

施某等假冒注册商标、非法经营、销售伪劣产品、 非法制造注册商标标识案

——非法制售假冒伪劣烟草专卖品犯罪的罪名确定
及变更指控罪名的程序保障

摘 要

本案例以一起真实的涉烟(烟草专卖品)犯罪案件为蓝本,围绕涉烟犯罪案件审判的罪名确定与变更指控罪名的程序保障,涉及知识点和执业技能内容包括:涉烟犯罪的罪名确定,假冒伪劣烟草专卖品的价格认定,涉烟犯罪的犯罪形态,想象竞合犯的处断原则及与牵连犯、法规竞合犯的界分,刑事审判范围的确定,能否变更指控罪名判决,变更指控罪名的程序保障,被告人辩解和辩护人意见的审查与判断等。本案例对于解决其他类型如销售伪劣商品、侵犯知识产权犯罪案件具有参考意义。

关键词

涉烟犯罪 刑事诉讼 想象竞合犯 牵连犯 法规竞合 审判范围 变更指控罪名

教学目标

- (1) 涉烟犯罪触犯多个罪名,如何选择适用罪名判决;
- (2) 涉烟犯罪的数额如何认定,即假冒伪劣烟草专卖品的价格认定;
- (3) 想象竞合犯的处断原则及与牵连犯、法规竞合的区分;
- (4) 刑事审判范围的确定,法院能否超出指控范围就未指控的事实作出实体裁判;
- (5) 法院能否变更指控罪名判决,变更指控罪名的如何保障被告人权益;
- (6) 审判中如何审查与判断被告人辩解与辩护人的辩护意见。

教学案例

第一部分:案情介绍

一、被告人的身份信息

被告人施某,男,无业。

被告人秦某,男,农民。

被告人杨某,男,公司员工。

二、控方观点——检察院指控的犯罪事实

(一)2007年6、7月间,被告人施某与无业人员万某(另行处理)约定,由施某提供假冒烟丝、纸盒包装等原材料交万某包装成品香烟,再由施某进行销售。其间,施某雇用被告人杨某及张某、余某等人(另行处理)为其运输假冒香烟原材料和成品假冒香烟。同年12月8日,公安机关在上海市杨浦区体育场三号看台的制假工场内查获假冒“熊猫”等各种品牌香烟5,364条,货值金额计人民币(以下币种均同)424万余元,包装材料计11万余元。2008年3月,公安机关在杨浦区友谊新村220号101室查获制假工场转运至该处的假冒“三五”牌香烟计228条,货值金额计1.8万余元,制假包装材料计1.5万余元;在杨浦区控江五村114号101室、国权后路13号和淞沪路700号内查获由施某、杨某、余某等人从他处运来且由万某等人用于销售的大量假冒礼品“熊猫”等各种品牌香烟计29,186条16盒,货值金额计83.7万余元,制假包装材料计3.2万余元。

(二)2013年8月起,被告人施某雇佣被告人秦某及张某等人,在其租借的上海南大路729弄275支弄68号上海昌兴运务发展有限公司仓库从事仓储、运输、销售假冒香烟活动。2014年2月,公安机关在上述地点及上海泥城镇马厂村水船665号和秦某驾驶的厢式货车内查获“中华”等各种品牌香烟121,611.3条和辅料若干,价值合计1,768万余元。经鉴定,查获的香烟均系假冒注册商标且伪劣卷烟,查获的辅料均系假冒注册商标。

(三)2010年3月,被告人施某伙同李某(另行处理)至湖北省松滋市,先后租用松滋市危水食品中转站和沙道观镇一私房,设立松滋市危水纸盒厂和沙道观振兴纸盒厂,并雇佣苟某等人(均已判刑)从事制造假冒中华牌香烟商标标识的活动。同年11月,公安机关在危水纸盒厂内查获非法制造的假冒中华牌香烟商标半成品209,552套及制假设备、工具等物品。同年12月,施某又在江苏省句容市二圣镇迎峰村租用场地,并雇佣孙某等人(均已判刑)从事制造、销售假冒中华牌香烟商标标识的活动,2011年3月30日被公安机关查获,共计制造假冒中华牌香烟商标标识290余万张,其中已发出280余万张。案发时,公安机关在上述地点查获假冒中华牌商标标识3,500张。

为支持上述指控事实,公诉机关出示了证人万某、金某等人的证言,扣押物品、文件清单,随案移交物品清单,上海市烟草专卖局出具的提取物证清单、查获物品清单、估价意见书,上海市烟草质量监督检测站出具的烟草专卖品鉴定证明,被告人施某、秦某、杨某的供述等证据。据此,公诉机关认为,被告人施某、杨某、秦某的行为已触犯《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 225 条的规定,应以非法经营罪追究三名被告人的刑事责任。鉴于被告人施某系主犯,被告人杨某、秦某系从犯,且杨某还有自首情节,并应依照《刑法》第 26 条、第 27 条、第 67 条之规定处罚。

三、辩方观点——被告人及辩护人的辩护意见

被告人施某及其辩护人认为:(1)指控的第一节事实中,在友谊新村、控江五村、国权后路、淞沪路等处查获的假冒香烟与施某无关,且公诉机关指控的部分犯罪金额不符合法律规定。(2)施某未参与指控的第二节犯罪活动。(3)施某规劝张某到案,施某具有立功表现。(4)指控的第三节事实中,施某仅参与租用松滋市危水食品中转站非法制造假冒香烟商标标识的犯罪事实,未参与其余两地犯罪活动,公诉机关指控施某参与其余两地犯罪事实的证据不足。

被告人杨某对公诉机关指控的事实无异议;其辩护人认为,杨某仅参与杨浦体育场内加工假冒香烟的犯罪活动,且作用较小,又有自首等情节,要求对杨减轻处罚并适用缓刑。

被告人秦某及其辩护人均认为,秦某仅对厢式货车上被查获的假冒香烟承担刑事责任,且犯罪金额应以实际的销售价格认定。

第二部分:法院查明犯罪事实与认定证据

(一)2007 年 6、7 月间,被告人施某与无业人员万某(另行处理)约定,由万家兄弟租借上海隆昌路 640 号杨浦体育场三号看台下的场地组织人员加工成品香烟,万家兄弟还租借杨浦区友谊新村 220 号 101 室存放加工的成品香烟;施某提供散支烟、包装纸盒等原材料并负责销售。后施某让被告人杨某及无业人员余某(另行处理)等人具体操作,杨某负责运输,施某每月向杨、余支付固定报酬;余某让张某(另行处理)帮助运输,每月向张支付固定报酬。万家兄弟还租借杨浦区国权后路 13 号、淞沪路 700 号、控江五村 114 号 101 室存放由施某从他处提供并交万家兄弟销售的香烟。2007 年 12 月,公安机关在杨浦体育场和友谊新村 220 号 101 室内分别查获“熊猫”“三五”等各种品牌香烟计 5,592 条,非法经营数额 15.2 万余元。2008 年 3 月,公安机关又在国权后路 13 号、淞沪路 700 号和控江五村 114 号 101 室内分别查获礼品“熊猫”等各种品牌香烟 2.9 万余条,货值金额 83.7 万余元。上述查获的香烟经鉴定均系假冒产品。2008 年 7 月 23 日,被告人杨某向公安机关投案。

证明以上事实的证据主要有:

1. 涉案人员万某的陈述证实:(1)2007 年 6、7 月间,其与二哥在杨浦体育场内租借场地

并与施某商定,由施某提供假冒散支烟及包装材料,他们负责包装、装箱后再由施某指派余某、杨某、王某等人运走销售;(2)控江五村、国权后路、淞沪路三个仓库是万某租借,仓库内假冒香烟均由施某让余某、张某等人送到此处代为销售,所得货款再与施某结算,其中有三次通过余某、杨某将货款15万元交给施某,另外友谊新村内存放的假冒香烟是杨浦体育场加工的;(3)万家兄弟在杨浦体育场内加工假冒香烟时还聘请曾某等人帮助搬运,每月向他们支付固定报酬;(4)2008年初,施某曾召集万某、杨某、余某等人商量今后销售假冒香烟事宜。

2. 涉案人员曾某的陈述证实:(1)曾某经他人介绍为万家兄弟制售假冒香烟提供运输等帮助,每月获得固定报酬;(2)控江五村、国权后路、淞沪路三个仓库由万家兄弟租借,仓库内存放施某让余某、张某等人送来并交万某等人销售的假冒香烟,实际销售的品名、数量、价格等以送货单为准;(3)2008年初,施某召集余某、杨某、万某等人碰面,并让万某继续负责上海假冒香烟的销售,余某、杨某负责外地销售等;(4)友谊新村存放的香烟是杨浦体育场加工的。

3. 涉案人员张某的陈述证实,张某于2007年7、8月经余某介绍开始帮助施某将假冒香烟运到控江五村、淞沪路等处,每次运输货物都有送货单,具体销售的品名、数量、价格等以送货单为准,余某每月支付给张固定报酬。

4. 涉案人员宋某的陈述证实,宋于2007年11月起在杨浦体育场内帮助万家兄弟搬运假冒香烟,每月获取固定报酬。

5. 公安机关出具的《随案移交物品清单》,烟草专卖局出具的《提取物证清单》等证据,证实2007年12月和2008年3月在杨浦体育场和友谊新村220号101室、控江五村114号101室、国权后路13号、淞沪路700号等处查获香烟的品牌、数量等。

6. 上海市烟草质量检验检测站出具的《烟草专卖品鉴定证明》证实,上述查获的香烟经鉴定均系假冒。

7. 上海市烟草专卖局财务物价处出具的《查获物品清单》,查获的相关送货单、收据及涉案人员曾某等人的辨认笔录等证据,证实查获香烟的实际销售价格和同类合格产品的市场中间价格。

8. 对上述事实,被告人杨某均供认不讳,被告人施某曾供认在案。

(二)2013年9月,被告人施某以蔡某要使用仓库存放、销售假冒香烟为名,委托他人租赁位于上海南大路729弄275支弄68号的上海昌兴运务发展有限公司一间仓库(以下简称南大路仓库)。施某雇佣张某、金某(另行处理)分别负责仓库管理和在仓库外通往公路的交叉路口望风,并每月向二人支付固定报酬。张某又以每车(厢式货车)500元至800元不等的价格雇佣被告人秦某帮助运输香烟。自2013年2月起,张某又让金某另外租借上海泥城镇马厂村水船665号仓库(以下简称马厂村仓库)存放香烟,并让秦某将南大路仓库的“七星”等品牌香烟运到此处存放。2013年2月8日上午,被告人秦某根据张某要求,驾驶一辆装有从南大路仓库内提取的香烟、车牌号为沪B44387的江铃牌厢式货车准备运往外地,车至沪宁高速公路江桥收费站时被公安机关查获,公安机关又先后对南大路仓库和马厂村仓库进行搜查。以上查获的“七星”等各种品牌香烟计12万余条,经鉴定均系假冒注册商标且伪劣卷烟,

货值金额 623.6 万余元,其中马厂村仓库和厢式货车上查获伪劣卷烟的货值金额 106.9 万余元。

证明以上事实的证据主要有:

1. 涉案人员张某的陈述证实:(1)2011 年 10 月,被告人施某通过曹某租借南大路仓库后,让张某帮助看管并代付租金;(2)2013 年 9 月,施某以福建人蔡某要使用该仓库存放、销售假冒香烟为名,指派张某、金某分别负责仓库管理和在仓库外通往公路的交叉路口望风,并支付张、金固定报酬;(3)张某聘用被告人秦某等人根据施某和福建人蔡某的指令帮助运输、装卸,且以每车(厢式货车)500 元至 800 元不等的价格向秦支付运费;(4)2007 年 2 月,张某通过金某另外租借马厂村仓库后,让秦某将南大路仓库“七星”等品牌的假冒香烟运到此处存放,同月 8 日上午,张某又让秦某运输一批假冒香烟到外地时被公安机关查获。

2. 涉案人员金某的陈述证实:(1)2013 年下半年,“小施”让金某在南大路仓库通往公路的交叉路口望风,每月向其支付固定报酬,另有一名“安徽人”帮助运输,一名叫小张的人具体负责货物进出;(2)马厂村仓库是应小张要求,由其以存放服装的虚假名义向当地村民严某租借,用于存放从南大路仓库运来的假冒香烟;(3)2013 年 2 月 8 日,金某看到“安徽人”从南大路仓库驾车出去,不久被公安机关查获。金某还从公安人员提供的一组 10 张照片中辨认出,“小施”就是被告人施某,“安徽人”就是被告人秦某,小张就是张某。

3. 证人曹某、赵某的证言分别证实,2011 年下半年,曹某受施某委托,通过赵某向昌兴运务公司租借南大路仓库,该仓库由张某负责货物进出,被告人秦某等人帮助运输。

4. 昌兴运务公司总经理张某忠的陈述及相关收据等证据证实,南大路仓库是该公司的经营场地,于 2011 年 10 月经赵某介绍出借给他人,后张某忠经常看见有一人驾驶厢式货车到此卸货,另一人负责仓库管理,且以后的租金也是由该仓库管理人员支付。张某忠还从公安人员提供的一组 10 张照片中辨认出,开厢式货车的驾驶员就是被告人秦某,负责仓库管理并支付租金的人就是张某。

5. 证人严某的证言证实,马厂村仓库是严某私宅,于 2014 年 2 月借给金某后,严曾多次看见他们将货物运到此处存放。

6. 公安机关出具的《扣押物品、文件清单》《证明》及相关照片等证据证实,公安机关于 2014 年 2 月先后在秦某驾驶的一辆牌照号为沪 B44387 的江铃牌厢式货车上和南大路仓库、马厂村仓库内查获“七星”等各种品牌香烟计 121,611.3 条等物品。

7. 上海市烟草质量监督检测站出具的《鉴别检验报告》证实,以上查获的香烟均系假冒注册商标且系以次充好的伪劣卷烟。

8. 上海市烟草专卖局出具的《估价意见书》,公安机关查获的送货单、收据等证据证实,被告人施某等人以前曾经销售假冒香烟的实际价格和同类合格产品的市场中间价格。

9. 对上述事实,被告人秦某供认不讳,被告人施某曾供认在案。

(三)2010 年 3 月,被告人施某与李某(另行处理)先后在湖北省松滋市设立松滋市危水纸盒厂和沙道观振兴纸盒厂,由李某任法定代表人,并租用场地,组织苟某等人(已判刑)非法

印制烟用的中华牌商标标识。同年11月和2011年4月,公安机关在松滋市危水纸盒厂内先后查获印有“中华”牌商标标识的纸张计1.4万余张及相关设备、工具等。2010年12月,被告人施某又在江苏省句容市二圣镇迎峰村租借场地设立加工场,并组织孙某等人(均已判刑)非法印制烟用的中华牌商标标识290余万件。2011年3月,公安机关在上述地点查获烟用的中华牌商标标识3,500件。上述查获的中华牌商标标识经鉴定均系假冒。

证明以上事实的证据主要有:

1. 涉案人员李某的陈述证实:(1)2010年初,李某与施某在湖北省松滋市的危水镇火车站附近和沙道观镇大桥路附近,分别设立松滋市危水纸盒厂和沙道观振兴纸盒厂,由李某任法定代表人,施某则组织苟某等人印制烟用中华牌商标标识;(2)2011年1月,李某又根据施某要求,在句容市迎峰村筹备制假场所,该场所的印制设备均从沙道观振兴纸盒厂搬来。

2. 涉案人员苟某、李某华、胡某等人的陈述证实,松滋市危水纸盒厂和沙道观振兴纸盒厂的实际负责人是被告人施某,他们由施某安排在这两家厂印制烟用中华牌商标标识。

3. 涉案人员孙某、陆某、倪某等人的陈述证实,施某组织他们在松滋市危水纸盒厂印制烟用中华牌商标标识。

4. 涉案人员张某军的陈述证实,2010年12月其根据施某要求,在句容市迎峰村帮助租借场地,由施某组织人员印制烟用中华牌商标标识,并制定了相应的保密制度等。

5. 涉案人员孙某的陈述证实:(1)2011年初,其根据施某安排具体负责句容市迎峰村烟用中华牌商标标识的印制、装箱、发货及统计等工作;(2)截至2011年3月止共印制烟用中华牌商标标识(小盒)290余万件。

6. 涉案人员周某、孙某飞、王某、陆某等人的陈述证实,他们于2011年1月起在句容市迎峰村印制烟用中华牌商标标识等。

7. 公安机关提供的《扣押物品、文件清单》《现场勘查记录》《搜查笔录》及照片等证据分别证实,公安机关于2010年11月和2011年4月在松滋市危水纸盒厂内查获印有中华牌商标标识纸张计1.4万余张及相关设备、工具等;于2011年3月在句容市迎峰村查获烟用中华牌商标标识计3,500件及相关设备等。

8. 国家工商行政管理总局和上海烟草(集团)公司出具的《证明》分别证实,中华牌卷烟商标是上海烟草(集团)公司经国家工商行政管理总局注册的商标,上海烟草(集团)公司从未委托集团外的任何企业和个人加工生产中华牌卷烟的外包装。

9. 上海市烟草质量监督检测站出具的《烟草专卖品鉴定证明》证实,上述查获的烟用中华牌商标标识均系假冒。

10. 被告人施某对部分事实供认不讳,且与上述证据能够相互印证。

第三部分:争议焦点的归纳、总结与分析论证

经法庭调查,法官归纳出本案控辩双方存在以下焦点问题,并逐一做出了分析与论证。

(一)关于被告人施某及其辩护人、被告人杨某的辩护人提出友谊新村、控江五村、国权后路、淞沪路等处查获的假冒香烟与施某、杨某无关的问题

经查,万某等人的陈述已经证实,存放在控江五村、国权后路、淞沪路的假冒香烟是施某指派余某、张某等人提供给万家兄弟代为销售,万家兄弟再与施某结算货款;存放在友谊新村的假冒香烟是杨浦体育场加工的;施某还召集万某、余某、杨某等人商量下一步销售假冒香烟事宜。万某还证实他们曾通过余某、杨某向施某转交过销售货款,其中一次是在控江五村将5万元货款交给杨某。张某的陈述也证实,其根据余某等人要求将假冒香烟运送到淞沪路、控江五村等处。被告人杨某对万家兄弟将销售假冒香烟的货款通过其带给施某,其中一次是万某在控江五村交给杨某5万元货款,以及施某曾召集余某、万某、杨某等人商量下一步销售假冒香烟等事实供认不讳;被告人施某对其向万家兄弟提供包装材料的同时,还让余某等人向他们提供其他成品香烟销售,再与万家兄弟结算货款等的事实均曾供认在案。

法院认为,以上事实证明,友谊新村存放的假冒香烟是杨浦体育场加工的,而控江五村、国权后路、淞沪路存放的假冒香烟均由施某指派余某等人提供给万家兄弟销售,万家兄弟再与施某结算货款。其间,杨某帮助施某收取货款,还与施某、余某、万某共同商量下一步销售假冒香烟的计划。由此可知,被告人施某、杨某与万某等人已经形成共犯,理应对他们共同参与的全部犯罪承担刑事责任。故被告人施某及其辩护人、被告人杨某的辩护人提出友谊新村、控江五村、国权后路、淞沪路查获的假冒香烟与施某、杨某无关的辩解和辩护意见,与事实不符,不予采纳。

(二)关于被告人施某及其辩护人对公诉机关指控的部分犯罪金额提出异议的问题

法院认为,假冒他人注册商标的香烟属于侵犯知识产权的产品,其犯罪金额应以非法经营数额计算,根据《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》第12条的规定,非法经营数额是指行为人制造、销售侵权产品的价值,其中对已销售的侵权产品价值,按照实际销售价格计算;对未销售的侵权产品价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算;对侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的,按照侵权产品的市场中间价格计算。现已查明,被告人施某等人制造、销售的假冒香烟部分有实际销售价格,部分既无标价也无法查清实际销售价格,只有市场中间价格,那么,依据上述计算标准,杨浦体育场和友谊新村内查获假冒香烟的非法经营数额应该是15.2万余元,控江五村、国权后路、淞沪路内查获假冒香烟的非法经营数额应该是83.7万余元。因此,公诉机关指控控江五村、国权后路、淞沪路内查获假冒香烟的非法经营数额正确,但指控杨浦体育场和友谊新村内查获假冒香烟的非法经营数额为425万余元有误。故被告人施某及其辩护人提出的相关辩解和辩护意见,可以采纳。

(三)关于被告人施某、杨某参与杨浦体育场(包括友谊新村)加工假冒香烟并予以销售行为的定性问题

虽然两被告人及其辩护人对公诉机关指控的罪名没有异议,但法院认为,两被告人的行

为构成假冒注册商标罪。这与公诉机关指控两被告人参与控江五村、国权后路、淞沪路非法销售假冒香烟构成非法经营罪完全不同。

1. 杨浦体育场和友谊新村内查获的假冒香烟由被告入施某、杨某在未经许可的情况下,伙同万家兄弟等人非法加工制造并擅自使用他人注册商标标识,两被告人的行为分别触犯《刑法》第213条和第225条规定的假冒注册商标罪和非法经营罪,这是两被告人出于一个故意,实施一个犯罪行为,同时触犯两个罪名的犯罪,根据有关规定,应以法定刑较重的犯罪处罚。比较上述两个罪名,若以非法经营罪处罚,因其非法经营的假冒香烟是5,592条,属情节严重,依法应判处有期徒刑五年以下有期徒刑;若以假冒注册商标罪处罚,因其非法经营数额是15.2万余元,且是假冒两种以上品牌香烟,属情节特别严重,依法应判处有期徒刑三年以上七以下有期徒刑。显然,假冒注册商标罪的处刑较非法经营罪重,故应当以假冒注册商标罪认定。

2. 控江五村、国权后路、淞沪路内查获的假冒香烟系被告人施某、杨某在未经许可的情况下,伙同万家兄弟等人非法销售且明知是假冒注册商标的香烟,两被告人的行为已分别触犯《刑法》第214条和第225条规定的销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪,根据有关规定,也应当以法定刑较重的犯罪处罚。比较上述两个罪名,若以销售假冒注册商标的商品罪处罚,因其货值金额是80余万元,属数额较大,依法应判处有期徒刑三年以下有期徒刑;若以非法经营罪处罚,因其非法经营的香烟是2.9万余条,属情节特别严重,依法应判处有期徒刑五年以上有期徒刑。显然,非法经营罪的处刑较销售假冒注册商标的商品罪重,故公诉机关以非法经营罪指控是正确的。

(四)关于被告人施某否认参与指控的第二节犯罪活动的问题

经查,张某、曹某的陈述已经证实,南大路仓库是施某租借,租金由施某支付;张某、金某的陈述证实,他们受施某指派分别负责南大路仓库管理和在仓库外通往公路的交叉路口望风,并由施某向他们支付固定报酬。被告人施某对以上事实曾供认在案,且与相关人员的陈述相互印证。此外,被告人秦某及张某、金某还分别证实,马厂村仓库存放的假冒香烟是从南大路仓库运来,案发当天从江铃牌厢式货车上查获的假冒香烟也是从南大路仓库提取。

法院认为,以上事实证明,被告人施某在南大路仓库从事仓储、运输、销售假冒香烟的活动中,主要负责租借场地、指派人员管理仓库和进出货物、指使他人望风、向聘用人员支付固定报酬等,施某直接参与并起到了主要作用。此外,公安机关在江铃牌厢式货车上和马厂村仓库内查获的假冒香烟均来源于南大路仓库。故被告人施某应对上述查获的全部假冒香烟承担刑事责任,施某否认参与此节犯罪活动的辩解,与事实不符,不予采信。

(五)关于被告人秦某及其辩护人提出秦某不应南大路仓库和马厂村仓库查获的假冒香烟承担刑事责任的问题

经查,张某的陈述已经证实,被告人秦某是受张某聘请为运输假冒香烟提供帮助,且仅以每车(厢式货车)500元至800元不等的价格收取运费;马厂村仓库的假冒香烟也是秦某根据

张某要求,从南大路仓库运到此处存放。被告人秦某对以上事实供认不讳。

法院认为,被告人秦某帮助张某等人运输假冒香烟并收取运费,在共同犯罪中起了辅助作用,根据法律规定,应按其参与的犯罪承担相应的刑事责任。现已查明,被告人秦某除参与2013年2月8日运输假冒香烟和马厂村仓库运输假冒香烟的犯罪活动外,并无证据能够证明南大路仓库查获的假冒香烟与其有关。故对被告人秦某及其辩护人称秦某不应对南大路仓库查获的假冒香烟承担刑事责任的辩护意见,予以采纳;对其提出不应对马厂村仓库查获的假冒香烟承担刑事责任的意见,不予采纳。

(六)关于被告人施某及其辩护人、被告人秦某的辩护人对公诉机关指控的犯罪金额提出异议的问题

法院认为,对假冒伪劣香烟尚未销售即被查获以销售伪劣产品罪处罚的,其犯罪金额应以货值金额计算。根据相关司法解释精神,货值金额是以违法销售伪劣产品的标价或者已经查清的实际销售平均价格计算,标价与实际销售平均价格不一致的,按照实际销售的平均价格计算;没有标价的,应按同类合格产品的市场中间价格计算。现已查明,被告人施某、秦某参与销售的假冒香烟部分有实际销售的平均价格,部分只有同类合格产品的市场中间价格,那么,依据上述标准计算,南大路仓库、马厂村仓库和江铃牌厢式货车上查获假冒香烟的货值金额应该是623万余元,其中马厂村仓库和江铃牌厢式货车上查获假冒香烟的货值金额是106万余元,公诉机关指控两被告人的犯罪金额为1,768万余元有误。故被告人施某及其辩护人、被告人秦某的辩护人提出的相关辩解和辩护意见,可以采纳。

(七)关于被告人施某、秦某参与销售假冒伪劣香烟行为的定性问题

虽然两被告人及其辩护人对公诉机关指控的罪名没有异议,但法院认为,两被告人的行为构成销售伪劣产品罪。因为,两被告人是在未经许可的情况下违反规定擅自销售烟草制品,销售的又是明知假冒注册商标且系伪劣的烟草制品,两被告人的行为均已触犯《刑法》第140条、第214条和第225条规定的销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪,根据前述理由,应以法定刑较重的犯罪处罚。比较上述三个罪名,若以销售伪劣产品罪处罚,因其货值金额达到623万余元,依法应判处有期徒刑十五年或者无期徒刑;若以销售假冒注册商标的商品罪处罚,因其货值金额是623万余元,属数额巨大,依法应判处三年以上七年以下有期徒刑;若以非法经营罪处罚,因其非法经营的烟草制品是12万余条,属情节特别严重,依法应判处五年以上有期徒刑。显然,销售伪劣产品罪的处刑较销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪重,应当以销售伪劣产品罪认定。

(八)关于被告人施某的辩护人提出施某有立功表现的问题

经查,同案犯张某因涉嫌犯销售假冒注册商标的商品罪被批准刑事拘留后一直在逃,公安机关进行上网追逃,后张某主要在施某的规劝下向公安机关投案自首。

法院认为,根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条规定,协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)的,应当认定为有立功表现。所谓协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)的行为,既指为司法机关抓获其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)提供重要线索的行为,也包括直接协力抓获的行为。本案中,虽然被告人施某主动配合司法机关规劝并最终促使同案犯张某投案自首,对此情节可在量刑时予以充分体现,但其行为不符合以上法律规定的立功条件,故不能认定被告人施某有立功表现。

(九)关于被告人施某及其辩护人提出公诉机关指控施某参与沙道观振兴纸盒厂和句容市迎峰村非法印制烟用中华牌商标标识的证据不足的问题

经查,李某的陈述已经证实,沙道观振兴纸盒厂是施某在组织人员印刷烟用的中华牌商标标识,句容市迎峰村制假工厂也是根据施某的要求设立,且该工厂的设备均从沙道观振兴纸盒厂搬来;张军的陈述也证实,句容市迎峰村场地是根据施某的需要租借,该工厂也是施某在组织人员印制烟用中华牌商标标识,还规定了相关的保密制度等;苟某等人的陈述均证实,上述两个制假场所的实际负责人是被告人施某,他们均由施某安排印制烟用的中华牌商标标识;国家工商行政管理总局和上海烟草(集团)公司出具的《证明》又分别证实,烟用中华牌商标是上海烟草(集团)公司经国家工商行政管理总局注册的商标,上海烟草(集团)公司从未委托集团外的任何企业和个人加工生产该商标标识。

法院认为,以上事实已经证明,被告人施某在沙道观振兴纸盒厂和句容市迎峰村非法印制烟用中华牌商标标识中,积极参与并起到了主要作用。因此,公诉机关指控施某参与上述制假的事实清楚,证据确实、充分。被告人施某及其辩护人的相关辩解和辩护意见,无事实和法律依据,不予采纳。

(十)关于被告人施某在沙道观振兴纸盒厂和句容市迎峰村组织他人非法印制烟用中华牌商标标识行为的定性问题

虽然被告人施某及其辩护人对公诉机关指控的罪名没有异议,但法院认为,被告人施某等人在明知烟用的中华牌商标标识系上海烟草(集团)公司的注册商标,伪造该注册商标会严重侵犯上海烟草(集团)公司合法权益的情况下,却为了牟取非法利益,擅自购置设备并组织人员伪造该注册商标标识290余万件,侵犯了上海烟草(集团)公司的注册商标专用权和国家的商标管理制度,其行为完全符合《刑法》第215条的规定,应以非法制造注册商标标识罪认定。

(十一)关于松滋市危水纸盒厂内查获商标标识的认定问题

经查,湖北省松滋市公安局提供的《搜查笔录》《调取证据清单》等证据证实,公安机关在松滋市危水纸盒厂内查获印有中华牌标识的铝铂纸1,500张,红、黄、白等纸张计13,210张,且每张纸可印制14件(套)商标标识;松滋市危水纸盒厂负责人苟某等人均证实,印制1件

(套)完整的烟用中华牌商标标识需经过多道工序,上述查获的标识只经过前两道工序,系半成品。

法院认为,根据《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》第12条规定,伪造他人的注册商标标识是以标有完整商标图样的一份标识为1件来认定犯罪数量。而松滋市危水纸盒厂内查获的印有中华牌标识的纸张并非完整的商标图样,故不能以该纸张数量折算成20余万套(半成品)作为犯罪金额认定;同时,上述印有中华牌标识的纸张是被告人施某等人尚未印制完成即被查获的物品,由于施某等人意志以外的原因,使其伪造烟用中华牌商标标识的目的未能得逞,属情节显著轻微,危害不大,可不以犯罪论处。

第四部分:法 院 裁 判

经审理,法院判决如下:

被告人施某伙同被告人杨某等人未经“熊猫”“三五”等品牌的注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,且假冒两种以上注册商标,非法经营额达到15万余元,两被告人的行为均已构成假冒注册商标罪,且情节特别严重,依法均应判处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;被告人施某伙同被告人杨某等人未经许可擅自销售法律规定系专卖物品的烟草制品,并已查获该烟草制品2.9万余条,两被告人的行为均又构成非法经营罪,且情节特别严重,依法均应判处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产;被告人施某还伙同被告人秦某等人违反规定擅自销售伪劣烟草制品,货值金额达623万余元,其中秦某参与的货值金额达106万余元,两被告人的行为均已构成销售伪劣产品罪,依法应对施某判处十五年有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产,对秦某应判处七年以上有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;被告人施某组织他人伪造烟用的中华牌商标标识290余万件,其行为构成非法制造注册商标标识罪,且情节特别严重,依法应判处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。其中,对被告人施某应四罪并罚予以惩处,对被告人杨某应两罪并罚予以惩处。公诉机关指控三名被告人的基本犯罪事实清楚,但指控的罪名和犯罪金额有所不当。鉴于被告人施某、秦某参与销售的伪劣烟草制品尚未销售即被查获,系犯罪未遂,且施某能协助司法机关规劝同案犯投案自首,对施某、秦某所犯销售伪劣产品罪可分别减轻处罚。在以上共同犯罪中,被告人施某起主要作用,系主犯,应按其参与的全部犯罪处罚;被告人秦某起辅助作用,系从犯,对秦某可减轻处罚。此外,在被告人施某、杨某共同参与假冒注册商标和非法经营的犯罪活动中,施某均起主要作用,系主犯,应按其参与的全部犯罪处罚;杨某均系从犯,且杨某能主动投案并如实供述犯罪事实,有自首情节,对杨某均可减轻处罚。根据杨某的犯罪情节和悔罪表现,适用缓刑确实不致再危害社会,可依法对杨某宣告缓刑。故杨某的辩护人要求对杨适用缓刑的意见,可以采纳。为维护国家商标管理、对产品质量监督管理和对市场秩序管

理等制度,保障他人注册商标专用权、消费者合法权益等不受侵犯,依照《刑法》第二百一十三条、第二百二十五条第(一)项、第一百四十条、第二百一十五条、第六十九条、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第二十三条、第六十七条第一款、第七十二条、第七十三条第二款、第三款、第四十七条、第五十三条、第六十四条的规定,判决如下:

一、被告人施某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币三万元;犯非法经营罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民币五万元;犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑七年,并处罚金人民币二十五万元;犯非法制造注册商标标识罪,判处有期徒刑三年三个月,并处罚金人民币四万元。决定执行有期徒刑十二年,并处罚金人民币三十七万元。

二、被告人秦某犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑三年六个月,并处罚金人民币五千元。

三、被告人杨某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑一年,并处罚金人民币五千元;犯非法经营罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币一万元。决定执行有期徒刑三年,缓刑三年,并处罚金人民币一万五千元。

四、违法所得的一切财物和犯罪工具予以没收。

教学手册

教学对象及目标

本案例供法律硕士案例教学使用,法学本科(大四)、刑法学硕士、刑事诉讼法学硕士也可以参酌使用。

本案例主要就涉烟犯罪的罪名选择与确定、刑事审判范围的确定、变更指控罪名判决的程序保障等问题进行讲授。具体要解决的问题包括:(1)涉烟犯罪的罪名选择,一般会涉及哪些罪名;(2)制售假冒伪劣烟草专卖品,同时触犯两个或者两个以上罪名的情况下,属于想象竞合犯还是牵连犯抑或法规竞合,是以一罪处理还是数罪并罚;(3)刑事审判能否超出指控的事实进行判决;(4)变更指控的罪名判决,应通过何种程序保障被告人权益;(5)对被告人的辩解和辩护人的意见如何进行审查与判断,在判决书中如何进行回应。

教学内容

1. 涉烟犯罪一般会触犯哪些罪名?

涉烟犯罪,即通常所指的制售假冒伪劣烟草专卖品犯罪。国家对烟草专卖品实施专营专卖制度,严禁无证经营。无证制售烟草专卖品,情节严重的,构成非法经营罪。生产假冒烟草专卖品,情节严重的,构成假冒注册商标罪。销售假冒烟草商标的烟草专卖品,销售金额数额较大的,构成销售假冒注册商标的商品罪。生产、销售伪劣烟草专卖品,销售金额5万元以上的,构成生产、销售伪劣产品罪。伪造、擅自制造他人烟草专卖品注册商标标识或者销售伪造、擅自制造他人烟草专卖品注册商标标识,情节严重的,构成非法制造、销售非法制造的注

册商标标识罪。因此,涉烟犯罪一般会触犯非法经营罪,生产、销售伪劣产品罪,假冒注册商标罪,销售假冒注册商标的商品罪,非法制造注册商标标识罪,销售非法制造的注册商标标识罪等罪名。

2. 有证生产、销售假冒伪劣烟草专卖品犯罪如何确定罪名?

有证即取得烟草专卖许可证生产、销售烟草专卖品的行为,不构成非法经营罪。但在生产过程中假冒他人烟草注册商标,情节严重的,构成假冒注册商标罪;销售明知是假冒他人烟草注册商标的烟草专卖品,销售金额数额较大的,构成销售假冒注册商标的商品罪。可见,对于有证生产、销售假冒烟草专卖品构成犯罪的,以假冒注册商标罪或者销售假冒注册商标的商品罪定罪处罚即可。而对于生产、销售的烟草专卖品系假冒又伪劣的情况,则该行为既可能同时构成假冒注册商标罪和生产、销售伪劣产品罪,也可能同时构成销售假冒注册商标的商品罪和销售伪劣产品罪。教师在授课中,需要告知学生:第一,实践中不合格烟草专卖品往往包括假冒不伪劣、伪劣不假冒、假冒又伪劣三种情形,在涉及罪名上,需要结合三种情形进行分析;第二,一种行为同时触犯两个或者两个以上罪名的情况下,属于想象竞合犯,不属于牵连犯或者法规竞合,对于想象竞合犯应从一重处,即比较不同罪名在这种情况下所对应的刑罚的轻重,选择刑罚较重的罪名进行定罪处罚;第三,通过本案例区分想象竞合犯、牵连犯和法规竞合。

3. 非法生产、销售假冒伪劣烟草专卖品犯罪如何确定罪名?

非法生产、销售假冒烟草专卖品,即无证生产、销售假冒烟草专卖品,可能同时构成假冒注册商标罪和非法经营罪或者销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪的,应从一重处。非法生产、销售伪劣烟草专卖品,可能同时构成生产、销售伪劣产品罪和非法经营罪的,应从一重处。非法生产、销售假冒伪劣烟草专卖品,可能同时构成假冒注册商标罪,生产、销售伪劣产品罪和非法经营罪,或者销售假冒注册商标的商品罪、销售伪劣产品罪和非法经营罪的,应从一重处。教师在授课中,需要告知学生,一种行为触犯两个或者两个以上罪名的情况,属于想象竞合犯,应从一重处。

4. 非法同时生产、销售合格烟草专卖品、假冒伪劣烟草专卖品犯罪如何确定罪名?

对于这种情况,在教学中需要告知学生,非法制售合格烟草专卖品,只有情节严重的,才构成非法经营罪。情节非严重的,属于一般违法行为。而对于非法制售假冒伪劣烟草专卖品犯罪的罪名确定,根据之前的教学内容,可能同时构成假冒注册商标罪,生产、销售伪劣产品罪和非法经营罪,或者销售假冒注册商标的商品罪、销售伪劣产品罪和非法经营罪的,应从一重处。其次,告知学生,既非法制售合格烟草专卖品又非法制售假冒伪劣烟草专卖品的,属于两种行为,应独立评价,具体包括:如果前种行为构成或者不构成非法经营罪,后种行为最终以非法经营罪定罪处罚的,因为都属于非法经营行为,应累计两种行为的数额以非法经营罪处理;如果前种行为构成非法经营罪,后种行为最终以其他罪名定罪处罚的,则两罪并罚;如果前种行为不构成非法经营罪,后种行为最终以其他罪名定罪处罚的,则以其他罪名定罪,将前种行为作为量刑情节从重处罚。

5. 涉烟犯罪是否存在未遂形态?

涉烟犯罪大多在待售阶段被查,对此,相关司法解释明确,非法生产、销售伪劣烟草专卖品,未销售货值金额15万元以上或者销售金额不满5万元但与未销售货值金额累计在15万元以上的,构成生产、销售伪劣产品罪(未遂);销售假冒烟草注册商标的烟草专卖品,未销售货值金额15万元以上或者销售金额不满5万元但与未销售货值金额累计在15万元以上的,构成销售假冒注册商标的商品罪(未遂)。根据“两高”《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,销售非法制造的注册商标标识罪也存在未遂形态。对于以非法经营罪定罪的情况,由于生产、销售、贮存、运输等都属于经营行为,故倾向认为非法经营罪没有未遂形态。在教学过程中,要告知学生,对于未遂形态,只是提高了入罪门槛,法定刑升格标准未变,但可以适用未遂情节调节量刑。由于未遂形态的入罪已经降低了入罪门槛,故不再适用未遂情节。

6. 假冒伪劣烟草专卖品的价格如何认定?

涉烟犯罪触犯的多数罪名为数额犯,涉案烟草专卖品价格的认定,关系罪与非罪、罪轻与罪重。关于假冒伪劣烟草专卖品的价格,“两高”《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,查获的未销售的伪劣卷烟、雪茄烟,能够查清销售价格的,按照实际销售价格计算;无法查清实际销售价格,有品牌的,按照该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算;无品牌的,按照查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的上年度卷烟平均零售价格计算。

7. 如何认定共同犯罪并确定刑责?

共同犯罪指两人以上共同故意犯罪,要求共犯人有共同的犯罪故意和共同的犯罪行为。共犯主要分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。关于共犯的罪责,需要根据共犯人在共同犯罪中的地位、作用进行确定。在教学过程中,重点提示从犯的认定及罪责的承担、共犯的犯罪形态。

8. 刑事审判的范围如何确立?

基于诉审分离原则,刑事案件实行不告不审。在公诉案件中,起诉书所指控的具体犯罪事实构成了对刑事案件审判范围的提示与限制,法院不得随意超出起诉范围就未指控的事实径行作出实体裁判。

9. 变更指控罪名判决的应如何保障被告人权益?

告知学生,根据刑事诉讼法及刑诉法解释规定,法院可以变更指控罪名判决。但是,为了保障被告人权益,特别是充分听控辩意见,需要予以程序保障。一般而言,在指控的犯罪事实清楚,证据确实、充分,但起诉罪名与经审理认定的罪名不一致时,法院可通过告知、发问等方法予以开示,充分听取控辩双方意见并保障被告方有效行使辩护权,并在此基础上按照审理认定的罪名作出裁判。教学过程中,引导学生对本案被告人行为进行定罪,看是否以公诉机关指控的非法经营罪定罪处罚,如是,诉审一致,如否,则需要变更指控罪名判决。

10. 如何审查与判断被告人的辩解与辩护人的意见?

在刑事审判中,认真听取被告人辩解与辩护人意见,有利于查明事实、正确适用法律、防

范冤假错案、提高办案质量。在教学中,告知当前正在推进以审判为中心的诉讼制度改革,关键是推进庭审实质化,其中要求强化辩护权,促进控辩对等。因此,法官不仅应当认真听取控辩意见,而且要结合案件证据材料和法律规定对控辩意见进行审查、判断,确保作出公正判决。对于控辩意见是否采纳,都应当在裁判文书中回应。

此外,通过对该案例的分析,要培养学生分析案例的法律推理能力。

课堂时间安排

本案例可以作为专门的案例教学课来进行,整个案例课的课堂安排4个课时,每课时45分钟。

如下课堂设计,仅供参考。

1. 课前计划:安排学生阅读案例及相关参考资料,对案例所涉及问题进行思考,撰写实践题答案。

2. 课中计划:

介绍教学目的,明确讨论主题;

分组讨论,回答各项思考题,讨论实践题的撰写要点;

小组代表提出撰写要点,学生讨论和分析;

教师归纳总结。

3. 课后计划:布置学生进一步结合具体案例思考想象竞合犯与牵连犯、法规竞合的界分及想象竞合犯的处断方法、变更指控罪名的程序保障,以及在刑事审判中如何充分保障辩护权、实现控辩对等。

思考题和实践题

思考题

(1)非法加工“熊猫”“三五”等各种品牌香烟,非法经营数额20万余元,根据刑法及相关司法解释规定,该行为是构成一罪还是数罪?如果构成数罪,数罪之间是什么关系,如何定罪处罚?

(2)非法销售明知是假冒注册商标的“熊猫”等各种品牌香烟,销售金额100万余元,根据刑法及相关司法解释规定,该行为是构成一罪还是数罪?如果构成数罪,数罪之间是什么关系,如何定罪处罚?

(3)非法销售明知是假冒注册商标且系伪劣的“七星”等各种品牌香烟,货值金额700万余元,根据刑法及相关司法解释规定,该行为是构成一罪还是数罪?如果构成数罪,数罪之间是什么关系,如何定罪处罚?

(4)非法制造中华牌香烟商标标识300余万件,该行为是否构成犯罪,构成何罪?

(5)对未销售的假冒伪劣卷烟、雪茄烟的价格认定,能够查清销售价格的,按照实际销售价格计算;无法查清实际销售价格,有品牌的,按照该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专

卖行政主管部门出具的零售价格计算;无品牌的,按照查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的上年度卷烟平均零售价格计算。该认定方法是否合理?

(6)以涉烟草犯罪为例,在成立牵连犯、想象竞合犯的情况下,如何从一重处?

(7)本案中,公诉机关指控该案施某、杨某、秦某的行为仅构成非法经营罪,但法院基于指控的犯罪事实,认为施某和杨某构成数罪、秦某不构成非法经营罪而构成他罪,法院能否经行判决?法院变更指控罪名判决,应如何保障被告人权益?

实践题

(1)如果你是被告人施某的辩护律师,请根据以上案情,编写辩护计划。

(2)请根据以上案情,为被告人施某撰写辩护词。

(3)请例举涉烟草犯罪以外的牵连犯、想象竞合犯、法规竞合的案例。

参考文献

1. 张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社 2007 年版,第 360~374 页。
2. 贺平凡、罗开卷:《涉烟犯罪的罪数形态认定》,载《政治与法律》2011 年第 7 期。
3. 罗开卷:《制售假冒伪劣烟草犯罪的罪数认定》,载《铁道警官学院学报》2011 年第 4 期。
4. 周强、罗开卷:《非法销售真烟和非法销售假烟并存时如何定性》,载《人民法院报》2011 年 4 月 20 日版。

(罗开卷,上海市高级人民法院刑二庭法官,luokaijuan2008@163.com;
刘瑞瑞,上海政法学院刑事司法学院教授,liuzhiqiang@shupl.edu.cn)