

正本

檔號：  
保存年限：

中華民國專利師公會	
收文日期	105年4月12日
收文字號	105專師收字第045號

經濟部智慧財產局 函

地址：臺北市辛亥路2段185號3樓  
承辦人：孫重銘  
電話：02-23767601  
傳真：02-27359095  
電子信箱：scmi20438@tip.gov.tw

106 掛號

臺北市大安區復興南路一段390號11樓

受文者：中華民國專利師公會

發文日期：中華民國105年04月08日

發文字號：智商字第10515000790號



\*10515000790011\*

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如主旨

主旨：檢送105年3月30日「商標法部分條文修正草案公聽會」會議紀錄1份，請查照。

正本：司法院、法務部、經濟部法規會、財政部關務署、馮震宇教授、李素華教授、沈宗倫教授、邵瓊慧律師、張哲倫律師、鍾文岳律師、中華民國專利師公會、亞洲代理人協會台灣總會、中華民國律師公會全國聯合會、台北律師公會、日本交流協會、台北市日本工商會智財委員會、歐洲在台商務協會、歐洲經貿辦事處、美國在台協會、台北市美國商會

副本：

局長 王美花 公出

副局長 洪淑敏 代行

## 「商標法部分條文修正草案公聽會」會議紀錄

壹、時間:105年03月30日(星期三)上午9時30分

貳、開會地點:本局19樓簡報室

參、主席:王美花局長

記錄:孫重銘

肆、出席人員:詳如簽到單

伍、主席致詞:

因應我國加入「跨太平洋夥伴協定(TPP)」,依TPP協定第18.74條、第18.77.3條等規定,擬具商標法第68條、第70條、第95條至第97條及第111條部分條文修正草案;並配合「中華民國刑法」暨「中華民國刑法施行法」修正「沒收」之相關規定,將於本(105)年7月1日生效,擬具商標法第98條修正草案,共二個議題(詳公聽會議題資料),請大家集思廣益,踴躍發言,提供商標法修正草案條文的修正建議。

陸、討論事項:

議題一、商標法第六十八條、第七十條、第九十五條至第九十七條及第一百一十一條等部分條文之修正

宋文宏檢察官:

一、第68條第2項仿冒標籤的民事侵權責任規定;「以供自己或他人用於商品或服務」與第1項的「為行銷目的」是否相同意思?如果同是作為限縮構成要件的規定,為何用語不同?另外,若第2項的法律效果與第1項相同,都是侵權行為,體例上併入第1項第4款就可以了。另刑事責任部分;第95條第1項是現行規定,其規定「為

行銷目的」如果是為了作為故意主觀意圖要件的限制，在刑法體例上的用語應為「意圖供行銷之用」，以作為構成特別要件，才會發生限制要件的效果。至於體例上是否新增第 2 項規定，或可以獨立成為 1 個條文？且新增第 2 項規定「以供自己或他人用於商品或服務」與第 1 項的「為行銷目的」用語不同，用意為何，請一併釐清。

- 二、修正條文第 2 項末段「透過電子媒體或網路方式為之」，不確定是哪種行為？前段未限制構成要件的行為種類，為何於後段明定限制「以電子媒體或網路方式為之」理由為何？又前段製造、輸出或輸入行為是否可能透過電子媒體或網路方式為之，請釐清。
- 三、第 96 條及第 97 條與第 95 條體例一樣，也都有剛剛提到的疑慮。最後第 111 條增訂之第 2 項與第 1 項，施行日都是由行政院定之，並無不同，似無須增訂第 2 項規定。除非第 2 項之施行方式與第 1 項不同，才有必要增訂第 2 項之必要。

張哲倫律師：

- 一、第 70 條是擬制侵權規定，商標法尚無明文第 70 條第 3 款規定之前，實務上是依刑法第 253 條仿造商標標籤罪加以處罰。在實務上運用，仿冒商標標籤應列於修正條文第 68 條第 2 項或第 1 項第 4 款規定，操作面並無差別。
- 二、惟本來認知第 68 條是固有的一般侵權行為，第 70 條是保護擬制侵權規定，若移列第 68 條第 2 項，這樣的分別

就不存在。是否維持保留在第 70 條第 3 款，刪除「明知」即可，這樣理論架構比較清楚。

**李淑美組長：**

- 一、本局內部討論時，確實曾考慮將修正條文第 68 條第 2 項納入第 68 條第 1 項第 4 款加以規範，惟第 1 項是規範使用他人商標的侵權行為，仿冒標籤是侵權行為的輔助或準備行為，行為種類不同，宜作區隔，因此將輔助或準備行為增列為修正條文第 68 條第 2 項，體例上如有不適合，歡迎學者專家提供意見。
- 二、現行條文第 97 條「透過電子媒體或網路方式為之者，亦同」是在 100 年修法時，因應司法實務對於條文中之「陳列」是否包括網路上的陳列行為所生疑義與歧見所增修之規定，而其適用情形，自然限於得透過電子媒體或網路方式為之的行為，例如修正條文第 95 條第 2 項及第 96 條第 2 項製造、輸出或輸入，如無法透過電子媒體或網路方式為之，則無適用餘地。此為現行商標法第 97 條後段規定之文字用語，為免漏未規定，造成未來適用上疑義，因此認有明文之必要。

**劉蓁蓁副組長：**

現行條文第 68 條第 1 項第 1~3 款是針對商標權排他使用範圍作規定，主要是避免他人使用相同商標於同一或類似商品或服務有致混淆誤認之虞的情形分別規範，若將仿冒標籤的商標侵權準備或輔助行為，列為第 4 款加以規範，體例上顯然和第 1~3 款規定不符，且仿冒標籤尚無「使用」商標的概念，因此參考現行條文第 96 條立法例，列為修正條文第

68 條第 2 項規定。

主 席：

- 一、有關第 111 條第 2 項施行日是否須增訂，因法制作業經常有更迭，將再徵詢法規會意見後，再行確認。
- 二、至於「為行銷目的」一詞，來自商標法第 5 條「商標之使用」的定義，並在第 35 條、第 68 條、第 95~97 條規定重申的用語，是指商業過程中使用商標的意思，並非無償的行為，而「以供自己或他人用於商品或服務」是指仿冒標籤用來供自己侵權行為的準備行為(前行為)，以及供他人使用的輔助行為。所以，「為行銷目的」與「以供自己或他人用於商品或服務」分別代表不同意義。
- 三、有關事實上無法「透過電子媒體或網路方式為之」的製造、輸出或輸入行為，自然非屬條文所欲規範的情形，該規定是現行第 97 條後段的文字，如這樣的立法體例無法接受，則不僅修正條文第 95 條第 2 項及第 96 條第 2 項須再作調整，連現行第 97 條後段也須修改。另參考專利法第 58 條規定販賣之要約，是專利侵權的前行為，也是侵害專利權行為，都規定在同一條文中；因此，體例上第 68 條並列一般侵權行為及準備或輔助行為，都是侵權行為，體例上應該沒有可以或不可以的問題。

李素華教授：

商標法總則章的第 5 條，已規定商標使用須「為行銷目的」的規定，而之後仍有諸多條文，既指明為商標使用，是否須再揭示「為行銷目的」，造成與「以供自己或他人用於商品

或服務」意圖上的混淆，可再考慮。

**主 席：**

在 100 年修法時，為周延之故，在權利救濟及罰則諸多條文仍明文「為行銷目的」一詞，避免擴大適用到非商業上之行為，且參照其他國家立例，條文中都揭示了「為行銷目的」。

**沈宗倫教授：**

從 TPP 國際公約來看，民法及刑法規定的嚴謹度體例上是不同的。像 18.77.4 刑法處罰上，即有強調商業規模(on a commercial scale)要件，與民事上的商業過程(in the course of trade)是不同的。將修正條文第 68 條第 2 項規範相同的文字移列在修正條文第 95 條第 2 項，未明文規定商業規模(on a commercial scale)要件，似乎未能將刑罰上嚴謹的特色呈現出來。另條文中的製造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入標籤等，是一系列商業過程中的行為，但製造、輸出是否為 TPP 條文中之進口及國內使用(importation and domestic use)，刑事規定應較嚴謹，以與民事規定作不同的調和。

**主 席：**

TPP 第 18.77.4 條有關著作權及商標刑責規範，雖定有商業規模要件，但參考美國商標法並無此要件規定，其他國家像日、德等國商標法，也是沒有商業規模要件規定。又我國司法實務較多係對仿冒品的行為加以處罰，所以，本修正條文仍以「行銷目的」且有侵害商標權之虞為要件，尚不致會造成實務上擴大適用的問題。

**馮震宇教授：**

從 TPP 第 18.77.4 條來看，所提及的商業規模要件，應是針

對著作權部分所為的規定。另關於修正條文第 95、96 條後段網路行為部分，因目前已有 3D 列印，因此，在網路上製造標籤、包裝仍有可能。但條文以「透過電子媒體或網路方式為之者，亦同」呈現，仍會有前述行為無法適用的疑義，是否將可以透過電子媒體或網路方式規範的行為獨立定為一項，或將文字修正為「前述行為若透過電子媒體或網路方式為之者」，請考量。

主席：

第 95、96、97 條文後段「透過電子媒體或網路方式為之」之文字，請參考馮教授建議再作調整。

邵瓊慧律師：

修正條文第 68 條第 2 項體例是沒問題的，但「以供自己或他人用於商品或服務者」與原第 70 條第 3 款的「尚未與商品或服務結合」意義是否相同？請於立法說明中釐清。

主席：

TPP 第 18.77.3 條明定，對於具商業規模之仿冒相同 (identical) 或無法相區別 (cannot be distinguished) 商標的標籤或包裝行為，應訂有刑事處罰規定，但商標法並沒有「無法相區別商標」的用語，且參酌司法實務案例，成立商標法的犯罪，多以使用近似程度較高的商標於同一或類似程度較高的商品或服務，有致相關消費者混淆誤認之虞時，始課予行為人刑事處罰。另參考日本商標法與德國商標法有關仿造商標標籤或包裝容器等相關條文的規定，亦以相同或近似於註冊商標為範圍，其司法實務對於侵權案件的認定，與我國法院相同，係採較高的近似標準。因此，本項雖規定為近似商標，在司法實務

操作上，應不致於有擴大適用的疑慮。

馮震宇教授：

近似態樣還是很多，為現縮適用的情形，可考慮用「實質相同」的文字。另如立法說明已交代司法實務都採較高的近似標準，建議在立法說明內「無法相區別商標」文字附註原文，未來適用時會比較清楚。

賴文智律師：

- 一、修正條文與 TPP 規定差異性很大，現行第 70 條第 3 款規定已很寬，為了符合 TPP，也不須一開始就在刑罰規定比 TPP 規定更寬。在刑事責任規定，建議不要用「前項侵害商標權之虞」之用語，而是將它當作獨立的侵權行為態樣；也不宜放寬使用「近似」文字，近似範圍太寬了，應依 TPP 為「相同」商標的規定。
- 二、商標標籤是仿冒侵權的準備行為，民事侵權行為與刑事侵權責任要件可以作不同規定，將刑事條文與第 70 條擬制侵權民事規定要件相同，刑事侵權責任規定打擊面會太大，應直接引用與 TPP 一樣的文字，用語與現行商標法規定或體例雖不相同也沒有關係，獨立成為一種侵權類型，體例上可以另立一條，例如第 96 條之一，並同時涵括第 95 條第 2 項及第 96 條第 2 項，避免重複規定。
- 三、至於有關「透過電子媒體或網路方式為之」部分，因在網路販售標籤吊牌是查得到的，積極搜證後即可處罰，這與第 97 條販賣仿冒品在網路陳列是不一樣的，尤其網路陳列的標籤吊牌，很可能是自己買的商品的標籤吊



牌，不是要賣標籤吊牌，因此沒有必要為「透過電子媒體或網路方式為之」的規定。

**主 席：**

TPP 雖沒規定標籤吊牌在網路販售行為，須處以刑事處罰，但目前網路行銷極為普遍，如未明定網路行銷標籤吊牌等行為亦予以處罰，未來得否課予類此行為的刑責？

**李素華教授：**

目前網路行銷情形普及，現實面仍須規定網路販售標籤吊牌是侵權行為並予以處罰，才能符合罪刑法定主義及刑罰明確性原則。

**馮震宇教授：**

網路行銷行為太普遍，已超越實體通路，但目前文字規定打擊面又太廣，可能需限縮透過網路所為的行為，較沒問題。

**李淑美組長：**

如果認為規定「近似」的刑責範圍太寬，對 TPP 要求的無法相區別 (cannot be distinguished) 商標，可否因商標法同一性商標的概念，僅用「相同」(identical) 取代？唯恐條文如此規定，司法實務仍無法處理「無法區辨」商標的行為。

**邵瓊慧律師：**

如果規定是相同商標，用於刑事處罰，法院會用在最小的範圍，目前實務對於字體，大小寫不同，顏色不同，除了維權使用，都是認定為近似商標，為避免類此近似商標標籤案件無法適用，應保留「近似或圖樣高度近似」的文字較為周全。

**高秀美科長：**

修正條文之罰則規定，適用範圍涵括近似商標及類似商品或

服務，是為避免目前司法實務所適用刑法的仿造商標標籤罪、(行使)偽造私文書罪、詐欺罪等刑度較高的罪，特別在商標法規範商標侵權的準備及輔助行為，應適用較低僅1年以下有期徒刑的處罰。

**主 席：**

大家提供司法實務認定的近似商標案例確實存在，顯然有保留「近似商標、類似商品」文字的必要，以避免增修條文無法適用於類此近似商標案件的情形。本修正草案，本局將參考大家意見，再作最後文字修正。

**張哲倫律師：**

參考 TPP 的損害賠償及權利濫用規定，應增定懲罰性賠償相關規定，雖然非本修正案的議題，但是否得在商標法損害賠償相關條文，明定除填補損害外，也應包括懲罰性賠償，以嚇阻侵權行為，以免司法實務操作上，僅以填補損害為限，很難請求較高賠償額。

**主 席：**

專利法雖有填補損害賠償及權利濫用規定，並說明涵括懲罰性賠償。但凡此仍與商標法情形不同。商標法在實務運作上，並沒有權利濫用的情形，且很容易就可以請求損害賠償。另外，請求律師費用等 TPP 規定，司法院正在研究中。

**黃闡億律師：**

商標法第 70 條第 3 款刪除「明知」主觀要件後，以「有前項侵害商標權之虞」為要件，又近似商標之判斷十分寬鬆，也與 TPP 規範以「明知或可得而知」主觀要件不符，且第 70 條第 3 款準備或輔助行為是否為 TPP 第 18.77.3 條所欲規範

的行為，似有疑義。

主 席：

有關 TPP 條文規定，應就整部協定來看，不是單一條文即可窺見全貌。TPP 規範所規定「明知或可得而知」主觀要件，相當於「明知」及「有認識之過失」，又商標法第 69 條排除侵害及防止侵害請求權，並不以故意或過失為必要，類似物權請求權的概念，因此，商標法第 70 條第 3 款刪除「明知」主觀要件，並無太寬鬆之疑慮。至於「有前項侵害商標權之虞」僅是客觀事實前提，並非主觀要件，而且以後述「以供自己或他人用於商品或服務者」為特別要件限縮其適用情形。

宋文宏檢察官：

商標法修正草案第 95 條第 2 項(仿冒商標/團體商標標籤罪)、第 96 條第 2 項(仿冒證明標章標籤罪)固然是特別刑法性質，惟若同時犯刑法仿造商標標籤罪、(行使)偽造私文書罪、詐欺罪等，因所欲處罰的犯意不同，可能為一接續行為而同時觸犯數罪名的想像競合犯或法規競合問題，而從一重罪處罰。是否有因明定特別刑法即不適用刑法規定，尚有討論空間。另依違法性高低，商標法第 97 條販賣仿冒品之罪，可責性應高於第 96 條第 2 項仿冒證明標章標籤罪，惟實則第 97 條販賣仿冒品的法定刑為 1 年以下有期徒刑，第 96 條第 2 項仿冒標籤罪為 3 年以下，刑度是否衡平?宜考量。

主 席：

一、商標法修正條文第 95 條第 2 項仿冒商標/團體商標標籤罪及現行商標法第 96 條第 2 項仿冒證明標章標籤罪都

是特別刑法，如仍以一般想像競合犯理論，適用刑法從一重罪論處，將悖離商標法特別刑法之立法目的<sup>1</sup>。至於如何適用其中最適切的構成要件，應判斷各構成要件間究為「特別關係」、「補充關係」或「吸收關係」，再分別依「特別法優於普通法」等原則，選擇其中最適切的規定予以適用，因此，商標法增修仿造商標標籤罪後，自應優先適用。

二、對於仿造涉公益性的證明標章標籤之法定刑，現行法商標法第 96 條第 2 項即明定法定刑為 3 年以下，相較於現行第 97 條販賣他人所為仿冒品之罪為輕，最初立法本意即考量其可能侵害的社會法益較為嚴重，影響層面較大，依犯罪可責性明定較高的法定刑。但相較於司法實務以 5 年以下之(行使)偽造私文書罪或詐欺罪論處仍為低，二者並無罪刑不相當之疑慮。

## 議題二、商標法第 98 條之修正

歐陽漢菁法官：

若刪除商標法義務沒收的特別規定，法官於個案上針對仿冒商標商品，仍要確認權利歸屬於行為人或第三人，如果是第三人是基於正當事由取得，恐怕會使部分侵權物品回流市場，有違消費者權益和市場公平競爭，故建議採乙案(保留商標

<sup>1</sup>參照最高法院 101 年度台上字第 5587 號刑事判決想像競合與法規競合(法條競合)，固同屬一行為而該當於數個構成要件，惟二者本質上及其所衍生之法律效果仍有不同。前者係因侵害數法益，為充分保護被害者之法益，避免評價不足，乃就其行為所該當之數個構成要件分別加以評價，而論以數罪。但因行為人祇有單一行為，較諸數個犯罪行為之侵害性為輕，揆諸「一行為不二罰」之原則，法律乃規定從一重處斷即為已足，為科刑上或裁判上一罪；後者則因僅侵害一法益，為避免抵觸「雙重評價禁止原則」，祇須適用最適切之構成要件予以論罪科刑，即足以包括整個犯罪行為之不法內涵。故其他構成要件之罰責均排斥不用，實質上僅成立單一罪名，屬單純一罪。

法第 98 條)，即仍然維持現行義務沒收特別規定。至於有關依刑法第 38 條第 4 項、第 38 條之 1 第 3 項規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，是否得由法院依刑法第 38 條之 2 第 2 項以有過苛之虞作合理裁量，經詢問司法院刑事廳表示，過苛之虞係參考德國刑法規定，指對被沒收之人有無過苛依比例原則衡平適用，並不是考量對被害人有無過苛。惟法官於適用法律時，仍須本於其法律確信而適用，建議如主管機關認為商標法應就被害人求償為特別考量，可於商標法中增訂刑法第 38 條之 1 第 1 項所指的特別規定。

**張哲倫律師：**

實務上曾遇到低單價的仿冒品，在刑事判決中因欠缺犯意而無罪，須另循民事判決請求銷毀侵權物品後，仿冒品才不會發還，故如刪除商標法第 98 條規定，未來為執行仿冒品銷燬一事，將增加商標權人維權負擔，故對於刑法上不成立犯罪之仿冒品的沒收，仍有維持現行商標法第 98 條義務專科沒收規定的必要。

**主 席：**

商標法第 98 條是義務專科沒收規定，縱使未循民事訴訟程序請求銷燬，仿品亦都不可返還。

**鍾文岳律師：**

商標侵權案件，在實務上起訴率不到一成，大多於檢察署即予不起訴處分，目前尚可依商標法第 98 條規定，請求檢察署向法院聲請單獨宣告沒收，如刪除本條文後，恐日後於執行上會有困難。

宋文宏檢察官：

- 一、刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定，施行日前制定之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。故僅於施行日後制定的其他法律，有關沒收等規定才能作為特別法優先適用，商標法第 98 條修正方案，須俟 7 月 1 日之後修正通過始有適用。
- 二、至於過苛條款主要是採比例原則，是否過苛需個案由法院判斷，如依德國實務及學說見解，不會因被害人已求償而認為有過度嚴苛而不追徵，又刑法第 38 條之 1 第 5 項<sup>2</sup>之被害人優先原則，如有被害人求償之情形，且在先之民事判決確定已發還被害人，則在後之刑事判決會扣除該部分不予追徵；另刑法第 38 條之 1 第 1 項所指的特別規定，應是指其他法律有規定不屬於犯罪行為人者也可以沒收的特別規定，不包括其他法律規定民事求償優先的情形。

主 席：

仿冒品並非屬於商標權人之物，應無適用刑法第 38 條之 1 第 5 項返還的餘地。不過綜合大家意見，一致採乙案，本局將保留商標法第 98 條規定作為刑法沒收之特別規定。

柒、散會：上午 11 時 45 分。

---

<sup>2</sup> 刑法第 38 條之 1 第 5 項：犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。