智慧財產及商業法院刑事判決

111年度刑智上易字第55號

上　訴　人　臺灣南投地方檢察署檢察官

被　　告　杜淑娟

選任辯護人　曹世儒律師

上列上訴人因被告違反商標法案件，不服臺灣南投地方法院中華民國111年8月17日第一審判決（110年度智易字1號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署109年度偵字第4204號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、本案經本院審理結果，認第一審判決對被告杜淑娟涉犯商標法第97條之意圖販賣仿冒商標商品罪嫌，不能證明而為無罪判決之諭知，並無不當，應予維持，除本判決補充之理由外，其餘均引用第一審判決書之記載（如附件）。

二、檢察官上訴意旨略以：

㈠日商三麗鷗股份有限公司（下稱三麗鷗公司）授權的產品所具備者，必須要有著作權之標示，著作權標示會直接印刷於物品上，在有洗標或吊牌之商品，則至少會將著作權標示於洗標或吊牌上。本案扣案商品中，有部分商品不但本身無三麗鷗之著作權標示，且部分商品有洗標或吊牌，卻沒有三麗鷗之標示，明顯為仿冒品，原判決竟一律認定所扣押之全部商品都「有可能不是仿冒品」，其認事用法顯有違誤。

㈡被告所購買之來源為大陸地區，商品係仿冒品之可能性本即不低，且被告亦有經營實體店面，理應較一般人更為注意是否有侵害商標權。又商品標示法第6條第1項規定於市面販售之商品應標示「製造商」或「進口商」之資訊，惟扣案商品中有部分商品完全未標示製造商或進口商資訊，顯非可合法於我國販賣之商品，實不應許其僅以「有向賣家詢問確認其購買之商品為原單而非訂製」云云即可脫免其罪責。

㈢被告所稱販售價格，依其所述，係「加上國際運費以後之金額」，然原判決所比較之對象卻為「官網截圖之商品售價」，即尚未加上國際運費以後之金額，比較基準有所失衡。又被告於原審審理中辯稱「我是用瑕疵品的價格去販售，如果是官方瑕疵品，約為原價的一半」云云，顯可證明其知道市場有其他仿冒品存在，也知道購入商品非正版商品，其該當商標法之犯罪構成要件甚明。爰請求撤銷原判決，另為適法判決等語。

三、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極之證據本身存有瑕疵而不足為不利於被告事實之認定，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據，而此用以證明犯罪事實之證據，猶須於通常一般人均不至於有所懷疑，堪予確信其已臻真實者，始得據以為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理性之懷疑存在，致使無從為有罪之確信時，即應為無罪之判決。再檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，刑事訴訟法第161條第1項定有明文。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院104年度台上字第2921號、106年度台上字第462號判決意旨參照）。

四、經本院審酌本案相關事證後，認原審判決認定事實、適用法律及結論，並無違誤，另就檢察官上訴意旨，補充敘明理由如下：

㈠檢察官上訴意旨稱：原判決以本案如原判決附表所示之扣案商品595件是否確屬仿冒商標商品，實非無疑等語，其認事用法顯有違誤云云。

1.按鑑定人由審判長、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，刑事訴訟法第198條定有明文。又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，同法第208條第1項亦有明定。是不論係鑑定人或鑑定之機關、團體，均應由法院、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，並應依刑事訴訟法第206條之規定，提出言詞或書面報告，載明鑑定之經過及其結果，於自然人擔任鑑定人時，尚應依同法第202條規定於鑑定前具結，始符合同法第159條第1項所稱「法律有規定」得為證據之例外情形。

2.關於原判決附表編號1扣案物：

⑴卷內三麗鷗公司委任之代理人鍾文岳律師，在檢察官指定鑑定附表編號1扣案物前，即先出具一份鑑定報告（警卷第26至29頁），檢察官於110年1月22日、110年2月26日（偵卷第307、310頁），再向鍾文岳律師催繳鑑識資料，並請書記官以公務電話傳真請承辦偵查佐催促（偵卷第308頁），鍾文岳律師先前已取得商標權人三麗鷗公司之真仿品辨識能力證明書（偵卷第75頁），其於110年2月25日重新以三麗鷗公司指定代理人身分提出鑑定報告（偵卷第312至322頁），惟該鑑定報告內未載明其進行鑑定之經過，所採取之鑑定標準、原則或方法，亦未附鑑定人結文，鑑定結果只有兩種：「無法判定為侵權」或「商品本體粗糙，欠缺由正品應有之標示，判斷為仿冒品」，鍾文岳律師於111年3月16日並於原審以證人身分到庭證述稱：（問：是你自己判定，還是寄回日本判定，才做出報告的？）…我們會先做初步的鑑定，跟三麗鷗報告，三麗鷗再做第二次的鑑定，原則上是依照照片，…我忘記是否有送實品…（問：本件

扣押物品，是否全部都做過審實體的鑑定？）…同樣的產品只會取一件做鑑定…（問：扣案一千多件的同樣物品，都有抽樣一件來鑑定？）可以這麼說（問：偵卷第313至322頁這一份鑑定報告也是你出具的嗎？）沒錯。（問：鑑定報告有寫無法判定，是何意？）…有些產品是正規廠商外流的，不然從外觀上面可以看得出來，意思是三麗鷗要授權製造，一定會給授權貼紙，授權貼紙是三麗鷗收取權利的根據，例如要做1千個，三麗鷗就給1千個授權貼紙，但被授權公司做了1千5百個，另外5百個就沒有授權貼紙，原則上那5百個就是仿冒品，…（問：三麗鷗有授權大陸那裡製造嗎？）有。三麗鷗一年授權的產品約4萬種…（問：如果是被授權公司製造的，除授權貼紙外，其餘外觀都一樣嗎？）對，可能性很高…（問：所有扣案的一千多件商品，都是送到你那裡鑑定嗎？）不是，是警察那裡找到完全一樣的商品，就送一件過來鑑定。（問：三麗鷗是否有提供你本案扣案物品的真品讓你比對嗎？）這個東西不一定都會有對應的真品，所以無法提供仿冒品的真品來對應比對…（問：即便沒有實物，三麗鷗是否有提供真品的照片供你比對？）從三麗鷗商品的標示，大概就可以辨識百分之99以上產品真偽…（問：你的意思是沒有提供真品的照片比對嗎？）本案沒有等語（原審卷第220至227頁），從前揭書面鑑定報告與證人之證述中，姑不論鑑定人在製作鑑定書前未為具結，故未附結文且無鑑定過程之記載，從主要鑑定者鍾文岳律師於原審到庭證述中，可知警方僅送同款商品中之一件，供其鑑定，三麗鷗公司亦未提供真品實物或照片供其比對，而該鑑定報告所載中有關：「商品本體粗糙，欠缺由正品應有之標示，判斷為仿冒品」，究竟欠缺哪個部分之標示？是否有可能原廠出廠時即疏忽缺漏？是否有可能因是瑕疵品或怕割傷兒童而被人為剪標？是否有可能運送或重新包

裝中脫落？（如花車折扣商品，兩件捆成一包，僅附一份標示，又經被告拆開來賣）是否同一款商品，僅鑑定其中一件後，即可推定每件均有相同的缺漏情形？扣案商品是否有可對應之同款正品？

⑵前揭疑問既無法完全排除，其不利益不應由被告承擔。原審以洗標、吊牌、領標、授權貼紙等，均可能脫落或經他人破壞、撕除等理由，認扣案商品是否為仿冒品非無疑義，其論述及採證尚屬合理。是依卷內證據原判決附表編號1所示之扣案物，尚無法證明為仿冒商標商品。

3.關於原判決附表編號2扣案物：

⑴卷內國際影視公司之法務○○○於警詢中出具之國際影視公司鑑定報告書（警卷第30至40頁），非因法院、審判長、受命法官或檢察官選任或囑託所為，該等鑑定報告書核屬被告以外之人於審判外之書面陳述，被告及其辯護人均於本院審理中爭執其證據能力，依刑事訴訟法第159條第1項之規定，應認該鑑定報告書無證據能力（最高法院96年度台上字第6614號、智慧財產法院100年度刑智上易字第59號、98年度刑智上易字第75號判決意旨足資參照）。聲請簡易判決處刑書依據國際影視公司鑑定報告書之內容，指稱扣案如原判決附表編號2所示之物係仿冒商標商品，已屬乏據。

⑵況且，國際影視公司及鑑定人○○○復稱：「由於鑑定人○○○並未受過鑑定訓練，於鑑定時無法判定真偽，故而○○○請警提供扣案物品照片以便於鑑定，經警提供商品統計圖予○○○，○○○遂轉寄商品統計圖予商標權利人小學館公司之受雇人○○○，請求協助鑑定，而扣案商品為商標權利人小學館公司與三麗鷗公司之聯名商品，故○○○委託日本國內授權業務之同事○○○○鑑定真偽；鑑定報告書上所載判斷真偽之理由非套用於本案，該理由僅適用於透過國際影視公司所授權之商

品，而不適用於聯名商品；對於○○○○基於何原因及理由判別是否為仿冒商品並不清楚。」等語，此有證人○○○於109年12月15日之證述（偵卷第70至72頁）、國際影視公司及鑑定人○○○於109年12月17之陳報狀在卷可稽（偵卷第283至284頁），是國際影視公司及鑑定人○○○既稱鑑定報告書上所載判斷真偽之理由非套用於本案，又對○○○○基於何原因及理由判別是否為仿冒商品並不清楚，則國際影視公司鑑定報告之證明力亦有可疑，故原判決附表編號2之扣案物品無法證明為仿冒商標商品。

㈡檢察官上訴意旨又稱：被告明知購入之商品非正版商品，其該當商標法之犯罪構成要件云云。

1.按商標法第97條規定係以行為人「明知」為侵害他人商標權之商品而仍販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入為其構成要件。準此，行為人除須客觀上有販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入仿冒商標商品之行為外，就其所販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入者係屬侵害他人商標之商品，在主觀上更須「明知」（直接故意），始能構成犯罪。又所謂「明知」，乃指行為人對於構成犯罪之事實（在本件即為販賣仿冒他人商標商品之事實），明知並有意使其發生者而言，設若行為人對構成犯罪之事實，在主觀之心態上，僅係有所預見，而消極的放任或容任犯罪事實之發生者（即間接故意）或僅有過失，則其仍非本罪所欲規範處罰之對象（最高法院91年度台上字第2680號判決參照），茲就被告是否「明知」為侵害他人商標權之商品一節，論述如下。

2.本案被告雖曾於偵查中為認罪之表示（偵卷第17頁），然亦同時供稱：「(問：（提示警卷第26頁、第35頁)這一些扣物品經鑑定部分屬於仿冒商標之物，有無意見？）我認為那是正版的，因為我是從日本委託大陸製造日本不要的瑕疵商品，我購買回來整理才又再販售。」（偵卷第15至

16頁），且被告於原審及本院審理時，亦一再辯稱其有爭執不是仿冒品，亦無違反商標法之犯意，否認犯罪（原審卷第327頁、本院卷第194頁），實難認被告就販賣仿冒商品之犯行有認罪之意思表示，合先敘明。

3.觀諸被告所提出其與購買本案扣案商品之賣家之對話紀錄（偵卷第87至282頁），可以看出被告有向淘寶賣家確認其欲購買的商品是否為原單（即真品），而不是訂製（即仿冒品），並表示自己很怕買到訂製的（偵卷第96頁）等語，而經賣家回復稱：我給你的都是原單（偵卷第96頁），且賣家亦多次留言主張其所販賣的商品均為外貿原單商品，但商品已經剪標（偵卷第182、192、206、207頁），足徵被告一再跟賣家確認是否為原單，主觀上相信扣案物品均為正版商品等語，應為可採，由此亦可進而推知被告並無直接故意。

4.又按所謂真品與否，應以該商品是否為商標權人或其代工廠商生產線製造、生產之商品為考量，至於該商品是否已經通過商標權人或工廠之內部控管，既非外界自商品外觀所能察覺，應非所問。至於因此種瑕疵品外流所造成對商標專用權人之侵害，應視其外流之原因如盜賣、疏忽或有其他原因，被告是否明知仿品而販賣等分別處理，並不必然構成違反商標法，被告並無法查知商標權人有無授權販售瑕疵品，一般門市經營之店家，將過季商品、展示品、退貨品、包裝有瑕疵品、或於保存過程產生瑕疵之商品降價販售者，所在多有，商標權人是否完全禁止此等瑕疵商品於市面販售，亦非被告得以查知者，是以被告堅稱其購入之「原單」係原廠報銷之瑕疵品或超額生產的商品，而確信其所購入之商品為正版品云云，應為可採。

5.證人○○○、鐘文岳分別為附表所示之商標權人處理相關商品商標鑑定事務之人，對於判定本案扣案商品究否屬仿冒商標商品乙事，猶有難以辨別或與商標權人最終認定之結果相左之情，益見本案扣案商品之真偽實非一般不具有

專業鑑定能力之人所得以輕易辨別，原審判決就此業已詳述（原審判決書第6頁），況且，市場上被害人公司製造生產或授權之商品實屬眾多，而製作精良難以輕易辨別之仿冒品亦甚為常見，則如何可期待未具鑑定經驗之被告可以分辨商品是否為仿冒品，從而被告辯稱其認為其購入之商品是正版而不是仿冒品等節，應為可採。

6.復參以被告所提在日本於2022年12月所拍攝之照片（本院卷第123頁），可見商標權人之「HELLO KITTY」、「哆啦A夢」正版商品，亦皆有在特價花車銷售，而花車商品通常為瑕疵品或庫存品、過季商品、滯銷品等，商品變成花車商品後價錢本即較新品便宜，此乃眾所周知之事實。則被告稱進貨價格加上國際運費後販售之價格，約為真品原價的一半，即以真品之瑕疵品價格販售，核與常情無違。又花車商品若係經捆包多件一起販售，則價格亦應較低，則被告用較低之價錢購入商品，非可即謂其明知為仿冒商品，另證人鍾文岳律師亦到庭證稱：（問：三麗鷗有授權中國大陸那裡製造嗎？）有。三麗鷗一年授權的產品約4萬種等語（原審卷第223頁），則縱使被告所購買之來源為大陸地區，商品亦非必然是仿冒品，檢察官據此即稱被告有主觀上明知之故意，顯有未洽。

㈢綜上所述，原審依檢察官所舉證據調查之結果，並無法獲得被告有罪確信之程度，而為被告無罪判決之諭知，並無違誤。檢察官猶執前詞上訴，指摘原審判決不當，請求撤銷改判，為無理由，應予駁回。

五、不予宣告沒收部分：

㈠按刑法關於沒收之規定，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，已非從刑，此觀000年0月0日生效之刑法第38條修正立法理由自明。又刑法第40條第1項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」同日生效之刑事訴訟法第310條之3前段亦規定：「除於有罪判決諭知沒收之情形外，諭知沒收之判決，應記載其裁判之主文、構成沒收之事

實與理由。」。從而，除有罪判決以外，法院為無罪、免訴或不受理之判決時，仍得為沒收之諭知。經查，本案檢察官於提起公訴，聲請簡易判決處刑時，業已敘明依商標法第98條規定，聲請宣告沒收本案侵害商標權之物品，故依前開規定，本案雖經本院判決被告無罪在案，惟本院就檢察官所為宣告沒收扣案物品之聲請，自得予以審酌。

㈡次按商標法第98條規定：「侵害商標權、證明標章權或團體商標權之物品或文書，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」經查，原判決附表編號1、2之扣案物品，皆無從認定為侵害商標權之物品，已如前述，基於罪疑有利被告解釋原則，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第373條、第368條規定，判決如主文。

本案經檢察官李芳瑜聲請簡易判決處刑，檢察官吳宣憲於原審到庭執行職務並提起上訴，檢察官鐘鳳玲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　29　　日

智慧財產第五庭

審判長法　官　李維心

法　官　蔡慧雯

法　官　蕭文學

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　29　　日

書記官　蔡文揚