

<<竞争秩序的道德解读>>

图书基本信息

书名：<<竞争秩序的道德解读>>

13位ISBN编号：9787503653971

10位ISBN编号：7503653973

出版时间：2005-4

出版时间：第1版 (2005年4月1日)

作者：谢晓尧

页数：427

字数：410000

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>

<<竞争秩序的道德解读>>

内容概要

写下“竞争”二字时，心里难免有一些惶恐之情。

竞争充斥整个自然界、生物界和人类社会，是一个使用频率异常高的词语，里斯本小组在《竞争的极限》中指出：“今天如果有人要为‘竞争/竞争能力’这个词条编辑图书目录，而且只限于最近15年以来用英文发表的图书，那么这个书目可能厚达几千页。

”然而，知识的储量并不能消弭认识上的歧见，一个非常独特的现象是，尽管竞争领域长期以来被视为是法学和经济学结合得异常“繁荣”的典范，面对“竞争”，学界更多保持着一种非常审慎的态度和强烈的批判精神。

对竞争法律理论和司法过程的批判，却又更为主要地指向学者和司法人员对制度的释读能力和理论进路。

在他们看来，经济学的理论、分析模式自然成为构建和推行法律制度的基本工具，竞争立法和执法在很大程度上取决于运用经济学知识对市场的剖析水平，“理解关于竞争和反托拉斯的法律是困难的。如果说还有理解的可能性，那就需要对决定立法的经济理论和原则有所了解。

”“在准确地对市场运用反托拉斯法或贸易法规之前，必须对这些市场的特点进行深入的研究。

”而学者和法官面对竞争却始终存在挥之不去的“无知”，缺乏必需的释读能力。

有学者批评，在竞争问题上，很多不熟悉经济的人经常犯的一个错误是从简单观察中得出错误结论。美国经济学家劳埃德·雷诺兹更是讽刺：“最高法院曾判处‘凑数’的寡头垄断，其所占市场小到20%，而放过善良的寡头垄断，其所占市场大到%。

”在我国，也有学者曾提出过类似的批评。

竞争法内容广泛，既包括以维护自由竞争为取向的反垄断立法，也包括以公平竞争为内容的反不正当竞争法。

反垄断立法从结构主义向行为主义再向效益主义的演进和过渡，对经济学向法学理论的渗透提出了更高的要求，这只是认识竞争法这一学科知识的一个缩影。

其实，对竞争制度法的认识，我们缺乏的学科资源并不只是经济学知识那么简单，克服法条主义的认识局限也非引进某一学科手段和方法所能及。

竞争制度的研究处于不同学科知识的重叠和交汇之处，知识边界具有不确定性和开放性，决定了其边缘性特质，而不可能有单一的分析研究方法。

法律制度的多元认识和解读，并非仅仅是一个知识素材在不同领域的堆砌和平推问题，不同学科视野，或者称之为“眼光”问题，实际隐含的是“问题意识”。

单一的、教条的、模式化的法条诠释、解读，会忽略认识制度的外在的视角，知识也就会流于一般化和陈腐化；解释工具和认识方法的多元化，能使认知趋向创新，从不同的思维视角以敏锐的洞察力追求知识识见，减少浅层次的重复，在现有实践和理论的广度和深度的基础上，探索事物发展的内在逻辑，致力于各种矛盾的思考，通过对问题的提出和解决，在这种质疑索解的过程中，取得新的认识成果，更具有智力性贡献的成分。

我国早在1993年9月就颁布了《反不正当竞争法》，然而，市场竞争中的无序与混乱现象并没有从根本上得到遏止，现行经济生活中的制假售假、虚假广告等现象层出不穷、屡禁不止即为明证。

以前当经济生活中出现或大或小的症结、矛盾或问题时，我们通常会冀望于法律，呼吁立法之声便会一浪高过一浪。

立法有了之后，我们又转而归咎于法律的不完备与执法。

于是，一些人提出我国的立法不具体、不完备，缺乏操作性，主张借助于一种技术性手段，精心制定一部精密而完备的立法，将形形色色的不正当竞争行为加以规定。

不正当竞争行为能否通过人类智慧的精心设计而得到全面规制吗？显然，这种立法呼声暗含着秩序建构主义的理想逻辑。

在理论界，较多的学者倾向于将反不正当竞争法视为国家干预之法，是国家在市场失灵中管制和重整市场秩序的一部分，这种法秩序来自国家因素的外部介入。

但是，这一流行理论解决不了如下的诘问：市场中的人所遵循的准则来自外部的干预时，规则具有可

<<竞争秩序的道德解读>>

预期性和可计算性吗?政府若能通过设计竞争秩序来有效干预市场,又何以解释现实中竞争秩序的混乱?显然,将反不正当竞争法简单视为国家干预经济的立法,忽略了对市场自身运行的全面关注。普通公众对反不正当竞争法的了解就更为忧虑了,某地的一个调查发现,大多数的调查对象对《反不正当竞争法》理解不深,其中,单位问卷中很了解的占4.5%,一般了解的占35.74%,知道但不了解的占46.25%,不知道的占13.51%;非单位的人很了解的占2.46%,一般了解的占39.9%,知道但不了解的占52.99%,不知道的占4.65%。

在笔者看来,上述种种偏差乃是我们缺乏对反不正当竞争法应有的释读能力和方法所致。竞争法所涉的论题不是笔者能力所及,为将谬误控制在更小的范围,笔者对竞争秩序的思考仅以竞争的“公平”性为限,即着眼于反不正当竞争法的研究,而对目前更为时髦的反垄断法没有纳入思考的范围。

当然,由于两者本身并无明确的知识界限,这种划分也非严格意义上的。

本书的主题为“竞争秩序的道德解读”,笔者必须声明的是,道德不是一种说教,将竞争秩序与道德问题联系在一起,笔者旨在澄清:作为市场制度的道德究竟是什么?是谁的道德?如何产生?对市场秩序有何影响?标准如何?这对认识反不正当竞争法是至为重要的问题。

将竞争秩序与道德牵涉在一起,问题意识的形成与推衍,基于以下几方面:第一,市场作为一种经济资源的动员方式,是人类演进过程中的制度选择的结果。

通常认为,市场经济体制内含着“道德”因素,“市场是一种伦理的制度”。

这一命题含着两层含义:一方面,市场内在价值能得到合理的道德证明,其本身是合道德性的,这并不是说市场就是十全十美,绝对公平的,而在于它是人类有限的社会体验中,至今为止更具正当性和效益性的一种制度安排。

另一方面,从外部评价看,市场体制中的制度、规则,包括法律规范,必须经得起道德合理性的考量和评价,市场竞争秩序乃是基于社会共同的道德诉求。

由于既不存在一个完备的道德,也不存在完备的法律,道德与法律须臾不可分离,我们既可以从社会的法律活动中去阅读到特定社会的道德状况,也可以通过社会的道德资源去反思它的法律处境。

当现代社会孜孜以求的法制追求不足以维持市场秩序时,我们不能忘记,道德具有逻辑的优先性,因而必须寻求和利用现实的道德资源。

我国目前市场经济中的混乱无序,与法律建构和运行的道德基础是相关的。

我们不妨追问:在市场经济的培育和演进中,商人精神和商业文化凝聚了多少可资利用的道德资源?我们是否有了一个足以维持法律运行的伦理基础?制度具有相关性,社会从法律制度中所能摄取的资源,在很大程度上取决于,社会为法律运行提供的可资利用的现行养分。

市场经济失序,从更深层次上决非仅仅是一个经济问题或法律问题,而是一个道德问题。

制定法律、行政法规,加强行政管制措施,尽管可解燃眉之急,但却未必是最基础的工作,离开必要的道德起点和伦理基石,法律顶多是文本意义上的。

当竞争秩序与道德问题联系在一起时,法律如何利用道德资源,道德如何有效发挥其调节功能呢?这是本书着力思考的问题所在。

第二,从各国对竞争秩序实践来看。

立法名称上多冠之以“反不正当竞争法”、“公平交易法”。

在行为正当性的衡量标准上,几乎都使用了大致相同的规范性而非描述性的一般条款,如“诚实交易惯例”(比利时、卢森堡),“诚信原则”(西班牙和瑞士),“职业道德”(意大利),“善良风俗”(德国)等等,《保护工业产权的巴黎公约》和《关于反不正当竞争保护的示范规定》将其界定为“违反诚实的习惯作法”的行为。

显然,“正当”、“公平”、“诚实”和“善良”等等,都是一种典型的“道德语言”,属于价值判断的“价值词”,同时具有描述性和评价性意义,既能陈述事实,也能规范和引导人的行为,指导人们作出各种行为选择和原则决定。

将道德原则引入法律当中,并且作为衡量“正当”与“不正当”,进而决定“合法”与“不合法”的评判标准,是用法律的形式确立起了竞争的道德要求。

将道德原则直接接纳为法律规范,显然可以缓解和克服成文立法的固有矛盾与局限,但是,通常认为

<<竞争秩序的道德解读>>

，道德具有非典律性和灵活性的特点，而市场竞争往往需要制度的确定性保障。

法律中引入道德规则的合理性是什么?道德规范如何既能发挥回应社会变迁的灵活性特征，而又能够获得相应的确定性保障?道德规范又是如何发挥其功能的?在道德规范的作用下，会导致权利和义务模式的哪些改变? 在本书中，笔者循着上述设问，力求证明，反不正当竞争法可视为知识产权的补救性保护措施，原因在于，这种补充性规范引入了道德合理性的权利论证程式，从权利法定来源的客观论证转向直接追问权利的“合法性”依据，进而将权利的保护拓展至一种应然的道德权利，知识产权的保护范围与程度扩大了。

同理，当反不正当竞争法将法定义务的审查扩大到行为的正当合理性时，义务的约束随之扩大，“法无明文规定即为自由”的法律信条要受到来自道德义务的约束，竞争的行为规范被扩展了，一些不为法律所明文禁止的行为，只要妨害了竞争秩序就必须禁止。

第三，法律和道德规范对维系竞争秩序具有极端的重要性，这已是不证自明的了。

但是，这是否意味着为维护竞争秩序的有序展开，面对千变万化的竞争行为，我们可以精心设计出一部完好的秩序规则?政府开展整顿和规范市场经济秩序的工作当然重要，但是，这是否意味着市场竞争秩序是来自外部权威的规范，秩序是靠行政当局“整顿”的结果?近年来，从中央到地方都在进行道德教育，一些地方和部门甚至努力推动道德建设的成文化和典律化，藉此推动竞争秩序的健康发展，道德真的能够人为创设吗?本书力图证明竞争中秩序乃是竞争中的行为主体互动的产物，这种属于自生自发的内在规则，不管是法律还是道德都是竞争过程中衍生的经验知识，并非人类所能精心设计和规划的。

过分强调秩序的政府建构会阻碍制度依其自身逻辑生成的机制，也会加大交易中的不确定性因素。

市场中的人不仅是市场秩序的形成参与者，也是竞争秩序的得力维护者，反不正当竞争的法秩序，离开了社会自发力的有效运用，是难以奏效的。

问题是知与不知的对立统一，既反映着现有认识的广度和深度，更反映着向未知领域探索的广度和深度，是知识中的不知部分，是关于不知的知识。

在这里，一个被称之为“美诺悖论”的思维现象出现了，人们始终面临逻辑上的两难：人没有必要再去寻求他已知的，因为他知道它；人也不会寻求他不知道的，因为他还不知道他不知道的。

通过已知去探求无知，在一定意义上必须借助于预设的理论假设和思维方法。

问题与方法具有相关性，问题的提出、推演和论证，乃是受一定思维方法支配下的思维过程，不同的方法会导致不同的“问题”与结论；而方法的运用也仰赖于问题的思考和追问，取决于问题的“真”、“假”，问题的意义与价值。

市场竞争需要一个健全的秩序，这是一个不争的命题。

这一秩序究竟是如何构建与维护?不同的立场、分析平台、立论基础和解释方法，会得出不同的结论。

本书对竞争秩序的解读，主要基于如下的立场和方法： 1. 市场本位。

在资源配置和人际关系协调当中，市场与政府并非处于同样一个逻辑起点和功用序次，市场起着基础性、第一位的作用，处于优先的序位。

在逻辑起点上市场先于政府，政府干预以市场的基础性调节为前提，政府干预是“市场失灵”后才出现的。

干预尽管出自国家有形之手，却又是根植于市场的土壤，是市场的自由要求干预，干预是维护自由竞争的干预，没有对自由的干预，也就不存在不干预的自由，干预只不过是自由市场的另外一种展现而已。

在政府干预经济生活之前必须首先考虑市场的基础性协调功能。

2. 认识论：有限理性。

人不是全知全能的智者，并不具有天然的对自身利益和市场的判断能力，都具有有限的理性，在现实中是一个“机会主义者”。

人的有限理性乃是人类知识上的“构造性无知”导致的，即知识只有很小一部分会集中于某一个人的头脑之中，谁也不具备完备知识。

自由竞争是知识的传播机制，也是制度的创设机制，竞争使人类能沉淀和累积过往经验中行之有效的知识，形成习惯、道德和法律。

<<竞争秩序的道德解读>>

也正是在这一意义上，有限理性也注定了竞争秩序中法律与道德并不是来自一个先验的人为设计，任何个人和组织都不具备这一能力。

反不正当竞争法以具有较大包容性和变通性的道德作为行为的规范，反映了竞争秩序的维护必须求助于人类合作中的经验和习惯，好的习惯具有指导未来行为取向的功能。

3. 个人主义取向。

个人主义的立场假设制度规则的出台是以个人本位为逻辑起点，人的一切行为围绕个人利益最大化来展开。

人类行为可以通过利益诱因而引导，却难以通过集权的方式来分配。

人追求个人最大化的需要，也预示着人类通过制度的上的激励和约束能有效引导个人行为，使其在追求个人利益的同时，满足社会利益的需要。

反不正当竞争法的道德规范来源于经验生活的互动，道德权利和义务的维护和约束，能为当事人的“守法”行为提供利益上的激励，而国家对市场竞争秩序的干预有可能会挫伤利益的市场调节和生成。

4. 成本分析和利益均衡。

竞争的本义是，在多项选择性替代用途中，保障资源的效益性配置，成本的分析自然是阅读制度的一个重要变量。

但是，市场竞争中，多元化的主体、多元化的利益、多元化的价值取向都有受到保护的同样重要性，而无一个既有的简单取舍。

在一定意义上，反不正当竞争法以维持整个竞争秩序为目的和宗旨，这一秩序只有建立在对小同的利益进行有效评估和权衡基础上。

在秩序释读的过程中，法律文本作为“物化”的规范、过往经验知识的仓库，其地位和作用自不待言。

重视《反不正当竞争法》的条文诠释，对于加深对竞争秩序的理解，强化法律的贯彻实施有着尤为积极的现实意义。

目前，在《反不正当竞争法》修订过程中，有一种非常强大的声音在呼吁：制定一个更为缜密、详细、具体的条文内容，这也从一个侧面反映出社会对法律文本的种种期待。

这种期待是对竞争秩序可预期性、可计算性和稳定性的一种冀望。

但是，法律文本从来是对活生生社会现实的描述和写真，对法律文本的释读，不仅仅要知其然也要知其所以然。

隐含在僵死的法律条文背后的，是一个个委婉曲折、耐人思索的社会故事，充满理性、睿智和张力的经济逻辑。

如何读出这段暗含着的故事，是我们把握制度从何而来，向何处而去的关键，也是揭示制度深刻蕴涵所必须的。

因而，一个合理的做法是，用法律文本去释读社会经济层面的理性生活，用经济生活的现实处境去观照法律文本的距离。

在我国，《反不正当竞争法》的颁布实施已经20年，这部市场经济时间起点上的立法，随着时代的变迁而需要超越于特定时空的局限，制度的释读，需要更多地运用丰富多彩的社会经济生活来反思和批判现有的文本。

一定意义上，我们对经济社会的剖析程度、认识能力，决定着我们对文本的释读能力。

在本书中，笔者着力于一种制度的阅读，同时，也以更高的热情表达着对社会经济的阅读旨趣。

秩序的阅读不仅仅要着眼于文本的法，也必须顾及“行动中的法”。

笔者在本书写作中，收集了大量司法判决和行政执法做法，一个非常强烈的感慨是：这些巨大的法律资源宝库未能引起学界的高度重视和善用。

法学学科是一门关乎“社会实践”的理性，它当然具有很强的实干性，它以现实生活中的法律现象、经济形态和具体案例为素材和蓝本，从这一角度出发，法学是实务的，它以“活起来的法”为归依。

但是，在我们的许多理论研究中往往忽略法律的实践性，对丰富的司法判例和做法不屑一顾，轻视司法素材，对许多有益的经验视而不见，拒绝给予理论上的归纳和总结。

法学的实务丝毫不影响它是一门理性色彩和人文关怀极为浓烈的学科。

<<竞争秩序的道德解读>>

如何把坚硬的法条在活生生的现实中加以运用，绝对不是“自动售货机”式的体力活，而是一种能动的理性活动过程，从业者必须借助一定的范式将法律条文、浓缩的经验在现实生活中还原为具体的实践，寻求它活”的表达方式，从业者的道德立场、正义感、社会关怀、历史感悟、专业水准、逻辑演绎能力等等，都将无形地影响他“实干的结果”。

我们很难设想，缺乏一定理性思维和人文关怀下的“对号入座”。

如何通过现有的判决解读秩序，这也是我在本书致力思考的一个重要问题。

<<竞争秩序的道德解读>>

作者简介

谢晓尧，男，湖南新田人，中山大学法学院副教授。
近年来，专攻竞争法和知识产权法，为竞争法方向硕士研究生导师。
在《中国法学》、《现代法学》、《法学评论》、《法律科学》、《法学》、《法商研究》等刊物上发表本研究领域相关专业论文20余篇，其中10余篇为《中国法

<<竞争秩序的道德解读>>

书籍目录

引言：阅读秩序的进路	第一章 竞争秩序与道德资源	第一节 竞争秩序的缘起
一、一种自生自发的竞争秩序观	二、作为秩序的习俗和道德	第二节 反不正当竞争法的功能
一、维护竞争的道德底线	二、底线道德的衡量基准	第三节 反不正当竞争法：政府干预立法吗？
一、道德缺失中的国家干预	二、国家干预与道德的关系	三、也谈反不正当竞争法的性质
第二章 在法律与道德之间：一般条款之解释	第一节 法律的道德原则	一、一般条款的涵义
二、一般条款与法律理性	三、一般条款之功能	第二节 一般条款的具体化
一、具体化与法的确定性	二、具体化的适用情形	三、价值标准的客观判断
四、一般条款具体化的充分说理	五、一般条款案例的类型化	六、具体化之程序保障
第三节 一般条款在中国司法中的运用	一、研究的素材	二、关于案由问题
三、一般条款与具体规则的适用	四、一般条款与民法基本原则	五、一般条款案件的审理
第三章 反不正当竞争法之转向	第一节 价值取向与调整范围	一、价值取向：从保护竞争者到保护竞争
二、适用范围：超越竞争关系	第二节 消费者的反不正当竞争法保护	一、消费者的缘起：一个市场问题
二、消费者保护：制度建构的价值与功能	三、消费者：谁来保护？如何保护？	四、反不正当竞争法与消费者权益保护法的耦合
第四章 道德考量下权利义务规则之演进	第一节 外部性与知识产权的再配置	一、问题的提出
二、外部性成因：权利初始界定的非完全性	三、权利再配置：外部化的内部化	四、外部性的义务规则：治理“搭便车”
第二节 权利之扩张：从法定权利到道德权利	一、法定主义的局限	二、道德权利和应有权利
三、重申传统：衡平原则与权利的限度	第三节 知识产权的冲突与协调	一、何为冲突？为何冲突？
二、权利协调的现有理论	三、权利协调的方法：追问权利来源之正当性	四、冲突协调与权利的再分配
第四节 义务之扩张：道德义务的勃兴	一、反思“法无禁止者即自由”	二、道德求证与义务扩张
三、义务规则：权利维护的第二防线	四、也谈正当竞争义务与正当竞争权	第五章 道德规范的践行
第一节 隐性规则的司法阐释	一、隐性规则：个案中的合法性求证	二、反不正当竞争法中司法之极端重要性
三、我国竞争秩序的司法推进	第二节 惩罚性赔偿：一个激励的观点	一、守法激励：加害行为的预防
二、私人执法：法律实施的激励	三、制度的适用与创新	第三节 社会自发力的启动：从诉权到责任
一、诉权的配置	二、责任制度的完善	第六章 识别性标识
第一节 识别性标识的功能	一、符号及其意义	二、识别性标识的混淆与反混淆
第二节 识别性标识的保护范围	一、企业名称	二、名人或著名虚构人物
三、作品标题	四、广告语	五、其他商业标识
第三节 识别性标识的可保护性：知名性问题	一、知名性的含义	二、知名性认定之方式
三、知名性认定之要素	第七章 商誉	第一节 商誉的生成
一、不完备信息中的信任机制	二、商誉在法律中的确立	三、商誉在会计学中的引入
第二节 商誉的性质	一、会计学对商誉性质的理解	二、商誉的法律性质
第三节 作为“关系”利益的知识产权	一、商誉是一种关系利益	二、商誉的知识产权特征
三、商誉保护与反淡化	第八章 商业秘密	第一节 商业秘密的立法演进
一、商业秘密的债法保护	二、商业秘密的财产法保护	三、商业秘密的反不正当竞争法保护
第二节 商业秘密的道德维度	一、商业秘密权产生的道德基础	二、厘定利益关系的道德尺度
第三节 商业秘密的认定	一、概说	二、秘密性：信息未公开的存在状态
三、新颖性：信息的劳动创造成分	四、价值性的认定	五、保密措施：权利的特殊宣示方式
第四节 一个评述：我国商业秘密案件的审理	一、权利规则在我国的运用	二、司法过程中的义务规则
三、商业秘密侵权的判断模式	第九章 商业言论	第一节 自由及其限度
一、商业言论自由在宪法中的地位		

<<竞争秩序的道德解读>>

二、保护商业言论自由的依据	三、商业言论保护之要旨	四、商业言论自由的私法适用
五、商业言论在我国	第二节 误导	一、误导的形态及其法律
五、商业言论在我国	三、误导的方式	第三节 商业诋毁
二、误导的构成	三、误导的方式	三、商业诋毁侵犯的客体
一、商业诋毁的构成	二、误导与诋毁的关系	三、商业诋毁侵犯的客体
四、商业诋毁的危害	第四节 比较广告	一、立法的演进与趋势
二、比较广告之厘定	三、比较广告的判断基准	二、比较广告之厘定
三、比较广告的判断基准	第十章 销售行为	第一节 有奖销售
一、有奖销售在各国之规定	二、限制有奖销售的依据	三、有奖销售的形态与性质
四、有奖销售构成要件	五、有奖销售引发的民事纠纷	第二节 搭售
一、搭售的涵义	二、不正当搭售的构成	三、搭售抗辩之正当理由
第三节 其他不当的经销行为	一、传销	二、上门推销与电话推销
三、隐蔽推销	四、返本销售	第十一章 价格行为
四、返本销售	第十一章 价格行为	第一节 竞争法与物价政策的分野
第二节 掠夺性定价	一、含义	二、掠夺性定价的目的
三、构成要件	二、掠夺性定价的目的	参考文献
参考文献	后记	

<<竞争秩序的道德解读>>

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>