

天同法律资讯

二〇〇四年
春季号

www.ttlaw.cn

天同法律资讯

天降天才乃天降
 同行同志为同行

2003.12.31

天降天才乃天降 同行同志为同行

这是一首藏头贺联。字里行里蕴含着笔者对天同律师事务所同仁的祝愿和期望。上、下联中，“天同”二字出现了3次，意味着天同律师事务所每天都在进步，一年上一个台阶（在古文中，“三”亦可为无限数）。此联中，“降”与“行”的多音特点也得到淋漓尽致的发展和释放。第一个“降”字应读“jiàng”，第二个“降”字则读“xiáng”；而第一个“行”字则读“xíng”，第二个“行”字读“háng”。这样，上、下联的最后一字就自然押韵。此联上、下通读，贯穿这样一个意蕴：即天将降大任于天同律师事务所同仁，因为上天都被天同律师事务所同仁的天才品质与奋斗精神降服了。同理，在我国律师业发展中，只有志同道合的人才能称为同行，才能进行有效而友好的合作。一路风雨同行，方能抵达成功的终点，方能共同促进中国律师业的灿烂辉煌。

（贺联及解释均出自《中国律师》杂志总编 刘桂明之手笔）



前排 从左至右刘春田、孙琬钟、江平、郭禾、李顺德



前排 从左至右龙翼飞、王家福、黄赤东、梁文书、江平、陈甦

(天同律师事务所部分律师与法学专家们的合影)



T&T LAW FIRM

又是一个**春天**降临。

每到这个**万木吐绿**的季节，连空气都弥漫着**欣欣向荣**的气息。三月早春，我们的律师在广州、在上海、在厦门、在海口、在长沙，都感受到春天带来的**盎然与执着**，那是春播种的希望。正是这希望，我们的生活变得**瑰丽多彩**，**五味俱全**。正是这希望，给我们带来**无尽**的快乐。

卷

首

语

……蒋勇（首席合伙人）

有人说始终找不到快乐的源泉，其实是因为他们永远在找寻快乐的途中，却往往只顾到达“终点”而对沿途的风景**熟视无睹**。生活在这个世界上，快乐不是终极的，但只要希望不灭，快乐就会永伴你左右。

活在希望之中，心灵就**格外宁静**，行动就**格外笃定**。春天给我们带来的希望，让我们每个人的梦想和行动，都从这里出发，一路去收集点点滴滴的快乐。

这本小册子，承载着我们**春天的希望**，开始了我们**快乐的旅程**。

目 录

CONTENTS

01

◎ 品茗

- ◎ 问题一梦——评李慧娟事件
- ◎ 法官有权在法律范围内自由心证

11

◎ 聚焦

- ◎ 《公司法》司法解释起草启动
- ◎ 对公司法诉讼实践中三类案件的分析
- ◎ 缴纳出资与股东资格原始取得

36

◎ 悟语

- ◎ 我们与公正同行——法官与律师漫谈

46

◎ 同行

- ◎ 争鸣：刘涌案中，律师田文昌没有错

53

◎ 法眼

- ◎ 保证期间和保证债务诉讼时效规定的发展变迁

57

◎ 客户

- ◎ 四川长虹电器股份有限公司

61

◎ 判例

- ◎ 中华人民共和国最高人民法院(2003)民二终字第175号民事判决书

73

◎ 听音

- ◎ 律师幽默

天同法律资讯

天同法律资讯

天同法律网

天同法律网

天同法律网

天同法律网

天同法律网

天同法律网

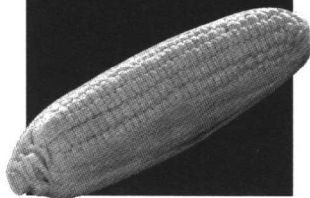
天同法律网



2003年1月25日，河南省洛阳市中级人民法院开庭审理了伊川县种子公司与汝阳县种子公司之间的《玉米种子代繁合同》纠纷，本案由年轻女法官李慧娟担任审判长。审理中，诉讼各方对案件事实认定没有分歧，但在赔偿数额上，各自主张的法律依据相冲突，即河南省地方法规与全国人大法律相冲突。根据《河南省农作物种子管理条例》(以下简称“河南省种子条例”)规定，种子的收购和销售必须严格执行省内统一价格，不得随意提价，但根据《中华人民共和国种子法》(以下简称“种子法”)的立法精神，种子价格应由市场决定，两个规范性文件之间的冲突将使赔偿数额相差数十万元。

经洛阳中院审委会讨论并决定，合议庭根据“上位法”规定起草了判决书并报主管领导签发。然而，裁判文书中对《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省种子条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种

“李慧娟事件”概况



子法》相冲突的条款自然无效……”的一段评判，却引出了大问题。

该案判决在河南法院和人大系统引起巨大反响。为此，河南省高级人民法院通报指出，人民法院依法行使审判权，无权

对人大及其常委会通过的地方性法规的效力进行评判。随后，“根据省、市人大提出的文件”，并在省人大和省高院的关注下，洛阳中院党委对该案审判长李慧娟做出处理：免去其助理审判员并撤销审判长的职务。同时，主管副庭长赵广云也被撤职。

至此，一场“法律冲突与法官权力”的大讨论在人大、法院和专家学者中拉开帷褰。编辑本期《天同法律资讯》伊始，北大法学院贺卫方教授为本刊提供《问题一箩筐 评李慧娟事件》一文，供大家品茗，我们对贺老师不吝赐稿，深表谢意。同时，我们从《21世纪经济报道》中摘录了一篇江平教授就法官自由心证问题的访谈。

问题一箩筐 评李慧娟事件

QUESTION
QUESTION
QUESTION
QUESTION
QUESTION
QUESTION

李慧娟事件所涉及到的不仅仅是一个法官的命运问题，更折射出整个法治建设的诸多关键事项，可谓“问题一箩筐”。对于这些问题作出全面分析显然超出了一篇短文可能容纳的限度，这里只是将它们作些梳理，以便我们理解这个不大事件的重大意义。

先看其中涉及到法律冲突以及法律适用的问题。我国宪法规定，国家维护法制的统一和尊严。这一原则必须在国家权力运行的各个环节加以体现。尤其是法官，必须时刻注重在整个国家范围内法律适用上的统一，以便不同地方的人民能够真正生活在同样的法律准则之下。不过，许多事例表明，实现法制统一殊非易事，司法判决经常给人“深一

脚、浅一脚”的感觉。因此，法制统一原则更深层次的要求是法官对于法律条文甚至法律概念的解释必须一致，也就是说，法制统一的前提之一是法官要对判决所依据的具体理由作出公开的解释。李慧娟是否正是这样做的？

更大的困难是，法官有时会面临着下位法律与上位法律相冲突的情况，这时法官是否可以就法律适用作出自主的选择？如果不能够选择，是否意味着法官要停止案件的审理，转而向立法机关请示？如果必须请示，则应当向上位法的制定机关请示，还是向下位法的制定机关请示？如果请示对象是下位立法机关的话，下位机关实际上就是对上位机关的法律含义作出解读，

它又如何可以就并非自己制定反而是必须遵循的上位法律作出解释？这种解释本身是否已经构成对上位机关立法权的侵犯？如果立法机关不能就相关事项作出迅速的解答，那么案件在法院就势必长时间搁置，当事人的权利如何得到及时而有效的保护？

第二类是人大与法院以及不同级别的人大之间关系的问题。依据宪法，人大当然是拥有对行政和司法权力进行监督的最高权力机关，不过，按照现代法治的一般原理和分权的基本原则，最高权力也不是不受限制的权力。人民代表大会对予法院（以及检察院）的监督应当采取怎样的方式，它能否直接就具体案件的处理做直接的干预？如果能够干预的话，那么宪法所规定的“法院依法独立行使审判权”是否成为一纸具文？

另外，按照我国宪法，各级法院均由各同级人大产生，向同级人大负责，那么，上一级人大是否可以就由下一级人大产生的法院所作裁判直接发文宣告相关判决无效，并责成下级人大常委会纠正法院的“违法行为，对直接负责人员和主管领导依法作出处理”？《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第44条明确列举了地方各级人大常委会可以行使的14项职权，其中并没有对于下级法院判决进行监督或撤销的权力。

还有，所谓上级人大与下级人大这样的说法是有问题的：既然民选机构，它惟一的上级便是所在地方的人民，上下级人大之间的关系并非行政意义上的隶属关系，在这样的情况下，“上级”人大可以向“下级”人大发号施令吗？

法官在司法过程中的独立性如

何保障是第三类问题的焦点。现在,越来越多的人意识到所谓司法独立本质上正是法官个人的独立。马克思说得好,法官除了法律之外,没有任何上级可言。本事件中,李慧娟的行为只不过是她作为一名法官所应当履行的职责。她在审理中对于案件所涉及到的法律条文作出了选择,自觉地适用有助于法制统一的全国性的法律,而且又重申了《立法法》第64条所确立的准则。这样的行为如果说是进行了所谓“违法审查”,违反的是什么法?法官在履行司法权的过程中是否应当在法律解释的事项上享有豁免权?况且司法有审级的设置;对于下级法院的判决,如果当事人不服,可以向上级法院提起上诉。事实上,本案当事人双方都向河南省高院提起了这样的上诉。上级法院如果认为下级法官对于相关法律的解释不妥,完全可以推翻

原审判决。现在的情况是,二审尚未开始,法院内部的程序还未走完,人大就已经插了进来,如此一来,不同审级法院的设置又有多大必要?

本事件里另一个颇具制度意义的问题是,报道显示,本案的一审判决经过了洛阳中院的审判委员会研究,李慧娟按审委会决议草拟了判决书,并送交主管领导签发。这样的集体决策模式当然是违反司法理念的,过去有学者曾经为审委会制度辩护,称其有助于抵御外部压力,李慧娟事件表明这种抵御是非常脆弱的。问题在于,审委会决策的责任在于这个集体,转过来要撤销李慧娟的审判长职务理由又何在呢?

(摘自《法律思想网》2003年11月24日)

法官有权在法律范围内自由心证

来源：21 世纪经济报道

……江平 王颖

一份认定《河南省农作物种子管理条例》与《种子法》冲突而“自然无效”的判决，为年轻的女法官李慧娟带来了意想不到的结果。这个个案向法律工作者提出了这样一个问题：在司法审查制度中，法官应是什么样的角色？

《21 世纪》：因在判决书中明示一条与全国性法律冲突的地方法规无效，李慧娟受到了处分。那么，地方法院的法官在判案时是否必须依据地方法规？

江平：从我国现规定来看，审判机关的审判文书必须以法律法规为依据，除了全国人大及其常委会通过的法律外，国务院通过的行政法规、省人大通过的地方性法规都可以作为审判依据，但是并非必须要在审判书中援引。

《21 世纪》：如果法官在审理案件时发现，行政法规或地方法规与人大及其常委会制定的法律有抵触，他能否在判决中宣告行政法规或地方法规全部或某条错误或无效？

江平：这个问题涉及到我国法院有无司法审查权的问题，根据我们法律规定，法院对行政行为的审查仅限于具体行政行为。

对于各级政府的抽象行政行为如所制定的法规是否违法的确认，得从两个方面谈。

一方面是，我们国家是宪法理念，法律中没有司法审查，法院没有权力撤销政府所做出的抽象性的行政行为；但另一个方面的现实是：我国在加入 WTO 时，承诺各级政府做出来的具有普遍适用性的规定应符合 WTO 所要求的原则。

比如对于传销这种无店铺经营的方式,我国承诺加入WTO三年后放开,但现在各级政府仍在制定行政命令进行处罚取缔,那么时间到了后该怎么办?外国的投资者如果因此向法院起诉,我们该怎么办?

当然,这个问题最高人民法院已经做了司法解释,认为此类案件由行政庭受理,可见这就是司法审查。

《21世纪》:那么,在没有现行司法审查制度的情况下,法院做出某地方法规无效的判决是没有法律依据的吗?

江平:我们现在没有明确的司法审查制度,即使有可以进行司法审查的方面,也只是对政府,而不是对人大。因此,一个法院在审判案件时,宣布人大制定的法律法规

无效或者是违法,都是错误的,作为法院来说没有这个权力。

所以,如果出现本案中下位法与上位法矛盾的情况,可以直接援引上位法,不采纳下位法,可是不能宣布这个下位法无效。其实不引用下阶位的法规就可以了,这是法院的权力,谁也没有权力剥夺,但没有必要在判决书中说地方法规无效。

举个例子,《城市房地产管理法》规定城市房屋租赁必须登记备案,没有说不登记就无效,可是有很多地方人大在地方的城市房地产法规中规定,房屋租赁不登记不发生法律效力,须缴纳罚金。

我认为,地方人大通过的这个法规是明显违法的,在这种时候,法院在判决时就应当援引《城市房地产管理法》,而非地方人大出台的法

规。但是，同样的，法院在审理案件时，不能宣布省人大的地方法规违法或错误，也不能宣布无效。

《21 世纪》：如果法官做出了宣布某条与法律抵触的地方法规无效的判决，法官本人和法院应当承担什么样的责任呢？

江平：就这个案例来看，我认为不要把这个问题看得太严重，法官在判决中只是说地方人大制定的法规其中的一条“自然无效”，这是法官自己的一个内心判断，法官有权在法律的范围内进行自由心证，判断哪个法律优先。

但是，法官在写判决书中是存在问题的，主要是因为现在的判决书要求写得详细点，当事人一定也有疑问，为什么不适用河南省人大制定的相关法规，可能是出于解释

清楚的目的，法官才这样行文，但这并非以法院的名义判决无效，只是措辞上的瑕疵。不过，地方人大制定的法规的有效、无效要通过正常的程序才能判断，不宜在判决书中写明。

而且，一个法官出于并无恶意的目的，出了一些措辞上的失误，就被要求处以严苛的惩罚，是不合理的。

《21 世纪》：现实中，如果地方法规所依据的法律被修改了，但这些地方人大制定的法规却没有改过来，将对司法实践产生很大的影响。根据法律规定，那么将依靠什么样的程序、由哪一个机关负责审查、清理这些地方法规呢？

江平：这需要一个更高的机构处理。

法官有权在法律范围内自由心证

来源：21 世纪经济报道

按照我们现在的法律，只有全国人大才能够撤销国务院行政法规和地方人大法规。但是全国人大从来都没有撤销过。另外，撤销的程序也不明确，对于机构的规定也是只说全国人大撤销，没有专门规定具体由谁操作、如何撤销、谁来审查、谁来通过。

现在有人提出要设立宪法委员会，目的就是要有一个专门的机构来审查、处理这个事情。

摘自《21 世纪经济报道》2003 年 11 月 24 日