

Applied Law Research

2013年卷
(总第2卷)

应用法学研究

肖强 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

天津工业大学法学重点学科建设经费资助

应用法学研究

Applied Law Research

2013 年卷(总第 2 卷)

肖 强 主 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

应用法学研究/肖强主编. —北京:知识产权出版社,2014.4

ISBN 978-7-5130-2657-4

I. ①应… II. ①肖… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第055572号

内容提要

本卷年刊主要汇集天津以及其他省市应用法学研究和应用法学教学探索的学术成果,内容涉及法律实施学基本原理、法律实施方法与技术、现行法律制度与规范实际施行情况、以历史为角度和以案例为标本的法律实施解析等。本卷设置“学理探索”“法律解释与适用”“法律制度与规范”“案例研究”“其他”五个栏目,从不同的层面、不同的角度研究法律实施学。

责任编辑:李德升

责任出版:谷洋

应用法学研究

YINGYONG FAXUE YANJIU

2013年卷(总第2卷)

肖强主编

出版发行:知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

电 话:010-82004826 <http://www.laichushu.com>

社 址:北京市海淀区马甸南村1号 邮 编:100088

责编电话:010-82000860 转 8355 责编邮箱: lidesheng@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8029 发行传真:010-82000893/82003279

印 刷:北京中献拓方科技发展有限公司 经 销:各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本:720mm×960mm 1/16 印 张:21.75

版 次:2014年6月第1版 印 次:2014年6月第1次印刷

字 数:356千字 定 价:66.00元

ISBN 978-7-5130-2657-4

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

主 编：肖 强

编辑部主任：陈志新

编 辑：李树成 高 杰 杨海静 罗冠男

编 辑 助 理：刘红丽 于鹏涛 王春华 马晓慧

主 办：

天津工业大学文法学院

天津工业大学应用法学研究所

天津市法学会应用法学分会

卷首语

何为应用法学？我们一直在探索。

我们认为应用法学就是法律实施学。应用法学的研究包括守法、执法、司法、法律监督四个部分，围绕法律实施理论、法律实施方法与技术、法律实施制度与规范、法律实施历史、法律实施文书、法律产品设计与开发、判解研究、立法后评估等展开。关于应用法学的观点和研究成果，引起了众多法学界同仁的共鸣，得到了他们的支持。为展现应用法学研究领域取得的新成果，促进应用法学的研究和交流，我们编辑出版了《应用法学研究》年刊2013卷。

本卷《应用法学研究》年刊设置“学理探索”“法律解释与适用”“法律制度与规范”“案例研究”“其他”五个栏目，刊载文章25篇。

学理研究是法律实施学构建和发展的理论基础。肖强的“法律实施学刍议”强调书面上的法需要变成行动中的法，即法律实施有其历史必然性和逻辑必然性，认为法律实施学以法律实施为对象，围绕守法、执法、司法和法律监督四个方面分层次展开研究，构建完整而富有逻辑性的学术学科体系。柳华文的“应用法学视野下艾滋病影响者的人权保护”指出应着眼于法律的实施，以权力视角和制度建设为主要内容，构建艾滋病和人权问题的法律应对。罗冠男的“初论法律实施实证研究”认为在从立法中心向用法中心转型的过程中，用法为中心的法律实施实证研究对于解决中国法律理论发展的困境有重要意义。

通过合理的解释与适格的适用，法律才能得到正确的实施。王志强的“刑法解释方法的建构及其公共刑法路径的反思”主张刑法解释方法的元语言研究。刘向东的“我国农村征地补偿费分配纠纷的法律适用研究”针对我国法律不健全甚至冲突，以及村民构成复杂性的客观前提，探讨农村

征地补偿费分配的法律适用问题。肖本山的“生产、销售假药罪立法模式的检视”认为通过增设“情节严重”的限制条件可将生产、销售假药罪由行为犯改为情节犯。管荣齐、马静的“从技术效果的角度审视中国专利实质条件”建议中国专利创造性中取消对“显著的进步”（或“进步”）的要求，并把预料不到的技术效果作为创造性判断的辅助考虑因素。杨延军的“行为的‘危险’判断”提供了行为危险的判断标准。向朝霞的“论当代我国法律制裁的正当性原理”强调必须以报应为基础，兼顾威慑、修复和赔偿，作为我国法律制裁的正当性原理。段素玲的“论我国民事起诉条件”采用对比的方法提出了完善我国民事起诉条件的建议与措施。

法律制度与规范是法律实施的具象载体，故内容纷繁复杂，但法律制度与规范的构建和完善是法律实施得以实现的前提。保障性住房建设融资机制、碳排放交易中控排企业的履约责任、场外交易市场民事纠纷解决机制、违宪审查机构的设置、惩治邪教法律制度、融资租赁发展的路径、政府分权中的制度构造、公共财产的公法保护制度、企业环境保护社会责任制度、生态损害惩罚性赔偿制度等法律制度与规范的研究，是本卷年刊在选择刊登的文章时所关注的重点。

案例对法律实施指导的重要性日益呈现，通过判解研究可以解析法律实施是否遵循了“以法律为准绳、以事实为根据”的理念。杨鸿雁的“清末民初知识产权司法保护个案考察”将判解研究方法 with 法律实施的历史研究方法结合起来，体现了对案例的多角度观察和综合运用。田川的“民事诉讼释明权的运用——日本新《民事诉讼法》实施后首例释明权日本判例分析”通过日本首例最高法院以违反释明义务为由判决撤销原判决的案例分析，讨论我国法院如何把握释明权。尚绪芝的“浅论判解研究在法学教育教学中的功能”则探讨了判解研究在法学教育中重要作用。

另外，本卷年刊刊登了韩少冲的“论刑法修改后基层检察机关案件管理工作的应对”和荣慧珍的“检察机关服务城镇化建设路径探索——基于滨海新区检察院参与蓝领公寓社会管理实证调查”，从检察机关内部管理和对外服务为考察环节，探讨了法律实施的过程。

本卷年刊关于法律实施学的阐述和理解，有一些是在第一卷《应用法

学研究》立论的基础上有了新的发展和延伸，有一些则是在法律实施新的领域有了新的理解。正如我们在第一卷《应用法学研究》卷首语中所提：应用法学的研究，是一个长期的不断创新的过程。这个过程，还需要法学界各位同仁一如既往的热情支持。在此，真诚感谢各位专家、学者的赐稿！

编 者

2014年6月20日

目 录

学理探索

法律实施学刍议	肖 强 / 3
应用法学视野下艾滋病影响者的人权保护	柳华文 / 11
初论法律实施实证研究	罗冠男 / 23

法律解释与适用

刑法解释方法的建构及其公共刑法路径的反思	王志强 / 37
我国农村征地补偿费分配纠纷的法律适用研究	刘向东 / 56
生产、销售假药罪立法模式的检视	肖本山 / 67
从技术效果的角度审视中国专利实质条件	管荣齐 马 静 / 80
行为的“危险”判断	杨延军 朱 峰 / 91
论当代我国法律制裁的正当性原理	向朝霞 / 110
论我国民事起诉条件	段素玲 / 122

法律制度与规范

我国保障性住房建设融资机制：现状、问题与建议

.....	陈耀东 李 俊 / 139
论碳排放交易中控排企业的履约责任	李树成 史学瀛 / 154
场外交易市场民事纠纷解决机制研究	杨海静 万国华 / 166
我国惩治邪教法律制度现状及其完善	薛智胜 栗 丽 / 181
善意取得限制下我国融资租赁发展的路径探索 ...	王者洁 张莉莉 / 195

政府分权中的制度构造

- 法律经济学的视角 陈正华 / 208

公共财产的法保护

- 对物权法的另一种解读 祖 燕 / 218

论企业环境保护社会责任制度的构建与实施

- 以 CSC9000T 管理体系为例 陈志新 刘红丽 / 229

生态损害引入惩罚性赔偿考量

- 以渤海湾溢油事件和美国埃克森公司漏油案为例 ... 高 杰 / 248

案例研究

- 清末民初知识产权司法保护个案考察 杨鸿雁 / 259

民事诉讼释明权的运用

- 日本新《民事诉讼法》实施后首例释明权日本判例分析

- 田 川 / 280

- 浅论判解研究在法学教育教学中的功能 尚绪芝 宗 朋 / 293

其 他

- 论刑法修改后基层检察机关案件管理工作的应对 韩少冲 / 309

检察机关服务城镇化建设路径探索

- 基于滨海新区检察院参与蓝领公寓社会管理实证调查

- 荣慧珍 / 323

CONTENTS

Theoretical Exploration

On the Law Enforcement Theory	<i>Xiao Qiang</i>	/ 3
Study on the Protection of the Human Rights of the HIV/AIDS Affected Persons from the Perspective of the Application of the Law ...	<i>Liu Huawen</i>	/ 11
On the Positive Research on Legal Application	<i>Luo Guannan</i>	/ 23

Interpretation and Application of the Law

Construction of the Methods of Interpretation of Criminal Law and Reflection on the Path of Public Criminal Law	<i>Wang Zhiqiang</i>	/ 37
Legal Application to the Assignment of Compensation Fees for Rural Land Requisition in China	<i>Liu Xiangdong</i>	/ 56
Viewing on Legislative Pattern of the Crime of Producing or Selling Fake Medicines	<i>Xiao Benshan</i>	/ 67
Examination of Chinese Patent Substantive Condition from the Perspective of Technical Effect	<i>Guan Rongqi Ma Jing</i>	/ 80
The Judgement of Danger of Action	<i>Yang Yanjun Zhu Feng</i>	/ 91
The Legitimacy Foundation of Legal Sanctions in Contemporary China	<i>Xiang Zhaoxia</i>	/ 110
Theory on Conditions of Civil Prosecution in China	<i>Duan Suling</i>	/ 122

Legal System and Norm

- The Status Quo, Issues and proposals on Financing Mechanisms
of the Construction of Affordable Housing *Chen Yaodong Li Jun* / 139
- Penalties for Non-Compliance of Covered Entities in ETS
..... *Li Shucheng Shi Xueying* / 154
- On the Mechanism of Settling Civil Disputes in the
Over-the-counter Market *Yang Haijing Wan Guohua* / 166
- The Status Quo and Perfection of Legal Institution of
Punishing Heresy in China *Xue Zhisheng Li Li* / 181
- The Path Exploration of Financial Leasing Development within the
Limitations of Bona Fide Acquisition in China ... *Wang Zhejie Zhang Lili* / 195
- The Institutional Construction of the Government Power's Decentralization;
From the Perspective of the Economic Analysis of Law
..... *Chen Zhenghua* / 208
- Public Law Protection of Public Property;
Another Interpretation of Property Law *Zu Xian* / 218
- On the Construction and the Implementation of the Corporate
Social Responsibility on Environmental Protection;
Taking the CSC9000T Management System for Example
..... *Chen Zhixin Liu Hongli* / 229
- Punitive Damages Applied to Ecological Environment Tort;
On the Punitive Damages Applied to Ecological Environment Tort
..... *Gao Jie* / 248

Case Study

- Case Study on the Judicial Protection of Intellectual Property Right in
Late Qing and the Early Republican China *Yang Hongyan* / 259
- Application of the Interpretation Right in Civil Litigation: Study on the
First Case of the Interpretation Right after the Implementation of New

Civil Procedural Law in Japan	<i>Tian Chuan</i> / 280
On the Function of Judgment Study in the Legal Education	<i>Shang Xuzhi Zong Peng</i> / 293

Others

Reply to the Prosecution Case Management by Grass-Roots Procuratorial Organs after the Amendment of the Criminal Procedure Law	<i>Han Shaochong</i> / 309
The Exploration of the Path of Urbanization Services by the Procurator Organ: Based on Empirical Investigation into the Participation of Procurator Organ of Binhai New Area in Social Management of Blue Collar Apartment	<i>Rong Huizhen</i> / 323

学理探索

法律实施学刍议

肖 强*

内容提要：既然社会主义法律体系已经建成，书面上的法需要变成行动中的法，法律规则及其体系的目标需要实现。于是，法律实施作为专门的研究对象，并由此形成新的学术研究领域，就有了其历史必然性和逻辑必然性。法律实施学的构建以法律社会工程论、法律过程论，以及对形式主义法学的扬弃为理论基础。法律实施学以法律实施为对象，围绕守法、执法、司法和法律监督四个方面分层次展开研究，从而构建起完整而富有逻辑性的学术学科体系。

关键词：法律实施 法律实施学 理论基础 体系构成

在键盘上敲出“法律实施学”这几个字，手指上的感觉是沉甸甸的，心情是纠结的。一是“徒法不足以自行”，《孟子·离娄上》里的这句老话时时在脑子里闪现，一种法律人的使命感令人不由自主地想去触碰它；二是查遍文献资料尚未见到此前有人在“法律实施”四字后加上一个“学”字，生怕自己说出的这个词组唐突莽撞、贻笑大方。最后，“使命感”占了上风，于是笔者郑重提出建立法律实施学。

一、法律实施学的逻辑和历史必然性

法学，是研究法律现象（法律规范与法律制度）的一门学问，是关于法律规范和法律制度产生、发展、消灭、再产生、再发展、再消灭的文化知识体系。由于法律来源于生活，应用于生活，故法学具有显著的实践

*肖强，天津工业大学人文与法学院教授。

性。^{〔1〕}有人说它是一种社会科学；也有人说它是人文学科，如此论争不休，迄今尚未定论。

长期以来，法学视法律规范的存在为天然，长期专注于研究法律规范的解释，因而成就了法律解释学或法教义学。这种状况存在了许多年，以至于法学的研究者和法学的旁观者都习以为常，以为理所当然。只是到了20世纪90年代，这种状况才有了变化。周旺生教授认为：既然法律是人类活动的产物，法学就应该先研究法律是如何制定出来的，因而“尝试构建了一个包括立法原理、立法制度、立法技术三要素的立法学体系”。^{〔2〕}于是，法学发展成为既研究规范解释，又研究规范制定的学问体系。再后来，学者们对法学研究或者应该研究的范围做了进一步地探索。有教科书认为：法学当分为理论法学与应用法学，“理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主要是研究国内法与国际法的结构和内容，以及它们的制定、解释和适用”^{〔3〕}。这种观点值得注意的地方在于明确提到了法学要研究法律的适用。有此理论观点为“引信”，激发了学者们对法律适用问题的研究热情。于是，“可能是中国第一部法律适用学方面的理论专著”的《法律适用学》一书应运而生。该书作者说，“……这些有机的内在逻辑所构成的系统性理论使我们确信‘法律适用学’的存在，如同‘立法学’的存在一样。”^{〔4〕}

迄今为止，至少在中国，以法律规范和法律制度为对象的法学，其研究涉及的范围囊括了法的制定、解释和适用，大体与法律这种社会现象的“生命周期”保持了逻辑上的一致。然而，以严格的学术规范衡量，由于法律适用概念与立法、释法这两个概念不在一个位阶，所以这种大体上的一致并不具有逻辑上的精确性。

传统法学理论认为，“从认识论角度出发，……应用法学……其内容包括国际法和国内法以及这种法律的制定、解释和实施”。^{〔5〕}这里与立法、释法平行使用的概念是“实施”，而法律实施是包涵了法律适用（司

〔1〕 本文所说的法学，取其狭义，特指应用法学。参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第91页以下。

〔2〕 周旺生：《立法学的体系构成》，《法学研究》1995年第2期。

〔3〕 张文显：《法理学》，高等教育出版社2003年版，第4页。

〔4〕 胡建森：《法律适用学》，浙江大学出版社2010年版，前言第1页。

〔5〕 沈宗灵：《法理学》，北京大学出版社2003年版，第6页。

法)、行政执法(执法)、法律遵守(守法)三个概念三个方面内容的与立法、释法同位阶的概念,^[6]故相较前述观点而言,这种表述更为准确地描述了法律“生命周期”经历的“过程三部曲”——制定过程、解释过程、实施过程。当然地,与这“过程三部曲”相匹配的三个法学基本概念或者叫基本范畴就是法律制定(立法)、法律解释(释法)、法律实施(施法)。围绕这三个基本概念,已经建立的系统学说有立法学、法解释学,而施法学(法律实施学)则尚付阙如,一直未有动静,这直接影响了法学学问体系的逻辑完整性。

法治社会的建立呼唤对法律实施展开全面深入的研究。不仅是法律实务工作部门要研究法律实施,全社会的各个层面、乃至每一个人都必须参加到法律实施的学习和研究中来,法治方有可能实现。西方法律学者认为,法治实现有两个条件:一是有好的立法;二是好的立法得到严格的实施。^[7]并且,“如果包含在法律规则部分中的‘应然’内容仍停留在纸上,而并不对人的行为产生影响,那么法律只是一个神话,而非现实。另一方面,如果私人与政府官员的所作所为不受符合社会需要的行为规则、原则或准则的指导,那么社会中的统治力量就是专制而不是法律。因此,规范性制度的存在以及对该规范性制度的严格遵守,乃是社会中推行法治所必须依凭的一个不可或缺的前提条件。”^[8]

《中国特色社会主义法律体系》白皮书(2011年10月27日国务院新闻办公室发布)指出:“法律的生命在于实施。中国特色社会主义法律体系的形成,总体上解决了有法可依的问题,对有法必依、执法必严、违法必究提出了更为突出、更加紧迫的要求。中国将积极采取有效措施,切实保障宪法和法律的有效实施,加快推进依法治国、建设社会主义法治国家进程。”^[9]这清楚表明,现实的国家法治建设进入了一个新的阶段,在这个阶段,法学学术研究者不得不花大力气研究法律实施的全部问题,以实现“有法必依”“执法必严”“违法必究”这三个标志法治建设走向成熟

[6] 参见引[5],沈宗灵书,第321页。

[7] 参见【古希腊】亚里斯多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

[8] 【美】博登海默:《法理学》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第239页。

[9] 转引自刘作翔:《法律与社会论丛》(第一卷),社会科学文献出版社2012年版,第5页。