



SIFA

ZHIXUE YU CAIPAN FANGFA

司法哲学与 裁判方法

孔祥俊◎著

在裁判的方向模糊不清时，在相互冲突的裁判结论难以取舍时，总会自觉不自觉地寻找司法哲学的支援，在司法哲学的导引下豁然开朗和觅得路径。司法哲学是一种形而上的理念、意识或者思想，是司法中的“道”。它如影附形地融会于法律适用的过程之中，成为法律适用的灵魂和主导。

人民法院出版社



SIFA

ZHIXUE YU CAIPAN FANGFA

司法哲学与 裁判方法

孔祥俊◎著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法哲学与裁判方法/孔祥俊著. —北京:人民法院出版社,2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0135 - 5

I. ①司… II. ①孔… III. ①司法 - 法哲学 - 研究②审判 - 方法
IV. ①D916②D915. 182. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 182243 号

司法哲学与裁判方法

孔祥俊 著

责任编辑 钱小红
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)67550520(责任编辑) 67550516(出版部)
67550551 67550558(发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数 356 千字
印 张 24. 125
版 次 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0135 - 5
定 价 58. 00 元

版权所有 侵权必究

前 言

本书既有对司法理念和法律方法的一般阐述，又结合实例对于法律方法的具体运用进行了实证分析。为体现层次性，本书特分为上、下两编。上编为“司法哲学、司法理念与裁判方法”，下编为“法律方法的实证分析”。

作为现职法官，我对于法律方法的研究都是源于实践和立足于实践，有触手可及的实践素材，有参与其中的身体力行，有殚精竭虑的探索追寻，最不喜欢的当然是纸上谈兵和“空对空”。我作为法律方法的一名实践者，在日常工作中经常以所理解和掌握的法律方法解决裁判中的疑难复杂问题，本书用以实证分析的实例几乎都是我亲历甚至亲为的，读者可以从中看到我所讲述的法律方法在实践中的真实运用。这种作为真枪真刀在使用的法律方法，是活生生的现实而不是空谈和教条。借此机会，我再谈一谈对于法律方法的一些基本认识。

一、实践哲学与实践智慧

先贤亚里士多德曾经提出过实践智慧（Phronesis）概念，指的是针对经常变化不定的对象的具体操作知识，而实践哲学则是理论性的反思哲学。如哲学家伽达默尔在其《真理与方法》中所说，实践哲学所教导的“并不是去解释和决定某种具体实践情景的实际操作知识，而是促成关于人的行为及其‘政治’此在形式的‘一般’知识”。在伽达默尔看来，实践哲学应具有理论和实践两种品性。作为理论，它就不仅仅是一门实践的操作知识，而更应是一种理论科学，但作为实践，这门理论应有具体的经验条件形式。他认为，“实践哲学并不像语法学或修辞学作为一种技艺学那样是对人类社会实践的规则知识，毋宁说它是对此类知识的反思，从而最终是‘一般

的’和‘理论的’知识。另一方面，学说和讲话在这里处于一种特有的条件之中，因为所有道德哲学的知识以及相应的所有一般国家学说，均与特殊的学习者的经验条件相联系。亚里士多德完全承认，只有当学生已经成熟得足以把一般的话语以独立的责任感运用到他们生活经验的具体环境之中，则这种关于每个人最独特的具体实践的‘一般话语’才是正当的。因此，实践的科学虽然也许是一种‘一般的’知识，但这种知识与其说是制造的知识，倒不如说是一种评判。”^①

法律方法既属于实践哲学范畴，又可以归入实践智慧之列。它既涉及司法（执法）活动的一般知识和理念，涉及对于司法活动的一般反思，涉及超越具体方法和技巧的哲学层面，同时又具有鲜明的实践理性和实践色彩，涉及面对变化不定的司法对象的具体操作技巧和知识，涉及寻找和适用解决具体法律问题的方法的实用层面。它是实践哲学与实践智慧的有机整体，既处理法律适用的具体现实问题，又解决法律适用的更根本和更理念化的哲学问题。法律方法的哲学性，使其能够在法律体系中具有基础地位，能够升华司法活动的理性层次，同时又表明了司法活动中哲学思维的重要性。司法活动毕竟是以解决法律纠纷为己任的，法律方法归根结底都是为了在解决纠纷中保障法律更好地实施，而法律纠纷及其涉及的法律问题又是纷繁复杂和变化多端的，面对形形色色的个案、变动不居的关系、难以调和的利益和各种焦虑渴求，面对这些变化不定的对象，司法活动必须有实践智慧，因而法律方法必须以实践智慧为重要内容。实践哲学可以构成法律方法的灵魂精神，实践智慧则构成法律方法的本体内容。

法律方法，尤其是其中的理念内涵，大体上都属于“大道”、“大智”之类的东西。在具体对号入座时，往往显得不具体不直接，但其具有根本性的意义和作用。如老子所说：“天下皆谓我大，大而不肖。夫唯不肖，故能大。若肖，久矣其细也夫！”这就是说，天下都说我的道大，大到不像任何具体东西，所以才能大。如果像任何

^① 洪汉鼎：《解释学译丛序》，参见[加拿大]让·格朗丹：《哲学解释学导论》，商务印书馆2009年版，“解释学译丛序”第2页。

具体东西，早就渺小了。当然，法律和司法毕竟是以追求公平正义为目标的，法律方法不过是追求公平正义的路径和手段，其具体运用必须有助于实现公平正义的目标。

智慧具有多面性，既有回顾性又有前瞻性，既有理论性又有实践性，既有内在性又有外在性，既有共性又有个性，既有历史性又有现实性，既有应用性又有理论性。智慧的魅力在于，理论能用于指导实践，实践也能上升为理论。智慧既有能动性又有创造性，能够同时将理论与实践结合为一个相互作用的整体，从而能够对事物给予全面的洞察和深刻的预见。^①作为实践哲学和实践智慧的法律方法论亦然。法律方法同样具有智慧的上述特质。当然，但凡归入实践智慧的东西，都不是能够轻而易举地把握和运用的。之所以围绕法律的适用产生了如此发达繁杂的法律方法论，足以说明司法的选择和判断并非易事。英国作家 D. H. 劳伦斯曾说：“智慧是件苦事，就像出席一次永久的葬礼。”不论这种说法是否言过其实，至少形象地说明寻求和把握智慧是件苦差事。就像有人所说的，莎士比亚笔下的哈姆雷特，“是生还是死？”这是一个两难问题，最好还是留给法官。^②当然，面对各种疑难复杂问题，尽管劳心费神，但司法却责无旁贷和永不退缩。我们研究法律方法，就是为了更好地增进司法智慧，使我们适用法律时更有见识、更富有技巧和取得更好的效果。

二、法治成熟程度的重要标尺

近年来，无论理论界还是实务界，法律方法的研究很受关注，各种著作不断涌现。这归根结底是因为法律的实施越来越重要，越来越引人注目。这是我国法治发展历史的必然进程。因为，法律的不完善是永恒的和绝对的，完善只是暂时的和相对的。对于法律的不完善，迄今我们主要是通过修改法律来解决，在业界甚至养成了言必称修法的惯性或者习惯。在中国特色社会主义法律体系基本建

^① 参见成中英：《什么是智慧》，载成中英、冯俊主编：《康德与中国哲学智慧》，中国人民大学出版社2009年版，第235页。

^② 参见朱伟一：《法律与智慧》，载《法制日报》2010年3月31日。

成之际^①，我国各个部门法以及各部门法的基本原则和规则都已确立，法律制度框架已经形成，我们应当更加重视法律的稳定性和安定性，注意维护法律的严肃性和权威性，注意树立执法者（包括行政执法者和法官）的威信和提高其适用能力，法律的频繁修改，在很大程度上会与这种目标相背离。法律修改只宜解决重大的、不修改就不能解决的问题，通过执法者的法律适用技术就可以解决的细节性问题，留给执法者解决即可，而无需动辄启动法律的修改。因此，我们需要更加重视保持法律的稳定性，更加重视法律的施行。在这种情况下，我们需要逐渐改变言必称修法的惯性思维，而更多地依靠法律适用中的不断调适，使法律不断完善，不断地与时俱进和适应现实需要。法律方法就是在这种形势和局面下日益彰显其重要性的。通过对于现行法律的恰当解释，或者对于法律漏洞的填补，使法律规定精确化和得到发展。^② 即便法律有不完善和漏洞空白之处，如果不到非修改不可的地步，只要通过恰当的法律解释或者法律续造能够解决问题，就无需通过修改法律解决，而放手让执法去调节。

而且，“法治”中的“法”固然以看得见、摸得着的成文法律为重要载体和表现形式，但并不以此为限。无论是我们大而言之厉行法治还是具体而言的司法裁判，所施行的“法”至少是由法治理念、法律制度和法律方法构成的制度体系。这是一个有机统一的系统，任何法律都是在这种体系之内进行的实际适用。作为受过法律专门训练的法官或者执法者，其自身掌握和累积的法理论、法理念和法经验，必然潜移默化地融入法律适用之中，成为法律推理的重要前提和根基。法律方法作为这一制度体系中的重要内容，它既

① 我国以宪法为核心，以法律为主干，包括行政法规、地方性法规等三个层次，宪法及宪法相关法、行政法、刑法、民商法、经济法、社会法、诉讼和非诉讼程序法等七个法律部门的中国特色社会主义法律体系已经基本形成。截至2010年4月底，我国现行有效法律有233部，国务院行政法规约680部，地方性法规近9000部。

② “在有法典化传统的法秩序中，同样存在法官法的成分，这尤其体现在司法性的法官续造当中。在诠释学上的手段使得对文本作出不同的解释成为可能，从而需要选择某一恰当的解释的场合，或者法律具有漏洞，因而需要予以补充的场合，司法性的法律续造可以使法得到发展和精确化。”[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第15页。

是法律适用稳定性、可预期性和科学性的必然要求，也是其重要保障。法律方法是联系法律职业共同体重要纽带，这种共同体只有形成共同的思维和方法，才能够在获取法律答案上具有趋同性，从而确保法律适用的稳定、可预期和科学。可以说，法律方法的科学和成熟程度，是法治发达程度的重要标志之一。我国当前日渐重视其研究和适用，恰恰是我国法治发展进步的一项重要标志。

法律方法反过来又可以促进法治的成熟和发达。以成熟的法律方法适用法律，可以确保法律解释和适用的科学和成熟，进而推动法治的完善和发达。我国目前的法律方法总体上尚不完善和发达，一些重要的法律适用理念和方法尚不被有关方面完全认同，恰恰说明了我国法治还有待于进一步成熟和发达。例如，按照《著作权法》规定，信息网络传播权中的信息网络传播是以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的传播方式，但随着技术的发展和网络服务方式的拓展，出现了互联网上的定时播放，即固定时间播放作品，公众在获得作品的时间选择上并无自由。定时播放涉及的著作权保护能否纳入网络传播权的保护范围，与《著作权法》规定的广播权、信息网络传播权以及兜底保护规定相关，究竟纳入哪一种保护范围，实践中产生了认识分歧，但最终大多选择兜底保护的规定。如此选择的重要思维方式是，《著作权法》对于信息网络传播权作出了明确的界定，定时播放显然不符合其所界定的法律特征，因而纳入其保护范围不符合法律规定的文义。在不符合文义的情况下，法官不敢轻易地扩张其适用范围。即使觉得这样适用法律实质上是不合理的，也不敢贸然违背法律的字面含义行事，于是归入兜底条款便成了最保险的选择。甚至可以说，不少法官的自然思维是，只要与文义不合，压根不再考虑纳入其调整范围是否有实质上的合理性，而当然地将其从适用范围中排除出去。倘若法官的法律适用背离了文义，确实容易招来有关方面的质疑和反对。这种法律适用显然具有机械性，但常常是法官的无意识或者无奈。即使如此适用法律导致明显的不合理，或者说使法律暴露出明显的漏洞，法官或者有关方面也可能说，这是修改完善立法的事情，不属于法律适用所要考虑或者解决的问题。倘若我们的法律方法已很发达和成熟，其中的一些理念和方法为有关方面广

泛接受，就可能具有另外的思维和方法，如对于法律适用虽然符合文义，但存在明显不合理和不适当的情形，当然从实质合理性上把握法律，如通过限缩或者扩张适用等方式，克服法律自身的漏洞，也即不拘泥于形式上的考量，而在必要时进行实质性考量。法律修改毕竟不是一件容易的事情，有些问题也不是需要法律修改解决的，司法本身即具有调适法律适用的职能，社会对此也应当予以认同。诚如胡克教授所言：“一个法律定义并未真正确定某一术语的意义，它只是提供了一个起点。如果权衡理由支持了另一个意义，解释会毫不迟疑地偏离立法中的定义。”^① 就该事例而言，网上定时播放是否能够纳入网络传播权的范围，关键在于考量网络传播权的一系列特殊规范是否更适合调整它。我国为适应网络著作权保护的特殊性而建立了一整套特殊的规范体系，且网上定时播放毕竟是以网络为传播载体的，如果它更具有网络传播的特征和面临同样的保护问题，也即与交互式网络传播行为更为接近，更适合以相同的规范进行调整，或者说这套规范更适合调整它，即便在定义上不符合，也可以根据网络技术发展和网络服务拓展的实际，对于类似情形作类似处理，以扩张解释法律的方式实现法律适用的与时俱进。当然，如果没有这种必要，放在普通著作权保护范围就可以了，自然无需扩张法律。究竟有无如此必要，都是对于特殊情况进行实质性考量的结果，而不仅仅是法律文义的机械演绎。这恰恰是思维方式的根本差别所在。该事例说明，法律方法是否发达，对于法律适用方向具有重要影响。

三、在不确定性中寻求确定性

在法律适用中，我们更多遇到的是常规法律问题，这些问题都

① [比] 马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社 2008 年版，第 181 页。胡克教授举了比利时最高法院的一个判例。某人被指控开出了一张无备兑支票，他辩称该签发票据并非一张“支票”，因为它不符合支票法第 1 条定义中列举的所有条件：在它的支票上根本没有提到日期。最高法院认为：“刑罚裁判并不严格地受到 1961 年 3 月 1 日法案第 1 条和第 2 条所列的支票有效条件的约束。值得注意的是，支票发出日期和地点的遗漏并不必然能使签发无备兑支票逃避惩罚，因为该规定是基于保护公民、便利交易和保障商业安全之理由而形成的。因此，为了使非难合法地证成，将已签发票据视为一张通常所理解的支票就足够了。”

是可以在法律适用中对号入座的典型情况。它们既可以是法律已明确预设、能够与法律条文严丝合缝地对号的情况和问题，又可以是虽然法律规定未必明确，但通过经验累积和形成共识而已经解决的情形和问题。这些问题因为不存在法律适用上的困难而不具有方法论上的典型意义，不是我们研究的重点。正是由于这些大多数典型情况的存在，使得多数案件都有明确的裁判依据，也使得形式性^①、自治性^②、确定性、可预见性和稳定性成为法律适用的基本方面。我们花大力气进行研究的重点显然不是这些情形、问题和案件，而是那些尚无明确答案或者需要寻找答案的疑难复杂新类型问题，这些问题在对号入座上并非易事，但相对于拟适用的法律而言，它们属于非典型情况，要么无先例可循而存在法律对号上的疑问，要么对于是否属于法律规定的情形（所谓的是否为特定法律所涵摄）存有较大争论，要么发现了拟适用的法律本身存在漏洞。此时的法律适用具有不确定性，具有复杂的考量因素和适用过程，法律适用者具有较大的自由裁量空间。这些问题为法官创造性地发挥作用提供了机会和动力，这些案件的裁决也或多或少地对于未来产生影响。

例如，《反不正当竞争法》第5条第（3）项禁止“擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品”的行为，实践中出现了并不使用他人企业名称的全称，而只使用其中的字号，该字号当然是具有一定的知名度的，而企业名称中最具识别力之处往往是该字号部分。鉴于此类行为与擅自使用企业名称全称的行为在不正当竞争的属性上无异，最高人民法院在《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕2号）以拟制的方式扩张了《反不正当竞争法》上述规定的适用范围，将“具有一定市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号”，视为《反不正当竞争法》第5条第（3）项规定的企业名称。制定该司法解释的当时，对于实践中提出的企业名称或者企业的简称是否也同样视为企业名称进行保护，存在不同认识，故虽然解释的草稿中曾经写

① 按照字面含义或者条文的明确规定进行对号入座式的适用即可，无需对法条背后的东西作更多的实质性探讨。

② 这是指法律条文或者法律本身能够自给自足和左右逢源，无需寻求其他的裁判资源。

过将其视为企业名称，但最后还是未作规定，留待进一步研究解决。后来最高人民法院在审理山东山起重工有限公司与山东起重机厂有限公司不正当竞争纠纷案中，遇到了“山起”为山东起重机厂有限公司具有一定知名度的简称的保护问题，需要对企业简称是否按照企业名称进行保护予以表态。最高人民法院在征求有关方面意见的基础上，认为对于该问题的表态已经成熟，遂在驳回申请再审查裁定中指出：“对于具有一定市场知名度、为相关公众所熟知并已实际具有商号作用的企业或者企业名称的简称，可以视为企业名称。如果经过使用和公众认同，企业的特定简称已经为特定地域内的相关公众所认可，具有相应的市场知名度，与该企业建立起了稳定联系，已产生识别经营主体的商业标识意义，他人在后擅自使用该知名企业简称，足以使特定地域内的相关公众对在后使用者和在先企业之间发生市场主体上的混淆，进而将在后使用者提供的商品或者服务误认为在先企业提供的商品或者服务，造成市场混淆，在后使用者就会不恰当地利用在先企业的商誉，侵害在先企业的合法权益。此时反不正当竞争法第五条第（三）项对企业名称的保护的规定可以适用于保护该企业的特定简称。”^① 最高人民法院的业务指导性文件对此予以一般性认可，即“对于具有一定市场知名度、为相关公众所熟知、已实际具有商号作用的企业名称中的字号、企业或者企业名称的简称，视为企业名称并给予制止不正当竞争的保护”。^② 当前知识产权审判中又出现了新情况，即市场竞争中出现了使用他人企业名称字号的主要部分，对此是否应按照企业名称给予保护。至少从法理上讲，如果使用他人知名企业名称字号的主要部分具有与使用字号同样的混淆误认后果，不妨将其视为企业名称给予保护。可见，相对于法律明文规定的企业名称的保护而言，擅自使用企业名称全称的行为是其典型情况，可直接对号入座，而企业名称中的字号、企业或者企业名称的简称乃至字号的主要部分的保护问题，是法律适用中出现的非典型情况，对它们的认识和保护态度有一个逐

^① 参见最高人民法院（2008）民申字第758号民事裁定书（2009年4月27日）。

^② 最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》（法发〔2009〕23号）第10条。

渐明晰的过程，法院采取了摸着石头过河式的处理方式，逐渐扩展法律规定的适用范围，拓宽其适用边界，丰富其适用内涵。

显然，包括本书在内的法律方法都以这些问题为研究重点，但我们不能因此而得出所有法律适用都充满不确定性的结论，不是所有的法律适用问题都玄而又玄和不可捉摸。

的确，有人读到我对法律适用中的困惑不解、左右为难等感觉和感叹的描述时，读到诸如此类的法律适用的不确定、自由性和裁量任意性时，特别是强调各种效果的统一或者结果取向的司法时，曾问我这种描述是否会使人产生法官裁判过于随意、不靠谱等印象，甚至是否存在法律虚无的倾向或者走向法律虚无主义，因为法官对于法律竟然是这种感觉和不确定，法律适用中竟有如此之多的不确定性。实际上，这种感觉恰恰针对的是这些疑难复杂的新情况，而不是常规的情形，读者切忌以偏概全地认为所有裁判都是如此。这种情况虽然对于职业的法律适用者而言具有重大意义，但毕竟在问题上属于少数，且多存在于层级较高的法律适用机构。这种情况的不可避免，乃是法律本身并非无所不能的结果，是法律有时不敷使用的无奈，是法治本身的局限性。但是，我们之所以花大力气研究和解决这些问题，就是为了尽力克服这种局限性，尽量规范自由裁量权的行使和防止任意性，尽量增强法律适用的确定性、客观性和合理性。

法律方法在很大程度上是为了解决这些不确定性而产生的，是力图通过科学理性的方法路径，使法律解释和漏洞填补等法律过程和结论具有最大限度的确定性，使形成共识具有最大的可能性。诚如有的学者所言，“方法是指这样一种路径，它以理性的，因而也是可检验和可控制的方式导向某一理论上或者实践上的认识，或导向对已有认识之界限的认识”。法律方法是一种“旨在实现对法律规范进行理性的，可控制的解释、续造和补充的思想路径。通过这些思想路径，应能使一项法律在理性的考量当中获得尽可能多的确定性，并使法律的解释以及漏洞的填补得以在理性的论辩当中进行”。^① 法

^① [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，中文版“序”第1~2页。

律方法是联系法律人和法律职业共同体的重要纽带，法律方法的发达能够确保法律人易于获得法律上的共识，减少法律适用中的分歧，增强法律适用的确定性和可预见性。

四、以专业化的语言探讨专业问题

对于本书以专业化的言辞表达的感悟和现象，不宜简单地根据日常生活理解来衡量，如本书所谓的法律适用的“试错性”，不是说拿人家生命财产的生杀予夺随随便便地试来试去，而表达了法律适用过程中的尝试性，反映了认识的局限性和渐进性，这是符合辩证唯物主义认识论原理的。再如，本书讲到法律适用中的踌躇难决，法官经常需要在旗鼓相当的选项之间进行选择，外行人可能对于法官的这种决策过程和方式感到诧异和不解，其实这在司法裁决中屡见不鲜，相信法官同仁都有这样的感悟。这是一种事实，也符合我们的日常生活经验，只是我们研究法律方法时把它说出来了。这种感觉是一种高度专业性的体验和感受，不能从一般的日常生活意义上进行理解和评价。

当然，上面所说的只是一个表象和浅层认识，法律方法还具有更多更广泛的深层意蕴。例如，由于受我国法治发达程度的限制，不少人（当然更多的是非法律人）认为，解释法律是立法机关的事情，法院不能解释法律。即便是在法律人当中，不少人对于司法能否填补法律漏洞或者补充法律不足也持有异议，法官即使实际上在造法，也往往闪烁其词或者不敢公开承认。对于法律漏洞或者法律空白，不少人认为只能由立法机关去解决。问题是，立法机关能够解决当然是上上之选（尤其是在我国），但对于法律适用中的这些具体问题，立法机关通常都不会通过修改法律或者立法解释及时解决，而面对迫在眉睫的司法需求和实实在在的具体案件，法官要么退避三舍而拒之门外，要么能动司法而积极介入。由于社会生活是需要秩序的，司法的及时调整是法治的必然要求，也就理所当然和势在必行。否则，社会关系就会陷入紊乱，社会秩序就会不稳定，法治就不能弘扬。如有的学者所说：“法律规范以合乎正义地解决法律问题为其功能。这一点对法学方法论的影响是多方面的。法的这一功能不仅仅为法律的解释、也为法律的补充和校正提供了重要的根据

和方针。”^① 在穷尽法律解释的各种可能性之后，仍然不能公正地解决具体案件时，就需要对于现行法律进行补充，而在通过修改法律进行补充完善不可能或者不必要时，就需要法官进行法律的续造。这是法律调整的必然要求和必然现象。^②

就本书探讨的问题以及使用的语言和方法而言，无论是法律不清晰时的法律解释还是法律缺位时的法律续造，都是基于专业化的法律适用的视角。就整个法治发展要求而言，我们无疑需要追求法律的确定性、稳定性和客观性之类的价值，大多数的法律规定应当能够满足这种要求，民众对法律也应该是这种感觉和预期，只是在现行法律的具体执行中，难免会存在解释和续造问题，解释和续造恰恰是为了解决法律本身在不确定等方面存在的问题，其目标也是为了追求这种确定性、稳定性和客观性等价值。我们花大力气研究法律方法，在很大程度上就是为了更好地实现这些目标，而以法律方法解决这些问题和实现这些目标的过程，恰恰是一种专业化的过程，不能简单地拿非专业的眼光和标准进行质疑和评判，不能将专业化的法律人解决法律问题的专业化图景，简单地等同于民众眼中的法律图景。

五、广泛的相互借鉴性

法律方法主要属于司法过程中的操作方法，具有很强的工具色彩，不属于意识形态范畴，而是为意识形态服务的，因而具有很大

① [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第3页。

② “法律规范乃是实现公正生活秩序之工具（这一认识）并不仅仅对法律解释产生影响。如果（穷尽）一切解释努力仍然无法导致对法律问题作出公正的、合乎感受的解决，这样的法律规范就需要予以补充。我们可以通过‘de lege ferenda’（将来的立法，法律改革）来作出这一补充，或者根据‘de lege lata’（现有法）确认存在需要由法官加以填补的‘漏洞’。从而，法之对法律问题作出公正解决的功能不仅对法律规范的解释起引导作用；它也是法律是否需要补充这一问题的检验标准。”[德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第17页。

的国内外的共通性和相互借鉴性。^① 现代司法过程是现代法治的产物和组成部分，在现代法治的背景下，以及面对类似的法律问题和司法历程，对于法律方法的需求具有很大的趋同性。对于西方国家在法律方法上积累的有益经验，我们可以在结合国情的基础上吸收借鉴。我在阅读西方同行的法律方法论著时，经常为对于同样问题的感同身受而惊叹，也为在许多问题上能够对话而感到酣畅淋漓。

在我撰写的法律方法论述中，我时常情不自禁地援引西方同行的话语，以至于有人说我是不是对于西方同行的观点有太多的赞同，个别人问我是否受西方同行的见解影响太深，甚至怀疑我是否受到了他们的引导。其实，我之所以有选择地引用这些观点，通常都是我们在同样的问题上所见略同，我更多的是感到我的感受和观点得到了印证，是六经注我而不是我注六经。例如，我有时遇到一些案件，感到无现成的理论和依据可循，此时需要自创理论和依据。在我以前的著述中，我曾经表达过这种观点。最近阅读卡多佐的著作时，看到如下一段话：“当法官突然面对案子中的紧急事态，他常常会即兴创造这样一种理论、这样一种哲学。他常常四处摸索，在朦朦胧胧中感到存在着某个这样的问题，但又找不到能够使他以一条原则作为指导加快作出裁决的普遍因素。如果他缺乏一种适当的哲学，他就会迷失方向，或至多也不会表现得比那种主张按特殊情况判决的经验主义更高明。我们必须认识到，所有的方法不能被视为偶像，它们只能被视为工具。我们必须用另一些方法来检验其中的一种方法，弥补和克服它的弱点，使我们在需要之时能够随时利用

^① 在比较法上，人们早就发现，尽管不同的法律体系对于同一实体问题借助完全不同的概念和方法加以处理，但其结果往往是相似的。参见〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第18页。比较法通常采用功能性方法的研究方法，该方法旨在确定不同法律体系针对相同法律问题提出的实质性解决办法。通过功能性方法可以清楚地发现：借助于截然不同的法律概念，不同的法律体系往往能够提供实质相同的解决办法。参见〔荷兰〕马丁·W·海塞林克：《新的欧洲法律文化》，魏磊杰译，中国法制出版社2010年版，第156页。我们研究英美、大陆两大法系法律制度时，经常有这种感受。

其中那些最强大最出色的因素。”^①我深感这段话非常契合我遇到类似问题时的感受。我以前肯定也读过这段话，但并无太深的印象。最近我在思考一个案件的解决方法时，感到需要有理论上的创新，碰巧又看到这段话，以至于有强烈的共鸣，颇有知音难觅和所见略同的感慨。可见，所谓的引用，更多的是对于自己观点和感受的一种注解或者延伸。

当然，方法固然重要，但它并不同于工具。“工具譬如木棒榔头，人人可用，其功能也不会有什么差异。方法就不然了，它虽然也可以有工具的用途，但其基本性质并不相同。”“工具所能完成的，至多只是工具理性（instrumental rationality），用它能最有效地达成我们的目的。而方法，则关联着价值的问题，依我们认为合理的价值与方法，去达致合理而有价值的活动，乃是价值理性（value rationality）之事。但也正因为如此，所以方法不可能是螺丝起子，任何人都可以用它起任何钉子；方法必然牵连着研究者本人特殊的价值信念与思想内容，更关系着认知及感性对象的性质。”“所以，它不能硬套，也不能任意移易。每种方法均有其信念及哲学立场，其中当然有可以融通之处。”^②方法以价值、理念为灵魂，最终必须受价值、理念之类的意识形态范畴的东西控制，受其约束并为其服务。可见，方法问题是大有学问的。

六、立足国情和实际

作为现职法官，我研究法律方法自然会有自己的视角和立场，尤其是非常注重国情和实际。一位国外法学家曾说过：“法学家对法律的解析和阐明，在方法和风格上完全不同于立法者与法官，但学术流派的弱点是非常明显的，如他们的学术著作极重学究化，……更糟糕的是，‘学术渊博者总是与众不同’：法学家们喜欢发表异议，这也常让法官和当事人摸不着头脑。”^③我不知道我国学者的同类著

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第55页。

② 龚鹏程：《文学散布》，世界图书出版公司2006年版，第58页。

③ [比] R. C. 范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授》，北京大学出版社2006年版，第126页。

述会不会有这种倾向，但学术与司法毕竟存在着较大的差别，学者的研究至少会与法官的视角存有差异。一位署名为徐钝的读者在其对我的《司法理念与裁判方法》一书的读后感中说道：“作为最高人民法院法官，作者的若干年的司法实践经验再加上深厚的理论功底避免了学术界探讨司法理论脱离现实、‘隔靴挠痒’之弊病，也不像许多学者将某些理论推向极端化，作者在各种悖论与矛盾间持以中庸之道的平衡态度，没有剑走偏锋的激进，或许是洞察现实之后的思想妥协。”不将理论推向极端化、在各种悖论与矛盾之间持以中庸之道的平衡态度以及尽量避免剑走偏锋的激进，确实既是我不断养成的职业习惯，也是我从事理论研究的重要态度和目标，而不论现在是否已实际做到或者做好。在这一点上，这位读者读懂了我的风格和本意。这位读者接着说：“法理学界研究司法方法应当保持适当的距离，过于微观的司法技术问题肯定不是我们所擅长的，不如把它交给实务界的研究者，毕竟他们有切身体会的实践操作；而宏观一点的司法问题研究可能正是我们多年积淀的理论功底发挥优势之所在，再者，学者不像法官离体制那么近，避免了‘敢想不敢说’的无奈，避免了‘只缘身在此山中’的局限；学术有分工，就学者个体而言，每个人只不过庞大的研究队伍中的一个兵或将或帅，层出不穷的司法问题不是哪一个能够包揽的，学术研究必然有所取舍。”的确，法官和学者在法律方法的研究上必然各有侧重、各有特色和各有所长。我之所以对于法律方法感兴趣，首先是源于审判实践的需要，既有逼人的实践需求，又有丰富的实践素材，在研究中自然会结合自身的感悟和体验。当然，我的研究必然既有切合实际的优势，又有身在其中的局限。好在我毕竟受过良好而系统的法学学术训练，尽可能做理论上的准确把握，也努力追求理论上的高度和深度，尽力克服身在其中的局限性。

本书上编是对一般性和基础性问题的研究，下编则是以商标法及其他知识产权法律适用问题的典型实例为例，对于法律方法的具体运用进行了实证分析。本书内容均系专题性介绍，而不是系统性的著述。特别是，下编是结合知识产权审判尤其是商标审判中的典型问题，对于法律方法所进行的具体分析，是法律方法在实践中具体运用的展示。一般性是寓于特殊性之中的，特殊性中体现的一般