

“疑点利益归于被告”的例外及法理分析

——以侵犯知识产权刑事案件司法解释中关于 “非法经营数额”计算为例

袁 志,黄海燕

(西南民族大学 法学院,成都 610041)

摘 要:“疑点利益归于被告”是刑事诉讼中的一般原则,但也有其适用的例外情形。这种例外情形主要存在于当通过证明责任倒置或者转移而让被告人承担证明责任的情形下。本文结合最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第12条中“关于非法经营数额”的规定对这种特殊的刑事立法例而导致“疑点利益归于被告”例外情形进行分析。认为只有该证据提出对被告人有利也不增加被告人举证负担的情形下,才应通过刑事立法规定被告人承担一定的证明责任,也才可能出现“疑点利益归于被告”的例外,而且要适用该例外,控方也肩负着发现案件真实,尤其是对被告人有利事实的职责。

关键词:疑点利益;被告;证明责任倒置;举证责任;非法经营数额

中图分类号:D915

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2012)06-0074-05

在事实和证据出现争议的时候,应从有利于被告的角度进行判断,这就是常说的“疑点利益归于被告”。“疑点利益归于被告”是刑事诉讼中的一般原则,是无罪推定原则以及控方承担证明责任的要求。但在仔细阅读最高人民法院、最高人民检察院2004年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称两高司法解释)第12条中关于“非法经营数额”的规定之后,发现该司法解释规定的在侵犯知识产权案件中如何计算未销售的侵权产品的非法经营数额时并没有遵循“疑点利益归于被告”的基本要求。该解释不仅在一定程度上减轻了控方的举证责任,而且在事实和证据出现争议的时候,让被告人承担了不利的后果,属于“疑点利益归于被告”的例外。这种规定与刑法规定的国家工作人员“巨额财产来源不明罪”在法理上有共通之处,涉及到在“控方承担证明责任”的

基本原则下在刑事诉讼中被告人承担证明责任的问题。现结合该解释对此规定进行法理分析,以求教于大方之家。

一、问题的提出

两高司法解释第12条中关于如何确定侵犯知识产权犯罪的“非法经营数额”做了如是规定:“本解释所称非法经营数额,是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值,按照实际销售价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价格,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价计算。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。”依据该规定,对未销售的侵权产品如何计算“非法经营数额”,在不同情

收稿日期:2012-09-12

基金项目:中央高校专项基金项目(12SZYBS01)

作者简介:袁 志(1972-),男,四川成都人,讲师,博士,研究方向:证据法学、刑事诉讼法;

黄海燕(1974-),女,四川成都人,讲师,硕士,研究方向:刑事诉讼法。

网络出版时间:2012-10-25 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20121107.0946.003.html>

形下分别按照标价、已实际销售侵权产品的平均价格、侵权产品市场中间价计算非法经营的数额。

在侵犯知识产权犯罪中，“非法经营数额”是关乎被告人罪与非罪、罪重与罪轻的一个重要事实。按照控方承担证明责任的一般原则，控方应举出证据证明被告人的具体非法经营的数额是多少。对已经销售的侵权产品，由于存在实际销售价格，在如何计算非法经营数额时直接按照其实际销售价格计算即可。但对未销售的侵权产品价格，由于并未实际销售，自不可能象已经销售的侵权产品按照实际销售价格计算“非法经营数额”。但由于侵权产品本身无法通过司法鉴定的方式鉴定出其价格，况且即使通过司法鉴定方式进行价值评估，也可能与这些侵权产品实际可能销售的金额有较大的差异。所以，为解决如何计算未销售侵权产品的“非法经营数额”的问题，两高司法解释第12条就直接规定，在不同情形下确定不同计价标准来计算未销售的侵权产品的“非法经营数额”。这样的做法，不仅解决了如何计算未销售侵权产品“非法经营数额”的问题，而且减轻了控方的举证责任。由于减轻了控方的证明责任，相对于被告人而言，就直接带来以下不利的法律后果。

（一）为避免承担不利的法律后果，被迫承担了相应的举证责任

在已实际销售侵权产品的平均价格、标价和市场中间价格之间，一般而言，以已实际销售侵权产品的平均价格来计算未销售侵权产品的“非法经营数额”，对被告人最为合理，也最为有利。因为一般来说，标价以及侵权产品的市场中间价格都会远远高于侵权产品的实际销售价格^①。

同时，虽然控方有责任查清被告人实际销售的价格。但首先从客观上讲，如果被告人不提供相应证据，控方难以获取相关证据予以查清被告人的实际销售价格，其次，由于两高司法解释规定，在没有标价或者无法查清实际销售价格的时候，给了控方相对比较简单的按市场中间价的计算方法，控方不论是基于便利还是为了增加案值，都会懈怠于去查清实际销售价格。在这种情形下，被告人为了避免承担不利的法律后果，就会被迫举证证明自己已经实际销售的侵权产品的实际销售价格。这种通过法律上事先假定对被告人不利的后果，迫使被告人举证，其实就是一种变相减轻控方证明责任，把部分事实的举证责任转移给被告人。这样做的目的在于控方难以举证的时候，而被告人举证又比较容易，通过这样的设置以方便取证和举证，达到查明案件事实的需要。“在被告人具有更高的接触证据的方

便程度、证据本身容易毁损、控方难以接触证据之时，在法律上预先假定某种不利于被告人的结论，如果对其结论有异议，试图反驳该结论，并摆脱司法追究，就必须提出相反的证据加以证明，这是有必要的。”^②

（二）在事实和证据存在争议的时候，可能承担不利的法律后果

两高司法解释使用的是“已经查清的侵权产品的实际销售平均价计算”的表述。“查清”虽然不属于证明标准表述上严谨的法律术语，但从“查清”字面意思看是“审查和调查清楚”，应当说证明要求是很高的。所以即使存在侵权产品的实际销售价格一般都会远远低于被侵权产品的市场中间价这一前提事实，但如果被告人只是简单的提出证据证明自己存在实际销售价格，并不能避免自己承担不利的法律后果。例如被告人只是在供述中自述自己已经销售的侵权产品的实际价格的情况并且提供了一定的证据，但没有被查证属实的情形下，虽然可以让法官形成合理怀疑或者形成事实和证据上的疑点。但由于被告人因为举证没有达到“查清”的程度，按照司法解释的规定，就要按照市场中间价格计算“非法经营数额”，从而承担不利的法律后果。这样就出现了当证据和事实存在争议的时候，疑点利益不是归于被告。通过刑事司法解释，不仅降低了控方证明责任，同时也可能导致“疑点利益归于被告”的例外。

二、“疑点利益归于被告” 例外情形的法理分析以及限制

虽然说在特定情形、特殊案件中，在坚持控方承担证明责任的一般原则下，让被告人承担一定的证明责任已经成为一个共识。“在刑事诉讼中，规定由掌握、接近或者有收集证据方便条件的被告人承担证明责任，在特殊领域里要求被告人在其证明能力范围内就特定的案件事实进行证明，是符合诉讼发展规律的。”^③在域外刑事立法中也不鲜见。从证明责任二元论看，证明责任包括主观证明责任（也称之为提出证据的责任）和客观证明责任（也称之为说服责任）^④。如果被告人只有主观证明责任，相对来说，证明要求就比较低，因为这不导致控方最终客观证明责任的免除，被告人提出证据如果达到引起合理怀疑或者形成证据和事实的疑点，就可以卸除自己的证明责任而免受不利的推断。但如果被告人承担的是客观证明责任，则证明要求与控方责任相同，必须要达到排除合理怀疑的程度才能避免不利的推断。这种在被告人承担一定证明责任的情况下，对被告人证明责任证明程度的要求，就直接关于

“疑点利益归于被告”原则的适用。如果被告人只承担主观证明责任,那么与“疑点利益归于被告”原则并不冲突,但被告人如果承担客观证明责任,那则成为“疑点利益归于被告”的例外情形。从两高司法解释使用“查清”一词看,实际上在侵犯知识产权案件中采用的是被告人要承担客观证明责任,如果被告人举出的证据没有达到查清的证明程度,就要承担不利的法律后果。但这种例外只能存在于特定案件的特殊情形下,法律这样设置必须有正当的理由,否则就可能动摇无罪推定以及控方承担证明责任的刑事诉讼基本原则。现结合两高司法解释以及国外立法例来对于“疑点利益归于被告”例外的情形进行法理分析以及适用条件。

(一)“疑点利益归于被告”的例外只存在于通过刑事立法明确规定被告人承担客观证明责任的情形

之所以要求该例外只能存在于通过刑事立法明确规定被告人承担客观证明责任的情形,是避免把因为该例外而动摇“疑点利益归于被告”这一般原则,从而损害无罪推定的原则。该例外情形的适用必须有明确的法律依据,只有在刑事立法中通过证明责任的转移或者证明责任的倒置使得被告人承担证明责任的情形下,才能因为被告人举证不利或者没有达到证明要求而受到不利的推断^[4]。

(二)在刑事立法中,让被告人承担证明责任必须具有正当性条件

在刑事诉讼中,控方承担举证责任是一个最基本的原则。但各国立法例包括我国的刑事立法中,为了便于取证和举证以推进诉讼,查明案件事实和节约诉讼资源,都有关于被告人承担证明责任的规定。如日本刑法第 207 条规定的:“二人以上实施暴力伤害他人,在不能辨别个人暴行造成的伤害轻重或者不能辨认何人造成伤害时,即使不是共同实行的,也依照共犯的规定处断,这就是通过立法上的假定将证明责任转移给了被告人”^[5]。德国《刑法典》第 186 条规定的:“捏造或散布足以使他人受到蔑视或者贬低的事实,而不能证明其为真实的,构成恶意中伤罪,据此,被告人如果主张散布的事实是真实的,应当加以证明”^[6]。还有英美法系中被告人在进行积极抗辩的时候,要求其承担说服责任的情形^[7]。在我国刑法中巨额财产来源不明以及部分持有型犯罪中也有被告人承担证明责任的规定。综观这些关于被告人承担证明责任的规定,都具有这样一个共同点,这也是刑事立法规定被告人承担证明责任的正当性条件。

这个共同点以及被告人承担证明责任正当性条件

就是:第一,被告人能够全面接触、掌握该证据,被告人承担证明责任并没有因此增加其证据负担,同时,相对于控方而言,如果被告人不提出该证据,则难以获得。第二,该证据提出本身是证明对被告人有利的事实,而不是指控事实。就以两高司法解释为例,因为被告人全面接触和掌握了自己已经销售的侵权产品的价格,要求其举证,以有助于控方查明实际销售价格,对被告人来说,并不会增加其举证负担,且如果被告人不提出证据,控方要自行查清实际销售价格是非常困难的。且如果被告人举出证据查明了实际销售价格,是对被告人有利而非不利,符合被告人承担证明责任的正当性条件。

(三)“疑点利益归于被告”的例外情形必须建立在控方已经履行基本控方证明责任的基础之上

在所有刑事立法中规定被告人承担证明责任的情形,都并不意味着免除控方基本举证责任,只有依据刑事立法的明确规定,控方举出的证据充足了某些基本事实,同时被告人不履行或者履行不能举证责任的情况下,才可能被认定有罪,成为“疑点利益归于被告”的例外情形。控方要发起刑事指控,必须有证据形成指控的基本事实要件,只有在这种情形下,被告人为了避免受到不利的推断或者阻止控方的指控,才会存在相应的举证责任,也才成其为举证不能的情况下接受不利的后果。“疑点利益归于被告”的例外情形也不能卸除或者减少控方应有的证明责任。

(四)适用“疑点利益归于被告”的例外必须明确被告人承担的是主观证明责任还是客观证明责任

所谓事实和证据存在疑问时,实质就是证据本身没有达到法律所规定的证明标准^[8]。而承担不同的证明责任所要求的证明程度是不一样的。如果被告人只承担主观证明责任,本身并不会导致说服责任的转移,被告人仅仅需要提出证据证明某一事实存在疑点,使法官依据经验和逻辑能够得出合理的怀疑,那么这样疑点的排除依旧应由控方承担。在控方无法排除该疑点的时候,依然应当适用“疑点利益归于被告”的一般原则。但被告人承担客观证明责任的情形,因为在证明程度上与控方一样,必须达到排除合理怀疑的程度,才有可能因为事实和证据存在争议之时而受到不利的推断。

三、余 论

除了最高人民法院、最高人民检察院 2004 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题

的解释》第12条中关于“非法经营数额”的规定可能出现“疑点利益归于被告”的例外情形外,我国在刑法或者刑事司法解释通过证明责任倒置或者转移而降低控方证明责任,赋予被告人证明责任而可能存在“疑点利益归于被告”的例外情形还很多。具体包括刑法第395条规定的“巨额财产来源不明罪”以及刑法所规定的大量持有型犯罪:如非法持有枪支、弹药罪;持有假币罪;非法持有国家绝密、机要文件、资料物品罪;非法持有毒品罪等等。在刑事司法解释中,包括一些在特定情形下可以做出被告人主观上“明知”的推断。如2009年最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中第1条关于如何认定刑法第191条、第312条规定的“明知”的规定。最高人民法院2008年印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的通知中第10条规定的如何认定毒品犯罪主观明知的问题。这些规定通过举证责任的转移或者倒置,迫使被告人为了避免不利的后果,要承担证明责任,并且可能因为举证不利而出现“疑点利益归于被告”原则的例外。

纵观考察这些刑事立法(包括司法解释),应当说,这些刑事立法例都符合规定被告人证明责任的正当性要求,即被告人能够全面接触、掌握该证据,被告人承担证明责任并没有因此增加其证据负担,同时,相对于控方而言,如果被告人不提出该证据,则难以获得。且该证据的提出是证明有利于被告人的事实。但是,却存在一个共同的问题,由于在用语上均没有使用严谨的有关证明程度的法律术语,容易导致被告人承担的证明责任的证明要求是什么?同时还有另外一个问题没有明确,即如果被告人只是提出了证据引起事实和证据存在争议的时候,在我国现行的诉讼模式下,能否直接因为举证不能而承担不利的法律后果?

在2004年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第12条中使用的是“查清”,在巨额财产来源不明罪中使用的是“不能说明其合法来源”,而在非法持有犯罪中,被告人则要承担证明其持有是合法的责任,但是主观证明责任还是客观证明责任没有明确。在有关“明知”的司法解释中,使用的是“但有证据证明确实不知道”和“有证据证明明确属被蒙骗”除外。这些都不是严谨的法律上关于证明程度的用语,这就不可避免的引发被告人承担的是主观证明责任还是客观证明责任的争议,被告人在承担证明责任的情形下,需要达到何种证明程度才能卸除证明责任的争议。笔者认为,通过刑事立法导致“疑点利益归于被告”的例外情形本身是合理的,也符合诉讼的规

律,有利于取证和举证,有助于查明案件事实,使案件得到客观公正的处理。“一般而言,刑事诉讼中所确立的通行证据规则对于绝大多数案件的处理都是适用的,但是,对于极少数案件,通行的证据规则的使用会遇到障碍,所以,就有了在刑事立法中对证据规则进行变通,降低控方举证责任,或者通过刑法解释,减轻控方说服责任的做法。”¹⁴但在做出该种变通的时候,要明确被告人承担的是主观证明责任还是客观证明责任,被告人卸除证明责任的证明要求是什么。

对于另外一个问题,笔者认为在被告人提出相关证据,导致证据和事实存在疑问的时候,但限于自身举证能力问题,控方应有责任去查证被告人提出证据是否属实的职责,而不能简单的直接适用“疑点利益归于被告”原则的例外情形。这是因为我国的刑事诉讼模式是职权主义的诉讼模式,控方负有客观公正义务,法官也可以依照职权进行调查,均有对案件事实真相发现的义务,均有对被告人有利的事实进行调查核实的职责。所以即使被告人承担的是客观证明责任,但只要被告人提出证据的基于经验和逻辑引起了合理的怀疑,那么控方甚至是法官都应以职权对该事实进行调查核实,以排除争议或者查明案件事实,只有当无法查明时,被告人才应承担不利的后果¹⁵。毕竟让被告人承担证明责任的目的是在特殊案件特殊情形下,主要也是为了方便取证和举证以查明案件事实。具体到最高人民法院、最高人民检察院2004年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第12条的适用上,如果被告人在供述中不仅仅是明确了侵权产品的实际销售价格,而且提供了销售的渠道和销售的对象,那么控方就应该去查证是否属实,而不能简单的以无法查清为由直接按照市场价格计算“非法经营数额”,让被告承担不利的后果。换言之,即使被告人承担证明责任的情形下,并不意味着控方没有排除事实和证据疑点的责任,尤其是可能存在对被告人有利的事实的情形下,控方应当去调查核实。

注释:

^①在湖南省桂阳县农民李清销售假冒鄂尔多斯牌羊毛衫案件中,法院以吊牌价计算“非法经营数额”,从而做出了高达2151万元的罚金判决而引发争议。客观说,司法解释在既有标价也有实际销售价格的时候,采用何种计价并没有明确应以何种价格计算。就笔者认为,在二者均有的时候,应以实际销售价格计算。同时,本案也反映出—个事实,即标价与实际销售价格之间有巨大的差异,更不用说正品的市场中间价了。

参考文献:

- [1] 周光权.论通过刑法减轻控方责任[M]//龙宗智.刑事证明责任与推定.北京:中国检察出版社,2009.
- [2] 王以真.英美刑事证据法中的证明责任问题[M]//陈光中.刑事诉讼法学五十年.北京:警官教育出版社,1999: 478.
- [3] 刘显鹏.民事诉讼的证明责任倒置[J].南都学坛,2011,(6): 87-90.
- [4] 陈虹.论民事诉讼典型案例举证责任的法定化[J].重庆三峡学院学报,2011,(5):130-133.
- [5] [日]团藤重光.刑法纲要各论[M].东京都:创文社,1990:418.
- [6] [德]汉斯·普维庭.现代证明责任问题[M].吴越,译.北京:法律出版社,2000:58.
- [7] 王兆鹏.美国刑事诉讼法[M].北京:北京大学出版社,2005: 525.
- [8] 罗建芳.事实真伪不明的界定及处置方法[J].河南工程学院学报:社会科学版,2011,(1):55-59.
- [9] 田侃,吴颖雄,喻小勇.关于侵权责任法在医疗侵权适用中的几个问题[J].南京医科大学学报:社会科学版,2010,(2):94-97.

责任编辑:万东升

Exception to the Rule of “Benefits of the Doubts Are on the Accused” and Its Theoretical Analysis

—Based on the Counting of “Amount of Illegal Operation” in the Jurisdictional Interpretation

Concerning IPR Crimes

YUAN Zhi, HUANG Haiyan

(Faculty of Law, Southwestern University of Nationalities, Chengdu 610041, China)

Abstract: “Benefits of the doubts are on the accused” is a general rule in criminal proceeding, but it also has its exception. Such exception mainly lies in the cases where the accused bears the burden of proof by inversion or shift of the burden of proof. This article analyzes such exception with reference to the counting of the amount of illegal operation stipulated in Article 12 of the Jurisdictional Interpretation concerning the Application of Laws in Handling IPR Crimes issued by the Supreme People’s Court and the Supreme People’s Procuratorate. The article holds that only when the production of an evidence is favorable to the accused, and such production does not increase the burden of proof on the accused, should our criminal laws impose certain burden of proof on the accused, and should the exception to the rule of “benefits of the doubts are on the accused” appear. To apply such exception, the prosecuting party has the duty to find the truth of the case, especially the facts favorable to the accused.

Key words: benefit of the doubt; the defendant; inversion of the burden of proof; burden of proof; amount of the illegal business