

经贸信息快报

第(022)期

中国贸促会山东省经贸摩擦预警中心 2024年2月26日

商标权利人出具商品鉴定意见的性质 与审查要点

“对鉴定意见的审查,应当根据商标权的特殊性从合法性、真实性进行重点审查。”

在假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪的认定中,商标权利人出具商品鉴定意见的性质在司法实践中存在较大争议,分别认为是鉴定意见、书证、证人证言、被害人陈述等观点。对鉴定意见的审查,应当根据商标权的特殊性从合法性、真实性进行重点审查。对鉴定意见的效力认定一般应当予以采信,但应当排除串货行为。

一、商标权利人出具鉴定意见的性质

关于商标权利人出具的真伪鉴定意见,在司法实务中有不同认识,主要表现为以下几种观点:

一是认为该鉴定属于鉴定意见。因为在形式上该类文书材料是以“鉴定书”“鉴定报告”“鉴定意见”的形式呈现，且在结论上会有明确的真伪意见。虽然在主体资格上存在利害关系，但商标权利人进行真伪鉴定最为合适，其他人对商标是否授权等真实性无法知悉。在内容上，商标权利人出具的鉴定在本质上属于鉴定意见，且其对相关结论的合法真实性承担法律责任。

二是认为该鉴定属于书证。因为商标权利人没有鉴定资质，其出具的商品真伪意见又是以书面呈现，具有书证的证据形式特点。

三是认为该鉴定属于证人证言。商标权利人在行政执法部门、司法机关中所做的证词属于证人证言，在商标权利人没有鉴定人主体资格的前提下，相关鉴定意见属于证人证言。

四是认为该鉴定属于被害人陈述。在假冒注册商标类犯罪中，商标权利人系被害人，其出具的鉴定意见是对侵权行为的主观表述，在证明力上无法达到鉴定意见及书证的应然程度。

笔者认为，商标权利人所做的鉴定属于被害人陈述，不属于鉴定意见、书证和证人证言。

首先，该鉴定不属于鉴定意见。虽然商标权利人出具的该意见冠以“鉴定意见”等名义，但商标权利人出具的鉴定在主体上没有鉴定资质、回避事项上是利害关系人，不符合法定的鉴定意见条件。因为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2021年）第九十七条规定，鉴定意见应当着重审查以下内容：（一）鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质；（二）鉴定人是否存在

应当回避的情形.....（六）鉴定过程和方法符合相关专业的规范要求.....因此，虽然该证据冠以“鉴定意见”的名义，但它不属于刑事诉讼法意义上的鉴定意见。

其次，该鉴定不属于书证。书证是以其记载的内容反映案件事实来证明案件事实，而该鉴定虽然也是以书面内容反映案件的部分真实情况，但该证据的利害关系人所表达的内容，是以客观形式反映商标权利人主观意志的表现形式。

再次，该鉴定是被害人陈述，而不是证人证言。从诉讼地位上来看，商标权利人的地位一般应当认定为被害人。因为权利人享有商标的财产权，未经权利人许可，以相同商标销售商品都属于对商标权的侵犯，作为法益主体的商标权人应当被认定为被害人。被害人对犯罪事实是否发生所做的真伪鉴定意见，是在诉讼程序中表达自己独立的诉请和主张。就权利人所做的真伪鉴定本身而言，是权利人作为被害人的诉讼参与人地位，就案件中的特定商品的真伪所做的辨别、确认，其结果体现被害人的观点和意见，是其表达诉请和主张的方式，应当属于辨认形式的被害人陈述。故相关当事人不能以鉴定意见、书证和证人证言的相关证据要件进行排除证据适用的抗辩。

二、商标权利人出具的鉴定意见的审查要点

对刑事证据的审查，都应当遵循“事实清楚，证据确实、充分”的法定标准，但判断是否为假冒注册商标的商品有其特殊性，必须从鉴定对象的合法性和真实性等方面进行审查。

对合法性的审查，主要包括商品来源是否合法、证据载体和搜集程序是否合法、结果是否合法。

对商品来源的审查需就商品上商标的权利主体是否来源于商标权利人、商品门类是否属于法定授权范围、商标是否在法定保护期限内等内容进行审查。对于来源于商标权利人授权的商品、商品不在商标权人的商品门类范围或者商标已经超过法定保护期的情形，不应当认定为假冒注册商标的商品。此外，如果是商标权利人自行提供的待鉴定商品，由于其不是强制性侦查主体，故该商品的取得应当排除系通过威逼利诱等手段获取，当然公安机关采用合法的强制侦查手段查封、扣押的待鉴定商品不在此列。

对待证商品的载体和搜集程序的审查，需要重点关注证据的搜集过程，是权利人提供还是侦查机关查扣。如果是商标权利人提供的证据则需要审查移交侦查机关的相关材料是否齐全，移交过程需要明确记录，并提供相关正品予以佐证。对鉴定意见本身的审查，相关文书应当包括但不限于检材提取过程的描述、鉴定过程的描述、鉴定方法的采用及其依据、鉴定意见的明确、鉴定人员的签名或盖章等内容。

在结果合法性审查方面，由于文书的出具人需对相关结论负责，需要重点审查的是鉴定结论是否具有合理性，与相关检材是否具有因果关系。

在真实性审查方面，应重点关注价格是否存在虚高以及是否是串货商品。对商品内容的真实性审查由于涉及相关产品的具体专业使得对内容的真实性审查较为困难。对权利人自行鉴定的，需查证营业执照是否加盖公章，是否提供了商标权的证明文件。如果是知识产权代理人出具的鉴定结论则需要相关商标权人的实际授权以及相关实际操作人员的资格。实践中，对侵权产品的价格认定虚高是一种普遍现象。由于正品与侵权商标的价格差距巨大，对价格的审查如果能够通过销售价格、销售量、销售的银行流水查清实际侵权产品价格的，应当以实际销售价

格认定，从而否定鉴定意见的真实性。如果无法查清价格或存在未遂等情节时，应当另行委托相关物价部门或者司法鉴定机构出具价格认定的意见，综合相关证据判断实际售价。

三、商标权利人出具鉴定意见的证明效力

商标权利人出具的真伪鉴定意见，一般应当认可其证明效力。一方面，该做法符合一般常理和执法机关的常规做法。在知识产权案件的审理中，权利人对产品真伪的认定具有权威性，且即使相同的商品在没有商标授权使用时也属于假冒注册商标的商品，因此由权利人出具真伪鉴定意见具有合理性。另一方面，执法部门在执法中也要求权利人对产品真伪出具意见。国家知识产权局印发的《商标侵权判断标准》第三十六条规定，在查处商标侵权案件过程中，商标执法相关部门可以要求权利人对涉案商品是否为权利人生产或者其许可生产的商品出具书面辨认意见。司法实践中的常规做法也遵循上述规定，要求权利人出具相关意见。商标权利人一般需要证明没有授权各被告人生产、销售涉案商品，并且对鉴定对象与正品进行实质性比对，从而得出涉案鉴定对象的真伪。

实践中，有些商标权利人出于品牌利益对相关商品的销售区域进行限制，在发现串货行为（未按商标权利人要求在指定区域内销售）时，以举报商品商标侵权为由，希望有关部门查处相关行为，甚至有商标权利人出具虚假的鉴定意见。对这类鉴定意见的审查需明辨真伪，依法处理。审查中，除了要对鉴定样品和鉴定文书进行审查外，还应听取涉嫌销售侵权商品人的意见，如果销售人对商品的真伪有异议，执法机关应当对相关意见涉及的事实进行调查。如果查证后确实仅仅是商家之间的串货行为，则应当否定鉴定意见的真实性。同时，该鉴定意见必须和

其他相关涉案证据互相印证，如涉案商品来源追溯情况、进货与销售价格是否在合理区间、销售人的账册是否真实完整、通讯记录及相关陈述意见是否合理等，以形成完整的证据链。只有没有相反证据推翻鉴定意见时，鉴定意见才能作为证据予以采纳，而不能单独依据鉴定意见作为认定商品是否存在商标侵权的依据。