

抄本

司法院 令

發文日期：中華民國 94 年 4 月 15 日

發文字號：院台大二字第 0940008229 號

公布本院大法官議決釋字第五九四號解釋

附釋字第五九四號解釋

院長 翁 岳 生

司法院釋字第五九四號解釋

解 釋 文

人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其牴觸憲法第八條及第十五條之規定，本院釋字第四七六號、第五五一號解釋足資參照。

商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益，維護公平競爭市場正常運作之功能。中華民國八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第七十七條準用第六十二條第二款規定，旨在保障商標權人之權利，並避免因行為人意圖欺騙他人，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，致一般消費者對商品或

服務之來源、品質發生混淆誤認而權益受有損害，故以法律明定之犯罪構成要件，處行爲人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，符合法律明確性之要求，且爲保障商標權人權利、消費者利益及市場秩序所必要，並未牴觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尙無違背。

解釋理由書

人民身體之自由與財產權應予保障，固爲憲法第八條、第十五條所明定；惟國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行爲施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其牴觸憲法第八條及第十五條之規定，本院釋字第四七六號、第五五一號解釋足資參照。

又立法者於立法定制時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而爲相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，爲一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，亦迭經本院釋字第四三二號、第五二一號解釋闡釋有案。

商標權爲財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益、維護公平競爭市場正常運作及增進公共利益之功能，此觀八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第一條規定「爲保障商標專用權及消費者利益

，以促進工商企業之正常發展，特制定本法」之意旨自明。

商標法為實現上開憲法所保障之財產權及公共利益之目的，於第七十七條關於服務標章之保護準用第六十二條第二款規定：意圖欺騙他人，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，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。旨在保護他人註冊之商標或標章權，並避免一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認致權益受有損害，其目的洵屬正當。且本件立法機關衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，乃對意圖欺騙他人之行為施以刑罰制裁；又考量法益受侵害之程度及態樣，而選擇限制財產或人身自由之刑罰手段，以補充刑法第二百五十三條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尙未逾越必要之範圍，並未抵觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尙無違背。

上開法律規定所禁止之行為，應以行為人所附加之商標或標章與他人註冊商標或標章是否相同或近似，依相關消費者施以通常之注意力，猶不免發生混淆誤認之虞為斷，其範圍應屬可得確定，從合理謹慎受規範行為人立場，施以通常注意力即可預見，無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國原則對法律明確性之要求，故立法機關是否採行由行政程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行為人仍繼續或重複其違法行為者，始採取刑罰制裁，乃立法者自由形成範圍，併予指明。

大法官會議主席 大法官 翁岳生
大法官 城仲模
林永謀
王和雄
謝在全
賴英照
余雪明
曾有田
廖義男
楊仁壽
徐璧湖
彭鳳至
林子儀
許宗力
許玉秀

部分協同意見書

大法官 許玉秀

刑罰規範皆涉及人民各種行為自由的限制，且進而以剝奪或限制人身自由，乃至剝奪生命權，作為制裁手段，所適用的合憲審查標準或審查階層，理應與非以剝奪或限制人身自由為法律效果的其他法律規範有別，本號解釋多數意見首度針對刑罰規範，採取有別於其他法律規範之審查模式，然仍有未盡之處，爰提出部分協同意見書補充論述審查標準如后：

壹、刑罰規範之審查準據應有別於其他法律規範

對於規範審查標準（密度），至今本院大法官有一個基本模式，即規範目的採低密度標準，規範效果則視基本權的類

別，採低密度、中密度或嚴格審查標準。舉凡立法目的為社會秩序、國家安全、公共利益（註一）或本件系爭規範商標法第 1 條所規定「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展」，皆以目的尚（洵）屬正當，而通過目的合憲審查。就刑罰規範以外的法律規範而言，如著重於對目的與手段進行比例原則的審查，而作寬嚴不同程度的合憲控制，的確即可善盡憲法的審查職責，但就刑罰規範而言，因為行為規範本身已涉及各種行為自由的限制，而制裁規範除涉及財產權的剝奪或限制之外，尚涉及人身自由乃至生命權的剝奪，不但應該採取嚴格的審查標準，且應該就行為規範及制裁規範分別審查（註二）。

然而對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地（註三）。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規範採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則。

規範合憲審查的基本原則，是針對基本權的類型，訂定不同的審查標準。雖然實務和學理對各種基本權類型所採行的審查標準可能有不同見解（註四），但對剝奪生命權、終身剝奪人身自由以及長期或短期剝奪人身自由的刑罰規範，不可能容許以低密度標準、甚至中密度審查標準進行合憲審查。因此，如果對於制裁規範無法進行嚴格的審查，而對於行為

規範的審查，可能因為所限制的自由權，只須經低密度審查，則勢必只能就規範所要保護的法益，另立嚴格審查關卡。

貳、應罰性與需罰性的二階檢驗程序

在國際刑法思潮中，自從 20 世紀 50 年代以來，刑法學理檢討刑事立法時，在法理（法釋義學）上的檢驗準據是應罰性（*Strafwürdigkeit*），在刑事政策上的檢驗準據是需罰性（*Strafbedürftigkeit*）^{（註五）}。具有應罰性的行為，方具有犯罪適格，而行為的應罰性，取決於該行為是否侵害刑罰所要保護的法益而具有社會侵害性；對於具備刑罰應罰性的行為，是否必須採取刑罰手段予以制裁，則取決於需罰性的判斷，需罰性所考量的是刑罰對應不法的必要性。換言之，訂定刑罰規範時，應該斟酌規範客體的應罰性與需罰性，則對於刑罰規範進行合憲審查時，亦不應脫離這個二階層的檢驗程序：第一個階層，即法益審查，刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查；第二個階層，即比例原則的審查。其中對於制裁規範的審查，則應該依最後手段原則^{（註六）}及罪罰（刑）相當原則^{（註七）}審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

參、審查法益

一、法益必須與基本權連結

在刑罰規範的目的審查，就是法益審查，因為刑罰規範的任務在於保護法益^{（註八）}。如果欠缺保護法益的正當理由，刑罰規範就是赤裸裸侵害人民基本權的法律。所謂藉由法益對規範目的進行嚴格審查，無非就是質問特定刑罰規範所限制的行為自由是什麼？因而所要保護的法益是什

麼？憲法在什麼情況下，可以爲了保護法益，而准許法律剝奪人民的身體自由或生命權？

無論是行爲規範或制裁規範，刑罰規範都會限制人民的行爲自由。行爲規範所限制的是各種自由權，例如刑法第 239 條限制人民的性自主權、第 310 條限制人民的言論自由、第 320 條限制人民取得財產的行爲自由、本件聲請系爭規範商標法第 62 條第 2 款限制人民的營業自由；制裁規範則主要限制人身自由及財產權，亦可能剝奪人身自由及生命權。當行爲人受憲法保障的基本權遭到限制或剝奪時，憲法可以容忍而不出面干涉，必定是因爲這種對基本權的限制或剝奪，可以爲憲法帶來相同或更高位階的利益。究竟憲法所能獲得的利益是什麼？無非就是人民的基本權能夠獲得保障、憲政秩序不會遭受破壞。申言之，刑罰規範所要保護的利益如果和憲法所要保護的利益相同，憲法自然不會否決刑罰規範的目的正當性，亦即，刑法規範所欲保護的利益，必須與憲法上的基本權或憲政秩序法益連結。

二、刑法法益與基本權的關係

刑法上的法益，是刑法所保護的社會生活利益；所謂社會生活利益，就是人民營社會生活所必須擁有的資源。憲法對於基本權的保護，無非就是賦予人民享有營社會生活所需資源的自由，因爲權利的內涵就是行動自由，所謂有權利就是有做什麼或不做什麼的自由（註九）。例如對於財產權，稱爲取得使用、收益、處分財產的自由，對於生存權稱爲享有生命、發展生命和決定生命存在與否的自由。刑法所保護人民營社會生活所需要的利益，必定是憲法認

為必須予以保障的利益，如果不是憲法所認可的必要生活利益，憲法不可能准許以剝奪人民生命權及身體自由權的方式加以保護。

現行刑法中各種犯罪類型所標示的法益包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力的有效運作及憲政秩序等等，都可以在憲法上找到對應的法益（剝奪生命的刑罰規範，必須面對憲法對生命價值絕對保護的檢驗）。例如刑法上對生命及身體法益的保護，來自憲法對生存權的保障；對身體自由的保護，來自憲法對人身自由乃至遷徙自由的保障；對財產權的保護，來自憲法對財產權、工作權的保障；對秘密和名譽的保護，來自憲法對隱私權和人性尊嚴的保障；對胎兒的保護，也就是孕育中、成長中生命的保護，來自憲法對生存權的保障，生存權的保障不是從已經生存才開始，不只是避免生命不能存續，而是必須從創造生命開始，對創造生命的保障，就是支持孕育中的生命有成形的權利（註十）（反映生命價值的絕對性）。又如公共危險罪所侵害的法益，無非是對社會大眾生命、身體、自由、財產等複合法益的多重侵害，許多人的許多種法益構成公共安全，因此，所保護的法益可以和憲法上多數人的各種基本權相連結；至於妨害投票罪的法益，則涉及憲政秩序中的民主原則和平等權的維護；瀆職罪保護國家權力機關運作的公正廉潔，也是涉及人民平等權及憲政秩序的保障；而內亂罪、外患罪所侵害的法益，不管是否稱為國家法益（註十一），終究都涉及所有國民生命、身體、自由、財產等等權利以及憲政秩序的侵害。

說明刑法法益與憲法法益的關係，並非認為所有憲法所

保障的法益受到侵害，都必須施以刑罰制裁，而只表示可以用刑罰的制裁方式，保護憲法上的基本權，至於動用刑罰手段與否，還需要衡酌比例原則，以確定侵害基本權的行為具有需罰性。

肆、本件聲請另一種可能的審查論述

符合上述應罰性與需罰性二階層、行為規範與制裁規範二階段及法益雙重審查的解釋文及解釋理由書理應如此論述：

解 釋 文

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

國家對於特定侵害他人財產權之行為施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行為人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無牴觸。

商標或標章權之註冊取得與保護，旨在保護商標權人之財產權，並具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。中華民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定：「意圖欺騙他人，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，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金」，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般

消費者、工商企業或其他市場參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。又衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，而考量法益受害之程度，選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，尚屬適當。是上開規定符合最後手段原則及罪罰（刑）相當原則，未牴觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

另，上開商標法明確規定犯罪之主觀構成要件、行為態樣、行為客體及刑罰效果，符合罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，與法治國原則對法律明確性之要求並無違背，併此指明。

解釋理由書

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

商標或標章權之註冊取得與保護，具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定，禁止出於欺騙他人之意圖，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予以陳列或散布，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般消費者、工商企業或其他市

場參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。

又國家對於特定侵害他人財產權之行爲施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行爲人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無牴觸。

前開商標法第 62 條第 2 款規定，對於意圖欺騙他人，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，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金。衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業之發展危害甚鉅，非對行爲人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，符合最後手段原則；考量法益受害之程度，而選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，且爲因應社會經濟發展時空之遷移，於商標法制定特別構成要件，並提高最高法定刑，以補刑法第 253 條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尙屬適當，符合罪罰（刑）相當原則，未牴觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

查立法者於立法定制時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而爲相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，爲一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，迭經本院釋字第 432 號、第 521 號

解釋闡釋有案。

本件系爭之商標法規定所禁止之行爲，以行爲人所附加之商標或標章與他人已經註冊商標或標章是否相同或近似，依一般消費者施以通常之注意力，猶不免發生有混淆誤認之虞爲斷，其範圍應屬可得確定；如受規範之商品行銷行爲人，施以專業上之注意力即可預見，即無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，而符合法治國原則對法律明確性之要求。至立法機關是否採行由行政程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行爲人仍繼續或重複其違法行爲者，始採取刑罰制裁，乃立法者合理之形成範圍，併予指明。

伍、結語

憲法上的審查標準（*Prüfungsmaßstab*），類似於刑法上的犯罪階層體系，刑法藉由犯罪階層體系保障犯罪判斷的公平與精確（註十二），憲法上的審查標準如能形成一套審查階層體系，定然有利於釋憲論述的精確與釋憲實務的運作。至今不論德國或美國釋憲實務，確實已累積不少根據基本權的類型，而形成的審查標準或審查密度準則（註十三），但是在憲法研究領域尚未能建構一套穩定的審查階層體系，本席針對刑罰規範的審查標準，所提出的應罰性與需罰性二階層、行爲規範與制裁規範二階段及法益雙重審查準據，期盼有助於本院大法官釋憲實務的運作，爰提出部分協同意見書如上。

註一：釋字第 476 號、第 509 號、第 544 號、第 551 號、第 554 號解釋參照。

註二：德國聯邦憲法法院於大麻案開始這種兩階段審查，見 *BVerfG*90 (1994), 145, 171 ff., 185 ff., 195; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 64 ff., 130.

註三：對刑罰規範究竟採取何種密度的審查標準，取決於各該刑罰規範對刑罰種類和刑度高低的設計，以德國的狀況為例，因為已廢除死刑，無期徒刑的犯罪類型較少，長期自由刑的規定不若我國刑罰規範多，自可採取較嚴格的審查標準。

註四：例如釋字第 584 號解釋，對於職業自由的審查標準，即有寬鬆、中度及嚴格三種標準，該號解釋多數意見顯然採取寬鬆標準，兩份不同意見書則分別採取中度和嚴格審查標準。林子儀大法官所提不同意見書、許玉秀大法官所提不同意見書參照；又如余雪明大法官於釋字第 577 號解釋所提協同意見書則表示，商業言論以低度審查標準加以審查即可，而釋字第 577 號解釋之操作方式，已經形同中度審查標準；而針對釋字第 580 號解釋所採取之中度審查標準，林子儀大法官於該號解釋所提之部分協同部分不同意見書則認為，在檢驗耕地三七五減租條例之相關規定是否對於人民財產權造成侵害時，基於政治部門對於社會資源應如何分配享有政策決定權，司法釋憲者對於政治部門所做的決定應予最大之尊重，應採低度之審查標準。

註五：H. Mayer, *Strafrecht AT*, 1953, S. 33; Yü-hsiu Hsü (許玉秀) *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, 1986, S.8 f., 134 ff.; Jescheck/weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*⁵, 1966, S.50f.; Roxin, *AT I*³, 1997, 23/37ff.; 許玉秀，*犯罪階層體系及其方法論*，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 6，2000 年，頁 39。

註六：最後手段原則 (*ultima ratio*)，可譯為最後的理性。所謂最後的理性 (*ultima ratio*)，即刑法應作為防衛社會的最後手段。當面對社會衝突關係，其他法律手段無法發揮應有的規範效果時，方才使用刑事制裁手段，以為因應，刑法因而在解決社會衝突

關係的各種法律策略中，居於補充的順位，因此這個原則又稱補充原則（*Subsidiaritätsprinzip*）或第二順位原則（*Sekundärprinzip*）。就這個意義而言，至今尚沒有違反這個原則的規定出現在我國刑法典中。這個原則，以量的不法觀（*quantitative Unrechtsfolge*）為基礎，這個量的不法觀建構了法的一致性（*Einheit der Rechtsordnung*）的觀點。基本的觀點是：刑法所保護的法益，各別規定在其他法律領域之中，刑法的違法性是由其他法律所決定的。其他法律明示為合法的，刑法不可以認為不法，而其他法律認為不法的，刑法可以不必認為不法，這種法秩序的一致性，可以認為是消極的一致性，即當其他法律明示為合法時，刑法不能採取相反的觀點。量的不法觀還有另一層意義，就是行為一旦接受刑罰制裁，即已包含行政處罰，而可以免除行政制裁，避免一罪兩罰，甫於 94 年 1 月 14 日制定通過的行政罰法第 26 條，即揭示這種量的不法觀。如果從質的不法觀點來看，即刑事不法與其他法律的不法標準有質上面的區別來看，則最後手段原則即不能成立，因為如依自己的不法標準決定不法行為類型，則行為的入罪化（規定成犯罪行為），應由刑法自己決定。在一個法律分工的社會，各個法律領域完全不顧其他法律領域的規範態度，是不可能的，但也未必絕對採最後手段原則，較通常的情況是「一致行動」。因此所謂最後手段原則，要從上述「法秩序的消極一致性」去理解，而不是無計可施，方才動用刑法，因為通常無計可施時，刑法也愛莫能助。而在對付某種社會衝突關係時，當各種法律領域會診的時候，也必須依比例原則而決定規範的方式。近幾年來，我國立法政策明顯遵循最後手段原則，不少醫療法規、環境法規、勞動法規等，於訂定罰則時，多以行政罰取代刑罰手段

。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法一刑法，2005 年，頁 46 以下。

註七：罪罰（刑）相當原則，可以分爲立法和司法兩方面來看。立法方面，訂定各種犯罪類型、刑罰種類與法定刑的高低時，應考量受害法益的類型、法益受侵害的方式與程度、行爲人主觀不法的態樣及程度等因素。現行刑法中，妨害自由罪章移送被誘婦女出國罪（第 299 條）的法定刑比使人爲奴隸罪（第 296 條）和圖利以詐術使人出國罪（第 297 條）的法定刑高出許多；又如誹謗死人罪（第 312 條第 2 項）的最低法定刑比強暴公然侮辱罪（第 309 條第 2 項）和普通誹謗罪（第 310 條第 1 項）的最低法定刑高。這兩種情形是否符合罪罰（刑）相當原則，皆有待商榷。司法方面，就具體個案適用法律時，同樣必須注意被害法益種類、被害的程度、侵害的手段以及行爲人主觀不法的程度，刑法第 57 條規定量定刑罰時，必須斟酌各項量刑要素，以及第 59 條特別憫恕條款，皆屬司法上罪刑相當原則的規定。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法一刑法，2005 年，頁 48。

註八：陳志龍，法益與刑事立法，1992 年，頁 8；蘇俊雄，刑法總論 I—刑法之理論基礎、架構及適用原則，1998 年，頁 17 以下、122；林山田，刑法通論（上冊），2000 年，頁 17；蔡墩銘，刑法總論，2000 年，頁 6、7；張麗卿，刑法總則理論與適用，2001 年，頁 31；許玉秀，刑法的任務—與效能論的小小對話，刑事法雜誌，第 47 卷第 2 期，2003 年 4 月，頁 1 以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），2004 年，頁 12；Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT⁵, 1996,S.7; Roxin, AT³, 1997, 2/2; Schünemann, Das System des strafrechtlichen Unrecht: Rechtsgutsbegriff und

Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemein Teils und dem Besonderen Teil,收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念論文專輯，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 9，論文集 1，2003 年，頁 165 以下（中譯見王玉全、鍾豪峰、張姿倩，前揭書，頁 123 以下）。

註九：Yü-hsiu Hsü（許玉秀），Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, 1986, S. 241 ff.

註十：德國聯邦憲法法院則引人性尊嚴條款認為尚未出生的生命擁有自己的生命權，憲法應該予以保障。BVerfGE 88（1993），203, 257 f.; 39（1975）.1, 47, 51.

註十一：區分法益為個人、社會、國家並非我國傳統教科書自創。
Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 279.

註十二：許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 6，2000 年，頁 3 以下。

註十三：法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收錄於：憲法專論（一），1985 年，頁 65 以下；法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，收錄於：人權保障與司法審查，1994 年，頁 7 以下；法治斌，新聞報導與誹謗罪——一個憲法觀點，收錄於：人權保障與司法審查，1994 年，頁 67 以下；林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於：現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997 年，頁 639 以下；李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，收錄於：憲法解釋之理論與實務第三輯上冊，2002 年，頁 129 以下；法治斌，定義猥褻出版品：一首變調的樂章？，收錄於：法治國家與表意自由，2003 年，頁 247 以下；法治斌，跳脫衣舞也

受表意自由的保護嗎？，收錄於：法治國家與表意自由，2003年，頁267以下；林子儀，言論自由導論，收錄於：台灣憲法之縱剖橫切，2002年，頁103以下；許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁50以下；許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人，林山田教授退休祝賀論文集，2004年，頁213以下；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第33卷第3期，2004年5月，頁61以下。

協同意見書

大法官 徐璧湖

本案係審查中華民國（以下除標明公元者外，均同）八十二年十二月二十二日修正公布之商標法（以下除標明修正日期者外，均同）第七十七條準用第六十二條第二款之刑罰規定，是否因違反罪刑法定原則及法律明確性原則，而侵害人民之身體自由與財產權。本院通過之本號解釋，認上開商標法所為規範之目的正當，且未逾越必要範圍，並未牴觸憲法第二十三條規定，亦未違反罪刑法定原則及法律明確性原則，與憲法第八條及第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背，本席敬表贊同，然就獲致該結論之理由，認尚有補充說明之處，爰提出協同意見書如下：

壹、商標應予保護之憲法上理由

一、商標之功能

現代經濟社會中，商標（註一）除具有識別商品及表彰商品來源之傳統功能外，更具有表彰商品之品質及作為商品廣告之功能。茲分述商標之功能如下：

（一）識別功能（Identification Function）

商標可識別自己之商品，以與他人之商品相區別，亦即表示商品同一性之功能，此為商標之基本功能。商品若無商標以資識別，消費者將無從辨識商品之良窳，無法選擇自己喜好而欲購買之商品，則營業者將不重視其商品之優劣，因而商品品質之競爭將無由存在。故營業者在商品附上商標，猶如吾人在文件上簽名蓋章，以資識別，為商業競爭上重要不可或缺之利器。

（二）來源功能（Source Function）

商標可表彰商品之來源，此亦為商標之基本功能。就商標之發展觀之，早期商標僅表彰商品之物質來源（physical source），即僅能表彰由商標權人所營業商品，此稱之為「嚴格來源理論」（strict source theory）。基此理論，授權使用商標，因係被授權者使用其經授權之商標營業商品，而非直接由該商標權人自行營業，自不得為之。嗣因工商科技發達，營業方法隨之開拓，現代市場中商品品目繁多，交易過程複雜，消費者未必知悉商品營業者之姓名或名稱、所在，商標表彰商品來源之觀念逐漸從寬，改採「不具名來源準則」（anonymous source rule），蓋購買人不知或不介意商品之經營者之姓名或名稱，而認為凡使用同一商標之商品，即係表彰出自同一來源，但毋庸知悉其精確來源，是無須知悉商標權人之姓名或名稱、所在等。基此，商標乃得授權他人使用。

（三）品質功能（Quality Function）

商標可表彰其所附之商品具有程度一致之品質，此功能係於二十世紀三十年代始自前述來源理論衍生擴展而來，認為商標不僅表彰商品之產銷來源，並為表彰商品品質標準之來源（註二）。商標表彰商品品質之功能，非謂商標表彰其商品具有高水準之品質，而係附有同一商標之商品具有相同品質，不論其品質係屬優、劣或中等，亦不論其物質來源。消費大眾因商標而認知及信賴附有商標之商品品質，商品之營業者因而產生累積公眾信賴之效果，經由商標之品質功能而建立營業者之營業信譽及顧客吸引力之重要效益。

（四）廣告功能（Advertising Function）

商標旨在使目睹或使用該商標商品者於腦中刻認其商品之特點及營業者之營業信譽印象，進而利用此印象產生再購用之意願，並將之轉告其他需要該商品之人，故其本身即為一種廣告。此係隨著市場之擴張，複雜銷售制度之演進，及大規模廣告之發展，新增加之商標廣告功能。因對已用過商品之人，會透過商標，對商品及營業信譽留下印象，對未用過商品之人，賴商標以灌輸印象，引發其購買商品之慾望，故商標具有廣告宣傳商品之作用。

蓋人非機器，選購商品非全憑理性為之，常受感情心緒之影響，商標為其商標權人與消費者直接接觸之媒介，可激發或加強消費者對商品之購買慾，為促銷商品及創造營業信譽之利器，故有謂商標為商標權人之無言推銷員（silent salesman），誘人標誌指引（attractive sign manual）。際此大量生產、大量銷售、

大量傳播之工商業高度發展社會，商標之廣告功能愈形重要。

二、商標權為財產權

商標權為依商標法註冊而創設之一種無體財產權（註三），係具有排他性之專用權，屬支配權之一。其積極權能，為商標權人於法令許可之範圍內，得自由使用、收益、處分其商標權；其消極權能，為商標權人得禁止他人不當使用其商標，其商標權受侵害時，有侵害排除請求權及侵害防止請求權（註四）。商標權係商標權人營業上之重要資產，自屬憲法第十五條規定所保障之財產權。

三、小結

在太初社會一切自給自足，並無商品交易行為，自不須使用商標，迨社會進步，工商發達，交易頻繁，商標因應而生，成為商場競爭之重要武器，已蔚為推銷商品之捷徑，其運用愈形重要，乃經法律保護而成為商標權人之無體財產權。又商標策略攸關國家重大公益，其運用是否適當，常能決定企業經營之成敗，商標制度是否完善，更與一國經濟之榮枯有密切關係，現幾為世界各國所共認（註五）。故依憲法保障財產權及公共利益之意旨，自應予以保護。

貳、系爭法律以刑罰制裁作為保護商標之方法，並未牴觸憲法第二十三條規定之比較法及立法沿革上理由

商標最主要之功能在於識別商品來源，此識別功能的發揮，是維護現代自由競爭市場正常運作不可或缺之機制。惟少數不良之營業者不顧商業道德，抱持投機取巧、坐享其成之心態，在急功近利之驅策下，其商品或有關之物件使用或附加仿冒他人之商標，以偽亂真，藉提高其商品之銷售量，賺

取快速釀積之厚利。其不僅剽竊商標權人在商標上所耗費之資金與心血，斷喪商標激勵商標權人投資以維持、改良其商品品質及促進其商標優良形象等必要措施之功能；且消費者因混淆誤認而購買仿冒商標商品，致不能購得所欲購買之商品，侵蝕其對被仿冒商標之信賴，更因購得劣質之仿冒商標商品而遭受損失；破壞市場公平競爭秩序，導致經濟成長遲滯，阻礙工商企業之正常發展。因此多數國家對於故意或詐欺之侵害商標行爲，均施以刑罰制裁（註六）。

一、以刑罰制裁作為保護商標方法之比較法例

1、與貿易有關之智慧財產權協定

公元一九九四年四月十五日簽訂，於翌年一月一日生效之「與貿易有關之智慧財產權協定」（**Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights**，簡稱 **TRIPS**），為現行國際上保護與貿易有關之智慧財產權最完整之多邊協定，其第六十一條規定：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行爲之材料及器具予以扣押、沒收或銷毀。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。」

2、美國、日本、英國、德國立法例

（1）美國立法例

美國公元一九八四年商標仿冒法（**Trademark Counterfeiting Act of 1984**），即美國法典第十八編§

2320 (a) (18U.S.C.§2320 (a)) 規定：「任何人故意或意圖交易商品或服務，且明知而使用仿冒標章於該商品或服務上或與其相關者，若係個人，處二百萬美元以下罰金或科或併科十年以下有期徒刑；若非屬個人，處五百萬美元以下罰金。累犯本條之罪者，個人處五百萬美元以下罰金或科或併科二十年以下有期徒刑；若非屬個人，處一千五百萬美元以下罰金。」
(註七)。又同條 (e) (2) 規定：「本條所稱交易，係指有對價為運輸、移轉或其他處置與他人，或意圖前述運輸、移轉或處置而所有或持有。」

(2) 日本立法例

日本商標法第七十八條規定：「侵害商標權或專用權者，處五年以下有期徒刑或科五百萬日圓以下之罰金。」

(3) 英國立法例

英國公元一九九四年商標法第九十二條規定：

「倘意圖為自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而為下列行為者應構成犯罪：

倘使用相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之標識於商品或其包裝上，或

倘出售、出租於商品或其包裝上使用此種標識之貨物或提供為出售、出租，或為出售、出租而陳列，或為之經銷者，或

倘意圖為自己或第三人進行前述 (b) 款之犯罪，而其於商業上持有、保管或控制此種商

品。

妄意圖爲自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而爲下列行爲者應構成犯罪：

倣使用相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之標識於材料上而意圖使用：

- (i) 作爲標示或包裝商品之用，
- (ii) 作爲商品有關之商業文書，或
- (iii) 爲促銷商品，或

僅在商業行爲中使用標有此種標識之材料用以標示或包裝商品或使用作與商品有關之商業文書或爲促銷商品之用，或

僅意圖爲自己或第三人進行前述（b）款之犯罪，而由其於商業行爲上持有、保管、控制標有此種標識之材料。

妄意圖爲自己或他人不法之所有或意圖損害他人利益且未得專用權人之同意而爲下列行爲者應構成犯罪：

倣製造特別設計或採用之物件以製造相同或幾近於誤認程度之註冊商標圖樣之複製品，或僅於商業交易中持有保管或控制此種物件，而知情或可得而知該物件係被用作或將用以製造商品，或爲標示或包裝商品之材料，或作爲與商品有關之商業文書，或作爲促銷商品之用。

姪一人之行爲不構成屬於本條之犯罪，除非：

俟該商品係屬商標註冊時指定使用之有關之商品，或

俾該商標於英國有相當之商譽，而使用該標識之結果會導致或可能導致不正之利益或造成或將造成對商標之區辨性或商譽產生不利之結果。

妹當一人被控訴觸犯違反本條之罪時，得以證明其依合理之事由相信其以其使用或將使用標識之方式不會構成註冊商標之侵害作為答辯之理由。

姁一人如依本條之規定被定罪應被：

俟以簡易判決判處六個月以下之有期徒刑或得科或併科法定最高額之罰金。

俾定罪於所被起訴十年以下之有期徒刑或科或併科罰金。」

(4) 德國立法例

德國商標及其他標示之保護法（商標法）第一四三條規定：

「於交易過程中，違法為下列行為者，處三年以下有期徒刑或罰金：

杖使用標示而違反第十四條第二項第一款或第二款者；

杙意圖獲取不正利益或損害商標之特殊性質或聲譽而違法使用標示，違反第十四條第二項者；

杈黏貼標示違反第十四條第四項第一款或就組

合物或包裝或標識方式為不法要約、進入市場、貯存、進口或出口，違反第十四條第四項第二款或第三款者，而於第三人依下列規定禁止使用標示之情形：

依第十四條第二項第一款或第二款；或

僅第十四條第二項第三款，且其行為之意圖係獲取不正利益或損害具聲譽之商標之特殊性質或聲譽者；

他使用設計或標示違反第十五條第二項者；或
利用使用標示其意圖係獲致不正利益或損害具聲譽之商業設計之特殊性質或聲譽者，違反第十五條第三項者。

上述行為人之行為係以商業為目的者，處五年以下有期徒刑或罰金。

上述其企圖有可罰性。

上述第一項之罪須告訴乃論。但檢察官得基於公益依職權而介入。

上述與犯罪有關之物得沒收之。刑法典（STGB）第七十四條 a 應適用之。依刑事程序法關於對被害當事人補償之規定（刑事程序法第四百〇六條至第四百〇六條 c）而准為第十八條銷毀之請求者，關於沒收之規定不適用之。

上述刑罰經判定者，如經被害當事人之請求並陳明其法律上利益者，法院應命將處罰公告。公告之方式，於判決中記載之。」

二、有關係爭法律之立法沿革

我國十七年三月十日制定公布之刑法第二百六十八條規定：「意圖欺騙他人而偽造已註冊或未註冊之商標、商號者，處二年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」嗣於二十四年一月一日修正公布之同法第二百五十三條規定：「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。」迄未修改。惟六十一年七月四日修正公布之商標法第六十二條增訂：「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」，增加侵害商標權之特別刑罰規定。又因前述刑罰偏低，少數不良之營業者仿冒他人商標銷售商品，在我國國際商譽上形成嚴重污染，腐蝕我國多年殷實辛勤耕耘之經濟成果，成為我國與外國國際貿易談判之重要項目，影響國際視聽，損害國家形象，前開法律規定，難收嚇阻之效，乃於七十二一年一月二十六日修正公布之商標法第六十二條規定：「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圖樣而陳列或散布者。」(註八)。本條之修正，主要為履行公元一九七八年中美貿易事務協定中，我國同意對仿冒商標者加重科處刑罰之承諾(註九)。嗣行政院於八十一

年六月二十五日函請立法院審議之商標法修正草案第六十二條，為加強保護商標權，並配合物價指數之變動，參照著作權法規定，提高罰金額度，並將貨幣單位修正為新臺幣，乃提高罰金為新臺幣三十萬元，其餘刑度維持不變；復為配合修正條文第二十一條第二項規定，將「同類商品」修正為「類似商品」。惟經立法院經濟、司法兩委員會聯席審查會，以商標法為經濟法規，應以意圖營利為處罰要件，並將刑度及罰金減為三年及二十萬元，是八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第六十二條規定：「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。」(註十)。

三、小結

系爭法律以刑罰制裁作為保護商標之方法，自比較法例及有關係爭法律立法沿革上觀察，其罪刑皆屬相當，尚未逾越必要之範圍，與憲法第二十三條規定自無牴觸。

參、系爭法律以附加相同或近似於他人註冊商標圖樣或服務標章，為犯罪構成要件之一，並未違反法律明確性原則

一、相同商標

相同商標，謂二商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，相同而言(註十一)。至於商標形象大小、文字正草、字體大小等各體及其排列方法，表示方法例如水印、烙印、浮印等，是否相同均無礙其為相同之商標。

二、近似商標

商標近似，是判斷有無混淆誤認之虞時之重要參酌因素。商標近似之判斷，隨社會交易型態、觀念之變遷而更易，且個案之具體事實千差萬別，故無亙古不變之原則。茲僅概略說明判斷近似商標最重要之三原則，以供參考（註十二）。

1、一般購買人施以通常注意之原則

商標近似之判斷，應以合理謹慎之商品購買人（*reasonably prudent purchasers*），即具有通常知識經驗之一般購買人，施以通常所用之注意為準。因漠視或忽略商品商標之購買人，其對商標所施之注意力較諸一般購買人通常所用者為低，辨識商標異同之能力甚為薄弱，商標稍有近似即易混淆誤認，乃係自己之疏失致受損害，自不受法律保護；又特別之專家、具特別嗜好之鑑賞家、或非常謹慎或知識經驗異常豐富之購買人，因具有特殊專長、興趣、個性或經歷，注意力較高，對商標異同之辨識力特強，不易因商標之近似而生混淆誤認，一般購買人難望其項背；以上兩類極端之人均屬社會中之少數，自不宜以彼等之知識經驗及注意為判斷之標準。蓋商標法之目的非為保護少數之特別專家或粗心大意之購買人，而以絕大多數之一般購買人為其保護對象。又所謂通常所用之注意，係別於特別所用之注意而言，因吾人對於任何事物，如加以特別之注意時，必然會減少混淆誤認之機會，惟此非交易常情。

由於人之知識經驗各不相同，而購買人之範圍因商品之種類而有不同，其購買商品時對於商標之注意程度，

亦因商品種類而有別，故判斷商標近似，應以該種商品之通常供應對象，於購買時通常所施之注意為準，因而商標近似之判斷，即有寬嚴之殊。茲依商品通常購買人之不同，分三類述之：

(1) 普通購買人 (Ordinary Buyers)

商品通常銷售之對象為普通購買人者，自以具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通之注意為準。普通購買人於購買時，通常欠缺細心分析商標之注意力，僅以平常所聞所見商標之不明確印象，作為選擇之基礎。故判斷商標是否近似，應依普通購買人於購買不同性質之商品，分別施以普通之注意為準。

(2) 專業購買人 (Professional Buyers)

商品銷售之對象，僅為商務購買人如批發商、零售商、營造商等，或專家如醫師、藥劑師、建築師、工程師等，因彼等具有豐富之知識經驗及專業技術，對商品深入瞭解，商標之區別縱較不明顯，亦不致發生混淆誤認情形，其商標構成近似所需之近似程度應較為高。

(3) 普通購買人及專業購買人

商品通常既銷售與批發商、零售商等商務購買人或專家，亦直接或輾轉銷售與普通購買人者，例如一般日常用品、藥品等，為兼顧彼等利益，應以最低層級之通常商品購買人之注意為準，即應以具有普通知識經驗之商品購買人，施以普通所用之注意為準 (註十三)。

2、整體觀察與主要部分觀察

整體觀察又稱通體觀察，係就二商標之全部為整體觀察，有引起混淆誤認之虞者為近似。主要部分觀察又稱要部觀察，係就二商標之主要部分，亦即最惹人注意，有重要價值，且具識別商品的功能之部分，予以觀察比較，凡有足以引起混淆誤認之虞者，即為近似。實者，一般購買人購買商品時，並未仔細觀察商標之各組成部分，亦未分辨主要部分與附屬部分，僅觀看其整體，獲有大體的不明確印象，且二商標就整體觀察，有發生混淆誤認之虞者，即為近似，縱其主要部分非近似，而附屬部分近似，通體觀察足發生混淆誤認之虞者，亦然。故無先行強分主要部分之必要，且區別商標之主要部分與附屬部分亦不無困難，有時甚無從予以區分。又對商標主要部分之印象亦會影響該商標之整體印象，是宜以整體觀察為原則。

3、隔離觀察原則

隔離觀察，係將二商標在時間上異時，在空間上異地，分別觀察之。而對比觀察，則係將二商標並置一處，同時相互對照比較觀察。二商標細加對照比較，其相異之處自較隔離觀察容易察覺。惟一般購買人係憑對商標模糊之大體印象，在不同的時間或地點，為重複選購之行爲，而非將商標以併列比對的方式選購商品，故細微部分之差異，在一般購買人之印象中難以發揮區辨的功能。判斷商標是否近似時，應以異時異地隔離觀察為準，且須設想一般實際購買行爲之態樣。

三、小結

使用他人註冊之相同商標，當然發生混淆誤認情形，其判斷並無困難。至近似商標雖屬不確定法律概念，惟商標是否近似，係以具有通常知識經驗之一般購買人，於購買時施以通常之注意，有無混淆誤認之虞為斷，已如前述。自為系爭法律之一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷，其範圍應屬可得確定，是未違反罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國家原則對法律明確性之要求。

註一：依八十二年修正商標法，商標為表彰自己之商品，以與他人之商品相區別之識別標章（同法第二條、第五條）；服務標章係表彰自己所提供之服務，以與他人所提供之服務相區別之識別標章（同法第七十二條第一項、第七十七條、第五條）。因商標與服務標章之構成及法律效果雷同，故除予特別標明者外，本協同意見書所稱商標乃兼括服務標章，所稱商品亦兼含服務而言。又九十二年五月二十八日修正公布之商標法第二條規定：「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。」其所稱之商標，已包括修正前商標法所規定之商標及服務標章。

註二：參見 1J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION 3-19 (1999) .

註三：參見八十二年修正商標法第二十一條、第二十四條，九十二年修正商標法第二十七條、第二十九條。

註四：參見八十二年修正商標法第六十一條、九十二年修正商標法第六十一條。

註五：參見 MCCARTHY，前揭註 2 引書，頁 2-9~2-11。

註六：參見陳文吟，商標法論，94 年，頁 149。

註七：本項規定於公元一九九四年之暴力犯罪防治及執行法（Violent Crime Control and Law Enforcement Act）時，併同修正提高刑度。Pub.L.103-322,108 Stat.1796（1994）。

註八：參見立法院公報第 72 卷第 4 期第 1593 號，七十二年一月十二日，頁 17、32、33、35-37。

註九：參見馮震宇撰，中美防止仿冒商標談判及其影響，76 年，頁 29-31、37、38；張瑜鳳著，仿冒行為之案例研究，84 年，頁 133。

註十：參見法律案專輯，第一百六十八輯《商標法案》，立法院秘書處編印，83 年，頁 1、54、193-204、283、284。

註十一：本案聲請人行爲時有效施行之八十六年五月七日修正公布之商標法第五條第一項規定：「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爲表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。」

註十二：參見徐璧湖著，仿冒商標問題之研究，74 年，頁 116-124。

註十三：參見 3 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION 23-195（1999）。

抄陳○庭聲請書

爲商標法第六十二條、第七十七條規定發生牴觸憲法第八條、第十五條之疑義，謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋憲法事：

壹、聲請解釋憲法之目的

本案臺灣高等法院臺南分院九十年度上易字第五二五號終局判決所適用之商標法第六十二條、第七十七條規定，不符法律明確性要求，而有牴觸憲法第八條、第十五條規定之情事，謹請 鈞院予以宣告無效。

貳、疑義之性質與經過及涉及憲法條文

- 一、聲請人陳○庭係名家美興業有限公司（以下簡稱名家美公司）之負責人，名家美公司原名「名家美興業有限公司」（民國八十七年十月十七日設立），後經申請核准變更爲「名家美精品有限公司」，該公司名稱之取得，皆係依合法程序申請（公司執照與營利事業登記證，參附件一），並經經濟部核准使用。該公司日後亦以「名家美」名號作爲商品販售時之公司表彰。
- 二、惟，嗣後竟有名佳美股份有限公司（以下簡稱名佳美公司）認聲請人之「名家美」商業標章與其申請使用之「名佳美」服務標章（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，註冊號數：第○○一〇九八五七號，專用期間：自民國八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止，如附件二註冊證所示）爲近似，因而提出告訴，並由臺灣臺南地方法院檢察署起訴（八十八年度偵字第一二八四八號，附件三）。
- 三、案經臺灣臺南地方法院一審（八十九年度易字第三八八號判決，附件四）判決有罪，處有期徒刑陸月；再經臺灣高等法院臺南分院二審（九十年度上易字第五二五號判決，附件五）以聲請人觸犯商標法第七十七條、第六十二條第二款規定，駁回聲請人之上訴，本案至此確定。（本案爲不得上訴三審案件）對此程序經過，合先說明。
- 四、本案確定判決所適用之商標法第六十二條規定：「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。」同法第七十七條則對於使用服務標章（如本案事實所涉者）亦同適用該處罰規定。相關法律規定係以不明確之「使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣」為主要客觀構成要件，該規定以如此不明確之要件為刑事處罰之依據，顯已違反「罪刑法定原則」及「構成要件明確性原則」等刑法基本原則（詳下述）；從而依此規定對人民為徒刑、拘役或罰金等刑事處罰，自屬違反憲法第八條、第十五條保障人民自由權、財產權之意旨。

參、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場及見解

- 一、「罪刑法定原則」為刑事法律合憲性要求之基本原則。依此原則，刑法所規定之犯罪與刑罰一包括構成要件與法律效果都必須明確；就構成要件而言，刑法對犯罪行為之法律構成要件規定應力求明確，避免使用可以彈性擴張或模擬兩可而不明確之概念或用詞。否則，如以不明確之構成要件作為刑事處罰之依據，則司法者適用該條款時即不免擅斷，而隨時有侵犯人民自由權、財產權之危險。另一方面，人民亦無從依刑法規定之要件瞭解法所欲禁止之行為為何？更無從依法律規定為日常社會生活。
- 二、商標登記與專用制度，本質係國家為了維持交易秩序所設的行政管制行為，人民對於該等登記、專用等規定的違反，除非已確定對於其他刑法上所保護的法益造成侵害，否則應只是一個「行政不法」行為。若法律規定要以刑罰作為某一違反行政法義務行為的制裁手段，則就必須以更嚴謹的規範要件為之：「立法者固得衡酌『事件之特性、侵

害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果』等因素，而選擇以刑罰方式制裁一項違反行政法上義務之行爲；但是此項衡量決定無疑仍必須通過比例原則的檢證，才能夠滿足國家動用刑罰這種『最後手段』（*ultimaratio*）的正當性要求。而爲了擔保國家刑罰權的正當行使，『行政附屬刑罰』乃至特別刑法的規範設計無疑亦必須服膺於法治國家刑法的基本原則，以明確、嚴謹的構成要件規範來限定刑罰效果的適用範圍。」（司法院蘇俊雄大法官，釋字第五一七號解釋部分不同意見書）

三、「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而爲相應之規定。有關受規範者之行爲準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義難以理解，且爲受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」爲 鈞院釋字第五二一號解釋理由書所闡示。並且，「專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須使其能預見其何種作爲或不作爲構成義務之違反及所應受之懲戒爲何，方符法律明確性原則。對於懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其爲不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而爲相應之規定。有關專門職業人員行爲準則及懲戒之立法使用抽象概

念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」雖為 鈞院釋字第四三二號解釋針對法律規定對專門職業人員懲戒處分構成要件之明確性要求，但其中所揭示：「…必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反…」之法律明確性要求，對於國家干預人民權利更深之刑事法律構成要件中，應亦同有適用——甚至應有更嚴格的要求。

四、商標法第六十二條規定之構成要件主要在於行為人使用之商標圖樣與他人註冊之商標「相同或近似」，除此極為不確定之要件外，別無其他限制處罰範圍之客觀犯罪構成要件。而此種規範方式即造成人民根本無從預見其使用商標的行為是否違反本條規定義務（即不得使用與他人已註冊商標相同或相似之商標），說明如下：

- （一）就實務運作來說：一則，行為人很難自行判定所使用之商標是否與他人已註冊商標「相似」，蓋因所謂「相似」，有時指讀音相似、有時指字形相似、有時則是圖案顏色等相似，幾無客觀可操作之標準，一般人根本無從確認兩標章間是否為「相似」；二則，已註冊之各種商標、服務標章何其多？一般行為人在申請、使用標章時，根本不可能查知自己使用的商標是否與其他成千上萬的商標皆不「相似」！
- （二）為解決一般人民無法辨別所欲使用之商標是否與他人已註冊之商標相同、相似，商標法規定有申請註冊新商標之各種事前、事後審查要件與程序。例如：同法第二條即開宗明義地規定，需依本法申請註冊後，方

得專用該商標；同法第三十一條、第四十一條規定有商標註冊前、後，若自行變換商標圖樣致與他人之商標構成近似者，主管機關得撤銷、不准商標專用權；第三十六條規定，二人以上分別以相同、相似商標申請註冊時，僅能有一人得註冊；第三十七條第十二款規定有與他人已註冊商標或標章相同或相似者，不得申請註冊；第四十一條則規定有主管機關對於申請註冊之商標經審查為合法後，尚須公告三個月，若無人異議，始得予註冊。由上種種規定可知，商標制度原即將註冊商標是否有與他人已註冊商標相同或相似之審查責任課予行政主管機關，行政機關必須藉由嚴密的行政程序，方可能確認某一申請專用之商標是否與他商標「相同或相似」。

- (三) 惟，就商標法第二條規定亦可反面推知，申請商標註冊僅是使申請人取得排他性使用之「專用權」而已；即便未申請商標註冊，人民仍可自由使用其所欲表彰其商品或服務之「圖、文」等標誌—法律並未課予人民使用任何文字、符號、顏色等標章前都必須先自行審查是否相同或相似之義務，更毋論，一般人根本不可能預見其所使用的標章與某一已登記註冊之標章是否相同或相似。以本案聲請人之行為為例，其乃以公司名稱「名家美」做為商品服務之對外表彰，至於該標章之使用，是否有侵害他人已註冊之商標，並不是行為人於行為時就能預見的。專業的行政主管機關，尚必須經過各種審查、公告程序方能確定兩個標章是否「相似或相同」，一般人民又如何能判斷其原本得

自由使用之標章竟與某一註冊標章相同！（就此，聲請人亦曾以存證信函回覆告訴人名佳美公司，表明若主管機關確認為相似商標，聲請人自當停止使用，參附件六）

（四）再以公平交易法規定為對照，對於違反同法第二十條第一項規定行為（事業使用類似之包裝外觀等，致使他人混淆），同法新修正之第三十五條規定同樣以刑罰處罰，但新增有「…經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、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者」作為限制構成要件，其立法意旨即在避免對於一需專業認定的違規行為（使用令人混淆之相似、相同包裝與商標等），在行政主管機關未為認定前，即對違反規定（卻不可期待有專業判斷能力）之行為人遽以刑事處罰。

五、綜上，人民根本無法依商標法第六十二條、第七十七條規定預見其行為（使用商標），是否違反法律規定義務（不得使用與他人已註冊商標相同或相似之商標），則此種刑事構成要件規定顯已不符法律明確性要求。以如此不明確構成要件之違反即作為對人民課予刑事處罰依據，對人民之自由權及財產權顯為不當之侵害，自有違憲法第八條、第十五條保障人民權利之意旨。謹請 鈞院予以宣告無效。

肆、關係文件名稱及件數

附件一：名家美公司執照與營利事業登記證影本各乙份。

附件二：「名佳美」服務標章註冊證影本乙份。

附件三：臺灣臺南地方法院檢察署八十八年度偵字第一二八四

八號起訴書影本乙份。

附件四：臺灣臺南地方法院八十九年度易字第三八八號判決影本乙份。

附件五：臺灣高等法院臺南分院九十年度上易字第五二五號判決影本乙份。

附件六：存證信函影本乙份。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

具 狀 人 陳 ○ 庭

中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 十 五 日

(附件五)

臺灣高等法院臺南分院刑事判決 九十年度上易字第五二五號

上 訴 人 陳 ○ 庭 住(略)
即 被 告

選任辯護人 鄭 慶 海 律師

邱 玲 子 律師

右列上訴人因違反商標法案件，不服臺灣臺南地方法院八十九年度易字第三八八號中華民國九十年二月二十七日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署八十八年度偵字第一二八四八號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、陳○庭係名家美興業有限公司（以下簡稱名家美興業公司）之負責人，取得之商標圖樣為如附件一所示之商標（註冊號數：第○○一二一六七二號，專用期間：自民國八十九年三

月十六日起至九十九年三月十五日止），明知附件五之「名佳美」商標，係名佳美股份有限公司（以下簡稱名佳美公司）業已向經濟部中央標準局申請註冊，取得「名佳美」之服務標章專用權在案，並指定使用於超級市場、百貨公司等營業種類之服務標章（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，並於民國八十七年一月十三日提出申請，註冊號數：第〇〇一〇九八五七號，專用期間：自民國八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止），詎陳○庭未經商標權人之許可或同意，竟意圖欺騙他人並基於概括之犯意，連續自八十八年五月起在台南市金華路二段二一二號營業所，於同類營業之招牌、貴賓卡、廣告型錄上使用近似於「名佳美」服務標章之「名家美」名稱（詳如附件二、三、四所示），誤導消費者以為在上址之營業活動係由名佳美公司所提供之服務，且經名佳美公司去函通知停止使用後，仍繼續使用中。

二、案經名佳美公司訴請臺灣臺南地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、訊據上訴人即被告陳○庭矢口否認有違反商標法犯行，辯稱：伊於八十七年十月三日以名家利企業有限公司聲請設立登記，惟因與他公司之名稱相近，始於同年月十七日改用名家美興業公司之名稱，嗣於八十八年四月十三日復變更登記公司名稱為名家美精品公司，且伊所經營之名家美精品公司係加入台南市日用雜貨公會。又告訴人取得「名佳美」服務標章之專用權，係自八十八年六月一日起，故其被告取得之公司名稱（含變更部分）及營利事業登記在先，伊為係善意使

用，應不受服務標章專用權效力拘束，再被告以「名家美」或「名家美精品」發貴賓卡、型錄僅係招攬之商業行為，並無假冒之意思云云。

二、前揭事實，業據告訴人名佳美公司指訴歷歷，被告亦不否認使用附件二、三、四所示於其招牌、貴賓卡、廣告型錄等事。而告訴人名佳美公司取得附件五所示「名佳美」商標，係於八十七年一月十三日即申請註冊取得使用（由華力柔實業股份有限公司轉讓予名佳美公司，並於八十七年一月十三日提出申請，註冊號數：第〇〇一〇九八五七號，專用期間：自八十八年六月一日起至九十八年五月三十一日止），被告名家美興業公司取得如附件一所示之服務標章（註冊號數：第〇〇一二一六七二號，專用期間：自民國八十九年三月十六日起至九十九年三月十五日止），均有中華民國服務標章註冊證影本、商標公報影本在卷可稽。經本院函示經濟部智慧財產局認「二者在外觀、觀念上，予人印象迥然不同，並無產生混淆誤認之虞，應非屬近似之標章」，有經濟部智慧財產局九十年五月二十四日智商〇九八〇字第九〇〇〇四四〇二八號函可稽。而被告使用附件二、三、四所示於其招牌、貴賓卡、廣告型錄，核與告訴人之附件五所示「名佳美」商標，經經濟部智慧財產局認「本件附件二、三及附件四，除註冊第一二一六七二號服務標章圖樣外，並有『名家美精品批發』、『名家美精品金華店』等文字之標示，其中『精品批發』、『精品金華店』係為一般說明性文字，『名家美』為其辨識來源之主要部分，若作為標章圖樣申請註冊，易與註冊第一〇九八五七號服務標章圖樣之中文『名佳美』讀音相混同，施以普通所用之注意，難謂無產生混同誤認之虞

，依本局行政審查觀點，應屬近似之標章。」有上開經濟部智慧財產局九十年五月二十四日智商○九八○字第九○○○四四○二八號函可稽。又告訴人名佳美公司於八十三年元月一日即在被告目前經營之「名家美」地址（即台南市金華路二段二一二號），向被告兄長租屋經營「名佳美」，迄於八十七年十二月三十一日間始遷移他處繼續營業，被告嗣後乃於告訴人公司設立之原址經營「名家美」商號等情，亦有告訴人所提房屋租賃契約及照片一幀附卷可參，證以「名佳美」之標章業為華力柔實業股份有限公司在台南地區使用於百貨、超級市場業多年，且信用良好、商譽卓著，所提供之上開營業服務，廣為消費者所信賴，均指定使用於同類之營業，且告訴人於被告公司開幕前，曾以存證信函告知，有存證信函附卷足憑，被告自難推稱不知情，而按服務標章在外觀、觀念或讀音方面有一近似者，即為近似之服務標章。被告於其招牌、廣告型錄、貴賓卡印製有「名家美」字樣，詳如附件二、三及四所示，亦經原審當庭勘驗屬實，並有廣告型錄三張及貴賓卡一只在卷足參，將被告所使用之「名家美」服務標章，與前開告訴人註冊第○○一○九八五七號服務標章之部分「名佳美」，異時異地隔離觀察，其讀音完全相同，且前後二字更無差別，確有使人發生混同誤認之虞，應屬近似之服務標章。況被告係於告訴人公司原設立地址經營之「名家美」，僅此一家並無分店，告訴人經營之「名佳美」，則有多間分店，為被告與告訴人供承無訛，並有廣告型錄附卷足憑，被告卻於「名家美」廣告型錄上註記「台南金華店」，足以使人相信該「名家美」為告訴人「名佳美」之分店，其欺騙他人之主觀犯意，更屬明顯。被告雖辯稱：伊使

用該商標係善意使用等語，按商標法第二十三條第二項規定「申請商標註冊前」之善意使用應只「申請註冊日」之前，而非指「註冊日」之前，有經濟部中央標準局八十七年六月十六日台商九八〇字第二〇九四〇號函在卷足參，而告訴人早於八十七年一月三日向智慧財產局申請「名佳美」之服務標章，有商標公報在卷可參，核與被告所辯：申請設立登記日期八十七年十月三日，時間提早約為十月，尚與善意使用無涉。末查公司名稱之申請核可僅係一般之行政程序，倘被告明知為他人之商標而執意使用，尚難據為主張阻卻不法意圖之手段，故經濟部及市政府是否核准被告以「名家美」商號之名稱使用及營利事業登記，與該商號之看板是否侵害他人服務標章一事無涉，自不得以被告業經前開登記，即認無侵害告訴人之服務標章。綜上所述，被告所辯不足採信，本件事證明確，被告犯行堪以認定。

三、核被告意圖欺騙他人，於有關同一商品之廣告，附加近似於他人註冊服務標章而陳列、散布，依商標法第七十七條所定關於服務標章依其性質準用該法有關商標之規定結果，應依該法第六十二條第二款處斷。其先後多次犯行，時間緊接，所犯構成要件亦復相同，顯係基於概括之犯意反覆為之，應依連續犯之規定，論以一罪，並加重其刑。又前開廣告型錄及貴賓卡，並非用以販售之商品，其於廣告型錄及貴賓卡上使用近似於告訴人前開服務標章之字樣，僅係用以廣告而散布，公訴人認被告上開行為，係犯同法第六十二條第一款之罪，尚有未洽，應予變更。

四、原審審酌被告無視他人投注智慧、心力經營所得之成果而加以剽竊及其犯罪之動機、目的、手段、所生危害及犯罪後態

度及現已申請暫停歇業等一切情狀，適用刑事訴訟法第三百條、商標法第七十七條、第六十二條第二款、刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條第一項前段、第七十四條第一款、罰金罰鍰提高標準條例第二條，量處有期徒刑六月，並諭知如易科罰金以三百元折算一日之標準，以資懲儆。復以被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣臺南地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表在卷可憑，經此教訓後，應知所警惕，信無再犯之虞，因認其所受宣告之刑，以暫不執行為適當，爰併予諭知緩刑肆年，以勵自新。本院經核原判決認事用法，均無不合，量刑亦屬妥適。被告上訴意旨，否認犯罪，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。
本案經檢察官林炎昇到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 年 七 月 二 十 五 日
(本件聲請書其餘附件略)