

法官智库丛书
A Series of Judicial Wisdom

3

The Essential Guide to Law Application

法律适用精要



主 编：沈志先
副主编：黄祥青
刘言浩



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法官智库丛书 

A Series of Judicial Wisdom

The Essential Guide to Law Application

法律适用精要

主 编：沈志先

副主编：黄祥青

刘言浩



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律适用精要 / 沈志先编. —北京:法律出版社,
2010.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0560 - 7

I. ①法… II. ①沈… III. ①法律适用—研究—中国
IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 041303 号

法律适用精要
主编 沈志先

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

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 北京中科印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 35.75
字数 628千
版本 2010 年 4 月第 1 版
印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0560 - 7

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,也是政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势、解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年以前,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型、开放性的学术著作。所谓实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、知识产权审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、

构建社会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而是具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通、开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断、定纷止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

前 言

为了提高法官的职业素养和审判技能,上海市高级人民法院曾于2003年出版了《法官素养与能力培训读本》,迄今已近七年。在此期间,伴随经济社会的快速发展,新的法律、法规、司法解释大量出台,法院审判案件数量持续攀升,新的法律适用疑难问题不断出现。上述培训读本中解析的法律适用问题亟待更新。2009年年初,为了及时总结审判实践的新鲜经验,进一步提升法官的司法能力,上海高院决定组织编写“法官智库”丛书,并将法律适用作为丛书之一,命名为《法律适用精要》。

《法律适用精要》在《法官素养与能力培训读本》的基础上重新编写,充分吸纳、解析近年来的审判实务新情况、新问题,重点置于总结、提炼法律思维和法律适用的一般路径和基本方法,以突出本书对于解决实务问题的针对性和提升法律适用能力的有效性。全书共分五编,第一编绪论简要论述了法官的法律思维和法律方法论的原理。第二编至第五编分别是刑事审判、民事审判、商事审判和行政审判的法律适用问题,以法院的审判专业分工为界,比较系统地论述了当前审判实践中常见的法律适用疑难问题及其解决路径。应当说明的是,知识产权和海事海商审判虽然是上海法院审判工作的重点之一,但因知识产权审判和海事海商审判的法律适用将专门作为“法官智库”丛书其他分册的内容,故本书不再涉及。

最高人民法院王胜俊院长在全国大法官研讨班上指出:“要正确处理依法裁判与案结事了的关系,实现办案法律效果与社会效果的统一。依法裁判是检验案件法律效果的重要标准。一个案件处理的法律效果好不好,关键要看认定事实是否清楚、审判程序是否合法、适用法律是否正确。实现案结事了,无论是裁判,还是调解,都不能超越法律的范围。在任何时候,都必须坚持在现行法律的框架内追求办案的社会效果。”为实现这一要求,人民法院必须始终致力于提高法官队伍的司法能力。法律适用能力是法官职业能力的重心,不断地从丰富的司法实践中发现问题、研究问题、总结经验并上升到理论的高度去认识是提高法官职业能力的必经之路。社会生活是丰富多彩的,从来不是由形式逻辑构成的标准模式,司法实务中

的法律适用问题也远不止本书内容,挂一漏万可以说是事所必然。另因作者水平所限,所提观点难免存在一些偏颇,欢迎批评指正。

编 者

二〇一〇年一月十八日

《法官智库丛书》编委会

主 任：应 勇

副主任：沈志先

委 员：潘福仁 张海棠 郑肇芳 王信芳 应新龙
孙建国 盛勇强 陈立斌 王国庆 黄祥青
汤黎明 邹碧华 陈全国

目 录

第一编 绪论——法律适用方法概述

第一章 法律适用方法的基本价值 / 3

第一节 法律适用的文化背景 / 3

第二节 法律适用的价值目标 / 5

第三节 法律适用的思维方式 / 6

第二章 法律适用方法的基本内容 / 10

第一节 法律适用方法的研究重点 / 10

第二节 法律适用的基本方法 / 11

第二编 刑事审判的法律适用

第一章 刑法适用的一般观念与方法 / 29

第一节 宽严相济刑事政策的理解与运用 / 29

第二节 罪刑法定原则的理解与适用 / 33

第三节 罪刑相当原则的理解与适用 / 39

第四节 刑法解释的目标、限度及方法 / 48

第二章 刑法总则适用若干疑难问题 / 55

第一节 一人公司单位犯罪主体资格的认定 / 55

第二节 犯罪既未遂形态与财物控制关系的认定 / 62

第三节 共同犯罪认定的新争议及处理 / 75

第四节 正当防卫与紧急避险之“必要限度”的认定 / 83

第五节 自首与立功的司法认定 / 91

第六节 数罪并罚的实务争议及处理 / 103

第七节 量刑的一般规则 / 108

- 第八节 多种量刑情节的适用原则与方法 / 113
- 第三章 刑法分则适用若干疑难问题 / 122
 - 第一节 非法经营同类营业罪的司法认定 / 122
 - 第二节 侵犯知识产权犯罪的司法认定 / 126
 - 第三节 抢劫罪情节加重犯的理解与认定 / 135
 - 第四节 职务侵占罪的立法分析与司法认定 / 145
 - 第五节 聚众斗殴、寻衅滋事犯罪的司法认定 / 155
 - 第六节 毒品犯罪认定若干疑难问题 / 160
 - 第七节 贪污罪与近似职务犯罪的界限 / 165
 - 第八节 挪用公款罪认定若干疑难问题 / 174
 - 第九节 新类型受贿犯罪的司法认定 / 181
 - 第十节 网络环境下盗窃犯罪认定若干疑难问题 / 195

第三编 民事审判的法律适用

- 第一章 物权纠纷的法律适用 / 203
 - 第一节 物权法的基本原则 / 203
 - 第二节 权属确认纠纷 / 210
 - 第三节 农村宅基地与动拆迁补偿纠纷 / 214
- 第二章 合同纠纷的法律适用 / 218
 - 第一节 合同法总则的法律适用问题 / 218
 - 第二节 房屋买卖合同 / 227
 - 第三节 租赁合同 / 233
 - 第四节 房屋中介合同 / 249
 - 第五节 建设工程合同 / 252
 - 第六节 物业管理合同 / 269
 - 第七节 民间借贷合同 / 274
- 第三章 人身损害赔偿案件的法律适用 / 280
 - 第一节 校园损害赔偿案件 / 280
 - 第二节 医疗损害赔偿案件 / 284
 - 第三节 道路交通事故损害赔偿案件 / 293
 - 第四节 赔偿标准中应注意的几个问题 / 300

第四章 婚姻家庭纠纷的法律适用 / 303

第一节 离婚标准与子女抚养问题 / 303

第二节 夫妻共同财产分割与债务认定 / 317

第五章 劳动争议案件的法律适用 / 327

第一节 劳动关系的基本问题 / 327

第二节 劳动合同的订立、解除和终止 / 334

第四编 商事审判的法律适用**第一章 商事合同纠纷的法律适用 / 343**

第一节 承揽合同纠纷的法律适用 / 343

第二节 买卖合同中的法律适用问题 / 349

第三节 运输合同的法律适用 / 360

第二章 金融纠纷案件的法律适用 / 366

第一节 与银行相关纠纷的法律适用 / 366

第二节 证券纠纷案件的法律适用 / 375

第三节 财产保险合同纠纷的法律适用 / 393

第四节 期货纠纷的法律适用 / 409

第五节 票据纠纷的法律适用 / 417

第三章 公司纠纷案件的法律适用 / 424

第一节 公司案件的审判理念和价值取向 / 424

第二节 股东资格确认纠纷 / 428

第三节 瑕疵股权转让纠纷 / 433

第四节 特殊主体的股权转让纠纷 / 438

第五节 股东优先购买权纠纷 / 443

第六节 法人人格否认纠纷 / 455

第七节 股东知情权纠纷 / 463

第四章 破产案件的法律适用 / 470

第一节 破产申请的权利主体 / 470

第二节 破产案件中的债权人利益保护 / 472

第三节 破产程序与民事诉讼程序的协调 / 477

第五章 涉外商事审判实体适用的若干问题 / 480

第一节 涉外商事合同的法律选择 / 480

- 第二节 国际托收、信用证与独立保函纠纷案件的法律问题 / 482
- 第三节 外商投资纠纷案件的法律问题 / 487
- 第四节 境外理财纠纷案件的法律问题 / 490

第五编 行政审判的法律适用

第一章 行政诉讼法律适用概述 / 495

- 第一节 行政诉讼法律适用的特点 / 495
- 第二节 行政诉讼法律适用的方法 / 496

第二章 行政诉讼法适用的若干问题 / 500

- 第一节 行政诉讼的起诉期限 / 500
- 第二节 行政诉讼的证明责任及分配 / 503
- 第三节 行政诉讼的协调和解 / 506
- 第四节 行政诉讼判决方式的选择适用 / 509

第三章 行政程序审查的法律适用 / 516

- 第一节 行政程序审查法律适用的一般规定 / 516
- 第二节 行政处罚程序 / 520
- 第三节 行政许可程序 / 524
- 第四节 行政裁决程序 / 527

第四章 几类典型行政案件实体审查的法律适用 / 529

- 第一节 公安类行政案件的法律适用 / 529
- 第二节 劳动和社会保障类行政案件的法律适用 / 533
- 第三节 房地产登记类行政案件的法律适用 / 536
- 第四节 规划类行政案件的法律适用 / 538
- 第五节 工商登记类行政案件的法律适用 / 541
- 第六节 履行法定职责类行政案件的法律适用 / 544
- 第七节 政府信息公开类行政案件的法律适用 / 549
- 第八节 行政赔偿类行政案件的法律适用 / 551

法律法规及司法解释缩略表 / 557

后记 / 560

第一编 绪论——法律适用方法概述

第一章 法律适用方法的基本价值

第一节 法律适用的文化背景

法律作为社会关系的调节器,是规范人们日常行为的重要准则之一。法律代表着社会的一般正义,经过法律调整的社会关系和受法律规范的人们的行为,也被认为是符合正义的。法官通过运用法律解决具体案件,最终目的是实现法律对社会公平、正义、秩序和自由等价值目标的追求,而法律适用方法是法官完成此项工作的基本职业技能。法官能否通过适用法律达到上述目的,有赖于法官对特定社会正义、平等、秩序等法律基本价值的正确理解。同时,法律作为上层建筑,受到不断变化发展的社会物质生活条件的制约,在不同历史阶段、不同场合往往具有不同的表现形式和要求。因此,法官要正确适用法律解决具体案件,必须深入了解影响法律基本价值的传统法律文化以及现阶段社会发展的基本状况,以期对特定社会的法律基本价值与精神能够准确把握。诚如美国法学家庞德(R. Pound)所说:“在法律调整或安排背后,总有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种准则。”这种“准则”就是法官在运用法律适用方法时需要悉心把握的价值评判标准。

法律的基本价值受其本身所赖以存在的人文和社会环境的制约。历史的变迁必然带来人文和社会环境的变革,这使得法律的价值要求也发生了相应的变化,但文化的历史继承性又使它与传统法律文化的特点具有内在的逻辑联系。

一、传统法律文化的基本特点

我国传统法律文化主要有三大特征:

其一,国家本位主义。我国传统法律文化的演进,经历了氏族→宗族→国家的不同发展阶段,从而形成了国家本位的显著特征。“修身、齐家、治国平天下”一语,就是传统文化的具体凝练之一。这种历史文化传统的惯性,对新中国的法律产

生了深刻影响,并且在一定程度上延续至今;它与市场经济重视个人权益的特性形成明显的反差,在法律制度及其运作上也产生较多的冲突。

其二,无讼价值观。我国传统法律文化以无讼为其重要价值取向。无讼虽有其积极的因素,但由于无讼的传统法律文化过多地强调秩序和稳定,在一定程度上也成为掣肘传统中国变革、发展的因素。以民事诉讼为例,在无讼价值观下的民事诉讼难免产生诸如法律体系发育不全、法律地位较低以及公民权利意识淡薄等相应后果,法律的权威性和司法的公信力也难以树立。

其三,“重实体、轻程序”观念。我国传统超职权主义诉讼模式所追求的司法理念是“客观真实”,相对忽视“正当的程序”观念。在此理念主导下,可能因漠视当事人的程序利益而产生不公正,甚至使查明真相变成个别法官恣意干预诉讼的便利口实,从而造成诉讼资源浪费、法官的中立性和权威性受损等明显弊端。

二、现代法律文化的现实背景

在特定的历史阶段,其特定的法律文化所决定的法律职业和法律思维所熏陶下的法律职业家,包括法官群体,其所掌握的法律适用方法以及适用法律的思维价值取向,无不受到该种法律文化的制约。随着市场经济的发展,社会意识已发生了重大变化。

(一) 市场经济下的权利意识的强化

市场经济的发展引发了人们的法观念或法意识的巨大变化,并反过来影响法律制度的发展。其中最突出的是人们权利意识的强化。在我国传统诉讼体制下,当事人对裁判者的过度依赖,使其主动把自己的主体地位降格为客体,成为纠纷解决过程中被管理的对象,而裁判者则成为诉讼的支配主体。在市场经济体制下,当事人权利意识得到空前的加强,他们的诉讼观念也发生了很大变化。纠纷的司法最终解决、诉讼地位平等、诉讼中“武器平等”、对诉讼权利的尊重、处分自由、充分对话、诉讼权利的充分救济、诉讼中人权的保护和诉讼参与等,成了人们新诉讼观念的重要内容。^①

(二) 依法治国基本方略的确立

市场经济是一种法制经济,市场要素的建立、竞争性市场结构的形成与保护、经济主体参与市场竞争的机会与保障、政府在市场经济运行中的管理作用、市场经济公平、正义理念的维护等,均离不开法律的规范。据此,我国以依法治国作为国家系统运作的基本方略。依法治国的内容不仅包括积极的国家行为,如政府的行

^① 章武生等:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社2000年版,第463页。

政管理,而且包括消极的国家行为,如司法救济,它涵盖了社会生活的方方面面。只有法治国家,才能真正实现社会对法律所提出的正义的要求。

(三)我国司法权的运作日益完善

司法作为狭义上的法律适用,使静态的法律成为解决动态的社会纠纷的必要媒介。它的存在意义和运作空间不仅与国家权力体系的结构密切相关,更受到现行法律制度体系发展状况以及社会公众对正义需求的影响和制约。我国人民代表大会不仅是立法机关,而且是国家的权力机关,对司法权具有法定的制约作用。由于现代社会生活日益纷繁复杂,加之立法本身具有必然的滞后性,使得任何法律都无法涵盖社会生活的全部。社会对正义的需要始终走在立法的前面,司法也就必须拓展其服务于社会公众的功能,其运作方式和结果明显地受到社会需求的影响。因此,为了维护社会秩序的稳定,保护公民的正当权利不受侵犯,以赋予法官自由裁量权的方式弥补现行法律的不足就成为其当然选择。

第二节 法律适用的价值目标

正义是法律及司法活动所追求的目标。正义在司法审判中体现为司法公正。法律的终极目标和基本精神永远是正义。这种价值本身是极为抽象的,只有把它置于法律的具体运作之中,包括法官适用法律解决具体案件,公正才能以社会公众所能感受或触摸的方式为世人所了解,也只有在这个时候,拥有具体表现形式的抽象公正才具有真正的社会意义。因此,法官对特定社会和特定时期的公正及其在司法过程中的实现方式予以深入地理解和掌握,是其正确适用法律的必要前提。

法律适用的终极目的是实现公正,司法公正是每个法官在运用法律适用方法审理每件案件时的出发点和归结点。司法审判就是法院依法独立公正地行使审判权,通过正确适用法律,解决社会生活中出现的各种诉讼纠纷,惩恶扬善,维护社会公正。人民法院通过法律适用来实现司法公正,主要体现在以下几个方面:

第一,实体公正。法官作为职业的执法者,忠实于宪法和法律是其神圣职责。要实现实体公正,就要求每个法官在具体的审判实践中,坚持做到依法认定事实和正确适用法律,准确确定诉讼当事人的实体权利义务关系,作出公正、公平的裁决。

第二,程序公正。法官在审判实践中要严格适用程序法的各项规定,确保诉讼当事人的诉讼权利和义务。程序公正具有独立的价值,体现了诉讼过程的公正是看得见的公正。同时,程序公正又是实现实体公正的基本保证。法官通过运用法律适用方法,使得诉讼活动的整个过程充分体现独立、公开、平等、中立、民主、权威