智慧財產及商業法院刑事判決

113年度刑智上易字第39號

上　訴　人　臺灣彰化地方檢察署檢察官
被　　告　莊淨苡

上列上訴人因被告違反商標法案件，不服臺灣彰化地方法院 113 年度智易字第1號，中華民國113年5月29日第一審判決（聲請簡易判決處刑案號：臺灣彰化地方檢察署112年度偵字第14184號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

莊淨苡共同犯商標法第97條後段之透過網路方式販賣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一日。

未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰貳拾元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事　實

一、莊淨苡為臉書社團「全國最前線童裝批發工廠直播網」、臉書粉絲專頁「漁總管」、「Fishbaby Kids」及「漁寶貝童裝批發」之經營者，真實姓名年籍不詳綽號「尚宏」之成年人為童裝批發廠商，其等均明知附表一編號5所示商標為日商小學館集英社製作股份有限公司（下稱集英社公司）向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊並取得商標權註冊之「Doraemon及圖」商標（下稱本案商標），指定使用於附表一編號5「商品類別與商品（服務）名稱」欄所示商品，在國內市場行銷多年，具有相當之聲譽，已為相關業者及消費者所熟知之商標商品，現仍在商標權期間內，未經商標權人同意或授權，不得販賣、意圖販賣而持有、透過網路方式陳列使用近似於本案商標圖樣之商品。詎莊淨苡與「尚宏」共同基於明知為仿冒商標商品而以網路方式販賣之犯意聯

絡，於民國109年3月4日前某日，「尚宏」邀約莊淨苡以臉書直播平台銷售方式，販賣仿冒附表一編號5商標之商品（下稱本案仿冒商標商品），莊淨苡即指派不知情之綽號「全全」成年女子員工前往「尚宏」位於臺中市之處所，透過「全國最前線童裝批發工廠直播網」網路方式，以每件新臺幣（下同）70元價格，陳列、販賣本案仿冒商標商品，案經楊雅馨於109年3月4日以總價420元購入本案仿冒商標商品1組（計6件）後，再於臺中市住處利用手機及電腦設備連結至網際網路，以蝦皮帳號「cusie0208」登入蝦皮拍賣網站刊登販賣訊息。嗣為警於110年10月29日9時21分許，持搜索票前往楊雅馨上址住處執行搜索，當場扣得附表二所示之本案仿冒商標商品1件(楊雅馨違反商標法案件，另由臺灣臺中地方檢察署檢察官以112年度偵字第23679號為緩起訴處分確定)，而查悉上情。

二、案經內政部警政署保安警察第二總隊移送臺灣臺中地方檢察署呈請臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署檢察長令轉臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、本案審理範圍

本案被告被訴犯商標法第97條後段之透過網路方式販賣仿冒商標商品罪嫌，原審審理後為被告無罪諭知。檢察官不服原判決，提起上訴，依檢察官上訴書所載及於本院準備及審理程序所陳，均係就原判決全部提起上訴（見本院卷1第23-24頁、第65頁、本院卷2第105頁），故本院就原判決之全部進行審理。

貳、證據能力

一、供述證據部分：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律另有規定者外，不得作為證據。又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，但經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書

面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5第1項分別定有明文。本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述，雖屬傳聞證據，惟檢察官、被告於本院準備程序時，已明示同意此部分供述證據具有證據能力，同意作為本案判決基礎（見本院卷1第68頁），且迄至言詞辯論終結前亦未再聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據，應屬適當。

二、非供述證據部分：

本判決下列認定事實所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序取得之證據，且與本件待證事實具有自然之關聯性，均得作為證據。

參、實體部分

一、認定犯罪事實之證據及理由：

訊據被告固坦承有於上開時、地，經「尚宏」邀約以臉書直播平台銷售本案仿冒商標商品，其指派員工「全全」擔任直播主，透過「全國最前線童裝批發工廠直播網」網路方式，以每件70元價格，陳列、販賣本案仿冒商標商品，嗣經證人即另案被告楊雅馨購入本案仿冒商標商品1組（計6件）等情，惟矢口否認有何違反商標法犯行，辯稱：伊銷售之商品領標會有製造商名稱，而扣案仿冒Doraemon的包屁衣領標為空白，並非伊出售的商品，又伊平常就是販賣平價衣服，切貨商請伊清商品，伊就指派員工到場開直播進行銷售，只知道是賣童裝，不知道有哪些廠牌云云（見本院卷2第111、119-120頁）。經查：

㈠附表一編號5所示商標為集英社公司向智慧局申請註冊之商標，指定使用於附表一編號5「商品類別與商品（服務）名稱」欄所示商品。又被告於如事實欄一所示時間、地點，受「尚宏」邀約以網路直播銷售本案仿冒商標商品，被告指派不知情之「全全」員工，以每件70元價格，透過「全國最前線童裝批發工廠直播網」網路方式為陳列、販賣本案仿冒商

標商品，經證人楊雅馨購入本案仿冒商標商品1組（計6件）後，以蝦皮帳號「cusie0208」登入蝦皮拍賣網站刊登販賣訊息。嗣為警持搜索票前往證人楊雅馨上址住處執行搜索，當場扣得附表二所示之本案仿冒商標商品1件一節，此為被告所不否認，並有證人楊雅馨於警詢、偵查、原審及本院審理時之證述（見臺中地方檢察署112年度偵字第23679號卷「下稱偵1卷」第1-7至4頁、彰化地方檢察署112年度偵字第14184號卷「下稱偵2卷」第115至116頁、原審卷第101至131頁、本院卷2第107至110頁）、國際影視有限公司111年9月20日鑑定報告書、仿冒商品鑑價報告書、本案商標註冊資料（見偵1卷第61至68頁）、Fishbaby Kids在「全國最前線童裝批發工廠直播網」直播影片截圖照片（見偵1卷第22頁、第25至26頁、原審卷第67頁）、證人楊雅馨向「漁總管」訂購商品之聊天室對話紀錄、訂單明細、本案仿冒商標商品翻拍照片（見本院卷2第175至179頁）、證人楊雅馨蝦皮帳號「cusie0208」拍賣商品頁面截圖、蝦皮帳號申登資料、通聯調閱查詢單（見偵1卷第9至13頁、第92頁、第95至96頁）、臺中地方法院110年聲搜字第1444號搜索票（受搜索人：楊雅馨）、內政部警政署保安警察第二總隊刑事警察大隊偵二隊搜索經過及結果陳報書、搜索扣押筆錄、扣押物品收據、扣押物品目錄表、違反商標法扣押物品相片對照表（見偵1卷第36至43頁）等在卷可稽，此外，另有本院依職權向臺中地方檢察署借調證人楊雅馨另案違反商標法案件之扣案證物可憑（本院113年度智保管字第47號），此部分事實堪予認定。

㈡被告雖辯稱伊銷售之商品領標會有製造商名稱，而扣案仿冒Doraemon的包屁衣領標為空白，並非伊出售的商品云云。然查，關於本案仿冒商標商品來源一節，證人楊雅馨於另案警詢、偵查證稱：我從109年年中開始販售扣案商品，扣案商品的來源有兩家廠商，第一家是臉書粉絲專頁「漁寶貝童裝批發」、臉書私密社團名稱為「全國最前線童裝批發工廠直

播網」，第二家是臉書私密社團「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」；商品來源是漁寶貝童裝批發及全國最前線童裝批發工廠直播網等語明確(見偵1卷第2頁背面、第115頁)。可知證人楊雅馨其販售商品來源除被告經營臉書粉絲專頁「漁寶貝童裝批發」、臉書私密社團「全國最前線童裝批發工廠直播網」外，另一家是「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」，然「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」之經營者為另案被告洪敏慧，其被訴自108年中某日起至109年2月農曆春節止，在臉書社團「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」刊登販賣仿冒adidas、NIKE等商標商品行為，犯商標法第97條後段透過網路方式非法販賣侵害商標權商品罪，經臺灣新北地方法院以110年度智簡字第25號判決判處罪刑在案，有該判決書1份在卷可參(見偵1卷第18-23頁)，稽之該案犯罪事實，另案被告洪敏慧並無販賣侵害附表一編號5所示「Doraemon及圖」商標商品，已可認本案仿冒商標商品，係證人楊雅馨係向被告購得無誤。又證人楊雅馨於原審審理證稱：（提示偵1卷第11頁福舖嚴選選購網頁截圖）大頭機器貓短袖包屁衣那款，確定是跟被告進貨等語（見原審卷第116頁）；復於本院審理時證稱：我有跟被告購買Doraemon品牌包屁衣，1件批發價70元，但1次要購買1組，1組裡面有6件...我在地院作證說Doraemon包屁衣是跟被告進貨，是正確...庭呈我和被告交易的對話圖檔紀錄，有偵1卷第11頁Doraemon包屁衣的交易紀錄，在第21、22頁交易對話紀錄及出貨明細表，是我與被告「全國最前線童裝批發工廠直播網」的FB對話框就是「漁總管」，2020年3月4日向被告訂購編號2578包屁衣，一手6件，總金額是420元，一手就是1組的意思，交易編號2578「Doraemon的包屁衣圖片」在第23頁，可以證明我確實有跟被告購買Doraemon的包屁衣等語（本院卷2第107至110頁），互核證人楊雅馨前揭原審及本院審理時之證詞，已一致證稱本案仿冒商標商品係向被告購得等語明確；參以，被告前於警詢、偵查均不否認證人楊雅馨向其經

營「漁寶貝童裝批發」網下單購買衣服，經鑑定是仿冒商標商品一事，復經本院審理時詢及對於證人楊雅馨庭呈109年3月4日向你購買6件仿冒Doraemon的包屁衣，總金額為420元一事，其亦供稱沒有意見，並坦承此部分事實（本院卷2第116頁），則被告嗣後翻異前詞，空言否認販賣本案仿冒商標商品予證人楊雅馨云云，即無可採。

㈢被告又辯稱伊平常就是販賣平價衣服，伊指派員工到場開直播進行銷售，只知道是賣童裝，不知道是仿冒商標商品云云。惟查，本案商標指定使用於附表一編號5「商品類別與商品（服務）名稱」欄所示商品，在國內市場行銷多年，具有相當之聲譽，已為相關業者及消費者所熟知之知名品牌，佐以，被告為臉書社團「全國最前線童裝批發工廠直播網」、臉書粉絲專頁「漁總管」、「Fishbaby Kids」及「漁寶貝童裝批發」之經營者，且與童裝批發廠商合作，並自承其經營方式為被告派員工去廠商處，透過臉書直播平台販賣童裝，其共犯「尚宏」販賣本案仿冒商標商品之拆帳方式，係由共犯「尚宏」以每件50元價格販賣予被告，視被告於臉書直播平台販賣價格，而賺取中間差價之利潤等語明確（見偵1卷第31頁背面、見偵2卷第12頁），則被告於指派員工「全全」前往共犯「尚宏」處，透過臉書直播平台販賣童裝商品前，當先確認該次所欲銷售之商品材質、品牌等內容，否則如何訂定販賣價格以賺取中間差價，又本案商標為知名童裝品牌，附表2所示仿冒商標商品之真品單價為1,500元，有前揭仿冒商品鑑價報告書可參，然不論廠商「尚宏」以每件50元出售予被告，或被告透過臉書直播平台以每件70元價格銷售，二者之售價均遠低於真品單價，依一般商業習慣，廠商「尚宏」為童裝批發廠商，被告則為長期從事臉書直播平台販賣業之背景及其社會生活之通常經驗與智識思慮等情，益徵被告主觀上明知其指派員工「全全」前往共犯「尚宏」處，透過臉書直播平台販賣附表2所示商品，為仿冒商標商品無訛，是被告上開所辯，委無可採。

㈣綜上，被告所辯並無理由。本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠核被告所為，係犯商標法第97條後段之透過網路方式販賣侵害商標權之商品罪。又被告意圖販賣而持有、透過網路方式陳列侵害商標權商品之低度行為，均為其透過網路方式販賣侵害商標權商品之高度行為所吸收，不另論罪。

㈡被告與綽號「尚宏」廠商，就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

三、撤銷原判決之理由及量刑審酌事由：

㈠被告被訴上開違反商標法犯行（即侵害附表一編號5所示之商標權部分），事證明確，業據認定如前，原審未察，遽為被告無罪之諭知，尚有未洽，檢察官上訴指摘原判決此部分認事用法違誤，為有理由，應由本院將原判決關於此部分之無罪諭知予以撤銷改判。至於被告其餘被訴違反商標法犯行（即侵害附表一編號1-4所示之商標權部分），因罪證不足而不能認定被告此部分亦成立犯罪（詳如後述五），檢察官上訴指摘原判決此部分認事用法違誤，雖無理由，然原判決就此部分未予不另為無罪之諭知，既有可議之處，自應由本院撤銷予以不另為無罪之諭知。

㈡爰以行為人之責任為基礎，依刑法第57條規定，審酌商標具有辨識商品或服務來源功能，商標權人須經過相當時間並投入大量資金於廣告行銷，始得使該商標具有表彰商品或服務來源之效果，又本案商標商品，在國內市場行銷多年，具有相當聲譽，已為公眾知悉之知名服裝品牌，被告卻貪圖私利，與「尚宏」之廠商，共同透過網路方式公開陳列及販賣品質低劣之本案仿冒商標商品，對商標權人潛在市場利益造成侵害非小，有礙公平交易秩序，更破壞我國致力於智慧權保護之國際聲譽，併審酌本案仿冒商標商品之件數為6件、總價為420元，及其犯罪之動機、目的、手段、智識程度，

未賠償商標權人之損害等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

四、沒收：

㈠按犯罪所得之沒收、追繳或追徵，在剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，其重點置於所受利得之剝奪，故無利得者自不生剝奪財產權之問題，是二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收、追徵，應各按其實際利得數額負責，並非須負連帶責任（最高法院104年度第13次刑事庭會議決議、105年度台上字第1733號判決意旨參照）。

㈡查被告因販賣本案仿冒商標商品1組（計6件）予證人楊雅馨而取得價金420元，此固有前開訂單明細表1紙可查，且經被告肯認在卷（見本院卷2第116-177頁），惟共犯即綽號「尚宏」童裝批發業者係以每件價格50元，販賣本案仿冒商標商品予被告，再由被告指派不知情「全全」員工以前揭網路直播銷售方式陳列、販賣本案仿冒商標商品一節，此據被告於警詢、偵查供明在卷（見偵卷1第30頁背面至第32頁、偵卷2第12頁），是被告因販賣本案仿冒商標商品而實際獲取120元犯罪所得（計算式：（70-50）×6＝120），該犯罪所得未經扣案，復查無刑法第38條之2第2項過苛調節條款所定得不宣告或酌減之情形，爰依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，諭知沒收及追徵如主文第3項所示。

五、不另為無罪之諭知部分：

㈠聲請簡易判決處刑意旨略以：員警於證人楊雅馨住處執行搜索，另扣得附表三編號1-4所示仿冒商標商品，因認被告此部分（即侵害附表一編號1-4所示之商標權）亦涉犯商標法第97條後段之透過網路方式販賣仿冒商標商品罪嫌等語。

㈡惟查，證人楊雅馨於原審證稱：警察於110年10月29日在我住處扣到附表二所示之衣服，因為當時滿混亂，那時候做筆錄，只要我有買的東西都有提供給警察...我固定跟2、3間廠商進貨，就如我警詢所稱的2家進貨廠商...我確定adidas衣服是跟「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」進貨，因為

偵1卷第14至15頁是我提供跟對方進貨的對話紀錄，偵1卷第22、24至26頁是我提供「全國最前線童裝批發工廠直播網」直播畫面，但Champion衣服有2、3家進貨廠商，我沒辦法確定是跟被告進貨，FILA衣服應該是跟「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」進貨，NIKE衣服我不確定進貨來源，因為時間已經太久...FILA、adidas確定都是「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」進貨等語(見原審卷第107、111至119頁)。是依楊雅馨上開證述，其販售商品來源至少有2、3家廠商，其中一家是「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」，並明確證稱扣案之仿冒adidas、FILA商標衣服均係向「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」進貨，仿冒Champion、NIKE商標衣服，則不確定進貨來源，又「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」之經營者為案外人洪敏慧，洪敏慧被訴於108年中某日起至109年2月農曆春節止，在臉書社團「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」刊登販賣仿冒adidas、NIKE等商標商品之違反商標法犯行，經法院判處罪刑在案，業如前述，是不能排除員警於證人楊雅馨住處查扣如附表三編號1-4所示之仿冒商標商品，係證人楊雅馨向其他廠商購得。此外，證人楊雅馨於本院審理時亦再次確認其於原審證詞之真實性，並證稱其於原審證稱本案仿冒商標商品確認是向被告所購買，其餘扣案衣服有些來源不清楚或是向「台製陸製童裝/女裝批發Baby shop」購買之證詞，並無改變等語(見本院卷2第109頁）。從而，被告是否涉有此部分聲請簡易判決處刑意旨所指透過網路方式販賣附表三編號1-4所示仿冒商標商品犯行，即非無疑。

㈢綜上，被告上開被訴侵害附表一編號1-4所示之商標權部分，依檢察官所提證據，尚無法使本院確信被告涉有此部分違反商標法犯行，此外，復查無其他證據證明被告涉犯此部分犯行，原應為無罪之諭知，惟檢察官起訴認此部分與前開有罪部分為裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。另附表三所示之仿冒商標商品，依商標法第98條規定，固採絕對義

務沒收，然此為證人楊雅馨於另案違反商標法案件所查扣，且證人楊雅馨因該案件，業經臺灣臺中地方檢察署檢察官以112年度偵字第23679號為緩起訴處分確定，故該等仿冒商標商品，應由承辦檢察官另依法聲請單獨宣告沒收，為避免重複諭知沒收，本案爰不為沒收之諭知，附此敘明。

據上論斷，依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官吳宗達聲請簡易判決處刑，檢察官詹雅萍提起上訴，檢察官鄭鑫宏到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　26　　日

智慧財產第三庭

審判長法　官　張銘晃

法　官　林怡伸

法　官　彭凱璐

以上正本證明與原本無異。

被告或得為被告利益上訴之人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之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」。

其餘不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　30　　日

書記官　蔡文揚

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。