

【指导案例】

“扫黄打非”专栏

唐小明制作、贩卖淫秽物品牟利案 [第664号]

——编写添加淫秽色情内容的手机网站建站程序并贩卖的行为应如何定罪

宋文传播淫秽物品、敲诈勒索案 [第672号]

——将与他人性交的视频片段上传至个人博客的行为如何定性

知识产权专栏

田龙泉、胡智慧销售假冒注册商标的商品案 [第675号]

——如何结合证据准确认定实际销售平均价格

王学保非法制造注册商标标识案 [第678号]

——将回收的空旧酒瓶、包装物与购买的假冒注册商标标识进行组装的行为，如何定性

【刑事立法、司法规范】

最高人民法院 最高人民检察院 公安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

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四、五庭/主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2011年第1集 • 总第 78 集

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四 五庭/主办



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2011 年第 1 集: 总第 78 集 / 最高人民法院刑事审判一至五庭主办. —北京: 法律出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2104 - 1

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 079148 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7.625 字数/179千

版本/2011 年 6 月第 1 版

印次/2011 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2104 - 1

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

2011年第1集·总第78集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：张 军

副 主 任：熊选国 南 英 黄尔梅

委 员：(姓氏笔画为序)

马 岩	叶晓颖	吕广伦	朱和庆	李 勇
李睿懿	沈 亮	张 明	周 峰	杨万明
苗有水	高贵君	党建军	耿景仪	韩维中
裴显鼎	颜茂昆	薛淑兰	戴长林	

主 编：熊选国

副 主 编：周 峰 裴显鼎 戴长林 杨万明 高贵君

执行编辑：冉 容 刘晓虎 陈 攀 陆建红 方文军

特邀编辑：

赵德云 (北京)	贺平凡 (上海)	李 伟 (天津)
袁胜强 (重庆)	史景山 (黑龙江)	姜富权 (吉林)
姜 阳 (辽宁)	梁国裕 (内蒙古)	张忻如 (山西)
陈庆锐 (河北)	张正智 (山东)	吴远阔 (安徽)
孙公幸 (浙江)	楼建群 (江西)	茅仲华 (江苏)
王成全 (福建)	程慎生 (河南)	姚智明 (湖北)
李宇先 (湖南)	傅曜天 (广东)	黄翰绅 (海南)
张柚生 (广西)	袁彩君 (四川)	申庆国 (云南)
张永成 (贵州)	李勇强 (陕西)	杨树宏 (宁夏)
朱文忠 (甘肃)	王新林 (青海)	桑 布 (西藏)
洪 流 (新疆)	蒲硕棣 (军事法院)	

“扫黄打非”和打击侵犯知识产权 专项斗争工作专刊编辑说明

“扫黄打非”专项斗争事关国家意识形态安全、文化市场环境乃至社会主义精神文明建设的进展,与社会和谐稳定、文化发展繁荣密不可分。中央高度重视新时期的“扫黄打非”工作,一直将“扫黄打非”作为一项重大战略举措,并多次在全国范围内部署开展专项斗争。

为配合中央 2009 年 12 月开展的打击互联网和手机媒体传播淫秽色情信息专项行动,最高人民法院会同最高人民检察院于 2010 年 2 月 2 日发布了《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《解释(二)》)。《解释(二)》连同“两高”于 2004 年 9 月 3 日发布的《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),旨在打击新时期出现的淫秽电子信息犯罪,尤其是《解释(二)》重在打击淫秽电子信息犯罪的利益链条。

为依法惩治非法出版物犯罪活动,最高人民法院于 1998 年 12 月 23 日出台了《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《出版解释》)。《出版解释》的内容涉及刑法中有关打击非法出版物犯罪的所有条文,特别是对司法

实践中反映比较强烈的侵犯著作权,销售侵权复制品,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利等行为的定罪量刑标准以及经营有严重政治问题的非法出版物的行为如何定性等问题作了有针对性的规定。《出版解释》针对性强,对于维护正常的出版管理秩序、净化文化市场、保护知识产权起到了积极作用。

然而,必须看到,《出版解释》因针对性强而必定具有很大的局限性。为进一步增强知识产权保护意识,有效打击侵犯知识产权的行为,规范市场经济秩序,近年来,公安机关、人民检察院、人民法院充分发挥职能作用,查处了一批大案要案。最高人民法院、最高人民检察院、公安部不断加强刑事司法规范建设,先后发布了《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》、《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》、《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(二)》、《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》等司法解释和其他规范性文件。特别是自2010年11月26日起,遵照温家宝总理在全国知识产权保护与执法工作电视电话会议上的重要讲话精神和国家、省地工商局有关落实知识产权保护工作部署,中央决定开展为期半年的打击侵犯知识产权犯罪的专项斗争。最高人民法院会同最高人民检察院、公安部经过长期深入细致的调研,广泛征求全国人大法工委、国家版权局、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、商务部等有关单位、部分专家学者、权利人代表等的意见和建议,于2011年1月10日制定出台了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》。

为便于准确理解和适用上述司法解释及规范性文件,为刑事司法人员办理“扫黄打非”、打击侵犯知识产权犯罪案件提供有针对性和权威性的业务指导和参考,经最高人民法院《刑事审判参考》主编会研究决定,特编辑本期“扫黄打非”、打击侵犯知识产权

犯罪专刊。

本期专刊共设三个栏目：

【指导案例】甄选了近年来审结的 18 个典型案例，重点阐述每个案例的裁判理由，为司法工作人员办理类似“扫黄打非”、打击侵犯知识产权犯罪案件提供具体的指导和参考。

【刑事立法、司法规范】汇编了与打击侵犯知识产权犯罪相关的重要规范性文件，并配发了起草同志撰写的理解与适用文章。

【实务探讨】针对刑事司法工作中的疑难、复杂问题，刊登了 3 篇实务探讨文章，为刑事司法人员提供解决相关问题的思路。

本期专刊内容丰富，实用性和指导性很强，是对近年来“扫黄打非”、“打击侵犯知识产权”专项斗争工作的一个阶段性总结。在内容选辑上，本刊严格遵循“集中解决重点问题，最大限度地满足司法实践需要”的指导思想，以适应传播淫秽色情、非法出版、侵犯知识产权等犯罪的新特点、新变化、新要求，以期对今后“扫黄打非”、“打击侵犯知识产权”专项斗争工作提供全面、系统、及时的指导。由于时间仓促，专刊编辑工作中的疏漏之处在所难免，欢迎读者提出宝贵意见和建议。

本刊编辑部

2011 年 3 月

目 录

【指导案例】

“扫黄打非”专栏

梁俊涛非法经营案[第 663 号]

- 对于制售有严重政治问题的非法出版物行为应如何定性 罗 敏(1)

唐小明制作、贩卖淫秽物品牟利案[第 664 号]

- 编写添加淫秽色情内容的手机网站建站程序并贩卖的行为应如何定罪 王亚凯 肖 辉(10)

陈乔华复制、贩卖淫秽物品牟利案[第 665 号]

- 以手机存储卡为载体复制淫秽物品牟利的行为应如何定罪处罚 肖 辉 王亚凯(15)

李志雷贩卖淫秽物品牟利案[第 666 号]

- 贩卖指向淫秽视频链接的行为定性和数量认定
..... 张 琦 杨承芙 陈新旺(22)

魏大巍、戚本厚传播淫秽物品牟利案[第 667 号]

- 以牟利为目的向淫秽网站投放广告的行为如何定罪 刘静坤(30)

张方耀传播淫秽物品牟利案[第668号]

- 利用互联网、移动通讯终端实施的淫秽电子信息
犯罪的行为方式与罪名认定及该类犯罪的数量认定
..... 管延青(40)

罗刚等传播淫秽物品牟利案[第669号]

- 如何正确把握淫秽电子信息的实际被点击数
..... 苏敏 于同志(49)

胡鹏等传播淫秽物品案[第670号]

- 如何把握利用网络群组传播淫秽物品的犯罪
..... 苏敏(59)

冷继超传播淫秽物品案[第671号]

- 如何认定网站版主传播淫秽物品的刑事责任
..... 张若瑶(67)

宋文传播淫秽物品、敲诈勒索案[第672号]

- 将与他人性交的视频片段上传至个人博客的行为
如何定性 王亚凯(74)

重庆访问科技有限公司等单位及郑立等人组织淫秽表演
案[第673号]

- 单位利用网络视频组织淫秽表演的行为如何定罪
量刑 刘静坤(80)

知识产权专栏

孙国强等假冒注册商标案[第674号]

- 如何认定假冒注册商标罪中的同一种商品
..... 张鹏(89)

田龙泉、胡智慧销售假冒注册商标的商品案[第675号]

- 如何结合证据准确认定实际销售平均价格
..... 刘军华 唐震 巩一鸣(96)

邱进特等销售假冒注册商标的商品案[第 676 号]

——“售假公司”能否成为单位犯罪的主体 …… 杨 毅(106)

杨昌君销售假冒注册商标的商品案[第 677 号]

——如何区分销售假冒注册商标的商品罪与销售伪劣
产品罪,以及如何认定“以假卖假”尚未销售情形
下假冒注册商标商品的销售金额、非法经营数额
和犯罪停止形态 …………… 臧德胜(111)

王学保非法制造注册商标标识案[第 678 号]

——将回收的空旧酒瓶、包装物与购买的假冒注册商
标标识进行组装的行为,如何定性 …………… 范 莉(118)

凌永超侵犯著作权、贩卖淫秽物品牟利案[第 679 号]

——贩卖普通侵权盗版光碟的行为应如何定罪处罚
…………… 袁彩君(124)

张顺等人侵犯著作权案[第 680 号]

——销售他人享有专有出版权的图书是否构成侵犯著
作权罪 …………… 臧德胜 陈 轶(131)**【刑事立法、司法规范】****最高人民法院 最高人民检察院 公安部**印发《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》的通知 …………… (138)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 …………… (139)《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》的理解与适用
…………… 逢锦温 刘福谦 王志广 丛 媛(146)

【实务探讨】

- 关于假冒注册商标罪、假冒专利罪、侵犯著作权罪司法认定问题的研究 肖晚祥 孙争鸣(166)
- 试论“以假充真”和“以假卖假”行为在定罪和销售金额认定上的区分 刘晓虎(204)
- 侵犯商业秘密罪的损失数额如何认定 罗鹏飞(213)

【指导案例】

“扫黄打非”专栏

[第 663 号]

梁俊涛非法经营案

——对于制售有严重政治问题的
非法出版物行为应如何定性

一、基本案情

被告人梁俊涛,男,1979 年 6 月 20 日出生,教师。因涉嫌犯非法经营罪于 2010 年 3 月 26 日被逮捕。

黑龙江省齐齐哈尔市建华区人民检察院以被告人梁俊涛犯非法经营罪,向齐齐哈尔市建华区人民法院提起公诉。

齐齐哈尔市建华区人民法院经审理查明:2008 年 9 月至 2009 年 9 月,被告人梁俊涛以营利为目的,通过非法渠道大量购入港台出版社出版的书籍,并在齐齐哈尔大学家属楼 11 号楼 2 单元 201 室张彬经营的“湖南 168”复印社,以购进的港台版书籍为母本进行复制。梁俊涛通过其在淘宝网、孔夫子旧书网开设的“学府书店”、“书友之家”等网络书店,采用 QQ 聊天等网络方式向北京、兰州、广州、深圳、东莞、湛江、淮北等 30 余座城市的读者销售《胡闹领主 × × ×》、《国家囚徒——× × × 的秘密录音》、《公共情妇》、《西藏之乱》等攻击我国基本政治制度、诋毁党和国家领导

人、煽动民族分裂、挑动社会对立等内容的政治性非法进口出版物和非法复制的出版物。2008年10月1日至2009年9月18日期间,梁俊涛使用9558820902000949506号(户名梁俊涛)工商银行卡、9558800902102431324号(户名齐晓丹)工商银行卡、62220209002674601号(户名申道连)工商银行卡、6227000990399010722号(户名齐晓丹)建设银行卡、6228480180083856716号(户名梁俊涛)农业银行卡销售书籍,该5张卡进款总额为人民币(以下币种均为人民币)420 045元。其中,与梁俊涛销售书籍无关的金额为人民币87 809.77元,故其非法销售出版物的经营数额为人民币332 235.77元,其中在淘宝网有记载的非法经营数额为人民币58 000余元。

2009年9月18日,公安人员在梁俊涛住所将其抓获,查获并扣押尚未销售的非法出版物及非法复制的出版物2 200余册,以上被扣押和追缴的书籍被黑龙江省新闻出版局鉴定为非法复制出版物和非法进口出版物。

齐齐哈尔市建华区人民法院认为,被告人梁俊涛违反国家规定,未经许可非法复制、发行非法出版物,扰乱市场秩序,情节特别严重,其行为已构成非法经营罪,应予惩处。梁俊涛自愿认罪,有悔罪表现,可酌情对其从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第一项、第六十四条、《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十一条、第十二条第二款第一项的规定,判决如下:

被告人梁俊涛犯非法经营罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币100 000元;被告人梁俊涛尚未销售的非法出版物及非法复制的出版物2 200余册依法没收,予以销毁;作案使用的台式电脑、笔记本电脑各1台,依法没收,上缴国库。

一审宣判后,被告人梁俊涛不服,以一审判决认定的犯罪数额不准、量刑过重为由向齐齐哈尔市中级人民法院提出上诉。

齐齐哈尔市中级人民法院认为,上诉人梁俊涛违反国家规定,未经许可非法复制、发行非法出版物,扰乱市场秩序,且情节特别严重,其行为构成非法经营罪。对于梁俊涛及其辩护人提出的认定犯罪数额不准的上诉理由及辩护意见,因有书证、物证、证人证言、鉴定结论、视听材料及梁俊涛的原始供述等证据予以证实,故不予采纳。对于梁俊涛及其辩护人提出的量刑过重的上诉理由及辩护意见,原审法院已对被告人梁俊涛自愿认罪、悔罪表现等酌定量刑情节予以充分考虑,并在法定刑幅度内予以从轻处罚,故亦不予采纳。原审判决认定事实清楚,证据确实、充分,定性准确,量刑适当,审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第一项之规定,裁定如下:

驳回上诉,维持原判。

二、主要问题

1. 如何认定非法出版物?
2. 对于制售有严重政治问题的非法出版物行为应如何定性?

三、裁判理由

(一)非法出版物的认定

出版业作为党和政府的思想宣传阵地,是社会主义思想文化工作的重要组成部分,对国家安全和社会稳定具有重要意义,因此我国对新闻出版业采取较为严格的管理措施,对出版单位的设立实行登记制,即设立出版单位必须通过国家的行政许可,只有经国家出版管理部门审批登记、经所在地工商行政管理机关注册并领取了营业执照的出版单位才是合格的出版单位。由合法的出版单位依照规定的出版程序出版的出版物才是合法的出版物,如图书由图书出版社出版,报刊由报刊出版社出版,音像由音像出版社出版,网络出版物由网络出版单位出版。

何为非法出版物? 1987年国务院发布的《关于严厉打击非法出版活动的通知》明确规定:“除国家批准的出版单位之外,任何

单位和个人不得出版在社会上公开发行的图书、报刊和音像出版物,违者属于非法出版活动;非出版单位编印,翻录内部使用的非营利性的出版物,须报经主管单位批准,并经县级以上管理机关批准,违者也视为非法出版物。”新闻出版总署于1991年发布的《关于认定、查禁非法出版物的若干问题的通知》亦再次明确,凡不是国家批准的出版单位印制的在社会上公开发行的报纸、期刊、图书都属于非法出版物,其中还列举了非法出版物的主要形式。1997年新闻出版总署出台的《出版管理行政处罚实施办法》第六十五条以部门规章的形式规定了什么是非法出版物,即违反《出版管理条例》,未经批准擅自出版的出版物;伪造、假冒出版单位或者报纸、期刊名称出版的出版物;擅自印刷发行的境外出版物、进口出版物,应当认定为非法出版物。

根据上述规定,非法出版物可以定义为“不是国家批准的出版单位出版的在社会上公开发行的图书、报刊和音像出版物,以及违反《出版管理条例》未经批准擅自出版的出版物即为非法出版物”。其表现形式有:盗用、假冒正式出版单位或者报纸、期刊名义出版的出版物;伪称根本不存在的出版单位或者报纸、期刊名称出版的出版物;盗印、盗制合法出版物而公开销售的;公开发行的不署名出版单位或者署名非出版单位的出版物;承印者以牟利为目的擅自加印、加制的出版物;被明令解散的出版单位的成员擅自重印或以原单位名义出版的出版物;未经新闻出版行政部门批准的内部资料性出版物;买卖书(刊、版)号出版的出版物;擅自印刷或复制的境外出版物;非法进口的出版物。由此可见,此处的非法出版物实质上是形式违法的出版物,即无出版权或未经批准而擅自出版的出版物。

此外,还有一类非法出版物是内容违法的出版物,又称为违禁出版物。根据2001年《出版管理条例》第二十六条、第二十七条的规定,出版物禁载内容包括反对宪法确定的基本原则的;危害国

家统一、主权和领土完整的;泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的;煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结,或者侵害民族风俗、习惯的;宣扬邪教、迷信的;扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的;侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;危害社会公德或者民族优秀传统文化的;以未成年人为对象的出版物,含有诱发未成年人模仿违反社会公德的行为和违法犯罪的行为的内容,含有恐怖、残酷等妨害未成年人身心健康的内容等。概括而言,内容违法的出版物主要包括了三个方面的内容:一是淫秽、色情出版物;二是政治性非法出版物;三是宣扬迷信、暴力的出版物。根据《新闻出版署出版物鉴定规则》的有关规定,认定出版物内容是否非法,由相关新闻出版单位提供鉴定结论。

最高人民法院1998年公布的《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)中的“非法出版物”就是一个大概念,既包括形式违法的出版物,也包括内容违法的出版物。从内容上分析,既包括宣扬色情、迷信、有政治问题的出版物,也包括淫秽出版物、侵犯著作权的出版物等;从出版主体上分析,既有非法成立的出版单位出版物,也有依法成立的出版单位违法、违规出版的出版物。

本案被告人梁俊涛没有取得国家批准的出版权,不是适格的出版主体,其销售的书籍经黑龙江省新闻出版局鉴定,包含有攻击我国基本政治制度、诋毁党和国家领导人、煽动民族分裂、挑动社会对立等内容,因此无论从形式上还是从内容上而言,梁俊涛复制、翻印、销售的书籍均属于非法出版物。

(二)要充分认识政治性非法出版物的社会危害性

近年来,随着我国经济的快速发展和国际地位的不断提高,思想理论领域呈现出活跃、复杂的局面,意识形态领域的复杂因素增多,境内外敌对势力对我遏制牵制、西化分化的力度加大,其试图

通过出版领域对我进行渗透。出版物作为思想和文化的载体、重要的传播媒介,已成为境内外敌对势力与我争夺思想文化形态、进行长期较量的阵地。打击内容违法,特别是政治性非法出版物一直是我国“扫黄打非”工作的重要内容。

应该看到,境内外敌对分子千方百计通过出版物输出价值观,渠道手段更加多样:利用政治性非法出版物对我大肆进行思想、文化渗透和颠覆性宣传,对我国内政治局势肆意造谣诬蔑、非议妄评;极力渲染官场的权力斗争,散播所谓的政治内幕;通过诽谤、攻击党和国家领导人,达到丑化、歪曲党的领导,诬蔑、攻击社会主义制度的目的;通过对我国经济、文化、社会发展进行妄测妄评,散布政治谣言,制造思想混乱、误导民众情绪,企图制造社会动乱,破坏社会稳定。他们在境外成立了专门的出版公司,建立了专门的发行网络,在国内十几个省、市设立了联络站或确定了联系人,收集资料和征集书稿,并通过各种方式将非法出版物运到国内;国内少数敌对分子和一些顽固坚持资产阶级自由化观点的人与不法书商相勾结,利用出版管理环节上的漏洞出版书籍,攻击党和国家现行政策,散布、发泄不满情绪,以图制造影响;一些不法书商在经济利益驱动下,盗用出版社名义出版带有严重政治问题的书刊,或走私、复制、传播境外政治性出版物(包括电子出版物),并建立起跨省市的地下发行销售网络,非法获取高额利润;一些煽动宗教狂热和民族对立情绪,以及宣传迷信、伪科学和邪教内容的出版物,在一些地区和单位内部流传。

随着高新技术的广泛应用及互联网的迅猛发展,政治性非法出版物在出版源头、出版类别、输入输出渠道呈现出多样化、组织化、规模化、专业化的趋势。政治性非法出版物境外编印发、境外出版境内编发、名义在境外实际在境内编印发等运作方式逐步显现,而网上盈利模式的形成,对制售政治性非法出版物起到了推波助澜的作用,网上书店成为销售政治性非法出版物的“重灾区”。