29日作出二审判决：一、撤销济南市市中区人民法院（2017）鲁0103民初5145号民事判决；二、铸管厂于二审判决生效之日起六十日内在其注册登记住所地置备1995年至今铸管厂所有董事会会议决议供上诉人王某查阅、复制；三、铸管厂于二审判决生效之日起六十日内在其注册登记住所地置备2014年1月至2017年6月30日的济南铸管厂会计账簿供王某查阅；四、驳回王某其他诉讼请求。

#### 【裁判理由】

根据一审起诉状载明的事实和理由，铸管厂《企业章程》第十一条是关于“股东权利和义务”的规定，《中华人民共和国公司法》第三十三条也是法律赋予股东的权利。王某作为铸管厂的股东，依据上述规定提起诉讼，本案应为股东知情权纠纷。

王某一审提交的济南市工商行政管理局出具的铸管厂《内资企业登记信息查询结果》显示，铸管厂的企业类型为“股份合作制”。至于铸管厂是公有制还是非公有制股份合作制企业，与本案的股东知情权纠纷无关，一审法院不予处理并无不当。王某二审提交的欲证明铸管厂是非公有制股份合作制企业的相关证据，与本案无关联性，本院均不予审查。

王某行使股东知情权，按照法律规定，应以铸管厂为被告。铸管厂现有工商登记信息显示，其法定代表人为冷同河。铸管厂委托诉讼代理人在一审、二审中均提交了铸管厂的营业执照副本、组织机构代码证、法定代表人身份证明书、法定代表人身份证复印件、对代理人

的授权委托书，经本院审查，铸管厂提交的上述委托手续合法有效，其代理人可以参加本案诉讼。至于冷同河、王玉强与铸管厂的关系问题，不属于本案审查范围，且其不影响本院按照法律规定审理王某的诉讼请求是否成立。对王某二审提交的要求确认对冷同河、王玉强任免违法，冷同河、王玉强无权控制公章等相关证据，与本案亦无关联性，本院不予审查。对王某要求调取冷同河、王玉强退股材料的申请，本院不予准许。

铸管厂系股份合作制企业，股份合作制企业兼具公司制企业或者合伙制企业组织的部分特征，但其既不是公司企业，也不是合伙企业。我国立法机关尚未制定规范股份合作制企业的法律、法规。因此，有关股份合作制企业纠纷的处理，应首先尊重企业内部的规定、决定或者约定等，在企业内部没有约定的情况下，可以参照公司法或者合伙企业法的相关规定处理。涉案铸管厂《公司章程》虽然有“股东的权利和义务”的相关规定，但上述规定比较笼统，如果公司法或者合伙企业法有相关规定，本案可以参照适用。《中华人民共和国合伙企业法》第二十八条第二款规定：“合伙人为了了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。”《中华人民共和国公司法》第三十三条规定：“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。”第九十七条规定：“股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。”参照上述法律规定，对王某的诉讼请求，本院逐一分析如下：

1. 王某要求查阅、复制铸管厂1995年成立以来股东购买股份的详细情况和股东退股的详细资料。公司法规定的是股东有权查阅、复制股东名册，公司章程对此亦无规定，故对王某该项诉讼请求，不予支持。

2. 王某要求查阅、复制董事会所有记录，后明确为铸管厂1995年改制后至今的所有董事会会议记录。公司法仅规定股东有权查阅、复制董事会会议决议，故对王某该项请求，仅能支持其查阅、复制铸管厂1995年至今所有董事会会议决议。

3. 王某要求查阅、复制2014年4月21日山东省致源会计师事务所对企业的财务审计报告。公司章程规定股东有权查阅企业财务决算报告，公司法规定股东有权查阅、复制财务会计报告。财务决算报告、财务会计报告与财务审计报告均属于不同的资料，故对王某该项诉讼请求，本院亦不予支持。对王某要求调取该审计报告的申请，亦无必要，不予准许。

4. 王某要求查阅、复制2014年1月至2017年6月30日铸管厂财务自有资金支出情况，后明确为要求查阅2014年1月至2017年6月30日铸管厂的会计账簿。对此，合伙企业法和公司法均有规定，依法予以支持。

5. 王某要求查阅、复制2014年5月27日至2017年6月30日动用企业公章与外单位签署的所有协议及发出的所有通知、说明。对此，公司章程、合伙企业法和公司法均无相关规定，不予支持。

6. 王某要求查阅、复制铸管厂营业执照副本。对此，公司章程、合伙企业法和公司法均无相关规定，不予支持。

7. 王某要求查阅、复制2014年企业上报市中区国资委帮扶解困救助报告详细内容和获取区政府国有企业专项救助资金382万元职工领取项目的名单。对此，公司章程、合伙企业法和公司法均无相关规定，不予支持。

8. 王某要求查询铸管厂企业公章所在何处。对此，公司章程、合伙企业法和公司法均无

相关规定，本院依法不予支持。至于王某二审主张的材料复制费用，因其未能提供具体数额，且一审亦未提出该主张，不予支持。

王某主张行使知情权，只需证明其为铸管厂股东即可，铸管厂对王某的股东身份并无异议，依法予以确认。至于其是否为唯一股东，不影响其知情权的行使。王某还要求确认其为铸管厂唯一董事，铸管厂企业章程、公司法或者合伙企业法均未对企业董事的知情权作出规定，故王某是否为铸管厂董事，亦不影响其知情权的行使。王某是否为铸管厂唯一股东和董事，不属于本案审查范围，对王某就此提交的相关证据，不予审查。

#### 【参照适用本案例时应注意的问题】

##### 一、股份合作制企业与公司制企业的区别

股份合作制企业与合作制企业以及公司制企业有着不同的特点，特别是与其他公司制企业之间存在区别，因此股份合作制企业已经成为独立于公司制企业、合作社的一种新的企业形态，其相应纠纷处理的适用法律问题不同于其他公司制企业，这种区别主要体现在：

1. 作为股份合作制企业，尤其是劳动联合型的股份合作制企业，由于成员出资是要利用股份合作企业提供的服务，而股份合作企业的服务就是为其提供就业岗位，故其出资者与职工两者自然是合一的，这就形成了劳动联合型的合作制企业职工全员入股的特征。这一点成了股份合作制区别于其他股份制最明显的表征。由于股份合作制以合作制为基础，故这也是判断是否为股份合作制企业一个明显而重要的依据。

2. 由于公司中投资者目的的单纯性，即为了取得投资回报，所以其投资渠道是开放的。也就是说，对于公司而言，其股东的来源是开放的。而对股份合作制企业来说，其投资的一个重要目的就是为企业职工或者说是投资者提供就业岗位或者提供服务，所以对投资者的来源就有封闭性的要求，有较强的地域性限制。

3. 股份合作制企业的人合性特征特别明显、突出。股份合作制企业，与其他公司制企业一样，同时具有人合性与资合性两个特征。但是，与一般的公司制企业所不同的是，股份合作制企业的人合性特征体现得更加突出。在股份合作制企业之中，股东享有的是成员权利，这种权利一般情况下是以人为计算单位的（但并不排除企业章程中其他约定的情况），强调的是成员权利的平等性。而在公司制企业中，股东享有的是财产权利，这种财产权利是以出资额为单位，强调的是同一出资单位权利的平等。同时，股份合作制企业中的职工之间不仅仅是股东与股东之间的投资关系，而且也是合作劳动者的关系，他们之间关系的和睦与否对企业有着或多或少的影响，所以使得股份合作制企业的人合性特征更加突出。

##### 二、股份合作制企业的法律渊源与法律适用

我国现有的调整股份合作制企业的法律渊源主要有：国家体改委规范性文件、中央各部委的规章、各省市的地方性法规。迄今为止，全国人大及其常委会尚未制定统一的股份合作制企业法，法律形式的这一缺陷，导致了审判实践中的争论长期存在。

##### （一）股份合作制企业章程的适用

正因为股份合作制企业不同于合伙企业，也不同于公司制企业，所以股份合作制纠纷的法律适用，也是一个特殊问题。由于我国立法机关还没有制定关于调整股份合作制企业的专门的法律及行政法规，所以股份合作制企业纠纷的解决，一般认为，首先应当以股份合作制企业的章程为依据。因为股份合作制企业的章程是在全体发起人就企业的设立与经营达成一致意见的基础上形成的，对股份合作制企业、全体发起人、董事会、监事会以及其他高级管



理人员均具有约束力。在审理股份合作制企业的纠纷时，要充分尊重股份合作制企业章程的规定，只要章程内容不违反法律以及行政法规的强制性规范，即应当以其为审理相关纠纷的依据。即使章程中有与相关政府规章或者地方性法规规定内容不符的，只要不违反法律与行政法规的强制性规范的，一般不轻易否定章程约定的效力。

### （二）地方性法规及政府规章的参照适用

立法机关虽然没有制定专门调整股份合作制企业的法律及行政法规，但是有关国家主管部门还是制定了一些指导性文件，一些地方也制定了专门的地方性法规或者政府规章对股份合作制企业进行调整与规范，这些部委规章、地方性法规及政府规章也可以成为相关纠纷处理的参照适用依据。企业的股份合作制改造和运作具有较强的政策因素，人民法院在审理股份合作制企业改造、运作过程中引起的纠纷案件，应当充分认识到这一现状，充分注意地方性法规和政府规章的精神。但是，鉴于国家体改委指导意见和地方性法规及政府规章不属于法律和行政法规，故在法院的民事裁判文书中不宜作为裁判依据直接引用。

### （三）有条件地参照适用《公司法》《合伙企业法》

《中华人民共和国合伙企业法》第二十八条第二款规定：“合伙人为了了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料”，《中华人民共和国公司法》第三十三条规定：“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿”，对于企业章程以及相关规章或者地方性法规没有规定的，一般认为，也可以参照《公司法》《合伙企业法》上述规定，因为股份合作制企业的设立与经营形态与公司制企业、合伙制企业接近，除了与有限责任公司相比具有更强的人合性特征外，股份合作制企业在很多方面与有限责任公司、合伙制企业均具有相同或者相似之处。

编写人：山东省济南市中级人民法院金融破产庭 赵永先

# 清算组未按法律规定履行通知和公告义务，导致 债权人未及时申报债权而未获清偿，清算组 成员应对造成的损失承担赔偿责任

——蒋某、李某、陈某与上海金日公司清算责任纠纷案

**关键词** 清算组 清算义务人 清算责任

## 【案例要旨】

公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，应依法予以支持。

## 【相关法条】

《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）》

第十一条：公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

## 【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2015）历城商初字第1794号（2017年6月16日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01民终3369号（2018年12月13日）

## 【基本案情】

上海金日公司向一审法院起诉请求：1. 蒋某、李某、陈某连带赔偿上海金日公司货款648460元；2. 蒋某、李某、陈某连带赔偿案件受理费8047元；3. 蒋某、李某、陈某连带赔偿上海金日公司利息损失至实际清偿日（以648460元为本金，从2006年7月5日开始按人民银行同期同档金融机构贷款利率的双倍计算，截止2015年4月31日累计为835556元）；4. 本案案件受理费、申请费5000元及财产保全担保费9000元由蒋某、李某、陈某承担。

法院经审理查明：上海市松江区人民法院于2005年9月20日就上海金日玻璃钢公司与济南金日公司买卖合同纠纷一案作出（2005）松民二（商）初字第842号民事调解书：一、被告济南金日净化设备工程有限公司偿付原告上海金日玻璃钢有限公司货款648460元，分别于2005年10月20日前付148460元、于同年12月30日前付250000元、于2006年2月28日前付250000元；若被告济南金日净化设备工程有限公司任何一期迟延一个月未履行付款义务，上海金日玻璃钢有限公司有权就未到期的债权一并向法院申请执行；二、案件受理费11495元，由原告负担3448元（已付），由被告负担8047元（于本调解协议生效之日起七日

## 商事案例

内交付本院)。济南金日公司未按照调解书履行义务,上海金日玻璃钢公司申请执行。2006年7月5日济南铁路运输中级法院出具《通知》告知,在执行过程中,济南市工商行政管理局出具证明,证实济南金日公司未在工商机关登记,未查找到被执行人住所地,除已冻结银行账户存款28641.44元外,被执行人无其他财产。上海金日玻璃钢公司被上海金日公司吸收合并,并于2007年3月29日注销,其债权债务由上海金日公司承继。济南金日公司于2001年11月26日注册成立,注册资本100万元,实收资本100万元,法定代表人为蒋某。2010年2月5日的清算报告载明,已经进行了清算工作,账账核对,清偿债务、偿还债权已全部清理完毕;济南金日公司于2009年12月22日在济南生活日报刊登注销公告;截止2009年12月9日止,济南金日公司共有资产总额491045.22元;总负债23208.17元已经清理完毕;净资产467837.05元,根据公司章程的规定,投资人按投资比例进行了分配;清算组成员为蒋某、李某、陈某。2010年2月8日股东会决议载明,2010年2月2日在济南金日公司所在地召开临时股东会,公司全体股东3人到会一致通过股东会决议,决定将公司注销,公司债权债务已清理完毕,国地税已注销,若出现问题由公司股东承担相应责任,经全体股东一致确认济南金日公司清算组所做的清算报告。股东会和清算报告均有蒋某、李某、陈某的签名。济南金日公司于2009年9月22日在山东生活日报上刊登注销公告,于2010年2月24日注销。另外,工商登记信息载明,济南金日公司因不依照规定接受年检于2008年10月29日被吊销营业执照。

上海市松江区人民法院于2017年8月21日出具《情况函》,载明:“关于申请执行人上海金日玻璃钢有限公司(现变更为上海金日冷却设备有限公司)与被执行人济南金日净化设备有限公司买卖合同纠纷一案,执行标的为欠款本金648460元及诉讼费8047元。本院于2005年12月27日立案后,依法委托济南铁路运输中级法院代为执行,已执行到位28641.44元,其余款项至今未履行,处于执行中止状态。以上情况,特此说明。”上海金日公司于2015年11月12日收到上述执行款项28641.44元。

### 【裁判结果】

济南市历城区人民法院于2017年6月16日判决:一、蒋某、李某、陈某共同赔偿上海金日冷却设备有限公司货款619818.56元;二、蒋某、李某、陈某共同赔偿上海金日冷却设备有限公司案件受理费8047元;三、蒋某、李某、陈某共同赔偿上海金日冷却设备有限公司利息损失703176.34元(以本金648460元为基数,自2006年7月5日起至2014年7月31日止,按照中国人民银行同期同类贷款基准利率的2倍计算);四、蒋某、李某、陈某共同赔偿上海金日冷却设备有限公司利息损失53108.87元(以本金648460元为基数,自2014年8月1日起至2015年11月12日,按照日万分之一点七五计算);五、蒋某、李某、陈某共同赔偿上海金日冷却设备有限公司利息损失,以本金619818.56元为基数,自2015年11月13日计算至实际给付之日止,按照日万分之一点七五计算;六、驳回上海金日冷却设备有限公司的其他诉讼请求。上述判决第一项至第五项,限蒋某、李某、陈某于本判决生效之日起十日内履行。

蒋某不服一审判决提起上诉,济南市中级人民法院2018年12月13日作出二审判决驳回上诉、维持原判。

### 【裁判理由】

本案系公司股东组织清算损害公司债权人利益而引发的纠纷,本案的焦点问题:一、上

海金日公司作为原告是否适格，本案被告是否明确，上海金日公司诉求是否错误；二、本案纠纷定性问题；三、本案诉讼是否已超诉讼时效；四、济南金日公司系有限责任公司，蒋某、李某、陈某能否以清算剩余财产 467837.05 元为限按照出资比例承担责任；五、蒋某的签名是否真实，是否应当承担责任。

关于焦点一，一、上海金日公司诉求蒋某、李某、陈某偿还货款，纠纷起源就是蒋某、李某、陈某投资入股的济南金日公司拖欠上海金日玻璃钢公司的货款而引发的，且有生效调解书确认了双方之间的债务关系，上海金日公司吸收合并了上海金日玻璃钢公司，其债权债务关系由其承继，其有权提起诉讼，原告主体适格；二、蒋某、李某、陈某均是济南金日公司的股东，济南金日公司已经被蒋某、李某、陈某清算注销，蒋某系济南金日公司的法定代表人，蒋某在庭审中对三人的股东身份予以认可，李某、陈某虽经传唤未到庭应诉，但其身份信息是明确的，能够与他人相区分，三人系明确适格被告；三、上海金日公司起诉要求蒋某、李某、陈某承担责任，系蒋某、李某、陈某作为清算组成员在清算过程侵害了债权人的利益，上海金日公司有权提起诉讼。

关于焦点二，关于本案纠纷定性问题，本案是股东损害公司债权人利益责任纠纷，还是清算责任纠纷，两案由均包含了侵害公司债权人利益造成了损害所应承担的赔偿责任，前者是《公司法》第二十条规定的股东滥用公司法人独立地位和股东的有限责任，逃避债务，严重损害债权人的利益，是对公司人格否认制度或者揭开公司面纱的规定，具体适用公司法人人格否认制度规则应当具备三要件：一、主体要件；二、行为要件；三、结果要件。后者清算责任纠纷是清算组成员在清算期间因故意或者重大过失给公司或者债权人造成的损失，应当承担的赔偿责任。根据审理查明的事实，从主体、行为、结果要件看，本案的案由应该是清算责任纠纷。

关于焦点三，依照诉讼时效司法解释的相关规定，除非法律有特别规定，当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，蒋某有权提出时效抗辩。本案立案时间是 2015 年 12 月 11 日，此前，上海金日公司已于 2015 年 5 月 13 日在上海市松江区人民法院起诉并立案受理，蒋某应诉后提出的管辖异议成立并移送至本院审理。虽然涉案济南金日公司已经于 2010 年 2 月 24 日清算注销，但济南金日公司清算组成员未提交证据证明其在清算过程中已经履行了书面通知债权人的义务，更无证据证明通知了上海金日玻璃钢公司或者承继其债权的上海金日公司。上海市松江区人民法院于 2005 年 9 月 21 日作出的（2005）松民二（商）初字第 842 号民事调解书以及 2006 年 7 月 5 日济南铁路运输中级法院的通知均能证实上海金日玻璃钢公司未怠于行使权利并已申请执行济南金日公司的事实，上海金日公司自认在 2014 年全国企业信用信息公示系统可以查询山东地区的企业信用信息时发现济南金日公司已经注销，2014 年 10 月 31 日再次至济南查询到济南金日公司的注销情况，至上海金日公司起诉之日并未超过诉讼时效。

关于焦点四，一、济南金日公司系有限责任公司，具备独立法人资格，享有独立的法人财产权，按照公司法的规定，公司应当以其全部财产对公司债务承担责任，蒋某、李某、陈某作为公司股东以其认缴的出资额为限对公司债务承担责任。蒋某、李某、陈某在清算期间清偿债务应当以公司剩余的财产进行债务清偿，资不抵债的可以申请破产，一般情况下不能

突破股东的有限责任让股东承担认缴出资额以外的债务，除非有法定特殊情形、特殊规定，才可以突破有限责任。二、有限责任公司的全体股东为法定的清算义务人，违反清算义务的应当承担相应的责任。《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）》第十一条规定：“公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”2010年2月5日的清算报告显示，蒋某、李某、陈某系清算组成员，蒋某系清算组负责人，李某、陈某系组员。蒋某、李某、陈某只是登报刊登了注销公告，无证据证实按照公司法的要求向债权人上海金日玻璃钢公司或者其承继人上海金日公司进行了书面通知，清算组未按规定履行通知义务，违反了相应清算义务，导致债权人未能申报债权并未获清偿，不能排除有故意或者重大过失的情形，其承担的赔偿范围不再以清算时公司剩余财产为限，也不再以其认缴出资额为限，蒋某、李某、陈某作为清算组成员应当对给债权人造成的损失共同承担赔偿责任。对蒋某主张以清算剩余财产、按照出资比例承担责任的辩解不予采信。

关于焦点五，蒋某申请对股东会决议、清算报告书中的“蒋某”签名进行了鉴定，因无法提供案发前同时期的签名样本而无法进行鉴定，其应当承担不利的法律后果。蒋某对其系济南金日公司法定代表人，蒋某、李某、陈某系公司股东均无异议，但对蒋某、李某、陈某是否清算组成员表示不清楚，对清算情况表示不清楚、不知情，其认可济南金日公司已经清算完毕并予以注销。根据《公司法》第一百八十四条规定，有限责任公司的清算组由股东组成，蒋某系济南金日公司的法定代表人，其作为有限责任公司的股东在清算期间就是法定的清算组成员，不能免除其应承担的责任。

综上，蒋某、李某、陈某作为济南金日公司的股东，在组织济南金日公司清算过程中，未按照公司法的相关规定书面通知债权人，在未完成清算事务的情况下就办理了公司注销，严重违反了清算义务，应当对债权人无法申报债权并未获清偿的损失承担相应的赔偿责任。上海金日公司承继了上海金日玻璃钢公司的债权债务关系，蒋某、李某、陈某应当向上海金日公司共同承担相应的赔偿责任。

关于蒋某、李某、陈某应当承担赔偿责任的范围，生效调解书已经确认的债权为货款648460元、案件受理费8047元，予以认可。另外，上海市松江区人民法院出具《情况函》证明已经执行到位28641.44元，上海金日公司认可2015年11月12日收到上述执行款项，已经获得清偿的28641.44元应当予以扣除，尚未清偿的债权本金金额为619818.56元、案件受理费8047元。

关于上海金日公司主张的利息损失，上海金日公司主张以本金648460元为基数，自2006年7月5日开始计算，2006年7月5日系执行法院通知日期，能够证明上海金日公司在此之前已经申请执行，上海金日公司选择自此开始计算利息系其权利的正当行使，予以准许。关于利息计算方式，上海金日公司的主张不符合法律规定，不予认可。根据《最高人民法院关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》（法释〔2009〕6号）的



利息标准计算：清偿的迟延履行期间的债务利息=清偿的法律文书确定的金钱债务×同期贷款基准利率×2×迟延履行期间，上海金日公司主张的利息应当以本金648460元为基数，自2006年7月5日起至2014年7月31日止，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率的2倍计算，金额为703176.34元。根据2014年8月1日施行的《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》（法释〔2014〕8号）规定：根据民事诉讼法第二百五十三条规定加倍计算之后的迟延履行期间的债务利息，包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍部分债务利息。迟延履行期间的一般债务利息，根据生效法律文书确定的方法计算；生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。加倍部分债务利息的计算方法为：加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间。上海金日公司已经于2015年11月12日获得清偿28641.44元，上海金日公司主张的利息应当以本金648460元为基数，自2014年8月1日起至2015年11月12日，按照日万分之一点七五计算，金额为53108.88元；以本金619818.56元（648460-28641.44=619818.56）为基数，自2015年11月13日计算至实际给付之日止，按照日万分之一点七五计算。关于上海金日公司主张的诉讼保全担保费9000元，无法律依据，不予支持，对其主张的案件受理费、保全申请费、公告费予以支持。

关于蒋某上诉称的诉讼时效问题。本案的诉讼时效期间应从上海金日公司知道或应当知道因济南金日公司清算时未依法履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，而致其债权受到侵害之日起算。济南金日公司清算时未履行书面通知已知债权人的义务，清算组成员未提交证据证实其在清算过程中已经履行了书面通知债权人的义务，故上海金日公司无法得知济南金日公司清算及注销情况。济南金日公司清算时未按照规定履行通知和公告义务，导致上海金日公司在济南金日公司清算期间未及时申报债权而未获清偿，其债权受到侵害。上海金日公司主张在2014年全国企业信用信息公示系统开始能够查询山东地区的企业信用信息时才知晓济南金日公司已经注销。蒋某未有证据证明上海金日公司此前已知晓济南金日公司已经注销的事实，故至上海金日公司提起本案诉讼时并未超过诉讼时效。

本案中，济南金日公司在公司清算期间，未有证据证明其在清算过程中已经书面通知了已知债权人上海金日玻璃钢公司，未按规定履行通知义务，导致债权人未能申报债权而未获清偿，一审法院将该举证责任分配给蒋某并无不当。上海金日公司吸收合并上海金日玻璃钢公司，并非系上海金日玻璃钢公司的债权转让，上海金日公司或上海金日玻璃钢公司是否将吸收合并的相关事宜通知济南铁路运输法院或通知上海金日玻璃钢公司的债务人，并不影响吸收合并后上海金日公司对上海金日玻璃钢公司债权债务的承继，上海金日公司有权对上海金日玻璃钢公司的债权主张权利，要求济南金日公司的股东对因清算责任造成的损失承担赔偿责任。

蒋某主张济南金日公司股东会决议、清算报告中蒋某的签名非其本人所签，其不应承担责任，并申请司法鉴定和中止诉讼。蒋某一审答辩时主张济南金日公司清算完毕已经注销，又主张清算材料签名非本人所签，其陈述前后自相矛盾。济南市中级人民法院审理的蒋某上诉请求撤销济南高新技术产业开发区管委会市场监督管理局于2010年2月24日作出的核准济南金日公司注销登记一案已裁定驳回蒋某的上诉。故济南金日公司股东会决议、清算报告

中蒋某的签名是否系其本人所签，与本案判决结果没有必然联系，故对蒋某的上述申请，不予准许。

《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第七条：“本解释施行时尚未执行完毕部分的金钱债务，本解释施行前的迟延履行期间债务利息按照之前的规定计算；施行后的迟延履行期间债务利息按照本解释计算”。本案中，一审法院按照《最高人民法院关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》规定的方法，按时间分段对利息进行了计算，并无不当。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

#### 1. 清算责任是法定责任

许多境外公司立法对公司解散后的清算责任进行了规定。如《德国有限责任公司法》第六十六条第（1）款规定，除因破产程序而解散外，在其余的解散情形，如果公司合同或股东决议未将清算委托其他人员，则由业务人员进行清算。我国《公司法》第一百八十四条也对清算责任作出了明确的规定，……逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组，进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时指定清算组成员，进行清算。由此，清算责任是为法律明文规定的责任，系清算义务人的法定责任。如果债权人起诉清算义务人要求清算义务人承担清算责任的，人民法院应当予以支持，判令清算义务人依照法律规定的期限和程序对公司进行清算。

#### 2. 清算责任是行为责任

清算义务人未在法定期间内组织清算组对公司进行清算或者未及时开始清算，是对清算义务的违反，产生清算责任。清算责任是清算义务人组织清算人对公司进行清算的责任，是一种执行事务的行为责任。清算责任的履行，依赖于自然人的行为，具有人身性，在清算义务人不履行时，法院无法强制其履行，而只能通过指定清算人强制履行或者支持权利人的损害赔偿请求权来追究清算义务人不履行清算义务的民事责任。例如，当清算义务人未在法律规定的期限内组成清算组对公司进行清算的，人民法院可以经债权人申请指定有关人员组成清算组进行清算；当清算义务人未履行或者怠于履行清算义务导致公司无法清算给公司及债权人造成损失时，应由清算义务人承担损害赔偿责任。

#### 3. 清算组成员的赔偿责任

公司清算期间，公司法人依然存在，公司股东会、监事会仍然存在，董事会由清算组接管。清算组的职权不是一般的民事权利，而是行使法律规定的职权，并应严格行使而不得放弃。清算组成员在未依法履行清算义务时对债权人应承担连带赔偿责任。清算组成员在公司非破产清算中起着主导作用，其代表清算中的公司清理并掌管清算财产、执行清算事务，享有广泛的权力，履行相应的义务。明确清算组成员对公司和债权人承担的义务，是追究清算组成员对公司和债权人承担法律责任的前提和基础，有利于加强对清算程序中债权人的保护。实践中，清算组成员的违法行为主要有二：一是清算组成员恶意处置、非法侵占、私分、毁灭、隐匿被解散公司的财产，造成公司财产减少；二是清算组成员在规定的时间内未依法履行清算义务，造成公司债权人的合法债权不能实现等实际损失。清算组成员的上述行为客观

上造成了被解散公司法人财产的减损，侵犯了债权人的利益，公司、股东或者债权人以清算组成员存在以上违法行为为由，可要求人民法院依法追究清算组成员的民事责任。清算组成员在公司清算中的民事责任主要有以下几种：清算组成员逾期清算的民事责任、清算僵局或消极无为的民事责任、故意或过失遗漏债权的民事责任、未按规定履行通知和公告义务的民事责任、执行未经确认清算方案的民事责任、不当履行受托义务的民事责任以及从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程的民事责任。

编写人：山东省济南市中级人民法院金融破产庭 吴 魁



## 四、行政案例





# 法院应综合运用行政法基本原则对行政机关的自由裁量权进行适度的审查

——山东银丰大融置业有限公司诉长清区综合行政执法局、长清区人民政府行政处罚、行政复议案

**关键词** 比例原则 正当程序原则 行政处罚 执法手段

## 【案例要旨】

行政法的基本原则为合理性原则和合法性原则，需符合程序性规定。判断行政机关的行政行为是否符合合理性原则，主要看行政行为是否符合比例原则。人民法院对行政机关的行政自由裁量决定的实质内容进行适度的司法审查，是行政诉讼的合法性审查制度的应有之义。行政机关必须选择相对成本最小的执法手段，选择对行政相对人最小侵害的方式，从而使行政执法的成本与执法收益相一致。若行政机关对行政相对人的处罚超出必要限度，处罚幅度不当，行政相对人提起行政诉讼的，人民法院应依法予以支持。

## 【相关法条】

《中华人民共和国行政诉讼法》第六条规定：“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查。”人民法院对行政机关的行政自由裁量决定的实质内容进行适度的司法审查，是行政诉讼的合法性审查制度的应有之义。

《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款规定：“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”说明行政执法中行政裁量必须遵循执法成本和执法收益的均衡，应当符合比例原则。

《中华人民共和国行政处罚法》第三十八条第二款规定：“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。”行政机关作出行政行为过程中，程序是具有独立价值的要素，行政处罚的程序是行政处罚的重要组成部分。遵守法律和正当程序是行政机关依法行政的基本要求，行政机关办理行政处罚案件必须遵循合法和正当程序原则。

## 【案件索引】

一审：济南市长清区人民法院（2018）鲁0113行初9号（2018年6月7日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01行终487号（2018年10月23日）

## 【基本案情】

原告山东银丰大融置业有限公司（以下简称大融置业）诉称：原告认为被告长清区综合行政执法局（以下简称长清执法局）作出的行政处罚决定事实不清、证据不足，应予撤销。原告缴纳绿地绿化补偿费后才进行施工，不存在擅自占用绿地的情况。原告积极主动对施工绿地进行恢复，没有造成危害后果，属于从轻或减轻行政处罚的情况，被告长清执法局对原告按最高限加重处罚，于法无据。请求：1. 撤销济城执长清区综处字（2017）第300号行政处罚决定书；2. 撤销济长政复决字（2017）30号行政复议决定书。

被告长清执法局辩称：原告违法事实清楚，证据确实充分，执法机关执法程序合法，适用法律正确。被告所作行政处罚，依法应予维持。

被告长清区人民政府（以下简称长清区政府）辩称：被告作出的济长政复决字（2017）30号《行政复议决定书》程序符合法律规定。

济南市长清区人民法院经审理查明：2017年8月21日，济南市保障中央环境保护督察工作联络组向被告长清执法局转办中央第三环境保护督察组受理的来电举报材料，涉及银丰公馆项目，在小区南侧大学路规划道路绿化带设置部分停车位。同年8月22日，被告长清执法局对原告涉嫌违法的区域进行现场勘验并制作现场勘验笔录、拍摄了影像证据，查明原告在大学路以北、银丰公馆沿街楼以南，将部分大学路绿地改为停车位和道路，占用绿地2010.2平方米。并对原告的综合部经理刘学智进行询问，制作了询问笔录，其认可该公司占用大学路部分绿地改造为停车位和道路，既未取得建设行政主管部门的审批手续也未取得规划部门的审批手续，也没有按规划恢复绿地。但提出公司曾经向绿化管护中心缴纳过绿化补偿费。长清执法局向原告送达第17—300《责令限期改正通知书》及《行政处罚权利告知书》。后原告公司进行整改。同年8月30日被告长清执法局作出《行政处罚决定书》，并向原告送达。同年9月7日原告向被告长清执法局提交《缓交行政罚款申请书》，说明因资金困难申请缓交罚款。后原告向被告长清区政府提起行政复议，请求撤销该处罚决定。同年10月30日被告长清区政府受理复议申请，并向长清执法局送达《提出行政复议答复通知书》。同年12月25日被告长清区政府以案情复杂为由，作出《延期审理通知书》并向复议双方送达。2018年1月11日作出《行政复议听证通知书》并向双方送达。同年1月18日举行听证。经听证，于2018年1月25日作出济长政复决字（2017）30号《行政复议决定书》，维持了被告长清执法局作出的济城执长清区综处字（2017）第300号《行政处罚决定书》。原告仍不服，诉至济南市长清区人民法院。

济南市长清区人民法院认为：本案中原告所缴纳的费用为建设需要进行苗木伐除（迁移）的费用，后期仍需按照规划恢复绿线范围的绿化带。庭审中原告也未能提供其改建行为已取得绿化主管部门审批手续的相关证据。因此，原告认为其不存在“在长清区大学路路北，银丰公馆沿街楼以南擅自占用绿地建设车位和道路”的违法行为的观点，不能成立。另外从被告长清执法局提交的原告2017年9月7日的“缓交行政罚款申请书”，亦表明原告对被告的处罚也是认可的。被告长清执法局作出的处罚决定，于法有据。本案原告虽提供《济南市城市绿化条例实施细则》第二十七条的规定，认为其已在接到被告的“责令限期改正通知书”后，进行了整改，对施工的绿地进行了恢复，被告对原告不应处罚。但上述规定已于2017年5月30日失效，因此原告的上述观点，长清区法院不予支持。法律文件赋予行政执法机关一定的自由裁量权，执法机关行使处罚权应当同时遵循《行政处罚法》规定的基本原则，设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。也即要遵循过罚相当的处罚原则。本案虽发案于中央环保督察组督察期间，但原告确存在配合执法机关进行整改的情形，现本案被告长清执法局以“按异地补建绿地代建费的五倍罚款”，显然过重，有违行政处罚过罚相当的处罚原则，应予变更。长清区法院认为“按异地补建绿地代建费的四倍罚款”，较为适宜。另外本案中被告长清执法局认为原告擅自占用绿地改建停车位及道路的行为分别违反了三个不同的法律规范，并依法作出三项处罚结果。其中有两项涉及到罚款内容，被告在最终确定罚款总额时，应执行罚款数额间的吸收，而非罚款

数额的累计叠加，因为其法律后果是由相对人的一个违法行为引起的。由于被告长清区政府作出的复议决定书是维持了长清执法局的处罚决定，而该处罚的结果内容确有不妥之处，因此长清区法院对原告请求“撤销济长政复决字（2017）30号行政复议决定书”的诉请，予以支持。

上诉人大融置业不服一审判决上诉称，一审判决认定事实错误，适用法律错误。1. 上诉人在对绿地进行施工前缴纳了绿化补偿费，没有擅自占用城市绿地，不应予以处罚，一审判决认定事实错误，适用法律错误；2. 退一步讲，即使存在擅自占用城市绿地的情形，因上诉人已经恢复原状，依法不应处罚；3. 再退一步讲，即使擅自占用城市绿地应予以处罚，基于比例原则和上诉人具备减轻处罚情节，行政处罚决定书和一审判决变更处罚均不符合法律规定；4. 在长清执法局作出处罚前上诉人已经整改完毕，行政处罚决定书和一审判决再要求上诉人整改，认定事实错误；5. 长清区城市管理局根据失效的规定证明绿化补偿费，行政处罚决定书以此作为处罚的基数，认定事实不清；6. 即使如济南市长清区城市管理局所称上诉人缴纳的是苗木伐除（迁移）费用，则长清区环卫绿化管护中心收取移植费用并组织移植树木，应以批准占用或临时占用城市绿地为前提，充分证明上诉人占用或临时占用城市绿地得到了批准；7. 对擅自占用城市绿地的处罚，《济南市城市绿化条例》与《山东省城市绿化管理办法》相抵触，依法应由山东省人大常委会决定，行政处罚决定和一审判决适用《济南市城市绿化条例》，适用法律错误；8. 本案属于“重大违法行为给予较重的行政处罚”的，依法应经而未经集体讨论，程序严重违法，应予以撤销。诉讼请求：1. 撤销一审判决，撤销长清执法局的行政处罚决定；2. 撤销长清区政府的复议决定；3. 判令诉讼费用由两被上诉人承担。

被上诉入长清执法局辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应当驳回上诉人的上诉请求。

被上诉入长清区政府辩称，我机关作出的行政复议决定书，程序符合法律规定，而且一审中已经撤销了我机关的行政复议决定书。

#### 【裁判结果】

济南市长清区人民法院于2018年6月7日作出（2018）鲁0113行初9号民事判决：一、维持被告济南市长清区综合行政执法局济城执长清区综处字（2017）第300号行政处罚决定中的第一项即“拆除占用城市绿地的设施，恢复绿地功能”；变更处罚决定书中第二项即“罚款2030200元”为“罚款1608160元（ $2010.2 \times 200 \times 4$ ）”。二、撤销被告济南市长清区人民政府作出的济长政复决字（2017）30号行政复议决定书。宣判后，大融置业提出上诉。济南市中级人民法院于2018年10月23日（2018）鲁01行终487号行政判决：一、维持济南市长清区人民法院（2018）鲁0113行初9号行政判决第二项，即“撤销被告济南市长清区人民政府作出的济长政复决字（2017）30号行政复议决定书。”；二、撤销济南市长清区人民法院（2018）鲁0113行初9号行政判决第一项，即“维持被告济南市长清区综合行政执法局济城执长清区综处字（2017）第300号行政处罚决定中的第一项即‘拆除占用城市绿地的设施，恢复绿地功能’；变更处罚决定书中第二项即‘罚款2030200元’为‘罚款1608160元’（ $2010.2 \times 200 \times 4$ ）”；三、撤销济南市长清区综合行政执法局济城执长清区综处字（2017）第300号行政处罚决定，责令其在法定期限内对上诉人大融置业占用绿地的行为重新作出处理。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：济南市中级人民法院同意一审法院对证据的认证意见及据此认定的

案件事实。另查明，2017年12月，济南市长清区机构编制委员会济长编发（2017）29号文件《关于组建长清区综合行政执法机构有关机构编制事项的通知》，其中规定：以长清区城市管理行政执法局为基础，组建长清区综合行政执法局，为区政府直属正处级行政执法机构。

2017年8月22日，长清区城市管理局出具《山东银丰大融置业有限公司缴纳绿化补偿费的情况说明》，该说明载明：“山东银丰大融置业有限公司2014年至2017年进行房地产开发建设，因施工需要办理审批手续迁移苗木，并按照《济南市城市绿化条例》、鲁财综〔2006〕20号‘关于同意收取城市绿化补偿费的批复’、《济南市城市绿化收费管理试行办法》费用计算办法等相关规定缴纳了绿化补偿费。后期没有按照规划恢复绿地，将部分绿地改建为停车位。所缴纳的费用为建设需要进行苗木伐除（迁移）的费用，后期仍需要按照规划恢复绿线范围内的绿化带。”

2017年8月22日，长清区城市管理局出具《大融置业圈占、破坏绿地改建停车位情况说明》，该说明载明：“大融置业2014年至2017年进行房地产开发建设，因施工需要办理审批手续迁移苗木，后期没有按照规划恢复绿地，现将部分绿地改建为停车位。根据现场勘查情况，共计占用绿地2010.2平方米。按照《济南市城市绿化条例》、鲁财综〔2006〕20号‘关于同意收取城市绿化补偿费的批复’、《济南市城市绿化收费管理试行办法》费用计算办法，绿化补偿费为200元/平方米。”

一审卷宗材料显示，上诉人在涉案地块建设施工前，向济南市长清区环卫绿化管护中心缴纳绿地绿化补偿费873075元，该中心向上诉人出具了发票，发票中“货物或应税劳务、服务”名称为“绿化补偿费”、“绿化保障”。

二审过程中，长清执法局认可，济南市长清区综合行政执法局与长清区城市管理局合署办公，系完全独立的两个行政机关。

根据《中华人民共和国行政诉讼法》的立法本意，行政法的基本原则为合理性原则和合法性原则。判断行政机关的行政行为是否符合合理性原则，主要看行政行为是否符合比例原则。行政法的基本使命就是要确保行政机关工作人员对行政裁量权的行使负责，不至于出现肆意或比例失衡情形。《中华人民共和国行政诉讼法》第六条规定：“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查。”人民法院对行政机关的行政自由裁量决定的实质内容进行适度的司法审查，是行政诉讼的合法性审查制度的应有之义。行政自由裁量，可以理解为行政机关在相关法律许可的情况下，在作为、不作为、怎样作为等方面进行权衡确定，并在方法、种类、幅度、结果、程序、适用法律等诸多细节上进行选择的权力。人民法院依法享有对行政自由裁量进行司法审查的权力，该审查应以行政机关裁量决定是否合理，裁量权有没有不适当地行使为重点。行政机关必须选择相对成本最小的执法手段，选择对行政相对人最小侵害的方式，从而使行政执法的成本与执法收益相一致。行政机关作出的处罚决定应针对影响的程度，责令行政相对人采取相应的措施，既要保证行政管理目标的实现，又要兼顾保护相对人的权益，应以达到行政执法目的和目标为限，尽可能使相对人的权益遭受较小比例的侵害，如此，既维护了行政机关公信力，又使行政相对人接受了教育，实现了执法效果和社会效果的统一。《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款规定，设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。说明行政执法中行政裁量必须遵循执法成本和执法收益的均衡，应当符合比例原则。本案中，虽然济南市长清区环卫绿化管护中心或长清区城市管理局未出具迁移苗木批准手续，但从2017年8月22日，



长清区城市管理局出具的《山东银丰大融置业有限公司缴纳绿化补偿费的情况说明》及《山东银丰大融置业有限公司圈占、破坏绿地改建停车位情况说明》中可知，上诉人因施工需要办理审批手续迁移苗木，在现场施工前，预先按照相关规定向济南市长清区环卫绿化管护中心缴纳绿地绿化补偿费 873075 元，所缴纳的费用为建设需要进行苗木伐除（迁移）的费用。从本案证据可知，上诉人后期没有按照规划恢复绿地，而是将部分绿地改建为停车位。但上诉人的违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相比于其他未经审批、未缴纳迁移苗木费用即强行非法损毁绿地、苗木的行为较轻，应有所区别，否则属于行政处罚不符合比例原则。综上，被上诉人长清执法局对上诉人作出的涉案行政处罚确定的处罚幅度不当。

随着经济发展和社会进步，行政机关依法行政，行政行为程序正当的观念逐步深入人心。行政机关作出行政行为过程中，程序是具有独立价值的要素，行政处罚的程序是行政处罚的重要组成部分。遵守法律和正当程序是行政机关依法行政的基本要求，行政机关办理行政处罚案件必须遵循合法和正当程序原则。程序公正是实现实体公正的重要手段和保障，针对重大的行政处罚，集体讨论是行政机关作出行政处罚的重要程序。《中华人民共和国行政处罚法》第三十八条第二款规定：“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。”本案中，被上诉人长清执法局对上诉人大融置业占用城市绿地的行为作出了金额为 2030200.00 元的处罚，属于对重大违法行为给予较重的行政处罚，对上诉人的权益产生重大影响，行政机关在作出决策时应当采取审慎的态度，在调查终结后应当由行政机关的负责人集体讨论决定。被上诉人长清执法局没有在法定期限内提交证据证明经负责人集体讨论决定后作出被诉处罚决定，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第三十四条“被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。……”之规定，应当视为其没有经负责人集体讨论决定的相关证据，应当承担不利的法律后果。被上诉人长清执法局在未经负责人集体讨论决定的情况下作出被诉处罚决定，属于违反法定程序，依法应当予以撤销。

综上，长清执法局作出的济城执长清区综处字（2017）第 300 号行政处罚决定，违反法定程序，处罚幅度明显不当，应予撤销，复议机关的复议决定维持原行政处罚决定，显系不当，亦应予以撤销。上诉人大融置业关于该部分的上诉理由成立，支持其上诉请求。一审判决适用法律有误，应予撤销。

编写人：济南市中级法院行政审判庭 张振明

# 贾洪泷诉济南市历城区食品药品监督管理局 行政奖励案

——部门规范性文件选择适用时应优先适用上级部门规范性文件  
并遵循对相对人有利的标准

**关键词** 行政奖励 法律适用 诚信原则

## 【案例要旨】

关于如何选择适用部门规范性文件问题，首先，应审查部门规范性文件的合法性、地域性和有效性；其次，如果下级部门规范性文件与上级部门规范性文件不一致，应优先适用上级部门规范性文件规定；第三，在优先适用上级部门规范性文件的同时，还应遵循对行政相对人有利的原则；第四，选择适用部门规范性文件时应进行形势政策的综合权衡。

## 【相关法条】

食药监稽〔2017〕67号《食品药品违法行为举报奖励办法》第十条规定：“……（一）属于一级举报奖励的，一般按涉案货值金额或者罚没款金额的4%—6%（含）给予奖励。按此计算不足2000元的，给予2000元奖励；……”

《济南市奖励办法》第十条第一款第（一）项规定：“……（一）属于一级举报奖励的，按案件货值金额的10%给予奖励；……”

## 【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2018）鲁0102行初91号（2018年6月14日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01行终441号（2018年9月26日）

## 【基本案情】

2017年3月13日，贾洪泷向济南市历城区食品药品监督管理局（以下简称历城食药监局）举报违法责任人销售过期食品，并申请奖励。2017年9月4日，历城食药监局作出（济历城）食药监处罚〔2017〕310号行政处罚决定书，认定贾洪泷举报事项属实，并对历城大润发作出以下处罚：1. 没收违法所得2.02元；2. 罚款5万元。2017年11月10日，历城食药监局作出《奖励情况说明》，主要内容为：根据《济南市奖励办法》的有关规定，应给予贾洪泷的奖励金额为0.2元。贾洪泷不服，认为历城食药监局作出的《奖励情况说明》适用法律错误，应当适用67号《奖励办法》第十条的规定，作出2000元及2000元以上的举报奖励。请求撤销《奖励情况说明》，重新依法作出举报奖励。

另，济南市食品药品监督管理局和济南市财政局根据《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国药品管理法》等相关法律、法规和国食药监办〔2013〕13号《食品药品违法行为举报奖励办法》（以下简称13号《奖励办法》），于2016年1月1日发布并实施了《济南市奖励办法》，有效期五年。2017年8月9日，国家食品药品监管总局和财政部对13号《奖励办法》进行了修订，公布并实施了67号《奖励办法》，同时废止了13号《奖励办法》。

**【裁判结果】**

济南市历城区人民法院于2018年6月14日作出(2018)鲁0102行初91号行政判决,判决:驳回原告贾洪泷的诉讼请求。案件受理费50元,由原告贾洪泷负担。宣判后,原告提出上诉。济南市中级人民法院于2018年9月26日作出(2018)鲁01行终441号行政判决,认为应当优先适用67号《奖励办法》对上诉人予以奖励,被上诉人历城食药监局对上诉人贾洪泷作出的奖励行为及一审法院所作判决,适用法律规范不当,均应依法予以纠正。判决:一、撤销济南市历城区人民法院(2018)鲁0112行初91号行政判决;二、撤销被上诉人历城食药监局对上诉人贾洪泷作出的奖励行为;三、责令被上诉人历城食药监局重新对上诉人贾洪泷作出奖励行为。

**【裁判理由】**

法院生效裁判认为:本案争议焦点问题是:被上诉人历城食药监局对上诉人贾洪泷作出的奖励行为适用法律规范是否正确。

《济南市奖励办法》与67号《奖励办法》均属于政府工作部门针对食品药品违法举报奖励行为而制定的部门规范性文件。在具体案件中,如果部门规范性文件规定不一致并导致行政行为结果不同时,在如何适用问题上,现行法律、法规未作出明确规定。

关于部门规范性文件适用规则问题,本院作如下分析:

首先,应审查部门规范性文件的合法性、地域性和有效性。根据《食品药品投诉举报管理办法》第三条第二款的规定,落实举报奖励制度,鼓励并支持公众投诉举报食品药品违法行为。但如何落实举报奖励制度,并没有具体规定。参照《中华人民共和国立法法》规定相关精神,国家食品药品监管总局和财政部可以在本部门的权限范围内公布并实施相应举报奖励办法,在适用地域上未作出特别规定时,其效力范围覆盖全国;济南市食品药品监督管理局和济南市财政局也可以根据本行政区域行政管理的需要制定具体的举报奖励办法,在本行政区域内有效。本案中,67号《奖励办法》及《济南市奖励办法》均系现行合法、有效的部门规范性文件,在适用地域上未作出特别规定,在内容一致的情况下均可适用于本案。

其次,在上下级部门规范性文件均有效的情况下,当下级部门规范性文件与上级部门规范性文件不一致时,应优先适用上级部门规范性文件规定。根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》相关规定,虽然地方人民政府的工作部门系受人民政府统一领导,上级部门与下级地方人民政府相应部门不存在直接的领导关系,但在业务上存在指导或领导关系。上级主管部门发布的部门规范性文件在性质上更符合行政命令的特征,上级主管部门以规范性文件的形式发布政令,是我国行政管理的基本手段,也是实现行政效率的基本要求,是国家行政管理和政府法治建设的重要组成部分,下级部门应当遵从。上级部门规范性文件作出具体规定的,下级部门在制定规范性文件时应保持一致,下级部门制定的部门规范性文件不得减损公民、法人或其他组织权利或者增加其义务,否则,若导致行政行为结果出现较大差异时,优先选择适用上级部门规范性文件的规定。本案中,《济南市奖励办法》是根据13号《奖励办法》制定的。2017年8月9日,国家食品药品监管总局和财政部对13号《奖励办法》进行了修订,公布并实施了67号《奖励办法》,同时废止了13号《奖励办法》。《济南市奖励办法》没有明文废止,其规定的内容与67号《奖励办法》相一致的部分,应当具有法律效力,但与67号《奖励办法》不一致的部分,应适用67号《奖励办法》相关规定。

再次，在优先适用上级部门规范性文件的同时，还应遵循对行政相对人有利的原则选择适用部门规范性文件。本案涉案商品货值金额为 2.02 元，如适用 67 号《奖励办法》，上诉人贾洪泷获得的奖励金额至少为 2000 元，如适用《济南市奖励办法》，上诉人贾洪泷获得的奖励金额为 0.2 元。在适用上下级部门规范性文件导致行政行为结果出现较大差异时，应遵循有利于行政相对人的原则，适用 67 号《奖励办法》的相关规定。

行政奖励应符合诚信原则。行政机关制定并发布的有关违法行为举报奖励办法既属规范性文件，又属政府的公开承诺，有关行政机关在执法过程中应严格遵守，在公民、法人或其他组织的举报行为符合上述办法的规定时，应遵循诚信原则给予承诺的行政奖励。67 号《奖励办法》关于奖励数额不低于 2000 元的规定，应属对举报人的承诺，若不予兑现，有违诚信原则。

此外，行政机关适用法律规范还应当结合社会形势，并与相关政策相一致。食品药品安全直接关系到人民群众的切身利益。严厉打击食品药品违法犯罪行为，确保食品药品安全，势在必行。适用 67 号《奖励办法》的相关规定对上诉人贾洪泷予以奖励，更加契合当前的食品药品监管政策和制定食品药品违法行为举报奖励办法的立法目的。

不可否认的是，对食品药品违法行为举报奖励催生了“职业打假人”这一特殊群体。应在营造营商环境、鼓励投诉举报和规范“职业打假人”之间进行兼顾和平衡。所谓兼顾，就是在支持鼓励企业发展的同时，必须确保食品药品安全；所谓平衡，就是在三者之间寻求一个结合点和平衡点。举报者向食品药品监管部门举报食品药品违法行为，经查实符合奖励条件的，依法应当获得奖励，现行的食品药品投诉举报奖励办法也并未对“职业打假人”进行明确界定并排除。依法打假具有正当性，有利于社会健康发展，应予支持；营商企业不生产、不流通伪劣产品，“职业打假人”自然失去存在的基础。在法律允许的范围内进行打假对规范食品药品安全行为具有积极意义，但是以打假的名义对食品药品生产、销售厂商等进行威胁、敲诈的行为扰乱了营商秩序，不具有正当性，不应予以支持。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

从现行法律规定看，关于法律规范的选择适用准则主要体现在《中华人民共和国立法法》的有关条款中。该法确立了上位法、下位法，新法、旧法，一般规定与特别规定之间的选择适用标准，为司法实践处理法律规范的适用问题提供了较为明确的依据。但是，在除法律、法规、规章之外的规范性文件选择适用上，特别是在具体的个案中，如果规范性文件规定不一致并导致行政行为结果不同时，在如何适用问题上，现行法律、法规并未作出明确规定。本案的裁判正是基于对该问题的分析探索，通过对案件中具体因素的判断把握，展现规范性文件选择适用的思路，提出类型化、一般性的裁判规则，努力探索形成对规范性文件选择适用的一般性准则。

#### 1. 选择适用的前提：规范性文件的合法性、地域性、有效性

##### (1) 关于合法性的分析

行政行为是执行法律等规范的行为，合法性是行政行为应当遵守的首位要求。在适用规范性文件的过程中，合法性主要体现在两个方面。一是适用规范性文件的操作程序是否合法。这是从选择适用的程序合法性角度做出的要求。与法律、法规等法律规范相比，规范性文件的效力层级低，当两者出现不一致甚至相互抵触时，应当以法律、法规等为准。这也就要求在适用规范性文件时应当遵循对特定事项有关规定进行合法性识别、选择的程序，没有



这样的程序而径行作出适用规范性文件的决定，应当属于操作程序上的不合法，这样的程序不合法也往往导致结果上的合法性偏差。二是特定的规范性文件内容本身是否合法。理论上讲，任何规范都可能会因违背上位法以及程序不合法等原因导致合法性问题。实践中，特别是近些年，随着科学立法民主立法要求的不断强化，国家法律、法规在严格的程序审查保障下，很少存在内容本身的合法性问题。而行政管理实践中存在的大量行政规范性文件则因制发主体繁多、制发程序不完善、部门利益不当干扰等原因，导致不合法的问题在一定程度上存在。在这样的现实情况下，审查规范性文件内容的合法性就成为选择适用规范性文件的重点。

本案中，为细化《食品药品投诉举报管理办法》的规定，国家食品药品监管总局和财政部制定了67号《奖励办法》，该规范性文件是在《食品药品投诉举报管理办法》规定指导下进行的规范细化，与其并不存在冲突，具有合法性。相应地，济南市出台的《济南市奖励办法》则是在《食品药品投诉举报管理办法》和67号《奖励办法》之前的13号《奖励办法》制定的，其本身也未与法律、法规相抵触，也具有合法性。因此，从合法性角度讲，涉案的67号《奖励办法》和《济南市奖励办法》均不存在问题。

#### (2) 关于地域性和有效性的分析

在地域性上，67号《奖励办法》的制定主体为国家食品药品监管总局和财政部，该两部门为全国相关业务的总体归口和指导部门，若在规范的适用地域上未作特别规定时，其效力范围应当覆盖全国，当然适用于涉案的济南地区。《济南市奖励办法》是专门针对济南市食品药品领域举报进行奖励的规定，效力范围显然为济南地区。在有效性上，67号《奖励办法》是合法的规范性文件，同时也不存在被修订、废止等情形，裁判时文件尚在施行期限之内，因此属于有效的规范性文件。《济南市奖励办法》同样也是现行有效的规范性文件。综上，涉案的两个规范性文件均具有合法性和有效性，适用范围存在重合，都可以在济南市行政区划内适用，如若在内容一致的情况下则均可适用于本案的行政奖励行为。

#### 2. 选择适用的标准：上、下级规范不一致优先适用上级规范

如前文所述，针对上级规范性文件和下级规范性文件在具体事项规定不一致时的选择适用问题上，现行立法未作出具体、明确的规定。通过对《立法法》规定精神的理解和规范性文件本身性质作用的解析，在上、下级规范性文件在具体事项规定不一致时，应当优先适用上级规范性文件的规定。本案中《济南市奖励办法》是根据67号《奖励办法》之前的13号《奖励办法》制定的。随着我国食品药品安全形势的发展变化，“为鼓励社会公众积极举报食品药品违法行为，严厉打击食品药品违法犯罪，推动食品药品安全社会共治”，国家食品药品监管总局和财政部对13号《奖励办法》进行了修订，涉及到本案主要体现在对举报奖励数额进行了提升。在这种背景下，虽然《济南市奖励办法》并未随着13号《奖励办法》的废止而失去效力，在同样有效适用于济南地区的《济南市奖励办法》和新出台的67号《奖励办法》之间，作为行政管理主体，应当恰当选择适用67号《奖励办法》处理涉案争议问题，而不是简单地理解只要有效皆可适用，不分具体情形和适用于特定项目的效果僵化操作。

#### 3. 选择适用的例外：对相对人有利原则

对相对人有利原则应当成为规范性文件选择适用的基本原则。在行政权行使的目标体系中，公共利益处于首要地位。在满足公共利益的同时，还应充分照顾到行政行为为相对人的利益，这一点的强调对实现行政行为合法性和合理性而言尤为重要。从理论上讲，公共权力的



来源为私人权利。相应地，“在行政法关系中……私人权益处于更为基础的地位。基于此，在行政法律关系中，维护相对人权益即为公共利益的实现。”同时，对相对人有利原则作为一项原则虽然没有明确具体的规定，但在现有的法律法规中却有相应体现。

具体到本案，本案涉案商品货值金额为 2.02 元，如适用 67 号《奖励办法》，上诉人贾洪泷获得的奖励金额至少为 2000 元，如适用《济南市奖励办法》，上诉人贾洪泷获得的奖励金额为 0.2 元。在适用上下级部门规范性文件导致行政行为结果出现较大差异时，应当遵循有利于行政相对人的原则。

#### 4. 选择适用的考量：形势政策的综合权衡

对规范性文件的适用还应当进行社会形势政策的综合权衡。有学者将规范性文件适用的此种考量提炼为一种原则，即“符合国家政策原则”。强调该种考量，主要原因在于规范性文件本身的特质，其存在的理由主要在于国家政策具有时效性、补充性、灵活性等特点，在法律性文件规定不明确或者法律“缺位”的情况下，制定规范性文件就要依据国家的有关政策、充分考量社会大的形势任务。行政机关适用法律规范还应当结合社会形势，并与相关政策相一致。特别是本案涉及到的食品药品安全直接关系到人民群众的切身利益。近几年，食品药品安全事件不断出现，凸显了该领域安全问题的紧迫性，严重影响到人民群众对食品药品安全的信赖。严厉打击食品药品违法犯罪行为，确保食品药品安全，既是法律规定的刚性要求，也是当前社会形势政策的必然体现。

本案的着眼点主要在于，通过本案总结在部门规范性文件的审查及选择适用方面确定了适用规则 and 标准。对于生效裁判中对食品领域的投诉举报、奖励及“职业打假人”给予了一定的司法评价，该司法评价可能与最高人民法院或其他人民法院的生效裁判的裁判尺度或观点不尽一致。

编写人：济南市中级人民法院行政审判庭 孙继发 王婷婷

获奖情况：被中国法学会消费者权益保护法学研究会评为“3·15”典型案例。

2019 年总第 43 期山东省高级人民法院审判委员会主办《案例参阅与指导》

# 泰安明智置业有限公司诉山东省人民政府行政复议案

——地方人民政府具有保障企业获得约定优惠政策的职责

**关键词** 行政复议 信赖利益 招商引资

## 【案例要旨】

地方人民政府具有保障企业获得约定优惠政策的职责，无论是基于信赖利益的保护，还是对合法权益的保障，合同能否履行的重要推进者可以作为行政复议的被申请人。

## 【相关法条】

《中华人民共和国行政复议法》第十条第四款：“公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。”

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01行初808号（2018年10月30日）

## 【基本案情】

2013年12月1日，原告泰安明智公司与泰安市泰山区财源街道办事处签订《招商引资合同书》，并支付保证金2080万元，约定由原告建设明智时代广场项目，并在合同签订之日起十日内与泰安市粮库和泰山面粉有限公司签订合作协议，预付部分拆迁款项，原告享受泰政发（2008）31号文与泰政发（2012）31号文规定的优惠政策。次日，原告依约分别与泰安市粮库和泰山面粉有限公司签订了《合作开发协议》，但政府一直未兑现承诺的优惠政策，也没有组织实施涉案项目。原告不服，以泰山区人民政府、泰安市人民政府为被申请人向被告省政府申请行政复议，请求责令泰山区人民政府和泰安市人民政府按约定兑现优惠政策并赔偿损失8656341.6元。被告省政府作出鲁政复驳字〔2018〕230号《驳回行政复议申请决定书》（以下简称230号复议决定），以泰安市人民政府作为被申请人不合格为由驳回原告的复议申请。原告不服，提起诉讼。

## 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年10月30日作出（2018）鲁01行初808号行政判决，判决：一、撤销被告山东省人民政府作出的230号复议决定；二、责令被告山东省人民政府在本判决生效之日起60日内重新作出行政行为。案件受理费50元，由被告山东省人民政府负担。宣判后，原、被告均未提出上诉，判决已发生法律效力。

## 【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于230号复议决定是否遗漏复议被申请人问题。原告在行政复议申请书所列被申请人有两个，即泰安市人民政府和泰山区人民政府，从原告的复议申请书的内容看，原告认为复议事项系原告和泰安市人民政府、泰山区人民政府之间共同的行政争议，但230号复议决定只列了一个被申请人即泰安市人民政府，对被申请人泰山区人民政府既未作出程序性处理，也未作出实体性决定，属于遗漏复议被申请人，行政程序不当。

关于原告、泰安市人民政府作为行政复议申请人、被申请人是否适格问题。公民、法人或者其他组织要求行政机关履行职责和义务，应以行政机关负有相应的职责和义务为前提。

该职责和义务可以来自于法律、法规、规章的规定，也可以来自于行政机关的承诺，还可以来自于工作的合理需要。本案中，原告根据泰安市人民政府的招商引资政策，自筹资金对泰安市粮库和泰山面粉有限公司地块连片开发改造，与泰山区财源街道办事处签订了《招商引资合同》。由此可见，原告作为街道办事处招商引资邀请的外来投资企业，本着为当地城市建设作贡献、互利共赢的目的而来，其在和当地街道办事处签订合同并已支付 2080 万元保证金、涉案地块职工搬迁工作已基本完成的情况下，有理由认为当地政府已经允诺其公司在约定区域内实施片区开发建设行为。这是原告基于法的安定性原则，信赖行政行为不会变动，而对自己的经营作出安排和对财产进行处分，是信赖行政行为的表现。行政机关破坏这种信赖，就是对政府公信力的损害，就是对营造良好法治投资环境的破坏。因此，被告在行政复议过程中，应当从维护政府公信力角度，充分考虑原告的合理诉求，维护其正当的信赖利益。本案中，原告虽然是与泰山区财源街道办事处签订的《招商引资合同》、与泰山面粉有限公司和泰安市粮库签订的《合作开发协议》《合作开发补充协议》，泰安市人民政府不是订立上述合同和协议的一方当事人，但正如泰安市人民政府作出的泰政发（2012）31 号《泰安市人民政府关于实施城市片区开发建设的意见》所言：“城市片区开发建设是一项涉及面广、政策性强、情况复杂的社会系统工程，市城市建设招商引资和重点项目建设指挥部要切实加强领导，强化行政推动，指挥、调度、推进片区开发和重点项目建设。”仅凭借泰山区财源街道办事处一己之力无法完成《招商引资合同》的约定内容，在该合同履行期间，泰山区人民政府、泰安市粮食局为推动项目的实施，也分别向泰安市人民政府提出请示，泰安市人民政府相关负责人也作出批示并为此召开会议，但尽管如此，正如原告所称，自 2015 年 10 月至原告 2018 年 5 月提起行政复议，涉案项目未有实质进展，泰安市粮食局也早在 2015 第 5 号呈阅件中就已报告“目前已搬出在外租住的 100 余户职工人心浮动、情绪不稳，上访苗头明显，开发陷入极度困难境地。”因此，无论基于对原告信赖利益的保护，还是对已搬迁职工权益的保障，都需要泰安市人民政府予以行政推动。故，原告、泰安市人民政府作为行政复议申请人、被申请人适格。230 号复议决定认定原告、泰安市人民政府作为行政复议的申请人、被申请人均不适格欠当。

另外，本院建议，行政复议作为准司法程序，在作出决定时，可根据实际情况灵活地作出责令被申请人采取补救措施等决定，既为原告的合法权益提供保障，也为被申请人解决问题留出灵活处理纠纷的空间，为双方的继续合作创造有利条件。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

招商引资是促进经济发展的重要引擎，此举对于加快城市建设、扩大就业、缓解资金紧张和改善城市环境具有重要意义。地方政府为增强对投资商的吸引力，往往会出台一系列的优惠政策让利企业，并与企业签订合同，但在合同的履行过程中可能会出现政策改变、领导更换、履职不及时等问题导致纠纷发生。如何妥善解决纠纷并保护企业的相关权利就显得尤为重要。应认真贯彻落实《中共中央关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中“大力推进治政府和政务诚信建设，地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺，认真履行在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各类合同”精神。

投资企业受招商引资邀请而来，本着为当地城市建设作贡献、互利共赢的目的而来，地方政府应当积极认真地履行《招商引资合同书》中所规定的各项义务，兑现在法定权限内依

法承诺给予的各项优惠政策，扩大到政府和各类主体依法签订的其他各类合同时也应如此，如有违反约定的情形，应承担由此带来的不利后果。此类案件对推进政府法治建设和诚信建设，维护企业依规依约获得政府优惠政策的权利具有重要意义。

公民、法人或者其他组织要求行政机关履行职责和义务，应以行政机关负有相应的职责和义务为前提。该职责和义务可以来自于法律、法规、规章的规定，也可以来自于行政机关的承诺，还可以来自于工作的合理需要。本案中，泰安市人民政府看似置身事外，实则系合同能否履行的重要推进者，作为上级政府，在相关合同、协议的履行需要其予以推动时，其应积极予以践行，维护政府公信力。行政复议作为准司法程序，与行政诉讼存在区别，行政复议机关还肩负着上级机关对下级机关的内部监督职责。本案被告省政府作为行政复议机关应积极化解矛盾，而非将矛盾推出门外。在作出复议决定时，认真分析申请人的真实诉求，可根据实际情况灵活地作出责令被申请人采取补救措施等决定，既为申请人的合法权益提供保障，也为被申请人解决问题留出灵活处理纠纷的空间。

编写人：济南市中级人民法院行政审判庭 孙继发 王婷婷

# 销售不合格食品免于行政处罚的条件认定 与执法机关裁量权把握

——济南海满航商贸有限公司诉济南市市中区  
食品药品监督管理局行政处罚案

**关键词** 不合格食品 鲜活食品 行政处罚 自由裁量权

## 【裁判要旨】

1. 《中华人民共和国食品安全法》第一百三十六条规定，食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚。其中，“如实说明进货来源”表述不够完整，根据立法目的，应当对其补充解释为“提供真实、正确的进货来源信息并经查证属实”。

2. “可以免于处罚”属于授权性规范而非义务性规范。这意味着，即使不合格食品销售商符合免于处罚的条件，执法机关亦可根据案件具体情节、食品销售商既往表现等因素，在免于和给予处罚之间作出裁量，而非必须作出免于处罚决定。

## 【相关法条】

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

## 【案例索引】

一审：济南市市中区人民法院（2018）鲁 0103 行初 242 号（2018 年 11 月 19 日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁 01 行终 48 号（2019 年 3 月 26 日）

## 【基本案情】

法院经审理查明：2018 年 5 月 11 日，被告市中食药监局收到国家食药监总局内网下发的检验报告一份，样品为原告海满航公司在兖州大润发超市销售的鲤鱼，其中地西洋项目不符合农业部公告第 235 号《动物性食品中兽药最高残留限量》要求，检验结论为不合格。2018 年 5 月 11 日，被告对原告进行现场检查，未发现 2018 年 4 月 17 日国家食品安全抽检不合格的鲤鱼，原告公司经理裴洪令称该批鲤鱼共购进 60 斤，已售完。原告称涉案鲤鱼系于 2018 年 4 月 17 日从济宁市兖州区宁路水产商行（以下简称宁路水产商行）购进，并提供该商行的《营业执照》复印件、购买凭据及进货查验台账记录。

被告于 2018 年 5 月 24 日向兖州食药监局要求协助调查：1. 宁路水产商行是否为贵局辖区内合法经营企业，请提供其相关资质复印件；2. 原告提供的宁路水产商行向其销售鲤鱼的凭据是否真实有效。兖州食药监局复函并附《营业执照》、现场拍摄照片，复函主要内容为：经营场所为济宁市兖州区息马地农贸市场一楼鱼市区 23、24 号为空摊位，现无人经营；1 号



摊位墙壁上悬挂经营者为徐宁路的个体工商户营业执照，徐宁路已经离开鱼市一个多月，摊位转让给他人。因无法找到徐宁路本人，无法确定销售鲤鱼的单据是否真实。2018年8月1日，被告作出54号处罚决定，决定对原告作出如下处罚：1. 没收违法所得肆拾贰元整（42.00），其使用的工具、设备等物品不予没收；2. 处伍万元整（50000.00）罚款，罚没款合计伍万零肆拾贰元整（50042.00）的行政处罚，同时责令立即改正违法行为。

#### 【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2018年11月19日作出（2018）鲁0103行初242号行政判决，判决：撤销被告济南市市中区食品药品监督管理局作出的（济市中）食药稽食罚〔2018〕54号行政处罚决定书。宣判后，市中食药监局提起上诉。济南市中级人民法院于2019年3月26日作出（2019）鲁01行终48号行政判决，判决：一、撤销济南市市中区人民法院（2018）鲁0103行初242号行政判决；二、驳回济南海满航商贸有限公司的诉讼请求。

#### 【裁判理由】

《食品安全法》第一百三十六条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚……”《山东省食品药品监管系统执法办案指导意见（一）》（鲁食药监发〔2017〕50号）第五条“关于食品经营者免于处罚的认定问题”对《食品安全法》第一百三十六条规定进行了进一步明确，即不合格食品经营者请求免于处罚应当同时满足以下三个条件：（一）履行了《食品安全法》规定的进货查验等义务；农产品应当提供产地证明或者购货凭证，如实记录进货查验情况。（二）有充分证据证实其不知道所采购的食品不符合安全标准。（三）如实说明进货来源，提供供货方名称、地址、联系方式且经查证属实。海满航公司是否符合上述三个条件应逐一认定。

关于第一个条件，《食品安全法》第五十三条规定：“食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品出厂检验合格证或者其他合格证明。”海满航公司对其查验义务履行情况仅提供了《食品进货检查验收台账》一份予以证实，经核对，该台账仅记录了鲤鱼的查验情况，这与其提供的手写进货清单（收据）上所记载的进货情况（每次除鲤鱼外，另有草鱼等其他鱼种）并不一致，该证据的真实性和可信度较低。除此以外，海满航公司并未提供任何其他证据证实其履行了进货查验义务。而相关法律法规并未规定，对于生鲜产品，可以降低食品经营者的进货查验标准。因此，海满航公司对其已经依法适当履行进货查验义务的主张举证不足，对该主张不予支持。

关于第二个条件，海满航公司抗辩称其不知道所采购的鲤鱼不符合食品安全标准，虽未提供证据，但市中食药监局对此不持异议，可视为该条件成就。

关于第三个条件，海满航公司提供了供货商的营业执照、地址，但未提供联系方式。市中食药监局依照食品药品监督管理总局关于《印发食品药品案件协查管理规定的通知》（食药监稽〔2015〕264号）相关规定，委托违法行为发生地兖州食药监局进行协助调查，发现宁路水产商行已不在登记地经营。海满航公司并未继续提供其他线索以供查明该水产商行或经营者徐宁路的下落。《食品安全法》第一百三十六条之所以要求不合格食品的经营者的经营者提供上游食品经销商或者生产商，其目的在于追查上游不合格食品生产经营者并对其进行制裁，以惩治违法行为人、规范整顿食品经营市场。提供可以查证属实的供货商系不合格食品经营者请

求免于处罚的重要条件之一，当然由其承担举证责任。执法机关在职责范围内，对不合格食品经营者提供的信息进行查证。市中食药监局已通过合法方式调查取证仍无法查证属实，不利后果应当由被上诉人承担。同时，海满航公司作为食品经营企业，应依法规范经营，其仅提供手写进货清单（收据）一份，而未提供据以证实交易真实发生的购销合同、发票、支付凭证等证据，反映其在经营管理方面的不规范和选择供货经销商方面的不慎重。依据现有证据，本院认为海满航公司未完成“如实说明进货来源并查证属实”的举证责任，对其主张不予采信。

综合以上分析，海满航公司称其符合免于处罚三个条件的主张，证据不足，不能成立。市中食药监局对海满航公司作出的处罚决定，认定事实清楚，适用法律正确，罚当其过，并无不当。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

习近平总书记高度重视食品安全工作，多次强调食品安全的重要性，对食品工作安全提出“四个最严”要求，即最严谨的标准、最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，要求加强食品安全工作，确保人民群众食品安全。这种指导思想是与食品安全法的立法精神是高度一致的。执法机关与司法机关正确理解、解释并适用食品安全相关法律，是贯彻落实食品安全思想的重要保障。

《食品安全法》第一百三十六条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚。”双方当事人对条文中“如实说明进货来源”、“可以免于处罚”的含义存在不同理解，法官需要运用法律解释方法进行明确，方可准确适用法律并作出公正裁判。法律解释是指一定的解释主体根据法定权限和程序，按照一定的标准和原则，运用解释方法对法律所使用的概念、术语等含义进行探究的活动。之所以需要对法律进行解释，是因为制定法以文字为法律规范的载体，立法者采用文字表达法律规范内容并进行文字负载信息的传递，而文字大多具有多义性与不确定性的特点，这使得传递过程中难免对法律文本产生不同理解，不同理解往往会指向不同的法律后果。此时，必须由法官对法律规范的文字内涵进行妥贴的阐释与推敲，方能确切地理解规范内容，领悟立法意旨，<sup>①</sup>明晰法律的意义并弥补其不足。<sup>②</sup>立法是人类有意识的行为，任何立法活动均有其目的，立法目的最终体现和隐含在具体的法律条文中。在运用不同解释方法获得不同的解释结论时，应当探寻立法者的本意，选择能够实现立法目的的解释方法和结论。

关于如何解释“如实说明进货来源”的含义。海满航公司认为，其已经提供了供货商的营业执照和经营地址，市中食药监局委托当地行政机关进行的现场调查可以证实该供货商确实曾在该地进行经营，应当认定海满航公司已经“如实说明进货来源”。现供货商下落不明，无法进一步调查落实，但责任不在海满航公司。市中食药监局则认为，仅提供供货商相关信息不属于“如实说明进货来源”，必须经查证属实，《山东省食品药品监管系统执法办案指导意见（一）》对此有明确的规定。对两种不同理解，需要运用法律解释方法进行选择。按照

<sup>①</sup> 参见刘凯湘：《论民法解释之依据与解释方法之运用》，载《山东警察学院学报》2006年第2期。

<sup>②</sup> 魏治勋：《为什么法治必然要求法律解释》，载《求是学刊》2016年第11期。

文义解释方法优先的规则，进行法律解释首先应当从法律文本的文字含义出发，只有在文义解释无法获取正确解释结论的情况下，方可求助其他解释方法。双方当事人对“如实说明进货来源”理解不同的焦点在于“如实”一词的含义。“真实、正确”是“如实”一词的当然之义，但是否包含“查证属实”的含义难以从词语表面直接获取，需要进一步解释和论证。该条款立法目的在于，如果不合格食品销售商提供了供货商信息，执法机关可以追查供货商并对其进行处罚，以惩治违法行为。此时，违法者受到了法律的追究和制裁，国家法律得以有效实施。销售商被免于处罚属于“将功补过”。如果不合格食品销售商提供的供货商信息无法查证属实，则不能印证其提供的信息是否“真实、正确”。此时，如果认为不合格食品销售商完成了“如实说明进货来源”的义务，并对其免于处罚，则无异于纵容了违法者，因为供货商和销售商两个违法主体均未受到制裁。这显然与该条款的立法目的不符。因此，将“如实说明进货来源”补充解释为“提供真实、正确的进货来源信息并经查证属实”符合立法本意，是对该条文的准确解释。

关于如何解释“可以免于处罚”的含义。“可以免于处罚”属于授权性规范而非义务性规范，是法律赋予行政机关根据案件具体情况自由裁量的权力。行政自由裁量权指，在法律、法规和规章规定的原则性条件和方法范围之内，由行政执法机关自主确定对违法行为人是否作出处罚、作出何种处罚及幅度的权力。赋予行政机关执法自由裁量权旨在提高行政效率，发挥行政执法机关的能动作用，以不断适应社会管理的需要，维护正常的社会秩序，维护法律规范的稳定性和权威性。从定义可知，行政处罚自由裁量权有三种类型：一是对行政违法行为是否给予行政处罚的裁量；二是确定采用何种行政处罚形式的裁量；三是确定行政处罚幅度的裁量。<sup>①</sup> 免于行政处罚指的是某一行为满足了行政违法行为的构成要件，属于行政违法行为，本应给予行政处罚，但基于法定事由或者立法的特殊考虑，而放弃追究其法律责任。<sup>②</sup> 需要强调的是，免于行政处罚的基础是：行政相对人存有违法行为，本应给予行政处罚。是否免于行政处罚的自由裁量权在上述三种裁量权中裁量幅度最大，运用时应当非常慎重。对违法行为人免于处罚，必须是针对社会危害性较小的违法行为，且免于处罚不会出现放纵违法的不正义。这就要求行政处罚自由裁量权的行使，应当体现法律对自由裁量权授权的目的，必须符合一定的裁量标准，即一般的常识、常理、常情。<sup>③</sup> 食品经营面向的是不特定的社会公众，不合格食品的社会危害范围相当大。普通商品出现质量问题一般会造成消费者的经济损失，经济损失可以通过赔偿金的方式获得全面的填补；食品出现质量问题，则不仅仅是造成消费者的经济损失，很多时候会损害消费者的身体健康甚至威胁生命安全，人身损害造成的损失远比经济损失的后果要严重，也无法通过经济赔偿或其他方式获得全面填补。因此，食品销售执法领域赋予行政机关较大的裁量权，由行政机关根据案件具体情况慎重作出决定，更能够以裁量权的灵活性调和法律规定的僵化性。该条款对于符合免于处罚的不合格食品销售者授予行政机关自由裁量权，正是立法权对执法权尊重的体现。因此，“可以免于处罚”应当解释为：如果不合格食品销售者符合免于处罚的三个条件，行政机关可根据案件

<sup>①</sup> 参见李国光：《行政处罚法及配套规定新释新解》，人民法院出版社2006年版，第36页。 <sup>②</sup> 肖金明：《行政处罚制度研究》，山东大学出版社2004年版，第166—167页。 <sup>③</sup> 参见理牧：《行政处罚中的自由裁量控制》，载罗豪才主编：《行政法论丛》（第十卷），法律出版社2007年版，第511页。

## 行政案例

---

具体情节、不合格食品销售者既往表现等因素，在给予和免于处罚之间进行裁量；而不能理解为：如果不合格食品经营者符合免于处罚的三个条件，行政机关就必须对其免于处罚。

一审法院合议庭成员 俞春晖 周庆华 谢似波

二审法院合议庭成员 张振明 张启胜 曹 磊

编写人：济南市中级人民法院行政庭 曹 磊

# 醉酒并非一概不予认定工伤的事由

——田琼等五人诉济南市人力资源和社会保障局工伤行政确认案

**关键词** 工伤认定 醉酒 伤亡事故 因果关系

## 【裁判要旨】

职工醉酒不应一律作为不予认定工伤的事由，而应视职工醉酒与自身伤亡事故之间是否存在因果关系作区别对待。如果职工醉酒造成行为失控进而引发自身伤亡事故的，对于职工不予认定工伤；反之，如果职工醉酒与自身伤亡事故之间不存在因果关系，则不得以醉酒为由对职工不予认定工伤。

## 【相关法条】

《中华人民共和国社会保险法》第三十七条 职工因下列情形之一导致本人在工作中伤亡的，不认定为工伤：（一）故意犯罪；（二）醉酒或者吸毒；（三）自残或者自杀；（四）法律、行政法规规定的其他情形。

《工伤保险条例》第十六条 职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。

## 【案例索引】

一审：济南市历下区人民法院（2017）鲁0102行初158号（2017年10月10日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01行终46号（2018年3月5日）

## 【基本案情】

2016年12月3日22时12分许，杨文成超速驾驶超载的鲁AE9198/鲁AQ032挂号重型半挂牵引车沿省道102线由东向西行驶，行驶至16公里525.8米处（芙蓉茶楼路口）时，与饮酒后由南向北通过路口的行人龚大刚发生道路交通事故，造成龚大刚死亡，车辆损坏。济南市公安局交通警察支队作出的《道路交通事故认定书》认定：杨文成承担事故全部责任，龚大刚不承担事故责任。济南市公安局交通警察支队作出的《检验鉴定报告》检验意见为：杨文成静脉血中未检出乙醇成分，龚大刚心血中检出乙醇成分，含量204mg/100ml。2016年12月23日，第三人济南黄河路桥集团有限公司（以下简称黄河路桥公司）向济南市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）提交龚大刚工伤认定申请表。因缺少材料，市人社局向黄河路桥公司作出工伤认定申请材料补正通知书。材料补正后，市人社局于2017年1月10日予以受理。2017年2月6日，市人社局作出F2017010011号《不予认定工伤决定书》，主要内容为：龚大刚，男，黄河路桥公司职工。2016年12月3日22时12分，该同志与同事在饭店吃完饭后准备返回项目部，步行至省道102线16公里525.8米处时被一半挂车撞致致死。《道路交通事故认定书》及《检验鉴定报告》载明龚大刚发生交通事故时血液中的乙醇含量为204mg/100ml。根据《工伤保险条例》第十六条第一款第（二）项和《中华人民共和国社会保险法》（以下简称《社会保险法》）第三十七条第（二）项的规定，“醉酒或者吸毒的”不得认定为工伤。《实施〈社会保险法〉若干规定》第十条规定：“社会保险法第三十七条第



二项中的醉酒标准，按照《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（GB19522—2004）执行。公安机关交通管理部门，医疗机构等有关单位依法出具的检测结论、诊断证明等材料，可以作为认定醉酒的依据”。《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（GB19522—2004）规定醉酒的标准为血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml，《检验鉴定报告》证明龚大刚血液中的酒精含量为204mg/100ml，已经达到醉酒标准。据此，本机关对龚大刚同志死亡，不予认定或者视同工伤。龚大刚的第一顺序继承人田琼、刘春武、杨新珍、龚夕涵、龚福宥对《不予认定工伤决定书》不服，向法院提起诉讼。

### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2017年10月10日作出（2017）鲁0102行初158号行政判决，判决：驳回原告田琼、刘春武、杨新珍、龚夕涵、龚福宥的诉讼请求。宣判后，田琼等五人提起上诉。济南市中级人民法院于2018年3月5日作出（2018）鲁01行终46号行政判决，判决：一、撤销济南市历下区人民法院（2017）鲁0102行初158号行政判决；二、撤销被上诉人济南市人力资源和社会保障局作出的F2017010011号《不予认定工伤决定书》；三、被上诉人济南市人力资源和社会保障局于本判决书生效之日起30日内，重新作出关于龚大刚工伤认定的具体行政行为。

### 【裁判理由】

济南市中级人民法院法院认为，《工伤保险条例》第五条规定：“县级以上地方各级人民政府社会保险行政部门负责本行政区域的工伤保险工作。”被上诉市人社局具有对其辖区范围内的职工是否构成工伤进行认定的法定职权，是做出本案《不予认定工伤决定书》的适格主体。本案争议焦点为：醉酒是否一律成为认定工伤的阻却事由。该法律适用问题之所以产生争议，系因《工伤保险条例》与《社会保险法》对此做出了不完全一致的规定。《工伤保险条例》第十六条规定，职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。《社会保险法》第三十七条规定，职工因下列情形之一导致本人在工作中伤亡的，不认定为工伤：（一）故意犯罪；（二）醉酒或者吸毒；（三）自残或者自杀；（四）法律、行政法规规定的其他情形。可以看出，《工伤保险条例》与《社会保险法》关于醉酒不予认定工伤的规定是不一致的。从文义上理解，前法规定无论醉酒与职工伤亡之间是否存在因果关系，均不得认定为工伤；而后法规定中“导致本人在工作中伤亡”的表述则强调了醉酒与职工伤亡之间的因果关系，即醉酒造成行为失控进而引发职工伤亡事故的，对于职工伤亡不认定为工伤；反之，如果醉酒与职工伤亡事故之间不存在因果关系，则不得以醉酒为由不予认定工伤。此为两规定文义解释效果不一致之处，也是本案争议产生的根源，需要解决法律规范冲突的选择适用问题。《中华人民共和国立法法》第八十八条第一款规定：“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。”按照此规定，《社会保险法》在效力上高于《工伤保险条例》，两规定出现不一致时，应当以前法规定为裁判依据。因此，就醉酒是否作为认定工伤的阻却条件而言，应当以《社会保险法》的规定为评判标准，即如果醉酒行为系职工伤亡事故的引发原因，则醉酒成为认定工伤的阻却条件；反之，则醉酒不应成为工伤认定的阻却条件。回到本案，龚大刚在交通事故发生时虽处于醉酒状态，但《交通事故认定书》认定龚大刚不负事故责任，这说明事故的发生并非龚大刚醉酒所致，即龚大刚醉酒与交通事故发生、龚大刚死亡之间不存在因果关系。被上诉人市人社局及一审法院在未区分醉酒与伤亡事故发生是否存在因果关

系的情况下,单纯以醉酒为由不予认定龚大刚工伤,属法律适用不当,应予纠正。上诉人要求撤销被上诉人人社局做出的《不予认定工伤决定书》的诉讼请求,应当予以支持。另外,行政诉讼司法审查范围限于行政机关的具体行政行为。人社局做出的《不予认定工伤决定书》中对于龚大刚不予认定工伤的事由为“醉酒”,该决定书对于龚大刚死亡是否发生在“工作时间”并未进行认定,因此,本院对五上诉人关于此事实的上诉理由不予审查。同时,工伤认定需要综合考虑工作原因、工作场所、工作时间等要素,本院认为醉酒不应成为龚大刚认定工伤的阻却事由,不等同于认定龚大刚构成工伤。至于龚大刚是否构成工伤属于人社局行政职权范围,应由其依法重新作出认定。

#### 【参照适用本案例时应注意的问题】

本案系因法律规范冲突导致的法律适用疑难案件,如果法官能够谙熟法律规范冲突的选择适用规则,案中难题自可迎刃而解,并可避免无的放矢、自相矛盾的说理论证。同时,本案涉及司法权对行政权的审查范围、目的解释的功能与适用条件等较为复杂的法理问题,值得我们结合案件进行深入的分析讨论。重点来说,透彻理解以下三个方面的问题尤为重要。

#### 一、掌握法律规范冲突的选择适用规则

法律规范由构成要件和法律效果两部分构成。两个以上的法律规范的构成要件发生重合或者交叉,而使同一法律事实为两个以上的法律规范所涵摄,这种情况被称之为法律规范竞合。<sup>①</sup>在法律规范出现竞合的情形下,适用不同的法律规范可能会出现以下三种不同的法律效果:一是法律效果完全相同;二是法律效果不同,但可以同时并存;三是法律效果不同,且不可并存。对于第一种情况,不会引起法律适用争议,无需过多探讨。对于第二种情形,通常被称之为“并存式法律竞合”,<sup>②</sup>此时多需要借助体系解释等方法对不同的法律效果进行统一,整合出一个无矛盾的结论。对于第三种情形,因为法律效果不同,且不能兼容,构成规范之间的冲突,通常被称之为“冲突式法律竞合”。本案中,《社会保险法》与《工伤保险条例》中关于“醉酒不予认定工伤”的规定不相同,前法虽然规定醉酒系工伤认定阻却事由,但同时要求职工伤亡系醉酒所致,即醉酒与职工伤亡之间应当具有因果关系,后法仅规定醉酒系工伤认定阻却事由,对因果关系未作限制。两法均对“醉酒不予认定工伤”作出了规定,但是,两法对本案事实进行涵摄后却产生了不同的法律效果,并且两种效果无法兼容或互为补充,形成“冲突式法律竞合”。

面对“冲突式法律竞合”,法官需要运用法律规范冲突选择理论对矛盾予以化解。法律规范冲突选择理论主要包含“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”和“特别法优于普通法”三个选择规则。“冲突式法律竞合”既可能发生在同位法之间,亦可能发生在异位法之间。当法律规范冲突发生于同位法时,应适用“新法优于旧法”和“特别法优于普通法”规则;当冲突发生于异位法时,应适用“上位法优于下位法”规则。本案中,《社会保险法》与《工伤保险条例》分属不同的位阶,前法系法律,属于上位法,后法系行政法规,属于下位法。两法的冲突应当通过“上位法优于下位法”选择规则予以解决,即本案应当适用上位法《社会保险法》而非下位法《工伤保险条例》进行裁判。因此,醉酒是否成为工伤认定阻却事由应当考虑醉酒与伤亡之间的因果关系。如果职工在工作中因醉酒导致行为失控进而对自己造成

<sup>①</sup> 孔祥俊:《法律方法论》(第一卷),人民法院出版社2007年版,第153页。 <sup>②</sup> 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第212页。

伤害，不认定为工伤，而职工在工作中醉酒但因其他原因导致对自己造成伤害，应认定为工伤。<sup>①</sup>本案中，市社保局及一审法院均未认识到两法之间的不一致，反而认为两法之间并无任何不同，造成对法律的理解与适用不当。同时，需要注意的是，虽然现行《工伤保险条例》于2011年1月1日生效，而现行《社会保险法》于2011年7月1日生效，从生效时间看，《社会保险法》系新法，《工伤保险条例》系旧法。但是，本案并不能适用“新法优于旧法”的法律竞合选择规则，因为该两法并非同一机关制定的同一位阶的法。

### 二、保持司法权与行政权的行使边界

行政诉讼的主要目的在于控制行政权力，即司法权通过对行政行为的合法性审查进而规范行政权力的行使。司法权的本质是判断权，行政权的本质是管理权。就权力行使的先后顺序而言，应当是先有行政执法权，后有司法审查权。但是，两种权力均来源并负责于最高权力机关，并无大小之分，而应当根据分工各自限制于自己的领域，保持权力行使的边界。因此，人民法院在司法过程中不能代替行政机关作出决定，即司法权不能替代行政权。<sup>②</sup>最高人民法院的司法解释也认可在诉讼中法院应尊重行政机关的判断，尤其是在一些技术性强的领域。因为司法机关既无强制，又无意志，只有判断，而且为实施其判断亦须借助于行政部门的力量。<sup>③</sup>就工伤认定而言，对于死者是否构成工伤，涉及死者是否系合法供职的劳动者、工作原因、工作时间、工作地点等要素，对于上述事实的查明属于技术性工作，需要通过行政执法权进行调查完成，而不能通过司法权予以解决。如果司法权以“根本解决行政争议”为由强行对上述事实予以调查认定，则逾越了司法权的边界，僭越了行政权。本案中，市人社局做出的《不予认定工伤决定书》以“醉酒”为由对死者龚大刚不予认定工伤，从该决定书认定事实内容看，市人社局并未对龚大刚伤亡是否发生在工作时间进行调查和认定。因此，法院应仅就市人社局作出具体行政行为所依据事实的正确性和法律适用的合法性进行审查判断，而不应超越此审查范围。

一审法院在本院认为部分关于“龚大刚系工作结束后与同事一起外出用餐时饮酒，其在返回时所受伤害并非发生在工作中的”认定，超越了司法权对行政行为的审查范围，系司法权的不当行使。二审法院认为“对龚大刚死亡是否发生在工作中的事实不予审查”，并明确工伤认定的权力系行政权职责范围，系对一审法院不当审查的纠正。综合以上分析，工伤的认定系行政权行使范围，工伤认定是否合法系司法权判断范围，无论行政机关对工伤认定正确与否，法院均只能作出合法性评价，而不得替代行政机关径行作出工伤认定。两权力的区分正如足球场上的球员和裁判，球员只负责踢球，裁判员只负责吹哨，即使裁判员拥有一流的球技，亦不得在比赛中触碰足球。因此，在工伤认定书没有对龚大刚死亡是否发生在“工作时间”进行认定的情况下，即使出于诉讼效率和根本解决行政争议的考虑，法院亦不得对此直接进行认定。

### 三、避免目的解释的误读滥用

目的解释，是指通过探求制定法律文本的目的以及特定法律条文等的立法目的，来阐释

---

<sup>①</sup> 参见杨雄科：《工伤认定标准与法律适用》，法律出版社2016年版，163页。 <sup>②</sup> 参见孙笑侠：“司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别”，载《法学》1998年第8期。 <sup>③</sup> 参见彭涛：“司法权与行政权的冲突处理规则”，载《法律科学》2016年第6期。

法律含义。<sup>①</sup> 目的解释的功能在于，当法律文本存在多种解释结论时，通过对于立法目的和旨意的探求，选取符合立法目的之解释结果。结合本案而言，假如现行法律法规仅有《工伤保险条例》，而没有《社会保险法》。在此情形下，若由于《工伤保险条例》第十六条中关于醉酒不予认定工伤的规定不够明确（是否考虑因果关系），导致不同法官对该规定产生不同的解释，因上位法缺失，无法通过选择适用上位法以解决争议，则有必要运用目的解释，通过对工伤保险立法目的探究作出符合立法目的之解释结论选择。由是观之，目的解释有助于实现立法意图，在法律解释中具有重要的价值。<sup>②</sup> 正是如此，目的解释给予解释者以最大的自由空间，让解释者“自己的理性”能够充分发挥作用。目的解释给裁判者带来宽松的解釋自由，导致人们对其产生一种莫名其妙的好感和信赖，并错误地认为目的解释是一把通用的“万能钥匙”，可以打开任何疑难案件中的困惑之锁。本案一审即是对目的解释滥用的典型。本案所面临的疑难问题属于两个法条冲突时对法律规范的选择适用问题，而非同一法条出现多个解释结论时对解释结论的选择问题，因此，应当通过“上位法优于下位法”规则对本案法律规范冲突问题予以解决，而无须更不应运用目的解释对工伤保险的立法目的和精神进行探究。一审判决颇费笔墨地阐释工伤保险的立法目的——保障伤亡职工获得医疗救治和经济补偿，然而，一审做出的判决结论却与其探究的立法目的相背而行，让人对其运用目的解释的意图深感不解。一审所犯错误在于，未对目的解释功能及适用条件进行考察，在不应当适用目的解释的情况下对其错误适用。简言之，本案根本不具备适用目的解释的条件，即便是在二审判决中，对工伤保险立法目的进行探究亦非锦上添花之举，而是多余的。

一审法院合议庭成员 刘 文 王云鹏 秦 芳

二审法院合议庭成员 张振明 张启胜 曹 磊

编写人：济南市中级人民法院行政庭 曹 磊

<sup>①</sup> 王利明：《法律解释学》，中国人民大学出版社2016年版，第214页。 <sup>②</sup> 张志铭：《法律解释学》，中国人民大学出版社2015年版，第78页。



# 道路交通运输系统内的相对集中行政处罚权

## ——明生物物流诉济南交通运输监察支队案

**关键词** 相对集中行政处罚权

### 【案例要旨】

《国务院关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》（国法〔2002〕17号）充分授权省级政府根据本地实际情况，自主决定在城市管理等领域开展相对集中行政处罚权工作。不仅传统意义上的行政机关，法律、法规和规章授权的内设机构，也可以根据省级政府的决定，承接相对集中行政处罚权。《山东省道路运输条例》授权县级以上道路运输主管部门所属的道路运输监察机构具体实施道路运输管理工作，该机构根据山东省政府关于在道路交通运输系统内开展相对集中行政处罚的决定，有权行使法律、法规、规章授予有关道路运输管理机构的公路运输行政处罚权。

### 【相关法条】

《行政处罚法》第十六条规定：“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”这就是相对集中行政处罚权制度。

### 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁0102行初79号（2018年6月22日）

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01行终790号（2018年12月10日）

### 【基本案情】

2017年11月9日，济南支队接到交警部门移交的济南明生物物流有限公司（以下简称“明生物物流”）某重型半挂货车，并对该公司涉嫌道路运输违法行为立案调查。济南支队安排两名有执法资格工作人员进行了现场调查勘验，确定涉案车辆拉载的货物为一大型且不可解体货箱，车货总长度19.2米，超过18.1米，属于《超限运输车辆行驶公路管理规定》第三条、第六条规定的“超限运输”即“大件运输”车辆。<sup>①</sup>

2017年11月9日，济南支队因明生物物流未取得“大件（超限）运输”经营许可，违反《道路货物运输及站场管理规定》第十八条关于“道路运输经营者应当按照《道路运输经营许可证》核定的经营范围从事货物运输经营，……”的规定，向该公司下达责令改正通知，并

---

<sup>①</sup> 《超限运输车辆行驶公路管理规定》（交通运输部令2016年第62号）第六条规定：“载运不可解体物品的超限运输（以下称大件运输）车辆，应当依法办理有关许可手续，采取有效措施后，按照指定的时间、路线、速度行驶公路。未经许可，不得擅自行驶公路。”根据上述规定，超限运输与大件运输的涵义一致。关于超限运输车辆的认定，《超限运输车辆行驶公路管理规定》第三条规定：“本规定所称超限运输车辆，是指有下列情形之一的货物运输车辆：（一）车货总高度从地面算起超过4米；（二）车货总宽度超过2.55米；（三）车货总长度超过18.1米；……”。



对涉案车辆进行了证据保全登记。11月16日，济南支队将拟处罚决定的内容告知明生物流，并交代了陈述、申辩和要求听证的权利，明生物流明确表示放弃上述权利。

2017年11月17日，济南市支队认定明生物流“超越许可事项从事道路货物运输经营”，违反《道路货物运输及站场管理规定》第十八条规定，但没有违法所得，属于初犯，违法情节轻微且及时纠正，应当减轻处罚。济南支队按照《道路货物运输及站场管理规定》第五十六条第（三）项<sup>①</sup>、《山东省交通运输行政处罚自由裁量权执行标准》<sup>②</sup>的规定，决定对明生物流罚款2万元。

明生物流于2017年11月17日收到处罚决定，并足额缴纳了罚款。同日，济南支队解除登记保全措施，并将涉案车辆发还明生物流。2018年3月6日，明生物流以被诉行政处罚决定超越法定职权等为由，向济南市历下区人民法院提起行政诉讼，主要理由有两个：

一、济南支队不是县级以上道路运输管理机构。《山东省道路运输条例》第六条规定：“县级以上人民政府交通运输主管部门负责组织领导本行政区域内的道路运输管理工作；其所属的道路运输管理机构、交通运输监察机构按照规定的职责具体实施道路运输管理工作”。从立法表述上看，交通运输监察机构与道路运输管理机构二者之间是顿号，说明二者是并列关系，交通运输监察机构不是道路运输管理机构，济南支队也不是县级以上道路运输管理机构。

二、济南支队明显无权作出被诉行政处罚决定。1. 根据《道路货物运输及站场管理规定》第五十六条第（三）项之规定，“超越许可事项从事道路货物运输经营”的，只能由县级以上道路运输管理机构进行处罚。济南支队不是县级以上道路运输管理机构，无权依据上述法律规定作出处罚决定。2. 济南市交通运输局是济南市道路交通安全的主管机关，济南支队是济南市交通运输局的内设机构，无权以自己的名义作出行政处罚决定。

#### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院认为：

一、《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》第二十条第二规定：“法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。”根据上述规定，行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，在法律、法规或者规章授权的范围内，具有独立承担法律责任能力，可以以自己的名义作出行政行为。

二、《山东省道路运输条例》第六条授权县级以上人民政府交通运输主管部门所属的交通运输监察机构，具体实施道路运输管理工作，济南支队作为市级交通运输主管部门所属的交通运输监察机构，根据上述地方法规的授权，有权对道路运输经营中的违法行为进行查处，并以自己的名义作出处罚决定。济南支队作出被诉行政处罚决定，并未超越法定职权。

<sup>①</sup> 《道路货物运输及站场管理规定》第五十六条第（三）项规定：“违反本规定，有下列行为之一的，由县级以上道路运输管理机构责令经营；有违法所得的，没收违法所得，处违法所得2倍以上10倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足2万元的，处3万元以上101万元以下的罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：……（三）超越许可的事项，从事道路货物运输经营的。”  
<sup>②</sup> 《山东省交通运输行政处罚自由裁量权执行标准》（山东省交通运输厅鲁交政法〔2014〕1号）规定：“对初次超越许可事项从事道路货运经营，违法情节较为轻微及时纠正的，依法减轻或免于处罚。”

济南市历下区人民法院判决驳回明生物流的诉讼请求。

济南市中级人民法院认为：

一、关于山东省道路运输系统内相对集中行政处罚法权问题。《中华人民共和国道路运输条例》第七条第二、三款规定：“县级以上地方人民政府交通主管部门负责组织领导本行政区域的道路运输管理工作。县级以上道路运输管理机构负责具体实施道路运输管理工作。”上述条例授权县级以上道路运输机构具体负责实施道路运输管理工作。鉴于现实中道路运输机构多头执法问题非常突出，山东省政府决定成立交通运输监察机构，集中行使相关道路运输管理机构的公路运输稽查职权及相应的行政处罚权。

二、关于济南支队能否以自己的名义作出行政处罚决定的问题。1. 济南支队是根据山东省政府的决定成立的相对集中行使公路运输行政处罚权的机构，有权集中行使济南市区范围内相关道路运输机构的公路运输行政处罚权。2. 《山东省道路运输条例》授权县级以上政府交通运输主管部门所属的交通运输监察机构具体实施道路运输管理工作，济南支队作为市级政府交通运输主管部门所属交通运输监察机构，根据上述地方法规的授权，有权对公路运输经营中的违法行为进行查处，并以自己的名义作出被诉行政处罚决定。

济南市中级人民法院判决驳回明生物流的上诉。

### 【裁判理由】

《行政处罚法》第十六条规定：“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”这就是相对集中行政处罚权制度。《行政处罚法》颁布后，国务院决定启动相对集中行政处罚权试点工作，后于2002年决定将这项制度全面推开。经过多年的创新发展，这项权制度内涵已经极大丰富，远远超出了试点阶段的规定，只是部分同志的认识还停留在试点阶段。准确把握“国务院授权”的性质、承接相对集中行政处罚权的“行政机关”的外延，是全面掌握相对集中行政处罚权制度面貌的两个抓手，也是正确解决本案争议的关键。

#### 一、国务院授权：从“刚性授权”到“充分授权”

相对集中行政处罚由省级政府依据国务院的授权决定。国务院的授权是相对集中行政处罚权合法性的前提。国务院的授权属于行政授权，根据被授权主体自主性的不同，行政授权分为“充分授权”和“刚性授权”。“充分授权”允许被授权主体自主决定工作方案，“刚性授权”要求按照规定的工作方案行使权力。

在相对集中行政处罚权上，国务院授权经历了从“刚性授权”到“充分授权”的转变。在试点阶段，国务院授权属于“刚性授权”，“试点地方的工作方案要经过国务院审批后才能付诸实施”<sup>①</sup>，省级政府要决定特定行政机关相对集中行使其他机关的行政处罚权，必须经过国务院事前的明确批准同意。

2002年8月22日，国务院发布国法〔2002〕17号决定，全面推开相对集中行政处罚权工作。该决定明确，“依照行政处罚法的规定，国务院授权省、自治区、直辖市人民政府可以决定在本行政区域内有计划、有步骤地开展相对集中行政处罚权工作。”并对省级政府的工作

<sup>①</sup> 《国务院关于继续作好相对集中行政处罚权试点工作的通知》（国办法〔2000〕63号）。

采用事后的备案监督<sup>①</sup>。特定行政机关只要经省级政府批准同意，就能集中行使其他机关的行政处罚权。

#### 【参照适用本案例时应注意的问题】

##### 一、外延的扩大：承接相对集中行政处罚权的“行政机关”

与试点阶段相比，除国务院授权的性质发生了变化外，承接相对集中行政处罚权的“行政机关”的外延也明显扩大，主要表现在两个方面。

第一，承接相对集中行政处罚权的“行政机关”不限于城市管理集中执法机关。相对集中行政处罚权从城市管理领域试点推开，在城市管理领域成效也最明显，媒体宣传和理论关注也最多，使得不少同志把相对集中处罚权限定在城市管理领域，把承接相对集中行政处罚权的“行政机关”等同于城市管理集中执法机关。但国法〔2002〕17号决定早就提出：“需要在城市管理领域以外的其他行政管理领域相对集中行政处罚权的，省、自治区、直辖市人民政府依照行政处罚法第十六条的规定，也可以决定在有条件的地方开展这项工作”。允许在其他领域开展相对集中行政处罚权工作。2018年《党和国家机构改革方案》也继续强调，“相对集中行政处罚权，是深化机构改革的重要任务”，并提出相对集中市场监管、生态环境保护、文化市场等行政处罚权，组建跨部门的综合执法队伍。可见，承接相对集中行政处罚权的“行政机关”，已经不限于城市管理集中执法机关。

第二，承接相对集中行政处罚权的“行政机关”也包括特定的内设机构。法律具有相对稳定性，有时为了适应现实的变化，需要对法律规定作超出字面涵义的解释，也就是扩大解释。将特定内设机构涵盖在承接相对集中行政处罚权的“行政机关”里，就是对“行政机关”的扩大解释。行政法理上允许将得到法律授权的内设机构作为行政机关对待，这些内设机构与行政机关一样，均能以自己的名义对外执法<sup>②</sup>，司法解释上也普遍认可内设机构在法律、法规和规章授权的情况下，能够以自己的名义作出行政行为，这是将承接相对集中行政处罚权的“行政机关”扩大解释到特定内设机构的法理和制度准备。另外，相对集中行政处罚权初衷是解决多头执法等问题，这些问题在在同一个行政机关内部，特别是交通运输主管机关内部也存在。这是将承接相对集中行政处罚权的“行政机关”扩大解释到特定内设机构的实践动力。

##### 二、地方的实践：山东道路运输监察机构的权限

在道路运输管理上，各地普遍根据《中华人民共和国道路运输条例》第七条第二、三款规关于“县级以上地方人民政府交通主管部门负责组织领导本行政区域的道路运输管理工作。县级以上道路运输管理机构负责具体实施道路运输管理工作”的规定，在道路运输主管部门内部设立路政、运政等多个道路运输管理机构，分别进行行政执法和行政处罚，形成职责交

<sup>①</sup> 《国务院关于继续作好相对集中行政处罚权试点工作的通知》（国办法〔2000〕63号）规定：“经省、自治区、直辖市人民政府批准的相对集中行政处罚权工作方案，自批准之日起30日内，由省、自治区、直辖市人民政府报送国务院法制办公室备案。”<sup>②</sup> “依德国著名行政程序法教科书之诠释：即使系一行政机关中某一特定的委员会，但只要其法律上被赋予管辖权与因而之决行权限，则自然得以自己的名义而为决行而有行政机关的地位。”黄锦荣：《行政组织法之基本问题》，翁岳生编：《行政法学》，中国法制出版社2000年版，第358页。

## 行政案例

---

叉、重复处罚的问题。2018年《党和国家机构改革方案》已经把交通运输系统内的相对集中行政处罚权作为一项重点工作，明确提出“整合交通运输系统内路政、运政等涉及交通运输的执法职责、队伍，实行统一执法。由交通运输部指导”，这是在全国交通运输系统内推开相对集中行政处罚权的命令。

山东作为道路运输大省和强省，也是较早在道路运输系统内开展相对集中行政处罚权工作的省份。山东省政府根据国法〔2002〕17号决定授权精神，决定在全省统一设立交通运输监察机构，集中行使相关道路运输管理机构与公路运输相关的行政处罚权，济南支队就是在上述背景下设立的。鉴于山东省政府根据国务院的“充分授权”，有权自主决定在道路运输系统内部实施相对集中处罚，且作为地方法规的《山东省道路运输条例》，也明确授权市级交通运输主管部门所属的交通运输监察机构具体实施道路运输工作。故济南中院认定，济南支队行使《道路货物运输及站场管理规定》授予道路运输管理机构的行政处罚权，是道路运输系统内相对集中行政处罚权的具体表现，该支队有权以自己的名义作出被诉行政处罚决定，被诉行政处罚决定并未超越法定权限。

编写人：济南市中级人民法院行政庭 陈伟 刘苗

# 复议与诉讼的程序选择问题

## ——济南市天桥区力拓不锈钢门经营部诉 济南市人力资源和社会保障局工伤行政确认案

**关键词** 行政复议 法定期限 复议决定

### 【案例要旨】

复议机关逾期不作出复议决定的，公民、法人或者其他组织可以直接起诉原行政行为，也可以起诉复议机关不作为，两种救济方式只能二者选其一。

原告起诉原行政行为的，如果复议机关在一审程序中作出复议决定，法院应参照法律关于复议机关在法定期限内作出复议决定的相关规定进行审理。

### 【相关法条】

《中华人民共和国行政诉讼法》第二十六条第三款规定，复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第57条规定，……公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院裁定不予受理。

### 【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2018）鲁0102行初451号（2019年1月15日）

二审：济南市中级人民法院（2019）鲁01行终353号（2019年4月28日）

### 【基本案情】

2018年4月12日，济南市人力资源和社会保障局（以下简称济南市人社局）作出编号：No G2018040007《工伤认定书》（以下简称7号工伤认定书），主要内容为：“2016年10月28日，李帅提交工伤认定申请材料，因缺少材料，当即开出补证通知书。2018年3月7日补正完结受理。根据提交的材料调查核实情况如下：2016年3月10日9时许，李帅和同事操作折弯机折钢板时不慎压伤左手。经医疗机构诊断为：左手舟骨骨折，左腕经舟骨、三角骨骨折月骨周围脱位（头、月脱位），左尺神经损伤。李帅同志受到的事故伤害，符合《工伤保险条例》第三章第十四条第（一）项之规定，属于工伤认定范围，现予以认定为工伤。如对本工伤认定决定不服的，可自收到本决定书之日起60日内向市人民政府申请行政复议，或者自接到本决定书之日起六个月内向济南市历下区人民法院提起行政诉讼。”

2018年7月19日，济南市天桥区力拓不锈钢门经营部（以下简称力拓经营部）对济南市人社局作出的工伤认定书不服，向济南市人民政府申请行政复议。经补正，济南市人民政府于2018年7月25日依法予以受理。2018年10月19日，济南市人民政府作出济政复决字〔2018〕217号《行政复议决定书》（以下简称217号复议决定），维持济南市人社局所作7号工伤认定书的具体行政行为。



### 【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2019年1月15日作出(2018)鲁0102行初451号行政裁定,驳回原告力拓经营部的起诉。宣判后,原告提出上诉。济南市中级人民法院于2019年4月28日作出(2019)鲁01行终353号行政裁定,一审法院在未查明济南市人民政府是否在法定期限内作出复议决定情况下,即驳回裁定力拓经营部起诉,属适用法律错误,应予纠正。因复议机关已作出复议决定,一审法院受理本案后,可向力拓经营部释明,由其申请追加复议机关为被告或依职权追加复议机关为被告,对原行政行为及复议决定一并审查,而后依法作出裁判。裁定:一、撤销济南市历下区人民法院(2018)鲁0102行初451号行政裁定;二、指令济南市历下区人民法院继续审理。

### 【裁判理由】

法院生效裁定认为,《中华人民共和国行政诉讼法》第二十六条第三款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第57条的规定,公民、法人或者其他组织如果就原行政行为已经申请复议,在法定复议期限内不能再向人民法院提起诉讼。但是,如复议机关超过法定期限仍未作出复议决定,公民、法人或者其他组织可选择起诉原行政行为或起诉复议机关不作为,人民法院应当依法立案。本案中,根据原审法院查明的事实,上诉人力拓经营部在起诉原行政行为前,已经就涉案行政行为向济南市人民政府申请行政复议。从217号复议决定载明的复议申请受理时间以及作出复议决定时间看,至上诉人力拓经营部起诉时,济南市人民政府超过法定期限仍未作出复议决定,故上诉人力拓经营部依法有权向人民法院提起诉讼,人民法院应当予以立案。一审法院在未查明济南市人民政府是否在法定期限内作出复议决定情况下,裁定驳回起诉,属适用法律错误,应予纠正。鉴于复议机关已作出复议决定,一审法院受理本案后,可向上诉人力拓经营部释明,由其申请追加复议机关为被告或依职权追加复议机关为被告,对原行政行为进行审查时,一并审查复议决定的合法性。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

#### 一、行政复议与行政诉讼的关系

基于行政复议属于行政机关内部监督程序的性质以及司法最终原则的要求,通常情况下,行政复议与行政诉讼不能同时进行。除复议前置以及复议终局等情况外,利害关系人就某一事项,既可以选择行政复议也可以选择行政诉讼;如果已经选择行政诉讼,就不能再就同一事项选择行政复议。如果想选择两种救济方式,应该遵循先行政复议后行政诉讼顺序。

当然,公民、法人或者其他组织申请行政复议后又起诉原行政行为的,人民法院应否立案,应根据不同情况分别处理。法院经审查认定复议机关逾期不作出复议决定的,应立案,并及时将立案受理情况告知复议机关,复议机关应终止复议程序;如果行政机关不存在逾期不作出复议决定情形的,法院应裁定不予立案或者驳回起诉。公民、法人或者其他组织如果起诉复议机关不作为的,法院将复议机关列为被告进行审理即可。

#### 二、复议机关逾期不作出复议决定,原告救济方式的选择

行政诉讼法明确规定,复议机关逾期不作出复议决定,原告既可以起诉原行政行为,也可以起诉复议机关不作为。现在,业界对原告能否两种救济手段同时进行存在一定的争议。一种观点是不可同时进行,主要理由如下:原告起诉原行政行为的,法院必然会对原行政行为的合法性作出评价。原告起诉复议机关不作为的,法院受理后确认复议机关存在不作为情

形的效果，必然导致复议机关同样要对原行政行为的合法性作出认定和处理，这显然违反一事不再理原则和司法最终原则。一种观点是可以同时进行，主要理由如下：根据行政诉讼法第一条的规定，行政诉讼法的立法目的既包括保护公民、法人和其他组织的合法权益，也包括监督行政机关依法行使职权。复议机关作为行政机关依法履行行政复议法定职责，其履行职责情况显然是行政诉讼审查范围，如果不允许原告起诉，不利于监督行政机关依法行使职权，有违立法目的。在法院实际处理过程中，鉴于原告已经就原行政行为选择了诉讼手段进行救济，责令复议机关进行实体处理已经无实际意义。法院经审查后，如果认定复议机关存在不作为情形，以违反法定程序为由确认违法即可。笔者赞同第一种观点。首先，司法最终原则决定了行政复议与行政诉讼是一种先后关系，除了法律规定行政复议决定为最终裁决的，原告对复议决定不服的，都可以提起行政诉讼。因此，在复议机关不作为情况下，原告直接起诉原行政行为，要求法院直接对原行政行为审查，就不能再提起一个目的是让复议机关对原行政行为合法性进行审查的诉讼。其次，行政复议在性质上属于行政机关内部监督程序，对复议机关的违法行为，行政复议法等相应的惩处规定。即使不启动司法监督程序，复议机关及其工作人员如逾期不作出复议决定，也会受到相应的惩处。当然，法院可在裁定不予立案的同时，向复议机关提出司法建议。

三、原告起诉原行政行为，法院立案后作出裁判前，行政机关作出复议决定的，法院应如何处理

复议机关逾期不作出复议决定，原告起诉原行政行为，法院受理后作出裁判前，复议机关作出复议决定的，如果原告坚持起诉原行政行为的，在处理程序上宜参照法律关于复议机关在法定期限内作出复议决定的受理规定。理由如下：行政行为一经作出即具有确定力、公定力，未经有权机关依法撤销前，应视为合法。也即，复议决定是否因逾期而违法须经司法审查，在此之前应视为合法。法院应根据复议决定的结果分别作出处理：一、复议决定全部或者部分维持原行政行为的，根据行政诉讼法的规定，应属于复议机关作双被告的情形。法院一般可以采取以下处理方式：一是驳回起诉，向原告释明应以原行政行为机关和复议机关为被告，另行起诉；二是告知原告申请追加复议机关为被告，原告不同意追加的，直接列复议机关为被告，在审查原行政行为合法性的同时，一并审查复议决定的合法性。为减少诉累，节约司法资源，笔者倾向于第二种处理方式。二、当复议机关改变原行政行为的，裁定驳回起诉。

需要指出的是，当法院裁定驳回起诉，为保障原告的诉讼权利，其另行起诉的起诉期限应从驳回起诉裁定生效之日起而非收到复议决定之日起开始计算15日。

四、原告起诉时间是法院立案受理复议机关逾期不作出复议决定类案件的判断时点

实践中，部分原告起诉时隐瞒就同一事项已经向复议机关申请复议的情形，被告答辩后，法院才发现原告已经申请复议。对此类情形，法院应根据原被告的陈述答辩审查在原告起诉时，复议期限是否已经届满。如果复议机关在原告起诉时，不存在逾期不作出复议决定情形，即使在诉讼过程中，复议机关逾期不作出复议决定，法院也应裁定驳回起诉，告知原告另行起诉。此规定，既是尊重行政机关内部监督机制的需要，也能敦促当事人按照法律规定的救济手段和顺序主张权利。

编写人：济南市中级人民法院行政审判庭 孙辉妮

获奖情况：被《人民司法·案例》第17期采用。



## 五、执行案例





# 法院应当审查拍卖程序是否严重违法 且损害当事人利益判断是否撤销拍卖程序

——山东恒盛置业有限公司诉宋某执行复议案

**关键词** 撤销拍卖程序

## 【案例要旨】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十一条第五项对撤销拍卖的情形作出了兜底性规定，但该项的适用需要具备两个条件：第一，必须严重违法拍卖程序，严重程度应与该条前四项所规定的情形等同，如拍卖程序中未披露拍卖标的物的权利瑕疵；第二，损害了当事人或者竞买人利益，即因违反拍卖程序导致拍卖价格明显低于市场价格。只有在符合上述两个条件下，才能撤销原拍卖程序。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十一条规定：“当事人、利害关系人提出异议请求撤销拍卖，符合下列情形之一的，人民法院应予支持：（一）竞买人之间、竞买人与拍卖机构之间恶意串通，损害当事人或者其他竞买人利益的；（二）买受人不具备法律规定的竞买资格的；（三）违法限制竞买人参加竞买或者对不同的竞买人规定不同竞买条件的；（四）未按照法律、司法解释的规定对拍卖标的物进行公告的；（五）其他严重违法拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。”

## 【案件索引】

异议：济南市章丘区人民法院（2017）鲁 0181 执异 69 号（2017 年 12 月 13 日）

复议：济南市中级人民法院（2018）鲁 01 执复 48 号（2018 年 4 月 20 日）

## 【基本案情】

济南市章丘区人民法院（以下简称章丘法院）在执行申请执行人宋某与被执行人山东恒盛置业有限公司（以下简称恒盛公司）抵押权纠纷一案中，异议人恒盛公司向章丘法院提出书面异议。

恒盛公司称，在异议人毫不知情的情况下，章丘法院采取了以物抵债的方式处理已经向申请执行人宋某抵押的君之家园 501 铺，1403、1503 房，1404、1504 房，损害了异议人的合法权益。根据《最高人民法院关于人民法院在民事执行中拍卖变卖财产的规定》第十四条规定，人民法院应当在拍卖五日前以书面或者其他能够确认收悉的适当方式，通知当事人和已知的担保物权人、于拍卖日到场。截止今日，异议人未收到关于此拍卖此标的物的通知及两次流拍报告。要求法院撤销（2016）鲁 0181 执 904 号之一的执行裁定及（2016）鲁 0181 执 904 号之二的通知书并重新启动拍卖程序。

章丘法院经审查查明，1. 该院在执行申请执行人宋某与被执行人恒盛公司抵押权纠纷一案中，对被执行人所有的君之家园 501 铺，1403、1503 房，1404、1504 房等房产进行委托评估，2016 年 6 月 29 日，山东正诚房土地房地产评估有限公司作出鲁正房估（2016）466 号房

## 执行案例

地产估价报告，2016年8月5日，案件承办人李向党向恒盛公司实际控制人刘春喜送达，刘春喜在送达回证上签字。恒盛公司对该报告提出异议，山东正诚房土地房地产评估有限公司作出答复，该院于2016年9月1日将该答复送达刘春喜。

2. 2017年1月5日，章丘法院作出裁定，拍卖被执行人恒盛公司所有的东方君之家园包括上述房产在内的5套房产，并向该公司送达。受托方山东嘉禾国际拍卖有限公司在2017年2月24日的《济南日报今日章丘》刊登拍卖公告，定于2017年3月29日10时至2017年3月30日10时，在济南法院拍卖网对上述房产进行第一次公开拍卖，还通过中国拍卖行业协会网络拍卖平台等网站公告。此次拍卖因无人购买流拍。

3. 第一次流拍后，山东嘉禾国际拍卖有限公司在2017年5月6日的《济南日报今日章丘》再次刊登公告，于2017年5月23日14时至2017年5月24日14时，在济南法院拍卖网对上述房产进行第二次公开拍卖，该次拍卖流拍。

4. 2017年6月1日，章丘法院作出（2016）鲁执904号之一裁定书，将上述流拍房产交付申请执行人宋某，按第二次流拍价4177665万元抵偿同额债务。该裁定书于2017年6月16日以特快专递形式送达恒盛公司，由该公司盖收发章签收。章丘区不动产管理中心已将上述房产登记在宋某名下。

5. 2017年11月2日，章丘法院作出（2016）鲁0181执904号之二通知书，责令恒盛公司自通知送达之日起7日内，将上述房内物品清理干净，并将钥匙交付该院。

章丘法院经审查认为，该院在对被执行人恒盛公司已抵押的房产拍卖前，已按法律规定向被执行人送达评估报告、对评估报告异议的答复、拍卖裁定，并在每次拍卖前依法进行公告，程序并无不当。据此，章丘法院于2017年12月13日作出（2017）鲁0181执异69号执行裁定书，驳回了恒盛公司的异议请求。

恒盛公司不服异议裁定，向济南市中级人民法院（以下简称济南中院）申请复议称，一、章丘法院在执行过程中严重违反法定程序。章丘法院自2017年1月5日作出裁定，拍卖复议申请人所有的东方君之家园房产；截止2017年6月1日，作出裁定将流拍房抵偿债务。在此期间，拍卖公告的范围及媒体、拍卖的时间、关于拍卖的通知、流拍的报告等所有措施均没有通知复议申请人，导致复议申请人被排除在整个拍卖过程之外，严重违反了《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》第十四条、《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第十六条的规定。二、章丘法院上述违反法定程序的行为导致的后果严重侵害了复议申请人的合法权益。复议申请人被执行的房产系高档精装房，位于章丘区市区中心地带，2016年6月29日法院进行委托评估时复议申请人内部职工的优惠购房价格已近10000元，因评估价格偏低，复议申请人对评估报告提出异议。在章丘房价一路上涨的情况下，房产的拍卖价格关系到复议申请人的切身利益，复议申请人完全可以采取直接参与竞买及通知其他有意购房人竞买等方式维护自己的权益。正因章丘法院未尽通知义务，致使复议申请人因不知情而不能参与，剥夺了复议申请人的知情监督权和优先购买权，严重损害了复议申请人作为物权人的合法权益。三、章丘法院（2017）鲁0181执异69号执行裁定书以每次拍卖前均依法进行公告，程序并无不当为由驳回复议申请人的异议请求系认定事实错误。《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条规定“受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。”我公司一直正常运营，章丘法院自下达拍卖裁定到裁定以物抵债期间近半年时间，没有向复议申请人下达任何书面通知甚至电话通知。发布拍卖

公告是针对不特定人群，是向社会公众发布的，并非是“书面或者其他能够确认收悉的适当方式”。综上，复议申请人请求依法撤销章丘法院（2017）鲁0181执异69号执行裁定书、（2016）鲁0181执904号之一执行裁定书及（2016）鲁0181执904号之二通知书并重新启动拍卖程序。

济南中院经审查查明，章丘法院查明的事实属实，济南中院予以认定。

#### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年4月20日作出（2018）鲁01执复48号执行裁定书，裁定：驳回山东恒盛置业有限公司的复议申请，维持济南市章丘区人民法院（2017）鲁0181执异69号异议裁定。

#### 【裁判理由】

生效裁定认为：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十一条规定，当事人、利害关系人提出异议请求撤销拍卖，符合下列情形之一的，人民法院应予支持：（一）竞买人之间、竞买人与拍卖机构之间恶意串通，损害当事人或者其他竞买人利益的；（二）买受人不具备法律规定的竞买资格的；（三）违法限制竞买人参加竞买或者对不同的竞买人规定不同竞买条件的；（四）未按照法律、司法解释的规定对拍卖标的物进行公告的；（五）其他严重违反拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。当事人、利害关系人请求撤销变卖的，参照前款规定处理。对于应当撤销拍卖的情形，本条第一款第五项作了兜底规定，但该项的适用需要具备两个条件：第一，必须是严重违反拍卖程序的情形，严重程度应与该条前四项所规定的情形等同，如拍卖程序中未披露拍卖标的物的权利瑕疵，而一般的拍卖程序瑕疵，例如，没有送达评估报告、没有送达流拍报告等，均不属于应当撤销拍卖的情形。第二，损害了当事人或者竞买人利益。这里的当事人利益应当作狭义理解，即因违反拍卖程序导致拍卖价格明显低于市场价格。本案中，章丘法院在启动拍卖程序前，向复议申请人送达了拍卖裁定，且依法向复议申请人送达了评估报告，对评估报告异议亦依法作出了答复，章丘法院未向复议申请人送达拍卖事项、流拍报告，属于拍卖程序存在瑕疵，并非是严重违反拍卖程序的情形。另，章丘法院对涉案标的进行依法评估后，在经过两次网拍，且均流拍的情况下，以第二次网络拍卖的保留价作为以物抵债的价格，符合法律规定，不存在明显低于市场价格的情形，因此并未损害当事人的合法利益。因此，复议申请人以章丘法院严重违反拍卖程序损害其利益为由，主张撤销章丘法院（2017）鲁0181执异69号执行裁定书、（2016）鲁0181执904号之一执行裁定书及（2016）鲁0181执904号之二通知书，于法无据，法院不予支持。

编写人：山东省济南市中级人民法院执行三庭 杨 雷 季昱辰

# 法院采取罚款措施时应当根据当事人 实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果 以及诉讼标的额等因素

——龙昌公司罚款复议案

**关键词** 罚款时应当考虑的因素

## 【案例要旨】

人民法院对个人或单位采取罚款措施时，应当根据其实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果，当地的经济水平，以及诉讼标的额等因素，在民事诉讼法第一百一十五条第一款规定的限额内确定相应的罚款数额。

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01执复245号

## 【基本案情】

复议申请人山东龙昌汽车销售有限公司（以下简称龙昌公司）不服济南市历下区人民法院（以下简称历下法院）于2018年11月29日作出的（2016）鲁0102执328号罚款决定，向济南中院申请复议。

龙昌公司提出，请求依法撤销历下法院（2016）鲁0102执328号罚款决定。事实与理由：龙昌公司已于2016年5月将涉案场地院内东侧二层楼房腾空并将钥匙交到历下法院，并将院内东北角场地腾空；2017年7月，龙昌公司将一楼展厅及售后、配件室腾空，2017年8月，执行法官到现场进行录像，后执行庭组织济南维尔康实业集团有限公司（以下简称维尔康公司）与龙昌公司进行交接并作记录，维尔康公司人员拒绝在笔录上签字。至此，龙昌公司已将涉案场地基本全部腾空。在腾空期间，由于姚家街道办事处城市管理委员会通知禁止实施产生扬尘的建筑类施工，加强联防联控，严格执法监管，故龙昌公司一时未能针对相关设施进行拆除。另，关于济南龙升汽车装饰中心、大友丰田济南工业南路店属划拨土地上建筑物，涉案场地涉及到划拨土地部分，但一方面划拨地未在原租赁合同中作具体列明及阐述，另一方面龙昌公司合法占有使用的土地部分也包括划拨地并与涉案场地紧密相连，从现场来看，界限并不明确清晰。院落大多数房屋等为龙昌公司合法占有使用土地上的建筑物，济南龙升汽车装饰中心、大友丰田济南工业南路店也为龙昌公司所建，至今仍与龙昌公司保持长期的租赁关系，非龙昌公司单方力量可以使其腾空交房。综上，龙昌公司不存在拒不配合的行为，且至今涉案场地已基本腾空，不存在主观上的恶意过错，更不应该承担30万元的高额罚款。

经审查查明：维尔康公司与龙昌公司房屋租赁合同纠纷一案，历下法院于2015年4月18日作出（2014）历民初字第384号民事判决，判决龙昌公司于判决生效之日起30日内搬出济南市工业南路85号，将房屋及院落返还维尔康公司。判决生效后，该案于2016年1月

28日在历下法院立案执行。2016年3月20日，历下法院作出（2016）鲁0102执328号执行通知，责令龙昌公司履行法律文书确定的义务及法律规定的其他义务。2016年5月，龙昌公司将工业南路85号院内东侧二层楼房屋及院内东北角场地腾空，并将钥匙交至历下法院。2017年4月27日，历下法院作出（2016）鲁0102执328号公告，责令被执行人龙昌公司及现房屋实际使用人在2017年5月7日前腾出济南市工业南路85号，将房屋及院落返还原告维尔康公司。在执行过程中，龙昌公司分别于2017年6月7日、同年7月17日、同年8月14日向历下法院提交暂缓执行申请书，以公司安置需要给予宽限期、济南创城期间需暂停拆违拆临拆除工作等为由申请暂缓执行。2018年1月10日，历下法院组织申请执行人与被执行人就涉案房屋及院落进行交接并作了笔录，载明：“……但该地址后期加盖的房屋，由于城管部门原因现不能拆除，由你们申请人济南维尔康实业集团有限公司负责看管，现由申请人交接……答：由于政府政策采暖季不能拆除后期加盖的房屋，我们今天不能接受上述房产，不能进行交接。”2018年11月29日，历下法院作出（2016）鲁0102执328号决定，对龙昌公司罚款300000元，限在2018年12月3日前交纳。

2018年12月25日，龙昌公司分别向济南中院及历下法院出具悔过书和保证书，称其公司已认识到错误，对给申请执行人造成的损失表示歉意，并表示将全力配合法院的执行工作，拆除工作现已经正在进行，保证在半个月之内尽全力扫除展厅、售后车间、售后前台、售后配件库房等设施，请求法院给予其公司改正的机会，对其宽大处理。2019年1月18日，龙昌公司已清理完毕。

#### 【裁判结果】

济南中院于2019年1月18日作出（2018）鲁01执复245号复议决定：一、撤销济南市历下区人民法院（2016）鲁0102执328号决定书；二、对山东龙昌汽车销售有限公司罚款50000元，限于2019年1月28日前缴纳。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条第一款第（六）项规定，诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。本案中，龙昌公司作为被执行人未全部履行生效判决确认的将涉案房屋及院落返还给申请执行人维尔康公司的义务，其行为属于拒不履行生效判决确定的义务的情形，历下法院对其作出罚款决定，并无不当。但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百九十三条规定，人民法院对个人或单位采取罚款措施时，应当根据其实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果，当地的经济水平，以及诉讼标的额等因素，在民事诉讼法第一百一十五条第一款规定的限额内确定相应的罚款数额。本案中，复议申请人龙昌公司在案件进入执行后即履行了部分义务，且其已认识到错误并出具了悔过书和保证书，并积极采取措施对其后期加盖的房屋进行了拆除，其违法行为性质并不严重，认错态度较好。历下法院对其罚款300000元，数额过高，法院酌情予以降低。

编写人：山东省济南市中级人民法院执行三庭 周宏毛雪



# 执行机构在执行过程中可以结合执行依据 裁判说理部分审查确定具体给付内容

——李某诉中石化济南分公司执行异议案

**关键词** 在执行程序中明确执行依据内容

## 【案例要旨】

申请执行的生效法律文书中，应当载明需要执行的标的物的具体信息。对于已经受理的执行案件，如发现执行依据内容不明确，执行机构在执行过程中可以结合执行依据裁判说理部分，审查确定具体给付内容。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条规定，当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件：（一）权利义务主体明确；（二）给付内容明确。

## 【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104执异48号（2018年5月28日）

二审：山东省济南市中级人民法院（2018）鲁01执复113号（2018年7月16日）

## 【基本案情】

济南市槐荫区人民法院（以下简称槐荫法院）在执行申请执行人李某与被执行人中国石化销售有限公司山东济南石油分公司（以下简称中石化济南分公司）租赁合同纠纷一案中，申请执行人李某向槐荫法院提出异议，称：异议人与被执行人租赁合同纠纷一案，虽然济南市中级人民法院（以下简称济南中院）（2017）鲁01民终3718号民事判决书的判决主文中没有被执行人“协助将危险化学品经营许可证及成品油零售经营批准证书变更至申请执行人指定的主体名下”的内容，但是该判决书的“本院认为”认为“双方终止履行《加油站租赁合同》时，被执行人应协助将危险化学品经营许可证及成品油零售经营批准证书变更至申请执行人指定的主体名下。”异议人认为，生效法律文书在事实认定及裁判说理部分中对《加油站租赁合同》终止履行后，作为合同附随义务的“协助办理经营证书的变更、腾退场地”的内容已经认定，应视为执行内容明确。故请求撤销槐荫法院（2018）鲁0104执60号执行裁定书，强制被执行人协助将《危险化学品经营许可证》及《成品油零售批准证书》变更至异议人指定的主体名下，依法强制被执行人腾退租赁场地，返还给异议人。

槐荫法院查明，2017年1月9日，该院作出（2016）鲁0104民初5070号民事判决，判决：（一）终止履行雷长安（原济南市历城区东港建筑装饰材料供应站）与中石化济南分公司于2010年1月15日签订的《加油站租赁合同》；（二）中石化济南分公司于判决生效之日起十日内返还李某加油站的相关证照。中石化济南分公司不服，向济南中院提出上诉。2017年8月21日，济南中院作出（2017）鲁01民终3718号民事判决，判决维持该院（2016）鲁0104民初5070号民事判决第一项；撤销该院（2016）鲁0104民初5070号民事判决第二项。

李某向该院提出执行申请,请求:(一)依法强制被执行人中石化济南分公司协助将《危险化学品经营许可证》及《成品油零售批准证书》变更至山东中磐商贸有限公司名下;(二)依法强制被执行人中石化济南分公司腾退租赁场地,返还给李某。2018年1月9日,该案立案执行。2018年3月29日,该院作出(2018)鲁0104执60号执行裁定,认为申请执行人李某申请执行的事项与生效判决内容不符,故驳回申请执行人李某的执行申请。另查明,李某就与中石化济南分公司租赁合同纠纷一案向该院提起诉讼,该院于2017年11月21日立案审理,李某的诉讼请求为(一)中石化济南分公司腾退租赁场地,由李某对中石化济南分公司投资建设的储油罐、雨棚、加油岛、品牌柱等设施、设备折价补偿;(二)中石化济南分公司支付租金及赔偿场地占用费70万元;(三)中石化济南分公司赔偿汽油代存损失15000元,并保留追究中石化济南分公司赔偿经营损失的权利;(四)中石化济南分公司将其持有的中国石化销售有限公司山东济南第五十九加油站《危险化学品经营许可证》《成品油零售经营批准证书》等证照协助办理至山东中磐商贸有限公司名下,使该公司具备合法经营资格。现该案正在审理过程中。

槐荫法院认为,依据生效法律文书,判决要求终止履行雷长安(原济南市历城区东港建筑装饰材料供应站)与中石化济南分公司于2010年1月15日签订的《加油站租赁合同》,并未显明将中石化济南分公司相关证照返还给异议人李某及将租赁场地返还给李某,济南中院作出(2017)鲁01民终3718号民事判决书中判决内容明确,故该院作出(2018)鲁0104执60号执行裁定驳回李某的执行申请符合法律规定。李某已提起诉讼,请求法院判决被执行人将《危险化学品经营许可证》《成品油零售经营批准证书》等证照协助办理至山东中磐商贸有限公司名下及要求被执行人腾退场地,该案该院正在审理过程中,故对于异议人李某所提异议该院应予以驳回。

李某不服,向济南中院申请复议称:请求撤销槐荫法院(2018)鲁0104执异48号执行裁定,强制被执行人将《危险化学品经营许可证》及《成品油零售批准证书》变更至李某指定的主体(山东中磐石油商贸有限公司)名下,依法强制被执行人腾退租赁场地,返还给李某。理由如下:一、依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条规定:“当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件:(一)权利义务主体明确;(二)给付内容明确。”只要当事人申请人民法院执行的“生效法律文书”确定了明确的权利义务主体和给付内容即可强制执行,而不是要求只有生效法律文书的“判项”部分具备该两项条件才能执行。二、依照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第十八条第一款第四项“申请执行的法律文书有给付内容,且执行标的和被执行人明确”规定,也是要求“法律文书”有给付内容而非“文书判项”有给付内容。本案中,生效法律文书在事实认定及裁判说理部分中对《加油站租赁合同》终止履行后,作为合同附随义务的“协助办理经营证书的变更、腾退场地”的内容已经认定,应视为权利义务主体和执行内容明确。三、根据《中华人民共和国合同法》第九十二条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”李某的申请事项具有明确的法律依据,应当予以执行。李某之所以提起将涉案两证照协助办理至山东中磐商贸有限公司名下及要求被执行人腾退场地的诉讼,是因为槐荫法院受理李某提出的强制执行申请后迟迟不予强制执行。该案诉讼因为被执行人要求对涉案场地的地上物予以评估而近期难以作出裁判,但加油站因为缺少合法的经营手续导致李某的损失一天天扩

## 执行案例

---

大，如李某的诉求能在本案的执行程序中得到解决，李某也可撤销相关诉讼。

济南中院查明，该院于2017年8月21日作出的（2017）鲁01民终3718号民事判决书，在裁判说理部分对李某主张将石油分公司名下的危险化学品经营许可证、成品油零售经营批准证书变更在李某指定的主体名下的请求，作出如下认定：“本院认为，《加油站租赁合同》第八条第8项约定，东港供应站应当为石油分公司提供加油站经营管理所需要的各种正常手续，并应石油分公司要求办理变更手续，具体证照清单见本合同第十条，第十条约定的租赁加油站需备手续表记载的事项中包括：企业法人营业执照（正副本）、化学危险品安全许可证（危经字）、成品油零售经营批准证书。可见，石油分公司持有的企业法人营业执照、危险化学品经营许可证及成品油零售经营批准证书均是基于《加油站租赁合同》取得的，双方终止履行《加油站租赁合同》时，石油分公司应当协助将危险化学品经营许可证及成品油零售经营批准证书变更至雷长安的继承人指定的主体名下。”

### 【裁判结果】

槐荫法院于2018年5月28日作出（2018）鲁0104执异48号执行裁定：驳回异议人李某的异议请求。济南中院于2018年7月16日作出（2018）鲁01执复113号执行裁定，一、撤销济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104执异48号异议裁定；二、撤销济南市槐荫区人民法院（2018）鲁0104执60号执行裁定。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：一、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条规定，当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件：（一）权利义务主体明确；（二）给付内容明确。根据以上规定，申请执行的生效法律文书中，应当载明需要执行的标的物的具体信息。对于已经受理的执行案件，如发现执行依据内容不明确，执行机构在执行过程中可以结合执行依据裁判说理部分，审查确定具体给付内容。本案中，济南中院（2017）鲁01民终3718号民事判决书已在裁判说理部分对李某主张的将危险化学品经营许可证、成品油零售经营批准证书变更在雷长安的继承人指定的主体名下作出认定，应当视为给付内容明确，被执行人应当按照该生效判决，将危险化学品经营许可证、成品油零售经营批准证书交付申请执行人并将证书变更至雷长安的继承人指定的主体名下。因此，槐荫法院驳回李某的执行申请不当，应予纠正。二、关于李某“依法强制被执行人腾退租赁场地，返还给李某”的异议和复议请求，因其在该案诉讼阶段并未提出该项诉讼请求，也不是本院（2017）鲁01民终3718号民事判决确定的执行内容，故法院不予支持。

编写人：山东省济南市中级人民法院执行三庭 周宏毛雪

# 到期债权异议应以不予审查为原则， 以立案审查为例外

——中国民生银行股份有限公司济南分行诉  
济南大华广济工贸有限公司执行异议案

**关键词** 到期债权异议审查

## 【案例要旨】

在以被执行人的到期债权为执行标的的执行案件中，针对次债务人提出的异议，根据《民事诉讼法解释》第五百零一条之规定，应以不予审查为原则，以立案审查为例外。到期债权异议审查的例外情形主要包括：1. 次债务人的异议理由已经过诉讼程序实体审理，且已经生效法律文书确认；2. 次债务人提出的异议理由为程序性理由。

## 【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百零一条规定：“人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。利害关系人对到期债权有异议的，人民法院应当按照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。对生效法律文书确定的到期债权，该他人予以否认的，人民法院不予支持。”

## 【案件索引】

异议：济南市中级人民法院（2018）鲁01执异214号（2018年7月23日）

## 【基本案情】

济南市长清区人民法院（以下简称长清法院）在执行申请执行人济南大华广济工贸有限公司（以下简称大华公司）与被执行人山东联盈房产有限公司（以下简称联盈公司）买卖合同纠纷一案中，异议人中国民生银行股份有限公司济南分行（以下简称民生银行济南分行）对长清法院执行被执行人联盈公司在异议人处的房屋租赁费不服，向长清法院提出书面异议，长清法院未予受理，遂向济南市中级人民法院（以下简称济南中院）提出书面异议。

民生银行济南分行称，请求撤销长清法院（2015）长执字第943-8号执行裁定书及（2015）长执字第943-1号执行裁定书，对强行扣划的房屋租金予以执行回转。事实与理由：1. 长清法院作出的（2013）长民初字第2698号协助执行通知书中，保全期限为2013年12月11日至2014年12月11日，该查封期限已经届满，长清法院未进行续封，因此该裁定的保全内容已经失去法律效力。2. 自2014年3月1日起，异议人与被执行人联盈公司之间已不存在房屋租赁合同关系。异议人承租的济南市花园路35号营业用房产归中国人民解放军72959部队（以下简称72959部队）所有。2014年2月，72959部队向异议人出具了证明，称该部队与联盈公司签订的《房屋租赁合同》已于2014年2月28日解除，并将坐落于花园路35号的沿街综合楼整体租赁给山东亿兴源房地产经纪有限公司（以下简称亿兴源公司），因此告知异议人，自2014年3月1日起，异议人应将租金支付给亿兴源公司。3. 根据异议人

与联盈公司签订的《房屋租赁合同》，异议人已将自2013年4月13日至2014年4月12日的租金于2013年4月13日，即在长清法院作出保全裁定前，支付给了被执行人联盈公司。

4. 长清法院（2015）长执字第943—8号执行裁定书适用法律不当。本案所涉房屋租金的执行属于对“到期债权”的执行，应适用《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第300条及《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第61条、63条、65条的规定，而非适用《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十三条的规定，因此长清法院在收到异议人对该裁定的异议后，既未立案，也未在法定期限内作出异议裁定，而是作出（2015）长执字第943—1号限期履行协助义务通知书，要求异议人对其执行行为予以配合，属于明显适用法律错误的行为。综上，长清法院认定事实错误，适用法律不当，对异议人提出的异议未进行审查，程序错误，请求济南中院对其强制执行行为予以撤销。

济南中院经审查查明，关于原告大华公司与被告联盈公司房屋租赁合同纠纷一案，长清法院于2013年12月8日作出（2013）长民初字第2698—2号民事裁定书，裁定冻结被告联盈公司的银行存款405万元或查封其相应价值的财产。2013年12月9日，长清法院向民生银行济南分行送达（2013）长民初字第2698号协助执行通知书，要求民生银行济南分行协助冻结该行应对联盈公司给付的所有款项，停止向本案被告联盈公司支付任何款项。

本案在执行过程中，长清法院于2015年5月19日作出（2015）长执字第943—2号执行裁定书，裁定将民生银行济南分行应付被执行人联盈公司的房屋租赁费220万元提取到该院。2015年8月5日，案外人亿兴源公司以其对长清法院查封的房屋租赁费拥有收益权为由，向长清法院提出执行异议，长清法院于2015年9月7日作出（2015）长执异字第23号执行裁定书，裁定驳回案外人亿兴源公司的异议，主要理由为：“亿兴源公司成立于2014年3月14日，而与72959部队签订《军队房地产租赁合同》的时间是2014年3月1日，合同成立早于公司成立。亿兴源公司在没有取得《军队房地产租赁许可证》的情况下对外转租，根据72959部队与亿兴源公司签订的《军队房地产租赁合同》第十二条规定‘本合同双方签字盖章后，须经相应审批权限的军队房地产管理部门审核、批准、并加盖合同审核专用章后生效’，该合同无军队房产管理部门审核专用章。未生效的合同对本院冻结的被执行人联盈公司的收入没有约束力。张洪胜在管理联盈公司期间，解除承租人与联盈公司租赁合同，使承租人与自己新成立的亿兴源公司签租赁合同，以逃避法院对联盈公司出租收入的执行，其做法违反了法律规定，其异议不能成立。”

案外人亿兴源公司不服上述执行裁定书，向长清法院提起执行异议之诉，长清法院于2017年10月16日作出（2017）鲁0113民初1379号民事判决书，针对亿兴源公司是否享有涉案租赁费的收益权作出如下认定：“对亿兴源公司就法院提取民生银行股份有限公司济南分行、招商银行股份有限公司济南分行应付租金提出的执行异议之诉，根据亿兴源的工商档案材料记载，其成立于2014年3月14日，但其却主张在2014年3月1日与中国人民解放军72959部队签订了《军队房地产租赁合同》，并依据该合同向法院主张对涉案的济南市历城区花园路35号沿街综合楼拥有租赁费收益权，显然不成立，合同签订时亿兴源公司尚未设立，并不具备签订合同的主体资格，且根据该合同第十三条的记载，合同应当在加盖军队房地产管理部门合同审核专用章后方才生效，但该合同中并未加盖审核专用章，不满足合同当事人约定的合同生效条件，故原告要求法院确认其对民生银行济南分行、招商银行济南分行承租的济南市历城区花园路35号沿街综合楼的房屋租赁费拥有收益权，没有法律依据，本院不予



支持。亿兴源公司的法定代表人张洪胜虽提交证据证明其他单位为其交纳公积金并向其账户内打款，但上述证据并无法否认在亿兴源公司成立之前，张洪胜常年在联盈公司即被执行人处负责公司业务，系联盈公司主要负责人之一的事实；2013年12月份本院查封联盈公司财产时，该公司银行账户内余额不足百元，后本院于2013年12月份下达协助执行通知及民事裁定书，保全了自2013年12月份起的涉案房屋1年的租赁费。2014年3月1日，张洪胜在亿兴源公司尚未设立的情况下，便以亿兴源公司的名义匆忙与中国人民解放军72959部队签订房屋租赁合同，将原由联盈公司承租的济南市历城区花园路35号沿街综合楼承租，并继续转租给民生银行股份有限公司济南分行、招商银行股份有限公司济南分行使用；之后于2014年3月10日工商行政部门才预先核准企业名称‘山东亿兴源房产经纪有限公司’；但预先核准的公司名称不得用于经营活动；2014年3月14日亿兴源公司成立，联盈公司的主要负责人之一张洪胜任法定代表人。亿兴源公司的成立、以亿兴源公司的名义就涉案房屋签订的租赁合同及亿兴源公司提出执行异议等行为，明显是出于规避法院强制执行而隐匿财产的目的，由联盈公司主导。虽然亿兴源公司提供了租赁合同、解除合同协议、告知书、说明、转账凭证等一系列证据，但这些证据的目的及内容真实性值得怀疑，且证据之间存在相互矛盾，无法作为定案依据。”遂判决驳回亿兴源公司的诉讼请求。

亿兴源公司不服，向本院提起上诉，本院于2018年4月8日作出（2018）鲁01民终27号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判，主要理由为：“根据《最高人民法院〈关于人民法院执行工作若干问题的规定〉（试行）》第44条，对人民法院查封、扣押的财产，未经人民法院准许，不得进行处分。本案中，联盈公司的租金被查封期间，72959部队即解除与联盈公司的房屋租赁合同并与亿兴源公司签订房屋租赁合同，亿兴源公司据此要求承租方将原应交付联盈公司的租金交付亿兴源公司，实际处分了法院查封的联盈公司的租金收入，违反了上述法律规定。因此，72959部队、联盈公司、亿兴源公司间关于涉案房屋租赁合同的解除与签订中，涉及对法院查封租金处分的部分无效。根据联盈公司工商登记资料，在亿兴源公司成立前，张洪胜担任联盈公司总经理，代表公司签订了多份房屋租赁合同。在联盈公司的租金被查封期间，72959部队即解除了与联盈公司的涉案房屋租赁合同，并将该租赁业务交由查封期间迅速成立的、张洪胜担任法定代表人的亿兴源公司，明显规避法院对查封租金的强制执行。”

2017年3月20日，长清法院作出（2015）长执字第943—6号执行裁定书，裁定冻结民生银行济南分行应付被执行人联盈公司的房屋租赁费220万元。2018年4月20日，长清法院作出（2015）长执字第943—8号执行裁定书及协助执行通知书，裁定：一、解除该院2017年3月20日将被执行人联盈公司在民生银行济南分行应付房屋租赁费的查封；二、将民生银行济南分行应付被执行人联盈公司的房屋租赁费220万元提取到该院。

2018年5月8日，长清法院作出（2015）长执字第943—1号限期履行协助义务通知书，责令民生银行济南分行继续履行（2015）长执字第943—8号执行裁定书及协助执行通知书所确定的协助义务。民生银行济南分行不服，于2018年5月18日向长清法院提出异议，请求撤销（2015）长执字第943—1号限期履行协助义务通知书，理由为：生效判决并未明确租金的实际权利人；第三人在指定期限内对执行到期债权提出异议的，人民法院不得对第三人强

## 执行案例

---

制执行。该异议书于2018年5月19日送达长清法院，长清法院至今未予立案受理。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年7月23日作出(2018)鲁01执异214号执行裁定书，裁定：济南市长清区人民法院应于收到本裁定之日起三日内立案审查中国民生银行股份有限公司济南分行的执行异议。

### 【裁判理由】

生效裁定认为：本案对民生银行济南分行应付房屋租赁费的执行属于对被执行人联盈公司对外享有到期债权的执行，本案的争议焦点为：对异议民生银行济南分行所提之异议是否应当进行立案审查。

关于对到期债权的执行，《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》第五百零一条规定：“人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。利害关系人对到期债权有异议的，人民法院应当按照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。对生效法律文书确定的到期债权，该他人予以否认的，人民法院不予支持。”《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定（试行）》第63条规定：“第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议不进行审查。”第64条规定：“第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系，不属于本规定所指的异议。第三人对债务部分承认，部分有异议的，可以对其承认的部分强制执行。”根据上述法律规定，第三人针对人民法院执行被执行人在其处所享有的到期债权所提的执行异议，以不予审查为原则，立案审查为例外。此处不予审查意味着人民法院不再执行该到期债权，申请执行人要求强制执行的，人民法院不予支持。但存在例外情况，即若第三人对该债权所提异议已被生效法律文书确定的，对该异议应当依法立案予以审查。本案中，异议民生银行济南分行提出异议称，涉案房屋租赁权的收益者并非被执行人联盈公司，而是案外人亿兴源公司，而对该异议理由，长清法院已生效的(2017)鲁0113民初1379号民事判决书已经予以确认，属于应当予以立案审查的例外情况，因此对该异议长清法院应当作为执行异议案件予以立案审查。此外，民生银行济南分行的异议中还包括主张长清法院因未查封到期后未续封而导致保全内容失效、(2015)长执字第943-1号限期履行协助义务通知书适用法律错误等理由，长清法院也应当立案予以审查。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三条规定，执行法院收到执行异议后既不立案又不作出不予受理裁定的，或者受理后无正当理由超过法定期限不作出异议裁定的，异议人可以向上一级人民法院提出异议。上一级人民法院审查后认为理由成立的，应当指令执行法院在三日内立案或者在十五日内作出异议裁定。本案中，民生银行济南分行向长清法院提出书面异议后，在长清法院未予处理的情况下，直接向济南中院提出执行异议，要求撤销长清法院相关执行行为，于法无据，济南中院不予支持。对民生银行济南分行所提执行异议，应首先由长清法院作为执行异议案件立案审查。

### 【参照适用本案例时应注意的问题】

在到期债权的执行中，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》(以下简称《民诉法解释》)第五百零一条之规定,针对次债务人提出的异议,应当以不予审查为原则,以立案审查为例外。到期债权的执行本身突破了合同相对性,若不慎执行,极有可能侵害次债务人的合法权益,且根据审执分离要求,执行异议审查仅进行形式审查,故涉及到期债权的消灭、数额等实体事由的判断,必需通过诉讼程序进行审理确认。因此,在司法实践中,针对次债务人提出的异议,一般不予立案审查,也不再继续强制执行,而是由申请执行人通过代位诉讼救济权利。

但《民诉法解释》第五百零一条第三款实际上确定了次债务人异议审查的例外情形,即“对生效法律文书确定的到期债权,该他人予以否认的,人民法院不予支持。”具体到本案中,民生银行济南分行所提的理由之一为该笔到期债权的债权人实为亿兴源公司,而并非被执行人联盈公司,此项异议理由已经过案外人执行异议之诉进行实体审理,且案经二审,均确认该笔债权并非属于案外人亿兴源公司,次债务人再次以此提出异议,应当适用《民诉法解释》第五百零一条第三款,认定已经过“生效法律文书确认”,属于次债务人异议审查的例外情形。否则,次债务人以经过实体审判的理由提出异议,轻易阻却对到期债权的强制执行,会徒增申请执行人代为诉讼的诉累,也将会给被执行人带来与他人联合阻碍执行的机会。

除了本案所述的例外情形外,执行实务中还存在以下几种应当予以审查的例外情形:一是被执行人对次债务人享有到期债权已经生效法律文书确认,次债务人提出异议称该到期债权其已经履行完毕或者部分履行的,对此异议亦应当按照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第七条第二款的规定进行审查;二是执行人对次债务人享有到期债权已经生效法律文书确认,次债务人提出异议称双方互负债务,请求抵销的,执行法院应当按照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第十九条的规定进行审查。以上两种例外情形,均已该到期债权的内容或主体已经生效法律文书确认为前提,这是例外审查情形的共同点,也与《民诉法解释》第五百零一条第三款规定的精神相一致。

另外,次债务人在执行程序中事实上具有双重身份,一是作为被执行人的债务人,二是作为协助履行义务的义务人。若是次债务人以第二种身份提出异议,主张执行裁定中适用法律错误或不应直接提取其账户中的财产等,其实质是对法院的执行行为提出异议,属于程序性理由,此时则应立案审查执行行为是否存在错误或违法情形。本案中,民生银行济南分行提出第一项、第四项异议理由,分别是针对长清法院冻结到期债权的效力问题(查封期限已过)和(2015)长执字第943-1号限期履行协助义务通知书适用法律错误的问题,并非是对其与被执行人之间的债务关系本身提出的异议,实属程序性异议,因此,济南中院认为长清法院对这两项异议理由应当进行审查。

编写人:山东省济南市中级人民法院执行三庭 陈明 季昱辰

# 逾期提出以物抵债申请导致执行标的的市场价值发生变化属于依法不能交付抵债的情形

——韩某、陈某某执行复议案

**关键词** 以物抵债 重新评估拍卖

## 【案例要旨】

根据《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》第二十八条第二款之规定，执行标的经三次拍卖流拍的，申请执行人一般应在流拍后七日内提出以物抵债申请；超过七日提出申请的，则应根据执行标的的市场价值变化情况来决定是否准许抵债。若执行标的的市场价值发生变化，则应重新启动评估程序，确定以物抵债的价格，否则，因执行标的的失去了再次通过拍卖竞价程序来检验该财产市场价值的可能性，导致抵债价格过低，对被执行人显失公平，应当属于依法不能交付抵债的情形。

## 【相关法条】

《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》第十九条第一款规定：“拍卖时无人竞买或者竞买人的最高应价低于保留价，到场的申请执行人或者其他执行债权人申请或者同意以该次拍卖所定的保留价接受拍卖财产的，应当将该财产交其抵债。”

《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》第二十八条第二款规定：“第三次拍卖流拍且申请执行人或者其他执行债权人拒绝接受或者依法不能接受该不动产或者其他财产权抵债的，人民法院应当于第三次拍卖终结之日起七日内发出变卖公告。”

## 【案件索引】

异议：济南市章丘区人民法院（2018）鲁0181执异54号（2018年5月16日）

复议：济南市中级人民法院（2018）鲁01执复125号（2018年9月7日）

## 【基本案情】

济南市章丘区人民法院（以下简称章丘法院）在执行申请执行人李德尧与被执行人韩某、陈某某民间借贷纠纷一案中，韩某、陈某某向章丘法院提出书面异议称，请求法院：一、撤销（2013）章执字第1389号执行裁定书；二、对被执行人的房产价值重新作出评定，以新评定的房产价值偿还李德尧的借款。事实与理由：1. 法院执行韩某错误，韩某并未向李德尧借款，是陈某某个人借款，且韩某已与陈某某离婚，法院执行韩某房产错误。2. 涉案房产评估报告是2013年作出的，而以物抵债裁定是2018年作出的，距离评估报告已超过5年，章丘房价翻番，以物抵债裁定仍以当时流拍价抵偿给李德尧，损害了韩某、陈某某的权益。3. 陈某某借款系高利贷，且已还部分借款，应予扣减，但1389号执行裁定书未予扣减。

章丘法院经审查查明，一、该院生效的（2013）章民初字第183号民事判决书判决韩某、陈某某偿还李德尧借款173.6万元及利息。二、上述案件进入执行程序后，山东新永基土地房地产评估咨询有限公司受该院委托，于2013年12月9日对涉案房产作出估价报告。三、山东世纪阳光拍卖有限公司受该院委托，分别于2014年5月27日、2014年9月30日、2014



年11月25日对涉案房产进行了公开拍卖，均流拍。四、2015年12月8日，李德尧向该院提交申请书，要求接收上述拍卖房产，以第三次拍卖时的保留价抵偿其债务。五、2014年9月9日，另案原告孙婧向该院提出参与分配申请，后孙婧提起分配异议之诉，案经二审，济南中院于2017年12月4日作出终审判决，驳回孙婧参与分配的诉讼请求。上诉判决生效后，章丘法院作出（2013）章执字第1389号执行裁定书，将涉案房产抵偿给交付李德尧。

章丘法院经审查认为，根据最高人民法院（2016）最高法执复20号裁判要旨：“进入拍卖程序后，评估报告有效期届满不影响后续拍卖、变卖和以物抵债程序的进行。”本案中，由于案外人提出参与分配申请、异议、诉讼等原因，致涉案房产评估报告超出有限期，不影响以物抵债程序的进行。本案中，李德尧书面申请以第三次流拍价接受房产以物抵债，应当认定拍卖、以物抵债程序已结束，该院在案外人异议诉讼结束后作出以物抵债裁定书，程序并无不当。另，韩某、陈某某主张韩某不应承担责任，与该院生效的法律文书相悖，该院不予支持。韩某、陈某某主张已还部分借款，但未提供相关证据，该院不予认定。据此，章丘法院作出（2018）鲁0181执异第54号执行裁定，驳回了韩某、陈某某的异议。

韩某、陈某某向济南中院申请复议，复议理由与异议理由基本一致。

济南中院经审查查明，章丘法院查明的事实属实，济南中院予以认定。另查明，涉案房产建筑面积226.18平方米，第三次流拍价总额为164.57万元，目前市场参考价为每平方米15300元左右。

#### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年9月7日作出（2018）鲁01执复125号执行裁定书，裁定：一、撤销济南市章丘区人民法院（2018）鲁0181执异54号执行裁定；二、撤销济南市章丘区人民法院（2013）章执字第1389号执行裁定。

#### 【裁判理由】

生效裁定认为：韩某、陈某某的异议和复议理由有三，一是本案借款系陈某某个人债务，章丘法院执行韩某房产错误，二是陈某某已偿还部分借款，应予扣减；三是涉案房产的评估报告是2013年作出，章丘法院于2018年作出的（2013）章执字第1389号执行裁定书以当时流拍价164.57万元将涉案房产抵偿给李德尧，严重损害其权益。关于理由一，韩某、陈某某为章丘法院（2013）章民初字第183号民事判决书确定的被执行人，均应承担生效判决确定的还款义务，其称执行韩某房产错误，法院不予支持。关于理由二，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第七条第三款规定，除本规定第十九条规定的情形外，被执行人以执行依据生效之前的实体事由提出排除异议的，人民法院应当告知其依法申请再审或者通过其他程序解决。本案中，韩某、陈某某主张其已偿还部分借款并提交了银行转账记录，但该转账记录显示转账时间为2012年3月28日及2012年3月31日，系发生在本案的执行依据章丘法院作出（2013）章民初字第183号民事判决书生效之前。被执行人提出的该异议理由属于本案执行依据生效之前的实体事由，不属于执行异议审查范围，应通过申请再审或者通过其他程序解决。关于理由三，《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》第十九条第一款规定，拍卖时无人竞买或者竞买人的最高应价低于保留价，到场的申请执行人或者其他执行债权人申请或者同意以该次拍卖所定的保留价接受拍卖财产的，应当将该财产交其抵债。该项规定确立了拍卖财产流拍后，申请执行人可以申请以本次拍卖保留价接受拍卖财产以抵偿其债务的制度，但是该项规定并未对申请执行人



## 执行案例

---

提出抵债申请的时间作出明确限定。具体到第三次拍卖,《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》第二十八条第二款的规定,第三次拍卖流拍且申请执行人或者其他执行债权人拒绝接受或者依法不能接受该不动产或者其他财产权抵债的,人民法院应当于第三次拍卖终结之日起七日内发出变卖公告。根据上述规定,第三次流拍的,申请执行人一般应在流拍后七日内提出以物抵债申请;超过七日提出申请的,则应根据拍卖财产的市场价值变化情况来决定是否准许抵债。因为,如果拍卖财产的市场价值变化发生于拍卖之前,则该财产的市场价值可以经过拍卖的充分竞价程序得到检验;如果流拍说明此次拍卖所定保留价原则上高于该财产的市场价值,根据申请执行人的申请裁定以物抵债,既有利于债权实现,也不会损害被执行人的利益。但是如果流拍后申请执行人未及时申请以物抵债,拍卖财产的市场价值发生变化,且失去了再次通过拍卖竞价程序来检验该财产市场价值的可能性,则再以最后一次拍卖时所定的保留价裁定以物抵债则会显失公平。本案中,申请执行人李德尧提交以物抵债申请书系在第三次拍卖流拍结束一年后,且自第三次拍卖流拍日至作出以物抵债裁定之日已间隔四年之久,涉案房产的市场价值已发生巨大变化,再以第三次流拍价格裁定以物抵债,对被执行人显失公平,属于依法不能交付抵债的情形。故韩某、陈某某的该项异议理由成立,应当予以支持。

编写人:山东省济南市中级人民法院执行三庭 陈 明 季昱辰

# 被执行人享有的基金份额能否作为执行标的 采取强制执行措施

——尚河惠众公司诉天业恒星公司、天业房地产公司、  
天业矿业公司等保理合同纠纷分

**关键词** 基金份额 证券投资基金法 合伙企业法

## 【案例要旨】

被执行人享有的基金份额能否作为执行标的采取强制执行措施，是适用证券投资基金法第七条规定，不得对基金财产采取强制执行措施，还是适用合伙企业法第二十条规定，认定属于被执行人的财产予以执行。根据证券投资基金法第二条规定，该法适用于公开或非公开募集资金设立证券投资基金。而本案涉案基金属于私募基金，投资方向仅限于股权投资。因此，本案不适用证券投资基金法，应根据合伙企业法规定，对合伙企业的出资对其享有的基金份额予以执行。

## 【案件索引】

执行：济南市中级人民法院（2018）鲁01执396号（2018年5月3日）

## 【基本案情】

本院在执行申请执行人深圳尚河惠众商业保理有限公司（以下简称尚河惠众公司）与被执行人山东天业恒基股份有限公司（以下简称天业恒基公司）、山东天业房地产开发集团有限公司（以下简称天业房地产公司）、山东天业矿业有限公司（以下简称天业矿业公司）、曾昭秦、深圳市前海盈合投资有限公司（以下简称前海盈合公司）、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）保理合同纠纷一案中，于2018年6月8日作出（2018）鲁01执396号之四执行裁定、（2018）鲁01执396号之六协助执行通知，冻结被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）持有的私募基金产品中恒星光—VIE回归基金一期（基金编号：SD9817）基金份额68359万份。被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）不服，向本院提出执行异议。本院受理后，依法组成合议庭并于2018年8月14日举行了听证，异议人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的委托诉讼代理人王金桂、申请执行人尚河惠众公司的委托诉讼代理人范春贤、步雷参加了听证，现已审查终结。

异议人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的异议请求为撤销本院（2018）鲁01执396号之四执行裁定书、（2018）鲁01执396号之六协助执行通知所冻结的中恒星光—VIE回归基金一期（基金编号：SD9817）68359万份基金份额的冻结措施，并停止对该基金份额的执行。事实和理由如下：

一、案外人山东鲁信文化传媒投资集团有限公司（以下简称鲁信文化公司）系中恒星光—VIE回归基金一期（基金编号：SD9817）68359万份基金份额的财产权益人，该中恒星光—VIE回归基金一期基金份额并非本案执行标的。而且根据法律规定该基金财产亦不得强制执行，法院不应冻结该基金份额及执行。1. 深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）为合伙制基

## 执行案例

金，并非独立法人单位，其作为基金产品，所形成的基金财产系投资人鲁信文化公司的财产权益。本案中，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）系2016年6月1日在中国证券投资基金业协会备案登记的基金（产品编号SJ7243），其中鲁信文化公司于2017年12月28日受让天业恒基公司持有的基金深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）69950万份额，依法办理工商登记，并在中国证券投资基金业协会办理变更备案登记。深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）以所募集的基金资金投资深圳中恒星光金融控股有限公司发起设立的中恒星光—VIE回归基金一期基金，并在中国证券投资基金业协会办理变更备案登记。该中恒星光—VIE回归基金一期基金财产份额属鲁信文化公司的财产权益，而鲁信文化公司并非本案被执行人，法院不应冻结该基金份额。2. 本案申请执行人尚河惠众公司对深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）所享有的担保债权，不是该基金的承担债务，依规不得对深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）名下的基金财产强制执行。《中华人民共和国证券投资基金法》第七十三条规定“基金财产不得用于下列投资或者活动：……（二）违反规定向他人贷款或者提供担保”，本案涉及的深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）担保行为严重违法。第七条规定“非因基金财产本身承担的债务，不得对基金财产强制执行。”本案尚河惠众公司对深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）所享有的担保债权显然不属于深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）基金财产本身所承担的债务，故该深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）基金财产中恒星光—VIE回归基金一期基金财产不应被冻结。

二、中恒星光—VIE回归基金一期基金募集资金投资于宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）用于三六零私有化项目，根据该项目要求，从2018年起，每年5月和11月尚需分笔继续追加投资，总追加投资金额为3.5亿元，即中恒星光—VIE回归基金一期基金现有基金份额还有继续追加投资的义务。法院冻结该基金份额，将导致该基金份额追加投资义务无法继续履行，根据三六零私有化项目相关协议安排，不履行追加投资义务的，将遭受追究违约责任及强制转让等损失风险，由此将给该基金份额的财产权益人鲁信文化公司造成巨大损失。

三、所冻结的中恒星光—VIE回归基金一期基金份额为68359万份，远远超出执行案件的执行标的。本案申请执行人所依据的北京仲裁委员会（2018）京仲裁字第0431号裁决书所裁决债权本金仅7353.43万元，即使加上相关资金占用费及逾期滞纳金等费用也不会超过1亿元，显然存在超标的查封冻结的情形，应予以纠正。

异议人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）为证明其主张，提供以下证据：《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议》一份、《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）合伙企业合伙人变更决定》一份、天业恒基公司出具的《关于使用过度账户的申请》、《通知函》各一份、上海浦东发展银行网上银行电子回单、业务凭证各一份、天业恒基公司向鲁信文化公司出具的收款收据两份、收款确认函一份、瑞华会计师事务所出具的审计报告一份、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）私募投资基金备案证明、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）工商登记资料一宗、中恒星光—VIE回归基金一期私募投资基金备案证明、《中恒星光—VIE回归基金一期基金合同》及补充合同等。

申请执行人尚河惠众公司请求驳回深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的异议，辩称理由如下：一、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）系中恒星光—VIE回归基金一期的权利人，冻结被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）名下基金行为符合法律规定。首先，中恒

星光—VIE 回归基金一期为契约型私募基金，投资人为本案被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙），不属于鲁信文化公司的财产权益。根据中国证券业投资基金协会（下称“基金业协会”）备案登记信息，编号为 SD9817 的中恒星光—VIE 回归基金一期为私募基金，基金类型为“其他私募投资基金”，备案于 2016 年 2 月 3 日，基金管理人为深圳中恒星光金融控股有限公司，基金份额为 68359 万份，投资人为本案被执行人之一深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）。其次，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）是根据合伙企业法于 2016 年 1 月 22 日经深圳市市场监督管理局核准设立的有限合伙企业，其具有相对独立的人格，可以自己名义开展经营活动、拥有财产、参加诉讼、享有民事权利和承担民事义务。因此，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）对于其经仲裁确认的担保债务，应以其持有的“中恒星光—VIE 回归基金一期”基金份额承担还款义务。

二、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）作为基金业协会备案的“私募股权投资基金”，不适用证券投资基金法的相关规定，应适用合伙企业法的相关规定。首先，私募基金从登记形式上包括公司制、合伙制、契约型三种类型，从基金类别上包括“私募股权投资基金”“私募创业投资基金”“私募证券投资基金”“其他私募投资基金”等类型，根据基金业协会备案登记信息，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）登记编号为 S7243，基金类型为“股权投资基金”，“中恒星光—VIE 回归基金一期”登记编号为 SD9817，基金类型为“其他私募投资基金”。“中恒星光 ME 回归基金一期”投向的宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）登记编号为 SE6053，基金类型为“股权投资基金”，基金业协会针对私募证券投资基金会专门登记为“私募证券投资基金”。其次，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）作为私募股权投资基金、中恒星光—VIE 回归基金一期作为其他私募投资基金、宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）作为股权投资基金无论从其备案的基金类型形式角度，还是其实际资金投向（一级市场股权投资）角度，均不属于“非公开募集资金设立证券投资基金”，不适用证券投资基金法，而应根据其设立形式，适用合伙企业法相关规定。再次，尽管证券投资基金法第七十四条规定证券投资基金财产（非本案中的私募股权投资基金）不得“违反规定”向他人贷款或者提供担保，但并非是不得提供担保。本案涉及天盈汇鑫担保行为的效力已经北京仲裁委员会（2018）京仲裁字第 0431 号裁决书做出实质性认定，即：“鉴于本案保证合同关系是当事人的真实意思表示，相关被申请人均具有担保人的合法主体资格，其内容不违反《中华人民共和国担保法》《合同法》等法律和行政法规的强制性规定，故属于有效合同。保证人应依《保证函》的约定，就本案合同项下被申请人对申请人的债务向申请人承担连带保证责任。”

三、本案不存在超标的查封冻结的情形。首先，鉴于深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）所持有的“中恒星光 ME 回归基金一期”基金所有资金最终通过宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）（私募股权投资基金）进行股权投资，众所周知，股权投资在可能带来高收益的同时存在巨大风险，投资本金在未最终退出前均存在全部亏损的可能。其次，基金份额的价值评判是存在较大市场风险的，有时可能会高于认购价格，有时则会远远低于认购价格，本案被冻结的 68359 万份基金份额的实际价值只能通过司法评估的方式方能确定。

申请执行人尚河惠众公司为证明其主张，提供以下证据：深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）、宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）企业公示信息各一份、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）合伙协议、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议及补

## 执行案例

充协议等。

本院查明：一、本案执行依据。申请人尚河惠众公司与被申请人天业恒基公司、天业房地产公司、天业矿业公司、曾昭秦、前海盈合公司、深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）保理合同纠纷一案，2018年3月16日，北京仲裁委员会作出（2018）京仲裁字第0431号裁决书，裁决内容为：（一）六被申请人向申请人连带偿还债务本金7353.43万元、资金占用费用及逾期滞纳金870.14万元，以及自2018年3月1日起至实际支付之日止的资金占用费用及逾期滞纳金（以本金7353.43万元为基数，按照年利率24%计算）；（二）六被申请人向申请人支付因本案支出的律师费80万元；（三）本案仲裁费392647.39元（已由申请人向本会预交）由六被申请人承担，六被申请人向申请人支付申请人代其垫付的仲裁费392647.39元。

本案仲裁的相关事实：2016年10月27日，尚河惠众公司与天业恒基公司签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额收益权转让合同》，约定天业恒基公司将其投资于深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额的69950万元（占全部认缴出资的99.93%）出资所对应的财产份额收益权转让给尚河惠众公司申请融资，合同第三条约定，转让目标财产份额授权总价款为12000万元（即融资本金金额）。合同第5条第5项约定，自尚河惠众公司向天业恒基公司一支付首笔转让价款后，天业恒基公司须根据融资本金金额、实际使用期限按月（首次融资放款日期即为每月还款日，如当月无对应日，则还款日为当月的最后一日，遇节假日不顺延）向尚河惠众公司支付融资资金占用费（年化13%，每年按360天计算）。合同对融资本金的还款计划进行了约定，其中与本案争议相关的条款是：自首笔融资款项发放之日起270日内偿还2500万元，自首笔融资款项发放之日起300日内偿还5500万元。第15条违约责任约定，如天业恒基公司迟延支付应当支付给尚河惠众公司的各种款项，除应当正常支付资金占用费之外，还应按应付未付总额以日万分之五的标准支付滞纳金。同时，尚河惠众公司还有权要求天业恒基公司承担为实现权利所发生的全部费用（包括但不限于律师费、诉讼费、调查取证费、评估费、拍卖费、公证费、保全费、差旅费等）。同日，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）等向尚河惠众公司出具《保证函》，载明天业恒基公司在本合同项下应履行的全部义务，由保证人向尚河惠众公司提供无限连带保证责任担保。保证范围为天业恒基公司在主合同项下应履行的全部义务（包括但不限于回购义务、违约赔偿义务等）以及尚河惠众公司为实现该等权利所支出的全部费用（包括但不限于律师费、诉讼费、调查取证费、评估费、拍卖费、公证费、保全费、差旅费等）。保证期限为主合同有效期届满后两年。在尚河惠众公司履行合同约定的义务后，因天业恒基公司未能按约定履行义务产生纠纷。

二、本案执行异议审查认定的相关事实。2016年3月，前海盈合公司与天业恒基公司签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）合伙协议》，协议主要内容为，根据《合伙企业法》及协议约定的条款和条件，共同设立有限合伙企业，企业名称为“深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）”，合伙企业的目的是对企业进行股权投资，企业经营的范围为：股权投资、投资咨询（不含证券、期货、保险及其他融资业务）、投资管理（不含证券、期货、保险及其他融资业务）。前海盈合公司为普通合伙人，认缴额为50万元，出资比例为0.07%，对合伙企业的债务承担无限责任；天业恒基公司为有限合伙人，认缴额为69950万元，出资比例为99.93%，以其认缴的出资额为限对合伙企业的债务承担有限责任。

2016年6月1日，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）在中国证券投资基金业协会进行备案，中国证券投资基金业协会出具私募投资基金备案证明，载明：基金名称为深圳天盈汇



鑫投资中心（有限合伙），基金类型为股权投资基金，管理人名称为前海盈合公司，备案日期为2016年6月1日。

2017年12月28日，天业恒基公司与鲁信文化公司签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议》，约定，天业恒基公司将对企业出资69950万元所持有的企业99.93%的财产份额所有权利和权益全部转让给鲁信文化公司，转让款为76387.5万元。同日，天业恒基公司（甲方）与鲁信文化公司（乙方）签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议补充协议》，内容为：“鉴于：1. 甲乙双方签署了编号为2017年TYHX转字第01号《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议》，甲方将其持有的深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）（下称“标的企业”）69950万元财产份额（占总财产份额的99.93%）及基于该财产份额附带的所有权利和权益全部转让予乙方，转让价款为76387.5万元。2. 因标的企业所投资三六零科技股份有限公司（以下简称三六零）项目（标的企业先认购中恒星光—VIE回归基金一期基金（以下简称中恒星光）份额，然后作为唯一有限合伙人投资于宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙）（简称宁波挚信），直接持有三六零0.392%股权，同时通过天津奇信志成科技有限公司间接持有三六零0.611%股权）尚需继续追加投资34529万元（以下简称追加投资），方可保证标的企业69950万元财产份额的权益得到三六零项目的确认。经甲乙双方协商一致，就共同投资三六零项目并按比例分配超额投资收益等合伙事宜达成本协议内容如下：一、乙方受让甲方持有的标的企业出资69950万元所对应的标的企业99.93%财产份额完整权益（以下简称乙方受让的甲方标的企业财产份额）转让价款为76387.5万元（以下简称转让价款）。三六零项目后续追加投资约34529万元（以下简称追加投资）在本次转让结束后将由乙方负责继续支付，该追加投资款金额以实际发生金额为准（预计金额及付款时间见附件1）。二、自本协议书签署之日起，乙方对上述受让的甲方标的企业财产份额享有所有权及相关的权益，乙方作为有限合伙人依据《合伙企业法》规定，对标的企业债务仅以其认缴的出资额为限承担责任。三、支付方式：乙方应以银行转账方式向甲方支付转让价款共计76387.5万。……”同日，各方签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）合伙企业合伙人变更决定》，转让后的合伙人为鲁信文化公司出资额为69950万元，出资比例为99.93%，前海盈合公司出资额为50万元，出资比例为0.07%。根据中国证券投资基金业协会备案登记及国家企业信用信息公示系统显示，鲁信文化公司为深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的有限合伙人。

2015年5月，资产委托人深圳天恒盈合金融投资营业（有限合伙）、资产管理人深圳中恒星光金融投资控股有限公司、资产托管人宁波银行和股份有限公司签订《中恒星光—VIE回归基金一期基金合同》。2016年2月29日，转让方深圳天恒盈合金融投资营业（有限合伙）与受让方深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）签订《基金委托财产转让协议》，约定转让方作为中恒星光—VIE回归基金一期的基金投资人，将基金项下的全部委托财产及基金合同项下的一切权利义务转让给受让方，转让价款为人民币1939.2万元。据中国证券投资基金业协会备案登记显示，中恒星光—VIE回归基金一期为其他私募投资类FOF基金，产品编号为SD9817，产品种类为投向单一资管计划的基金，成立日期为2015年12月14日，组织形式为契约型，基金份额为68359万份，投资方向为宁波挚信一期股权投资合伙企业（有限合伙），管理人为深圳中恒星光金融控股有限公司，出资人为深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）。

## 执行案例

另，案外人鲁信文化公司向本院提出执行异议，对涉案基金主张实体权利请求排除执行。本院已立案审查，案号（2018）鲁01执异200号。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年9月19日作出（2018）鲁01执异207号执行裁定，驳回异议人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的异议。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称证券投资基金法）第二条规定：“在中华人民共和国境内，公开或非公开募集资金设立证券投资基金，由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法。……”本案中，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）基金及中恒星光—VIE回归基金一期均为私募基金，投资方向仅限股权投资。其中，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）基金的组织形式为合伙制。因此本案争议处理不适用证券投资基金法。根据前海盈合公司与天业恒基公司签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）合伙协议》、天业恒基公司与鲁信文化公司签订《深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）财产份额转让协议》及补充协议，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的设立依据是《合伙企业法》，协议约定有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业的债务承担有限责任，符合《合伙企业法》的相关规定。因此，深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）既是私募基金也是有限合伙企业，本案争议处理应当适用《合伙企业法》的相关规定。

《合伙企业法》第二条第三款规定，有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业承担责任。第二十条的规定，合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得财产，均为合伙企业的财产。本案中，鲁信文化公司作为深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的有限合伙人，对其出资，属于深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的财产，应当以其出资对深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）债务承担有限责任。因中恒星光—VIE回归基金一期68359万份基金份额登记的出资人系被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙），本院作出（2018）鲁01执396号之四执行裁定、（2018）鲁01执396号之六协助执行通知，冻结被执行人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）持有的私募基金产品中恒星光—VIE回归基金一期基金份额68359万份，并无不当。

《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》第二十一条第一款规定，查封、扣押、冻结被执行人的财产，以其价额足以清偿法律文书确定的债权数额及执行费用为限，不得明显超标的额查封、扣押、冻结。本案中，本院所查封的基金系股权投资基金，在未对查封基金进行评估的情况下，无法认定其价额明显超出执行标的额，存在超标的查封的问题，应当在执行实施程序中，在对所查封的基金进行评估后再认定是否存在超标的的执行，如存在问题应通过执行实施程序进行纠正。

综上所述，异议人深圳天盈汇鑫投资中心（有限合伙）的异议理由不成立，其异议请求本院不予支持。

编写人：山东省济南市中级人民法院执行三庭 戴伍建 李洋洋

# 法院关于到期债权第三人异议的审查

## ——济南荣商房地产开发有限公司执行复议案

**关键词** 第三人到期债权的异议

### 【案例要旨】

人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议也不进行审查。

### 【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百零一条

《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定（试行）》第六十三条

### 【案件索引】

济南市中级人民法院（2018）鲁01执复196号执行裁定书（2018年11月19日）

### 【基本案情】

市中法院在执行申请执行人济南鲁冠混凝土有限责任公司（以下简称鲁冠公司）与被执行人宝腾建设集团有限公司（以下简称宝腾公司）买卖合同纠纷一案过程中，作出的（2017）鲁0103执2408号《通知书》，裁定荣商公司自收到该通知后的十五日内向申请执行人鲁冠公司履行对被执行人宝腾公司到期债务840万元，不得向被执行人清偿。荣商公司不服提出执行异议，请求市中法院撤销（2017）鲁0103执2408号《通知书》。

市中法院查明，鲁冠公司与宝腾公司买卖合同纠纷一案，该院于2017年4月24日作出（2017）鲁0103民初2223号民事判决书。因宝腾公司未按民事判决书履行义务，鲁冠公司向市中法院申请强制执行。在执行中，市中法院向荣商公司发出（2017）鲁0103执2408号通知书，内容为“济南荣商房地产开发有限公司：在本院执行申请执行人济南鲁冠混凝土有限责任公司与被执行人宝腾建设集团有限公司买卖合同纠纷一案中，我曾于2017年3月14日向你单位送达了（2017）鲁0103民初2223号民事裁定书及协助执行通知书（财产保全）。经查被执行人宝腾建设集团有限公司与你单位于2015年8月20日签订《建设工程施工合同》，由被执行人承建你单位开发的时代国际广场一期1#楼、2#楼及地下车库工程。被执行人宝腾建设集团有限公司对你单位享有到期债权，申请执行人济南鲁冠混凝土有限责任公司向本院申请执行对你单位的到期债权。本院经审查认为，申请执行人济南鲁冠混凝土有限责任公司的申请符合法律规定。依照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第61条、67条之规定，裁定如下：你单位自收到本通知后的十五日内向申请执行人济南鲁冠混凝土有限责任公司履行对被执行人宝腾建设集团有限公司到期债务840万元，不得向被执行人清偿。”荣商公司在收到上述通知后，在法定期限内向市中法院提出异议。

市中法院认为，对于被执行人到期债权的执行，必须符合三项要件：一是第三人向被执行人负有金钱债务；二是该债务已届履行期限；三是第三人对该债务并未提出异议。在执行

## 执行案例

程序中根据到期债权执行制度对第三人申请执行，前提是第三人对债务并未提出异议。第三人一旦提出异议，则人民法院不得对第三人强制执行，且对异议不进行实质审查。这是现行法律对限缩执行裁量权的制度要求。对此，最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第63条有明确规定。该案中，第三人在履行通知指定的期限内，向市中法院提出异议。因此，市中法院对其异议既不做实体审查，亦不能做出撤销裁决。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条、《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》第五条、最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第63条之规定，裁定驳回异议人济南荣商房地产开发有限公司关于要求撤销（2017）鲁0103执2408号《通知书》的异议请求。

荣商公司不服向本院申请复议称，复议申请人荣商公司与宝腾公司虽然存在建设工程施工关系，但截止目前，由于宝腾公司存在多处违约情形，所以复议申请人荣商公司对宝腾公司无到期应付账款，复议申请人荣商公司已按照法律规定向市中法院提出异议，对履行到期债权提出异议，请求撤销市中法院（2017）鲁0103执2408号通知书。市中法院审查后认为，第三人在履行通知指定的期限内，对到期债权提出异议，人民法院既不强制执行，对其异议也不审查。市中法院已认可复议申请人荣商公司的主张，但并未撤销（2017）鲁0103执2408号通知书，现复议申请人无法履行通知确定的义务，故请求济南市中级人民法院依法撤销市中法院（2018）鲁0103执异27号执行裁定书。

本院查明，市中法院认定事实属实，本院予以确认。

### 【裁判结果】

济南市中级人民法院于2018年11月19日作出（2018）鲁01执复196号执行裁定书：

- 一、撤销济南市市中区人民法院（2018）鲁0103执异27号执行裁定；
- 二、驳回济南荣商房地产开发有限公司的申请。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《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》第五百零一条规定，人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定（试行）》第六十三条规定，第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议也不进行审查。本案中，市中法院执行被执行人宝腾公司对荣商公司的到期债权，荣商公司对该到期债权提出异议，市中法院不得对荣商公司强制执行，对其提出的异议也不进行审查，故荣商公司对到期债权的异议不属于执行异议的审查范围。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二条第一项规定，执行异议符合民事诉讼法第二百二十五条或者第二百二十七条规定条件的，人民法院应当在三日内立案，并在立案后三日内通知异议人和相关当事人。不符合受理条件的，裁定不予受理；立案后发现不符合受理条件的，裁定驳回申请。故市中法院立案后发现该执行异议不符合受理条件的，应当裁定驳回申请。综上，市中法院（2018）鲁0103执异27号执行裁定适用法律错误，应予撤销。

编写人：山东省济南市中级人民法院执行三庭 李姝怡

# 因笔误而作出的民事补正裁定 不影响执行行为的效力 and 延续性

——王秋山与济南市历城区第一建筑安装工程公司  
建设工程合同纠纷执行复议案

**关键词** 执行行为效力和延续性的判断

## 【案例要旨】

本案被执行人历城一建公司在复议申请人济钢片区指挥部有一笔到期债权，先后有两家法院对涉案债权采取强制执行措施，天桥法院冻结行为在前，历城法院冻结行为在后。在执行过程中，天桥法院民事审判庭对执行依据中被执行人名称的笔误作出补正裁定，天桥法院执行庭遂裁定驳回申请执行人对裁定补正前的被执行人的执行申请，并于同日以补正后的被告为被执行人再次立案执行。此时，历城法院作为轮候查封法院，认为天桥法院的执行措施已经解除，扣划了历城一建公司在复议申请人处的到期债权。执行案件各方当事人及两家法院由此产生争议。从生效法律文书的内容记载来看，天桥法院的补正裁定针对的是文书中的笔误，被执行人只是名称变化，天桥法院裁定驳回申请执行人的执行申请理由是被执行人名称不符，而没有否定被执行人是履行义务的主体地位，其仍是本案的被执行人，执行行为的效力始终未发生改变，冻结措施一直对其具有法律拘束力。从法院的执行行为来看，再次立案执行是为了解决执行依据中的笔误问题，给复议申请人济钢片区指挥部送达的《履行到期债务通知书》是天桥法院基于同一份生效法律文书先后采取的强制执行措施，执行行为具有延续性，不能改变执行行为的顺位，天桥法院仍是本案的首冻结法院，历城法院的扣划行为不当，应当执行回转或由上级法院通过执行协调予以解决。从执行理念来看，强制执行程序是依法保障胜诉当事人及时实现权益，因此，执行人员在执行过程中应当树立程序正义和权益保障理念，严格按照法定程序开展执行工作，在没有明确法律规定的情况下，应当根据公平正义的要求规范自己的行为，确保生效法律文书得到履行。

## 【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2018）鲁0105执异1号

二审：济南市中级人民法院（2018）鲁01执复101号

## 【基本案情】

申请执行人王秋山与被执行人历城一建公司建设工程合同纠纷一案，山东省济南市天桥区人民法院（以下简称天桥法院）于2011年5月10日作出（2009）天民三初字第621号民事判决书，判决“被告济南市历城区第一建筑安装工程有限公司支付原告王秋山工程款2285480元”。2011年8月9日，权利人王秋山以历城一建公司为被执行人向天桥法院申请执行，该院于同日立案执行，执行案号为（2011）济天执字第1077号。2013年12月31日，该院作出（2011）济天执字第1077号民事裁定书和协助执行通知书，冻结了历城一建公司在济钢片区指挥部的应收工程款300万元。2014年1月29日，该案恢复执行，执行案号为



## 执行案例

(2014)天执字第294号。在执行过程中,该院作出(2014)天执字第294号执行裁定书和协助执行通知书,继续冻结“被告历城一建有限公司”在济钢片区指挥部的工程款300万元。2014年7月22日,该院作出(2009)天民三初字第621号民事裁定书,将“历城一建有限公司”补正为“历城一建公司”,并向历城一建公司送达。2014年11月26日,该院裁定驳回了申请执行人王秋山对被执行人历城一建有限公司的执行申请,并于当日以历城一建公司为被执行人再次立案执行,执行案号为(2014)天执字第1753号。在执行过程中,该院作出(2014)天执字第1753号履行到期债务通知书,要求济钢片区指挥部向申请执行人王秋山履行到期债务350万元,异议人济钢片区指挥部为此提出异议,该院遂作出书面答复。因异议人未按该院通知履行义务,该院于2015年2月6日从济钢片区指挥部账户中扣划3608447.81元至该院。

山东省济南市历城区人民法院(以下简称历城法院)于2014年9月30日作出(2014)历城执字第1935号执行裁定书及协助执行通知书,裁定扣留历城一建公司在异议人处的工程款450万元。2014年10月24日该院再次作出(2014)历城执字第1935-1号执行裁定书及协助执行通知书,冻结历城一建公司在异议人处的工程质量保证金150万元。

天桥法院经审查认为,(2009)天民三初字第621号民事判决书和(2009)天民三初字第621号民事裁定书均系生效法律文书,经申请执行人王秋山申请后,依法冻结了被执行人在异议人处应收工程款中的300万元。在执行中,该院作出(2009)天民三初字第621号民事裁定书,将“历城一建有限公司”补正为“历城一建公司”,2014年11月26日,裁定驳回了申请执行人王秋山对被执行人历城一建有限公司的执行申请,并于同日以历城一建公司为被执行人再次立案执行,其后立案执行的(2014)天执字第1753号执行案件与(2011)济天执字第1077号、(2014)天执字第294号执行案件据以执行的法律文书均为(2009)天民三初字第621号民事判决书。2013年12月31日,该院作出(2011)济天执字第1077号民事裁定书和协助执行通知书,依法冻结了被执行人历城一建公司在异议人处的应收工程款300万元后,并未解除对上述款项的冻结,其冻结措施对异议人一直具有法律拘束力。在实际冻结被执行人历城一建公司在异议人济钢片区指挥部处应收工程款300万元之后,历城法院向异议人送达的扣留被执行人工程款的法律文书,并不影响该院对已冻结款项的执行。该院向异议人发出履行到期债务通知书而异议人未按通知履行义务,依法扣划被执行人在异议人处已冻结的应收工程款符合法律规定。异议人认为该院(2014)天执字第1753号履行到期债务通知书和(2014)天执字第1753号执行裁定书违反法律规定没有事实和法律依据,该院不予支持,但其超出冻结而扣划的608447.81元应退还异议人。遂依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条的规定于2018年3月27日作出裁定,一、驳回异议人济南市历城区济钢周边片区工程项目建设指挥部的异议请求。二、中止对超出本院所冻结300万元工程款之外的608447.81元的执行。

另查明,天桥法院依法冻结时,被执行人历城一建公司在异议人济钢片区指挥部处有应收工程款345万余元。

复议申请人济钢片区指挥部申请复议称,一、天桥法院划走的360万元其中2328967元属于复议申请人自有的国有财产,并不是被执行人的到期债权,天桥法院扣划不具有合法性,其行为是违法的。二、天桥法院送达的执行法律文书,因被执行人的名称有误,对各方包括我方在内,不产生实际法律效力。三、天桥法院的执行冻结及强制措施,因执行案件终结而

应予以解除，继续按原手续执行属于违法执行，应予纠正。四、天桥法院2014年11月26日再次立案的执行手续，应在历城法院之后，属于轮候查封，其后超划的执行行为违反了法律规定。五、对于复议申请人而言，无论历城法院和天桥法院哪家法院属于轮候查封，也不论两家法院的执行顺序如何，法院的强制执行行为，已经超出了复议申请人对被执行人的到期债权的范围，对错误的裁定和相关的执行行为，应予撤销并纠正。

#### 【裁判结果】

济南中院于2018年9月26日作出（2018）鲁01执复101号执行裁定：驳回复议申请人济南市历城区济钢周边片区工程项目建设指挥部复议申请，维持山东省济南市天桥区人民法院（2018）鲁0105执异1号异议裁定。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：一、关于天桥法院扣划行为是否合法的问题。本案的执行依据为天桥法院（2009）天民三初字第621号民事判决书和（2009）天民三初字第621号民事裁定书，均系生效法律文书。天桥法院于2013年12月31日作出（2011）济天执字第1077号民事裁定书和协助执行通知书，首查封历城一建公司在济钢片区指挥部所有的工程款300万元，这笔工程款的性质是被执行人历城一建公司的到期债权，而不是复议申请人的自有财产，故天桥法院的扣划行为符合法律规定。二、关于被执行人名称有误是否影响天桥法院执行法律文书效力问题。在执行过程中，天桥法院作出（2009）天民三初字第621号民事裁定书，将“历城一建有限公司”补正为“历城一建公司”。天桥法院裁定驳回王秋山的执行申请是因为被执行人名称有误，属于笔误，天桥法院的执行措施均指向本案被执行人历城一建公司，而不是其他主体，执行行为的效力始终未发生改变，其冻结措施对复议申请人一直具有法律拘束力。复议申请人仅仅根据笔误片面理解天桥法院的执行行为的效力，与事实不符。三、关于天桥法院的执行程序是否已经终结的问题。天桥法院的履行到期债务通知书、执行裁定书均是依法作出，具有强制执行效力，非经法定程序不得撤销变更，天桥法院执行案件并未终结，而是一直在强制执行过程中，复议申请人认为案件已执行终结，相应的强制执行措施应当解除没有事实和法律依据，复议申请人应当继续履行协助义务。四、关于天桥法院再次立案是否影响执行顺序的问题。天桥法院基于同一份生效法律文书先后采取的强制执行措施具有延续性，对该案再次立案执行是为了解决执行依据中的笔误问题，对被执行人的执行措施的效力并未中断，故天桥法院对该案再次立案执行没有改变已有执行措施的顺序，其执行措施不属于轮候采取的执行措施。超出扣划范围的款项已经裁定返还复议申请人，未超出的部分，扣划行为合法有效。五、关于历城法院所采取的执行行为的处理问题。历城法院的执行案件，虽然被执行人、协助执行义务人与本案相同，但是其法律关系和执行依据与本案不同，不属于本案应当审查的范围，故对于复议申请人的该项主张本院不予审查。综上，天桥法院依申请执行人王秋山申请采取强制执行措施并无不当，天桥法院向复议申请人发出履行到期债务通知书，依法扣划被执行人在复议申请人处已冻结的应收工程款符合法律规定。复议申请人所提异议请求于法无据，本院不予支持，天桥法院作出的（2018）鲁0105执异1号执行裁定书认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

编写人：山东省济南市中级人民法院 李富建 尹逊航

# 逾期缴纳拍卖款是否构成悔拍

——济南艺佳房地产开发有限责任公司执行异议案

**关键词** 逾期缴纳拍卖款的拍卖效力认定

## 【案例要旨】

本案的焦点问题是济南艺佳房地产公司是否构成悔拍。法律及司法解释没有关于悔拍构成要件的规定。根据《最高人民法院关于竞买人逾期支付价款是否应重新拍卖的复函》的精神，买受人虽然逾期支付拍卖价款，但已全部付清的，不应仅因其迟延履行而认定拍卖目的难以实现。本案中，异议人济南艺佳公司虽然逾期支付拍卖价款，但其在竞得涉案房地产后，既未明确表示不再交纳剩余拍卖价款，又在本院重新拍卖前缴齐了剩余拍卖价款，从其事后积极筹措资金，缴纳款项的行为看，异议人不构成悔拍，拍卖效力应予维持，异议人逾期缴纳拍卖款，违反了约定的按时付款义务，按照拍卖法的有关规定应当承担相应的违约责任。这种处理方式有利于债权尽快得到实现，最大限度降低拍卖成本，有效避免拍卖程序过分拖延。

## 【案件索引】

一审：济南市中级人民法院（2018）鲁01执异158号

## 【基本案情】

异议人济南艺佳房地产开发有限责任公司（以下简称济南艺佳公司）对本院在拍卖过程中对其缴纳的保证金不予退还、不允许其参与重新拍卖提出书面异议。

异议人济南艺佳公司称，在贵院执行（2015）济中法执字第570号案件的过程中，2018年3月5日通过网络拍卖被执行人正唐公司位于章丘区刁镇环镇南路以南盛唐世家部分项目。起拍价为161618400元，异议人以起拍价竞得。2018年4月9日，贵院下达《济南市中级人民法院通知》，以异议人剩余价款逾期未能补交为由，对我公司缴纳的保证金不予退还，且决定重新拍卖不允许我公司参加。基于以上事实，异议人提出如下异议请求：第一，拍卖价款数额巨大，由于异议人在2018年3月参与了济南市章丘区刁镇政府组织的部分村庄拆迁业务，且垫付了大部分拆迁费用，原定于2018年3月15日之前，政府将异议人垫付的费用打款至异议人账户，后因政府资金未及时到位，故异议人在规定期限内未能及时缴纳剩余款项。第二，法院拍卖公告中并没有明示逾期交款的责任，异议人在参与竞拍时也不了解剩余价款逾期未能补交的法律后果，在2018年4月9日，收到贵院下达的《济南市中级人民法院通知》后，知悉了相关的法律后果，请求贵院给异议人合理的宽限期限，异议人将在合理宽限期内积极缴纳剩余的拍卖价款，保证于2018年5月30日之前缴纳剩余款项。第三，异议人的行为并不构成悔拍。悔拍是对拍卖标的物认知不明，发现瑕疵后，不想再参与拍卖的一种行为。异议人的行为恰恰与之相反，一直在积极筹款、交款，截至目前异议人分别于2018年3月1日交纳保证金1616.184万元，2018年3月15日交纳人民币2500万元整，2018年4月3日交纳人民币2000万元整，2018年5月7日交纳人民币600万元整，以上总共交纳6716.184万元。这充分表明异议人参与拍卖，并努力完成拍卖的决心，不存在悔拍行为。综

上，异议人请求撤销济南市中级人民法院于2018年4月9日作出的《济南市中级人民法院通知》。申请执行人申花公司、被执行人正唐公司未提交书面答辩意见。

本院查明，本院执行申请执行人申花公司与被执行人正唐公司建设工程施工合同纠纷一案中，济南艺佳公司通过网络司法拍卖竞得被执行人正唐公司位于章丘区刁镇环镇南路以南盛唐世家部分项目，成交价为起拍价为161618400元。因竞买人济南艺佳公司未按指定期限交纳拍卖款，本院于2018年4月9日向济南艺佳公司发出《通知》，主要内容为，本院受理的申花公司申请执行正唐公司建设工程施工合同纠纷一案，于2018年3月5日通过网络拍卖被执行人正唐公司位于章丘区刁镇环镇南路以南盛唐世家部分项目起拍价为161618400元。你公司以起拍价竞得，根据《拍卖公告》，你公司应于2018年3月15日之前交纳全部剩余价款。但你公司仅交纳了61161840元，剩余价款100456560元逾期未能补交，致使拍卖目的难以实现构成悔拍，根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第二十四条，通知如下：1. 交纳的保证金16161840元不予退还，依次用于支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款的差价、冲抵本案被执行人的债务以及与拍卖财产相关的被执行人的债务；2. 除保证金以外的款项本院予以退回，由你公司来我院办理退款事宜；3. 本院决定重新拍卖后，你公司不得参加竞买。

2018年5月10日，本院在公拍网（网址：www.gpai.net）发布《关于拍卖章丘市刁镇环镇南路以南盛唐世家项目部分房地产的公告》，将涉案房地产于2018年6月11日10时至2018年6月12日10时止依法在公拍网进行公开拍卖，起拍价16161.84万元，保证金1616.184万元，增价幅度70万元。

关于济南艺佳公司交纳拍卖款的情况。经核实，异议人济南艺佳公司于2018年3月1日交纳保证金1616.184万元，3月15日交纳2500万元，4月3日交纳2000万元，5月7日交纳600万元，5月15日交纳5000万元和3945.6560万元，5月16日交纳500万元。截至5月16日，异议人已将拍卖价款全额交至本院指定账户。

#### 【裁判结果】

济南中院于2018年8月7日作出（2018）鲁01执异158号异议裁定：撤销本院于2018年4月9日向济南艺佳房地产开发有限责任公司作出的《济南市中级人民法院通知》及于2018年5月10日在公拍网发布的《关于拍卖章丘市刁镇环镇南路以南盛唐世家项目部分房地产的公告》。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第二十四条规定，拍卖成交后买受人悔拍的，交纳的保证金不予退还，依次用于支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款的差价、冲抵本案被执行人的债务以及与拍卖财产相关的被执行人的债务。悔拍后重新拍卖的，原买受人不得参加竞买。本案中，异议人济南艺佳公司虽然逾期支付拍卖价款，但其在竞得涉案房地产后，既未明确表示不再交纳剩余拍卖价款，又在本院重新拍卖前缴齐了剩余拍卖价款，故本院在向济南艺佳公司发出的通知中，认定其逾期缴纳拍卖价款的行为构成悔拍，没有事实依据。济南艺佳公司逾期缴纳拍卖价款，可根据相关规定承担相应的违约责任。

《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》第二十五条规定：“拍卖成交或者以流拍的财产抵债后，买受人逾期未支付价款或者买受人逾期未补交差价而使拍

## 执行案例

---

卖、抵债的目的难以实现的，人民法院可以重新裁定拍卖。……。”根据该司法解释的规定，重新裁定拍卖必须因逾期支付价款导致拍卖目的难以实现，而济南艺佳公司在重新拍卖前已经交纳了全部拍卖价款，拍卖目的已经基本实现，拍卖效力应予维持。

综上，本院于2018年4月9日向济南艺佳公司发出的《通知》应予撤销。同理，本院于2018年5月10日在公拍网发布的《关于拍卖章丘市刁镇环镇南路以南盛唐世家项目部分房地产的公告》也应当一并予以撤销。

编写人：山东省济南市中级人民法院研究室 李富建 尹逊航