

最新法院执行工作全书

经典案例篇 (十二)

本书编写组编

内蒙古人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

最新法院执行工作全书/本书编写组编. —呼和
浩特: 内蒙古人民出版社, 2004

ISBN 7-204-05942-5

. 最... . 本... . 法院 - 工作 - 中国 - 资料
. D926.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 114937 号

内蒙古人民出版社出版发行

(呼和浩特市新城西街 20 号 010010)

全国各地新华书店经销 北京兆成印刷厂印刷

开本: 787×1092 1/32 印张: 460.25 字数: 4 000 千字

2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

印数: 1~1 000 册

书号: ISBN 7-204-05942-5/D·120

定价: 1920.00 元(本卷定价: 16.00 元)

目 录

黑龙江省哈尔滨市商业银行与辽宁省沈阳市 泰邦经济信息发展中心等借款担保合同纠纷上诉案 1	1
马向东受贿、贪污、挪用公款、巨额财产 来源不明案..... 17	17
陕西西安市振华少林武术研究所与陕西省潼关县 工商联会员资金互助会借款担保合同纠纷上诉案..... 21	21
天津天狮经济发展有限公司与陈勇等专利侵权、 管辖权争议上诉案 32	32
中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券 营业部与湖北武汉证券有限责任公司硚口营业部 返还不当得利纠纷上诉案..... 36	36
中国银行广东汕尾分行与河北省国际信托 投资公司等借款担保纠纷上诉案 43	43
辽宁沈阳缘岛森林公园有限公司与辽宁大洼县 建筑开发总公司建筑工程拖欠工程款纠纷上诉案..... 57	57
唐天河集资诈骗案 67	67
辽宁省大连市物资开发协作总公司与河北省 国际货运代理公司等联营合同纠纷上诉案 70	70
安徽省小小科技实业有限公司与安徽省绩溪县 轻工链条厂等侵犯商业秘密纠纷上诉案..... 87	87
中国钢铁工贸集团公司、中国冶金进出口哈尔滨	

公司与中国银行哈尔滨动力支行借款合同纠纷 上诉案.....	110
山东临沂市工业品总公司、山东临沂金鹰车辆 有限公司与李雪源、山东临沂新大陆经贸有限 公司不正当竞争纠纷上诉案.....	118
甘肃兰州市西固区农村合作基金会与甘肃省 建四方企业发展公司、甘肃省建筑工程材料 公司借款担保合同纠纷上诉案.....	130
甘肃省敦煌国际大酒店有限公司与中国建筑西北 设计研究院、甘肃省第四建筑工程公司等拖欠工程 款、工程质量纠纷上诉案.....	134
新疆纺织品进出口公司与中国银行新疆维吾尔 自治区分行借款合同纠纷上诉案.....	153
中国光大银行河北省石家庄分行与中国电子 进出口山东公司存单纠纷申诉案.....	158
黄文龙虚开增值税专用发票案.....	161
神龙汽车有限公司与华泰财产保险股份有限公司 保险合同纠纷管辖权争议上诉案.....	165
李小平等八人故意伤害案.....	168
中国银行山东省分行与山东天马房地产开发 总公司委托代建合同纠纷上诉案.....	174
关闭海南发展银行清算组与青海省格尔木市 柴达木城市信用合作社借款保证合同纠纷上诉案....	189

黑龙江省哈尔滨市商业银行与辽宁省沈阳市泰邦经济信息发展中心等借款担保合同纠纷上诉案

法公布(2002)第 26 号

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

(2000)经终字第 148 号

上诉人(原审原告)：哈尔滨市商业银行。住所地：黑龙江省哈尔滨市道里区石头道街 29 号。

法定代表人：曲武义，该行行长。

委托代理人：卢德强，该行职员。

委托代理人：吕钦良，北京鼎业律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：沈阳市泰邦经济信息发展中心。住所地：辽宁省沈阳市东陵区万柳塘路 51 号。

法定代表人：肖太岩，该中心经理。

委托代理人：张荣斗，鸡西市雪源律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：沈阳市苏家屯区佟沟信用合作社。住所地：辽宁省沈阳市沈河区青年大街 133 号。

法定代表人：代宗巍，该社主任。

委托代理人：李洪斌，该社法律顾问。

原审被告：哈尔滨华堂经贸有限责任公司。住所地：黑龙江省哈尔滨市南岗区国民街 53 号。

法定代表人：贾振斌，该公司经理。

上诉人哈尔滨市商业银行为与被上诉人沈阳市泰邦经济信息发展中心、沈阳市苏家屯区佟沟信用合作社及原审被告哈尔滨华堂经贸有限责任公司借款担保合同纠纷一案，不服黑龙江省高级人民法院(1998)黑经初字第 53 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员李健担任审判长，审判员刘贵祥、代理审判员王涛参加的合议庭进行了审理，书记员马东旭担任记录。本案现已审理终结。

查明：哈尔滨市先锋路城市信用社(以下简称先锋路信用社)于 1996 年 8 月 12 日向沈阳泰邦经济信息发展中心(以下简称泰邦中心)出具一份承诺书，载明：由你发展中心给我社吸收一年期 2000 万元人民币存款，其存款利息按人民银行有关规定执行，同时由我社给贵发展中心通过哈尔滨华堂经贸有限责任公司(以下简称华堂公司)解决贷款 1300 万元整，其利息按人民银行对信用社的规定执行，如不按此承诺贷款给发展中心，存款户有权将款收回。

同日，沈阳市苏家屯区佟沟信用合作社(以下简称佟沟信用社)向先锋路信用社出具一份承诺书，载明：泰邦中心从你社开户企业华堂公司所借人民币 1300 万元及贷款利息，如到期泰邦中心不能归还，由我社按贷款的时间如期还本付息。此后，泰邦中心共为先锋路信用社吸收一年期存款 3000 万元，存款人为沈阳市苏家屯区信用合作社联合社。

同年 8 月 19 日，华堂公司向先锋路信用社出具一份借据，载明：因泰邦中心不在你社开户，故以我公司名义从贵社分期借款 20349200 元，本金及利息按有关规定归还支付。如不能如期偿还，担保单位佟沟信用社直接向你社保证偿还本息。款直接汇至泰邦中心，账号为 5592260029-07、7302011020651。同日，泰邦中心向华堂公司出具一份借据，载明：14349200 元，此款系从贵公司借用，本金与利息由我公司按银行规定归还和支付。同日，先锋路信用社给泰邦中心出具一份函件，载明：

一、我社给你公司贷款 1300 万元，在此贷款总额中预留利息(1996 年 8 月 19 日至 9 月 30 日)214500 元，余额为 12785500 元(即为你公司实际用款金额)。你公司所贷 1300 万元的归还及利息支

付，由你公司按规定自行全部承担；

二、我社通过你公司转 1349200 元(另给你公司出收据)，在此款中亦预留利息(1996 年 8 月 19 日至 9 月 30 日)16500 元，余额 1332700 元，请帮助提回现金 60 万元，其余 732700 元直接汇入黑龙江全通经济贸易公司国际业务部。我社用的款项及利息支付，由我社承担偿还责任，与你公司无关；

三、以上两项余额相加为 14118200 元，直接汇入你公司，其中你公司用 127855000 元，我社用 1332700。依据上述函件，先锋路信用社汇给泰邦中心 14118200 元。泰邦中心收到款后，未按先锋路信用社函件要求为先锋路信用社提取 60 万元，亦未将 732700 元转汇给黑龙江全通经济贸易公司国际业务部，而全部由自己使用。

同年 8 月 30 日，佟沟信用社又向先锋路信用社出具一份承诺书，载明：泰邦中心在你社开户企业华堂公司所借人民币 700 万元及其贷款利息，如到期该发展中心不能归还，由我社按贷款的时间，如期还本付息。同年 9 月 5 日，先锋路信用社又汇给泰邦中心 600 万元。至此，泰邦中心共实际收到先锋路信用社款项 20118200 元。因先锋路信用社向泰邦中心催要借款本金及利息未果，遂于 1998 年 8 月

5日向黑龙江省高级人民法院提起诉讼，请求判令华堂公司、泰邦中心偿还借款本金 20349200 元及利息 5383123.35 元，佟沟信用社承担连带保证责任，并请求判令华堂公司、泰邦中心及佟沟信用社承担本案诉讼费。

另查明：先锋路信用社原负责人曹望平、张占文及泰邦中心经理肖太岩因涉嫌经济犯罪被有关司法机关逮捕，现在押；佟沟信用社原负责人张景成被辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院(以下简称苏家屯区法院)判处有期徒刑二十年。

在本案一审期间，先锋路信用社提供了佟沟信用社分别于 1996 年 8 月 12 日、8 月 30 日向先锋路信用社出具的两份担保承诺书原件，其中先锋路信用社所提供的佟沟信用社于 1996 年 8 月 12 日出具的承诺书，将担保金额由 1300 万元更改为 1400 万元。泰邦中心提供的同日的承诺书原件没有更改之处。

在本案一审期间，各方当事人均不能提供本案借款的书面合同，亦不能提供证明借款期限的书证。但佟沟信用社提供了苏家屯区法院对张占文、肖太岩及张景成的讯问笔录。张占文在苏家屯区法院 1998 年 9 月 30 日讯问其时称：在佟沟信有社出

具担保书之前，肖太岩把佟沟信用社负责人张景成请到他们公司，我要求其给泰邦中心向我社借款提供担保，张景成答应了……我当时给张景成说让其出具担保承诺书是为了应付上级检查，检查结束后就将承诺将承诺返还给他；第一笔借款的期限是一年，有借款合同，第二笔借款是后补办的借款合同，期限亦是一年，两份借款合同均在曹望平处保存。肖太岩在苏家屯区法院同日讯问其时亦称借款期限是一年，并称，佟沟信用社出具的担保承诺书是在泰邦中心打印好后交给张景成加盖了佟沟信用社的公章，沈阳市苏家屯区信用合作社联合社不知道佟沟信用社出具担保承诺书的情况。

在一审期间，黑龙江省高级人民法院分别于1999年4月1日及4月6日询问了张占文、曹望平及肖太岩。张占文称：先锋路信用社贷给泰邦中心的款项手续很具全，签订了借款合同，佟沟信用社出具了承诺书，借款合同约定的借款期限是一年；曹望平称：向泰邦中心贷款是由张占文办理的，具体情况不知道，均是正常贷款，应该有借款合同，期限是一年，利率记不清楚了，应高于人民银行规定的利率；肖太岩称：借款时所出的手续是一年的借款期限，和张占文口头承诺是两年……当时我说

一年还不上，张占文说到期可以延期到两年。

还查明：先锋路信用社于 1997 年 2 月 5 日变更为哈尔滨市商业银行泰安支行，系哈尔滨市商业银行下属的分支机构。

黑龙江省高级人民法院经审理认为：泰邦中心通过华堂公司向先锋路信用社借款的事实清楚。在该借款法律关系中华堂公司系借款人，泰邦中心为实际用款人，本案借贷虽然缺乏中国人民银行规定的形式要件，操作亦存在不规范的问题，但确系当事人的真实意思表示，且已实际履行，根据《中华人民共和国民法通则》第五十五条的规定，应认定本案借款关系有效，华堂公司、泰邦中心对先锋路信用社负有偿还借款本息的义务。因此，泰邦中心提出其与先锋路信用社不具有借贷法律关系，不应成为本案被告的理由不能成立。利息是本金的孳息，应从货币出借之日起计算。先锋路信用社在发放借款时即预先在本金中扣除利息 23.1 万元，属于变相提高借款利率的行为，此预扣的 23.1 万元利息应当从约定的借款本金中扣除，扣除后的金额 20118200 元应作为发放的借款本金的金额，并以此计算应付利息。对先锋路信用社关于将预扣的 23.1 万元利息计入借款本金并要求借款人按此偿还借款

本息的诉讼请求，不予支持。先锋路信用社提出本案借款期限按三年对待，由于本案当事人均能提供关于借款期限的相应证据，且当时的经办人均证实借款期限为一年，故应认定本案的借款期限为一年。佟沟信用社承诺如泰邦中心到期不能偿还借款本息，由该社承担偿还责任。根据《中华人民共和国担保法》第十七条规定，该保证为一般保证。该保证未约定保证期间，故依据该担保法第二十条规定，该保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。本案借款的期限分别至 1997 年 8 月 19 日和 1997 年 9 月 5 日届满，届满后六个月内先锋路信用社未对借款人提起诉讼或申请仲裁，故应免除沈阳佟沟信用社的保证责任。该院依据《借款合同条例》第十六条、《中华人民共和国担保法》第二十五条之规定，判决：

一、华堂公司在本判决生效后十日内偿还哈尔滨市商业银行借款本金 20118200 元及相应利息(借款期限内的利息和借款期限届满后至给付之日的利息，分别按中国人民银行规定的贷款利率和逾期贷款利率计算)；

二、泰邦中心对华堂公司上述债务承担连带清偿责任；

三、驳回哈尔滨市商业银行对佟沟信用社的诉讼请求。案件受理费 138671.66 元由哈尔滨华堂经贸有限责任公司、沈阳市泰邦经济信息发展中心共同负担。

先锋路信用社不服黑龙江省高级人民法院上述民事判决，向本院提起上诉称：华堂公司向先锋路信用社出具的借据及泰邦中心向华堂公司出具的借据均未约定借款期限，借款关系各方当事人始终未就本案借款期限达成口头协议，借款的经办人张占文、肖太岩对借款期限的证言前后矛盾，一审判决认定借款期限为一年，证据不足，属认定事实错误；因借款关系当事人对借款期限约定不明，先锋路信用社可以随时向泰邦中心主张权利，原审判决认定先锋路信用社在法定保证期限内未向保证人佟沟信用社主张权利，并据此免除其保证责任不当。

请求撤销原判，判令佟沟信用社对泰邦中心的债务承担连带清偿责任。佟沟信用社答辩称：先锋路信用社原主任曹望平及副主任张占文、泰邦中心经理肖太岩、佟沟信用社经办人张景成等提供的证言相互印证，均证明本案借款期限是一年，应作为认定借款期限的依据。先锋路信用社在二审期间出具的张占文、曹望平 2000 年 4 月 20 日的关于推翻

原证言的笔录及材料是人为捏造的，不应采信。先锋路信用社在一年的借款期限届满后六个月内未对泰邦中心提起诉讼，原审判令免除佟沟信用社的保证责任并无不当。

苏家屯区法院在讯问张景成、张占文、肖太岩时，该三人均承认佟沟信用社出具的担保承诺书是为帮助先锋路信用社应付上级检查而事后补办的。因此，担保承诺书不是佟沟信用社的真实意思表示，不能作为佟沟信用社承担保证责任的依据。请求驳回上诉，维持原判。泰邦中心诉称：华堂公司向先锋路信用社出具借据，二者形成了借款关系，泰邦中心并未向先锋路信用社借款，先锋路信用社对泰邦中心不享有还款请求权及诉权，原审将泰邦中心列为本案被告不当，请求撤销原判第二项。

在本案二审期间，先锋路信用社出具了张占文、曹望平于2000年4月20日、2001年3月6日的书面证言。张占文称：在办理本案借款期间，肖太岩提出一年的偿还期限，我认为肖太岩一年内还款的可能性不太，双方对还款期限未达成一致意见。

黑龙江省高级人民法院有关法官询问我时，我只是说肖太岩说在一年还款。在与张景成办理担保

事宜时，我从未说过让佟沟信用社出具担保承诺书是为应付上级检查，亦未说过在检查后将承诺书返还给佟沟信用社。有关法院在 1998 年 9 月 30 日向我询问时所作的笔录，我当时提出了异议，但有关记录人员没有改正，由于我在看守所精神压力大，没有认真的想，就同意了他们的写法。

曹望平称：其没有具体办理本案借款，在原审法院向其询问时其只是说具体时间记不清了，可能是一年，一切以书面的手续为准。本院在二审期间询问了张占文，其对上述关于借款期限的证言予以认可。

肖太岩在本院询问其时称：黑龙江省高级人民法院来找我询问过，我一直说款期限为二年。

本院认为：先锋路信用社于 1996 年 8 月 12 日向泰邦中心出具的承诺书、于同年 8 月 19 日向秦邦中心出具的函件及华堂公司向先锋路信用社出具的借据、泰据中心向华堂公司出具的借据均证明，先锋路信用社通过华堂公司将 20118200 元货给泰邦中心，与泰邦中心形成了借款关系。虽然先锋路信用社与泰邦中心未直接签订书面借款合同，在贷款过程中亦存在不规范之处，但确系各方当事人真实意思表示，且不违反法律法规规定，故应认定泰邦中

心与先锋路信用社的借款关系合法有效。先锋路信用社依约通过华堂公司向泰邦中心履行了贷款义务，泰邦中心未履行偿还借款本息义务，构成违约，原审判令其对华堂公司偿还先锋路信用社借款本金、利息及罚息承担连带清偿责任正确，应予维持。泰邦中心关于其与先锋路信用社没有借款关系，先锋路信用社对其不具有还款请求权及诉权的主张不能成立，本院不予支持。

华堂公司向先锋路信用社出具的借据、泰邦中心向华堂公司出具的借据及先锋路信用社向泰邦中心出具的函件，系表现先锋路信用社与华堂公司、泰邦中心之间的借款关系的书面形式，但该书面形式未载明借款的具体期限，应认定各方当事人未书面约定借款期限。佟沟信用社主张先锋路信用社与泰邦中心口头约定了一年的借款期限，所提供的证据是本案借款的经办人张占文、肖太岩、曹望平及张景成的证言及原审法院对上述证人的询问笔录。但是，上述证人中张占文关于借款手续中约定的借款期限是一年的表述与书面借款手续没有约定借款期限的事实相矛盾；肖太岩在接受原审法院询问时，对借款期限的表述前后并不完全一致，存在矛盾及不肯定之处；先锋路信用社在二审期间提供的

张占文、肖太岩的书面证言与佟沟信用社在一审期间提供的该二人的证言相反；本院询问肖太岩、张占文时，该二人对借款期限的表述相互不一致，且与该二人在原审法院询问其时的表述相矛盾。鉴于上述证人均因在押而未能在原审期间出庭对质，各证人在原审期间的证言与在二审期间的证言相互矛盾，且佟沟信用社不能提供其他证据证明有关证人在原审期间证言的直实性，应认定上述证人证言不具有证明力。本院对佟沟信用社关于先锋路信用社与泰邦中心口头约定了一年的借款期限之主张不予采信，应认定各当事人未约定借款期限。原审认定先锋路信用社与华堂公司、泰邦中心之间的借款期限为一年，证据不足，应予纠正。

先锋路信用社主张佟沟信用社为泰邦中心向先锋路信用社借款提供了担保，所提供的证据是佟沟信用社分别于1996年8月12日、8月30日向先锋路信用社出具的两份担保承诺书。经开庭质证，各方当事人对该两份承诺书中所加盖的佟沟信用社的公章的直实性均予认可。佟沟信用社在本院二审期间提供了苏家屯区法院对张占文、张景成、肖太岩的询问笔录，据此主张佟沟信用社出具的承诺书是张景成为帮助先锋路信用社应付有关部门检查在借

款行为发行后补办的，是张占文、肖太岩采取欺诈手段取得的，不是佟沟信用社的真实意思表示。但是，先锋路信用社在本院二审期间提供的张占文的证言否认其在办理借款担保手续时向张景成说过让其出具承诺书是为了应付有关部门检查及在检查结束后将承诺书返还，张占文关于担保承诺书的两次证言相互矛盾，故应否定其证明力。张景成的证言，没有其他证据相印证，不能作为否定先锋路信用社所提供的原始书面证据即两份承诺书的真实性的依据。佟沟信用社关于两份担保承诺书不是其真实意思表示的抗辩主张，因证据不足，本院不予支持。先锋路信用社所提供的佟沟信用社于 1996 年 8 月 12 日出具的承诺书，将 1300 万元更改为 1400 万元，而泰邦中心担供的同日的承诺书没有更改之处，先锋路信用社不能证明该承诺书的更改系佟沟信用社所为或经过了佟沟信用社的同意，故应认定该更改对佟沟信用社没有约束力。

综上，佟沟信用社向先锋路信用社出具的两份担保承诺书系其真实意思表示，不违反法律法规，应认定合法有效。因先锋路信用社与泰邦中心及华堂公司未约定借款期限，根据《中华人民共和国民法通则》第八十八条第二款关于“履行期限不明确

的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以要求债务人履行义务，但要给对方必要的准备时间”之规定，先锋路信用社于 1998 年 8 月 5 日向黑龙江省高级人民法院提起诉讼请求泰邦中心偿还借款本息之日，应视为借款期限届满之日，先锋路信用社于同日通过诉讼向佟沟信用社主张权利，并未超过法定的保证期限。因担保承诺书未载明保证方式，根据《中华人民共和国担保法》第十八条之规定，佟沟信用社应对泰邦中心、华堂公司偿还先锋路信用社借款本息承担连带保证责任。

原审判令免除佟沟信用社的保证责任的保证不当，应予纠正。佟沟信用社 1996 年 8 月 12 日的承诺书，承诺对泰邦中心的 1300 万元借款本息承担保证责任，虽然该承诺书项下借款实际超过了 1300 万元，但佟沟信用社对超出部分不应承担保证责任。佟沟信用社同年 8 月 30 日的承诺书，承诺对泰邦中心的 700 万元借款承担保证责任，但该承诺书项下的借款实际发生额为 600 万元，佟沟信用社仅应对该 600 万元借款本息承担保证责任。

因此，佟沟信用社对泰邦中心及华堂公司偿还先锋路信用社借款本息应在 1900 万元借款本息范围内承担连带清偿责任。本院根据《中华人民共和国

民事诉讼法》第一百五十三条第一款第一项、第二项之规定，判决如下：

一、维持黑龙江省高级人民法院(1998)黑经初字第53号民事判决主文第一项、第二项。

二、变更该判决主文第三项为：沈阳市苏家屯区佟沟信用合作社对沈阳市泰邦经济信息发展中心、哈尔滨华堂经贸有限责任公司偿还哈尔滨市商业银行上借款本金、利息及罚息在1900万元借款本金、利息及罚息范围内承担连带清偿责任。

上列应付款项限本判决送达之次日起10日内付清，逾期支付按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定处理。

一审案件受理费按一审判决执行；二审案件受理费138671.66元，由沈阳市苏家屯区佟沟信用合作社承担。

本判决为终审判决。

审判长李健

审判员刘贵祥

二 一年四月十一日

代理审判员王涛

马向东受贿、贪污、挪用公款、巨额财产来源不明案

被告人马向东，男，1953年5月31日出生，辽宁省沈阳市人，回族，研究生文化，原系沈阳市人民政府副市长，住沈阳市和平区南四马路甲巷90号3单元402室。1999年10月10日被逮捕。现在押。

江苏省南京市中级人民法院审理南京市人民检察院指控被告人马向东犯受贿罪、贪污罪、挪用公款罪、巨额财产来源不明罪一案，于2001年10月10日以(2001)宁刑初字第110号刑事判决，认定被告人马向东犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯贪污罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯挪用公款罪，判处有期徒刑八年；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑五年；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，马向东不服，提出上诉。江苏省高级人民法院于2001年11月12日以(2001)苏刑二终字第165号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核。现已复核终结。

经复查查明：1997年7月，被告人马向东利用

担任沈阳市人民政府副市长的职务便利，伙同宁先杰(同案被告人，已判刑)帮助华阳物业(沈阳)集团有限公司减免电贴费、联建费等，后共同向该公司总经理高万峰索取美元 50 万元，用于在澳门等地赌博。1986 年 2 月至 1999 年 6 月，马向东利用职务之便或者本人职权和地位形成的便利条件，单独或者伙同其妻章亚非(另案处理)收受孙中学、迟若岩、沈阳市百佳集团等 74 人或单位的财物共计人民币 348.87 万元、美元 23.07 万元、港币 11 万元、内部职工股 10 万股(股价人民币 10 万元)、貂皮大衣一件(价值人民币 1.5 万元)及金佛、电脑等物品。

马向东为请托人在工作调动、职务提拔、工程招标、减免费用等方面谋取利益。

综上，马向东受贿财物折合人民币共计 976.7 万元。

1999 年 1 月，被告人马向东与宁先杰、李经芳(同案被告人，已判刑)在香港代表沈阳市政府向港商发放奖金过程中，以虚报奖金数额的手段，共同侵吞公款美元 12 万元(折合人民币 99.3 万元)，马向东分得美元 4 万元。

1999 年 1 月，被告人马向东利用职务上的便利，擅自决定将沈阳市人民政府的公款美元 39.8799

万元(折合人民币约 330 万元),挪至其指使宁先杰、李经芳、香港居民尤雅雪三人在香港注册的定志有限公司归个人使用,至同年 7 月归还。

案发后,侦查部门依法扣押、冻结被告人马向东的财产合计人民币 29996496 元。除去合法收入及违法、犯罪所得,差额部分计人民币 10686540.45 元,马向东不能说明来源合法。

上述事实,有证人证言、物证、书证以及同案被告人的供述等证据证实,被告人马向东亦供认,足以认定。

本院认为,被告人马向东利用职务上的便利及其职权和地位形成的便利条件,索取或者非法收受他人财物,并为他人谋取利益,其行为已构成受贿罪;利用职务上的便利,伙同他人侵吞公款,其行为已构成贪污罪;利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,数额较大,超过三个月未还,其行为已构成挪用公款罪;马向东的财产明显超过合法收入,差额巨大,本人不能说明来源合法,其行为已构成巨额财产来源不明罪。

马向东在共同受贿、共同贪污犯罪中起主要作用,系主犯;其受贿数额特别巨大,情节特别严重,并有索贿情节,应依法从重处罚。马向东曾有

检举他人犯罪的行为，但其检举的线索部分已为司法机关所掌握，部分经查不实，故马向东不具有法定从轻处罚情节。

一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。

一、二审审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九条和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百八十五条第(一)项的规定，裁定如下：

核准江苏省高级人民法院(2001)苏刑二终字第165号维持一审以受贿罪判处被告人马向东死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以贪污罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；以挪用公款罪判处有期徒刑八年；以巨额财产来源不明罪判处有期徒刑五年；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长韩维中

审判员王新英

代理审判员苗有水

二 一年十二月十四日

书记员钟宣

陕西西安市振华少林武术研究所与陕西省潼关县工商联会员资金互助会借款担保合同纠纷上诉案

上诉人(原审被告)：西安市雁塔区振华少林武术研究所。住所地：陕西省西安市百万路十字。

法定代表人：赵景森，该所所长。

被上诉人(原审原告)：陕西省潼关县工商联会员资金互助会。住所地：陕西省潼关县城北环路。

负责人：高良，该会理事长。

原审被告：陕西省鱼化养殖场。住所地：陕西省西安市鱼化寨东漳浒寨街。

法定代表人：魏建标，该场场长。

上诉人西安市雁塔区振华少林武术研究所为与被上诉人陕西省潼关县工商联会员资金互助会及原审被告陕西省鱼化养殖场借款担保合同纠纷一案，不服陕西省高级人民法院(1998)陕经一初字第30号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由本院民事审判第二庭副庭长孙华璞担任审判长，审判员周帆、代理审判员吴庆宝参加的合议庭进行了审理，书记员高晓力担任记录，本案现已审理终结。

查明：1994年6月2日，陕西省潼关县计划委

员会曾以潼计发(1994)027号文批复，同意潼关县工商联筹办“潼关县工商城市信用合作社”。潼关县工商联在未办理必要的批准登记手续的情况下，便以“潼关县工商城市信用合作社”的名义从事金融业务。1995年9月8日，陕西省工商联渭南办事处批文，同意恢复“潼关县工商联会员互助基金会”（“文革”前名称，“文革”期间中断），并确定性质为会员内部资金服务组织，具有社会性、互助性、服务性、不盈利性；服务范围为本会全体会员。批复后，该联暂未按此执行，仍以“潼关县工商城市信用合作社”的名义从事业务活动。

1997年元月28日，该信用社与西安市雁塔区振华少林武术研究所（以下简称振华武术研究所）、陕西省鱼化养殖场（以下简称鱼化养殖场）的前身“陕西省新生机械厂东漳浒鱼场”签订了一份抵押借款合同，约定：振华武术研究所从信用社借款700万元，月息12.6‰，期限自1997年元月28日至1998年元月27日。鱼化养殖场以自有的土地使用权和房产为该笔贷款提供抵押，并办理了抵押登记手续。1997年2月21日，潼关县工商联向各基层组织发文：“潼关县工商联会员互助基金会”印章从即日起使用，原“潼关县工商城市信用社”印章从即日起

停止使用，公布了新印模，作废了旧印模。1997年7月24日，陕西省工商联渭南办事处发出通知，要求各县、市、区工商联将基金会的名称一律更名为“××县(或市、区)工商联会员资金互助会”。

据此规定，潼关县工商联于1998年元月12日，将原基金会更改为“潼关县工商联会员资金互助会”(以下简称潼关互助会)，当日启用了新印章，旧印章作废。

上述贷款合同的履约行为发生在潼关互助会名称变更阶段。从1997年2月18日至1997年6月13日，潼关互助会先后6次向振华武术研究所发放贷款872万元。振华武术研究所贷款帐号设立在潼关互助会处。

1997年6月13日至6月19日，潼关互助会负责人朱双虎从振华武术研究所帐户上先后6次提取2001775元。在取款凭条上约签名均为“朱双虎(代)”。振华武术研究所称其并未委托朱双虎代取存款，潼关互助会也提供不出为何向朱双虎支付振华武术研究所帐户存款的证据。1997年4月10日，潼关互助会负责人朱双虎以个人名义从振华武术研究所借款50万元。1998年2月21日、3月13日，一位署名张萍的人以潼关互助会的名义向振华武术研

究所收取贷款息差共 3 万元。潼关互助会不承认张萍系

其单位职员，振华武术研究所也无证据证明张萍确切身份。1998 年 4 月 16 日，西安市雁塔公安分局以涉嫌票据诈骗为由，立案侦查潼关互助会负责人朱双虎诈骗雁塔区民政局 200 万元之事。当年 6 月 16 日，在雁塔公安分局人员监控下，朱双虎以潼关互助会的名义从振华武术研究所收取了 100 万元贷款，该款雁塔区公安分局经手归还了雁塔区民政局。1998 年 2 月潼关互助会负责人朱双虎被调离原单位。此后，潼关互助会多次向振华武术研究所催收贷款无果，向原审法院提起诉讼，请求判令振华武术研究所偿还借款本金 872 万元及利息、罚息和本案诉讼费，鱼化养殖场承担连带责任。

另查，鱼化养殖场是经陕西省司法厅劳改局批准成立的省属劳改(教)事业单位。

陕西省高级人民法院经审理认为，潼关互助会的机构及名称，系由“潼关县工商城市信用合作社”演变而来，其在本案中的诉讼主体地位是合法的。潼关互助会不具备经营金融业务的资格，其与振华武术研究所签订的借款合同违反了有关法律规定，应认定为无效合同。但潼关互助会要求收回借

款本金及资金占用费的请求应予以支持。

鱼化养殖场系劳改(教)事业单位，国家明令禁止事业单位为他人的经济活动提供担保，故鱼化养殖场为振华武术研究所贷款向潼关互助会提供的抵押担保无效。鱼化养殖场基于自身的过错，应对潼关互助会贷款不能收回承担相应的赔偿责任。潼关互助会负责人朱双虎以个人名义从振华武术研究所借款 50 万元，属个人行为，振华武术研究所应向朱双虎个人清收，不能以此折抵潼关互助会债权。张萍所收取的 3 万元息差，因振华武术研究所无法证明张萍身份，亦应由振华武术研究所向张萍清收，与潼关互助会无关。朱双虎以单位名义清收的 100 万元贷款确已由公安部门归还了在潼关互助会处有存款的西安市雁塔区民政局，这一行为使潼关互助会应向该民政局支付 100 万元存款的义务归于消灭，等于振华武术研究所代潼关互助会清偿了部分债务，故应视为振华武术研究所对贷款的归还，在清结贷款时应予折抵。潼关互助会在朱双虎未得到振华武术研究所授权的情况下，擅自将振华武术研究所帐户上的资金 2001775 元支取给了朱双虎，亦无证据证明朱双虎将此款交给振华武术研究所，故此 2001775 元应由潼关互助会向朱双虎清收，并应

从振华武术研究所贷款总额中减除。综上所述，潼关互助会诉讼请求部分有理，应予支持。

该院依照《中华人民共和国合同法》第七条一款一项、第十六条，《中华人民共和国担保法》第九条、第五条第二款之规定、判决如下：

一、潼关互助会与振华武术研究所、鱼化养殖场签订的抵押借款合同无效；

二、振华武术研究所自本判决生效之日起十日内向潼关互助会退还借款本金 5718225 元，并支付资金占用费(从借款之日按农村信用社贷款利率计算至判决的退款之日)。逾期给付，按每日万分之四支付滞纳金；

三、鱼化养殖场对上述债务在 700 万元本金范围内承担补充赔偿责任；

四、驳回潼关互助会其余之诉。案件受理费 60478 元，由振华武术研究所承担 50000 元，潼关互助会承担 10478 元。

振华武术研究所不服陕西省高级人民法院上述民事判决，向本院提起上诉称：原审法院对雁塔公安分局立案侦察已核实的我所提前给付的 51 万元引存息差及手续费未予以认定，仅认定了所归还的 100 万元，本来雁塔民政局引存 200 万元，所贷 140

万元通过雁塔公安分局已还 100 万元，但原审法院把下余的 40 万元还算在贷款总数内。

对引存西安市合作银行长乐支行 700 万元，贷款 532 万元，已付 210 万元引存息差及手续费，扣除利息，实际借款 300 万元未核实。

朱双虎作为潼关城市信用社主任，在我所收取 50 万元属职务行为，原审把这 50 万元认定为朱双虎个人行为，属适用法律不当。原审认定我所与潼关城市信用社借款合同无效，按无效合同相互返还，不存在利息问题，但却让我所按原借款合同承担利息，显然适用法律不当。

潼关县工商城市信用社未经中国人民银行批准，未进行登记即以信用社名义对外从事金融业务，已构成非法设立金融机构罪，本案中还涉嫌高息转贷罪。综上，本案涉及刑事犯罪，应移送公安机关侦查。原审法院认定事实不清，适用法律不当。请求依法撤销原判，中止该案审理。潼关互助会未作答辩，鱼化养殖场未作陈述。

本院二审中还查明：1994 年 6 月 2 日，潼关县计划委员会潼计发(1994)第 037 号给县工商联《关于申请筹办“潼关县工商城市合作信用社”立项报告的批复》称：你联报来潼工商联发(1994)23 号文

收悉。经研究，同意你联筹办“潼关县工商城市信用合作社”，属集体性质的金融机构，自主经营、自负盈亏、独立核算、民主管理。希接文后，按照国家金融政策，抓紧到金融系统办理有关手续。1995年9月8日，陕西省工商联渭南办事处给潼关县工商联《关于同意“潼关县工商联会员互助基金会”恢复的批复》称“你联95年4月报来恢复潼关县工商联会员互助基金会的报告收悉。经研究，同意恢复“潼关县工商联会员互助基金会”，现就有关事项批复如下：

一、名称：潼关县工商联会员互助基金会。

二、性质：互助基金会系工商联会员内部资金互助服务组织，具有社区性、互助性、服务性、不盈利性。

三、服务范围：本会全体会员。

四、资金来源：会员自筹。互助基金会恢复后，要严格按照《中国工商业联合会章程》有关规定，积极集聚会员资金，解决会员困难，扶持困难企业，为广大会员服务，为经济建设服务。

1997年7月24日，陕西省工商联渭南办事处省联渭办发〔1997〕03号《关于切实加强工商联会员互助金管理的通知》中称：凡经我办批准恢复的工

商联(商会)会员互助基金会，现一律更名为“××县(或市、区)工商联会员资金互助会。”凡在更名前，涉及面向社会开展储贷业务的，务必尽快自查自纠，妥善处理好各种遗留问题，并将处理情况报告当地清理整顿非法金融机构领导小组。今后的业务活动的开展，必须严格在会员内部进行。

1998年2月20日，潼关县工商业联合会潼工商联发(1998)06号《关于我会互助基金会更名为资金互助会的情况报告》称：我会依据省联渭南办事处〔1997〕03号通知的精神，即于1997年8月25日对互助基金会章程进行了修改，并于98年元月5日在基础会员大会上通过，“潼关县工商联会员资金互助会”印章从1998年元月12日起开始启用，潼关县工商联会员互助基金会印章同时作废。

1998年3月11日，潼关县工商联会员资金互助会工商资发(1998)第07号《关于朱双虎同志使用城市信用社印章办理业务的决定》称，理、监事会于1998年2月26日，经研究决定：凡经朱双虎在1997年内，从西安引进的1090万元，同一时期调出的872万元，应从97年调入帐面全部调出，对其此间，调出的款数已收回的利润，归朱双虎所得，对其调入款数已付出万分之二十的引进手续费以及调

入款总数的利差款，由朱双虎照数返回，对其调入调出款相抵后的余额，待后处理。会议明确指出，这笔帐款经办人原用 1996 年 2 月 21 日查封过“潼关县工商联城市信用社”印章办理的业务，其经济责任由朱双虎承诺全部责任。

本院认为：1994 年 6 月 2 日潼关县计划委员会《关于申请筹办“潼关县工商城市合作信用社”立项报告的批复》已经明确指出，潼关县工商城市合作信用社属集体性质的金融机构，应抓紧到金融系统办理有关手续。而 1995 年 9 月 8 日陕西省工商联渭南办事处《关于同意“潼关县工商联会员互助基金会”恢复的批复》则明确指出，互助基金会系工商联会员内部资金互助服务组织，具有社区性、互助性、服务性、不盈利性。从批复的先后变化情况看，互助会的前身潼关县工商城市合作信用社不是金融机构，仅是会员互助性组织，不是盈利机构。

按照惯例，互助会的资金来源于会员，服务于会员，不参与社会上的经营活动，其只是工商联的内部组织，并无工商、金融经营执照与许可证，故原审法院将其认定为一般民事主体不当，应予以纠正。鉴于潼关县工商城市合作信用社未经中国人民银行批准，也未进行登记，其即以信用社名义揽存

款、放贷款，从事金融业务，应认定为非法从事金融业务，其与振华武术研究所、鱼化养殖场签订的借款抵押合同应认定为无效。振华武术研究所应当归还借款本金和利息，鱼化养殖场应承担相应的赔偿责任。在潼关互助会发放 872 万元贷款过程中，朱双虎从振华武术研究

所帐户先后 6 次提取 2001775 元，该行为并无振华武术研究所的授权，应当将此款从 872 万元中予以扣除；1998 年 6 月 16 日，朱双虎以潼关互助会的名义从振华武术研究所收取 100 万元，归还了曾向潼关互助会存款的案外人雁塔区民政局，该款亦应从 872 万元中予以扣除；至于朱双虎于 1997 年 4 月 10 日以个人名义从振华武术研究所借款 50 万元，不应认定为归还潼关互助会的借款，应由振华武术研究所向朱双虎个人清收，不应从 872 万元中扣除。综上，振华武术研究所关于引存息差应予扣除等上诉理由均不能成立，应予驳回。

原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项和第一百五十八条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 60478 元，由振华武术研究所承担。

本判决为终审判决。

审判长孙华璞

审判员周帆

代理审判员吴庆宝

书记员高晓力

二 一年五月二十二日

天津天狮经济发展有限公司与陈勇等专利
侵权、管辖权争议上诉案

上诉人(原审被告)：天津天狮经济发展有限公司，住所地：天津市新技术产业园区武清开发区源泉路。

法定代表人：李金元，该公司董事长。

委托代理人：阎玉朋，天津天狮集团有限公司
副总经理。

委托代理人：贾邦俊，宏丰律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：陈勇，1964 年 11 月 12
日出生，汉族，住址：北京市西城区三里河路 52
号。

委托代理人：徐玉光，北京徐玉光律师事务所
律师。

委托代理人：李明平，北京徐玉光律师事务所律师。

原审被告：天津天狮生物工程公司，住所地：天津市新技术产业园区武清开发区源泉路。

法定代表人：李金元，该公司总经理。

委托代理人：贾邦俊，宏丰律师事务所律师。

委托代理人：张云飞，北京市万思恒律师事务所律师。

原审被告：天津天狮集团有限公司，住所地：天津市新技术产业园区武清开发区源泉路。

法定代表人：李金元，该公司董事长。

委托代理人：贾邦俊，宏丰律师事务所律师。

委托代理人：张云飞，北京市万思恒律师事务所律师。

上诉人天津天狮经济发展有限公司因与被上诉人陈勇及原审被告天津天狮生物工程公司、天津天狮集团有限公司侵犯专利权纠纷一案，不服北京市高级人民法院就本案管辖权异议所作出的(2000)高知初字第31号民事裁定，向本院提起上诉称：

1、上诉人与被上诉人之间的纠纷非专利侵权纠纷，而是一起合同履行中的纠纷。该纠纷应适用当事人之间的约定。

2、陈勇于 2000 年 5 月 18 日对天津天狮生物工程公司提起诉讼，后于 2000 年 10 月 6 日又补充起诉天津天狮经济发展有限公司和天津天狮集团有限公司，两次起诉，不能采取后诉归并先诉的办法处理。请求本院撤销原审裁定，支持上诉人提出的管辖权异议的主张。本院审查期间，上诉人进一步将其上诉理由和请求明确为：本案上诉人与被上诉人之间是因合同产生的纠纷，而不是侵犯专利权纠纷，故原审法院对本案没有管辖权，应移送天津市高级人民法院管辖。

陈勇答辩称：

1、答辩人之补充起诉并非经济合同纠纷，而是侵权之诉。上诉人未经专利权人允许擅自将专利转让给天津天狮生物工程公司使用是一种侵权行为。

2、上诉人的这种侵权行为是由于上诉人的严重违约所引起的，上诉人负有过错，应承担侵权责任。

3、天津高钙素系列产品是答辩人在北京市购得的，且封存于公证处并进行了证据公证，北京当然为侵权行为结果地，因此，北京市高级人民法院对本案有管辖权。

4、答辩人在 2000 年 5 月起诉天津天狮生物工

程公司，后又补充起诉并提高标的额，追加天津天狮经济发展总公司为共同被告，因前后之诉均为侵权之诉，且诉争原因均为对答辩人的专利侵权，故前后之诉自然应合并审理。故请求驳回上诉人的上诉请求，维持原裁定。

本院经审查认为，鉴于上诉人持其与陈勇之间的纠纷是合同纠纷而不是专利侵权纠纷，北京市高级人民法院对本案没有管辖权，应移送天津市高级人民法院管辖的理由，请求改变原审裁定，故本院经双方当事人一致同意，主要围绕上诉人与被上诉人争论的双方之间是合同纠纷还是专利侵权纠纷这一焦点问题进行了审查。

经审查证实，陈勇对天津天狮经济发展有限公司、天津天狮生物工程公司和天津天狮集团有限公司提起的是侵犯专利权之诉，而不是违约之诉。按照当事人诉讼请求确定人民法院审理范围的原则，符合我国民事诉讼法的规定；人民法院不能擅自改变当事人的诉讼请求。至于被上诉人提起侵犯专利权的诉讼请求能否得到人民法院的支持，上诉人与被上诉人之间究竟存在何种真实的法律关系，属于实体审理的范畴，不应在管辖权异议程序中解决。

因此，上诉人以其与被上诉人之间是合同纠纷

而不是侵犯专利权纠纷为由，主张原审法院对本案没有管辖权，应移送天津市高级人民法院管辖的上诉请求，本院不予支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项和第一百五十四条之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

本案一、二审案件受理费各 50 元，由天津天狮经济发展有限公司负担。

本裁定为终审裁定。

审判长蒋志培

代理审判员王永昌

代理审判员段立红

书记员夏君丽

二 〇一一年一月二十日

中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部与湖北武汉证券有限责任公司硚口营业部返还不当得利纠纷上诉案

上诉人(原审原告)：中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部。住所地：海南省海口市龙华路 34 号贵州大厦。

负责人：朱智，该营业部经理。

委托代理人：张志冰，湖北法辉律师事务所律师

师。

被上诉人(原审被告)：武汉证券有限责任公司(石乔)口营业部。住所地：湖北省武汉市中山大道299号。

负责人：张晓，该营业部经理。

委托代理人：郑斌，北京市同达律师事务所律师。

委托代理人：虞砺，北京市同达律师事务所律师。

上诉人中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部为与被上诉人武汉证券有限责任公司(石乔)口营业部返还不当得利纠纷一案，不服湖北省高级人民法院(1999)鄂经初字第43号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员张永平担任审判长，代理审判员曹士兵、殷媛参加的合议庭进行了审理，书记员张锐华担任记录。本案现已审理终结。

查明：1994年11月17日、22日、23日，原中国人保信托投资公司海口证券交易营业部(现更名为中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部，以下简称海口营业部)与原武汉证券公司(石乔)口营业部(现更名为武汉证券有限责任公司(石乔)口

营业部，以下简称武汉营业部)在武汉证券交易中心分别签订了三份《有价证券回购交易成交合同》。合同中约定：海口营业部出售金额分别为 1000 万元、800 万元、200 万元。

(五)国债；其回购时间为 1995 年 11 月 17 日、22 日、23 日，回购金额为 1276 万元、1018.88 万元、254.72 万元，逾期利息为每日 8‰等。合同订立的当日，三份国债买卖合同分别在武汉证券交易中心成交；武汉营业部分别收到了海口营业部开出的金额为 1000 万元、800 万元、200 万元的国债代保管单，海口营业部收到了武汉营业部的购券款合计 2000 万元。1996 年 1 月，双方就前述回购债务进行核对后，海口营业部以书面形式向武汉营业部确认欠回购债券款到期本息合计 2549.6 万元。

1997 年 7 月 16 日，中国人民银行组织了全国证券回购债务清欠活动，本案所涉的债权债务被编链冲销。海口营业部被确认应付武汉营业部本金 2000 万元、利息 824.546 万元。1997 年 8 月 9 日，该笔应付款从中国保险(集团)公司清欠户划入武汉证券有限责任公司清欠户。1999 年 6 月 23 日，海口营业部以该证券回购合同无效，武汉营业部据此合同取得的款项属不当得利为由，向原审法院提起诉讼。

另查明：经中国证券监督管理委员会批准，武汉证券公司于 1999 年 2 月 9 日更名为武汉证券有限责任公司；中国人保信托投资公司于 2000 年 5 月 30 日更名为中国银河证券有限责任公司。

湖北省高级人民法院经审理认为：海口营业部与武汉营业部之间订立的证券回购交易合同，没有相应的实物券作为基础，违反了国家财政部、中国人民银行、中国证监会(94)财国债字第 20 号文件的规定，故该证券回购交易合同无效。海口营业部应当将 2000 万元购券款返还给武汉营业部，并按中国人民银行的有关规定赔偿相应的利息损失。1996 年 1 月，海口营业部以书面形式亦向武汉营业部承认本案所涉债务的真实性，但海口营业部在 1997 年 8 月 9 日之前并没有向武汉营业部清偿该项债务。

在本案诉讼中，海口营业部没有相应证据证明本案所涉 2000 万元购券款系武汉营业部委托其付给了武汉恒丰公司。

因此，海口营业部向武汉营业部还本付息的义务不应免除。中国人民银行将本案所涉的证券回购债务编链冲销并无不当，海口营业部亦没有相应证据证明武汉营业部因此所收到的 2824.546 万元回购款属不当得利。

根据最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第二十一条的规定，海口营业部的诉讼请求因缺乏相应证据而不应受到支持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百二十八条的规定，判决：驳回原告海口营业部的诉讼请求。案件受理费 17 万元，由海口营业部负担。

海口营业部不服湖北省高级人民法院上述民事判决，向本院提起上诉称：双方当事人签订了三份证券交易合同，武汉营业部在其中一份合同上注明：“将款项划入武汉恒丰公司”。海口营业部在收到 2000 万元后依约履行了将该笔款项划入武汉恒丰公司的义务。在这笔交易中，海口营业部的经办人袁安武涉嫌贪污 60 万元人民币，在清整过程中潜逃，并将上述三份合同原件带走。1997 年 7 月，海口营业部的上级单位向武汉营业部支付了回购本金和利息，其所得款项属不当得利，应予返还。在一审期间，海口营业部向一审法院提出中止本案审理，由司法机关将犯罪嫌疑人抓捕后，取得合同原件再恢复审理本案。由于当地公安机关与检察机关因犯罪嫌疑人袁安武的身份问题而产生的管辖权问题一直持不同意见，至一审结束时也未予立案，故无法就

此举证。经向有关部门反映，协调确定由当地检察机关立案侦察。另根据最高人民法院《关于中止审理、中止执行已编入全国证券回购机构问债务清欠链条的证券回购经济纠纷案件的通知》的规定，本案亦应中止审理。故请求将本案发回重审。

武汉营业部答辩称：双方对三份合同的事实及内容无争议，唯一争议在于武汉营业部是否在其中一份合同中指定海口营业部将款项划入武汉恒丰公司。对此主张，在一审过程中，海口营业部未能提供证据予以证明。

根据“谁主张，谁举证”的诉讼原则，一审法院驳回对方无证据支持的诉讼请求，符合法律规定。武汉营业部已向一审法院提交三份合同原件，证明对如此重要的事实指令，不可能仅在一方的合同上有所体现。

双方之间的证券交易事实和海口营业部的业务人员犯贪污罪的事实是两个完全不同的事实，属于不同的法律关系。且海口营业部以书面形式对到期本息予以了确认，双方依据人民银行的规定将回购款进行了编链冲销，海口营业部亦未提出异议。现海口营业部对早已经合法冲销的业务提起诉讼，没有法律依据。

本院认为：海口营业部与武汉营业部签订的三份《有价证券回购交易成交合同》，虽约定了回购时间、金额等内容，并已在武汉证券交易中心成交，但由于其违反了中国人民银行《信贷资金管理暂行办法》中关于证券交易必须有足额的实物券的规定，故原审据此认定该证券交易回购合同无效是正确的。海口营业部关于按照武汉营业部委托将本案所涉款项划转给武汉恒丰公司的上诉理由，因未能提供相关证据证明，且对武汉营业部提供的三份合同书原件没有提出异议，故其认为武汉营业部取得经合法编链冲销的款项属不当得利没有事实依据，本院不予支持。关于海口营业部认为本案涉嫌刑事犯罪应中止审理的主张，由于其不能提供证据证明犯罪嫌疑人与本案之间存在利害关系，故其所应承担的民事责任不能免除。本院《关于中止审理、中止执行已编入全国证券回购机构问债务清欠链条的证券回购经济纠纷案件的通知》中所列情况，与本案事实没有相同之处，故不能适用。海口营业部的上诉理由没有事实依据和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。本院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 17 万元，由中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部承担。

本判决为终审判决。

审判长张永平

代理审判员曹士兵

代理审判员殷媛

书记员张锐华

二 一 年四月二十三日

中国银行广东汕尾分行与河北省国际信托投资公司等借款担保纠纷上诉案

上诉人(原审被告)：中国银行汕尾分行。住所地：广东省汕尾市海滨路 36 号。

负责人：林健儿，该行行长。

委托代理人：李尧，该行职员。

委托代理人：王辉，广东太平洋律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：河北省国际信托投资公司。住所地：河北省石家庄市青园街 219 号。

法定代表人：程一铭，该公司总经理。

委托代理人：王福云，该公司清欠办主任。

委托代理人：王雪，河北三平律师事务所律师

师。

被上诉人(原审被告)：汕尾市卫生局。住所地：广东省汕尾市通航路联检楼。

法定代表人：李振雄，该局局长。

委托代理人：王长辉，该局副局长。

上诉人中国银行汕尾分行为与被上诉人河北省国际信托投资公司、汕尾市卫生局借款担保纠纷一案，不服河北省高级人民法院(2000)冀经一初字第2号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员付金联担任审判长，审判员臧玉荣和徐瑞柏组成的合议庭进行了审理，书记员夏东霞担任记录。本案现已审理终结。

查明：1992年7月10日，河北省国际信托投资公司(以下简称河北国投)与汕尾市卫生局下属企业汕尾市健通企业发展公司(以下简称健通公司)签订一份冀信001号合作协议书。约定：河北国投一次性给健通公司提供流动资金4000万元人民币；该款项仅限于健通公司购买生产急需的原材料；用款期限自1992年7月12日至1993年7月12日止；双方协作期满，河北国投除按时收回向健通公司提供的本金外，健通公司应按时使河北国投得到应分成的利润，分成利润的比例为以河北国投提供的资金

为基数按 8.2‰ 每月收取利润，三个月计收一次，健通公司应按每季末月的 16 日前将利息汇至河北国投帐户；担保单位出具的担保书视为本合同的一部分，合作期满后，健通公司如未能如期归还河北国投的本金及应得利润，由担保单位承担归还河北国投本金及分成利润的责任。

中国银行汕尾分行(以下简称汕尾中行)为上述合作协议向河北国投出具了一份不可撤销担保书。该担保书内容为：根据健通公司申请，河北国投同意为其提供 4000 万元人民币的流动资金，并达成了冀信字 001 号合作协议书；汕尾中行愿意为该项协议下发生的全部款项担保，并担保下列各项：本担保书为不可撤销担保书，担保金额为该项协议下的全部人民币本金及河北国投应得到的分成利润和其它费用，本担保人确认对借款负有经济上、法律上连带责任；担保人所开具的担保书不受借款人与任何单位签订任何协议、文件的影响，也不因借款人是否破产、无力清偿借款、丧失企业资格、更改组织章程以及关、停、并、转等各种变化而有任何改变；本担保书有效期至借款人还清河北国投上述全部款项时为止。嗣后，河北国投于同年 7 月 15 日按健通公司同年 7 月 10 日的委托书将 3976 万元款项

通过电汇方式汇入健通公司指定的深圳市大成实业有限公司帐户上(另 24 万元河北国投作为委托贷款手续费予以扣除)。

贷款到期后，河北国投于 1994 年 4 月派人赴汕尾市向健通公司催款。健通公司于同年 4 月 8 日向河北国投出具一份函称：“我司 1992 年 7 月 10 日向贵司借入资金人民币 4000 万元已于 1993 年 7 月 10 日到期。到期后的本金及其到期日至今的利息一事，由于我司总经理出差，故无法当面解决。我司意见是在四月底以前双方约定派人解决付还贵司本息问题。”1994 年 10 月，河北国投再次派人到汕尾市向健通公司和担保人汕尾中行催款。汕尾中行将案外人深圳展新石油化工机械公司(以下简称展新公司)代为还款 950 万元的事实书面通知河北国投。该通知称：“河北国投：我行于 1993 年 7 月 17 日收到展新公司代贵司还款两笔分别为 450 万元和 500 万元，合计人民币 950 万元”。1996 年 2 月和 1997 年 9 月，河北国投两次发挂号信给健通公司催要该笔贷款本息。挂号信中装有河北国投向健通公司的催款函。1996 年 2 月的函载明：“健通公司并钟总经理：我公司于 1992 年 7 月向贵公司发放的 4000 万元人民币贷款已于 1993 年 7 月 12 日到期，但贵公司至

今仍未清偿。我公司曾多次派人、去函催要，督促贵公司尽快筹措资金归还本息，但迟迟不见贵公司行动、望贵公司履行偿还本息的义务。

否则，我公司将诉诸法律”。1997年9月的函内容与上述内容基本相同。1998年4月，河北国投又派人向健通公司催款，发现其办公地点已改为车库，经向汕尾市工商行政管理局调查得知，健通公司已被吊销营业执照。河北国投遂将健通公司的有关工商登记资料予以复印，该局在复印资料上注明“该公司97年已被吊销执照，本材料复印27页”，并加盖了单位公章。

1999年1月28日，汕尾中行派该行成泽家副行长和陈填等一行4人到石家庄，河北国投再次要求汕尾中行履行担保责任。成泽家留下一张名片，陈填在上面签名并注明联系电话。

另查明：汕尾中行与河北国投于1992年7月4日还签订一份拆借资金协议。约定汕尾中行向河北国投拆出4000万元款项等。汕尾中行依约履行了拆借义务。双方亦均承认上述拆借事实。但汕尾中行未就上述协议提出反诉。原审期间，汕尾中行向原审法院提交了一份案外人展新公司与健通公司于1992年8月12日签订的《合资合作经营协议》。约

定：双方同意与深圳金田工贸公司、金田惠州实业有限公司三方合作，共同开发深圳宝安国达大厦；首期资金约 4500 万元，由健通公司向河北国投拆借后已汇入展新公司指定帐户的 3976 万元，作为合作开发国达大厦专用款。健通公司因未按有关规定参加 1996 年度年检，汕尾市工商行政管理局于 1997 年 12 月 12 日在《汕尾工商时报》上公告吊销了其营业执照，并将该公司予以注销。后因河北国投与汕尾市卫生局和汕尾中行协商未果，引起纠纷。河北国投遂于 1999 年 12 月 20 日向河北省高级人民法院提起诉讼，诉请判令汕尾市卫生局对健通公司的债权债务进行清理并承担相应责任、汕尾中行对健通公司所欠债务承担连带清偿责任。

河北省高级人民法院审理认为：河北国投与健通公司于 1992 年 7 月 10 日签订的合作协议书符合借款关系的法律特征。该协议不违反法律、行政法规的有关规定，应认定合法有效。

河北国投按约将合同项下款项汇到健通公司指定的帐户，履行了出借方的义务。合同到期后，健通公司应按约履行偿还全部本息的义务，但由于其已被工商行政管理部门注销，故该公司的债权债务以及资产理应由其上级主管单位汕尾市卫生局依法

进行清理并负有及时通知债权人的义务。

汕尾市卫生局作为该企业的财产代管人应依法履行对健通公司的财产及债权债务进行清理的义务。其称因工商行政管理部门吊销健通公司的营业执照同时注销该企业，无法履行清理义务的主张不予支持。关于诉讼时效，河北国投举证证明曾连续多次向债务人主张权利，每次主张均未超过诉讼时效，被告提出河北国投的债权已超过诉讼时效证据不足，应不予支持。

汕尾中行为健通公司借款向河北国投提供了连带责任保证，该担保不违反法律、行政法规的规定，应认定合法有效。由于汕尾中行向河北国投提供的是连带责任保证。其保证责任的有效期至借款人健通公司偿还全部款项时为止。故其保证责任的期间是依附于主债务的，并没有明确的保证责任期间。依照最高人民法院有关司法解释的规定，本案主债务诉讼时效中断，保证债务的诉讼时效亦中断。故汕尾中行应对健通公司的到期债务承担连带清偿责任。至于汕尾中行提出河北国投与健通公司恶意串通、采取欺诈手段骗取担保，应当免除保证人的保证责任的主张，因其提供健通公司用该笔借款搞房地产业务的证据，与本案不属同一法律关

系，且借款人即使未按合同约定用款，除合同有明确约定外，不是当然导致担保无效互之保证人免责的法定事由。

故对其主张应不予支持。河北国投除请求汕尾市卫生局承担相应的赔偿责任无法律依据外，其他诉讼请求应予支持。该院依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百零六条第一款和《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证约若干问题的规定》第 29 条之规定，判决：

一、汕尾市卫生局负责对健通公司的财产及债务进行清算；

二、汕尾中行对健通公司的借款本金 3050 万元及利息(合同期内利息按合同约定的利率计算，逾期利息按中国人民银行关于逾期付款的规定分段计算)承担连带责任。以上各项在判决生效后十日内履行。逾期则按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条规定办理。本案一审案件受理费 279710 元由汕尾市卫生局和汕尾中行各负担 139855 元。

汕尾中行不服河北省高级人民法院的上述民事判决，向本院提起上诉称：原审判决查明河北国投分别于 1994 年 4 月、1996 年 2 月、1997 年及 1998 年 4 月多次派人、发函、电话等方式向债务人健通

公司主张权利并认为主张该权利未超过诉讼时效。但河北国投并未能提供在 1994 年 4 月 8 日至 1998 年 4 月 8 日长达四年间引起诉讼时效中断的有效证据。河北国投于 1998 年 4 月 16 日向汕尾市工商行政管理局查询时即早已超过诉讼时效，且主债务没有经过债务人健通公司的重新确认，故河北国投早已丧失胜诉权。

原审期间，汕尾中行曾提出河北国投实际上以汕尾中行资金转贷的主张。河北国投亦承认其贷款来源于汕尾中行的借款。只是由于客观原因，汕尾中行未能提供完整的原始凭证。原审法院对此未予调查，这对汕尾中行是不公平的。原审判决认定事实不清，适用法律错误，故请求撤销原审判决主文第二项。本案二审期间，汕尾中行又提出本案应适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，因河北国投未在二年保证期间内主张权利，故汕尾中行可以免责。

河北国投答辩称：河北国投起诉时未超过诉讼时效。汕尾中行在担保书中承诺“本担保书有效期至借款人还清贵公司上述全部款项时为止”，属保证责任期限约定不明确。

由于本案担保行为发生在担保法施行以前，故

应适用《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》。根据该规定第十一条，保证责任期限约定不明确的，保证人应在被保证人承担责任的期限内承担担保责任。又根据该规定第二十九条，主债务的诉讼时效中断，保证债务的诉讼时效亦中断。河北国投多次派人、发信、打电话向健通公司和其财产保管人汕尾市卫生局催要借款本息，主债务的诉讼时效多次中断。

至 1999 年底河北国投起诉时，主债务的诉讼时效期间仍不满两年。汕尾中行作为健通公司的保证人应承担该笔贷款本息的连带清偿责任。至于河北国投从汕尾中行拆借资金一事，与本案借款担保纠纷是相互独立的两个法律关系，本案中不应涉及。原审判决认定事实清楚，适用法律正确。故请求驳回上诉，维持原判。

汕尾市卫生局答辩称：河北国投起诉时已超过诉讼时效。且我局对河北国投技贷给健通公司巨款一无所知，款项也直接汇往深圳市大成实业有限公司在深圳农行开设的帐户上。

我市是 1988 年经国务院批准从一个乡镇级基础上建立起来的地级市。我局办公地点是租借的，经费极其紧缺。健通公司具有独立法人资格。我局没

有参与该公司任何经营活动，没有分享利润，与该公司纯属一种挂靠关系。

按党中央通知要求，党政机关与所办经济实体和管理直属企业脱钩。在本案中我局没有任何过错。因此，要我局支付有关费用(含诉讼费)没有法律依据。关于我局对健通公司的清理问题。1997年12月，汕尾市工商行政管理局登报吊销健通公司的营业执照，同时注销了该企业。

我局也于同年12月发出通知，要求该公司法定代表人及财务人员将公司经营情况和财务收支及债务情况前来汇报并对其进行全面清理，但通知发出后石沉大海，该公司租借办公地点也早已人去楼空，无法联系。后我局通过各种途径通知该公司前来协助清理都不成功，清理工作难以进行。请求查明事实后，依法合理判决。

本院认为：河北国投与汕尾中行于1992年7月10日签订的合作协议，约定河北国投一次性给健通公司提供流动资金4000万元人民币，并约定了用款期限和利率等，符合借款关系的法律特征。上述协议系双方真实意思表示，且不违法，应认定其合法有效。汕尾中行为健通公司的上述借款向河北国投出具了不可撤销担保书，并承诺对上述借款承担连

带责任。上述担保书亦应认定合法有效。河北国投依约向健通公司履行了发放贷款的义务，但健通公司于贷款到期后仅通过案外人展新公司偿还了 950 万元，其余欠款本息未予偿还，其行为构成违约，应承担还本付息及罚息的民事责任。因健通公司已于 1997 年被汕尾市工商行政管理局吊销了营业执照，故其作为民事主体的资格已不存在。汕尾市卫生局作为健通公司的上级主管单位应依法对健通公司的财产进行清算并将清算情况通知债权人。原审判决汕尾市卫生局负责对健通公司的财产及债务进行清算并无不当，且汕尾市卫生局并没有提出上诉，故原审判决的上述判项应予维持。基于健通公司被吊销营业执照，其主体资格已不存在，以及汕尾中行提供连带责任保证的性质，故河北国投选择起诉保证人汕尾中行，其诉权应予保护。

汕尾中行作为保证人，其享有债务人的抗辩权。汕尾中行在本案中提出的抗辩内容主要有两项：一是认为本案主债务已超过诉讼时效；二是认为河北国投未在二年保证期间内主张权利，故汕尾中行可以免责。关于本案主债务是否超过诉讼时效问题。

一、二审查明的事实均表明，本案民事行为发

生在 1992 年 7 月 12 日，主债务履行期限届满日期为 1993 年 7 月 12 日，从 1993 年 7 月 12 日至河北国投于 1999 年 12 月 20 日向原审法院提起诉讼，在此期间，河北国投曾多次向健通公司和汕尾中行主张权利，本案主债务诉讼时效因河北国投主张权利而多次中断，至起诉之日，本案亦未超过诉讼时效。汕尾中行上诉称河北国投提起诉讼时已超过诉讼时效，与事实不符，应不予支持。

关于汕尾中行是否应承担本案民事责任，主要涉及到保证期间问题。

汕尾中行出具的不可撤销担保书中对保证期限的起止时间未作明确界定，属保证责任期限约定不明，按照最高人民法院法发(1994)8 号司法解释第 11 条之规定，汕尾中行应在主债务人健通公司承担责任的期限内承担保证责任，即汕尾中行承担保证责任的期限为自 1993 年 7 月 12 日至 1995 年 7 月 12 日，作为债权人的河北国投应在此期间内向作为保证人的汕尾中行主张权利，否则，汕尾中行不承担保证责任。本案一、二审查明的事实均表明河北国投确于 1994 年 10 月派人去汕尾向汕尾中行主张了权利，汕尾中行还向河北国投的催款人员交付一份有关案外人展新公司代为偿还本案 950 万元款项的

说明，故河北国投主张权利并未超过二年保证期间。

汕尾中行上诉称河北国投向其主张权利已超过二年保证期间，与事实不符，应不予支持。河北国投分别于1994年4月、1994年10月、1996年2月、1997年9月、1998年4月和1999年1月通过派人催款、发函等方式多次向健通公司主张权利，主债务的诉讼时效中断，故保证债务的诉讼时效亦应随之而中断，保证人汕尾中行应承担本案民事责任。至于汕尾中行上诉称河北国投实际上以汕尾中行的资金进行转贷，即本案河北国投贷给健通公司的4000万元款项系来源于河北国投向汕尾中行的相同数额拆借款，这属于另一法律关系，且汕尾中行在原审期间也未提出反诉，故在本案中不予审理。

原审判决认定事实基本清楚，适用法律并无不当。汕尾中行的上诉理由不能成立，应不予支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费279710元，由中国银行汕尾分行承担。

本判决为终审判决。

审判长付金联

审判员臧玉荣

审判员徐瑞柏

书记员夏东霞

二 一年四月二十三日

辽宁沈阳缘岛森林公园有限公司与辽宁大洼县建筑开发总公司建筑工程拖欠工程款纠纷上诉案

上诉人(原审被告)：沈阳绿岛森林公园有限公司，住所地辽宁省沈阳市苏家屯区雪松工业开发区。

法定代表人：尚兆英，总经理。

委托代理人：彭绍群，辽宁华辰律师事务所律师。

委托代理人：王伟，本溪新伟律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：大洼县建筑开发总公司，住所地辽宁省盘锦市大洼县大洼镇站前街。

法定代表人：李国才，总经理。

委托代理人：张桂杰，沈阳市涉外经济律师事务所律师北京分所律师。

委托代理人：黎薇，沈阳市涉外经济律师事务

所北京分所律师。

上诉人沈阳绿岛森林公园有限公司(以下简称绿岛公司)为与被上诉人大洼县建筑开发总公司(以下简称大洼建筑公司)建设工程合同拖欠工程款纠纷一案,不服辽宁省高级人民法院(1999)辽民初字第7号民事判决,向本院提起上诉,本院依法组成合议庭公开开庭审理了本案,绿岛公司的委托代理人彭绍群、王伟,大洼建筑公司的法定代表人李国才、委托代理人张桂杰、黎薇到庭参加诉讼,现已审理终结。

经审理查明:1996年2月28日,绿岛公司与大洼建筑公司签订《建筑工程施工合同协议条款》,约定:绿岛公司为发包方,大洼建筑公司为承包方;工程范围及内容包括体育中心、动力中心、物业管理、辅助用房、小住宅25幢约20,000平方米;工程交工验收结算后,于1996年年底前付清全部工程款(保修费除外);大洼建筑公司于工程竣工后10天提交结算报告,绿岛公司收到验收竣工报告30日内无正当理由不办理结算,从第31天起按施工企业向银行贷款的利率支付拖欠工程款的利息;工程造价暂定2,000万元,待图纸出全后,大洼建筑公司按国家92.94工程定额编制施工图预算,并报绿岛公

司批准；取费标准按工程所在地 95 年度结算费率，乙级取费（不计取跨市区所发生的费用）。还约定：工程造价管理部门公布的价格调整及政策性调整为合同价款调整条件。订立合同后，大洼建筑公司即进场施工。1996 年 12 月 30 日，讼争工程经沈阳市工程质量监督站苏家屯分站核定工程质量为优良。绿岛公司已对工程进住使用。根据大洼建筑公司提供的工程项目支出票据，绿岛公司委托辽宁工会审计事务所对工程造价进行鉴定以便结算。1996 年 11 月 30 日，辽宁工会审计事务所出具的审计结论为：编制依据定额 1992 年辽宁省建筑工程预算定额辽宁省单位估价表，1994 年全国统一装饰工程预算定额辽宁省单位估价表；工程价值为 32,407,890.29 元，审计工程款为 28,300,552 元；1998 年 3 月，大洼建筑公司法定代表人李国才在辽宁工会审计事务所作出的《工程预（结）算审计验证认定书》上签字并加盖了印鉴，绿岛公司职员在认定书上签字。

1999 年 2 月 11 日，绿岛公司与大洼建筑公司就扣款问题达成协议，内容为：大洼建筑公司施工的工程项目中，经检查发现工程质量问题和施工遗留问题。经双方共同认定属实，双方对工程出现的质量问题商定绿岛公司扣除大洼建筑公司工程施工款

150 万元。大洼建筑公司的法定代表人李国才，绿岛公司驻工地代表方远在协议上签字，未加盖印鉴。1998 年 7 月 31 日，双方当事人与本溪钢铁公司第三建筑公司（以下简称本钢三建）签订《代付料款协议》，约定：经绿岛公司调解，大洼建筑公司向本钢三建借施工材料总款价值 817,258 元，绿岛公司欠大洼建筑公司工程款，经三方协商由绿岛公司代大洼建筑公司向本钢三建支付上述款项。

1999 年 4 月 20 日，大洼建筑公司向一审法院递交的起诉状称：1996 年 12 月 15 日大洼建筑公司将工程决算报告书（包括管网报告）交于绿岛公司，但绿岛公司并未依合同约定在接到决算报告 15 天内审查批准拨款。绿岛公司应按《工程预（结）算审计验证认定书》确定的工程款、96 定额与 92 定额之间的差价款给付大洼建筑公司。

一审审理期间，一审法院委托中国建设银行辽宁省分行对工程造价鉴定，该行 1999 年 9 月 13 日出具的《建筑工程造价鉴定书》结论为按 96 定额工程总造价为 32,737,624.72 元（包括图纸误工等损失 20 万元）。一审法院还委托辽宁审计师事务所对双方当事人在施工期间（1996 年 4 月 19 日至 1999 年 9 月 23 日）往来帐、材料帐进行审计，审计机构分别

于 1999 年 9 月 23 日、12 月 21 日作出《专项审计报告》和《补充审计意见》，结论为：绿岛公司共付给大洼建筑公司工程款 19,992,602.71 元(其中包括绿岛公司以承兑汇票方式付给大洼建筑公司的工程款 500 万元)，绿岛公司为大洼建筑公司垫付电费 173,191.2 元，绿岛公司给付大洼建筑公司材料折款 5,149,165.94 元，绿岛公司代大洼建筑公司偿还大洼建筑公司借用本钢三建的材料折款 817,258 元。

扣除上述款项，绿岛公司尚欠大洼建筑公司工程款本金 6,675,406.87 元，尚欠工程款利息 3,284,094.18 元(计息时间为 1997 年 3 月 14 日至 1999 年 9 月 23 日)。绿岛公司以承兑汇票方式分四次给付大洼建筑公司工程款 500 万元，该承兑汇票为远期汇票，大洼建筑公司持承兑汇票去银行贴现，共发生贴现利息 201,433.75 元(四张承兑汇票出票目、到期日、金额及贴现日期分别为 21996 年 7 月 29 日至 1996 年 12 月 6 日，50 万元提前贴现日期为 1996 年 9 月 20 日；1996 年 9 月 3 日至 1997 年 3 月 1 日，200 万元提前贴现日期为 1996 年 9 月 4 日；1996 年 9 月 27 日至 1997 年 3 月 25 日，150 万元提前贴现日期为 1996 年 10 月 4 日 31998 年 10 月

3日至1999年3月20日,100万元提前贴现日期为1998年10月31日)。1993年1月29日建设部颁发的《建设工程施工合同管理办法》第12条规定:工程价款应以定额和相应取费标准作为指导价格,通过招标投标和双方协商合理确定合同价款,并按合同约定对价款进行适时的调整。1995年11月6日,辽宁省建设厅与中国建设银行辽宁省分行联合颁发的《关于颁发辽宁省建筑工程预算定额)、全国统一安装工程预算定额辽宁省单位估价汇总表)等的通知》中称:凡1995年12月31日以前签订合同造价包死的工程及竣工决算的工程不再调整,其余在建工程按1996年1月1日以后完成的工作量作相应调整。

一审法院审理认为,双方当事人签订的《建设工程施工合同》及双方与本钢三建签订的《代付材料款协议》为有效合同。绿岛公司未按合同约定的时间拨付工程款、工程验收后未结算,应承担违约责任。依据一审法院委托的鉴定、审计机构作出的工程造价鉴定及往来帐目审计的结论,扣除绿岛公司已付工程款及材料款,绿岛公司尚欠大洼建筑公司工程款6,675,406.87元。自1997年2月7日绿岛公司收到工程结算报告的第31日起向大洼建筑

公司支付拖欠的工程款利息。依据合同中“工程造价管理部门公布的价格调整及政策性调整”时，可对工程价款进行调整的约定，将合同约定的 92 定额调整为 96 定额。因票据贴现发生的利息 201,433.75 元由绿岛公司承担。关于 150 万元扣款因双方单位未加盖公章，绿岛公司的法定代表人未在协议上签字而不成立。据此判决：

一、绿岛公司在发生法律效力之日起 15 日内给付尚欠大洼建筑公司的工程款 6,675,406.87 元；

二、绿岛公司在判决发生法律效力之日起 15 日内给付 1997 年 3 月 14 日至 1999 年 9 月 23 日期间所欠大洼建筑公司工程款利息 3,284,094.18 元；

三、绿岛公司自判决发生法律效力之日起 15 日内给付尚欠大洼建筑公司工程款 6,675,406.87 元的利息(1999 年 9 月 24 日至本判决确定给付之日止，按中国人民银行公布的同期贷款利率计息)；

四、绿岛公司于判决发生法律效力之日起 15 日内，给付大洼建筑公司承兑汇票贴现利息 201,433.75 元；

五、驳回双方当事人的其他诉讼请求。一审案件受理费 110,857 元，由大洼建筑公司负担 55,847.55 元，由绿岛公司负担 55,009.7 元；鉴定费

40,000元,由绿岛公司负担;审计费50,000元由绿岛公司负担。

绿岛公司不服一审法院判决,向本院提起上诉称:工程决算应按合同约定的92定额履行,一审法院委托的审计、鉴定机构按96定额结算违反合同约定;大洼建筑公司在辽宁工会审计事务所作出的92定额工程决算书上签字盖章行为具有法律效力,请求二审法院予以认可。一审判决让绿岛公司支付拖欠工程款利息,缺乏法律依据,应予撤销。双方关于扣减150万元工程款的协议为有效合同,应予认定。一审判决让绿岛公司承担500万元工程款贴现利息缺乏事实和法律依据,应予撤销。大洼建筑公司承建的绿岛工程存在质量问题,其向一审法院出具的质检合格证明书来源不合法。

一、二审诉讼费用由大洼建筑公司承担。大洼建筑公司答辩请求驳回上诉、维持原判。

本院认为,绿岛公司与大洼建筑公司签订的《建筑工程施工合同协议条款》及双方当事人与本钢三建签订的《代付材料款协议》内容合法,合同当事人意思表示真实,应认定有效。

绿岛公司与大洼建筑公司在合同中约定工程造价管理部门公布的价格调整及政策性调整时可对合

同价款调整，表明本合同不属于造价包死的工程承包合同。1995年11月6日，辽宁省建设厅与中国建设银行辽宁省分行联合颁发的《关于颁发辽宁省建筑工程预算定额)、全国统一安装工程预算定额辽宁省单位估价汇总表)等的通知》规定：凡1995年12月31日以前签订合同造价包死的工程及竣工决算的工程不再调整，其余在建工程按1996年1月1日以后完成的工作量作相应调整，绿岛森林公园项目的大部分工程是在1996年1月1日以后完成的，根据上述规范性文件的规定以及合同的约定，应对工程价格作相应的调整。诉讼前双方当事人就工程造价委托辽宁工会审计事务所对工程决算进行审计，但因绿岛公司对工程质量等方面存在异议，未按审计结论付给大洼建筑公司结算工程款，因双方当事人对该审计结论存在争议，本院无法采信，而应按一审法院委托的造价鉴定机构和审计机构作出的鉴定、审计结论决算工程款。绿岛公司向大洼建筑公司支付工程款的利息按合同约定的自审计结论作出的第31天起算，一审判决认定利息起算时间缺乏事实依据，应予变更。大洼建筑公司法定代表人李国才在150万元扣款协议上签字，应认定该协议有效；一审判决以绿岛公司法定代表人未在协议上

签字、双方当事人未在协议上加盖印鉴为由否定协议效力，缺乏法律依据，本院不予认可。大洼建筑公司承建的工程已经有关部门验收合格，有验收合格证明文件为据，绿岛公司以验收证明来源不合法为由否认验收合格文件的效力，缺乏依据，本院不予支持。绿岛公司向大洼建筑公司支付工程款时，应按行业通行的可即时兑付的付款方式支付，由于绿岛公司向大洼建筑公司支付的工程款不能即时兑付，贴现所发生的利息应由绿岛公司承担。据此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第

(二)项之规定，判决如下：

一、维持辽宁省高级人民法院(1999)辽民初字第7号民事判决第一、三、四、五项；

二、撤销辽宁省高级人民法院(1999)辽民初字第7号民事判决第二项；

三、大洼建筑公司在本判决发生法律效力之日起15日内，向绿岛公司支付150万元。

一审诉讼费按一审判决执行，二审案件受理费110,857.25元由绿岛公司、大洼建筑公司各半分担。

本判决为终审判决。

审判长韩玫

审判员冯小光

代理审判员吴晓芳

书记员辛正郁

二 一年四月十一日

唐天河集资诈骗案

被告人唐天河，绰号米米，女，1960年6月11日生，汉族，湖南省东安县人，高中文化，原系株洲市石峰汽车配件公司工人，住株洲冶炼厂二区二栋309号。1999年9月3日被逮捕。现在押。

湖南省株洲市中级人民法院审理株洲市人民检察院指控被告人唐天河犯集资诈骗罪一案，于2000年8月30日以(2000)株中刑二初字第2号刑事判决，认定被告人唐天河犯集资诈骗罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产五十万元。宣判后，唐天河不服，提出上诉。湖南省高级人民法院于2000年12月25日以(2000)湘刑二终字第36号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核。现已复核终结。

经复查查明：1992年12月至1996年4月，被

告人唐天河以从事香烟购销、汽车配件批发、房地产开发等高效益投资需要大量流动资金为幌子，以月息 10%、季息 60%、年息 100%的高额利息为诱饵，采取用后笔集资款兑付前笔集资款部分本金和利息的手段，在湖南省株洲市石峰区、荷塘区、芦淞区等地，先后直接向中国人民保险公司株洲市城南支公司职员袁共芬、株洲市杉木塘百货商店营业员王亚平、被告人之姐唐晓风、湘江氮肥厂职工谭美珍、株洲玻璃厂工人何玲芳、株洲芦淞市场个体户周玉纯等 46 人集资，并通过他们向社会上更多的受骗人非法集资。为消除参与集资者的疑虑，唐天河高价购进大量香烟，低价出售给集资中介人，造成其在做大生意的假象，骗取他们的信任。

唐天河通过向上述 46 人及他们作为中介人吸引的大批外围群众共非法集资 637.2 万元。上述集资款，除归还本息 281.5 万元，小部分用于填补香烟购销亏损、赌博、个人消费以及家庭开支外，尚有 355.7 万元不能归还。

迫于高额债务的压力，唐天河于 1996 年 4 月 26 日潜逃至广州，后逃至辽宁、吉林等地，1999 年 7 月被公安机关抓获。唐天河出逃后，集资受骗群众纷纷向中介人索讨欠款，致使王亚平、谭美珍二人

与配偶离婚，唐晓凤投河自杀身亡。唐天河归案后，拒不如实交代集资款去向。

上述事实，有证人证言、书证等证据证实。被告人唐天河亦供认不讳。证据确实、充分，足以认定。

本院认为，被告人唐天河以非法占有为目的，以高额利息为诱饵，虚构资金用途，采取用后笔集资款兑付前笔集资款部分本金和利息的方法，骗取巨额集资款，其行为不仅侵犯了他人的财产所有权，而且破坏了国家的金融管理秩序，已构成集资诈骗罪。其集资诈骗数额特别巨大，给国家和人民利益造成了特别重大损失。唐天河集资诈骗后潜逃在外三年多，归案后拒不如实交代赃款去向，并造成一名受害者自杀身亡的后果，犯罪情节特别严重，应依法惩处。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。

审判程序合法。依照《中华人民共和国刑法刑事诉讼法》第一百九十九条和《最高人民法院关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第二百八十五条第(一)项的规定，裁定如下：

核准湖南省高级人民法院(2000)湘刑二终字第36号维持一审以集资诈骗罪判处被告人唐天河死

刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产五十万元的刑事裁定。本裁定送达后即发生法律效力。

审判长高贵君

审判员李祥民

代理审判员苗有水

书记员韩晋萍

二 一年五月十八日

辽宁省大连市物资开发协作总公司与河北省国际货运代理公司等联营合同纠纷上诉案

上诉人(原审原告)：大连市物资开发协作总公司。住所地：辽宁省大连市西岗区连平街34号。

法定代表人：孙天权，该公司总经理。

委托代理人：魏连成，北京市京泰律师事务所律师。

上诉人(原审被告)：河北省国际货运代理公司。住所地：河北省石家庄市水源街24号。

法定代表人：杨造堂，该公司总经理。

委托代理人：何贵才，中国国际商会河北商会法律顾问处律师。

委托代理人：董萧，中国国际商会河北商会法律顾问处律师。

被上诉人(原审被告)：河北省进出口贸易公

司。住所地：河北省石家庄市和平西路 486 号。

法定代表人：陈九逊，该公司总经理。

委托代理人：李俊杰，河北大太平洋世纪律师事务所律师。

委托代理人：陈靖，河北省进出口贸易公司干部。

上诉人大连市物资开发协作总公司(以下简称大连公司)、河北省国际货运代理公司(以下简称运代公司)为与被上诉人河北省进出口贸易公司(以下简称省外贸公司)联营合同纠纷案件，不服河北省高级人民法院(1997)冀经初字第 13 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员叶小青担任审判长，代理审判员宫邦友、刘敏参加的合议庭进行了审理，书记员孙建国担任记录。本案现已审理终结。

查明：1994 年 6 月 15 日，河北省进出口贸易公司海达分公司业务七部(以下简称业务七部)与加拿大尤里卡公司(以下简称尤里卡公司)签订了 TCL(94)008“铸造平面法兰盘”售货合同(以下简称 008 号售货合同)，约定由业务七部向尤里卡公司出售 1 万吨铸造平面法兰盘。同年 6 月 16 日，业务七部(需方)与大连公司(供方)签订了冀进出口海达字

第 7 - 601 号供需合同(以下简称 601 号合同), 约定供方应当按质、按量、按期交付 1 万吨铸造平面法兰盘; 所交付的产品质量不合格或延期交货, 遭到国外索赔, 一切损失由供方负责。还约定, 执行 25 天内, 供方负责提供 4 号、12 号、24 号样品各两件供封样检, 并负责安排外方抽检、验货事宜。该合同详细说明栏中又进一步约定: 供方负责对生产厂家签订合同、组织生产、质检管理等事项, 重大问题要向需方通报, 并取得需方与外方协商一致后可进行处理; 供方与生产厂家签订加工合同的标的不应超过每吨 7500 元; 需方负责对外签约、洽改合约、封样、验货、报关、租船、接证、改证、结汇等, 供方有权参与, 并对重大事项提出意见。双方还约定结汇委托大连市工商银行国际业务部办理, 供方受需方委托办理打包贷款、结汇等手续, 若信用证不能贷款由需方负责; 完成 008 号售货合同所需款额均有供方支付, 包括料款、货款、质保金及各种办公费用。双方确认 6 月 10 日的“出口法兰盘财务成果预测表”, 并认定完成合约实得利润后双方按 5 : 5 分成(含退税); 如供方不能按质、按量、按期交货; 需方不能及时将证开到, 及时修正, 不能与外方紧密配合解决好应由需方和外方解决的技

术、检验、验收、外贸手续问题等，由违约方向守约方赔偿合同总额 5%的违约金及由此造成的一切经济损失。

同年 6 月 15 日至 7 月 26 日，大连公司总共向尤里卡公司支付质保金 95 万元。7 月 20 日至 7 月 22 日，大连公司分别与国营五二三厂同利工业公司（以下简称五二三厂同利公司）、大连冷冻机厂进出口公司（以下简称大连冷冻机公司）、大连金州铸造总厂、大连玻璃制品厂机模配件分厂（以下简称大连玻璃分厂）、沈阳交通机械铸造厂（以下简称沈阳铸造厂）签订了加工定作合同。7 月 26 日，大连公司向沈阳铸造厂支付定金 3.75 万元，8 月 18 日和 8 月 26 日支付预付款共计 15 万元。8 月 20 日，大连公司向大连开发区五矿生产贸易公司（以下简称大连五矿公司）付购原料定金 175 万元。8 月 10 日，大连公司法定代表人孙天权与业务七部负责人薛世清书面约定：

- 1、经与尤里卡公司王玉先生商定，应立即下达生产通知书，不要等待检验结果，上海方面检验由他直接处理。

- 2、对厂家要求，一定要保证蓝图上的有关标准和尤里卡公司李先生传真中要求的达到国家 GB9439

- 88 标准。8 月 12 日，尤里卡公司委托上海黑色金属质量监督站对业务七部提供的产品进行了检验，该检验结果表明：型号为 12 号、24 号的样品不符合图纸技术要求。对此检验结果，业务七部向尤里卡公司提出了异议。8 月 27 日，业务七部与尤里卡公司签订补充协议，约定双方在认同上海市黑色金属质量监督站 943159 检验报告的基础上，认同复检。此次复检的选样一事，将由尤里卡公司派员到河北省进出口贸易公司海达分公司(以下简称海达分公司)生产地抽样，后由海达分公司负责运样的方式进行。双方认同此次检验级别为国家级的检验机构，可按 GB139439 - 88 标准认定。8 月 29 日，尤里卡公司派其工作人员李增士到大连公司所在地抽样送北京检验，业务七部、大连公司坚持按国标要求先在当地检验后，再接双方商定共同委托国家级检验机构送样、封样，双方分歧较大，李增士未抽样即返回北京。同日下午，大连公司法定代表人孙天权与业务七部负责人薛世清达成协议，约定：

一、马上由大连公司的刘孝润副总经理负责带样品去沈阳机电部重要铸件检测中心，按 GB9439 - 88 标准对样品进行检验，检验报告出来后即送样品去北京。

二、薛世清经理负责去北京与尤里卡公司就复检事宜进行洽商，原则必须是按照 1994 年 8 月 27 日双方签订的补充协议中第四条要求执行。

三、立即起草传真，就李增士主任到大连抽样的情况向尤里卡公司作以说明。当日，业务七部发传真给尤里卡公司，传真的主要内容为：我方按 GB9439 - 88 标准有关检验地点的规定，产品的检验应先在供方地检验。我方决定先送辽宁省商检局检验，然后送样到北京，双方共同委托国家级检验机构进行检验，执行 1994 年 8 月 27 日双方补充协议。尤里卡公司收到该传真件后，答复如下：1994 年 8 月 29 日，本公司派员执行工作时，却遭到了贵公司的拒绝抽样，与此同时，贵方又向本公司提出，否定原 1994 年 8 月 27 日双方认同到北京检验的约定，重新提出在(当)地进行检验的要求，对贵公司此举行为深表遗憾和不安。本公司郑重声明：本公司对于贵公司目前货物，在未进行抽样、封样、未通过认定前，本公司将不负责任。之后，业务七部多次通知尤里卡公司共同到厂抽验，尤里卡公司拒不接受邀请。9 月 8 日，业务七部传真通知尤里卡公司与其联系有关封样问题，三日未作答复，引起的交期延误，尤里卡公司负全部责任。尤里卡

公司对该传真未作出任何反映。

同年 10 月 17 日，大连公司(供方)与业务七部(需方)签订补充协议，主要约定由需方负责出面按 008 号售货合同条款要求，提请北京国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会(以下简称仲裁委)进行仲裁。仲裁期间的重大问题，包括聘请律师、提出索赔条件、出庭等事项、必须经供需双方协商一致后决定。对于双方最终的盈亏，按以下约定处理：

1、如果我方胜诉，索赔成功，所得财物扣除供方前期所垫付的各种款项后，余额双方按 5：5 分成。

2、如果我方索赔不成，遗留问题将依据 601 号合同条款，双方协商解决。11 月 10 日，业务七部(甲方)与大连公司(乙方)又签订协议书约定：

一、甲、乙双方以海达分公司名义按照 008 号售货合同条款的要求提请仲裁委进行仲裁，所需费用由乙方承担，有关仲裁的重大事宜由甲、乙双方协商办理。

二、仲裁胜诉，索赔成功，所得财物扣除乙方前期所支付的款项(含仲裁费用)后，余额由甲乙双方报 5：5 分成，海达分公司不参加分利。

三、由于甲乙双方联合经营法兰盘业务，海达分公司没有参加，所以有关法兰盘业务所引起的一切法律后果及经济损失，由甲乙双方共同承担，与海达分公司无关。

四、甲乙双方 1994 年 10 月 17 日所签订的补充协议同时失效。1994 年 12 月 11 日，海达分公司向仲裁委申请仲裁。海达分公司申请仲裁的索赔额为 3064.72 万元人民币，索赔经济损失的证据材料是由大连公司负责提供的。1995 年 7 月 7 日，仲裁委作出(95)贸仲裁字第 0305 号裁决书(以下简称 0305 号裁决书)，裁决尤里卡公司应当支付海达分公司直接损失及利息共计 258.08 万美元，折合人民币 2141 万元，其中含定金、已完成第一批货物的货款损失、货物仓储费、前期工装模具损失、违约金等，及利息损失。还裁决由大连公司垫付的 20.9236 万元人民币仲裁费由尤里卡公司承担。该仲裁律师费 19.0764 万元也由大连公司垫付。对 0305 号裁决，海达分公司未提出异议。该仲裁裁决生效五年来，海达分公司始终未申请承认和执行。

1996 年 11 月 15 日，大连公司以 601 号合同，起诉至河北省高级人民法院，要求海达分公司和省外贸公司承担不能履行合同造成的经济损失约 1595

万元及利息。其中含生产厂家已完成第一批加工法兰盘货款损失、工装模具损失、仓储费和大连公司实际支付的原料定金、担保定金、违约金、仲裁费和律师费，以及有关利息损失。

又查明：业务七部系海达分公司的业务部门，于 1994 年 2 月 1 日，发包给薛世清和北京科海精密仪器公司经营，没有领取营业执照。依据承包合同约定，薛世清和北京科海精密仪器公司以业务七部名义对外营业，经营范围以海达分公司的法定业务范围为限。合同有效期为一年。该合同于一年后自行终止。

海达分公司是由实际主办单位运代公司提请河北省外经贸厅批准挂靠在省外贸公司名下后，由省外贸公司于 1992 年 11 月 26 日向当地工商行政管理局申请设立，取名为河北省进出口贸易公司海达分公司，并领取了营业执照。其企业申请营业登记注册书上的主办单位是省外贸公司，隶属单位则是运代公司，经营方式含自营和代理进出口、加工装配及补偿贸易等。本案 008 号售货合同和 601 号合同均未超出海达分公司的法定经营范围，无需运代公司特别授权。海达分公司在挂靠期间，曾向被挂靠单位省外贸公司交纳管理费 2 万元。1997 年下半

年，经运代公司向当地工商行政管理局重新申请注册，海达分公司的主办单位登记为运代公司。2000年7月1日，运代公司向当地工商行政管理局申请注销海达分公司，并在企业申请注销登记注册书“有关部门签署意见栏”内写明：该公司自1992年12月4日起存续期间的所有债权、债务均由我单位享有、承担。2000年8月10日，该公司被工商行政管理局注销。

还查明：本案601号合同涉及的五个生产厂家首批加工的法兰盘已被全部回炉处理。就有关损失，除大连公司在一审期间实际赔付了沈阳铸造厂88.6364万元外，现没有证据证明大连公司已赔付另外四家企业。

河北省高级人民法院经审理认为，业务七部与大连公司签订的601号合同为联营合同，业务七部不具有民事主体资格，所签订的601号合同及履行该合同过程中所签订的相关的合同无效。业务七部明知自身不具有民事主体资格，仍对外签订合同，因此对造成合同无效应承担主要责任。大连公司应当知道业务七部不具有民事主体资格，却与之签订合同，因此大连公司对造成合同无效应承担相应的民事责任。大连公司在履行601号合同中，实际支

付的款项为购料定金 175 万元，质保金 95 万元，仲裁费 20.9236 万元，律师费 19.0764 万元，支付沈阳铸造厂 88.6364 万元，合计 398.6364 万元。海达分公司与大连公司按过错责任大小对此承担相应的民事责任。对尚未支付的各生产厂家(即国营五二三厂同利工业公司、大连冷冻机厂进出口公司、大连金州铸造总厂、大连玻璃制品厂机模配件分厂)的款项，海达分公司、大连公司按过错责任大小承担相应的民事责任。对执行仲裁委(95)贸仲裁字第 0305 号裁决书取得的债权，海达分公司、大连公司按承担责任的比列分别享有。业务七部系海达分公司的业务部，其民事责任应由海达分公司承担，海达分公司不能清偿的部分，由其实际开办单位运代公司承担，运代公司不能清偿的部分，由省外贸公司承担。依照最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第三个问题第

(一)项的规定，判决如下：

一、海达分公司给付大连公司款 239.18184 万元及利息(自 1996 年 11 月 15 日起按中国人民银行规定的同期贷款利率计息)，此款于本判决生效后十日内给付。

二、对尚未支付的各生产厂家(即国营五二三厂

同利工业公司、大连冷冻机厂进出口公司、大连金州铸造总厂、大连玻璃制品厂机模配件厂)的款项，海达分公司承担 60%，大连公司承担 40%。

三、上述一、二项中，海达分公司不能承担的部分，由运代公司承担。运代公司不能承担的部分，由省外贸公司承担。

四、执行贸促会仲裁委(95)贸仲裁字第 0305 裁决书取得的债权，海达分公司享有 60%，大连公司享有 40%。案件受理费 8.9760 万元，海达分公司、运代公司、省外贸公司各承担 1.7952 万元；大连公司承担 3.5904 万元。

上诉人大连公司不服河北省高级人民法院(1997)冀经初字第 13 号民事判决，向本院上诉称：601 号合同属于购销合同性质，它与海达分公司和尤里卡公司签订的 008 号售货合同是两个不同的法律关系。为海达分公司对外索赔，我公司虽与海达分公司签订过两个协议，但海达分公司申请仲裁的依据是 008 号售货合同，与我公司无关。且第二份协议(1994 年 11 月 10 日签订的协议书)内容显失公平，海达分公司存在欺诈，该协议应当认定无效。涉外仲裁胜诉至今已 5 年，海达分公司一直未进行对外索赔，现在诉讼中，海达分公司的实际主办单位运

代公司又以对外索赔未过诉讼时效为由，请求法院中止审理，显然是为拖延对本案的审理，并已实际加大了对我公司利益的损害。无奈，我公司自愿放弃对执行仲裁裁决所得的分享权。选择按 601 号合同解决双方的纷争，以尽快审结本案。601 号合同是有效合同，我方完全履行了合同义务。是海达分公司严重违约，致合同经济目的不能实现，给我方造成巨大的经济损失。原审法院认定 601 号合同及有关协议无效，判令我公司与海达分公司按 4：6 比例承担所谓联营体对外所负民事责任，并分享执行仲裁所取得的债权，是完全错误的，应予纠正。请求依法撤销原判，确认 601 号合同有效，判令海达分公司、运代公司和省外贸公司承担违约责任，赔偿给我公司造成的一切经济损失。

上诉人运代公司不服河北省高级人民法院(1997)冀经初字第 13 号民事判决，向本院上诉称：008 号售货合同与 601 号合同是紧密连系的。601 号合同具有代理合同性质，是海达分公司与大连公司为共同履行 008 号合同而签订的，是有效合同。原审法院认定 601 号合同无效，是没有法律根据的。601 号合同不能履行，责任完全在尤里卡公司，当事人对此并无争议。对 601 号合同的善后事宜，海达分公司

与大连公司曾于 1994 年 11 月 10 日达成的协议书中明确约定，通过仲裁方式解决合同不能履行的有关问题。该协议的签订，取代了 601 号合同，它是约束当事人双方的一份新契约。仲裁胜诉后，现仲裁裁决仍在有效执行期限内，而本案的处理与该仲裁的执行存在因果关系，故依据民事诉讼法有关规定，应中止本案的审理，待仲裁裁决的执行有结果后再行审理。大连公司在二审中声明放弃分享执行仲裁所得的权利，二审法院不应予以支持。否则，将违反民事诉讼法的有关规定。大连公司提出的经济损失与实际不符，应以大连公司的实际支出确认本案的损失额。海达分公司系我公司的分支机构，已于 2000 年 8 月被当地工商行政管理局注销。其在本案中的所有权利和义务均由我公司承担。原判事实不清，适用法律不当，请求依法改判。

被上诉人省外贸公司答辩称：海达分公司是运代公司借用我公司的名称设立的，其人、财、物均隶属运代公司。在海达分公司挂靠我公司期间，我公司仅向海达分公司收取了 2 万元的管理费。1997 年下半年，海达分公司经工商行政管立局重新注册登记，其主办单位已恢复为实际开办单位运代公司。2000 年 7 月，运代公司向当地工商行政管理局

申请注销海达分公司时明确承诺，该公司自 1992 年 12 月 4 日起存续期间的所有债权、债务均由其享有、承担。因此，海达分公司的债务，应由海达乡公司的实际开办单位和责任承担者运代公司承担。本案与我公司无关。本院认为，本案所涉 601 号合同属于合同型联营，原审法院确认 601 号合同为联营合同性质，定性基本准确。业务七部系海达分公司以承包方式交由承包人薛世清和北京科海精密仪器公司经营的部门，其经营范围是以海达分公司的法定业务范围为限。

本案 601 号合同涉及的加工法兰盘业务，没有超出海达分公司的经营范围，也无需其上级即实际开办单位运代公司特别授权。故原审法院以业务七部不具有民事主体资格为由，认定 601 号合同无效，显属不当，应当予以纠正。601 号合同内容并不违反法律禁止性规定，是当事人双方真实意思表示，应当确认该合同有效。业务七部与大连公司于 1994 年 10 月 17 日签订的补充协议，是当事人双方真实意思表示，并在申请涉外仲裁中得到实施。

因此，该补充协议也应当为确认有效。而双方于当年 11 月 10 日签订的协议，因有证据证明大连公司是在违背其真实意愿的情况下签订的，且该协

议内容明显不公，故应当确认该协议无效。0305 号裁决书生效五年来，海达分公司始终未向有关仲裁裁决执行机构申请执行该仲裁裁决，致大连公司背负巨额债务，濒临破产。海达分公司的不作为，违背了诚实信用原则，损害了大连公司的合法权益。尽管现该仲裁裁决仍未超过申请执行时效期限，但大连公司为使本案能及时审理，自愿放弃依 94 年 10 月 17 日补充协议所取得的分享权，选择依照 601 号合同解决双方纷争，并不损害海达分公司的利益，故本院予以支持。为履行 601 号合同，大连公司实际支付原料定金 175 万元和质保金 95 万元，垫付仲裁费和律师费 40 万元，还赔付沈阳铸造厂 88.6364 万元，共计 398.6364 万元。由于 601 号合同不能履行，造成五家生产企业加工的首批法兰盘被全部回炉处理。

就该项损失，除沈阳铸造厂已得到大连公司实际赔付外，另外四家生产企业均未得到赔偿。鉴于大连公司与四家生产企业间的合同法律关系与本案不是同一法律关系，且大连公司至今尚未实际赔付，故对大连公司就该项经济损失提出的索赔主张，本院不予支持。大连公司提出的海达分公司应承担合同总额 5%违约金即 365 万元的诉讼请求，根

据当时合同法律及本院有关司法解释的精神，违约金与赔偿金不能同时并处，本院确认以实际发生的经济损失 398.6364 万元作为本案海达分公司应承担的赔偿额。在履行 601 号合同中，海达分公司未能及时开证、修证，及与外方紧密配合解决好应与其与外方解决的检验问题、验收问题等工作，构成根本违约。海达分公司应当承担合同不能履行的民事责任。

海达分公司现已被注销，海达分公司的债务，应由其实际开办单位及债务承担者运代公司承担。省外贸公司作为海达分公司的被挂靠单位，应当在所收取的 2 万元挂靠费范围内承担民事责任。

本院依据《中华人民共和国民法通则》第五十三条、第一百一十二条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项，及本院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第九条第(二)款第 3 项规定，判决如下：

一、撤销河北省高级人民法院(1997)冀经初字第 13 号民事判决主文。

二、运代公司自本判决生效后十日内给付大连公司 396.6364 万元及其利息(利息自 1996 年 11 月 15 日起至实际支付之日止按中国人民银行规定的同

期贷款利率计算)。逾期给付,按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条规定办理。

三、省外贸公司自本判决生效后十日内给付大连公司 2 万元及其利息(利息自 1996 年 11 月 15 日起至实际支付之日止按中国人民银行规定的同期贷款利率计算)。逾期给付,按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条规定办理。

一审案件受理费 8.9760 万元和二审案件受理费 8.9760 万元,均由运代公司承担(已预交二审案件受理费)。大连公司已预交的一、二审案件受理费共计 17.9752 万元,应退还给大连公司。

本判决为终审判决。

审判长叶小青

代理审判员宫邦友

代理审判员刘敏

书记员孙建国

二 一年四月十八日

安徽省小小科技实业有限公司与安徽省绩溪县轻工链条厂等侵犯商业秘密纠纷上诉案

上诉人(原审原告):安徽省小小科技实业有限公司,住所地:安徽省绩溪县洪上塘 163 号。

法定代表人:许道益,该公司董事长。

委托代理人：张启富，北京市华地律师事务所律师。

委托代理人：高光伟，北京灵达知识产权咨询有限公司经理。

被上诉人(原审被告)：安徽省绩溪县轻工链条厂，住所地：安徽省绩溪县华阳东路 16 号。

法定代表人：方伟中，该厂厂长。

委托代理人：马青，安徽天润律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：张可飞(张可辉)，男，1974 年 1 月 7 日出生，住址：安徽省绩溪县华阳镇戴家山 7 号。

被上诉人(原审被告)：冯成洲，男，1959 年 7 月 18 日出生，住址：安徽省绩溪县浩寨乡浩寨村。

上诉人安徽省小小科技实业有限责任公司(以下简称小小科技公司)因与被上诉人安徽省绩溪县轻工链条厂(以下简称链条厂)、张可飞、冯成洲侵犯商业秘密纠纷一案，不服安徽省高级人民法院(1999)皖知初字第 002 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员罗东川担任审判长、代理审判员王永昌、段立红参加的合议庭，代理审判员夏君丽担任记录，公开开庭审理了本案。上诉人小小科

技公司的法定代表人许道益及其委托代理人张启富、高光伟，被上诉人链条厂的法定代表人方伟中及其委托代理人马青，被上诉人张可飞、冯成洲到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：小小科技公司于 1998 年开始生产链条套筒，并于同年 9 月 15 日将“卷制链条套筒系列模具及勒圆模的上钉座、磷化程序加温箱等加工工艺”向绩溪县保密局申报商业秘密备案，其中用于冲压设备的连续模具于 1999 年 5 月 31 日向国家专利局申请实用新型专利。张可飞、冯成洲原系小小科技公司聘用人员。1998 年 6 月 6 日，张可飞与小小科技公司签订《合同议约》一份，约定：乙方(张可辉)要有爱厂如家的思想，视厂方利益为本人利益，对甲方(小小科技公司)某些特殊技术负有保密责任；乙方须缴纳押金 500 元，三年期满退还；乙方在应聘期内必须保守公司生产业务用的一切技术资料，不得外借、外传或转让，否则将承担法律责任等。1999 年 11 月 15 日，张可飞又与链条厂签订了劳动合同书。1999 年 2 月，冯成洲到链条厂工作。

该院另查明：1998 年 7 月 26 日，链条厂从安徽飞彩黄山链条传动有限公司购置 28A 卷管模具一

副，后于 1999 年 2 月份开始生产链条套筒。小小科技公司发现后，即找张可飞了解情况，同年 2 月 27 日，张可飞在写给小小科技公司的“请公司领导给予谅解说明”中称：“我利用对工艺技术方面工作之便，提供给链条厂一些技术资料，目前已收回我提供的全部原件，但我无法保证链条厂是否保留了复印件。”为此，小小科技公司于同年 3 月 1 日致函链条厂称：“

一、着即送回经张可飞之手盗入你厂的属本公司所有的全部技术资料及其复印件。

二、本公司目前生产链条套筒的模具，是本公司的法定代表人许道益设计，具有新颖性、创造性实用性，在全国独一无二，因此属于专有技术。没有本公司的技术资料，不可能加工出与本公司在结构原理上完全一致的链条套筒模具。本公司并不反对你厂生产与本公司同一型号的链条套筒，但本公司有权制止你厂用本公司的技术资料加工成的在结构原理上与本公司完全一致的模具生产链条套筒，请你厂收到本声明后即行拆卸并销毁与本公司在结构原理上完全一致的模具，否则，本公司将通过法律来保护自身的工业产权。”同年 12 月 10 日，小小科技公司以链条厂、张可飞、冯成洲侵犯其链条套

筒模具及工艺技术和客户名单等商业秘密为由，向原审法院提起诉讼，请求判令三被告立即停止侵害其商业秘密的行为，链条厂返还以不正当手段获取的链条套筒模具的图纸资料，销毁侵权模具；赔偿经济损失 500 万元，由三被告承担连带赔偿责任；三被告公开赔礼道歉，承担本案全部诉讼费用。

原审法院审理期间，曾就小小科技公司所主张的链条套筒模具技术是否在国内公开使用过或者为公众所知及该模具图或与链条厂使用的模具图纸是否相同等专业技术问题，委托吉林工业大学链传动研究所进行技术鉴定。该所鉴定认为：

1、套筒作为尺寸较小而结构简单的圆管形件，当生产批量较大时，通常采用冲压工艺中常用的成形方法与模具制造。原告的套筒卷制模具及工艺冲压行业已有技术及链条行业现有技术，主要结构与关键工序相同或相仿，个别具体结构或工序上的差别也没有技术或性能上的显著进步，因而不能认定为专有技术；

2、原、被告提供的图纸所能生产的套筒规格不同，使用的套筒卷制模具，其成形原理与工位数相同，部分工位的成形方法和结构形式不同，由此可以认为原、被告的套筒卷制模具图纸并不完全相

同，因而不能认定被告模具是按原告图纸制造的。

原审法院认为，商业秘密应属不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。小小科技公司生产链条套筒的技术经鉴定部门鉴定属行业已有技术，而非专有技术，且小小科技公司与链条厂套筒卷制模具图纸并不完全相同，链条厂模具不是按小小科技公司图纸制造的，因此，不能认定链条厂侵犯了小小科技公司的技术秘密。小小科技公司主张链条厂和冯成洲侵犯了其经营信息，缺乏证据证明，该院不予采信。据此，该院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条第三款之规定，判决：驳回小小科技公司的诉讼请求。一审案件受理费 35010 元，保全费 5520 元，技术鉴定费 16000 元，由小小科技公司负担。

小小科技公司不服原审法院的上述判决，向本院提起上诉称：

1、本案涉及本公司的商业秘密包括两个方面：一是技术信息，二是经营信息。本公司的技术信息为四工位组合模具或叫一种用于冲压设备的连续模具，其技术内容为：该技术应用于各种标准和非标

准中大规格链条套筒的生产，四工位按先后顺序依次为：剪切（平口切断）、预弯（成波浪形）、包圆、成形。该技术的显著进步表现在：使产品质量提高，吻合好；加工板材厚度加大，从原来的 1mm 提高到 6mm；采用方便拆卸内芯的框式固定结构，不用换整体模具，提高了工作效率；加入了磷化工艺，解决了表面拉痕问题；将冲压压力按时序分解四工位受力时间差，解决了冲压的同时受力问题，降低冲压吨位，减少成本。本公司的经营信息为冯成洲带走的浙江诸暨金盾链条厂（实为浙江诸暨金盾链条制造有限公司）等 7 家本公司大规格链条套筒的客户名单。本公司对上述技术及经营信息均采取了保密措施，应依法受到保护。

2、《鉴定意见》不能采信。理由是：

(1)原审法院委托鉴定的专业技术问题是本公司的技术“是否为公知技术”，而《鉴定意见》则以“不能认定为专有技术”作为鉴定结论，显然无法否定本公司的技术信息为商业秘密；

(2)本公司模具的技术创新恰恰在于其整体结构所发挥出的技术优势，鉴定单位依照其提供的 7 份参考文献进行鉴定，并将本公司的模具拆解得面目全非，然后从中找出某一零部件的基本成形原理或

基本结构原理与某文献中的某部分进行对照，略有相似便武断得出本公司的整体模具为公有技术的结论，缺乏科学和事实依据，其鉴定结论不能成立；

(3)仅凭 7 份参考文献作为鉴定依据，得不出本公司的技术是公知技术的结论。7 份参考文献无一涉及链条套筒的卷制，且均为设想和简单介绍；文献 1、2、3 极其简单地介绍了圆环成形的基本原理及过程；文献 4 乃信手画出的草图，不足为信；文献 6 所述均为其他领域的模具；文献 5 和 6 所介绍的模具工位功能、结构原理、主要特点、质量效果，与本公司的完全不同，且文献中的模具只能卷制壁厚在 1mm 以下的圆环件，本公司的模具可卷制壁厚在 1~6mm 的链条套筒；文献 7 所述的斜楔推件器，适用于弯小型及中型形件的弯曲模，本公司已将其改进后用于 形件，即链条套筒的卷制；

(4)鉴定所用链条厂的图纸不是法庭上质证过的图纸。《鉴定意见》在分析了链条厂的图纸与本公司的图纸“成形原理和工位数相同”后，反而说“不能认定被告模具是按原告图纸制造的”，其结论与事实分析相矛盾；

(5)《鉴定意见的说明》已表明本公司与链条厂的模具在“第三道工序凸凹模设在下模上”是相同

的，但又以主视图与剖视图作图方法的区别称二者结构形式不同。

为此，请求本院依法撤销原审判决，支持上诉人在一审中提出的诉讼请求，三被上诉人承担本案上诉费用。

链条厂答辩称：

1、上诉人的一次成形四工位组合模具技术不具有秘密性、价值性、保密性三个特征。

首先，链条套筒产品采用筒卷制技术，在国内外已有多年研究与运用的历史，并曾多次在行业培训班及教材上作过相关技术介绍，如江苏省武进链条厂现有的卷制模具主要工艺过程就是切断、预弯曲、卷圆、整形等，卷管模具为通用的多工位模具。将上诉人的套筒卷制模具与链条行业有关企业的卷制模具相比，其四工位弯曲成形模具无论是整体模具结构形式，还是各工位的结构形式、成形方法以及关键工序过程和其他结构形式，均与链条行业现有技术没有实质性的差别，属于公众所周知的公有技术。

关于这一点，也为吉林工业大学链传动研究所的鉴定结论所证实。

其次，上诉人原是一家生产家具、通用机械等

产品的公司，1996 年才开始开发研制和生产链条配件产品，并连续三年亏损，故该项技术并无价值性。

第三，上诉人对其技术没有采取严格的保密措施。上诉人与其聘用的员工没有正式签订过技术保密协议，上诉人与张可飞在劳动合同中虽补充增加了一些保密方面的内容，但并没有注明所要保密的是哪项技术。工厂没有大门，没有警卫，厂区和车间可以任意出人。

2、答辩人没有采用不正当手段获取上诉人的技术秘密和经营信息。答辩人现在所使用的链条套筒模具，是答辩人在安徽省飞彩黄山链传动有限公司 1997 年 10 月提供的一套原中国链条厂的卷圆模具图纸和 1998 年从上海离合器链条厂引进一副 28A 套筒卷制模具的基础土，于 1998 年 7 月下旬委托安徽省飞彩黄山链传动有限公司副总工程师江绩生等 4 人自行研制改进而成的，并非使用上诉人的技术图纸。《鉴定意见》也证实答辩人的套筒卷制模具图纸与上诉人的图纸不同，答辩人的模具不是按照上诉人的图纸制造的。答辩人是生产链索配套件的专业厂家，与客户已形成了固定的供销关系。答辩人研制生产的链条套筒产品基本上都是向原有的客户供

应。冯成洲来答辩人处前虽是上诉人从事销售工作的业务员，但冯成洲最初是答辩人的销售人员，上诉人的很多客户都是冯成洲从答辩人处带过去的，答辩人还积极帮助上诉人介绍客户。因此，答辩人也没有采取不正当手段获取上诉人的经营信息。

3、原审法院委托吉林工业大学链传动研究所所作的《鉴定意见》是合法有效、客观公正的。首先，委托鉴定程序合法。鉴定单位是双方当事人共同推荐的机构，并经原审法院咨询国家专利局后才予认可；其次，鉴定内容和结论客观公正。请求本院驳回上诉人的上诉，维持原判决。

张可飞答辩称：小小科技公司诉本人将其链条套筒模具图纸偷给链条厂，不符合事实。《补充协议》和“谅解说明”是在小小科技公司胁迫下签订的，不能采信。

冯成洲答辩称：答辩人与被答辩人不存在聘用关系，答辩人离开被答辩人是当面辞别，不存在不辞而别问题，也没有承包大规格套筒的生产和销售。答辩人从1992年即开始从事链条配件销售，被答辩人称答辩人将其客户带走，挤占市场，缺乏事实依据。

本院经审理查明：原审判决认定的事实基本属

实。

另查明：小小科技公司在一审期间所主张的套筒卷制模具的技术秘密的内容为：

(1)一次成形的四工位组合模具，四工位按先后顺序依次为：剪切(平口切断)、预弯、包圆、成形；

(2)采用平口切料，预弯成波浪形后再卷圆；

(

3)采用弹簧斜楔送料机构；

(4)特殊的三道包圆方法，即第三道工序的凸、凹模设置在下模上以及以弹簧与斜楔机构实现零件的推送等；

(5)凸、凹模采用可换式结构。小小科技公司在一审期间没有主张磷化工艺为其技术秘密，也没有提供磷化工艺技术秘密的载体和具体内容。

二审庭审中，小小科技公司进一步将其技术秘密概括为以下六个方面的内容：

(1)自创可换式固定框四工位整体模具及其工艺，即：首创将链条套筒的四道工序(平口切断、预弯、包圆、成形)及相关配套工序于一体；模具内腔可置换性；模具内腔可重复利用。

(2)首创将四道工序弯小圆的弯曲方法运用(专

用)于链条所用套筒的卷制。

(3)首创运用上述技术要点

(2)的工艺及进出料模的组合结构。

(4)首创内腔模的置换方法及其设计。

(5)首创在套筒加工工艺中引入磷化工艺。

(6)首创将上述五项技术要点作为一整套套筒加工工艺予以运用。

原审法院为查明小小科技公司所主张的上述五项技术是否为其技术秘密以及链条广使用的套筒卷制模具图纸与小小科技公司的图纸是否相同，曾委托吉林工业大学链传动研究所进行技术鉴定。该所接受委托后，即组织由该所副研究员金昌、兰宏和副教授杨刚三名本领域的专业技术人员组成的鉴定小组进行鉴定。

鉴定小组成员对双方的模具实物进行了现场观察，并走访了其他多家链条企业，于2000年6月6日出具了《鉴定意见》及其附件《鉴定意见的说明》。同年6月23日，原审法院公开开庭对上述《鉴定意见》进行质证，鉴定单位吉林工业大学链传动研究所指派鉴定人员金昌副研究员到庭接受询问，回答有关问题。针对小小科技公司对《鉴定意见》提出的书面异议，鉴定单位又于同年7月15日

向原审法院提供了《对安徽省小小科技实业有限责任公司异议书的回复意见》。

此后，原审法院再次公开开庭予以质证。综合鉴定单位提供的上述材料及庭审笔录，鉴定人员对小小科技公司所主张的前述五项技术是否为公知技术的评价是：

(1)关于一次成形的四工位模具，四工位先后顺序依次为剪切(平口切断)、预弯、包圆、成形。鉴定人员认为，关于剪切(平口切断)、预弯、包圆、成形四工位技术，在《冷压冲模结构图册》(1981年第四机械工业部标准化研究所编写)、《压力加工手册》(1975年日本塑料加工学会编，汪国屏等人译，1984年10月机械工业出版社出版)、《冷压冲模设计》(第四机械工业部标准化研究所编，1981年3月第五版)、《链条冲压工艺及模具设计》(全国链条行业技术短训班教材，1984年机械工业部基础件工业局等编)等公开出版物中分别有记载。我国链条行业有关企业在80年代就开始采用卷制技术生产中、大规格套筒零件，模具整体结构为多工位弯曲成形模，工位数为4，分别是凿切(斩刃)、切断、弯圆、整形。江苏武进链条厂现有的卷管模具，其主要的工艺过程则为切断、预弯曲、卷圆、整形多工位模

具。

小小科技公司所使用的四工位模具为冲压行业里的常用结构，其关键工序过程和模具主要结构与链条行业现有技术没有实质性差别。

(2)关于采用平口切料，预弯成波浪形后再卷圆。鉴定人员认为，《冷压冲模结构图册》第106页所记载的切断卷圆模件号11切断凸模和件号16切料刀，即为平刃口切刀。《压力加工手册》第295页图3.30a)、《冷压冲模设计》第186页图2-62(a)、《链条冲压工艺及模具设计》第3—38页图3—30a)介绍了预弯波浪形和凸、凹模主要结构形式。

(3)关于采用弹簧斜楔送料机构。鉴定人员认为，《冷压手册》(〔苏联〕B. II. 罗曼诺夫斯基著，迟家骏译，1965年4月中国工业出版社出版)第509页表227中第4项记载了此项技术。

(4)关于特殊的三道包圆方法，即第三道工序的凸、凹模设置在下模上以及以弹簧与斜楔机构实现零件的推送等。鉴定人员认为，该项技术在《冲模设计手册(模具手册之四)》。

(5)关于凸、凹模采用可换式结构。鉴定人员认为，该项技术在《冲模设计手册(模具手册之四)》第470页有记载。

综上，鉴定人员一致认为，小小科技公司的套筒卷制模具及工艺与冲压行业已有技术及链条厅业现有技术，主要结构与关键工序相同或相仿。

关于链条厂的套筒卷制模具图纸与小小科技公司的图纸是否相同问题。鉴定人员认为，从所提供的图纸情况看，双方的图纸不是同一规格套筒的生产用模具图纸，并且上诉人只有装配示意图和部分零件图，并不能直接用于模具的生产；结合对生产现场的观察，还可知双方之间的图纸及模具有显著差异。其中，双方图纸主要相同之处为：

- (1)切断上、下模为平刃口；
- (2)第二道工序送件机构为弹簧斜楔机构；
- (3)第三道工序凸、凹模设在下模上；
- (4)第四道工序为整形；
- (5)凸、凹模装配时为可换式结构；
- (6)整体模具为四工位套筒卷制模。

主要不同之处为：

(1)第二道工序成形方法及凸、凹模形状不同，前者预弯成直角状，后者预弯成波浪形；

(

2)送料板形状不同，前者为送料舌。后者为送料脚；

(
3)推件板结构、安装部位不同；

(
4)第三道工序的结构形式不同等。

综上，鉴定人员的意见为：双方提供的图纸所能生产的套筒规格不同，使用的套筒卷制模具，其成形原理与工位数相同，部分工位的成形方法和结构形式不同。

由此可以认为双方的套筒卷制模具图纸并不完全相同，因而不能认定链条厂模具是按小小科技公司的图纸制造的。

还查明：链条厂自 1998 年 7 月下旬左右，决定试制投产大规格卷制套筒，为此，该厂于 1998 年 7 月 26 日从上海离合器总厂链条总购置 28A 卷管模具一副，并邀请安徽省飞彩黄山链传动有限公司技术人员江绩生、汪兴豪、吴佑俊、王永忠为套筒模具设计顾问，在 28A 卷管模具的基础上，于 1998 年 9 月中旬试立调试成功。

本节事实，有上海离合器总厂链条厂 1998 年 7 月 26 日开具的发票以及该厂 2000 年 1 月 10 日出具的证明、江绩生等 4 人于 2000 年 1 月 10 日出具的《关于绩溪县轻工链条厂大规格套筒卷制模具的制

造过程的说明》、链条厂 1998 年 9 月 12 日向江绩生等 4 人支付的 7500 元设计顾问费登记表等证据为证。原审法院认定链条厂从安徽省飞彩黄山链传动有限公司购置 28A 卷管模具一副有误。

再查明：链条厂针对小小科技公司认为浙江诸暨金盾链条制造有限公司等 7 家客户名单为其经营秘密的主张，于一审期间，曾向原审法院提供杭州东华链条总厂、安徽省飞彩黄山链传动有限公司等厂家出具的证明，证明链条厂与上述厂家早已建立了业务联系。

二审期间，链条厂又向本院提供了湖州双狮链传动有限公司出具的证明，证明链条厂向该厂供应链条套筒早于小小科技公司。

此外，链条厂还向本院提供了由该厂的委托代理人向苏州环球链传动有限公司民安分厂、浙江诸暨金盾链条制造有限公司、浙江诸暨链条总厂、诸暨市特种链条厂等厂家的有关人员所作的调查笔录，有的证明与链条厂早已建立了业务联系，有的证明他们与链条厂发生套筒供货关系，并非因为冯成洲个人原因，而是企业自己的选择。小小科技公司对上述证据未提出异议。

又查明：原审被告张可辉，其身份证上记载的

姓名为张可飞，但事实上以张可辉的名义从事活动，故本院按照其身份证记载的姓名予以更正。

本院认为：本案的争议焦点是小小科技公司的商业秘密是否存在，而认定的关键在于原审法院委托有关机构所作鉴定能否采信。原审法院就本案所涉及的小小科技公司生产链条套筒的技术是否在国内公开使用过或者为公众所知以及该公司与链条厂所使用的图纸是否相同等两个专业技术问题，委托吉林工业大学链传动研究所组织有关专业技术人员进行技术鉴定，是经过双方当事人协商同意的。

鉴定单位作出《鉴定意见》后，原审法院公开开庭对该《鉴定意见》予以质证。鉴定单位指派鉴定小组成员金昌副研究员到庭接受了询问，并于庭后又针对小小科技公司对鉴定意见所提出的异议进行了书面答复，原审法院并再次开庭进行质证。因此，无论原审法院，还是鉴定单位和参加鉴定的专业技术人员，对于本案的鉴定都是持慎重、认真和负责的态度。综合鉴定单位出具的《鉴定意见》及其附件《鉴定意见的说明》、《对安徽省小小科技实业有限责任公司异议书的回复意见》以及鉴定小组成员金昌副研究员在一审庭审中就有关鉴定问题所作的陈述来看，鉴定人员通过对公开文献和国内套

筒卷制模具技术现状的分析，以及通过对小小科技公司的模具图纸与链条厂的模具图纸进行对比分析，而得出的小小科技公司所主张的一次成形的四工位模具等 5 项技术内容与冲压行业已有技术及链条行业现有技术相比，其主要结构与关键工序相同或相仿及双方的套筒卷制模具图纸并不完全相同的结论，因此不能认定链条厂的模具是按小小科技公司的图纸制造。

该鉴定意见与小小科技公司所主张的上述技术为其技术秘密，以及链条厂使南了其技术秘密的观点相比，其依据和论证的理由更加充分和翔实。因此，制作《鉴定意见》程序合法，鉴定内容基本正确，应当予以采信。

小小科技公司上诉称《鉴定意见》存在缺乏科学和事实依据等五个方面的问题，明显不足以推翻《鉴定意见》的结论，其认为该《鉴定意见》不能作为证据采信的上诉理由，本院不予采纳。当然，该《鉴定意见》有其不足之处，如《鉴定意见》中出现了“不能认定为专有技术”字样。

首先，该结论超出了原审法院委托的范围，而且含义不明；

其次，如果这里使用的“专有技术”是指技术

秘密，也应由人民法院查清事实后运用司法程序予以认定，而不应由专业技术人员认定。

但这一不足之处，并不如小小科技公司在上诉理由中所说，《鉴定意见》没有否定该公司的技术信息为商业秘密。

事实上，《鉴定意见》认为小小科技公司的套筒卷制模具与工艺技术与冲压行业已有技术及链条行业现有技术主要结构与关键工序相同或相仿，即已说明其上述技术已成为公知公用技术，《鉴定意见的说明》也进一步阐明了这一观点。

该说明明确称小小科技公司使用的四工位模具，其关键工序过程和模具主要结构与链条行业现有技术没有实质性差别，“可看作为现行公众所知技术的一种”。

因此，这一不足之处，并不影响鉴定意见在总体上的正确性。

根据《鉴定意见》关于“不能认定被告模具是按原告图纸制造的”意见，并结合链条厂所举的有关其自行开发研制套筒卷制模具的证据，该厂辩称其套筒卷制模具是由其自行开发研制的，有其一定的事实依据。

小小科技公司仅凭张可飞在《请公司领导给予

谅解说明》中所称“我利用对工艺技术方面工作之便，提供给链条厂一些技术资料”，即认为链条厂采用不正当手段获取并使用了其套筒卷制模具技术，证据尚显不足。首先，张可飞在该谅解说明中并未言明其向链条厂提供了什么技术资料，小小科技公司也未能举证明张可飞向链条厂提供了什么技术资料。

其次，从《鉴定意见》及其说听以及相关证据看，也印证了链条厂没有使用小小科技公司的技术资料。《鉴定意见》及其说明清楚地表明，小小科技公司的套筒卷制模具图纸与链条厂的图纸不是同一规格套筒的生产用模具图纸，小小科技公司的套筒卷制模具图纸只是装配示意图和部分零件图，并不能直接用于模具的生产，且二者之间存在“显著差异”。而链条厂却提供了该厂使用的套筒卷制模具是由其自行开发研制的相应证据。

鉴于小小科技公司所主张的一次成形的四工位模具等5项技术内容，已经成为公知公用技术，链条厂的套筒卷制模具由该厂自行开发研制而成，因此，小小科技公司指控链厂、张可飞侵犯其套筒卷制：模具技术秘密的上诉请求，缺乏事实依据，本院不予支持。

小小科技公司在二审中还主张磷化工艺为其技术秘密，链条厂采用不正当手段获取并使用了该项技术秘密，请求本院予以保护，但该公司并没有提出该项技术秘密的载体和具体内容。

由于该项请求是小小科技公司在二审程序中增加的独立的诉讼请求，且在方当事人又未能就该项诉讼请求自愿进行调解，按照本院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 184 条之规定，小小科技公司可以另行起诉，本院不予处理。

在小小科技公司向浙江诸暨金盾链条制造有限公司等 7 家链条制造企业供应套筒产品前，链条厂作为生产链条配套件的专业厂家，早已与其中的大部分企业建立了业务联系，形成配套关系，与其中的个别企业发生业务联系虽晚于小小科技公司，但并非因为冯成洲的缘故，而是客户的自愿选择。

因此，小小科技公司以上述 7 家客户名单为其经营秘密为由，指控冯成洲将这些客户名单带到链条厂，链条厂采用不正当手段获取并使用这些客户名单，侵犯其经营秘密的上诉理由，缺乏证据佐证，本院亦不予支持。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律

正确，应依法予以维持；小小科技公司的上诉理由不能成立，应依法予以驳回；链条厂、张可飞、冯成洲的答辩理由成立，应依法予以支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判决。

本案二审案件受理费 35010 元，由小小科技公司负担。

本判决为终审判决。

审判长罗东川

代理审判员王永昌

代理审判员段立红

书记员夏君丽(代)

二 一 年四月四日

中国钢铁工贸集团公司、中国冶金进出口
哈尔滨公司与中国银行哈尔滨动力支行借款
合同纠纷上诉案

上诉人(原审被告)：中国钢铁工贸集团公司。
住所地：北京市西长安街乙 17 号。

法定代表人：翁宇庆，该公司董事长。

委托代理人：宋学成，北京市共和律师事务所律师。

上诉人(原审被告)：中国冶金进出口哈尔滨公司。住所地：黑龙江省哈尔滨市南岗区文瑞街 4 号。

法定代表人：杨学文，该公司总经理。

委托代理人：栾红，该公司职员。

委托代理人：惠铁男，中国钢铁工贸集团公司法规处处长。

被上诉人(原审原告)：中国银行哈尔滨动力支行。住所地：黑龙江省哈尔滨市动力区民生路 196 号。

负责人：刘滨，该行行长。

委托代理人：郭庆涛，该行职员。

委托代理人：李会武，黑龙江省仁大律师事务所律师。

上诉人中国钢铁工贸集团公司、中国冶金进出口哈尔滨公司为与被上诉人中国银行哈尔滨动力支行借款合同纠纷一案，不服黑龙江省高级人民法院(1999)黑经初字第 61 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员宋晓明担任审判长，审判员周帆、于松波组成的合议庭进行了审理，书记员夏东霞担任记录。本案现已审理终结。

查明：1995 年 10 月 11 日至 1996 年 3 月 26 日。

中国冶金进出口哈尔滨公司(以下简称冶金公司)向中国银行哈尔滨动力支行(以下简称动力中行)先后提出了五份《出口信用证项下打包放款申请书》，动力中行据此先后为冶金公司办理了五笔出口信用证项下打包放款，总计金额 172 万美元。具体情况是：1995 年 10 月 11 日第一次放款 48 万美元，月利率 7‰，还款期限 1995 年 11 月 2 日；1995 年 11 月 8 日第二次放款 36 万美元，月利率 7‰，还款期限 1995 年 11 月 20 日；1996 年 3 月 12 日第三次放款 12 万美元，月利率 7‰，还款期限 1996 年 4 月 5 日；1996 年 3 月 20 日第四次放款 6 万美元，月利率 7‰，还款期限 1996 年 5 月 25 日；1996 年 3 月 26 日第五次放款 70 万美元，月利率 7‰，还款期限 1996 年 4 月 26 日。动力中行向冶金公司放款时，均按当日汇率将美元分别折为人民币 3981984 元、2986776 元、996756 元、498780 元、5820430 元后，分五次划至冶金公司在该行开立的人民币帐户内。

1997 年 4 月 8 日，中国钢铁工贸集团公司(以下简称中钢集团公司)向动力中行出具一份《信用保证书》，承诺：中钢集团公司为冶金公司在该行借款提供连带责任保证，该保证有效期一年，即从 1997 年

4月8日至1998年4月8日；最高保证限额(包括外币贷款折人民币)为2300万元，及由此产生的利息和有关费用。

同日，中钢集团公司、冶金公司又共同向动力中行出具一份确认书，确认截止1996年12月31日，冶金公司在动力中行共融资2524万元，中钢集团公司为其中2300万元提供担保。

1998年4月6日，中钢集团公司、冶金公司又共同向动力中行出具一份确认书，确认截止1997年12月31日，冶金公司在动力中行融资外汇190.4万美元，利息32万美元。中钢集团公司保证承担连带责任。

1998年10月12日，动力中行与冶金公司签订了两份《人民币流动资金借款合同》，借款金额共计631万元人民币，第一份合同借款300万元人民币，月利率6.023‰，还款期限1998年11月12日；第二份合同借款331万元人民币，月利率6.023‰，还款期限1998年11月12日。

上述贷款相继到期后，冶金公司仅偿还部分美元本息。动力中行向冶金公司催收，并要求该公司对尚欠的美元及人民币提供还款担保。1999年3月8日，冶金公司和中钢集团公司又共同向动力中行出

具了美元及人民币欠款《确认书》各一份，内容为，至 1999 年 3 月 8 日，冶金公司尚欠动力中行美元贷款本金 136.5 万美元、人民币 711 万元。中钢集团公司并表示为冶金公司尚欠的美元借款本金及相应利息和尚欠的人民币借款中 631 万元本金及相应利息继续承担连带责任。至 1999 年 9 月 20 日，冶金公司除已陆续偿还的本息，共欠动力中行美元借款本金 1365523 美元，利息 625731.8 美元，尚欠人民币贷款本金 631 万元，利息 1879599.5 元。1999 年 9 月 9 日，动力中行为此诉至原审法院，请求判令冶金公司偿付借款本息，中钢集团公司承担连带清偿责任。

黑龙江省高级人民法院认为：动力中行与冶金公司因打包放款及贷款人民币形成的债权债务关系清楚，冶金公司对此也未提出异议，故该公司应承担偿还所欠美元及人民币本息的责任。中钢集团公司在冶金公司与动力中行债权债务关系已经形成，冶金公司不能按期偿还债务的情况下出具的连带责任保证，其保证合法有效，中钢集团公司对冶金公司的债务应当承担连带保证责任。打包放款是出口贸易融资的一种方式，其与外汇贷款是金融机构两种不同的业务，因此，对打包放款不应适用外汇贷

款的法律规定。动力中行根据中国人民银行《结汇、售汇及付汇管理暂行规定》的有关规定将外汇按当日汇率折合成人民币给付冶金公司应属合同有效，中钢集团公司提出动力中行上述行为违反国家外汇贷款管理中“借外汇、用外汇、还外汇”的规定应属无效的理由，不能成立。中钢集团公司出具的《信用保证书》明确承诺，对最高保证限额(包括外汇贷款折人民币)2300 万元债务承担连带保证责任，其保证的意思表示清楚，故中钢集团公司提出动力中行贷美元给付人民币，事先不知道，违背了其意思表示的理由亦不能成立。该院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条、《中华人民共和国担保法》第十八条之规定，判决：

一、中国冶金进出口哈尔滨公司在判决生效后十日内偿还中国银行哈尔滨动力支行美元借款本金 1365523 美元，利息 625731.8 美元；偿还人民币借款本金 631 万元，利息 1879599.5 元(计算至 1999 年 9 月 20 日，至判决生效后十日内的利息分别按外汇及人民币逾期借款利率计算)。

二、中国钢铁工贸集团公司对中国冶金进出口哈尔滨公司的上述债务承担连带清偿责任。一审案件受理费 128870 元，财产保全费 40500 元.由中国

冶金进出口哈尔滨公司负担。

中钢集团公司、冶金公司均不服黑龙江省高级人民法院的上述民事判决，向本院提起上诉。中钢集团公司上诉称，原判认定动力中行与冶金公司发生五笔打包放贷业务，证据不足，缺乏事实依据。中钢集团公司只对“押汇美元”提供担保，而原审法院却判决中钢集团公司对“打包放款”的人民币贷款承担保证责任，超出了中钢集团公司担保责任范围。动力中行向申请人提供的既不是凭证押汇，也不是外汇贷款，而是人民币贷款，加大了贷款的使用风险，也加大了担保人的风险。请求依法予以改判。

冶金公司上诉称，冶金公司与动力中行不存在五个信用证打包贷款的合同关系，也没有借贷过外汇，只存在人民币借贷关系，原审判决认定为外汇借贷，属认定事实错误。

动力中行答辩称，动力中行与冶金公司因打包放款及贷款人民币形成的债权债务关系清楚。打包放款是出口贸易融资的一种方式，即申请人将出口信用证交付银行抵押，由银行先支付信用证项下的款项。因其不同于外汇贷款，应按中国人民银行的规定进行结汇，交付给申请人的应是人民币。因

此，中钢集团公司提出贷美元给人民币违反有关规定的理由是不能成立的。中钢集团公司为冶金公司担保实际上是一种债务担保，即冶金公司与动力中行债务已形成，冶金公司不能按约偿还债务的情况下出具的担保，而且多次承诺，对冶金公司的债务承担连带责任，因此，中钢集团公司应承担民事责任。

本院认为，动力中行依据冶金公司的出口信用证项下打包放款申请，为冶金公司办理了打包放款，并根据中国人民银行《结汇、售汇及付汇管理暂行规定》的有关规定，将外汇按当日汇率折合成人民币给付了冶金公司，双方因此而形成了打包放款的民事法律关系。该民事法律关系并未违反中国人民银行有关金融管理法规，应认定为合法有效。冶金公司应依照合同约定，偿付动力中行尚欠款项及利息。中钢集团公司为冶金公司向动力中行的外汇及人民币借款出具担保，并一再予以确认，承诺对冶金公司的债务承担连带责任，其担保也应认定为合法有效。中钢集团公司对冶金公司的债务应承担连带清偿责任。本案打包放款是冶金公司利用信用证正本作为还款凭据向动力中行申请的一种出口贸易融资，不同于一般的外汇借款关系，打包放款

不应适用国家有关外汇贷款的法律规定，因此，中钢集团公司、冶金公司有关动力中行未向冶金公司发放外汇贷款以及本案借款违反国家外汇贷款管理中以“借外汇、用外汇、还外汇”的规定，应认定为无效的理由均不能成立，对其主张本院不予支持。原审判决认定事实清楚，法律适用亦无不当，应予维持。本院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第

(一)项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。一审案件受理费 128870 元，由中钢集团、冶金公司各承担 64435 元。

本判决为终审判决。

审判长宋晓明

审判员周帆

审判员于松波

书记员夏东霞

二 〇一一年五月十四日

山东临沂市工业品总公司、山东临沂金鹰车辆有限公司与李雪源、山东临沂新大陆经贸有限公司不正当竞争纠纷上诉案

上诉人(原审原告)：临沂市工业品总公司，住所地：山东省临沂市临西二路九号。

法定代表人：李守义，该公司总经理。

委托代理人：张兆林，安徽省界首市正大律师事务所律师。

上诉人(原审原告)：临沂金鹰车辆有限责任公司，住所地：山东省临沂市解放路中段。

法定代表人：邓世泉，该公司经理。

被上诉人(原审被告)：李雪源，男，1963年12月21日出生，汉族，临沂市新大陆经贸有限公司经理，住山东省临沂市临西五路涑河桥中段路东。

委托代理人：刘炳君，山东法正律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：临沂新大陆经贸有限公司，住所地：山东省临沂市临西五路涑河桥中段路东。

法定代表人：李雪源，该公司经理。

委托代理人：刘炳君，山东法正律师事务所律师。

上诉人临沂市工业品总公司(以下简称工业品公司)、临沂金鹰车辆有限公司(原金鹰车辆商场，以下简称金鹰公司)因与被上诉人李雪源、临沂新大陆经贸有限公司(以下简称新大陆公司)不正当竞争纠纷一案，不服山东省高级人民法院(1998)鲁民初字第

第 16 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭开庭审理了本案，工业品公司委托代理人张兆林、金鹰公司的法定代表人邓世泉、新大陆公司法定代表人李雪源及其委托代理人刘炳君到庭参加诉讼。现已审理终结。

原审法院审理查明：李雪源曾为工业品公司职工，任该公司副总经理，分管该公司开办的金鹰车辆商场工作。1998 年 3 月 3 日，金鹰公司注册成立，李雪源为法定代表人。金鹰公司的经营范围为：销售汽车（不合小轿车）、自行车、摩托车及摩托车三包维修服务。1998 年 3 月 16 日，李雪源递交辞呈，请求辞去工业品公司副总经理、金鹰公司经理职务及公司内所分管的一切工作。3 月 17 日，工业品公司、金鹰公司向各业务往来单位发出函告称，李雪源、杨士太、曲敏同志自 1998 年 3 月 17 日止，工作另行安排，今后上述人员与贵单位发生的任何经济业务往来均不代表我公司和金鹰商场。1998 年 3 月 30 日，李雪源等人另行注册成立了新大陆公司，李雪源任法定代表人。1998 年 4 月 4 日，工业品公司同意李雪源等 10 人调出，并在工人商调联系表上盖章。在李雪源提出辞职申请的前一个月时间里，金鹰公司支出货款 360 余万元。另外，该

公司在业务往来过程中，信誉较好，有些供货厂家给予同意延期还款或银行承兑的优惠政策。

另查明，天津富士达集团有限公司曾于 1998 年 3 月 6 日在金鹰公司召开过“富士达自行车、摩托车 98’ 新品展示会”，有九个厂家二十三个客户到会。次日，金鹰公司向天津富士达摩托车制造有限公司销售公司订购摩托车一百辆。工业品公司曾经与上海巨凤自行车有限公司、天津富士达摩托车制造有限公司、捷安特山东销售部有业务往来。

原审法院认为：李雪源辞职前支付的都是金鹰公司欠厂家的货款，没有约定付款日期，可以随时支付，因此，李雪源支付货款属于职务行为。工业品公司、金鹰公司没有提供不应支付这些货款的证据，故其主张的李雪源实施不正当竞争行为，违反该公司的“一贯经营原则”，给公司造成巨大经济损失的理由不能成立。

工业品公司和金鹰公司诉称李雪源在离职时带走了 1998 年 3 月 6 日订货会上所有的订货合同，构成不正当竞争行为。两公司所举证据仅能证明曾开过订货会以及出席会议的客户名单，不能证实会上签订过订货合同并被李雪源带走，因此，该项诉讼请求不能成立。

工业品公司和金鹰公司诉称李雪源、新大陆公司利用原有客户名单非法经营与其一致的商品，进行不正当竞争行为。

有关证据仅能证明某些厂家与之有商业往来关系，不能证明李雪源和新大陆公司采取非法手段拉走工业品公司和金鹰公司的客户，且新大陆公司经营登记批准，不属非法经营。对李雪源辞职后经营与原单位同样商品的行为，法律没有禁止性规定，因此，这一诉讼请求也不能成立。

工业品公司和金鹰公司声称李雪源、新大陆公司截取其货源，所提供的证人证言与其有利害关系，且无法相互印证。武进童车厂的出库单是复印件，没有原件、印章，且李雪源、新大陆公司对此不予认可，因此，这份“出库单”不能作为本案定案的证据使用。浙江海尔曼斯集团销售公司的自行车开票通知单不是原件，没写明具体日期，新大陆公司对此不予认可。证人王洪杰身份证已过期，身份无法确定，其证言的效力也无法确认。工业品公司和金鹰公司没有举证该批货物最终是由新大陆公司结算，因此，上述两公司诉新大陆公司截取了该批货物的事实不能认定。

工业品公司、金鹰公司提供的管理人员名单、

辞职报告、商调表、分析报告、保密守则等均不属管理诀窍范围，批发价格表也是商家所普遍采用的具有广告性质的推销方式，订货会上厂家和客户的签到名单也不是管理诀窍。工业品公司和金鹰公司所称延期付款或银行承兑，是商务往来中普遍的结算方式，并不为该公司所独有。李雪源等 10 人的调出程序符合法律规定。因此，工业品公司和金鹰公司没有足够的证据证明李雪源、新大陆公司窃取其管理诀窍。

综上，原审法院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条的规定，判决驳回原告工业品公司、金鹰公司对被告李雪源、被告临沂新大陆经贸有限公司的诉讼请求。案件受理费 60785 元，诉讼保全费 50775 元，由工业品公司和金鹰公司承担。

工业品公司和金鹰公司不服山东省高级人民法院上述判决，向本院提起上诉称：

一、原审法院没有查清全部案件事实。对于上诉人提供的武进童车厂第 001993 号出库单复印件，原审法院以没有提供原件不予认可，以王洪杰的身份证过期否定其证言，导致本案关键事实不清。

二、被上诉人李雪源掌握着金鹰公司的商业秘密，他辞职后，其经营活动利用的全部是从上诉人

处窃取的商业秘密。被上诉人利用了上诉人的客户名单，经营与上诉人一致的商品，构成了不正当竞争行为。新大陆公司在成立不久即截留了上诉人原来的客户武进童车厂的进货，被上诉人委派曲敏将本属于金鹰公司的 540 辆自行车转移到被上诉人名下。

三、由于被上诉人的不正当竞争行为，1998 年 4 月至 1998 年底，上诉人仅自行车销售一项就损失销售额 1152.50 万元，损失利润 132 万元。两上诉人请求二审法院依法制止被上诉人利用窃取的商业秘密从事不正当竞争行为，在查清事实的基础上，依法改判。

被上诉人李雪源和新大陆公司答辩称：

一、李雪源是通过正当的程序提出辞呈的，已经过上诉人的同意，依法办理了人事档案的转移，其辞职行为和过程是完全合法的。

二、李雪源辞职后组织富余职工依法成立新公司自谋职业的做法，是国家法律法规所鼓励的，对国家有利，对百姓有益。

三、被上诉人与武进童车厂、捷安特(中国)有限公司山东销售部、浙江海尔曼斯集团公司的购销业务，纯属与相关厂家、商家的正常业务。自行车

市场供大于求，被上诉人有自主的采购权和销售权。被上诉人与上诉人的经营范围和内容一致是应当允许的。

四、全国的自行车厂家、产品都是公开的，价格也是公开的，上诉人对此没有商业秘密可言。

五、上诉人的经济效益滑坡与被上诉人没有任何关系，是上诉人自身原因所致。

本院经审理查明：1998年3月30日，武进童车厂给金鹰公司开出第001993号出库单，1998年3月海尔曼斯集团销售公司给金鹰公司开出第0031153号自行车开票通知单。上述两批货物被新大陆公司提取并结算。上诉人在二审审理中请求调取上述两份证据原件。鉴于被上诉人对这两份证据的真实性并未提出异议，仅对证据所证明的内容有异议，本院对上述证据及其所证明的事实予以确认，可不再调取证据原件。

原审法院认定的其他事实基本属实，本院予以认可。

本院认为：本案双方当事人争议的焦点是上诉人请求保护的经营信息是否构成商业秘密，被上诉人的行为是否构成不正当竞争。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条第三款的规定，商业

秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。权利人请求将其经营信息作为商业秘密保护，就应当明确信息的具体内容，并举证证明该内容符合法律规定的商业秘密的构成条件。

本案上诉人称其商业秘密包括自行车、摩托车销售的客户名单，供货渠道，销售网络，以及管理人才的培养、使用，进货的时机、价格的确定等信息，但所提供的销货联单、销售发票、要货计划、出库单等证据，只能证明上诉人与相关单位有经营往来和交易关系，不能证明其主张的商业秘密包含哪些不为公众知悉的信息，也未能证明上述交易关系的当事人对这些往来的内容均采取保密措施予以保密。

鲁南自行车厂和本案双方当事人均有业务往来的证明，虽然证实了被上诉人与上诉人的原有客户进行交易，但不能证明这种交易关系是利用了上诉人的商业秘密并对上诉人的经营活动造成了不正当的妨害。

天津富士达自行车有限公司等公司给予全鹰公司延期付款或银行承兑之优惠政策的证明，证实这些单位与上诉人存在延期付款、银行承兑的结算关

系，未明确延期付款及优惠政策的具体内容，更未能证明这种特定的结算关系的内容为被上诉人利用或者损坏。工业品公司提供的分析报告、保密规定，不能证明商业秘密本身的内容。

在法律和商业惯例并无限制且双方又没有约定的情况下，李雪源离职后与他人共同成立新大陆公司，经营自行车销售业务，正常参与市场竞争，是法律允许的行为。新大陆公司作为合法的经营者有权自主招聘职工，也有权与多个客户建立业务往来关系。对新大陆公司的合法经营权，法律亦应给予保护。上诉人称被上诉人带走其 1998 年 3 月 6 日订货会上签订的销售合同，未能提供证据证明。

综上，上诉人所诉李雪源、新大陆公司侵犯其商业秘密无事实依据。原审判决对此予以驳回正确，本院予以维持。

经营者在其商业交易活动中，有义务遵守诚实信用原则，不得以损害他人合法权益的手段进行不正当竞争。根据原审法院和本院二审查明的事实，李雪源、新大陆公司将武进童车厂、海尔曼斯公司给金鹰公司开出的货物出库单据所载明的货物，在未告知并征得金鹰公司同意的情况下予以截留。被上诉人的这一行为，擅自以自身取代了上诉人金鹰

公司的交易地位，变更了原合同的主体取得了不正当的经营利益，属于不诚实的经营行为，违反了诚实信用的法律原则，构成不正当竞争行为，被上诉人应当对此承担相应的法律责任。

由于上诉人所提供的证据，不能证明其主张的经济损失是由于上述不正当竞争行为直接造成的，故本院根据本案的实际情况酌情决定赔偿的数额。本院确定新大陆公司赔偿金鹰公司经济损失人民币10000元。上诉人金鹰公司主张被上诉人截留货物构成不正当竞争行为的上诉理由成立。

原审判决以武进童车厂第001993号出库单系复印件不予确认，未考虑新大陆公司的具体答辩内容，故否认该出库单真实性欠妥。原审判决以王洪杰身份证过期难以确定其身份为由对该证人证言不予采信，未注意到该身份证中所载明的内容属实，可以确认王洪杰真实身份，故其不采信证人证言欠当，本院对此予以纠正。

综上，原审法院认定事实基本清楚，工业品公司上诉理由均不成立，金鹰公司的上诉理由部分成立。原审法院对案件受理费的计算有误，本院予以纠正。本院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条第一款第(十)项、《中华人民共和国反不

正当竞争法》第二条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项之规定，判决：

一、变更山东省高级人民法院(1998)鲁民初字第16号民事判决为驳回临沂市工业品总公司的全部诉讼请求。

二、李雪源、新大陆经贸有限公司赔偿金鹰车辆有限责任公司经济损失10000元(于本判决生效后10日内给付)。

三、驳回金鹰车辆有限责任公司的其他诉讼请求。

本案一审案件受理费35210元，由临沂市工业品总公司、临沂金鹰车辆有限责任公司负担21126元，李雪源、临沂新大陆经贸有限公司负担14084元。二审案件受理费35210元，由临沂市工业品总公司、临沂金鹰车辆有限责任公司负担21126元，李雪源、临沂新大陆经贸有限公司负担14084元。诉讼保全费50775元，由临沂市工业品总公司、临沂金鹰车辆有限责任公司负担48236元，李雪源、临沂新大陆经贸有限公司负担2539元。

本判决为终审判决。

审判长董天平

代理审判员段立红

代理审判员张辉

书记员王艳芳

二〇一一年二月二十三日

甘肃兰州市西固区农村合作基金会与甘肃省建四方企业发展公司、甘肃省建筑工程材料公司借款担保合同纠纷上诉案

上诉人(原审原告)：兰州市西固区农村合作基金会，住所地：甘肃省兰州市西固区寺儿沟。

负责人：张长生，该基金会理事长。

委托代理人：李全林，兰州精业律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：甘肃省建四方企业发展公司，住所地：甘肃省兰州市城关区白银路 185 号。

法定代表人：关长弓，该公司经理。

被上诉人(原审被告)：甘肃省建筑工程材料公司，住所地：甘肃省兰州市城关区中山林 47 号。

法定代表人：马安利，该公司经理。

上诉人兰州市西固区农村合作基金会(以下简称农基会)为与被上评人甘肃省建四方企业发展公司(以下简称四方公司)、甘肃省建筑工程材料公司(以

下简称建筑公司)借款担保合同纠纷案,不服甘肃省高级人民法院(2000)甘经初字第 17 号民事裁定,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员叶小青担任审判长,代理审判员钱晓晨、王闯参加的合议庭进行了审理。书记员张锐华担任记录。本案现已审理终结。

农基会向原审甘肃省高级人民法院起诉称,1998 年 10 月 26 日至 1999 年 9 月 28 日间,农基会依约先后十次借给四方公司 1685 万元,四方公司和建筑公司分别用机动车、不动产作了抵押担保。

因四方公司到期不还借款,农基会遂提起诉讼,请求判令四方公司返还借款 1685 万元及资金占用费 334.6 万元,并由建筑公司承担连带还款责任。另外,农基会于 1997 年 6 月由兰州市西固区体制改革委员会批准设立,经营范围系项目咨询,吸收临时、中长期入股资金,办理借款业务,兴办经济实体等。

1998 年 6 月,兰州市西固区农业局为该农基会颁发了“农村合作基金会登记证”。

甘肃省高级人民法院经审理认为,农基会是依法设立的为社区内农业、农民服务的资金互助组织,非金融机构,不得办理借款业务。1996 年 8 月

22 日国务院《关于农村金融体制改革的决定》专门就清理整顿农村合作基金会的问题作出了明确规定。但

本案原告农基会的批准设立、核定的经营范围及从事的借款业务，均违反上述文件的规定精神，其所形成的债权债务关系应在政府的领导下妥善处理，不属于人民法院的收案范围。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条第一款(四)项最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第一百三十九条之规定，该院以(2000)甘经初字第17号裁定，驳回原告农基会的起诉。

农基会不服甘肃省高级人民法院裁定，向本院上诉称：甘肃省高级人民法院裁定驳回农基会的起诉，所依据的1996年8月22日国务院《关于农村金融体制改革的决定》(以下简称《决定》)与国务院国办发〔1999〕3号文件《清理整顿农村合作基金会工作方案》(以下简称《方案》)规定的精神不符，应依照《方案》和最高人民法院〔1995〕153号《关于涉及农村合作基金会的经济纠纷案件人民法院应当予以受理的通知》(以下简称本院〔1995〕153号《通知》)的要求，及有法律规定受理本

案。本案被上诉人实际占用上诉人资金 1685 万元至今未予偿还，因上诉人无法兑付，使得 4000 多名储户集体上访，堵塞交通，严重造成了社会的不稳定。为此，请求法院依法裁判。两被上诉人均未答辩。

本院认为，本案系农基会作为债权人，为清理收回债权向借款人主张权利的民事案件。即使农基会违法经营，但其与借款人之间发生的债权债务纠纷，亦属民事纠纷范畴，应属人民法院收案范围。因此，甘肃省高级人民法院以本案不属于法院收案范围为由，驳回原告起诉不当。上诉人农基会上诉理由成立，本院予以支持。本院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项、第一百五十四条和本院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百八十七条规定，裁定如下：

一撤销甘肃省高级人民法院(2000)甘经初字第 17 号民事裁定。

二、本案由甘肃省高级人民法院继续审理。

本裁定为终审裁定。

审判长叶小青

代理审判员钱晓晨

代理审判员王闯

书记员张锐华

二 一年二月二十七日

甘肃省敦煌国际大酒店有限公司与中国建筑西北设计研究院、甘肃省第四建筑工程公司等拖欠工程款、工程质量纠纷上诉案

上诉人(原审被告、反诉原告)：甘肃省敦煌国际大酒店有限公司，住所地甘肃省敦煌市鸣山路 28 号。

法定代表人：张同义，董事长。

委托代理人：王辉，北京市万思恒律师事务所律师。

委托代理人：吴刚，北京市万思恒律师事务所律师。

上诉人(原审第三人)：中国建筑西北设计研究院，住所地陕西省西安市西七路 173 号。

法定代表人：樊宏康，院长。

委托代理人：郑永强，该院干部。

委托代理人：薛峻松，北京市大成律师事务所律师。

被上诉人(原审原告、反诉被告)：甘肃省第四建筑工程公司、住所地甘肃省兰州市西固区福利东

路 369 号。

法定代表人：陈兆，经理。

委托代理人：马海涛，该公司办公室主任。

委托代理人：顾宗磊，该公司副总工程师。

原审第三人：甘肃省地质矿产局第三水文地质工程地质队，住所地甘肃省酒泉市解放路 22 号。

负责人：牛守国，该队队长。

委托代理人：刘福生，该队干部。

委托代理人：殷三成，甘肃省酒泉阳关律师事务所律师。

甘肃省敦煌国际大酒店(以下简称敦煌大酒店)、中国建筑西北设计研究院(以下简称西北设计院)为与甘肃省第四建筑工程公司(以下简称省四建)、原审第三人甘肃省地质矿产局第三水文地质工程地质队(以下简称地质队)拖欠工程款、工程质量纠纷一案、不服甘肃省高级人民法院(1998)甘民初字第 22 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭对本案进行了审理，现已审理终结。

经审理查明：1993 年 5 月 8 日，敦煌大酒店筹建处与省四建签订《建设工程施工合同》，约定：省四建承包建设敦煌大酒店的全部建筑安装工程、室外配套设施及附属工程等，1993 年 5 月 8 日开工，

1994年8月1日竣工；合同价款暂定人民币1200万元(以中国建设银行审定价为准)，工程款委托建设银行按工程进度贷款支付；工程质量等级达到省优，奖励5万元。工程如期开工后，因在组织验槽纤探中发现地质资料与实际不符、需修改设计，于同年6月1日停工，直至10月下旬恢复施工。

工程施工过程中，敦煌大酒店未能及时按约定拨付工程款，加之多次变更局部设计造成反复施工，工期受到严重影响。

1995年4月28日，敦煌大酒店筹建处与省四建六分公司签订《建设工程施工合同》，敦煌大酒店以一次性包死价456.4万元将客房部分的装潢工程承包给省四建六分公司，自合同签订之日起开工，同年7月31日竣工，保修期限三个月。同年8月29日，敦煌大酒店筹建处与省四建六分公司签订《装修工程合同书》，敦煌大酒店以一次性包死价400万元将客房以外的装修工程承包给省四建六分公司，工程于同年9月1日开工，1996年1月28日竣工，保修期一年。同年10月10日，敦煌大酒店又与省四建六分公司签订《协议书》，将从原预算中剔除的部分项目以10万元包死价交回省型建施工，室外竖向工程按现有的马路、围墙、场地、大门一次性70

万元包死。

1996年1月，上述各项工程全部完工。敦煌大酒店和省四建根据合同的约定，经敦煌大酒店委托，由中国建设银行敦煌市支行于1995年1月18日和1996年8月19日对建筑安装工程造价进行结算，经会同省四建、敦煌大酒店三方工程技术人员现场丈量核实，确认工程造价为31.075.464元，并由三方共同签字盖章。同时敦煌大酒店和省四建双方于1996年1月6日和29日签字确认原预算中剔除部分及室外工程造价为800,095元，装潢工程造价为5,070,139元；装修工程造价按合同约定为400万元。以上合计敦煌大酒店工程总造价为40,945,698元。

同年4月17日，省四建与敦煌大酒店双方财务人员就已付工程款、欠款进行核对，确认敦煌大酒店已付工程款35,144,392.40元(其中包括设备款1,674,553元)，尚欠5,801,305.60元，其中省四建未做工程造价为24,826元。

此前，敦煌大酒店于1995年12月26日对土建安装工程组织了竣工验收，意见是“符合设计要求，充分体现了设计意图，工程质量优良”。1996年1月18日，该工程经敦煌市质量监督站核验为优良

工程，后又经甘肃省工程质量监督总站复验，被甘肃省建设委员会评定为省优质样板工程。

同年1月29日，敦煌大酒店对装修工程进行了验收，意见是“符合设计要求，主要项目质量优良，设备及家俱完好无损，同意验收”；同月31日，敦煌大酒店对装潢工程进行了验收，意见为“平整洁净，整洁完好”。对验收中提出的问题，省四建均做了维修整改。

同年6月4日，敦煌大酒店监理工程师刘国瑞在省四建关子《敦煌国际大酒店回访和质量问题整改工作报告》上签署了“以上问题作了认真整改”的意见，并加盖了敦煌大酒店的公章；同日敦煌大酒店接管整个工程；7月11日，敦煌大酒店向敦煌市城建局递交了《竣工验收报告》，请求对敦煌大酒店工程给予验收，后因敦煌大酒店未交纳相关费用，验收工作未能如期进行。此间，敦煌大酒店又多次要求省四建对竣工工程中存在的问题进行维修整改，省四建依合同约定的保修条款多次派人对排水、客房家俱、装修等方面存在的问题进行了整改。

1997年1月22日，敦煌大酒店原工程部负责人薛永申签认“维修整改完毕”。

1997年3月，敦煌大酒店在开始试营业。省四建为此于同年3月26日、4月2日、4月3日先后三次致函敦煌大酒店，告知该工程未经国家工程质量监督部门验收，不得投入使用，并督促其尽快与质检部门联系组织验收。但敦煌大酒店仍未经验收的工程全面投入经营、使用至今。

1997年6月，敦煌大酒店主楼客房部一楼非承重墙局部开始出现裂缝。同年7月21日，甘肃省质量监督总站针对敦煌大酒店工程质量问题，召集各有关部门在现场勘验调查的基础上，形成了《关于敦煌国际大酒店工程质量问题会议纪要》（以下简称《纪要》），认定一楼非承重墙裂缝是由于地基不均匀压缩变形和湿陷下沉引起的。同时认为设计单位、施工单位、勘察单位、建设单位均存在问题，并提出了处理意见。省四建对该《纪要》中与其有关的责任表示认可和愿意执行，但因设计单位西北设计院提出异议，问题未能得到解决。

1997年10月18日，省四建以拖欠工程款为由向法院提起诉讼，请求敦煌大酒店支付拖欠工程款5.801.305.60元及滞纳金等。1998年12月7日，敦煌大酒店以省四建为被告，西北设计院、地质队为第三人提起反诉，请求赔偿因一楼工程质量问题

造成的损失 5.355.640 元及工期延误违约金等。

本案一审中，一审法院根据敦煌大酒店的请求，委托甘肃省工程质量监督总站对敦煌大酒店工程质量进行鉴定和复核，结论认为造成一楼非承重墙体裂缝的主要原因是：西北设计院的设计一层自承重的内纵横墙(240、120 厚砖墙)均没有设置基础梁，外墙(370 厚砖墙)虽原设计有基础梁，后又同意取消；排水管道埋设标准偏低(室内直埋排水管)；设计 4.2m 厚的回填垫层且又用作自重墙地基：内纵墙基础与地沟墙之间的间隙小于 10cm 等问题与国家颁布的标准不符；“对此质量问题的产生应负重要责任”。省四建在施工时对回填土夯压不密实和自己订购使用的排水铸铁管个别管壁厚偏薄，使用不久出现破裂跑水，是造成墙体严重开裂的直接原因；框架柱与隔墙、内纵墙与隔墙拉结质量差，是造成隔墙与框架之间竖向裂缝和卫生间隔墙裂缝的原因之一，“对此质量问题的产生应负直接责任”。敦煌大酒店在大楼散水坡旁边没有防水措施，将楼前楼后草坪花池土层进行翻松处理、浇水，使部分土层处于饱和状态，导致部分水侵入墙基、软化基土，加快基土沉陷；未经设计单位同意，擅自决定取消客房壁柜砖隔墙，造成部分走廊纵墙内倾斜。顶棚受压

拱形变位：“对墙体裂缝负有一定责任”。气地质队在该大楼约地基勘探中对地基土工程性质未作全面试检与深入的评价，给设计、施工对回填土的质量控制造成模糊概念，“对墙体裂缝原因负有一定责任”。

对此鉴定意见，敦煌大酒店、西北设计院、地质队均认为敦煌大酒店的工程质量问题与己无关；省四建对与其有关的部分责任予以认可。

1999年8月5日，甘肃省建设委员会因省四建对敦煌大酒店主楼一层非承重墙体裂缝负有直接责任，撤销了敦煌大酒店为省优质样板工程称号的决定。

本院二审期间，合议庭会同敦煌大酒店、省四建、西北设计院三方一同查看了敦煌大酒店一楼工程质量情况。由于基土下沉，一楼客房部部分内隔墙出现倾斜，敦煌大酒店已将一层客房关闭，二层以上继续营业。另据三方介绍，敦煌大酒店工程采用的是框架结构，因地面下沉，一楼非承重墙出现裂缝、倾斜，不至影响二层以上的使用。

一审法院经审理认为，省四建与敦煌大酒店签订的四份合同(协议)均合法、有效，双方的合法权益理应受到法律的保护。省四建请求敦煌大酒店偿

还工程欠款和赔偿银行利息的诉讼请求，有双方签订的合同(协议)、工程竣工验收单、双方签字盖章认可的由敦煌市建设银行审计核定的工程价款结算书和 1996 年 4 月 17 日双方财务人员核对工程已付款、欠款的材料等证据所证实，依法应予支持。但对未施工项目的工程款应从工程欠款额中予以扣除。敦煌大酒店辩称的建设银行审计核定的工程结算款不实，应以其委托审计的工程结算款作为工程款结算的唯一、合法、有效凭据，并以此为由认为超付了工程款，要求省四建返还，因大酒店单方委托审计，违背了双方所签订合同的约定条款，理由不能成立，不予采信。省四建要求敦煌大酒店支付省优工程奖的诉讼主张，虽然有合同约定，但因甘肃省建设委员会已于 1999 年 8 月 5 日撤销了敦煌大酒店工程为 1995 年度省优一级样板工程，因此，这一诉讼请求不予支持。省四建要求敦煌大酒店支付催要欠款人员差旅费的诉讼主张，双方合同中约定，不予支持。

敦煌大酒店反诉要求省四建对土建工程施工中未按设计图和设计要求的四处工程返工重作的主张，质证中未能举出相关的直接证据，而省四建在质证中提供了与此反诉请求相关的、由敦煌大酒

店下达的变更施工通知、变更施工会议纪要、设计变更图纸等证据，因此其反诉请求不予支持。敦煌大酒店要求省四建对一楼客房、冷冻机房、厨房等处墙体下沉、倾斜、裂缝等重大质量问题从基础予以彻底排除的反诉主张，根据其申请，为了查明敦煌大酒店工程一楼非承重墙墙体产生裂缝的原因和有关当事人的责任，法院依法委托甘肃省工程质量监督总站对敦煌大酒店工程质量进行鉴定。依据该站作出的鉴定意见及各方当事人提出的意见和相关证据说明：敦煌大酒店工程在建设单位投入使用 15 个月就发生一楼非承重墙体下沉裂缝，不是施工单位省四建一方造成的。首先，设计单位西北设计院对该工程的个别部位设计违反了国家颁布实施的规范标准，而且对甘肃省建设委员会 1993 年 1 月 31 日甘建发(1992)441 号《关于敦煌国际大酒店工程初步设计审查的批复》中第三个问题曾明确指出设计“应考虑不均匀沉降对建筑物的影响”的批复意见，未给予足够的重视，诸如一楼墙体应设计基础梁而未设计，将砌墙体直接座落在回填土薄厚不等的垫层土，一楼地基下直埋管道而不设置检漏地沟等，因而未能有效解决地基的“不均匀沉降对建筑的影响”，为一楼墙体下沉裂缝埋不了无法回避的隐

患；因填土务压不实和地表水的渗漏等，只是加速了问题的暴露：因此，设计单位对此质量问题应承担重要的责任。施工单位省四建在施工过程中，回填土的压实系数未达到设计要求：自购的排水管个别管壁厚度偏薄，加之个别地段管道埋置的设计违反规范标准，导致使用不久出现破裂、跑水等原因，对造成地基不沉，墙体开裂应负直接责任。建设单位敦煌大酒店违反国家有关规范标准，在未采取任何防水措施的情况下，在大楼周围 6m 内种植草坪、花坛，并采用漫灌式浇水，致使大量排水渗入楼体地基下；由于一楼未设计基础地梁，加速了地基下沉，恶化了一楼墙体的裂缝；对此质量问题负有不可推卸的责任。地质勘察单位地质队提供的地质勘探报告虽然存在着几处资料不完善的地方，而作为使用该勘探资料的设计单位，并未对勘察报告提出任何异议，反诉原告也未提出赔偿请求，因此地质队对敦煌大酒店工程一楼部分墙体下沉裂缝不应承担责任。

这一反诉请求根据有关法律规定已超过诉讼时效，但鉴于省四建已认可，并经有关部门鉴定，要求尽快加固整改，根据实际情况，西北设计院、省四建、敦煌大酒店均应承担相应责任。敦煌大酒店

要求省四建对客房装潢质量和两项未完工程完成整改的反诉请求，因省四建均已作了维修改，并有敦煌大酒店相关人员签验的证据证实，且根据双方合同约定和法律规定的工程质量保修期限均已超过；同时敦煌大酒店在工程未经国家职能部门验收的情况下即投入使用，违反了有关法律规定。

关于两项未完工程中的发电机房隔音板未施工，是因当初约定由敦煌大酒店负责购回材料后通知施工单位施工，但是至今未接到购回材料并进行施工的通知；院内喷水池喷砂未做，是因为敦煌大酒店决定喷砂改贴瓷砖，但对贴什么规格和颜色的瓷砖，敦煌大酒店领导意见不一致，至今施工单位未接到通知，对这两项未施工的项目有省四建在庭审中当庭递交的未完工程项目款 24,826 元的退款结算书所证。敦煌大酒店对退款结算书既未举出反证，也未提出异议，该未完工程款应从工程欠款中扣除。敦煌大酒店要求省四建赔偿工程质量未达优良的违约金 9 万元的反诉请求，因造成一楼墙体工程质量问题的责任不是省四建一方所为，故这一反诉主张不予支持；敦煌大酒店要求省四建赔偿工期延误违约金 7,932,494 元的反诉请求，由于其多次修改设计、工程款未按合同约定及时拨付，造成

停工，使工程不能按期竣工，责任不在省四建；且工程已投入使用近三年才提出反诉，已超过法律规定的诉讼时效，该反诉请求不予支持；敦煌大酒店要求省四建赔偿因工程质量造成的损失 5,355,640 元的反诉请求，因其未提供造成损失的具体构成和相关合法证据，且该工程未经国家职能部门验收就投入使用，根据《中华人民共和国合同法》第三十四条第二款第 4 项和国务院《建筑安装工程承包合同条例》第十三条第二款第 3 项的规定，其责任应由自己承担，该反诉请求不予支持；敦煌大酒店要求确认 1995 年 10 月 10 日与省四建签订的 80 万元《协议书》为无效合同，因该协议符合 1993 年 5 月双方签订的第一份合同的精神范围，是双方自愿基础上达成的，应认定合法有效，对这一反诉请求不予支持；敦煌大酒店要求省四建返还已超付的工程款 771,359 元及利息、231,408 元、保修金 1.550.815 元的反诉请求，因中国建设银行敦煌市支行的结算书由三方共同签字盖章给予了认可，而且工程款结算审核单位是大酒店自己委托的，该反诉理由不能成立；敦煌大酒店要求省四建赔偿审计支出 682,995 元的反诉请求，因敦煌大酒店未向法庭提供支出审计费的任何票据，且该项工程价款已由

建行审计核定，敦煌大酒店单方再审计，违反双方合同约定的有关条款，其审计费用应自己承担。据此判决：

一、省四建与敦煌大酒店所签订的《建设工程施工合同协议条款》、《装修工程施工合同》、《建设工程施工合同》及《协议书》均为有效；

二、敦煌大酒在给付省四建工程款 5,776,479.60 元及利息(按银行同期同类贷款利率计算至付清之日止)，于判决生效十日内付清；

三、省四建的其他诉讼请求予以驳回；

四、敦煌大酒店工程一楼非承重墙体裂缝问题，应增设墙基地梁，进行加固，在判决生效二十日内，省四建做好加固维修施工的准备工作，承担全部加固费用的 30%；敦煌大酒店做好施工队伍进场前的有关准备工作，承担全部加固费用的 30%；第三人西北设计院拿出加固整改设计图，承担全部加固费用的 40%；

五、敦煌大酒店其它反诉请求予以驳回。案件受理费 69,835 元由省四建负担 13,967 元，敦煌大酒店负担 55,868 元；反诉费 97,000 元，由省四建负担 19,400 元，敦煌大酒店负担 77,600 元；鉴定费 85,748.94 元，由西北设计院负担 34,

299.58 元，省四建负担 25，724.68 元，敦煌大酒店负担 25，724.68 元。

敦煌大酒店和西北设计院均不服一审判决，向本院提起上诉。敦煌大酒店上诉称：敦煌大酒店主楼一楼墙体出现变形、开裂、地基下陷等严重质量问题完全是由省四建施工中造成的：一审法院委托的约鉴定人甘肃省工程质量监督总站与省四建共同属于甘肃省建设委员会，敦煌大酒店工程是经其复验、推荐，才被评为省优质工程的，其与本案有直接的利害关系，请求对工程的质量：问题和责任重新委托中国质量检测中心予以鉴定；一审法院对工程重大质量问题最重要、最直接的原因予以回避，依据甘肃省质量监督总站的错误鉴定结论由相关各方分摊责任，违背事实和法律；根据甘肃省审计事务所的审计报告，证明建设银行的工程款结算违背客观事实，是虚假的，请求重新委托有关部门据实进行结算：一审判决主文的第四项缺乏可执行性。

西北设计院上诉称：甘肃省质量监督总站与本案有直接的利害关系，其鉴定内容不真实；敦煌大酒店质量事故的真正原因是省四建施工质量达不到设计要求，并使用了不合格产品造成的，与设计无关，一审判决对于设计部门责任的认定和判决是错

误的；一审判决适用法律错误，既然认定敦煌大酒店的反诉请求已超过诉讼时效，又基于省四建的认可，由相关各方承担责任，不但相互矛盾，而且省四建的认可不能表明西北设计院也认可；敦煌大酒店工程未经验收即投入使用，根据相关法律法规的规定，发现质量问题，责任应由敦煌大酒店自行承担；敦煌大酒店与西北设计院之间是委托设计合同关系，应依设计合同约定。

省四建答辩称：省四建依据合理、合法的结算向敦煌大酒店索要工程款是正当的；甘肃省建设委员会、甘肃省工程质量监督总站与省四建属于不同的政府部门、职能机构和企业，没有任何隶属关系；根据《经济合同法》和国务院《建筑安装条例》的规定，敦煌大酒店将未经验收约工程投入使用，质量责任应由自己承担；鉴定意见是甘肃省工程质量监督总站根据一审法院的依法委托，组织在甘肃的建筑行业的专家、学者、工程技术权威人士，依照建筑设计规范及法规，通过实地检测、分析论证后得出的科学结论；敦煌大酒店要求省四建赔偿 22,613,105 元损失的上诉请求没有事实和法律依据；省四建对子鉴定结论中自身责任的认可与敦煌大酒店，又诉请求超过诉讼时效是两回事；请

求维持一审判决。

本院认为：省四建与敦煌大酒店签订的四份合同(协议)均是双方真实意思表示，不违反法律，应认定有效；敦煌大酒店主张双方于1995年10月10日签订的协议书无效，没有依据。根据双方1993年5月8日签订的《建设工程施工合同》，工程款结算以建设银行审定价为准；中国建设银行敦煌市支行会同省四建、敦煌大酒店对建筑安装工程造价所作的结算符合双方合同的约定，应认定有效；敦煌大酒店应按双方合同约定及签字认可的工程款额支付拖欠工程款5,776,479.60元及利息；敦煌大酒店以自己单方委托甘肃省审计事务所的审计报告为依据，主张建设银行的工程款结算是虚假的，证据不足，重新委托结算的请求违反双方合同约定，不予支持。省四建将敦煌大酒店工程交付后，敦煌大酒店应依法履行其申请验收义务，但由于其不交纳相关费用，致使工程未能验收，对此敦煌大酒店应负完全责任。由于敦煌大酒店采用框架结构，目前出现的质量问题仅限于一楼，对此敦煌大酒店、省四建、西北设计院均予以认可。敦煌大酒店请求省四建、西北设计院、地质队赔偿因严重工程质量特别是一楼客房部非承重墙裂缝问题造成的损失等，由

于敦煌大酒店工程未经验收即投入使用至今，根据《中华人民共和国合同法》“工程未经验收，提前使用，发现质量问题，自己承担责任”和国务院《建筑安装条例》“工程未验收，发包方提前使用或擅自动用，由此而发生的质量或其他问题，由发包方承担责任”的规定，敦煌大酒店工程出现的质量问题应由发包方和使用方敦煌大酒店自行承担责任。但鉴于省四建对于甘肃省工程质量监督总站鉴定结论中属于自己的部分责任予以认可，且对于一审判决其承担敦煌大酒店工程一楼非承重墙体裂缝加固费用的30%未予上诉，可准予省四建对于敦煌大酒店一楼的整改工作承担相应的费用。敦煌大酒店一审中以省四建为被告，西北设计院、地质队为第三人提起的反诉，因其与西北设计院、地质队属另外的法律关系，其对西北设计院、地质队的诉讼请求超出本案的反诉范围，一审法院将其作为反诉一并审理不当，敦煌大酒店可依据委托设计合同和委托勘探合同另行对西北设计院、地质队提起诉讼。据此，依据《中华人民共和国合同法》第三十四条第二款第4项、国务院《建筑安装工程承包条例》第十三条第二款第3项、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十六条、第一百五十三条第一款

第

(二)项之规定，判决如下：

一维持甘肃省高级人民法院(1998)甘民初字第22号民事判决第一项、第二项、第三项、第五项；

变更甘肃省高级人民法院(1998)甘民初字第22号民事判决第四项为：敦煌大酒店自行承担一楼非承重墙体裂缝的整改加固，省四建承担其费用的30%；

一审案件受理费69,835元由敦煌大酒店承担，反诉费97,000元由敦煌大酒店承担67,900元，省四建承担29,100元，鉴定费85,748.94元，由敦煌大酒店与省四建各承担42,874.47元；二审案件受理费165,935元由敦煌大酒店承担。本判决为终审判决。

本判决为终审判决。

审判长于晓白

审判员刘竹梅

审判员张章

书记员宋春雨

二 一年三月二十三日

新疆纺织品进出口公司与中国银行新疆维吾尔自治区分行借款合同纠纷上诉案

上诉人(原审被告)：新疆纺织品进出口公司。
住所地：新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市团结路 9 号。

法定代表人：乌力亚蒂，该公司总经理。

委托代理人：王恕维，新疆同泽律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：中国银行新疆维吾尔自治区分行。住所地：新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市解放南路 343 号。

法定代表人：康美，该分行行长。

委托代理人：姚昕，该分行职员。

委托代理人：宋桂平，新疆双益律师事务所律师。

上诉人新疆纺织品进出口公司为与被上诉人中国银行新疆维吾尔自治区分行借款合同纠纷一案，不服新疆维吾尔自治区高级人民法院(2000)新经初字第 3 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员李健担任审判长，审判员于松波、代理审判员沙玲参加的合议庭进行了审理，书记员杨征字担任记录。本案现已审理终结。

查明：1997年3月21日，中国银行新疆维吾尔自治区分行(以下简称中行新疆分行)与新疆纺织品进出口公司(以下简称纺织品公司)签订一份借款合同，约定由中行新疆分行向纺织品公司发放贷款14500万元，利率为月息8.4‰，期限一年。1999年12月28日，中行新疆分行以该行已如约发放借款，纺织品公司未能

按期归还为由，向原审法院提起诉讼，请求判令纺织品公司偿还借款共计172882050元。

新疆维吾尔自治区高级人民法院经审理认为：

(一)本案双方订立的借款合同形式要件齐全，内容并未违反法律有关规定，属双方真实意思表示，应确认该合同合法有效。纺织品公司负有按合同约定全面履行还本付息的法定义务，对于未能按时偿还借款本息的违约行为应承担全部违约责任。其所陈述的市场风险、政策调整等因素均不能成为其拒不还款的抗辩理由。

(二)关于纺织品公司辩称中所涉及的2号会议纪要问题。该院认为，根据有关法律规定，合同是指当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。该会议纪要从形式和内容上看，均不符合

合同的法律特征，只能作为解决纠纷化解矛盾的一种协调手段，所以不能产生对本案双方当事人法律意义上的约束力。当事人最终选择司法救济途径维护自己的合法权益并无不当。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条之规定，中行新疆分行所提起的诉讼符合法定受理条件，该院立案受理及审理此案并无不当。纺织品公司提出的要求裁定驳回中行新疆分行起诉的意见不能成立，该院不予采纳。该院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条、第一百三十四条之规定，判决如下：

一、纺织品公司偿还中行新疆分行借款本金 14500 万元；

二、纺织品公司偿付中行新疆分行借款利息 3248 万元(2000 年 5 月 19 日至本判决生效后 10 日内的利息仍应按人民银行规定的逾期利率 6.3%计付)。一审案件受理费 897410 元、保全费 150520 元，合计诉讼费 1047930 元全部由纺织品公司负担。上述给付义务限纺织品公司在该判决生效之日起 10 日内履行，逾期则加倍支付迟延履行期间的债务利息。

纺织品公司不服新疆维吾尔自治区高级人民法

院的上述民事判决，向本院提起上诉称：中行新疆分行提起本案诉讼后，在政府有关部门的支持下，本案双方已经就债务的履行方式等问题协商一致并达成协议，中行新疆分行应依此维护企业正常的经营环境，放弃司法解决的途径，解除对本公司的各项制裁措施。请求撤销原判，依法改判。

中行新疆分行答辩称：新疆维吾尔自治区有关部门协调外贸工作形成的会议纪要仅是会议文件，并不是法律意义上的合同。本案借款合同系双方当事人真实的意思表示，本行已如约发放了贷款，纺织品公司应依约归还。请求驳回上诉，维持原判。

本院在二审期间，组织双方当事人对帐确认：截止到 2000 年 7 月 22 日，纺织品公司已偿还欠款本金 5364529.95 元，利息 687007.96 元，现尚欠借款本金 139635470.05 元，利息 31792992.04 元。

本院认为，本案双方当事人签订的借款合同系双方当事人真实的意思表示，且不违反法律、法规的规定，应认定其合法、有效。中行新疆分行已依约发放了贷款，截止到 2000 年 7 月 22 日，纺织品公司已偿还本金 5364529.95 元、利息 687007.96 元，尚欠借款本金 139635470.05 元，利息 31792992.04 元，对此，其应承担偿还上述欠款本

金、利息及逾期罚息的责任。新疆维吾尔自治区有关部门协调外贸工作形成的会议纪要要是政府有关部门的协调行为，并未改变本案双方借贷的法律事实，纺织品公司以此会议纪要抗辩中行新疆分行的诉讼主张不能成立，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。纺织品公司在二审期间确认偿还的欠款本金和利息，应在原审判决认定的偿还本金、偿付利息数额基础上分别予以扣减。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，本判决如下：

一、变更新疆维吾尔自治区高级人民法院(2000)新经初字第3号民事判决主文第一项为：新疆纺织品进出口公司偿还中国银行新疆维吾尔自治区分行借款本金139635470.05元(自2000年7月23日起至实际给付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率计付)；

二、变更该民事判决主文第二项为：新疆纺织品进出口公司偿付中国银行新疆维吾尔自治区分行借款利息31792992.04元(自2000年7月23日起至实际给付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率计付)；

上列应付款项于本判决送达之日起次日起十五日内给付。逾期给付按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定办理。

一审案件受理费 897410 元、诉讼保全费 150520 元，按照一审判决执行；二审案件受理费 897410 元，由上诉人新疆纺织品进出口公司承担。

本判决为终审判决。

审判长李健

审判员于松波

代理审判员沙玲

书记员杨征宇

二 〇 一 〇 年 二 月 二 十 三 日

中国光大银行河北省石家庄分行与中国电子进出口山东公司存单纠纷申诉案

中国光大银行石家庄支行：

你行为原中国投资银行石家庄分行与中国电子进出口山东公司（以下简称山东公司）存单纠纷一案，不服山东省高级人民法院（1998）鲁经终字第 413 号民事判决，向本院申请再审称：

1、山东公司起诉所依据的存单和保兑函是伪造的，原审法院依据该伪造的存单和保兑函认定山东公司与原中国投资银行秦皇岛支行（以下简称秦皇岛

支行)之间存在存单关系的事实是错误的；

2、该案是一起金融诈骗案，应依据最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第五条第二款的规定处理。

本院经审查认为，1993年3月13日，山东公司将金额为1000万元人民币的银行汇票交存秦皇岛支行，该行工作人员在其营业部柜台将存单交给山东公司工作人员，同日，山东公司又取得盖有秦皇岛支行公章的保兑函。3月17日，秦皇岛支行将山东公司交存的汇票委托中国建设银行秦皇岛分行营业部(以下简称秦皇岛建行)予以解付，将该款存入其本行。虽然事后经鉴定存单和保兑函及其上面的公章是伪造的，但这只能说明秦皇岛支行的工作人员实施了欺诈行为，未开具真实存单给山东公司。秦皇岛支行将山东公司交存的汇票委托秦皇岛建行予以解付，将该款存入其本行，说明该款已由秦皇岛支行占有。你行以存单和保兑函系伪造为由，否定山东公司与秦皇岛支行存在真实的存款关系，没有事实和法律依据。

山东公司以民事案件起诉的依据：

- 一是山东公司在银行柜台前交付有效汇票；
- 二是秦皇岛支行确实收到票款。

因此，山东公司以民事案件起诉，符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条的规定。既然秦皇岛支行将存款入了自己的帐户，该存款所有权已经为秦皇岛支行所有。

案外人秦皇岛伟业实业有限公司及秦皇岛支行的工作人员涉嫌金融诈骗，犯罪嫌疑人所侵犯的对象是银行的财产。公安机关对其立案侦查，和秦皇岛支行与山东公司的存款纠纷属相互独立的两个法律关系。秦皇岛支行因犯罪嫌疑人诈骗所造成的损失，可另案解决，但不能以此为由，免除其返还山东公司存款本息的民事责任。

原审对本案进行审理并作出判决符合本院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第三条第二款“对于追究有关当事人的刑事责任不影响对存单纠纷案件审理的，人民法院应当对存单纠纷案件有关当事人是否承担民事责任以及承担民事责任的大小依法及时进行认定和处理”的规定。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律适当，应予维持。你行的再审申请不符合法律规定的再审条件，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条第二款的规定，本院予以驳回。

特此通知。

黄文龙虚开增值税专用发票案

被告人黄文龙，男，1971年1月25日出生，汉族，广东省普宁市人，高中文化，原系普宁市大兴实业公司经理，住普宁市流沙镇流沙南平里190栋西梯五楼东套。2000年12月13日被逮捕，现在押。

广东省揭阳市中级人民法院审理揭阳市人民检察院指控被告人黄文龙犯虚开增值税专用发票罪一案，于2001年2月27日以(2001)揭中法刑二初字第1号刑事判决，认定被告人黄文龙犯虚开增值税专用发票罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，黄文龙不服，提出上诉。广东省高级人民法院于2001年3月26日以(2001)粤高法刑经终字第132号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核，现已复核终结。

经复查查明：1998年12月至1999年12月，被告人黄文龙伙同周晓青(另案处理)为了虚开增值税专用发票，骗取国家出口退税，取得了普宁市大兴实业公司(以下简称大兴公司)及其成员企业普宁市科发电器厂、普宁市启胜电器厂、普宁市诚大制衣厂、普宁市中达织造有限公司、普宁市亨伟纶织有

限公司、普宁市格佳威电器厂、普宁市诚仕达电器厂、普宁市嘉圆五金塑料厂的工商营业执照等相关法律手续，上述大兴公司及其属下的普宁市科发电器厂等八家成员企业均为没有生产场地、没有生产设备、没有生产人员的虚假企业。

被告人黄文龙、周晓青指使他人以普宁市科发电器厂等八家成员企业的名义，到税务机关申领了增值税专用发票，尔后以这八家成员企业的名义给大兴公司虚开增值税专用发票 171 份，税额 22,030,251.48 元。

其中：普宁市科发电器厂虚开增值税专用发票 20 份，税额 2,646,313.82 元；普宁市启胜电器厂虚开增值税专用发票 19 份，税额 2,694,346.8 元；普宁市诚大制衣厂虚开增值税专用发票 18 份，税额 2,435,911.7 元；普宁市中达织造有限公司虚开增值税专用发票 29 份，税额 3,901,248.06 元；普宁市亨纬纶织造有限公司虚开增值税专用发票 23 份，税额 2,933,163.87 元；普宁市格佳威电器厂虚开增值税专用发票 25 份，税额 3,434,112.13 元；普宁市诚仕达电器厂虚开增值税专用发票 28 份，税额 3,844,546.98 元；普宁市嘉圆五金塑料厂虚开增值税专用发票 9 份，税额 140,

608.12 元。

被告人黄文龙和周晓青利用上述虚开的增值税专用发票，以虚假的货物出口单证，虚构大兴公司货物出口的事实，并指使他人到税务机关办理出口退税手续，骗取国家退税款 21,011,080.42 元，至今没有被追回。

1999 年 3 月至 11 月，被告人黄文龙、周晓青为了抵扣销项税款，指使普宁市科发电器厂等 7 家企业先后从普宁市大茂贸易公司等企业为自己虚开进项增值税专用发票 246 份，税额共计 30,191270.18 元。

上述事实，有黄文龙等人虚开的增值税专用发票及骗取出口退税的有关资料等书证、税务机关关于上列发票已骗取出口退税的证明材料、证人证言等证据证实，被告人黄文龙亦供认，足以认定。

本院认为，被告人黄天龙无视国家法律，伙同他人以大兴公司及其下属八家成员企业的名义，让他人为自己虚开、自己为自己虚开用于骗取国家出口退税款的增值税专用发票，其行为已构成虚开增值税专用发票罪。大兴公司及其属下的八家成员企业、均系黄文龙为了虚开增值税专用发票、骗取国家出口退税而取得工商营业执照的虚假企业。按照

《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第二条的规定，黄文龙的行为系个人犯罪。其骗取国家税款数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失。

被告人黄文龙检举的他人受贿犯罪线索都与其本人的行贿犯罪有关，属主动坦白自己的犯罪事实，不构成立功；检举的其他犯罪线索，有的早已被公安机关掌握，有的经查不能证实，不构成立功。黄文龙没有法定从轻处罚的情节，应依法惩处。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百八十五条第(一)项的规定，裁定如下：

核准广东省高级人民法院(2001)粤高法刑经终字第 132 号维持一审以虚开增值税专用发票罪判处被告人黄文龙死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长高贵君

审判员李祥民

代理审判员苗有水

书记员韩晋萍

二〇一一年四月二十七日

神龙汽车有限公司与华泰财产保险股份有限公司合同纠纷管辖权争议上诉案

上诉人(原审被告)：神龙汽车有限公司。住所地：湖北省武汉经济技术开发区。

法定代表人：苗圩，该公司董事长。

委托代理人：邓涛，湖北东方舟律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：华泰财产保险股份有限公司。住所地：北京市西城区金融大街 35 号国际企业大厦。

法定代表人：王梓木，该公司董事长。

委托代理人：乐沸焘，北京市鑫兴律师事务所律师。

委托代理人：吴晓琦，北京市鑫兴律师事务所律师。

原审被告：神龙汽车有限公司北京销售服务公司。住所地：北京市海淀区双榆树东里 29 楼三层。

负责人：陈寅，该公司经理。

上诉人神龙汽车有限公司(以下简称神龙汽车公司)为与被上诉人华泰财产保险股份有限公司(以下简称华泰保险公司)、原审被告神龙汽车有限公司北京销售服务分公司(以下简称神龙汽车公司北京分公司)保险合同纠纷一案,不服北京市高级人民法院(2000)高经初字第403号民事裁定,向本院提起上诉称:双方所签订的《分期付款购车保险协议》系保证保险合同,属担保的范畴。该协议属于《分期付款购车合同》的从合同,具有从属性,它以主合同的存在为成立的前提,其管辖应从属于主合同的约定。神龙汽车公司北京分公司是一个不具备法人资格的分支机构,该分公司亦不是《分期付款购车保险协议》的当事人,其不具备本案诉讼主体资格。另外,该公司以购车人和华泰保险公司为被告已向有管辖权的法院提起诉讼。本案由该公司所在地法院受理在先,北京市高级人民法院不应重复受理。被上诉人华泰保险公司答辩称:本案当事人签订的《分期付款购车保险协议》是信用保险合同,不是担保。

该合同在形式、内容和法律性质上均系保险法律范畴。保险与买卖分属不同法律关系,管辖问题应遵从保险法和合同法的不同管辖规定和当事人

的约定来处理。

保险与购销合同虽然存在内在联系，但不具有主从关系。北京市高级人民法院受理本案与保险条款中的管辖约定并不矛盾。神龙汽车公司北京分公司是投保人，其拥有《营业执照》，可以作为本案被告，且保险标的物在北京市，北京市是保险合同纠纷诉讼管辖地。武汉经济技术开发区人民法院受理的购销合同纠纷之诉与本案保险合同纠纷之诉分属不同的诉，各自独立，本案审理不受该案影响。

另外，武汉经济技术开发区人民法院在审理购销合同纠纷案件中将其列为第三人的作法是违法的，该院对保险纠纷没有管辖权。

本院经审查认为：华泰保险公司与神龙汽车公司签订的《分期付款购车保险协议》，是双方当事人依据《中华人民共和国保险法》的规定而成立的保险合同，神龙汽车公司是投保人，华泰保险公司是保险人。在保险合同法律关系中，其他民事合同的权利义务虽是保险人确定承保条件的基础，但其不能改变两个合同在实体与程序上的法律独立性，其他民事合同与保险合同之间不存在主从关系。

神龙汽车公司北京分公司在投保单上盖章，其作为神龙汽车公司依法设立并领取营业执照的分支

机构，可以作为民事诉讼主体参加诉讼。关于神龙汽车公司在上诉理由中提及的已将华泰保险公司作为被告向有管辖权的人民法院提起诉讼，本案属重复受理问题，因其所提案件涉及的保险单，原审法院已在一审裁定中予以明确，并不在本案审理范围之内，故不存在北京市高级人民法院重复受理问题。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十六条的规定，北京市高级人民法院对本案具有管辖权。

故原审法院裁定其对本案有管辖权正确，应予维持。对神龙汽车公司的上诉主张，本院不予支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长张永平

代理审判员王宪森

代理审判员殷缓

二 一年三月十四日

书记员张锐华

李小平等八人故意伤害案

被告人李小平，男，1949年11月26日出生，

汉族，河北省邯郸市人，大专文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司总经理，住广州市东山区寺贝新街8号902房。1998年4月10日被逮捕。1999年3月5日因病被取保候审。

被告人井照卫，男，1968年4月4日出生，汉族，河南省舞阳县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司电工，住该公司宿舍。1998年4月9日被逮捕。现在押。

被告人张书凯，男，1972年11月1日出生，汉族，河南省郾城县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司灌装班班长，住该公司宿舍。1998年4月9日被逮捕。现在押。

被告人刘绍伟，男，1979年5月13日出生，汉族，河南省舞阳县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司包装工，住该公司宿舍。1998年4月9日被逮捕。现在押。

被告人王耀生，男，1977年4月6日出生，汉族，河南省舞阳县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司保安班副班长，住该公司宿舍。1998年4月9日被逮捕。现在押。

被告人池文军，男，1976年7月8日出生，汉族，河南省舞阳县人，初中文化，原系广东省中山

市理科虫草制品有限公司包装工，住该公司宿舍。1998年4月10日被逮捕。现在押。

被告人何红涛，男，1970年2月4日出生，汉族，河南省舞阳县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司保安班班长，住该公司宿舍。1998年4月9日被逮捕。现在押。

被告人张学军，男，1973年12月26日出生，汉族，河南省临澧县人，初中文化，原系广东省中山市理科虫草制品有限公司保安员。住该公司宿舍。1998年4月10日被逮捕。现在押。

广东省中山市中级人民法院审理中山市人民检察院指控被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军犯故意伤害罪一案，于1998年8月11日以(1998)中中刑初字第28号刑事判决，认定被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军犯故意伤害罪，分别判处李小平、王耀生、张书凯有期徒刑十一年，剥夺政治权利三年；分别判处刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军有期徒刑十年，剥夺政治权利三年。宣判后，李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军均不服，分别提出上诉；何红涛、张学军服判，不上诉。广东

省高级人民法院于 2000 年 3 月 22 日以(1999)粤高法刑终字第 74 号刑事判决，撤销原判，以故意伤害罪分别在法定刑以下判处被告人王耀生、张书凯有期徒刑六年；判处被告人刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军有期徒刑五年；判处被告人李小平有期徒刑三年，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核。现已复核终结。

经复查查明：1998 年 3 月 2 日 19 时许，被告人刘绍伟与王光辉(同案被告人，已判刑)在途经广东省中山市理科虫草制品有限公司大门外时，遇见本厂女工郭××与被害人蒋良利正在争吵，便前去质问并动手殴打蒋良利，引起双方互殴。随之闻讯赶来的被告人王耀生、张书凯、井照卫、张学军手持铁水管等工具也参与殴打蒋良利等人，迫使蒋良利逃至附近的 781 部队院内躲避。此时，被告人何红涛、池文军也赶来与上述被告人共同搜索、殴打蒋良利，并共同将蒋良利押往理科虫草制品有限公司。途中，遇上了前来解救蒋良利的李俭、殴海等人，蒋良利寻机脱身，上述各被告人退入本公司大院。随后，蒋良利、李俭等人聚集在理科虫草公司门前，要求交出打人凶手，双方发生争吵并隔着电

动闸门使用铁水管、木棍等工具相互乱扔乱捅，形成对峙局面。

期间，理科虫草制品有限公司财务总监姚科玉和蒋良利的表姐夫邹景才均力劝双方停止斗殴未果。被告人李小平闻讯赶至现场劝解，仍未奏效。当蒋良利等人猛砸大门和砸烂一辆停放在门外的自行车时，李小平指使本公司员工冲出去打，把蒋良利等人抓起来。随即，理科虫草制品有限公司的数十名员工手持铁水管、木棍等工具冲出大门追打已逃跑的蒋良利、殴海等人。殴海被打伤后逃脱。

蒋良利在逃至离理科虫草制品有限公司院门外约 50 米时，被追赶上来的何红涛拽住，何红涛与随后赶来的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉分别用铁水管、木棍以及拳脚共同殴打蒋良利，致蒋倒地。蒋良利经送医院抢救无效死亡。经法医鉴定：蒋良利系被他人用钝器打击左腰部致脾脏破裂出血性休克死亡；殴海系轻伤。

案发后，理科虫草制品有限公司赔偿蒋良利亲属人民币十万元，被告人李小平个人赔偿蒋良利亲属人民币五万元。

上述事实，有被害人殴海的陈述、法医鉴定结

论、缴获的作案工具、证人证言及同案被告人的供述证实。被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军亦供认，足以认定。

本院认为，被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军等人非法故意伤害他人身体并致人死亡和轻伤，其行为均已构成故意伤害罪，后果严重，依法均应惩处。

一、二审人民法院判决认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法。但二审法院认定被害人一方在案件起因上有明显过错以及被告人李小平于案发期间叫人报警缺乏事实依据，对被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军在法定刑以下减轻处罚量刑不当，应予纠正。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百七十条的规定，裁定如下：

一、撤销广东省高级人民法院(1999)粤高刑终字第74号刑事判决；

二、发回广东省高级人民法院重新审判。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长杜伟夫

审判员任宪成

审判员周峰

二 一年二月十七日

书记员宋楚潇

中国银行山东省分行与山东天马房地产开发总公司委托代建合同纠纷上诉案

上诉人(原审被告、反诉原告)：中国银行山东省分行，住所地山东省青岛市香港中路 37 号。

法定代表人：元峰，行长。

委托代理人：李萍，山东德衡律师事务所律师。

委托代理人：李鹏程，山东德衡律师事务所律师。

被上诉人(原审原告、反诉被告)：山东天马房地产开发总公司，住所地山东省济南市文化西路南圩子外街 28 号。

法定代表人：高培月，总经理。委托代理人：李军修，公司职员。

委托代理人：祁秀山，山东恒信达律师事务所律师。

上诉人中国银行山东省分行(以下简称中行山东分行)为与被上诉人山东天马房地产开发总公司(以

下简称天马公司)委托代建合同纠纷一案,不服山东省高级人民法院(1998)鲁民初字第 15 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭公开开庭审理了本案,中行山东分行的委托代理人李萍、李鹏程,天马公司的委托代理人李军修、祁秀山到庭参加诉讼,现已审理终结。

经审理查明:1996年12月6日,中国银行青岛市分行(以下简称中行青岛分行)与天马公司签订《委托代建协议书》,约定:天马公司为中行青岛分行在青岛市东部燕儿岛代建6栋宿舍楼,总建筑面积为20,500平方米,建设高度20米,局部不超过22米,容积率为1.5,总户数240户。工程总造价为5,825.56万元(包括中行青岛分行支付的征地款3,360万元,投资方向调节税115万元)平均每平方米为2,841.73元,一次性包死,天马公司不再另收代建费,在施工过程中也不再增、减。自验线开工至全部工程的竣工验收完毕为10个月(必须在1997年12月31日前全部竣工验收交付给中行青岛分行)。

哪栋楼延误工期一天,按该项工程土建费用的千分之一罚款。配套工程哪项延误一天,按该项工程总造价的千分之一罚款(天数和罚款数按超期天数

累计追加)。该工程保修一年，自工程竣工验收交给中行青岛分行之日起算。中行青岛分行预留土建工程造价的5%作为保修金。

结算面积以施工图纸建筑面积为准。经天马公司努力，在不影响住宅正常使用功能情况下，经中行青岛分行同意，工程如超出原设计面积(单元平面组合、户型不变，以增加套数的建筑面积为准，但最多不超过1,000平方米)，其超出部分按5:5比例分成，天马公司分得的部分中行青岛分行按每平方米3,100元的价格收回，超原面积部分所需费用由天马公司全部承担。如经双方的努力和政策影响，向市内所交的费用有所降低，下降的费用双方各受益50%，投资方向调节税下降的费用全部归中行青岛分行。

中行青岛分行在一周内为天马公司在该行办理开户手续并拨入第一笔建设资金500万元，在验线开工时拨付600万元，在主体工程结束时拨付800万元，在竣工验收达到质量要求，中行青岛分行扣除预留的5%保修金后拨付378.81万元。地款和投资方向调节税由中行青岛分行支付，并从工程总造价中扣除，其余所有的工程费用均由天马公司支付。在协议签字后一个月之内，天马公司将3,000万元

的资金及时存入中行青岛分行，并办理定期一年存款手续，不得提前支取。该合同有二份附件、附件一为《中国银行青岛市分行职工宿舍楼建设要求》，附件二为《中国银行青岛市分行委托山东天马房地产开发总公司代建银行职工宿舍项目分析书》。

附件二载明：基建费每平方米 700 元，以 20,500 平方米计算，基建费共计 1,435 万元；绿化环保金 20.5 万元、档案储蓄金 10 万元、物业管理基金 38.95 万元。工程项目代建费 71.75 万元。

签订合同后，中行青岛分行于 1997 年 1 月 9 日向天马公司支付代建费 475 万元，同年 3 月 28 日支付 600 万元。自 1997 年 6 月 19 日至 8 月 11 日，先后付款 800 万元，至天马公司起诉时中行青岛分行共向天马公司支付代建费 2,152 万元。1998 年 8 月 12 日、13 日、14 日，天马公司分别将工程的 4 号楼、6 号楼和 5 号楼的钥匙交给中行青岛分行。同年 9 月 17 日，中行青岛分行从施工队处取得 1、2、3 号楼钥匙。自天马公司向一审法院起诉至本案在一审审结前，中行青岛分行又向天马公司支付代建费 5,910,003.15 元，代天马公司向施工队支付工程款 994,187.48 元。

在履行委托代建合同中双方还就预算超支、设

计变更签订了一系列协议。1998年3月7日双方签署的《会议纪要》载明：关于经费超支问题，以协议为准，由双方共同审定超支经费后再报权威机构审计。4月14日的《会议纪要》载明：力争在1998年6月底前完工，超支预算以审计部门审计为准。

1998年8月11日，双方还签订了《协谈纪要》，约定：中行青岛分行按代建协议已将全部工程款付齐并超付100余万元，目前后期配套工程仍未完工，宿舍钥匙没交给中行青岛分行。为尽快完工，由于当前天马公司暂时没有经济能力支付欠各施工队工程款，暂由中行青岛分行垫付天马公司欠施工队部分工程款215万元(如天马公司不交钥匙，此款一概不能支付)和电配套款180万元，物业管理基金40万元，道路钢窗垫款1.36万元以及其他工程款3,096,933.23元。中行青岛分行上述行为不意味着放弃、延缓及延长对天马公司的任何权利。

1998年7月13日天马公司向一审法院起诉，请求中行青岛分行给付工程欠款1,351.52万元，支付违约金1,066.19万元。中行青岛分行反诉请求，根据委托代建协议的约定，天马公司应支付逾期交房违约金4,981,937元，超付工程款455万元。

一审审理期间，双方于 1999 年 7 月 16 日达成了以会审设计图纸、确认设计变更内容和价款变更数额为内容的“青岛会议纪要”，除增加封闭阳台的内容外其余设计变更均属施工材料、工艺的细微变化，在纪要中双方达成三点共识：图纸会审增减变更内容不调整，纪要与图纸有同等作用，所有的卫生间、厨房、北阳台、外墙的墙面砖、磁砖、地砖均不找差价。

另外，双方还分别在 1997 年 3 月 26 日、5 月 30 日签订了图纸会审记录。一审法院委托山东省建设监理服务中心(以下简称服务中心)对讼争工程造价进行评估，评估结论为工程造价为 28,704,676.92 元，中行青岛分行代天马公司支付的工程款数额 994,187.48 元。在造价评估中中行青岛分行向一审法院提出了书面的《鉴定异议书》，载明：鉴定机构以实际建筑面积作为结算面积违反了合同约定，以每平方米 2,841.73 元的单价作为结算工程款的依据不符合交易惯例和公平原则。2000 年 11 月 18 日，服务中心出具了《对“鉴定异议书”的答复》，该答复就建筑面积的解答为：根据建筑面积计算规则，凡封闭阳台其阳台面积按全面积列入建筑面积，因此该工程的建筑面积应为 21,722.6 平方

米。

当前工程价款计算有两种方法：

一是按建筑安装等有关定额计算工程价款；

二是按建筑面积单位平方米造价计算工程价款。根据合同约定是按后一种方法计算工程价款。因封闭阳台而形成的建筑面积应作为计算工程价款的依据。就每平方米的单价解答为：根据《委托代建协议书》第 6 条约定每平方米单价为 2,841.73 元是按工程总造价 5,825.56 万元计算的，中行青岛分行必须对工程总造价，其中包括征地款、投资方向调节税 3,475 万元的全部价款承担经济责任。服务中心是具有甲级资质的工程造价咨询单位，鉴定人具有山东省工程造价专业人员高级资格。

中行青岛分行向一审法院提交的《建设工程物业管理基金收缴情况通知书》备注栏记明：该单位（中行青岛分行）及项目系东部新区开发建设内的项目。目前，已按规定在我部办理了免缴物业管理基金手续。物业基金管理部门同意物业费暂自行管理并加盖了印鉴。中行青岛分行向本院提交的国家计委、财政部《关于取消部分建设项目收费进一步加强建设项目收费管理的通知》中将绿化保证金列入明显不合理的 14 个部门的 48 项收费予以公布取

消。青岛市人民政府《青岛市人民政府批转市城乡建设委关于实行建设工程竣工档案储蓄金制度的报告的通知》中注明：建设单位必须在建设工程竣工验收后 6 个月，向市城建档案馆报送竣工档案，经审查验收合格后，由市城建档案馆将收存的建设工程竣工档案储蓄金如数退还建设单位。青岛市建设工程质量监督站证明，该工程的 1、2、3、5、6 号楼为优良工程。根据委托代建合同的附件项目分析书第 3 条第 2 款约定，4 号楼的优良奖为 700 元/平方米 \times 4, 518.31 平方米 \times 5%，即 158, 140.85 元；因面积增加，优良奖应增加 41, 287.05 元。1997 年 1 月 9 日，天马公司从其他单位拉储户存入中行青岛分行 3, 000 万元，存期 1 年，期满后取出。青岛市气象局出具书证证明，1997 年 9 月 13 日第 13 号台风在青岛市登陆，造成该工程停工 3 天。天马公司提出因设计变更拖延工期 167 天，其观点和计算公式为：合同签订工程造价为 1, 435 万元，合同工期为 300 天，由于变更而增加的工程费用为 800 万元，按照建筑工程管理条例规定，由于变更增加的费用，工期相应顺延。计算公式为：167 天 = 800 万元 \times (300 天 \div 1, 435 万元)。

经中国人民银行济南分行批准，从 1999 年 7 月

1日起，中行青岛分行与中行山东分行合并，原中行青岛分行本部的各项业务和债权债务由中行山东分行承接。

一审法院经审理认为，双方当事人签订的委托代建协议除3,000万元存款不得提前支付的约定不符合有关规定而无效外，其他约定应有效。

双方关于建设要求和项目分析及双方签字认可的设计变更内容亦有效。委托代建协议中虽未约定封闭阳台，但在建设要求和设计变更中均有封闭阳台的内容，应认为是对委托代建协议的补充。中行山东分行第一笔建设资金中有25万元迟付157天，第二笔600万元迟付10天。因设计变更拖延工期100余天，因台风导致停工3天，故该工程工期应予顺延。中行山东分行应向天马公司支付迟延付款的违约金。因面积增加应增加优良奖41,287.05元，4号楼未达优良标准，应将该楼的优良奖158,140.85元从总代建费中扣除。中行山东分行共向天马公司支付代建费28,424,190.63元，尚欠163,632.49元。

中行山东分行应对一审法院受理此案后，拨付的款项自天马公司起诉之日起至付款之日止，分段向天马公司支付违约金，对尚欠163,632.49元，

应向天马公司支付自起诉之日起至付清之日的违约金。绿化环保金和档案储蓄金在工程竣工后，有关部门应退还中行山东分行后再退还天马公司。

中行山东分行关于返还超付工程款的反诉请求没有事实依据，关于天马公司承担逾期交工的违约责任的反诉请求亦不符合有关规定，一审法院均不支持。中行山东分行要求天马公司退还 50% 的物业管理基金的反诉请求证据不足，不予支持。据此判决：

一、中行山东分行于判决生效之日起 10 日内向天马公司支付代建费 163,632.49 元；

二、中行山东分行于判决生效之日起 10 日内向天马公司支付所欠代建费 163,632.49 元每日万分之四的违约金(自 1998 年 7 月 13 日至付清之日止)；

三、中行山东分行于判决生效之日起 10 日向天马公司支付原审原告起诉后所付代建费 6,904,190.63 元的违约金(自天马公司起诉之日起至中行山东分行付款之日按日万分之四分段计算)；

四、中行山东分行于判决生效之日起 10 日内向天马公司支付第一笔和第二笔代建费迟延支付的违约金 39,700 元；

五、中行山东分行于判决生效之日起 10 日内向天马公司返还绿化环保金 20.7 万元；

六、中行山东分行于判决生效之日起 10 日内向天马公司返还档案储蓄金 10 万元；

七、驳回中行山东分行的反诉请求。一审案件受理费 130,896 元，天马公司负担 43,632 元，中行山东分行负担 87,264 元；反诉费 57,670 元，由中行山东分行负担；鉴定费 172,228 元，由天马公司负担 57,409 元，中行山东分行负担 114,819 元。

中行山东分行不服一审判决向本院提起上诉称：

一、一审判决认定工程总造价为 28,704,676.92 元与事实不符，第一、中行山东分行认为一审法院委托的评估机构作出的《工程造价鉴定书》确认工程施工图纸建筑面积（未封闭阳台）20,542.97 平方米，实际竣工建筑面积（封闭阳台）21,722.60 平方米。依《委托代建协议书》第 8 条约定结算面积以施工图纸建筑面积为准，一审判决将实际竣工面积认定为结算面积改变了合同当事人以施工图纸建筑面积为结算面积合同约定。第

二、《委托代建协议书》第 6 条约定：工程总造

价为 5,825.56 万元,每平方米平均 2,841.73 元,一次性包死,不再另收代建费,在施工中也不再增、减。工程总造价 5,825.56 万元中包括中行山东分行支付的征地款 3,360 万元、投资方向调节税 115 万元,向天马公司支付代建费 2,350.56 万元三部分。合同当事人的真实意思是代建费按每平方米 1,46.61 元,计算公式为: $2,350.56 \text{ 万元} \div \text{房屋总面积} = 1,46.61 \text{ 元/每平方米}$,一审判决将中行山东分行向政府直接支付的征地款、投资方向调节税一并计入代建费中,作为单价结算标准,不符合合同原意且违反了诚信原则。第三、一审审理期间双方当事人就图纸会审的设计变更达成了协议,鉴定人不平等地适用该协议,给中行山东分行增加工程造价 61.27 万元,请求二审法院予以变更。

二、一审判决确定的违约责任,适用法律错误应予撤销。

第一、一审判决加重了中行山东分行违约责任。上诉人支付代建费时除 25 万元逾期 100 余天,600 万元逾期 10 天外,其他付款不存在违约问题。对于设计变更增加的价款,双方于 1998 年 8 月 11 日签订的《协谈纪要》中约定由上诉人先垫付代建

的工程款待工程全部结束后按代建合同最后决算、多退少补，上诉人依约垫付了工程款。造价评估结论于1999年12月12日最终确定，一审法院于2000年3月15日以判决书方式对该结论予以确认，判决主文让上诉人自1998年7月13日立案之日起承担设计变更增加价款的逾期付款违约责任，与《会议纪要》约定不符，请求二审法院予以撤销。

第二、依《委托代建协议书》约定本工程最迟于1997年12月31日前交付，天马公司实际交付时间为：4、5、6号楼于1998年8月12日、13日、14日交付，1、2、3号楼于1997年9月17日交付，已逾期261天，且部分配套工程至今未完工。一审判决认定因设计变更天马公司逾期100余天交房，免除违约责任缺乏事实依据。

三、关于物业管理基金、绿化环保金、档案储蓄金问题。物业管理基金收缴情况通知单已载明：已按规定办理了免缴物业管理基金手续。应按代建合同及附件约定从应向天马公司支付的代建费中扣除50%的工程物业管理基金。绿化环保金、档案储蓄金也应不再向天马公司返还。上诉人中行山东分行同时向法院申请重新评估工程造价。天马公司同意一审判决，向本院请求驳回上诉、维持原判。

本院认为，双方当事人签订的《委托代建协议书》除天马公司揽储 3,000 万元存入上诉人单位一年内不得提前支取的约定违反法律规定而无效外，其他约定有效。《委托代建协议书》的附件：宿舍楼建设要求、项目分析书及履行合同中双方签订的会议纪要、协谈纪要、图纸会审记录，是对原合同的补充和修改，应认定有效。一审法院委托的工程造价评估机构具有法定评估资质，评估人员主体资格合格，评估中有辩论、质证、答疑的过程、评估程序合法，对评估结论予以采信。

对设计变更封闭阳台后增加建筑面积及如何确定代建费单价的计算标准，评估机构在书面答疑中作出了适当的解释，对此本院予以确认；上诉人主张按《委托代建协议书》中约定的设计图纸面积和扣除征地款、投资方向调节税后确定代建费单价标准，缺乏事实依据，对该请求及申请重新评估的请求不予支持。在《协谈纪要》中双方当事人约定工程款先由上诉人垫付，待工程全部结束后按代建合同最后决算、多退少补，上诉人依约履行了垫付工程款义务；一审判决上诉人依据评估结算结论承担代建费尾款违约金、诉讼期间支付的工程垫款的违约金，违反了合同约定且缺乏事实依据，应予撤

销。

天马公司迟延交房长达 200 余天，除台风影响延期 3 天属不可抗力免责外，天马公司应对因设计变更导致延期交房应免除其违约责任负举证责任；天马公司在二审期间向本院所作的延期交房书面陈述和计算公式与本案的实际情况不相符而不予认定；一审判决认定因设计变更天马公司延期 100 余天交房免除违约责任，缺乏相应的证据支持，本院不予认定，虽然上诉人设计变更也是造成延期交房的原因之一，但天马公司迟延交房时间已超出了设计变更可以适当延期的合理期限，已构成违约应承担违约责任；上诉人迟延支付第一、二期代建费亦构成违约，由于双方对增加工程量造成延工期限未作约定，中行山东分行，也未举证故对双方的违约行为互不追究。

根据政府主管部门的规范性文件规定：绿化环保金、档案储蓄金应退还上诉人，一审判决将二笔款返还给天马公司缺乏依据，应予撤销。

上诉人委托代建的房屋为本单位自用宿舍楼，有关部门根据房产性质已明示免缴物业管理基金，应按代建合同约定从向天马公司支付的代建费中扣除 50% 的费用，该项上诉请求有理，应予支持。据

此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项之规定，判决如下：

一、维持山东省高级人民法院(1998)鲁民初字第15号民事判决第一项；

二、撤销山东省高级人民法院(1998)鲁民初字第15号民事判决第二、三、四、五、六、七项；

三、在本判决生效后10日内天马公司向中行山东分行支付物业管理基金20万元。

一审诉讼费按一审判决执行；二审案件受理费188,566元由天马公司负担94,283元，由中行山东分行负担94,283元。

本判决为终审判决。

审判长张雅芬

审判员韩攻

审判员冯小光

二 一年一月二十日

书记员辛正郁

关闭海南发展银行清算组与青海省格尔木市柴达木城市信用合作社借款合同纠纷
上诉案

上诉人(原审被告)：关闭海南发展银行清算组。住所地：海南省海口市滨海大道人民银行大楼

203 室。

负责人：贾晓峰，该清算组组长。

委托代理人：戴修平，海南正达律师事务所律师。

委托代理人：毛锐敏，原海南发展银行大信支行行长。

被上诉人(原审原告)：青海省格尔木市柴达木城市信用合作社。住所地：青海省格尔木市柴达木路中段。

负责人：李晋兰，该社主任。

委托代理人：马福祥，同一律师事务所律师。

原审被告：海南大信集团海口投资公司，住所地：海南省海口市龙昆北路金融花园 A 座二十层。

法定代表人：秦劲松，该公司总经理。

上诉人关闭海南发展银行清算组因与被上诉人青海省格尔木市柴达木城市信用合作社、原审被告海南大信集团海口投资公司借款保证合同纠纷一案，不服青海省高级人民法院(1998)青经初字第 14 号民事判决，向本院提出上诉。本院依法组成由审判员宋晓明担任审判长，审判员臧玉荣、代理审判员王宪森参加的合议庭进行了审理，书记员高晓力担任记录。本案现已审理终结。

查明：1995年10月13日，青海省格尔木市昆仑城市信用社（以下简称昆仑信用社）柴达木路服务站（以下简称服务站）通过海南财茂贸易有限公司（以下简称海南财茂公司）借给海南大信集团海口投资有限公司（以下简称大信投资公司）300万元，由海口市大信城市信用社（以下简称大信信用社）担保，借款期限一年。当月25日海南财茂公司向大信投资公司转帐200万元，另100万元经大信投资公司同意转给其它公司。1996年12月31日，中国人民银行青海省分行批准服务站升格为格尔木市柴达木城市信用合作社（以下简称柴达木信用社）。1997年4月17日，在中国人民银行格尔木市支行的鉴证下，昆仑信用社与柴达木信用社签署交换协议书，约定：昆仑信用社将原借给大信投资公司本金300万元及利息1022598.11元，自移交之日起交给接管方柴达木信用社。同年6月2日，昆仑信用社、柴达木信用社、大信投资公司、大信信用社四方起草一份合同书，内容为：1995年10月25日由昆仑信用社借给大信投资公司人民币300万元，并由大信信用社提供不可撤销的还款担保；现因服务站已升格为柴达木信用社，根据当地人民银行规定，昆仑信用社须将大信投资公司的债务移交柴达木信用社，并负责以

后的清收工作；该笔本息已逾期一年有余，因大信投资公司资金周转困难，大信信用社又未能代为履行偿还责任，为切实解决好上述问题，经四方共同友好协商，一致达成如下协议：合同签订后，柴达木信用社一次性给付大信投资公司贷款 416 万元整，大信投资公司委托柴达木信用社偿还昆仑信用社 300 万元本金及所欠利息 116 万元；此贷款期限为半年，利率为月息 10.69%，仍由大信信用社对该贷款本息提供不可撤销的还款担保；借款到期后，大信投资公司必须按期归还或由大信信用社代为履行偿还责任。柴达木信用社、大信投资公司、大信信用社三方在合同上加盖了公章，借款方大信投资公司还加盖了总经理秦劲松的名章，担保人大信信用社的代表人毛锐敏签字。

同日，柴达木信用社、大信投资公司、大信信用社签订格柴信贷字第 97003 号借款合同，约定：大信投资公司借款 416 万元，月息 10.69%；借款时间自 1997 年 6 月 2 日起至 1997 年 12 月 1 日止，大信信用社承担连带偿还本息的保证责任，借款方不按期偿还借款，加收罚息 20%并按逾期天每天按欠款总额万分之五计收违约金。大信信用社同时向柴达木信用社出具一份还款担保书，承诺：保证按时归

还借款方在该借款合同项下不能按期偿还的借款本金；本担保书自担保方签发日起生效，至偿还借款方全部所欠借款本金和费用时自动失效；同意在接到贷款方书面通知后 7 日内代为偿还借款方所欠借款本金。柴达木信用社还出具了发放 416 万元贷款的借款借据，该借据盖有大信投资公司的财务专业章和法定代表人秦劲松的名章。

大信投资公司未能按时偿还 416 万元借款。1997 年 12 月 26 日，柴达木信用社以柴城信字(97)第 012 号致函担保人大信信用社，请求其督促大信投资公司尽快还本付息。大信信用社此时已被海南发展银行兼并，更名为海南发展银行大信支行(以下简称大信支行)。1998 年 1 月 8 日，大信支行将柴城信字(97)第 012 号公函电传给柴达木信用社，其上载有大信支行行长毛锐敏的批示：“已收到，请与投资公司商量，能还则还点，不能还要与该社协商能否延期，我行担保不变”。此后，柴达木信用社索款未果，遂于 1998 年 6 月 19 日向青海省高级人民法院提起诉讼，请求判令被告大信投资公司、大信信用社归还借款本金 416 万元及利息 583308.18 元，支付违约金 117301.98 元、其它损失 14 万元和全部诉讼费用。另，1998 年 6 月 21 日经国务院批准，中

国人民银行关闭了海南发展银行，成立了关闭海南发展银行清算组(以下简称海发行清算组)。

另查明，1995年12月28日，大信投资公司付青海省石油管道处经销部利息款78750元；1996年2月9日，付给海南财茂公司利息款5249.99元，同年4月18日付给李晋兰(海南财茂公司)利息款15528.36元；同年11月12日又支付给海南财茂公司20000元；上述四笔给付合计119258.35元。

青海省高级人民法院经审理认为，1997年6月2日大信投资公司、大信信用社与柴达木信用社签订的借款合同及保证合同，是在解决大信投资公司原欠昆仑信用社借款的基础上形成，三方在合同上盖章签名，且原大信信用社负责人亦承认，该主从合同是在三方意思表示真实的基础上形成应属有效合同，被告海发行清算组以该公司实际未发放贷款不承认合同效力的辩称不能成立，该院不予采纳；大信投资公司应当按合同约定承担归还本息和承担违约金的责任，合同约定违约金和罚息属双重计取违约金，大信投资公司责任过重，故欠款总额20%的罚息可不再计收，由于本案合同实际系解决原欠借款问题的基础上形成，故原告诉求经济损失本院亦不予支持；本案借款合同及不可撤销担保书明确约定

保证人大信信用社承担的是连带责任保证，原告在索款无着及时主张权利的基础上向人民法院提起诉讼，被告海发行清算组以未约定保证期间、收案时间已超过保证期间六个月的主张不能成立，该院不予支持，被告大信投资公司、海发行清算组应当按照合同的约定履行自己的义务。该院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条、第一百三十四条第一款第八项、《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第二十六条、《中华人民共和国担保法》第六条、第十三条、第十八条、第二十一条、第三十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，判决：

一、海南大信集团海口投资公司在该判决生效之日起十日内向青海省格尔木市柴达木城市信用合作社偿还借款 416 万元及合同约定计算的利息，并承担欠款总额自逾期之日起每日万分之五的违约金。

二、关闭海南发展银行清算组对上述责任承担连带责任，承担责任后有权向海南大信集团海口投资公司追偿。一审案件受理费 35013.15 元和财产保全费 25523.05 元，由被告海南大信集团海口投资公司负担，关闭海南发展银行清算组承担连带责任。

海发行清算组不服青海省高级人民法院上述民事判决，向本院提起上诉称：1995年10月13日贷款合同的主体是海南财茂公司，而非昆仑信用社，借款人为大信投资公司，根据有关金融法规的规定，企业之间签订的借款合同违反法律规定，属于无效合同，原审对此认定错误。

1997年6月2日四方重新办理了416万元的借款手续，该笔贷款没有实际发放。大信投资公司1995年只收到了200万元，原审认定借款1997年416万元(借款300万元加上116万元利息)的续借款合同实属不当。原审时我方提供了借款人大信投资公司还息近12万元的单据，但原审判决未予体现。担保书未约定保证期限，被上诉人在借款期满后6个月内未要求保证人承担保证责任，故应免除保证人的保证责任。请求二审法院纠正原审判决。

柴达木信用社答辩称：1997年6月2日签订的四方合同书，借贷合同主体明确，借贷事实清楚，是各方的真实意思表示。大信信用社签署了不可撤销的还款担保书，称担保书自担保方签发日起生效，至偿还借款方全部所欠借款本金和费用时自动失效。根据担保法规定，该担保属于连带保证，上诉人应承担连带保证责任。原审判决认定事实清

楚，适用法律正确，上诉人的上诉请求和理由不能成立。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

本院认为：本案 416 万元借款合同是柴达木信用社和大信投资公司为清理原有债权债务而重新达成的协议，大信信用社自愿为此提供还款担保；三方的协议内容不违反法律规定，其意思表示真实、明确，应为有效。海发行清算组关于该笔贷款没有实际发放、原审认定 416 万元续借款合同实属不当的上诉理由，本院不予支持。1995 年 12 月 28 日至 1996 年 11 月 12 日，大信投资公司偿付青海省石油管道处经销部、海南财茂公司四笔利息款共计 119258.35 元，均发生在 1997 年 6 月 2 日签订的 416 万元借款合同之前，且没有证据证明是偿还 416 万元借款的利息，故海发行清算组提出大信投资公司已偿还近 12 万元利息的主张，本院亦不予支持。保证人大信信用社在其出具的还款担保书中，没有明确约定其保证方式，应认定其按连带责任保证承担保证责任。该担保书因载明“自担保方签发日起生效，至偿还借款方全部所欠借款本息和费用时自动失效”，属于对保证期间约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年，即 1997 年 12 月 3 日起至 1999 年 12 月 2 日止。本案债权人柴达木信用

社在此保证期间内主张债权，海发行清算组的保证责任不能免除。另外，原大信支行于 1998 年 1 月 8 日向柴达木信用社承诺其“担保不变”，属于重新提供连带责任保证。

因此，即使该保证期间按 6 个月计算(保证期间为 1998 年 1 月 9 日至同年 7 月 8 日，原审法院于 1998 年 6 月 19 日受理此案)，海发行清算组的保证责任同样不能免除。故上诉人海发行清算组关于请求免除其保证责任的上诉理由，没有事实及法律依据，本院不予采纳。本案事实清楚，证据充分，原审法院适用法律基本正确。但原审判决判令按万分之五给付逾期违约金不当，应按中国人民银行不同时期规定的逾期付款违约金标准分段计付。本院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)、(二)项之规定，判决如下：

一、维持青海省高级人民法院(1998)青经初字第 14 号民事判决第一项“海南大信集团海口投资公司向青海省格尔木市柴达木城市信用合作社偿还借款 416 万元及按合同约定计算的(期内)利息”和一审案件受理费、财产保全费承担部分；

二、变更原审判决第一项“逾期违约金”部分为：海南大信集团海口投资公司应偿付青海省格尔

木市柴达木城市信用合作社 416 万元借款的逾期违约金(自 1997 年 12 月 3 日起至实际给付之日止,按中国人民银行不同时期规定的逾期付款违约金分段计付。);

三、变更原审判决第二项为:关闭海南发展银行清算组对上述一、二项承担连带清偿责任;承担责任后有权向海南大信集团海口投资公司追偿。

本案应付款项于本判决送达之日起 10 日内付清,逾期支付按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条规定办理。

本案二审案件受理费 35013.15 元,由上诉人关闭海南发展银行清算组承担。

本判决为终审判决。

审判长宋晓明

审判员臧玉荣

代理审判员王宪森

二 一年二月二十六日
书记员高晓力