**知识产权犯罪中狭义共犯认定若干问题研究**

易海辉

**摘要：**随着我国经济社会的发展，知识产权犯罪问题越来越突出，越来越复杂化，犯罪链条、环节增多，组织性特征明显，共同犯罪突出。信息技术的应用，助长、便利了知识产权犯罪，网络知识产权犯罪给知识产权保护带来了新难题。在司法实践上，知识产权犯罪片面共犯认定应严格坚持罪刑法定原则，对缺乏共同故意的片面共犯行为只能依据法律明文规定处理，不能类推扩大适用。从保护知识产权需要看，基于片面共犯行为与危害结果之间具有因果力，立法上有必要对片面共犯予以明确。在共犯范围认定上应体现重罪大于轻罪思想以及刑法谦抑性，避免刑罚泛化。网络服务者具有因先前行为引起的积极作为义务，不作为的可构成帮助犯，在其主观明知上可以采取“通知规则”进行认定。对深度链接行为刑法上有必要进行规制。

**关键词：**知识产权犯罪；狭义共犯；网络知识产权犯罪

 共犯认定问题一直是刑法理论和实务中的重点、难点内容。一般认为，广义上的共犯包括共同正犯、教唆犯和帮助犯。狭义的共犯仅指正犯以外的帮助犯和教唆犯。[[1]](#footnote-0)共犯是对基本犯罪构成的部分修正，因而，共犯问题比单一的正犯问题更加复杂。共犯概念目的在于解决二人以上共同参与犯罪时各行为人如何归责问题。随着犯罪形式、种类的新变化，传统共犯理论在认定共犯问题上日益凸显诸多困境，知识产权共同犯罪认定便是其一。本文拟就当前知识产权犯罪共犯认定问题面临的若干主要难点从理论上进行探讨，以便在刑事立法和司法上进一步完加强惩防知识产权犯罪。

**一、问题的提出：侵犯知识产权犯罪日益增多下共犯认定问题的挑战**

随着我国经济社会的发展，知识产权犯罪问题也越来越突出，成为危害经济社会创新发展的一大突出问题。根据最高人民检察院的统计，2019年相比1999年知识产权犯罪增长56.6倍，其中2019年起诉的侵犯商标权、专利权、著作权及商业秘密等犯罪人数同比上升32.2%。[[2]](#footnote-1)这种上升态势，近几年法院受理审结的知识产权犯罪案件数据也有相应的印证。如2018年，全国地方人民法院共新收侵犯知识产权罪一审案件4319件，审结4064件，同比分别上升19.28%和11.59%；2019年，全国地方人民法院共新收侵犯知识产权罪一审案件5242件，审结5075件，同比分别上升21.37%和24.88%。[[3]](#footnote-2)

知识产权属于无形财产，相比有形的物质财产更容易受到犯罪侵害。随着信息技术的应用，助长、便利了知识产权犯罪，给知识产权保护带来了新难题。知识产权犯罪多发高发，犯罪越来越复杂化，犯罪链条、环节增多，组织性特征明显，共同犯罪突出。如侵犯商标、专利权的犯罪，从生产到消费通常经历诸多环节，牵涉多个主体。涉案人员情况复杂，有主犯、骨干成员也有相对边缘的人员，有临时工也有相对固定亲密的亲戚朋友，有刚毕业不久的大学生也有农民工，有直接侵权行为人也有提供仓储、运输、结算等中间帮助人员。各行为人对犯罪的认知、目的上又各不相同。同时，随着网络技术的应用，侵犯知识产权尤其是著作权的犯罪越来越突出网络性。如网络著作权共同犯罪中，各犯罪参与者之间通常互不相识、互不见面，与线下的其他侵犯知识产权共同犯罪相比有明显区别。网络知识产权犯罪被世界各国公认为对知识产权的最严重威胁，[[4]](#footnote-3)而几乎所有的知识产权犯罪都可以借助网络技术来实施。

对于参与人数众多的复杂共同犯罪，刑事司法难题在于如何准确认定各参与人的刑事责任。这给公安司法机关惩治知识产权犯罪提出了许多新挑战，同时也要求刑法解释与适用上要与时俱进，以适应惩治犯罪的需要。[[5]](#footnote-4)对知识产权的共犯认定规则解释上便是其中重要内容之一，这也是应对知识产权犯罪新形势的需要。现行对共同犯罪的认定原则，通行采取“共同犯罪故意”+“共同犯罪行为”，即要从各行为人主观故意与客观行为整体上进行认定。这种“整体认定共犯”模式对公安司法机关惩治犯罪的证据收集上提出了很高的要求。由于证据收集难，网络犯罪中意思联络认定问题是常见难题。实践中，由于证据收集的困难，对共犯的惩治上往往留下“漏网之鱼”。如随着互联网、物流、信息技术等迅速发展，知识产权犯罪的隐蔽性、跨地域性等日益明显，有些案件往往只抓获某一环节人员、底层人员或帮助人员，对隐藏的幕后主犯、骨干成员或其他环节的人员未能抓获到案。未能到案的人员只能另案处理，基于“整体认定共犯”规则，由于主犯等人员未到案，往往难以对整个知识产权犯罪的各环节、各主体的作用、分工有清晰的认定，难免对在案人员的定罪量刑上存在疑点，基于疑点归于被告人的裁判原则，很多时候是无奈地对其从轻处理或因为无法认定为共犯又无法单独定罪只能无罪处理。此外，先处理到案的帮助犯，然后将处理结果作为认定后到案正犯的依据，还容易导致冤假错案。[[6]](#footnote-5)这实际上降低了刑法的一般预防和特殊预防效果。

在知识产权犯罪共犯司法认定上，还存在其他一些疑难问题。如检索相关知识产权犯罪案例可发现，针对是否构成共犯的认定争议上，被告人大多认为自身对他人侵犯知识产权犯罪的行为不知情，即不明知，因而不构成共同犯罪。[[7]](#footnote-6)传统整体认定共犯理论难以满足司法实践面对共同犯罪新特点的需要，难以解决新型复杂共同犯罪案件的罪责刑认定问题。尤其是在利用互联网实施的侵犯知识产权犯罪中，单个互联网用户实施的行为可能无法造成严重社会危害性，从形式上看对知识产权法益侵害未达刑事制裁程度，但基于互联网的无限传播、参与特性，众多行为人不断参与实施就构成了知识产权的严重侵害。再比如，随着互联网平台、物流行业、移动支付平台等中立技术、行业平台的加入（利用），也为知识产权犯罪的蔓延提供了条件。由此带来新的问题，中立帮助行为（如网络平台、物流、资金融通等）能否认定为共犯等，给传统的共犯认定理论、方法带来新挑战。刑法总则第25条对共犯的定义仅有短短一句话，即“共同犯罪是指二人以上共同犯罪”。而司法实践中，共犯问题远比简单的立法规定复杂。

对知识产权的保护，刑事手段是最严厉、最后手段。事实上，随着技术、信息等因素带来的复杂犯罪形式，会推动传统刑法对经济社会秩序保护的边界和功能的变化。[[8]](#footnote-7)知识产权保护刑法介入尺度，本质上是知识产权人独享利益与社会公共利益平衡的结果。2019年11月，中办、国办出台的《关于强化知识产权保护的意见》明确指出：“力争到2022年，侵权易发多发现象得到有效遏制，………加强刑事司法保护，推进刑事法律和司法解释的修订完善，………研究降低侵犯知识产权犯罪入罪标准，提高量刑处罚力度，修改罪状表述。”[[9]](#footnote-8)可见，从立法与司法上完善惩防知识产权犯罪的刑事手段，已经成为中央的明确要求，也反映了当前我国立法和司法在应对知识产权犯罪问题上还存在诸多需要研究完善的地方。其中，共同犯罪认定问题便是难点之一。

**二、知识产权犯罪中无共同故意的片面共犯认定**

我国刑法第25条明确规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，二人以上共同过失犯罪不以共犯论处。这意味着，我国刑法上将共犯的主观罪过限定在共同故意，否认了过失共犯。传统观点认为，共同故意犯罪既要有共同故意又要有共同行为。[[10]](#footnote-9)所谓共同故意，是行为人之间对实施同一犯罪具有意思联络或共识；共同行为是行为人为实现同一犯罪而实施的相关行为，行为人之间各自的行为可能体现不同的分工、角色。片面共犯在实践中可表现为三种情形：一是片面共同正犯，即一方没有认识到另一方的实行行为；二是片面教唆，即被教唆者没有认识到教唆行为；三是片面帮助，即被帮助者（实行犯）没有认识到帮助者的帮助行为。[[11]](#footnote-10)以上三种情形实际上都是行为人之间缺乏共同的故意。

人的内心是极其复杂和难以感知，因而司法实践中在认定是否具有共同故意上往往也是难点、争议点。在知识产权犯罪共犯主观共同故意认定上更是面临诸多现实困难。网络信息技术的应用为意思联络带来了新变化，行为人之间意思联络的匿名性、便捷性更加凸显，而且意思联络的证据往往被即时消除，查证行为人之间是否有意思联络非常困难。行为人通常就辩称事先不知情来否定存在共同故意。此外，中立帮助行为实施者往往也否认自己具有帮助他人实施侵犯知识产权犯罪的故意，辩称自己仅仅是实施正常的独立职业行为，获取正常的经营收入，对他人是否具有侵犯知识产权犯罪故意不明知、不关心。这种主观心态、目的与正犯的直接故意、营利目的并不相同。另外，知识产权犯罪团伙中不同组织层级的人员，如组织者、骨干成员、普通成员、后勤人员等，在主观故意以及客观行为上都有不同，对犯罪行为的认识上不排除存在断裂或分离的可能。如有的行为人辩称自己仅仅是被公司正常招募进来打一份工拿普通的工资收入，不知道公司实施侵犯知识产权犯罪；有的辩称自己只是提供做饭、打扫卫生等后勤保障，拿普通的工资，对公司犯罪行为不知情。

 刑法理论上对上述缺乏共同故意的片面共犯情形是否成立共同犯罪存在较大争论。[[12]](#footnote-11)如公司档案室员工张三因对公司不满心生报复，恰好知悉同事李四欲盗窃公司商业秘密（保密生产配方），张三趁李四走过档案室门口时故意借故离开让档案室无人值守，李四趁机进入档案室顺利窃取了公司商业秘密随后转卖他人谋取非法利益，造成公司重大损失。此案例中，张三与李四之间并无就侵犯商业秘密犯罪的共同故意（无意思联络），但张三的行为客观上促成了李四侵犯商业秘密犯罪行为的发生，张三的帮助行为（不作为）与侵犯商业秘密犯罪结果之间具有物理上的因果关系。那么，张三的行为是否应认定为片面共犯（帮助）？即也认定为侵犯商业秘密罪的片面共犯。对此，德日刑法给予肯定结论，德日刑法对共犯行为人的主观罪过没有特别限定为共同故意，无论是过失共同犯罪还是片面共同犯罪都为德日刑法理论和司法实践所认可。[[13]](#footnote-12)但就我国目前刑法而言，张三的上述行为无法被认定为实施侵犯商业秘密罪的李四的共犯。因为李四仅仅认识到自己在实施犯罪，而没有认识到张三在配合其实施该犯罪，张三认识到李四在实施犯罪，但自己却未以行为或语言向其表明自己决意参与该犯罪，二者之间因缺乏意思联络而未形成共同的犯罪故意，因而不构成共同犯罪。[[14]](#footnote-13)

我国刑法分则个别条款以及个别司法解释规定了类似片面共犯的情形，[[15]](#footnote-14)但并不意味着可以将个别条款、司法解释的特别规定类推适用。事实上，有关刑法分则条款亦对片面共犯予以了明确否定，如根据刑法第312条明确规定，明知是他人盗窃犯罪所得赃物而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，构成掩饰隐瞒犯罪所得罪。如果依据片面共犯的逻辑，对于上述行为就应当定盗窃罪的共犯，掩饰隐瞒犯罪所得罪就没有存在的空间。因此，从我国刑法立法（司法解释）看，对于没有共同故意的，有的分则条款（司法解释）规定为以共犯论处，有的又不以共犯论处，而另设单独罪名。笔者认为，刑法总则第25条对共犯要求共同故意犯罪，该规定具有一般适用性，刑法分则条款有特别规定以共犯论处的，并不能否认总则的一般适用地位。分则的特别规定只能特别适用于该条款规定的情形，不能进行类推解释进而否定总则的地位。换言之，当前在知识产权犯罪共犯认定问题上，还应当严格坚持罪刑法定原则，对缺乏共同故意的片面共犯行为只能依据法律明文规定处理。[[16]](#footnote-15)

为了克服传统共犯理论造成结果认定上的尴尬，理论界有学者认为对片面共犯应当按共同犯罪处理。[[17]](#footnote-16)对此，针对日益严峻的知识产权犯罪，笔者亦认为有必要对片面共犯行为予以肯定，因为片面共犯行为人主观上认识到他人的行为性质，也认识到是在与他人共同实施犯罪，同时又直接实施了侵犯法益行为或实施了教唆、帮助他人犯罪的行为，其行为可能促成犯罪结果的发生或扩大、深化犯罪结果的程度，行为与结果之间具有因果力，理应以共同犯罪处理，否则容易放纵利用正犯（他人）来实施犯罪的行为。“因果力”又可称为“因果共犯论”，这也是日本当前刑法理论的通说。[[18]](#footnote-17)因果力理论能够解决片面共犯行为无法认定为共犯的难题。实际上，以行为人实施的行为对犯罪结果具有因果力而认定为共犯的观点，也为司法裁判所采纳。[[19]](#footnote-18)有观点进一步认为，在共犯认定上应采取不区分正犯、共犯的方法，只要对犯罪结果发生具有因果力的都属于正犯，然后在量刑时再根据因果力大小判处相应的刑罚。[[20]](#footnote-19)因果力理论实际是将教唆、帮助行为与实行行为进行同等评价，类似日本刑法理论上广泛支持的“准实行行为说”。[[21]](#footnote-20)只是因果力标准下，需要司法解释进一步细化因果力大小的判断标准，以便对教唆、帮助行为、实行行为处以相适应的刑罚，实现罪责刑相适应。

**三、知识产权犯罪中受雇者共犯范围认定**

面对多人参与的共同犯罪或有组织犯罪，司法实践中经常纠结的问题是到底哪些人应被认定为共犯追究其刑事责任，如主犯公司雇佣的一般员工，其仅仅是根据公司安排完成具体的工作任务收取固定的工资，其工作任务可能是直接的侵犯知识产权行为，也可能是直接侵权行为以外的公司后勤保障任务。那么，这些一般员工是否应当被认定为共犯？实践中有不同的认识和做法，其根源在于对共犯的射程有多远存在理解差异。

对于共同犯罪人之范围，应体现重罪（法定刑）大于轻罪思想，即罪名越重共犯之范围越广，罪名越轻共犯之范围越窄。[[22]](#footnote-21)刑罚本身也是一种恶，刑罚泛化容易造成恶劣的社会后果。因此，刑法应当秉持谦抑。就刑法213条至219条规定的7个知识产权犯罪罪名的刑罚设置上，有的单独规定了最高刑期为三年以下有期徒刑，有的根据情节是否严重，分设三年以下和三年以上七年以下两档刑期。司法实践中，一般认为法定刑三年以下有期徒刑的为轻罪。对轻罪案件，在认定共犯上应坚持谦抑和谨慎态度，对参与时间短、作用较小、主观恶性不大或工作内容与知识产权犯罪行为无直接关联的一般受雇员工，因情节轻微或显著轻微，不宜认定为共犯。对三年以上的情节严重情形，可以根据行为人与主犯关系紧密度、参与的数额、工作时长、作用大小、非法获利情况、行为动机等适当扩大共犯认定范围。对于受雇从事生活后勤保障的人员，尽管其做饭、打扫卫生、看门等行为，客观上对于保障他人实施侵犯知识产权犯罪正常进行具有一定影响，但是其主观目的并不追求非法利益，也不追求侵犯知识产权法益后果，不属于实质性参与犯罪或帮助犯罪，对犯罪实施没有制约性，本身不制造法益侵犯危险，也没有侵害法益的现实紧迫性，仅仅是满足他人的正常生活需要。刑法虽禁止犯罪行为，但并不禁止犯罪者正常的生活、生存所需，将为犯罪者提供正常生活、生存的行为纳入刑法打击视野，既不必要也不人道，更不现实。

**四、知识产权犯罪中网络服务者共犯认定**

随着信息技术的发展，知识产权犯罪日益呈现互联网化特征，使得网络服务者有意无意中成为侵犯知识产权法益的参与者。互联网的发展，信息传播越来越便利，传播的范围也越来越容易扩张。因此，在网络知识产权犯罪中，又以网络著作权犯罪属常见、多发情形，网络成为侵犯著作权的主要阵地。

（一）网络服务者不作为的共犯属性认定

对于网络服务提供者明知他人实施侵犯著作权犯罪，仍然为其提供相关技术服务的，根据两高一部《关于办理知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第15条的规定以共犯论处（帮助犯），这一点没有司法争议。有疑问的是，如果网络技术服务者原来不明知他人实施侵犯著作权，但在接到权利人或监管机构通知要求删除侵权内容或停止提供服务拒不删除或停止服务的，理论上通常将其界定为不作为。[[23]](#footnote-22)这种形式上的不作为，实际上积极地助长了他人的犯罪行为。那么，对这种不作为的网络技术服务者，能否认定为帮助犯？根据刑法理论，不作为犯的作为义务来源有法律明文规定、职业要求、法律行为引起、先前行为引起四类。目前，我国并没有法律法规或行业规章明确规定网络技术服务者上述作为义务。[[24]](#footnote-23)因此，需要进一步探讨网络技术服务者是否具有因先前行为引起的积极作为义务。引发积极作为义务的先前行为，既可以是合法行为也可以是违法行为，二者都可能引发法益受到侵害的危险。“法益的危险发生在行为人支配的领域时，行为人具有实质的法义务。”[[25]](#footnote-24)显然，网络技术服务者对网络技术服务的供给具有控制支配力量，只有其删除或断开链接时方能够阻止、排除侵犯著作权的危险，因此，网络技术服务者应当履行积极的阻止义务。如果其在接到通知后不删除内容、断开链接的，实际上是帮助（既可以是出于希望的直接故意，也可以是出于放任的间接故意）侵犯著作权犯罪行为继续进行，此时网络技术服务者可以直接推定为明知他人实施侵犯知识产权犯罪，应当以共犯论处，即认定为帮助犯。需要指出的是，网络技术服务者的上述行为在认定为侵犯知识产权犯罪共犯的同时，也涉嫌触犯帮助信息网络犯罪活动罪，即构成想象竞合，此时应择一重处。

（二）网络服务者“明知”的认定

网络中行为人之间的交往具有虚拟性和隐蔽性。网络服务提供者与知识产权犯罪行为直接实施者之间甚至不需要直接联系或根本不认识，而且网络服务提供者与实行犯之间的主观目的并不必然相同，如有的网络服务提供者纯粹出于炫技，没有非法获利的目的。此外，随着网络技术的日益分工细化，网络服务提供者之间各自的技术行为也表现多样，而且对于实现同一侵犯知识产权犯罪结果，可以选择通过不同的网络服务或同时选择多种网络服务。这就意味着实行行为与帮助行为之间并不需要有紧密的共犯故意和行为。[[26]](#footnote-25)现实中，网络服务者与知识产权犯罪正犯之间直接的共同犯罪故意较少见，后者往往将侵犯知识产权的犯罪意图伪装、隐藏在正常的网络服务需求中，此时判断前者的明知将成为难题。

网络服务提供者本身实施的是中立帮助行为，其用户具有随机性和公开性，如果要求网络服务者提供中立帮助行为时审查、杜绝一切侵犯知识产权犯罪的用户，显然增加了其服务成本，一定程度上不利于网络技术的创新发展，而且事实上网络服务者也根本无法彻底阻止网络知识产权犯罪。因此，从平衡网络技术发展与知识产权犯罪预防角度看，不能过度放大网络服务者的“明知”范围，避免给其设置不合理的责任范围。对此，笔者认为可以借鉴国务院《信息网络传播权保护条例》的规定。该《条例》第23条规定：“网络服务提供者为服务对象提供搜索或者链接服务，在接到权利人的通知书后，根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的，不承担赔偿责任；但是，明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的，应当承担共同侵权责任。”对于民事侵权责任，上述规定实际设定了两类责任情形：一是经权利人通知仍不断开链接的，此时应是推定其主观明知自身行为性质（可称为“通知规则”），二是明知或应知自身行为对象的侵权性。以上两类情形实际上都抛开了从认定网络服务者与直接侵权人的共同故意角度来认定共同侵权责任，立足于网络服务者对自身行为侵权性质的认识上是否存在故意。其根据在于网络服务者对自身行为的合法性具有注意义务，这也是任何市场主体从事相关业务行为时所应承当的基本义务。这种合法性注意义务来源于民事法、行政法或刑事法。如果没有尽到相应的合法性注意义务，实施的相关业务行为加深、扩大了犯罪结果，则可以认定或推定主观上具有侵权（犯罪）的明知、应知，具有归责的主观基础。那么，应用到刑事责任上，在判断网络服务者（帮助者）的共犯故意时，对于经被害人或监管机构通知停止提供服务而不停止，情节严重的应认定为明知。2012年最高法《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）第13条同样也规定了“通知规则”，用以判断网络服务提供者的主观明知。[[27]](#footnote-26)

当然，上述“通知”规则意在“明知”的推定，只是判断“明知”的一种规则。除了“通知”规则外，对于网络服务者明知的判断，还可以综合其与侵权事实接触的紧密程度、参与侵权行为的时间、频率、是否被告知行为的违法性等因素进行认定。[[28]](#footnote-27)明知或应当知道都是通过证据来证明，只是两者在证明方法和证据要求上有所不同。对于明知的证明，一种是行为事实本身就足以直接证明行为人主观内容，如行为人购买他人生产的假冒注册商标标识贴在自己生产的产品上的事实，就能直接表明行为人侵犯他人商标权的犯罪故意。对此，行为人只能通过举证否认客观事实存在来否认主观明知。另外一种是有直接证据证明行为人主观明知，如共谋犯罪的微信聊天记录。对于应当知道则主要是通过各种间接证据推定行为人明知。当然，对于有直接证据证明行为人主观明知以及通过各种间接证据推定行为人明知，行为人都可以举证否认直接证据或间接证据的真实性、关联性、合法性，进而否认主观明知或应当知道。

（三）深度链接行为共犯属性认定

互联网信息互联互通最主要靠链接，设链者与被链者之间通过链接实现信息传播。链接可以分为普通链接和深度链接。普通链接是指设链网站显示的内容地址为被链网页地址，用户点击之后直接跳转到被链网站显示相关内容。普通链接并未将被链网站的内容显示在设链网页上，仅仅相当于提供信息传输通道，用户能够识别设链网站与被链网站各自的内容。相反，深度链接则是将被链网页的内容作为设链网页的内容直接显示给用户，用户无需跳转到被链网站即可获得被链网站的内容，让用户误以为是设链网站的作品。2014年全国首例因为深入链接被认定为侵犯著作权犯罪引发了不小争议。[[29]](#footnote-28)深度链接本质上是设链网站帮助被链网站进行作品信息网络传播的行为。

普通链接情形下，设链者不是侵犯信息网络传播权的直接实施者，属于直接侵权的事后帮助者，难以认定为帮助犯。普通链接的设链者在接到权利人或监管机构要求断开链接的通知后应当断开链接，如果拒绝断开，则有可能成立不作为的正犯或共犯。对于深度链接这种行为，理论界有正反两种观点。有的认为，将深度链接认定为犯罪应当保持克制，通过民事手段即可以保护。[[30]](#footnote-29)当然，越来越多的学者认为应当对深度链接行为进行刑法上的规制。[[31]](#footnote-30)

被链网站作品经过权利人许可的，其自不存在侵权行为，设链网站也就不存在帮助侵权行为。深度链接共犯认定的问题，是针对被链网站内容存在侵犯著作权行为，设链网站深度链接被链网站内容是否构成共犯？被链网站如果与设链网站合谋，前者负责上传作品直接实施侵犯作品信息网络传播权行为，后者负责深度链接帮助实施侵权行为，在行为具有严重社会危害性时，两者认定为侵犯著作权共犯自无疑问。然而，由于网络具有陌生人世界特点，网络用户之间大多是彼此不相识的个体，鲜少存在彼此意思联络的场景。换言之，设链者与被链者之间进行意思联络共谋的行为少见，更多是设链者私自对被链网站作品进行深度链接，被链者并不知情。在这种深度链接下，设链者可能并不知晓或并不关心被链作品著作权的合法性，换言之可能对被链者是否构成侵犯著作权犯罪并不知情或并不关心，这与片面帮助犯对正犯行为性质的故意认知显然有区别；另外，被链者本身可能未达到犯罪程度，此时设链者深度链接的帮助行为，与片面帮助犯要求正犯构成犯罪的情形又有不同。因此，对于上述有别于片面帮助犯概念的情形，能否认定为共同犯罪？

显然，从当前立法规定看，上述情形下并不能认定设链者为片面共犯。然而，设链者深度链接大量被链者的内容（每个被链者行为都未达犯罪程度），从社会普通人认知看，此时设链者行为社会危害性并不亚于深度链接一个构成犯罪的被链者的作品的情形。如果不能从刑法上进行惩治，将无法有效阻止这种大量侵权行为的发生。当前我国对网络犯罪参与行为的刑事法规制呈现出共犯行为正犯化的趋势。[[32]](#footnote-31)因此，有观点认为，深度链接实质上控制和改变了作品的呈现方式，属于信息网络传播行为，应认定为侵犯著作权的正犯。[[33]](#footnote-32)还有观点认为，对于上述问题应当采取共犯行为正犯化方法，将参与者的帮助行为正犯化。[[34]](#footnote-33)这种观点实际上突破了传统“正犯--共犯”二元共犯理论，挤压了传统共犯概念空间，扩大了正犯范围。对共同犯罪，我国刑法采取的是从分工上区分正犯、教唆犯和帮助犯，从作用上区分主犯和从犯。然而，这种双层分类模式并不能解决上述正犯行为不构成犯罪，但帮助行为扩大正犯行为结果，实质造成严重社会危害性或正犯与帮助犯之间无意思联络时的归责问题。因为传统二元共犯理论要求的是正犯作为实行犯是直接实施犯罪行为，共犯需要与正犯有共同故意。因此，要解决上述网络时代的新问题，唯有从刑法理论以及立法模式上进行突破。当然，理论界对网络犯罪的帮助行为正犯化理论也有诸多批判，本文在此无疑评价是非，但认为刑法理论和立法应当回应社会实践发展所带来的新挑战、新问题，不应固步自封。

**五、结语**

在国际竞争日趋激烈的当今时代，创新被认为是赢得竞争的最重要手段，知识产权是创新的结果重要体现，日益受到重视，保护知识产权成为促进经济社会创新发展的必然选择。然而，由于知识产权本身所蕴含的巨大经济价值，也日益被犯罪分子所觊觎，总体上知识产权犯罪日益呈上升态势。知识产权犯罪越来越复杂化，犯罪链条、环节增多，组织性特征明显，共同犯罪突出。尤其是随着信息技术的应用，助长、便利了知识产权犯罪，网络知识产权犯罪给知识产权保护带来了新难题。为此，中央出台强化知识产权保护的意见，其中强调从立法和司法上加强知识产权犯罪惩防。传统刑法理论“整体认定共犯”模式难以有效应对知识产权犯罪出现的新挑战，相应的刑事立法自然也难以有效适应惩防知识产权犯罪的需要。在众多理论和实践难题中，知识产权犯罪中狭义共犯的认定是一大难题，如片面共犯认定、共犯的合理范围、网络知识产权犯罪共犯认定等，都面临着现有法律规范不足与惩防犯罪需要不匹配的矛盾以及刑法谦抑性在惩防知识产权犯罪司法实践中的调适问题。为此，一方面司法实践要立足于罪行法定原则，对上述共犯认定问题进行认定，另一方面着眼于长远保护知识产权的需要，需要在刑法理论和立法上对知识产权犯罪共犯惩防问题进一步予以完善。

1. 如无特别说明，本文所指共犯均为狭义共犯。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 参见最高人民检察院张军检察长在2020年5月25日第十三届全国人民代表大会第三次会议上作的最高人民检察院工作报告。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 参见国家知识产权局《二〇一八年中国知识产权保护状况》、《二〇一九年中国知识产权保护状况》。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 参见：《互联网领域成侵犯知识产权重灾区 知识产权立法应跟上》，http://www.huaxia.com/tslj/flsj/wh/2016/ 03/4782214.html，浏览日期：2020年7月1日。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 刑法立法具有相对稳定性，面对新型犯罪或犯罪的新变化，很多时候不能指望马上出台新的立法，而只能是通过对刑法的合理解释来赋予刑法新适用空间，因此，可以说刑法的生命很大程度上依赖于刑法解释，通过合理解释来保持刑法的生命力。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，载《法学研究》2014年第3期。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 参见贵州省高级人民法院刑事裁定书（2019）黔刑终370号、（2018）黔刑终19号等。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 参见[德]乌尔里希.齐白：《全球风险社会与信息社会中的刑法》，周遵友、江溯等译，中国法制出版社2012年版，第2页。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 参见《关于强化知识产权保护的意见》，检索于中华人民共和国中央人民政府网站。 [↑](#footnote-ref-8)
10. 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第164-166页。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第五版，第435页。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第五版，第435页。 [↑](#footnote-ref-11)
13. 如德国刑法典第25条第2款规定：数人共同实施犯罪的，均依正犯论处；第27条第1款规定：对他人故意实施的违法行为予以帮助的，是帮助犯。日本刑法典第60条规定：二人以上共同实行犯罪的，都是正犯；第62条规定：帮助正犯的，是从犯。可见，德日刑法并未限定共犯的主观罪过。依据德日刑法，本案例中张三显然应被认定为李四的帮助犯。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 就张三的不作为行为，既不能被认定为侵犯商业秘密罪的共犯，也无法被认定为其他犯罪，可能结论难以为人接受，但基于我国刑法规定只能如此认定。对张三的故意不作为造成的损失，被害人可能只能依据公司规章制度来追究其民事责任。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 如刑法第198条第4款：保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处；第350条第2款： 明知他人制造毒品而为其生产、买卖、运输前款规定的物品的，以制造毒品罪的共犯论处。此外，相关司法解释中也还有以共犯论处的罪名，如两高《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条：知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术的，以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。从以上条款看，没有要求鉴定人、证明人、财产评估人、为制造毒品提供物品的人等主体必须与正犯有共同故意，换言之，对于没有共同故意的，只要明知或应当知道的，仍然以共犯论处。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 2011年两高一部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第15条规定：“明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供生产、制造侵权产品的主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等帮助，或者提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。”以上司法解释实际上针对特定的知识产权犯罪行为规定了片面帮助行为以共犯论处，没有要求帮助者与被帮助者的共同故意，而是要求“明知他人实施侵犯知识产权犯罪”，体现的是共犯从属性原则。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第五版，第436页。 [↑](#footnote-ref-16)
18. 金光旭：《日本刑法中的侵犯知识产权行为的参与者及其刑事责任--以共犯理论为视角》，载《清华法学》2008年第2期。 [↑](#footnote-ref-17)
19. 参见黑龙江高级人民法院刑事裁定书（2016）黑刑终68号。 [↑](#footnote-ref-18)
20. 参见陈洪兵：《共犯论思考》，人民法院出版社2009年版，第175页。 [↑](#footnote-ref-19)
21. 参见金光旭：《日本刑法中的侵犯知识产权行为的参与者及其刑事责任--以共犯理论为视角》，载《清华法学》2008年第2期。 [↑](#footnote-ref-20)
22. 参见霍文良、张天兴：《侵犯商标权犯罪的司法认定》，载《知识产权》2014年第6期。 [↑](#footnote-ref-21)
23. 参见[德]乌尔里希.齐白：《网络服务提供者的刑法责任》，王华伟译，载赵秉志主编：《刑法论丛》第48卷，法律出版社2017年版，第319页。 [↑](#footnote-ref-22)
24. 2013年修订实施的《信息网络传播权保护条例》第二十二条规定：网络服务提供者为服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：……（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。第二十三条规定：网络服务提供者为服务对象提供搜索或者链接服务，在接到权利人的通知书后，根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的，不承担赔偿责任。但以上规定并不代表具有删除、断开的法定义务、职业义务。 [↑](#footnote-ref-23)
25. 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第五版，第158页。 [↑](#footnote-ref-24)
26. 参见于志强：《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》，载《中国法学》2014年第3期。 [↑](#footnote-ref-25)
27. 最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十三条：网络服务提供者接到权利人以书信、传真、电子邮件等方式提交的通知，未及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的，人民法院应当认定其明知相关侵害信息网络传播权行为。 [↑](#footnote-ref-26)
28. 参见黄祥青：《侵犯知识产权犯罪司法认定若干问题探讨》，载《法律适用》2006年7月刊。 [↑](#footnote-ref-27)
29. 参见：《全国首例“链接”侵犯著作权案开庭》，http://www.iprchn.com/Index\_NewsContent.aspx?newsId =68613，浏览日期：2020年7月14日。 [↑](#footnote-ref-28)
30. 参见林清红、周舟：《深度链接行为入罪应保持克制》，载《法学》2013年第9期。 [↑](#footnote-ref-29)
31. 参见莫洪宪、刘芷含：《深度链接行为的法律评价问题研究》，载《[山西大学学报(哲学社会科学版)](https://kns.cnki.net/kns/NaviBridge.aspx?LinkType=BaseLink&DBCode=cjfq&TableName=cjfqbaseinfo&Field=BaseID&Value=SXDD" \t "https://kns.cnki.net/kns/brief/_blank)》2018年第3期；杨彩霞：《搜索引擎深度链接行为的刑法规制——实然和应然层面的双重思考》，载《东北大学学报（社会科学版）》2017年第3期等。 [↑](#footnote-ref-30)
32. 参见王霖：《网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造----共犯规则模式的回归》，载《政治与法律》2016年第9期。 [↑](#footnote-ref-31)
33. 参见欧阳本祺：《论网络环境下著作权侵权的刑事规则--以网络服务提供者的刑事责任为中心》，载《法学家》2018年第3期。 [↑](#footnote-ref-32)
34. 参见于志刚：《网络犯罪与中国刑法应对》，载《中国社会科学》2010年第3期。 [↑](#footnote-ref-33)