



图书馆

二〇二二·第三期·秋

简讯

浙江
大学
光华
法学院

Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School

《浙江大学光华法学院图书馆简讯》编辑部

主 编: 何灵巧
副 主 编: 袁 杰 马金江 陈燕 沈佳丽
排版和美工: 袁 杰
顾 问: 赵 骏 罗 伟

《浙江大学光华法学院图书馆简讯》系浙江大学光华法学院主管、光华法学院图书馆主办的期刊。本刊是季刊、内部刊物，每逢季度底出刊。

本刊编辑部地址: 浙江大学之江校区光华法学院图书馆
E-mail: hdhlq@zju.edu.cn
电话: 0571-86592715、0571-86592716
网址: <http://www.lawlib.zju.edu.cn/>

创办《浙江大学光华法学院图书馆简讯》，旨在架起读者和图书馆之桥梁，提升图书馆之服务，宣传图书馆之资源，发展法学图书馆，进行馆际交流。本刊欢迎校内外学者赐稿。来稿可寄电子邮箱。本刊所载原创文章，均由其作者和本刊所有，任何转载、摘登、翻译或结集出版均须事先得到作者和本刊书面许可。

The “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is a periodical supervised by Zhejiang University Guanghua Law School and sponsored by the Law School’s library. It’s a quarterly and internal publication which is published at the end of each quarter.

Address of Editorial Office: Room 102, Library, Zhijiang Campus of Zhejiang University
E-mail Address: hdhlq@zju.edu.cn
Telephone: 0571-86592715, 0571-86592716
Website: <http://www.lawlib.zju.edu.cn>.

The goal of founding the “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is to build a bridge connecting the library with the readers, to improve the Library's service, to propagate our resources, to developing the Law Library and to communicating with other libraries. We welcome article contributions by scholars at Zhejiang University and scholars from other institutions. The authors and this Newsletter reserve the ownership of all the original articles published in this Newsletter. Advance written permission from the authors and this Newsletter is required for any reproduction, extraction, translation and compilation.

目 录

第一部分 图书馆动态.....	1
❖ 本馆动态.....	1
● 法学院图书馆 2023 年度基础科研素能辅导圆满落幕.....	1
❖ 国内外图书馆动态.....	2
● 浙江大学图书馆与澳门大学图书馆签署合作协议.....	2
● 2023 年中国图书馆年会顺利举办.....	2
● 北美研究型图书馆协会发布 TOME 试点项目最终报告.....	3
第二部分 漫谈.....	4
❖ 法学的科学性何以可能——评舒国滢教授著《法学的知识谱系》.....	4
第三部分 文献检索实例.....	24
❖ “搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制研究”之文献检索报告.....	24
第四部分 新书导读.....	34
第五部分 新书通报.....	35



法学院图书馆 2023 年度基础科研素能辅导圆满落幕

2023 年 9 月 19 日晚上及 10 月 13 日下午，浙江大学光华法学院图书馆 2021 级本科生及 2023 级研究生分别开展年度基础科研素能辅导。



图片来源：浙江大学法学青年微信公众号

9 月 19 日晚，浙江大学光华法学院 2021 级本科生年级大会举行，我馆馆员马金江受邀参加。2021 级本科生已具有在浙江大学图书馆查找、借阅及检索的一定基础，据此，马金江主要就我馆馆藏、商业数据库、自建数据库及自助服务等展开介绍。一是介绍了我馆基本信息，包括开馆时间、馆舍布局及各馆功能等。二是介绍了我馆纸质资源，包括中外文书、期刊、报纸和我院硕博士毕业论文等。三是介绍了电子资源，包括已购及正在试用的法学专业商业数据库及我馆自建数据库。四是介绍了各馆公用电脑、打印机及存包柜的使用。此外，马金江还给同学们分发了我馆定制的《图书馆手册》，以便同学们在会后更为全面地了解并使用我馆资源。

10 月 13 日下午，我馆馆员袁杰、马金江开展了 2023 级研究生基础科研素能辅导暨我馆新生始业教育。由于新生对浙江大学图书馆资源的使用相对陌生，袁杰、马金江也介绍了如何在浙江大学图书馆借阅图书及如何使用校馆资源等内容。袁杰依托“浙江大学光华法学院图书馆网站”展开介绍，一是介绍了馆舍布局、开馆时间及入馆须知等基本信息，二是介绍了读者书架及五号楼学术共享空间的申请与使用，三是介绍了各馆打印、复印及扫描设备的自助使用，此外，还介绍了我馆《图书馆简讯》、微信公众号等特色内容。马金江同样围绕我馆网站展开介绍，一是详细介绍了如何在浙江大学图书馆借书、荐书，二是介绍了我馆已购或正在试用的法学专业商业数据库，三是介绍了我馆自建数据库及其更新的订阅，四是介绍了“我的图书馆”以便同学们知晓当前借阅情况，此外，对校馆数据库资源等内容一并做了简要介绍。随后，二位馆员就同学们提出的问题进行解答，针对性地解决疑问。最后，馆员陈燕现场邀请有日、德数据库使用需求的同学进入微信群，方便同学们使用相应数据库。

至此，法学院图书馆 2023 年度基础科研素能辅导暨 2023 年度新生始业教育圆满落幕。相信同学们对我馆资源及其使用有了更为深入的认识，将具备基本的科研能力。我馆也将再接再厉，为我院师生的教授、学习与研究创造更加优质的环境。

消息来源：光华法学院图书馆 <http://www.lawlib.zju.edu.cn/>

浙江大学图书馆与澳门大学图书馆签署合作协议

2023年8月2日，浙江大学图书馆馆长楼含松、副馆长余敏杰一行五人赴澳门大学考察交流，并与澳门大学图书馆签署合作协议。楼含松馆长代表浙江大学图书馆与澳门大学图书馆馆长吴建中签约了两校图书馆



图片来源：浙江大学图书馆网站

合作协议，并互赠图书馆纪念书籍。双方将在情报分析、人才培养、文化活动等方面进行积极合作。

浙江大学图书馆一行在参观了澳门大学展馆、图书馆古籍馆后，与吴建中馆长、王国强副馆长、梁德海助理馆长等就业务工作进行了座谈。双方介绍了各馆基本情况和特色，交流讨论了学者库建设、服务创新、特藏建设、阅读推广与文化活动等。

此次合作协议的签署，是双方多年来合作的拓展和升级。相信浙江大学图书馆与澳门大学图书馆今后开展的多方面合作，定能对两校图书馆发展带来积极作用。

消息来源：浙江大学图书馆 <http://libweb.zju.edu.cn/>

2023年中国图书馆年会顺利举办

2023年9月15至16日，2023年中国图书馆年会——中国图书馆学会年会·中国图书馆展览会在河南省郑州市顺利举办，主题为“滋养民族心灵 培育文化自信”。

9月15日下午，2023年中国图书馆年会在郑州国际会展中心隆重开幕。来自国内外图书馆界及相关业界专家学者、图书馆工作者、企业代表及新闻媒体工作者等3000余人现场参加了会议。会议还通过线上形式进行了直播，获得广泛关注。开幕活动上，中国图书馆学会发布了新修订的《图书馆服务宣言》，该新版《宣言》是距2008年发布15年来的首次修订。此外，还为进入近三年阅读推广展示项目名单的代表及进入近三年全民阅读基地名单的代表颁发了证书。

年会期间，举办了9场主题论坛和19场分会场。同期举办的中国图书馆展览会围绕事业发展成果、图书装备、图书出版、智慧图书馆和古籍保护等方面设立展区。9月16日下午，2023年中国图书馆年会圆满闭幕。闭幕活动中，现场通过播放视频的形式回顾了本届年会的精彩瞬间，展现了全国图书馆人以行业聚力见证文化力量，以创新之力续写图书馆新篇的精神风貌。此外，颁发了入选《中国图书馆年会论文集》作者代表的证书，发布了2024年中国图书馆年会举办地为湖北省宜昌市。

此次年会亮点纷呈。一是紧扣总书记回信精神，展现图书馆事业高质量发展成果。《图书馆服务宣言》发布，备受瞩目。《宣言》展现了中国图书馆人持之以恒探索图书馆服务理念的成果，也标志着中国图书馆人践行现代图书馆服务理念新征程的起点。二是开放包容、守正创新，推动我国图书馆界担负起新的文化使命。年会邀请知名学者讨论文化使命与价值、文化精神、文化自信等，深刻阐述和分析了图书馆在传承弘扬中华优秀传统文化中的作用。三是提振信心、共谋发展，满足业界关心期待。年会提供了一个全国性的相互

学习、交流和展示的重要机会，与会人员共谋发展之策，提振行业信心，达到了办会的初衷与预期。四是专



图片源自国家图书馆

题研讨和学术活动内容丰富多彩，交流富有成效。年会设立9个主题论坛和19个分会场及1场会前会，300余名专家学者重点围绕核心话题作主旨报告、专题发言、经验分享，现场气氛活跃，反响热烈，获得了与会代表一致好评。五是展览会融合互促、盛况空前，激发文旅消费热情。此次展览会面积1.1万平方米，参展单位达到107家，搭建图书馆领域交流和贸易平台。展览会不仅面向年会参会代表，更面向社会公众开放，展场人头攒动，摩肩接踵，观展人数达到3.2万人次。此外，年会期间，还以“越夜 yue

开心”为主题在郑州图书馆举办了“图书馆人之夜”活动，通过主题特展、风俗体验、音乐演奏、文创展示等，为来自海内外的图书馆同仁、市民和读者奉上一场文化盛宴，现场人群熙攘，热闹非凡。

消息来源：国家图书馆通讯微信公众号

北美研究型图书馆协会发布 TOME 试点项目最终报告

当地时间2023年8月17日，美国大学协会（Association of American Universities）、北美研究型图书馆协会（Association of Research Libraries）和美国大学出版社协会（Association of University Presses）发布了一份最终报告，对其启动的一项为期五年的试点项目进行了评估，该项目旨在鼓励对学术性书籍的可持续性数字出版和公众获取。

以上组织于2018年启动了“迈向开放专著生态系统”（Toward an Open Monograph Ecosystem, TOME）项目，在互联网上发布人文社会科学学术研究成果，这些同行评审的作品可以被完全整合到更大的学术和科学研究网络中。该项目与60多家大学出版社合作，最终出版了150多本开放获取的学术著作。这些著作涵盖了众多学科的广泛主题，包括哲学、历史、政治学、社会学、性别和种族研究。

TOME 试点项目历时五年，主办协会承诺在五年期结束时评估该项目对目标受众的价值。目前发布的最终报告分析了参与该试点项目的作者、机构、图书馆和出版社是否认为该项目对其有所帮助。BlueSky to BluePrint 的发起人南希·马龙（Nancy Maron）对项目参与机构的作者和 TOME 联系人进行了调查和访谈，以评估每个人如何从该项目中受益，包括从增加全球读者群体数量到加强图书馆、研究机构领导和工作人员之间的关系。马龙还在2021年夏天与 Kim Schmelzinger 一起进行了初步研究，评估在参与该项目的大学出版社中出版 TOME 专著的成本。

在开放获取项目中，TOME 试点项目是独一无二的。它创建了一个机构资助者社区，从参与的机构中吸引投资，并使作者能够在他们选择的参与出版社中发表文章。主办协会希望与更多图书馆、出版社、学者和开放获取资助机构合作，以确保在 TOME 初期试点项目结束后，网络开放获取专著出版生态系统的未来持续发展。

消息来源：e线图情微信公众号

法学的科学性何以可能

——评舒国滢教授著《法学的知识谱系》

郭栋¹

摘要:

法学的科学性存在两种标准:一是亚里士多德意义上的科学性标准;二是近代以来自然科学所确立的科学性标准。二者分别代表着演绎科学和归纳科学两种不同的科学性立场。在第一个标准之下,法学通过对法律规范文本的作业,着力概念体系和规范体系的理论建构,将逻辑演绎发挥到了极致。与此同时,一方面,法律论题学、修辞学等问题思维消解了法学逻辑演绎的体系思维极端化弊端;另一方面,藉由法律诠释学方法,通过理解的前理解结构,将社会学、经济学等关于社会的科学知识带入法学,不至于使法学逻辑演绎走向封闭的体系。在第二个标准之下,传统法学(法教义学)站在了经验实证主义的对立面,以诠释学为方法论基础,坚守精神科学的阵地,完成法学科学性的自证。但这并不妨碍法学这门古老的知识在自然科学的作用下催生出新兴法学(法社会学、法经济学、法人类学等学科)的新枝。传统法学与新兴法学界限清晰、各美其美、功能互补,共同形塑了现代法学的学科格局。

关键词:科学性 演绎科学 经验归纳 法教义学 社科法学

英文摘要:

The scientific nature of legal science refers to the scientific standard in the sense of Aristotle and the scientific standards established by natural science since modern times. The two represent two different scientific positions, deductive science and generalization science. Under the first standard, legal science plays the logic interpretation to the extreme through the theoretical construction of the conceptual system and the normative system based on the operation of the legal normative text. At the same time, the existence of legal theory, rhetoric and argumentation theory dispels the disadvantages of the extreme interpretation of legal logic. Under the second criterion, traditional legal science (legal dogmatic) stands on the opposite side of empirical empiricism, taking hermeneutics as the methodological basis and thus holding the position of spiritual science. However, this does not prevent the ancient knowledge of law from emerging new branches (legal sociology, legal economics, legal anthropology, etc.) under the action of natural science. The clear boundaries between traditional legal science and emerging legal science, their respective development and complementary functions together shape the discipline pattern of modern legal science.

英文关键词: scientific nature deductive science empirical induction legal dogmatic social sciences of law

“法学这门古老的学问在其历史的演进过程中一直遭到其他学问(尤其是哲学、自然科学)的挑战、质疑和批判,甚至在很长时期内被排挤出‘科学’(Wissenschaft/science)的殿堂。时至今日,法学的学问面貌愈来愈显得模糊不清。”^[1]为了破解法学的“斯芬克斯之谜”,舒国滢教授在《法学的知识谱系》一书中上溯古希腊罗马法学知识渊源,下探现代以来的欧陆法学流变,对古今中外海量文献资料进行深耕爬梳,彰显了非凡的理论勇气和学术之志。什么是法学?“说到底,有关‘法学’概念的争议中隐含的一个根本性

¹ 作者系浙江大学光华法学院百人计划研究员、博士生导师。

问题是：法学是否具有科学性（Wissenschaft）？”^[2]本文将以“法学的科学性”为主题，从学术史的角度，基于法学与其它科学的互动，展开述评。

一、法学的科学性是什么

当我们在说科学的时候，我们在说什么？亚里士多德意义上的科学？近代自然科学意义上的科学？还是马克思主义意义上的科学？如果不事先对科学的概念作出一个工作定义，就会沦为自说自话的讨论。^[3]在不同的文化背景下，对“科学”的理解存在差异。在美国，不加限定词的“科学”往往只表示自然科学，而不包括社会科学。在德国，提起“科学”，往往指的是“自然科学”（Naturwissenschaften）、“社会科学”（Sozialwissenschaften）、“精神科学”（Geisteswissenschaften）。在德国，延续了“Scientia”的传统意义，与之对应的德语词是“Wissenschaft”，泛指一切体系化的理论性学问，既包括自然科学，也包括历史、语言学及哲学等人文学科。^[4]这就指向了另一个问题：使法学的科学性问题变得更复杂的是，科学的形态在不同历史时期也是各异的。在亚里士多德看来，科学是一种高级的知识形态。在《形而上学》中，建构了从感觉、经验、技艺到科学的知识阶梯：经验比感觉高级，技艺比经验高级，科学比技艺高级，高级之处在于原理和原因的追问。^[5]亚里士多德不仅提出了对于科学知识的理解，还建立了一套评判知识类型的优劣标准，即用对原理和原因的探究程度来衡量学问的优劣等级。越是探究原理和原因的学问，越是高级的学问。“明白了原理和原因，其它一切由此可得明白，若凭次级学术，这就不会搞明白的。”^[6]近代自然科学兴起之后，“科学”才开始与“自然科学”划上等号，一直以来宽泛意义上的作为一种高级形态的知识类型的科学被经验观察、抽象归纳、数学语言和实验方法构成的框架所限定。至少从古希腊一直到中世纪，“科学”（Scientia）并不专指在经验上可证实或证伪的知识，也没有实证科学意义上的精确属性。例如，文艺复兴时期，狄德罗主编的《百科全书》中对“科学”的定义就是：“科学指的是对事物清晰且确定的知识。这些知识建立在自明的原则和论证（Démonstrations）的基础之上”。^[7]因此，为了保证本文讨论得以进行，我们持一种对于“科学”的最广义的理解：即确定性、体系性、理论性的知识。理论性是对内容和目标任务的要求，即科学要追问原因和原理；确定性是对内在特质的要求，即科学不能似是而非、模棱两可；体系性是对外观形态的要求，即科学要以体系化的形式呈现出来。当我们说法学作为一门科学时，我们说的其实是法学作为一种高级的知识形态而已。

至此，我们给出本文的工作定义：当我们在讨论法学的科学性时，我们是在讨论法学作为一门学问，具有什么样的知识属性，我们应该对法学抱有什么样的智识期待，即法学是不是一门高级学问。当我们否认法学是一门科学时，往往将其斥为一种技艺，即低级的学问。以亚里士多德的知识阶梯——即由感觉、经验、技艺、科学自下而上组成的知识体系——为背景，我们就能理解：为什么在罗马法学中，“科学”和“技艺”都可以作为法学的定义项。乌尔比安（Ulpianus）把“法学”定义为“有关正义和不正义的科学（Scientia）”。^[8]杰尔苏（Celsus）对于“法”（Ius，也可以理解为“法学”[Jurisprudentia]）的解释，即，“善良与公平（衡平）之技艺（Ars）”。^[9]在两个定义项“科学”（Scientia）一词和“技艺”（Ars）一词的比较中便可见，在古罗马时期，对法学的知识属性，或者说科学性的高低，就发生了分歧。在从感觉、经验、技艺到科学的知识类型光谱中，技艺更加贴近经验，而科学更加注重原理。与其说是分歧，不如说，用“科学”而非“技艺”来定义“法学”，是对法学更高的智识期待：“科学”比“技艺”的知识层级更高，即在原理和原因的追问和探究上更为彻底。

在对“法学的科学性”中的“科学”和“科学性”作出界定之后，我们还要对“法学的科学性”的论域作出说明。这里本文借用了王夏昊教授“法学科学性的论域”^[10]这一提法，即当讨论法学科学性时，如何选取一个适恰的论域来保证这一讨论是有效的。本文法学科学性的论域有两个：一是亚里士多德的科学观，二

是近代以来自然科学的科学观。在《法学的知识谱系》一书中，可以看到，随着亚里士多德的新的科学性标准的确立，围绕法学的科学性标准引发了一系列的讨论；自然科学的科学性标准产生以后，尤其是在亚里士多德的科学观向自然科学的科学观转轨时，对于法学科学性发生了更加激烈的讨论，以至于对法学科学性质疑的声音至今都不绝于耳。在这两种论域中法学的发展采取了两种不同的科学性进路。在第一种论域下，当我们质疑法学的科学性时，是在说法学不追问原因和原理，因而无法保证知识的确定性；在第二种论域下，当我们质疑法学的科学性时，是在说法学不能像自然科学那样用经验实证主义的方法去描述、解释和预测经验事实。法学的科学性改造和科学性辩护沿着这两种进路展开，共同形塑了现代法学的知识形态。

二、法学科学性的第一种思路

在伊尔内留斯的努力下，11世纪末，“最终把法学与修辞学区别开来，并赋予它作为一门名副其实的独立学科地位”。^[11]伴随着法学的学科独立，法学也实现了从技艺（Ars）到科学（Scientia）的跃升。在古罗马时期，法学（Jurisprudentia）不过是一种“对于案件判断的公平自由裁量技艺”^[12]，“针对案件的问题解答技术”^[13]，法学被称为“法律决疑术”^[14]。罗马法学追求法律实用主义，不倾向于表述复杂的自然哲学问题，与之相比，注释法学和评注法学表现出一种根本不同的态度，开始解释世界的和谐规则性，法学家开始把自己变成某类哲学家。^[15]通过亚里士多德的知识阶梯，我们可以知道是什么使法学脱离了技艺的知识层次，即追问原理。

（一）古典的演绎进路

注释法学以优士丁尼的罗马法文本为处理素材，以经院主义辩证法（术）为研究方法。经院主义辩证法（术）是一种应用于权威文本分析的逻辑方法，其坚持以问题为导向，以辩证三段论为方法内核，通过提问、论证、发表意见或作出判断的论辩程序，最终以“普遍接受的意见”“共同意见”或“权威论题”为根据来获得“最具或然性的真理”。法学与神学、医学、哲学一起，共同分享了经院哲学的方法。而且由于在方法论上的突出表现，法学甚至成为神学和哲学在方法上效仿的榜样。法学的论辩问题也被神学接受为一种模式，法学讨论的法条问题与哲学和神学的“问题技术”也是一致的，“法学也可能是‘神学和哲学之方法上的老师’”。^[16]此时，法学的科学性还没有被动摇。

随着亚里士多德著作的发现，“旧逻辑”的辩证三段论被“新逻辑”的演证（证明）三段论所取代，不同于辩证的或然性推理，演证（证明）就是“从前提中必然推出结论”。用当时的标准来看，演证（证明）三段论比辩证三段论更能保证知识的确定性，因而更具科学性。“新逻辑”成为新的科学范式，建立起了新的科学性标准，从13世纪中后期开始，“科学性问题”逐渐成为所有学问必须正视的一个中心问题。所有的学科一方面都要尽力寻找“必然推出结论”的前提，另一方面也要思考如何从前述原理中“必然推出结论”。对于前者，中心工作是追问第一原理；对于后者，中心工作是以体系性的形式呈现知识。

演证（证明）三段论中的前提被亚里士多德称为科学的第一原理，第一原理又分为：一般科学的“第一原理”和特殊科学的“第一原理”。对于某个特定学科而言，特殊科学的“第一原理”不能从更基本的原理中推导出来，是一切证明的出发点。^[17]为了求得法学的特有原理（Principia Propria，即特殊科学的“第一原理”），评注法学改进了注释法学的论辩传统，摆脱了注释法学仅根据直接阅读法律文本，以求个别法律字句含义的注释方式，减轻了对法律文本的依赖。评注法学在逻辑性解释的框架内展开了高度创造性工作，寻找法律文本的“精神”（Mens）或“实质”（Substantia），运用解释学技术阐释从法律渊源中科学地得出的“原理”（Principia）或“法理”（Ratio Iuris），从上述原理或法理中综合（概括）出来“法律规则”（Regulae Iuris）。这种规则被称为“法之公理”，基于“法之公理”，可以在具体裁判中引申出一般规则，也可以直接通过三段论推导出结论。^[18]法律科学的知识必须根据演证（证明）三段论推出，以此保

证法学知识的“必然的和不可推翻的真理”属性，这使得法学更加接近“本质上完善”的科学。何为完善的科学？在亚里士多德看来，“只要根据一经确立，由根据推出结论的过程是确实无疑的，而找出根据的过程则理所当然地不具有这种同样的‘无可置疑的确实性’。只有完善的科学才是‘无可置疑的’。”^[19]经过评注法学的方法论改进，从当时的科学性标准来看，法学具有较高的科学性，被置于最高级的学问层次，获得了作为世俗知识的代表与神学分庭抗礼的地位。

到了15世纪，经院主义对亚里士多德认识论体系的膜拜开始趋向衰落，评注法学遭到继之而来的其他知识界的普遍拒斥。16世纪医学学科内部产生了经验论和教义论的分歧，这种分歧蔓延到了法学。经验论立场的医学家认为，法学是从前的法学家看起来有些任意的言说作为支撑的。言下之意，法学不是一门严格意义的科学。这被称为“医学家的傲慢”（Hochmut der Mediziner）。面对相邻学科的傲慢，人文主义法学不得不为“法学的科学性”辩护。人文主义法学家伽玛鲁斯在《论卓越的法律科学之真理性》一书中，为法学辩护到：即使法学也会和哲学家和神学家一样，将他们的看法建立在几乎完全不靠谱的教义上，法学的目的（旨在产生和平）与医学的目的（旨在获取健康）则是大体相当的。^[20]这种诉诸道德优越，而非智识优越，来为自身的科学性作辩护，是牵强和无力的。这也是无奈之举，原因在于，与研究素材相比，人文主义法学在方法论上的进步是明显乏力的。

人文主义法学依然深信不疑：法律应当能够以像其他科学学科一样的方式，特别是通过从一般到特殊的逻辑推理的形式来加以表达。最值得称道的是，概念分析方法，尤其是“拉米斯主义逻辑”逐渐在法学上得到重视并予以应用，即，法学家开始尝试以概念的属种划分来构建整个法的体系。^[21]这一时期法学的发展依然循着亚里士多德科学性思路，沿着逻辑演绎和体系建构的思路展开。

在亚里士多德看来，“科学的终极任务在于推论、论证和解释的过程，而进行推论、论证和解释之前必须找出推论的起点，必须找出证明的根据，必须找出解释的最高原则。”“只要根据一经确立，由根据推出结论的过程是确实无疑的，而找出根据的过程则理所当然地不具有这种同样的‘无可置疑的确实性’。”^[22]“由根据推出结论的过程”即演绎的科学性，“找出根据的过程”即归纳的科学性。前者比后者更能保证知识的确定性。因此，在归纳和演绎之间，亚里士多德对逻辑演绎给予了最大的重视。

这种逻辑演绎的倾向在中世纪被推向了极端。首先，中世纪的经院哲学与亚里士多德哲学具有极强的一致性。用黑格尔的话说，“经院哲学不过是从亚里士多德的学说的传统引申出来的。”^[23]梯利补充说到：“亚里士多德的学说中有许多内容符合经院哲学的要求。如果有不一致的地方，经院哲学家就会通过适当解释或修正亚里士多德的学说，轻易实现二者的一致，以满足官方的观点。”^[24]其次，中世纪的科学观背离了亚里士多德的归纳—演绎模式，呈现出演绎趋向的态势，并逐渐走向极端。“中世纪科学不是从观察和经验出发，而是从某些公认的教条或信条出发。”在中世纪，“真理的发现不是实验证实，而是与公认的权威的意见相一致，以及被纳入认可的演绎图式之中。”^[25]当圣经教义与经验观察有所抵牾时，经验观察必须让步于圣经。最后，再进一步，在这种科学性指导下，形成了中世纪独特的神学至上的学科格局。“教会信条自然成了任何思想的出发点和基础。法学、自然科学、哲学，这一切都由其内容是否符合教会的教义来决定。”^[26]这种自上而下的科学体系反过来又强化了基于演绎科学的科学性权威。

（二）近代的演绎进路

16世纪开始，医学对法学的傲慢说明，此时的法学已经落后于同一时期的相邻学科了。这里需说明的是，在不同的历史时期，法学所处的学科族群不同，其科学性的比较对象也不同，而法学学科性是在比较中见高下的。在中世纪，法学所处的是一个由神学、医学、哲学（包括人文学科）、法学组成的学科族群。此时的学科格局是：第一，神学至上，哲学成了“神学的婢女”，法学成为神学的附庸，医学也未能幸免地成为“圣

徒医学”；第二，法学曾一度处于科学性的巅峰，作为世俗科学的代表，与神学分庭抗礼；第三，在这四门古老的科学中，医学是后起之秀，在中世纪末期，率先接受了自然科学的科学性改造，完成了向现代科学的转型。

中世纪的圣徒医学以教会裁准的盖伦学说为教条。对此状况，培根认为，“医生如果不从古代医学教义出发，而在实践中收集材料，那么他们将会构筑新理论、做出新发现。”^[27]在中世纪晚期，重新拥抱经验的医学获得了长足的发展。医学教条越来越开始遭到质疑，化学的发展正挑战传统的盖伦医学，显微镜、气压计、温度计等科学仪器正成为医学诊疗的新工具。医学的科学性之路发端于15、16世纪，从达芬奇、维萨里推动的解剖学的发展，到17世纪以哈维发现血液循环为标志的生理学发端，再到19世纪后期形成系统的生物医学，最后到20世纪90年代发展起来的循证医学（Evidence-based Medicine，又称“实证医学”），标志着医学的科学性达到最高峰。现代医学不仅是建立在经验基础上的，同时也是一种“建立在科学基础上的医学”（Sciences-based Medicine）。医学的科学性改造释放出一个明确的信号：近代自然科学正在席卷而来，古老的知识无一可以幸免。如果说16世纪“医学家的傲慢”是自然科学对法学科学性质疑的初露端倪，那么，17世纪自然科学开始了对法学科学性改造的全面攻势。不过，同样作为古老知识的法学，其科学性之路并非一帆风顺。

在近代科学主义浪潮之下，法学的科学性改造进程中依然体现出了巨大的历史惯性。与医学不同，古老的法学受到的冲击，除了来自物理学等经验科学，还来自作为演绎科学（Deductive Science）样板的几何学。^[28]“当几何学从那位伟大天才欧几里得手中产生时，它作为一门演绎科学已十分接近完美了。他的演绎是多么精密、严格而令人折服，以致几何学立刻成为一切科学知识的楷模。”^[29]莱布尼茨将几何学原理以及组合算数运用于法学之中，把法学理解为“一门由简单术语构成的形成复杂情形的组合技艺”，在他看来，“欧几里得著有几何学元素，而法学元素则包含在《国法大全》之中”，二者的组合是一个绝佳的选择。^[30]沃尔夫倾向于（欧几里得的）数学方法，力图将数理逻辑或“几何学方式”转化成为一种“封闭的、公理演绎的自然法体系”，强调所有的自然法规则（法条）都应该按照“无漏洞的演绎方式”，从“较高的公理”到“最小的细节”推导出来。^[31]海因内克提出了“公理方法”或几何学方法。按照此种方法，首先应对任何概念进行界定，此时，概念的定义可能并不令人满意，那么就要提出从这些概念直接引申出来的“公理”，然后不断地着手分析由此衍生的语句（命题或段落）。最终，他通过“公理方法”或基于从历史比较的角度获取的“公理”来考察实在法，建构其推导体系，从中形成与自然法原则相接近或相一致的民法和国际法的原理。^[32]上述努力仍然是亚里士多德科学性思路的延续。

之所以说用几何学的科学化进路改造法学是亚里士多德科学性的延续，是因为亚里士多德逻辑基本上就是由数学抽象出来的产物。^[33]对于亚里士多德演绎推理与欧几里得演绎科学的关联性，宗白华先生的认识颇为精到：“至亚氏作前后《分析论》，即为此项逻辑思想之大成。尤以后分析一篇，阐释推理论证之原理与方法，详细精密，直可视为欧氏《几何学》一书之‘方法论’。”“亚氏之作阐明演绎逻辑之法式，欧氏之作构成演绎科学之前例。”^[34]因此，我们可以说，亚里士多德意义上的科学性侧重的是基于演绎科学的科学性。这也就是为什么，在中世纪法学在为自己的科学性辩护时，会选择与数学的相似性作为重要论据。“法学与思考抽象本体（即第二本体，如图形、数、关系等）的数学或数学之理想类型相类似（原因在于，数学代表着能够保证最高程度之确定性的一门科学，它抽离掉了‘质料’‘运动’等不稳定和偶然的可感因素），法律概念如同仅在想象中存在的‘点’‘线’一样……在法律领域，同样可以按照数学一样的抽象方式来推导出制度和交易行为的特征。”^[35]至此，法学的科学性讨论必须正视的一个前提问题就是：法学的科学性，除了亚里士多德意义上的基于逻辑演绎和体系建构的科学性可资参考，还有没有别的科学性进路？

三、法学科学性的另一种可能

法学科学性的另一种可能指的是：基于经验归纳的科学性进路。舒国滢教授发现了这一科学性进路的蛛丝马迹，例如《法学的知识谱系》一书中讲到了历史上经验论医学对待法学的傲慢、自然科学主义思潮对法学的挑战以及在现代如何看待自然科学和法学的关系。遗憾的是，其并未提炼出一条演绎的科学性标准，更不能将之一以贯之地加以讨论。原因是：对非欧陆私法（民法）学（教义学）理论素材的舍弃，由此从民法教义学直接过渡到导论和终章的法学科学性讨论不可避免地存在过度拔高的问题，这种思路下的法学科学性讨论是不完全、不充分和不彻底的。比如，埃利希就曾论述到传统法学的演绎的科学性进路与“真正的科学”的归纳的科学性进路的不同：“整个法学是抽象化和演绎性的……越抽象，就越丧失与现实的一切联系。这样，法学就与一切真正的科学截然不同，在真正的科学中，归纳方法占主导地位，它力图通过事实的观察和经验的积累使我们深入洞察事物的本质。”^[36]在本文看来，必须认真对待演绎的科学性标准。如此，才能更清晰地认识法学的科学性特质，摆正法学在现代科学体系中的地位。

（一）归纳进路与演绎进路的不同

近代自然科学形成了以经验观察、抽象归纳、数学语言和实验方法为主要支柱的科学性范式，突破了亚里士多德意义上的“基于演绎论证”的传统科学模式，扭转了中世纪“重逻辑演绎—轻经验归纳”的科学性偏好，赋予了经验归纳中心地位。亚里士多德的科学传统中把是否经过论证（Demonstrate）作为判定知识的科学性的标准。但是，这里的“论证”是一种基于逻辑演绎（Deductive Logic）而非经验归纳（Induction from Experience）的论证。^[37]培根指责亚里士多德及其追随者“过分强调了从第一原理中演绎出推论，从而把科学归结为演绎逻辑。”培根强调：“只有前提得到了适当的归纳支持，演绎论证才有科学价值。”^[38]穆勒主张，所有知识的科学性都建立在经验归纳的基础上。理由是：几何学的演绎推理所赖以展开的所谓不证自明的公理“仍不过是经验归纳的一种类型。不过是由我们的感官或内部意识向我们提供的事实的概括的最简单、最便捷的事例”。“演绎科学或解证科学毫无例外地是归纳科学。”^[39]孔德认为，在科学时期（这里的“科学”，指的是实证科学，实证科学阶段与神学阶段、形而上学阶段相对），知识仅仅与规律和与规律类似的规则有关。对规律的研究是实证科学的共同特征，这些规律不确定事物的固有本质（本质、实质），也不关涉第一因和终极因。^[40]随着从“逻辑演绎”到“实验证明”的转变，自然科学的新范式对科学的内涵也做了限定：无法通过实验证明的学问，逐渐被排除在科学领域之外。

固然，演绎科学能保证知识的确定性，但是由此形成的知识体系是封闭的，其背后是一种决定论的思维倾向。归纳科学得出的虽然不是必然性知识，而是或然性知识，但是它保持了对无限经验的开放性，因而能不断出新，其知识体系是动态的。可见，基于经验主义、实证主义和理性主义的自然科学的科学观与亚里士多德科学观发生了明显分歧。从此，科学性的两套标准，即逻辑演绎和经验归纳，开始并行而行。

与几何学代表的演绎科学进路不同，物理学以经验观察、抽象归纳、数学语言和实验方法为方法论特征，代表的是一种经验归纳的思维倾向。对于几何学的演绎取向与物理学的归纳取向之间的关系，有学者是这样说的：“几何学对于物理学家只应当是一种有力的辅助工具：在依据几何学定理推出某种结果时，物理学家不可能继续前进；如果实验不是每一步作指南针和准绳的话，那么数学分析的逻辑盲目性只能增加出发点的不可靠性。”^[41]除此之外，比物理学更加复杂的生理学、生物学、地理学也开始影响到法学。

（二）自然科学对法学的影响

“从19世纪的最初几十年起，这一精神（即实证主义精神）已渗透到法学中。同样，法学如果想得到科学的尊严，本应从实证之物，而非以（神学的或学说的）权威或抽象思辩论据出发。”^[42]遗憾的是，在《法学的知识谱系》一书中，难觅物理学、生理学、地理学等实证科学和法学互动的相应内容。这是因为在样本

和素材的选择上，该书以欧陆私法（民法）学为样本，以“一般法教义学”或“法律总论教义学”为理论素材，排除了欧陆法学中的宪法学、行政法学、刑法学、诉讼法学，更排除了国际法学、经济法学、信息法学等新兴法律部门。作者说：“本人的想法是：如果我们搞清楚了历史上的私法（民法）学中所包含的科学性，那么也就大体上能够说明法学的科学性意义。”^[43]为此，作者引用了哈贝马斯的话作为佐证：“德国民法教义学对于我们的法律理解整体地具有重要意义。”^[44]且不谈私法（民法）的研究能不能代表整个法学的科学性，至少私法（民法）不能代表公法。对于公法而言，“公法所调整的法律关系具有根本的政治性，这要求它采用一种与私法研究方法截然不同的独特研究方法。”“公法深深植根于它所存在于其中的社会、政治、经济和历史背景”，因此，理解公法需要“更宽广的结构性背景”。基于此，“公法能够而且应当表述出自己独特的法律科学基础”。^[45]本文认为，仅以私法为素材来讨论法学的科学性有以偏概全之嫌。埃利希曾在论述传统法学的演绎的科学性进路不同于“真正的科学”的归纳的科学性进路时，就将“一般国家学”（即“一般国家法”，指的是包括宪法和行政法在内的公法）^[46]排除在外，其原话是：“除一般国家学之外，整个法学是抽象化和演绎性的”。^[47]言外之意，即与私法相比，公法的归纳科学性更强一些。埃利希认为，与私法“追求成果的实际应用”不同，公法“只追求纯粹科学的目的”，因此，在德国，公法“被接受为一门学科方向”比私法“要早得多”。^[48]“发展出一门一般的法律科学是完全可能的，它就像国民经济学一样，不是把某个受特定的实在法支配的社会，而是把人类社会本身当作自己的出发点。……在公法领域，即国家法、行政法、刑法和诉讼法领域，这个方面的工作都已经进行过了，只是在私法领域，这一切几乎都还没有做。”^[49]为了弥补本书在理论素材选取方面的缺漏，完整地还原法学科学性问题的历史全貌，下面我们择取公法（主要是宪法）为例，来探究物理学、生理学、地理学等自然科学是如何影响法学的科学性塑造的。

在《论法的精神》中，讨论君主政体的原则时，孟德斯鸠写到：“这就像宇宙的体系一样，有一种离心力，不断地要使众天体远离中心，同时又有种向心力，把它们吸向中心去。”^[50]前述内容中的引力原理来自牛顿，孟德斯鸠像牛顿在宇宙中寻找法则一样地在人类社会历史中寻找法则。“法律的性质，风俗和习惯的影响（这和‘社会契约论’正相反），以及政府的分权。他的这些观点在美国（以及英国）受到广泛的热捧，以至于孟德斯鸠常常被认为对美国宪法的影响远远大于任何其他政治哲学家。”^[51]

在《利维坦》一书中，霍布斯用人体结构来类比国家机构：“在‘利维坦’中，‘主权’是使整体得到生命和活动的‘人造的灵魂’；官员和其他司法、行政人员是人造的‘关节’；……向它提供必要知识的顾问们是它的‘记忆’；‘公平’和‘法律’是人造的‘理智’和‘意志’；‘和睦’是它的‘健康’；‘动乱’是它的‘疾病’，而‘内战’是它的‘死亡’。”^[52]在“论国家的营养和生殖”部分，霍布斯甚至直接用血液循环理论说明货币的流通：“因为天然的血液也同样是由土地的产物构成的，而且在流通过程中一路营养人体的各部分。”^[53]作为“人造的身体”的政治国家，其功能和属性是通过生理学（例如哈维的理论）来认识的，它的运作则是通过研究自然运动（例如伽利略和笛卡尔的工作以及霍布斯自己的创新）而被认识的。^[54]其贡献在于用自然科学来解释政治现象，使之脱离了上帝意志的诸种神学观念，从此国家理论、政治理论和公法理论不再依赖于那些“假定的意志或目的”，而被纳入可以用经验观察解释的范围。

在同一时期的另一位宪法学者哈林顿的著作《大洋国》那里，也大量运用了生物学或生理学知识来建构自己的宪法学理论体系。哈林顿与霍布斯共享同一历史背景和问题意识。“《大洋国》实际上展示了《利维坦》之后可能会发生些什么。”^[55]贯穿此书始终的是立宪问题。《大洋国》实质上则是哈林顿为当时的英国所提出的一部宪法草案，这种“大洋共和国的模型”或可称之为宪法。^[56]在讨论立法机构时，哈林顿认为：“全国议会是心脏，包含着两个心室。一个心室较大，由一个较粗的心房补充血流；另一个较小，充满了纯洁的血液。它们在不断的循环中将大洋国的生命血液吸进来又送出去。因此，从这一点看来，这政府的生命

不多不少就像人一样有死亡，但它也像地球一样不会眩晕。因为地球不论是就其自身而言，还是作为运转的天体而言，是绝不会眩晕的，反而是不转动就不能生存。”^[57]可以发现，作为法治共和国基石的两院制议会理论中竟然充斥着生理学、地理学等自然科学知识。哈林顿通过将心脏的两个心室与两院立法机构之间的类比，推出立法机构的两个部门有着不同的功能。

可见，《论法的精神》《利维坦》和《大洋国》都广泛利用了物理学、生理学和地理学原理来重新理解国家、议会、立法等政治现象。但是其智识基础是很薄弱的，大量的知识借用都有生搬硬套、牵强附会之嫌，其思维方式是类比式的，甚至是隐喻式的。比如说，前述孟德斯鸠论述中的引力原理来自牛顿，但是在牛顿的宇宙理论体系中，是否否认离心力和向心力的平衡的。在生理学中，心脏产生循环是通过两个心房和两个心室实现的，而不是仅仅通过两个心室。哈林顿将两个心室比作两院立法机构，那么两个心房又可以类比为为什么政府组织？当哈林顿讨论两室而非四室的的心脏时，是否不经意间显示出他对哈维循环的理解或认识是不完美的甚至是肤浅的。^[58]虽然法学希望通过模仿自然科学来让本学科更像“科学”，但相似性标准已经不再是一种有说服力的理由。通过类比、隐喻的方式对自然科学知识生搬硬套、牵强附会，最后的结果很可能是“画虎不成反类犬”。即便改造成功，也只是形貌上的相似，充其量只能获得一点“伪装的科学性”，二者还在方法论和知识论的内核上相去甚远。

（三）社会科学对法学的影响

也许有人会这样辩护：孟德斯鸠、霍布斯、哈林顿的宪法理论中会不会只是对这些物理学、生理学、地理学、生物学知识修辞性使用，所以无伤大雅。其实并非如此。在有据可查的文献中，确实存在着模仿自然科学的意识。“霍布斯相信，他可以把物理学的精确方法应用于作为整体的社会。如果人类个体不过是运动着的物体，那么我们可以阐明支配他们相互作用的法则。”^[59]索雷尔（Tom Sorrell）发现，霍布斯认为，他的公民哲学经过科学化改造之后“比物理学更像是一门科学了”。^[60]其实，不只是法学这样，模仿自然科学建构自身的理论体系是整个社会科学普遍的选择。孔德主张仿照天文学、物理学、化学、生物学等学科，创立一门研究社会的学科并把它列于以上学科之后，在1842年出版的《实证主义教程》第四卷中提出用“社会学”这一词来指称“社会物理学”。^[61]1875年，凯恩斯（J. E. Cairnes）也表达了类似想法：“就像通常被称为‘实证科学’的任何一门物理科学那样，政治经济学同样有资格被视为一门‘实证科学’。”他断言，经济学原理“与从引力和运动的定律中推导出来的物理学原理”在性质上是“相同的”。^[62]事实证明，社会学、经济学的科学化改造是成功的，在当今社会科学界，经济学更是获得了最高的科学性，以至于有“经济学帝国主义”的说法。但是对于法学而言，却不是一帆风顺的，至少前述基于类比甚至隐喻的模仿模式是不成功的。

如果说法学具有演绎科学的属性尚且说得过去的话，那么近代科学的经验归纳转向使得传统法学在方法论上与自然科学的科学性彻底无缘。但是这并不妨碍古老的法学在自然科学的作用下发出了“新枝”。20世纪以来，法社会学、法经济学、法人类学、法政治学等新兴学科产生。与作为规范科学、文本科学的传统法学不同，法社会学、法经济学、法人类学、法政治学这些学科是事实科学、经验科学。以法社会学为例，在埃利希看来，传统法学是“实用法学”，而“真正的法律科学”是“社会学的一部分”。^[63]法学经由社会学的改造而具有了归纳科学的科学性，因而被称为“真正的法律科学”。鉴于社会学、经济学、人类学、政治学等社会科学也是近代自然科学催生的，是自然科学范式在人类社会的扩展。因此，上述现象也可以视为自然科学方法通过社会科学的媒介而延伸至法学领域的表现。这被维亚克尔称为“法学自然主义”

（Juristischer Naturalismus）。“透过自然主义，法律家与立法者未科学化的事实直观，才转换成对事实的学术性理解。”^[64]“即通过社会事实的因果分析，将法学视为自然科学”。^[65]经由社会科学的转介，自

然科学与法律科学的嫁接显得没有那么突兀了，最重要的是这一阶段的法学不再一味地去攀附自然科学的概念、原理和框架了，而是借鉴了经由社会科学改造的自然科学的精神、方法和科学态度。

四、对法学科学性改造的补正

前文所述，法学的科学性进路有两种：演绎主义的和归纳主义的。面对自然科学的兴起，传统法学和新兴法学开始分道扬镳。二者采取了两种截然不同的对待自然科学的态度：一是固守逻辑演绎和体系建构的传统，与自然科学分庭抗礼；二是欣然接受理性主义科学主义的改造，发展出新的学科形态。二者也分别发展出了两种截然不同的科学性，一是承袭亚里士多德、经由中世纪改造和近代再改造的演绎科学传统；二是借鉴近代自然科学的面向经验的归纳科学传统。两种传统不仅造成了法学内部的学科分化，也分别推动了其相反立场的学问的发展，由此形成了多元复杂的法学学科格局。为什么两种不同进路的法学科学性改造都需要补正呢？对于第一种科学性，原因在于：第一，并不存在法律公理体系所赖以建立的不证自明的大前提，必须仰赖法律论证、论题、逻辑、修辞来获得基于主体间共识的或然性真理；第二，基于逻辑演绎建立起的概念体系或规范体系是以文字而非数字为符号的，因此，必然存在文本内容与经验事实的脱嵌难题。对于第二种科学性，原因在于：法律的社会科学研究不能从根本上解决法律现象不可还原的困境，因而必须转向理解寻求出路，理解也使得法律的社会科学研究在科学的光谱上偏向于精神科学。

（一）对演绎进路的两种纠偏

针对逻辑演绎和体系建构的极端走向，法学在相反的方向上强调对经验事实的关注。^[66]吊诡的是，由于当今时代经验事实的认识都已经或多或少科学化了，尤其是与法学密切相关的人类社会领域的经验事实已经社会科学化了，所以在逻辑演绎和体系建构的相反方向，就表现为传统法学对社会科学的知识需求。对此，《法学的知识谱系》一书中做了细致的梳理和总结：

在传统法学内部对当时的学说汇纂法学的反思和批评中，就表露出了很明显的社会科学的印记。基尔希曼在《作为科学的法学的无价值性》一文中指出：法学作为“科学”从理论上说是无价值的，它并非真正意义上的“科学”。^[67]原因在于：法学对实在法的过度依赖。具体表现：第一，实在法存在漏洞、歧义、矛盾，法学家却不惮于以自己的全部才智和学识为之辩护。第二，实在法中的公式化倾向和僵硬的形式侵入了法学，使得法学即使已经认识到现实生活中个性的丰富多彩，也必须对之采取蔑视的态度。^[68]阿诺尔德批评当时法学界所崇尚的“科学体系的辩证力”，认为法学家不应该仅仅注重法条的概念亲缘性，而更应该观察法条的实际关联性，观察法律与民族生活、经济、国家、伦理、历史方面的关联性。^[69]耶林主张，法学必须同（概念）实证主义作斗争，否则概念实证主义的杂草就会蔓生，科学就会在其之下窒息。为此，要探求法学概念背后的各种正义目的，重视法律中的“生活价值”，关注法条的“目的主体”，即社会。拉伦茨的评价：耶林的旨趣转向一种“实用主义法学”以及“社会学实证主义”。^[70]

从耶林开始，学说汇纂法学被称为“概念法学”，“概念法学”又被斥为“法学上的经院哲学”，从此，以“概念法学”为靶标，从19世纪末到整个20世纪，目的法学、自由法学、利益法学、评价法学轮番登场，开展了一百多年的学术批判运动。这场运动是现代法学对自中世纪注释法学，尤其是评注法学以来的法学中的演绎科学传统的集体反思。在这场漫长的学术运动中，社会学、经济学、人类学、政治学等知识在法学场域有了用武之地。

在概念与事实、实在法律与社会生活之间搭起桥梁的是法官的法感、立法的目的。对于目的的研究，构成了目的法学的核心议题；对于法感的重视，则促成了自由法学的兴起。埃利希认为，法官不应把法律规则当作“僵死的教条”，在制定法存在漏洞时，法官必须努力在制定法之外“自由地”寻找客观公正的、适应个案情况的裁决标准。埃利希开创的自由法学使法学开始转向“社会学法学”或“法社会学”。^[71]康托洛维

奇倡导的“新法律观”旨在通过“与亲缘学科（即法学与心理学、法学与社会科学）之间的合作”，摒弃法学的自大，超越白纸黑字，推动自由法运动。^[72]弗克斯针对概念法学逻辑演绎的“空洞假象”，主张一种建立在（通过社会学与心理学）经验基础之上，借助于“现代-科学方法”和“经验-归纳的方法”的自由法学说。^[73]法学又一次被拿来与其自古以来的相邻学科医学作比较。弗克斯认为，如同生理学应当是医学的基础科学，法学本身应引入心理学、国民经济学和社会科学（社会学）作为自己的基础科学。^[74]

利益法学对自由法学脱离法学体系的倾向做了纠偏。舒国滢教授的评论很中肯：利益法学尽管受到了“事实科学”“客观主义”和“社会科学化”的影响，但因为其在基本上保持着一种法学（法教义学）理论内部的作业方式，没有完全沦为社会学或社会科学研究框架内的一种学说。^[75]在赫克看来，利益法学和目的法学“并不是为了维护‘科学’的名头，而是为生活服务”。^[76]“‘科学’的名头”中的“科学”其实还是亚里士多德意义上的演绎科学，以理论体系的建构为最高目标。事实上，赫克反对的是“技术性的概念法学”的纯粹形式逻辑的体系思考和体系建构，但他并不反对“体系论”或“体系的归类”方式本身，而是提出了自己独特的体系概念和体系理论。数百年之后，法学又一次被拿来与其自古以来的相邻学科医学作比较。法学（即法教义学）如同医学一样是“一门实践的科学”。赫克承认：在法教义学的“辅助科学”有：法律史、法哲学、一般法学、方法论等，这些被称之为“辅助科学”，也是法教义学的“前科学”。^[77]

利益法学之后是评价法学，评价法学继续对于法学的科学性保持了关注。拉伦茨 1966 年在柏林法学会做了题为《论作为科学的法学的不可或缺性》的演讲，对基尔希曼《作为科学的法学的无价值性》做了回应。在基尔希曼看来，法学“作为科学”是无价值的，它不能满足人们对科学提出的严格要求，不能与诸如自然科学、数学、心理学、社会学、历史学等人们所公认的科学相比肩。依此主张，法学将被剔除出科学的范围，降格为一门法律技艺。拉伦茨更倾向于认为，科学是任何可以用理性加以检验的过程，这种过程借助于特定的、为其对象而发展出的思考方法，以求获得系统的知识。在这种意义上，法学也是一门科学。^[78]理性检验、思考方法、系统知识，从这些关键词可以看出，拉伦茨放低了“科学”的标准，采用的是一种广义的“科学”的理解。

拉伦茨不赞成将科学的概念限定得过于狭窄，以至于它只包括独立于经验性前提的逻辑和数学，以及仅仅致力于定量研究并且其结果可以表示为数量关系的自然科学。对于法学科学性贬抑的讨论，其核心议题是“法学对实在法的过度依赖”，在拉伦茨看来，法学的眼界已经超出了实在法。当人们探究什么是法学的研究对象时，会首先想到实在法；在实在法之外，法学的研究对象还包括法律所调整的生活关系本身。“将典型性的生活关系纳入法学的视野，这是现代法学最为显著的标志。”“在本世纪初为此开辟道路的又是利益法学和社会学法学（Soziologische Rechtslehre），特别是 Eugen Ehrlich 的著述。”^[79]在上述论述中，我们可以看出评价法学、利益法学、自由法学、目的法学学术立场的一致性，即运用社会科学，尤其是社会学、经济学、政治学等，对法学基于概念体系的演绎科学之科学性进行矫正。

在这种集体努力中我们可以发现，社会学、经济学、人类学、政治学等学科对传统法学（即法教义学）的贡献，从反面来说，法学对这些知识的需求，都是知识上的，而非方法上的。^[80]至于方法论上的作业，则要交给“法学的方法”。

随着法学的关注点在法律文本与经验事实之间切换，法学的知识形态随之在体系与问题之间摇摆。关注法律文本，其思维方式必定是体系性的，关注社会现实，其思维方式就是问题化的。与问题化的思维方式相配套的，便是法律修辞学、法律论题学、法律逻辑学、法律论证理论。在《法学的知识谱系》一书中，作者挥毫泼墨，对此大书特书，从“修辞学”“开题术”“论题学”“辩证法”“争点论”和“决疑术”等古老方法论的渊源历史开始追溯，并最终落脚在法律论题学、法律修辞学、法律逻辑学、法律论证理论上，试图

通过论题学的片段性的省察来矫正过度化的逻辑演绎倾向,更新被法学公理体系遮蔽的法学范式。本文认为,这是不为过的。虽然自中世纪开始一直到现在,基于“第一原理”的演绎科学思路,切断了科学的经验基础,但是法学并未因此丧失了生命力,那是因为法律论题学所表征着的与演绎逻辑推理相对的问题取向式的推理方式一直坚守着法律科学的经验土地,不至于使法学在“公理-演绎体系”的天空飞得太远,由此法律科学内部获得了一种微妙的平衡。这就是为什么,即便自中世纪晚期以来不断遭到来自其它学科的科学性嘲笑,法学这种古老的知识依然屹立不倒。

(二) 在经验归纳进路的相反方向

我们不能只停留在基于演绎的科学性这一单一参照标准之下,这样对于法学科学性问题的回答是不充分的。在经验归纳进路的相反方向,为了彰显法学不同于自然科学的独特之处,法学(法教义学)将自我定位为:理解的科学。“‘作为理解的学问之法学’是透过解释来理解语言的表达方式,及其规范性意义。”^[81]法学作为理解的科学与自然科学相区分,同时,在法学内部,作为理解的科学的法教义学也与法的社会科学研究也截然对立,二者具有相异的科学性传统。我们再次回到科学史中去,考察精神科学(文化科学)的发展史。

自然科学的权威并非不可质疑,从19世纪开始,在人类社会的自然主义理解的相反方向,汇聚起一股知识力量,开始反思自然科学在社会领域的直接应用。^[82]自然科学几乎被认为是一切人类科学(包括人文科学)唯一有效的科学方法论,这一认识是偏狭的。自然科学的方法论过于狭隘,无法为精神科学奠定基础,精神科学的关键词应该是“理解”。自然科学追求的说明或解释(Interpretation or Explanation)和精神科学追求的理解(Understanding)是两种不同的方法,前者强调原因因素与结果形成之间的因果关系,后者强调对行动背后内在动机的把握和理解。从外部难以观察到个人行动的主观意义,只有深入行动者的意义世界,才能理解他为什么要如此行动。精神科学发明的理解的方法论,有助于超越科学的还原论的客观性,返回到丰富的个体生命体验与人类历史经验。

因此,诠释学应当成为整个精神科学区别于自然科学的方法论。^[83]诠释学何以充当精神科学的方法论基础?在这一问题上,狄尔泰居功至伟。“当代学者常怀感戴的心情,称誉威廉·狄尔泰为人文科学中的牛顿,承前启后。也颇类似康德,开启现代哲学之先绪,当代诠释学的几乎所有问题,都可在狄尔泰的思想中找到绪端。”^[84]

精神科学的诠释方法与自然科学的经验实证主义传统在人类社会领域汇聚,展开了一场旷日持久的拉锯战,造成了实证主义的社会科学与非实证主义的社会科学并存共生的局面。韦伯受到狄尔泰的影响,开创了理解社会学。韦伯通过“意向适当”和“因果适当”两个概念来说明理解社会学的任务^[85],理解社会学既要理解行为者的动机、意志、欲望等主观因素,又要对社会行为的过程和影响做出因果解释,这便是解释性的理解和因果性的说明的结合。舒茨认为,“这个被我们以有意义的方式体验到的世界,也是社会科学所诠释的对象”^[86],并借助于现象学的方法进行探讨社会科学中的主观意义和客观意义,意义和表达的关系,意义设定与意义诠释的关系,将韦伯的理解社会学向前推进。20世纪60年代以后,社会科学对实证主义—自然主义方法论进行了持续性的反思,社会学中理解的传统受到了广泛的关注。

诠释学是精神科学的方法论基础,与此同时,法学诠释学又是诠释学方法论的典范。法学的科学性需要诠释学方法作为支持;同时,诠释学也对法学委以重任,扛起振兴精神科学的旗帜。奥特(Heinrich Ott)说:“神学的本质是诠释学。”^[87]我们同样有理由主张,法的本质也是诠释学。诠释学传统从词源上至少包含三个要素,即理解、解释和应用。理解、解释、应用的诠释活动是针对权威文本的,理解、解释的诠释活动针对的是非权威文本,理解的诠释活动针对的是非文本载体。迄今,只有法学诠释学还保留着集理解、

解释和应用为一体的传统，是唯一的独断型诠释学^[88]，被誉为具有“典范意义”的诠释学，^[89]是最严格意义上的诠释学。利科（Paul Ricoeur）主张的“诠释学的方法论回归”为正式法学诠释学对于诠释学的方法论贡献创造了契机。利科发现：“凭着海德格尔的激进询问方式，促进我们进行研究的那些问题，不仅依然悬而未决，而且消失的无影无踪。如何为文本的理解提供一种工具？如何创立与自然科学相抗衡的历史学科？如何为相互竞争的解释之间的冲突进行仲裁？在基础诠释学里，这些问题并没有被适当地思考；这是故意的：这种诠释学并不准备解决这些问题，而是要废除这些问题。”^[90]为了从根本上回答法学的科学性问题，我们必须认真对待“诠释学的方法论回归”问题。

诠释学是精神科学的方法论基础，法学诠释学是诠释学方法论的典范，在此基础上，我们提出第三个命题：诠释学方法是传统法学（法教义学）方法论的核心。法学的科学性就在其中，通过诠释学，最有可能找回法学作为一门不同于自然科学的科学的尊严。

固然，法学与古老的“论题学”“修辞学”“开题术”“辩证法”“争点论”和“决疑术”在结构上有一种内在的亲缘关系。与之相比，法学与诠释学更是有一种内在的一体关系。在法学研究方法的工具箱中，最内核的方法是诠释学方法，诠释才最能体现法学之教义性特征。法律修辞学、法律论题学、法律逻辑学，与法律诠释学相比而言，在法学方法中处于外围，更容易被还原为逻辑学、修辞学等别的学科的方法，非教义性特征更明显。如果只关注如何弥补当代“公理一推演体系”的不足，即法律论题学、法律修辞学、法律逻辑学、法律论证理论的指向，这样对于彻底回答法学的科学性问题恐怕是力有不逮的。因为这还是在亚里士多德科学性的参照系统中，对法学独特知识品格的旗帜鲜明的主张和自我辩护。如何在理性主义自然科学的科学性参照下，回答法学的科学性问题，仍悬而未决。因此法律修辞学、法律论题学、法律逻辑学的思路无法解决法学的科学性（自然科学意义上的科学性）危机，也似乎忽视了塑造法学特有之科学性（精神科学意义上的科学性）类型的可能。故而，这种思路可能无助于让社会科学重新接纳法学，更不能应对、抵御，更遑论反击自然科学对法学科学性的否认、挑战和侵袭。因此，应该超越论题与体系之争，重新看待法学的诠释学特性，通过借助诠释学来完成法学的科学性自证。

总而言之，在亚里士多德科学性的标准之下，法学通过对法律规范文本的作业，体系的理论建构（无论是凯尔森意义上的“规范的金字塔”[Hierarchy of Norms]，还是普赫塔意义上的“概念的金字塔”[Begriffspyramide]），将逻辑演绎发挥到了极致。与此同时，第一，站在其相对立场的法律论题学、修辞学和论证理论通过问题思维消解了由于法学逻辑演绎的极端化所导致的体系思维弊端。第二，藉由诠释学方法，通过理解的前理解结构，将社会学、经济学、政治学等关于社会的专业科学知识带入法学，才能在固守概念体系和规范体系的同时，不至于使法学逻辑演绎走向封闭的体系，丧失对经验事实的观照。

在近代以来自然科学确立的科学性标准之下，基于经验归纳的科学性之路与传统法学格格不入，这并不意味着传统法学（法教义学）不关心经验事实。只不过不同于自然科学范式基于经验事实本身，描述事实、解释事实，传统法学（法教义学）对待经验事实的方式是：从法律规范出发，认定事实、涵摄事实。在放弃了归纳科学的科学性标准的同时，传统法学（法教义学）站在了经验实证主义（经验实证主义，而非分析实证主义，事实上，德国式法教义学的方法论立场是接近英美式的分析实证主义法学的）的对立面，以诠释学为方法论基础，坚守精神科学的科学阵地，完成法学科学性的自证。但这并不妨碍法学这门古老的知识在自然科学间接的催生下发出新枝，即新兴法学（法社会学、法经济学、法人类学等学科）的诞生。

五、法学正宗问题再讨论

新兴法学（法社会学、法经济学、法人类学等学科）的诞生改变了法学原有的学科格局。法学的科学性讨论到最后，不仅“科学性”概念的内涵变得丰富了，“法学”这一概念也发生了变化。下面回到法学内部，来讨论一个法学科学性的附属问题：何为正宗法学？^[91]不按教义学传统来建构法学，就很可能是“走调的法

学”？^[92]对此，本文提出一点不同的意见。首先要追问的是：正宗的判断标准是什么？

标准一：“先来后到”原则？能不能简单地因为法教义学在学术史上先在产生，即法教义学是“原本的法学”“最古老的法学”，而推出结论：法教义学就是“真正的法学”“真正的法律科学”？

标准二：“应用导向”原则？能不能因为法教义学回答法律适用中的“法律问题”，生产出了法律人所共享的法律知识体系，就称法教义学为“法学之内的法学”“严格意义的法学”？

标准三：“学科专属”原则？能不能因为法的社会学、经济学、政治学、人类学研究用的不是法学专属的研究方法，而认为其不是“法律科学”，而只是与法律有关的“社会科学”或者“法学之外的法学”？

第一，关于“学科专属”原则。我们不能笼统地将有关法律规范现象的自然科学研究称为“法学研究”，这毋庸置疑。“经济学、哲学、伦理学、人类学、历史学均可以研究法律，我们却不能简单地把这些以不同研究方法和理论研究法律的学问都统称为‘法学’。”^[93]依此逻辑，诠释学、修辞学、逻辑学、论题学均可以研究法律，为什么就可以把这些学问称为“法学”？其实，所谓的“法学的方法”，从历史上看，都首先是修辞学的方法、哲学的方法、语言学的方法，不过在后来才被改造成为法学的方法而已。例如，在罗马法学的发展中，修辞学技艺曾被引入法学之中，法学也曾从哲学那里承接过来一般科学方法。^[94]古希腊辩证法、论题学、修辞学（包括“争点论”）的引入也曾使得罗马法决疑术处在了高级阶段。^[95]再如，历史法学毫无争议地是“法学之内的法学”，但是当历史法学主张“法学必须是一门历史科学”，并通过“引入实用主义的历史方法”，来“使法学摆脱传统的形而上学和伦理学，从而实现法学的自主性”时，我们不禁想问：这是何种自主性？历史法学还是“法学之内的法学”吗？

即便是法的法学研究，在方法论上仍可以还原为非法学的方法，换句话说，即使在现代学科体系中，法学仍然与语言学、修辞学、逻辑学、诠释学等其他学科共享同一套研究方法。所谓的“学科专属”原则不过是具有法学特色的语言学、修辞学、逻辑学、诠释学而已，对于法的社会科学研究，不能因为其暂时还未发展出独具法学特色的法社会学方法、法经济学方法就否认这种可能，更不能因此就认为其不是“法律科学”。

第二，关于“应用导向”原则。其一，舒国滢教授认为“法律问题主要是在法律适用（司法）中被发现的”。^[96]现代社会对于立法科学性的需求、对于法律实效的重视，都对法学研究的任务提出了超出传统的要求。法学研究要回答的法律问题不仅包括法律适用问题，还包括法律制定问题。这里就有一个问题：为什么传统的法学不关注立法？我们能不能因为法学在历史上不研究立法就得出结论：现代法学也不应研究立法？

古典时期的法律来源是法自君出、上帝意志，立法并非纯粹的科学活动，而是政治行为的结果。即使对立法有关注，也是研究立法者的问题，例如，从柏拉图的哲学王到卢梭的立法者，而且这种讨论是在政治学领域中进行的。例如，从亚里士多德将“对立法学的需要”作为“政治学引论”开始，立法问题就一直属于政治学的领域。^[97]“一个人从哪里以及如何获得立法学的知识？是从政治家们那里，就像所有从专家那里获得知识的例子一样？因为我们已经看到立法学是政治学的一个部分。”^[98]而自近代以来，立法变成了人人可参与的活动，人们法律的关注也不只停留在意志层面，也有了理性的探讨，这就产生了对立法学的知识需求。但是，为了具备法律科学之“规范科学”的属性，法学还是摒弃了立法，仍然将研究对象限定在实在法。在法律科学的建立之初，奥斯丁为了将伦理或道德科学的东西从真正的法学领域中驱逐出去，必须将法学的任务和研究范围严格限定在“实在法，或严格意义上的法律，而不考虑法律的善或恶”。对法律应当是什么的研究则属于立法学，而立法学是伦理学的一个分支。^[99]纯粹法学“旨在从结构上去分析实在法，而不是从心理上或经济上去解释它的条件，或从道德上或政治上对它的目的进行评价”。“这一科学的唯一目的在于认识法律而不在于形成法律。”“就其对象实际上是什么来加以叙述，而不是从某些特定的价值判断的观点来规定它应该如何或不应该如何。后者是一个政治上的问题。”^[100]

这只能证明历史上，不代表现代法学不研究立法。在事实上，立法也已经被纳入了法学的视野，从欧美等西方国家立法法理学（Legisprudence）和司法法理学（Judicativeprudence）鼎足而立^[101]，到作为法理学分支学科的立法学在中国的发展如火如荼，立法正在重回法学的中心主题。更何况，在中国，法学更是被赋予了“治国安邦”^[102]的伟大使命。若仅仅固守司法一隅，不直面立法问题，法学何堪治国安邦之重任。

其二，舒国滢教授的论证基点是法律人所共享的法律知识体系：只有基于“法教义学”立场，所有的法律人才会在共享的思维结构中有一个共同的基础，……才会有所谓的“法学/法律知识共同体”存在。^[103]不按教义学传统来建构法学，很可能是“走调的法学”，而“走调的法学”很难在法学/法律知识共同体内部获得认同，也难以归于真正的法学之列。^[104]什么是法律人？职业法律家阶层、法律人共同体包括立法工作者吗？党的十八届四中全会《决定》明确要求，推进包括立法工作者在内的法治专门队伍正规化、专业化、职业化，提高职业素养和专业水平。这是第一次把立法工作者纳入了法律职业共同体的范畴。

立法的知识需求和立法工作者的职业素养和专业水平是法律实践对法学的发问，对此，法教义学的重点仍在司法，法的社会科学研究可以在立法领域大有作为。前文所述，将法官的审判行为、守法状况、执法行为作为一种经验事实并运用社会学、经济学等社会科学的方法展开的法的社会科学研究，才是真正意义上、严格意义上的法的社会科学研究。法的社会科学研究的主要任务是事实描述、因果揭示以及建立在前述基础上的后果预测和对策建议，即是什么（描述）、为什么（解释）、会怎样（预测）和怎么做（对策）。该研究最后的落脚点在于：针对法律运行中的问题，提供改进对策，因此又被称为法政策学。法政策学则主要是立法面向的。在立法环节，涉及如何从事实到规范的进阶转化，如何跨越“是”到“应当”的鸿沟暂且不说，退一步来讲，不可否认的是，“应当”的判断要以“是”的判断为前提。法社会学、法经济学、法人类学、法政治学等学科的作用至少在于：在“是”的判断即将转化为“应当”的判断之前，提供关于“是”的专业判断。

第三，对于“先来后到”原则，将历史上的先在转换为本质上的中心是一种逻辑上的错误置换。法学又不是从诞生之日起就被限定了范围。我们不能以先来后到来规定科学知识的性质，否则，会阻碍知识的发展，因为科学进步的历程本来就是一个不断否定和更新的过程。舒国滢教授认为，法教义学从根本上规定了法学的“专业基质”^[105]。本文主张用另一个词：“学科底色”。底色是作画时的第一层着色，决定着整幅画的总体色调，因而构成了一种基础性颜色。法教义学是法学画卷上的底色，只有底色的画卷是未完成的作品，法社会学、经济学、政治学、人类学等其它学科在法教义学的基础上继续作业，才能成就一幅色彩斑斓的画作。因此，本文主张只用“传统法学-现代法学”“狭义法学-广义法学”来定位法教义学和法社科学的关系，它们之间只有历史上的先后关系，外延上的广狭关系，并无“中心-边缘”关系和“本位-辅助”关系，更无所谓的“正统-异端”关系。

在法学正宗问题的论辩之后，法学未来可见的发展轨道会在一个方向上转向法律论题学、修辞学等人文科学；在另一个方向上转向法律社会学、经济学、政治学等社会科学，二者都以解决法律实践中的问题为要务。法学因此就要进入“法学的无政府主义”了吗？并不一定。为此要恪守三个原则。

第一，理论划界。在法学学术上，必须进行两个场域的区隔：一是法律制定场域应秉持开放的研究态度，面对法律在实施中暴露出的问题，用社会学、经济学、心理学、人文、历史等多学科的方法去解决；二是法律实施场域应恪守法律规范文本设定的语义范围，固守文本的界限，严格法律实施。法教义学研究形成一套对于法律文本的理解，法社科研究（这里指的是“对作为经验事实的法律的社科研究”，也是真正意义上的法的社科研究）从这种理解出发，基于法律的文本来考察法律的实际运行情况，找出现实与文本的差距，描述现象、解释原因、找出对策，最后服务于法律修改或者新的法律制定，这又成为诠释或解释学研究的起点，

即法律解释所不容置疑的法律文本。两种研究形成了一个双蛇衔尾闭环，永恒更生、无限循环。

第二，各美其美。在现代法学学科格局内，法的社会学、经济学、政治学、人类学研究（这里指的是“对作为经验事实的法律的社科研究”）更加具有经验实证科学的特征，更加追求原理性，也享有更高的智识形态，在向现代意义上的理性主义科学标准迈进的同时，也应着力发展出独具法学特色的法社科研究，以不至于被嘲笑为“业余的社会科学”，理解社会学为法社会学提供了一个很好的参考，理解的法律的社会科学研究可能将是未来发展的方向。^[106]法教义学研究依然沿着演绎科学的轨道，继续前行，为了不使其沦为徒具体系性的框架，必须坚守精神科学的方法论本质和内核，即诠释学。

第三，知识沟通。这里的“知识沟通”并非一般意义上的学术交流，而是指一种独具法学特色的知识景观。这里的“知识沟通”指的是：社会科学对于与法律相关的经验事实的研究（而非对于作为经验事实的法律的研究）是法律前理解的必要构成。这里指的是“对与法律有关的经验事实的社科研究”，与其说它们是法的社会学、经济学研究，不如说它们提供了与法相关的社会学、经济学、政治学、人类学等相邻学科的知识。对于法学而言，这是一种知识的需求，而非方法的借鉴。

知识沟通建立在法律解释的前理解基础上。没有对于真实世界的理解，就不可能获得对于法律世界的准确理解。法律不负责解释世界，只是告诉我们应当如何行为。传统法学（法教义学）不回答因果关系意义上的“为什么”，只会回答正当性证成意义上的“凭什么”。而且这种“凭什么”往往也是禁不起层层追问的。不知道这个世界“是什么”，就更不知道这个世界“应当是什么”。前理解结构中包含了主体一切精神要素的总和，包括价值观念、知识、经验、情感因素，等等。法学之外的社会科学理论对法律背后生活关系或社会事实的结构及其本质的理解是法律规范前理解的必要条件。其实，不只法学，任何一种文本科学都应“扎根于社会科学中，在语言学、人类学和社会学中”。^[107]同时，也不只社会科学，自然科学知识、人文学科知识，乃至常识，都处在理解法律的所必须的前理解的知识结构中。所以，我们可以看到，在法学历史的各个阶段，无论科学性的有与无、高与低，法学都离不开相邻科学的知识供养。比如，纵然并非现代意义上的“法律科学”，处于技艺水平的罗马法学也要“重视所有类型的知识：宗教、道德、哲学、历史、语言学、修辞学等”。^[108]正是这些知识，才使得法学不脱离实践的母体。

在现代科学的意义上，当我们在质疑法学的科学性时，我们其实是在说：作为一种学术活动的法学（法教义学）的知识生产（而非作为法律实务的法律适用）过度依赖文本（学术文本、立法文本与案例文本），对书面文本顶礼膜拜，长期疏于关注现实，以致于在回应社会问题上总是“慢一拍”，总是消极被动地接受来自其他学科的知识供养，在科学共同体中处于边缘的地位。面对这一境况，传统法学（法教义学）唯有通过理解的前理解和诠释学循环方可解围。也只有诠释学才能从根本上解答法学的这一知识特征。

在这个意义上，也只能在这个意义上，我们才可以说：关于法律的社会科学知识是法教义学的辅助学问。这就解释了舒国滢教授在序言中所说的：“法学（法教义学）是一门高深的学问，它必须立足于多学科的基础之上，没有哲学、逻辑学、修辞学以及其他人文社会科学的教养其实并不适合从事法学研究。”^[109]以及在结尾部分所说的：“我们完全可以把所有的“非教义法学”或“法探究学”的研究称为“前法教义学研究”，后者可以为成熟的法教义学研究提供（事实与规范的）素材、理论视野、来自外部的价值观点和历史-现实的批判理据和批判标准（判准）等。”^[110]甚至也可以从另一个侧面说：关于法律的社会科学知识是法教义学的基础性学问，法学（法教义学）是第二性的科学。

最后，关于法学如何在自然科学、社会科学和人文科学（精神科学）这三种基本的知识形态中寻找合适的位置。

对于传统法学，也就是法教义学，如果说法学是科学，那么，只能是一种精神科学。“与作为典范科学

或‘强意义之科学’的自然科学相比，法教义学在‘科学’的光谱带上位于‘概念晕’而非‘概念核’的位置。”^[11]对于广义的法学，即除法教义学之外，还包括法社会学、法经济学等法的社会科学研究，那么对于这些学问，就其科学性而言，理应属于社会科学，其在科学的光谱上相较于法教义学更加接近自然科学。鉴于社会科学中又存在实证主义和人文主义的分歧，故而，一部分法社会学、法经济学等法的社会科学研究也可以与法教义学一同分享非实证主义的立场。在这一立场之下，我们可以从诠释学方法入手，通过“理解”这一关键词，进一步寻找法的社会科学研究与法教义学的更深层共识，以此为切口，更加接近法学科学性的终极奥义。

【注释】

- [1]舒国滢：《法学的知识谱系》，商务印书馆2020年版，第1页。
- [2]舒国滢：《法学的知识谱系》，第3页。
- [3]张文显、舒国滢：《法学如何成为科学？》，载《浙大法律评论》2019年第1辑，第3页。
- [4]I. 伯纳德·科恩：《自然科学与社会科学的互动》，张卜天译，商务印书馆2016年版，第9-10页。
- [5]亚里士多德：《形而上学》，吴寿彭译，商务印书馆2009年版，第1-4页。
- [6]亚里士多德：《形而上学》，第5页。
- [7] Denis Diderot and Jean le Rond d' Alembert. Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Paris: André le Breton, Michel-Antoine David, Laurent Durand and Antoine-Claude Briasson, 1751/1765, Tome Quatorzième, p. 787.
- [8]《学说汇纂》（第1卷），罗智敏译，纪蔚民校，中国政法大学出版社2008年版，第5页。
- [9]《学说汇纂》（第1卷），第15页。
- [10]王夏昊：《“法学科学性”的论域：关于它的讨论何以有效？》，载《甘肃社会科学》2020年第5期，第117-126页。
- [11]舒国滢：《法学的知识谱系》，第460-483页。
- [12]舒国滢：《法学的知识谱系》，第368页。
- [13]舒国滢：《法学的知识谱系》，第372页。
- [14]舒国滢：《法学的知识谱系》，第375页。
- [15]舒国滢：《法学的知识谱系》，第489-490页。
- [16]舒国滢：《法学的知识谱系》，第525页。
- [17]约翰·洛西：《科学哲学的历史导论》（第4版），张卜天译，商务印书馆2017年版，第11页。
- [18]舒国滢：《法学的知识谱系》，第591页。
- [19]文德尔班：《哲学史教程——特别关于哲学问题和哲学概念的形成和发展》（上），罗达仁译，商务印书馆2017年版，第188页。
- [20]舒国滢：《法学的知识谱系》，第696-697页。
- [21]舒国滢：《法学的知识谱系》，第707-708页。
- [22]文德尔班：《哲学史教程——特别关于哲学问题和哲学概念的形成和发展》（上），第187页。
- [23]黑格尔：《哲学史讲演录》（第2卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆2017年版，第295页。
- [24]弗兰克·梯利：《西方哲学史》，贾辰阳、解本远译，光明日报出版社2014年版，第205页。
- [25]W.H. 沃克迈斯特：《科学的哲学》，李德容等译，商务印书馆1996年版，第11-12页。
- [26]《马克思恩格斯全集》（第28卷），人民出版社2018年版，第608页。
- [27]洛伊斯·N. 玛格纳：《医学史》，刘学礼译，上海人民出版社2017年版，第290页。

[28]赖欣巴哈总结到：“几何学是在埃及人那里作为一种经验科学而开始的，后来被希腊人变成成为一种演绎科学，最后，经过最高完善程度的逻辑分析发现了几何学有好多种，而在这些几何学中有而且仅有一种是物理世界的几何学，它才又被还原为一种经验科学了。”H. 赖欣巴哈：《科学哲学的兴起》，伯尼译，商务印书馆 2017 年版，第 121 页。不过，不论在哪个阶段，几何学的核心都是演绎科学，无非是纯粹演绎科学，还是带有经验色彩的演绎科学的区别。

[29] W.H. 沃克迈斯特：《科学的哲学》，第 186-187 页。

[30]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 737 页。

[31]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 771 页。

[32]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 789 页。

[33]赫尔曼·外尔：《数学与自然科学之哲学》，齐民友译，上海科技教育出版社 2007 年版，第 3 页。

[34]宗白华：《欧式几何学》，载《宗白华讲稿》，重庆大学出版社 2014 年版，第 136 页。

[35]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 564 页。

[36]欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社 2009 年版，第 8 页。

[37] Sydney Ross, “Scientist: The story of a word”, *Annals of Science*, Vol. 18, No. 2 (1962), pp. 66-67.

[38]约翰·洛西：《科学哲学的历史导论》（第 4 版），第 57 页。

[39] John Stuart Mill, *A system of logic*, New York: Longmans, Green and Co., 1916, p. 166.

[40] Theodore Porter & Dorothy Ross, *The Cambridge History of Science, Volume 7: The Modern Social Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 53.

[41]克洛德·贝尔纳：《实验医学研究导论》，夏康农、管光东译，商务印书馆 2017 年版，第 36 页。

[42]叶士朋：《欧洲法学史导论》，吕平义等译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 184 页。

[43]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 61 页。

[44]舒国滢：《法学的知识谱系》，第 61 页。

[45]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆 2013 年版，第 8 页。

[46]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第 7 页。

[47]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第 8 页。

[48]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第 7 页。

[49]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第 528 页。

[50]孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 26 页。

[51]拉塞尔·柯克：《美国秩序的根基》，张大军译，江苏凤凰文艺出版社 2018 年版，第 356 页。

[52]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 2009 年版，第 1-2 页。

[53]霍布斯：《利维坦》，第 196 页。

[54]霍布斯：《利维坦》，第 258 页。

[55]安德罗·林克雷特：《世界土地所有制变迁史》，启蒙编译所译，上海社会科学院出版社 2016 年版，第 47 页。

[56]钱端升：《钱端升全集》（第 8 卷），中国政法大学出版社 2017 年版，第 117 页。

[57]詹姆士·哈林顿：《大洋国》，何新译，商务印书馆 2009 年版，第 209-210 页。

[58] I. 伯纳德·科恩：《自然科学与社会科学的互动》，第 106、178 页。

[59]威廉·F. 劳黑德：《哲学的历程：西方哲学历史导论》（第 4 版），郭立东、丁三东译，中国轻工

业出版社 2017 年版，第 261 页。

[60] Tom Sorrell, “The science in Hobbes’ s politics”, in, G. A. J. Rogers & Alan Ryan eds, Perspectives on Thomas Hobbes, Oxford: Oxford University Press, 1988, pp. 67-80.

[61] Auguste Comte, Social Physics: From the Positive Philosophy of Auguste Comte, New York: Blanchard, 1856, p. 432. 转引自黄韬、张庆熊：《社会研究中的良知与认知》，上海三联书店 2017 年版，第 7 页。艾尔·巴比：《社会研究方法》（第 11 版），华夏出版社 2018 年版，第 35 页。

[62] J. E. Cairnes, The Character and Logical Method of Political Economics, New York: Harper & Bros, 1875, p. 69. Philip Mirowski, More Heat than Light: Economics as Social Physics, Physics as Nature’ s Economics, Cambridge/ New York: Cambridge University Press, 1989, p. 198.

[63] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，第 27 页。

[64] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店 2006 年版，第 546 页。

[65] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），第 540 页。

[66] 这是在法学方法论意义上而言的。就法律本身来说，逻辑演绎和体系建构最淋漓尽致的体现便是法典编纂，但是在历史上，代表着演绎理性最高程度的统一法典编纂由于无法兼顾对市民社会与市场经济的法律表达需求，也迎来了“解法典化”时刻。张力：《民法典与商法通则对完善市场法制的分工：中心化与去中心化》，载《当代法学》2020 年第 4 期，第 6 页。

[67] J. H. 冯·基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，载《比较法研究》2004 年第 1 期，第 138 页。

[68] J. H. 冯·基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，载《比较法研究》2004 年第 1 期，第 138 页。

[69] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1004 页。

[70] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1012-1013 页。

[71] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1023 页。

[72] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1026 页。

[73] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1030 页。

[74] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1031 页。

[75] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1037 页。

[76] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1047 页。

[77] 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1048 页。

[78] 卡尔·拉伦茨：《论作为科学的法学的不可或缺性》，赵阳译，载《比较法研究》2005 年第 3 期，第 144 页。

[79] 卡尔·拉伦茨：《论作为科学的法学的不可或缺性》，赵阳译，载《比较法研究》2005 年第 3 期，第 144 页。

[80] 这里我们要区分法律的社会学、经济学、政治学、人类学等社会科学研究的三重意义指向：一是对关于法律的经验事实进行的研究；二是将法律作为一种经验事实，对这种经验事实进行的研究，这二者构成了法律的社会科学研究之基本框架。作为经验事实的法律，主要是指法律运行现象，比如法官的审判行为、守法状况、执法的问题等等。对于这些现象，法律的社会科学研究展开事实描述、因果揭示以及建立在前述基础上的后果预测和对策建议，即是什么（描述）、为什么（解释）、会怎样（预测）和怎么样（对策）。

对关于法律的经验事实进行的研究包括：法律制定过程之中的经验事实基础、法律适用时所依赖的经验事实背景、法律实施后所造成的经验事实效果。对于前者，这些与法律有关的社会科学知识将有助于传统法学（即法教义学）摆脱大而空洞的概念体系，直面丰富的经验事实，有助于更好地理解法律、适用法律。第一种属于社会科学知识在法律领域的应用，并非严格意义上的法社会学、法经济学、法政治学，而对于后者，将法律作为一种经验事实并运用社会学、经济学等社会科学的方法，对这种经验事实进行的社会科学研究，才是真正意义上、严格意义上的法的社会科学研究。

[81] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第84页。

[82] Theodore Porter & Dorothy Ross, *The Cambridge History of Science, Volume 7: The Modern Social Sciences*, p. 55.

[83] Lawrence K. Schmidt, *Understanding Hermeneutics*, Durham: Acumen Publishing Limited, 2006, p. 29.

[84] 殷鼎：《理解的命运》，生活·读书·新知三联书店1988年版，第233页。

[85] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（上），林荣远译，商务印书馆2006年版，第45页。

[86] 阿尔弗雷德·舒茨：《社会世界的意义构成》，游淙祺译，商务印书馆2012年版，第11页。

[87] 海因利希·奥特：《什么是系统神学》，阳仁生等译，载刘小枫编：《海德格尔式的现代神学》，华夏出版社2008年版，第100页。

[88] 此处存疑的是神学诠释学。在历史上法律和宗教文本都具有规范性功能，所以才能长久以来神学诠释和法学诠释学都被视为独断论诠释学。“在这两种‘解释’中都包含有应用（Applikation），即把某种规范运用于个别情况。”（汉斯格奥尔格·伽达默尔：《诠释学II：真理与方法——补充与索引》，洪汉鼎译，商务印书馆2017年版，第538页。）早期圣经诠释学和法学诠释学为典范的古代诠释学属于完全独断型诠释学，唯有以教会和专门法律组织为依托的理解与解释才是唯一合法而有可靠保证的。随着神学在世俗社会的权威（这种权威以世俗性的服从为判准）已经消退，宗教文本的规范性已经不再。因此，现代神学诠释学已经“松懈了与独断论的联系”，“与语文学—历史学方法结合了起来”（汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《诠释学I：真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，商务印书馆2017年版，第460页）。反观法学诠释学从古至今一直“有一个独断论的目的”（汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《诠释学I：真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，第460页），原因是法律自古至今一直具有规范性。对于法学诠释学是独断型诠释学还是探究型诠释学，学界也有争议。在法学内部似乎有分歧，大致是：对于法官，法律诠释活动是独断的，对于学者，法律诠释活动是探究性的。而在哲学看来，所有的法学诠释学都是独断型诠释学。本文认为，探究型诠释学与独断型诠释学并不是以诠释活动的最终结果为区分，而是以目标为主要判别标准的：法学诠释学必须以达成共识性认知为己任，无论是法学学术所追求的“通说”，还是司法判决中追求的“正解”，即便结果上实现不了“唯一正解”，这也是法官孜孜以求的目标，即便学界有可能对某一法律问题暂未形成通说，那也至少有多数说或者有力说，通说也是法学学者孜孜以求的目标。而对于文学诠释学这类的诠释学，诠释的结果从来都是开放的，在目标上也不欲达成共识，更不可能达成共识。

[89] 汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《诠释学I：真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，第459页。

[90] 保罗·利科：《解释的冲突》，莫伟民译，商务印书馆2008年版，第9页。

[91] 法学正宗问题的初衷是：“没有明确的评价标准或判断标准，法学就会缺乏自治性和独立性，进而所有其他学科的学问都有可能取代法学的部分或全部的工作。‘法学之外的法学’将会被奉为法学的正宗，它将确定法学的活动方式。而且，在没有纪律、组织体和规则中，每个人都在参与法学的游戏，却不知这种游戏的机巧和方法，这将会导致‘法学的无政府主义’。”舒国滢：《法学的知识谱系》，第1612页。这

一问题意识可能缘起于苏力教授的“也许正在发生”。“我们的法律也许确实如同霍姆斯所言，正处在一个向将由比喻意义上的统计学家和经济学家主宰的过渡期，也许确实如同波斯纳所言，我们正开始超越法律。如果这一切是真的，这将是一种更有利于社科法学的变化。但是，我们无法确定地预言，因为我们正处在这样一个冰川一样缓慢但巨大的变化中。我只能说，也许正在发生！”苏力：《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》，载《比较法研究》2001年第3期，第9页。主张法教义学/规范法学是法学正宗/正宗法学的学者不在少数。参见孙笑侠：《作为职业知识体系的法学——迈向规范科学意义上的法学》，载《现代法学》2007年第4期，第62页；孙笑侠：《法学的本相——兼论法科教育转型》，载《中外法学》2008年第3期，第419页；谢晖：《西法背景下中国古典法律解释的意义——文化视角的说明》，载《现代法学》2004年第5期，第29页；焦宝乾：《法教义学在中国：一个学术史的概览》，载《法治研究》2016年第3期，第48页。

[92]舒国滢：《法学的知识谱系》，第5页。

[93]舒国滢：《法学的知识谱系》，第5页。

[94]舒国滢：《法学的知识谱系》，第384页。

[95]舒国滢：《法学的知识谱系》，第424-425页。

[96]舒国滢：《法学的知识谱系》，第1618页。

[97]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2017年版，第341页。

[98]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，第346页。

[99] John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, John Murray, 1885, p. 214.

[100]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2017年版，第20页。

[101] Luc J. Wintgens, “Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence”, in Luc J. Wintgens eds. *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002, pp. 9-40.

[102]王乐泉指出：“法学是治国理政之学。”王乐泉：《坚持和发展中国特色社会主义法治理论》，载《中国法学》2015年第5期，第12页。孟建柱：“法学是治国理政之学、经世致用之道。”孟建柱：《发南海之先声探法治之真谛》，载《南海法学》2017年第1期。

[103]舒国滢：《法学的知识谱系》，第56-57页。

[104]舒国滢：《法学的知识谱系》，第1621页。

[105]舒国滢：《法学的知识谱系》，第1628页。

[106]郭栋：《法律社会科学的研究范式、问题与出路》，载《人大法律评论》2019年第1辑，第303页。

[107] Peter V. Zima, *Komparatistik: Einführung in die vergleichende Literaturwissenschaft*, Tübingen: Francke, 1992. S. 5. 中文版参见彼得·V. 齐马：《比较文学导论》，范劲等译，安徽教育出版社2009年版，第6页。

[108]舒国滢：《法学的知识谱系》，第373页。

[109]舒国滢：《法学的知识谱系》，序言，第3页。

[110]舒国滢：《法学的知识谱系》，第1628页。

[111]雷磊：《作为科学的法教义学？》，载《比较法研究》2019年第6期，第103页。

“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制研究”之文献检索报告¹

夏丹清²

指导老师：魏立舟 何灵巧

第一部分 引言

本文以“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制研究”作为选题，主要立足于时代背景、国家政策、法治建设、社会事件等四方面。首先，在时代背景方面，当前处于互联网飞速发展的时代，信息技术和数字技术的快速革新及广泛适用，推动着传统商业模式和市场经营行为不断发展与重构，互联网领域的商业竞争格局已然从单纯的产品和要素竞争转向以数据资源为核心的跨界和聚合竞争，新兴技术在激活经济动能、颠覆产业竞争格局之际，也为市场经济的健康运行带来诸多挑战和风险。算法匹配逻辑的进步推动着商业模式的创新，算法驱动下的关键词搜索作为数字经济时代的产物也带来了新的问题，我们既需要鼓励商业模式的创新与发展，也需要以合理的方式对新业态新模式加以规制。

其次，在国家政策方面，国务院2021年12月发布的《“十四五”数字经济发展规划》，党中央、国务院于2022年3月印发的《关于加快建设全国统一大市场的意见》等均体现出我国对于数字经济发展过程中展现出来的新业态模式监管问题的重视，因此，搜索关键词作为网络技术发展的产物，对如何规制搜索关键词混淆行为的研究与国家整体政策方向相一致，也与反不正当竞争法的修改和完善密切相关。

再次，在法治建设方面，《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》在原第6条中新增了第4项内容“（四）擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众；”，对搜索关键词混淆行为加以规制。在反法修订草案对搜索关键词相关的不正当竞争行为加以规制前，《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》中第7条第3项就对该行为设置限制，《上海市反不正当竞争条例》第8条第3款和《江苏省反不正当竞争条例（征求意见稿）》第9条第6款也已经设置关于禁止“关联词搜索关联”的相关规定，引入“搜索关键词”有关的禁止性混淆行为。此外，早在2015年7月，国家工商总局公布的《互联网广告监督管理暂行办法（征求意见稿）》第15条就将使用他人商标、企业名称作为付费搜索广告的关键字的行为规定为不正当竞争行为；尽管一年后，2016年7月公布并于9月实施的《互联网广告监督管理暂行办法》将征求意见稿的这一条规定予以删除，但这也表明当时的行政机关内部对这一问题仍存在争议。

最后，在社会事件方面，2016年魏则西事件发生后搜索引擎竞价排名问题曾一度引发极高的社会关注度，“搜索关键词”是线上消费或网上冲浪过程中，社会公众获取商品或信息的重要方式；实践中频发将他人商业标识作为搜索关键词以误导相关公众的情形，目的是提高自己商品的搜索及网站链接的点击概率，尽管近年来并未再度发生社会关注度如此之高的类似事件，但以搜索关键词混淆为争议焦点的不正当竞争案件层出不穷，如何对此类行为予以规制仍是值得研究的问题。

第二部分 检索方法综述

一、检索路径

首先对检索关键词进行概括，在“北大法宝”平台检索出相关法条，进而采用关键词检索法与法条关联法相结合的方式查找相关案例，同时以“威科先行”平台的检索结果作为补充。在检索过程中，借助“中国

¹ 本文为原检索报告缩减版。

² 浙江大学光华法学院2021级法律硕士（非法学）。

知网”、“月旦知识库”等数据库来回往返于法条、案例、论文等各类资料之间，以实现相互补充、相互印证、相互完善。此外，往返于 Westlaw、LexisNexis、JSTOR 等数据库进行比较法检索。

二、数据库

北大法宝、威科先行、中国知网、月旦知识库、Westlaw、LexisNexis、JSTOR。

三、关键词

搜索引擎 search engine、搜索链接 search link、搜索关键词 search keyword、推广关键词 promotion keyword、混淆行为 confusion behavior、关键词广告 keyword advertising、商标 trademark、不正当竞争 unfair competition。

第三部分 中文法律文献

一、大陆法检索

(一) 一次资源

1. 法律法规

【检索路径】在“北大法宝”平台法律法规库中检索“关键词”、“搜索关键词”、“混淆”等关键词，并在商标法、反不正当竞争法相关法律法规中查找有关条文。

【检索结果】本文依据法律法规所涉及的主要内容，对检索得到的结果按条文内容梳理如下：

(1) 商标侵权相关

《中华人民共和国商标法》第 48、57、58、63 条。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1、9、10、16、17 条。

(2) 不正当竞争相关

《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2、6、17、18 条。

《中华人民共和国反不正当竞争法（征求意见稿）》第 2、7、9、12 条。

《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第 7 条。

《上海市反不正当竞争条例》第 8 条。

《江苏省反不正当竞争条例（征求意见稿）》第 9 条。

(3) 其他相关法律法规：网络服务提供者责任

《中华人民共和国民法典》第 1197 条。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 6 条。

2. 司法案例

【检索路径】本文对司法案例的检索主要采用以下两种方式：（1）采用关键词搜索法，直接在“北大法宝”司法案例库中检索“搜索引擎”、“搜索链接”、“搜索关键词”、“推广关键词”、“混淆行为”等关键词。（2）采用法条关联法，检索前文检索到的法律法规所关联的案例，筛选与本文主题相关的内容。

【检索结果】根据该检索步骤，阅读后经梳理得到如下结果：与搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题相关的案例既包括行政处罚案例，也包括诉诸法院的案例。从行政处罚案例来看，市场监管部门对搜索关键词混淆行为进行处罚的依据主要是《反不正当竞争法》第 6 条和第 18 条。例如，京海市监处罚(2022)3651 号，北京市海淀区市场监督管理局接到举报称，当事人在手机百度搜索平台上以举报者企业名称为关键词进行搜索时，搜索结果靠前显示的是以突出红色字体“举报者企业名称”为标题内容的百度搜索广告链接，关联的却是“当事人企业名称”以百度搜索推广广告形式投放的商业广告，打开链接后显示的是当事人的名

称、业务介绍及服务流程、线上咨询窗口、咨询电话。当事人违反《反不正当竞争法》第18条第1款，市场监督管理局责令当事人改正上述违法行为并处以罚款30000元。从相关裁判文书来看，司法实践中对搜索关键词混淆行为的认定主要存在以下三种不同观点：

(1) 关键词显性使用混淆行为构成商标侵权或不正当竞争

关键词显性使用行为是指搜索相关关键词后，搜索结果显示的广告中包含了关键词。根据关键词性质的不同导致侵害的法益不同。将他人非注册商标类的企业标识设置为关键词，不同的情形可能受《反不正当竞争法》第6条、第8条规制。将他人注册商标设置为搜索结果的显性关键词是构成侵权的，该结论目前争议较少，但在具体构成侵害注册商标专用权还是不正当竞争层面仍有一定争议。法院支持关键词显性使用混淆行为构成商标侵权这一观点的典型案例有：

1. (2017)粤0305民初1059号

本案中被告将原告注册商标“微粒贷”设置为其“360搜索”的推广关键词，并在搜索结果的链接中使用了与原告商标“微粒贷”相同的标识。法院认为，被告行为系将“微粒贷”用于广告宣传的商业活动，用于识别商品来源的行为，属于对“微粒贷”的商标性使用。被告经营管理的网站提供的服务与“微粒贷”商标核定使用的商品/服务项目属于同一种类的服务，而被告与“微粒贷”并不具有事实和法律上的联系。二被告将其公司及产品信息强制性地推送给了意在搜索原告网站或产品的用户，使相关公众产生混淆和误认，这种行为违反了诚实信用原则，并有悖于公认的商业道德，侵犯了原告商标专用权。

(2) 关键词隐性使用混淆行为不构成不正当竞争

关键词隐性使用行为是指将商标、企业名称、商品名称等商业标识等作为系统运行后台的搜索关键词，使得网络用户在前端使用该关键词进行搜索时，使用主体的链接或应用能够出现在前台搜索结果展示页面。法院支持关键词隐性使用混淆行为不构成不正当竞争这一观点的典型案例有：

1. (2014)海民初字第4327号，(2014)一中民(知)终字08599号

原告奇虎公司为360品牌的权利人，360杀毒在杀毒软件领域具有相当高的知名度。百度网讯公司经营的百度网利用其搜索引擎较高市场份额的地位，在其中搜索360杀毒时，该公司在搜索结果的显著位置推广自己的产品百度杀毒，导致不明真相的网民在不知情的情况下下载安装百度杀毒。法院认为，首先，《反不正当竞争法》第二条第一款规定，经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。其次，《反不正当竞争法》第九条第一款规定，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。本院认为，两个提示链接系直接下载软件的深度链接，本质上亦属于推广链接的形式，且链接的描述清晰、客观；而“安全产品”系对杀毒产品性能的描述，奇虎公司亦未提交相关证据证明该标识具有特定认证标志的含义，故二被告的此行为亦不足以引起相关公众的误解，不构成虚假宣传。

2. (2016)苏01民终8584号，(2017)苏民申2676号

被告米兰公司使用原告金夫人公司相关的“金夫人”关键词在百度搜索引擎参与网络竞价排名推广。法院认为，适用反不正当竞争法第二条第一款和第二款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定。二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为受到实质性损害。三是该竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德。

3. (2020)沪0115民初3814号，(2021)沪73民终772号

原告是一家主营VR全景制作及加盟服务的科技公司，发现在PC端和手机端的百度搜索引擎搜索原告企业名称时，搜索页面会出现标题为“3DVR全景加盟_VR招商加盟_VR全景营销系统代理”的广告，该标题下方显示“酷雷曼加盟更省心”，点击该广告会显示被告同创蓝天公司的相关推广内容。法院认为，隐性使用

行为不构成不正当竞争，具体分析如下：一、《反不正当竞争法》未对被告同创蓝天公司的行为作出特别规定。二、《反不正当竞争法》所保护的法益未因被诉行为受到实际损害。被告同创蓝天公司的行为未损害原告的合法权益、未剥夺消费者信息选择的权益、未扰乱正常的市场秩序。三、该竞争行为未违反诚实信用原则和公认的商业道德。

(3) 关键词隐性使用混淆行为构成不正当竞争

与认为关键词隐性使用混淆行为不构成不正当竞争的观点相对应，另有观点认为该行为构成不正当竞争，支持这一观点的典型案例有：

1. (2016) 津民终 112 号

被告高德公司将原告东方京宁公司具有一定知名度的字号作为搜索关键词使用。法院认为，首先，经过多年持续使用，东方京宁公司及其产品在行业内已享有较高知名度及美誉度。其次，东方京宁公司与高德公司之间具备反不正当竞争法所调整的竞争关系。再次，高德公司在对享有一定市场知名度的东方京宁公司及其相关产品已经知晓的情况下，未经东方京宁公司同意，通过百度网站的推广服务，同时将“北京东方京宁”及“lpm 填充体”字样作为关键词供网络用户搜索，表明高德公司主观上具有利用东方京宁公司及其相关产品良好信誉吸引相关网络用户的注意力，进而增加其网站点击率的意图。

2. (2019) 京 73 民终 2991 号

被告乐动天下公司在推广其与原告同品类的产品时，百度搜索推广关键词使用了原告北京踏行天际公司注册商标“踏行天下”，搜索结果位于首页第二位，第一和三位为原告产品相关网页，被告的搜索结果及落地页中均无原告商标。法院认为，判断涉案行为是否构成不正当竞争，关键在于判断乐动天下公司是否以不正当的手段夺取了踏行天际公司的商业机会，而判断正当性的决定性因素在于经营者用以争夺商业机会的手段是否符合公认的商业道德。乐动天下公司将“踏行天际”设置为关键词的行为导致相关公众在百度搜索中输入“踏行天际”却出现乐动天下公司的网站，从而容易导致原属于踏行天下公司的客户流向乐动天下公司，该行为难谓符合公认的商业道德，一审判决相关认定正确，本院予以维持。

3. (2020) 浙 8601 民初 1841 号

原告杭州某网络科技有限公司开发的某 App 在同类产品中具有较高的知名度，其发现杭州某电子商务公司在微信小程序平台发布一款名为“某某 2020 高佣版”的软件产品，软件图标和软件名称与原告某 App 几乎完全相同，并且软件内容也与原告业务相同，已造成相关公众混淆与误认，遂诉至法院。法院认为，构成擅自使用他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识的不正当竞争行为。杭州某电子商务公司有意选择与杭州某网络科技有限公司相同的图标和近似的名称，其主观上明显存在搭便车、模仿的故意。客观上也不当攫取了本应属于杭州某网络科技有限公司某 App 现有知名度所应享有的市场关注和商业机会，其行为违反了经营者在市场竞争过程中应遵循的诚实信用原则。

总的来说，以搜索关键词的使用方式为划分标准，可以将搜索关键词混淆行为区分为显性使用的搜索关键词与隐性使用的搜索关键词，司法实践中对这两类使用方式的定性存在差异。实际上，对于关键词显性使用混淆行为，法院通常会将其认定为商标侵权，商标侵权的构成要件通常包括是否属于商标性使用、是否属于相同或类似商品、是否构成相同或近似商标及混淆的可能等；也存在部分案例中，法院以“搭便车”增加交易机会、虚假宣传等为由认为该行为构成不正当竞争。然而，对于关键词隐性使用混淆行为，各种观点均存在，对于是否构成商标侵权认定的关键在于关键在该行为是否产生了以涉案商标标识搜索结果中商品或服务来源的作用，认为隐性使用构成不正当竞争的理由则包括掠夺商业机会、搭便车等，也有案例中以未产生实际损害为由认为该行为不构成不正当竞争。尽管以往司法实践中，法院对搜索关键词混淆行为的认定存在争议，但 2023 年 4 月最高人民法院发布的“2022 年中国法院十大知识产权案件和 50 件典型知识产权案例”中，

最高人民法院首次就搜索关键词隐性使用行为的认定进行了明确，认为该行为不构成商标侵权，而应认定构成不正当竞争。

（二）二次资源

【检索路径】在“中国知网”检索“搜索引擎”、“搜索关键词”、“推广关键词”、“混淆行为”等关键词，梳理现有文献主要观点，并根据结果对前文进行补充。

【检索结果】经筛选，检索到的部分文献如下：

1. 杜颖：《搜索引擎服务提供商关键词广告商标侵权责任之认定》，载《法学》2015年第6期。

囿于缺乏审判经验，又无可直接适用的法律法规，我国法院在审理搜索引擎服务提供商关键词广告商标侵权案件时思路各异。目前审判中对此运用的四种侵权分析模式可归纳为“共同分析模式”、“直接侵权和共同侵权分析模式”、“侵权一般构成要件分析模式”以及“假冒仿冒直接侵权分析模式+共同侵权分析模式”，但均难免利弊互现。因此，应立足于我国《商标法》关于商标侵权的类型化规定，积极引进间接侵权概念，依据现行商标法律制度的具体规定作出逻辑分析，判决说理的重点应为间接侵权责任的构成。

2. 凌宗亮：《仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析》，载《中华商标》2015年第9期。

国内外司法实践对于关键词竞价排名是否属于商标法意义上的商标使用行为、商标侵权判断的标准是否可以扩大到售前混淆仍存在较大争议。关键词竞价排名涉及不同的商标使用行为，如果是在搜索结果页面的标题、描述等广告条目以及被链网站中擅自使用了他人商标，行为人构成侵权或不正当竞争。但如果仅仅是将他人商标用作关键词，在搜索结果的页面标题、网站上均没有出现他人的商标，此时商标发挥的并不是识别功能，而是商标的信息传递功能，并不存在商标侵权或不正当竞争的问题。

3. 姚志伟，慎凯：《关键词推广中的商标侵权问题研究——以关键词推广服务提供者的义务为中心》，载《知识产权》2015年第11期。

通过考察国内外司法判例和关键词推广服务提供者企业的商标政策，可以将关键词推广服务提供者在商标侵权方面的义务归纳为：关键词推广服务提供者不负有审查关键词是否侵犯他人商标权的义务，但负有相关注意义务。从注意义务的范围来看，其对商标在关键词推广系统内部的使用不负注意义务；对商标在搜索结果页面中推广信息中的呈现，服务提供者应以一般理性人的标准，尽合理的注意义务，在明知或者应知关键词的外部呈现会侵犯他人商标权时，应及时采取措施，制止侵权行为。

4. 陶乾：《隐性使用竞争者商标作为付费搜索广告关键词的正当性分析》，载《知识产权》2017年第1期。

对于仅将竞争对手的商标选定为关键词，但网络用户经搜索所见的推广广告中不显示该关键词的这种隐性使用行为，是否构成不正当竞争行为，我国司法实务界持不同意见。通过介绍国内和域外法院对此问题的已有判决，进而分析该问题所关涉的消费者利益、竞争者利益以及商标权人利益，然后对这种隐性使用竞争者商标作为推广关键词的行为从经济学的角度进行分析，试图为隐性使用他人商标作为竞价排名关键词寻找正当性的依据。

5. 张韬略，张倩瑶：《后台型竞价排名的商标侵权及不正当竞争认定》，载《同济大学学报(社会科学版)》2017年第6期。

由于目前对关键词设置行为是否属于“商标性使用”以及认定商标侵权和不正当竞争是否需要“混淆之虞”的认识不一，导致法律适用标准迥异。这源于我国商标专用权性质定位不清和“商标性使用”概念的滥用。将他人商标设置为搜索关键词属于显性地使用商标的行为，性质上类似比较广告，因此，只要没有导致混淆、误导的，都应具有合法性。建议以立法形式扩充我国《商标法》第59条的商标正当使用制度，并借助《反不正当竞争法》第9条的虚假宣传规定，来规制关键词广告使用他人标识的行为。

从文献检索结果来看，既有研究成果涵盖了搜索关键词的分类、概念，对混淆行为的商标侵权或不正当竞争认定等内容，但是相关文献数量较少、不够全面，并且大部分文献产生于对搜索关键词混淆行为进行规制的相关规范实施之前，近几年对该行为规制问题进行研究的文献相对较少。然而搜索关键词的相关算法仍处于不断发展的过程中，既往对于该问题的研究成果可能无法适应当下技术的新发展，应当结合当前搜索关键词的算法逻辑与知识产权法、反不正当竞争法的最新一般理论对其规制问题展开进一步研究。

二、台湾地区法律检索

【检索路径】在“月旦知识库”检索“搜索关键词”、“关键词广告”、“商标”、“不正当竞争”（“公平交易”）等关键词；在检索台湾地区相关法律规定的时候，要特别注意检索关键词的修正，例如大陆地区《反不正当竞争法》的内容其实是规定在台湾地区《公平交易法》及相关法律法规之中的，若仍以“不正当竞争”等作为关键词进行检索，则无法获得预期的检索结果。

【检索结果】经梳理，得到如下检索结果：

（一）一次资源

1. 法律法规

（1）《商标法》

第 35 条 商标权人于经注册指定之商品或服务，取得商标权。

除本法第三十六条另有规定外，下列情形，应经商标权人之同意：

- 一、于同一商品或服务，使用相同于注册商标之商标者。
 - 二、于类似之商品或服务，使用相同于注册商标之商标，有致相关消费者混淆误认之虞者。
 - 三、于同一或类似之商品或服务，使用近似于注册商标之商标，有致相关消费者混淆误认之虞者。
- 商标经注册者，得标明注册商标或国际通用注册符号。

第 68 条 未得商标权人同意，有下列情形之一，为侵害商标权：

- 一、于同一商品或服务，使用相同于注册商标之商标者。
- 二、于类似之商品或服务，使用相同于注册商标之商标，有致相关消费者混淆误认之虞者。
- 三、于同一或类似之商品或服务，使用近似于注册商标之商标，有致相关消费者混淆误认之虞者。

为供自己或他人用于与注册商标同一或类似之商品或服务，未得商标权人同意，为营销目的而制造、贩卖、持有、陈列、输出或输入附有相同或近似于注册商标之标签、吊牌、包装容器或服务有关之物品者，亦为侵害商标权。

（2）《公平交易法》

第 22 条（仿冒行为之制止） 事业就其营业所提供之商品或服务，不得有下列行为：

一、以著名之他人姓名、商号或公司名称、商标、商品容器、包装、外观或其他显示他人商品之表征，于同一或类似之商品，为相同或近似之使用，致与他人商品混淆，或贩卖、运送、输出或输入使用该项表征之商品者。

二、以著名之他人姓名、商号或公司名称、标章或其他表示他人营业、服务之表征，于同一或类似之服务为相同或近似之使用，致与他人营业或服务之设施或活动混淆者。

前项姓名、商号或公司名称、商标、商品容器、包装、外观或其他显示他人商品或服务之表征，依法注册取得商标权者，不适用之。

第一项规定，于下列各款行为不适用之：

一、以普通使用方法，使用商品或服务习惯上所通用之名称，或交易上同类商品或服务之其他表征，或贩卖、运送、输出或输入使用该名称或表征之商品或服务者。

二、善意使用自己姓名之行为，或贩卖、运送、输出或输入使用该姓名之商品或服务者。

三、对于第一项第一款或第二款所列之表征，在未著名前，善意为相同或近似使用，或其表征之使用系自该善意使用人连同其营业一并继承而使用，或贩卖、运送、输出或输入使用该表征之商品或服务者。

事业因他事业为前项第二款或第三款之行为，致其商品或服务来源有混淆误认之虞者，得请求他事业附加适当之区别标示。但对仅为运送商品者，不适用之。

第 24 条（竞争手段之限制）事业不得为竞争之目的，而陈述或散布足以损害他人营业信誉之不实情事。

第 25 条（不法行为之禁止）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。

2. 司法案例

从台湾地区案例来看，法院更倾向于将搜索关键词混淆行为认定为不正当竞争行为而非商标侵权行为。

中国台湾“智慧财产法院”102 年民商上字第 8 号民事判决（“幸福空间”案，2015 年 2 月 12 日判决）

原告是“幸福空间”商标所有人，该商标被经济部智慧财产局认定为“著名商标”（即“驰名商标”），被告美商科高国际有限公司（Google International LLC）中国台湾分公司为广告商，将原告商标作为关键词卖给广告主。用户在 Google 中搜索“幸福空间”，出现购买关键词的广告主们的广告文案（美商科高国际有限公司向不同广告主兜售“幸福空间”关键词）。法院认为，上述行为不构成商标侵权，但构成不正当竞争，原因是：1、这种行为由于不是被告外在用于服务之上，不满足“系基于行销商品或服务之目的而使用”；2、广告主在其页面使用“幸福空间”是描述性使用；3、点击进入网页后，广告主或者没有使用该商标，或者只是描述性使用，不会导致消费者的混淆误认。

（二）二次资源

1. 王石杰：《商标使用原则的探讨——以网络关键字广告为例》，载《法学新论》2009 年第 8 期。

作者指出，构成商标侵权需要满足一定的构成要件。商标使用的定义在关键字广告的商标争议案中再次被重申是指“使用他人标记作为指示商品（或服务）之来源或出处”。因此学者认为，网络搜索引擎服务业者出售关键字广告只是提供给竞争者一个更有效的工具进行竞争，就如同早期出售网域名称，或是在竞争者商店附近开设商店，在竞争者广告附近或设置广告一样，都是被认可合法并且适当的竞争方式。

2. 刘孔中：《关键词广告之商标法与竞争法争议——以 Google 为例》，载《月旦法学杂志》2014 第 12 期。

作者指出，应当结合案情具体问题具体分析。以往台湾地区因为关键词广告产生的法律纠纷都偏向公平法（即大陆地区的反不正当竞争法）的争议，但在近年来的案件中发生了一些新的变化。作者认为，关键词广告法律纠纷应当使用商标法还是竞争法问题探讨的困难之处在于，具体适用系争商标或搜索引擎呈现搜索结果的方式不断改变，我们无法将时空和消费者的认知冻结，所以法院裁判应当具体问题具体分析。

第四部分 比较法资源

一、美国法检索

【检索路径】在 Westlaw、LexisNexis、JSTOR 等数据库中检索“search engine”、“search link”、“search keyword”、“keyword advertising”、“confusion behavior”、“trademark”、“unfair competition”等关键词，同时结合前文检索结果进行检索。在进行比较法检索过程中，应特别注意比较法中的表述方式可能与我国法律的表述方式存在一定的差异，所以要进行调整，例如在本文检索中用中文关键词搜索所对应的英文并不能搜索到期待的结果，而将关键词换成 Keyword Advertising，即关键词广告后，得到的搜索结果明显增加。

【检索结果】经检索得到如下结果：

（一）一次资源

1. 法律法规

***Lanham Act* § 1125. False designations of origin, false descriptions, and dilution forbidden**

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which--

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

2. 司法案例

（1）构成商标侵权

***Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*, 330 F. Supp. 2d 700 (D.Va.2004).**

原告 Geico 诉称，Google 和 Overture 未经其允许将“GEICO”和“GEICO DIRECT”作为关键词使用，构成商标侵权，也构成商标淡化，同时原告要求法院禁止 Google 销售在线广告。法院认为，原告构成商标侵权需要符合五个要件，分别是商标侵权的对象必须是商标、被告使用涉案商标、被告将商标用于商业用途、被告将商标用于销售、预售或广告等、该商标使用行为容易造成消费者混淆。如果关键词搜索构成商标性使用，并符合商标侵权的构成要件，则可能被认定为商标侵权行为。

（2）不构成商标侵权

***Edina Realty, Inc. v. TheMLSonline.com* (D.Minn.2006)**

被告从谷歌和雅虎购买关键词广告，当用户将原告的 Edina Realty 商标作为搜索关键词时，广告会显示被告网站的链接。法院认为，商标使用指将商标使用在商品上或该商品的标签、外包装，或使用在服务的销售或广告中。而本案被告并未在其商品、容器或相关文件中自行标示或呈现原告的商标，其行为只是一种单纯利用内在化使用的方式来传送广告，并不构成商标使用。

（二）二次资源

所检索到的论文文献或从商标侵权角度对关键词推广行为进行分析，或对商标侵权与不正当竞争的关系进行梳理。

1. Maral Kilejian & Sally Dahlstrom, Trademark Infringement Claims in Keyword Advertising, *Franchise Law Journal*, Vol.36, No. 1 • Summer 2016.

Courts that have found a likelihood of confusion have generally required other factors besides the mere use of keywords to trigger the ads, such as: (1) display of the trademark in the advertising text, (2) the advertisement's failure to clearly indicate its source, and (3) the relationship of the parties. This list is certainly not exhaustive, but rather is intended to illustrate the main factors courts tend to consider as contributing to the likelihood of confusion in keyword advertising cases. Accordingly, where the advertisement clearly identifies its source, or the advertisement explicitly compares its goods or services to a competitor, courts have found that risk of confusion is significantly reduced. In contrast, courts have held that there might be a likelihood of confusion if the sponsor advertisement is not identified. Even though courts tend to find against trademark infringement, it is still important to give due consideration the risk that may be risk associated with purchasing or bidding on a competitor's trademarks.

2. Rudolf Callmann, Trade-Mark Infringement and Unfair Competition, *Law and Contemporary Problems*, Spring, 1949, Vol. 14, No. 2, Trade-Marks in Transition (Spring, 1949), pp. 185-199

Despite the fact that the concept of infringement is as old as trade-mark law, and that it figures in almost every

trade-mark opinion-and there have been many-it is apparent that it did not spring forth full-born. It is indeed still an extremely volatile concept, which varies with human ingenuity. Precedent in the law can be stultifying if applied blindly, and thus the virtue turned to vice. It is to be hoped that our courts can avoid the temptation to compress that concept into well- defined molds and can shape it as the potter shapes his clay to the job before him.

二、欧盟法检索

【检索路径】在 LexisNexis 中检索 Europe Union 地区包含“keyword advertising”等关键词的内容。

【检索结果】经检索得到的结果部分如下：

1.法律法规

- (1) Council Regulation No 40/94, Art. 9(1);
- (2) Council Directive 89/104, Art. 5(1) and (2);
- (3) European Parliament and Council Directive 2000/31, Art. 14;

2.司法案例

(1) Google France SARL v Louis Vuitton Malletier SA: C-236/08

原告 Vuitton 公司向法国法院起诉,主张 Google 侵害了其商标权。该公司拥有欧盟共同体商标“Vuitton”,以及法国商标“Louis Vuitton”和“LV”,在 Google 搜索引擎输入相关字词时,会出现一些出售模仿 LV 产品的广告网站;Google 除了推荐 LV 相关字词给广告主外,还会搭配“imitation”、“copy”等。一审、二审法院都判决 Google 侵害商标权,后最高法院向欧洲法院请求对相关问题做出解释。欧洲法院指出,探讨的重点在于 Google 或广告主对商标的使用是否符合下列三点:是否是“商业过程中使用”;是否与商品或服务有关联的使用;以及其使用是否对商标的功能产生负面影响。本案认为,Google 提供服务关键词广告服务并没有侵权行为,但购买关键词广告服务的厂商则侵害了商标权。

(2) Interflora Inc v Marks and Spencer plc: C-323/09

原告 Interflora 公司声称被告玛莎百货公司侵犯了 INTERFLORA 商标,在谷歌提供的广告服务中购买了与 INTERFLORA 商标相对应或相似的各种标志串作为关键词。欧洲法院裁定指出,具有驰名声誉的商标被商标权人之外的第三人设置为互联网检索关键词,如果付费链接广告所宣传的,是对商标权人的商品或服务其他可替代商品或服务,而非对商标权人商品或服务的简单模仿,且未造成所涉商标通用化、污名化或者商标功能受损的,应当认定这种使用是在健康公平的竞争环境下的使用,具有正当理由。

三、其他国家相关法律规定检索

【检索路径】在前文美国法检索结果基础上,利用“北大法宝”平台中外国法规部分内容,进一步对国外相关规定进行检索。

【检索结果】经检索发现,虽然部分国家法律中的一些规定存在可以用于规制关键词混淆行为的可能,但几乎没有国家如同我国的反法修正草案中一样直接对搜索关键词混淆行为进行限制;具体而言,法国、德国、日本等国家的相关法律法规中存在如下一些可以对搜索关键词混淆行为加以规制的条款。

1.《法国知识产权法典(立法部分)》713-3 非经所有人同意并可能在公众意识中造成混淆,不得:

- (1) 在类似商品或服务上复制,使用或贴附商标以及使用复制的商标。
- (2) 在相同或类似的商品或服务上仿冒该商标或使用仿冒商标。

2.《德国反对不正当竞争法》第十六条 保护营业标志

(1) 在营业中使用一种名称,商号或某营利事业,工商企业,或一种印刷品的专门标志,由此可能与另一种已经有权使用的名称,商号或专门标志引起混淆者,可请求制止其使用。

(2) 如果使用人知道,或是应该知道滥用的办法可能引起混淆,则须对受害人负损害赔偿责任。

(3) 在有关营业界中作为商店标志的营业标志,用以区别自己和他人营业的其它标志,均应视为营利

事业的专门标志。本规定不适用于商标与装璜保护。

(4) 准用第十三条第3项。

3.《日本防止不正当竞争法》

第一条（制止不正当竞争行为的请求权）

（一）如果有人进行下列各项之一的行为时，因此而使营业上的利益可能受到损害的人可以请求制止这种行为：（1）在本法施行的地域内，使用相同或类似于众所周知的他人的姓名、商号、商标、商品的容器包装或其他表明是他人商品的标记，或者贩卖、推销或输出使用了这些标记的商品，以致与他人的商品发生混淆的行为；

（2）在本法施行的地域内，使用相同或类似于众所周知的他人的姓名、商号、标章或其他表明是他人营业的标记以致与他在营业上的设施或活动发生混淆的行为；

（3）在商品或其广告上，或者用可以使公众得知的方法在交易的文件或通信上对原产地作出虚假的表示、或者贩卖、推销或输出已经作了这种虚假表示的商品以致使人对原产地产生错认的行为；

（4）在商品或其广告上，或者用可以使公众得知的方法在交易的文件或通信上，作出可以使人错认为该商品是在出产制造或加工地以外的地方出产、制造或加工的行为，或者贩卖、推销或输出已经作了这种表示的商品的行为；

（5）在商品或其广告上，对该商品的质量、内容，制造方法、用途或数量作出可以使人产生错认的表示，或者贩卖、推销或输出已作了这种表示的商品的行为；

（6）陈述虚假事实、妨害有竞争关系的他人在营业上的信用，或者散布这种虚假事实的行为。

第二条（对商品普通名称的行使行为等的免除适用）

（一）对于符合下列各项规定的行为，不适用前二条及第五条的规定：

（1）用通常使用的方法使用商品的通常名称（以葡萄所生产之物的原产地的地方名称已形成为通常名称者，不在此例），或在交易上通常惯用于同种商品的标记的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种名称或标记的商品的行为；（2）用通常使用的方法使用在交易上通常惯用于同种类营业的名称或其他标记的行为；（3）善意地使用自己的姓名的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种姓名的商品的行为；（4）第一条第（一）款第（1）项或第（2）项所列的标记，在本法施行的地域内被公众共知以前就善意地使用与之相同或类似标记的人，或已经和该人所经营的商业一起继承使用该标记的人使用该标记的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种标记的商品的行为。

（二）对于因实施前款第（3）项或第（4）项所列行为而有可能使营业上的利益受到损害的人，可以对实施该行为的人请求为了防止商品和营业上的设施或活动的混淆而添附适当的标记。但对只是贩卖、推销或输出商品的人不在此限。

第五部分 检索总结

针对“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题”，从本文的检索结果来看，对于搜索关键词显性使用混淆行为的认定，存在的争议较少，通常认为在符合商标侵权构成要件的前提下，一般构成商标侵权。对于搜索关键词隐性使用混淆行为的认定，存在较大争议，有的观点认为构成商标侵权，有的观点认为构成不正当竞争，有的观点认为既不构成商标侵权也不构成不正当竞争，有的观点则认为应当具体问题具体分析。最新的反不正当竞争法修正草案专门增加了一项对关键词混淆行为从立法层面进行规制，最高法最新公布的典型案例则对关键词隐性使用混淆行为的性质认定从司法实践层面进行了统一，在学理层面仍有待展开进一步的论证。



书名：当代中国民法典编纂研究

作者：梁慧星

出版社：当代中国出版社

ISBN：9787515412184

内容简介：

梁慧星先生的学术经历，是我国改革开放四十多年的民事立法发展与法学研究的浓缩写照。

本书以当代中国民法典的编纂为线索，选取了梁慧星先生不同时期的重要著述，按照经济合同法的修订、统一合同法的制定、物权法的制定、侵权责任法的制定、民法总则的制定、民法典的编纂分编选排，每一篇文章都凝结了作者的法学思想与学术精神。这些文章记录了改革开放后，当代中国民事立法逐步发展并最终完成民法典编纂的进程，记录了当代中国法学学术逐渐走向繁荣的历史，承载了法学家的家国情怀与责任担当。



书名：唐律新探

作者：王立民

出版社：北京大学出版社

ISBN：9787301336762

内容简介：

唐律集中国唐前立法之大成，开唐后立法之先河，是中国古代最重要的法典，全面体现了中国古代法律制度的水平。唐律又是中华法系的代表之作，是周边各国的立法范本，其先进性曾领先世界数个世纪之久。本书从法律思想、法律制度、法典结构、具体内容、与唐后及国外法典的比较等角度，对唐律进行了全方位、多角度的探析，是学习和研究法学、唐史乃至中国古代史的重要参考著作。



书名：开放的犯罪构成要件
理论研究

作者：刘艳红

出版社：中国人民大学出版

ISBN：9787513082785

内容简介：

本书论证了我国刑法承认开放的构成要件之特点由法官补充适用刑法，将刑法的适用重心从事国家主权者移向法官。承认开放的构成要件理论，有助于拓展和深化我国刑法犯罪构成理论的研究；有助于改变实践中僵化理解罪刑法定原则和机械适用刑法条的做法；有助于改变目前我国刑法的适用安全剝控于高司法机司法解释的不正常状态，并确立以法官自由裁量权为中心的刑法适用体制；有助于从刑事实体法的角度为我国的司法体制改革提供支持。



书名：哈特：法律的性质

作者：[美]马修·克雷默

出版社：上海人民出版社

ISBN：9787208178472

内容简介：

H. L. A. 哈特是现代法哲学的奠基人，位居 20 世纪最重要的哲学家之列。他 1961 年出版的《法律的概念》已是法哲学永恒的经典，并给道德哲学和政治哲学留下了非常深刻的烙印。

本书中，马修·克雷默教授立足《法律的概念》，以极清晰的框架、极准确的理解与重述、极娴熟且深入浅出的剖析和批判，以及极优美又可近的文笔，为所有对法哲学感兴趣的学者与学生提供了一整套理解哈特的法理论与当今法哲学最新发展的指引和说明。在目前市面可见的对《法律的概念》进行分析、阐释、批判的学术著作中，这是可靠又优质的权威版本。

序号	书名	出版时间	出版社
1	IOM Unbound?:Obligations and Accountability of the International Organization for Migration in an Era of Expansion	2023	Cambridge University Press
2	Copyright in the Street:An Oral History of Creative Processes in Street Art and Graffiti Subcultures	2023	Cambridge University Press
3	An Introduction to International Investment Law	2023	Cambridge University Press
4	The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law	2023	Cambridge University Press
5	The Cambridge Handbook of Class Actions:An International Survey	2023	Cambridge University Press
6	The Law and Practice of Global ICT Standardization	2023	Cambridge University Press
7	Making the World Safe for Investment:The Protection of Foreign Property 1922–1959	2023	Cambridge University Press
8	Regulating Access and Transfer of Data:(Global Competition Law and Economics Policy)	2023	Cambridge University Press
9	The Making Sense of Politics, Media, and Law:Rhetorical Performance as Invention, Creation, Production	2023	Cambridge University Press
10	Algorithms and Law	2023	Cambridge University Press
11	The Social Constitution:Embedding Social Rights Through Legal Mobilization	2023	Cambridge University Press
12	Fiduciary Obligations in Business	2023	Cambridge University Press
13	Committed to Rights:UN Human Rights Treaties and Legal Paths for Commitment and Compliance	2023	Cambridge University Press
14	The Cambridge Handbook of Investment-Driven Intellectual Property:(Cambridge Law Handbooks)	2023	Cambridge University Press
15	Reciprocity in Public International Law:(Cambridge Studies in International and Comparative Law)	2023	Cambridge University Press
16	Transnational Lawmaking Coalitions for Human Rights	2023	Cambridge University Press
17	Tying the Knot:(Cambridge Studies in English Legal History)	2023	Cambridge University Press
18	Agricultural Domestic Support Under the WTO:Experience and Prospects,(Cambridge International Trade and Economic Law)	2023	Cambridge University Press
19	Judicial Covergence and Fragmentation in International Human Rights Law:The Regional Systems and the United Nations Human Rights Committee	2023	Cambridge University Press
20	Collective Equality:Human Rights and Democracy in Ethno-National Conflicts	2023	Cambridge University Press
21	The Cambridge Handbook on the Material Constitution:(Cambridge Law Handbooks)	2023	Cambridge University Press
22	The Profit Motive:Defending Shareholder Value Maximization	2023	Cambridge University Press
23	Law and Precarity:Legal Consciousness and Daily Survival in Vietnam,(Cambridge Studies in Law and Society)	2023	Cambridge University Press

图书馆简讯



浙大光华法学院图书馆



微信公众号

版权所有©浙江大学光华法学院图书馆（浙江大学图书馆法学分馆）

地址：浙江大学之江校区（之江路51号） 联系电话：0571-86592716