

<<在经验与制度之间>>

图书基本信息

书名：<<在经验与制度之间>>

13位ISBN编号：9787511808691

10位ISBN编号：7511808697

出版时间：2010-7

出版时间：法律出版社

作者：谢晓尧

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<在经验与制度之间>>

### 前言

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”。

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。

## <<在经验与制度之间>>

### 内容概要

本书共八章，每一个问题都力求从让案例说话，从裁判文书中提出问题，并进而分析问题。

本书绝不满足一案一议的叙事方式，而是将问题的分析建立在“案例类群”的基础上，在案例的比对，归纳中引发问题的思考。

本书对司法中的每一具体做法与观点，均通过注释说明有关案例文号及其相关案例的做法，力求真实、客观，容易查实。

这一开创性研究，对于实务界的指导意义是不言而喻的。

## &lt;&lt;在经验与制度之间&gt;&gt;

## 书籍目录

序/刘春田致谢第一章 立法目的的司法践行：以消费者保护为中心 第一节 反不正当竞争法的目的 一、立法目的之确立 二、立法目的在司法中的功能 三、立法目的之尴尬境地 第二节 围绕“消费者”保护的争议 一、学术上的分歧 二、立法上的不同做法 三、分歧的原因 四、我国立法中的“消费者” 第三节 目的条款在司法中的运用 一、间接保护受到普遍重视 二、消费者直接保护的“春秋战国” 三、司法的保守与作为：“法释[2007]2号文”之检讨 四、进一步的思考：司法如何保护消费者第二章 反不正当竞争法的适用 第一节 “经营者”之困 一、立法的谜面 二、司法中的不同做法 三、简短的评析 第二节 “竞争关系”的逻辑与经验 一、望文生义，可怕的望文生义 二、竞争关系的界定 三、有待深入的问题：“竞争关系”对案件的影响 第三节 不正当竞争案件的类推适用 一、类推的机理 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 三、不正当竞争案件中类推的运用 四、类推适用与一般条款的关系 第四节 在规范的丛林中：竞合，抑或想象竞合 一、规范层面：竞合，抑或想象的竞合 二、请求权层面：择一行使，抑或同时行使 三、责任层面：在竞合与不竞合之间第三章 一般条款的司法实现 第一节 一般条款的可诉性 一、一般条款为何具有可诉性 二、一般条款可诉性在司法中的运用 三、从可诉性检讨我国一般条款的立法技术 四、民事案由：一般条款可诉性的技术支持 五、一般条款的适用条件 第二节 一般条款案件的说理 一、概述 二、说理的路径：一般条款具体化 三、说理的逻辑方法：法律论证的运用 四、说理的“场景”：个案情节的构建 第三节 拓展一般条款适用的可能：以不道德的促销为例 一、滥用他人的同情心理和慈善心理促销 二、干扰性促销 三、低俗促销 第四节 一般条款案件的司法类型 一、概述 二、适用一般条款的主要案件类型第四章 商业标识 第一节 作为法益的商业标识 一、问题的提出 二、为何是法益 三、法益如何保护 四、进一步的思考：商业标识消极防御权的抗辩理由 第二节 商标 一、商标无论注册与否，知名就保护 二、知名状态不以驰名为唯一条件 三、对不同知名度的商标采取不同程度和范围的保护 四、不同的知名度的商标救济方式不一致 第三节 企业名称 一、企业名称的知识产权属性 二、企业名称的范围 三、企业名称消极防御权的范围 四、境外企业名称“傍名牌”问题 第四节 域名 一、域名的权利属性 二、域名保护抑或商业标识在因特网上的保护 第五节 人格符号：商业利用的初步实践 一、概述 二、当事人的金钱请求与法院的支持 三、人格符号的财产属性 四、人格符号商业价值之体现 五、人格符号的保护模式 第六节 一地鸡毛：“知名商品特有的名称、包装、装潢” 一、难以领会的语言 二、不可捉摸的边界 三、难以预估的危害：以药品名称为例 四、对策与建议 第七节 其他识别性商业标识 一、广告语 二、作品标题、栏目名称、丛书题目、组合名称 三、店铺风格、工作服装和道具式样 四、楼盘名称 第八节 不具有识别功能的商业标识 一、关于质量标志 二、代号、型号 三、条形码 四、标识方式对识别性的影响第五章 知识产权的冲突与协调 第一节 现有规范的评述 一、《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》 二、最高人民法院对权利冲突的规定 第二节 权利相容：权利冲突的逻辑起点 一、权利为什么相容 二、司法中为什么要考虑权利相容的逻辑优先性 三、权利相容的考虑因素 第三节 知名度在权利冲突中的地位 一、权利冲突的前提 二、权利冲突的时间判断标准 三、知名度与权利的保护 四、有待进一步思考的问题：知名度的司法规则 第四节 权利冲突的协调规则 一、先占规则 二、准则主义：法定权利优先 三、权利层级化：权利的位阶与强弱 四、知名度优先，有限相容：一种可能方案 第五节 权利冲突外观下的侵权 一、侵权构成的判断要素 二、责任方式的适用第六章 误导 第一节 概述 一、误导与虚假宣传 二、误导与欺诈 三、误导与知识产权 第二节 误导的判断 一、面向社会公众的“表述”行为 二、以相关受众为认知主体 三、受众错误决策或错误决策的可能 四、无须考虑主观过错与损害后果 第三节 误导的类型 一、按照陈述的主题划分 二、按照陈述的方式划分 三、按照陈述的性质划分 四、几类特殊促销行为中的误导第七章 商业诋毁 第一节 商业诋毁的本质 一、司法中通常的观点 二、在司法的直白中探寻真义 第二节 商业诋毁的判断 一、不公正之说法 二、散布行为 三、确定的指向性 四、主观形态 第三节 商业诋毁的几种类型 一、律师函引发的商业诋毁 二、比较广告中的商业诋毁 三、自力救济中的商业诋毁 四、媒体的商业诋毁第八章 商业秘密 第一节 “未公开信息”如何保护产权 一、商业秘密是一种所有权吗 二、反思司法中的“权利规则” 三、义务规则的切入：审视信息来源的道德合理性 第二节

<<在经验与制度之间>>

商业秘密的客观要件 一、概述 二、关于秘密性 三、关于价值性和实用性 四、关于新颖性 第三节 保密措施：主观要件及其判断 一、保密措施的地位与含义 二、严格的约定主义：保密措施绝对化倾向之批判 三、雇员保密义务对保密措施的影响 四、进一步的思考：保密义务是附随义务吗 第四节 客户名单的判断 一、劳动努力 二、客户信息的广度和深度 三、客户关系的特定性 四、客户的稳定性 第五节 竞业禁止 一、现有规定 二、纠纷类型的司法认定 三、竞业禁止案件的利益平衡附论：认真对待司法读本

## <<在经验与制度之间>>

### 章节摘录

插图：示程序使利益攸关者参与其中，参与合法性的交涉与论证，只有经由公示与异议之后方可获得法律上的正当性。

诸如药品名称、产品型号、域名等商业标识的行政审批都只是基于行政监管内部审查，本质上是一种行政许可行为，是行政机关行使管理职能的体现。

这些行政管理事务只是行政机关和相对人之间的公法上的交涉关系，没有面向社会其他不特定的主体，不创设其他第三人的义务。

易言之，社会不特定的主体并不因该行政管理事务而产生额外的义务，其不具有对世性的效力，因此，不能视做私权上的权利授予。

以药品名称的审批为例，药品的生产和流通涉及公众的人身安全，行政机关有权对该行为进行审批，通过行政许可权力的运用，创设行政机关和相对人之间行政法律关系。

但是，药品名称的审批不是赋权性的，并不导致绝对权、对世权的产生，相对人不能基于政府的核准行为获得药品排他性的名称专用权。

三、法益如何保护（一）法益的证明：知名度权利的保护必须建立在正当性证明基础上，法益亦然。

这种正当性的证明既表现为权利道德合理性的内在证成，也表现为权利主张外部认知的确证上。

就前者而言，权利哲学的各种理论为知识产权的“合法性”提供了不同维度的理性工具和方法，如洛克的劳动财产理论，康德的自由意志理论，穆勒、罗尔斯的正义理论等。

就后者而言，权利与法益，不外乎是一种实在利益的表达方式，都需要从认知角度以一定的方式来固化、界定、度量和维护，而不是捉摸不定、不可把握的。

<<在经验与制度之间>>

编辑推荐

《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》由法律出版社出版。

<<在经验与制度之间>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>