

從商標法發展史與比較標章法論 商標法之改革

蔡明誠

壹、前言

貳、從商標法發展史看商標法相關規範原則、要件與效力規範內容之演變

一、商標法第 1 條規範內容與立法目的之明定

二、商標構成要素與要件之演變

三、商標使用概念與適用範圍之演變

四、商標之使用原則與先申請原則之演變

五、商標權之效力及其限制之演變

六、商標權保護與侵害行為責任之演變

參、從比較標章法觀點論商標法之改革

肆、展望——代結語

作者現為國立陽明交通大學科技法律學院講座教授。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

民國 19 年 4 月 26 日制定（20 年 1 月 1 日施行）之商標法，經過 16 次修正，90 餘年來均以商標法稱呼，其間擴大規範保護對象，不再侷限於平面與靜態圖樣為保護標的，且包含服務標章、團體標章、團體商標與證明標章等。現行商標權取得原則，採取註冊主義與先申請主義，性質上屬於傳統註冊商標法。在臺灣施行之商標法，就其在學理及實務上探討，已有不少論著發表，如今將屆百歲，值得繼續探究之問題仍多。本文先就 90 餘年來若干商標法規範原則與重點，略作引述與探討，再試從比較標章法觀點，就商標法名稱與規範對象、要件及效力等較大議題加以探討，並展望未來，試就商標法之未來改革相關議題，提出建言，期待我們能開創標章法之新紀元。

關鍵字：商標法、標章法、表徵、地理來源標示、侵權行為、損害賠償請求權

Trademark Law、Mark Law、Trade Dress、Geographical Indications、
Infringements of Rights、Compensation Claim

壹、前言

現行商標法，源自民國 19 年 4 月 26 日國民政府制定（19 年 5 月 6 日公布，20 年 1 月 1 日施行）之商標法，其間迄今經過 16 次全文修正¹或部分條文修正，最近修正者，係為民國 112 年 5 月 25 日部分修正公布（113 年 5 月 1 日施行）²。從制定公布之日期而言，現行商標法，與民法制定相近³。多次商標法之修正，皆為未修正其法律名稱，亦即 90 餘年來均以商標法稱呼⁴。現今商標法以擴大規範保護對象，不再侷限於平面與靜態圖樣為保護標的，且及於服務標章、團體標章、團體商標與證明標章等。惟探究其商標規範標的之本質，仍採取註冊主義與先申請主義，故其仍屬於傳統註冊商標法之性質。因此，商標法將屆百歲，學理及實務上亦有不少論著發表，茲僅以商標或商標法為名之相關書籍⁵，以供參考。

¹ 商標法全文修正者，例如民國 24 年 10 月 31 日全文 39 條修正（24 年 11 月 23 日公布）、47 年 10 月 14 日全文 38 條修正（47 年 10 月 24 日公布）、61 年 6 月 23 日全文 69 條修正（61 年 7 月 4 日公布）、82 年 11 月 19 日全文 79 條修正（82 年 12 月 22 日公布）、92 年 4 月 29 日全文 94 條修正（92 年 5 月 28 日公布）、100 年 5 月 31 日全文 111 條修正（100 年 6 月 29 日公布、101 年 7 月 1 日施行）。本文就商標法規定之引用，如涉及舊法，將以其制定或修正日標示，例如 19 年商標法、92 年商標法等，以示區別。至於現行商標法，則不特別標示其年代，特此註明。

² 現行商標法部分修正條文，係為第 6、12、13、19、30、36、75、94、99、104、106、107 條條文；增訂第 98-1、109-1 條等條文。

³ 以現行民法總則至親屬繼承之制定公布日期為例，國民政府於民國 18 年 5 月 23 日制定公布總則編全文 152 條；並自民國 18 年 10 月 10 日施行；民國 19 年 12 月 26 日制定公布親屬編全文 171 條、繼承編全文 88 條；並自民國 20 年 5 月 5 日施行。

⁴ 2024 年承經濟部智慧財產局廖承威局長及同仁邀稿，談專利法自 1944 年（民國 33 年）以來之發展，深感榮幸！又同仁再度邀稿時，心中浮現想寫商標法相關規範要點及其相關發展史，以作為多年來忝列大學教席，提出在開設商標法相關課程時所思所想之若干管見，以供再思考商標法改革之參考。當然本文有關改革提議，純屬個人看法。在此再次向局內同仁之盛情邀稿，謹表謝意！

⁵ 例如商標法逐條釋義，臺北：經濟部智慧財產局編印，93 年至 113 年版（參照 <https://www.tipo.gov.tw/trademarks-tw/lp-514-201.html>）（最後瀏覽日：2024/11/24）；曾陳明汝、蔡明誠續著，商標法原理，臺北：作者發行，2000 年初版（2007 年 4 月修訂 3 版）；曾陳明汝，專利商標法選論，台大法學叢書（13），臺北：作者發行，民國 74 年 4 版；曾陳明汝，美國商標制度之研究，兼論其最新變革，臺北：作者發行；李茂堂，商標法之理論與實務，臺北：作者發行，民國 67 初版；倪開永，商標法釋論，臺北：作者發行，1994 年 8 月修正 3 版；徐火明，從美德與我國法律論商標之註冊，臺北：作者發行，民國 81 年 1 月；何連國，商標法規及實務，臺北：作者發行，民國 73 年 3 版；陳文吟，商標法論，臺北：三民書局，2020 年 9 月修訂 5 版；陳昭華、王敏銓，商標法之理論與實務，臺北：元照，2024 年 3 月 8 版；汪渡村，商標法論，臺北：五南圖書出版，2012 年 10 月 3 版 1 刷；林洲富，商標法一案例式，臺北：五南，2023 年 10 月 4 日 6 版 1 刷；劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，臺北：五南圖書出版，1997 年 10 月 1 日；林佳瑩，商標訴訟贏的策略，臺北：元照，2016 年 8 月初版 1 刷等。以上引用之書籍，謹供參照，如有遺漏，謹請諒察。

再者，商標法雖業經十六次之修正，但如以制度結構與功能之改革觀點，現代商標制度實仍有再革新與進步之空間。茲基於篇幅有限，容許本文僅能擇要論述相關商標實體法方面之規範要點，如有不足之處，謹請諒解！是本文先就 90 餘年來若干商標法規原則與重點，略作引述與探討，再試從比較標章法觀點，進行商標法名稱與規範對象及要件等較大議題，比較德國標章法，試就我國商標法之未來改革相關議題，並提出管見，以供參考。

貳、從商標法發展史看商標法相關規範原則、要件與效力規範內容之演變

一、商標法第 1 條規範內容與立法目的之明定

19 年商標法未在第 1 條揭櫫立法目的，與現行商標法第 1 條明定其規範目的，有所不同。該法第 1 條第 1 項規定，凡因表彰自己所生產、製造、加工、揀選、批售或經紀之商品，欲專用商標者，應依本法呈請註冊。此可見欲專用商標者須經註冊。隨之於第 2 項規定，商標所用之文字、圖形、記號或其聯合式，須特別顯著，並指定所施顏色。此明定商標所使用之圖樣，係指文字、圖形、記號或其聯合式，並以特別顯著性為商標取得之要件。特別顯著性之稱呼，係現行商標法則以識別性取代之。

24 年商標法第 1 條修正第 2 項規定，應指定名稱及所施顏色。且增訂同條第 3 項規定，商標所用之文字，包括讀音在內。72 年商標法第 4 條第 2 項規定，商標名稱得載入圖樣。因 61 年商標法規定「商標包括名稱及圖樣」，惟第 34 條則規定註冊商標之名稱，未載入圖樣中，使用時未標明者，不受該法之保護，致商標名稱專用權，處於不確定狀態，爰修正為「商標以圖樣為準」，以確定未載入圖樣中之商標名稱無專用權。為配合修正條文第 34 條「商標之名稱未載入圖樣者，不受本法之保護」，爰增訂第 2 項。因此可見商標權保護範圍之解釋，當時相當嚴格且限縮，對於圖樣用語之解釋與掌握，更形重要。72 年商標法又因上開修正規定仍存有疑義，依當時規定，註冊商標之名稱未載入圖樣中者，其名稱是

否受該法之保護，胥視使用時有無標明，致商標名稱有無專用權，處於不確定狀態，爰配合第4條第1項前段「商標以圖樣為準。」修正之，以杜紛擾。

比較24年商標法修正第13條規定，商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。商標專用權，以呈准註冊之圖樣及所指定之商品為限。當時特別使用「圖樣」之用語，該用語至今，雖修正商標法時有意以「標識」更概括意涵之用語，但其仍屬於常用之用語。

61年商標法始經立法院審查會增列立法目的，以闡明該法之宗旨。將47年商標法第1條規定，分成第2條至第5條，並於第6條定義商標之使用，亦即該法所稱商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言。又在100年商標法第88條有關申請註冊團體商標規定之新增理由中，揭櫫商標法規範目的，旨在防止經濟活動下使用之標章可能產生混淆誤認之虞者。亦即商標法主要目的，在於規範與防止混淆誤認（confusion）之虞之經濟活動或行為，但現行商標法則已擴及減損（稀釋或淡化；dilution）行為或活動之防免。

92年商標法修正時，因商標法之立法目的，除保障商標權人及消費者利益外，實亦寓維護市場公平競爭秩序之功能。尤其當時各種商業行為推陳出新，商標與商業行為具有密切關係，將維護市場公平競爭秩序列為商標法立法考量，已成為國際立法趨勢，例如加強對著名商標之保護及對酒類地理標示之保護等予以明文之規定，即係著眼於維護市場公平競爭秩序之考量。並將商標專用權修正為商標權。蓋商標註冊後所取得之權利，除在註冊之商品或服務專有使用權外，另就近似之商標及類似商品或服務有禁止他人申請註冊使用之效力，因此以「專用權」稱之，不足以涵蓋其內容，爰將商標專用權修正為商標權。（第1條修正理由參照）

100年商標法，因原商標法第一條目的規定，依該法申請註冊並受保護之客體，除商標權外，尚包括當時規定之證明標章權、團體標章權及團體商標權。雖原條文對商標權係採廣義之解釋，然無法涵蓋各項權利之實質內涵，爰明列依該法註冊保障之各項權利，及於商標權、證明標章權、團體標章權、團體商標權，以資明確。因此，可見商標法所稱商標權，並非涵蓋所有標章權，係屬註冊商品與服務之標章（所謂註冊商標）。

82年商標法修正，增訂團體標章與證明標章。其理由係因具有驗證性質之證明標章，於他國立法例中，已有明定，我國則付之闕如，實務上係以服務標章名義註冊，惟兩者意義不同，有加以區別另行規定之必要。（第73條修正理由參照）且由於社會團體活動之蓬勃發展，依不同宗旨而成立之各類公會、協會或類似性質之團體，為表彰其組織或會員，多設計有團體標章，雖此等標章較少涉及利益衝突，惟於他人侵害時，仍有生損害於公眾之虞，故亦應予以保護，爰增訂團體標章之註冊相關規定。（第74條修正理由參照）服務標章、證明標章及團體標章除本章另有規定外，依其性質準用該法有關商標之規定。（第77條參照）

二、商標構成要素與要件之演變

47年商標法第1條修正時，則有更多增訂該條文。當時將舊法商標呈請，改稱為商標申請。凡因表彰自己所生產、製造、加工、揀選、批售或經紀之商品欲專用商標者，應依商標法申請註冊。（第1項）商標所用之文字，包括讀音在內，以國文為主，其讀音以國語為準，並得以外文為輔。（第3項）當時文字以國文為主，讀音以國語為準，但得以外文為輔。外國商標除商標名稱外，不受第3項拘束。又外國人所屬之國家與中華民國如無相互保護商標之條約，或協定，或依其本國法律對中華民國人申請商標註冊不予受理者，其商標註冊之申請，得不予受理。（第5項）對於外國人之商標申請，採取互惠原則，但仍兼採受理與否之裁量空間。

82年商標法第5條第2項規定，凡描述性名稱、地理名詞、姓氏、指示商品等級及樣式之文字、記號、數字、字母等，如經申請人使用且在交易上已成為申請人營業上商品之識別標章者，視為具有特別顯著性。此於商標法規定，承認採取第二意義（secondary meaning）。

78年商標法修正時，由於當時現行規定並未明文限制申請註冊商標所指定使用之商品須為申請人依法登記營業範圍內之商品，致有許多無營業之自然人或逾越營業範圍之公司、行號申請註冊。因無營業或逾越已登記之營業範圍，商標專用權終將因迄未使用而撤銷，或因違法營業須移送法辦，增加行政機關、司法機關的負擔。同時因部分代理人的推波助瀾，致造成商標之浮濫申請，妨礙其他有需要註冊之商標申請，致使商標爭議事件層出不窮，亦使商標行政救濟案件大幅

增加。為減輕政府機關不必要之業務，並健全商標制度，增訂申請時應檢附已登記之營業範圍證明。（參照當時第2條）但時隔不久，82年商標法修正，凡因表彰自己營業之商品，確具使用意思，欲專用商標者，應依本法申請註冊。（第2條）此時改稱「確具使用意思」，鬆綁「應檢附已登記之營業範圍證明」之強行性規定。

86年商標法第5條修正時，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。不符前項規定之圖樣，如經申請人使用且在交易上已成為申請人營業上商品之識別標識者，視為已符合前項規定。該次修正，參酌世界貿易組織之有關智慧財產權協定之規定，增列顏色組合。

92年商標法第2條修正「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」。其修正目的，係為擴張商標所表彰之範圍，因當時所稱「商標」，其表彰及專用之客體限於商品，至於表彰營業上所提供之服務，則於原條文第72條以「服務標章」稱之，惟現今商業活動中，一商標究表彰商品或服務，本難區別，商品與服務之間有構成本法所稱類似概念之可能，早經最高行政法院73年判字第794號判例揭示有案。且修正改採行一案多類別申請制度，亦即同一申請案件可同時指定使用於不同類別之商品及服務，有關類似商品或服務之判斷，乃綜合商品與服務判斷之。又國際立法趨勢上，日本商標法第二條第一項、德國商標法第三條第一項、英國商標法第一條第一項等各國立法例，亦係以「商標」為表彰商品或服務之統稱。且法規鬆綁，刪除表彰自己「營業」及須「確具使用之意思」之規定：因原條文所規定申請商標必須為表彰自己營業上之商品，故實務上要求申請人須檢送營業證明文件，參照1994年10月27日各國於瑞士日內瓦簽訂之商標法條約第3條第7款已明文揭示，各國受理商標申請註冊，不得要求檢附任何營業證明文件或營業相關記載，爰刪除「營業」二字。申請商標註冊者，本即具有使用商標之意思，以表彰自己之商品或服務，不論其現經營或將來欲經營，均欲藉商標累積其商譽。原條文所規定之「確具使用意思」一語，究係僅為宣示規定，抑或為強制規定？常生疑義，基於該條修正後，申請人已毋庸提出營業證明文件，而申請註冊後未使用商標，依修正條文第57條第1項第2款亦有得廢止其商標權之機制，原條文之「確具使用意思」之規定已無必要，因而予以刪除。（該條立法理由參照）

92年商標法第5條修正，將商標之構成要素及識別性之規定，更加明確化。商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。其中修正顏色商標不以由顏色組合者為限。單一顏色若已成為申請人營業上商品或服務之識別標識者，亦具備商標之識別性，亦納入保護。且增列具識別性之聲音亦得作為商標申請註冊。又增列立體形狀亦得作為商標申請註冊。工商企業表彰其商品或服務之來源所使用之標識，除平面商標外，亦有立體形狀之態樣，參考日本商標法第2條第1項、德國商標法第3條第1項、英國商標法第1條第1項等皆明定商標涵蓋立體形狀之國際趨勢，爰增訂立體形狀亦得為商標法所稱之商標。第2項規定商標應具識別性之條件。依該法申請註冊之商標，須使相關消費者得區辨其為識別來源之標識，至其判斷之標準應以「商品或服務之相關消費者」為判斷基準，例如一般日常用品，固應以一般大眾為判斷標準，但當商品或服務流通於專業人士之間，應依專業人士之觀點，例如對於精密醫療器材、特殊之建材，自應以醫師、建築師之觀點判斷之，為釐清觀念，爰將原條文之「一般商品購買人」修正為「商品或服務之相關消費者」。原條文第二項係商標因使用而取得識別性者之規定，涉及商標註冊要件，移列修正條文第23條第4項。（該條修正理由參照）

再就商標不准註冊要件而言，於19年商標法第2條規定，有關不予商標註冊事由（商標障礙事由）。茲以現行法可相比較者，例如有妨害風俗秩序或可欺罔公眾之虞者（第4款）、相同或近似於同一商品習慣上所通用之標章者（第5款）、相同或近似於世界共知他人之標章，使用於同一商品者（第6款）、相同或近似於他人註冊商標失效後未滿一年者，但其註冊失效前已有一年以上不使用時，不在此限（第9款）等。以上可見，妨害風俗秩序（現行法稱之為公共秩序或善良風俗）之概括條款、通用標章、世界共知（現稱著名）標章等，自19年商標法即有明文規定。

有關商標申請案之聲明不專用，係為避免申請人因商標有文字、圖形、記號、顏色或立體形狀等說明性或不具識別性之部分致不准註冊，或其註冊後就該部分單獨主張商標權而產生爭議，故得經申請人聲明不在專用之列，而申請註冊。該制度係參考美國立法例，但先規定於商標法施行細則第28條，在92年商標法修正，將之納入母法。因此，商標如包含說明性或不具識別性之文字、圖形、記號、

顏色或立體形狀，若刪除該部分則失其商標之完整性，而經申請人聲明該部分不在專用之列者，得以該商標申請註冊。（第 19 條）

三、商標使用概念與適用範圍之演變

72 年商標法規定，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。當時之修正，係因 61 年商標法規定所稱「行銷市面」，解釋上應包括行銷國內市場及外銷之情形，為明確計，將「行銷市面」修正為「行銷國內市場或外銷者」。又當時因大眾傳播事業發展迅速，廠商將其商標利用電視、新聞紙廣告或參加展覽會展示，以促銷其商品者，極為普遍，如不認其為商標之使用，似屬過苛；又廠商亦常有於外銷商品僅標示商標之外文部分，以應國際貿易之實際需要者，爰增訂第二項以符實情。從此將商標之使用概念更加廣義化，且其可適用之範圍更加擴大。

92 年商標法第 6 條有關商標使用規定之修正，不採取視為使用之擬制商標使用型態。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。此次修正係因配合修正條文第 2 條商標所表彰者包括商品及服務，原條文第 72 條第 2 項準用商品商標規定，修正商品與服務併為商標權保護標的，亦即關於服務之使用態樣應予含括，且因目前電子商務及網際網路之發達，商標使用型態日新月異，為因應經濟發展情勢，爰將商標使用採概括規定，凡為行銷之目的，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購買人認識其為商標者，均為商標之使用。

100 年商標法再次修正商標使用之立法定義，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 5 條）因商標法之學理上，商標之使用，可區分為商標權人為維持其權利所為之使用及他人侵害商標權之使用兩種樣態，二者之規範目的雖有不同，惟實質內涵

皆應就交易過程中，其使用是否足以使消費者認識該商標加以判斷，爰明定於總則，以資適用。有區分維權與侵權不同階段之使用概念，適用上不免有所爭論。該條之目的在於規範具有商業性質之使用商標行為。所謂「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。原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2條之立法形式，酌作修正，並分款明定商標使用之情形。（參照該條修正理由）

61年商標法規定聯合商標與防護商標，即指同一人得以近似之商標，指定使用於同一商品或同類商品，申請註冊為聯合商標；並得以同一商標，指定使用於雖非同類而性質相同或近似之商品，申請註冊為防護商標。（第22條）

聯合商標或防護商標係對正商標而言，惟61年商標法對之並未明定，僅於施行細則中予以規定，於72年商標法第22條增訂第三項，以資明確。商標申請註冊時，其已註冊或申請在先者為正商標；同時提出申請者，應指定其一為正商標。（第22條第3項）

82年商標法修正時，將聯合商標註冊要件略作修正，修正後之聯合商標型態可分為三種：1、同一人以同一商標圖樣指定使用於類似商品。2、同一人以近似之商標圖樣指定使用於同一商品。3、同一人以近似之商標圖樣指定使用於類似商品。且因著名商標之知名度高，故增訂但書規定免受商品性質之限制。亦即同一人以同一商標圖樣，指定使用於非同一或非類似而性質相關聯之商品，得申請註冊為防護商標。但著名商標不受商品性質相關聯之限制。（第22條參照）92年修正商標法，因82年商標法將商標權保護範圍限於指定之商品，當時企業為保護其商機，大量申請聯合商標，造成審查實務上困擾。基於其功能有限，參考英國與日本立法例，將聯合商標廢除。又因92年修正，將註冊商標保護已擴及於商標減損之概念，其可取代防護商標之功能，因此為簡化商標制度，當時修正商標法，以便逐步廢除防護商標。

四、商標之使用原則與先申請原則之演變

19年商標法第3條規定，二人以上，於同一商品，以相同或近似之商標，各別呈請註冊時，應准實際最先使用者註冊，其呈請前均未使用或孰先使用無從確實證明時，得准最先呈請者註冊，其在同日呈請者，非經各呈請人協議妥洽讓歸一人專用時，概不註冊。第4條規定，以善意繼續使用十年以上之商標，依本法呈請註冊時，不受第2條第6款及第3條規定之限制。但商標局認為必要時，得令其將形式或所施之顏色，加以修改或限制。該等條文之規定可見，19年商標法並非採取完全註冊原則，其係採取使用與註冊折衷之原則，亦即實際最先使用者，准予註冊。且同日申請（呈請）時，須經協議妥洽，如協議不成時，概不准註冊。與現行法採取協議不成時抽籤，亦有所不同。

24年商標法第3條修正，二人以上於同一商品，以相同或近似之商標，各別呈請註冊時，應准在中華民國境內實際最先使用並無中斷者註冊。其呈請前均未使用。或孰先使用無從確實證明時，得准最先呈請者註冊。其在同日呈請者，非經各呈請人協議妥洽，讓歸一人專用時，概不註冊。當時仍採取使用與註冊折衷原則，但將「實際最先使用者」，修正為「在中華民國境內實際最先使用並無中斷者」。如申請前未使用或無從確實證明其先使用者，得准予最先申請者。且仍延用，同日申請者，如協議不成時，概不准予註冊。47年商標法第3條仍沿用前述取得商標權之原則，但於同條第2項明定，前項實際最先使用者，於中華民國境內使用之日逾一年未為商標申請註冊時，由最先申請者註冊。

五、商標權之效力及其限制之演變

商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權，商標專用權以呈請註冊所指定之商標為限。（19年商標法第14條）47年商標法第11條規定，商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。商標專用權以請准註冊之標章及所指定之商品為限，但他人以其標章之全部或主要部份作為商標主要部份之一者，仍應受其拘束。商標主要部份之一者，仍應受其拘束。商標專用權人除移轉其商標外，不得授權他人使用其商標，但他人商品之製造係受商標專用權人之監督支配而能保持該商標商品之相同品質並經商標主管機關核准者，不在此限。該規定仍採註冊日

起算商標（專用）權之時點。並將請准註冊之圖樣，修正為請准註冊之標章，並
明定其效力擴及於他人以其標章之全部或主要部分作為商標主要部分之一者，並
限制其授權效力之範圍。

在商標權用語之使用，19年商標法將之稱為商標專用權，與現行法使用商標
權，亦有所差異。該法第16條規定，商標專用期間，自註冊之日起，以二十年
為限。前項之專用期間，得依本法之規定，呈請續展。但每次仍以二十年為限。
當時商標專用權之存續期間，除非延展（續展），每次以二十年為限，與當時保
護商標之馬德里協定相符，但之後因馬德里協定附屬書，將之修改為10年，現
行商標法亦將商標權保護存續期間，修正為10年。47年商標法第13條規定仍維
持20年保護期間，但將該申請續展，修正為申請延展。61年商標法將之縮減為
10年，商標專用期間為十年，自註冊之日起算。前項專用期間，得依本法之規定，
申請延展。但每次仍以十年為限。（第24條）92年商標法仍維持商標權期間為
十年，且明定商標權之計算始日，自註冊公告當日起算（第27條參照），較為
明確。

19年商標法第15條規定，凡以普通使用之方法而表示自己之姓名、商號或
其商品之名稱產地、品質、形狀、功用等事者，不為商標專用權之效力所拘束。
但自商標註冊後，以惡意而使用同一之姓名、商號時，不在此限。此係舊法使用
普通使用方法之緣起，之後對於普通使用，修正為善意且合理使用，之後改為描
述性與指示性合理使用，可資比較。

86年商標法第23條第1項增列「善意且合理」之要件，並將「普通使用」
修正為「非作為商標使用」，意義均較為明確且周延。另「商號」涵義過窄，是
否涵蓋商號以外之法人團體及組織易生疑義，爰將其修正為「名稱」。該項規定，
凡以善意且合理使用之方法，表示自己之姓名、名稱或其商品之名稱、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，非作為商標使用
者，不受他人商標專用權之效力所拘束。92年商標法就不受他人商標權效力所拘
束之情形，除仍維持以善意且合理使用之方法者外，改以列舉方式，以資明確。
且因配合修正條文第5條已將立體商標納入該法保護，商品或其包裝之立體形狀
若為發揮其功能性所必要，應不受他人商標權效力所拘束，是明定為商標權效力

之例外。再者附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於市場上交易流通，或經有關機關依法拍賣或處置者，商標權人不得就該商品主張商標權。但為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，不在此限。（第30條第2項參照）其中增訂「經有關機關依法拍賣或處置者」，亦不得主張商標權。

因111年商標法第36條第1項第1款規定，「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。」112年商標法第36條修正時，再將不受他人商標權之效力所拘束之情形，尤其是有關合理使用之類型，再加予細分。商標合理使用，包括在符合商業交易習慣之誠實信用方法之情形，描述性合理使用與指示性合理使用兩種型態。由於該二種合理使用之性質不同，為資區別，爰增訂指示性合理使用之適用情形，並明定使用之結果，如有造成相關消費者誤認二者為同一來源，或存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，而有混淆誤認之虞者，不得為該款抗辯之主張。此外，有關善意先使用原則之適用範圍略為限縮，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。但以原使用之範圍為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。（第36條第1項第4款）亦即「以原使用之範圍為限」，因實務上對於原規定在解釋上存有爭議。因此，鑒於該款之規定係註冊保護原則之例外，其適用範圍不宜過寬，爰修正以原使用之「範圍」為限；使善意先使用範圍內包含原使用之商品或服務、地域、產銷規模、行銷管道等事項，並由司法實務就個案情節各別衡量其應受限制之程度。

商標（專用）權之移轉（讓與）性，但有關權利質權之設定，61年商標法規定，商標專用權，不得作為質權之標的物。（第30條）當時因修正規定，商標專用權之移轉，應與其營業一併為之。（第28條）認為不宜單純以商標專用權作為質權之標的物。為避免對民法第900條規定「可讓與之債權或其他權利為標的物，均得為質權之標的物」發生爭議，明定排除上述民法規定之適用。82年商標法修正，為擴大商標專用權之效用，以應工商企業所需，爰修正使商標專用權得為質權標的。且商標專用權依修正條文第二十六條規定應經授權註冊，他人始得使用，故明定質權人非經授權不得使用該商標。惟商標專用權屬於無體財產權，質權之

設定、變更及消滅須經一定之公示，俾免第三人權益受損，故規定應向主管機關登記，未經登記，不得對抗第三人，亦即採取登記對抗原則。（參照該項修正理由）因此，商標專用權人設定質權及質權之變更、消滅，應向商標主管機關登記；未經登記者，不得對抗第三人。（第 30 條第 1 項）

六、商標權保護與侵害行為責任之演變

61 年商標法為明確侵害商標權之責任及加強商標法之保護，特別規定第五章保護（修正草案將之商標權之侵害），第 61 條規定，商標專用權人對於侵害商標專用權者，得請求排除其侵害；其受有損害時，並得請求賠償。為前項排除侵害之請求者，得請求將用以從事侵害行為之商標及有關文書予以銷毀。第 64 條規定，有左列情事之一者，推定為侵害商標專用權所生之損害：一、侵害人因侵害行為所得之利益。二、商標專用權人使用其註冊商標，通常所可獲得之利益，因侵害而減少之部分。商標專用權人之業務上信譽，因侵害而致減損時，商標專用權人仍得請求損害賠償。第 65 條規定，商標專用權人依前四條之規定，向法院起訴時，並得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞報紙公告之。

除 72 年商標法所定於商標專用權受侵害時，商標專用權人得請求損害賠償並得請求排除其侵害外，對於有侵害之虞者，並參照民法第 767 條保護所有權之法例，於第 61 條第 1 項增列得請求防止之規定，以加強商標專用權之保護。74 年商標法就此加以增訂，從此使商標權侵害時請求權基礎更為完整，但仍尚未明定是否以故意或過失之有責性要件，亦即商標專用權人，對於侵害其商標專用權者，得請求損害賠償，並得請求排除其侵害；有侵害之虞者，得請求防止之。

74 年商標法修正時，因當時商標專用權之保護，雖有刑罰規定，其刑度且經前次修正商標法時加重提高，但侵害商標專用權之事實，仍所在都是，未見稍減，揆其原因，商標專用權人依現行損害賠償之規定請求賠償，仍須證明侵害人所得之利益或商標專用權人所失之利益，舉證頗為困難，致不易獲致實益，不足以發揮抑制仿冒效果。爰本侵害人與受害人公平舉證之旨。將當時第 64 條第 1 項規定予以修正。亦即商標專用權人，依第 61 條請求損害賠償時，得就左列各款擇一計算其損害：一、依民法第 216 條之規定。但不能提供證據方法以證明其損害

時，商標專用權人，得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害⁶。二、依侵害商標專用權者因侵害行為所得之利益。於侵害商標專用權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益。三、就查獲侵害商標專用權商品零售單價五百倍至一千五百倍之金額。但所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額。除前項規定外，商標專用權人之業務上信譽，因侵害而致減損時，得另請求賠償相當之金額⁷。前二項規定於依第 64 條之一請求連帶賠償時，準用之。

82 年商標法第 66 條第 2 項規定，前項賠償金額顯不相當者，法院得予酌減之。此次增列，賦予法院酌減之權限。又因故意或過失而有第六十三條之行為者，應與侵害商標專用權者負連帶賠償責任。但其能提供商品來源者，得減輕其賠償金額或免除之。（第 67 條）該修正理由，侵權行為除法律另有規定外，以有故意或過失為歸責條件。侵害商標專用權者，該法並無特別規定須負無過失責任，故仍以有故意或過失為限，負賠償責任。然該條原條文對於販賣、陳列、輸出或輸入等情節較輕之人反而規定即使是「非明知」亦負連帶賠償責任，立法上有失平衡，亦與一般侵權責任法則不符，爰修正以有故意或過失為要件使負連帶賠償責任。且為減輕一般販售者之責任，爰將但書修正為能提供商品來源者，得減輕其賠償金額或免除之。

⁶ 參考該條立法理由，「（一）現行條文第一項第一款移列修正條文第一項第二款，由被害人選擇請求。並仿美國商標法（蘭哈姆法案）第三十五條規定，由商標專用權人證明侵害人所得之銷售金額，侵害人則須證明其成本或必要費用。（二）現行條文第一項第二款修正移列為修正條文第一項第一款，以表明商標專用權人如能依民法第二百十六條規定證明其所受損害及所失利益時，得合併計算。但書則規定，於不能提供證據方法時，商標專用權人僅須證明其使用註冊商標通常所可獲得之利益及受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額作為所受損害。」

⁷ 參考該條立法理由，「（三）冒用他人商標之商品，往往不循正常商業軌道銷售，其銷售數量多少，侵害人亦多秘而不宣，故被害人實際受損害之情形，往往難以計算或證明，復有侵害人於獲悉有人進行調查後，即不擇手段加速傾銷，對受害人往往造成更大之損害，而受害人能查獲之商品為數不多，受害人因無法證明實際損害，致不能獲得應得之補償，非僅有失公平，且助長此類侵害行為之滋生。英法例雖設有由法院依侵害情節酌定超過實際損害額至三倍之賠償，非僅在表面上使受害人成為不當得利之受益人，且對作為計算基礎之實際損害額仍無法免除其舉證責任，終不若以法律明定其法定賠償額為愈。爰於修正條文第一項增列第三款，使得就查獲商品零售單價之五百倍至一千五百倍之金額內求償。又為顧及被查獲商品數量過多，與實際損害不符，故加但書規定。二、侵害業務上信譽，性質上屬於非財產之損害，第二項乃參照民法第一百九十五條之體例規定其損害賠償。」

86年商標法第61條修正時，新增第2項規定，因按有該法第62條第1款或第2款規定之情事，固構成刑事犯罪，惟是否亦屬構成民事之侵權行為，有所疑義，爰予明定。亦即將之視為侵害商標專用權。且增列對於物品及其原料或器具，得請求銷毀或為其他必要處置，為該項處分時，應依比例原則，參酌侵害人之犯意、侵害情節之嚴重性、相關物品之性質等各項因素斟酌之。

在刑事責任上，61年商標法規定依刑法處罰，亦即有下列情事之一者，為侵害他人之商標專用權，依刑法第253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。（第62條）惟惡意使用他人商標之名稱，作為自己公司或商號名稱之特取部分，而經營同一或同類商品之業務，經利害關係人請求其變更，而不申請變更登記者，依當時第63條規定，處一年以下有期徒刑、拘役或科二千元以下罰金。

72年商標法修正時，將商標權侵害之犯罪及處罰，因當時規定之處罰，係依刑法第253條所定刑罰處罰，惟該條刑罰似屬偏低，難收嚇阻之效，爰予提高，並就序文作文字修正，從此改由商標法規範，即如有下列情事之一者，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）另就外國著名商標之處罰方面，為免一般消費者受欺愚，並有效遏止仿冒，未經註冊之外國商標之行為，以維商業信譽，特增訂處罰之規定，並增訂第2項以維平等互惠之原則。即如意圖欺騙他人，於同一商品或同類商品使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。前項處罰，以該商標所屬之國家，依其法律或與中華民國訂有條約或協定，對在中華民國註冊之商標予以相同之保護者為限。其由團體或機構互訂保護商標之協議，經經濟部核准者亦同。（第62-1條）

82年商標法第62條修正時，加強保護商標權，並配合物價指數之變動，爰參照著作權法第九十一條第二項所定罰金金額提高罰金額度，並將貨幣單位修正

為新臺幣。亦即意圖欺騙他人，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。以上有關侵害商標權行為之處罰要件，由於商標法為經濟法規，應以意圖營利為處罰要件，是參考日本立法例於前文增列「意圖欺騙他人」等文字。為配合其他修正條文（第 21 條第 2 項）規定將「同類商品」修正為「類似商品」。

105 年商標法第 98 條修正時，係為配合一百零四年修正公布之刑法增訂沒收專章規定（自 105 年 7 月 1 日施行），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，惟商標侵權物品雖非屬刑法第 38 條第 1 項之違禁物，然其性質不宜任令在外流通，若刪除當時條文絕對義務沒收之特別規定，回歸適用刑法規定，為沒收時尚須確認該等物品之權利歸屬及正當事由取得等事實，增加依職權沒收之舉證與認定程序，並可能發還所有人而再度回流市場，將有礙取締仿冒之成效，爰維持絕對義務沒收之規定。

111 年修正商標法有關侵害商標權（包含商標侵權之準備或輔助行為）（第 68 條）與視為侵害商標權（第 70 條）等規定，該次修正係依跨太平洋夥伴全面進步協定（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）第十八・七四條規定，商標民事侵權行為以明知或可得而知（knowing, or with reasonable grounds to know）者，應負損害賠償責任。所謂可得而知應包含間接故意及有認識之過失。惟原條文有關侵權之民事責任限於明知，而司法實務見解認為明知僅限於直接故意，從而無法對因間接故意及過失者，主張侵權行為，不符合前述 CPTPP 規定，爰刪除原條文明知之文字，回歸一般民事侵權責任，以故意及過失為主觀歸責條件。

此外，有關侵害商標權罰責所涉及之商標使用行為，自應適用商標法總則章第 5 條之規定，亦即，商標之使用以行銷目的為前提。原條文之「為行銷目的」應屬重複規定，爰予刪除，並酌作文字修正。且增訂第 95 條第 2 項規定。跨太平洋夥伴全面進步協定（CPTPP）第十八・七七條第三項明定，對於具商業規模之仿冒相同或無法相區別商標（identical to, or cannot be distinguished from）之標

籤或包裝而為用於他人註冊商標同一商品或服務者，應訂有刑事處罰規定；又依刑罰明確性原則，明定本項構成要件係指以行銷目的而製造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入仿冒標籤、包裝等行為，對於非商業或非交易過程中製造、陳列標籤等行為，則不該當本項規範。鑒於當時商標法並無上開跨太平洋夥伴全面進步協定所定無法相區別商標之用語，且參酌司法實務案例，成立該條第 1 項、第 96 條或第 97 條之罪者，多以使用近似程度較高之商標於同一或類似程度較高之商品或服務，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之規定，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之認定，與我國法院相同，係採較高之近似標準。因此，該項罰則雖及於近似商標概念，在司法實務操作上，應不致有擴大適用之疑慮。又該項之罰則規定，係針對商標侵權之準備及輔助行為性質為特別規範，因目前司法實務係以刑法第 253 條、第 211 條、第 216 條、第 339 條等仿造商標標籤罪、（行使）偽造私文書罪、詐欺罪等，科以較高刑度，增訂該項規定，可回歸適用商標法。（參考該條修正理由）

前述可見，商標法與普通刑法相關規定，逐漸分離，而有優先適用之趨勢。當然有關刑法相關專業用語，自難於商標法皆予明定，故仍有適用刑法之概念或原則之必要。例如 111 年商標法第 96 條第 2 項修正理由，亦明示此意旨。意圖供自己或他人用於與註冊證明標章同一商品或服務，未得證明標章權人同意，為行銷目的而製造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入附有相同或近似於註冊證明標章之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品者，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。該項修正，因原第二項之主觀要件限於「明知」，司法實務見解僅限於直接故意而不包含間接故意，並不符合跨太平洋夥伴全面進步協定（CPTPP）第十八・七七條第三項處罰故意之規範，爰刪除明知之文字，回歸一般刑事處罰以故意為要件之原則。（參考該條修正理由）

參、從比較標章法觀點論商標法之改革

商標法自 19 年制定以來，隨經濟及社會文化環境之變遷，陸續已進行 16 次之修正，由此可見，商標專責機關對於商標法發展之脈絡，固有掌握其改革時機。

茲僅就前述商標法若干規範內容與立法原則，從其發展過程，略舉修正事例，藉以觀察與論述商標法之規範內容未來是否須再改革之必要性。

詩經·小雅·鶴鳴：「它山之石，可以攻玉」。從前述修正理由觀之，商標法不乏參考外國法而修正者，惟嚴格言之，其改革者較屬小規模之條文或概念上之引進。如從較大系統性之思考，施行九十餘年之商標法，即屆95年，甚至其制定公布百歲，亦屬不遠。本文淺見，展望未來，期待大家重新思考改革標章法之可行性。尤其是希望再度改革商標法之基本結構，開展標章權法律保護之新功能，並開創從註冊商標法到註冊與使用兼具保護之新紀元！當然，如欲有所改革，自不能憑空想像。換言之，比較法上，在德國、日本、美國及歐盟等立法例中，如有良制，可提供吾人改革現制者，實可用以「琢磨新制成玉」之參考。是本文比較關心者，於此嘗試以比較標章法觀點，希望能就商標法基本架構與規範原則，特別是比較德國標章法出發，試提出個人之管見，以供後續比較研究之參考！

德國現行標章法（Markengesetz）（國內通常譯為商標法），全稱為“商標與其他標章保護法”（Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen）（Markengesetz - MarkenG⁸），該法昔稱商標法（Warenzeichengesetz），於1994年10月25日修正公布。因此，該法之名稱翻譯，宜稱為“標章法”，藉以與舊法名稱有所區別。該修正新法係為1988年12月21日歐盟會員國有關標章法律規定調適之委員為之第一準則（指令）（die Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) vom 21. 12. 1988）之轉換於德國，此又稱為“標章法改革法”（Markenrechtsreformgesetz），當時不僅導致商標法之改革，亦且包含不公平競爭防止法中商號權利保護（Firmenrechtsschutz）與著作名稱保護（Titelschutz）之規定整體改革，並將之整合而納入新標章法之中。此外，在德國標章法，不僅是引人錯誤之地理來源

⁸ 在德國有關標章與商標用語之德英文使用方面，有英譯為“Act on the Protection of Trade Marks and other Signs (Trade Mark Act – MarkenG)”（https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html）（最後瀏覽日：2024/11/28）。在德國標章法之英文翻譯，亦有沿用“trade mark”或“Trade Mark Act”或“trade mark law”，但德文則使用“Marken”或“Kennzeichnung”等語指商品或服務之標識。（參照 https://www.dpma.de/english/trade_marks/trade_mark_protection/index.html）（最後瀏覽日：2024/11/28）。茲將標章，在中文如解為「標識章記」，並非屬新穎用語。

標示之規定 (Bestimmungen über irreführende geographische Herkunftsangaben) (§126 ff. MarkenG)，亦包含依馬德里協定規定標章之保護，及歐盟標章 (Gemeinschaftsmarken)。再者，如此廣泛標章改革，早在 1993 年已由 v. Gamm 所提出法律草案所確認之許多新興規定，但仍延續往昔標章之本質，即其具營業來源功能 (mit ihrer betrieblichen Herkunftsfunktion)，而且有關部分改變之申請要件及註冊障礙事由，亦包含標章權人之保護範圍及申請範圍。且其標章保護依新德國標章法明定其界限，於此標章法之用盡 (耗盡) (markenrechtliche Erschöpfung) 亦具有其特別意義⁹。

就德國標章法之規範重點而言，該法第 1 條至第 2 條規定其適用範圍 (Anwendungsbereich)，亦即規定受保護之商標及其他標章與其他規定不被排除適用於依該法規定商標 (標章)、營業標識及地理來源標示之保護。更精準言之，現行標章法，取代 1874 年商標 (Warenzeichen) 法之用語。標章 (Kennzeichen)，包含商標 (Marken) (申請／註冊商標)、因使用而取得之商標與依巴黎公約第六條之所稱著名商標 (notorische bekannte Marken)、營業標識 (企業標章與著作名稱)，以及地理來源標示¹⁰。

於第 2 章，則規定商標及營業表徵保護之要件、內容與限制 (Voraussetzungen, Inhalt und Schranken)、移轉 (讓與) 及授權 (Übertragung und Lizenz)。標章所保護之構成要素，係就任何標識 (alle Zeichen)，包括文字，包括姓名、圖形、字母、數字、音符 (Klänge)、立體型態 (包含商品之形狀或其包裝) (dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung)，及其他裝潢 (包含顏色及顏色組合)，得以將企業之商品或服務與他企業之商品或服務相區別者，得受保護為商標。

就下列形狀之標識，德國法又明定為不得受保護之商標：1、其源於商品種類之本身者；2、其為達到技術效果所必要者；或 3、賦予商品重大價值者。且於第四條規定，商標保護之發生方式，亦即該標識註冊於德國專利局商標註冊

⁹ 參照 Wolfgang Berlit, Markenrechtliche und europarechtliche Grenzen des Markenschutzes, GRUR 1998, 423.

¹⁰ 參照 Claudius Marx, Deutsches und europäisches Markenrecht, Neuwied; Kriftel; Berlin: Luchterhand, 1997, Rn.37.

簿、於營業交易中使用該標識，但以該標識已於參與交易者作為商標之交易聲價（Verkehrsgeltung）（有如我國法所稱之第二意義）者，以及符合保護產業財產權巴黎公約（巴黎公約）第六之一條所定之標章（商標）之著名性（notorische Bekanntheit einer Marke）者。且從其規範標的觀之，德國標章法適用對象，不限於註冊商標（Marken）（包含著名標章），關於營業表徵（標識）（geschäftliche Bezeichnungen）（包含企業標章）（Unternehmenskennzeichen）與著作名稱（und Werktitel）（標章法第5條）與地理來源標示（geographische Herkunftsangaben）（標章法第1條）。如前所述，德國法在1993年專家見解與修正方向，已將不公平競爭防止法中相關標章之規定，整合於新標章法中，亦即依標章法規定標章權之發生，標章權人可能因註冊或使用而取得。因此，此等德國改革方向，頗值得再思考其可行性。如此或許可以從根本解決多年來我國商標法與公平交易法間可能衍生之法律之解釋與適用衝突問題。

茲以公平交易法第22條有關表徵規定為例，該條規定，事業就其營業所提供之商品或服務所不得從事之行為，法律予以明定其界限。且就有關著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，雖限於未依法註冊取得商標權者，以示與商標法係針對註冊之商品或服務商標為適用對象。但其判斷表徵之使用，是否與現行商標法所稱商標之使用，解釋上相同，因兩法分屬不同專責主管機關，在實務運作，恐難免有歧異之可能性。

再者，其須致與他人商品混淆，或致與他人營業或服務之設施或活動混淆者，如從文義解釋，其未如商標法規定所要求混淆誤認之虞，似不必有實害發生，如有抽象危險存在即可。又如前述，現行商標法已不再「以普通使用方法」，現已從善意且合理使用，而演變為合理使用，是依公平交易法規定，主張「以普通使用方法」之抗辯，究係採取何種解釋觀點，亦頗有推敲之餘地。且商標法有關善意先使用原則，與公平交易法相關規定，皆設例外上得以併存之規定，但其所限縮適用範圍，兩法用語上仍亦不盡相似，在公平交易法規定，事業因他事業為前述之行為，致其商品或服務來源有混淆誤認之虞者，得請求他事業附加適當之區別標示。但對僅為運送商品者，不適用之。

惟另行比較商標法第 36 條第 1 項第 4 款規定，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。但以原使用之範圍為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。後者未明定其須有致其商品或服務來源有混淆誤認之虞者，且除附加適當之區別標示外，商標法規定其僅以原使用之範圍為限。凡此等規定之差異性，或許有意為不同規定，或許其係因兩法修正之主導機關不同，抑係因兩法制定或修正法律之時空背景有所差異所致。不論係何種原因，如以整體標章法規範目的與設計理念，其解釋原則與適用上判斷標準，實宜相似為妥。因此，較佳立法政策，宜重新思考兩法有關標章規定進行整合之可行性，與將兩種不同專責機關統合於相同機關主管之可行性。

又在商標要件，德國標章法在註冊標章（商標）方面，區分第八條規定絕對不予註冊事由（絕對保護障礙事由；Absolute Schutzhindernisse）與相對不予註冊事由（相對保護障礙事由）。依第三條規定得受商標保護但不足以在註冊簿上圖示（dargestellt）之標識，而使主管機關及公眾得以清楚且明確（klar und eindeutig）認定者¹¹，不准註冊。又欠缺識別性（Unterscheidungskraft）者，專在交易上表示商品或服務之種類、品質、數量、用途、價值、地理來源及商品製造時間或服務提供時間或表彰商品或服務之其他特性之標識或名稱構成者；專由商品或服務之一般慣用語或交易上善良誠意所確立慣例而為表彰商品或服務構成者；有欺罔公眾者，特別是關於商品或服務之種類、品質或地理來源；為違反公共秩序或善良風俗者；其包括國家之國徽、國旗或其他徽章或德國境內地方之紋章，或德國鄉鎮或其他地方團體之紋章者；其包含官方檢驗或認證之標識；其包含國際組織之徽章、旗幟或其他標章、印章或表徵（Bezeichnungen）者；依德國法、歐盟法律規定或依歐盟或德國加入之國際公約，與原產地名稱及地理標誌所

¹¹ 參照 92 年商標法第 17 條第 2 項規定，亦即申請註冊之商標，尤其是聲音商標及立體形狀商標，涉及商標審查及註冊之公告，應限定須以視覺可感知之圖樣表示之，始為明確，因此新增該要件。100 年商標法修正時，將條項變更，修正第 19 條第 3 項，有關商標應以視覺可感知之圖樣表示之規定，其目的在於要求申請人應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現其所欲申請註冊之商標，俾便商標專責機關審查，並於註冊公告時，能使第三人清楚知悉註冊商標之權利範圍。因此可見，此圖示（圖樣）可能性之要求（Das Erfordernis der Graphische Darstellbarkeit）等明確性原則（Bestimmtheitsgrundsatz），亦為我國商標註冊要件，但其用語上已有不同表達方式。

保護，被排除註冊者；依歐盟法律規定或歐盟加入之國際公約，與用於保護葡萄酒傳統名稱，被排除註冊者；依歐盟法律規定或依歐盟加入之國際公約，且用於保護傳統特產，被排除註冊者；基於德國法、歐盟法律規定或歐盟或德國加入之國際公約，先前註冊品種名稱之品種保護權，或再現其基本要素及同一植物品種或密切相關之物種所指稱者；依其他規定，基於公共利益顯然得以禁止其使用者；已被惡意註冊者。以上構成註冊之絕對保護障礙事由者，大多具有公益性，故其毋庸當事人之主張，受理註冊機關逕予不准註冊。

至於已申請或已註冊之標章作為相對保護障礙事由，係屬於得撤銷事由。該事由包含相同於先前已申請或已註冊之標章，且該商品或服務與先前已申請或已註冊之標章所表彰者相同；因其與已申請或已註冊之標章相同或近似，兩項標章所涵蓋之商品或服務，致公眾發生混淆誤認之虞，該危險可能與該標章引起公眾聯想之虞者；相同或近似先前申請或註冊之標章，且其所表彰之商品或服務與先前申請或註冊之商標不類似者，如該先前標章係屬內國著名標章，且該已註冊標章之使用，無正當理由以不公平方式利用或侵害該著名標章之識別性或聲譽者。以上有關已申請或已註冊標章涉及相同或近似他人之標章，或有關他人之著名標章識別性或聲譽者，得撤銷之，並非當然無效。

以上就已申請或已註冊標章而取得標章權之註冊要件，德國法區分絕對保護障礙事由與相對保護障礙事由，與我國商標之註冊要件有所不同，如此是否將可減輕國內商標註冊審查工作之負擔，並可使審查人力運用於其絕對不予註冊之事件，此是否納入下一波商標法之改革計畫，亦頗值得再思考。

此外，商標法並未將地理來源標示，提升為地理標章權，現行商標法雖採取消極不予註冊之事由，即如第 30 條第 1 項第 8 款及第 9 款規定，使公眾誤認誤信其商品或服務之產地之虞者，或相同或近似於中華民國或外國之葡萄酒或蒸餾酒地理標示，且指定使用於與葡萄酒或蒸餾酒同一或類似商品，而該外國與中華民國簽訂協定或共同參加國際條約，或相互承認葡萄酒或蒸餾酒地理標示之保護者，構成不得註冊之情形。如從較長遠觀點，宜考量將地理來源標示提升為標章權，如此制度及規範設計，將可使我國標章法體系更具完整性，亦屬本文所期待未來之改革方向。

最後，對於商標侵權行為所生請求權規範及基礎，尚屬完整，且有關損害賠償請求權之要件規定，將不作為及妨害（侵害）除去請求權不須具備故意或過失之主觀要件（商標法第 69 條第 1 項），而與損害賠償請求權須具備主觀之有責性要件（商標法第 69 條第 3 項），兩者加以區分，亦屬值得肯認。且第 71 條第 1 項規定，商標權人請求損害賠償時，具選擇之機會，亦即其得就商標法規定計算方法，擇一計算其損害，該計算方式於商標法予以明定，係屬進步之立法。惟其計算方法，是否需要如此多種，宜參考外國立法例，試再加以檢討。德國智慧財產法有關損害賠償計算方法，主要採取三大計算方法，即如具體損害說、利益說與類推授權說¹²。惟現行商標法如從前述第 71 條第 1 項第 1 款至第 4 款規定分析，除具體損害說（依民法第 216 條規定）、依侵害商標權行為所得之利益說與相當授權金數額之類推授權說以外，另有第 1 款後段（但書）規定，不能提供證據方法以證明其損害時，商標權人得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害，此係所謂差額說。且於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益，此可稱之總銷售額說¹³。此外，以零售單價一千五百倍為基準之計算方法，

¹² 在德國產業與智慧保護權（工業財產權與著作權等之損害賠償計算方法，實務與學理上採取依據被害人之選擇適用三種損害計算方法（die Methode der dreifachen Schadensberechnung nach Wahl des Geschädigten）（BGH GRUR 2022, 229 Rn. 71 f. – ÖKO-TEST III mwN; Fezer/Büscher/Obergfell/Koos UWG § 9 Rn. 28; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 9 Rn. 1.36 mwN; kritisch Beuthien/Wasmann GRUR 1997, 255）。除依民法規定（§§ 249, 252 BGB）所主張包含無體財產權侵害與收益受損間具因果關係之所失利益賠償（此第一種計算方法係依事實上所生之差額損害（Ersatz des ihm tatsächlich entstandenen Differenzschadens）），但此種方法，往往被被害人不易證明其實際上具體損害之結果（具體（主觀）損害計算說；konkrete（subjective）Schadensberechnung）。因此，第一種具體（主觀）計算方法，用於產業保護權，通常歸於失敗，以致於依損害賠償法對標章權之侵害，仍未受到制裁 sanktionslos）。是被害人不得不另尋他途，亦即以第二種計算方法，准許其請求抽象（客觀）損害計算說（eine abstrakte（objective）Schadensberechnung）。於此得請求支付相當之授權金）作為賠償損害（§ 14 Abs. 6 S. 3）。該類推計算授權金原則之考量，係基於排他專屬權之侵權人，不得比權利人在契約中所許可情形，處於更好之位置。不許因權利侵害而獲利（Die Rechtsverletzung darf sich nicht lohnen）；損害賠償法之制裁，係依通常交易方式，按其事件之性質，依據授權契約之虛擬情形推斷之。相當授權金，係屬規範（抽象）計算（Die angemessene Lizenzgebühr ist normativ（objektiv）zu berechnen）。第三種方法，係被侵害標章權之權利人，得請求返還侵權人所取得之利益（§ 14 Abs. 6 S. 2）。該種損害計算方法，不外是一種損害賠償法尚無體財產權之保護目的之結果（Folge des Schutzzwecks der Immaterialgüterrechte）（參照 Fezer/Tochtermann, in: Fezer, Markenrecht, 5. Auflage 2023-beck-online, MarkenG § 14 Rn.1024.）

¹³ 專利法第 97 條第 1 項第 2 款規定「二、依侵害人因侵害行為所得之利益。」其中已刪除總銷售額說。且有關該條項第 3 款規定「三、依授權實施該發明專利所得收取之合理權利金為基礎計算損害。」其採類推授權說，惟其法條用語，與商標法規定，不盡相似，亦值得一併檢討。

亦即其係就查獲侵害商標權商品之零售單價一千五百倍以下之金額，作為計算原則。但例外情形，如其所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額。於此情形，以零售單價計算，固較為簡便，實務上不乏其例。惟基於民法損害賠償規定之「有損害，始有賠償」之基本原則，如能透過法院審理而計算出實際上賠償額（compensory damages），較屬公允。除非難以計算實際損害之極端案件，否則在通常情形，法院既具有酌減之權限，亦且其仍須就商標侵害事實與其相關侵權行為要件是否相符，詳加審理之職責，於此實不宜在未詳審侵害行為與商標權侵害間之因果關係（責任成立因果關係），與商標權侵害與損害間之因果關係（責任範圍因果關係）¹⁴。因此，對於零售單價多倍賠償之計算方法，尚有再檢討之餘地。

肆、展望——代結語

本文先就 19 年制定商標法，選擇若干議題，加以引述，並與其嗣後修正之法規演變，略作比較，藉以了解商標法在 90 餘年來之發展，展望未來，期待我們能開創標章法之新紀元，其中可參考先進外國立法例，例如 1994 年修正德國標章法，重新思考現行商標法與公平交易法有表徵（trade dress）之規範體系整合問題，並參考本文相關之提議，請重新思考商標法，除註冊商品或服務商標（標章）外，宜從標章法觀點出發，擴張其適用範圍，使其及於表徵、著作名稱與地理來源標示之標章權等。最後，亦期待商標法與其他智慧權法相呼應，重新檢討商標侵權行為之請求權基礎構成要件（例如因果關係判斷問題）及其損害賠償計算方法，尤其是其損害計算方法之種類，雖其係屬可選擇之情形，並法院有裁量空間，但基於計算結果公平性，是否須明定如此多種方法，似仍有值得再推敲之餘地。

¹⁴ 德國民法上一般侵權行為法之要件，即如權利（商標權）侵害、侵害行為（作為或不作為）、侵害行為與權利侵害間之因果關係（責任成立因果關係）（權利受侵害是否因其原因事實之侵害行為而發生）、違法性（不法）、歸責事由（故意或過失）、損害、權利之侵害與損害間之因果關係（責任範圍因果關係）（因權利受侵害而發生之損害，應否予以賠償）（條件說、相當因果關係說及法規目的說等）、與有過失及消滅時效等。（參照 Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht mit Wirtschaftsdeliktsrecht, München: Beck, 2022, §4 Rn.1ff., 12; §27 Rn.1ff..）