



观点新解

王太平谈语境论方法——可以动态地具体分析商标符号现象



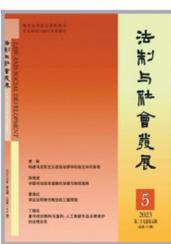
华东政法大学王太平在《法学研究》2023年第5期上发表题为《商标法法律事实确定的语境论方法》的文章中指出：

商标法法律事实主要表现为商标符号的使用，其核心是确定商标符号的意义。不结合语境，商标符号的意义便不能确定，因此有必要运用以语境为核心的语境论方法来确定商标法法律事实。与目前仅静态地解释商标法的符号学分析不同，语境论方法可以从商标符号实际运用的商业现实出发，动态地、具体地分析商标符号现象，以确定商标符号的实际意义，提高商标法法律事实和商标法的确定性。

语境是语境论方法的核心，语境的概念、性质、内容和语境的基本要求是语境论方法的主要内容。语境论方法中的语境是商标符号运用时面对的现实环境，是与商标符号运用相联系的各种环境要素组成的动态系统，与普通符号实际不同的是，商标符号包括商标，而商标是商品交易中传递商品信息的工具，是商品交易的重要组成部分。因此，商标这种符号运用的语境更多的是一种市场交易环境。语境论方法中的语境不是纯粹的客观物理语境，而是结合了消费者心理构造的认知语境，可以分为商品语境与非商品语境。语境论方法中的语境和语用学中的语境类似，可以参考语用学的研究成果来确定语境论方法中语境的基本要求。语境必须是客观的、相关的、普通的、全面的、整体的。

由于不同商标法问题面临的语境不同，商标法问题的设定是语境论方法运用的第一步，语境论方法的核心是识别和重构商标符号使用的语境，之后就可以在重构的语境下解决商标法问题。因此，运用语境论方法确定商标法法律事实要经过商标法问题的设定、语境的识别、语境的重构以及重构语境下商标法问题的解决四个步骤。第一，不同商标纠纷涉及不同的商标法问题，因此商标法问题的设定取决于商标纠纷的类型；第二，语境论方法中的语境不仅取决于涉及的具体商标法问题，而且在商品购买和消费的不同阶段也具有不同的语境，必须结合具体问题和不同阶段来确定。既要重视交际话语的物理环境，也要重视交际者的经验知识及个人的认知能力；第三，语境的重构可以法律规定的构成要件作为基本框架来进行；第四，根据法律规定重构的语境显然不再是散乱的，而是已经形成了一种立体场景，构成商标符号使用的一种市场现实。由于这种解决方案是在市场现实条件下进行的，尽管这种条件只是一种事先拟制或事后重构，仍然提高了商标法问题解决的确定性。

于霞谈构建农地流转的规范性概念体系——具有维护农村集体经济制度等多重目标



上海师范大学哲学与政法学院于霞在《法制与社会发展》2023年第5期上发表题为《农村土地流转：政策性概念到规范性概念》的文章中指出：

农村土地流转(以下简称农地流转)是指农地的流通与转让，这是我国农村土地法治研究的重要课题。流转、转包、互换、出租、转让、入股、抵押等概念构成了我国农地流转的规范性概念体系。其中，既有农地转让、出租等规范性概念，也有流转、转包等不同于典型不动产权利变动的政策性概念。尽管流转、转包等政策性概念与典型民事法律关系的规范性概念存在差异，但政策性概念被长期使用，仍然对我国民事法律产生了深远影响。目前，我国农地流转的规范性概念体系存在诸多问题，可以将其归纳如下：其一，“流转”本身是内涵不清晰的概念。农村土地的“流转”并非内涵外延明确的概念，且行为性质不清晰；其二，部分历史遗留概念与政策性概念不符合法律规范体系的要求；其三，农地流转规范性概念体系存在内在逻辑抽象性不足的问题。构建农地流转的规范性概念体系的根本目标在于维护农村集体经济制度、保障农民权益以及在此基础上促进农业生产和土地利用。我国现有规范对转包、互换、出租、转让、入股、抵押等概念的关系设计体现了根本目标的要求，但不能充分解释转让与出租、抵押与入股等在法效果上的差异源于何种内在要素。抽象出内在要素便于协调现有体系，实现后续概念的系统发展。

在现有的规范体系中，农地流转的规范性概念随政策话语而改变，并且具有非市场性特征。构建农地流转的规范性概念体系具有维护农村集体经济制度、保障农民权益和促进土地要素市场化等多重目标。当前我国建立了基于法效果的农地流转行为框架，基于此，实现从政策性概念到规范性概念的完全转变。首先，调整现行规范性概念体系，应主要包括转让、出租、抵押和向本集体农民专业合作社出资；其次，设立规范性概念体系内部关系标准。应主要考虑是否导致利益物权转移，是否可以稳定持续地产生收益，是否发生在集体内部，是经营性权利还是保障性权利，是否经过入市程序这五个区隔要素，分别设定相应程序，进行相应限制；最后，重塑政策性概念进入规范的方式。政策性概念进入宣示性条款，可以确定适用法律规则的方向，有利于解释和执行法律。

(赵珊珊 整理)

开学典礼致辞



□ 金力(复旦大学校长)

大学是学术的殿堂，是学习知识更是创造知识的场所。大学阶段是一生中学习成长的黄金岁月。迈入复旦之门，你们不仅将学到高深知识，也将亲身参与知识的创造，真正懂得学习和创新的意义。复旦人学习是为了创造，并把创造知识作为学习的更高境界。在这片沃土上，你们应该自觉地把学习、运用和创造知识融会贯通起来，学会学习、学会思考、学会创新，真正奠定立身立业、自强强国的根基。以创新为天职，以卓越为目标，这是一代代复旦人的治学之道，更是国家、时代对你们的成长呼唤和成才期待。

在学习和创新的过程中，必然会遇到各种有形无形的边界。比如，对现有知识的体系分类，划

定学科的边界；探索客观世界的现实局限，产生知识的边界；知识传播生产中的陈规束缚和思维惯性，形成思想的边界。这些边界对于我们认识世界、改造世界，会形成阻碍和挑战。而创新的本质，是克服惯性的依赖、现实的约束、思想的保守，实现从旧到新、从已知到未知、从己岸到彼岸的突破和超越。复旦人以“旦复旦兮”为奋斗意象，生命不止、创新不息，突破超越这些边界，追求知识、理想和卓越才能永无止境。

借此机会，围绕学习和创新，与大家交流三点想法：

第一，越过学科专业的沟壑。每个学科和专业都能提供不同的学术视野、思维方法和研究工具，但解决现实问题往往离不开跨学科协作。面对快速变化的复杂世界和新一轮科技产业革命，打破知识体系边界，促进学科交叉融合已经成为普遍潮流，没有交叉新工具、融合新范式，必定会落后淘汰。跨越学科边界，不仅需要交叉，更需要融合。交叉是物理结合，而融合将发生化学反应，创造新的物质、产生创新成果。大家正在塑造自己的知识结构，有无限的可能和潜力创造出新的知识体系、塑造新的未来。

今年，学校为厚植创新和育人沃土，新推出了“文化校历”。对于学生来说，更应该不囿于学科背景，全身心投入各类融合创新实践，不断夯实厚学根基、拓宽见识眼界。像分子运动一般，在“升温”中提升交流的主动性，在“增压”中提高思维碰撞的概率，激荡出创新的无限可能，为实现

自我能级跃迁积蓄深厚能量。

第二，突破发现新知的壁垒。创新有许多类型，其中最基础、最重要的，是以发现新知为目的的原始创新。发现新知，是突破已知边界，拓展人类知识疆域的过程，往往分为两个阶段：第一步，提出新问题，对原来貌似不相关的多个事物进行关联性思考，发现新的联系；第二步，解决新问题，搞清楚新联系的因果联系和背后的机理。新问题提得越好，新关系的跳跃性越大，对知识边界的突破越大，创新的价值也就越大。

如今，一场原始创新范式变革的帷幕正在拉开。以生成式人工智能为帆，AI浪潮将我们带到了日新月异的知识海洋：人类数千年的知识积累培育出广袤的肥沃渔场，数不清的新发现鱼群在海平面下穿梭，等待着我们用新工具去网获。复旦人理应在“向科学技术广度和深度进军”的新征程上，发挥出科学智能的“发动机”作用。希望你们拥抱科研新范式，踊跃学习和参与开发新工具新方法，锻炼AI+创新能力，积极投身这场重塑人类知识疆域的“大进军”。

第三，摆脱收益计算的边际。从创新的视角看，卓越精神与精致主义截然不同。精致主义往往以利己为核心，计算收益、规避风险，权衡边际效应；而卓越精神把实现理想作为首要目标，有进无退、不计功利才是追求卓越的姿态。创新路上，如果因为权衡得失而选择跟随式研究，将“输在起跑线上”，成才路上，如果大计较一时得失，

用宝贵的大学时光打造漂亮的简历，只会与卓越精神渐行渐远。复旦人应该具有“卓越而有趣”的特质，做卓越的事业、做有趣的灵魂，对于思想、知识和生活永葆好奇心、创造力。

1945年7月，范内瓦·布什向白宫提交了科研政策报告《科学：无尽的前沿》，他写道：“一个依靠别人来获得基础科学知识的国家，无论其机械技能如何，其工业进步都将步履缓慢，在世界贸易中的竞争力也会非常弱。”

今天的中国，要实现现代化的梦想，必须攀登科技珠峰。对于有志于攀登珠峰的人来说，只有第一、没有第二；敢于从“北坡”迎难而上，走出中国自己的路，才能更好解决问题。今天的中国青年，要实现真正的创新，只有参与全球、全年龄段的全赛道竞争；要追求真正的卓越，必须敢于立足科学的无尽前沿，在无人区静心“种好自己的树”，而不是光摘“别人树上剩下的果子”。大家要有与世界顶尖水平比肩竞赛的志气、胆气和静气，迈入“无人区”，早日找到自己的果树种子，看准方向、久久为功。

从现在起，大家成为复旦共同体的一分子。这是一个以创新强国、作育英才为天职的命运共同体，也是一个以追求卓越、青胜于蓝为旨趣的学术共同体。期待大家以梦为马、不负韶华，用复旦这片星空，照亮自己的星海征途。若干年后，成为复旦星空中更璀璨的星辰。

(文章为作者在复旦大学2023级新生开学典礼上的致辞节选)

法学经典的阅读指南

《法学名著导读》前言



书林臧否

□ 张志铭 于浩

法学教育与法学研究离不开经典，经典一般是对特定时代的重大问题的深刻思考和集中表达，这种思考和表达因其承载着对人类生活的普适性关怀而流传于世，经久不衰。阅读经典可以拓宽我们认识世界的视野，加深我们对于社会现实的理解。华东师范大学法学院法学学科积极向应学校强化通识教育、思维训练的教学要求，积极探索通识课程与基础课程建设的新路径。在教学的过程中，笔者发现，有必要编写一本关于法学名著的导读教材，以帮助本科生和研究生较快地掌握法学学科中的一些经典文献。一方面，这样的导读教材能够帮助学生较为快速地了解法学名著的基本内容；另一方面，也能够帮助学

生了解那些频繁出现于法学课程中的概念。为此，以华东师范大学法学院法学学科团队为基础，同时邀请相关领域的优秀学者，共同编写出《法学名著导读》。

全书遵循先总后分、先普遍后特殊、先理论基础后具体实践的总思路，共分为“法学基础”“法的概念与方法”“中国的法与社会”三个板块，分别介绍了《利维坦》《联邦党人文集》《家庭、私有制和国家的起源》《人和国家》《民主与不信任：司法审查的一个理论》《道德原则与政治义务》《论法律》《法理学的范围》《纯粹法理论》《法律的概念》《法律帝国》《法社会学》《乡土中国》《中国法律与中国社会》共14本法学经典著作。

“法学基础”作为第一板块，主要包括对《利维坦》《联邦党人文集》《家庭、私有制和国家的起源》《人和国家》《民主与不信任：司法审查的一个理论》《道德原则与政治义务》6本著作的导读。它们共同关注法学的基本问题与基本概念，同时也密切关注法律、国家与具体的政治制度和政治理念的关系。《利维坦》的研究内容与法学和政治哲

学上的社会契约论这一主题有关。《联邦党人文集》和《民主与不信任：司法审查的一个理论》则以美国的政治制度和政治实验为基础推进法律与权利、民主等基本概念的理论关切。《家庭、私有制和国家的起源》关注法律、国家与家庭私有制之间的关系，从而深化对马克思主义法学的理解。《人和国家》在现代自然法复兴的背景下重新提出国家、社会与个人的关系问题，有助于理解现代人权哲学和自然法中的诸多新见解。《道德原则与政治义务》则主要从政治哲学角度关注政治义务与道德原则之间的关系，这个问题本身也是法哲学上有关“恶法非法”与“恶法亦法”命题争执的体现，也是深度涉及公共权力合法性的根本问题。

“法的概念与方法”作为第二板块，主要包括对《论法律》《法理学的范围》《纯粹法理论》《法律的概念》《法律帝国》《法社会学》6本著作的导读。《论法律》是中世纪经院法学家阿奎那的重要著作。《法理学的范围》《纯粹法理论》《法律的概念》都是法律实证主义的代表作，其中《法理学的范围》是美国法学家约翰·奥斯特

的代表作，这本书宣告法律实证主义的诞生。《纯粹法理论》和《法律的概念》分别是现代分析实证法学的两大人物汉斯·凯尔森和哈特的代表作，他们共同开启了20世纪下半叶法律实证主义的复兴。《法律帝国》是美国法学家罗纳德·德沃金的代表作，它系统批判了分析法实证主义，并提出了一种与之并驾齐驱的、针对法律的“建构性诠释”理论。《法社会学》是德国著名社会学家尼克拉斯·卢曼的早期代表作，这本书从功能结构理论出发分析了法律在社会中的功能，探讨了法律系统和社会系统之间的关系。

“中国的法与社会”作为第三板块，包含对《乡土中国》和《中国法律与中国社会》这两本著作的导读。《乡土中国》是我国著名社会学家费孝通先生的代表作，这本书对于中国传统中国社会形态的分析堪称经典。《中国法律与中国社会》是著名法学家瞿同祖先生的代表作，这本书对于传统中国的法律以及与之相匹配的社会分析，对于了解中国传统法律文化和法律制度，至今仍然具有重要价值。

原心定罪



史海钩沉

□ 张守东

董仲舒本人虽然因其“天人三策”的应对赢得了汉武帝的赞赏，但武帝只是给仲舒封国为相的差使。不过，董仲舒的才学与实践经验还是使他得以发挥影响力，为中国未来的法律发展开辟山辟路。虽然董仲舒未得到在中央政府任职的机会，但人们并未忘记他。张汤作为廷尉，即最高法院院长，在遇到疑难案件时，还是会去请教这位已经退休的名儒，使他有可能会为当时方兴未艾的“春秋决狱”推波助澜。

在诸侯国的变法运动中，法家为了增加政府的赋税收入，甚至强制已婚儿子与父母分家，以增加纳税单位。韩非子还特别批评孔子替战场上为尽孝道而逃跑的儿子开脱，认为孔子赞扬的孝子无疑是国家的叛徒。在国与家之间，法家选择了国。为了富国强兵不惜牺牲家庭，这是法家的一贯主张。而董仲舒的判例，就是要把法家拆家的家庭重新构建起来。

据说董仲舒的“春秋决狱”有232个判例。目前留下来的不多，笔者从其中选了三个，用以说明董仲舒如何将孔子等人的历史解释扩展到法律领域，又是如何以此重建儒家理想的家园。

案例一：父为子隐

时有疑狱曰：“甲无子，拾道旁弃儿乙养

之，以为子。及乙长，有罪杀人，以状语甲，甲藏匿乙，甲当何论？”仲舒断曰：“甲无子，振活养乙，虽非所生，谁与易之，《诗》云，螟蛉有子，蜾蠃负之。《春秋》之义，父为子隐。甲宜隐乙，诏不当坐。”

这个案例是唐代政治家杜佑在《通典》卷六十九中记录的，它的法律问题是，收养弃儿的养父是否要为隐匿杀人的养子承担法律责任？董仲舒认为，《春秋》“父为子隐”的原则适用于本案，因为养父算父亲。他还用《诗经·小雅·小宛》中关于蜾蠃养育螟蛉之子的记载说明养父子关系与亲生相同。当然，后来南朝陶弘景发现，蜾蠃把螟蛉子带回窝中，实际是用尾部毒针把螟蛉刺个半死，然后在其上产卵，用以养活自己的后代。不过，人们将错就错，直到清代，中国人都习惯把养子称为“螟蛉子”。

我们不妨用亚里士多德的逻辑三段论来重新整理董仲舒的推理：

大前提：父为子隐，父亲可以隐匿犯杀人罪的儿子；

小前提：养父算父亲；

结论：养父隐匿养子无须承担法律责任。

在这个案子中，董仲舒认为，国法对杀人罪犯的追究不适用于帮助儿子逃避制裁的养父。杀人犯固然应当承担法律责任，但这不应妨碍父亲站在儿子与国法之间充当慈父的庇护角色。

案例二：恩养之义

甲有子乙以乞丙，乙后长大而丙所成育。甲因酒色谓乙曰：“汝是吾子。”乙怒杖甲二十。甲以

乙本是其子，不胜其忿，自告县官。仲舒断之曰：“甲生乙，不能养育以乞丙，于义已绝矣。虽杖甲，不应坐。”

宋代《太平御览》卷六百四十中的这个案例，法律问题是：因生父未尽养育之恩而不知其身份的养子误以为酒徒要称生父而杖之，养子应当承担法律责任吗？董仲舒判断此案的标准是“义”。他认为此案中的父子之间“义已绝”，因为生父生而未养。也就是说，父亲不仅要生，更要养；生而养，才是“义”。一言以蔽之，义的意思就是在适当的时间、适当的地点对适当的人做适当的事情。

综合这两个判例，董仲舒的意思很清楚，生物学意义上的父亲没有意义，只有尽养育之责任的父亲才是父亲。在案例一，因为尽了父亲的责任，所以虽非亲生亦不妨其享有父亲的法律待遇；在案例二，虽系亲生，因未尽养育之责，亦不应在法律上视为父亲。可以说，董仲舒的判例无异在界定“谁是父亲”，这是儒家最重视的伦理。通过法律解释确认谁是伦理学意义上的父亲，董仲舒等是在以司法的方式重建被法家破坏的家庭秩序。

案例三：君子原心

甲乙与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙(父)，甲(子)即出杖击丙，误伤乙，甲当何论？或曰，殴父也。当枭首，论曰：“臣愚以父子至亲也，闻其斗莫不有休戚之心，扶杖而救之，非所以欲诟父也。《春秋》之义，许止父病，进药于其父而卒，君子原心，赦而不诛。甲非所谓殴父，不当坐。”

这个案例也出自《太平御览》，此案的法律问题是，为救父而误伤父亲的儿子应承担“殴父”的法律责任吗？董仲舒在此案中提出了“春秋决狱”最重要的原则——“原心定罪”。法家因为性恶论而对主观动机不感兴趣。法家更在意行为及其后果。董仲舒的“春秋决狱”则为定罪增加了主观动机的维度。为了说明原心定罪合理性，他引用许国王子许止的故事。生病的许悼公吃了儿子许止配制的药就死了。不考虑动机的话，许止等于犯了“弑君”与“弑父”的双重大罪。然而许止为的是给父亲治病。难道要让许止保证万无一失才能救治父王吗？

孔子在编写《春秋》的时候对许止持原谅的态度，尽管他也批评许止不够小心。孔子对历史人物的评价标准，成了董仲舒的司法指南。考察动机，乃是董仲舒判断救父心切的儿子是否应当为自己的过失承担法律责任的依据。“父子至亲”的关系使董仲舒认为儿子必须采取及时的救助行动，如果同时还要儿子确保万无一失，那就等于挫伤儿子救父的积极性。董仲舒通过这个判例告诉天下的孝子：如果在危急关头站在父亲一边，那么法律也会站在你这一边。

此案说明，董仲舒这样的儒家是有常识并有人之常情的。他们知道人无法掌控自己行为的客观后果。人能保证的只是自己的动机。“春秋决狱”重视动机，考虑人之常情，就为人性的司法打开了方便“法”门。

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版)