

2014 年商標使用座談會 會議資料

壹、時間：103 年 4 月 8 日（星期二）下午 2 點 30 分

貳、地點：本局 19 樓簡報室

參、主持人：王美花局長

記錄：盧耀民、黃舒鈴

肆、出席人員：（依單位及姓氏筆畫順序）

蔡惠如法官、鮑娟主任委員、王敏銓教授、黃銘傑教授、馮震宇教授、
邵瓊慧律師、蔡瑞森律師

伍、背景說明：

我國現行商標法第 5 條有關商標使用定義性之規定，於修正過程及通過後皆引發實務界及學界諸多討論。例如：商標使用若以「為行銷之目的」為前提，恐造成商業活動中一些不涉及對價之商標使用行為，非屬商標之使用，進而認定不構成商標侵權之不合理現象；現行法並未涵括「散布」之概念，針對無償散布仿冒品之行為恐將無法規範；本條各款明定之商標使用行為態樣，既係參考日本商標法第 2 條之立法形式，惟卻較日本所列舉的行為態樣為少，是否足以涵蓋所有行為態樣；商標法第 5 條明定於總則章，故各款之商標使用行為態樣將同時適用於「維權使用」及「侵權使用」，惟二者判斷之重點並不相同，恐將造成扞格不入之情形，尤其，第 1 款「將商標用於商品或其包裝容器」及第 2 款「持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品」行為間，是否屬各自獨立之行為？此將關係第 95 條及第 97 條行為規範上有無產生重疊，甚或適用上之衝突。本局希藉由商標法相關條文規定意旨之說明，並提出較有爭議之議題進行研討，以釐清我國商標法有關商標使用之概念，期在制度及適用上更為周延。

陸、討論議題：

- 一、商標法第 5 條「行銷之目的」用語及所列舉商標使用情形是否有再調整之必要？
- 二、贈品行為是否可成立商標之維權使用或侵權使用？其判斷要件為何？
- 三、商標法第 95 條與第 97 條間之適用是否有牴觸？
- 四、反向假冒是否構成侵害商標權？商標權人是否可依商標法第 36 條第

2 項但書「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」主張權利？

五、商標法第 68 條與第 70 條之商標侵權與視為侵權行為之規範體系為何？侵權行為樣態是否有規範不足之情形？

柒、議題說明與決議：

一、商標法第 5 條「行銷之目的」用語及所列舉商標使用情形是否有再調整之必要？

說明：

民國 61 年後修正施行之商標法，有關商標使用之定義一直明定於總則篇，以作為商標法相關規範之適用依據。(有關歷年商標使用規定分析及歷年商標法與其他相關規定條文，請分別參附表一、二)。現行商標法第 5 條「行銷之目的」一語，是否造成商標使用行為認定上之限制，進而無法規範交易過程所有商標使用行為？另第 5 條定義性規定，所列舉之商標使用行為類型，是否足以涵括所有可能之行為態樣？刪除「散布」用語，對於商業上無償散布仿冒品之行為將如何規範？

(一)「行銷之目的」用語之沿革

1. 「行銷之目的」指基於商業交易之目的，向市場促銷或銷售其商品/服務而言，係 82 年商標法「係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布」採用之文字，其係延續 61 年商標法「將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言」及 72 年商標法「指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言」而來。該次修正主要係因「行銷市面」或「行銷國內市場或外銷」之文義過於狹隘，為能涵括各種交易過程中的使用態樣，爰修正為「行銷之目的」。
2. 在研擬現行商標法修正草案之條文時，本局有意參酌「與貿易有關之智慧財產權(TRIPS)協定」第 16 條第 1 項規定(請參附表二)中「交易過程」(in the course of trade)之概念，將「行銷之目的」修改為「交易過程」，惟在 97 年 3 月 31 日商標法修正草案第 1 次研商會議，實務界認為「為行銷之目的」已為實務運作上所熟悉，如使用新的詞句恐造成混淆等原因。另有學者引用德國法認為「in the course of trade」，應是指具有營利意圖的交易行為或交易流通，

不見得只限於有償的販賣或行銷。因此，「行銷之目的」內涵實則與「交易過程」(in the course of trade)相同，並非得以有償無償截然劃分。至於行為是否有「行銷之目的」而構成商標使用，仍應依具體個案之行為加以判斷。惟特別注意，應避免「行銷之目的」或「交易過程」的解釋打擊過廣，而包含到不屬商標侵權最終端的消費者及最前端受託製造的貼標業者。因此本局維持「行銷之目的」用語，並於修正說明特別註明「行銷之目的」與「交易過程」之概念類似。

3. 有關認為「行銷之目的」涵括範圍較「交易過程」為小，無法涵括商業交易過程中所有商標使用行為之見解，本局認為不論採行「行銷之目的」或「交易過程」之用語，在解釋上雖略有不同，惟皆不脫離對商業本質之要求，且「行銷之目的」並不是狹義的指為獲取對價而直接促銷或銷售其商品/服務而言，若具有促進銷售之功能，與銷售發生密切關係，亦應認具有行銷之目的。「行銷之目的」之用語既為修法過程中協商之結果，且於立法理由中亦特別予以澄清與「交易過程」之關係，後續將視實務運用之結果，再考量是否有調整之必要。

(二)「散布」用語之刪除

1. 從 61 年商標法¹至現行商標法規定，所謂「用於」一詞皆為「標示」之概念，即指於商品或其包裝容器或服務等相關物件上有「標示」商標而言，標示方法則隨社會環境演變有所擴充，可為印刷、標貼、刻鏤或藉由電視、網路顯示其商標等(消極的將附有商標之真品容器再填充亦為此概念所涵蓋)。
2. 92 年商標法配合「服務標章」納入「商標」概念規範，並因應電子商務及網際網路之發展，第 6 條之商標使用「指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標」規定，已將 82 年商標法之「係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布」中之「持有、陳列或散布」刪除，而以概括性文字「足以使相關消費者認識其為商標」取代。但並無限縮商標之使用定義範圍的意涵，解釋上除涵蓋前階段「用

¹將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言。

於」之行為外，自亦涵蓋「持有、陳列或散布」等後階段行為，始足以使相關消費者認識其為商標。

3. 100 年修法時，鑒於「散布」應屬「持有」、「陳列」、「販賣」等行為之上位概念，故將商標法欲規範之下位概念行為一一規範於商標法第 5 條第 1 項第 2 款，上位概念之「散布」行為則無須明文規定。
 4. 現行商標法第 5 條商標使用之規定，係因 92 年商標法之商標使用規定內涵未臻清楚，爰參考日本商標法第 2 條(請參附表二)之立法形式酌作修正，並單獨增列「持有、陳列、販賣、輸出或輸入(前款商品)」為商標之使用行為態樣。依修法過程討論及現行條文規定的內容方式，該條 4 款使用態樣應屬列舉規定，惟各使用態樣本身仍多為概括性規定，且輔以廣義「行銷之目的」之解釋，實務上應無未能涵蓋之情形。
- (三)商標之使用定義在「維權使用」及「侵權使用」之適用上應無扞格不入之處

「維權使用」，商標權人應依本法第 5 條規定舉證註冊商標之使用態樣，並需證明有商標之真實使用，且符合一般商業交易習慣(商 67 III 準用商 57 III)。「侵權使用」，依法需就他人使用之商標是否與註冊商標構成相同或近似、商品/服務構成同一或類似、是否有致相關消費者混淆誤認之虞等因素為判斷。故維權與侵權之商標使用判斷上，雖其規範對象與目的不同；前者是商標權人用以使消費者得與他人商品/服務相區別，後者則係他人在未經商標權人同意下，使用商標而有致相關消費者對商品來源產生混淆誤認之虞，二者皆須透過商標法總則第 5 條各款之規定，判斷其於商業交易過程中使用商標之情形，再依相關條文審酌是否構成維權使用或該當商標之侵權。

決議：

商標法第 5 條「商標之使用」所稱行銷之目的用語，指行為人主觀上向市場促銷或銷售其商品/服務而言，其和 TRIPS 條文中「交易過程」文義，係指市場上客觀之商業交易行為而言，應有差異，惟在修法過程中，各界並不樂意作文字修改，故僅在修法說明中表明與「in the course of trade」文義相當。又早於 92 年商標法修正時²，「行

² 92 年「指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標」。

銷之目的」用語與舊法³條文中「行銷市面」、「行銷國內、外市場」等指販賣或狹義獲取對價而促銷或銷售其商品/服務之文意，已大不相同，針對具有促進銷售之功能，與銷售發生密切關係的行為，解釋上亦應認定具有「行銷之目的」。修法過程中與會者認為「交易過程」指具有營利意圖的交易行為或交易流通，非以有償、無償劃分，而「行銷之目的」之判斷，應隨著商業活動之發展與時俱進，例如，目前市場上極為普遍之合作營銷(co-marketing)方式，對於兩個或兩個以上的品牌或企業，共同開發或利用市場機會的合作聯盟行銷概念，亦應予納入，並作廣義之解釋，才不會與市場脫節。

商標法第 5 條「商標之使用」規定形式，因修正為條列式，造成各款所列商標之使用情形之一解釋為列舉規定，可能有所遺漏之疑義。惟鑒於商標使用定義係規定於總則章，亦適用於罰則章之刑事責任規定，恐無法作例示規定之解釋。但商標使用之認定，行為人主觀上基於廣義之行銷目的，向市場促銷或銷售其商品/服務，輔以客觀上各款使用情形之概括性規定，應可涵蓋實務上商標之使用行為。

二、贈品行為是否可成立商標之維權使用或侵權使用？其判斷要件為何？

說明：

商標之使用，固以「行銷之目的」為限縮適用，不包括末端消費者之購買行為，惟以贈品促銷方式無償散布仿冒品之行為，究竟構不構成侵權行為？向有爭議，本局認為解釋上非為「行銷目的」，學界則認為將產生無法可規範之疑義。茲就目前實務見解，對於贈品在商標維權使用或侵權使用之判斷說明。

(一)國內贈品使用之相關判決：

1. 智慧財產法院 98 年行商訴第 202 號行政判決(維權使用)

依商標法第 6 條規定，商標之使用須具有行銷之目的，而所謂行銷目的，乃推行銷售商品或意圖銷售而推展商品之意，故將商標商品用於附隨銷售之贈與，具有促進銷售之功能，與銷售發生密切關係，應認具有行銷之目的，與單純之贈與有別，而應認為是商標之使用。

³ 61 年「將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言」；72 年「指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言」；82 年「係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布」。

原告上開皮革相框實物係作為消費者使用其「誠品卡」刷卡購物之贈品，具有促進消費者刷「誠品卡」購物之功能，尚非單純之贈與，且該皮革相框實物上除有標示「eslite 誠品卡」字樣外，並於框內夾頁左上角標示「Eslite 誠品型錄」、左下文字中標示「詳情請見誠品 3、4、5 月型錄」，雖與原告另一商標 eslite 並列，惟市面上之商品並列多數商標者所在多有，商標法亦未禁止同時使用二以上商標於同一商品，故上揭標示應能使消費者了解係原告公司舉辦「框住 2007 的片刻」活動，於 2007 年 1 月 1 日至同年 12 月 31 日活動期間，凡刷「誠品卡」符合一定條件者即附送誠品之皮革相框，乃具有行銷目的，應認係系爭「誠品」商標之使用。

2. 智慧財產法院 99 年民商上字第 6 號民事判決(侵權使用)

被上訴人於商業交易過程中所行銷之標的為人壽保險服務，而非系爭仿品，被上訴人之業務人員雖曾告知倘投保額度提高，則贈品會較好，然此僅係影響消費者投保額度之選擇，消費者並未因系爭商標所表彰之商品來源或品質，進而影響其是否與被上訴人購買保險服務之意願，則被上訴人在主觀上既無行銷標示商標之系爭仿品，抑或透過系爭商標行銷其保險服務之目的，客觀上亦未產生相關消費者將被上訴人所欲行銷之保險服務與他人所提供之保險服務相區別之結果，消費者既未藉由系爭商標識別被上訴人所表彰之商品或服務之來源，即非商標之使用。

3. 智慧財產法院 99 年民商訴第 52 號民事判決(侵權使用)

隨身杯既非被告作為其公司販售之標的，而係作為入園者兌換之贈品之一，則該贈品標示商標是否構成商標之使用，即須以使用人在主觀上是否有行銷該標示商標商品之目的，且在客觀上有無使相關消費者得藉此將使用人所欲行銷之商品與他人之商品相區別之結果綜合判斷之。

被告經營之西土瓦農莊所行銷者除農場內之有機農產品及被告之個人商品暨其設計之商品外，亦包括農場內之休閒娛樂活動，且系爭隨身杯係入園者入園後可供兌換之贈品之一，非作為被告販售之商品等情，消費者並不會因系爭隨身杯所表彰之商品來源或品質，而影響其是否前往被告經營之西土瓦農莊休閒消費之意願，被告在主觀上既並無行銷標示有系爭商標之隨身杯仿品，抑未透過系爭商

標作為行銷西土瓦農莊休閒娛樂及有機農產品或被告個人商品之目的，客觀上亦未使相關消費者藉由系爭商標識別西土瓦農莊所表彰之商品或服務來源，即非商標法所稱之商標使用。

4. 智慧財產法院 99 年民商上第 13 號民事判決(侵權使用)

就贈品行為部分未為詳細論述，著重於「過失」要件之判斷，判決結果為須負過失侵害系爭商標權之責。

- (二)贈送明知為他人所製造之仿冒商標商品行為，若符合商標法第 5 條「行銷之目的」等要件，如贈品行為具有提升消費者購買商品之意願，具促銷之功能者，應屬商標使用行為。

決議：

商標之使用，除為行銷之目的，有第 5 條第 1 項所列各款使用情形之一者外，其使用並應「足以使相關消費者認識其為商標」。故在判斷維權使用時，需證明商標權人有真實使用註冊商標，亦即，應足以使消費者認識該「註冊商標」所指示的商品或服務來自商標權人。侵權之使用，則應就未經商標權人同意之人使用他人註冊商標，有無致使消費者對其指示商品/服務來源的商標產生混淆誤認之虞以為斷。故贈品上所標示的商標，是否構成商標之使用，應視「贈品」有無表彰來源之商標功能加以判斷。

商標權人在商業活動中為促銷自己所經營的商品/服務而提供贈品之行為，依消費者之認知，如為附隨主商品/服務之物，且贈品上所標示的商標亦為商標權人所有者，其使用相同商標之贈品，因非以投入市場與他人商品相競爭為目的，即不符合真實使用之要件，非屬維權使用。例如 A 商標註冊指定使用於服飾及飲料商品，其飲料商品之商標使用資料，係於飲料上印製 A 商標但僅於銷售服飾的門市或其他宣傳活動中贈送，國外法院見解⁴，認為「真實使用」必須是「符合商標基本功能」的實際使用，「該商標已經被使用於市場上的該類商品或服務」是維持商標權最重要的事，如提供贈品的飲料僅作為購買服飾商品並鼓勵後者銷售之獎賞，則該條件未被滿足，故在廢止註冊案件中「飲料」商品即不會被認定構成「真實使用」。在這種情況下，

⁴關於贈品是否構成維權使用，歐洲法院曾於 C-495/07 判決「Wellness」商標案例（判決原文網址：<http://www.bailii.org/eu/cases/EUECJ/2009/C49507.html>）中，認為提供免費的促銷物品，並不足以構成商標於該類商品之真實使用。

即使商標權人在市場上散布了這些物品，因將該類商品並無具有指示該項商品來源之商標功能，縱有其他廠商在該類商品(贈品)註冊相同或近似之商標，鑒於商標權人所為之贈品，並不會造成市場上對該項商品指示來源之功能遭到破壞，自不會構成侵權。例如 A 商標使用於百貨公司服務，但於氣球上印製 A 商標並於百貨公司門口或其他宣傳活動中贈送，並不因此侵害他人在氣球商品上註冊 A' 商標的權利。

惟應注意的是，行為人在商業上若係以他人之商標商品作為贈品，以促銷自己銷售或提供之商品或服務者，例如以他人 B 商標的皮包作為促銷 A 商標百貨服務之贈品，若贈品本身係他人所為之侵權物品，則贈品上 B 商標正確指示商品來源的識別功能已受到破壞，B 商標權人自得行使權利救濟，對於侵害其商標權者，請求除去，有侵害之虞者，得請求防止之。行為人有故意或過失時，並得請求損害賠償。至於個案中客觀事實等判斷，仍應由法院依具體事證等加以認定。

三、商標法第 95 條與第 97 條間之適用是否有牴觸？

說明：

商標法第 95 條相同於第 68 條之民事侵權行為規定，其條文中之「商標使用」，於適用商標法總則第 5 條規定時，應包含第 97 條販賣或意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入仿冒品等行為，而第 97 條所欲規範者，應為第 95 及 96 條行為主體以外，其他行為人之可罰行為。但比較二條文之文字，第 97 條係以「販賣或意圖販賣」為要件，則非「販賣或意圖販賣」但將他人所為之仿冒品以贈品促銷方式無償散布之情形，是否仍有適用第 95 條規定科以刑責之問題。

(一)商標侵權行為，除依法負有民事責任外，是否負有刑事責任，依罪刑法定原則，須於罰則內明定。72 年商標法第 62 條⁵及第 62 條之 2⁶，即就行為人之商標使用侵害行為，及明知為侵害他人商標權之商品而販賣之行為，分別為不同之刑事處罰規定，該等規定並經修正沿用至今。

⁵有左列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金：

一、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。

二、於有關同一商品或同類商品之廣告、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。

⁶明知為前二條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。

(二)惟 92 年修法時，因當時第 6 條⁷商標使用之規定，刪除「持有、陳列或散布」等文字，而以概括性文字「足以使相關消費者認識其為商標」取代(如前述)，以致司法實務之見解，認為商標法第 81 條之犯罪構成要件隨之變更，尚不得以該條規定作為「使用行為」涵括「販賣行為」之依據，故製造生產後並加以販賣者，核其所為，係犯當時商標法第 81 條第 1 款使用相同他人註冊商標之商標罪，及第 82 條販賣該等相同商標商品之罪，惟販賣之低度行為，應為使用相同商標之高度行為所吸收。但當時商標法第 82 條⁸所指之犯罪行為人，依其文義及立法目的，係以明知為同法第 81 條商品者為前提，解釋上已限縮為觸犯同法第 81 條以外之人，故 100 年修正時於第 97 條增訂「他人所為之」等文字，以資明確。

(三)在體系上，商標法第 97 條為第 95 條之特別規定，係規範販售「他人所為」第 95 條商品等行為，其刑責也較第 95 條為輕。又現行商標法修正時，除明定「他人所為」及加入「持有」之行為要件外，並無意對該等行為擴充其適用範圍及增加刑度，故仍維持該等行為低度罰責之規定。基於「特別規定優先於普通規定」及「狹義規定優於廣義規定」之法律適用原則，如有商標法第 97 條所規範之構成要件行為，自應適用該條規定加以處理，亦即，行為人若係販賣或意圖販賣而持有、陳列、輸出輸入「他人所為前二條商品」者，自不再適用第 95 條之規定加以規範，否則以「他人所為前二條商品」為對象之第 97 條將永無適用之可能性。惟行為人為行銷之目的，持有、陳列、輸出或輸入他人所為之仿冒品者，依第 68 條規定仍負有民事侵權責任之可能，並不因非該當第 97 條刑責構成要件，即得免除民事侵權責任。

決議：

商標法第 5 條有關商標使用之規定，修法後增列「為行銷之目的」而「持有」附有商標商品者，為「商標之使用」情形之一，主要係修正前商品製造者在尚未將製成之侵權商標商品投放於市場之前，並不符合舊法時「行銷於市面」或「行銷於國內、外市場」之要件，故法院於個案中曾認定僅置於倉庫中的商品不該當刑責，而無法處罰沒

⁷指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標。

⁸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。

收，對被侵權之商標權人保護有欠周延，是修法時將為行銷目的而「持有」侵權商標商品之行為納入規範。因此，第 95 條「使用…商標」解釋上應已涵蓋商標法第 5 條第 1 項第 2 款所稱持有、陳列、販賣、輸出或輸入已將商標用於商品或其包裝容器之商品，而與第 97 條販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入他人所為前二條商品之構成要件重疊。惟第 97 條係源自 72 年商標法第 62 條之⁹規定，以行為人明知為侵害他人商標權之商品而「販賣、意圖販賣」為要件，該等規定經現行商標法修正時，除明定「他人所為」及加入「持有」之行為要件外，既無意對該等行為擴充其適用範圍及增加刑度，故仍維持該等行為為低度罰責之構成要件至今。

基於罪刑法定、特別規定優先於普通規定之法律適用原則，商標法第 97 條應為第 95 條之特別規定，如屬於商標法第 97 條所規範之行為，自應適用該條規定加以處理，不再適用第 95 條規定處罰。又第 97 條沿用「販賣、意圖販賣」為要件，而與第 95 條「行銷目的」之用語不同，解釋上，前議題中以侵害他人 B 商標權的皮包作為促銷 A 商標百貨服務之贈品行為，行為人基於廣義之行銷目的，持有、陳列、輸出或輸入他人所為之侵權商標商品者，依第 68 條規定自負有民事侵權責任，且有故意或過失者，並負有損害賠償責任之可能，惟是否該當第 97 條「販賣、意圖販賣」之構成要件，則有疑義。但依「特別規定優先於普通規定」及「狹義規定優於廣義規定」之法律適用原則，該等以他人所為之侵權商標商品作為贈品之行為，除個案上犯罪事實該當第 97 條「意圖販賣而持有…」之構成要件者外，並不宜再適用第 95 條高刑度之罰則規定科以刑事責任。

四、反向假冒是否構成侵害商標權？商標權人是否可依商標法第 36 條第 2 項但書「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」主張權利？

說明：

外界對於反向假冒他人商品為自己商品之行為，屢有得否以商標權利耗盡理論執為不受他人商標權效力所拘束之抗辯疑慮？反之，商標權人得否援引商標法第 36 條第 2 項但書「為防止商品流通於市場

⁹明知為前二條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。

後，發生變質、受損，或有其他正當事由者」規定，排除商標權利耗盡理論之適用，進而行使權利？對於不正競爭之反向假冒行為，國內司法實務雖曾有個案認定，依商標權利耗盡理論，否認反向假冒行為得依商標法主張權利。惟此事涉商標法就商標權保護範疇及權利耗盡之法律解釋問題，有深入討論之必要。

- (一)商標反向假冒行為，是指未經商標權人同意，將商標權人商品上貼附之註冊商標除去，貼上自己或第三人之商標，並將該商品投入市場中銷售，宣稱是自己或第三人產製的商品之行為。
- (二)商標之功能不僅是區別商品來源，經所有人長期努力經營所建立之商標商譽，常奠基於商標權人投入時間、金錢且堅持商品品質而來，因此商標標示於商品上以利消費者辨識來源為累積商標商譽之必要方式，若從商品上移除原標示之商標，明顯傷害以商標指示真正商品來源或出處之功能外，並傷害藉由商標累積商譽之權利，自屬商標侵權行為，依商標法第 69 條第 1 項規定，商標權人對於侵害其商標權者，得請求除去之；有侵害之虞者，得請求防止之。
- (三)在國外實務侵權案例中，對反向假冒行為，多定位屬不正競爭行為，有謂商品尚在市場流通過程中，所有人有權維護其商標保持在商品上以指示真正商品來源出處之權利，故認定反向假冒行為是侵權行為之案例所在多有。惟我國司法實務有個案認定，援引商標權利耗盡理論，否認反向假冒行為得依商標法主張權利。然觀諸商標法第 36 條第 2 項但書「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」規定文義，應有解釋空間，復為維護商標權人之權益，防杜不正競爭行為，並保護消費者免於被欺騙，宜貫徹商標法立法目的，在商品流入末端消費者手中之前，仍應維護商標真正指示商品/服務來源之功能及權利人已累積商標商譽之權益。
- (四)臺灣高等法院 97 年度上訴字第 10 號刑事判決/「SOLUX」燈泡

附有商標之商品由商標專用權人或經其同意之人於市場上交易流通者，商標專用權人不得就該商品主張商標專用權，但為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，不在此限。商標法第 23 條第 3 項(相當現行商標法第 36 條第 2 項)固定有明文。惟該條項所謂附有商標之商品由商標專用權人或經其同意之人於市場上交易流通者，係指依該商品之原狀繼續於市場上交易流通者而言，非謂買受人或第三

人得將附有商標之商品之原狀，加以改變或改裝後再繼續流通，甚或未依本法第 26 條(相當現行商標法第 33 條)之規定，經商標專用權人或經其同意之人之授權，即得自行印製同一商標，使用於同一之商品上繼續流通，而主張得依本條項之規定免除其刑責(最高法院 84 年台非字第 408 號判決意旨參照)。

「SOLUX」商標圖樣塗銷行為，既非侵害商標權之行為，且該燈泡內容亦無改變，核無商標法第 30 條第 3 項但書規定之「為防止商品變質、受損」等情形，被告辯稱可適用前段權利耗盡原則，自無不合，此與上訴書所舉最高法院 84 年度台非字第 408 號案例內容，尚有不同。又查卷內並無被告以新商標販售燈泡價格，低於「SOLUX」商標圖樣燈泡價格之證據可憑，則上訴書以此指摘被告以低價銷售有損及原廠形象等，亦嫌無據。況且，本案燈泡合法購入後並無變造或偽造情節，已據原審調查認定。而本案被告所營公司所出售之燈泡，外觀上既難以誤認係告訴人公司代理銷售之「SOLUX」燈泡，二者在市場上縱有價格差距，消費者如何選擇，如有瑕疵，亦可各循商標管道主張權利，買賣雙方權利義務甚為明灼，難認消費者有被詐騙情節。

決議：

反向假冒案件中有關塗銷或置換他人商標等情形，並非屬商標法第 5 條各款使用情形規定之適用範圍，亦與商品上仍有他人商標而主張權利耗盡之問題無關。國外實務，除有於商標法中明文規定構成侵權之要件外，多有以不正競爭相關法規處理。我國商標法既未明文，反向假冒案件應屬公平交易法處理範疇為宜。智慧局應與公平交易委員會聯繫相關適用情形，避免不公平競爭行為在規範上產生漏洞。

五、商標法第 68 條與第 70 條之商標侵權與視為侵權行為之規範體系為何?侵權行為樣態是否有規範不足之情形?

說明：

有學者認為新法將侵權準備行為納入第 70 條第 3 款視為侵權規定是否恰當之質疑，且商標法第 68 條商標侵權(直接侵權)與第 70 條視為侵權(間接侵權)所規範之侵權行為樣態有列舉不足之疑義。

(一)商標於取得註冊後，商標法第 35 條第 2 項明定商標權人可以排除他

人使用的範圍，包含(1)於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者(2)於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者(3)於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者三種情形。未經商標權人同意且無商標法第 36 條合理使用等情形而為前述之使用者，為直接侵害商標權之行為，負有民刑事責任，並具體規範於商標法第 68、95、97 條之條文，此為我國侵害商標權體系規範之基礎範圍。前述各該條文之使用行為，亦為商標法第 5 條所定義之「商標使用」行為。

- (二)除前述商標權排他使用規範範圍外之使用行為，商標法第 70 條擬制侵害商標權之規定，包含加強著名商標的保護及防杜商標侵權的準備、加工或輔助行為等特別規定的侵權態樣。與直接侵害商標權之行為不同，直接侵權行為人同時負有民事及刑事之侵權責任，擬制侵害商標權則僅負民事侵權責任。第 70 條第 1 款「明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標，有致減損該商標之識別性或信譽之虞者」規定，係指使用於非類似商品/服務之情形，因不屬第 35 條商標權範圍，故視為擬制侵害行為；同條第 2 款「明知為他人著名之註冊商標，而以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱，有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者」及第 3 款「明知有第六十八條侵害商標權之虞，而製造、持有、陳列、販賣、輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品」規定，係指將他人著名商標中的文字作為營業主體名稱使用及商標侵權之準備、加工或輔助行為之情形，非為第 5 條所定義商標之使用行為範圍，故應以擬制侵權行為規範之。
- (三)前述規定以外之商業上使用行為，商標法雖未為規定保護，惟如利用他人的成果達到不公平的程度，而有違公平競爭環境及市場倫理時，係由公平交易法就不正競爭行為等給予適當之救濟與保護。
- (四)我國商標法所規範之侵害商標權體系及架構，與國外立法例包含不公平競爭行為之情形有所不同，尚無作相同規定之必要，且 100 年商標法修正，亦刪除修正前商標法第 62 條第 2 款¹⁰規定調整擬制侵害商標權之保護範圍。

¹⁰ 明知為他人之註冊商標，而以該商標中文之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致商品或服務消相關消費者混淆誤認者。

決議：

商標法第 30 條第 1 項第 11 款之規定¹¹，對於著名商標保護，包括禁止混淆之虞及減損之虞兩種情形，而其中就誤認二商標之來源間具有授權、贊助、關係企業等關聯性之廣義混淆，仍屬混淆相關規定概念所涵蓋，且商標法有關混淆誤認之虞之判斷，實務上係參考國外有關混淆誤認之虞判斷因素¹²及歐盟立法例¹³，將混淆之虞分為兩種類型，一為使用相同或近似商標於同一或類似商品/服務上，造成消費者混淆誤認二來源為同一之狹義混淆；另一為使用相同或近似商標，相關消費者雖不會誤認二商標為同一商標，但極有可能誤認二商標之商品/服務為同一來源之系列商品/服務，或誤認二商標使用人間存在關係企業、授權、加盟關係或其他類似密切關連之廣義混淆。後者在實務適用上，仍以「同一或類似商品/服務」為判斷要件，惟通常係指在商品/服務類似程度低但具有關聯性，在有其他混淆誤認之虞參考因素存在下而影響綜合判斷之結果時，始有適用。

第 68 條及第 95 條有關權利救濟及罰則相關條文之適用，其侵權行為態樣自應包括使用在商品/服務類似程度低，但具關聯性而構成廣義混淆之虞等情形。至於狹義混淆及廣義混淆是否應加以區分，可能影響刑事責任之可責性判斷及認定，則有待司法實務運作後再行研討有無調整之必要。

捌、臨時動議：(無)

玖、散會：(下午 4 時 30 分)

¹¹ 商標有相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限。嶸

¹² 101 年 4 月 20 日經濟部經授智字第 10120030550 號令修正發布混淆誤認審查基準 3、4。

¹³ 歐盟商標法第 9 條(1) (b) any sign where, because of its identity with, or similarity to, the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trademark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trademark.

附表一：歷年商標使用規定分析

年度/ 條次	使用行為	行為客體	行為分析	備註
61年/ §6	將商標用於商品或其包裝或容器之上， <u>行銷市面</u> 而言	商品或其包裝或容器之上	僅規範商標「用於」商品或其包裝、容器上而行銷之行為	1. 明示商標之使用，須為行銷於市面之商業行為 2. 有關服務標章之註冊與保護，依 ¹⁴ 第 67 條規定準用本法之規定
72年/ §6	1. 指將商標用於商品或其包裝或容器之上， <u>行銷國內市場或外銷者</u> 而言 2. 商標於電視、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用；以商標外文部分用於外銷商品者亦同	除「用於」商品或其包裝或容器之上，並明定於電視、新聞紙類廣告或展覽會展示促銷者屬之	1. 將「行銷市面」修正為「行銷國內市場或外銷」 2. 明定利用媒介物廣告之促銷行為為商標之使用	
82年/ §6	1. 係指為 <u>行銷之目的</u> ，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而 <u>持有、陳列或散布</u> 2. 商標於電視、 <u>廣播</u> 、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用	與 72 年相較，僅增列「 <u>廣播</u> 」促銷之型態	明示將商標「用於」於商品、包裝容器等物件外，不以行銷市場為限，明定以「行銷目的」而「持有、陳列或散布」等商業交易過程中之情形屬之	有關服務標章之使用 ¹⁵ 係規定於第 72 條第 2 項
92年/ §6	指為 <u>行銷之目的</u> ，將商	商品、服務或	以「商品、服務	配合 92 年修正「商

¹⁴ 第 67 條：凡非表彰商品之服務標章，其註冊與保護，準用本法之規定。

¹⁵ 第 72 條第 2 項：服務標章之使用，係指將標章用於營業上之物品、文書、宣傳或廣告，以促銷其服務者而言。但使用於商品或其包裝容器上有使人誤認為係促銷該商品者，不在此限。

§6	標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標	<u>其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物</u>	或其有關之物件」；「利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物」等概括性用語，取代修正前對於使用客體及廣告媒介物之列舉性規定	標」之意涵包括服務標章，刪除第 72 條第 2 項服務標章之使用規定。另為因應電子商務及網際網路之發展，以概括性文字「足以使相關消費者認識其為商標」取代「而持有、陳列或散布」等文字，以因應各種日新月異的使用型態
100 年 /§5	<p>1.指為行銷之目的，而有<u>下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標</u>：</p> <p>(1)將商標用於商品或其包裝容器</p> <p>(2)<u>持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品</u></p> <p>(3)將商標用於與提供服務有關之物品</p> <p>(4)將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告</p> <p>2.前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同</p>	<p>1.增列第 2 款使用態樣規定，指為行銷之目的，而<u>持有、陳列、販賣、輸出或輸入</u>第 5 條第 1 項第 1 款之商品，並足以使相關消費者認識其為商標者，亦屬商標使用行為</p> <p>2.增列「網路」之使用型態</p>	<p>單獨條列「持有、陳列、販賣、輸出或輸入(前款商品)」為商標之使用行為態樣，此與 82 年以「用於」之行為為前提，並為後階段「而持有、陳列或散布」之行為始屬商標使用，有所不同。復與 92 年，縱刪除後階段「而持有、陳列或散布」等文字，新增「足以使相關消費者認識其為商標」</p>	<p>「行銷之目的」，與與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS Agreement) 第十六條第一項所稱交易過程 (in the course of trade) 之概念類似。92 年條文僅以概括條文方式定義商標之使用，其內涵未臻清楚，爰參考日本商標法第二條之立法形式，酌作修正</p>

			較,92年縱已充分涵蓋交易過程中相關商業行為,但仍以「用於」之行為為前提。	
--	--	--	---------------------------------------	--

附表二：歷年商標法

民國61年商標法

第 6 條

本法所稱商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言。

第 67 條

凡非表彰商品之服務標章，其註冊與保護，準用本法之規定。

民國72年商標法

第 6 條

本法所稱商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言。

商標於電視、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用；以商標外文部分用於外銷商品者亦同。

第 62 條

有左列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金：

- 一、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。
- 二、於有關同一商品或同類商品之廣告、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。

第 62 條之2

明知為前二條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。

民國82年商標法

第 6 條

本法所稱商標之使用，係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書，價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布。

商標於電視、廣播、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用。

第 23 條

凡以普通使用之方法，表示自己之姓名、商號或其商品之名稱、形狀、品質、功用、產地或其他有關商品本身之說明，附記於商品之上者，不受他人商標專用權之效力所拘束。但以惡意而使用其姓名或商號時，不在此限。在他人申請商標註冊前，善意使用相同或近似之商標圖樣於同一或類似之商品，不受他人商標專用權之效力所拘束；但以原使用之商品為限；商標專用權人並得要求其附加適當之區別標示。

附有商標之商品由商標專用權人或經其同意之人於市場上交易流通者，商標專用權人不得就該商品主張商標專用權。但為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，不在此限。

第 26 條

商標專用權人得就其所註冊之商品之全部或一部授權他人使用其商標。前項授權應向商標主管機關登記；未經登記者不得對抗第三人。授權使用人經商標專用權人同意，再授權他人使用者，亦同。商標授權之使用人，應於其商品或包裝容器上為商標授權之標示。

第 72 條

凡因表彰自己營業上所提供之服務，欲專用其標章者，應申請註冊為服務標章。

服務標章之使用，係指將標章用於營業上之物品、文書、宣傳或廣告，以促銷其服務者而言。但使用於商品或其包裝容器上有使人誤認為係促銷該商品者，不在此限。

服務標章之分類，於施行細則定之。

類似服務之認定不受前項分類之限制。

民國92年商標法

第 6 條

本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標。

第 62 條

未得商標權人同意，有下列情形之一者，視為侵害商標權：

- 一、明知為他人著名之註冊商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者。
- 二、明知為他人之註冊商標，而以該商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致商品或服務相關消費者混淆誤認者。

第 81 條

未得商標權人或團體商標權人同意，有下列情形之一者，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、於同一商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標者。
- 二、於類似之商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
- 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

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。

民國100年商標法(現行法)

第 5 條

商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：

- 一、將商標用於商品或其包裝容器。
- 二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。
- 三、將商標用於與提供服務有關之物品。
- 四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。

前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。

第 35 條

商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。

除本法第三十六條另有規定外，下列情形，應經商標權人之同意：

- 一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。
 - 二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
 - 三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
- 商標經註冊者，得標明註冊商標或國際通用註冊符號。

第 36 條

下列情形，不受他人商標權之效力所拘束：

- 一、以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名、名稱，或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。
- 二、為發揮商品或服務功能所必要者。
- 三、在他人商標註冊申請日前，善意使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務者。但以原使用之商品或服務為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。

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。

第 68 條

未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：

- 一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。
- 二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
- 三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。

第 69 條

商標權人對於侵害其商標權者，得請求除去之；有侵害之虞者，得請求防止之。

商標權人依前項規定為請求時，得請求銷毀侵害商標權之物品及從事侵害行為之原料或器具。但法院審酌侵害之程度及第三人利益後，得為其他必要之處置。

商標權人對於因故意或過失侵害其商標權者，得請求損害賠償。
前項之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自有侵權行為時起，逾十年者亦同。

第 70 條

未得商標權人同意，有下列情形之一，視為侵害商標權：

- 一、明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標，有致減損該商標之識別性或信譽之虞者。
- 二、明知為他人著名之註冊商標，而以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱，有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者。
- 三、明知有第六十八條侵害商標權之虞，而製造、持有、陳列、販賣、輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品。

第 95 條

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，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、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標者。
- 二、於類似之商品或服務，使用相同於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。
- 三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於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 96 條

未得證明標章權人同意，為行銷目的而於同一或類似之商品或服務，使用相同或近似於註冊證明標章之標章，有致相關消費者誤認誤信之虞者，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。

明知有前項侵害證明標章權之虞，販賣或意圖販賣而製造、持有、陳列附有相同或近似於他人註冊證明標章標識之標籤、包裝容器或其他物品者，亦同。

第 97 條

明知他人所為之前二條商品而販賣，或意圖販賣而持有、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；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。

其他相關規定

與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)

第 16 條第 1 項

註冊商標權人應享有排他專屬權，以阻止他人未獲其同意，於交易過程中使用相同或近似之標識於同一或類似之商品或服務，而有致混淆之虞。凡使用相同標識於相同商品或服務者，推定有混淆之虞。上述權利不得侵害任何既存之權利，亦不得影響會員基於使用而賦予權利之可能性。

Article 16

1. The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.

日本商標法

第 2 條

I 本法所稱「商標」，係指以文字、圖形、記號或立體形狀，或其結合，或此等與顏色之結合（以下稱為「標章」。）而屬以下各款者。

一、以生產、證明或售讓為業者使用於其商品上者。

二、以提供、或證明服務為業者使用於其服務上者（前款所列者除外）。

II 前項第二款的服務，包含於零售及批發業務中對顧客所提供之便捷服務。

III 本法所稱標章之「使用」，為下列之行為：

一、在商品或商品之包裝上附加標章之行為。

二、將已在商品或商品之包裝上附加標章之物轉讓或交付，或為轉讓、交付之目的展示、輸出、輸入、或透過電氣通信迴路而提供之行為。

三、提供服務時，於供被服務者所利用之物（包括轉讓、或租賃之物。以下亦同。）上附加標章之行為。

四、提供服務時，於供被服務者所利用之物上附加標章，而用之以提供服務之行為。

五、以提供服務為目的，展示已貼附標章而供服務所用之物（包括於提供服務時，供被服務者所利用之物。以下亦同。）之行為。

六、提供服務時，於與該服務之提供有關之被服務者之物上，附加標章之行為。

七、以電磁方法（以電子方法、磁氣方法，及其他無法由人之感官所直接認識之方法。於下款同。）於影像上提供服務，將標章顯示於影像以提供服務之行為。

八、於商品或服務之廣告，價目表或交易文書上附加標章而展示、散佈；或於以此等內容作成之資訊中附加標章而以電磁方法提供之行為。

IV 前項所謂在商品和其他之物上附加標章，包括將商品及其包裝、及用以提供服務之物，以及商品或服務之廣告，做成標章之形狀。

V 本法稱「註冊商標」，謂業經註冊之商標。

VI 本法所稱類似商品之範圍包括服務在內，而類似服務之範圍包括商品在內。

第二條

この法律で「商標」とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。

一 業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの

二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）

前項第二号の役務には、小売及び卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供が含まれるものとする。

この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

一 商品又は商品の包装に標章を付する行為

二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為

三 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為

四 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為

五 役務の提供の用に供する物（役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為

六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為

七 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為

八 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為

前項において、商品その他の物に標章を付することには、商品若しくは商品の包装、役務の提供の用に供する物又は商品若しくは役務に関する広告を標章の形状とすることが含まれるものとする。

この法律で「登録商標」とは、商標登録を受けている商標をいう。

この法律において、商品に類似するものの範囲には役務が含まれることがあるものとし、役務に類似するものの範囲には商品が含まれることがあるものとする。

附表三：司法院智慧財產法律座談會

98年智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類 第 9 號

會議日期：民國 98 年 06 月 22 日

法律問題：某甲未經商標權人之同意或授權，竟將相同於告訴人之商標使用在其產品上，並加以販賣，且所販賣之產品，又與告訴人為同一之商品，則某甲所涉犯之商標法第 81 條第 1 款及第 82 條之罪，究應如何論處？

討論意見：

甲說：某甲製造生產後並加以販賣，核其所為，係犯商標法第 81 條第 1 款使用相同他人註冊商標之商標罪，其販賣該等相同商標商品之低度行為，應為使用相同商標之高度行為所吸收，不另論罪。

乙說：某甲於同一商品使用相同於告訴人商標，其行為之目的乃在於販賣前揭仿冒商標之商品，參以集合犯之概念，一般人從客觀事實情狀上，可認其為一致性之單一事實情狀，足以確認其製造、販賣上開仿冒商標商品之行為具有不可分割之單一性質，為社會概念上之單一行為，乃一行為同時觸犯商標法第 81 條第 1 款及第 82 條之罪，為想像競合犯，應從較重之商標法第 81 條第 1 款處斷。

初步研討結果：多數採甲說。

研討結果：

(一) 增列丙說：「依商標法第 6 條之規定，商標之使用，係指以行銷為目的，將商標用於商品、服務或有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標等情形。是同法第 81 條第 1 款所指之使用，應參酌上開第 6 條之規定，從寬解釋，包括生產製造並加以販賣之情形。而商標法第 82 條所指之犯罪行為人，依其文義及立法目的，係以明知為同法第 81 條商品者為前提，解釋上已限縮為觸犯同法第 81 條以外之人。題示之情形，某甲未經商標權人之同意或授權，將相同於告訴人之商標使用在其產品上，並加以販賣，應逕依商標法第 81 條第 1 款處斷，並無高低度之吸收關係或想像競合犯之問題。」。

(二) 多數採丙說（經付大會表決結果：實到人數 29 人，採甲說 9 票，採乙說 0 票，採丙說 19 票）。

提案機關：智慧財產法院

101年度智慧財產法律座談會刑事訴訟類相關議題提案及研討結果第2號

會議日期：民國 101 年 05 月 07 日

法律問題：某甲未經商標權人之同意或授權，竟將相同於告訴人之商標使用在其產品上，並加以販賣，且所販賣之產品，又與告訴人為同一之商品，則某甲所涉犯之商標法第81條第1款及第82條之罪，究應如何論處？

討論意見：

甲說：「依商標法第6條之規定，商標之使用，係指以行銷為目的，將商標用於商品、服務或有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標等情形。是同法第81條第1款所指之使用，應參酌上開第6條之規定，從寬解釋，包括生產製造並加以販賣之情形。而商標法第82條所指之犯罪行為人，依其文義及立法目的，係以明知為同法第81條商品者為前提，解釋上已限縮為觸犯同法第81條以外之人。題示之情形，某甲未經商標權人之同意或授權，將相同於告訴人之商標使用在其產品上，並加以販賣，應逕依商標法第81條第1款處斷，並無高低度之吸收關係或想像競合犯之問題。」（司法院 98年度智慧財產法律座談會第9號提案研討結果表決多數說）。

乙說：61年訂定之商標法第6條規定：「本法所稱商標之使用，指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言」。所謂行銷市面，係指向市場銷售作為商業交易之意，當含有將商品販賣於市場之意思，故所謂商標之使用，自包括販賣行為在內。72年修正商標法，第6條第1項修正為「本法所稱商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言」，將「行銷市面」修正為「行銷國內市場或外銷」，解釋上，商標之使用，仍應包括販賣行為在內。82年修正商標法，第6條第1項修正為「本法所稱商標之使用，係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布。」擴大原規定行銷於市面之販賣行為（散布），尚包括持有、陳列，至所稱商標之使用，仍含有販賣行為在內，乃解釋上之當然。91年5月29

日修正公布商標法，第 6 條第 1 項仍維持相同之內容。92 年 5 月 28 日修正，同年 11 月 28 日施行之商標法第 6 條再修正為「本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物，足以使相關消費者認識其為商標。」已將視為使用之原條文第 2 項規定，改列為商標使用之範圍，而將第 2 項刪除。可見 92 年 5 月 28 日修法前第 6 條規定「商標之使用」之概念，含有「持有、陳列或散布」文義，解釋上認包含有販賣之意思，修法後「商標之使用」之內涵已變更，商標法第 81 條之犯罪構成要件亦隨之變更。因此，現行商標法第 6 條之規定，解釋應僅係就商標之使用，主觀上必須有行銷之主觀目的加以定義，至商標使用為客觀行為，尚不得以該條規定作為「使用行為」涵括「販賣行為」之依據。倘為行銷之目的，將商標使用於商品後，另有販賣該商品之行為，即為法律上二個不同之行為，應分別構成商標法第 81 條第 1 款之未得商標權人同意，於同一商品使用相同之商標罪，及第 82 條明知為上揭商品而販賣罪（參照最高法院 97 年度台上字第 4925 號、94 年度台上第 651 號、93 年度台非字第 7 號等判決意旨）。所犯第 81 條第 1 款於同一商品使用相同之註冊商標罪，及第 82 條明知為上揭商品而販賣罪，應依高度行為吸收低度行為之法則，依商標法第 81 條第 1 款之規定論處（參照智慧財產法院 97 年度刑智上更（二）字第 15 號、100 年度刑智上更（一）字第 2 號、刑智上更（二）第 10 號、刑智上訴字第 65 號等判決意旨）。

初步研討結果：採乙說

大會研討結果：多數採乙說（經付大會表決結果：實到人數：34 人，採甲說 5 票，採乙說 24 票）。

提案機關：智慧財產法院