

商標法修正草案第 3 次公聽會會議紀錄

一、時間：97 年 9 月 4 日（星期四）上午 9 時 30 分

二、地點：本局 19 樓簡報室

三、主持人：洪組長淑敏

記錄：陳盈竹、王義明、陳宏杰

四、出席單位及人員：詳如後附會議簽到表

五、發言紀要：（依討論條文及發言順序）

【草案第 62 條之 1】

1. 蔡明誠院長：依第 62 條之 1 條文規定來看，在此特別明定產地團體商標權之侵害行為，似有意強調產地團體商標，如此作法反會讓人產生誤解，而認為只有產地團體商標才會發生侵害行為，若非產地的團體商標就不會發生侵害等疑義。假設產地團體商標有刑事侵害，可能放在罰則較為妥適，不然容易誤會產地以外的團體商標不會發生侵害問題，這樣的條文結構，將產地團體商標特別當作一個侵害標的，可能要再思考一下。第二，以前在用語上，都是使用「相關公眾混淆誤認」，目前條文用語是使用「誤認誤信」，是否要維持使用「混淆誤認」一詞或是要改用「誤認誤信」？因為以前使用「誤認誤信」頂多用在擴充保護一些知名度蠻高的著名商標，此處用語是否有意認為在這種情況下，才對於產地團體商標或證明標章構成侵害行為？
2. 主席：將產地團體商標放在第 62 條之 1，係針對證明標章及產地團體商標之公益性較強，而消費者對它的品質、性質可能產生誤認誤信而規範。一般團體商標之性質與商標沒兩樣，都是來源的混淆，其處罰會回歸適用第 61 條規定，該條商標權包括一般商標與團體商標。用語上分為「誤認誤信」及「混淆誤認」，是因為如果是「來源」會用「混

淆誤認」，針對「品質或性質」部分會用「誤認誤信」，此用語是源自於現行條文第 23 條第 1 項第 11 款的類似用法，以便前後用語一貫。

3. 蔡明誠院長：如此說法是可以理解，可是慣例上，註冊的證明標章或產地團體商標，會構成侵害的客體大概會是經過註冊的標章，未經註冊的如著名標章，在德國法可能再加上地理標示，但我們地理標示並未賦予它絕對排他的權利，所以若要改用產地團體商標或類似於著名標章的方式作間接保護，在結構上會出現問題。因為我們的證明標章都是要註冊的，它是個註冊標章。反過來說，是否要擴大到未註冊的地理標示，因經過一段時間使用後產生一定交易量的名聲或知名度，當然此是指經使用而取得的標章，類似公平交易法第 20 條第 1 項的情況。另外，第 62 條之 1 規定似乎有意與註冊的標章相區隔，這裡設定的若是不需經過註冊，就可能比較合邏輯，但這裡係以註冊為前提的話，基本上就不待規定，本來這些就是構成侵害之事實。回到根本問題，「公眾誤認誤信」之用語，過去是因為在一些著名性蠻高的商標，因為不斷的使用後產生一定的名聲，或是它可能未註冊而且類別不全是在登記範圍裡面，為了擴大保護，才會使用「誤認誤信」的用語。本條文制定目的，如果係有意要折衷註冊主義與使用主義而設，是可以的，但假使是要對已註冊者之保護，在語意上則要留意，不然感覺上，好像註冊產地團體商標的侵害可能性，只有這種類型。我們雖然要保護產地團體商標，但明定為「誤認誤信」，這是個比較中間地帶的名稱，會有因為它的使用而產生一定的名聲，才會擴大保護之誤解。
4. 主席：其實這裡所保護的是已經註冊的證明標章及產地團體商標。註冊商標在第 61 條已有規範，證明標章及產地團體商標之性質與商標不同，現行法第 80 條有依其性質準用商標之規定，但實際上二者侵害在

性質上是不一樣的，所以才另立條文對此種侵權作特別規定，當時的想法即是因為它不是一種來源的混淆，而係品質或特性的性質上誤認誤信之情形。

5. 陳昭華教授：產地證明標章及產地團體商標之侵權行為，有刑事責任嗎？
6. 主席：產地證明標章及產地團體商標本來就是較公益性的標章，對品質的一種保證、認證，一般商標都有刑事責任，此種公益性標章應該更強，現行法之罰則部分，因為罪刑法定之故，第 81 條只規範商標權或團體商標權，法官實務上解釋認為並未包括證明標章，所以證明標章應沒有刑事責任，實務操作面確有此疑義。為解決此問題，在刑罰部分獨立一條予以規範，在民事方面，亦另立一獨立規定。
7. 法規會王錫祥科長：個人對於此條文的看法與蔡教授一樣，證明標章與團體標章放在最後面，為什麼不放前面？第一章總則之商標權，對於商標權的定義，沒有包括到證明標章及團體標章，在未包括的情況下，怎會有保護或侵害的問題？因為構成要件不合，證明標章又獨立一章，應怎樣解釋它是一種商標權及掛勾它的侵害？建議將之放在前面，在條文定義的時候就把它寫清楚商標權包括這些，而不是在侵權行為保護後面加上那幾章。所以，修法是否可將證明標章、團體商標等章節放在前面先作規範。
8. 主席：對此體例我們也認為很怪，因為它是在民事侵權之後罰則之前，在中間插入證明標章這一章。查其歷史沿革原係以前認為證明標章是獨立於商標之外，因為它有自己的定義、使用規定及廢止條款，廢止並未適用第 57 條規定，故有其獨立專章，性質上如果相同於商標事項才準用。我們這次修法檢討時，也認為這樣的體例有問題，應該將該

章節往前搬，把整個民事權利救濟及刑事罰則規定放在後面，所以，我們會考慮調整章節。

9. 許忠信教授：第 62 條之 1 的本文與但書規定，尤其在但書規定相同或近似於葡萄酒或蒸餾酒的部分，應該獨立一條加以規範，因為修正理由三提到葡萄酒或蒸餾酒根據 TRIPS 第 23 條第 1 項規定而作修正，從該修正理由對照 TRIPS 第 23 條第 1 項，TRIPS 第 23 條第 1 項並未說葡萄酒或蒸餾酒之保護不以消費者混淆誤認之要件為限，修正理由的解釋雖是對的，但它不是 TRIPS 的內容，修正理由不宜引用 TRIPS 經過解釋後之內容。這個解釋內容，據個人所知，應該是「網野 誠」對 TRIPS 第 23 條第 1 項的解釋，據「網野 誠」的看法，該項係為保障商標權人即所謂葡萄酒或蒸餾酒業者之私益，但這個私益可能係由那個地區之酒類業者所共有之私益，該私益的保障在英美法係用 GOODWILL，我們可能翻譯成顧客愛好或者商譽的保護，它基本上可保護及於聲譽的剝奪或減損，所以個人認為，其既然保護及於此種聲譽的剝奪或減損，與第 62 條之 1 條文本文部分，係在避免公眾混淆誤認之虞，其實是不同的考量，所以本人贊成但書所說的，酒類或地理標示之保護，其侵害不以有致相關公眾誤認誤信其商品或服務之品質、特性等聲譽或識別性之減損為限，個人認為此種法律內容的解釋是對的，但是不宜把它放在條文內容裡面，所以個人傾向將 TRIPS 第 23 條第 1 項的內容翻譯成中文，另獨立一條成為第 62 條之 2 條文內容，將來再與國際公約作配合解釋即可，因為修法條文但書規定的內容，係將國際公約的內容透過日本學者所作的解釋，規定於條文內容中，此將來會產生困擾。第二，此種酒類地理標示，不管係葡萄酒或蒸餾酒，係就其 GOODWILL 的保護而言，基本上在英美法的社會是不需要註

冊的，只要經過使用在該地區形成像威士忌等地理標示的聲譽，就應受到保護，問題點在於我國國內沒有這樣的制度，必須把它註冊成產地證明標章或產地團體商標，所以會產生這樣的問題，更加強為何需要將但書另外獨立成一條的理由，因為基本上國外是不需要註冊，我國則必須要註冊，而將來是否需要註冊，我覺得可留一個讓學術界可以發展的空間。也就是說，酒類地理標示如金門高粱酒或者凍頂烏龍茶是否真得需要註冊才受保護，可留給學術界一個可以發展空間，如果訂在但書裡，就一定是要註冊才受保護，這是問題點。又所註冊的，假設是一個沒有名的酒類產地名稱，例如拿一個偏遠無名的鄉下地名申請註冊，貴局核准了，准了就有保護，其聲譽可避免被減損，但其實註冊時，其聲譽是空的，是一個不知名的生產酒類的地名，但因被貴局核准註冊，所以就受到保護，在理論上是不合的。

10. 主席：本法仍係以註冊保護為原則，制定此條文係為履行國際義務，GI 保護係一個國際議題，為什麼烈酒或葡萄酒可以有比較高水準的保護，其他農產品卻沒有，這些都是國際談判下的產物。我們為 WTO 會員國，本應遵守這樣的國際義務。其實在國際上，我們也沒有義務要採取積極的註冊制度，目前在 TRIPS 的義務裡，只要消極地排除就夠了。我國目前的法規是符合的，因為在酒類部分，國庫署之酒類標示管理辦法已有 TRIPS 第 23 條第 1 項條文內容之規定，我們商標法有關此部分僅係附帶規定，主要係因我們有證明標章註冊制度可以保護地理標示，主要是考慮 TRIPS 第 24 條第 9 項，如果地理標示要在其他國家取得註冊保護，須先證明在原產國受保護，所以我們積極地推產地證明標章、產地團體商標，就是希望以國內註冊的機制，作為向國外尋求保護的基礎。例如，如果要去大陸註冊尋求保護，至少我們自己

國家已有註冊保護之依據，亦即在 WTO 會員國的原始國是受保護的。95 年我國很多著名產地名稱在大陸被搶註，當時大陸方面即曾詢問阿里山是否為地理標示，因為當時我國沒有大力推展這樣的註冊機制，所以大陸撤銷阿里山註冊的理由，是因為會「對社會產生不良影響」，而不是因為阿里山是地理標示的原因。又本條沒有照翻 TRIPS 第 23 條第 1 項係因酒類標示管理辦法已將原條文照翻，所以要作一個區隔。亦即一般商標最大保護核心事項，是在避免產生混淆誤認，而葡萄酒、烈酒或蒸餾酒，即使已標示真實產地，亦不可用同種同型同風格的文字。此部分我們會再思考，若放在但書不妥，我們將作調整。

11. 理律楊適賓先生：商標法基本上採註冊主義，第 2 條有明文。第 61 條規定亦寫明未經商標權人同意有下列情形為構成侵權，第 62 條之 1 特別將「註冊」二字放在法條中，是否有特別的用意？
12. 主席：確實是指已經註冊的證明標章或產地團體商標，本條原則上係有註冊的證明標章或產地團體商標，始受保護。第 61 條所規定之「未經商標權人同意」，該「商標權人」係表示已經註冊才有個權利，故也是指已經註冊的商標。未註冊的商標保護，則規定在第 62 條視為侵權的部分，故整部商標法還是以註冊保護為原則不變。
13. 蘇良井所長：商標通常係用「使用」的用語，本條使用「標示」的用語，參考第 58 條商標使用之定義規定，本條的標示與商標的使用有何區別？有無必要將本條的「標示」一詞，如同第 58 條使用一樣有定義性的規定？
14. 主席：我們已發現「使用」與「標示」用語有不一致之情形，原則上使用的概念比較大，標示比較像標示在包裝或在商品上，但如果係用數位影音、電子媒體是用顯示。此部分我們將再作檢討。

15. 蘇良井所長：標示其實也是一種使用行為，局裡應考量這樣的用語將來會不會有爭議問題。
16. 陳昭華：使用的概念除陳列、散佈外，很多行為亦包括進去，如果用「標示」只有指將商標放上去那個行為，其他則統統合法嗎？
17. 主席：標示是最狹隘的概念，就是把商標貼在商品上的動作才是標示行為，第 58 條的使用定義是很廣的，所以此部分將進行檢視再作調整。
18. 許忠信教授：本條若將地理標示與產地團體商標擺在一起，假設有兩個鄉鎮，一個產米，一個產葡萄酒，二者都經貴局核准註冊成為團體商標，一個是以但書保護不必混淆誤認即可保護它的聲譽，一個是要有混淆誤認才可以受到保護，將會發生大家都改種葡萄的情形。所以這個條文一定要把但書獨立成一條，才有解釋空間，這是個人覺得比較重要的問題。
19. 主席：不把米、酒及茶葉等商品放在同等的地位，係牽涉到我國的國際立場，在對「是否將葡萄酒及烈酒之高標準保護擴大到其他農產品」之國際議題上，我們係加入美、加方之立場，美、加原則上是反對擴大保護，因為台灣符合 GI 的很少，如果把它擴大到米、茶、絲等所有農產品，會變成保護國外的 GI 可能高達上萬個，但我國可提供要求國外保護的，可能不到 10 個，所以，我們在國際談判的立場是反對擴大保護的。在大陸，GI 是他們的強項，已註冊 200 多個地理標誌，大陸在今(97)年 1 月份的商標法修正版本中，已擴大到所有產品之保護水準都跟酒一樣。此係各國在考慮對自己本國經濟影響層面的問題，此問題我們會再思考如何訂定比較好。GI 本身除了是一個產地標示外，同時也必須是一個品質標章，才能受地理標示的保護，才可以註冊為產地證明標章或產地團體商標，已註冊的都是有一定的聲譽、有其歷

史沿革、長期間的使用、有其特性，例如阿里山高山茶、鹿谷烏龍茶、竹山的甘藷、池上米等。所以，不是普通、名不見經傳的地理名詞都可以申請註冊產地證明標章，因為名不見經傳，即不具識別性，亦即，該地理名稱除具有產地功能外，同時須具有一定的品質、特性或聲譽，始有註冊之可能。

20. 蔡明誠院長：「標示」用語可能太狹隘了，依 TRIPS 第 22、23 條規定，尚包括暗示，亦即，明示或暗示都是禁止的，標示有點像明示，應留意用語。另本人因未參加第 5 條的討論，第 5 條好像把商標定義為所謂之標識，可再考慮一下「標識」到底是動詞還是名詞？標章是標誌、章記，只有在圖樣化的時候才可當作商標，標識是一個動作，用語上亦應注意。司法院民國 20 幾年就有解釋，標章就是標誌章記，「章記」算不算在標識裡面，這可能要稍微留意一下。應該說商標屬於標章而不是標識，標章是屬於比較廣義的。我們現在用商標，商標是比較現代的用語，標章反而是比較古老的用語，這可再思考一下，將「標示」改成「使用」比較符合 TRIPS 的規定。另外，草案第 7 章及第 9 章宜併在一起規定，否則體例上會有問題。
21. 主席：「標識」是認識的識，是「SIGN」的意思，圖樣則是「REPRESENTATION」，係指申請註冊時所送的圖樣。使用「SIGN」到底構不構成侵權？是不是商標使用？有價值判斷問題，「SIGN」本身是中性的，所以我們採用「標識」一詞。章節部分我們會再調整。
22. 張慧明律師：依條文現在架構來看，第 61 條的商標權人應該包括證明標章及產地團體商標，可是第 62 條是未註冊之著名商標，是否應不包括證明標章及產地團體商標，還是說著名商標仍包括證明標章及產地團體商標，因為未註冊的證明標章及未註冊的產地團體商標如果係

著名者，是應回到第 62 條或者排除適用？

23. 主席：原則上都會準用第 62 條的規定，在體例排列上我們會再作思考，是否先規定商標部分，再規定證明標章及產地團體商標部分，如果說體系上會發生適用上之疑義，我們將作調整。
24. 劉蓁蓁：請教林法官，本條特別規定的原因，既係考慮證明標章及產地團體商標不以混淆誤認為構成侵權要件，而係會誤認其特性、品質而特別規定。若依現行法第 80 條規定，實務上即可準用而得以排除侵害等權利救濟之請求，就不會有後續譬如說用「標示」無法涵蓋到販賣或者其他使用情形，似乎除但書有關葡萄酒或蒸餾酒部分須特別規定外，修正本文如果實務上在性質上已可準用，其實就不用再就產地證明標章及產地團體商標之權利救濟為特別規定？
25. 林欣蓉法官：實務上有歧異主要係在刑事部分，因為罪刑法定主義，且因條文的排列順序，第 80 條係在刑事規定前面，在刑事案件有些法官就認為第 81 條以後的商標權人不包括證明標章權人，而在民事部分就比較少有類似之爭議，因為有第 80 條規定得加以準用。現在討論的條文係在民事部分，而此部分以前實務上的爭論是比較小的。差別可能在於但書的部分，是不是要針對但書的部分特別在民事救濟章節規定。
26. 李素華教授：洪組長既然強調我國商標法原則上係採註冊主義，有必要在第 62 條之 1 特別強調「註冊」二字嗎？如果原則上就是採註冊主義，此所謂的證明標章及產地團體商標應該就是已經註冊的，或許有一天我們覺得未註冊的情況也特別納入保障，再提到此文字即可。另外，本條係用產地團體商標，第 23 條第 1 項第 19 款係用地理標示，兩條文用語不一樣，係有意作區隔嗎？

27. 主席：GI 係世界通用的用語，國內現在統一翻譯成地理標示。

28. 李素華教授：所以它的概念會更廣？

29. 主席：國內踐行保護地理標示，如果係積極取得權利之機制，就是以註冊產地證明標章及產地團體商標加以貫徹，兩個觀念上是要等同。外國的地理標示是 TRIPS 的用語，可是落實到每個國家及法制，它的保護機制就不一樣，例如美國是用證明標章來保護，法國則是獨立立法，所以第 23 條第 1 項第 19 款採用一個大家都可接受的用語，即地理標示。而國內係以商標法中的證明標章來保護，證明標章再分為一般的證明標章及產地證明標章，所以會有用語不一樣的情形。至於條文中要不要放入「註冊」一詞，或許商標權人就足以代表這樣的意涵，我們將再檢視。

【草案第 62 條之 2】

1. 許忠信教授：本條個人粗淺看法，在有關著作權海關查扣規定之公聽會上，有許多律師先進與我有不同意見，他們認為著作權人與商標權人包括非專屬被授權人也可以主張查扣及商標權的侵害，個人認為第 62 條之 2 及以下有關海關的條文，應在修正理由明示；只有商標權人或者商標專屬被授權人才可根據此條文來主張救濟。至於商標非專屬被授權人所受侵害的僅是債權性質，具有債權使用地位，他必須依民法第 184 請求而不是本條，在修正理由予以明示即可以杜絕很多爭議，但我的建議對國內商標使用人時常是國外著名廠商的授權人而言，國內商標使用人時常為非專屬被授權人，若採這種見解，會變成國內很多業者無法直接以自己的名義去海關主張查扣仿冒品，必須由專屬被授權人或國外的商標權人才可以申請。另外，有關第 2 項規定，

本人非常同意此項規定予以明示故意或過失為構成要件，我要提供給大家參考的是，由於商標係採註冊制度，而且商標所保護的資訊是一個無體財產權、無體資訊，與專利權一樣，其所保護的資訊，商標權人及專利權人很難用有體的支配來控制它，所以它很容易被侵害。基於此 2 理由，在日本專利法 103 條規定，侵害專利權推定過失，日本商標法第 39 條準用該專利法條文，所以在日本法，侵害專利及商標有註冊的權利係採推定過失，推定過失比較容易讓商標權人主張請求權，德國法的規定則與我國一樣，他沒有推定過失的制度，但是德國法也考慮到我剛說的那個原理，所以德國法係在侵權行為之行為人注意方面，加以提高他的注意義務，也就是說，大的事業、有調查能力的事業，要有高的注意義務，要去查閱標識是否與別人商標近似，如果沒有去閱覽或注意，就比較容易有過失，因為他的注意義務較高。所以本條文個人建議維持現在故意或過失之規定，不必像日本法用推定規定，但是可能將來在法院實務工作上，法院在認定過失的程度上，可能須參考德國法此種課以侵權行為人比較高的注意義務。我這樣的見解可能會造成對國內多數的商標使用人不利，但提供各位參考。

2. 主席：實務在未明文之情形下，有採故意的也有採過失的案例，誠如許教授所說，實務上也有採比較高的注意義務，認為商標資料其實是很容易查閱的，要進口一項東西，都沒查閱就進口，即認為有過失，確實我們看過這樣的案例。也有用推定過失，依民法 184 條第 2 項所謂違反保護他人的法律，這種情形我們又覺得過苛，因為商標侵權之處罰，並非以完全相同為限，尚包括處罰使用近似之商標、類似商品或服務，在商標近似與商品類似的判斷上，連審查官有時候都難免有不一致的情形，何況是普通的老百姓在使用的時候，如何去判斷近似

及類似，我們也認為推定過失過苛，因為實務上的案例，百家爭鳴，才須要訂清楚，原則上如果要損害賠償就要有故意或過失。

3. 蔡明誠院長：本條用語可參考專利法第 84 條第 1 項及著作權法，將「商標權人對於侵害其商標權者」改成「商標權受侵害者，商標權人得請求排除其侵害」，後面則為「因故意或過失不法侵害商標權者，商標權人得請求損害賠償」。第 62 條之 2 的故意過失要不要參考著作權法第 88 條第 1 項加以處罰，此可再思考。用語上我覺得應將商標權人放在後面比較簡潔。
4. 張慧明律師：本條「故意」比較沒問題，但是「過失」在實務上可以再考慮。在請求損害賠償時，若他人沒有過失，感覺上好像過苛。問題是如果用 500 倍到 1500 倍，在某些過失的情況下有可能都過苛。反之，如果不是用此計算方式，例如係假設在授權的情況下，你要付多少錢，依此種比例，若認為一定要過失，我覺得其實可以再考量，雖然不一定要改，但這是個思考方向。因為實務上所碰到的情況是，在大賣場買到仿冒的東西，大賣場有無責任？或許大賣場會說無法一件一件去查證真假，廠商提供假的東西來賣，並無法知悉，也無從查證，也有法官認為確實無法查證，就認為沒有過失。但是，如果說大賣場賣仿冒品，而且賺了不少錢，在請求時不用 500 到 1500 倍計算，但將賺的錢扣除成本，他的獲利事實上也是因為商標知名度所得，在此情況下，縱未負損害賠償，至少要負擔不當得利，將此不當得利拿出來。所以我認為在商標刑責部分一定要故意，損害賠償金額 500 倍到 1500 倍規定，也應該要有故意。但如果不是那種算法，應考慮以相當於授權金的金額作為賠償，不管有無過失都應賠償。
5. 主席：針對大賣場賣仿冒品的情形，實務上也曾出現以共同侵權行為

- 人判命大賣場負損害賠償責任的見解，認為大賣場不能僅憑供貨商的切結書即解免其自身應盡的商標查核義務，這部分我們也會參考斟酌。
6. 蔡明誠院長：這涉及構成要件要不要加上「不法」和「違法性」兩個概念，意義會不一樣。因為過失是注意義務的違反，結果我們將違反注意義務與不法、違法性兩個概念合在一起，所以要留意。雖然沒有過失，但已經違反特定義務，可能就是不法而有違法性存在，這裡必須注意，不需要故意過失，只要有有違法性存在就可以主張妨害排除及防止之作為請求，但如果要請求賠償，就必須要證明有「損害」存在。但何謂損害？有時候是虛擬的，因被告多稱第一次的侵害行為就被查獲，要證明損害十分困難，所以才有推定過失等見解出現。然這也不全是舉證的問題，很多時候是法院的問題，所以這邊在用語上可能要預留一些空間作為法院實務操作之需要。
7. 郭建中律師：草案第 62 條之 1 第 1 項已明定，排除侵害不以行為人主觀上有故意過失為要件，相較於第 62 條將「明知」或「惡意」放在構成要件中，是否第 62 條之侵害還是要有「明知」或「惡意」才能夠排除？
8. 主席：是的，第 62 條非商標使用之侵害，須以主觀上有故意過失為要件。
9. 蔡明誠院長：因為第 62 條是視為侵害的擬制規定，所以要有主觀要件才會構成。

【草案第 63 條】

1. 律師公會全國聯合會代表楊律師：草案第 63 條第 3 項規定之性質雖然過去有爭議，但近來最高法院已明確表示第 3 項規定為非財產上損害

性質，若因國外無此立法例就要刪除，是不是也考慮一下當初制定之目的？而刪除的意義就代表商標法上不能請求非財產上損害之賠償，是否要回歸民法第 195 條去請求？但若主張民法第 195 條，最高法院很可能又認為法人無精神痛苦而不能請求，還是會落空，建議不要刪除該項規定。

2. 主席：這一條我們沒有定見，我們也要徵詢實務上的意見，看看是否實務上操作有困難，開放大家表示意見。
3. 林欣蓉法官：智慧財產法院法官內部討論時，對於第 63 條第 3 項規定之刪除原也無定見，但我們發覺實務上對這條規定的適用多運用於人格權侵害上，並斟酌兩造身分、地位、經濟能力等因素去加以核定，原告也不必提出關於商業損失以外，其他有關業務上信譽受有損害之證明，法院就會核定抽象數額作為第 63 條第 3 項業務上信譽之損害額，其實適用非常空泛。個人覺得，在這種情形下賦予權利人額外的請求依據意義不大，有時候會流於法院判斷行為人是否出於惡意的一項規制手段，如果對於實務上最常運用的第 63 條第 1 項第 3 款（500-1500 倍）規定，能賦予法官針對個案行為情節輕重，有更大的裁量空間，那麼刪除第 63 條第 3 項規定，其實法院也無特別不同意之意見。
4. 邵瓊慧教授：第 63 條第 3 項規定可能還是有保留的必要，因為針對第 62 條所列關於「減損」侵害之情形，對照第 63 條第 1 項傳統損害賠償之計算規定來看，很難計算出來，因此就侵害業務上「信譽」部分，仍宜保留現行第 63 條第 3 項規定。其次，參考國外立法例如美國聯邦反淡化法案之規定，此種關於淡化減損之侵害也是可以請求賠償，只不過要件上規定侵害行為必須出於「故意」，這一點也許我們可以參考。

5. 主席：由於第 62 條所列關於減損侵害之情形，其損害賠償計算極困難，上次公聽會也有認為只要賦予權利人侵害排除請求權即足以救濟之意見。
6. 蔡明誠院長：這可能牽涉到不同的問題；
- (1) 關於第 63 條第 3 項規定是否刪除，可能要考量商標權的性質，商標法在過去是「人」法的概念，它必須跟營業或商譽結合在一起，現在這個部分空了，已經將商標「財產化」，依財產權的本質，請求非財產上的損害賠償就會引起很多討論。第 3 項規定其實是 74 年修法時參照民法第 195 條規定加進來的，後來在 82 年修法時規定商標移轉不必與營業一併為之，雖然個人不表贊同，但商標權的本質已經發生變化。此時對於非財產上的損害不是不能請求，而是要回到民法，然民法對於人格或身份法益受到侵害必須有法律特別規定才可請求賠償，如果沒有第 63 條第 3 項規定，的確無法支持商標權人作非財產上損害的主張，當我們把商標權的性質定義為財產利益時，再加上非財產的損害賠償規定就會很奇怪。所以可能要探討商標法或商標權是不是有非財產的性質存在。
- (2) 國際間所常採用計算損害的方法包括「類推授權」之方式，學者何孝元也曾提出過「實施費決定說」，是不是可以藉著這個機會再思考一下。其實，商標法是損害賠償計算方式規定之母，專利法和著作權法修正時也有參照，然而其損害賠償計算之規定卻有不盡合理之處，例如第 63 條第 1 項第 1 款後段所謂之「差額說」，是早期民法損害賠償計算之概念，現在國際間較少也無人採取；第 2 款後段所謂之「總銷售額說」其實也不盡公平，國際間也很少人用。真正為國際間常用的方法是「總利益說」、「民法第 216 條」以及「類推

授權」3種方式。至於第3款零售價500倍到1500倍規定，其實不算是一種損害賠償計算方式，它含有懲罰之意涵在內，是要由法院衡量斟酌要不要賦予超過零售價的賠償，而不是由當事人提出主張，但放在第3款也還說得過去，只是要思考是不是要超過民法所要求的概念，因為在歐陸法系必須有損害才能請求賠償，我們可能是受到英美法的影響所致。究竟可否請求多一點賠償？又回到前面關於非財產上損害賠償的問題，還是要探究權利本質來決定。

7. 主席：對於是否採取「類推授權」方式，組內曾作資料蒐集與研究，請稍微說明一下過程。
8. 王義明：關於是否修法採取「類推授權」方式計算損害賠償，先前曾詢問學者關於國外以「類推授權」方式計算損害賠償之立法例或實務見解，但依所查到的資料顯示，德國實務在運用「類推授權」方式計算損害賠償方面，並沒有成文法規定來作依據，而是透過判例所建立的原則來操作，這些實務判例所建立的原則內容也很複雜，很難用精簡文字成為條文內容，如果草案要納入，第63條文可能會變得很龐大。另一方面，如採行「類推授權」方式計算損害賠償，實務上是否應有健全的商標鑑價機制來作配套？或者說虛擬授權金的數額，是否要有市場上實際交易金額作為支撐？因為這些部分尚未釐清，所以尚未決定條文化。
9. 蔡明誠院長：
 - (1) 在計算損害賠償的時候，各國立法方式不盡相同，像日本是規定在專利法，商標部分則是準用專利規定，美國也是在專利法中作規定。至於剛才局裡同仁提到德國法部分，德國係是在20世紀初的時候，由聯邦最高法院慢慢發展出3大損害賠償之計算方式。

- (2) 我國關於「類推授權」的規定則是放在「辦理民事訴訟事件應行注意事項」第 87 點（損害額之認定）規定（損害賠償之訴，當事人已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難時，法院應審酌全辯論意旨及調查證據之結果，於不違背經驗法則及論理法則之範圍內，依所得心證定其數額。於侵害智慧財產權之損害賠償事件，得依原告之聲請囑託主管機關或其他適當機構估算其損害數額，或參考智慧財產權人於實施授權時可得收取之合理權利金數額，核定損害賠償之數額，亦得命被告提出計算損害賠償所需之文書或資料，作為核定損害賠償額之參考。第一項於違約金酌減之訴得準用之。）而被賦予計算民法第 216 條所受損害（此屬於有具體損害之計算方式）之功能，但這其實是不對的，因為大家可能誤解「類推授權」的概念。「類推授權」是先要看市場有無實際授權存在，在專利可能不容易看到，因為可能尚未實施，所以要虛擬一個授權情況存在；在商標則不盡然，如果已經有實際商品銷售或商標授權，當然可以透過這種方式請求，不必像專利這麼複雜（因專利權不一定會行銷或實施）去虛擬，所以整個實務運作上商標和專利會有差異。
- (3) 方才同仁提出要不要有商標鑑價制度的問題也值得考慮，但商標價值可能差異不大，而且需要擔心的是法院，因為第 63 條的計算方式是在個案審理時「得」由當事人選擇主張，就算商標法沒有將「類推授權」之計算方式明定，如當事人在訴訟上主張，法院也是可以採取，而非認為除此之外沒有其他可以計算損害的方法。只不過我們司法實務一向比較保守，如果沒有法條明文，可能會不太敢用，這裡應該可以再思考，或許這次沒辦法增列但未來可以留意。我不

認為商標法找不到就代表沒有，因為智慧財產法是獨立的，我們也可以參考著作權法的規定。

10. 許忠信教授：

- (1) 所謂「類推授權報酬」在民法上非常有根據，它的學理如下：損害賠償的計算有主觀計算與客觀計算，主觀計算是指被害人遭受侵害前後其財產之差額，即為主觀計算。而除主觀計算之外，被害人遭受侵害所應受領最低賠償額，即為客觀計算，也就是被侵害物的客觀市價，例如打破花瓶，客觀計算的結果就是該花瓶市價，雖然花瓶所有人的損失可能更多，但客觀計算就是取其所應受領的最低市價。有體物的侵害是如此，對照無體權利的侵害就是把它類推過來。換言之，商標本來要經授權並支付對價才能使用，未經授權的侵害使用行為，就相當於侵害商標權人透過授權條件所可以取得的客觀財產價值。我贊同蔡老師的意見，把這種計算方式明定，使商標權人可以有多一種選擇計算其損害的方式，也讓法官有所依循。
- (2) 第 63 條第 1 項第 1 款但書關於「但不能提供證據方法以證明其損害時」等文字建議刪除，因第 1 款規定為「差額說」之計算方式，源自於民法第 216 條對所受損害及所失利益之計算，然民法第 216 條之適用並未附加「不能提供證據方法以證明其損害」之限制條件。何況「舉證之所在，敗訴之所在」，在舉證上最難的就是對於消極事實之證明，要滿足「不能提供證據方法以證明其損害」之限制條件實在很難，因此建議刪除。
- (3) 第 63 條第 3 項關於商標權人業務上信譽之賠償，個人認為係一非財產上損害賠償之規定，其賠償（慰撫金）數額多寡，取決於人格感受痛苦的程度。民國 74 年增訂該項規定時，商標法並未保護著

名商標之聲譽，現在既然已將對著名商標聲譽之保護規定為擬制侵害，就比較沒有必要透過第 3 項規定去保護商標權人的信譽。誠如蔡老師方才所言，過去商標是一種人的權利，現在商標權可以空移轉，而第 3 項所保護之「業務上信譽」與商標間仍有差異，因為企業間有使用 1 個商標；也有使用多個商標之情形，故已經無必要透過對人格權保護的方式來保護商標。

11. 主席：對於許忠信教授的意見，不知道司法實務上有什麼看法？在操作面上會不會有問題？
12. 林欣蓉法官：在商標侵害案件中仿品與真品價值常有落差，商標權人很難證明購買仿品的市場就相當於真品的市場，如刪去第 1 項第 1 款但書，還是回到民法第 216 條去證明所受損害及所失利益，對實務運作的衝擊不是很大。
13. 許忠信教授：我並不是主張要將第 63 條第 1 項第 1 款但書規定全部刪除，而是主張刪除「但不能提供證據方法以證明其損害時」等文字，權利人不必先證明「不能提供證據方法以證明其損害」。
14. 林欣蓉法官：實務運作上在適用第 63 條第 1 項第 1 款時似乎並不要求權利人必須先證明其「不能提供證據方法以證明其損害」。
15. 主席：如果第 63 條第 1 項第 1 款但書前段關於「不能提供證據方法以證明其損害」等文字有疑義，實務上也並未要求權利人主張時必須先證明，該等文字刪除應無不妥。
16. 蔡明誠院長：這邊有 2 個可能。首先，差額說是不是 1 種獨立的損害賠償計算方法，有時候可能是隱藏在民法第 216 條所受損害之內，條文看起來有點在界定所受損害之概念才会有此情形。差額說之計算並不準確，因為沒有賺到錢有時並非出於侵害行為所致，可能因為戰爭

或其他因素。在用語上「不能提供證據方法以證明其損害」是有問題的，因為損害是消極給付的概念，既然不能證明，如何會產生「差額」。

17. 亞洲專利代理人協會盛副秘書長：第 63 條第 3 項關於商標權人業務上信譽之賠償，到底是財產上損害或非財產上損害賠償之規定，應該還有探討的餘地，因為商標權人大多是法人，如果從人格權保護的觀點去看，則保護商標權的目的可能會落空。另一方面，從嚇阻侵權的效果來看，第 3 項規定的確較有效用，建議不要貿然刪除。

【草案第 64 條】

1. 蔡明誠院長：判決登載規定放在這邊其實也沒錯，但可以思考一個問題，就是如果沒有規定可不可以主張？因為參照刑事罰則部分第 81 條以下也沒有規定，似乎可以回歸刑事訴訟法去主張。
2. 王義明：刑事訴訟法第 315 條雖然有判決書登報的規定，但其適用係以被告犯刑法偽證及誣告罪章或妨害名譽及信用罪章之罪者為限，其餘犯罪有無適用餘地仍有疑義。如果商標法有規定的必要，可能要參考著作權法第 99 條，於罰則部分再增訂規定。
3. 蔡明誠院長：因為本來有規定但不完全，就會有人認為「明示其一，排除其他」；如果通通不規定，就可以解為「至明之理，無待規定」。還是可以思考看看。
4. 張慧明律師：「新聞紙」能否不用寫「紙」字，否則可能大大限縮適用範圍，因為現在很多資訊都不是利用報紙傳遞，而是透過網路或電子報，最近報業也逐漸蕭條。
5. 律師公會全國聯合會代表楊律師：第 64 條立法目的是賦予商標權人請求登載判決之全部或一部，還是交由法院裁量決定登載內容？

6. 林欣蓉法官：

- (1) 判決主文必須具體確定而可以執行，如果原告要求於頭版頭登載判決全文，但事實上版面不可能容納判決全文，會有問題。再加上登報目的無非是回復商標權人的名譽或信譽，法院多會斟酌登載到何程度，是否足以達到目的，法院是有裁量權存在，並不是任由原告主張。
- (2) 事實上回復商標權人名譽或信譽的方式很多，個人就碰到原告主張將判決登載於雙方公司網站，由於成本最低，而且雙方都能接受，加上其他條文已有規定得為其他必要之處置，是不是可以考慮用例示的方式來規定。

【草案第 65 條】

1. 財政部關稅總局郭簡任稽核：商標法修正草案第 2 次研商會議曾建議第 65 條第 1 項改為「有侵害其商標權之虞」的文字，但草案用「涉有侵害其商標權之虞」文字呈現，因為規定不盡相同，是不是應修正過來。
2. 主席：這部分可能是轉載有誤，我們會加以修正。
3. 許忠信教授：草案第 65 條改為「之虞」因是指可能在「未來」有侵害商標權，但在海關查扣時必須是貨物已經侵害商標權，只是在認定上要求涉嫌一定程度的百分比，就足以行使或主張，在民法上並非「之虞」的概念。如果用此文字，會讓人產生我國商標法不保障「進口權」的聯想，也就是說當侵權貨物進口時並不構成侵害，必須進口入關後才會構成侵害。其實在海關階段只是舉證證明的程度有所不同，權利人只要證明有侵害其商標權的可能性，就足以供擔保加以扣押。如果

要修改的話，建議文字改為「商標權人對輸入或輸出之物品『涉嫌』侵害其商標權者，得申請海關先予查扣」，至於證明或舉證之程度，則由第 2 項加以規定。

4. 經濟部法規會王錫祥科長：由於草案第 65 條第 2 項已經規定，證明或舉證之程度只要「釋明」即可，因此個人認為現行條文第 1 項的文字已經足以正確規範，不需再作更動。而且如果要查扣，本來就可以透過民事訴訟或刑事保全的規定加以處理，刑事檢察官為扣押權利人還不必繳納擔保金。另一方面，要求海關一個行政機關去執行司法機關認定的內容也不妥當，現在既然第 65 條已作規定，在沒有重大問題的情形下，個人認為維持現行條文就好。
5. 蔡明誠院長：TRIPS 的文字比較中性（有合理懷疑），翻成中文如果成為法條用語不適當，而證明程度的高低也有所不同，這裡可能要斟酌什麼用語比較妥適。
6. 律師公會全國聯合會代表楊律師：現行第 65 條第 1 項文字要改也不必用「之虞」，只要權利人主觀上認為係「侵害商標權之物品」，不一定要確定其侵害商標權的事實，至於是否有侵害，只要釋明即可。另一方面，海關是否有統計依照本條申請查扣的數量如何。
7. 財政部關稅總局陳編審：從商標法修正增設第 65 條查扣規定到現在，海關一共只受理 2 件申請查扣案。因為大部分是海關主動查獲的案件，如進出口人無法提出授權或無侵權證明文件，海關都依商標法第 82 條移送刑事程序處理，所以適用第 65 條申請查扣的情況非常少，只有在認定出現爭議，送請智慧局協助判定的情形下，才有可能會用到。
8. 主席：文字部分我們會斟酌大家意見再作考量。

【草案第 66 條】

1. 蔡明誠院長：「視同」改為「視為」比較妥適。另外，因為起訴動作已經做了，不會因為撤回再作一次，建議改為「嗣後訴之撤回者，視為未起訴。」
2. 主席：文字部分會再調整。

【草案第 68 條之 1】

1. 律師公會全國聯合會代表楊律師：
 - (1) 草案第 68 條之 1 第 1 項所規定之「權利人」，相較於海關作業要點而言，範圍過於狹窄，建議增列得主張之人包括權利人、專屬被授權人、被授權人或代理人等文字較為妥適，否則實務操作會有困難。
 - (2) 關於「三個工作日內提出侵權證明文件」規定，相較於第 65 條查扣部分規定只需「釋明」，而現行實務上多以權利人提供鑑定報告書方式處理，二者規定會有落差。此外，「得以書面釋明理由向海關申請延長」並未明定延長期限，是否得取決於海關之裁量？
 - (3) 第 2 項關於權利人提出侵權證明文件認定疑似侵害商標權者，海關應採行暫不放行措施之規定，如權利人已提出鑑定報告書證明貨物是仿品，在第 3 項之判斷上，進出口人若提出貨物是「水貨」以及「平行輸入」抗辯時，海關會如何處理？是不是會要求在通路上購買相同商品存證？
 - (4) 最後 1 項關於權利人未依第 65 條第 1 項規定申請查扣，或向法院聲請保全程序時，海關的作法是取具代表性樣品後將貨物放行，如果中間過程產生爭議，貨物卻已放行，似乎無法保障商標權人之權

利。

2. 財政部關稅總局郭簡任稽核：本條所稱「權利人」於原先海關執行作業要點，本係廣義指商標權人及其代理人、權利人團體等，於此亦同。有關「以書面釋明理由向海關申請延長，且以一次為限」，此稱「延長，且以一次為限」係指延長前所稱「接獲通知之日起 3 個工作日內」一次，即延長 3 日至接獲通知之日起 6 個工作日內提出侵權證明文件，海關並無裁量之餘地。有關權利人未於期限內向法院聲請保全程序者，海關取具代表性樣品後，將貨物放行部分，是否對權利人喪失保護之問題，海關不僅須保護權利人之權利，亦須確保進出口人之權益，二者衡平之下，權利人既無法提出證據，又不向法院聲請保全程序，海關並無必要強留貨物而影響正常通關程序，觀諸海關執行作業要點整體之規定，對於權利人或進出口人之主張，皆採取對等處理之方式訂定於條文中加以規範。
3. 律師公會全國聯合會代表楊律師：有關申請延長一次為延長 3 日部分，由於外國商標權人可能因較長之連續假期，導致無法及時處理，可否賦予海關彈性處理之權限？另有關權利人與進出口人皆提出證明文件時，權利人雖於期限內向法院聲請保全程序，惟法院如逾該期限而未裁定時，海關如何處理？
4. 財政部關稅總局陳編審：補充說明有關「侵權證明文件」是否改為「鑑定書」問題，前於本局邀集學者專家開會時亦有討論，會中意見表示此文件係由權利人提出，並不具公正第三人「鑑定」文件之性質，故不獲採納，惟權利人對於該報告書形式上之稱謂，本局不加干涉，實際上權利人提出侵權證明後，海關會等待進出口人提出說明，因我國容許真品平行輸入，如進出口人提出之證明可認定該商品係於外國授

權生產之商品，則於我國僅係代理經銷問題，海關即無法認定進出口人有侵權，轉而要求權利人依商標法申請提供擔保查扣或向法院聲請保全，須於法院裁定後，權利人告知海關，海關方配合執行。目前 3 日延長一次，最長為 6 日，衡酌雙方利益下應已足夠。

5. 蔡明誠院長：本條「發現進出口貨物外觀顯有侵害商標權之虞者」部分，由於商標本係標示於外觀，此處「外觀」二字是否有保留之必要？要件越多恐越難執行。
6. 財政部關稅總局郭簡任稽核：關務執行之通關物品包羅萬象，外觀明顯者方有查處之必要
7. 經濟部法規會王錫祥科長：建議將此條文刪除，商標私權利不宜行政機關以行政方式介入保護，應由權利人自行向法院主張，行政機關不應介入私權爭議才是。
8. 主席：此為國際間保護趨勢，反仿冒協定亦將此納入，邊境管制作業只會變多不會變少。本次關稅總局所提供之草案條文，對於各方權利之規範內容應屬持平，且該等條文目前都已在執行，本次修正僅將「作業要點」提升至「商標法」的位階。
9. 許忠信教授：本條除前稱「外觀」外，「顯有」二字亦有意義，可減輕海關之通知義務，惟既保護權利人而設，可將之改為「顯示」，以提供更完整之保護。其次，「顯有侵害商標權之虞者」的「之虞者」應予刪除。另外，「應以電話及電話傳真通知權利人」部分，可於兩種通知方式後加上「等」字以保留適用之彈性。
10. 主席：原則上本條文內容尊重執行機關之意見。由於商標在判斷商標近似、商品類似時存有許多不確定法律概念，海關執法人員並無此專業，要求深入之判斷實為苛求，因此採用「顯有」二字，海關以最粗

淺的判斷，明顯可知應屬仿冒品時方有後續執行作業。

11. 林欣蓉法官：「保全程序」於民事訴訟法中係指「假扣押」及「假處分」，而本條之文義應指「證據保全」或「形式上之扣押」，因此條文使用「保全程序」可能造成疑慮。本條即使未明示「或向法院聲請保全程序」、「或向法院聲請撤銷保全程序」，依民事訴訟法或刑事訴訟法仍可行使，故建議刪除。
12. 勤業蘇小姐：有關「空運進口及海運進出口貨物應於1個工作日內至海關進行認定」部分，外國權利人不可能符合此要求，可否加上「海關於通知權利人時一併附上數位影像」之類似規定以爭取時效？
13. 財政部關稅總局陳編審：本條之適用仍希望權利人到場，權利人代表得於現場即可自行拍攝，海關不加干涉，惟如權利人未到場，僅由海關人員拍攝，如拍照角度、照片色澤或照片經變造，日後證據呈送法院時倘生疑義，海關人員須擔負不必要之責任，故本局希望權利人協力到場處理。
14. 勤業蘇小姐：照片品質問題應無疑義，如因照片品質而無法確定該商品是否為仿品，權利人應不會認為該商品有仿冒之嫌，而同意該等商品放行。且若要求代理人先至現場拍照，將衍生費用之問題。
15. 財政部關稅總局陳編審：此係多方權利衡平問題，權利人可能因此衍生費用，進出口人亦會因貨品延滯產生損失，各方都只看自己的損失，海關如何執行？邊境管制措施仍須權利人主動協力，並可至現場勘查，惟如怠為保護己身權利，行政機關亦無必要花費大量資源保護之。
16. 勤業蘇小姐：希望本條文賦予海關變通作法，得以拍照提供權利人參考，此可加速權利人之判斷，亦有利縮短貨品暫不放行之時間，減少進出口人之損失。

17. 財政部關稅總局郭簡任稽核：海關查驗貨物時，對於商品是否為仿品，關稅總局有資料庫可進行初步比對，進行初步比對後有疑慮方通知權利人，權利人或其代理人如認為海關之通知將造成其負擔，海關可不通知而省下此行政成本。若對海關執行人員加諸過多行政負擔或責任，將降低其執行意願，而逕將貨物放行。
18. 主席：本條文因各方角度不同，惟海關本應採取中立之立場，我們請海關針對前述意見參酌修正，或於修法理由說明釋疑。

【草案第 9 章綜合討論】

1. 法務部林檢察事務官：有關第 82 條之 1 罰則，係規範仿冒標籤、吊牌、包裝容器未與商品結合之行為，係屬於處於前階段之預備行為，惟依刑法規定，重罪方處罰預備犯，本部前已表示類似意見，由第 81 條及第 81 條之 1 觀之，其刑責為三年以下，因此第 82 條之 1 行為不適合訂定刑責，可課以行政罰。第 82 條之 2 亦同。其次，第 83 條欲修改為專科沒收規定，現行條文原為「犯前二條之罪」，致使須先認定有罪方得沒收，草案條文改為「本章侵害行為」，將「行為」列入後仍須需先認定其行為，建議改為「本章所列侵害商標權物品或文書及其主要用於從事侵權之原料或器具，不問屬於犯人與否，沒收之」。
2. 主席：有關建議改為行政罰部分，考量行政成本過高故未訂定。
3. 林欣蓉法官：草案第 81 條將罰金刑度提高，惟目前判決多採自由刑，專科或併科罰金之情形並不多見，而調整刑度對實務判決之影響，在於新舊法間不一致所造成之混亂，過去歷次商標、著作權之修法，法院皆須研究新舊法間有無構成要件之不同，其用意為何，將造成許多實務上認定之歧異，如僅純粹為配合著作權法刑度而修正，依刑法總

則，即使法定刑維持現行法刑度，法院仍得於犯罪所得較多時加重其罰金刑度，建議不須為此調整罰金刑度。另有關第 82 條之 1 及第 82 條之 2 新增之規定，如法務部意見，第 82 條並非重罪，後二條之前階段預備行為應無必要賦予刑罰責任，且無此條文時，法院亦可依刑法條文加以處罰，是否有必要增列？請貴局考量。

4. 陳昭華教授：由於第 81 條之 1 特別規定產地團體商標，則第 81 條之「團體商標」應僅指一般之團體商標，而第 62 條之 1 對產地團體商標亦有特別規定時，第 61、62 條卻未另列「團體商標」，是否漏予規定？
5. 主席：第 61、62 條之商標權人，包含商標權人及團體商標權人。
6. 陳昭華教授：侵害團體商標之刑度是否須與商標相同？是否過苛？
7. 主席：團體商標本質上仍為商標，其刑度應無二致。
8. 陳昭華教授：第 81 條之行為態樣仍須回到第 61 條規定之各種行為類型認定，則日後認定時可能因範圍較大而造成困難。
9. 主席：第 81 條及第 82 條之行為皆列於第 61 條之行為類型中，第 81 條各款之內容卻類似第 61 條第 1 項各款，將造成第 81 條所規範之行為是否包含第 82 條所規範者，體例上似有不當，本局將再作調整。
10. 蔡明誠院長：第 81 條之 1 為第 81 條之特別規定，是否係要提供不同的客體不同的保護？第 81 條的「商標」是否包含「服務標章」？第 82 條似特別針對商品而訂，是否未規範服務部分？考量罪刑法定主義，刑罰規定應明確。第 81 條各款增加「之標識」等文字，標識本係商標之上位概念，既有「商標」，是否有必要於其後增加「之標識」？第 83 條之「侵害行為」，是否指其行為須符合本章之侵害行為方可沒收？或者物品等符合侵害定義之物品即可沒收？因為「侵害」訂在第 7 章而非本章。

11. 主席：「商標」當然包含商品及服務兩種指定使用範圍。本法所稱「商標」並未包含本法其他保護客體，如「證明標章」即不包含在內。
12. 蔡明誠院長：本法似給予證明標章與團體商標相同評價，此與美國法類似，惟應考量其對社會之影響是否相同。另第 81 條罰金刑度調高理由係為配合著作權法，此有不當，因著作權係為私權，而商標權與商業交易秩序有關，理應比照公平交易法才是，故建議調整此理由。
13. 主席：考量國際趨勢及權利人要求調高罰金刑度，惟無類比之法令適合參考調整，故參考著作權法，理由會再調整。
14. 許忠信教授：商標法賦予刑責之正當性，在於避免消費者混淆誤認之公共利益考量，如係商標權人之私益侵害問題，應以民事處理即可。第 81 條之 1 有關「減損該產地之聲譽或識別性」部分，保護者為當地業者之私益，並非公共利益，不應提供刑罰保護。且「減損」之行為不明確，需綜合各種因素判斷，而「之虞」僅需有將來之可能性，如此構成刑責，實為過苛。建議將減損部分刪除，因為該行為人之行為可能不會產生消費者之混淆誤認，而僅係產地識別性或聲譽之減損。
15. 主席：我國以產地證明標章或產地團體商標註冊積極保護地理標示，地理標示有可能因為使用於商品上具有品質、聲譽或其他特性等三種情況而於我國獲准保護，故當一具有聲譽的地理標示於我國獲准註冊為產地證明標章或產地團體商標時，其依本草案便適用避免「減損該產地之聲譽或識別性之虞」保護之，該保護僅適用於此情形，若因品質或其他特性而獲准註冊之其他證明標章或團體商標即不適用。
16. 許忠信教授：減損包括會造成混淆誤認的減損行為，及不會造成混淆誤認的減損行為兩種，目前草案規定將導致不會造成混淆誤認；僅對私權的剝奪與減損行為也構成刑責，恐仍過重。

17. 主席：因聲譽而獲准註冊者，較無混淆誤認之問題，當然應保護其聲譽避免受到減損。惟各界似乎對證明標章、團體商標新增條文專門保護之意見甚多，若目前實務運作無太大問題，本局將考量是否恢復現行法條文，以準用方式保護即可。
18. 蔡明誠院長：建議對地理標示之保護應較對商標之保護為低。
19. 主席：證明標章之公益性較強，其刑度不應較低。
20. 蔡明誠院長：商標法在於保護商標，並非標章法之概念，地理標示無註冊，其保護不應高於商標，否則將影響註冊主義之概念。我國並未創設一絕對排他之地理標示權，其為一不完整之權利，評價不應與註冊商標相同。
21. 主席：地理標示一旦註冊為產地證明標章或產地團體商標時，即應獲得等同之排他權利。
22. 蔡明誠院長：第 81 條與第 81 條之 1 之區別，在於第 81 條保護混淆誤認之虞，第 81 條之 1 則保護減損。參考德國立法例，減損之刑責較混淆誤認為低。減損概念本非商標之核心，係擴大保護之結果，故其罰則應較核心保護為低，而非給予相同保護，建議再思考。
23. 主席：本法仍採註冊保護主義，未註冊的地理標示並無法獲得如此高的保護，係透過產地證明標章或產地團體商標註冊創設權利才能排他使用，因聲譽而獲准註冊為產地證明標章或產地團體商標，第 3 人未經同意而使用，當然會減損該產地證明標章或產地團體商標之聲譽，此處之減損與一般著名商標跨出原排他範圍之減損概念並不相同，惟同一部法律同一用語為不同解讀恐生疑義，本局將再作調整。
24. 蔡明誠院長：商標之註冊，係指圖樣使用於商品或服務上，註冊時未指定的商品或服務，就需要用類似或減損的概念來保護，此已超越商

標權之核心，是以日本法還要擬制出「視為」侵害，在民事上的評價可以相同，但刑事上的評價必須有所差別。台灣因民情特殊，「窮人怕賠錢，富人怕被關」，自由刑之嚇阻效果似乎較罰金刑為佳，惟事實上應擴充損害賠償，罰到讓侵權人「站不起來」，而非將其關起來，監獄應該沒有犯人才對，一直擴充刑事去制約實在不太妥當。

25. 林欣蓉法官：感謝與會學者支持削減法院之刑事案件！呼應蔡院長所言，刑事案件之審查，需有法益受到侵害，「之虞」二字將使法益並未於現在受到侵害者即負擔刑事責任，與前述原理有所違背。其次，仍建議各種不同程度的商標權侵害，賦予不同程度的保障，有些給予民事上的排除，維持其行使權利之圓滿性即可，某些核心的損害行為，賦予其故意過失之損害賠償責任，更核心的部分，再賦予刑事上的責任，而有範圍與程度上的區別。以往慣用刑事上手段實為過當，智財法院日後在核科損害賠償時，會儘量考量將侵權人「罰到爬不起來」！過去損害賠償責任認定上常較嚴格，日後將考慮此政策走向。另外，在核定民事賠償部分，建議加入類比授權金之規定，讓當事人可以主動提供資料並主張此種計算方式，法官亦得以據此作出裁判。
26. 主席：授權金部分要請蔡院長協助提供法條具體文字之建議！本局將再蒐集相關立法例後研究。至於是否再開公聽會，本局考量整體修正進度後再行通知。感謝各位參與。

六、散會：（中午 12 時 15 分）