智慧財產及商業法院刑事判決

112年度刑智上訴字第16號

上　訴　人　臺灣宜蘭地方檢察署檢察官
被　　告　吳宜珊

上列上訴人因被告偽造文書等案件，不服臺灣宜蘭地方法院112年度訴字第40號，中華民國112年4月18日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署111年度偵字第6366號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、本院審判範圍：

刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」，其立法理由謂：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。」是科刑事項已可不隨同其犯罪事實單獨成為上訴之標的，且上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院認定之犯罪事實為審查，應以原審法院認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否之判斷基礎。本件檢察官提起第二審上訴，明示僅就原判決之量刑上訴（參見本院卷第27至28頁、第242頁），依前揭說明，本院僅就原審判決量刑妥適與否進行審理，至於原審判決認定犯罪事實、罪名及沒收部分，均非本院審理範圍。

二、本案據以審查量刑妥適與否之原審認定犯罪事實、所犯罪名如下：

(一)犯罪事實：

吳宜珊明知如原審判決書附表一所示之商標圖樣係日商任天堂股份有限公司（下稱任天堂公司）向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊登記，取得商標權，分別指定使用於如原審判決書附表一所示商品，現均仍在商標權專用期間內，未得商標權人之同意或授權，不得於同一或類似商品上使用相同或近似之商標圖樣，或販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸入侵害上開商標權之商品；亦明知如原審判決書附表二所示之遊戲軟體，係任天堂公司享有著作財產權之電腦程式著作，現均於著作權存續期間，而上開日本電腦程式著作，依我國著作權法第4條第2款及世界貿易組織（WTO ）「與貿易有關之智慧財產權協定」（Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights , including Trade in Counterfeit Goods ，簡稱「TRIPS 」）之規定，均屬受我國著作權法保護之著作，非經任天堂公司之同意或授權，不得擅自散布侵害著作財產權之重製物，亦不得意圖散布而公開陳列或持有。又吳宜珊知悉任天堂公司所產製之DS遊戲機內配有偵測插入DS遊戲機之遊戲卡匣是否存有「追跡圖形」之檢查機制，藉以判斷是否係任天堂公司所製造或授權製造之正版遊戲卡匣，倘遊戲卡匣不含「追跡圖形」，DS遊戲機即不讀取遊戲卡匣內儲存之遊戲，此為任天堂公司所為之禁止或限制他人擅自進入或利用著作之防盜拷措施，未經任天堂公司之合法授權，不得以破解、破壞或以其他方式規避，亦不得將規避上開防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊提供公眾使用或為公眾提供服務，而扣案之R4轉接卡在未放置Micro SD記憶卡情形下，置入DS遊戲機，仍會產生與原審判決書附表一編號8所示商標圖樣相同或近似之「追跡圖形」資料，使DS遊戲機誤以為該轉接卡為合法之DS遊戲卡匣，進而得以進入、執行該轉接卡內Micro SD記憶卡中所儲

存之非正版遊戲軟體，是R4轉接卡確屬著作權法第80條之2之規避防盜拷措施之零件，未經任天堂公司合法授權，不得提供公眾使用且任天堂公司所產製之前開程式遊戲卡匣，於任天堂DS遊戲機主機執行時將在螢幕畫面呈現如原審判決書附表一編號8註冊商標圖樣、任天堂公司名稱與授權生產使用文字或圖像等權利宣告畫面，足對外表示該電腦程式軟體係該等公司生產或授權生產之一定用意證明之準私文書。詎吳宜珊竟基於未經合法授權為公眾提供規避防盜拷措施之零件、透過網路方式販賣侵害他人商標權之商品、散布侵害他人著作財產權之重製物及行使偽造準私文書之犯意，於108年不詳時間，先向大陸地區淘寶網站以新臺幣（下同）200元（純R4轉接卡）、500元（R4轉接卡及記憶卡）不等之價格，購入R4轉接卡20張及記憶卡至少2張(內存有如原審判決書附表二所示盜版DS遊戲軟體)，再於110年11月8日前某日，在其位於宜蘭縣羅東鎮○○街000號0樓住處內，以其所有之電腦及網路設備連線登入蝦皮購物網站，以帳號「linlehung」刊登如「台灣現貨 R4 R4i 金卡 2021 所有機型NDS/3DS gold pro 磁鐵」之訊息，將上開R4轉接卡及記憶卡(內存有如原審判決書附表二所示盜版DS遊戲軟體)以599元至1,199元不等之價格，供不特定人在蝦皮購物網站瀏覽購買後，由買方先行匯款至吳宜珊之母親黃○莉(不知情)所有之中國信託商業銀行帳號000000000000號之帳戶後，另行寄送交貨之方式，售出商品予買家，致生損害於任天堂公司。嗣經任天堂公司在台委任之律師事務所派員佯裝買家，於110年11月8日以659元(含運費)購得R4轉接卡及8GB記憶卡1組（已扣案），經鑑定確為侵害任天堂公司享有著作權及商標權之物。嗣經警方於同年11月23日13時20分，得被告同意前往宜蘭縣羅東鎮○○街000號0樓執行搜索，並當場扣得64GB記憶卡1個、R4轉接卡5個而查悉上情。

(二)所犯罪名：

1.核被告所為，係犯商標法第97條後段之透過網路方式非法販賣侵害商標權之商品罪、著作權法第91條之1第2項之散布侵害著作財產權之重製物罪、同法第96條之1第2款、第80條之2第2項之提供規避防盜拷措施之零件予公眾使用罪、刑法第216條、第220條、第210條之行使偽造準私文書罪。

2.被告以網路方式意圖販賣而輸入、持有、陳列侵害商標權商品之低度行為，為以網路方式非法販賣侵害商標權商品之高度行為所吸收；被告意圖散布而持有侵害著作財產權之重製物之低度行為，為散布之高度行為所吸收，均不另論罪。

3.被告自110年11月8日前某日起至同年月23日為警查獲時止，陸續以網路方式販賣侵害商標權商品、散布侵害著作財產權之重製物、提供規避防盜拷措施之零件予公眾使用、行使偽造準私文書之行為，各係基於單一之犯意，於密切接近之時間、地點，以相同行為模式反覆持續為之，且均係侵害告訴人之同一法益，依一般社會健全觀念，客觀上難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，均論以接續犯之一行為予以評價，較為合理。

4.被告以一行為同時觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段之規定，從一重之行使偽造準私文書罪處斷。

三、維持原判決理由：

(一)原審以被告前有販賣侵害告訴人公司商標案件之紀錄，卻為圖私利，販賣侵害告訴人商標權、著作權之商品，並販售規避防盜拷措施之零件，破壞商品交易秩序，侵害告訴人公司著作財產權及商標權，造成權利人莫大之損害，並損及我國所致力保護智慧財產權之國際名聲，且因賠償金額無共識，而未與告訴人公司達成和解，及犯後雖坦承犯行，惟其供述仍有所保留，兼衡其於原審自承之智識程度、工作，扶養親屬之家庭生活及經濟狀況等一切情狀，量處有期徒刑4月，並諭知易科罰金之折算標準，其量刑應屬妥適。

(二)檢察官上訴意旨略以：被告前有販賣侵害告訴人公司商標案件之紀錄，不知悔改，仍自國外網站購入R4轉接卡及記憶卡

後，在電商平台販售，侵害告訴人公司著作財產權及商標權，復未與告訴人達成和解或取得諒解，難認犯後態度良好，原審僅量處有期徒刑4月，顯屬過輕，自非妥適。

(三)按量刑輕重，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，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，即不得指為不當或違法。本件被告未經合法授權為公眾提供規避防盜拷措施之零件、透過網路方式販賣侵害他人商標權之商品、散布侵害他人著作財產權之重製物，顯然漠視商標權人及著作權人投注心力建立之形象，復間接影響我國保護智慧財產權之國際聲譽，惟考量被告於犯後坦承犯行，並於本院有意與告訴人達成和解，惟因金額仍有差距，致未能達成和解、賠償告訴人所受損害，是其犯後態度尚可等一切情狀。原審以被告犯透過網路方式非法販賣侵害商標權之商品罪、散布侵害著作財產權之重製物罪、提供規避防盜拷措施之零件予公眾使用罪及行使偽造準私文書罪，事證明確，並考量被告犯後坦承犯行之態度及刑法第57條各款所列情狀，在法定刑內酌量科刑，難認有何違反比例原則、罪刑相當原則之失。從而，檢察官以原審量刑過輕，提起上訴，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依修正前智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃明正提起公訴，檢察官曾尚琳提起上訴，檢察官羅雪梅到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　9　　日

智慧財產第五庭

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　　113　　年　　4　　月　　9　　日

書記官　黃奎彰

附錄本案論罪科刑法條：

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；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。

著作權法第91之1條

擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。

明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣七萬元以上七十五萬元以下罰金。

犯前項之罪，其重製物為光碟者，處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。但違反第八十七條第四款規定輸入之光碟，不在此限。

犯前二項之罪，經供出其物品來源，因而破獲者，得減輕其刑。

著作權法第96之1條

有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：

一、違反第80條之1規定者。

二、違反第80條之2第2項規定者。

著作權法第80之2條

著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。

破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供

服務。
前二項規定，於下列情形不適用之：
一、為維護國家安全者。
二、中央或地方機關所為者。
三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。
四、為保護未成年人者。
五、為保護個人資料者。
六、為電腦或網路進行安全測試者。
七、為進行加密研究者。
八、為進行還原工程者。
九、為依第44條至第63條及第65條規定利用他人著作者。
十、其他經主管機關所定情形。前項各款之內容，由主管機關定之，並定期檢討。
中華民國刑法第210條
偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。
中華民國刑法第216條
行使第211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
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。