

實用商業叢書

商標行政與商標爭議

黃宗勳著

商務印書館發行

商標行政與商標爭議

第一章 概說

第一節 中外訂定商約之履行

商標乃附於商品上之標幟，英文稱爲 *Trade Mark*，法文稱爲 *Marques*，德文則稱爲 *Warenzeichen*，標幟雖爲圖騰社會遺物，但其時僅用以表彰部落，而現時則用以表彰商品而已。我國數千年來以農立國，工商業原無發展可言，因之亦無所謂商標。此種新穎名詞，初始僅見於各國通商條約，或譯爲「貿易牌號」，或譯爲「商牌」，亦有譯爲「貨牌」者，種種不一，可見商標二字，並非我國固有名詞。

自鴉片戰爭以還，我國門戶開放，各國——大量之商品——遂即源源輸入我國，爲求暢銷其貨品，以及防止做製與冒倣，於是紛紛依約請求訂立專律，設立專局以求保障。按遜清光緒二十八年（一九〇二）所訂中英續議通商行船條約第七款有：「英國本有保護華商貿易牌號以防英國人民違犯跡近假冒之弊，中國現亦應允保護英國貿易牌號以防中國人民違犯跡近假冒之弊，由南北洋大臣在各管轄境內設立牌號註冊局所一處，派歸海關管理其事，各商到局輸納秉

公規費，即將貿易牌號呈明註冊，不得藉給他人使用，致生假冒等弊」之約定；二十九年（一九〇三）之中美通商行船條約第九款亦有：「無論何國人民，美國允許其在美國境內保護獨用合例商標，如該國與美國立約，亦允照保護美國人民之商標。中國今欲中國人民在美國境內得獲保護商標之利益，是以允在中國境內，美國人民行鋪及公司有合例商標，實在美國已註冊或在中國已行用或註冊後即欲在中國行用者，中國政府准其獨用，實力保護。凡美國人民之商標，在中國所設之註冊局所由中國官員查察後，經美國官員繳納公道規費，並遵守所定公平章程，中國政府允由中國該管官員出示禁止中國通國人犯用或冒用或射用或故意行銷冒仿商標之貨物，所出禁止，應作為律例」之明文；同年所定中日通商行船續約第五款更明載有：「中國國家允定一章程，以防中國人民冒用日本臣民所執掛號商牌，有礙利益。所有章程，必須切實照行」。以及三十年（一九〇四）之葡通商條約第十五款第一項亦訂有：「葡國本有定例，他國若將葡國人民在該國內所使之貨牌竭力保護。茲中國欲本國人民在葡國境內得享此項保衛貨牌之利益，允許凡葡國人民在中國境內所使貨牌，亦不准華民有竊取冒用或全行冒仿，或略更式樣等弊，以中國應專訂律例章程，並設註冊局所，以便洋商前往該註冊局所輸納秉公規費，請為編號註冊，」之條款。可見我國商標法律之訂立，以及設立專局，則純為履行各國商務條約而起。

第二節 商標專用權之意義及界說

自世界工商業發達以來，就工商業而創設之特許權有四；一爲工藝專利權，一爲意匠權，一爲實用新案權，一卽商標專用權。所謂商標專用權，卽以某種標幟附於商品之上，而表彰其爲自己所生產製造，加工、揀選、批售或經紀者，經呈准註冊而獲得之專用權，與其他三種特許權，意義性質完全不同，其界限尤不可不加以明晰，稍一忽略，卽易侵入其他專用權範圍。要知工藝專利權乃爲物品或方法之發明，例如瓦特蒸汽機，是爲物品之發明權，汽車之用木炭以及用代汽油爲方法之發明權，均屬於物品之本體；而意匠權，乃於商品形狀或構造上附有引起特殊觀念而有美感作用之權，例如香皂之範爲美女形、蟲鳥形、梳粧用具盒之製爲書形等，均應屬之；至實用新案權，則係於商品本身之構造上增添實用價值之權，例如離鼻之眼鏡架、戒錶、鉛筆另端之橡皮頭等皆屬之。是皆與商標權完全不同，其最著之區別，則爲商標僅爲附於商品上之一種標幟，其構成之資料，以充分具有表彰商品之性能者爲限，各國商標法多規定以文字圖形記號數字或其聯合式等爲之，而表現商標之方法，亦僅以平面出之，與其他三種特權之以立體實物爲立場者，亦顯可有別矣。

第三節 我國商標法採用之主義

商標行政機關，遇有於同時內以相同或近似之商標呈請註冊時，則將如何處理，其純採「使用」主義？抑純採「呈請」主義？或兼而採之以定准駁乎？學者於此頗多爭議，各國商標法所採亦各不同，要皆不外以適合各該國之國情為依據，我國則為兩者兼採而偏重於「使用」主義者，良以吾國非特工商業較各國為落後，即一般國商對於商標權亦且多無認識，每有早已使用而已為他人註冊在先，欲請專用已不可能，是以我國商標法兼採兩種主義，蓋非此無足以扶植國內幼稚之工商業也。

第四節 商標之種類

商標法第一條第二項載：「商標所用之文字圖形記號或其聯合式，應特別顯著並指定名稱及所施顏色」。是商標構成之資料，亦僅以文字圖形記號或聯合式為限。又同法第四條載：「同一商人於同一商品使用類似之商標，以作聯合商標為限得呈請註冊」。是則商標之種類亦可劃分為兩類，一即正商標，一即聯合商標。各國立法大都若是，聯合商標在英美各國或稱之為 *Combination Mark*。或稱之為 *Associated Mark*。要皆為同一商人為防止他人襲用類似之商標者而設，例如我國商人之用「九一四」為商標者，即分採「九一七」，「九七四」等作為聯合商標，我國商標法第十八條第二款於此尤有特定條文之保障，祇須正商標或聯合商標使用其一時，即不得因其未曾使用而加以撤銷。

第五節 商標權之法益與保障

按十二年五月北政府公布之舊商標法第三十六條載：「關於商標專用權之事項，有提出民事或刑事訴訟者，應俟評定之評決確定後，始得進行其訴訟程序」。是凡有關商標訴訟案件，非俟商標局審查確定其專用權後，司法機關即無由定其物權之所屬，而民刑訴訟亦即無由依據以進行，十八年三月間前工商部復據商標局呈請咨文司法行政部通令各級法院，關於商標專用權之訴訟案件，非俟商標局審查確定，不得逕予判決有案。雖二十年公布之商標法以及二十四年修正之現行商標法，對於此項條文業已刪除，然在事實上，商標法爲一特別法，有特設之行政機關，有前項司法行政部之通令，則法院遇有商標專用權之爭執事件，即須俟商標局之審定或評決後不能逕予裁判。我國司法機構雖稱完整，然受不平等條約之拘束，所謂治外法權者有一日之存在，裁判權究須一日受其侵害，而獨於商標法，中外商人，一體遵守，服從裁斷，其獨立之精神，要屬僅見。良以我國商標法之妥縝完密，於商標權者之法益與保障，實屬盡其能事，一經註冊即享有二十年攸長專用期間，按諸各國商標專用期間，德國瑞典僅爲十年，英爲十四年，法爲十五年，美日瑞士則爲二十年，我國商標權之專用期間實較各國爲長，且限期屆滿，仍得據請續展，於專用期內除絕對享有本法上所賦一切排除侵害之權外，於不服商標局處分者，又得依據訴願法規定，訴請救濟，其受有仿造偽造或其他侵害者，並得依民刑各法向法

院請求救濟，此於商標專用權者之法益與保障，實極完備。專用權之效力，除於本法賦予之排除侵害以訴願救濟各權外，關於在民刑各法以及其他法律方面所收之效力，茲更爲申論如次：

(一)商標專用權在民法上之效力：

按商標權原屬財產權之一種，爲有期限之物權，德國學者稱之爲無體財產權 (*Imma teriel-
gutrecht*) 法國學者則稱之爲工業所有權 (*Propriété industriels*) 在此法定期間，以及未依法消滅其使用權以前，一般人應即負有不可侵犯之義務，雖無特定之相對人，惟遇有侵害之事實發生時，則侵害人即爲相對人，被害人即有向其請求行爲或不行爲之權利，在法律上稱之曰物上請求權，一曰物上訴權，如請求目的物之返還，或請求原狀之回復，或請求妨害之排除，或請求損害之賠償等，是皆爲商標一經註冊取得專用權後，在民法上所享之權利。

(二)商標專用權在刑法上之效力：

商標專用權在刑法上之保護，更有明文規定，刑法第二百六十八條載：「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」第二百六十九條載：「明知爲偽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，處六月以下有期徒刑拘役，得併科或易科一千元以下罰金」。是關商標侵害罪刑，均有明文規定。雖刑法所定之偽造與仿造，經立法院第一三六次會議議決，仍僅限於意圖詐欺影射之刑罰，而不及其他侵害之場合，但依刑法第一條：「行爲時之法律無明文處以刑罰者，其行爲不爲罪」之條

文解釋，則爲如果犯有刑法第二百六十八條及二百六十九條之罪者，自可依法舉發，聽候法院審理，若其行爲並未觸犯法律，而實已侵害他人之權利時，則被侵害人亦得依民法訴請救濟。又二十年一月間據駐京英總領事咨請外交部文略稱：「中國法院不認刑法第二百六十八條及二百六十九條可以適用於類似倣效 (Colourable Imitation.) 之案件，法院主張須與原來之標記全然相同，實足使商標所有人對於非從原來標記真正描摹而成之類似倣效，欲在法院請求救濟，陷於不可能之情形，凡偽造他人商標大都類似倣效，而非真正全然相同，故此實爲一重要之事件」等語，當由外交部函請司法院解釋，經該院同年九月二十五日以院字第五九六號函復外交部謂：「……經本院統一解釋法令會議議決，仿造商標與偽造商標意義相同，無論是否曾經註冊之商標，其在刑法上之保護，固無區別，關於該商標之仿造均應適用刑法第二百六十八條及第二百六十九條關於偽造之規定（參照院字第二九五號第二九七號第二九九號解釋）……」等語。按司法院爲法律解釋最高機關，全國各機關均皆遵守，故商標之仿造與偽造，雖有前項立法院之議決，亦自應依司法院上項解釋爲基準。刑法雖有註冊與否，皆享有保護之意向，然照上項解釋，則非註冊取得專用權之商標，遇有侵害而思請求排除其侵害時，在民法上即無所依據，更申言之，商標之專用權，在法律上爲一種創製物權，非依法律登記，即不能享有專用權，是未經依法註冊之商標，嚴格言之，即在刑法上，亦屬無權享有保護之利益也。

(三) 商標專用權在其他法上之效力：

凡國產之註冊商標，除於上述法律獲有保護外，而於其他法上亦可享有特殊之利益，茲簡述如左：

一、關於統稅之登記 自財政當局舉辦統稅以後，舉凡棉紗、水泥、火柴捲煙、菸、酒、煤、麵粉、等貨物之出廠時，必須先經統稅署之核准，依其登記辦法，又必須將其商品使用之商標，呈驗獲得核准註冊之證明後，始能出口或出廠行銷。

二、出口稅釐之減免 國產貨物，以機器仿製洋式貨物得呈請財政部或經濟部請求減免出口稅釐，依經濟部現頒之廠商援照機製洋式貨物稅現行辦法呈請程序第二條第七款之規定，必須呈驗商標註冊執照或其影片。

三、國貨之證明 經濟部援照前實業部成例，頒有發給國貨證明書規定，凡國貨商標，經依法向商標局核准註冊之件，悉可具呈請求發給，此於國人鑑別國貨非國貨，尤具極大之效力。

四、工業之獎勵 凡領有前項國貨證明書之工廠，在技術或管理上或生產效率上，獲有顯著之標準，得提高其標準等級，其有合格工業獎勵法第一條規定者，并得依工業獎勵法之規定，呈請獎勵。

第二章 商標爭議以及訴願程序之處理

第一節 通則

商標局於行政訴訟範圍內其所能裁斷者，僅限於商標法上所賦之評定，再評定，異議決無再異議、決定等權限，其關於侵權及損害賠償之請求，則屬民事訴訟範圍，偽造或仿造，則屬刑事訴訟範圍，要皆屬於法院管轄。

但商標局之其他處分，既爲若核駁商標撤銷商標及其他披示之處分行政處分。按諸訴願法第一條載：「人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者，得提起訴願」，同法第二條第六款：「不服中央各部會之處分者，向原部會提起訴願，如不服其決定者，向主管院提起再訴願」，同法第四條：「不服不當處分者，以再訴願之決定爲最終之決定，其不服違法處分之再訴願，經決定後，得依法提起行政訴訟」，各規定，則凡不服商標局之處分者，無論其爲核駁，即得於法定期間以內，向經濟部提起訴願，經訴願決定，仍不甘服者，自得於法定期間以內，向行政院提起再訴願，其認爲違法處分時，經再訴願決定後，仍得於不變期間內，依法向行政法院提起行政訴訟，惟不服不當處分者，則以再訴願之決定爲最終之決定，（訴願法第四條）按所謂違法處分者，係指行政處分之違反法規而言，若於法規並無

違反，而實際上有害公益者，即屬不當處分。（司法院第三五四號解釋參照）兩者界說，於此當可辨識，惟據行政訴訟法第一條之規定，尚須限於損害人民權利之違法處分，始得經由再訴願之程序而提起行政訴訟，行政法院雖為單審制，行政訴訟法第三條復有：「對於行政法院之裁判不得上訴或抗告」之明文，但依同法第二十二條之規定，有民事訴訟法第四百六十一條（現行法四百九十一條）左列各款情形之一者，得以再審之訴，對於確定終局判決，聲明不服，但當事人已依上訴主張其事由或知其事由而不為主張者不在此限。所謂各款者，則為下列各條文：

- 一、判決法院之組織不合法者。
- 二、依法律或裁判應迴避之推事參與裁判者。
- 三、當事人於訴訟未經合法代理者。
- 四、當事人知他造之住居所指為所在不明而與涉訟者。但他造已承認其訴訟程序者，不在此限。
- 五、參與裁判之推事。關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者。
- 六、當事人之代理人或他造或其代理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為影響於判決者。
- 七、為判決基礎之證物係偽造或變造者。
- 八、證人、鑑定人或通譯就為判決基礎之證言、鑑定或通譯被處偽證之刑者。

九、爲判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判，或行政處分依其後之確定裁判或行政處分已變更者。

十、當事人發見就同一訴訟標的在前已有確定判決或和解、調解或得使用該判決或和解、調解者。

十一、當事人發見未經斟酌之證物得使用該證物者，但以如經斟酌可受較有利益之裁判者爲限。

前項第五款至第八款情形，以宣告有罪之判決已確定或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者爲限，得提起再審之訴。

是以商標之爭議，由初審以至終判，程序至多，要不可不加清晰明瞭也。於此仍應有注意者，卽無論經何項訴訟程序，其提起上級審時，必須有原審事實之存在，如原處分或原決定官署，認爲訴願或再訴願或行政訴訟之提出爲有理由，而依訴願法第七條第二項但書之規定，自行撤銷其處分或決定，並呈報受理訴願之官署時，則該處分或決定卽於呈請撤銷之時起失其效力，受理訴願或再訴願或行政訴訟機關卽可不予受理。又行政訴訟之提出，依法若訴願人於提出再訴願後於一定之期間內不爲決定者，亦得向行政法院提起行政訴訟（行政訴訟法第一條參照）。

第二節 書狀

(一)關於商標局商標爭議之書狀

商標法第二十七條、第二十八條、第三十條、第三十二條、均有應呈書狀之規定，同法施行細則第十九條復定有：「凡有關於商標註冊或其他程序之各項書狀定有程式者，應各依其程式」，同細則第二十八條復明白規定書狀應註明：「商標名稱及呈請人姓名年齡籍貫住所，已註冊者並應註明其商標註冊號數」，按商標局之各項書狀，除各項呈請書式已有規定者外，凡不服各項爭議或處分之程序者，均須備具理由書，凡左列各事項，均應載列理由書中：

一、具呈人、異議人、或請求人之姓名年籍，有代理人者並應書明受委者年籍住所，並應附呈其受委字據。

二、被異議人或被請求人之姓名。

三、請求之事實以及雙方爭議標之物之商標名稱及其註冊或審定號數。

四、請求之理由以及依據之條款。

五、請求之終極目的，准予審定、註冊，或請求撤銷，或評定其註冊無效，或評定其專用範圍等。

六、證據，凡依商標法第三條以使用在先為爭議之理由者，應檢呈其所稱使用之證據。

七、具呈人、異議人、請求人及其代理人之簽署。

八、具呈年月日，年月日之記載，爲關於計算期間之最重要事項，故必須載明。

此外凡代理人之代理憑證或國籍證明書以及其他附呈之字據，如原係外國文者，應用華文譯呈。凡以書狀爲關於商標之各項呈請，其有對待人或關係人者，亦均應繳呈副本。（商標法施行細則第二十二條參照）

（二）關於訴願或再訴願之書狀

訴願法第六條載：「訴願應具訴願書，載明左列事項，由訴願人署名」。

一、訴願人之姓名年齡性別籍貫職業住所，如係法人其名稱及代表人之姓名年齡性別。

二、原處分或決定之官署。

三、訴願之事實及理由。

四、證據。

五、受理訴願之官署。

六、年月日。

有證據文件者，應添具繕本，再訴願者並應附錄原訴願書及原決定書。多數人共同訴願時，應由訴願人選出三人以下之代表人，並提出代表委任書。

訴願書所應載明之事項業如上列，而其程式亦與普通呈文有別，曾由行政院依據訴願法第

附呈證據文件。應記明於此。

訴願人

簽名蓋章

代表人

簽名蓋章

代理人

簽名蓋章

保人

簽名蓋章

中 華 民 國

年

月

日

說 明

一、該格式封面底之式樣及長度、寬度與現在一般呈文用紙相同。惟於封面上標明「訴願書」三字。以示區別。

二、訴願書底面應由訴願人、代表人、代理人、及保人、分別簽名，蓋章。以昭鄭重。

(三)關於商標行政訴訟之書狀

凡提起行政訴訟之原告書狀，必須備具法定程式，按行政訴訟法第十條載；提起行政訴訟者，應以書狀爲之。訴狀應記載左列各款，由原告或代理人簽名蓋章或按指印，其不能簽名蓋章按指印者，得使他人代書姓名並由代書人記明其事由並簽名。

一、原告之姓名、年齡、性別、籍貫、職業、住所，如係法人，其名稱事務所及代表人之姓名、年齡、性別。

二、由代理人提起行政訴訟者，代理人之姓名、年齡、性別、職業、住所、或居所。

三、被告之官署。

四、再訴願之決定，及起訴之陳述。

五、起訴之理由及證據。

六、年月日。

此外應注意者，即凡行政訴訟者，其訴狀必須備具副本，行政法院受理後，俾得將該項副本送達被告官署答辯。

第三節 送達

(一)關於商標局之送達。