

工商行政管理人员必读丛书

疑案释疑

工商行政管理办案法律适用必读

Gong Shang Xing Zheng Guan Li Bai An Fa Lu Shi Yong Bi Du

董晓慧 著



YZLI0890192858

中国工商出版社

疑案释疑

——工商行政管理办案法律适用必读

董晓慧 著



YZLI0890192858

中国工商出版社

责任编辑/江林

封面设计/王炎

图书在版编目(CIP)数据

疑案释疑——工商行政管理办案法律适用必读/董晓慧著.
—北京:中国工商出版社,2012.9
ISBN 978-7-80215-543-5

I. ①疑… II. ①董… III. ①工商行政管理—行政执法
—案例—中国 IV. ①D922.294.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 223838 号

书名/疑案释疑——工商行政管理办案法律适用必读
著者/董晓慧

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京翌新工商印制公司

开本/880 毫米×1230 毫米 1/32 印张/6.75 字数/130 千

版本/2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

印数/01-5000 册

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(100070)

电话/(010)63730074,83610373 电子邮箱/zggschs@263.com

出版声明/版权所有 侵权必究

书号:ISBN 978-7-80215-543-5/D·412

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装 本社负责退换)

序

工商行政管理机关作为国家主管市场监督管理和行政执法的职能部门,始终紧紧围绕服务经济社会发展的大局,坚持传承与创新并举,在依法维护社会主义市场经济秩序的过程中积累了丰富经验。国家工商行政管理总局局长周伯华在全国工商行政管理工作会议上强调指出,市场主体多元化、经营业态多样化、营销方式现代化、市场竞争激烈化的新形势新特点,使市场监管工作越来越复杂。需要我们不断地把实践中出现的新问题上升到理论高度加以认真研究,提出解决问题的科学思路和方法。

董晓慧所著《疑案释疑——工商行政管理办案法律适用必读》,直面执法工作的难点问题,在现有法律规范框架内,就如何依法行政,切实提高市场监管和行政执法效能进行了一些研究尝试。概括起来有这样三个特点。

一是创新性。针对行政执法实践中自由裁量权如何正确行使这一难点问题,作者通过对案件定性与案件处罚关系的研究,说明两者之间的异同,由此确定量罚原则。在对法定量罚情节梳理的基础上,通过对不同类型、不同性质和不同情节的案例处罚量罚过程的具体评析,阐明如何规范和行使量罚的自由裁量权,均衡行政处罚。

二是务实性。针对诸多管辖权异议、违法主体认定、强制措施适用、违法经营额计算以及违法行为形态评价等影响工商行政

执法的具体问题,作者在坚持法律宗旨和立法原则的前提下,根据个案的不同特点,从企业经营模式、管理制度、行为方式等方面入手,介绍了解决这些问题的思维路径和工作方法,并说明这样解决问题的法律依据。

三是系统性。这本书从管辖权确定、调查方向选择、证据收集和采信、行为性质认定到处罚裁量,基本涵盖了工商行政执法法律适用的主要方面,同时对法律适用中与民事法律关系、刑事法律关系交叉或相关的理论问题也作了阐述,基本涵盖了行政执法的全过程。

我认为,《疑案释疑——工商行政管理办案法律适用必读》一书的出版,将给一线从事执法办案的工商干部提供一定的参考和借鉴,相信不同层次的读者也能与其分享,对于规范工商行政管理机关的行政执法行为有一定意义。尽管这本书可能有值得商榷的地方,但董晓慧在日常工作中善于积累、勤于钻研的精神值得大力提倡。希望越来越多的工商行政管理执法干部在执法实践中勇于探索,积极总结,为提高工商行政管理市场监管和行政执法效能贡献智慧和力量。

斯为序。

国家工商行政管理总局副局长

滕伟材

2012.10.11

目 录

第一章 案件的调查方向与管辖

第一节 案件的调查方向与管辖 (2)

一、案件调查方向的概念 (2)

二、案件的调查方向与工商行政管理机关的

案件管辖 (3)

第二节 疑案释疑 (4)

一、非足金按足金价销售案的调查方向 (4)

二、月饼内包装纸盒违法用材案的调查方向 (7)

三、未取得商品房预(销)售许可证销售

案的调查方向 (9)

四、标称“日本制造”商品案的调查方向 (12)

第三节 其他涉及管辖权的情况 (13)

一、串通投标行为的管辖 (14)

二、保险业、金融业及电信业不正当竞争行为

的管辖 (15)

三、无许可证经营行为的管辖	(16)
---------------------	------

四、滥收费用行为的管辖	(16)
-------------------	------

第二章 经济违法主体

第一节 经济违法主体的概念	(18)
---------------------	------

一、经济违法主体的概念	(18)
-------------------	------

二、违法的特殊主体	(20)
-----------------	------

三、共同违法主体	(21)
----------------	------

第二节 疑案释疑	(24)
----------------	------

一、徐某等九人的没有营业执照和建设资质,从事 道路建设案的违法主体认定	(24)
--	------

二、民营燃气公司是否是公用企业	(26)
-----------------------	------

三、销售假“梦特娇”牌系列服装案违法主体的认定 ..	(27)
----------------------------	------

四、非经营者(记者)钱某能否构成经济违法 (共同)主体	(30)
--------------------------------------	------

第三节 涉及违法主体认定的其他情况	(33)
-------------------------	------

一、自然人责任年龄的计算	(33)
--------------------	------

二、国家核拨经费的医疗机构成为工商行政 管理机关管辖的违法主体的情况	(35)
---	------

第三章 强制措施

第一节 工商行政管理设立强制措施的目的和实施	
------------------------	--

强制措施的法律依据	(38)
-----------------	------

一、强制措施的概念	(38)
-----------------	------

二、工商行政管理设定行政强制措施的目的	(39)
三、工商行政管理实施强制的法律依据	(40)
第二节 实施行政强制措施的条件和期限	(44)
一、实施行政强制措施的条件	(44)
二、实施行政强制措施的期限	(48)
第三节 实施行政强制措施的程序	(50)
一、实施行政强制措施的内部程序	(50)
二、实施行政强制措施的外部程序	(52)
三、行政强制措施的后继处置	(54)
第四节 疑案释疑	(55)
一、暂扣的 60 万元是否符合实施强制措施对象 的条件	(55)
二、对不恰当地使用知识产权的标的物不应 采取行政强制措施	(57)

第四章 违法经营额与违法所得的计算

第一节 违法经营额、违法所得	(60)
一、违法经营额、违法所得的概念	(60)
二、违法经营额与违法所得在法律上的地位	(60)
第二节 疑案释疑	(62)
第三节 违法经营额、违法所得难以计算的其他情形 ...	(65)
一、侵犯他人服务注册商标专用权的侵权(违法经营) 额和违法所得的计算	(66)
二、侵犯商业秘密违法经营额和违法所得的计算	(68)

三、网络虚假广告的违法经营额计算	(71)
------------------------	------

四、对尚未销售的、没有明确标价的违法经营标的物 的价值,以及“应得”未得的销售收入的计算	(73)
---	------

第五章 违法行为形态评价

第一节 违法行为数形态评价的法律意义	(76)
--------------------------	------

一、违法行为数形态评价的概念	(76)
----------------------	------

二、行为数形态的评价标准和评价原则	(77)
-------------------------	------

三、行为数形态的法律意义	(78)
--------------------	------

第二节 典型疑难案例	(79)
------------------	------

一、伪造营业执照提供借贷担保行为的认定	(79)
---------------------------	------

二、虚构委托代招出国人员行为的认定	(81)
-------------------------	------

三、擅自使用与权利人近似的商标行为的认定	(81)
----------------------------	------

四、擅自从事药品生产经营行为的认定	(83)
-------------------------	------

第三节 释疑	(84)
--------------	------

一、法规竞合行为	(85)
----------------	------

二、想象竞合行为	(86)
----------------	------

三、牵连行为	(88)
--------------	------

四、吸收行为	(89)
--------------	------

第四节 其他行为形态	(91)
------------------	------

一、继续行为	(91)
--------------	------

二、连续行为	(92)
--------------	------

三、结果加重行为	(93)
----------------	------

第六章 处罚裁量

第一节 处罚裁量的概念及原则	(96)
一、处罚裁量的概念	(96)
二、处罚裁量的原则	(98)
第二节 量罚的情节与步骤	(105)
一、处罚量罚的情节	(105)
二、工商行政处罚的罚种	(113)
三、处罚量罚的步骤与方法	(116)
第三节 量罚案例释疑	(123)
一、无照经营成品油案的量罚	(123)
二、商标侵权服装案的量罚	(126)
三、采用格式条款订立合同加重消费者责任案 的量罚	(128)
四、以不合格冒充合格产品销售案的量罚	(131)
五、虚报注册资本案的量罚	(133)

第七章 几类违法行为的查处

第一节 合同违法行为的查处	(136)
一、合同违法行为的表现形式和发案方法	(136)
二、合同违法行为的取证方向	(146)
三、合同违法行为的法律适用	(148)
第二节 商贸联营经营模式中商标侵权行为的查处 ...	(154)
一、案例	(154)

二、分析	(156)
三、思考	(159)
第三节 网络虚假广告行为的查处	(161)
一、网络虚假广告行为的发案途径	(161)
二、网络虚假广告行为的取证方法	(162)
三、网络虚假广告行为法律适用的几个问题	(163)
第四节 “小产权房”违法经营行为的查处	(167)
一、查处“小产权房”的发案方法	(167)
二、查处“小产权房”的取证方法	(168)
三、查处“小产权房”应注意的问题	(170)
第五节 招投标与拍卖中串通行为的查处	(173)
一、招投标与拍卖中串通行为的表现形式	(173)
二、招投标与拍卖中新型串通行为产生的原因	(175)
三、招投标与拍卖中串通行为的发案方法	(176)
四、取证的方法及要求	(177)
五、查处中应注意的问题	(179)
附 录	
人民法院量刑指导意见(试行)	(182)
关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)	(195)
后 记	(198)

第一章

案件的调查方向与管辖

第一节 案件的调查方向与管辖

一、案件调查方向的概念

调查方向,在学科分类上属于刑事侦查的范畴。这个概念虽然一直没有引入工商行政管理的理论体系中,但在执法实践中却避不开。比如怎样通过对一般参与传销活动人员的筛选,确认传销活动的组织者或骨干人员;通过现场检查,发现、收集能证明当事人制假手段的证据所在等。也就是在办案过程中常挂在嘴上的一句话:这个案件工商行政管理机关从哪儿入手。

刑事侦查学是一个什么样的学科呢?它是一门研究犯罪对策的科学,包括刑事侦查的任务和原则,侦查的对象和策略,侦查的方向、方法和技术等。因而它是一门涉及社会科学和自然科学等多学科的综合学科。由于这本书重点研究和探索的问题是法律适用中的疑难问题,因此对侦查学中的其他内容都不讨论,仅讨论案件调查方向的研究和运用。

所谓调查方向,是指工商行政管理机关在行政执法过程中,通过对已有证据的梳理,归纳出指向违法主体、违法对象、违法手段及危害后果的调查取证的相关方面。它有两层含义:一是已有的证据说明存在的行为事实可能是工商行政管理机关管辖的范围;二是通过证据归纳出的取证方向,可以收集到证明这一行为事实,构成或不构成违法的证据。这两层含义,前者涉及工商行政管理的执法(管辖)职权,后者涉及工商行政管理执法的履行职责

任。因此加强对调查方向的研究,能使工商行政管理机关更理性地做好工商行政管理执法办案工作。

二、案件的调查方向与工商行政管理机关的案件管辖

工商行政管理机关作为国家经济行政管理的职能部门,依据法律法规的授权,管辖经营主体在经营活动中破坏社会主义公平竞争的市场经济秩序、侵害其他经营者和消费者合法权益的经济违法行为。同时履行这一职能的,还有国家其他职能部门。这样,在立法层面上,一些部门法之间在具体调整的对象上就有所交叉;在执法层面上,对同一行为事实由于发生的环节不同,或经济部门的分属不同,行政管理职能部门在职责上有所重叠;在经济活动中,经济主体的多元化、经营方式的多样化,新的经济现象不断出现,加之经济违法手段的复杂化,使得各职能部门在履行自己职责时碰到的第一个问题,就是对某一具体行为事实的管辖问题。

工商行政管理机关如果不能正确解决这一问题,就极有可能不是不能正确行使自己的管理职能,就是滥用自己的管理职能。因此,应认真地研究怎样正确行使法律赋予的管辖权。^①

从工商行政管理执法办案的角度看,要正确行使对经济违法行为的管辖权,首先就要通过行为事实所反映出或所指向的调查方向,收集证明这一行为事实在不在工商行政管理执法的管辖范围内,以及这一行为事实在法律上的性质。由此可见,案件的调查方向对工商行政管理机关案件管辖的意义是:

1. 案件调查方向指明了收集证明某一行为事实在不在工商行政管理案件管辖范围的证据方向;

^① 参见董晓慧:《工商行政管理案件调查必读》,中国工商出版社,2006。

2. 通过收集证据,去伪存真,从而揭露出行为事实的真实面貌,进而界定这一行为事实的法律性质;

3. 明确界定这一行为事实的法律性质,也就明确了依法对这一行为事实行使管辖权的机关。因而确定案件调查方向是工商行政管理机关正确行使案件管辖的前提。

正是基于上述意义,工商行政管理机关的办案程序在立法上才设置了案前调查的程序,并明确经案前调查证明违法行为存在,并在工商行政管理机关的管辖范围内的,依法立案查处;违法行为不存在的不予立案;违法行为不在工商行政管理机关管辖范围内的,依法移送有管辖权的机关管辖。

第二节 疑案释疑

一、非足金按足金价销售案的调查方向

【案例】

当事人某珠宝首饰有限公司,2011年6月从上海“老凤祥”购进一批黄金首饰,其中的黄金手镯,“老凤祥”不仅在手镯镯体的正面标注了“老凤祥”的商标图案,反面标注为“足金腕饰”,黄金手镯的搭扣标注为 Au900 或 900,而且在销售发票上也分别注明了手镯镯体和搭扣的不同黄金含量和价格。所谓足金,是指黄金成分的含量不低于 99%;所谓 Au900 或 900,是指黄金的含量为 90%,这是符合国家《首饰贵金属纯度的规定及命名方法》的标准(国家强制标准)规定的。但当事人在销售时,却没有按照国家这一标准的规定,在商品标签和销售发票上明确标注黄金手镯镯体

部分和搭扣部分的不同的黄金含量和价格,而是将整个黄金手镯(含搭扣)的重量一律按销售当日国家公布的足金黄金单价销售给消费者。至案发,共销售 39 只黄金手镯。

【观点交锋】

对此案的管辖有两种意见:

一种观点认为,当事人的上述行为违反《价格法》,应由物价部门管辖。理由是:国家对黄金销售的价格是管理的,每日向社会公布金价。企业不得违反公布的价格,随意定价销售。而当事人却违反这一价格规定,把 Au900 黄金按足金的价格销售给消费者,所以是违反《价格法》的,应移送物价部门处理。

另一种观点认为,当事人的上述行为违反《反不正当竞争法》,工商行政管理机关有管辖权。理由是:当事人违反《首饰贵金属纯度的规定及命名方法》的国家标准规定,在销售过程中既没有在商品销售标签上明示黄金手镯镯体和搭扣的不同黄金含量和单价,也没有在销售发票上分别注明,而是一律标注为足金手镯。因此属于利用商品标签和销售发票对商品的制作成份和单价作引人误解的虚假表示,应由工商行政管理部门依据《反不正当竞争法》查处。

【释疑】

对上述案例工商行政管理机关是否有管辖权的问题,两种观点似乎都有道理。所以谁都说服不了谁的原因,在于没有掌握对一个行为性质认定的正确方法。就如盲人摸象,各自都只强调了行为在违法的客观方面的行为方式,而疏忽了违法构成的其他要件,因而不能明确案件的调查方向,从而在管辖权的认定上产生分歧。

先讨论第一种观点。违反价格法的主观故意内容是什么呢？是视国家对黄金饰品不同黄金含量的定价于不顾，随意核定售价，从中牟取非法利益。在违法的客观方面，其行为方式是把 Au900 金的售价核定为足金的售价。消费者在购买时知道所购买的是 Au900 金，只是不知道商家把 Au900 金的价格提高到足金的价格。因此案件的调查方向从这里入手，如果得到证明，那这个行为就是违反《价格法》的行为。

那么第二种观点呢？所谓虚假表示是指，在商品上冒用认证标志、名优标志、伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。当事人在商品标签和发票上对黄金手镯搭扣部分的黄金含量和单价都未标明，属于隐瞒了黄金手镯搭扣部分黄金含量的真实情况。其主观故意的内容是什么呢？这样，就明确了案件的调查方向。

从这个方向入手，工商行政管理机关查明了当事人首先在主观上是明知这批黄金手镯镯体和搭扣部分的黄金含量不同，单价也不同。因为一方面黄金手镯本身分别有标注，另一方面当事人从上海“老凤祥”购进这批黄金手镯时，“老凤祥”的销售发票上也分别标明了镯体和镯扣黄金的不同含量、计重和计价。其次作为黄金首饰经营企业，当事人明知国家标准规定，对不同纯度的贵金属必须分别标注和定价，却违反这一规定，在销售过程中向消费者隐瞒了真实情况，从而证明其主观故意的内容是为了将黄金含量低的 Au900 金（黄金含量 90%）作黄金含量高的足金（黄金含量 99%）销售。所以这一行为的性质是违反了《产品质量法》第三十九条“销售者销售产品，不得以次充好”的规定。所谓“以次充好”，按照最高人民法院、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》第一条第三