

吴庆宝 主编

最高人民法院专家法官 阐释民商裁判疑难问题

(增订版)

综合裁判精要卷

法官思维与裁判解释方法

法官裁判的规范

商业秘密法律保护案件裁判精要

著作权保护案件裁判精要

合同效力与涉及犯罪责任性质认定规则裁判精要

《民事证据规定》适用难点问题裁判精要

民事诉讼法执行编修改重点阐释精要

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

最高人民法院专家法官阐释 民商裁判疑难问题 (增订版)

综合裁判精要卷

主 编 吴庆宝
副主编 姜启波 金剑锋 程新文
邹碧华 孟祥刚

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题. 综合裁判精要卷/
吴庆宝主编. —增订版. —北京: 中国法制出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2436 - 3

I. ①最… II. ①吴… III. ①民事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 249343 号

策划编辑 张岩 (editorzhangyan@126.com) 责任编辑 潘孝莉 封面设计 蒋 怡

最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题
综合裁判精要卷

主编/吴庆宝

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/29.5 字数/560 千

版次/2011 年 1 月第 1 版

2011 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2436 - 3

定价: 75.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

序

以《物权法》、《公司法》、《合同法》、《证券法》、《担保法》、《保险法》、《建筑法》、《劳动合同法》、《企业破产法》、《企业国有资产法》等法律颁布实施为标志，我国进入了资本市场和竞争市场繁荣发展的新阶段。多种经济成分共存、相互依托，不断扩大自由市场经济体系的环境下，产生了许多法律问题亟需通过司法审判的方式加以规范。特别是近年来，各种新型法律关系使得经济生活更加复杂，新情况、新问题的产生，为立法和司法提出了更高的要求，也使得司法的现代化、专业化的步伐更加紧迫，司法审判的职业化水平被提升到更高的平台上。近几年，最高法院颁布了《公司法司法解释（一）、（二）》，《合同法司法解释（一）、（二）》，《物权法司法解释（一）、（二）》，《诉讼时效司法解释》，《新民事诉讼法司法解释》，《保险法司法解释（一）》，《劳动争议司法解释（一）、（二）、（三）》等，对于全国法院统一裁判标准，正在产生着重要的司法导向作用。

及时总结市场经济领域发生的纠纷案件的各类情况，从个别现象出发，规范那些法律领域规定模糊甚至缺乏明确规定的疑难问题，提出我国司法界的倾向性意见和看法，必将对市场经济秩序的规制、良性发展，奠定良好的法律基础和社会理论基础。通过研究那些带有共性的经济法律现象，从中发掘出能够上升为法律规范和裁判标准的规律性，正是二十一世纪对司法建设和司法改革提出的更高要求。根据我们的研究表明，随着《物权法》、《合同法》、《公司法》等民商事法律实施，法律人性化程度的不断提升，立法意图在于保障良好的社会经济环境，以及竞争秩序的稳定，市场交易规则的较好体现，都将成为未来我国经济和法制建设的重要任务和追求的最大目标。

伴随国际法律体系的不断融合与相互促进，全国各级各地的法官队伍必将成为未来调整社会经济关系的主要力量，也必将对推动经济体系的不断完善和发展产生积极的影响。法官将来在中国经济建设中的地位会越来越高，其重要性自不必多言。关键在于通过不断的学习和总结，提高整体裁判能力与整体执法水平，时刻走在经济社会发展的最前沿。这样的神圣使命，向我们所有法律人提出了新的要求。时代要求法律人必须站在社会发展的制高点、最前沿，以超前眼光看待

新情况、分析和研究新问题，才能引领社会法律发展的潮流。

为将民商事法官的职业化、专业化向纵深推进，以此正确引导司法裁判方向，与法律职业共同体交流执业的经验和技巧，特由北京市司法局副局长（原最高人民法院民二庭审判长、资深高级法官）、法学教授吴庆宝组织全国有影响的专家型法官撰写《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》（系列丛书）。以最高法院从事民商事审判的法官为主要成员，团结各地法院的资深、专家型优秀法官，站在裁判活动的最前沿，从裁判过程、方法的视角，运用被各国立法、司法所普遍接受的方法论，深度探讨、研究法官裁判的理念、裁判方法，并结合最新的立法动态、司法实践中发生的新类型和疑难案件，作出有针对性的总结和方法论的概括。

《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》系列丛书已出版三卷，暨2007年卷、2008年（续）卷、2009—2010年卷。本次增订版是在上述三卷的基础上进行全面修订，对近年来司法实践中产生的大量新情况和新问题，提出最高法院的意见和最高法院法官的倾向性观点予以增补。本丛书共分九卷，对至今民事商事裁判专业化发展过程中，所发生的新情况新问题及时归纳和总结，打通未来专业化、职业化法官从事裁判活动所必须依循的路径，提供给法官、立法者、律师、法律实务工作者交流的最佳途径。此次增订的九卷中有四卷是专门解答疑难问题的，指导这些疑难问题的阐释和处理方法，这些典型、疑难问题的提出和准确解答，要归功于中国法学会、中国银行业协会、国家法官学院等举办的各类大型论坛和讲座，各地法官、律师、企业界人士、金融专家等提供的各种疑难问题；其中有五卷结合法学理论与案例进行深入研讨，希望能够满足大家的期望。相信，通过该系列丛书的撰写与出版，必将极大地推动全国法官裁判水准的大幅提高，加强法官与律师的业务交流，为实现司法的职业化作出应有的贡献。

本卷是“综合案件裁判精要卷”，主要包括法官思维与裁判解释方法精要、法官裁判的规范、商业秘密法律保护案件、著作权保护案件裁判、合同效力与涉及犯罪责任性质认定规则；还包括诉讼程序中《民事证据规定》适用难点问题裁判、民事诉讼法执行编修改重点阐释、房地产执行若干问题裁判精要阐释；在法律与司法解释适用精要——案件裁判精要分析中，将原版中漏掉的内容重新增补，使其涉及面更广，也更加成体系。紧密结合相关法律和司法解释规定，展开裁判方法论上的研讨，使所涉案件处理针对性更强；及时提出最高法院观点和法官们的倾向性态度，用以引导各类民事案件和涉及程序性案件的正确审理和准确的法律适用，力争全面推进裁判标准的统一并提升典型案例的指导作用，使本卷成为全国法官、律师、公司法务工作者、大专院校师生不可不读的指导用书。

专家们在繁忙的工作之余抽出宝贵时间撰写相关内容，付出了艰辛的劳动。

由于时间紧迫，疑难问题筛选难度大，尽管我们力求答案精确、明晰、具有极强的指导性，但书中阐释疑难问题解答内容难免会有差错，观点也不能保证绝对准确，欢迎大家及时批评指正。对于被引用了内容而又未能逐一列出的作者，亦请及时与我们联系，以确保再版时予以补正。

本丛书吸收了中国人民大学副校长王利明教授、最高人民法院民一庭程新文副庭长和吴晓芳高级法官、最高人民法院民二庭宋晓明庭长、最高人民法院民三庭孔祥俊庭长、最高人民法院民四庭刘贵祥庭长的研究成果，特向他们表示诚挚的谢意。对于中国法学会培训部、国家法官学院、中国银行业协会、司法部律师培训中心、中国政法大学、中外民商裁判网（www.zwmsecp.com）同仁给予的大力支持，在此谨向他们表示衷心的感谢。

附件：与网友梦晨的互动交流（注：网友对《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009 - 2010 年卷）》的评论，详见“当当网”2009 年 11 月 9 日 - 11 日）

本丛书主编 吴庆宝

2010 年 12 月于北京

附件一 梦晨来函

吴教授

你好！

首先对你表示歉意，对你主编的《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 2009 - 2010》在当当网上的书评用语有失当之处，望你能够谅解！

我是从事律师业务的法律实践工作者。本书中涉及到的许多问题在工作当中我经常遇到，有时做完一个案件经常会回头去思考，应该设计怎样的方案才是解决当下许多法律问题的最佳解决方案，才能真正体现公平、正义的法治理念。因此，在实务当中经过案件的实践工作后，反而会更关注法律的理论研究。

1. 在评论中提到本书的理论性不足，主要是因为我个人认为对于当下法律规定并不明确的相关问题本书应当作一些理论性的探索，因为你们是最高法院的法官，你们有丰富的司法审判经验和很高的理论素养；而且最重要的是你们的书会对像我这样的司法工作一线的律师和基层法院法官有比较深的影响，而我们除了关注具体问题的解决外，更关注这一类法律问题的解决方案，因为如果同样的案件这个法院这样判，而另一个法院可能就那样判，这对我们的司法权威和司法实

践都是深重的伤害。因此，我才提到书中对许多的理论问题探讨有一些不足。或许是因为我对你主编的这本书有着更高的期许吧！

2. 书评中提到显名股东与隐名股东的问题。新《公司法》出台后，实务当中这类案件非常多。我也参与了几个此类案件，所以感触很深，也作了一些研究。本书提到《公司法》第32条、第33条的规定是认定股东资格的标准，我主要有以下的几方面意见：

(1) 认定标准。本书的观点是：认定是否是显名股东先看是否有显、隐股东之间的民事协议，其次看股东名册如何登记。王保树教授主编的《实践中的公司法》对于显名股东与隐名股东的认定问题有许多专门论文的论述，我也较赞同这个问题用本书的观点似乎不能很好地解决，需要作更进一步的探索和分析。

(2) 实践中证据认定存在的问题。根据我的了解，实践当中公司一般并没有备置股东名册，更没有向股东发《股东出资证明书》，只是作了工商登记的变更。

发生此类纠纷时，双方当事人会提交股东名册、章程、出资证明书、股东实际行使股东权利的相关证据、工商登记信息、代持的协议等证据，如何认定证据的证明效力、证据的真实性和关联性等？本书的认定标准似乎解决不了实践当中的问题，或者说不能如此简单的解决此类问题。

在我们国家由于公司股权一般相对集中，某一个大股东就控制了整个公司，许多证据其实都可能是后来形成的或者是案件发生后自己制作的。因此，如何认定证据本身的真实性和关联性、案件利害关系人（因为此类案件的证据有许多都是股东之间一起形成的，如：股东会决议、争议股东与其他股东的协议书等，如果有些股东被认为是利害关系人，那许多证据是不能认定真实性或者关联性的）认定标准就是一个非常重要的问题。

另，对本书的问题7我个人有一些意见。签订质押合同或者转让合同后如果发生争议，C如何能证明A、B之间的关系？C明知这种关系，但是我认为他是很难证明A、B之间是这种隐名股东与显名股东的关系。而且如果跟隐名股东签订股东转让协议如何办理工商登记都是问题。无论哪种情形，C跟A签订合同，能很好地保障自己的利益吗？我认为这个问题值得继续探讨！

以上显名股东与隐名股东的认定仅作为例子与你做一些交流。因为本人水平所限，可能有些观点有失准确，请谅解！我也会重读此书，表示对你的敬意，更是对我自己的负责！

非常开心能有机会跟你进行这样的交流！非常感谢！

梦晨

2009年11月9日

附件二 回复梦晨

梦晨：

你好。

感谢你的来信，感谢你对最高法院实务研究的关注。

你所关心的最高法院法官应当关注理论动态、研讨理论问题的意见是对的，更是我们每一位关心中国法律发展走向的职业人士所应当重视的。经过多年的思考和实践，我和许多各级法院法官形成一个共识，那就是法官做学问做不过学者，研讨理论问题常常会陷入僵局而不能自拔，甚至可能与自己过不去、与别人过不去，反而不利于学术理论对实践的指导，也不利于学术的百家争鸣。例如从学校毕业的博士、硕士常常以理论解释实践中的争议，引起很大范围的研讨，争论会激烈无比，但是，时间搭进去了，问题却没有解决。故我们建议，对于实践中发现的理论争议，可以通过集中的理论研讨，向学者们讨教的方式，争取统一认识，获取共识，解决好问题。

我和同仁们认识到，学术既做不过学者，也不想跟学者们产生观点上的直接交锋，就力争做到：如果学者们有通说，学界形成了共识，就可以成为我们解决案件疑难问题的指导，就可以为我们指引办案的方向。在各地给法官们讲学时，我常常告诫大家，不要把学者的个人观点强加给自己和周围的法官，更不要误导办案的正常理性思维，对待学者的理论观点要慎重。倒不是说学者的成果不能学习，但不能照搬却是客观的，因为到目前为止，我们还没有总结出一整套学者的通说可供参考参照——没有形成绝对权威。

近几年来，我在中国法学会、司法部、国家法官学院以及相关部委举办的各类公司法培训讲座中，几乎每一次都要讲到公司设立、股权转让、公司治理等专题，大家每一次都提出很多自己在工作中遇到的疑难问题，都想得到准确答案，有的甚至专门带来二十余个问题等待集中解答。我发现大家更关心的是如何直接运用，哪个方案更合适，而不是哪个理论观点适合他，也不希望讲那些理论观点，即使存在不同认识，也只是希望通过列举评判如何更好地解决问题。故而，我也就尽可能拿出自己的看家本领，从客观公正角度，给大家提出解决问题的最佳出路，或者根据不同情况，寻找出不同的答案。

如果在著作中、文章中分析研究理论观点是不是可以，当然是可以的，但我想自己肯定分析不过学者们，再说，那绝对不是自己的特长。以自己之短对别人之长，那肯定不是上策。不过，我们也在想办法加以弥补：在前三卷的下编，我们还是选取了一部分实务界、理论界超前、可被接受的研究成果，提供给大家，供各位参考。如果你有好的研究成果、经典案例，都可以提供出来，以待明年续

编《专家法官》时展现风采。

再次感谢你对《专家法官》提出好的意见和建议，也感谢你关注司法实务的研究进展。真诚希望你不仅提供自己的成果供更多的读者分享。

吴庆宝

2009年11月11日

目 录

第一章	法官思维与裁判解释方法	1
第一节	法律解释的目的	1
第二节	法官应具备的司法理念	6
第三节	法律规范冲突之解决	12
第四节	类似案件类似处理的是与非	16
第五节	规则的类推适用	18
第六节	争点对裁判的影响	21
第七节	法律事实与客观事实	25
第八节	公法功能与私法功能的协调	29
	——未依法登记所从事的民事行为后果如何认识	
第二章	法官裁判的规范	34
第一节	裁判规范的选择与确定	34
第二节	裁判规范的实务应用	43
第三节	裁判的逻辑标准与政策标准	52
第四节	民事与行政交叉案件若干问题	65
第五节	商事审判若干疑难问题的解决思路	77
第三章	商业秘密法律保护案件裁判精要	82
第一节	商业秘密的界定	82
第二节	高新技术商业秘密保护	94
第三节	客户名单是否构成商业秘密	100
第四节	餐饮企业商业秘密的界定与保护	105
第五节	上市公司信息披露对商业秘密保护的影响	109
第六节	劳动合同中的商业秘密归属与法律责任	114
第七节	人才流动过程中的商业秘密保护	130
第八节	当前商业秘密司法保护的几个问题	145
第九节	侵犯商业秘密行为的法律救济	154

第十节 商业秘密侵权案件律师代理技巧	162
第十一节 商业秘密诉讼中的特殊抗辩	166
第十二节 侵犯计算机软件商业秘密诉讼中的几个问题	172
第十三节 侵占商业秘密的诉讼时效	177
第十四节 商业秘密诉讼中的技术鉴定问题	184
第四章 著作权保护案件裁判精要	191
第一节 侵犯著作权行为的认定	191
第二节 网络环境下著作权的司法保护	208
——正确理解和适用最高人民法院关于网络著作权纠纷案件 的司法解释	
第三节 网络环境下数字作品的著作权保护	214
第四节 著作权在网络空间中的合理使用	222
第五节 计算机软件著作权侵权判断	235
第六节 作品情节的著作权保护	244
第五章 合同效力与涉及犯罪责任性质认定规则裁判精要	249
第一节 确定合同效力与责任的基本原则	249
第二节 处理刑民交叉案件的法律依据	253
第三节 经济纠纷与经济犯罪案件的协调认定	258
第四节 最高人民法院处理刑、民交叉案件的具体案例	262
第六章 《民事证据规定》适用难点问题裁判精要	270
第一节 《民事证据规定》与举证责任适用	270
第二节 《民事证据规定》适用中应重视的几个问题	282
第三节 债务转移与法官释明权的行使	294
第四节 优势证据规则的适用	302
第五节 《民事诉讼法》修改与诉讼理论发展	308
第七章 民事诉讼法执行编修改重点阐释精要	320
第一节 为当事人提供了更充分的救济途径	320
第二节 以财产申报制度突破财产难找的瓶颈	326
第三节 对拒不履行者可立即采取强制措施	331
第四节 适用诉讼时效期间更利于保护债权	334
第八章 房地产执行若干问题裁判精要	339
第一节 不动产执行的主要问题阐释	340
第二节 房地产的强制拍卖	347

第三节 不动产的执行回转	354
第四节 判决“合同有效,继续履行”的执行问题	363
第九章 法律与司法解释适用精要	372
——案件裁判精要分析	
一、规则经验与法律解释的限度	372
二、正确的逻辑经验推证是审案的关键	375
三、解读合同条款冲突解释规则	378
四、上位法优于下位法是法律规范冲突的适用规则	380
五、当事人约定或者登记机关设置的担保物权期间的效力问题	383
六、顾客存包丢失超市应否担责	387
七、公平原则在商事审判中的适用	390
八、案件的管辖权如何确定	392
九、参加民事诉讼的其他组织如何界定	396
十、合同消极不作为义务的履行应由谁举证	399
十一、巫蛊他人是否应予赔偿	401
十二、建房致使邻居房屋受损谁为适格被告	404
十三、房屋权属登记与实际不符产生纠纷的处理	408
十四、股权禁止转让期内达成的转让协议并不当然无效	411
十五、公司分立中违约之诉应以分立的公司作为诉讼当事人	413
十六、一起借用房产抵押纠纷案的法律分析	416
十七、物权具有优先效力	421
十八、工程款优先权与抵押权和购买权竞合的处理	424
十九、股东撤销权诉讼中的股东资格	427
二十、工商登记不是股权转让协议是否有效的要件	429
二十一、合同解除权的行使应遵循谦抑原则	431
二十二、企业兼并中的债务人认定和保证责任的承担	434
二十三、公司解散的实质性条件	441
二十四、企业改制中原企业未经清算即被注销后的债务承担	443
二十五、国企改制中遗漏的债权应如何处理	452

第一章

法官思维与裁判解释方法

我国与大陆法系的法律传统极其相似，可以说我们的立法就是大陆法系的组成部分，是与德国、法国、日本等立法模式相一致的。在大陆法系的发展过程中曾经流行过法典万能的信念，其直接体现为1840年《法国民法典》第4条：“法官不得以法无明文为理由，拒绝裁判。”我国台湾地区学者杨仁寿对之分析考证后认为，本条原意应当是指该民法典是万能的，任何民事相关问题均可于法典之内找到答案而无需考虑其他法源。谁知后来竟被理解为法无明文时法官可于法典之外另寻其他根据加以裁判，以致最后演变成“判例”为法国民法典的主要内容之一，这大概也是法国民法典立法之初立法者所始料未及的。法律普遍性要求在其效力范围内普遍适用，其稳定性要求法律一经制定、公布实施，就不能随意变更、朝令夕改。成文法普遍性和稳定性的特征，必然导致法律的僵化和滞后，出现法律与社会现实中的事件和行为脱节，产生法律缺陷。再则，由于法律是通过法律语言将立法者的立法意图表达出来的，但语言并非精密的表意工具，只要涉及到书面的表达，就必然存在“书不尽言，言不尽意”。同时，即使立法者的立法原意在法律文本中得到了准确的表达，但法律文本一旦与立法者、立法本意脱离，其用语在不同人的理解中也会出现立法者当初意想不到的意见和观点，即由于语境的变化而使法律语词表达的意义范围超出了立法者想要表达的原意，出现所谓的言外之意，司法解释也就随之诞生了，进而，各类指导意见和规范也应运而生。不过，这种情况确实对成文法的不足起到了补充性的发挥，绝大多数意见能够为职业法官所接受，也就意味着这些发挥是有生命力的，如何恰当地加以运用和推广，是需要慎重考虑的。

第一节 法律解释的目的

一、法学方法论的解释

法学方法论的核心问题，在于司法裁判的客观性与正当性如何。司法裁判是

否客观，是否会导致法官的恣意裁判并损害法的安定性、稳定性？司法裁判是否正当，是否符合一般的裁判规律，是否能具有可接受性并符合法律秩序的内在正义标准，是否能够符合一般社会群体对正义与公平的追求与判断标准？

法学方法论经历了一个从德国萨维尼的概念法学，到耶林的目的法学，再到当代评价法学的发展轨迹。在十九世纪概念法学看来，概念是人心智成熟的产物，反映了人对客观秩序的妥帖把握和高度抽象，因此概念本身承担了价值处理和判断，法官只需按照法律条文进行裁判，就可以实现法律裁判的客观与正当性。自后期耶林的目的论法学一出，概念法学的“理性之梦”遭到严重摧毁。耶林认为，任何一个法律概念背后其实都是体现了一种立法者的目的，法律总是要实现一定的目的，同时法律要在自身逻辑一致的前提下适应社会利益的发展，不断向前发展。法官断不能照本宣科来裁判，法律概念也不可能完全使得立法成为一劳永逸的过程。因此，裁判的客观性有一个历史的尺度与空间，而不是在立法者那里一次性完成的。对于法学方法论来说，概念法学的最初人物萨维尼却有一个巨大的贡献，那就是发展出了针对法律概念进行法律解释的四个基本要素：语义、目的、历史、体系。这样四种要素直到今天也是我们进行法律解释的基本方法，但难点在于其本身的效力位阶与选择顺序。

当代的评价法学在目的法学的基础上继续前进，其基本特点在于：第一，强调“实在法秩序的大体合理”是其理论前提，评价法学的主要工作不是批判，而是论证，不应首先去怀疑我们的立法有什么不合适之处，或者认为立法者欠缺立法经验而怀疑到法律本身，关键还是要深入到法律内部去寻找法律的渊源、最直接可供适用的条款本身；第二，发展出了更为细致的法律解释、续造、法官对法的背离的方法，并详细发展出了法条的理论；既然认为法律是与法理基本一致的，或者保持较为适当的一致性，那么其立法发展与法理是不矛盾的，有着一贯性或者协调性；第三，将法的客观性定位于一种动态的法律秩序概念中，强调法具有内部体系和外部体系，这是对目的法学的重大发展。法的外部体系就是法的概念体系，直接承担了将法的价值与原则具体化的功能；法的内部体系是在一定的传统和历史空间中积累下来的法律原则，它不同于法外空间的道德、社会利益、习俗等因素，而是在法的外部体系发展过程中吸收的，在具体的司法裁判中确认的因素。因此一方面是一个开放结构，另一方面又有自身的逻辑与方法，而这个工作就需要法官来对各种因素进行“评价”与判断，并结合具体案件作出论证和说明。在当代，这样的法律内部体系已经形成了以宪法为基础的秩序体系，合宪性解释成为目的解释的当代最重要形式。

法学方法论最大魅力之处在于对个案的处理，它强调“作为陈述的案件事实”和“法律规范”之间的“对向交流”，也就是说我们要得到一个正确的裁判，

是同时考虑事实和规范的过程，不同于概念法学时期传统的“涵摄模式”（将一个事实归入到某一个规范之下，就是涵摄）或者三段论模式，法学方法论认为大前提和小前提其实都不是明确的（尤其在一些疑难案件中），一个案件裁判最难的不是进行推论，而是为推论创造条件：即发现究竟什么是这个案件中的事实，什么是这个案件可以适用的法律规范，而这两者的确定却是同时、互相进行的。比如你要确定这个案件事实是不是一个盗窃罪，那你就必须对什么是“法律上的盗窃”进行解释，而什么是法律上的盗窃又有赖于你对具体事实的理解。因此诠释学在法学方法论中扮演了一个核心的角色，它强调法官要打破直线式的思维，要在自己的前见和“法感”（拉伦兹语）的基础上，通过某一个具体规范来“描述”事实，通过事实来“解释”规范，从而“眼光在大前提和小前提之间往返流盼”。

在当代，以评价法学为代表的法学方法论为重新寻找到法的客观性和正当性开辟了新的思路，是实践理性的一种新的发展，并且努力对个案裁判给出了有说服力的指导，因此一直是德语区学术界的显学。

二、解释法律是为了维护法律而不是破坏法律

有了法律，就有对法律的理解和解释活动。在司法实践和裁判理论中，法律解释一直是实施、发展法律的一个重要方法。原因在于：1. 法律往往是概括、抽象的，只有经过解释，才能成为个案（尤其是疑难案件）的规范准则；2. 法律具有相对稳定性，只有经过解释，才能适应不断变化的社会需要。庞德曾言：“法律必须稳定，但又不能一成不变”，若要实现总体“稳定”与局部“变化”之间的和谐与融洽，除却解释别无他法；3. 法律不可能是完备无缺的，它总是存在这样或者那样的局限，通过解释，可以消除规范体系中的漏洞、冲突和模糊之处，使法律趋于完善。

法律解释的主旨是阐明法律的字面意思和规范意图，并借此来落实法律和完善法律，因此说“解释法律是为了维护法律”殊无争议。但同时也须注意到，“法律解释存在许多种可能性，但作为法院判决基础的只是其中的一种，如何取舍选择则取决于进行解释的人的主观价值判断”。解释总是存在片面、恣意的可能，而裁判者随时能够以客观规范为名，行主观擅断之实。换言之，解释法律也可能成为曲解法律、破坏法律。所以法谚特别强调：“解释法律是为了维护法律而不是破坏法律。”

为了维护法律，解释活动除了须尊重法律规范的字面含义和规范意图之外，还须遵守法律方法上业已系统化了的解释方法或者曰解释准则，以期将解释活动约束在法律规范的词语含义上（文义解释）；约束在相关法律条文的意义关联上

(体系解释);约束在法律调整的目的上,一是当时的立法者通过有疑问的规范所追寻的目的(历史解释),二是当下该规范所欲追求的客观目的(目的解释);约束在宪法的原则性和价值判断上(合宪性解释)。解释方法所指引的法律范围,可以减少裁判者选择的可能性和任意性,因而可以增强法律对解释活动的拘束力。

当然,解释方法的指引也是有限度的,因为裁判者为何优先采取某种解释方法、如何依该种解释方法得出评判结论,本身也需要解释。由于不存在解释方法上的选择法则,裁判者可以在判决过程中自由选择解释方法,并得出不同的规范解释结果,所以说解释准则并不能保证将裁判者服帖地约束在法律体系之中。在此要警惕的是两种常见的曲解、破坏法律的方式,即法律解释中的唯法条论和唯目的论。

唯法条论就是抠着字眼适用法律的法条主义和机械主义,1952年美国马萨诸塞州审理的“史密斯诉海特”(Smith v. Hiatt)一案,即为机械解释的典型。该州法律规定:事故受害人如果因为“雪或者冰……引起的”伤害控告市政当局或者私人土地所有人,那么他必须在损害发生后立即向对方报告伤情,否则要丧失权利。史密斯受雇于海特家中照看婴儿,一日海特太太给冰箱除霜,一些冰掉在了地板上,史密斯去厨房时踩在冰上滑倒受伤。事故是在夏天当着海特太太的面发生,史密斯和她的律师也没有按法律要求发出特别通知。当史密斯真的起诉时,海特夫妇争辩说,伤害是“由冰……引起的”,并坚持说史密斯丧失了权利。令人惊奇的是,州法院认可了海特夫妇的抗辩理由,认为“冰就是冰”。^①

三、立法不作详细规定的是与非——对司法的影响与优秀人之期待

法律不可能对社会生活作出详尽无遗的规定。原因大致有二:1.生活事实是无限的、多样化的,而法律规范却是有限的、确定的;2.立法者不可能预见并规范未来所有可能发生的事情。因此,法律必须包含或者说容忍概括性的、一般化的评价标准,并且法律规则与概念也只能是“开放性的”,以便遇到一件未曾预见的案件时,法官仍能根据现有法律,给出一个解决方案,并以此改进、完善法律。特别是,我们的立法总会有一个兜底式的条款,其目的就是为了防止归纳上的不完整,但这也容易给后人或者执法人员的解释适用造成更大的随意性,此时,法律反而真的会发生立法者所不愿意看到的情形。

(一) 对不确定的解释

这种“不作详尽规定”情形可分为两类,一是使用不确定的法律概念,例如

^① 参见陈林林:《解释法律是为了维护而不是破坏法律》,原载《人民法院报》。

“过失”、“谨慎驾驶”、“重大疏忽”和“合理注意”；二是使用一般性的概括条款，例如“诚实信用”、“公序良俗”和“公平交易”。为了解决法律规范的“调控不足”问题，立法者往往会有意识，乃至有计划地使用不确定法律概念和概括条款。用德国学者吕特尔斯的话来讲，法律“不作详细规定”是预料之中的事情，通过这种方式，才能为相应的法律规范确立比较大的适用范围和裁量空间，而法律也因此具备了灵活性。

《欧洲人权法案》第6条即为法律“不作详细规定”的实例。该条规定：刑事被告人享有在“一段合理时期内”获得审判的权利，“及时”获悉指控内容的权利，以及有“充足的”时间准备辩护的权利。如英国学者恩迪克特分析的那样，这些模糊的标准都可以换成具体的、精确的时间限制，例如三十天或者六十天。但是，也存在不采取那些精确标准的理由，因为如果立法者择定的具体时间限制，对追诉入店行窃案来说是适宜的，那么对追诉股票市场的欺诈案而言，就显得捉襟见肘了；而一个适宜于追诉股票欺诈案的具体时间限制，对入店行窃案来说又太长了。而事实往往是：即便就同类指控的不同案件而言，追诉的时间规定也会有巨大的差异。因此，针对不同犯罪都详细规定一个具体的时间限制表，是一件既麻烦又无益的事。

但是，“不作详细规定”也有其消极的一面。因为所谓的法律“不作详细规定”，实质意味着相关的法律规定是模糊的、不确定的，而这可能会纵容官员在解释、执行法律的名义下滥用权力。法律“不作详细规定”而导致官员专制，可举1932年前苏联的农业集体化法令为例：在1930年的乌克兰，拥有私人土地的农民被泛称为“地主”。前苏联认为他们是苏维埃政权的敌人，因此颁布农业集体化法令强行命令“消灭地主”。由于“地主”本身是一个极为模糊的词语，法律使用这样的措辞，使得官员们可以随心所欲地迫害人，以至于将农业征用转变成了地方官员的恐怖统治。

（二）对司法的影响和优秀人之期待

如法谚所揭示的那样，“法律不作详细规定”是附随条件的，即在有疑问的地方，应委诸优秀或者良善之人进行判断。因为“法律一旦模糊或者不确定，人们就会陷入可怕的奴役”。虽然法学为了解决法律的模糊性问题，发展出了系统的法律解释、法律推理和法律论证理论，但迄今为止的研究成果表明，在法律不确定的场合——尤其是在疑难案件中——选择何种解决方案，最终皆须求助于法官个人所作的法律判断。所以，埃里希申言：“从长远看来，除了法官的品格外，没有其他任何东西可以保证实现正义。”此语固然不代表真理，但结合本条法律格言，却能很好地阐释为何现代国家都努力通过严格的法官考试、选任和培训制