

中国商务 基本法律制度·

ZHONGGUO SHANGWU
JIBEN FALU ZHIDU

赵建平 侯光政 编著



上海交通大学出版社

中国商务基本法律制度

赵建平 侯兴政 编著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书的着眼点是我国现行法律制度的介绍,而非法学理论的探究。本书按照市场活动主体法律制度、劳动用工法律制度、市场活动规则法律制度、市场交易法律制度、知识产权法律制度、资源和环境保护法律制度等为主线,构成本书体系。

本书将涵盖行政法、劳动法、经济法、知识产权法、环境法等法律部门的知识,按照一定的逻辑规则整合成一本介绍我国基本商务法律制度体系的书。本书是非法学专业的学生及相关人士方便地了解我国商务基本法律制度知识的工具。

图书在版编目(CIP)数据

中国商务基本法律制度/赵建平,侯兴政编著.

—上海:上海交通大学出版社,2008

ISBN978-7-313-05392-3

I. 中... II. ①赵... ②侯... III. 商法—中国—商等学校—教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 141979 号

中国商务基本法律制度

赵建平 侯兴政 编著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

上海华业装璜印刷厂有限公司 印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:19.5 字数:367 千字

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

印数:1~3 050

ISBN978-7-313-05392-3/D·176 定价:38.00 元

版权所有 侵权必究

自序

建设法治社会是我国今后若干年内的一项重大的社会工程。法治社会不但要有科学的法学理论、完善的法律制度,还要有广泛的法律文化的载体,即一大批有法律制度意识的公众。法学理论的繁荣靠学者的研究,法律制度的完善靠立法机构的创制即“立法”,而法律文化的形成则要靠广泛的国民教育与长期的社会养成。只有形成了人数众多的“了解法律制度、尊重法律制度、服从法律制度”的法律文化载体群时,法律制度才会深深地植根于人心,法治社会才能真正确立。

我们一直认为,青年大学生的知识框架内应该有法律制度知识的钢筋。一方面青年学生应该成为我国社会的法律文化载体群,这是建设法治社会的社会责任的要求。另一方面,青年大学生也需要具备防范法律风险的能力,这是其个人今后谋生与创业的需要。但非法学专业学生在有限的时间中应该学习哪些法律知识,才能达到这个目标呢?这既是在编撰这本书时考虑的问题,也是我们在长期的法学教育工作中经常在思考的问题。审视今天我国高校对非法学专业学生的法律课程的安排,虽然有《法律基础》、《法学概论》和《经济法》等,但这些课程内容对大部分非法学专业学生不太合适。《法律基础》作为高校法学教育的第一阶梯,显然不能满足学生在今后谋生与创业中应对及防范法律风险的需要。《经济法》的内容则是根据法学专业的教学需要而特定了的,是为法学专业学生的教学需要而设定的,不适合非法专业的学生。《法学概论》课程因其性质,决定了它必须追求较为完整的法学内容,对大部分学生的实际需求针对性不强,所以也不适合大部分非法专业的学生。我们认为应该有一门在《法律基础》之后,作为对非法学专业大学生进行第二阶梯法学教育的,有别于《经济法》与《法学概论》的课程和相应的教材,以适应培养“宽厚型、复合型”的中高端人才的需要。基于此想法,我们开始了本书内容的探索。

大学毕业生基本上都将直接或间接地在商事领域内谋生与创业。有利于学生“了解我国商事法律制度”是本书的初衷。但我们知道这是一个大题目,这不是一本书能够完成的,但本书试图基本完成任务。根据适用面广、实用性强的原则,本书主要介绍商事组织以及商务行为方面的基本法律制度。凡能被称为知识的都应该有逻辑性,本书也一样。本书是为非法学专业的大学生写的,但本书没有将大学生作为本书的逻辑起点。本书的逻辑起点是组织制度,着眼点是商事组织在社会

活动中的权利和义务,落脚点是商事主体的社会责任。

大学生的谋生与创业都会在一个商事组织内进行,了解商事社会组织应该是大学生走上社会的第一堂课,所以我们把商事主体作为本书的逻辑起点。商事组织内的最广泛的法律关系是劳动关系,如果说了解组织是大学生走上社会的第一堂课,那么建立劳动关系是大学生走上社会的第一道门坎。正常的劳动关系无论对于大学毕业生,还是对于商事组织都是非常重要的,没有正常的劳动关系就不会有正常的商事活动。这也是我们将劳动法律制度放到本书中来的原因。有了正常的劳动关系,商事主体才有了进入市场的可能,而遵守基本的市场活动规则,是商事组织的入市资格。不遵守商事活动基本规则的商事组织是不可能在一个法治社会中正常存在下去的。所以本书把竞争制度、质量制度等市场规制制度作为本书的重要内容。对外从事经营活动,在经营活动中赢得利润是商事主体存在的目的。经营活动必然要和其他商事主体发生交易,交易中的制度性规定也是商事主体应该了解的,所以我们把合同制度等交易制度作为本书的重要内容。在无形资产是重要财富的今天,知识产权制度无疑会影响商事组织与个人的利益,因此我们也把它作为本书的重要内容。这些都是我们编写本书的着眼点。保护环境和资源是商事活动主体的重要社会责任,而且这种责任会越来越重大,因此本书也将此作为本书的落脚点,当然我们清楚商事组织的社会责任远不止这些。从设立商务主体的制度性规定,到商务主体自身内部运行和对外商务活动中的制度性规定,最后到商事主体的环境责任的制度规定,这就是本书的逻辑关系和主要内容。

本书相比《经济法》课程,具有知识面广的特点,它能覆盖行政法、劳动法、经济法、民商法、环境资源法等;相比《法学概论》则具有知识重点突出,针对性、实用性强的特点,与一般学生在实际工作中联系不大的刑法、国际法和程序法等内容没有列入本书范围。

本书书名之所以用“商务”、“中国”两词,一是考虑到书的内容是与大学生毕业后“谋生与创业”相关商务制度。当然“商务”一词用在这里没有也不可能周延,但我们认为也不必要周延,因为本书追求的是适合非法学专业大学生的普遍需要,追求的是涉及到的知识点的正确性和表达的通俗与准确,而不是“商务”体系的完整性。二是因为本书知识点严格框定在“我国”范围之内。因此本书冠名为“中国商务基本法律制度”。

本书的侧重点是介绍法律制度,而不是研究法学理论。法学是以法律现象为研究对象的学科。那么,法律制度究竟是什么呢?学者们对制度的定义说法不一,但基本内容是大同小异。实际上制度是被社会管理者支持与推行的,要求人们普遍接受的、稳定的、可以反复实施的,违反者会受到相应制裁的社会规则。所以,制度就是规则、管理组织与制裁三者的有机结合。法律制度是指规则、管理组织与制

裁三者都有法律依据的制度,是法治社会的基本社会制度,也是主体社会制度。制度包括法律制度的本质特点就是施行,不能违反,一旦违反就会受到制裁。制度在理论层面上讲也是可以讨论的,也可以作为研究对象,但与法学理论不一样的是,只要制度存在,无论人们对它评价如何都要施行,绝对不可以不施行,否则会产生社会混乱;而法学理论不会有这样的特性。

本书撰写期间,得到了上海交通大学出版社的大力支持。希望本书能在对非法学专业学生的法律知识教育中起到一定的作用,对增强学生防范法律风险的能力、谋生与创业有积极的意义。

编著

2008年6月30日

目 录

第一章 市场主体基本法律制度	1
第一节 商事行政管理主体法律制度	2
第二节 商事活动主体法律制度	20
第二章 劳动用工基本法律制度	55
第一节 劳动用工基本制度	55
第二节 劳动合同制度	74
第三章 市场运行基本法律制度	95
第一节 反垄断法律制度	95
第二节 反不正当竞争法律制度	106
第三节 产品质量法律制度	113
第四节 消费者权益保护法律制度	124
第五节 价格法律制度	133
第六节 广告法律制度	139
第四章 市场交易法律制度	145
第一节 合同法律制度	145
第二节 招标投标法律制度	170
第三节 拍卖法律制度	176
第四节 担保基本法律制度	184
第五节 票据基本法律制度	198

第五章 知识产权法律制度	203
第一节 著作权法律制度	204
第二节 专利法律制度	223
第三节 商标法律制度	241
第六章 环境保护与自然资源保护利用基本法律制度	256
第一节 环境保护法律制度	258
第二节 自然资源保护利用法律制度	275
推荐阅读书目	302
主要参考书目	303
后 记	304

第一章 市场主体基本法律制度

市场主体是一个学理上的概念,本书定义为具备合法的身份、必要的能力,能按照自己的意志主动作出某种市场行为的个人与社会组织。不同的学科、一个学科内的不同的流派都可以按照不同的逻辑方法将市场主体作出不同的分类。

本书把市场行为分为,对市场秩序的行政管理行为和通过市场向社会提供产品与服务的行为两部分,相应的市场主体也有两类。一类是具有一定的行政权力,根据法律法规的规定以维持正常的社会秩序为目的,履行对市场商业活动的管理职能的社会组织。他们存在的全部意义就是根据法律法规,构造市场并维护正常的市场运行秩序,本身不参与,也不能参与具体的商业活动。为了将市场行政管理主体与其他行政管理主体在概念上区分出来,本书对专门履行对市场商业活动管理职能的社会组织定义为商事行政管理主体。另一类是通过市场向社会提供产品和服务,并通过这种提供产品和服务的行为取得利润、缴纳税金、维持自己生存与发展,支持社会运行的个人和社会组织。他们存在的全部意义是向社会提供产品与服务以满足社会的合理需求,并在提供产品与服务的同时获取利润、缴纳税金,本书将这类个人与社会组织定义为商业事务活动主体,简称“商事活动主体”。

任何一个成熟的社会都要求商事活动主体在市场活动中,一方面要遵循市场交易习惯、社会伦理规范构成的市场伦理的约束,另一方面要接受法律法规的约束。如果把这两种约束的最低规定称为市场活动的底线,那么只有有效地维持这个底线,市场才会是正常的。然而,趋利是商事活动的本质,由趋利引起的竞争总会使商事活动主体生成一种打破市场活动底线的冲动,这些冲动随时可能转为打破市场活动底线的行为。因此社会一定需要能确保这个底线不被打破,对冲击这个底线的行为有有效制止权的执行官,这个执行官就是商事行政管理主体。

市场主体法律制度,就是规范商事行政管理主体和商事活动主体的组织构成、内部运行机制和组织职能的法律制度。任何一个国家的市场主体的组织构成与组织内部的运行机制都是法律化、制度化的,国家不允许任何人随便设计一套与法律化、制度化的市场主体结构和规则完全不同的组织构成和运行机制。至于市场主体的职能,本书认为也是法律化、制度化的,尤其是商事行政管理主体的职能一定是法律化、制度化的,依法行政是这些主体活动的第一的、最基本

的准则,否则其管理行为无效。学界一般不用商事活动主体的职能这个概念,这里主要表达的是商事活动主体在商事活动中应承担的基本的社会责任,这些基本社会责任也是法律化、制度化的^①。

第一节 商事行政管理主体法律制度

商事行政管理主体是指,具有行政管理权依法对商事活动主体及其商事行为进行行政管理的行政机关和法律法规授权的组织。任何一个商事行政管理主体都有一定的行政管理权,都对相应的商事活动主体及其商事行为具有行政管理权。整个社会的商事行政管理主体的组合及其权力体系应足以构成社会的完整的商事行政管理法律制度,这个法律制度的正常运行才能完成政府应当完成的构筑和维持正常社会商事活动秩序的社会责任。本书限于体系和篇幅,不能完整地介绍商事行政管理主体法律制度,只能概要地介绍商事行政管理主体法律制度,本节的知识只能作为读者了解、研究我国商事行政管理主体法律制度的入门指引。

一、商事行政管理人及行政管理权力的来源

行政主体,是指享有国家行政权力,能以自己的名义代表国家,在法律法规授权的范围内对公众的行为进行行政管理活动,并能对自己的行政管理行为独立承担法律责任的社会组织。行政主体的一个最显著的特征是获得法律、法规的明确授权,没有获得法律、法规授权的组织不能从事行政管理工作。对行政主体的最大限制是,它必须依据法律法规并只能在法律、法规授权的范围内按照法定程序作出行政管理行为,没有法律依据的行政管理行为是不能产生法律约束力的行为。行政法理论把行政主体分为职权行政主体和授权行政主体两类。

商事行政管理主体是行政主体的一个分支,是指专门对社会商事活动进行行政管理的行政主体,也是享有国家行政权力,能在法律法规授权的范围内,以自己的名义代表国家对公众的民商事行为进行行政管理活动,并对自己的商事行政管理行为独立承担法律责任的社会组织。商事行政主体的行政管理行为也要获得法律、法规的明确授权。没有获得法律、法规的授权它就不能从事行政管理工作。从理论上讲商事行政管理主体也可以分为职权性行政主体和授权性行政主体两类。

^① 以我国公司法为例可以看出,商事活动主体的社会责任在商事主体法中也有规定。如该法第五条规定:公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。

(一) 商事行政管理人

1. 职权行政管理主体

职权行政管理主体是指根据宪法或组织法成立的组织^①,即各级各类国家政府机关,如北京市人民政府,江苏省南京市人民政府,上海市宝山区人民政府等。职权行政管理主体设立的目的就是为了完成某项行政管理职能。所以,它们自成立时就当然取得行政管理主体资格,即享有行政管理权。所以,它们一成立就能以自己的名义实施管理活动,并独立承担相应的法律后果。职权行政管理主体的职能范围和管理权力由宪法、组织法在设定国家行政机关时就直接作出规定。

2. 授权行政管理主体

授权行政管理主体是经法律、法规规定的授权而获得某项行政管理权的社会组织。授权行政管理主体可以是行政机构、事业单位,也可以是社会团体和企业单位。这些组织的设立本意并非是为了完成后来授权的行政职能,但它们经法律法规授权后就成为行政管理主体。

授权行政主体的行政管理职权的来源是法律法规的授权,具体有两种授权方式,一是法律、法规的直接授权。如:我国《铁路法》第三条规定“国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能”。在这里,铁路运输企业就是授权行政管理主体,它的行政管理职能是《铁路法》授予的。在以前,我国这类具有行政管理职能的企业是不少的,随着国家从计划经济向市场经济转变,国家实行了政企分开的制度改革后这种情况逐渐减少,但还会存在。二是法律法规的间接受权,即法律法规规定某个行政管理部门可以根据法律的规定向某个社会组织授权,例如《邮政法实施细则》第3条第1款规定:“市、县邮电局是全民所有制的经营邮政业务的公用企业,经邮电管理局^②授权,管理该地区的邮政工作。”在这里法律将市、县邮电局能否作为行政管理主体的决定权,授予邮电管理局。市、县邮电局如果得到邮电管理局的授权,那么它就是授权行政主体;如果它没有得到邮电管理局的授权,那么它就不是授权行政管理主体。

考察一家非行政机关单位是否是授权行政主体,首先要考察法律是否授权给

^① 《中华人民共和国宪法》第三章第三节、第五节、第六节对职权主体及其权限的设定有具体规定。《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第四章对地方政府及其权限的设定有具体规定。

^② 《中华人民共和国邮政法实施细则》第二条规定 各省、自治区、直辖市邮电管理局(以下简称邮电管理局)是地区邮政管理机构,管理该地区的邮政工作。

它,如果没有法律授权就要考察授权给它的组织是否得到法律的授权这两个层面^①。

(二) 商事行政管理权力的来源

商事行政管理主体的权力来源是法律、行政法规、地方性法规(自治条例、单行条例)以及部门规章和地方性规章的规定。

1. 法律

法律是指由中华人民共和国全国人民代表大会及其常务委员会通过立法程序制定的对全国有法律约束力的规范性文件。

2. 行政法规

行政法规是指国务院为执行宪法赋予的职能和执行法律的规定根据宪法和法律,按照立法程序制定的对全国有法律约束力的规范性文件。

3. 地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市以及较大的市^②的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,为执行法律、行政法规的规定和属于地方性事务范围内,按照立法程序制定的对所辖区域有法律约束力的规范性文件^③。

4. 部门规章和地方政府规章

部门规章是指国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,按照立法程序在本部门的权限范围内制定的对全国具有法律约束力的规范性文件^④。

① 从2006年开始,邮电系统进行政企分开的体制改革,实行邮政管理和邮政业务分开,成立国家邮政管理局和中国邮政集团公司。各地邮电管理局改为邮政管理局,如上海市邮政管理局于2006年8月6日正式成立。

② “较大的市”是我国的一个法律概念,是指除直辖市以外有立法权的城市,包括省会城市、特区城市和国务院特批的城市。

③ 除了地方性法规外民族自治地方的人民代表大会还有权制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

④ 我国《立法法》第71条 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

第72条 涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。

地方政府规章是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要和属于本行政区域的具体行政管理事项范围内,按照立法程序制定的规范性文件^①。

二、基本商事行政管理权^②

由于商事活动的宽泛性,要达到对市场秩序的有效管理目标就应当按照因事设权的理念以及依法行政的原则来设定行政管理权。所以,国家的商事行政管理权是很宽泛的。本书选择部分基本的商事行政管理权作为内容。

(一) 工商行政管理权

1. 登记管理权

登记管理权是我国商事行政管理部门的一项重要权力,我国法律法规规定的商事行政管理权涉及的内容广泛,各个中央部委和各级地方政府都有自己主管的登记事项。大致如企业登记、船舶登记、车辆登记、土地房屋登记、户外广告登记^③、排污登记^④、施工机械与施工设施登记^⑤、道路运输登记等^⑥。本书只对企业登记制度作一简单介绍。

企业登记是商事行政管理部门的一项重要工作,商事活动首先要有商事主体,国家对商事主体的直接管理从设立登记开始。凡未依法进行设立登记的企业不能称之为企业,即没有依法登记的企业是没有合法经营权的,是不能从事商事行为

① 我国《立法法》第73条 省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。

地方政府规章可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(二)属于本行政区域的具体行政管理事项。

② 在我国,政府拥有的商事行政管理权是广泛的,这里只从本书涉及到的行政管理范围讲述政府的商事行政管理的范围,有许多政府的商事行政管理权不在本书的讲述范围内。

③ 《户外广告登记管理规定》2006年5月22日中华人民共和国国家工商行政管理总局令第25号颁布。

④ 《中华人民共和国水污染防治法实施细则》第4条 向水体排放污染物的企业事业单位,必须向所在地的县级以上地方人民政府环境保护部门提交《排污申报登记表》。

⑤ 《建设工程安全生产管理条例》第35条第3款规定 施工单位应当自施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施验收合格之日起30日内,向建设行政主管部门或者其他有关部门登记。登记标志应当置于或者附着于该设备的显著位置。

⑥ 《中华人民共和国道路运输条例》第10条第1款第3项规定 客运经营者应当持道路运输经营许可证依法向工商行政管理机关办理有关登记手续。

的,凡未依法进行变更登记的企业其企业的身份有瑕疵,会受到行政管理部门的处罚。凡未进行注销登记的企业,虽然其经营权可能已经失去,但其法律与社会的责任依然存在,企业所有人会为此付出不必要的代价。所以企业登记是企业的关键事务,企业所有人不能掉以轻心。登记管理权是我国商事行政管理部门的一项重要权利,登记事项都是法定的。在我国,关于企业登记的法律规定主要有《公司登记管理条例》、《企业法人登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《企业法定代表人登记管理规定》等。法律关于企业登记的要求都是法律的强制性规定,是任何人都不得违反的,如果违反就会受到法律制裁。对企业的登记规定的目的主要是为了规范社会商事活动主体,便于其他社会成员对企业的认知,便于企业运行成本的减低,也便于国家对国内经济活动管理、统计和调控。法律法规规范的商事主体登记种类主要有:设立登记、变更登记、注销登记、分公司的登记。登记事项主要有:公司(企业)名称、公司(企业)住所、公司(企业)的法定代表人、公司(企业)的注册资本、公司的企业类型、公司(企业)的经营范围、公司(企业)的营业期限、有限责任公司的股东或股份有限公司的发起人等^①。

2. 年度检验权

年度检验权,是行政管理部门对相对人的一项重要的管理措施,针对商事主体的年度检验有不少种类,如企业年检、劳动年检^②、税务年检^③、许可证年检^④等。年检的法律依据散见于各法律法规。这里通过介绍企业年检制度来解释行政管理部门的年度检验权。

企业年度检验是政府管理部门对企业的一种管理制度,主要是检查企业一年中的登记事项有无变化与企业的基本财务状况。具体指企业登记机关依法每年根据企业提交的有关材料,对与企业登记事项有关的情况进行检查的监督管理制度。企业申报年检应当提交下列材料:年检报告书、营业执照副本、经营范围中有属于企业登记前置行政许可经营项目的,加盖企业印章的相关许可证件和批准文件的

① 《中华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》、《企业法定代表人登记管理规定》等法律法规对登记事项、登记程序、等级形式、登记时间等都有具体而明确的规定。

② 《关于建立劳动用工年检工作制度的通知》劳部发(1996)214号

③ 《税务登记管理办法》第36条 税务登记证件每年验审一次,审查核对税务登记证件和税务登记表的内容与纳税人的实际生产经营情况是否一致,有条件的地方,可与工商行政管理等部门实行联合检查验审。

④ 《民用爆炸物品生产许可实施办法》第16条 国防科工委对生产许可证实行年检制度。民用爆炸物品生产企业应当于每年3月,将《民用爆炸物品生产许可证年检表》(一式3份,见附件2)报送省级国防科技工业主管部门审查盖章后,报国防科工委。

复印件、国家工商行政管理总局规定要求提交的其他材料^①。

企业法人应当提交年度资产负债表和损益表,公司和外商投资企业还应当提交由会计师事务所出具的审计报告,企业有非法人分支机构的,还应当提交分支机构的营业执照副本复印件。《企业年检报告书》应包括企业的登记事项情况、备案事项情况、对外投资情况、设立、撤销分支机构的情况。

凡领取《中华人民共和国企业法人营业执照》、《中华人民共和国营业执照》的有限责任公司、股份有限公司、非公司企业法人和其他经营单位,均须参加年检。当年设立登记的企业,自下1年起参加年检。

企业应当主动参加年检,公司不按照规定接受年度检验的,由企业登记机关责令其限期接受年度检验。属于公司的,并处以1万元以上10万元以下的罚款;属于分公司、非公司企业法人及其分支机构、来华从事经营活动的外国(地区)企业,以及其他经营单位的,并处以3万元以下的罚款。属于合伙企业、个人独资企业及其分支机构的,并处以3000元以下的罚款;企业在责令的期限内未接受年检的,由企业登记机关予以公告。自公告发布之日起,60日内仍未接受年检的,依法吊销营业执照^②。

(二) 行政检查权

行政检查,是行政管理部门基于法律法规的授权而具有的无需征得相对人同意,就可以对相对人遵守法律、法规和规章的情况进行了解、查证和核实的行为。行政检查权是行政管理机关的一项重要权力,也是商事行政管理机关的一项重要权力,几乎是所有的行政管理部门都有行政检查权。它是行政权是主动执法的体现。它既是商事行政管理部门掌握从事商事活动的相对人的活动信息的重要来源,也是商事行政管理机关作出行政决定依据的来源,因而也是行政管理部门履行职责的重要手段。行政检查的目的是检查相对人的行为是否合法。

商事行政管理部门的日常工作中,行政检查是一项经常性的工作,行政检查权的法律依据散见于作为各部门执法依据的法律法规和规章。凡具有行政管理权的行政管理部门都有行政检查权。如《建设项目环境影响评价行为准则与廉政规定》第11条规定:环境管理部门“对建设项目环境影响评价、技术评估、验收监测或调查和建设项目环境影响评价文件审批、环境保护验收工作的监督检查工作,可以采取经常性监督检查和专项性监督检查的形式。”又如《民用核安全设备设计制造安装和无损检验监督管理规定》第36条规定:“国务院核安全监管部门及其派出机构

① 具体可见国家工商行政管理总局网站 <http://www.saic.gov.cn> 查询。

② 《企业年度检验办法》(国家工商行政管理总局令2006年第23号)第19条。

有权对民用核安全设备设计、制造、安装和无损检验活动进行监督检查。被检查单位应当对国务院核安全监管部门及其派出机构进行的监督检查给予配合,如实反映情况,提供必要的资料,不得拒绝和阻碍。对于监督检查中提出的整改要求,被检查单位应当认真落实。”再如《国矿山安全法》第33条第1款第1项规定,县级以上各级人民政府劳动行政主管部门“检查矿山企业和管理矿山企业的主管部门贯彻执行矿山安全法律、法规的情况”,第3项规定:“检查矿山劳动条件和安全状况”第4项规定:“检查矿山企业职工安全教育、培训工作。”总之,行政检查权是行政机关的一项普通的权力。

以国家工商行政管理机关的职能为例,介绍行政检查的基本内容和要求。工商行政检查的范畴大致有:①检查商事主体的登记事项的实际情况有了变化了以后,商事主体是否及时办理了变更登记;②查处垄断、不正当竞争、走私贩私、传销和变相传销等经济违法行为;③监督市场交易行为,监督流通领域的商品质量,查处假冒伪劣产品;④监督规范各类市场经营秩序;⑤监管拍卖行为,查处合同欺诈等;⑥监督查处广告违法行为;⑦查处商标侵权行为。

(三) 劳动用工监察权

劳动用工监察权是我国劳动行政管理部门的一项重要职能,劳动用工监察权的直接法律依据是我国《劳动法》、《劳动合同法》和《劳动保障监察条例》^①。

劳动保障监察是保障合法用工,保障劳动者权利,营造和谐劳资关系的重要措施,是我国劳动行政管理部门的重要职责。劳动法律法规都有这方面的规定。《劳动合同法》第74条规定,县级以上地方人民政府劳动行政部门对企业的劳动合同制度实施情况进行监督检查。检查的主要内容有:①用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况;②用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况;③劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况;④用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况;⑤用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况;⑥用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况;⑦法律、法规规定的其他劳动监察事项。

《劳动保障监察条例》第11条规定,劳动保障行政部门对下列事项实施劳动保障监察:①用人单位制定内部劳动保障规章制度的情况;②用人单位与劳动者订立劳动合同的情况;③用人单位遵守禁止使用童工规定的情况;④用人单位遵守女职工和未成年工特殊劳动保护规定的情况;⑤用人单位遵守工作时间和休息休假规

^① 《劳动保障监察条例》经2004年10月26日国务院第68次常务会议通过,自2004年12月1日起施行。

定的情况;⑥用人单位支付劳动者工资和执行最低工资标准的情况;⑦用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况;⑧职业介绍机构、职业技能培训机构和职业技能考核鉴定机构遵守国家有关职业介绍、职业技能培训和职业技能考核鉴定的规定的情况;⑨法律、法规规定的其他劳动保障监察事项。

(四) 行政许可

所谓许可经营,是指企业从事的经营事项因为与国计民生有特殊的联系,又符合法律关于行政许可的规定,所以要由经营者申请,经行政主管部门批准,向其颁发许可证后才可以从事经营的制度。行政许可的基本法律是《行政许可法》^①。

1. 行政许可的设定权

按照行政许可法的规定,法律可以设定行政许可事项;在行政许可法规定的法律可以设定行政许可的范围内如故尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。

行政许可法授权国务院在必要时可以采用发布决定的方式设定行政许可。但实施后,除临时性行政许可事项外,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规^②。

行政许可法还授权有立法权的地方人大和地方政府,在行政许可法规定可以设定,但法律行政法规尚未设定行政许可的范围内设定行政许可^③。

2. 行政许可的设定范围

行政许可法第12条对行政许可的设定范围作出了具体的规定,具体有:①直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身

① 《中华人民共和国行政许可法》由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第四次会议于2003年8月27日通过,自2004年7月1日起施行。全文八章83条。

② 行政许可法第14条规定,本法第12条所列事项,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后,除临时性行政许可事项外,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规。

③ 行政许可法第15条规定,本法第12条所列事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满1年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。