

汕头审判

2023年 第2期
季 总第70期
2023年6月15日出版

封面题字:吕伯涛

编辑委员会主任:万云峰

编辑委员会副主任:林列坤 林洁明

陈维强 谢叙淦

陈海波 刘育生

辛惠松 李惠松

陈明辉

编委会办公室主任:林洁明

编委会办公室副主任:张波 林馥芸

沈启勇 宿华文

刘彤 林锦珣

编 辑:肖晓娜

广东省连续性内部资料出版物

准印证编号:(粤D)L0150029

《汕头审判》编委会 编辑出版

承印单位:汕头市辉亿彩印有限公司

印刷单位地址:汕头市龙湖区珠津工业区玉山路

10号101、102号

发送对象:全市两级法院

印 数:1000本

印刷日期:2023年6月

目 录

本期特稿

3 / 感恩奋进 真抓实干

坚定不移沿着总书记指引的方向勇毅前行

汕头市中级人民法院

涉侨审判专栏

5 / 汕头中院在市侨商会设立全市首个

“涉侨权益保护法官工作室”

邱梓喆

6 / 汕头中院参加“侨聚鮀城 共商发展”

侨助汕头高质量发展大会有关活动

纪泽帆

7 / 汕头法院能动司法开展“护航侨企”走访调研活动

林 立

知识产权审判专栏

8 / 匠心司法焕新文化名片

——汕头法院知产审判保护优秀传统文化纪实

邱梓喆

10 / 知识产权案件调解的技巧与功能

——以一宗知识产权案件为分析视角

郑佳娜

少年家事审判专栏

12 / 法护未来 向阳花开

——汕头法院少年家事审判工作纪实

邱梓喆

14 / 汕头法院少年家事巡回审判驿站实现辖区全覆盖

谷战春

14 / 龙湖区法院发出司法建议

整治非法雇佣未成年人行为营造清朗成长环境

邱梓喆

法官论坛

15 / 论我国成年意定监护制度的完善

曾 曼

审判实践

19 / 关于涉假烟案件定罪量刑的法律完善

——以非法经营罪的既未遂为视角

周洵升 张秋红 魏业端

案例评析

25 / 高速逃费行为的刑法认定

曹思漫 陆汉群

31 / 包含区域性名优特产称谓的商标,权利人无权禁止他人在特定区域内对名优特产称谓的正当使用

——谢湘龙诉汕头市金平区玖弟卤鹅店侵害商标权纠纷案

郭建龙 施婧

37 / 夫妻共同债务的认定

——原告广东美健置业投资有限公司诉被告陆清、钟可馨等及第三人郭海冬、三亚博后经济开发有限公司借款合同纠纷、被继承人债务清偿纠纷案

王华敏 吴文虹

41 / 定期给付之债的诉讼时效应从每期债务履行期限届满之日起分别计算

——原告陈某与被告黄某租赁合同纠纷案

吴炳松

法院动态

43 / 19条措施优化法治化营商环境护航高质量发展

邱梓喆

44 / 强化司法建议的运用 助力企业高质量发展

——潮南法院司法建议得到中国邮政集团有限公司采纳并整改落实

吴炳松

45 / 金平法院出台12项措施助推乡村振兴工作高质量发展

胡一丁

46 / 用心用情速解港胞诉讼难题

龙湖法院运用“AOL授权见证通”完成线上授权见证

林允源 陈群儿

法官文萃

47 / 望江南 飘然亭作

邱宏裕

47 / 从潮汕俗语“路唔平 众人抻”说起

林允源

封二、封三:法院工作图片

张涵 摄



主办: 广东省汕头市中级人民法院

地址: 汕头市韩江路33号

邮编: 515041

电话: (0754)88933049

传真: (0754)88933049

电子邮箱:

shantoushenpan@126.com

感恩奋进 真抓实干 坚定不移沿着总书记指引 的方向勇毅前行

汕头市中级人民法院

南粤大地，春潮涌动。在全国上下深入贯彻党的二十大精神的重要时刻，在新征程开局起步的关键节点，习近平总书记再一次亲临广东视察，为在新征程中更好推进中国式现代化的广东实践指明前进方向、提供根本遵循。站在新起点，汕头法院必须更加自觉把思想和行动统一到总书记重要讲话、重要指示精神上来，坚定不移沿着总书记指引的方向继续前行，以更加昂扬的精神状态奋力书写全市法院高质量发展新篇章。

坚定沿着总书记指引的方向继续前行，要深刻体悟总书记对广东的关怀厚爱。回顾广东这些年的发展历程，每到重要节点关键时期，习近平总书记都及时为我们把舵定向，寄予殷切期望，注入强大动力。殷殷嘱托，厚望如山岳；声声关切，德泽若阳春。必须深刻认识到学习好贯彻好总书记重要讲话、重要指示精神是旗帜鲜明讲政治，坚持“两个确立”、做到“两个维护”的重要体现，始终铭记总书记对广东山高水长的关怀厚爱，把对总书记的爱戴之情转化为做好审判执行主责主业的强大动力，紧跟总书记、奋进新征程。必须深刻认识到总书记重要讲话、重要指示是对推进中国式现代化建设的深化部署和有力引领，是对坚定不移全面深化改革、扩大高水平对外开放的庄重宣示和强力动员，是广东奋进新征程的

行动指南和力量源泉，深入领会其丰富内涵、精神实质、实践要求和理论品格，自觉用以统一思想、统一意志、统一行动，为广东在推进中国式现代化建设中走在前列贡献汕头法院的智慧和力量。必须深刻认识到学习好贯彻好总书记重要讲话、重要指示精神是强化思想引领、开创工作新局面的必然要求，掌握好指导新时代汕头法院高质量发展的强大思想武器，不断提高践行习近平新时代中国特色社会主义思想的能力和水平，不辜负习近平总书记的殷殷重托，不辜负人民群众的殷切期望。

坚定沿着总书记指引的方向继续前行，要奋力以高质量司法服务高质量发展。学习贯彻总书记视察广东重要讲话、重要指示精神，最根本的是要落实到审判执行各项工作中，汕头法院应当以更高的站位、更广的思路、更活的机制、更实的举措、更大的力度强化司法服务保障，努力在推进中国式现代化的广东实践中展现更大司法作为。必须坚决贯彻落实总书记关于着力建设现代化产业体系的重要要求，牢牢坚持支持实体经济为本、制造业当家的司法政策导向，为支撑制造业发展的支柱产业、园区平台、重大项目、关键企业提供更加精准法律服务，坚定不移走好“工业立市、产业强市”之路。必须坚决贯彻落实总

书记关于坚定不移扩大高水平对外开放的重要要求，严格执行《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》，加强对基层法院涉外民商事案件审判工作的统一指导，平等保护中外当事人合法权益，服务做好新时代“侨”的文章。必须坚决贯彻落实总书记关于着力提高科技自立自强水平的重要要求，深化知识产权“三合一”审判改革，持续加强对关键核心技术、重点领域、新兴产业等知识产权司法保护，加大品牌保护力度，助力汕头建设国家创新型城市。必须坚决贯彻落实总书记关于着力推动区域协调发展的重要要求，充分运用法治力量服务全面推进乡村振兴，围绕支持农村特色产业发展、农村人居环境整治提升等方面强化司法保障，努力为实施“百县千镇万村高质量发展工程”营造良好法治环境。

坚定沿着总书记指引的方向继续前行，要严格遵循总书记关于开展主题教育的重要要求。开展主题教育是今年党的建设的重大任务，是一件事关全局的大事。必须牢牢把握“学思想、强党性、重实践、建新功”总要求，坚持学思用贯通、知信行统一，在以学铸魂、以学增智、以学正风、以学促干上下功夫见实效，抓实抓好学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想的深化、内化、转化工作，引导全市法院干警坚定理想信念，铸

牢对党忠诚，站稳人民立场，把教育学习成效体现到严格公正司法、服务中心大局、解决群众急难愁盼问题等实际行动上。必须通过主题教育牵引带动加强党的全面领导和党的建设，把全市法院基层党组织锻造得更加坚强有力，努力实现党建与业务双融合、双促进。

坚定沿着总书记指引的方向继续前行，要切实以“大学习”“深调研”推动“真落实”。必须深入开展“大学习”，把学习贯彻习近平总书记此次视察广东的重要讲话、重要指示，同学习贯彻党的十八大以来总书记对广东系列重要讲话、重要指示结合起来，与贯彻落实党的二十大精神 and 党中央决策部署结合起来，与学习贯彻习近平法治思想结合起来，真正在学深悟透上求实效，通过学习贯彻不断提高发现问题、分析问题、解决问题的能力水平。必须扎实开展“深调研”，围绕贯彻落实总书记重要讲话、重要指示精神，对照中央办公厅《关于在全党大兴调查研究的工作方案》，结合服务高质量发展和省委、市委确定的目标任务，深入一线调查研究，向基层干警、代表委员、人民群众问计问策，谋划拿出切实可行的具体贯彻措施，奋力推动习近平总书记重要讲话、重要指示精神在汕头法院落地生根、结出丰硕成果。





汕头中院在市侨商会设立全市首个“涉侨权益保护法官工作室”

邱梓喆

木棉花开正艳，三月鮀城春来。为深入学习贯彻党的二十大精神和习近平总书记视察广东、视察汕头重要讲话重要指示精神，为汕头走好“工业立市 产业强市”之路、加快实现高质量发展提供司法服务和保障，3月16日，汕头中院在市侨商会设立全市首个“涉侨权益保护法官工作室”，并举行揭牌仪式暨“服务高质量发展”侨商侨企座谈会。汕头中院党组书记、院长万云峰出席活动并讲话。市委统战部副部长、市侨务局局长、市侨联主席洪悦浩，中国侨商联合会常务副会长、汕头市侨商会会长林少华，全国人大代表黄贵松，汕头中院党组成员、副院长谢叙淦，在汕侨商侨企代表等参加活动。

“涉侨权益保护法官工作室”是汕头法院续写侨文章、迈向高质量发展的重要举措。工作室将以高水平筹办2024年第二十二届国际潮团联谊年会和第十届国际潮商大会为契机，用心用情做好涉侨司法服务，通过走访调研及时掌握侨情侨意，深入推进涉侨纠纷多元化解工作，积极提供法律咨询诉讼指引，为侨资侨属企业高质量发展筑牢法治保障。

万云峰院长强调，汕头法院要依托驻点法官工

作室，搭建法院与侨界、法官与侨胞良性沟通互动的桥梁，切实做到“听侨声、暖侨心、纾侨困、护侨益、解侨难、聚侨力”，助力在汕侨资侨属企业行稳致远发展，进一步盘活“侨”经济，为广大华侨华人参与家乡现代化建设、共享发展机遇提供全方位的司法服务和保障。

洪悦浩副部长提出，下一步要加强统战、侨务、侨联等部门、组织与全市法院的协作配合，共同研究总结涉侨诉调工作的特点和规律，不断深化涉侨维权工作内涵，推动多元化纠纷解决机制纵深发展，做好涉侨法律宣传教育工作，为归侨侨眷和海外侨胞提供更加优质、专业、高效的司法服务。

林少华会长表示，汕头市侨商会将联合两级法院，充分发挥“涉侨权益保护法官工作室”作用，团结在汕的侨商侨企，共同营造市场化、法治化、国际化营商环境，为侨乡高质量发展添砖加瓦。

侨聚鮀城，红船扬帆再起航。汕头法院将继续发扬开拓创新、实干拼搏的“红头船精神”，乘着高质量发展的东风，将“涉侨权益保护法官工作室”打造成创新涉侨审判工作的重要展示窗口，用心用情用力服务保障汕头做好新时代“侨”的文章。

汕头中院参加“侨聚鮀城 共商发展” 侨助汕头高质量发展大会有关活动

纪泽帆

4月7日,我市举办“侨聚鮀城 共商发展”——侨助汕头高质量发展大会。会议深入贯彻落实习近平总书记关于做好“侨”的文章的重要指示精神,进一步凝聚侨心、侨力、侨智,助力汕头高质量发展,在新时代经济特区建设中实现迎头赶上。

受大会邀请,汕头中院党组成员、副院长谢叙淦代表市法院参加会议。大会期间,举行“局长在身边”惠侨咨询服务活动,市法院、华侨试验区等8个职能单位现场向侨商宣传有关政策,提供咨询服务。谢叙淦副院长带队参加活动并为前来参会的侨胞、侨商和侨企代表提供法律咨询和诉讼指引。

据了解,大会发起并启动“侨助汕头高质量发展”行动,汕头市侨商投资企业协会、加拿大潮属社团总会、香港汕头社团总会、英国潮汕商会、泰国潮州会馆、新西兰潮属社团总会、马来西亚潮州工商



总会、海南省潮商经济促进会、深圳市潮汕商会、深圳市侨商智库研究院共同签署倡议书。会议期间,13家优质侨资企业在会议现场布展,集中宣传展示我市侨资侨企高质量发展成果。市纺织服装产业协会、市大健康产业协会、澄海玩具协会设置招商对

接洽,宣传推介我市重点产业并开展招商活动。

本次“局长在身边”惠侨咨询服务活动,是汕头用心用情做好新时代“侨”的文章的实际行动和重要举措,将助力汕头进一步挖掘“侨”资源,促进潮侨经贸往来,为海外华侨华人参与祖国建设、共建和美侨乡、共享发展红利搭建更大的平台、提供更多的便利。针对涉侨权益司法保护工作,汕头中院民四庭庭长林立接受媒体采访时表示:“今年初,市法院出台‘1号文件’服务保障汕头做好新时代‘侨’的文章,推出23项司法举措,聚焦16项重点工作,并发布《涉侨民商事案件诉讼指南》,为涉侨当事人提供诉讼指引。近期,市法院在市侨商会率先设立‘涉侨权益保护法官工作室’,充分发挥司法职能作用,精准开展涉侨司法服务,依法维护侨胞、侨商、侨企合法权益。下来,汕头法院将启动‘厝边法官暖侨行’主题普法宣传活动,并依托驻市侨商会法官工作室,开展‘护航侨企’走访活动,搭建法院与侨界、法官与侨胞良性沟通互动的桥梁,为广大华侨华人参与家乡现代化建设、共享发展机遇提供全方位的司法服务和保障。”



汕头法院能动司法 开展“护航侨企”走访调研活动

林立

为密切联系侨胞侨商侨企,精准开展涉侨司法服务,树牢支持实体经济为本、制造业当家的司法政策导向,以高质量司法服务高质量发展,4月13日,汕头中院依托驻市侨商会“涉侨权益保护法官工作室”,联合龙湖法院、濠江法院开展“护航侨企”走访调研活动,先后走访我市“三新两特一大”产业发展中的纺织服装企业和高新技术企业。

汕头飞腾织造厂有限公司是一家集研发、生产、销售于一体的港资企业。来到飞腾织造厂的生产车间,缝纫机、自动化生产线有序运转,300多名一线工人忙着赶制春夏款服装,眼前一派繁忙生产的景象。法官们与企业负责人及相关工作人员深入交流,详细了解企业生产经营情况、遇到的实际困难以及司法需求,耐心解答有关买卖、定作、合作合同纠纷等法律问题,并对加强企业内部合规管理、防范化解经营风险等方面提出具体可行的法律建议。“刚才法官提出的法律建议针对性很强,让我们感觉到在汕头投资创业更有保障、更有信心。”该港资企业负责人黄先生对汕头两级法院主动“送法进侨企”的做法连连点赞。

在汕头综合保税区,两级法院法官来到广东奥斯博膜材料技术有限公司厂区,该外资企业的副董事长郑先生介绍说,自2006年从加拿大回到家乡办厂至今,他在汕投资累计已逾6亿元。在走访调研过程中,法官们摸排梳理企业在生产经营、增资扩产、专利保护、劳动争议等方面存在的问题和诉求,



为企业释法答疑、纾困解难,并积极征求企业对法院在服务保障企业发展、优化法治化营商环境等方面的意见建议,以更好地紧扣侨胞侨商侨企发展需求,提升涉侨司法服务水平。

走访调研期间,法官们还向企业赠送了民法典、涉侨民事案件诉讼指南等法律书籍以及《涉侨审判“云课堂”》系列视频资料。

这次“护航侨企”走访调研活动,是汕头中院“涉侨权益保护法官工作室”在市侨商会挂牌设立后所开展的特色司法服务,也是汕头中院积极构建亲清“法企”关系、助力打造一流营商环境的实际行动。下来,汕头两级法院将坚持能动司法,继续用心用情服务保障汕头做好新时代“侨”的文章,依法维护侨胞侨商侨企合法权益,支持保障新侨创新创业,助力在汕侨资侨属企业行稳致远发展,为汕头走好“工业立市 产业强市”之路、加快实现高质量发展保驾护航。



匠心司法焕新文化名片

——汕头法院知产审判保护优秀传统文化纪实

邱梓喆

广东汕头，海滨邹鲁，是潮汕文化重要的发源地、兴盛地之一，拥有14个国家级非遗项目、51个省级非遗项目和211个非遗传承人，潮汕历史文化博览中心也成为中国华侨国际文化交流基地，牵动着海内外潮人的心。

潮汕文化历久弥新的背后，离不开司法守护。近年来，广东省汕头市两级法院充分发挥知识产权审判职能，审结涉传统文化产业知识产权案件1034件，积极探索潮汕文化知识产权保护实践，为推动优秀传统文化的创造性转化和创新性发展贡献司法力量。

平等——鼓励特色文化公平竞争

有海水的地方就有潮人，有潮人的地方就有潮汕美食。作为知名侨乡，汕头素有“中国潮菜之乡”美誉，而作为“无鹅不成宴”主角的卤鹅，更是随着侨胞的足迹，饮誉国内外。

谁料，小小一只卤鹅却遇上了商标权纠纷。

“汕头有上百家苏南鹅肉店，这名字怎么就成了他们专用的了。”法庭上，被告庄先生一肚子苦水。

原来，原告谢先生是“老苏南鹅肉”、“澄海苏南鹅肉”、“苏南鹅肉”等注册商标专用权人。一年前，谢先生发现庄先生的卤鹅店招使用“苏南鹅肉”字样，认为其侵害了自己的商标权，便诉至汕头市金平区法院，要求庄先生停止侵权行为并赔偿。

法院经审理查明，苏南在历史沿革上曾是汕头一个地名，该地方采用卤制工艺制作的鹅肉在潮汕地区具有很大知名度，许多商家以“苏南鹅肉”为名，以宣扬这一潮汕传统工艺美食。

“原告虽享有商标权，但不能禁止他人正当使

用商标构成中的历史地名和商品通用名称，来表示商品与产地、所采用工艺之间的联系。”该案二审主审法官郭建龙认为，商标保护应兼顾与特定区域内相关市场主体诚信经营利益之间的平衡，才能让传统工艺、地标美食在公平竞争的环境中，得以持续传承发扬。

2022年8月25日，汕头中院二审判决驳回上诉，维持一审法院驳回原告全部诉讼请求的判决。

“法院的判决维护了公平竞争秩序，使我们更有信心让潮汕卤鹅这‘活招牌’走得更久、更远。”汕头市狮头鹅产业协会副会长李恒勤赞许道。

苏南鹅肉、八合里牛肉丸、鮀浦米酒等具有地理标志性质的知识产权，在司法保障下，得到自由且充分的发展。

为更好地延续文脉，2022年4月，金平区法院与汕头市旅游投资公司联合建立小公园开埠区知识产权保护协助机制，助力小公园开埠区作为侨乡地理标志的培育、运用和推广，再现“百载商埠、楼船万国”的历史风貌。

3月27日，汕头中院还出台《关于以高质量司法护航全市高质量发展的意见》，提出19条具体举措，强调为“汕字号”文化遗产、特色农产品、传统村落的相关知识产权提供精准司法保障，规制和惩治不正当竞争行为，保障各类市场主体依法平等使用资源要素，着力营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境。

快速——助力优秀文化“走出去”

潮汕民间艺术“三瑰宝”之一的英歌舞，作为第一批国家级非遗项目，独树一帜，每每登场都能赚足眼球，成了观众镜头争相捕捉的对象。



影像为潮汕文化的传播搭建了广阔的平台。2018年,廖先生创作完成摄影作品《英歌舞》,成功获得最佳民俗文化奖,后在全国摄影大展中展出,伴随英歌舞走向全国。

2022年,廖先生发现汕头一科技公司擅自将该作品用作商业推文宣传的插图,为维护自己的权益,廖先生将科技公司诉至金平区法院。

10月31日,金平区法院开庭审查后了解到,涉案的英歌舞摄影作品已取得《作品登记证书》,廖先生依法享有著作权,被告未经许可便拿来向公众传播,侵害了廖先生对摄影作品享有的信息网络传播权。

“保护知识产权就是保护创新。让潮汕文化可以通过各类创新性摄影语言,向世界展现其古老基因和强大生命力。”该案一审主审法官郑楚川认为,应及时制止图片侵权的不正当行为,为潮汕文化的传播营造更浓厚的创新创作氛围。

12月,金平区法院判令科技公司停止侵权并进行赔偿。

时间,是创新创作价值的生命线。为及时制止侵权行为,汕头法院在快速审理的同时,还注重知识产权纠纷人民调解、行政裁决和诉讼有机衔接,和市司法局、市工商联等单位达成诉前、诉中全过程调解合作机制,组建“法官+行业专家+律师”服务团,为传统文化知识产权纠纷提供高效、快捷的解决渠道。

同时,汕头法院还定期组织了18场“定制化”普法活动,将知识产权法律知识融入灯谜、搬上潮剧大舞台、送到民俗活动现场,加强对非遗文化版权登记、商标注册等方面的普法宣传教育,帮助传承人提高知识产权保护能力,从源头防范化解知产纠纷。

“汕头法院以小切口保护文化发展大格局,为推动潮剧、英歌舞这些传统艺术文化‘破圈’‘出海’提供了法治助力。”全国人大代表、广东潮剧院一团副团长林燕云表示。

严格——守护非遗文化创新活力

信步走入汕头崇弘公祠,石壁上、檐柱下,狮子

戏球、双象呈祥、麒麟踏八宝,各式各样的石雕相映成趣,彰显着属于非物质文化遗产的魅力。

“我们参考石雕工艺设计小摆件,是希望这项艺术能一步步走出古建筑,走向万千百姓家。”设计师张先生说道。

张先生早于2009便参考传统石雕,融合貔貅、葫芦、藤蔓三元素,创作完成美术作品“福禄”,在登记了著作权后做成石雕摆件,通过网络进行销售。

但慢慢的,网购平台上出现了大量复制品,为遏制抄袭之风,张先生果断将其中一家侵权商店诉至汕头中院。

汕头中院经严格审查发现,被控侵权产品与原告原创作品除了细微处的颜色、文字存在差别,在元素安排、外形设计等方面均一致,构成实质性相似。

“随着文化自信的不断增强,传统手工艺品越来越受消费者青睐,同时也成了一些不法商家重点抄袭对象。”该案主审法官林玫认为,抄袭成风严重阻碍石雕文化的创造性转化,应通过裁判结果保护创新积极性,让石雕充分释放其商业价值。

为此,汕头中院判决被告立即停止销售侵害原告著作权的石雕摆件商品,并赔偿原告经济损失1.2万元。

为严厉打击知识产权侵权行为,汕头两级法院发挥知识产权审判“三合一”和第一审知识产权民事、行政案件集中管辖机制作用,构建知识产权专业化审判体系,积极组织鉴定人、非物质文化遗产保护领域的专业人员提出技术调查意见,既使法定赔偿数额充分反映知识产权市场价值,又让侵权者慑威而净化创新发展环境。

同时,汕头法院还注重加强与公安、检察机关在涉知识产权刑事案件侦查、移送管辖等方面的沟通协调,强化对传统文化知识产权全链条保护。

“汕头法院要充分发挥知识产权审判职能,助推文艺创作、文化品牌培育和文化精品出口,以潮汕优秀传统文化讲好潮汕故事。”汕头中院相关负责人表示。

(作者单位:汕头市中级人民法院)

知识产权案件调解的技巧与功能

——以一宗知识产权案件为分析视角

郑佳娜

一、导语

传统的家事纠纷,在释法答疑的基础上,再动之以情晓之以理地耐心辅导,在亲情的感化下,通常能调解成功。对于知识产权纠纷这类现代型争议,了解当事人诉求背后的真正目的,挖掘当事人利益的契合点,以“双赢”或“多赢”为导向,同样可以通过调解,实现案结事了。

二、S市知识产权案件现状及个案样本

近年来,伴随着电商平台的推广和应用,经营者通过网络商铺销售商品日益增多。由于经营者法律意识、产权意识较为薄弱,出现网络商铺销售侵害商标权或著作权产品的现象。在司法层面,则以知识产权案件数量陡增呈现出来。以2009年至2021年翁某所在的S市两级法院一审知识产权民事、刑事案件的数据为例,2019年收案942件,2020年收案5797件,2021年收案2872件,年均增长率74.35%,其中网络商铺侵权案件数占相当大比重。知识产权案件数的显著增长折射出新兴产业的快速发展与地区网络商铺经营者薄弱的产权意识之间的矛盾。面对案件增长态势,S市法官秉持“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的民事司法原则,能动运用调解技巧,充分发挥调解的独特功能和制度优势,取得良好的社会效果和法律效果。

为更好介绍调解技巧,下文以原告殷某诉被告翁某、深圳市甲服饰有限公司(下称甲公司)、浙江乙网络有限公司(下称乙公司)著作权权属、侵权纠纷一案为分析样本,案情如下:殷某系A美术作品著作权人,并以绘本集公开发表。翁某未经殷某授权许可,擅自在其开设的网络商铺中销售印有A美术作品的睡衣;甲公司未经殷某授权许可,擅自生产并销售印有A美术作品的睡衣(以下统称被诉侵权商品)。为维护自身合法权益,殷某起诉,请求判令:1.翁某、甲公司立即停止侵犯殷某A美术作品著

作权行为,销毁所有侵权产品,并共同赔偿殷某经济损失(含维权合理费用)35万元;2.乙公司删除被诉侵权商品链接。后殷某确认被诉侵权商品链接已经删除,撤回对乙公司的诉讼请求。

三、知识产权案件调解的技巧与功能

(一)抓住调解的最佳时机

本案在开庭前,双方分歧较大,无法达成合意。但开庭审理后、判决前,根据法庭辩论和当事人质证的情况,尤其是翁某、甲公司对侵权事实没有异议的情况下,法官抓住调解的最佳时机,轮番与当事人沟通,了解当事人的诉讼预期以及诉求背后的真正目的,挖掘当事人利益的契合点,以“多赢”为导向,情、理、法交融并用,最后,当事人自愿同意在法院的主持下进行调解。

(二)选择调解的最佳切入点

每一个案件的具体案情不同,当事人的诉求不同,主要矛盾也不同。调解工作就要抓住案件的主要矛盾,把主要矛盾作为调解的切入点,把当事人的分歧之处作为调解的切入点,如此,就能收到事半功倍的效果。

1.明确调解内容的边界

殷某首先提出调解方案,翁某、甲公司赔偿5万元并出具书面道歉信。翁某、甲公司同意5万元的赔偿金额,但拒绝出具书面道歉信。就已查明的事实,翁某、甲公司的侵权行为并没有损害殷某的名誉,且殷某起诉时并没有提出翁某、甲公司出具书面道歉信的诉讼请求,开庭时也没有增加此项诉讼请求,在调解阶段却增加该项要求,确实有失公允。法官多次向殷某阐明案件事实和详述法律分析。经过考虑,殷某不再要求翁某、甲公司出具书面道歉信。

在民事诉讼中,虽然当事人有权处分自己的民事权利和诉讼权利,但并不是毫无边界的,而是应



当遵循合法的原则。本案在磋商调解内容时,法官很好地把握调解内容的边界,保证调解在合法的范围内进行。

2. 寻找诉讼预期的最近结合点

经济赔偿数额达成一致,但在付款时间问题上,又产生不同意见。翁某、甲公司因为经济困难,无法立刻付款,需要六个月付款宽限期。而殷某则要求调解协议签章当日立刻付款。由于付款时间的分歧,调解再次陷入僵局,且各执己见,互不相让。翁某、甲公司认为,其已承认侵权行为,立即停止侵权,并同意赔偿殷某的经济损失,但目前经济困难,资金紧张,无法立刻付款,需要六个月付款宽限期。殷某认为,其放弃翁某、甲公司出具书面道歉信的主张,赔偿数额也大幅降低,已经做出很大的让步,不愿在付款时间上拖延,以免权益继续受损。

法官多次与殷某沟通,了解殷某诉求背后的主要目的是通过法律手段制止翁某、甲公司的侵权行为,并以经济赔偿的方式给翁某、甲公司一定的惩戒。掌握殷某诉求背后的真正目的后,法官分别从判决和调解对其权益保护的时间和风险维度上作分析,翁某、甲公司因经济困难无法一次性付款,若是调解不成,通过判决,翁某、甲公司不按照判决履行义务,再走执行程序,最后拿到赔偿款,既需要时间成本,也增加讼累和风险。如果调解成功,虽然不能立刻兑现赔偿金额,但是由法院出具调解书,履行时间明确,权益也有保障。了解翁某、甲公司的经济困难和赔付能力后,法官对其释法说理,如果调解不成,又不履行判决确定的义务,殷某申请强制执行,强制执行有很多执行措施,如列为失信被执行人,限制高消费,冻结被执行人的银行账户资金、查封相关财产等,任何一项执行措施都会影响甲公司的经营和商誉,也影响翁某的生活和出行。

两种维权途径,通过比较分析,以履行时间明确、权益有保障作为当事人诉讼预期的最近结合点,在法官的释法说理下,双方达成和解:翁某、甲公司立即停止侵权,赔偿殷某5万元,自调解协议签章之日起一个月内付清,诉讼费用由殷某负担。案件取得双方当事人满意的良好结果,使民事审判真正实现“案结事了”的目标。

(三)深挖利益契合点,实现权益平衡度

经过前期反复细致的沟通,确定双方争议焦点后,法官对双方当事人各自的利益诉求进行了充分挖掘,并辅以充分的法律分析,最终成功调解。原被告双方的立场对立,但背后的目的不一定绝对矛盾。时代瞬息万变,经济快速发展,甲公司作为实体公司,希望减少讼争,把更多的时间和精力投入到生产经营中。而殷某也不想卷入纠纷中,而是希望通过法律惩戒的方式,让侵权者停止侵权,惩一儆百。在深入挖掘双方利益需求的基础上,法官找到了双方利益的契合点,引导翁某和甲公司以诚恳的态度协商,并付诸实际行动立即停止侵权行为,再给予殷某经济赔偿,其经济困难获得殷某的理解,从而取得一个月付款宽限期。最终实现各得其所,各取所需。

(四)本案调解的启示

1. 维护法律正义,融入人文关怀

在民事判决中,基于处分原则和判决的拘束力,当事人必须在判决确定的期间内履行判决确定的义务。而在民事调解中,在某项确定的义务之下,对于履行方式和履行时间,既可以刚柔相济,也可以宽严有度,呈现弹性化和人性化。本案中,在翁某、甲公司立即停止侵权、同意赔偿数额的情况下,他们的经济困难也得到殷某的理解,殷某随之同意给予一个月付款宽限期。

2. 借助司法大数据,以统一裁判尺度指导类案调解

司法大数据的开发和运用,不仅服务于审判执行工作,也服务于调解工作,其本身具有的预判功能亦能够在调解中发挥重要作用。就同一个作品的著作权,针对不同被告,殷某已在法院提起多宗案件。本案殷某诉请金额35万元,根据法律规定和具体案情,以及法院对于此类案件的裁判标准,殷某的诉请金额明显过高,不能得到完全的支持。法官充分利用法院丰富的案例资源和司法大数据库,提供类案判赔数据分析结果,引导当事人形成对本案处理结果的心理预期。在当事人达成调解协议时,及时出具调解书,固定双方当事人的权利义务和调解意见。

3. 发挥案件的规范和引导作用,为地区经济发展提供法律保障

新时代下,可通过案件的规范和引 (转下页)



法护未来 向阳花开

——汕头法院少年家事审判工作纪实

邱梓喆

“我的学习进度快跟上同学们了……”“我下学期就回学校上学……”5月4日,在广东汕头金平“少年家事巡回审判驿站”里,11名定期接受回访帮教的罪错少年跟法官反馈自己的近况,成长的道路在此刻清晰且明亮。

未成年人是国家的未来、民族的希望。2022年以来,汕头两级法院持续深化少年家事审判改革创新,在专业审判、柔性司法、合力共治、延伸服务等方面下功夫,依法审结涉未成年人民事案件430件、刑事案件369件,为未成年人健康成长提供有力司法服务和保障。

社会共治,合力守护美好未来

“法官阿姨我跟你拉钩,会好好听爸爸妈妈话的。”3月1日,5岁的小清(当事人均为化名)在调解现场脆生生的一句话,熨帖了在场所有人的心。

在一旁的小清父母,正签下有关孩子抚养费的调解协议,这一家事矛盾在发酵之前息诉止争。

原来,小清的母亲杜女士在离婚之后,一个人带着小青生活,无法从事全职工作,微薄的收入难以支撑小青日益加大的学习生活支出。无奈之下,杜女士将小清的父亲黄先生诉至汕头市澄海区法院,要求黄先生增加抚养费并支付孩子的学杂费。

恰好这时,汕头法院首个“少年家事巡回审判驿站”落地澄海区隆都镇,以隆都镇政府为枢纽,整合起法院、镇街村居、工青妇联、学校等少年家事解纷力量。

“驿站为少年家事纠纷搭建了一体化解决平台,构建起家庭式的诉讼环境,让纠纷得以公正、妥当、温情地解决。”澄海法院法官陈丹桂介绍道,法院下沉司法力量,靠前一步联动联调,既有利于推进融合情理法的调解,也便于开展后续的跟踪回访。

而这对小青及其父母来说,是最好的选择。

于是,隆都镇“少年家事巡回审判驿站”设立当天,陈丹桂便将当事人都请到驿站来,在镇政府工作人员的共同调解下,综合考虑孩子在当地的生活教育所需费用,耐心释法说理,消除父母双方的分歧,促使黄先生同意一次性多给付10万元,让孩子接下来的生活更有保障。

第一案的顺利调结,开启了汕头法院“少年家事巡回审判驿站”温情进程。

从3月到4月,汕头中院联合7个基层法院,在各区县的镇街设立了7个“少年家事巡回审判驿站”,建立起家庭矛盾纠纷预防、调处、化解和未成年人权益保护的网格化综合体系,在源头织就了未成年人司法保护网。

凭借驿站接近纠纷发生地、贴近群众的优势,汕头两级法院联合特邀调解员、基层工作人员,积极开展庭前社会调查、典型案例宣传、巡回审判、回访帮教、诉调对接等工作,在“家门口”调结8起涉未成年人家事纠纷,回访帮教16名失足少年,让青少年在法治呵护下健康成长。

温情法治,全力挽救问题少年

(接上页) 导作用参与社会治理。如加强法律法规和典型案例的宣传,向企业宣讲知识产权法律,解答法律难题,增强地区企业的品牌意识和维权意识,引导企业加强知识产权的自我保护和权益维护;发挥案件的规范和引导作用,从而促进网络商铺经营者提升法治观念和法律知识,促使其合法经

营,规范交易。在审理同个商标权或著作权的系列案件时,力争实现“审理一个商标或著作权案件,规范一批经营者”的目标,在法治轨道上充分发挥案件的规范和引导作用,为地区经济发展提供法律保障。



“依照《中华人民共和国家庭教育促进法》规定，责令你定期接受法院、司法行政及社区等多部门联合开展的家庭教育指导。”4月25日，汕头金平区人民法院发出6份涉刑事案件责令接受家庭教育指导令。

法院的行为，直指6个失足少年和6个失职家庭。

而悲剧的源头，还得从金平区人民法院审理的一起抢劫案说起——小宏等6名未成年被告人从小缺乏家长管教，早早辍学，进入社会后沾染了不良习气，结伙走上了犯罪道路。

“这不仅仅是一个抢劫案，还是6名未成年人的人生。”要如何在判决之外帮助他们在思想上回头、开启新生，成了摆在主办法官黄岳忠面前的难题。

于是，在庭审的时候，法官们走下审判台，和检察官一起，近距离对少年们做心理疏导和法治教育，帮助他们挖掘出问题的症结所在，将心理、行动上的偏差引向正途，同时也鼓励他们正视过去、面对未来、回归正途。

6个失职家庭也同样受到了教育。在依法判处6名未成年被告人缓刑之后，金平区法院便向家长们签发了家庭教育指导令，送上一套关于纠正失职行为、改进沟通方式、提升教育理念的“必修课”。

“孩子走错路我们也有责任，接下来要好好反思改进，让孩子和这个家都回到正轨。”法庭里，家长们终于扛起了自己的责任。

在汕头法院，失足少年、家长和法官交心的场景时常上演。

2022年以来，汕头法院实行涉未成年人案件“三合一”归口审理，推进案件审判专业化、审判队伍职业化，依法审结未成年人犯罪一审案件183件263人。

在审理未成年人犯罪案件时，汕头法院每一位少审法官都坚持着“前延+后伸”审判模式，落实“庭前走访+庭审教育+庭后回访”工作机制，创新“法律妈妈”活动，通过“未成年被告人+家庭”“司法+心理”双重教育机制，达到惩治违法犯罪行为、保障未成年人合法权益、修复受损家庭和受伤心灵三者统一，努力挽救每一个失足少年的未来。

标本兼治，助力播撒法治种子

从源头上预防和减少未成年人犯罪，培育良好的社会环境非常重要。

今年2月，汕头市龙湖区法院向龙湖区人社局以及龙湖区公安局发出司法建议书，指出营业性娱乐场所非法雇佣未成年人的乱象。

乱象背后，原因何在？原来，龙湖区法院在审理一起侵害未成年人合法权益刑事案件中，发现被告人曾多次接触在酒吧打工的未成年被害人，由此引发纠纷甚至诱发犯罪行为。

“在未成年人禁入制度受到重视的同时，娱乐场所非法雇佣童工却成了灯下黑。”案件主办法官纪冰认为，只有加强对娱乐场所的监管，才能有效保障其用工行为的规范，使未成年人远离复杂环境中暴力犯罪的威胁。

为此，龙湖区法院向两部门发出司法建议书，建议对辖区内的网吧、酒吧、KTV、电竞酒店等营业性娱乐场所开展集中清查，对存在非法招募未成年人打工的相关企业依法进行处理，并持续进行法治宣传，引导企业牢固树立合法合规经营理念，同时提升青少年学生保护自身合法权益的意识和能力。

收到司法建议后，两部门迅速采取措施，对辖区内各类营业性娱乐场所开展专项检查行动，重点打击非法雇佣未成年人等违法犯罪行为，强化宣传通报，倒逼企业经营者提升守法意识。

以司法建议联动社会治理，正是汕头法院打通未成年人保护“最后一公里”的行动探索。

去年以来，针对审判过程中发现的未成年人违规驾驶机动车、过早辍学纠集成伙、将出租屋作为犯罪据点等苗头性、共性问题，汕头法院及时向公安、教育局、市场监督管理局相关部门发送11份具有针对性、实效性的司法建议，均得到函复落实，变“惩处犯罪”为“提前预防”，通过办理一案、建议一件、治理一片，持续优化未成年人成长环境。

同时，为增强未成年人法治意识，汕头法院选聘100名法治副校长，深入辖区各中小学开展法治教育，通过专题讲座、研学活动、模拟法庭等方式，让法治细无声地滋润学生们的心田。

追光不止，向阳花开。“汕头法院将深入落实最有利于未成年人原则，以深化少年家事审判改革为动力，不断提升少年司法能力水平，为未成年人健康成长营造更暖、更净、更优的社会氛围和法治环境。”汕头中院党组书记、院长万云峰表示。

(作者单位：汕头市中级人民法院)



汕头法院少年家事巡回审判驿站 实现辖区全覆盖

谷战春

为提升未成年人审判工作水平,推动全市法院新时代少年法庭工作高质量发展,根据《汕头市中级人民法院关于设立“少年家事巡回审判驿站”的实施方案》工作部署要求,全市两级法院积极推进“少年家事巡回审判驿站”在辖区街(镇)落地设立。自今年3月1日汕头中院联合澄海法院、金平法院分别在澄海区隆都镇、金平区鮀莲街道设立首批两个“少年家事巡回审判驿站”以来,其他基层法院也积极响应跟进,根据实际情况在辖区内择优选取一个法庭所在的街道、镇设立“少年家事巡回审判驿站”,至4月18日,第二批“少年家事巡回审判驿站”已全部设立。至此,汕头法院少年家事巡回审判驿站已在全市7个辖区内全部设立,分别是澄海区隆

都站、金平区鮀莲站、龙湖区新溪站、南澳县云澳站、濠江区河浦站、潮阳区金灶站、潮南区胪岗站。

汕头法院“少年家事巡回审判驿站”实现辖区全覆盖,这对于全面推进汕头新时代少年法庭工作高质量发展,为未成年人的健康成长提供更加有力的司法保障意义重大。下来,全市两级法院将充分利用驿站平台,有效开展好巡回审判、法治宣传、诉调对接、调研走访等活动,建立起家庭矛盾纠纷预防、调处、化解和未成年人权益保护的网格化综合体系,用以维护社会、家庭关系和谐稳定,赋予更多人文关怀和司法温度,助推乡村治理促进乡村全面振兴。

龙湖区法院发出司法建议 整治非法雇佣未成年人行为营造清朗成长环境

邱梓喆

近日,汕头市龙湖区人力资源和社会保障局以及汕头市公安局龙湖分局向龙湖区人民法院进行书面复函,称法院发出的关于整治营业性娱乐场所非法雇佣未成年人的司法建议,有利于加强娱乐场所的监督管理,切实保护未成年人的合法权益。

今年2月,龙湖区法院在审理一起侵害未成年人合法权益刑事案件中,发现被告人曾多次接触在酒吧打工的未成年被害人,由此引发纠纷甚至诱发犯罪行为。通过梳理总结近年来涉未成年人犯罪案件审理情况,龙湖区法院发现与网吧、酒吧、KTV等娱乐场所相关的案件频繁发生,其中非法招募未成年人打工的行为屡禁不止,严重妨碍未成年人正常的学习生活,且极易引发抢劫、强奸、寻衅滋事等暴力刑事案件。

为加强对相关场所的整治,龙湖区法院向龙湖区人社局以及龙湖区公安局发出司法建议书,建议对辖区内的网吧、酒吧、KTV、电竞酒店等营业性娱乐场所开展集中清查,对存在非法招募未成年人打工的相关企业依法进行处理,并持续进行法治宣传,引导企业牢固树立合法合规经营理念,同时提升青少年学生分辨是非和抵制外界不良影响的能力,自觉远离未成年人禁入场合,保护自身合法权益。

两部门收到司法建议后高度重视,对辖区内各类营业性娱乐场所开展专项检查行动,重点打击非法雇佣未成年人等违法犯罪行为,下来将畅通举报投诉渠道,强化对查处涉未成年人案件场所的宣传通报,倒逼企业经营者提升守法意识,共同为未成年人健康成长营造清朗环境。

论我国成年意定监护制度的完善

曾 曼

随着我国人口老龄化程度的进一步加深,家庭养老负担压力不断增加,老年人的监护形势日趋严峻。传统的法定监护模式已经不能满足当前的监护现实需求,而成年意定监护制度的确立为解决养老问题提供了一个全新的思路。成年意定监护制度是应对人口老龄化问题的有效立法措施,但是,现阶段我国《民法典》对于成年意定监护制度的规定过于简单,故基于我国现行的监护实际情况,分析目前我国意定监护制度规定存在的问题,进而提出完善措施,对于我国成年意定监护制度的构建及实施具有积极作用。

一、成年意定监护制度的内涵及法律渊源

成年意定监护制度是指成年人在具有完全民事行为能力的前提下,根据自己的意志挑选信赖的监护人,与其所信任的监护人签订意定监护协议,监护人依据协议规定在被监护人丧失部分或者全部民事行为能力时履行监护职责的监护制度。实践中,该协议主要发生在老年人、精神障碍人员以及意外事件导致全部或部分丧失行为能力的人员等,由意定监护人帮助本人对人身、财产等情况进行处置。意定监护制度和法定监护制度、委托监护制度等存在一定的差别,和其它监护制度模式相比,意定监护制度更尊重公民的自决权,以及尊重当事人正常化生活的价值。

世界各国虽对意定监护制度的称呼不尽相同,但设立意定监护制度的出发点均是为了更好维护监护的合法权益。德国的成年人可以根据程序要求申请办理预防性代理权;日本公民通过任意监护制度委托人可以授予监护人相应的监护权限;英美国家则有持续性代理权制度。我国修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》自2013年7月开始实施,其中第二十六条首次提及老年人意定监护制

度。2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》,该法第三十三条的内容中对成年意定监护制度作出了明确的规定。2021年正式实施的《中华人民共和国民法典》第三十三条法规对意定监护制度进一步加以明确规定。

二、成年意定监护制度的价值意义

成年意定监护制度使得被监护人在有意识能力时能够自主选任最佳监护人,提前对自己的财产管理及将来生活作出规划。让人们在除了自己财产处置的自主权利以外,还让未来监护人选择的权利也归于自身,有了选择的同时,也有了监督,更加灵活,更加强调尊重被监护人的个人意愿,也进一步扩大了法律保障人们实现自身意愿的范围。同时,随着我国老龄人口数量持续上升给许多家庭带来了不少的压力,意定监护制度的出现不仅可以方便老年人在自己意识清醒时主动规划未来的生活,提前根据自己的意愿选择监护人,同时也减轻家庭赡养压力,有效保障老年人的合法权益,有利于社会和谐稳定。

其次,在司法实践过程中可以发现,成年意定监护制度作为一项制度,涉及到的案件类型多种多样,且所涉案由存在较大差别,有申请确认无民事行为能力人、遗嘱继承、监护人资格争议、赠与纠纷、遗赠纠纷、人格权纠纷等各类事由,由此可见,对成年意定监护制度的完善,健全我国成年意定监护立法相关内容的衔接,能够对现有立法内容中的弊端进行弥补,对司法审判实践的更好开展具有一定的必要性。

除此之外,完善成年意定监护制度是我国立法与国际接轨的重要表现,也是尊重并保障人权的必然要求。

三、我国成年意定监护制度存在的问题

尽管我国《民法典》规定了成年意定监护制度,但若缺乏配套相关制度规范保障其实施,仅凭概括性的规定,仍难以将该项制度落到实处。因此,正视我国成年意定监护制度存在的缺陷与不足之处,有利于后续的进步与完善。

(一)意定监护协议的主体不明确

对于成年意定监护协议主体规定的不足主要体现在以下两个方面:一是成年意定监护主体的范围规定不明确,二是缺乏对当事人双方权利义务的规定。

第一,成年意定监护主体的范围规定不明确。成年意定监护协议的主体包括协议的委托人和被委托人,委托人必须具备完全民事行为能力,才能和被委托人签订监护协定。在《民法典》中,对意定监护协议的主体规定不够细化,现在实际情况中,限制民事行为能力人的精神状态很好,可以处理自己的相关事务,但是,按照相关规定却无法签订意定监护协议。需要法院认定限制民事行为能力的人在签订意定监护协议时,对其辨别能力、精神状况进行具体的考量,从而判断相关协议是否有效。与此同时,当前对于意定监护人的资格判断也存在一定的争议。部分学者认为,应该将其职业化,达到相关标准后即可成意定监护人,将意定监护人从亲属向社会转移,这是我国监护制度完善、经济发展的高速发展的必然成果。相应的机构可以从事他人监护人的服务,但是按照民法总则的要求,社会服务机构并不具备成为意定监护协议监护人的资格,这是考虑到委托人的人身、财产等重要权益,从而对意定监护人进行一定的限制。但是随着社会的发展,对于意定监护人的规定有过于狭隘之嫌。社会服务机构的加入能够不断优化服务质量,满足人们的不同需求,最大化的保障了群体利益。但这些营利法人能否成为意定监护的主体,法律却没有明确的规定。

第二,意定监护双方当事人的权利义务规定不完备。意定监护成立的前提便是意定监护协议,作为协议双方当事人应当享有平等的权利和义务。

但我国现行法律制度对意定监护人的权利义务没有明确的规定,如果意定监护人的权利和义务完全由委托人和被委托人协商也不妥当,有可能会损害被监护人的权利义务,因此,通过法律制度明确规定监护人的权利义务,可以最大限度的保护被监护人的合法权益。

(二)意定监护协议的规定不明确

第一,成年意定监护协议的内容规定不明确。当前,意定监护协议内容允许双方当事人自主协商,在最大程度上尊重双方的意愿,但是为了防止在监护过程中产生纠纷,应该对监护协议的必要条款进行明晰。《民法典》对成年意定监护协议内容缺少指引性的规定,难保会有个别意定监护人利用法律的漏洞做出损害被监护人的行为。故我国法律对于意定监护协议内容的详细规定,亟待进一步完善。

第二,意定监护程序性保障的缺失。我国法律对于意定监护制度的规定仅限于《民法典》第三十三条,对于监护程序制度而言并没有完善的法律制度保障。我国意定监护制度程序制度的缺失主要体现在:我国法律对于成年意定监护协议的要求仅限于书面协议,对于是否应当登记、公证等没有做出明确规定;合同的生效节点因规定不明确而无法准确把握;对于被监护人意识能力的评判也没有做出标准规定等方面。

(三)意定监护监督制度不完备

对于意定监护监督制度我国法律并没有规定,仅在《民法典》第三十四条第三款中对监护人无法履行协议时第三方的介入,第三十五条第三款中监护人应当最大限度地保障被监护人的合法权益,以及第三十六条中出现特殊情况监护人资格撤销的情形予以原则化的规定,但并没有有效的监督机制,被监护人自身权益难以得到维护。根据我国现行的法律规定可见,我国目前的意定监护监督制度仍然存在监督主体的规定不明确、监督机关的监督滞后等问题。所以,通过构建意定监护协议监督制度,从而能充分保证被监护人人身、财产、人格等合法权益,保证监护人的经济权力。一旦意定监护协

议生效,被监护人可能处于无法完全行使民事行为能力状态,此时无法对监护人进行监督。通过构建监督制度对监护人进行监督,可以保障被监护人的权利,保障意定监护协议更好的执行。

四、完善我国成年意定监护制度的构思

(一)我国成年意定监护主体规定的完善

第一,明确意定监护人的任职资格。当前,我国有关法律对于意定监护人的任职资格不够完善,意定监护的任职资格直接关系到意定协议履行效果,因此,要完善意定监护人的任职资格。笔者建议,意定监护人的任职资格要具有以下要素:首先,意定监护人要具有完全民事行为能力;其次,意定监护人要具有稳定的经济来源;最后,意定监护人要具有良好的信用。值得一提的是,随着我国改革开放的深入和社会现代化的发展,为了满足社会多元的需求,笔者建议,应扩大意定监护人的范围。《民法典》已经规定“组织”可以成为监护人,那么该“组织”可以是营利性法人组织或非营利法人组织。社会公益组织等机构担任意定监护人,因其更具专业性,故相较于自然人更能承担监护职责。当然,对于这些“机构”应当加强监督管理,从组织设立到职工的资格审查都应进行严格的限制,才能确保被监护人财产得到好的管理及人身得到好的照顾。

第二,明确意定监护人权利义务。首先,应明确监护人所享有的权利。意定监护人的权利有获得劳动报酬和报销的权利、辞任权以及医疗决定权。值得一提的是,医疗决定权是意定监护中涉及人身监护最重要的一项权利,直接关系被监护人的身体健康甚至生命安全,对该项权利的行使应当作必要的限制。在进行一般的医疗决策时,不能任由意定监护人的主观思想进行决策,应当将“尊重被监护人真实意愿”与“最有利于被监护人”这两个原则相结合,做出的医疗决定既符合被监护人一贯以来的个人价值观,又能够保护被监护人的最佳利益。而当医疗决定涉及到被监护人生命健康的时候,除非意定监护协议中有被监护人的特别授权,否则意定监护人不能单独做出医疗决定。可以参照瑞士和德国在医疗决定方面的规定,将医生纳入

其中有利于提高医疗决定的专业性,更好的维护被监护人的利益。其次,应对监护人的义务进行规定。意定监护人有义务严格遵循合同,完整的履行意定监护协议,最大限度的保护被监护人的人身、财产、人格等权益以及自觉接受第三方监督。

(二)我国成年意定监护协议的构建

第一,意定监护协议内容应具体明确。意定监护协议内容允许双方当事人自主协商,在最大程度上尊重双方的意愿,但是为了防止在监护过程中产生纠纷,应该对监护协议的必要条款进行明确。首先,应当记载委托人和被委托人的基础信息,除身份信息以外,还需要对委托人的重大疾病史,以及当时的身体实际情况进行明确,以帮助被委托人或者组织机构能够更好的行使监护职责。其次,意定监护协议需要对监护的范围进行明确,避免在监护过程中产生纠纷,发生监护人损害被监护人权益的情况。监护协议的内容可以分为人身管理的内容以及财务管理的内容进行约定。目前,我国对于意定监护合同内容的规定不够清晰,因此,相关政府机关单位有必要出台监护协议规范文本,注明需要明确的信息,以及双方的权利和义务,以更好地发挥意定监护制度的作用。

第二,意定监护协议的生效与终止。首先,对于意定监护协议的生效,《民法总则》将意定监护协议本人丧失行为能力作为协议生效的条件,成年监护的意义在于弥补被监护人民事行为能力的不足,在监护人的监护下行使自己的权力,和他人取得联系,因此当被监护人欠缺民事行为能力时,再履行意定监护协议,开始被监护人监护是具有一定合理性的。但是,意定监护协议具有一定委托合同的性质,体现了委托人和被委托人的自治意愿。从这个角度来说,委托人和被委托人可以双方约定协议生效时间,充分尊重协议双方当事人的意愿,解决意定监护协议中被监护人民事行为能力判断难的问题,以减少协议双方纠纷。其次,对于意定监护协议的终止,意定监护协议具有约定的特性,可以根据合同的自主意愿签订,那么同理,协议双方应该可以根据自主意愿终止意定监护协议,或者约定当

出现协定规定的条件时可以自动解除协定。

第三,构建意定协议公证程序。意定监护协议公证具有权威性、真实性、法律性,也有利于意定监护纠纷的处理。根据双方当事人的申请,公证机关对意定监护协议的真实性和合法性提供相关的证明,从而保证意定监护协议更好的履行,为意定监护制度的落实提供保障。

第四,设立意定监护协议登记制度。设立登记制度能更好地保障意定监护的双方当事人的权益,同时也保护第三人的合法权益,尤其当需要与第三方进行交易时,可以减少第三方的顾虑、降低交易成本。针对我国的国情以及现实状况,笔者建设可以选择公证机关作为我国意定监护协议的登记机构。我国意定监护制度的登记程序可以分为意定监护初始登记以及终止登记。在意定监护开始时由意定监护人进行登记,具有利害关系的第三人或者监督人也可以申请登记。当成年意定监护终止时,当事人一方或双方去登记机关进行注销登记,登记机关应核实意定监护终止的缘由,并对被监护人剩余财产以及意定监护人最终清算的账目进行审查。

(三)对于我国成年意定监护监督制度的设想

成年意定监护的核心是尊重被监护人的意思自治,因此成年意定监护的监督人也应当尊重被监护人的选择。我国还没有意定监护监督制度,笔者认为,可以借鉴域外经验,采用监护监督人和监护

监督机构相结合的共同监督模式。

监护监督人可以选择年满十八周岁、具有民事行为能力合法公民,监护监督机构可以是公证机构。监护监督人与被监护人签订监护监督协议,监护监督人依据监督协议对监护人的监护行为进行常态化监督。当监护人有违反意定监护协议行为时可及时反馈至监督机构,由监督机构决定是否撤销、变更监护人资格。将监护监督人和监护监督机构二者结合既有利于尊重被监护人的个人决定,又有利于发挥公权力机关的优势,真正捍卫被监护人的权益。

结语

成年意定监护制度以尊重被监护人的真实意愿为出发点,帮助他们去参与社会生活,这对老年人以及残障人士而言无疑是雪中送炭,让他们有了面对未来的信心。但是我国法律对于成年意定监护制度的规定并不完善,实践效果也不太理想,许多问题亟待解决,本文尝试着对我国意定监护制度目前存在的问题进行解决。成年意定监护制度未来可期,相信我国成年意定监护制度将会随着时代的发展而不断完善,我国能拥有更先进的监护体系,从而让更多的人能有尊严地安享幸福美满的晚年生活。

(作者单位:汕头市中级人民法院)





关于涉假烟案件定罪量刑的法律完善

——以非法经营罪的既未遂为视角

周洵升 张秋红 魏业端

一、司法实践中涉烟犯罪量刑失衡难题

(一)解释遗漏引发的实践问题

根据2010年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《烟草解释》)对涉烟案件的规定,行为人实施非法生产、销售烟草专卖品犯罪,可以按照生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权犯罪、非法经营罪的处罚较重的规定定罪处罚,仅从该解释分析涉假烟案件的定罪量刑应该没有争议,但因最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》分别对生产、销售伪劣产品罪和销售假冒注册商标的商品犯罪的未遂情形作出了明确规定,而现有司法解释对非法经营罪是否存在未遂情形及如何界定均未进行明确规定,从而导致目前涉烟案件在审判实务中出现了刑事司法失衡的现象。具体而言,主要体现在以下三方面。

第一、对尚未销售的假冒伪劣烟草制品量刑失衡。本文选取了关于尚未销售的假冒伪劣烟草制品货值金额分别对应的罪名和量刑幅度,具体情况可见下表1。

表1 尚未销售的假冒伪劣烟草制品货值金额分别对应的罪名和量刑幅度

罪名 \ 量刑	货值金额(万)	第一档(年)	货值金额(万)	第二档(年)	货值金额(万)	第三档(年)	货值金额(万)	第四档(年)
生产、销售伪劣产品罪(未遂)	15-20	≤2 或 拘役	20-50	2-7	50-200	≥7	≥200	15 或 无期
销售假冒注册商标的商品罪(未遂)	15-25	≤3 或 拘役	≥25	3-7	/	/	/	/
非法经营罪(既遂)	≥5	≤5 或 拘役	≥25	≥5	/	/	/	/

假设行为人生产假烟货值金额为51万元且尚未销售的,由上表可见:若以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚,量刑幅度表面为七年以上有期徒刑,在审判实务中未遂犯会比照既遂犯减轻处罚,最终量刑幅度为二至七年有期徒刑;若以销售假冒注册商标的商品罪(未遂)定罪处罚,最终量刑幅度为三年以下有期徒刑或拘役;若以非法经营罪(既遂)定罪处罚,量刑幅度为五年以上有期徒刑。其中,生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚的量刑幅度为二至七年有期徒刑,非法经营罪(既遂)定罪处罚的量刑幅度为五年以上有期徒刑,两种量刑幅度均存在五年至七年之间的交叉,实践中不好把

握,难以确定孰轻孰重,不利于审判实务的开展。

第二、实践中并未完全遵照《烟草解释》第五条法条竞合择一重罪论处之规定。由表1可见,就销售假冒注册商标的商品罪(未遂)与非法经营罪(既遂)进行比较,不论货值金额处于哪一档,非法经营罪(既遂)的处罚力度显然都要重于销售假冒注册商标的商品罪(未遂),因此这两种罪名按照《烟草解释》第五条法条竞合之规定,对尚未销售的假冒伪劣烟草制品都应以非法经营罪(既遂)定罪处罚。另外,就生产、销售伪劣产品罪(未遂)与非法经营罪(既遂)进行比较,可以发现非法经营罪的起刑点更低,处罚更重。由表1清晰可见,行为人尚未销售假烟的货值金额在200万元以下的,遵照《烟草解释》第五条均应以非法经营罪(既遂)处罚。但在实践中,很多判例对于货值金额在200万元以下且尚未销售的假烟,都选择以处罚较轻的生产、销售伪劣产品罪(未遂)或销售假冒注册商标的商品罪(未遂)定罪处罚,例如在陈某灿销售伪劣产品案中[广东省深圳市坪山区人民法院(2021)粤0310刑初305号刑事判决书],被告人陈某灿在经营烟酒商行过程中,批发走私烟和假烟在店内销售,并租用了仓库存放走私烟和假烟,后在商行及仓库内被查获尚未销售的假烟及走私烟约67万支,货值金额共约46万元。被告人陈某灿被以销售伪劣产品罪(未遂)判处有期徒刑一年二个月,并处罚金人民币十万元。在陈某才销售假冒注册商标的商品案中[四川省成都市青羊区人民法院(2021)川0105刑初32号刑事判决书],被告人陈某才低价收购假烟并加价出售,后在现场被查获尚未销售的假冒品牌香烟共2047条、货值金额共计467920元。被告人陈某才被以销售假冒注册商标的商品罪(未遂)被判处有期徒刑两年二个月,缓刑三年,并处罚金人民币233960元。上述两个案例中,假冒伪劣烟草制品货值金额均在200万元以下且尚未销售,按照《烟草解释》第五条之规定理应以非法经营罪(既遂)定罪量刑,但在审判实务中,司法机关更侧重考虑罪责相一致原则,并未完全遵照司法解释“依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定定罪处罚,从而导致涉烟犯罪法条竞合条款的虚置。

第三、不设定涉烟非法经营罪未遂情节会导致对同一行为评价不统一。之所以会出现涉烟案件货值金额少而实际刑期重,出现评价不统一现象的主要原因在于《烟草解释》第二条对生产、销售伪劣产品罪的未遂进行了明确规定,却未对非法经营罪是否同样存在未遂进行明确。从行为的角度而言,涉假烟非法经营罪中的行为表现为生产、运输、储存、销售等具体行为,生产、销售伪劣产品罪与销售假冒注册商标的商品罪在涉假烟犯罪实践中也表现为生产、销售、储存和运输等具体行为。就生产、运输、储存、销售假冒伪劣烟草制品而言,非法经营罪与生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪所规制、惩处的行为是相同的。但是,不设定非法经营罪的未遂,就会导致对同一行为的评价不统一。尤其在审判实践中对非法经营罪是否存在未遂的认定受行为犯、情节犯不存在未遂之传统理论影响,更加趋于谨慎。因此,如果涉烟案件以非法经营定罪的,很难比照生产、销售伪劣产品罪(未遂)的认定标准进行定罪量刑,也难以从轻或者减轻处罚。

二、非法经营罪的既未遂争论

《烟草解释》规定:“违反国家烟草专卖管理法律法规,未经烟草专卖行政主管部门许可,无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证明,非法经营烟草专卖品,情节严重的,依照刑法第二百二十五条的规定,以非法经营罪定罪处罚。”

既遂说认为,非法经营罪属于破坏社会主义市场经济秩序罪的范畴,其侵犯的客体是市场经济管理秩序,系行为犯和情节犯。一般情况下认为,在非法经营犯罪活动中,非法经营表现为生产、运输、储存、销售等多种行为方式,只要行为人实施其中的一种行为,就侵害了国家法律、法规管制的专营专卖或限制买卖物品的市场管理秩序,情节严重的,即构成非法经营罪,且属于既遂。行为人是否完成销售行为,只是造成危害社会后果的程度不同而已,并不影响非法经营罪既遂的成立。

类比未遂说认为,根据《烟草解释》第二条“伪

劣卷烟、雪茄烟等烟草专卖品尚未销售,货值金额达到刑法第一百四十四条规定的销售金额定罪起点数额标准的三倍以上的,或者销售金额未达到五万元,但与未销售货值金额合计达到十五万元以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚”之规定,对于尚未销售的涉假烟案件可以以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚,或依据《烟草解释》第五条“依照处罚较重的规定定罪处罚”之规定认定构成非法经营罪,结合同理同判的原则,尚未销售的,应当类比生产、销售伪劣产品罪(未遂),也应认定为未遂。

兼有未遂说认为,非法经营罪之“经营”是一个较之买卖更为正式的用语,其内容包含买卖、贩卖、倒卖等含义。以非法经营罪定罪的案件,实际上是对市场经济体制下生产、购买、储存、运输、销售等具体经营行为的评价,而非对抽象笼统的经营行为进行判定。其中的生产、储存、运输、销售等一系列具体行为都不是一蹴而就的,例如制假工场着手生产卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械等烟草专卖品,因技术不过关等客观原因未能制造出成品即被查获的情形,就符合犯罪未遂的标准,非法经营罪确有未遂的情形,不能当然的一概认定为既遂。

笔者认同第三种观点兼有未遂说,非法经营罪存在既遂,也存在未遂的形态,应当结合具体案件客观分析。在此特别强调,在非法经营罪中,如果行为人已经生产出部分假烟,且尚未销售的,即部分既遂,从从严惩处犯罪的角度考虑,也应当认定为非法经营罪既遂。如,原审被告人刘某锋非法经营罪抗诉一案。被告人刘某锋帮助陈某(身份不明)在汕头市潮南区胪岗镇某村一座两层楼房中开设1个假冒香烟手工包装工场,并雇佣同案人方某辉等人到该工场手工包装假冒“555”等品牌卷烟,被告人刘某锋负责组织生产等事项,同案人方某辉负责该制假工场中的管理工作,具体是在该工厂将假冒的散支卷烟、卷烟标识通过手工包装的方式,制作成假冒的整条卷烟。工场现场查获假冒的“黄鹤楼”牌散支卷烟、“555”牌散支卷烟、“555”牌散包卷烟1箱(共1万支)、“555”牌卷烟硬盒内纸标识、

“黄鹤楼”牌卷烟软盒内纸标识及“晋林艾尔”牌除湿机1部等物品。一审认定被告人刘某锋犯非法经营罪(未遂),判处有期徒刑三年,并处罚金人民币二万元。一审宣判后,原公诉机关汕头市潮南区人民检察院以一审判决认定被告人刘某锋犯罪未遂系适用法律不当,对刘某锋量刑畸轻,系适用刑罚明显不当,且存在同案不同判,显失公平为由提出抗诉,二审法院查明的事实与原审认定的事实一致,但认为一审判决适用法律不正确,导致量刑失当,依法予以纠正。改判原审被告人刘某锋犯非法经营罪,判处有期徒刑六年,并处没收其个人财产(部分)。

关于原审被告人刘某锋构成非法经营罪既遂,主要从以下两个方面考虑:

(一)原审被告人刘某锋的行为已经扰乱市场秩序。根据《中华人民共和国烟草专卖法》的规定,国家对烟草专卖品的生产、销售、进出口依法实行专卖管理,原审被告人刘某锋在未取得烟草专卖生产许可证的情况下,雇佣同案人将散支卷烟、卷烟标识通过包装、粘贴等方式,制作成整包、整条、整箱的卷烟,属于非法生产烟草制品(且属伪劣),其行为已经侵害了国家烟草专卖制度,扰乱了市场经济秩序,符合非法经营罪的构成要件。当然,案发后查扣到的香烟经鉴定为假冒且劣质,也符合生产、销售伪劣产品罪或假冒注册商标罪的构成要件。本案涉案价值人民币317,626.5元,若以生产、销售伪劣产品罪定罪,量刑幅度为二年以上七年以下有期徒刑,若以假冒注册商标罪定罪,量刑幅度为三年以上七年以下有期徒刑[刑法修正案(十一)之前],若以非法经营罪定罪,量刑幅度为五年以上有期徒刑,非法经营罪的起刑点较高,处罚较重,按照《烟草解释》第五条之规定,对原审被告人刘某锋应当以非法经营罪(既遂)定罪处罚。

(二)原审被告人刘某锋已经生产出部分成品。非法经营行为包括生产、储存、运输、销售等一系列环节,每一个环节都是独立的,都可以单独构成非法经营罪。将散装卷烟支进行包装属于生产行为。本案中,原审被告人刘某锋租用工场,雇佣工人通过包装、粘贴等方式将散装烟支生产成整包、整条

的卷烟,其中有小部分已包装成整包的卷烟,部分产品的生产行为已经完成,原审被告刘某锋的行为不仅对国家烟草专卖品的管理秩序造成实质侵害,更存在让部分完成生产的假烟流入市场的现实危害,不存在因意志以外的原因而未能得逞的情形,应当认定为非法经营罪既遂。至于卷烟尚未销售或尚未被消费者消费、未获得实际利益的,不影响犯罪既遂成立,只能作为量刑的情节参考。

三、非法经营罪存在未遂形态之辩证

(一)符合行为犯与情节犯未遂的标准

在涉烟案司法实务中,对非法经营罪未遂形态的否定往往基于非法经营罪被作为行为犯与情节犯的一种,天然地不存在未遂形态的观点。但是,这样“一刀切”式的否定显然并未考虑到行为犯与情节犯存在未完成形态的情况。

1、从行为犯角度论述

有观点认为,行为犯是不要求危害结果即可成立的犯罪,结果犯以外的犯罪就是行为犯,判断标准是行为犯与结果犯以是否发生危害结果为区分。当然,也有观点认为,在行为犯的范围内,根据行为即时性的不同,又可以将行为犯划分为举动犯和过程犯,其中的过程犯存在未遂情形。

举动犯是指行为人一经着手犯罪,在法律上即宣告既遂的一类行为犯。通说认为,举动犯主要包括原本为预备性的犯罪和教唆煽动性质的犯罪两种类型,例如参加黑社会性质组织罪、参加恐怖组织罪、煽动分裂国家罪等,都是一经参加或是一经实施煽动的行为即构成既遂的罪名。由此可见,举动犯一经着手即成立既遂,并没有开始着手后因为行为人意志以外的因素而未得逞的空间,因此,举动犯是不存在未遂的。

过程犯是指实行行为需要过渡到一定状态方可成立既遂的一种犯罪类型。在非法经营罪中,生产、储存、运输、销售等环节都需要一定时间、一段过程来实行完毕,不可能一蹴而就,故而这些环节的实行行为确实存在完成与未完成两种状态,天然的存在既遂与未遂两种情形。而司法判例和理论界所坚持的非法经营行为“行为人一经实施,即构成犯罪既遂”,是对上述客观事实采取了回避态度,

人为地提高了非法经营行为的可罚性,不仅与行为犯既未遂的理论相冲突,也与罪刑法定原则和刑事司法的精确性相去甚远。因此,非法经营罪作为典型的过程犯符合犯罪未遂标准的,可以成立未遂。

2、从情节犯角度论述

有学者认为,情节要件既是情节犯的必备要件,也是其构成要件要素齐备的标志。这种观点认为情节犯一旦成立必将既遂,不存在未遂的空间。提出“情节作为构成要件的必备要素的犯罪,由其犯罪构成的特殊性决定,不存在未遂问题,没有既遂与未遂形态之分”。这也是目前我国司法界的主流观点。

但是,这种否定情节犯未遂形态的观点也存在一定的理论瑕疵。笔者认为,情节要件是情节犯成立的条件,而不是犯罪既遂的标志。情节要件是犯罪构成要件的一部分,是判断犯罪成立与否的依据,与判断实行行为发展到何种阶段不产生影响。如果情节要件已经齐备,实行行为也实施完毕,那么情节犯成立且既遂。若实行行为处于未完成状态,情节要件却已经达到“情节严重”或“情节恶劣”的程度,那么情节犯虽然未遂但同样成立。具体到非法经营罪,其有关“情节严重”的规定是对生产、运输、储存、销售等非法经营行为危害性的综合评价,只有当非法经营行为的情节达到严重时,才能构成非法经营罪。所以非法经营罪的“情节严重”是犯罪的成立条件,不是犯罪既遂的标志,当非法经营行为达到“情节严重”的标准且尚处于未完成形态时,非法经营罪存在未遂。

(二)符合未遂形态的构成要件

我国《刑法》第23条对犯罪未遂作出规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂”。由此可见,非法经营罪的未遂形态需满足以下三个条件:已经着手实行犯罪、由于犯罪分子意志以外的原因、犯罪未得逞。依法理,非法经营罪只要符合犯罪未遂的构成要件即可成立未遂。

1、已经着手实行犯罪

自从刑事古典学派的创始人贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》中第一次明确提出“着手”的概念,并将

“着手”与犯罪未遂相联结，“着手”就成为决定犯罪未遂成立与否的重要问题。同时，着手实行作为犯罪未遂的条件之一，不仅决定着未遂犯的成立与否，还具有区分预备与未遂、未遂犯与不能犯的作用。

我国的刑法理论界关于“着手实行”存在多种学说，理解不尽相同。笔者认为具体判断“着手实行”时，不仅要从客观层面进行评价，还必须考虑行为人主观故意的有无以及主观故意的内容，只有将主客观方面都纳入“着手实行”的评价体系，才能更精准地对行为人是否“着手”进行认定。而具体到对非法经营罪“着手实行”的认定，在主观层面，应当对行为人是否具有主观故意以及主观故意的具体内容进行判断，如被告人刘某锋主观上有完整的犯罪计划，目的是牟取非法利益，存在未经许可经营烟草制品的主观故意，在客观层面，刘某锋依据计划租赁场地并组织工人生产烟草制品，与《刑法》第225条规定的“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”的客观要件相符，从主客观两方面相结合，判定被告人刘某锋已着手实施犯罪。

2、行为人意志以外的原因

我国刑法学界关于行为人意志以外的原因主要有客观说、主观说、限定主观说和折衷说。其中较为合理的是折衷说。该说的基本观点是通过主客观相结合的方式考察行为人的意志。在主观层面，考察行为人对外部事实的认识；在客观层面，根据客观标准判断外部事实是否对行为人的认识产生强制性影响。如果外部事实对行为人的认识产生强制性影响，则是犯罪未遂；如果没有产生强制性影响，则是犯罪中止。

对于行为人意志以外的原因的判断，主要是为了说明行为人是否在非自愿的情况下被迫放弃犯罪，也就是所谓的“欲达目的而不能”。非法经营罪作为无具体被害人的犯罪，其犯罪未得逞之原因判断较之有具体被害人的犯罪简单，即由于行为人意志以外的原因导致非法经营行为中断的，构成非法经营罪的未遂。

3、犯罪未得逞

犯罪未得逞是犯罪未遂的又一条件，也是区分犯罪既未遂的显著标志。而关于未得逞的定义及其认定标准，我国刑法学界也存有争议。

关于何为未得逞，我国刑法学界主要存有结果发生说、犯罪目的说和犯罪构成要件齐备说等学说。其中，犯罪构成要件齐备说更具有合理性。犯罪构成要件齐备说认为，区分犯罪既未遂的标准主要是构成要件是否齐备，只要构成要件都完全地具备了，犯罪也就宣告完成了，相反则是犯罪没有完成，不以犯罪目的是否达成作为犯罪既遂的判决标准，如在行为犯与危险犯这两类犯罪中，不以造成实际损害结果或达到犯罪目的作为既遂成立要件。所以，不能单纯地以犯罪目的是否实现来作为未得逞的依据。如，被告人刘某锋在着手开设工场并实施生产烟草制品后，显然其犯罪目的是完成全部的生产环节制造出成品的整包、整条香烟，通过交付或贩卖给下家获利，因被查获而最终目的无法达到，但其设立工场、组织工人包装卷烟，并实施了将散支香烟包装成为整包香烟的生产环节，整个非法生产环节中的要件已齐备，既遂成立。

四、非法经营罪在审判实务中量刑失衡的解决路径

1、廓清涉烟案件“非法经营”之本质

我国《刑法》第225条第一项规定“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖物品的”是非法经营行为。《中华人民共和国烟草专卖法》第3条规定，国家对卷烟、烟丝等的生产、销售、进出口依法实行专卖管理，并实行烟草专卖许可证制度。由此可见，烟草在我国属于专营专卖物品。而所谓专卖，是指对重要商品的生产、经营以及生产所需原材料、机械设备供应等实施统一市场管理的模式。实施专卖的目的，主要在于对专卖商品的生产经营实施必要的管理、限制，有计划地发展生产，提高质量，调节消费，保证国家财政收入。根据国家烟草总局统计数据显示，2021年我国烟民数量破3亿，我国烟草行业实现工商税利总额13581亿元，同比增长6.08%，财政总额12442亿元，增长3.36%，实现税利总额和财政总额创历史新高。由于烟草行业不仅与公民的身心健康密切相

关,更在我国经济发展中占据重要地位,为此,国家对烟草制品实行专卖制度。

正因为烟草行业利润丰厚的特点,在司法实践中涉烟犯罪成为经济领域的多发犯罪。经抽取“法信平台”涉烟犯罪情况(某一时段)进行研究后发现,涉烟非法经营犯罪占到常见非法经营犯罪案件的四成左右。

表2法信平台常见非法经营罪案由分布比例

犯罪案由	案件数量	所占比例(%)
生产、销售、存储、运输、包装假冒伪劣烟草	321	36%
非法经营音像制品	85	9.5%
无证经营烟草	71	8%
非法经营出版物	189	21.2%
非法经营证券业务	225	25.3%

因此,解决审判实务中量刑失衡问题的第一步就在于廓清涉烟案件非法经营罪“非法经营”之本质。任何一个以非法经营罪论处的涉烟案例,实际上都是对生产、购买、储存、运输、销售等具体行为的判定。因此,认识非法经营行为,必须剥离“非法经营行为”这层抽象的外衣,回归具体行为样态。非法经营罪惩罚的不是抽象的“非法经营行为”,而是对生产、运输、储存、销售等具体犯罪形态进行评价,对非法经营罪未遂的认定,也是将非法经营罪回归到对具体行为的评价,也可以弥补涉烟案件在生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权犯罪、非法经营罪中量刑失衡的问题,实现同案同判和罪责相当。

2、修改《烟草解释》规定

《烟草解释》第二条对生产、销售伪劣产品罪的未遂形态进行了规定,但却未对非法经营罪是否存在未遂形态进行明确,若司法实践一味以处罚较轻的生产、销售伪劣产品罪(未遂)进行定罪量刑,由于此罪与彼罪量刑幅度不同,明显违背了《烟草解释》第5条择一重罪处罚的本意,也容易导致同案中不同被告人因犯罪数额、地位、作用不同而罪名不

同,致使量刑上不平衡,不符合罪责相当的司法原则,也不符合“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平、正义”的指导思想。因此,出于平衡考虑,《烟草解释》可参照生产、销售伪劣产品罪对非法经营罪未遂进行明确:犯罪分子已经着手生产、储存、运输、销售假冒伪劣烟草制品,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,以非法经营罪(未遂)定罪处罚。

3、优化非法经营罪未遂之罚则

根据《刑法》第225条之规定,非法经营罪既设定了自由刑又设定了财产刑。自由刑包括有期徒刑和拘役两种,财产刑包括罚金刑和没收财产。对于非法经营罪的未遂而言,虽然从宽自由刑的适用,但可从重处之财产刑。非法经营罪罚金刑采取的是倍数罚金制,即在行为人违法所得的一倍以上五倍以下的范围内确定罚金的数额。从宽自由刑,从重财产刑,这并不违反刑法规定。一方面,对于未遂犯的处罚较之既遂犯轻,符合《刑法》第23条的立法意向,而且附加刑既可以附加适用也可以独立适用。另一方面,非法经营罪作为扰乱市场秩序类犯罪,其目的就在于求取非法利益,对这类犯罪的被告人处以相对严厉的财产刑,既可以减轻监狱负担降低司法成本,又可以剥夺其再犯的物质条件,能够达到特殊预防的刑罚目的。

4、优化非法经营罪量刑档的设置

刑法原条文关于非法经营罪量刑档的设置只有两档,多年的司法实践发现该量刑档的设置无法做到罪责刑相一致,尤其涉烟货值金额为25万以上应当处以五年以上有期徒刑时,法官自由裁量的空间过大,因犯罪地域不同、经济发展状况不同,实践中难以根据案发地的时空背景做到精准量刑。建议比照生产、销售伪劣产品罪量刑档的设置方式,相对细化,并加重财产刑的处罚幅度,让非法经营罪的罪与罚更趋于合理,不让“依照处罚较重的规定定罪处罚”之规定成为虚置。

(作者单位:汕头市中级人民法院)

高速逃费行为的刑法认定

曹思漫 陆汉群

裁判要旨:

1. 高速公路车辆通行费属于刑法意义上的财产性利益，可以成为侵犯财产类犯罪的对象，对高速逃费行为进行刑法规制具有必要性和合理性。

2. 评价高速逃费行为刑法上的定性，应围绕不同类型逃费情形进行精细化分析。平和型逃费中不存在欺骗行为、认识错误和处分行为，而是符合“秘密窃取”“占有转移”要件，构成盗窃罪。对物暴力型逃费中行为人公然实施暴力夺取高速公路经营者紧密占有的财产，构成抢夺罪。

案例索引:

案例一：一审：广东省汕头市潮阳区人民法院（2022）粤0513刑初621号刑事判决书（2022年11月8日）

案例二：一审：广东省汕头市潮阳区人民法院（2022）粤0513刑初641号刑事判决书（2022年11月28日）

一、案情

案例一

公诉机关：汕头市潮阳区人民检察院。

被告人：石某某。

2022年4月8日至29日，为节省运输成本，被告人石某某驾驶汽车在通过汕湛等高速公路出口收费站时，趁收费工作人员不备，以直接强行撞击拦截杆或搬开专用阻隔水马等方式逃缴费用。期间，被告人石某某以上述方式逃缴费用共计11次，合计金额2777.95元。同年5月19日，被告人石某某到公安机关接受调查。

案例二

公诉机关：汕头市潮阳区人民检察院。

被告人：祁某某等。

2022年2月18日至3月25日期间，被告人祁某某、邵某、杨某等人为节省运输成本，驾驶运输车辆在通过汕湛等高速公路出口收费站时，通过尾随前方车辆冲卡闯行的方式，多次逃缴费用。经查，2022年2月18日至3月7日期间，被告人祁某某逃缴费用共16次，其中已查明其逃缴费用共4次计1009.19元；2022年3月14日至3月25日期间，被告人邵某逃缴费用共12次，其中已查明其逃缴费用共5次计1274.63元；2022年3月5日至3月25日期间，被告人杨某逃缴费用共9次，其中已查明其逃缴费用共5次计1300.6元。同年3月25日，公安机关将被告人祁某某、杨某、邵某抓获归案。

二、审判

案例一：汕头市潮阳区人民法院认为，被告人石某某无视国家法律，以非法占有为目的，乘收费工作人员不备，公然多次驾驶机动车辆在高速公路出口收费站处以尾随冲卡、直接强行撞击拦截杆或搬开专用阻隔水马等方式逃避缴纳通行费用，数额较大，侵犯公私财物的所有权，其行为已构成抢夺罪。被告人石某某前因故意犯罪被判处有期徒刑，在刑罚执行完毕后五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，依法应当从重处罚。但鉴于被告人石某某归案后能如实供述自己的罪行，愿意接受处罚，且已退缴违



法所得，故对其又可以从轻处罚。依照刑法第二百六十七条第一款、第六十四条、第六十五条第一款、第六十七条第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条之规定，认定被告人石某某犯抢夺罪，判处有期徒刑十一个月，并处罚金五千元。

宣判后，被告人石某某未提出上诉，公诉机关未提出抗诉，判决现已发生法律效力。

案例二：汕头市潮阳区人民法院认为，被告人祁某某、邵某、杨某无视国家法律，以非法占有为目的，多次结伙或单独采用跟车尾随过杆的秘密手段，偷逃高速公路车辆通行费用，侵犯公私财产权利，其行为均已构成盗窃罪。部分属共同犯罪。被告人祁某某、邵某、杨某到案后均能如实供述自己的罪行，愿意接受处罚，其中被告人祁某某已退缴逃缴的路费及赔偿款，对三被告人均可以从轻处罚。但鉴于被告人杨某前因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，在刑罚执行完毕后五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，故对其依法又应当从重处罚。依照刑法第二百六十四条、第二十五条第一款、第六十四条、第六十五条第一款、第六十七条第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款和《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条之规定，认定被告人祁某某犯盗窃罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金五千元；被告人邵某犯盗窃罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金五千元；被告人杨某犯盗窃罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金五千元。

宣判后，被告人祁某某等未提出上诉，公诉机关未提出抗诉，判决现已发生法律效力。

三、评析

两案都是高速逃费犯罪案件，判决却各不相同。经探讨，笔者认为争议焦点主要在于以下三

点：一是高速公路车辆通行费是否属于财产性利益；二是财产性利益是否可以成为侵犯财产类犯罪的对象；三是对不同高速逃费行为应当如何定性。对此，笔者将从高速逃费行为的界定分类着手，论述对其进行刑法规制的必要性，并着重针对平和型、对物暴力型高速逃费行为的定性问题进行分析。

一、对高速逃费行为进行刑法规制的必要性和合理性

近年来，随着我国经济社会的快速发展，高速公路在便捷人们出行和货物流通方面的作用愈来愈显著，与此同时，“高速逃费”现象频频发生、屡见不鲜。一些不法行为人出于侥幸心理，通过跟车、闯杆、换卡等多种方式偷逃高速公路车辆通行费，侵犯他人财产权益，妨害高速公路经营管理秩序，更对社会造成恶劣影响。因此，高速逃费行为是否应受刑法规制，一直是理论界与实务界的争论热点，亦是讨论高速逃费行为刑法定性的前提条件。

（一）高速逃费行为类型划分

为实现少缴、免缴通行费的目的，行为人的高速逃费行为往往方式多样、用时较短、追查难度大，存在不同偏向特性，笔者结合司法实务相关案例，以行为人的手段行为特征为标准，对常见高速逃费行为进行以下分类：

1. 欺骗型高速逃费。是指车辆驾驶员通过加速冲磅、安装液压泵等利用计重设备减少结算，或是以倒换通行卡、调换车牌、伪造享受优惠证明等欺骗手段，隐瞒通行的实际里程，使高速公路经营者产生错误认识，从而做出减少甚至免除通行费的行为。

2. 暴力型高速逃费。主要分为对人暴力型和对物暴力型，前者是指使用棍棒、刀械等凶器对高速收费工作人员进行威胁、恐吓，后者是指通过直接冲撞电动拦截杆、摧毁高速护栏或搬开专用阻隔水马等破坏公共设施的方式，以达到私开出口、逃避缴费的目的。

3.平和型高速逃费。是指乘高速收费工作人员不备或是在ETC摄像头注视下，在电动拦截杆抬起时快速尾随已缴费的前车驶出高速，此类行为较为隐蔽。

（二）高速逃费行为侵犯刑法所保护的法益

探讨高速逃费行为是否应受刑法规制，需要以该行为侵犯了刑法所保护的法益为前提。而对上述行为所侵犯法益的分析认定，实践中主要存在两种观点，一种认为侵犯了财产性利益，一种则认为破坏了社会管理秩序。笔者认为，判断的关键在于高速公路车辆通行费的性质认定。

1.高速公路车辆通行费属于刑法意义上的财产性利益。财产性利益，是指普通财物之外的无形的、内容体现财产权本身的利益，通常需具备经济价值、管理可能性和转移可能性的特征。首先，车辆从高速入口驶入高速公路时起，车辆驾驶人便与高速公路经营者形成事实上的债权债务关系，经营者提供通行服务并有权向车辆驾驶人收取使用费用，车辆驾驶人在享受快速通行服务的同时负有支付对价的义务，故高速公路经营者对车辆驾驶人享有债权请求权，属于财产权的内容。其次，这种债权可以通过计算而表现为一定数额的金钱，即高速公路车辆通行费，这体现了其本身明确、具体的经济价值。同时，高速公路经营者是根据一定的收费标准收取费用，符合具备管理可能性的特征。再者，若驾驶人实施高速逃费行为，相当于利用不正当手段免除自身债务，使消极利益得到减少，此时利益控制支配地位已转移至驾驶人，导致高速公路经营者未能取得应得利益，财产性利益遭受侵害，这亦是转移可能性这一特征的体现。因此，笔者认为，高速公路车辆通行费满足财产性利益的特征，属于财产性利益的范畴。

2.财产性利益可以成为侵犯财产类犯罪的对象。刑法分则第五章表述为“侵犯财产罪”，是以外延更为宽广的“财产”这一概念进行统筹，并未严格区分财物和财产性利益，由此可见，该章

中刑法所保护的法益不能仅理解为财物本身，而应囊括动产、不动产，以及股权、期权、债权等财产性利益。因此，从体系解释的角度看，作为具体犯罪的盗窃、抢夺、诈骗等罪，也应将财产性利益纳入其对象范围，才能全面系统地协调刑法条文与章节之间的关系。此外，一些条文中也体现了对财产性利益的保护，如《刑法》第265条规定了以牟利为目的盗接他人通信线路、复制他人电信码号的以盗窃罪定罪处罚，这里行为人非法盗取的通信线路和电信码号显然属于财产性利益。

总的来说，通常驾驶人实施的高速逃费行为，是出于逃缴高速公路车辆通行费的目的，该行为虽然也会对社会秩序造成破坏，但其侵犯的直接法益仍是高速公路经营者的财产性利益。当然，在对人暴力型高速逃费中，驾驶人除单纯逃费行为外，还实施了故意伤害收费工作人员等其他行为，造成多项危害结果，此时侵犯的是包含财产性利益在内的复合法益。

如上所述，高速逃费行为不仅造成高速公路车辆通行费这一财产性利益的流失，侵犯公私财产权利，有些逃费行为甚至对社会秩序和他人人身安全造成严重威胁，显然具备一定的社会危害性。针对情节轻微、一般违法性质的高速逃费行为，可予以行政处罚或者民事处罚，而当高速逃费行为次数较多、累计金额较高、情节较严重、达到一定量刑标准时，已具备刑事违法性和应受刑罚处罚性，此时仅仅依靠民事、行政手段进行整治，难以与行为的危害程度等价，已无法起到有效的遏制作用，故对其实施刑法规制具有正当性。总而言之，出于兼顾法益保护与社会效果，运用刑事手段对高速逃费行为进行积极评价并处置，有利于对高速逃费者形成威慑效应，进而保障社会秩序平稳有序。

二、不同类型高速逃费行为性质认定的标准

对于高速逃费行为的性质，刑法并没有作出明确规定，且这类行为的表现形式多样，学界和



实务界在这问题上均存在较大的争议，审判中亦容易出现“同案不同判”的现象，有诈骗罪、盗窃罪、抢夺罪等罪名。因此，评价高速逃费行为刑法上的定性问题，应紧密围绕案件事实中的具体行为特征，根据不同类型逃费手段进行更为精细的分析，尽可能地对该行为作出准确、合理的司法定性，做到罪责刑相适应。

司法实务中，对欺骗型高速逃费行为通常以诈骗罪定性，并无太大争议，在此不予赘述，下文，笔者主要针对实践中常见的平和型高速逃费、对物暴力型高速逃费这两种行为模式，结合人工收费通道和ETC通道的不同特点，对行为的定性问题予以重点分析。

（一）平和型高速逃费行为的性质认定：盗窃罪

对于平和型高速逃费行为的定性，实务中主要存在诈骗罪和盗窃罪这两种观点。

第一种观点认为，行为人驾驶车辆进入高速公路领取通行卡时便与高速公路经营者达成事实合同关系，前者享受后者提供便利的同时，应当履行缴费义务，若不履行，则属于骗取后者提供的有偿服务这一财产性利益，构成诈骗罪。债权作为一种权利，无法直接被“拿走”，逃费行为不属于“窃取财物”，故不构成盗窃罪。

第二种观点认为，行为人以非法占有应当缴付的车辆通行费为目的，采取尾随前车偷偷溜走的方式逃费，使自身的消极利益减少，相当于秘密盗窃财产性利益，构成盗窃罪。

1. 不符合诈骗罪“欺骗行为+错误认识+处分财物”的行为构造

诈骗罪是指以非法占有为目的，使用欺骗方法骗取数额较大的公私财物的行为。其行为构造在于，行为人实施虚构事实或隐瞒真相等欺骗行为，使被害人产生错误认识并基于这一错误认识处分财物，行为人或第三人取得财物，被害人遭受财产损失。其中，所谓虚构事实，是指捏造不存在的事实骗取信任；隐藏真相，是指掩盖客观

存在的某种事实，使他人产生错误认识。

就人工收费通道而言，首先，平和型高速逃费行为人驶入高速是由系统扫描其真实车牌号码，并没有使用伪造车牌，在出口时也只是通过尾随前车的方式偷偷逃避缴费，客观上并未采取任何虚构事实或隐瞒真相的手段，不符合“实施欺骗行为”这一构成要件。其次，人工收费通道的工作人员在行为人驾驶车辆排在前车后面时，虽误以为其会按规定缴纳通行费，未意识到行为人有逃费的企图，但工作人员并没有因此作出减免通行费的处分行为，行为人的逃费行为明显与工作人员的意志是相悖的。也就是说，在行为人偷偷尾随前车逃费的情形中，并不存在“欺骗”与“上当”的双向互动，工作人员是毫不知情的，且未曾产生任何认识错误和处分意识，行为人在人工收费通道实施的平和型高速逃费行为并不构成诈骗罪。

就ETC通道而言，涉及的核心问题是机器设备能不能被骗。持肯定说的观点主张ETC设备等机器具有智能性，可将其视为具有一定思维能力的“人”，欺骗机器相当于欺骗“人”。笔者对此并不赞同，机器设备不能成为诈骗罪的行为对象。无论机器的智能程度如何，其本质上仍是人预先设置好的编程程序的集合体，始终不能完全具备自然人所具有的认识能力、思维能力和意志能力，显然仍属于财物范畴，不能等同于自然人。如前所述，诈骗罪的实质在于行为人实施了使他人陷入错误认识的欺骗行为，以及他人基于错误认识处分财物。ETC设备作为程序化编程的设置，只是一种固定、机械地进行自动收费和抬杠的人工替代品，无法认识到占有财物的性质和转移占有的后果，自然亦不会产生相应的错误认识和处分意识。当装有电子识别标签的前车行驶至ETC通道时，ETC设备按照程序自动识别前车、进行收费，并基于前车正常的缴费抬杠一次，而行为人正是利用电动拦截杆起落的时间差偷偷加速驶离，在整个过程中ETC设备只是无法阻止逃费行为的发

生，并没有被欺骗而产生错误认识，更没有财产处分的选择权，故行为人的行为特征和ETC的机器本质均不符合诈骗罪的行为构造。

2.符合盗窃罪“秘密窃取+占有转移”的行为构造

盗窃罪是指以非法占有为目的，盗窃公私财物数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。前文已从体系解释等角度阐述财产性利益可以成为盗窃罪等侵犯财产类犯罪对象的理由，故在此，笔者主要分析平和型高速逃费行为是否符合盗窃罪的“秘密窃取”和“占有转移”要件。

秘密窃取是盗窃罪的本质特征，通常指行为人采取主观上自认为不会被财物所有人、管理人、持有人发觉的方法，对他人财物转移占用。客观上，秘密窃取的过程并不需要完全隐秘进行，只需具有不为他人发觉的可能性即可。在高速公路出口人工通道，行为人利用电动拦截杆起落的时间差尾随前车偷偷溜走，这种趁人不备的行为至少在实施当时是秘密的，且手段的平和性和迅速性，也增加了工作人员的注意难度，往往难以被当场发觉；在没有工作人员值守的ETC通道，尽管行为人是设备监控下明目张胆地驶离，但ETC只是高速公路经营者用于自动收费、抬杆放行的工具，并不能使经营者当场察觉并制止，这与非法使用他人银行卡在ATM机上取款的情形具有异曲同工之处，对机器而言，行为是公开的，但对被害人而言，行为是秘密的。

主观上，秘密窃取要求行为人需自认为其盗窃行为是秘密进行的，具有不为他人发觉的意思。无论是在人工通道或是无人监管的ETC通道，行为人专门选择平和的逃费方式，往往是因其隐蔽性更强，更容易趁人不备，存在不会被当场发现的侥幸心理。因此，笔者认为，该类型行为人的客观行为和主观认识均符合“秘密窃取”的特征。

在承认财产性利益属于盗窃罪对象和逃费行为符合“秘密窃取”的前提下，判断是否构成盗

窃罪，关键就看“占有转移”能否延伸适用至财产性利益。所谓占有转移，是指人对物的支配状态的变动，就传统的有体物型盗窃而言，支配状态的变动体现为打破被害人对物的占有、建立行为人对物的占有，即物本身发生空间上的位移。而就利益型盗窃而言，财产性利益无法被他人直接拿走并占有，仍用“打破占有—建立占有”的思维模式去解释“占有转移”显然是不合理的，当行为人通过不正当手段为他人权利行使制造障碍，使得该权利名义上仍然存在、事实上却无法实现时，对这一财产性利益的支配控制地位已悄然发生了转移。具体而言，行为人在高速公路上行驶这段时间内，产生的通行费被各类收费设备所确保，债务履行始终由作为债权人的高速公路经营者所支配，当行为人享受高速通行服务后尚未缴费就迅速驶离高速公路路段，离开了经营者支配的空间范围，使得经营者无法找到行为人向其请求支付高速公路车辆通行费，这意味着，虽然二者之间的债权债务关系并未消灭，但经营者已丧失实现收取通行费这一债权的支配力和影响力，事实上已难以向行为人主张该财产性利益，此时经营者对债权实现的支配状态已被打破，该利益已从经营者一方转移到行为人一方，行为人获得了不缴纳通行费的经济利益，即发生了“占有转移”。

综上所述，平和型高速逃费行为人主观上具有非法占有的目的，客观上实施了秘密窃取的行为，侵犯了经营者的财产性利益，符合盗窃罪的行为构造。

(二)对物暴力型高速逃费行为的性质认定：抢夺罪

关于对人暴力型高速逃费行为，按照理论界和实务界的通说一般应当以抢劫罪进行定性。而针对对物暴力型高速逃费行为，实务中主要存在盗窃罪和抢夺罪两种观点。抢夺罪，是指以非法占有为目的，公然夺取公私财物数额较大或者多次抢夺的行为。判断对物暴力型高速逃费行为应



定盗窃罪还是抢夺罪，关键要以是否对高速公路经营者紧密占有的财物公然实施暴力夺取为标准。

1. 应看逃费行为是否是公然实施。如上所述，盗窃罪的秘密性要求行为人主观上认为其盗窃行为不为他人所察觉，而抢夺罪的公然夺取则是指行为人堂而皇之地当着财物所有人、管理人、持有人的面，或是在上述被害人可以当场立即发现的情况下公开夺取。无论是在人工收费通道或ETC通道，高速公路出站口这个场所本身就具有公开性，相较于尾随跟车的平和逃费方式，直接冲撞电动拦截杆、摧毁高速护栏或搬开专用阻隔水马等暴力行为产生的声音和公共设备破损的结果，明显更容易被他人当场察觉，行为人既然采取了暴力行为，主观上就不存在自认为不会被发现的意思，因此，暴力逃费行为不具备秘密性，符合抢夺罪的“公然”特征。

2. 应看车辆通行费是否在被害人紧密占有之下。根据社会一般观念，高速公路经营者在出入口设置收费站、安装拦截杆和监控探头等设备、安排工作人员进行收费管理等措施，可视为经营者对车辆通行费的合法取得所施加的自身控制力，无论控制强度大小，都对驾驶人暴力逃费存在一定程度的牵制，这也意味着该财产性利益在经营者的实力支配范围内，经营者对其处于紧密的占有状态。当行为人暴力冲杆逃费时，便打破了这一支配关系，可看作是对经营者收取车辆通行费这一财产性利益的夺取。

3. 应看行为人是否对物使用了暴力。这里的“物”，指的是他人紧密占有的物，也可适当拓展为实力支配范围内的财物。电动拦截杆等作为行为人使用暴力的直接作用对象，只是经营者向驾驶人收取车辆通行费的辅助设备，背后承载着通行费这一财产性利益。行为人冲撞电动拦截杆正是出于逃避缴费的目的，这些设备的毁坏是抢夺财产性利益的附随结果，至于设备本身的价值，并非暴力逃费行为刑事评价的主要范畴。故行为人为逃费而实施的暴力行为，表面看似直接作用

在收费设备上，实质上是对经营者紧密占有的车辆通行费这一财产性利益实施了一定强制力。

总而言之，行为人在违背高速公路经营者意志的前提下，采用暴力冲杆等强制手段逃避缴费，破坏了经营者对车辆通行费这一财产性利益的紧密占有关系，实现自身消极利益的减少，构成抢夺罪。

三、认定标准在两宗高速逃费犯罪案件中的适用

对于取得型财产犯罪的刑法定性，应当严格遵循以行为性质作为区分罪与非罪、此罪与彼罪的标准。在高速逃费案件中，更要进行类型化的统一判断，牢牢把握行为的基本性质、触犯的主要法益、社会危害性等因素，在犯罪构成要件的指引下准确归纳案件事实、精准定性。

案例一中，被告人石某某为逃避缴纳通行费用、节省运输成本，多次在高速公路出口收费站处，趁工作人员不备，公然以直接强行撞击拦截杆或搬开专用阻隔水马等方式，对被害人紧密占有的积极利益实施暴力，使本在被害人控制之下的债权遭受损失，应当以抢夺罪定罪处罚。

案例二中，被告人祁某某、邵某、杨某以非法占有为目的，结伙在高速公路出口收费站处，通过尾随前方车辆的秘密手段成功逃避缴费，破坏了高速公路经营者对收取通行费这一债权的占有状态，重新建立自己对通行费的占有，侵犯了公私财产权利，应当以盗窃罪定罪处罚。

综上所述，法院针对不同高速逃费犯罪行为的本质特征，结合人工、ETC通道的不同设置、行为人的逃费方式、主观故意以及逃费次数、金额等具体情节，分别以不同罪名定罪论处，既符合主客观相统一和罪责刑相适应原则，有效维护司法权威，又有利于对此类犯罪行为形成有力震慑，充分保障经营者的合法权益，实现刑法谦抑性和保护法益功能的有机统一。

(作者单位：汕头市潮阳区人民法院)

(该文登于2023年《法庭》第2期)

包含区域性名优特产称谓的商标 权利人无权禁止他人

在特定区域内对名优特产称谓的正当使用

——谢湘龙诉汕头市金平区玖弟卤鹅店侵害商标权纠纷案

郭建龙 施婧

裁判要旨：

包含历史地名加商品通用名称的文字组合服务商标，如历史地名加商品通用名称构成区域性名优特产称谓，因名优特产称谓具有类地理标志属性，属于区域公共资源，应遵循更为严格的侵权判定标准，将公有领域部分排除在其保护范围之外，权利人无权禁止他人正当使用该称谓。在特定区域内，他人使用注册商标中含有的名优特产称谓来表示服务与产地或销售商品所使用特定制作技艺之间的联系，实质系对商标所含有的公有领域资源的利用，构成正当使用，权利人向人民法院提起相关诉讼的，人民法院依法不予支持。

案例索引：

一审：(2021)粤0511民初4468号

二审：(2022)粤05民终1025号

一、案情

上诉人（原审原告）：谢湘龙。

被上诉人（原审被告）：汕头市金平区玖弟卤鹅店（下称玖弟卤鹅店）。

谢湘龙于2021年2月6日通过受让取得第25663020号“老苏南鹅肉”文字注册商标（下称涉案商标）专用权，核定使用在第43类的咖啡馆、餐厅、快餐店、酒吧服务、备办宴席、茶馆、流动饮食供应、饭店、寄宿处预订、提供野营场地

设施等服务上，有效期自2018年7月28日至2028年7月27日。谢湘龙将该商标实际使用在汕头市和揭阳市等销售使用汕头澄海传统工艺烹制的卤鹅有关店面上。

玖弟卤鹅店系于2021年4月9日经汕头市金平区市场监督管理部门核准登记成立的个体工商户，经营范围为餐饮服务，在汕头市某小区开设有店面，主要销售其制作的潮汕卤鹅等烧卤熟肉。玖弟卤鹅店在其店面使用两幅招牌，内容分别为文字的“玖弟苏南鹅肉”和“澄海苏南鹅肉”，其中的“玖弟苏南鹅肉”店铺招牌中“玖弟”二字明显较“苏南鹅肉”小且为竖排。此外，玖弟卤鹅店经营者还在在“抖音”平台开设名为“澄海苏南鹅肉”账号。玖弟卤鹅店的招牌及其“抖音”账号名上的“苏”“鹅”二字均为简体字体，没有使用繁体字体。

2021年9月7日，谢湘龙以玖弟卤鹅店侵犯其注册在第43类和第35类的“老苏南鹅肉”“苏南鹅肉”等4个文字服务商标的专用权为由，向汕头市金平区人民法院提起诉讼。一审法院审理认为，“苏南鹅肉”是用于称呼卤鹅的具有地域性特点的且约定俗成的商品通用名称，“澄海苏南”或者“苏南”则是在潮汕地区为人熟知的地名简称，谢湘龙请求保护的商标包含商品通用名称和地名简



称，无权禁止他人正当使用，判决驳回谢湘龙的诉讼请求。谢湘龙不服一审判决，向汕头市中级人民法院提起上诉。

二、审判

二审法院审理认为，谢湘龙请求保护的四个文字服务商标，除其中核定使用在第43类上的第25663020号“老蘇南鵝肉”外，其余三个核定使用在第35类的“广告”“商业橱窗布置”“替他人推销”等服务上商标，因玖弟卤鵝店的被控行为与第35类上的三个商标在服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面既不相同，也不类似，并未落入该三个商标专用权所核定使用服务的保护范围。

玖弟卤鵝店的行为与第25663020号“老蘇南鵝肉”所核定使用的服务构成类似服务，但是否落入该商标保护范围，还应审查玖弟卤鵝店使用的标识与该商标是否构成相同或近似商标。“老蘇南鵝肉”是经国家知识产权局合法注册的商标，谢湘龙依法享有专用权。但结合在案证据可知，苏南在历史沿革上曾是现汕头市澄海区所辖区域内的一个地名，且该地方采用卤制工艺制作的鵝肉在汕头乃至潮汕地区具有一定知名度，被称为“苏南鵝肉”或“苏南卤鵝”。可见，“老蘇南鵝肉”商标所用的文字，是既包含历史地名又包含“鵝肉”这一商品通用名称的文字商标。虽然“苏南”不属于商标法上的行政区划名称而可以作为注册商标主要构成要素，但是包含历史地名以及商品通用名称的文字组合商标，其所获得的保护应明显低于识别性强的商标，也即仅能受到弱保护。毕竟在依法保护商标专用权的同时，也应合理维护正当的公众利益。谢湘龙作为商标专用权人，虽有权禁止他人将与注册商标相同或者近似的标识在相同或者类似的服务上使用，但无权禁止他人在相同或者类似服务上正当使用注册商标中含有的地名和商品通用名称来表示服务与产地或销售商品所采用工艺之间的联系。就本案而言，玖弟卤鵝店所从事的是餐饮服务，主要活动是自己作为主体按照传统卤制工艺制作并对外销售

卤鵝等熟食，鉴于“苏南鵝肉”在汕头这一特定区域内可以成为商品特定来源的指代，而且制作主体众多，谢湘龙本案没有证据证明“老蘇南鵝肉”商标系其提供服务特定来源的指代。反而，“苏南鵝肉”以历史地名加商品通用名称的组合方式，在玖弟卤鵝店经营区域内约定俗成地指代传统卤制工艺制作的鵝肉商品，其知名度明显高于“老蘇南鵝肉”商标的知名度，加之相关公众在选择购买卤鵝等熟食时，注意力主要集中于制作者及其销售主体，故玖弟卤鵝店使用“苏南鵝肉”文字并不会使相关公众对该销售商品或服务的来源产生混淆或误认。尽管玖弟卤鵝店在其经营场所所使用的“玖弟苏南鵝肉”和“澄海苏南鵝肉”店铺招牌，以及在抖音平台将“澄海苏南鵝肉”作为用户名，但这种使用方式是普通公众惯常理解的表示销售商品所采用工艺方式，主要是为了突出采用传统苏南卤制工艺制作的卤鵝，以此强调它的卤鵝的制作工艺，而不是暗示该服务或销售商品与“老蘇南鵝肉”商标的关系。综上分析，玖弟卤鵝店使用“苏南鵝肉”属于正当、合理使用，不会使相关公众引起混淆或误认，玖弟卤鵝店的行为依法不属于侵犯注册商标专用权的行为，谢湘龙的主张缺乏依据，不予支持。

谢湘龙上诉提出玖弟卤鵝店所使用“苏南鵝肉”文字均为简体字，与“苏”“鵝”二字采用繁体字的涉案商标构成相同的主张。虽然二者只是字体的繁简之分，在文字构成、排列顺序和呼叫上相同，一般情况下认定为与注册商标相同的情形并无不妥。但“苏南鵝肉”在汕头这一特定区域内可以成为商品特定来源的指代，具有指代卤鵝工艺和风味的作用，单纯“苏南鵝肉”文字其显著特征并不明显。“老蘇南鵝肉”商标的文字中“苏”“鵝”二字采用了繁体字体，这一表现方式反而成为该文字商标的显著特征，使相关公众可以通过繁体的“苏”“鵝”二字及其商标整体识别商品或服务的来源。因此，一审判决结合案件具体情况，认为“苏南鵝肉”与涉案商标相比较，体现商标显著性的关键字样“蘇”和“鵝”在隔

离状态下，可以明显区分开来，不易引起公众对服务来源产生误认或混淆，该判定正确，予以采纳。谢湘龙该上诉主张，理由不能成立，不予采纳。

谢湘龙起诉主张玖弟卤鹅店的行为侵犯其涉案商标专用权，事实和法律依据不足，一审判决驳回其诉讼请求正确。虽然一审判决未对被控行为是否与涉案商标所核定使用的服务是否构成同一种服务或类似服务进行审查判断存在不妥，但裁判结果正确，二审予以维持。遂判决：驳回上诉，维持原判。

三、评析

商标是商品或者服务的提供者为了将自己的商品或服务与他人提供的同种或类似商品或服务相区别而使用的标记，核心功能在于识别商品或服务的来源，帮助消费者在同类商品或服务中做出选择。要实现识别功能，商标必须具有显著性，相关公众才会将其视为商标，并以其识别商品或服务的来源。同时，商标作为知识产权同样具有垄断性和专有性特点，保护不当会影响相关市场主体的生存和发展，甚至影响或限制整个行业的发展。因此，在商标民事案件审判中，必须坚持依法适度保护原则，根据保护商标的区别性、防止混淆误认的立法目的，既要坚持依法保护，又要综合考虑社会公共利益，防止因保护不当而提高市场主体诚信经营的成本，损害其正当使用权利。

本案是“苏南鹅肉”这一潮汕特色风味卤味名称与“老蘇南鵝肉”商标之争，争议涉及包含区域性名优特产称谓商标的法律保护问题，反映的是名称背后的经济利益之争。根据公众日常生活经验和通常认识，“老蘇南鵝肉”商标在含义上“老”是对“苏南鹅肉”起修饰作用的副词，表示“历史长久”之意，属显著性较弱的文字。在商标构成上，可以确定“老蘇南鵝肉”与“苏南鹅肉”所表述的含义基本相同。因此，案件审理的关键在于厘定“老蘇南鵝肉”商标的保护范围，以及被控行为是否属于正当使用的判定。

一、包含区域性名优特产称谓商标的保护范围

（一）区域性名优特产称谓的属性及其判断

区域性名优特产指在特定区域的名优商品，该商品特定的质量、信誉或其他特征系由该区域特殊的自然因素或人文因素所决定，其所承载的商誉也是由该区域的地域特点、传统工艺等自然、人文因素共同形成的，往往具有独特商业价值。在区域性名优特产的称谓表达上，以地名（包括历史地名和现地名）加商品通用名称的方式构成较为常见。对于地名加商品通用名称的区域性名优特产称谓，其已具备类似地理标志的特征，只是未依据《集体商标、证明商标注册和管理办法》和《地理标志产品保护规定》规定进行注册登记和管理。从地理标志应由市场主体惠益共享属性延伸，地名加商品通用名称的区域性名优特产称谓亦具有区域公共资源的属性，属公有领域。

司法实践中，判断是否属于区域性名优特产称谓，应以该称谓是否在特定区域内已为同行业经营者约定俗成、普遍使用的表示某一类商品为标准，从历史传统、所处特殊区域、知名程度以及行业经营现状予以综合认定。首先，在历史传统上，区域性名优特产的形成并非一蹴而就，往往需要一定历史时期的信誉积累。个案上应综合在案证据对该商品形成的历史传统进行考察。就本案而言，“苏南”在历史沿革上曾是现汕头市澄海区所辖区域内的一个地名，当地的鹅肉卤制技术是这一区域的劳动人民代代传承，发挥匠人精神不断总结发展出来的集体智慧结晶。“苏南鹅肉”在客观上具备作为区域性名优特产的历史基础。其次，在所处区域上，对商品或服务来源的区分离不开对相关市场因素的考量，而相关市场因素在一定程度上决定于该商品或服务所处的特定区域。本案“苏南鹅肉”在潮汕地区已约定俗成地指代传统卤制工艺制作的鹅肉，具备作为区域性名优特产的地域基础。再次，在知名程度上，区域性名优特产因相关行业经营者的长期共同努力，在特定区域内具有一定知名度。所以具备知名度是区域性名优特产的重要特征。潮汕卤味是潮汕地区特有的美食，其中以澄海苏南、潮州磷



溪和龙湖鸥汀这几个地方的卤鹅制作技艺最具代表性，故本案“苏南鹅肉”已具备作为区域性名优特产的知名度基础。第四，从行业经营现状分析，区域性名优特产凝聚了特定区域内相关经营者共同的经营信誉，客观上应具备一定的经营者数量。目前，汕头乃至潮汕地区以“苏南鹅肉”为名制作销售卤鹅等卤味的主体众多，“苏南鹅肉”成为一种特别风味的卤鹅的指称，已具备作为区域性名优特产的行业基础。因此，“苏南鹅肉”应为区域性名优特产称谓，应由区域内市场主体惠益共享。

（二）地名加商品通用名称的区域性名优特产称谓注册为商标的限制及其保护

现实生活中，以地名（包括历史地名和现地名）加商品通用名称方式作为区域性名优特产称谓非常普遍，故区域性名优特产称谓往往包含了地名（包括历史地名和现地名），而地名作为标志自然形态或地理区域的符号，限制其进行商标注册是世界各国通行的做法。我国商标法对地名注册为商标也作了限制性的规定，但商标由县级以上行政区划或者历史地名，以及将县级以上行政区划的地名和其他文字构成而在整体上具有显著特征，不会使公众发生商品产地误认的商标并没有进行限制，而且地理标志作为商标注册也予另当别论。可见，地名加商品通用名称的区域性名优特产称谓注册为商标在一般情况下并不会因为包含地名而在注册时受到限制。

本案的“老苏南鹅肉”商标，对“苏南鹅肉”这一潮汕特色风味卤味名称的“苏”“鹅”二字使用了繁体字体，并在之前冠以起修饰作用的副词“老”字。该商标是包含区域性名优特产称谓商标，但在整体上应具有一定显著特征，不会使公众发生商品产地的误认。因此，将包含了区域性名优特产称谓的“老苏南鹅肉”文字注册为服务商标并不为法律所禁止，国家知识产权局商标局实际上也核准其在第43类服务项目的注册商标。谢湘龙作为商标专用权人，有权禁止他人将与注册商标相同或者近似的标识在相同或者类似的服

务或商品上使用，但基于区域性名优特产称谓具有应由区域内市场主体惠益共享的属性，属公有领域的要素，从合理维护正当的公众利益角度出发，权利人在行使权利时其应受到一定的限制。

（三）包含区域性名优特产称谓的商标保护范围的限定

商标的显著性就是商标标识性和区别性的统称，贯穿了商标权的产生、保护和消亡整个过程，它在商标法中居于核心地位。商标的显著性既是商标能够获得保护的依据，也是商标保护范围的基础。显著性的强弱直接决定商标可否获得注册以及商标权利范围的大小，显著性越强的商标，其可以获得的保护范围就越宽，保护强度相应就越大。显著性越弱的商标，其可以获得的保护范围就越窄，保护强度相应就越小。

一般认为，从商标标识本身显著性的程度分类，可划分为臆造商标、任意商标、暗示性商标、描述性商标四个类型。其中的臆造商标、任意商标和暗示性商标本身具有足以获得注册的显著性，显著性相对强，而描述性商标本身不能获准注册，除非通过使用而使该标识具有了足够的标识性和区别性，故显著性较弱。如果一个文字商标包含了区域性名优特产称谓，那么其主要含义已具有地理标志属性，且已标明了商品或服务与产地或特定制作技艺存在联系，是对该商品或服务地理来源的描述，具备描述性质。对此类主要由公有领域词汇组成的描述性质文字商标，来源识别作用明显不强，其显著性则较弱，产生与特定来源相联系或形成指代关系所需时间一般较长且不确定。由于区域性名优特产称谓属于当地社会公众共同拥有的一种公共资源，应留给符合条件的各市场主体惠益共享并自由使用，用以标明商品的来源或经营的场所并以此吸引公众注意力。如果允许某一商家或某一入将区域性名优特产称谓注册为商标或作为注册商标主要构成要素而禁止所有其他人使用，并因此排除该区域其他市场主体标明他们商品与产地、制作技艺等之间的联系，明显违反了社会公共利益，导致不公平竞争。因

此，包含区域性名优特产称谓的商标因标识本身使用了公有领域词汇而显著性较弱，获得的保护理应低于显著性强的商标，只能获得弱保护，属公有领域部分的要素应排除在商标保护范围之外。

基于以上分析，“老蘇南鵝肉”商标因包含区域性名优特产称谓，所获得的保护应明显低于识别性强的商标，仅能受到弱保护。商标权人虽有权禁止他人将与注册商标相同或者近似的标识在相同或者类似的服务上使用，但无权禁止他人在相同或者类似服务上正当使用注册商标中含有的区域性名优特产称谓来表示服务与产地或销售商品所采用制作技艺之间的联系。

二、对商标中区域性名优特产称谓的使用是否属于正当使用的分析

在认定使用商标包含的区域性名优特产称谓是否正当时，应当从商标所包含的名优特产称谓等描述性表达系属公共资源、由市场主体惠益共享的权利属性，以及名优特产称谓所具有的独特商业价值、商标显著性低等特点及消费者识别时的注意力等角度出发，坚持依法适度保护原则，着重保护特定区域内市场主体的集体权益。同时，结合保护商标的区别性、防止混淆误认的立法目的和司法实践，围绕使用行为的正当性这一核心问题，通过具体使用方式对主观上是否善意和客观上是否合理进行认定。

首先，在行为人主观意识是否善意的判断上。善意强调主观无搭车等恶意，但行为人的主观要素外人无法直接获知，需要透过现象看本质，通过外化的诉讼证据对其具体使用方式予以审查判断。具体到本案，行为人从事的是餐饮服务，主要活动是以自己作为主体按照传统卤制工艺制作并对外销售卤鹅等熟食。基于行业特点，对“苏南鹅肉”文字的使用显而易见在于对外宣传其制作销售的是按照传统“苏南鹅肉”卤制技艺制作的卤鹅等熟食。由于“苏南鹅肉”作为潮汕特色风味卤味名称已经为汕头乃至潮汕的社会公众所熟知，并实际为知名区域内的多个经营者所使用，事实上也约定俗成地用来指代鹅肉卤制采用

的特定制作技艺和来源，据此可以认定行为人的使用目的是对销售商品所采取制作技艺和来源的描述。虽然标志本身具有描述性表达系属公共资源性质，但这仅是推断主观是否善意的条件之一，还应从另一角度对商标的知名度进行考察。本案“老蘇南鵝肉”商标的权利人同样在汕头市和揭阳市等销售使用传统工艺制作的卤鹅有关店面上进行使用，但规模和范围有限，知名度不高，无法通过使用行为让“老蘇南鵝肉”商标形成权利人提供服务特定来源的指代，即无法通过使用获得商标中“苏南鹅肉”的第二含义，从而使社会公众不再将“苏南鹅肉”与特定制作技艺和来源相联系而是与特定商品或服务提供者相联系。况且，“苏南鹅肉”是特定区域内凝聚了当地经营者通过自然赐予与人为努力世代累积的集体信誉，有一定历史积淀，被用作名优特产的称谓远早于商标取得时间，知名度远自然也高于商标的知名度。因商标获得注册而排除相关区域内其他符合条件的市场主体表明他们产品所采取制作技艺的来源，将会明显导致不公平竞争。因此，从“苏南鹅肉”是区域性名优特产称谓的性质，以及行为人将其用作销售商品所采取制作技艺和来源的描述、商标知名度远低“苏南鹅肉”的事实，表明行为人没有攀附“老蘇南鵝肉”商标商誉的主观恶意，应认定其主观上系善意。

其次，在使用行为是否合理的判断上。考虑到包含区域性名优特产称谓商标主要要素来源于公有领域属性以及易被不符合使用条件的经营者滥用等因素，从依法适度保护商标权原则以及区域内经营者集体利益出发，在考虑是否成立对包含区域性名优特产称谓商标中的名优特产称谓正当使用时，应当重点审查是否构成混淆和误认，但对不构成混淆和误认的要求应低于普通注册商标，这也符合保护商标的区别性、防止混淆误认的立法目的。就本案而言，行为人作为“苏南鹅肉”这一名优特产的制作者和销售者，在其店面显著位置使用了“玖弟苏南鹅肉”和“澄海苏南鹅肉”两幅招牌，虽“玖弟苏南鹅肉”店招中

“玖弟”二字明显较“苏南鹅肉”小且为竖排，但明显在实际使用中已标注了自己字号。从消费者在选择此类商品或服务时的注意程度考察，根据生活经验，消费者在选择购买卤鹅等熟食时，注意力主要集中于制作者及其销售主体，因为制作者及其销售主体决定了卤鹅等熟食的口感和风味，即使都是采取“苏南鹅肉”这一特定制作技艺制作出来的卤鹅，但区域内经营相同商品者众，各个经营者制作出来的卤鹅的口感和风味也会有所差别，并不像流水线生产出来的产品那样质量稳定，消费者通常仍会慎重考察制作者及其销售主体，而非商标。从“老苏南鹅肉”商标的显著性考虑，商标中“苏”“鹅”二字均使用了繁体字体，鉴于“苏南鹅肉”是区域性名优特产称谓，商标使用繁体字体的表现方式反而是商标的显著特征，使相关公众可以通过繁体的“苏”“鹅”二字及其商标整体识别商品或服务的来源，但商标仅保护其发挥识别作用的显著部分，行为人在使用“苏南鹅肉”时未使用与商标相同的繁体字体，不违反法律规定。所以，行为人在以自己为主体，按照传统卤制工艺制作并对外销售“苏南鹅肉”等卤鹅熟食，对“苏南鹅肉”文字的使用符合正常商业惯例，不会使相关公众引起混淆或误认，具有合理性从而构成正当使用。

三、包含区域性名优特产称谓商标的保护与社会公共利益的平衡

本案涉及包含区域性名优特产称谓的商标维

权问题。区域性名优特产称谓相较于于地理标志，其影响范围局限于特定区域，且无法按商标法规定经核准注册并作为一类知识产权予以保护。但区域性名优特产称谓毕竟属于区域公共资源，是具有独特商业价值的公共领域中的词汇，从促进地方经济发展的角度考虑，由该区域内符合条件的市场主体惠益共享是合理的，也是必要的。如果这些公共领域中的词汇由少数商标权人通过添加冠词或改变字体等不改变含义的方式注册进行独占或垄断，必然会限制区域内其他人对自己商品或服务特征的自由和准确表达，造成商标权人利益与他人利益和社会公众利益的失衡，阻碍市场的有效公平竞争。因此，在司法实践中，应遵循公正合理保护原则，既严格保护商标权，又确保公共利益，将公有领域部分排除在商标保护范围之外，权利人无权禁止他人正当使用区域性名优特产称谓，保障区域内并符合使用条件的市场主体的依法正当使用，实现商标保护与公共利益的平衡。本案中，法院结合“老苏南鹅肉”商标主要构成要素来自公有领域的特点，从主观是否善意、客观是否合理二方面探究了行为人在使用“苏南鹅肉”时其使用行为的正当性，充分兼顾区域内符合条件的市场主体的依法正当使用权利，明确否定了权利人利用商标注册对名优特产称谓使用的垄断性权利。既尊重历史，也符合现实。

(作者单位：汕头市中级人民法院)



夫妻共同债务的认定

——原告广东美健置业投资有限公司诉被告陆清、钟可馨等及第三人郭海冬、三亚博后经济开发有限公司
借款合同纠纷、被继承人债务清偿纠纷案

王华敏 吴文虹

裁判要旨：

夫妻一方借款事实发生在夫妻存续期间，借款金额明显超出家庭日常生活需要，债权人主张系夫妻共同债务的，应举证证明涉案借款用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。

案例索引：

一审：汕头市金平区人民法院（2019）粤0511民初2511号（2021年9月10日）

二审：汕头市中级人民法院（2022）粤05民终726号（2022年6月30日）

一、案情

原告：广东美健置业投资有限公司（下称美健公司）。

被告：陆清、钟可馨、钟永靖、钟永泰、钟伟东、钟荣妹。

第三人：郭海冬、三亚博后经济开发有限公司（下称博后公司）。

1996年1月21日钟声平、陆清登记结婚，2019年2月21日协议离婚。钟伟东系钟声平的父亲，钟荣妹系钟声平的母亲，钟可馨系钟声平的女儿，钟永靖、钟永泰系钟声平的儿子。2019年5月4日钟声平因病死亡。

郭海冬是博后公司法定代表人。2008年4月23日，郭海冬、钟声平、李莉三位股东登记设立

金创公司，注册资本500万元通过代理公司（广州华为公司）代股东支付。后经协商，郭海冬代钟声平、李莉支付的应缴纳出资额200万元、50万元分别由其本人向郭海冬出具借据（借据时间为：2008年4月23日）。2008年8月20日，钟声平出具借据一份，载明借到郭海冬现金200万元。2010年5月31日，广州市工商行政管理局出具公司变更（备案）记录，载明金创公司实收资本由500万元变更为100万元。

2008年6月12日，三亚市河港综合治理有限公司（法定代表人郭海冬）向金创公司汇款100万元，用途为“往来”。2008年7月至10月，三亚汇济建筑咨询服务有限公司（法定代表人刘久义）多次向金创公司汇款，共计125万元，用途均为“往来款”。2020年4月20日，刘久义（与郭海冬系朋友关系）出具《关于三亚汇济建筑咨询服务有限公司在2008年给广州金创公司转入多笔款项的说明》，内容记载“三亚汇济建筑咨询服务有限公司自成立至今（公司存在期间）与广州金创投资顾问有限公司没有任何业务往来，上述款项均是受郭海冬委托支付给金创公司股东钟声平的借款（郭海冬当时口头说明）”。金创公司招商银行户口历史交易明细表显示，2009年、2010年其与三亚汇济建筑咨询服务有限公司有多笔款项往来，交易摘要备注为“往来款”、“设计费”、“借款”等。



陆清是海南永万投资有限公司法定代表人，此公司是广州白云国际机场宾馆有限公司股东，钟声平任该公司副董事长。钟声平、陆清系三亚仕佳投资有限公司股东。三亚仕佳投资有限公司系博后公司的股东。钟声平于2008年7月20日出具借据一份，载明借到郭海冬现金26775元；于2009年5月4日出具借据一份，载明借到郭海冬现金200000元。因钟声平经营广州白云国际机场宾馆需要，2012年12月25日，郭海冬委托海南天一生莲商务会议服务有限公司向广州白云国际机场宾馆有限公司账户汇入74万。2014年8月18日，郭海冬通过银行转账120万给钟声平，用途为“借款”。2012年10月18日，博后公司向钟声平银行账户转入100万，用途为“股东借款”。2013年5月29日，博后公司向钟声平银行账户转入70万，记账凭证和付款申请单注明“付股东钟声平借款”“股东借款”。

汕头市公安局2017年5月27日对钟声平所作《讯问笔录》、2017年11月8日对陆清所作《询问笔录》的内容表明，陆清与钟声平共同经营多家公司，陆清表示其只持股，未参与实际经营，但自认有时会在一些文件上签名、家庭收入来源都来自钟声平。

2019年10月10日，海口市椰城公证处出具《公证书》，内容为钟声平名下银行存款由钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰共同继承。2019年7月1日，美健公司与郭海冬、博后公司签订《债权转让协议书》，约定郭海冬、博后公司将钟声平享有到期债权转让给美健公司，债权对应的利息、逾期利息及合同权利一并转让给美健公司。

由于钟声平去世，美健公司遂诉至法院，请求1、判令陆清清偿美健公司借款本金5866775元；2、判令陆清按照银行同期贷款利率标准计息，偿还美健公司本金200万元自2009年4月23日至实际给付期间产生的利息，暂计算至2019年7月23日，利息数额为1212198.89元；3、判令陆清按照年利率6%的标准计息，偿还美健公司按照

3866775元的本金数额，自起诉之日（2019年9月17日）至实际给付期间因延迟偿还借款所产生的利息；4、判令钟可馨、钟永靖、钟永泰、钟伟东、钟荣妹在继承钟声平遗产的范围内对上述借款本金及利息承担共同清偿责任。

二、审判

一审法院审理认为，本案争议焦点为：钟声平与郭海冬、博后公司之间的借贷关系是否成立；案涉借款是否属于夫妻共同债务；钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰是否应在继承遗产范围内对债务承担清偿责任。

关于钟声平与郭海冬、博后公司之间的借贷关系是否成立问题。（一）钟声平与郭海冬之间的借贷关系是否成立。1、关于26775元借款问题。郭海冬主张的26775元借款实际支付的证据不足，就该笔借款存在借贷关系法院不予支持。2、关于20万元借款问题。在债务人钟声平已死亡的情况下，郭海冬未能提供借款已实际交付的证据，仅凭借据不足以认定20万借贷关系成立。3、关于200万元借款问题。根据查明的事实，对郭海冬提出的200万借款已经实际支付的主张不予支持。4、关于74万元借款问题。郭海冬就其主张的该笔借款提供的证据，与钟声平在汕头市公安局询问笔录中的陈述，相互印证，足以认定74万元是郭海冬出借给钟声平的借款。5、关于120万元借款问题。根据郭海冬提供的转账凭证可以初步认定其与钟声平存在借款事实，被告主张因合作和业务往来双方债务两清，但未提供证据证明，故不予支持。（二）钟声平与博后公司之间的借贷关系是否成立。对2012年10月18日的借款100万元、2013年5月29日的借款70万元，博后公司提交了付款凭证、银行转账凭证等加以证实，博后公司提供的证据可以初步认定其与钟声平存在借款事实，被告不能提供充分证据证明其提出的170万是报销款而非借款的抗辩主张，因而不采信。

关于案涉借款是否属于夫妻共同债务问题。钟声平与郭海冬之间74万元、120万元的借款，钟声平与博后公司之间100万、70万的借款，均发生

在钟声平、陆清夫妻关系存续期间，借款金额明显超出家庭日常生活需要，应由债权人即本案原告举证证明涉案借款属于夫妻共同债务。根据已查明事实，74万元的借款是钟声平为经营广州白云国际机场宾馆所借，钟声平系广州白云国际机场宾馆有限公司副董事长，陆清系海南永万投资有限公司有限公司法定代表人，而海南永万投资有限公司系广州白云国际机场宾馆有限公司股东，可见钟声平、陆清共同经营着广州白云国际机场宾馆有限公司，对该笔74万元借款应认定为夫妻共同债务。另外，案涉120万、70万、100万借款款项为钟声平、陆清夫妻共同生活和经营期间产生的债务，也应认定为夫妻共同债务。因此，陆清应当对上述夫妻共同债务承担共同清偿责任。

关于钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰是否应在继承遗产范围内对债务承担清偿责任问题。钟声平生前与郭海冬、博后公司之间形成的债权债务关系合法有效，钟声平负有清偿义务，现钟声平去世，钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰依法继承了钟声平的财产，应对钟声平的债务承担清偿责任。郭海冬对钟声平享有的74万元、120万元债权和博后公司对钟声平享有的100万元、70万元债权，合计共364万元债权，已通过转让协议转让给美健公司，且亦履行了对债务人的通知义务，钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰作为依法继承钟声平遗产的法定继承人，应在继承财产范围内向新债权人美健公司履行清偿义务。

汕头市金平区人民法院遂依照《中华人民共和国继承法》第三十三条，《中华人民共和国合同法》第八十条、第二百一十条，《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号）第三条以及《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十九条等规定，判决陆清向美健公司偿还借款本金364万元及利息；钟伟东、钟荣妹、钟可馨、钟永靖、钟永泰对上述款项在继承被继承人钟声平遗产范围内承担清偿责任。宣判

后，美健公司、陆清、钟永泰、钟永靖、钟可馨提起上诉，汕头市中级人民法院于2022年6月30日作出（2022）粤05民终726号民事判决，驳回上诉，维持原判。

三、评析

夫妻共同债务是指夫妻双方婚姻关系存续期间，夫妻一方或双方为维持共同生活的需要，或出于为共同生活目的从事经营活动所负的债务。本案的处理涉及如何理解夫妻共同债务的法律内涵以及对判断标准的把握，分析如下。

（一）夫妻共同债务的法律规定

1、2001年修正的《中华人民共和国婚姻法》涉及夫妻债务的有两个条文。即第十九条第三款规定“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”第四十一条规定“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”上述条文虽然对分别财产制下特定债务和离婚时如何偿还债务问题作了规定，但从整体上看，《中华人民共和国婚姻法》对夫妻债务认定标准的规定不够明确具体，而理论界、实务界对如何确定夫妻共同债务问题一直存有不同理解。且随着《中华人民共和国民法典》自2023年1月1日起施行，《中华人民共和国婚姻法》已同时废止。

2、2004年4月1日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(已失效)第二十四条规定，“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”此规定明确了夫妻共同债务认定的裁量标准。因与《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条第二款存在冲突，不应再得到适用。

3、2018年1月18日起施行的《最高人民法院



关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(法释〔2018〕2号)第三条规定,“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”此法条对“共同受益”识别标准作出规定,明确了证明责任分配,即债权人若能证明夫妻客观上共同受益(有益于共同生活或共同生产经营),则不论有无共同举债合意,该债务也为夫妻共同债务,其意旨与《中华人民共和国婚姻法》第四十一条一脉相承。

4、在此之后,2021年1月1日起施行的《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条,分两款对夫妻共同债务的认定作出规定,其中第二款规定,“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务;但是,债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”是对上述司法解释(法释〔2018〕2号)第三条规定进行了吸收沿用,明确了夫妻共同债务的类型及债权人举证责任等。

显而易见,夫妻共同债务问题既涉及到对夫妻一方的合法权益的保护,亦涉及到对债权人合法权益的保护;既涉及到家庭关系,亦涉及到合同关系等。夫妻共同债务的认定,与夫妻双方的财产权利息息相关,也影响债权人利益和交易安全。就本案而言,在解决钟声平与郭海冬、博后公司之间的借贷关系是否成立这一问题后,紧接的争议焦点——案涉借款是否属于夫妻共同债务问题则是纠纷的重中之重。这是因为,夫妻共同债务的认定已影响到债权人美健公司利益的实现。

(二) 认定涉诉债务是否属于夫妻共同债务应秉承的理念

承上所述,根据《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条第二款规定,夫妻一方以个人名义借贷超出家庭日常生活所需的债务,原则上

不应认定为夫妻共同债务,但也存在例外情况,即该笔债务用于夫妻共同生活、共同生产经营等,此时,举证责任在于债权人。因此,在确定涉诉债务是否为夫妻共同债务时,应根据不同的法律关系合理分配当事人之间的举证责任,充分运用日常生活经验判断以及高度盖然性的证明标准进行确定。对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。

审判实务中,对于“共同生产经营”类夫妻共同债务,可以从夫妻经营共同性、经营利润共享性两个方面进行审查认定。

1、夫妻经营共同性是指经营行为系基于夫妻共同意志,一般体现为共同投资、决策、参与或者一方授权另一方决定生产经营事项等,重点考察夫妻双方是否为企业股东、实际出资人、实际控制人,是否在相关企业中担任高管职务等。

2、在夫妻经营共同性难以认定时,如果能证明所涉债务具有经营利润共享性,如一方举债经营,另一方分享经营收益,或者经营收益一贯为家庭主要收入的,也可以作出属于夫妻共同债务的判定。

具体到本案,美健公司已举证证明涉案74万元的借款是钟声平为经营广州白云国际机场宾馆所借以及钟声平与陆清共同经营着广州白云国际机场宾馆有限公司的事实,而从汕头市公安局对钟声平作出《讯问笔录》和对陆清作出《询问笔录》的内容可以看出,陆清与钟声平共同经营多家公司,陆清表示其只是持股,并未参与实际经营,但自认有时会在一些文件上签名,同时家庭收入来源都来自钟声平。由此可见,案涉借款是钟声平与陆清夫妻共同生活、生产经营期间产生的债务且经营收益归家庭共享,应认定为夫妻共同债务。一审法院据此作出实体判决,二审法院终审判决驳回上诉,维持原判,均符合法律规定。

(作者单位:汕头市金平区人民法院)

定期给付之债的诉讼时效应从每期债务履行期限届满之日起分别计算

——原告陈某与被告黄某租赁合同纠纷案

吴炳松

裁判要旨：租赁合同约定分期交付租金，实际上是将整体的债务分割为若干个相对独立的债务，债务人应当在各自独立的债务的履行期限届满时履行交付租金的义务。租金债务属于定期给付之债，应从每期债务履行期限届满之日起分别计算诉讼时效。

案例索引：

汕头市潮南区人民法院(2022)粤0514民初715号。

一、案情

原告：陈某。
被告：黄某。

某公司将其三套房产出租给原告陈某经营使用，陈某在征得某公司同意后与被告黄某签订《商铺租赁合同》，将上述房产转租给黄某经营使用。合同约定：租期为36个月，自2018年11月1日起至2021年10月31日止；租金为180000元/年，2018年11月1日至2019年2月28日期间黄某无需交付租金，黄某应于2019年3月1日交付首期8个月租金120000元，2019年11月1日交付第二期12个月租金180000元，2020年11月1日交付第三期12个月租金180000元；合同还约定其它权利义务。合同签订后，陈某将上述房产交付给黄某使用，但黄某一直没有向陈某支付租金，陈某遂向法院起诉，要求黄某立即偿还其从2019年3月1日至2021年10月31日期间的租金480000元。诉讼中，黄某提出诉讼时效抗辩，认为陈某对第一期租金的请求权已超过

诉讼时效。

二、审判

汕头市潮南区人民法院审理认为，本案为租赁合同纠纷，陈某与黄某签订的《商铺租赁合同》系双方真实意思表示，合同依法成立，合法有效，双方均应履行各自的义务。本案租金是定期给付之债，由于定期给付之债是在合同履行过程中不断产生的，因此，每一期债务具有独立性，每一期债务对应相应的对待给付，即每一期的租金支付均可成立独立请求权，故每一期租金均应自其支付期限届满时开始起算诉讼时效。根据《中华人民共和国民法典》第一百八十八条的规定“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。……诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。……”，黄某依合同约定应支付第一期的租金时间为2019年3月1日，即陈某要求黄某支付第一期租金的期限最迟应在2022年3月1日前，但陈某直至2022年4月1日才提起诉讼向黄某主张权利，故第一期的租金120000元已超过诉讼时效，对该部分请求不予支持。陈某与黄某约定租赁期限三年，租金480000元，黄某承认一直没有付还过租金，故黄某尚欠陈某租金应为360000元。另根据合同约定，到期后如果黄某没有续租，电梯经第三方机构评估折算后，由陈某回收。现电梯经评估价值为67000元，双方均无异议，故可抵作黄某应归还尚欠租金，相抵后黄某应付还陈某293000元。依照民法典等有关法律规定，判决黄某给付陈某租



金293000元。

三、评析

定期给付之债是指产生定期给付债务的合同在履行过程中具有双务性,该债务是在合同履行过程中不断产生的,因而各期债务履行期限届满后,均为独立债务。如租金、工资、水电费等债务均属于定期给付之债,此类债务的诉讼时效应从每期债务履行期限届满之日起分别计算。理由是:

(一)定期给付之债的每期债务均具有独立请求权

根据债务履行的次数,可将债务分为一次性履行之债和非一次性履行之债。一次性履行之债一般为同一债务,非一次履行之债可能是同一债务,也可能是不同债务。分期履行合同之债属于非一次性履行之债,指的是在同一份合同中约定,对债务进行分期履行。根据债务的发生时间及给付方式的不同,可以分为定期履行的债务即定期给付之债和分期履行的债务即分期给付之债。定期给付之债是指基于同一债权原因,经常发生重复给付的债务,即当事人约定在履行过程中按照固定的周期给付的债务,如房租、工资等。分期给付之债是在债务发生后,当事人分批分期履行的债务,如分期付款、分期交付等。定期给付之债和分期给付之债一个重要区别在于,债务人的给付总额在债的关系成立时是否确定。在定期给付之债中,当事人需在一定的时间段中不间断地作出履行,债务的总额在债务成立时一般并不确定,每一次的给付具有一定的独立性,也就是说每期债务均为独立债务,均具有独立请求权。而分期给付之债的给付总额在债的关系成立时即可确定,当事人之间只存在一个债务,该债务不会随着时间的延续而发生变化,是一个债务的分批分次履行,每次履行的都是同一债务的组成部分,不能分割对待,也就是说分期给付只是债权的实现方式,债权请求权并不具有可分性,不能分为数个独立的请求权,整个债权请求权只与一个诉讼时效对应,应从整个债务最后一期履行期限届满之日起计算诉讼时效。

(二)定期给付之债的诉讼时效不适用民法典

第一百八十九的规定

最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》关于民法典第一百八十九条的条文理解中指出,民法典第一百八十九条“当事人约定同一债务分期履行的,诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。”规定的“同一债务”是指分期履行的债务而非定期履行的债务,本案租金债务属于定期履行的债务,故其请求权的诉讼时效不适用该条规定,也就是说其诉讼时效不能以最后一期租金的履行期限届满之日起计算。

(三)定期给付之债的诉讼时效应从每期债务履行期限届满之日起分别计算

由于定期给付之债是在继续性合同履行过程中不断产生的债务,具有双务性,其最大特点是存在多个债务,各个债务之间都是独立的。正是因为相互独立,每一个债务的诉讼时效应当自每一期履行期限届满之日起分别计算。这也符合《最高人民法院关于分期履行的合同中诉讼时效如何计算问题的答复》中“对分期履行合同的每一期债务发生争议的,诉讼时效期间自该期债务履行期限届满之日的次日起算。”的精神。具体到本案,由于租金债务是在履行租赁合同过程中不断发生的,因而各期债务履行期限届满后,均为独立债务,每一期租金支付均可成立独立请求权,应从每一期租金履行期限届满之日起分别计算诉讼时效。因此,根据合同约定,本案认定第一期租金主张已超过诉讼时效。

综上,定期给付之债的诉讼时效应从每期债务履行期限届满之日起分别计算。同时,根据民法典第一百九十三条“法院不得主动适用诉讼时效的规定”的规定,法院若主动适用或释明诉讼时效规定,有违司法中立原则。因此,诉讼时效抗辩基于当事人的主动提起,这既尊重和保障当事人意思自治,又体现和贯彻诚信原则。若义务人行使了诉讼时效抗辩权,一旦抗辩成立,权利人则丧失了通过诉讼程序强制义务人履行义务的权利,即丧失了胜诉权。

(作者单位:汕头市潮南区人民法院)



19条措施优化法治化营商环境护航高质量发展

邱梓喆

近日,汕头市中级人民法院出台《关于以高质量司法护航全市高质量发展的意见》,围绕汕头“工业立市、产业强市”发展思路和“三新两特一大”产业发展新格局以及省法院综合提升审判质效工作部署,推出6方面19条具体措施,聚焦积极有效扩大内需、深化改革扩大开放、服务实体经济发展保障等部署要求,发挥法治固根本、稳预期、利长远作用,以高质量司法服务保障高质量发展。

《意见》强调要推进营商环境优化升级,出台优化营商环境责任清单,加快打造信息化破产案件办案平台,推进破产积案清理,持续开展“执行合同”“办理破产”对标提升工作。依法保护民营企业产权和企业家权益,主动对接服务保障汕头国际风电创新港建设,妥善处理辖区中小微企业和个体工商户以及纺织服装、食品等下行压力较大的传统企业的诉讼纠纷,提振市场信心。强化保障创新驱动发展,发挥知识产权司法保障、规范作用,促进“汕”字号农产品生产、加工等领域规范健康快速发展,对电子信息、生物医药、智能装备、玩具创意以及新材料、新能源等汕头新兴产业在创新发展中产生的知识产权,给予最严格的司法保护,积极服务现代化产业体系建设。坚持依法善意文明执行,杜绝超标

的、超范围、超时限查封、扣押、冻结,加大涉企案件执行力度,推动适用信用承诺和信用修复等工作机制,精准帮助中小企业纾困解难,不断激发市场主体活力。

《意见》要求要全力服务保障深化改革扩大开放,立足侨乡优势,畅通涉侨诉讼绿色通道,打造集涉侨诉调对接、在线远程调解、网络视频庭审、智能司法辅助为一体的涉侨权益司法保护中心,在汕头市侨商会、华侨试验区设立“涉侨权益保护法官工作室”,开展“厝边法官暖侨行”法治宣讲活动,让侨胞在广东创新发展、投资兴业更加放心安心舒心,促进开放型经济高质量发展。

为持续增进民生福祉,《意见》提出,要全力服务保障统筹区域城乡发展,加强农民合法权益保护,推进农村产业融合发展,支持“三农”领域新技术新业态发展,妥善审理乡村休闲旅游、乡村民宿、休闲农业、健康养老等新业态合同纠纷案件。以设立环境资源审判庭为契机,进一步发挥粤东四市环境民事公益诉讼集中管辖优势,全面推进环境资源审判“三合一”归口审理,落实生态恢复性司法措施,服务保障绿美汕头建设。



强化司法建议的运用 助力企业高质量发展

——潮南法院司法建议得到中国邮政集团有限公司采纳并整改落实

吴炳松

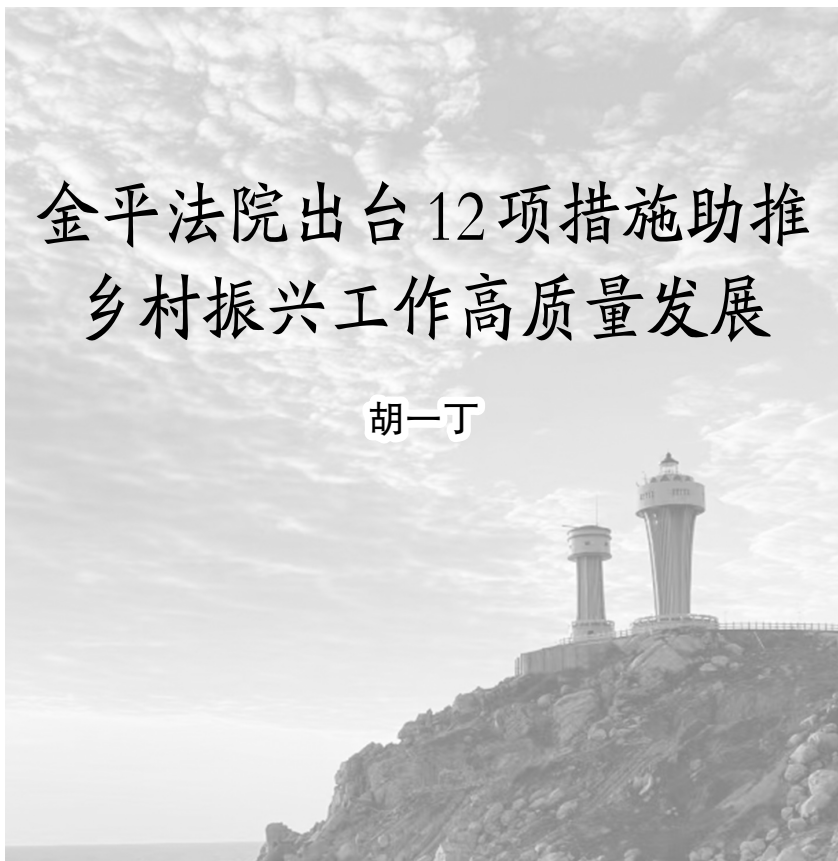
近年来,潮南法院积极参与社会共建共治和行业领域整治工作,梳理总结案件办理中发现的相关行业 and 单位部门工作中存在的问题并提出司法建议,助力完善制度机制、堵塞管理漏洞和规范工作,实现高质量发展。近日,潮南法院收到中国邮政集团有限公司《关于对〈司法建议〉相关要求落实情况的函》,反馈该院针对法院专递送达不规范行为提出的司法建议的整改落实情况。

潮南法院结合审判实践中碰到的实际问题,通过深入分析研判,建议中国邮政集团有限公司加强对法院专递投递员专项培训,确保投递员能熟练掌握法院专递送达的行为规范并严格落实到具体工作中;加强监督制约,由专人专岗定时对法院专递送达情况进行监督,对未做到五日三投或者回执签署不规范等问题及时整改;建立奖惩机制,对未严格按照法律规定进行送达的投递员予以处罚,对表现较好的投递员予以奖励,奖惩并行以确保法院专递送达工作规范、高效。

中国邮政集团有限公司对该院的司法建议高度重视,认真落实整改:一是成立专项工作组,指派汕头市分公司和潮南区分公司负责人及相关工作人员专程到该院进行交流研讨,进一步了解掌握投递员在从事中国邮政法院专递工作中的不规范行为,并征求改进工作的意见建议。二是广东邮政公司印发《关于加强法院专递投递质量管控的通知》,对法院专递投递操作规范和法院专递邮件的运行质量再次进行明确和提出要求。三是广东邮政公

司组织地市分公司、区县分公司揽投管理人员开展法院专递投递规范培训,辖区内各市分公司组织所有揽投人员开展法院专递作业规范培训,尤其针对新入职员工要求必须培训合格后方可安排工作。四是广东邮政公司印发《关于开展2023年全省网运投递交叉检查工作的通知》,对21个地市分公司覆盖城市、区县、乡镇投递部的网运投递质量开展交叉检查,对司法建议中提出的投递不规范问题进行重点检查。五是广东邮政公司印发《关于加快构建政务业务发展责任体系全面提升服务体验的通知》,对法院专递邮件的投递质量和回执联返回质量提出2023年任务目标,并将定期进行目标监控、通报和考核。六是中国邮政集团有限公司表示将进一步探索优化法院专递业务流程思路及方案,加强法院专递邮件回执联签收标准化、规范化管理,进一步提升法院专递邮寄送达服务质量和用户体验,为保障法院审判效率和当事人诉讼权利贡献邮政力量。

下来,潮南法院将充分发挥审判职能作用,强化司法建议工作,把在案件特别是涉企案件审理中发现的问题作为有效结合点、切入点,针对有关单位和企业在规章制度、管理体制、具体工作方法等方面存在的突出问题,积极提出建议对策,促使其堵塞制度漏洞、改进管理方式、规范行业规则,以实际行动参与社会综合治理,助力企业高质量发展,为加快构建新发展格局,推动高质量发展提供有力司法服务。



金平法院出台12项措施助推乡村振兴工作高质量发展

胡一丁

近日,为深入学习贯彻党的二十大精神与习近平总书记关于“三农”工作的重要论述精神,金平法院制定出台了《金平区人民法院关于以高质量司法服务金平区乡村振兴工作高质量发展的实施意见》(下称《意见》),以12项措施全面提升服务金平区乡村振兴工作高质量发展的综合效能,切实服务保障好乡村发展、乡村建设、乡村治理等重点工作,为金平区锚定“打造产城融合示范区”目标定位提供有力高质量司法服务和保障,为推动金平区乡村振兴取得新进展、农业农村现代化迈出新步伐贡献法院力量。

《意见》提出,要充分发挥审判职能优势,以高质量司法服务

保障乡村融合发展。妥善审理“三农”领域纠纷案件,依法处理涉牛田洋青蟹、胜隆莲藕粉、鮑浦米酒、赖厝卤鹅、天港番石榴等特色农产品纠纷,与职能部门合作构建地理标志知识产权协同保护机制,保障区域特色经济发展;依法审慎审理涉粤东城际铁路等重大基础设施建设工程纠纷案件,持续推进改善乡村地区基础设施条件;依法支持行政机关依法加强耕地用途管制、开展耕地执法监督工作;加大对涉及乱占耕地建房违法行为的生效裁判和行政处罚决定中金钱给付义务的强制执行力度,坚决遏制耕地“非农化”,防止“非粮化”。

《意见》强调,要充分发挥人

民法庭职能作用,提升服务“三农”工作效能。岐山法庭与鮑浦法庭要聚焦城乡结合法庭的定位,积极融入党委领导的基层治理体系,在辖区内各涉农街道、涉农社区设立诉讼服务站;支持岐山法庭充分利用辖区内传统村居资源,围绕外来务工人员等流动人口多的特点,在各社区合理设置巡回办案点;支持鮑浦法庭在粤东江南国际农产品交易中心等辖区内的大型农贸市场设立巡回办案点和调解服务站,高质赋能“菜篮子工程”;支持鮑浦法庭围绕辖区内渔业养殖资源丰富、水域面积广的特点,在牛田洋片区设置涉渔业纠纷、水域污染纠纷办案点,最大限度减少群众诉累,为解决“三农”纠纷提供更加精准化、精细化的司法服务。

《意见》指出,要强化司法路径探索,共同打造宜居美丽乡村。依法审理涉农业文化遗产和非物质文化遗产案件,贯彻执行金平区美丽乡村建设工作要求,加大对桑浦山自然保护区、七日红公园等自然及历史文化遗产与潮式朥饼、潮式粿品等非物质文化遗产的司法保护力度;探索与韩江、榕江等重点水域上下游基层法院构建法治保水司法框架,争取与区农村农业水务局、重点水域所在街道订立水资源保护协议,推进建立全市首个“院长+河长”法治保水协作机制,依法守护好金平区碧水蓝天净土。



用心用情速解港胞诉讼难题 龙湖法院运用“AOL 授权见证通” 完成线上授权见证

林允源 陈群儿

“谢谢法官,你们的授权见证真有效率!”港胞当事人陈某微笑着向法官致谢,欣慰之情溢于言表。

近期,龙湖法院依法受理原告陈某诉被告林某民间借贷纠纷一案,该案受理后,原告陈某通过电话与承办法官联系,称其想委托律师参加诉讼,咨询代理手续如何办理。

经了解,陈某系香港居民,根据相关法律规定,港澳当事人委托内地律师参加诉讼活动,必须办理公证见证或在法官的见证下当场签署授权委托书。本案陈某的委托代理律师在广州执业,又恰逢陈某近期出差,如果来回奔波,无形中增加了诉讼的经济与时间成本。在司法实践中,由于缺少授权委托手续而影响案件审理进程的情况也经常出现。

为方便港胞、提高办案效率,承办法官随即主动向当事人介绍“AOL 授权见证通”平台,在征得当事人同意后,书记员即通过诉讼服务平台向当事人及其代理律师发送“AOL 授权见证通”操作指引,耐心细致引导当事人如何使用该在线授权平台。授权见证当天,法官、书记员、陈某及其委托代理律师三方同时视频在线,法官线上核实了当事人及代理律师身份,并审查代理权限,陈某本人在线上签署承诺书、委托书。整个线上见证过程全程录音录像,短短 10 分钟内便完成了法定手续,为案件的办

理提质增效。陈某对法院工作人员贴心耐心的司法服务和本次线上授权见证的便捷高效十分认可。

自涉侨审判合议庭成立以来,龙湖法院综合审判庭深入践行司法为民理念,以提升优质涉侨司法审判和全新司法服务为着力点,依托“互联+”,积极探索运用智慧法院建设成果支持各项业务线上办理,坚持维护侨胞侨眷的合法权益,节约当事人诉讼成本,获得侨胞侨眷的高度认可和赞誉。接下来,龙湖法院综合审判庭将继续探索创新工作方法,谱写涉侨审判工作新篇章。

***什么是“AOL 授权见证通”? 司法实务中如何运用使用?

“AOL 授权见证通”是全国首个涉港澳案件在线授权见证平台,通过预约服务、跨境授权、远程视频、在线见证、全程留痕+司法审核的“5+1”模式,打破时空限制实现异地互联共通,将传统的“线下办理”拓展至“云端操作”。传统的港澳当事人授权委托需办理公证或见证手续,费时费力费钱。而“AOL 授权见证通”改变传统线下授权见证工作模式,港澳当事人与诉讼代理人只需要在约定时间登陆 AOL 视频应用平台的微信小程序,便可在法官见证下,在线完成承诺函宣读、委托书宣读、电子签章等必经程序,实现授权委托。



春未走，润物细无声。再登飘然亭上望，
一江春水半山花。灯火亮万家。
踏青后，酒醒却还愁。望穿秋水不见家，
且将新火品春茶。奋进正当时。

从潮汕俗语“路唔平 众人捭”说起

林允源

一

潮汕俗语言简意赅，一句之中包含许多内容，具有哲理性、经验性、讥喻性和实践性。今天的话题就从“路唔平 众人捭(pēng5)”这句俗语开始说起。

从前，乡野大地，村道巷道都是沙路、土路或石路，道路不时遭到风雨的洗刷，牲畜的踩踏。之后，随着车辆的出现，又遭车辆碾压，路面经常坑坑洼洼，给人们出行带来不便。见到道路不平，许多乡人常用锄头平整路面，或你拿锄头，我拿畚箕，大家一起铺填。古往今来，许多仁德人士捐资修路、铺筑水泥路，自此路道变宽变平，交通方便，这就是“路唔平，众人捭”的成果。这句俗语，是指人们见到道路崎岖，会出于公心把它填补平整。延伸理解就是，社会人心共有，多数人会维护公道帮着弱者评说道理、出手相助。

在社会中，碰到蛮不讲理的，众人予以捭击，合力为弱势群体抱不平说公道话，或见危扶助，或见义勇为。1998年央视版电视剧《水浒传》的主题曲《好汉歌》有句歌词，“路见不平一声吼，该出手时就出手”，这就是“路唔平，众人捭”弘扬正气的心声，维护世道公平的呼喊。

二

华夏文明，荟萃至今。见义勇为、匡扶正义，自古便是中华民族的传统美德，是彰显社会正能量的善意之举。临危相救是现代文明社会的基本道德

规范，身边热心相救的好人好事不断见诸报端，从他们身上可以看出，每个人都有着一颗“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”的善心，主动救助责无旁贷，是义务，更是责任。

据资料记载，“见义勇为”源于先秦孔子的《论语·为政》——子曰：“非其鬼而祭之，谄也；见义不为，无勇也。”意思是，祭祀不该自己祭祀的鬼神，那是献媚；见到合乎义的事而不做，那是没有勇气。儒家经典之一的《中庸》里说：“义者，宜也。”所谓“义”，就是“宜”的意思。“宜”，就是应该、恰当、合适。儒家所讲的“义”，就是我们应该去做的事情。西汉经学家孔安国将其解释为：“义者，所宜为也。而不能为，是无勇也。”意思是，人们应该去做有“义”的事情，如果不做，即为“无勇”之人。

“见义勇为”四字连用，在宋朝已经出现。宋绍定刻本《九朝编年备要》中就曾对苏轼有“奖善诋恶，盖其天性，见义勇为，不顾其害”的评价。在此之后历代典籍文献中，“见义勇为”四个字就常被用来形容个人遇事能够放下一己私利、挺身而出，为公义奉献的行为。

明朝著名文学家、“明代三才子”之首的杨慎(1488—1559年，字用修，号升庵，四川新都人)，其在临终时留下“临利不敢先人，见义不敢后身”之遗训(家训)，备受后人推崇学习。该遗训留下了他对如何处理“义”与“利”关系的独特见解，表达他的“义利”观，即：遇到有利可图之事，不敢抢在别人前面



去索取；面临需要见义勇为之事，不敢在别人后面去回避。这既是对他一生的评价，也是对后世子孙的训诫，告诫子孙要重义轻利、见义勇为。这十二个字蕴含的意义，和宋人范仲淹的名句“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”，均代表了中国读书人的人格追求、理想信念，代表了一种昂扬向上的人生观、价值观，故而流传千古，激励后世。

三

现在，有人就说了，凡是呼唤人们见义勇为的关头，往往都冒着伤害自己的巨大风险。不仅过程中可能有危险，事后也可能遭到报复，有时受伤住院还得自掏腰包，还会怕因为给受助人造成损害而纠缠不清。提倡救人反被讹，受伤无人管，对簿公堂上……面对着被人误解的风险、救人成本的增加，“英雄身心疲惫，流血又流泪”，民众对见义勇为望而却步、避而远之，路见不平不敢吼了，该出手时不敢出手了！总体来说，我国传统社会对“见义勇为”这一概念的价值判断，是在道德话语系统中讨论的，并不倡导采取强制暴力的方式推行。因此，在现代社会，更应该用法治来保护这一道德传统，让见义勇为者不再左右为难，“路唔平，众人评”应当是社会主义核心价值观的应有之义，这个理念应当得到大力弘扬，并传承下去。

2021年1月1日起施行的《民法典》第一百八十三条和第一百八十四条规定，因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，同时规定了受益人给予适当补偿的情况，对于因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，规定了救助人不承担民事责任。

民法典关于见义勇为的免责条款，是弘扬社会主义核心价值观，鼓励见义勇为，消除“好人”见义勇为后顾之忧的基础性法律保障，为好人们做好事解决了后顾之忧，民众称之为“好人法”条款，这是法律对匡扶正义的支持。如此规定，为见义勇为者保驾护航，为见义勇为的英雄本色贴上了护身符，让见义勇为者更有底气、更有安全感，让英雄们不再伤身又伤心、流血又流泪，让社会美德重新归位，让我们内心更加坚信，见义勇为是具有文明共识的社会主义举，善行善意应得到尊重和保护，

四

2023年全国两会(第十四届全国人民代表大会第一次会议)《最高人民法院工作报告》指出，五年来人民法院弘扬社会主义核心价值观。审理朱振彪追赶肇事逃逸者案、医生电梯内劝阻吸烟案、小区保安陪同送医案、救助老人压断肋骨案，面对矛盾冲突、是非曲直，不回避、不含糊、不迁就，旗帜鲜明支持见义勇为，坚决反对“和稀泥”，着力破解长期困扰群众的“扶不扶”、“劝不劝”、“追不追”、“救不救”等法律和道德风险，引领良好社会风尚，推动法治建设……新时代司法定分止争、明辨是非、激浊扬清、惩恶扬善，努力让法安天下、德润人心。

3月12日，最高院举办2023年全国两会《最高人民法院工作报告》解读系列全媒体直播访谈第六场活动，最高院民一庭庭长陈宜芳在线解读工作报告。陈宜芳在直播中点评了3起案例，“医生电梯内劝阻吸烟案，该案保护了公民维护社会公共利益的积极性，引导社会公众共创良好公共环境和社会文明；朱振彪追赶肇事逃逸者案，通过该案裁判，让维护法律和社会公益的行为得到鼓励，让见义勇为者敢为；救助老人压断肋骨案，通过该案裁判，充分保障善意救助者的利益，赋予见义勇为的公民勇气与底气，免除帮助他人的后顾之忧”。

人法院法院基于法律规定，对见义勇为的定性、认定标准、责任划定、免责界定等更直接关乎对社会公义和道德风尚的守护与引领。从上述直播访谈可以看到，人民法院始终坚持将司法为民、公正司法与大力弘扬社会主义核心价值观有机结合，十分注重在司法裁判中体现鲜明价值导向，这是司法对解围纾困的肯定，使符合社会主义核心价值观的行为得到倡导和鼓励，违背社会主义核心价值观的行为受到制约和惩处，通过公正高效权威的内心认同，让崇尚和践行社会主义核心价值观成为人民群众的自觉行动和全体社会的良好风尚，以公正裁判树立行为规则，引领社会新风尚，促进人民在理想信念、价值理念、道德观念上紧紧团结在一起，为推动法治中国、平安中国建设发挥有力司法服务和保障作用。