

济南法院案例选编

济南市中级人民法院

编辑委员会

主 任 李向阳

副主任 李 杰

编 委 张 生 王 成 王洪伟 李会德 贾玉东

尚海军 张威力 温 磊 李忠林

执行编辑 林洁华 曹 磊 陈李丽 陈 茹

前 言

为进一步落实《最高人民法院关于推进案例指导工作高质量发展的若干意见》，总结类案裁判方法，统一类案法律适用，推广具备参考价值的典型案例，充分发挥优秀案例的引领示范作用，济南中院对 2022 年全市法院优秀案例成果进行了筛选、审核，汇编了《济南法院案例选编》系列丛书第五辑。

本案例选编，坚持“反映审判面貌，总结审判经验，研究审判理论，服务审判工作”的编选方针，突出“真实、全面、及时、说理”的编辑特色，共收录案例 32 篇，分为刑事、民事、商事、行政四大类。每篇案例体例，包括关键词、裁判要旨、相关法条、案件索引、基本案情、裁判结果、裁判理由及案例注解等八个部分。入选的案例主要为 2022 年度全国、全省优秀案例分析评选活动中的获奖案例及优秀参选案例。另外，为准确把握民法典基本精神和核心要义，在民事案例部分侧重收录了民法典实施以来，被省法院微信公众号“以案说典”栏目刊发的适用民法典的典型案例。入选案例具有代表性、新颖性、疑难性，案例要旨对统一法律适用，规范法官自由裁量权具有参考价值，对指导审判实践和丰富应用法学理论具有重要意义。

由于水平有限，本书在编辑过程中存在的不当之处，敬请读者批评、指正。

编 者

二〇二三年三月

目 录

一、刑事案例

1. 马某某妨害公务案

——袭击辅警的定性

济南市中级人民法院刑一庭 孟庆孝 /3

2. 张某某等七人侵犯著作权案

——《问道》网络游戏“私服”侵犯著作权的认定

济南市槐荫区人民法院 李 莲 /7

3. 钱某昌、钱某礼销售假药案

——犯罪嫌疑人被公安机关以案外理由电话通知到指定地点配合工作，
经讯问如实供述自己罪行的，能否构成自首的认定

济南市中级人民法院刑二庭 李广大 /17

4. 被告人袁某等帮助信息网络犯罪活动、盗窃罪

——出售银行卡后私自窃取卡内汇入钱款的，构成帮助信息网络犯罪
活动罪和盗窃罪并罚

济南市钢城区人民法院 尹祥丽 /22

二、民事案例

5. 李某甲诉李某乙、李某丙分家析产案

——农村安置房在家事审判中的性质认定及分割路径探析

济南市中级人民法院审判监督第二庭 吴万秋 朱晓嵩 /29

6. 石某甲诉石某乙一般人格权案

——养女在过世养父母墓碑上刻名的权益应纳入一般人格权予以保护

济南市钢城区人民法院 苏友芹 /40

7. 甲公司诉乙公司合同案
——合同履行不能损害环境公共利益
济南市钢城区人民法院 苏友芹 /45
8. 雷某诉济南嘉居房地产经纪有限公司、李某敏等财产损害赔偿案
——转租房屋内空调自燃引发火灾造成财产损失的责任认定
济南市中级人民法院立案庭 王立强 /52
9. 泮某甲诉胡某某等人排除妨害案
——农村承包地内墓地迁移问题的处理规则
济南市中级人民法院民四庭 刘丹丹 /61
济南市中级人民法院研究室 乔斌
10. 李某诉山东某物业服务有限公司物业服务合同案
——物业服务合同纠纷中业主诉权的行使方式
济南市中级人民法院民一庭 许海涛 刘秋月 /65
11. 赵某诉济南泉景文卓置业有限公司商品房销售合同案
——合同成立并生效后缔约过失责任的承担
济南市中级人民法院民四庭 李静 /70
济南市中级人民法院民五庭 刘悦如
12. 济南市兴盛源物资有限公司诉杭州国屹建设有限公司民间借贷案
——名为借款合同实为票据转让法律关系的认定
济南市中级人民法院民五庭 尹腾 宋文燕 /77
13. 陈某甲诉陈某乙、陈某丙无因管理案
——不合法无因管理的管理人的求偿范围应以受益人所得利益为限
济南市中级人民法院立案庭 高超 汪丹 /83
14. 曹某诉边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜被继承人债务清偿案
——继承人在未推选遗产管理人且未对遗产管理权予以处理情况下
遗产管理人的正确认定
济南市中级人民法院民一庭 李莎莎 /89
济南市中级人民法院民五庭 杨志颖

15. 刘某某诉刘某某、淄博天炆物流有限公司、渤海财产保险股份有限公司
淄博中心支公司、中平交通运输有限公司机动车交通事故责任案
——“承保统筹险”的公司在机动车交通事故纠纷中是否应在商业
三者险限额内承担赔偿责任的认定
济南市中级人民法院民四庭 陈 勇 申 艺 /94
16. 刘某某诉罗某1、罗某2等赡养案
——赡养父母作为法定义务，无关财产分割问题
济南市钢城区人民法院 苏友芹 /99
17. 赵某仁、刘某荣诉李某美、某甲保险公司机动车交通事故责任案
——驾驶证超过有效期并不意味未取得驾驶资格及无证驾驶
济南市济阳区人民法院立案庭 杨名峰 陈家兴 /104
18. 青岛某餐饮管理咨询企业有限公司诉济南某商业运营管理有限公司
房屋租赁合同案
——房屋租赁合同纠纷中是否侵害承租人优先承租权及其赔偿范围的认定
济南市中级人民法院民四庭 王峥荣 /109
19. 李某诉济南某水族馆买卖合同案
——买卖合同中标的物意外灭失风险负担不影响违约责任的承担
济南市槐荫区人民法院 刘新荣 /117
20. 莱芜同华源物流有限公司诉济南裕兴化工有限公司合同案
——履约过程造成环境损害结果的不应视为合同目的已实现
济南市天桥区人民法院速裁法庭 王淑娟 /122
21. 王某刚诉刘某青机动车交通事故责任案
——员工在履行职务过程中造成经营者人身伤害的责任认定
济南市中级人民法院立案庭 王立强 /130
济南市中级人民法院民四庭 李修阳
22. 王某成、宋某某、齐某某、王某某诉王某义、章丘市宁家埠建安模具
加工厂机动车交通事故责任案
——叉车上路行驶引发事故是否应当首先在交强险限额内承担责任的认定
济南市中级人民法院民四庭 陈 勇 申 艺 /134
济南市中级人民法院研究室 乔 斌

23. 白某某诉济南市天桥区某电子器材商行修理合同案
——消费者权益保护中欺诈行为与合同瑕疵履行行为的区别和认定
济南市天桥区人民法院审判管理办公室 朱广民 /139
24. 左某某诉济南某管道科技有限公司等提供劳务者受害责任案
——个人为单位提供劳务受损的归责认定
山东省平阴县人民法院审判管理办公室 赵传秀 /145

三、商事案例

25. 某物业服公司诉某供水公司委托合同案
——关于对委托合同纠纷中任意解除权进行限制的认定
济南市中级人民法院民二庭 杨晓辉 /153
济南市中级人民法院立案庭 孙 鹏
26. 林某诉张某某合同案
——情势变更制度与商业风险的区分与认定
济南市历城区人民法院民二庭 钱 虎 马 艳 /158
27. 中国银行某分行诉李某、邓某某等人金融借款合同案
——虚假意思表示签订的借款合同效力及责任的认定
济南市中级人民法院审判监督第二庭 宋文华 /164
济南市中级人民法院研究室 乔 斌
28. 魏某某诉娄某某、第三人娄某萍债权人撤销权案
——债务人转让财产行为损害债权人利益的认定标准及撤销
山东省平阴县人民法院工业园区法庭 赵 芳 /170

四、行政案例

29. 杨某某诉中国铁路济南局集团有限公司、中国国家铁路集团有限公司行政处理及规范性文件一并审查案
——规范性文件合法性的审查方法
济南市中级人民法院 曹 磊 /181
济南市中级人民法院行政庭 石璐璐

30. 徐某某诉济南市市中区公安分局行政处罚案
——治安案件中正当防卫规则的适用
济南市中级人民法院 曹 磊 /193
山东大学(威海)法学院 王书剑
31. 济南淳利房地产经纪有限公司诉济南市生态环境局行政处罚案
——行政处罚合理性审查的理念、标准与裁判方式
济南市中级人民法院 曹 磊 禹明璐 /204
32. 姜某甲诉槐荫住建局、槐荫征收中心不履行征收补偿协议案
——被征收房屋存在物权纠纷,不应成为行政机关不履行征收补偿
协议的理由
济南市槐荫区人民法院行政庭 张治中 /213

一、刑事案例

马某某妨害公务案

——袭击辅警的定性

关键词 暴力阻碍执法 妨害公务 袭击 辅警 袭警

【裁判要旨】

对于司法实践中袭击辅警的情形，应区分情形，区别对待。辅警即警务辅助人员，不是人民警察，不具备执法主体资格，不能直接参与公安执法工作，应当在公安民警的指挥和监督下开展辅助性工作。因此，如果人民警察在场，辅警是配合警察依法执行职务的，对辅警进行袭击的，符合《刑法》第二百七十七条第一款规定的，可以认定为妨害公务罪。如果警察不在场，因辅警不具有执法主体资格，也不属于妨害公务罪的行为对象，对辅警袭击造成伤害结果的，可以适用《刑法》第二百三十四条的规定，认定为故意伤害罪。如果行为人在执法现场，既对依法执行职务的警察又对辅警袭击的，可以按照吸收犯原理，作为一罪处理，定袭警罪，而不实行数罪并罚。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二百七十七条【妨害公务罪】以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的，依照前款的规定处罚。

在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的，依照第一款的规定处罚。

故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。

【袭警罪】暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，处三年以下有

期徒刑、拘役或者管制；使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段，严重危及其人身安全的，处三年以上七年以下有期徒刑。

【案件索引】

一审：山东省平阴县人民法院（2021）鲁 0124 刑初 225 号刑事判决书（2021 年 11 月 22 日）

【基本案情】

山东省平阴县人民检察院诉称：2021 年 7 月 11 日 16 时许，平阴县公安局交通警察大队二中队民警杨家申、辅警于瑞行驾驶警车沿 105 国道由南向北执行巡逻任务，巡逻至平阴县孔村镇孔村社区红绿灯南约 50 米处，发现被告人马某某醉酒与他在路边拉扯，其间造成交通堵塞并存在安全隐患。杨家申、于瑞行下车了解情况并进行交通疏导，马某某坐到警车副驾驶座，后被其家人拉下车。辅警于瑞行对马某某进行劝离时，马某某用拳头击打于瑞行面部，致警帽、眼镜脱落。2021 年 7 月 12 日，被告人马某某被公安机关抓获。公诉机关认为被告人马某某的行为构成妨害公务罪。

被告人马某某对指控事实、罪名及量刑建议没有异议且签字具结，在开庭审理过程中亦无异议。

法院经审理查明的事实和公诉机关指控事实一致。经审理认为，被告人马某某的行为已构成妨害公务罪。

【裁判结果】

山东省平阴县人民法院于 2021 年 11 月 22 日作出（2021）鲁 0124 刑初 225 号刑事判决，以被告人马某某犯妨害公务罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一年。宣判后，公诉机关未抗诉，被告人马某某未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：袭警罪的行为对象具有特殊性，必须是正在依法履行职务的人民警察。而辅警属于警务辅助人员，不是人民警察，不属于

袭警罪的行为对象。因此，本案中辅警被袭击，不能定袭警罪。妨害公务罪，侵犯的对象是依法正在执行职务的国家工作人员，侵犯的是复杂客体，包括国家的正常管理活动和国家工作人员的人身权利。辅警本身不具备执法主体资格，不能直接参与公安执法工作，应当在公安民警的指挥和监督下开展辅助性工作。因此，如果人民警察在场，辅警是配合警察依法执行职务的，对辅警进行袭击的，符合《刑法》第二百七十七条第一款规定的，可以认定为妨害公务罪。本案即符合此种情形。

【案例注解】

《刑法修正案（十一）》对《刑法》第二百七十七条第五款规定了单独的法定刑，罪名没有继续适用“妨害公务罪”，而被确定为“袭警罪”。司法实践中，对袭击警察、辅警的行为如何准确定罪，需要我们区分情形，区别对待。

袭警罪中，暴力袭击的对象必须是正在依法执行职务的人民警察。人民警察，包括治安警察、交通警察、司法警察等各类警察。如果行为人袭击的对象是其他国家机关工作人员，或者袭击的人民警察不是正在依法执行职务，都不构成袭警罪。如何正确认定是否“正在依法执行职务”，是在适用袭警罪时应当注意的问题。人民警察依法执行职务的法律职责范围，应当在《人民警察法》第六条所规定的十四项职责内予以审查，如果不在法律职责范围内不属于依法执行职务。警察属于特殊的执法主体，正在依法执行职务，既可能是在工作时间、工作场所内，也可能是在非工作时间，根据《人民警察法》第十九条“人民警察在非工作时间，遇有其职责范围内的紧急情况，应当履行职责”的规定，警察在下班后，遇有紧急情况，只要是履行警察职责（而不要求必须是其实际岗位职责范围内的事），就可以视为是在执行职务。如果行为人暴力袭击的不是执行职务的警察，为了报复其执法行为而对警察实施暴力袭击、拦截、恐吓等行为，符合《刑法》第二百三十四条、第二百三十二条、第二百九十三条等规定的，应当以故意伤害罪、故意杀人罪、寻衅滋事罪等定罪。

袭警罪可以说是妨害公务罪的特殊罪名。与妨害公务罪相比，袭警罪的行为对象和手段行为具有特殊性，行为对象必须是正在依法执行职务的人民警察，手段行为具有特殊性是指妨害公务的手段必须具有暴力性

质，并对使用枪支、管制刀具或者驾驶机动车撞击等手段从严处罚。按照上述规定，对于妨害人民警察依法执行职务的，并非一律认定为袭警罪，而应当根据具体情形进行确定。其一，对于以威胁的方法而非暴力手段妨害人民警察依法执行职务的，应适用《刑法》第二百七十七条第一款的规定，认定为妨害公务罪。其二，对于故意阻碍公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，适用《刑法》第二百七十七条第三款的规定，认定为妨害公务罪。

另外，对于司法实践中袭击辅警的情形，也应区分对待。辅警即警务辅助人员，不是人民警察，不具备执法主体资格，不能直接参与公安执法工作，应当在公安民警的指挥和监督下开展辅助性工作。因此，如果人民警察在场，辅警是配合警察依法执行职务的，对辅警进行袭击的，符合《刑法》第二百七十七条第一款规定的，可以认定为妨害公务罪。如果警察不在场，因辅警不具有执法主体资格，也不属于妨害公务罪的行为对象，对辅警袭击造成伤害结果的，可以适用《刑法》第二百三十四条的规定，认定为故意伤害罪。如果行为人在执法现场，既对依法执行职务的警察又对辅警袭击的，可以按照吸收犯原理，作为一罪处理，定袭警罪，而不实行数罪并罚。

编写人：济南市中级人民法院刑一庭 孟庆孝

张某某等七人侵犯著作权案

——《问道》网络游戏“私服”侵犯著作权的认定

关键词 私服 侵犯著作权 共同犯罪 认罪认罚

【裁判要旨】

1. 行为人以牟利为目的，未经许可或授权，通过私自架设服务器，非法运营他人网络游戏作品的行为，属于《刑法》第二百一十七条规定的“复制发行”他人作品，非法获取的利益应当认定为非法经营数额，达到入罪标准的，按侵犯著作权罪处罚。

2. 明知他人是私服经营者，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、代收费、费用结算、架设私服、广告发布等服务的，以侵犯著作权罪的共犯论处；根据各自所起的帮助作用，认定为从犯并减轻处罚。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》【2020年刑法修正案（十一）修正前】第二百一十七条 以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

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

（二）出版他人享有专有出版权的图书的；

（三）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；

（四）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2021）鲁 0104 刑初 365 号

【基本案情】

济南市槐荫区人民检察院指控：《〈问道〉游戏软件 V1.60》（以下简称《问道》）的著作权人为厦门吉比特网络技术股份有限公司（以下简称厦门吉比特公司），开发完成日期为 2016 年 9 月 5 日，首次发表时间为 2016 年 9 月 5 日，权利范围为全部权利，登记号为 2021SR0334460。厦门吉比特公司于 2019 年 8 月 1 日授权被害单位北京光宇在线科技有限责任公司（以下简称北京光宇公司）在中国大陆独家运营该游戏（服务器位于本市槐荫区）并针对侵犯《问道》的著作权及危害游戏系统安全的行为进行维权。2019 年 10 月份至 2020 年 6 月份，被告人李某某、吴某某、张某某合作运营私服，2020 年 1 月、5 月，被告人刘某、余某（另案处理）相继加入该团伙。上述五人商定由李某某联系被告人刘某传租赁服务器，提供《问道》游戏源代码，在未经著作权人许可的情况下，搭建《问道》游戏私服。李某某负责维护游戏端口、解决游戏中的技术问题，吴某某、张某某、刘某、余某承担服务器租赁费用。案发后，民警从被告人李某某等五人租赁的服务器中，提取了涉案私服游戏服务端程序。经鉴定，李某某等五人经营的私服游戏服务端程序中的核心文件 PAK 文件与《问道》官方游戏服务端程序 PAK 文件存在实质性相似。上述五人分别通过支付广告费的形式，在腾讯 QQ“莫名”群中发广告进行宣传，并各自按照拉进 QQ 群中的玩家充值进行获利，五人的非法经营数额为 252519.08 元（刘某参与后的非法经营数额为 109206.69 元），其中，李某某违法所得为 65699.10 元，张某某、吴某某违法所得为 155463.20 元，刘某违法所得为 11665.71 元，余某违法所得为 9662.36 元。

2019 年 10 月 10 日至 2020 年 6 月份，被告人修某某明知李某某等人非法运营《问道》游戏，仍通过收取李某某等人广告费的形式，在其建立的 QQ“莫名”群中为李某某等人创建私服游戏进行广告宣传，收取广告费用 17500 元。

2019 年 10 月 16 日至 2020 年 6 月份，被告人程某明知李某某等人非

法运营《问道》游戏，仍向李某某等人提供恒天支付平台，用于收取玩家充值，并向玩家支付游戏币“银元宝”，从中收取百分之四的手续费，违法所得为 10028.76 元。

2019 年 10 月至 2020 年 6 月 17 日，被告人刘某传明知李某某等人非法运营《问道》游戏，仍为其提供游戏源代码、搭建私服程序、租赁私服服务器，收取服务器租赁费用共计 5570 元。

案发后，被告人李某某、吴某某经电话通知主动到案，被告人张某某、刘某、修某某、刘某传、程某被公安机关抓获。张某某等人均已赔偿北京光宇公司的经济损失并取得谅解。

公诉机关认为，被告人李某某、吴某某、张某某以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其计算机软件，情节特别严重；被告人刘某以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其计算机软件，情节严重；被告人程某、修某某、刘某传明知他人侵犯著作权，仍为其提供帮助，情节特别严重，上述七人的行为均触犯了《中华人民共和国刑法》第二百一十七条的规定，应当以侵犯著作权罪追究刑事责任。李某某、吴某某、张某某、刘某、修某某、程某、刘某传系共同犯罪，李某某、吴某某、张某某、刘某是主犯，程某、修某某、刘某传是从犯。鉴于李某某、吴某某、张某某、刘某以及刘某传等人均自愿认罪认罚、赔偿被害单位损失并取得谅解以及分别具有的自首、坦白、从犯等情节，对张某某等七人建议有期徒刑三年至一年不等的刑期并处罚金，均建议适用缓刑。

被告人张某某、吴某某、李某某、刘某、修某某、程某、刘某传对起诉指控的事实、罪名及量刑建议均没有异议，均已签字具结，在开庭审理过程中亦无异议。除修某某的辩护提出对于程某恒天支付平台上的收益部分以及刘某传的租赁费应从修某某的犯罪数额中扣除，其他辩护人只对量刑事实提出各自具有的自首、坦白、自愿认罪认罚、退赔并取得谅解并建议适用缓刑的辩护意见。七名被告人均提供了退赔以及退缴违法所得、预缴罚金的证据材料。

法院经审理查明：《问道》游戏软件 V1.60 的著作权人系厦门吉比特公司，2016 年 9 月 5 日开发完成，并于同日首次发表，之后办理登记，权利取得方式为原始取得。2019 年 8 月 1 日，厦门吉比特公司授权北京光宇公司作为《问道》在中国大陆地区的唯一合法运营商独家运营，并授

权北京光宇公司代表厦门吉比特公司以北京光宇公司的名义自行或者委托第三方面对侵犯《问道》的著作权及危害游戏系统安全的行为进行维权，授权期限自2019年8月1日起至2021年7月31日。2019年12月2日，北京光宇公司租用山东云立方信息技术有限责任公司提供的带宽，服务器置于济南联通IDC机房的网络环境，机房地址为山东省济南市槐荫区经十西路京福高架西300米路南。

一、李某某、吴某某、张某某、刘某运营私服获利的事实

自2019年10月至2020年6月，被告人李某某、吴某某、张某某、刘某、余某（另案处理）等五人为谋取非法利益，未经北京光宇公司的授权、许可，共谋由李某某从被告人刘某传处租赁服务器，提供《问道》游戏源代码，私自架设服务器运营《问道》游戏，并负责维护游戏端口、解决游戏中的技术问题，吴某某、张某某、刘某、余某分别承担服务器的租赁费用，均在各自的QQ群中进行广告宣传，并按QQ群中玩家的充值获利，上述五人的非法经营数额共计252519.08元（其中刘某加入后，非法经营数额共计109206.69元）。吴某某、张某某各自的违法所得为77731.60元，李某某的违法所得为65699.10元，刘某的违法所得为11665.71元。

公安机关从被告人李某某经被告人刘某传租赁的服务器中提取了游戏服务端程序，经福建中证司法鉴定中心鉴定，李某某等五人运营的私服游戏服务端程序中的核心文件PAK文件与《问道》官方游戏服务端程序PAK文件存在实质性相似。

二、刘某传、修某某、程某明知李某某运营私服分别提供服务器、广告服务、支付结算等帮助行为并获利的事实

1. 2019年10月至2020年6月17日，被告人刘某传明知被告人李某某等人非法运营《问道》游戏，仍为其提供游戏源代码、搭建私服程序、提供服务器，从中收取租赁费，违法所得为5570元。

2. 2019年10月10日至2020年6月，被告人修某某明知被告人李某某等人非法运营《问道》游戏，通过收取广告费的方式在QQ群中为李某某等人创建的私服游戏进行广告宣传，提供广告服务，从中收取广告费用，违法所得为17500元。

3. 2019年10月16日至2020年6月，被告人程某明知被告人李某某等人非法运营《问道》游戏，仍向李某某、张某某等人提供恒天支付平台用于收取玩家充值，并向玩家支付游戏币“银元宝”，提供费用结算服务，充值金额共计250719.08元，从中收取百分之四的手续费，违法所得为10028.76元。

2020年6月9日，公安机关接北京光宇公司的报案并根据其提供的运营私服人员的QQ号码，公安机关经过侦查确定了被告人李某某、张某某、吴某某的身份，后将张某某抓获，李某某、吴某某主动投案，根据该三人的供述掌握了被告人刘某、刘某传、程某、修某某的相关事实，先后将四人抓获。李某某等七人到案后对各自参与实施的未经他人许可，私自架设服务器运营他人享有著作权的《问道》游戏获利的事实供认不讳。

另查明，自2021年7月至同年10月，北京光宇公司分别收到了被告人李某某、吴某某、张某某、刘某各自赔偿的经济损失4万元、3万元、5万元、15000元，被告人程某、刘某传、修某某各自赔偿的经济损失3万元、2万元、1万元，共计195000元。北京光宇公司对上述人员的行为均予以谅解，建议法庭对上述人员从轻或减轻处罚，适用缓刑。社区矫正机构对张某某等七人进行了判前社会调查。七名被告人在庭审过程中均已退缴违法所得、预缴罚金，自愿认罪认罚并签字具结。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2022年3月15日作出（2021）鲁0104刑初365号刑事判决：一、被告人张某某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年六个月，并处罚金人民币七万八千元；被告人吴某某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币五万八千元；被告人李某某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币五万元；被告人修某某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑一年二个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币一万五千元；被告人程某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑一年二个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币一万一千元；被告人刘某犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三个月，并处罚金人民币一万二千元；被告人刘某传犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三个月，并处罚金人民币六千元；二、被告

人张某某、吴某某分别退缴于本院的违法所得 77731.60 元，被告人李某某退缴于本院的违法所得 65699.10 元，被告人刘某退缴于本院的违法所得 11665.71 元，被告人修某某退缴于本院的违法所得 17500 元，被告人程某退缴于本院的违法所得 10028.76 元，被告人刘某传退缴于本院的违法所得 5570 元，均予以没收，上缴国库。宣判后，检察机关未提出抗诉，七名被告人均未提出上诉。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：被告人张某某、吴某某、李某某以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其计算机软件，情节特别严重，三人的行为均已构成侵犯著作权罪。被告人刘某未经著作权人许可，以营利为目的，复制发行其计算机软件，情节严重，已构成侵犯著作权罪。被告人修某某、程某、刘某传，以营利为目的，明知他人侵犯著作权仍为之提供帮助，情节特别严重，三人的行为均已构成侵犯著作权罪。公诉机关对张某某等七人的指控成立。张某某、吴某某、李某某、刘某、修某某、程某、刘某传系共同犯罪，其中李某某、张某某、吴某某、刘某在共同犯罪中起主要作用，均系主犯，刘某对其参与后的非法经营数额负责。修某某、程某、刘某传在共同犯罪中起辅助作用，系从犯。李某某、吴某某均具有悔罪表现，案发后自首，通过赔偿被害单位的经济损失获得了谅解，退缴了违法所得并预缴了罚金，并愿意接受处罚，对其二人均可减轻处罚。张某某、刘某均具有悔罪表现，被抓获归案后如实供述了犯罪事实，通过赔偿被害单位的经济损失获得了谅解，退缴了违法所得并预缴了罚金，并愿意接受处罚，对其二人均可从轻处罚。修某某、程某、刘某传在共同犯罪中均系从犯，具有悔罪表现，被抓获归案后如实供述了犯罪事实，通过赔偿被害单位的经济损失获得了谅解，退缴了违法所得并预缴了罚金，并愿意接受处罚，对三人均应减轻处罚。张某某等七人均系初犯，一贯表现较好，且经过判前社会调查，对七人均适用缓刑。修某某明知李某某等人运营私服游戏，仍为其提供广告宣传并以此谋利，与李某某等人系共同犯罪，按照其参与的全部犯罪处罚，即以李某某等人非法经营数额 252519.08 元认定，因修某某在共同犯罪中起辅助作用，系从犯，在本案中应当减轻处罚。

【案例注解】

本案系该法院受理的首例游戏私服侵犯著作权案，也是全市首例包括私服运营者、服务器提供者、广告宣传以及支付结算各环节、全链条参与人在内的共同犯罪案件，对于厘清私服运营者及提供帮助者行为的定性以及定罪量刑，具有一定的指导意义。我国刑法及相关司法解释尚对网络游戏私服侵犯著作权的行为未予明确规定，但“私服”运营者以低廉的成本，从正规网游端口分流给大批玩家，从而给享有著作权的游戏公司造成巨大的经济损失，必须予以规制。本文拟从网络游戏是否属于作品以及对私服运营者等人的定性及如何规制等几点进行分析：

一、网络游戏属于著作权法规定的作品

我国《著作权法》规定的作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并以一定形式表现的智力成果。网络游戏（又称在线游戏，简称网游）是指以互联网为传输媒介，以游戏运营商服务器和用户计算机为处理终端，以游戏客户端软件为信息交互窗口，旨在实现娱乐、休闲、交流和取得虚拟成就的具有可持续性个体性多人在线游戏。网络游戏的核心要素包括游戏引擎和游戏资源库两部分。其中前者是指由指令序列组成的单纯的计算机程序，后者是指计算机软件中的各种素材组成的资源库，含有各种文字、图片、音频、视频等文件（参见《知识产权》2016年第2期崔国斌《认真对待游戏著作权》）。显然，网络游戏属于著作权法规定的具有独创性的作品，在作品类型方面属于计算机软件，也因基于有画面、配音配乐等属于类似摄制电影方法创作的作品。本案中，《问道》由厦门吉比特公司于2016年9月5日开发完成，著作权自作品创作完成之日起产生，厦门吉比特公司系著作权人，授权北京光宇公司在我国大陆独家运营，北京光宇公司是经著作权人授权许可运营该游戏的使用权人。

二、私服运营者行为的定性

1. 私服运营实质是复制发行行为

私服是私设服务器的简称，其概念与官方服务器相对。游戏“私服”是指未经网络游戏软件著作权人或者其授权的网络游戏运营商的授权，通

过非法途径获得网络游戏的服务器端程序或者其源程序，并私自架设网络游戏服务器吸引官方服务器玩家转而使用游戏私服，借此谋取利益，破坏网络游戏秩序的行为。

我国《著作权法》规定的复制是指印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的行为，发行是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的行为。《刑法》第二百一十七条规定的复制发行包括复制、发行或者既复制又发行的行为。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《知识产权解释》）第十一条第三款规定，通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第二百一十七条规定的复制发行。2020 年刑法修正案中已将该解释予以吸收。

本案中，李某某、张某某等四人通过向刘某传租赁服务器，由李某某提供《问道》游戏源代码并负责维护游戏端口，私自架设服务器非法运营《问道》游戏，并通过网络 QQ 群推广、宣传，吸引官方游戏的玩家转玩私服，通过恒天支付平台收取银元宝获利，该行为即属于复制发行行为。

2. 以是否具有数额及情节的规定情形，认定私服运营者是否构成犯罪

违法所得数额较大或者有其他严重情节，是区别侵犯著作权罪和民事侵权行为的重要标准，侵犯著作权罪的前提条件是以营利为目的。根据《知识产权解释》第五条规定，对于以营利为目的侵犯著作权的行为，“严重情节”及“其他特别严重情节”进行明确规定，其中非法经营数额在五万元以上的，属于严重情节，应在三年以下有期徒刑、拘役，并处或者单处罚金；非法经营数额在二十五万元以上属于“有其他特别严重情节”，应当在三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。对于非法经营数额在五万以下的，不能入罪。本案中，其中李某某、张某某、吴某某非法经营数额 25 万余元，属于其他特别严重情节，刘某参与后非法经营数额为 10 万余元，属于严重情节，四人的行为构成侵犯著作权，在不同的量刑幅度内处罚。而晚于刘某参与私服运营的余某因非法经营数额不足五万元，未按犯罪处理。

三、对私服运营者提供帮助的行为人的定性

私服已形成一条完整的地下产业链，出现了包含私服开发、经营以及广告发布、推广、提供支付结算等“一条龙服务”。在对私服运营者依法打击的同时，对提供帮助的行为人亦应依法惩处。

1. 为私服运营者提供帮助，符合入罪条件的，以共同犯罪论处。

“私服”侵犯著作权罪的主体除了直接的私服运营者，通常还包括为私服经营者租赁服务器、提供游戏服务端程序、游戏登录器，架设服务器端；提供支付平台为开设私服的人提供第三方结算服务；提供广告宣传、推广私服等广告宣传服务等行为人。

《知识产权解释》第十六条规定，明知他人实施知识产权犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。同理，对于明知是私服经营者，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、代收费、费用结算、架设私服、广告发布等服务的，以侵犯著作权罪的共犯论处。

本案中，刘某传明知李某某运营私服，还为其提供游戏源代码、搭建私服程序、提供服务器，收取租赁费；修某某明知李某某运营私服，通过收取广告费的方式在 QQ 群中为李某某等人创建的私服游戏进行广告宣传，提供广告服务，收取广告费用；程某明知李某某等人非法运营《问道》游戏，仍向李某某、张某某等人提供恒天支付平台用于收取玩家充值，并向玩家支付游戏币“银元宝”，提供费用结算服务收取提成。三人均系明知他人侵犯著作权仍为之提供架设私服、广告宣传、支付结算的帮助，情节特别严重，三人均构成侵犯著作权的共犯。基于共同犯罪的理论，从犯以主犯的犯罪数额定罪处罚。

2. 根据各参与人所起作用区分主、从犯

帮助行为是指以帮助他人犯罪的意图，实施犯罪构成客观要件之外的行为，帮助犯在共同犯罪中起辅助作用。在私服侵犯著作权共同犯罪中，根据分工，有的行为人提供资金、联系租用服务器，有的提供支付结算，有的进行广告宣传及维护，共同构成了一个完整的私服犯罪流程。一般情况下，对于明知他人运营私服，而提供出租服务器、支付结算业务以及广

告推广或者客服帮助等行为，应属帮助行为，从而认定为从犯。在本案中，根据刘某传、程某、修某某各自的作用，均认定为从犯，并基于从犯予以减轻处罚。

四、本案的处置

1. 本着从旧兼从轻的原则，本案适用旧法

2020年刑法修正案（十一）对《刑法》第二百一十七条进行修改，提高了法定刑，将第一档刑罚由“三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”调整为“三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金”，将第二档刑罚由“三年以上七年以下有期徒刑，并处或者单处罚金”，调整为“三年以上十年以下有期徒刑，并处或者单处罚金”。本案发生在2020年6月份，本着从旧兼从轻的原则，适用修正前的刑法。

2. 被害单位获得赔偿，被告人认罪认罚。

案发后，张某某等人分别退赔了被害单位的经济损失并取得谅解。在本案审理过程中，张某某等人各自退缴了违法所得，自愿认罪认罚并签字具结，预缴了罚金，经判前社会调查，如缓刑对所在社区无不良影响，该法院对七名被告人判处有期徒刑一年至三年不等的刑罚，均适用缓刑，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚金。

编写人：济南市槐荫区人民法院 李 莲

钱某昌、钱某礼销售假药案

——犯罪嫌疑人被公安机关以案外理由电话通知到指定地点配合工作，经讯问如实供述自己罪行的，能否构成自首的认定

关键词 电话通知 传唤 主动投案 主动性 自愿性 自首

【裁判要旨】

犯罪嫌疑人被公安机关以案外理由电话通知到指定地点配合工作，经讯问如实供述自己罪行的，因不能体现出犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性，其到指定地点配合工作的行为不属于自动投案，不能认定为自首。

【相关法条】

1. 《中华人民共和国刑法》第六十七条 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

2. 《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》根据刑法第六十七条第一款的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。

（一）自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。

犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

【案件索引】

一审：济南市长清区人民法院（2020）鲁 0113 刑初 302 号

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 刑终 276 号

【基本案情】

公诉机关济南市长清区人民检察院。

被告人钱某昌，男，1980年12月4日出生，汉族，高中文化，务工。

被告人钱某礼，男，1974年1月2日出生，汉族，小学文化，务工。

济南市长清区人民检察院以被告人钱某昌、钱某礼犯销售假药罪，于2020年10月19日向济南市长清区人民法院提起公诉。

济南市长清区人民检察院指控：被告人钱某昌、钱某礼在明知从付成保、武焕强处购买的风湿骨痛灵系假药的情况下，分别于2018年6月至2019年7月期间，通过物流寄递的方式低价购进上述假药，并先后多次向他人销售，谋取非法利益。

被告人钱某昌、钱某礼对指控意见无异议。二被告人的辩护人分别提出二被告人具有自首、认罪认罚等情节，建议从轻处罚。

经法庭审理查明：被告人钱某昌、钱某礼在明知从付成保、武焕强处购买的风湿骨痛灵系假药的情况下，分别在2018年6月至2019年7月期间，通过物流寄递的方式购进上述假药，并先后多次向他人销售，谋取非法利益。销售金额分别为18000元，违法所得均为8400元。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院认为，被告人钱某昌、钱某礼销售假药，其行为均构成销售假药罪。钱某昌、钱某礼如实供述犯罪事实，依法均予以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百四十一条、第六十七条第三款、第六十四条之规定，济南市长清区人民法院以被告人钱某昌犯销售假药罪，判处拘役五个月；以被告人钱某礼犯销售假药罪，判处拘役五个月；被告人钱某礼、钱某昌违法所得予以追缴。

一审宣判后，被告人钱某昌、钱某礼服判不上诉。济南市长清区人民检察院以被告人钱某礼有自首情节，一审未予以认定为由提出抗诉。

济南市人民检察院支持长清区人民法院的意见。二审审理期间，原审被告钱某礼、钱某昌及其各自的辩护人均提出二原审被告人均有自首情节的辩解和辩护意见。

济南市中级人民法院经审理认为，钱某昌、钱某礼均系因其他事由被通知前往公安机关，均不能体现出因销售假药而投案的主动性和自愿性，不符合最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，不构成自首。原审判决认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，裁定驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：公安机关以案外理由电话通知犯罪嫌疑人到指定地点配合工作，经讯问如实供述自己罪行的，不构成自首，原因在于公安机关电话通知犯罪嫌疑人到案时未告知因涉嫌犯罪被传唤，犯罪嫌疑人此时的到案行为不能体现出投案的主动性和自愿性，不符合《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，不构成自首。

本案中，根据公安机关出具的发破案经过、情况说明等证据可以证实，公安机关在通知被告人钱某昌、钱某礼到派出所时，并未告知二人系因涉嫌销售假药犯罪被传唤。二审庭审期间，法官就公安机关电话通知二上诉人前往指定地点配合工作的具体理由进行讯问，钱某昌供述系被民警以完善户籍信息为由，电话通知其到织金县公安局双堰派出所，钱某礼供述系被民警以其兄弟钱某昌吵架需要处理为由，电话通知其到双堰派出所，因此，二人均系因其他事由被通知前往公安机关，均不能体现出因销售假药而投案的主动性和自愿性，不符合最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，均不构成自首。

【案例注解】

根据《中华人民共和国刑法》第六十七条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。根据《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》第一条规定，自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者

人民法院投案。根据《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》，《解释》第一条第（一）项规定七种应当视为自动投案的情形，体现了犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。对于司法实践中常见的以电话形式传唤到案的情形，最高人民法院以案例指导方式明确了该情形属于自动投案（参见刑事审判参考 2005 年第四集王春明盗窃案 [第 354 号]），但实践中公安机关以与侦办案件无关的案外理由电话通知犯罪嫌疑人到指定地点配合工作的情形是否应认定为自首，往往存在争议。本案审理过程中，对被告人钱某昌、钱某礼经电话通知后的配合行为是否认定自首，亦存在不同意见。

第一种意见认为，公安机关以案外理由电话通知犯罪嫌疑人到指定地点配合工作，因犯罪嫌疑人在未被采取强制措施、未受到讯问的情况下，意识到可能系因犯罪的事实被传唤，面临刑事制裁的风险，仍主动前往并配合公安机关接受调查，并如实供述自己的罪行，客观上节约了办案资源和司法成本，符合自首的规定及立法本意，应认定为自首；第二种意见认为，该情形不构成自首，原因在于公安机关电话通知犯罪嫌疑人到指定地点时未告知对方是因涉嫌犯罪被传唤，犯罪嫌疑人此时的配合公安行为不能体现出自动投案的主动性和自愿性，不构成自首。我们赞成第二种观点，具体理由如下：

对于经公安机关电话通知到指定地点后，经讯问如实供述自己罪行的，是否应当认定为自首的问题，关键在于犯罪嫌疑人经电话通知到指定地点配合工作的行为是否属于自动投案。刑事审判参考 [第 354 号] 指导案例王春明盗窃案中已确立，经公安机关口头或电话传唤到案，如实供述主要犯罪事实的，构成自首，原因在于因传唤不属于强制措施，经传唤归案的犯罪嫌疑人具有归案的主动性和自愿性。与本案不同的是，第 354 号指导案例中公安机关是打电话传唤，而本案是公安机关以案外理由电话通知，认为本案情形构成自首的原因在于将以案外理由电话通知与电话传唤混同。

以案外理由电话通知，不等同于传唤。《刑事诉讼法》第一百一十九条规定，对不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。对在现场发现的犯罪嫌疑人，经出示工作证件，可以

口头传唤，但应当在讯问笔录中注明。从本条的规定来看，传唤是就犯罪嫌疑人所犯罪行，通知其在指定的时间和地点到案的特定执法行为，因传唤的具体内容是明确告知对方因涉嫌犯罪而须在指定的时间和地点到案，所以经传唤到案的情形能够体现投案的主动性与自愿性；而以案外理由电话通知后的配合行为则无法体现与案件的关联性，无法得出犯罪嫌疑人主动投案的结论，进而不构成自首。

司法实践中，我们应该根据案件具体细节，立足案件当事人到案时的具体情境，准确理解把握《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》《最高人民法院关于处理自首和立功若干问题的意见》中关于主动投案的规定，综合考虑当事人到案的主动性和自愿性，依法判断是否构成自首。本案中，公安机关以案外理由电话通知被告人钱某昌、钱某礼到派出所配合工作，二人前往派出所的行为不能体现出投案的主动性、自愿性，不是主动投案，应依法认定不构成自首。

编写人：济南市中级人民法院刑二庭 李广大

被告人袁某等帮助信息网络犯罪活动、盗窃罪

——出售银行卡后私自窃取卡内汇入钱款的，构成帮助信息网络犯罪活动罪和盗窃罪并罚

关键词 盗窃 既遂 未遂 数罪并罚

【裁判要旨】

1. 私自窃取已出售银行卡内汇入钱款符合盗窃罪的构成特征，同时构成帮助信息网络犯罪活动罪的，应当数罪并罚。

2. 该类案件盗窃的既遂和未遂认定，应考虑出售人是否对出售的银行卡内余额重新建立实际控制，实际持卡人是否对银行账号内钱款完全失去控制（包括能否通过网络银行、手机银行控制账号内的钱款）综合分析认定，而不是以转移、消费认定犯罪既遂与未遂。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》

第二百八十七条之二 【帮助信息网络犯罪活动罪】明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

第二百六十四条 【盗窃罪】盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第六十九条 【数罪并罚】判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑

和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。

数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。

【案件索引】

一审：济南市钢城区人民法院（2021）鲁0117刑初83号（2021年7月27日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01刑终427号（2021年12月28日）

【基本案情】

济南市钢城区人民检察院指控：

一、帮助信息网络犯罪活动罪

自2019年6、7月份，被告人袁某、毛某鹏、毛某洋、向某婷在明知他人收购银行卡从事网络违法犯罪活动进行结算的情况下，仍向他人出售本人及他人的银行卡。被告人袁某参与售出银行卡8张，其中袁某名下2张，毛某洋名下4张，向某婷名下1张，毛某鹏名下1张；被告人毛某鹏参与出售银行卡5张，其中毛某鹏名下2张，袁某名下1张，毛某洋名下1张，向某婷名下1张；被告人毛某洋参与出售银行卡5张，其中毛某洋名下银行卡4张，向某婷名下银行卡一张；被告人向某婷参与出售自己名下银行卡1张。四被告人共同参与售出向某婷名下卡号为6217002830008529002的建设银行卡，被用于网络诈骗犯罪，且支付结算了被害人刘振贵被网络诈骗钱款360000元。

二、盗窃罪

2020年12月初，被告人袁某、毛某鹏、毛某洋三人预谋，通过将出售的银行卡绑定在微信对应的银行公众号上，获取银行卡进账信息后，再

以挂失补卡的方式，非法占有银行卡内余额。2020年12月31日，被告人袁某通过微信公众号发现已出售的向某婷的银行卡内入账360000元，遂与毛某鹏、毛某洋、向某婷联系，挂失补办出银行卡，此时卡内余额为255552.1元，通过刷卡消费49800元购买了六部手机，再欲刷卡时，银行卡被冻结。后四被告人将六部手机退货，袁某分得18200元，毛某鹏分得18200元，毛某洋与向某婷共分得12200元。

被告人袁某、毛某鹏、毛某洋及被告人毛某鹏、向某婷的辩护人提出：盗窃金额应是49800元。

被告人袁某、毛某洋的辩护人提出，盗窃罪既遂金额应为49800元，卡内被冻结的205752.1元属于盗窃未遂。

法院经公开审理查明：自2019年6、7月份起，被告人袁某等四人在明知他人收购银行卡从事网络违法犯罪活动进行结算的情况下，仍向他人出售本人及他人多张银行卡。其中，四被告人共同参与售出的向某婷名下建设银行卡被用于网络诈骗犯罪，被害人刘振贵因被网络诈骗向该卡汇入360000元。出售该卡前，被告人袁某等人预谋通过绑定微信银行公众号，获取银行卡进账信息，再以挂失补卡的方式非法占有银行卡内余额。2020年12月31日，被告人袁某通过微信公众号发现向某婷的银行卡入账360000元，遂与其他被告人联系，挂失补办出银行卡，此时卡内余额为255552.1元，后通过刷卡消费49800元，再欲刷卡时，银行卡被公安机关冻结。

【裁判结果】

济南市钢城区人民法院于2021年7月27日作出（2021）鲁0117刑初83号刑事判决，被告人袁某、毛某鹏、毛某洋、向某婷犯帮助信息网络犯罪活动罪、盗窃罪，数罪并罚，分别被判处有期徒刑四年十个月至三年八个月不等刑期，并处相应罚金。宣判后，各被告人提出上诉，济南市中级人民法院于2021年12月28日作出（2021）鲁01刑终427号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，各被告人参与售出的向某婷名下银行卡用于信息

网络犯罪活动的支付结算，侵犯了国家对正常信息网络环境的管理秩序；各被告人通过将出售的银行卡补办新卡的方式窃取卡内资金，侵犯了财物的所有权，各被告人的行为既侵犯了国家管理秩序，又侵犯了财产权，应以帮助信息网络犯罪活动罪、盗窃罪数罪并罚。关于被告人及辩护人提出补办银行卡后没有完全控制卡内资金，不构成盗窃既遂，盗窃金额或既遂金额应为刷卡消费的 49800 元的意见，经查，向某婷补卡时，卡内余额为 255552.1 元，后通过刷卡消费 49800 元，再预刷卡时银行卡被冻结。补办新卡后，各被告人即掌握了新卡及密码，对新卡及卡内资金 255552.1 元，已取得实际控制和支配权，原银行卡持有人及被害人已丧失对卡内钱款的控制，应认定盗窃 255552.1 元既遂。

【案例注解】

本案是审判实践中常见的“黑吃黑”犯罪，处理的焦点在于私自窃取已出售银行卡内汇入钱款是否构成盗窃罪。如果构成盗窃罪，盗窃既遂、未遂的标准如何认定，是否与帮助信息网络犯罪活动罪并罚。首先，私自窃取已出售银行卡内汇入钱款符合盗窃罪的构成特征。盗窃罪中窃取他人占有的财物是排除他人对财物的支配状态并建立新的支配关系的行为。被告人袁某等人挂失补卡，重新建立对银行卡及重置密码的控制，排除了实际持卡人对银行卡内钱款的支配状态，重新建立新的支配关系，且被告人事先就预谋通过绑定银行公众号的方式获取进账信息以达到非法占有的目的，符合盗窃罪的构成要件。其次，关于盗窃罪的既、未遂认定的标准。法学理论上，对盗窃既遂有“控制说”、“失控说”、“控制+失控说”等观点。具体到本案，因盗窃犯罪的对象是被告人出售自己银行卡内汇入的钱款，与一般意义的盗窃对象又有所不同，在认定该类案件的既、未遂上有其特殊性。被告人通过补办新卡并重置密码对卡内钱款建立控制，此时已实际控制卡内余额，就构成盗窃既遂，而不是以转移、消费认定犯罪或既遂金额。但还应注意，该类案件因出售银行卡的同时通常也会出售手机卡、U 盾等与操作网络银行、手机银行相关的物品，实际持卡人虽对现实银行卡内钱款失去控制，但还应审查其是否通过网络银行、手机银行控制银行账号内的钱款，只有实际持卡人对银行账号内钱款完全失去控制，才应符合既遂标准。第三，本案犯罪行为侵犯的是复杂客体，各被告人的行为既侵



犯了国家管理秩序，又侵犯了财产权，分别构成帮助信息网络犯罪活动罪和盗窃罪，应对各被告人数罪并罚。

编写人：济南市钢城区人民法院 尹祥丽

二、民事案例

李某甲诉李某乙、李某丙分家析产案

——农村安置房在家事审判中的性质认定及分割路径探析

关键词 行民交叉 农村安置房 人身保障属性 分割方式

【裁判要旨】

1. 在涉及农村安置房分割的家事案件中，无论安置房以家庭共有财产还是夫妻共有财产的形式存在，每人应分得的安置房权益均应当认定为个人财产。

2. 人民法院应当综合考虑当事人的诉讼请求、是否办理不动产权属证书及原因、能否确定安置房的现价值、是否存在抵扣等具体案情，妥善处理农村安置房的分割问题。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第二百四十三条第二款、第三款 征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

第一千零六十二条第一款 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。

第一千零六十三条 下列财产为夫妻一方的个人财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；（三）遗嘱或

者赠与合同中确定只归一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

《中华人民共和国土地管理法》第四十八条第一款 征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。

【案件索引】

一审：济南市历城区人民法院（2021）鲁0112民初4389号（2021年8月23日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终9780号（2022年1月19日）

【基本案情】

原告李某甲诉称，李某甲与李某乙于2016年10月18日登记结婚，婚后生育一子李某丙。婚姻关系存续期间，李某甲与李某乙居住的陈家张马东村进行旧村改造拆迁安置，安置标准参照张马片区征地拆迁补偿安置办法实行，李某甲享有安置面积47平方米。2020年8月24日，李某乙代表全部家庭成员3人抽签取得陈家张马东村旧村改造安置的A区某甲房屋。交房后，李某甲多次催促李某乙交付其所享有份额的房产或47平方房屋价款，均未果。诉讼请求：依法对济南市历城区王舍人街道陈家张马东村安置李某甲、李某乙、李某丙的A区某甲房屋进行析产分割。

被告李某乙、李某丙辩称，李某甲所诉与事实不符。李某甲分得的47平方米房屋系李某乙与李某甲婚后取得的，应依法作为夫妻共同财产进行分割。

法院经审理查明，2016年6月3日，李某乙之父李某丁（乙方）与济南市历城区王舍人街道济南新东站片区建设工程指挥部（甲方）（以下简称新东站建设指挥部）签订《新东站张马片区住宅拆迁房屋安置补偿协议》，并约定：经审核确定乙方家庭符合房屋安置的人口为4人，选择94平方米2套，合计选择房屋建筑面积共188平方米。同日，李某丁在《新东站张马片区居民安置房户型选择登记表》登记签字，该登记表载明：户主李某丁，家庭被安置人口数4人，2套94平方米户型房屋，被安置人

李某丁、孟某甲（李某乙之母）、李某乙、李某戊（李某乙之兄），被安置面积为47平方米/人。

2016年10月18日，李某乙与李某甲登记结婚；2017年3月25日，生子李某丙；2019年4月23日，经济南市历城区人民法院调解自愿离婚，并约定婚生子李某丙由李某乙直接抚养。

2020年8月20日，李某丁（乙方）与新东站建设指挥部（甲方）、济南市历城区王舍人街道陈家张马东村民委员会（丙方）（以下简称陈东村委会）签订《新东站张马片区新增人口安置补偿补充协议》，并约定：乙方符合安置条件的新增人员：李某甲、李某丙、杨某甲（李某戊之妻）、李某己（李某戊之子），与家庭原安置人员合并选房。乙方家庭选房共计8人，调整后户型1套60平方米、1套81平方米、1套94平方米、1套141平方米，共4套，合计376平方米。同月28日，李某乙所在家庭户对前述4套安置房进行抽签分房，其家庭成员内部已经对所得安置房进行分配。其中，李某甲、李某乙、李某丙三人共分得济南历城区工业北路张马新府某甲房屋（60平方米）与某乙房屋（81平方米）。

2021年6月3日，在李某甲向济南市历城区人民法院提起诉讼的同日，李某乙与李某甲签订协议，一致同意房产按照8500元每平方米的价格归李某乙所有。上述协议得到了李某乙其他家庭成员认可。但诉讼各方对李某乙按多少平米支付李某甲房屋分割款的问题未达成一致。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院于2021年8月23日作出（2021）鲁0112民初4389号民事判决，判决：限李某乙于本判决生效之日起十日内支付李某甲199750元房款。

宣判后，李某甲提起上诉。济南市中级人民法院于2022年1月19日作出（2021）鲁01民终9780号民事判决，判决：一、撤销济南市历城区人民法院（2021）鲁0112民初4389号民事判决；二、限李某乙于本判决生效之日起十日内支付李某甲340000元房屋分割款；三、坐落于济南历城区工业北路张马新府某甲房屋的所有权益归李某乙享有，待办理不动产登记后归李某乙所有；四、坐落于济南历城区工业北路张马新府某乙房屋的所有权益归李某乙与李某丙共同共有。

【裁判理由】

法院生效判决认为，本案的争议焦点有二：一是李某甲因拆迁安置所得 47 平方米房屋的性质，二是案涉房屋的分割问题。

关于争议焦点一：李某甲分得的 47 平方米安置房的性质问题。李某乙、李某丙认为该安置权益系李某甲基于其与李某乙的婚姻关系而取得，应当属于夫妻共同财产。本院认为，根据《济南市人民政府关于加快推进城中村改造的意见》（济政发〔2014〕7 号）的文件精神，李某甲获得的不仅是财产权益，更是国家对集体经济组织成员房屋、土地等被征收或拆迁后的生存居住权益不分男女老幼的平等保障。对此，不论其二人分别获得安置房资格的时间发生于婚前、婚姻关系存续期间还是婚姻关系终止后，都不能因此而改变安置房居住权益保障的性质，只是因获得安置资格及选择安置房的时间、方式的不同而致使所安置房产以不同的财产形态（即共同共有、按份共有、或者单独所有）存在而已。据此，一审法院以李某甲与李某乙之间存有夫妻“协力”及其二人享有安置房资格的时间有别等为由，认定李某乙获得的 47 平方米安置房系其个人财产，而李某甲获得的 47 平方米安置房系夫妻共同财产，违背了前述安置保障房的性质，且对李某甲而言显系不公，本院对此应予纠正。

关于争议焦点二：案涉安置房的分割问题。经查，经过抽签分房及李某乙家庭成员的内部分配，李某乙、李某丙（包含李某甲）分得张马新府某甲房屋（60 平方米）、某乙房屋（81 平方米），三人每人 47 平方米，共计 141 平方米。对此，首先，李某甲与李某乙的夫妻关系虽已终止，但李某甲按新增人口安置的 47 平方米安置房系其与李某乙离婚前所属家庭的整体选房。因此，李某甲与李某乙、李某丙就其所在家庭户内部分配给其三人的两处安置房的房产中，形成了按人均 47 平方米而占有其份额的共有关系。故本案案由应为分家析产纠纷，一审法院将本案案由确定为离婚后财产纠纷有失妥当，本院予以纠正。其次，李某甲的一审诉讼请求系对前述某甲房屋进行析产分割。且在一审中，李某甲与李某乙均同意前述某甲房屋按照 8500 元 / 平方米折算给李某乙，即 47 平米安置面积的总价值为 399500 元。最后，当事人所属家庭原户主李某丁所签署的案涉新增人员安置补偿补充协议载明，李某甲、李某丙等符合安置条件的新增人员“与

家庭原安置人员合并选房”，而李某丁在先前签署安置补偿协议时已抵扣其房屋的全部建筑面积。此外，李某丙目前由李某乙直接抚养。

综上，本院酌定李某乙支付李某甲房屋分割款 340000 元，张马新府某甲房屋的所有权益归李某乙享有，待办理不动产登记后归李某乙所有；同时，对于此前经由三位当事人原属家庭分配并已由李某甲、李某乙、李某丙形成共有关系的张马新府某乙房屋的所有权益，应归李某乙与李某丙共同共有。对于李某丙的案涉安置房权益，为减轻当事人诉累及妥善处理家庭财产关系，本院在本案中亦一并予以处理。

【案例注解】

一、农村安置房产生的简要过程、背景及意义

随着我国城市化和新农村建设的不断推进，农村房屋拆迁逐渐成为社会发展中的普遍现象。根据 2004 年通过的《宪法修正案》、2004 年修正的《土地管理法》、2007 年施行的《物权法》以及 2021 年施行的《民法典》物权编等一系列法律中关于公民居住权益保障的立法精神，农村拆迁安置房被赋予了超出一般商品房范畴的特殊财产属性，并因此而引起了社会各界的广泛关注。

（一）安置房是满足失地农民生存需求的物质基础

众所周知，生存是人类的第一需要。对此，习近平总书记在“致‘纪念〈发展权利宣言〉通过三十周年国际研讨会’的贺信”中，明确将生存权确定为首要的基本人权。而“作为个人的每一位国民，要使自己的生存得以维持下去，即为了延续生命的需要，必须需要一定数量的实物、衣物和居室等物质条件，以果腹、蔽体和抵御风雨之侵。”^①其中，“住房作为人的栖身与生活之地，对我们的生存的许多方面至关重要，也与其他一些人权密切相关。”^②而对于农村村民（特别是以农为生的广大小农群体）而言，土地就是其实现生存居住和生产生活的最根本保障。

① [日] 大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社 2001 年版，第 298 页。

② [澳] 本·索尔、[澳] 戴维·金利、[澳] 杰奎琳·莫布：《〈经济社会文化权利国际公约〉评注、案例与资料（上册）》，孙世彦译，法律出版社 2019 年版，第 33 页。

就我国目前的拆政策来看，在选择房屋安置时，人口较多或者宅基地面积较大的农村家庭户往往能获得多套安置房。这不仅能够保障失地农民最基本的生存居住权益、明显改善其居住环境和居住体验，同时还能为其长期的生活生计提供稳定的物质保障。毕竟，房产在满足失地农民生存居住需求的同时，还自带投资与增值属性，空闲的房屋还可用于获取相对稳定出租收益。加之农民在安置补偿时还能获得土地补偿款、青苗费、及时拆迁奖励费等款项，这足以保证失地农民在维持原有生活水准不变的情况下，有充分的时间和精力去寻找新的工作，获取新的、稳定的经济来源。

（二）合理安排安置房还有助于帮助失地农民尽快适应城市生活

根据《土地管理法》第四十八条第一款之规定，征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。这种保障不应仅停留在上文论及的物质层面，还应存在于与社会和他人交往的精神层面。诚如有学者所言：“每个人都应该完全参与和他人普通、日常的活动，不会因此感到羞愧，也没有不合理的障碍。尤其，这意味着他们应该能够在保有尊严的条件下享有自己的基本需求。”^①

中国的农民群体素有安土重迁的传统，因为农村、土地之于农民不仅仅是吃饱穿暖的物质基础，也是满足其归属感的精神寄托。^②但是，农村生活与城市生活有很大区别。在传统的农村社会，邻里关系自然而随意，可谓鸡犬之声相闻，而在现代城市社会，邻里关系因为钢筋混凝土的物理性区隔，逐渐演变成了实实在在的心理性区隔。^③同时，由于城乡之间的经济、文化差异以及受教育程度的不同，失地农民在适应城市生活的过程中往往会感到不适应，并且经常遭到歧视和否定。

针对这一问题，通过对农村安置房的统筹合理安排是能够解决的。以本案涉及的济南市历城区张马片区为例，选择房屋安置的失地农民被集中安置在原村落附近的张马新府小区。由此，他们仍然可以在由熟人关系组

^① [加]Janusz Symonides：《人权的概念与标准》，杨雅婷译，韦伯文化国际出版有限公司2009年版，第170页。

^② 郭星华、曹馨芳：《从农民的心态变迁看征地纠纷的根本化解》，载《探索与争鸣》2019年第12期。

^③ 杨文健、仇凤仙、李潇：《二元困境下的失地农民土地换保障问题分析——基于NJ市D拆迁社区的调查研究》，载《公共管理学报》2013年第1期。

成的安置社区内获得“文化缓冲”，不至于被直接推入到陌生的城市社会；进而，随着各种社区管理措施与活动的不断开展、完善，失地农民也会逐渐适应城市生活，并在潜移默化中完成职业非农化以及身份城市化的转变。

二、农村安置房权益应认定为被安置人员的个人财产权益

（一）农村安置房权益的取得与夫妻“协力”无关

夫妻“协力”一词在本案一审判决本院认为部分多次出现，其主要是指夫妻在外出就业与在家劳动方面互有分工、同心协力，二人在婚姻关系存续期间所增加的财产是夫妻共同努力的成果，所以应由夫妻共同共有。^①这一理念不仅与婚姻关系的本质属性相一致，还与我国“同居共财”的传统家庭观念相契合，^②因此为我国民法典婚姻家庭编第一千零六十二条所采纳，并将婚后所得共同制作为法定财产制的主体。

与之相对应，我国民法典婚姻家庭编第一千零六十三条将个人特有财产制作为法定财产制的补充，并主要有以下三类：一是个人的婚前财产；二是遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；三是因人身损害获得的赔偿或补偿，一方专用的生活用品，以及军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费等财产。可见，对于第三类个人财产，我国民法典采用的是列举方式。但是通过“提取公因式”不难发现，以上几种款项均与人身属性密切相关，财产的取得均源自法律对夫妻一方个人人身权利的基本保障，与夫妻二人是否相互配合、是否同心协力无关。对此，采取同样法定财产制的《法国民法典》直接明确规定，具有人身性质的所有财产以及专与人身相关的一切权益均属于个人特有财产。^③

就本案争议的每人47平方米的农村安置房权益而言，根据前文对农村安置房生存住房保障功能的分析，以及《济南市人民政府关于加快推进城中村改造的意见》（济政发〔2014〕7号）等国家政策文件的精神可知，取得该安置权益的根本原因是国家对失地农民房屋、土地等被征收或拆迁后的基本生存居住权益，以不分男女老幼的方式给予每一位集体经济组织

^① 余延满：《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第260页。

^② [日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，商务印书馆2016年版，第78-85页。

^③ 罗结珍译：《法国民法典》，北京大学出版社2010年版，第363页。

成员的平等保障。这与李某甲和李某乙是否结为夫妻、是否对家庭同心协力的付出无关，更与其二人在婚前、婚姻关系存续期间、抑或离婚后取得安置房权益无关。李某甲与李某乙结婚并以此成为张马东村的集体经济组织成员，只是改变了保障李某甲生存居住权的具体实施主体，而非改变了权利的来源。因此，李某甲与李某乙获得的安置房权益均应当认定为其个人特有财产。

同理，李某甲与李某乙的婚生子李某丙以及该家庭户内其他成员获得的安置房权益亦属于其个人财产。尽管李某丙在获得安置时年仅三周岁，并由李某乙直接抚养，但这并不能影响其获得的安置房权益的生存保障属性。李某乙应当按照最有利于李某丙的原则履行监护职责，除为维护李某乙的利益外，亦不得处分其因人身权益保障而获得的财产。

（二）认定农村安置房权益为个人财产有助于保障弱势群体的合法权益

在中国的文化背景和社会行为习惯下，婚后女性通常会在家务劳动、子女照顾等事宜上花费较多精力，接受市场训练、提升职业能力的机会和时间会相对减少，这导致婚后女性在人力资本市场上的竞争力会大打折扣。^①特别是在广大农村地区，基于“男主外、女主内”“从夫而居”等家庭传统，部分家庭一直延续着男方外出务工、女方操持家务的分工模式，男方因此掌握了整个家庭的主要经济来源，而男方父母的财产也往往由其一入继承。在这种情况下，婚姻一旦解体，妇女一方的财产权益及生存权益均将受到极大影响。

以司法实践为例，在审理与农村安置房相关的家事纠纷时，部分当事人认为家里几代人在此耕种生活才获得拆迁安置利益，而另一方仅仅因为婚嫁后与其家人短暂生活即要求分得安置权益，这无疑是一种没有依据的侵占行为。基于此，在夫妻二人离婚，特别是在子女由女方直接抚养的情况下，因所涉安置房权益数额较大，男方对女方要求分割自己及子女安置权益的主张往往具有较强的排斥心理。^②但是，根据我国目前安置政策的规定，每人一生只能享受一次安置补偿权益。所以，将安置房权益明确认

^① 赵玉：《婚姻家庭法中的利他主义》，《社会科学战线》2008年第10期。

^② 吴在存主编：《离婚财产分割裁判规则与法律适用》，法律出版社2020年版，第40页。

定为每一位被安置家庭成员的个人财产，有助于切实保护妇女儿童等弱势群体的合法权益，真正实现男女双方的权利平等。

三、法院应结合具体案情对农村安置房进行分割

（一）需要注意的前提：农村安置房存在的共有形式

在实践中，对失地农民的拆迁安置是以户为单位进行：由户主代表全体家庭成员签订安置补偿协议，并结合整户人口的结婚生子情况及被安置总面积选择安置房的具体户型及数量，并在家庭成员内部自行分配。因此，在部分家庭成员起诉要求分割安置房时，涉诉标的物可能以夫妻一方单独所有、夫妻二人共有、家庭成员共有（如夫妻与子女共有、夫妻与其他家庭成员共有）等多种形式存在，涉诉案由也因之有离婚纠纷（或离婚后财产纠纷）与分家析产纠纷之别。但是，不论安置房以夫妻共有还是家庭共有的形式存在，都不能改变安置房权益对每一位被安置人员的专属保障性质，故仍应认定为其个人财产。同时，为减少当事人诉累并妥善处理家庭财产关系，当涉诉安置房内涉及夫妻以外其他被安置人员的安置权益时，法院亦应当一并予以分割。

（二）分割农村安置房的具体步骤

首先，查明安置房是否办理不动产权属证书及原因。1. 对于已经办理不动产权属证书的安置房，法院可以结合当事人的诉讼请求，直接对涉诉安置房的所有权予以分割。2. 对于起诉时尚未办理不动产权属证书的安置房，法院应当依据未办证的具体原因分别予以处理：（1）安置房因违法建造而无法办证的，法院对当事人的分割诉求应予驳回。（2）安置房具有规划许可证、建筑许可证、施工许可证等资质，仅仅是因为国家或当地政策等客观限制而尚未办证；或是因为当事人一方拒绝分割而在主观上怠于办证的，法院应当对安置房的所有权益进行分割，以维护每一位被安置人员的合法权益。特别是对于一方当事人恶意拖延办证的情形，如果法院直接以尚未办证为由不予处理，无异于给双方原本激烈的情感纠纷“火上浇油”，甚至引发恶性刑事案件。这一问题非常值得每一位家事法官注意。

其次，查明安置房的现价值。法院应当询问各方能否就房屋目前的价值协商一致，或者是否同意竞价，又或者是否申请法院委托进行鉴定。之后，1. 法院最终能够确定房屋现价值的，应当结合案情进而确定房屋归属，

并判决获得安置房的一方按照房屋现价值支付另一方房屋分割款。2. 法院最终无法确定房屋现价值的, 亦不应直接作出不予处理的裁判, 而是应当结合当事人的诉讼请求, 对安置房的居住使用权益(即房屋使用费)进行分割。这种处理方式不仅有助于把安置房的生存保障功能落到实处, 还能够发挥民法典物权编规定的居住权制度在家事案件中的法律价值。^①

最后, 确定房屋分割款或房屋使用费的数额。1. 对于房屋分割款的数额, 由于安置过程中存在以原房屋面积等抵扣被安置家庭应当缴纳的部分费用的问题, 所以在明确安置房权益及对等价值为个人特有财产的前提下, 法院应当结合各方对原房屋、宅基地等的所有及使用情况, 以及婚姻家庭纠纷案件的具体案情, 酌情确定房屋分割款的具体数额。2. 对于房屋使用费的数额, 法院可以通过当庭听取当事人双方对类似安置房租金价格的意见, 以及去安置房所在片区的房屋中介机构等进行实地调查的方式, 确定合理的使用费数额。这里需要注意的是, 为防止占有安置房的一方拒绝交付给另一方居住使用, 法院在判项中应当明确房屋使用费于何时开始支付——自占有房屋的一方实际交付另一方居住使用起, 该方按期支付足额的房屋使用费。^②

具体到本案, 首先, 经选房及家庭成员内部分配, 李某甲、李某乙、李某丙分得张马新府某甲、某乙两处房屋, 这两套安置房是其三人的家庭共有财产, 故本案案由应为分家析产纠纷。其次, 李某甲主张分割的张马新府某甲房屋目前尚未办证, 原因是政策限制, 而非违法建造, 故李某甲的主张属于法院的受案范围。因 47 平方米安置房权益是国家对李某甲拆迁后生存居住权益的基本保障, 所以应当认定为其个人财产。再次, 在案件审理过程中, 各方当事人均同意李某乙以 8500 元/平方米的价格支付李某甲房屋分割款; 同时经查明, 李某乙的父亲李某丁在先前签署安置补偿协议时, 已抵扣该家庭原房屋的全部建筑面积, 且李某丙目前由李某乙直接抚养。综上, 本院酌定张马新府某甲房屋的所有权益归李某乙享有, 李某乙应当支付李某甲房屋分割款 34 万元。同时, 为减轻当事人诉累并

^① 吴万秋、朱晓嵩:《郭某甲诉郭某乙继承纠纷案——继承纠纷案件中对居住权的裁判方法》, 载最高人民法院中国应用法学所编:《人民法院案例选·2021 年第 1 辑》, 人民法院出版社 2021 年版, 第 94-96 页。

^② 参见济南市中级人民法院(2021)鲁 01 民终 7482 号民事判决书。

维护李某丙的合法权益，本院认定张马新府某乙房屋的所有权益，归李某乙与李某丙共有。

注：（该案例获全国法院系统 2022 年度优秀案例分析评选优秀奖）
（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例栏目刊发）

编写人：济南市中级人民法院审判监督第二庭 吴万秋 朱晓嵩

石某甲诉石某乙一般人格权案

——养女在过世养父母墓碑上刻名的权益应纳入一般人格权予以保护

关键词 养女 墓碑 人格权

【裁判要旨】

逝者的所有子女都平等享有追思悼念父母、表明血脉传承的权利。养子女在过世养父母墓碑上刻名的权益关涉人格尊严和人格平等，符合孝道传统和公序良俗，应将此种人格权益纳入一般人格权予以保护。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第九百九十条 人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。

除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

第九百九十一条 民事主体的人格权受法律保护，任何组织或者个人不得侵害。

第九百九十五条 人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。

【案件索引】

一审：济南市钢城区人民法院（2021）鲁 0117 民初 427 号（2021 年 6 月 10 日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 民终 9885 号（2021 年 11 月 11 日）

【基本案情】

石某甲诉称：2020 年夏天，因某居委会建设社区居民公共墓地，要求社区居民将原祖坟迁至公共墓地，并按照迁坟的数量给予补偿费用。石某甲系石某丙收养的唯一女儿，石某乙系石某丙本家族的侄子。石某甲父母的墓地迁移至社区公共墓地后，根据社区补偿方案，石某乙将该居委会应当支付给石某甲迁移坟墓的补偿费用 9000 元冒领，石某乙未经石某甲同意冒领迁坟补偿费的行为侵犯了石某甲的合法财产权利。石某乙单方面为石某甲父母立碑，并未将石某甲的姓名镌刻于墓碑之上，侵犯了石某甲的人格权。根据《中华人民共和国民法典》第九百九十五条规定，石某甲有权请求行为人承担民事责任，特诉至法院，请求判令石某乙返还石某甲补偿款 3750 元；重立石某甲父母墓地的墓碑并在墓碑上镌刻石某甲的姓名为立碑人之一；赔偿石某甲精神损失费 1000 元；诉讼费用由石某甲承担。

石某乙辩称，石某甲不照事实说话，受吴某某（石某甲之夫）、高某某（已故石某丙之妻高氏的娘家侄子）之托，自 1986 年底开始上坟拜土从未间断，上坟 140 次花费的工夫和金钱应予补偿。迁坟补偿是村委会直接发放的，石某甲已从村委领走 1670 元，石某甲所说冒领迁坟补偿没有依据，要求返还补偿款 3750 元没有依据。在家族史上，出嫁的闺女没有刻上墓碑的传统，石某甲所述单方面为其养父母立碑之事没有依据，石某甲所说的精神受到损失没有依据。

法院经审理查明：某居委会已故居民石某丙长子石某丁、次子石某戊先后早年去世，于 1953 年收养石某甲，是石某丙一脉现唯一的继承人。该社区曾于 2009 年对居民坟墓进行过搬迁，当时石某丙夫妻墓碑所刻奉祀人自上而下竖排并列依次为男某乙、女某甲。2020 年夏，该社区进行迁坟，经社区两委、居民代表及党员大会议定，每间坟补偿 1000 元作为误工和购买香火等物品的补助，墓碑由社区集体提供，墓碑上的姓名由某居委会根据每家上报的名单统一镌刻。根据石某乙上报的名单，石某丙夫妻墓碑所刻子嗣自右而左横排并列依次为子某丁、某戊、某乙。石某丙父母夫妻二人、石某丙夫妻三人（二妻）、石某丁夫妻二人、石某戊夫妻二人共计九人墓地迁坟款 9000 元于 2021 年 1 月 20 日由石某乙领取，石某丙父亲再往上四代相应款项共计 1528 元于 2021 年 1 月 22 日由石某

甲领取。

【裁判结果】

济南市钢城区人民法院于 2021 年 6 月 10 日作出 (2021) 鲁 0117 民初 427 号民事判决, 判决石某乙于本判决生效之日起五日内返还石某甲墓地搬迁款 3736 元; 石某乙于本判决生效之日起五日内将石某甲的名字按民间传统风俗习惯刻在石某丙夫妻的墓碑上 (如需重立, 实际产生的费用应由石某乙负担); 驳回石某甲的其他诉讼请求。宣判后, 石某乙提起上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 11 月 11 日作出 (2021) 鲁 01 民终 9885 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: 在逝者的墓碑上镌刻亲人的名字是中国传统文化中后人对亲人追思情感的体现, 对后人有着重大的精神寄托。墓碑上的姓名和关系暗含着对亲属关系的认可, 这份意义非凡的署名权是一种基于人格尊严而产生的人格权益。本案中, 石某甲作为养父石某丙一脉的近亲属, 依法享有在涉案墓碑上署名的一般人格权。民事主体的人格权受法律保护, 任何组织或者个人不得侵害。石某乙未将石某甲列入墓碑刻名上报名单, 其行为有违民法典的相关规定, 也有违 2009 年墓碑署名的先例, 应承担民事责任。该墓碑署名特殊权利的实现, 需要每一位亲属在相互尊重他人权利的基础上相互协助。现立墓碑上按长幼顺序在石某乙名字的左侧加名已无可能, 对于是否需要重立墓碑的问题, 因实施加名除需遵从石某甲、石某乙的个人意愿外, 也要依民间传统风俗习惯及现有格式而行, 还要充分考虑经济原则, 最大限度地利用现有墓碑。现立墓碑由社区居民委员会出资, 不涉及费用问题, 如不能利用或利用不经济, 因石某乙上报名单时有意不报, 对于现立墓碑上没有合适位置刻写石某甲名字存在过错, 故需要重立墓碑所实际产生的费用应由石某乙负担。石某甲是石某丙一脉唯一的法定继承人, 对某居委会发放的墓地搬迁款享有分配权。虽未有过继的充分证据, 但石某乙久居该社区, 长期对石某丙一脉的坟墓进行维护并常年上坟, 且石某甲已认可均分, 石某乙应将多领款项 $(9000+1528) \div 2 - 1528$ 计 3736 元支付予石某甲。石某甲未提供证据证实石某乙给其造成了

严重精神损害的后果，所主张的精神损失费 1000 元不予支持。

【案例注解】

在中国传统文化中，修坟立碑是大事。墓碑不仅仅是一块冰冷的石头，为逝者立碑既是对逝者的尊重，也是生者对逝者的缅怀，更是子孙知孝敬的一种教育，是中华文化的一种传承方式。为逝者立碑时在墓碑上镌刻近亲属姓名及身份，系基于身份关系产生，攸关人格尊严，属于《中华人民共和国民法典》第九百九十条规定的人格权益范畴，依法应予保护。相应权利亦符合我国尊老孝亲、慎重追远的历史传统和风俗习惯。

公民的民事活动应当遵循社会普遍认可的公序良俗，同时也应当以当地的风俗习惯作为考量。为逝者立碑事宜，更是如此。作为一种人格权，墓碑刻名权有其特殊性，只有与逝者具有特定身份关系的人才能成为墓碑刻名权的主体。当然，也不是所有与逝者有关系的人都享有该权利，导致权利主体范围过于宽泛，还不能对权利主体范围过度限制，导致应当享有利益的人权益无法得到保障。因该权利关涉到基本的善良风俗、基本伦理秩序，必须要站在社会公共角度进行判断，不应单纯从私权利角度，特别是私权利的感情角度去考量。现代社会，作为逝者的子女都应平等享有追思悼念父母、表明血脉传承的权利。墓碑刻名特殊权利的实现，需要每一位亲属在相互尊重他人权利的基础上相互协助。兄弟姐妹之间如果就此产生间隙，对亲情必将产生负面影响，更可能使得原本和睦的大家庭分崩离析。具体到本案，石某甲与石某丙夫妇生前形成事实收养关系，与逝者关系密切，应当享有墓碑刻名的权利。

按照我国传统伦理道德的一般观念，死者亲属是按照长幼顺序在墓碑上篆刻姓名。本案所立墓碑上按长幼顺序在石某乙名字的左侧加名已无可能。从某社区居委会了解到，利用现有墓碑进行加名也是可以的，但有弊端，要么时间久了很可能会掉漆，要么花费过高。对于是否需要重立墓碑的问题，需要考虑情、法、理诸多因素，除需遵从当事人的个人意愿，也要依民间传统风俗习惯及现有格式而行，还要充分考虑经济原则，最大限度地利用现有墓碑。现有墓碑由社区居委会出资，不涉及费用问题，但如进行加名时现有墓碑不能利用或利用起来不经济，因石某乙上报名单时有意不



报，对于现有墓碑上没有合适位置刻写石某甲名字存在过错，故石某乙需负担重立墓碑所实际产生的费用。

注：（该案例获全国法院系统 2022 年度优秀案例分析评选三等奖）
（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例分析栏目刊发）

编写人：济南市钢城区人民法院 苏友芹

甲公司诉乙公司合同案

——合同履行不能损害环境公共利益

关键词 排放标准 环境 绿色原则 利益平衡 填平原则

【裁判要旨】

合同的履行不能损害环境公共利益，对方未提异议不能掩盖有关损害社会公共利益客观事实的存在，更不能成为一方继续实施损害行为的正当理由。关于合同终止所产生相关补偿事宜的会议纪要虽未明确合同解除事项，仍应视为双方已经基于各自利益考虑就解除合同形成了合意，但不影响受损方主张赔偿。

【相关法条】

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

第五百零九条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

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

当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

【案件索引】

一审：济南市钢城区人民法院（2021）鲁 0117 民初 1533 号（2021 年 4 月 25 日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 民终 5647 号（2021 年 6 月 29 日）

【基本案情】

甲公司诉称：2015 年 5 月 22 日，甲公司与乙公司签订《3#105m²烧

结机烟气脱硫 BOT 项目商务合同》，合同约定由甲公司采用建设、运营、移交（BOT）承包方式，对乙公司位于钢城区的 3#105m² 烧结机现有烟气脱硫系统升级改造，并由甲公司负责合同期内的运营；合同约定运营期为 10 年，结算单价为 7.82 元。合同签订后，甲公司依约对项目进行了投资建设、升级改造，项目改造完成后开始运营。2020 年 5 月 5 日，乙公司单方通知甲公司烧结机停机，项目被迫停止运营，后于 2020 年 9 月 30 日开始强拆甲公司运营的项目系统，导致合同无法继续履行。乙公司的单方违约行为给甲公司造成了严重损失，请求判令乙公司向甲公司支付自 2020 年 5 月 5 日至 2020 年 9 月 30 日的停机费 1086904 元（120 万吨 × 2.28 元 / 吨 / 365 天 × 145 天）；判令乙公司向甲公司赔偿经济损失 9838408.76 元；诉讼费由乙公司承担。

乙公司辩称：甲公司的诉求与事实不符，没有法律依据。合同约定由甲公司建设脱硫系统并负责运营，脱硫系统烟气排放要符合《山东省区域性大气污染物综合排放标准》（DB37/2376-2013）的要求；也约定了不可抗力情形（包括政府的约束、禁止、要求、指示等）以及不可抗力发生导致合同终止的补偿等内容。然运营期间，脱硫系统工作并不稳定，脱硫时常不达标，更因此导致乙公司被环保行政部门处罚。加之，甲公司采取的是氨法脱硫，大量使用氨水（具有腐蚀性）又维护不到位，导致脱硫系统的安全状况惨不忍睹，整个系统腐蚀锈烂严重，破败不堪，有坍塌风险，已不能满足安全生产的基本需求。考虑到安全因素，应予以及时拆除以防止掉落、坍塌伤人事故发生。更根本的问题是，2020 年 1 月山东省对烧结机烟气排放标准进一步大幅提高，执行 DB37/2376-2019 标准，相较 DB37/2376-2013，不仅提高了对 SO₂、颗粒物浓度排放要求，更提高了对 NO_x 的排放标准。对此新标准，甲公司的脱硫系统已不能满足乙公司烧结机烟气 SO₂、颗粒物达标排放，更因甲公司脱硫系统没有脱硝（NO_x）设备和技术工艺，无法实现 NO_x 达标排放。鉴于以上原因，乙公司 3#105m² 烧结机已于 2020 年 5 月份停机停产，双方的 BOT 合同无法继续履行，此情形属于双方约定的不可抗力，故应当按照双方 BOT 合同中不可抗力条款的约定，给予约定的补偿。

法院经审理查明：2015 年 5 月 22 日，甲公司（乙方）与乙公司（甲方）签订《乙公司 3#105m² 烧结机烟气脱硫 BOT 项目商务合同》，合同约定由

甲公司采用建设、运营、移交（BOT）承包方式，对乙公司位于钢城区的 3#105m² 烧结机现有烟气脱硫系统升级改造，并由甲公司负责合同期内的运营，改造工程报价合计 8951663.84 元。合同约定：运营期为脱硫项目通过 168 小时试运行合格次日 0：00 起至第 120 个月最后一日 24：00 止，甲公司在建设、运营期内自行承担相关费用、责任和风险，负责项目设施的建设、运营、维护和更新改造，运营期满时按照相应规定将项目设施完整、良好、无偿移交给乙公司；出口烟气参数 SO₂ 浓度 ≤ 100mg/Nm³、颗粒物浓度 ≤ 20mg/Nm³、NO_x 浓度 ≤ 300mg/Nm³；3#105m² 烧结机每吨烧结矿脱硫费用正常结算单价为 7.82 元，脱硫设施停机基本费用为 2.28 元，烧结机年作业率达到 96%、年产量未达到 120 万吨或年作业率未达到 96%、年产量达到 120 万吨及以上，均按 120 万吨结算。合同附则约定：如在合同期限内，国家排放标准提高，脱硫设备无法满足新标准时，若需对脱硫设备进行升级改造时，乙方有义务在技术满足升级需求的情况下对脱硫系统进行升级，并免费负责设计及提供技术支持，改造费用经甲方审核后由甲方承担。

合同签订后，甲公司投资对乙公司的原有脱硫系统进行了升级改造。2016 年 7 月 22 日，丙公司环境保护监测站作出检测报告，载明 3#105m² 烧结机脱硫系统脱硫出口二氧化硫、氮氧化物、颗粒物排放浓度（mg/m³）分别为 45、255、10.3，符合《山东省钢铁工业污染物排放标准》（DB37990-2013）表 1 中“新建企业”的标准要求。2018 年 3 月，西安建筑科技大学接受甲公司委托对该 3#105m² 烧结机脱硫收集器进行检测鉴定，评定其可靠性级别为四级，可靠性严重不满足国家现行规范要求，必须采取措施进行加固处理。经加固，2018 年 9 月复检发现加固过的脱硫收集器周边箱柱、封闭拆除部位的钢板均又出现了不同程度的锈蚀，说明环境介质对脱硫收集器钢构件侵蚀性十分严重，建议 2019 年 4 月前对脱硫收集器锈蚀严重的钢构件再进行检测以决定脱硫收集器是否可以继续使用。因 3 号烧结机 2018 年 8 月 21 日外排废气中 SO₂ 浓度日均值为 112mg/m³，超标 0.12 倍，乙公司于 2018 年 11 月 16 日被原莱芜市环境保护局处以十二万四千元罚款。2019 年度脱硫费用结算清单中，1-3、6-11 月份均存在排放超标情况。2019 年 12 月 31 日，乙公司通知甲公司，自 2020 年 1 月 1 日起，主要排放指标执行标准：二氧化硫 ≤ 50mg/m³，氮氧

化物 $\leq 100\text{mg}/\text{m}^3$ ，颗粒物 $\leq 10\text{mg}/\text{m}^3$ 。2020年4月27日，济南市生态环境局在现场检查（勘察）时发现，该3#105m²烧结机存在氨法脱硫塔西侧有两处破损点，烟气泄漏严重，脱硫系统增压风机散热孔有烧结烟泄漏等问题，当场作出决定书，责令立即停止违法行为。2020年8月28日，乙公司向甲公司发送《关于3#105m²烧结机脱硫实物拆除的通知》，内容如下：根据山东省地方标准《区域性大气污染物综合排放标准（DB37/2376-2019）》，自2020年1月1日起我公司烧结生产执行第四时段排放标准。贵公司脱硫工艺已无法满足政府对SO₂及颗粒物的排放要求，严重制约主体烧结机正常生产。经现场检查发现，该脱硫系统主体结构锈蚀异常严重，存在坍塌风险，安全隐患巨大。2020年4月27日，济南市生态环境保护综合行政执法支队在3#105m²烧结机现场督查，发现脱硫系统脱硫前烟气经增压风机散热孔外排，下达了《济南市生态环境局责令整改违法行为决定书（002511）》，该项目违反《中华人民共和国大气污染防治法》第二十条规定，涉嫌逃避监管，要求立即停止违法行为。我公司新旧转换项目为山东省重点建设项目，该脱硫项目占地已被确定为我公司新旧动能转换项目建设用地，根据建设时序，该地块急需进行场平开展新工程建设。基于以上原因，该系统及烧结机主体退出运行，进入拆除程序。我公司已于4月下旬开始与贵公司就合同终止涉及的补偿事宜展开协商，并多次通知贵公司现场拆除实物，消除安全隐患、保障新旧动能转换项目顺利进行，请贵公司在9月1日前进场实施对所属资产实物拆除并于9月7日前完成，逾期我公司将直接进行拆除，拆除及保管费用由贵公司承担。2020年9月7日，双方召开案涉合同提前终止研讨会，主要就合同提前终止相关补偿事宜进行研讨，形成意见如下：1. 经多轮次谈判，双方对于合同提前终止相关补偿事宜分歧较大，难以达成一致意见，甲公司不同意在达成一致意见前进行实物拆除。2. 因新旧动能转换时序要求，该项目所占地急需清场开展新项目建设，乙公司将对该项目实物进行拆除，双方认可该项目BOT合同范围内实物拆除后不具备利旧价值。2020年9月30日，乙公司进行了强制拆除。

【裁判结果】

济南市钢城区人民法院于2021年4月25日作出（2020）鲁0117民

初 1533 号民事判决，判决乙公司于判决生效之日起十日内支付甲公司停机费 936986.3 元、设备折旧费 5197186.92 元，合计 6134173.22 元；驳回甲公司的其他诉讼请求。宣判后，甲公司提起上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 6 月 29 日作出 (2021) 鲁 01 民终 5647 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：甲公司与乙公司签订的乙公司 3#105m² 烧结机烟气脱硫 BOT 项目商务合同是当事人的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，双方当事人应当按照合同约定全面履行自己的义务。从西安建筑科技大学的复检报告、济南市生态环境局行政处罚决定书来看，在案涉合同履行过程中，甲公司所经营的脱硫器腐蚀严重，存在安全隐患；从行政处罚决定书、脱硫费用结算清单来看，甲公司所经营脱硫项目排放的大气二氧化硫、颗粒物超标的情况客观存在，乙公司未就此与其进行商议不能掩盖这一事实，更不能成为甲公司继续实施的正当理由。再加上大气排放标准提高这一不争的事实，合同继续履行将损害环境公共利益。根据合同附则内容，甲公司有义务在技术满足升级需求的情况下对脱硫系统进行升级并免费负责设计及提供技术支持。这一义务应当是主动义务，不能因为未接到乙公司的升级改造通知而免除，但在排放标准提高后甲公司未及时按照合同约定对脱硫设备升级提出设计方案，在收到乙公司载有“贵公司脱硫工艺已无法满足政府对 SO₂ 及颗粒物的排放要求”的通知后也没有就此提出异议并提供证据证实其具备满足升级需求的技术。从乙公司关于案涉实物拆除的通知来看，乙公司也确实因为新旧动能转换时序的要求急需案涉项目的场地进行新项目建设。以上这些客观障碍的出现或者说客观情况的变化，导致继续履行合同对双方均已成不必要或者不可能。双方于 2020 年 9 月 7 日签署的会议纪要虽未明确合同解除事项，但根据双方就合同终止所产生相关补偿事宜进行研讨这一洽谈内容，双方已经就解除涉案合同形成了合意，案涉合同已经解除。双方经协商解除合同是以当事人意思自治为基础的协议解除，不影响第三人利益，且有利于社会公共利益。合同的解除免除了甲公司升级改造设备的义务，也有利于乙公司合理使用项目占地，可以说，该解除结果是双方基于各自利益

考虑以合意方式形成的，并非甲公司所称的乙公司单方违约。双方未就合同解除后的责任分担形成一致意见，在双方对因合同解除发生的损失如何处理不能协商解决的情况下，甲公司有权就合同提前终止的损失主张赔偿。

根据法律规定，不可抗力是不能预见的客观情况。在案涉合同附则部分，双方针对国家排放标准提高如何处理进行了约定，由此可见，双方早就已经预见到国家排放标准的提高。因此，排放标准实际提高不属于合同约定的不可抗力情形，乙公司不得以此作为不可抗力予以免责抗辩。法律作为利益平衡的规则体系，对于损失赔偿额的确定应当受到诚实信用原则及公平原则的限制。甲公司已经按照合同约定对项目进行了投资、改造、运营，履行了合同主要义务，现运营期未满，投资部分尚未收回，其因合同提前解除明显受到损失。然乙公司在合同解除后即将案涉项目用地用于新旧动能转换项目建设，属于获利的一方。在此情况下，如果乙公司不赔偿甲公司因合同解除受到的损害，不符合公平原则。因此，关于本案损失赔偿额的确定应当根据公平原则处理。通过上述分析，本案也不属于单纯乙公司一方存在主观过错导致合同解除的情形。对于甲公司的损失，应当根据该公司因案涉合同的签订及履行已经实际发生的费用及损失以及其已经完成的工作或实际付出的劳动应当获得的合理报酬按照填平原则予以赔偿。

【案例注解】

党的十九大报告强调，建设生态文明是中华民族永续发展的千年大计，必须树立和践行绿水青山就是金山银山的理念，坚持节约资源和保护环境的基本国策，像对待生命一样对待生态环境，实行最严格的生态环境保护制度。在这样的背景下，《中华人民共和国民法典》将民法总则中的“绿色原则”贯穿到了合同通则中。针对履行过程中存在的浪费资源、污染环境等现状，在第五百零九条第三款增加了“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”绿色履行条款。本案中，从西安建筑科技大学的复检报告、济南市生态环境局行政处罚决定书来看，在案涉合同履行过程中，甲公司所经营的脱硫器腐蚀严重，存在安全隐患；从行政处罚决定书、脱硫费用结算清单来看，甲公司所经营脱硫项目排放的大气二氧化硫、颗粒物超标，这一情况客观存在。虽然乙公司未就此与其

进行商议，但不能因此而掩盖这一事实，更不能成为甲公司继续实施的正当理由。再加上大气排放标准提高这一不争的事实，合同继续履行将损害环境公共利益。案涉合同系双务合同，双方均存在违约，合同当事人是否享有解除权，应根据合同义务分配情况、合同履行程度以及各方违约程度大小等综合因素判断。涉案合同的解除免除了甲公司升级改造设备的义务，也有利于乙公司合理使用项目占地，可以说，该解除结果是双方基于各自利益考虑选择的“双赢”结果。

合同法规定，合同解除后有权要求赔偿损失。合同解除后的损害赔偿范围，可以分别不同情况：（1）协议解除合同的，当事人在协议中免除了对方损害赔偿责任的，协议生效后，不得再请求赔偿。（2）因不可抗力解除合同，一般不承担损害赔偿责任。但在不可抗力发生后，应当采取补救措施减少损失扩大而没有采取的，应对扩大的损失承担赔偿责任。（3）一方当事人因他方根本违约或者经催告仍不履行义务而解除合同的，如果解除只向将来发生效力，违约方应当赔偿另一方因违反合同受到的损失；解除如果溯及既往，违约方应当支付受害方因订立合同、准备履行合同和因恢复原状而支出的费用。案涉 BOT 项目合同只向将来发生效力，甲公司已经按照合同约定对项目进行了投资、改造、运营，履行了合同主要义务，现运营期未届满，投资部分尚未收回，其因合同提前解除明显受到损失。然乙公司在合同解除后即将案涉项目用地用于新旧动能转换项目建设，属于获利的一方。在此情况下，如果乙公司不赔偿甲公司因合同解除受到的损害，不符合公平原则。法律作为利益平衡的规则体系，对于损失赔偿额的确定应当受到诚实信用原则及公平原则的限制，以填平为宜。

注：（该案例获全国法院系统 2022 年度优秀案例分析评选优秀奖）

（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例栏目刊发）

编写人：济南市钢城区人民法院 苏友芹

雷某诉济南嘉居房地产经纪有限公司、 李某敏等财产损害赔偿案

——转租房屋内空调自燃引发火灾造成财产损失的责任认定

关键词 责任竞合 侵权 义务 过错

【裁判要旨】

违约责任与侵权责任发生竞合，受损害一方的当事人可以根据自己的利益判断，选择行使请求权，并以当事人明确的请求权基础法律关系确定案件案由。

当事人选择侵权责任之诉，侵权责任主体及如何承担责任的认定应重点考量，各租赁主体是否存在可归责于其自身的客观方面的原因及主观方面的过错等因素。同时，当事人选择侵权之诉，并非不能考虑合同约定义务内容，租赁主体违反适租、维修、安全隐患排查等法定或约定义务，可作为过错因素考量。谁控制、管理危险源；谁能防范、消除安全风险及隐患，作为分析认定责任主体的考量因素。

【相关法条】

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

《中华人民共和国侵权责任法》第八条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

《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。

【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2020）鲁0102民初3468号（2020年8月20日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终1033号（2021年4月9日）

【基本案情】

原告雷某诉称：2017年11月20日，雷某与济南嘉居房地产经纪有限公司（以下简称嘉居公司）签订《济南市房屋出租委托合同》，将涉案房屋租给嘉居公司，牛某鑫作为担保人在《济南市房屋出租委托合同》签字。合同签订后，嘉居公司未经雷某同意在涉案房屋客厅内设立隔断，并在2019年6月10日将设立隔断后的客厅出租给李某敏居住使用。2019年7月28日早上，李某敏在使用空调中致使空调右下角出现微小火苗，李某敏发现微小火苗后未采取断电、灭火措施，而是拿手机拍摄发微信，之后也未打119报警，李某敏离开现场到楼下继续拍摄视频，期间时间长达十几分钟未采取任何措施，直至物业发现火灾拨打119报警。李某敏使用空调不当致使出现微小火苗，李某敏此时完全有能力也有义务采取措施灭掉火苗，但李某敏只顾拍摄视频，致使引发火灾。火灾致使涉案房屋、公共电梯及上下业主房屋受损。嘉居公司擅自改变房屋内部结构，对外进行群租，对火灾的发生及蔓延负有责任。牛某鑫作为担保人应对原告的财产损失承担连带担保责任。因此，请求法院判令嘉居公司、李某敏共同赔偿雷某财产损失107526元、租金损失26400元；判令牛某鑫对雷某的财产损失和租金损失承担连带赔偿责任；诉讼费、鉴定费、评估费等由嘉居公司、李某敏、牛某鑫共同承担。

被告嘉居公司辩称：根据雷某和嘉居公司签订的委托合同及委托书证明嘉居公司与雷某是委托代理关系，嘉居公司代替业主出租房屋，委托协议第9条约定了甲方允许乙方或者承租方对房屋进行装饰，为了方便出租，嘉居公司打了一个隔断，一切出租行为是经过雷某同意的。

被告牛某鑫辩称：牛某鑫只是代替嘉居公司签字，并非牛某鑫作为担保人，只是嘉居公司与业主的关系，不是牛某鑫与业主的关系，牛某鑫只

是公司负责人代替公司签字。本案与牛某鑫无关，与嘉居公司有关。

被告李某敏辩称：一、本案火灾起因经消防部门认定是空调内部自燃引起的，该空调是雷某提供、嘉居公司多次维修过的，因此引发火灾的责任不在李某敏，李某敏在本次火灾中是受害者。二、涉案小区物业应对火灾事故不当，对电梯的损失负有责任。物业工作人员作为电梯的实际管理人并没有按照正常的处理规程操作，导致电梯烟熏受损，存在明显的过错。三、涉案房屋以外的其他损失部分，不是雷某的财产，雷某也没有对实际权利人作出赔偿，因此其作为原告主张损失赔偿主体不适格。四、对雷某主张的租金损失不认可，本案火灾发生后，雷某迟迟没有对房屋进行修复，故意拖延空置期，恣意扩大损失，且即使涉案房屋没有遭受火灾，也不能保证房屋所有房间可以全部租住。

法院经审理查明，2017年11月20日，雷某（房屋所有权人）作为甲方与嘉居公司作为乙方签署了《济南市房屋出租委托合同》，委托租赁期限为2017年11月25日至2020年11月24日，租金标准为3300元/月，租金总计118,800元，合同中记载涉案房屋装修为中等装修，室内设施包含空调三部，交付时空调是正常使用的。双方约定出租委托期内该房屋及其附属设置的维修责任是甲方负责自然损坏的，乙方负责人为损坏的。2019年6月10日，李某敏与嘉居公司签订《济南市房屋租赁合同》，约定租住该涉案房屋的客厅，租赁期自2019年6月10日至2019年12月9日，租金标准为1500元/月，合同第八条约定，李某敏入住房屋时应仔细检查室内物品及设施，如需维修应及时通知嘉居公司，室内物品自签订合同之日起30日内由嘉居公司维修，30天后由李某敏自行维修。房屋交割清单记载交房时李某敏签字确认，对空调已经验收，认为符合交验条件。2019年7月28日早晨，李某敏在使用空调中发现空调右下角出现微小火苗，李某敏未采取断电、灭火措施，而是拿手机拍摄发微信圈，亦未拨打119报警，后李某敏离开现场到楼下继续拍摄视频，期间时间长达十几分钟。直至物业发现火灾拨打119报警。火灾致使涉案房屋及室内设施、公共电梯及上下业主房屋受损。济南市公安消防支队历下区大队出具的济消历下消火认字（2019）第0016号火灾事故认定书，认定起火原因是该涉案房屋客厅空调室内挂机内部起火引发火灾。另，雷某委托一审法院对损失进行评估鉴定。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2020年8月20日作出(2020)鲁0102民初3468号民事判决:一、李某敏、济南嘉居房地产经纪有限公司于判决生效之日起十日内共同向雷某支付财产损失92,526元、评估费8700元,共计101,226元;二、济南嘉居房地产经纪有限公司于判决生效之日起十日内向雷某支付租金损失26,400元(自2019年8月28日起至2020年4月28日,按照每个月租金3300元计算);三、牛某鑫对上述第一款、第二款项承担连带清偿责任,于判决生效之日起十日内履行;四、驳回雷某的其他诉讼请求。

宣判后,嘉居公司、牛某鑫、李某敏提起上诉,济南市中级人民法院于2021年4月9日作出(2021)鲁01民终1033号民事判决:一、维持济南市历下区人民法院(2020)鲁0102民初3468号民事判决第二项;二、撤销济南市历下区人民法院(2020)鲁0102民初3468号民事判决第一项、第三项、第四项及案件受理费部分;三、济南嘉居房地产经纪有限公司于本判决生效之日起十日内向雷某支付财产损失28010.4元、评估费3480元,共计31490.4元;四、牛某鑫对上述第一项、第三项判决确定的济南嘉居房地产经纪有限公司应承担部分承担连带清偿责任,于判决生效之日起十日内履行;五、李某敏于本判决生效之日起十日内向雷某支付财产损失10752.6元、评估费870元,共计11622.6元;六、驳回雷某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效判决认为:《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定,因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。即在违约责任和侵权责任竞合的情况下,当事人可择一主张权利。本院认为雷某明确的请求权基础法律关系性质,确定本案案由为财产损害赔偿纠纷,本案应按照侵权责任相关法律适用规则裁判。

关于雷某主张的财产损失数额问题。本院认为,根据山东得惠价格评估有限公司对火灾造成的财产损失进行的评估鉴定,位于室外走廊的损失

包含电梯（含门框）修复费用及电井门、吸顶灯等维修费用，结合一审查明的事实，雷某与嘉居公司共同垫付了电梯维修费用，且涉案室外连廊损失系因本案火灾引起，应由侵权人承担赔偿责任，一审法院将室外走廊损失计算为雷某的财产损失，并无不当。一审法院认定因火灾造成雷某财产损失 107526 元，本院予以确认。

根据《中华人民共和国侵权责任法》第八条规定，二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。现各方当事人均无证据证明火灾系因李某敏和嘉居公司共同侵权引起，一审法院认定李某敏、嘉居公司共同承担涉案财产损失的赔偿责任，无法律依据，本院予以纠正。各方当事人应当按照各自过错大小承担法律责任。

关于承担责任主体以及承担责任的比例问题。首先，雷某作为出租人，对出租房屋的适租性负责，并且应当对出租房屋进行安全检查，及时发现和排除安全隐患。雷某二审期间自述，涉案空调系 2011 年购买，2017 年从原来家里拆装到涉案房屋。现涉案空调使用年限达到 8 年，在发生事故前，曾多次维修，极大增加空调安全隐患，雷某作为出租人，未尽到审慎的注意义务，根据其举证情况，涉案事故的发生不能完全排除由于空调自身故障或质量等方面的原因造成，综合考虑涉案事故形成原因及过程、当事人履行义务情况、过错等因素，雷某对本次火灾事故造成的损失应自行承担相应责任。其次，根据雷某与嘉居公司签订的《济南市房屋出租委托合同》第九条第一项规定，出租委托期内该房屋及其附属设施的维修责任：甲方（雷某）负责自然损坏的，乙方（嘉居公司）负责人为损坏的，且嘉居公司曾对空调进行过维修，其没有证据证明嘉居公司已妥善尽到维修义务或排除安全隐患。嘉居公司在接到李某敏微信通知空调起火的视频后，作为专业经纪公司，未采取报警、告知李某敏断电等措施，致使火灾扩大，嘉居公司对涉案财产损失应根据其过错大小承担相应责任。李某敏作为租客，其作为事故现场第一人，在发现空调出现火苗后，未及时断电、报警，且在离开现场到楼下继续拍摄视频，客观上导致了火灾损失的扩大，其对涉案财产损失应负相应责任。本院综合考虑事故形成原因、当事人过错等案件实际情况，酌情确定雷某对涉案财产损失承担 50% 责任，嘉居公司对涉案财产损失承担 40% 责任，李某敏对涉案财产损失承担 10% 责任。

关于涉案租金损失。根据雷某与嘉居公司签订的《济南市房屋出租委

托合同》第六条第二款第一项，甲方将该房屋交付乙方后，无论该房屋实际出租与否，乙方均应按约定的租金标准向甲方支付租金。双方之间成立房屋租赁合同关系，嘉居公司、牛某鑫上诉主张其与雷某之间系委托代理关系，无事实依据，本院不予采纳。涉案侵权行为造成雷某租金损失，一审法院根据雷某与嘉居公司之间签订的合同约定的租金标准和实际损失情况，认定由嘉居公司承担租金损失，并无不当。

关于牛某鑫应否承担连带责任问题。牛某鑫在与雷某签订房屋出租委托合同中的担保人处签字，能够表明其自愿承担该合同项下所产生一切损失的法律后果，故其应当对嘉居公司承担赔偿责任部分承担连带赔偿责任。

【案例注解】

本案涉及两个核心问题：其一，违约责任与侵权责任竞合的情形下，当事人如何选择行使请求权及当事人未作出明确选择情形下，法院应如何处理；其二，转租房屋内空调自燃引发火灾造成财产损害的责任主体及如何承担责任的认定问题。

一、违约责任与侵权责任竞合时，当事人必须作出明确选择

法律责任竞合，是指行为人的同一行为符合两个或两个以上不同性质的法律责任之构成要件，依法应当承担多种不同性质的法律责任制度。^①

关于违约责任和侵权责任竞合的规定，《民法典》第一百八十六条的规定沿袭《合同法》第一百二十二条规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照合同法（《中华人民共和国民法典》合同编规定）要求其承担违约责任或者依照侵权责任法（《中华人民共和国民法典》侵权责任编规定）或其他法律要求其承担侵权责任。即在违约责任与侵权责任发生竞合的情况下，受损害一方当事人可以根据自己的利益判断，选择行使请求权，即可以基于对方当事人的违约行为提起违约责任之诉，要求对方当事人依法承担违约责任；也可以基于对方当事人的侵权行为提起侵权责任之诉，要求对方当事人依法承担侵权责任。

在违约责任与侵权责任竞合时，由于违约之诉与侵权之诉在案件管辖、

^① 王胜明：《侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第31页。

当事人主体资格、诉讼时效、归责原则、举证责任分配、责任范围等方面都有不同，受害人提起何种之诉对案件的审理结果会产生重大影响。因此，当事人作出选择后，法院应尊重当事人的选择。在出现当事人未作出明确选择的情形时，人民法院应当向其释明并要求其予以明确。释明后权利人仍未明确选择的，通过释明其不予选择的不利后果的情况下由当事人作出选择，其仍不选择导致案件无法继续审理的，可以裁定驳回起诉。通过法院释明，当事人作出明确选择，应以当事人依据的请求权基础法律关系确定案件案由。

二、转租房屋内空调自燃引发火灾造成财产损害的责任认定

当事人选择侵权责任之诉，侵权责任主体及如何承担责任的认定应重点考量，各租赁主体是否存在可归责于其自身的客观方面的原因及主观方面的过错等因素。租赁主体违反维修、安全隐患排查等法定或约定义务，可作为过错因素考量。同时，谁控制、管理危险源；谁能防范、消除安全风险及隐患，作为分析认定责任主体的考量因素。

（一）出租方应否承担责任的分析认定

实践中，出租方一般是通过租赁合同与承租方发生联系，租赁主体的义务内容范围一般通过合同予以明确约定。当事人选择侵权之诉主张权利，并不意味着不能考虑合同约定的任何内容，特别是义务约定内容。出租方违反法定义务或合同约定义务，可作为过错因素考量。同时还要重点考量是否存在可归责于出租方的客观方面的原因因素。

出租人的主要法定义务为：适租义务、维修义务及权利瑕疵担保义务。

1. 出租人的适租义务。适租义务主要是对租赁物的瑕疵担保责任，出租人应保证租赁物在租赁期间符合约定的用途。排除租赁物及相关设施安全隐患，使之符合安全使用性能，是出租人最起码、最基本的义务，更是适租义务题中应有之义。出租人一般作为租赁物的所有权人对租赁物的安全性能、使用年限、质量状况、是否存在瑕疵、隐患及是否维修过等情况最熟悉了解，其最具备消除安全隐患及控制风险的信息优势及能力。涉案空调使用年限达到 8 年，在发生事故前，曾多次维修，极大增加空调安全隐患，雷某作为出租人，未尽到审慎的注意义务，根据其举证情况，涉案事故的发生不能完全排除由于空调自身故障或质量等方面的原因造成。

上述因素均可作为可归责的因素考量。

2. 出租人的维修义务。出租人对租赁物的维修义务，派生于出租人对租赁物的瑕疵担保责任。^①出租人的维修义务是建立在租赁物的损坏不能归责于承租人。在因承租人的过错导致租赁物发生损坏的情况下，承租人的赔偿责任可以表现为对租赁物的维修。^②因此，出租人对租赁物的维修义务，得因承租人对租赁物损坏存在过错得以免除。

出租人虽可通过租赁合同将维修义务让渡于承租人，但在出现紧急维修情形或承租方、次承租方推诿维修义务时，出租人应基于安全至上、生命至上的价值考量积极担当作为，及时维修、排除安全隐患及风险，否则应承担相应责任。雷某作为出租人，对出租房屋及空调等设施的适租性负责，并且应当对出租房屋进行安全检查，及时发现和排除安全隐患。综合考虑涉案事故形成原因及过程、当事人履行义务情况、过错等因素，雷某对本次火灾事故造成的损失应自行承担相应责任。

（二）承租人一方应否承担责任的分析认定

承租人的法定义务主要为：适当使用租赁物、不得擅自转租、妥善保管租赁物、不得擅自添附及支付租金等义务。承租人相对于次承租人也是出租方，基于法定或合同约定也有适租及维修等义务。承租人应按照约定或者租赁物的性质使用租赁物。同时，承租人应当妥善保管租赁物及相关设施。承租人对租赁物保管不善，如何承担责任，有观点认为，只要承租人违反妥善保管义务导致租赁物的毁损、灭失，不考虑承租人的过错程度，都应使之承担完全的赔偿责任。^③也有观点认为，承租人对因保管不善导致租赁物损毁、灭失而承担过错责任。^④就承租人而言，因其过失行为，导致租赁物毁损的，除违反契约义务之外，同时侵害了出租人的所有权，承租人对租赁物亦负有不侵害之义务。^⑤

实务中承租人一般通过房屋内部分割、装修改造后转租，会改变房屋内部构造，改变电源控制开关及消防设施等空间布局，会增加安全隐患及

① 参见黄立主编：《民法债编各论》（上）中国政法大学出版社 2003 年版，第 209 页。

② 参见邓基联主编：《房屋租赁合同纠纷》，法律出版社 2010 年版，第 3 页。

③ 参见王利明：《合同法研究》（第 3 卷），中国人民大学出版社 2012 年版，第 317 页。

④ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2012 年版，第 589 页。

⑤ 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 1 册），北京大学出版社 2009 年版，第 207 页。

风险。同时，其也是次承租人的合同相对方，实践中的一般由承租方来主导维修。承租人嘉居公司曾对空调进行过维修，其没有证据证明嘉居公司已妥善尽到维修义务或排除安全隐患。嘉居公司在接到李某敏微信通知空调起火的视频后，作为专业经纪公司，未采取报警、告知李某敏断电等措施，致使火灾扩大，嘉居公司对涉案财产损失应根据其过错大小承担相应责任。

（三）次承租人一方应否承担责任的分析认定

次承租人的法定义务除包含上述承租人的义务外，其作为房屋及空调实际使用人，发现安全隐患应及时采取相应措施并基于诚信原则履行及时通知及协助等义务。李某敏作为租客，其作为事故现场第一人，在发现空调出现火苗后，未及时断电、报警，且在离开现场到楼下继续拍摄视频，客观上导致了火灾损失的扩大，其对涉案财产损失应负相应责任。

本院综合考虑事故形成原因、当事人过错等案件实际情况，酌情确定雷某对涉案财产损失承担 50% 责任，嘉居公司对涉案财产损失承担 40% 责任，李某敏对涉案财产损失承担 10% 责任。

生命健康安全至上，谁能控制、管理、防范、消除安全风险，就强化其责任主体意识和管理责任。出租方作为租赁物及相关设施提供方，应保证租赁物适租并对租赁物及相关设施承担瑕疵担保责任，保证租赁物及相关设施符合安全使用性能是其最基本义务。出租方应加强对租赁物及相关设施的维护、保养、维修及安全隐患排查等，对超过国家规定或产品行业规定的使用年限，应及时更换空调等相关租赁设施。承租方或次承租方在正常使用租赁物及相关设施过程中，发现安全隐患或瑕疵应及时采取相应措施消除风险，并负有通知及协助等义务。本案通过对房屋转租各主体的义务及责任的分析认定，强化各租赁主体的安全责任意识和安全注意义务，防范安全风险，及时消除安全隐患。该案例对群众进行安全警示教育，并引导群众加强安全发展理念，安全生产经营。

编写人：济南市中级人民法院立案庭 王立强

泮某甲诉胡某某等人排除妨害案

——农村承包地内墓地迁移问题的处理规则

关键词 迁坟 农村承包地 财产损失

【裁判要旨】

埋葬行为具有特殊的道德意义，不宜适用恢复原状的救济措施，可按照善良风俗原则支持被侵权人适当经济赔偿。如恢复原状后无法实现支配标的物的圆满状态，或者恢复原状行为本身与社会善良风俗相冲突，采用恢复原状行为救济则会造成裁判结果不合理，则应该对此慎重考虑。

【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第十条 处理民事纠纷，法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。

【案件索引】

一审：(2020)鲁0126民初3901号

二审：(2021)鲁01民终1325号

【基本案情】

泮某甲、胡某某、潘某甲、潘某乙、潘某丙均系商河县白桥镇潘桥村人，胡某某为涉案墓主人泮某乙之妻，潘某甲、潘某乙、潘某丙为其子女。2011年，潘桥村村委会第一大队针对本次三块闲散土地（小坟地、小湾子、西河崖）按人口平均分配，并对分得土地中原有坟墓的增加面积补偿，泮某甲分得小坟地土地一宗，即本案涉案坟墓所在土地，胡某某等分得小湾子土地一宗。2015年夏天，泮某乙去世，其弟泮某丙代表家族与泮某甲协商，将泮某乙坟墓与其前妻合葬并迁入泮某甲土地，另外一同迁入的还有泮某丙父亲及爷爷的坟墓，双方商定给予部分土地作为补偿。秋后泮某

丙将家族分得的小湾子部分土地交由泮某甲耕种，未约定耕种期限。2020 年 9 月 22 日，泮某丙在上述交由泮某甲耕种的土地上抢种作物，泮某甲遂将小坟地内三座坟墓铲平，商河县公安局作出行政处罚决定书，给予泮某甲行政拘留八日的行政处罚。

泮某甲认为承包地被抢种，换地约定未履行，遂起诉要求判令胡某某等人停止侵权，恢复土地原状，赔偿经济损失 10000 元。胡某某等人辩称，涉案土地是村里的公共墓地，并且家里给泮某甲补偿过一块土地，泮某甲并无任何损失。

【裁判结果】

山东省商河县人民法院作出（2020）鲁 0126 民初 3901 号民事判决，判决：一、胡某某等人于判决生效后十日内将泮某乙坟墓迁出泮某甲承包地；二、驳回泮某甲的其他诉讼请求。

济南市中级人民法院作出（2021）鲁 01 民终 1325 号民事判决，判决：一、撤销山东省商河县人民法院（2020）鲁 0126 民初 3901 号民事判决；二、胡某某等人于判决生效之日起十日内赔偿泮修清经济损失 2000 元；三、驳回泮某甲的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效判决认为，胡某某等人一方，为了在泮某甲分得的涉案地块中为自家建坟而自愿达成换地协议，之后又抢种已交换给泮某甲的土地，导致泮某甲对所换土地或坟地所占用土地的收益受到损害，胡某某等人作为墓主人一方，应当承担相应违约责任。关于法律责任的承担问题，《中华人民共和国民法总则》第十条规定，处理民事纠纷，法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。坟地是后辈祭祀先祖、寄托哀思的重要场所，具有特殊的意义。泮某甲要求胡某某等人将坟墓迁出、恢复原状的诉讼请求，有悖于民间死者“入土为安”的善良风俗。其要求胡某某等人迁坟的主张不予支持。但是根据法律规定，违约方应对其违约行为承担相应民事责任。本案中泮某甲所受损失系涉案墓地所占地部分被抢种的收益，该部分损失系财产损失，完全可以通过金钱补偿的方式进行弥补。关于赔偿损失的具体数额，综合考虑坟地面积、当地经济水平等因素，酌

情确定胡某某等人赔偿泮某甲 2000 元。二审判决：一、撤销山东省商河县人民法院（2020）鲁 0126 民初 3901 号民事判决；二、胡某某等人于判决生效之日起十日内赔偿泮修清经济损失 2000 元；三、驳回泮某甲的其他诉讼请求。

【案例注解】

涉农村纠纷审理中，祖坟等墓地占用承包地的现象十分普遍，这与农村传统息息相关，承包地和部分村民祖坟有时候交织在一起，处理起来十分棘手。作为涉案当事人来讲，迁与不迁均非恶意，更多的是寄托了对于死者的尊重，这属于中国乡土农村的文化传统，单靠法律规则解决不一定能取得良好的社会效果，对于此类纠纷处理不当，可能会带来十分严重的社会矛盾。

具体到本案中，两种观点均有支持者：一是公墓的设立须经一定的行政审批手续，2015 年双方就土地互换补偿和迁坟事宜达成一致意见，2020 年泮某丙在上述交由泮某甲耕种的土地上抢种作物的行为，导致原有合意变更，泮某甲请求排除妨害有一定的依据；另一种观点认为，从裁判结果的社会效果出发，根据民法典的相关规定，处理民事纠纷，法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。判决将坟墓迁出、恢复原状，有悖于民间死者“入土为安”的善良风俗，同时作为农村熟人社会来讲，也有加重乡里矛盾的可能。尊重乡俗，并对于被占地一方给予相应经济补偿，既体现了双方当事人的利益平衡，也有利于缓和矛盾。并且结合农村一般传统，承包地里有村里某氏族的坟冢也是常见的，并有着约定俗成的认识，二审法院的处理更符合传统。

该案例从理论上来看，基于埋葬行为具有特殊的道德意义，不宜适用恢复原状的救济措施，可按照善良风俗原则支持被侵权人适当经济赔偿。如恢复原状后无法实现支配标的物的圆满状态，或者恢复原状行为本身与社会善良风俗相冲突，采用恢复原状行为救济则会造成裁判结果不合理，则应该对此慎重考虑。从善良风俗原则的可适用性上看，其中的迁坟问题触及传统观念和不同地区的风俗习惯，作为法律未有具体规定时的补充，不可被滥用。适用善良风俗之前应审查：一是该风俗习惯在特定范围内得到普遍认可，并为诉讼双方当事人所共同熟知。二是该风俗习惯具有合理

性，即在内容上要符合公序良俗的要求，形式上符合法律的精神和原则，并为社会公众所接受。从法社会学的角度，这也充分体现了中国司法的特点，践行着马锡五审判方式的理论精髓，这是中国共产党人对司法理念和审判制度的创造性贡献，是人民司法制度的源头活水。与西方国家崇尚“诉讼解决争端”的思想不同，该案例的处理集中体现了“以和为贵”的矛盾争议解决传统，是一条中国特色司法为民之路，新时代的“枫桥经验”，有利于建设和谐美丽新乡村。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 刘丹丹
济南市中级人民法院研究室 乔斌

李某诉山东某物业服务有限公司 物业服务合同案

——物业服务合同纠纷中业主诉权的行使方式

关键词 物业服务合同 业主诉权 行使方式

【裁判要旨】

物业服务合同是《中华人民共和国民法典》合同编第二十四章新规定的有名合同。业主根据《中华人民共和国民法典》第二百八十七条规定主张权利时，对物业服务人侵害自己专属合法权益的行为，可以采取自行起诉物业服务人的方式行使权利；对物业服务人侵害业主与其他业主共有合法权益的行为，如提供的公共服务违反合同约定等，因该项权利为小区共同管理的权利，应当通过业主大会、业主委员会依照法定程序行使，而不能由业主自行起诉。

【相关法条】

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

第二百七十八条第一款第八项、第九项 下列事项由业主共同决定：……（八）改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动；（九）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

【案件索引】

济南市市中区人民法院（2021）鲁0103民初1171号

济南市中级人民法院（2021）鲁01民终4366号

【基本案情】

李某诉称：山东某物业服务有限公司（以下简称“山东某物业公司”）自2018年5月24日入住某某小区已30个月，未履行《某某小区方案（一）》《物业管理委托合同》《某某小区物业补充协议》约定，未按合同约定对增划的34个地上车位收取400元/月/辆的地上车位费；未对小区进出口进行改造，未免费增设二环路进出口车辆识别道闸系统等两部道闸系统，造成某某小区合法车位外长时间停车，特别是消防通道长时间停车，小区共有19个单元电梯去往地下停车的消防安全通道，12个被长时间霸占停车，占比达63%，且有些车辆原地不动的连停数天甚至数周。为此，特向法院提起物业服务合同纠纷之诉，请求：1. 判令山东某物业公司在某某小区二环路进出口安装车辆识别道闸系统且正常使用；2. 判令山东某物业公司正常使用某某小区住宅区西进出口车辆识别道闸系统；3. 判令山东某物业公司做到某某小区合法车位外严禁停车；4. 判令山东某物业公司对某某小区增划的34个地上车位每个车位每个月停车收取400元；5. 判令山东某物业公司承担诉讼费、律师费及公告费等费用。

山东某物业公司辩称，李某不是适格的主体，不符合法定的起诉条件。

法院经审理查明：2018年5月8日，山东某物业公司向某某小区业主委员会提交《某某小区方案（一）》，其中包含“对小区进行封闭式管理，二环路进出口增设车辆识别道闸系统”等内容。该方案对某某小区业主进行了公示。2018年5月8日至2018年5月24日，某某小区召开了业主大会。2018年5月24日，某某小区业主委员会与山东某物业公司签订《物业管理委托合同》及《某某小区物业补充协议》，其中《物业管理委托合同》第5条第2项约定“车位外严禁停车”，第7条约定“负责向业主和物业使用人收取下列费用：……地上车位收费：400元/月/辆”，《某某小区物业补充协议》第2条约定“……对小区进出口进行改造，山东某物业公司免费增设两部道闸，对原有道闸进行升级改造”。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2021年3月26日作出（2021）鲁0103民初1171号民事裁定，驳回李某的起诉。宣判后，李某提出上诉。

济南市中级人民法院于 2021 年 5 月 25 日作出 (2021) 鲁 01 民终 4366 号民事裁定, 驳回上诉, 维持原裁定。

【裁判理由】

法院生效裁判认为: 物业服务人应当接受业主的监督, 业主对物业服务人侵害自己专属合法权益的行为, 有权自行请求物业服务人承担民事责任。但物业服务合同的履行涉及小区全体业主, 而业主对物业服务的满意程度, 因业主个体的实际感受而可能存在不同。业主对物业服务情况, 可以向物业服务人提出询问, 物业服务人应当予以答复。但若因此允许个别业主基于对全体业主有效的物业服务合同, 任意对物业服务人提起诉讼, 也将影响小区物业服务公共秩序。若业主认为物业服务人违反物业服务合同, 损害全体业主利益, 可通过业主大会、业主委员会形成决议, 直接要求物业服务人履行合同; 物业服务人拒不履行的, 可由业主委员会根据业主大会决议代表全体业主, 起诉请求物业服务人履行合同; 业主大会亦可直接依法解聘物业服务人, 另行选聘其他物业服务人。从李某的诉请内容可见其热心公益, 本案并非李某因自己专属合法权益被侵犯而提起的诉讼; 涉案小区的业主大会、业主委员会运行过程中出现困难, 李某可向当地人民政府有关部门、居民委员会寻求协助, 但直接起诉本案不妥。一审法院裁定驳回李某的起诉正确, 应予以维持。

【案例注解】

物业服务合同是《中华人民共和国民法典》合同编第二十四章新规定的有名合同。

本案例综合适用《中华人民共和国民法典》第二百七十八条、第二百八十七条, 准确区分了业主可以向物业服务人主张的权利与主张权利的方式; 既释明了业主依法维权的方式, 又防止了个别业主基于自身感受而不当主张权利; 通过裁定驳回起诉的方式, 对此类物业服务合同纠纷实现了诉源治理。具体如下:

物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内, 为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务, 业主支付物业费的合同。

根据《中华人民共和国民法典》第九百三十九条的规定，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。因此，物业服务合同与通常的民事合同相比，具有合同的订立主体与履行主体不一致的特点，即建设单位、业主委员会代表业主全体与物业服务人订立合同，物业服务人与各个业主具体履行合同。物业服务合同订立主体与履行主体的不一致，导致物业服务人与业主之间因物业服务合同履行经常发生争议。在民法典施行前，此类争议通常表现为物业服务人向业主主张欠交的物业费，而业主抗辩物业服务人提供的物业服务存在问题，拒绝交纳物业费。民法典施行后，业主维权意识进一步提高，出现了单个业主认为物业服务人对小区整体的服务，违反物业服务合同的约定，要求物业服务人继续履行的案件。本案就是典型。

1. 业主个人认为物业服务人对小区整体的服务，违反物业服务合同的约定，不能以自己的名义直接向人民法院起诉，而应通过业主大会、业主委员会主张权利。

物业服务合同的履行涉及小区共同管理权利的行使，事关小区全体业主，而业主对物业服务的满意程度，因业主个体的实际感受而可能存在不同。业主对物业服务情况，可以向物业服务人提出询问，物业服务人应当予以答复。但若因此允许个别业主基于对全体业主有效的物业服务合同，任意对物业服务人提起诉讼，也将影响小区物业服务公共秩序。根据民法典第二百七十八条规定，若业主认为物业服务人违反物业服务合同，损害全体业主利益，可通过业主大会、业主委员会形成决议的形式，要求物业服务人履行合同；物业服务人拒不履行的，可由业主委员会根据业主大会决议代表全体业主，起诉请求物业服务人履行合同；业主大会亦可直接依法解聘物业服务人，另行选聘其他物业服务人。

本案中，从李某的诉请内容可见其热心公益而提起的诉讼。但单个业主毕竟不能代表全体业主。若允许单个业主因不满物业服务人对小区的整体服务，而起诉物业服务人，可能导致物业服务人疲于应诉，进而影响小区的物业服务，更不利于小区物业服务水平的保持和提高。业主个人对物业服务人履行物业服务合同的行为不满意，认为物业服务人履行物业服务合同违约，不能以自己的名义直接向人民法院起诉，而应通过业主大会、

业主委员会依法定程序主张权利。

2. 民法典第二百八十七条并非业主直接起诉前述案件的依据。

民法典第二百八十七条规定：“业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。”该条文规定了物业服务人侵害业主自己合法权益的，业主有权请求物业服务人承担民事责任。但是，针对物业服务人不同的行为，业主行使权利的方式并不相同。第一，物业服务人侵害业主自己的专属合法权益时，比如侵害业主对自己专有部分的权利时，业主有权直接请求物业服务人承担民事责任。第二，物业服务人侵害业主与其他业主共有的合法权益时，比如物业服务人在履行物业服务合同时，提供的公共服务违反合同约定，业主虽有权请求物业服务人承担民事责任，但因该项权利为小区共同管理的权利，应当通过业主大会、业主委员会依照法定程序行使，而不能由业主个人单独行使。

编写人：济南市中级人民法院民一庭 许海涛 刘秋月

赵某诉济南泉景文卓置业有限公司 商品房销售合同案

——合同成立并生效后缔约过失责任的承担

关键词 缔约过失责任 违约责任 合同成立并生效 信赖利益损失

【裁判要旨】

根据《民法典》第五百条规定，当事人违反先合同义务给对方造成损失的，应承担缔约过失责任。本案中，济南泉景文卓置业有限公司（以下简称泉景文卓公司）作为专业的商品房开发商，在楼盘预售、销售阶段对于医院、交通、环境等进行虚假、夸大宣传，涉案商品房买卖合同虽已成立并生效，双方也已实际履行，但泉景文卓公司违反先合同义务的行为仍然给购房人造成一定的损失。购房人申请对涉案房屋在签订合同时排除虚假宣传后的实际价值进行鉴定，鉴定机构出具的分析说明中虽认为现状下无法就三项虚假宣传对涉案房屋价格的影响出具明确金额，但亦明确认可“三甲医院”及轻轨对楼盘价格存在一定影响。故泉景文卓公司违反先合同义务，应当承担缔约过失责任，向购房人承担损失赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五百条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。

《中华人民共和国合同法》第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或

者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条 民法典施行后的法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定。民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。第二条 民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2021）鲁0103民初3905号（2021年5月10日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终5753号（2021年12月13日）

再审：山东省高级人民法院（2022）鲁民申1079号（2022年3月28日）

【基本案情】

原告赵某诉称：泉景文卓公司作为房地产开发企业，在广告宣传及工作人员介绍中，宣传片区配套初中为实验初中或育英中学，宣传片区规划建设三级甲等医院，宣传项目周边有M5轻轨线经过。赵某在相信上述宣传的内容均真实的情况下，于2018年5月18日与泉景文卓公司签订《济南市商品房买卖合同》及补充协议等，并按照合同约定履行付款义务。2020年10月，赵某得知泉景文卓公司及工作人员的上述宣传为虚假宣传，并被济南市市中区市场监督管理局作出济市中市监检字（2020）10号行政处罚决定书，对泉景文卓公司予以罚款。本案中，涉案商品房买卖合同是泉景文卓公司以虚假宣传的手段致使赵某相信其虚假宣传的内容后订立的，造成了赵某信赖利益损失。根据《合同法》第四十二条之规定，泉景文卓公司应当承担民事赔偿责任。请求：1. 判令泉景文卓公司退还赵某房屋总价差价款1万元（暂计）并支付贷款利息损失（以1万元为基数，按贷款合同约定的年利率自2019年12月31日起至实际支付之日止），同时

判令泉景文卓公司支付逾期交房违约金；2. 本案诉讼费等相关费用由泉景文卓公司承担。

被告泉景文卓公司辩称：赵某全部诉讼请求无事实及法律依据，请求人民法院驳回。1. 签订合同过程中，泉景文卓公司不存在欺诈的故意，没有实施欺诈的行为，没有隐瞒或者虚构任何事实，且赵某没有陷入错误认识，双方签订合同均是真实意思表示，所以赵某主张泉景文卓公司欺诈无事实依据，赵某无权要求变更合同条款进而主张差价和损失。2. 合同条款约定系缔约双方的自由意思表示，当事人无权请求法院干涉、参与、变更。3. 泉景文卓公司不存在违约事实，赵某起诉主张违约金无依据。综上，就涉案项目规划范围外涉及的配套设施规划的不确定性以及对赵某可能造成的不利影响，泉景文卓公司均在合同签订前披露、告知了赵某，不存在的欺诈的故意和行为，双方签订协议的意思表示真实、有效。合同签订后，泉景文卓公司严格按照合同约定履行义务，不存在违约行为。赵某全部诉讼请求无事实及法律依据，请求人民法院依法驳回。

法院经审理查明：2018年5月18日，赵某与泉景文卓公司签订《济南市商品房买卖合同》一份，约定赵某购买泉景文卓公司开发的某项目商品房，单价为每平方米16451.55元，房屋总价款为1697800元。合同签订后，赵某依约向泉景文卓公司支付了购房款项。

另查明，泉景文卓公司在销售其开发的涉案项目商品房过程中，济南市市中区市场监督管理局认为该公司就其开发建设的该房地产项目作虚假或引人误解的商业宣传，违反了《反不正当竞争法》第二十条规定，对其作出行政处罚决定。泉景文卓公司对该行政处罚决定不服，遂提起行政诉讼。经审理，济南市中级人民法院作出生效行政判决，认定：1. “千亩大盘”的宣传。泉景文卓公司通过网站和印刷品宣传涉案项目为千亩大盘，但实际上仅取得约450亩左右的土地，与千亩大盘存在较大的差距，存在规模夸大的虚假宣传。2. M5轻轨的宣传。地铁是否经过房地产项目，显然会影响到房地产的价格和价值。在M5轻轨未投入建设的情况下，泉景文卓公司仅凭政府发布的规划信息即作出宣传，意在借此提升房价，认为构成虚假宣传符合客观事实。3. 三甲医院问题，泉景文卓公司在其沙盘中有“三甲医院”字样及模型，宣传片区规划有“三甲医院”，该宣传内容与实际情况不符，认为该宣传容易误导购房者，构成虚假宣传。

再查明，针对该小区其他业主起诉泉景文卓公司，泉景文卓公司称因泉景文卓公司虚假宣传要求解除双方签订的《商品房买卖合同》一案，济南市中级人民法院于2021年3月24日作出(2021)鲁01民终2646号民事判决，该判决本院认为部分认定：“泉景文卓公司就涉案房地产项目所做的宣传已被相关行政部门认定为虚假宣传，宣传的内容虽未订入合同中，不视为合同内容，泉景文卓公司构成缔约过失，郭某某不能据此要求泉景文卓公司合同的违约责任……。”

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于2021年5月10日作出(2021)鲁0103民初3905号民事判决：驳回赵某的诉讼请求。

宣判后，赵某不服，向济南市中级人民法院提起上诉。济南市中级人民法院于2021年12月13日作出(2021)鲁01民终5753号民事判决，认为泉景文卓公司违反先合同义务，应承担相应的缔约过失责任。判决：一、撤销济南市市中区人民法院(2021)鲁0103民初3905号民事判决；二、泉景文卓公司于本判决生效之日起十日内赔偿赵某损失25467元；三、驳回赵某的其他诉讼请求。

泉景文卓公司不服二审判决，向山东省高级人民法院申请再审，山东省高级人民法院于2022年3月28日作出(2022)鲁民申1079号民事裁定：驳回泉景文卓公司的再审申请。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：根据《民法典》第五百条规定，当事人在订立合同过程中违反诚信缔约等先合同义务给对方造成损失的，应承担缔约过失责任。涉案商品房买卖合同虽已成立并生效，但合同的成立或生效，并不能当然避免对方当事人损失的发生。违反先合同义务给对方造成的损失完全可能发生在合同成立或生效后，如果该损失仅因为合同的成立或生效而无法得到赔偿，显然有失公正。故合同的成立或生效并不应消灭违反先合同义务行为人的法律责任。当事人是否承担缔约过失责任，应根据其违反的合同义务的性质判断。本案中，泉景文卓公司作为专业的商品房开发商，在楼盘预售、销售阶段采用了虚假宣传、夸大宣传，对于医院、交通、环

境等进行的虚假宣传，违反了先合同义务，应当承担缔约过失责任，向购房人承担损失赔偿责任。关于损失数额的确定问题，购房人申请对涉案房屋在签订合同时排除虚假宣传后的实际价值进行鉴定，鉴定机构出具的分析说明中虽认为现状下无法就三项虚假宣传对涉案房屋价格的影响出具明确金额，但亦明确认可“三甲医院”及轻轨对楼盘价格存在一定影响，在鉴定机构无法出具明确意见的情况下，宜由法院自由裁量确定损失数额。综合考量涉案商品房项目所在位置、虚假宣传的具体内容、虚假宣传对房价的影响、所在区域整体房屋价格的走势等因素，兼顾法治营商环境等情况，酌定泉景文卓公司承担涉案房屋总价款 1.5% 的赔偿额。

【案例注解】

本案裁判的关键问题是明确商品房买卖合同成立并生效后，房地产开发商对其违反先合同义务的虚假宣传行为应如何承担责任。

先合同义务是指当事人在缔约阶段，按照诚信原则应承担的协助、通知、保护、忠实等义务。先合同义务可以归纳为四种类型：诚信缔约义务、告知义务、保密义务、其他先合同义务。缔约过失责任是当事人违反法定的先合同义务应承担的民事责任。一般认为，缔约过失责任的成立须具备下列条件：（1）缔约人在缔约过程中违反先合同义务；（2）缔约相对方受有损害；（3）违反先合同义务与损害有因果关系；（4）违反先合同义务方存在过错。缔约过失责任与违约责任的区别在于：（1）缔约过失责任是违反法定的先合同义务应承担的民事责任，违约责任是违反约定的合同义务应承担的民事责任；（2）缔约过失责任以行为人有过错为构成要件，而违约责任以无过错为原则；（3）缔约过失责任与合同的成立和生效没有必然的联系，多数情况下是在合同成立或生效之前，而违约责任的承担以合同的成立并生效为前提条件。

合同成立或生效后，因为合同的履行，或许行为人违反先合同义务不会给对方当事人造成损失，但是，合同的成立或生效，并不能当然避免对方当事人损失的发生。即违反先合同义务给对方造成的损失完全可能发生在合同成立或生效后，如果该损失仅因为合同的成立或生效而无法得到赔偿，显然有失公正。合同的成立或生效并不应消灭违反先合同义务行为人的法律责任。当事人承担违约责任还是缔约过失责任，并非

根据合同是否成立和生效来判断，而是根据其违反的合同义务性质来判断。违反法定先合同义务的承担缔约过失责任，违反合同约定义务的承担违约责任。

缔约过失责任是行为人对对方信赖利益损失承担的责任。信赖利益损失可以从以下几个方面予以把握：（1）信赖利益损失限于直接损失，一般不包括因此错失的机会损失等间接损失，否则，信赖利益损失就可能会漫无边际，不当加重当事人的责任；（2）不能参照合同约定来确定信赖利益的范围；信赖利益不得超过履行利益；（3）信赖利益损失属于财产损失，不包括人身损害或精神损害，当事人在缔约过程中遭受的人身或精神损害，应当根据《侵权责任法》的相关规定提出请求，而不能基于缔约过失责任提出。

在司法实践中，对于缔约过失责任的认知一直处于动态变化之中。《民法典》施行之前，《合同法》第四十二条对缔约过失责任进行了规定：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。在对该条款的理解与适用过程中，由于缔约过失责任是缔约当事人违反先合同义务而产生的民事责任。所以当时通用的观点认为缔约过失责任应适用于因当事人的缔约过失导致合同未成立或生效的情况下，在合同成立并生效后，双方当事人之间的权利义务应受到违约责任的约束。但随着实践经验的积累，人们对缔约过失责任的认知也在不断地变化，实践中会出现虽然当事人违反先合同义务，但双方合同仍然成立并生效的情况。为促进交易的发展，保障当事人的合法权益，在《民法典》施行后，对缔约过失责任有了进一步细化的认识和规定，虽然法律条文中对缔约过失责任的规定与《合同法》中的规定基本一致，但在其理解与适用中，拓展了缔约过失责任适用的外延，认为当事人承担违约责任还是缔约过失责任，并非根据合同是否成立和生效来判断，而是根据其违反的合同义务性质来判断，若行为人因违反先合同义务给对方造成信赖利益损失，无论合同是否成立或生效，违反先合同义务的一方都应承担缔约过失责任。进一步明确了合同成立并生效后当事人仍可承担缔约过失责任。人民法院在审理相关案件时，应当深刻领会《民法典》



关于缔约过失责任规定的立法精神，在相关案件中依法认定缔约过失责任，保护缔约双方的合法权益。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 李 静
济南市中级人民法院民五庭 刘悦如

济南市兴盛源物资有限公司诉 杭州国屹建设有限公司民间借贷案

——名为借款合同实为票据转让法律关系的认定

关键词 借款合同 票据转让关系 票据贴息

【裁判要旨】

当事人之间以签订《借款合同》约定借款利息为形式，但实质系以获取票据贴息为目的的，应认定当事人之间为票据转让关系，而非民间借贷法律关系。出借人以民间借贷法律关系为基础主张权利，法院应向出借人释明是否以票据转让关系为基础变更诉讼请求，出借人拒绝变更的，法院可判决驳回其诉讼请求。

【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款 民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。

《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

《中华人民共和国合同法》第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。

《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》第十四条第一款 原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼，被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉，并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的，人民法院应当依据查明的案件事实，按照基础法律关系审理。

【案件索引】

一审：济南市莱芜区人民法院（2021）鲁0116民初5152号（2021年12月2日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁01民终624号（2022年2月14日）

【基本案情】

原告济南市兴盛源物资有限公司（以下简称济南兴盛源公司）诉称：2020年10月13日，杭州国屹建设有限公司（以下简称杭州国屹公司）因资金周转需要向济南兴盛源公司借款2000000元，并签订《借款合同》、《借款合同》之补充协议各一份。《借款合同》及补充协议对借款金额、借款期限、利息、逾期利息及双方的其他权利义务做出了约定，同时约定杭州国屹公司应当向济南兴盛源公司支付维权所花费的诉讼费、财产保全费、律师费及其他一切费用。合同签订后济南兴盛源公司按照约定支付了借款，借款到期后多次向杭州国屹公司催要，但杭州国屹公司迟迟未返还。为此，特向法院提起民间借贷之诉，请求：1. 判令杭州国屹公司向济南兴盛源公司偿还借款本金2000000元及逾期利息；2. 本案诉讼费、保全费、保全保险费、律师费等一切实现债权的费用由杭州国屹公司承担。

被告杭州国屹公司辩称：济南兴盛源公司与杭州国屹公司之间成立票据转让或贴息的合意及事实，不存在借款合同的法律关系。2020年9月30日，杭州国屹公司因资金短缺向济南兴盛源公司提出以未到期商票贴息兑付的方式于济南兴盛源公司处提前承兑或转让，济南兴盛源公司于2020年10月12日确认同意并表示案涉票据载明至出票人及承兑人存在兑付不能的风险要求杭州国屹公司就该未到期票据以票据金额200万元，按年利率率20%贴息予以承兑或转让；后济南兴盛源公司于2020年10月13日通过微信向杭州国屹公司发送《20201013商票贴息明细杭州国屹》《借款合同（商票转让）》《借款合同之补充协议20201013杭州国屹》的合同模板，杭州国屹公司因资金周转不得已转签署案涉协议，并依济南兴盛源公司要求背书转让案涉票据及支付相应贴息款项。济南兴盛源公司与杭州国屹公司之间不存在借款合同法律关系，应依法予以驳回。

法院经审理查明：济南兴盛源公司作为出借人与杭州国屹公司作为借款人签订《借款合同》，约定杭州国屹公司向济南兴盛源公司借款 200 万元，杭州国屹公司自愿将票面金额与借款金额一致的未到期商业承兑汇票背书转让给济南兴盛源公司，借款期限自商业承兑汇票转让当天至 2021 年 8 月 14 日（具体还款金额及期限按商业承兑汇票逐笔确定，借款本金到期由票据承兑人支付）。同日，双方签订《借款合同之补充协议》，约定借款利率为年利率 20%，借期内利息为 34 万元，考虑到商业承兑汇票到期日可能因节假日等原因不能及时兑付，杭州国屹公司同意另行向济南兴盛源公司支付三日利息即 3330 元，借期内利息合计 343330 元。济南兴盛源公司向杭州国屹公司支付第一期借款本金 160 万元，杭州国屹公司将该利息支付给济南兴盛源公司后，济南兴盛源公司再将剩余借款本金 40 万元支付给杭州国屹公司。《借款合同》签订后，济南兴盛源公司按合同约定向杭州国屹公司支付 160 万元本金，杭州国屹公司向济南兴盛源公司支付 343330 元后，济南兴盛源公司将第二期本金 40 万元支付给杭州国屹公司。济南兴盛源公司在该商业承兑汇票到期后提示承兑人付款，承兑人拒绝付款。

【裁判结果】

济南市莱芜区人民法院于 2021 年 12 月 2 日作出（2021）鲁 0116 民初 5152 号民事判决，判决：一、杭州国屹建设有限公司于判决生效之日起五日内偿还济南市兴盛源物资有限公司借款本金 1656670 元及利息（以 1656670 元为基数，自 2020 年 10 月 14 日起至实际给付之日止，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的 4 倍计算）；二、杭州国屹建设有限公司于判决生效之日起五日内支付济南市兴盛源物资有限公司财产保全保险费 2640 元及律师费 10000 元。

宣判后，杭州国屹公司提出上诉，济南市中级人民法院于 2022 年 2 月 14 日作出（2022）鲁 01 民终 624 号民事判决，撤销济南市莱芜区人民法院（2021）鲁 0116 民初 5152 号民事判决，驳回济南市兴盛源物资有限公司的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于济南兴盛源公司与杭州国屹公司之间法律关系的认定问题，可从以下几个方面分析：首先，从双方签订的《借款合同》及补充协议的内容而言，合同内容同时涉及借款合同关系和票据转让关系，即《借款合同》约定的借款金额、借款期限与票据票面金额、票据承兑期限完全一致；合同中有专门条款约定票据背书转让后，票据所体现的资产权利随之不可撤销的转让；关于票据权利的实现，双方约定票据权利不能实现时，济南兴盛源公司对杭州国屹公司享有追索权，票据按期兑付后视为借款本金的清偿，票据不能按期承兑的，借款本金应立即偿还并支付逾期利息。根据上述约定内容，除与借款相关事宜外，合同约定更侧重于票据转让及票据权利的实现问题。

第二，从双方对涉案合同的实际履行情况而言，济南兴盛源公司向杭州国屹公司支付第一笔本金 160 万元后，杭州国屹公司即向济南兴盛源公司将借款期限内（同时亦为承兑期限内）的利息 343330 元支付给济南兴盛源公司，后济南兴盛源公司向杭州国屹公司提供第二笔本金 40 万元。在济南兴盛源公司未完全向杭州国屹公司提供借款的情况下，杭州国屹公司即全额支付借期内利息，此与民间借贷中出借人预扣利息的交易形式不符，结合两公司法定代表人微信聊天记录内容，双方沟通均围绕票据权利实现及贴息利率标准展开，故该借期内利息 343330 元具有杭州国屹公司为实现融资利益，牺牲时间利益而支付的票据贴息的性质。

第三，从双方在《借款合同》及补充协议体现的意思表示而言，杭州国屹公司将票据背书转让给济南兴盛源公司，并未作出任何以票据对涉案借款提供担保的意思表示，且合同约定杭州国屹公司对票据资产权利的转让具有不可撤销性，故双方并未就以票据提供担保达成合意。

最后，从涉案纠纷处理的法律后果而言，《借款合同》约定票据到期不能承兑时，杭州国屹公司应立即偿还借款本金，但合同同时约定济南兴盛源公司有权向杭州国屹公司进行追索，杭州国屹公司应承担的清偿金额为济南兴盛源公司尚未收到相应款项的票据面额总和。据此，济南兴盛源公司既可向杭州国屹公司行使借款偿还请求权，又可行使票据追索权，由此出现济南兴盛源公司双重受偿的法律后果。若济南兴盛源公司怠于向承

兑人主张权利，亦拒绝向杭州国屹公司交回票据，将导致杭州国屹公司无法行使票据权利，造成权利失衡的法律后果。

综上，《借款合同》及补充协议所体现的核心内容系双方之间的票据转让关系，借款事宜约定仅是客观表象，其实质是以济南兴盛源公司为获得票据贴息为目的的票据转让关系。因济南兴盛源公司以民间借贷关系起诉，一审未变更诉讼请求，对双方之间的票据关系不宜在二审中一并审理，故撤销一审判决，驳回济南兴盛源公司的诉讼请求。济南兴盛源公司可按票据关系另行起诉。

【案例注解】

票据贴现是指持票人在商业汇票到期日前，贴付一定利息将票据转让至具有贷款业务资质法人的行为。持票人持有的票据应为依法合规取得，具有真实交易关系，因税收、继承、赠与等依法无偿取得票据的除外。《商业汇票承兑、贴现与再贴现管理暂行办法》第二十条规定：“办理票据贴现业务的机构，是经中国人民银行批准经营贷款业务的金融机构（以下简称贴现人）。”中国人民银行、中国银保监会关于《商业汇票承兑、贴现与再贴现管理办法（征求意见稿）》第十五条规定：“商业汇票的贴现人，应当具备以下条件：（一）在中华人民共和国境内依法设立的、具有贷款业务资质的法人；（二）有健全的票据贴现业务管理制度和内部控制制度；（三）主要监管指标符合中国人民银行和中国银保监会等的规定；（四）最近二年未出现6个月以内3次以上付款逾期、连续3个月以上未按中国人民银行公告（2020）第19号披露承兑信息的情况；（五）经营和财务状况良好；（六）中国人民银行和中国银保监会等规定的其他条件。”《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（国务院令 第588号）第四条第一款第三项规定：“本办法所称非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：……（三）非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖；……”。票据贴现属于国家特许经营业务，合法持票人向不具有法定贴现资质的当事人进行“贴现”的，该行为应当认定无效，贴现款和票据应当相互返还。经济交往实践中，有些人为了谋取不当利益，无视民间票据贴现的规定，擅自从事票据贴现业务活动。该类票据贴现活动往往具有隐蔽性，以签订借

款合同、约定借款利息形式的交易方式是其惯用方式。

本案中，双方《借款合同》及补充协议所体现的核心内容系双方之间的票据转让关系，借款事宜约定仅是客观表象，其实质是以济南兴盛源公司为获得票据贴息为目的的票据转让关系。且从涉案纠纷处理的法律后果而言，《借款合同》约定票据到期不能承兑时，杭州国屹公司应立即偿还借款本金，但合同同时约定济南兴盛源公司有权向杭州国屹公司进行追索，杭州国屹公司应承担的清偿金额为济南兴盛源公司尚未收到相应款项的票据面额总和。据此，济南兴盛源公司既可向杭州国屹公司行使借款偿还请求权，又可行使票据追索权，由此出现济南兴盛源公司双重受偿的法律后果。若济南兴盛源公司怠于向承兑人主张权利，亦拒绝向杭州国屹公司交回票据，将导致杭州国屹公司无法行使票据权利，造成权利失衡的法律后果。

生效裁判通过对《借款合同》内容、双方实际履行合同的情况以及涉案纠纷处理的法律后果等角度进行分析，认定本案中当事人之间虽然签订《借款合同》，但实质系以获取票据贴息为目的，故应认定当事人之间为票据转让关系，而非民间借贷法律关系。出借人以民间借贷法律关系为基础主张权利，法院应向出借人释明是否以票据转让关系为基础变更诉讼请求，出借人拒绝变更的，法院可判决驳回其诉讼请求。在审判实践中，人民法院要透过民间借贷的客观表象，揭开违法票据贴现行为的本质，依法确认当事人之间的权利义务关系，防范和化解票据融资市场风险，维护票据市场的交易安全。

编写人：济南市中级人民法院民五庭 尹 腾 宋文燕

陈某甲诉陈某乙、陈某丙无因管理案

——不违法无因管理的管理人的求偿范围应以受益人所得利益为限

关键词 无因管理 管理人 求偿范围 受益财产

【裁判要旨】

管理人为了实现自己的合法利益，在没有法定的或者约定的义务情形下管理他人事务，受益人享有管理利益的，可以请求受益人在受益范围内偿还因管理事物而支出的必要费用，并适当补偿损失。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第九百七十九条第一款规定 管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事物而支出的必要费用；管理人因管理事物受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。

第九百八十条规定 管理人管理事物不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2021）鲁0103民初8807号（2021年9月2日）。

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终9757号（2021年12月14日）。

【基本案情】

陈某甲诉称：生效判决判令陈某丁与陶某的遗产房屋归陈某甲所有，陈某甲支付陈某乙、陈某丙房产补偿款各580055元，陈某乙、陈某丙等

配合陈某甲办理房产过户登记手续。在判决执行程序结案后，执行局通知陈某甲去房管局领取房产证，房管局告知必须为陈某乙、陈某丙支付相应税费后才可以变更登记并领取房产证，陈某甲被迫为陈某乙、陈某丙垫付印花税、契税、个人所得税等共计 46984.4 元。因此，请求依法判令陈某乙、陈某丙向陈某甲返还 46984.4 元；判令陈某乙、陈某丙向陈某甲支付资金占用费利息；律师费 5000 元、保全保险费 500 元等由陈某乙、陈某丙承担。

陈某乙、陈某丙辩称：一、房子原登记在被继承人陈某丁与陶某名下，现直接变更到陈某甲名下，有关税费应由陈某甲承担，陈某甲要求陈某乙、陈某丙承担税费没有依据。二、依据济南市房管交易的相关规定，根本无需缴纳本案涉案税费，而且陈某甲缴纳上述费用是在陈某乙、陈某丙不知情的情况下交的。三、陈某甲是为了实现过户目的才缴纳的税款，本质属于赠与且赠与行为已经完成。

法院经审理查明：已经生效的（2019）鲁 0103 民初 10547 号民事判决书判决涉案房产归陈某甲所有，由陈某甲支付陈某乙、陈某丙上述房产补偿款各 580055 元；陈某乙、陈某丙协助陈某甲到房产管理部门办理上述房产的过户登记手续。陈某甲申请执行，一审法院出具（2020）鲁 0104 执 6525 号结案通知书，载明（2019）鲁 0103 民初 10547 号民事判决书已全部执行完毕。办理财产过户时，需要各方当事人缴纳相应的税费，根据相关机关开具的票据，陈某乙、陈某丙所应负担的印花税、契税、个人所得税合计 46984.4 元，其中产权转移书据费 580 元、房屋赠与费 34803.3 元、个人所得税 11601.1 元，均由陈某甲垫付。陈某甲支出保全保险费 500 元，代理费 5000 元。

涉案房产原系陈某丁、陶某的共有房产。因上述房产的继承、遗赠问题，陈某甲向法院提起诉讼。一审法院作出（2019）鲁 0103 民初 10547 号民事判决，判决：“一、济南市市中区舜耕路 9 号 2 号楼 1-102（房产证号济房权证省字第 057784 号）归陈某甲所有。陈某甲于本判决生效之日起十日内分别支付陈某乙、陈某丙上述房产补偿款各 580055 元；二、陈某乙、陈某丙、陈某戊……于本判决生效之日起三十日内协助陈某甲到房产管理部门办理上述房产的过户登记手续；……”。陈某乙、陈某丙不服，提起上诉。本院作出（2020）鲁 01 民终 9598 号民事判决书，驳回上诉，维持原判。该判决已经生效。陈某甲向一审法院申请执行，执行案号为（2020）

鲁 0103 执 6525 号，该案以执行完毕为由结案。在该案执行过程中，一审法院并未要求陈某乙、陈某丙支付涉案房屋过户的有关税费（应由陈某乙、陈某丙负担部分）。陈某甲在领取涉案房产不动产权属证书时，以其本人名义缴纳了契税（房屋买卖）17401.65 元、印花税（产权转移书据）580.10 元，补缴土地价款分别为 14202.2 元、9000 元；以陈某乙、陈某丙的名义缴纳契税（房屋赠与）34803.30 元、印花税 580 元、个人所得税（财产转让所得）11601.10 元。按照税务机关的规定，上述契税（房屋赠与）34803.30 元、印花税 580 元、个人所得税（财产转让所得）11601.10 元，应由陈某乙、陈某丙缴纳。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于 2021 年 9 月 2 日作出（2021）鲁 0103 民初 8807 号民事判决，判决，一、陈某乙、陈某丙于判决生效之日起十日内，向陈某甲偿付 46984.4 元；二、陈某乙、陈某丙于判决生效之日起十日内，向陈某甲偿付资金占用费用，以 46984.4 元为基数，自 2021 年 1 月 8 日起至实际给付之日止，按年利率 3.85% 计算；三、陈某乙、陈某丙于判决生效之日起十日内，向陈某甲偿付保全保险费 500 元；四、陈某乙、陈某丙于判决生效之日起十日内，向陈某甲偿付代理费用 5000 元；五、驳回陈某甲的其他诉讼请求。

宣判后，陈某乙、陈某丙不服该判决提起上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 12 月 14 日作出 2021）鲁 01 民终 9757 号民事判决，判决：一、维持济南市市中区人民法院（2021）鲁 0103 民初 8807 号民事判决第一、二项；二、撤销济南市市中区人民法院（2021）鲁 0103 民初 8807 号民事判决第三、四、五项；三、驳回陈某甲的其他诉讼请求。

【裁判理由】

已经生效的一审法院（2019）鲁 0103 民初 10547 号民事判决已经判决陈某乙、陈某丙协助陈某甲到房产管理部门办理上述房产的过户登记手续。一审法院在未执行陈某乙、陈某丙应承担的上述税款的情况下对该案执行程序予以结案，导致陈某甲另行提起本案诉讼。一审法院为了减少当事人诉累，解决双方当事人的纠纷，在本案中对该问题予以实体处理，符

合公平原则及诚实信用原则。

《中华人民共和国民法典》第九百七十九条第一款规定，管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。第九百八十条规定，管理人管理事务不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务。本案中，在“协助房产过户”的执行程序已经结案的情况下，陈某甲为了实现自己的权利，代陈某乙、陈某丙履行缴纳上述税款的义务，是代陈某乙、陈某丙管理缴纳税款事物的行为，不违反法律规定，陈某乙、陈某丙因此享有了上述税款的管理利益，应当在受益范围内偿还陈某甲因此而代陈某乙、陈某丙支出的契税 34803.3 元、印花税 580.1 元及个人所得税 11601.10 元。陈某甲支出上述款项的利息损失系因上述管理行为产生的损失，一审法院判决陈某乙、陈某丙补偿利息损失，符合上述法律规定。陈某甲因本案产生的律师费、保全保险费不是因管理上述税款事物产生的损失，陈某乙、陈某丙无需补偿陈某甲。

【案例注解】

一、实质解决纠纷是人民法院审判、执行工作的重要原则

人民群众将纠纷诉诸法院的目的是请求人民法院解决双方之间存在的纠纷。人民法院在案件审判、执行过程中，因为各种原因，未能全部实质性解决当事人之间的争议，当事人因此另行提起诉讼的，人民法院不宜全部以“一事不再理”的理由裁定驳回起诉，应视个案具体情况尽量对前案审判、执行过程中未解决问题予以实体处理，以便实质性解决当事人之间的纠纷，促进社会公正、和谐。

本案中，一审法院在执行（2019）鲁 0103 民初 10547 号民事判决时没有处理陈某乙、陈某丙缴纳涉案房产有关过户税费的义务，从而产生了本案。在本案中如果机械办案，人民法院以“一事不再理”为由裁定驳回陈某甲的起诉，则会使陈某甲的实体权利不能得到有效保障。在这种情况下，二审法院认真分析了本案产生的根源，为了减少当事人诉累，实质解

决双方当事人的纠纷，对陈某甲的本案诉讼请求予以实体处理，从而实质上解决了双方当事人的纠纷，化解了矛盾，促进了社会公正、和谐。

二、为了自己的利益管理他人事务，受益人应在受益范围内偿还管理人必要的管理费用并适当补偿有关损失

没有法定或约定的义务，违反他人明示或可推知的意思干预他人事务，违反民法的意思自治原则，通常情况下因不能阻却违法性而应承担相应责任。无因管理制度的功能就在于在禁止干预他人事务和鼓励互助之间的一种利益衡量，同时也是出于弘扬见义勇为、扶危济困等良好道德风尚的价值考量。根据管理行为是否有利于受益人或是是否违反受益人意思为标准，无因管理可分为适法无因管理和不适法无因管理。适法无因管理是指管理事务有利于他人，不违反他人明示或可推知的意思。不适法无因管理是指管理事务不利于他人，或违反他人明示或可推知的意思的无因管理。

《民法典》第九百七十九条第一款规定，管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。第九百八十条规定，管理人管理事务不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务。上述两条规定凸显了适法无因管理与不适法无因管理在求偿范围上的重大差异——在适法无因管理中，管理人的求偿范围不以受益人所得利益为限，即使管理人求偿的数额大于受益人所受利益，受益人仍应偿还必要费用或补偿损失；在不适法无因管理中，管理人的求偿范围则仅以受益人所得利益为限。

本案中，陈某甲为陈某乙、陈某丙缴纳涉案房产过户税费的行为系不适法无因管理。第一，陈某甲并没有法定或者约定的义务为陈某乙、陈某丙缴纳的有关税费。第二，陈某甲并非为了陈某乙、陈某丙的利益受损失而为陈某乙、陈某丙缴纳有关税费，而是为了陈某甲自己能够早日办理完涉案房产的不动产过户登记。第三，根据另案生效判决的执行情况以及陈某乙、陈某丙在本案中的答辩意见可知，陈某乙、陈某丙并不愿意缴纳涉案房产过户的有关税费。陈某甲的行为违反了陈某乙、陈某丙的意思表示。第四，陈某乙、陈某丙因陈某甲的行为而免除了其应当向税务机关缴纳涉

案房产过户有关税费的法定义务，系受益人；受益范围是应缴纳的税费及有关利息。因此，陈某乙、陈某丙应当返支付陈某甲上述税费款项及相应利息。律师费及保全保险费既不是管理事物支出的费用，也超出陈某乙、陈某丙的受益范围，因此陈某乙、陈某丙无需承担。

编写人：济南市中级人民法院立案庭 高超 汪丹

曹某诉边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、 边某茜被继承人债务清偿案

——继承人在未推选遗产管理人且未对遗产管理权予以处理
情况下遗产管理人的正确认定

关键词 债务 继承 遗产管理人

【裁判要旨】

民间借贷纠纷中，对于债务人死亡，其继承人放弃遗产继承权以规避承担债务清偿义务的情形，应坚持保护合法债权的原则，根据案件具体情况对继承人的清偿责任加以认定。在全部继承人未推选遗产管理人且未举证证明已将遗产管理权移交给被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会的情况下，而应将全部继承人认定为实际管理人，判令其在所管理遗产的范围内协助清偿债务。

【相关法条】

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

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十一条 继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。

【案件索引】

一审：济南市长清区人民法院（2021）鲁 0113 民初 2482 号（2021 年 12 月 6 日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁 01 民终 1322 号（2022 年 3 月 10 日）

【基本案情】

曹某向济南市长清区人民法院起诉请求边某峰偿还借款本金 237800 元及利息，诉讼中，因边某峰去世，曹某变更诉讼请求为要求边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜在边某峰的遗产范围内承担还款责任。

边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜辩称，对边某峰借款的事情不清楚，不能确认案涉借条是否是边某峰书写，边某峰享有的拆迁安置补偿的房子已经被卖掉了，边某峰把拆迁的钱都拿走了，没有遗产，不同意偿还。

济南市长清区法院经审理查明，自 2015 年至 2020 年，边某峰共计向曹某借款 237800 元。边某峰于 2021 年 6 月 18 日去世，边某明、唐某香系边某峰父母，袁某霞系边某峰妻子，边某茜、边某媛系边某峰与袁某霞女儿。边某明一家人因旧村改造分得三套安置房，其家庭并未进行具体财产分配，边某峰生前作为家庭成员享有 47m² 的安置房。经查实，边某峰死亡时的遗产为 47 m² 的安置房屋，鉴于该 47m² 的房屋无法分割，经一审法院委托鉴定，确认边某峰去世时的遗产价值为 305500 元（6500 元 / m² × 47m²）。

【裁判结果】

济南市长清区人民法院于 2021 年 12 月 6 日作出（2021）鲁 0113 民初 2482 号民事判决，判决：由被告边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜于判决生效之日起十日内在边某峰遗产范围（305500 元）内偿还曹某借款本金 237800 元；驳回曹某的其他诉讼请求。

一审宣判后，边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜不服提起上诉，二审中，边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜提交银行流水，证明

边某峰生前曾向曹某还款 5300 元，并出具声明放弃对边某峰 47 m²安置房屋及其他遗产的继承。

济南市中级人民法院于 2022 年 3 月 10 日作出 (2022) 鲁 01 民终 1322 号民事判决，判决：撤销济南市长清区人民法院 (2021) 鲁 0113 民初 2482 号民事判决；由边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜于本判决生效之日起十日内在边某峰遗产范围 (305500 元) 内偿还曹某借款本金 232500 元；驳回曹某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：边某峰向曹某还款 5300 元属实，剩余 232500 元未偿还。根据一审查明的事实，边某峰系东北关村人，因城中村改造分配享有 47 m²的安置房份额，虽然边某明一家人分得的涉案三套房屋系在村集体土地上所建造，尚未进行房屋产权登记，但亦属于法律意义上的物，能够为权利人占有、使用、收益，故 47 m²的安置房属于边某峰死亡时遗留的个人合法财产。边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜主张本案因涉及小产权房不属于人民法院受理范围，于法无据，不予支持。边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜一审中自认取得涉案三套安置房后，其家庭并未进行具体分配，一审法院认定边某峰生前处分 60 m²房产系其家庭的共同行为，并无不当。对边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜主张边某峰已将其名下 47 m²的安置房处置，边某峰名下已无遗产的上诉请求，不予支持。

二审中，边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜出具声明，放弃对边某峰享受的 47 m²安置房及其他遗产的继承，对此法院认为，涉案三套安置房已由边某峰、边某明出售了两套，现边某明一家人居住在未出售的 1604 室，其家庭并未进行具体分配；因边某峰去世后遗产尚未发生继承，亦未确定遗产代管人，为保护债权人曹某的合法权益，边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜作为继承人，负有对边某峰遗产进行管理，并协助以该遗产清偿边某峰对曹某所负涉案债务的义务，故一审法院判令边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜在边某峰的 47 m²安置房遗产 (价值 305500 元) 的范围内对涉案债务承担还款责任，并无不当。

【案例注解】

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十一条明确规定：“继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。”根据该条规定，如果继承人在明确表示放弃继承后，其依法不能再分得遗产，对于被继承人的应缴税款和债务也不再具有直接偿还的责任。但不能据此理解为被继承人的债务就不需要再偿还，只要被继承人有遗产存在，遗产就首先应当用于清偿债务。《中华人民共和国民法典》对于遗产处理作出了明确规定，并首次规定了遗产管理人的概念。遗产管理人负有清理遗产并制作遗产清单、向继承人报告遗产情况、采取必要措施防止遗产毁损灭失、处理被继承人的债权债务等诸多职责，其中确定遗产管理人是尤为重要的一个环节。

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条规定：“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。”根据该条规定，在出现继承人全部放弃继承的情况时，应由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。但需要注意的是，在有继承人的情况下，继承人本应依法推选遗产管理人，继承人未推选的则由全部继承人共同担任遗产管理人，此时全部继承人实际对遗产具有了管理权。此时若全部继承人均明确表示放弃继承，也只是消灭了其遗产继承权，并不代表着其遗产管理权的消灭，其作为遗产管理人依然负有管理遗产的职责，除非其举证已依法将遗产管理权向相应的民政部门或者村民委员会进行了移交。

审判实践中，对于全部继承人放弃遗产继承权以规避承担债务清偿义务的情况，应坚持保护合法债权的原则，根据案件具体情况对继承人的清偿责任加以认定。应正确理解《中华人民共和国民法典》第一千一百六十一条关于限制继承原则例外之规定，对于虽然放弃继承权但仍实际占有、控制遗产的继承人，应将其认定为实际管理人，判令其在所管理遗产的范围内协助清偿债务。法院判令继承人以被继承人的遗产清偿

被继承人生前所负债务，符合法理精神及公平原则，保障了债权人的合法权益，使得债权人的合法债权不因继承人的放弃行为而落空；明确继承人的保管及协助清偿义务，可以督促继承人积极妥善代管遗产，防止遗产被破坏和遗失，也可以避免继承人阻却清偿行为，便于案件的执行。

本案中，边某明、唐某香、袁某霞、边某媛、边某茜作为边某峰全部的遗产继承人，均向法院提交书面声明放弃遗产继承，此时如何处理被继承人边某峰的债务是本案的核心问题。因边某峰未立遗嘱，五被告未推选遗产管理人，亦未举证证明已将遗产管理权移交相应的民政部门或者村民委员会，因此五被告虽声明放弃对边某峰遗产的继承，但其仍系边某峰的遗产管理人，负有对边某峰遗产进行清理并处理边某峰生前债权债务等义务，五被告应当在管理边某峰遗产范围内承担偿还案涉借款的义务。

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例栏目刊发）

编写人：济南市中级人民法院民一庭 李莎莎
济南市中级人民法院民五庭 杨志颖

刘某某诉刘某俊、淄博天炆物流有限公司、 渤海财产保险股份有限公司淄博中心支公司、 中华交通运输有限公司机动车交通事故责任案

——“承保统筹险”的公司在机动车交通事故责任纠纷中是否
应在商业三者险限额内承担赔偿责任的认定

关键词 统筹险 商业险 赔偿责任

【裁判要旨】

统筹业务公司并非是经国务院保险监督管理机构批准成立的承保商业险的保险公司，所“承保”的统筹险也非法律意义上的保险，统筹业务公司与交通事故中的受害人并无法律上的利害关系，统筹业务公司不是机动车交通事故责任纠纷案的适格主体。因此，承保统筹险的公司在机动车交通事故责任纠纷中不应在商业三者险限额内承担赔偿责任，机动车交通事故的实际侵权人应承担事故的赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千二百一十三条规定 机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。

《中华人民共和国保险法》第六十七条第一款规定 设立保险公司应当经国务院保险监督管理机构批准。

【案件索引】

一审：济南市莱芜区人民法院（2021）鲁 0116 民初 1111 号（2021

年8月23日)

二审：济南市中级人民法院(2021)鲁01民终10494号(2021年11月22日)

【基本案情】

刘某某向一审法院起诉请求：一、判令刘某俊、淄博天炆物流有限公司、渤海财产保险股份有限公司淄博中心支公司、中孚交通运输有限公司机动车支付刘某某医疗费、护理费、误工费、住院伙食补助费、伤残赔偿金、营养费、后续治疗费、交通费、鉴定费、精神损害抚慰金、车辆评估费、施救费、车辆维修费、货物损失、诉讼费、保全费、鉴定费共计294600.092元。

淄博天炆物流有限公司辩称：对刘某某起诉的诉讼请求及事实理由均无异议。

渤海财产保险股份有限公司淄博中心支公司辩称：鲁CM1355在我司投保交强险，在核实资料及证件真实无异议后，对于受害方合理的损失，在交强险限额内予以赔付，诉讼费、鉴定费等间接损失不予承担。

中孚交通运输有限公司辩称：对于车辆车损提出异议，我们公司协商大约定在5万元左右，大理石损失大约定2万元左右。

刘某俊未作答辩。

法院经审理查明：一、事故发生经过与责任划分：2020年11月24日4时40分许，刘某某驾驶鲁Q571BK号重型仓栅式货车沿205国道由南向北行驶，行至205国道济南市莱芜区和庄镇上佛羊村委东侧路段时，与路面东侧刘某俊停放的鲁CM1355号-鲁C9Z01挂号重型半挂罐式货车追尾，造成刘某某受伤，两车受损。经济南市公安局交通警察支队莱芜区大队认定，刘某某承担事故主要责任，刘某俊承担事故次要责任。二、车辆投保情况：刘某俊驾驶的鲁CM1355号重型半挂牵引车在渤海财产保险股份有限公司淄博中心支公司投保交强险。三、赔偿责任：刘某俊承担事故的次要责任，因刘某俊驾驶的鲁CM1355号-鲁C9Z01挂号车辆登记所有人为淄博天炆物流有限公司，刘某俊系淄博天炆物流有限公司雇佣的驾驶员，根据本案实际情况，认定淄博天炆物流有限公司承担事故赔偿责任，刘某俊不承担赔偿责任。

【裁判结果】

济南市莱芜区人民法院于2021年8月23日作出(2021)鲁0116民初1111号民事判决:一、渤海财产保险股份有限公司淄博中心支公司在交强险责任限额内赔偿刘某某各项损失200000元,于判决生效之日起七日内一次性付清;二、中非交通运输有限公司赔偿刘某某各项损失50771元,于判决生效之日起七日内一次性付清;三、淄博天炀物流有限公司对上述第二判项的款项承担连带清偿责任。四、驳回刘某某对刘某某俊的诉讼请求。五、驳回刘某某的其他诉讼请求。宣判后,中非交通运输有限公司对此不服,提出上诉,济南市中级人民法院于2021年11月22日作出(2021)鲁01民终10494号民事判决:一、维持济南市莱芜区人民法院(2021)鲁0116民初1111号民事判决第一项;二、撤销济南市莱芜区人民法院(2021)鲁0116民初1111号民事判决第三、四、五项及案件受理费的负担部分;三、变更济南市莱芜区人民法院(2021)鲁0116民初1111号民事判决第二项为:淄博天炀物流有限公司于判决生效之日起七日内赔偿刘某某各项损失41458.15元;四、驳回刘某某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:本案系机动车交通事故责任纠纷。《中华人民共和国民法典》第一千二百一十三条规定,机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任的,先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿;不足部分,由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿;仍然不足或者没有投保机动车商业保险的,由侵权人赔偿。本案中,中非交通运输有限公司机动车并非是经国务院保险监督管理机构批准成立的承保商业险的保险公司,中非交通运输有限公司机动车所“承保”的统筹险也非法律意义上的保险,中非交通运输有限公司机动车与刘某某并无法律上的利害关系,故,中非交通运输有限公司机动车不是本案的适格主体。本次事故的实际侵权人刘某某俊系淄博天炀物流有限公司雇佣的驾驶员,故应当由淄博天炀物流有限公司承担本次事故的赔偿责任。淄博天炀物流有限公司与中非交通运输有限公司机动车之间

系合同关系，淄博天炆物流有限公司赔偿后可另行向中非交通运输有限公司机动车主张权利。

【案例注解】

近年来，涉及机动车交通安全统筹服务的案件数量呈快速上升趋势，统筹业务公司未经国家有关部门审批，该类服务不属于正规商业保险的范畴，但统筹业务公司在名称、理赔流程与正规商业保险公司高度相似，且统筹保险价格明显低于正规商业保险，抓住了部分车主贪图便宜的心理，极易导致投保人的误信、误投、错投。然而，统筹业务公司并非合法批准设立的商业保险公司，缺乏相应的监管机构，一般收取统筹费后由其自行管理和使用，资金流向、使用情况不透明，安全系数较低。发生事故后，理赔程序繁琐，极易产生纠纷。

在机动车交通事故纠纷中，依据《中华人民共和国民法典》第一千二百一十三条规定，机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。具体到个案中，统筹业务公司并非是经国务院保险监督管理机构批准成立的承保商业险的保险公司，所“承保”的统筹险也非法律意义上的保险，统筹业务公司与交通事故中的受害人并无法律上的利害关系，统筹业务公司不是本案的适格主体。因此，机动车交通事故的实际侵权人承担事故的赔偿责任。

关于统筹合同的效力问题，实务届存在着不同的观点，一种观点认为，统筹业务公司与当事人签订的统筹险合同并非财产保险合同，但该合同系双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规规定，合法有效，双方应当按照合同约定履行相应义务，即统筹业务公司应向当事人支付涉案车辆因道路交通事故产生损失。另一种观点认为，依据《中华人民共和国保险法》第七条、第六十七条之规定，我国对保险业务实行特许制度，未经批准，任何单位和个人不得经营。统筹业务公司经营的第三者责任统筹，本质上属于一种保险业务，因统筹业务公司开展统筹保险业务未经国务院保险监督管理机构批准，属于无资质经营，故涉案的合同应属无效合同，故

统筹业务公司应向投保人承担合同中约定的赔偿责任。对于上述两种观点，笔者同意第二种。统筹险具有较强的保险属性，统筹业务公司并非合法批准设立的商业保险公司，参与保险业务应被认为系违反我国法律、行政法规的规定，但考虑到合同性质、侵权人的实际履行能力等方面，应由统筹业务公司承担给付保险金义务，以便于受害人得到及时的赔偿，实质化解纠纷。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 陈 勇 申 艺

刘某某诉罗某1、罗某2等赡养案

——赡养父母作为法定义务，无关财产分割问题

关键词 赡养 赠与 不履行赡养义务

【裁判要旨】

房产是父母的个人财产，父母对个人财产享有充分的自主分配权，不管是出售还是赠与，子女无权干涉。子女可能从情理上感觉财产分配不公、父母偏心，但以此为由不赡养母亲的行为有违法律规定。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第二十六条 父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。

第一千零六十七条 父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。

成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条 赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。

第十五条 赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。对生活不能自理的老年人，赡养人应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。

第十九条 赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。赡养人不履行赡养义务，老年人有要求赡养人付给赡养费等权利。赡

养人不得要求老年人承担力不能及的劳动。

【案件索引】

一审：济南市钢城区人民法院（2020）鲁 0117 民初 1643 号（2021 年 3 月 10 日）

【基本案情】

刘某某诉称：其夫罗某某，即罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 的父亲，于 2020 年 10 月 24 日去世。现在只有 84 岁的刘某某一人生活，需要人日夜护理及照顾，并且刘某某身体也不好。鉴于之前罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 对刘某某及老伴的态度，住院期间不管不问，住院都需要雇护工进行护理，刘某某按照法律规定依法要求罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 尽赡养义务，但不要求近身照顾，请求判令罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 每月支付原告赡养费 1200 元（该费用包括生活费、护工费，不包括医疗费，医疗费实际发生后另行主张）；诉讼费由罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 承担。

罗某 1、罗某 2 辩称：1. 父亲生前住院时姐妹们都轮流照顾，有时甚至 24 小时陪护。在家中也都是轮流照顾母亲的生活起居，每天从早到晚买菜做饭，因此母亲依旧可以由子女轮番照顾，没有请护工的必要。2. 母亲不仅生活可自理，还照顾罗某 4 的长子，母亲及父亲生前口头承认所有的银行卡与积蓄都由罗某 4 掌握。3. 母亲经济基础不差，有住房（月季园 33 号楼 305 室）、有存款（父亲生前留有约 100000 元）、有收入（父亲单位每月抚恤金 480 元及社会保险 133 元），日常开销及花费有基本保障，每月的生活费用可自行支付。4. 本人没有工作，无任何经济来源，无法支付赡养费。

罗某 3 辩称：刘某某陈述与事实不符。父亲患病后，自 7 月 6 日起姊妹三人轮流上门伺候父母。父亲病危期间（10 月 16 日后）姊妹三人白天重点在医院伺候父亲，母亲暂时由罗某 4 捎带照料，父亲临终前姊妹同天因病因事致使护理出现空档，罗某 4 才找的护工。姊妹三人尽心照料父母的生活，父母却在对待房产、养老问题上采取了双重标准，房产按传统传给儿子，养老却按法律让子女均摊。关于母亲的赡养，诉求如下：1. 父

亲临终前透漏留有遗嘱，遗嘱应当公开。2. 对刘某某要求的每月 1200 元不予认可。(1) 赡养费太高，超出个人的承受能力。(2) 不能由儿女均担，儿子得了房子理应承担主要赡养义务。(3) 刘某某生活并不困难，父母存款合计约 100000 元，每月有 133 元社会养老金和 480 元的遗属补助还有高龄补贴，综合超过山东城市低保标准。(4) 刘某某日常必要生活支出和护工费、医疗费要分开计算，实行分类承担、按次序支付的办法，赡养费主要用于日常必要生活支出。护工费、医疗费应由刘某某自己承担，首先从现有积蓄中支付；如超出刘某某支付能力，从房产折价中支付，超出房产折价部分再由罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 按比例承担，罗某 4 占大头。3. 刘某某不让子女近身照顾的诉求不合情理。刘某某目前生活能够自理，不需要 24 小时不间断护理，不需要长期请护工。4. 鉴于刘某某年事已高，赡养费、遗属补助、抚恤金等应集中起来建立公开账户由子女共同保管和监督。

罗某 4 辩称：罗某 1、罗某 2、罗某 3 说的有与事实不符的地方。赡养是每个子女应尽的义务，如果自己是独生子可以全部承担，但因还有三个姐姐，这也是她们应尽的义务。

法院经审理查明：罗某某、刘某某夫妇生有三女一子罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4。罗某某因患胃恶性肿瘤于 2020 年 10 月 24 日死亡，刘某某患有冠状动脉粥样硬化性心脏病、急性冠脉综合症、心房扑动、高血压 3 级（很高危）、陈旧性脑梗死、反流性食管炎、焦虑障碍、脑外伤后遗症。诉前，为照顾刘某某的生活起居，济南市莱芜区阳光大姐家政有限公司收取 3 个月服务费用 8280 元，合 2760 元 / 月。

【裁判结果】

济南市钢城区人民法院于 2021 年 3 月 10 日作出（2020）鲁 0117 民初 1643 号民事判决，判决罗某 1、罗某 2、罗某 3、罗某 4 自 2021 年 1 月起每人每月支付刘某某生活费及护理费 800 元（判决生效之月前的生活费及护理费于判决生效之日起五日内支付，自判决生效之月起于每月 28 日前支付）；驳回刘某某的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：百善孝为先，赡养父母是中华民族的传统美德，也是每个子女的法定义务。刘某某年事已高，丧失劳动能力且系城市无业居民，没有收入来源，罗某1、罗某2、罗某3、罗某4作为子女应对其履行赡养义务。赡养父母因是法定义务，并不涉及财产分割问题，经济困难也不是不赡养父母的正当理由。房产是父母的个人财产，父母对个人财产享有充分的自主分配权，不管是出售还是赠与，子女无权干涉。罗某1、罗某2、罗某3可能从情理上感觉财产分配不公、父母偏心，但以此为由不赡养母亲的行为有违法律规定。因老人与三女之间有隔阂，三女已数月未探视，一起居住生活对老人的晚年幸福生活不利，且老人不同意子女近身照顾，应当尊重其意愿。老人年逾八十且患有多种疾病，生活不能完全自理需要他人照顾，应将护理费用计入赡养费，家政公司收费标准符合本地生活消费水平，本院予以采信。老人要求子女承担赡养义务的数额超出实际需要，属于加重子女的赡养负担。为保证被赡养人的基本生活，综合考虑刘某某的必要性需求和子女的承受力，酌定罗某1、罗某2、罗某3、罗某4每人每月给付刘某某生活费及护理费800元。本案虽因财产而生，但无关遗产分割，故对于罗某3关于房产处理、存款及遗嘱的答辩意见本案不予审查处理。

【案例注解】

“羊有跪乳之恩，鸦有反哺之义。”子女由父母养育成人，应报答父母养育之恩，在父母年迈后照顾、赡养父母。“百善孝为先”，赡养父母是中华民族的传统美德。《中华人民共和国民法典》第二十六条第二款规定：“成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。”第一千零六十七条第二款规定：“成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。”因此，赡养父母同时也是每个子女的法定义务。

社会生活中存在一种现象，老人未将家产平均赠予各子女，而是将大部分财产赠予子女中的其中一人，其余子女往往以此为由拒绝赡养老人。那么，子女的做法对不对呢？《中华人民共和国老年人权益保障法》

第十九条规定：“赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。赡养人不履行赡养义务，老年人有要求赡养人付给赡养费等权利。”第二十二规定：“老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。”赡养父母是法定义务，既不允许拒绝，也不允许附加条件，更不涉及财产分割问题。父母对个人财产享有充分的自主分配权，不管是出售还是赠与，子女都无权干涉。即便子女从情理上感觉父母偏心、财产分配不公，也不得以此为由不赡养父母。

本案中，因刘某某夫妇在分配财产时未充分与子女沟通而影响家庭和谐，因赡养问题致母女、姐弟对簿公堂，实难令人称道，症结为母女不和、姐弟不睦，老人坚持诉讼绝非金钱计较应因心结未解。家和万事兴，唯愿双方摒弃前嫌，握手言和。遗憾的是，诉讼中经多次调解，罗某 1、罗某 2、罗某 3 始终没有去看望刘某某。不知她们想象着老母亲对着法官哭诉想念她们的画面作何感想。其实，相比于物质赡养，很多老年人更渴望精神赡养。对于独居的刘某某来说，希望得到的可能并不是女儿们每月几百元的赡养费，而更渴望的是母女能见上一面。《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条规定：“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。”第十八条规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。”

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例分析栏目刊发）

编写人：济南市钢城区人民法院 苏友芹

赵某仁、刘某荣诉李某美、某甲保险公司 机动车交通事故责任案

——驾驶证超过有效期并不意味未取得驾驶资格及无证驾驶

关键词 驾驶证 有效期 未取得驾驶资格 无证驾驶 审验

【裁判要旨】

驾驶证超过有效期并不直接等同于未取得驾驶资格。未取得驾驶资格包括从未通过驾驶证考试取得驾驶资格以及取得驾驶资格后又因吊销、注销等情形导致的资格丧失。交警部门处理事故时并未认定李某美丧失驾驶资格，且事故发生后李某美换领了驾驶证，换领的驾驶证有效期包括了事故发生日期，有效期未发生中断。超期未审并不必然导致资格丧失，驾驶证审验是基于道路交通安全行政管理的需要，对机动车驾驶人驾驶资格是否合格的审查，系对其驾驶资格法律意义上的确认。某甲保险公司主张以驾驶证超过有效期作为免责事由，但其提供的证据不能证明已将保险条款中有关免责事项的概念、内容及法律后果向投保人尽到完全、明确的提示及说明义务。故，对某甲保险公司的免责主张，不予支持。赵某仁、刘某荣的损失应当由某甲保险公司在交强险限额内优先赔付，不足部分在商业三者险范围内按 50% 责任比例予以赔偿。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千二百零八条 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法律和本法的有关规定承担赔偿责任。

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条 机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

《中华人民共和国民法典》第一千一百七十九条 侵害他人造成人身

损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助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。

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

【案件索引】

一审：济南市济阳区人民法院（2021）鲁0115民初4076号（2021年10月9日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁01民终847号（2022年2月14日）

【基本案情】

原告刘某荣、赵某仁向本院提出诉讼请求：1. 请求依法判令被告赔偿原告赵某仁各项损失共计14849元；2. 请求依法判令被告赔偿原告刘某荣各项损失共计13143元；3. 请求本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：2021年5月31日8时30分，李某美驾驶小型汽车在济阳区省道240处与赵某仁驾驶的电动三轮车发生交通事故，造成赵某仁、刘某荣受伤住院，车辆受损。事故发生后，经济宁市公安局交通警察支队济阳区大队现场勘查，认定李某美承担本事故的同等责任，赵某仁承担同等责任，刘某荣无责任。为维护原告的合法权益，特提起诉讼，请求法院依法支持。

某甲保险公司辩称，对事故发生无异议，李某美驾驶的涉案车辆在我公司投保交强险及商业三者险200万元，不计免赔，事故发生在保险期间内。但是，事故发生时李某美的驾驶证超过驾驶有效发证期限一年以上，根据道路交通安全法第28条，其不得驾驶机动车，因此不具有驾驶资格，根据交强险条款第9条规定，驾驶人未取得驾驶资格，交强险不予赔偿。另未取得驾驶资格也是商业险免责事项，因此对于原告主张的损失，我公司不予承担。

李某美未作答辩。

法院经审理查明：

2021年5月31日8时30分，李某美驾驶小型客车，在省道240线

与赵某仁骑电动三轮车发生道路交通事故，致赵某仁、刘某荣受伤，两车损坏。济南市公安局交通警察支队济阳区大队出具的交通事故责任认定书认定，李某美负同等责任，赵某仁负同等责任，刘某荣无责任。李某美驾驶的涉案车辆在某甲保险公司投保了交强险和商业三者险 200 万元，不计免赔。事故发生在保险期内。事故发生时，李某美所持的驾驶证超过有效期限未审验。事故发生后，李某美换领了驾驶证。

本次事故给赵某仁造成的各项损失共计 14549.81 元，给刘某荣造成的各项损失共计 12843.55 元。

【裁判结果】

济南市济阳区人民法院于 2021 年 10 月 9 日作出 (2021) 鲁 0115 民初 4076 号民事判决：某甲保险公司在交强险范围内赔偿赵某仁各项损失共计 9236.45 元、赔偿刘某荣各项损失共计 12843.55 元，在商业三者险范围内赔偿赵某仁各项损失共计 2656.68 元；驳回赵某仁、刘某荣的其他诉讼请求。宣判后，某甲保险公司提出上诉。济南市中级人民法院于 2022 年 2 月 14 日作出 (2022) 鲁 01 民终 847 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：驾驶证超过有效期并不直接等同于未取得驾驶资格。未取得驾驶资格包括从未通过驾驶证考试取得驾驶资格以及取得驾驶资格后又因吊销、注销等情形导致的资格丧失。交警部门处理事故时并未认定李某美丧失驾驶资格，且事故发生后李某美换领了新的驾驶证，新的驾驶证有效期包括了事故发生日期，有效期未发生中断。驾驶证审验是基于道路交通安全行政管理的需要，对机动车驾驶人驾驶资格是否合格的审查，系对其驾驶资格法律意义上的确认。综上，李某美驾驶证超过有效期驾驶车辆的行为不能认定为未取得驾驶资格，某甲保险公司抗辩理由不能成立。

某甲保险公司虽提供了交通强制保险及商业三者险的投保单，但在其特别约定中并未对该免赔事项进行约定。某甲保险公司以驾驶证超过有效期作为免责事由，其应当通过对免责条款以加黑加粗等特别标注的方式履行提示义务，还应当对投保人就驾驶证超过有效期作为免责事由的概念、

内容及法律后果等，以书面或者口头形式向投保人作出明确说明，以便投保人知悉保险免责条款的真实含义和法律后果，否则该保险免责条款对投保人不产生效力。虽然某甲保险公司提供了投保单、投保人声明、车险“投保人缴费实名认证”客户授权声明书等证据，但上述证据中很明显看出所有签名的字体、字形、大小等均完全一致，系一次签字完成，并不能证明保险人已将保险条款中有关免责事项的概念、内容及法律后果向投保人尽到完全、明确的提示及说明义务，故对某甲保险公司的免责主张，法院不予支持。

综上所述，赵某仁、刘某荣的损失应当由某甲保险公司在交强险限额内优先赔付，不足部分在商业三者险范围内按 50% 责任比例予以赔偿。

【案例注解】

《机动车驾驶证申领和使用规定》第七十七条第一款规定，机动车驾驶人具有下列情形之一的，车辆管理所应当注销其机动车驾驶证：……（七）超过机动车驾驶证有效期一年以上未换证的；……。现实生活中，常常有人忘记驾驶证的审验，而导致自己的驾驶证超过有效期，即所谓的“脱审”，但是这并不直接等同于未取得驾驶资格。未取得驾驶资格包括从未通过驾驶证考试取得驾驶资格以及取得驾驶资格后又因吊销、注销等情形导致的资格丧失。驾驶证审验是基于道路交通安全行政管理的需要，对机动车驾驶人驾驶资格是否合格的审查，系对其驾驶资格法律意义上的确认。

本案中，交警部门处理事故时并未认定李某美丧失驾驶资格，且事故发生后李某美换领了驾驶证，李某美换领的驾驶证有效期包括了事故发生日期，有效期并未发生中断。虽然事故发生时，李某美驾驶证超期审验未及时申请换证，但并不意味李某美未取得驾驶资格进而认定其系无证驾驶，李某美不属于未取得驾驶资格及无证驾驶的情形。

同时，某甲保险公司提供的证据不能证实就其主张的涉案免责条款已向投保人尽到了提示和明确说明义务，故涉案免责条款不发生法律效力，某甲保险公司应当在商业三者险范围内按照责任比例承担赔偿责任。

本案例的指导意义在于，对持有超过有效期的驾驶证驾驶机动车是否属于无证驾驶的问题进行了明确的分析认定，同时对保险公司免责条款的效力进行了分析。驾驶证超过有效期并不直接等同于未取得驾驶资格或者

无证驾驶，但是在达到一定条件下，交警部门可以吊销、注销其驾驶资格，从而导致其丧失驾驶资格，而产生无证驾驶的法律后果。同时，保险公司应当对免责条款的概念、内容及法律后果等，以书面或者口头形式向投保人作出明确说明，以便投保人知悉保险免责条款的真实含义和法律后果，否则免责条款不发生法律效力，其免责主张不能成立，应当承担相应的赔偿责任。

编写人：济南市济阳区人民法院立案庭 杨名峰 陈家兴

青岛某餐饮管理咨询企业有限公司诉济南某商业运营管理有限公司房屋租赁合同案

——房屋租赁合同纠纷中是否侵害承租人优先承租权及其赔偿范围的认定

关键词 房屋租赁合同 优先承租权 赔偿范围

【裁判要旨】

1. 人民法院审查出租人是否侵害承租人的优先承租权应主要考虑以下两个基本因素：一是审查出租人是否履行了提前通知承租人的义务；二是审查出租人是否履行了告知同等租赁条件的义务。

2. 出租人侵害承租人的优先承租权，应当赔偿因此给承租人造成的相应损失，具体赔偿范围包括：承租人因丧失继续承租房屋机会搬离原租赁房屋而支出的搬迁费、交通费、劳务费等；承租人因丧失优先承租权而承租同类房屋（地理位置、房屋性质、人流量等）因房屋市场价格上涨产生的租金差价损失；因丧失优先承租权，承租人另行选址、未能正常经营而产生的合理期间的停业损失。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第七百三十四条第二款 租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。

《中华人民共和国民法典》第五百七十七条 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。

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约

定的除外。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2021）鲁0103民初7900号（2022年4月13日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁01民终5278号（2022年7月27日）

【基本案情】

青岛某餐饮管理咨询企业有限公司向济南市市中区人民法院诉称：原告青岛某餐饮管理咨询企业有限公司与被告济南某商业运营管理有限公司于2018年、2020年分别签订两份《房屋租赁合同》，约定由原告承租被告位于济南市市中区某购物中心B1层某单元房屋用于餐饮经营，租赁期限自2018年4月2日至2021年5月1日。合同同时对租金、保证金、违约责任等事项进行了明确约定。合同签订后，原告依约履行了全部合同义务。租期届满前，原告多次主动与被告沟通续约事宜，且于2021年3月9日寄出了书面续租函并由被告签收，但被告未予任何答复，临近2021年4月30日，被告直接通知原告撤店并与新承租人于2021年4月30日封堵涉案房屋，原告多次寻求沟通未果，被告之行为已侵害了原告的优先承租权并造成原告重大经济损失。同时，被告未返还原告先期支付的租赁保证金与质量保证金。被告侵害原告的优先承租权，诉请判决被告支付违约金97200元、营业损失63377元及利息、装修损失130470元等。

被告济南某商业运营管理有限公司辩称，其并未侵害原告的优先承租权，无需承担赔偿责任，首先，双方第二期租赁合同期间较短，原告对合同到期终止已有预期，其次，双方曾就续租事宜进行磋商，但并未达成一致意见，最后，原告承租期间存在违约行为，其不享有优先承租权的基础。

济南市市中区人民法院经审理查明：2018年3月19日，济南某商业运营管理有限公司（甲方）与青岛某餐饮管理咨询企业有限公司（乙方）签订《关于租赁济南某购物中心[B1]层某单元之房屋租赁合同 二〇一八年》，约定租赁期限自2020年4月2日起算至2020年11月1日届满，共31个月。2020年9月20日，双方又签订《关于租赁济南某购物中心[B1]

层某单元之房屋租赁合同 二〇二〇年》，约定租赁期限自2020年11月2日至2021年5月1日届满。两份合同的内容基本相同，均对租金、租赁保证金、质量保证金、房屋交还等内容进行了约定。

2021年3月5日，青岛某餐饮管理咨询企业有限公司出具《租赁合同续约沟通函》，载明：“……鉴于原租赁合同将于2021年5月1日期满，为了保证双方的经营和发展，确保双方资产的使用及收益，尽早确定双方的合作意向，明确双方的合作关系，我方特致函贵司如下事项：一、期望原位续租上述租赁商铺。二、期望与贵司就续租合同的商务条款及年限进行磋商……”青岛某餐饮管理咨询企业有限公司于2021年3月8日通过顺丰速运向济南某商业运营管理有限公司发送该沟通函，济南某商业运营管理有限公司于2021年3月9日签收该邮件。

2021年4月26日，济南某商业运营管理有限公司与案外人王某签订关于涉案房屋的租赁合同，将涉案房屋出租给案外人王某用于经营“袁记云饺”，租赁期限自2021年5月2日至2024年5月1日，后变更为2021年5月18日至2024年5月17日。

2021年5月6日青岛某餐饮管理咨询企业有限公司正式撤店。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院一审判决：一、济南某商业运营管理有限公司于本判决生效之日起十日内支付给青岛某餐饮管理咨询企业有限公司违约金64800元；二、济南某商业运营管理有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿青岛某餐饮管理咨询企业有限公司装修损失130470元。

济南某商业运营管理有限公司不服一审判决，向济南市中级人民法院提出上诉。济南市中级人民法院二审判决：撤销一审关于济南某商业运营管理有限公司向青岛某餐饮管理咨询企业有限公司赔偿违约金及装修损失的判项，判令济南某商业运营管理有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿给向青岛某餐饮管理咨询企业有限公司经济损失52800元等。

【裁判理由】

法院生效判决认为：2021年3月19日租期届满前，青岛某餐饮管理咨询企业有限公司即向济南某商业运营管理有限公司邮寄《租赁合同续约

沟通函》表明其有续租的意愿，但2021年4月26日济南某商业运营管理有限公司在未征询青岛某餐饮管理咨询企业有限公司是否主张优先承租权的情况下，就与案外人王某就涉案房屋签订租赁合同，故一审法院结合案件事实认定济南某商业运营管理有限公司侵犯青岛某餐饮管理咨询企业有限公司优先承租权并无不当。济南某商业运营管理有限公司主张其曾与青岛某餐饮管理咨询企业有限公司就续约事宜磋商，青岛某餐饮管理咨询企业有限公司无法接受续约条件，不愿续租，但济南某商业运营管理有限公司对此未提供有效的证据证明其主张，本院不予采信。

济南某商业运营管理有限公司侵害青岛某餐饮管理咨询企业有限公司的优先承租权，致使青岛某餐饮管理咨询企业有限公司无法在原址正常经营，其预期收益必然受到影响，济南某商业运营管理有限公司对此应赔偿相关损失。一审时青岛某餐饮管理咨询企业有限公司提交利润表欲证明其停业损失，但该表格系青岛某餐饮管理咨询企业有限公司单方制作，且济南某商业运营管理有限公司对此不予认可，故一审法院不予采信并无不当。虽然现有证据下无法确定青岛某餐饮管理咨询企业有限公司合理期间停业损失的具体数额，但考虑到济南某商业运营管理有限公司与案外人就涉案房屋签订租赁合同取得租金收益系以侵害青岛某餐饮管理咨询企业有限公司优先承租权为前提和基础，济南某商业运营管理有限公司在合理期间的租金收益应归属于青岛某餐饮管理咨询企业有限公司，故本院结合济南某商业运营管理有限公司自案外人收取的租金收益情况，即参照其与案外人之间租赁合同确定的月租金标准，酌定由济南某商业运营管理有限公司赔偿两个月的租金52800元（26400元×2个月）作为承租人青岛某餐饮管理咨询企业有限公司因丧失优先承租权的合理停业损失。

关于青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张的违约金、装修损失问题，分述如下：

关于青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张的违约金，本院认为，《中华人民共和国民法典》第五百七十七条规定，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。青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张违约金97200元，但支付违约金的前提是合同中有相关违约行为需支付违约金的明确约定，青岛某餐饮管理咨询企业有限公司与济南某商业运营有限

公司之间的房屋租赁合同中并未约定侵害优先承租权应支付违约金，故济南某商业运营管理有限公司无须赔偿违约金，对青岛某餐饮管理咨询企业有限公司该项主张，本院不予支持。一审法院参照合同认定济南某商业运营管理有限公司支付给青岛某餐饮管理咨询企业有限公司违约金 64800 元不当，本院予以纠正。

关于青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张的装修损失，本院认为，《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定，承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。青岛某餐饮管理咨询企业有限公司要求赔偿装修损失，但青岛某餐饮管理咨询企业有限公司基于租赁期限的预期对涉案房屋进行装修，现青岛某餐饮管理咨询企业有限公司与济南某商业运营管理有限公司之间的租赁合同期限已届满，该装修损失与青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张的侵害优先承租权造成的损失并无关联，故本院对青岛某餐饮管理咨询企业有限公司关于装修损失的主张，不予采纳。一审法院认定济南某商业运营管理有限公司赔偿装修损失 130470 元不当，本院予以纠正。二审法院判决济南某商业运营管理有限公司向青岛某餐饮管理咨询企业有限公司赔偿经济损失 52800 元，驳回青岛某餐饮管理咨询企业有限公司的其他诉讼请求。

【案例注解】

承租人的优先承租权是《中华人民共和国民法典》合同编第十四章新增条款。优先承租权是指出租期限届满后，承租人享有的以同等条件优先承租原租赁物的权利。民法典实施前，承租人系基于当事人之间有效的合同约定，享有该项权利；民法典实施后，第七百三十四条第二款明确规定，租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利，据此，优先承租权法定化，成为承租人的一项法定权利。优先承租权主要是为了保障房屋租赁市场秩序，维护承租人居住、经营权益。

一、侵害优先承租权的认定

对于出租人而言，依法保障承租人的优先承租权系其应负的一项法定

义务。根据关于优先承租权法律规定的理解，人民法院审查出租人是否保障了承租人的优先承租权应主要考虑以下两个基本因素：一是审查出租人是否履行了提前通知承租人的义务。出租人有意愿继续出租房屋时，应结合租金及交易习惯等，在合理期限内以合理方式通知承租人，通知可以采用书面或口头等形式，让承租人知晓足以，以此征询承租人是否主张优先承租的权利。二是审查出租人是否履行了告知同等租赁条件的义务。出租人应将其与案外人就房屋达成的租赁合同的条件告知原承租人，同等条件包括租金、租期、支付方式、用途等，并给予承租人合理期限考虑并进行回复。若出租人与案外人确定的租金标准明显高于当地市场价格或者租金支付方式与常理不符等，人民法院应结合案情、市场规律等综合确定出租人与案外人是否存在恶意串通、损害承租人权益的情况。

承租人虽享有以同等条件优先与出租人缔结合同的权利，但是人民法院在认定出租人是否侵害承租人的优先承租权时，需要考虑以下例外情况：其一、出租人不具有出租意愿。法律虽保障承租人的优先承租权，但不能以损害出租人的权益为前提。租赁期限届满后，出租人如要收回房屋自用或者房屋即将被征收、征用，此时应考虑出租人所享有的处分权以及实际履行不能的客观情况，限制承租人优先承租权的行使。其二，承租人在租期内存在根本违约行为。若承租人在租期内存在迟延支付租金、擅自转租、改变房屋结构以及合同约定其他解除合同的违约行为，出租方享有相应的法定或约定解除权，基于诚信及公平原则，承租人丧失优先承租权的基础。其三，承租人在合理期限内未予回复。承租人在接收到出租人的通知后，若一直未予回复，当事人之间的房屋租赁关系将长期处于不确定状态，容易产生纠纷，且出租人无法及时寻找下家，在空置期间易产生租金损失，故承租人应在合理期限内回复，否则将丧失优先承租权。

本案中，2021年3月19日租期届满前，承租人青岛某餐饮管理咨询企业有限公司即向出租人济南某商业运营管理有限公司邮寄《租赁合同续约沟通函》表明其有续租的意愿，但2021年4月26日济南某商业运营管理有限公司在未征询青岛某餐饮管理咨询企业有限公司是否主张优先承租权的情况下，就与案外人王某就涉案房屋签订租赁合同，故法院认定济南某商业运营管理有限公司侵犯青岛某餐饮管理咨询企业有限公司优先承租权。

二、侵害优先承租权的赔偿范围认定

出租人在有意出租房屋的情况下，未征询承租人是否主张优先承租权，径行与案外人签订租赁合同，侵害了承租人优先承租权，基于权利保护的法定性，承租人有权要求出租人赔偿据此产生的相应损失。遵循民事赔偿的损害填平原则，出租人应赔偿承租人因丧失优先承租权而产生的实际损失以及必要的、合理的可得利益损失。一般而言，具体赔偿范围包括：一、承租人因丧失继续承租房屋机会搬离原租赁房屋而支出的搬迁费、交通费、劳务费等；二、承租人因丧失优先承租权而承租同类房屋（地理位置、房屋性质、人流量等）因房屋市场价格上涨产生的租金差价损失；三、因丧失优先承租权，承租人另行选址、未能正常经营而产生的合理期间的停业损失。鉴于出租人在合理期间内收取的租金系基于其侵害承租人优先承租权取得，因此当上述合理期间的经营损失数额不易确定时，人民法院可参照出租人在合理期间内收取的第三人的租金数额予以酌定。

除上述损失外，司法实践中，承租人有时还会主张违约金，但支付违约金的前提是合同中有相关违约行为需支付违约金的明确约定，若当事人并未约定侵害优先承租权应支付违约金，出租人无权要求赔偿违约金；反之，出租人应予以赔偿。关于承租人要求赔偿装修损失的主张，根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》第十条规定，租赁期限届满，承租人无权要求出租人赔偿装饰装修费用，且承租人一般系基于租赁期限的预期对涉案房屋进行合理装修，租期届满后，出租人不存在装修损失，故无需赔偿。

本案中，关于停业损失，一审时青岛某餐饮管理咨询企业有限公司提交利润表欲证明其停业损失，但该表格系其单方制作，且济南某商业运营管理有限公司对此不予认可，故不予采信。虽然现有证据下无法确定青岛某餐饮管理咨询企业有限公司合理期间停业损失的具体数额，但考虑到济南某商业运营管理有限公司与案外人就涉案房屋签订租赁合同取得租金收益系以侵害青岛某餐饮管理咨询企业有限公司优先承租权为前提和基础，济南某商业运营管理有限公司在合理期间的租金收益应归属于青岛某餐饮管理咨询企业有限公司，故法院参照济南某商业运营管理有限公司与案外人之间租赁合同确定的月租金标准，酌定由其赔偿两个月的租金 52800 元

作为承租人青岛某餐饮管理咨询企业有限公司因丧失优先承租权的合理停业损失。关于违约金，案涉房屋租赁合同中并未约定侵害优先承租权应支付违约金，故济南某商业运营管理有限公司无需赔偿违约金。关于装修损失，青岛某餐饮管理咨询企业有限公司基于租赁期限的预期对涉案房屋进行装修，现租赁期限已届满，该装修损失与青岛某餐饮管理咨询企业有限公司主张的侵害优先承租权造成的损失并无关联，故济南某商业运营管理有限公司无需赔偿装修损失。

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例栏目刊发）

编写人：济南市中级人民法院民四庭 王峥嵘

李某诉济南某水族馆买卖合同案

——买卖合同中标的物意外灭失风险负担不影响违约责任的承担

关键词 星期狗 检疫 违约责任

【裁判要旨】

买卖合同中，因出卖人履行义务不符合约定，致使买受人承担了标的物的损害、灭失、破坏风险之后，买受人仍然可以保留追究出卖人违约责任的权利。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第七条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

《中华人民共和国民法典》第六百一十一条 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。

《中华人民共和国防疫法》第二十五条^① 禁止屠宰、经营、运输下列动物和生产、经营、加工、贮藏、运输下列动物产品：

- （一）封锁疫区内与所发生动物疫病有关的；
- （二）疫区内易感染的；
- （三）依法应当检疫而未经检疫或者检疫不合格的；
- （四）染疫或者疑似染疫的；
- （五）病死或者死因不明的；
- （六）其他不符合国务院兽医主管部门有关动物防疫规定的。

^① 《中华人民共和国动物防疫法》于2021年5月1日失效，新修订的《中华人民共和国动物防疫法》第二十九条延续了本判决中已经失效的《中华人民共和国动物防疫法》第二十五条的规定。

【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2021）鲁0104民初418号（2021年3月9日）

【基本案情】

李某向济南市槐荫区人民法院起诉称：2020年4月29日，李某自济南某水族馆购买金毛幼犬一只，但购买后不久，幼犬即出现生病症状，后经治疗无效死亡。李某通过消费者热线投诉，此纠纷转到济南市农村农业局，经该局调查，济南某水族馆违法经营应当检疫而未经检疫的动物。李某认为济南某水族馆的经营行为有悖诚信，严重侵害其财产权益和身心健康。因此，请求判令济南某水族馆返还李某购买幼犬费用，并赔偿医药费、火化费、精神损害赔偿金等各项费用。

济南某水族馆辩称：不同意赔偿李某损失。幼犬生病后已经向李某作出“我劝你不要给它花钱了，不行我再送你一条”的承诺。我店并非专业宠物经营店，涉案幼犬系朋友放到我店代卖，基于经营习惯将幼犬卖给李某。

济南市槐荫区人民法院经审理查明，2020年4月29日，李某自从济南某水族馆处以800元的价格购买金毛幼犬一只，另购买狗笼一个，狗粮一袋，共计900元。次日，该幼犬食欲不振，精神萎靡。5月1日，幼犬开始呕吐。5月2日，李某带幼犬到动物医院治疗，经检测显示，该幼犬携带高浓度的犬冠状病毒和细小病毒，发炎严重。5月5日，幼犬不再吃药，当晚李某就幼犬的状况与水族馆沟通，水族馆表示“我劝你不要给它花钱了，不行我再送你一条”，李某未同意。5月6日上午7时，幼犬经抢救无效死亡。支出治疗费1762.8元。同日上午9时，李某到火化中心将幼犬尸体火化，支付火化费1400元。7月6日，李某要求水族馆退款未果。后李某通过消费者热线投诉，此纠纷转到济南市农村农业局，2020年8月5日，经该局调查，认定水族馆违法经营应当检疫而未经检疫的动物，并给予行政处罚。

【 裁判结果 】

济南市槐荫区人民法院作出判决：一、被告济南某水族馆于本判决生效之日起十日内返还原告李某购买宠物犬款项 800 元；二、被告济南某水族馆于本判决生效之日起十日内赔偿原告李某宠物犬治疗费 1762.8 元；三、驳回原告李某的其他诉讼请求。

一审宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【 裁判理由 】

法院生效裁判认为：李某与济南某水族馆存在事实上的买卖幼犬关系，意思表示真实，不违反法律法规，买卖合同合法有效。合同履行完毕后，李某购买的金毛幼犬在购买后第三天即检测出高浓度的犬冠状和细小病毒，济南某水族馆辩称，李某购买时幼犬是活泼的，无法证明幼犬是一开始就感染病毒还是购买后出去玩感染的。本院认为，病毒潜伏期为 7 天到 14 天，据此可以认定，该幼犬在出售时即携带犬冠状和细小病毒。济南某水族馆辩称，是朋友的狗放到其店内代为销售的，朋友说打过针。本院认为，济南某水族馆基于经营习惯将宠物犬出售并没有认识到动物防疫的重要性，应按法律规定对该行为进行评价。《中华人民共和国动物防疫法》第二十五条规定：“禁止屠宰、经营、运输下列动物和生产、经营、加工、贮藏、运输下列动物产品：……（三）依法应当检疫而未经检疫或者检疫不合格的。故济南某水族馆出售应当检疫而未经检疫的宠物犬系违法行为，应对宠物犬生病、死亡产生的后果承担相应赔偿责任。

李某购买宠物犬时，系其自由挑选，济南某水族馆不是专业宠物犬售卖店，并不清楚所卖宠物犬是否携带致病菌，不应认定济南某水族馆具有欺诈行为。李某在“非专业宠物犬售卖店”购买宠物犬更应注意查验卖方有无相应出售资质，在该超市仅告知“朋友说打过一针”，没有出具防疫部门对出售的宠物犬进行防疫证明的情况下，盲目购买，亦应承担相应责任。宠物犬患病后，济南某水族馆同意为其更换，但李某以其为宠物犬治疗为由未能更换，导致宠物犬死亡、损失扩大。《中华人民共和国民法典》第五百九十一条规定：“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，不得就扩大的损失请求

赔偿。”

综上，本院认为李某要求济南某水族馆返还购买幼犬费用 800 元以及为救治生命而支出的必要医疗费用 1762.8 元的诉讼请求，符合法律规定，应予支持。其要求的狗笼款、狗粮款，因李某已使用且不能退还，本院不予支持。李某要求济南某水族馆支付三倍赔偿金、交通费、火化费、精神损害赔偿金的请求，因依据不足或系自身原因导致的损失，本院不予支持。

【案例注解】

《中华人民共和国民法典》第七条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”买卖合同的出卖人负有向买受人交付完整、无瑕疵标的物的义务。《中华人民共和国民法典》第六百一十一条规定：“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。”标的物意外灭失风险负担，与承担违约责任是两种不同的规则，前者是由于买卖合同的标的物发生不可归责于当事人的原因而意外灭失，判断这种意外灭失风险由哪一方负担的规则；后者是当事人一方违反合同义务，应当向对方承担违约责任，救济对方因违约而发生损害的规则。根据上述规定，在买卖合同履行完毕，双方完成标的物的交接后，标的物毁损、灭失的风险转移给买受人，并不意味着即便出卖人有违约行为，也不再承担违约责任。在出卖人违约的情况下，买受人虽然按照规定承担了标的物毁损、灭失的风险，但并不影响因为出卖人的违约行为，买受人请求出卖人承担违约责任的权利，如返还标的物价款、赔偿损失等。

本案中，涉案标的物比较特殊，是一只宠物犬，李某自济南某水族馆购买该犬时十分精神，毫无异样；但购买回家后就出现生病症状，经治疗最终无效死亡。经查证，水族馆出售给李某的宠物犬未经检验检疫，违反了《中华人民共和国动物防疫法》第二十五条“禁止屠宰、经营、运输下列动物和生产、经营、加工、贮藏、运输下列动物产品：……（三）依法应当检疫而未经检疫或者检疫不合格的”之规定，属于违法行为。水族馆基于经营习惯将宠物犬出售并没有认识到动物防疫的重要性，应按法律规定对该行为进行评价。水族馆作为宠物犬出卖方，未完全履行法律规定或合同约定的义务，应当对涉案宠物犬在出售之后非因买受人原因的生病、

死亡事实承担违约责任。同时，水族馆并非专业的宠物经营店，李某到该处购买宠物犬应注意查验出卖方有无相应的出售资质，在水族馆仅告知“朋友说打过一针”，但未出具防疫部门对出售的宠物犬进行防疫证明的情况下盲目购买，亦应承担相应责任。法院根据以上事实，综合认定双方应当承担的责任比例。

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例栏目刊发）

编写人：济南市槐荫区人民法院 刘新荣

莱芜同华源物流有限公司诉 济南裕兴化工有限公司合同案

——履约过程造成环境损害结果的不应视为合同目的已实现

关键词 绿色原则 环境保护 合同履行

【裁判要旨】

1. 绿色原则是指民事活动中应当遵循的节约资源、保护生态环境的原则。要求民事主体本着有利于节约资源、保护生态环境的理念从事民事活动，树立可持续发展的观念。

2. 当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。对于合同履行过程中，违背合同约定，造成环境污染后果的，不应视为合同目的已经实现，应对其履约行为给予否定评价，造成环境污染后果的一方应当承担违约责任。

【相关法条】

涉及相关法律条文如下：《中华人民共和国民法典》第九条、第五百零九条、第五百七十七条、第五百八十三条、第五百八十四条、第五百八十五条。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2021）鲁 0105 民初 8866 号（二〇二一年十二月十日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁 01 民终 3181 号（二〇二二年五月七日）

【基本案情】

2019 年 6 月 1 日，济南裕兴化工有限责任公司（以下简称“裕兴公

司”)作为甲方(委托方),莱芜同华源物流有限公司(以下简称“同华源公司”)作为乙方(受托方),签订了《红石膏处置项目合同》,裕兴公司委托同华源公司处置其生产产生的废弃物——红石膏。合同期间内,同华源公司合计为裕兴公司运输红石膏46937.02吨,总价款为3191717.36元,裕兴公司共支付给同华源公司红石膏运输处置费用合计64.352万元,尚欠2548197.36元未付。

2019年11月8日,济南市生态环境局对同华源公司作出济环罚字(2019)ZQ第069号行政处罚决定书,称发现同华源公司有肆意随处倾倒红石膏的行为,并依法对其进行了处罚。

2020年2月17日,济南市生态环境局对裕兴公司作出济环罚字(2019)TQ第G-4017号行政处罚决定书,称在章丘区多处又新发现了裕兴公司红石膏倾倒现象,并依法对其进行了处罚。

现同华源公司以裕兴公司欠付合同费用为由,诉至法院,要求裕兴公司支付剩余款项;裕兴公司以同华源公司未按照合同约定履行合同义务为由,要求同华源公司返还已收取的合同款并支付相应的违约金。

济南市天桥区人民法院经审理查明:2019年6月1日,裕兴公司作为甲方(委托方),同华源公司作为乙方(受托方),金耐盛公司作为丙方(保证人),签订了《红石膏处置项目合同》。该合同载明:鉴于,甲方作为依法规范经营的国有企业,委托乙方对甲方的生产固体废物红石膏进行安全装卸运输并原则由资质的单位进行综合加工利用;乙方选择确定的综合利用单位山东金耐盛高温材料有限公司已经办理了相关存储、综合利用安全环评手续(资质文件:周环报告表(2015)195号),乙方承诺继续要求综合利用单位按照国家政策和相关法律法规办妥安全环评等依法合规经营手续,并保证完全具备开展上述业务的资质和条件;丙方作为乙方履行本合同的保证人,甲乙丙三方一致同意开展此项目合作。该合同第二条“红石膏综合加工利用方式”载明:乙方确保其委托的综合利用单位将红石膏作为生产原料全部综合加工利用,作为完全无害化综合处置,符合安全环保要求。该合同第三条“安全环保责任的特别约定”第9款载明:甲方有权随时对红石膏装卸运输、存储、综合加工利用进行检查,如发现乙方违反法律法规和合同约定,一经甲方提出,乙方必须按照甲方要求限期改正,并于甲方提出的2个工作日内,向甲方支付违约金伍万元。第10款载明:

如发生因红石膏装卸运输、存储、综合加工利用等引发的政府及相关部门对甲方的处罚或整改，乙方应承担全部处罚及整改费用，并于甲方提出后2个工作日内向甲方支付违约金伍万元。该合同第四条“计量和费用结算”载明：1. 乙方运输红石膏的数量以甲方过磅单为准。2. 甲方按68元/吨向乙方支付红石膏运输处置费用，该费用既包括红石膏运输费用，也包括综合利用费用，费用每月结算一次；乙方必须按照合同规定及国家法律法规规定的要求对红石膏进行处置，否则甲方将不予结算，并且有权解除合同；乙方由于不按照规定要求对红石膏综合处置而被上级环保主管部门处罚，甲方不予负责。乙方负责与其委托的红石膏综合利用单位结算，甲方仅向乙方支付红石膏运输处置费用。3. 结算时对于乙方的弄虚作假行为，一经发现乙方应在甲方提出后2个工作日内向甲方支付违约金伍万元，甲方有权解除本合同。案涉合同已履行至2020年5月31日合同期满，期满后双方未再续约。

合同期间内，裕兴公司共支付给同华源公司红石膏运输处置费用合计64.352万元。据同华源公司陈述，由过磅单计算可知其合计为裕兴公司运输红石膏46937.02吨，总价款为3191717.36元，扣除裕兴公司已支付的部分，尚欠2548197.36元。

2019年11月8日，济南市生态环境局出具济环罚字〔2019〕ZQ第069号行政处罚决定书，当事人名称处载明为：莱芜同华源物流有限公司，法定代表人处载明为：刘涛，违法事实和证据处载明：“2019年8月25日，接到文祖街道办事处电话，在文祖街道发现有车辆倾倒不明固体废物，并由文祖街道派出所对货车司机进行了调查，交代倾倒的固体废物是从济南裕兴化工有限公司运出的红石膏，在运输途中倾倒至此的。8月27日，我局执法人员对莱芜同华源物流有限公司进行调查，确认在文组街道内倾倒的红石膏是济南裕兴化工有限责任公司产生的一般固体废物，且该单位与济南裕兴化工有限责任公司签订了“红石膏处置项目”三方合同，负责将济南裕兴化工有限责任公司产生的红石膏运送至淄博周村区的山东金耐盛高温材料有限公司。经查实，你单位未按照合同要求将红石膏运送至综合利用单位，而是在运输途中倾倒、遗撒至外环境。以上事实有调查询问笔录、现场执法照片、污染源现场检查笔录、红石膏处置项目合同、营业执照（统一社会信用代码）复印件、被调查人身份证和法人身份证复印件

等为证。你单位的上述行为违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第十七条之规定。”陈述申辩及采纳情况载明：“我局于2019年10月28日告知对你单位拟作出的处罚决定，并明确你单位有权陈述和申辩。你单位未进行陈述和申辩。以上事实，有我局2019年9月30日《行政处罚事先告知书》（济环罚告字（2019）ZQ第069号）及2019年10月28日《送达回执》为证。”，处罚依据和内容载明：“依据《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第六十八条第一款第（八）项和第二款之规定：1、责令停止违法行为；2、限七日内改正违法行为；3、罚款壹万元整人民币。”

同华源公司对该行政处罚决定书不予认可，自述其并未收到该决定书，认为这不符合行政处罚决定书的送达程序。

2020年2月17日，济南市生态环境局作出济环罚字（2019）TQ第G-4017号行政处罚决定书，载明当事人名称为：济南裕兴化工有限责任公司，环境违法事实及证据为：“2019年11月18日，我分局收到济南市生态环境局《关于在全市范围内深入排查济南裕兴化工有限责任公司红石膏违法倾倒问题的通知》。通知内容反映在章丘区多处又新发现了济南裕兴化工有限责任公司红石膏倾倒现象。”行政处罚的依据、种类及其履行方式、期限载明：“你公司的上述行为违反了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第十七条第一款之规定。依据《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第六十八条第一款第（八）项、第二款之规定，对你（单位）做出如下处罚决定：处罚款伍万元整。”

据裕兴公司陈述，其已经收到了上述行政处罚决定书，并已经按照处罚决定要求缴纳了5万元罚款。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于2021年6月13日作出329号民事判决：一、原告（反诉被告）莱芜同华源物流有限公司于本判决生效之日起10日内返还被告（反诉原告）济南裕兴化工有限责任公司红石膏处置款643520元；二、原告（反诉被告）莱芜同华源物流有限公司于本判决生效之日起10日内赔偿被告（反诉原告）济南裕兴化工有限责任公司环保处罚损失5万元；三、原告（反诉被告）莱芜同华源物流有限公司于本判决生效之日起10日内支付被告（反诉原告）济南裕兴化工有限责任公司违约金1.5万元；

四、驳回原告（反诉被告）莱芜同华源物流有限公司的诉讼请求；五、驳回被告（反诉原告）济南裕兴化工有限责任公司的其他诉讼请求。宣判后，被告同华源公司不服该判决，上诉至济南市中级人民法院。济南市中级人民法院于 2022 年 5 月 7 日作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

济南市天桥区人民法院认为：在案涉《红石膏处置项目合同》中，同华源公司承担何种合同义务。针对该焦点问题，本院在审理过程中征询了双方当事人的意见。同华源公司称其主要义务是为裕兴公司向红石膏的实际承运人和处置人垫资支付款项，对合同中载明的同华源公司的义务并不认可，辩称只是形式上的约定，不符合签约时的真实意图。裕兴公司对其陈述不予认可，认为根据合同约定，同华源公司有以下几项义务：1. 选择有资质的金耐盛公司处置红石膏，并保证在合同期内金耐盛公司资质持续有效；2. 原告附有将被告的红石膏运输至合同约定地点即金耐盛公司处，并保证金耐盛公司将红石膏全部依法合规处置完毕；3. 原告方附有运输处置过程中安全、环保的义务，即不得沿途抛洒、倾倒红石膏，不得违反环保法规等等，并保障被告不因原告违反合同约定受环保监管处罚等；4. 原告方负有真实的合同结算义务，不得向被告结算时弄虚作假。从以上陈述可以看出，双方对同华源公司的案涉合同义务分歧巨大，但裕兴公司关于同华源公司合同义务的主张与案涉《红石膏处置项目合同》中的约定基本一致，同华源公司辩称案涉合同并不是双方当事人的真实意思表示，但未能提交充分的证据予以佐证，本院对其辩称不予采信，同华源公司应负有依法合规运输、处置红石膏的义务。

同华源公司是否履行了《红石膏处置项目合同》约定的合同义务。本案中，同华源公司向法庭提交了过磅单，以证明其已履行合同义务，但过磅单仅能证明其已经履行了相应的运输义务，并不足以证明其运输的红石膏已经得到了合理处置。济南市生态环境局对同华源公司的行政处罚决定书中亦清晰的载明同华源公司在运输裕兴公司的红石膏过程中，存在运输途中倾倒、遗撒至外环境等与实现合同目的严重相悖的情况。本院亦就红石膏的后续处置情况在庭审中征询了同华源公司的意见，并要求同华源公司提交相应证据对红石膏的后续处置情况进行说明，但同华源公司未在本

院限定的时间内提交相应证据对自身主张进行佐证，也不能对此做出合理解释，应当承担举证不能的责任，故本院对同华源公司关于其已经履行了自身合同义务的主张不予采信。本院认为，同华源公司并未根据案涉《红石膏处置项目合同》对裕兴公司生产过程中产生的红石膏进行符合约定的运输和处置，并未履行合同义务，构成合同违约。

裕兴公司员工郭海强向同华源公司法人刘涛发送的协议书的性质问题。案外人裕兴公司员工郭海强，并非裕兴公司法定代表人，其向同华源公司法人刘涛发送的协议书并不能视为裕兴公司的意思表示。同华源公司辩称该协议书足以证明裕兴公司已认可同华源公司履行了案涉合同载明的义务，但案外人郭海强的个人意志并不能代表裕兴公司，同华源公司作为合同的收款方，仍旧对自身已履行合同义务负有相应的举证责任。

本案中，案涉《红石膏处置项目合同》的合同期限虽已经过去，但同华源公司违反合同约定，仍应根据双方合同约定承担相应的违约责任。关于同华源公司要求裕兴公司支付欠款及逾期利息的问题，本院认为，因同华源公司并未依约履行合同义务，其并不享有请求裕兴公司支付合同对价的权利，对其该项诉求，本院不予支持；关于裕兴公司要求同华源公司返还红石膏处置费用 64.352 万元的问题，因同华源公司未能履行合同义务且缺乏继续履行合同的意愿，致使裕兴公司无法达成合同目的，其自裕兴公司处获得的合同对价，应予返还，对裕兴公司的该项诉求，本院予以支持；关于裕兴公司要求同华源公司赔偿其环保处罚损失 5 万元的问题，符合双方合同约定，本院予以支持；关于裕兴公司要求同华源公司支付其违约金 15 万元的问题，本院认为，在案涉合同的履行过程中，裕兴公司亦存在疏于日常监督管理、流程缺失等问题，对合同最终结果的产生存在一定过错，故本院酌情将同华源公司应支付的违约金调整为 1.5 万元，对裕兴公司超过该金额的违约金诉求，本院不予支持。

【案例注解】

良好的生态环境是人们美好幸福生活的必要组成条件，是最普惠、最直观的民生福祉。但我们现在面临着严重的生态危机，大气污染、全球变暖、水资源危机、海洋污染等问题对人类的生存和发展构成了直接威胁。我国是世界上最大的发展中国家，也同样面临着上述的危机和挑战，我们既要

发展经济，重视资源的有效利用，又要防止生态环境的进一步恶化。在此背景下，《民法典》在全世界范围内首次把绿色原则规定为民法基本原则，为维护生态环境、维持社会的可持续发展、为人民群众创造良好生产生活环境提供了坚实的制度保障。

《民法典》第9条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”《民法典》将绿色原则作为一项民法基本原则进行规定，表明保护生态环境并不仅仅适用于侵权，其应当贯彻适用于整个民法。《民法典》第五百零九条第三款规定：“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”“绿色原则作为民法典的基本原则，具有重要作用：一是确立国家立法规范民事活动的基本导向，即要以节约资源、保护生态环境作为重要的考量因素；二是要求民事主体本着有利于节约资源、保护生态环境的理念从事民事活动，树立可持续发展的观念；三是司法机关在审判民事案件，适用民事法律规定时，要加强对节约资源、保护生态环境的民事法律行为的保护。”

本案的争议焦点在于对合同目的是否实现的认定，同华源公司认为其已经将红石膏废弃物从裕兴公司的厂区拉走，后续问题与裕兴公司再无关系，合同目的已经达成；裕兴公司则认为合同目的是妥善的运输、处置红石膏，同华源公司仅仅将红石膏运走，而没有妥善处置，不应视为合同目的已经达成，而且裕兴公司后续还遭受了行政处罚，进一步证明后续问题并非与裕兴公司毫无关系。承办人认为，红石膏作为一种固体废弃物，双方在签订合同中约定的妥善运输、处置绝非同华源公司认为的一“倒”了之，妥善处置应包含了避免对生态环境造成损害这一应有之义，即便该废弃物已经脱离了裕兴公司的控制，但不能认为已经与裕兴公司没有关系，其遭受的行政处罚也可以说明这一点。基于上述理由，承办人认为同华源公司并未按约定履行合同，合同目的无法达成，无权主张剩余价款且应返还已收取的价款。

本案案情实际并不复杂，但是在案件审理过程中，同华源公司对于生态环保的漠视程度的确令人触目惊心。同华源公司与裕兴公司签订的协议中明确约定要对红石膏进行合理的运输处置，并指定了实际的处置人，但同华源公司的做法却是随便找个地方一“倒”了之。四万多吨红石膏固体废弃物未得到有效处置，对生态环境造成了极为严重的破坏。对于履行方

式造成损害环境后果，造成合同目的无法实现的，应对其履约行为给予否定评价，也希望通过本案的最终裁判结果也为肆意损害环境的人敲响警钟。“保护生态环境原则是民法典新确立的重要原则之一，将环境资源保护上升至民法基本原则的地位，具有鲜明的时代特征，将全面开启环境资源保护的民法通道，有利于构建生态时代下人与自然的新型关系，顺应绿色立法潮流。”

编写人：济南市天桥区人民法院速裁法庭 王淑娟

王某刚诉刘某青机动车交通事故责任案

——员工在履行职务过程中造成经营者人身伤害的责任认定

关键词 特殊侵权 一般侵权 员工 雇主

【裁判要旨】

雇员在履行职务过程中，造成雇主人身损害的，应适用一般侵权责任原则，根据过错划分双方责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条 行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

《中华人民共和国民法典》第一千一百七十三条 被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。

【案件索引】

一审：济南市济阳区人民法院（2021）鲁 0115 民初 4035 号（2021 年 12 月 23 日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁 01 民终 3752 号（2022 年 5 月 5 日）

【基本案情】

刘某青诉称：被告王某刚驾驶车辆发生交通事故，造成乘车人刘某青受伤，刘某青起诉请求赔偿医疗费、误工费、残疾赔偿金等损失。

王某刚辩称：王某刚系刘某青个体经营蔬菜店的员工，工作岗位是四级，事故发生时，王某刚是按照刘某青指令去拉蔬菜，刘某青未系安全带，应当承担相应责任。

法院经审理查明：2020年9月15日7点4分许，王某刚驾驶着鲁AG71J8号轻型货车发生追尾交通事故，致使王某刚乘车人刘某青受伤，车辆损坏。事故经济南市公安局交通警察支队济阳区大队认定王某刚承担事故的全部责任。刘某青、王某刚均认可事故发生时，王某刚作为刘某青的司机去曲堤拉菜。

事故造成刘某青车辆损失和人身损失，并产生医疗费、误工费、残疾赔偿金、营养费、护理费、精神损害抚慰金等损失共计252232.71元。

【裁判结果】

济南市济阳区人民法院于2021年12月23日作出(2021)鲁0115民初4035号民事判决，王某刚于判决生效之日起十日内赔偿刘某青各项损失共计126116.4元。宣判后，王某刚提出上诉。济南市中级人民法院于2022年5月5日作出(2022)鲁01民终3752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：本案争议的焦点问题是，王某刚应否承担赔偿责任及如何适用法律确定责任主体。

首先，刘某青经营的济南槐荫自家菜园蔬菜店与王某刚之间属于雇佣关系还是属于劳动关系，双方存有争议。现有法律对雇员因劳务活动造成雇主人身损害的行为和责任承担未作出明确规定，也未对劳动者在劳动期间造成作为用人单位的个体工商户的经营者人身损害的行为和责任承担作出明确规定。本案中，根据已查明事实，王某刚驾驶涉案车辆发生交通事故造成乘车人刘某青受伤，且交警部门认定王某刚驾驶机动车辆在同车道行驶中，不按规定与前车保持必要的安全距离的行为是造成事故的全部原因，王某刚承担事故的全部责任。本案情形符合法律规定的过错侵权责任的构成要件，即违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。故一审法院认为无论刘某青经营的济南槐荫自家菜园蔬菜店与王某刚之间属雇佣关系还是属劳动关系，本案均应适用一般侵权行为的归责原则，即行为发生时的法律《中华人民共和国侵权责任法》第六条和第二十六条的相关规定进行处理，并无不当。同理，一审法院未准许王某刚关于中止本案审理的申

请并无不当。其次，承前所述，王某刚在涉案交通事故中对损害后果的发生具有重大过错，虽然王某刚系在执行工作任务中发生交通事故，且系造成个体工商户的经营者人身损害，但从终局的责任承担角度考虑，让存在重大过错的侵权行为人承担相应的赔偿责任，符合侵权责任法的基本法理精神。一审法院综合考虑刘某青、王某刚双方之间的关系，并结合本案案情，根据双方的过错程度，确定王某刚对刘某青损失的50%承担赔偿责任，50%的损失由刘某青自负，公平合理，并无不当。

【案例注解】

作为特殊侵权行为，若员工在执行工作任务造成他人损害的，参照《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条之规定，由其雇主承担侵权责任。即就公平正义而言，雇用人利用他人扩大其活动范围，理应承担受雇人侵害他人权利所生损害赔偿赔偿责任，始足保护被害人（损益兼归原则）^①。本案中，员工在执行工作任务过程中造成雇主受伤，雇主是否可以被害人，向雇员请求人身损害赔偿，是本案例中所要解决的首要问题。

首先，员工虽与雇主相比，在工作和时间分配上，处于弱势地位，员工需要按照雇主的明确要求和指示，按时完成工作。员工在工作过程中，负有安全保障义务。员工在违反上述义务造成第三人受伤，无论该第三人系雇主亦或无因果关系第三人，均应作出否定性的法律评价，由其承担相应的法律责任。

其次，侵权行为分为一般侵权行为和特殊侵权行为，特殊侵权行为的归责适用应以法律明确规定为准绳，否则不能参照适用。雇用人的侵权责任得以保护的主体应是与雇用人、受雇人无劳动或劳务关系以外的第三人，系属特殊侵权行为。我国法律并未对员工在履行职务过程中造成作为个体经营者的用人者人身损害的行为及其责任承担作出专门规定，故其不应适用特殊侵权行为的规定，转而向一般侵权行为，即按照与过错责任归责原则相关的法律规范作为请求权基础予以认定。

第三，就现行法律规定而言，《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条赋予了用人单位在员工因故意或重大过失造成他人损害时的追偿

^① 王泽鉴，《侵权行为》，第421页。

权，这体现了内部求偿关系中的过错原则。^① 不同于一般侵权行为，本案系员工在执行工作任务过程中造成的雇主人身损害，雇主本身即基于营利属性而雇佣员工，因此，应避免在侵权责任认定过程中将雇主或用人单位的经营风险转嫁给有过错的工作人员，让雇主或用人单位有监督管理之过失的情况下，让有过错的工作人员承担大部分责任。^②

据此，笔者认为，员工在执行工作中造成雇主人身损害，其行为本身存在过错，应承担相应的侵权责任。但鉴于劳动者权益保障和兼顾公平的衡平考量，亦应参照《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条规定，在员工存在故意或重大过失的情况下，造成雇主人身损害的，承担相应的侵权责任。在具体责任比例上，如员工系故意造成雇主伤害，可由其承担全部赔偿责任，在具有重大过失情况下，应综合不同行业、不同工种和不懂劳动安全条件综合分析的基础上，认定不超过50%的责任为宜。

编写人：济南市中级人民法院立案庭 王立强
济南市中级人民法院民四庭 李修阳

^① 《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，第238-239页。

^② 《中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用》，最高人民法院侵权责任法研究小组编著，第254-255页。

王某成、宋某某、齐某某、王某某诉王某义、 章丘市宁家埠建安模具加工厂机动车交通事故 责任案

——叉车上路行驶引发事故是否应当首先在交强险限额内
承担责任的认定

关键词 交通事故 交强险

【裁判要旨】

叉车按规定只限在厂区内作业驾驶，需临时上路行驶的，应取得临时通行牌证，并确保安全。无牌叉车上路行驶引发交通事故，是违反交通安全法的行为，应当由侵权人首先在交强险限额内承担赔偿责任。

【相关法条】

《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条 机动车是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条，未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

【案件索引】

一审：济南市章丘区人民法院（2021）鲁 0114 民初 5765 号民事判决书（2021 年 8 月 30 日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 民终 9563 号民事判决书（2021 年 11 月 1 日）

【基本案情】

王某成、宋某某、齐某某、王某某向一审法院起诉请求：1. 判令王某义、章丘市宁家埠建安模具加工厂赔偿王某成、宋某某、齐某某、王某某医疗费、死亡赔偿金等共计 606717.3 元。2. 涉案费用由王某义、章丘市宁家埠建安模具加工厂承担。

王某义辩称，同意依法赔偿，其已向王某成、宋某某、齐某某、王某某支付 4 万元，本次事故造成其受伤及车辆损坏，保留起诉的权利。

章丘市宁家埠建安模具加工厂辩称，涉案叉车已卖给王某义，其不是车辆的所有人，不享有管理、支配该车辆的权利，该叉车不是其厂的工作用车，其不应承担赔偿责任，请求驳回对其起诉。

法院经审理查明：一、事故发生概况及交警部门认定。2021 年 4 月 9 日 19 时 50 分许，王某己醉酒后驾驶车牌号为鲁 A7N23K 的小型轿车，由北向南行驶至济南市章丘区宁家埠街道荐家村北时，与对行的王某戊驾驶的无牌叉车发生交通事故，造成王某己已经抢救无效死亡，王某戊受伤，两车损坏。经济南市公安局交通警察支队章丘区大队认定，王某己承担事故的主要责任，王某戊承担事故的次要责任。二、车辆权属及保险情况。王某己驾驶的车辆所有人为齐某丙。王某戊驾驶的叉车未投保保险。三、被侵权人情况。死者王某己，男，1980 年 1 月 4 日出生，系王某甲、宋某乙之子，齐某丙之夫，王某丁之父。四、核定各项损失如下：1. 精神损害抚慰金：5000 元。2. 死亡赔偿金（含被扶养人生活费）：1174721 元（43726 元/年×20 年+27291 元/年×8 年+27291 元/年×(14 年-8 年)÷2 人）。被扶养人为王某甲、宋某乙、王某丁，王某甲与宋某乙育有王某己、王某两名子女。3. 丧葬费：44454.5 元（42044.5 元+200 元+2210 元）。王某甲、宋某乙、齐某丙、王某丁主张的协法医验尸费 200 元及冷藏费 2210 元，王某戊、章丘市某模具加工厂均无异议，一审法院予以确认，该两项费用属丧葬费范畴，一审法院予以计入丧葬费。4. 车辆损失：3000 元。王某甲、宋某乙、齐某丙、王某丁、王某戊、章丘市某模具加工厂均同意车辆损失按照事故责任划分后赔偿 3000 元，一审法院予以确认。5. 王某甲、宋某乙、齐某丙、王某丁主张的处理丧葬事宜误工费 2994.75 元及交通费 1000 元，因该两项赔偿项目现无法律依据，一审法院不予支持。

6. 王某甲、宋某乙、齐某丙、王某丁主张的医疗费 1500 元，因其未提交医疗费票据，一审法院不予支持。五、垫付费用或已赔偿情况。王某戊已赔偿王某甲、宋某乙、齐某丙、王某丁 40000 元。

【裁判结果】

济南市章丘区人民法院于 2021 年 8 月 30 日作出（2021）鲁 0114 民初 5765 号民事判决：一、王某义于判决生效之日起 10 日内赔偿王某成、宋某某、齐某某、王某某死亡赔偿金 312416.3 元、丧葬费 13336.35 元、精神损害抚慰金 5000 元，合计 330752.65 元；二、王某义于判决生效之日起十日内赔偿齐某某车辆损失 3000 元；三、驳回王某成、宋某某、齐某某、王某某的其他诉讼请求。

宣判后，王某成、宋某某、齐某某、王某某提出上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 11 月 1 日作出（2021）鲁 01 民终 9563 号民事判决：一、撤销济南市章丘区人民法院（2021）鲁 0114 民初 5765 号民事判决；二、王某义在本判决生效之日起十日内在交强险责任限额范围内赔偿王某成、宋某某、齐某某、王某某共计 140000 元（死亡赔偿金 175000 元 + 精神损害抚慰金 5000 元 - 垫付费 40000 元）；三、王某义在本判决生效之日起十日内赔偿王某成、宋某某、齐某某、王某某死亡赔偿金 299916.3 元【 $(1174721 \text{ 元} - 175000 \text{ 元}) * 30\%$ 】、丧葬费 13336.35 元（ $44454.5 \text{ 元} * 30\%$ ）、车辆损失 3000 元；四、驳回王某成、宋某某、齐某某、王某某的其他诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效判决认为，《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条规定，机动车是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。本案中，王某义驾驶的叉车符合机动车的概念，一审法院认定叉车不属于机动车不当，应予纠正。根据《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定，未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。本案中，王某义驾驶的叉车按规定只限在厂区

内作业驾驶，需临时上路行驶的，应取得临时通行牌证，并确保安全。王某义驾驶叉车上路行驶，对车辆及行人造成安全隐患，客观上也造成了王希之死亡的道路交通事故，因叉车未投保交强险，故，应当由王某义首先在交强险限额内承担赔偿责任。

【案例注解】

叉车是工业搬运车辆，是指对成件托盘货物进行装卸、堆垛和短距离运输作业的各种轮式搬运车辆。国际标准化组织 ISO/TC110 称为工业车辆。常见于仓储大型物件的运输，通常使用燃油机或者电池驱动。生活中，经常可见叉车在城市道路上行驶，由此引发的交通事故时有发生，叉车是否需要交强险内承担责任，在司法实务届仍有争议。

首先，关于叉车在道路上行驶发生事故是否属于交通事故，存在两种观点，一种观点认为，根据《中华人民共和国公共安全行业标准机动车类型、术语和定义（GA802-2014）》中关于“机动车”的规定以及国家质检总局《关于修订〈特种设备目录〉的公告》（2014年）的规定，叉车不属于机动车，而属于特种设备。因此，驾驶叉车在道路上发生事故的不能认定为道路交通事故，交警部门亦不会出具《交通事故责任认定书》，无法准确界定道路中各方的事故责任。第二种观点认为，《中华人民共和国道路交通安全法》第一百一十九条规定，机动车是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。叉车符合道路交通安全法上机动车标准，驾驶叉车在道路上行驶发生事故应当认定为交通事故。对于上述两种观点，笔者同意第二种。司法实践中，按规定叉车只限在厂区内作业驾驶，需临时上路行驶的，应取得临时通行牌证，并确保安全。无牌叉车上路行驶引发交通事故，是违反交通安全法的行为，应当承担民事赔偿责任。

其次，《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定，未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。本案中，依据交警出具的交通事故认定书，叉车承担事故的次要责任。王某义驾驶的叉车未取得临时牌照便上路行驶，对车辆及行人造成安全隐患，客观上也造成了王希之死亡的道路交通事故，

因叉车未投保交强险，故，应当由王某义首先在交强险限额内承担赔偿责任。

最后，裁判文书是司法实践中弘扬社会主义核心价值观的最有效途径之一，发挥着司法裁判在国家治理、社会治理中规则引导和价值导向作用。随着社会的发展，平衡车、老年四轮代步车等车辆的出现，必然会带来道路交通安全的隐患。让叉车等车辆首先在交强险限额内承担赔偿责任，避免了此类案件出现民事赔偿不足以支付受害人损失的情况，有助于保障交通事故中弱势一方的权益保护，强化对道路安全的秩序维护。

编写人：济南市中级人民法院民四庭 陈 勇 申 艺
济南市中级人民法院研究室 乔 斌

白某某诉济南市天桥区 某电子器材商行修理合同案

——消费者权益保护中欺诈行为与合同瑕疵履行行为的
区别和认定

关键词 消费者权益保护 欺诈行为 合同瑕疵履行

【裁判要旨】

1. 消费欺诈行为，是指经营者在提供商品或者服务过程中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为。

2. 合同瑕疵履行，是指合同一方当事人虽然履行了合同，但其履行不符合双方在合同中的约定，导致对方不能获得合同利益、减少或丧失获得合同利益的情形。

3. 消费欺诈和合同瑕疵履行具有不同的认定标准，且当事人承担责任的方式亦存在不同，对当事人的权利行使和义务承担具有较大影响。

【相关法条】

因为本案行为发生在2020年4月，故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条之规定，应当适用行为发生时的法律。涉及相关法律条文如下：《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第六十条、第一百一十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2021）鲁0105民初329号（二〇二一年六月十三日）

【基本案情】

白某某诉称：1. 请求法院判令济南市天桥区某电子器材商行（以下简称某商行）赔偿其本人电脑损失 5299 元，其中包括：两部电脑光驱损失 1200 元；服务费 850 元；惠普电脑的降温冷却系统损失 150 元；惠普电脑上某商行私自删除的视频文件 90 元；精神抚慰金 3000 元；以上数额是三倍赔偿的标准。2. 请求法院判令某商行举证证明自己没有对白某某的电脑动手脚；3. 请求法院判令某商行承担本案诉讼费用。事实与理由：白某某于 2020 年 4 月 1 日请某商行给修电脑，分别于 4 月 9 日、4 月 14 日结账，电脑是留置某商行店铺中修理的。取回电脑时先试用，因时间短促未发现任何异常。回家不久后运用电脑看光盘和股市行情，才发现诸多问题。1. 两部电脑都不能使用光驱系统看光盘了，某商行说你的电脑原来光驱就坏了。2. 联想牌要修的是屏幕，某商行索要叁佰元，答应换一个屏幕，白某某要求换新的。结果是只修理了一下原装屏幕，后经派出所调解，某商行退还白某某贰佰元钱，并要白某某写下收条，要求白某某不再找其麻烦。3. 白某某惠普牌电脑的降温冷却系统一直能够正常工作。经某商行鼓捣后，不能正常工作了。4. 白某某惠普牌电脑桌面上花钱请人下载的 2 个视频资料，某商行给私自删除了。理由：1. 根据《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称消法）第 23 条规定，在经营活动中，经营者存在欺诈行为的，在六个月内，经营者负担举证责任。2. 白某某提出三倍赔偿有法可依，《消法》第 55 条有明确规定。3. 《消法》第 52 条规定，经营者提供的商品或服务，造成消费者财产损失的，应当依照法律规定承担赔偿责任等民事责任。4. 《消法》第 48 条第一、七款规定：①商品或者服务存在缺陷。②服务的内容和费用违反约定的，经营者应当承担民事责任。③对消费者提出的重作、退货、退还货款和赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的经营者应承担民事责任。综上所述，某商行假冒手机、电脑、监控专修店属于欺诈行为，某商行故意损坏白某某电脑和欺骗白某某换屏行为，都属于欺诈行为。现为维护白某某合法权益诉至法院。

某商行辩称：白某某的确在我处维修两台笔记本电脑，一台是联想、一台是惠普的或者是戴尔的因时间较久记不清了，其中，一台打不开了，

是因为亏电了，充了电后，激活电池就修好了，这台电脑收了 50 元，另一台是显示屏坏了，换了显示屏，就能正常使用了，这一台收了 200 多元，上述两台电脑是在 2020 年 3 月份，修好之后，白某某将两台电脑取回，大概一个月左右，白某某说电脑光驱不能用了，通过工商局、派出所多次投诉，在 2020 年 5 月 7 日双方在派出所通过调解达成协议，因为白某某的配偶多次说好话，说白某某身体不好，性格容易较真，希望让着他点，考虑到对方年龄较大，身体也不好，经派出所民警调解，退给他 200 元，由白某某出具了收条，并承诺双方互不找麻烦，不再有任何关系，事情已经完美解决。

济南市天桥区人民法院经审理查明：2020 年 4 月，白某某将一台联想牌手提电脑（型号 T60）和一台惠普手提电脑交给某商行进行维修，上述两台电脑的故障分别为联想牌电脑是屏幕故障，惠普牌电脑是开不开机。维修完后，白某某在 2020 年 4 月 5 日向某商行支付了 50 元维修费用，取回了惠普牌手提电脑，在 2020 年 4 月 9 日向某商行支付了 300 元后，取回了联想手提电脑。2020 年 5 月 7 日，白某某向某商行出具收条一份，载明：“今收到吴某某老师给付贰佰元（¥200 元）人民币整协商退给金。以后双方互不找麻烦。不会有任何关系。事情已完美解决。”

对于某商行存在何种欺诈行为。白某某陈述，1. 某商行未换显示屏，他说换了显示屏；2. 某商行是电子器件商行，我方认为其没有修理的业务；3. 本来我的系统是好的现在不能用了。某商行辩称，1. 当时确实换屏了，但是被换的旧屏没有保存，故无法退还白某某，所以退还 200 元也有这方面的原因；2. 我方营业范围明确载明包括计算机及通讯设备维修；3. 我方维修的事项与系统无关。

关于维修完之后白某某取回两台手提电脑时双方是否进行了验收。白某某陈述，当时进行验收了，打不开机的也可以打开了。电脑屏幕也没问题了，只是回家之后，惠普电脑发热，容易死机，联想电脑在我家上不了网了，但是，在某商行处可以上网。2020 年 5 月 7 号之前，我用两台电脑看光盘，光驱不能用了。某商行陈述，当时进行验收了，白某某要求修的两个故障均已修好。

另查明，某商行系个体工商户，经营者为吴建强，经营范围为代理中国移动通信集团山东有限公司济南分公司授权的业务（有效期限以协议书

为准)；场地、柜台租赁；手机配件的零售；计算机及办公设备维修；通讯设备修理（除依法须经批准的项目外，凭营业执照依法自主开展经营活动）。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于 2021 年 6 月 13 日作出 329 号民事判决：一、被告济南市天桥区某电子器材商行返还白某某维修服务费 100 元，于本判决生效之日起 10 日内付清；二、驳回原告白某某的其他诉讼请求。宣判后，原告白某某与被告某商行均未提出上诉。

【裁判理由】

济南市天桥区人民法院认为：本案中，白某某陈述其需要维修的联想牌手提电脑存在屏幕故障，惠普牌电脑存在无法开机的情况。针对以上两处故障，某商行进行了维修，且在维修完毕后向白某某交付了上述两台电脑，白某某亦当场进行了验收，白某某所陈述的两处故障均已排除，故本院依法确认，某商行完成了维修义务。

对于白某某所认为的欺诈行为，1. 某商行未换显示屏，他说换了显示屏；2. 某商行是电子器件商行，我方认为其没有修理的业务；3. 本来我的系统是好的现在不能用了。某商行辩称，1. 当时确实换屏了，但是被换的旧屏没有保存，故无法退还白某某，所以退还 200 元也有这方面的原因；2. 我方营业范围明确载明包括计算机及通讯设备维修；3. 我方维修的事项与系统无关。根据以上双方陈述，再综合白某某于 2020 年 5 月 7 日向某商行出具的收条及本案查明的某商行的经营范围、维修电脑系老旧电脑的事实和双方陈述的其它维修情况，不能认定本案被告某商行存在欺诈行为。

虽然，被告某商行在本案维修电脑中不存在欺诈行为，但其陈述已经为联想牌手提电脑更换了显示屏，却无法提供更换下来的旧屏，其应当承担举证不能的法律后果，该行为系履行维修服务合同的瑕疵履行行为，故被告某商行应当将本次维修费用 300 元予以退还，鉴于之前其已经向白某某退还 200 元，故某商行需再行向白某某退还 100 元维修服务费。对于白某某主张的其他诉讼请求，无事实和法律依据，本院不予支持。

【案例注解】

消费者权益保护中，其行为需符合下列条件方可认定构成欺诈：1. 欺诈方主观上具有欺诈的故意。欺诈的故意，是指欺诈一方明知自己告知对方的情况是虚假的且会使被欺诈人陷入错误认识，而希望或放任这种结果的发生。2. 被欺诈方实施了欺诈行为。3. 被欺诈方因欺诈而产生错误认识，因为错误认识作出了意思表示，并导致了结果的发生。经营者构成欺诈主要有两类行为。一是故意告知消费者虚假信息，使其陷入错误认识，从而进行消费；二是经营者负有告知义务，但其在经营过程中没有及时告知消费者，致使消费者消费时缺乏真实意思表示，导致欺诈行为的发生。根据《消费者权益保护法》第五十五条第一款之规定，“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”

合同瑕疵履行是指合同一方或者双方没有完全严格按照合同约定履行。瑕疵履行一般有三种情形。1. 迟延履行，是指合同一方当事人在合同约定的履行期满后，能履行债务而没有履行债务的合同履行行为。履行延迟发生以下法律后果：合同另外一方有权要求对方赔偿自己因其瑕疵履行所遭受的损失；如果继续履行合同已失去意义，合同相对方有权解除合同并要求瑕疵履行方赔偿损失；在延迟期间，标的物发生意外灭失的，由瑕疵履行方承担该损失责任。2. 加害履行，是指因为瑕疵履行方的过错履行行为，致使合同相对方的利益受到损害。例如，数量不足、质量不符合约定或法定的标准、包装不符合规范、交付的地点和方式等不符合要求。其法律后果：合同相对方有权要求瑕疵履行方承担违约责任或者要求瑕疵履行方承担侵权的民事责任。3. 受领延迟，是指接受合同标的一方没有及时接受对方的给付。如果因受领人的延迟受领构成违约，其应当承担相应的违约责任。

本案中，某商行已经完成了基本的维修义务，且不能认定其存在欺诈的故意，不应承担三倍赔偿责任。但其在履行维修义务时，存在不当，属于瑕疵履行行为，应承担相应的违约责任。通过本案例，可以提醒广大消



费者要注意自身的消费安全及权益保护，提高自身风险意识，防患于未然，遇到消费问题，要善于用法律武器保护自己的合法权益。

编写人：济南市天桥区人民法院审判管理办公室 朱广民

左某某诉济南某管道科技有限公司等提供 劳务者受害责任案

——个人为单位提供劳务受损的归责认定

关键词 劳务受伤 一般过错责任

【裁判要旨】

左某某系在为济宁某环保能源科技有限责任公司提供劳务过程中因劳务受伤。济南某管道科技有限公司因安全防护措施不到位，为左某某受损害的侵权第三人，左某某、济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司间存在混合过错责任。本院坚持注重保障提供劳务者合法权益减少诉累，并兼顾接受劳务方利益平衡和生存发展需求的原则下，根据各自过错程度，酌情划分三方责任。左某某系完全民事行为能力人，明知镀锌锅内的高温化学液体系危险源，仍然打开防护门，使自身陷入危险之中，发生受伤的后果，存在明显过错，本院酌定其承担 60% 的责任。被告济宁某环保能源科技有限责任公司作为接受劳务的一方，未对左某某进行现场安全教育和有效监管，本院酌定其承担 20% 的责任。镀锌锅系危险源，事发时镀锌锅设备未设置明显的安全警示标志，安全防护措施不到位，济南某管道科技有限公司作为管理者未尽到安全提示和防护义务，本院酌定其承担 20% 的责任。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”

《中华人民共和国民法典》第一千一百七十三条：“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。”

《中华人民共和国民法典》第一千一百九十二条：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。”

【案件索引】

一审：山东省平阴县人民法院（2021）鲁 0124 民初 729 号（2021 年 5 月 17 日）

【基本案情】

左某某诉称，1. 请求判令济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司赔偿左某某医疗费 352767.49 元；2. 诉讼费用由济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司承担。事实和理由：2021 年 1 月 6 日下午，左某某接到济宁某环保能源科技有限责任公司邵某的电话，自称经济南某管道科技有限公司办公室主任邵某某介绍，想让左某某到济南某管道科技有限公司镀锌车间干点零活。左某某来到镀锌车间，邵某要求趁着车间停工在墙上掏个洞。左某某和施工员看了外墙上打眼的大体位置，用石笔做了标志，施工员说外墙没法量，最好在里边量一量。左某某绕过去有个门，左某某看着能通到打眼的那面墙，往里走，不知道脚下是锌水池，结果双脚踩空掉到锌水池（镀锌锅）中，附近没有警示标志，也没有人告诉左某某里面是锌水池（镀锌锅）。左某某被 120 送至平阴县中医院后转院到济南市中心医院救治，诊断为“双下肢 10%3-4 度化学烫伤”，至今已花费 35 万余元。左某某在为济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司施工过程中受伤，济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司互相推诿责任，至今未支付任何费用。故诉至法院，诉求同前。

被告济南某管道科技有限公司辩称，1. 我公司不是提供劳务者受害责任纠纷的适格主体。2020 年 11 月 20 日，我司与济宁某环保能源科技

有限责任公司签订了《镀锌线余热回收设备买卖合同》以及《迈科管道镀锌加热炉烟气余热回收项目技术协议》，委托济宁某环保能源科技有限责任公司负责制作一台利用锌锅余热回收技术转化为吹管用蒸汽设备，济宁某环保能源科技有限责任公司负责设计、制造、安装、调试，并且该项目为交钥匙工程。2. 我公司全面履行了安全技术交底义务，济宁某环保能源科技有限责任公司确认施工现场符合施工安全要求。2021 年 1 月 4 日济宁某环保能源科技有限责任公司进场后，我司与济宁某环保能源科技有限责任公司签订了《承包商安全协议书》，在会议室进行安全技术交底，到镀锌一线车间进行现场勘验交底，并特别提出镀锌锅处锌液高温禁止靠近，济宁某环保能源科技有限责任公司安全负责人张某某及其施工管理人员在培训表中对安全技术交底内容签字确认。3. 2018 年 4 月 24 号，4 月 25 日左某某被得一人力资源公司派遣到我司镀锌车间从事镀锌工序下料工岗位，我司镀锌一车间对左某某进行了安全培训，培训内容第六条明确锌锅系危险源。左某某主张的因为该处无警示标志其受伤原因为不知道打开镀锌锅封闭门之后，里面为镀锌锅和镀锌液，故双脚同时踏入该镀锌锅镀锌液内，然后“用双手按到池边，才没有整个掉下去”。其受伤过程不符合客观实际情况。镀锌锅长 9 米，深度 2.5 米，如果左某某双脚同时踏入镀锌锅，左某某若想用手支撑在镀锌锅沿上必须达到整个下半身全部没入镀锌锅。左某某受伤后现场照片清晰显示左某某劳保鞋前部和头部是完好无损的，如果是左某某所主张双脚同时踏入镀锌锅内，则整个劳保鞋应当都会被锌液覆盖。而镀锌锅封闭门到左某某陈述钻孔处，是无路可走的，因此左某某主张的因为该处无警示标志双脚同时踏入镀锌锅导致其受伤过程是不符合客观实际情况的，左某某在明知案发现场危险的前提下仍然将自身身体置于该危险中，属于典型自甘风险行为，对此我司也就没有法律上所赋予因危险提示义务不到位而承担相应法律责任事实基础。综上，请求依法驳回左某某对我司的诉讼请求。

被告济宁某环保能源科技有限责任公司辩称，1. 左某某陈述事实错误。左某某系济南某管道科技有限公司联系到其公司干活的，与我司没有关系，左某某到达济南某管道科技有限公司镀锌车间后，因现场施工队长不在，无法确定具体打眼位置，左某某在等待过程中，闲逛误入镀锌池（镀锌锅）而烫伤。2. 本案相关赔偿责任应当由左某某和济南某管道科技有

限公司共同承担。左某某未能注意自身安全，误入济南某管道科技有限公司镀锌池（镀锌锅），自身主观过错明显，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百七十三条之规定，左某某应当对因自身过错导致的伤害承担责任。左某某是济南某管道科技有限公司联系到其公司干活的，也是被济南某管道科技有限公司的镀锌池（镀锌锅）烫伤，作为高危地点，济南某管道科技有限公司未能采取有效防范措施尽到足够的警示、提示责任，存在放任的故意，过错非常重大和明显，是实际侵权人，应当承担主要责任以上赔偿责任。3. 我公司依法不承担任何赔偿责任。即使左某某和我公司形成法律关系，最多是加工承揽关系，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百九十三条之规定，“承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。……”因此，我公司依法不承担侵权责任。请求驳回左某某对我公司的诉讼请求。

法院经审理查明：2021年1月6日，左某某的父亲左培某接到华德公司工作人员电话，让其到济南某科技有限公司公司镀锌车间干零活。同日下午15点左右，左培某指派左某某携工具到达济南某科技有限公司公司镀锌车间。左某某于15点17分到达后，联系华德公司工作人员张某某，张某某告知了左某某施工位置和施工要求，即利用左某某携带的电钻工具在其中一面墙上打一个直径750-800mm的孔。具体实施打孔前，左某某绕到打孔墙相邻的镀锌锅，打开镀锌锅的防护门，导致双脚鞋内灌入镀锌液，左某某的双踝、双足及左侧膝关节前侧被镀锌水烫伤。现场照片显示其穿的劳保鞋前部和头部完好，整鞋没有没入锌液，鞋内有灌入的锌液。

15点44分，左某某拨打120，后被120送至平阴县中医院，后转院到济南市中心医院救治。2021年2月8日，济南市中心医院出具诊断证明，诊断为“双下肢热液（镀锌水）烫伤，10%TBCA，化学烧伤”。截至2021年3月4日，左某某共花费医药费352767.49元。

另查明，2018年4月24号，4月25日，左某某被一人力资源公司派遣到济南某科技有限公司镀锌车间从事镀锌工序下料工岗位，济南某科技有限公司对左某某进行了安全培训，培训内容第六条明确锌锅系危险源。案涉镀锌锅长9米，深度2.5米，镀锌液液面与镀锌锅边沿基本持平，锌液温度在400—500℃之间，密度是7.14g/cm³。

【 裁判结果 】

山东省平阴县人民法院 2021 年 5 月 17 日作出 (2021) 鲁 0124 民初 729 号判决, 判决, 济南某管道科技有限公司于本判决生效后十日内赔偿左某某医药费 70553.5 元; 济宁某环保能源科技有限责任公司于本判决生效后十日内赔偿左某某医药费 70553.5 元; 驳回左某某的其他诉讼请求。

【 裁判理由 】

法院生效裁判认为: 左某某系在为济宁某环保能源科技有限责任公司提供劳务过程中因劳务受伤。济南某管道科技有限公司因安全防护措施不到位, 为左某某受损害的侵权第三人, 济宁某环保能源科技有限责任公司、济南某管道科技有限公司间存在混合过错责任。本院坚持注重保障提供劳务者合法权益减少诉累, 并兼顾接受劳务方利益平衡和生存发展需求的原则下, 根据各自过错程度, 酌情划分三方责任。左某某系完全民事行为能力人, 明知镀锌锅内的高温化学液体系危险源, 仍然打开防护门, 使自身陷入危险之中, 发生受伤的后果, 存在明显过错, 本院酌定其承担 60% 的责任。被告济宁某环保能源科技有限责任公司作为接受劳务的一方, 未对左某某进行现场安全教育和有效监管, 本院酌定其承担 20% 的责任。镀锌锅系危险源, 事发时镀锌锅设备未设置明显的安全警示标志, 安全防护措施不到位, 济南某管道科技有限公司作为管理者未尽到安全提示和防护义务, 本院酌定其承担 20% 的责任。

【 案例注解 】

本案系《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)施行后发生的受雇个人与用工单位、第三人之间发生的人身损害赔偿责任纠纷。最高人民法院修改了与《民法典》侵权责任编配套的《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》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)。原《人身损害赔偿解释》第九条、第十一条有关雇员在从事雇佣活动中致人损害和遭受人身损害赔偿问题的规定被删去,《民法典》新的司法解释只确立了“劳动关系”“个人之间的劳务关系”以及“无偿帮工关系”致人损害和遭受人身损害的处理规则。在个人与单位之间形成

劳务关系时，受雇个人受到损害的侵权责任规则成为法律空白。

基于此种立法的变迁，在个人为单位提供劳务受到损害的情况下，司法实践中，有的中高级法院发布了提供劳务者受害责任纠纷案件的审理思路和裁判要点以填补法律适用空白，其中有的观点认为“非个人劳务关系的提供劳务者受害责任纠纷中，目前应当适用无过错责任归责原则，由用工单位对提供劳务者因劳务受到的损害承担赔偿责任”，这种观点实质上是与《人身损害赔偿解释》第九条、第十一条的规定相传承的。笔者对此持相反观点。笔者认为《人身损害赔偿解释》第九条、第十一条删除的意义在于不能将“用工单位”的主体责任等同于“用人单位”，既然最高法已经将其删除，显然是考虑到其不合理之处。主要包括有以下两点：其一，劳动关系和劳务关系最大的区别在于劳动关系人身损害存在工伤认定环节，该环节能够帮助用人单位向社会层面转移风险，因此司法实践中劳务关系的，对用工和用人关系进行混同；其二，和劳动关系下用人风险责任转移机制不同的是，劳务关系尽管也可借助商业保险转移风险责任，但成本完全由用工单位自担，相比用工单位获益程度相比，风险显然太高。考虑到个人与用工单位之间劳务关系的及时性、短暂性，适用无过错责任归责原则对用工单位有失公允。因此，笔者认为受雇个人为单位提供劳务期间遭受人身损害的侵权责任承担应当参照《民法典》第一千一百九十二条规定的，适用个人之间形成劳务关系时，提供劳务一方因劳务受到损害时的归责原则。

本案中除了受伤个人、用工单位外，还存在侵权第三人，受雇个人将用工单位和第三人（单位）一并起诉到法院。为减轻当事人诉累，实质性化解纠纷，受诉人民法院从保护弱者、兼顾用工方获利和发展需要等情形出发，根据三方的过错程度，适用混合过错责任，酌定三方按比例分担责任。判决生效后，三方当事人均服判息诉率。

编写人：山东省平阴县人民法院审判管理办公室 赵传秀

三、商事案例

某物业服务公司诉某供水公司委托合同案

——关于对委托合同纠纷中任意解除权进行限制的认定

关键词 委托合同 任意解除权 民生

【裁判要旨】

在委托合同中，委托人或者受托人均有任意解除权，合同解除后，解除方应赔偿因此而给对方所造成的损失。但对委托人或者受托人行使任意解除权应当有所限制，对于是否解除合同应从合同解除后的法律后果、损失情况及解除方对损失的负担能力等方面进行综合考量。在委托合同的委托事项或者内容直接涉及到社会公众的民生问题、安全问题，解除合同所造成的损失远远超了解除方的负担能力或者损失已无法用经济指标衡量的情形下，应对解除方的任意解除权予以限制，其行使任意解除权的诉讼请求应不予支持。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第九百三十三条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2022）鲁0103民初898号（2022年3月29日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁01民终5680号（2022年8月15日）

【基本案情】

某物业公司向济南市市中区人民法院诉称：案涉《济南市供用水合同》签订于 2016 年 10 月 11 日，合同载明的供水人是某供水公司，用水人是某物业公司，而现实中实际的用水人是济南市市中区某小区的全体业主，根据国务院颁布的《物业管理条例》第 45 条的规定“物业管理区域内，供水、供电、供气、供热、通讯、有线电视等单位应当向最终用户收取有关费用”，某供水公司应当依法与小区业主之间签订供用水合同，并依法向作为最终用户的小区业主收取水费，某物业公司与某供水公司之间 2016 年 10 月 11 日签订的《济南市供用水合同》应依法解除。

济南市市中区人民法院经审理查明，某物业公司自 1999 年 10 月起至今为案涉某小区提供服务。2016 年 10 月 11 日，某供水公司与某物业公司签订一份《济南市供用水合同》，合同载明的用水人用水地址为案涉某小区，用水性质为居民用水，供水人按照规定抄表周期抄验结算水表并计收水费，水费结算采取月结方式，用水人应在当月 25 日前缴清水费。

自 2021 年 1 月起，某物业公司未向某供水公司缴纳水费。截至 2021 年 11 月 6 日，给水号为 XX 的某物业公司户名下累计拖欠水费金额为 359129.4 元。

2021 年 8 月 12 日，某供水公司委托山东保君律师事务所向某物业公司发出一份律师函，向某物业公司催收所欠水费。2021 年 9 月 2 日，某物业公司向某供水公司发出一份回函，载明某物业公司已经在 2020 年 10 月、12 月和 2021 年 2 月先后三次给某供水公司发函明确不再代收水费，2021 年 1 月开始，某物业公司已停止收取小区用水户的收费工作，某物业公司代收业主水费和交付给某供水公司的费用每月都有 1 万元左右的亏空差额，某物业公司没有义务和能力承担。

2021 年 10 月 30 日，济南市市中区七里山街道七东社区居民委员会向某物业公司发出一份“关于某小区继续服务代收水费的函”，内容为：“某项目部：某小区物业公司 2020 年 10 月 19 日、2020 年 12 月 4 日向某供水公司发的不代缴水费函并未与某供水公司达成一致，导致 2021 年 1 月至今居民无处缴纳水费，2021 年 2 月、4 月、5 月七东社区三次调解某供水公司，没有对某小区断水。请贵公司行使物业应尽的职责，尽快收取水

费并缴纳某供水公司，避免发生断水造成的损失。尽快推进某小区 8、9、10 号楼维修基金进行二供改造事宜，并在某小区 1、2、3、4、5、6、7 号楼内普遍宣传二供改造事宜，收集居民诉求和改造意见，协调某供水公司，尽快完成二供改造。”

案涉某小区目前尚未进行自来水一户一表改造。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于 2022 年 3 月 29 日作出（2022）鲁 0103 民初 898 号民事判决，判决：驳回某物业公司的反诉请求。

某物业公司不服一审判决向济南市中级人民法院提起上诉，主张某供水公司与某物业公司签订的《济南市供用水合同》的实际用水人系案涉某小区的全体业主，某物业公司只是代收水费，案涉合同系委托合同，某物业公司享有委托合同的任意解除权。

济南市中级人民法院于 2022 年 8 月 15 日作出（2022）鲁 01 民终 5680 号民事判决，判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民法典》第九百三十三条规定：“委托人和受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”前面已经认定某供水公司与某物业公司之间系委托合同关系，且属于无偿的性质。根据上述法律规定，在委托合同法律关系下，虽然委托方、受托方均有任意解除权，但因案涉小区目前未进行自来水一户一表改造，尚不具备由某供水公司直接与每位小区业主直接签订供用水合同并收取水费的条件，如果某物业公司在此时单方解除与某供水公司之间的委托合同，势必造成居民用水无法保障的严重后果，直接触及民生问题，由此造成的直接损失也将是某物业公司不能承受之重，因此现有条件下尚不宜解除双方之间的合同关系。从另一角度讲，某物业公司不仅受某供水公司的委托，同时受小区全体业主的委托代收代缴水费，根据某物业公司提交的济南市市中区七里山街道七东社区居民委员

会于2021年10月30日向某物业公司发出的“关于某小区继续服务代收水费的函”可知，小区业主亦不同意某物业公司停止代收代缴水费。某物业公司作为小区物业服务主体，应当履行有利于业主的服务承诺，继续接受双方委托履行《济南市供用水合同》。一审法院判令某物业公司按照《济南市供用水合同》合同约定履行代缴水费的义务并无不当，法院予以确认。

【案例注解】

《中华人民共和国民法典》第九百三十三条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”本条是关于委托合同中委托人或者受托人可以随时解除委托合同的相关规定。之所以规定委托合同的任意解除权主要基于人身依赖性及合同履行具有较大不确定性这两点因素。该解除权属于一种特殊的法定解除权，只能适用于单纯的委托合同关系，如果合同中除了委托关系外还有其他法律关系，非单纯的委托性质，则当事人不能行使任意解除权。《中华人民共和国民法典》对于行使任意解除权通过加大赔偿责任的方式予以规制。《中华人民共和国民法典》第九百三十三条在《中华人民共和国合同法》第四百一十条的基础上，对委托合同中的解除方不当行使任意解除权造成的损失赔偿责任进一步进行了区分细化。单纯的委托合同的解除方行使任意解除权并非绝对自由，而应当基于诚信原则合理顾及双方当事人的利益及是否会影响到社会公共利益来判断。如委托合同的委托事项或者内容直接涉及到社会公众的民生问题、安全问题，解除合同所造成的损失远远超了解除方的负担能力或者损失已无法用经济指标衡量，在此情形之下，应对解除方的任意解除权予以限制，其行使任意解除权的诉讼请求应当不予支持。

本案中，某物业公司作为案涉小区的物业服务主体，行使对受委托管理的住宅小区内的房屋、构筑物及公共设施、公用设备、公共场地的养护和管理的职责。由于供水水表具产权的界分，决定了供水企业只得向受其委托控制、管理总表的物业服务主体收取水费，无法直接与业主进行结算。在案涉小区尚未进行自来水一户一表改造、小区公共用水设施仍由其负责

管理的情况下，某物业公司解除案涉合同的时间并不恰当，依据《中华人民共和国民法典》的相关规定，某物业公司应承担合同解除所造成的损失。但是，合同解除必将导致案涉小区无法缴纳水费、某供水公司无法收取水费，从而影响全体业主的正常生活用水问题，甚至影响社会稳定。民生问题无小事，因此造成的百姓用水困难无法用经济利益予以衡量，某物业公司亦无法提出解决百姓用水困难的替代方案，法院尚不能依法就合同解除所造成业主用水困难的损失作出认定并判令某物业公司承担，上述损失一旦发生，亦是某物业公司无法承受之重，故对某物业公司关于解除案涉委托合同的诉求不予支持。

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例分析栏目刊发）

编写人：济南市中级人民法院民二庭 杨晓辉

济南市中级人民法院立案庭 孙 鹏

林某诉张某某合同案

——情势变更制度与商业风险的区分与认定

关键词 情势变更 商业风险 自甘风险

【裁判要旨】

情势变更制度是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人原因发生了不可预见的重大变化，致使合同的基础动摇或丧失，若继续履行合同会显失公平，因此允许变更或解除合同的制度。其构成要件有：1. 应有情势变更的事实；2. 情势变更的事实应发生在合同成立后，合同义务履行完毕之前；3. 当事人在订立合同时无法预见；4. 发生情势变更具有不可归责性；5. 继续履行合同对于当事人一方明显不公平。当事人在通常情况下应当预见而没有预见，或者是在能力范围内可以预见却由于疏忽大意没有预见，都不能构成情势变更，而应属于商业风险的范畴。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五百三十三条：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

【案件索引】

济南市历城区人民法院(2022)鲁0112民初2065号(2022年4月11日)

【基本案情】

林某向济南市历城区人民法院起诉称：林某与张某某于2021年2月

2 日就山东某建设咨询公司的拆分、分离所涉及的有关事项达成协议。协议签订生效后，林某按照协议约定已经履行完全部的合同义务，但经林某多次催促，张某某仍然有 255000 元的合同尾款未支付，为此诉至法院，诉请张某某支付合同尾款及违约金。

张某某辩称：一、依照《工程造价咨询企业管理办法》第二十五条规定，双方约定通过购买的方式转让工程造价咨询企业乙级资质证书的行为属无效条款。二、依照《中华人民共和国民法典》第五百三十三条情势变更制度的规定，合同成立后、履行完毕前出现了在合同订立时所无法预见的重大变化，应适用情势变更制度。三、因合同订立后出现重大变化，如判决张某某全额支付资质款有违公平原则。四、张某某未支付资质补偿款的理由系国家出台新的行政管理措施，主观上没有故意违约的意图，不应承担违约责任。

济南市历城区人民法院经审理查明：2021 年 2 月 2 日，林某（甲方）作为山东某建设咨询公司的隐名股东与公司股东张某某（乙方）因经营理念存在差异，双方协商并召开公司股东会表决通过后，决定将山东某建设咨询公司的业务、资质等进行拆分而签订《协议书》1 份，约定将山东某建设咨询公司持有的工程造价咨询乙级资质证（以下简称：原资质）迁移至新公司名下；原资质价值 50 万元，待资质分立完成后，乙方支付 255000 元资质补偿款给甲方，甲方自行负责山东某建设咨询公司后续新办资质；如因资质主管部门未批准造成资质分立事项无法完成，甲方向乙方支付 245000 元资质补偿款，由乙方自行负责新公司后续新办资质；并约定自股权变更完成后 3 日内，乙方向甲方支付资质款，如乙方延期支付，按每日 5% 向甲方支付违约金。

新公司于 2020 年 12 月 29 日成立，于 2021 年 6 月 28 日完成股权变更，山东某建设咨询公司于 2021 年 7 月 12 日完成股权变更，同日两公司办理完公章、财务章、证照等手续交接。

2021 年 5 月 18 日，济南市行政审批公布的《关于 2021 年第 32 批建设工程企业资质（委托审批）核准名单的通告》显示，涉案工程造价咨询单位乙级资质已过户至新公司名下。2021 年 6 月 28 日，住房与城乡建设部发布《关于取消工程造价咨询企业资质审批加强事中事后监管的通知》，自 2021 年 7 月 1 日起，住建部门停止工程造价咨询企业资质审批；另国

务院曾于 2019 年 11 月 6 日发布《关于在自贸区试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》，明确在山东等自由贸易试验区直接取消工程造价咨询企业乙级资质认定审批。张某某以国家出台新政策，导致合同发生重大情势变更，拒绝支付该资质补偿款。庭审中，双方就案涉合同履行过程中是否发生情势变更的情形以及是否承担违约责任等问题存有争议。

【裁判结果】

济南市历城区人民法院判决：一、张某某于本判决生效之日起十日内支付林某涉案合同款 255000 元并支付违约金（计算方式：以 255000 元为基数，自 2021 年 7 月 16 日始至实际付清之日止，按一年期贷款市场报价利率的 4 倍计算）；二、张某某于本判决生效之日起十日内赔偿林某经济损失 500 元；三、驳回林某的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

济南市历城区人民法院认为，林某作为山东某建设咨询公司的隐名股东与该公司股东张某某就山东某建设咨询公司的拆分于 2021 年 2 月 2 日签订的涉案协议书，双方意思表示真实，内容不违反法律强制性规定，为有效协议。双方已按该协议约定于 2021 年 6 月 28 日完成新公司股权变更，于 2021 年 7 月 12 日完成山东某建设咨询公司股权变更，林某已按合同约定履行了全部合同义务，张某某应按合同约定在山东某建设咨询公司股权变更完成后 3 日内即 2021 年 7 月 15 日前支付林某协议约定的涉案合同剩余款 255000 元，张某某拖欠不付该合同款 255000 元属于违约，应承担违约责任，故法院对林某要求张某某支付涉案合同款 255000 元并支付违约金的诉讼请求予以支持。林某未提供相应证据证实其经济损失，法院综合考虑双方合同履行情况、当事人过错及预期利益等因素，将林某主张的违约金由每日的 0.6% 下调，酌定按一年期贷款市场报价利率的 4 倍标准支付违约金；超过部分，不予支持。双方在《协议书》中约定将山东某建设咨询公司的工程造价咨询企业乙级资质转让给分立公司即新公司并不违反法律规定，且已办理完资质过户手续，张某某主张双方以买卖方式非法转让工程造价咨询企业乙级资质证书的行为属于无效行为，与事实不符，法

院对其辩称意见不予采纳。情势变更制度是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人原因发生了不可预见的情势变更，致使合同的基础动摇或丧失，若继续履行合同会显失公平，因此允许变更或解除合同的制度。情势变更的构成要件有：1. 应有情势变更的事实；2. 情势变更的事实应发生在合同成立后，合同义务履行完毕之前；3. 当事人在订立合同时无法预见；4. 发生情势变更具有不可归责性；5. 继续履行合同对于当事人一方明显不公平。情势变更的发生必须是合同双方当事人在订约时不能预见的；当事人在通常情况下应当预见而没有预见，或者是在能力范围内可以预见却由于疏忽大意没有预见，都不能构成情势变更；国务院于 2019 年 11 月 6 日发布《关于在自贸区试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》中明确直接取消工程造价咨询企业乙级资质认定审批，张某某原为山东某建设咨询公司执行董事，作为从事该行业的公司高管，应当预见到国家会取消工程造价咨询企业乙级资质审批，其仍同意签订该资质分立条款，应属于自甘商业风险，不属于情势变更；双方亦在协议中约定如因资质主管部门未批准的原因造成本条约定资质分立事项无法完成时，在资质分立未获得行政主管部门批准之日起三日内，林某同意按照原资质价值人民币 50 万元整，向张某某支付人民币 245000 元资质补偿款至张某某指定账户，由张某某自行负责新公司后续新办资质的申请事宜；双方权利义务约定对等，因此国家停止工程造价咨询企业乙级资质认定审批对双方合同履行没有造成不公平结果；综上，张某某主张国务院下发通知（国发〔2021〕7 号文件）、住房和城乡建设部办公厅下发通知自 2021 年 7 月 1 日起停止工程造价咨询企业资质审批的政策变化属于情势变更，与法律规定不符，其以上述国家政策发生变化本案应适用情势变更制度为由，不再继续履行合同义务的辩称意见不予支持。林某为财产保全购买保险支付保险费 500 元属于其经济损失，应由张某某予以赔偿。林某要求张某某承担律师费 1 万元，无合同依据，法院不予支持。

【案例注解】

《中华人民共和国民法典》第五百三十三条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事

人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。”该规定吸收了原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条的内容，在总结司法实践经验的基础上规定了情势变更制度。情势变更制度的立法目的在于合同订立后因客观情势发生重大变化、导致当事人之间权利义务严重失衡的情形下，通过变更或者解除合同来实现公平原则，以消除合同因情势变更所产生的不公平后果。

司法实务中，一直以来对情势变更和商业风险的界限较难划清，正确区分与认定情势变更与商业风险是适用情势变更制度的关键。应从以下几个方面予以识别与区分情势变更和商业风险：一、是否具有可预见性。对于情势变更制度，客观情势发生变更不具有可预见性。这里的无法预见仅指当事人订立合同时无法预见。如果当事人在订立合同时已预见到情势会有变更但仍订立合同，则表明其自愿承担情势变更的风险，或者其已经在合同权利义务安排中考虑了情势变更的因素，则不适用情势变更制度。商业风险具有可预见性，是从事商业活动的固有风险，作为合同基础的客观情况的变化未达到异常的程度，并非当事人不可预见、不能承受。一般的市场供求变化、价格涨落等属于此类。二、对合同履行的影响程度不同。情势变更是订立合同时的客观情况发生了重大变化，达到异常的程度，如果继续履行合同，将导致显失公平的后果。商业风险是在商业活动过程中，交易双方应当承担的由于市场变化所带来的合理的、正常的可能损失。作为合同基础的客观情况的变化未达到异常的程度。三、法律后果不同。情势变更导致当事人权益失衡，根据公平原则，法律规定了当事人的再协商义务以及请求变更或者解除合同权利。而商业风险是与市场交易行为相伴而生的。风险自负是市场主体从事交易时必须遵循的一项基本准则，故发生商业风险后，由当事人承担该风险责任并不会产生不公平的后果；总之，区分情势变更和商业风险需综合考量风险的类型和程度、正常人的合理预期、风险的防范和控制、交易性质以及市场情况等因素，在个案中作出识别。

司法实务中，对情势变更制度的适用采取谨慎态度，我国有学者指出，具体判断是否构成情势变更，应以是否导致合同基础丧失、是否致使合同目的落空、是否造成对价关系障碍为判断标准。情势变更主要表现为自然

灾害、政府行为、社会事件等。最高人民法院明确将疫情或者疫情防控措施作为情势变更事由予以规定。因涉限购、限贷等政策变化或法规变化，当事人诉请解除房屋买卖合同等纠纷，也是一种情势变更事由。

本案中，林某已经按合同约定完成了股权变更及资质过户手续，林某的合同义务已经履行完毕。张某某作为从事该行业的公司高管，在国家已在自贸区试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的情况下，应当预见到国家会取消工程造价咨询企业乙级资质审批，其仍同意签订该资质分立条款，应属于自甘商业风险，不属于情势变更；且双方对资质分立事项无法完成也作出了资质补偿约定，双方权利义务约定对等，国家停止工程造价咨询企业乙级资质认定审批对双方合同履行没有造成不公平结果，故不应适用情势变更制度。

注：（本案例被省法院微信公众号“以案说典”的典型案例分析栏目刊发）

编写人：济南市历城区人民法院民二庭 钱 虎 马 艳

中国银行某分行诉李某、邓某某等人 金融借款合同案

——虚假意思表示签订的借款合同效力及责任的认定

关键词 借款合同 虚假意思表示 合同无效 责任承担

【裁判要旨】

行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效。李某与中国银行某分行、山东某置业公司名义上签订住房借款合同，但实际上，李某未购买合同中约定的住房，未缴纳首付款，贷款款项系支付至山东某置业公司账户，还款均系该公司财务人员集中统一还款，故李某并非实际借款人。中国银行某分行对实际借款人为山东某置业公司系明知，其与李某签订的借款合同并非当事人真实意思表示，应为无效。作为隐藏的法律行为，恶意串通套取国家信贷资金，扰乱了国家金融秩序，损害了国家利益，亦应认定无效。合同无效或者被撤销后，对于双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款 民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。

《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

《中华人民共和国合同法》第五十八条规定 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过

错的，应当各自承担相应的责任。

【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2021）鲁0102民初2020号（2021年5月31日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01民终7887号（2021年9月28日）

【基本案情】

中国银行某分行诉称：1. 判令被告李某、被告邓某某立即共同偿还原告（截止到2020年11月24日）的借款本金人民币746232.62元，利息48489.78元，拖欠本金罚息18341.49元，应收利息的罚息3198.69元，以及按照LPR5年期的贷款利率计算自2020年11月25日起至完全清偿全部借款之日止的利息及罚息；2. 被告山东某置业公司对于上述债务承担连带清偿的责任；3. 因本诉讼产生的诉讼费、律师费1800元、保全费、公告费以及原告为实现债权的其他费用由被告承担。事实与理由：2003年3月28日，被告李某与原告签订《中国银行住房借款合同》，合同约定被告向原告申请244万元贷款用于购买涉案房屋，贷款期限为240个月，贷款利率执行中国人民银行规定的利率，利息从放款之日起计算并按月结息，如遇中国人民银行调整贷款利率，贷款人按有关规定执行，不再另行通知借款人。还款方式为按月等额本息还款。被告山东某置业公司作为保证人对借款合同中借款人的债务承担连带保证责任。被告邓某某于2003年3月27日向原告出具了《委托书》，作为被告李某的合法配偶，对于被告李某办理的住房消费贷款有关事宜，承诺均予以承认并愿意承担由此引起的一切法律责任。合同签订后原告按照约定足额向被告发放了贷款，被告未能正常履行偿还贷款的义务。借款合同履行期间及合同履行期届满后原告多次向上述被告催要，被告仍拒不履行给付义务，被告的行为已经构成违约，原告有权要求被告立即偿还全部欠款，原告为维护自身的合法权益，特向法院起诉，望判如所请。

李某辩称：实际借款人为山东某置业公司，其为名义借款人出具过名为协议书实为融资借款的说明书，明确借款归公司使用。李某对原告提供

的融资借款资料内容不知情，也从未购买涉案房屋，更未实际使用案涉贷款，原告从没有向李某、邓某某催款、通知过还款。案涉贷款应由山东某置业公司依法予以偿还。

被告邓某某、山东某天成置业公司未作答辩。

法院经审理查明：2003年3月28日，中国银行某分行与李某、山东某房地产开发公司（保证人）签订住房借款合同，约定中国银行某分行向李某发放个人住房贷款244万元，用于购买涉案住房，确定利息、贷款期限、账户等。合同还约定借款人如未按约定的时间归还，贷款人有权对借款人未支付的利息计收复利等。合同设有抵押条款，抵押人以涉案房屋抵押给贷款人，作为偿还本合同借款的担保，保证期间自本合同生效之日起至本合同约定的主债务还款期限届满之日起两年。

2003年3月27日，邓某某（委托人）、李某（被委托人）签署委托书，由李某办理住房消费贷款有关事宜。

山东某房地产开发公司与李某签订的商品房买卖合同，该合同约定李某购买涉案房屋，付款方式为银行按揭，本合同签订之日买受人付给出卖人总价款的20.12%，余款244万元买受人以银行按揭方式在20年内付清。李某称其没有支付过首付款，中国银行某分行亦称现有材料体现不出李某曾支付过首付款。李某称上述合同中的签名均为其本人所签，但其签名的均为空白合同。2003年4月2日，山东某房地产公司向李某出具协议书，载明：其以李某名义在中国银行办理一套住房按揭贷款，按揭贷款归公司使用，以后每期按揭还款由公司偿还，李某对按揭住房无要求权，与该次贷款有关的法律责任由公司全部承担。山东某房地产公司已更名为某置业公司。涉案房屋登记在山东某置业公司名下，至今未办理过抵押登记手续。

借款合同签订后，中国银行某分行于2003年3月28日分两笔向山东某房地产公司账户转账共计244万元。贷款发放后，李某名下账户实际用于偿还借款，还清了2019年1月20日之前的借款本息，之后再无偿还过任何款项。截止2019年1月20日，已偿还本金1693767.38元，不欠利息，本金余额746232.62元。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2021年5月31日作出（2021）鲁0102民

初 2020 号民事判决：一、山东某置业公司返还中国银行某分行借款本金 746232.62 元，于判决生效后十日内履行完毕；二、山东某置业公司赔付中国银行某分行利息损失（自 2019 年 1 月 21 日起至 2019 年 8 月 19 日止以 746232.62 元基数按中国人民银行同期贷款利率计算；自 2019 年 8 月 20 日起至实际给付之日止以 746232.62 元基数按五年期 LPR 利率计算）；三、被告李某对第一、二项判决内容确定的给付义务在山东某置业公司不能清偿的部分承担三分之一的赔偿责任；四、驳回中国银行某分行的其他诉讼请求。宣判后，李某不服，持原审答辩意见上诉，济南市中级人民法院经审判委员会全体会议讨论决定，于 2021 年 9 月 28 日作出（2021）鲁 01 民终 7887 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效判决认为：借款合同的贷款人中国银行某分行在审核发放住房按揭贷款时应遵守国家金融管理规范和银行规章制度。原告在发放贷款时未审核房产首付款的缴纳情况，径行将贷款资金发放给山东某置业公司，未尽到贷款审核责任，在发放贷款后，未及时督促办理房产抵押登记，明显怠于履行抵押权人权利义务，且李某主张其从未偿还过涉案贷款，从未见过还款银行卡，每期贷款由山东某置业公司汇至还款账户后再由银行扣划，山东某置业公司亦向李某出具协议书称以后每期按揭还款由公司偿还，原告亦未提交向被告李某、邓某某催收过贷款的证据，可以推定中国银行某分行明知实际用款人为山东某置业公司，相互串通套取国家房贷市场资金，扰乱了国家金融管理秩序，损害了国家利益，故中国银行某分行与李某签订的住房借款合同无效。无效的合同自始没有法律约束力，因无效合同取得的财产，应当予以返还，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。山东某置业公司应返还原告借款本金 746232.62 元，并自 2019 年 1 月 21 日起按中国人民银行同期贷款利率或五年期 LPR 利率赔付利息损失。对被告李某称借款合同中的签名为其本人所签，但其签名的系空白合同，法院认为，被告李某在空白合同上签名应当视为其对合同未填写的空白条款无限授权，对借款合同产生的法律后果应承担民事责任，名义借款人李某明知虚构购房事实仍配合办理贷款，存在过错，对山东某置业公司应返还款项不能清偿部分承担

三分之一的赔偿责任；被告邓某某对于签订涉案借款合同没有过错，不应承担民事责任。至于原告主张律师费、公告费以及为实现债权支出的其他费用，因未提交证据证明实际支出，不予支持。

【案例注解】

因本案争议事实发生在民法典施行前，故本案适用的是《中华人民共和国民法总则》的相应规定。《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条规定，行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。该条规定系对当事人虚伪意思表示实施的民事法律行为与隐藏的民事法律行为的法律效力的规定。《民法典》第一百四十六条延续了民法总则的该条规定。

所谓虚伪意思表示，是指行为人与相对人都知道自己所表示的意思并非真意，通谋作出与真意不一致的意思表示。其特征在於，行为人与相对人都非常清楚地知道，双方均同意仅仅造成形成某种法律关系的表面假象，而均不希望假象的法律关系产生法律效果。民事法律行为本身欠缺效果意思，典型的就是一，实为二。如果是单方进行虚伪意思表示，对方并不知情，则并不属于通谋的虚伪意思表示，并不因此无效。

所谓隐藏行为，是指被虚伪的意思表示所隐藏，双方当事人真心欲达成的民事法律行为。按照此条的规定，隐藏法律行为的效力，应当按照相应的法律规定予以认定。如果隐藏法律行为本身有效，那么按有效处理。如果隐藏法律行为本身无效或可撤销，那么按照无效或可撤销的民事法律行为进行处理。

本案中，李某与中国银行某分行、山东某置业公司名义上签订住房借款合同，但实际上，李某未购买合同中约定的住房，未缴纳首付款，贷款款项系支付至山东某置业公司账户，还款均系该公司财务人员集中统一还款，故李某并非实际借款人。中国银行某分行在未对房屋首付款的支付情况、房屋实际面积等基本信息进行审核的情况下，将贷款资金发放至山东某置业公司账户，在涉案房产登记在山东某置业公司后十余年的时间内未积极要求办理抵押登记，怠于履行抵押权人权利，且未向李某、邓某催收过款项，故两级法院认定中国银行某分行对实际借款人为山东某置业公司系明知。据此，中国银行某分行与李某签订的借款合同并非当事人真实意

思表示，应为无效。

中国银行某分行与山东某置业公司之间的金融借款合同关系为隐藏的民事法律关系。该法律关系是双方恶意串通套取国家信贷资金而形成，扰乱了国家金融秩序，损害了国家利益，亦应认定无效。

《中华人民共和国合同法》第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。山东某置业公司应向中国银行某分行返还涉案本金并赔付利息损失。李某明知其未自山东某置业公司购房的情况下，配合签订住房贷款合同，并同意将按揭贷款直接打入山东某置业公司账户使用，由此导致其与中国银行某分行的住房借款合同无效，其具有一定的过错，应承担相应的责任。关于李某承担责任的基数，中国银行某分行不能因该无效合同而获利，故李某最终应该承担的总数为山东某置业公司不能清偿部分的三分之一。

通过这个案例可以看出，在假象的法律关系下，往往隐藏着当事人真实的意思表示。这就要求法院在进行案件审理时树立穿透式审判思维。在审理案件的过程中，注重案件细节、背景，透过虚假的意思表示，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系，进而认定隐藏的民事法律行为的效力，并对违规行为予以否定。

编写人：济南市中级人民法院审判监督第二庭 宋文华
济南市中级人民法院研究室 乔斌

魏某某诉娄某某、第三人娄某萍 债权人撤销权案

——债务人转让财产行为损害债权人利益的认定标准及撤销

关键词 无偿转让 主观恶意 撤销权

【裁判要旨】

债务人无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求撤销债务人的行为。被告娄某某将其所应分得的案涉房产转让在第三人娄某萍名下，但第三人娄某萍并未支付合理对价，应系无偿转让。被告娄某某将其房产无偿转让给第三人娄某萍的行为，损害了原告魏某某债权实现的权利，具有一定的主观恶意。原告魏某某要求撤销转让行为中所涉房产价值并未多于被告娄某某应负的债务，应予以支持。

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第五十五条、第七十四条、第七十五条，参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）第二十五条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第二条。

【案件索引】

一审：山东省平阴县人民法院（2021）鲁0124民初2052号（2021年11月3日）

二审：济南市中级人民法院（2022）鲁01民终868号（2022年3月16日）

【基本案情】

原告魏某某向本院提出诉讼请求：1. 请求撤销娄某某与娄某萍之间的房屋（平阴县兴安小区 C3# 号楼三单元 0102 室）转让行为，判决涉案房产归娄某某所有；2. 本案诉讼费用由娄某某承担。事实及理由：自 2013 年 2 月 13 日起至 2015 年 5 月 26 日，济南润尔堂阿胶制品有限公司（法定代表人为娄某某，以下简称润尔堂公司）向魏某某借款八笔共计 56 万元，双方约定年利率为 12%。2019 年 5 月 25 日，魏某某与润尔堂公司、娄某某、常某达成还款协议，各方对借款本金数额进行了确认，并约定了本息的还款期限。娄某某对润尔堂的债务承担连带保证责任。协议签订后，娄某某仅在 2019 年 9 月 13 日还款 1 万元，其余款项经多次催要未能偿还。2021 年 5 月 10 日，魏某某向平阴县人民法院起诉，经平阴法院调解，各方达成调解协议，润尔堂公司、娄某某、常某于 2021 年 7 月 15 日之前首批应还款 2 万元，但均未履行调解书规定。在魏某某起诉查找娄某某的财产线索时发现，娄某某原先在平阴县西土寨村拥有宅基地住房一处，后来该村进行建设总体规划，实行拆除旧房换购新房政策，对旧房宅基地进行打分确定宅基补偿额，娄某某名下的宅基地在本次打分中评为 108.3 分，宅基补偿额为 162450 元。魏某某代理人调查发现，在签订《兴安小区新房入住与旧房拆除合同》时，娄某某于 2020 年 4 月 30 日将换购的平阴县兴安小区 C3# 号楼三单元 0102 室（建筑面积 118.18 平方米，总价款为 283159.28 元）新房落在其女娄某萍名下。魏某某认为，在娄某某负有对魏某某承担巨额还款责任的情况下，娄某某无偿转让财产的行为，属于恶意逃避履行债务，损害了魏某某的合法权益。根据《中华人民共和国民法典》第五百三十八条之规定，魏某某向人民法院请求撤销该转让行为，并判决该房产归娄某某所有。

被告娄某某辩称，1. 魏某某诉娄某某主体不适格，根据魏某某提交的兴安小区新房入住与旧房拆除合同中可以看出涉案房屋的签订者是三方当事人，即代建人、购房者、所属村，依据《民事诉讼法》第一百一十九条第二项，有明确的被告。该合同并没有涉及到娄某某，因此，娄某某不享有该涉案房屋的所有权，也不具备适格的被告主体。2. 本案不存在房屋转让的问题及行为，更不存在恶意逃避债务的情形，该涉案房屋的取得是

娄某萍合法购买所得，可以在魏某某提交的兴安小区新房入住与旧房拆除合同中可以看出购房者系娄某萍。因此，该涉案房屋与魏某某无关联，娄某某根本没有与娄某萍签订任何的转让手续，不存在魏某某所诉求的撤销问题。3. 娄某某所得的宅基地及地上附属物补偿款是按照家庭户进行补偿的，答辩人户下有四口人，应为四人的补偿款。4. 本案撤销权已经消灭，娄某某所得的宅基地及地上附属物补偿款是在 2020 年 4 月 29 日，魏某某提起诉讼的时间是 2021 年 7 月 19 日。根据合同法第五十五条规定，有下列情形之一的撤销权消灭。（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销权事由之日起一年内没有行使撤销权。5. 魏某某所主张的债权已经冻结了润尔堂公司诉烟台万民阳光医药有限公司（案号 2021 鲁 0124 民初 856 号）以及青岛美德信医药连锁有限公司（案号 2021 鲁 0124 民初 1465 号）的债权，该两份判决已经生效。在 2021 鲁 0124 民初 127 号民事调解书，魏某某与娄某某及润尔堂公司、常某达成的调解协议中，魏某某所主张的债权并没有到达调解书中所约定的还款期限。娄某某有还款的能力，只是款项暂时没有到。综上，请求法庭在查清事实的基础上，依法驳回魏某某的诉求。

第三人娄某萍诉称，娄某萍不同意魏某某的全部诉讼请求，请求贵院依法予以驳回。事实与理由如下：一、案涉房屋为娄某萍自主购买，娄某某与娄某萍之间不存在任何形式的转让关系和转让逻辑，魏某某提起本诉缺乏事实依据。1. 娄某某一家原居住于平阴县安城镇西土寨村老宅（有宅基地），户主为娄某某，村原娄某某户共有四名家庭成员，为娄某某、王庆菊、娄某萍、刘沐哲。因平阴县安城镇实行社区总体规划，娄某某一家需将原宅基地及老宅一并交回村集体，而娄某某一家的户口不在村里，所以交还原宅基地及老宅并不属于拆迁，案涉 C3 号楼三单元 0102 房屋也不是拆迁置换房。2. 娄某萍自主购买案涉房屋，按规定缴纳购房款，并实际占有使用案涉房屋，与交还原宅基地及老宅无任何关联，也与娄某某没有任何关联，完全不是魏某某所称娄某某将房屋转让给娄某萍的情形。二、案涉老宅及原宅基地交还集体后，获补偿款 162450 元，但老宅的户主为娄某某并不代表老宅归娄某某一人所有，补偿款也不应该归娄某某独有，而是归原户头里的娄某某、王庆菊、娄某萍、刘沐哲四人共有。娄某萍购买案涉房屋时以补偿款折抵部分房款并缴清剩余购房款并不违反法律强制性规

定。假设有必要将补偿款进行拆分，按照平均分配原则，娄某某只应得补偿款的四分之一即为40612.5元。而是否应该将该40612.5元视为娄某某对娄某萍的借款，也并不属于本案审理范围。综上所述，娄某萍购买案涉房屋的行为完全是自主的、合法合规的个人行为，不掺杂任何形式的转让受让。与娄某某无关，与娄某某的个人对外债务更无任何关联。娄某萍对案涉房屋的物权应受到法律保护，无任何理由将属于娄某萍所有的案涉房屋确认归娄某某所有。恳请人民法院查明事实，依法驳回魏某某的诉讼请求。

法院审理查明，自2013年2月13日起至2015年5月26日止，济南润尔堂阿胶制品有限公司（法定代表人为娄某某，以下简称润尔堂公司）向魏某某借款八笔共计56万元，双方约定年利率为12%。2021年6月9日，经平阴县人民法院（2021）鲁0124民初1227号民事调解书认定：1. 济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某、常某共欠魏某某本息86.1358万元，其中本金55万元，利息计算至2021年6月8日，利息按还款协议约定计算。济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某、常某于2021年7月15日之前还款2万元；于2021年10月底前还10万元；于2021年12月底前还款13万元；2022年起至2023年第三季度每个季度末还5万元；2023年12月31日之前还清剩余本息。如在该时间还清剩余本息，魏某某同意按本息80万元计算，剩余部分魏某某自愿放弃。2. 若济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某、常某不按第一条约定如期履行还款义务，如产生逾期，魏某某可以就未履行剩余全部本金向法院申请强制执行，且济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某、常某自逾期之日起至实际给付之日止以未偿还本金为计算基数按照年息12%向魏某某支付利息（娄某某偿还部分首先扣减借款本金）。3. 案件受理费5900元，保全费4320元，共计10220元，由济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某、常某承担。但济南润尔堂阿胶制品有限公司、娄某某均未按照约定的期限履行还款义务。

2021年5月18日，魏某某到兴安小区调查时，得知如下事实，娄某某原先在平阴县西土寨村拥有宅基地住房一处，后来该村进行建设总体规划，实行拆除旧房换购新房政策，对旧房宅基地进行打分确定宅基补偿额，娄某某名下的宅基地在本次打分中评为108.3分，宅基补偿额为162450元。2020年4月29日，娄某萍在西土寨村部选房一处，即兴安小

区C3#号楼三单元0102室，并享受了娄某某所应得的拆迁补偿款162450元。娄某萍为此支付房款120709.28元。娄某某及娄某萍均非西土寨村集体经济组织成员。

2020年4月30日，娄某萍与代建人安城镇社区建设指挥部、所属村西土村民委员会三方签订《兴安小区新房入住与旧房拆除合同》，将应属娄某某所应分得的平阴县兴安小区C3#号楼三单元0102室（建筑面积118.18平方米，总价款为283159.28元）新房登记在其女即娄某萍名下。

【裁判结果】

山东省平阴县人民法院2021年11月3日作出（2021）鲁0124民初2052号判决。撤销被告娄某某与第三人娄某萍之间的房屋（平阴县兴安小区C3#号楼三单元0102室）转让行为；驳回原告魏某某的其他诉讼请求。济南市中级人民法院2022年3月16日作出（2022）鲁01民终868号判决，驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：对于娄某某提交的平阴县安城镇西土寨村民委员会出具的两份证明，因该两份证据没有单位负责人及制作证据材料的人员签名或盖章，仅加盖了单位公章，不具有证据的效力，对该两份证据不予采信。根据2020年4月28日平阴县自然资源局、安城镇人民政府、安城镇西土寨村民委员会出具的评估结果安置补偿告知书中记载的内容，询问娄某某是选择的货币补偿还是实物补偿时，其回答是货币补偿。但其未提交证据予以证实其领取了上述款项，对其上述陈述，本院不予认定。根据魏某某提交的通话录音中显示：娄某某认可案涉房产系其所有，娄某萍亦认可选择的实物补偿，其实际支付房款120709.28元；综上，案涉房产系娄某某所有，娄某萍取得该房产系基于娄某某转让所得。

债务人无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求撤销债务人的行为。娄某某将其所应分得的案涉房产转让在娄某萍名下，但娄某萍并未支付合理对价，应系其无偿转让，魏某某提供的通话录音足以证明该项实。魏某某对娄某某享有债权，经法院调解生效并已进入执行程序，娄某某亦未提供证据证明其有履行债务的能力或其他可供执行的财产。从

以上情况分析，娄某某将其房产无偿转让给娄某萍的行为，损害了魏某某债权实现的权利，具有一定的主观恶意。魏某某要求撤销转让行为中所涉房产价值并未多于娄某某应负的债务，其主张符合法律规定，本院予以支持。娄某某及娄某萍辩称，案涉房产系娄某萍合法购买所得，与娄某某无关，不存在转让的任何问题。经审查，本院认为，案涉拆迁安置补偿有两种方式，一种即货币补偿，一种是实物安置。本案中，娄某某系被拆迁房屋的所有者，系补偿的对象，并非娄某萍，但娄某某未领取补偿款，而是由娄某萍将娄某某所得评估分及相应的补偿款 162450 元登记在娄某萍名下，娄某萍在西土寨村选房一处，其所签合同即新房入住与旧房拆除合同，娄某萍在西土寨村没有旧房可以拆除，该旧房拆除系娄某某所有，综合上述事实，结合魏某某提供的录音资料显示，可以证实娄某某为逃避债务，将案涉房产转移至娄某萍名下，案涉房产总价款共计 283159.28 元，系被告出资 162450 元及第三人出资 120709.28 元共同购买所得，在录音资料中魏某某代理人亦陈述里面至少有娄某某的一部分，村里的补偿应归娄某某所有，故案涉房产应系娄某某及娄某萍共同共有之财产。魏某某主张系娄某某个人所有，娄某某及娄某萍主张系娄某萍个人所有，均与事实不符，本院不予采信。

【案例注解】

随着市场经济的发展，各种经济活动日益频繁，法律关系日益复杂。在实践中，一些债务人违背诚实信用原则，为逃避债务，将财产无偿或者以不合理的低价转让给亲戚朋友，恶意损害债权人利益，使得债权人“赢得了官司，拿不到钱”。在此情况下，法院作出撤销判决，使财产回复到行为以前的状态，对保障债权人利益具有极为重要的意义，同时对今后类似的交易起到教育和警示作用。

债权人撤销权，是指债权人对于债务人所实施的危害债权的行为，可请求法院予以撤销的权利。债权人撤销权制度和债权人代位权制度，成为了债权保障的核心制度，对债权的实现具有重大意义。

债权人撤销权是一项古老的债的保全制度，源于罗马法的保罗诉权。我国《民法通则》中未有规定债权人的撤销权，《合同法》首次对此作出规定。《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，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。”新实行的《民法典》第五百三十八条到第五百四十二条对此该权利及权利行使的范围、费用承担、行使期间、行使效果作出了相关规定。

债权人撤销权的成立要件可分为客观要件与主观要件。客观要件为债务人实施了危害债权的行为，应具备的条件为：债务人实施了使自己的财产减少的行为；债务人的行为发生在债权成立之后并发生法律效力；债务人的行为有害债权，即债务人的行为足以减少其一般财产使债权不能完全受偿。因债权人撤销权制度是对合同相对性原则的突破，其效力涉及到合同债务之外的第三人，对交易安全构成威胁，及债务人活动自由或私法自治精神的威胁，所以法律必须划分债务人的自由空间与债权人对债务人行为干涉的范围，即为“债务人的行为是否有害于债权”。主观要件为，在债务人为有偿行为，需要受让人具有恶意；如果债务人所实施的行为为无偿行为，则不以债务人和第三人的恶意为要件。具体到本案，从客观要件分析：首先需认定债务人娄某某是否实施了使自己的财产减少的行为，娄某某与娄某萍均认为系娄某萍自主购房，与娄某某没有关系。法院通过审查，认定娄某某户的旧房经评估得分，折价款为 162450 元未被领取，购房合同系新房入住与旧房拆除合同，旧房拆除与新房入住存在直接关联，未有证据证实娄某萍具有涉案房屋的购房资格。且案涉房屋的购房款中包含娄某某户的 162450 元拆迁补偿款，娄某萍在西土寨村选房后将涉案房屋登记在自己名下，故，涉案宅基地之上的房屋拆迁与娄某萍购买涉案房屋的资格与行为具有直接关联。法院认定娄某某将其对涉案房屋的所占份额转让给娄某萍的事实。故而，娄某某实施了使自己的财产减少的行为，且该行为发生在债权成立之后，在无其他证据证实娄某某有履行案涉债务的能力或其他可供执行财产的情况下，已经具备了债权人撤销权成立的客观要件。从主观要件分析：因无任何证据证明娄某萍向娄某某支付过相应价款，可以认定娄某某将其对涉案房屋所占份额全部无偿转让给娄某萍，在此情况下不以娄某某及娄某萍是否恶意为主观要件。故此娄某某将其对涉案房屋所占份额全部无偿转让给娄某萍的行为损害了魏某某的债权，其转让行为应予撤销。

撤销权判决执行的现实思考。学界对债权人撤销权的性质，分为请求权说，此说认为请求撤销之诉为给付之诉，债权人有直接请求第三人返还财产的权利；形成权说认为，撤销之诉为形成之诉，撤销行为后的利益复归于债务人；折中说认为，债权人撤销权兼具请求权和形成权两种性质，就撤销债务人与第三人间的行为具有形成之诉的性质，就请求第三人将财产返还于债务人而言，具有给付之诉的性质。撤销权性质的不同，直接影响债权人撤销之诉能否直接作为执行的依据。最高人民法院发布的第23批指导性案例中的指导案例118号从执行程序的角度作出了回答，该案例认为，撤销权判决可以强制执行，并确认了债权人的申请执行人地位、相对人(第三人)的被执行人地位以及相对人对债权人的直接返还义务。但是，该指导案例只提供了特定案情下撤销权判决的实现方案，对于普遍性撤销权判决的执行力问题仍然有待探讨。关于撤销权判决是否有强制执行力问题，司法实践中做法不一。否定其执行力的认为撤销权判决的主文并未规定给付义务，或者给付内容不明确，驳回执行申请；肯定判决执行力的理由是原判决已明确规定了相对人的返还义务，可以执行，有些裁判认为，返还是撤销权判决的应有之意，即使判决主文未明确表述返还内容，亦不可否认其执行力。

我国《民法典》第五百三十八条至第五百四十二条未对撤销后的返还作出相关规定。司法实践中，多数撤销权判决判项中亦只对债务人与受让人间的行为作出撤销，未明确表述返还内容。当债务人的财产已经实际转移情况下，只有受让人返还财产，恢复债务人的财产，才能真正保障债权人的利益。多数债权人撤销权案件中，存在债务人与受让人系亲属、朋友关系，存在串通的情形，受让人不主动返还债务人财产，债务人亦怠于主张返还，因此债权人的债权并不能得到保障。有学者认为不能仅仅依靠行使撤销权，应与代位权相配合。实践中，有些法院允许当事人一并提起债权人撤销权之诉和债权人代位权之诉，但有些法院认为债权人代位权的前提是债务人怠于行使其债权，在撤销权判决作出并生效之前，债权人代位权不能成立，故而对债权人撤销权之诉和债权人代位权之诉不予一并受理。在此情形下，债权人仍面临着拿到撤销判决，仍拿不到钱的困境。

笔者认为，应当赋予撤销权判决强制执行力。因我国审执分离的体系，执行程序需要“给付内容明确”的标准，在审判实务中应统一裁判标准，

在判决主文部分对返还内容作为独立的判项予以表述。即使原告未提出返还请求，法院亦可通过释明等方式，引导当事人继续对返还的范围及内容进行主张举证，对方当事人亦可对此提出反驳和答辩，在此基础上，法院在作出撤销行为判项后，继续对返还内容进行判决。以便债权人申请强制执行，真正实现权益保障。

当今，债务人通过规避、耍赖、转移财产等各种手段逃避债务履行屡见不鲜，极大的损害了司法权威。通过法律手段保护债权的实现，保障生效裁判文书的实现刻不容缓，否则，生效裁判文书将成为一纸空文。同时，为更好的发挥债权人撤销制度对债权的保障功能，亦应统一裁判及执行立案的标准，让债权人利益真正得以实现。

编写人：山东省平阴县人民法院工业园区法庭 赵 芳

四、行政案例

杨某某诉中国铁路济南局集团有限公司、 中国国家铁路集团有限公司行政处理及规范性 文件一并审查案

——规范性文件合法性的审查方法

关键词 安全检查 规范性文件 合法性 一并审查

【裁判要旨】

1. 铁路运输企业依据《中华人民共和国铁路法》《铁路安全管理条例》的授权，在旅客进站乘车时行使行政管理职能，其对乘客进行的安全检查属于行政行为。

2. 原中国铁路总公司（现中国国家铁路集团有限公司）制定的《铁路进站乘车禁止和限制携带物品的公告》属于行政诉讼法中规定的可一并审查的规范性文件，其中限制旅客携带 2 个打火机的规定，有上位法《铁路旅客运输规程》的授权，不减损旅客权益，不应被认定为违法。

【相关法条】

《中华人民共和国铁路法》第三条第二款：国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能。

《铁路安全管理条例》第五十六条：铁路运输企业应当依照法律、行政法规和国务院铁路行业监督管理部门的规定，制定铁路运输安全管理制度，完善相关作业程序，保障铁路旅客和货物运输安全。

《铁路旅客运输规程》第六条：在不违反本规程原则的前提下，铁路运输企业可根据具体情况制订补充规定在本企业管辖范围内实行并报国务院铁路主管部门备案。

第五十二条第二款：为方便旅客的旅行生活，限量携带下列物品：1. 气体打火机 5 个，安全火柴 20 小盒。

《铁路进站乘车禁止和限制携带物品的公告》：根据国务院颁布的《铁路安全管理条例》等国家法律、行政法规、规章等规定，为维护铁路公共安全，确保广大旅客安全旅行，现将铁路进站乘车禁止和限制携带物品公布如下：……七、限制携带以下物品：不超过 20 毫升的指甲油、去光剂、染发剂；不超过 120 毫升的冷烫精、摩丝、发胶、杀虫剂、空气清新剂等自喷压力容器；安全火柴 2 小盒；普通打火机 2 个。

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

《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》（国办发〔2018〕37 号）：行政规范性文件是除国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章外，由行政机关或者经法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织依照法定权限、程序制定并公开发布，涉及公民、法人和其他组织权利义务，具有普遍约束力，在一定期限内反复适用的公文。

【案件索引】

一审：济南市天桥区人民法院（2020）鲁 0105 行初 79 号（2021 年 7 月 5 日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁 01 行终 1050 号（2021 年 11 月 15 日）

【基本案情】

原告杨某某诉称：2019 年 12 月 23 日，杨某某从中国铁路 12306 平

台购买了当日从济南东火车站到济南西火车站的 G6908 次列车车票。因携带 5 个打火机不符合安检要求而进站受阻，车站安检依据为原中国铁路总公司（现中国国家铁路集团有限公司，以下简称国家铁路集团）印发的《铁路进站乘车禁止和限制携带物品的公告》（以下简称《公告》）。杨某某认为中国铁路济南局集团有限公司（以下简称铁路济南局公司）系国家铁路集团的独资子公司，是《铁路法》《铁路安全管理条例》等法律法规规章授权有行政管理职能的组织，铁路济南局公司阻止进站乘车的行为侵犯了杨某某乘车的权利，其所依据的规范性文件应当受到司法的审查。

被告铁路济南局公司辩称：1. 本案属于铁路旅客运输合同纠纷，不属于行政诉讼案件受理范围。2. 铁路济南局公司阻止杨某某超量携带打火机是严格执行铁路旅客运输合同条款的行为，符合法律规定及合同约定。3. 《公告》不是规范性文件，无需司法审查。4. 《公告》符合国家法律行政法规的规定，是高速发展的铁路运输业安全管理形势的需要。请驳回杨某某的诉讼请求。

被告国家铁路集团辩称：1. 本案属于平等民事主体之间的旅客运输合同纠纷，不属于法院行政诉讼审理范畴，理应裁定驳回起诉。2. 国家铁路公司是经改制后成立的中央管理的国有独资公司，不是行政机关，不能成为行政诉讼的适格被告。3. 国家铁路集团不是铁路旅客运输合同相对人，依法不承担责任。4. 《公告》是企业文件，不须经司法审查。请驳回杨某某对国家铁路集团的诉讼请求。

法院经审理查明：2019 年 12 月 23 日下午 16:00 许，杨某某持通过中国铁路 12306 平台购买的当日从济南东火车站至济南西火车站的 G6908 次列车二等座车票，进站乘车安检时，铁路济南局公司工作人员发现在其行李中携带 5 个打火机，遂告知杨某某依照《公告》规定，每个乘客最多只能携带 2 个打火机进站。之后，杨某某没有选择携带符合规定数量的打火机进站，而是离开了车站。杨某某以铁路济南局公司阻止其进站乘车的行为违法为由，向法院提起诉讼。

【裁判结果】

济南市天桥区人民法院于 2021 年 7 月 5 日作出（2020）鲁 0105 行初 79 号行政判决，判决：驳回原告杨某某的诉讼请求。宣判后，杨某某提

起上诉。济南市中级人民法院于2021年11月15日作出（2021）鲁01行终1050号行政判决，判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议焦点如下：一、《公告》是否属于行政诉讼法中规定的可一并审查的规范性文件；二、如果《公告》是规范性文件，其中限带2个打火机的规定是否违法。

关于焦点一：《公告》是否属于行政诉讼法中规定的可一并审查的规范性文件。《公告》是否属于可以一并审查的规范性文件，应当结合相关标准进行认定。《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》（国办发〔2018〕37号，以下简称37号文）规定，行政规范性文件是除国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章外，由行政机关或者经法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织依照法定权限、程序制定并公开发布，涉及公民、法人和其他组织权利义务，具有普遍约束力，在一定期限内反复适用的公文。本案中，依据《铁路法》《铁路安全管理条例》的授权，铁路运输企业在旅客进站乘车管理活动时行使行政管理职能。《公告》系国家铁路集团为铁路部门行使安全检查权力而制定的规范，处于法律、法规授权权限范围之内，国家铁路集团具有制定主体资格及相应权限。《公告》符合规范性文件的构成要件，属于行政诉讼法意义上可一并审查的规范性文件。同时《公告》系被诉行政行为作出的依据，杨某某提出对《公告》进行一并审查的诉讼请求，应予准许。

关于焦点二：《公告》中限带2个打火机的规定是否违法。杨某某认为《公告》将《铁路旅客运输规程》第五十二条中规定限量携带气体打火机数量从5个降低为2个，减损了公民合法权益，违反了《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《行诉解释》）第一百四十八条第二款第（三）项规定，应被认定违法。通过对该项规定文本的连贯解释可知，规范性文件的条款因减损公民合法权益而被认定违法，应当同时具备两个条件：一是减损公民合法权益；二是没有法律、法规、规章的依据。因此，《公告》中限制携带打火机数量的条款是否违法，应从两个要件进行判断。

一是《公告》中限带2个打火机的规定是否减损公民合法权益。一方面，

从法律解释学出发,上述法条中“减损”一词的基本含义是减少、损害。《公告》中规定的限制携带打火机数量,仅是对公民权益的限制,并不实际减损公民的权益。《公告》已在购票网站进行公示,乘客在购票时应当对相关内容的知悉,完全可以避免乘车时携带超过限制数量的打火机。即使乘客未能及时了解而携带了超过限制数量的打火机,其亦可采取邮寄、寄存等方式避免损失。另一方面,从利益衡量及生活常识角度看,三五个普通打火机价值极小,与其他乘客人身安全利益、公共场所安全利益相较,微乎其微。携带超过限制数量的打火机乘车的危险一旦现实化,必将危及火车运行安全和乘客人身财产安全,携带人将为此付出远超打火机价值的代价。从这种意义上讲,限制乘客携带打火机的数量不仅未减损乘客的合法权益,反而是对其更大权益的一种保护。依上述逻辑,《公告》将限带打火机数量从 5 个降低为 2 个,并不减损公民的合法权益。

二是《公告》中限带 2 个打火机的规定是否有上位法依据。《铁路旅客运输规程》第六条规定:“在不违反本规程原则的前提下,铁路运输企业可根据具体情况制订补充规定在本企业管辖范围内实行并报国务院铁路主管部门备案。”第一条规定:“为了维护铁路旅客运输的正常秩序,保护铁路旅客运输合同各方当事人的合法权益,依据《铁路法》制定本规程。”第一条规定属于该规程的立法目的与立法原则条款,据此可知《铁路旅客运输规程》的基本原则是:维护铁路旅客运输的正常秩序,保护铁路旅客运输合同各方当事人的合法权益。当前,高铁运行速度较传统列车大幅提升,只有更高、更严苛的安全标准才能确保铁路运营的安全。对乘客进行安全检查并严格限制危险品携带数量,可以降低铁路运行风险,保障铁路高效安全运行,维护乘客的人身财产安全。《公告》降低限带打火机的数量符合《铁路旅客运输规程》的基本原则。因此,即使上诉人杨某某坚持认为将限带打火机的数量从 5 个降低为 2 个,减损其合法权益,此规定亦因有规章授权作为依据而不应被认定为违法。

综上所述,经本院审查,《公告》制定主体具有相应职权,其中限制乘客携带 2 个打火机的规定未减损公民合法权益、不违反上位法规定,其效力应予认定。

【案例注解】

规范性文件在国家治理中占据重要地位，它能够及时回应复杂多变的行政管理需要，为行政管理提供不可或缺的重要依据。作为具有普遍适用效力的规范性文件，如果出现违法或者不适当，其影响将远远超越个案本身。规范性文件一并审查制度可以及时消除上述隐患，是实现良法善治的保障。本案以司法方式确认了《公告》中关于限制携带易燃、易爆品数量条款的合法性，同时对人民法院一并审查规范性文件提供了诸多可资借鉴的经验。

一、规范性文件的识别

广义的规范性文件包括行政法规、规章和规章以下的规范性文件，狭义的规范性文件仅指规章以下的规范性文件。国办37号文规定，行政规范性文件是除国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章外，由行政机关或者经法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织依照法定权限、程序制定并公开发布，涉及公民、法人和其他组织权利义务，具有普遍约束力，在一定期限内反复适用的公文。这就是我国行政诉讼法中可由人民法院一并进行审查的规范性文件的范围：国务院部门、地方人民政府及其部门制定的规章以下规范性文件，不包括国务院制定的规章以下的规范性文件。司法实践中，通常从以下四个方面对规范性文件进行识别：其一，制定主体。除国务院部门、地方人民政府及其部门之外，法律、法规、规章授权实施公共管理职能的组织，有权在职权范围内制定规范性文件。其二，调整对象。规范性文件调整对象为不特定的行政相对人或事项，属于针对公民、法人以及其他组织权利义务的外部行政事项，如果仅涉及行政机关的内部事务，则不是规范性文件。其三，效力范围。规范性文件是行政机关针对普遍相对人，指向可能世界内的抽象事态制定并发布的，一经制定并对外公布即具有普遍约束力，规范性文件效力范围内的公民、法人以及其他组织必须共同遵守。其四，适用事项。规范性文件针对未来事项且需要通过具体行为执行或落实，在一定期限内能够反复适用。^①

^① 参见程琥：《新〈行政诉讼法〉中规范性文件附带审查制度研究》，载《法律适用》2015年第7期。

具体到《公告》，双方当事人对其调整对象、效力范围、适用事项并无争议，争议点在于制定主体及权限。一个组织的行为是否属于行政行为、其行为是否可以纳入行政诉讼范围，主要看该组织是否是按照法律、法规、规章规定行使行政管理权。旅客与铁路运输企业之间存在两个法律关系：一为履行运输合同的民事法律关系；二为行政法律关系。为维护铁路运输秩序，保障铁路运营安全，《铁路法》《铁路安全管理条例》均授权铁路运输企业行使旅客进站乘车安全检查方面的行政管理职能，有权在旅客进站乘车管理活动中对进站乘客进行安全检查。《公告》系国家铁路集团为铁路部门履行安检职责而制定的规范，处于法律、法规授权权限范围之内，国家铁路集团具有制定主体资格及相应权限。所以，《公告》符合规范性文件的构成要件，属于人民法院在行政诉讼中一并审查的对象。

二、规范性文件合法性审查的强度

对规范性文件进行审查的标准是“合法性”，但“合法性”的含义及其具体审查强度在学理上存在争议：一是合宪法说，即法院在审查行政规范性文件是否合法时，首要标准是看其是否符合宪法要求，在这一前提下，再审查其是否与现行法律法规冲突。^①二是实质合法性说，认为既要审查规范性文件的合法性，又要审查规范性文件的合理性。同时，针对上位法规定不明确的规范性文件，根据类型区分审查强度，采取不同的审查标准。^②三是形式合法性说，认为只能对规范性文件的合法性进行审查，不包括合理性审查。^③现实中，规范性文件明显违背上位法的形式违法情况较少，大多为隐形违法以及实质不合理。通过案例检索发现，人民法院大多仅对规范性文件的形式合法性进行审查，对于合理性的审查持谨慎态度，仅有少数案件把合理性作为认定规范性文件合法的补强理由与辅助论证。整体看来，对于规范性文件合法性审查的含义与强度，理论与实践均未形成一

^① 参见朱淼：《论对规范性文件的司法审查——以行政诉讼法修改为视角》，载《南海学刊》2016年第4期。

^② 参见俞祺：《规范性文件的权威性与司法审查的不同层次》，载《行政法学研究》2016年第6期。

^③ 参见杨士林：《试论行政诉讼中规范性文件合法性审查的限度》，载《法学论坛》2015年第5期。

致认识。

每一个法律规范都是属于一个整体，对条文的理解应放在整个体系构造中加以理解，这能够维护整个法律体系之一贯及概念用语之一致。^① 我们可以从体系解释的角度探究规范性文件合法性审查的含义和强度。一方面，修订的《行政诉讼法》将行政行为“明显不当”作为撤销判决的法定情形之一。“明显不当”体现的便是对行政行为的合理性审查，亦即实质合法性审查。为保持法律适用统一，应当相应地将规范性文件的相关条款是否“明显不当”作为审查规范性文件内容合法性的重要标准。^② 另一方面，全国人大法工委称：行政诉讼法修改在坚持合法性审查原则的前提下，对合法性原则的内涵作了扩大解释，尽管仍然奉行合法性审查原则，但“合法性”本身的内涵发生了重大改变，即由机械的形式合法性转向了灵活的实质合法性。^③ 因此，规范性文件一并审查语境中的“合法性”应采用实质合法性的理解，兼顾合法性审查为主、合理性审查为辅的原则。

三、规范性文件合法性审查的维度

（一）制定主体的权限

根据依法行政原则，所有的行政行为都应当有法律明确授权，行政规范性文件的制定也不例外。制定主体是否获得了法律授权以及规范性文件是否有上位法依据，是规范性文件合法性判断的第一维度。根据《行诉解释》第一百四十八条规定可知，制定主体的权限来源有职权授权与法条授权两类。法律、法规、规章对于规范性文件制定机关的制定权限有规定的，制定机关应当在授权范围内制发规范性文件，需要符合授权条款的要求以及授权条款的法源位阶。“行政机关遵守制定权限，规范性文件的制定事项也获得了上位法授权，就是权限正当，否则就构成超越权限。”^④ 行政规范性文件一旦侵入法律保留条款或者上位法限制行政规范性文件进入的

^① 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第143页。

^② 参见王红卫、廖希飞：《行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究》，载《行政法学研究》2015年第6期。

^③ 于洋：《论规范性文件合法性审查标准的内涵与维度》，载《行政法学研究》2020年第1期。

^④ 蒋盼：《论行政规范性文件的司法审查标准——基于最高人民法院公布的案例（1989—2018）》，载《公法研究》2018年第20卷。

领域，则因超越了相关规范权限而不合法。在超越法定职权方面，主要是超越事务管辖权和地域管辖权。^① 制定机关超越事务管辖范围，如税务机关发布工商管理方面的规范性文件；制定机关超越地域管辖范围，如某市政府发布涉及某省范围内公民、法人或者其他组织权利义务的规范性文件。就本案而言，《铁路旅客运输规程》第六条规定了在不违反规程原则的前提下，铁路运输企业可根据具体情况制订补充规定，国家铁路集团制定《公告》，主体权限正当，所规定的限带易燃品、易爆品数量的内容未超越事务、地域（领域）管辖范围。

（二）具体条款的合法性

被审查的具体条款“是否与上位法相抵触”系合法性审查的关键。规范性文件是否与上位法相抵触可以分为“是否与上位法的法律规范条文相抵触”与“是否与上位法的精神、原则相抵触”两个层面。对于第一个层面，若行政规范性文件因替代上位法的规则、为规避而裁减上位法的规则、擅自增设为相对人增加义务或减少权益的规则、违反法律优位原则而优先设置规则，该规范性文件就不合法。^② 主要包括以下情形：①减少变更或增加制裁条件、制裁手段、制裁幅度，扩大或缩小制定机关的制裁权限；②增加或减少了特定对象的义务，或者改变义务承担者的条件，或者扩大或者缩小承担义务者的义务范围、性质或者数量；③增加、减少或者变更利害关系人的范围或者权利，或者改变享受权利的条件，或者扩大或者缩小权利的范围、性质或者数量；④扩大或者改变行政机关的职权或者范围。^③ 对于第二个层面，是指规范性文件不得与上位法的精神、内在价值与实质目的所形成的客观价值秩序相抵触，这主要是基于维护法秩序的价值体系和实质目的的统一。^④ 法院审查规范性文件的重点是判断行政规范性文件是否符合法秩序中的价值观，若与上位法的原则、精神或目的相违背，规范性文件就丧失了合法性的根基。对于《公告》中限带2个打火机的规定

^① 参见梁风云：《行政诉讼法司法解释讲义》，人民法院出版社2018年版，第407页。

^② 参见蒋盼：《论行政规范性文件的司法审查标准——基于最高人民法院公布的案例（1989—2018）》，载《公法研究》2018年第20卷。

^③ 参见梁风云：《行政诉讼法司法解释讲义》，人民法院出版社2018年版，第409页。

^④ 参见于洋：《论行政规范性文件的复合审查标准——基于规范性文件的逻辑结构展开》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2017年第6期。

是否与上位法相抵触，法官首先运用法律解释方法得出该规定并不减损旅客权益的第一重结论，接着以立法目的为标准进行考量，得出《公告》降低限带打火机数量符合《铁路旅客运输规程》的基本原则的第二重结论。最终认定，被审查的规定不存在与上位法相抵触的情形。

（三）制定程序

《行诉解释》第一百四十八条规定“未履行法定批准程序、公开发布程序等严重违反制定程序”的规范性文件应被认定为违法。制定程序具有独立的价值，法院对制定程序进行审查，能够更大程度上维护行政相对人的合法权益。严重违反制定程序的规范性文件，很难具有合法性和正当性。37号文规定，重要的规范性文件应当严格执行评估论证、公开征求意见、合法性审核、集体审议决定、向社会公开发布等程序，法院可以依照该规定进行审查。《铁路旅客运输规程》第六条规定，铁路运输企业制订的补充规定应报国务院铁路主管部门备案，此处所规定的备案体现的是主管部门对铁路企业的监督管理，不能因未备案而认定《公告》制定程序违法。法院经过审查，并未发现《公告》存在严重违反法定程序的情形。

四、规范性文件制定机关的诉讼地位

《行诉解释》第一百四十七条赋予规范性文件制定机关以某种方式参与到诉讼中发表意见的权利，是非常必要的。一方面，规范性文件的制定机关往往层级较高，被诉的行政机关层级较低，下级机关不一定完全了解规范性文件的制定背景、过程和具体考虑，更不一定有能力充分阐述规范性文件的制定依据和理由。另一方面，法院对规范性文件的审查结论会影响到被审查规范性文件今后的效力，制定机关更早参与、直接参与到诉讼中有利于法院慎思明辨，也有利于法律秩序的稳定。^①但是，制定机关在诉讼中的角色或地位，争议很大。

（一）争议：被告、第三人抑或证人

^① 参见龙微，谌香菊，王国旭：《规范性文件审查结论的理性证立——兼论规范性文件制定机关出庭机制构建》，载《深化司法改革与行政审判实践研究（下）》，人民法院出版社2017版，第1547页。

^② 参见王红卫、廖希飞：《行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究》，载《行政法学研究》2015年第6期。

很多人认为,法院应列制定机关为共同被告或者第三人。理由是:其一,公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼时,一并请求对规范性文件进行审查,对于这一请求,人民法院必须审理。公民、法人或者其他组织对规范性文件不服,其制定机关就应当是被告或者至少应当作为第三人参加诉讼。其二,人民法院对规范性文件进行审查,行政诉讼案件的被告只对被告行政行为的合法性举证、辩论、答辩,对于规范性文件的合法性,应当由制定机关进行质证和辩论。其三,如果法院审查规范性文件,但是制定机关又没有参加诉讼,制定机关可能会认为法院的审查缺乏正当程序,从而影响法院相关审查结论的权威性。^①笔者认为,制定机关的诉讼地位不应是共同被告或第三人。制定机关并非被诉行政行为的作出主体,不符合共同被告的定义。同时,即使制定机关未陈述意见或者未提供相关材料,也不妨碍人民法院对规范性文件进行审查。制定机关与审理结果并无利害关系,人民法院对规范性文件进行审查,只是对客观存在的规范性文件是否符合上位法规定、是否具有制定权限等事项进行审查,对规范性文件的后续处理并无实质决定权,因此其并非第三人。另外,制定机关也非证人。从参与诉讼的方式来看,其角色在外观上类似于证人,因为其提交的书面意见或者出庭陈述的意见,都是为了证明其制定的规范性文件合法的客观材料。但是,制定机关的立场并不中立,而是为了追求规范性文件被认定为合法的结果,因此也不宜将其视为证人。本案原告将规范性文件的制定机关列为被告,鉴于安检实施单位与《公告》制定机关属于总、分公司这一特殊的法律关系,且制定机关未针对此提出异议,法院遂对原告所列诉讼地位予以准许。

(二) 建议:诉讼参加人

鉴于制定机关的角色与法庭之友基本相同,建议在裁判文书中将其列为诉讼参加人。法庭之友制度中案件当事人以外的主体可以通过被称为“法庭之友陈述”的书状向法院提供与案件相关的背景信息、不为法院所知的案件事实或法律适用意见,进而参与到案件审理过程中,并影响案件的最终结果。^②制定机关对于诉讼中的涉及重大利益的主要事实,应法院的要

^① 参见梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第405页。

^② 参见项焱,海静:《法庭之友:一种诉讼信息披露机制》,载《法制与社会发展》2017年第2期。

求或主动提供相关的意见,从而为法院的裁判提供参考。从严格意义上讲,制定机关并不属于诉讼参加人,但在行政诉讼中,让受到行政行为和审判结果影响的人都能参与到诉讼中来,乃是正当程序的应有之义。按照实质解决争议的要求,有必要接受更加广泛的相关主体参加到行政诉讼之中。^①制定机关以特殊诉讼参加人的身份参加到诉讼中,符合行政诉讼法的基本精神。另外,法院听取文件制定机关意见主要采取书面方式,人民法院有时对文件制定机关的意见不向当事人公开,也不在判决书中说明,这样的做法损害了原告一方的知情权并有违诉讼平等和司法公开原则。建议人民法院对制定机关的意见和相关证明材料向当事人公开,并组织进行质证辩论。这是程序正义的内在要求,也是庭审实质化的保障。

注:(该案例获全国法院系统 2022 年度优秀案例分析评选二等奖)

编写人:济南市中级人民法院
曹磊
济南市中级人民法院行政庭
石璐璐

^① 参见王振宇:《行政诉讼参加人制度的完善》,载《中国审判》2018 年第 7 期。

徐某某诉济南市市中区公安分局行政处罚案

——治安案件中正当防卫规则的适用

关键词 行政处罚 正当防卫 构成要件

【裁判要旨】

为唤醒治安案件中长期休眠的正当防卫规则，应走出现有司法实践认定过严的误区，对正当防卫是否成立做符合立法目的的解释。公民遭受正在进行的违反治安管理的侵害行为时，如果采取的抵抗行为主要目的是帮助自己摆脱侵害，并符合比例原则，则其造成对方轻微伤害的行为不具有侵害意图、不具有社会危害性，不应当被认定为违反治安管理的违法行为。当然，制止违法侵害应以紧迫必要为原则，并控制在合理限度之内。

【相关法条】

《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条：殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。

有下列情形之一的，处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款：

（一）结伙殴打、伤害他人的；

（二）殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的；

（三）多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的。

《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》第一条：为了免受正在进行的违反治安管理行为的侵害而采取的制止违法侵害行为，不属于违反治安管理行为。但对事先挑拨、故意挑逗他人对自己进行侵害，然后以制止违法侵害为名对他人加以侵害的行为，以及互相斗殴的行为，应当予以治安管理处罚。

【案件索引】

一审：济南市市中区人民法院（2020）鲁0103行初180号（2020年12月17日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01行终443号（2021年6月11日）

【基本案情】

原告徐某某诉称：徐某某从地下室上来，发现单元门开着，为了安全，去关闭单元门。第三人赵某某无视法律，蔑视道德准则，辱骂徐某某并先动手打人，寻衅滋事。徐某某没有打赵某某，是为了防卫而将赵某某压在身下。被上诉人济南市公安局市中区分局（以下简称市中区分局）作出的市中公（舜玉）行罚决字（2018）1286号《行政处罚决定书》（以下简称1286号处罚决定）与济南市市中区人民政府（以下简称市中区政府）作出的济市中政复决字（2018）128号《行政复议决定书》（以下简称128号复议决定）违法。诉讼请求：1. 依法撤销被告市中区分局作出的1286号处罚决定；2. 依法撤销被告市中区人民政府作出的128号复议决定。

被告市中分局辩称：1286号处罚决定认定事实清楚、证据充分。2017年11月30日18时28分，在济南市市中区舜耕路财经大学宿舍10号楼1单元门口，徐某某与赵某某因为单元门关门问题发生纠纷升级为肢体冲突，期间互有殴打对方的违法行为，赵某某致使徐某某的右眼、鼻子、嘴角受伤。经法医鉴定，徐某某的伤情构成轻微伤，徐某某致使赵某某的左手大拇指和左脸下颌受伤。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条第二款第（二）项之规定，我局对徐某某给予行政拘留十日并处五百元罚款的行政处罚，适用法律正确，定性准确。

被告市中区政府辩称：市中区政府作出的128号行政复议决定认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，程序合法。

法院经审理查明：徐某某（事发时78周岁）与赵某某（事发时65周岁）均居住于济南市市中区舜耕路山东财经大学宿舍10号楼1单元。2017年11月30日18时28分左右，徐某某与赵某某在该单元门口，因关门问题发生纠纷，赵某某先开口辱骂徐某某，徐某某用手指着赵某某质问，赵某

某把徐某某的手拍开，之后升级为肢体冲突，赵某某的左手大拇指和左脸下颌受伤，徐某某的右眼、鼻子、嘴角也被打伤。经鉴定，徐某某损伤程度为轻微伤。赵某某收到伤情鉴定委托书后，未到鉴定机构进行伤情鉴定。赵某某提交案发当日到山东省警官总医院的门诊病历一份。该病历记载：2017 年 11 月 30 日，赵某某就诊反映其头面部等多处外伤。2018 年 10 月 10 日，市中区分局作出 1286 号处罚决定，决定根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条第二款第（二）项之规定，给予徐某某行政拘留十日并处 500 元罚款的行政处罚。徐某某不服，向市中区政府申请行政复议，市中区政府作出 128 号复议决定，以超出法律规定的办案期限为由，确认市中区分局作出的涉案行政处罚决定违法。

【裁判结果】

济南市市中区人民法院于 2020 年 12 月 17 日作出（2020）鲁 0103 行初 180 号行政判决，判决驳回原告徐某某的诉讼请求。宣判后，徐某某提出上诉。济南市中级人民法院于 2021 年 6 月 11 日作出（2021）鲁 01 行终 443 号判决，判决撤销一审判决并撤销市中区政府作出的 128 号复议决定以及市中区分局作出的 1286 号处罚决定。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：

关于本案的事实认定问题，其一，从事件发生的原因来看，市中区分局提交的一系列证据可以证实，本案纠纷发生的原因系赵某某辱骂徐某某，并且先动手拍打徐某某的手，徐某某反击属于自卫行为。其二，从双方力量对比来看，纠纷发生时，徐某某已经 78 周岁，赵某某 65 周岁，二者年龄相差较大，实力相差悬殊。其三，从伤害后果看，报案时的简要事实载明徐某某受伤、未载明赵某某受伤；市中区分局向赵某某送达了《鉴定委托书》，但赵某某并未做伤情鉴定；赵某某提供的病历证实其伤情不明显；徐某某经鉴定构成轻微伤。综合考量上述事实，作为具备相当生活经验的人应当能够还原案件的脉络与情境，双方当事人纠纷中的作用和地位。经综合判断，法院认为市中区分局认定“徐某某与赵某某互殴并致赵某某受伤”的事实，证据不足，不能达到行政案件的证明标准。

关于本案的法律适用结论。公安部发布的《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》第一条规定：“为了免受正在进行的违反治安管理行为的侵害而采取的制止违法侵害行为，不属于违反治安管理行为。……”当然，制止违法侵害与刑法中的正当防卫一样，应控制在合理限度之内，不能无所限制，不能演变成互殴。公民在遭受正在进行的违反治安管理的侵害行为时，如果主要目的是帮助自己摆脱侵害，并符合比例原则，则其作出的抵抗行为因不具有侵害意图而不具有社会危害性。因此，即使徐某某确实采取了制止赵某某侵害的抵抗手段，但因其并不具有侵害赵某某的主观意图，不应被认定为殴打他人的行为，不应受到处罚。

综上所述，市中区分局作出的涉案行政处罚决定所依据的主要事实证据不足、定性不准，应予撤销。市中区政府作出的涉案复议决定，应一并予以撤销。

【案例注解】

法不应向不法让步，公民的防卫权不容侵犯。正当防卫是指，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而对不法侵害者实施的制止其不法侵害且未明显超过必要限度的行为。^①刑法中的正当防卫条款，在经过一系列重大影响力的刑事案件之后，逐渐被激活。但在治安案件中，正当防卫规则仍然处于休眠状态。刑事案件中，正当防卫规则有助于鼓励正义向邪恶亮剑。同理，“打斗型”治安案件中，正当防卫规则也不应当被继续漠视。行政审判行使监督职责的同时，应当通过个案贯彻法律意图，匡扶正义，维护社会秩序，进而参与到法治社会的建设之中。

一、正当防卫在治安案件中的实然困境与应然状态

（一）正当防卫的实然困境

长期以来，在类似本案的“打斗型”治安案件中，公安机关对打斗双方大多采用“各打五十大板”的处罚方式以平息各方不满。这种处罚方式的

^① 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第125页。

好处在于：一是简单省事；二是压制所有人特别是受欺负一方的冲动，避免事态升级。但是，这种不分具体情况一刀切的做法，存在着不可忽视的不公正：错误处罚不具有违法性的正当防卫一方。如此一来，任何人在遭受不法侵害时，唯一能够做的就是逃跑，然后报警。这不仅不是法律追求的结果，更不符合人的本性和传统道德。古今中外，正当防卫、见义勇为等制止违法侵害的做法都被给予充分的肯定，其顺应国民朴素的情感，符合社会善良道德风尚，体现社会主义核心价值观、正义观。“打斗型”治安案件中，公安机关不积极援引正当防卫规则的主要原因在于：防卫时间认定困难、防卫意图难以判断、防卫限度不易把握以及侵害紧迫性标准不明确。重重困难极易导致公安机关对被侵害者的反击行为是否属于正当防卫认定错误。在案多人少的办案压力下，与其花费大量人力物力证明一方行为人的行为构成正当防卫，不如对双方当事人“各打五十大板”更加经济。

（二）正当防卫的应然状态

正当防卫规则的设立初衷在于，保障合法权益免受不法侵害。为唤醒长期休眠的正当防卫规则，应走出现有司法实践认定过严的误区，对正当防卫是否成立做符合立法目的的解释。治安领域与刑事领域中的正当防卫规则并无本质区别。在治安处罚案件中充分运用这一规则，有利于及时有效地保障国家、公共、公民本人或他人的合法权益免受正在进行的违法侵害，有利于威慑违法分子、遏制违法行为，有利于实现行政执法法律效果与社会效果的统一。法律具有指引和预测功能，法律的正确实施，可以让公民根据法律规定知晓某一行为的法律后果，从而尽可能地去实施合法行为。如果对于类似本案的治安处罚案件中忽视正当防卫规则的适用，合法权益将失去保护，违法分子将更加猖狂甚至实施犯罪行为。面对罪恶行径，人们不敢行使防卫权，只能人人自危，何谈安全感、幸福感？当然，笔者倡导在治安处罚案件中激活正当防卫规则，并不是对于“打斗型”治安案件中的被动方一律以正当防卫论处。因为防卫权仅是作为紧急情况下的自力救济权而存在，其需要在权利保障与秩序维护之间寻求平衡。否则，不仅可能对不法侵害人造成过度的伤害，也无助于权利保障和法益保护，甚至会造成恶恶相报，破坏法秩序的恶性循环。^①因此，对于“打斗型”治

^① 参见孙本雄：《正当防卫中不法侵害的识别》，载《北京理工大学学报》2022年第4期。

安案件，公安机关应当全面查明案件事实，运用正当防卫构成要件理论，准确认定被侵害者的反抗行为是否成立正当防卫。

二、正当防卫在治安案件中适用的双重依据

（一）法理层面的依据

“当然解释是一种以‘举轻以明重，举重以明轻’为具体推论方法的解释形式。”^①虽然治安管理处罚法对于制止违法侵害的行为没有具体规定，但可以根据举重以明轻的解释方法对行为进行具体评价。刑事案件中，先动手对他人实施殴打等暴力行为的，属于不法侵害，后动手反击殴打者造成前者轻伤害的，应认定为正当防卫，而不应当认定为相互斗殴。^②治安案件中，后动手一方反击侵害者造成其轻微伤及以下的，当然应当认定为正当防卫。治安领域与刑事领域中正当防卫的区别主要在于“不法”的程度，即行政违法行为与刑事犯罪行为的违法程度不同。一般情况下，治安案件中的侵害行为暴力程度较低，刑事案件中防卫行为造成了对方轻伤及以上的后果，治安案件中防卫行为的后果则是造成对方轻微伤及以下。与刑事案件中的正当防卫相比，治安案件中的反击行为造成的后果本就轻微，如果对反击者施加行政处罚，其不仅会给社会民众带来错误的价值引导，而且会因为被侵害者的“怯懦”而助长侵害者的嚣张气焰，进而升级为更严重的侵害。

治安案件中正当防卫制度的缺席不仅侵犯了法律赋予公民的防卫权，还导致“法不应向不法让步”的法治精神无法彰显，这与法治社会的建设目标背道而驰。2020年9月3日，“两高”与公安部出台的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称《指导意见》）第一条明确了两点：第一，正当防卫是法律赋予公民的权利；第二，正当防卫是“法不应向不法让步”的法治精神的体现。基于此，我国正当防卫的正当性根据应当从个人法益保护和法秩序维护两个方面理解，并以前者为主、后者为辅。^③首先，个人法益保护决定了正当防卫的必要性，其功能在于确定正当防卫的适用范围。面对非正义的违法侵害者，我们可以采取正当防卫的方式，

^① 魏治勋：《当然解释的思维机理及操作规则》，载《法商研究》2018年第3期。

^② 参见张明楷：《故意伤害罪司法现状的刑法学分析》，载《清华法学》2013年第1期。

^③ 参见陈兴良：《正当防卫教义学的评析与展开》，载《中国刑事法杂志》2021年第2期。

在正当防卫的限度内予以反抗以维护正义，这代表着权利的不可侵犯性。其次，法秩序维护决定了正当防卫的需要性，其功能在于限制正当防卫。^①通过维护正当防卫的权利，告诫潜在违法者，违法侵害他人有风险；同时，每一个被防卫的侵害都反过来强化了法秩序。^②

（二）规范层面的依据

我国《宪法》明文规定国家尊重和保护人权，而防卫权是人权的基本内容。《宪法》第三十三条第二款和第五十一条规定的平等原则，可解释为，遭受侵害的公民对不法侵害不负有忍受义务。^③基于《宪法》上述规定，我国《刑法》第二十条^④设置了正当防卫条款，《民法典》第一百八十一条规定，因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。法学界公认，正当防卫不是一种专属于刑法领域的单纯出罪事由，而是由全体法秩序所共享的赋权事由。^⑤作为《刑法》前置法的《治安管理处罚法》中，缺少正当防卫的相关规定。在此背景下，为正确、有效地执行《治安管理处罚法》，填补这一法律漏洞，公安部于2007年发布《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》第一条规定，为了免受正在进行的违反治安管理行为的侵害而采取的制止违法侵害行为，不属于违反治安管理行为。《指导意见》也规定，正当防卫的前提是存在不法侵害。行政执法本质上属于法律适用，其执法的前提是法律规范，而不能仅仅是法律理论。上述公安部的解释和《指导意见》虽然并非法律，但系有权机关对制定法作出的解释，属于广义的法源，可以作为执法机关和司法机关适用正当防卫规则的规范层面依据。

^① 参见欧阳本祺：《论法确证原则的合理性及其功能》，载《环球法律评论》2019年第4期。

^② 参见[德]克劳斯·罗克辛：《正当防卫与法确证》，王德政译，载《西北师大学报（社会科学版）》2018年第2期。

^③ 参见陈璇：《涉正当防卫案例研究——曾卓荣故意伤害案评析》，载中国司法案例网，2022年6月27日访问。

^④ 《刑法》第二十条：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

^⑤ 参见王渊、陈兴良、陈璇、王勇、华炫宁：《正当防卫“三人谈”——关于正当防卫制度的准确适用与未来发展》，载《人民检察》2020年第22期。

三、正当防卫在治安案件中的构成要件

(一) 防卫时间的认定

违法侵害已经开始且尚未结束是正当防卫权行使的前提。司法实务中对正当防卫权行使时间判断标准不一，理论上也存在争议。^①有学者认为，反击行为只有在侵害行为实施期间才具有“适时性”。因为“侵害人的法益在其开始侵害行为的同时就已经不受法律保护了。”^②也有学者认为，确定违法侵害的着手从而判断正当防卫的开始时间，不能苛求防卫人，而应该根据当时的主观和客观的因素全面分析。^③治安案件中违法侵害的程度相对轻微，具体判断行为人何时可以防卫同样有不同认识。行为人是在具有危险性时即可防卫？还是面临侵害行为时即可防卫？或是遭遇侵害人的连续侵害行为时才可以防卫？笔者认为，对于违法侵害是否结束需要立足于防卫人反击时的具体情境，以及社会一般人在此种情形中会采取的行为进行综合判断，不能一概而论。对于一人徒手实施的侵害行为，应以侵害行为已经实际实施作为“适时性”判断标准，即只要侵害行为开始实施，行为人即刻便可行使防卫权，直至对方完全停止侵害。相反，对于多人实施侵害行为或者一人持械实施的侵害行为，防卫行为的时间条件可以适当放宽。因为如果此时还要求侵害人实际实施侵害，会使被侵害者遭受较为严重的身体伤害，不利于保护被侵害者的人身安全。此时只要侵害行为具有紧迫危险性，被侵害者即可实施防卫行为。综上，人身侵害的“适时性”判断要综合考虑到侵害人数、侵害工具、双方的力量对比等实际情况。本案中，赵某某先开口辱骂徐某某，徐某某用手指着赵某某质问，赵某某就把徐某某的手拍开，后升级为肢体冲突。由此可见，赵某某实施拍打徐某某手部的行为，侵害行为已经实际实施，徐某某的反击行为符合防卫“适时性”要求。

(二) 防卫意图的推定

大多数“打斗型”治安案件中的防卫意图都难以测评。双方或多方厮

^① 参见张洪成：《正当防卫时间限度的实证分析》，载《北方法学》2020年第6期。

^② 参见周光权：《正当防卫的司法异化与纠偏思路》，载《法学评论》2017年第5期。

^③ 参见陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社2006年版，第97页。

打到一起互不相让，完全符合“互殴”——双方以侵害对方身体的意图进行的相互攻击的行为^①——的外观，而且很多治安案件的证据并不全面，有时只能凭借当事人的一面之词得出结论。这导致公安机关通常认为被侵害者实施的反击行为缺乏防卫意图。这会使人们在面对违法侵害时不敢进行抗争和反击。“‘小流氓’就会用这样的方式驱赶和平的公民，以建立自己的统治。”^②“法向不法让步”的错误倾向将会蔓延。不能忽视的是，只有事先产生斗殴意图才能排除防卫意图。^③同时，当事人以挑衅行为激起侵害人的侵害行为、而后借正当防卫加害侵害人的防卫挑拨行为并非正当防卫。“打斗型”治安案件中防卫人有时会兼有“防卫”和“侵害”的双重动机，但要求防卫人完全克制、保持理性并不现实。防卫人的反击即便是具有一定的加害意图，其目的也是为了让加害方失去继续侵害的能力或放弃继续侵害的故意，公安机关对此限制不宜过于严苛。对于防卫意图的具体判断，需要公安机关综合考量行为人的反击强度、手段、所使用的语言、是否有意控制打击等情况。本案纠纷起因系赵某某辱骂徐某某，且赵某某先动手拍打徐某某的手。徐某某面对具有相当危险性的突然袭击，为了防卫而采取反击或将赵某某压在身下。徐某某在实施防卫行为前一直处于被动地位，没有防卫挑拨行为，实施的反击行为强度不大，未导致暴力程度的升级。综合来看，徐某某无论是事前、事中均没有任何追求赵某某受到伤害的想法，其所有反击行为的目的在于避免自己受到更加严重的伤害，因此法院认定其实施的反击行为具备防卫意图是适当的。

（三）防卫限度的把握

与行政法中的比例原则要求相一致，被侵害者面对违法侵害进行自救，其反击行为应符合必要的限度。防卫限度是对防卫结果的衡量，是判断防卫行为正当性的核心。实践中，对防卫限度的认定难点在于防卫结果是否“过度”或“过量”。《刑法》要求的防卫限度是“明显超过必要限度，造成重大损害”，分别从防卫行为的“质”与“量”进行限制。“打斗型”治安案件与刑事案件中的防卫限度不同。一方面，防卫结果不存在“过度”

① 赵锋：《互殴型治安案件中正当防卫的认定》，载《公安警察职业学院学报》2014年第1期。

② [德]罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第441页。

③ 参见陈兴良：《互殴与防卫的界限》，载《法学》2015年第6期。

的情况，因为“打斗型”治安案件中的防卫行为最严重只是造成侵害者轻微伤。而限度比较不能在同种伤害程度内进行，只有限度存在明显升格，如轻微伤对轻伤、轻伤对重伤或者死亡才有明显超过限度的可能。另一方面，损害结果不存在“过量”的情况，只有对侵害人反击造成其轻伤及以上危害后果，才有可能属于刑法中的防卫过当。有争议的情况是，防卫人只有一处轻微伤，然而侵害人却有三处轻微伤，此时的防卫是否过当？笔者认为，在治安案件中对损害后果进行数量比较的方式并不可取，否则便是要求行为人实施防卫行为之时准确判断自己行为会造成侵害人何种损害后果，并且对损害结果的数量也要有清醒的认知。这不仅不符合正当防卫的制度初衷，而且会使得治安案件中的防卫行为没有实施的现实可能。在治安案件中，无论造成几处轻微伤、也不论造成轻微伤的程度如何，都不超越正当防卫的限度，即轻伤以下无过度。本案中，徐某某经鉴定为轻微伤，赵某某伤情不明显，甚至未被认定为轻微伤，徐某某的防卫行为显然不超过限度。

（四）侵害紧迫性的判断

侵害紧迫性是指侵害行为对他人的 人身和财产权利造成的危害迫在眉睫，如果不采取反击措施，就会受到违法侵害的直接危害。不存在侵害紧迫性，完全可以通过司法途径寻求公力救济，因而没有必要通过正当防卫以保护法益。一般来说，暴力侵害行为明显具有紧迫性，这是不言而喻的。^① 不过，如果被侵害者面对的是极其轻微的暴力侵害或者面对紧迫暴力侵害但特别容易获得公力救济时，即国家保护的有效性^②，防卫权的行使应当受到限制。《指导意见》第九条第二款规定：“因琐事发生争执，双方均不能保持克制而引发打斗，对于有过错的一方先动手且手段明显过激，或者一方先动手，在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的，还击一方的行为一般应当认定为防卫行为。”其中“手段明显过激”是指违法侵害的强度，“对方努力避免冲突”是指被侵害者躲避侵害及公权力介入保护的难易程度。另外，正当防卫的认定也要考虑违法侵害者的特殊情况，面对

^① 参见陈兴良：《正当防卫教义学的评析与展开》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 2 期。

^② 参见潘星丞：《正当防卫中的“紧迫性”判断——激活我国正当防卫制度适用的教义学思考》，载《法商研究》2019 年第 2 期。

精神病人及未成年人等特殊群体的违法侵害，在能够避让的情形下要尽可能避让。本案纠纷发生时，徐某某已经 78 周岁，赵某某 65 周岁，二者年龄相差较大，徐某某年迈体弱，很难采取躲避行为以逃避赵某某的侵害。不能苛求徐某某不顾赵某某的侵害而选择报警或寻求其他帮助，其面临的违法侵害行为具有紧迫性。

注：（该案例获全国法院系统 2022 年度优秀案例分析评选三等奖）

编写人：济南市中级人民法院 曹磊
山东大学（威海）法学院 王书剑

济南淳利房地产经纪有限公司诉 济南市生态环境局行政处罚案

——行政处罚合理性审查的理念、标准与裁判方式

关键词 行政处罚 自由裁量权 处罚与教育相结合原则 优化营商环境

【裁判要旨】

行政机关作出的行政处罚要与相对人的违法过错程度相适应，应当坚持处罚与教育相结合原则，以行政处罚为手段教育公民、法人或者其他组织自觉守法。在作出行政处罚时，行政机关应从行政处罚的立法目的出发，对案件进行综合考量，谨慎行使自由裁量权，作出法律效果、政治效果和社会效果统一的处罚决定。

【相关法条】

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十七条：行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。

《中华人民共和国行政处罚法》第六条：实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。

《建设项目环境保护管理条例》第二十三条第一款：违反本条例规定，需要配套建设的环境保护设施未建成、未经验收或者验收不合格，建设项目即投入生产或者使用，或者在环境保护设施验收中弄虚作假的，由县级以上环境保护行政主管部门责令限期改正，处 20 万元以上 100 万元以下的罚款。

《优化营商环境条例》第六十条：国家健全行政执法自由裁量基准制度，合理确定裁量范围、种类和幅度，规范行政执法自由裁量权的行使。

【案件索引】

一审：济南市历下区人民法院（2021）鲁0102行初125号行政判决（2021年6月17日）

二审：济南市中级人民法院（2021）鲁01行终905号（2021年10月18日）

【基本案情】

原告济南淳利房地产经纪有限公司（以下简称淳利公司）起诉称：1. 涉案处罚决定存在多处程序违法。在办理相关备案登记的过程中，被告一直没有告知原告在建项目不属于备案登记范畴或备案登记无效。退一步讲，即使原告在7月投产之前需要配套的环境保护设施未经验收，其违法责任也与被告未履行普法宣传教育义务有关。2. 涉案处罚决定适用法律错误，原告的行为对环境的影响较轻，危害结果不大，被告应当在法定幅度内作出较轻处罚，但却顶格处罚100万元，处罚过重。诉讼请求：撤销被告济南市生态环境局作出的济环罚字（2019）SZ第27-2号《行政处罚决定书》（以下简称27-2号处罚决定）。

被告济南市生态环境局（以下简称市环境局）辩称：我局履行了相应的法定程序，对涉案违法行为进行了调查、现场勘查后，认定淳利公司存在“未验先投”环境违法行为，进而对其处以100万元的罚款，符合法律规定。

法院经审理查明：2019年8月17日，被告市环境局对本案违法行为进行立案审查，并于同日进行现场勘验、询问相关人员等，并制作了相应的笔录。后，市环境局作出《环境保护违法行为调查终结报告》，认定淳利公司存在“未验先投”环境违法行为，处理意见为建议对其给予行政处罚。2019年11月16日，市中分局陡沟派出所接报警称，中央生态部督导组工作人员来此检查时，大门锁着无人开门。2019年11月，执法机关《法制领导小组会议纪要》记载：对该单位作出责令改正违法行为决定书等程序材料后，执法人员直接送达至该单位，该单位法人以各种理由拒绝签收。该次会议决议：淳利公司需要配套建设的环境保护设施未经验收投入使用，该行为违反了《建设项目环境保护管理条例》第十七条、第十九

条之规定……依法予以从重处罚，罚款额度由20万元整改至100万元整。2020年5月6日，市环境局作出27-2号处罚决定，对淳利公司罚款100万元。

【裁判结果】

济南市历下区人民法院于2021年6月17日作出（2021）鲁0102行初125号行政判决，判决撤销被告市环境局作出的27-2号处罚决定。宣判后，市环境局提出上诉。济南市中级人民法院于2021年10月18日作出（2021）鲁01行终905号行政判决，判决：一、撤销济南市历下区人民法院（2021）鲁0102行初125号行政判决；二、变更市环境局作出的27-2号处罚决定中的罚款数额100万元为20万元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：一、关于涉案行政处罚事实认定是否清楚。淳利公司实施的生产项目配套建设的环境保护设施未经验收合格即投入生产。淳利公司在市环境局进行现场检查后，自行在网上进行建设项目环境影响登记备案的行为，不能替代行政机关的验收行为。关于持续生产及抗拒执法问题。此两项事实如果成立，均属于单独可罚行为，涉案处罚决定书中虽提及上述事实，但市环境局并非据此事实作出处罚，处罚决定亦未援引与此事实相关的法律条款，故在本案中无需对此两项事实作出认定。至于淳利公司所称市环境局将此两项事实作为从重处罚依据的问题，将在法律适用部分予以论述。二、关于涉案行政处罚法律适用是否正确适当。《建设项目环境保护管理条例》第二十三条第一款规定：“违反本条例规定，需要配套建设的环境保护设施未建成、未经验收或者验收不合格，建设项目即投入生产或者使用，或者在环境保护设施验收中弄虚作假的，由县级以上环境保护行政主管部门责令限期改正，处20万元以上100万元以下的罚款；……”市环境局系在“20万元以上100万元以下”幅度内对淳利公司作出处罚，并且，其最初拟作出的处罚幅度为20万元，该量罚数额与淳利公司违法行为的危害程度相适应，具有适当性。行政诉讼法规定，行政机关作出的行政处罚要与相对人的违法过错程度相适应。过罚相当有利于行政机关提高执法行为公平性，也有利于促进行政机关与行政相对人

相互理解，提高行政执法效能。同时，行政机关实施行政处罚，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。对于行政机关而言，在适用法律时应当遵循上述原则，对案件进行综合考量，兼顾法律效果、政治效果和社会效果的有机统一。市环境局在会议讨论时，以淳利公司拒不配合为由对其从重处罚，将罚款额度从 20 万元调整至 100 万元，缺乏法律依据，明显不当，应予纠正。淳利公司违法事实清楚，其行为具有可罚性，且不具有免于行政处罚的事由。一审法院直接撤销涉案行政处罚依据不足，不利于从根本上解决行政争议。为减轻行政机关及相对人负担，避免资源浪费，酌定直接将涉案行政处罚决定中的罚款数额变更至 20 万元。

【案例注解】

行政审判通常强调对行政行为的合法性审查。但对于行政处罚案件而言，其审查范围不仅限于合法性审查，也要对合理性进行审查。行政处罚案件中关于违法情节轻重、处罚幅度大小等自由裁量问题，系行政处罚案件合理性审查的要点。结合本案讨论行政处罚案件合理性审查的标准与方法，有助于规范此类案件的裁判规则。

一、行政处罚自由裁量权的行使应遵循处罚与教育相结合原则

行政处罚作为社会治理过程中对违法行为进行法律制裁的一种形式，在某种程度上确实能够起到“罚一人而百人惧，惟恐其似之也”的社会警示作用。但，乱世用重典，盛世施仁政。在社会经济秩序平稳运行的当前，行政处罚不能以制裁违法行为为目的，而应以处罚为手段，对违法行为人起到警示教育、认识错误、自觉守法防止再犯的效果。这便是行政处罚法中的“处罚与教育相结合原则”的基本内涵。行政执法实践中，对于“教育与处罚相结合原则”中的侧重还是有争议的。行政处罚的目的在于摒除社会生活中的违法行为，维护社会稳定秩序。换言之，行政处罚有惩罚和预防两个目的。惩罚与预防并非并列关系，惩罚是对行政处罚的前提性限制，而预防是对行政处罚的价值性追求。^① 惩罚与教育应该是贯彻行政执

^① 参见张红：《行政罚款设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期。

法过程始终的、辩证灵活运用为指导原则，应根据相对人实际情况进行调整适用，而非在取向上存在倾斜与导向。无论是推崇惩罚为主还是坚持为主，都偏于一端。恰如本案，市环境局在办案过程中，未综合考量各项影响裁量幅度的因素，仅基于其认为违法行为人淳利公司抗拒执法，便迳行作出100万元的顶格处罚。市环境局自由裁量权的行使已经脱离“处罚与教育相结合原则”。片面的惩罚主义不能达到教育违法行为人认识错误、主动纠正违法行为的目的，反而增加了行政相对人与行政机关之间的矛盾，进而引发诸如本案的纠纷，给社会治理带来了不良影响。

社会治理现代化中的行政处罚，强调处罚是手段，教育是处罚的目的。教育须以处罚为后盾，教育不能代替处罚，对应受处罚的违法行为人在给予处罚时予以教育，二者相辅相成，不可偏废。只有这样，才能达到预防、制止违法行为侵害社会的功效。因此，行政机关在作出行政处罚时，应综合考虑违法情节轻重、违法后果、社会影响以及违法行为人对待其错误行为的态度。对待明知故犯、屡教不改者，要敢于处罚；对待积极配合、真心悔过者，应以教育为主。既不能让违法行为人存在逃脱处罚的侥幸心理，也不能让行政处罚成为执法人员打压相对人、滥用裁量权力的工具。

二、行政处罚自由裁量权的行使应有助于营商环境的优化

营商环境，是指市场主体在市场中进行生产经营活动时外部的法制环境和基础建设情况。^①良好的营商环境是一个国家或地区经济软实力的重要体现。^②影响其经营行为的各种因素均可构成一个企业经营的投资环境。营商环境的优劣与好坏直接关系到企业的发展与前景，一个企业要想得到长足有效地经济发展，离不开法治化的营商环境。^③2019年2月，中共中央政治局会议指出，要着力优化营商环境，培育壮大新动能，促进形成强大国内市场。2020年，国务院制定并出台了《优化营商环境条例》，以立法的形式进一步推进我国优化营商环境制度的构建。法治化是优化营商环

^① 韩榕：《我国地方政府优化营商环境的行政法治保障研究》，安庆师范大学硕士学位论文，2021年。

^② 李方喜：《优化营商环境 全面深化改革》，载《辽宁日报》2018年第005版。

^③ 徐周玉：《法治化营商环境视角下江西省行政处罚裁量基准规范化研究》，江西财经大学硕士学位论文，2021年。

境的导向之一，也是监测对营商环境影响的重要评价观察点。^①无论是经济领域的投融资行为，还是行政管理领域的放管服、行政执法等，都是影响本地区营商环境的重要因素。行政执法领域滥用行政裁量权的问题普遍存在，对企业尤其是中小民营企业的生存环境造成了阻碍。尤其是在疫情影响下，实体经济遭受了巨大的挑战，企业的经营状况或多或少都受到了影响。在如此艰难的经济环境下，行政执法人员如果不顾及违法情节，动辄对企业作出巨额罚款，则会加速企业走向灭亡。

国务院发布的《优化营商环境条例》第六十条规定，要依法确定其自由裁量的适用范围、性质及其放宽幅度，规范对行政机关执法的自由行使裁量权。对于市场监管行政执法者而言，维护市场秩序稳定及保护市场平稳发展不是选择题，二者兼顾才是王道。该罚不罚，不利于建立市场的合法稳定秩序；量罚过重，不利于彰显开放自由的市场导向。2021年修订的《行政处罚法》从行政处罚的精细化入手，针对推进严格规范公正文明执法，保障行政执法既有力度又有温度，增加了“首违不罚”“无过错不处罚”“从旧兼从轻”等规定。^②立法机关已关注到行政处罚中一些不规范行为对营商环境的损害，并对行政机关的自由裁量权行使进行探索性的规制。尤其是督促行政机关养成柔性执法思维，在执法过程中要当轻则轻、当重则重、审慎处理、宽严相济。在本案淳利公司不存在从重处罚情节的情况下，市环境局以“抗拒执法”为由，将处罚的数额由20万元直接升格至顶格处罚数额100万元。巨额罚款有可能会直接“杀死”一个企业，也会给社会大众传递一种“不敢经商”“经不起商”的信号，给本区域的营商环境造成冲击、损害。

三、行政处罚自由裁量权的合理性审查标准

行政行为合理性作为具有不确定性和开放性的法律概念，其具体解读因案而异，但这些表面上纷繁多样的理解，可能具有共性的深层考量。这种深层的共性元素便是法律原则，法律原则可以成为拘束和审查裁量活动

^① 参见谢红星：《营商环境评价的中国思路与体系——基于法治化视角》，载《湖北社会科学》2019年第3期。

^② 参见毛原：《免罚轻罚清单 助推自治区法治化营商环境建设》，载《法治论坛》2021年第12期。

的重要思维指引。“由目的正当性、适当性、必要性、均衡性等内容组成的比例原则”^①是合理性判断和裁量权合理性审查的重要理论工具。比例原则是关于“选择”活动的原则，通过控制“选择”可以密切审视并尽可能规避行政处罚裁量折损各类利益的可能性，这与合理性审查的追求是内在契合的。行政机关在履行行政管理职能的过程中，虽应以相关法律法规作为其行事准则，但法律法规本身所具有的稳定性、滞后性等特点，决定了它无法囊括社会生活的方方面面，更无法及时应对社会生活的纷繁变化。因此，不做照本宣科的程序化机器，要充分发挥行政机关在治理社会、服务社会过程中的主观能动性，运用行政自由裁量权力解决社会生活中的各种问题。

行政处罚自由裁量权，是指行政自由裁量权是指行政机关在法律规定范围内为了实现行政目标在行为方式、时限、种类、性质认定等方面选择适当处置的权力。行政裁量权力是法律法规给予的国家行政部门和机关的一种权力，行政部门在此权力之下能够自行判断行为发生的条件和方式，并且能够自由地做出行政决定。^②简言之，行政裁量，是行政机关在其管理社会过程中针对事件的特性作出的酌量、裁量处理行为。行政裁量，要求行政机关既要事件的性质有全面清晰的把握，又要在合法的裁量基准内作出。所谓裁量基准，是指行政机关在法律规定的裁量空间内，依据立法者意图以及比例原则等的要求并结合执法经验的总结，按照具体裁量所要求和涉及的各种不同的法律事实和实际情节，将根据相关法律运行规范中需要提前预先研究制定的具体裁量适用区间和规定适用范围详细化，并设以相对固定的具体判断标准。^③行政裁量基准的确立，是对法律作为判断社会生活行事标准这一重要功能的体现，也是执法活动中的重要标准指引。行政裁量基准的重要性就在于，如果执法活动没有了明确的标准，而是仅凭执法者个人主观理解的“法律解释”，则使得法律成为权力者施展个人好恶的幌子，长此以往，则会给社会公众带来更大范围的法律安全感的缺失。裁量基准越明确，越有助于抑制行政人员的恣意、减少其向政治

^① 董妍：《基本原则在行政裁判中的适用：以网约车行政诉讼为视角》，载《人民司法（案例）》2018年第2期。

^② 参见姜明安：《论行政自由裁量权机器法律控制》，载《法学研究》2000年第1期。

^③ 参见周佑勇：《裁量基准的正当性问题研究》，载《中国法学》2007年第6期。

诱惑或者压力妥协的可能性，从而保证公平公正与行政的一贯性。^①在特定区域内建立普遍适用的裁量基准，有助于保证行政自由裁量权自我拘束，提升行政处罚可接受性，增加裁量结果可预见性。无论是法律法规中明确的规定，还是各地区以地方性法规或规范性文件形式所细化的裁量细则，都应当成为行政机关在作出处罚行为时的基础性依据，不能轻易被突破。

就环境生态违法行为的裁量基准而言，《建设项目环境保护管理条例》对本案违法行为的裁量作出了明确规定——处20万元以上100万元以下的罚款。同时，山东省于2020年制定了《山东省生态环境行政处罚裁量基准》，对本省生态环境类行政处罚案件的裁量规则和裁量基准进行了细化。该文件对行使裁量权时应当从轻、从重或不予处罚的情形予以明确，并规定了“项目应报批的环评文件类别、项目建设情况、项目建设地点、违法持续时间”等裁量因素及相应情形的裁量等级。淳利公司于检查过程中未配合开门、未及时签收材料等行为，不属于上述裁量基准中规定的应当考虑的裁量因素。但市环境局却以创设的裁量理由作为升级处罚金额的依据，这种裁量方式脱离了各级机关所建立的相对稳定的量罚秩序，量罚标准不具有正当性。

四、行政处罚自由裁量权合理性被否定后的裁判方式

依据行政诉讼法的规定，行政处罚类案件的审查方式和裁判方式，分为判决驳回诉讼请求、确认违法、撤销行政行为等。对于存在主要证据不足、认定事实不清、适用法律错误等根本性问题的处罚行为，人民法院一般都作出撤销行政行为并视情形决定是否责令重新处理的裁判。这种裁判方式旨在纠正错误的前提下，将调查权和执法权还给行政机关，尊重行政机关作为办案一线人员对违法事实和执法尺度的判断。但是，重新作出处理的裁判方式会加重行政机关的工作压力，并有可能导致某一案件重复处理多次。司法变更权，是指法院对行政机关具有裁量性的行政行为进行司法审查后，认为该行政行为欠缺应有的合理性、正当性，基于合理公正的原则给予变更行政行为内容的权力。^②在适当的条件下行使司法变更权，可以

^① 王贵松：《行政裁量基准的设定与适用》，载《华东政法大学学报》2016年第3期。

^② 尹洪阳：《司法审查之“变更权”制度探讨》，载《法律适用》2014年第8期。

保证行政相对人及时高效的救济权利，防止程序空转，减少诉讼成本，同时也能够保证司法权对于行政权的监督和规制，防止行政权消极对抗司法权的现象发生。与撤销并责令行政机关重作相较，变更判决既能够监督行政权的行使，又能避免行政机关在责令重作后的不作为。因此，对于违法事实清晰的案件，可以直接纠正，通过直接变更的裁判方式，争取从根本上解决行政争议。

根据《行政诉讼法》第七十七条“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更”的规定，人民法院对“明显不当”的行政行为，可以在判决中直接予以变更。此处，“明显不当”通常解释为“重大且明显的不当”。重大表现为行政行为与相关法律的立法目的、基本原则、基本精神等不相符，以至于使相关法益严重受损。明显表现为一个正常的理智的公民毫无争议地即刻就能发现的不当，即“外形上客观而明显”“外观上一见明显”。^①对于行政处罚“明显不当”一般包括以下几种情形：①行政机关违反过罚相适应的原则；②违反比例原则，处罚不适当，未能尽量实现利益保护最大化或利益减损最小化；③同类违法行为的情节相同或相似、社会危害程度相当的，没有正当理由的区别对待，行政处罚种类和幅度不相当；④违反法定的从重、从轻、加重、减轻或酌情量罚等具体相关情节的规定等。实践中，还存在因行政机关未尽到审慎义务或者由于情势变更，导致行政处罚行为“明显不当”的情形。市环境局在前期调查案件事实过程中经历了走访调查、现场勘验、组织会议研讨等工作，付出了大量的人力物力。经过两级法院的审查，可以认定处罚决定中对于违法行为人的违法事实、行为性质等符合客观事实。并且，本案行政处罚的量罚幅度违反了比例原则，不具备法定从重的情节。在此情况下，法院采用直接变更处罚结果的裁判方式，直接解决了行政争议，避免了因行政行为重开而造成的执法、司法资源浪费。

编写人：济南市中级人民法院 曹磊 禹明璐

^① 全国人大常委会法制工作委员会行政法室：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版。

姜某甲诉槐荫住建局、槐荫征收中心 不履行征收补偿协议案

——被征收房屋存在物权纠纷，不应成为行政机关
不履行征收补偿协议的理由

关键词 暂时安置协议 不履行征收补偿协议

【裁判要旨】

被征收房屋存在原产权人或者实际使用人之间的权属纠纷，房屋征收部门与实际使用人签订了暂时征收补偿协议，后经司法程序确认被征收房屋系原产权人所有，相关纠纷确已处理完毕的，房屋征收部门应按照已经签订的正式征收补偿协议内容履行交付安置房屋等义务。

【相关法条】

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十九条第一款规定：“被告未依法履行、未按照约定履行行政协议，人民法院可以依据行政诉讼法第七十八条的规定，结合诉讼请求，判决被告继续履行，并明确继续履行的具体内容；被告无法履行或者继续履行无实际意义的，人民法院可以判决被告采取相应的补救措施；给造成损失的，判决被告予以赔偿。”

【案件索引】

一审：济南市槐荫区人民法院（2021）鲁0104行初69号（2021年11月10日）

【基本案情】

姜某甲诉称：姜某甲系原济南市槐荫区XXX号房屋的产权人，后该房

屋由济南市槐荫区人民政府（以下简称槐荫区政府）征收。姜某甲作为房屋产权人与槐荫住建局、槐荫征收中心签署了案涉征收补偿协议，槐荫住建局、槐荫征收中心以产权调换方式对姜某甲进行安置。2016年9月24日，姜某甲参加安置房选房，选择安置房位于某棚户区改造项目安置区XXX室。经向项目部了解，安置房正在进行完工及验收手续，预计六月底进行完工交付。姜某甲作为被征收房屋的产权人，依法享有拆迁利益。因目前房屋已不存在使用权和所有权的争议纠纷，故在具备交付条件后，槐荫住建局、槐荫征收中心应向姜某甲交付安置房屋。诉讼请求：1. 依法判令槐荫住建局、槐荫征收中心将某棚户区改造项目安置区XXX室安置房交付；2. 本案诉讼费用由槐荫住建局、槐荫征收中心承担。

槐荫住建局辩称：因姜某甲家庭居住原因，2020年4月8日，我单位与其依法签订了案涉征收补偿协议。姜某甲于2021年4月20日领取了2017年4月至2021年6月的临时安置费199132.56元。2016年，姜某甲参加了某棚户区改造项目安置房选房，选取了改造项目重建小区（未命名）XXX号。现某棚户区改造项目安置楼房正在进行验收等后续工作，我单位将会依据案涉征收补偿协议的约定，对某棚户区改造项目中已选房的被征收人按顺序进行交付。

槐荫征收中心辩称：一、因实施某棚户区改造项目，槐荫区政府依法决定对该项目范围内国有土地上房屋实施征收，征收部门为原槐荫更新局（槐荫住建局），我单位为征收部门委托的征收实施单位，案涉房屋在征收范围内，证载产权人为姜某甲，在征收时实际居住人为姜某乙。2017年4月10日，我单位及槐荫更新局与姜某乙签订济槐征（2017）XX号济南市国有土地上房屋征收补偿协议（注明暂时安置，以下简称暂时安置协议），2020年4月8日，又与姜某甲签订案涉征收补偿协议，该两份协议均合法有效。因姜某甲和姜某乙之间就涉案被征收房屋产权存在纠纷，因此在两份协议均明确约定在双方纠纷解决后，才协助办理安置房屋相关手续。二、姜某甲曾于2020年提起与姜某乙的所有权确认纠纷诉讼案件，该案经过一审、二审，法院判决仅对上述两份协议涉及的货币补偿部分进行明确分割，安置房的所有权归属未进行判决。三、我单位不是适格被告。我单位受房屋征收部门即原槐荫更新局（槐荫住建局）委托实施某棚户区改造项目范围内房屋征收，依据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第五条

规定，槐荫住建局应对我单位在委托范围内实施的征收行为承担法律责任。

法院经审理查明：姜某甲与姜某乙系兄弟关系，原坐落于济南市槐荫区 XXX 室房屋登记在姜某甲名下，房产证号为济槐 XXX。

2016 年 7 月 29 日，槐荫区政府作出济（槐荫）征告字（2016）18 号房屋征收决定公告，确定对济南市槐荫区东至中光明街、西至阳光新路、南至经十一西路、北至经十路范围内国有土地上的房屋进行征收，房屋征收部门为槐荫更新局（槐荫住建局），征收实施单位为槐荫征收中心。登记在姜某甲名下的上述房屋位于征收范围内。2016 年 9 月 24 日，姜某甲作为被征收人参加了某棚户区改造项目安置房选房，选择安置房为某棚户区改造项目安置区 XXX 室，建筑面积 128.06 平方米。

2017 年 4 月 10 日，原槐荫更新局（槐荫住建局）作为房屋征收部门（甲方），姜某甲（现使用人：姜某乙）作为被征收人（乙方）签订了暂时安置协议。协议约定，被征收房屋位于济南市槐荫区 XXX 室，实测建筑面积 100.98 平方米。协议第三条约定：“甲方以某棚户区改造项目安置区小区 XXX 室安置房屋安置乙方……”第八条第 2 项约定：“协议约定的被征收房屋与安置房屋的差价应由双方在安置房屋交付时结清，双方结清差价后，甲方出具迁入手续，将安置房交付乙方使用。”第十一条约定：“先行发放 18 个月临时安置费，根据居委会开具的实际居住证明，签订暂时安置协议，仅作为暂安实际使用人之用，不作为产权依据或办理产权证之用。待被征收房屋当事人通过协商、仲裁或诉讼等途径解决后，再依据相关材料签订正式协议。”协议还对其他事项进行了约定。姜某乙在乙方落款处签字，并注明“现使用人”。当日，姜某乙即将 X 室房屋腾空并交出，该房屋现已被拆除。

2020 年 4 月 8 日，姜某甲作为被征收人（乙方）与房屋征收部门槐荫住建局（甲方）及征收实施单位槐荫征收中心签订了济槐征（2017）XX 号济南市国有土地上房屋征收补偿协议，协议对被征收房屋补偿、装饰装修补偿等费用、安置房标准及交接事宜的约定与上述暂时安置协议完全一致，同时，协议第十一条第 3 项约定：“因居住实情，甲方与实际使用人签订了《暂时安置协议》，乙方与实际使用人未解决纠纷前，实际使用人可使用安置房；待双方通过法院判决、仲裁或协商一致解决纠纷后，甲方依据结论协助办理相关手续，至此甲方与实际使用人签订的暂时安置协议

解除。”协议还对其他事项进行了约定。姜某甲在乙方落款处签字，槐荫住建局及槐荫征收中心在甲方处加盖公章。

2020年8月17日，姜某甲另案起诉姜某乙、槐荫征收中心所有权确认纠纷一案，姜某甲诉请确认被征收房屋的临时安置费、征收补偿等费用以及案涉安置房屋归姜某甲所有。法院于2020年11月18日作出（2020）鲁0104民初4867号民事判决书，认定姜某甲作为被征收房屋登记的所有权人，有权利享有相应的拆迁利益，但考虑到被征收房屋的所有权人与实际使用人相分离的特殊性，判决被征收房屋的临时安置费归姜某甲所有并驳回姜某甲的其他诉讼请求，对于安置房屋的所有权归属，因安置房屋尚未实际交付，要求确权的标的物尚不能完全确定，不具备唯一性，故对姜某甲的该项请求，未予支持。姜某甲不服，提出上诉，二审法院于2021年2月23日作出（2021）鲁01民终1357号民事判决，判决驳回上诉，维持原判。

2021年4月20日，姜某甲领取了2017年4月至2021年6月的临时安置费199132.56元。现姜某甲认为案涉安置房屋已具备交付条件，但两被告仍未向其履行交付义务，故向本院提起行政诉讼。

2021年4月8日，姜某甲另案起诉姜某乙物权保护纠纷一案，姜某甲以姜某乙擅自居住XXX室房屋且具不腾退为由，要求其支付房屋占有费及损失等，姜某乙承认姜某甲在该案起诉张中主张的事实，但主张已超过诉讼时效。法院经审理后于2021年8月4日作出（2021）鲁0104民初3226号民事判决书，判决姜某乙给付姜某甲房屋占有费16923元并驳回其他诉讼请求，姜某乙并未提出上诉。

2021年9月21日，《济南日报》刊登了槐荫住建局与槐荫征收中心发布的回迁安置公告，主要内容为某棚户区改造项目回迁安置房已竣工，告知安置居民办理回迁入住手续的时间、地点、所需证件及回迁日程表。其中，回迁日程表中包括案涉安置房。经一审法院核实，案涉安置房屋现坐落的小区名称为保利天禧园，楼宇及门牌号现为XXX室。

【裁判结果】

济南市槐荫区人民法院于2021年11月10日作出（2021）鲁0104行初69号行政判决，判决：一、驳回姜某甲对槐荫征收中心的起诉；二、

槐荫住建局于本判决生效之日起十五日内按照济槐征（2017）XX号济南市国有土地上房屋征收补偿协议的约定，将坐落于某棚户区改造项目安置区XXX室（现坐落于保利天禧园XXX室）的安置房交付给姜某甲。

各方当事人均未提出上诉。

【裁判理由】

法院生效判决认为：姜某甲作为案涉征收补偿协议的被征收人一方，具备提起本案行政诉讼的主体资格。槐荫住建局作为案涉房屋所在地征收项目的房屋征收部门，具备本案被告主体资格。但槐荫征收中心系事业单位性质，且其系受槐荫住建局的委托具体实施征收工作，其行为后果应由槐荫住建局承担，故槐荫征收中心不具备本案被告主体资格，姜某甲对槐荫征收中心提出起诉，依法应予驳回。

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十九条第一款规定：“被告未依法履行、未按照约定履行行政协议，人民法院可以依据行政诉讼法第七十八条的规定，结合诉讼请求，判决被告继续履行，并明确继续履行的具体内容；被告无法履行或者继续履行无实际意义的，人民法院可以判决被告采取相应的补救措施；给造成损失的，判决被告予以赔偿。”本案中，槐荫住建局作为房屋征收部门，槐荫征收中心作为征收实施单位，姜某甲作为被征收人于2020年4月8日签订的案涉征收补偿协议，系各方真实意思表示，不违反法律法规的相关规定，经各方盖章及签字捺印后即为合法有效，槐荫住建局应当履行协议约定的内容。关于案涉协议约定所涉姜某甲与姜某乙之间存在的纠纷问题，一方面，已经生效的民事判决书中虽因安置房屋未建成，未对安置房屋权属作出裁判，但对姜某甲作为合法产权人即被征收人的事实已作出认定，即姜某甲作为被征收人应当享有包括案涉安置房屋在内的拆迁利益。另一方面，根据已经查明的事实，姜某甲因原房屋占有费问题对姜某乙提起的民事诉讼，经本院审理后，判决予以支持，且姜某乙并未提出上诉。据此，可以认定双方之间已不存在案涉协议约定的纠纷未解决之情形。目前，案涉安置房屋已经具备交付条件，双方对此均无异议，槐荫住建局应当按照案涉征收补偿协议的约定履行向姜某甲交付安置房屋的义务。

【案例注解】

本案中，针对同一被征收房屋，房屋征收部门先后与实际居住人签订了暂时安置补偿协议、与产权人签订了房屋征收补偿协议，因产权人与实际居住人之间就房屋权属及占有使用存在纠纷，故在后续协议履行过程中，安置房未能及时交付。针对安置房交付的条件是否成就及交付对象问题，一种观点认为，产权人与实际居住人应当通过诉讼方式明确纠纷处理的结果，并通过行政诉讼否定暂时安置协议的效力后，征收部门才可依据正式协议履行义务。另一种观点则认为，暂时安置协议约定的纠纷情形已经民事诉讼处理完毕，该约定条款自然失去法律效力，征收部门应及时按照正式协议履行义务。

笔者认可第二种观点，因为在实践中，针对被征收房屋确实存在产权纠纷的情形，可以参照《济南国有土地上房屋征收与补偿办法》第三十五条的规定，对被征收房屋现使用人进行暂时安置，以保证征收项目的顺利推进。相关民事争议的解决并不必然地在房屋征收过程中一并解决，此既能充分保障民事主体的合法权益，也能保证行政机关的工作效率。同时，该规定也可理解为此类征收补偿协议签订的前提并不必然地包括被征收房屋之上不存在任何产权纠纷，故行政机关亦不能以此作为不履行正式协议的理由。待纠纷处理完毕后，行政机关应当及时按照正式协议履行义务，不必要求当事人另案诉讼。此既增加了当事人诉累，也与前述暂时安置协议设定的目的相违背。行政协议虽同时具有合同性和行政性的特征，但行政机关在履行行政协议的过程中，应本着有利于行政相对人的原则出发，视具体情况分别作出处理，尤其注重区分民事与行政法律关系之间的界限，保证行政权力运行的效率与公信力，避免出现公权力过分介入私权利区域的情况。本案中，姜某甲提供了合法的房屋权属证明，即具有正当的被征收人资格，其与姜某乙之间的民事争议也已实际处理完毕，故槐荫住建局作为房屋征收部门，应当向其交付补偿协议约定的安置房屋。

编写人：济南市槐荫区人民法院行政庭 张治中