

智慧財產法院刑事判決

110年度刑智上易字第15號

上訴人 臺灣臺北地方檢察署檢察官

被告 吳鈺淳

上列上訴人因被告違反著作權法等案件，不服臺灣臺北地方法院109年度智易字第39號，中華民國109年12月24日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第7241號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

被告吳鈺淳犯著作權法第九十二條擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪，處拘役拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰捌拾元均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜沒收時，追徵其價額。

事 實

一、被告吳鈺淳明知不得未經著作權人之同意或授權而擅自重製或公開散布他人之著作物，竟為販售其從日本所購得、外盒標示為銀谷品牌之鈦金屬項鍊、手鍊（下合稱系爭商品），基於違反著作權法之犯意，自民國108年7月起至109年3月間，在臺北市○○區○○○路○段○○巷○○○○號住處，透過網路及相關設備，擅自將告訴人台灣銀谷有限公司（下稱銀谷公司）所製作、遭不詳之人公然散布於網路上、如附件所示模特兒配戴手鍊商品之攝影著作2張及廣告文宣之語文著作3則，予以截圖下載（下合稱系爭著作），繼而將系爭著作上傳至其以帳號「jojo271276」在蝦皮購物網站平台所刊登之

商品頁面，作為販售系爭商品之介紹圖片，使公眾瀏覽網頁時，得以接收系爭著作內容，而以重製及公開傳輸方式，侵害銀谷公司之著作財產權。嗣經銀谷公司網路巡邏發覺有異，報警處理，而循線查悉上情。

二、案經銀谷公司訴請臺灣新北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臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序事項：

一、供述證據有證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。被告以外之人於審判外之陳述，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。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。刑事訴訟法第159條、第159條之1第2項及第159條之5分別定有明文。查告訴代理人廖偉鈞於偵查之證述（見臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第7241號偵查卷宗第13至16頁，下稱臺北偵卷）。雖屬被告以外之人於審判外之陳述，被告與檢察官均同意上開之證述作為證據，且於言詞辯論終結前未聲明異議（見本院卷第55至57、149至151頁）。準此，本院經審酌其陳述作成之情況，核無顯有不可信之情形，本案供述證據有證據能力。

01 二、非供述證據有證據能力：

02 按除有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證
03 明文書，暨從事業務之人於業務或通常業務過程所須製作之
04 紀錄文書、證明文書，均得為證據，刑事訴訟法第159條之4
05 第1款、第2款定有明文。而本院以下援引之其餘證據資料，
06 其中關於刑事訴訟法第164條第2項規定，倘證物為文書部分
07 ，其屬證物範圍。該等可為證據之文書，已依法踐行調查證
08 據之程序，經提示或告以要旨，自具有證據能力。查本案引
09 用有關被告以外之人於審判外之書面陳述，檢察官與被告僅
10 就部分證據有所爭執（見本院卷第145、149頁），然查檢察
11 官與被告均僅就證明力為爭執，非爭執其證據能力。至其餘
12 部分被告與檢察官均不爭執其證據能力，並均同意作為證據
13 （見本院卷第51至55、141至149頁）。本院審酌該等書面作
14 成時之狀況，製作人與被告間並無恩怨嫌隙，衡諸製作當時
15 ，應無刻意誣陷或迴護被告之情，復查無其他違法不當取證
16 或證據容許性明顯過低之瑕疵，有不宜作為證據之情事。準
17 此，依刑事訴訟法第159條之4、第159條之5第2項規定，自
18 得作為證據。

19 貳、實體事項：

20 一、檢察官上訴意旨略以：

21 （一）原審就有罪部分量刑過輕：

22 被告在其所經營之蝦皮拍賣賣場販售使用「銀谷」、「福田
23 」商標之商品，屬商標法第5條第4款之行為，而蝦皮拍賣為
24 國內知名網購平台，點擊率甚高，被告經由拍賣平台之曝光
25 率，復攀附銀谷公司於臺灣地區所經營「銀谷」、「福田」
26 商標販售產品，數量達數百條，期間逾1年，對告訴人銀谷

01 公司造成甚大損害。再者，被告於審理中自承，其向日本
02 Reika Japan株式會社訂購本案商品，每次約50至60條，佐
03 以被告經營之蝦皮拍賣網站拍賣商品頁面顯示之已售出數量
04 與到貨日期，分別為109年3月18日、3月30日、4月15日、5
05 月15日、5月20日、7月20日、8月10日等7次，被告至少已售
06 出136條，實際上售出者恐高於此數字。惟原審採被告「僅
07 售出3條鍊子」辯詞，而未慮及被告侵害銀谷公司權利之期
08 間，並詳查被告販售侵權商品之數量，而僅量處拘役10日，
09 且依被告之不實答辯估算應沒收之犯罪所得金額為新臺幣（
10 下同）180元，有違罪刑相當法則，屬違背法令之情形。

11 (二)被告無罪部分認事用法不當：

12 1.被告所販售之商品非真品平行輸入：

13 (1)被告所售商品為原廠所無規格：

14 日本PHITEN原廠所生產之商品規格，僅有碳化鈦項鍊45CM及
15 65CM二種，並無被告所販售之50CM規格。且被告自承其商品
16 來源為日本「Reika Japan株式會社」，並非日本原廠之PHI
17 TEN Co. Ltd.（フ テ 株式會社，下稱PHITEN公司），
18 被告一再對外宣稱其所販售者為真品，僅能向原廠拿到50CM
19 ，已與日本原廠販售者不同，且其貨源非日本PHITEN公司，
20 均與事實不符。況「銀谷」、「福田」為告訴人銀谷公司在
21 臺灣地區之註冊商標，日本原廠並無上開商標，被告攀附銀
22 谷公司商標及日本PHITEN公司「PHITEN」商標，作為吸引客
23 戶瀏覽、訂購之方式，違反商標法第95條規定。

24 (2)被告未舉證說明有無向日本PHITEN公司進貨：

25 被告於偵審過程中，從未提出日本PHITEN公司之原廠授權文
26 件或購買證明，僅提出代購人○○○之對話紀錄及「Reika

Japan株式會社」商品寄送資料，而「Reika Japan株式會社」有無向日本PHITEN公司進貨，均未見被告提出資料佐證，被告或「Reika Japan株式會社」、○○○等人，倘係向日本PHITEN公司進貨，當可透過原廠之系統查詢購買紀錄，並於審理程序中提出，被告僅空言相信「Reika Japan株式會社」所販售為真品，竟不提證據，其答辯實屬幽靈抗辯而不可採信。

(3)銀谷公司為日本PHITEN公司唯一合法授權經銷商：

告訴人銀谷公司為日本PHITEN公司在臺灣地區唯一合法授權之經銷商，銀谷公司所販售之商品均由日本原廠出貨，經依法申報進口繳納相關稅費之合法商品。反觀被告所販售之商品包裝上使用二次標籤貼上「Reika Japan株式會社」，而非PHITEN公司原廠之印刷字體，且商品名稱之標示所使用之印刷字體與包裝盒正面之日文字體，均與日本PHITEN公司所生產者有所差異，實無從認定項鍊係日本PHITEN公司原廠所售出之商品。再者，細究被告販售之鈦項鍊之扣環數、扣環大小，均與原廠商品有明顯落差，顯見並非日本PHITEN公司原廠於同地點、同模具所生產之商品。準此，被告所販售者非日本PHITEN公司原廠之產品，非販售真品平行輸入商品，自無權利耗盡原則之適用，而係在相同商品上使用告訴人商標之仿冒行為。

2.被告販售之商品屬進口與販售仿冒商品之行為：

被告於原審審理中自承其日本供應商○○○已告知本案商品「僅限日本境內販售」，被告明知上情，竟大量自日本進口上開商品，並在網站上「大量公開銷售」商品，假借「日本限定」、「真品」名義，擅自進口仿冒品在臺灣地區販售，

其行為自己涉犯商標法第95條第1項及第97條之罪嫌。

二、認定被告吳鈺淳犯罪所憑之證據：

檢察官不服原審判決提起上訴，並稱本案被告吳鈺淳為販賣系爭商品，下載系爭著作而張貼在購物平台網站之行為，以重製及公開傳輸方式，侵害告訴人銀谷公司之商標權與著作財產權，違反著作權法與商標法規定等語。然被告否認有侵害告訴人之著作財產權與商標權。準此，本院審酌當事人抗辯意旨，認本案主要爭執事項如後：(一)原審就著作權法判處有罪部分，量刑是否過輕？(二)原審就商標法不另無罪諭知部分：1.被告販售系爭商品行為，是否為商品平行輸入，而有權利耗盡原則之適用？2.本案公訴人所舉證據，是否足以證明被告主觀上有侵害銀谷公司商標之犯意（見本院卷第43至64頁之110年3月30日準備程序筆錄）。查就本件事實欄所載犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見臺灣新北地方檢察署109年度偵字第3782號偵查卷宗第11頁，下稱新北偵卷；臺北偵卷第15頁；原審卷第179、205頁；本院卷第155至157頁），核與銀谷公司及告訴代理人廖偉鈞之指訴情節大致相符（見臺灣新北地方檢察署108年度他字第7019號偵查卷宗第2至4頁，下稱他字卷；臺北偵卷第14頁），並有銀谷保健網頁內容（含圖片）、公證書、著作權授權合約、證明書及被告之蝦皮購物商品頁列印資料等件在卷可稽（見他字卷第26至62頁；新北偵卷第124至137頁），另有被告所提出網路搜尋引擎查詢散布於網路上之本案截圖等件附卷為憑（見原審卷第46至61頁）。足認被告上開任意性自白應與事實相符。本案事證明確，被告侵害著作財產權之犯行堪予認定，應依法論科。

01 三、論罪科刑部分與撤銷原判之理由：

02 (一) 被告成立著作權法第92條之罪：

03 1. 著作權法第91條第1項與第92條之構成要件：

04 按擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處3年以下
05 有期徒刑、拘役，或科或併科75萬元以下罰金。擅自以公開
06 口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展
07 示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處
08 3年以下有期徒刑、拘役，或科或併科75萬元以下罰金。著
09 作權法第91條第1項、第92條分別定有明文。被告吳鈺淳為
10 販售系爭商品，擅自將銀谷公司所製作之系爭著作予以下載
11 ，再將系爭著作接續上傳至其購物網站平台所刊登之商品頁
12 面，作為販售系爭商品之介紹圖片，使公眾瀏覽該等網頁時
13 ，得以接收上開攝影著作及語文著作之內容，而以此重製及
14 公開傳輸方式，侵害銀谷公司之著作財產權。

15 2. 公開傳輸行為較擅自重製行為之犯罪情節重：

16 核被告所為，係犯著作權法第91條第1項擅自以重製方法侵
17 害他人著作財產權罪、同法第92條擅自以公開傳輸方法侵害
18 他人著作財產權罪。兩者法定刑均處3年以下有期徒刑、拘
19 役，或科或併科75萬元以下罰金。行為人基於一個犯罪決意
20 ，重製他人如附件所示之系爭攝影著作與語文著作，並公開
21 傳輸至蝦皮購物網站之行為，使不特定多數人得以經由網路
22 瀏覽觀看，其所為公開傳輸及重製之行為，並非一行為侵害
23 數法益，而觸犯數罪名之想像競合犯。其是具有階段式保護
24 法益同一之法條競合關係、默示補充關係或吸收關係。因後
25 者公開傳輸行為較前者擅自重製行為，其犯罪情節較重，應
26 從後階段之著作權法第92條規定，擅自以公開傳輸方法而侵

01 害他人著作財產權罪處斷。準此，被告故意使用系爭著作，
02 有重製與公開傳輸系爭著作之行為，應論處擅自以公開傳輸
03 之方法侵害他人之著作財產權罪。原審論以著作權法第91條
04 第1項擅自以重製之方法侵害他人著作財產權罪，容有誤會
05 ，爰撤銷改判如主文所示。

06 (二) 被告行為構成接續犯：

07 按刑法上之接續犯，係指行為人之數行為於同時同地或密切
08 接近之時、地實行，侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄
09 弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，
10 在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一
11 行為予以評價，較為合理，而論以單純一罪而言（參照最高
12 法院99年度台上字第7181號、100年度台上字第5085號刑事
13 判決）。準此，行為人侵害同一法益行為，通常係在密集期
14 間內以相同方式持續進行，而未曾間斷者，該等侵害同一法
15 益之犯行，具有反覆、延續實行之特徵，自行為之概念以觀
16 ，縱有多次侵害同一法益之舉措，仍應評價為包括一罪之接
17 續犯，自無併合論罪可言。準此，被告吳鈺淳於108年7月起
18 至109年3月間，接續在網路上刊登系爭著作，其主觀上基於
19 侵害同一他人著作財產權之犯意，陸續為以公開傳輸之方法
20 侵害他人之著作財產權之犯行，均係於密接之時、地為之，
21 衡諸手法相同，並侵害相同之法益，其為接續犯，應以一罪
22 論之，論以接續之一行為。

23 (三) 量刑之說明：

24 1. 量刑為事實審法院職權：

25 按刑罰之量定，為事實審法院之職權，倘法院已審酌刑法第
26 57條各款所列情狀，而所量定之刑並未逾越法定刑範圍，亦

無顯然失當情形，自不得任意指為違法（參照最高法院95年度台上字第1779號、92年度台上字第2116號刑事判決）。是，刑之量定為求個案裁判之妥當性，法律賦予審判法院裁量之權，故量刑之輕重，屬於為裁判之法院，得依職權自由裁量事項，倘其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內酌量科刑，倘無偏執一端，致明顯失出失入情形，上級審法院不得僅就量刑部分，遽指為不當或違法。經本院審酌被告為便利其販售系爭商品，未能尊重告訴人銀谷公司耗費相當時間及心力始完成系爭著作，竟率爾以重製、公開傳輸之方法侵害銀谷公司之著作物，顯然欠缺保護智慧財產權之觀念，已潛在影響告訴人之商業利益，所為非是。惟念及被告坦承犯行，犯後態度尚佳，復考量被告無前科，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽（見本院卷第135頁），素行亦屬良好。兼衡被告係兼職網路個人賣家，非企業化經營網拍賣場，所侵害著作之數量僅為攝影著作2張與語文著作3則、銀谷公司所受損害之性質與程度，並參諸被告積極謀求與銀谷公司達成和解（見本院卷第159頁）。而在本件刑事附帶民事訴訟程序已成立和解，暨斟酌被告犯罪之動機、目的，暨被告自述學歷為高中畢業，職業為命理師，月收入約3至4萬元，需扶養兩邊父母親及償還銀行借款，經濟負擔沉重之家庭經濟狀況（見原審卷第211頁）等情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。職是，本院認原審量刑，已充分審酌各量刑情狀，核無違誤。

2. 被告諭知緩刑宣告：

接受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而未曾因故意

01 犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，認以暫不執行為適當者，
02 得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算
03 。刑法第74條第1項第1款定有明文。查被告未曾因故意犯罪
04 受有期徒刑以上之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可
05 稽（見本院卷第135頁）。其因失慮而致罹刑章，並已與告
06 訴人銀谷公司就本案附帶民事訴訟案件達成和解。職是，本
07 院爰此就被告諭知2年緩刑宣告，以啟自新更生。倘被告嗣
08 後於緩刑期間故意另犯他罪者，檢察官得依刑法第75條規定
09 ，聲請法院撤銷其緩刑之宣告，併此敘明。

10 四、沒收部分：

11 (一)適用裁判時之法律：

12 按沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。本
13 法總則於其他法律有刑罰、保安處分或沒收之規定者，亦適
14 用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。105年7月1日
15 前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不
16 再適用。刑法第2條第2項、第11條及刑法施行法第10條之3
17 第2項分別定有明文。查被告行為前，刑法既經總統於104年
18 12月30日修正公布，並於105年7月1日施行。職是，本案關
19 於沒收法律條文之適用，應直接適用裁判時之法律規定，自
20 無新舊法比較之問題，應適用修正後刑法之相關規定，先予
21 敘明。

22 (二)犯罪所得部分：

23 1.犯罪與利得之間需有直接因果關係：

24 按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者
25 ，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體
26 ，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：(1)明知他人違法

行為而取得。(2)因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。(3)犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。前二項之沒收，而於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。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；第三人未為聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命第三人參與沒收程序。刑法第38條之1第1項、第2項及刑事訴訟法第455條之12第1項、第3項分別定有明文。沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，先於前階段界定利得存否，嗣於後階段再判斷利得範圍。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪間，是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，應視犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷。後階段利得範圍之審查，依刑法第38條之1之立法意旨，係以總額原則為審查，凡犯罪所得均應全部沒收，無庸扣除犯罪成本（參照最高法院106年度台上字第3464號刑事判決）。

2. 沒收之犯罪所得180元：

被告重製系爭著作係用於網站上供不特定人瀏覽以對外販售項鍊、手鍊等產品之用，並非販售系爭攝影及語文著作，其雖未直接自此行為獲利，而係因販賣商品之行為而間接獲利，故尚難認被告上開販賣之獲利全為本案侵害著作權之犯罪所得。是被告稱：本人平均每條鍊子可賺300元，到目前為止，本人應透過上開蝦皮購物之商品頁售出3條鍊子等語（見原審卷第210至211頁）。可知被告以該商品頁銷售本案商品，至少已賺取900元之利潤（計算式：300元x3），然因犯罪所得之範圍與價額認定顯有困難，爰依上開規定以利潤之

20% 估算之，認本案被告因非法重製而獲取之犯罪所得為180元，應予以宣告沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(三) 不予宣告沒收部分：

被告擅自重製之系爭著作，為犯罪所用或犯罪所生之物，本得依法宣告沒收，惟上開圖片之電子檔並未扣案，且查被告已將「jojo271276」之帳號停用，而新開設之賣場未再販售銀谷品牌之鈦金屬項鍊、手鍊之事實，有檢察官提出之蝦皮購物網頁列印資料在卷可佐（見原審卷第185至188頁），足徵系爭著作既經被告自該網站上刪除，未再刊登，復無證據證明現仍存在，為免開啟助益甚微、甚至造成困難之執执行程序，爰不為沒收之宣告。

五、不另為無罪諭知部分：

(一) 公訴意旨另以：

被告明知告訴人銀谷公司係日本PHITEN公司之臺灣地區液化鈦產品獨家代理商。亦明知註冊第00000000、00000000、00000000號之「銀谷」；註冊第00000000之「福田」；註冊第00000000、00000000、00000000號之「phiten」等商標文字（下合稱系爭商標），係銀谷公司向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊登記，取得使用於首飾、貴金屬、保健用項圈、保健用手環等商品，且在商標專用期間內，未經同意，不得就同一或類似商品，使用相同或近似之註冊商標，竟基於違反商標法之犯意，於不詳時間購入仿冒系爭商標之本案商品，而被告主觀上認知係自日本合法商店購入之真品，再以前述非法重製本案截圖及公開傳輸之方式，刊登前述販售系爭商品之訊息，商品資訊中並含有系爭商標圖樣之圖

片，及公開展示附有系爭商標圖樣之本案商品外盒實拍影片，且於商品標題使用系爭商標文字，藉此協助銷售系爭商品。因認被告另涉違反商標法第95條第1款未經商標權人同意於同一或類似商品使用相同商標罪嫌等語。

(二) 本院認定無罪之理由：

按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項及第301條第1項分別定有明文。認定不利於被告之事實，須依積極證據，倘積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，不必有何有利之證據。而犯罪事實之認定，應憑證據，倘未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。所謂認定犯罪事實之積極證據，係指適合認定被告犯罪事實之積極證據而言，包含直接證據與間接證據。無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人，均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明未達此程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，依據罪證有疑，利於被告之證據法則，不得遽為不利被告之認定（參照最高法院30年度上字第816號、76年台上字第4986號、92年台上字第128號、104年度台上字第1801號刑事判決）。

(三) 被告吳鈺淳未侵害銀谷公司之系爭商標權：

按未得商標權人或團體商標權人同意，為行銷目的而於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標者，處3年以下有期徒刑、拘役或科或併科20萬元以下罰金。商標法第95條第1款定有明文。而商標法第95條第1款之侵害商標

01 權罪，其犯罪構成要件如後：1.故意犯；2.行為人有行銷之
02 主觀目的而使用商標；3.有致相關消費者混淆誤認之虞者。
03 4.其於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之
04 商標。準此，因商標法之刑事罪責，不處罰過失犯，是被告
05 之行為，除符合上揭犯罪之客觀要件外，亦須有故意之主觀
06 要件，始違反商標法第95條第1款之罪。準此，參諸本院整
07 理之本案爭點，首應認定被告是否基於行銷之目的使用系爭
08 商標；繼而探討被告是否具有商標法第95條非法販賣侵害商
09 標權商品罪之主觀要件；最後探究被告進口系爭商品，是否
10 為商品平行輸入，而有權利耗盡規範之適用，作為判斷被告
11 是否違反商標法第95條規定之基準。

12 1.商標使用之要件：

13 所謂商標之使用者，係指為行銷之目的，而有下列情形之一
14 ，並足以使相關消費者認識其為商標：①將商標用於商品或
15 其包裝容器。②持有、陳列、販賣、輸出或輸入有商標商品
16 或其包裝容器。③將商標用於與提供服務有關之物品。④將
17 商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。⑤前開之情
18 形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者
19 ，商標法第5條定有明文。準此，商標使用必需具備之要件
20 有：①使用人需有行銷商品或服務之目的，此為使用人之主
21 觀意思。所謂行銷者，係指向市場銷售作為商業交易之謂，
22 行銷範圍包含國內市場或外銷市場。②需有標示商標之積極
23 行為。③所標示者需足以使相關消費者認識其為商標。準此
24 ，本院應審究被告是否基於行銷之目的使用系爭商標，此為
25 商標使用之要件。

26 2.不足認定系爭商品為仿冒品：

01 (1)被告供述與其提出之證據：

02 被告供稱：系爭商品均係本人自日本合法商店「Reika Japa
03 n株式會社」免稅店購入，其非仿冒品，本人開始是委託旅
04 行社之導遊幫忙，向上開商店配合之日本當地遊覽車之業務
05 人員代購，嗣本人旅遊時自行認識之日本業務人員○○○，
06 就改透過該人代購，本人每次向他訂購50至60條，價格當然
07 便宜，「Reika Japan株式會社」成立逾10年，販售之物均
08 為真品，本人於本案案發後，雖有聽聞系爭商品之尺寸，僅
09 能在日本境內販售給觀光客，不能在臺販售，然本人不知道
10 原因等語（見原審卷第63、75、209至210頁）。被告並提出
11 日本Reika Japan株式會社有關本案商品之官方網頁介紹、
12 被告與日本業務人員之LINE對話紀錄、商品進口文件等件為
13 據（見原審卷第64至73、92至115頁）。經原審當庭勘驗本
14 案商品之外盒，有標示「phiten」商標及「Reika Japan株
15 式會社」字樣，盒內附有日文之保證書，此有原審當庭拍攝
16 之照片3張存卷可稽（見原審卷第215至221頁）。經核與前
17 揭日本「Reika Japan株式會社」有關商品之官方網頁介紹
18 圖文，大致相符（見原審卷第64至73頁）。

19 (2)告訴人提出之檢驗報告不能認定系爭商品為仿冒品：

20 告訴人銀谷公司雖提出其自行製作之檢驗報告，以證明本案
21 商品與告訴人所販售之Phiten項鍊商品尺寸不同（見臺北偵
22 卷第31至47頁）。然依上開檢驗報告所示，係以人工手持工
23 具量測系爭商品及告訴人所販售之Phiten項鍊商品，其中就
24 項圈扣環寬度，兩者誤差僅有0.1mm；就扣環「phiten」商
25 標迴圈，兩者之誤差僅有0.1mm；就重量部分，兩者誤差僅
26 有0.1克之差距，足見差異甚微，是否存在人為量測之誤差

，非無可能。且告訴人於官方網站上公告其項鍊尺寸係50/65公分（見他字卷第35頁）。不僅與日本「Reika Japan 株式會社」官方網頁，所販售「phiten」商標項鍊尺寸為50/60公分不同外（見原審卷第69頁）。亦與告訴人上開檢驗報告記載：正品項鍊整體實際長度約60.8公分等語明顯有異（見臺北偵卷第35頁）。準此，上開檢驗報告之量測，是否足以鑑別PHITEN公司於日本境內販售之「phiten」品牌正品，容屬有疑，自不能憑此遽認被告自日本購回之系爭商品，必然為仿冒品。

3. 被告行為符合真品平行輸入：

(1) 商標權適用國際耗盡原則：

附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於國內外市場上交易流通，商標權人不得就該商品主張商標權。但為防止商品流通於市場後，發生變質、受損，或有其他正當事由者，不在此限。商標法第36條第2項。是商標權人並無專有進口之權利，適用國際耗盡原則，我國商標法不禁止真品平行輸入。所謂真品平行輸入，係指內外國之商標權人不同，而內國之商標權人係外國商標權人之代理商或獨家之經銷商，自國外購買外國商標權人於國外生產之使用商標之真正商品輸入內國。真品之平行輸入，對其所輸入附有商標圖樣之商品，倘未為任何加工、改造或變更，直接以原裝銷售時，因其指示商品來源之功能並未被破壞，並無引起消費者混淆、誤認、欺矇之虞者，亦不致使商標權人或其授權使用人之信譽發生損害，並可防止我國商標使用權人獨占國內市場，壟斷商品價格牟取暴利，因而促進價格之競爭，使消費者受有以合理價格選購同一商品之機會，享有自由競爭之利益

，於商標法之目的並不違背，在此範圍內應認為不構成侵害商標權，並可為單純商品之說明，適當附加同一商標圖樣於該商品之廣告等同類文書（參照最高法院81年度台上字第2444號判決、82年度台上字第5380號刑事判決）。

(2)被告提出真品平行輸入之事證：

檢察官雖認為被告刊登之商品資訊，商品標題使用系爭商標文字，並上傳含有「phiten」商標圖樣之圖片及附有「phiten」商標圖樣之系爭商品實拍影片等行為，均屬違反商標法第95條第1款之犯行。然被告始終堅稱其為平行輸入真品販售，且告訴人之檢驗報告，不足否認PHITEN公司於日本境內販售「phiten」正品，為被告自日本購回之系爭商品（見原審卷第64至73、92至115頁）。經原審當庭勘驗系爭商品之外盒，有標示「phiten」商標及「Reika Japan株式會社」字樣，盒內附有日文之保證書，此有原審當庭拍攝之照片3張存卷可稽（見原審卷第215至221頁）。經核與前揭日本「Reika Japan株式會社」有關商品之官方網頁介紹圖文，大致相符（見原審卷第64至73頁）。準此，被告抗辯其為平行輸入真品販售，並非無因。

4.被告刊登訊息為交易習慣之誠信方法使用：

(1)商業通常使用方法：

按以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示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，不受他人商標權之拘束。商標法第36條第1項第1款定有明文。所謂符合商業交易習慣之誠實信用方法，係指以商業上通常方法使用，在主觀上無作為商標之意圖，而將商標作描述性或指示性之

01 使用，客觀上相關消費者未認知作為商標使用，其非藉由商
02 標作為辨別商品或服務之來源。

03 (2)系爭商品之描述與說明：

04 被告於蝦皮購物網站之商品頁，就項鍊部分之描述，商品標
05 題為「日本福田銀谷phiten純鈦金屬項鍊」，內文記載「日
06 本福田銀谷phiten」、「日本製」、「下訂單10至15天由日
07 本到台灣」等字樣，且上傳附有「phiten」商標圖樣、日文
08 保證書之系爭商品與外盒實拍影片；而就手鍊部分，內文載
09 明「日本平行輸入」字樣，此有告訴人所提出被告之蝦皮購
10 物商品頁列印資料在卷可稽（見他字卷第41、49頁），足見
11 被告迭於商品頁重申系爭商品為日本平輸品之旨，並未表彰
12 所銷售之商品來源為告訴人。是依被告刊登之商品訊息，客
13 觀上並未逾一般商業法則容許之商品名稱標示範圍，且清楚
14 標示其商品來源為日本平行輸入，並無利用告訴人之系爭商
15 標，致使相關消費者混淆誤認其販售商品來源為告訴人之情
16 事。準此，被告雖有檢察官所指於商品頁標示「銀谷」、「
17 福田」、「phiten」字樣及「phiten」圖樣之行為，然揆諸
18 前開規定及說明，認此部分應僅屬商標法所容許對商品本身
19 之描述、說明，非屬商標之使用行為，且客觀上未構成商標
20 法第95條第1款「致相關消費者混淆誤認之虞」要件，而於
21 主觀上難認被告有何使用他人商標表彰商品來源，使相關消
22 費者混淆誤認之故意可言，自不能逕以上開之罪相繩。

23 (四)無罪推定原則：

24 被告吳鈺淳行為不構成商標使用，符合商標法第36條第1項
25 第1款、第2款規定，不受他人商標權之效力所拘束，亦無使
26 相關消費者發生混淆誤認之虞，是被告就系爭商品未有商標

法第95條之犯行。復查無客觀之其他證據，足資佐證被告有重製侵害告訴人銀谷公司之商標權，依罪證有疑，利於被告原則，不能僅以推測或擬制之方法，為被告此部分有罪之認定，是依公訴人所舉之證據，無從說服本院形成被告此部分有罪之心證，此部分本應為無罪諭知，惟依公訴意旨所指，此部分與前述本院認定有罪部分有想像競合之一罪關係。準此，原審認定被告無罪部分，核無違誤，應予維持，檢察官此部分之上訴為無理由。

參、本判決結論：

綜上所述，原審判決認被告吳鈺淳上傳系爭著作之行為，認公開傳輸之低度行為為重製之高度行為所吸收，成立著作權法第91條第1項重製他人著作財產權罪嫌，容有違誤。準此，公訴人上訴指摘原判決量刑過輕，雖無理由，然原判決既有上開違誤處，認事用法不當，應由本院予以撤銷改判，如主文所示。至公訴人上訴指摘，被告就系爭商標亦違反商標法第95條之罪部分，無法證明成立犯罪，爰不另為無罪諭知。

據上論斷，應依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，著作權法第92條，刑法第41條第1項前段、第74條第1項第1款，判決如主文。

本案經檢察官陳慧玲提起公訴，檢察官張友寧提起上訴，檢察官鍾鳳玲到庭執行職務。

中 華 民 國 110 年 5 月 20 日

智慧財產法院第一庭

審判長法 官 李維心

法 官 蔡如琪

01

法 官 林洲富

02 以上正本證明與原本無異。

03 本件不得上訴。

04 中 華 民 國 110 年 5 月 20 日

05

書記官 蔡文揚

06 附錄本案論罪科刑法條：

07 著作權法第92條

08 擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、

09 公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，

10 處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下

11 罰金。