

刑訴鑑定新制修正後，商標權人為鑑定 報告證據能力探討

吳宜展

壹、前言

貳、鑑定新制修法對商標權人為侵權鑑定爭議實效

- 一、於偵查階段爭議
- 二、於審理階段爭議
- 三、鑑定新制修法難以解決商標權人之鑑定爭議

參、商標權人修法前為侵權鑑定報告證據能力實務與修法後現狀分析

- 一、鑑定報告證據能力實務
- 二、鑑定報告現狀分析
- 三、小結

肆、外國侵權鑑定法規實務與我國比較

- 一、日本鑑定法規實務
- 二、美國鑑定法規實務
- 三、小結

伍、結論

作者現為臺灣桃園地檢署檢察官。

本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

有關商標權人之商標遭受使用，實務上，不論經由海關抽查扣押或警方受理報案查獲，移送地方檢察署時，警方均會提供該商標權人出具或其委由商標事務所、法律事務所出具之鑑定報告，再由檢察官憑此訊問被告後，提起公訴。惟審理中，法院長年指出該鑑定報告，需經法院囑託鑑定，方具證據能力。本文藉由刑事訴訟法鑑定新制修法後，於民國 113 年 5 月開始實施，從而探討歷年來，商標權人出具鑑定報告無證據能力困境、法院審理時商標權人具結作證之難度、鑑定新制是否能妥適解決問題，以及對照國外文獻後，試提出實效解決方式。

關鍵字：商標權人、證據能力、商標囑託鑑定、商標鑑定報告

Trademark Owner、Admissibility of Evidence、Request to Trademark
Infringement Assessment、Report of Trademark Infringement Assessment

壹、前言

我國刑事訴訟法為強化鑑定程序制度保障，新修正條文於民國 112 年 12 月 1 日經立法院三讀通過，於 113 年 5 月 15 日起實施。修正條文主要包括：(1) 鑑定人於審判中應到庭以言詞說明（刑事訴訟法第 206 條第 4 項、第 5 項）；(2) 機關鑑定應由具鑑定人資格之人實施鑑定，並於鑑定前具結及應於書面報告具名、書面報告例外具特別可信性或經當事人同意者得為證據，當事人於審判中得聲請法院囑託機關鑑定，或負擔費用委任機關鑑定，並因鑑定之必要聲請交付關於鑑定之物（刑事訴訟法第 208 條）；(3) 法院得選任專家學者陳述法律上意見（刑事訴訟法第 211 條之 1）等方面，可稱為鑑定制度之重大變革，惟該變革是否有考量商標權人所出具鑑定報告情事，或對於後續該鑑定報告之證據能力及訴訟上交互詰問產生影響，並能有效解決商標權案件於實務上之特殊困境，乃為本文比對修法要旨、我國裁判書及外國文獻後，以自身擔任偵查及公訴檢察官經驗，探討上開爭點，並試提出解決方案。

貳、鑑定新制修法對商標權人為侵權鑑定爭議實效

依商標法第 97 條第 1 項、第 2 項規定及第 95 條規定要旨，販賣或意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入他人所為之侵權商品時，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金；前項之行為透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。實務上，有關商標法之刑事案件，大部分案件都是適用上開商標法條文，亦即案件都係以被告為在電商平臺販售侵權物品，自中國大陸不詳人士進貨遭我國海關抽查時扣押，或已在電商平臺販售，受警方或商標權人網路巡邏時發現為大宗。然並非所有被告受警方查獲後，都會坦然認罪，當被告對於商標權人所為侵權鑑定報告有抗辯時，因該類型案件量龐大，即會產生大量司法調查成本，而有探討相關爭議並解決之必要。

一、於偵查階段爭議

依商標法第 72 條第 1 項、第 75 條第 1 項至第 4 項規定要旨，商標權人若主動得知對輸入或輸出之物品有侵害其商標權之虞者，得申請海關先予查扣。海關於執行職務時，若發現上開物品顯有侵害商標權之虞者，應通知商標權人限期進行認定，並提出侵權事證；若商標權人已提出侵權事證，進出口人未提出無侵權事證者，海關得採行暫不放行措施，若進出口人提出上開文件者，海關應通知商標權人申請查扣，惟商標權人後續則需自行提出訴訟，以免查扣遭受撤銷，是商標權人相對於直接提出民事訴訟，多係藉由提起告發或告訴之刑事訴訟程序，使上開物品得以犯罪物品受警方查扣。

刑事實務上，依查緝人員及查獲地點不同，該類進口物品之侵權案件，多係由內政部警政署航空警察局、財政部地方關稅局及內政部警政署保安警察第二總隊移送地方檢察署偵辦，該等機關移送前，多已依照商標法規定自行委請商標權人鑑定，該鑑定報告亦隨警方移送報告予地檢署，然侵權物品是否有因量大或遺漏等情事，未如同扣案清單記載，隨之移送地檢署，再於起訴時一併移送法院入庫，則屬未定，一旦該物品有人為遺失或不可抗力之毀損情事發生，而被告主張該鑑定報告無證據能力時，即有可能使被告逃脫刑事制裁¹。又檢察官所取得之該鑑定報告並非檢察官所囑託鑑定，偵查時也不會提示扣案物品，亦不會再請商標權人再為任何鑑定說明，形同國家公訴人提出之證物，有證據能力不足之窘境。

二、於審理階段爭議

對於違反商標法累犯之被告，相比起否認販賣意圖，更容易達成的抗辯即為否認該鑑定報告之證據能力。對此，法院多係採取囑託鑑定之方式，再委請該商標權人再行鑑定，然縱使該侵權物品並無滅失情事，經囑託鑑定後補足形式上證據能力，但在修法前，該鑑定報告並未揭露鑑定人姓名、鑑定方式等資訊，且經該鑑定人具結，其證據能力適格，本非無疑。縱然在修法後，已要求鑑定報告就上開事項予以揭露並具結，然按實務商標權人鑑定報告格式，不乏有以律師、法

¹ 智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

務人員作為鑑定人員，當被告要求傳喚該鑑定人到場時，其等到場是否能作為鑑定證人進行實質詰問，亦非無疑；若該鑑定人未到場時，則該鑑定報告是否仍具有證據能力，其判斷標準是否與酒駕、毒品案件乃依法令執掌機關或認證機構所出具之鑑定報告相同，仍有爭議。未縱鑑定證人到場，亦出具相關證照，證明其受過商標權人內部專業鑑定訓練，然其交互詰問時，其鑑定方式及仿品比對重點，仍涉及商標權人營業秘密，鑑定人遂以此拒絕作證。此時，相對於日本法院已有判決²明確認可商標權人於侵權物品鑑定之際，得對其營業秘密，向法院申請秘密保持令，我國法院是否可依智慧財產案件審理法第 32 條第 1 項、第 36 條等規定，於不影響辯論權範圍內，不予准許、限制當事人閱覽，或核發秘密保持令，均不無探求餘地。

三、鑑定新制修法難以解決商標權人之鑑定爭議

我國鑑定新制，係以強化鑑定報告證據能力與保障當事人詰問權為核心，修正時固不以商標權人自為鑑定為考量主軸，然其通案修正仍必須能適用於所有案件，是有必要探討新制與實務運作，是否產生齟齬，以下就鑑定人適格爭議及鑑定報告證據能力之爭議，分別探討之：

（一）鑑定人適格部分

1、鑑定人能否揭露本案利益關係

依新修正刑事訴訟法第 198 條第 2 項規定，鑑定人需揭露下列資訊：與其他訴訟關係人有無分工或合作關係；有無受前款之人金錢報酬或資助及其金額或價值；前項以外其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。又依刑事訴訟法第 200 條規定，當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人。

惟鑑定人與該商標權人間多為員工關係、事務所委任關係，雙方具有資助與報酬往來，刑事訴訟法修正法條要求揭露至其等間之金額或價值，然該金額或價值通常乃商業機密，該商標權人是否願意授權

² 日本知的財産及び商事裁判所 2021 年度刑智上易字第 18 号判決。

或鑑定人是否願意公開，已非無疑。若鑑定人不願意提供上開金額或價值，或被告認由商標權人委請之員工或事務所進行鑑定有失公平，是否能以刑事訴訟法第 200 條適用第 18 條第 2 款之足認其執行職務有偏頗之虞，以拒卻鑑定人，亦有爭議，顯然本次修法並沒有注意到商標權鑑定之特殊性，徒增爭議。

2、檢察官及當事人能否聲請囑託鑑定

依照新修正刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定；同條第 3 項前段規定，第一項之書面報告有下列情形之一者，得為證據：一、當事人明示同意。二、依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關所實施之鑑定。三、經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定；同條第 4 項規定，當事人於審判中得向法院聲請囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定。

參照修正理由，所謂機關鑑定，係以選任自然人以外之方式，由具有公信力之機關為之。修法前，實務上，商標權人自為之鑑定報告，係由法院以對商標權人公司囑託鑑定之方式，補足其證據能力，然商標權人公司本身是否為公信力之機關、團體，仍為修法後之囑託鑑定對象，顯有疑問。再參修正理由，所謂得有證據能力情形，除當事人同意外，刑事訴訟法第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款之鑑定機關係指內政部警政署刑事警察局、法務部調查局、衛生福利部食品藥物管理署、如醫院、實驗室等中立性、公正性及專業性等機關。承上，商標權人自身不屬於該身分外，若當事人不予同意，其作出之鑑定報告證據能力為何，尚付之闕如。修法前，囑託鑑定所出具報告，原則上屬於傳聞之例外，具有證據能力，至多當事人不同意時，完足傳喚調查鑑定人之程序。修法後，仍有該調查程序條文，然在商標權人本身不適格，當事人不同意鑑定報告即無證據能力之規範下，僅傳喚鑑定人進行說明調查，是否就可補足證據能力，應有爭議。

（二）鑑定報告證據能力部分

1、選任鑑定人須以言詞補足書面報告之證據能力

有關選任鑑定人部分，依照新修正刑事訴訟法第 198 條第 1 項第 1 款規定，鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、因學識、技術、經驗、訓練或教育而就鑑定事項具有專業能力者。再依照新修正刑事訴訟法第 206 條第 1 項規定，鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告；同條第 4 項規定，以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。但經當事人明示同意書面報告得為證據者，不在此限；同條第 5 項規定，前項書面報告如經實施鑑定之人於審判中以言詞陳述該書面報告之作成為真正者，得為證據。而有關囑託鑑定人部分，依照新修正刑事訴訟法第 208 條第 1 項後段規定，其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。

商標權人自身若不符合囑託鑑定之機關身分，只能依照選任鑑定之方式受法院、檢察官及當事人選任後鑑定，惟新修法後，在選任鑑定中，書面報告若未經鑑定人於審判中言詞陳述，則不具證據能力，而與囑託鑑定中，於必要情形下，得命鑑定人言詞陳述的情形不同。就此，選任鑑定中，須先調查而使各商標權人陳報其實際進行鑑定之自然人，以供選任，顯不符實際外，若被告不同意該書面報告證據能力下，在知名商標案件數量龐大，且遍及全臺情形，要求各商標權人逐一派鑑定人到場說明，顯與常情有違。

2、言詞或書面鑑定報告內容之證據能力

依照新修正刑事訴訟法第 206 條第 3 項規定，第一項之言詞或書面報告，應包括以下事項：一、鑑定人之專業能力有助於事實認定。二、鑑定係以足夠之事實或資料為基礎。三、鑑定係以可靠之原理及方法作成。四、前款之原理及方法係以可靠方式適用於鑑定事項。

參照立法理由，係參酌美國聯邦證據規則第 702 條規定，認鑑定人所具有之專業能力，應有助於事實認定，須以足夠之事實或資料作為基礎，並基於可靠之原理及方法，將該原理及方法可靠地適用於鑑定事項。然此係偏向鑑定係非營利之政府機關、機構團體情形，亦即所出具報告乃刑事訴訟法第 208 條囑託鑑定情形下之特信性文書，卻未慮及當鑑定人為非營利機構，有其自身之營業秘密時，其鑑定報告該如何揭露上開內容。實務上，從知名商標之保證書編號所代表之意義、其內晶片或雷射技術、商品自身商標結構、防偽技術手段，至內部鑑定訓練要點、商標比對規則，無一均不是各商標權人重大商業秘密，其所涉全球商業價值，難認僅是憑智慧財產案件審理法之違反秘密保持令³、營業秘密法之偵查保密令⁴等最重本刑 3 年以下有期徒刑罪名，就足使商標權人授權鑑定人，願意以言詞或書面，依上開條文規定公開所規範之資料，何況審理時該被告可能就是盜版業者，更不宜使被告知悉該鑑定方法。是修正條文顯不符實際需求，而使商標權人出具鑑定報告之證據能力為何，懸而未決。

參、商標權人修法前為侵權鑑定報告證據能力實務與 修法後現狀分析

本節將先以長期以來，對於商標權人出具鑑定報告證據能力及調查程序之法院實務見解，再分析我國目前各商標權人所出具侵權鑑定報告之內容及格式，探討在鑑定新制及法院見解下，所產生證據能力之缺失及調查程序之困難。

³ 智慧財產案件審理法第 72 條。

⁴ 營業秘密法第 14 條之 3、14 條之 4。

一、鑑定報告證據能力實務

(一) 商標權人出具鑑定報告屬傳聞證據

參智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 59 號刑事判決：「依刑事訴訟法第 198 條規定，鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者，二、經政府機關委任有鑑定職務者。另刑事訴訟法第 208 條第 1 項亦規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第 203 條至第 206 條之 1 規定，其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。查 A 於警詢中出具之商品鑑定報告書及所為之鑑定陳述，以及荷蘭商古馳亞太股份有限公司臺灣分公司出具之產品鑑定書，均非審判長、受命法官或檢察官所選任或囑託，亦非檢察機關概括選任或囑託，其選任或囑託與前揭法律規定不符，故無證據能力。」

是在智慧財產法院改制為智慧財產及商業法院前，即認商標權人出具鑑定報告乃未經法官、檢察官選任或囑託，應無證據能力，惟其乃由該報告未經合法調查論點，評價證據能力，並未說明該鑑定報告性質為何，與學說上嚴格證明法則，即證據應先評價其法定之證據能力，再論合法調查⁵要件有所不同。

再參智慧財產及商業法院 109 年度刑智上訴字第 20 號刑事判決：「查 LV 鑑定報告、蒼萃鑑定報告、貞觀鑑定報告，均非刑事訴訟法第 198 條經審判長、受命法官或檢察官所選任鑑定人所為之鑑定，而係各商標權人即告訴人所委任之人對查獲物品提出真偽之意見，非屬法定證據方法，而為被告以外之人於審判外之書面陳述，屬傳聞證據。又 LV 鑑定報告之鑑定人 B 已離職返回香港，告訴人 LV 公司與其無法取得聯繫，另因新冠疫情，亦無法指派其他鑑定人到庭……是 B 已離職返回香港，並非刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款所規定之情事，自無該條之適用，該鑑定報告既經被告及辯護人爭執證據能力，而鑑定人 B 既未經詰問，應認該鑑定報告無證據能力。」

⁵ 林俊益，刑事訴訟法概論，頁 453，新學林出版股份有限公司，2022 年 9 月 22 版。

該判決即明確指出鑑定報告係為審判外書面陳述，而屬傳聞證據，且指出該鑑定報告應經鑑定人到庭詰問，方為合法調查，但並未說明若該鑑定係屬囑託鑑定情形，是否仍需以到庭詰問，方為合法調查。下述為實務判決常見合法調查方式：

（二）商標權人出具鑑定報告書調查方式

1、命鑑定人為言詞或書面報告

參最高法院 111 年度台上字第 1271 號刑事判決：「客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又刑事訴訟法第 206 條第 1 項規定，鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。所謂『鑑定之經過』，指實施鑑定之程序與步驟，包括鑑定之方法如何，因鑑定之必要所為資料、資訊之蒐集與其內容，為判斷之根據暨理由；又所謂『鑑定之結果』，即鑑定人就鑑定之經過，依其專業知識或經驗，對於鑑定事項所作之判斷及論證。因欠缺鑑定必要之資料所作成之鑑定結果，既無從以科學方法驗證其依據及推論過程，自不足以作為被告不利之認定依據。」

依前揭最高法院之判決，說明該鑑定報告尚須經過合法調查，調查過程必須使該鑑定報告含有「鑑定之經過」及「鑑定之結果」。觀其見解已與鑑定新制修法後，大致相符。其調查之方式，應在於使商標權人對鑑定報告補足上開事項，對鑑定報告以刑事訴訟法第 164 條、第 165 條之「書證」方式，提示、宣讀或告以要旨。然該判決並未指出該鑑定報告，於補足上開事項後，仍需傳喚該鑑定人，以保障對質詰問權為必要。

2、法院為囑託鑑定

參智慧財產及商業法院 111 年度刑智上訴字第 20 號刑事判決：「依刑事訴訟法第 208 條第 1 項規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定。又同條項後段規定，其須以言詞

報告或說明時，得命由實施鑑定人為之。即是否須以言詞報告或說明，則由法院依具體情形決定之，並不以命為言詞報告或說明為必要。至於鑑定人或鑑定機關、團體，既經由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依刑事訴訟法第 206 條之規定，提出言詞或書面報告，自是屬於刑事訴訟法第 159 條第 1 項所稱『法律有規定者』而得作為證據之情形，為例外具有證據能力之傳聞證據（最高法院 108 年度台上字第 2119 號刑事判決意旨參照）。又法院或檢察官囑託醫院、學校或其他相當之機關或團體為鑑定時，僅準用刑事訴訟法第 203 條至第 206 條之 1 有關鑑定人等相關規定，但不包括刑事訴訟法第 202 條關於鑑定人應於鑑定前具結之規定，而係於如須命實施鑑定之人以言詞報告或說明時，始準用上開鑑定具結之規定，此觀刑事訴訟法第 208 條規定甚明。故在受囑託之機關或團體僅以書面報告鑑定結果之情形下，既不須命實施鑑定之人依法具結，則其所出具之書面鑑定報告，即無違反刑事訴訟法第 158 條之 3 關於鑑定人依法應具結而未具結者，其鑑定意見不得作為證據之規定可言（最高法院 111 年度台上字第 2793 號刑事判決意旨參照）。」

本件各商標權人原先提供予警方之鑑定報告後，均再於法院審理中，受囑託鑑定於各商標權人委任之鑑定人，復提出證據報告而具有證據能力。又該判決指出，該鑑定報告係屬傳聞證據，經法院囑託鑑定後，則屬於傳聞之例外，惟仍不以傳喚鑑定人到庭說明為調查必要，具結規定亦僅有鑑定人到庭說明時，方有適用；然鑑定新制中，已將囑託鑑定部分，依刑事訴訟法第 208 條第 2 項準用刑事訴訟法第 202 條規定，改認為鑑定人應具結，惟關於鑑定人是否以言詞報告或說明為必要，依刑事訴訟法第 208 條第 1 項規定，仍屬「得命」，而與上開判決見解相同。然商標權人並不屬於刑事訴訟法第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款之依法執掌鑑定之機關或經主管機關認證之機構或團體，則依刑事訴訟法第 208 條第 3 項第 1 款規定，在當事人無明示同意下，其鑑定報告是否屬傳聞例外而有證據能力？或是可透過要求鑑定人言詞報告或說明之合法調查方式，補足該鑑定報告證據能力？則有未明。

3、鑑定人當庭進行鑑定

參智慧財產及商業法院 100 年度刑智上易字第 59 號刑事判決：「……法官將扣案之物品與真品併同排列，命證人 A 當庭為鑑定，其結果係將編號 6 之 GUCCI 手提包真品、編號 8 之 FENDI 手提包真品均誤為仿冒品，編號 5、11 之扣案 GUCCI 銀飾品手鍊、編號 10、12 之 GUCCI 皮夾真品編號 14 之 GUCCI 銀飾品手鍊真品均無法辨識真偽，……證人 A 於該案審理中竟錯將真品誤認為仿冒品，其得為鑑定人之適格性堪值懷疑，是證人 A 既無法就商品之真偽為詳實且值得信賴之鑑定……檢察官所提出之證據，顯不足以使原審相信確係屬仿冒商標之商品無疑，而為不利於被告之心證。又證人 A 既係受有判斷 GUCCI、FENDI 品牌之專業訓練，具有檢查及鑑定真偽能力，並於 95 年 6 月 30 日受指派擔任 Guccio Gucci S.p.A、Fendi Adele S.R.L. 臺灣區授權代表，此有薈萃商標協會總會之委任鑑定聲明書，……尚且無法正確判斷出仿冒品與真品之區別，……自難期待被告亦能加以區辨，益證被告無明知係屬仿冒商標商品而販售之故意。」

該判決論述鑑定人適格性部分，應屬對於該鑑定報告之合法調查，可見法院試圖以鑑定人當庭鑑定方式，補足該鑑定報告之證據能力，似有混淆證據能力與證明力之嫌。然而，在新制下，縱然該鑑定人事前已依照刑事訴訟法第 198 條第 2 項及第 206 條第 3 項充分揭露鑑定人資格及鑑定方法後，仍使鑑定人以當庭比對真品、偽品方式，作為對鑑定報告之合法調查，或作為該報告不具證明力之彈劾證據，是否妥適，仍值深思。蓋選任鑑定情況，按刑事訴訟法第 206 條第 4 項、第 5 項規定，書面報告如經實施鑑定之人於審判中以言詞說明，並陳述該書面報告之作成為真正者，得為證據。囑託鑑定情況，依刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段，準用刑事訴訟法第 206 條第 4 項、第 5 項規定。是在新制中，調查鑑定人之方式，僅規定使鑑定人為說明該報告，及陳述其為真正，並沒有包括使鑑定人當場作真仿品鑑定，自不能以此種方式作為證據調查方式。又鑑定人在當庭是否必須使用工具比對、核對其內部商標比對規則之書面資料及其於到庭作證是否

知悉將作真仿品比對，均與鑑定證人可信性有關，若無於傳喚前就上開事項先為調查，應不宜將鑑定人之證詞，作為證明力之彈劾證據。

二、鑑定報告現狀分析

修法後，鑑定報告內容須符合刑事訴訟法第 206 條規定，並依刑事訴訟法第 202 條規定，應經鑑定人具結。惟該具結僅為額外書面，擔保鑑定報告內容為公正、誠實，重點仍應在鑑定報告內容是否有依法規揭露，而足為擔保。實務上，各商標權人均是以例稿式提出鑑定報告，其製作或委任商標權公司、法律事務所，或委任員工或其他自然人，其詳盡程度不一，是以，筆者乃整理實務上，各商標權人提出鑑定報告內容及格式，分析比對其內容是否符合修法後之要求：

類型一：

- (一) 鑑定人受過商標權公司位於總公司培訓。
- (二) 手工藝、商品品質、商標刻印及商標格式與真品標準不符。
- (三) 鑑定人親自簽名。

比對鑑定新制：

- (一) 不符。未具體說明鑑定人專業能力有助於事實認定，或經過培訓後，得以何種可靠原理、方法適用於鑑定。
- (二) 不符。未說明鑑定物品係源自何種與真品不符之事實資料、基礎，亦未說明係以可靠方式得出鑑定結論。
- (三) 符合。由自然人為鑑定人簽名。

類型二：

- (一) 鑑定公司受商標權人公司委任。
- (二) 鑑定物品係源自何海關所查扣之何進口報單號碼。
- (三) 標籤與真品標準不符、無防偽特徵、材質粗糙、外包及吊牌等不正確。

(四) 立鑑定報告書人為鑑定公司或法律事務所。

比對鑑定新制：

- (一) 不符。未說明鑑定人有何專業能力。
- (二) 符合。說明其鑑定物品係源自何種事實及資料基礎。
- (三) 不符。未說明鑑定之可靠原理、方法及適用事項。
- (四) 不符。未揭露鑑定人為何自然人。

類型三：

- (一) 鑑定公司受商標權人公司委任。
- (二) 鑑定物品係源自民國幾年受何偵查隊於何處查扣。
- (三) 鑑定物品未以印刷清楚之文字及圖樣，標明授權權源、產製公司名稱，且未有防偽功能授權標籤。
- (四) 立鑑定報告書人為委任律師。

比對鑑定新制：

- (一) 不符。未說明鑑定人有何專業能力。
- (二) 符合。說明其鑑定物品係源自何種事實及資料基礎。
- (三) 符合。有說明鑑定之可靠原理、方法及適用事項。
- (四) 符合。有揭露鑑定人為自然人，惟鑑定報告書人與出具告訴狀律師均為同一人，且亦未說明該律師有何鑑定專業能力，其自身是否有可能為大量重複之鑑定物品做鑑定，其鑑定報告真實性值得懷疑。

類型四：

- (一) 鑑定人另提委任書表明受商標權人公司委任，但未揭露與商標權公司關係。
- (二) 鑑定物品係源自被告在其網路平臺賣場受警方所查扣。

- (三) 商品標誌不對、商品來源不明、賣場並未被商標權人生產及販賣。
- (四) 立鑑定報告書人為自然人。
- (五) 鑑定報告書載明市場平均售價或所受損害。

比對鑑定新制：

- (一) 不符。未說明鑑定人有何專業能力，且該受委任之內容亦應寫入鑑定書內，而非委任書內為宜。
- (二) 符合。說明其鑑定物品係源自何種事實及資料基礎。
- (三) 不符。未說明鑑定之可靠原理、方法及適用事項。
- (四) 符合。鑑定人為自然人。
- (五) 鑑定新制無規定，惟鑑定書載明所受損害得作量刑參考，然此種簡略記載是否符合商標法第 71 條之損害賠償規定，值得深思。

三、小結

按照智慧財產及商業法院歷來實務見解及鑑定新制，不論認為傳喚鑑定人進行詰問，是屬於對於該鑑定報告之合法調查方式，或是認為鑑定人證詞為獨立證人證詞，而得與鑑定報告交互參照，其前提均在於該鑑定報告對於鑑定方法、歷程及鑑定人專業能力等法律規定事項，均已充分、明確揭露，蓋面對大量不同個案，鑑定方式均可能不同，鑑定人到庭受詰問時，亦僅有能力針對該鑑定報告文字，進行回憶，並進行說明為主，而非當庭再由法院提示該物進行鑑定。是若該報告記載過於簡略，個案上根本無法進行對質詰問，乃徒增審判形式。準此，各商標權人如何設計其鑑定報告書，使其能符合鑑定新制，又能保有其營業秘密，應參酌目前個案類型，由各商標權人與法院實務，共同發展及認定。

肆、外國侵權鑑定法規實務與我國比較

美國聯邦巡迴上訴法院（The U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC），在 2007 年 *In re Seagate Technology*⁶ 案件中，提出故意侵權之判斷標準，即認為侵權人之行為在客觀上有高度可能性（objectively high likelihood）構成侵權而仍為之；在主觀上，知悉或明顯應知悉為侵權行為（either known or so obvious that it should have been known）時，構成侵權行為。在判斷上述要件時，事前有無委請律師為鑑定報告，或一方有無出具鑑定報告，使另一方為明知，亦為上開案件中，認定侵權人有無主觀犯意之證據。在商業層面上，不論是美、日之法律事務所，為當事人作侵權鑑定，並為當事人發函警告，均為事務所營業管道之一，且在法規上亦具有舉證上必要性。在商標權人出具鑑定報告之類型上，對照上開類型，相當於上開類型三，即由該律師事務所自己作為鑑定人及出具鑑定報告。鑑定新制後，固有增設得或應使鑑定人到庭言詞說明，並準用對於證人之對質詰問規定。惟各國是否均以經鑑定人到庭言詞報告，並經被告對質詰問，作為完足合法調查程序，則有疑問。特別在商標權人出具鑑定報告情形中，若該報告已按法規為詳實記載，且法院已為囑託鑑定，僅因商標權人或鑑定人自行考量成本，未予到庭，或鑑定人言詞報告後，法院未給予被告對質詰問之機會時，該鑑定報告是否仍有證據能力，應有探討實益，以下先以日本及美國鑑定法規實務為比較基礎，續分析是否值得借鏡：

一、日本鑑定法規實務

依日本國憲法第 37 條第 2 項前段規定要旨，刑事被告對於證人應被給予充分審問之機會，且應有使用公費，為自己取得證人之權利。又依日本刑事訴訟法第 320 條規定要旨，除了日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條規定情形外，審判期日以代替供述之書面，或以審判期日外他人供述內容，均不得作為證據使用。再依日本刑事訴訟法第 321 條第 3 項、第 4 項規定要旨，檢察官、檢察事務官或司法警察記載結果之書面，供述者於審判期日作為證人接受訊問（尋問），供述該書面作成內容為真正，不適用第一項規定，而得作為證據；鑑定人所作成之鑑定經過及結果記載之書面，亦同。

⁶ *In re Seagate Technology, L.L.C.* 497 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2007).

由此，日本法規中，書面鑑定報告得作為憲法證人審問權，及刑事訴訟法之傳聞法則之例外情形者乃（1）鑑定人於審判期日作為證人接受訊問。（2）鑑定人證述該書面內容為真正。前開（1）部分，係指法院所命之鑑定人，作成之報告書，只要鑑定人證述鑑定之經過以及結果記載正確，即使對於上開供述未經過反對訊問（反對尋問），仍得作為證據，且此規定對於偵查機關之囑託鑑定，亦有適用⁷，如火災後之「燃燒實驗報告書」，日本最高裁判所亦認為，只要經過訊問後，該書面報告即屬日本刑事訴訟法第321條第4項之傳聞法則規定，得作為證據⁸；前開（2）部分，相比我國修正後條文，日本刑事訴訟法僅規定，鑑定人應供述該書面報告的內容為真正，並無如我國刑事訴訟法第206條規定，該言詞及書面報告內容需具備何事項。是日本學說中，對於真正作成的供述意義，即有記載內容真實性之見解，以及作成名義真正及記載內容正確性之見解，前者認為，不應限制被告反對訊問之對象，被告縱對傳喚證人有遲延，亦受證人審問權之保障，日本刑事訴訟法第321條第4項規定非證人審問權之例外規定。後者認為，依據證人審問權，訊問權利並非在保障證人供述內容之真實性，亦包括作成名義之真正以及記載內容之正確性，被告之反對訊問，亦應限定於該範圍內，通說採後者⁹。

二、美國鑑定法規實務

依美國憲法增修條文第6條¹⁰規定要旨，在一切刑事訴訟中，被告應享受下列之權利：准與對造證人對質；要求以強制手段取得有利於本人之證人。然對於鑑定人是否等同於證人，被告有無權利請求對鑑定人行使對質詰問，以下乃透過美國最高法院（The U.S. Supreme Court）二則案例概要，說明其見解。

參 *Melendez-Diaz v. Massachusetts*¹¹ 案件中，針對載有扣押物品為古柯鹼之鑑定報告書，被告抗辯其未經對質詰問時，是否有證據能力問題，最高法院推翻原審認無須對質詰問之判決，其認為該鑑定報告附有宣誓書，其鑑定內容即該扣押物之成

⁷ 中村真莉子，鑑定書の証拠能力，比較法雜誌第47卷第2号，頁217，2013年。

⁸ 最判平成20年8月27日（刑集第62卷7号2702頁）。

⁹ 中村真莉子，同註7，頁232。

¹⁰ Amendments to the Constitution of the United States VI (1791).

¹¹ *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305.

分、性質及質量，亦被作為被告持有古柯鹼事實之證據使用，其鑑定報告功能即與法庭內證言相等，若被告申請對質詰問，即應給予對質詰問之機會。又該對質詰問為憲法增修條文所記載之唯一方法，法院並無選擇自由，且全美科學研究所多設立於法執行機關管理下，鑑定報告也未必如檢察官所述具有中立性、信用性，是不能以對質詰問後，無從改變鑑定結果，認為無實益，而拒卻被告請求。

又參 *Bullcoming v. New Mexico*¹² 案件中，針對酒測後載有被告血液濃度之證明書，未經附有宣誓書，及實際作鑑定之人因休假，無法對質詰問時，是否不具有證據能力問題。最高法院亦推翻原審認無侵害對質詰問權之判決，其理由在於該報告書係為有證人性質之證據，而非業務過程紀錄之文書，該報告上署名之人，非僅是為機構書寫之人，不應認得由該機構派其他人到場說明，該署名之人為鑑定人，應到證人席說明具體的鑑定過程，使被告得對該人鑑定之過失及虛偽，有反對詰問之機會。又針對該證明書未附有宣誓供述書，是否得認並非具有證人性質之證據，最高法院認為，只要判斷上是對於扣押物之鑑定，則不論名稱為證明書或是報告書，有無附宣誓書，均非判斷重點。

三、小結

綜上，美日實務相比我國鑑定新制，應認屬於寬嚴不一。參照上開日本實務見解，在囑託鑑定情形下，只要經過法院訊問，縱使該鑑定機關非如我國規定之依法令執掌機關或主管機關認證機構，仍不以經被告反對詰問為必要，然一旦需出庭接受詰問，其受詰問範圍則包含鑑定人署名之真正，以及鑑定內容之正確；參美國實務，縱在囑託鑑定情形下，仍需經過被告反對詰問，方具有證據適格。然不論日、美，都規定當需進行反對詰問時，需以實際進行鑑定之人為詰問對象，特別是在 *Bullcoming v. New Mexico* 案中，當鑑定人因其他情事無法到場時，亦不承認該情事屬於傳聞之例外，應使被告得對於鑑定報告內容之正確性，有透過對質詰問質疑之機會。是在商標權人若經法院囑託鑑定，但實際鑑定之人審理時仍因居住於國外，無從到場時，在判斷我國是否能依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定，肯認其出具鑑定報告之證據能力，即足借鏡。

¹² *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647.

伍、結論

本次刑事訴訟法之鑑定新制修法，固命鑑定人事前具結，並以傳喚鑑定人到庭為原則，大幅提高被告對質詰問權保障，立意固屬良善，然其修法之思維模式，仍是以處理毒品、酒駕等案件中，具有公務性、中立性之鑑定機關所出具之鑑定報告書為修法考量，卻未對其他案件類型之鑑定機關特性予以多元考量，在鑑定機關係以合議制，如醫師審議會等方式，再由其中醫師撰寫鑑定報告時，或鑑定機關本身為營利事業，對於鑑定方式、原理具有秘密性、經濟性時，適用鑑定新制修法之際，則難免齟齬。

在商標侵權案件，相比前述毒品案件鑑定報告，數量上可謂有過之而無不及，且市場亦無人比商標權人自身可了解侵權產品，是此類案件之鑑定，即具有量大及高度仰賴告訴或告發人即商標權人之特性。是以，在審理中，當遭遇被告抗辯鑑定報告屬傳聞證據時，法院若欲使用過往囑託鑑定之方式，適用鑑定新制時，即會發生商標權人非屬依法令或經認證之中立性機構，無從囑託，而被告又不同意有證據能力時，即有是否僅得通過傳喚鑑定人到庭作證，而補足該鑑定報告證據能力之問題。況各商標權人出具鑑定報告內容，均有與刑事訴訟法鑑定新制未符，程度不一之缺漏，業如上述，鑑定人面對全臺大量案件，或不願到庭，或不願開示其鑑定方法，如以此認定該鑑定報告不具證據能力、鑑定人審理時證述不具證明力，使侵犯商標權之被告動輒逃脫刑事制裁，恐怕難符合對智慧財產權保護之期待。

本文認為，依 112 年 8 月 30 日新施行之智慧財產案件審理法，法院判斷專利侵權事件真偽時，按智慧財產案件審理法之立法說明，乃參考日本查證人制度，引進查證人相關規定¹³。有關於查證人之資格揭露、提供書面或言詞報告之方式，則準用商業事件審理法之專家證人規定¹⁴。準此，專家證人係以書面報告為原則，當事人亦僅能以書面向專家證人提出詢問，法院固得依聲請或職權命該專家證人到場陳述意見，惟當專家證人無正當理由不到場，或拒絕回答詢問時，對於是否

¹³ 智慧財產案件審理法第 19 條至第 28 條。

¹⁴ 商業事件審理法第 47 條至第 52 條。

採納該專業意見，法院亦有權限審酌¹⁵。基此，上開對查證人及專家證人證述之考量，應較符合商標侵權案件上開特性，惟查證人制度，除針對專利權、電腦程式著作權及營業秘密侵害等技術類之民事案件，其他如一般著作權侵權之民事案件亦無查證人制度適用，更遑論適用於刑事訴訟程序。再者，關於違反商標法第一審刑事案件之管轄權為各地方法院，不若民事侵權案件第一、第二審管轄權為智慧財產及商業法院，是考量上開特性後之條文，若欲對商標案件設計與查證人或專家證人相類之制度，亦應考量現行地方法院係以刑事訴訟法進行審理商標法刑事案件之現況，於智慧財產案件審理法規範之刑事案件程序中，體系上通盤調整為適當。

又在刑事訴訟法未來修法前，本文以為，為避免公訴人即檢察官所出具之證據，於審理時不具有證據能力，耗費審理時日及司法資源，建議警方於查扣侵權物品後，送商標權人鑑定前，應比照實務內二值班之方式，報告地檢署核准，使檢察官得就該個案先行以製作囑託鑑定之公文，由警察機關送達各商標權人，使其等出具之鑑定報告，於起訴前即具有證據能力，而非如現行警方取得鑑定報告後，再全案移送地檢署，減少被告對於傳聞證據抗辯之機會，從而加速審判程序，以達對商標權之保護。

¹⁵ 商業事件審理法第 50 條。