

上海市第三中级人民法院 刑事判决书

(2021)沪03刑终57号

抗诉机关上海市徐汇区人民检察院。

原审被告陈某某1，男，1970年12月7日生，XX，初中文化程度，汕头市澄海区韩辉工艺玩具厂员工，住广东省汕头市澄海区。2017年3月29日因犯侵犯著作权罪被判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币五千元。因本案于2020年7月23日被拘传，同月24日被刑事拘留，同年8月28日被逮捕。现羁押于上海市徐汇区看守所。

辩护人孙建保，上海靖予霖律师事务所律师。

上海市徐汇区人民法院审理上海市徐汇区人民检察院指控原审被告陈某某1犯侵犯著作权罪一案，于二〇二一年六月二十四日作出(2020)沪0104刑初1294号刑事判决。上海市徐汇区人民检察院在一审判决后提出抗诉。本院于2021年8月5日立案并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上海市人民检察院第三分院指派检察员潘莉出庭履行职务，原审被告陈某某1及辩护人孙建保到庭参加诉讼。期间经上海市人民检察院第三分院建议，本院决定延期审理一次。本案现已审理终结。

原审法院依据报案材料、证人谢某1、王某、陈某某1、陈某某2、刘某、谢某2、马某、郎某等人的证言、鉴定报告、上海市公安局徐汇分局受案登记表、立案决定书、到案经过、扣押决定书、扣押笔录、扣押清单、广东省汕头市澄海区人民法院刑事判决书、被告人陈某某1的供述等证据，认定2019年期间，陈某某1(另案处理)在未经权利人许可或授权的情况下，擅自在其位于广东省汕头市澄海区广益街道龙田工业区的韩辉工艺玩具厂内生产假冒惊奇大地(浙江)科技有限公司(以下简称惊奇大地公司)享有著作权的“迷你特工队”系列玩具。被告人陈某某1明知陈某某1生产侵权玩具，在该厂内负责销售工作。2020年7月23日，公安机关在韩辉工艺玩具厂内抓获被告人陈某某1，现场查获侵权玩具共计2.2万余件。经估算，上述待销售侵权玩具价值共计人民币76万余元(以下币种均为人民币)。经鉴定，韩辉工艺玩具厂生产的系列玩具与惊奇大地公司生产的“迷你特工队”系列玩具系基本相同，构成复制关系。

原判认为，被告人陈某某1伙同他人以营利为目的，未经著作权人的许可，擅自复制发行他人享有著作权的美术作品，非法经营额达70余万元，属有其他特别严重情节，其行为已构成侵犯著作权罪。本案系共同犯罪，综合考虑被告人陈某某1在共同犯罪中所处的地位和所起的作用，应认定为从犯，应当减轻处罚。被告人陈某某1到案后如实供述自己的罪行，系坦白，可以从轻处罚。被告人陈某某1曾因侵犯知识产权被刑事处罚后再次侵犯知识产权构成犯罪，可酌情从重处罚，且不能适用缓刑。据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百一十七条、第十二条、第二十五条第一款、第二十七条、第六十七条第三款、第五十三条、第六十四条之规定，判决：一、被告人陈某某1犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币五万元；二、被告人的违法所得予以追缴；三、查获的侵权复制品、加工模具等予以没收。

抗诉机关抗诉提出，陈某某1不仅负责重要的销售工作，还代表陈某某1处理各项事宜，行为

积极、作用重要，与仅领取固定工资的仓库管理员马某和财务人员谢某2的地位作用存在实质性差别，原判认定陈某1系从犯属于事实认定错误；陈某1在庭审阶段否认到案前明知系侵权产品而销售，且辩解仅参与销售而非负责销售，未如实供述主要犯罪事实，不具有坦白情节；陈某1曾因侵犯著作权罪被判处刑罚，此次再犯侵犯著作权罪，主观恶性较大，到案后也未予赔偿，当庭翻供，不适用认罪认罚从宽制度的情况下，原判判处有期徒刑二年的量刑畸轻。据此，提请二审法院依法纠正。

上海市人民检察院第三分院支持抗诉机关的抗诉意见。

原审被告被告人陈某1对原判认定的犯罪事实、证据及罪名无异议。

陈某1的辩护人认为陈某1构成侵犯著作权罪的事实不清、证据不足，具体理由如下

：1．被害单位惊奇大地公司被授权范围不包括变形机器人、变形武器等，因此被害单位不享有涉案玩具类型的著作权。2．中国XX中心版权鉴定委员会不具有鉴定资质，鉴定报告中作为抽样比对鉴定的正品样本来源存疑，鉴定流程方面存在诸多瑕疵，故该份鉴定报告不应采信。3．涉案金额系按照陈某1的供述进行估算，其中被扣押物品中有部分是包材，不应计入涉案金额中，扣除包材部分后涉案金额仅为54万余元。4．陈某1不参与生产，未复制侵权玩具，其参与销售的犯罪行为应认定构成销售侵权复制品罪。5．即使认定陈某1构成侵犯著作权罪，在共同犯罪中犯意系由陈某1提起且其生产销售环节起决策作用，系主犯；而陈某1不参与正品玩具的采购、模具改装、厂房租赁、原材料零部件的采购、注塑加工等生产行为，也不参与产品定价、寻找客户、支付结算、资金支配等工作，陈某1平时主要照顾陈某1的生活起居，偶尔会根据陈某1的要求接送客户、传达指示、传递信息等，证人马某、谢某2等不清楚陈某1的工作内容，扣押在案的手机中亦没有陈某1与他人关于生产销售侵权玩具的记录，因此陈某1在共同犯罪中所起作用很小，应认定为从犯。6．被扣押的侵权玩具未流入社会，没有产生盈利，属于犯罪未遂。7．陈某1到案后积极配合，如实供述犯罪事实，具有坦白情节。据此，恳请二审法院进一步查明案件事实，驳回抗诉。

经二审审理查明的事实和证据与原审相同。

根据审理查明的事实和证据，本院对各方意见综合评判如下：

一、关于惊奇大地公司是否享有涉案玩具类型的著作权。经查，SAMG动漫有限公司（中文名：三智动漫有限公司，以下简称SAMG公司）享有“最强战士迷你特工队”“迷你特工队X”“MINI FORCE”和“劲战炫车迷你赛车对战联盟”系列作品的著作权。在案的《授权书》证实，SAMG公司于2018年7月将“最强战士迷你特工队”“迷你特工队X”相关作品的权利授权给惊奇大地公司，授权使用内容包括含有与授权作品有关的名称（包含角色名称）、角色形象、图形、造型、动作、场景、文本、符号、LOGO、声音、视频等元素和材料，以及基于前述元素和材料的商标、品牌名称等标识，授权期限从2018年7月1日起至2022年10月31日止，授权品类包括但不限于食品、图书、玩具、文具、非服装类的纺织品、主题乐园、游乐项目、舞台剧、电子游戏及特殊影像。在授权品类中，SAMG公司仅对“迷你特工队X”的指定尺寸的变形玩具保留权利，而涉案玩具类型的尺寸均不在SAMG公司保留的授权品类范围内，故惊奇大地公司享有涉案玩具类型的著作权。辩护人提出惊奇大地公司对涉案玩具类型享有著作权存

疑的辩护意见，与查明的事实不符，本院不予采纳。

二、关于本案的鉴定问题。在鉴定主体方面，侦查机关委托中国XX中心对异同性进行鉴定，中国XX中心列入最高人民法院鉴定机构名录，业务范围包含版权鉴定。鉴定报告由该中心授权其职能部门即中国XX中心鉴定委员会出具，三名鉴定人员签字后，内容及效力由该中心确认。在鉴定流程方面，具体鉴定方法是对惊奇大地公司的“迷你特工队”系列玩具、周边玩具及涉案“迷你猛战队”系列玩具及周边玩具进行拍摄，将生成的图片作为鉴定样本，通过轮廓比对，叠化测试、判断比对，双方作品的整体轮廓、造型、配色、细节设计基本相同，整体观感相同，从而得出双方作品基本相同、构成复制关系的结论。对于美术作品的同一性比对，该鉴定方法科学、专业、合理。在比对样本方面，惊奇大地公司经SAMG公司授权，享有涉案玩具的著作权，惊奇大地公司提供的用于鉴定的正品样本均在SAMG公司授权范围内，因此正品样本的来源合法。辩护人辩称鉴定意见不能作为证据采信的意见，于法无据，本院不予采纳。

三、关于犯罪金额问题。辩护人辩称玩具单价不能以陈某1和刘某的供述为依据，扣押清单中部分为玩具包材的金额应当扣除。经查，陈某1和刘某均参与涉案玩具的销售工作，两人对各货号玩具的售价有一定的了解，且供称的玩具单价范围较为一致，故可以两人关于玩具单价的供述作为犯罪金额的认定依据。二审期间，侦查机关出具《情况说明》对扣押物品情况作了进一步说明，其中记载为玩具包材的包含有一整套的包装盒以及玩具，并不仅仅是包材，经本院核实在计算犯罪金额时已剔除了没有货号以及不成套的玩具，本案的犯罪金额从有利于被告人角度，依据陈某1供述的单价乘以被扣押的带货号成套的玩具数量予以认定，依法有据，辩护人的相关辩护意见，无事实与法律依据，本院不予采纳。

四、关于陈某1是否构成销售侵权复制品罪。本案中，另案处理人员陈某1以营利为目的，在未经权利人授权许可的情况下，购买正版玩具稍作修改后，开模生产侵权玩具对外销售，陈某1明知上述情况，仍接受陈某1指令协助负责销售工作，系侵犯著作权罪的共犯，构成侵犯著作权罪，不构成销售侵权复制品罪。

五、关于陈某1的量刑情节问题

1. 陈某1在共同犯罪中的地位作用。经查，首先，陈某1、陈某1、陈某2、刘某等人的供述，均证实陈某1系韩辉玩具厂的实际经营者，公司决策及供销双方合作是由陈某1决定。其次，陈某1不参与玩具的生产工作。陈某1、陈某2、谢某2、陈某1的供述以及租赁合约书等证据，证实正品玩具样品及原料的采购、玩具造型修改、玩具定价和取名、注塑开模和装配、租赁厂房等均由陈某1决定，陈某2负责进出账、工资发放、员工招聘考勤等日常管理。再次，陈某1负责玩具销售工作。陈某1、陈某2曾供称“陈某1患病后由陈某2负责对内日常事务管理，陈某1打理销售业务，商家订货是通过陈某1的QQ群”；刘某供称“玩具厂的很多销售业务由陈某1负责打理，其一直跟着陈某1做销售，受陈某1直接管理，陈某1将玩具图片和价格发给其，其再发朋友圈，每个月是陈某1以现金方式给其工资，其离职后向陈某1收购玩具，陈某1给其返点并月结货款”。陈某1一方面照顾陈某1，一方面负责销售工作，但销售方面陈某1听从陈某1的指令行事，帮忙接待客户、传递信息等，客户订货也主要联系陈某1。综上，陈某1在共同犯罪中未起到

决策主导作用，可认定为从犯。

2. 陈某1是否具有坦白情节。陈某1到案后能基本如实供述其参与的犯罪事实，其曾供称“澄海地区许多玩具厂会有把正版玩具拿来稍作修改后出售的情况，也算是打擦边球，没想到还是侵权了”，该供述一定程度上能证实其主观明知。一审庭审中，其表示认罪且认可其参与涉案玩具的销售，在主观明知方面虽提出对涉案玩具系侵权玩具是案发后才知晓，但始终承认涉案玩具系在正版玩具上稍作修改的事实，结合其受教育程度以及在共同犯罪中的地位作用，本院认为其并非明确否认主观明知，且当庭供述与侦查、审查起诉阶段的供述并不矛盾，可以认定具有坦白情节。

3. 本案能否认定为犯罪未遂。根据1997年修订的《中华人民共和国刑法》第二百一十七条的规定，侵犯著作权罪的情形之一系未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品。本案中，相关人员在未经权利人授权许可的情况下，在正品玩具基础上稍作修改，开模生产出涉案侵权玩具，已构成侵犯著作权罪中的复制行为，达到犯罪既遂的状态，不能认定为犯罪未遂。

六、关于陈某1的量刑。本案中，陈某1负责涉案侵权玩具的销售工作，非法经营数额达70余万元，根据相关法律及司法解释的规定，属于有其他特别严重情节，依法应判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。知识产权保护是建设创新型国家的重要支撑，关系国家治理体系和治理能力现代化、关系高质量发展、关系人民生活幸福、关系国家对外开放大局和国家安全，我国高度重视知识产权保护工作，对侵犯知识产权犯罪的惩治力度不断加大。陈某1虽有从犯、坦白等从轻、减轻情节，但其于2017年因侵犯著作权罪被判处刑罚后不久，又伙同他人“重操旧业”构成刑事犯罪，主观恶性较大，且在共同犯罪中负责销售工作，虽系从犯但作用相对积极，原判对其判处有期徒刑二年属量刑畸轻，未能充分发挥刑罚打击的力度及震慑作用，本院综合陈某1的犯罪事实、情节、性质以及对社会的危害程度等对其量刑依法予以调整。

本院认为，原审法院认定陈某1犯侵犯著作权罪的事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法，适用法律正确，但量刑不当，上海市人民检察院第三分院关于原判量刑畸轻的支持抗诉意见，本院予以支持。辩护人关于陈某1系从犯、具有坦白情节的辩护意见，本院予以采纳。据此，根据1997年修订的《中华人民共和国刑法》第二百一十七条第（一）项，《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第二十五条第一款、第二十七条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条第一款、第六十四条，《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》第五条第二款第（一）项，《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（三）》第十条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第（二）项之规定，判决如下：

一、维持上海市徐汇区人民法院（2020）沪0104刑初1294号刑事判决的第二项、第三项，即“被告人的违法所得予以追缴；查获的侵权复制品、加工模具等予以没收。”

二、撤销上海市徐汇区人民法院（2020）沪0104刑初1294号刑事判决的第一项，即“被告人陈某1犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币五万元。”

三、原审被告人陈某1犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年九个月，并处罚金人民币五

万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2020年7月23日起至2023年4月22日止。罚金自判决生效之日一个月内缴纳。）

本判决为终审判决。

审 判 长

程亭亭

审 判 员

高卫萍

人民陪审员

朱瑜

书 记 员

王思嘉

二〇二一年十一月十九日