



总第 4 辑

SHENPAN
QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2009年

第 1 辑

税收核定征收中的法律问题研究 郑少华 王雄飞

论我国破产撤销权规则的改进 杨忠孝

裁判文书说理中的问题及其对策 胡云腾

公司解散清算向破产清算转换问题研究 游 伟 李 春

应对金融危机 构建诚信社会

——民间借贷纠纷案件审理难点研讨综述 方 遑

上海人民出版社

SHENPAN

审判前沿观察

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2009年

第 1 辑

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判前沿观察. 2009 年. 第 1 辑: 总第 4 辑/《审判前沿观察》编辑委员会编. —上海: 上海人民出版社, 2009
ISBN 978 - 7 - 208 - 08567 - 1

I. 审... II. 审... III. 审判—研究—中国—丛刊
IV. D925.04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 071231 号

责任编辑 曹培雷 张 晗
封面装帧 甘晓培

审判前沿观察 2009 年第 1 辑

(总第 4 辑)

《审判前沿观察》编辑委员会 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 19.75 插页 2 字数 343,000

2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

印数 1 - 3,250

ISBN 978 - 7 - 208 - 08567 - 1/D · 1551

定价 32.00 元

《审判前沿观察》编委会

主 任 潘福仁
副主任 冯伟强 游 伟 周赞华 黄祥青
委 员 (按姓氏笔画排列)
王 犁 朱 丹 庄登杰 许祥云
孙敬沪 李学忠 吴 薇 谷 杨
张志杰 陈福民 郑文德 赵卫平
秦明华 倪金龙 奚强华 盛焕炜

主 编 游 伟
副主编 王 珊 刘言浩
编 辑 (按姓氏笔画排列)
朱文超 李 盛 武 鹏 顾慧萍
郭文龙 唐 震 董礼洁

目 录

主题笔谈 1

上海法院少年审判工作的探索和发展 朱 妙/3

上海少年法庭判后帮教的发展与变革 钱晓峰/10

亲子鉴定与未成年人权益保障 陆文奕/18

论未成年人民事权益司法保护机制的完善 乔 蓉/27

抚养顺序问题初探 顾慧萍/38

专家论坛 47

税收核定征收中的法律问题研究 郑少华 王雄飞/49

论我国破产撤销权规则的改进 杨忠孝/66

刑法解释方法在犯罪认定中的运用 张绍谦 龚振军/86

审判实务 99

裁判文书说理中的问题及其对策 胡云腾/101

公司解散清算向破产清算转换问题研究 游 伟 李 春/112

破坏电力设备罪中的“足以危及公共安全”

问题研究——相关刑事司法解释之述评及建议稿

刘晓虎/123

优化股东优先购买权案件裁判思路探析 吴金水 姜渭清

陆 淳/135

有限责任公司案件审理热点问题三议 金 成/146

刑事和解的司法应对与策略展开——以轻微刑事案件

为考察对象 褚玉兰/154

刑民交叉案件中的程序救济 陈 克/168

浅议执行和解制度 金劲松/178

专题研究 187

论刑事诉讼证人屏蔽作证 张志杰 余 剑/189

审判权的主动性旁落——以估价鉴定为例谈法官的

不作为 王庆廷 沈 铭/197

平等原则之判定标准——以美国肯定性行动中的平

等观为研究对象 董礼洁/207

调查分析 213

近三年来律师事务所涉讼案件情况分析 金英姿

董玉洁/215

《物权法》实施后相邻纠纷案件的审理情况及对策

研究 上海市第一中级人民法院民二庭课题组/221

改革探索 231

房屋租赁续展权研究 许 瑛/233

专门化审判管理机构相关问题探析 姚蔚薇/241

召开大型破产债权人会议的组织经验、创新做法与

实践启示——关于德恒证券有限责任公司破产

债权人会议的工作经验总结 上海市第一中级人民

法院民三庭破产合议庭/255

研讨综述 265

应对金融危机 构建诚信社会——民间借贷纠纷

案件审理难点研讨综述 方 遴/267

判案评析 277

盗窃少量财物为抗拒抓捕持枪威胁之行为定性

——张乃福抢劫、非法持有枪支案 巩一鸣/279

政府采购监督管理部门投诉处理决定的性质认定
及审查范围——上海华丰工业控制技术工程
有限公司不服上海市财政局政府采购投诉处
理决定案 李 欣 陈根强/285

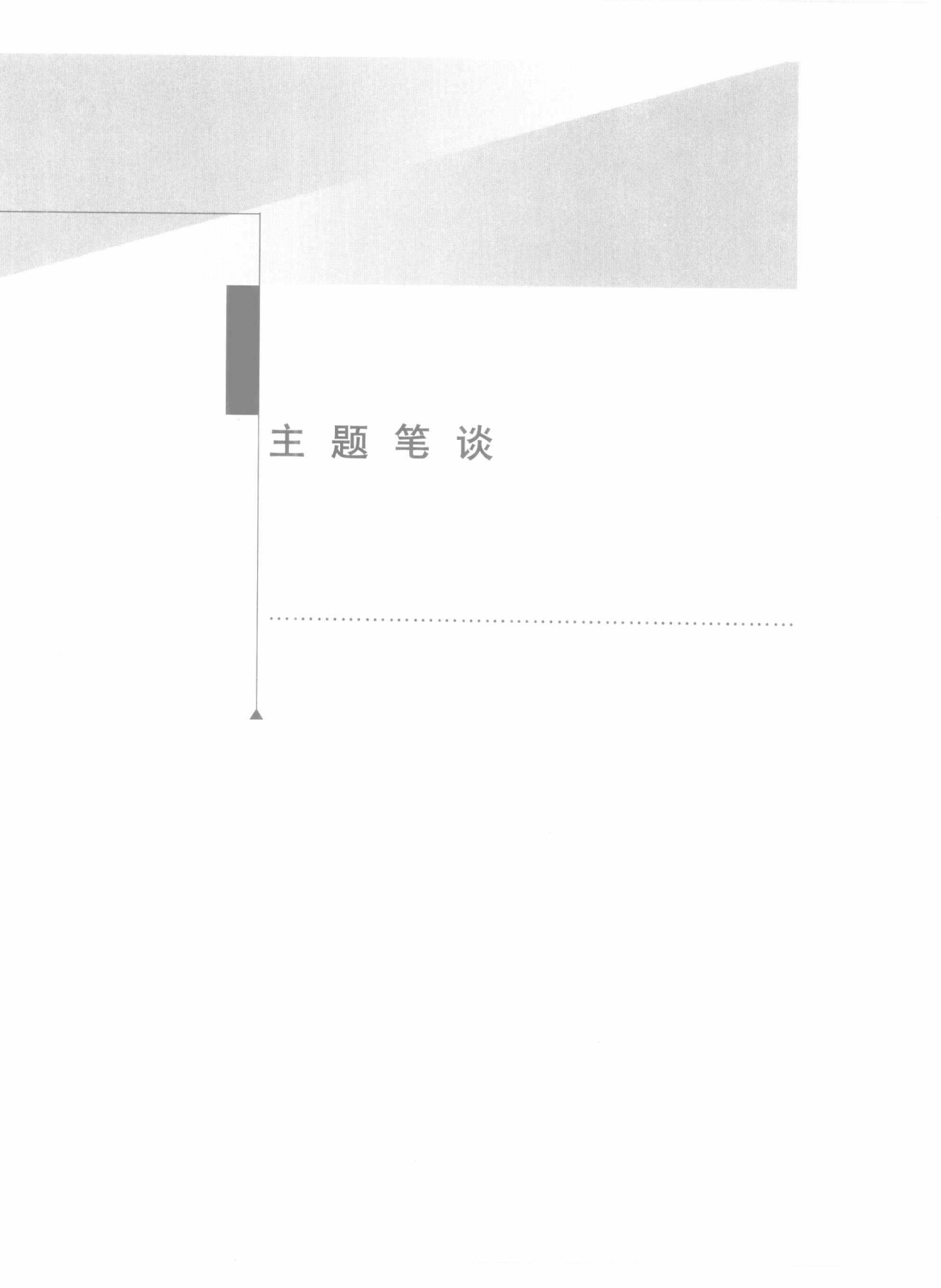
软件最终用户的侵权责任之认定——庚新(上海)
计算机科技有限公司与上海烨琳彩印有限公
司计算机软件著作权侵权纠纷案 胡震远/289

专业技术培训的界定——严某某与花旗银行(中国)
有限公司劳动合同纠纷上诉案 王剑平/293

经双方协议确认的电子数据可用作评判依据
——叶江海诉上海易趣网络技术有限公司
等服务合同纠纷案 徐 俊/297

《审判前沿观察》稿约 / 304

《审判前沿观察》稿件技术规范 / 305



主题笔谈

上海法院少年审判工作的探索和发展

朱 妙*

1984年11月,上海市长宁区人民法院(以下简称长宁法院)在未成年人犯罪日益突出的背景下,首开先河,创建了全国第一个少年刑事案件合议庭,通称为“长宁模式”。由此,全国法院逐渐改变了未成年人与成年人犯罪案件均由刑事审判庭审理的做法,形成了由少年法庭专门审理未成年人刑事案件的制度,以少年法庭审判为中心的中国特色少年司法制度应运而生。

一 少年法庭组织机构的发展

3

上海法院少年法庭组织机构经历了四个发展阶段:

1. 少年刑事案件合议庭

1984年11月,长宁法院创建了全国第一个少年刑事案件合议庭。1986年,上海部分法院相继建立了少年刑事案件合议庭。1988年5月,最高人民法院在上海召开“全国法院审理未成年人刑事案件经验交流会议”,明确指出:“成立少年法庭是刑事审判制度的一项改革,有条件的法院可以推广。”会后,全国各地法院迅速作出反应,少年法庭的建立由个别省市扩展到全国范围,少年法庭工作成为人民法院审判工作的重要组成部分。

2. 独立建制的少年刑事审判庭

1988年7月,长宁法院成立了独立建制的少年刑事审判庭,至1996年,上海各区、县法院相继成立了独立建制的少年刑事审判庭,从而在组织上保证将未成年人刑事审判与成年人刑事审判完全区别开来。

* 上海市高级人民法院研究室副主任。

3. 集中管辖的少年刑事审判庭

1999年3月,上海市高级人民法院(以下简称上海高院)根据案件数量以及专业化审理的需要,对少年法庭机构设置进行改革,保留长宁法院、上海市闵行区人民法院(以下简称闵行法院)、上海市普陀区人民法院(以下简称普陀法院)、上海市闸北区人民法院(以下简称闸北法院)4个独立建制的少年刑事审判庭,各指定管辖4—5个区、县的未成年人刑事案件,其余区、县法院的少年法庭予以撤销。集中管辖的做法为探索成立少年法院积累了宝贵经验。

4. 未成年人案件综合审判庭

2004年,中央21号文件提出了“改革和完善未成年人司法制度”的要求,据此,2006年,最高人民法院确定了上海市第一中级人民法院(以下简称一中院)在内的17个中院作为设立未成年人案件综合审判庭试点单位,上海高院指定长宁法院、闵行法院配合一中院开展试点工作。2007年下半年起,上海扩大未成年人刑事、民事、行政综合审判试点范围,在一中院辖区采用“1+2+7”模式,即上海一中院成立独立建制的未成年人案件综合审判庭,长宁法院、闵行法院设立未成年人案件综合审判庭,除审理原集中指定管辖的未成年人刑事案件外,还审理本辖区的未成年人民事、行政案件;一中院辖区的其他7个基层法院则根据案件情况,指定专项合议庭或专人审理未成年人民事、行政案件。

二 未成年人刑事审判的特色

25年来,上海法院根据对犯罪未成年人“教育为主,惩罚为辅”的原则,认真贯彻“教育、感化、挽救”方针,针对失足未成年人的生理、心理特点开展审判活动,不断探索未成年人刑事审判工作机制,主要有以下八项:

1. 政法一条龙、社会一条龙配套协作机制

对犯罪未成年人的教育挽救工作需要贯穿于案件审理前后的全过程,因此,上海创设了公检法司一条龙以及共青团、妇联、青保办、社区等社会一条龙工作体系,充分发挥各部门的职能作用,将教育、感化、挽救失足未成年人工作贯穿于侦查、审查起诉、审判以及羁押、非监禁刑考察、学习工作、安置帮教等全过程,共同帮助犯罪未成年人走向新岸。如长宁法院和区相关部门在1991年共同制定了《上海市长宁区关于办理少年案件配套协作综合治理的若干规定》,闸北法院与区司法局在2004年共同制定了《关于未成年犯社区矫正工作的办法》。

2. 快速审理机制

为尽快结束诉讼,使未成年人进入服刑期间及其后正常地学习、就业生活,对符合一定条件的未成年人,应尽可能缩短其在立案、审查逮捕、侦查、审查起诉、审判五个阶段的诉讼时间,以维护其合法权益。如闸北法院2004年与黄浦区公安、检察机关共同制定了《关于审理未成年人刑事案件开设“绿色通道”的意见》,适用快速审理机制办理的案件,诉讼时间一般比法律规定的期限缩短1/3。

3. 分案审理机制

根据法律规定,未成年人犯罪案件一般不公开审理,为保护其合法权益,上海探索对未成年人与成年人共同犯罪的案件实行分案起诉、分庭审理,便于少年法庭采用适合未成年人身心特点的审理方式进行审判。2006年2月,上海高院和上海市人民检察院共同制定了《关于对未成年人与成年人共同犯罪的案件实行分案起诉、分庭审理的意见》,分案审理机制可以提高对未成年人教育矫治的效果。

4. 圆桌审判机制

未成年人心理承受能力相对较弱,为适合其身心特点,上海法院少年法庭对符合一定条件的未成年人刑事案件,采用在法庭摆放圆形或椭圆形审判台,审判人员、公诉人、未成年被告人、法定代理人及其他诉讼参与人处于同一桌面进行开庭审理的庭审模式。圆桌审判的目的在于充分体现“教育为主,惩罚为辅”的原则,营造宽松和谐的庭审气氛,减轻未成年人的心理压力,达到最佳的“教育、感化、挽救”效果。上海高院在2005年制定了《上海法院少年法庭“圆桌审判”操作规范(试行)》,目前全国许多少少年法庭均采用了圆桌审判的方式。

5

5. 社会调查机制

教育挽救失足未成年人需要对症下药,在法院开庭审理前,控辩双方或法院及其委托的有关社会团体就未成年被告人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历、犯罪原因以及实施被指控犯罪前后的表现等情况进行调查,并制作书面材料提交合议庭,以利于法院准确量刑,并为有针对性地教育挽救犯罪未成年人打下基础。如长宁法院1988年制定的《未成年人刑事审判工作细则(试行)》,对社会调查工作作出了规定。2000年11月,最高人民法院制定的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》的司法解释吸收了上海提出的制作社会调查报告的规定。

6. 法庭教育机制

审判实践证明,在开庭审理过程中对犯罪未成年人进行有针对性的教育效果更好,为此,上海法院认定未成年被告人有罪的,设置法庭教育阶段,由合议庭

组织到庭的诉讼参与人以及教师、公诉人等对未成年人进行教育。普陀法院创设了法庭审理的“三段两议”模式。2000年11月，最高人民法院制定的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》的司法解释吸收了上海这一做法，将法庭教育阶段放到宣判以后。

7. 无缝衔接机制

上海法院加强与其他司法机构、社会组织的配合衔接，将“教育、感化、挽救”工作贯穿于未成年人诉讼和服刑的全过程。如普陀法院对可能判处缓刑的未成年人，邀请社工参加法庭教育并进行跟踪帮教；对于被判处监禁刑的未成年人，也将法庭教育、出狱前教育与社区矫正相衔接，环环相扣，预防未成年人重新犯罪。闵行法院与区社区观护中心建立联系，通知社工到法院办理交接手续，使判处缓刑的非上海籍未成年人得到有效管理。

8. 刑事和解机制

根据党的“宽严相济”刑事政策，上海少年法庭近年来尝试对未成年罪犯中的初犯、偶犯，且认罪悔罪态度好，愿意对被害人进行民事赔偿，被害人表示谅解的案件，召集未成年被告人及其法定代理人、辩护人、被害人及其亲属等进行刑事和解见面会。在法官主持下，由双方自愿达成赔偿协议，形成对未成年被告人从宽处罚和被害人获得充分赔偿的“双赢”结果，切实做到案结事了。

6

三 未成年人民事审判的探索

2006年9月28日，上海法院未成年人案件综合审判庭试点工作正式启动。2007年7月，上海高院召开“上海法院少年综合审判工作推进会”，标志着未成年人综合审判工作进入了深入探索阶段，对未成年人权益的司法保护从刑事扩大到民事、行政审判领域。两年多来，未成年人民事案件只有4件，因此，上海参与未成年人综合审判试点的法院重点探索了未成年人民事审判工作。

1. 确立审判理念

上海法院少年法庭指导小组根据闵行法院、长宁法院等少年庭的实践经验，不断总结提炼，提出未成年人民事审判应遵循“积极、优先、亲和、关怀”的审判理念，即在诉权保护上，强调“积极”，秉持“特案特办”，特殊保护未成年人权益；在诉讼程序上强调“优先”，开辟“绿色通道”，尽快帮助未成年人脱离纷争。2008年，上海法院未成年人民事审判一审适用简易程序率达到94.5%，在审理方式上，强调“亲和”，在未成年人到庭时运用“圆桌审判”，避免庭审对抗对

未成年人造成“第二次伤害”；在审判结果上，强调“关怀”，借助“背景调查”，真正化解涉及未成年人的权益纠纷。根据上海高院关于少年审判工作的总结汇报和提出的少年民事审判理念，最高人民法院常务副院长、少年法庭指导小组组长沈德咏同志作出重要批示：“在过去的二十四年，上海法院的少年法庭工作始终走在全国的前列，为建立和完善中国特色的少年司法制度作出了历史性的贡献。该报告中提出的未成年人民事审判应当遵循‘积极、优先、亲和、关怀’的审判理念又具有很强的理论创新和实践先导意义，应予充分肯定，并全力推行之。”沈德咏副院长的批示不仅充分肯定了上海法院少年审判工作，同时也表明上海法院少年民事审判的探索取得了阶段性成果。上海高院应勇院长对少年法庭工作亦十分重视，要求全市法院要继续大力推进少年法庭工作，进一步探索、积累经验。

2. 探索审判方法

针对未成年人民事案件大多涉及家庭内部纠纷，如果庭审氛围过于紧张，双亲对簿公堂、争执不下的场景必然会对未成年人幼小的心灵造成阴影，或多或少地影响其性格、心理健康发展的特点，闵行法院等坚持多调少判的原则，并建立了庭前调解机制。即在立案时，由立案法官征询当事人的调解意愿，只要当事人不表示反对的，及时在答辩期内安排法院调解，未成年人民事案件约有80%先行进入调解程序，其中75%的案件调解成功，且10多起案件在立案的当日或3个工作日内就及时调解结案。对于开庭审理的案件，闵行法院等将释法明理贯穿庭审始终，并以感化为重点打好亲情牌，逐步将焦点从当事人双方的恩怨转移到子女健康成长的问题上，使双方当事人求同存异，最终在互谅互让的基础上达成调解。实践证明，上述方法效果较好，除案件调撤率较高外，当事人上诉的案件也是寥寥无几。浦东新区人民法院速裁庭对未成年人民事案件采取主动调解、主动释明、主动调查取证、主动回访等“四个主动”措施进行审理，调撤率达94.9%，做到案结事了，化解矛盾，提高了审判效率。

3. 优化执行方式

为及时、充分保护未成年人合法权益，金山区人民法院等注意审执兼顾，少年审判人员为便于抚养费案件的主动履行，在案件审理过程中即把履行方式确定下来，为未成年人办好银行卡，由抚养义务人定期支付费用。对于未主动履行的案件，借助基层协助执行网络，不断加大执行力度。2008年7月至9月开学前夕，集中执结抚养费案件53件，执行到位钱款21.8万元，执行标的清偿率为94.6%，使涉案未成年人在开学之前能拿到学费及生活费。

四 当前少年审判工作面临的主要问题

从组织结构、规范运作、办案效果等不同角度看,上海法院少年审判工作坚持依法改革,勇于探索创新,逐步形成了具有上海特点的未成年人审判工作特色。2009年,上海法院少年审判确立了“继续深化未成年人刑事审判,着力推进未成年人民事审判,统筹兼顾未成年人行政审判”的工作方针。上海法院的少年法庭工作要全面、协调、可持续发展,当前还必须充分重视和逐步探索解决以下主要问题:

1. 少年审判工作平衡发展问题

从目前上海法院未成年人综合审判工作的现状看,整体发展的不平衡已成为制约上海法院未成年人审判工作机制改革及探索成立少年法院工作的瓶颈。2008年,上海法院生效判决未成年被告人2571人,一中院辖区审结一审未成年人民事案件1472件。经充分调研,一中院辖区未成年民事案件数量与上海市第二中级人民法院(以下简称二中院)辖区基本平衡,因此,上海法院涉及未成年人的案件每年至少有7000件。二中院对设立独立建制的未成年人案件综合审判庭和在二中院辖区开展未成年人综合审判工作高度重视,二中院及其辖区的少年审判队伍建设及其硬件配置也为开展未成年人综合审判试点奠定了坚实基础。因此,无论是从必要性还是可行性角度看,在二中院及其辖区开展未成年人综合审判已成为当前需要解决的重要问题。最高人民法院常务副院长、少年法庭指导组组长沈德咏同志在2008年全国部分法院少年法庭工作座谈会讲话中明确提出,“对于未成年人案件高度集中、少年审判工作制度和配套工作机制比较健全完善的大城市法院,应当积极研究成立少年法院的必要性和可行性重大改革问题,积极争取在中心城市设置必要的少年法院。例如上海市,”在加快建设现代化国际大都市的进程中,在探索建立包括少年法院在内的完善的少年司法制度上可以考虑先行一步,为全国作出示范,积累经验。

2. 非上海籍未成年人非监禁刑适用问题

2008年,上海法院生效判决未成年被告人2571人,与2007年的2682人同比下降4.14%。其中非上海籍未成年人犯罪持续上升,共2141人,与2007年的1833人同比上升14.93%,占未成年被告人总数由2007年的68.34%上升为83.27%,而适用非监禁刑与2007年同比下降4.96%。对未成年人适用非监禁刑的比例已比成年人低,主要原因在于非上海籍未成年罪犯判后帮教措施难以落

实。在未成年人刑事审判工作中,我们应切实贯彻宽严相济刑事政策,尽可能地减少社会对抗,促进社会和谐稳定。上海高院少年法庭指导小组将以牵头调研《非上海籍未成年被告人适用非监禁刑情况的现状与建议》为抓手,对非上海籍未成年被告人的犯罪成因、适用非监禁刑情况、司法保护状况以及解决对策等进行专项调研,力求联合市公安局、市司法局等相关部门,对非上海籍未成年罪犯适用非监禁刑后的跟踪矫治工作开展试点,依法扩大未成年罪犯非监禁刑的适用比例。普陀法院提出,要进一步做好非监禁刑执行的衔接工作,尤其是加大对非上海籍被告人判处非监禁刑的力度,保证百分之百落实列管地,确保非监禁刑衔接到位。闵行法院提出,要继续做好缓刑人员的考察、帮教。闸北法院提出,要继续加强与社区矫正社工的密切联系等。这些探索工作都非常有意义,法院对未成年人适用非监禁刑一定要与社区矫正工作、与预防未成年人重新犯罪工作“无缝衔接”。

3. 未成年人民事审判特色问题

未成年人民事审判相对于未成年人刑事审判而言,是“新生事物”,需要在实践中不断探索总结,形成特色。如我们可以将目前审判中采用的多调少判原则,建议通过立法进一步规定,调解为未成年人民事案件的必经程序,或者规定法官具有调解义务,由法官依职权进行调解,即设立强制性调解程序。并可在审理中邀请心理学、医学的专家或家庭问题专家、社会工作者以陪审员的身份参与诉讼,协助法官对精神、心理严重受损的少年进行心理治疗或辅导,或修复受损的父母子女关系。又如,我们可以将未成年人刑事审判中规定的社会调查报告作为未成年人民事案件必要材料,对未成年人的品格、经历、家庭状况、生活及学习环境等背景资料有充分的了解,从而在调解和审判过程中有效保护未成年人的合法权益,为其健康成长创造有利条件。未成年人民事案件的双方当事人尽管在诉讼中属于平等主体,对他们的诉讼权利应进行平等保护,但对于未成年人的健康权、受教育权等特殊权利国家给予优先保护,因此,调解和审判过程中对涉及未成年人的有些实体权利的保护应“有所倾斜”,需要我们在审判实践中不断探索。未成年人的未来与国家和社会的根本利益息息相关,对未成年人的保护工作需要法院、更需要全社会共同关注。

上海少年法庭判后帮教的发展与变革

钱晚峰*

作为少年审判工作的特色工作，判后帮教在上海少年审判工作中占有重要位置，其宗旨是为了检验办案质量，巩固审理效果，预防和减少犯罪，维护社会稳定，并对教育挽救失足未成年人起到了积极的作用。但是，随着上海未成年人犯罪形势的变化和集中指定管辖、建立少年综合审判庭的改革，在少年法庭法官办案压力不断增加的形势下，如何继续做好新时期的未成年人判后帮教工作，成为少年法庭工作一大亟需解决的问题。随着时代的发展和社区矫正组织的壮大，上海少年法庭的判后帮教与时俱进，经历了从法官亲力亲为走向考察官集中考察，再尝试以审判为中心，适度向前向后延伸，依托社会力量进行判后帮教的改革之路。

一 上海少年法庭判后帮教工作的发展历程

判后帮教是上海少年法庭的重要工作内容之一。判后帮教即在判决后区分不同情况，通过多种形式，了解未成年人的思想动态、就业或就学情况、改造表现以及社会交往等情况，有针对性地对未成年人进行思想教育，共同落实帮教措施或协助做好改造工作。如果说，法庭教育是对未成年被告人拉一把，那么判后帮教就是再送一程。法庭教育是特定时间段的震撼教育，判后帮教则是较长时期的关爱教育，更需要少年审判人员付出精力、时间、心血和感情。

上海市在全国较早开展对未成年人的判后帮教工作。早在1979年中共上海市委转发的《关于解决本市青少年违法犯罪问题的请示报告》中就专门提到失足未成年人的社会帮教问题。1984年长宁区人民法院(以下简称长宁法院)建立全国第

* 上海市长宁区人民法院法官。