



民商法系列丛书·以案说法

Minshangfa Xilie Congshu Yian Shuofa

Fan Buzhengdang Jingzhengfa Anli Pingxi

反不正当竞争法 案例评析

刘继峰 ©主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

民商法系列丛书·以案说法

反不正当竞争法案例评析

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

反不正当竞争法案例评析 / 刘继峰主编. —北京: 对外
经济贸易大学出版社, 2009
(民商法系列丛书. 以案说法)
ISBN 978-7-81134-616-9

I. 反… II. 刘… III. 反不正当竞争法 - 案例 - 分析 -
中国 IV. D922.294.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 195365 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

反不正当竞争法案例评析

刘继峰 主编

责任编辑: 魏学文 王文君

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 170mm × 230mm 14.5 印张 267 千字

2009 年 10 月北京第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-616-9

印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 22.00 元

民商法系列丛书

编委会主任：

江 平（中国政法大学终身教授、博士生导师）

编委会成员：

王保树（清华大学法学院教授、博士生导师）

尹 田（北京大学法学院教授、博士生导师）

孙宪忠（中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师）

刘俊海（中国人民大学法学院教授、博士生导师）

苏号朋（对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师）

总 序

对外经济贸易大学出版社近年来一直致力于法律书籍的出版，为中国的法学研究和法律教育作出了重要贡献。为了整合资源，打造更具影响力的作品，该出版社决定重点开拓民商法领域，推出“民商法系列丛书”，并委托本人筹划这一出版项目。

中国建设社会主义法治国家、推行社会主义市场经济体制的基本政治、经济目标决定了法律必然要在社会生活中扮演核心角色。民商法作为维护社会普通民众、市场主体正当利益的法律部门，具有最为广泛的影响力，也最受社会关注。中国当前的绝大多数法律纠纷为民商事纠纷，各级法院审理的绝大多数案件为民商事案件，律师从事的绝大多数工作为民商事业务。民商事立法是中国立法机关花费时间最多的立法，民商事法律课程是中国各个大学法学院中学分最多的课程。与民商法的这一重要地位相当的是，在中国的法律出版物中，民商法领域的图书所占数量也最多。

本套丛书要在如此多的出版物中产生影响力，就应当具有自己的特点。我认为，本套丛书应当坚持如下几个原则：（一）解决中国的问题。在选题上，应当选择中国目前在民商法领域面临的重大理论和实践问题，而不应是单纯介绍外国法。（二）具有开拓性。作为探讨对象的主题应当是尚未被充分地分析、整理、研究的问题，从而使作品在某一领域居于领先地位。（三）尊重学术规范。每一部作品都应当严格遵守学术规范，作品内容要有创造性，作品形式要符合国家在体例上的要求。绝不因赶进度而放弃质量，更不允许抄袭与剽窃行为。在中国目前重数量而不重质量的学术浮躁现象面前，应当告诫自己做事要更慢一点，更严谨一点。

本套丛书由三个部分组成：第一部分是专著，包括在民商法某一

领域有开创性研究的作品；第二部分是教材，包括本科生与研究生层次的教材；第三部分是案例，包括教学案例和向法律专业人士及关注法律的社会各界人士提供的案例作品。

本套丛书具有开放性，我们将出版全国各大法律院校、研究机构在民商法领域学有专攻的专家学者的优秀作品，从而将本套丛书逐步打造成重要的民商法作品。

为了保证本套丛书的质量，对外经济贸易大学出版社延请北京各大法学院校与研究机构的专家学者组成编委会。编委会主任由中国政法大学终身教授、博士生导师江平先生担任，编委会成员包括：王保树（清华大学法学院教授、博士生导师）、尹田（北京大学法学院教授、博士生导师）、孙宪忠（中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师）、刘俊海（中国人民大学法学院教授、博士生导师）、苏号朋（对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师）。

民商法是颇具魅力的法律部门，我们正是受其吸引而不断地研究、探索，希望本套丛书能够为这一进程助一臂之力。

苏号朋

2007年8月20日

前言

竞争是市场经济的灵魂。竞争行为贯穿于商业活动的始终。市场经济主体只有通过公平竞争，才能实现真正的优胜劣汰。但是，作为有限理性经济人的市场主体，为了追求利益最大化，必然会在竞争的过程中采取非法的手段。如此，竞争的外部环境会受到破坏，公平、公开的竞争秩序会遭到冲击，最终势必会形成恶性循环，严重阻碍经济的持续、健康发展。

随着市场经济的迅速发展，竞争的方式和手段都愈加呈现出多样化、复杂化的趋势。同样，不正当竞争的方式和手段也愈加纷繁复杂。如何明晰对实践中不正当竞争行为的认识，全面地对该种行为进行法律层面的剖析，成为当下十分必要的课题。实践中，对各种不正当竞争行为的界定仍不统一，相比其他商事法律对反不正当竞争法的认识和理解也不够深入，以至于在很多时候不能最大地发挥出反不正当竞争法的功用，及时有效地保护市场竞争秩序。

本书采用案例的方式，将近年来影响较大或者具有较强代表性的反不正当竞争案件进行梳理、分类、比较、分析，以案说法，摆脱单纯就法论法的机械模式。在相关案例的分析中，本书突出法理分析这一内容的阐述，利用演绎推理的方法明确与该案相关的法律知识点，并试图通过案件以点带面，揭示其背后隐藏的相关知识点，以此建构反不正当竞争法的较为完善的认知体系。

本书可以为反不正当竞争法的教学人员，学习该法的人和运用该法实践工作者使用。

按章节顺序本书作者分工如下：第一章、第五章第4个案例：刘继峰、吕家毅；第二章：刘柯岑；第三章：王楠；第四章：陈莹；第五章：谢一君；第六章：张明明；第七章：邱枫。

书中不足之处在所难免，敬请同仁雅正。

刘继峰

2009年11月

目录

第一章 反不正当竞争法总论	1
1. 一般条款的补充性调整	
——“范怡文”品牌服装设计被仿冒案	3
2. 反不正当竞争法和其他法竞合时是否适用“特别法优于一般法”原则？	
——王致和商标在德国被抢注案	12
3. 判例在竞争法中有何种地位？	
——上门推销的法律性质分析	17
第二章 商业标识的假冒、仿冒	23
4. 域名抢注如何适用法律？	
——劳力士公司诉国网信息公司抢注域名侵犯其注册商标专用权案	24
5. 姓名的使用如何构成不正当竞争？	
——湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案	31
6. 如何认定仿冒知名商品所特有的包装和装潢的不正当竞争行为？	
——广合腐乳公司诉天城食品公司仿冒其特有包装、装潢案	38
7. 如何对反向假冒商标进行规制？	
——北京服装一厂诉北京同益广告公司、北京开发促进会商标侵权案	46
第三章 商业贿赂	59
8. 不具备合法经营资格的企业能构成商业贿赂吗？	
——孙某诉某区工商行政管理分局案	60
9. 捐款未依法入账会导致商业贿赂吗？	
——某市妇幼保健院诉某市工商行政管理局案	67

2 ▶ 反不正当竞争法案例评析

10. 非商业单位间的捐款属于商业贿赂吗?
——某县人民医院诉某县工商局案 73
11. 商业惯例就是合法的商业行为吗?
——某宾馆诉某市工商局行政处罚决定案 80

第四章 引人误解的虚假宣传 91

12. 如何理解“引人误解的虚假宣传”?
——西班牙米盖尔(香港)制造集团有限公司等与米盖尔(天津)
发展有限公司商标侵权和不正当竞争案 92
13. 谁来承担虚假广告的法律責任?
——王某与郭德纲“藏秘排油”案 103
14. 运用比较广告进行宣传的法律规制
——云南白药集团股份有限公司诉黄石飞云制药有限公司、北京金碧国
全中医药研究所、广西南宁朝阳大药房连锁有限责任公司不正当竞
争纠纷案 109

第五章 侵犯商业秘密的不正当竞争行为 123

15. 已经“公开”的信息构成法律意义上的商业秘密吗?
——石狮市某休闲服饰有限公司诉傅某及晋江市某服装有限公司案 125
16. 商业秘密案件中,商业秘密权利人应当承担哪些举证責任?
——成都市某化学工业有限公司诉郭某案 136
17. 在与企业没有明确约定的情况下,企业高级管理人员在离职后是否还应承担
竞业禁止义务?
——北京某软件技术有限公司诉北京某科技发展有限公司及俞某案 145
18. 竞业禁止协议的滥用及制度完善
——华润汽车修理厂与王某签订的竞业禁止协议无效案 155
19. 反向工程构成要件是什么?通过反向工程获得技术信息是否构成侵犯他人商
业秘密?
——南海市某五金制品厂诉黄某案 166

第六章 不正当有奖销售 175

20. 为什么有奖销售应当规定最高限额?
——时代广场有奖促销案 176

21. 利用有奖销售手段推销质次价高产品是否违法？ ——嘉灵百货公司有奖销售质次价高产品案	179
22. 有奖销售因违法而停止后活动方是否应履约？ ——浙江省某房地产开发有限公司商品房有奖销售案	182
23. 是有奖销售还是欺诈？ ——“脑白金里有金砖”广告用语纠纷案	186
24. 是有奖销售还是变相传销？ ——上海某电子商贸有限公司网上购物有奖竞猜案	190
25. 是有奖销售还是商业贿赂？ ——个体户王某促销南昌啤酒案	195

第七章 商业诋毁 199

26. 对其他经营者的贬低性评价是否属于商业诋毁？ ——北京阿里巴巴信息技术有限公司诉北京三际无线网络科技有限 公司不正当竞争纠纷案	200
27. 以私力救济方式揭露同业竞争者的虚假宣传是否属于商业诋毁？ ——苏州市某贸易有限公司诉浙江某商务技术发展有限公司损害 商誉案	204
28. 在广告中隐晦贬损竞争对手的行为是否属于商业诋毁？ ——北京某电子产品有限公司诉北京某科技有限公司“掌上通” 广告案	208
29. 向政府机关对竞争对手进行虚假投诉是否构成商业诋毁？ ——四川某薯业有限公司诉四川某食品有限公司商业诋毁案	212
30. 商业诋毁行为应该承担哪些法律责任？ ——杭州娃哈哈集团公司诉珠海巨人高科技集团公司商业诋毁、不正当 竞争案	214

第一章

反不正当竞争法总论

反不正当竞争法总论涉及两个非常重要的问题：一般条款问题和竞合问题。

一般条款被奉为“整个竞争法领域之帝王条款”。在条款的构成上，列举条款一般有完整的规范结构，能够清晰地预见某类事实状况及其法律后果；一般条款形式上也包含规范结构中的“假定”、“处理”和“制裁”，但“假定”部分代之以模糊的概念。这种替代因失去了清晰的法律适用环境使一般条款处在法律原则和具体规范的夹层地带——它因缺少法律原则的高度抽象性而未达到原则性，因不具备列举规范的行为范式而未达到具体性。规范结构上的残缺和其“帝王条款”的地位及影响似乎并不相称，那么，一般条款何以有“帝王”的气势和美誉？揭示一般条款的特殊属性是认识其地位的基础。因为“事物的性质决定事物的状态及影响”^①。

竞争行为贯穿于商业经营过程的始终，从生产到消费所有环节都存在竞争，竞争行为发生的境况和假借的手段

^① [古希腊] 亚里士多德：《范畴篇 解释篇》，方书春，译，北京：商务印书馆，1959：30。

2 ▶ 反不正当竞争法案例评析

多种多样，如利用广告进行非法宣传、假冒注册商标、恶意降价、串通招标等，这些竞争行为假借的手段已为《广告法》、《商标法》等专门立法所调整，当竞争法^①和其他部门法律共同调整同一行为时，便出现了竞争法与其他部门法适用上的竞合。

^① 反垄断法只是在合同和公司合并等行为上与合同法、公司法发生关系。本书认为，此种情况下，反垄断法与合同法是规制关系，而非竞合关系。故此部分竞合内容，只分析反不正当竞争法与有关部门法之间的竞合关系。

1

一般条款的补充性调整

——“范怡文”品牌服装设计被仿冒案

☞ 案情简介

某年某月某日，王某到南京市金鹰国际购物中心“范怡文”专柜为女友买了一件标价3980元的羽绒服。两天后，王某以女友穿这件衣服太大为由要求退货。售货员办理了退货。但没过多久，“范怡文”专柜负责人在金鹰购物中心对面的一条巷子里发现了一家名为“羽绒服名衣工作室”的小裁缝店，门口的模特身上穿的一件黑色羽绒服和专柜卖过的那件一模一样，开价是980元，经讨价还价，降到700元。裁缝店的老板就是几天前来买衣服又退货的王某。经证实，该款式服装是“范怡文”专柜花了5万元设计费请专业人士设计的新式样。

王某认为：因为自己仿制的服装并没有贴上“范怡文”的品牌，自己这么做并没有什么不对，只是参照而已；做服装，书上所有的东西都可以参照，商店所有的东西都可以参照。

☞ 审理结果

地方工商局人员认为：由于王某仿制的衣服并没有盗用品牌衣服的商标，因此，他的行为没有违反《商标法》的有关规定，也不涉及商业秘密。地方版权局有关人士认为：由于仿制不是抄袭设计者的产品设计图纸，且这种设计样式并没有申请专利，故不侵犯著作权和专利权。

☞ 法理评析

王某的行为是否属于不正当竞争行为和应属于哪一种不正当竞争行为，在我国《反不正当竞争法》明确规定的11种不正当竞争行为中，难以找到直接对应本案的约束性条款。但是，根据本案纠纷发生的情节，王某以搭便车的方式从事经营，影响了“范怡文”专柜的经营业绩，王某涉嫌从事不正当竞争行为。

反不正当竞争法的控制工具有三个：列举条款（或称具体条款）、一般条款和法律原则。具体条款所规范的行为类型构成了一国竞争法律的主要内容，但新的不正当竞争行为会随着竞争的加剧而不断出现。限于人类的理性，反不正当竞

争法所列举的具体行为总是有限的,不可能穷尽所有的不正当竞争行为。为了弥补这种法律调整范围上留下的漏洞,德、美等先立法国家开创性地预设了一种特殊控制工具——一般条款。由此,列举条款、一般条款和法律原则相互作用共同构成反不正当竞争法的控制机制,并使竞争法具有规范性和灵活性。

后竞争立法大都吸纳了这种控制机制,只有少数例外。我国《反不正当竞争法》是否存在一般条款,是有争议的。如果没有一般条款,法律原则条款是否可以补充发挥其调整功能。实践中曾出现大量的不正当竞争行为要么不被规制,要么规制时法律适用不规范。因此,分析这种控制机制的不足并提出解决方案,是目前我国反不正当竞争执法面临的重大问题,也是出台《反垄断法》后《反不正当竞争法》亟待解决的紧迫立法问题。

1. 我国《反不正当竞争法》第2条第2款的性质分析

我国《反不正当竞争法》是否存在一般条款的争议主要源于对《反不正当竞争法》第2条第2款的性质的不同理解。该款规定:“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。”《反不正当竞争法》颁布初期,不正当竞争行为较为简单,人们并没有对这个条款给予充分的关注。后由于不断出现脱法案件,人们在寻求法律上的“援助”时才开始重视这个条款,并出现了多种学理性解释。迄今,代表性的观点主要有三种:第一种观点认为,该条款具有一般条款的性质。强调《反不正当竞争法》第2条的两款规定在内容上不能任意割裂,“一般条款既体现在第2条第1款对遵守‘诚实信用’、‘公认的商业道德’等竞争基本原则的表述中,也反映在第2条第2款对‘不正当竞争’概念的定义中。”^①第二种观点认为,该条款只是“不正当竞争”的概念。言称:不正当竞争的含义有广义和狭义之分。狭义的不正当竞争指经营者以欺诈、虚假表示、诋毁竞争对手等手段进行竞争的行为;广义的不正当竞争包括垄断等限制竞争行为的内容,第2条第2款是该法的定义^②。也有学者另辟蹊径从调整对象上认定该条款,指出,一种行为是否构成不正当竞争,必须:(1)直接违反《反不正当竞争法》的规定,如果该法没有规定,只能依行为的性质由其他法律规范调整,抑或该行为是合法行为;(2)损害了其他经营者的合法权益。^③因法律定义和调整对象具有统一性,“如

① 邵建东.反不正当竞争法中的一般条款.法学,1995(2):19.

② 胡康生.中华人民共和国反不正当竞争法释义.北京:法律出版社,1994:7.

③ 黄勤南.反不正当竞争法实务全书.北京:中国政法大学出版社,1994:23.

果一个概念不是法律所调整的对象，便不是法律概念”。^① 故将两者划为一类。第三种观点认为，该条款为有限制的一般条款。所谓“有限制的”，是指司法实践中已按照该条认定为为数不少的案件，但该条无相应的责任条款又与正统的一般条款有一定的距离。另外，该条款没有法律责任相辅佐，故充其量只能是一项有限制的一般条款，仅仅对司法机关来说是一般条款，对行政执法机关来说则不是一般条款。^②

对任何一个事物本质的认识都需经由简单到复杂的过程，认识越丰富则可能表明离事物或问题的本质认识的距离越近。同一问题存在不同认识，一方面表明事实本身具有复杂性和重要性，另一方面也为寻求真理性认识创造了前提条件。通观上述结论，尽管观点明确，但几乎没有展示严密的说理过程。在上述观点的基础上，笔者认为，《反不正当竞争法》第2条第2款的性质既不是一般条款或有限制的一般条款，也不是一般的法律概念，而是有限制的法律概念。

这个结论既不是仅依据该条款包含有“是指”等概念的标志性文字表述，也不是从司法实践判例的相关结论出发进行反向推断，而是从法理、立法精神、法律规范结构，乃至语言逻辑学等方面进行综合分析得出的。同时，在方法上，采取与有关国家或地区的相关法律规定进行比较分析的方法。

我国《反不正当竞争法》第2条第2款的规定上已列明，此不赘述。德国《反不正当竞争法》第1条规定：“在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗者，可向其请求停止侵害和损害赔偿。”我国台湾地区“公平交易法”第24条规定：“除本法另有规定者外，事业亦不得为其他足以影响交易秩序之欺罔或显失公平之行为。”美国《联邦贸易委员会法》第5条规定：“对于商业中或影响商业的（in or affecting commerce）各种不公正的竞争方法和不公正或欺骗性的行为或做法，均就此宣布为非法。”《保护工业产权巴黎公约》第10条之二规定：“凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争的行为。”依构成要素不同，可将这些条文分为两类，一类是规定了行为主体的权利、义务及法律后果。如德国法、我国台湾地区法、美国法。另一类则没有规定行为人的权利、义务及后果，而只表明某种行为的特有属性，如我国法和《保护工业产权巴黎公约》。法律条文包含内容的不同决定了条款性质的不同。在法理学上，规定权利、义务及法律后果的法律条文被称为法律规范，而表明某种法律行为的特有属性的，是法律概念。

① 雍琦：《法律适用中的逻辑》，北京：中国政法大学出版社，2002：90。

② 孔祥俊：《反不正当竞争法新论》，北京：人民法院出版社，2001：210-211。

法律规范和法律概念二者结构不同。前者的结构通常有三个要素：假定（条件）、处理、制裁。假定就是法律规范中关于适用该规范的条件和情况的部分；处理是法律规范具体要求人们如何行为的部分，包括可以如何行为、应该如何行为、禁止如何行为；制裁是法律规范中规定的违反该规范时将要承担什么样的法律后果的部分。结合上述法律条文，在德国法中，“在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗者”即为条件，该条件成就则行为违法，即处理；承担停止侵害和赔偿损失的责任，即制裁。在我国台湾法中，“为其他足以影响交易秩序之欺罔或显失公平之行为”为条件，而“事业亦不得为……”则属于处理。同时，该法第41条规定了相应的制裁内容。^①在美国法中，“商业中或影响商业的各种不公正的竞争方法和不公正或欺骗性的行为或做法”属于条件；该做法“为非法”即处理。另在该法第5条第（k）款规定了处罚措施，包括：训令、民事赔偿，即制裁。所以，德、美、我国台湾地区的上列法律条文结构要素齐备，均应属于法律规范。法律概念不包括处理和制裁要素。我国法和《保护工业产权巴黎公约》的上述规定就不具备这两个结构要素，因而不属于法律规范。^②性质上不属于法律规范，自然也就不能属于规范性条款。而在立法宗旨、原则、概念等诸多类型的非规范性条款中，最相类似认定只能是法律概念。当然，这样得出我国法和《保护工业产权巴黎公约》的上述规定的性质含有一定的感性认识——主观猜测的意味。那么，不妨从逻辑思维上去进一步认证其属性。概念是理性思维的逻辑起点，黑格尔在《小逻辑》中指出：“概念本身包括三个环节：其一，普遍性，指它在它的规定性里和它自身有自由的等同性；其二，特殊性，在特殊性中，普遍性纯粹不变地继续和它自身相等同；第三，个体性，这是指普遍与特殊两种规定性返回到自身内。”^③这三个环节从另一个角度认识也就是：事物间关系的同、异和根据。^④“同”即是所属的种类。“异”就是在种类中的特殊规定性；“根据”即“同”、“异”与概念本身的同一性。我国法中“本法所称的不正当竞争……是指（一种）行为”，即为概念包含的普遍性；“违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的（行为）”即为特殊性；“是”即为个体性或称连接点。在《保护工业产权巴黎公约》中同样如此，“行为”即普遍性；“凡在工商业活动中违反诚实经营的（竞

① 我国台湾地区“公平交易法”第41条规定的责任形式主要有：限期停止、改正、罚款。

② 我国《反不正当竞争法》第20条规定的损害赔偿责任不是第2条第2款的责任条款，而是第7条、第11条、第12条的责任条款。

③ [德]黑格尔：《小逻辑》，北京：商务印书馆，1980：331。

④ [德]黑格尔：《小逻辑》，北京：商务印书馆，1980：334。

争行为)”即特殊性;“构成”即个体性。因此,我国《反不正当竞争法》第2条第2款之规定的属性是法律概念,而不是法律规范。

《保护工业产权巴黎公约》是为成员国提供普遍遵循的行为规范,不具有强制性,界定的不正当竞争行为无需附带相应的责任条款。这是由国际公约适用主体的范围——限于主权国家或国际组织的特殊性决定的,也是由国际公约的示范法功能决定的。作为一国的法律制度,若要发挥其秩序保障功能必须以强制性作为保障,需要法律设定相应的强制性的责任条款,而不能简单照搬《保护工业产权巴黎公约》的规定或附庸《保护工业产权巴黎公约》规定的风格。

法律条文的两种不同“身份”——法律概念和法律规范,内涵的法律功能不同。概念是将同类事物抽象出它的共同特征而形成的范畴。概念的本质属性是一种思维形态,它的作用是提供交流的舞台。法律概念的功能不会因为其发生作用环境的特殊性而脱离逻辑上一般概念的功能——通过概念作出判断、推理和论证。“使用一个相同的概念也仅仅表示我们和一齐使用这种语言文字的社会中的人们在一个抽象的层次上有相一致性并且获得一个舞台,并在这个舞台上再进一步去思索及理论”。^① 具体而言,法律概念功能,一方面能够提高法律思维的效率。运用法律概念的过程“是特定价值经由个别承认到群体的共识而熔入特定文化的过程,也是利用概念来思维以减轻后来者之思维亦即说服之工作负担的基础”。^② 另一方面,“为法律制度所确定的概念,主要是用来形成法律规则和原则的”。^③ 法律概念承载和储存立法者的意旨和价值观从而有助于人们对法律具体内容的理解、有助于法律规范和法律原则的适用。“没有概念我们便无法将我们对法律的思考传达给他人”,“没有限定的专门的概念,我们便不能清楚地和理智地思考法律问题”。^④ 因此,法律概念因缺少法律原则的高度抽象性而不能达到原则指导性,因不具备法律规范的具体行为范式而不能发挥具体调整功能。法律概念只能为细化法律原则、丰富具体法律规范提供基础智力平台。尽管这种积极的智力支持是正确运用法律原则和适用具体法律规范不可或缺的,但毕竟其发挥的作用是间接的,法律概念无法僭越法律原则、法律规范直接行使规范性功能。^⑤

① Bittner, RaiP, S. 26f. 转引自:林立. 法学方法论与德沃金. 北京:中国政法大学出版社,2002:242.

② 黄茂荣. 法学方法与现代民法. 台湾大学法学丛书. 增订3版. 1993:58.

③ [美]E·博登海默. 法理学 法哲学及其方法. 北京:华夏出版社,1987:470.

④ [美]E·博登海默. 法理学 法哲学及其方法. 北京:华夏出版社,1987:465.

⑤ 因为法律原则和法律规范都可以作为准则,通过调整某种事实关系使之成为法律关系。法官可以依据法律原则或法律规范裁判,但不能根据法律概念断诉。