

ZAI JINGYAN YU ZHIDU ZHIJIAN

BUZHENGDANG JINGZHENG
SIFA ANLI LEIXINGHUA YANJIU

在经验与制度之间： 不正当竞争司法案例类型化研究

谢晓尧◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

ZAI JINGYAN YU ZHIDU ZHIJIAN
BUZHENGDANG JINGZHENG
SIFA ANLI LEIXINGHUA YANJIU

在经验与制度之间：
不正当竞争司法案例类型化研究

谢晓尧◎著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究 / 谢晓尧著. —北京:法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0869 - 1

I. ①在… II. ①谢… III. ①反不正当竞争法—案例—分析—中国 IV. ①D922. 294. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 111749 号

在经验与制度之间:不正当竞争司法
案例类型化研究

谢晓尧 著

责任编辑 潘洪兴
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 29 字数 508 千

印次 2010 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0869-1

定价:66.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

美国法学家奥利弗·温德尔·霍姆斯在其著作《普通法》(*The Common Law*)一书中曾开宗明义地指出:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法律是经验之学,经验是处理法律事务的宝贵资源,也是建构法律制度的知识基础。脱离了经验,法律将成为无源之水、无本之木。判例既是经验的体现,也是经验的载体。对判例进行研究,不仅是研究和分析法律的途径,也是学习和教授法律的方式,还是观察和体认社会经验的窗口。对判例进行研究,既可以揭示“活”的法律,也可使人们认识到“制度是如何形成的”,还可以使人们发现法院是如何“通过判决发展法律”的。同样,法律制度的完善也离不开判例,因为判例是司法的产物,司法则是对法律的解释,解释就是创造。所以,制度与经验,如响之应声,如影之从形,我们必须恰当地将二者协调起来。谢晓尧教授的新著《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》正是这种“协调”的体现。

法律规范并非彼此孤立地存在,其间有各种意义脉络的关联。这种关联既包括构成外部体系的概念形式上的关联,也包括构成内部体系的法律原则上的关联。外部体系以抽象概念为构造基石,其固然可使法律规范保障最大可能的概观性和稳定性,但难以避免其内容空洞化之危险。概念的抽象化程度越高,内容就越空洞。当抽象的概念及其建构外部体系不足以掌握生活现象或意义脉络的多样形态时,人们首先想到的辅助思考形式是“类型”。^①类型可通过形形色色的特征组合以呈现其所共同拥有的某种“意义”,且较概念为具体。类型化的思考方式既不同于抽象概念的思维方式,也不同于对对象的个别直观及具体掌握,其最本质的特征在于以事物的根本性质为标准对研究对象进行类属划分,是一种精致化的具体思考与抽象的概括思维的统一。谢晓尧教授在本书中所运用

^① 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第316~337页。

的正是这种类型化的方法和思路。长期以来,一些案例分析著作习惯于或脱离实践,或抽掉理论,纯粹在法条中兜圈子,于案例间捉迷藏,干涩且无力,空洞亦无物,读之无味,弃之可惜。本书却并没有落入“俗套”,而是开风气之先,没有拘泥于法律条文,也没有踟躅于案例本身,不局限于“以案说法”,也不满足于“以案释义”,而是果断地跳出了法条和案例的匡束,站在了一个更宏大、更抽象、更精致的视角对案例进行重新整合和梳理,文中既有必要的法理归纳,也有适当的知识演绎,使读者不仅可以体味法理的精妙,也可以领略知识的魅力。显然,这是一种更能动的法学研究,也是一种更可取的研究方法,体现了作者认真、负责、严谨的学术态度。这种不拘一格,别致新颖的研究方法和研究思路,极大地提升了本书的学术品位和阅读价值。它不仅为法律实务工作者提高理论水平提供了一条有效途径,也为法律理论研究者走向实践,体验实践架起了一座桥梁。

无论什么方法、理论和制度,只有被实际运用,并被实际用于解决具体的法律问题时,才能被更好地理解和吸收。案例分析的目的即在于提高这种运用理论和制度,体认社会经验,解决实践问题的能力。对具体、鲜活、真实的案例进行思考与分析,可以加深我们对法学理论和制度的理解,可以帮助我们把握理论和制度如何“从实践中来,到实践中去”的基本规律,同时亦可让我们从中发现某些制度与理论上的缺陷和不足,并使之完善。申言之,案例分析应当体现出实践、经验、制度和理论的和谐统一。它们是既相互勾连又存在区别的四个范畴,我们不仅要看到它们的内在联系,也不能忽略它们的根本不同。在现实生活中,人们往往忽略它们的本质差异,习惯于不假思索地将它们混为一体,导致对四者的内涵把握不准,而致出现偏差和误差。

实践是人们能动地改造和探索现实世界的物质活动。它是认识的来源,也是经验的来源。实践不同于经验,也不同于理论。实践只可付诸行为,却不可言说。只有将实践总结为经验、抽象为理论,才可以用言语进行表达和交流,并转化为他人的实践。所以,必须深刻理解语言在实践中的重要性,语言是使实践成为可能的媒介。^①没有实践的人,也就不可能有经验,更不可能教授经验,他只能介绍他人的经验,而他人的经验则来自于他人的实践。问题的解决需要回到实践,问题意识的培养也必须回到实践。经验来自实践,经验的总结,必须有足够的实践,实践出经验,经验促实践。法律的工具性,决定了法学研究必须回到

^① [英]安东尼·吉登斯著:《社会学方法的新规则——一种对解释性社会学的建设性批判》,田佑中、刘江涛译,社会科学文献出版社2003年版,第68页。

实践。只有回到实践的法学研究,才能从实践之思走向制度之省,从而赋予研究以政策之义。只有回到实践的法学研究,才能从实践之释走向理论之构,从而赋予研究以理念之光。回到实践的研究,要求我们应当从实践的认识出发,进而提升至制度和理论,然后再验之于实践。人的认识只有经过实践、认识、再实践、再认识的过程,循环往复以致无穷,才能在此过程中不断提高实践和认识。社会科学是人学,其研究对象是从事社会活动的人,它必须研究社会经验。离开了经验现实,离开了社会需要,社会科学研究将成为一潭死水,一堆朽木。社会科学必须重视经验,而经验从实践中来,所以,还必须探究实践,从对实践的观察、体验的过程中发现、归纳出经验,进而凝练成具有概括力的制度,抽象出富有解释力的理论。

经验,一般指实践得来的知识或技能。经验是实践的结果,但不等于实践本身。“经”,即经历,含有行动、实践之意;验,即体验,系指以行动、实践所获之启示或感受。经验的价值,在于为制度的形成和理论的建构提供素材。经验源于实践,来自生活。直接产生于实践、生活的经验是具体的、复杂的、自在的,表现为感性的认识形式。感性认识是低级的、初步的、肤浅的,必须上升至理性的高度。从感性认识向理性认识的发展,就是经验的总结。经验的总结,可以使人们把握事物的本质和规律。事物的本质和规律,必然在同类实践中重复出现,所以一旦为我们掌握,就可为我们投身实践、感受生活提供理论上的指导。法律都有自身的历史传统,有自身的发展脉络,有一定的现实支撑。“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法律的逻辑,不等于逻辑的法律。法律是经验之学。经验是现实生活中的“精华”,是“活水”。书本不出产经验,经验只能来自实践,在实践中断地积累,不停地体悟。经验的获得,都需要系统地学习,反复地体验,深入地思考,全面地总结,不懈地追求,长期地积累,这是循环往复的认识过程,是千锤百炼的社会实践。

制度是“一组旨在支配社会关系的相互关联的规则和规范,是由影响行动者选择范围的正式和非正式的限制所组成。”^②一种制度通常被定义为一套行为规则,它们被用于支配特定的行为模式与相互关系。社会的“主要规则体系有:语

① Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 1 (American Bar Association, Chicago 2009).

② Nee, V., Source of New Institutionalism in Britain, M., Nee, V. (eds.) *The New Institutionalism in Sociology* 8 (Russell Sage Foundation, New York 1998).

言、规范、法律、行为符码、家庭社会制度、社区、经济、组织、政府、社会关系。”^①欧洲人之所以能创造出现代技术文明，一个重要的原因在于他们开发并贯彻了一套人类交往的规则，从而抑制了机会主义和权力的滥用，这些规则被称为“制度”。^②人之所以需要制度，是因为一个理性人能力的有限性，他在作决策时要支付信息费用以及人类生活环境与生产中的不确定性。因为，一方面，人需要用制度来确保生命期的安全；另一方面，又需要它来促进他与其他人的合作，将外部效应内在化。^③因此，制度的目的在于维护一种社会秩序，社会秩序的维护则在于建立一种信任。作为制度之一种，法律的有效性即在于其能够建立对法律的制度信任。所谓“见必然之政，立必胜之罚。故民知所必就，而知所必去”，^④揭示的即此道理。制度的产生，根源于实践的需要，脱胎于经验的总结。“没有需要，就没有生产。”^⑤没有需要，同样也没有制度。制度由人设计，并用于规划人的生活，因此制度必须适应社会需要，必须合乎发展规律，“任何一种制度总是要嵌入到特定的社会结构和社会文化之中去。再好的制度创新如果不能成功地嵌入到那个社会的社会结构中去的话，或者说，这种制度的创新在现存的社会结构中长期产生和具有强烈的排异反映，那么这种制度的创新与变迁最终不可能带来效益，也不可能造成这个社会的发展和稳定。”^⑥制度设计并不任由设计者为所欲为，因为制度终究是第二性的，它必须受制于第一性的客观世界。马克思就曾说过：“人们自己创造自己的历史，但是他们并不是随心所欲地创造。”

法律是一种规则体系，也是一种知识体系，借以为工具，则蕴涵着一种理论体系。法律学应当是一门科学，它以科学的方法分析法律概念，运用科学的方法与概念进行理论研究，以便让法学获得理性之阳光水分。所谓理论，就意思的内容说，就是根据意念或概念的图案或结构以为推论；就思想的对象，就是根据理以为推论。^⑦任何理论，都是一种抽象，抽象的目的在于把握事物的内在本质，

① [瑞典]汤姆·R. 伯恩斯等著：《结构主义的视野：经济与社会变迁》，周长城译，社会科学文献出版社2004年版，第177页。

② [德]柯武刚、史漫飞著：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2004年版，中文版序言。

③ 参见林毅夫：“关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁”，载[美]R. 科斯，A. 阿尔钦，D. 诺斯等著：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店，上海人民出版社1994年版，第371页。

④ 《管子·七主七臣》。

⑤ 《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社1995年版，第9页。

⑥ 李汉林著：《中国单位社会》，上海人民出版社2004年，第110页。

⑦ 金岳霖著：《知识论》（下册），商务印书馆2000年版，第778页。

思维对事物本质的把握就在抽象中得以实现。抽象就是提炼,也就是毛泽东同志在《实践论》里所说的“将丰富的感觉材料加以去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里的改造制作工夫。”^①现代社会是一个“抽象的社会”。人们之所以要将现实生活、实践经验抽象成理论,目的在于以抽象出来的理论更好地指导实践。人类的实践和认识是永无止境的,实践和经验是理论发展的动力与源泉,也远比理论更有生命力,正如歌德所说“理论全是灰色的,只有生命金树常青。”理论可以指导、制约实践和经验,缺少理论的向导,实践和经验可能会失去方向,误入歧途。理论的价值在于及时将成功或成熟的经验抽象为制度或原理,并反过来指引、规范实践和经验。学习、研究的过程应当是理论和实践相结合的过程。缺乏实践的检验、未对生活作深入观察和体会,便不可能真正把握理论的精义。理论本身是思维的结晶,具备理论思维,是进行抽象的前提。恩格斯说过:“对一切理论思维尽可以表示那么多的轻视,可是没有理论思维,的确无法使自然界中的两件事联系起来,或者洞察二者之间的既有的联系。”

由此可见,实践、经验、制度、理论是四个不同的概念,它们的内涵并不相同。我们应当对之予以区分。我们欣喜地看到,谢晓尧教授发现了它们的差异,本书的问世即这种发现的产物。在社会生活不断丰富,法律制度不断健全的大背景下,本书的出版反映了一个重要的研究方向,一种新兴的研究趋势,即纯理论不经过实践经验的研究实不可取,那只不过是闭门造车的空中楼阁,纯实践不进行理论抽象的活动亦不足道,那只不过是自娱自乐的昙花一现。没有理论升华的实践,永远只是个人的实践,是不能交流、分享的实践,没有经过实践检验的理论,是无根基的理论,是没法引领、指导生活的理论。只有面向实践的理论,才是有活力的理论,只有结合理论的实践,才是有目的的实践。谢晓尧教授的新著给我们树立了一个榜样!我很乐意将本书推荐给大家。是为序。

2010年6月5日

^① 朱光潜:“形象思维在文艺中的作用和思想性”,载《中国社会科学》1980年第2期。

致 谢

这是一本从法官“牙缝”里抠出来的书。

我得首先表达对那些神交已久的法官由衷的感佩之情——是他们用自己的心血和智慧创作了一份份沉厚的司法文本，书写了活生生的“行动中的法”。当然，经验知识的生成并非全然归功于法官，更为严格的意义上，经由法官之手作出的裁判文书，实则是律师、当事人、社会民众共同参与书写的。对他们，我在此致以同样的敬意。

屈指一算，学习法律已有二十多年，在大多数时间里——也是最精华的时光，我与裁判文书失之交臂，实为遗憾——或许，研习法律而不阅读司法文本，更应该看成是一种负债。其后，我对裁判文书有一种纠结难言的心态：不屑、怀疑、神秘、新奇……实用主义使然，司法案例多作为课堂教学中的“花絮”，论文写作中酌情添加的“佐料”。随着裁判文书的广泛收集，阅读的逐渐深入，我开始为自己的轻狂与无知感到不安，我所面对的是承载司法经验和理性知识的制度文本，必须正视它。慢慢地，那些貌似连篇累牍、冗长乏味、了无新意的文书，竟变得越来越有吸引力，以至于成了我学习的重要内容——在目前“假、大、空”盛行，“巫术”泛滥的环境中，裁判文书至少为我提供了可以立脚的、实实在在的支点；而不再生活在法律的真空之中，飘飘然，不知就里。几年来，我穿梭往返于裁判文书的字里行间，浸淫在司法经验的涓涓细流中，深感自己充其量是一个有心无力、难堪重任的记录员。

裁判文书超越了特定的时空和人际界限，具有自身独立的价值。在这个微缩的世界里，它以独特的方式为社会事件提供了情节化的共同记忆；透过它，我们可以领略诡谲多变的世态万象，鲜活迥异的各式人面——或善良或睿智或狡黠或诡诈。裁判文书也是认识特定历史时空的绝好读本，它以类似大百科全书的方式，对诸如经济、社会、政治、人文、伦理、习俗、逻辑、语言，进行了全景式的记述。当我置身于那些纵横交错的经验知识的深壑狭缝之中时，我更多的感受

是震撼和敬畏。这绝非什么媚世与矫情。诉讼作为利益争端的解决方式,是一个理性论辩与求证的竞争性平台,在高度的利益对抗和尖锐的思想交锋中,无论是本能的狡黠还是精明的算计,相互碰撞而闪烁出来的智慧之光,经由裁判文书的过滤,最终沉淀成一种司法理性和公共知识。每一份判决书实则承载了社会特定事件的集体反思,构成了经验知识的涓涓细流。不同的裁判文书汇集在一起,则能体现人们制度性建构的不懈努力。法律蕴涵于历史与传统之中,这个历史和传统不仅仅是法律文本本身的历史;更重要地,它 also 包括了书写法律文本所必需的法律实践的历史,那些质朴无华的经验知识如同默默无闻的山涧溪流,成为法律制度的源头活水。

从这一意义上讲,案例无所谓典型与非典型,案例也无所谓指导性与非指导性;任何一个裁判文书都是反思和检讨经验知识的一个鲜活样本,哪怕是一份充斥偏见、谬误与不公的裁判文书,它同样具有批判价值,同样是知识累积和制度演进不可缺失的组成部分。知识就是权力,权力也能够左右知识的成长格局和结构样态。在缺乏足够的知识累积、时间检验和长距离观察的情况下,任何阻却多样化的经验知识形成机制,自上而下企图人为建立一元声音的做法,都会导致制度源头的“沙漠化”,最终无助于制度的建构与完善。在本书即将付梓之时,我尤其要表达“某种”特别的关注——那些稀稀落落掩盖在浩繁无边的裁判文书之中、以极其微弱的方式发出的“声音”。在一个多元化的世界中,在习惯了步调一致的氛围下,或许这种声音更需要我们去仔细聆听,哪怕那只是一个极端的、毫不起眼的个案。正是这些由众多“杂音”交汇而成的、转型时代的司法足音,它开启了我的思维和想象,让我真正感受到了法律实践的斑斓多姿,法律不再只是阶梯教室里的沉闷、古板和单调。

要真正领会隐含在裁判文书中的深邃智慧和高超法律技艺,绝非是件容易的事情,需要长时间的锤炼和积累,而我目前仅仅是一种尝试和开端。受制于个人的水平,对裁判文书的曲解和误读在所难免,存在不切实际的书生之见,甚至还有“荒诞不经”之处。对此,我深表歉意。不过,有一点却是非常肯定的,在本书的写作中,我始终保持对经验知识的敬畏,希望引起同仁对司法文本的真正关注,借由学术批判的环节,检点和反思司法实践。

我所进行的是一件土得“掉渣”的工作。即使如此,同样离不开他人的支持,没有他们的鼎力相助,这些任务的完成是不敢想象的。本书是广东省普通高校人文社会科学重点研究基地团体项目“知识产权司法案例类型化研究”(08JDTDXM82002,2008年)的研究成果,我要感谢项目批准机构、中山大学法学理论与法律实践研究中心及课题组的全体成员。尤其是课题组的郑友德教

授,他是竞争法领域真正有研究心得的学者之一,也是国内较早进行案例类型化研究的开拓者;他给了我极大的鼓励,本书也听取了他的一些意见。其他一些前期课题为本书的完成提供了基础,这些项目分别是:黄卫家先生和深圳商标协会资助的“反不正当竞争法司法判例研究”,深圳市工商行政管理局委托的“不正当竞争行为损害知识产权法律研究”。裁判文书的收集是一个异常艰辛而琐碎的过程,许多资料踏破铁鞋无觅处,笔者对无米下锅的苦楚和窘境感慨良多;而这一切发生在各级人民法院极力倡导裁判文书上网的“声浪”中,委实让人唏嘘不已!陈斯、廖远飞、徐昭乐、邓燕辉诸君,为我创造了调研的条件,提供了各种资料,有些裁判文书从内蒙古到北京再到广州足足绕了半个中国,转辗到达我手中。在现代资讯社会里,他们还在以极其古朴的方式为我提供帮助。

要感谢的人还很多。著名法学家刘春田教授近年来给予我不少鼓励和提携,在本书完成之际,他欣然接受我的请求为本书作序,给予我进一步开展这些工作的动力。当然,本书的最终出版还得感谢法律出版社的潘洪兴高级编辑和吕山副总编辑。他们在得知我的这一选题之后,多次过问,详细听取了我的汇报,提出了不少建设性的意见,潘洪兴老师还特地从北京给我寄来资料。法律出版社的外编石雪梅也为本书付出了辛勤劳动,提出了非常有价值的修改意见。在此,表示由衷地感谢。我的硕士研究生导师黎学玲教授是我法学教育的启蒙人,退休多年却一直关注我的这项工作,给我鼓励和慰藉,我对他充满无限的感激!中山大学法学院的曹远鹏、陈贤凯、肖妮和林旭华诸君为我认真而细致地校对了书稿,他们的辛勤劳动为我减轻了许多负担。最后,也要感谢我的家人,没有他们的支持和担当,本书同样不会太顺利,尤其是我的儿子——人届中年,惰性日重,我经常从他身上感受到某种朝气和进取。

谢晓尧

2010年4月9日

目 录

序 / 刘春田	1
致谢	1
第一章 立法目的的司法践行:以消费者保护为中心	1
第一节 反不正当竞争法的目的	1
一、立法目的之确立	1
二、立法目的在司法中的功能	2
三、立法目的之尴尬境地	5
第二节 围绕“消费者”保护的争议	6
一、学术上的分歧	6
二、立法上的不同做法	6
三、分歧的原因	8
四、我国立法中的“消费者”	9
第三节 目的条款在司法中的运用	13
一、间接保护受到普遍重视	13
二、消费者直接保护的“春秋战国”	15
三、司法的保守与作为:“法释[2007]2号文”之检讨	17
四、进一步的思考:司法如何保护消费者	20
第二章 反不正当竞争法的适用	28
第一节 “经营者”之困	28
一、立法的谜面	29
二、司法中的不同做法	32

三、简短的评析	41
第二节 “竞争关系”的逻辑与经验	42
一、望文生义,可怕的望文生义	42
二、竞争关系的界定	47
三、有待深入的问题:“竞争关系”对案件的影响	53
第三节 不正当竞争案件的类推适用	55
一、类推的机理	55
二、示例式立法的漏洞填补:不正当竞争案件中类推为何重要	56
三、不正当竞争案件中类推的运用	57
四、类推适用与一般条款的关系	67
第四节 在规范的丛林中:竞合,抑或想象竞合	68
一、规范层面:竞合,抑或想象的竞合	69
二、请求权层面:择一行使,抑或同时行使	74
三、责任层面:在竞合与不竞合之间	81
 第三章 一般条款的司法实现	 83
第一节 一般条款的可诉性	83
一、一般条款为何具有可诉性	83
二、一般条款可诉性在司法中的运用	87
三、从可诉性检讨我国一般条款的立法技术	89
四、民事案由:一般条款可诉性的技术支持	92
五、一般条款的适用条件	94
第二节 一般条款案件的说理	99
一、概述	99
二、说理的路径:一般条款具体化	104
三、说理的逻辑方法:法律论证的运用	115
四、说理的“场景”:个案情节的构建	119
第三节 拓展一般条款适用的可能:以不道德的促销为例	124
一、滥用他人的同情心理和慈善心理促销	124
二、干扰性促销	125
三、低俗促销	129
第四节 一般条款案件的司法类型	131
一、概述	131

二、适用一般条款的主要案件类型	133
第四章 商业标识	149
第一节 作为法益的商业标识	149
一、问题的提出	149
二、为何是法益	151
三、法益如何保护	157
四、进一步的思考:商业标识消极防御权的抗辩理由	161
第二节 商标	166
一、商标无论注册与否,知名就保护	167
二、知名状态不以驰名为唯一条件	168
三、对不同知名度的商标采取不同程度和范围的保护	169
四、不同的知名度的商标救济方式不一致	172
第三节 企业名称	172
一、企业名称的知识产权属性	172
二、企业名称的范围	175
三、企业名称消极防御权的范围	184
四、境外企业名称“傍名牌”问题	187
第四节 域名	189
一、域名的权利属性	189
二、域名保护抑或商业标识在因特网上的保护	198
第五节 人格符号:商业利用的初步实践	205
一、概述	205
二、当事人的金钱请求与法院的支持	207
三、人格符号的财产属性	209
四、人格符号商业价值之体现	212
五、人格符号的保护模式	216
第六节 一地鸡毛:“知名商品特有的名称、包装、装潢”	218
一、难以领会的语言	219
二、不可捉摸的边界	226
三、难以预估的危害:以药品名称为例	233
四、对策与建议	239
第七节 其他识别性商业标识	240

一、广告语	240
二、作品标题、栏目名称、丛书题目、组合名称	243
三、店铺风格、工作服装和道具式样	244
四、楼盘名称	244
第八节 不具有识别功能的商业标识	248
一、关于质量标志	248
二、代号、型号	249
三、条形码	250
四、标识方式对识别性的影响	251
第五章 知识产权的冲突与协调	252
第一节 现有规范的评述	252
一、《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》	252
二、最高人民法院对权利冲突的规定	253
第二节 权利相容:权利冲突的逻辑起点	258
一、权利为什么相容	258
二、司法中为什么要考虑权利相容的逻辑优先性	261
三、权利相容的考虑因素	262
第三节 知名度在权利冲突中的地位	270
一、权利冲突的前提	270
二、权利冲突的时间判断标准	273
三、知名度与权利的保护	274
四、有待进一步思考的问题:知名度的司法规则	277
第四节 权利冲突的协调规则	280
一、先占规则	280
二、准则主义:法定权利优先	281
三、权利层级化:权利的位阶与强弱	283
四、知名性优先,有限相容:一种可能方案	284
第五节 权利冲突外观下的侵权	285
一、侵权构成的判断要素	286
二、责任方式的适用	295

第六章 误导	303
第一节 概述	303
一、误导与虚假宣传	303
二、误导与欺诈	305
三、误导与知识产权	308
第二节 误导的判断	311
一、面向社会公众的“表述”行为	311
二、以相关受众为认知主体	313
三、受众错误决策或错误决策的可能	318
四、无须考虑主观过错与损害后果	324
第三节 误导的类型	325
一、按照陈述的主题划分	325
二、按照陈述的方式划分	329
三、按照陈述的性质划分	330
四、几类特殊促销行为中的误导	332
 第七章 商业诋毁	 338
第一节 商业诋毁的本质	338
一、司法中通常的观点	338
二、在司法的直白中探寻真义	343
第二节 商业诋毁的判断	347
一、不公正之说法	347
二、散布行为	352
三、确定的指向性	355
四、主观形态	357
第三节 商业诋毁的几种类型	358
一、律师函引发的商业诋毁	358
二、比较广告中的商业诋毁	361
三、自力救济中的商业诋毁	365
四、媒体的商业诋毁	369
 第八章 商业秘密	 370
第一节 “未公开信息”如何保护产权	370

一、商业秘密是一种所有权吗	370
二、反思司法中的“权利规则”	374
三、义务规则的切入:审视信息来源的道德合理性	381
第二节 商业秘密的客观要件	386
一、概述	386
二、关于秘密性	387
三、关于价值性和实用性	391
四、关于新颖性	392
第三节 保密措施:主观要件及其判断	397
一、保密措施的地位与含义	397
二、严格的约定主义:保密措施绝对化倾向之批判	403
三、雇员保密义务对保密措施的影响	406
四、进一步的思考:保密义务是附随义务吗	410
第四节 客户名单的判断	414
一、劳动努力	415
二、客户信息的广度和深度	415
三、客户关系的特定性	417
四、客户的稳定性	417
第五节 竞业禁止	419
一、现有规定	419
二、纠纷类型的司法认定	421
三、竞业禁止案件的利益平衡	425
附论:认真对待司法读本	435