

智慧財產法院 99 年度刑智上訴字第 51 號刑事判決

上訴人 臺灣苗栗地方法院檢察署檢察官

被告 甲○○

選任辯護人 劉正穆律師

徐宏澤律師

上列上訴人因被告偽造文書等案件，不服臺灣苗栗地方法院九十八年度訴字第三五三號，中華民國九十九年五月十三日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方法院檢察署九十七年度偵字第一七二○號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、公訴意旨略以：

(一)甲○○係設於苗栗縣苗栗市北苗里九鄰北苗九十五之十一號「金草食品廠」之負責人，並從事代工裝填飲用水。甲○○明知食品良好作業規範（下稱 GMP）認證標誌（下稱 GMP 認證標誌），業經經濟部工業局於民國八十四年間，向經濟部中央標準局（現改制為經濟部智慧財產局）申請註冊為證明標章。又在產品上標示上開證明標章，依習慣足以證明該食品工廠的產品已實施食品「GMP」制度且符合「食品 GMP 認證體系實施規章」，並獲授認證標誌使用權，係一定用意證明之準私文書。甲○○亦明知所代工製造之由南柏萬企業有限公司（下稱南柏萬公司，於九十八年七月十四日廢止登記）生產之「愛喝水」包裝飲用水，並未經食品良好作業規範（GMP）認證體系推行委員會（下稱推行委員會）同意獲得授權使用「GMP」認證標誌，竟與南柏萬公司不詳姓名之成年人共同基於行使偽造私文書及意圖欺騙他人為商品虛偽標記之犯意聯絡，自九十五年三月間起至九十六年六月間某日止，由該不詳姓名之成年人提供標示仿冒之「GMP」認證標誌（含第 000000000 號字樣）之飲用水瓶罐，交由不知情之不詳司機載往金草食品廠，由甲○○負責代工裝填飲用水，並以此方式佯裝該商品符合食品 GMP 制度，獲授使用該標章，而就品質為虛偽標記，再交由該不詳姓名之成年人對外銷售牟利，足以生損害於經濟部工業局、推行委員會對於食品 GMP 認證體系管理之正確性。

(二)甲○○明知其代工製造梁鳴工業有限公司（下稱梁鳴公司）所生產之「e 喝水」包裝飲用水，未經推行委員會同意獲得授權使用「GMP」認證標誌，竟與梁鳴公司之負責人馮鈺慶（嗣改名為馮佳雄）共同基於行使偽造私文書及意圖欺騙他人為商品虛偽標記之犯意聯絡，於九十六年十一月間起至九十七年

八月間某日止，由馮鈺慶提供標示仿冒之「GMP」認證標誌（含第 000000000 號字樣）之飲用水瓶罐，交由不知情之不詳司機載往「金草食品廠」，由甲○○負責代工裝填飲用水，並以此方式佯裝該商品符合食品「GMP」制度，獲授使用該標章，而就品質為虛偽標記，再交回梁鳴公司，並於九十七年八月間起至九十八年十一月止對外銷售牟利，均足以生損害於經濟部工業局、推行委員會對於食品 GMP 認證體系管理之正確性。

(三)甲○○明知「多喝水」商標，係味丹企業股份有限公司（下稱味丹公司）向經濟部智慧財產局申請註冊，取得商標註冊證（專用期間自八十八年五月十六日起至九十八年五月十五日止），指定使用於礦泉水、山泉水等商品。甲○○亦明知南柏萬公司之不詳姓名成年人及梁鳴公司之負責人馮鈺慶與其簽約委託代工製造之包裝飲用水商品，雙方約定欲標示於商品上之「愛喝水」及「e 喝水」圖樣，近似於上開「多喝水」之商標圖樣，竟未徵得商標權人即味丹公司同意，分別與上開不詳姓名成年人、馮鈺慶共同基於侵害他人商標權之犯意聯絡，於前述相同時、地，於其所代工製造之包裝飲用水商品上，標示使用近似前開「多喝水」商標圖樣之「愛喝水」、「e 喝水」圖樣，有致相關消費者混淆誤認之虞，因認甲○○二次違反商標法第八十一條第三款之侵害商標權罪。

(四)嗣因味丹公司於市面上發現由南柏萬公司生產之「愛喝水」包裝飲用水及由梁鳴公司生產之「e 喝水」包裝飲用水，與其生產之「多喝水」礦泉水之商標圖樣近似（所涉及商標法部分，由原審不另為無罪之諭知），且其上標籤均標示「GMP」認證標誌，而具狀向臺灣苗栗地方法院檢察署提出告訴。案經味丹公司訴請臺灣苗栗地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

二、公訴人認被告甲○○涉犯前開一、(一)、(二)部分之犯行，無非係以：

(一)被告於原審準備程序及審理時坦承不諱，核與告訴代理人邱任晟律師於警詢、偵訊中（見臺灣臺南地方法檢察署九十六年度營他字第一五八號偵查卷【下稱營他卷】第二八頁、臺灣苗栗地方法院檢察署九十七年度偵字第一七二○號偵查卷【下稱偵查卷】第五二頁）指述此部分之情節相符，且經證人徐信良、劉明亮於偵訊中（見偵查卷第四七頁背面至第四八頁、第五十頁）及共犯馮鈺慶於原審審理時（見原審卷第一六五頁至第一六八頁）證述明確，並有金草食品廠之經濟部工廠登記證、苗栗縣政府營利事業登記證、南柏萬公司及梁鳴公司之公司基本資料查詢各 1 份（見營他卷第三七頁至第三八頁、偵查卷第十二頁、第十三頁，原審卷第一五九頁至第一六○頁）、委託書二份（見營他卷第三九頁至第四一頁、偵查卷第六五頁至第六七頁）、「愛喝水」及「e 喝水」瓶罐上之標籤影本各一件（見營他卷第十五頁、偵

查卷第十四頁)、照片九張(見偵查卷第四二頁、第四三頁、第五六頁至第五八頁、原審卷第七四頁)等在卷可稽,復有「愛喝水」包裝飲用水二瓶、「e 喝水」包裝飲用水一瓶等,為其主要之論據。上開事實,復據被告甲○○於本院準備程序及審理時坦承不諱。

(二)就被告甲○○涉犯前開一、(三)之犯行部分,則以告訴人味丹公司及其代理人之指訴、被告之供述、證人徐信良之證述、委託書、商標註冊證、照片、扣案之「多喝水」礦泉水、「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水等資為其主要論據。

三、原審諭知被告上開一、(三)犯行部分無罪之主要理由,乃認為無從證明被告裝填「愛喝水」、「e 喝水」之包裝飲用水,有使用近似於告訴人公司前揭註冊之「多喝水」商標圖樣情形,應不構成近似而有致相關消費者混淆誤認之虞。公訴人上訴意旨略以原審諭知被告甲○○共同行使偽造私文書罪,處有期徒刑四月。又共同犯行使偽造私文書罪,處有期徒刑四月,應執行有期徒刑七月,固非無見,惟:

(一)原判決顯然有違「通體觀察」及「異時異地,隔離觀察」原則:1.就商標是否構成近似而言,本件於判斷「愛喝水」、「e 喝水」文字圖樣,與「多喝水」商標,是否構成近似,應以呈現於相關消費者眼前之商標圖樣整體觀察,不能以細微部分之差異,作為區辨之標準,亦不能將商標圖樣中聲明不專用部分或習見事物內容予以割裂後分別判斷,始符整體觀察原則。「喝水」二字雖屬習知習見之文字,然文字商標是否構成近似,因「商標予以消費者之第一印象在於外觀,當二文字商標之外觀構成近似時,雖然觀念與讀音未必近似,依經濟部智慧財產局所公告之商標審查基準 5.2.6.1 規定,仍可認為該二商標為近似。2.就同類商品或服務而言,以中文「喝水」二字連貫使用作為商標並經合法註冊,依經濟部智慧財產局所提供資料,僅有「多喝水」商標,且「多喝水」商標整體具有獨特之印象且為消費者所熟知,形成一獨立之字義及標語而為著名商標,相關消費者亦非僅以該「多喝水」商標起首之「多」字,作為判別區辨告訴人商標與其他同類商品之差異,自不能將該字詞割裂而僅摘取其中之一、二字而為比對。況商標近似除於外觀、觀念及讀音近似之外,依經濟部智慧財產局所公告之商標審查基準 5.2.12 規定,尚包括在「類型」近似。本件「愛喝水」、「e 喝水」之商標與「多喝水」商標,外觀均為橫列式,白底黑字,字型、字體及位置甚屬一致,「愛喝水」並仿照「多喝水」商標以括號括弧,皆使用於相同商品,消費者誤認為同一商品或同一廠商系列商品之可能性甚高,故不論其外觀或類型,均極為近似,足使消費者混淆誤認二商品或服務來自同一來源之系列商品或二者間具

有關聯。3.原判決將「多喝水」商標之「喝水」二字，與「愛喝水」、「e 喝水」商標之「喝」、「水」文字圖樣，以極其細微之字型、筆跡（劃）比較方式，或以「多喝水」與「愛喝水」圖樣之左右兩側括弧圖形不完全一致之比對結果，以為裁判基礎，認定消費者不致因而有所混淆而誤認。此無異要求消費者就本件有關之商標文字圖樣應以併列比對且細微觀察之方式來選購，顯與「異時異地，隔離觀察」原則不相符合。

(二)原判決誤解被告所公告商標審查基準所指「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之意義，以致認事用法不當：本件之「愛喝水」、「e 喝水」文字圖樣皆未取得商標註冊，且被告乃礦泉水、包裝飲用水等商品之製造、販售廠商，對於告訴人之「多喝水」商標係屬同類商品之著名商標，確難諉稱不知。況「愛喝水」、「e 喝水」商品外觀及其整體概念顯係抄襲、仿冒告訴人之「多喝水」商標文字及圖樣，並使用於同類商品，其惡意襲用告訴人商標。原判決認定被告既係共同基於行使偽造私文書及意圖欺騙他人為商品虛偽標記之犯意，而於「愛喝水」、「e 喝水」商品虛偽標示「GMP」認證標誌，足見被告確有不法意圖。倘若被告係屬善意使用，自不會於商品上虛偽標示「GMP」認證標誌以欺騙消費者，藉此牟取不法利益。詎原判決既認為被告有欺騙他人藉以牟利之不法意圖，復認定被告並非惡意使用及不當攀附「多喝水」著名商標之商業利益，不僅有違常理，亦有判決理由矛盾之違誤。又被告所生產、販售「e 喝水」商品之外觀文字圖樣，與林玉雪申請註冊取得之「e 喝」商標，二者字型截然不同，顯有商標法第五十七條第一項第一款規定變換商標內容之情事，足證被告自始即無於其製造、販售之礦泉水、包裝飲用水等商品外觀標示使用「e 喝」商標之意思。

(三)原審未依告訴人之請求將「愛喝水」、「e 喝水」及「多喝水」寶特瓶裝水各一瓶與商品實物相片等被鑑定實物、相片等應予調查之事項，依「商標鑑定案件作業程序」送請經濟部智慧財產局依審查基準所列各項因素綜合鑑定判斷，即援引智慧財產局之行政審查意見，諭知被告無罪，不僅違反整體觀察原則，亦有應調查之證據未予調查之違法，其認事用法自難謂允當。

四、訊據被告甲○○固坦承其為「金草食品廠」之負責人，且南柏萬公司於九十五年三月間委託伊代工製造標示「愛喝水」圖樣之飲用水，而梁鳴公司則於九十五年間委託「金草食品廠」代工製造「e 喝水」，惟堅決否認有違反商標法第八十一條第三款之侵害商標權犯行。並辯稱：伊未侵害味丹公司之商標，「愛喝水」與「e 喝水」等圖樣與味丹公司之「多喝水」商標圖樣並不相同，並無致消費者混淆誤認之虞。

五、經查：

(一)程序方面：

- 1.按被告於偵查中向檢察官所為之供述，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法取得，依刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第一百五十八條之二之規定，自得採為證據。
- 2.次按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之四之規定，然經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之五第一項定有明文；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第一百五十九條第一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，同法條第二項定有明文。本件告訴代理人邱任晟於警詢中之陳述（見營他字卷第二七頁至第二九頁），乃審判外之陳述而屬傳聞證據，惟被告就該審判外之供述，於本院審理時不爭執其證據能力（見本院卷第五九頁），且迄於本院言詞辯論終結前復未聲明異議，本院審酌上開陳述作成時之情況，並無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，依諸前揭規定，上開陳述應有證據能力。
- 3.復按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，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定明確。本件告訴代理人趙培宏及邱任晟於偵查中向檢察官所為之供述，雖為被告以外之人於審判外之言詞陳述，惟未經其以證人身分而具結在卷，與法定要件尚未相符，然本院審酌其陳述時之外在環境及情況，查無顯有不可信之情況，且被告對上開陳述，於本院時不爭執其證據能力（見本院卷第五九頁），且迄於本院言詞辯論終結前復未聲明異議，仍洵無妨害被告防禦權之虞，本院亦認以之作為證據為適當，依前揭規定，上開陳述應有證據能力。另證人姜六明、徐信良、劉明亮、顏水上、林玉雪於原審審判中，業經以證人身分具結（見偵查卷第五三頁背面、第五四頁反面、第五四頁、九十七年度偵緝字第四三一號偵查卷第三九頁、第四十頁）而為陳述，並經被告之詰問與檢察官之交互詰問，本院亦認以之作為證據為適當，依前揭規定，上開證人所為之陳述，均應有證據能力。
- 4.再按鑑定人由審判長、受命法官或檢察官選任之；法院或檢察官亦得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，刑事訴訟法第一百九十八條、第二百零八條第一項定有明文。又經濟部智慧財產局於九十八年七月三十一日以（98）智商 0390 字第 09880380010 號函，係依原審函請鑑定本案包裝飲用水商品上之圖樣與告訴人經註冊之商標是否構成近似而致消費者混淆誤認之虞所為之商標鑑定，揆諸上開規定，應有證據能力。

5.至本件認定事實所引用之本件卷證所有證據（文書證據），檢察官、被告於本院均未主張排除前開書證之證據能力，且迄於本院言詞辯論終結前均未表示異議（見本院卷第六十頁至第六二頁），本院經審酌前開書證並非公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第一百五十九條之四顯有不可信之情況，故上揭卷證證據（文書證據），均應有證據能力。

（二）實體方面：

1.按食品「GMP」認證標誌，業經經濟部工業局於八十四年間，向經濟部中央標準局申請註冊商標為證明標章，註冊日期為八十四年五月一日，商標專用期限至一〇四年四月三十日止，此有經濟部智慧財產局商標資料檢索服務一紙附卷足憑（見營他卷第20頁）。又政府（即經濟部工業局）與民間有關單位或團體代表共同組成「食品良好作業規範（GMP）認證體系推行委員會」，由該委員會依業務性質委託適當之專業機構執行認證或推廣宣導作業；申請食品GMP認證之工廠，應符合「食品GMP認證體系細部作業程序」及「食品GMP認證體系查驗評定基準」之規定；於通過查驗（包括現場評核及產品檢驗）並由認證執行機構報請推行委員會秘書處確認後，再與經推行委員會授權之推廣宣導執行機構簽定「食品GMP認證合約書」並獲授認證標誌使用權，「食品良好作業規範GMP推行方案」第三條第一項、「食品GMP認證體系實施規章」第六條、第七條定有明文，是該證明標章依習慣足以證明食品工廠之產品已實施食品「GMP」制度且符合「食品GMP認證制度實施規章」，並獲授認證標誌使用權，與刑法第二百二十條第一項所稱足以表示其用意證明之準私文書相當，被告與其共犯即不詳姓名成年人、馮鈺慶，分別於上開時間未經同意擅自偽造私文書並持以行使，同時就商品之品質為虛偽標記，均足以生損害於經濟部工業局、推行委員會對於食品GMP認證體系管理之正確性。

2.次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，刑事訴訟法第一百五十四條第二項、第三百零一條第一項定有明文。次按，認定犯罪事實須憑證據，為刑事訴訟法所明定，故被告犯罪嫌疑，經審理事實之法院，已盡其調查職責，仍不能發現確實之證據足資證明時，自應依法為無罪判決。又認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，即難遽採為不利被告之認定，此有最高法院七十六年台上字第四九八六號判例意旨足資參照。且事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，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（最高法院二十年度上字第八九三

號、四十年台字第八六號判例意旨參照)。至告訴人之告訴，係以使被告受刑事訴追為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認(最高法院五十二年度台字第一三〇〇號判例意旨參照)。

3. 本案主要爭點，主要在於被告受南柏萬公司委託代工製造之「愛喝水」產品，以及受梁鳴公司委託代工製造之「e 喝水」等包裝飲用水產品，是否有商標法第二十三條第十三款所定致相關消費者混淆誤認之虞情形，而有同法第八十一條第三款規定之適用，茲析述如下：

- (1) 按商標最主要之功能，在於表彰自己之商品／服務，以與他人之商品／服務相區別；就商品／服務之消費者而言，則是藉由商標來識別不同來源之商品／服務，俾以進行選購。是以商標最主要之功能即在於識別商品／服務來源，而此一商標識別功能之發揮，更是維護現代自由競爭市場正常運作不可或缺之機制。為達確保商標識別功能，相對地即應禁止對此一功能之破壞，換言之，當商標權人以外之第三人使用商標，可能造成商品／服務相關消費者混淆而誤認商品／服務之來源，亦即消費者已無從藉由商標來正確識別商品／服務來源，則該第三人使用商標之行為即應予以禁止。是以，混淆誤認之禁止，一方面乃確保商標識別功能之必要手段，同時亦為第三人使用商標之範圍限制。商標法第二十三條第一項第十三款明文規定：「相同或近似於他人同一或類似商品或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者」，不得註冊。雖然商標法諸多條文將混淆誤認之虞與商標近似及商品／服務類似併列，然而真正形成商標衝突之最主要原因，其最終之衡量標準仍在於衝突之商標間是否有致相關消費者產生混淆誤認之虞情形。至於商標之近似及商品／服務之類似，應係在判斷有無「混淆誤認之虞」時，其中之二個參酌因素，此二因素仍有可能因其他重要因素之存在，使商品／服務相關消費者多能加以區辨，而無混淆誤認之虞。另外，判斷二商標間有無混淆誤認之虞，應參考之相關因素有：商標識別性之強弱、商標是否近似暨其近似之程度、商品／服務是否類似暨其類似之程度、先權利人多角化經營之情形、實際混淆誤認之情事、相關消費者對各商標熟悉之程度、系爭商標之申請人是否善意等，綜合斟酌，俾與市場交易之實際情形相契合。再者，判斷商標近似與否，主要採異時異地，隔離觀察原則，應注意去設想一般實際購買行為態樣。所謂一般實際購買行為態樣，係指一般消費者均係憑著對商標未必清晰完整之印象，在不同之時間或地點，作為重覆選購行為之差異，是以，凡屬消費者印象中難以發揮區辨功能之因素，於判斷商標是否構成近似時，得無庸納入考量。商標給予商品／服務之相關消費者之印象，可以就商標整體之外觀、觀念或讀音等綜合觀察，因此判斷商標近似，亦得就此三

者加以觀察是否已達到可能混淆之近似程度。外觀、觀念或讀音其中一者之近似，雖可能導致商標整體印象之近似，惟並非絕對必然，上開意旨，分別有經濟部九十三年四月二十八日訂定之「混淆誤認之虞」審查基準（下稱審查基準）、最高行政法院五十八年判字第一九四號判例、九十六年度判字第一六五六號判決、臺灣高等法院九十六年度上訴字第二九九七號判決可資參照。

- (2) 本案告訴人「多喝水」商標乃其前向經濟部智慧財產局註冊取得商標專用權，商標註冊號數為 00000000 號，指定使用於礦泉水、汽水、果汁、冬瓜茶、可樂、沙士、果菜汁、運動飲料等商品，專用期間自八十八年五月十六日起至九十八年五月十五日止，上開事實分別有中華民國商標註冊證、經濟部智慧財產局商標資料檢索服務各一紙在卷可稽（見營他卷第六、十二頁），並為被告所是認屬實。而被告甲○○為金草食品廠負責人，其於上開時間，先後與南柏萬公司之不詳姓名成年人、梁鳴公司之馮鈺慶簽定委託書，分別代工裝填「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水等情，此部分事實亦有經濟部工廠登記證、苗栗縣政府營利事業登記證各一份、委託書二份、標籤影印三張、照片九張（以上頁數均詳前）附卷足憑，此外，並有「愛喝水」、「e 喝水」包裝飲用水共三瓶扣案可佐；而被告及其共犯馮鈺慶、不詳姓名成年人、南柏萬公司、梁鳴公司均未經告訴人公司授權同意使用其經註冊之「多喝水」商標乙節，復為被告所不否認，是此部分之事實，亦堪認定。茲以被告所代工製造之上開包裝飲用水所標示之上揭商標，與告訴人註冊享有商標權之商標圖樣「多喝水」（見營他卷第 6 頁）相較，告訴人之商標係由三個中文文字組成，而被告所使用之「愛喝水」（見營他卷第 15 頁）及「e 喝水」圖樣（見偵查卷第 14 頁），雖亦均由三個文字組成，惟三者之第一個文字分別為「愛」、「e」與「多」，三者之字體、意義、讀音均不相同，且英文字母組合與單純中文文字組合亦有明顯差異。又文字商標之首字，容易予人較深刻之印象，且中文常因首字不同，解讀之意義亦因此改變，本件首字既有上開極大之差異，自難遽認其有近似之虞；再就「喝水」二字之外觀而言，「多喝水」圖樣之「喝」字，其字體下方筆劃為「∠」，「水」字其字體右側筆畫為上下兩撇，「愛喝水」及「e 喝水」之「喝」字，其字體下方筆劃為「人」，「水」字其字體右側筆畫為類似 S 型之一撇，是就字體之字型、筆劃等相較顯有差別，因此，被告所代工之上開二圖樣與「多喝水」商標圖樣兩兩相較，整體圖樣觀察並不相同，且比對其文字結果，在外觀、觀念、讀音上亦均不近似。從而，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，異時異地隔離觀察之際，尚無混淆誤認之可能。



(3)再依卷附由告訴人所提出之照片顯示（見原審卷第四八至五一頁），多喝水圖樣之左右兩側有「[]」之括弧，而「愛喝水」圖樣之左右兩側括弧則為「〔〕」，兩者括弧之圖形不同，而「e 喝水」圖樣之左右兩側並無任何括弧，是從構圖而言，「愛喝水」、「e 喝水」與「多喝水」之圖樣尚非無法區辨；倘再佐以上開圖樣業因首字，分別為「愛」、「e」，與「多」字明顯不同等因素，堪信被告所代工之此二商標與告訴人之商標其整體商標圖樣、讀音並無致相關消費者混淆誤認之虞（最高法院八十三年度台上字第二八一八號判決參照），換言之，消費者縱使同時面對此三種飲用水瓶罐，仍可輕易分辨「多喝水」與其餘包裝飲用水之不同，是被告所代工之產品其使用之商標文字圖樣與告訴人之商標予人寓目印象仍屬有別，自無致一般具有知識經驗之普通購買者有混淆誤認之虞。而「喝水」二字乃指人類飲用水份之動作，此動作為每個人與生俱來之本能，且為一般人日常生活中習用之口語，除非該動作具有相當特殊性，且已在消費大眾心理產生特定之聯想，否則即不得禁止後來者使用。換言之，「喝水」二字本非告訴人所得專用之習用口語，且非一般消費者做為區別其他商品之主要判斷因素，而被告所代工之本案商品，其在「喝水」二字前分別加上「愛」「e」，與告訴人之「多」不同，讀音互異，消費者於唱呼之際，差異立現，消費者自不易因此產生混淆誤認。

(4)告訴意旨又認「多喝水」商標係著名商標，經告訴人公司多年廣泛使用，為消費者所熟悉，應受較大程度之保護，並提出尼爾森研究行銷顧問股份有限公司市場佔有率資料一紙為憑。然商標法所稱之著名，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者，商標法施行細則第十六條定有明文，是在認定「著名」與否，應就相關事業或消費者知悉或認識商標之程度，使用期限、範圍、區域、行銷資料等因素予以考量。本件告訴人固提出上開市場佔有率資料，然該資料統計時間僅為九十七年八月至九十八年八月間，上開資料或可證明該期間內「多喝水」之商品銷售量較其他品牌為佳，然本件「愛喝水」包裝飲用水係自九十五年三月間起至九十六年六月止，「e 喝水」包裝飲用水則自九十六年十一月起至九十八年十一月止，裝填製造及銷售，上開資料並未記載同時期「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水之銷售情形，是以，告訴人之「多喝水」產品與其他產品間銷售差距比較無從得知。猶有甚者，上開三種飲用水既有同時出現在市面上銷售之情形，告訴人之「多喝水」礦泉水之銷售量仍然位居其所提出資料所載各品牌飲水之冠，可見消費者並未因此受到影響，則對於上開各圖樣在市場併存之事實，是否已為相關消費者所認識且無從區辨為不同來源者，即有疑義（審查基準 5.6.1）；況告訴人復未提出足以認定消費者對於「多喝水」商標熟悉度較高之其他證據

資料，則告訴人公司之「多喝水」商標是否應受到較大保護，亦有斟酌之餘地（審查基準 5.6.2）。

- (5)告訴意旨雖又提出照片（見原審卷第七四頁），指稱「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水與「多喝水」礦泉水同時並排陳列對外銷售，可見其行銷管道相同，易引起消費者混淆誤認。然按商品之行銷管道相同，相關消費者同時接觸之機會較大，引起混淆誤認之可能性較高。反之，如透過直銷、電子購物、郵購等行銷管道者，則其與一般行銷管道行銷者，是否會發生混淆誤認則尚有斟酌之餘地。又縱然均屬餐飲服務，惟其出現之場合不同者，則未必會引起消費者混淆誤認，例如有以大飯店型態經營者，其與路邊攤經營之型態區隔明顯，即無致使相關消費者混淆誤認可能。是以，在個案上若存在有其他相關因素，即應併予考量（審查基準 5.8 參照）。上揭告訴人所提照片僅顯示一排半之陳列架，並無同時拍攝陳列架全貌、銷售場所、擺設位置、銷售情形等，衡情，商品銷售通路諸多，某些品牌產品只會在某些商店或賣場銷售，甚至大型賣場與一般雜貨店亦有不同，且城鄉差距甚大；次者，各店擺設方式均有其考量，雖有將相同或類似商品併列，但此係方便消費者比較及選購，縱使如此，只要區隔明顯，非參差、交錯擺放，則消費者應不至於有發生混淆之情事。承前所述，本案中被告之「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水之圖樣與告訴人之「多喝水」礦泉水之商標圖樣，既未構成近似，當無致相關消費者有混淆誤認之虞，應堪認定。況原審就「多喝水」之商標圖樣與「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水上之圖樣，送請經濟部智慧財產局鑑定結果，據該局答覆稱：商品上標示之「e 喝水」、「愛喝水」等文字與前述註冊第 852940、921598、0000000、0000000、0000000 號等「多喝水」商標相較，二者固皆有相同之「喝水」二字，惟查廠商喜以該等文字使用於飲料商品或冷熱飲料店服務且經本局核准註冊等，不乏其例，例如「魚喝水」、「喝豪水」、「找水喝」、「喝水時間」、「喝的香水」等，詳如附件之本局商標檢索資料，是該二字應屬習知習見，商標識別性較弱，其起首又分別結合字音字義完全不同之「e」、「愛」與「多」等文字，予人寓目印象有別，本件依行政審查觀點判斷，應無致相關消費者產生混淆誤認之虞等情，有該局 98 年 7 月 31 日（98）智商 0390 字第 09880380010 號函 1 份附卷足憑（見本院卷 23 至 30 頁），益證被告所使用之「愛喝水」、「e 喝水」商標確實不致使相關消費者與告訴人之商標產生混淆誤認。
- (6)至告訴意旨認被告係屬惡意使用者，故意侵害其商標權乙節。按「明知可能引起相關消費者混淆誤認其來源，甚或原本即企圖引起相關消費者混淆誤認其來源，而為申請註冊商標者，其申請即非屬善意」（審查基準 5.7），惟本

件被告或其共犯馮鈺慶、不詳姓名成年人並未就「愛喝水」及「e 喝水」圖樣向經濟部智慧財產局申請註冊商標，此亦為告訴人所不否認（見原審卷第五九頁）；且該二圖樣與「多喝水」礦泉水之商標圖樣，並無混淆誤認之虞，已如前述，則被告是否係屬惡意使用者，顯有疑義；再細繹卷附「愛喝水」及「e 喝水」包裝飲用水標籤影本，圖樣旁邊係分項逐行記載南柏萬公司及梁鳴公司之品名、內容量、成分、地址、電話、期限、委託廠商、水源別、工廠登記證字號等項目，而告訴人公司之「多喝水」圖樣旁邊，則先標示味丹公司之商標，再緊接連續記載味丹公司名稱、地址、電話、核准字號、水源別、委託廠商等項目，稽之上開二者記載之方式、內容均屬不同，被告亦無虛偽記載關於味丹公司之任何資料，因此，消費者以一般購買經驗即可區分各該飲用水與告訴人礦泉水之來源不同，可見被告並無侵害告訴人商標之故意，是告訴人執此認定被告違反商標法乙節，亦難採信。

六、綜上所述，依公訴人所舉之證據，尚無從證明被告裝填「愛喝水」、「e 喝水」之包裝飲用水，有使用近似於告訴人公司前揭註冊之「多喝水」商標圖樣情形，應不構成近似而有致相關消費者混淆誤認之虞。此外，本院復查無其他積極證據，足資證明被告確有公訴人所指前揭違反商標法第八十一條第三款之犯行，揆諸首揭法條及判例意旨，既不能證明被告犯罪，應就被告此部分行為為無罪之諭知。原審就本件一、(一)、(二)部分之犯行，諭知被告有罪之判決，另就一、(三)部分之犯行，以上揭理由認為被告無罪之諭知，然依檢察官起訴意旨，認此部分與上開經起訴且經本院論罪科刑之 2 部分，均有想像競合之裁判上一罪之關係，故乃不另為無罪之諭知，經核尚無違誤。公訴人猶執上開理由指稱被告有違反商標法之罪嫌云云，指摘原判決不當，核無理由，應予駁回。

七、從刑之諭知：

本件扣案之標示仿冒「GMP」認證標誌（含第 000000000 號字樣）圖樣之「愛喝水」包裝飲用水二瓶，及仿冒「GMP」認證標誌（含第 000000000 號字樣）圖樣之「e 喝水」包裝飲用水一瓶，均為被告與共犯所有供其等犯罪所用之物，為被告所自承，應依刑法第三十八條第一項第二款規定，予以宣告沒收。至業經對外販售而未經扣案之仿冒商品，既已由顧客購入並銷售告罄，且無證據證明尚屬存在，為免將來執行困難，爰不另為宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百七十一條、第三百六十八條，判決如主文。

本案經檢察官洪光 到庭執行職務。

中 華 民 國 99 年 9 月 27 日

智慧財產法院第一庭

審判長法官 李得炆

法官 王俊雄

法官 汪漢卿

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

中 華 民 國 99 年 9 月 27 日

書記官 邱于婷