

論「先行政後司法」處理原則對 商標侵害刑事規範體系之影響

張有捷 撰

目 錄

- 壹、前言
- 貳、公平交易法施行前商標侵害相關刑事規定適用之情形
- 參、公平交易法施行後商標侵害相關刑事規定適用之情形
- 肆、「先行政後司法」處理原則對商標侵害刑事規範體系之影響
- 伍、結語

壹、前言

於我國現行法律體系下，對於商標之侵害亦有刑事規範，除刑法第二百五十三條(偽造仿造商標商號罪)、第二百五十四條(販賣虛偽商標商號之貨物罪)及第三十八條(沒收規定)之規定外，主要者有二：一為商標法第六十二條(使用商標罪)、第六十三條(販賣仿冒商品罪)及第六十四條(沒收規定)；另一為公平交易法第二十條(仿冒行為之禁止)、第三十五條(罰責規定)暨第三十八條(法人之處罰規定)。公平交易法係

民國八十年二月四日公佈，民國八十一年二月三日施行，並於今年元月五日由立法院就部份修正條文三讀通過，於八十八年二月三日由總統公布施行。此次修正幅度最大，影響層面最廣者，乃關於違反公平交易法禁止規定之制裁，原則上改採「先行政後司法」之處理原則。此項修正，乃為矯正因立法之初，倉促地修正第四十一條規定所形成之公平交易法內在價值規範不一致之情形(註1)，故增訂第三十五條之要件。此項要件之性質為

何，其修正是否為法律變更，不僅涉及刑法第二條第一項規定之適用與否，更與商標侵害刑事規範體系之解釋適用有關。本文乃不揣簡陋，嘗試就公平交易法施行前後相關規定於實務適用運作之情況，依立法沿革，加以說明。其次，再就此次公平交易法修正公佈後之規定，於實際情形適用時，可能發生之問題加以分析。最後，提出淺見，以供參考。

貳、公平交易法施行前商標侵害相關刑事規定適用之情形

因商標法對於商標侵害之行爲，

原先並無刑事制裁之明文，故有關商標侵害之刑事處罰，係適用現行刑法(註2)第十九章妨害農工商罪章之相關規定。迨於民國六十一年修正商標法時，始於第六十二條增列刑罰之規定，首開商標法上對於侵害商標專用權之處罰(註3)。其後，商標法經多次修正，始形成我國商標侵害之刑事規範體系。於此一體系中，各該規定間形成何等之關係，應如何加以適用，值得探究，爰分別就刑法與商標法中關於商標侵害之處罰規定(註4)，分述如下：

註1：即產生同一違法行爲之行政罰與刑罰競合之問題，詳見廖義男撰「公平交易法關於違反禁止行爲之處罰規定」，載政大法學評論，第四十四期，頁三三四註1。

註2：現行刑法係於民國二十四年一月一日由國民政府修正公布，同年七月一日施行。

註3：立法院公報，第六十一卷，第九十一期，院會記錄，頁二七。

註4：於現行刑事規範體系下，商標侵害之行爲，行爲人刑事責任之認定，仍須符合犯罪理論，自不殆言。依我國學者通說，係採三分階層說，即須符合構成要件該當性、違法性與有責性。請參閱韓忠謨，刑法原理，中華民國七十一年四月印行，頁八一以下；蔡墩銘，中國刑法精義，中華民國七十一年九月三版，頁二七以下；褚劍鳴，刑法總則論，中華民國七十五年九月增訂六版，頁一〇〇以下；甘添貴，刑法總論講義，中華民國七十七年九月初版，頁四五以下；黃常仁，刑法總論(上册)，民國84年(1995年)十月初版三刷，頁三以下；林山田，刑法通論，1997年9月出版，頁九一以下；周台平，刑法總論(五版)，頁九二以下。

一、刑法關於商標侵害之處罰規定

刑法妨害農工商罪章中，關於商標侵害之規定，自民國二十四年一月一日施行迄今，未經修正，其規定如下：

刑法第二百五十三條：

「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。」

刑法第二百五十四條：

「明知為偽造或仿造之商標、商號之貨物而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，處二千元以下罰金。」

前者係偽造仿造商標之行爲，後者係流通仿冒商標商品之行爲，均爲刑法所加以處罰（註5）。須說明的是：

刑法上商標侵害行爲之態樣，包括：(1)偽造、仿造商標；(2)販賣、意圖販賣而陳列及自外國輸入偽造或仿造商標之貨物。若有其一，即足成罪。

「偽造」係全部模仿真正商標之假冒行爲；「仿造」則指部份模仿真正商標之假冒行爲（註6）。依司法院一十一年院字第六七八號解釋，「所謂仿造商標，指製造類似之商標，是以使一般人誤認爲真正商標者而言」，且偽造、仿造之客體限於已登記之商標（註7）部份，故商品仿單或商品說明書，並不包括在內（註8）。從而可知，刑法第二百五十三條及第二百五十四條，係以商標之製造爲規範之核心，將之獨立爲犯罪類型，規定於妨害農工商罪中，而形成全部模仿之製造

註5：商號雖亦爲刑法第二百五十三條及第二百五十四條之行爲客體，然非本文研討範圍之列，故不予討論。

註6：林山田，刑法特論（下冊），中華民國七十六年十月再修訂初版，頁七七—；張瑜鳳，仿冒行爲之案例研究，中華民國八十四年七月，頁一四三。

註7：因商標法並無所謂商標之登記，自係指已註冊之商標而言（參見司法院三〇年院字第二一三四號解釋），蓋商標法係於民國十九年五月六日公佈，次年一月一日施行，有關「商標」之概念及相關規定，自應援用。商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。此項專用權以請准註冊之商標及所指定之商品爲限（現行商標法第二十一條第一、二項參照），從而已註冊之商標，如經撤銷（現行商標法第三十一、三十三條參照）或已消滅者（現行商標法第三十四條參照），非本罪之客體，自不殆言。

註8：林山田，刑法特論（下冊），頁七七〇；甘添貴，刑法各論（上），中華民國七十三年十一月初版，頁四七一。

係為偽造，部份模仿係仿造之見解，殆囿於以往工商業社會未發達前，商標使用之態樣來多元化前之立法，而不得不為之解釋，且出於保障社會法益，維護正常交易秩序之觀念（註9），惟權利維護之意識尚嫌薄弱。

仿造、仿冒者，除有偽造或仿造之故意外，尚須有欺騙他人之主觀意圖，始能成立（註10）。至於其意圖果否實現，則非所問。質言之，行為人僅須具備此足使他人陷於錯誤等主觀之不法要素，即為已足，至於他人是否受騙陷於錯誤，並非所問（註11）。

販賣、意圖販賣而陳列及自國外輸入之行為人，須係明知為偽造或仿造商標之貨物。否則，即不為罪（註12）。

關於沒收，應援引刑法第三十八條之規定，自不待言。

二、商標法關於商標侵害之處罰規定

自立法沿革觀之，對於商標侵害之行為，民國六十一年七月四日公布之商標法，新增第六十二條，始首次對侵害商標專用之行為加以處罰，其後經多次修正，而由總統分別公布施行。茲就歷次修正與本文相關之部份，分析說明如下：

（一）民國六十一年七月四日商標法第六十二條：

「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。

- 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13）。」

註9：張瑜鳳，前揭書，頁一四一。

註：林山田，刑法特論(下冊)，頁七七三；甘添貴，刑法各論(上)，頁四七一。

註：甘添貴，刑法各論(上)，頁四七一；黃建榮，論商標仿冒之刑事問題，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國八十二年一月，頁一〇三，亦同此見解。

註：甘添貴，刑法各論(上)，頁四七三；林山田，刑法特論(下冊)，頁七七四。

註：立法院公報、第六十一卷，第五十期，院會記錄，頁一四。

須說明的是：

本條罰責之規定，係立法院審查會所增列，因特別加重處罰，在當時並無必要，乃於行政院原草案第五十八條（註 14）前文之末增加：「依刑法第二百五十三條之規定處罰之。」字樣，俾收儆戒之效（註 15、

註 16）。

本條文中「為侵害他人商標專用權」一語，雖原係行政院原草案中為確立商標侵害行為態樣，以為排除侵害之依據；俟立法院增列刑責後，即刪除之。本文以為此一用語，具相當之意義。蓋其表明本條所保

註：行政院原草案第五十八條規定：「有左列情事之一者，為侵害他人之商標專用權：

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形者。

二、於有關同一商品或同類商品之廣告、標貼、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形而陳列或散佈者。」見立法院公報，第五十九卷，第九十一期，院會記錄，頁七五以下。

註：其立法意旨，見立法院公報，第五十九卷，第九十一期，院會記錄，頁二七。茲摘錄於后，以供參考：「行政院原草案第五十八條係新增條文，旨在對侵害他人商標專用權之情事，加以明確規定，俾對已經註冊之商標，予以嚴密之保護。...鑒於邇來侵害他人商標專用權之情事時有所聞，如不有效加以制止，勢必影響今後之經濟發展。且臺北律師公會及中華民國工商協進會均建議於本條增列罰責，對違反者，處以重刑以示儆戒，而矯歪風。...經慎重研討，聽取司法行政部張參事特生所提供之意見後，認為刑法對於此類罪行，雖有明文處罰之規定，但於本條之內，增列處罰一事，能起提示作用，殆屬有益而無害。惟特別加重處罰，在目前情況之下，亦無此必要，爰於本條前文之末增加：『依刑法第二百五十三條之規定處罰之。』字樣，俾收儆戒之效。」

註：又惡意使用他人商標之情形，行政院原草案第五十八條未加規定，立法院審查會認為是一疏漏，特增列第三款：「惡意使用他人商標之名稱作為自己公司或商號名稱之特殊部份，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。」以期適應，見立法院公報，第五十九卷，第九十一期，院會記錄，頁二七。惟因吳延環委員認為「若亦依刑法第二百五十三條規定，處二以下有期徒刑，似乎過重了。」後由朝野協商，經三讀後，另成立第六十三條：「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份，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，處一年以下有期徒刑，拘役或科二千元以下罰金。」見立法院公報，第六十一卷，第四十九期，院會記錄，頁三；立法院公報，第六十一卷，第五十期，院會記錄，頁一四。

護之法益（註 17）為商標專用權，此參照民國六十一年七月四日商標法於第一條（註 18）增列立法意旨之規定自明，故規範之重點應為「違反商標權人之意思，而為商標之使用（註 19）」。¹⁷從而，同條第二款「附加」與第一款「使用」之意義，殆無不同。且商標使用之範圍，須明確加以規定，以符合構成要件明確性之原則。

為明定「使用」之涵義，增列第六條：「本法所稱商標之使用，係指將商標圖樣用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面者。」其使用之客體為商品或其包裝其容器上；然本條第二款「附加而陳列或散布之客體」，係廣告、標貼、說明書、價目表或其他文書，其範圍顯有不同。且本條規範之重點，在於「違反商

標權人之意思，而為商標之使用」，已如前述，從而「使用」之概念，不必強依商標法第六條而為解釋（註 20）。

本條增訂後，與刑法第二百五十三條間所形成之法律體系結構規範間之關係如何，頗堪玩味。因我國關於商標侵害之刑事規範體系，迄至民國七十二年一月二十六日公佈之商標法，始較完整，故將於后討論之。

因民國六十一年七月四日商標法並未對販賣、意圖販賣而陳列或自外國輸入之行為加以規範，故對於此等行為之處罰，迄民國七十二年一月二十六日商標法修正之前，仍須適用刑法第二百五十四條之規定，形成前後階行為適用不同法律之情形。

註 17：本文以為商標侵害行為是否須加以刑事制裁，仍值得深思。質言之，商標專用權是否得為刑事法領域內之法益，仍應尋出其明顯之範圍限制。關於法益概念的界定原則，請參閱陳志龍，法益與刑事立法，民國七十九年（一九九〇年）初版，頁三六以下。

註 18：六十一年七月四日商標法第一條規定：「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商業之正常發展，特制定本法。」見立法院公報，第六十一卷，第五十期，院會記錄，頁三。

註 19：刑法第二百五十三條亦應為如此之解釋，始為妥適。

註 20：蓋商標侵害之刑事責任是否成立，全繫於是否違反商標權人之意思而為商標之「使用」。是商標法上使用之概念，不僅與商標之概念相關，亦與商標權之行使，息息相關。且就法益之觀點，商標之使用，應就具體個案，為合目的性之解釋，始符合商標法之立法本旨。黃建榮先生亦採此見解，見氏著前揭書，頁七九以下。

同時，構成商標侵害之仿冒商品，其沒收仍須適用刑法第三十八條第一項第二款暨第二項之規定。蓋民國六十一年七月四日商標法未就沒收另為規定。

(二) 民國七十二年一月二十六日商標法

我國商標法於民國七十二年一月二十六日再為修正，除了因自民國六十一年七月四日修改後已有十餘年未再修正，部分條文須因時代環境予以修正、補充的原因外，主要是針對現實特殊環境，維護國貿信譽與國家形象(註 21)，以期政策的擴張與立法有效合配(註 22)。此次修正之最大特色與重點所在，乃以修改商標法第六十二條、增訂第六十二條之一至之三條四條特別刑法來表現，以配合刑事政策之執行(註 23)，其規定如下：

第六十二條：

「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之圖樣而陳列或散布者。」

第六十二條之一：

「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。」第六十二條之二：

「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。」

第六十二條之三：

「犯前三條罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品屬於犯人者，

註：此次修法，乃因面對外國之交相指責，諸如：「海盜掠奪的行為」、「中華民國法律是鼓勵仿冒，而不能遏止仿冒」、「全球盜竊的首都」及「仿冒者的樂園」，詳見立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁三五以下。

註：立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁三六。

註：立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁三七。

沒收之。」

茲分析說明如下：

此次修正商標法第六十二條，將原依刑法第二百五十三條所定刑罰處罰，予以提高為「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金（註24）」，因原該條刑罰似屬偏低，難收嚇阻之效，並就序文作文字修正（註25），刪除「為侵害他人之商標專用權」一語（註26）。此次增列第六十二條之二與刑法第二百五十四條規定相仿，除對輸出之行為亦一併加以處罰，刑度亦大幅提高。同時，並於第六十二條之三增列沒收之規定。

揆諸前面二點說明，商標法上關於商標侵害之刑事規範，截至此次修

正為止，可謂較為完整，惟其與刑法第二百五十三條、第二百五十四條及第三十八條間，尤其是商標法第六十二條與刑法第二百五十三條之規定間，形成何等關係，應如何加以適用，凡此皆為疑問。依我國立法者（註27）及有力學說（註28）之見解，認為前揭商標法之相關規定係刑法上揭規定之特別法，此複為司法實務所肯認，故就商標法第六十二條與刑法第二百五十三條之規定而言，「僅意圖欺騙他人而偽造或仿造他人已登記之商標及圖樣，如果未加以使用者，固應論以刑法第二百五十三條之偽造仿造商標罪，但若進而使用偽造仿造之商標及圖樣於同一商品或同類商品者

註：民國七十二年一月二十六日商標法第六十二條修正審議過程，審查會曾修正法條刑責為「六月以上五年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金」，立法委員就該條文共有七個修正動議，審議結果，依汪漁洋委員之提議，恢復行政院草案，維持「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金」。詳見立法院公報，第七十二卷，第五期，院會記錄，頁九一以下。

註：此為行政院民國七十二年一月二十六日商標法第六十二條修正原案說明，見立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁三二以下。

註：本文以為此一用語之刪除，實屬不當。非如行政院修正原案說明，僅係序文作文字修正，蓋其實足以表明對商標侵害行為課予刑事制裁所欲保護之法益，本文已於上述二、（一）2.中說明，茲不贅。

註：立法委員黃志達於本次修正審議過程中，曾表示「關於商標法第六十二條乃刑法第二百五十三條的特別法，兩者規定如有衝突，則當然適用商標法之規定」，可供參考。見立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁五五。

註：林山田，刑法特論（下冊），頁七七三；黃建榮，前揭書，頁二二五以下。

，商標法第六十二條第一款，既有特別規定，自應論以該特別法所規定之罪（註 29）。」

第六十二條之二與刑法第二百五十四條皆屬對於流通侵害商標權商品之規定，其適用以侵害商標商品之存在為前提，故何種客體將構成商標權之侵害（即商標法第六十二條之客體），乃成為規範之重心，此由立法沿革學說之爭議與司法實務適用之情況，當可明瞭。

此次修法又將第六條關於商標使用之規定，修正如下：

「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；以商標之外文部分用於外銷商品者亦同（註 30）。」

其中，第二項係有關「視為使用」之規定，此項規定之客體又與第六十二條第一、二款規定之客體，不盡相符；若有此情形之一，是否符合第六十二條所定「使用」或「附加而陳列或散布」之行為，構成該規定之違反，頗滋疑義。同時，此次增列第六十二條之三關於沒收之規定中，有「製造」一語，就全文觀之，係指犯第六十二條之罪所製造之商品屬於犯人者，亦在沒收之列，此又與第六十二條之行為態樣用語不同，且第六十二條第二款之客體，是否亦為該條「商品」此一用語涵括（註 31）。凡此皆足以說明，掌握第六十二條行為態樣與客體之不易。

註：最高法院七十二年度台上字第四六七二號刑事判決參照，載「最高法院民刑事裁判選輯」，第四卷，第三期，中華民國七十三年十二月出版，頁六二九以下。

註：立法院公報，第七十二卷，第四期，院會記錄，頁二〇；立法院公報，第七十二卷，第五期，院會記錄，頁九四。

註：就此而言，立法者顯然仍囿於商標使用原始態樣之觀念。此觀之六十一年七月四日商標法審議過程，陳顯遠委員曾表示：「...一般商標之使用，僅於附著在商品或其包括裝(容器)上，始能生效，一離商品，即將失效。...」自明（見立法院公報，第六十一卷，第四十五期，院會記錄，頁一〇）。因此究係「商品」或「商標」得解為「供犯罪所用之物，學者間仍有不同之看法（詳請參閱黃建榮，前揭書，頁一六五以下註 11，註 12 及註 13）。本文以為就商標之使用，故須與商品有某程度之結合，但非必直接附著於商品上，僅須顯示標示特定商品之作用，即為已足（張瑜鳳，前揭書，頁一四五，亦採此見解），此觀之商標法第六十二條第二款之客體，包括「商品之廣告、標帖、說明書、價目表，或其他文書」，即可明瞭。

從而，本文以為欲掌握刑法第二百五十三條或商標法第六十二條之規定，皆應由確立所保護之法益著手，方能得其真意。如前所述，商標侵害如應以刑事體系加以規範，則其保護法益應為商標權，故法規範之重點在於「違反商標權人之意思，而為商標之使用」，且六十一年七月四日商標法首次增列刑罰規定，即係以刑法為基礎，其構成要件或有不同，基於合目的性之解釋，本文以為刑法欲商標法中關於商標侵害之制裁規定，皆應有相同之內涵，並無普通法與特別法之關係；易言之，刑法關於商標侵害之制裁規定，非作為商標法之補充規定（註 32），故前揭最高法院七十二年度台上字第四六七二號刑事判決與國內之有力學說為本文所不採。

第六十二條之一之增列，係對侵害未經註冊之外國著名商標之處罰，

其適用之前提，為「意圖欺騙他人」，與刑法第二百五十三條相同，行為人均須具備此等主觀之不法要素。準此，商標法第六十二條是否亦須具備此一要件（註 33），亦有研究之必要，容后討論之。

（三）民國七十八年五月二十六日商標法（註 34）

此次修正為擴大仿冒商標商品沒收範圍，將第六十二條之修正如下：

「犯前三條之罪所製造的、販賣、陳列、輸出或輸入之商品，不問屬於犯人與否，沒收之。」

須說明的是：

此次修正理由，乃因商標侵害案例中，涉案被告每主張仿冒之商品非其所有，而為被告所屬之法人或其他人所有，致法院無法對仿冒品諭知沒收，而反須發還所有人任其重回市面流通，有礙取締仿冒之成效，爰修正為不問屬於犯人與否沒收之（註 35）。

註：張瑜鳳，前揭書，頁一四四以下，與本文見解相同，可資參照。

註：次此修正審議過程，委員鄭余鎮、吳延環、黃志達及黃可青等曾發言或提案增列「意圖欺騙他人」此一要件。相關發言或提案，分見立法院公報，七十二卷，第四期，頁四六、五四及五六；第五期，頁九一、九二。

註：民國七十四年十一月二十九日商標法亦經修正公布，惟此次修正與本文無關，故不予討論。

註：立法院公報，第七十八卷，第三十五期，院會記錄，頁七一以下。

依最高法院第三次刑事庭會議決議認為，沒收依我國刑法之規定為從刑之一種，附屬於主刑，不生比較輕重問題，故此次修法前之行爲，亦應適用修正後之規定（註 36）。

三、小結

於公平交易法施行前，關於商標侵害之刑事制裁規定，僅見於刑法及商標法。依司法實務之見解，二者乃普通法與特別法之關係，故刑法中關於商標侵害之規定，乃商標法之補充規定，此觀之最高法院七十二年度台上字第四六七二號刑事判決即明。

參、公平交易法施行後商標侵害相關刑事規定適用之情形

一、公平交易法中關於商標侵害之處罰規定

公平交易法於八十一年二月四日施行，與商標侵害有關之規定如下：

第二十條第一項第一款：

「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行爲：

- 一、以相關大眾所共知之他人姓名、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，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、

運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。」

第三十五條：

「違反第十條、第十四條、第二十條或第二十三條第一項之規定者，處行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

第三十八條：

「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行爲人外，對該法人亦科以各該條之罰金。」

如前所述，依司法實務之見解，認為關於商標侵害於刑法與商標法中之各該規定，刑法之各該規定僅為商標法上相關規定之補充，故於公平交易法前揭規定施行後，商標侵害刑事規範之競合關係，於司法實務上，均僅著眼於商標法與公平交易法間。因商標法於八十二年十二月二十二日又修正全文，為便於說明，爰先分析商標法上商標侵害相關規定。

二、民國八十二年十二月二十二日商標法

第六十二條：

「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。

註：惟學者黃建榮認為此一見解頗有檢討之餘地，見氏著前揭書，頁一三一。

- 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。」

第六十三條：

「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。」

第六十四條：

「犯前二條之罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品不問屬於犯人與否，沒收之。」

此次修正特點如下：

關於第六十二條之規定，此次修正除將刑度減為三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，並將「同類商品」修正為

「類似商品」外，更於前文增列「意圖欺騙他人」之處罰要件（註 37）。因有關未經註冊之外國著名商標之保護已另於公平交易法第二十條第三款規定，七十八年五月二十六日商標法第六十二條之一爰予刪除（註 38）。

民國七十八年五月二十六日商標法第六十二條之二及第六十二條之三之條款，分別變更為第六十三條及第六十四條；第六十二條之二之罰金，修正為新臺幣五萬元以下（註 39）。

此次修正第六十二條之規定，於前文增列「意圖欺騙他人」，與刑法第二百五十三條之規定相同，均以之為主觀構成要件，可資贊同（註 40）。蓋此一要件，不僅與商標侵害刑事制裁規定之保護法益有關，且與商標侵害行為核心之類型思維

註：增列此一要件，乃審查會認為商標法係經濟法規，處罰應以意圖營利為要件，爰參考日本立法例，於句首增列「意圖欺騙他人」等文字。見立法院公報，第八十二卷，第五十三期，院會記錄，頁五〇，頁九〇以下。

註：立法院公報，第八十二卷，第五十三期，院會記錄，頁四九，頁九一。

註：立法院公報，第八十二卷，第五十三期，院會記錄，頁九二。

註：惟張瑜鳳先生則與本文持相反之看法，「認為商標法第六十二條若將『意圖欺騙他人』之要件刪除，刪除後並不會影響該條文之運作，因為對於單純偽造商標之行為，若其不具欺騙他人之意圖，不為銷售之目的而持有，例如藝術家模仿畫作或供自行收藏之用，則根本不屬於刑事制裁法所欲規範之行為」可供參考，見氏著前揭書，頁一四〇以下。

及體系之建構相涉；同時，因「意圖犯」須具備「意圖」要素，方能充足其不法內涵，即行為人僅須內心上希求達到不法構成要件所明定之犯罪目的，而著手構成犯罪事實者，即有意圖之存在。至於意圖終究能否實現，則在所不問（註41）。行為人為販賣商標權人自行或授權製造之商品，未經商標權人授權即將附有商標之商品實物拍成照片而印製或型錄，其行為似已構成商標法第六十二條第二款「商標使用」之行為，惟因欠缺「欺騙他人之意圖」，不成立犯罪（註42）。

三、公平交易法與商標法中關於商標侵害規定之競合

本文已就八十二年十二月二十二日商標法（註43）關於商標侵害之規定，分析如上，於違反商標權人之意思，而使用其業經註冊之商標於商品，或進而販賣，同時該當於商標法第六十二條、第六十三條與公平交易法第二十條第一項第一款、第三十五條之要件而形成競合關係時，應如何適用，容有爭議。主要見解有三：(1)牽連犯（註44）；(2)法條競合（註45）；(3)想像競合犯。最高法院八十六年度台非字第二四一號刑事判決（註46）認為構成「想像競合犯」，主要理由如下：

（一）商標法第六十二條、第六十三條與公平交易法第二十條

註：林山田，刑法通論（上册），頁一六三以下；黃常仁，前揭書，頁四二，註13。

註：蔡瑞森先生認為，此種將實品照片刊載於型錄之方式，雖難以闡釋其是否構成商標使用之行為，惟應可認為不構成商標法或公平交易法第二十條之侵害。見氏撰「三論『著名商標之保護於我國現行實務所面臨之問題』」，載「智慧財產權」，88年1月，頁一〇七以下有詳盡之分析。

註：商標法於八十六年五月七日再行修正，主要乃為因應加入WTO，而修正相關規定。見立法院公報，第八十六卷，第七期，委員會記錄，頁二六四。

註：主張牽連犯者，如台灣士林地方法院檢察署偵字第一一四二六號起訴書，認為係有方法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條之牽連犯論處，惟從一重之公平交易法第三十五條處斷。見蔡瑞森，前揭文，頁一〇九、一一六。

註：採法條競合者，如台灣高等法院高雄分院八十七年度上易字第二一三五號刑事判決，認為公平交易法第三十五條（第二十條）係特別規定，依特別法優於普通法之原則，從公平交易法第三十五條之規定處斷。見蔡瑞森，前揭文，頁一〇九、一一六。

註：見司法院公報，第四十卷，第六期，頁六九。

(第三十五條)之構成要件及規範範圍不同。前者僅就已註冊之商標賦與專用權及保護。但後者所保護之客體，包括商標、商品容器、包裝外觀等，且須「相關大眾所共知」為要件，有時可包含商標仿冒之情形。因此販賣仿冒已經註冊之商標商品者，依商標法第六十三條處罰即足。若進而可證明該註冊商標已為「相關大眾所共知」、「致使與他人商品混淆」，方有依公平交易法第二十條第一項第一款後段規範之餘地，而得成立同法第三十五條之罪。

- (二) 原確定判決認定之事實，被告販賣已註冊商標之仿冒商品，乃公眾週知之著名商標商品，已為相關大眾所共知無疑，自係一行為觸犯公平交易法第一項第一款後段、第三十五條之罪及商標法第六十三條罪之想像競合犯，應依刑法第五十五條，從一重之公平交易法第三十五條處斷。

因現行司法實務，係採「想像競合犯」之見解，關於商標侵害商品之沒收，因認為同時違反商標法及公平交易法，自得援引商標法第六十四條作為沒收之依據（註47）。

註：蔡瑞森，前揭文，頁一一〇。

註：立法院第三屆第六會期第十二次會議議案關係文書，中華民國八十七年十二月廿三日印發，計一一六頁。

四、小結

刑法與商標法中，關於商標侵害之刑事制裁規定，構成普通法與特別法之關係。質言之，刑法中關於商標侵害之規定，乃商標法之補充規定，此為司法實務一貫之見解，已如前述。從而公平交易法施行後，有關商標侵害之處罰規定，亦納入商標侵害之刑事規範體系中，形成競合關係。然基於前揭實務傳統一貫之見解，此種競合關係之適用，僅見於商標法與公平交易法間。蓋基於特別法與普通法之關係，刑法中關於商標侵害之規定，僅具補充之地位。此觀之最高法院八十六年度台非字第二四一號刑事判決，於論究商標侵害規定之競合關係時，對於刑法上第二百五十三條及第二百五十四條之規定，略而不論，即可明瞭。

肆、「先行政後司法」處理原則對商標侵害刑事規範體系之影響

此次公平交易法之修正，與商標侵害規範相關者，除將第二十條第一項第一款「相關大眾所共知」之要件，修正為「相關事業或一般消費者所普遍認知」，以排除「共知」在邏輯上的不適當性（註48）外，並對於第三

十五條加以修正，改採「先行政後司法」之處理原則，即對於違反第二十條第一項第一款之規定，須「經中央主管機關依第四十一條規定處以罰鍰並限期命其停止、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」，始科以第三十五條之刑罰（註 49）。此一要件之性質為何，足以影響商標侵害刑事規範體系，有探討之必要。

一、公平交易法第三十五條新增列要件之性質

刑法第二條第一項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」乃所謂之「從新從輕原則」。從而，此次公平交易法第三十五條因改採「先行政後司法」原則而增列之前揭要件，其性質為何與有無刑法第二條第一項規定之適用有關，爰先分析如下：

依修法意旨，似認為第三十五條所增列之要件，係構成要件，此觀之修法說明，謂「...為貫徹『先行政後司法』之處理原則，爰參考商業登記法第三十二條，增訂本條之構成要件，...」自明（註 50）。據此而論，已符合刑法第二條第一項所謂之「法律變更」，而有該條規定之適用。

本文以為，由於「從新從輕原則」之適用，須比較新舊法孰較有利於行為人，主要乃比較可罰性之範圍以及刑罰之輕重（註 51）。此次公平交易法第三十五條之修正，並不涉及刑罰之輕重，固不待言；然其所增列之要件，僅係為貫徹「先行政後司法」之原則，從而其在外觀上雖似與行為具有關係，惟卻不屬於行為人之行為本身，亦不足以之為決定可罰行為之刑罰種類與刑度之標準（註 52）。論其性質，係屬「客觀之可罰性條件」。此觀之該新增要件之內容，係行政罰與行政

註：公平交易法於修正前，對於違反該法禁止規定之行為處以刑罰者，就犯罪構成要件上不同之類型規定觀之，一為直接犯罪行為；另一為附從行政監督之犯罪行為（見廖義男，前揭文，頁三三四以下）。此次修正後，因該法第三十五條全改採「先行政後司法」之處理原則，故僅存附從行政監督之犯罪行為。

註：立法院第三屆第六會期第十二次會議議案關係文書，中華民國八十七年十二月廿三日印發，計一三三頁。

註：林山田，刑法通論（上册），一九九七年九月出版，頁六七。

註：請參閱林山田，前揭書，頁二九二以下。

處分自明。

所謂「客觀可罰性條件」，係指雖與行為有直接關係，惟不屬於不法，亦不屬於罪責之情狀，而將其當作處於構成要件以下之一種犯罪要素，乃屬可罰性之實體要件（註 53）。質言之，行為之完成只決定於構成要件之實現，而不決定於客觀之可罰性條件之發生。如刑法第二百三十八條詐術締婚罪之「致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定」及民國七十二年一月二十六日商標法第六十二條之一第二項之「互惠保護」之規定等。

綜上所述，公平交易法第三十五條新增列之要件，係客觀可罰性條件，故無刑法第二條第一項規定之適用。從而，違反公平交易法第二十條第一款之行為是否直接科以同法第三十五條之刑罰，皆以公布施行日為準（註 54）。

二、公平交易法第三十五條新增列要件所形成法律適用上之問題

一行為同時該當商標法第六十二條(或第六十三條)與公平交易法第二十條第一項第一款之規定，因違反商標法前揭規定為刑事罰，而違反公平交易法前揭規定，依同法第三十五條規定，須先依第四十一條規定處以罰鍰，此乃行政罰。同時，「並限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」，乃行政處分，且為下命處分。是中央主管機關依此新增要件所為者，乃行政罰與行政處分兼具，故產生如下法律適用上之問題：

就行政罰部分而言，將形成刑罰與行政罰競合之情形（註 55）。就防制商標侵害之觀點，二者皆以之為法律目的，既屬相同，而處罰之手段又有相似或輕重關聯之情形，似應僅依商標法之規定科處刑罰而不另科處公平交易法第二十條第一項第一款(第三十五條)之行政罰（註 56）。準此以觀，公平交易法第三十五條新增之要件無形中似排除

註：同前註；黃常仁，刑法總論(上册)，頁一四八。

註：中央法規標準法第十三條規定：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布日或發布之日起算至第三日起發生效力。」

註：此次修正公平交易法第三十五條，改採「先行政後司法原則」，本欲解決立法之初因倉促修正公平交易法第四十一條而形成刑罰與行政罰競合之情形，導致公平交易法內在價值規範不一致，參註 1。然立法者顯然忽略法律體系間競合適用之問題，誠哉！所未及。

註：關於行政罰與刑罰之競合，請參閱陳敏，行政法總論，民國八十七年五月，頁六一五以下。

公平交易法第二十條第一項第一款規定關於商標部分之適用。

就行政處分之部份而言，於行為人對該處分提起行政爭訟時，就同一侵害商標之事實，普通法院刑事庭及行政法院固得本其職掌各自判斷是否符合商標法與公平交易法所定之構成要件，惟就扣案物是否為侵害商標商品(即仿冒品)時，若為不同之認定時，將徒增困擾。

依修正第三十五條增列之要件，僅於中央主管機關為行政處分後，行為人逾期未停止、改正其行為或未採必要之更正措施，或停止後再為相同或類似之違反行為，即應科以刑罰。於行為人對於中央主管機關所為行政處分提起行政爭訟時，雖無停止執行之效力(訴願法第二十三條及行政訴訟法第十二條參照)，惟為避免中央主管機關之行政處分為行政法院廢棄之窘狀，仍應俟行政處分確定，始論以刑事責任，較為妥適。又公平交易法第三十五條所增列之要件，乃客觀可罰性條件，由此亦可見一斑。

行為人於其侵害商標之行為該當於修正後之公平交易法第二十條第一項第一款及同法第三十五條所增列之要件後，應科以同法第三十五條之刑責。惟亦將與商標法第六十二

條、第六十三條之規定，產生競合之情況，自不待言。

三、小結

此次修正公平交易法第三十五條所增列之要件，依修法意旨觀之，其性質係屬構成要件，從而應適用刑法第二條第一項之規定。惟該要件之內容，係行政罰與行政處分，故在外觀上雖與行為有關，卻不屬於行為人之行為本身，也不足以之為決定可罰行為之刑罰種類與刑度之標準。準此，本文以為該增列之要件應屬客觀之可罰性條件，故無刑法第二條第一項規定之適用。

伍、結語

此次公平交易法之修正，對於第三十五條之處罰，改採「先行政後司法」之處理原則。此項修正，雖不盡完善，惟正足引發吾人重新思考關於商標侵害之刑事規範體系之契機。

由商標侵害刑事規範體系之立法沿革觀之，歷次之修正商標法，並無一定之標準與價值歸範為修正之核心。此由商標使用之概念、行為客體之範圍及刑度數次之提高或降低，均可見一斑。因之，本文以為關於商標侵害之刑事規範應從法益之觀點，為全盤之思考，方能建立完善之制度。

為貫徹「先行政後司法」之原則，

修正公平交易法第三十五條增列之要件，因立法者未明其本質，致生疑異。就商標侵害之刑事規範而言，該增列要件中之行政罰與商標法上之刑罰，亦將產生競合之情況，而無形中排除公平交易法第二十條第一項第一款關於商標部分之適用，乃立法者始料所未及。

本文以為公平交易法第三十五條

所增列之要件乃一客觀可罰性條件，故無刑法第二條第一項之適用。同時，為免中央主管機關依該增列之要件所為之行政處分遭行政法院廢棄之窘狀，解釋上仍應俟行政處分確定，始論以行為人該條之刑事責任，始為妥適。

(作者任職理律法律事務所律師)

