



孙百昌执法办案谈丛书

JICENG ZHIFA BANAN
JINGJIE

基层执法办案精解



中国工商出版社

孙百昌执法办案谈丛书

基层执法办案精解

孙百昌 著

中国工商出版社

责任编辑 刘安伟
封面设计 纺印图文

图书在版编目(CIP)数据

基层执法办案精解/孙百昌著. —北京:中国工商出版社,2010.4

ISBN 978 - 7 - 80215 - 420 - 9

I. ①基… II. ①孙… III. ①行政执法—研究—中国
IV. ①D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 067577 号

书名/基层执法办案精解
著者/孙百昌

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/13.375 字数/310 千字
版本/2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(100070)
电话/(010)63730074,83670785 电子邮箱/zggsebs@263.net
出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 978 - 7 - 80215 - 420 - 9/D · 366
定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

出版说明

近年来,随着工商行政管理执法的不断深入,执法实践中出现了一些热点、难点问题,需要探讨和交流。系统内一批执法实践经验丰富,又有一定理论水平的同志就此深入研究总结,形成了一批研究成果,如孙百昌同志,其所著的《基层执法疑难问题研究》(2005年)、《基层执法疑难问题研究(2009年续)》出版后,受到工商系统读者的欢迎和关注。2010年,作者就全国工商系统一线执法人员新提出的有关基层执法疑难问题,撰写了《基层执法办案精解》一书。今后,作者有意继续关注系统执法人员新提出的各类执法疑难问题,并予以解析,适时出版。

基于此,我社将推出"孙百昌执法办案谈丛书",包括原已出版的《基层执法疑难问题研究》(2005年)、《基层执法疑难问题研究(2009年续)》、《基层执法办案精解》,以及今后陆续出版的相关书籍,以便于读者阅读和参考。

前 言

在出版《基层执法疑难问题研究(2005年)》、《基层执法疑难问题研究(2009年续)》之后,一线执法的工商行政管理人员新提出来的问题有所变化。给我的感觉是问题越来越深入到行政法、民法、行政惯例上的基础性问题。这体现了系统内执法水平在不断提高,也是社会上对法制更高期望的反映,原来可以模糊过去的事,现在有人较真了。这一类问题大约占全部问题的20%左右。例如“三定方案”的性质问题、“流通环节”概念问题等。

另外,一些经常出现的问题仍然没有解决。笔者认为,一个重要的原因在于方法。例如“两虚一逃”的区分,如果用构成分析法则比较容易解决,而仅仅就事论事往往各有所见,缺乏统一的语境。这类问题约占本书问题的10%。

和以往一样,所列问题绝大多数是在2009年出版的《基层执法疑难问题研究》之后,一线执法的工商行政管理人员新提出来的。我在书中仍然基本采用了原话,为了讨论的方便,笔者对其中一些问题进行了简化处理,以防止问题过于复杂而主要观点不突出。



作者简介

孙百昌，管理学博士。直接从事了大量的企业注册、商标管理、广告管理、反不正当竞争等行政管理的个案操作和宏观指导，有丰富的实务经验。结合实践进行理论研究，熟悉中国行政法、经济法，在国家核心期刊等刊物发表数十篇学术论文。个人专著有《工商管理经济学》、《监管制度理论及工商管理博弈研究》、《实用行政法学研究》、《工商管理行政处罚与证据操作》、《基层执法疑难问题研究》、《工商管理行政解释司法解释分类汇总及应用解析》等。

目 录

第 1 篇 执法主体类

1. 在一起诉讼案中,我们答辩称依照“三定方案”履行职责,但法院和当事人说这不是法定职责的依据。工商部门的“三定方案”是否属于法定职责 …………… (3)
2. 国务院对国家工商总局的“三定方案”(国办发[2008]88号)中有“流通领域商品质量”一词。流通领域指的是什么?商品质量指的又是什么 …………… (4)
3. 国务院对国家工商总局的“三定方案”(国办发[2008]88号)中有“流通环节食品安全”一词。流通环节指的是什么?与流通领域有什么区别 …………… (5)
4. 国务院对质检总局的“三定方案”(国发[2008]11号)里的“生产加工环节的食品”中,生产加工环节指的是什么?它与生产领域有什么区别 …………… (7)
5. 工商部门对兽药、饲料、烟花爆竹等是否有管辖权 …………… (9)
6. 某公司因违反了烟草专卖规定,被烟草专卖局被吊销了《烟草专卖许可证》,许可证被吊销后,该公司未按规定办理营业执照变更手续,工商部门也未告知变更经营范围,请问,工商部门可以依照《烟草专卖法》处理吗 …………… (11)

7. 投机倒把行政处罚暂行条例废止后,市场上销售非法出版物的违法行为,工商部门是否有权查处 …………… (12)
8. 外资登记事项的监管权下放到工商所符合法律规定吗…………… (14)
9. 作为工商部门能不能根据“三定方案”的规定,使用《农药管理条例》有关经营者的管理条款和罚则呢 …… (16)
10. 工商部门对合同违法行为的管辖权 …………… (18)

第 2 篇 办案程序类

11. 是不是在处罚决定做出后必须在七日内将决定书送达当事人 …………… (23)
12. 如何理解工商总局第 28 号令中的“未能及时移送并已作出行政处罚的涉嫌犯罪案件”…………… (24)
13. 工商总局第 28 号令修改草拟《行政处罚决定书》为草拟《行政处罚建议书》。那么,《行政处罚建议书》的内容结构如何? 是否类似于《案件调查终结报告》? 制作《行政处罚建议书》的意义是什么 …… (27)
14. 超出案件办理期限作出的行政处罚是否有效 …… (28)
15. 再问关于《行政处罚建议书》…………… (30)
16. 机关负责人在《行政处罚有关事项审批表》中批准行政处罚建议的日期是否必须与《行政处罚告知书》或者《行政处罚听证告知书》的落款日期一致? 同样,机关负责人在《行政处罚决定审批表》中批准处罚决定的日期是否必须与《行政处罚决定书》

- 的落款日期一致 (31)
17. 机关负责人批准处罚建议的意见应该写在哪里 (32)
18. 一个案件两份现场笔录的效力 (34)
19. 再谈如何写好说理式行政处罚决定书 (35)
20. 当事人放弃陈述申辩权能否即时下达处罚决定书 (37)
21. 再谈“同一个违法行为” (39)
22. 实施“责令暂停销售”措施时须注意的问题 (43)
23. 当事人拒绝在有关材料上签章时保证证明效力的
方法 (44)
24. 临时指定检查人员是否合法 (46)
25. 案件调查终结报告的撰写要点 (47)
26. 对举报不予立案是否构成行政不作为 (49)
27. 如何申请法院采取财产保全措施 (53)
28. 行政处罚案件在调查结束后应做哪些重点工作 (54)
29. 在一般的商品销售案件中,违法经营额 = 已经销售的商品数量 × 销售单价 + 没有销售的商品数量 × 进货单价,这么计算违法经营额是否正确? 如果不正确,在一般的商品销售案件中,又该如何计算违法经营额 (56)
30. 违反产品质量规定违法生产、销售产品货值金额的计算及问题 (57)
31. 侵犯知识产权非法经营额的计算 (60)
32. 在一般的商品生产案件中,违法经营额 = 已经出厂的产成品的销售数量 × 销售单价 + 原材料的购进数量 × 原材料的购进单价,这么计算违法经营

- 额是否正确? 如果不正确,在一般的商品生产案件中,又该如何计算违法经营额…………… (61)
33. 要注意行政处罚案件在调查结束后的审批程序…………… (62)
34. 违法经营额和案值是同一个概念吗? 两者之间能否画等号…………… (64)
35. 互联网上网违法服务中违法经营额的计算…………… (65)
36. 以工商所名义实施的行政处罚权…………… (66)
37. 对工商所处罚权限的限制…………… (68)
38. 工商所可依据哪些法律、法规和规章以“工商所名义”对“个体工商户”进行行政处罚…………… (69)
39. 在什么情况下能够用“工商所名义”对“企业”进行行政处罚…………… (70)
40. 在行政处罚简易程序中,一份完整的行政处罚案卷,都可能用到哪些文书…………… (71)
41. 对无人认领财物的理解和有关案件的处理…………… (71)
42. 查案中,发现没有明确权属的涉案财物如何处理…………… (73)
43. 以“工商所名义”处罚和以“工商局名义”处罚这两者和行政处罚的“简易程序”和“一般程序”之间有什么联系吗…………… (74)
44. 关于一事不再罚…………… (75)
45. 这样处罚合理吗…………… (76)
46. 一节能灯抽检案,抽检基数 10 只,2 只送检,2 只留样备检。检验报告出来前,该节能灯已销售完。请问,计算货值金额时,是按照 10 只来计算,还是按照 6 只(除开送检和留样)来计算…………… (77)

47. 如何理解办案中的首次向案件当事人收集调取证据的“首次” (78)
48. 责令改正是否也必须告知当事人救济权 (80)
49. 下达了听证告知书,是按照《无证经营查处取缔办法》认定和处罚的,现在,我们发现应当使用《危险化学品安全管理条例》来处罚,我们应当采取什么办法来挽回定性不准的失误,以不至于造成案件败诉 (81)
50. 当事人超出核准登记的经营经营范围经营爆竹如何查处 (84)
51. 涉嫌犯罪需要移送的法律依据 (86)
52. 销售金额达5万元是否移交公安机关 (87)
53. 我们在调查某公司违法行为时,该公司法定代表人因故不能接受我局的询问和调查。该单位派来一位职工接受询问,该职工所持授权委托书应该以该公司名义出具还是以法定代表人名义出具 (89)
54. 关于《刑法》第二百二十五条第四项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的理解 (94)
55. 依法处罚和作出处罚决定后执行困难是两个问题,应当分开对待 (96)

第3篇 法条适用类

56. 《食品安全法》出台后,与国务院《关于加强食品等产品质量监督管理的特别规定》之间是什么适用关系 (99)

57. 食品安全法律规范很多,行政处罚中如何适用…………… (99)
58. 国务院 503 号令第五条的适用(一) …………… (100)
59. 国务院 503 号令第五条的适用(二) …………… (102)
60. 国务院 503 号令第五条的适用(三) …………… (103)
61. 2008 年 11 月 21 日国家工商行政管理总局令第 37 号公布的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第十条中规定:“本办法适用于工商行政管理机关行政处罚案件‘违法所得’的认定……”总局这么规定,是不是就意味着“违法所得”和“非法所得”是同一个概念呢?如果不是,“违法所得”和“非法所得”又有什么区别和联系呢…………… (105)
62. 《食品安全法》和国务院的《特别规定》在索要检验报告上表述不同,如何理解…………… (106)
63. 在巡查时发现一个体户其经营的产品包装袋上标有 QS 认证标志,而经查实,该产品是无须实行生产许可证制度的。因此可以认定,该标志是虚构的。但问题是该标志不是该个体户自己印制上的,能否适用《产品质量法》第三十八条“销售者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志”进行认定…………… (107)
64. 是否只有食品才使用 QS 标志…………… (108)
65. 关于无照从事房地产开发案件的法律适用…………… (109)
66. 取得名称预先核准后一年提交登记申请,取得公司营业执照。在这期间,该公司生产汽车制动器并销售…………… (112)

67. 对超市、商场、集贸市场等商品零售场所违规使用厚度小于0.025毫米塑料购物袋的行为,应用《产品质量法》哪条来定性和处罚呢…………… (114)
68. 适用《危险化学品安全管理条例》还是《公司法》…………… (116)
69. 对销售未加贴(印)合格塑料购物袋产品标志的塑料购物袋行为的法律适用…………… (119)
70. 某驾驶员培训公司为了方便本公司车辆加油,在本公司院内设置加油机设备和油罐,大量储存汽油并且只对内部车辆加油(不对外经营)。工商机关是否可以对该公司上述行为依据《危险化学品管理条例》进行查处…………… (121)
71. 我辖区有一酒厂,根据群众举报,(已举报到政府主要领导处,已作批示,明确要工商查处)此厂家涉嫌制售假“剑南春”、“口子”牌注册商标白酒,请问此案如何查处,根据哪部法律处罚,如何定性…………… (123)
72. 二手车交易…………… (129)
73. 对超过标注使用日期的化妆品如何适用法律…………… (130)

第4篇 案件定性类

74. 危险化学品企业试生产是否无照经营…………… (135)
75. 股东在验资后注册前抽走资金应如何定性…………… (140)
76. 中介公司垫资是虚报注册资本、虚假出资还是抽逃出资…………… (145)
77. 某分公司商业贿赂(事实已清楚),但现在该分公

- 司已注销,原分公司负责人又办了一家分公司,而新办的分公司与原分公司及其母公司无任何关系,是另一家公司的分公司,但新分公司从事的业务与已注销的分公司业务一样。此案件的处罚对象应是谁…………… (147)
78. 对超过保质期的商品如何适用法律比较恰当…………… (148)
79. 三个自然人合伙以其中一人注册一个个体工商户,开一家超市。如果这个个体户有违法行为,三个自然人是共同主体吗…………… (149)
80. 出租营业执照的认定…………… (150)
81. 篡改营业执照复印件的定性…………… (152)
82. 工厂销售的法律适用…………… (154)
83. 如何理解《产品质量法》所称的产品…………… (156)
84. 加工承揽行为是否违法…………… (158)
85. 对销售伪劣产品的调查处理…………… (161)
86. 对虚假宣传,是适用广告法还是反不正当竞争法,违法主体是经销商还是厂商…………… (164)
87. 淘汰产品是否属于刑法中的伪劣产品…………… (167)

第 5 篇 企业登记类

88. 《企业年度检验办法》第十九条第一款与《企业法人登记管理条例》第三十条第一款第(三)项、《合伙企业登记管理办法》第四十二条的规定关于罚款的规定不一致,该如何处理。前者的规定是并

- 处罚款,后两者的规定是可以处罚款 (173)
89. 许可意见和许可证件的区别 (175)
90. 催检公告必须写明 30 天的补检权利,不能写成少于 30 天的依据 (177)
91. 《企业年度检验办法》为什么不能作为吊销处罚的依据? 是因为上位法优于下位法原则吗 (178)
92. 为什么可以批量立案,但不能批量吊销 (179)
93. 对《公司登记管理条例》第四十条的理解 (179)
94. 如何在营业执照的经营范围表述中正确使用标点符号 (181)
95. 分公司可以下设分公司吗? 如果分公司下面要设置机构,怎么设立,相关法律依据是什么 (185)
96. 驾驶员培训机构是否需要工商登记 (186)
97. 一个公司有多个办事机构所在地,如何确定公司住所 (186)
98. 行政许可中如何确定利害关系人 (187)
99. 在企业年检中,工商行政管理机关对后置许可证件有审查义务吗 (189)
100. 注册资本和企业资产 (191)
101. 启动行政许可撤回的要件 (194)
102. 如何理解公司法第二十二条 (196)
103. 公司登记机关如何协助法院强制执行股权转让 (197)
104. 在企业名称登记管理中对“同一行业”的认定 (201)
105. 如何理解公司的注册资本中货币资本不得低于于注册资本的 30% (203)

- 106. 如何填写经营范围 (204)
- 107. 如何分析企业经营范围表述的法律界限 (206)
- 108. 食品流通相关营业执照经营范围的核定 (209)
- 109. 企业预先填写的经营范围不符合《国民经济行业分类》应如何处理 (210)
- 110. 一企业年检时送来的资产负债表上显示已经资不抵债,资产总额二百四十万,负债总额二百八十万,对这样的企业我们能通过年检吗,如果不能,有什么法律依据吗 (212)
- 111. 对已经吊销营业执照的企业能否恢复经营资格?我们没有找到相关法律依据。我们市局发过一个操作规程,如果能恢复,程序怎么走 (213)
- 112. 登记机关在什么条件或情况下,启动实质审查程序,法定条件如何理解和具体运用 (215)
- 113. 设立登记时工作人员疏忽导致存在问题怎么办 (218)
- 114. 股权出资的法律依据是什么 (219)
- 115. 如何理解股权出资 (220)
- 116. 替代出资的权利问题 (222)
- 117. 什么是用作出资的股权的权属和权能 (224)
- 118. 公司设立时,设立董事会的,是否一定要设监事会,设立执行董事的,是否只能设一位监事 (225)
- 119. 关于公司住所问题 (227)
- 120. 再谈虚报注册资本、虚假出资和抽逃出资的区别 (228)
- 121. 出资问题 (232)
- 122. 该不该按照甲乙的要求办理法定代表人变更 (234)

123. 如果该公司另有一个章程,并且法院判决该公司的另一个(该章程没有在工商登记时提交)章程有效,工商部门如何处理?例如涉及法定代表人的变更 (236)
124. 年检中发现企业的土地使用权证书到期 (237)
125. 股权出资登记管理办法为什么对股权出资实际缴纳期限作了严格规定 (239)

第 6 篇 农民专业合作社

126. 农民专业合作社是否不是营利性 (243)
127. 农民专业合作社既然是法人,那么成员认缴的出资是不是法人财产?合作社是否应该享有法人财产权 (243)
128. 农民专业合作社的成员账户是什么,该账户有什么作用 (245)
129. 农民专业合作社成员是否可以其饲养的牲畜、家禽、自己居住的房屋、自有的宅基地作价出资 (248)

第 7 篇 无照经营类

130. 是无照经营,还是逾期年检 (253)
131. 经营范围涉及了前置审批项目,当事人也已经办理了经营前置审批项目所需的许可证件和批准文件,但是在注册登记的时候当事人并没有向工