

仿冒商標行為之刑事制裁爭議 問題－以公平交易法與商標法 之規定為例

張 瑜 凤 *

目 次

壹、研究動機與問題之提出	一、實務適用仿冒行為之刑事制裁法規之情形
貳、仿冒行為之刑事制裁規範	二、偽造仿造商標之行為
一、仿冒商標之刑事制裁規範制 定過程之沿革	三、販賣仿冒商品之行為
二、仿冒商標之刑事制裁規範之 構成要件	四、輸出輸入仿冒商品之行為
參、仿冒行為適用多重刑事制裁規定 之爭議問題	肆、結論

壹、研究動機與問題之提出

公平交易法第三章規範「不公平競爭」之章節中，第二十條規範之對象係以「仿冒商品或服務表徵」為競爭手段之不公平競爭行為。公平交易法第二十條之規範範圍，較商標法為廣。一方面其保護之表徵不以商標或標章為限，而兼及容器、包裝、外觀之表徵，另一方面，其保護之客體不以商品或服務為限，而及於營業之表徵，舉凡與商品、營業或服務有關之表徵，只要與來源之顯示有關，能表彰商品

* 作者為台灣大學法律研究所碩士，現任職公平交易委員會

或服務之來源主體者，即為本條保護之對象。此外，該法亦保護外國著名商標，對於使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣運送輸出輸入使用該項商標之商品者，亦處罰之（第二十條第一項第三款）。

商標為表彰商品來源最主要之表徵，得藉以區別各個不同的商品或服務主體，消費者得以商標為媒介而選擇交易，各廠商便在消費者的選擇過程中，進行市場競爭，因而商標乃成為廠商之競爭財產，商標法在競爭秩序中亦占有極重要的地位（註1）。然商標法與公平交易法對於商標之保護方式不盡相同：商標法對於商標之保護，乃藉著商標註冊的申請，由公權力機關賦與獨占排他的商標專用權；公平法主要經由制止仿冒各種商品表徵而引起商品主體混淆的不正當行為，藉此維持公平的競爭秩序，公平法所保護的表徵，須在市場上具有表彰特定商品主體的實際作用，且為相關交易對象所共知。商標法所保護的商標則無需具有此種相當的市場經濟力量，而且取得保護之註冊前不需經使用，只要透過法定程序即賦予保護。

由商標法與公平法對商品表徵保護方式的差別可知，商標權本質上乃商標法所賦予的獨占排他權，藉此保護商標權人的私益，從而反射出維持公平競爭秩序的功能。而公平法則是著重在制止引起商品主體來源混淆的不正競爭行為，反射出受保護商品表徵的獨占性。公平法之原來立法目的並非在賦予受保護商品表徵一種獨占的「排他權」，造成此種商品表徵受獨占保護的現象，乃是公平法為確保「公平競爭秩序」之目的而產生之事實結果，而非意在使受保護之人享有「獨占利益」。

現行法針對仿冒行為之刑事制裁規範，有刑法、商標法及公平法等，三者之構成要件不盡相同。加上八十二年十二月十二日商標法亦經大幅度修正通過，仿冒商標之刑事制裁部分，影響頗多。本文乃就刑法、商標法與公平法中關於仿冒行為之

註1：德、日、英、美各國法，亦普遍承認商標法乃競爭法的一環。有關商標法與不正競爭法之關係，詳參看曾陳明汝，商標不正競爭之研究，載於氏著「專利專利法選論」，第一六一頁，七十九年九月四版；鄧振球，商標不正競爭之研究，輔大法研所碩士論文，第二十四頁至二十五頁，民國七十七年六月；范建得，論公平交易法對濫混行為及商標濫權之管制—商品標識使用人得與失一，公平交易季刊創刊號，第七十五頁以下，八十一年十月。

刑事制裁規定探究其立法意旨，藉此釐清各仿冒行為之制裁規範的適用範圍。「商標之仿冒案件」是公平會受理公平法第二十條案件類型中最多者，司法實務上院檢雙方函請公平會鑑定者，亦多為商標之仿冒是否該當公平法第二十條之案件。檢察官之起訴書、不起訴書及法院判決針對仿冒刑事制裁案件，多半同時引用舊商標法第六十二條、第六十二條之一及公平法第二十條，或者單純引用刑法第二百五十三條，規範商標法及公平法所不能及之仿冒行為。因此本文擬擷取法院判決書內容，就某些爭議問題加以比較分析，尤其著重在探討當仿冒商標之行為，同時有各種制裁仿冒之規定可能適用時，各法律之間究為法規競合關係、亦或普通法與特別法之關係，以及應如何適用各個法律等問題。惟須強調的是，並非所有仿冒商標之案件皆會同時該當刑法、商標法及公平法關於仿冒之制裁規定，本文乃單純就「商標」仿冒行為之範疇論述之。

貳、仿冒行為之刑事制裁規範

一、仿冒商標之刑事制裁規範制定過程之沿革

商標制度並非我國所固有之制度，清末列強迫使我們國門戶開放以來，源於歐陸之商標制度隨著外國商品之流入而在我國生根發展（註2）。我國第一部商標法，

註2：關於我國商標法之沿革，自光緒二十八年（西元一九零二年）中英訂定商約第七條即規定「由南北洋大臣在其各管轄境內，設立牌稅註冊局，流歸海關管理即呈明註冊」。光緒二十九年（西元一九零三年）清廷設立商部，於商部下設商務登錄局，並由總稅務司赫德（Hart）代擬商標章程草案，其後商部依該草案並參酌英使所擬之條文，擬訂「商標註冊試辦章程」二十八條，細目二十三條，並於光緒三十年奏准施行，奠下我國商標制度之基礎。民國成立後，曾於民國十二年擬訂商標法案四十四條，同年八月公佈商標法施行細則三十七條，並設立商標局。北伐完成全國統一後，國民政府於民國十九年公佈全國統一的第一部商標法，民國二十年一月一日施行，成為今日商標法之始祖，並歷經七次之修正。有關我國商標法之立法沿革，詳細可參考李

自民國十九年公佈、民國二十年一月一日正式施行起，歷經七次修正後，再加上相關行政、司法周邊措施的改進演變，我國商標制度方呈現現今之面貌。

民國六十一年以前，關於仿冒商標行爲之制裁，係依我國刑法第十九章妨害農工商罪章中第二百五十三條、二百五十四條的「妨害商標商號罪」加以規範，因爲在此之前，商標法中對於濫用商標行爲僅有行政罰鍰之制裁、並無刑罰制裁之規定。民國六十一年修正商標法，首次對侵害商標專用權之行爲，引用刑法相關規定課以刑事責任，在第六十二條、第六十三條增訂「侵害他人商標專用權罪」與「惡意使用他人商標名稱罪」。然而其規定仍嫌寬鬆，行政措施亦未有成效，對仿冒行爲並不生足夠之嚇阻作用。

民國六十七年中美雙邊貿易談判及其後續諮詢會議，對我國之防止仿冒商標制度產生重大之影響（註3）。此次談判中美雙方首次將仿冒商標問題列入雙邊談判之範疇內，仿冒商標問題遂成爲中美間僅次於貿易逆差的嚴重問題，甚至導致接下來的中美智慧財產權談判。基於我國在中美雙邊貿易談判時所作之承諾，我國對仿冒問題之處理因而發生重大變化。在立法方面，修正商標法、加強對商標專用權之保護；在行政方面，行政院制定「防止仿冒商標及偽標產地辦法及其注意事項」、「商標近似審查基準」、「有欺罔公衆或使公衆誤信之虞審查基準」（註4），成

茂堂，商標法之理論與實務，第三十八頁至第四十二頁，民國六十七年版。

註3：參考馮震宇著，「中美防止仿冒商標談判及其影響」，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組出版，第二十七頁以下，民國七十六年；周延鵬，我國智慧財產權法律環境之現況暨其因應措施（上）（下），法律評論五十八卷二、三期，八十二年二月。

註4：行政院台七十四經字第一八零六八號核定之「商標近似審查基準」，以及「商標有欺罔公衆或致公衆誤信之虞審查基準」，雖然是行政機關內部之作業準則，對法院不生拘束力，然其內容係參酌我國既有之解釋、判例、決定及審定案例，分析歸納、參以法理及一般大眾之判斷原則而定，在處理仿冒案件時，不失爲一重要之參考標準。此二項詳細內容及案例圖形參考司法院印行，商標近似判決要旨選輯，第五四九頁至第五五四頁，民國七十五年四

立經濟部查禁仿冒商品小組、公佈杜絕仿冒商品十項措施等；在司法方面，配合執行商標法之修改，致使因侵害商標專用權而被判刑之人數大增。民國七十二年商標法之修正，明顯的受到中美談判之影響，尤其刑罰部分之修正乃為履行中美貿易事務協定中我國所做之承諾，例如提高侵害商標專用權之刑度，增訂侵害未經註冊之外國著名商標（第六十二條之一）、販賣仿冒商標商品罪（第六十二條之二）、沒收之特別規定（第六十二條之三）等。民國七十四年，我國再度修改商標法。直至民國八十二年十二月二十二日，歷年變動最大的商標法修正順利通過（註5）。此次修正或新訂條文達四十多條，幾為原有條文之三分之二，大幅改變了過去對商標利用的管制態度，准許商標專用權人更大的活動空間，可以預見對國內產業界之產銷遊戲規則將造成根本之影響。民國八十二年十二月修正之商標法，主要重點有（註6）：

月。

註5：商標法於立法院審議時，立法院長明白表示：「專利法與商標法應該一起通過，此刻蕭主委萬長正參加APEC會議，這個問題是大家矚目的焦點。…深盼對三零一條款造成沈重壓力的商標法與專利法能儘速完成立法。」「我們之所以選擇此時立即處理此一復議案，係鑑於我國現在正有三位政府首長在美國訪問，如果我們能及時三讀通過商標法修正案，則對他們在外面的活動一定大有助益，因此我們希望今天能排除各種障礙通過商標法。」但亦有立委認為「現代國家間衝突之原因與過去不同，過去可能是因為軍備競賽、地區衝突、種族矛盾等因素，今日之衝突則多是基於環保、生態之保育、智慧財產權之保護、疫病之防治等。現在若不能符合世界之潮流，則將面臨全球性之制裁。我國身為現代國家，應儘速通過商標法，如此不但可建經濟秩序，且亦可使大多數國內廠商一同受惠。因此，本案之通過並非受到美國之壓力，不應用義和團的精神，訴諸於民族主義以掩飾本國法律之缺失及濫用之不當。」見立法院公報，第二屆第二會期第二十四期院會記錄，第六十九頁、第七十一頁劉松藩院長之發言記錄、第七十五頁丁守中立委之發言記錄。

註6：關於新修正商標法之特性及衍生問題，可參考蔡明誠，中華民國對專利及商

壹、立法趨向國際化：如，商品分類改國際分類。過去舊法施行細則中之商品分類，向來為人所詬病，性質相近者在不同類別，性質相差甚遠者卻在同一類，新法採國際分類，有助於我國商標法國際化。隨著商標圖樣之使用文字以中文為限的規定取消，國內廠商可以註冊外文商標，以同一商標同時在國內外使用，不致生中英文未同時註冊所生之間問題，同時亦有助於事業發展國際性企業活動（註7）。已在外國申請註冊之商標，向我國申請註冊時，得主張優先權，即以在他國首次申請註冊之日做為我國之申請日。國內廠商亦可透過優先權制度，在與我國訂有相互保護商標條約或協定的國家取得優先權。此舉使我國商標制度與國際同時發展，隨著我國加入國際組織之腳步加快，對於積極重返國際社會具有重要功能性。

貳、融入使用主義之規定以及善意先使用商標者免責：在他人申請商標註冊前，善意使用相同或類似商標圖樣於同一或類似之商品，不受他人商標專用權之效力所拘束，但以原使用之商品及原產銷規模為限；商標專用權人得要求其附加適當之區別標示（第二十三條）。

參、明定特別顯著性之意義：新商標法在第五條第二項規定特別顯著性之次要意義，將原來欠缺顯著性、可是因長期使用，在市場上產生自然區隔效應而具特別顯著性者，亦視為具有特別顯著性，得准註冊。

標保護之最新發展，輯於中華民國全國工業總會舉辦「一九九二國際智慧財產權研討會」研討資料，八十一年十月十五日發表；謝銘洋，商標法修正草案之檢討及其對產業之影響，台大法學論叢二十二卷第一期，八十一年一月；倪開永，了解新法特性、確保自身權益，工商時報第三十六版，民國八十二年十二月九日；江必卿，新商標法衍生問題探討，經濟日報第十六版，民國八十二年十二月十二日；馮震宇，不再為法所困，工商時報第三十一版，民國八十二年十二月十三日；馮震宇，了解新商標法，八十三年一月。

註7：以SONY公司為例，其為國際著名之商標，但其為日本公司，若日本商標法亦規定商標或標章之登記僅能以本國文字為之，則SONY公司不能在其國內使用外文「SONY」之商標，反而增添其推展事業經營範圍至國外之困擾及不便，因此，我國此次商標法修正之結果值得贊同。

肆、回歸商標自律性的授權本質：商標專用權人將其註冊商品之全部或一部授權他人使用其商標，授權使用人經商標專用權人同意，得再授權他人使用商標。即回歸商標「自律性」之授權本質，由商標專用權人自行決定是否授權他人使用，不再多加限制。商標專用權移轉時，無須與營業一併移轉。

伍、商標使用之定義：舊法規定仿冒商標，係將仿冒品「行銷市面」才成立犯罪。新法第六條規定：「本法所稱商標之使用，係為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布。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。」擴大了商標使用之範圍。影響所及，在刑事制裁上最為明顯，以下將詳細分析之。

陸、罰則規定之變更：新商標法刑責部分修正方式為降低刑責、提高罰金。即將原來五年刑期降為三年、罰金由五萬元提高為二十萬元。再者加入「意圖欺騙他人」之主觀構成要件，刪除原商標法第六十二條之一有關仿冒未經註冊之外國著名商標之處罰，其立法理由則為公平法第二十條第一項第三款已有關於未經註冊之外國著名商標之保護規定。

此次商標法修正之結果，大體上已符合國際趨勢，諸如上述優先權制度，商標自律性之規定，商標得與營業分離、設定質權作為融資擔保，對於提供仿冒商品來源可減輕或免除賠償責任等規定，皆為臻國際水準之進步立法。

八十一年公平交易法正式施行後，我國終於有了一部規範經濟秩序之經濟法，許多經濟犯罪之刑事制裁有了法源依據，例如未經許可之聯合行為（參照公平法第十四條、第三十五條），以脅迫利誘不正當手段所為之妨礙公平競爭行為（參照公平法第十九條、第三十六條）。公平法第二十條規範對象既以「仿冒商品或服務表徵」為競爭手段之不公平競爭行為，由檢視公平法第二十條之條文說明，可觀察出其立法意旨（註8）：「一、針對目前嚴重之商業仿冒行為，就現行法所未能規範者而有礙公平競爭之行為，參考日、韓『不公平競爭防止法』之規定訂定本條，對左列行為予以禁止：（一）事業不得為使人商品主體產生混淆之行為，亦即不得為

註8：詳見立法院秘書處編印，法律案專輯第一百三十二輯，公平交易法案，民國八十一年六月第二十頁至二十二頁。

仿冒他人商品表徵之行為。（二）事業不得為使人對他人之營業、服務主體混淆之行為，亦即不得為仿冒他人營業或服務表徵之行為。（三）事業不得仿冒未經註冊之外國著名商標，亦不得販賣、運送、輸出或輸入仿冒之商品。……四、姓名、商號或公司名稱屬「標示」之一種，商品容器、包裝、外觀非屬「標示」或「商標」，遂另以「表徵」二字為包括標示、商標或其他表示商品特徵之泛稱。與日本不正競爭防止法第一條第一款之「表示」二字，意義相同。」由此可知，公平法第二十條規範之目的，乃針對現行法所未能規範者而有礙公平競爭之仿冒行為而言。申言之，除了商標與服務標章之外，公平法第二十條所保護之客體，還包括姓名、商號、公司名稱、商品容器、包裝、外觀、商品表徵及服務表徵，範圍廣泛。然並非所有的商品表徵皆可受公平法第二十條之保護，其仍須符合其他構成要件，即「相關大眾所共知」「致與他人商品或營業活動產生混淆」等。由於商標、服務標章及公司名稱等基本上已可依商標法、公司法、商業登記法等相關規範加以保護，在某些特殊的商品表徵如商品包裝、容器、外觀等，只有規範不正競爭性質的公平法第二十條才能賦與保護，由此可顯現出公平法第二十條特殊之規範範圍與目的。

仿冒商標之行為既有數種刑事制裁之法律規範之，本文首先便將各個法規之構成要件加以釐清，以及依據仿冒行為之態樣，分別討論其在實務上產生之爭議問題。本文所討論之仿冒商標行為，種類包括偽造假造商標之行為、販賣或運送、輸出輸入等流通仿冒商品之行為。而八十二年十二月二十二日修正通過前之商標法，簡稱「舊商標法」，以與新修正通過現行之商標法相比較，合先敘明。

二、仿冒商標之刑事制裁規範之構成要件

(一)刑法

刑法關於侵害商標商號罪之規定計有四種：刑法第二百五十三條規定偽造假造商標商號罪：「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。」第二百五十四條規定販賣陳列輸入偽造假造商標商號之貨物罪：「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，處二千元以下之罰金。」第二百五十五條則規範虛偽標記及販賣虛偽標記商品之行為：「意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。明知為

前項商品而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，亦同。」就此等犯罪之本質觀之，實具有偽造文書及詐欺罪之雙重性質。惟上述條文之立法目的在於保障商標專用權，保障農工商業的正常經營、使其不受不正當的干擾，與單純損害消費者之財產權不盡相同，故本章在立法上係屬侵害社會公益之犯罪，而將之置於妨害社會公益之章節中。

(二)商標法

舊商標法關於仿冒行為之制裁規定，主要係規定在第六十二條、第六十二條之一、之二、之三以及第六十三條。現行新商標法則修改了第六十二條之構成要件及刑責，並且刪除仿冒未經註冊之外國著名商標之行為規定，其原則上與舊商標法規定之數種仿冒行為類似，為說明方便，以下便先將新舊法併列，以構成要件之比較為第一個分析的步驟。其中新商標法條文文字中有括號者為修改或增添之部分，乃筆者自加，蓋為說明及比較方便之故。

壹、使用仿冒商標之行為之制裁。

舊商標法第六十二條規定：「有左列情形之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或並科五萬元以下罰金：

一、於同一或同類商品，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，附加相同或近似他人註冊商標圖樣而陳列或散布者。」

新商標法第六十二條則修改為「「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「新台幣二十萬元」以下罰金：

一、於同一或「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，附加相同或近似他人註冊商標圖樣而陳列或散布者。」

修正後之第六十二條，增加「意圖欺騙他人」之主觀構成要件，另外刑責降低改為「三年」、罰金提高為新台幣「二十萬元」以下，而使用相同或近似商標之範圍亦改為「同一或類似商品」。

貳、仿冒未經註冊之外國著名商標。

舊商標法第六十二條之一規定：「意圖欺騙他人，於同一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定有條約或協定，對在中華民國註冊之商標予以相同之保護者為限。其由團體或機構互定保護商標之協議，經經濟部核准者亦同。」新法則完全刪除本條之規定，其立法理由則為公平法第二十條第一項第三款已有關於未經註冊之外國著名商標之保護規定。

參、仿冒商品之流通行爲。

舊商標法第六十二條之二規定：「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。」新法則依條文順序在第六十三條規定，並提高刑度：「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『新台幣五萬元』以下罰金。」。

肆、仿冒品沒收之規定。

舊商標法第六十二條之三規定「犯前三項之罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品不問屬於犯人與否，沒收之。」新法則依照條文順序將之改為第六十四條，條文內容則不變。

伍、惡意使用他人商標名稱作為特取部分之行爲。

舊商標法第六十三條規定：「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，處一年以下有期徒刑、拘役或科二千元以下罰金。」新法修正賦予被惡意使用商標之人請求他人停止使用之權，並以登記時間先後作為得否使用之原因：「惡意使用他人『註冊商標之中之文字』，作為自己公司或商號名稱之特取部分，而經營同一或類似商品之業務，經利害關係人請求其『停止使用，而不停止使用者』，處一年以下有期徒刑、拘役或科『新台幣五萬元』以下罰金。」新法更增定了第二項：「公司或商號名稱申請登記日，在商標申請註冊之日前者，無前項規定之適用。」以保障在他人商標登記前已依公司法或商業登記法登記之名稱使用權。

公平交易法第二十條之條文如下：

「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。

二、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

三、於同一或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出、輸入使用該項商標之商品者。

前項規定，於左列各款行爲不適用之：

一、以普通使用方法，使用商品本身習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品慣用之表徵，或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品者。

二、以普通使用方法，使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他表徵者。

三、善意使用自己姓名之行爲或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品者。

四、對於前項第一款或第二款所列之表徵，在未為相關大眾所共知，善意為相同或類似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用、或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品者。

事業因他事業為前項第三款第四款之行爲，致其營業、商品、設施或活動有受損害之虞者，得請求他事業附加適當表徵。但對僅為運送商品者，不適用之。」

而在公平法第三十五條，則規定了違反第二十條之刑罰：「違反第二十條之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。」

綜合觀之，公平法第二十條所禁止之仿冒行為，約可分類為以下數種形態：

- (一)商品表徵之仿冒：將相關大眾所共知之他人商品之表徵「使用」或為「類似之使用」，致與他人商品混淆者。（第二十條第一項第一款前段）
- (二)營業或服務表徵之仿冒：將相關大眾所共知之他人營業或服務之表徵「使用」或為「類似之使用」，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。（第二十條第一項第二款前段）

(三)外國著名商標之仿冒：「使用」未經註冊之外國著名商標於同一或同類商品上者。
(第二十條第一項第三款前段)

四仿冒商品之販賣或運送：「販賣、運送、輸出、輸入」使用仿冒他人表徵之商品者，包括仿冒外國著名商標之商品。(第二十條第一項第一款後段、第二款後段、第三款後段)

綜觀公平法第二十條所規範之仿冒行為，不僅包括仿冒商標之行為而已，尚包括商品容器、外觀包裝等與商品、營業或服務有關之表徵。然而必須與來源之顯示有關，能表彰商品或服務之來源主體，且達到「相關大眾所共知」之程度。至於仿冒商品之流通行為，如販賣、運送、輸出輸入等行為，與商標法上之規定類似。

由上述分析可知，關於仿冒商標之各種刑事制裁法律之間的關係頗為複雜。藉由實務判決之檢討得知，針對仿冒商標行為，法院往往同時引用商標法及公平法，而以「法規競合」或者「特別法優於普通法」之原則適用其中刑罰較重之法條，而未詳盡論其構成要件是否相同或者規範意旨所在。由於刑事立法技術上，不可能將所有刑法條款毫無遺漏的規定在一完整的核心刑法（Kernstrafrecht）中。某些行為類型特別複雜，普通刑法雖有刑罰規定但不完整，或者隨著社會演變產生的新犯罪形態，普通刑法不及修訂，因此在刑法法典之外，有些刑罰條款便分散規定，在各種民商法、行政法、經濟法、財稅法中，直接就某些重大犯罪行為而為規定，以補刑法之不足。此種分散於其他不具刑法法典外觀的刑法條款，因其具有刑法之本質，故在原則上亦適用刑法法典所規定之一般原則，有如核心刑法之輔助性刑法，共同發揮刑法制度之功能，故稱之為附屬刑法（Nebenstrafrecht）（註9）。但是附屬刑法規定在不具刑法外形之法律中，往往遮蔽了刑罰之威嚇性，而為社會大眾及司法者所忽視，減低了其預防及規範功能。因此，對於犯罪形態已趨明顯，且違犯率較高之附屬刑法，宜將之移至主刑法法典中，或據以修改原來刑法之規定，使其成為核心刑法之一部，提高防制效果，以配合社會現況及維持立法體系之完整。

註9：關於附屬刑法之問題，參閱八木胖著，賴殊隆譯，行政刑法，法學叢刊第十二期，第一百頁；林山田，論制裁法之體系，刑事法雜誌第三十卷第一期，第一頁至三十頁。林山田，論特別刑法，輔仁法學第四期，第二十三頁。

仿冒行為本質上是一種剽竊智慧財產權的犯罪，刑法、商標法中規定之刑事制裁，亦已施行多年。仿冒行為須受刑事制裁，已成為社會大眾能夠接受之觀念。而經濟發展快速、競爭激烈的情況下，仿冒行為除了直接侵害到真正權利人或者無辜買受者的利益外，其利用他人努力之成果的行為，更會使人不願發展智慧財產權，影響文明的進步，更是破壞正常的競爭秩序及經濟環境的行為。以下便依仿冒行為之類型，分別論述其實務上適用情形及爭議問題。

參、仿冒行為適用多重刑事制裁規定之爭議問題

一、實務適用仿冒行為之刑事制裁法規之情形

在分析過刑法、商標法及公平法關於仿冒商標之刑事制裁規定後，可以得知三者之間構成要件不盡相同。為了制止仿冒行為所造成對於社會經濟公平競爭秩序的破壞，以及保障智慧財產權人之努力投資，甚至維持我國對外貿易之形象及避免遭貿易報復等各種現實因素，並不單只是提高仿冒刑事制裁即可達成。各種智慧財產權之登記註冊查詢等周邊制度的建立、智慧財產權法制的施行與推廣，國民教育與培養尊重智慧財產權的觀念，都是須一並進行的措施。況且本次商標法修正時，已將仿冒商標之刑責由五年降為三年，雖然罰金提高為二十萬元，然而實際上以自由刑提高作為嚇阻仿冒行為之方式，不見得較易生效。立法時若一再提高刑度及罰金額度作為對於仿冒行為高度非難之評價，司法機關適用時若又往往直接依刑度較高之法規論斷，恐怕有違「罪刑法定主義」中的「罪刑相當原則」。

再看目前法院對於各種仿冒行為之類型所適用之法條，大約有以下三種：

(一)就於同一或同類商品使用相同或近似於他人註冊商標之圖案者，大多引用（舊）

商標法第六十二條：「有左列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或並科五萬元以下罰金：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圖樣而陳列或散布者。」或引用公平交易法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

列行為：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：「違反第二十條之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或並科新台幣一百萬元以下罰金。」。

(二)就使用外國著名商標者，則引用（舊）商標法第六十二條之一：「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、拘役或科或並科三萬元以下罰金。」或公平交易法第二十條第一項第三款：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：三、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，或販賣、運送、輸出、輸入使用該項商標之商品者。」。

(三)販賣、輸出或輸入前二者之商品之行為，則適用（舊）商標法第六十二條之二：「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、拘役或科或並科一萬元以下罰金。」或公平交易法第二十條第一項第一款後段。

由前述可知，實際上仿冒行為之刑事制裁規範，有刑法、商標法及公平法等，三者不僅為單純法規競合之關係，其構成要件亦不見得完全相同。

然而商標法實為不正競爭法之一環，與公平法第二十條實為互相協力之關係，只是公平法第二十條之構成要件較嚴格，加上我國公平法制定較晚，其刑責又較重（罰金新台幣一百萬元），很容易使人產生公平法為商標法之特別法之想法。實際上，當某商標業以註冊登記、取得商標專用權，同時因長期使用或大量促銷、已達相關大眾所共知之程度時，若他事業無權卻將該商標在其商品上為相同或類似之使用，則該行為同時該當商標法第六十二條、公平法第二十條第一項，此時方有兩法皆有適用之情形。而探討兩法之間究為法規競合或特別法之關係，亦非單純以刑責之高低為判斷基準，仍須就構成要件、立法意旨等詳加分析。

以下分就仿冒行為類型，分析實務適用各種仿冒行為之制裁規定之見解並評述之。

二、偽造仿造商標之行為

就「使用」仿造偽造商標之行為，法院適用刑事制裁法規所運用之條文有商標法第六十二條、公平法第二十條，以及刑法第二百五十三條等，其適用原則，試舉案例分析之。

(一) 使用仿造偽造商標之案例

1. 案例分析

案例一：未行銷國內外、在倉庫中即被查獲（註 10）

壹、案例事實：木大公司接獲澳商史比德公司訂單，代為製造福特汽車零件。實際上，史比德公司只經福特授權經銷，而未獲授權自製或訂製福特商標之商品。木大公司製造未獲授權之商品，未在國內市場行銷，尚堆積在倉庫中即被查獲。

貳、實務見解：依舊商標法第六條對「使用」之定義，乃指行銷國內市場或外銷。若廠商製造仿冒品，雖未在國內市場上行銷，而堆積在倉庫中即被查獲，實務上視為欲行銷國內市場。但若認定為「外銷」，則須貨物完成報關手續，即，如果單純為了外銷而製造之仿冒品，尚在製造中即被查獲，則不符商標法對「使用」之定義，故本案乃處分不起訴。但是台北地檢署又再度引用刑法第二百五十三起訴。亦即將刑法視為商標法之補充規定，刑法之偽造仿造罪包括商標法未規定之商標仿造使用之階段，而不以商標法之「使用」定義作為刑法第二百五十三條仿冒行為之內涵。

案例二：僅製造仿冒商品之空罐未裝填出售，是否為商標之使用？

壹、案例事實及檢察官之見解（註 11）

被告受大陸聯建公司委託，印製「力力水蜜桃汁」之包裝鐵罐，在該包裝罐上為他事業名稱之虛偽標記，並仿造味丹公司之商標及註冊圖示。檢察官之起訴理由認為：「……二、核被告所為係犯刑法第二百五十三條之罪嫌，移送意旨雖認被告係犯商標法第六十二條之罪嫌，惟因被告僅為商品包裝之印製並非產製、

註 10：本案取自立法院經濟委員會編印，經濟司法委員會聯席審查商標法修正草案研究報告暨參考資料專輯，第一三七頁，民國八十一年十二月。

註 11：彰化地院檢察署 81 年偵字地 8036 號起訴書，全文詳見公平交易法司法案例彙編，民國八十三年四月，第三九七頁。

販賣該等產品者，即難謂其與商標法所定「使用」之要件相當，該部分罪嫌尚屬不足，惟因與前揭起訴事實具裁判上一罪關係，已為起訴效力所及」。

2.本文評析

檢察官認為案例二之行為人僅為商品容器空罐之仿造，故依刑法第二百五十三條論斷。其認為被告僅為商品包裝之印製，並非產製、販賣該等產品，故難謂其與商標法所定「使用」之要件相當，商標法第六十二條之罪嫌尚嫌不足。蓋其認為被告僅於「製造」仿冒空罐之階段，未在台灣裝填銷售，且被查獲時空罐在倉庫中，未達仿冒之「使用」階段，故與商標法第六條所稱商標之使用「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」不合，因此尚無商標法第六十二條之適用。在行政法院二十九年度判字第二十一號亦認為：「所謂商標之使用，乃指意圖仿冒，將黏附商標之商品，行銷於市面之謂。是以，若僅製成商品商標而封存於倉庫或呈送官廳查驗，均與行銷市面之條件不合，且無防止之必要，不能認為商標之使用。」故刑法僅規定「意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標、商號者」，實務即將單純之偽造仿造商標行為，未達銷售階段者，依刑法之規定論處。由此可見實務將刑法第二百五十三條視為商標法補充規定，商標法所不能及之仿冒行為階段，如單純之製造、生產，尚未與商品結合或銷售者，無商標法第六十二條之適用，而由刑法制裁之。

然而依前所述，商標法實為刑法之特別規定，從立法過程及構成要件之分析皆可得此結論。刑法之「商標使用」定義應與商標法規定者有相同之內涵。本案之仿造空罐行為，實際上即為銷售之用。此處不能認為製罐者本人不從事銷售之行為，即不該當商標之仿冒行為。因為很難想像有人製造大量仿冒商品之包裝容器，僅欲放置在倉庫中而無將成品移作他用之意圖，無論係供他人使用或自己使用之意圖，應該都是制止仿冒行為之刑事制裁所欲規範之行為，否則根本不能達到制止仿冒行為之目的。檢察官顯然將「商標使用」之定義，認為商標仿冒「行為」之階段亦須依照該要件論斷。縱使如此，新商標法第六條已將商標之使用定義修正為「本法所稱商標之使用，係為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布。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。」。將商標

之使用概念作一明確的規定，實際上商標之使用幾乎皆為行銷之目的，仿冒商標者亦是。因此，雖未將仿冒品行銷至市面上，但是其已造成損害之虞，卻是絕對可以確定的，頂多以未遂犯論處之。本案由於法院尚未判決，因此無從得知法院適用之見解為何。但業者至公平會檢舉本案，公平會認為此種行為未達「商標使用」之階段（此處亦採舊商標法對於使用之見解），故認定不違反第二十條。惟其未經授權在空罐上惡意抄襲綠力系列飲料外觀之行為，顯然係以違背善良風俗之方法加損害於味丹公司，誠具社會倫理之非難性及可責性，嚴重影響正當交易秩序，核其所為，已違反公平交易法第二十四條規定，故公平會依第四十一條處分之。

(二) 仿造商標並販賣之行為

1. 案例分析

壹、案例事實（註 12）

被告明知「瑪佳 MAJA」及西班牙女郎持扇跳舞圖樣所組合之商標，係西班牙商瑪露吉雅公司，向我國經濟部中央標準局註冊取得商標專用權，專用於肥皂、香皂類產品，且為相關大眾所共知之商標。被告未經該公司授權使用，而基於概括之犯意，自民國八十一年元月間起，連續多次擅自將自己註冊之若詩媚「I-MAIMA」商標之圖樣，仿照上開商標將 IMAIMA 書寫成與 MAJA 美術字體近似之文字，再使用一西班牙女郎持扇之圖形，組合成外觀上與上開商標極近似之商標，而使用於其所生產之若詩媚香皂上，並使用相同之長條內裝三圓形香皂之盒裝，致與「瑪佳 MAJA」香皂商品生混淆，並連續行銷市面多次販賣予不特定之人。後在上址經警查扣若詩媚香皂二五〇盒，案經瑪露吉雅公司訴請原法院檢察署檢察官偵查起訴。

貳、法院判決理由（摘錄）

--、參照二者商品對比之相片，可見被告在使用自己註冊之商標「IMAIMA」

註 12：台灣高等法院高雄分院刑事判決，八十二年度上訴字第一七六一號，判決書全文詳見公平交易法司法案例彙編，民國八十三年四月，第二一八頁至第二二二頁。

時，故將字體書寫成與告訴人使用商標中之「MAJA」文字極其近似，又告訴人為一西班牙商，因而在其註冊之商標中使用一穿著西班牙傳統衣服之持扇跳舞為圖樣，而被告在其香皂產品之盒裝上，除如上所述近似文字外，並印製一持扇之西班牙女郎圖，二者組合而成，與告訴人之右揭註冊商標，其構圖意匠相彷彿，異時異地隔離觀察，外觀上不無引起混合誤認之虞，且該二商標，均使用於同一商品香皂上已如前述，易使一般消費者，施以普通之注意，猶不免發生混淆誤認。

二、本院審理中，將被告所生產之香皂，與告訴人所生產之香皂，送請經濟部中央標準局鑑定，結果：「若詩媚」香皂（即被告所生產之香皂）之外文「IMAIMA」字樣與註第三一七〇九一、三一七〇九二號商標圖樣（即告訴人之註冊商標）之外文，二者字體設計意匠及設色相彷彿，異時異地隔離觀察，在外觀上易滋混同；依行政審查觀點，似屬近似之商標等情，有該局八十二年八月十一日台商八一〇字第215594號函在卷可按，再參以被告之「若詩媚」商標，因與告訴人之商標構成近似而使用，已被中央標準局撤銷「若詩媚 IMAIMA」之商標專用權，有該局商標撤銷處分書附卷可稽等情以觀，被告有仿冒他人商標犯行，至為明顯。

三、被告於同一商品，使用近似於他人註冊商標之圖樣，係犯商標法第六十二條第一款之罪，又被告將仿冒商標之商品行銷於國內外市場之販賣行為，已包含於商標法第六十二條第一款仿冒商標犯行中，因而不另論其犯商標法第六十二條之二之販賣仿冒商標物品罪，檢察官指上開二罪有方法與結果之牽連關係，自屬尚有誤會，併予說明（原判決未加說明，尚有疏漏，亦應指明）。再公平交易法已於八十一年二月四日開始施行，被告販賣使用近似相關大眾所共知之他人商標之商品，係違反公平交易法第二十條第一項第一款之規定，應依同法第三十五條處斷，被告先後多次犯行，所犯罪名相同，時間緊接，反覆為之，顯係基於概括之犯意而為之，應依連續犯之規定論以一罪，又被告所犯上開二罪，有方法與結果之牽連關係，應從一重之使用近似他人商標罪處斷。

2.本文評析

壹、偽造商標後復行販賣，應如何論斷？

就偽造商標之行為部分，被告於同一商品使用近似於他人註冊商標之圖樣，

法院認其違反商標法六十二條第一款，並未論及是否違反公平法第二十條，故法院並未就該商標是否已達相關大眾所共知而做判斷或認定。但就其販賣該商品之行為，不另論商標法第六十二條之二，而認為包含於六十二條第一款之仿冒商標犯行中。蓋仿造商標行為並隨之販賣該仿冒品，實務上之看法有不同見解。有認為同時構成第六十二條與（舊）第六十二條之二，依刑法想像競合規定從一重處斷（註13）。有認為應採吸收說，僅論以偽造假罪（註14）。

本文認為應將偽造假後之販賣行為視為包含於商標法第六十二條之中，不另論販賣仿冒商品罪，此乃就同一法益侵害之不罰之後行為。所謂不罰之後行為，係指在違犯一個犯罪行為之後，另為一個後行為，此後行為所侵害之法益在原法益之範圍內，對前行為所造成的狀態加以利用與保持，其不法內涵亦包括在前行為之處罰範疇內（註15）。其不罰之理由在於前行為之犯罪完成後，以有一定之違法狀態存續，即對於該後行為之違法已評價在內。因此，後行為形式上雖該當另一罪，實質上已無重複處罰之必要。對於同一法益之保護，可能存在數個不同之刑罰法規規範之。偽造假後復行販賣，販賣行為之所以不罰，因為偽造假他人之商標商品，必需要販賣才有實益，且偽造假與販賣二行為所侵害者為同一法益。況且依商標法使用之定義，偽造假後復行販賣之行為，已該當同一個「使用」之構成要件內涵，宜逕依商標法第六十二條第一款處斷，此條款即所謂之「雙行為犯」（*Zweiatkige Delikte*），係指在一個獨立構成要件中兼含兩個行為之犯罪，又稱為實質結合犯（註16）。由此可知，商標法第六十三條（舊法第六十二條之二）

註13：陳璞生，刑法專題研究，第四六九頁，廖正豪，法條競合、想像競合犯及牽連犯，刑事法雜誌第十卷第一期，第八十八頁。

註14：林山田，論刑事判例中的吸收，法令月刊第四十一卷第九期，第十三頁。郭棋湧，吸收犯理論之適用，軍法專刊第三十六卷第二期，第十三頁。刑事法律專題研究（一），司法院七十二年十二月印行，第三百頁。

註15：Baumann/Weber, *Strafrecht*, S.679; Jescheck, *Lerbuch des Strafrechts*, S.601. 甘添貴，論不罰之後行為，軍法專刊第三十八卷第九期，第二十頁；蔡墩銘，不罰之前行為及後行為，法令月刊第三十七卷第十期，第九頁。

主要規範者，係指非偽造仿造者所為販賣輸出輸入仿冒商品之行為人而言。

貳、商標法與公平法販賣仿冒商品規定之關係

法院既已將販賣行為視為仿冒行為不罰之後行為，而不另論商標法第六十三條之罪。然而又將同一販賣行為認為違反公平法第二十條第一項第一款販賣相關大眾所共知之他人商標之商品罪，且認為上開二罪，有方法與結果之牽連關係，從一重之使用近似他人商標罪（商標法第六十二條第一款）處斷。此種認事用法顯然有誤，蓋既已認為不另論販賣罪，卻又將同一販賣行為以公平法論斷，而未判斷該商標是否為相當大眾所共知，即率爾論以公平法，乃第二個錯誤；關於仿冒商品之流通行為，刑法、商標法及公平法之規範目的實為相同。只是公平法所規範之客體種類較多，而且該客體須符合「相關大眾所共知」之要件。因此，可見實務上對於公平法此一新法之瞭解仍不夠，仍然將之視為商標法之特別法或「重法」，只以刑度高低作為適用之依據，完全沒有針對構成要件之範圍作一比較適用。而對於刑法中關於仿冒商標之刑事制裁，法院在引用法條時，「幾乎忘了它的存在」，或許是刑度太低（最高為一年之徒刑）的原因。再者商標法之規定為刑法第二百五十三條之特別規定，依「特別法優於普通法」之原則，刑法之規定常常備而不用。

三、販賣仿冒商品之行為

對於販賣仿冒商品之行為，法院常引用（舊）商標法第六十二條之二，即新商標法第六十三條，以及公平法第二十條第一款規定。二者之間之適用關係，有認為屬於法條競合關係，故以刑罰較重之公平法（三年）論斷；有認為商標法之範圍較小，為公平法之特別法。販賣仿冒商品之案例是法院受理最多者，以下便就實務判決分析之。

(一) 公平法與商標法乃法條競合之關係

公平法第三十五條較商標法第六十二條之二處罰較重，二者為法條競合之關係，應優先適用公平法。（高院台中分院 82 上易字 2551 號判決）（註 17）

壹、案例摘要

註 16：林山田，刑法通論，第一二七頁。民國八十二年八月增定四版。

被告從事百貨用品銷售多年，並為經銷「皮爾卡登」商品之專門店，其明知「皮爾卡登 Pierre Cardin」商標業經法商皮爾卡登向我國經濟部中央標準局獲准註冊登記，取得商標專用權（指定使用於皮帶、皮夾、皮包、皮革、皮帶扣、鈕扣等商品），仍在專用期間內。且該商標之商品在市場行銷多年，為業界及消費者等相關大眾所共知，竟於民國八十二年三月間，向不詳姓名人一次購入仿冒該皮爾卡登（Pierre Cardin）商標之皮夾十餘個，皮帶十多條，並基於概括犯意，連續多次販賣予不特定顧客多個（條），致該使用相同商標之他人仿冒之皮夾、皮帶與真正之「皮爾卡登」商品發生混淆。後經警方查獲，移送彰化地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

貳、判決理由（摘要，雙括號「」為筆者自加）

一、被告坦認確實販入「皮爾卡登」皮帶、皮夾，並多次銷售予不特定客人。惟否認其明知為仿冒商標之商品而販賣，辯稱伊不知所販賣者係仿冒品。惟查被告所販賣，而經營查獲之皮帶、皮夾，均係仿冒「皮爾卡登（Pierre Cardin）」商標之偽品。而被告既供承其做百貨、賣飾品有三、四十年，經銷「皮爾卡登」商品已有十多年等語，則其對「皮爾卡登」商品之真偽應有相當之辨識能力，被告應知真品與偽品之差別。且其既為經銷「皮爾卡登」商品之專門店，自應向合格授權之代理商進貨，而有一定之管道，並應獲得進貨發票資為憑證，豈有向不詳姓名人購買不明貨源之商品之理，益證被告應係明知為仿冒「皮爾卡登」商標之商品，因貪圖低價而買入，藉圖厚利。是被告之犯行洵足認定，所辯不知其販賣之皮包、皮夾係仿冒商標之商品云云要屬卸責之詞，不足採信。

註 17：判決全文詳見，公平交易法司法案例彙編，民國八十三年四月，第二八四頁至第二八八頁，另外在公平會所收集之判決中，有許多類似案例，亦採法規競合之適用原則，以較重之公平法判決。可參考案例彙編中，第一百四十四頁以下關於第二十條之案例，至少有十個以上，例如台北地院 82 年度易字第 5591 號、82 年度易字第 1988 號、82 年度易字第 5688 號、82 年度易字第 6986 號；花蓮地院 82 年度易字第 196 號；高雄高分院 82 年度上訴字第 1761 號等。

二、經查「皮爾卡登 Pierre Cardin」商標係屬名牌，被告銷售該品牌之商品亦有十餘年，則該商標非但經我國經濟部中央標準局註冊登記，應受我商標法之保護且係業界及消費者等相關大眾所共知之商標，是被告明知所販入之皮帶、皮夾係仿冒該商標之商品，足使人與真品發生混淆，竟仍販賣核其所為係違反公平交易法第二十條第一項第一款之規定，應依同法第卅五條論罪科罰。雖被告所為亦成立商標法第六十二條之二明知仿冒商標商品而販賣罪，「惟與上開公平交易法（於八十年二月四日公布，並於八十一二月四日施行）之規定具有法條競合關係，依重法優於輕法之原則，自應論以法定刑較重之公平交易法第卅五條之罪」。公訴人認應成立商標法第六十二條之二之罪，其起訴法條尚有未洽，應予變更。

(二)公平法與商標法乃普通法與特別法之關係

另有實務判決認為，公平法並無代替商標法之目的，僅於商標法無特別規定或不完備時，具輔助作用而已，故商標法之範圍應較小，為公平法之特別法。（板橋地院 81 易字 6676 號判決）（註 18）

壹、案例事實

被告明知系爭商標專用權分屬他人，且已向經濟部中央標準局申請註冊之商標，經核准使用於商標法施行細則第二十七條第十四類之商品。被告意圖營利，於八一年以一箱一千六百元之代價購買使用仿冒前開商標圖樣之機油共五箱後，即基於概括之犯意，在其前開店內以一罐新台幣七十元之代價，出售予不特定之顧客多次。嗣於為警察查獲，並移送台灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

貳、判決理由

一、被告所販售之商品與告訴人之商品比較，外觀上相同，顯係仿冒他人之商標。而被告係向他人購買商品，並非向告訴人公司之經銷商購買，被告為從事機車車零件等買賣業務，難謂其不知前開機油係仿冒他人商標之商品，所辯並不知前開商品係仿冒云云，並非可採。

二、被告所為，係犯商標法第六十二條之二之明知為於同一商品，使用相同於

註 18：板橋地院 81 年易字第 6676 號判決書，全文詳見公平交易法司法案例彙編，民國八十三年四月，第一八九頁至第一九三頁。

他人註冊商標之圖樣之商品而販賣罪。公訴意旨雖認被告同時係犯公平交易法第三十五條之罪，與前開商標法第六十二條之二之罪具法條競合之關係，應論以具特別法性質之公平交易法第三十五條之販賣使用以相關大眾所共知之他人商標表徵之商品之罪云云，惟本件商品之商標均已註冊，有商標註冊證書影本可證，「而所謂特別法是指同一事項中範圍較小之規定，蓋公平交易法之立法，並無代替商標法之目的，僅於商標法無特別規定或不完備時，具輔助作用而已，公平交易法第二十條第一項及同法第三十五條之規定縱亦涉及侵害商標之救濟，應亦僅在各種不同情況下，對商標法未規定制裁之侵害事實加以取締之一種商標救濟之方法，故商標法的範圍應較小，應為公平交易法之特別法」，公訴人認被告應論以公平交易法第三十五條之罪，尚有未洽，起訴法條應序變更。其意圖販賣而陳列之行為為其販賣之犯行所吸收，不另論罪。

(三)本文評析

販賣仿冒商標商品之行為，由法院適用法條之趨勢觀察，以第一種見解居多（註19），即，認為公平法第三十五條之處罰規定較商標法第六十二條為重，二者為法條競合之關係，因此優先適用公平法。而第二種見解認為，公平法具商標法之輔助作用，僅於商標法無特別規定或不完備時適用之，因此，商標法之範圍較小，為公平法之特別法。就第一種見解而言，大多數法院之判決皆採之。然而有幾點值得討論者：

第一，構成要件之不一致：公平法第二十條與商標法第六十二條、六十三條之構成要件以及規範範圍不相同。公平法所保護之客體包括商標、商品容器包裝外觀等商品表徵，而商標法僅就已註冊之商標，賦予專用權及保護之規定。販賣仿冒商標之商品，若該商標為已經註冊者，則以商標法第六十三條（舊商標法第六十二條之二）規範之已足。若證明該商標已為「相關大眾所共知」，方有依公平法第二十條第一項第一款後段規範之可能。法院並未就公平法與商標法之構成要件作一釐清

註19：以公平會所搜集法院判決而編輯成之「公平交易法司法案例彙編」中，關於公平法第二十條之案件有三十一件，其中關於販賣仿冒商品之類型者，就有二十件之多，更何況未函送至公平會之不起訴書或刑事判決。

或分析，直接認定凡販賣仿冒商標商品之行為同時該當二法，恐有違誤。

第二，當「就同一犯罪事實同時有二法規規範」之情形，「法規競合」之原則方有適用之餘地，此時須同時引用商標法第六十三條及公平法第二十條、第三十五條，而依刑罰較重之公平法處斷。法院卻因為「公平法刑罰較重」，故「二者法條競合關係」，應「重法優於輕法」，適用公平法。此種方法乃是倒果為因，違反法理之推論。法規競合原則乃是構成要件之競合問題，不單純是刑度高低的適用問題，同一犯罪行為本來就不應有構成要件相同但刑度不同之規定方式。公平法制定雖較商標法晚，但是商標仿冒之行為亦屬不公平競爭行為之一環，解釋適用商標法時，應注入防止不公平競爭之精神，實際上商標及商品服務表徵之保護，已是防止不正競爭法制之一環，此乃各國立法之趨勢。因此，公平法亦不是商標法之特別規定，而應是商標法之上位概念。我國公平法訂定之時間雖較商標法為晚，其立法理由又認為「就現行法所未能規範者而有妨礙公平競爭之行為」，對於使人產生商品主體、營業服務主體混淆之行為加以禁止，其仍屬於不正競爭法制之規範。加上公平法之規範範圍較廣，縱使包括商標仿冒之情形，亦須符合其他要件如「相關大眾所共知」「致使與他人商品混淆」等，才有公平法之適用。法院單純以「刑度高低」為比較適用之原則，而所謂「重法優於輕法」，更是無法理解何以刑度重者會較「優」？就法規目的及執法效果而言，若以手段較輕之方式即能達到，就無須使用較重之手段，方符合法治國家之刑罰手段「比例原則」。販賣仿冒商標商品之行為，固然使仿冒者之商品流通造成損害，有其可非難性，然而民事賠償方式或許才是彌補被害人損失之直接方式，實際上並無須動輒以自由刑制裁之。以公平會所搜集各司法機關之起訴書及判決書觀察，法院就販賣仿冒商標商品之行為，依「法規競合」原則在引用公平法時，仍多是以罰金處斷，更可得知（註20）。由此實際上看不出「重」法適用之結果有何不同。因此，關於販賣仿冒商標商品之行為，仍應先分辨其該當何條文之構成要件，再視有無法規競合之情形，正確地適用法條才是。

註20：詳見公平會所搜集法院判決而編輯成之「公平交易法司法案例彙編」中，關於公平法第二十條之案件法院判決之刑度，皆為六個月以下有期徒刑，並得易科罰金或緩刑。

四、輸出輸入仿冒商品之行為

(一)案例事實及實務見解

關於輸出輸入仿冒商品之行為，可以法院之案例分析之（註 21）。本案被告自香港輸入仿冒商品，堆積在儲藏室內即被查獲。檢察官以（舊）商標法第六十二條之二起訴，地院判決直接認定其為相關大眾所共知之商標，且其僅有輸入行為，尚未販賣，故認其違反商標法第六十二條之二輸入仿冒商品罪及公平法第二十條第一項第一款輸入仿冒商品罪，依一行為處犯數罪名之想像競合犯，論以較重之公平法處斷。但高院判決撤銷之。高院撤銷原判決之理由為「僅在公司之儲藏室查獲，足見被告並未將仿冒之商品行銷國內市場或外銷，其所為未達販賣之階段，與公平法第二十條第一項第一款有間」，故認其應為商標法第六十二條之二輸入仿冒商品罪論斷。

(二)本文評析

實務此種見解在商標法修正前似有理由，惟商標法修正後，應有所變更。且高院認為其應以商標法第六十二條之二輸入仿冒商品罪論斷，高院顯然誤解公平法之規定，蓋第二十條第一項第一款後段亦有處罰「輸出、輸入」仿冒商品行為之規定，高院以其行為未達販賣之階段，與公平法所謂商標之使用有間，頂多只能認定其不該當第二十條第一項第一款之「販賣」他人商標罪，而不能認為完全排除公平法同條項該款後段「輸入」罪之適用。

商標法修正之後，商標之使用定義亦為之變更。舊法規定「商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器上，行銷國內市場或外銷者而言」。實務上認為仿冒品若儲存於倉庫中，則未達販賣之階段，非屬於商標之使用。但新商標法第六條規定：「本法所稱商標之使用，係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布。商標於電視、廣播、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」，如此擴大了商標使用之範圍，實際上商標仿冒之受制裁之原因即在其為銷售之目的而為之仿冒

註 21：詳見台北地院八十二年度易字第 314 號，高院八十二年度上訴字第 686 七號刑事判決。

行為。因此類似本案之情形，適用新商標法之結果，為行銷之目的而單純持有仿冒商品，縱未於市面銷售販賣，亦可能構成商標法第六十二條之刑責。至於公平法第二十條關於「商標之使用」之解釋是否亦隨同商標法之定義，在法律之適用及整體架構完整之需求上，似可採如此之見解。因此，日後公平會處理第二十條之案件，應特別注意商標法修正後對於商標使用之定義。

本案若依新商標法對於商標使用之定義，將商標用於商品或包裝上而單純持有該仿冒商品，認為即屬商標之使用，則本案應該當新商標法第六十二條刑罰之規定。高等法院判決時（八十二年十二月三十日）新商標法已於同月二十二日通過，然其仍以舊商標法關於商標之使用之規定為理由，認定本案之行為不符「商標之使用」要件，因而無公平法第二十條之適用，而以商標法第六十二條之二輸入仿冒商品罪論斷。蓋因罪刑法定主義、法律不溯及既往原則，本案之判決理由可以理解，但新商標法施行後類似之仿冒行為，法院於適用法律時亦應注意。

肆、結論

公平交易法之規範，乃對不正當競爭行為，以及聯合壟斷及濫用獨占地位等不當限制競爭行為，建立一套完備之規範、制裁、與課賦責任之規定，其立法目的在於有效維護競爭秩序，保護正當經營之事業及一般消費大眾，促進國計民生之均衡發展。現行公平交易法對於違反公平法禁止規定行為的制裁方式，有行政制裁與刑事制裁兩種。其中關於仿冒行為之刑事制裁規定，是本文研究之中心。尤其仿冒商標行為是現行工商社會中常見的經濟性犯罪，我國刑法第二百五十三條早已有制裁規定，由於社會遷遷、加上對外貿易談判及為維持國家形象之綜合因素，商標法中也陸續於修法時加入仿冒商標之刑事制裁規定。公平法立法之初，對於仿冒行為專設第二十條予以規範，其立法理由即針對既存之法規所未能規範之仿冒行為，宣示其禁止矇混仿冒行為之意旨，以維持正常交易秩序，建立一個合理公平的競爭環境。因此其規範之行為類型不僅只有仿冒商標而已，亦包括仿冒其他顯示商品或服務之表徵、致與他人商品或服務來源主體混淆之行為。

司法實務上對於仿冒行為之制裁規定適用情形，有將刑法、公平法與商標法視

為單純法規競合之趨勢。實務上最常見之商標仿冒案件，由於刑事制裁上涉及多重法規之適用，因此本文分別就各種仿冒商標行為之形態，實務上所適用之法規：刑法、商標法、公平法作一綜合分析。本文發覽法院判決對於仿冒商標之案件，多以「法規競合」「重法優於輕法」之適用原則，輕率的以刑度較重之法規對各種仿冒行為定罪科刑。在八十二年十二月商標法修正之前，仿冒商標之刑責為最重五年以下或併科五萬元以下罰金，與公平法第二十條之處罰刑度相較，商標法顯然較重。而修正後之商標法第六十二條則降低刑度為三年，罰金提高為二十萬元，公平法顯然變成為「重法」。至於刑法第二百五十三條等規定，刑度自始至終皆為一年以下有期徒刑及併科三千元以下罰金，幾乎根本無適用之機會。縱使因為立法者對於仿冒商標之行為，以刑度降低作為非難性評價之改變，或者認為商標法與公平法，對於仿冒行為之刑事懲罰應為相同之衡量。然而最根本之原因：「公平法與商標法、刑法對於仿冒行為之規範範圍及構成要件不盡相同」，此點在司法機關處理仿冒商標案件中，始終不見針對仿冒行為本身作詳細的分析，考慮其究竟該當何條文，或者分析究竟有無法規競合之情形發生。司法機關大多以法規競合之原則處理仿冒商標案件，實際上這種執法態度，可能造成對於人民權益之損害。其原因係根源於立法制定之疏失以及司法者未探究立法之真意的結果。

公平法第二十條、刑法及商標法關於仿冒商標行為之刑事制裁，其構成要件及保護範圍並不完全相同。公平法保護者為相關大眾所共知之商標，不論其是否已經註冊，亦不論商品是否具有同類性，而以「引起商品主體來源之混淆之虞」為要件，對於外國未經主冊之商標則以著名者為限，且以使用於同一或同類之商品為範圍，其重在使用之事實，藉此規範影響交易秩序之不正競爭行為。而刑法相關規定，雖為歷史久遠之立法，然而商標法關於仿冒商標之刑事制裁規定卻是沿用自刑法，目的皆在制裁仿冒行為以及達到保護工商經營秩之功能。刑法及商標法保護的則是業已註冊之商標，無論其曾是否使用或是否著名；且其保護之客體以申請註冊之商標圖樣及其所指定之同一或類似商品為限，其透過依法註冊賦予之專用權之方式，以維護公平競爭秩序。此三者法典之構成要件或保護範圍稍微有所差別，但係皆處於維護交易秩序及正常競爭環境而協力互助之分工地位。

由實務之判決適用公平法之情形可知，商標法與公平法之保護範圍與二者之區

別，法院並不是很清楚。尤其公平法第二十條之條文冗長，同一款中規範之行為形態有數種（包括使用他人商標、使用他人商號、商品外觀容器……等，輸入、輸出、販賣、運送仿冒品），不若商標法分段分將各種形態歸類來得清楚。為了避免因條文冗長而使人無法察覺出公平法第二十條第一、三款後段處罰流通仿冒商品行為之規定，實可將之移置同條第二項，增列「明知為前項之物，而為販賣、運送、輸出、輸入等流通行為者，處一年以下有期徒刑或科或並科一百萬元以下罰金」，如此使條文內容所規範之行為形態更為清楚明顯，刑度的設計上亦符合比例原則。

公平會在接受法院函請鑑定關於仿冒商標之類似案件時，大多就是是否為「相關大眾所共知」及是否「致與他人商品混淆」分析後函復。若認為有違反公平法第二十四條之嫌，則依職權主動處理。蓋違反公平法第二十四條未涉及刑事罰，其行政罰之權限亦專屬於公平會。相反的，法院審理類似案件時，若認為其行為僅違反商標法之規定，則直接適用商標法，固無問題；然若其認為有違反公平法之嫌或者檢察官以公平法起訴時，仍應先函請公平會鑑定為宜，畢竟公平會為公平法之中央主管機關，對於公平法之適用較為熟悉且客觀。然而法院實務運作上，亦有函送公平會鑑定而直接適用公平法第二十條予以判決者。究其原因，或因公平法為一新法，司法者尚未熟悉，而且公平法第二十條的審理過程，並不像限制競爭行為的審理涉及特殊財經專業知識的判斷，再加上仿冒案件以往一向皆單純適用商標法，故司法機關對於商標仿冒案件所適用之法律，仍有歧異之處。但是如果類似仿冒案件法院皆將之函請公平會鑑定，恐怕以公平會之人力、時間及業務乘載量，無法負擔此一任務。故，釐清刑法第二五三條、商標法第六十二條、六十三條與公平法第二十條構成要件，以及三者之競合關係，才能使司法機關就仿冒案件在適用法律時能有所遵循之原則。我國關於仿冒之制裁規定幾經變更修改之後，各法規的立法目的、規範意旨在糾纏不清的條文結構下，已無法明白的為立法者甚至司法者所辨識，更何況受這些法律規範的國民。本文試圖藉由這些法規的釐清，以及實務適用結果的評析，探究法律之正確的立法目的及規範結構，以作為執法及修法之參考。