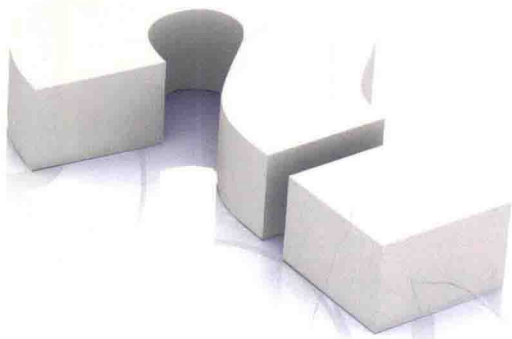


增订版

孔祥俊◎著



商标法适用的 基本问题

根据最新商标法和商标法实施条例修订

Fundamental Issues on
Application of the Trademark Law



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

增订版

商标法适用的 基本问题

根据最新商标法和商标法实施条例修订

孔祥俊 著

Fundamental Issues on
Application of the
Trademark Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商标法适用的基本问题 / 孔祥俊著. —2 版 (增订版).
—北京: 中国法制出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5392 - 9
I. ①商… II. ①孔… III. ①商标法 - 法律适用 - 中国 IV. ①D923. 435
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 094347 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 李小草、马莉

封面设计: 蒋 怡

商标法适用的基本问题 (增订版)

SHANGBIAOFA SHIYONGDE JIBEN WENTI (ZENGDINGBAN)

著者/孔祥俊

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710×1000 毫米 16

版次/2014 年 8 月第 2 版

印张/24 字数/331 千

2014 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5392 - 9

定价: 78.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66038902

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

感觉到了的东西，我们不能立刻理解它，只有理解了的东西才更深刻地感觉它。感觉只解决现象问题，理论才解决本质问题。

—— 毛泽东：《实践论》

法律的生命不是逻辑，而是经验。一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开的还是下意识的，甚至是法官与同胞们共有的偏见，在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多。

—— 霍姆斯：《普通法》

增订版序言

2013年8月30日，十二届全国人大常务委员会第四次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》，并于2014年5月1日起施行。2014年4月29日国务院发布《中华人民共和国商标法实施条例》，亦于2014年5月1日起施行。此次修订涉及内容较多，解决了商标法施行中反映强烈的一些突出问题，完善了相关商标法律制度。本书根据商标法修订情况，对相关内容进行了修改和调整。

本书内容和风格自成一体，具有原创色彩。本书不是对于商标法律制度的系统阐述，不是入门或者原理类型的著作，更多是对法律精神层面的研究和实践感悟的总结提炼。在撰写和修订过程中，我一直在思考，我国有丰富的商标法实践，也有独特的国情实际，应当能够构建具有我国特色和反映我国实际的商标法理论体系。在商标权的保护上，我国应当更加理性成熟和从容淡定。

大而言之，就整个知识产权保护而言，我国应当构建体现我国创新发展利益诉求的话语权。伴随我国的和平崛起，我国已成为一个有世界影响的知识产权保护大国，在一些领域已走到国际前沿。但是，西方发达国家伴随它们的知识产权先发优势，不但已经主导确立的现有国际规则体系，还以它们自身的利益为评判标准，占据了主导国际知识产权领域的话语权。而且，当前全球范围内的双边和单边经贸谈判如火如荼，新的国际经贸规则和全球经济发展规则正在塑造，知识产权规则是其重要内容。改革开放以来我国除接受了主流知识产权规则外，知识产权保护也时常受西方国家话语权的影响。例如，简单以西方标准评价我们保护水平的高低，评价我们裁判标准的对错，囫囵吞枣式地进行比较法判断。随着我国由知识产权大国向强国转变，在重视运用既有国际通行规则的同时，又要注重参与新一轮国际规则的塑造；既

要注重保护行动和保护实践，又要注重构造话语权。特别是，正如有的学者所说，“一个民族的崛起一定要伴随自己话语的崛起，否则就难于真正确立道路自信和制度自信”。我们要逐步构建体现我国利益诉求的国际话语权，努力建构全面的、透彻的、强势的话语体系，不能处处以人家的马首是瞻，更不能片面地以人家的认识和做法衡量我们做法的对错。要构建接地气、有学术含量、能与国际社会进行沟通和对话的大规模的知识产权话语体系。我们应增强责任感和使命感，以高水平的裁判，以能够得到国际认可的保护成就和经验，以广泛的交流宣传，为参与国际规则的制定和谋求国际话语权提供基础和保障。我们需要以各种方式和途径，全面解释我国知识产权保护的成绩、问题和未来，把国内外关心的各种问题讲清楚、讲明白，使中外都能听懂；在必要时要以鲜明的态度回应无理的指责和挑战。我们要切实增强制度自信和制度定力，朝着有利于国家创新和发展的方向，坚定不移和充满信心地走自己的路，开创自己的知识产权保护事业，既不妄自尊大又不妄自菲薄，既保持开放性和外向性，又不盲目跟从和迷失方向。要甄别哪些属于更为强调通行做法的领域，高度重视规则的一体化，遵从通行国际规则，注重借鉴国际通行做法，高度重视国内裁判的国际影响、国际认同和国际形象，不刻意标新立异。同时，要高度重视那些具有浓厚历史传统和中国特色的知识产权保护问题和领域，在这些领域不简单地人云亦云，不简单地作比较法上的对比，不简单以他人的马首是瞻，而更应该注重国情实际和中国特色，以有利于我国创新和发展为指针，创造性适用法律，创造中国经验。

我们在确定知识产权保护政策、保护标准和裁判案件时，既要有利于积极参与国际化的进程，又切实增强敏感性和鉴别力，保持清醒头脑和定力；既注意塑造保护知识产权主流国家的形象，又不轻易被牵着鼻子走，不为一些不合理的指责所误导，在是非面前不自乱阵脚。涉及国际贸易的知识产权保护不仅是法律适用问题，还可能涉及国家主权、政治和政策问题，要看清国际经贸关系既讲规则又服从国家利益的两面性。要看清当前国际经贸关系错综复杂，我国与其他经济体既有竞争又有合作，与有些国家还可能存在着崛起与反崛起、遏制与反遏制的关系。我国的发展和崛起不时受到阻挠和遏制，也不时卷入有些国家刻意制造的种种争论中，遭受了不合理限制甚至惩罚。

知识产权保护同样要考虑这种复杂性。要善于借鉴发达国家维护国家利益和提高国家竞争力的通行做法，处理好平行进口、贴牌加工等涉及的商标案件。

就商标权保护而言，我们应该在总体上是这样的态度：有关商标的条约规范毕竟是粗疏的，我国商标法早已吸收和遵循了国际条约。我国商标权保护更多不是如何符合条约规范，而是如何更加符合对外开放和国内创新发展的需求。因此，我们应该把我们自己的事情做好。我们需要借鉴国外商标保护经验，但首先要立足国情和符合实际。我国在商标保护上同样要有制度自信和理论自信，不应简单以别国的马首是瞻，不盲从别国的做法。况且，各国商标法和商标实践都会反映它们的国情实际，不可能都是步调一致和千篇一律。我们不能把国外的某项制度和某个法律当作解决我国法律问题的救命稻草，不能因为与国外的某项制度和判例不一致就忐忑不安和失去定力，更不能把国外的制度和判例简单地作为评价我国裁判对错的标准，关键看在我国哪一种方式解决问题更有效和更有益。例如，就贴牌加工等涉及的商标权保护问题，不简单地人云亦云，不简单地作比较法上的对比，而更应该注重国情实际和中国特色，把重点放在考察什么样的态度更符合我国发展利益上，以有利于我国发展为指针，实事求是地适用法律和进行裁判。

本书出版后引起较大反响，许多人认为有耳目一新的感觉，给予较多的好评。当然，我更把这些佳评当做鞭策和鼓励，我也深知本书存在许多缺点和不足，只是囿于水平和精力，不能把本书修改得更好些。我非常欢迎对于本书不足之处的任何批评，那会帮助我认真改进。借此机会，衷心感谢读者的厚爱。

孔祥俊
2014年8月

目 录

前 言	1
第一章 商标立法与商标司法	17
一、商标司法是商标立法的适用和继续	17
二、商标司法的裁量空间	19
(一) 商标司法的可裁量性	19
(二) 商标司法需要体现导向性	21
(三) 商标司法需要细化和丰富商标法律的内容	23
三、没有破解不了的法律难题	27
(一) 带着枷锁跳舞	27
(二) 运用各种“武器”和方法	29
四、商标法的立法政策与司法政策	33
(一) 两种政策的划分	33
(二) 良性调整不确定空间	35
五、商标司法的理论创新	40
第二章 商标权的强保护与弱保护	43
一、总体导向上的强保护与具体情况下的区别对待	43
二、整体趋向上的扩张保护与适可而止	46

三、注册商标的强保护与未注册商标的弱保护	49
四、专有使用权领域的强保护与排斥权领域的弹性保护	51
五、知名度高低和显著性强弱与商标权保护强弱的关系	52
六、驰名商标的相对强保护	54
七、用好灵活的法律标准落实强保护与弱保护	56

第三章 商标权法律性质与商标权保护

一、事物本身的性质与商标权保护	60
二、商标权是一种标识性权利	62
(一) 商标的标识性与商标权的标识权属性	62
(二) 从标识性上认识和界定商标权	63
(三) 标识性与通用名称认定	72
(四) 划清标识性与描述性的界限	75
(五) 根据标识性划清侵权与否的界限	78
三、专用权与排斥权的划分	82
四、商标权的相对性	84
(一) 注册商标专用权的相对性	84
(二) 未注册商标权的相对性	85
(三) 驰名的注册商标的跨类保护	86
(四) 商标权向绝对化方向的发展	86
(五) 对抗其他商业标识权利上的相对性	87
五、商标权的弹性性	89
(一) 通过商标近似的弹性认定体现保护强弱	90
(二) 通过商品类似的弹性认定体现保护强弱	94
(三) 驰名商标保护的弹性性	99
六、商标权的政策性	100

第四章 商标法适用的地域性与全球化

一、地域性与全球化的交织关系	105
----------------------	-----

二、商标权保护的地域性原则	106
三、我国商标权保护的地域性	112
四、适当考量全球化因素	114
第五章 商标法适用中的主观性与客观性	119
一、以拟制的客观标准解决主观标准问题	119
二、商标近似、市场混淆与市场格局的关系	122
三、正确对待实际混淆的证据	130
第六章 商标法适用的一般性与特殊性	132
一、商标使用与商标法意义上的使用	133
(一) 商标法意义上的使用	134
(二) 商标使用必须是自主使用	136
(三) 定牌加工中商标使用的定性	140
二、商标近似与商标构成要素近似	142
三、近似商标的善意共存	142
四、特殊情况下对于一定混淆的容忍	145
五、公共利益的特殊保护	146
六、妥善处理原则性与灵活性的关系	148
第七章 商标法适用中的形式与实质	153
一、形式司法与实质司法的复杂性	153
二、透过现象看本质	156
三、商业标识权利冲突中的实质性司法	161
(一) 由形式到实质的转变	162
(二) 注册商标与其他在先权利的冲突	165
(三) 两个注册商标之间的权利冲突	166
四、兼顾程序正义的同时侧重实体正义	177

第八章 商标法适用中的历史与现实	182
一、商标法适用中历史与现实的关系	182
二、宏观思路上的历史把握	183
三、个案裁判中的历史因素	191
四、以考量宏观历史背景的方法解决商标争议	199
五、从实际出发与司法智慧	205
(一) 司法政策中的从实际出发和实事求是	205
(二) 把复杂的问题简单化	207
(三) 寻求裁判的妥帖性	209
第九章 商标法适用中的共识与尝试	220
一、商标法适用中的沟通和共识	220
二、商标法适用中的调适、尝试与试验	223
(一) 法律适用具有相对性	223
(二) 商标法的尝试性适用	224
(三) 裁判结论的变动性	226
第十章 商标法适用中的道德评判与法律评判	229
一、道德问题与法律问题的界限	229
二、公序良俗和诚信原则的适用限度	232
(一) 原则规定的适用限度	232
(二) 新商标法有关诚实信用原则规定的适用	235
三、对于恶意注册能否既往不咎	236
第十一章 商标法适用中的开放性、裁量性与动态性	239
一、“三性”的不可避免性	239
二、商标法适用中用好“三性”	240
三、处理好规范与发展的关系	246

第十二章 商标法适用中的逻辑演绎与价值取向	248
一、逻辑演绎与价值取向的相辅相成	248
二、促进商标实际使用	250
三、尊重多元性与留足创意空间	253
四、公平与情事变更	255
五、保护品牌和鼓励正当竞争	259
六、意思自治与信赖保护	260
七、兼顾公平与秩序	266
八、追求程序的正当性	267
第十三章 商标法适用中的法律解释和法律续造	273
一、引言	273
二、商标法适用中的文义解释	276
(一) 文义解释的涵义	276
(二) 文义解释的优先性	277
(三) 文义是起点和基础	277
(四) 例示性规定的文义解释	278
(五) “其他不良影响”的文义解释	280
(六) 商标法第 45 条第 1 款的文义解释	285
三、商标法适用中的体系解释	288
(一) 体系解释的涵义及其运用	288
(二) 体系解释举例	290
四、商标法适用中的历史解释	293
(一) 历史解释的涵义与适用	293
(二) 根据历史沿革解释商标无效事由的规定	295
五、商标法适用中的目的解释	298
六、商标法适用中的法律续造	301
(一) 法律续造的必要性和正当性	301
(二) 法律续造的标准和界限	302

(三) 限缩解释与扩张解释	304
(四) 法律解释与法律续造的客观性	305
(五) 2001 年商标法第 41 条第 1 款可否扩大适用	306
(六) 2013 年商标法第 41 条第 1 款是否有漏洞的判断	308
七、效果方法	311
第十四章 商标法适用中的整体性和融贯性	319
一、商标法适用中的文本与非文本	319
二、商标法适用中的制度、理论与方法	322
三、防止机械适用商标法	325
附录 1 新修订商标法适用的几个问题	327
一、注意把握好效率、公平与秩序的立法精神	327
二、商标权的绝对保护与相对保护	329
(一) “双相同”上的绝对保护	329
(二) 商标法第 57 条第 (2) 项之下的相对保护	331
(三) 商标权的相对性及其有限的突破	332
(四) 附加或者从属保护的限定性	333
三、在适得其所、恰如其分的基础上加强保护	333
四、涉国际贸易下商标法律适用的特殊考量	334
附录 2 《中华人民共和国商标法》修改前后对照表	339
后 记	365

前 言

我国法院是《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）的重要适用主体。法院不仅在裁判民事案件中直接适用商标法，而且对于商标授权确权（即是否准予商标注册、撤销）以及其他商标行政行为行使司法审查权，对于商标行政执法有着直接影响。最高人民法院对于具体应用商标法问题做出司法解释。因此，在商标法的适用中，法院在很大程度上居于枢纽地位，发挥全面适用商标法的作用，是我国商标法制建设的重要实践者和推动者。

在商标法适用中，我国各级法院一直解放思想、实事求是和与时俱进，不作茧自缚，不固步自封，不抱残守缺，通过依法裁判商标案件、及时明晰商标法律标准和总结提炼商标司法政策，不断丰富商标法律内涵，不断创新商标审判理论，不断强化商标权益保护。回顾过去的商标司法历程，可以说“看到的都是一片辛勤耕耘的土地，品尝它们的果实即可感到它们的价值。”^① 笔者作为我国商标法司法的具体参与者和实践者，在亲身感受到我国商标法适用和商标权保护的司法探索和司法成就的同时，也不断地对我国当前商标法适用的一些重要问题进行梳理、探究和思考。本书内容很大程度上就是这些研究探索的结果。

当然，就我多年来亲历商标司法的个人感受而言，多少有如下况味：“岁月流逝，或许我并没有因之获得更多的智慧，但是至少我的视野日益开阔，原本以为清晰可见的界限如今看来已是晦暗不明，原本以为密不透风的墙如

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第17页。

今再看也没有密闭到滴水不入的地步”^①。在商标司法中我经常看到，那些看似清晰明了的法律界限其实并不清晰，那些看似简单易决的法律答案其实并不简单，那些看似单一的线索的背后却纵横交错，我们经常需要从一种倾向看到另一种倾向，从一个方面看到另一个方面，从对立中看到统一或者从统一中看到对立，从表面上的价值冲突中看到相互冲突价值之间的协调和妥协，从理想看到现实和从现实中追求理想^②，因而经常需要以矛盾的或者辩证的方法处理争议，而自身也不免时常陷入矛盾和纠结的思维境地。尤其是，现实世界经常是不完美的，生活关系经常是光怪陆离的，经营者并不总是按照法律设定的轨道行事，法律适用中经常遇到一些非典型情况，因而司法也就时常不能以完美的途径、标准和眼光处理问题和裁判案件，其中既有不少对于历史和现实的迁就和无奈，也经常充满了机智、创意和智慧，甚至不乏灵光的闪现，那种角度的选择、尺寸的拿捏和火候的控制，那种有时酣畅淋漓、有时欲言又止的异曲同工，那种俯拾即是匠心独运和独出心裁，此中的奥妙非亲历者是很难体味的。这也使得我们的裁判丰富多彩。此时，裁判者也会深深体验到所谓的实践理性和实践智慧。^③

① [美]卡多佐：《司法过程的性质及法律的成长》，张维编译，北京出版集团公司、北京出版社2012年版，第112页。另一种译法：“岁月的流逝没有为我带来聪慧的能力，但至少让我眼界大开，我认识到，那些过去看来泾渭分明的分界，事实上是难以捉摸或模糊不清的，分割之墙根本不是密不透风或一成不变的。”见[美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第22页。

② 其实，不只司法如此，其他社会生活也是如此。以《易经》为例，它的一个重要道理就是“交互”或者“交互卦”，即“六爻内部的变化，如第二爻上连到第四爻，下面挂到上面去为互，第五爻下连到第三爻，上面交至下面来为交，这是交与互的不同，每卦的纵深内在，发生了交互的变化，又产生了卦。换句话说，这是告诉我们看事情，不要看绝了，不要只看一面，一件事情正面看了，再看反面，反面看了，再把旁边看清楚，同时旁边亦要看反面，这样四面都注意到了，还不算完备，因为内在还有变化，而内在的变化，又生出一个卦了。”“我们懂了这个背诵八卦的方法与错综复杂的道理以后，知道这个图案的组织如此严密，告诉我们，看事情要有多么细密的头脑，要你们冷静客观才能把事情看清楚。”南怀瑾：《南怀瑾选集》（第3卷），复旦大学出版社2011年版，第32页。

③ “智慧”本来就具有丰富内容。智慧具有多面性，既有回顾性又有前瞻性，既有理论性又有实践性，既有内在性又有外在性，既有共性又有个性，既有历史性又有现实性，既有应用性又有理论性。智慧的魅力在于，理论能用于指导实践，实践也能上升为理论。智慧既有能动性又有创造性，能够同时将理论与实践结合为一个相互作用的整体，从而能够对事物给予全面的洞察和深刻的预见。参见成中英：“什么是智慧”，载成中英、冯俊主编：《康德与中国哲学智慧》，中国人民大学出版社2009年版，第235页。

（一）适用法律的基本态度

面对纷繁复杂甚至千奇百怪的事实和法律问题，法官除坚持依法办案外，我认为尤其要注意把握好三点。这三点在商标法适用中同样会遇到。

第一，适用法律要有技术性思维，但要时常注意导入价值和政策。法律是以预先存在的法律规范为依据的，应当具有稳定性和可预期性，因而需要一套概念术语、规则体系和法律方法作为保障，确保法律的适用不会信马由缰，不会率性任意。但是，尽管大量的法律问题是容易解决的，但法律适用绝不是由法官在法律条文中进行简单的对号入座。如果在适用中简单机械，又会走向另一个极端。法律史上曾经有如下神话，这种神话迄今甚至对人们还残留着或多或少的影响：“法律是一个完善、封闭的体系，法官和法学家们仅仅是记录其意志的自动机器或是宣告其规定的留声机。”^① 至今在法律适用时仍有这种迷思，这也是不少人对法律和法规的预期。神话毕竟是神话，而不是现实，现实远不是这幅图景。正义、价值和政策在法律适用中均占有一席之地，何况此外还涉及其他道德之外的价值，如便利或者权宜的价值、经济的价值或者促进文化的价值。^② 这大大增加了法律适用的复杂性和难度。法律条文往往都体现着特定的价值和政策，价值和政策在很多情况下是适用法律条文的灵魂。确如卡多佐所说，“寻求概念精髓及其深层涵义的法官，在成功获取概念的核心后，仍然可能会发现该概念涉及政策和正义。”^③ “行为的合法性与其对社会的价值之间存在着一种必然、恒定的关系，尽管有时是半

^① [美] 莫里斯·科恩 (Morris L. Cohen) 教授语，转引自 [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第102页。

^② “正义或道德的价值仅仅是必须通过同一方法评估（即‘通过阅读社会观念发现自己的道德价值，追寻着一般性价值产生的同一渊源——引注’）的诸多价值中的一种。其他不涉及道德价值：便利的价值或权宜的价值、经济的价值或促进文化的价值，都是非终极的、仅是达成其他价值的手段。它们必须接受调查、评估和平衡，重要性小的服从重要性大的，所有的价值必须接受类似的检验，法官通过洞察和解释社会的思想、意志和愿望来提供标准和尺度。”[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第124页。

^③ 当然，“事实可能确是如此，但当我将这一主题作为整体来考虑，我发现与其他领域相比，逻辑在此显得更加严酷无情，更加漠视最终的目标。”[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第135页。

隐秘的。我们作出判断的每一时刻，都在不停地权衡、折衷和调整。”^① 尤其是，法律适用是产生社会效果的，必须深深地扎根于社会，接受社会效果的检验。^② 社会效果或适用效果是解读和检验法律的重要依据，也属于对公平正义的探寻。“法律规范或裁判的结果问题也属于正义性检验。因此，在法律规范的制定和裁判时进行结果衡量，是富有意义的利益评价的前提。”^③ 如果法律适用的结果与社会需求不合拍，甚至荒谬离谱，那同样是违背法律精神的。洛克在《政府论》中曾经说过，“法律的真正涵义，毋宁说是指导一个自由而理智的人追求自身的正当利益，它不会在受法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。”不论如何去理解法律，也不论法律自身是否清楚明白，不背离常识或者“人们的一般福利范围”是法律适用的底线。这是法律无形的精神之网，也必然是暗含的前提，无时无刻不在笼罩和拘束着法律适用。这就是我们在法律适用中强调效果取向，并以效果作为试金石的根本原因。

第二，裁判不能理想化和完美化，但又要尽可能追求理想化和完美化。既然世界是不完美的，反映在案件裁判和法律适用上，常常需要我们要理想化地司法，要注意从实际出发和实事求是，使裁判符合实际。如果理想化地适用法律，往往会脱离实际，甚至产生荒谬的结果。所以，即使我们需要将现实按照理想状态推动和塑造，也要注意循序渐进和因势利导，而不能简单地不分情况地一步到位。如卡多佐所说：“我们前进的路程，既非一条直线，也非一条曲线。它是一系列的圆点与短线。通过一系列介于极端之间的妥协，……进步取得了一次次的飞跃。”^④ “法官的工作与其说是一个撕裂的

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第140页。例如，我们在审理一起方正公司起诉的涉及“陷阱取证”著作权侵权案件时，对于方正公司提供机会诱导被诉侵权行为人销售侵权软件、公证整个购买过程的行为是否合法，最高人民法院再审判决根据承认该“机会诱导型陷阱取证”的利弊分析，作出了合法性判断。这种结论显然是在权衡行为的合法性与社会价值之间的关系上得出的。

② “‘结果不可能改变制定法，却有助于确定后者的意义。’我们总是用结果来检验规则。”“如果社会效用的需求足够紧迫，如果现行规则的运行足以产生困境或不便，社会效用迟早会吹起胜利的号角。”[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第63、66页。

③ [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第171页。

④ [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第102页。