



建达律师

法讯传导

总第三三五期

2009年1月5日

- 《法讯传导》是建达律师事务所编制的提供法律知识的半月期刊，内容包括学法一点通、法规经纬、企业服务台、知识走廊、身边事等栏目。
- 如果您想订阅《法讯传导》电子版，或者有任何意见与建议，或者希望不再收到《法讯传导》电子版，请及时与我们[联系](#)。
- 关于《法讯传导》的使用说明，详见建达所网站的“[法律声明](#)”。

【学法一点通】

将赃款退还给中间人可否视为退赃？

问：某市卫生部门工作人员郑某收受了某餐饮公司负责人沈某4万元的感谢费，郑某将其中的两万元转交给卫生部门工作人员曾某。过了一段时间后，曾某主动将此两万元钱退还给了郑某。请问，曾某将两万元钱退还给郑某是否属于退还赃款，性质如何认定？

答：首先，郑某既是受贿人，又是转交行贿款的中间人，所以，曾某想退还贿赂款的情形下，选择了退给直接交款人郑某也是在常理之中，而不能一味地要求收款人将赃款退给出资人即实际行贿人。其次，曾某后来主动退还赃款的事实说明其在主观上尚未形成明确的受贿故意。因此，曾某是在尚不构成受贿罪的情形下退还的，是一种构成犯罪前的退回财物行为；最后，曾某行为的性质与沈某的行为性质没有必然的

联系，行贿人沈某主观上具有向曾某行贿的故意，客观上实施了让郑某转交曾某两万元钱的行为，但是最终曾某不存在受贿故意，故曾某不构成受贿，不能以沈某的主观认识和行为性质来认定曾某的行为性质。

哪些债权可以提出诉讼时效抗辩？

问：2003年，我朋友向我借了2万元，并在欠条上写明于2005年2月10日前还清。我多次讨要，朋友一直不还。今年5月，我把他告上法庭，他的律师说我的债权已经过了诉讼时效。请问，他的说法对吗？

答：2008年9月1日起施行的《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定：“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：（一）支付存款本金及利息请求权；（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”你的债权不属于上述几类债权请求权，对方可以提出诉讼时效抗辩。如果有证据证明你向你朋友要求还钱，会产生诉讼时效中断效力。

【法规经纬】

国务院常务会议确定金融促进经济发展九项政策措施

（一）落实适度宽松的货币政策，促进货币信贷稳定增长。综合运用存款准备金率、利率、汇率等多种手段，保持银行体系流动性充分供应，追加政策性银行2008年度贷款规模1000亿元。（二）加强和改进信贷服务，满足资金合理需求。鼓励地方政府通过资本注入、风险补偿等多种方式增加对信用担保公司的支持；设立多层次中小企业贷款担保基金和担保机构，提高对中小企业贷款比重；对符合条件的中小企业信用担保机构免征营业税；建立农村信贷担保机制，扩大农村有效担保物范围，积极探索发展农村多种形式担保的信贷产品；积极扩大住房、汽车和农村消费信贷市场。（三）加快建设多层次资本市场体系，发挥市场的资源配置功能。稳定股票市场运行，推动期货市场稳步发展，扩大债券发行规模，优先安排与基础设施、民生工程、生态环境建设和灾后重建等相关的债券发行。（四）发挥保险的保障和融资功能，促进经

济社会稳定运行。积极发展“三农”、住房和汽车消费、健康、养老等保险业务，引导保险公司以债权等方式投资交通、通信、能源等基础设施和农村基础设施项目。（五）创新融资方式，通过并购贷款、房地产信托投资基金、股权投资基金和规范发展民间融资等多种形式，拓宽企业融资渠道。（六）改进外汇管理，大力推动贸易投资便利化。适当提高企业预收货款结汇比例，方便企业特别是中小企业贸易融资，提高外汇资金使用效率，支持外贸发展。（七）加快金融服务现代化，全面提高金融服务水平。进一步丰富支付工具体系，扩大国库直接支付涉农、救灾补贴等政府性补助基金范围，优化出口退税流程，继续推动中小企业和农村信用体系建设。（八）加大财税政策支持力度，发挥财政资金的杠杆作用，增强金融业化解不良资产和促进经济增长的能力。（九）深化金融改革，完善金融监管体系，强化风险监测和管理，切实维护金融安全稳定。

国务院原则通过《中华人民共和国统计法（修订草案）》

国务院常务会议审议并原则通过《中华人民共和国统计法（修订草案）》。全国人大常委会将于近期对修订草案进行第一次审议。

这次修改《统计法》的指导思想是：进一步完善预防和惩处在统计上弄虚作假的法律制度，为提高统计数据质量提供强有力的法律保障。修改的重点内容包括：完善统计机构、统计人员独立调查、报告、监督的法律机制；加重对领导干部人为干预统计工作、统计机构和统计人员参与弄虚作假、调查对象提供不真实统计资料等违法行为的法律责任，并完善监督检查制度；建立严格的统计调查审批制度和对被调查者资料的保护制度，切实减轻基层填报负担，维护被调查者的权益；完善统计资料管理和公布制度，促进统计信息的社会共享。

解读民事诉讼审判监督程序司法解释

再审理由（一）—典型案例 张某因房产纠纷，将王某告上法庭，经甲法院一审和乙法院二审终审后，张某胜诉。但王某不服，向乙法院上一级法院丙法院申请再审，理由如下：1、原判决适用法律有错误；2、原判决认定的基本事实缺乏证据证明；3、在王某向法院申请调查收集有关证据时，法院并未调查收集；4、有新的证据。

代表法条 第九条：“人民法院对再审申请的审查，应当围绕再审事由是否成立进行。”

律师解读 民事诉讼法规定，有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；原判决、裁定适用法律确有错误的和对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请法院调查收集，人民法院未调查收集的，是法定再审理由。

首先，王某提交下列证据之一的，丙法院可以认定为是法定的“新的证据”：（1）原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据；（2）原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据；（3）原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据。当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的，应当视为新的证据。

第二，原判决认定的基本事实缺乏证据证明，该基本事实是指对原判决、裁定的结果有实质影响、用以确定当事人主体资格、案构性质、具体权利义务和民事责任等主要内容所依据的事实。

第三，原判决适用法律、法规或司法解释有下列情形之一，丙法院应认定“适用法律确有错误”：适用法律与案件性质明显不符；确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定；适用已经失效或尚未施行的法律；违反法律溯及力规定；违反法律适用规则；明显违背立法本意。

第四，当事人因客观原因不能自行收集，而原审法院没有依当事人申请调查收集“对审理案件需要的证据”，该证据是指人民法院认定案件基本事实所必须的证据。

最高法将规范自由裁量权逐步统一死刑标准

12月20日，最高人民法院提出“纵深推进司法改革10项任务”。最高院表示，将规范自由裁量权，把量刑纳入法庭审理程序。在备受关注的死刑裁判标准统一的问题上，最高院表示“将逐步统一”。

量刑入庭审限制自由裁量权

最高院是在全国高级法院院长会议上宣布10项任务的。

10项任务明确提出：将“进一步落实宽严相济刑事政策，规范自由裁量权，将量

刑纳入法庭审理程序，完善刑事诉讼二审、再审程序及死刑复核程序，逐步统一死刑案件裁判标准”。

对此，中国社科院法学研究所诉讼法研究室主任熊秋红表示，目前，国内量刑不均衡的现象比较突出。我国正尝试将刑事审判中的定罪与量刑相对分离，避免由于法官自由量裁权过大，出现量刑不公正不适当。

相关的实践其实已有尝试，熊秋红说，一些法院已开始在死刑案件和未成年犯罪案件中试点，对量刑程序进行公开听证。也就是说，检察院提出量刑建议后，被告人方可进行辩论。

熊秋红还透露，法院系统正探索制定“量刑指南”，让量刑更加规范，防止法官过大幅度的自由裁量权。

犯罪受害人可享国家救助

“建立刑事被害人救助制度”也列入此次10项任务。最高院说，“对生活因受犯罪侵害陷入困境的受害群众，实行国家救助。”对此熊秋红表示，为更好开展救助，我国拟出台国家补偿制度，救助费用纳入国家财政统一拨付，“这在国际上也是很普遍的做法。”

在司法公开方面，“任务”提出将执行工作。相应案件信息上网等纳入推进改革的范围。充分保障当事人对案件进展情况的知悉权利，尝试建立审判与执行案件信息网上查询制度，探索建立民商事裁判文书的网上发布制度等。

发改委：定价听证消费者参与比例将增加

国家发展改革委12月10日在其网站发布有关负责人就《政府制定价格听证办法》（以下简称《听证办法》）答记者问文章。

文章明确表示，政府制定价格不是都要进行听证。《听证办法》规定，制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格和自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当实行定价听证。

在参加听证会的人员中，消费者人数不能少于五分之二。《听证办法》规定，消费者的产生可以采取自愿报名、随机选取的方式，也可以采取政府价格主管部门委托消费者组织或者其他群众组织推荐的方式。

《听证办法》还明确，是否举行听证会，由政府依据定价听证目录来决定，并不是根据公民、法人和其他组织提出申请来启动。

【企业服务台】

股东间意见不合可以请求法院解散公司吗？

问：我与林某于2003年组建了一家经营电器产品的有限公司，彼此各占50%的股份，林某为公司的法定代表人。我们在投资理念、经营策略、治理思路等方面均有分歧，林某常以法定代表人的身份强行推行他的措施。但公司经营仍每况愈下，目前已经停产。请问，我能否请求法院解散公司？

答：公司法第一百八十三条规定，“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司”。由于双方拥有相等的表决权，任何一方都无法形成法定或公司章程所要求的表决多数，已经不可能通过相关决议，直接导致了公司一切决策和管理机制的瘫痪。“股东利益受损”是指由于公司瘫痪导致公司无法经营，可能会造成出资者的整体利益受损。如处于显著停顿状态，公司已经出现或正在出现财产贬损，可能或者正在遭受无法弥补的损害等。你们公司已经停产，全部股东、公司受损已是既成事实，僵局状态的延续也只会使股东、公司继续遭受更大损失。因此，你可以请求法院解散公司。应该注意到，简单地以解散公司的方式来破解僵局，是一种成本很高的方式，公司作为一个法人主体将消灭，涉及清算、债权债务清偿、员工失业等。公司法第一百八十三条规定的“通过其他途径不能解决”时才能向法院申请解散公司。

有限责任公司股东不履行清理责任怎么办？

问：我与一家有限责任公司存在经济纠纷。起诉过程中，我调查发现该有限责任公司未经清算即在工商部门注销公司登记，于是我将公司及其9名股东一并告上法庭。不久前，该案经二审终审判决，判决公司9名股东于判决生效之日起1个月内在清理原公司财产所得范围内，给付我8万元。现该公司所租房屋已退掉，无相应财产展开清算工作。如公司股东不履行清理责任，不知法律有无应对措施？

答：2008年5月19日起施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》对此问题作出较明确规定。该司法解释第二十条规定：“公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”如你所述，与你有经济纠纷的有限责任公司未经清算即办理注销登记，目前已无法清算，如果原公司股东不履行生效判决确定的清理责任，你可在申请执行时主张股东直接承担清偿责任。

困难企业可缓缴社保6个月

人力资源社会保障部、财政部和税务总局日前联合发出通知，采取缓缴社会保险费等五大举措减轻企业负担，稳定就业局势。

《通知》指出，经省级人民政府批准，对暂时无力缴纳社会保险费的困难企业，可以在一定期限内缓缴社会保险费。缓缴执行期为2009年之内，缓缴期限最长不超过6个月。

经核准缓缴期间，企业应继续按月申报应缴的社会保险费，企业和职工缴费年限连续计算，职工应享受的各项社会保险待遇不受影响。缓缴不计收滞纳金。四项社保费率可降低《通知》指出，经省级人民政府批准，可在2009年之内适当降低城镇职工基本医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险的费率，期限最长不超过12个月。《通知》同时要求各地不得擅自降低养老保险费率。

《通知》要求，对采取办法稳定员工队伍，并保证不裁员或少裁员的困难企业，使用失业保险基金支付社会保险补贴和岗位补贴。补贴执行期为2009年之内，补贴期限最长不超过6个月。

《通知》指出，鼓励困难企业通过开展职工在岗培训等方式稳定职工队伍。开展在岗培训所需资金按规定从企业职工教育经费中列支，不足部分由就业专项资金予以适当支持。

对于困难企业经过多方努力仍不得不实行经济性裁员的，可在企业与工会或职工依法平等协商一致后，签订分期支付或以其他方式支付经济补偿的协议。

公司在什么情况下可以解散？

问：我们村于2000年在镇政府的支持下，通过村民的努力开发了千亩梨园。为了有效的进行规模经营，于同年12月成立了一家公司，除两个名义股东外，有43家村民为实际入资股东。2006年，镇政府通知要将梨园变为工业区，并通过村民表决要解散、清算公司，请问这样对吗？

答：公司法第一百八十一条规定：“公司因下列原因解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（五）人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。”公司解散要符合上述情形，如果通过村民表决解散和清算，要求这些村民应为该公司股东。

挂名合伙人是否承担赔偿责任？

问：2007年10月刘某准备成立一个会计事务所，为了符合两名以上合伙人的法定条件他邀请我作挂名合伙人，办理了登记手续和营业执照。但内部约定我不必出资，也不承担合伙人义务。现在会计事务所的财产不足以承担债务。请问，我是否承担赔偿责任？

答：该会计事务所为了达到法定设立条件以签订合伙协议的合法形式掩盖其独自一人经营的目的，虽然双方内部约定你作为挂名合伙人不必出资，也不承担合伙人的义务。但是该约定违反《注册会计师法》第二十三条规定：“合伙人对会计师事务所的债务承担连带责任”的强制性规定，因此该约定无效，而且债务人对于你作为挂名合伙人的情况并不知道，为了保护善意第三人的合法权益，你将与真正的合伙人一样对会计师事务所的债务承担无限连带责任。

【知识走廊】

收养与寄养有什么区别？

问：我弟弟与弟妹只生育了一个儿子。1975年，弟妹的哥哥去世，留下五个儿女在嫂子无力抚养的情况下，把一个七岁的女儿寄养在我弟弟家。在我弟弟申办独生子

女证时，计生部门说因为这个孩子的户口在我弟弟家，是事实收养关系，不能办理。请问，这是收养关系吗？

答：收养是一种民事法律行为，养父母和养子女的关系和亲生父母子女间的关系基本相同。寄养是指父母因特殊原因不能直接履行对子女的抚养义务，把子女寄托在他人家中生活的一种委托代养行为。寄养不发生父母子女关系的变更。收养法规定，收养关系自登记之日起成立。但本案情形发生在1991年颁布的收养法之前，对是否能认定为事实收养关系，应适用1984年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》的规定：亲友、群众公认，或有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。因此，本案应以你弟弟与这个孩子是否确以养父母与养子女关系长期共同生活来认定收养关系，而不能以户口来认定收养关系。

仲裁期限应该是多长时间？

问：我们因合同纠纷向仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会受理仲裁申请后，双方选定了仲裁员。仲裁庭组成后，未进行开庭审理，而是进行了书面审理。但两个月过去了，仍未有任何结果。请问，仲裁期限应该是多长时间？

答：仲裁期限由仲裁规则规定。例如，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2005）年第四十二条规定：“作出裁决的期限（一）仲裁庭应当在组庭之日起6个月内作出裁决书。（二）在仲裁庭的要求下，仲裁委员会主任认为确有正当理由和必要的，可以延长该期限。”《北京仲裁委员会仲裁规则》（2003年修订）第四十条规定：“裁决作出期限：仲裁庭应当自组庭之日起4个月（不包括鉴定期间）内作出裁决。有特殊情况需要延长的，由首席仲裁员提请秘书长批准，可以适当延长。”因此，要看你们约定纠纷适用的仲裁规则、或者该仲裁委员会采取的仲裁规则，来确定仲裁期限。

【身边事】

我的工龄应当如何计算？

问：1976年我参加工作，在县水利局下属水泥管厂上班，1981年调到县里另一

个企业工作，1985年我由农业户口转为非农业户口。1995年底我办理退休手续时，企业却是从1985年开始计算工龄的。我的工龄应如何计算？

答：工龄是指职工以工资收入为生活资料的全部或主要来源的工作时间。工龄的长短标志着工参加工作时间的长短，也反了它对社会和企业的贡献大小和知识、经验、技术熟练程度的高低。工龄可分为一般工龄和本企业工龄。一般工龄是指职工从事生产、工作的总的工作时间。在计算一般工龄时，应包括本企业工龄。本案中，企业在计算你的工龄时应当从你参加工作开始计算，包括前后两个单位的工作时间，与你什么时候转为非农业户口没有关系。

父亲立下两份遗嘱哪份具有法律效力

问：我和妹妹幼年丧母，父亲在汶川地震中不幸丧生。当父亲与他的同事一起被困在废墟之下时，他曾对身边的同事说，如果他不幸丧生，他要将所有的财产都留给我妹妹。父亲的同事被救援人员救出后，将此事告诉了我妹妹。但在我的父亲遇难前，他曾在公证处立过一份公证遗嘱，在那份遗嘱中，父亲将他的财产平均分配给了我和我的妹妹二人。请问：我的父亲对他财产的处理应以哪份为准？我是否还有权继承父亲的遗产？

答：你父亲在危急情况下对自己财产的处分，符合我国法律对于口头遗嘱的规定。但我国法律对口头遗嘱作出了严格的限制。继承法第十七条第五款规定：“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当由两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。”而关于公证遗嘱的效力，继承法第二条第三款作出了如下规定：“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱”。即当其他各种形式的遗嘱与公证遗嘱相冲突时，必须以公证遗嘱为准，除非有证据证明公证遗嘱是不合法的，否则，不得否认公证遗嘱的效力。因为你父亲在以口头方式处分其遗产之前，曾在公证机关办理过遗嘱公证，所以如无非法情形存在，应以该公证遗嘱作为你父亲遗产的处理依据。另外，遗嘱人以遗嘱形式处分自己的财产受到继承法第十九条的限制，即“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”。综上所述，你有权根据你父亲所立的公证遗嘱继承你父亲二分之一的遗产，若你父亲还有其他缺乏劳动能力又无生活来源的继承人，则应在为该继承人留下必要的遗产的前提下，将剩余财产在你与你妹

妹之间平分。

【联系我们】

- **福建建达律师事务所**

地址：福州市华林路338号福城花园西区17层

邮编：350013

电话：0086-591-87676100、87676167

传真：0086-591-87676123

网址：www.jdlawyer.com.cn

电子邮箱：fjjdlawyer@263.net

- **分所**

泉州 漳州 福鼎 马尾 长乐 霞浦

- **联盟所**

福建佳汇律师事务所

上海劲达律师事务所

深圳景达律师事务所