

# 现代法律适用问题研究

杨建崇 著

吉林人民出版社

## 前 言

我国宪法规定，中华人民共和国实行依法治国，国家维护社会主义法制的统一和尊严。加强法律适用是人民法院维护社会主义法制统一的重点环节和关键所在。加强法律适用是促进社会公平正义的必然要求。人民法院通过强化法律适用，推动司法标准和裁判尺度统一，将法律公正、高效地适用于每一位诉讼当事人，从而实现法律面前人人平等，有效推动司法价值的实现，促进社会公平正义，维护社会和谐稳定。

加强法律适用是推进国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。人民法院在行使国家审判权的过程中，通过加强法律适用，有利于实现法律秩序的稳定性和可预见性，从而有效发挥法律维护社会秩序的重要功能，推动法治国家、法治政府、法治社会的建设，推进国家治理体系和治理能力现代化。加强法律适用是落实司法责任制的必然要求。加强法律适用，有助于确保不同审判组织对类似案件做出类似处理，促进新型审判权运行机制的健全完善，保障司法责任的全面落实。由此可见，进一步加强法律适用研究，对于全面落实司法责任制、规范法官自由裁量权行使、提高司法公信力、维护司法权威等具有重要意义。加强法律适用是贯彻社会主义法制统一原则的必然要求。

鉴于此，笔者撰写了《现代法律适用问题研究》一书。本书共有七章。第一章对法律适用的内涵进行了解读，内容包括法律概念的一般释义、法律适用的定义及步骤以及法律适用的合法性；第二章论述了法律适用的理念、原则与思维方式；第三章阐述了法律适用中的逻辑，内容包括法律适用与逻辑的关系、法律推理的一般释义以及法律推理的基本形式；第四章对行政诉讼的法律适用进行了系统的研究，内容包括行政诉讼法律适用的特征与方法、流程、基本原则、冲突解决以及不同类型行政案件的法律适用；第五章论述了刑法的法律适用相关研究，内容包括刑法的法律适用方法、刑法总则

的适用(以一人公司单位犯罪主体资格的认定为例)、刑法分则的适用(非法经营同类营业罪的司法认定);第六章阐述了民事法律适用的相关研究,内容包括民事法律适用的方法、民事诉讼诚实信用原则的法律适用以及不同类型民事案件的法律适用;第七章阐述了商业案件的法律适用研究,内容包括商业合同纠纷案件、财产保险合同纠纷案件以及破产案件的法律适用的相关研究。

本书总结了审判实践中的经验,对进一步提升公安人员、检察人员、审判人员、律师等法律职业群体的司法能力提供了有价值的参考。

笔者在撰写的过程中借鉴了许多前辈的研究成果,再次表示衷心的感谢!同时,也恳请专家与学者为本书提出宝贵意见和建议!

作者

2019年9月

# 目 录

<b>第一章 法律适用的内涵解读</b> .....	1
第一节 法律概念的一般释义 .....	3
第二节 法律适用的定义及步骤 .....	7
第三节 法律适用的基本方法 .....	14
<b>第二章 法律适用的基础理论</b> .....	27
第一节 法律适用的文化背景及价值目标 .....	29
第二节 法律适用的原则 .....	32
第三节 法律适用的思维方式 .....	37
第四节 法律适用中的逻辑 .....	40
<b>第三章 行政诉讼的法律适用研究</b> .....	53
第一节 行政诉讼法律适用的特征与方法 .....	55
第二节 行政诉讼法律适用的流程 .....	59
第三节 不同类型行政案件的法律适用 .....	67
<b>第四章 刑法的法律适用研究</b> .....	77
第一节 刑法的法律适用方法 .....	79
第二节 刑法总则适用	
——以一人公司单位犯罪主体资格的认定为 例 .....	86

第三节 刑法分则适用——非法经营同类营业罪的司法认定 .....	94
第五章 民事法律适用研究 .....	101
第一节 民事法律适用的方法 .....	103
第二节 民事诉讼诚实信用原则的法律适用 .....	106
第三节 不同类型民事案件的法律适用 .....	112
第六章 商业案件的法律适用研究 .....	127
第一节 财产保险合同纠纷的法律适用 .....	129
第二节 破产案件的法律适用 .....	135
结束语 .....	141
参考文献 .....	143

# 第一章

## 法律适用的内涵解读





## 第一节 法律概念的一般释义

法律概念在人类法律思维和法律实践中有着极为重要的意义。概念是人们反映对象所采取的一种认识形式，作为概念的一种，法律概念是通过对各种法律现象进行概括，抽象出它们的共同特征而形成的，它既是人们认识成果的总结，又是法律思维和法律实践的出发点和工具。<sup>①</sup>

研究法律概念，实际上已经深入到法律内部微观层次上对法律进行研究。但鉴于本书是以法律适用中的法律推理为主要研究对象，不可能代替各个部门法学去研究一个个具体法律概念的内容；本书只是围绕法律概念的内涵和外延对法律概念做一些探索，目的在于为法律的制定和实施，特别是为进一步研究法律适用中的法律推理奠定具有方法论意义的基础。

### 一、法律概念的特征

“法律概念”一词，在国内外的著述中并不都是本书所指的意义。例如，在美国法理学家霍菲尔德（W.N.Hohfeld）那里，指的就是法学领域内的基本范畴，如“权利”“义务”等；而在英国法学家哈特（H.L.A.Hart）那里，指的则是“‘法律’这个对象是什么”的意义，他认为“法律是第一性规则和第二性规则的结合”，这就是他对法律的认识，也是他的法律观。而在通常情况下，“法律概念”一词表达的是逻辑意义下的概念，大多数的法学著述正是在这个意义下使用该词，本书也是如此。

毫无疑问，法律概念也是概念，两者是个别与一般的关系，一般概念所具有的特征，法律概念同样具有。然而，有法律概念就有非法律概念。那么，法律概念区别于非法律概念的特征是什么呢？我们认为是它的法律性，这种法律性至少突出地表现在如下几方面：

---

<sup>①</sup> [美]博登海默·法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1987.

### (一) 从其表现方式看

从其表现方式看，它必须是存在于一定的法律制度下的法律规范中，亦即它是现实的而非历史的，是具体的而非抽象的。如果一个概念没有进入法律规范领域，它就不是法律概念。这一点反映了法律概念的相对性，即法律概念总是相对于一定的法律制度的法律规范而言的。凡在一个法律制度中加以确认的概念，便是这个制度下的法律概念，否则便不是该制度下的法律概念。从概念的动态角度看，即使在同一法律制度下，有时一个概念在一定时期内是一个法律概念，但在另一时期内却不是一个法律概念。

### (二) 从法律概念反映的对象来看

从法律概念反映的对象来看，它反映的对象必须是法律所调整的，亦即具有法律意义的人、事、物及其行为或关系的概念。

例如，“盗窃罪”“紧急避险”“侵权”等行为概念；“自然人”“个体工商户”“诉讼参与人”等主体概念；“标的”“共有财产”等有关物的概念，都是法律概念。如果一个概念不是法律所调整的对象，亦即不具法律意义的概念，便不是法律概念。

### (三) 从法律概念所反映的实质内容来看

从法律概念所反映的实质内容来看，它反映的是法律所调整的对象的特有属性，而非偶有属性。因为特有属性一方面具有将反映的对象与其他对象区别开来的功能，另一方面具有将相同属性的对象归于同类的功能，而偶有属性却不能起到这样的作用。人类社会的行为及其相关事物在客观上有一个显著的特点，即以极度复杂性而混杂在一起，法律概念通过反映其特有属性，可以将那些表面上相同而实质上不同的行为或事物区别开来，并把那些表面上不同而实质上相同的行为或事物归于同类。这样，法律概念“就为统一地和一致地调整或处理相同或基本相同的现象奠定了基础”。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> [美]博登海默·法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1987.

#### (四) 从法律适用的角度看

从法律适用的角度看，法律概念具有权威性。法律是靠国家强制力保证实施的，作为法律基本要素的法律概念，其内涵和外延通常具有明确的规定，任何人不得随意改变。

为了更准确地把握法律概念，我们认为有必要在此说明法律概念与法学概念的区别与联系。

所谓法学概念，是主要指人们在法学理论研究、法学教育、法理解释(学理解释)、立法建议中所使用的概念，例如“成文法系”“对世权”等。它与法律概念的区别正在于：它不具有法律性及其前述的各种表现性质，属于非法律概念。但是，两者之间因为可以相互转化因而具有紧密联系，一方面，法学概念一经立法者所采纳，进入一定的法律规范中，并作为法律所调整的对象，此时它便转化为法律概念；另一方面，法律概念也可以转化为法学概念。当某一概念所反映的对象不再是法律调整的对象时，它就转化为法学概念。从法学研究的目的来看，法学家们的一个重要工作就是根据社会现实的客观情况，促使一个法学概念(或法律概念)转化为一个法律概念(或法学概念)。两者的关系还体现在语词方面，有些语词既可以表达法律概念，也可以表达法学概念。如，作为法学研究中出现的“发明”与作为法律规范中的“发明”就是两个不同的概念，但语词相同。然而，我们却不能将两者混为一谈。

## 二、法律概念的功能

与一般概念一样，法律概念具有认识和表达方面的功能。这些功能实际上在前面的叙述中已有涉及。在此，我们若从实现法律价值的角度来考察，可以说其功能主要体现在如下三个方面：

### (一) 保障法律的安全性、稳定性和可预测性的功能

一般地讲，除了有意使用模糊概念，为法官适用法律留下自由裁量的空间这种情形外，为了实现法律的安全性、稳定性和可预测性，立法者总是要求法律概念具有高度的确定性。由此，立法者往往在法律文件中使用定义

性规范，或通过司法解释，对法律概念加以精确界定，这种情况下的法律概念含义清晰、范围确定。事实上，绝大部分法律概念都具有相当程度的确定性，又由于法律不能朝令夕改，出现在法律规范中的法律概念的含义往往在较长时期内保持其稳定，这就有利于人们对法律概念的理解形成共识，进而使得法律具有安全性、稳定性和预测性。人们正是依据已知的与该行为相应的法律概念包含的内容，才能预测实施或不实施该行为具有何种法律后果等。所以，法律概念十分有利于保障法律的安全性、稳定性和可预测性。

## （二）承载和储存立法者意旨和价值观的功能

从深层次看，法律概念总是体现了立法者的意旨和一定的价值取向。例如，“有限股份公司”被法律所承认，意味着立法者对这种现代商品经济的企业制度的承认，是对这种形式的实体在经济发展中的积极意义的一种肯定，这是社会进步的表现，体现了这些现代国家对“法律面前人人平等”的价值观。法律概念的这一功能决定了我们在理解和把握法律概念时，特别是在概念文义不明，或有争议的情况下，不能拘泥于“白纸黑字”的规定而简单地接受，以了解其字面含义为满足，而应当更深入地把握其背后所隐藏的立法者欲实现的目的、意旨和价值取向。如“限制行为能力人”，如果仅仅从法律规定的字面意义理解，不把握该概念的价值理由、意义和原因，必然难以使法律对“限制行为能力人”规定的价值目的的全面实现。法律之所以对“限制行为能力人”做出规定，其深层意义是对该类人的意志自由本质的价值追求，体现在民事活动中，一方面，是为了保护未成熟理智者的利益，使其不因自己的轻率行为蒙受损失；另一方面，是为了实现公平交易秩序的目的，将未成熟理智者排除在其能力不能承担的民事行为之外，以免其误入而不能承担责任的状况发生，影响与其发生法律关系的人的利益。如果在法律适用时不考虑上述价值含义，在某些情况下就可能使判决结论与其法律欲实现的目的相悖。我国是制定法国家，法律概念文义不明的情形时有发生，法律适用中解决这些问题的主要途径，就是对法律概念背后的立法意旨、欲实现的目的和价值取向的把握。

### (三) 认识和评价法律事实的功能

法律概念是出现在法律规范中的,用以指称那些法律规范调整的对象的概念。然而,立法者制定的法律规范本身并不是立法者的目的,其真正目的是通过法律适用以维护一定的社会秩序,并实现一定的社会理想。而法律适用是具有主观能动性的人的活动,在这一过程中,法律适用的主体必然要进行法律判断和法律推理,其中又不能不以法律概念为工具。<sup>①</sup>

### (四) 具有提高法律思维效率的功能

由于法律概念的权威性,使得法律概念的内涵与外延具有不可更改性,并且其中所承载的立法者的意旨和价值取向,可以形成社会共识,在法律适用中,能被人们反复适用。例如,当司法人员考虑某人、某一行为,或某一物品能否归入某一法律规范中的法律概念时,如果该概念的文义明确,一般情况下他无须考虑该概念的立法目的、宗旨以及蕴涵的价值取向而做出判决。<sup>②</sup>

## 第二节 法律适用的定义及步骤

对概念的梳理与澄清往往是法学研究的前提。<sup>③</sup>本书提出“法律适用”的概念,就是为了揭示法律适用活动的本质属性和基本要素,从而为法律适用学的研究界定一个明确的研究范围和理论框架。因此,下文中关于法律适用概念的论述就是关于法律适用本质及其要素的提炼及展开。

### 一、“法律适用”的概念

法律适用的概念,是指以法律适用的语言义为基础,能充分表达法律适用作为法学术语的理论本质和特征的语言提炼。法律适用与其他相关的法

<sup>①</sup> 张文显.法学基本范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,1993.

<sup>②</sup> 黄笈荣.法学方法与现代民法[M].北京:法律出版社,2007.

<sup>③</sup> [美]布赖恩·比克斯.法理学——理论与语境[M].邱昭继,译.北京:法律出版社,2008.

学概念辨析如下：

### （一）法律适用与法律实施、法律实现

关于法律实施与法律实现两个概念的区分，我国法学界还没有达成共识。<sup>①</sup>笔者认为，法律实施与法律实现的区分在于“施”与“现”两个字的区别。“施”表明一种动作，而“现”则更多的是一种状态。因此，法律实现应该理解为法律实施这种活动的目标，即法律实施就是为了促进法律实现。

从这个意义上看，法律实施与法律实现的本质是一样的，都是表明法律从应然到实然的转化，只不过法律实施更强调这种转化的过程，而法律实现则强调这种转化的结果。法律适用是从一般到个别的转化，这也是法律适用与法律实施、法律实现区分的关键。

### （二）法律适用与法律执行

法律适用与法律执行的区别在于，法律适用是一种思维活动，而法律执行则强调行动：根据早期的法学文献分析，至少在17世纪，法律执行主要是指对法院判决的执行。如果将法院的判决视为一种思维活动的话，法律执行的就是实现法院判决的行动。后来广义上的法律执行被划分为司法权与行政权后，法律执行主要指行政活动，在英语中行政部门又被称为“Executive Branch”即为此理。可见，法律执行所强调的重点仍然是行动而不是判断。法律适用是法律执行中的前提，法律执行则是执行法律适用的思维结论。

### （三）法律适用与法律推论

在美国法中，“法律适用”属于外来的法学术语，美国对于将一般的法律适用于个别的法律事实的过程称为“法定推理”，国内译为“法律推论”或“法律推理”。法律适用比法律推论范围更广，因为法律推论主要涉及对法律争议的处理，是两造对抗程序中中立的裁判者进行法律适用的活动，不包括立法机关与行政机关在其立法和行政活动中的法律适用。

<sup>①</sup> [德] 马克思，恩格斯. 马克思恩格斯全集 [M]. 北京：人民出版社，1955.

## 二、“法律适用”的法学内涵

概念是思维的起点，而作为法学概念，深入理解“法律适用”的本质必须探求其背后的法学内涵。

(1) 有法律就必然有法律适用。不论法律的本质是神意、理性还是公意，法律都是一种应然的规范、原则或命令。<sup>①</sup>既然法治包含双重含义，即“已成立的法律获得了普遍的服从，而大家服从的法律又应当是良好的法律”，<sup>②</sup>那么属于应然范畴的法律就必然要在社会生活中得以实现，尽可能地使其自身的有效性转化为实效性，使其成为全体社会成员的实际行为准则，这也是民主与法治的必然要求。法律的实效性并非指法律在一般意义上被承认为合法，而是意味着具体的社会事实在满足法律预设的一般事实构成的要求时能够发生具体的法律结果，并且这种法律结果所确定的权利义务关系得到实际的履行。因此，在这个从应然到实然的转化过程中存在一个矛盾，就是法律一般性与社会现实个别性的矛盾。

(2) 法律具有一般性，这是法律之所以成为法律的本质属性之一。所谓法律的一般性，根据福勒的界定，是指法律必须客观地运作，必须适用一般性的阶层并且不能包含专门针对某些人的内容。<sup>③</sup>从法律自身的属性来看，法律被认为是公意的体现，所以法律的内容必须是针对普遍的公民而不是个别的公民或者阶层。如果法律不是对普遍利益的一般性安排而是直接有利于特定的社会阶层，那么立法机关早晚会沦为多数选民或受到操纵的多数选民的工具体，进而成为自由社会的终结者。法律的一般性属于法律的本质属性之一，以至于如果法律丧失了一般性，法律就不称之为法。

(3) 法律具有一般性，而法所作用的社会现实却由鲜活的个别性事态所组成。法律的实效性首先就意味着法律必须成为具体的社会争议以及社会问题解决的标准，而这首先就要求一般性的法律被个别化以适应个别的社会事实，否则法律就会逐渐失去其在具体社会事实中的权威，进而沦为一纸空文。一般性的法律必须在具有个别性的社会现实中得以应用，否则法律的有

<sup>①</sup> [奥]凯尔森，沈宗灵．法与国家的一般理论[M]．北京：中国大百科全书出版社，1996．

<sup>②</sup> [古罗马]亚里士多德，吴寿彭．政治学[M]．北京：商务印书馆，1983．

<sup>③</sup> [美]富勒，郑戈．法律的道德性[M]．北京：商务印书馆，2005．

效性就无法维持。尽管法律的有效性与其在社会现实中的实效性并不是直接的对应关系，法律在社会个别事件中的失效并不影响法律作为一种应然秩序的有效性。但是，如果法律作为一个整体无法在社会现实中得以实现，那么法律秩序的有效性也就丧失了根基。因此，法律的一般性与法律调整对象的个别性之间的矛盾必须得以解决，这个矛盾化解的过程就是法律从一般到个别的适用过程，即法律适用。因此，法律适用的法学内涵即一般的法律在个别情况中的应用。

### 三、法律适用及其种类

#### (一) 法律适用的概念与特征

法律适用有广义、狭义之分。广义的法律适用是指国家司法机关和国家授权的行政机关及其公职人员，依照其法定职权范围，通过法定程序将一般性的、普遍的法律规范运用到具体的社会生活情况的专门活动。狭义的法律适用则专指国家司法机关(包括具有部分司法权的准司法机关)及其公职人员在法定职权范围内，依照法定程序运用法律审理具体案件的活动，通称为司法。本书采用狭义说，主要指审判机关以及法官在审理具体案件中适用法律规定的活动。

完整的司法活动至少包括以下几个阶段：①调查、分析并确认案件事实；②查明、选择并援用法律规范；③决定司法结论；④形成并制作司法文书；⑤执行司法裁决(即裁定、判决或其他决定)。而前三个阶段则是法律适用的基本阶段。

法律适用具有如下一些特征：

第一，法律适用具有专门性和权威性的特征。法律适用是国家的特定机关及其公职人员按照法定职权实施法律的专门活动，其他任何组织和个人都不得从事司法活动。正是法律适用的专门性确立了法律适用的权威性。

第二，法律适用具有程序性和严肃性的特征。法律适用具有严格的程序，包括法律适用活动的时间(如时序、时效、期限等)、空间关系和活动方式(如审理必须在法庭、一般应公开进行等)等方面都有法定程序，从而体现了法律适用是一种非常严肃和程序化的活动。

第三,法律适用还具有强制性的特征。法律具有普遍的强制性和拘束力,而法律适用活动是凭借国家权力按照法律授权而进行的专门活动,因而法律适用活动也具有强制性。

## (二) 法律适用的种类

按不同标准可以对法律适用进行不同的分类:

(1) 根据法律适用主体不同,法律适用可以分为司法适用、行政适用和仲裁适用。司法适用是司法机关(法院和检察院)将普遍的法律规范运用到待决案件从而得出具体案件裁决结论的活动。行政适用是指行政机关(如公安机关、工商、税务、海关等)依法执行有关法律法规的专门活动。仲裁适用则是指仲裁机关运用法律规范解决具体的民事合同纠纷的活动。

(2) 根据法律适用活动的分工以及所适用的法律规范所属部门法的不同,法律适用可分为民事法律适用、刑事法律适用和行政法律适用。所谓民事法律适用就是指审判机关将民事实体法和民事程序法规范运用于具体社会生活情况中,从而解决两造当事人之间民事纠纷的活动。刑事法律适用就是指司法机关将刑事实体法和刑事程序法规范运用于具体刑事案件从而得出案件裁决结论的活动。而行政法律适用则是指司法机关在审理行政诉讼案件中具体适用法律的活动。

(3) 根据适用依据对法律适用的作用程度不同,可将法律适用分为直接适用和间接适用。所谓直接适用是指有明确的法律规范作为适用依据,适用主体直接援用法律规范进行适用的活动。而间接适用则是指无明确的法律规范作为依据的情况下,适用主体必须间接援用其他规范或法律原则、立法精神以及法律价值理由等作为依据而进行适用的活动。<sup>①</sup>如类推适用就属于间接适用。此外,根据法律适用依据的复杂程度不同,法律适用还可以分为简单适用和复杂适用;根据适用主体对适用依据的态度不同,则可以分为严格规则适用(羁束适用)和自由裁量适用(自由适用)。

## 四、行政法律适用与行政诉讼法律适用

在行政法中,法律适用包括行政程序中的法律适用和行政诉讼程序中

<sup>①</sup> 孙笑侠. 法的现象和观念[M]. 北京: 群众出版社, 1995.

的法律适用两种。这两种法律适用,在一般情况下不会发生联系。但是,如果因行政争议而引发诉讼,行政诉讼中的法律适用将是对行政程序的法律适用进行审查的过程。也就是说,在行政诉讼的情况下,司法适用过程事实上是对行政行为的法律适用过程的审查。

### (一) 行政法律适用

在法治国家中,行政行为和司法行为实质上都是适用法律的行为,它们确立了法律在具体事件中的作用。行政机关必须依据法律实施行政,法院必须依据法律审查行政行为的合法性,因此法律适用是把行政与立法、行政与司法联系起来的纽带。正如奥托·迈耶所指出的那样,“法律预先为各种情况确定了完整的、对于这种情况正当的决定。法院还需要做的,只是确定法律的这种一致性并予以正式宣布。这就是法院对法律的适用。行政与法律的关系也基本与此相同。”<sup>①</sup> 行政机关适用法律,法院同样再次适用行政机关适用过的法律,并以此来检验行政机关是否正确适用了法律。行政行为的法律效力处于撤销保留之下,一旦法院认为行政行为违法,就予以撤销。虽然法院的审查是被动的,必须在原告的要求下进行,但是这种威慑力促使行政机关保证其行为的合法性。

法律适用包括对于事实问题和法律问题的两个元素,所以法律在授权行政机关采取行动时,总是同时规定行政行为必须具备的法律基础和事实基础。任何行政行为都建筑在行政机关对该行为的法律结论和事实裁定的基础上,所以法院主要针对这两个问题进行审查。然而,行政机关不能简单地列举证据事实和法律结论,而必须将其关于事实的裁定和法律的结论,通过一系列的推理过程,联系到其所采取的决定,详细说明做出这个决定的理由。法院审查行政机关就其证据事实和法律结论引申出来支持其做出决定的推理过程是否符合逻辑,实际上是否可能。只有通过法律适用的几个过程加以审查,才能判定行政行为的合法性问题。

### (二) 行政机关的法律适用和法院的法律适用的不同

行政机关的法律适用和法院的法律适用,虽然具有同样的逻辑结构,

<sup>①</sup> [德]奥托·迈耶,刘飞.德国行政法[M].北京:商务印书馆,2002.