

## 釋字第 594 號解釋協同意見書

徐璧湖大法官 提出

本案係審查中華民國（以下除標明公元者外，均同）八十二年十二月二十二日修正公布之商標法（以下除標明修正日期者外，均同）第七十七條準用第六十二條第二款之刑罰規定，是否因違反罪刑法定原則及法律明確性原則，而侵害人民之身體自由與財產權。本院通過之本號解釋，認上開商標法所為規範之目的正當，且未逾越必要範圍，並未牴觸憲法第二十三條規定，亦未違反罪刑法定原則及法律明確性原則，與憲法第八條及第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背，本席敬表贊同，然就獲致該結論之理由，認尚有補充說明之處，爰提出協同意見書如下：

### 壹、商標應予保護之憲法上理由

#### 一、商標之功能

現代經濟社會中，商標（註一）除具有識別商品及表彰商品來源之傳統功能外，更具有表彰商品之品質及作為商品廣告之功能。茲分述商標之功能如下：

##### （一）識別功能（Identification Function）

商標可識別自己之商品，以與他人之商品相區別，亦即表示商品同一性之功能，此為商標之基本功能。商品若無商標以資識別，消費者將無從辨識商品之良窳，無法選擇自己喜好而欲購買之商品，則營業者將不重視其商品之優劣，因而商品品質之競爭將無由存在。故營業者在商品附上商標，猶如吾人在文件上簽名蓋章，以資識別，為商業競爭上重要不可或缺之利器。

##### （二）來源功能（Source Function）

商標可表彰商品之來源，此亦為商標之基本功能。就商標之發展觀之，早期商標僅表彰商品之物質來源（physical source），即僅能表彰由商標權人所營業商品，此稱之為「嚴格來源理論」（strict source theory）。基此理論，授權使用商標，因係被授權者使用其經授權之商標營業商品，而非直接由該商標權人自行營業，自不得為之。嗣因工商科技發達，營業方法隨之開拓，現代市場中商品目繁多，交易過程複雜，消費者未必知悉商品營業者之姓名或名稱、所在，商標表彰商品來源之觀念逐漸從寬，改採「不具名來源準則」（anonymous source rule），蓋購買人不知或不介意商品之經營者之姓名或名稱，而認為凡使用同一商標之商品，即係表彰出自同一來源，但毋庸知悉其精確來源，是無須知悉商標權人之姓名或名稱、所在等。基此，商標乃得授權他人使用。

### (三)品質功能（Quality Function）

商標可表彰其所附之商品具有程度一致之品質，此功能係於二十世紀三十年代始自前述來源理論衍生擴展而來，認為商標不僅表彰商品之產銷來源，並為表彰商品品質標準之來源（註二）。商標表彰商品品質之功能，非謂商標表彰其商品具有高水準之品質，而係附有同一商標之商品具有相同品質，不論其品質係屬優、劣或中等，亦不論其物質來源。消費大眾因商標而認知及信賴附有商標之商品品質，商品之營業者因而產生累積公眾信賴之效果，經由商標之品質功能而建立營業者之營業信譽及顧客吸引力之重要效益。

### (四)廣告功能（Advertising Function）

商標旨在使目睹或使用該商標商品者於腦中刻認其商品之特點及營業者之營業信譽印象，進而利用此印象產生再購用之意願，並將之轉告其他需要該商品之人，故其本身即為一種廣告。此係隨著市場之擴張，複雜銷售制度之演進，及大規模廣告之發展，新增加之商標廣告功能。因對已用過商品之人，會透過商標，對商品及營業信譽留下印象，對未用過商品之人，賴商標以灌輸印象，引發其購買商品之慾望，故商標具有廣告宣傳商品之作用。

蓋人非機器，選購商品非全憑理性為之，常受感情心緒之影響，商標為其商標權人與消費者直接接觸之媒介，可激發或加強消費者對商品之購買慾，為促銷商品及創造營業信譽之利器，故有謂商標為商標權人之無言推銷員（silent salesman），誘人標誌指引（attractive sign manual）。際此大量生產、大量銷售、大量傳播之工商業高度發展社會，商標之廣告功能愈形重要。

## 二、商標權為財產權

商標權為依商標法註冊而創設之一種無體財產權（註三），係具有排他性之專用權，屬支配權之一。其積極權能，為商標權人於法令許可之範圍內，得自由使用、收益、處分其商標權；其消極權能，為商標權人得禁止他人不當使用其商標，其商標權受侵害時，有侵害排除請求權及侵害防止請求權（註四）。商標權係商標權人營業上之重要資產，自屬憲法第十五條規定所保障之財產權。

## 三、小結

在太初社會一切自給自足，並無商品交易行為，自不須使用商標，迨社會進步，工商發達，交易頻繁，商標因應而

生，成為商場競爭之重要武器，已蔚為推銷商品之捷徑，其運用愈形重要，乃經法律保護而成為商標權人之無體財產權。又商標策略攸關國家重大公益，其運用是否適當，常能決定企業經營之成敗，商標制度是否完善，更與一國經濟之榮枯有密切關係，現幾為世界各國所共認（註五）。故依憲法保障財產權及公共利益之意旨，自應予以保護。

## 貳、系爭法律以刑罰制裁作為保護商標之方法，並未牴觸憲法第二十三條規定之比較法及立法沿革上理由

商標最主要之功能在於識別商品來源，此識別功能的發揮，是維護現代自由競爭市場正場運作不可或缺之機制。惟少數不良之營業者不顧商業道德，抱持投機取巧、坐享其成之心態，在急功近利之驅策下，其商品或有關之物件使用或附加仿冒他人之商標，以偽亂真，藉提高其商品之銷售量，賺取快速釀積之厚利。其不僅剽竊商標權人在商標上所耗費之資金與心血，斲喪商標激勵商標權人投資以維持、改良其商品品質及促進其商標優良形象等必要措施之功能；且消費者因混淆誤認而購買仿冒商標商品，致不能購得所欲購買之商品，侵蝕其對被仿冒商標之信賴，更因購得劣質之仿冒商標商品而遭受損失；破壞市場公平競爭秩序，導致經濟成長遲滯，阻礙工商企業之正常發展。因此多數國家對於故意或詐欺之侵害商標行為，均施以刑罰制裁（註六）。

### 一、以刑罰制裁作為保護商標方法之比較法例

#### 1、與貿易有關之智慧財產權協定

公元一九九四年四月十五日簽訂，於翌年一月一日生效之「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱TRIPS），為現行國際上保護與貿易有關之智慧財產權最

完整之多邊協定，其第六十一條規定：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具予以扣押、沒收或銷毀。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。」

## 2、美國、日本、英國、德國立法例

### (1)美國立法例

美國公元一九八四年商標仿冒法（Trademark Counterfeiting Act of 1984），即美國法典第十八編 § 2320 (a) (18 U.S.C. § 2320 (a)) 規定：「任何人故意或意圖交易商品或服務，且明知而使用仿冒標章於該商品或服務上或與其相關者，若係個人，處二百萬美元以下罰金或科或併科十年以下有期徒刑；若非屬個人，處五百萬美元以下罰金。累犯本條之罪者，個人處五百萬美元以下罰金或科或併科二十年以下有期徒刑；若非屬個人，處一千五百萬美元以下罰金。」(註七)。又同條(e)(2)規定：「本條所稱交易，係指有對價為運輸、移轉或其他處置與他人，或意圖前述運輸、移轉或處置而所有或持有。」

### (2)日本立法例

日本商標法第七十八條規定：「侵害商標權或專用權者，處五年以下有期徒刑或科五百萬日圓以下之罰金。」

### (3)英國立法例

英國公元一九九四年商標法第九十二條規定：「

(1)意圖為自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而為下列行為者應構成犯罪：

(a)使用相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之標識於商品或其包裝上，或

(b)出售、出租於商品或其包裝上使用此種標識之貨物或提供為出售、出租，或為出售、出租而陳列，或為之經銷者，或

(c)意圖為自己或第三人進行前述(b)款之犯罪，而其於商業上持有、保管或控制此種商品。

(2)意圖為自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而為下列行為者應構成犯罪：

(a)使用相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之標識於材料上而意圖使用：

(i)作為標示或包裝商品之用，

(ii)作為商品有關之商業文書，或

(iii)為促銷商品，或

(b)在商業行為中使用標有此種標識之材料用以標示或包裝商品或使用作與商品有關之商業文書或為促銷商品之用，或

(c)意圖為自己或第三人進行前述(b)款之犯罪，而由其於商業行為上持有、保管、控制標有此種標識之材料。

(3)意圖為自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而為下列行為者應構成犯罪：

(a)製造特別設計或採用之物件以製造相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之複製品，或

(b)於商業交易中持有保管或控制此種物件，而知情或可得而知該物件係被用作或將用以製造商品，或為標示或包裝商品之材料，或作為與商品有關之商業文書，或作為促銷商品之用。

(4)一人之行為不構成屬於本條之犯罪，除非：

(a)該商品係屬商標註冊時指定使用之有關之商品，或

(b)該商標於英國有相當之商譽，而使用該標識之結果會導致或可能導致不正之利益或造成或將造成對商標之區辨性或商譽產生不利之結果。

(5)當一人被控訴觸犯違反本條之罪時，得以證明其依合理之事由相信其以其使用或將使用標識之方式不會構成註冊商標之侵害作為答辯之理由。

(6)一人如依本條之規定被定罪應被：

(a)以簡易判決判處六個月以下之有期徒刑或得科或併科法定最高額之罰金。

(b)定罪於所被起訴十年以下之有期徒刑或科或併科罰金。」

(4)德國立法例

德國商標及其他標示之保護法(商標法)第一四三條規定：

「(1)於交易過程中，違法為下列行為者，處三年以下有期徒刑或罰金：

1.使用標示而違反第十四條第二項第一款或第二款者；

2.意圖獲取不正利益或損害商標之特殊性質或聲譽而違法使用標示，違反第十四條第二項者；

3.黏貼標示違反第十四條第四項第一款或就組合物或包裝或標識方式為不法要約、進入市場、貯存、進口或出口，違反第十四條第四項第二款或第三款者，而於第三人依下列規定禁止使用標示之情形：

(a)第十四條第二項第一款或第二款；或

(b)第十四條第二項第三款，且其行為之意圖係獲取不正利益或損害具聲譽之商標之特殊性質或聲譽者；

4.使用設計或標示違反第十五條第二項者；或

5.使用標示其意圖係獲致不正利益或損害具聲譽之商業設計之特殊性質或聲譽者，違反第十五條第三項者。

(2)行為人之行為係以商業為目的者，處五年以下有期徒刑或罰金。

(3)其企圖有可罰性。

(4)第一項之罪須告訴乃論。但檢察官得基於公益依職權而介入。

(5)與犯罪有關之物得沒收之。刑法典（STGB）第七十四條 a 應適用之。依刑事程序法關於對被害當事人



補償之規定（刑事程序法第四百〇六條至第四百〇六條c）而准為第十八條銷毀之請求者，關於沒收之規定不適用之。

(6)刑罰經判定者，如經被害當事人之請求並陳明其法律上利益者，法院應命將處罰公告。公告之方式，於判決中記載之。」

## 二、有關係爭法律之立法沿革

我國十七年三月十日制定公布之刑法第二百六十八條規定：「意圖欺騙他人而偽造已註冊或未註冊之商標、商號者，處二年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」嗣於二十四年一月一日修正公布之同法第二百五十三條規定：「意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標、商號者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。」迄未修改。惟六十一年七月四日修正公布之商標法第六十二條增訂：「有左列情事之一者，為侵害他人之商標專用權，依刑法第二百五十三條之規定處罰之：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」，增加侵害商標權之特別刑罰規定。又因前述刑罰偏低，少數不良之營業者仿冒他人商標銷售商品，在我國國際商譽上形成嚴重污染，腐蝕我國多年殷實辛勤耕耘之經濟成果，成為我國與外國國際貿易談判之重要項目，影響國際視聽，損害國家形象，前開法律規定，難收嚇阻之效，乃於七十二年一月二十六日修正公布之商標法第六十二條規定：「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。」(註八)。本條之修正，主要為履行公元一九七八年中美貿易事務協定中，我國同意對仿冒商標者加重科處刑罰之承諾(註九)。嗣行政院於八十一年六月二十五日函請立法院審議之商標法修正草案第六十二條，為加強保護商標權，並配合物價指數之變動，參照著作權法規定，提高罰金額度，並將貨幣單位修正為新台幣，乃提高罰金為新台幣三十萬元，其餘刑度維持不變；復為配合修正條文第二十一條第二項規定，將「同類商品」修正為「類似商品」。惟經立法院經濟、司法兩委員會聯席審查會，以商標法為經濟法規，應以意圖營利為處罰要件，並將刑度及罰金減為三年及二十萬元，是八十二年十二月二十二日修正公布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、拘役或科或併科新台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。」(註十)。

### 三、小結

系爭法律以刑法制裁作為保護商標之方法，自比較法例及有關係爭法律立法沿革上觀察，其罪刑皆屬相當，尚未逾越必要之範圍，與憲法第二十三條規定自無抵觸。

**參、系爭法律以附加相同或近似於他人註冊商標圖樣或服務標章，為犯罪構成要件之一，並未違反法律明確性原則**

## 一、相同商標

相同商標，謂二商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，相同而言（註十一）。至於商標形象大小、文字正草、字體大小等各體及其排列方法，表示方法例如水印、烙印、浮印等，是否相同均無礙其為相同之商標。

## 二、近似商標

商標近似，是判斷有無混淆誤認之虞時之重要參酌因素。商標近似之判斷，隨社會交易型態、觀念之變遷而更易，且個案之具體事實千差萬別，故無互古不變之原則。茲僅概略說明判斷近似商標最重要之三原則，以供參考（註十二）。

### 1、一般購買人施以通常注意之原則

商標近似之判斷，應以合理謹慎之商品購買人（reasonably prudent purchasers），即具有通常知識經驗之一般購買人，施以通常所用之注意為準。因漠視或忽略商品商標之購買人，其對商標所施之注意力較諸一般購買人通常所用者為低，辨識商標異同之能力甚為薄弱，商標稍有近似即易混淆誤認，乃係自己之疏失致受損害，自不受法律保護；又特別之專家、具特別嗜好之鑑賞家、或非常謹慎或知識經驗異常豐富之購買人，因具有特殊專長、興趣、個性或經歷，注意力較高，對商標異同之辨識力特強，不易因商標之近似而生混淆誤認，一般購買人難望其項背；以上兩類極端之人均屬社會中之少數，自不宜以彼等之知識經驗及注意為判斷之標準。蓋商標法之目的非為保護少數之特別專家或粗心大意之購買人，而以絕大多數之一般購買人為其保護對象。又所謂通常所用之注意，係別於特別所用之注意而言，因吾人對於任何事物，如加以特

別之注意時，必然會減少混淆誤認之機會，惟此非交易常情。

由於人之知識經驗各不相同，而購買人之範圍因商品之種類而有不同，其購買商品時對於商標之注意程度，亦因商品種類而有別，故判斷商標近似，應以該種商品之通常供應對象，於購買時通常所施之注意為準，因而商標近似之判斷，即有寬嚴之殊。茲依商品通常購買人之不同，分三類述之：

#### (1) 普通購買人 (Ordinary Buyers)

商品通常銷售之對象為普通購買人者，自以具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通之注意為準。普通購買人於購買時，通常欠缺細心分析商標之注意力，僅以平常所聞所見商標之不明確印象，作為選擇之基礎。故判斷商標是否近似，應依普通購買人於購買不同性質之商品，分別施以普通之注意為準。

#### (2) 專業購買人 (Professional Buyers)

商品銷售之對象，僅為商務購買人如批發商、零售商、營造商等，或專家如醫師、藥劑師、建築師、工程師等，因彼等具有豐富之知識經驗及專業技術，對商品深入瞭解，商標之區別縱較不明顯，亦不致發生混淆誤認情形，其商標構成近似所需之近似程度應較為高。

#### (3) 普通購買人及專業購買人

商品通常既銷售與批發商、零售商等商務購買人或專家，亦直接或輾轉銷售與普通購買人者，例如一

般日常用品、藥品等，為兼顧彼等利益，應以最低層級之通常商品購買人之注意為準，即應以具有普通知識經驗之商品購買人，施以普通所用之注意為準（註十三）。

## 2、整體觀察與主要部分觀察

整體觀察又稱通體觀察，係就二商標之全部為整體觀察，有引起混淆誤認之虞者為近似。主要部分觀察又稱要部觀察，係就二商標之主要部分，亦即最惹人注意，有重要價值，且具識別商品的功能之部分，予以觀察比較，凡有足以引起混淆誤認之虞者，即為近似。實者，一般購買人購買商品時，並未仔細觀察商標之各組成部分，亦未分辨主要部分與附屬部分，僅觀看其整體，獲有大體的不明確印象，且二商標就整體觀察，有發生混淆誤認之虞者，即為近似，縱其主要部分非近似，而附屬部分近似，通體觀察足發生混淆誤認之虞者，亦然。故無先行強分主要部分之必要，且區別商標之主要部分與附屬部分亦不無困難，有時甚無從予以區分。又對商標主要部分之印象亦會影響該商標之整體印象，是宜以整體觀察為原則。

## 3、隔離觀察原則

隔離觀察，係將二商標在時間上異時，在空間上異地，分別觀察之。而對比觀察，則係將二商標並置一處，同時相互對照比較觀察。二商標細加對照比較，其相異之處自較隔離觀察容易察覺。惟一般購買人係憑對商標模糊之大體印象，在不同的時間或地點，為重複選購之行為，而非將商標以併列比對的方式選購商品，故細微部分之差異，在一般購買人之印象中難以發揮區辨的功能。判斷商標是

否近似時，應以異時異地隔離觀察為準，且須設想一般實際購買行為之態樣。

### 三、小結

使用他人註冊之相同商標，當然發生混淆誤認情形，其判斷並無困難。至近似商標雖屬不確定法律概念，惟商標是否近似，係以具有通常知識經驗之一般購買人，於購買時施以通常之注意，有無混淆誤認之虞為斷，已如前述。自為系爭法律之一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷，其範圍應屬可得確定，是未違反罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國家原則對法律明確性之要求。

註一：依八十二年修正商標法，商標為表彰自己之商品，以與他人之商品相區別之識別標章（同法第二條、第五條）；服務標章係表彰自己所提供之服務，以與他人所提供之服務相區別之識別標章（同法第七十二條第一項、第七十七條、第五條）。因商標與服務標章之構成及法律效果雷同，故除予特別標明者外，本協同意見書所稱商標乃兼括服務標章，所稱商品亦兼含服務而言。又九十二年五月二十八日修正公布之商標法第二條規定：「凡因表彰自己之商品或服務，欲取得商標權者，應依本法申請註冊。」其所稱之商標，已包括修正前商標法所規定之商標及服務標章。

註二：參見 1 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION 3-19 (1999) .

註三：參見八十二年修正商標法第二十一條、第二十四條，九十二年修正商標法第二十七條、第二十九條。

註四：參見八十二年修正商標法第六十一條、九十二年修正商標法第六十一條。

- 註五：參見 MCCARTHY，前揭註 2 引書，頁 2-9~2-11。
- 註六：參見陳文吟，商標法論，94 年，頁 149。
- 註七：本項規定於公元一九九四年之暴力犯罪防治及執行法（Violent Crime Control and Law Enforcement Act）時，併同修正提高刑度。Pub. L. 103-322, 108 Stat. 1796（1994）。
- 註八：參見立法院公報第 72 卷第 4 期第 1593 號，七十二年一月十二日，頁 17、32、33、35-37。
- 註九：參見馮震宇撰，中美防止仿冒商標談判及其影響，76 年，頁 29-31、37、38；張瑜鳳著，仿冒行為之案例研究，84 年，頁 133。
- 註十：參見法律案專輯，第一百六十八輯《商標法案》，立法院秘書處編印，83 年，頁 1、54、193-204、283、284。
- 註十一：本案聲請人行為時有效施行之八十六年五月七日修正公布之商標法第五條第一項規定：「商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，應足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。」
- 註十二：參見徐璧湖著，仿冒商標問題之研究，74 年，頁 116-124。
- 註十三：參見 3J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND Unfair Competition 23-195（1999）。