臺灣士林地方法院刑事判決

109年度智易字第4號

公　訴　人　臺灣士林地方檢察署檢察官
被　　告　蔡懷德

選任辯護人　許庭禎律師
　　施佳鑽律師
　　施宣旭律師

上列被告因違反商標法案件，經檢察官提起公訴（108 年度偵字第6439號），本院判決如下：

主　文

乙○○犯商標法第九十五條第三款之侵害商標權罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扶陞貿易有限公司所有未扣案仿冒「循利寧」商標之循易寧錠商品陸盒均沒收；及天承生活事業股份有限公司因乙○○違法行為而取得未扣案之犯罪所得新臺幣柒仟捌佰元沒收，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、乙○○係址設臺北市○○區○○路000 號10樓之6 之天承生活事業股份有限公司（下稱天承公司）之負責人，明知「循利寧」之商標圖樣，係扶陞貿易有限公司（下稱扶陞公司）依法向經濟部中央標準局（現改制為經濟部智慧財產局，下稱智財局）申請商標註冊登記（註冊/ 商標審定號：00000000號），指定使用於西藥、血液循環改善藥劑之商品，專用期限自民國93年12月21日起至114 年7 月31日止，現仍在商標專用期間內，非經商標權人之同意或授權，不得於類似商品使用近似之註冊商標，而致相關消費者有混淆誤認之虞，竟基於侵害他人商標權之犯意，未得扶陞公司同意，為行銷之目的，自106 年10月20日上午10時許起至108 年3 月6 日

上午11時止，於天承公司所經銷販售含有銀杏果成分，而與扶陞公司「循利寧」商品屬類似商品之循易寧錠商品，使用近似於「循利寧」商標之「循易寧錠」商標於包裝盒，有致相關消費者誤認混淆之虞，並於其所經營址設桃園市○○區○○路000 號之天承公司南崁分公司、址設新北市○○區○○路00號之天承公司學府分公司、址設基隆市○○區○○街000 巷0 弄0 號之天康新豐藥局陳列販售。嗣經扶陞公司人員於106 年10月20日某時許，發現雅虎奇摩拍賣網站「Beauty網路藥妝」、「小喬健康管理站」等網站，有販售仿冒「循利寧」商標之循易寧錠商品，而上網購得仿冒「循利寧」商標之循易寧錠商品共6 盒後報警循線查獲。

二、案經扶陞公司訴由內政部警政署保安警察第二總隊移送臺灣士林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本件資以認定事實之所有被告乙○○以外之人於審判外之供述證據，檢察官、被告及辯護人於審判中均表示同意作為證據或不爭執其證據能力（見本院卷第133 至148 頁），本院審酌上開證據作成時之情況，無不當取供或違反自由意志而陳述等情形，且均與本案待證事實具有關聯性，認為以之作為本案之證據乃屬適當；又所有援用之非供述證據亦無證據證明係公務員違背法定程序所取得，自均有證據能力。

二、訊據被告坦承其係設於上址之天承公司負責人，有於上開時間，在天承公司所經銷販售之循易寧錠商品包裝盒上，標示「循易寧錠」字樣，並於上列各址之天承公司南崁分公司、學府分公司、天康新豐藥局陳列販售該商品；嗣告訴人公司人員於106 年10月20日某時許，在雅虎奇摩拍賣網站「Beauty網路藥妝」、「小喬健康管理站」等，購得循易寧錠商品共6 盒等情，核與證人即告訴代理人廖宏文（見偵卷第35、37、39頁）、證人即天仁大藥局登記負責人陳敬民（見偵卷第27、29、31頁）所述相關情節相符，並有天承公司之公司登記資料查詢（見偵卷第59頁）、天承公司南崁、學府分公

司之營業登記資料（見偵卷第79至83頁）、天康新豐藥局之營業登記資料（見偵卷第85至87頁）、天承公司南崁、學府分公司、天康新豐藥局等處之Google街景地圖照片3 幀（見偵卷第103 至107 頁）、循易寧錠商品外包裝照片1 幀（見偵卷第111 頁）、106 年度北院民公泠字第900216號公證書1 份（含向雅虎奇摩拍賣網站「Beauty網路藥妝」網購循易寧錠商品之螢幕畫面截圖8 張，見偵卷第291 至311 頁）、106 年度北院民公泠字第900234號公證書（含領取向「Beauty網路藥妝」網購循易寧錠商品之地點、商品照片9 幀、網站送貨資訊畫面截圖4 張、領貨單據2 張，見偵卷第313 至347 頁）、106 年度北院民公泠字第900215號公證書（含向雅虎奇摩拍賣網站「小喬健康管理站」網購循易寧錠商品之螢幕畫面截圖9 張，見偵卷第221 至243 頁）、106 年度北院民公泠字第900235號公證書（含領取向「小喬健康管理站」網購循易寧錠商品之地點、商品照片11幀、網站送貨資訊畫面截圖4 張、領貨單據2 張，見偵卷第245 至283 頁）等件在卷可稽。又「循利寧」商標圖樣係告訴人向智財局申請商標註冊登記（註冊/ 商標審定號：00000000號），指定使用於西藥、血液循環改善藥劑之商品，專用期限自93年12月21日起至114 年7 月31日止乙節，則有衛生福利部食品藥物管理署西藥、醫療器材、化粧品許可證查詢（見偵卷第61、62、513 、514 頁）、商標詳細報表（見偵卷第63、64頁）、智財局商標資料檢索服務（見偵卷第213 頁）等件附卷可按。以上事實首堪認定。

三、被告雖矢口否認有何違反商標法之犯行，辯稱：我沒有把「循易寧錠」名稱當成商標使用，我標示的是「循易寧錠（銀杏）食品」，用作商品說明，沒有侵犯商標權的犯意，且我的商品已下架很久，我也沒有在網路上販售，告訴人扶陞公司是向誰購買的我不清楚云云；辯護人則略以：被告標示「循易寧錠（銀杏）食品」，並非在包裝正面，而一般商品擺設則是正面朝外，因此只是用來說明商品內容之名稱，並非

商標，亦非以行銷為目的，即不構成商標使用；另被告標示字體小，且沒有強調此名稱，並無侵害他人商標之故意，只是純粹標示內容；又「循利寧」是醫師、藥劑師指示藥品，消費者到藥局、醫療院所購買此藥品是需要藥師、藥劑師等專業技術人員協助，其對食品、藥品區分的辨識能力一般不會有混淆誤認等情詞，為被告置辯。惟查：

一按商標之使用，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。是商標之使用，乃指使用人基於向市場銷售作為商業交易之行銷目的，於客觀上在國內有積極使用商標於指定商品或服務之行為，足使相關消費者認識為指示商品或服務之來源，而得與他人之商品或服務相區別。

二本件循易寧錠商品之包裝盒正面雖有銀杏葉圖樣與標示「GINKGO TABLET」等英文字樣，有該包裝盒正面照片（見偵卷第329頁）為憑，惟GINKGO為銀杏之英文，TABLET則為錠劑之英文，均為一般用語，並無特殊性，且依國內一般消費者所慣用之語文為中文，而商品通常係以中文字樣予以特定，俾利於買賣之交易常情，上開圖文自難認足使消費者得以辨識或特定該商品而為交易，而被告於該商品包裝盒背面，則標示有「循易寧錠」字樣，雖其後緊接有「（銀杏）食品」字樣，且於上開字樣下方並列有「成份」、「食用方法」、「製造商」、「原料進口產地」、「總經銷」、「地址」、「諮詢專線」、「有效期限」等項目之說明，亦有該包裝盒背面照片（見偵卷第327頁）足稽，但觀諸「循易寧錠」之字樣，相較於其後之「（銀杏）食品」字樣，為相當於2倍大之字體，且筆畫加粗、墨色加深，而其下方所列之「成份」、「食用方法」、「製造商」、「原料進口產地」、「總

經銷」、「地址」、「諮詢專線」、「有效期限」等項目之說明，字體約僅有其1/4之大小，且筆畫粗細、墨色均與「（銀杏）食品」字樣相同，且「循易寧錠」字樣，除其中「錠」係表達商品形態外，其餘「循易寧」三字並無其固有之意義，且與其後所接「（銀杏）食品」字樣並無意義關聯，並與其下方所列各項說明之內容毫無相關或有任何之意義關聯，參諸其包裝盒正面圖文既無以標識特定其商品之名稱，及上述國內一般消費者使用之語言與交易常情，該「循易寧」字樣之標示顯然具有特別顯著性，可見被告係以之為名，用來辨識、特定其商品，以區別於其他商品並表示商品之來源；又被告於其商品包裝盒上已載明總經銷為其經營之天承公司，並且陳明：有在天承公司南崁分公司、學府分公司、天康新豐藥局陳列販售該商品（見本院卷第77、151、152頁）等語，併參諸告訴人網購取得循易寧錠商品之「Beauty網路藥妝」、「小喬健康管理站」等雅虎奇摩拍賣網站，卷內雖無證據證明其等係為天承公司而販賣該商品，惟被告自承：天承公司亦有接受其他私人或團體訂購該商品（見本院卷第152頁）等語，天承公司既又為該商品之總經銷，該等網站之貨源應亦來自天承公司，而該等網路賣家於其行銷網頁上並均以「循易寧錠」作為辨識、特定該商品之標識，此有網頁截圖（見偵卷第203、233頁）可按等情，足認被告確實係基於行銷之目的，而在循易寧錠商品包裝盒上使用「循易寧錠」標識予以陳列、販售，並足以使消費者認識該標識所特定之商品，則依上說明，自屬商標之使用無疑，是被告及辯護人辯稱：被告未將「循利寧錠」作商標使用云云，自非可採。

三、又按未經商標權人同意，為行銷目的而有於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，為侵害商標權，商標法第95條第3款定有明文。所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞」，係指行為人之商標有使相關消費者對其所表彰之商品來源或產製主體發生

混淆誤認之虞而言。易言之，係指行為人之商標與註冊商標因相同或構成近似，致使相關消費者誤認為同一商標，或雖不致誤認兩商標為同一商標，但極有可能誤認兩商標之商品/服務為同一來源之系列商品/服務，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係而言。而商標是否近似暨其近似程度之判斷，應以商標圖樣整體為觀察，亦即以呈現在商品或服務之消費者眼前之整體圖樣加以觀察。惟在整體觀察原則上，尚有所謂主要部分，則係因商標雖以整體圖樣呈現，但商品或服務之消費者較為關注或事後留存印象作為其辨識來源者，則係商標圖樣中之顯著部分，此顯著部分即屬主要部分。主要部分觀察與整體觀察並非牴觸對立，由於商標近似之意義係指兩商標如標示於相同或類似商品或服務時，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通注意，有可能誤認兩商品或服務來自同一來源或誤認不同來源間有所關聯，則於判斷商標近似時，如先商標之先天識別性較強，抑或因使用而為消費者所普遍知悉時，其主要部分極易成為消費者於交易時辨識來源之重要依據，此時消費者較易因兩商標之主要部分相同，而將兩者所提供之商品或服務來源產生聯想，於此種情形，商標近似之比對即著重於主要部分，並考量主要部分最終影響商標給予商品或服務之消費者的整體寓目印象加以判斷，故上開兩觀察法對判斷商標近似係屬相輔相成。

四、本件「循利寧」商標為未經設計之墨色「循」、「利」、「寧」等單純3個中文文字依序橫書所組成；而循易寧錠商品上則標示「循易寧錠」等未經設計之較大粗體中文文字，其後雖另緊接字體較小、墨色較淺之「（銀杏）食品」字樣，惟就其整體觀之，予消費者之寓目印象乃明顯較醒目之「循」、「易」、「寧」等3個中文文字依序橫書之字樣，而以此具有識別性而為主要識別部分，已如前述，與前述「循利寧」商標主要識別部分相較，因兩者均係使用未經設計之單純3個中文文字字體依序排列，且均以同一之「循」字開頭

、同一之「寧」結尾，中間所列之「利」、「易」等二字，字形固然有異，然讀音上母音相同僅差了一個子音，連讀之下幾無差異，十分相仿，予人之整體寓目印象極為相似，整體以觀，堪認兩者構成高度近似，乃屬近似之商標。又「循利寧」商標實際使用之商品，乃適應症為「末梢血行障礙之輔助治療」之「醫師藥師藥劑生指示藥品」，有經濟部智慧財產局商標資料檢索服務（見偵卷第213 頁）、衛生福利部食品藥物管理署西藥、醫療器材、化粧品許可證查詢（見偵卷第513 頁）附卷可按，消費者固須經專業性業者之指示方可獲取，而循易寧錠商品雖屬一般民眾可自行隨意購買之食品，然被告承稱：伊知道「循利寧」膜衣錠，電視有在廣告，是一個銀杏的萃取物（見偵卷第15頁）等語，證人陳敬民亦證稱：有聽過「循利寧」商品（見偵卷第27頁）等語，且「循利寧」商品於82年至85年間，在國內同類藥品之市佔率已超過5 成，並經智財局於108 年9 月列為近5 年之著名商標，此有臺灣南投地方法院102 年度智易字第1 號刑事判決書（見本院卷第41頁）、智財局近5 年著名商標名錄及案件彙編（見本院卷第25、26頁）在卷可稽，足認一般民眾就「循利寧」商標及其商品為銀杏萃取物等已有相當程度之熟悉，而依卷存之智財局107 年7 月16日（107 ）智商00438 字第10780372110 號函略稱：循易寧錠商品包裝盒上標註之「Ginkgo Semen」、「成分：銀杏果、大豆卵磷脂…」、「食用方法：每天1-2 次，每次1-2 粒（依個人需要量增減次數，多食無益）」等字樣，該商品屬「營養補充品」商品性質，與「循利寧」商標指定使用之西藥、血液循環改善藥劑、營養補充品等商品為類似之商品（見偵卷第353 頁）等情，併參諸循易寧錠商品所使用之「循易寧」標識與「循利寧」商標既屬高度近似，已如前述，且多數國人對藥品及營養補充品之觀念並非截然二分，且被告亦稱：「循利寧」商品之前屬於藥品，但現在我不清楚它是藥品或食品（見偵卷第15頁）等語，又循易寧錠商品同屬成份與銀杏相關之商品，其

通路亦均係與藥品一起鋪貨陳列在藥房或所謂藥妝店等同一處所販售，兩者之消費族群自有部分重疊，是兩者乃屬類似之商品，則斟酌「循易寧錠」商標與「循利寧」商標構成高度近似，且使用於類似之商品，相關消費者於自行購買商品時施以普通之注意，異時異地隔離觀察下，顯有可能誤認兩商標之商品為同一來源之系列商品，或者誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似之關係，而產生混淆誤認情事。從而，被告在客觀上確已構成商標法第95條第3款之侵害商標權情形。辯護人為被告辯稱：被告使用「循利寧錠」字樣不致產生混淆誤認之虞云云，即非可採。

五另被告自承：我的藥局有販賣「循利寧」商品，且知道該商品主要用途及成份（見偵卷第443頁）等語明確，且觀諸「循利寧」商品之包裝盒照片（見偵卷第187、189頁），不論新舊，其於「循利寧」三字之右上角，均標註圓圈內有「R」字母之註冊商標記號，衡諸被告係開設公司、藥局參與商業活動之人，就此自無不知之理，足見被告被訴侵害商標權之前，已知悉「循利寧」商標之存在，卻使用與「循利寧」商標高度近似之「循易寧錠」商標於類似商品之營養補充品即循易寧錠商品；且由循易寧錠商品包裝盒正面（見偵卷第197頁），與告訴人「循利寧」商品新包裝盒正面（見偵卷第187頁）對照以觀，兩者外觀設計除後者有中文字之記載而前者無，顏色不同，英文字後者為書寫體而前者為印刷體等差異外，其構圖均係以張開之綠色銀杏葉置於右下角，並以銀杏英文即Ginkgo作為標題註記，十分相仿，整體寓目印象讓人有認為屬於同系列商品之感，亦徵被告應有出於攀附「循利寧」商標之商譽，使相關消費者產生混淆誤認之意圖，而使用「循易寧錠」商標於循易寧錠商品，其自有侵害「循利寧」商標權之故意無訛。是被告及辯護人辯稱：被告並無犯意云云，亦不可採。

六綜上所述，被告前揭所辯核屬卸責之詞，不足信採。其本案

犯行事證明確，應予論科。

四、論罪科刑：

一核被告所為，係犯商標法第95條第3款之侵害商標權罪。又被告使用近似商標於類似商品之行為，本質上即以行銷為目的，恆生有後續之商品販售行為，具體實現對商標權法益之侵害，此後續販賣行為，其不法內涵應為使用近似商標行為之罪責所涵蓋，即無再予處罰之餘地，此觀諸商標法第97條所定「明知『他人』所為之前二條商品」之構成要件，即規範處罰之行為人，係指違反商標法第95條以外之人即明（商標法第97條100年6月29日修正之立法理由二參照），是被告自不另成立商標法第97條之販賣仿冒商標商品罪，檢察官起訴意旨認被告另犯商標法第97條之罪嫌，並應依想像競合犯規定從一重處斷云云，容有誤會，應予指明。再被告自106年10月20日起至108年3月6日止，多次侵害商標權之行為，係基於同一營利目的，而於密切接近時地實施之營業行為，侵害法益同一，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，在法律評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行予以評價，較為合理，應屬接續犯，僅論以一罪。

二爰審酌被告基於商業利益，漠視他人智慧財產權，未經告訴人同意或授權，即於與告訴人「循利寧」商品屬類似商品之營養補充品即循易寧錠商品，使用近似於「循利寧」商標之「循易寧錠」商標，侵害告訴人就「循利寧」商標之商標價值與市場利益，有礙市場公平競爭秩序，並使相關消費者對於商品來源有混淆誤認之虞，應予非難，且其犯後始終否認犯行，未見悔意之態度，且未能與告訴人達成和解，併衡諸其侵害告訴人商標權之時間、範圍，及其除前於93、94年間曾因違反藥事法案件，經法院判處罪刑外，別無其他犯罪科行紀錄之素行，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，與其自陳具有碩士學位之智識程度、已婚，有2名未成年子女，目前為天承公司負責人，業務主要販賣藥類產品、健康

食品、協助整合管理，營業額年約300 萬元至400 萬元之家庭經濟及生活狀況等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，資為懲儆。

五、關於沒收部分：

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。此為刑法第38條有關於沒收之特別規定，應優先適用，採義務沒收主義。本件未扣案仿冒「循利寧」商標之循易寧錠商品6 盒，雖係告訴人購得作為證物而屬告訴人所有之物，惟因該等商品既屬侵害「循利寧」商標權之物，仍應依上開義務沒收之規定，不問屬於犯罪行為人與否，均宣告沒收之。

二又按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪行為人以外之法人，因犯罪行為人為其實行違法行為，因而取得犯罪所得者，亦同，刑法第38條之1 第1 項前段、第2 項第3 款定有明文。本件卷內固無關於循易寧錠商品銷售紀錄之資料，惟告訴人既在「Beauty網路藥妝」、「小喬健康管理站」等雅虎奇摩拍賣網站購得循易寧錠商品，該等網站之貨源應來自天承公司，如前所述，而依「Beauty網路藥妝」販售網頁（見偵卷第303 頁）之記載，其單價為850 元，於告訴人購買前已售出3 盒，加計告訴人所購買之3 盒（見偵卷第305 頁），共有6 盒；又依「小喬健康管理站」販售網頁（見偵卷第227 頁）之記載，其單價為1,100 元，於告訴人購買前尚未有售出，而告訴人購買3 盒（見偵卷第235 頁），併衡量該等網站應有加價作為利潤應予斟酌扣除後，估算天承公司因被告本案違法行為而至少取得7,800 元（800 ×6 ＋1,000 ×3 ＝7,800 ）之犯罪所得，此部分雖未扣案，仍應依刑法第38條之1 第2 項第3 款規定宣告沒收，並依同條第3 項之規定，諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

三另按財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收程序；第三人未為第1 項

聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。但該第三人向法院或檢察官陳明對沒收其財產不提出異議者，不在此限，刑事訴訟法第455條之12第1項、第3項固規定甚明，然告訴人公司之負責人或告訴代理人，與天承公司之負責人即被告於本案言詞辯論終結前，均未向本院聲請參與沒收程序，且告訴人亦有委任律師為告訴代理人，與被告並均全程參與本件刑事審理程序，為此本院認自無必要再依職權裁定命扶陞公司、天承公司參與並進行本件第三人沒收特別程序，附此敘明。

據上論結，應依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第284條之1、第299條第1項前段，商標法第95條第3款、第98條，刑法第11條、第41條第1項前段、第38條之1第2項第3款、第3項，判決如主文。

本案經檢察官甲○○提起公訴，檢察官林在培到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　25　　日

刑事第六庭法　官　李冠宜

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，並應敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後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」。

書記官　李欣頻

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　31　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

商標法第95條

（罰則）

未得商標權人或團體商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，處3年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣20萬元以下罰金：

一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標者。

二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。

三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。