

犯罪经济学视野中的知识产权犯罪

谢 旻 荻

(四川师范大学 法学院, 成都 610068)

摘要:根据犯罪的理性选择理论,遏制某种犯罪一般应从提高犯罪行为的必罚性和加大处罚力度两方面出发。但是,知识产权犯罪的特殊性决定了采取这两条途径不易取得理想的效果。知识产权犯罪具有发现难、取证难和定罪难的特点,犯罪者受罚的概率相对较低,知识产品特殊的效用属性和竞争属性又使加大处罚力度缺乏必要的民意基础,因此知识产权犯罪的防控应从重视财产刑的适用和控制与知识产权有关的垄断行为等方面入手。

关键词:贝克尔;犯罪经济学;理性选择模型;知识产权犯罪

中图分类号:DF623;DF523.2 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2010)03-0010-05

世界贸易组织(WTO)《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)第六十一条明确规定,运用刑罚手段打击和遏制严重的知识产权侵权是缔约国的法定义务。然而,知识产权犯罪的发生是一系列经济社会因素综合作用的结果。要有效遏制犯罪的高发,除了以刑法为依据惩治犯罪以外,还需坚持打防并举的原则,制定系统、科学的犯罪防控战略。在制定犯罪防控战略时,知识产权犯罪一般被归入以非法财产利益为目的的经济犯罪。对于其防控,主流观点大多是以上述分类为基础,普遍套用了应对盗窃、抢劫等一般类型财产犯罪的思路、战略和对策。在犯罪目的上,知识产权犯罪并无明显的特殊之处。但从犯罪经济学角度考虑,其犯罪数量的变动规律与普通财产犯罪相比却有着极大的差异。本文以贝克尔(Gary Becker)犯罪的理性选择模型(Model of Rational Choice)为基础,着重考察知识产权犯罪特殊的犯罪数量决定与变动模式,旨在提出更具全面性和针对性的知识产权犯罪防控战略。

一 从犯罪的理性选择模型看知识产权犯罪

1968年,贝克尔首次用经济学方法研究违法犯

罪问题^[1],此后他又在《人类行为的经济分析》一书中建立了犯罪的理性选择模型。贝克尔的研究推动犯罪经济学成为一门独立的新兴学科。正如宋浩波所指出的,“确切地说应从美国芝加哥大学经济学教授加里·贝克尔及其先驱们运用经济学的原理和方法研究犯罪问题开始”^[2]。根据贝克尔的学说,犯罪是行为人理性选择的结果。行为人之所以选择犯罪是因为犯罪收益可以为其带来心理上的满足感,即犯罪效用 U (Utility)。犯罪效用越高,行为人选择犯罪的倾向越大。在宏观上,一种犯罪活动的效用水平越高,选择实施这种犯罪的人数就会越多,即犯罪数量 O (Offense)是犯罪效用 U 的增函数,记为 $O=f(U)$ 。由于犯罪数量决定于犯罪效用,故研究某种类型犯罪的防控可以从犯罪效用及其变动规律出发。对于以非法财产利益为目的的知识产权犯罪,行为人选择犯罪往往是为了追求一定的犯罪收益 (Y) ,即犯罪可能带来的非法所得。在其他条件不变的情况下,犯罪收益越高,效用越大,即犯罪效用是犯罪收益的增函数,记为 $U=U(Y)$ 。

贝克尔认为,行为人决定是否犯罪是一项风险

收稿日期:2010-02-25

基金项目:四川省教育厅人文社会科学研究课题“犯罪经济学视野中的知识产权犯罪”(SB06016)。

作者简介:谢旻荻(1970—),女,四川德阳人,副教授,研究方向为知识产权。

性决策。如选择犯罪,就有可能面临两种结果:一是犯罪得逞,即未被发现或虽被发现但未受惩罚;二是犯罪失败,即被发现并受惩罚。假设犯罪失败并受到惩罚的概率为 P ,惩罚给犯罪者带来的损失为 F ,则犯罪得逞的概率为 $1-P$,得逞时的收益为 Y ,所对应的效用为 $U(Y)$;反之犯罪行为失败的概率为 P ,失败时的收益为 $Y-F$,所对应的效用为 $U(Y-F)$ 。行为人在犯罪前的决策过程中,并不能完全准确地判断自己如果选择犯罪究竟会成功还是失败,其决策只能综合考虑两种可能的结果,即依据以概率为权重的两种结果下效用的加权平均值来进行选择。加权平均值即犯罪的期望效用,亦称犯罪效用的期望值,可用 $E(U)$ 来表示。容易看出, $E(U)$ 与两种结果下的效用及其发生的概率存在如下关系:

$$E(U) = U(Y) \times (1-P) + U(Y-F) \times P$$

经过简单的代数运算,上述关系亦可表示为:

$$E(U) = U(Y) + P\{U(Y-F) - U(Y)\}$$

公式中,犯罪失败的效用必定小于犯罪得逞的效用,即 $U(Y-F) < U(Y)$,或 $U(Y-F) - U(Y)$ 为负数。由于概率 p 始终处于 $0-1$ 之间,为正值,故 $P\{U(Y-F) - U(Y)\}$ 为负。

对于知识产权犯罪活动,如犯罪失败的概率 P 上升,则 $P\{U(Y-F) - U(Y)\}$ 负得越多, $E(U)$ 也因此而越小。同样,在 P 保持不变时,如惩罚力度 F 加大,则 $Y-F$ 下降,并引起 $U(Y-F)$ 随之也下降,从而使 $U(Y-F) - U(Y)$ 负得更多。此时, $P\{U(Y-F) - U(Y)\}$ 也会负得更多,并引起 $E(U)$ 变小。

以上分析表明,同其他财产犯罪一样,无论是 P 还是 F 上升均可降低知识产权犯罪活动中犯罪效用的期望值,从而有利于抑制和减少犯罪。在基本方向上,知识产权犯罪的防控亦可从两个方面出发:一是加大犯罪者被发现和受到惩罚的概率 P ,即提高犯罪的必罚性;二是在犯罪者被发现后对其给予更为严厉的处罚,即通过提高 F 来加大惩罚力度。然而,知识产权犯罪虽然在犯罪动机上与一般财产犯罪并无太大的不同,但知识产权不同于有形财产权,侵犯知识产权的犯罪行为在很多特征上也不同于一般侵财犯罪。正是这些特殊性让上述两条防控途径在实践中都面临着巨大的困难。

二 知识产权犯罪防控的两难处境

受到知识产权犯罪自身特殊性的影响, P 和 F 的提高在现实中遭遇了诸多不利因素约束,对这两

个变量的调控往往不易达到理想的效果。

与打击其他犯罪行为一样,打击侵犯知识产权犯罪行为必须严格遵守刑事诉讼法的程序规定。知识产权犯罪行为要受到刑事处罚,首先必须被发现;被发现且达到刑事立案标准后,侦查和公诉机关为追究犯罪嫌疑人刑事责任,必须举出充分的证据来证明其犯罪事实;审判机关再以这些证据为基础,并严格依照刑法和司法解释的具体规定确定被告有罪或非罪,只有在定罪后方可对其量刑,课以刑事处罚。知识产权犯罪的特殊性决定了上述程序的每一个环节所面临的困难都超过一般财产犯罪的追究,从而大大降低了犯罪者受到惩罚的概率 P 。

这首先表现在发现难。从犯罪本身的特点来看,侵犯知识产权犯罪与很多财产犯罪相比具有高度的隐蔽性,且犯罪活动越来越职业化。从犯罪行为受到的外部约束来看,知识产权犯罪行为难以被发现还与以下几个因素有关。一是权利人举报的积极性不高。我国刑法对侵犯知识产权犯罪的惩罚以自由刑为主。权利人在知识产权受到他人侵犯,维权的主要目的是制止侵权行为,挽回经济损失。一旦案件进入刑事诉讼程序,不仅耗时长,权利人还会担心侵权人若仅被判处自由刑,自己的损失难以得到弥补。即使权利人提起附带民事诉讼并胜诉,大多数情况下也面临执行难的问题。权衡利弊后,权利人往往更倾向于寻求民事赔偿或要求行政机关对侵权人给予行政处罚,而不愿向公安机关举报。二是行政机关移送案件的积极性不高。目前,我国知识产权在执法方面的保护存在行政和司法两大途径。一旦发现侵权行为,行政机关可以依职权进行查处。若发现该侵犯知识产权行为涉嫌犯罪,行政机关应及时移送公安机关侦查处理。但是,由于利益的驱动以及移送监管的不到位,实践中存在一些行政机关不向公安机关移送犯罪案件、以罚代刑的现象。三是监管力量不足。近年来,侵犯知识产权犯罪案件呈逐年上升态势,而且案件越来越呈现高科技、专业性的特点,案件所涉及的领域也越来越广。这些变化给目前严重不足的监管力量提出了新的挑战。

其次,取证难。证据是整个刑事诉讼活动的基础和核心,其收集、审查、判断及运用在刑事诉讼中具有十分重要的意义。由于我国程序法的相对薄弱,再加上知识产权刑法保护的历史又较短,公安机

关在打击侵犯知识产权犯罪,尤其是涉及计算机、网络等新型犯罪的工作中,长期以来一直面临着取证难的问题。实践中,侵犯知识产权犯罪往往具有明显的团伙性,且犯罪过程环节多,链条长,案情复杂,取证的难度相当大。例如,侦查机关容易在街头发现盗版光盘兜售者,但要通过他们追查至盗版光盘的生产源头却并非易事;犯罪活动如涉及网络,证据还具有瞬间性、跨国性;若涉及信息技术、生物技术等高新技术领域的新型犯罪,证据又具有很强的专业性。这些特征使得警方对侵犯知识产权犯罪取证的难度远远高于一般类型的财产犯罪。对于此类犯罪,目前我国尚缺乏强有力的侦查取证手段,有些取证手段还需要进一步研究并加以明确,典型的如“陷阱取证”的合法性与所取证据的可采性问题等。另外,侦查机关取证时还会受到证人配合意识差这一因素的制约。这些因素导致了在司法实务中有不少侵犯知识产权的犯罪行为因证据不足而逃脱了刑法的制裁。

其三,定罪难。我国在侵犯知识产权犯罪的立法规制上一直存在罪与非罪的界定模糊的问题,这增加了司法实践中准确定罪的难度。如何区分知识产权民事侵权与刑事犯罪,成为我国司法实践面临的一大难点。例如,对于假冒注册商标罪,根据刑法第二百一十三条之规定,要构成此罪,要求行为人必须在同一种商品上使用与商标权利人注册商标相同的标识。如果使用的标识与商标权利人注册的商标相同,但不是在同一种商品上使用,而是在类似商品上使用,则不构成假冒注册商标罪。另一种情况是,虽然在同种商品上使用,但使用的商标与商标权利人注册商标相近似,即使他人的权益受到严重损害,也不构成该罪。2004年12月22日开始施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),并未对“同一种商品”和“类似商品”作出明确界定。对于“相同商标”与“近似商标”,《解释》第八条第一款规定,刑法第二百一十三条规定的“相同的商标”,是指与被假冒的注册商标完全相同,或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。这一解释是对“相同商标”的扩大解释,但在理论和实践中对“相同商标”与“近似商标”的认定仍存在较大争议。此外,服务商标能否成为侵犯商标权犯罪的犯罪对象,以及驰名商标

的刑法保护是否实行跨类保护等问题,都尚不明确。罪与非罪界限不清的问题,增加了对知识产权犯罪的定罪难度,降低了犯罪者受惩罚的概率。

根据理性选择模型,提高 F ,即加大对犯罪者的惩罚力度,同样也能起到减少犯罪数量的作用。从表面上,这条途径只需修改刑法条款或出台相关司法解释即可,似乎无需像提高 P 那样需要大规模增加人财物的投入。但是,任何法律都是人类社会的产物,都必须尊重特定发展阶段的社会现实。任何具体规定的制定和修改,如果脱离了必要的社会基础,注定会成为难以兑现的一纸空文,不仅无法实现预期目标,还会反过来损害法律的权威。

众所周知,罪刑相适应是刑法中不可或缺的一项基本原则。对任何犯罪行为的刑事处罚力度均决定于其社会危害程度的大小,而社会危害则同时具备客观性和主观性双重属性。处罚一种犯罪行为,从根本上讲应依赖于对该行为社会危害性大小的客观评价,但社会公众对这种行为社会危害大小的主观评价也是不可忽视的重要因素。包括刑法在内的各种法律,只有得到绝大多数社会公众的理解、认同和支持,才能取得良好的社会效果。日本学者大谷实认为,将某种行为作为犯罪进行处罚,除了要求该行为必须对法益具有侵害或危险外,为了实现维持社会秩序的目的,犯罪和刑罚必须同时立足于国民的健康的道义观^{[3]6}。刑法的制定和实施虽不能绝对迁就于直接的民意,但忽视民意、缺乏社会基础的刑法规定是难以有效实施的。

知识产权作为一种新型的民事权利,与一般有形财产权相比有着截然不同的经济性质。由于其特殊的经济属性,单纯采用严刑峻法来控制知识产权犯罪,难以具备必要的民意基础,难以得到大多数社会公众的认同,也难以取得预期的效果。这主要表现在以下两个方面。一是特殊的效用属性。知识产权与有形财产权的最大差异在于其效用不具有排他性。同一知识产品可以同时为许多人使用,这与一般有形财产正好相反。有形财产如被窃走,将直接导致合法所有权人的所有权无法正常行使,直接降低其效用水平。而知识产权则未必如此。尤其在著作权领域,无论是一本图书、杂志,还是一张音乐或软件光盘,其非法复制和拷贝都不会影响到合法使用者的正常使用。在财产数量固定不变的条件下,有形财产随着消费或使用人数的增加,每个人的效

用水平会随之而下降。而知识产品则往往不存在这种现象。知识产权特殊的效用属性使得普通民众对于知识产权犯罪的危害认知度较低。二是特殊的竞争属性。对于绝大多数的有形商品,供应商之间都存在明显的竞争关系。例如,服装、家电等商品有众多的生产厂家和品牌,消费者可以在不同供应商的产品中根据产品价格、售后服务、个人偏好和支付能力等因素自由地进行比较和选择,充分的竞争不仅有利于消费者权利的保障,又有利于推动企业提高技术水平、产品质量和服务质量,实现供需双方的良性互动。知识产品与普通产品显著的区别在于其竞争的有限性,供应商提供的知识产品往往具有较强的垄断性。例如,目前电脑软件中的操作系统,消费者面对的几乎是唯一的供应商,处于无法选择的地位;有的知识产品,消费者形式上虽然有充分的选择权,但对产品的偏好具有很强的特异性,如音乐作品和专业图书等。知识产品较强的垄断性大大降低了市场效率,使得知识产品的提供者缺乏竞争的压力和动力,缺乏足够的积极性去降低产品价格、提高产品质量。在这种情况下,社会公众对某些知识产品的需要,由于价格等原因难以得到有效满足,从而驱使其更多地选择侵权产品。知识产品这种特殊的竞争属性,使得一部分公众对于知识产权犯罪具有比其他财产犯罪更大的容忍度。

两大属性的存在导致社会公众在主观上对知识产权犯罪与侵犯有形财产犯罪的认识有着较大差异,对前者社会危害性的认识明显低于后者。正如贝卡利亚在论述走私罪时所述:“当某种犯罪在人们看来不可能对自己造成损害时,它的影响就不足以激发起对作案者的公共义愤。”^{[4]80}若过于强调处罚的严厉性,对侵犯知识产权犯罪行为课以重刑,将缺乏必要的民意基础。而如果犯罪者受到刑罚后不仅很少被谴责,反而引起大量社会公众对他的同情,则刑法的感化及改造这一重要功能将很难得以体现,加大惩罚力度的办法也很难长期坚持下去。

三 知识产权犯罪防控的战略选择

贝克尔的理性选择模型指出了一般财产犯罪防控的基本方向。但知识产权犯罪的特殊性决定了在坚持这一方向的同时,又不能机械套用盗窃、抢劫等一般类型财产犯罪的防控战略。借鉴理性选择模型的基本框架,并考虑知识产权犯罪的特殊性,笔者认为,知识产权犯罪防控战略的制定有以下几个方面。

首先,要积极重视财产刑的适用。受传统法律文化的影响,我国长期以来一直存在较为明显的重刑主义倾向,特别是在某种类型的犯罪数量上升较快时,立法和司法机构一般习惯通过加重刑罚来遏制犯罪势头的上升。我国的罪刑体系是以剥夺人身自由刑为中心而建立的,因此加重刑罚的主要手段是对犯罪人判处自由刑,侵犯知识产权犯罪也不例外^[5]。随着开放程度的提高,我国在知识产权问题上面临着越来越大的国际压力。为控制知识产权犯罪的高发态势,要求加大刑事处罚力度的呼声越来越高。但是,如果提高侵犯知识产权犯罪者的刑期,社会公众不一定能顺利接受。事实上,知识产权犯罪所追求的是非法财产利益。即使不提高犯罪者的刑期,只要能在犯罪被发现后给予严厉的经济处罚,照样可以提高 F ,降低犯罪效用的期望值,从而减少犯罪数量。因而加大对知识产权犯罪的惩治力度,需要避免重刑主义思维,同时兼顾社情民意。在惩治方式中,更加注重财产刑的运用,避免对自由刑的过度依赖,应该更有利于实现这两方面的有机统一,从而有效地抑制知识产权犯罪数量的上升。

第二,要正确处理经济发展和打击侵犯知识产权犯罪的关系。在我国,对知识产权犯罪行为进行刑事制裁之所以民意基础差,是与经济发展水平不高分不开的,是与某些知识产品超越了广大群众的购买能力密切相关的。例如,一套正版 Windows 价格对发达国家公民并不算太高,但在中国却基本相当于很多劳动者一个月的工资收入。低收入让更多的人倾向于选择侵权产品,同情侵权产品的制作者,同情侵犯知识产权的犯罪人员。这种社会情绪对于 P 和 F 的不利影响也是不可忽视的。众所周知,犯罪防控必须有广大人民群众的支持和配合。如果大多数人对犯罪者持同情态度,将可能出现发现知识产权犯罪行为后不愿举报,司法机关调查处理时不愿提供线索,不愿积极作证的情况。这一切都不利于 P 的有效提高。同时,提高 F ,加大对知识产权犯罪的惩治力度,也会因此而面临更大的阻力。李春雷、刘南男认为,对知识产权犯罪的防控,总体上应坚持“低槛高压”的原则,在立法上采取“低标准”,在执法上坚持“严要求”。如果不顾国情,一味追求高标准、超阶段立法,盲目与国际接轨,必定会阻碍我国技术的创新和经济的发展^[6]。任何防控战略的制定都不能忽视我国尚属于发展中国家的这一基本经

济现实。只有大力发展经济,逐步提高社会公众的收入水平,才是有效抑制知识产权犯罪行为的根本出路。

第三,要努力控制与知识产权有关的垄断行为。除收入水平相对较低导致社会公众对知识产品购买能力不足以外,与知识产权有关的垄断行为也是导致民意同情侵权和知识产权犯罪行为的重要原因。以微软公司 Windows 和 Office 等常用软件为例,一部分消费者之所以不购买和使用正版产品,并非因为其收入有限或购买能力不足,而是认为微软属典型的垄断企业,其产品定价极不合理。有的消费者甚至明确声称,即使自己钱再多也不愿掏钱购买正版软件。从法律上讲,知识产品供应商的垄断行为和知识产权犯罪者犯罪行为完全属于两个不同的法律关系,存在垄断并不是其他人可以肆意侵权,甚至触犯刑法的借口。但是,知识产品的垄断同样会增

加公众对犯罪者的同情,不利于犯罪防控力度的加大。因此,在大力发展经济的同时,还有必要防止与知识产权有关的垄断行为。

第四,要积极提高全社会的知识产权意识。辩证唯物主义认为,物质决定意识,同时意识又反作用于物质。受经济发展水平的制约,目前我国公民知识产权意识相对较低,但这并不意味着这种意识是无法提升的,尽管知识产权意识的提升是一个长期的过程。提高全社会的知识产权意识有利于减少经济发展水平低和知识产权领域的垄断现象对知识产权犯罪防控的负面影响。公民的知识产权意识越强,就越愿意和知识产权犯罪行为作斗争,也越能接受对犯罪行为的严厉的处罚,从而有利于 P 和 F 的提高。虽然这种意识的提升是一个长期的过程,但仍需大力加强这方面的工作,并把它作为知识产权犯罪防控战略不可缺少的组成部分。

参考文献:

- [1]Becker,Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach[J]. *Journal of Political Economy*, 1968,76(2).
 [2]宋浩波.论犯罪经济学的产生和研究概况[J].福建公安高等专科学校学报·社会公共安全研究,2002,(7).
 [3](日)大谷实.刑法总论[M].黎宏译.北京:法律出版社,2003.
 [4](意)贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].北京:中国大百科全书出版社,1996.
 [5]黄祥青.侵犯知识产权犯罪司法认定的几个问题[J].法学,2006,(7).
 [6]李春雷,刘南男.我国知识产权犯罪现状及其防控研究[J].知识产权,2007,(3).

Crime Against Intellectual Property Rights in an Economic Approach

XIE Min-di

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

Abstract: According to the rational choice theory in crime-committing, crime containment should generally start with enhancing punishment inescapability and punishment severity, which however fail to have desirable effect in containing crime against intellectual property rights due to the special nature of the crime, for its discovery, evidence-obtaining and crime-determining are difficult with low penalizing rate, the special properties of efficiency and competition of intellectual products ensue the lack of necessary basis of popular will for the enhancement of punishment severity, and therefore its prevention should start with an emphasis on property-oriented penalty application and monopoly-related intellectual property rights.

Key words: Gary Becker; criminal economics; rational choice model; crime against intellectual property rights

[责任编辑:苏雪梅]