

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第一辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第一辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法阶梯:审判前沿问题研究.第1辑/上海市黄浦区人民法院编. —北京:法律出版社,2008.8
ISBN 978-7-5036-8602-3

I. 司… II. 上… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第108470号

© 法律出版社·中国

司法阶梯——审判前沿问题研究
上海市黄浦区人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 23.75
字数 331 千
版本 2008 年 8 月第 1 版
印次 2008 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8602-3

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会成员

主 任：王信芳

副主任：张长青 王天亮 金民珍 胡曙光 魏宛平

委 员：黄正龙 卞爱生 章小平 汤文元 沈解平

冯志勤 钱光文 刘廷碧 朱 奇 蒋 宏

刘为念 竺常赞

主 编：王信芳

副主编：张长青 王天亮 金民珍 胡曙光

编 辑：刘为念 虞 憬 王连国 陈树森

序

伴随着社会文明的发展与进步,尤其是处在我国经济社会快速发展,各种新情况、新问题不断涌现的特定历史时期,人民群众的司法需求不断增长,司法期待不断增强。积极回应人民群众的新需求和新期待,正成为人民法院司法工作的新要求和新挑战,也是人民法官面临的新任务。在构建社会主义和谐社会,践行社会主义法治理念的过程中,作为司法活动中最关键的主体——法官,尤其是基层法院的法官,处于司法活动最前沿、审判第一线,掌握着最为丰富的审判实践资料,负载着正确诠释和适用法律,促进社会和谐进步的责任。因此,在完成繁重审判任务的同时,倡导、鼓励、引导和支持法官善于学习,善于思考,善于总结,善于升华,从而加快培养与建设一支既有实践经验又具理论水平的专家型法官队伍,既是时代的要求和形势的必须,也是上海法院正大力推进的队伍建设工程。

地处上海市中心城区的黄浦区人民法院,是一个具有优良传统的法院,素有“南京路上好法院”之美誉。近年来,该院更是以建设一流法院为工作目标,通过开展“争办精品案件,争做优秀法官”等活动,大兴调研之风,大力加强法官队伍的司法能力建设,取得了可喜的成绩,在全院营造出了争先创优、奋发向上的良好氛围,并涌现出一批业务素质与调研能力俱佳的优秀法官群体。

展现在我们面前的基层法院审判实务研究系列丛书《司法阶梯——审判前沿问题研究(第一辑)》,便是该院在总结近年来调研成果的基础上,遴选部分优秀论文、案例汇编而成的。其中既有全国法院学术讨论会获奖论文、重大调研课题优秀成果,也有被《最高人民法院公报》刊登的案例以及在全国、省市级期刊上发表的学术论文,还有资深法官对审理方法、审判技巧以及审判管理经验

的提炼与总结。知微见著,透过这一篇篇颇具专业功底的文章,我们看到了该院法官应对和谐司法亟需解决的热点、难点问题,知难而进、迎难而上的勇气和睿智;仔细研读其中的内容,我们能真切感受到,该院法官对法学理论研究和审判实务相结合的有益尝试与积极探索,既富有实践性、创新性,亦不乏理论价值和实践意义。

“法之善者,仍在用法之人”。希冀越来越多的法院象黄浦区法院一样,立足我国基本国情,立足区域法治实践,再接再厉,激发起更大的调研热情,并加强调研成果的转化与利用,不断提升全体法官的业务素质,为推进社会主义民主法治建设,构建社会主义和谐社会的伟大事业谱写新的篇章。

是为序。

上海市高级人民法院院长



二〇〇八年七月

目 录

CATALOGUE

审判研究

- 养老保险行政案件法律适用问题调研 本院课题组 / 3
- 手机增值服务纠纷中的相关法律问题探讨 本院课题组 / 34
- 对法官助理制度改革的若干问题思考
- 以法官助理管理体制的构建为视角 王信芳 虞 憬 / 55
- 论构建和谐社会的宽严相济刑事政策
- 兼及在刑事审判中的实践 朱铁军 / 73
- 入户盗窃未遂的定罪问题研究 朱铁军 / 84
- 论股东优先购买权对股权转让协议的影响 孙巾淋 / 91
- 城市房屋拆迁中存在的若干问题及思考 王艳姮 / 101
- 论知识产权案中的“陷阱取证” 孙巾淋 / 109
- 论政策调整致履约困难的房地产纠纷的司法解决
- 兼论情势变更制度在合同法领域的适用 陈树森 / 118
- 行政合理性司法审查的范围、标准及其运用
- 从比较法的视野 王昕煜 / 125
- 民事诉讼一事不再理原则之构建 黄正龙 刘为念 / 134
- 法院附设的诉前调解制度探析 包晔弘 程 珊 / 143
- 知识产权刑民一体化保护模式探析 钱光文 金 滢 孙巾淋 / 161

浅议调解协议立即生效条款的适用

——《关于适用简易程序审理民事案件的若干问题》第15条的理解与适用

黄正龙 王 刚 / 175

浅议执行威慑机制设立的必要性和相关措施

刘廷碧 郭 颖 / 183

论我国执行和解制度的完善

李 鸣 徐 亮 / 193

精品案件

孟某、何某网络盗窃案

沈解平 顾建国 朱铁军 / 205

陈某抢劫案

包雁芳 蔡丽明 吴明峰 / 224

应某诉亿贝易趣网络信息服务(上海)有限公司网络购物赔偿纠纷案

汤文元 吴建波 马金铭 / 237

邵某诉上海市黄浦区安全生产监督管理局安全生产行政处罚案

吴偕林 冯志勤 鲍 浩 / 246

宋某诉上海书城、中国电力出版社、张某著作权侵权案

钱光文 姜海清 陈 红 / 273

张某诉上海联合财务管理有限公司合作投资纠纷案

徐 立 李 雯 顾丹伟 / 295

张某诉被告刘某、徐某房屋迁让纠纷案

顾丹伟 曹黎强 傅琴英 / 309

案例精解

向一般违法分子通风报信能否构成帮助犯罪分子逃避处罚罪

——析潘某受贿罪案

包雁芬 朱铁军 / 323

辞书类图书质量纠纷受理问题评析

——析陈某诉上海书城、商务印书馆有关《新华字典》质量纠纷案

王连国 / 330

事业单位法人名称权侵权案件中损失赔偿额的认定

——析原告同济大学诉被告上海同济高技术有限公司名称权侵权纠纷案

王连国 汤文元 / 338

行政处罚“从旧兼从轻”原则的适用及其例外

——析原告梅某诉被告上海市劳动教养管理委员会不服劳动教养决定案

鲍 浩 / 344

法官思辨

当前民事审判中当事人滥用诉权的表现及其司法对策	汤文元 / 353
论强化裁判文书的社会化作用	卞爱生 / 360
审理矛盾易激化类行政案件应注意的几个问题	冯志勤 / 365

审判研究

养老保险行政案件法律适用问题调研

手机增值服务纠纷中的相关法律问题探讨

对法官助理制度改革的若干问题思考

——以法官助理管理体制的构建为视角

论构建和谐社会的宽严相济刑事政策

——兼及在刑事审判中的实践

入户盗窃未遂的定罪问题研究

论股东优先购买权对股权转让协议的影响

城市房屋拆迁中存在的若干问题及思考

论知识产权案中的“陷阱取证”

论政策调整致履约困难的房地产纠纷的司法解决

——兼论情势变更制度在合同法领域的适用

行政合理性司法审查的范围、标准及其运用

——从比较法的视野

民事诉讼一事不再理原则之构建

法院附设的诉前调解制度探析

知识产权刑民一体化保护模式探析

浅议调解协议立即生效条款的适用

——《关于适用简易程序审理民事案件的若干问题》

第15条的理解与适用

浅议执行威慑机制设立的必要性和相关措施

论我国执行和解制度的完善

养老保险行政案件法律适用问题调研*

◎本院课题组

【提要】 本课题报告立足于上海法院养老保险行政审判的司法实践,通过对近五年相关行政情况的数据分析,总结了上海市养老保险行政案件的三大特征:养老保险行政案件收案数呈上升趋势;案件类型围绕不服养老金核定与养老保险账户管理展开,呈多样化趋势;因知青(支青)、企事业单位改制等政策原因引发的争议逐渐凸显。随后,通过归纳、实证分析等科学方法,对审判中出现的1992年年底前后劳动关系认定,“退休”、“干部”等概念的理解、证据的审查标准、具体行政行为的判断等问题,归纳出当前养老保险案件行政审判面临的五大法律适用难题:适用现行规范与适用历史规范的衔接,行为定性与法律适用的矛盾,适用政策与适用法律的矛盾,适用创制性规范文件的合法性,对有关证据的形式审查与实质审查的认识。第三部分则从历史与现状、制度与观念、政策与法律关系等多角度,剖析养老保险领域出现法律适用问题的成因:劳动用工制度改革导致劳动领域法律关系重新整合,而观念的变化滞后于实践,部分权力部门与个人的认识还滞留在计划经济时代;养老保险体制改革过程中新旧养老体制之间在立法上缺乏有效衔接,对1992年年底前后形成的劳动关系不能给予平等保护;养老保险制度立法自身的缺陷,立法的滞后性与超前性并存,立法中重实体规范、轻程序规范;法治传统的缺乏,重政策、轻法律的理念在执法部门有较深的思想基础。由于养老保险领域法律适用问题的成因复杂,一

* 本课题系我院在2006年上海市高级人民法院重点调研招标课题活动中的中标课题研究成果,部分阶段性成果获2006年上海法院系统学术讨论会二等奖。

般的法律适用原则及方法无法解决该领域的法律适用难题,在第四部分,本课题报告提出解决我国现阶段养老保险领域法律适用问题的基本思路:以行政实体法律原则指导法官选择适用法律。通过对养老保险领域立法的解读,认为“生存权保障”原则是养老保险制度的首要要务,“社会利益本位”原则是养老保险的立法基础,“国家辅助性作用”原则是现代政府作为的标尺。上述三个原则体现养老保险制度的特征与性质,是养老保险领域应有的法律原则。随后,课题组以上述三个原则为指导,针对养老保险行政案件的五大法律适用难题,逐一提出了解决方法。

【关键词】 养老保险行政案件 法律适用

养老保险是指国家通过立法强制实施的,在劳动者达到法定退休年龄后,由国家和社会提供物质帮助,以保障劳动者老年基本生活的一种社会保险制度。^① 它的外延比较广阔,可以从不同角度分析。从养老保险的层次上,可分为基本养老保险、企业补充养老保险、个人储蓄养老保险;从养老保险适用对象上,可分为城镇职工养老保险、小城镇养老保险、外来人员综合保险;从养老保险行政行为的角度,可分为养老保险账户的管理、养老保险费的管理、对违反养老保险行为的查处及处罚各个环节。根据上海法院养老保险行政案件受理情况来看,上海法院养老保险行政案件主要集中在城镇职工基本养老保险领域,法律适用问题主要出现在养老保险个人账户及养老金管理环节,查处及处罚环节相对不易出现法律适用问题。故本课题仅针对上海市城镇职工基本养老保险领域在养老保险账户及养老金管理环节的法律适用问题作相应的探讨。

目前我国养老保险制度处于转型时期,养老保险领域内的法律关系也正在重新整合。但是,立法的非体系性以及观念更新的滞后,使很多人甚至部分国家机关对养老保险法律关系及行政行为的性质、养老保险经办机构的职权等问题的认识有时还停留在计划经济时代。用传统的思维方法分析、理解当下的改革政策和行政执法,进而产生历史传统背景下的利益诉求。尽管司

^① 贾俊玲主编:《劳动法与社会保障法学》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第270页。

法是人们寻求救济的最终手段,然而上述问题都不可避免地反映在司法中,成为困扰法官的法律适用难题。与此同时,这些难题也可以成为推动我国养老保险制度完善的动力,解决好这些问题对完善我国养老保险制度、维护社会安定起到至关重要的作用。本课题立足对上海法院 2002 年以来养老保险的受案趋势、受案类型以及案件审理有关问题的实证分析,揭示上海法院在养老保险案件审理中面临的法律适用方面的困难和问题,并力求通过对该领域法律适用基本原则的探讨,结合案例对这些热点问题提出初步的解决思路,以期更公正地审理此类案件,促进养老保险体制的进一步完善和养老保险立法的不断充实。

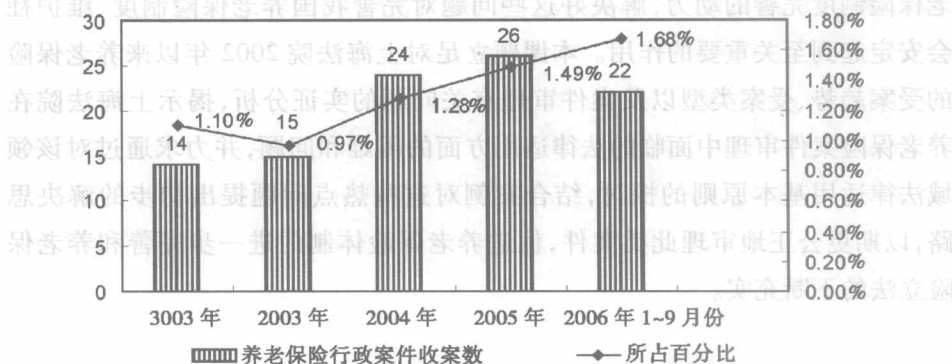
一、上海法院养老保险行政案件审理状况

2002 年至 2006 年 9 月,上海法院共受理养老保险行政案件 160 件,其中一审养老保险行政案件 101 件。从上海法院养老保险行政案件受理情况来看,主要表现为以下几个特点:

(一)从养老保险行政案件收案数与行政案件收案数的比例来看,百分比值浮动不大,但收案数呈上升趋势

自 2002 年到 2006 年 9 月,当年度受理一审养老保险行政案件占全年一审行政案件数量之百分比分别为 1.10%、0.97%、1.28%、1.49%、1.68% (参见图表一)。在收案绝对数上,2002 年受理 14 件,2003 年受理 15 件,2004 年受理 24 件,2005 年受理 26 件,2006 年 1~9 月受理 22 件。因而,虽然近五年受理的案件比重浮动不大,但是案件受理数量的绝对值总体呈上升趋势。

图表一:2002年至2006年1~9月上海法院一审行政案件与养老保险行政案件收案数对比图^①



(二)从案件受理类型看,养老保险案件类型呈现多样化

根据国家和上海市养老保险有关规定,养老保险经办机构的职责主要有四项,^②与公民联系紧密的主要有两项:其一,养老保险费的收缴和养老金的支付;其二,个人养老保险账户的管理。^③上海市2002年以来受理的101件行政案件多是围绕上述两项职能展开,其中主要集中在因对养老金核定及相关内容不服提起的诉讼。经对上海市2002年以来的101件养老保险行政案件的分析(见图表二、三),单纯因对养老金核定的金额不服而提起行政诉讼的行政案件(在图表三中,简称养老金核定争议)占据较大比率,达到总数的25.74%。另有约一半的案件是围绕与养老金核定的相关因素展开。在养老金核定中,退休前的年龄、退休前的身份、单位改制中的事业单位工龄、从事特殊工种的工龄、1992年年底连续工龄等因素,都决定着劳动者退休后领取养老金的数额。据统

① 如无特别说明,本文的案件数据均来源于上海市高级人民法院行政庭、上海市第二中级人民法院行政庭及上海市黄浦区人民法院行政庭。

② 上海市的社保经办机构是指上海市社会保险事业基金结算管理中心。

③ 《上海市城镇职工养老保险办法》(1994年4月27日上海市人民政府第63号令发布,1997年12月19日上海市人民政府第54号令修正)第8条,养老保险事业管理中心是具体承办养老保险事务的机构。其职责是:(一)负责养老保险费的收缴和养老金的支付;(二)管理个人养老保险账户;(三)接受单位和在职人员、退休人员对养老保险情况的查询;(四)办理市社会保险管理局委托或者授权办理的其他事务。

计,在上海市一审养老保险行政案件中,因不服工龄认定引发的养老保险行政案件有15件,占一审养老保险行政案件总数的14.85%,提起此类案件的原告不仅有企事业单位职工,还有政府公务员,不仅有退休人员,还有在职人员;^①因不服社保经办机构的退休认定的案件(在图表三中,简称退休争议)有13件,约占一审养老保险行政案件的12.87%;因事业单位转制为企业日期认定引发的不服社保经办机构事业单位工龄认定的案件(在图表三中,简称转制日期认定争议)有8件,占一审养老保险行政案件的7.92%;因特殊工种及特殊工龄认定引发的案件有7件,约占一审养老保险行政案件的6.93%;^②因退休前身份认定引发的案件(在图表三中,简称身份争议)有6件,约占一审养老保险行政案件的5.94%;^③因申领养老金、不服《养老保险个人账户储存额结算单》引发的案件各有3件,约占一审养老保险行政案件的2.97%;^④因不服“虚账实记”计算,^⑤不服征地劳动力工龄起算时间以及企业不服为其职工缴纳社会保险费的案件各1件,^⑥各占0.99%(见图表三)。

另有与养老保险个人账户的登记与管理有关的行政案件14件,此类案件主要有以下两种类型:一为个体工商户、失业人员、自由职业者对其养老保险账

① 此类案件的起诉人一般应为退休人员,在职职工提起诉讼的案件一般是不服《养老保险个人账户储存额结算单》中对其权利的记载。

② 特殊工种一般指从事高温、井下等环境下的工作,职工从事特殊工种的工作经历及其从事特殊工种的时间由社保经办机构认定,符合条件的劳动者,一般可享受提前退休的待遇。

③ 此类案件的争议焦点在于原告退休前从事的岗位是管理技术岗位还是工人岗位。在改制中,职工从事岗位不再做干部岗位与工人岗位的区别,而分为管理技术岗位与工人岗位,职工从事岗位性质依用人单位双方合同约定。此类案件的原告往往在单位改制前从事干部岗位,在改制后从事工人岗位,他们在退休时认为自己是干部,所从事的岗位应为管理技术岗位,社保经办机构以工人岗位标准核定其养老金错误。

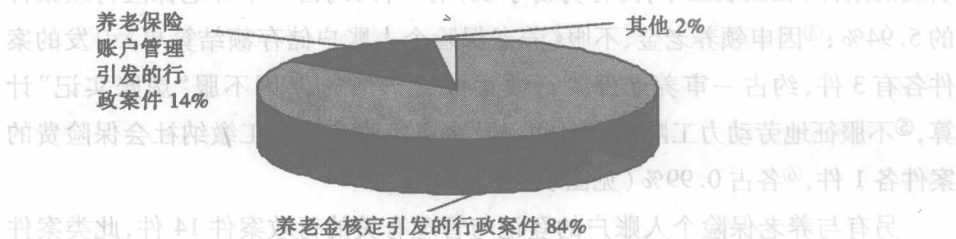
④ 养老金的核定及其领取是依申请而为的行政行为,部分劳动者未经过申请即诉至法院。

⑤ 为了推进养老保险的进程,贯彻国务院逐步做实个人账户的要求,2005年10月上海市劳动部门推出“虚账实记”制度,该制度适用的对象是1992年年底以前参加工作并按规定参加城镇职工养老保险的未退休的人员,由上海市社会保险事业基金结算管理中心负责将他们个人养老账户中的“虚账”转换为“实账”,并一次性记入其个人账户,记账告知单也由该中心负责送达。

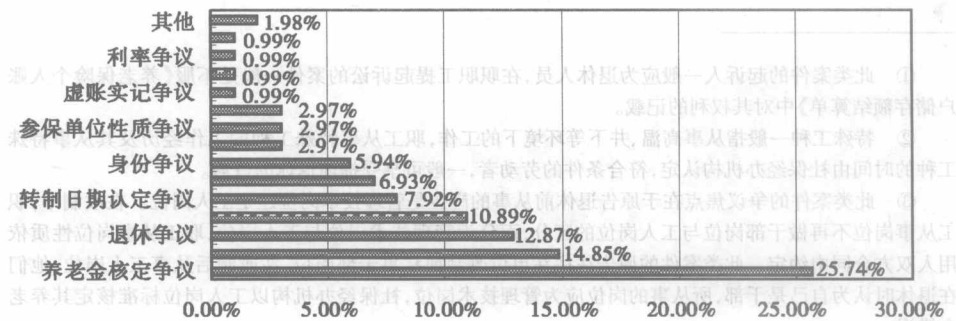
⑥ 根据1995年《上海市社会保障管理局、上海市劳动局关于本市征地劳动力养老保险若干问题处理意见》的规定,集体土地所有制农业人口的土地被征用后,应将被征地的劳动力安置到城镇单位工作,其工龄起算时间应按照进入单位次月起算。但相关案件原告认为,其从土地被征用时起,就已经丧失了收入来源,工龄应自土地被征用时起算。

户的登记内容不服,此类案件共计11件,约占一审养老保险行政案件的10.89%;^①为劳动者对其养老保险账户登记的所从事企业性质认定不服(在图表三中,简称参保单位性质争议),共计3件,占一审养老保险行政案件的2.97%。^②除此之外,2006年上海法院还受理了两种新类型的行政案件:不服《基本养老金新老计发办法模拟测算情况告知书》中退休的认定及不服《养老保险个人账户储存额结算单》中记载的利率标准。

图表二:因不服养老金核定及养老保险账户管理引发的行政案件的分布^③



图表三:养老保险行政案件类型及百分比图



① 上海市的自由职业者、失业人员及个体工商户的“退休”由上海市社会保险事业基金结算管理中心审批,由于上述人群并无固定工作岗位,上海市社会保险事业基金结算管理中心对其“退休”的审批实际上是对是否符合领取养老保险待遇资格的审查,而此类案件的原告的诉求也并不指向“退休”,一般是对其个人缴费年限的时间长短不服诉至法院。

② 我国企业分为外资企业、私营企业、国有企业等多种类型,此类案件的原告一般认为上海市社会保险事业基金结算管理中心将其所从事的企业性质登记错误。

③ 因为,因养老金核定引发的行政案件共计85件,养老保险账户管理引发的行政案件共计14件,其他2件。