

智慧財產法院 98 年度刑智上更(三)字第 2 號刑事判決

上訴人 臺灣嘉義地方檢察署檢察官

被告 甲○○

選任辯護人 張靜律師

上列上訴人因被告違反著作權法等案件，不服臺灣嘉義地方法院 93 年度訴字第 314 號，中華民國 94 年 4 月 13 日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方法院檢察署 92 年度偵字第 7473 號），提起上訴，經台灣高等法院台南分院判決後，經最高法院第三次發回更

審，本院判決如下：

主 文

原判決關於甲○○部分撤銷。

甲○○以犯意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權之罪為常業，處有期徒刑壹年貳月，減為有期徒刑柒月，緩刑參年。扣案如附表一所示之物，均沒收。

事 實

一、甲○○係嘉義縣民雄鄉秀林村東義 6 號之 9 金富玩具實業有限公司（下簡稱金富公司，該公司被訴違反著作權法業經臺灣高等法院台南分院以 94 年度上訴字第 473 號判決無罪確定）負責人。其明知如附表二所示之商標圖樣，分別係香港商國際影業有限公司（下稱國際影業公司）、美商聯合圖片企業公司（下稱聯合圖片公司）、美商迪士尼企業公司（下稱迪士尼公司）向經濟部智慧財產局（前身為經濟部中央標準局）依法申請註冊登記，而取得使用於如附表二所示指定商品之商標權（商標圖樣、商標權人、註冊證號碼、商標權期間及指定使用商品之範圍均詳如附表二所示），未經上述商標權人之同意，不得於同一商品上使用近似之商標圖樣，亦不得販賣上開仿冒商標之商品，亦明知如附表一編號 5、6、7、8 所示之玩偶商品係使用近似於前揭附表 2 所示商標，且係使用於該商標指定使用範圍內之填充玩具同一商品，有致消費者混淆誤認之虞。另明知上開商標圖樣同為國際影業公司、聯合圖片公司、迪士尼公司所享有著作財產權之美術著作 DORAEMON（小叮噹，或稱多拉 A 夢，下稱多拉 A 夢）、SNOOPY（史努比）、POOH（小熊維尼），依我國著作權法第 4 條第 2 款及世界貿易組織（WTO）「與貿易有關之智慧財產權協定」（Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 簡稱「TRIPS」）之約定，均屬受我國著作權法保護之著作物，未得該著作財產權人之同意或授權，不得意圖銷售而擅自重製或以移轉所有權之方法散佈。詎甲○○竟基於擅自使用近似註冊

商標商標於同一商品之概括犯意及意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業之犯意，自民國 91 年 7 月間起，多次以傳真方式，向設在中國大陸廣東省東莞地區之不詳名稱廠商下單購入違法產製多拉 A 夢、SNOOPY、POOH 等玩偶外皮各數百隻至數千隻後，利用上開金富公司廠址，將購入之玩偶外皮加工填充泡棉物料，再予縫合為立體玩偶，重現國際影業公司、聯合圖片公司、迪士尼公司等之上開美術著作內容而重製之，而連續多次在同一商品之玩偶上，使用近似於如附表二所示註冊商標之圖樣。並於重製完成後，依玩偶大小及型別不同，以新臺幣（下同）三十元至數百元不等之價格，販售予不特定人，而侵害前揭商標權及著作財產權，並以之為常業。嗣經臺南市警察局第一分局等司法警察機關持搜索票於 92 年 2 月 17 日上午 10 時許，在金富公司內查獲如附表一所示侵害著作財產權之填充玩偶上千隻及出貨往來資料等。

二、案經國際影業公司、聯合圖片公司訴由台南市警察局第一分局報請臺灣臺南地方法院檢察署陳請臺灣高等法院臺南分院檢察署檢察長令轉臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序部分：

一、按勘驗係以五官之作用查驗其物體存在與否及其現象，為法院或檢察官因調查證據及犯罪情形所實施之程序，其目的在檢查證據或為物證之實驗，藉以發現證據及犯罪情形，作為證據資料，故必以其勘驗所得之結果，供證明之用；其性質屬調查證據之程序，與證據方法（如人證、鑑定人為證據方法）有別。又法院實施勘驗，就勘驗之日、時及處所，除有急迫情形外，應通知依法得在場之當事人及審判中之辯護人，刑事訴訟法第 219 條、第 150 條第 3 項規定甚明。此為事實審法院實施勘驗時所應踐行之方法及程序，俾當事人及辯護人能在場為必要之陳述及主張，以期發現真實及維護被告應有之基本訴訟權。本件原審於 94 年 2 月 1 日下午 5 時零分勘驗前揭「史努比」與被告所稱之「俏皮狗」、「小熊維尼」與被告所稱之「頑皮狗」、「多拉 A 夢」與被告所稱之「粉紅貓」等玩偶時，並未依法通知得在場之當事人及審判中之辯護人，亦未敘明有何急迫情形致無法通知之理由，有該勘驗筆錄在卷可按（見原審卷第 148 頁）。經審酌上開違背訴訟程序之情節，及對被告訴訟上防禦權之侵害均非輕微，且該勘驗程序非不得重複實施，非必經該勘驗程序始能發現本案證據等人權保障及公共利益之情形（參照刑事訴訟法第 158 條之 4），本院認原審上開勘驗筆錄應無證據能力。

二、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；又按被告以外之人於審判外之陳述，雖不合同法第 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，當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 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 1 項、第 159 條之 5 分別定有明文。本案下列引為證據之證人陳述、文書證據及物證，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，檢察官、被告及選任辯護人於原審或本院均未主張排除前開證據之證據能力，且於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院經審酌前開證據並非公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第 159 條之 4 顯有不可信之情況，且以之作為證據並無不當，依上揭法條之規定，自均有證據能力。

貳、實體部分：

一、按我國著作權法於 74 年 7 月 10 日修正由「註冊主義」改採「原創主義」，對於本國人兼採「任意註冊主義」，惟對於外國人仍採「註冊主義」，嗣於 81 年 6 月 10 日修正之著作權法廢止註冊主義改採「絕對原創保護主義」，惟仍許登記，登記僅為對抗要件，同時，追溯外國人著作保護規定（即增訂第 108 條），凡依 74 年 7 月 10 日修正著作權法註冊之外國人著作，仍享有我國著作權法之著作權。至於 81 年 6 月 10 日修正之著作權法及現行著作權法，不論本國人或外國人均採原創保護主義，惟在世界貿易組織協定在中華民國管轄區域內生效日之前（2002 年 1 月 1 日），仍需符合首次發行或同步發行之要件，故如外國人之著作，於中華民國區域外，首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者，如該外國人之本國，對中華民國人之著作，在相同情形下，亦予以保護且經查證屬實者，得享有著作權，著作權法第 4 條第 1 款，定有明文。而日本昭和 45 年（1970 年）5 月 6 日法律第 48 號修正著作權法第 6 條之規定曰：「（受保護之著作權）著作符合以下各項規定者，受本法保護：（一）日本國民之著作；（二）3.最初在國內發行之著作（包括最初在本法規定以外之地方發行者，從該發行日三十日以內在國內發行之著作）；（三）前二項以外，依據條約本國負有保護義務之著作。」。核與我國著作權法第四條第一款之規定相當，堪認日本國民得依我國著作權法第四條第一款之規定享有著作權。又我國自 91 年 1 月 1 日正式加入「世界貿易組織」（WTO），依據「世界貿易組織協定」（WTO AGREEMENT）所含之「與貿易有關之智慧財產權協定」（TRIPS）第 9 條第 1 項、伯恩公約第 3 條之規定，我國對於同屬世界貿易組織會員國國民之著作，應加以保

護，而日本國亦為世界貿易組織之會員國，依著作權法第 4 條第 2 款之規定，亦應受我國著作權法之保護。至於我國自 91 年 1 月 1 日起加入世界貿易組織協定（WTO），而於我國管轄區域內生效，依同日生效施行之著作權法第 106 條之 1 規定（92 年 7 月 9 日修正生效之同法條亦未修正）：著作完成於世界貿易組織協定在中華民國管轄區域內生效日之前，未經歷次本法規定取得著作權而依本法所定著作財產權期間計算仍在存續中，除依本章另有規定外，適用本法。但外國人著作於其源流國保護期間已屆滿者，不適用之。換言之，我國於 91 年 1 月 1 日起加入「世界貿易組織」（WTO）後，依著作權法第 106 條之 1 規定，對於我國加入 WTO 之前未保護之所有 WTO 會員國及本國的著作，只要在源流國著作財產權期間尚未屆滿，且依我國著作權法所定著作財產權期間（即著作人終身加 50 年，或公開發表後 50 年）尚未屆滿者，均會依現行本法受到保護，此即一般所稱的「著作權回溯保護」，又依同法第 106 條之 2 第 1 項：依前條規定受保護之著作，其利用人於世界貿易組織協定在中華民國管轄區域內生效日之前，已著手利用該著作或為該著作已進行重大投資者，除本章另有規定外，自該生效日起二年內，得繼續利用，不適用第六章及第七章規定。亦即 91 年 1 月 1 日世界貿易組織協定因我國加入該組織而於我國管轄區域內生效，依同日生效施行之著作權法第 106 條之 1 回溯保護之規定，此前已完成，原不受我國著作權法保護之著作，亦因而同受著作權法保護。故為保障於回溯保護規定生效前，因信賴當時法律秩序之狀況，已著手對原不受保護之著作進行利用或重大投資者之既有權益，著作權法第 106 條之 2 第 1 項明定此等利用行為，於上開協定生效後二年之過渡期間內仍得繼續為之，不適用著作權法關於侵害著作權處罰之規定。依此規定，對此等著作之利用或重大投資行為，若非於回溯保護規定生效前已著手，或對完成時起即受著作權法保護之著作，例如依著作完成時之法律註冊登記、首次或於我國管轄區域外發行後三十日內在我國管轄區域內發行而依著作權法第 4 條第 1 款享有著作權等之著作，既非於完成後始因回溯保護之規定而溯及享有著作權，即無前述信賴利益保障之問題，基於「授權利用原則」，自始即須依法取得授權，方得加以利用，故不適用二年過渡期之規定，若未經授權，擅自利用，自應依法處罰。本件「多拉 A 夢」、「史努比」、「小熊維尼」圖樣，係以自然動物貓、狗、熊形態予以卡通化、擬人化、玩偶化，體態自成，並賦予命名，與貓、狗、熊自然動物形態顯然不同，其具有原創者獨特自思想、感情及意境之表現甚明，屬我國著作權法第 5 條第 1 項第 4 款所規定之美術著作無訛。而「多拉 A 夢」係日商小學館股份有限公司所獨創之人物造型創作，於創作完成時，不僅依法於日本取得著

作權保護，依據上開說明，亦受我國著作權法之保護。而告訴人國際影業公司曾經小學館股份有限公司授予上開著作之獨家使用權，業據提出經認證之授權契約書影本為證（臺灣臺南地方法院檢察署 92 年度偵字第 9011 號卷第 5、6 頁）；美商聯合圖片公司就「史努比」圖樣享有美術著作財產權，迪士尼公司就「小熊維尼」圖樣項有著作財產權，亦分別有各該公司之美國著作權執照影本、授權書、認證書及經濟部智慧財產局函文等在卷可稽（詳臺灣臺南地方法院檢察署 92 年度偵字第 2546 號卷第 133 至 136 頁，原審卷第 70、71 頁）。則告訴人國際影業公司、聯合圖片公司及被害人迪士尼公司分別就上開美術著作享有著作財產權而受我國著作權法保護。

二、上述被告意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，並販賣該重製物，而以之為常業之犯罪事實，業據被告甲○○於本院審理時坦承不諱（見本院卷第 113 頁及第 138 頁），並有上揭著作權之證明文件、亦有如附表 1 編號 4 至 8 所示之物係侵害國際影業公司、聯合圖片公司、迪士尼公司著作財產權之物，及金富公司設立登記表、嘉義縣政府營利事業登記證等影本、公司基本資料查詢 1 張、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、查獲現場、玩偶照片共 30 張及如附表一編號 1 至 3 所示之被告金富公司出貨往來資料扣案可資佐證，並有下列證據可資證明。

(一)按將他人之平面美術著作，製成立體物，究竟有無侵害著作權，自應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的兩個要件，即所謂「接觸」及「實質相似」而為調查。所謂接觸係指依社會通常情況，侵害者應有「合理的機會」聽聞被侵害者的創作；而「實質相似」之判斷基準，區分為「量」與「質」之考量，實質相似中對「量」之要求與著作物之性質有關，如對寫實之作品，往往保護程度較低，可以分析解構之方式逐一比對，細數相似成分之「量」；對美術、圖形等具藝術、抽象美感之著作，著作權法予以保護之程度較高，在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之「整體觀念與感覺」，即就著作予人之意境、外觀及感覺判斷是否相似，以決定是否構成著作權之侵害。亦即所抄襲者倘為美術著作中之重要成分，其量縱屬微小，亦可能構成實質相似，又所謂重要乃指表達方式中，如無該部分，著作即失其精隨而言。經查：

(甲)關於「史努比」部分：

1.扣案如附表一編號 4 所示之玩偶即其所稱之「俏皮狗」與「聯合圖片公司」享有著作財產權之美術著作「史努比」作比較：

(1)經更一審就扣案之所謂「俏皮狗」實施勘驗結果：

①扣案證物即被告所稱的俏皮狗與 92 年度偵字第 2546 號卷第 18 至 19 頁楊椿輝（及乙○○）授權美術著作的俏皮狗看起來不像，反而與 92 年度偵字第 9011 號卷第 16 頁「SNOOPY」商標註冊證的「史奴比」較相像。②經與 92 年度偵字第 2546 號偵查卷第 18 頁乙○○美術著作三個圖形比較，其中正面的圖形不一樣，該美術著作正面的圖完全是正面圓形頭向下，另中間的側視圖及後視圖，也是頭向下；而扣案俏皮狗的頭則是往上抬，與前揭商標註冊「SNOOPY」的圖形及所附史奴比的漫畫則是一樣的；③如果依照乙○○原著作財產權的圖形，頭是圓的而且要向下彎，如果依照「SNOOPY」圖形，頭才會跟扣案的證物俏皮狗一樣，乍看之下是完全與 92 年度偵字第 9011 號卷第 16 至 63 頁「SNOOPY」商標註冊證後附「SNOOPY」漫畫的圖形一樣（參照更一審卷第 164 頁）。

(2)且經本院將附表一編號 4 被告產品「俏皮狗」其中 2 隻送請國立成功大學法律系許忠信副教授（下稱許忠信副教授）與「聯合圖片公司」享有著作財產權之美術著作「史努比」作比對，鑑定被告產品是否有重製、改作、抄襲告訴人聯合圖片公司之美術著作權，經許忠信副教授鑑定覆稱：「就所被提供之 2 隻『俏皮狗』與『史努比』間而言，其不僅在整體概念及感覺上實質相近，而且在以下細部特徵上相當近似：毛色澤、戴項圈、後腳形狀、頭與身體之比例、眼睛與睡姿、頭形等」。「被告之作品並非就原著作加以另為創作，亦無如翻譯、編曲、改寫、拍攝影片等皆不變更原著作之內面形式同一性，而僅改變原著作之外面形式之情形。因此，本鑑定報告認為被告應被推定以重製之方法抄襲告訴人之著作。」，有該鑑定報告書、補行鑑定報告書在卷可稽（見本院卷第 185、218 頁以下）。

2.依據更一審及本院所送之上開鑑定結果，被告所製作如附表一編號 4（小號字型）（下同）之所謂「俏皮狗」之特徵與聯合圖片公司之「史努比」相同，二者予人之「整體觀念與感覺」亦相同，揆諸前揭說明，該「俏皮狗」之特徵確係抄襲自「史努比」。被告前雖辯稱如附表一編號 4 所示之玩偶「俏皮狗」係依據乙○○授權所製造，並舉證人乙○○於偵查中之證述（詳臺灣嘉義地方法院檢察署 92 年度偵字第 7473 號卷第 17、18 頁），及著作權授權契約書，暨由乙○○所著作，核准日期 83 年 4 月 16 日、核准文號 0000000 號，著作名稱「俏皮狗」之經濟部智慧財產局著作權登記簿謄本等為憑（詳臺灣臺南地方法院檢察署 92 年度偵字第 2546 號卷第 14 至 20 頁）。然扣案如附表一編號 4 所示之玩偶之外觀造型，與上開著作權登記證所附「俏皮狗」圖樣顯然不同，業經更一審勘驗明確，有如前述，是被告縱曾取得「俏皮狗」

圖樣之著作權人乙○○之授權，惟被告顯然並未依照該「俏皮狗」之圖樣製造填充「俏皮狗」玩偶，其所製造填充者乃係外觀特徵極盡相似「史努比」之玩偶。準此以觀，被告自難以曾經乙○○授權製造「俏皮狗」玩偶，而解免侵害著作權之責任。

(2)關於「小熊維尼」部分：

- 1.被告前雖辯稱扣案如附表一編號5至7所示之玩偶即其所稱之「頑皮狗」與92年12月15日在其工廠內所查扣之小熊維尼真品（臺灣嘉義地方法院檢察署92年度偵字第7473號卷第58頁之扣押物品清單，上載「仿品」，應係「真品」之誤），以分析解構方式為細節比對結果，並不相似云云。然經更一審就上開扣案之所謂「頑皮狗」實施勘驗結果：確實與「小熊維尼」相像，因為其頭部比較尖與小熊維尼比較類似，而與乙○○的美術著作圖形（見92年度偵字第2546號卷第22頁）比較，該扣案之「頑皮狗」圓臉大頭比較不像（參照更一審卷第165、167頁）。又經上開許忠信副教授就附表一編號5至7其中4隻「頑皮狗」與被害人「迪士尼公司」享有著作財產權之美術著作「小熊維尼」作比對鑑定覆稱：「就所被提供之4隻『頑皮狗』與『小熊維尼』間而言，其不僅在整體概念及感覺上實質相近，而且在以下細部特徵上相當近似：耳朵呈半圓形、腦袋略成方形、鼻子尖突、穿衣服、色澤、手上拿蜂蜜、肚大而挺出等。」。（見本院卷第185頁以下）。
- 2.依據更一審及本院所送之上開鑑定結果，被告所製作如附表一編號5至7之所謂「頑皮狗」之特徵與迪士尼片公司之「小熊維尼」相同，二者予人之「整體觀念與感覺」亦相同，揆諸前揭說明，該「頑皮狗」之特徵確係抄襲「小熊維尼」。被告前雖辯稱如附表一編號5至7所示之玩偶「頑皮狗」係依據乙○○授權所製造，並舉證人乙○○於偵查中之證述（詳臺灣嘉義地方法院檢察署92年度偵字第7473號卷第17、18頁），及著作權授權契約書，暨由乙○○所著作，核准日期83年4月16日、核准文號13550號，著作名稱「俏皮狗」之內政部著作權登記簿謄本等為憑（詳臺灣臺南地方法院檢察署92年度偵字第2546號卷第21頁）。然扣案如附表一編號5至7所示之玩偶之外觀造型，與上開著作權登記證所附「頑皮狗」圖樣顯然不同，業經更一審勘驗明確，有如前述，是被告縱曾取得「頑皮狗」圖樣之著作權人乙○○之授權，惟被告顯然並未依照該「頑皮狗」之圖樣製造填充「俏皮狗」玩偶，其所製造填充者乃係外觀特徵極盡相似「小熊維尼」之玩偶。準此以觀，被告以其曾經乙○○授權製造「頑皮狗」玩偶，亦無非係藉此魚目混珠，以圖解免侵害著作權之責任而已。

3.被告前雖又以上開乙○○之「頑皮狗」美術著作曾經遭人檢舉涉嫌抄襲「小熊維尼」，嗣經經濟部智慧財產局以：著作相關之工業產品，整體造形上：「小熊維尼」與繪圖呈現之視覺特徵相近，「頑皮狗」僅為一般習見之填充熊玩具造形，二者不同等情，並提出經濟部智慧財產局 90 年 3 月 5 日（90）智著字第 09000013470 號函為憑（見臺灣臺南地方法院檢察署 92 年度偵字第 2546 號卷第 65 至 68 頁）。然經濟部智慧財產局就上開檢舉案件主要係依據該「頑皮狗」與「小熊維尼」之平面繪圖而為判斷，另該局於檢舉案中資以判斷之所謂「著作相關之工業產品」即「頑皮狗」，係該檢舉案之當事人所提供，與本件扣案之「頑皮狗」顯非同一產品，判斷之客體既有不同，結果即有差異，本院之判斷自不受上開經濟部智慧財產局判斷之拘束，附此敘明。

(內)關於「多拉 A 夢」部分：

- 1.被告前雖辯稱扣案如附表一編號 8 所示之玩偶即其所稱之「粉紅貓」與「國際影業公司」享有著作財產權之美術著作「多拉 A 夢」相異云云。惟經更一審勘驗結果：扣案之所謂「粉紅貓」乍看之下像「多拉 A 夢」，但細看之下是有很多不一樣的地方，較明顯的特徵是二對鬍鬚都與多拉 A 夢一樣（見更一審卷第 166 頁）。又經上開許忠信副教授就附表一編號 5 至 7 其中 1 隻「粉紅貓」與告訴人「國際影業公司」享有著作財產權之美術著作「多拉 A 夢」作比對鑑定覆稱：「就所被提供之 1 隻『粉紅貓』與『多拉 A 夢』間而言，其不僅在整體概念及感覺上實質相近，而且在以下細部特徵上相當近似：臉形、三撇鬍子、鼻子形狀、眼睛形狀、腳掌、頭與肚子之比例等。」。（見本院卷第 185 頁以下）。
- 2.又「多拉 A 夢」乃係一虛構之漫畫人物，故事中的它係在西元 2112 年 9 月 3 日由機械工廠所製造的貓，因而雖為一種貓，卻與貓的寫實長相截然不同，平滑的藍白相間外殼，圓鼓身型及眼、鼻、嘴的特殊組合，再加上誇張嘴型組合勾勒出「多拉 A 夢」詼諧可愛的氣質。且故事中的「多拉 A 夢」總會因情節安排，穿插上不同的衣著並搭配相應配件，例如在「大雄與機器人王國」電影中，貓迷可以看到戴有中古世紀頭盔，身穿盔甲，手持寶劍的「多拉 A 夢」、又有身著西裝播報新聞的「多拉 A 夢」、身穿獸皮出現在遠古時代的「多拉 A 夢」等，而告訴人國際影業公司亦授權製造、販售不同造型之「多拉 A 夢」填充玩偶，有頭戴雪帽、雪鏡，腳踏滑雪板造型者，而「多拉 A 夢」聖誕娃娃更是戴上聖誕老人的紅色帽子與雪人一起出現，惟從未聽聞這些機器貓因為裝扮不同，而有認其非「多拉 A 夢」者，此即係因為這些不同造型

之機器貓予人「整體觀念及感覺」並無二致，實質相同所致等情，業經告訴人提出各該不同造型之「多拉A夢」圖片為證（見更一審卷第28至36頁）。

3. 依據更一審及本院所送上開鑑定之結果，被告所製作如附表一編號8之所謂「粉紅貓」之特徵與國際影業公司之「多拉A夢」美術著作。貓型勾勒，五官配置如出一轍，縱其局部衣著、配飾與「多拉A夢」所曾出現在貓迷面前之造型不盡相同，惟「粉紅貓」身型與傳達出的意象特質，亦予人「外觀及感覺」極盡相似，此觀諸警方查獲本案時所持之搜索票上應扣押之物攔既僅記載「涉嫌重製有關HELLO KITTY...」等，有如前述，惟實施搜索之警方查見如附表一編號8之「粉紅貓」，仍逕認其係違反著作權法之填充娃娃而將其查扣，亦可見該「粉紅貓」之外觀特徵足以令人聯想到「多拉A夢」。揆諸前揭說明，該「粉紅貓」確係抄襲「多拉A夢」之美術著作所製造。

(二) 次查「史努比」、「小熊維尼」及「多拉A夢」均係世界知名之卡通人物，為眾所周知之事實，被告就此並無異議，而扣案如附表一編號1所示之貨運公司扣款帳本，其內分別列有「趴姿史努比」、「博士史努比」、「小叮噹」、「中叮噹」、「水手叮噹」、「維尼」、「維尼超人」等銷貨記載，（見臺灣嘉義地方法院檢察署92年度偵字第7473號卷第44、45頁），亦可見被告曾經大量銷售「史努比」、「小熊維尼」及「多拉A夢」之填充玩偶，據此足認被告確實曾經「接觸」上開「史努比」、「小熊維尼」及「多拉A夢」等美術著作。

(三) 又將平面之美術或圖形著作轉變為立體之形式，是否為重製，須就該平面之美術或圖形著作與轉變後之立體物加以比較後認定。如立體物上所附著之美術或圖形著作，係以平面之形式而再現美術或圖形著作之內容時，即為原平面之美術或圖形之重複製作，應屬重製；如在立體物上以立體之形式重新表現原平面之美術或圖形著作之著作內容，而有新創意表現成為新創作者，應屬改作（參照最高法院88年度台上字第959號判決）。本件被告所生產即扣案之「俏皮狗」、「頑皮狗」、「粉紅貓」等填充玩具，經與前揭告訴人之「史努比」、「小熊維尼」及「多拉A夢」等美術著作勘驗比對之後，「整體觀念及感覺」並無二致，實質特徵均相同，已如前述，堪認確係「史努比」、「小熊維尼」及「多拉A夢」等平面美術著作之重複製作，被告將告訴人所有之美術著作，重製為「俏皮狗」、「頑皮狗」、「粉紅貓」等立體玩偶，數量上千，則其係基於營利之意圖而為重製行為甚明。又被告前雖一度辯稱該扣案如附表一編號8所示之玩偶，係91年11月間某不詳姓名成年男子拿偶皮至被告金富公司填充，並言明待被告公司填充完後，始將授權文件交予查看云云，然其並未就此有利之事

實舉證證明，本院自無從憑以為其有利之認定。綜據前述，被告於本院審理時所自白意圖銷售明知為侵害告訴人國際影業公司、聯合圖片公司及被害人迪士尼公司美術著作之物，而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，並販賣該重製物，以之為常業之犯行，經核與事實相符，自堪認定。

三、被告及其辯護人於本院審理時雖辯稱：商標法部分不在認罪範圍內，而否認本件有何違反商標法之罪嫌云云。惟查：

(一)對於判斷商標之商品化是否構成商標權之侵害，其重點乃在商標商品化後究竟是否有構成商標之使用，及有無構成混淆誤認之虞。若將他人商標商品化係用作「主要為功能性」之用途，亦即純粹作為裝飾或購買人表達情感，而非作為辨識商品之來源者，即非屬商標之使用。反之如將商品化係用在辨識商品之來源，並以之為行銷之目的者，則即屬商標之使用。另就有無構成混淆誤認之虞部分，如一般消費者於購買時會認為該商品係來自商標權人或得其授權者，則會有混淆誤認之虞。本案扣案如附表一編號4至8所示之有關之商品即與附表二所示之「史努比」、「多拉A夢」、「小熊維尼」商標圖樣近似，此有現場查獲照片附卷可憑（詳臺灣臺南地方法院檢察署92年度偵字第2546號卷第30至38頁），顯見該扣案之有關之商品已使用該告訴人取得專用之商標圖樣，且係用作表彰商品之來源，並非用以功能性或裝飾性之設計，而商標之使用，只要該表徵足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之表徵，並得藉以與他人商品相區別，並作為營業上商品之識別標識（參商標法第五條）即可，並未限定「平面」使用，或限定於「平面繪製」之樣。是被告所辯：告訴人並未就立體造型享有商標專用權，被告所販賣之立體商品，係未使用他人商標之商品云云，顯非可採。

(二)再按商標圖樣之近似，以具有普通知識經驗之一般商品購買人，於購買時施以普通之注意，有無混淆誤認之虞判斷之，修正前商標法施行細則第15條第1項定有明文。查如附表二所示之商標圖樣之商標，係國際影業公司、聯合圖片公司、迪士尼公司依法向我國經濟部中央標準局申請註冊取得商標專用權之商標圖樣，專用於填充玩具等商品，此分別有商標註冊證在卷可稽（詳92年度偵字第4988號卷第9至10頁、92年度偵字第9011號卷第16頁、96年度上更(二)第262號卷第68頁）。次查，扣案如附表二之商品，一般消費者於購買時施以普通之注意，異時異地以觀，該商品立體形狀與告訴人如附圖二之商標，自有混淆誤認之虞，是與告訴人等如附表二之商標構成近似無訛。

(三)再本件判斷系爭扣案如附表二所示之商品，是否侵害告訴人之商標專用權，應依「異地異時隔離」原則及「通體觀察」原則為準，縱二者對造比較，能見其差別，但異時異地，個別觀察，則不易見其差別時，就仍構成近似。再者，「通體觀察」原則，其外觀與告訴人之商標相仿，足以使具備普通知識經驗之商品購買者，施以通常之辨別及注意時，致生混淆，當已侵害告訴人之商標專用權。是依據上述原則審查，本件上開扣案如附表一編號5、6、7、8所示之商品顯已仿冒告訴人享有專用權之附表二之商標圖樣，而係擅自於同一商品，使用近似於他人註冊商標之圖樣之商品。綜上所述，被告所辯顯為卸責之詞，不足採信。本案被告前開違反商標法犯行，事證明確，被告之犯行堪以認定。

四、綜合上述，被告確係於上開時、地，明知該等物品均係侵害著作財產權及商標權之仿冒品，仍意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權、擅自使用近似註冊商標於同一商品，侵害他人之商標權。從而，本案事證明確，被告犯行堪予認定，應依法論科。

參、按「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」，刑法第2條第1項訂有明文。查被告行為後法律有所修正，茲比較新舊法如下：

(一)著作權法部分：

1.就被告意圖銷售而擅蘭自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪，並以之為常業犯之犯罪事實部分，公訴人於起訴書犯罪事實欄內業已詳載該行為行為，惟起訴法條漏引92年7月9日修正公布前著作權法第94條、第91條第2項之法條，併此敘明。檢察官起訴法條欄係引被告甲○○涉犯修正前著作權法第94條以犯第91條、第93條第3款違反第87條第2款明知為侵害著作權之物意圖營利而交付為常業罪嫌及修正後商標法第81條、第82條之罪。惟被告犯罪行為後，著作權法部分條文分別於92年7月9日、93年9月1日修正公布施行、95年5月30日修正公布（95年7月1日施行），其中行為時著作權法（即87年1月21日修正）第94條原規定：「以犯第91條、第92條或第93條之罪為常業者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣45萬元以下罰金。」，92年7月9日修正第94條第1項：「以犯第91條第1項、第2項、第91條之1、第92條或第93條之罪為常業者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以上300萬元以下罰金。」，並增訂第2項：「以犯第91條第3項之罪為常業者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣80萬元以上800萬元以下罰金。」，93

年 9 月 1 日就上開條文並未修正，95 年 7 月 1 日修正施行時，刪除第 94 條關於常業犯之規定。

2. 經比較行為時法（87 年 1 月 21 日修正）第 94 條，中間法（92 年 7 月 9 日、93 年 9 月 1 日修正）第 94 條，及裁判時法（95 年 7 月 1 日修正刪除）之規定，行為時之第 94 條之法定刑為「1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 45 萬元以下罰金」，92 年 7 月 9 日修正之第 94 條第 1 項及 93 年 9 月 1 日修正之第 94 條第 1 項之法定刑均為「1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 300 萬元以下罰金」，92 年 7 月 9 日修正之第 94 條第 2 項及 93 年 9 月 1 日修正之第 94 條第 2 項之法定刑均為「1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 300 萬元以下罰金」，而 95 年 5 月 30 日修正時刪除第 94 條常業犯之規定，則被告等所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰。此刪除雖非犯罪構成要件之變更，但顯已影響行為人刑罰之法律效果，自屬法律有變更，仍以行為時法（87 年 1 月 21 日修正）之第 94 條規定對被告較為有利，應適用之。

(二) 商標法於 92 年 5 月 28 日修正公布，並已於同年 11 月 28 日施行，修正前商標法第 62 條規定：「意圖欺騙他人，有左列情事之一者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 20 萬元以下罰金：一、於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。」。第 63 條規定：「明知為前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 5 萬元以下罰金」。修正後第 81 條規定：「未得商標權人或團體商標權人同意，有下列情形之一者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或並科新台幣 20 萬元以下罰金：...三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於其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。」。第 82 條規定：「明知為前條商品而為販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 5 萬元以下罰金。」，比較修正前第 62 條第 1 款與修正後第 81 條第 3 款，修正前第 62 條、第 63 條俱以「意圖欺騙他人」為犯罪主觀構成要件，修正後第 81 條第 3 款、第 82 條刪除上開主觀構成要件，而改採以「有致相關消費者混淆誤認之虞者」為犯罪客觀構成要件，然二者法定刑度相同，而修正前第 63 條與修正後第 82 條，則均以販賣、意圖販賣而陳列、輸入或輸出前條仿冒商品為要件，法定刑度不變，且修正前商標法第 62 條、第 63 條之規定犯罪構成要件較為嚴格有利於被告，新、舊法之法定刑度雖然均同，惟構成要件有所變更，將導致成罪難易程度不同，故此仍應為新舊法之比較（最高法院 96 年度台上字第 3064 號判決參照），

應以行為時即 92 年 5 月 28 日修正前之商標法第 62 條、第 63 條規定對被告較為有利，應適用之。公訴人認應適用新法，尚有誤會。

肆、論罪科刑：

(一)按刑法上所謂常業犯，指反覆以同種類行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問，最高法院 85 年度台上字第 510 號判例意旨可資參照。又修正前著作權法第 94 條所謂：以犯第 91 條、第 92 條、第 93 條之罪為常業者，係指專以觸犯該等法條之罪，為其日常生活之職業者而言。故該法第 94 條為第 91 條、第 92 條、第 93 條犯罪之加重態樣，性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制為一罪，即學理上所稱之實質上一罪。其反覆從事之多數行為相互間並不發生連續犯、牽連犯或想像競合犯裁判上一罪之問題（最高法院 92 年度台上字第 5115 號判決意旨參照）。被告甲○○意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，並以此收入謀生，參以扣案仿冒玩偶數量、種類，其犯行顯非偶然為之而有既定營業模式，具有反覆實施性，顯均係以此為業，而為常業犯。被告意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪，並以之為常業犯之犯罪事實部分，公訴人於起訴書犯罪事實欄內業已詳載該行為行為，惟起訴法條漏引 92 年 7 月 9 日修正公布前著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項之法條，業如前述。又公訴人起訴意旨雖未就被告侵害附表二編號 3 之美商迪士尼公司之商標之犯行起訴，然其既與被告上揭違反商標法之犯行間，具有連續犯、想像競合犯之裁判上一罪關係，而為起訴效力所及，本院自應併予審理判決，附此敘明。核被告所為，係犯 92 年 7 月 9 日修正前（下稱修正前）著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業罪與修正前商標法第 62 條第 1 款之罪。

(二)按著作權法第 91 條第 2 項既係規定意圖銷售或出租而擅自重製他人著作，則依低度行為吸收於高度行為之原則，其出賣散布重製他人著作之行為，當吸收於擅自重製行為之中，自應專依重製之規定處罰（最高法院 92 年度台上字第 1425 號判決意旨參照），故本件被告甲○○非法重製仿冒玩偶後，進而為散布之行為，其散布之低度行為，應為重製仿冒玩偶之高度行為所吸收，不另論罪。至被告甲○○基於行銷之目的，擅自使用近似註冊商標於同一商品，嗣後進而將各該仿冒商標商品加以販賣，達成其行銷目的，應認販賣仿冒商標商品之後階段行為，為擅自使用近似註冊商標於同一商品之前階段行為所吸收。

(三)刑法修正之比較新舊法，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較，又犯罪在新法施行前，新法施行後，緩刑之宣告，應適用新法第 74 條之規定，最高法院 95 年 5 月 23 日 95 年度第 8 次刑庭會議決議可資參照。

- 1.刑法第 56 條連續犯之規定，業於 94 年 1 月 7 日修正公布刪除，並於 95 年 7 月 1 日施行，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，但顯已影響行為人刑罰之法律效果，自屬法律有變更。被告等所為於刑法修正前可依連續犯之規定論以一罪，於刑法修正後則須分論併罰，比較修正前、後之規定，以修正前之規定較為有利於被告。
- 2.刑法第 55 條牽連犯之規定業經刪除，被告所為於刑法修正前可依牽連犯之規定從一重處斷，於刑法修正後則須分論併罰，比較修正前、後之規定，以修正前之規定較為有利於被告。至刑法第 55 條關於想像競合犯之規定，修正後增列第 55 條但書，為法理之明文化，惟對被告而言並無有利或不利之情形，自不生新舊法比較之問題，應依一般法律適用原則，適用裁判時法。
- 3.綜其全部罪刑之結果而為比較，應依刑法第 2 條第 1 項前段之規定，適用行為時之規定即舊法，較為有利於被告。

(四)被告甲○○先後多次違反修正前商標法第 62 條第 1 款之犯行，時間緊接，方法相同，觸犯構成要件相同之罪名，顯係基於概括犯意為之，為連續犯，應依修正前刑法第 56 條之規定，以一罪論並加重其刑。被告之行為，所侵害者包括附表二所示商標權人之商標權，自係一行為同時侵害數人之法益，應依想像競合犯論以一罪。又被告甲○○所犯修正前著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項之常業罪與修正前商標法第 62 條第 1 款之罪，係一行為而觸犯數罪名，應依刑法第 55 條從一重之修正前著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項之常業罪處斷。

伍、原判決雖以「史努比」與被告所稱之「俏皮狗」有五點相異處、「小熊維尼」與被告所稱之「頑皮狗」各有四點相異及四點相近之處、「多拉 A 夢」與被告所稱之「粉紅貓」有十點相異之處，並以原審之勘驗筆錄及所附照片作為上開認定之論據，惟原審之勘驗筆錄實際內容僅為記載將所拍攝照片十張編號並附於該筆錄之後，並無任何勘驗比對結果之記載。且在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之「整體觀念與感覺」，乃原審僅以分析解構方式為細節比對，作為被告並未侵害著作權之論據，並以被告將商標商

品化非為商標之使用為由，而為被告無罪判決之諭知，自有未合。檢察官上訴意旨指摘原判決此部分不當，為有理由，自應由本院將原判決就被告甲○○部分撤銷改判。爰審酌被告此前並無其他犯罪前科紀錄，所重製之侵害他人著作權之填充玩偶數量、所得利益均非少數，損害合法著作權人之權益，及對國家形象之損傷非輕，且犯罪後坦承犯行之態度及與告訴人國際影業公司、聯合圖片公司達成和解等一切情狀（見本卷第 360、415 頁），量處有期徒刑 1 年 2 月。又被告之犯罪於 96 年 4 月 24 日之前，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款規定，應減其宣告刑二分之一，即減為有期徒刑 7 月。又被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑（見本院卷第 443 至 449 頁），且於本院審理程序中坦承意圖銷售而重製侵害他人著作物之常業犯行，業已與告訴人等達成和解已如上述，本院認被告經此罪刑之宣告，爾後當知所警惕，諒無再犯之虞，是本院認被告所受本件刑之宣告以暫不執行為適當，爰依刑法第 74 條第 1 項第 1 款之規定，宣告如主文所示之緩刑期間，以啟自新。

陸、扣案如附表一編號 4 至 8 所示之物，係被告犯行為時商標法第 62 條第 1 款、著作權法第 94 條之常業罪所製造、販賣之物，不問屬於被告與否，均應依行為時商標法第 64 條規定沒收之（因被告行為時著作權法第 98 條已刪除，而行為時商標法第 64 條規定，係採義務沒收主義，自應優先於採職權沒收主義之刑法第 38 條第 1 項第 2 款而適用，最高法院 79 年台上字第 5137 號判例參照）。至附表一編號 1 至 3 所示之物，為被告所有供犯罪所用之物，業據被告於偵查時供述在卷（見 92 年度偵字第 7473 號卷第 14、15 頁），應依刑法第 38 條第 1 項第 2 款宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 369 第 1 項前段、第 364 條，第 299 條第 1 項前段、92 年 7 月 9 日修正公布前之著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項、92 年 5 月 28 日修正前商標法第 62 條第 1 款、第 64 條，刑法第 2 條第 1 項前段、第 11 條、第 55 條、第 74 條第 1 項第 1 款、第 38 條第 1 項第 2 款，中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條，判決如主文。

本案經檢察官高碧霞到庭執行職務。

中 華 民 國 99 年 6 月 28 日

智慧財產法院第一庭

審判長法官 李得灶
法官 熊誦梅
法官 王俊雄

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 6 月 28 日

書記官 王英傑

附錄本案論罪科刑法條全文

(92年7月9日修正前) 著作權法第 91 條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以下罰金。

意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以下罰金。

(92年7月9日修正前) 著作權法第 94 條

以犯第 91 條、第 92 條或第 93 條之罪為常業者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 45 萬元以下罰金。

(92年5月28日修正前) 商標法第 62 條

意圖欺騙他人，有左列情事之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金：

- 一 於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。
- 二 於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者。

(92年5月28日修正前) 商標法第 63 條

明知為前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、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。

(92年5月28日修正前) 商標法第 64 條

犯前二條之罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品不問屬於犯人與否，沒收之。