智慧財產及商業法院刑事判決

111年度刑智上易字第66號

上　訴　人
即　被　告　徐詩苹

上列上訴人因違反商標法案件，不服臺灣嘉義地方法院中華民國111年9月22日第一審判決（111年度智易字7號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署111年度智簡字第11號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、本院審理範圍：按對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限，刑事訴訟法第348條第2項定有明文。依上訴人即被告徐詩苹上訴書狀所載及本院審判中所述，其係就原判決關於有罪部分提起上訴，則依現行刑事訴訟法第348條第2項但書規定，原判決關於不另為免訴及無罪之諭知部分即不在本案上訴範圍，本院僅就原判決關於有罪部分為審理，合先敘明。

二、本案經本院審理結果，認第一審以被告犯商標法第97條之透過網路非法販賣侵害商標權之商品罪，處有期徒刑4月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1千元折算1日，並宣告扣案如原判決附表二編號1至8所示侵害商標權之商品，均沒收；未扣案之犯罪所得6萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時追徵其價額，其認事用法及量刑、沒收之諭知，均無不當，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）。

三、被告上訴意旨略以：

㈠被告非「明知」系爭口罩為侵害他人商標權之商品：

1.被告在本案發生前，並未曾有出售口罩之經驗，自難苛求被告向原廠代理商以外之來源購買系爭商標商品會更注意所購買之商品是否為真品，且被告之前手並非位於台灣，被告亦非有經營店面或為有長期販售口罩經驗之業者，被告○○市面上或自同業經營者取得合法來源之真品以供比對，實係難事，被告信賴供貨商口頭告知其係真品，並無違常理。

2.若被告明知系爭口罩為仿冒品，知悉真品之售價，而仍故意販售，自可依真品之價格販售，以謀取更高利潤，何須以一般口罩之價格出售，被告顯然對於真品與仿品間之差異，未有足夠之認識。又口罩之買賣依一般交易慣例，消費者向藥局購買著名商標或註冊商標口罩時，並無連同保證卡或證明書等件交予消費者，故被告無從由前手有無附加保證書，以判斷是否合法之商品。且被告與賣家洽談時，主觀上對於系爭口罩是否為仿冒，並非立於「明知」之狀態。

3.承上，被告遭搜索後，曾向賣家傳送「這商品授權好像有問題、台灣這邊有公司打來告知、不可繼續販賣」等訊息，由此可見，被告並非「明知」系爭口罩為仿冒品，且於知悉系爭口罩為仿冒品時，即拒絕受領，並要求退還價金，被告主觀上是否確實明知系爭口罩侵害註冊商標，仍執意訂購而輸入，已屬有疑。

㈡退萬步言，原審未思量被告為初犯，犯罪所得輕微，疫情期間之家庭收入不足以扶養6名子女而受情勢所迫，且被告於得知其行為有可能侵害到他人之商標權後已將系爭口罩全數下架不再販售，也未再從事網拍，也保證不再販售，所量處之刑，相較被告所為，實有情輕刑重之失衡。

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。另就被告上訴意旨，辯稱其不具侵害本

案商標之主觀故意云云，補充敘明理由如下：

㈠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。故行為人除客觀上有販賣、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，在主觀上應有明知之直接故意，始能構成犯罪。所謂明知者，係指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者而言，倘行為人對構成犯罪之事實，在主觀之要件，係有所預見，而消極放任或容任犯罪事實之發生者，其僅有間接故意或過失，則非商標法第97條所欲規範處罰之對象（最高法院91年度台上字第2680號、94年度台上字第5368號刑事判決參照）。

㈡被告前曾涉犯商標法第95條第1款之非法販賣侵害商標權之商品罪，於另案（臺灣嘉義地方法院110年度智訴字第3號，起訴案號：109年度偵字第7251號、109年度偵字第8032號）經認定自109年1月30日起，迄同年4月20日為警查獲時止，持續販賣仿冒商標權之「口罩」商品，於112年1月17日經判處罪刑。被告該案之偵查案號109年度偵字第7251號，係於109年8月20日偵查分案，此有被告前案紀錄表在卷可稽（本院卷第143頁），而被告本案起訴犯罪事實係自109年12月某日起至110年2月24日販賣仿冒商標權之「口罩」商品，則被告既前曾經過另案警詢、偵查程序，其對於商品來源之注意義務及查證之義務，自應較一般消費者為高，況且本案扣押口罩數量龐大，被告又前曾因口罩商品涉犯商標法罪，實難想像其在購入數量龐大之口罩時，卻仍然輕忽商標權。

㈢又觀諸被告所提其與賣家間之對話紀錄（偵卷第19至24頁、智簡卷第51至53頁、本院卷第117至131頁），一方提出「想問一下口罩那些圖案是經過授權的嗎？」，一方回覆「是」（偵卷第21頁反面、本院卷第129頁）難以認定係針對何種商標進行討論；或一方提出「這是什麼卡通？有版權問題

嗎？」，另一方僅回覆「沒有」（偵卷第22頁）；一方提出「這有版權問題嗎？」，另一方回覆「已經申請了啦」等語（智簡卷第51至53頁、本院卷第127頁），由對話紀錄亦難以認定彼此間係針對何種商標及商品進行討論，且對方僅表示有經過授權、或者謂尚在申請中，然而「申請商標」與「申請商標權經核准」乃為二事，且被告與賣家間既然已有如此對話，卻仍未向對方索取「商標權授權證明」，則被告就扣案口罩為仿冒品，實難諉為不知。況且，如前所示，被告因販賣口罩違反商標法案，甫於109年4月20日經警查獲，在數月後竟又於109年12月間某日起，再度涉犯本件販賣口罩違反商標法案，且其於警詢時供稱：1包（50入）進價100至150元（警卷第5頁），經換算每片口罩僅2至3元，均遠低於各商標權人生產或授權生產真品價格之10、30元（警卷第28、94頁之鑑價報告書），是被告未循正常管道向合法之授權廠商訂購，而自大陸阿里巴巴網站以顯不相當之低價買入，又未要求授權證明，則被告謂其非明知扣案口罩為仿冒品云云，顯係事後卸責之詞，不足採信。

㈣綜上所述，本案事證明確，被告上揭犯行，堪以認定，應依法論科。至被告稱量刑有情輕刑重之失衡等語，惟量刑輕重係屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入之情形，自不得指為不當或違法。查被告迄今仍未與商標權人達成和解（本院卷第139頁），且原審量定刑期，已就刑法第57條所列各款衡情酌量，在適法範圍內行使其量刑之裁量權，核無違法或不當之情形，被告猶執前詞提起上訴，為無理由，應予駁回。

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。

本案經檢察官李鵬程聲請簡易判決處刑，檢察官陳則銘於原審到庭執行職務，檢察官鍾鳳玲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　26　　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　　4　　月　　28　　日

書記官　郭宇修