智慧財產及商業法院刑事判決

111年度刑智上訴字第11號

上　訴　人
即 被 告　康家榮

高修鈞

共　　同
選任辯護人　李永裕律師
　　黃文欣律師

上列上訴人因偽造文書等案件，不服臺灣臺北地方法院108年度智訴字第1號，中華民國111年2月16日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第18323、23920、23948號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

康家榮、高修鈞共同犯行使偽造準私文書罪，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表二所示之光碟均沒收。

事　實

一、緣楊文輝(業經另案判決確定)於民國107年6、7月間，在座落○○市○○區○○○路0段0號之建物內經營販售成人商品，其中該址0樓「情趣夢天堂」係販售情趣用品、該址地下1樓「大人便利屋」係販售成人光碟(起訴書誤載該處為「情趣夢天堂」，應予更正)；康家榮、高修鈞受雇於楊文輝之「情趣夢天堂」擔任店員自107年6月25日前之某日起至107年7月6日為警查獲時，均受楊文輝之指派，不定時協助楊文輝在「大人便利屋」內，從事櫃台結帳、看顧門市及整

理貨架商品之工作。康家榮、高修鈞均明知如附表一所示商標圖樣，分屬來祥國際有限公司(下稱來祥公司)、日商馬克斯股份有限公司(下稱馬克斯公司)、日商威望有限公司(下稱威望公司)、日商日本家庭影帶股份有限公司(下稱日本家庭影帶公司)、日商特定非營利活動法人知的財產振興協會(下稱知的財產振興協會)向我國經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊登記取得商標權，並指定使用於影音光碟、光碟、數位影音光碟等商品，非經商標權人同意或授權，不得於同一或類似商品使用相同或近似之商標圖樣，更不得販賣或意圖販賣而持有、陳列侵害上開商標圖樣之商品。詎其等竟與楊文輝共同基於非法販賣侵害商標權之商品及行使偽造準私文書之犯意聯絡，未經商標權人之授權或同意，在上開「大人便利屋」內公然陳列如附表二所示含有本案商標圖樣之仿冒光碟商品，且光碟外包裝上亦有印製產品編號或產品條碼等文字，足以表示上開光碟為如附表一所示公司製造用意之證明，並以每片新臺幣(下同)50元至200元不等之價格販售予不特定之顧客。嗣經來祥公司分別於107年6月25、26日及同年7月3日派員喬裝顧客前往「大人便利屋」購得如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示盜版成人光碟商品共11片，而行使偽造之準私文書，致生損害於來祥公司、馬克斯公司、日本家庭影帶公司及威望公司，嗣來祥公司確認均屬仿冒本案商標之商品而報警處理，並經警於107年7月6日下午2時30分許持搜索票，前往上址搜索，當場扣得如附表二所示之盜版成人光碟共4024片，始查悉上情。

二、案經來祥公司、馬克斯公司、日本家庭影帶公司、威望公司及知的財產振興協會訴由臺北市政府警察局大安分局報告臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分

一、商標權人出具之鑑定報告，具證據能力：

(一)刑事訴訟法第198條、第206條、第208條業經立法院修正並三讀通過，於112年12月15日經總統以華總一義字第11200109901號令修正公布；除第206條第4、5項、第208條自公布後5個月施行外，自公布日施行。惟依刑事訴訟法施行法第7條之19第2項規定「中華民國112年12月1日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，除本法另有規定外，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響」。而查本案來祥公司、知的財產振興協會出具之商品侵害鑑定報告係在審判中由本院囑託商標權人鑑定，並是在修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力自不受上開刑事訴訟法修正之影響，證據能力之有無，應依修正前之相關規定定之，合先敘明。

(二)按刑事訴訟法所定之鑑定，為證據調查方法之一種，係指由具專業領域知識、技術、經驗、訓練或教育之第三人或機關、團體，就特別需要特殊知識經驗之待證事項，予以鑑識、測驗或研判，並陳述或報告其專業意見，供為法院或檢察官認定事實之參考。法院或檢察官除依刑事訴訟法第198條規定選任自然人充當鑑定人外，依同法第208條規定，亦得視具體個案之需要，囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定。倘其未經許可拒卻者，即得適格充當鑑定人（機關），而其依同法第206條第1項規定提出記載「鑑定之經過及其結果」之鑑定書面，即屬同法第159條第1項所定「法律有規定」得作為證據之情形。所謂「鑑定之經過及其結果」，並無一定格式，倘其內容已記載實施鑑定之方法、過程及所為判斷之根據暨理由，足供法院及當事人進行檢驗，即符合法定程式，而認有證據能力。至鑑定意見是否可採，乃屬證明力之範疇。經查，本院基於待鑑定事項涉及商品真偽辨識之商業秘密與特殊性，乃依具體個案之需求，分別囑託對鑑定事項有特別知識經驗之來祥公司、知的財產振興協會實施機關鑑定，再由鑑定機關指派受有專業訓練且具

辨識商品真偽能力之人實際實施鑑定，並未經許可拒卻，具備鑑定人（機關）適格；觀諸上開鑑定人所出具之鑑定書面（參見本院卷二第85至170頁、第177至300頁），均已記載實施鑑定之方法及所為判斷之根據暨理由，並輔以照片為證，足供法院及當事人檢驗該意見之判斷與論證，復經本院依法踐行調查證據程序，認均有證據能力，而得採為判決之基礎，亦不能因鑑定結果與被告主張不同，遽謂上揭鑑定書均無證據能力。

二、本件搜索票、扣案如附表二所示物品及臺北市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表均有證據能力：

被告及辯護意旨略以：本案搜索票之記載違反概括搜索票禁止原則，實際執行搜索時係查扣違反著作權法之物品，搜索扣押程序違反搜索票之記載，形同無票搜索，且警員製作之搜索扣押筆錄、收據及執行逮捕通知書上記載之案由為「違反著作權法」，與搜索票上之記載不符，應認搜索扣押程序不合法，本件搜索扣押物品無證據能力云云。

(一)搜索為刑事訴訟蒐證之手段，常伴隨著對人民財產之扣押，因而涉及隱私權、財產權、居住權等基本權的干預。搜索與否，職司刑事偵查之公務員每須面臨蒐證必要性與上開基本權保障的兩難抉擇，考量委諸此等實施公權力人員自為決定，難以避免角色上之衝突，為杜絕球員兼裁判之疑慮，故刑事訴訟法第128條採「法官保留」原則，明定搜索須由法官簽發搜索票，並應載明搜索之對象、處所及應扣押物等，以監督、限制搜索範圍及扣押標的，其旨在藉助法院以第三人中立、公正之立場進行審查，俾節制濫權，以落實保障人民上開基本權。是刑事訴訟法第128條第3項前段明文規定，並且例外在法定條件下得以無令狀搜索，如同法第130條、第131條、第131條之1。又按搜索票應記載「應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」、「應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄」（同法第128條第2項第2款前段、第3款），即搜索票應盡量具體明確記載所應搜索之人或標的；

至於物件部分，則不可過於抽象空泛，而可得由一般人民或受干預者理解，並且可經由司法審查認定判斷。

(二)經查，上開搜索係臺北市政府警察局大安分局(下稱大安分局)先於107年7月5日提出搜索票聲請書，並檢具相關事證，報請臺灣臺北地方檢察署檢察官許可後，向原審法院聲請核發搜索票，原審法院審核後認有核發搜索票之必要，乃同日核發107年聲搜字第740號搜索票，記載應扣押物為「有關涉嫌商標法案之相關證物」，搜索範圍之處所(臺北市○○區○○○路0段0號)、身體(楊文輝及在場足相當理由可信有犯罪嫌疑之第三人之身體)、物件「帳冊、電腦，違反商標法商品等證物」暨行動電話等其他相關電磁紀錄(參見107年度偵字第18323號卷第21頁、第41至57頁)。從而，本件搜索範圍即包含商標法案相關之證據資料、物件(例如帳冊)，且亦不排除經常伴隨違反商標法案件而產生之犯罪違禁物，是本件搜索票記載之物件可得由一般人民或受干預者理解，並無過度抽象空泛或不能理解之處，且得由司法審查，並無違反具體明確原則。並審酌司法警察向原審法院聲請核發搜索票，偵查報告已明載同案被告楊文輝所經營之情趣夢天堂有違法重製並販賣盜版成人影音光碟，並說明搜索標的與犯罪事證之關聯性與必要性，均提相關卷證資料為證(參見107年度偵字第18323號卷第41至57頁)，是司法警察聲請扣押之物件原即包括「違反商標法商品」，經法官審核後簽發本件搜索票亦明載：搜索範圍「物件欄：帳冊、電腦、違反商標法商品等證物」，本即在原聲請範圍內，符合法官保留原則，且執行搜索之情形亦未逾越搜索之範圍，又本件聲請書中主要應經法官審核之犯罪嫌疑、應搜索處所、應扣押物品等均已詳明，就法官保留原則並無實質影響，且因搜索票之「應扣押物」欄載有涉嫌違反商標法案之相關證據資料等情，復於「搜索範圍」之「物件」欄亦載明除帳冊、電腦外，尚有「違反商標法商品等證物」，均不致使見票者就應扣押物、受搜索範圍之物件有所誤認。是本件搜索票上前開記載並無

違反具體明確性可言，本件搜索票之核發亦符合法律保留原則、法官保留原則(令狀原則)及比例原則，既無違反法定程序可言，即無所謂「毒樹果實原則」問題；則被告及辯護意旨以本件搜索票違反具體明確原則而排除各該搜索、扣押所或衍生證據之主張，均難採認。

(三)證人即當日執行搜索之員警江建融於原審審理時具結證稱：本件搜索係依據告訴人指證上開商店有販售侵害告訴人商標權之商品，經警依如附表一所示商標權人即告訴人之指述及相關證明文件等蒐證資料，向法院聲請搜索票而執行，搜索程序亦係針對仿冒光碟侵害本案商標的部分，不知為何到場同事將搜索扣押筆錄之案由欄記載成違反著作權法；當天係至臺北市○○區○○○路0段0號地下0樓之情趣夢天堂執行搜索，搜索時被告康家榮係在櫃台看顧店面，被告高修鈞則在店內四處走動，同案被告楊文輝係之後通知始到場，當日搜索扣到之光碟係在店內之架上及抽屜內取得，且因店內陳列之光碟商品甚多，告訴人有派人到場協助確認現場陳列有涉及侵害如附表一所示商標之光碟商品並扣押在案，以避免查扣未侵害商標權之商品及影響商家營運，一般實務上，告訴人不會派員陪同警方執行搜索，但如涉及扣案物數量甚大、受搜索人係店家類型，為減少對店家之困擾及營運影響，亦不希望將現場商品全數扣下再慢慢篩選，而直接在現場先做判斷、扣押該扣案的始由告訴人配合到場，當天另名員警在現場拍照蒐證。搜索扣押完畢，亦有請同案被告楊文輝確認扣押物品後始簽名，執行搜索扣押時，在場之被告2人及同案被告楊文輝當場均未表示反對、異議或爭執等語(參見臺灣臺北地方法院108年度智訴字第1號卷(下稱原審卷)四第311至316頁)，亦核與證人即告訴人員工劉淇勝於本院審理時證稱：本案執行搜索時伊有在場，當日伊等係配合警方進入店內，並依據警方之指示協助辨識確認貨架上侵害本案商標權之商品並拿取下架，亦配合警方將光碟裝箱，之後清點扣案物品均係警方處理，警方在現場亦有錄影等語

(參見本院卷三第216至217頁)大致相符，復佐以卷內警方執行搜索時現場攝錄畫面翻拍照片(參見107年度偵字第18323號卷第37至39頁)，告訴人到場人員雖有至店內貨架上拿取光碟並裝箱，惟係為協助清查確認違反本件商標權之商品，搜索時同案被告楊文輝、被告康家榮亦陪同在場，可見本件確實係警方持法院核發之搜索票到場執行搜索，而告訴人到場人員自店架上拿取光碟係為協助警方確認涉犯違反本件商標權之商品，警方全程在場監看，並逐箱清點扣案數量，復將各箱盛裝之光碟數量及總數量填載於扣押物品目錄表上及空白處，同案被告楊文輝及被告康家榮於執行搜索期間在旁觀看，同案被告楊文輝復於搜索程序執行完畢，親自閱覽搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表後於其上簽名確認，其等在現場對於扣案光碟之數量、內容均無爭執，亦未爭執搜索程序，亦有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及前揭員警錄影畫面翻拍照片等在卷可佐(參見107年度偵字第18323號卷第23至27頁、第37至39頁、原審卷二第13至27頁)，而同案被告楊文輝亦於警詢時證稱：警方持搜索票至臺北市○○區○○○路0段0號地下0樓有查扣違反商標權之商品共15箱等語(參見107年度偵字第18323號卷第14頁)，應認本案搜索乃係警方執行，告訴人到場人員僅係協助辨識貨架上陳列之光碟是否屬侵害告訴人商標權之商品，亦屬避免影響被告營業所採取侵害權利最小之方式為之。況依告訴人之指述本案仿冒光碟均係盜版光碟片，經核亦可能同時涉及違反著作權法之罪名，自難認員警製作之搜索扣押筆錄、收據及執行逮捕通知書上之案由記載「違反著作權法」，而非記載「違反商標法」之字樣即屬違法行為。是被告及其辯護人上開所辯，顯無可採。

三、其他本件認定犯罪事實所引用之證據，皆無證據證明係公務員違背法定程序所取得。又檢察官、被告及辯護人於本院準備程序及審理時均同意作為證據(參見本院卷一第369至381頁、本院卷三第24至48頁、第219至243頁)，復經審酌該等

證據製作時之情況，尚無顯不可信與不得作為證據之情形，亦無違法不當與證明力明顯過低之瑕疵，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋及第159條之5規定，認均有證據能力。至證人即告訴代理人羽部康裕、椎木一雅、證人張鈞傑、劉淇勝於警詢時之證述，未經引用為認定犯罪事實之證據方法，爰不贅論其證據能力之有無。

貳、實體部分

一、認定被告犯罪所憑之證據及理由：

訊據被告2人固不否認楊文輝於107年6、7月間，在上址經營販售成人商品，其中該址0樓「情趣夢天堂」係販售情趣用品，該址地下0樓「大人便利屋」係販售成人光碟，且其等受雇於楊文輝之「情趣夢天堂」內擔任店員，並自107年6月25日前某日起至同年7月6日為警查獲止，受楊文輝之指派，協助楊文輝在「大人便利屋」內從事看雇門市之工作等情，惟矢口否認有何違反商標法及行使偽造準私文書之犯行，均辯稱：伊等係「情趣夢天堂」的店員，負責銷售情趣用品，並非受雇於「大人便利屋」，僅有時依楊文輝之指示至「大人便利屋」幫忙看顧店面，亦不知悉「大人便利屋」係銷售何種光碟云云。辯護人為被告辯稱:商標法第97條之規定限於直接故意始構成犯罪，然本件被告2人係受雇於「情趣夢天堂」，並非受雇於「大人便利屋」，對於本案仿冒光碟上具有他人之商標欠缺直接故意，且本件仿冒光碟封面上之商標圖樣極為模糊或刻意以圖案覆蓋，客觀上自無供行銷之用，亦不構成商標之使用。又本件商標權人中「特定非營利活動法人知的財產振興協會」其名稱已表明係非營利組織，不從事商業行為，自無可能具有表彰自己營業商品之商標可言。另商標權人知的財產振興協會之「ＩＰＰＡ」商標係使用於禁止散布、播送、販賣或公然陳列內容之影視商品上，有使公眾誤認該等商品為合法商品，依商標法第30條第1項第8款規定實不得註冊，故商標權人不得享有商標權，另卷

內並無證據證明來祥公司自行蒐證之成人光碟係購自楊文輝所經營之「大人便利屋」，自無構成商標法第97條之罪；又本件如附表二所示光碟商品之產品編號僅為流水號，並無依習慣或特約，足以表示其用意之證明，並非準私文書，亦不構成行使準私文書罪云云。經查：

(一)同案被告楊文輝於107年6、7月間，在座落○○市○○區○○○路○段0號建物內經營販售成人商品，其中該址0樓「情趣夢天堂」係販售情趣用品、該址地下0樓「大人便利屋」係販售成人光碟；被告2人受雇於楊文輝之「情趣夢天堂」擔任店員，且自107年6月25日前某日起至107年7月6日為警查獲止，受楊文輝之指派，曾協助楊文輝在「大人便利屋」內，從事看顧門市之工作，嗣警員於107年7月6日下午2時30分許持搜索票至上址建物進行搜索，並扣得本案光碟，另扣案之如附表二所示光碟封面確有本案商標存在等情，為被告2人所不爭執，並有證人即警員江建融於原審審理時之證述(參見原審卷四第311至316頁)，復有員警偵查報告(參見107年度偵字第18323號卷第41至57頁)、扣案如附表二所示成人光碟、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表(參見107年度偵字第18323號卷第21至27頁)、搜索現場錄影畫面翻拍照片(參見107年度偵字第18323號卷第37至39頁、原審卷二第13至27頁)、扣案光碟之外包裝封面翻拍照片(參見原審卷二第43至245頁)、原審勘驗扣案光碟之勘驗筆錄暨附表(參見原審卷三第65至86頁、第95至117頁、第303頁、第309至319頁)在卷可稽。又如附表一所示商標為來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司、知的財產振興協會向智慧局申請註冊之商標，指定使用於附表一所示「商品類別與商品(服務)名稱」欄所示商品，此有來祥公司、馬克斯公司、威望公司及日本家庭影帶公司之公司登記資料(參見107年度偵字第18323號卷第97至100頁、原審卷一第193至207頁)、本案商標註冊證(參見107年度偵字第18323號卷第83至

87頁、第91至95頁、第165至171頁)在卷可佐，是此部分之事實應堪認定。

(二)被告2人雖以前詞置辯，否認有販賣仿冒商標商品及行使偽造準私文書之犯行，然查:

1.按商標法採註冊登記主義，一旦經註冊登記，即取得商標權，除非依商標法第54條、第60條經異議或評定撤銷其商標之註冊，或同法第63條廢止其註冊，否則商標登記權人仍屬於合法有效之商標權人(最高法院109年度台上字第1572號判決意旨參照)。而知的財產振興協會既經智慧局核准如附表一編號10所示商標，此有商標註冊證在卷可佐(參見107年度偵字第18323號卷第171頁)，自屬上開商標之商標權人。又同案被告楊文輝亦以上開事由向智慧局提出商標評定及訴願均遭駁回，另行提起行政訴訟，亦經駁回，亦有智慧局商標評定書、經濟部訴願決定書、本院110年度行商訴字第23號行政判決、最高行政法院111年度上字第62號判決在卷可參(參見本院卷一第277至289頁、本院卷二第25至35頁)，足認上開商標迄今仍為合法註冊登記在案，且在商標期限內，是知的財產振興協會為上開商標之商標權人，是被告及辯護人辯稱知的財產振興協會為非營利組織，不從事商業行為，並無為行銷之目的，不符商標使用之要件，亦違反商標法第30條第8款之規定，而不得申請註冊為商標云云，委不足採。

2.「大人便利屋」店內所陳列、販賣之本案仿冒光碟，確為侵害本案商標之盜版商品：

⑴證人即告訴人員工劉淇勝於本院審理時證稱：107年6月25、26日及107年7月3日有到○○市○○區○○○路之情趣夢天堂商店蒐證購買如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示光碟共11片等語(參見本院卷三第216頁)，核與證人楊文輝於警詢時證稱:伊為情趣夢天堂之負責人，附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示光碟為伊店內所販售，告訴人來祥公司於107年6月25、26日有至上開店內購得上開光碟等語(參見107年度偵字第18323號卷第14至16

頁)及被告康家榮於警詢時供稱:附表二編號83、85、103、107至110所示光碟確實為情趣夢天堂所販售，而告訴人來祥公司係於107年6月25、26日在上開店內購的上開影音光碟等語(參見107年度偵字第23920號卷第8至9頁)大致相符，並有本院勘驗告訴人107年7月3日蒐證光碟之勘驗筆錄暨附件(參見本院卷三第134至140頁)在卷可佐，足認告訴人蒐證之11片光碟確係自楊文輝店內所取得。復佐以卷內警方執行搜索時現場攝錄畫面翻拍照片觀之，「大人便利屋」店內所陳列之光碟數量極為龐大，員警執行搜索時未能遍查所有違法光碟而盡予扣案，本非無可能，並衡以現今網際網路發達、全球數位資訊流通快速，縱如附表二編號9之光碟斯時在台尚未正式發售，但盜版光碟廠商並非不能透過網路從日本或其他業已發行該部影片之國家取得相關電磁紀錄而重製該影片，併參以來祥公司蒐證之11片光碟之包裝封面外觀、樣式皆與本案搜索扣得光碟雷同，是被告及辯護人辯稱告訴人蒐證所取得之11片光碟並非自楊文輝店內所取得，且其中所購得3片並未在搜索扣押現場扣得，另其中所購得1片斯時尚未在台發售云云，顯不足採。

⑵證人楊文輝於警詢時供稱:107年7月6日警方持搜索票至○○市○○區○○○路○段0號情趣夢天堂地下0樓查扣違反商標法商品共15箱等語(參見107年度偵字第18323號卷第14頁)，核與證人江建融於原審審理時證稱:107年7月6日當日伊有至○○市○○區○○○路○段0號情趣夢天堂地下0樓搜索，當時扣押4000多片光碟等語(參見原審卷四第311至312頁)，並有搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表在卷可佐，足認本案為警扣得光碟共15箱。又扣案如附表二所示之仿冒光碟共4035片(即來祥公司蒐證之11片光碟及本案搜索扣得光碟4024片)，其外包裝封面圖樣，經與正版光碟之外包裝封面圖樣比對結果，明顯可見本案仿冒光碟之外包裝欠缺雷射仿偽貼紙，且外觀多有重新編輯(例如以如附表三所示圖文遮覆某部分商標圖樣或版權標示後始以印表機噴墨輸出之情

形)，此有告訴人來祥公司、知的財產振興協會提出之鑑定報告(參見本院卷二第85至170頁、第177至300頁)、本院勘驗筆錄及附件照片(參見本院卷一第469頁、第475至478頁)等可資為證，顯屬盜版商品無訛。又本案仿冒光碟之外包裝封面含有本案商標圖樣，並有原審勘驗筆錄附表(參見原審卷三第65至86頁、第95至117頁、第303頁、第309至319頁)及各部成人影片播放畫面截圖(參見原審卷二第43至245頁)可佐，堪認上開陳列、販賣於「大人便利屋」店內之本案仿冒光碟，確屬侵害本案商標 之盜版商品，堪予認定。

3.被告2人與同案被告楊文輝具有犯意聯絡及行為分擔：

⑴按共同正犯，係共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以全體均參與實行犯罪構成要件之行為為必要；共同犯罪之意思不以在實行犯罪行為前成立者為限，若了解最初行為者之意思而於其實行犯罪之中途發生共同之意思而參與實行者，亦足成立（最高法院98年度台上字第8256號判決意旨參照）。

⑵來祥公司派員於107年7月3日至「大人便利屋」店內蒐證購買光碟時，被告康家榮為現場結帳收款之人，此有本院勘驗筆錄附件(參見本院卷三第134至140頁)在卷可稽；嗣員警於107年7月6日執行搜索時，被告康家榮亦在上址「大人便利屋」櫃臺看顧門市，被告高修鈞則在上址「大人便利屋」店內來回走動，此據證人江建融於原審審理時證述在卷(參見原審卷四第315頁)，並有搜索現場錄影畫面翻拍照片(參見107年度偵字第18323號卷第37至39頁、原審卷二第13至27頁)在卷可證，復佐以被告高修鈞於偵訊時陳稱:告訴人提供之107年6月25、26日蒐證影片中，固見伊當日在現場地下一樓販售本案成人光碟，並負責結帳收款等語(參見107年度偵字第23948號卷第139頁)及被告康家榮於偵訊時供稱：告訴人提供之107年7月3日蒐證影片中，固見伊當日在地下0樓櫃台負責結帳收款，又告訴人提供之107年6月25、26日蒐證影片

中，亦見伊當日在地下0樓幫忙結帳收款，並將商品擺收整齊，而伊平日均在0樓工作，有時楊文輝不在時，伊始會幫忙看顧地下0樓門市等語(參見107年度偵字第23948號卷第138至139頁)，再質之證人楊文輝於原審審理時供稱:「大人便利屋」一般係由伊在看雇門市，伊不在時，始會商請同址0樓「情趣夢天堂」有空之員工幫忙看顧門市等語(參見原審卷三第304頁)，足見被告2人於107年6月25日前不詳之日起至同年7月6日為警查獲時止之期間，確有不定時在「大人便利屋」店內從事陳列、販賣本案仿冒光碟犯行，是縱被告二人並非受雇於大人便利屋，然被告二人共同在大人便利屋從事陳列、販賣本案仿冒光碟及行使偽造準文書行為，均應論以共同正犯。

⑶又「大人便利屋」係以販售成人光碟為業，復觀之如附表二所示光碟封面內容可知該等成人影片係日本片商所發行之成人影片，再佐以同案被告楊文輝於偵訊時證稱：本案仿冒光碟係以每片50元之價格出售等語(參見107年度偵字第18323號卷第252頁)，另「大人便利屋」牆上之價目表上亦標示「DVD一片50元、7片330元、12片550元、28片800元、藍光一片200元、6片1000元」等情，亦有來祥公司之現場蒐證錄影畫面翻拍照片(參見107年度偵字第23948號卷第47頁)附卷可佐，足認本案仿冒光碟之售價極為低廉，衡情本案仿冒光碟確自國外輸入之影片，卻以如此低廉之價值販售，一般常人均可得知該成人光碟斷不可能係經合法授權，復觀之本案仿冒光碟之外包裝，紙張粗糙印刷且品質低劣，其上之商標圖樣極為模糊、有部分遭遮蓋，並有來祥公司、知的財產振興協會出具之鑑定報告(參見本院卷二第85頁、第87頁、第89頁、第91頁、第93頁、第95頁、第97頁、第100至101頁、第103至104頁、第112頁、第116頁、第122頁、第126頁、第130頁、第134頁、第140頁、第144頁、第148頁、第152頁、第156頁、第160頁、第164頁、第168頁)在卷可憑，衡情被告二人理應知悉本案仿冒光碟顯與合法商品有別。再參以被

告二人於偵查中自陳：知悉本案仿冒光碟之外包裝方式等語（參見107年度偵字第18323號卷第390頁），而其等在「大人便利屋」內從事櫃台收款結帳及整理貨架商品時之際，斷無視為不見本案仿冒光碟外包裝封面上刻意將本案商標以如附表三所示圖樣覆蓋以免遭查緝違反商標法而刻意將該商標覆蓋，理當知悉本案仿冒光碟含有他人商標。被告二人空以不知本案仿冒光碟上有商標云云，尚非可採。

⑷再被告二人既明知所販售之本案仿冒光碟含有本案商標，且未經商標權人授權，仍執意加以陳列、販賣，則其等之行為自係基於行銷該成人光碟之意而使用本案商標。又該等商標使用於光碟封面上，將使購買者誤認其所購得之成人光碟業經商標權人授權，自有侵害商標權人對本案商標之商標權之虞，是被告及辯護人辯稱被告二人並非基於行銷之目的而使用如附表一所示商標 ，且無欲使消費者誤認商標為其等所使用云云，並不可採。

⑸按在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示用意之證明，依刑法第220條第1項規定，應以文書論。復按刑法上所謂偽造文書，以無製作權之人製作他人名義之文書為要件，而刑法第210條所謂之「私文書」，乃指私人製作，以文字或符號為一定之意思表示，具有存續性，且屬法律上有關事項之文書而言。按商品上之條碼，係販賣者為方便商品之管理，依商品特性及使用關聯性分類，以編碼使之系統化，可採國際條碼或店內碼方式編訂。又商品上之產品編號，依商業習慣，足以對外表示公司據以辨識是否為其製造之產品序號。查如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示仿冒光碟之外包裝，除有本案商標圖樣外，尚載有如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示之產品編號或商品條碼，此有原審勘驗筆錄附件、來祥公司及知的財產振興協會鑑定報告之商品照片在卷可稽(參見原審卷三第74至75頁、本院卷二第85頁、第87頁、第89頁、第91頁、第93頁、第95頁、第97頁、第10

0至101頁、第103至104頁、第112頁、第116頁、第122頁、第126頁、第130頁、第134頁、第140頁、第144頁、第148頁、第152頁、第156頁、第160頁、第164頁、第168頁），核係以文字、符號，表示係來祥公司、馬克斯公司、日本家庭影帶公司及威望公司所授權製造之廠商所製造之商品，為準文書。是被告及辯護人稱產品編號或商品條碼非準文書云云，尚非可採。

(三)綜上所述，本係事證已臻明確，被告犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪:

(一)按購買者係為取得犯罪證據而買受仿冒商標商品，抑為供自己使用而買受上開物品，僅係目的之不同，並不影響買賣之成立，此與警察機關為便於查獲販賣仿冒商標商品之人，而授意原無購買意思之人，向販賣之人購買上開物品，因購買之人自始無買受之真意，不能完成交易，並不相同（最高法院98年度台上字第6477號判決意旨參照）。本件告訴人來祥公司所派人員至「大人便利屋」店內購買前述11片蒐證光碟等商品，目的雖係買受後確認該商品是否為侵害商標之仿冒品，惟被告既有販賣故意，該等蒐證人員亦有買受意思，尚不因買受動機存有蒐證目的即影響買賣契約之成立。是被告2人所為，均係犯商標法第97條之非法販賣侵害商標權之商品罪及刑法第216條、第220條、第210條之行使偽造準私文書罪。又其等意圖販賣而持有及陳列侵害商標權商品之低度行為，均為非法販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。

(二)被告2人與同案被告楊文輝間就上開犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

(三)被告2人自107年6月25日前某日起至同年7月6日為警查獲時止，基於單一犯意，在同一店家非法販賣侵害商標權商品之行為，顯係於密接時、地，在同一地點，侵害相同法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距

上難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，應論以接續犯之一罪。

(四)被告2人均係以一販賣行為同時侵害數商標權人之商標權，又以一行為而觸犯上開二罪，為想像競合犯，均應依刑法第55條規定，從一重之行使偽造準私文書罪處斷。

(五)又被告2人共同販賣如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示盜版成人光碟商品予來祥公司而行使偽造準私文書犯行(產品編號或產品條碼)，雖未據起訴，然因與已起訴部分有想像競合犯之裁判上一罪關係，為起訴效力所及，復經本院於審理期間告知被告上開罪名(參見本院卷三第212頁)，無礙於被告防禦權之行使，本院自應併予審理。

三、不另為無罪諭知部分：

(一)公訴意旨另略以：被告2人明知如附表一所示商標圖樣，分別為來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司、知的財產振興協會向智慧局申請註冊登記取得商標權，並指定使用於影音光碟、光碟、數位影音光碟等商品，如經播放程式執行後，顯示器螢幕畫面亦會出現該等商標，詎其等竟與楊文輝共同基於行使偽造準私文書之犯意聯絡，未經商標權人之授權或同意，自107年6月25日起至同年7月6日下午2時30分為警查獲時止，在上開「大人便利屋」內公然陳列如附表二所示、外包裝封面及播放畫面均含有本案商標圖樣之仿冒光碟商品，足以表示上開光碟為來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司製造用意之證明，並以每片新臺幣(下同)50元至200元不等之價格販售予不特定之顧客。嗣經來祥公司分別於107年6月25、26日及同年7月3日派員喬裝顧客前往「大人便利屋」購得如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示盜版成人光碟商品共11片，致生損害於來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司。因認被告2人就本件仿冒光碟商品播放畫面亦含有本案商標圖樣部分，亦涉犯刑法第216條、第220條、第

210條之行使偽造準私文書罪嫌(參見原審卷一第10頁、第13至14頁)。

(二)經查，按以錄音、錄影或電磁紀錄藉機器或電腦處理所顯示之聲音、影像或符號，足以表示其用意之證明者，依刑法第220條第2項規定，以文書論；文書之行使，每因文書之性質、內容不同而異，就刑法第220條第2項之準文書而言，祇須藉由機器或電腦處理，即足以表示其文書之內容，其於行為人將偽造之準私文書藉由機器或電腦處理時，已有使用該偽造之準私文書，達於行使偽造準私文書之程度，固不待言；然商標乃為表彰自己營業之商品，以文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，足以使一般商品購買人認識為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，透過註冊取得專用權者，故商標圖樣本身並非屬刑法上所稱之文書或準文書。而本件仿冒光碟經播放程式執行後，畫面雖有顯示本案如附表一編號1至9所示商標圖樣，然未顯示本案如附表一編號10所示商標圖樣，為被告2人所不否認，並有本件各部成人影片播放畫面截圖在卷可佐(參見原審卷二第43至245頁)，則本案仿冒光碟畫面上全未出現商標權人即來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司之名稱、條碼及其製造或授權等字樣，而向購買人有所主張，自難認其已該當足以表示其用意之準私文書之定義（最高法院91年度台上字第6488號判決意旨參照）。

(三)綜上，本案依卷存事證尚不足使檢察官所指被告此部分行使偽造準私文書(光碟播放畫面亦含有本案商標圖樣部分)之犯罪事實達於無所懷疑而得確信為真實之程度，核屬犯罪不能證明，應為無罪之判決，然此部分與被告2人前開論罪科刑部分有想像競合犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知，附此敘明。

四、撤銷原判決之理由及科刑審酌事由:

(一)原審以被告犯刑法第220條、第210條、第216條之行使偽造準私文書罪，事證明確，予以論科，固非無見。惟查:①原

判決事實欄漏未載明本件仿冒光碟外包裝上亦有印製產品編號或產品條碼等文字，足以表示上開光碟為來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司製造用意之證明，即有未合。②又本件仿冒光碟播放畫面上顯示之本案商標圖樣，並無用以表明為告訴人生產或授權各該影片之意，顯非文書，業經說明如前，原審就此部分為被告有罪之判決，容有未合。③審判長、受命法官或檢察官，得就鑑定事項有特別知識經驗或經政府機關委任有鑑定職務者，選任為鑑定人，或囑託醫院、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。鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告，刑事訴訟法第198條、第206條第1項、第208條第1項分別定有明文。卷附如附表一所示商標權人於司法警察調查中所出具之書面報告，既非由檢察官或法院囑託鑑定，亦非檢察機關基於檢察一體原則，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關、團體之方式，轉知司法警察（官）於調查犯罪時，得即時送請概括選任之鑑定人或囑託之鑑定機關、團體所實施之鑑定，則其所為檢視蒐證光碟商品是否為侵害商標權物品之行為，難認係刑事訴訟法所指之「鑑定」，而記載其檢視蒐證光碟商品所得結果之書面報告，亦非刑事訴訟法第206條所指之「鑑定報告」，是原判決就卷附出具記載各該檢視如附表二編號83至85、100、102至103、106至110所示蒐證光碟商品所得結果之書面報告，認係「鑑定報告」，遽認原判決附表二所示商品均為侵害商標權之物品，亦有未洽。被告上訴意旨否認犯罪，雖無理由，惟原判決已有上開違誤之處，即屬無可維持，應由本院撤銷改判。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告2人明知商標有辨識商品來源之功用，權利人須經過相當時間並投入大量資金於商品行銷及品質改良，方得使該商標具有代表一定品質之效果，復知悉所公開陳列、販賣者均係仿冒商標商品，竟共同為貪圖不法利益而販賣仿冒商標商品，對商標專用權人潛在

市場利益造成侵害非小，有礙公平交易秩序，並破壞我國致力於智慧財產權保護之國際聲譽，復未經來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司之同意，行使來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司之商品編號或商品條碼，致生損害於來祥公司、馬克斯公司、威望公司、日本家庭影帶公司之商業利益，且犯後復未能坦承犯行，行為實屬不該，再考量被告所販賣仿冒商標商品之期間僅近1個月之久，被告二人為受雇員工，並非核心地位之涉案情節、參與程度，且尚無證據證明其有實際獲取犯罪所得，併參酌其等犯罪之動機、目的及手段、犯罪所生之損害、素行、自述之智識程度、家庭生活經濟狀況(參見本院卷三第49頁)等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並分別諭知易科罰金之折算標準，以資懲儆。

五、沒收部分：

(一)按侵害商標權、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，商標法第98條定有明文。查扣案如附表二所示本案仿冒光碟，為被告等違反商標法侵害商標權之物品，應依商標法第98條之規定，不問屬犯人與否，應宣告沒收之。至如附表四所示之扣案光碟，卷內並無證據證明有侵害本案商標或他人權利之情事，爰不予宣告沒收。

(二)本件被告2人係受雇於「情趣夢天堂」擔任店員，並非「大人便利屋」，卷內並無證據證明被告2人協助同案被告楊文輝看顧「大人便利屋」從事本件犯行而實際獲有不法利益或報酬，爰不予宣告沒收。

據上論斷，依修正前智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官洪敏超提起公訴，檢察官羅雪梅、黃紋綦到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　27　　日

智慧財產第四庭

審判長法　官　蔡慧雯
法　官　彭凱璐
法　官　李郁屏

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　28　　日

書記官　黃奎彰

附錄本案論罪科刑法條全文:

商標法第97條

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、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 萬元以下罰金；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。

中華民國刑法第216條（行使偽造變造或登載不實之文書罪）

行使第 210 條至第 215 條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷。

中華民國刑法第220條（準文書）

在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，關於本章及本章以外各罪，以文書論。

錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，亦同。

中華民國刑法第210條（偽造變造私文書罪）

偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處 5 年以下有期徒刑。