

刘俊海 编著

热点商法经济法 案例评析与立法问题



ReDian ShangFa JingJi Fa
AnLiPingXi Yu LiFa WenTi



经济科学出版社

热点商法经济法案例 评析与立法问题

刘俊海 编著

经济科学出版社

F1272/340

责任编辑:崔新艳
责任校对:杨晓莹
版式设计:周国强
技术编辑:邱 天

热点商法经济法案例评析与立法问题

刘俊海 编著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址:北京海淀区万泉河路66号 邮编:100086

总编室电话:62541886 发行部电话:62568485

网址:www.esp.com.cn

电子邮件:esp@public2.east.net.cn

化工出版社印刷厂印刷

河北三河永明装订厂装订

850×1168 32开 19.5印张 490000字

2000年6月第一版 2000年6月第一次印刷

印数:0001—5000册

ISBN 7-5058-2178-4/F·1570 定价:27.00元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

前 言

市场经济是法治经济,已经成为社会各界之共识。而要使法治的精神在市场活动中得到充分体现,必须努力构建市场经济的法律规则,包括商法规则与经济法规则。其中,商法调整平等的商事主体之间在追求营利的营业活动中发生的商事关系,而经济法调整国家在适度干预市场经济过程中发生的社会经济关系。商法追求商事主体的个体利益、微观利益;而经济法追求社会整体经济利益、宏观利益。从逻辑上看,必须先有发达、扎实的商法、经济法理论,然后才能谈得上成熟的商事立法和经济立法,确保法律规则的公正性、有效性,最终也才能谈得上商事司法和经济司法的公正、廉洁与高效。而对商法和经济法判例的研究,反过来也会促进商法、经济法学说的繁荣与发达。而目前法学界对商法、经济法学说、立法与判例的研究尚很薄弱。因此,加强对该领域的研究已成为跨世纪法学家的职责之一。

我自从 1985 年走进法学研究的殿堂,坐在冷板凳上一晃已有 15 年了。商法、经济法一直是我钟情的研究方向。有人说,学习商法、经济法之后办公司、当律师是要发大财的,而我却一直与发财无缘。根本原因在于,研究学问是一种乐趣,所以也就淡忘了自己的律师资格证书在书桌的抽屉里已经沉睡了 10 年之久。有位做律师的朋友为我的间接损失算了一笔账,这笔数字与我每月的

工资收入相比,简直是个不敢相信的数字。但我并不后悔,仍然甘愿在商法、经济法的研究道路上当一头老黄牛。

很高兴在我来美国作访问学者之前,能将自己近年来的一些研究心得,以及在新闻媒体上发表的对一些热点难点案件的专家意见汇总结集出版。商法、经济法的学问博大精深,尽管10余年来孜孜以求,仍然难以仰其项背,但有一点是肯定的,笔者在研究时的态度是诚实的,尽了自己的全部努力。尤其是在新闻媒体上就案件发表意见时,没有受到任何法律以外的因素干扰,守住了法学家职业道德的底线。

本书的顺利出版得到了经济科学出版社崔新艳女士的大力帮助,对此我深表谢忱。还要感谢我的妻子徐海燕博士对于我研究工作的大力支持与帮助。需要指出的是,笔者在新闻媒体上对一些案件的专家意见一部分是以书面形式提交的,有时是以电话采访的形式进行的。因此,特向新闻媒体记者对案情与笔者意见的概括整理劳动一并表示衷心感谢。

值该书付梓之际,赘寥寥数语,作为前言。书中观点若有不当之处,敬请广大读者不吝指正,以便再版时订正。

刘俊海

2000年3月

目 录

第一篇 有关消费者权益保护

我国首例疑假买假案引发的法律问题	(3)
我国首例消费者个人监督权诉讼案引发的法律问题	(20)
某饮料消费者中奖 8 万元引发的法律问题	(25)
论商事打假行为	
——从王海“打假护假”风波谈起	(34)
商家对商品及信息瑕疵负有担保义务	(43)
应当旗帜鲜明地保护消费者的精神损害赔偿权	
——从“屈臣氏搜身案”谈起	(48)
忍气吞声不懂法,漫天要价亦不该	
——法学博士纵论消费者精神损害赔偿	(56)
正确理顺市场经济条件下的医患法律关系	(61)
手机广告净坑人	(87)
50 元基本话费该不该交	(92)
当务之急是建立监督机制	(95)
房屋缩水,双倍索赔	(97)
“无理由退房”并未违反契约	(99)
行政处罚不能代替民事赔偿	(101)
“假一罚十”应该兑现	(103)
“买一送一”出了问题也要赔	(106)
小心打折陷阱	(108)

新款“大奔”趴了窝,李文海有权要求退赔	(110)
无人售票车不设找零对吗	(115)
停车场只“停”不“保”,行吗	(117)
乘车遇难该咋赔	(119)
探视超时,不该收费	(122)
高额奖金该不该兑现	(124)
就餐被人打,餐馆要赔偿	
——商家有义务保护消费者的人身和财产安全	(126)
顾客遗失财物,商家应否广播	(128)
啤酒瓶爆炸,厂家难逃三大责任	(132)
承诺不是“变色龙”	(137)
在影楼丢了包该谁负责	(139)
如何解决调解未果的小额消费纠纷	(141)
消费者隐私权不容侵犯	
——法学专家点评“温莎堡”事件	(153)
对过高消费索赔怎么办	(155)
扬中电器 遭人暗算	(157)
购物券:禁令下达后的困扰	(161)
进一步强化商家对消费者的社会责任	(164)
《合同法》是建设社会主义法治市场的法律基石	(170)
用《合同法》对付“不平等条约”	(179)
商家违约,消费者根据《合同法》能够索赔几何	(182)

第二篇 有关公司、证券及金融领域

证券公司给客户造成损失的,应当如何承担赔偿责任	(189)
股东代表诉讼:法律应予保障	(207)
强化对股东权的保护势在必行	(212)
简论股份有限公司股东权的保护	(215)
美国近年来的非股东利害关系人立法	(236)
厂家破产了,索赔该找谁	(248)
规范破产行为,保护债权人利益	(254)
摘掉乡镇企业的红帽子,保护投资者的正当权益	(262)

《公司法》:建立现代企业制度的法律基石	(269)
《公司法》旨在保护经营自主权	(273)
搞活国企,公司制改革须到位	(275)
贯彻公司法,加快国企改革	(279)
警惕! 公司制改革九误区	(283)
国有企业改建为国有独资公司探讨	(286)
贯彻与完善《公司法》的思考	(290)
依法推进国有企业公司制改革的法学思考	(295)
中国“入世”与《公司法》的完善	(336)
国外企业并购重组的法律监管体系建设	(340)
中国企业并购重组的法律监管体系建设	
——兼论爱使公司诉讼案例	(355)
1999 年《宪法修正案》对发展私营企业意义深远	(371)
《个人独资企业法》的立法特点	(375)
旗帜鲜明地保护投资者权利	(378)
关于加快投资基金立法的若干法律问题	(381)

第三篇 其他

火车晚点,旅客可否退款	(417)
高科技下的疑案	
——“改头换面”是否构成侵权	(420)
这样的“联手”有违法律	(423)
回扣是违法的,折扣和佣金是合法的	(430)
抓紧制定反垄断法,努力培育竞争机制	(432)
“入世”:我国法律面临五大挑战	(435)
金融危机的法律防范	(437)
坚持依法治税,改善税收环境	(458)
费改税势在必行	(466)
政府干预市场经济要走向法治化	(475)
完善市场经济法律体系,建设社会主义法治经济	(499)
建设社会主义市场经济法治的若干原则	(514)
强化经济法律监督	(524)

论经济行政机关的责任·····	(548)
论经济行政机关职权的行使·····	(553)
论经济行政机关改革·····	(560)
论经济行政指导·····	(566)
加强农村社会稳定的若干法律对策·····	(571)
根治假冒科技的法律对策·····	(578)
咨询业的健康发展亟待法治的规范和推动·····	(583)
1997 年 7 月 1 日之后的香港税法展望·····	(587)

第一篇

有关消费者权益保护

我国首例疑假买假案 引发的法律问题^①

一、全国首例疑假买假打假案的基本案情

在法治国家,消费者的权利能否得到兑现,关键在于消费者的权利能否从司法机关那里获得私法救济、讨回公正的“说法”。那么,人民法院这一庄严的国家审判机关是否支持消费者疑假买假打假的正义行为呢?北京市西城区人民法院于1996年8月2日就全国首例疑假买假打假案所作的公正判决,就此做出了明确回答。

担任《消费者权益保护法》主要起草人的著名民法专家何山,针对当前社会上普遍存在的“商家卖假神气,消费者买假受气”的不正常现象,愤然决定亲自出马买假打假。经过长时间的观察,他怀疑某商行不断大批量出售的署名徐悲鸿、齐白石的国画并非真迹。于是,他分别于1996年4月24日和5月10日两次在该商行购买落款为“卅三年暮春悲鸿写”及“悲鸿”的国画两幅。该商行向何山先生保证这两幅国画均为徐悲鸿先生真迹,并为其开具了两张商业发票。该商行在发票的商品栏内分别填写了“卅三年暮春悲鸿独马”及“悲鸿群马”字样,在金额栏内分别填写了700元和2200元。

^① 参见刘俊海:《公司的社会责任》第157~172页,法律出版社,1999年版。

为了保护徐悲鸿先生及其夫人廖静文女士的著作权不再继续遭受非法侵害,为了净化假冒侵权作品充斥的国画市场,更为了鼓励广大消费者勇敢地运用《消费者权益保护法》第49条的法律之剑捍卫自身的合法权益,身兼我国版权研究会副秘书长的何山先生遂于1996年5月13日诉诸北京市西城区人民法院,并委托笔者作为其诉讼代理人。该院依法开庭审理,查明何山购买的两幅国画均为非法临摹的仿制品,遂根据《民法通则》第6条、第134条第1款第7项及《消费者权益保护法》第44条和第49条的规定,于1996年8月2日判决如下:(1)被告退还何山购画款2900元,同时赔偿何山2900元;(2)被告赔偿何山因本案而支付的律师费用224元,交通费10元;(3)案件受理费242元由被告负担。此外,该院还下达了民事制裁决定书,没收了两幅非法临摹的仿画。^①

北京市西城区人民法院所做的这一判决,是我国第一份已经生效的、法院判决疑假买假的消费者胜诉的案例,表明了人民法院和人民法官支持消费者的坚定信念,在我国消费者权益保护史上具有划时代的重大意义。这一判决的做出和执行标志着我国消费者权益的保护已经稳步跨入了波澜壮阔的第三次历史高潮。浙江省龙岩市技术监督局干部丘建东,由于电话亭超标准向其收费一块钱而在北京市西城区人民法院提起诉讼,最后也获惩罚性赔偿,并轰动全国。这标志着,在何山疑假买假胜诉判决的鼓励下,强化

① 在作者本人1996年代理的这起全国首例消费者疑假买假索赔案中,作者与何山先生首次提出了疑假买假消费者也是消费者,应享有惩罚性赔偿请求权的观点,并为法院采纳。本判例及该观点曾被中央人民广播电台(1996年10月15日)、《人民日报》(1996年10月28日)、《法制日报》(1996年10月23日)、《中国消费者报》(1996年10月14日)、《中国改革报》(1996年10月15日)、《中国质量万里行》(1996年第11期)和《生活时报》(1996年10月21日)等媒体广为报道,并在广大消费者、经济界和法律界中间引起强烈共鸣。

商家对消费者社会责任的举措,已经由传统的产品市场向服务市场进一步深化。

二、消费者何山疑假买假胜诉判决在保护消费者 惩罚性赔偿请求权方面的重大突破

北京市西城区人民法院所做的上述判决不仅彻底摒弃了当前社会上流行的“知假买假者不是消费者”的陈词滥调,而且在如何更加周全地保护消费者权益方面做出了新的尝试和努力,为我国的司法实践开了一个好头。

(一)不折不扣地执行消法第 49 条,疑假买假的消费者也是消费者

判决书认为,“原告作为消费者享有知悉其购买商品的真实情况的权利,被告亦有向消费者提供有关商品真实信息的义务。但被告在为原告开具的商业发票上未注明其出售的商品为临摹仿制品……据此认定被告向原告出售国画时有欺诈行为。”可见,只要经营者在提供商品或服务时没有向消费者提供有关商品的真实信息,并由此导致对此种商品毫不知情的一般消费者合理地相信,经营者提供的商品与其所做的承诺或意思表示(包括明示的和默示的)完全一致,则不管经营者是采取制造假象的方式,还是采取隐瞒真相的方式,也不管购买该商品的特定消费者是否知情,就一律构成欺诈行为。换句话说,只要经营者没有向消费者全面、如实地告知其即将出售的商品的真实信息,即使该消费者怀疑该商品有假,甚至明知该商品有假,都不影响欺诈行为的成立。

由于消费者的知情权源于《消费者权益保护法》第 8 条和第 13 条,经营者的信息披露义务(包括不得做引人误解的虚假宣传的义务)源于该法第 19 条,因此我们可以说经营者欺诈行为的实

质就是对消费者知情权的侵犯或对经营者信息披露义务的违反。判断一个经营者是否存有欺诈行为,只要具备以下任何一项条件即可:(1)经营者在提供商品时实施了欺诈或误导行为,致使消费者确实对该商品陷入了错误认识,并基于此种错误认识而购买该商品;(2)经营者在提供商品时拒绝或怠于履行其应负的信息披露义务。此种义务之违反本身就是一种欺诈。既不需要消费者对于经营者违反此种义务之故意负举证责任,也不允许经营者通过证明自己确非故意而免责。即使某一消费者客观上在购买商品时明知有假或怀疑有假,也不能抹煞经营者欺诈行为的性质。

正是基于对经营者欺诈行为的认识,法院判决被告除向疑假买假的消费者何山退还两幅假画的价款外,还按消费者何山的要求支付加倍赔偿金。这意味着国家审判机关保护疑假买假的消费者根据消法第49条所享有的惩罚性赔偿请求权,意味着疑假买假消费者的此种请求权在法律上具有强制执行的效力,而不再仅仅停留在静止的法条里和商家们的恩赐里。

(二)疑假买假的消费者为打官司而预交的案件受理费由被告负担,更为重要的是,消费者为打官司而支付的律师费和交通费等实际损失亦应全额受偿

案件受理费由败诉方负担乃为民事诉讼中的一项基本原则,该原则对于消费者就疑假买假而对经营者提起的诉讼来说也不例外。一旦经营者败诉,就应负担全部案件受理费。道理很简单,经营者不卖假,消费者就没必要发动诉讼程序,即使发动了也要败诉。

同理,消费者为打官司而支付的律师费和交通费作为消费者讨回公道的一种经济成本,也应由经营者承担。值得注意的是,《消费者权益保护法》虽未规定经营者应承担消费者支付的律师费和交通费,但法院的此种判决完全合法。这是由于,《消费者权益

保护法》是民事特别法,其与《民法通则》之间是特别法与普通法的关系。依照法理,特别法优于普通法,但特别法对某一事项未做规定时,适用普通法的规定。根据《消费者权益保护法》第2条之规定,该法未做规定的,消费者权益受其他有关法律(包括《民法通则》)、法规保护。而《民法通则》第61条规定,“民事行为被确认为无效或者被撤销后,……有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失”。卖假的经营者既然对其卖假行为存有过错,当然应赔偿疑假买假消费者因此所受的一切实际损失(包括直接损失与间接损失),而不局限于消费者为打官司而支付的律师费和交通费。换言之,疑假买假消费者由于买假及寻求权利救济所遭受的现有财产利益的丧失(如鉴定费、律师费、交通费、住宿费、误工损失等),以及其本应得到、但由于买假及寻求权利救济而不能得到的财产利益,都应由经营者予以赔偿。北京市西城区人民法院判决被告“赔偿原告何山交通费等其他损失234元”,此处的“其他损失”即指消费者何山因购买假画而遭受的其他一切实际损失,只不过原告在本案中所遭受的实际损失仅限于律师费与交通费而已。

只有责令卖假的经营者赔偿疑假买假消费者因实假及索赔而遭受的全部实际损失,才能充分发挥法律对于受害者的利益补偿功能,才能彻底解除现实生活中某些消费者不愿为其购买的小额假货而投入大量时间、人力、物力和财力以讨回公道的思想包袱,才能警醒卖假的经营者改恶向善、好自为之,不再对消费者是否会动真格的而抱有侥幸心理。

(三)经营者出售的假货作为其非法牟利的工具和手段应予追缴,而不应返还经营者

根据《民法通则》第134条第3款之规定,人民法院审理民事案件时,除适用返还财产、赔偿损失等十大民事责任外,“还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,并

可以按照法律规定处以罚款、拘留。”而本案中被告出售的两幅假画恰恰是其进行非法活动的财物。一则由于这两幅假画的制作及出售既未征得著作权人——徐悲鸿夫人廖静文女士的许可，亦未向其支付报酬，当然属于百分之百的侵权作品；二则由于被告在出售这两幅假画时拒绝向何山如实相告，从而把假画当作欺诈消费者并图谋非法利润的工具和手段。退一步来说，即使被告制作及出售这两幅假画的行为征得了廖静文女士的同意，没有侵犯其对徐悲鸿先生独马图及群马图的著作权，但只要拒绝告知消费者其欲购买的国画乃为仿制品，就仍然不能否认经营者以其作为欺诈消费者并非法渔利的工具。不没收这两幅假画不但不足以保护廖静文女士的著作权，告慰九泉之下的徐悲鸿先生，而且难以保障其他消费者不会再次上当受骗，误把“假马”当“真马”牵回家。北京市西城区人民法院在本案中裁定没收被告卖给何山的两幅假画，既合乎法律规定，也合乎公平正义的要求。

在现实生活中，卖假的商家们之所以肆无忌惮、有恃无恐地兜售假冒伪劣产品，坑害消费者的合法权益，很重要的一点就是，一方面我们的执法部门和司法部门对于这些奸商们太心慈手软，管的不严，打的不疼，罚的不重；另一方面我们的消费者担心自己疑假买假后不但得不到双倍赔偿，就连实际损失也赔不了，因而在财大气粗的商家们面前表现的过于懦弱、迁就，不敢理直气壮地行使自己的惩罚性赔偿请求权。如果全国各级人民法院都能像西城区人民法院那样旗帜鲜明地保护消费者疑假买假打假的积极性，不但充分及时地兑现消费者的惩罚性赔偿请求权，而且毫不留情地收缴商家们赖以行骗的假货，并斩钉截铁地责令商家们赔偿消费者由于买假及打官司而遭受的全部实际损失，则假货绝迹于中华大地之时便可指日可待矣！