



咨询热线: 4001-148-400

Http://www.gzdls.com

E-mail: gzdls@gzdls.com

温州本所: 温州市府路 592 号新益大厦 A 幢四楼

上海分所: 上海市普陀区中江路 388 弄 1 号 207 室

光正大律师

全国优秀律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

第 155 期

2016.8

(内部资料 交流赠阅)

光正大律师事务所
光正大(上海)律师事务所

我所青年律师担纲代理 网络侵权案终获胜诉

互联网不是法外之地

程杰 高进 陈金卫

案情缘起

小漠, 真名吴思豪,《英雄联盟》(LOL)解说, 凭借 LOL 国服第一系列爆红网络, 开始被广大电子竞技爱好者及电子竞技解说行业所关注。

2013 年 2 月 28 日, 小漠在淘×公司创建的淘×网上开设了店名为“小漠阳阳零食铺”(域名: lolxiaochi.taobao.com)的淘×店铺, 并在 2013 年 3 月 16 日起上传的解说视频中, 以插入店铺广告的形式推广该店铺的域名, 借此让关注其解说视频的人同时关注到相关的店铺, 从而增加店铺的浏览量, 为店铺创造更多的商业交易机会。

2013 年 12 月 17 日, 被告何某发现“小漠”“小漠零食”是淘×网络的热搜词汇, 于是在淘×网注册了“小漠阳阳零食店”的会员名, 并以此会员名在淘×网开设了名为“小漠阳阳零食店 牛铺认证明星店铺”的淘×店铺, 并通过淘×网提供地设置二级域名的功能, 设置了和小漠的淘×店铺近似的域名 (lolxiaochi.taobao.com)。同时, 为了进一步误导消费者, 以达到借助小漠进行推广、增加经营收益的目的, 何某在其开设的淘×店铺中, 使用小漠的肖像作为卖家头像, 并在店铺首页放置“LOL 国服第一系列专业解说零食铺”的宣传标语图片, 开展“满 98 元送小漠签名照”等销售活动。

律师介入

被告何某的公然侵权行为, 理所当然地引起了小漠的愤慨。为了维护自身的合法权益, 2015 年 7 月 16 日, 小漠委托我所陈金卫律师向

淘×公司发律师函, 要求淘×公司关闭除“小漠阳阳零食铺”(域名: lolxiaochi.taobao.com)外, 以“小漠”“小漠阳阳”命名及作为关键词搜索的淘×店铺, 但淘×公司并未及时采取必要措施, 而被告何某的侵权行为依然在持续之中。

2015 年 11 月, 小漠委托我所程杰、高进两位律师向杭州余杭区人民法院提起诉讼, 要求:

一、依法判令被告何某立即停止对原告的不正当竞争行为, 被告浙江淘×网络有限公司立即断开实施不正当竞争行为的网页链接。

二、依法判令被告何某、被告浙江淘×网络有限公司向原告赔偿损失 (暂计人民币 50 万元, 以被告何某在侵权期间因侵权的实际获利为准); 本案原告的律师代理费、公证费等为处理本案支出的合理费用。



三、依法判令被告何某、被告浙江淘×网络有限公司在淘×网 (www.taobao.com) 首页向原告赔礼道歉, 澄清事实, 消除影响。

四、本案诉讼费由两被告共同承担。庭审中, 我所三位代理律师发表

了如下观点:

一、何某的行为已构成不正当竞争

《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第三款规定: “经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易, 损害竞争对手: ……(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名, 引人误认为是他人的商品; ……”。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第六条规定, 具有一定的市场知名度、为相关公众所熟知的自然人的笔名、艺名等, 可以认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的“姓名”。由此可知, 自然人的艺名获得反不正当竞争法的

的保护需要满足: 1. 该艺名具有一定市场知名度、为相关公众所知悉; 2. 侵权人使用艺名并无正当性, 且主观上具有攀附他人艺名知名度及商业价值的故意; 3. 客观上, 容易导致相关公众混淆或误认。

(一) 原告的艺名“小漠”在互联网上具有一定市场知名度且为相关公众所知悉。

2008 年起, 原告以“小漠”为艺名在互联网上开始从事电子竞技视频解说而名声鹊起。2012 年 10 月 21 日, 原告上传第一期英雄联盟“国服第一”系列游戏解说视频, 点击量突破百万, 被广大电子竞技爱好者及电子竞技解说行业所关注。此后, 其上传的其他视频均有数十万、数百万以上的点击量。截至起诉之日, 原告仅在优酷网站上传的解说视频的播放数就已经达到了 5 亿, 粉丝订阅数也已超过了 100 万。

原告通过不断努力, 凭借出众的解说风格, 通过互联网推广使其艺名

“小漠”及肖像均具有了一定的美誉度, 产生可以帮助商品树立产品形象的商业价值。根据被告何某的陈述, 在设置店铺名称、会员名时, 是以淘×热搜词组作为选取名称的依据。由此也可证明, 在何某注册店铺名称及会员名时, 原告的艺名已经具有一定的市场知名度且为相关公众所知悉。

(二) 被告何某使用原告的艺名没有正当性, 且具有攀附该艺名知名度及商业价值的故意。

2013 年 2 月 28 日, 原告以“wushihao2815109”为卖家在被告淘×公司创建的淘×网上开设了以“小漠”为关键词、店名为“小漠阳阳零食铺”(域名: lolxiaochi.taobao.com)的淘×店铺, 并从 2013 年 3 月 16 日起在上传的解说视频中以插入店铺广告的形式推广该店铺及其域名, 依此让在互联网上关注解说视频的人同时关注标识“小漠”的店铺, 从而增加店铺的浏览量, 为店铺带来更多的商业交易机会。

2013 年 12 月 17 日, 何某注册了“小漠阳阳零食店”的会员名, 并以此会员名开设了“小漠阳阳零食店 牛铺认证明星店铺”的淘×店铺, 又通过淘×公司提供的设置淘×网二级域名的功能, 设置了和原告的淘×店铺近似的域名 (域名: lolxiaochi.taobao.com)。同时, 该店铺以原告的肖像作为卖家头像, 在店铺首页设置“LOL 国服第一系列专业解说零食铺”的标语, 并在店内开展“满 98 元送小漠签名照”等销售活动。

原告从未授权何某使用其姓名及肖像, 被告何某在明知原告的艺名具有一定市场知名度且为相关公众所知悉的情况下, 无正当理由地使用原告的艺名“小漠”进行“搭便车”, 有明显攀附原告艺名的知名度及商业价值实行不正当竞争的故意。

(三) 被告何某的行为已经导致相关公众混淆或误认。

被告何某和原告经营店铺销售的产品均为零食, 种类基本相同。何某使用原告的肖像为卖家头像, 在本案诉讼前其设计的店铺网页几乎与原告相同, 其通过注册会员名为“小漠阳阳零食店”, 进一步误导消费者。原告在 2013 年 3 月起对 lolxiaochi.taobao.com 的域名进行推广, 何某便在 2014 年 9 月 19 日设置了与原告推广的店铺相近的域名, (下转第 2 版)

周光主任等一行慰问我市律师前辈

温州市律师协会会长、我所主任周光律师与瞿韶军、叶连友、姜周健等几位我市资深律师, 在中秋节前夕, 探望慰问了年届九十华诞的我市律师界前辈姜周森律师。

姜周森律师是新中国成立以后的温州第一代律师的代表人物之一, 为我市律师事业的发展作出了贡献。他在执业期间, 共办理各类案件上千件。其中如 1983 年为

温州改革开放的专业户乐清柳市“八大王”刑事案件中的旧货大王王迈迁、目录大王叶健华作无罪辩护, 使他们获无罪宣判, 在当时的温州地区乃至浙江省影响较大。1985 年 10 月, 台商陈瑞棠诈骗、行贿罪在杭州开全省观摩庭, 姜周森律师担任被告人的辩护人。在法庭上他声音洪亮、口齿清楚、观点鲜明, 逻辑性强的辩论风格给大家留下了深刻的印象。1988 年被评为二级律师, 同年于浙江中坚律师事务所离休。在职期间曾任温州市政协第四、第五届委员会委员。1993 年荣获中华人民共和国司法部行政金星荣誉证书; 著有《法律在你身边》一书, 被温州市普法办指定为“二五”普法教材。

周光主任一行向姜周森律师九十华诞表示热烈的祝贺和诚挚的慰问, 祝他健康长寿, 安享晚年。



陈兴良高级律师入选浙江省建设工程领域第一批工程争议评审法律专家

浙江省建筑业行业协会根据民事诉讼法等有关法律的规定, 结合我省建筑行业、企业法务管理的情况, 审议通过了《建设工程领域第一批专家辅助人及争议评审专家名录》。温州市律协建设与房地产专业委员会主任、省律协房地产专业委员会副主任, 我所副主任陈兴良高级律师, 入

选为浙江省建设工程领域第一批工程争议评审法律专家。

争议评审是一种通过专家评审, 实时解决履行建设工程合同过程中发生的争议及纠纷的解决方式, 有利于建设规范、有序的建筑市场, 从而保障建筑工程顺利进行。

(金晓敏)

案情概要：

2014年10月25日下午，王某（未成年人）的朋友张某与李某在温州某中学校园内发生争吵，王某应邀与其他朋友一起前往该校“助阵”。双方对峙期间，王某与李某一方由口角发展至肢体冲突，王某与自己的几个同伙动手殴打了李某的朋友陈某，致使被害人陈某受伤。经鉴定，被害人陈某伤势构成轻伤一级。案发后，王某主动向公安机关投案并如实供述自己殴人致伤的犯罪行为，并积极赔偿被害人陈某经济损失，取得了被害人一方的谅解。

笔者作为王某的辩护人，经阅卷及会见王某了解案情并与经办检察官沟通后，向鹿城区人民检察院提出了建议对王某适用附条件不起诉的相关法律意见：1.犯罪嫌疑人王某在犯罪时未满十八周岁，系未成年人，依法应当从轻或减轻处罚。修改后的《刑事诉讼法》专门增设了关于对未成年犯罪人的附条件不起诉制度，充分体现了我国刑事政策对未成年人犯罪所规定的教育与惩罚相结合，以教育为主、惩罚为辅的原则，体现了对未成年罪犯给予的特殊关怀，为未成年犯罪嫌疑人提供了一个改过自新、远离犯罪回归社会的机会。因此，建议对犯罪嫌疑人王某予以从轻、减轻处罚；2.犯罪嫌疑人王某具有自首情节。他在投案后，如实地供述自己的罪行。根据我国《刑法》第六十七条之规定，建议对犯罪嫌疑人王某予以从轻、减轻或者免除处罚；3.王某系

被附条件不起诉并非万事大吉

——从一起未成年人犯罪案件说起

陈利清

初犯、偶犯，犯罪情节轻微，主观恶性较小，且并未造成严重的社会危害后果；4.案发后王某具有强烈的悔罪表现，对自己的冲动行为表示后悔，写下了《悔过书》，并向被害人赔礼道歉，还积极赔偿被害人的损失，且已经取得被害人及家属的谅解。建议贵院予以充分考虑。

最终，温州市鹿城区人民检察院采纳了笔者的意见，认为王某符合适用附条件不起诉的条件，并最终决定对王某附条件不起诉，考验期为6个月。

律师点评：

2012年修改后的《刑事诉讼法》在第二百七十一条至二百七十三条中首次设立了未成年人附条件不起诉制度，其中，第二百七十一条第一款规定“对于未成年人涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，可能判处一年有期徒刑以下刑罚，符合起诉条件，但有悔罪表现的，人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。”

附条件不起诉，则意味着在一定条件下将不追究犯罪嫌疑人的刑事责任。这个制度的确立对于涉嫌犯罪的未成年人来说意义重大：首先，因

为你是未成年人，人生道路才刚刚开始，受过刑事处罚，将成为你一生抹不去的“污点”，无论参军、升学、就业，这个“污点”会像紧箍咒一样伴随你的终身。附条件不起诉可使你免于犯罪前科，更易于回归社会，有未来和前途；其次，正因为你是未成年人，心智未熟，一旦犯罪服刑入狱，监狱里三教九流，环境复杂，近朱者赤，近墨者黑，一年半载厮混在一起，绝非好事。倘若遇上用心险恶的教唆者，把他那些作奸犯科的“江湖技艺”传授几招，那对你心灵的荼毒更是不堪设想；再次，对部分未成年人刑事案件适用附条件不起诉，进行案件分流，在起诉环节解决一部分案件，从而减少审判的负担，也符合诉讼效率原则。

此外，从完善我国刑事诉讼制度的角度来看，刑诉法修改前，检察机关对案件审查起诉后有两种处理方式，即起诉和不起诉，其中不起诉分为三种，即法定不起诉、酌定不起诉和证据不足不起诉。而检察机关起诉裁量权仅限于酌定不起诉中，即“对于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚或者免除刑罚”的情形，可以行使一定的起诉裁量权对其作出酌定不起诉的

决定，并不包含犯罪人个体特殊性与其犯罪后表现，更没有直接体现不起诉适用时的公共利益考量，适用范围非常狭窄。而且，不起诉决定的作出具有终止诉讼、原则上禁止再诉的效力，一旦被宣布不起诉，被不起诉人即刻便获得了不起诉利益缺少行之有效的、促使被不起诉人悔改的机制。附条件不起诉的增设，在起诉与不起诉之间设立了一个缓冲扩大了检察机关的起诉裁量权，弥补了起诉与不起诉的空间，有效实现程序分流功能，有助于发展和完善我国刑事公诉制度。

刑法修正案在未成年人附条件不起诉制度中，也对未成年犯罪嫌疑人附条件不起诉考验期内的监督考察作了相应的规定。《刑事诉讼法》第二百七十二条第一款规定“在附条件不起诉的考验期内，由人民检察院对被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人进行监督考察。未成年犯罪嫌疑人的监护人，应当对未成年犯罪嫌疑人加强管教，配合人民检察院做好监督考察工作”。第二百七十三条第一款规定“被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人，在考验期内有下列情形之一的，人民检察院应当撤销附条件不起诉的决定，提起公诉：（一）实施新的

犯罪或者发现决定附条件不起诉以前还有其他犯罪需要追诉的；（二）违反治安管理规定或者考察机关有关附条件不起诉的监督考察规定，情节严重的”。第二款规定，“被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人，在考验期内没有上述情形，考验期满的，人民检察院应当作出不予起诉的决定”。也就是说，正是由于所“附条件”在一定时间内具有不确定性，即如果未成年犯罪嫌疑人在考验期内违反《刑事诉讼法》第二百七十三条第一款规定情形之一的，公诉机关将依法撤销附条件不起诉决定，提起公诉。只有在犯罪嫌疑人在考验期内没有上述情形的，公诉机关才会在考验期届满后做出不起诉决定。

遗憾的是，在鹿城区人民检察院对王某作出附条件不起诉的决定后，尽管笔者反复向王某及其家人强调在考验期内切不可违反监督管理规定，告诫其须时刻谨言慎行，遵纪守法，但王某却置若罔闻，仍然肆意妄为，以至在考验期内又一次违反了治安管理有关规定，并因此被提起公诉，最终被判处有期徒刑。这个结果也从反面证明，对于未成年犯罪嫌疑人来说，附条件不起诉并非万事大吉，也并不意味着不起诉决定已经板上钉钉，它是“附条件”的。也就是说，法律的“达摩克利斯之剑”仍然高悬在他的头上方，如果不思悔改，继续作奸犯科，“达摩克利斯之剑”终会落下，这是值得人们深思的。

（作者系本所民事一部律师）

（上接第1版）即lolxiaoqi.taobao.com，两者仅系0与o的差别。何某的店铺客服在与消费者沟通时，也向消费者表示该店铺系原告本人经营的店铺。通过何某经营店铺的商品评论留言可知，买家已经误认为该店铺系原告经营的店铺。何某实施前述行为的主观目的明显，客观上也达到了让相关公众误认和混淆的目的。

二、被告淘×公司应当对被告何某的行为承担连带责任

根据《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条规定：“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”

2015年7月16日，原告委托律师向被告淘×公司发律师函，要求淘×公司“收到本律师函之日起三日内关闭除‘小漠阳阳零食铺’（域名：lolxiaoqi.taobao.com）外，以‘小漠’‘小漠阳阳’命名及作为关键词搜索的淘×店铺”及“披露‘小漠阳阳零食店铺’牛铺认证明星店铺”（域名：lolxiaoqi.taobao.com）的注册资料、域名设置及销售数据等相关资料”。而后，原告又向其提交了委托书、证据保全公证书等侵权店铺的侵权证据材料。但被告淘×公司以原告主张的依据不足为由未予处置，甚至要求原告以放弃相关的民事权利作为提供涉案侵权店铺信息的前提。直至收到原告的起诉材料前，淘×公司一直未及时采取必要措施。

在原告起诉之后，被告淘×公司通知被告何某对其店铺的侵权信息进行删改，而后在庭审中出示证据证

明涉案商品信息已经不存在。该公司的行为表明：1.淘×公司承认何某之前的店铺存在侵权行为；2.被告何某至今未停止侵权行为，其网上的店铺仍然存在侵权信息，淘×公司至今未采取必要措施停止侵权损害的进一步扩大。因此，被告淘×公司应当对何某的不正当竞争行为而造成原告的损失承担连带责任

三、本案的责任承担方式及赔偿金额的确定

目前，何某的会员名仍为“小漠阳阳零食店”，店铺名称为“小漠阳阳零食店铺 牛铺认证明星店铺”，且在店铺内仍存在大量标识为“小漠”的图片及商品介绍语。同时，何某的店铺二级域名lolxiaoqi.taobao.com，在设立之初就具有让相关公众混淆和

误认的目的。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第一条、第二条及第五条第三款的规定，被告何某应当立即对其域名进行修改，停止对原告的不正当竞争行为，淘×公司亦应当承担停止侵权的责任。

受《反不正当竞争法》保护的自然人姓名，不同于一般意义上的人身权，是区别不同市场主体的商业标识。任何企业或个人，在未经权利人授权或许可的情况下，擅自将他人姓名、肖像、签名及其相应标识进行商业性使用的行为，不仅损害权利人的利益，也损害消费者的权益，严重扰乱社会经济秩序，应予立即制止，侵权人亦应承担相应的民事赔偿责任。何某的行为违背了诚实信用原则，既侵害了原告的姓名权及肖像权，也构成了不正当竞争。

结合《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十条第一款、《最高人民法院关于审理不正当竞争民

事案件适用法律若干问题的解释》第十七条、《中华人民共和国商标法》第六十三条的规定，原告在客观上难以计算因何德芳的侵权行为所造成的损失。在庭审前，原告向法院申请调取何某经营的涉案店铺的销售记录，依此最终确认何某在侵权期间因侵权所获取的利润。自设立店铺起，何某已经开始实施不正当竞争行为，其从未对店铺进行任何形式的宣传推广，但在输入“小漠”、“零食”进行店铺搜索时，其店铺的排名及销量远高于同类同时期经营的店铺，甚至高于原告经营的店铺。原告提出调取销售记录用于证明侵权后果的严重性是合理的请求。

综上，结合何某侵权行为的性

质、后果、持续时间等因素，及其实施侵权行为的主观过错程度，本案属于严重恶意侵权，应当依法加大赔偿力度，请求法院参照《中华人民共和国商标法》第六十三条的规定支持原告的赔偿请求50万元。

四、何某和淘×公司应当对侵害小漠姓名权的行为赔礼道歉。

被告何某在未经原告授权的情况下，在其经营的店铺及各类零食产品宣传页中使用原告的艺名及肖像，并在客服咨询中对消费者进行宣传引导，将小漠的形象与其经营的店铺相联系，导致消费者产生误认，并以营利为目的实施的上述行为，既构成不正当竞争行为，又侵害了原告的姓名权及肖像权。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第九十九条第一款、第一百零一条、第一百零二条第一款、第一百零四条、《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权

互联网不是法外之地

益民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条的规定，对何某和淘×公司侵害原告姓名权、肖像权等行为，原告有权要求何某和淘×公司赔礼道歉，澄清事实，消除影响。

法院判决 法院经审理认为：经营者在市场中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。原告的艺名“小漠”通过互联网进行推广，已为相关公众所知悉，具备一定的知名度和特定个人的识别度。同时，原告在淘×网上开设与“小漠”相联系的名为“小漠阳阳零食铺”的店铺，将域名设置为与《英雄联盟》“LOL”相关联的lolxiaoqi.taobao.com，并在优酷网发布的解说视频中放置店铺域名链接，通过“小漠”、《英

雄联盟》与淘×店铺建立的该些联系，店铺及其商品由于“小漠”的影响力和知名度更容易为相关公众所接受，从而引导其消费选择。因此，作为《英雄联盟》解说的艺名“小漠”及其形象、店铺域名已成为原告所开设的淘×店铺的品牌和主要宣传手段，具备增加商业机会的功能，从而具有一定的商业价值。

本案中，淘×公司已经履行了作为网络交易服务提供商在纠纷处理中的职责。原告要求淘×公司承担连带责任的请求无事实和法律依据，本院不予支持。

综上，判决如下：一、被告何德芳立即停止对原告吴思豪的不正当竞争行为；二、被告何某于本判决生效后十日内向原告吴思豪赔偿经济损失（含合理费用）100000元；三、驳回原告的其他诉讼请求。

笔者评析

在处理本案的过程中，笔者深刻地体会到在互联网上维权的难度，仅为了调查涉案侵权店铺的经营者，就多次向人民法院申请调查取证未果。而淘×公司作为网络服务提供者，没有尽到应有的注意义务。在原告委托代理人发送律师函明确告知侵权行为后，淘×公司提出了过分严苛的维权限制，甚至要求原告以放弃相关的民事权利作为获取涉案侵权店铺信息的前提。

如今淘×已经成为人们生活中不可或缺的消费方式，而淘×公司的发展蒸蒸日上，甚至致力于将电子商务打造成为第五大（虚拟）经济实体。正所谓，能力越大，责任越大，互联网不是法外之地，淘×公司更应当依法推进自身的发展，重视维护电子商务中的交易秩序，承担构建和谐市场环境的责任。

本案庭审结束后，何某并未对其网页上的侵权信息进一步进行删改处理，而是将已经修改的“小漠阳阳零食店”重新变更为“小漠阳阳零食店铺 牛铺认证明星店铺”，而且自始至终未修改其二级域名及会员名，也足以看出其侵权的主观恶意严重。因此，笔者认为

本案判决所确定经济赔偿过低，不利于遏制当前日益猖獗的网络侵权行为。

（本文作者程杰系本所房地产部律师，陈金卫、高进系本所民事一部律师）

夫妻都不住在自己的户口所在地，需向哪里的法院提出诉讼离婚？

周华建问：2013年初认识一女，相识几个月后两人同居，后来虽然觉得我们性格不合，但后来还是在了一起。登记结婚后，因为女方个性实在太强，我们基本上天天吵架，吵到半夜两、三点是家常便饭。现在我对她已经没有任何感情，我提出要离婚，但她坚决不同意。现在我们都不住在自己的户口所在地，如果想提出诉讼离婚，需向哪里的法院提出？如果提出诉讼离婚女方还是不同意，可以通过什么方式离婚？如果提出诉讼离婚，女方置之不理，不到场，法院会裁决吗？在结婚期间，我出钱给自己家人买的房子，名字为家人的，是否也得处理？

苏泽律师解答：夫妻双方离开住所地超过1年，一方起诉离婚的，由被告经常居住地法院管辖。如果你们离开自己的住所地居住满一年，应当在当地法院起诉离婚。双方离婚不能协商一致，可以向法院起诉要求离婚。根据民事诉讼法规定，离婚案件的当事人必须到庭。对于当事人以各种理由拒不到庭参加诉讼的情况，如果被告的确下落不明，无法通知其到庭，公告送达，自公告之日起60日即视为送达。公告期满后，另一方当事人未到庭参加诉讼，法院便可以依法缺席审理。但是如果当事人既不出庭应诉又不出具书面意见，经人民法院两次传票传唤后，仍拒不到庭的法院可以依法缺席判决。在婚姻关系存续期间，用夫妻共同财产购买房产给家

婚姻家庭面面观

人，应当经配偶同意。否则对方可以请求该行为部分无效。如果女方知道这一事实，没有提出反对意见的，可以视为女方已经同意。

父亲有外遇，还有家暴行为，父母离婚后孩子归谁？家庭财产如何分配？

王小涵问：我父亲经常和我母亲吵架，有时候还打我母亲。我父亲有外遇，他为这个女的经常不回家。父亲还因为这件事打了我和我妹妹。我想问问罗律师，这个女的是否构成破坏家庭罪或者触犯了哪些相关法律？还有我父亲一直说要和我母亲离婚，如果法院判决离婚，我们几个孩子将由谁抚养？我家的财产应该如何分配？

苏泽律师解答：我国法律并不存在所谓破坏家庭罪之类的罪名。出轨一般是指夫妻在婚姻存续期间，夫或妻一方与婚外异性发生性关系。你父亲有外遇的行为是违法的，这违反了我国《婚姻法》关于夫妻应当互相忠实、互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的规定。但根据具体情况，违法的法律后果不尽相同。如果你父亲是偶尔与婚外异性发生不正当的性关系，只能是道德谴责，还不能追究其刑事责任。既然你们都长大了，建议你们主动跟父亲、母亲做好工作，避免事态进一步扩大。如果确实要离婚，夫妻双方对子女的抚养和财产的分割可以协商，协商不一致的，法院依法判决。财产一般照顾女方和子女的利益，同时照顾无过错方的利益。如果有证据证明是因与他人同居导致离婚，无过错方有权要求对方赔偿。关于子女抚养，要依照有利于子女成长和子女的意愿来决定。已经成年的子女自由选择随父亲或者母亲生活。



苏泽律师



林明锐实习律师

加薪未如愿职工拒续签劳动合同，用人单位无需给补偿

陆凯丰问：我公司有一名技术工，其劳动合同于2016年5月底到期后，公司通知与他续签。但该员工提出，他已在公司工作了4年，收入一直没增加，希望企业能给他加薪500元，使其月收入达到5500元。后来公司同意给他增加工资300元，于是该职工拒绝了公司的续签要求。后来，该职工又提出，如果公司不能满足其要求，应在合同到期时就退工，现在让他多做了十几天再退工属于解除，仍需支付补偿金。公司是否要给他经济补偿呢？

林明锐实习律师解答：本案中由于工资增幅没达到员工的心理价位，故员工拒签合同，此时单位并非只能被动等待，《劳动合同法实施条例》第5条的规定赋予了用人单位及时采取措施避免损失的权利。即自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应书面通知劳动者终止劳动关系，无须向劳动者支付经济补偿。也就是说，当员工拒签时，用人单位对一个月的期限届满前仍拒签的，应当及时终止劳动关系。依据《劳动合同法》第四十六条第(五)项的规定，用人单位维持或提高劳动合同约定条件续订劳动合同，而劳动者不同意续订的，单位无须支付经济补偿。但有一点还是值得注意的，职工选择不续签是他的权利，并不构成违纪，单位还是应当依法向其支付其实际工作时间的劳动报酬。

职工应征入伍后与用人单位继续保持劳动关系

辛大勇问：我今年21岁，是市区某

公司职工，工作已1年有余，双方签订了3年的劳动合同。我今年响应国家号召，报名应征，被批准入伍。我入伍后与公司的劳动关系不知该如何处理？

林明锐实习律师解答：《兵役法》第56条规定，入伍前是机关、团体、企事业单位职工的，允许复工、复职。《退伍安置条例》规定，入伍前是机关、团体、企业、事业单位职工的退役士兵，可以复工、复职或者恢复履行劳动合同，其工资、福利和其他待遇不低于本单位同等条件人员的平均水平。安排上岗的退役士兵工资福利待遇比照本单位同等条件人员确定。退役士兵服役期间连队安排工作视为工龄，并与所在单位工作年限连续计算。退役士兵服役期间军龄连队安排工作时间视同参加社会保险缴费年限。《关于职工应征入伍后与企业劳动关系的复函》(劳办发[1997]50)号规定：“职工应征入伍后，根据国家现行法律法规的规定，企业应当与其继续保持劳动关系，但双方可以变更原劳动合同中具体的权利与义务条款。按照《兵役法》、《退伍义务兵安置条例》(现为《退伍安置条例》)的有关规定，义务兵入伍前原是国家机关、人民团体、企业、事业单位正式职工，退伍后原则上回原单位复工复职。在全面实行劳动合同制后，对对应征入伍的职工，仍应执行上述规定。同时按照《军人抚恤优待条例》的规定，执行义务兵优待办法。”因此，在你入伍服役期间，你与公司双方继续保持劳动关系，但劳动合同应作变更，劳动合同中止履行，同时办理社会保险暂停缴纳的手续。

劳动争议咨询站

案情缘起：

2001年，B公司租赁我市A区某渔村土地，设立B公司批发市场，租期为10年，市场部分区域系违章搭建。2011年8月31日，B公司与某渔村土地10年租赁期满后，因土地使用问题产生纠纷。

2011年8月5日，A区城市管理行政执法局下达责令限期改正通知书，认为B公司批发市场违章搭建，要求其于当年10月15日前自行拆除。B公司在接到自行拆除通知后，先后向温州市电力局、温州市A区消防大队和当地街道党工委作了报备，表示会按期拆除违章搭建。

2011年9月4日，B公司登报通知批发市场内摊位租户，由于租赁协议已经届满，市场内“8”字头摊位及A、B幢8、9通道摊位将先行拆除，并与租户签订承诺书，要求租户于9月10日前将一切货物搬离腾空。9月13日，B公司与某建筑拆除公司签订《旧房拆除协议书》，由某建筑拆除公司负责拆除B公司批发市场周围临时违章棚房。9月23日，在B公司胡某等有关人员的带领下，建筑拆除公司施工人员对违章棚进行拆除，当地渔村组织村民进行阻挠，双方发生纠纷，村民陈某不慎从二楼跌落死亡，拆除工作中止。

事发当日，A区公安分局对该事件立案侦查。经对B公司涉案人员胡某、马某等人进行询问和组织辨认，于同年12月24日以涉嫌聚众扰乱社会秩序罪为由对B公司法人代表、董事长李某采取了刑事拘留强制措施。李某共被羁押29天，于2012年1月21日被取保候审。

2013年1月17日，A区公安分

局将案件移送A区人民检察院审查起诉。同年5月20日，A区人民检察院将案件退回A区公安分局补充侦查。同年6月20日，A区公安分局再次向A区人民检察院移送审查起诉。同年11月19日，A区人民检察院经审查认为，现有证据无法证实李某主观上具有聚众扰乱社会秩序的故意以及客观上造成了法定的“严重后果”。A区公安分局认定的犯罪事实不清、证据不足，不符合起诉条件，正式向李某作

端，给机关、单位与团体施加压力，以实现自己的某种无理要求或者借机发泄不满情绪，这是构成犯罪的主观动机。从本案当事人提供的证据来看，2011年8月5日，A区城市管理与行政执法局下达责令限期改正通知书，认为B公司批发市场违章搭建，要求其拆除。为此，B公司也向相关部门做了报备，对商户也作了通知。2011年9月23日，李某作为B公司的负责人，执行行政部门的拆违决定，组织拆除批发市场违章建筑，

于上述法定的紧急情况下有必要先行拘留的对象。A区公安分局对李某决定刑事拘留，且在事发三月后才实施，显然不符上述两个条件，明显错误，应该纠正。《国家赔偿法》第十五条第一项规定：对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，受害人有取得赔偿的权利，有权获得侵犯人身自由赔偿金。A区公安分局对没有实施犯罪行为或者没有充分证据证明实施了犯罪行为的人实行了错误的

公安机关错误刑拘 法院判决赔偿道歉

缪仁凌

出不起诉讼决定书。

维权过程

由于A区公安分局对没有实施犯罪行为或者没有充分证据证明实施了犯罪行为的人实行了错误的刑事拘留措施，剥夺了李某人身自由，使他遭受了不应该遭受的侵害。为了维护自身合法权益，李某委托我所张永谦、缪仁凌律师代理，以违法刑事拘留为由向A区公安分局提出国家赔偿申请。

代理律师认为：根据刑法第二百九十一条第一款规定，聚众扰乱社会秩序罪，是指聚众扰乱社会秩序、情节严重，至工作、生产、营业和教学科研无法进行，造成严重损失的行为。本罪在主观方面只能出于故意。也就是说，主观上具有扰乱的目的，行为入企图通过这种扰乱活动，制造事

并不具有聚众扰乱社会秩序的犯罪故意。尽管在拆违过程中，B公司委托的拆除公司的拆除行为比较粗暴，但与聚众扰乱社会秩序犯罪是有根本区别的。

刑事拘留是法律规定的对现行犯或者重大嫌疑分子的刑事强制措施，其目的是进一步查清案件事实。刑事拘留必须同时具备两个条件：其一，拘留的对象是现行犯或者是重大嫌疑分子。现行犯是指正在实施犯罪的人，重大嫌疑分子是指有证据证明具有重大犯罪嫌疑的人。其二，具有刑事诉讼法第八十条所列举的七种法定的紧急情形之一。而本案李某组织拆除B公司违章建筑的行为不存在聚众扰乱社会秩序的犯罪故意，不属于聚众扰乱社会秩序罪重大嫌疑分子，也不属

刑事拘留羁押，剥夺了李某的人身自由，使他遭受了不应该遭受的侵害，应该获得国家赔偿。

2014年12月8日，李某以违法刑事拘留为由向A区公安分局提出国家赔偿申请，而后该局作出不予赔偿决定；

李某对A区公安分局不予赔偿的决定向市公安局申请复议，2015年4月21日，市公安局作出维持不予赔偿的复议决定；

李某对市公安局复议决定不服，2015年5月20日再向温州市中级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。温州市中级人民法院依然维持温州市公安局的复议决定书，不予赔偿；

终获纠错

李某对温州市中级人民法院维

持的结果依然不服，于2015年12月10日向浙江省高级人民法院申请再审。2016年4月22日，浙江省高级人民法院作出(2016)浙委赔提1号国家赔偿决定书，认定温州市中级人民法院赔偿委员会维持决定书认定事实和适用法律均错误，李某申诉有理，依法予以纠正。

浙江省高级人民法院作出的赔偿决定书内容如下：

1、撤销温州市中级人民法院赔偿委员会(2015)浙温法委赔字第3号国家赔偿决定、温州市公安局温公赔复决字[2015]2号刑事赔偿复议决定和温州市A区公安分局A公赔决字[2015]1号国家赔偿决定；

2、由A区公安分局支付申请李某限制人身自由赔偿金6371.88元；

3、由A区公安分局为李某消除影响，恢复名誉，赔礼道歉，并支付精神损害抚慰金2000元。

作者评述：

本案历经4年，维权过程曲折艰难，最终由于省高院依法作出了国家赔偿决定，对李某的赔偿金和精神损害抚慰金现已到位。但遗憾的是A区公安分局至今没有为李某消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。建设法治社会，不仅要尊重社会中守法公民的权利，也要尊重那些违法或者犯了罪的人的合法权益。对于被错误拘捕的人，更应注重其权利保护，尊重其人格。有法不依，知错不改，这是对受害人合法权益的漠视。A区公安分局给李某及其家属一句真诚的道歉，不仅应该，更不应那么难。不要让合法的权益等得太久，而使迟到的正义再打折。

(作者系本所知识产权部律师)

法国葡萄酒的法律情缘

说起葡萄酒,最先让人想起的一定是法国,还有那最著名的波尔多。法国为什么能产出那么让人心驰神往、魂牵梦绕的葡萄酒,这不仅与其悠久的历史、丰厚的自然条件有关,也与法国的法律有着一缕不可分割的情缘。

1789年法国大革命后,所有的葡萄园都被分割成小块出售。根据《法国民法典》中有关土地继承权的规定,葡萄园在继承人之间平均分配,造成如今法国最小的葡萄园只有0.85英亩。依照法国法律,葡萄园有特定的面积限制,大体上限制了葡萄的种植数量和葡萄酒的产量。例如拉菲酒庄,每个产酒年份正牌酒的产量在15000-20000箱(每箱12瓶,每瓶

750毫升)左右。酒庄是附属于葡萄园的建筑,需要有酿酒和贮存设施,如果达不到一定的标准,所产葡萄酒则不能称之为酒庄级酒。通常认为,酒庄级酒是波尔多葡萄酒中质量等级最高的,价格也最高。波尔多有超过7000个酒庄,平均年产葡萄酒6000万-7000万箱,而酒庄级酒的产量不到波尔多葡萄酒总产量的5%。

对于酒庄,法国是有着严格的分级制度的,这要追溯到《1855年波尔多葡萄酒分级》,它是葡萄酒监管法律的最卓越成就,波尔多的几家顶

级酒庄就是他的宠儿。当年,巴黎举办万国博览会,拿破仑皇帝要求葡萄酒经纪人选出最好的酒参展。中介商们为此从近40年在市场上登录过价钱的红酒里,找出61家酒庄,依据长期的质量和商业表现,做出排名。最终在这61家酒庄中确定1级酒庄5座,2级酒庄14座,3级酒庄14座,4级酒庄10座,5级酒庄18座,这就是始自行业自治的《1855年波尔多葡萄酒分级》。酒庄的分级制度方便了葡萄酒贸易,通常第5级的售价总是第2级的一半,第3、第4级位于

第2和第5之间,第1级比第2级的价格高出约25%。

1855年的分级制度沿用至今,其间只发生过一次变动,这个变动也是一件逸闻:木桐酒庄的庄主孜孜以求50年终于实现从第2级升级为第1级的愿望,升级之前庄主放言“不曾第一,不屑第二,我是木桐!”升级之后却自谦“目前第一,曾经第二,木桐不变!”木桐酒庄升级前之豪迈,升级后之内敛,在红酒的江湖上传为美谈,也映照出分级制度的法力不易撼动。后来,这个始自1855年的行业自

治的君子协定被收编成为政府对行业进行规制的利器。正是因为有了这样的法律,波尔多的葡萄园才会蝶化为美酒的圣地。

对于酒瓶上的酒标,法国也是有着严格法律规定的,如果你在酒标上看到酒庄的城堡式建筑,那么这座酒庄必须确实存在并且是酿酒师所属的酒庄。所以,如果你懂,酒标会向你细诉一瓶顶级酒庄酒的前世今生。

法兰西一定不会忘记那位缔造《法国民法典》的君王——拿破仑,他迷恋美酒,他一生的钟爱是芬芳绵长的香丹丹葡萄酒。



在港产片盛行的上世纪八、九十年代,影片中那些头戴白色假发,身穿黑色律师袍,在法庭上伶牙俐齿、雄辩滔滔的香港律师,给人留下了深刻的印象,以至还成为一些人追寻律师梦的精神动力。

律师袍最初起源于欧洲,早期长袍并非专属于律师和法官,而是欧洲上流社会的一种服饰,是身份的象征。中世纪早期,西欧律师和大学教授普遍穿着一种称为“法衣”的礼服。在大多数现行普通法的国家中,如新

律师袍,要想爱你不容易

朱婷

西兰、澳洲、马来西亚等地方,现在他们的律师在法庭上仍穿黑袍假髮。

1979年,《中华人民共和国民事诉讼法》第一次以国家立法形式确认了律师的法律地位,这意味着我国律师制度的恢复重建。而伴随着律师制度的恢复重建,律师统一着装、着什么样式装的问题就被提及、议论。20世纪80年代,《司法部、财政部关于专职律师、涉外公证人员制装的通知》要求,“律师着西装”,分冬装、夏装,并对服装的颜色、用料等作出具体规定。

2002年,为推进这项工作,司法部批准了全国律协制定的《律师出庭服装使用管理办法》和《律师协会标志使用管理办法》,规定从2003年1月1日起,中国律师出庭时将穿上统

一的律师袍,佩戴律师徽章。最高人民法院于2016年5月1日施行的《最高人民法院关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》中也规定,“律师按照职业着装规定着装”。

然而此项着装规范并未真正推行开来,目前在实践中穿律师袍出庭的律师还是少数。律师界对于是否必须着律师袍出庭看法不一,各地对执行相关规定的力度也不相同。广东国晖律师事务所的律师张静焜因在出庭时没有穿着律师袍遭到投诉,因而被深圳市律师协会根据《中华全国律师协会律师出庭服装使用管理办法》及《深圳市律师协会会员违规行为处分细则》的规定,对其作出了训诫处分。深圳律协的这个做法引起了律师界很多人的思考,律师袍我们究竟是穿还是不穿?

身为律师,我认为服装除了遮盖、修饰等功用之外,它呈现的是一种特殊的意义,不同服饰有着不同的内涵。根据着装不同,人们能够识别医生和厨师,能够区分交警和建筑工人。这就是为什么人们看到马路上有交警时,开车都会特别注意和小心,因为警察的这身着装在提醒你不要在警察眼下违章驾驶机动车。人们通常敬畏的不是他这个人而是他这身警服所象征的法律权威。而律师袍的穿戴是彰显我们职业的方式,以及民众理解法律及法院的庄重,坚守严肃受人尊重。因此,律师袍的穿与不穿不能任性而定。

穿着律师袍出庭,给人的第一直观感觉是:尊重。这里的尊重包含多层意思:首先,律师尊重了自己的职业,尊重了自己。如此一来,无论是公诉人还是合议庭成员、无论是同案其他被告人还是其他辩护人,无论是执勤交警还是旁听家属,对你都会相敬有加。这对于接下来的整个庭审气氛和效果,都非常有帮助,因为穿着律师袍的辩护人相对于未穿律师袍的辩护人,在他们心中首先给自己争取了加分。其次,着律师袍出庭,也是对法律和庭审的尊重。法庭上,公诉人穿着制服、法官穿着法袍、被告人穿着监服,法警穿着警服,这既是出于对法律的遵守,也是源于庭审的肃敬。律师又有什么特权可以例外?

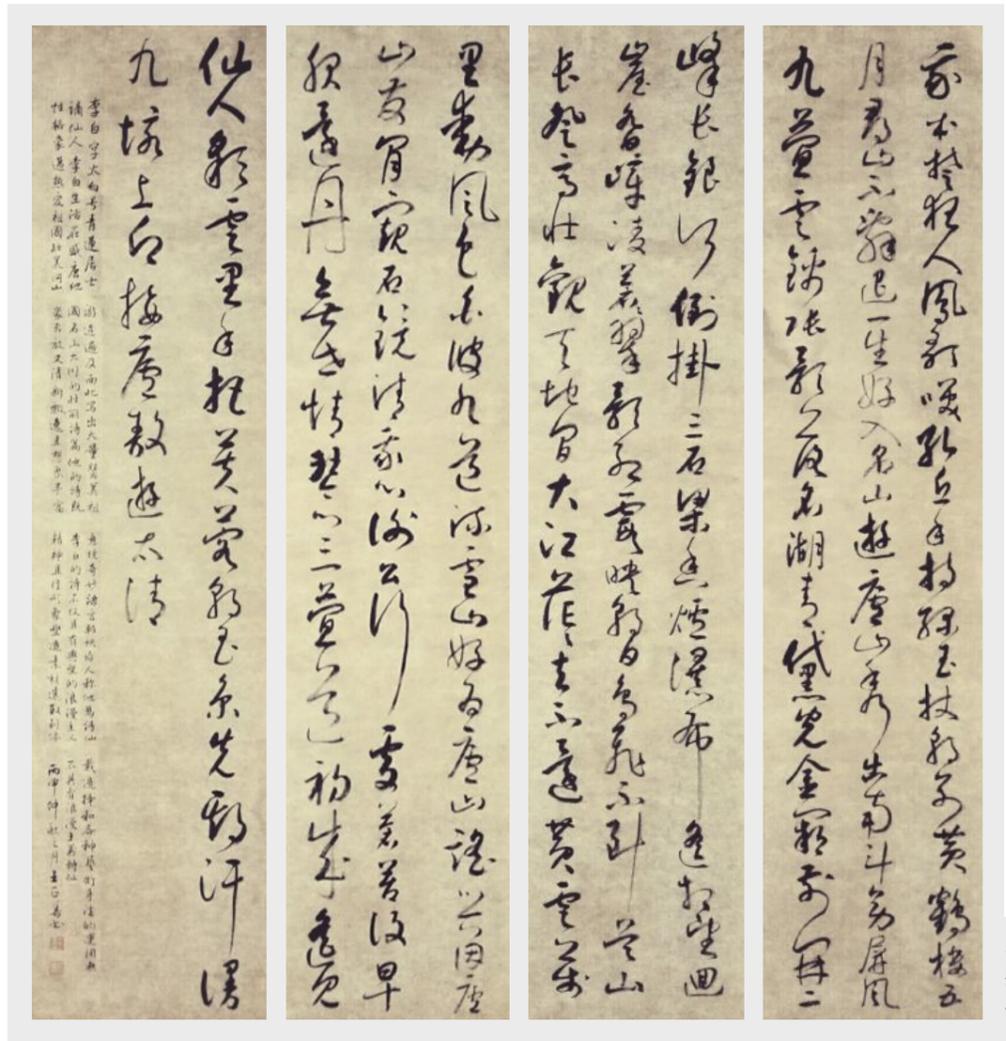
对于刑事辩护律师来说,刑事辩护从本质上讲是一项对抗激烈,最能充分发挥律师的才智与展现律师的风采。控、辩、审三方在同一庭审空间里,律师与公诉人进行法庭对抗,对案件事实和法律据理力争。公诉人和法官都着各自的制服出庭,而律师的着装如果太随意,甚至松垮邋遢,那么即使他的辩护或代理再成功,他的公众形象、当事人对他的信赖感依然会受到影响,继而影响律师整体职业形象。因此一件普通的律师袍,最直接的反映就是能够直观地彰显律师独特的职业形象,体现律师职业的严肃性和崇高性,便于案件双方当事人以及审判人员、公诉人员等辨别身份。同时也提醒我们律师,铭记自己职责,增强我们律师的社会责任感。

律师袍自推行以来,为什么在实际操作中还是没人重视呢?很大部分原因是“不方便”:首先,律师袍有一定厚度和分量,律师出庭往往要携带大量案卷材料、电脑,若再携带律师袍,很不方便。其次,律师袍规定内里需要穿浅色衬衫、打领巾,而很多法院,特别是基层法院没有更衣室,律师没地方换律师袍,特别是女律师,尤其不方便。同时,律师袍的版式设计、做工、面料和材质一直以来也被律师们所诟病。律师袍采用的面料太差,特别是夏天,律师袍透气性不足,律师从室外进入法庭,套上宽大的律师袍十分闷热;冬天天气寒冷,穿着厚厚的冬衣,外边再套上宽大的律师袍,显得十分臃肿,影响律师的出庭状态。

由此看来,要使律师穿律师袍出庭成为常态,首先是律师袍本身需要改革,既要体现律师职业的特色,更要融入更多的人性化因素,考虑律师着装出庭的可操作性,让律师出庭着律师装不再为难,使律师装成为法庭一道新的风景,为更多的公众所熟知,从而统一我们律师的对外形象;其次是各级法院要普遍设立更衣室,为律师换穿律师袍提供方便,避免律师总是在厕所更衣的尴尬;第三,老律师、资深律师要身体力行,不忘带头在出庭时穿着律师袍。我国的律师界普遍实行老律师带新律师的传承制度,师傅的一言一行对徒弟日后习惯的形成影响重大。

也许几年后,律师着律师袍出庭会成为习惯,磨出毛边的袍子成为资深大律师的标志。曾几何时,作为法学学子的我认为拥有律师袍是一件让自己多么热血沸腾的事情!

(作者系本所金融部律师)



书法作品:
李白《庐山谣寄卢侍御虚舟》
作者:王正善(我所首席合伙人,律师)