

107020201 有關「DONKEYKONG」、「MARIO」商標權侵害事件(商標法 §97)([智慧財產法院 106 年度刑智上易字第 42 號刑事判決](#))

爭點：行為人如故意造成自己不知法律規定的「刻意盲目」，係屬規範性構成要件之認知錯誤，應屬「明知」之範圍。

引據商標



註冊第 1252682 號
第 9 類：營業用電視遊樂器…家庭用電視遊樂器玩具用錄有遊戲程式之電子電路、光碟、磁碟、光磁碟片、磁帶、磁卡、唯讀卡帶、唯讀卡式磁帶、唯讀卡、記憶卡帶、記憶卡、光盤唯讀記憶體、數位唯讀記憶體及其他記憶體…等商品



註冊第 1420551 號
第 9 類：營業用電視遊樂器…家庭用電視遊樂器玩具用錄有遊戲程式之電子電路、光碟、磁碟、光磁碟片、磁帶、磁卡、唯讀卡帶、唯讀卡式磁帶、唯讀卡、記憶卡帶、記憶卡、光盤唯讀記憶體、數位唯讀記憶體及其他記憶體…等商品
第 28 類：紙牌遊戲玩具及其配件等商品
第 41 類：經由掌上型液晶螢幕遊戲機之通訊網路提供影像欣賞服務等

相關法條：商標法第 97 條第 3 款；著作權法第 91 條之 1 第 2 項。

案情說明

本案引據之「DONKEYKONG」、「MARIO」為日商任天堂股份有限公司（下稱任天堂公司）向智慧財產局取得註冊之商標，且指定使用於家庭用電視遊樂機之磁碟、光碟、記憶體卡匣等商品上。原審判決被告所犯之罪為商標法第 97 條之明知侵害商標權物品而販賣罪及著作權法第 91 條之 1 第 2 項之明知侵害著作財產權之重製物而散布罪。惟被告（即上訴人）不服，上訴主張其純粹是誤信上游供應商說「版權沒問題」，才会有銷售本案卡匣之行為，絕非主觀上明知為盜版之遊戲軟體及仿冒商標圖樣；被告在購入本案卡匣時，沒有要求授權證明文件，是對於商業模式認知不足，

及對上游之信任，至多僅是過失行為，不能因此認定被告是明知盜版卡匣而銷售。本案卡匣為 30、40 年前就有的遊戲，被告並非專業人員，無從知道其著作權保護期間為何，也難以明瞭需要參詳何等法條；本案既須以「明知」為要件，原審判決在無證據之情況下，認定被告「明知」，已經違反無罪推定原則。

判決主文

上訴駁回。

<判決意旨>

- 一、本案原審判決被告所犯之罪為商標法第 97 條之明知侵害商標權物品而販賣罪及著作權法第 91 條之 1 第 2 項之明知侵害著作財產權之重製物而散布罪。兩罪確實均須以行為人「明知」為侵害商標權物品而販賣或侵害著作財產權之重製物而散布為要件。
- 二、所謂「明知」，係指直接故意而言，若為間接故意或過失，均不能論「明知」，最高法院著有 46 年台上字第 377 號判例可供參照。在犯罪構成要件均不含有法律判斷性質時，欠缺對於構成要件之直接認識，自可認為並不該當於「明知」之要件。例如：有研究人員喬裝打扮為動物，接近獸群，進行近距離研究，行為人於不知情之下，為打獵而射殺，自不能認為其有殺人之明知。此類不含有法律判斷性質之構成要件，學理上稱為「描述性構成要件」，對於此類構成要件之不知或錯誤，由於行為人根本欠缺該項犯罪的主觀惡性，自應發生阻卻構成要件故意之法律效果。
- 三、如果犯罪構成要件含有法律判斷性質時，此類構成要件在學理上稱為「規範性構成要件」。由於此種構成要件同時兼具法律判斷與事實認知之雙重性質，行為人對於此種構成要件有可能在事實認知上沒有錯誤，卻在法律判斷上發生錯誤。此時究竟是要比照「描述性構成要件」之錯誤，阻卻構成要件故意，還是應該比照法律錯誤，依刑法第 16 條規定，除有正當理由無法避免外，不得因不知法律而免除刑事責任，即有解釋之必要。例如：行為人明知是台灣黑熊，而加以獵

捕，但並不知道台灣黑熊已經被列為保育類動物。此時行為人究竟是否構成獵捕保育類野生動物罪（野生動物保育法第41條第1項第1款規定參照），即存在有規範性構成要件錯誤之問題。

四、以上問題，涉及一般刑法理論，但因本案涉及的是商標法與著作權法之刑罰規定，所以以下只針對本案所涉的犯罪進行此一問題之解析。本案中被告所涉兩罪，分別有以「侵害著作權」之重製物、「侵害商標權」之商品或服務為構成要件，而須進行是否有「侵害著作權」或「侵害商標權」之法律判斷，故均屬規範性構成要件。誠如被告自己所述，智慧財產相關法律甚廣，且其規範內容很多都具有專業性，不可能要求每個人都能夠有所了解，但如果行為人可以因為不了解著作權法、商標法之相關規定，就一律無條件比照描述性構成要件錯誤，而以阻卻構成要件故意處理（即不構成明知之犯罪），這就形同直接架空商標法及著作權法之相關刑罰規定。所以：當被告對於重製物或商品侵害著作權、商標權，發生判斷錯誤時，應該要進一步檢核被告的判斷錯誤是否合理？如果藉由輕易查證，就可以釐清的錯誤，被告卻不願查證，就應該比照法律錯誤，而不能因不知法律而免除刑事責任。

五、在美國比較法上，有所謂的「刻意盲目」(Willful Blindness)理論可供參考。也就是說：犯罪構成要件中之「明知」要件，雖然應該由檢察官舉證至超越合理懷疑之程度，但如果被告的「不知」純粹是因為被告有意所造成的或刻意不去瞭解，這就與明知沒有兩樣（可參見 U. S. v. Jewell, 532 F. 2d 697 (1976) 美國聯邦第九巡迴上訴法院判決）。由於「明知」與否僅存在於行為人之主觀認知，雖然還是應該由檢察官舉證加以證明，但如果行為人自始就故意讓自己處於無知之狀態，檢察官無論如何是不可能完成其舉證責任，如此一來，等同反而只在處罰那些事先謹慎查證法律規定的人，這明顯違反了司法正義。

六、基於以上認知，被告雖然一再爭執他是因為誤信上游廠商說本案的卡匣版權沒問題，所以才買來販售，但根據在審理中詳細地訊問被告的結果，被告所謂的「版權沒問題」，並不

是本案卡匣有經過商標權人、著作權人授權同意，而有可以讓被告合理誤信的事實基礎，卻是前手跟被告講說「這些遊戲已經過了智慧財產保護期」，但事實上商標權依法可以不斷延展，著作財產權依法存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年，這些應該都是被告輕易可以查證（包括請教瞭解法律的人士，或自己查閱法律規定）就可釐清錯誤的法律規定。被告藉口因為新型專利保護期間才 10 年，本案卡匣遊戲推出已有 30、40 年之久，他沒辦法知道著作權之保護期間，所以完全相信前手的說法，如果被告說的都是真的，那他的情形正是符合有意造成自己不知法律規定的「刻意盲目」，而導致對於規範性構成要件之認知錯誤，根據上述的說明，這應該也屬於「明知」的範圍，而不能免除刑事責任。