



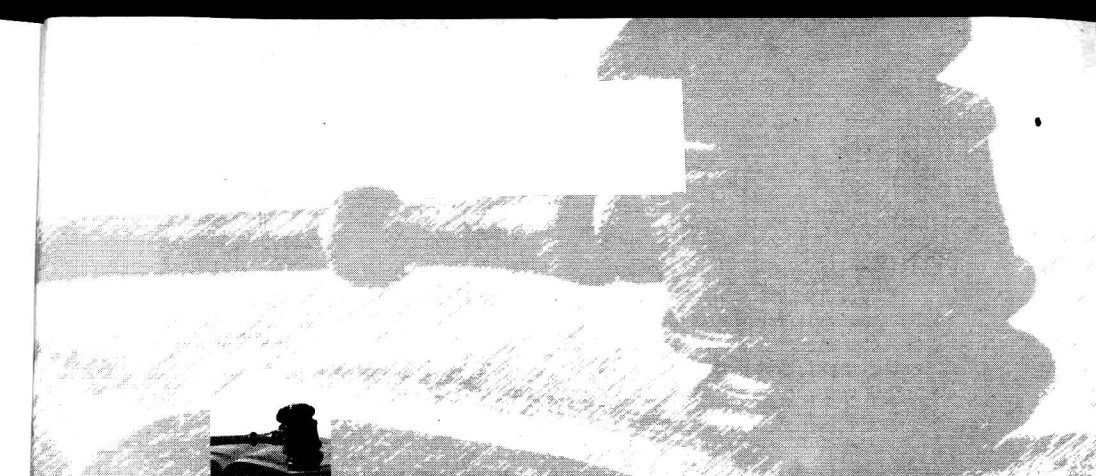
知识产权法官论坛

知识产权案件 热点问题研究

ZHISHICHANQUAN
ANJIAN REDIAN WENTI YANJIU

◎冯刚 著

知识产权出版社



知识产权案件 热点问题研究

ZHISHICHANQUAN
ANJIAN REDIAN WENTI YANJIU

◎冯刚 著

知识产权出版社

内容提要

本书由北京市第二中级人民法院资深知识产权法官撰写而成。全书深入剖析了知识产权案件审理中的热点和疑难问题,内容涵盖了著作权、网络知识产权、工商业标识以及新类型知识产权方面。本书既有理论的探索,又有具体案例的精辟分析,因而兼备理论前瞻性和实践指导性,具有很强的可读性与较大的参考价值。

读者对象:知识产权审判人员、律师、知识产权行政执法人员、知识产权代理人、高等院校知识产权教学与科研人员以及知识产权纠纷当事人。

责任编辑:王润贵 汤腊冬

责任校对:董志英

特约编辑:刘永红

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权案件热点问题研究 / 冯刚著. —北京:知识产权出版社, 2009.9

(知识产权法官论坛)

ISBN 978-7-80247-483-3

I. 知… II. 冯… III. 知识产权法-案例-分析-中国

IV. D923.405

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第047456号

知识产权案件热点问题研究

冯 刚 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:82000860 转 8105 或 8150

传 真:010-82000893 82005070

责编电话:010-82000889 82000860 转 8108

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

印 刷:北京凯达印务有限公司

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:12.25

版 次:2009年9月第1版

印 次:2009年9月第1次印刷

字 数:310千字

定 价:30.00元

ISBN 978-7-80247-483-3/D·788 (2505)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序 一

司法的使命在于解释法律，即以适当的方法，传达立法者的意旨。解释就是创造，它富含研究与描述的双重特征。因此，司法也是学术活动，法官也是学者。例如，美国的奥利弗·温德尔·霍姆斯法官（Oliver Wendell Holmes）、本杰明·内森·卡多佐法官（Benjamin Nathan Cardozo）以及理查德·艾伦·波斯纳法官（Richard Allen Posner）著述颇丰，影响颇大，既是法官中之翘楚，亦是学者中之榜样。我国也未居于人后，近几年已经涌现出一批穿行于教授和法官之间，流转于学院和法院之内的“学者型法官”、“法官型学者”。本书作者冯刚法官，作为司法界的一员，在认真履行审判职责的同时，仍心系于学术，潜心于创作，其新作《知识产权案件热点问题研究》的出版，就是一个明证。

传说中国最早的一位法官是皋陶，有的古书上写做“咎陶”、“咎由”。据说是尧、舜时代的人，是上古五帝之一颛顼高阳氏的后代；也有的说法称他是少皞金天氏的后代，出生于曲阜，属于偃地，因而以偃为姓。^①但当时并无“法官”这一称谓。“法官”一词的出现，大约到了战国时期。据学者考证，中国历史上“法官”一词首次出现于商鞅及其后学汇编的《商君

① 郭建：《古代法官面面观》，上海古籍出版社1993年版，第1页。

书》之中,^①其中提到:“天子置三法官,殿中置一法官,御史置一法官及吏,丞相置一法官。诸侯郡县皆各为置一法官及吏,皆此秦一法官。郡县诸侯一受宝来之法令,学问并所谓。吏民知法令者,皆问法官。”^②此后就一直以法官作为司法官员的通称。但《商君书》中提到的“法官”,其职责并非审判,而是代表官方掌管法令,并向老百姓宣传、告知法令内容。^③其性质类似于今天的“普法人员”,同我们如今所理解的“法官”仍有本质的不同。“法官”一词真正代表司法审判人员的传统,约始于北朝。三国两晋南北朝时期,我国律学及法典的创制都取得了长足的进步,尤其是北朝,律学世家众多。北齐的封氏家族便是其中的佼佼者,尤其是封轨、封述父子,长期从事司法审判工作,不但对朝廷法律的制定多有贡献,而且由于其断案公正,享有好法官之美名。史载:“述久为法官,明解律令,议断平允,深为时人所称。”^④此处所说的“法官”表示从事司法审判的官员。^⑤因此,当今人们所熟悉的“法官”这一名称,其语词系始于战国,但语义则出自北齐。

实际上,根据语义分析法,“法官”二字本身即已昭示了其历史、逻辑和运行,具有相当丰富的内涵。所谓语义分析,亦称

① 持这一观点的学者有郭建、任喜荣、陈景良等,参见郭建:《古代法官面面观》,上海古籍出版社1993年版,前言第1页;任喜荣:《刑官的世界——中国法律人职业化的历史透视》,法律出版社2007年版,第48页;陈景良:“宋代‘法官’、‘司法’和‘法理’考略——兼论宋代司法传统及其历史转型”,载《法商研究》2006年第1期。

② 《商君书·定分第二十六》。

③ 陈景良:“宋代‘法官’、‘司法’和‘法理’考略——兼论宋代司法传统及其历史转型”,载《法商研究》2006年第1期。

④ 《北齐书·封述传》。

⑤ 陈景良:“宋代‘法官’、‘司法’和‘法理’考略——兼论宋代司法传统及其历史转型”,载《法商研究》2006年第1期。

语言分析,是通过分析语言的要素、结构、语源、语境,而澄清语义,求得真知的一种逻辑实证方法。^①根据这一方法,我们可以从“法官”的语词构成,即“法”和“官”二字,对之进行一定的“说文解字”。

(1)从历史起源上看,“法”和“官”并非同出一源,长自一根,而是具有各自不同的历史源流。据我国历史上第一部字典《说文解字》的考证,“法”的古体是“灋”。“灋,刑也,平之如水,从水;廌所以触不直者去之,从灋去。”这一解释表明:第一,古代的“法”和“刑”是通用的,古代的“刑”字,既有刑戮、罚罪之意,也有规范之意。第二,“平之如水,从水”,表明法有“公平”之意。第三,“廌所以触不直者去之,从灋去”,表明法有“明断曲直”之意。据说廌是一种神兽,《神异经》称之为“獬豸”,其“性知有罪……有罪则触,无罪则不触”。^②“官”是最古老的汉字之一,在甲骨文中已经出现。在中国古代文献中,“官”有多种含义,但其最基本的含义是指国家机构中从事公共事务管理的职位或人员。首先,官是一类具有特殊身份的人员。《说文解字》的解释是:“官,吏事君也”,“吏,治人者也”,即“官”服务君王,统治民众;《礼记·王制》中有“王者之制禄爵”,唐孔颖达疏:“其诸侯以下及三公至士,总而言之,皆谓之官”。其次,官是一种特殊的事务或职业。《礼记·乐记》云:“乐之官也”,注曰“官,犹事也”;《国语·晋语八》云:“固医官也”,注曰“官,犹职也”;《礼记·王制》孔颖达疏:“官者,管也,以管领为名。若指其所

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第16页。

② 张文显主编:《法理学(第三版)》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第74页。

主，则谓之职”；《易·系辞下》云：“百官以治”；《周礼·天官》云：“惟王建国，辨方正位，体国经野，设官分职，以为民极”。一般认为，官的产生源自社会管理的需要，但在君主集权专制政体下，管理国家和社会的权力集中于君王一身，故官员只是王权的组成部分，即所谓“分身之君”。^①因此，从历史起源的角度看，“法”和“官”都是最古老的汉字之一，二者具有不同的历史，在战国以前，二者独立发展，并未发生交汇，直到《商君书》的编撰，才将二者创构为一个语词，并发展成我们今天耳熟能详的专用名词。

(2) 从语义逻辑上看，“法”在顺位上居于“官”之前，其目的在于划定“官”的范围和权限。根据前述对“官”的词源考察可知，“官”既可指特定的人员，亦可指特定的事业。从人的角度看，“官”是指国家机构中的工作人员；从事的角度看，“官”又是一种事务或职业，其特点是行使公共事务的管理权。一言以蔽之，“官”既可以理解为从事特定职业的特定人员，也可以理解为特定人员所从事的特定职业。美国学者古德诺(Frank Johnson Goodnow)认为，在所有政府体制中都存在着两种主要的或基本的政府功能，即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。在所有的国家中也都存在分立的机关，每个分立的机关都用它们的大部分时间行使着两种功能中的一种。这两种功能就是：政治与行政。政治的主要功能在于对国家意志的表达，主要由立法机关承担。行政的功能则主要在于执行表达出来的国家意志。行政既是司法的，又是政府的；行政机构既包括司法机

① 李俊清：《现代文官制度在中国的创构》，生活·读书·新知三联书店2007年版，第1~3页。

构，也包括政府机构。^①在整个国家机器中，官“实际上是社会分工（国家公务和其他社会事务分工明确化）的产物，是政治和行政有了一定的分离（主权和治权分工明确化）后的产物。从其角色和地位上看，是介于统治者和被统治者之间的中间阶层，是在统治者直接管理不可能时而产生，是作为统治者管理社会的中介而存在的。”^②“官”的主要功能和最大特点是执行，即执行国家意志。“法”则是国家意志的重要体现。在一定的物质生产关系中，“占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式”。“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”^③“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”^④因此，“法”是国家意志的表达，而“官”的身份在于司职国家意志的表达。司职于“法”的“官”，我们称之为“法官”，其职能在于解释以“法”的形式体现的国家意志。所以，“法官”是“官”的一种，二者是种和属、子项和母项、部分和整体的关系。“法官”的本质仍是“官”，其主要功能在于解释“法”，将抽象的法律应用于解释具体的案件。“法”的存在是“法官”存在的必要前提，“官”则揭示了“法官”的活动内容。因此，“法”在先，“官”在后，二者在逻辑上存在前后。我们不能将之篡改为“官法”，否则将不符合语义逻辑。

(3) 从运行阶段上看，“法”和“官”分别预示着法律运

① [美] F.J. 古德诺：《政治与行政》，王元译，华夏出版社1987年版，第12~15、41页。

② 金自宁：“作为中介的官僚和官僚制——从一种特殊的视角考察”，载《政治与法律》1998年第3期。

③ 《马克思恩格斯全集（第三卷）》，人民出版社1960年版，第378页。

④ 《列宁全集（第十六卷）》，人民出版社1990年版，第292页。

行的两个重要阶段，即法的制定与法的实施。“法”，即法的制定，也即立法，对之可从静态和动态两层意义上予以理解：从静态言之，“法”是国家意志的表达结果；从动态言之，“法”是表达国家意志的过程。因此，“法”是动态和静态的统一，是立法过程和立法结果的统一。立法要观俗、顺时、善变，“故圣人之为国也，观俗立法则治，察国事本则宜。不观时俗，不察国本，则其法立而民乱，事剧而功寡。”^①“国之所以治者三：一曰法，二曰信，三曰权。法者，君臣之所共操也；信者，君臣之所共立也；权者，君之所独制也，人主失守则危。君臣释法任私必乱，故立法明分，而不以私害法，则治。”^②“官”，即法的实施，即国家意志的实现。“法官”语境下的“官”，即法的实行，即对以“法”的形式体现的国家意志的实行。对此也可从静态和动态两个视角进行分析：从静态上看，“官”即执行国家意志的组织、体系、机构、人员、事务、职业；从动态上说，“官”即执行国家意志的基本内容、主要活动。法的生命在于实施、实践，法的制定是为了法的实践。法并不是仅指“纸上的”法律条文、成文法典，而且也包括社会现实中人们对法的遵守、执行和适用。只有实际运行的法才是真正的法。法贵在实践、操作，否则不如无法。法的目的不是为了客观存在，而是为了客观运行，是发挥效力。法的效力的发挥过程也即法的运行过程。马克思在谈到拿破仑法典时说：“这一法典一旦不再适应社会关系，它就会成为一叠不值钱的废纸。”^③列宁也曾以宪法为例谈到了法的适用：“当法律同现实脱节的时候，宪法是虚假的；当它们

① 《商君书·算地第六》。

② 《商君书·修权第十四》。

③ 《马克思恩格斯全集（第六卷）》，人民出版社1960年版，第292页。

是一致的时候，宪法便不是虚假的。”^①因此，法的制定和法的实施是不可分割的两个阶段，法的制定是前提，法的实施是关键。如果说法的制定是“盖楼”，那么法的运行则是“营业”。法的制定赋之以生命，法的实施赋之以活力。因此，“法”和“官”同样重要，不可偏废。“法”从社会生活中抽象出规范，“官”则将规范用于具体的社会生活；“法”意在规范，“官”意在裁断；“法”确定社会秩序，“官”则维护社会秩序。在这一层意义上，“法”和“官”分别揭示了法的先后运行阶段。

由此可见，“法官”二字既具有深厚的历史传统，亦暗含丰富的概念内涵。那么，作为一种法律职业的“法官”应当具备何种素质和条件？本人以为，作为一名法官，至少应当具备下列四个基本条件：

(1) 法官应当具备扎实的知识基础。“法官”二字，重在“法”，次在“官”。“法官”区别于其他“官”种的落脚点是“法”。“法官”是在与“法”打交道，“法”是“法官”为“官”的前提和基础。因此，“法官”必须奠定扎实的知识基础，特别是法学基本功。^①法官应当具备良好的专业素质，即法学素质。法官应当系统、全面、准确地掌握法学知识。而此类法学知识的学习、理解和掌握，非一日之功，需要经过一定时间的积累，特别是要经过系统化、专业化的高等教育才能实现。如果跳过了这一过程，或者将这一过程打了折扣，仅仅通过“揠苗助长”式的不严肃、不专业的方式培养法官，那么他们就很难具有完备、扎实的专业知识功底，难当审判之大任。^②法官应当将法学知识“体系化”。体系化是法学学科发展所必须，否定体系化思维，也就否定了法学的科学品格。体系化也是法学学习的必然要求，法学知识应当融会贯通。基本概念、基本理论、基本制

① 《列宁全集（第十五卷）》，人民出版社1990年版，第309页。

度只是法学知识体系中的“点”，是“砖头”，是最基本的单位。法学知识除了“点”之外，还应当有自己的“线”“面”“体”，法学知识不是平面的，而是立体的；不是零碎的，而是系统的；不是断裂的，而是延续的。学习过程中，应当尽可能举一反三、融会贯通，这样掌握的法学知识才能确保认识之完整、理解之深刻、适用之准确。③法官应当扩大知识面。物质世界的相互联系无处不在，无时不有。社会是一个完满的整体，而不是残缺的部分。社会是不分学科、专业的，我们认识世界、改造世界，应当突破学科、专业的樊篱。法官越是超越各种人为的界限、深刻地把握社会生活，就越能游刃有余地介入社会生活。特别是整个司法过程涉及人类认识活动的诸多方面，可能需要法官综合运用法学、心理学、逻辑学、人类学、医学等多个学科的知识。在这一点上，中国古代的先贤们早已为我们树立了榜样。西周时期，大、小司寇掌管全国司法审判工作，法律规定其要“以五听听狱讼，求民情”，即我们所熟知的“五听断狱”。所谓“五听”，是中国古代司法官吏在审理案件时观察当事人心理活动的五种方法，也就是“辞听、色听、气听、耳听、目听”的简称。它最早见于《周礼·秋官·小司寇》。据郑玄的注释，辞听是“观其出言，不直则烦”；色听是“察其颜色，不直则赧”；气听是“观其气息，不直则喘”；耳听是“观其聆听，不直则惑”；目听是“观其眸子视，不直则眊然”。可见，作为法官，应当尽可能掌握广博的知识。④法官应当加强再学习。学习无止境，书本上的知识终究是有限的，法律条文也是相对固定的。理论是灰色的，生活之树常青。法官职业应当是终身学习的职业。这是一个变革的年代，法官应当加强业务学习，应当主动学习，融学习于实践，以实践促学习。要注重知识的更新和创新，既要跟上社会实践的发展，也要关注理论知识的动向。知识创新可以使司法审判更贴近实践，更反映理论，从而使司法具有理论上的先进性，

增添实践中的适应性。

(2) 法官应当拥有丰富的实践经验。“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，这是美国法学家奥利弗·温德尔·霍姆斯在其著作《普通法》(*The Common Law*)一书中提出的著名论断。在这部为后人熟知的著作中，霍姆斯开宗明义地指出：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。时代所感知的需要，盛行的道德和政治理论，公共政策的直觉，公开的或未知的，甚至是法官及其同行所持有的偏见，在确定人们应当遵守的规则时，都比三段论更有价值。法律历经数个世纪，使一国发展的历史具体化，它不能被视作似乎只包括一本数学书上的定理和推论。”^①在此，霍姆斯的目的并不是全盘否定逻辑的重要性，而是强调法律背后的习惯、信仰、需求和传统。他所强调的“经验”，来自现实生活的积累，来自现实生活的实践。实践出真知，真知促实践。实践就是经验。法律条文是死板的、固定的，法官既应当以法律为准绳，更应当以事实为依据。在司法裁断过程中，法官需要对事实定性，即将个案归摄于法律的一般范畴，将事实与规范相结合。将具体事物归摄于一般范畴的判断，是一种只能被实践而不能被传授的特别的天赋。逻辑在对具体事物进行分类时将毫无用处，因为逻辑只能从一套规则推出进一步的规则，而不能得出这种特殊的判断。因此，事实的甄别、定性离不开经验，只有拥有丰富的经验和熟稔的技巧，法官才能更准确地识别证据之真伪，

① 英文原文是：“The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”

更清楚地判断事实之真相，更合理地平衡利益之冲突，更有效地促进纠纷之解决，更本质地体现社会之正义。经验是现实生活中的“精华”，是“活水”。书本不出产经验，经验是学不来、教不会的，经验只能来自实践。实践需要不断地积累，不停地体悟。司法不是一项纯粹的技术性智力劳动，司法是在法律精神和法律理念的指导下，运用法律规范和规则，解决社会矛盾，调停社会纠纷，稳定社会秩序的实践活动。法律理念的把握和司法真谛的获得，都需要系统的学习、反复的体验、深入的思考、全面的总结、不懈的追求、长期的积累，这是循环往复的认识过程，是千锤百炼的社会实践。法律并不只是一系列成文的规则，它更是植根于现实生活的理念和灵魂。司法过程也不只是纯粹的逻辑演练，它更需要法官充分地理解现实生活，并在此基础上给予足够的尊重。作为法官，不仅要精通专业知识，而且要具有生活经验；不仅要“坐而论道”，而且要贴近生活，体验生活。法官，应该既是法律之人，也是经验之人；既能坐谈立议，也能临机应变。

(3) 法官应当武装科学的思维方法。法官的职责在于判断，而要进行判断，除了需要掌握法学专业知识和实践经验外，更需要运用智慧和方法。有位智者曾说：“人类探求知识，追求智慧，其实两者实在有极大的分别。知识能使人懂得某些事，智慧却是将所掌握的知识应用在人生中。知识积存再多，假若没有智慧，知识就如同废物一般。”^① 知识的体系化和思维方法的科学化是相互规约、相互补充的。知识，是指个别的、微观的、部分的总结和研究成果；智慧，则是指普遍的、宏观的、整体的透视和理论概括。唯有知识的体系化和思维的科学化相结合，才能做到实事求是，才能证真、证伪。因此，法官的思维应当具有两个

^① 赵文英：“论法官的法律思维”，载《政治与法律》2005年第2期。

明显的特征：①法官的思维应当是一种“官”的思维。“官”既可以理解为从事特定职业的特定人员，也可以理解为特定人员所从事的特定职业。因此，法官可以理解为特定的群体，也可以理解为特定的职业。“职业是这样的一种工作，人们认为它不仅要求诀窍、经验以及一般的‘聪明能干’，而且还要有一套专门化的但相对（有时则是高度）抽象的科学知识或其他认为其领域内有某种智识结构和体系的知识。随着现代形式的大学——即专门传递和扩展抽象知识的机构——发展起来了，职业训练特别是在美国日益采取了研究生研究的形式，尽管比较古老的职业训练体制——学徒制——在诸如记者和军事上以及就此而言在医学上仍保持着影响力。因此经济学是一个职业，而商业不是，理由是你无需掌握一套抽象的知识也可以成为一个成功的商人，但是一个成功的经济学家却不能如此。木匠也不是一个职业；尽管其所涉及的训练要比商人更为专门，但是它并不要求有很高程度的智识训练，没有能否胜任的问题。”^① 无论是指特定的职业，还是指特定的群体，法官终究是“特定的”。法官之所以“特定”，是因为法官为“官”时具有特定的工具，需承担特定的任务。所谓特定的工具，是指法官裁断的工具是法律，它不是纪律，也不是政策；所谓特定的任务，是指法官的任务是定纷止争，是解决社会矛盾，调停社会纠纷，维护社会秩序。因此，法官的“官”的思维，是指法官在司法裁判活动中，以中立的思维视角和公正的法律追求，针对具体争诉案件，按照司法认知规律，在引导双方当事人进行公平的诉讼对抗的基础上确认采信证据，认定案件事实，寻找适用法律，运用法律方法和技术，解决法律纠

① [美] 理查德·波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社 2001 年版，第 44 页。

纷的一种思维方式和过程。^① ②法官的思维应当是一种“法”的思维。思维方式万千种，可分为法律思维、政治思维、经济思维、伦理思维，等等。法官的思维，应当是法律思维。所谓法律思维方式，也就是按照法律的逻辑（包括法律的规范、原则和精神）来观察、分析和解决社会问题的思维方式。^③ 法律思维一般与法律职业相关，是法律人在长期法律实践中形成和发展起来的，是基于法律职业的内在视角和职业传统来观察、分析、判断和思考法律问题、现象的一种思维方式或习惯。^④ 法律思维既具有思维的共性，亦具有自身的个性，这一个性来自“法”，法律思维是“与法相关”的思维。这一点赋予了法律思维方式独特的、与众不同的方法和特点。它所反映的是法律领域内的规律、规则，体现的是法律知识的专业性和异质性。法律思维方式也是“法律人”的思维方式，是法律人在法律和事实之间，在形式和实质之间，在程序和实体之间，围绕“法律之善与事实之真”“形式合理与实质合理”“程序正义与实体正义”等问题对争议、价值进行考量、选择和平衡。法律人的法律思维的核心是合法性思考。“一项行动方案，即使它被认为在政治上是有利的、在经济上是有收益的、在道德上是善的，只要它不具备合法性基础，就必须将其排除在选择范围之外。可以说，法律思维优先和合法性优先，是法治原则所必然要求的一种思维方式。只有当这种思维方式真正被法律职业工作者所普遍认同，被治国者和社会公众

① 王纳新：《法官的思维——司法认知的基本规律》，法律出版社2005年版，第64页。

② 郑成良：“论法治理念与法律思维”，载《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

③ 王纳新：《法官的思维——司法认知的基本规律》，法律出版社2005年版，第3页。

所普遍认同时，建设社会主义法治国家的伟大目标才有可能实现。”^①

(4) 法官应当持守神圣的公平正义。公平正义，是人类孜孜以求的美好梦想和理想，也是古今中外各种法律的基本价值之一。公平正义，就是社会各方面的利益关系得到妥善协调，人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理，社会公平和正义得到切实维护 and 实现。公平正义是人类社会文明进步的重要标志，是和谐社会的关键环节。法乃善良公正之艺术。在对法律调整进行道德评论方面，公正是一个“占有最为显赫之地位”的概念，“法律家们对法律及其实施加以称道或指责时，公正或不公正是被使用得最频繁的一组词语。”^② 司法是对法律的解释。法律的解释，可使法律具体化、明确化及体系化。良以法律殆为抽象的原则，其概念不确定者，宜予具体化，以维护法律的安定；如其规定不明确，易引起疑义或争议时，亦必须加以阐明，使之明确化；法律之间有互相矛盾或抵触之处，尤须藉诸解释方式，阐释其正确的含义使之臻于统一。法律应当是一种理性、客观、公正而合乎目的的规范，如为维护法律的安定，而牺牲法律的理想，亦必然使法律的解释沦为形式的逻辑化，自难促成正义的实现。因之，解释法律必须兼顾法律之安定与理想，而后法律的功能始能充分发挥。^③ 司法是法官的活动，司法应当求真，法官应当以求真为使命。法院是“法律帝国”的“首都”，法官是“帝国”的

① 郑成良：“论法治理念与法律思维”，载《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

② [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第155页。

③ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第125～127页。

“王侯”。^① 法官的价值取向、行为方式等对于社会正义的实现至关重要。正是在此意义上，罗尔斯指出：“不正义的行为之一就是法官及其他有权者没有运用恰当的规则或者不能正确地解释规则。”^② 司法公正是维护社会公正的最后一道防线，司法公正必须体现社会公正，并保障社会公正的实现。良知是维护司法公正的最后一道防线，法官应当有良知、良心，在裁断的司法过程中，应当依循良知的指引，作出衡平的裁判。法官有义务运用自己的知识、智慧、良知与权力，担负起“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”的历史使命和责任。此外，法官的司法活动，无论是逻辑，还是实践，客观上都要求法官必须独立审判。早在明代，刘球就已在《请刑狱依律问拟疏》中明确提出审判独立：“古者人君不亲自出狱，而悉付之理官，《书》所谓‘予曰辟，尔惟勿辟；予曰宥，尔惟勿宥。惟厥中。’盖恐徇喜怒，有所轻重于期间，以至刑失其中也。近者法司所上狱状，有奉敕旨减重为轻、加轻为重者，法司既不敢执奏，至于讯囚之际，又多有所观望，以求希合圣意，是以不能无枉。臣窃以为：一切刑狱，宜从法司所拟。设有不当，调问得情，则罪其原问之官。”^③ 在法治社会，之所以强调司法独立，是因为司法既要调整社会关系、维护社会秩序，又必须能够有效地抑制发生于官方内部的违法行为。只有司法独立，才能为司法公正创造前提，才有利于制约和维持权力平衡，才有可能实现司法的统一。

① [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，徐宗英校，中国大百科全书出版社1996年版，第361页。

② [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第233页。

③ 夏勇：“遗忘的文明——重新认识古代中国的法治思想”，见高鸿钧主编：《清华法治论衡（第七辑）——中华文明的当代省思（上）》，清华大学出版社2006年版，第45页。