

智慧財產及商業法院刑事判決

110年度刑智上易字第55號

上訴人即被告 柯宛瑱

選任辯護人 黃文力律師

上列上訴人因違反著作權法等案件，不服臺灣新北地方法院中華民國110年6月1日第一審判決（109年度智易字9號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第26416號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

柯宛瑱被訴違反著作權法部分公訴不受理。

柯宛瑱犯商標法第九十七條之意圖販賣而持有侵害商標權之商品罪，處拘役肆拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表三所示之物均沒收。

事 實

一、柯宛瑱在○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○經營○○企業社，其明知如附件二所示商標（下稱本案商標），均係日商任天堂股份有限公司（下稱日商任天堂公司）向我國經濟部智慧財產局（下稱智財局）申請註冊，使用於玩具、玩偶、布偶、填充玩具等商品，現均仍於商標權利期間，非經商標權人之同意或授權，不得在同一或類似商品，使用相同或近似之商標，竟基於意圖販賣而持有仿冒商標商品之犯意，自民國107年9月起，陸續向金富玩具實業有限公司（下稱金富公司）購買侵害仿冒本案商標之商品而持有之，嗣美商美洲任天堂公司（下稱美商任天堂公司）人員於107年9月25日在○○企業社購得仿噴火龍（Charizard）絨毛玩偶、仿快龍（Dragonite）絨毛玩偶、仿快龍（Dragonite）畢業造型絨毛玩偶各1件，經確認均為仿冒商標商品後，經警於108

01 年1月23日上午11時許，至○○企業社執行搜索，當場扣得
02 如附表三所示之仿冒商標之玩偶共143件（下稱本案扣案物
03 ），而悉上情。

04 二、案經日商任天堂公司告訴與內政部警政署保安警察第二總隊
05 移送臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

06 理 由

07 壹、公訴不受理（違反著作權法第91條之1第2項）部分：

08 一、公訴意旨認被告柯宛瑱在○○○○○○○○○○○○○○○○
09 ○○○○○○經營○○企業社，其明知如附表一所示各種寶
10 可夢名稱之圖樣係美商任天堂公司享有著作財產權之美術著
11 作（下稱本案美術著作），非經美商任天堂公司之同意或授
12 權，不得意圖散布而持有侵害此等著作財產權之重製物，竟
13 基於意圖販賣、散布而持有侵害他人著作財產權之重製物之
14 犯意，自107年9月起，陸續向金富公司購買侵害如附表一所
15 示著作財產權之重製物而持有之，嗣美商任天堂公司人員於
16 107年9月25日在○○企業社購得仿噴火龍（Charizard）絨毛
17 玩偶、仿快龍（Dragonite）絨毛玩偶、仿快龍（Dragonite）
18 畢業造型絨毛玩偶各1件，經確認均為仿冒商標及侵害著作
19 權商品後，經警於108年1月23日上午11時許，至○○企業社
20 執行搜索，當場扣得如附表三所示之侵害著作財產權之玩偶
21 共143件（即本案扣案物 ），因認被告另涉嫌違反著作權法
22 第91條之1第2項之意圖散布而持有侵害著作財產權之重製物
23 罪嫌云云。

24 二、按著作權法第91條之1第2項之罪須告訴乃論，此觀著作權法
25 第100條本文之規定自明，故該罪係以有告訴權人提出合法
26 告訴為訴追要件。又告訴乃論之罪，未經告訴或其告訴經撤
27 回或已逾告訴期間者，法院應諭知不受理之判決，刑事訴訟
28 法第303 條第3 款亦定有明文。而所稱「未經告訴」，包括
29 依法不得告訴（如無告訴權人之告訴）及告訴不合法之情
30 事。

31 三、經查：

01 (一)上訴人即被告上訴意旨略以：告訴人是在108年6月14日提出
02 告訴，但提出告訴時沒有附委任狀，於109年4月1日才向原
03 審法院補委任狀，因本案著作權部分須告訴乃論，已逾6個
04 月，告訴並非合法，原判決就被告被訴侵害著作權部分，對
05 被告論罪科刑，顯有違誤等語。

06 (二)美商任天堂公司提起告訴已逾6個月之告訴期間：

07 1.按依刑事訴訟法第236條之1之立法理由明確記載「偵查中委
08 任告訴代理人係訴訟行為之一種，為求意思表示明確，並有
09 所憑據，自應提出委任書狀於檢察官或司法警察官」等詞，
10 且因委任告訴係於偵查階段由告訴人所為之訴訟行為，既係
11 由檢察官擔當偵查之主體，縱認委任告訴代理人之程式有所
12 欠缺而得補正，則命告訴人及代理人補正其程式之主體自係
13 檢察官而非法院，蓋告訴人委任代理人之訴訟行為係發生在
14 偵查階段，且為檢察官偵查告訴乃論之犯罪所必需具備之訴
15 追要件，自應由偵查主體檢察官命其補正，若檢察官未命補
16 正即行起訴，該告訴基於要式主義之要求即非合法提出，不
17 生合法告訴之效力。是以，被害人對於告訴乃論之罪未向檢
18 察官或司法警察官告訴，在法院審理中，縱可補為告訴，仍
19 應向檢察官或司法警察官為之，始得謂為合法告訴，然後再
20 由檢察官或司法警察官將告訴狀或言詞告訴之筆錄補送法
21 院，以為補正；如被害人不向檢察官或司法警察官提出告
22 訴，而逕向法院表示告訴，自非合法之告訴（最高法院87年
23 度台上字第3923號判決意旨參照）。

24 2.次按，刑事訴訟法第273條第6項所謂起訴之行為有欠缺，應
25 命補正者，係指起訴之法定程式有欠缺，且得補正者（如起
26 訴書未簽名蓋章、漏列被告年齡特徵等）之情形而言。如起
27 訴之必備要件有所欠缺（即欠缺起訴之合法要件），因既屬
28 起訴所必須具備之要件，若有所欠缺，因起訴不合法，自不
29 在裁定命其補正之範疇。又所謂未經告訴，包括不得告訴及
30 未經合法告訴之情形在內（最高法院91年度台非字第207號
31 判決意旨參照）。在告訴乃論之罪，告訴權人之告訴既為刑

01 事訴追要件，係起訴之法定必備要件，檢察官就欠缺訴追要
02 件之不合法告訴所提出之公訴，即屬欠缺起訴之法定必備要
03 件，受理法院自應依據刑事訴訟法第303條第3款、第307條
04 之規定，不經言詞辯論，逕為公訴不受理之判決，非謂法院
05 應就檢察官欠缺合法告訴所提出之公訴仍有命告訴人定期補
06 正告訴不合法之程式瑕疵之義務，此與檢察官以「非告訴乃
07 論之罪起訴」，經法院審理結果，認係犯告訴乃論之罪，法
08 院應許告訴人於起訴後補正（司法院院字第2105號解釋）之
09 情形不同。

10 3.再按，訴訟條件的欠缺，於起訴之後、審理之中，能否加以
11 補正，我國法固無明文，惟考量法的「安定性」與「具體妥
12 當性」之平衡，倘准予補正反較不許補正更能符合訴訟整體
13 利益，且「對被告亦不致發生不當之損害」者，為達訴訟之
14 合目的性，同時兼顧被害人權益照料及被告訴訟防禦權行使
15 ，自應許其補正；惟若准予補正將對被告不利，因而發生不
16 當之損害，即無從許其補正。倘係起訴之訴訟條件有欠缺，
17 因訴訟條件乃公訴提起之條件，具有制約公訴權發動之功能
18 ，俾使公訴權之行使合法而適正，並避免被告因遭具有重大
19 缺陷之公訴提起，而動輒陷入刑事審判程序之危險，是法院
20 對起訴之訴訟條件具備與否，除有前述應許其補正之情形外
21 ，原則上應嚴予審查，倘有欠缺，即無准許補正之理（最高
22 法院105年度台非字第203號判決意旨參照）。從而，考量法
23 的「安定性」與「具體妥當性」之平衡，在該訴訟行為係有
24 行為期間之限制者，補正自僅得於該限制期間內為之，始足
25 補正原訴訟行為之瑕疵，故於告訴乃論之罪，被害人委任代
26 理人提起之告訴違背上揭要式性時，被害人自應在得行使告
27 訴權之6個月告訴期間內為補正之行為，始生補正之效力，
28 否則，倘謂得為告訴之人可於告訴期間屆滿後再以事後追認
29 之方式補正他人原未經授權之代理告訴，無異變相延長告訴
30 期間，有害法律安定性，自非法之所許。

01 4.本案告訴人美商任天堂公司是在108年6月14日提出告訴，但
02 提出告訴時沒有附委任狀，於109年4月1日才向原審法院補
03 委任狀，因本案著作權部分須告訴乃論，已逾6個月，告訴
04 並非合法。

05 (四)承上，美商任天堂公司就如附表一所示本案美術著作，提起
06 須告訴乃論之本案著作權部分之告訴，於原審審理時，已逾
07 6個月之告訴期間，且無從命補正，告訴亦非合法。是以，
08 本案被告被訴違反著作權法部分，均未經合法告訴，自應依
09 刑事訴訟法第303 條第3 款規定，諭知不受理之判決。從
10 而，原審就被告被訴違反著作權法部分逕為有罪判決，自有
11 未洽，應由本院將此部分撤銷，改諭知公訴不受理判決。

12 貳、有罪（違反商標法第97條）部分：

13 一、證據能力：

14 (一)本判決所引用告訴代理人徐宏昇律師之陳述係被告以外之人
15 於審判時之陳述，檢察官表示同意作為證據，雖被告及其辯
16 護人於本院準備程序時表示不同意作為證據，（見本院卷第
17 94頁），復於本院言詞辯論終結前辯稱告訴代理人指述有偏
18 頗，不宜採用等語（見本院卷第419 至420 頁），但本院審
19 酌上開證據並非審判外之陳述，且資料製作時之情況，尚無
20 違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適
21 當，而認前揭證據資料有證據能力；而非供述證據部分，本
22 院亦查無有何公務員違反法定程序取得之情形，且各該證據
23 均經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，被告於訴
24 訟上之防禦權，已受保障，故該等證據資料均有證據能力。

25 (二)被告及辯護人固爭執起訴書證據清單編號四所列起訴書附表
26 三之「扣案物名稱」欄及扣案物品相片商標對照表、搜索現
27 場照片所附註關於商品為仿冒及有侵害或仿冒告訴人公司之
28 著作與商標之「文字說明」均屬「傳聞證據」云云，然公訴
29 意旨所指證據應分別扣案物、扣案物品相片及搜索現場照片
30 等非供述證據，至於該附表欄位、對照表及蒐證照片標註之
31 文字說明並非證據本身，是辯護人執此辯稱為傳聞證據並爭

01 執證據能力云云，應有誤會。至被告及辯護人另否認告訴代
02 理人之指述及告訴代理人所提兩份鑑定意見書之證據能力，
03 惟因本院並未引用上揭證據作為認定犯罪事實之基礎，自無
04 庸贅述其有無證據能力之理由。

05 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

06 (一)被告在○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○經營○○企
07 企業社，自107年9月起，陸續向金富公司購買玩具商品，員
08 警於108年1月23日上午11時許，至上址○○企業社執行搜
09 索，當場扣得本案扣案物共143 件，為被告於原審及本院中
10 坦承不諱（見智易字卷第53頁、本院卷第94頁），並有臺灣
11 嘉義地方法院108年度聲搜字51號搜索票、搜索扣押筆錄暨
12 扣押物品目錄表、搜索扣押筆錄、搜索現場照片在卷（見偵
13 字卷第135頁、第137至141頁、第145頁、第147至150頁、第
14 189至195頁）可稽，堪認屬實。

15 (二)按商標應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品
16 或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，商標
17 法第5條第2項定有明文。而商標法所稱商標之使用，指為行
18 銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用
19 平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消
20 費者認識其為商標，同法第6條亦有明文。又依92年5月28日
21 修正前商標法第6條規定申請作為商標者，固僅限於文字、
22 圖形、記號、顏色組合或其聯合式之平面圖樣，不包括「立
23 體商標」，惟其乃為避免商標圖樣之「形狀、位置、排列、
24 顏色」改變，並非謂將平面商標使用於立體，即不受商標法
25 之保護。是商標法有關「近似他人商標圖樣」規定之侵害商
26 標權，當然包括侵害「商標商品化」或「立體化商品」之情
27 形在內，以保障商標權及消費者利益（最高法院92年度台上
28 字第1879號民事裁定參照）。而商標法於92年5月28日修正
29 後，開放立體商標之註冊，凡以三度空間之具有長、寬、高
30 所形成之立體形狀（包括商品本身的形狀、商品包裝容器之
31 形狀、商品或商品包裝容器以外之立體形狀、服務場所之裝

01 潢設計等），倘能使相關消費者藉以區別不同之商品或服務
02 來源，即得申請註冊。又消費者亦未必確知商標係以平面或
03 立體註冊，若將平面商標做成商品的形狀，即易使消費者認
04 定其為立體商標，故將他人註冊之平面商標立體化，而產生
05 商品來源或授權關係之混淆時，倘無商標法合理使用之情事
06 ，應構成商標權之侵害。

07 (三)經查，本案商標是日商任天堂公司向智財局註冊，指定用於
08 玩具、玩偶、布偶、填充玩具等商品，並分別經核准註冊如
09 附表二所示商標，現仍在商標權利期間內，有智財局商標資
10 料檢索結果在卷（見偵字卷第131頁、第133頁）可佐，而本
11 案扣案物均為立體玩偶，而吊牌上亦記載「品名：填充玩具
12 」，有勘驗筆錄暨照片在卷（見智易字卷第219至233頁）可
13 查，可見扣案物確為玩具、玩偶、填充玩具。而扣案如附表
14 三編號四、五所示之玩偶，與附表二編號二所示之商標，均
15 為恐龍外型、頭頂有觸角、背後有翅膀及腹部有條紋圖案，
16 且手掌及腳掌上均有爪子等近似之外觀特徵，此部分亦有原
17 審法院勘驗筆錄暨扣案物照片在卷（見智易字卷第217頁、
18 第225至233頁）可查；另附表二編號一所示商標，與附表三
19 編號一至三所示玩偶，均為恐龍外型、有耳朵、翅膀於背部
20 ，且手掌及腳掌上均有爪子、腹部範圍與身體有區隔等近似
21 之外觀特徵，有扣案物照片在卷（見智易字卷第217頁、第2
22 19頁、第225至227頁）可佐，雖扣案物之玩偶部分造型（即
23 附表三編號二玩偶側邊有火焰造型）、部分衣著、配飾（即
24 如附表三編號三、四玩偶為畢業造型）與如附表二編號一商
25 標圖樣不同，或做成Q版之玩偶（即如附表三編號一之玩偶
26 ），惟其予人整體視覺印象仍屬近似，故本案商標係以文字
27 、圖形組成之平面圖樣，其雖非立體形狀之商標，惟本案商
28 標指定使用於玩偶商品，與本案扣案物係同一商品；且本案
29 商標與本案扣案物構成近似，已見前述；又本案商標雖無證
30 據可資判定為著名商標，惟仍具有相當之識別性，且商標法
31 第95、96、97條所稱之商標並不必須是著名商標，又我國商

01 標採註冊主義，本案商標於完成註冊後即取得排他之權判，
02 則被告意圖販賣，而向金富公司購入外觀近似於本案商標之
03 本案扣案物，足使購買玩偶之相關消費者認識其為表彰本案
04 商品之標識，即構成商標之使用；且相關消費者未必知悉本
05 案商標係以平面或立體註冊，相關消費者隔時異地觀察結
06 果，會誤認本案扣案物玩偶與本案商標係同一或關聯來源而
07 產生混淆誤認之虞。而被告於警詢時供稱：伊向金富公司進
08 貨扣案之玩偶係欲拿來銷售等語（見偵字卷第13頁），是被
09 告確有意圖販賣而持有侵害商標權商品之犯行明確，堪以認
10 定。

11 四、被告略辯以：伊不知道本案商標為日商任天堂註冊之商標，
12 伊向金富公司購買的玩偶為小橘龍、小黑龍、小黃龍商品云
13 云。辯護人略辯以：商標使用行為並不包含將商標本體直接
14 作為商品而加以商品化之行為，扣案商品及所附吊牌均未使
15 用本案之商標，應無商標法之適用；且被告於警詢時表示不
16 知扣案之商標及著作權為侵權商品，是檢察官亦應舉證證明
17 被告主觀上明知為該商標而侵權云云。惟查：

18 (一)被告明知其向金富公司進貨之本案扣案物玩偶為寶可夢系列
19 之玩偶，已如前述，是被告空言辯稱其購入之玩偶僅為小黃
20 龍、小橘龍及小黑龍顯係臨訟卸責之詞，應不可採。

21 (二)商標法有關「近似他人商標圖樣」規定之侵害商標權，當然
22 包括侵害「商標商品化」或「立體化商品」之情形在內，而
23 本案扣案物之玩偶，均與本案商標相似，是該等玩偶上之標
24 籤雖未使用上開商標，惟該玩偶本身與本案商標相似，是辯
25 護人辯稱不包含將商標商品化云云，應不可採。又被告身為
26 銷售玩偶之中盤商，對於寶可夢系列之主要角色難謂不知，
27 已經本院認定如前，是辯護人執此辯稱不符明知之主觀犯意
28 ，亦不可採。

29 五、被告之辯護人復辯稱：110年10月21日所提出辯護狀附件
30 一、證物二商標註冊圖案及商標權證案件明細，是針對怪龍
31 圖的部分，要證明本案商標保護的範圍沒有包括填充玩具云

01 云。然查，本案商標註冊的商品有包括布偶及其他玩具，縱
02 使填充玩具不在其中，但填充玩具與布偶及其他玩具是類似
03 商品，故被告辯護人所為辯解，不可採。

04 六、綜上所述，被告上揭犯行之事證均已臻明確，堪以認定，應
05 予依法論科

06 七、論罪科刑之理由：

07 (一)本案扣案物為侵害商標權之商品，已經本院認定如前。是核
08 被告所為係犯違反商標法第97條之意圖販賣而持有侵害商標
09 權之商品罪。原審誤認被告亦犯著作權法第91條之1 第2 項
10 之意圖散布而持有侵害著作財產權之重製物罪，與商標法第
11 97條之意圖販賣而持有侵害商標權之商品罪，係以一行為，
12 同時觸犯上開2罪，為想像競合犯，應依刑法第55條之規
13 定，從一重之著作權法第91條之1第2項之意圖散布而持有侵
14 害著作財產權之重製物罪處斷，而論處被告有期徒刑4月，
15 因本院已認定被告被訴違反著作權法部分，均未經合法告
16 訴，應諭知不受理之判決，已如前述。原審就被告被訴違反
17 著作權法部分逕為有罪判決，自有未洽，應由本院將此部分
18 撤銷，僅就被告違反商標法第97條部分論處。

19 (二)爰以行為人責任為基礎，審酌被告明知本案扣案物係仿冒商
20 標商品，竟未經上揭商標權人之同意，即意圖販賣，購入該
21 仿冒商標商品而持有之，罔顧前開本案商標權人之商譽係他
22 人辛苦研發及維持之智慧結晶，亦無視政府大力宣導尊重他
23 人智慧財產權之法令，攫取商標權人(原判決贅載「專用」2
24 字)應得之利益，行為實屬不該，兼衡被告之犯罪動機、目
25 的、手段、生活狀況（經營耐斯企業社，月薪約新臺幣2、3
26 萬元）、智識程度（大學畢業，見智易字卷第417 頁）、尚
27 未與告訴人達成和解及所生之危害等一切情狀，量處如主文
28 第3項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

29 八、沒收部分

30 扣案如附表二所示之物，均係本案侵害商標權之物品，業經
31 本院認定如前，不問屬於犯人與否，均應依商標法第98條規

01 定，宣告沒收之。

02 據上論斷，應依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第369
03 條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第303條第3款，商
04 標法第97條、第98條，刑法第11條、第41條第1項前段，判決如
05 主文。

06 本案經檢察官賴建如提起公訴，檢察官鍾鳳玲到庭執行職務。

07 中 華 民 國 110 年 11 月 25 日

08 智慧財產第二庭

09 審判長法官 汪漢卿

10 法官 彭洪英

11 法官 曾啓謀

12 以上正本證明與原本無異。

13 不得上訴。

14 中 華 民 國 110 年 12 月 2 日

15 書記官 丘若瑤

16 附錄本判決論罪科刑法條全文：

17 商標法第97條

18 明知他人所為之前二條商品而販賣，或意圖販賣而持有、陳列、
19 輸出或輸入者，處1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣5
20 萬元以下罰金；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。