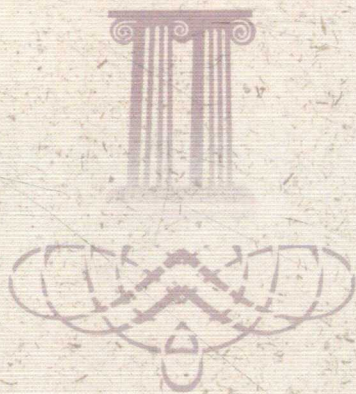


重大法学文库

侵犯知识产权行为的 非罪化研究

Research on the Decriminalization of
Intellectual Property Infringement

曹博 著



中国社会科学出版社

法学分卷

重大法学文库

侵犯知识产权行为的 非罪化研究

Research on the Decriminalization of
Intellectual Property Infringement

曹博 著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侵犯知识产权行为的非罪化研究 / 曹博著 . —北京 : 中国社会科学出版社 , 2018. 7
(重大法学文库)

ISBN 978-7-5203-3102-9

I. ①侵… II. ①曹… III. ①知识产权-侵权行为-研究-中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 204188 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 李 剑
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2018 年 7 月第 1 版
印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 18
插 页 2
字 数 305 千字
定 价 79. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书 , 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话 : 010-84083683
版权所有 侵权必究

《重大法学文库》编委会

顾 问：陈德敏 陈忠林

主 任：黄锡生

副主任：张 舫

成 员：黄锡生 刘西蓉 秦 鹏 张 舫

王本存 程燎原 陈伯礼 胡光志

曾文革 齐爱民 宋宗宇 杨春平

张晓蓓 焦艳鹏 张 燕

出版寄语

《重大法学文库》是在重庆大学法学院恢复成立十周年之际隆重面世的，首批于2012年6月推出了10部著作，约请重庆大学出版社编辑发行。2015年6月在追思纪念重庆大学法学院创建七十年时推出了第二批12部著作，约请法律出版社编辑发行。本次为第三批，推出了20本著作，约请中国社会科学出版社编辑发行。作为改革开放以来重庆大学法学教学及学科建设的亲历者，我应邀结合本丛书一、二批的作序感言，在此寄语表达对第三批丛书出版的祝贺和期许之意。

随着本套丛书的逐本翻开，蕴于文字中的法学研究思想花蕾徐徐展现在我们面前。它是近年来重庆大学法学学者治学的心血与奉献的累累成果之一。或许学界的评价会智者见智，但对我们而言，仍是辛勤劳作、潜心探求的学术结晶，依然值得珍视。

掩卷回眸，再次审视重大法学学科发展与水平提升的历程，油然而生的依然是“映日荷花别样红”的浓浓感怀。

1945年抗日战争刚胜利之际，当时的国立重庆大学即成立了法学院。新中国成立之后的1952年院系调整期间，重庆大学法学院教师服从调配，成为创建西南政法学院的骨干师资力量。其后的40余年时间内，重庆大学法学专业和师资几乎为空白。

在1976年结束“文化大革命”并经过拨乱反正，国家进入了以经济建设为中心的改革开放新时期，我校于1983年在经济管理学科中首先开设了“经济法”课程，这成为我校法学学科的新发端。

1995年，经学校筹备申请并获得教育部批准，重庆大学正式开设了经济法学本科专业并开始招生；1998年教育部新颁布的专业目录将多个

部门法学专业统一为“法学”本科专业名称至今。

1999年我校即申报“环境与资源保护法学”硕士点，并于2001年获准设立并招生；这是我校历史上第一个可以培养硕士的法学学科。

值得特别强调的是，在校领导班子正确决策和法学界同仁大力支持下，经过校内法学专业教师们近三年的筹备，重庆大学于2002年6月16日恢复成立了法学院，并提出了立足校情求实开拓的近中期办院目标和发展规划。这为重庆大学法学学科奠定了坚实根基和发展土壤，具有我校法学学科建设的里程碑意义。

2005年，我校适应国家经济社会发展与生态文明建设的需求，积极申报“环境与资源保护法学”博士学位授权点，成功获得国务院学位委员会批准。为此成就了如下第一：西部十二个省区市中当批次唯一申报成功的法学博士点；西部十二个省区市中第一个环境资源法博士学科；重庆大学博士学科中首次有了法学门类。

正是有以上的学术积淀和基础，随着重庆大学“985工程”建设的推进，2010年我校获准设立法学一级学科博士点，除已设立的环境与资源保护法学二级学科外，随即逐步开始在法学理论、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、国际法学、刑事诉讼法学、知识产权法学、法律史学等二级学科领域持续培养博士研究生。

抚今追昔，近二十年来，重庆大学法学学者心无旁骛地潜心教书育人，脚踏实地地钻研探索、团结互助、艰辛创业的桩桩场景和教学科研的累累硕果，仍然历历在目。它正孕育形成重大法学人的治学精神与求学风气，鼓舞和感召着一代又一代莘莘学子坚定地向前跋涉，去创造更多的闪光业绩。

展望未来，重庆大学法学学者正在中国全面推进依法治国的时代使命召唤下，投身其中，锐意改革，持续创新，用智慧和汗水谱写努力创建一流法学学科、一流法学院的辉煌乐章，为培养高素质法律法学人才，建设社会主义法治国家继续踏实奋斗和奉献。

随着岁月流逝，本套丛书的幽幽书香会逐渐淡去，但是它承载的重庆大学法学学者的思想结晶会持续发光、完善和拓展开去，化作中国法学前进路上又一轮坚固的铺路石。

陈德敏

2017年4月

序

在强化知识产权保护，加大对侵犯知识产权行为打击力度的呼声一浪高过一浪，侵犯知识产权行为入罪不仅在理论上被普遍认可，而且在各国法律中得到落实并不断加强的背景下，“侵犯知识产权行为非罪化”这个论题看上去很不合时宜，甚至有点冒天下之大不韪——仅此一点，就足以让我们佩服作者的学术勇气。但是，批判精神正是学术的生命力所在，惟其如此，学术才能在批判、辩论中不断前进，逐步接近真理。人云亦云，亦步亦趋，虽冠冕堂皇，却是一条窒息学术的死路。

敢于挑战“通说”和“成规”，只能说明勇气，挑战的效果如何，则要靠功力。作者从知识产权对象与物权对象的区别、犯罪构成要件理论和刑罚适用效果入手，抽丝剥茧、层层深入地撕开了刑罚制裁合理性、必要性的华丽外衣，指出当前知识产权刑事保护的制度现实更多是受政治经济文化全球博弈的影响，刑罚制裁可以有效保护知识产权，促进创新的通说不过是利益集团制造的一个无法证立的假说，其合理性与正当性根据有待进一步探究。接着，作者通过对刑法理论中入罪标准的分析与归纳整合，概括出了一般意义上检验某种行为是否应当入罪的标准，以之考察侵犯知识产权的行为，得出了不应入罪的结论。整个论证过程既有历史考察，又有理论推演、哲学思辨和实证分析，具有相当的说服力。在结论部分作者还提出了重构我国知识产权法律救济体系的设想，体现了作者对现实问题的关怀。

就研究方法而论，本书的一个突出特点是紧紧抓住权利对象这个法学研究中的元问题，用以分析该论题涉及的各种问题。权利对象作为第一性的生活事实，对第二性的法律制度设计起着决定性的作用，法律制度必须

符合权利对象的本质，而不能无视甚至背离它。知识产权的对象是特定的信息，具有可共享性，其价值的实现全赖使用和传播。可共享性决定了知识产权对象使用的非竞争性，对其未经许可的使用（侵权）与对物质财产的盗窃、毁损对权利人造成的损害大不相同，用对付盗窃物质财产行为的办法来处理侵犯知识产权的行为其合理性值得怀疑。知识产权的私人专有权性质与信息、知识的公共产品属性相抵触，从其产生的那一天起，其合理性就一直被质疑。从来没有一种法律权利像知识产权一样受到从普罗大众到知识精英如此激烈和持续的抵制和批判，甚至许多国家成立了盗版党，并获得广泛的支持。用刑罚手段保护这样一种尚未被普遍认可的权利，其合理性是值得怀疑的。何况，对侵犯知识产权的行为追究刑事责任还面临着权利不稳定、权利边界模糊不清、损害难以确定等一系列难题，所谓严格保护知识产权可以鼓励创新的假说也无法证立。

学术研究需要时间的积累与沉淀。本书作者自攻读博士以来，一直关注知识产权的刑法保护问题，从最初质疑侵犯著作权行为入罪的合理性，逐渐扩展到从整体上对侵犯知识产权行为刑法保护的质疑。本书的出版可以说是对其多年关注、研究该问题成果的展现。虽然难免些许幼稚，有些问题的论证尚待进一步深入，但是，作为知识产权法学者研究知识产权刑法保护的开先河之作，而且是从否定的角度进行研究，其价值自然不容小觑。我们期待作者在这一具有强烈挑战性的论域有更多力作问世，期待知识产权法学者和刑法学者携手，把这一问题的讨论推向一个新的水平，为构建符合知识产权特点的、合理有效的权利救济体系，贡献中国学者的智慧！

张玉敏

2018年6月16日

前 言

2008年6月，中国《国家知识产权战略纲要》出台，这一标志性事件引发了对我国改革开放30年以来知识产权事业的总结：“中国用了不到30年的时间，走过了一些发达国家通常需要上百年才能完成的立法路程。”此话不假，知识产权法律制度已在我国落地生根。然而，这一论断同时警醒我们：知识产权是如此年轻。年轻不但意味着朝气蓬勃，更意味着幼稚迷茫，纵观知识产权制度在我国乃至全球的发展演进，总是裹挟在口号、说教、阴谋乃至枪炮声中，知识产权的真实面貌却扑朔迷离。主流的学术论调和官方表述重复着同样的逻辑思路：知识产权能够发挥鼓励创造的功能进而促进科技文化传播、推动社会发展，唯有加强知识产权保护才能实现这一功能。这种认识进一步被武装成颠扑不破的真理，在某种程度上幻化为意识形态，不容置疑甚至不得触碰，侵犯知识产权行为的人罪以及刑事处罚的不断加强都建立在这一基础之上。

然而，存在的并不一定都是合理的。理论思考的精髓在于不断地质疑与推敲，寻求制度背后的合理支撑与恰当阐释。联系到知识产权法律制度与法学研究远未成熟的现状，加之妄图在未来的理论探索中有所建树的诱惑，必然将好事者推向求真求实的征途。

侵犯知识产权行为非罪化的论题，来源于立法上对侵犯专利权行为非罪化的处理。这一现实引发如下疑惑：如果承认知识产权是专利权的上位概念，著作权、专利权与商标权等在法律概念、权利对象、权利特征等诸多方面具有共同之处，为什么侵犯专利权行为会做非罪化的处理，且得到了理论界的普遍支持，而侵犯著作权和商标权的行为却要入罪？

考察国内外研究现状，虽然没有直接以“侵犯知识产权行为的非罪

化”命名的研究成果出现，但个别论著已经关注到了侵犯著作权行为入罪合理性的问题。我国台湾地区郑芳甄的硕士学位论文《著作权侵害除罪化之研究》透过国际著作权保护历史发展及定位著作权本质，论及国际公约与国际著作权刑罚的相关规定，从传统刑罚理论与除罪化概念衡量成本和利益以及检视除罪化之必要性，获得著作权应予除罪化的结论；而萧宏宜在《以刑法保护著作权?》一文中提出刑事制裁保护著作权的正当性与必要性问题应从三个角度进行检视：应刑罚性与刑罚必要性的区分、行为规范与制裁规范的歧义、利益分析与衡量，指出在我国台湾地区已经形成一个“著作权刑法”的恶性循环，立法的急切完全无法让人发现使用刑法手段的最后理性，明确提出了对侵犯著作权行为入罪的质疑。前述论著大胆地提出了“非罪化”的构想，并尝试以刑法中的理论以及著作权的特性为依据检讨已然形成的刑罚条款，无疑属于知识产权学术研究中的开拓性尝试。但是，由于其主要围绕某一类知识产权而展开，并非针对整个知识产权制度进行论述，且忽视了非罪化之后知识产权的救济规则如何构建与完善的问题，不得不说存有不小的遗憾。

基于这种认识，“侵犯知识产权行为的非罪化研究”这一论题从应然意义出发，通过对知识产权这一整体性概念的全面梳理及深入分析，整合刑法中的犯罪化理论，致力于研判通过刑事手段对侵犯知识产权行为提供救济是否具有正当性与合理性。进一步来说，侵犯知识产权行为的人罪或者非罪化，其根本问题指向侵犯知识产权行为的法律责任，或者说知识产权的法律救济体系应当如何建构。知识产权法学中的所有问题都应当以知识产权权利对象为出发点展开，权利对象本身是第一性的生活事实，第二性的法律规则不能无视乃至背离生活事实，权利对象的非物质性是成就知识产权这一权利类型乃至知识产权法学的根本前提，这决定了虽然物质财产权的法律规则具有较强的借鉴意义，但并不能解决所有知识产权问题。侵犯知识产权行为非罪化的论题正是从知识产权权利对象的非物质性这一基本前提出发，通过对侵犯知识产权行为特质的论证，力图在理论层面寻求更加符合知识产权特点的法律保护方式。

“侵犯知识产权行为的非罪化”这一论题与当前强化知识产权刑事保护的国际趋势和理论共识都存在不小的距离，但笔者愿以一种矫枉过正的态度进行学术研究的尝试和探索，期望在知识产权法学的理论研究与制度建设中有贡献。

目 录

前言	(1)
第一章 侵犯知识产权行为犯罪化的制度现实	(1)
第一节 侵犯知识产权行为的民事责任	(2)
一 侵权行为民事责任的实现过程：司法被动介入	(2)
二 侵权行为民事责任的焦点问题：损害赔偿的商品化	(5)
三 侵犯知识产权行为的民事责任	(8)
第二节 侵犯知识产权行为的行政责任	(16)
一 侵权行为行政责任的实现：行政权的主动及被动介入	(16)
二 侵权行为行政责任的根据：维护社会管理秩序	(19)
三 侵犯知识产权行为的行政责任	(22)
第三节 侵犯知识产权行为的刑事责任	(32)
一 侵权行为刑事责任的实现：公权力的主动介入	(32)
二 侵权行为刑事责任的证成：社会危害性	(35)
三 侵犯知识产权行为的刑事责任	(40)
本章小结	(46)
第二章 侵犯知识产权行为犯罪化的历史演进	(47)
第一节 缘起：以刑法保护知识产权	(47)
一 投石问路：版权的刑事保护	(48)
二 后来居上：商标权的刑法保护	(57)
三 敬而远之：专利权的刑法保护	(62)
第二节 发展：国际条约推进知识产权刑事保护的全球化	(64)
一 TRIPS 协定中的知识产权刑事保护条款	(65)

二 中美知识产权 WTO 争端中的刑事保护问题	(71)
第三节 趋势：知识产权刑事保护的进一步加强	(84)
一 ACTA 中的知识产权刑事保护条款	(84)
二 TPP 与 TTIP 及 CETA 中的知识产权刑事保护条款	(89)
三 侵犯知识产权行为犯罪化的历史启迪	(94)
本章小结	(97)
第三章 侵犯知识产权行为犯罪化的理论批判	(99)
第一节 侵犯知识产权行为犯罪化的论证理路	(100)
一 前提：犯罪本质的界说	(100)
二 基点：法益概念与伤害原则的整合	(101)
三 甄别：刑法谦抑性的实现	(107)
四 检讨侵犯知识产权行为犯罪化的逻辑进路	(113)
第二节 法益侵害与伤害原则的难题	(113)
一 知识产权的权利特征与法益侵害	(114)
二 侵犯知识产权行为的特质与伤害原则	(119)
第三节 最后手段性论证的困境	(124)
一 民法对侵犯知识产权行为的控制	(124)
二 民法对知识产权的救济效果	(128)
三 刑罚对侵犯知识产权行为的控制	(132)
第四节 道德评价的无力	(137)
一 侵犯知识产权行为的社会效应	(138)
二 侵犯知识产权行为的道德评价	(143)
本章小结	(148)
第四章 侵犯知识产权行为非罪化的学理证成	(150)
第一节 侵犯知识产权行为不适用自由刑的证成	(150)
一 自由刑的适用条件	(151)
二 知识产权的特点	(156)
三 侵犯知识产权行为与自由刑的不对称性	(160)
第二节 侵犯知识产权行为不适用罚金刑的证成	(169)
一 罚金刑的适用条件	(169)
二 侵犯知识产权行为的特质	(176)
三 罚金刑的重叠性与可替代性	(181)

第三节 侵犯知识产权犯罪的刑罚效果	(190)
一 犯罪黑数问题	(191)
二 刑罚预防犯罪的效果问题	(195)
本章小结	(198)
第五章 侵犯知识产权行为非罪化的制度影响	(201)
第一节 知识产权制度功能的重新认识	(201)
一 知识产权制度功能的通常解说	(202)
二 知识产权制度历史的不同视角与细节	(204)
三 知识产权制度功能的重新认识	(207)
第二节 知识产权救济的深入解析	(214)
一 鼓励创造说之下知识产权救济的误区	(214)
二 知识产权的权利实现与权利救济	(218)
三 知识产权救济的恰当定位	(228)
第三节 知识产权救济规则的重构	(230)
一 惩罚性赔偿的取舍	(230)
二 行政保护的去留	(238)
三 知识产权救济规则体系的重构	(246)
本章小结	(250)
结语	(252)
参考文献	(253)
后记	(273)

第一章

侵犯知识产权行为犯罪化的制度现实

法谚有云，“没有救济就没有权利”，这一经典表达的内在含义决定了法律必须针对各项权利搭建严谨且规范的救济体系，这不但是权利的逻辑，更是法律的本旨。依据自然法思想，在自然状态下每个人都享有私力救济的权利，对他人违反自然法的行为都天然地享有实施惩罚的执行权。^①然而，自然状态的种种缺陷使得权利与义务的配置往往无法通过私力救济的形式得到解决，进而导致诸多混乱，借由公共裁判机构与统一的规则来做成和发布更易为公众接受的决定成为必然选择。^②国家正是基于这种需求而兴起，其重要职能之一即是确立利益归属并裁断利益纷争、维护既有的分配格局，公力救济借此成为权利救济的主要方式，而私力救济被限制在一定的范围之内。公力救济通过公共权力实现，论者认为“古来的公权者，不论国内、国际或区域的，也不论民主、专制或独裁的，都得确认规则、管理事务、裁断纠纷。这三项职能，便是现代所谓立法、行政和司法”^③。按此，权利的公力救济主要通过司法来实现，表现为不同的诉讼形式，即民事诉讼与刑事诉讼，二者在发起诉讼的依据、主体、条件等方面存在显著差别，但都表现为司法对公民行为的介入。行政则指向政府行为，致力于对公共事务的管理，但公共事务与私人生活之间的界限却并非泾渭分明。例如某企业非法排

① 参见[英]洛克《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第5页。

② 参见贺海仁《从私力救济到公力救济——权利救济的现代性话语》，《法商研究》2004年第1期。

③ 夏勇：《改革司法》，《读书》2003年第1期。

放污水,不但可能因为侵害了居民权益而引发民事诉讼,更有可能因为对环境的侵害引发行政机关介入,对其行为施以处罚。从某种意义上说,行政行为亦时常介入私人生活,并且往往兼具民事保护与刑事保护的特点。就侵犯知识产权行为而论,其法律责任在我国立法中即体现为民事责任、刑事责任与行政责任,这一责任体系与物权具有极强的相似性。本章力图对我国现行知识产权立法文本进行深入考察,廓清侵犯知识产权行为的法律责任,亦即知识产权的民事保护、刑事保护及行政保护在适用条件、启动主体等方面的差别,从而呈现侵犯知识产权行为由民入刑的制度现实。

第一节 侵犯知识产权行为的民事责任

一种权利在受到侵害之后,不同的法律均可能给予救济,就该侵权行为而言,相关行为人亦可能承担不同的责任。申言之,一项权利获得的法律保护类型即是侵犯该权利所应承担的法律责任。知识产权的民事保护以民事诉讼为表征,具备民事诉讼的一般特点,即司法的被动介入、由权利人启动民事保护、损害赔偿在侵权行为的民事责任中占据重要地位,这与民法上侵权行为的理论构造一致。在此基础上,由于知识产权本身的特质,侵犯知识产权的民事责任亦呈现出其独有的特点。

一 侵权行为民事责任的实现过程:司法被动介入

民法上的侵权行为理论来源于近代西方社会个人主义的思想渊源,按照史家的解说,个人主义公开地为个人争取解放与自由,而反对一切权威与传统,个人主义的中心便是自由。^①在这一历史背景之下,抽象的人被投入了市民社会逐利的洪流之中,卢梭就曾尖锐地指出:“你不是罗马人,也不是斯巴达人;你也不是雅典人。把这些伟大的名字放起来吧,他们不适合于你。你是商人、工匠、中产阶级,私利、工作、生意和收益总是占据着你的心灵。对你们这些人,自由本身只有一种没有

^① 参见余英时《民主制度与近代文明》,广西师范大学出版社2006年版,第135页。

保障地获得、没有担保地占有的手段。”^① 个人理性成为引导其生活的唯一根据，康德就对理性自主赞赏有加。^② 个人主义的兴起与理性自主无疑从主体层面将社会解构为一个个的主体世界，在哲学家看来，现代人是自我人、经济人和政治人的三位一体。^③ 由此，个人成为制度构建的出发点。自由实际上就是从个人角度进行的定义，对于某一个体而言，自由就是免于被强制而可以做他想做的事情，以个人为本的自由没有边界。但是原子式的个人之间却必须发生交往，这意味着在社会之中不可能只有个人而没有他人，当他人到场时，个人与他人的自由互为边界，只能以制度形式把自由呈现为权利。这就使得权利的逻辑获得了证成，个体之间互为边界的自由成就了个体的权利，以权利为本位的社会制度结构得以形成。

权利为个人的社会交往划定了行为的边界，构建了理想的生活模型。然而，且不论权利界定本身存在的悖论：“作为自由市场完美前提的‘清楚界定的法律权利’，只是一个不断追求却又不可企及的‘西西弗斯’的神话：每当人们将一个规则制定出来，也就意味着制定一个取而代之的新规则的开始。”^④ 即使忽略清楚界定的法律权利在事实上是否可以实现这一追问，假定法律权利已然给出了明确的行为边界，但乌尔比安的权利格言仍然只是一种纸面上的理想追求：“正直生活（*honeste vive*）、不伤害他

① [英] 韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译，武汉大学出版社 2003 年版，第 163 页。

② 在康德看来，现代人不应受到本能的指挥，受到现成知识的滋养和引导。他应当从自身中创造一切事物来。寻求自身的安全、食物和保护……所有可以使生活快乐的娱乐、思想和知识，最后甚至还有心灵的善——所有这一切都应当全部是他的自身工作。[英] 韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译，武汉大学出版社 2003 年版，第 139 页。

③ 自我人意味着精神上独立自主的个人，他相信自己就是自己的精神权威，自己有权去进行价值判断，自己的精神不依赖他人而具有完整意义；经济人的本质就是理性地追求排他的自身利益最大化；政治人则来源于自由被落实为权利，个人获得制度确认而由意向性的存在变成制度性的存在。这一原子式的个人拥有全方位的边界：身体是个人的自然边界，自我是个人的精神边界，财产是个人可支配空间的边界，而权利是个人的政治边界。参见赵汀阳《第一哲学的支点》，生活·读书·新知三联书店 2013 年版，第 131—139 页。

④ 凌斌：《法治的代价：法律经济学原理批判》，法律出版社 2012 年版，第 72 页。

人 (neminem laede)、给每个人应得的东西 (suum cuique)。”^① 按照边沁的认识,功利本身为立法提供了一个指导原则,国家的福祉和绝大多数人的幸福得到最大化应当是立法者不变的追求。^② 如果立法者遵从这一理念,那么依据法律确定的行为规则进行生活将使国家的福祉和绝大多数人的幸福得到最大化。然而,原子式的个人一方面可能认为自己并不在这绝大多数人之列,依照法律生活不能带给其幸福;另一方面对理性自主的迷信使得个人认为其能够做出最有利于实现其自身幸福的判断,尽管这一判断在事实上往往显得短视而低效。由此,必然有人违反法律确定的行为规则,这种违反表现为对他人权利边界的冒犯。这一论证因为借用了基于假设的理论模型,大大简化了论证过程,得出的结论在逻辑上不够缜密,但如果考虑到权利界定本身极易产生的不公以及法治的“孝公难题”^③,违背法律的行为不可避免,侵权行为的发生也就顺理成章。做一个不尽恰当的概括就是:有人的地方就有法律,有法律的地方就有权利,有权利的地方就有侵权行为。

个人主义的风潮席卷了民法领域,在法国学者萨瓦蒂埃看来,“民法典中的人,首先是‘有尊严的存在’,是自己和自己命运的主人,他忠实于自己的约定,觉悟到自己责任的存在……在所有权与契约中,自由的人不需要任何监护,平等中的自由充分地保护着他”^④。对人的迷恋与信心催生了私法自治,从而将公权力逐出了私人的生活领域。就侵权行为而言,由于系属私人生活的范畴,侵权与否的判断以及侵权行为的处理都交由个人决断,个人以其理性自主决定是否将纠纷诉诸司法。而作为公权力的司法机关,对私人生活的介入则纯属被动,甚至在被动介入之后,亦给

① 转引自[加拿大]欧内斯特·J. 温里布《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第105页。

② 参见[英]韦恩·莫里森《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译,武汉大学出版社2003年版,第201页。

③ 《商君书·定分》中曾记载秦孝公提出的经典问题:“法令以当时立之者,明且,欲使天下之吏民,皆明知而用之、如一而无私,奈何?”(立法之后,要想在旦夕之间,使天下的所有官员和百姓都能明确知道和严格服从法律并且能够保证法制统一、执法公正,该如何是好呢?)凌斌将这一问题称为“孝公难题”。参见凌斌《法治的中国道路》,北京大学出版社2013年版,第2—3页。

④ [日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第36—37页。