

总第11集

【案例研究】

业主的建筑物区分所有权与法律保护
公证处的公证行为造成损失赔偿范围认定
物业管理委员会的诉讼主体地位认定
《白蛇传》连环年画引发的著作权纠纷案的侵权认定

【疑案探讨】

挟持他人子女索要“补偿费”的行为是否构成绑架罪
交通事故中车辆减值损失赔偿问题探究

【案例分析】

关于离婚后未成年子女姓名权纠纷处理的法律思考

【参阅案例】

因雇佣劳务关系造成伤害的不能认定为工伤

【法律文书之窗】

《激情燃烧的岁月》著作权纠纷案民事判决书

审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

2005年第1集·总第11集

审判前沿

新类型案件 审判实务



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 2005 年第 1 集. 总第 11 集/北京市高级人民法院编. —北京: 法律出版社, 2005. 4

ISBN 7-5036-5432-5

I. 审… II. 北… III. 审判—研究—中国—丛刊
IV. D925.04—55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 018243 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟 卞学琪

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.625 字数/240 千

版本/2005 年 3 月第 1 版

印次/2005 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规与大众读物出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号: ISBN 7-5036-5432-5/D·5149

定价: 25.00 元

审判前沿——新类型案件审判实务

2005年第1集·总第11集

北京市高级人民法院 / 编

编辑委员会

主 任：秦正安

副主任：马艾地 王明达 王 明 贺 荣 朱 江

委 员：（按姓氏笔划排列）

王 飞 田玉玺 刘兰芳 李大元 张柳青

张鲁民 何谢忠 孟 祥 徐 扬 谭京生

编辑部

主 编：贺 荣

副主编：张 悦 辛尚民

编 辑：毕东丽 薛 峰 唐 明 范跃如 乔新生

万 钧 张 灵 张新平 宋洪印

目 录

案例研究

- ◆以不作为方式欺诈消费者的认定
 - 陆某诉某木业公司买卖合同纠纷案法律问题研究…………… 马 强(3)
- ◆业主的建筑物区分所有权与法律保护
 - 大成物业管理公司与长安新城业主因封闭阳台引起的物业管理纠纷案法律问题研究…………… 许 琳(15)
- ◆账户质押案件的法律问题
 - 王香荣诉中国民族证券有限责任公司、中国民族证券有限责任公司北京和平里证券营业部证券损害赔偿案法律问题分析…………… 郭莉蓉 蔡 黎(25)
- ◆使用密码交易的股票被盗买、盗卖的责任承担
 - 贾某某诉银河证券北京安外营业部证券交易代理合同纠纷案法律问题研究…………… 周 荆 唐延明(38)
- ◆公证处的公证行为造成损失赔偿范围认定

- 徐某某诉某公证处行政赔偿案法律问题
研究…………… 严 勇(46)
- ◆物业管理委员会的诉讼主体地位认定
 - 某小区物业管理委员会诉某区国土房管
局要求履行法定职责案法律问题研究…………… 陈良刚(55)
- ◆《白蛇传》连环年画引发的著作权纠纷案的侵权认定
 - 任梦璋等七原告诉河南省集邮公司等侵
犯著作权纠纷案法律问题研究…………… 周晓冰(66)
- ◆民事判决既判力研究
 - 北京巨安恒置经贸发展有限公司等诉华
润置地(北京)股份有限公司等合资合作
开发房地产合同案法律问题研究
…………… 霍翠玲 马宏敏(73)

疑案探讨

- ◆徇私类渎职犯罪中的“渎职”行为和“徇私”动机
 - 国有公司人员隋某滥用职权案法律问题
探讨…………… 朱 平(83)
- ◆内外勾结金融诈骗犯罪共犯的认定
 - 戴某票据诈骗、金融凭证诈骗案相关法
律问题研究…………… 国立民 康 瑛(93)
- ◆挟持他人子女索要“补偿费”的行为是否构成绑架罪
 - 被告人李新朵绑架案法律问题探讨…………… 臧德胜(101)
- ◆被告人上诉发还重审后能否加重对被告人处罚
 - 被告人齐某强奸案法律问题探讨…………… 左永娟(110)
- ◆同案犯在逃的附带民事诉讼连带赔偿责任的认定
 - 许某、陈某等抢劫、故意杀人案法律问题
研究…………… 黄小明(114)
- ◆附带民事诉讼的程序实务问题研究

- 对几起刑事附带民事诉讼案法律问题的
探讨…………… 张素莲(122)
- ◆交通事故中车辆减值损失赔偿问题探究
 - 高某诉龙某、某公司交通事故赔偿案法
律问题探讨…………… 胡建勇(141)
- ◆期货交易中的全权委托及责任承担
 - 杨某诉北京首创期货经纪有限责任公司
期货经纪合同案法律问题研究…………… 蔡 黎(148)
- ◆行政诉讼中第三人举证的效力认定
 - 陈某诉某区政府颁发《集体土地使用用
地使用证》侵犯其权益案有关法律问题
研究…………… 赵建萍(155)

案例分析

- ◆交通肇事行为的刑事犯罪转化
 - 被告人许某等故意杀人案法律问题分析
…………… 谭京生 高文斌(165)
- ◆为找“媳妇”而非法拘禁强奸被害人的犯罪性质认定
 - 田某强奸案法律问题分析…………… 肖江峰(170)
- ◆村民委员会能否成为单位犯罪的主体
 - 后畈村村民委员会走私普通货物案法律
问题分析…………… 聂昭伟(176)
- ◆关于离婚后未成年子女姓名权纠纷处理的法律思考
 - 刘某诉吴某姓名权纠纷案法律问题分析
…………… 张 雯 胡显发(181)
- ◆等同原则在专利侵权判定中的适用
 - 王某诉淄博衍增电器有限公司和北京城
乡贸易中心股份有限公司侵犯专利权纠
纷案法律问题分析…………… 孙苏理(186)

◆有关居住权问题研究

——王丽华与段亮所有权及与所有权相关权

利纠纷上诉案法律问题分析…… 朱造所 马宏敏(193)

◆正确把握表见代理的法律适用

——北京某环境工程有限公司诉北京某建材

有限公司、孟某买卖合同案法律问题分析

…………… 顾国增(202)

◆雇主责任的认定及混合过错

——杨某诉李某损害赔偿案法律问题分析…… 刘建刚(208)

◆专利侵权纠纷中附加技术特征的判断

——甄某诉某科技发展有限公司专利侵权案

法律问题分析…… 何 暄(217)

参阅案例

◆因雇佣劳务关系造成伤害的不能认定为工伤…………… (227)

◆不构成医疗事故但造成患者人身损害医疗机

构存在过错的应承担损害赔偿责任…………… (231)

◆行政机关未依法履行审查职责做出的预售商

品房抵押登记行为无效…………… (235)

◆突出注册商标许可人企业名称故意造成与驰

名商标混淆的行为构成不正当竞争…………… (240)

◆注册商标中含有的常用词汇注册商标专用权

人无权禁止他人正当使用…………… (245)

法律文书之窗

◆吴金艳正当防卫被宣告无罪案刑事附带民事裁定书

——北京市第一中级人民法院(2004)一中刑

终字第 3051 号刑事附带民事裁定书 …………… (253)

◆郑建勋不服专利复审委专利无效案行政判决书

——北京市高级人民法院(2004)高行终字第 156号行政判决书	(260)
◆《激情燃烧的岁月》著作权纠纷案民事判决书 ——北京市高级人民法院(2004)高民终字第 221号民事判决书	(267)

司法文件

◆北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷 案件若干问题的解答	(281)
◆北京市高级人民法院关于涉外知识产权民事 案件法律适用若干问题的解答	(287)

案例研究

以不作为方式欺诈消费者的认定

——陆某诉某木业公司买卖合同纠纷案

法律问题研究

马 强^①

一、据以研究的案例

2002年1月中旬,陆某因家中装修,到某木业公司购买地板。陆某在购买时言明欲购买柚木地板,木业公司即向陆某出示了柚木地板,陆某看后不满意并询问有无更好的地板,木业公司遂向陆某介绍“柚木王”地板,当时该“柚木王”地板的漆板标价为每平方米人民币428元,陆某看后言明购买“柚木王”地板的素板,木业公司报价为每平方米人民币360元,并表示价格可再商量。木业公司在介绍“柚木王”地板时未讲明该地板是或不是柚木地板,陆某亦未询问该地板是否是柚木地板,亦未表示非柚木地板不买。自1月18日

^① 作者单位:北京市第二中级人民法院。

至29日,陆某共向木业公司购买“柚木王”地板(素板)104.9085平方米,总价为人民币31,470元。在双方交易过程中,木业公司先后向陆某出具了订货发货单、产品进出库单、质量跟踪保修卡,在上述凭证中,均写明货物名称为“柚木王”。2002年2月,陆某发现家中地板裂缝,遂向消费者协会投诉。之后,陆某怀疑地板材质有问题,遂由家具行业协会的工作人员陪同前往南京林业大学木材科学研究中心进行鉴定。经鉴定,木业公司出售给陆某的“柚木王”地板非柚木,为摘亚木。另查明,摘亚木俗称“柚木王”。在地板行业,摘亚木地板的价格普遍比柚木地板的价格低。由于双方意见差距很大,消费者协会未能就此事协调成功。

2002年4月,陆某向法院提起诉讼。认为木业公司的行为已构成欺诈,要求木业公司按消费者权益保护法的规定按地板总价的一倍赔偿其人民币31,470元。

木业公司辩称,其出售给陆某的并非柚木地板,而是摘亚木地板,“柚木王”是地板产销行业对摘亚木的俗称,其在销售行为中明码标价,愿买愿卖,不存在欺诈行为,陆某起诉的原因是对木材知识的不了解,错误认为“柚木王”是最好的柚木,请求驳回陆某的诉讼请求。

一审法院经审理认为,木业公司的行为构成欺诈,判决木业公司赔偿陆某人民币31,470元。

判决后,木业公司不服,提起上诉,经二审法院调解,双方达成了调解协议,由木业公司补偿陆某人民币5000元。^①

二、相关法律问题研究

(一)问题的提出

本案最终是以双方当事人达成调解协议而宣告结案的,但本案所引发的法律问题却值得我们思考。关于本案如何处理,在一审审

^① 案例参见《无锡审判》2003年第1期。

理过程中产生了三种不同观点:

第一种观点认为,木业公司的行为已构成欺诈,应支持陆某的诉讼请求。理由是:消费者享有知悉其购买的商品真实情况的权利。陆某作为消费者向木业公司购买地板时,作为经营者的木业公司应向其提供所出售商品的真实信息,不得做出引人误解的虚假宣传。摘亚木与柚木属截然不同的两种材质,而“柚木王”与柚木却是极其容易混淆的两个称呼。在地板产销行业对摘亚木虽有“柚木王”的称呼,但该称呼并不规范,容易误导消费者。故即便是可以用“柚木王”的称号,也应同时注明摘亚木的名称。若仅表明为“柚木王”,除非经营者特别提示消费者此“柚木王”非柚木,而为摘亚木,否则常人均会认为“柚木王”即为柚木,且是柚木之王。欺诈可以是积极的行为,如虚假宣传,也可以是消极的不作为,如隐瞒真实情况,不予告知。只要经营者提供的商品或服务有欺诈的后果,就可以根据客观标准推定经营者有欺诈的故意。本案中木业公司虽未明确地向陆某说“柚木王”为柚木,但其也未向陆某作特别说明,尤其是其在明知陆某的购买目的为柚木地板的情况下,更有义务告知陆某“柚木王”为摘亚木的真实情况。而木业公司不仅未告知,反而用高于柚木的价格向陆某出售一般应低于柚木价格的摘亚木,更促使陆某认为“柚木王”为柚木之王。木业公司为了获得对其有利的交易结果,利用消费者不具备木材专业知识、对“柚木王”与柚木容易混淆的情形,违反公平和诚实信用原则,故意隐瞒了商品的真实情况,误导了陆某,故应认定木业公司在经营过程中存在欺诈的行为。根据我国消费者权益保护法的规定,经营者提供商品或服务有欺诈行为的,应当根据消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的一倍。陆某要求木业公司按地板价款对其进行赔偿,符合法律规定,应予支持。

第二种观点认为,木业公司的行为不构成欺诈,不应支持陆某的诉讼请求。理由是:(1)双方的买卖合同是双方真实意思表示,合同标的物是“柚木王”地板,而非柚木地板,陆某是在看过样品的情况下

与木业公司签订的买卖合同,在整个买卖过程中,木业公司并没有以“柚木王”冒充柚木的语言或行为;(2)“柚木王”是地板行业对摘亚木的俗称,并非木业公司为了欺诈消费者所独创,即便该称呼会对消费者产生误导,也非该木业公司的责任,涉及对整个地板行业进行规范的问题;(3)地板价格并非执行政府指令价,也无政府备价,其价格定位完全取决于市场和成本,只要明码标价,愿买愿卖即可,不能以价格高低推定是否存在欺诈。

第三种观点认为,木业公司的行为不构成欺诈,但侵犯了陆某的知情权,使陆某将“柚木王”误认为是柚木而购买,属重大误解,陆某享有撤销权。理由是:行为人的主观方面必须是故意方能构成欺诈,木业公司没有以“柚木王”地板冒充柚木地板的语言或行为,故不能认定木业公司有欺诈的故意,但消费者权益保护法规定,消费者有知晓其所接受的服务或购买的商品的真实情况从而做出正确选择的权利,“柚木王”的称呼虽不是木业公司为了欺诈消费者所独创,但这也仅是地板产销行业对摘亚木的俗称,作为一般的消费者,他们不具备这方面的专业知识,除非经营者特别告知,否则消费者极易把“柚木王”当作柚木来购买,木业公司应将“柚木王”的真实材质告知消费者,其在交付陆某的所有凭证上均只有“柚木王”的名称,而无摘亚木的说明,侵犯了陆某的知情权,致使陆某将“柚木王”误以为是柚木,从而做出了错误的意思表示,构成了重大误解,陆某有权撤销买卖合同。鉴于本案中,陆某仅要求木业公司赔偿一倍的价款,未主张撤销买卖合同,按照不告不理的原则,应驳回陆某的诉讼请求。^①

上述三种观点,立足于不同的视角考察本案,不乏其合理性。实际上,本案的正确处理,涉及审判实践中最近新遇到的一个问题,经营者的不作为能否构成消费者权益保护法上所规定的欺诈。以往审判实践中,经营者以积极的作为方式欺诈消费者而诱使其订立合同的情况普遍存在,这种欺诈方式易于认定。近年来,以不作为的方式

^① 关于案件处理中的三种观点,转引自《无锡审判》2003年第1期。

欺诈消费者的情况多有发生,这种特殊的方式能否认定为欺诈,值得研究。我们认为,本案中木业公司在特定的销售环境下隐瞒了出售商品的主要事实,其不作为构成欺诈。由于我国民法理论对不作为的欺诈阐述甚少,法律规定也比较简略,操作性不强,有鉴于此,在对本案展开评析以前,我们首先考察国外立法对不作为方式欺诈的规定,以便于在把握了不作为欺诈的有关理论后研析本案。

(二)外国法上不作为构成欺诈问题考察

按照大陆法系的传统理论,欺诈是指旨在引诱表意人陷入错误,以便取得他的意思表示所施展的诈欺行为或不诚实的手段。^①在英美法系,与大陆法系相似的概念为错误陈述(或称为不正确陈述)。错误陈述是指当事人在正式缔约前为引导缔约而做出的与事实不符的事实陈述。^②在外国法上,欺诈的构成要件与我国民法通则的规定大同小异,即必须有欺诈的事实;欺诈必须成立于订约前;欺诈必须使对方当事人产生合理的信赖;欺诈人主观上有故意等。有欺诈的事实,是指欺诈人做了与事实不符的表达。这种表达既可以是语言,也可以是行为;既可以是积极的,也可以是消极的。在欺诈中,积极的行为居多,积极的行为既可以表现为用与事实不符的虚假言词对相对人进行误导,也可以表现为以积极的行为对事实进行掩饰。那么,单纯的消极的沉默能否构成欺诈以及在何种情况下才能构成欺诈?各国规定不同。

在大陆法系国家,只有特定条件下的沉默才能构成诈欺。在大陆法系国家看来,所谓沉默,实际上是指在知悉某种事实的同时,知道对方当事人已根据与事实不符的判断而做出了错误的决定,但却不指出。例如,销售者明知自己的商品有缺陷,但消费者没有发现该

① 沈达明著:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第142页。

② 李永军著:《合同法原理》,中国人民公安大学出版社1999年版,第259页。国内也有的学者将错误陈述称为虚假陈述,参见何宝玉著:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第493页。

缺陷而做出了购买的决定,销售者在这种情况下仍保持沉默而不将事实告诉消费者。实际上,这种沉默是一种故意隐瞒商品缺陷的行为。

在法国,长期以来,判例不承认沉默可以构成诈欺,亦即“不说话就不存在诈欺”。其理由是:道德规范并不强迫人们做出对自己不利的事情,即不强迫当事人必须将合同中对相对方不利的因素告诉对方,因为相对方的利益应由相对方自己去保护。但是,鉴于相对方当事人有时有可能根本不能保护自己的利益,法庭根据立法上的某些规定,对上述原则采取了灵活的方法。当法律规定,合同的一方当事人有义务向对方披露有关信息时,当事人保持沉默将构成诈欺。在法国当代审判实践中,沉默已经成为诈欺的一种普遍的类型。当然,在具体处理案件时,法院也考虑相对方当事人是否犯有不可原谅的轻率和疏忽,以此确定当事人的沉默是否构成诈欺。^①

在德国,如果表意人的错误并非对方以诈术引起,即错误是自发产生时,原则上不认为沉默构成诈欺。但是,如果根据双方当事人之间的关系、合同的性质或合同成立的环境,发现对方有错误的一方有义务向前者披露时,沉默就构成诈欺。其过失不在于引起错误,而在于使错误保持下去。^②正如德国学者霍恩所言:“诈欺可以是某种积极行为的结果,也可以是某种不作为的结果。换言之,提示虚假的事实或者隐瞒真实情况都可构成诈欺。但只有当事人负有告知义务时,不作为才能构成诈欺。”^③

是否有告知的义务,要根据当事人的约定或法律的规定或交易的一般习惯而定。如在旧货交易中,当事人一般不负有告知的义务。但根据德国判例,在买卖旧汽车的交易中,卖方有告知的义务。这大

① 尹田著:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第87~88页。

② 沈达明著:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第145页。

③ 霍恩等著:《德国民商法导论》,楚建等译,中国大百科全书出版社1996年版,第87页。