

GONGSHANGXINGZHENGGUANLI
ZHIFA BANAN TAN

黄璞琳·著

工商行政管理执法 办案谈



中国工商出版社

工商行政管理执法办案谈

黄璞琳 著

中国工商出版社

责任编辑 权燕子

封面设计 欣然

图书在版编目(CIP)数据

工商行政管理执法办案谈/黄璞琳著. —北京:中国工商出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 80215 - 397 - 4

I. ①工… II. ①黄… III. ①工商行政管理—行政执法—研究—中国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 233828 号

书名/工商行政管理执法办案谈

著者/黄璞琳

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京华正印制有限公司

开本/850 毫米×1168 毫米 1/32 印张/10 字数/220 千字

版本/2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(100070)

电话/(010)63730074,83670785 电子邮箱/zggschs@263.net

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 978 - 7 - 80215 - 397 - 4/D · 362

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

内 容 简 介

一行为违反数法条如何实施行政处罚？工商行政处罚中的证据有何要求？鉴别假冒商品时如何抽样更科学？网吧使用盗版软件是否构成商标侵权或虚假宣传？建筑施工者购买使用侵权原料如何定性？公用企业滥收费用构成不正当竞争吗？公司或分公司擅设分支机构如何处罚？数量短少的定量包装商品属不合格产品吗？在本书中，黄濮琳以自己丰富的执法经验为大家一一解答。

本书以基层工商执法人员的视角，从行政法及行政诉讼、商标行政执法、广告行政执法、公平交易执法、企业个体登记执法、消保与质量监管六方面，紧贴基层工商执法实务和工商管理立法变化，对基层工商执法实务中的 116 个典型案例或常见问题，进行深入的法理分析，以案例研究方式辨析法理、提示要点。本书可供基层工商执法人员在实际工作中参考。

作者简介

黄璞琳，男，1974年生，江西宜黄人，北京大学法学学士（函授），1995年获律师资格，现在江西省抚州市工商局政研法规科工作。曾代理本系统参加行政诉讼8次均获胜诉，在《工商行政管理》（半月刊）、《中国工商报》、《法制日报》等市级以上刊物上发表法制宣传和调研文章281篇（其中国家级126篇），被中国工商执法交流网聘为专业指导，2006年荣获国家工商总局授予的“2001-2005年全国工商行政管理系统法制宣传教育先进个人”称号，2007年7月被中国工商报社评为第三届“工商新闻百星·耘墨之星”，自2002年度起连续7年被评为中国工商报社优秀通讯员，1998年被江西省总工会评为江西省职工自学活动积极分子，2007年被江西省工商局评为全省工商系统办案能手和全省工商系统优秀共产党员。

法律博客：

<http://blog.chinacourt.org/wp-profile1.php?cat=3&author=3264>

或 <http://www.bloglegal.com/blog/user/1974lin/>

目 录

第一章 行政法及行政诉讼问题 / 1

1. 一行为违反数法条如何实施行政处罚 / 1
2. 法条交叉且有上位法与下位法关系时如何适用法律 / 8
3. 论相对集中行政处罚权制度及其
在消费者权益保护中的运用 / 11
4. 试述工商所授权执法 / 16
5. 处罚前应告知当事人“作出处罚的依据”之范围 / 23
6. 法院能否制裁违法失职的行政诉讼被告 / 25
7. 将没收款或没收财物变卖款
作为罚款收缴存在法律风险 / 27
8. 管辖权是认定“非法经营额”的前提 / 29
9. 如何确定网络虚假广告的管辖机关 / 32
10. 试述委托举行行政处罚听证会的合法性 / 35
11. 处罚决定书错误告知当事人直接诉权咋办？
——一起行政诉讼案引发的思考 / 37
12. 仅在仓库中发现过期变质食品能否处罚 / 40
13. 网页截屏打印件能否用作证据 / 43
14. 不具备法人资格的机构能否列为行政处罚当事人 / 44
15. 基层工商执法人员应具备的法治理念 / 46
16. 工商执法办案中应查清的违法事实 / 50
17. 调查取证应坚持的基本原则 / 55
18. 工商行政处罚中证据的要求及取证策略 / 58

19. 工商行政处罚中准确适用法律的操作要点 / 75
- 第二章 商标行政执法问题 / 81
 20. 浅谈商标侵权的事实认定与证据固定 / 81
 21. 如何有效查清侵权产品数量 / 84
 22. 鉴别假冒商品时如何抽样更科学 / 85
 23. 定牌加工侵权如何计算非法经营额 / 88
 24. “非法经营额”应以核实的
冒充注册商标活动为据 / 91
 25. 如何计算使用未注册服务商标冒充注册商标
的非法经营额 / 92
 26. 有关《商标法》及其《实施条例》的修改建议 / 93
 27. 尼斯分类中具体商品名称间并非绝对排斥 / 94
 28. 网吧使用盗版软件是否构成商标侵权或虚假宣传 / 96
 29. 珠宝改款后使用原注册商标是否侵权 / 99
 30. 略论商标假冒与反向假冒的竞合 / 102
 31. 反向假冒中“投入市场”应作扩张解释 / 105
 32. 假冒他人注册商标并未局限于在商品本身及其包装上
使用——兼谈《商标法》第五十二条第（一）项中
“商标使用”之含义 / 106
 33. 建筑施工者购买使用侵权原料如何定性 / 108
 34. 也谈销售侵犯注册商标专用权商品之界定 / 110
 35. 赠与与销售有不同 商业使用是关键 / 112
 36. 定牌加工中商标标注具有特殊性 奋发公司的加工行为
不是商标侵权 / 113
 37. 注册商标转让后原商标权人已售出
的商品能否再转售 / 116
 38. 损害商誉与损害注册商标专用权并不等同 / 119

39. 印制销售与他人注册商标近似的商标标识如何定性 / 121
40. 再谈印制销售与他人注册商标近似的商标标识如何定性 / 123
41. 违规承印注册商标标识如何处罚——“国家有关规定”包括部门规章 / 125
42. 也谈对违法印制商标标识的法律规制 / 127
43. “丝网印”并非界定印刷业的标准 / 133
44. 也谈在广告布上喷绘他人同类商品上的注册商标如何定性 / 136
45. 法律已经规制卖自己“孩子”之行为 / 138
46. 容易误认是域名侵犯注册商标专用权的必要条件 / 140
47. 将他人注册商标用作企业字号造成误认构成侵权 / 143
48. 行政权力有边界 违规使用方处罚——也谈对字号权与商标权冲突的行政干预 / 145
49. “混淆可能”和“善意与否”是定纷止争的标尺——也谈商标权与企业名称权冲突之解决 / 148
50. 善意使用在先标志不宜处罚 / 151
51. 专门销售还是特许销售 词义不同则结果不同 / 153
52. 地名商标的保护因案而异 / 156
53. 再谈商标合理使用的认定 / 159
54. 注册商标不应作为知名商品特有名称进行保护 / 164
55. 保护途径不止一条——未注册驰名商标还可按知名商品特有名称、包装、装潢保护 / 166
56. “拥有但不能使用”，还是“可用但尚未拥有” / 168
57. 民事权益处分自由应尽量尊重——也谈商标使用再许可的合法性 / 171
58. 是否移送还得客观判断 / 173

- 59. 如此使用“奥标”是否侵权 / 175
- 60. 对发布擅自使用奥标的商业广告的广告发布者能否查处 / 176

第三章 广告行政执法问题 / 179

- 61. “鼎级”太绝对 违法当受罚 / 179
- 62. 对擅自发布户外广告行为能没收违法所得吗 / 180
- 63. 如此软广告是否违法 / 181

第四章 公平交易执法问题 / 182

- 64. 银行强行扣划储蓄卡年费构成限制竞争 / 182
- 65. 公用企业滥收费用构成不正当竞争 / 184
- 66. 应授权县级工商局管辖公用企业限制竞争案件 / 188
- 67. 竞买人之间给予收受不正当利益串通竞买构成商业贿赂和不正当联合 / 189
- 68. 供电企业能强行收取电费保证金或强行预收电费吗 / 192
- 69. 商业活动中给予国家机关“宣传费赞助款”构成商业贿赂 / 194
- 70. 是受委托加工还是变相伪造产地 / 197
- 71. 只有一个竞买人能拍卖吗? / 200
- 72. 公司网站上宣传姚明的相关信息如何定性处罚? / 202
- 73. 包装装潢被申请外观设计专利咋办 / 203
- 74. 将三聚氰胺称为毒构成虚假宣传吗 / 204
- 75. 以“折扣”名义入账就合法吗 / 206

第五章 企业个体登记执法问题 / 208

- 76. 是股份转让还是抽逃出资 / 208
- 77. 国有不可移动文物不可作为办企业的出资 / 211
- 78. 股东不能将公司财产以自己名义向他公司出资 / 212
- 79. 股东将公司机动车转卖分掉售车款但未办车辆过户手

续是否构成抽逃出资 / 214

80. 用作出资的非货币财产已交付公司但未办过户手续能否处罚 / 215

81. 虚报注册资本罪追诉标准存在重大漏洞 / 216

82. 也谈公司或分公司擅设分支机构如何处罚 / 218

83. 工商机关有权查处无照经营易制毒化学品案件 / 221

84. 工商部门能否管辖无证无照生产食品
或餐饮服务案件 / ~~223~~

85. 前置许可证件到期未重新办证继续经营的如何查处 / 224

86. 有关企业承包租赁经营的法律思考 / 226

87. 信用站是否需要办理工商登记 / 232

88. 如何界定企业外设机构、场所的行为是否经营行为 / 236

89. 以销售为目的展示商品应当认定为经营行为 / 240

90. 企业将自有店面租给他人经营是否需办理工商登记 / 240

91. 中药材种植企业销售自产中药材无需药品经营许可证 / 241

92. 浅谈对“公司恶意消失”的法律规制 / 242

93. 对被政府责令关闭的企业是否需要吊销其营业执照 / 246

94. 如何区分企业名称的擅自变更与伪造? / 249

95. 擅自在产品上标注他人企业名称如何处罚 / 250

96. 个体工商户字号名称能继承转让吗? / 252

97. 工商机关在企业年检中对后置许可证件有审查义务吗 / 253

98. 准备注销的企业要申报年检吗 / 255

99. 企业法人被吊销营业执照后其非法人分支机构能否通过年检 / 256

第六章 消保与质量监管问题 / 258

100. 电力不属于《产品质量法》调整范围——兼议工商部门对销售不符合质量标准电能案有无管辖权 / 258

101. 农药用量指示错误造成损害构成产品缺陷 / 260
102. 从农药包装标示的用药量错误谈缺陷产品与不合格产品之关系 / 264
103. 数量短少的定量包装商品属不合格产品吗 / 266
104. 食品安全法生效后对松香沥青褪禽毛如何处罚 / 270
105. 企业被吊销营业执照后生产的产品属于伪造厂名产品吗 / 271
106. 何谓“有严重质量问题”的产品? / 272
107. 对经销包装上含有“央视上榜品牌”字样的商品如何处罚 / 273
108. 销售应取得而未取得生产许可证或强制性认证的产品, 能否按国务院 503 号令查处 / 274
109. 工商部门能否查处建设工程中使用不合格建材或无证生产的建材案件 / 276
110. 开发商以钢质门冒充防盗门欺诈购房户如何适用法律 / 279
111. 也谈对销售翻新彩电的定性处罚 / 282
112. 影楼无权拒交艺术照底片 / 285
113. “出门概不负责”符合法律规定吗 / 286
114. 消费者购货付款后能否当场退货 / 288
115. 已付房款的商品房被开发公司折价给了建筑公司, 购房者咋办? / 289
116. 免费搭乘旅客意外受伤也有权向承运人索赔 / 290

第一章 行政法及行政诉讼问题

1. 一行为违反数法条如何实施行政处罚^①

一行为违反数个法条如何处罚问题（本文讨论的“违反法条”，包括构成法条所规定的违法情形），在《行政处罚法》中主要体现在第二十四条所规定的“一事不再罚款”原则，即“对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚”。但该条款仅是从禁止重复罚款角度予以规范，对一行为违反数法条时应如何实施行政处罚并未明确。笔者觉得，讨论此问题，首先要解决以下问题：一是如何界定“同一个行政违法行为”，二是“一行为违反数法条”具体包括哪几种情形，分别应如何适用法律实施行政处罚。

一、“同一个行政违法行为”的界定与分类。

对于“同一个行政违法行为”的界定标准，我国法学界尚无定论，常见的观点有“法律规范说”、“违法事实说”、“构成要件说”等等。不过，“同一个行政违法行为”应当是指“法律上的一行为”，而不是指“自然上的一行为”或“事实上的一行为”，这已是

^① 本文主要内容以《行政处罚中“一个违法行为”的界定》、《一行为违反数法条的处罚原则》为题，分别在2007年6月7日、2007年6月14日的《中国工商报》商标世界·B3法治论坛版发表。

共识了。由于行政处罚与刑罚之间有一定的衔接性，我们不妨参照刑法理论中有关“一行为与数行为”的判定标准来分析此问题。也就是说，凡只能充分满足一个行政违法构成要件的行为，就是“一个行政违法行为”；能分别独立、完整地充分满足数个行政违法构成要件的行为，就应认定为“数个行政违法行为”。“法律上的一行为”，可能由一个“自然上的行为”构成，也可能由数个“自然上的行为”基于法律的规定或者社会一般观念结合而成。但是，一个“自然上的行为”却不可能同时构成数个“法律上的行为”。

具体的某种行政违法行为的构成要件，要结合相关法条的具体规定来判断，但一般都应当具备以下4个必要要件：一是相对人有独立的违反行政法律规范的作为或不作为；二是相对人的违法作为或不作为具有社会危害性；三是相对人具有行政责任能力；四是相对人对其违法作为或不作为，主观上有过错（包括推定过错）。（参见朱新力：《论一事不再罚原则》）

以无照经营为例，根据《无照经营查处取缔办法》第二条、第四条的规定，这一“法律上的行为”，其实包含两个“自然上的行为”，一个是“未依法取得营业执照和（或）许可证、批准文件”这一消极的不作为行为，另一个是“实施了相关经营活动”这一积极的作为行为。又如，《商标法》第五十二条第（三）项所规定的“伪造他人注册商标标识”行为，也要求具备两个“自然上的行为”，即“未经商标注册人许可”的消极不作为和“制造与他人注册商标标识相同的标识”的积极作为。就无证照印制假冒他人注册商标标识行为而言，从表面上看同时构成了“无照经营”和“伪造他人注册商标标识”这两个违法行为，但这里构成“无照经营”和“伪造他人注册商标标识”所必须的“积极作为行为要件”却重合了，都是“印制与他人注册商标标识相同的标识”这一个“自然上的行为”，也就不能分别独立、完整地充分满足上述两个违法行为构成要

件。因此，无证照印制假冒他人注册商标标识行为，只是一个违法行为，不过同时违反了数个法条。

但这种一行为违反数法条情形都属于法条竞合吗？笔者想参照刑法理论来分析“同一个行政违法行为”的分类情况。

（一）单纯的一个行政违法行为，即只违反一个行政管理法条。如《商标法》第四十四条第（三）项所规定的“自行转让注册商标”行为。由于行政管理的繁杂和执法主体多样，这种情形其实也不多。

（二）实质上的一个行政违法行为。是指看起来是数个行政违法行为，但实质上仅是一个行政违法行为。包括：

1. 持续性或继续性违法，指行为人主观上出于一个概括的过错，实施的行政违法行为及其引起的违法状态在一定的时间、空间上处于持续或继续状态，时间上没有间断，法律对其评价为一个行政违法行为。如某人从A地到B地超载驾驶。持续性或继续性违法，可能仅违反一个法条，也可能违反数法条。

2. 法条竞合违法，指一行为同时违反数个法条，数法条对该行为规定了不同的法律后果，或者规定了不同的行政执法主体，而且数法条之间在调整对象上存在必然的交叉、包含乃至重叠的包容关系。法条的包容关系一般具有两种形式：一是完全包容，即两个法条在调整对象上具有包含乃至重叠的重合关系（包含是指调整范围有大小且大的完全包容了小的，重叠是指调整范围完全一样），简称法条重合；二是部分包容，即两个法条在调整对象上具有交叉关系，也称法条交叉。如，《反不正当竞争法》第二十四条与《广告法》第三十七条有关虚假宣传的规定就具有包含关系；新《公司法》第二百一十一条所规定的冒用有限公司、股份公司或其分公司名义，包括“无营业执照冒用有限公司、股份公司或其分公司名义”和“已依法持有非有限公司、股份公司或其分公司营业执照却冒用有限公司、股份公司或其分公司名义”两种情形，因此，该法条与《无

照经营查处取缔办法》第十四条，属于法条交叉。

3. 想象竞合违法，指一行为同时违反数个法条，但数法条之间不存在必然的包容关系。法条之间是否存在必然的包容关系，是区别想象竞合与法条竞合的关键。例如，《无照经营查处取缔办法》有关无照经营的规定，与《商标法》有关侵犯注册商标专用权的规定，法条本身之间并无必然的包容关系。因此，无证照印制假冒他人注册商标标识行为，是“无照经营”与“商标侵权”的想象竞合而非法条竞合。在同一件产品上同时假冒他人注册商标和企业名称的，其实只实施了一次产品标注行为，因此，也属于想象竞合违法。

(三) 数行为而由法定为一个行政违法行为。是指本来符合数个行政违法行为构成要件，但法律将其规定为一个行政违法行为。在我国行政法领域，主要表现为“常业违法”。如，《治安管理处罚法》第四十三条第一款对“殴打他人或者故意伤害他人身体”设定了治安处罚，但该条第二款第(三)项又对“多次殴打、伤害他人”设定了更重的治安处罚。“多次殴打、伤害他人”就属于常业违法，如果均未处罚的，不再分别处罚，而是作为一个违法行为实施处罚。常业违法一般存在法条竞合的问题。

(四) 数行为而在处理上作为一个行政违法行为。主要包括：

1. 连续违法，是指行为人基于一个概括的过错，连续实施性质相同的数个违法行为。与持续违法或继续违法不同的是，连续违法在时间上有间断。在刑法上，连续犯按一罪处断。我国《行政处罚法》第二十九条第二款在规定行政处罚追究时效时规定：违法行为有连续状态的，从行为终了之日起计算。因此在实践中，对连续违法，我国一般是按一个行政违法行为从重处理的。此种立法体例，国外也有，如，德国《违反秩序罚法》就规定：“数次触犯(科处罚金之)同一法律时，仅得处一罚金。”不过，我国台湾地区却是实行绝对的“数行为分别处罚原则”，其《行政罚法》第二十五条规

定：“数行为违反同一或不同行政法上义务之规定者，分别处罚之。”

2. 牵连违法，指以实施一个违法行为为目的，但其手段行为或结果行为又分别构成其他行政违法行为。牵连违法的特征，一是实施了数个行为，且数个行为分别构成了不同的行政违法行为；二是数个行为之间具有目的行为与手段（方法）行为或目的行为与结果行为的牵连关系。如为了销售不合格产品而假冒他人注册商标，就属于牵连违法。对于牵连违法，一般是按一个行政违法行为处理，但国家有特别规定的从其规定。例如，竞买人为了串通拍卖贿赂拍卖公司，串通拍卖与贿赂行为之间存在牵连关系，但根据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第十一条，对贿赂行为与串通拍卖行为应一并处罚。

3. 吸收违法，是指基于一个概括的过错，实施了数个分别构成了不同行政违法的行为，由于数行为之间存在特定的依附与被依附的关系，实践中按一个行政违法行为处理的情形。所谓特定的依附与被依附关系，是指根据一般观念和法条内容，数行为之间由于基本性质相同或有密切联系而存在的附随关系。包括其中一个或某些行为是另一个行为的必经阶段或必要部分，或者其中一个行为是其他行为的当然结果。例如，生产并销售某种不合格产品，行为人同时实施了生产行为和销售行为，但销售是生产的当然结果，二者存在吸收关系。吸收违法与牵连违法有时有交叉，牵连违法往往都是吸收违法，但吸收违法并不都是牵连违法。

二、一行为违反数法条的处罚原则

如前所述，一行为违反数法条主要表现为法条竞合、想象竞合、牵连违法和吸收违法。在刑罚领域，对想象竞合犯、牵连犯和吸收犯，一般是从一重断处。对于法条竞合犯，则比较复杂：首先，如

果法条本身有明确规定的，则依其规定适用相关法条论处。如，《刑法》第二百三十三条规定过失杀人时明确“本法另有规定的，依照规定”；又如，根据《刑法》第一百四十九条规定，生产、销售第一百四十一条至第一百四十八条的伪劣产品，同时构成第一百四十条规定之罪的，实行重法优于轻法的原则。其次，在一般情况下，按照特别规定优于一般规定原则论处。最后，在特殊情况下，即使法条本身无明确规定，也应按照重法优于轻法原则论处。这主要是在法条交叉的情况下，很难区分谁是特别规定谁是一般规定，应根据犯罪行为最为显著的特征和重法优于轻法的原则从一断处，如《刑法》第二百六十六条规定的诈骗罪与第二百七十九条规定的招摇撞骗罪存在交叉关系，招摇撞骗数额特别巨大的就按诈骗罪论处。

与行政处罚相比，刑罚的裁决机关单一，种类相对较少，刑法条文也更协调统一，对法条竞合犯、想象竞合犯、牵连犯和吸收犯从一断处，就足以达到刑事制裁的目的。行政处罚的执法监管主体、监管角度、监管对象、处罚种类、制裁目的以及法条内容，都非常复杂。不同行政处罚法条的调整对象或保护对象、不同行政执法主体的监管任务、不同行政处罚的制裁目的，其侧重点均不同。对一行为违反数法条实施行政处罚时，如果也绝对地采取从一断处原则，就可能使违法者逃脱应受的处罚，妨碍不同行政执法主体间以及不同行政处罚种类之间制裁功能的全面实现。

仍以无证照印制假冒他人注册商标标识为例，无论是单独依《印刷业管理条例》第三十四条无照经营，还是依《商标法》第五十二条、第五十三条商标侵权定性处罚，都不能全面评价该行为的违法之处。若仅依商标侵权查处，只能责令停止侵权行为，没收侵权商品和专用工具，并处罚款，而《印刷业管理条例》所设定的“取缔无证照印刷经营活动”和“没收违法所得”处罚就会落空，反之亦然。