

陳○庭聲請書

為商標法第六十二條、第七十七條規定發生牴觸憲法第八條、第十五條之疑義，謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋憲法事：

壹、聲請解釋憲法之目的

本案臺灣高等法院臺南分院九十年度上易字第五二五號終局判決所適用之商標法第六十二條、第七十七條規定，不符法律明確性要求，而有牴觸憲法第八條、第十五條規定之情事，謹請鈞院予以宣告無效。

貳、疑義之性質與經過及涉及憲法條文

- 一、聲請人陳○庭係名家美興業有限公司（以下簡稱名家美公司）之負責人，名家美公司原名「名家美興業有限公司」（民國八十七年十月十七日設立），後經申請核准變更為「名家美精品有限公司」，該公司名稱之取得，皆係依合法程序申請（公司執照與營利事業登記證，參附件一），並經經濟部核准使用。該公司日後亦以「名家美」名號作為商品販售時之公司表彰。
- 二、惟，嗣後竟有名佳美股份有限公司（以下簡稱名佳美公司）認聲請人之「名家美」商業標章與其申請使用之「名佳美」服務標章（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，註冊號數：第○○一〇九八五七號，專用期間：自民國八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止，如附件二註冊證所示）為近似，因而提出告訴，並由臺灣臺南地方法院檢察署起訴（八十八年度偵字第一二八四八號，附件三）。
- 三、案經臺灣臺南地方法院一審（八十九年度易字第三八八號判決，附件四）判決有罪，處有期徒刑陸月；再經臺灣高等法院臺南分院二審（九十年度上易字第五二五號判決，附件五）

以聲請人觸犯商標法第七十七條、第六十二條第二款規定，駁回聲請人之上訴，本案至此確定。（本案為不得上訴三審案件）對此程序經過，合先說明。

四、本案確定判決所適用之商標法第六十二條規定：「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。」同法第七十七條則對於使用服務標章（如本案事實所涉者）亦同適用該處罰規定。相關法律規定係以不明確之「使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣」為主要客觀構成要件，該規定以如此不明確之要件為刑事處罰之依據，顯已違反「罪刑法定原則」及「構成要件明確性原則」等刑法基本原則（詳下述）；從而依此規定對人民為徒刑、拘役或罰金等刑事處罰，自屬違反憲法第八條、第十五條保障人民自由權、財產權之意旨。

參、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場及見解

一、「罪刑法定原則」為刑事法律合憲性要求之基本原則。依此原則，刑法所規定之犯罪與刑罰一包括構成要件與法律效果都必須明確；就構成要件而言，刑法對犯罪行為之法律構成要件規定應力求明確，避免使用可以彈性擴張或模擬兩可而不明確之概念或用詞。否則，如以不明確之構成要件作為刑事處罰之依據，則司法者適用該條款時即不免擅斷，而隨時有侵犯人民自由權、財產權之危險。另一方面，人民亦無從依刑法規定之要件瞭解法所欲禁止之行為為何？更無從依法律規定為日常社會生活。

二、商標登記與專用制度，本質係國家為了維持交易秩序所設的行政管制行為，人民對於該等登記、專用等規定的違反，除非已確定對於其他刑法上所保護的法益造成侵害，否則應只是一個「行政不法」行為。若法律規定要以刑罰作為某一違反行政法義務行為的制裁手段，則就必須以更嚴謹的規範要件為之：「立法者固得衡酌『事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果』等因素，而選擇以刑罰方式制裁一項違反行政法上義務之行為；但是此項衡量決定無疑仍必須通過比例原則的檢證，才能夠滿足國家動用刑罰這種『最後手段』(ultimaratio)的正當性要求。而為了擔保國家刑罰權的正當行使，『行政附屬刑罰』乃至特別刑法的規範設計無疑亦必須服膺於法治國家刑法的基本原則，以明確、嚴謹的構成要件規範來限定刑罰效果的適用範圍。」(司法院蘇俊雄大法官，釋字第五一七號解釋部分不同意見書)

三、「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」為鈞院釋字第五二一號解釋理由書所闡示。並且，「專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒為何，方符法律明確性原則。對於懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立

法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」雖為鈞院釋字第四三二號解釋針對法律規定對專門職業人員懲戒處分構成要件之明確性要求，但其中所揭示：「…必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反…」之法律明確性要求，對於國家干預人民權利更深之刑事法律構成要件中，應亦同有適用--甚至應有更嚴格的要求。

四、商標法第六十二條規定之構成要件主要在於行為人使用之商標圖樣與他人註冊之商標「相同或近似」，除此極為不確定之要件外，別無其他限制處罰範圍之客觀犯罪構成要件。而此種規範方式即造成人民根本無從預見其使用商標的行為是否違反本條規定義務（即不得使用與他人已註冊商標相同或相似之商標），說明如下：

(一)就實務運作來說：一則，行為人很難自行判定所使用之商標是否與他人已註冊商標「相似」，蓋因所謂「相似」，有時指讀音相似、有時指字形相似、有時則是圖案顏色等相似，幾無客觀可操作之標準，一般人根本無從確認兩標章間是否為「相似」；二則，已註冊之各種商標、服務標章何其多？一般行為人在申請、使用標章時，根本不可能查知自己使用的商標是否與其他成千上萬的商標皆不「相似」！

(二)為解決一般人民無法辨別所欲使用之商標是否與他人已註冊之商標相同、相似，商標法規定有申請註冊新商標之各種事前、事後審查要件與程序。例如：同法第二條

即開宗明義地規定，需依本法申請註冊後，方得專用該商標；同法第三十一條、第四十一條規定有商標註冊前、後，若自行變換商標圖樣致與他人之商標構成近似者，主管機關得撤銷、不准商標專用權；第三十六條規定，二人以上分別以相同、相似商標申請註冊時，僅能有一人得註冊；第三十七條第十二款規定有與他人已註冊商標或標章相同或相似者，不得申請註冊；第四十一條則規定有主管機關對於申請註冊之商標經審查為合法後，尚須公告三個月，若無人異議，始得予註冊。由上種種規定可知，商標制度原即將註冊商標是否有與他人已註冊商標相同或相似之審查責任課予行政主管機關，行政機關必須藉由嚴密的行政程序，方可能確認某一申請專用之商標是否與他商標「相同或相似」。

(三)惟，就商標法第二條規定亦可反面推知，申請商標註冊僅是使申請人取得排他性使用之「專用權」而已；即便未申請商標註冊，人民仍可自由使用其所欲表彰其商品或服務之「圖、文」等標誌—法律並未課予人民使用任何文字、符號、顏色等標章前都必須先自行審查是否相同或相似之義務，更毋論，一般人根本不可能預見其所使用的標章與某一已登記註冊之標章是否相同或相似。以本案聲請人之行為為例，其乃以公司名稱「名家美」做為商品服務之對外表彰，至於該標章之使用，是否有侵害他人已註冊之商標，並不是行為人於行為時就能預見的。專業的行政主管機關，尚必須經過各種審查、公告程序方能確定兩個標章是否「相似或相同」，一般人民又如何能判斷其原本得自由使用之標章竟與某一註冊標章相同！（就此，聲請人亦曾以存證信函回覆告訴人名佳

美公司，表明若主管機關確認為相似商標，聲請人自當停止使用，參附件六)

(四)再以公平交易法規定為對照，對於違反同法第二十條第一項規定行為（事業使用類似之包裝外觀等，致使他人混淆），同法新修正之第三十五條規定同樣以刑罰處罰，但新增有「…經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者」作為限制構成要件，其立法意旨即在避免對於一需專業認定的違規行為（使用令人混淆之相似、相同包裝與商標等），在行政主管機關未為認定前，即對違反規定（卻不可期待有專業判斷能力）之行為人遽以刑事處罰。

五、綜上，人民根本無法依商標法第六十二條、第七十七條規定預見其行為（使用商標），是否違反法律規定義務（不得使用與他人已註冊商標相同或相似之商標），則此種刑事構成要件規定顯已不符法律明確性要求。以如此不明確構成要件之違反即作為對人民課予刑事處罰依據，對人民之自由權及財產權顯為不當之侵害，自有違憲法第八條、第十五條保障人民權利之意旨。謹請 鈞院予以宣告無效。

肆、關係文件名稱及件數

附件一：名家美公司執照與營利事業登記證影本各乙份。

附件二：「名佳美」服務標章註冊證影本乙份。

附件三：臺灣臺南地方法院檢察署八十八年度偵字第一二八四八號起訴書影本乙份。

附件四：臺灣臺南地方法院八十九年度易字第三八八號判決影本乙份。

附件五：臺灣高等法院臺南分院九十年度上易字第五二五號判決
影本乙份。

附件六：存證信函影本乙份。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

具 狀 人 陳 ○ 庭

中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 十 五 日

(附件五)

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

九十年度上易字第五二五號

上 訴 人

即 被 告 陳 ○ 庭 住 (略)

選任辯護人 鄭 慶 海 律師

邱 玲 子 律師

右列上訴人因違反商標法案件，不服臺灣臺南地方法院八十九年度易字第三八八號中華民國九十年二月二十七日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署八十八年度偵字第一二八四八號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、陳○庭係名家美興業有限公司（以下簡稱名家美興業公司）之負責人，取得之商標圖樣為如附件一所示之商標（註冊號數：第○○○一二一六七二號，專用期間：自民國八十九年三月十六日起至九十九年三月十五日止），明知附件五之「名佳美」商標，係名佳美股份有限公司（以下簡稱名佳美公司）業已向經濟部中央標準局申請註冊，取得「名佳美」之服務標章專用權在案，並指定使

用於超級市場、百貨公司等營業種類之服務標章（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，並於民國八十七年一月十三日提出申請，註冊號數：第〇〇一〇九八五七號，專用期間：自民國八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止），詎陳○庭未經商標權人之許可或同意，竟意圖欺騙他人並基於概括之犯意，連續自八十八年五月起在台南市金華路二段二一二號營業所，於同類營業之招牌、貴賓卡、廣告型錄上使用近似於「名佳美」服務標章之「名家美」名稱（詳如附件二、三、四所示），誤導消費者以為在上址之營業活動係由名佳美公司所提供之服務，且經名佳美公司去函通知停止使用後，仍繼續使用中。

二、案經名佳美公司訴請臺灣臺南地方法院檢察署檢察官偵查起訴。
理 由

一、訊據上訴人即被告陳○庭矢口否認有違反商標法犯行，辯稱：伊於八十七年十月三日以名家利企業有限公司聲請設立登記，惟因與他公司之名稱相近，始於同年月十七日改用名家美興業公司之名稱，嗣於八十八年四月十三日復變更登記公司名稱為名家美精品公司，且伊所經營之名家美精品公司係加入台南市日用雜貨公會。又告訴人取得「名佳美」服務標章之專用權，係自八十八年六月一日起，故其被告取得之公司名稱（含變更部分）及營利事業登記在先，伊為係善意使用，應不受服務標章專用權效力拘束，再被告以「名家美」或「名家美精品」發貴賓卡、型錄僅係招攬之商業行為，並無假冒之意思云云。

二、前揭事實，業據告訴人名佳美公司指訴歷歷，被告亦不否認使用附件二、三、四所示於其招牌、貴賓卡、廣告型錄等事。而告訴人名佳美公司取得附件五附示「名佳美」商標，係於八十七年一月十三日即申請註冊取得使用（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，並於八十七年一月十三日提出申請，註冊號數：

第〇〇一〇九八五七號，專用期間：自八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止)，被告名家美興業公司取得如附件一所示之服務標章（註冊號數：第〇〇一二一六七二號，專用期間：自民國八十九年三月十六日起至九十九年三月十五日止），均有中華民國服務標章註冊證影本、商標公報影本在卷可稽。經本院函示經濟部智慧財產局認「二者在外觀、觀念上，予人印象迥然不同，並無產生混淆誤認之虞，應非屬近似之標章」，有經濟部智慧財產局九十年五月二十四日智商〇九八〇字第九〇〇〇四四〇二八號函可稽。而被告使用附件二、三、四所示於其招牌、貴賓卡、廣告型錄，核與告訴人之附件五所示「名佳美」商標，經經濟部智慧財產局認「本件附件二、三及附件四，除註冊第一二一六七二號服務標章圖樣外，並有『名家美精品批發』、『名家美精品金華店』等文字之標示，其中『精品批發』、『精品金華店』係為一般說明性文字，『名家美』為其辨識來源之主要部分，若作為標章圖樣申請註冊，易與註冊第一〇九八五七號服務標章圖樣之中文『名佳美』讀音相混同，施以普通所用之注意，難謂無產生混同誤認之虞，依本局行政審查觀點，應屬近似之標章。」有上開經濟部智慧財產局九十年五月二十四日智商〇九八〇字第九〇〇〇四四〇二八號函可稽。又告訴人名佳美公司於八十三年元月一日即在被告目前經營之「名家美」地址（即台南市金華路二段二一二號），向被告兄長租屋經營「名佳美」，迄於八十七年十二月三十一日間始遷移他處繼續營業，被告嗣後乃於告訴人公司設立之原址經營「名家美」商號等情，亦有告訴人所提房屋租賃契約及照片一幀附卷可參，證以「名佳美」之標章業為華力柔實業股份有限公司在台南地區使用於百貨、超級市場業多年，且信用良好、商譽卓著，所提供之上開營業服務，廣為消費者所信賴，均指定使用於同類之營業，且告訴人於被告公司開幕前，曾以存證信函告知，

有存證信函附卷足憑，被告自難推稱不知情，而按服務標章在外觀、觀念或讀音方面有一近似者，即為近似之服務標章。被告於其招牌、廣告型錄、貴賓卡印製有「名家美」字樣，詳如附件二、三及四所示，亦經原審當庭勘驗屬實，並有廣告型錄三張及貴賓卡一只在卷足參，將被告所使用之「名家美」服務標章，與前開告訴人註冊第○○一〇九八五七號服務標章之部分「名佳美」，異時異地隔離觀察，其讀音完全相同，且前後二字更無差別，確有使人發生混同誤認之虞，應屬近似之服務標章。況被告係於告訴人公司原設立地址經營之「名家美」，僅此一家並無分店，告訴人經營之「名佳美」，則有多間分店，為被告與告訴人供承無訛，並有廣告型錄附卷足憑，被告卻於「名家美」廣告型錄上註記「台南金華店」，足以使人相信該「名家美」為告訴人「名佳美」之分店，其欺騙他人之主觀犯意，更屬明顯。被告雖辯稱：伊使用該商標係善意使用等語，按商標法第二十三條第二項規定「申請商標註冊前」之善意使用應只「申請註冊日」之前，而非指「註冊日」之前，有經濟部中央標準局八十七年六月十六日台商九八〇字第二〇九四〇號函在卷足參，而告訴人早於八十七年一月三日向智慧財產局申請「名佳美」之服務標章，有商標公報在卷可參，核與被告所辯：申請設立登記日期八十七年十月三日，時間提早約為十月，尚與善意使用無涉。末查公司名稱之申請核可僅係一般之行政程序，倘被告明知為他人之商標而執意使用，尚難據為主張阻卻不法意圖之手段，故經濟部及市政府是否核准被告以「名家美」商號之名稱使用及營利事業登記，與該商號之看板是否侵害他人服務標章一事無涉，自不得以被告業經前開登記，即認無侵害告訴人之服務標章。綜上所述，被告所辯不足採信，本件事證明確，被告犯行堪以認定。

三、核被告意圖欺騙他人，於有關同一商品之廣告，附加近似於他人註冊服務標章而陳列、散布，依商標法第七十七條所定關於服務標章依其性質準用該法有關商標之規定結果，應依該法第六十二條第二款處斷。其先後多次犯行，時間緊接，所犯構成要件亦復相同，顯係基於概括之犯意反覆為之，應依連續犯之規定，論以一罪，並加重其刑。又前開廣告型錄及貴賓卡，並非用以販售之商品，其於廣告型錄及貴賓卡上使用近似於告訴人前開服務標章之字樣，僅係用以廣告而散布，公訴人認被告上開行為，係犯同法第六十二條第一款之罪，尚有未洽，應予變更。

四、原審審酌被告無視他人投注智慧、心力經營所得之成果而加以剽竊及其犯罪之動機、目的、手段、所生危害及犯罪後態度及現已申請暫停歇業等一切情狀，適用刑事訴訟法第三百條、商標法第七十七條、第六十二條第二款、刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條第一項前段、第七十四條第一款、罰金罰鍰提高標準條例第二條，量處有期徒刑六月，並諭知如易科罰金以三百元折算一日之標準，以資懲儆。復以被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣臺南地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表在卷可憑，經此教訓後，應知所警惕，信無再犯之虞，因認其所受宣告之刑，以暫不執行為適當，爰併予諭知緩刑肆年，以勵自新。本院經核原判決認事用法，均無不合，量刑亦屬妥適。被告上訴意旨，否認犯罪，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。

本案經檢察官林炎昇到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 年 七 月 二 十 五 日

(本件聲請書其餘附件略)