智慧財產及商業法院刑事判決

113年度刑智上易字第7號

上　訴　人
即　自訴人　葉秋月
自訴代理人　趙璧成律師
被　　告　周法勛

謝陳齊

共　　同
選任辯護人　蔚中傑律師
被　　告　鄧筱曼

林子鈴

上列上訴人因被告等違反商標法案件，不服臺灣臺中地方法院112年度自字第23、33號，中華民國112年12月22日第一審判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出

有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由，刑事訴訟法第373條定有明文。

二、原判決以自訴及追加自訴意旨略以：被告周法勛、謝陳齊、鄧筱曼及林子鈴（下稱被告4人）分別係址設○○市○○區○○路0段00號00樓台視文化事業股份有限公司(下稱台視文化公司)之負責人、部門主管及承辦人，明知「Human Power及圖」（見附表一）為自訴人葉秋月向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊登記之註冊商標（下稱本案商標），指定使用於「中藥材、草藥、調經丸、補腎丸、毛髮促生劑、醫療用促進毛髮生長製劑、關節炎藥、口服藥液、治療新陳代謝治劑、中藥品、中藥、醫療用強壯劑、醫療用草藥茶、萬能藥、礦物質營養補充品、營養滋補劑、營養補充膠囊、營養補充品、虫草精、醫療用營養食品」等商品，且於本案商標權利期間內，未經自訴人之同意或授權，不得於同一商品或類似商品，使用相同或近似於本案商標圖樣，亦不得販賣或意圖販賣而陳列。詎被告4人竟基於販賣仿冒商標商品之犯意，於民國111年2月9日前某時起，以台視文化公司名義，在momo購物網、東森購物網等網路購物平臺及全臺屈臣氏之門市販售「攝守座男性活力膠囊」商品（下稱本案商品），並在包裝上使用近似於本案商標之「男子射箭圖形」（下稱本案圖形，見附表二），有致相關消費者混淆誤認之虞。自訴人前曾對被告周法勛提起刑事告訴，經臺灣彰化地方檢察署（下稱彰化地檢署）檢察官為不起訴處分，再經臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署檢察長駁回自訴人之再議。自訴人其後得知台視文化公司於111年11月17日曾就本案圖形申請註冊商標，經智慧局於112年5月22日函覆認本案圖形與本案商標應屬近似，且其申請指定使用於「礦物質營養補充品；蛋白質營養補充品；人蔘精；靈芝萃取營養補充品；大蒜萃取營養補充品；含維他命及礦物質營養補充品；蟲草精；冬蟲夏草菌絲體營養補充品；營養補充品；醫療用營養品；雞精；滴雞精；鰲精；蛤士蟆精；藥草茶營養

補充品；維生素營養補充品；維他命營養補充品；維他命製劑；綜合維他命營養補充品；草本營養補充品」商品，與本案商標指定使用之商品相較，其性質、功能、用途、材料、產製者、行銷管道或場所、消費族群或其他因素上具有共同或關聯之處，應屬同一或類似商品，有致相關消費者混淆誤認之虞，因認被告4人均涉犯商標法第95條第1項第3款之罪嫌等語。惟經原審審理結果，認為不能證明被告4人有自訴及追加自訴意旨所指侵害商標權犯行，因而諭知被告4人無罪。本案經本院審理結果，認第一審判決對被告4人為無罪之諭知，已依據卷內資料詳述其調查、取捨證據之結果及形成心證之理由，並無違法或不當之情形，應予維持，依前揭規定，引用第一審判決書所記載之證據及理由（如附件）。

三、自訴人上訴意旨略以：

㈠本院111年度刑智上易字第51號刑事判決意旨認判斷商標是否近似，應以商標圖樣整體為觀察，而非割裂為各部分。又所謂「主要部分」觀察，則係認為商標雖然係以整體圖樣呈現，然而消費者關注或者事後留在其印象中的，可能是其中較為顯著的部分，此一顯著的部分即屬主要部分。是主要部分觀察與整體觀察並非兩相對立，主要部分最終仍是影響商標給予消費者的整體印象。是原判決附件三商品之商標應為商品包裝盒正面中間反白的主要部分上的「攝守座」中文及其下配以諧音「射手座」同概念之射手圖形共同組成的整體圖樣，依整體圖樣來觀察，該以諧音「射手座」同概念之射手圖形為上開整體商標之一部而作為商標使用。惟原判決將「攝守座」及本案圖形割裂觀察，而認其為背景圖示，消費者不致誤認其為商品來源之標示，非作為商標使用，實有違誤。

㈡依典匠資訊股份有限公司（下稱典匠公司）RF影像授權使用證明書第一條：「本授權產品之所有著作權均係本公司或原著作權人所有，絕無侵害他人之權利，本公司保證合法擁有授權權利，且本公司對外授權未明確之部分，均視為未授

權。」已明白表示該公司授權範圍僅指著作權，被告4人將本案圖形作為商標，使用於類似商品，已屬侵害商標權。另被告4人於前案偵查時已經知悉自訴人主張商標權遭侵害，仍於偵查期間由台視文化公司以本案圖形申請商標，顯然不認為其僅為包裝圖示，且於智慧局函覆後，因無法提出說明而撤回申請，更證明被告4人明知本案商品包裝上使用近似本案商標之本案圖形，有致消費者混淆誤認之虞，卻仍繼續販賣本案商品，主觀上自有侵害自訴人商標權之故意。

㈢被告周法勛為台視文化公司之董事長，對於公司要上市新產品「攝守座」及使用之包裝商標為何，不可能未參與決定而不知情，況自前案偵查程序後，被告周法勛已明知台視文化公司仍在販賣本案商品，台視文化公司以本案圖形申請商標，需用印公司大小章，可證明其明知本案商品有使用本案圖形。爰請將原判決撤銷，而為被告4人有罪判決等語。

四、本院補充駁回上訴之理由：

㈠按商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同，商標法第5條定有明文。是就商標之使用，使用人於主觀上須基於表彰商品或服務來源之意圖，客觀上亦須使商品或服務之相關消費者，認識其係用以表彰來源，並藉以與他人之商品或服務區別，如使用人客觀上縱有將他人商標用於商品或服務之事實，惟審酌其使用方法，倘係以符合商業交易習慣之誠實信用方法，將該商標用以表示商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明，而不具有商標使用之意思者，相關消費者亦非將該標示作為商品或服務之辨識來源，即非屬商標使用。次按100年6月29日修正公布、101年7月1日施行之商標法（下

稱修正前商標法）第36條第1項第1款規定（按112年5月24日修正公布、113年5月1日施行之現行商標法，並未修正第36條第1項第1款規定）：「以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名、名稱，或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者。」係指以符合商業交易習慣之誠實信用方法，提供商品或服務本身有關資訊，乃著重於商品或服務之說明，而非作為商標使用之行為，此即為描述性合理使用。因描述性合理使用並非利用他人商標指示商品或服務來源之功能，而商標權人取得之權利，係排除第三人將其商標作為第三人指示自己商品或服務來源之使用，是若第三人所為之使用既非用以指示來源，即非屬商標權效力拘束範圍。

㈡訊據被告4人堅詞否認有何違反商標法之犯行，辯稱：本案圖形是台視文化公司向典匠公司購得圖樣授權後，作為「攝守座」商標之說明，也是取射手座諧音之用，因台視文化公司員工是合法取得本案圖形授權，主觀上並無侵權之故意。客觀上因本案圖形是作為商品說明，並非作為商標使用，符合修正前商標法第36條第1項第1款規定，不受商標權效力所拘束；況本案商品之包裝設計與本案商標明顯不同，並不會讓消費者有混淆誤認之虞等語。

㈢上訴意旨指稱被告4人所為已構成商標使用，且不符合修正前商標法第36條第1項第1款之合理使用，而具有侵害自訴人商標權之主觀犯意，業據被告4人否認在卷，是本案應審究者厥為自訴人所提事證（見上訴人114年1月17日刑事準備（二）狀所列證據清單，本院卷第293-295頁），是否得據為認定被告4人所為不符合描述性合理使用，主觀上有侵害自訴人商標權之故意，而該當商標法第95條第3款之侵害商標權罪。經查：

1.台視文化公司於109年9月1日以中文橫書字體「攝守座」，向智慧局申請如原判決附件二所示商標獲准註冊(註冊/審定

號：02118001號、註冊類別：「005」），有卷附商標單筆詳細報表1份可查【見彰化地檢署111年度他字第1406號偵查卷宗(下稱他卷)第37-39頁】。另觀諸如附表二所示之本案商品包裝外觀，可見正（長）面左上角標示「常春樂活」字樣（「常春樂活」亦為台視文化公司註冊商標，見卷附臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署112年度上聲議字第5號處分書附件，該署卷第23頁），且於包裝中央標示「攝守座®」商標及「男性活力膠囊」等字樣，緊接其下方印有本案圖形，上（短）面亦印有「攝守座®」商標，側面則印有「品名：常春樂活攝守座®軟膠囊」等文字之事實，有本案商品之包裝盒影本及自訴人所提外盒照片（證6）在卷可佐（見他字卷第139-140頁、原審112年度自字第23號卷「下稱原審卷」第17、43-49頁），足認本案商品欲傳達給相關消費者識別之商品名稱為「攝守座®男性活力膠囊」甚明，且已揭示其註冊商標「攝守座」及「常春樂活」，並以「®」之通常標示表明「攝守座」為其註冊商標資為識別其商品來源，緊接其下所用以男性拉弓半身像之本案圖形所表彰「男性射手」意象，顯係作為描述本案商品名稱「攝守座®男性活力膠囊」之說明，而非作為商標使用，是被告上揭所辯本案圖形係其商品名稱之說明乙節，尚非無據。

2.另本案圖形源自典匠公司簽約合作之圖庫品牌Dreamstime所提供如附表三之圖庫圖像，由典匠公司授權台視文化公司取得數位影像產品之使用權利，且屬「永久買斷授權」等情，有典匠公司報價單、發票及RF影像授權使用證明書各1份在卷可查(見本院卷第301頁及原審卷第159-170頁)，且比對本案圖形與上開圖像可知，台視文化公司確係取用附表三圖像之人身部分。又佐以被告林子鈴於原審供稱：伊係依照被告鄧筱曼指示，針對「攝守座」商品進行規劃、設計，依照射手座諧音尋找包裝盒外觀構思，後續係向典匠公司購買合法授權圖片等語，依上述1.說明所示行銷廣告資料，除於本案商品包裝盒正面標示本案圖形外，並無隻字提及本案商標文

字或整體圖樣，以一般具有普通知識經驗之消費者，如施以普通之注意，整體觀察本案商品廣告標示名稱及外包裝整體構圖，亦可使人認識本案商品名稱「常春樂活 攝守座®軟膠囊」，是源自「常春樂活」、「攝守座」品牌，顯無使消費者於辨識商品來源時，有影射或攀附自訴人商譽之意圖。又比對本案商標與本案圖形固有其近似之處，然本案商品包裝盒正面於本案圖形下方顯著標示「南瓜籽油+鋅」、「蕃茄紅素萃取」等文字、「600%超級瑪卡」文字及圖形、側面下方處則清楚標示台視文化公司名稱、地址、電話等重要資訊，相關消費者亦不會因外包裝使用本案圖形作為描述本案商品名稱之說明，即誤認與本案商標來自同一來源，或誤認其來自雖不相同但有關聯之來源。從而，依台視文化公司於本案商品之實際使用態樣，相關消費者僅會注意主要識別部分「常春樂活」、「攝守座」商標，並使其認識「常春樂活」、「攝守座」品牌商品與台視文化公司存有某種連結關係，至於使用本案圖形作為描述商品名稱之說明，符合商業上普通標示習慣及市場上誠實交易情形，並無影射本案商標或產生商標「識別性」的效果，自非基於行銷之目的用以行銷商品而作為商標使用，核屬以善意且合理使用之方法，揆諸前揭修正前商標法第36條第1項第1款規定，當不受本案商標權之效力拘束。

3.至自訴人以被告4人事後就本案圖形申請註冊商標，以佐其係欲作為商標使用乙節，經本院於準備程序中訊之被告周法勛供稱：本案商品之前都是總經理即被告謝陳齊處理，我不知道，我是要申請本案圖形為商標時，才知道商品包裝上圖式。我知道公司收到智慧局函覆說申請的商標與本案商標可能有近似混淆誤認之虞，後續就交給總經理負責處理，包含是否繼續申請或撤回，總經理向我報告此圖案是我們自己用圖庫去製作的，因我們認為沒有不對的地方，所以就繼續使用等語；被告謝陳齊供稱：董事長即被告周法勛是於申請商標需要用印時，才會知道，我們公司很多東西都會去申請商

標包含節目的標準字，這在我們公司是常態，所以申請商標董事長會知道。智財局函覆後，被告周法勛交給我處理，智慧局是請我們再補說明或撤件，我們也有詢問智慧局承辦人員說補件應該可以通過，我就諮詢商標事務所及律師的意見，因律師建議撤件，所以我們依其建議先撤件。商標事務所有跟我們說明我們不是被智慧局駁回，我們也自己檢視與自訴人的圖案有明顯落差，所以我們認為我們並沒有侵權，所以就有稍微修改小地方，例如弓箭的部分讓它花紋比較多，自訴人弓箭很平順，我就將我們的弓箭改成比較像是歐風的態樣，當初是想要讓我們的圖案與自訴人的圖案更不一樣、區別更大，所以就繼續執行原來的案子等語；被告鄧筱曼供稱：當初申請商標也是因為本案訴訟，因彰化地檢署檢察官的不起訴處分，我們趁此時間趕快申請商標，就是要解決此事，智慧局希望我們提出說明，但我們認為我們的來源是正常管道，我們是用至圖庫，且買斷此圖，且我們與自訴人的圖案並不近似，自訴人的圖是全身，我們的是半身，自訴人的比較瘦小，我們的圖比較精實，任何人看來都不會產生混淆誤認，我們不去申請商標的原因是因為此案還在執行等語；被告林子鈴則稱：同被告鄧筱曼所述，伊當時是依其指示去辦等語。經核渠等所述並無顯然悖於常情事理之處，且佐以台視文化公司就本案圖形申請商標之日為111年11月17日，有卷附商標單筆詳細報表可查（見原審卷第61頁），確係在彰化地檢署檢察官於111年11月3日偵結為不起訴處分之後，且該案檢察官係認本案圖形與本案商標間「存有顯著差異，難認有近似致消費者混淆誤認之虞」，有卷附不起訴處分書可佐（見偵卷第20頁），可見台視文化公司就本案圖形申請商標，應係為保護其合法使用本案圖形之權益，並期藉此解決本案商標爭議無訛，自不能憑此事後申請商標之行為，回溯推認被告4人行為時有將本案圖形作為商標使用之故意，而遽為不利於被告4人之認定。

4.綜上，被告4人使用本案圖形，係以符合商業交易習慣之誠實信用方法，說明本案商品之商品名稱，並非作為商標使用，合於商標法第36條第1項第1款所定描述性合理使用之要件，不受自訴人商標權之效力所拘束，而不符合商標法第95條第3款之構成要件，自不能以該罪相繩。準此，自訴人聲請函詢智慧局及傳喚證人即智慧局承辦人王○○，欲證明本案圖形與本案商標是否近似、是否屬同一或類似商品或是否有致相關消費者混淆誤認之虞？另聲請傳喚證人即張瑞樹中醫診所之病人陳○○、蔡○○，欲證明本案圖形是否有致相關消費者混淆誤認之虞等節（見本院卷第196、333、394頁），因本院已認定被告4人就本案圖形並非作為商標使用，且符合敘述性合理使用，上揭證據縱予調查，亦無從推翻本院上開認定，自均無調查之必要，附此敘明。

五、綜上所述，自訴意旨認被告4人涉犯商標法第95條第3款之侵害商標權罪，然依自訴人所舉之證據，尚無法證明被告4人有將本案圖形作為商標使用或侵害自訴人商標權之故意。此外，復查無其他積極證據可佐被告4人涉犯侵害商標權之犯行，依前開規定及說明，即不得遽為不利被告4人之認定，自應諭知被告無罪之判決。

六、原審本於職權，對於相關證據之取捨，已詳為推求，並於判決書論敘得心證之理由，以不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，並無不合。自訴人上訴意旨所指，業經本院就其上揭書狀所列證據及卷內訴訟資料，逐一調查剖析，仍無從獲得有罪之心證，並經原審詳為指駁及本院補充理由如上，且無新事證，證明被告有自訴意旨所指違反商標法犯行，自訴人上訴仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於原審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之適法職權行使，就相同證據為不同評價，任意指為違法，求予撤銷改判，為無理由，應予駁回。

七、被告林子鈴經本院合法傳喚，以其現育嬰留職且近日幼兒發燒需照顧而未到，核屬無正當理由未到庭，有本院送達證書

及刑事陳報狀各1紙可稽（見本院卷第329、389頁），爰不待其陳述，逕為一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　8　　日

智慧財產第四庭

審判長法　官　張銘晃

法　官　蔡慧雯

法　官　馮浩庭

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　8　　日

書記官　郭宇修

附件：臺灣臺中地方法院112年度自字第23、33號刑事判決

附表一：本案商標



卷證位置：他字卷第47頁

附表二：被告實際使用本案商品包裝（含本案圖形）



卷證位置：他字卷第139頁



卷證位置：他字卷第140頁

附表三：典匠公司授權圖形



卷證位置：他字卷第143頁