

商標註冊之廢棄*決定的利益衡量

辛年豐**

摘要：

商標法第 54 條但書規定，在作成評決結果之際應為利益衡量，但如此的規定僅出現於商標評定程序之中，於同樣使商標於註冊之後失其效力的異議程序及廢止程序則未規定，如此的規定是否合理？此有待從此等利益衡量規定的立法目的及其在法治國之下的地位切入，考量商標法的規定與行政程序法、訴願法及行政訴訟法情況決定（判決）中所要求的公私益衡量有無不同加以思考，並分析異議及廢止與評定程序有何不同加以解答。而倘若答案為否定的，又該如何從解釋上或立法論上解決此等問題？又經過一定利益衡量之後，如有當事人因商標未被廢棄而受有損失時，又應如何處理？凡此，均為本文所關心並欲加以探討的問題。

關鍵字：

商標註冊之撤銷、商標註冊之廢止、商標事後審查、利益衡量、商標異議程序、商標評定程序、商標廢止。

收稿日：97 年 2 月 29 日

* 現行商標實務及商標法學理上並未使用「廢棄」的用語，即便在一般行政法教科書中，對行政處分的撤廢變更使用此用語也較為罕見，有使用如此用語者，參見，陳敏，「行政法總論」，自版，2007 年 10 月五版，448 頁以下。此用語的內容除包括違法行政處分遭到撤銷，自始地使該處分失其效力外，也包括合法行政處分的廢止，而使處分嗣後地失其效力兩種情形；於現行商標法中，所謂商標註冊撤銷的情形，有「商標異議」及「商標評定」兩種情形。本文為求行文上的簡捷，並避免累贅，文中於兼指「撤銷」及「廢止」兩種情形時，捨「撤銷及廢止」的用語，而使用「廢棄」的文字，於此先予說明，以期明確。

** 作者現為輔仁大學法律學系博士班學生、臺灣警察專科學校兼任講師；感謝專業審稿人對本文提供許多寶貴的意見，使本文於實務及學理上的掌握更為完備。



壹、前言

商標制度之所以長期存在於人類社會之中，乃是為使人們可以用容易辨識的方式區分不同商品的生產者或服務者，藉此追求其在社會經濟活動中營利的目的。以如此商標存在的出發點來思考並回到法學領域的分類，也難怪在公私法二元區分體系的法系中，長期以來商標法都被認為是民商法領域，並將商標權定位為無體財產權的類型之一；如果我們回到憲法上的權利清單加以觀察，商標權則屬憲法第 15 條所稱的財產權。但任何私權的維護均有賴國家以公權力手段加以實踐，尤其在近代法治國家的歷史發展脈絡下，許多法學者提出社會契約論及國家社會二元論之後，更確立了國家以公權力手段來維持國家法秩序和平的正當性，因此也得以保障人民的基本權利。當然，作為國家法秩序一環的商標制度也不能置身於事外，也因此身為國家權力部門之一的立法者也不能免除其保障人民權利之憲法上的義務，而應於商標法制中做出與憲法保障人民權利相呼應的立法。本文所要加以探討的商標註冊之廢棄制度，也正是立法者考量到行政機關作出商標准予註冊的處分所蒐集的資料不一定完善，所為的決定也不一定正確，也可能商標註冊之後如使之繼續存在不一定對社會經濟發展有利等等不同因素，因此使已完成註冊取得商標權的商標在之後加以撤銷或廢止。當行政機關在做出撤廢變更時，所要考量的因素也是相當多樣化的，也因此對於准予註冊商標之處分的撤廢變更在商標法上也就因其本質上之不同，而有更為細膩的立法，並具體展現在商標的異議、評定及廢止等特殊程序之上。

如果仔細觀察商標的異議、評定及廢止，此三類同樣使商標註冊失其效力的制度，在效力的規定上，僅有評定制度中有規定到「利益衡量」條款；亦即，在商標法第 54 條規定：「評定案件經評定成

論述

立者，應撤銷其註冊。但於評決時該情形已不存在者，經斟酌公益及當事人利益後，得為不成立之評決。」但如此的立法僅出現在商標評定之中，而於同樣為商標註冊廢棄決定的異議及廢止中則未見相同或類似的規定，難免令人感到懷疑。而該條的立法理由也僅提及本條立法是參考德國商標法第 50 條第 2 項的規定所為之立法，但如此立法時所考量的情形，以及本條背後所支撐的法理，是否也會出現在商標的異議程序及廢止程序之中，也就成為本文所要探討的重點。以下本文即先就准予商標註冊處分的廢棄之法律性質先為一前提的定性，以了解其在我國法秩序下的地位為何。再分別介紹商標廢棄決定的類型，並探討當中與本文探討主題相關的爭議，以及說明本文不同於國內多數見解的看法及理由為何。其次，回到商標法第 54 條的規定，探討本條規範的立法意旨，以及其間所可能涉及的不同利益。最終並將評定與異議及廢止兩套程序相比較，討論在此等程序中是否仍有利益衡量的可能性及必要性，倘若答案是肯定的，則我們即應使用法學方法的解釋，使規範上漏洞得以獲得補充以求適用上的公平，並符合正義的要求；而如果無法從解釋上獲得解決，本文也將提出立法論上的建議以供參考。此外，本文也將於文中一併處理在利益衡量上受有特別犧牲之人的補償或賠償問題，以求論述上的完整及問題得以周延地解決。

貳、商標註冊廢棄程序的法律定性

從商標申請註冊本身的法律定性觀之，商標註冊程序本身為國家行政機關對人民所提出的標章，依其職權予以審查是否具有法定不得註冊之事由，一旦符合商標的形式及實體要求，主管機關並肯定申請人取得商標權的制度。如此的程序可認為是身為商標專責機關的智慧財產局，本於其職權所為是否准予註冊商標權之授益行政



處分的決定，其審查程序則為一個做出行政處分的行政程序¹。另一方面，所有的行政處分，無論是授益處分或侵益處分也都有撤廢變更的問題，而對於行政處分的撤銷、廢止及變更的行為，也都是行政程序法制上所關心的對象。一旦特別法上未有明文的規定，在解釋上即理所當然地回歸行政程序法而加以適用，惟須注意者，乃即便特別法上有明文加以規定，也同樣無解於行政處分的撤廢變更本身為一行政行為的本質，甚至更可認為該撤銷及廢止的行為本身即為一行政處分²。本於如此的認知，可知本文所稱商標註冊的廢棄包含商標的撤銷及廢止兩種情形，如從行政程序法中對於行政處分撤銷及廢止之發生效力的時點觀之，則在概念上前者乃對於違法的商標註冊使之失其效力的行政行為，其效力依行政程序法第 118 條，原則是溯及地使行政處分失其效力；反之，後者則為針對之前合法的商標註冊使其失其效力的行政行為，其效力依行政程序法第 125 條，則原則上為向後地使行政處分失其效力。

參、商標註冊廢棄決定的類型

就目前實務運作觀之，一旦智慧財產局對一標章經審查後做出准予註冊的決定，則商標權人即取得商標權，但並非表示商標權人

¹ 我國法未有針對專利、商標事件進行審查之行政程序的特殊規定，因此，本於行政程序法為行政程序的基準法、普通法，一旦未有專為智慧財產事件所為的特殊立法，解釋上即應回歸行政程序法而為適用；從而，在我國法上，商標是否准予註冊的審查即應適用行政程序法的規定，而商標法上有關行政程序的規定則僅有第 17 條以下針對審查的實體事項及一些細節性的事項為規範。反觀在日本法上，對於智慧財產權案件的審查則於該國的特許法中有明文規定，而商標法則準用特許法的相關規定，在適用上除可收清楚明確之效外，或許也有助於審查程序正當性的建立。有關日本法上商標註冊之審查，詳見，近藤賢二著·中山信弘編，「工業所有權法の基礎」，青林書院，1984 年，285 頁~286 頁。

² 吳庚，「行政法之理論與實用」，自版，2007 年 9 月增訂十版，417 頁。許宗力著·翁岳生編，「行政法（上）」，元照，2006 年 10 月增訂三版，527 頁、541 頁。

可毫無罣礙地保有該商標權。詳言之，商標權人經過商標專責機關的事前審查，而予以註冊後，商標權人雖然享有商標權，但仍有可能因事後就商標有無違法之審查，即異議及評定程序，而使商標失其效力³；此外，也可能因商標註冊時為合法，但嗣後具有廢止事由，而由商標專責機關依申請或依職權廢止該商標的註冊。此等情形，即為本文所泛稱的「商標註冊之廢棄」。

一、商標之撤銷

就比較法觀之，我國現行商標法與日本立法例上區分並不相同。日本學理上的介紹，對商標的撤銷有商標未繼續使用滿三年者、因商標權人變更商標致生誤認混同、商標使用權人所為使商標誤認混同行為、為防止商標權移轉所生誤認混同及代理人未得外國商標權人同意所為的不當註冊行為五者⁴，而對商標的異議則於不同的脈絡進行討論。反之，我國就商標註冊的撤銷採異議及評定兩制併行的雙軌制，但制度內容略有不同，且法制的設計亦有異，本文在此僅就與本文相關的制度內涵做簡單的介紹如下。

(一) 商標異議程序

在日本法上，以往就商標異議準用特許法的規定，採取事前異議的商標審查模式，而引發使權利人在取得商標權的時點過遲，及增加事務處理時負擔的批判，隨著 1994 年（平成六年）特許法中

³ 有關商標申請案的審查及公眾審查制的分類，詳見陳文吟，「商標法論」，三民，2005 年 3 月，三版，91 頁以下。文中的「公眾審查制」則包括了商標法中異議及評定兩種程序，至於廢止則不屬之，對此分類，本文並不完全贊同，原因將在下文中加以說明。

⁴ 詳見，盛岡一夫，「工業所有權法概說—知的財產權法の基礎」，法學書院，1997 年 4 月 25 日二版，202 頁~205 頁。實則此等事由，在我國則置於商標廢止程序中加以處理，第一個相當於我國商標法第 57 條第 1 項第 2 款，而第二、三個則相當於同法第 57 條第 1 項第 1 款。該國亦有學者於分類上僅有第一種到第三種及第五種類型，並將第二及第三種類型合一加以介紹，詳見田中成志著・牧野利秋編，「特許・意匠・商標の基礎知識—法律知識ライブラリー」，青林書院，2000 年 9 月 20 日三版四刷，373 頁~376 頁。



廢止權利賦予前的異議制度，因此，商標法也隨之改弦更張，而改採事後異議的商標審查模式，並於1996年（平成八年）1月1日開始施行，此舉也符合國際法上馬德里協約的規範內容，足以與世界上的制度接軌，但另一方面，卻也同樣有其缺失，而認為此制會使商標權人取得商標權之後處於一種權利的不安定狀態⁵。實則，此兩種不同的異議審查制度乃立法政策上選擇的問題，並無一定的對錯，而當今世界上多數法學先進國家也都採取異議為一事後審查制度的看法，我國亦不例外。

依商標法第40條第1項之規定，商標之異議程序乃商標的註冊有違反商標法第23條第1項各款事由及同法第59條第4項之情事，「任何人」可自商標註冊公告之日起三個月內，向商標專責機關提出異議。規定「任何人」均可提出異議，乃是立法者為落實「公共審查」的立法目標而為的制度設計；詳言之，其立法意旨非如日本法上商標註冊無效審判是以解決當事人間具體的紛爭為主要目的，乃是認為即便在權利賦予之後，如與針對申請公告的異議陳述相同，主管機關會再審理自己所為的處分公告，在有瑕疵的情況下，加以糾正並提高對商標註冊的信賴，而具有一定的公益目的；也因為異議制度非在解決當事人間的紛爭，故提出人不以利害關係人為限，任何人均得提出之，同時，提出人的地位也無從承繼⁶。一

⁵ 網野誠，「商標」，有斐閣，2002年6月30日，六版，937頁~938頁。惟日本法上對於商標異議的事由大抵有（一）商標註冊該當於一般不許註冊要件；（二）商標註冊該當於具體不許註冊要件；（三）商標註冊抵觸先申請主義的規定；（四）商標註冊違反註冊撤銷禁止再註冊之規定；（五）商標註冊為不得享有權利之外國人所為者；（六）商標註冊違反條約之規定者；詳見同書941頁~942頁。其事由與我國法之規定不盡相同，可供吾人參考。有關事後審查的優缺點，並可參見張慧明，「商標事後審查之研究」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1987年6月，33頁~34頁。

⁶ 網野誠，前揭書【同註5】，941頁。在日本法上對於有瑕疵的商標註冊為糾正以提升商標註冊的公眾信賴者，即為特許廳。有關日本法上商標註冊無效審判，亦為該國法制上商標權消滅的原因之一，詳見，盛岡一夫，前揭書【同註4】，207頁~208頁。田中成志著·牧野利秋編，前揭書【同註4】，372頁~373頁。

且審查結果無違法情形，則應為異議不成立之審定；反之，若有違法情事，則應認為異議成立，並撤銷被異議的商標權註冊，又如果撤銷之事由存在於註冊商標所指定使用之部分商品或服務，依商標法第 47 條之規定，得僅就該部分商品或服務撤銷註冊。至於異議程序的事由、程序及審查，或許從程序的正當性及組織的適法性不無檢討餘地，同時現行法的規範密度與外國立法例相較也不見得足夠，但由於此等問題並非本文關注的重點，是以於此不擬為過多的介紹與討論。

（二）商標評定程序

所謂商標評定，依商標法第 50 條第 1 項及第 2 項之規定，乃是商標註冊有違反商標法第 23 條第 1 項各款事由及同法第 59 條第 4 項之情事，或商標註冊前侵害他人著作權、專利權或其他權利，而於註冊後經法院判決侵害確定者，則「利害關係人」或「審查人員」得申請或提請商標專責機關評定其註冊。其目的乃是用以救濟商標註冊時所生的錯誤與缺失⁷，並有認為此為商標行政救濟之一環⁸。而各種不同事由的提出評定時點，則依商標法第 51 條的規定行之，只是依此等條文文義解釋的結果，勢必會有部分事由的提出，如商標法第 23 條第 1 項第 3 款至第 11 款及第 18 款，是不受註冊後五年內為申請或提請評定之限制的，如解為在商標有效期間內均得提出，是否會對法安定性造成衝擊，似也是值得進一步加以檢討的。有認為從釋字 370 號的解釋文義可得出，只須受到註冊滿十年即不得申請評定的限制而已，而無額外除斥期間之限制；亦以為至少違反該不得註冊的情形為惡意，因其有不正競爭情事，故不受除斥期間的保護⁹。惟本文以為，作成前述大法官解釋的時點為 1995

⁷ 李茂堂，「商標新論」，元照，2006 年 9 月，153 頁。

⁸ 曾陳明汝，「商標制度改革芻議—中國現行商標法及修正草案之檢討」，工業財產權法專論，自版，1981 年 8 月，208 頁、209 頁。

⁹ 以上整理自陳昭華，「商標法—智慧財產培訓教材 21」，經濟部智慧財產局，2007



年，當時行政程序法尚未完成立法，因此並無對行政處分撤銷除斥期間的總則性立法存在，如搭配大法官於釋字 474 號解釋認為時效制度為絕對法律保留的立場加以解釋，得出無除斥期間限制的結論是可以理解的。但站在現在的角度觀之，行政程序法業已於 1999 年間制定公布，再加上即使對於申請評定之事由有惡意者，也同樣有法治國底下法安定性保護的問題，則此時於法無明文規定除斥期間或排除惡意的情況下，此等事由的除斥期間即應回歸行政程序法第 121 條所規定之內容加以適用為宜。

另一方面，此項制度不若異議制度為任何人都可提起，而是具有利害關係之人¹⁰或具有公職務在身的審查人員始可提出，其中前者在現行運作上，可依商標主管機關所定的「商標法利害關係人認定要點」加以認定，在提出權人的認定上顯然比異議制小得多，除非把利害關係人認定為也是「公眾」的一環，否則也稱不上是「公眾審查」的概念，因此，本文以為稱此為「公眾審查制」的制度設計之一似有不名符其實之嫌。而在評定的效果上，如評定案不成立，則為不成立之評決；反之，如評定案成立，原則上應撤銷被評定商標的註冊，使之自始不存在，惟例外在該等事由已不存在，經斟酌公益及當事人利益後，得為不成立的評決，此等立法亦為本文所欲進一步加以討論之立法上的制度設計。

相較於日本法上僅有異議一項事後審查制度，而沒有評定的事後審查制度，我國法的立法模式，在制度的設計上是否有疊床架屋

年 2 月，83 頁~84 頁。曾陳明汝著·蔡明誠續著，「商標法原理」，新學林，2007 年 4 月修訂三版，119 頁。

¹⁰ 所謂「利害關係人」，學理上認為是指該商標之註冊對其權利或利益有影響之關係者，而這也是舊法時代對於利害關係人定義所為之規定；詳見，馮震宇，「了解新商標法」，永然文化，1994 年 1 月，89 頁。同樣的規定也出現在舊法時代限於利害關係人始可申請廢止商標的規定中，對利害關係人的解釋上；曾陳明汝，前揭書【同註 9】，109 頁。此外，有認為申請案能否成立，重點是註冊商標是否有違法情事，以及所提出的證據是否充足，只在申請人的資格上作嚴格的規定，並沒有意義；詳見，李茂堂，前揭書【同註 7】，156 頁。如果這樣的看法是可採的話，則商標的異議及評定之間的距離也就越縮越小了。

之虞，不無商權之餘地。在我國學理上，即有主張此兩制的背後目的同樣在彌補商標專責機關依職權審查之不足，而究竟要由利害關係人或公眾提出，可從提出的事由加以區隔，而認為宜將兩者合併，而僅留下異議制為已足¹¹，此等立法論上的建議亦可供吾人加以參考，只是是否要區分事由而有不同的提出人範圍，也是可以進一步探討的。

二、商標之廢止

商標之廢止是指一旦已准予註冊的商標，具有商標法第 57 條第 1 項各款之事由者，商標專責機關應依職權或依申請廢止註冊。亦有認為，商標法第 79 條有關證明標章及團體標章不當使用廢止之規定亦屬之，而該條規定「任何人」均可申請廢止註冊，並認為商標的廢止為「任何人」均可請求者¹²。這樣的結論，或許是認為現行商標法刪除舊法僅限於利害關係人始可申請廢止商標，本於歷史解釋所得出的結果。但歷史解釋終究只是法學解釋的方法之一而已，實則，倘回歸現行商標法條文義觀之，商標法第 57 條第 1 項所規定者，為一般商標的廢止事由，而同法第 79 條所規定的則為證明標章、團體標章及團體商標的廢止，兩者所針對的對象本不相同；又證明標章、團體標章及團體商標的制度設計本身即具有強大的公益性格，與一般商標所顧及者，為商標使用權人及其利害關係人的經濟利益，以及商標繼續准予其註冊對公益影響，這三者間

¹¹ 陳文吟，前揭書【同註 3】，95 頁、98 頁。

¹² 陳文吟，前揭書【同註 3】，125 頁~126 頁。據此，廢止的事由約可歸納為（一）變換加附記；（二）無正當事由未使用；（三）未附加區別標示；（四）商標成為通用標章；（五）商標實際使用有致公眾誤認誤信商品性質品質等；（六）商標使用結果侵害他人智財權利；（七）證明標章、團體標章或團體商標之不當使用。其中前六者為商標法第 57 條第 1 項的規定，而第七點則為同法第 79 條的規定。類似看法，曾陳明汝，前揭書【同註 9】，108 頁~109 頁；賴文平，「商標申請暨維護程序—智慧財產培訓學院教材 40」，經濟部智慧財產局，2007 年 2 月，54 頁、55 頁。



的利益衡量並不相同，故後者有不當使用的情形由「任何人」來申請廢止之本為適當的設計，但並不因此可導出一般商標的廢止亦可由「任何人」來申請的結論。而誰適合做為商標廢止的申請人，本為一值得探討的問題，本文以為不應認為所有的人均可為之，而應就各個不同的廢止事由就個案情形而為論斷，否則將有速斷之嫌。由於此並非本文所欲探討的重點，因此，於此不擬加以深究。而商標一旦遭到廢止之後，原則上是自廢止時或廢止機關指定較後之日使商標溯及地失其效力，只是學理上亦有認為商標未使用遭廢止，為「未履行負擔致行政處分受廢止」，而對遭廢止的商標失效時點有不同的設計¹³。

肆、商標註冊廢棄程序的利益衡量

一、現行商標法的規定及法條的解釋

現行商標法第 54 條規定，「評定案件經評定成立者，應撤銷其註冊。但於評決時該情形已不存在者，經斟酌公益及當事人利益後，得為不成立之評決。」由於立法理由中並未對本條的立法目的清楚地加以說明，經濟部也僅表示行政機關的行為應為公益服務，是以在評決之際，如違法事由已不存在時，應由商標專責機關斟酌公益、法律安定性及當事人既得權利後，始決定評決是否成立，以兼顧公益及私益間的均衡¹⁴。而學理上也僅做出「本條規定是在維護商標安定性及為公益與私利之衡平考慮¹⁵」的註解，並未進一步作出清楚的說明。倘若我們試著揣摩本條的立法目的，可以發現學理上對商標評定制度的了解，是為了防止使用不正當手段，以欺騙、混濛、抄襲等等不法行為而取得商標註冊，所採取之不得不的

¹³ 陳文吟，前揭書【同註 3】，134 頁。

¹⁴ 「商標法逐條釋義」，經濟部智慧財產局編印，2005 年 5 月，128 頁。

¹⁵ 曾陳明汝著·蔡明誠續著，前揭書【同註 9】，120 頁。

手段，而認為只有在註冊人是故意從事不公平競爭，情節確實，且不評定其註冊成立將有違商標法立法宗旨的情況下，才可為評決成立之決定¹⁶。此段論述已點出了在作成評決是否成立時所應考量的不同面向，以及不同利益之間的緊張關係。如進一步加以說明，一旦商標遭評定為成立，而產生撤銷准予商標註冊之處分的結果，將使商標註冊自始失其效力，商標的安定以及專用權人的利益均難免受到影響，因之，對商標評定的審查應審慎為之，以免妨害交易安全¹⁷。仔細分析這段話，則可知就商標專用權人之利益而言，是屬於個人的私益；而就商標專用權之安定，以及交易安全之維護而言，所涉及的則屬公益；因此，吾人可知，在商標評定之決定的過程之中，本來就處於公益及私益之間的拉扯之中。只是在解釋法條時，對於此所稱的「私益」究何所指？本文以為，應從法條中「當事人」意義的詮釋作更進一步的了解。

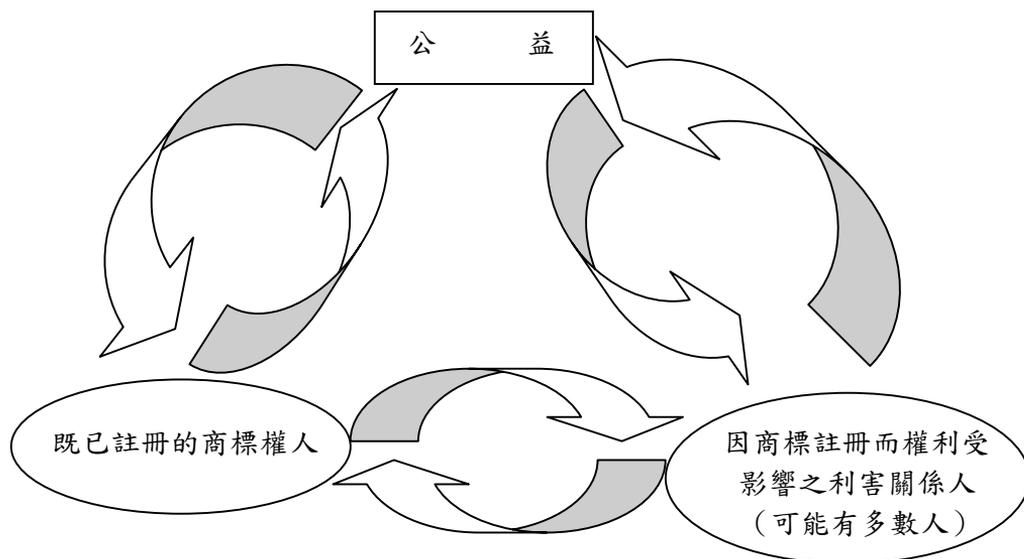
本條所稱的「當事人」，在解釋上當然包括申請或提請評定的利害關係人，及已獲得註冊的商標權人。而在踐行本條所稱的利益衡量時，所衡量者則應包括公益及上述本文所稱的當事人之利益在內。詳言之，本條乃是因註冊的商標具有商標法第 23 條第 1 項各款及第 59 條第 4 項之事由，但因此等事由已不存在，本來依本條本文之規定，即應撤銷其註冊，但因衡量公益及當事人之利益，如果撤銷所維護的公益顯然小於所侵害的私益時，則商標專責機關則應為不成立的評決決定，以維護該受有強大侵害的私益。另外，所衡量的也可能是「當事人間的利益」，亦即，可能因撤銷註冊對商標權人的私益會帶來重大的影響，而其影響力顯然大於撤銷所會為利害關係人帶來的私益，如在此種情形時，也同有本條之適用，而

¹⁶ 李茂堂，前揭書【同註 7】，158 頁~159 頁。

¹⁷ 曾陳明汝，前揭文【同註 8】，209 頁。曾陳明汝著·蔡明誠續著，前揭書【同註 9】，120 頁。



應為不成立之評決的決定。就本條運用的實例，如系爭商標註冊時，有相同或近似於國家元首姓名之情事，本不得註冊，但評決時元首已卸任¹⁸；或系爭商標註冊時有相同或近似他人著名商標或標章之情事，本不得註冊，但嗣後於評決前該註冊人已取得著名商標或標章所有人同意，如評定商標無效將對交易安全反有不利影響，此時即可為不成立之評決¹⁹。本文於此也嘗試以圖解說明的方式，解釋本條適用時不同利益之間的拉扯。



【圖一】商標評定時不同利益間的衡量

¹⁸ 「商標法逐條釋義」，經濟部智慧財產局編印，2005年5月，128頁。

¹⁹ 張澤平、張桂芳合著，「商標法」，書泉，2004年3月四版，208頁~209頁。學理上另有舉出「本不具識別性，但現已具識別性」、「相同或近似他人註冊商標者，已無致消費者混淆誤認之虞者」的例子，詳見李茂堂，前揭書【同註7】，161頁。只是本文不容易想像此等實例會實際發生於現實社會上，因此未於正文中加以羅列。

而所謂公益，學者吳庚教授援引德國學者Wolff/Bachof的論述對公益加以定義，而可認為是一段相當洗鍊的文字²⁰：

公益並非抽象的屬於統治團體或其中某一群人之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益者，亦非政治社會中各個成員利益之總和，而係各個成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合之狀態。

實則，本文以為法益間的衡量，迄今已可謂為法治國家於運作之際之必然，而具體地在許多法制上加以體現，尤其在公法領域的立法中更是吾人所常見。諸如行政程序法第 117 條即規定，在對行政處分為撤銷時，要衡量公公益及當事人所據以取得的信賴利益與撤銷所欲維護之利益的關係。此外，於訴願法第 83 條及行政訴訟法第 198 條均有「情況裁決」或「情況判決」的制度，也都是本於利益衡量考量的制度設計，在此情況下，立法者更表達出即使原處分或決定為違法，但撤銷或變更對公益有重大損害時，經斟酌原告所受之損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認為原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違時，即得駁回原告之訴；並於判決（或訴願決定）主文中諭知原處分（或訴願決定）為違法。此與商標法第 54 條的立法模式頗為接近，該條立法也認為原准予註冊的決定為違法，只是在為利益衡量之後，認為以不撤銷原處分為適當，而為不成立評決之決定。均可認為是立法者本於利益衡量思考下所為之立法。

所不同者，在於情況判決（決定）是由身為行政爭訟機關的訴願委員會或行政院所為，而商標法第 54 條的評決不成立，是由商標專責機關首長指定審查人員三人以上為評定委員所為的決定，決定機關有所不同。但倘若將商標評定亦視為利害關係人對於

²⁰ 吳庚，前揭書【同註 2】，68 頁。



准予註冊決定的救濟方法之一，則此兩者立法的相異性或許即減少許多了。此外，另一不同點在於，情況判決（決定）於訴願法第 84 條及行政訴訟法第 199 條中，均訂有補償因公益而受犧牲之當事人的條款，而商標法的評定中則無類似的立法。本文以為，倘若著眼於為評定不成立之決定是為了公益而犧牲了某些利害關係人，則其立法之初衷與情況判決（決定）初無二致，則商標法於此未有進一步的立法，立法密度或許並不足夠，而有賴於法解釋上予以補充，對此，本文也將於下文中加以探討；但倘若利益衡量的兩造為准予註冊的商標權人與申請評定的利害關係人，則與公益不一定有密切的關聯性，則無形成所謂的「特別犧牲」，此時，國家即無須對受有損害的當事人予以補償，若有人因此而產生損失，則由此兩造的當事人自行尋求民事訴訟途徑加以解決紛爭即可。

二、其他商標註冊廢棄程序決定時利益衡量的必要性

如上所述，在商標評定程序中，商標法第 54 條所考慮的是利益間的權衡，而為與撤銷原准予註冊處分不同的評決結果，則同樣為事後審查程序的異議程序，乃至於針對合法的准予註冊處分，嗣後的廢止該處分的商標廢止程序，是否也有同樣的問題，即值得吾人更進一步地加以探討。

（一）商標異議程序

提出異議程序的事由與申請或提請評決程序的事由同為商標法第 23 條第 1 項各款及第 59 條第 4 項，只是申請或提請評定的事由依商標法第 50 條第 2 項之規定，另有「商標註冊前，侵害他人之著作權、專利權或其他權利，於註冊後經法院判決侵害確定者」之事由，惟此事由與同法第 23 條第 1 項第 17 款所規定不得註冊之事由同一，本為商標法第 50 條第 1 項所指稱的範圍所可涵蓋，於

規範上顯屬重複²¹。如此可知，異議及評定兩者的事由大致相同，立法目的也都是為因應主管機關的審查難免有所疏失，為避免主管機關對於不得予以註冊之情形仍予註冊所設計的制度，故給予第三人或利害關係人有提起異議或評定的機會，以撤銷准予商標註冊之處分²²，但立法者在要為利益衡量一點上，卻有截然不同法律效果的規定。如果光從文義加以解釋，確實會得到異議程序無法適用商標法第 54 條而為利益衡量的結論，而實務上智慧財產局之見解也持相同的看法，又從最高法院 96 年度判字第 01214 號判決及臺北高等行政法院 93 年度訴字第 01223 號判決觀之，其認為可申請評定的期間，依商標法第 51 條第 1 項之規定可長達五年，甚至可未有期間限制；反觀異議依同法第 40 條第 1 項之規定，則僅可自註冊公告後三個月內提出，因此，從情事變更原則及當事人既得權保護的角度觀之，或許即可推論出評定程序比異議程序更有利益衡量必要的結論。這樣的結論是從兩不同程序可提出或申請的期間加以比較得出的，其對評定制度及異議制度兩者間法制的掌握與比較之深入是相當值得肯定的，且推論所得出的結論亦非無見。但本文以為，一方面，從此等法院判決的文字觀之，是否必然可以認為異議程序無利益衡量適用之可能，仍有進一步探究之餘地；他方面，如此的思考方向僅可得出評定程序比異議程序更有適用利益衡量條款的空間，但是否可完全否定於異議程序中進行利益衡量的可能，似仍有進一步加以討論的空間。

首先，如上所述，「利益衡量」為法治國原則運作下的必然，既然評定程序中有利益衡量條款的立法，顯示在立法者的心目中，在對准予商標註冊的撤銷程序中預設有利益衡量的考量於其中，則

²¹ 李茂堂，前揭書【同註 7】，155 頁。

²² 陳昭華，前揭書【同註 9】，81 頁。有關異議程序及評定程序兩者異同之比較，可參見賴文平，前揭書【同註 12】，50 頁，以及陳昭華教授同書第 85 頁。



在同樣以撤銷准予商標註冊處分的異議程序中，即應嚴格加以看待此一立法者在類似程序中所為的立法價值，始能追求商標法立法體系上的一貫。因此，本文以為，基於商標法於商標註冊的撤銷程序中已有利益衡量的價值決定，則不論在評定或異議中都應該有同樣的考量始為妥適，而本法僅於評定程序中有利益衡量條款的立法，而在異議程序中則反是，在立法的嚴謹度上，顯然是有缺憾的。

其次，如由程序發動者之衡平性的角度來看，異議程序與評定程序所不同者，在於前者是可以由「任何人」來提出，而後者則是由「利害關係人」或審查人員申請或提請。如此一來，與該商標之存在具有切身利害相關的利害關係人提出有利益衡量條款的適用，而使利害關係人可能蒙受較為不利的評決結論；反之，與自己利害較不相關的任何人提出，反而沒有利益衡量條款的適用，在立法的決定上似乎有失均衡。又乍看之下，由利害關係人或審查人員發動的程序有利益衡量條款的適用，而由任何人均可提出的程序則無利益衡量條款的適用，但任何人的範圍顯然會比利害關係人的範圍大得多，易言之，即使是利害關係人，也可能可以以「任何人」的身分提出異議程序，此時，無論其以利害關係人的身分申請為商標評定，或以任何人的身分申請為商標異議，其目的均為使該原本准予商標註冊的決定撤銷而失其效力，但在結論上，卻因其使用的程序不同，使同一個程序發動者所發動且目標相同的程序有截然不同的結果，如此的結論亦使人費解。

另一方面，基於同樣事物應為相同處理之平等原則的要求，如由申請發動程序的事由觀之，評定程序所包含的事由從文字表面上來看，較異議程序所包含的事由為廣，更精確地說，甚至異議程序的事由一定為評定程序發動的事由。但如上所述，仔細對照兩不同程序的事由，可以得出此兩者的事由完全相同的結論。因此，如果從發動的事由加以觀察，同樣的事由在評定程序中有利益衡量條款

的適用，在異議程序中卻不具有利益衡量條款的適用，但這兩種程序於做成決定時對於公益的要求應屬同一，卻僅僅因程序發動者的不同而對准予註冊的商標有全然不同的效果，如此的結論亦顯失公允，也更可見在異議程序的決定作成之際，同樣有對不同利益為衡量的必要。

退萬步言，國內多數學說認為行政程序法為所有行政程序的通則法、普通法，其中的規定可認為是憲法上正當法律程序要求的具體化，因此，亦有學者主張行政程序法為所有行政程序的基準法，詳言之，行政程序法所設定的程序標準為所有不同領域的行政程序中最有限度的要求，故國家為任何行政行為若有低於行政程序法所設定對行政程序的要求者，該特別的規定即有可能面臨違憲的指摘。是以，可認為普通法具有輔助與補充的性質，而通則法則具有統一性甚至為最低標準的統合含意²³。因此，當作為行政程序通則法、普通法的行政程序法於第 117 條有關行政處分撤銷的規定有利益衡量要求，而作為行政程序個別規定的商標法於異議程序，同樣是對已准予商標註冊的處分為撤銷，當中卻無利益衡量條款之規定時，本於行政程序法為通則法的要求，即應認為商標法中的異議程序無利益衡量條款的要求與行政程序法的立法設計有所抵觸，同時也不符合對利益保護最低限度的要求，從而，此際即應以行政程序法作為普通法的身分予以補足商標法上立法的不足。簡言之，就本文解釋的結果而言，商標法中的異議程序於做出異議的審查決定時，如認為有商標法第 40 條第 1 項所稱事由時，也應同樣有利益

²³ 詳見，葉俊榮，「面對行政程序法」，元照出版，2002 年 3 月初版，76 頁~78 頁。李震山，「論『程序基本權』之建構與落實」，行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟——台灣行政法學會學術研討會論文集(2003)，台灣行政法學會，2003 年 7 月，77 頁~78 頁。李震山，「多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心」，元照出版，2005 年 10 月，261 頁。此外，亦有認為行政程序法是「行政程序的基本法」，詳見，湯德宗，「行政程序法的適用」，行政程序法論，元照，2005 年 2 月，158 頁以下。



衡量規定的適用較為妥適。

（二）商標廢止

商標法上的廢止事由規定於商標法第 57 條，是規定於符合法定事由時，商標專責機關「應」依職權或據申請廢止註冊；而如果回到作為基準法、一般法的行政程序法加以觀察行政處分的廢止，可以發現在該法第 123 條對合法授益處分的廢止中，僅有規定符合一定法定事由時，「得」由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。如是觀之，可知在行政程序法中，行政機關對於是否要廢止一個既已做出的合法授益行政處分，其實是有相當決定空間的，從而，在行政機關是否要廢止該行政處分的考量當中，也同樣可以就一旦廢止對當事人及公益的影響先為適當的衡量，再決定是否要廢止該行政處分，因之，行政程序法中並沒有就公益衡量的條款另為規定的必要。反觀在商標法中，商標專責機關並沒有就是否廢止既已註冊的商標預為衡量的裁量權限，而僅是在符合法定事由時即應廢止該註冊，因此，商標專責機關也就更沒有就廢止商標註冊對當事人及公益的影響預為衡量的空間。是以，吾人可知在公益考量上，商標法與行政程序法在制度上並不相同，實則，行政程序法沒有公益考量的條款不代表商標法就沒有公益考量條款的必要。本文以為，既然以利益衡量追求社會上利益的最大化為法治國運作所不可或缺者，則只要商標專責機關根據商標法中的廢止事由廢止商標註冊，而可能對當事人或公益有所影響時，即應對此等利益進行衡量，而應有如同評定程序中一定利益衡量的制度設計。

此外，如果從立法體系上的輕重權衡加以考量的話，則商標的撤銷是針對商標專責機關違法地准予註冊商標，在程度上是較為嚴重的，而商標的廢止則為對合法的商標註冊行為，使之嗣後失其效力的行政行為，在程度上是比較輕的，而重度的商標撤銷註冊，立

法者於評定程序中都要求行政機關應為利益衡量，而對應予以撤銷的註冊為評決不成立的決定，則較為輕度的商標廢止註冊當無不允許為利益衡量而不為廢止決定之理，以免使立法制度的設計上陷於價值上的輕重失衡之譏。

從以上的說明可知，在商標的廢止時，亦同樣有對當事人利益及公益為斟酌權衡的必要，所剩餘的問題當為商標專責機關據商標法第 57 條各款事由而廢止商標註冊時，是否有可能會對當事人或公益有重大影響，而使行政機關有對符合法定事由者不為廢止商標註冊的必要，此則有待實務上以更多的具體個案加以填充。倘若觀察商標法第 57 條第 1 項各款的規定，可知該等事由是屬行政程序法第 123 條第 1 款所稱「法規准許廢止者」，而為行政處分廢止的事由之一；同時，吾人亦可知此等事由多為追求公益所為的規定。因此，如果以商標法第 57 條第 1 項第 4 款、第 5 款為例，倘廢止非因商標權人之申請，而為利害關係人申請或商標專責機關依職權廢止者，則一旦廢止所追求的公益大於廢止對商標權人所造成的侵害，而該等事由的發生亦非可歸責於商標權人時，則商標專責機關可廢止該商標，但做為行政法上一般原理原則的「信賴保護原則」運作的結果，可得出應給予商標權人一定的補償的結論²⁴。此外，如果以商標法第 57 條第 1 項第 6 款的「商標使用結果侵害他人著作權、專利權或其他權利，經法院判決侵害確定者」為例，因著作權、專利權及其它權利的侵害多以侵權人具有故意過失為前提，而

²⁴ 此時因從行政程序法第 123 條搭配同法第 126 條第 1 項解釋的結果，可能得出以「法規准許廢止者」之事由而廢止授益行政處分者，是不能請求國家給予損失補償的結論。惟本文以為，因信賴保護原則已成為公法上法治國原則的一般原理原則，則一旦依法規廢止一授益行政處分而不給予補償，而授益人也該當信賴保護原則的要件，在法益衡量上也認為有廢止之必要，只是要給予既有利益的持有者損失補償時，則不給予補償可能對人民的財產權有過度的侵害，甚至可能是違憲的。故本文以為在此種情形下，即便依行政程序法不允許請求損失補償，也應該肯定權利受有損失的人民可請求損失補償。



可歸責於侵權行為人，則一旦廢止商標註冊可追求第三人的利益較商標權人侵害的利益為大時，則商標專責機關即可逕行廢止該商標註冊。反之，如廢止所追求的公益小於對商標權人權利的侵害，而該等事由的發生亦同樣不可歸責於商標權人時，抑或廢止商標註冊第三人所可追求的利益較廢止對既有商標權人的影響為小時，則在利益權衡之後的結果，即可能得出以不廢止該商標註冊為宜的結論，也可證明在商標廢止的程序中，在作成是否廢止的決定之際，同樣有對不同利益為利益衡量的必要。

三、其他商標註冊廢棄程序的法詮釋

如上所述，既然商標法上有關異議及廢止的規定，都與評定程序同樣有利益衡量之要求時，則緊接著必須探討的，當為在現行法律制度下，是否可能藉由法律的詮釋加以解決如此利益衡量的要求，而使吾人於具體適用法律時，有辦法對具體個案進行利益衡量。倘若我們無法從法律的詮釋上獲得解答以回應實際上認事用法時利益權衡的要求時，則就必須進一步提出立法論上的建議，引導立法者於未來嘗試對現行法做進一步的修正。以下本文即分別從異議程序及廢止程序兩方面加以討論。

（一）異議程序基於利益衡量決定的法律適用

如前所述，既然於異議程序中亦同有利益衡量之必要，而現行法中於異議程序一章中並無相類似的立法，則在法學方法上，可能的途徑或許有類推適用商標法第 54 條的規定，或回歸行政程序法第 117 條加以適用兩種。本來基於行政程序法為所有行政程序的普通法，一旦特別法未有明文時，即應回歸行政程序法而為適用，此時應循後者的途徑為之。但在此兩種適用可能的考量上，本文以為一來商標法上的利益衡量與單純行政處分撤銷的利益衡量並不一定相同，前者著重的包括當事人及公益，當中當事人包括了與商標

有利害關係而以任何人身分提起異議之人，及已獲准註冊的利害關係人；而後者所衡量的重點則在於公益及處分遭受撤銷之當事人的私益兩者，顯示商標法與行政程序法在利益衡量的本質上有所不同，而不宜直接適用行政程序法的相關規定。再者，從異議及評定兩者的發動事由有高度同質性的角度觀之，於商標法第 54 條的立法設計，即是參酌評定所可能的事由而為設計，評定與異議的性質及立法目的也大致相同，則於異議程序的利益衡量上適用評定的規定當比適用行政程序法的規定更為妥適。基於以上的考量，本文以為以類推適用商標法第 54 條之規定為妥，如此也與類推適用背後的基本法理乃相同性質應為相同處理之平等權的考量相符。

在經由異議而撤銷准予商標註冊處分之除斥期間的問題上，無論採取何種途徑，吾人仍須參酌行政程序法的規定加以解釋法律，回歸適用行政程序法的結果，原處分機關或其上級機關撤銷違法行政處分的除斥期間，依行政程序法第 121 條第 1 項之規定，為知有撤銷原因時起二年內為撤銷。但依商標法第 40 條之規定，於商標註冊公告之日起三個月內提出異議即可，亦即法有明文較短的提起異議之不變期間。惟本文以為此等異議之不變期間並不當然可以取代行政程序法第 121 條的除斥期間規定，在實際個案上，仍有可能人民於註冊公告之日起三個月內提出異議，但商標專責機構對該案件懸而未決，導致拖延到註冊之日起兩年後始欲為決定，此時，則仍應回歸行政程序法第 121 條第 1 項的兩年內撤銷該註冊的規定加以適用。

附帶一提者，乃此時會有因異議不成立（評決不成立亦是同樣的情形）而權利受影響的利害關係人存在，如其係因為公益所蒙受的特別犧牲，且如認為異議（或評決）同樣是行政救濟的一環，則可類推適用訴願法第 84 條情況判決的情形為賠償之協議。反之，如不認為此為行政救濟程序手段之一，應可考慮類推適用行政程序



法第 120 條的法律效果，使之受有一定的損失補償。本文以為當以前者的解釋方式為可採，蓋因儘管商標異議（或評定）在學理上為一事後審查程序，但亦不乏認為此為一行政救濟中訴願的先行程序²⁵，而為廣義的行政救濟程序之一，且與訴願程序同樣均為行政處分作成之後的審查程序，事後審查程序與行政救濟程序概念上並無相齟齬之處，故對特別犧牲之人加以補償一點上，類推適用訴願法第 84 條之規定當無不妥之處。惟倘若認為本文以上所提對特別犧牲之人給予賠償之法學方法上的解釋均不可行，即應考慮另外為明確的立法，並由相關機關編列預算以為解決。

（二）商標廢止基於利益衡量決定之法律適用的可能性

同樣地，如上所述，商標廢止時也同樣有對不同的利益加以衡量的必要，在方法上可能即為類推適用商標法第 54 條的規定，但商標法第 54 條之規定所處理的是對違法的商標註冊所為撤銷原准予註冊之處分的情形，在本質上與廢止是在使合法的商標註冊歸於無效之情形迥異。而在法解釋上，本來本質不同者即不得為類推適用，故吾人可知以類推適用商標法第 54 條之方法並不可行。而如果欲回歸行政程序法之規定加以適用，因行政程序法有關行政處分之廢止從行政程序法第 123 條以下所規範者，均為行政機關得依職權為全部或一部之廢止，而與商標法於註冊廢止是規定符合一定事由即應廢止之情形不同，故欲回歸行政程序法的規定亦同有困難。

故在商標廢止的利益衡量上，要從法學解釋的方法尋求一條出路並不容易，從而，即應從立法論的角度出發。本文以為，面對此種情形，可以由立法者將商標廢止的情形從羈束行政改為裁量行政，詳言之，未來立法可以將商標的廢止從「應廢止」改為「得廢止」，賦予行政機關對商標廢止有更多的裁量空間。此外，因行政

²⁵ 吳庚，前揭書【同註 2】，643 頁。

程序法就行政處分廢止對當事人補償的規定所考量之當事人的範圍者，與商標法上商標權廢止的規定所考量者並不一致，因此也可考慮明文立法規定，使得因公益而特別犧牲的利害關係人可以獲得一定的補償，以使人民的財產權獲得周全的保障，如此方為妥適的立法。

伍、結語

在法治發展越趨成熟的國家，任何的立法都應該有全方位的考量，對於商標法第 54 條立法要求商標專責機關在作成評決決定時要考量各方的利害關係，及此等利益與公益之間的關聯，本文是可以支持的。但於立法時也應一併考量所有的法制度，避免制度之間產生法體系的混雜與不清，而造成個案適用時有不公平的現象，如此方為妥適的立法。的確，我們也不能期待立法是完全沒有缺失的，如果立法上有所不足時，即應透過法學解釋的方式加以補足，倘解釋上亦有困難，即可從立法論上提供建議給立法機關，使之於將來修法或立法時可斟酌參考。而這樣從解釋論及立法論加以討論的方向，正為本文於上述討論中所進行的。

本文以為，無論是商標准予註冊的決定，以及對該決定透過異議及評定程序撤銷，乃至廢止其性質均為行政處分。由於異議及評定一旦提出人或申請人的主張為有理由，所產生的法律效果也都是對之前違法的准予註冊處分加以撤銷，而對於行政處分的撤銷，行政程序法第 117 條即規定有公益衡量的要求，商標法第 54 條也鑑於商標本身牽涉到各方不同的利益，因此在立法模式上也刻意為不同的處理。但終究此等規定只出現在商標評定的程序之中，實則在經由異議而撤銷准予註冊之決定也同樣有利益衡量的要求，理由也已述之如上文，因此，本文以為在異議程序中如撤銷原准予註冊之決定對公益有不利的影響，或僅能追求到利害關係人少量的私益



而會犧牲現有商標權人大量的利益時，即應類推適用商標法第 54 條之規定為利益衡量並據以作成決定。而對於可能有因公益而犧牲的利害關係人，則無論是在評定程序或異議程序，鑑於此等程序也可認為是廣義的行政救濟程序，除了作成決定之機關外，與訴願決定具有高度的相似性，且訴願法中情況判決的規定背後的法理同樣為利益衡量，故可類推適用訴願法第 84 條情況判決之規定，給予因此有犧牲之人一定的賠償。另一方面，在商標廢止的情形，也同樣有在作成決定前加以利益衡量的必要性，但由於本質上是針對之前合法所為的行政處分為之，與商標撤銷之法律性質有顯著的不同，因此無從類推適用商標法第 54 條之規定。又行政程序法中有關行政處分廢止的規定，是規定行政機關「得」廢止，並衍生出有配套的補償規定，而商標法上的廢止則規定在符合該法第 57 條所訂定之事由時，即「應」廢止，立法模式並不相同，而無法回歸行政程序法有關行政處分廢止的規定加以適用。是以，本文以為在此種情形下，經由法律解釋加以解決已不可能，是以應訴諸於立法來解決，而建議可考慮將商標法的廢止修正為「得」廢止，使商標專責機關對之有更大的裁量空間，並配套地於商標法中規定倘若有私人因公益而特別犧牲，則應由國家給予一定的補償。本文相信如此的立法將有助於對人民財產權的保障，也同時對公益的維護有所裨益，當屬必要。就本文對商標註冊之廢棄決定適用「利益衡量」法理的法律見解，本文擬從此三種程序的性質及法律效果、利益衡量的法律依據及有關對特別犧牲之人為補償的依據等不同點，以表列加以說明如下。

區分標準 程序類型	決定的法律性質	決定的法律效果	「利益衡量」的法律依據	對特別犧牲之利害關係人補償的依據
評定程序	行政處分	撤銷准予商標註冊之行政處分	商標法第 54 條	類推適用訴願法第 84 條
異議程序			類推適用商標法第 54 條	類推適用訴願法第 84 條
廢止程序		廢止商標之註冊	以立法方式解決	以立法方式解決

【表一】商標註冊廢棄決定適用「利益衡量」法理異同之本文見解

在實務運作上，從 2003 年新增商標法中利益衡量條款之後，各級行政法院就商標案件有就利益衡量加以探討者，似乎並不多見；另一方面，學界對此條文的討論也未盡深入，其箇中原因或許仍有待探究。但商標法第 54 條既已明文規定，且如是立法亦非不妥當，並為法治國家法制設計之所須，則吾人似應付出更多的關懷加以研究以賦予其生命，而這也有待後續做更多的觀察與分析，當然，前提是要有許多研究者及具體個案來灌溉這塊荒蕪許久的園地，經由共同的努力，始能使得這樣抽象而難以理解的「利益衡量」概念逐步地確定而具體。