

106020203 有關「博士蝦」商標權侵害事件(商標法§95③) ([智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 62 號刑事判決](#))

爭點：在涉及商標是否與在先商標構成混淆誤認之虞及能否取得註冊的行政爭訟過程中繼續使用該商標，縱行政爭訟之結果不利於該商標使用人，亦未必即能推論其有侵害據駁商標之故意。

系爭商標圖樣
(註冊第 01682779 號)



第 29 類：蝦仁、蝦捲、蝦仁丸、蝦米、非活體蝦子、…。
第 30 類：蝦醬、烤肉醬、調味品、佐料、XO 醬。
第 31 類：活動物、觀賞用動物、活水產、…。

被控侵權商標圖樣



相關法條：商標法第 95 條第 3 款

案情說明

臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官認定被告蕭○○明知系爭「博士蝦」商標圖樣(下稱：「博士蝦」商標)，業經告訴人陳○○向經濟部智慧財產局(下稱：智慧局)申請註冊核准登記，取得商標權，現仍在商標權期間，卻自民國 104 年 3、4 月間某日起，製作近似於上揭商標之「蝦博士」商標圖樣(下稱：「蝦博士」圖樣)，並印製在所販售之蝦酥類商品外包裝，復以網路連結 FACEBOOK(下稱：臉書)網站之臉書粉絲團專頁，以暱稱「蝦博士」，對外販售予不特定消費者，有致消費者混淆誤認係告訴人所販售之蝦類商品之虞，以此方式侵害告訴人之商標權，因認被告涉犯商標法第 95 條第 3 款之侵害商標權罪嫌，並向臺灣嘉義地方法院聲請簡易判決獲准。案經上訴至臺灣嘉義地方法院合議庭，合議庭改依通常程序而為第一審判決，撤銷原判處被告有期徒刑 2 月之簡易判決，並為被告無罪之諭知，上訴人臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官不服，爰提起本件上訴案。

判決要旨

智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 62 號刑事判決：上訴駁回。

<判決意旨>:

商標法第 95 條規定下之主觀故意認定

一、按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者，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：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，商標法第 95 條第 3 款定有明文，依上開條文規範構成要件而論，係處罰故意犯，而刑法之故意，必須對於犯罪構成要件有所認識並決意著手實行，始可當之，是被告被訴違反商標法第 95 條第 3 款之侵害商標權罪嫌，除須於同一或類似之商品，使用近似於「博士蝦」商標，而有致相關消費者混淆誤認之虞之客觀行為外，亦須具有侵害「博士蝦」商標主觀犯意，亦即，被告主觀上係出於「故意」侵害告訴人註冊取得之「博士蝦」商標權，否則，即不該當商標法第 95 條第 3 款規定之犯罪構成要件，又此主觀犯意，一如客觀犯罪構成要件事實，亦應依積極證據認定之，苟積極證據無從為被告主觀犯意之認定時，即應為有利於被告認定，合先敘明。

二、關於「蝦博士」圖樣之設計過程一節，此據被告供稱：

我的名字國語跟蝦博念起來諧音很像，而且我養蝦養了 20 幾年，所以就創造「蝦博士」，104 年 3、4 月間，我要做蝦酥產品時，就決定用「蝦博士」為品牌，我台北姪子找群麗公司設計，當初跟設計公司溝通時，我只有說「蝦博士」，設計師就畫出圖案…我學歷是國中畢業，不知道蝦子的英文，當初設計師說「蝦博士」英文翻譯出來就是 dr-shrimp 等語明確，又依群麗公司於 104 年 2 月 2 日開立予被告之報價單所示，被告委由群麗公司設計「蝦博士」圖樣時，計提供 4 款之參考風格與文案，該等文案僅有「蝦博士」中文與蝦類圖形，並無外文文字，嗣經群麗公司設計出 2 款「蝦博士」圖樣初稿，經被告選定其中 1 款即本案之「蝦博士」圖樣，此有上開報價單 1 紙可按，則以被告僅國中學歷之教育程度，且不知悉蝦子的英文，又欠缺美編設計之背景，是伊供稱取其名字之諧音為「蝦博」之構想，並委由群麗公司設計「蝦博士」品牌，嗣由設計師將「蝦博士」中文直接翻譯成英文「Dr. SHRIMP」，並畫出卡通式圖樣蝦形人物戴博士帽之擬人化「蝦」類圖案，構成整體「蝦博士」圖樣一節，尚難謂有悖常情之處；再者，觀之被告上開提供之 4 款參考風格與文案設計圖樣，均僅有「蝦博士」中文與蝦類卡通圖案或常見之「蝦」類實物圖形，而該等「蝦」類圖形，又與「博士蝦」商標之經設計藍色

條紋蝦身與綠色類似V形雙螯之「蝦」類圖樣，顯不相同，且整體圖樣外觀相較，更是存有相當差異，難認被告所提供上開參考之4款風格與文案係抄襲或沿用「博士蝦」商標而來，是本案關於「蝦博士」圖樣之設計過程，不論被告關於「蝦博士」一詞之發想或事後由群麗公司自行設計之整體「蝦博士」圖樣，均難認被告斯時主觀上已知悉「博士蝦」商標，而有出於抄襲或沿用「博士蝦」圖樣外觀設計之侵害「博士蝦」商標權之情事。

三、證人即告訴人陳○○於原審證稱：我發現「博士蝦」商標權被侵害之後，打電話到經濟部智慧財產局詢問，後來你們就去保智大隊報案，在警局報案的時候，我沒有與被告接洽，一直到地檢署開庭的時候，才有與被告碰面，談到賠償的事宜…當初在發現有「蝦博士」這商標時，我沒有發信函跟被告主張有侵權，希望他們下架或改善等語在卷。可見，告訴人向員警指訴被告違反本案商標法犯行前，未曾以存證信函或其他方式通知被告上情，此與被告先後一致供稱：伊之前沒有聽過「博士蝦」商標，直至員警通知前往製作筆錄，才知道「博士蝦」商標之存在等語，並無二致。又被告係104年9月3日始至內政部警政署保安警察隊第二總隊製作警詢筆錄，有該筆錄1份附卷可稽，則被告雖有於案發前即104年3、4月間起，在網路銷售平台網站及「蝦博士」臉書粉絲團專頁使用「蝦博士」圖樣販售蝦酥類商品一事，然依告訴人前開所證及卷內資料，尚無從認定被告已知悉告訴人註冊取得「博士蝦」商標權，而有侵害告訴人「博士蝦」商標權之故意。

四、被告另供稱：伊去保智大隊後才知道有「博士蝦」商標，當時「蝦博士」申請註冊還在智慧局審查中，是否有侵害商標權還不知道，後來智慧局駁回「蝦博士」的註冊申請，因為圖樣看起來就是不一樣，賣的產品也不一樣，伊賣的是蝦酥，因為註冊案還可以提出申覆，所以繼續使用「蝦博士」圖樣，直到簡易判決認為有侵害商標權，在今年（即105年）過年後，就將商標改成大蝦米等語，此經參諸被告被訴違反商標法之移送過程，告訴人係於104年6月23日向員警提起本案侵害商標權告訴，有卷附警詢筆錄1份可按，而員警受理告訴人之告訴後，乃就「蝦博士」圖樣與「博士蝦」商標是否構成近似之疑義一節，函請智慧局提供意見，案經智慧局於104年8月11日函覆略稱：「蝦博士」圖樣使用情形與「博士蝦」商標之間是否構成近似，而有致相關消費者產生混淆之虞，應依該申請案之審查結果為斷，有該局104年8月11日（104）智商20437

字第 10480415130 號函 1 件在卷可查，嗣於檢察官偵查期間，智慧局始為「蝦博士」圖樣註冊之核駁審定，亦有卷附審定書 1 份可憑。而被告之配偶蔡○○不服「蝦博士」商標註冊之核駁審定，歷經訴願程序、行政訴訟程序，嗣經本院於 105 年 9 月 30 日以 105 年度行商訴字第 70 號判決駁回在案，亦如前述，則被告雖於 105 年 4 月 18 日前，仍有在網路銷售平台網站及「蝦博士」臉書粉絲團專頁使用「蝦博士」圖樣販售蝦酥類商品之事實，然「蝦博士」圖樣與「博士蝦」商標間是否構成近似，而有致相關消費者產生混淆之虞一事，在未經法院終局裁判前，仍有相當判斷空間，並非至為明確，則依被告前揭所述，其認為二者圖樣看起來就是不一樣，販賣的產品也不一樣，因而認為「蝦博士」圖樣與「博士蝦」商標並不相似，而於法院就「蝦博士」圖樣之商標註冊案為終局判決前，繼續予以使用「蝦博士」圖樣，實難認其主觀上有何侵害商標權之故意，否則無異苛求被告對於商標審查之專業知識及判斷能力，必須達於法院裁判之判斷標準。職是，本案「蝦博士」圖樣之商標註冊案，歷經審定、訴願及行政訴訟程序之結果，雖均認定「蝦博士」圖樣與「博士蝦」商標構成近似，且均指定使用於同一或類似之非活體水產及非活體蝦子等商品，「博士蝦」商標復具相當識別性，有致相關消費者混淆誤認之虞，然被告主觀既堅認「蝦博士」圖樣與「博士蝦」商標並不相似，其固有於 105 年 4 月 18 日前繼續在網路銷售平台網站及「蝦博士」臉書粉絲團專頁使用「蝦博士」圖樣銷售蝦酥類商品，然本院係於 105 年 9 月 30 日以 105 年度行商訴字第 70 號判決駁回「蝦博士」圖樣之商標註冊案，亦難僅以事後之行政爭訟結果，即推論被告上開行為有何公訴人所指侵害「博士蝦」商標權之故意。從而，被告上開供稱：伊無侵害告訴人「博士蝦」商標權之主觀犯意等語，並非無據，應堪採信。

五、此外，依卷內事證復無其他證據可資證明被告有擅自於同一或類似之商品，使用近似於「博士蝦」商標之主觀犯意，是依前開說明，縱被告於銷售同一或高度類似之蝦酥商品，使用近似於「博士蝦」商標之「蝦博士」圖樣，而有致相關消費者混淆誤認之虞之客觀行為，亦無從遽令被告應科以商標法第 95 條第 3 款侵害商標權之罪責。