

基层执法 疑难问题研究

孙百昌网上答疑录
2009年 续

孙百昌◎著

中国工商出版社

责任编辑 孙百昌
封面设计 孙百昌

基层执法疑难问题研究

孙百昌网上答疑录
(2009 年续)

1. 基层... 2. 基层... 3. 基层... 4. 基层... 5. 基层... 6. 基层... 7. 基层... 8. 基层... 9. 基层... 10. 基层...

孙百昌 著

中国版... 1680000

中国工商出版社

责任编辑 刘安伟

封面设计 奥博维

图书在版编目(CIP)数据

基层执法疑难问题研究. 2009 年续/孙百昌著. —北京:中国工商出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 80215 - 291 - 5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 168502 号

书名/基层执法疑难问题研究

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/10.825 字数/310 千字

版本/2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 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 电子邮箱/zggschs@263.net

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 978 - 7 - 80215 - 291 - 5/D · 342

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

她这封信，是写给李的，里面写着：李，你这一封信，是
 我收到的第一封信，李，你这一封信，是

前言

吕百炼 2008

本书所列问题绝大多数是在 2005 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。我在书中基本采用了原话，不过为了讨论的方便，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。

在法律的艺术中，执法者其实是诠释法律的艺术家。特别是在我国，立法指导思想有宜粗不宜细的理念，加之法律体系特别是民商法尚在建立完善中，实际适用中，许多法律条款只能由执法者自己进行解释，久之执法者在法律解释中甚至会有一种近似于纯粹技术操作的情感盘绕。并且，真正的法律并不仅仅存在于法律文本中，更存在于执法者的诠释之中，正像音乐不是乐谱上的东西，法律也不仅仅是文本中的表述，真正的法律是实现中的法律。在法律解释中，既为执法人员留下了充分的回旋空间，也留下了许多疑问。笔者认为基层执法之所以有大量“疑难问题”，一个重要的原因在于我国行政法学的滞后和粗疏。目前的行政法学，注重理论的研究和国外思想的吸纳，理论层面“很高”，但缺乏对具体问题的讨论和回应。

本书名之所以有“研究”两字，在于书中观点仅仅是笔者的看法，或者说是一家之言。有一家之言比没有要好一

些,至少有一种观点放在那里,或者供参考,或者供反驳,或者抛砖引玉,引起大家讨论的兴趣。

孙百昌

2008 年 10 月

目 录

前 言	(1)
-----------	-----

第 1 部分 执法主体类

1. 县工商局是否可以登记特殊的普通合作企业和有限合伙企业	(1)
2. 县级工商局是否有权查处辖区内外商投资企业	(4)
3. 上级工商局是否有权吊销下级登记机关登记的企业	(5)
4. 工商所能否适用《无照经营查处取缔办法》	(8)
5. 工商所能否依据《公司登记管理条例》第六十五条的规定扣缴公司 的营业执照	(9)
6. 《食品卫生法》的执法主体是否包括工商部门? 工商部门能否适用 第四十六条	(10)
7. 对于《公司登记管理条例》六十五条的规定和属地管理原则, 下级工 商机关能否扣留上级工商机关颁发的营业执照	(13)
8. 工商部门有扣留、封存财物的权力, 有没有封门的权力, 即在涉案单 位的库房、办公房屋、生产车间门上粘贴封条, 达到阻止对方进入这 些场地的目的	(15)
9. 工商部门还能管理烟花爆竹吗	(16)
10. 工商部门如何主管保险业的不正当竞争行为	(17)
11. 对农产品安全, 工商部门的监管职责是什么	(21)
12. 工商部门能否对保险代理人和经纪人无照开展保险业务进行查处	(21)

13. 信用社利用垄断地位对客户以化肥顶贷款,根据《商业银行法》,工商部门是否有主管权 (24)
14. 注册资本达到 100 万元的企业,不建立账务,如何处理 (25)
15. 我局查获了一大批未取得进网许可的电话机,请问工商部门依据什么法律法规处罚 (26)
16. 近日,我们查获了一宗价格欺诈案件:某酒店出售一种鱼正常价格为每斤 68 元,但对外地游客出售每斤 1688 元。请问,按照《价格违法行为行政处罚暂行规定》,工商部门是否应当移送价格主管部门处理?工商部门是否可以认为性质严重,依据《价格违法行为行政处罚暂行规定》吊销营业执照 (26)
17. 同一违法主体的两种违法行为,由两个办案单位在同一时段分别立案查处是否恰当 (27)
18. 一个案件中,违法行为涉及的当事人有在本地的,也有在异地的,是否本地工商局只是对本地的违法行为当事人进行处罚 (28)
19. 我局辖区内有一家化工商店,其营业执照经营范围是:涂料原料(危险化学品除外),换照时因缺安监的手续未准予换照年检,前几天该商户被市安监局检查出有出售危化品的行为(有火碱等),辖区的巡查人员在日常巡查中一直未发现其经营危化品。我们是否有监管责任 (29)
20. 工商局在社区、超市、大型商场设立一些 12315 联络站,是否属于行政权的委托?联络站是个什么性质的组织 (30)
21. 工商部门负责监管流通环节食品安全,卫生部门负责监管消费环节食品安全。什么是消费环节 (32)
22. 是法律委托还是行政委托 (32)
23. 企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,应当向抵押人住所地的县级工商部门(以下简称动产抵押登记机关)办理登记。未经登记,不得对抗善意第三人。A 县甲到 B 县申请个体工商户登记后,需要进行动产抵押登记,要到哪个县工商局办 (33)

24. 企业的年检权限下放工商所,在操作中要盖企业登记管理机关的公章,这样理解是否正确 (34)

第2部分 办案程序类

25. 责令当事人限期改正是否有期限?其法律依据是什么 (35)
26. 核查和正式调查 (36)
27. 如何理解“同一个违法行为” (37)
28. 说理性行政处罚决定书的要点构成 (38)
29. 先行登记保全证据与扣押、封存行政强制措施不同,存在质的区别。
采取先行登记措施是否需要告知当事人复议、诉讼救济权利 (39)
30. 非法经营的移送问题 (40)
31. “其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”中的“其他”,在工商系统
主要指哪些行为?“无照经营”属于非法经营案吗 (40)
32. 如何理解法释[2004]19号第一条和最高人民法院、公安部制定的
《经济犯罪案件追诉标准》第六十一条第3项 (43)
33. 是否可以先罚款,后移送司法机关 (44)
34. 法院受理的案件,工商是否再受理 (46)
35. 对个人独资企业调查终结后,告知当事人拟作出的行政处罚时,给予
听证权利是采用个人标准还是企业标准 (47)
36. 立案涉及的当事人和处罚涉及的当事人不一致怎么办 (48)
37. 下达《责令改正通知书》之前需要立案吗 (49)
38. 可以直接适用《互联网上网服务营业场所管理条例》第二十七条采取
“扣押”强制措施吗 (50)
39. 根据《行政处罚法》第五十一条(一)项的规定,加处的罚款能否在
申请人民法院强制执行当事人应缴的罚款同时执行 (53)
40. 结案应该在行政处罚执行完毕还是法定复议、诉讼期限过后进行?
如果在行政处罚执行完毕进行,那么当事人提出行政复议或行政
诉讼的,如何编入案卷 (53)

41. 在行政处罚中个体工商户的当事人如何确定? 是营业执照上的字
号名称还是从事经营活动的个人? 当个体工商户冒用公司名义
时, 处罚对象如何确定 (54)
42. 现场检查笔录当事人一栏, 如当事人是单位, 在当事人签字处是法
定代表人或负责人签名, 还是盖单位公章? 如法定代表人或负责
人不在现场, 单位里别的人员可否在当事人处签上自己的名字 (55)
43. 关于处罚决定书等文书发文字号的问题 (55)
44. 行政处罚告知书中处罚法律依据只告知了行政处罚所依据的法
律的某条, 而未告知具体的款项, 这影响告知的法律效力吗? 如
果是, 如何弥补 (56)
45. 能否张贴公告告知 (58)
46. 如何适用《无照经营查处取缔办法》第十一条第二款 (59)
47. 如何确定扣留、封存强制措施的期限 (60)
48. 一个无照经营案件, 对无照经营行为当事人在扣押时间 15 天或最
长期限 30 天内收到处罚决定书又未按时交纳罚款, 导致扣押时间
达到 15 天或 30 天的, 是否应当解除扣押 (61)
49. 罚没票据中的“处罚依据”一栏如何填写 (62)
50. 如一当事人无照又销售假冒伪劣商品, 定性、处罚可写上两个处罚
法规吗 (63)
51. 可否公证送达 (63)
52. 提取取证时注明“经核对与原件无误”, 应当由办案人员填写还是要
求当事人填写 (64)
53. 28 号令送达为什么要把行政处罚告知书和听证告知书除外, 该条的
立法用意是什么? 在实践中如果当事人拒绝签收这两种文书, 应
如何操作 (65)
54. 一案是否可以分别处罚 (66)
55. 现场检查时, 是否要告知当事人有申请办案人员回避的权利 (69)

56. 在查处企业“两虚一逃”案件中,我们依据中国人民银行《金融机构协助查询、冻结、扣划工作管理规定》在金融系统有查询权,而且依据该规定还有暂停结算权,但目前我们操作的工商法规中没有暂停结算的条款,请问在查处案件时能不能按照此规定来操作暂停结算 (70)
57. 本案是否有管辖权 (70)

第3部分 法条适用类

58. 如何理解《国务院关于加强食品等产品质量监督管理的特别规定》第二条 (72)
59. 药店经营保健食品,不建立台账、索票索证制度,工商部门能否依据《国务院加强食品等产品质量监督管理特别规定》第五条和第十三条予以处罚 (74)
60. 如何理解“不符合法定要求” (75)
61. 产品标识不规范是否属于不符合法定要求的产品,能否实施行政强制措施查封、扣押 (77)
62. 《产品质量法》规定销售者应当建立并执行进货检查验收制度,验明产品合格证明和其他标识。那么,如何理解《国务院关于加强食品等产品质量监督管理的特别规定》第五条的规定,是否可以理解是对《产品质量法》上述要求的明确规定。如果经营者违反了,我们是否依据《特别规定》实施查封、扣押 (78)
63. 我们在9月份查处一个案件时扣押了货主的物品,当时由于货主没有出现,我们在报纸上登了公告,现在3个月公告期限届满,货主一直没有前来接受调查,扣押的物品能否被确定为主无主财物 (79)
64. 28号令第76条规定“当事人不明确,应当采取公告方式通知当事人在六个月内认领财物”,是否可以这样理解:这是对当事人解除强制措施后,公告当事人前来认领 (80)

65. 如何理解收缴、扣缴营业执照 (80)
66. 29 号令规定工商机关作出下列行政处罚决定之前,应当告知当事人
有要求举行听证的权利。……请问收缴或者扣缴执照是否属于行
政处罚 (82)
67. 29 号令中的听证数额中,罚款和没收是否需要合并计算? 如果对某
当事人罚款 100 元、没收价值 2900 元财物的也应当听证吗 (83)
68. 29 号令规定对当事人作出没收违法所得和非法财物达到(对公民处
以三千元、对法人或者其他组织处以三万元以上)一定数额的行政
处罚要进行听证,非法财物如何确定数额? 是否以查处案件当时
的市场价格确定非法财物的数额 (83)
69. 我省行政机关行政处罚听证规则规定:对公民处以一万元、法人十
万元以上罚款的行政处罚要举行听证。但是,我省行政机关行政处
罚听证规则没有规定没收非法所得和非法财物要举行听证,是否
要适用 29 号令的规定 (83)
70. 《反不正当竞争法》与《广告法》在有关广告虚假宣传的规定和适用
上有什么不同 (84)
71. 再论行政处罚的“不问主观状态”原则 (86)
72. 法条如何引用 (89)
73. 对一个当事人的一个违法行为同时违反多个法律规范该如何实施
行政处罚 (91)
74. 行政执法中除参考司法解释外,能否直接引用司法解释 (93)
75. 是虚报注册资本还是提交虚假材料 (93)
76. 如何理解《公司法》第 199 条关于“提交虚假材料或者采取其他欺
诈手段隐瞒重要事实”的表述 (95)
77. 无烟草专卖零售许可证经营烟草制品零售业务,能否按无照经营
查处 (96)
78. 公司执照有效期届满,继续从事经营活动的,能否处罚 (97)
79. 冒用分公司的被处罚主体是总公司还是分公司 (98)

80. 为什么可以依据《企业法人登记管理条例》及其施行细则处理公司的一些违法行为	(98)
81. 对于公司制企业违反登记管理法规,能否适用《企业法人登记管理条例》	(100)
82. 按照《公司法》登记的有限公司拒绝监督检查,能否依据《企业法人登记管理条例实施细则》第六十三条第一款十一项予以处罚	(100)
83. 个人独资企业违反《个人独资企业法》,应按该法处罚,还是使用《私营暂行条例》处理	(101)
84. 如何理解“本条例由国家工商行政管理局负责解释”的法律效力	(101)
85. 1983 年颁布实施的《城乡集市贸易管理办法》是否仍然有效? 专业市场(如石油市场、图书市场)是否属于城乡集市贸易	(103)
86. 工商部门可以用质量技术监督部门的文件吗? 如 3C 认证	(104)
87. 自由裁量权应如何规范	(105)
88. 现在国家质检总局提供上网许可证查询,查处无工业产品生产许可证和伪造、冒用生产许可证的产品非常方便。根据《工业产品许可证管理条例》第六十五条第二款,工商行政管理部门依职权可以对第四十六条至第五十一条规定的哪些内容处罚? 对谁处罚? 特别是经营者销售的产品没有生产许可证,能不能按第四十八条直接处罚	(106)
89. 伪造虚假材料骗取分公司登记该如何处理	(108)
90. 涂改超过保质期饮料的生产日期的行为如何适用法律	(109)
91. 《印刷业管理条例》第九条第三款规定,个人不得从事出版物、包装装潢印刷品印刷活动。如个人从事包装装潢印刷品印刷活动,依据《印刷业管理条例》第三十五条工商机关无处罚权,该如何处罚	(113)
92. 适用《公司登记管理条例》还是《企业法人登记管理条例施行细则》	(114)
93. 对不合格食盐的查处能否适用《产品质量法》	(116)
94. 国务院 2002 年公布取消的第一批 789 项行政审批项目中已将工商总局“卫星地面接收设施定点销售审批”取消,那么,工商部门是否仍可按上述《卫星电视广播地面接收设施管理》对擅自销售卫星地面接收设施的行为予以处罚	(118)

95. 《公司法》和《公司登记管理条例》对公司“擅自设立分公司”和公司“超范围经营”都没有明确处罚条款,能否直接用《无照经营查处取缔办法》或《企业法人登记管理条例》有关条款进行处罚 (118)
96. 显性冒用分公司名义和实质冒用分公司名义 (120)
97. 关于特别法和公司法对经营范围有关规定的适用 (121)
98. 工商部门能否直接适用司法解释处罚当事人 (122)
99. 《工商行政管理所条例》第八条的效力 (122)
100. 物业服务的一些投诉是否超出了工商机关的管辖范围 (123)
101. 销售者出售的商品是生产厂家冒用生产许可证标志和编号,工商部门如何处理 (126)
102. 为什么 28 号令在 71 条不增加规定“没收违法所得” (127)
103. 如何理解行政处罚法第 51 条 (128)
104. 发现的第二批伪劣产品是否计入量罚范围 (129)
105. 《投机倒把行政处罚暂行条例》失效后,对于企业哄抬物价的行为,应该受《价格法》及配套规章的调整,工商部门事实上已经失去这个领域的管辖权。该怎么办 (130)
106. 如果当事人生产、经营假、劣种子的,就应当直接吊销种子生产许可证、种子经营许可证或者营业执照吗 (131)

第 4 部分 案件定性类

107. 违法行为定性的思路和违法构成的应用 (132)
108. 营业执照到期后应当对谁处罚 (138)
109. 某有限公司被吊销执照后经营活动一直没有停止,应如何定性 (138)
110. 检测报告中的“检测结论”为“经检测该产品不符合 SB/T10371-2003”。我们能否依据这个检测结论对企业进行处罚 (139)
111. 3C 强制认证与强制性标准是什么关系 (140)
112. 工商行政管理部门能否成为《标准化法》第 20 条的执法主体 (141)

113. 应当认证但没有认证和不符合强制性标准是什么关系 (142)
114. 谁是违法的当事人 (143)
115. 关于非法所得和罚款的理解 (144)
116. 分公司又分离出去的分公司如何承担法律责任 (145)
117. 是否伪造产地 (146)
118. 委托加工中的标注问题 (148)
119. 商业贿赂的主体应该是经营者。对经营者和消费者之间的行为，
即经营者直接给消费者附赠现金或者物品，消费者是不是也构成
商业贿赂呢 (150)
120. 短斤缺两的行为该如何处罚 (150)
121. 什么是企业年检中的隐瞒真实情况、弄虚作假 (151)
122. 在市场监管过程中，“试营业”经营行为很多，我们对此行为是以
无照经营定性处理的，但是经营者以“试营业”为由拒不配合，并
以还没正式开业无需办理营业执照与执法人员发生冲突。对“试
营业”经营行为以无照经营定性处理是否恰当 (153)
123. 如何理解此类买卖合同 (153)
124. 某商标经国家工商总局商标局核准登记。商标注册后引起争议，
商标局也受理了争议材料，但裁定尚未下达。在此情况下，工商
局发现市场上以此商标作为产品名称能否查处 (154)
125. 傍名牌法律适用 (155)
126. 理解《产品质量法》第五十五条的法经济学角度 (156)

第5部分 企业登记类

127. 执照期限和许可期限 (160)
128. 对许可经营项目监管的进一步分析 (163)
129. 关于公司登记和前置审批 (167)
130. 企业申请名称预先核准，上级机关是否可以直接核准 (168)

131. 谁的变更法定代表人的申请有效 (170)
132. 涉及他人利益和公共利益是否是不予许可的条件 (173)
133. 工商局在受理申请人变更股东登记时是否有告知“利害关系人”有
申请“行政许可听证”权利的法定义务 (174)
134. 企业登记中,如何把握“符合法定形式”的程度 (175)
135. 公司的董事长必须由股东担任吗 (175)
136. 股东名册的法律效力如何 (176)
137. 如何理解工商所登记个体工商户 (179)
138. 对未参加年检的企业进行吊销处罚需要注意什么 (181)
139. 个人独资企业逾期两年未年检,是否可以吊销 (182)
140. 政府规章和部门规章对同一事项的规定,应当如何适用 (183)
141. 以土地使用权出资未办理转移过户手续是否属虚假出资 (184)
142. 评定企业信用应注意什么 (185)
143. 企业有前置审批,在企业申请变更登记时,工商部门是否要求
企业重新办理前置审批 (186)
144. 分支机构未按规定办营业执照如何适用法律 (186)
145. 非企业法人分支机构是否一定要办理执照 (187)
146. 非公司法人企业增设经营场所是否要登记管理 (187)
147. 企业在异地的生产基地是否要办理登记注册 (188)
148. 公司的注册地在某城某处办公楼,但销售员的销售划片管理分成
几个小组。为了方便,每个小组又在所负责的区域租了房子,平
时成员在里面碰个头,汇集一些数据。这是否是公司的分公司 (189)
149. 企业法人设立的分支机构,未按规定办理营业执照,能否适用《无
照经营查处取缔办法》第十四条第一款处罚 (190)
150. 分公司违法能否对公司进行处罚 (190)
151. 分公司又设立办事处,违法主体如何确定 (191)
152. 对分公司超范围经营的案件,处罚依据如何适用法律法规 (191)

153. 在实际操作中有些违法行为是适用《公司登记管理条例》，还是适用《无照经营查处取缔办法》…………… (192)
154. 对下级工商局越权登记的企业名称怎么办…………… (194)
155. 私营企业的登记、监管及年度检验…………… (195)
156. 《港澳居民在内地申办个体工商户登记管理工作的若干意见》中，“特许经营”如何理解？申请时，为什么需要“身份证”…………… (209)
157. 短期营业许可有几种…………… (209)
158. 虚报注册资本、虚假出资、抽逃资金违法行为的认定和处罚对象的确定…………… (210)
159. 提交虚假材料还是虚报注册资本…………… (211)
160. 吊销逾期不履行出资义务的外商投资公司营业执照的法规适用…………… (212)
161. 《公司登记管理条例》规定公司的住所应在登记机关辖区内，该辖区是指登记机关所在地的辖区内还是登记机关所能管辖到的区域…………… (214)
162. 公司的住所如何明确…………… (214)
163. 《公司法》第一百九十九条规定的撤销公司登记是行政处罚吗…………… (215)
164. 只核准了名称就开业的个人独资企业，适用什么法律规范…………… (215)
165. 如何适用对公共利益造成重大损害的不予撤销…………… (217)

第6部分 农民专业合作社

166. 农民专业合作社与一般的企业有什么不同…………… (220)
167. 农民加入农民专业合作社的条件…………… (220)
168. 农民专业合作社的成员80%以上必须是农民，那么如何确认农民的身份？农民工行吗…………… (221)
169. 农民专业合作社在经营地域上是不是有限制，是否只能在农村开展经营？能不能跨地区经营…………… (222)

170. 某合作社是由几位农民出资组建的,营业执照经营范围包含化肥、农药等农资供应。但当地工商所称,如果该社向非成员销售农资,将会给予处罚。这种说法有依据吗……………(222)
171. 如果某人既种粮食又养鱼,并分别参与了村里的两家农民专业合作社,现在两家合作社都选他当理事长,请问这种情况是国家政策允许的吗……………(223)
172. 如果人数少,是否可以在机构设置上先设一个执行理事,等发展壮大以后再设理事会呢……………(223)
173. 如果一个村有搞养殖的,有搞种植的,有搞加工的,有搞水产的,搞加工的都愿意合作和联合,那么一个村要成立几个专业合作社……………(223)
174. 农民专业合作社需要到哪一级工商局办理执照……………(224)

第7部分 无照经营类

175. 取缔是不是处罚种类……………(225)
176. 利用某公司设备等从事地条钢生产销售,能否适用《无照经营查处取缔办法》查处……………(228)
177. 《无照经营查处取缔办法》第16条规定与《治安管理处罚法》如何适用……………(229)
178. 涉及无照经营转致的法律规范……………(230)
179. 工商部门是否有权对其他部门查处的无照经营行为进行查处……………(234)
180. 处罚转致时,执法主体是否也要转致……………(235)
181. 对保险公司擅自设立无照的分支机构,工商部门是否有权依据《无照经营查处取缔办法》第四条第一款(一)或(三)项定性……………(237)
182. 再谈无照经营液化气——城市燃气……………(238)
183. 《无照经营查处取缔办法》第四条(五)的违法行为是无照经营行为吗……………(240)