

# 汕头审判

2022年 第2期  
季 总第66期  
2022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  
刘锦城 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  
林立 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

登记证编号:(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

发送对象:全市两级法院

印 数:1000本

## 目 录

### 理论探讨

- 3 / 比较视野下我国法治化营商环境建设的审视与推进 林泽泳  
8 / 人民法院法官助理培养和梯队建设策略 蔡 荣 郑梓泓

### 调查研究

- 10 / 当前法院立案工作存在的问题分析和解决建议 郑 帆

### 审判实践

- 12 / 行为人未经许可经营成品油、柴油的行为如何定性  
——以刑法修正案(十一)增设危险作业罪为背景 吴炳松

### “知识产权保护”专栏

- 15 / 汕头中院发布2021年知识产权司法保护白皮书 邱梓喆  
16 / 高质量司法护航“玩具之都”创新发展  
——汕头法院知识产权审判工作纪实 邱梓喆  
19 / 依法保护知识产权!  
汕头法院为权利人一揽子拿回69个被“吞噬”的网络域名 黄晓忠

### 案例评析

- 21 / 走私入境珍贵动物蛋(卵)的罪与罚  
——任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、蔡大伟走私珍贵动物案 陈炫坤 林锦珣  
25 / 管辖权异议的审查范围 郑佳娜  
27 / 在公共场所当众实施强奸、猥亵未成年人犯罪的审理思路  
——张某某猥亵儿童案 谷战春

32 / 镇政府、街道办有确认农村集体经济组织成员资格及待遇的行政管理职责

——原告谢某娥、谢某梓诉被告汕头市龙湖区外砂街道办事处、第三人汕头市龙湖区外砂街道蓬中村民委员会不履行行政管理职责一案  
杨捷

35 / 徐某连、李某建等诉黄某周、黄某钦等生命权纠纷案

——共饮者未尽安全注意义务需承担相应侵权责任  
陈桂生 曹思漫

39 / 职业举报人的行政诉讼原告主体资格应从严审查、以私人利益为判断标准

——原告陆某诉被告汕头市龙湖区市场监督管理局、汕头市人民政府工商行政管理及行政复议一案  
郭艳春

## 法院颀英

42 / “拼命三郎”不忘司法初心！潮阳法院郑伯洲在平凡的岗位上干出不平凡的业绩

44 / 金平法院黄洁细心办案化干戈耐心释法解“心结”

## “我为群众办实事”专栏

45 / 龙湖法院立案庭便民服务出新招 提升群众司法获得感

林允源 纪丽佳

## 法院动态

46 / 龙湖法院司法建议规范未成年人出行行为 邱梓喆 林允源

## 法官文萃

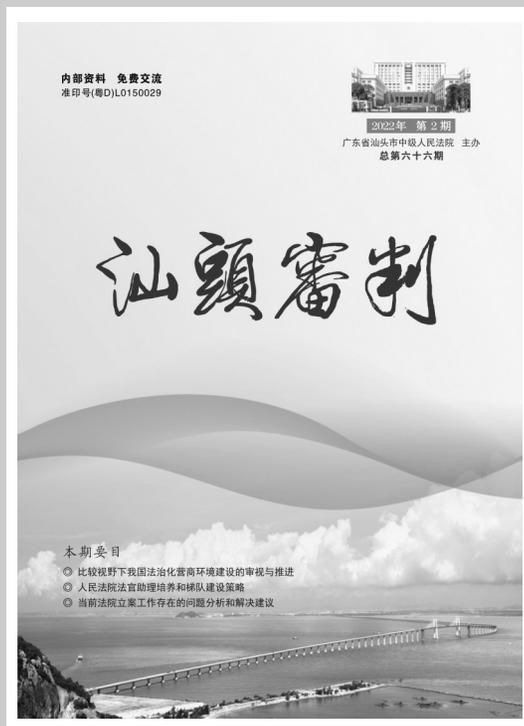
47 / 祖国的四至(组诗) 潘友楷

48 / 浪淘沙·抒怀咏志 吴炳松

48 / 囡囡的手 林允源

封二、封三：法院工作图片

彭思彤 陈永森等 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

汕头市中级人民法院  
司法服务与宣传平台二维码



微信公众号



新浪微博



今日头条



南方号

# 比较视野下我国法治化营商环境建设的审视与推进

林泽泳

“法治是最好的营商环境”，习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上深刻阐述了这一重要论断。司法不仅是国家为权益受到侵害的人提供的一种最为理性、平和的权利救济方式，是维护社会公平正义的最后一道防线，同时也为经济社会繁荣发展提供有力司法服务和保障，在稳定预期、提振信心、激发活力、促进发展方面具有不可替代的独特作用。世界银行发布的《2020年全球营商环境报告》显示，我国营商环境世界排名再创新高，位居全球第31位<sup>①</sup>。排名大幅度上升的背后，反映出我国营商环境国际化、法治化建设取得显著成效。但是，应当看到，涉法程度较高的“保护少数投资者”“执行合同”和“办理破产”三项指标与世界排名靠前的经济体相比仍有较大差距。如何进一步优化营商环境，提升我国在世行《营商环境报告》中的排名，一个关键论题就是在法治建设范畴下探讨优化营商环境。

## 一、价值解读：法治化营商环境建设的内涵解析

### （一）法治化营商环境建设的概念解析

2003年，世界银行发布《营商环境报告》，“营商环境”取代“投资环境”概念进入公众视野，成为学界关注的热词。所谓营商环境，是指市场主体在市场准入、生产经营、退出过程中涉及的有关外部因素和条件。<sup>②</sup>法治化营商环境通常指一个国家或地区在社会经济交往中，通过有效的制度，严格的执

法，公正严明的司法，对市场主体人身、财产权益实行全面、平等的保护，对市场管理行为实施有序的制约，并将社会经济交往的主要环节纳入法治化轨道，进而形成的公平公正的社会经济交往的制度化、系统化、规范化的法治氛围及社会意识。<sup>③</sup>法治作为一种规则之治，是现代国家治理的高级形态，法治确立合法经营的边界，并能够保障守法经营者和商事主体的合法权益，也对违法经营主体进行惩治，以维护公平竞争有序的市场环境。法治是良好营商环境制度建设的根本，公平竞争市场机制的发挥、高效廉洁的政府执行力都需要有完善的法治制度保驾护航。

### （二）法治化营商环境的基本内核

平等保护。平等是法治的基本属性。要把“平等”贯彻到经济交往各个环节，依法平等保护各类市场主体产权和合法权益，保证各类主体依法平等参与市场竞争，同等受法律保护，共同履行社会责任。近年来，中共中央、国务院先后出台了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》等一系列文件，明确了以“平等保护”为重心的优化营商环境的方向和举措。最高法印发了《最高人民法院关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》。这些法规性文件或解释，均特别关注并着力平等保护各类市场主体的财产权益。

公平公正。公平公正是法治的基本要求。法



①世界银行.2020年全球营商环境报告[R].2019:4.

②李洪磊.营商环境优化的行政法治保障[J].重庆社会科学,2019(2).

③睦鸿明.建构法治化营商环境的意义、内核及路径[J].战略研究.2019-3.



法治营商环境离不开公平公正理念的全面贯彻。法治化营商环境离不开公平公正的各项规则、程式的切入。只有公平公正的机制得以建构,市场主体及交易行为的信心才能得到树立,秩序才能得以维持。就主体权益而言,公平公正意味着在规则适用时不得作任何歧视性、偏向性判断或处置。经济交往中的各类主体的财产权得到公平公正的法律保障,是经济社会持续健康发展的基础。

遵纪守法。法治的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。法治化营商环境的一个重要内容便是经济交往主体法治信仰和遵法观念的全面树立。就财产权益而言,许多纠纷涉及政策性因素或市场交易习惯,为平衡、保护财产权利主体不同的权利要求,需要通过行为人及裁判者主动关注党和国家的相关政策与各类交易习惯,切实平等保护主体的财产权利。

### (三)法治化营商环境建设的重要意义

法治化营商环境是满足经济发展需求。现代经济不只是市场经济,同时也属于法治经济,不仅需要严格遵守市场经济运行规则,还需要发挥法治引导作用以及法治规范作用,构建良好法治投资环境,提升投资吸引力以及投资信心,渐渐催生了投资行为,对招商引资具有非常深远的影响。

法治化营商环境是满足创新创业的需要。作为市场经济的源头,创新至关重要。法治可以处理好各经营主体之间的利益平衡关系,营造公平竞争的市场环境,如经济法对实施垄断行为的大企业的规制,可以为同行业中小企业创造公平竞争的环境。可以借助商事行为配置市场资源,通过法治化建设工作,为商事行为自由提供保障,进而促进大众创业。

法治化营商环境是完善国家治理现代化的重要举措。实现国家治理现代化,既是发展中国特色社会主义事业的保障和目标,也是全面深化改革的重大举措。法治化明确将法律作为重要的行为准则,促使群众能够实现依法行使、依法维权,同时化解矛盾,构建长效矛盾化解工作机制,专门矛盾协调机构以及矛盾化解组织,构建更加严格责任制

度,有效解决企业投资以及生产中的矛盾纠纷。

## 二、我国优化法治化营商环境的实践探索

(一)加强营商环境制度体系建设。及时将相对成熟的营商环境政策上升为法律法规,构建日益完善的营商环境法律法规体系。2019年修订版的《中华人民共和国行政许可法》进一步明确了公民、法人和其他组织的合法权益,并对行政机关的执法权限作出了限定;2019年通过的外商投资法确立了外资准入、促进、保护和管理等方面的基本制度框架;《优化营商环境条例》在总结凝练原有优化营商环境相关政策措施基础上,形成了系统性的法律法规。

(二)增强营商环境公正司法力度。公正的司法可以协助营造优良的营商环境,打造平安稳定的社会环境,让投资者安心创业、放心经营。依法打击侵权及涉企犯罪,保护企业合法权益。开展打击侵犯知识产权的工作,依照我国反垄断法,对侵犯专用权、著作权和专利权的行为进行处罚,打击阻碍企业发展的知识产权侵权行为,恢复公平竞争,维护健康有序的市场秩序,保护企业合法权益,提高企业投资信心。妥善审理市场主体与政府之间的案件纠纷,提升市场主体安全感。对于市场主体与政府之间的纠纷案件,法院依法公正行使裁判权,做到司法判决公正,极大地提升了市场主体安全感。

(三)构建营商环境建设保障机制。营商环境法治保障为优化营商环境改革提供了基础性的支撑。政府部门加快建立了涉企法律服务体系,大幅提高涉企法律服务的能力和水平,实现纠纷解决机制多元化,为市场参与者提供纠纷解决渠道,加强公众教育和法治建设,不断提高全社会的法律意识。完善涉企法律服务体系建设,整合法律资源,推出民营企业法治体检、法律服务平台优化、企业金融风险防范、“一带一路”法律服务、公证鉴定效能提升、法律援助企业用工等行动,为民营企业提供优质高效的法律服务。深化多元化纠纷解决机制改革是保障市场主体权益、维护市场稳定的手段。

(四)进一步保障提升司法效率。我国通过简化小额诉讼案件审理程序、运用电子卷宗以及注重



司法解释,保障司法效率和公正。在小额诉讼案件审理程序简化方面,我国通过出台《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》,进一步简化小额诉讼案件的审理方式和裁判文书,有效降低当事人诉讼成本;在电子卷宗实践方面,我国通过建立互联网阅卷平台,解决卷宗难以异地查阅、案件进度无法在线管理等问题,从而提升司法效率;在司法解释方面,2019年,最高人民法院发布相关司法解释,明确了延期开庭审理次数和限制情形兜底条款,并适当扩大了简易程序适用范围,以此达到简化程序、快速审判的效果。

### 三、差距识别:我国法治化营商环境与域外一流营商环境的比较分析

“法治很难绝对量化,但也不是说绝对不能量化。”评价营商法治环境的指标是研判一个国家或地区在营商领域内的制度体系和实施机制是否健全、完善的基本准则,揭示法治化营商环境建设的特点与问题。世界银行主要从“营商程序便利程度”与“法律保障力度”两个维度评估营商环境。<sup>④</sup>“保护少数投资者”“执行合同”与“办理破产”三个指标共同构成“法律保障力度”评价体系。

表1:我国上海、北京与营商环境排名前三的经济体关于“保护少数投资者”“执行合同”与“办理破产”各分项指标的比较

一级指标	二级指标	中国(上海)	中国(北京)	新西兰	新加坡	中国香港
保护少数投资者	披露指数(0-10)	10.0	10.0	10.0	10.0	10.0
	董事责任指数(0-10)	4.0	4.0	9.0	9.0	8.0

	股东诉讼便利指数(0-10)	5.0	5.0	9.0	9.0	9.0
	股东权利指数(0-6)	5.0	5.0	5.0	5.0	5.0
	所有权和管理控制指数(0-7)	6.0	6.0	5.0	5.0	5.0
	公司透明指数(0-7)	6.0	6.0	5.0	5.0	5.0
执行合同	解决商业纠纷的时间(天)	485	510	216	164	385
	解决商业纠纷的成本(占索赔金额比%)	15.1	17.5	27.2	25.8	23.6
	司法程序的质量指数(0-18)	16.5	16.5	9.5	15.5	10.0
办理破产	回收率(%)	36.9	36.9	79.7	88.7	87.2
	时间/年	1.7	1.7	1.3	0.8	0.8
	成本(资产价值的%)	22.0	22.0	3.5	4.0	5.0
	破产框架指数(0-16)	13.5	13.5	8.5	8.5	6.0

数据来源:世界银行《2020年全球营商环境报告》



<sup>④</sup>刘江会,黄国妍,鲍晓晔.顶级“全球城市”营商环境的比较研究:基于SMILE指数的分析[J].学习与探索,2019(8):147-156.



通过对表1的数据进行对比分析可知,“保护少数投资者”指标中,北京和上海两市的“公司披露指数”、“股东权利指数”、“所有权和管理控制指数”、“公司透明度指数”与排名前三的经济体没有明显劣势。但就“董事责任指数”二级指标而言,北京和上海的此项指数仅得分4分,与其他三个样本经济体相比有较大差距,需要适当采取措施强化股东、董事及高管的法律责任,以提高此项指标得分。“股东诉讼便利度指数”在满分为10分的打分中得分也较低,仅为5分,削弱了“保护少数投资者”指标的整体竞争力,有待进一步提升。

“执行合同”指标中,从“解决商业纠纷的时间”二级指标来看,北京和上海的差距不大,但与其他三个经济体相比仍有明显差距,特别是解决商业纠纷的时间,上海北京所用的时间都比较长,需提升纠纷解决的效率和质量。衡量司法制度与工作机制的“司法程序的质量指数”表现最为抢眼,得分为16.5分,高于其他经济体,排名全球第一。“执行合同”指标的得分与排名正是借助司法制度与工作机制的保障而得以大幅提升。

“办理破产”指标中,北京和上海的“回收率”仅为36.9%,与其它三个经济体相比,远远低于其它三个经济体,反映出我国破产债权清偿率过低,市场主体面临更高的投资风险,破产法律实施的效果有待提升。而比较办理破产的“时间”和“成本”,办理破产案件所需时间为1.7年,所耗成本占到资产价值的22.0%,意味着我国在办理企业破产时所耗时间过长、所耗成本过高,不利于市场主体的高效退出和清算。北京和上海的“破产框架力度指数”为13.5分,均高于营商环境排名前三的经济体,说明我国破产立法的顶层设计相较于其他三个经济体具有一定的优势。

通过详细的比较我们得知,北京和上海两市与营商环境排名前3的经济体存在的差距,从侧面反映出我国法治化营商环境建设的短板和弱项主要集中在对中小投资者的权益保护力度不足、司法系统不能及时解决企业诉求以及缺乏规范高效的破产程序等方面。这些短板和弱项反映到市场经济生活中,

具体表现为营商法规体系设计存在缺陷、市场监管和权利保障机制不到位、商事审判质效有待进一步提升、市场主体胜诉权益未得到充分及时执行、破产司法能力不足,以及仲裁、调解等多元化纠纷解决渠道不够顺畅、行政部门和司法部门未形成有效的衔接机制、法律服务市场发育程度不够成熟等。

#### 四、探寻进路:法治化营商环境建设的优化路径

(一)建立多元化的商事纠纷解决机制。要坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,深入推进重点领域纠纷化解,特别是发挥各类行业协会和其他商会组织在营商环境法治化进程中的积极作用。建立行业协会、商会等社会组织参与社会事务、维护公共利益、预防违法犯罪的制度化渠道,支持行业协会、商会组织在维护主体权益、化解社会矛盾中的作用,积极引导和支持经济交往主体理性表达诉求、依法维护权益。健全诉讼、调解的衔接互动,加强与总工会、市场监督管理局等单位共同建立多元化解纠纷解决机制,发挥仲裁机构、人民调解委员会、行业协会、商会自治组织纠纷调解前置的作用,实现纠纷解决的繁简分流。

(二)营造诚信守法的营商环境。任何一种法律制度要在社会经济生活中行之有效,很大程度上依赖于公众的文化观念。构建法治化营商环境,必须重视营商法律文化建设,将营商法律文化建设同社会主义核心价值观、市场经济价值理念结合,在社会公众进行市场活动的过程中形成符合营商法治环境的价值观念、思维方式和行为模式。营商法治环境的构建需要宣传方式的与时俱进,营商环境的宣传和推广可借助抖音、快手等广受欢迎的短视频平台,注重内容的喜闻乐见和易于理解,提升人民对于法治化营商环境背后所蕴含的法律精神、价值理念的理解,增强法治化营商环境的渗透力,带动全社会共同参与,为法治化营商环境建设持续发力。

(三)持续提升司法质效。司法质效是促进市场主体健康发展的重要保障因素,以司法质效为目标的司法改革对于优化营商法治环境至关重要。法院要紧紧围绕诉讼流程进行精细化管理,以信息化建设与机制流程再造为抓手,推进立案、审判、执

行全流程提速增效。推广“无纸化”网上立案,开展全流程电子卷宗深度运用工作。对延长审限、延期开庭的适用情形加大审查力度,并对其批准进行严格把控,避免期限受到随意干扰。推行“多元调解+速裁”机制,使相关纠纷得到灵活高效且经济地解决。要积极推动优化电子送达应用,多措并举丰富送达方式,切实保障送达工作的精准高效。

(四)持续营造办理破产的良好环境。围绕影响办理破产质效的时间、成本、结果三大因素,持续营造办理破产的良好环境。持续对破产法律框架进行丰富与完善,破产法律制度必须跟上营商环境改革步伐。要完善破产审判机制。破产审判制度要继续围绕专业化的目标导向推进,建立专业化的破产法

院和引进简易破产制度,适应优化营商环境对破产制度调整的需求。推进破产案件繁简分流,缩短破产案件的审理时间。要完善管理人制度。破产管理人制度的运行状况直接关涉破产审判质效的高低,成为影响办理破产案件的关键因素。要从人员选用、工作规范等方面推进破产管理人机制改革,鼓励地方对破产管理人协会的主管单位、职能范围和运行体系等进行实践探索。要积极推动建立政府、法院联动工作机制,协调解决破产过程中产生的职工安置及权益保护、保险税费等问题,实行破产财产网络拍卖制度,降低办理破产成本。

(作者单位:汕头市中级人民法院)





# 人民法院法官助理培养和梯队建设策略

蔡荣 郑梓泓

人民法院法官助理培养和梯队建设是新时代法院审判队伍正规化、专业化、职业化建设的重要议题,对促进审判队伍司法能力、提升审判质量效率具有重要价值。习近平总书记指出,全面推进依法治国,首先要把专门队伍建设好。市第十二次党代会《报告》贯彻新时代党的组织路线和干部方针政策,提出开展干部“育苗固基、梯次培养”行动。积极探索建立符合法院职业特点和审判工作规律的法官助理培养机制,对推动新时代人民法院工作高质量发展具有重要意义。

## 一、法官助理培养和梯队建设困境

随着经济社会不断发展和司法体制改革不断深入,员额制改革带来的法官数量锐减与立案登记制改革带来的案件数量猛增之间的矛盾使人民法院面临案多人少的问题更加凸显。作为审判团队重要的审判辅助力量,法官助理面临着审判辅助作用难以发挥到位、职业吸引力不强等困境。

(一)缺乏明确的职权界限。法官助理虽然承担着辅助法官从事审判辅助工作,但在组织证据交换、送达、调解、调查、执行等程序性和事务性工作方面与书记员并未严格进行职责划分。由于缺乏较为明确的职权清单,法官助理在审判团队中难以起到承上启下的优势作用,一定程度上影响了法官助理的工作积极性。

(二)缺乏清晰的职业前景。审判辅助事务系统性较强,事务性和程序性工作环环相扣。在基层法院法官助理和书记员配比失衡的情况下,“代书记员”和“准法官助理”的现象普遍发生。作为后备

法官的人选,不少法官助理甚至可能在相当长时间内一直担任法官助理,任职前景缺乏发展预期,严重影响了法院特别是基层法院审判辅助人员的工作质效。

(三)缺乏相应的职级待遇。人民法院内设机构改革进一步精简了业务庭室数量,法官员额制改革又大幅提升法官等级、行政级别,在一定程度上造成了法官与法官助理之间的任职和收入等方面的落差。

## 二、法官助理培养和梯队建设策略

人民法院实践证明,法官员额制改革离不开审判辅助力量的配备及相关辅助制度的完善。加强新时代人民法院法官助理的培养和梯队建设,是法官队伍正规化、专业化、职业化的重要保障。因此,必须根据人民法院人才成长规律和队伍梯次化建设需求,不断探索法官助理培养机制,为建设社会主义法治工作队伍提供有力的人才保障。

### (一)拓宽法官助理培养途径

紧紧抓住青年法官助理的培养,特别是入职后五年这一养成良好工作习惯、塑造严谨工作作风、提升综合业务能力的关键阶段,为法官助理能以过硬的业务能力和综合素质参与法官遴选夯实基础。一是实践锻炼常态化。对标员额法官应具备的业务能力及职业素养,建立法官助理实践锻炼机制。注重发挥法官和法官助理的“传帮带”作用,合理调整和配置审判团队成员,“一对一”地传授法律适用、驾驭庭审、执行技巧等方面的司法工作经验,切实提高法官助理的业务能力和办案水平。安排法官助理到法



院各业务庭室轮岗交流,相对完整、系统地协助员额法官办理部分案件,亲自参与案件受理、接待来访、观摩庭审、调查取证、主持调解、进行保全和协调事务性工作等实践,锻炼合格法官的司法技能,熟悉法院各业务庭室的运转情况,为尽快进入“准法官”的角色转变奠定基础。二是技能培训实战化。搭建审判辅助人员技能培训平台。结合审判辅助工作的特殊需要,依托上级法院、地区高等院校实施法官助理专项培训计划。聘请上级法院业务骨干、高校专家学者对法官助理开展有针对性、系统化培训,实行“双导师”制,学校导师负责学术指导,法院带教法官负责实践指导。开展法官助理培训全覆盖,针对法官助理缺乏审判实务技能的问题,尝试引入聘请审判一线法官授课,利用案例教学、合议庭讨论、案例调研等方式开展岗位“练兵”,不断提升法官助理的审判辅助能力。三是交流轮岗动态化。着力搭建年轻干部动态化交流轮岗平台。根据法院人才特点、岗位和专业差异实施多渠道、多层次、多岗位选派干部进行锻炼,开拓法官助理的多样化发展路径。坚持把交流轮岗作为锤炼年轻干部成长的“练兵场”,选派优秀的法官助理到党政部门挂职锻炼,在实践锻炼中增强党性、改进作风、磨练意志、陶冶情操、提升境界、增长才干,助力“一专多能”型高水平法官不断涌现,使身处不同岗位的法官助理都能全面高质地成长发展。

### (二)提升法官助理职业激励

发挥法官助理培养和梯队建设作用,实现储备优秀后备法官的蓄水池功能,促进人民法院队伍建设持续良性发展。一是严格选任员额法官。建立健全员额法官定期退出与初任法官遴选入额机制,建立科学、合理、规范的遴选机制,尽快让高学历、高水平、高素质的法官助理走上审判岗位,激发法官助理的工作积极性。二是畅通职级晋升渠道。从法官助理的政治思想、工作作风、业务能力方面进行业绩评估,综合法官助理的工作年限、学历层次、理论水平等,为评优补缺、跟踪管理和职级晋升提供重要依据和参考。明确相应的职级晋升条件,畅通晋升渠道,激发工作活力,提升法官助理的工

作积极性和队伍稳定性。三是坚持严管厚爱结合。注重组织人文关怀,旗帜鲜明地为敢于担当的法官助理撑腰鼓劲。对工作业绩突出的法官助理予以表彰和奖励,总结推广经验做法,推动青年法官助理互学互鉴、共同提高,及时为受到不实反映的法官助理澄清正名。建立健全容错纠错机制,合理界定容错情形和条件。对问题短板通过个别交流、座谈会等方式提醒纠正,守住不予容错免责的红线底线,坚持有错必纠、有过必改。

### (三)优化法官助理梯队建设

依法严格落实法官助理的履职要求,注重激发法官助理的敬业精神和工作热情。一是突出政治引领加强法官助理队伍思想政治建设。围绕新时代中国特色社会主义思想、党的十九大精神、社会主义核心价值观和社会主义法治理念教育,对青年法官助理采取有重点、分层次的培养,不断打牢青年法官助理高举旗帜、听党指挥、忠诚使命的思想基础。注重开展红色教育、主题党日等活动引导法官助理坚定政治立场,提升法官助理的政治判断力、政治领悟力、政治执行力。二是主动对接法治城市建设司法需求。选派法官助理担任中小学校法治副校长,开展未成年人法治教育、犯罪预防、权益维护以及法治校园、平安校园建设等工作,打造具有汕头特色的现代化校园治理新模式。通过集中培训、骨干结对“传帮带”等形式,充分发挥法官助理的专业优势,参与乡村“法律明白人”培养、基层公共法律服务、法治宣传和法治创建,让人民群众真切感受到“看得见的平安,摸得着的幸福”。三是制定法官助理培养年度计划和中长期规划。按照近期使用、中期培养、长期储备的要求,把后备法官培养、选拔和使用确立为加强队伍建设的首要任务。定期组织庭审技能比赛、裁判文书评比等多种形式的业务竞赛和开展调研之友、读书沙龙等健康向上、丰富多彩的法院文化活动,推动法官助理培养精细化。完善推荐、考察、选备、管理、使用等关键环节和 workflows,推动后备法官考选制度化、体系化建设,培养一批有发展潜力、群众公认的优秀青年法官。

(作者单位:汕头市龙湖区人民法院)



# 当前法院立案工作存在的问题分析和解决建议

郑帆

随着社会经济的不断发展,人们日常生活中的纠纷也不断增多,其中不乏选择通过法律诉讼这一途径来解决的。作为诉讼程序的第一道门槛,法院立案庭的工作一向首当其冲、备受瞩目。通过在本院立案庭两年的工作,我切实地感受到立案工作辐射面广、任务重、难度大。但由于我国法律法规对立案工作的规定不甚完善,立案工作长期缺乏足够的理论指导等原因,基层人民法院的立案工作存在着一些问题。

## 一、当前立案工作存在的问题

(一)立案庭的工作任务繁重。立案职能的单一化与多样化问题没有法律明确规定,除担负正常的立案工作以外,还要承担诉讼服务指导中心“一网统管”一站式建设,处理申诉来信来访,解答法律咨询、送达保全、上诉案件的移送、司法委托鉴定、审判流程管理等工作,而立案庭的工作人员都各司其责,每天都有繁重的工作任务要做。

(二)立案庭担负起了法律援助服务机构的工作。因基层人民法院管辖范围较广,服务对象中有许多人文化素质不高、法律知识欠缺,同时由于这些人对于律师业的错误认识以及不信任等原因,在起诉时,他们很少先去寻求律师的帮助,从而给法院立案工作增添了许多额外的负担,以致立案庭担负起法律援助服务机构的工作。

(三)立案庭遇到大量不应立案的请求。许多社会单位及机关在工作中草率胡乱地为相对人“出

谋划策”,一些单位或者机关在遇到自己不愿意或者处理不了的问题的时候,常常不负责任地让相对人到法院起诉,通过这种方式产生的来访者大量存在。实际上,此类问题大部分是不符合起诉条件的,根本不属于人民法院立案管辖的范围。对此类立案请求的审查,一定程度上影响了基层人民法院的立案工作效率。

(四)立案标准不统一。我国现有的诉讼法对各类案件的立案标准、当事人起诉时应向法院提供的诉讼材料未作详细规定。同时,最高法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》对当事人起诉也仅作了“应当有明确的被告和具体诉讼请求、事实根据”原则性规定。据此,各法院根据自身的实际情况,相应制定出各类案件的立案标准及起诉时当事人必须提供的材料等一系列不同规定,由此造成了立案标准的不统一。原告起诉时提交资料不详的情况主要包括:一是提供被告身份的材料不全;二是提供被告地址不明。原告提供被告身份材料不全、地址不明,导致了送达不及时影响后续的审判工作。同时,立案标准不统一,使得立案因法院而异,因人而异,给当事人的诉讼带来了诸多不便,特别是新类型及专业性比较强的案件,当事人往往需来回奔波几次,才符合立案“标准”,引起当事人不满。

(五)立案阶段的调解无法律规范支撑,导致工作陷入被动局面。截止现在,仍有许多人质疑立案调解程序,认为这是新的立审不分,应坚决反对。



特别是法院内部其他业务部门,不配合不支持立案法官调解案件,一定程度上挫伤立案法官调解案件的积极性。另一方面,这种观点的存在,一定程度上也影响了立案调解工作的有效开展。

(六)诉讼管辖审判业务有待加强。根据案件影响范围、疑难程度和数额大小,合理确定级别管辖,防止利益驱动。对案情简单、影响不大,仅是标的额较高的案件,可适度调低级别管辖的法院,尽最大可能将案件解决在基层;对数额不大但影响范围广、适用法律困难、具有典型性的案件,可适当调高级别管辖的法院,统一法律适用。严格执行民事诉讼法地域管辖、专属管辖和专门管辖等规定,保持良好的诉讼管辖秩序。

(七)涉诉信访机制有待创新。作为立案审判工作中的一项重要的政治任务,人民法院涉诉信访工作力度不断加大,加快涉诉信访工作机制创新、改革初访接待处理办法、提高初访接待息诉率势在必行。人民法院几十年来的涉诉信访实践中,有两个问题值得反思:其一,涉诉信访中,案件确有错误的属极少数,当事人无理取闹的也属极少数,绝大部分属于案件存在难以改判的审理瑕疵。因此,信访接待处理是治标之策,加强源头治理,防止案件出现瑕疵,才是减少、预防涉诉信访的治本之策。为此,必须强化审判法官的信访意识。其二,长期以来,审判法官只管判案,不问息访。接访法官在完全不了解案件事实和审理过程的情况下接待,听取当事人对案件的申诉,初访接待的效果往往比较差,成功率较低,并因此导致重复上访、缠诉缠访。

(八)立案工作人员缺乏培训学习交流机会。作为立案信访工作人员,应该加强培训学习,掌握国家的新政策、新法律法规,重视不同区域法院之间的学习交流,累积立案信访经验。但是目前立案信访人员的培训机会并不多。

## 二、改进法院立案工作的对策建议

(一)增加人员配备。法院在立案庭工作人员的安排上要注重“质”与“量”的提高,保证立案机构中的工作人员整体的高知识性、高能力性,以使得立案工作顺利进行,保证合理立案的实现,同时还

能够做好法律宣传及教育来访者的工作,消除因未被立案而大闹法院的不良现象。

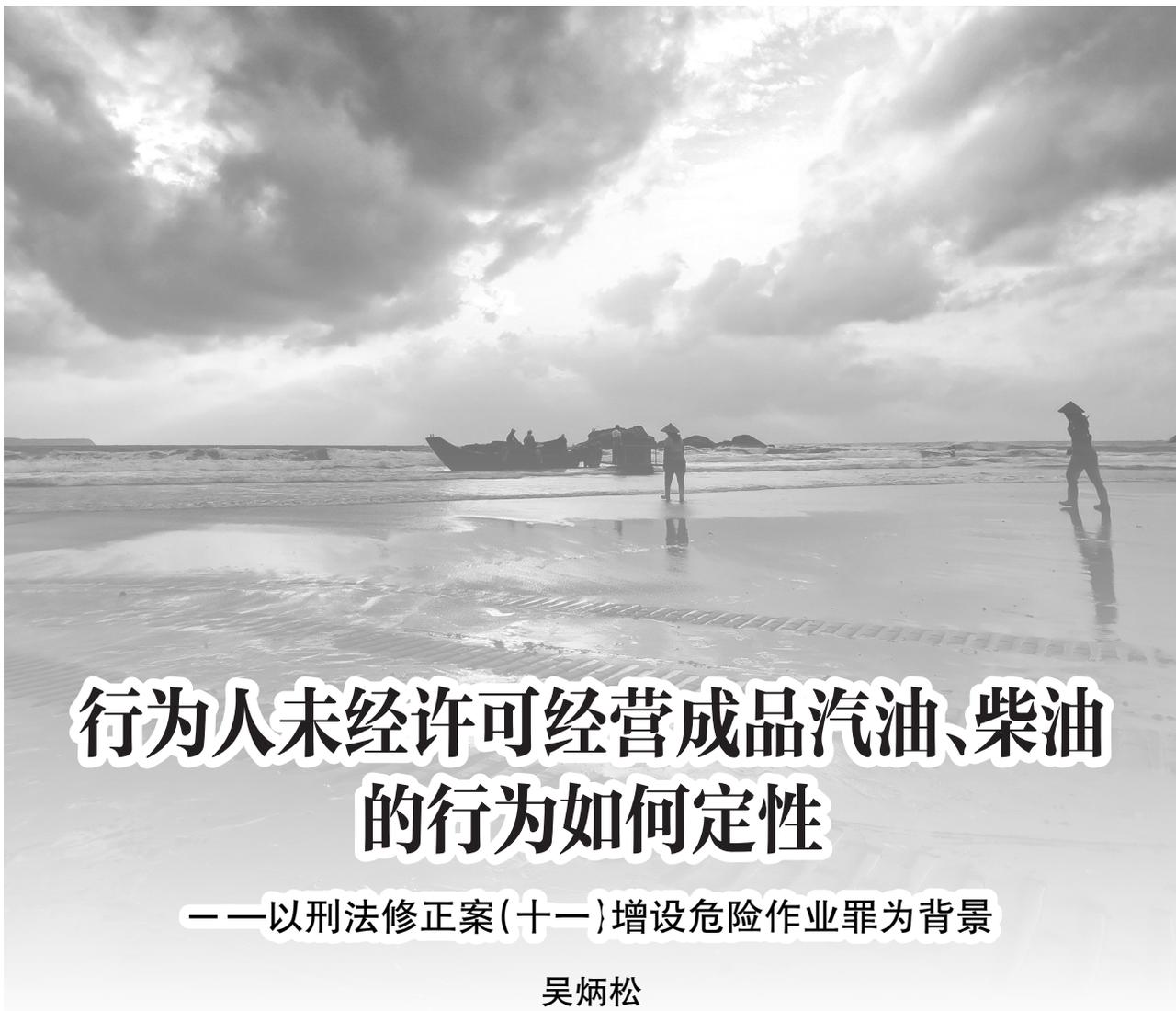
(二)注重发挥当地法律服务所、律师事务所的作用。各地司法管理部门应当加强对社会法律服务者的监管,提高他们的社会信誉,以便社会公众通过选择法律工作者、律师的帮助来进行诉讼,从而降低证据不足,光知要起诉但不知应如何准备或准备哪些起诉材料的影响立案工作效率的现象的产生。

(三)统一立案标准,规范立案工作。在目前法律尚未对各类案件的立案标准作出明确规定前,统一立案标准,特别是统一同一地区各法院之间的立案标准显得尤为重要。完善与基层人民法院立案有关的法律法规,对立案程序、立案工作范围、是否应当立案的标准进行法定化、严格化、更好地实现司法为民的宗旨。

(四)提高思想认识,强化立案调解理念。立案阶段的案件繁简分流处理,应当当事人的要求、又可提高司法效率,应当允许,不能舍简趋繁。同时,应赋予立案调解法官一定范围的审判权,对调解不成适用简易程序审理的案件可直接由立案调解法官开庭审理后作出裁判。

(五)加强立案人员业务培训,提高立案人员素质。一是加强对立案人员的业务培训。针对立案窗口涉及面广、立案人员专业知识面较为狭窄的特点,尽可能地让立案法官参加各类业务培训,拓宽他们的知识,以适应新形势下的立案工作需要。二是注重做好调查研究工作。在目前立案理论研究比较薄弱、立案理论尚不完善的情况下,立案人员应从实际工作出发,做好必要的调查研究工作,不断提高自己的理论水平。三是加强与各业务庭的联系。立案窗口的业务涉及到各业务庭,因此,立案庭应与其他业务庭建立业务联系制度,加强互相间的沟通、交流,使立案法官及时了解审判工作中的新情况、新问题,同时也能让业务庭法官对立案中出现的新情况、新问题做到心中有数。

(作者单位:汕头市金平区人民法院)



# 行为人未经许可经营成品汽油、柴油的行为如何定性

——以刑法修正案(十一)增设危险作业罪为背景

吴炳松

《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增设的第一百三十四条之一第(三)项规定,在生产、作业中违反有关安全管理的规定,涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动,具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的,构成危险作业罪。该规定适用于具有高度危险性的安全生产领域,危险化学品的生产、经营、储存等涵盖于其中。成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油均属危险化学品,对未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为如何定性,笔者结合审判实践谈谈自己意见。

一、在未增设危险作业罪之前,未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为如何认定

(一)成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油属于限制买卖的物品。根据2013年12月7日施行的国务院《危险化学品安全管理条例》(以下简称《条例》)第三十三条第一款“国家对危险化学品经营实行许可制度。未经许可,任何单位和个人不得经营危险化学品。”的规定,危险化学品应当属于限制买卖的物品。该《条例》附件《危险化学品名录》(2015年修订)在第1630号、1674号分别将汽油、闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油列为危险化学品,意味着汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油属于限制买卖的物品。



(二)未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油属于违反国家规定的行为。对于上述油类,因其可能危害公共安全之属性,属于国家严格管制之列,需要国家特许经营。根据《条例》第三十三条第二款的规定,经营(包括仓储经营)危险化学品必须取得《危险化学品经营许可证》;2016年8月25日施行的国务院《对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(以下简称《决定》)附件《对确需保留的行政审批项目设定行政许可的目录》第183项将“石油成品油批发、仓储、零售经营资格”确定为需要保留的行政审批项目。据此,在未经行政审批取得《危险化学品经营许可证》等情况下,经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为违反国家规定。

综上所述,未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油属于非法经营罪规制的行为,实施该行为,情节严重即非法经营数额达到构罪标准的,宜以非法经营罪论处。

## 二、在增设危险作业罪背景下,对未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为如何认定

刑法修正案(十一)增设的危险作业罪中第(三)项规定的是安全生产的事项未经批准或者许可擅自生产经营的行为,针对的行业是具有高度危险性的安全生产领域,在安全监管方面实行严格的批准或者许可制度,危险化学品的生产、经营、储存等涵盖于其中。成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油属于该规定调整的范围,闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油不属于该规定调整的范围。据此,对未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为,违反国家特许经营(准入许可)规定的,宜以非法经营罪论处;若具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的,同时构成危险作业罪,该行为同时侵犯了两个客体,即国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理制度以及生产、作业中有关安全生产的管理制度和公共安全,符合想象竞合犯特征,可以按照重行为吸收轻行为的原则,应择一重罪处罚,与非法经营罪的最高刑相比,危险作业罪最高刑为有期徒刑一年,危险作业罪明显属于轻罪,故宜以非法经营罪论处。上述行为若不具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的

现实危险的,因该行为侵犯的客体仅是国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理制度,故宜单独以非法经营罪论处。那么,审判实践中认定危险作业罪应从严把握好以下两方面:

### (一)法条中“现实危险”的理解把握

危险作业罪法条中没有使用“情节严重”,而是使用了“现实危险”,这在刑法其他条文中是没有的,采用这一概念的目的是为准确表述行为的性质和危险性,表明了该罪是具体危险犯。正确理解把握“现实危险”,关乎罪与非罪,至关重要。

一方面,“现实危险”是对危险作业罪所侵犯的客体即生产、作业中有关安全生产的管理制度和公共安全构成了真正的、实在的、迫在眉睫的或者高度危急的危险,即明显且即刻的危险,距实害的发生具有一触即发的高度盖然性,具体表现为已经出现了重大险情,或者出现了非致人伤亡或严重财产损失的轻微事故,或者出现了“冒顶”“渗漏”等“小事故”。这种一触即发的危险强烈危及生产安全,几乎确定会发生重大伤亡事故或者其他严重后果,之所以没有发生,是因为某种介入因素,如被及时制止了或者开展了及时有效的救援,甚至完全是因为偶然性的客观原因等导致没有发生重大伤亡事故或者其他严重后果。

另一方面,该法条规定“现实危险”的目的是将特别危险、极易导致发生重大伤亡事故或者其他严重后果的重大隐患行为列入犯罪,而不能将一般的、数量众多的其他违反安全生产管理规定的行为纳入该罪。具体到未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为,“现实危险”应指在该类成品油生产、经营、储存等环节出现了重大险情,或者已经出现了小事故,虽然最终没有发生重大严重后果,但未发生是由于偶然的原因,对这种一触即发的危险才能认定为“现实危险”。

第三方面,“现实危险”与实害结果一样,都属“危害社会的结果”,是“危害社会的结果”的表现形式之一。因此,“现实危险”既是法律适用问题,也是事实认定和证据判断问题,在审判实践中应当根据具体案件特点和证据情况,综合行业属性、行为



对象、违规行为严重程度等方面进行分析判断。

(二)法条中“涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可”的理解把握

一方面,2021年第三次修正的《中华人民共和国安全生产法》第三十九条第一款规定“生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品的,由有关主管部门依照有关法律、法规的规定和国家标准或者行业标准审批并实施监督管理”,该法第六十三条又规定“负有安全生产监督管理职责的部门依照有关法律、法规的规定,对涉及安全生产的事项需要审查批准(包括批准、核准、许可、注册、认证、颁发证照等,下同)或者验收的,必须严格依照有关法律、法规和国家标准或者行业标准规定的安全生产条件和程序进行审查;不符合有关法律、法规和国家标准或者行业标准规定的安全生产条件的,不得批准或者验收通过。”危险作业罪法条第(三)项规制的是在具有高度危险性的安全生产领域未经批准或许可擅自生产经营的行为,因为在危险物品生产、经营、储存等这些高危领域,安全监管方面实行了上述严格的批准或许可制度,未经批准或许可,不得擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动。

另一方面,根据《条例》第十四条、第二十九条及2014年修订的国务院《安全生产许可证条例》第二条的规定,生产、使用危险化学品必须取得《危险化学品安全生产许可证》《危险化学品安全使用许可证》。具体到从事生产、经营、储存成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油这种高度危险的生产作业活动,办理上述许可证均属于需要批准或者许可的涉及安全生产的事项,未经办理则属于擅自从事生产、经营、储存成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油这种高度危险的生产作业活动的行为,即属于危险作业罪规制的行为。

综上所述,未经许可经营成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为,若具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的,宜以危险作业罪论处。

三、未经许可经营闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为如何认定

(一)未经许可经营闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为不宜认定为非法经营罪

闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油并未列入《条例》附件《危险化学品名录》,不属于危险化学品,并不具有危险化学品的危险性,不受《条例》规制,因此也就不属于限制买卖的物品,未经许可经营此类柴油不宜按照非法经营罪追究行为人的刑事责任,该类案件若能够进一步证实涉案闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油系来源于走私等上游犯罪的,可视情以走私普通货物、物品罪或掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚,否则宜视情节轻重对其施以行政处罚。

(二)未经许可经营闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的行为不宜认定为危险作业罪

危险作业罪规制的是涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的行为,该行为的对象系特殊对象即危险物品,闭杯闪点 $> 60^{\circ}\text{C}$ 的柴油并非危险物品,故对涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,擅自生产、经营、储存此类柴油的行为,不具备危险作业罪的犯罪构成要件,不宜按照危险作业罪追究行为人的刑事责任。

#### 四、结束语

对于成品汽油及闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油的经营行为,行为人若违反了国家特许经营(准入许可)即未取得《危险化学品经营许可证》等而擅自经营,则宜以非法经营罪论处;若同时存在经营过程中对于涉及安全生产的事项未经依法批准或许可,具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险的,同时构成危险作业罪,择一重罪也宜以非法经营罪论处。若行为人未违反国家特许经营(准入许可),而在其经营过程中对于涉及安全生产的事项未经依法批准或许可,具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险的,则宜以危险作业罪论处;涉及安全生产的事项虽未经依法批准或许可,但不具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险的,则不宜以危险作业罪论处。

(作者单位:汕头市潮南区人民法院)



# 汕头中院发布 2021年知识产权司法保护白皮书

邱梓喆

近日,汕头中院发布《汕头法院知识产权司法保护白皮书(2021年)》。2021年,汕头法院紧紧围绕汕头市委“工业立市、产业强市”工作部署,充分发挥知识产权审判职能作用,着力提升审判质量、效率和公信力,自觉融入构建新发展格局、推动高质量发展,为汕头在新时代经济特区建设中迎头赶上提供了坚强有力司法服务和保障。

2021年,汕头法院受理各类知识产权案件3020件,其中民事案件2950件,刑事案件70件,审结案件2305件。全市法院充分发挥审判职能作用,依法公正审理各类知识产权案件,加大知识产权刑事犯罪打击力度,全面加强著作权、商标权等知识产权保护,通过反不正当竞争司法,依法保护涉网络销售、涉玩具动漫、涉文娱领域等中外各类知识产权权益人合法权益,维护公平竞争的市场环境,为营造有利于创新创业创造的市场化、法治化、便利化、国际化营商环境提供保障,有效推动知识产权司法保护全方位高质量发展。

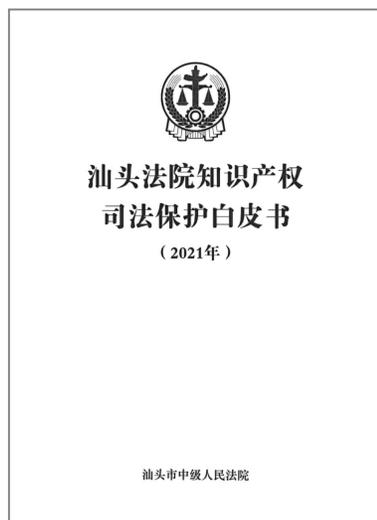
为以更优服务促进案结事了,汕头中院与阿里巴巴集团人民调解委员会、杭州市余杭区共道云调解中心签署《调解服务合作协议》,与汕头市工商联签订《关于建立服务民营企业发展壮大合作机制的框架协议》,依托互联网平台,以及阿里巴巴集团和汕头市总商会的人民调解委员会,构建前置性指导化解、ODR、第三方调解等多层次、多元化解纷体系,进一步完善知识产权纠纷人民调解、行业调解和诉讼等有机衔接、相互协调机制,推进汕头市

知识产权侵权纠纷预防化解机制建设。2021年全市知识产权纠纷诉前联调成功1359件。

白皮书显示,汕头中院主动延伸审判职能,在审理近年来多发的电子

商务平台内经营者通过拼多多电商平台实施侵害知识产权及不正当竞争案件中,发现认定侵权行为是否持续到民法典施行后,关系到新旧法律、司法解释的衔接适用问题,遂发出司法建议,建议拼多多平台运营方畅通权利人自行查询被控侵权链接下架、断开、删除时间的渠道,以提高审判效率,协同推进知识产权司法保护工作,有效发挥了司法指引作用。

下一步,汕头法院将牢固树立保护知识产权就是保护创新理念,全面深化知识产权审判领域改革,着力破解知识产权维权“举证难、周期长、赔偿低、成本高”等难题,着力提升审判质量、效率和司法公信力,着力优化创新创业法治环境,为“工业立市、产业强市”之路保驾护航,以实际行动迎接党的二十大胜利召开!





# 高质量司法护航“玩具之都”创新发展

——汕头法院知识产权审判工作纪实



“虽然只是小小的一个钓鱼玩具，但法院对其著作权的保护，让我们厂以后可以更有底气放手干啦！”拿到著作权侵权纠纷案的胜诉判决，汕头市澄海区凤翔玩具公司总经理陈先生激动地连声点赞。

世界玩具看中国，中国玩具看汕头。被誉为“世界玩具之都”的汕头市澄海区，现有玩具产业市场主体近5万户、年产值超500亿元，出口至全球90多个国家和地区。

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，实施最严格、最高效、最平等的知识产权保护，护航“玩具之都”创新发展。近三年来，汕头法院共审结各类知识产权案件近1万件，其中玩具产业类案件超六成。

## 从严，对违法者利剑高悬

奥飞娱乐是位于澄海的一家知名玩具企业，其名下的超级飞侠、喜羊羊与灰太狼、铠甲勇士等玩



具IP家喻户晓。但前些年玩具产业发展之风不正、抄袭渐成产业链，对企业创新研发积极性造成沉重打击。

奥飞娱乐发现林某销售的玩具，在外观颜色、图案上与该公司超级飞侠系列玩具一模一样，第一时间报了案。

后林某在法庭上陈述，自己生产销售的玩具产品，已经申请了外观设计专利，并出示了外观设计专利证书。



“玩具开发设计非常辛苦,可谓是‘十年磨一剑’,但一上市就被盗版,前期投入也付诸东流。”奥飞娱乐法务部经理王楚居有一肚子苦水,“长此以往,企业将逐渐丧失科研创新投入驱动力。”

“林某申请外观设计专利的玩具产品,均是在奥飞娱乐相同作品创作完成并公开发表之后获得,仍属于侵犯著作权罪中的复制行为,应依法予以严惩。”该案主审法官郭建龙审查后认为。

2019年7月,汕头中院对该起侵犯著作权的刑事案件作出二审判决,林某被判处有期徒刑二年。

判决的背后,彰显了知识产权司法保护利剑高悬,传递出对恶意侵权的严正警告。

汕头法院在对构成侵犯知识产权犯罪的犯罪分子,始终依法从严惩处。近三年来,汕头法院依法审理涉玩具产业知识产权刑事案件13件26人,最高被判处有期徒刑3年3个月。

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,形成联合打击知识产权犯罪的高压态势,全面提升知识产权协同保护力度。

“法院严惩知识产权违法犯罪,是呵护企业创新积极性创造性的利器,更彰显知产司法保护的决心和力度。”全国人大代表、汕头超声电子显示器公司高级工程师黄贵松表示。

### 平等,创新者的司法“定心丸”

当前,玩具产业呈现国际化销售、跨区域研发趋势,也陆续有国际知名玩具企业到汕头打官司。如何公正审理好玩具产业知识产权案件,是汕头法院平等保护理念的直观体现,更是打造一流市场化、法治化、国际化营商环境的司法新课题。

美国MGA公司在中国拥有“L.O.L惊喜娃娃”注册商标,并以此推出原创玩具。2019年12月,MGA公司发现,澄海某塑料玩具公司因出口侵犯惊喜娃娃商标的商品被海关行政处罚后,仍继续在网站上宣传并销售。于是,MGA公司将该公司诉至汕头中院。

案件承办法官调查后了解到,MGA公司在我国

依法注册惊喜娃娃商标,并在知名电商平台开设线上旗舰店,为广大消费者知悉,应认定为具有一定影响力。因此,应及时制止攀附知名标识的不正当行为,维护公平诚信的市场秩序。

去年12月,汕头中院宣判,判令涉案某塑料玩具公司立即停止侵权行为,并赔偿MGA公司70万元。

这是汕头法院平等保护境内外市场主体的一个缩影。

企业对公平的嗅觉最为灵敏。近年来,汕头法院坚持把平等保护贯穿于审判工作全过程各环节,确保各种所有制经济、境内外市场主体诉讼地位和诉讼权利平等、法律适用和法律责任平等、司法保护和诉讼服务平等,助力汕头成为国内外投资的优选地。

着眼营造充满活力的营商环境,汕头中院出台了《关于全力保障优化“八大环境”为法治化营商环境提供司法保障的意见》,就加大对侵犯知识产权行为的惩治力度,深化知识产权“三合一”审判工作机制,围绕新兴产业、重点领域、关键核心技术提供司法保障等方面提出28条具体举措。

“保护知识产权就是保护创新。全面提升知识产权司法保护水平,有利于在推进玩具之都创新发展中,营造尊重创新、保护创造的社会氛围。”澄海玩具协会秘书长杜瑞生表示。

### 快速,织密知产保护“立体网”

“被告收到诉中禁令后停止了侵权行为,终于不用再担心‘赢了官司、输了市场’。”麒麟童公司总经理程先生明显松了一口气。

原来,麒麟童公司是一家文化传播公司,合法享有歌曲《小跳蛙》全部著作财产权。2020年1月,麒麟童公司发现,全丰玩具公司在未经授权情况下,生产并销售存有小跳蛙的智能语音玩具“猪小屁”,导致小跳蛙被非法录制、播放和传播。同年6月,麒麟童公司将该玩具公司起诉到汕头中院。

然而,内置小跳蛙的“猪小屁”并未随着诉讼的开始而停止生产、销售……



为此,2020年9月,经麒麟童公司申请后,汕头中院在查明侵权事实情况下,于判决前发出诉中禁令,裁定被告立即停止相关侵权行为。

全丰玩具公司在收到诉中禁令后,充分认识到自己的违法行为侵害了原告合法权益,诚恳表示愿意赔偿损失。后双方当事人在法官的调解下,顺利达成调解协议,并一揽子解决双方其他9宗纠纷。

对于企业来说,时间就是成本,更是市场。知识产权得不到快速保护,创新就会失去动力。汕头法院在审理知识产权案件时,注重依法适用诉前临时措施、诉中禁令、先予执行,及时制止侵权行为,避免权利人因诉讼周期长导致合法权益受损扩大。

同时,汕头法院还充分运用证据保全和律师调查令等制度,减轻权利人举证负担,提高案件审判质效。2019年以来,在知识产权案件审判中共发出

诉讼禁令、律师调查令等100多份,帮助权利人快速有效维权。

2020年7月,汕头中院还与市司法局、市市场监督管理局联合签署《知识产权纠纷多元化解决机制备忘录》,在汕头知识产权快速维权中心设立“多元化解示范创建点”,实现知识产权纠纷人民调解、行政裁决和诉讼有机衔接,推动知产案件快速化解。

“汕头法院将全面深化知识产权审判领域改革,构建知识产权保护大格局,通过裁判结果激励研发创新、促进品牌培育、维护竞争秩序,让汕头玩具产业创新创造的源泉竞相涌流。”汕头中院副院长林列坤表示。

(作者单位:汕头市中级人民法院)



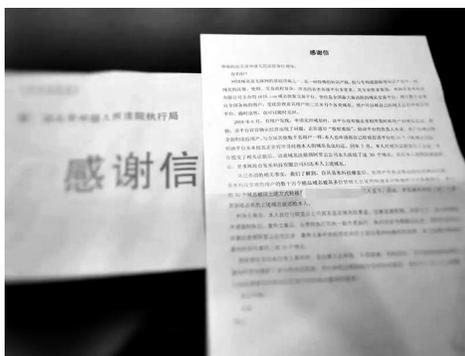


# 依法保护知识产权！ 汕头法院为权利人一揽子 拿回69个被“吞噬”的网络域名

黄晓忠

“很开心也很激动,感谢汕头市中级人民法院,帮助我们解决了3年多来一直没解决的知识产权纠纷,让我们拿回了属于自己的网络域名,挽回了经济损失……”

在第22个世界知识产权日(4月26日)来临之际,汕头市中级人民法院执行局于25日下午收到了汕头市某科技有限公司总经理纪先生送来的一封热情洋溢的感谢信。据悉,纪先生所起诉的案件,也是汕头市首宗侵害网络域名纠纷新型案件。



汕头中院执行局收到的感谢信

据介绍,秉持“保护知识产权就是保护创新”理念,充分发挥知识产权审判职能作用,着力提升审判质量、效率和司法公信力,汕头全市法院去年共受理各类知识产权案件3020件,其中民事案件2950件、刑事案件70件,审结案件2305件,为汕头在新时代经济特区建设中迎头赶上提供坚强有力的司法服务和保障。

在汕头市首宗侵害网络域名纠纷新型案件中,纪先生与另一市民林先生工作之余注册了多个的网络域名,并将已注册的网络域名交由某著名网络域名交易平台托管。从2018年年中开始,纪、林两人发现该交易平台无法正常运转,他们交由对方托管、尚未交易的网络域名无法正常兑现,停放收益也无法提现,网络域名甚至在他们不知情的情况下被转移至陌生人名下。

对此,纪、林两人在去年4月分别向汕头中院提起诉讼,状告交易平台及非法占有其网络域名的3名自然人侵权。汕头中院经审理,依法判决3名自然人被告将涉案的网络域名返还给两名原告。在两名原告申请强制执行后,汕头中院及时向网络域名注册服务平台的运营商邮寄送达协助执行通知书,要求对方办理已冻结的涉案域名更名至两原告名下的相关手续。



汕头中院执行局法官快速高效执结案件



但涉案的运营商提出应由法院执行人员到其住所地现场送达法律文书,且应按其要求出具相应的执行裁定书,否则不予协助。当时正逢新冠疫情肆虐,涉案运营商住所地属于中高风险地区,按照疫情防控要求,现场送达法律文书需等待当地转为低风险地区后才能进行,而这将大大拉长办案周期。

为此,承办案件的执行法官与运营商法务人员多次进行沟通,释明邮寄送达与现场送达具有相同法律效力而且对方无权审核法院司法文书,并告知其如未能在限期内严格按照法院要求办结协助执行事宜,法院将依法追究其妨害民事诉讼的法律责任。在强大的执行压力下,涉案运营商最终如期办结了更名手续,纪、林两人也如愿以偿地拿回自己注册的69个网络域名。

“涉案的执行标的物并非传统意义上的有形财物,而是无形的知识产权也即互联网网络域名;案件当事人为了维权已经耗费了3年多时间,他们迫切希望能早日拿回属于自己的合法财产;案件执行

中不存在双方当事人之间的对抗关系,法院考虑更多的是在防控新冠疫情的大背景下,如何灵活运用执行措施,督促协助执行义务人也就是互联网企业尽快完成协执事项。”汕头中院执行局法官黄晓忠告诉记者,针对上述案件中的堵点和难点,执行人员急当事人之所急,一方面以邮寄送达法律文书方式取代传统的直接送达,一方面向互联网企业施加执行压力,消除执行过程中人为设置的障碍,最终快速高效执结,彰显了司法机关保护知识产权的决心,向社会传递了司法正能量,增强了人民群众的获得感、幸福感和安全感。

“去年汕头市知识产权审判工作在保持相同权利人维权案件稳中有增的同时,新兴权利人也开始步入商业维权之列,维权品牌逐年增多,批量维权案件持续增多,反映出经济社会高质量发展对知识产权保护的需求明显增长。全市法院受理的知识产权案件数量不断增长,司法保护范围更加全面。”汕头市中院的相关负责人说。





# 走私入境珍贵动物蛋(卵)的罪与罚

——任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、  
蔡大伟走私珍贵动物案

陈炫坤 林锦珣

**要点提示:**走私入境珍贵动物蛋(卵)依法构成走私珍贵动物罪;经综合考量蛋(卵)来源、相关品种动物生存和驯养繁殖现状等因素,社会危害性相对较小的,可依法报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚。

## 案例索引:

**一审:**广东省汕头市中级人民法院(2019)粤05刑初36号

**二审:**广东省高级人民法院(2019)粤刑终1520号

**复核:**最高人民法院(2020)最高法刑核65235760号

## 一、案情

**公诉机关:**广东省汕头市人民检察院

**被告人:**任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、蔡大伟

2017年5月至2018年6月,被告人任勇征、任勇智分别向泰国供货商纪锡锋(另案处理)、“阿泰”(另案处理)的多次购买濒危野生的金刚鹦鹉、葵花鹦鹉、太阳锥尾鹦鹉等鹦鹉蛋,由被告人任勇征、李树毫、萧基宋、罗春锋或龙宇翔(另案处理)、马里筠(另案处理)等人夹藏走私入境。被告人任勇征将走私进境的鹦鹉蛋部分直接销售给被告人彭华青等人,部分孵化(养)成鹦鹉幼鸟或成鸟后销售给被告人蔡大伟、陈铤(另案处理)等人。被告人任勇智

将走私进境的鹦鹉蛋孵化成鹦鹉后销售给被告人蔡大伟等人。经鉴定,被告人任勇征走私鹦鹉蛋2900颗,被告人任勇智走私鹦鹉蛋395颗,被告人萧基宋参与走私鹦鹉蛋329颗,被告人李树毫参与走私鹦鹉蛋211颗,被告人罗春锋参与走私鹦鹉蛋118颗,被告人彭华青直接向走私人购买走私鹦鹉240颗(其中未遂118颗),被告人蔡大伟直接向走私人购买走私鹦鹉蛋孵化的幼鸟64只。公诉机关以任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、蔡大伟犯走私珍贵动物罪提起公诉。

## 二、裁判

广东省汕头市中级人民法院经审理认为,涉案鹦鹉蛋品种经鉴定均属列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录I、附录II的监管物种或《国家重点保护野生动物名录》中的国家二级保护野生动物物种。被告人任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、蔡大伟走私国家禁止进出口的鹦鹉蛋入境销售或孵化成鹦鹉后进行销售,其行为均已构成走私珍贵动物罪。被告人任勇征、任勇智在共同犯罪中起主要作用,系主犯,按其所参与全部犯罪处罚;被告人萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青、蔡大伟在共同犯罪中起次要作用,系从犯,依法从轻处罚。被告人任勇征、任勇智、萧基宋、李树毫、罗春锋、彭华青归案后能如实供述,认罪悔罪态度好,依法均予从轻处罚。被告人彭华青部分犯罪未遂,依



法予以从轻处罚。各被告人走私行为均属情节特别严重,依法应在十年有期徒刑以上量刑,但鉴于案涉鸚鵡蛋和鸚鵡不排除系境外人工驯养繁育的鸚鵡产的蛋和由此类蛋孵化而成的鸚鵡,各被告人走私行为的社会危害性相对较低、主观恶性较小,将报请最高人民法院核准对各被告人在法定刑以下判处刑罚。综合各被告人的犯罪事实、情节、地位及认罪态度等,经合议庭评议、专业法官会议讨论及审判委员会讨论决定,以走私珍贵动物罪,判处任勇征有期徒刑八年,并处罚金八万元;判处任勇智有期徒刑五年,并处罚金五万元;判处萧基宋有期徒刑三年六个月,并处罚金二万元;判处李树毫有期徒刑三年六个月,并处罚金二万元;判处罗春锋有期徒刑二年六个月,并处罚金一万五千元;判处彭华青有期徒刑二年六个月,并处罚金一万五千元;判处蔡大伟有期徒刑二年六个月,并处罚金一万五千元;扣押在案的十一部手机予以没收,上缴国库。

一审宣判后,任勇征、李树毫、罗春锋提出上诉,请求予以从宽处理。

广东省高级人民法院二审认为,原判认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,遂裁定驳回上诉,维持原判,并依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院复核认为,第一审判决、第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。依法裁定予以核准。

### 三、评析

动物资源是自然资源的一个重要组成部分,在维系生态系统平衡和人类生存发展方面发挥着独特的不可替代的作用。未经许可非法引入外来珍贵动物,不仅会破坏原产地的动物资源,还会给国内带来疫病和外来物种入侵等风险。作为《濒危野生动植物种国际贸易公约》缔约国,我国将域外物种进出口活动及其管理纳入立法范畴,在刑法、野生动物保护法、濒危野生动植物进出口管理条例等法律法规中进行专门规范,旨在发挥法律的指引、规范和强制、威慑功能,达到保护动物资源、维护生

态平衡、促进动物资源可持续利用、实现人与自然和谐相处的最终目的。在刑法领域集中体现为“走私珍贵动物罪、珍贵动物制品罪”。

近年来,囿于动物体积大、存活率低、运输成本较高等不利因素,一些犯罪分子利用动物蛋(卵)体积小、方便携带、隐蔽性较强的特点,通过夹藏等方式将境外的珍贵动物蛋(卵)携带入境,秘密租用民房、置办专业孵化设备等建造非法孵化点进行繁育,孵化(养)成动物后再销售牟利。本案即属于此种情况,现对此类案件的定罪量刑考量进行分析。

#### (一)走私入境珍贵动物蛋(卵)当以走私珍贵动物罪定罪处罚

本案中,各被告人犯罪行为定性没有争议。各被告人主观上均知道或应当知道其本人或他人未经许可进口、繁育、买卖涉案品种鸚鵡蛋及鸚鵡的行为具有违法性和社会危害性;各被告人客观上未经许可进口、繁育、买卖涉案品种鸚鵡蛋及鸚鵡的行为共同侵犯了国家外贸管理和野生动物监管保护制度。依法应当认定各被告人构成走私共同犯罪。

本案争议焦点是各被告人犯罪对象定性问题,即涉案鸚鵡蛋是否属于“珍贵动物”。被告人任勇征、萧基宋、彭华青的辩护人提出,涉案鸚鵡蛋尚未孵化成鸟,不具备一般动物应具有的成形的器官、骨骼、羽毛等生物特征,也不具备成鸟的观赏性价值,不能等同于“珍贵动物”,应认定为“珍贵动物制品”。笔者认为:从法律规定上看,《中华人民共和国野生动物保护法》第二条第三款明确规定,动物蛋(卵)属于动物整体。从生物学上看,动物是具有生命体征的生物类群,动物制品则是动物皮、毛、骨等经过加工,不再具有生物特征的制成品。涉案鸚鵡蛋系鸚鵡母体繁殖的,存在孕育生命体的可能性,且未经人工加工,明显不归属“动物制品”类别。从行为目的上看,本案各被告走私鸚鵡蛋的行为,虽然表面上指向获取鸚鵡蛋,但实质上是为把鸚鵡蛋孵化成鸚鵡这一生命体。综上所述,涉案鸚鵡蛋应当纳入“珍贵动物”解释范畴,系走私珍贵动物罪的犯罪对象。



根据《中华人民共和国刑法》第一百五十一条第二款、第一百五十五条以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十条之规定,各被告人行为既已符合走私珍贵动物犯罪构成,应当依法以走私珍贵动物罪定罪处罚。

(二)走私入境珍贵动物蛋(卵)经最高法院核准可在法定刑以下量刑

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件若干问题的解释》第九条第三款第(一)项和附表之规定,鸚鵡科(所有种)属于国家二级保护动物,走私数量达10只的,属“情节特别严重”,应处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处没收财产。参照主要被告人任勇征、任勇智一审当庭供述中有关鸚鵡蛋孵化率大致为60%-80%的说法,就低按照孵化率60%折算,再综合考虑鸚鵡蛋受精失败、胚胎坏死、运输损耗或查扣风险等多方面因素,各被告人的走私数量均远远超过“情节特别严重”的法定数量标准,若严格依法量刑,均应在“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处没收财产”幅度内处以相应刑罚。

鉴于社会危害性是犯罪最本质、最基本的特征,也是对犯罪行为科以刑罚的根本依据,为确保法律适用取得良好社会效果,本案量刑方面应结合考察涉案鸚鵡蛋和鸚鵡来源、涉案品种鸚鵡驯养繁殖等状况对各被告人犯罪行为的社会危害性予以综合考量。具体如下:

**第一,本案属走私入境情形。**走私包括从境外向境内走私和从境内向境外走私两种情形。我国系《濒危野生动植物种国际贸易公约》(CITES)缔约国,从国际义务和责任承担的角度出发,对从境外向境内走私行为应与从境内向境外走私行为同等处罚。但客观上本案各被告人走私鸚鵡蛋入境销售或孵化成鸚鵡后销售的行为对包括我国在内的动物物种资源的破坏程度低、侵害程度小,其社会危害性更多地体现为违反国家外贸管理和检验检疫等行政管理规范,可由行政处罚予以有效控制和防范,故基于刑法谦抑性原则应予适当减刑考虑。

**第二,涉案鸚鵡蛋和鸚鵡并非完全直接源自野外。**本案被告人任勇征、任勇智、李树毫等供述涉案鸚鵡蛋系泰国鸚鵡养殖场人工驯养繁殖的鸚鵡产的蛋,综合本案证据,不排除存在“涉案鸚鵡蛋和鸚鵡系人工驯养繁育的鸚鵡产的蛋和由此类蛋孵化而成的鸚鵡,非严格意义上的纯野生动物”的可能性,走私此类鸚鵡蛋和鸚鵡的行为同走私严格意义上的纯野外生长、繁殖的野生鸚鵡蛋和鸚鵡的行为相比,对动物资源和生态平衡的不良影响相对较小。

**第三,法律滞后性与涉案品种鸚鵡人工驯养繁殖规模化现状之间存在现实冲突。**法律作为一种权威的、普遍适用的社会规范,其内容是概括的、定型的,本身固有相对的滞后属性,与本案实体处理适用相关的《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国野生动物保护法》和《濒危野生动植物种国际贸易公约》等有关规范在一定程度上与鸚鵡驯养、买卖的现状和需求已然不完全适应。实际上,由于鸚鵡具有极高的观赏价值,我国自古即有饲养、买卖鸚鵡的民间传统,当前全国各地花鸟市场和电商平台也一定程度上存在出售鸚鵡的现象,网络论坛上常见涉案品种鸚鵡爱好者公开交流养殖经验和买卖信息。这样一种逗趣爱好和市场需求,客观上刺激了涉案品种鸚鵡驯养繁殖日渐专业化、规模化,鸚鵡数量也日益增长。据此,将涉案品种鸚鵡纳入珍贵、濒危野生动物保护范畴的必要性已经有所减弱。

**第四,严格保护人工驯养繁殖的珍贵、濒危野生动物的司法立场发生转变。**2016年,针对国家林业局森林公安局关于提高收购、运输、出售有关人工驯养繁殖的野生动物的定罪量刑标准的建议,最高人民法院研究室在《关于收购、运输、出售部分人工驯养繁殖技术成熟的野生动物适用法律问题的复函》(法研[2016]23号)中明确指出,“由于驯养繁殖技术的成熟,对有的珍贵、濒危野生动物的驯养繁殖、商业利用在某些地区已成规模,有关野生动物的数量极大增加,收购、运输、出售这些人工驯养繁殖的野生动物实际已无社会危害性”。2018年,



针对全国人大常委会函告提出的对最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条,即“刑法第三百四十一条第一款规定的‘珍贵、濒危野生动物’,包括列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物、列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录I、附录II的野生动物以及驯养繁殖的上述物种”进行审查的建议,最高人民法院复函(法工备函[2018]19号)表示,已经启动了新的野生动植物资源犯罪司法解释制定工作,拟明确规定对于涉案动物系人工繁育的要体现从宽的立场,以实现罪责刑相适应,确保相关案件裁判法律效果与社会效果的有机统一。可见,鉴于人工驯养繁殖技术日渐成熟,有关野生动物的数量随之增多,对人工驯养繁殖的

珍贵、濒危野生动物与严格意义上的珍贵、濒危野生动物予以同等司法保护的必要性和正当性已相对有所减弱。近年来,在上述复函精神的指导下,各地法院逐渐趋于结合案件实际情况,在法定量刑标准之下,对非法运输、收购、出售和走私人工繁育的珍贵品种动物的行为予以减轻处罚,如2017年深圳王鹏案、2018年揭阳王晓源案、2019年厦门詹振华案等。为避免本案裁判结果与当前司法立场不一致,不宜机械适用现有的走私鹦鹉情形量刑标准,应参考类案裁判规则,在量刑方面适当予以减轻考量。

(作者单位:汕头市澄海区人民法院、汕头市中级人民法院)





# 管辖权异议的审查范围

郑佳娜

**裁判要旨：**管辖权异议是程序性救济制度，审查的是案件是否属人民法院受理范围或者受诉人民法院对案件是否有管辖权，并不涉及案件的实体问题。被告主体是否适格问题，需要经过实体审理才能确定。因此，在管辖权异议审查阶段，不宜对被告是否适格作出认定。

**案例索引：**

汕头市中级人民法院(2021)粤05民初973号。

**一、案情**

**原告：**周六福珠宝股份有限公司(下称周六福公司)

**被告：**汕头市潮南区陇田好又多购物中心(下称好又多中心)

周六福公司诉好又多中心侵害商标权纠纷一案，在提交答辩状期间，好又多中心对管辖权提出异议：第一，涉案争议周六福公司应起诉品牌授权方，不应起诉好又多中心。好又多中心是“香港周六福珠宝金行国际集团有限公司”(下称周六福金行公司)商标授权使用店，品牌经营权来源于周六福金行公司及广东丰隆珠宝首饰有限公司(下称丰隆公司)的授权，好又多中心只是被授权方。第二，周六福公司在本案之前已经向武汉市中级人民法院提出对周六福金行公司、丰隆公司等被告的侵害商标权纠纷诉讼，案号是(2021)鄂01知民初47号，该案在先受理，本案与该案的基本事实相同，为了更好的审查案件事实，确保裁判结果统一公正，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称民事诉讼法解释)第三十六条“立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，裁定将案件移送先立案的人民法院”及其他相关法律规定，同时也为了更好地节约司法资源，请求法院准予将案件移送武汉市中级人民法院并案进行审理。

**二、裁判**

汕头市中级人民法院经审查认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十八条的规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。本案系侵害商标权纠纷，汕头市中级人民法院是被告好又多中心住所地及侵权行为地且具有第一审知识产权民事案件管辖权的人民法院，因此，对本案有管辖权。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条的规定：“起诉必须符合下列条件：(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；(二)有明确的被告；(三)有具体的诉讼请求和事实、理由；(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”管辖权异议审查的是案件是否属于人民法院受理范围或受诉人民法院对案件是否具有管辖权，至于被告好又多中心是否适格，不属于管辖权异议的审理范围。民诉法解释第三十六条指的是原告就相同事实和诉求，针对相同当事人同时向有管辖权的多家法院起诉，在后立案的法院将案件移送在先立案的法院管辖。但本案的被告是好又多中心，而(2021)鄂01知民初47号的被告是周六福金行公司、丰隆公司，两案的被告不同，并不适用民诉法解释第三十六条的规定。故被告的管辖权异议理由均不成立，予以驳回。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二十八条、第一百二十七条第一款之规定，裁定：驳回被告汕头市潮南区陇田好又多购物中心对本案管辖权提出的异议。

**三、评析**

**(一)对管辖权异议制度的再认识**

管辖权异议制度，对于保障当事人诉权，规范管辖权正确、公正地行使，维护程序公正具有重要意义。但是由于经济成本低，举证责任轻，不乏当事人出于非正当目的，违背诚信原则，假借实体问



题的名义,提出管辖权异议,以致司法实践中,其制度价值有所偏移。

## 1、管辖权异议制度重权利保护,轻责任承担。

现行《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条规定:“人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。”第一百五十七条规定,对管辖权异议的裁定,可以上诉。上述两个法条,规定了被告可以提出管辖权异议的时间,至于应当具备什么形式要件和实质要件,或者提交什么证据材料,没有明文规定,若是当事人对管辖权异议的裁定不服,还可以上诉,显然是重权利保护,轻举证责任承担。而对于管辖权异议的滥用,却没有明确的法律规定予以惩戒。

## 2、经济成本较低导致当事人滥诉权。

《诉讼费用交纳办法》第八条规定,对不予受理、驳回起诉和管辖权异议裁定不服,提起上诉的案件;不交纳案件受理费。第十三条规定,当事人提出案件管辖权异议,异议不成立的,每件交纳50元至100元。在经济成本较低的情况下,不乏当事人基于自身利益的考虑,滥用管辖权异议制度。笔者参与的案件,就有当事人直言:“我有时间跟对方慢慢打官司”,“提出管辖权异议,是基于战略上的考虑,但我方尊重法院对案件的审理”。

## (二)滥用管辖权异议制度的危害。

### 1、滥用管辖权异议制度,导致权益损害扩大。

诉讼法理论一直强调“迟来的正义不是正义”,案件的拖延可能会让最终判决的实际价值大打折扣。审理时间延长,司法无法实现公民对权利保护的合理期待,无力回应合理时间内保护权利的要求。在当今这个瞬息万变的时代,公正与效率是知识产权司法保护的两大要旨。没有进入实体审理,没有查清案件事实,当事人的权利义务处于不确定,侵权行为的持续发生往往给权利人造成更大的损害。以商标侵权案件为例,若是案件实体审理后,认定当事人侵权,需要承担赔偿责任,赔偿数额认定的依据是原告已经提交的证据,对于诉讼期间

所受到的损害,因没有取证而无法计入判赔考量范围,最终权利人可能赢了官司,却丧失商机和市场份额,换言之,审理周期越长,权益损害越大。诚如周强院长在十三届全国人大五次会议上的《最高人民法院工作报告》中指出的:“不让权利人赢了官司输了市场”“支持对滥诉者索赔合理开支,对恶意诉讼阻碍创新行为说‘不’”。

### 2、滥用管辖权异议,耗费司法资源,损害司法权威。

任何诉讼均需要耗费国家的司法资源,管辖权异议处理的虽是程序性问题,但在法律文书的送达、上下级法院之间、跨地域法院之间案卷的移送流转,再加上异议审查,却耗费大量的时间成本和司法资源。人们将纠纷提交法院处理,是基于对公权力和司法权威的信任,期待通过审判,权益能够得到有效保护,纠纷能够及时化解。但是由于当事人滥用管辖权异议制度,阻却人民法院对案件实体问题的审理,导致当事人之间的权利义务关系无法明确,诉讼效率大为降低,司法权威和司法公信力备受损害,社会的诚信机制倍受冲击。

## (三)民事诉讼活动应当遵循诚信原则。

《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条规定,民事诉讼应当遵循诚信原则。当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。诚信原则作为民法最为重要的基本原则,素有“帝王条款”之称,是从事民事活动中所有民事主体都要遵守的重要原则。具体要求是讲诚实、守信用,以善意的方式行使权利、履行义务。管辖权异议是当事人的诉讼权利,当事人有权在法律规定范围内进行处分,但其行使也应当遵循诚信原则。滥用管辖权异议制度,属于违背诚信原则的诉讼行为,严重背离减轻当事人讼累、提高司法效率的制度要旨,在司法实践中应当禁止。

## 四、结语

管辖权异议是保障当事人程序性权利,提高当事人程序主体性地位的的制度安排,在司法实践中,需要明确管辖权异议的审查范围,准确把握程序性审查和实体性审理的边界,高效审理,以发挥其应有的制度价值。

(作者单位:汕头市中级人民法院)



# 在公共场所当众实施 强奸、猥亵未成年人犯罪的审理思路

## —— 张某明猥亵儿童案

谷战春

### 要点提示：

司法实践中，对在公共场所当众实施强奸、猥亵未成年人犯罪案件的处理中，公共场所与当众的认定是前提基础，情节恶劣与否是能否适用加重处罚的关键。“公众场所”应结合涉众性特性进行判断，“当众”则应具备众人在场的现实性和众人看到的可能性特点，“情节恶劣”可结合行为对人身权利侵害的严重性、对社会公共秩序侵害的扩张性以及行为人主观的恶劣性等方面进行综合考虑，融入罪责刑相适应原则和刑法谦抑性原则，在严厉惩治性侵害未成年人犯罪的同时，做到法律效果与社会效果相统一。

### 案例索引：

一审：汕头市澄海区人民法院(2020)粤0515刑初801号。

二审：汕头市中级人民法院(2021)粤05刑终158号。

### 一、案情

原公诉机关：汕头市澄海区人民检察院。

原审被告：张某明。

被告人张某明在其租住的澄海区广益街道某小区402房客厅私自开办书画培训班。2020年8月20日15时许，被害人陈某(女，2011年11月17日出生)到该小区402房找被告人张某明学习书法，在场另有三名小朋友在学习画画。被告人张某明借指导陈某书法之机，站到陈某身侧，弯下腰用手掀起

陈某的裙子，将手伸进陈某内裤，用手抚摸陈某的外阴部，陈某阻止并说“老师，不要”。回家后，陈某将被张某明猥亵一事告知其父母。2020年8月21日凌晨，陈某的父亲报警。

2020年8月21日，被告人张某明在上述402房被公安机关抓获。

2020年11月6日，被告人张某明的家属对被害人进行经济赔偿，被害人对被告人张某明表示谅解，书面请求对被告人张某明从轻、减轻刑事处罚。

### 二、裁判

澄海区人民法院一审认为：被告人张某明无视国家法律，在公共场所当众猥亵儿童，其行为已构成猥亵儿童罪。被告人张某明在其租用的房屋内私自开办书画培训班，对外招生，并将其租用房屋的客厅改为教室，用于书画培训，故案发地点是向前来书画培训的不特定人开放的，应当认定为公共场所。且张某明实施猥亵行为时，另有三名人员在场，符合当众的特点。本案发生在2020年8月20日，当时的《中华人民共和国刑法》第二百三十七条规定在公共场所当众猥亵儿童的，处五年以上有期徒刑。2021年3月1日起施行的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》将刑法第二百三十七条第三款修改为：“猥亵儿童的，处五年以下有期徒刑；有下列情形之一的，处五年以上有期徒刑：(一)猥亵儿童多人或者多次的；(二)聚众猥亵儿童的，或者在公共场所当众猥亵儿童，情节恶劣的；(三)造成儿



童伤害或者其他严重后果的；(四)猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。”被告人张某明猥亵被害人1次,猥亵手段较为隐秘,虽有他人在场,但没有证据证实在场人员知道被告人张某明实施了猥亵行为,认定被告人张某明情节恶劣的依据不足。故根据从旧兼从轻的原则,对被告人张某明适用修正后《中华人民共和国刑法》第二百三十七条第三款之规定,对被告人张某明处五年以下有期徒刑。被告人张某明猥亵儿童,依法从重处罚。案发后,被告人张某明通过家属赔偿被害人的经济损失,取得被害人的谅解,可予以从轻处罚。其虽然当庭表示认罪,但未如实供述其犯罪事实。依照修正后的《中华人民共和国刑法》第二百三十七条第三款、第十二条第一款、第三十七条之一第一款之规定,作出判决如下:

一、被告人张某明犯猥亵儿童罪,判处有期徒刑三年六个月。

二、禁止被告人张某明自刑罚执行完毕之日或者假释之日起五年内从事未成年人教育培训相关职业。

宣判后,原审被告人张某明不服提出上诉,认为案发场所属于私人住宅,空间相对封闭。案发时其他三名学生与被害人所处环境属于两个空间,因此不能认定为公共场所。

汕头市中级人民法院二审认为:本案案发地点为上诉人张某明租用的房屋客厅,张某明将该客厅改为教室,私自开办书画培训班,对外招生,且案发当时,还有三名学生在该教室内培训画画。因此,案发地点是一个相对开放和非隐蔽的空间,属公共场所。原审判决认定事实清楚,证据确实、充分,适用法律正确,定罪准确,量刑适当。故裁定驳回上诉,维持原判。

### 三、评析

性侵害是未成年人遭受犯罪侵害的主要犯罪类型。近年来,性侵害未成年人犯罪案件频发,其中,以强奸、猥亵未成年人犯罪最为常见。特别是在公共场所当众实施强奸、猥亵未成年人犯罪,不仅给受害人及其家庭带来严重的伤害,同时也挑战

着社会道德的底线。司法实践中,存在对公众场所的认定、司法解释的适用方面的一些误区,在《刑法修正案(十一)》第二十八条对猥亵儿童罪增设独立的法定刑情况下,笔者结合本案处理对在公共场所当众实施强奸、猥亵未成年人犯罪案件的审判思路进行梳理,为严厉惩治这类犯罪行为做一些有益探索。

### 一、法律规定与适用的现状

在公共场所当众强奸、猥亵未成年人犯罪中,“公共场所当众”的认定,是定罪量刑的一个重要前提问题,关系到加重处罚情节的适用,影响甚大。长期以来,司法实践中主要是依据2013年实施的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《性侵意见》)第23条的规定来予以认定。但是由于法规对公共场所采取列举式的规定,审判人员对公共场所的认定容易出现随意性,特别是对不在明确列举范围内的其他“公共场所”理解不一,不同法院同案不同判,甚至同一法院不同判的情况均现实存在,影响了裁判的统一性,主要是未能较好地结合公共场所涉众性的根本性特点进行界定。

《性侵意见》第23条规定,在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪,只要有其他多人在场,不论在场人员中否实际看到,均可以依照刑法第二百三十六条第三款、第二百三十七条的规定,认定在公共场所“当众”强奸妇女,强制猥亵、侮辱妇女(注:《刑法修正案(九)》已将“强制猥亵、侮辱妇女”修改为强制猥亵他人或者侮辱妇女),猥亵儿童。对于本条的适用,由于未能对“可以”依照的规定有实质把握,导致一些判罚罪责刑不相适应。

2021年3月1日起实施的《刑法修正案(十一)》第二十八条对猥亵儿童罪增设了独立的法定刑,并设置了四种应处五年以上有期徒刑的情形。其中,在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的,处五年以上有期徒刑。从表面上看,这与修正前的规定差别较大。但实质上,该条规定与《性侵意见》第23条规定的内容法律本质是相通的,加重处罚必须考虑



行为人犯罪情节是否严重、恶劣,考虑基本犯与加重犯社会危害性方面的大小,做到罪责刑相适应。

## 二、对《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第23条的理解

《刑法》第二百三十六条、第二百三十七条对在公众场所当众实施强奸、猥亵犯罪加重处罚作出了规定,可以说,对“公共场所当众”的认定,关系到对加重处罚的选择适用。笔者认为,对《性侵意见》第23条的规定可结合三个方面进行理解。

首先,公共场所应具有涉众性的对象特征和供多人使用的功能特征。公共场所,仅从文义上狭义理解,一般是指车站、码头、公园、街道及其他不特定人员可以随意进出、使用的场所。公共场所系相对于私人场所而言具有由多数人进出、使用的功能特征。刑法上尚无对公共场所的直接界定,《刑法》第二百九十一条规定,聚众扰乱车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所秩序,聚众堵塞交通或者破坏交通秩序,抗拒、阻碍国家治安管理工作人员依法执行职务,情节严重的,对首要分子,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]18号)第五条规定的公共场所与《刑法》第二百九十一条的规定大致相同,且均采取列举的方式明确了几种典型的公共场所的范围。结合上述法律及《性侵意见》第23条的规定来看,可以明确《刑法》第二百三十六条第三款、第二百三十七条关于公共场所的界定应当具有涉众性的对象特征和供多数人进出、使用的功能特征。涉众性的对象特征包括特定人员和不特定人员,不特定人员符合涉众性的基本特点,而对于特定性人员是否符合涉众性的特点,在理论界与实务界仍存在一定争议。比如校园,校园是供学生学习使用的专门场所,一定时期内使用人员相对固定,仅从狭义的角

度考察,似与一般意义上的公共场所有所不同。但校园并非私人场所,而是供多数学生使用,具有相对的涉众性。《性侵意见》第23条将校园解释为“公共场所”,并未超出“公共场所”的概念所能包含的最广含义,也符合一般公民的理解和认知,属于合理的扩大解释。当然,从传统意义上看,场所不包括无形的空间,但随着科技的进步和社会生活的日益复杂多元化,在信息网络时代,犯罪不仅仅只是发生在现实的空间,有的犯罪也可以发生在网络空间,比如破坏计算机信息系统罪。为了将一些新的涉信息网络类犯罪纳入管理,2013年,最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条第二款首次将信息网络空间界定为公共场所,2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》第7条第二款也作了相似的规定。为区分,本文仅从传统意义上探讨公共场所的含义。

其次,案发时应有其他多数人在场,且不论在场人员是否实际看到。一是要具备“众”的现实性。即案发时,须有其他多人在现场。二是要具备“当”的客观性。即其他多数人客观存在于行为发生时,不论众人是否现实地看到,也不论行为人或被被害人是否知晓众人实际看到。而“当”的主观性是指行为人自身是否知悉行为时被众人实际看到。三是要具备众人看到的可能性。“当众”虽不要求在场人员实际看到,但基于“当众”概念的一般语义及“当众”情节即升格法定刑幅度的严厉性,从空间上来讲,其他在场的多数人一般要在行为人实施犯罪地点视力所及范围之内,也就是说,性侵害行为处于其他在场人员随时可能发现、可以发现的状况<sup>①</sup>。

最后,应把握“可以”而不是“应当”认定为在公众场所当众强奸妇女,强制猥亵他人或者侮辱妇



<sup>①</sup>周峰、薛淑兰、赵俊甫、肖凤《〈关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2014年第01期。



女,猥亵儿童。《性侵意见》作为司法适用的指导意见,适用时同样要贯彻罪责刑相适应原则,落实谦抑性的要求。刑法规定对在公众场所当众犯罪加重处罚主要是基于行为对人身权利侵害的严重性、对社会公众秩序侵害的扩张性以及行为人主观的恶劣性三方面考虑。在公共场所当众性侵害未成年人,必将对被害人心理造成极大的伤害。同时,不仅侵犯了未成年人的人身权利,也对社会公共秩序和公序良俗产生负面影响。且行为人不顾及在场其他人员可能发现而故意为之,也表明行为人往往具有较大的主观恶性。罪责刑相适应原则要求对犯罪分子量刑时,应根据其所犯罪行的性质、情节和对社会的危害程度来决定,使罪刑相适应,罚当其罪。刑法谦抑性要求司法实践中应当结合案情综合分析,考虑基本犯与加重犯在实质社会危害性方面的差别大小,做到加重处罚合乎比例原则。比如猥亵行为,应综合考虑猥亵的手段、针对的身体部位性象征意义的大小、持续时间长短、对被害人身心伤害大小、对社会风尚的冒犯程度等因素,对刑罚的必要性予以实质把握。司法实践中,对一些场所符合《性侵意见》第23条等规定的“公共场所”范畴却不予甚至不敢认定,称为不是刑法意义上的公共场所,主要是未能把握法律条文的实质含义。

### 三、《刑法修正案(十一)》第二十八条第(二)点适用问题

修正前的《刑法》第二百三十七规定,猥亵儿童的,依照前两款的规定从重处罚。即如果强制猥亵儿童的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并从重处罚;在公众场所当众强制猥亵儿童的,处五年以上有期徒刑,并从重处罚。对比刑法新旧法律条文,关于在公众场所当众猥亵儿童的,修正前后的规定差别甚大:一是新法没有关于从重处罚的表述。二是关于处五年以上有期徒刑的情形,旧法为在公共场所当众情形,新法则要求要同时满足在公共场所当众及情节恶劣情形两个条件。笔者看来,新法的规定与《性侵意见》第23条的规定具有相似的法律本义,如前文所述,《性侵意见》第23条虽然比较明

确地限定了“公共场所”和“当众”的适用范围,但并不意味着只要符合《性侵意见》第23条所规定的情形,在司法实践中就一律适用刑法第二百三十六条第三款、第二百三十七条加重处罚的规定。毕竟,《性侵意见》出台于2013年,而在这之后刑法已经历了三次修订,特别是《刑法修正案(十一)》对猥亵儿童罪单独确立法定刑,明确加重处罚要同时满足在公共场所当众和情节恶劣两个条件。可以说,《刑法修正案(十一)》关于猥亵儿童罪加重处罚的规定也为司法实践中正确适用《性侵意见》第23条提供了方向指引。

司法实践中,对于猥亵儿童罪的处理,首先应结合《性侵意见》第23条等规定对公众场所当众进行依法判断。其次应根据《刑法修正案(十一)》第二十八条第(二)点的规定分析行为是否符合情节恶劣情形,包括行为人的主观恶劣性、对人身权利侵害的严重性,对社会公众秩序侵害的扩张性等方面。最后结合《性侵意见》第2条等规定,对该犯罪行为,依法从严惩治。虽然修正后的刑法没有关于从重处罚的表述,但依据《性侵意见》第2条、第25条的规定,对于该类犯罪仍应当依法从严惩治。当然,若缺乏明确法规可适用的情况下,其他性侵害未成年人犯罪案件也可以参照这一审理思路进行。

### 四、本案的处理具备合理性

本案争议的焦点一是张某明的行为是否符合公众场所当众的情形,二是张某明行为是否属情节恶劣。因本案发生在《刑法修正案(十一)》对猥亵儿童罪修正之前,判决在修正之后,这又涉及从旧兼从轻原则的适用问题。

本案在处理上,首先对案发地是否系公众场所进行依法界定,其次对情节是否恶劣进行合理判断,最后是量刑中适用了从旧兼从轻原则和把握了从严惩治要求。分析如下:

#### (一)对在公众场所当众依法进行界定

本案的案发地点为上诉人张某明租用的房屋客厅,张某明将该客厅改为教室,私自开办书画培训班,对外招生,是一个相对开放和非隐蔽的空间。该培训教室似与一般意义上的公共场所有所不同。



但该教室并非纯私人场所,而是供培训学生使用,具有相对的涉众性,可将该培训教室认定为公共场所。

案发当时,还有其他三名学生在该教室内培训画画,具备“众”的现实性,也具备“当”的客观性和众人看到的可能性。虽然张某明实施猥亵行为时,在场其他人员并未实际看到,但在培训教室这一个较小空间范围内,其他在场人员随时可能发现、可以发现张某明的行为。

### (二)正确适用从旧兼从轻原则,从重处罚

刑法第十二条第一款规定,中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。从而确立了我国刑法刑法溯及力“从旧兼从轻”基本原则,

从旧兼从轻原则是我国现行刑法的一项适用原则,从旧即适用行为时法,从轻即适用审判时法。从旧与从轻并不是并列的关系,而是以从旧为原则,以从轻为补充,即在新法生效前行为已经终了的,原则上均适用旧法(行为时法),只有当新法(审判时法)认为该行为不构成犯罪,或者处刑更轻时,基于有利于被告人的考虑,才适用新法。本案的事实发生《刑法修正案(十一)》实施之前,判决在《刑法修正案(十一)》实施之后,而《刑法修正案(十一)》第二十八条对猥亵儿童罪增设独立的法定刑,这就涉及到猥亵儿童罪新旧法规的适用选择问题。

如前文所述,公共场所当众猥亵儿童的,修正前的刑法第二百三十七规定为处五年以上有期徒刑,并从重处罚;修正后的刑法规定为在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的,处五年以上有期徒刑。简单对比,可以看出新法多了一个情节恶劣的要求,少了从重处罚的表述。但《性侵意见》第2条、第25条明确,对于性侵害未成年人犯罪,应当依法从严惩治;针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪的,应当从重处罚。所以本案量刑是否能适用五年以上法定刑,集中在情节恶劣的认定问题。结合行为人的主观恶劣性、对人身权利侵害的严重性,对社会公众秩序侵害的扩张性三方面来看,本案张某明实施猥亵行为1次,没有采取暴力、胁迫的方法强制猥亵,持续时间较短,未造成被害人受伤,且手段较为隐秘,也未有证据证实其他在场人员看见张某明实施猥亵行为。即行为人主观和客观上均没有想将猥亵行为公之于众的恶劣性,对被害人人身权利侵害较轻微,对社会公共秩序损害度较低,可认定不符合情节恶劣情形。

综上,适用从旧兼从轻原则,本案应选择五年以下有期徒刑法定刑进行量刑判处。根据被告人张某明犯罪的事实,犯罪的性质、情节和社会危害程度,同时,结合案发后被告人张某明赔偿被害人的经济损失并取得被害人的谅解,当庭认罪,依据《性侵意见》第2条、第25条等规定对被告人张某明依法予以判处。

(作者单位:汕头市中级人民法院)





# 镇政府、街道办有确认农村集体经济组织成员资格及待遇的行政管理职责

——原告谢某娥、谢某梓诉被告汕头市龙湖区外砂街道办事处、第三人汕头市龙湖区外砂街道蓬中村民委员会不履行行政管理职责一案

杨捷

**摘要:**根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(下称:《地方组织法》)、《中华人民共和国村民委员会组织法》(下称:《村委会组织法》)和关于集体经济组织的相关法律、法规的规定,镇政府、街道办对辖区内村民确认其农村集体经济组织成员资格及待遇的申请具有行政管理职责,有监督、责令村委会和农村集体经济组织改正其错误自治行为的职权,不能以法律没有直接明文规定为由规避履行职责。

## 案件索引:

一审:(2020)粤0511行初35号

二审:(2021)粤051行终3号

## 一、基本案情

原告:谢某娥、谢某梓。

被告:汕头市龙湖区外砂街道办事处(下称“外砂街道办”)。

第三人:汕头市龙湖区外砂街道蓬中村民委员会  
原告谢某娥、谢某梓的户籍地址均在广东省汕头市龙湖区外砂镇蓬中村新兴区5巷21号,均为农业家庭户口。2020年1月7日,广东威律师事务所律师刘斌、许伟建通过EMS快递(邮件号码:1020598508633)的方式向被告外砂街道办邮寄二原告的《行政处理申请书》等申请材料。该件于2020年1月8日被收件,于2020年1月10日10:37:37由“汕头市城区营业部外砂”的投递员安排投递,同日14:40:29送达外砂街道办,邮件状态记录为“已签收,他人代收”。外砂街道办在收到二原告申请之日起两个月内未予处理或答复。

二原告在申请书中列明的申请事项为:确认二原告是第三人的集体经济组织成员,享有与其他村民平等的权益,请求补发相关待遇、恢复二原告的村民选举权和被选举权、请求二原告享有与其他成员平等的农村土地承包经营权。

## 二、裁判理由及结果

汕头市金平区人民法院经审理认为,根据《地方组织法》第五十九条第六项、第九项,第六十八条第三款以及《村委会组织法》第二十七条第三款的规定,被告外砂街道办作为汕头市龙湖区人民政府的派出机关,针对其辖区内二原告关于集体经济组织成员资格和待遇等的行政处理申请,有依法进行行政管理的法定职责。

根据EMS快递底单显示,邮件内件品名载明是谢某娥、谢某梓的申请书、证据等材料,收件单位为“汕头市龙湖区外砂街道办事处”,收件人为“办公室”,收件地址虽与被告依法登记的机构地址在文字表述上不尽相同,但所表达的地址信息一致,主体明确。综合前述信息,可以确认该邮件是将二原



告的申请书、证据等材料邮寄给外砂街道办。该邮件的查询结果显示已于2020年1月10日到达汕头市外砂地区,被邮递员安排投递并被签收,在没有证据足以证明投递员未将该邮件送达外砂街道办的情况下,法院对上述邮件信息所反映的送达事实予以认可。被告外砂街道办关于其没有收到该邮件的主张缺乏事实依据,其收到原告谢某娥、谢某梓于2020年1月7日寄出的行政管理申请材料后,在法定期限内未予处理或答复,金平法院据此判决确认外砂街道办不履行行政管理法定职责违法;责令外砂街道办在本判决生效之日起60日内对原告谢某娥、谢某梓于2020年1月7日寄出的申请材料作出行政处理或答复。

判决后,外砂街道办提起上诉,汕头市中级人民法院经审理,判决驳回上诉,维持原判。

### 三、案件评析

#### (一)诉权之辩

本案是行政不作为纠纷案件,因此,法院所审查的只是“入门条件”,即街道办事处有没有对二原告的申请作出行政处理的法定职责。对此,学术界和实务界都存在不同的观点。

持否定观点的以(2020)最高法行申4278号《行政裁定书》为例,认为根据《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条的规定,是否认定为集体经济组织内部成员系人民法院在审理承包地征地补偿款分配民事案件中需要确认的事实,不应也无需由行政机关先行确认。同时,根据现行法律法规的规定,对于村民是否具有本集体经济组织成员资格的认定,不属于行政机关职责范围,更不属于通过单独提起行政诉讼由人民法院进行审查的事项。

但在广东,近年来已经受理并审结了大量“集体经济组织成员资格待遇”类型的行政诉讼案件。以广东省法院的观点为例,认为村民请求确认其集体经济组织成员资格,属于乡、镇人民政府和街道办的行政职责范围,行政机关有依法监督和纠正错误自治行为的法定职责。目前,对于集体经济组织成员资格纠纷,珠三角部分城市已经形成“乡、镇、街道

行政处理-政府行政复议-法院行政诉讼”的纠纷解决机制,运行效果良好,而且相关判决的法律效力也未被最高法院通过审判监督程序所否定。

最高法院和广东省法院的案例,乍一看似有矛盾之处,实际上应理解为裁判角度的考虑和侧重点有所不同。

在(2020)最高法行申4278号《行政裁定书》中引用的《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条,其中关于集体经济组织成员资格的认定规则,是在农村承包地征地补偿分配纠纷案件中适用的。集体经济组织成员资格是获得农村征地补偿的基本入门要件,而且征地补偿往往涉及基础工程建设或城镇发展规划,如果采取先由行政机关确认资格的方式,则可能面临就此行政处理行为提起的行政诉讼,待行政判决生效后,再对征收补偿纠纷提起诉讼的情形,导致征地进程拖沓,也必然给原告造成讼累。司法解释将成员资格的确认规定为法院审理农村承包地征地补偿分配纠纷时应当审查认定的内容,有利于一次性解决有关争议。

但我们也要看到,集体经济组织成员资格所涉及的权益不仅仅是农村承包地的征地补偿权益,还有集体经济组织的收益分配权益、有关事项的决策权以及享受其他福利待遇的权益。对于后者,法律并未排斥行政权的行政管理职能。对于村民以集体经济组织否认其成员资格,进而侵犯其收益分配权益等福利待遇时,法理上很难引用《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条的规定否定其向行政机关申请行政处理的权利,进而难以否定其诉权。相反,广东省颁布了地方政府规章《广东省农村集体经济组织管理规定》,明确了农村集体经济组织成员资格的确认条件和程序,成为广东省行政机关依法行使对农村集体经济组织监督权的依据。况且,多年的实践可以证明,珠三角地区的集体经济组织成员资格纠纷解决机制运行良好,通过人民法院的公正裁判,督促行政机关积极行使法定职责,保障了广大人民群众的救济权利,特别是大量案例申明



了“外嫁女”在集体经济组织成员资格及待遇上与男子享有平等权利,保护了广大农村妇女的合法权益,取得很好的社会效果。

行政诉讼受案范围经历了“由窄到宽”的发展进程,这其中所反映的背景因素,是行政诉讼制度的不断成熟,以及行政诉讼实际解决纠纷能力的不断提升。对于法院有能力通过诉讼方式解决的行政纠纷,将其纳入受案范围是有现实意义的。广东作为改革开放的排头兵,立法、司法水平在全国处于领先水平,在解决农村集体经济组织成员资格及待遇纠纷问题上敢于先行先试,形成了较为成熟的裁判思路,产生了良好的社会效果,能为最高法院未来统一裁判尺度提供改革经验。

### (二)行政监督管理权与自治权之辩

法律、法规并没有明确规定行政机关对村民委员会和农村集体经济组织的具体行政管理职责,只能根据《地方组织法》《村委会组织法》等相关规定进行综合分析。《广东省农村集体经济组织管理规定》第四条也规定了人民政府对农村集体经济组织的监督权,此“监督权”究竟是否包括对农村集体经济组织成员资格的确认权,是乡、镇人民政府和街道办能否行使相关行政管理职能的重要依据。

如果只是将法律规定的监督权理解为“监督”,即行政机关只能督促自治组织自行改正违法行为,而不能通过行政强制力直接纠正错误自治行为,将导致村民的集体经济组织成员资格问题只能以村集体自治的唯一方式解决,并以自治的名义在村集体内部“兜兜转转”,行政权力无从过问,村民的基本权利将失去行政救济和司法救济途径。一旦如此,男女平等和保护妇女、儿童合法权益的相关法律规定就会沦为具文,村集体的自治权将脱离宪法和法律的约束,成为不受任何实际监督的权力,村规民约也会成为不受约束的“霸王条款”,无疑不利于村民权益的保障,也不利于村集体自治的健康发展。

村民委员会和农村集体经济组织作为依法行使自治权的组织,对内部事务可以在法律框架内依法自治,通过民主程序体现集体成员意志,行政机关对此应当予以尊重。但农村集体经济组织成员

资格是关系农民生存权、发展权的一项基本权利,村民委员会和农村集体经济组织制定的自治章程、村规民约等制度文件如果违反国家法律,以自治之名侵犯村民的基本权益,实际上已经超出了自治范畴,行政权力依法应当干涉,纠正错误的自治行为。

笔者认为,作为一项行政监督权,只有在行政权强制力的保障下才能得到落实,真正起到监督的作用,也才能确保人民政府能有效行使保障公民财产、权利的职责,维护男女平等原则。据此,作为一项行政行为,自然可以纳入人民法院行政诉讼的受案范围,让村民的合法权利得到司法救济。

### (三)本案的现实意义

汕头农村地区群众思想相对保守,许多村规民约都规定了妇女出嫁后将丧失原集体经济组织的成员资格,只能通过户口迁移到夫家的方式取得夫家所在集体经济组织的成员资格,这是典型的“出嫁从夫”封建思想的余毒。如果农村妇女出嫁后户籍仍保留在原集体经济组织所在地,其作为“外嫁女”及其所生子女都不再被视为原集体经济组织的成员,也无法享受相关成员待遇;部分村集体规定了只有“纯生女户”才可以保留一个女儿及其子女的成员资格,只允许一个赘婿成为本集体经济组织成员。而对于集体经济组织成员中的男子就没有此种限制,不管家中有几兄弟,都可以成为集体经济组织成员,男成员的配偶和子女也都能成为集体经济组织成员。这种重男轻女的村规民约与宪法和法律规定的男女平等原则背道而驰,严重损害广大农村妇女、儿童的合法权益。

对于这种封建传统遗留下来的村规民约,镇政府、街道办往往采取“多一事不如少一事”的态度,以牺牲少数“外嫁女”及其配偶、子女的权益为代价,维持农村现状的稳定。行政机关的不作为、懒政导致“外嫁女”的权益受损无法通过申请行政处理获得救济。因此,本案对规范汕头市各镇政府、街道办积极履行对集体经济组织成员资格及权益问题的监督管理职能,切实保障广大农村妇女、儿童的平等权益具有典型的指导意义。

(作者单位:汕头市金平区人民法院)



# 徐某连、李某建等诉黄某周、 黄某钦等生命权纠纷案

——共饮者未尽安全注意义务需承担相应侵权责任

陈桂生 曹思漫

## 【关键词】

共同饮酒 安全注意义务 侵权责任

## 【裁判要旨】

共同饮酒行为中,共饮者之间对互相的人身安全负有一定的注意义务,对具有合理可预见性的危险状况,若行为人因疏忽而未能预见或未采取措施预防、制止,放任酒友进行不当危险行为,导致损害结果发生,则行为人应就其安全注意义务的不作为对损害结果的发生承担侵权责任。

## 【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。”第一千一百七十二条:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担责任。”第一千一百七十三条:“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的,可以减轻侵权人的责任。”

## 【案件索引】

一审:广东省汕头市潮阳区人民法院(2021)粤0513民初1934号(2021年11月5日)

## 【基本案情】

原告徐某连等5人诉称,其亲属即死者李某娜为贰级精神残疾,非完全民事行为能力人。黄某周等五被告在明知其具有精神残疾的情况下,还主动邀约其一同喝酒,并在与其喝酒过程中没有尽到劝阻义务,在聚餐结束后,又任由其一人独立骑摩托

车回家,造成了李某娜因交通事故死亡的后果,依法应当承担相应的损害赔偿责任,故请求由五被告赔偿各项相加总额1249577.3元,按30%过错责任计算为374873.19元。

被告黄某周、林某斌辩称,与李某娜认识时间不长,并不知道其有精神残疾,当晚是李某娜主动邀约喝酒,离开KTV时亦有对其醉驾行为进行劝阻。

被告黄某钦、廖某鑫、林某鑫辩称,他们与李某娜并不认识,不知道其有精神残疾,当晚到场时间短,且已尽到劝阻义务。

法院经审理查明:2021年6月19日,李某娜相约林某斌、黄某周至当地一KTV喝酒。当夜10点多时黄某周、李某娜、林某斌先后到场,后三个人开始喝酒。6月20日凌晨1时30分左右,林某斌再约了黄某钦到该KTV,同行一起到场的有廖某鑫、林某鑫。2时15分左右开始散场,各人陆续从KTV出来。李某娜要自己开摩托车回家,林某斌阻止无果。当时,五被告见李某娜已是醉酒状态,劝其不要开车,但李某娜坚持要自己开摩托车回家。随后,林某鑫驾驶摩托车承载黄某钦,廖某鑫自己开摩托车,3人先离开;李某娜自己开摩托车快速超过林某鑫等人,林某斌开摩托车、黄某周开小汽车紧跟在李某娜后边相继离开KTV。途中,李某娜驾驶摩托车碰撞路边轮胎摔倒,由黄某周报120急救,120救护车到场后医生确认李某娜死亡并报警。公安部门到场处理,各被告便先后回家。6月29日,汕



头市公安局潮阳分局交通警察大队作出道路交通事故认定书,载明李某娜在未取得机动车驾驶证的情况下,夜间醉酒驾驶无号牌机动车上路行驶时,没有降低行驶速度,且对路面情况估计不足,没有按照操作规范安全驾驶,是导致事故发生的全部过错原因。

### 【裁判结果】

广东省汕头市潮阳区人民法院于2021年11月5日作出(2021)粤0513民初1934号民事判决书,判决:被告黄某周应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告徐某连等5人34049.08元;被告黄某钦应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告徐某连等5人11349.69元;被告廖某鑫应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告徐某连等5人11349.69元;被告林某斌应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告徐某连等5人26482.62元;被告林某鑫应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告徐某连等5人11349.69元;被告黄某周等5人对上述赔偿义务互负连带责任;驳回原告其他诉讼请求。判决已发生法律效力。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为:原告提交的是死者李某娜的二级精神残疾证复印件并自述李某娜平常有吃药,看不出有症状且正常上下班,案发当天李某娜精神状态未有异常,故原告主张五被告明知李某娜有精神残疾而约其喝酒的依据不足,不予认定。李某娜作为正常成年人,主动邀约他人饮酒,应当明知酒后驾驶机动车的危险性,但其未尽自身安全注意义务,不听劝阻并执意酒后驾驶摩托车上路,以致发生撞击摔倒死亡的交通事故,应由其本人承担最主要的责任。五被告基于与李某娜共同喝酒等先行行为,相互之间形成特殊的安全注意和相互保障义务,均有义务采取一定措施防止李某娜发生危险。饮酒结束后,五被告虽认识到酒后驾驶机动车的危险性并对李某娜酒驾行为进行一定劝阻,但在李某娜执意要开车时仍放任其自己驾车回家,实际上未做到有效劝阻,没有完全尽到安全防范和照顾义务,对其死亡结果存在一定过错,故酌定由五被

告承担10%的赔偿责任。在此基础上,被告黄某钦、廖某鑫、林某鑫与李某娜并不认识,到场时间短,黄某周、林某斌作为李某娜的朋友,与李某娜相约喝酒且时间较长、喝酒较多,两人应比其他入尽更多的安全注意义务;而在李某娜酒后要驾驶机动车离开时,相较于黄某周,林某斌有做出拿走李某娜摩托锁钥不让其驾车等劝阻行为,其责任承担应比黄某周略轻。故综合本案的实际情况,在五被告应承担的责任范围内,由被告黄某周、林某斌承担主要的赔偿责任,被告黄某钦、廖某鑫、林某鑫承担次要的赔偿责任。

### 【案例注解】

本案争议的焦点是五被告是否需要为李某娜的死亡承担责任以及承担责任的比例。这主要涉及到共同饮酒行为中共饮者的安全注意义务及是否有过错需要负担侵权责任。在此,对其中的可归责性、判定标准和责任划分等内容进行简要分析。

#### 一、民法上的注意义务及其判定标准

民法上,为保护合法权益,对于法律调整范围之外的不产生权利义务关系的行为,如果行为人在特定环境下能够合理预见其行为可能对他人造成人身或财产的损害,则应该采取合理的注意以避免损害结果的发生,即所谓的注意义务。注意义务的理论基础来自近邻规则理论,一个人在作为或不作为时应当充分考虑与自己行为有紧密关系的邻人的利益,注意避免给一定范围内的邻人造成损害。每个社会成员在社会生活中都要相互履行这一义务,努力降低自身行为对他人人身财产安全的危险性,以减少损害事故的发生,进而维护社会和谐稳定。

注意义务本质上是一种过失责任,其判定标准和履行范围是判定行为人是否需要承担责任以及承担责任份额的重要依据。因此,在注意程度的认定上应结合个案具体情形,既要求尽到必要的注意,又不能强加过多的作为义务,需兼顾保护受害人的合法权益与行为人的自由活动权利,为社会大众所接受。

(一)专业标准。对属于特定契约关系范围内



的情形,判断民事主体是否负有注意义务及程度要求,与其特定的法定职责、工作内容等密切相关。例如从事特定职业或营业的人员、具有相应知识技能或专业资格的专家学者等,较普通人而言,在与之相关的特定领域内更占据优势地位,应负有更高要求、更为谨慎的注意义务。《中华人民共和国民法典》第1198条便规定,经营场所、公共场所的经营者、管理者或群众性活动的组织者,应尽合理限度范围内使他人免受损害的安全保障义务。

(二)一般人标准。对不属于特定契约关系的情形,判断行为人是否违反注意义务,或是注意义务是否完全履行到位,则不能一概适用专家、行业或专业标准,而是应以一般人标准对其进行要求,即根据一个普通理性人所掌握的知识技能和社会经验,损害结果的发生是否具有合理的可预见性。这里排除了无法预料的意外突发情况,只有对以普通人的认识和判断能够预见的危险,行为人因疏忽而没有预见或未采取合理措施预防,行为人才对损害结果的发生负有责任。

## 二、共饮者安全注意义务的履行范围和侵权责任

相约或组织参与喝酒是社会交往活动中常见的一种情谊行为,共饮者之间不存在约定或法定的权利义务关系,但酒精的作用会对饮酒者的神智和控制力造成影响,使其人身、财产安全处于一种比正常情况下更为危险的状态,此时如果从事驾驶、高度危险作业等行为,会对其自身、他人乃至社会公共安全造成严重威胁,具有潜在危险性。而基于共同饮酒这一先行行为,以及引起的醉酒危险状况,共饮者之间具有紧密的人身关系,形成法律拟制的邻人关系,对相互的人身安全负有一定的安全注意义务。

(一)赋予共饮者安全注意义务的必要性。从法理视角看,在共饮者之间设立安全注意义务,具有显著的正当性和现实必要性。一方面,随着社会的迅猛发展,个体利益的多元化程度不断加深,不同利益之间的冲突越发频繁。根据利益衡量原理,为合理平衡相互冲突的利益,需要确定各种利益的

价值位阶,对应实现不同程度的保护,使其中某种利益得到优先实现。在共同饮酒行为中,行为人的活动自由利益与受害人的生命健康、财产利益相冲突,显然,根据社会主流价值取向,生命健康权是最基本、最重要的权利,合法的财产利益也优于非必要的行为利益,在此设立安全注意义务,正是基于对生命健康、财产利益的优先保护,促使行为人采取合理的注意,维护安全、理性的共同饮酒状态。另一方面,共饮者之间相互负有安全注意义务,亦符合经济效益原理的要求,以履行劝告、提醒、通知等行为的较小的社会成本,争取产生预防或阻止损害发生的较高的社会效益,有利于最大限度增加社会财富,实现整体效益的最大化。

(二)共饮者安全注意义务的侵权责任。安全注意义务惩罚的不是共同饮酒这一先行行为,而是违反注意义务的行为。根据生活经验判断识别,赋予共饮者的安全注意义务主要包括以下三类:一是喝酒过程中的提醒、劝告义务,劝酒应在合理限度内,要尽量观察其他共饮者的状态,当共饮者出现酗酒、醉酒等状态时应当及时提醒、劝阻;二是酒后的护送、通知、照顾义务,对醉酒共饮者应进行帮扶、照顾,积极帮忙叫滴滴、代驾或联系亲友前来接送,不能碍于情面放任其酒驾;三是危险状态发生时的救助义务,当共饮者出现明显身体不适等状况时,应及时将其送往医院或采取其他有效救治措施。在共同饮酒过程中乃至结束后的一段合理时间内,如果行为人未尽到相应的劝阻、救助、照顾等义务,则其不作为行为正是对自身安全注意义务的违反,可能促使酒友进行危险行为或是陷入危险境地。其次,酒友的行为状态如身体不适却过度饮酒、酒后私自驾车离开聚会场所、被强迫灌酒劝酒等,其危险性和发生损害的可能性一般人可以预见,此时行为人若因疏忽大意等原因而未预见、不作为,或未完全履行注意义务,对酒友的不当危险行为没有及时加以劝阻、制止,则存在过失,成立主观上的过错。再者,以普通人的智力水平和社会经验审视之,若行为人未履行注意义务,放任酒友进行酒驾等危险行为,有相当大的可能性会发生事



故,因此,行为人不作为的违法行为,与酒友遭受损害的损害结果之间存在相当因果关系。

具体到本案中,根据一个普通理性人的社会经验和生活逻辑,能清楚认识到放任已经醉酒的李某娜自行驾车离去具有高度的风险性和发生意外的可能性,五名被告在履行劝阻酒驾义务时,不能只是形式上的劝阻,客观上却放任危险行为的发生,而应以更高的履行标准严格要求。通过安排就近酒店居住、通知亲友接送等方式,对酒驾行为进行及时有效制止,充分履行应尽的安全注意义务,反之,则要对李某娜死亡的后果承担侵权责任。

### 三、共饮者违反安全注意义务的责任分担

综上所述,共同饮酒侵权案件中,行为人通过不作为的形式,未尽到或未完全尽到照顾、提醒、劝诫等安全注意义务,存在主观上的过错,其不作为的违法行为与受害人遭受人身损害的损害结果之间存在相当因果关系,根据《中华人民共和国民法典》第1165条的规定,应当承担相应的侵权责任。在此基础上,如何结合实践中具体情形,确定侵权责任的分担,主要在于分析行为人与受害人之间的责任分担,以及多个行为人之间承担内部责任的大小。

(一)行为人与受害人之间适用过失相抵的责任分担规则。共饮者的安全注意义务具有补充性质,并不能取代受害人自身的自我保护安全义务。作为一名完全民事行为能力人,受害人应对自身的身体情况、精神状态、活动程度、酒量大小等有更为明确的判断,在饮酒前对危险行为所可能导致的结果具有一定认识,若受害人缺乏对自身行为的控制,能够预见饮酒后可能遭受的风险却不避免,未

采取合理的预防或控制措施保障自身安全,则对损害结果的发生存在重大过失,根据《中华人民共和国民法典》第1173条规定,直接适用过失相抵,由受害人对损害结果承担因其自身过错而产生的主要责任。

(二)多个侵权行为人内部之间的责任形式为按份责任。确定行为人内部的责任分担,应依据各自的过错程度,这与共饮者负有安全注意义务的履行标准密切相关。在共同饮酒活动中所处的角色和地位不同,每个行为人承担安全注意义务的标准和程度亦不同。实践中,在判断行为人的过错程度时,应合理区分行为人的特殊身份、双方亲疏关系、共同饮酒的时间长短或其他促使受害人喝酒的情形。一般而言,组织者、召集者相较于参与者,熟悉的酒友相较于陌生共饮者,劝酒者、灌酒者相较于劝阻者,负有更高标准的安全注意义务,在其相应的过错范围内,承担更多的损害赔偿赔偿责任。故根据《中华人民共和国民法典》第1172条,共同饮酒侵权案件中,多个行为人内部间的责任形式应为按份责任。

回到本案中,李某娜邀约他人饮酒后不听劝阻、执意酒驾,缺乏对自身行为的控制,存在较大过错,应承担主要责任;被告黄某钦、廖某鑫、林某鑫与原告并不认识,共同饮酒时间短,负有注意义务的履行标准较低,林某斌虽与原告较为熟悉,但有做出拿走钥匙的进一步劝阻行为,与黄某周相比对李某娜死亡后果存在的过错程度略小。综上,法院依据上述事实,酌情划分各方责任的判决是合理的。

(作者单位:汕头市潮阳区人民法院)





# 职业举报人的行政诉讼原告主体资格 应从严审查、以私人利益为判断标准

——原告陆某诉被告汕头市龙湖区市场监督管理局、  
汕头市人民政府工商行政管理及行政复议一案

郭艳春

## 【案件基本信息】

### 1. 裁判文书字号

一审：汕头市金平区人民法院(2020)粤0511行初41号《行政裁定书》

二审：汕头市中级人民法院(2020)粤05行终54号《行政裁定书》

### 2. 案由：工商行政管理及行政复议

### 3. 当事人

原告：陆某

被告：汕头市龙湖区市场监督管理局

被告：汕头市人民政府

## 【基本案情】

2020年3月2日，被告龙湖区市场监管局收到原告陆某通过12315平台上提出的举报，反映称其于2020年2月28日在天猫潮兴记虹韵专卖店购买了牛筋丸，生产商为汕头市龙湖区彦锋肉制品厂，收到商品后发现几个问题：第一，产品加入猪肉，产品名称叫牛筋丸不符合GB7718对食品名称的要求。第二，其中一包牛筋丸没有生产日期，不符合GB7718和食品安全法。原告陆某举报时上传潮兴记优级潮汕牛筋丸的外包装袋照片作为证据材料，该外包装袋标载的制造商为饶平县丹浩兄弟食品厂。

被告龙湖区市场监管局收到原告陆某的举报线索后，查明陆某举报时提交的证据材料潮兴记优

级潮汕牛筋丸外包装袋标载的生产商为饶平县丹浩兄弟食品厂，地址为广东省潮州市饶平县上浮山村工业区，不属于其管辖范围。鉴于陆某举报汕头市龙湖区彦锋肉制品厂存在食品安全违法问题，被告龙湖区市场监管局于2020年3月18日到汕头市龙湖区彦锋肉制品厂的注册地进行调查。汕头市龙湖区彦锋肉制品厂向被告龙湖区市场监管局提交了《营业执照》《食品生产许可证》及该厂生产的优级潮汕牛筋丸的《检测报告》、包装袋以供检查。被告龙湖区市场监管局经核查，汕头市龙湖区彦锋肉制品厂销售的产品外包装上标有生产日期，提供的被举报产品的检测报告符合法定要求，于2020年3月23日在12315平台答复原告陆某，答复主要内容为：对举报事项不予立案。理由：经核查，举报材料中的被举报产品制造商为饶平县丹浩兄弟食品厂，该制造商不在我局辖区。被举报方汕头市龙湖区彦锋肉制品厂销售的产品外包装上标有生产日期，被举报人提供了被举报产品的检测报告，符合法定要求。

陆某不服，向市政府申请行政复议。市政府受理后，经审查，认为龙湖区市场监管局作出的不予立案决定并无不妥，陆某的行政复议请求事实理由不足，根据《行政复议法实施条例》第四十八条第一款第一项和《汕头经济特区行政复议条例》第五十八条第五项的规定，于2020年5月17日作出汕行复



案〔2020〕37号《驳回行政复议申请决定书》，决定驳回陆某的行政复议申请，并于2020年5月21日送达陆某及龙湖区市场监管局。原告陆某不服，遂向汕头市金平区人民法院提起行政诉讼。

### 【案件焦点】

原告陆某的起诉主体是否适格。

### 【法院裁判要旨】

汕头市金平区人民法院经审理认为，《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。本案中，原告陆某向被告龙湖区市场监管局举报汕头市龙湖区彦锋肉制品厂存在食品安全违法行为，但举报时提供的证据材料无法证明原告的举报线索是其自身合法权益受到侵害。被告龙湖区市场监管局经调查核实，对原告陆某的举报作出答复的行政行为，与原告陆某不存在行政法上的利害关系，对原告陆某的权利义务不产生实际影响。因此，原告不具有本案的原告主体资格。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第六十九条第一款第一项的规定，裁定驳回原告陆某的起诉。

该裁定作出后，原告陆某不服，上诉于汕头市中级人民法院。汕头市中级人民法院审理，认为原告陆某举报时提供的证据材料牛筋丸的外包装袋显示制造商为饶平县丹浩兄弟食品厂，并非汕头市龙湖区彦锋肉制品厂，无法证明其系为维护自身合法权益而投诉，不符合行政诉讼法规定的与行政行为有利害关系的情形，故裁定驳回陆某的上诉，维持一审裁定。该裁定现已生效。

### 【法官后语】

一、职业举报人造成的行政资源及司法资源的浪费。本案是一件普通的原告主体不适格的案件，但深究本案的背景，其实是职业举报人造成的行政资源及司法资源浪费的问题。原告陆某在本院共提起过三件针对行政机关投诉举报答复行为的行政诉讼案件。本案经一审裁定驳回其起诉后，其他二案原告陆某均经法院传票传唤无正当理由不到

庭参加诉讼。在裁判文书网也能查询到原告陆某起诉市场监管部门的行政案件多达150多件，其中不乏一些因未到庭参加诉讼而裁定按撤诉处理的案件。原告陆某实际是一名职业举报人。考虑到其在投诉举报阶段与被举报人协调和解的数量，其实际提起的投诉举报案件应当远高于能查询到的案件。职业举报这种民间维权方式在一定程度上加强了我国食品、药品等领域的安全及市场规范的监管。但与此同时，由于他们投诉举报的目的是为了获得高额赔偿，加之行政诉讼司法成本较低，无论行政机关如何处理，只要在这个过程中，他们没有和商家达成一致的赔偿，便会针对行政机关的行为提起行政诉讼。因此职业举报人的维权导致行政执法成本过高，这对于目前基层普遍存在的案多人少的情况来说，无疑是一笔沉重的负担，也造成了司法资源的浪费。

二、职业举报人的原告主体资格应从严审查，以其是否需要保护的合法权益即私人利益为判断标准。司法实践中，职业举报人的原告主体资格一直是行政诉讼争议的重难点。行政诉讼实务中，认定原告主体资格最关键的是判断其是否为行政行为的相对人或利害关系人。职业举报人通常以其是被诉举报行为的利害关系人为由主张其享有原告主体资格。《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十二条规定：“有下列情形之一的，属于行政诉讼法第二十五条第一款规定的‘与行政行为有利害关系’：……（五）为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的；……”显然衡量利害关系的重要标准就是当事人是否是为维护其自身合法权益而开展投诉或举报，即是否对其权利义务造成影响。对其个人的权利义务造成影响的应当是私人利益。而职业举报人投诉举报的事项则侵犯的是不特定人群的公共利益。例如本案中，原告陆某举报的事项中“产品的名称不符合GB7718对

食品名称的要求”，假如其举报的事项为真，原告陆某并未因该产品名称不符合要求而权利受到侵害。因此其举报涉及的是公共利益，没有需要被保护的私人利益。

由于职业举报人通常也会因购买商品获得消费者的身份，也容易产生公共利益与私人利益的混淆。这也是行政诉讼中对于职业举报人原告主体资格难以把握的主要原因。国家市场监督管理总局于2020年1月1日起施行的《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》第三条，即对“投诉”与“举报”进行了明确的界定，其中投诉是仅限于消费者才能提起。笔者认为，衡量行政行为是否与其有利害关系，应当判断法律是否针对该私人利益有专门的保护，例如消费者的合法权益受《中华人民共和国消费者权益保护法》的保护，消费者与相关投诉行为显然具备利害关系。而举报人通常是因主动发现被投诉人违反了市场监督管理法律、法规、规章，向行政机关提供线索，行政机关基于相关法律法规对被投诉人予以调查，其引发的是规范整个范围内、行业内的行为，并非其个人利益的保护，因此不具备行政诉讼的利益。

三、对职业举报人的原告主体资格从严审查的意义。职业举报人随意提起诉讼，其本意是为了向

被举报人索要高额赔偿，因此其举报是否属实，尚待查证。但行政机关收到每一宗举报后，就必须抽调工作人员开展调查。而举报人在获得赔偿后，就可能撤销举报，则行政机关的调查半途而废；或在索赔未果，向法院提起诉讼，导致行政机关疲于应付行政诉讼，对于行政执法弊大于利。与此同时，促进食品药品领域的监管效果也收效甚微。而对于法院来说，即使原告是职业举报人，只要其符合立案条件，法院就仍需要立案，并抽调审判力量对案件进行审理。但对于损害公共利益的行为，法律法规自有其规制方法，而无需通过行政诉讼来浪费司法资源。汕头市金平区人民法院对原告陆某的原告主体资格进行严格审查，依法裁定驳回其起诉，是严格依法审查的体现，也在一定程度上告诫职业举报人不能滥用诉权。原告陆某先后在汕头市金平区人民法院共提起三件涉投诉举报的行政诉讼案件，本案是其提起的第一宗案件，因本案裁定驳回其起诉，且被汕头市中级人民法院予以维持。其后两宗案件，经本案传票传唤，原告陆某并未到庭参加诉讼。这充分体现了原告陆某提起诉讼的真实目的，也体现了法院依程序严格审查，避免了更大程度的司法资源浪费。

(作者单位:汕头市金平区人民法院)





# “拼命三郎”不忘司法初心！ 潮阳法院郑伯洲在平凡的岗位上 干出不平凡的业绩

5月的汕头,天气开始潮湿闷热。晚饭过后,当家人准备外出散步纳凉时,郑伯洲又回到住家附近的工作单位,打开电脑,继续加班。对他而言,这样的工作和生活节奏,似乎已成为一种习惯。

郑伯洲是汕头市潮阳区人民法院审判管理办公室(研究室)的主任。作为一名共产党员,他忠诚履职、勤勉敬业,多年来在不同岗位上始终发挥着先锋模范作用。

关于这名“拼命三郎”的经历,还得从20多年前说起。1997年8月,刚从省民政学校毕业的郑伯洲被分配到潮阳法院,尽管从事如自己所愿的文字工作,但进入这样一个专业性非常强的领域,他还是觉得所学不足以所用。

“这些年来,我在工作上遇到不懂的事情就多问、多学、多做,相信熟能生巧。”没有什么捷径,凭着勤勤恳恳,郑伯洲的学识和工作经验不断积累,业务能力也不断提升。慢慢地,他的学历从最初的中专进修到如今的本科,从审判监督庭的书记员做起,历经纪检组、研究室等不同岗位,到现在成为同事眼中的先锋模范,这其中的辛勤付出超出常人想象。

郑伯洲所在的部门,主要负责审务管理和文字资料工作,日常工作繁琐而复杂,并且不容有错。对此,他以身作则,凭借专业的法律素养,团结带领科室同事,积极协助法院领导加强案件动态分析,



协助制定审判权运行管理、审判权力责任清单和法官助理参与办案等制度,修改完善院审判委员会和专业法官会议工作制度,牵头组织对涉民营企业纠纷、被发改案件等专项评查,督促业务部门查漏补缺,促进案件提质增效。

“除了各项文字资料工作,我和同事还负责完善法院门户网站、微信公众号等司法公开和宣传平台建设管理。”郑伯洲介绍说。在潮阳法院,郑伯洲对内是一名资料员,对外则是一名宣传员。近3年来,潮阳法院门户网站共更新180多期,潮阳法院微信公众号共发布各类原创信息200多篇,被上级法院等机关和主流媒体采用的有100多篇次,《法治在线·打开案件》组稿工作连续两年被汕头中院评为“突出贡献单位”。

与此同时,郑伯洲还牵头制定潮阳法院舆情应急处置工作规程,协助院领导做好人大代表政协委



员联络工作,加强法治宣传,努力提升法院司法形象和司法公信力。

近年来,环境保护问题备受社会重视,加上流经潮阳区的练江全面打响整治攻坚战,污染环境犯罪案件审判因此成了潮阳法院的重要工作之一。作为审判管理办公室负责人,郑伯洲与审判执行部门密切对接,深入调查研究,2019年根据连年来审结的40多宗污染环境犯罪案件的数据,形成专题调研报告上报汕头中院和潮阳区委,助推练江整治攻坚的纵深开展。

郑伯洲开拓创新、勇于担当,充分发挥好参谋和助手作用,认真起草和审核好年度党组工作汇报、法院工作报告、约稿信息简报、专业论文等文字资料。

“我们常常看到郑主任下班后在办公室独自加

班苦干。”在同事心目中,郑伯洲具有强烈的事业心和责任感,不仅是一名有着扎实理论功底的法律行家,更是时刻发挥先锋模范作用的优秀共产党员。

参加工作以来,表现出色的郑伯洲多次被评为汕头市潮阳区(市)人民法院先进个人,两次荣立个人三等功,一次荣立个人二等功,先后被授予汕头市潮阳区政法系统先进个人、汕头市法院系统先进个人等荣誉称号,2018年荣获汕头市“五一”劳动奖章。

有道是:有所得也有所失。工作的忙碌让郑伯洲没有更多的时间陪伴家人,近10年来,他从未请过一次假,孩子的学习和生活全靠家里人照顾。对此,他感到非常愧疚,但作为一名共产党员,他始终认准这样一个理:“不忘初心,踏实工作,以自身实际行动展示新时代人民法院干警新形象。”





# 金平法院黄洁细心办案化干戈 耐心释法解“心结”

2010年,带着建设家乡的愿望和对法院工作的向往,刚从华南师范大学法学(知识产权)专业毕业的黄洁,通过公务员考试和司法考试走进了汕头市金平区人民法院。在金平法院,她先后担任过书记员、助理审判员,成为员额法官近3年来共审结各类案件1211宗,做到无发回重审、无超审限、无涉信访。全省法院先进个人、汕头市法院个人三等功……这些荣誉,都是对她努力工作的充分肯定。

2018年,北京市某艺术推广公司向汕头市金平区人民法院起诉金平区12家KTV,法院民二庭一下子受理了1312宗歌曲版权著作权纠纷案件。

黄洁既是这批案件的主办人,同时又是合议庭组成人员。为高效化解矛盾纠纷,她亲自上门到这12家KTV经营场所向经营者送达起诉状,告知他们相关权利义务,并解释类似案件的处理办法,尽量平息各被告的抵触情绪,配合完成相关送达手续。其后,黄洁多次耐心为双方当事人做调解工作。在她的不懈努力下,原告与其中11家KTV达成一致的和解意见,令1000多件案件顺利调解结案,既保护了原告的合法权益,同时也促使被告及时停止侵权,尊重他人知识产权,日后能够依法经营,达到了法律效果与社会效果的统一。

而很多人不知道的是,在到访每一家KTV时,黄洁都让警车尽量停得远一点,以免给这些经营场所带来不好的影响。这就是黄洁,把工作做细做实,充分考虑当事人的感受和需求,是她能成功调解很多案件的关键前提。

作为一名基层法官,除了公正公平审理案件外,黄洁还非常注重让案件当事人感受到有温度的司法,在他们心中播下法律信仰的种子。

“很多当事人可能一辈子就打这么一次官司,



黄洁所在的民事审判第二庭主要负责审理商事纠纷和知识产权案件。近几年,这类案件呈快速增长的趋势,过去5年里她共审结知识产权案件769宗,通过仔细分析涉案的法律关系,正确、高效地审理案件,确保证据采信、事实认定、法律适用裁判尺度的统一,依法妥善审理了一批知名商标侵权纠纷案件和涉外企业商标侵权纠纷案件,为营造法治化营商环境贡献了司法力量。

法官给他们留下的印象,会很大程度上影响法律在他们心目中的形象。”黄洁说,很多案件当事人都处于情绪比较紧绷的状态,这时候如果法官一句无意的话或是一个不耐烦的眼神,就可能造成挺大伤害,所以她总是要求自己要有耐心耐心再耐心,尤其是在被当事人当作“情绪垃圾桶”倾泻不满的时候,要放下自己的委屈,真心真意地做到换位思考。

“案子没有大小之分,都是关乎公平正义。”基层法院连通着老百姓的“心结”,黄洁努力使自己成为打开这些“心结”的使者。

2018年成为员额法官的黄洁,是金平区法院最年轻的法官。在很多人看来,年纪轻轻就当上法官是一件极有荣誉的事,而在黄洁看来,法官这个职业确实给她带来了满满的成就感与价值感,但这背后更是沉甸甸的责任和不断成长的压力。

“法官是终身负责制的,要把每个案件办成铁案,要经得起群众和时间的考验。”十年弹指一挥间,今年已是黄洁扎根基层法院的第11年,她以诚心、细心和耐心,把肩上这份责任化为不断前行的动力,切实让人民群众感受到公平正义就在身边。



## 龙湖法院立案庭便民服务出新招 提升群众司法获得感

林允源 纪丽佳

2021年以来,龙湖法院立案庭深入践行“我为群众办实事”工作理念,切实把党史学习教育成果转化为工作实效,为民办好事解难题。在立案服务工作中推行“互联网+诉讼服务”模式,全力打造多元化、多层面、多渠道的综合性诉讼服务平台,全面推行网上立案、跨域立案,网上缴费、在线送达、在线调解等便民措施,全方位提高“一站式”诉讼服务质效。去年以来,网上立案率达到90%以上。今年1月开始,全面开展在线送达受理通知书和缴费通知书等诉讼文书,在线送达率已达到95%以上,切实让人民群众感受到申请立案少跑腿、办成事的便捷高效。

2022年3月8日上午,男青年黄某原来到该院立案庭,提交黄某珠起诉陈某机动车交通事故责任纠纷一案的诉讼材料。该院立案庭工作人员经询问得知,黄某原系代其胞姐黄某珠提起诉讼,黄某珠因交通事故造成骨折在医院接受治疗,行动不便,加上医院疫情防控需要,也无法当面办理授权委托书。姐弟俩一时之间不知如何处理。黄某原愁

容满面,向立案庭工作人员寻求帮助。

立案庭工作人员借助黄某原的微信,打通与黄某珠的微信视频通话。在黄某原、黄某珠均在线在场的情况下,确认该二人的基本身份信息,核实胞姐弟关系、确认具体授权内容。立案庭工作人员此番操作,帮助黄某珠顺利完成该案的合法授权委托,解决了黄某原、黄某珠打官司过程中的“急难愁盼”问题,让当事人切实感受到龙湖法院便捷高效的“一站式”诉讼服务。





## 汕头龙湖法院 司法建议规范未成年人出行行为

邱梓喆 林允源

近日,汕头市龙湖区教育局回函龙湖区人民法院,称该院关于加强未成年学生驾驶机动车行为管理的司法建议,具有很强的实际操作意义,对下一步培养学生文明于行、安全出行的观念,建立校园安全长效机制提供了重要参考,并对法院表示感谢。

今年3月,龙湖区法院在审理一起未成年被告人寻衅滋事犯罪案过程中,发现部分未成年在校学生为寻求精神刺激,实施驾驶摩托车持西瓜刀等管制刀具在市区公共道路上随意追逐、殴打被害人致伤的违法犯罪行为,甚至导致个别被害人为躲避追打而摔倒致死的严重后果。结合近年来未成年人寻衅滋事、聚众斗殴等刑事案件审理情况,龙湖区法院梳理总结出未成年学生驾驶机动车、电动自行车进行违法犯罪现象呈现逐渐增多态势,严重影响校园安全稳定、威胁道路交通安全等问题。对此,龙湖区法院向龙湖区教育局发出司法建议书,提出三项举措整治规范未成年学生驾驶机动车行为:加强校园管理,强化辖区内学校对在校学生驾驶机动

车、电动自行车上下学的管理监督;加强家校联动,组织辖区内学校建立健全家校联动监督渠道,向学生家长示明在校学生驾驶机动车、电动自行车上下学的危害性;加强法治教育,开展辖区内学校针对未成年在校学生驾驶机动车、电动自行车危害性的法治教育,必要时可联系龙湖区法院组织法官对宣教工作予以协助。

龙湖区教育局收到司法建议后高度重视,于日前复函表示感谢,称该局已迅速部署辖区内各学校对周边共享电动车停车点和社会停车场进行摸查上报,以利于下一步联合有关部门进行规范整治,同时强化家校联动,部署辖区内各学校建立“千师访万家”工作机制,确保每学年普访一次以上,打通学校教育的“最后一公里”,并根据司法建议中关于未成年学生法治意识、安全意识不高的深层次症结,强化法治教育,与市、区公检法司等部门常态化联动,通过法治副校长开讲座、模拟法庭、交警进校园等形式,加强日常交通安全的宣传教育,着力提升学生及家长遵纪守法意识。

# 祖国的四至(组诗)

潘友楷

## 东 黑瞎子岛

很久以前,当你还叫摩林乌珠的时候:

北边的黑龙江和南边的乌苏里江,

在你的身旁日夜流淌。

年复一年,鲑鱼洄游。

是谁在林中吟唱鞞鞞的歌谣?

是谁在岸边见证亦失哈的寻边?

多年以前,当你被叫做大乌苏里岛的时候:

北面的“乌拉”冲锋和南面的“万岁”冲锋,

在你的梦魇中此起彼伏。

年复一年,硝烟迭起。

是谁在记录簿中记录中东路枪声?

是谁在火光中远眺“九·一八”的长夜?

而如今,你的名字叫黑瞎子岛,

飘扬的五星红旗和屹立的哨所,

在你的身边静静守护。

年复一年,旭日初生,

是你在迎接共和国每天的第一缕阳光,

是你在守望伟大祖国的最东端。

## 南 曾母暗沙

你是万里石塘的一小点,

沙排是渔民对你的昵称。

三宝船队曾带着问候,

从你的身旁驶向世界,

也从你的身旁带回远方的友谊。

你是地图上不太起眼的一小点,

却是见证历史的一小点。

你是距离九百六十多万平方公里最远的一小点,

纺锤是你在碧蓝大海下的身形。

水下四棱锥体的主权碑,

巡逻的人民海军,

共同守望着这片最南端的群礁。

你是地图上不太起眼的一小点,

却是一点都不能少的一小点。

## 西 帕米尔高原

当天安门广场上的五星红旗

迎着清晨的阳光升起的时候,

这里的天空依然群星闪耀,

仿佛一伸手,

便能摘下最大最亮的那颗。

当远处慕士塔格峰的冰川

沐浴在全中国最晚的晚霞里,

石头城里的断壁残垣,

几簇绿草探出头来,

不经意成了一幅撞色技法的画作。

蒲犁,喝盘陀,葱岭守捉,

阆地,叶尔羌,塔什库尔干塔吉克,

一个又一个名字里的往事,

在塔吉克族牧民的歌声里传唱。

## 北 漠河

你守护着共和国最长的白昼:

滚滚的黑龙江畔,

冻土之上坚挺的松树,

在夏季的和风中,

与你一起等待最美的极光。

你守护着共和国里最长的黑夜:

冰封的额木尔河河畔,

雪乡公路上的白桦长廊,

构筑起最北的国境线。



# 浪淘沙·抒怀咏志

吴炳松

往事随风逝，旧梦如痴，  
韶华休笑吾胶执。  
不教平生任景枯，矢志不移。

借问孔夫子，天命五十？  
中年恰似三十立。  
莫等白头空悲切，为者可期。

# 囡囡的手

林允源

放缓呼吸  
星眸渐闭  
她沉浸在甜腻的睡意里

柔嫩的小手  
松弛的指丫  
随意摊搁在我脸庞

手指尖淡淡的酸  
在我鼻尖晃荡  
轻微跳动的脉搏  
在我耳边洋沉 洋沉

暖流划过心房  
感觉舒缓

囡囡的手  
温柔却有着力量  
囡囡的手  
小巧却又灵幻

贴着这小手  
我 进入梦乡