

信卓简报

2011年第1期（总第8期）

江苏信卓律师事务所编

2011年3月10日

卷首语

2010年，江苏信卓律师事务所在上级司法行政机关的领导下，在社会各界的大力支持下，通过深入贯彻科学发展观，认真履行法律服务职能，以“服务大局、能动司法”为工作主线，积极开展优质、高效的法律服务，为江阴成功举办“第十九届金鸡百花电影节”“水上中心”等市重点工程项目提供了全方位的法律服务。通过不断拓展法律服务领域空间，提升了律所的知名度和美誉度，提高了法律服务的市场占有率，为“幸福江阴”、“和谐江阴”提供了有力的司法保障。2011年是实施“十二五”规划和“六五”普法的开局之年、起步之年，是落实科学发展观实现转型发展的关键之年，这就决定了提供法律服务的律师事务所必须积极适应新形势、研究新情况，不断采取新的办法来解决新的问题。江阴的改革发展快于其他地区，社会发展和人民群众对法律服务的需求更多、要求也更高。对江苏信卓律师事务所来说，2011年将是律所进一步开拓发展的一年，我们将紧跟司法行政工作的脚步，不断适应司法环境的变化，积极推动本所律师的专业化分工，引导本所向规模化、专业化、品牌化方向发展，进一步完善本所的诚信体系，不断提升本所的社会公信力，确保律所健康稳定地发展，为法律服务工作作出更大的贡献！

■ 信卓动态

一、我所被评为 2010 年度司法行政工作先进律师事务所。

2010 年度，我所在普法宣传、法律服务等各项工作中取得了显著成绩，为我市经济社会的又好又快发展创造了和谐安定的社会环境和公正高效的法制环境。2011 年 1 月 12 日，江阴市司法局颁发了澄司【2011】1 号文件《关于表彰 2010 年度司法行政工作先进集体和先进个人的决定》，我所因成绩突出被评为 2010 年江阴市先进律师事务所，作为全市法律工作者的榜样得到表彰。

二、我所主任林红律师被评为 2010 年度江阴市司法行政系统优秀党员。

我所主任林红律师自 1995 年入党以来，一贯坚持党的基本理论和基本路线，模范执行党的各项方针政策，注重自身善于学习、勇于实践的品质。她在工作中把党的中心任务和律师事务所的发展紧密结合，积极发展党员，鼓励群众向党组织靠拢。她始终牢记全心全意为人民服务的宗旨，密切联系群众，团结同志，尊重领导，服从组织分工，识大体、顾大局，追求高尚，严于律己，以身作则，表现出了强烈的事业心和高度的政治责任感，受到了党员干部群众的一致称赞。林红律师因其优秀表现，为评为 2010 年度江阴市司法行政系统优秀党员。

三、全市司法行政工作会议顺利召开。

2011 年 2 月 22 日，为贯彻落实省、无锡市司法行政工作会议及全市政法工作会议精神，部署全年司法行政工作，加快法治江阴建设步伐，由江阴市政府副市长封晓春主持，在江阴市天华文化中心图书馆四楼报告厅召开了全市司法行政工作会议，我所主任林红律师受邀参加了本次会议。会议上观看了“十一五”期间全市司法行政工作专题汇报片，由市司法局局长陈建国同志作司法行政工作报告，市司法局副局长富振平同志宣读表彰决定，并对部分获奖代表颁奖。市委常委、政法委书记须振宇同志在会议上作了重要讲话。本次会议紧紧围绕大局，主题明确，对当前和今后一个时期的司法行政工作的开展有着深远而重大的指导意义。

四、我所律师参加三八妇女节相关活动，用法律知识维护女性权益。

2011 年 3 月 8 日，我所律师参加了市妇联等团体组织的三八妇女节相关

活动。我所主任林红律师应邀参加了江阴人民广播电台的“空中热线”栏目，为听众们及时解答婚姻、家庭、工作等方面与女性权益息息相关的法律问题。我所沈健律师、郑奋勇律师参加了江阴市妇联、公安、工会、法律援助中心等部门在学院广场举行的女性专场法律咨询活动，为女性在家庭财产纠纷、女性用工维权等方面支招。我所律师们在这个特殊的节日，用自己的法律知识为女性朋友们送上了自己的节日礼物，鼓励广大女性提高法律意识，学会利用法律武器维护自己的合法权益。

■以案说法

盗窃罪变职务侵占罪

——一起成功的刑事辩护案

【案情】2010年年初，周某等四人在江阴水路向船主低价购买生铁包，并用事先购买的废旧铁屑回填船舱，帮助船主隐瞒出售行为。经举报，江阴水上派出所将周某等四人抓获，一开始江阴检察院以隐瞒犯罪所得罪进行批捕，案件进入到公诉阶段，江阴市人民检察院以盗窃罪对该四人提起公诉。

【诉讼】本案定何种罪名？庭审中引起了控辩双方的极大争议，是盗窃罪还是侵占罪？是职务侵占，还是隐瞒犯罪所得？本案如何定性成为关键。盗窃罪的量刑相比其他罪名较重，按照周某等人的购买金额，该四人刑期均可以判至十年以上的。鉴于此以及本案的特殊性，本人代理本案后，翻阅了大量资料和书籍，提出周某四人不构成盗窃罪。并建议从侵占罪、职务侵占罪的角度去定性。

首先，辩护人的辩护思路从案件的共同犯罪的范围出发，提出周某等人与船主的行为不能割裂，从最有利于被告人的角度来讲，周某等人的行为实质为隐瞒犯罪所得，如果认定周某与船主有共同故意，则应当定性为职务侵占，并且是帮助船主完成职务侵占的从犯。

本案特殊之处在于，被告人周某等四人的行为既有其独立性又有其牵连性，独立性在于周某等人的行为可以独立构成隐瞒、掩饰犯罪所得罪所要求的行为要件，可以单独定罪；牵连性在于，周某等人的行为是船主完成其犯罪的手段。

辩护人认为，本案周某四人的行为与船主的行为不构成共同犯罪，共同犯罪是指两人以上共同故意犯罪，而周某四人的犯罪故意仅仅是收购货物，而船主的主观意图是通过出卖达到非法侵占的目的。二者之间的共同故意内容是不同的。从行为来看，船主非法侵占货主货物的过程与结果是周某四人通过收买、掩盖行为而实现，虽然两者行为具有一定的牵连性。但二者的行为内容并不一致。

退一步讲，即使周某四人知道船主的犯罪意图，也通过他们的行为帮助了船主完成了犯罪目的。但是依照刑法部分犯罪共同说，它们二者之间仅仅是存在部分重合关系，仍然可以依照二者不同的犯罪故意而各自单独定罪。

再退一步讲，如果某周四人与船主的行为构成共同犯罪，其两者的犯罪故意也仅仅是部分重合，按照主罪吸收从罪的理论，周某等的犯罪如何定性也应当根据船主的犯罪如何定性而定。

其次从盗窃罪的构成要件出发，辩护人提出本案不构成盗窃罪。

本律师从盗窃行为具有行为秘密性、非法占有无偿性特征。盗窃罪的行为人在实施盗窃他人财物前，并不实际占有、控制财产，不具备实际持有或控制他人财物的前提条件。社会危害性、获得法律救济的途径、主观状态、便利条件等六大方面详细阐述了本案不构成盗窃罪。

再次，辩护人提出如果本案定性为被告人与船主共同犯罪，本案定性职务侵占罪为宜，且被告人为从犯，属于帮助犯

从辩护人收集的类似案件的判决结果来看，法院定该类案件职务侵占罪的居多，而定盗窃罪的极少，辩护人搜集的几个案例来看，刑事审判参考 2007 年第 4 集总第 57 集有一个案例，对临时铁路搬运工窃取铁路托运物资最终以职务侵占罪对被告人进行了定罪处罚。最高法院公告案件认定，普通货物运输的承运人不仅负有将货物安全及时地送达目的地的职责，同时对该货物负有直接保管的义务。货运驾驶员在运输途中，利用其运输、保管货物的职务便利窃取货物的行为，构成职务侵占罪。安徽芜湖镜湖区人民法院对挂靠船主盗窃承运物资以职务侵占罪定罪。

以上思路，获得了良好的辩护效果，一审法院判决的思路基本上顺着代理人的思路着手，最终本案经过漫长的等待，被告人以职务侵占罪定性量刑，

辩护人代理的被告人被判处有期徒刑 2 年半，获得了良好的社会反响，各被告人也认罪服法。

（撰稿人：赵青云）

未依约履行借款义务，房屋买卖合同应予解除

——丁某诉张某、某房地产经纪有限公司房屋买卖合同纠纷一案。

【案情】

原告丁某诉称：我和张某于 2009 年 11 月 10 日签订了存量房买卖合同，约定张某将江阴市锦隆小区一套房屋出售给我，双方约定房屋成交价格为人民币 68 万元。合同签订后，我依约履行了交付定金的合同义务，但是在我按照合同约定向张某支付合同款项时，张某不予配合，拒绝接收，并至今拒绝为其办理房屋过户手续。故请求法院判令：1、张某继续履行合同义务，张某将本案房屋交付给我们，协助办理房屋过户；2、张某自 2010 年 2 月 11 日起按照每日 1 万元定金的万分之五的标准给付违约金直至完成过户手续止。3、自 2010 年 2 月 11 日起按照 1 万元定金的万分之五给付违约金直至被告张某将房屋交付给我们为止；4、诉讼费由被告张某承担。

被告张某辩称：我不同意继续履行合同，是丁某违约在先，他没有在 2010 年 2 月 11 日前给我首付款 30 万和借款 19 万。而且我已经通过中介公司告知了丁某房屋买卖合同予以解除。

随后，张某提起反诉称：我与丁某于 2009 年 11 月 10 日 签订房屋买卖合同及补充协议、合同签订后，我积极配合买方办理银行解除抵押贷款等手续，但是在买方应该向我支付合同规定的款项时，由于买方不具备支付能力，超出了合同规定期限，故我拒绝继续履行合同。而且我因急需资金，于 2009 年 12 月 6 日将自己名下的另一处房屋超低价的出卖了，所以丁某给我造成了巨大的经济损失。故请求法院判令：1、解除我与丁某签订的房屋买卖合同及补充协议；2、判令丁某赔偿我违约金人民币 5 万元；3、反诉费由丁某承担。

针对张某的反诉请求，丁某辩称：不同意张某的反诉请求。合同履行期间双方发生争议是因对 19 万元的交付，有关该借款的合同条款成立，但是并不生效，对这个条款的争议不影响合同的履行，故我方要求继续履行合同。

第三人房产经纪公司辩称：丁某与张某在 2009 年 11 月 10 日签订了房屋买卖合同和补充协议，双方约定在 2009 年 11 月 26 日交接首付款 30 万元以及由丁某借给张某 19 万元用以解除抵押贷款，但是 2009 年 11 月 26 日，丁某认为借给张某 19 万元在安全性上有隐患，所以丁某拒绝借给张某，双方因此产生纠纷，导致首付款没有交接成功。

【诉讼】法院经审理于 2010 年 4 月作出判决：一、判决自生效之日起解除丁某与张某于 2009 年 11 月 10 日所签订的《房屋买卖合同》；二、判决生效之日起解除丁某与张某、第三人于 2009 年 11 月 10 日所签订的《补充协议》；三、张某于判决生效之日起七日内返还丁某购房定金人民币 1 万元；四、驳回丁某的诉讼请求；五、驳回张某的其他反诉请求。

判决后，丁某不服，上诉至市中级人民法院，市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】1、本案争议焦点之一为丁某拒绝依《补充协议》约定给付张某 19 万元借款的行为是否构成根本违约？

对此存在两种不同意见：第一种意见认为本案借款与房屋买卖是两个法律关系。借款合同属于成立但未生效，借款合同应在借款给付时才发生法律效力。且借款义务的负担与否并不影响房屋买卖合同的继续履行，同时，由于双方在合同中未约定不履行借款义务的法律后果，因此丁某、马某不构成根本违约，房屋买卖合同应该继续履行。

第二种意见认为，借款关系虽系不同的法律关系，但从本案来看，借款行为应该是房屋买卖合同履行中的一个必要履行步骤，借款义务的履行情况直接影响了房屋买卖合同目的的实现，因此丁某、马某构成根本违约，房屋买卖合同予以解除。

笔者同意第二种意见。理由如下：

首先，本案中丁某上诉时坚持认为未构成根本违约，因为借款合同属成立未生效，且解除抵押是张某作为出卖人的义务，同时还认为即使不向张某提供借款，双方仍可通过转按揭的方式继续履行合同。但根据法院查明的事实，双方在补充协议第五条的约定明确，“经甲乙双方友好协商，乙方承诺于 2009 年 11 月 26 日前交付甲方购房首付款 30 万元，另乙方借与甲方 19 万 元，

用于甲方还清标的房屋贷款，丙方协助办理。”“甲方承诺于银行放款后 3 日内偿还乙方此项借款 19 万元。”从合同的实际履行角度来看，张某于 2009 年 11 月 13 日向中国工商银行申请提前偿还剩余贷款 484053.05 元，从上述规定及履行情况，我们可以看出张某的剩余贷款数额与双方在补充协议中约定的首付款 30 万元加上借款 19 万元数额相近，还款方式亦系在银行放款后及时归还，此借款条款显然系为解除抵押所设定。

其次，从法律的适用角度而言，通过上面的分析，双方所签订的补充协议第五条显系双方对于房屋买卖的特别约定，该 19 万元借款的用途实际是张某用于偿还所欠银行的剩余贷款，从而顺利解除设定在涉案房屋上的抵押担保，而只有解除了房屋抵押担保，方可进行下一步，即将涉案房屋过户给丁某，才能最终完成买卖行为、实现房屋买卖合同的最终目的。本案中，由于丁某拒绝给付张某该 19 万元借款，导致张某无法还清银行贷款，该行为的后果是直接导致了房屋无法过户，从而使本案的房屋买卖行为无法实际完成。

综上，丁某拒绝依《补充协议》约定给付张某 19 万元借款的行为，已致使双方不能实现合同目的，故丁某的行为构成根本违约。

2、本案中张某是否单方解除房屋买卖合同？

根据我国合同法第 94 条规定，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。同时合同法第 96 条规定当事人一方依照第 94 条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

本案中，张某于 2009 年 12 月 26 日向第三人发送了书面合同解除函，写明“丁某应于 2009 年 11 月 26 日给付首付款及借款共计 49 万元，丁某拖至 12 月 19 日仍未付款，付款已逾期，属严重违约，特依法通知解除房屋买卖合同”。

从形式要件和内容来看，张某发给第三人的书面解除合同通知符合法律规定，具有法律效力。虽然第三人称已将张某发送的书面解除函电话通知了丁某，但本案中张某自己未将该书面合同解除函发送给丁某，同时第三人亦

未采取书面通知的方式告知丁某合同解除，在没有提供相关证据的情况下，房屋买卖合同实际上并未解除。

3、未依约借款应否赔偿违约金？

本案庭审过程中，张某称因该房屋买卖存在纠纷，导致其在急需用钱的情况下低价出卖了自己的另一处房产，造成了经济损失，其提出反诉要求丁某按房屋买卖合同第七条第二款逾期付款的违约责任的约定一次性赔偿违约金 5 万元。

本案中，房屋买卖合同第七条第二款关于逾期付款的违约责任一节，约束的是房款的逾期给付问题。由于该 19 万元的性质并不属于房款，且双方在房屋买卖合同及补充协议中均未明确约定逾期给付此笔借款 19 万元的违约责任，故不能适用存量房买卖合同第七条第二款有关逾期付款责任的约定，因此张某的反诉主张缺乏法律及合同依据，不应支持。

（撰稿人：郑奋勇）

■ 法律解读

《工伤保险条例》修改亮点及律师建议

【导读】根据 2010 年 12 月 20 日国务院关于修改《工伤保险条例》的决定，修订后的新版《工伤保险条例》（下简称《条例》）于 2011 年 1 月 1 日起施行。修改后的《工伤保险条例》彰显了六大亮点，工伤保险待遇有了大幅提高。本文旨在解读新《条例》的同时，为用人单位预防和减少工伤赔偿提供一些建议。

亮点一：工伤保险适用范围扩大

修改后的《条例》第二条规定：中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户，应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。

与修改前相比,《条例》将事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师等组织也列入工伤保险调整范围,这有利于保障社会各类职业人群的工伤保险权益。

亮点二:工伤保险认定范围进一步扩大

修改后的《条例》规定将上下班途中的工伤认定范围由原来的“机动车事故”扩大到“机动车、非机动车的交通事故和城市轨道交通、客运轮渡和火车事故”伤害,同时限定上下班途中“非本人主要责任”的交通事故伤害才能认定为工伤,对上下班途中本人承担主要责任的交通事故,不纳入工伤的范围,这样规定有利于提示和引导职工群众注意上下班途中的交通安全。

亮点三:工伤认定程序有所简化

修改后的《条例》第二十条规定:社会保险行政部门对受理的事实清楚、权利明确的工伤认定申请,应当在15日内作出工伤认定的决定。同时明确再次鉴定和复查鉴定时限,取消行政复议前置程序。

如果企业和个人在接到工伤认定书后不服,无需再向劳动部门申请复议,可直接走司法程序起诉至法院。如此一来,有利于保护工伤职工及时维护自己的合法权益。

亮点四:工伤保险待遇大幅提高

修改后的《条例》第三十九条规定:职工一次性工亡补助金标准为一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍,而一次性伤残补助金按照伤残级别增加1~3个月职工本人工资。

修改前《条例》仅规定一次性工亡补助金仅为48~60个月的统筹地区上年度职工月平均工资,现在一次性工亡补助金比原标准增加了2倍多。同时对伤残职工的一次性伤残补助金做了调整,将一至四级、五至六级和七至十级伤残职工的一次性伤残补助金标准分别上调,增加了3个月、2个月和一个月的本人工资,从而大幅度提高了工伤职工及其供养亲属的待遇保障水平。

亮点五:增加了基金支出项目

修改后的《条例》还将原由用人单位支付的工伤职工“住院伙食补助费”、“统筹地区以外就医的交通食宿费”及“终止或解除劳动关系时的一次性医疗补助金”,改由工伤保险基金统一支付,并进一步规范统一了工伤职工的待遇标准,保证及时发放,减轻了参保用人单位的负担,提高了企业参加工伤保险的积极性。

亮点六:加大强制力度保护职工权益

修改后的《条例》第三十一条规定：社会保险行政部门作出认定为工伤的决定后发生行政复议、行政诉讼的，行政复议和行政诉讼期间不停止支付工伤职工治疗工伤的医疗费用。从而使工伤职工能够得到及时救治，也从制度上遏制了部分用人单位恶意诉讼的企图。

修改后的《条例》还增加了对不参加工伤保险和拒不协助工伤认定调查核实的用人单位的行政处罚规定，用人单位应当参加工伤保险而未参加的，补缴应当缴纳的工伤保险费并按日加收万分之五的滞纳金，逾期仍不缴纳的，处以欠缴数额 1 倍以上 3 倍以下的罚款。

对拒不协助对事故进行调查核实的，处 2000 元以上 2 万元以下罚款。这些规定加大了强制力度，更好地保护了职工的权益。

[律师建议]

江阴作为我们江苏省的经济发达地区，所在地的用人单位对工伤职工的赔偿标准远远高于其他地区。另外，原劳动和社会保障部制定的工伤伤残等级评定门槛较其他人身损害赔偿鉴定标准要低，现《工伤保险条例》又扩大了工伤的认定范围，加上劳动者维权意识越来越强，因此在发生工伤事故后，企业的工伤赔偿负担越来越大，如何来有效地预防或减少工伤赔偿是用人单位必须要面对的问题？本律师通过长期的司法实践，提供如下建议，供用人单位参考：

一、对职工特别是新职工进行职业培训，强化安全意识，提高自我保护能力。据有关资料统计分析，绝大多数工伤事故都是因为职工违反操作规程或安全意识较差造成的。一些新进入企业工作的职工，由于没有经过专业的技术培训和职业教育，对所要从事的生产过程和设备操作是十分陌生的，非常容易发生工伤事故。通过安全教育，要让职工时刻认识到发生工伤实际是对其自己及其家庭的不负责。

二、及时发放配备劳动保护用品。企业对一些特殊岗的职工，要及时发放手套、安全帽、防尘口罩等劳动保护用品，向职工配备这些用品不是一种福利，而是为了保护职工身体健康，减少工伤事故的一种预防措施。

三、安排职工加班加点工作时应考虑职工身体承受能力。少数企业在安排生产时，为了赶工期尽早出货，往往安排员工加班加点，在连续疲劳工作的情况下，很容易发生工伤事故，作为企业要防止因疲劳工作产生工伤。

四、要完善科学管理制度，落实各项安全生产防护措施。定期对企业生产设备进行检测和维护，防止因生产设备的原因发生事故。企业的生产设备长时间使用可能会产生损坏或老化，及时检测和维护生产设备是可以避免一

些事故产生。同时，对生产车间等场所的硬件设施也要进行安全检测，避免不必要事故产生。

五、将工伤一些风险较大的工作外包，对于生产性非核心业务，公司可以通过把业务加工承揽的方式，找一个代工企业，让其他企业生产加工，这样就减少了工伤风险。

六、易患职业病的岗位尽量不要让同一个员工长时间担任。考虑到职业的特性，在招聘中，严把关。对于职业病抵抗不强的人员，不予录取。考虑用工时间，危险岗位一个员工用工时间不要过长。时间越长，越容易患职业病。因此，时间如较长，尽量转岗或结束劳动关系。再次，定期身体检查，对于有患职业病萌芽的员工予以换岗或结束劳动关系。

七、发生工伤事故后，用人单位要及时收集对自己有利的证据，以备工伤认定时进行抗辩。如：职工上下班途中酒后驾驶、无证驾驶等影响事故认定责任的证据，在校生在企业实习、吸毒、醉酒等情况。

八、积极参加企业工伤保险，减少工伤事故带来的损失。通过加入工伤保险来分散风险对企业来讲是十分必要的。目前新修改的《条例》扩大了工伤保险基金支出的赔偿项目，规定职工与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，这对企业来说是一个重大的利好，因为医疗补助金在工伤赔偿数额中占了大部分，在《条例》修改前社保基金是不赔付的，现在参加了工伤保险，无疑大大降低了企业自身经营风险。

九、适当为员工购买意外伤害商业保险，分担企业和职工的经济负担。人的生命健康是无价的，根据现有法律规定，由人身损害产生的有关工伤保险赔偿和商业保险赔偿是可以重复的，也就是说一起伤害事故，同时投保可以赔二次，这就为企业降低风险又提供了一个渠道。但用人单位投保时必须注意，商业保险条款中如约定了不能重复赔偿，也是允许的。另外，《保险法》第三十九条第二款规定：“投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人”。也就是说用人单位出资为职工购买商业人身保险，受益人依法不能是企业，而是职工本人或其近亲属。因此购买商业保险时，可先与职工签订协议，约定企业投保的商业保险赔偿款发生工伤事故可折抵用人单位的工伤赔偿款，以免出现投保后不能降低自身风险的情况。

十、发生工伤后，企业应就赔偿事项积极与劳动者进行沟通和协商，因工伤处理要经过工伤认定、伤残评定、劳动仲裁等程序，时间漫长，劳动者一般都想尽快解决，因此会作出一些大的让步。这样前期与劳动者进行协商

处理，企业会占有一定的优势，很容易达成协议。签订赔偿协议最好通过劳动社保部门处理或聘请律师等专业人员进行，以免签订的赔偿协议因显失公平而被司法机关撤销。司法实践证明，事前协商产生的赔偿要比事后仲裁、诉讼造成的损失少得多。

（撰稿人：张洪建）

■ 专题探讨

商场促销的法律思考

如今商场促销的活动越来越频繁，伴随而来的买卖纠纷也屡屡发生。在这种情况下，商场如何开展促销，消费者该如何面对商场的促销，促销中又有哪些法律问题，这是很多人都关心的。下文将为大家介绍一下促销的形式和促销中的法律问题，然后提供一点法律和经营上的建设性建议。

一、促销的形式

现在的商场促销的形式主要包括以下几种：（1）会员促销：包括VIP会员打折促销，会员积分促销等；（2）送券促销：就是购物满XX元送XX元消费券的促销方式。（3）其他促销：包括节日促销、专场销售促销、店庆促销、限时限量促销、有奖促销等。

二、虚假促销的手段

商场促销属于商场的营销手段，只要是依照法律法规来操作，促销本身是没有问题的，是一种被法律认可的经营行为。但现在很多商家为了追求利益，置法律法规于不顾，采用了一些违法违规的虚假促销行为。

1、虚构原价，有些商场在开展促销活动的时候在商品标价上“做文章”。比如说促销之前价格是500元，促销之后其实价格也是500元，只是在促销期间把原价抬高，变成600多元。这种打折，实际上是虚构了原价，这是一种欺诈行为。根据《中华人民共和国价格法》第十四条，经营者不得有下列不正当价格行为：“利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易。”《零售商促销行为管理办法》第十一条：“零售商开展促销活动，不得利用虚构原价打折或者使人误解的标价形式或价格手段欺骗、诱导消费者购买商品。”虚构原价这种行为侵犯了消费者的权益，已经属于违法行为。

2、买一赠一中的侵权行为，在促销的过程中，承诺“买一赠一”，按照消费者的理解，应该明示赠的是什么，或者如果不明示就应该认定是买一个电视就赠一个电视，然而很多商场在不明示的情况下，往往很有可能是买一个电视赠一瓶洗发水，这样就侵害了消费者的知情权，很有可能触犯《中华人民共和国消费者权益保护法》。

3、虚假宣传，商场在促销时虚假宣传，比如说全场五折，但实际上只有部分商品有五折，其他商品没有打折或折扣很高；或者说新品推荐，实际上出售的却是过季、往年的产品；或者说全场参加返券促销活动，但是实际上只有一部分商品参加，不参加的都没有明示出来。虚假宣传违反了法律规定，是一种违法行为，因为《中华人民共和国消费者权益保护法》第十九条明确规定：“经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。商店提供商品应当明码标价。”

4、恶意倾销，这是违反《中华人民共和国反不正当竞争法》的行为。因为当商家恶意以低于成本价的价格销售商品时，从暂时和短期来看消费者获得了实惠和好处，但恶意倾销会破坏商品市场，破坏正常的市场竞争。当恶意倾销者占领所有市场时，消费者就不得不购买其商品，这时候价格就会受商家的控制，消费者将不得不承担不必要的高价。只有根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十一条的规定：“有下列情形之一的，不属于不正当竞争行为（一）销售鲜活商品；（二）处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；（三）季节性降价；（四）因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。”

5、促销商品不予退换，商场的促销商品售出后，消费者发现商品质量有问题并要求退换，商场就以促销商品和特价商品不予退换为理由拒绝退换，这种行为限制了消费者的合法权益，也属于违法行为。不管商场促销拿的是销不出去的货还是紧俏货，这都不影响产品能不能退换。按照《中华人民共和国消费者权益保护法》和《中华人民共和国产品质量法》，当消费者发现他购买的商品有质量问题的时候，商场必须承担退换责任，不能以这个产品是促销产品就来限制消费者退换的权力。也就是说，促销产品不能退换这种

说法是经营者违反相关法律规定的霸王条款。只有在经营者在出售商品的时候已经明确告知了消费者商品存在哪方面的质量缺陷，但是不影响对商品的正常使用，如果消费者同意购买，因为这些质量问题，消费者不能要求退换。但是除了这些明示的质量缺陷以外，如果消费者拿回去以后还发现了经营者没有明确告知的其他质量问题，消费者依然可以要求退换特价商品。

另外快到期的商品如果是在商品的保质期内，是可以出售的，作为促销商品也是没有问题的。产品有破损也要看情况能不能促销，如果是食品的话是绝对不能出售的，当然也不能用来促销。如果促销有破损的食品给消费者造成损害的，商场要承担赔偿责任。

三、反对常年促销，恢复促销的本质

从市场关系讲，商场无休止的促销，给整个社会传递的信息是明码标的价都不是实价，全都可以打折。这样一来，明码标价这一法律规定的原始意义就已经失去了，所以最后消费者对于商场的标价已经产生了一种不信任感，他们只相信自己的砍价本领。这种促销风实际上非常不利于商家来培养自己重视的顾客群，培养良好的商家和消费者互信关系。

对商家来说，长期促销还有其他不利之处：如果商业企业长期这样打折、促销，必然要压低企业的利润，影响企业自身的成长，而如果商业企业反过来把压力转嫁给供应商，这将会给整个流通体系造成长期的破坏。如果商家为了利润虚假促销，不仅要承担法律上的风险，还将失去消费者，这更是自寻死路。

这样促销，既不利于经营者，也不利于消费者。所以，我们应该反对这种常年促销，因为常年促销已经失去了促销让利消费者的真正意义，违背了《中华人民共和国价格法》里面关于明码标价的真实立法本意，也破坏了社会的诚信基础。

四、改变销售模式，让商家和消费者都得利

对于商家，促销从本质上就是降价增销量，容易沦为价格战。随着商业企业的不断发展，企业应该摆脱打价格战的低层次形式，逐渐进入到文化和服务的高档次的营销方式。商家要盈利，提高核心竞争力是根本。商场打折等促销手段对于商场和供应商都会造成直接的损失，商家应该放弃这些简单

的促销形式：商家对自己的企业在促销方面要有一个长远的规划，让自己朝着多样化的营销方式发展，提高自己的营销手段和促销的档次。这样，才可以实现消费者、商家和供应商和谐共赢的目的，提高商家的核心竞争力。

对于消费者，现在的促销风造成了消费者促销依赖心理。现在有很多消费者可能愿意买标价300块钱而打折完了是200元钱的衣服，而不愿意买标价200元但不打折不讲价的衣服。这是现在很普遍的现象，产生这种现象的原因是目目前整个零售业常年处于打折等促销活动中，这种常态培养出了这种不促销不购买的消费心理。所以不管是商场进行的哪一种促销活动，消费者在参加促销活动前，应该尽量充分地了解这种促销活动的一些声明，一些限制性的规定，在促销过程中不要去买自己不需要的东西，不要冲动性的购买，应该理性地参加这些促销活动。消费者不要以为促销就是实惠，应该分清每次促销究竟是“馅饼”还是“陷阱”。消费者往往在促销时购买商品反而吃了亏，因为买的没有卖的精，永远都是这样。

五、遭遇促销“陷阱”时的维权方法

一旦消费者遭遇到了促销“陷阱”，又应该如何维权呢？

根据《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定，消费者可以和商家进行协商和解，或者请求消费者协会调解，由消费者协会进行说服劝导、沟通调和以解决纠纷。如果商家故意拖延或无理拒绝协商和调解，消费者应立即采取措施，用其他途径解决争议问题。即可用投诉、行政申诉或仲裁、起诉手段解决纠纷。如果商家的故意拖延和无理拒绝，致使消费者财产损失扩大的，商家除了应当满足消费者正常要求外，还应当就扩大的损失承担赔偿责任。

为了保护好自己的利益，避免不必要的损失，消费者要保留好消费的凭据、广告宣传页，因为这些都可以作为维权的证据，证明当时的宣传是什么情况，最后收费和宣传有出入等。纠纷裁判的依据是法律和证据，所以消费者一定要保留好消费凭据等证据。

综上，促销这一形式已经深入消费者人心，所以规范促销对于保护消费者权益十分重要。消费者自己则应该理性消费，依法维权，避免不必要的损失。

(撰稿人：林红、聂寅伟)

总编：林红

责任编辑：张洪建、赵青云

主送：各司法领导、部门

抄报：各法律服务相关单位