

商標法之商標侵害罪與商標 侵權行為中關於「混淆誤認 之虞」之重新詮釋

——以刑法危險犯的概念為中心



彭國洋*

壹、前言

按現行商標法第68條、第95條分別規定商標民事侵權態樣和商標刑事侵害罪態樣為：一、於同一商品或服務，使用相同之註冊商標（或團體商標）者；二、於類似之商品或服務，使用相同之註冊商標（或團體商標），有致相關消費者混淆誤認之虞者；三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標（或團體商標）之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，此二條文之結構於2011年商標法修正時始確定如上。學說有以美國實務之見解，認為商標侵害的要件為混淆之虞，而非真正混淆（actual confusion）。原告無須證明真正混淆的實例，法院亦不應要求真正

DOI：10.53106/22184562202610006703

收稿日：2026年5月8日

* 連邦國際專利師標事務所合夥律師專利律師／專利師／中國大陸專利代理師。本文謹代表作者個人觀點，與任職之事務所無關。

混淆所產生傷害之證據。理由在於在後使用者（junior user）的商品進入市場的初期，其銷售量可能仍為微不足道，在此時幾乎不可能提出真正混淆的證據¹。商標法僅要求混淆「之虞」，有減輕原告舉證責任之作用。然而，混淆之虞不等於「混淆可能性」（possibility of confusion），而是介於真正混淆與混淆「可能性」之間的中間概念。「之虞」代表一種量的門檻（threshold quantum）——要有「相當數量」（appreciable number）的合理購買人，可能被近似的標章所混淆——才使混淆「可能性」升高到混淆「之虞」²。實務有判決認為，商標法第68條所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞」，係注重相關消費者在實際交易之際是否會混淆誤認³，亦有類似的概念。

基此，現行商標法第68條、第95條關於「混淆誤認之虞」的要件對於商標民事侵權和商標刑事侵害之認定應有其重要意義，但目前少有實務和學說對此要件如何有規範侵權（侵害）行為進程上之意義表示意見⁴。一般就此二條文之直覺的理解是，「混淆誤認之虞」屬於對於行為客體「仿冒商標之商品或服務」的規範性構成要件⁵，需要解釋者與司法者加以價值補充與評價，而非一般人一望即知的概念。

貳、問題之提出

查商標侵害（侵權）行為之態樣，依仿冒商標之商品生成之時程，約有意圖販

-
- ¹ 參見王敏銓，美國商標法之混淆誤認之虞及其特殊態樣研究，智慧財產月刊，2006年10月，94期，87頁。
 - ² 同前註。
 - ³ 參見智慧財產法院102年度民商上字第8號民事判決。
 - ⁴ 參見蕭宏宜，商標權保護與刑罰，東吳法研論集，2007年4月，3卷，24頁；侯宇欣，商標權侵害行為刑事責任之研究——以「混淆誤認之虞」的解釋為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，2017年，38-78頁。
 - ⁵ 參見智慧財產及商業法院114年度刑智上易字第8號刑事判決：「商標法第95條第3款之侵害商標權罪，係以未得商標權人或團體商標權人同意，於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標或團體商標，且致相關消費者混淆誤認之虞，為其構成要件，並無處罰過失行為之特別規定，自須以行為人出於故意侵害商標權之行為，始能成罪。」

賣而製造（或輸入）、持有（或運送）、陳列、輸出或販賣等，此等商標侵害（侵權）行為是否及何時構成現行商標法第95條之刑事責任（或第68條之民事責任），則少有討論。

一、商標侵害罪屬於抽象危險犯或具體危險犯？

有學說認為，現行商標法第95條第1款之規定，因無「有致相關消費者混淆誤認之虞」之規定，只要商標侵害行為一經完成，即構成犯罪，屬「抽象危險犯」之規定。但又認為應將本條款規定的商標「使用」之範圍限縮，當實施第5條第1項第1款之行為時，「要對於市場秩序造成侵害，應該是該行為在市場中實行或商品已在市場上流通而消費者可接觸者」⁶（即實現本條款直接推定之「有致相關消費者混淆誤認之虞」的不成文構成要件），應搭配後續行為，如第5條第2項第2款販賣等，才有刑事應罰性。惟此表示若將現行商標法第95條第1款規定之商標使用行為解為「抽象危險犯」，卻又認為商標侵害行為須涉及商品流通行為，即「有致相關消費者混淆誤認之虞」，至此才有侵害保護法益（市場公平競爭秩序）之危險者，方有刑事應罰性，此又屬「具體危險犯」之推論，則此論述不免有前後矛盾之疑。

學說又認為，現行商標法第95條第2、3款與第1款不同，在條文中訂有「致相關消費者混淆誤認之虞者」，所規範的行為態樣屬於商標權排他使用的範圍，屬於「具體危險犯」⁷。若然，現行商標法第95條第2、3款規範行為人所實行「仿造」商標之商品的商標侵害前行為〔例如製造、輸入、持有（運送）〕，尚未涉及在市場

⁶ 參見侯宇欣，註4論文，151-152頁：「（第95條第1款適用第5條第1項）第一款的行為是單純將商標附著於商品或其包裝容器，而不論其是否有後續行為或所為的場合為何，如行為人在家把仿冒商標貼在商品或包裝上，單純這樣黏貼行為，縱使其具有行銷目的，因商品或包裝仍在家中或工廠，尚未接觸消費者，即成立刑事責任，似有疑義，蓋從保護商標權的角度，這樣的規定似屬合理，因商標權的內容即讓商標權人自由使用其註冊商標於商品或包裝，並排除他人任意的使用，但從維護市場公平競爭秩序而言，這樣的規定或許過度擴張刑罰的使用，因為，要對於市場秩序造成侵害，應該是該行為在市場中實行或商品已在市場上流通而消費者可接觸者，單純在工廠或家中黏貼的行為對於市場秩序尚未產生侵害或影響，因其仍尚未進入到市場或消費者可接觸的領域，故第一款將商標用於商品或其包裝的行為應搭配後續行為，如第二款販賣等，始為商標刑罰所要規範者。」

⁷ 參見侯宇欣，註4論文，154頁。

上流通而使消費者隨時可接觸時，如何有該當「有致相關消費者混淆誤認之虞」的要件而合致「具體危險犯」之結論？

以上學說之見解所顯見的問題在於，現行商標法第95條第1款若定性為「抽象危險犯」，則行為人在其本人或他人實行流通後行為（例如販賣行為）前，所實行「冒用」（真正商標、真品不合規使用）、「偽造」⁸商標之商品的商標侵害前行為〔例如製造、輸入、持有（運輸）、陳列^{9、10}〕既遂時，是否即有侵害保護法益（市場公平競爭秩序）之危險（該當「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之不成文構成要件），而實現該不成文構成要件？非無疑義。當行為人所實行商標侵害前或後行為（例如陳列¹¹、販賣）已有近接相關消費者之可能時，固無問題，但此時難

⁸ 最高法院41年台非字第15號判例：「刑法上之仿造，僅求其類似，與偽造之須形式上與真正相同者，迥然有別。被告所私制之新樂園香煙，既與臺灣省菸酒公賣局出售之新樂園香煙相同，即非仿造而為偽造。」

⁹ 臺灣高等法院99年度上訴字第4153號刑事判決：「所謂『陳列』當指擺設以供人觀覽之意。」臺灣新北地方法院94年度簡字第4048號刑事判決、臺灣高等法院88年度上訴字第840號判決同此意旨；臺灣士林地方法院104年度智易字第8號刑事判決：「商標法第97條所謂『陳列』，係指陳列於不特定人或特定多數人得以共見共聞之公然狀態。」

¹⁰ 網站上供人瀏覽亦屬之，參見智慧財產法院100年度刑智上易字第28號刑事判決：「按商標法第82條所稱『意圖販賣而陳列』之犯罪態樣，雖主要係指行為人將侵害商標專用權之商品直接陳列於貨架上，然隨時代變遷及交易型態之改變，毋庸藉助實體銷售通路而透過網際網路進行商品交易，已成為資訊時代之重要趨勢。是當行為人將所欲販售之商品外型或其細微設計，藉由攝影呈現影像，並張貼於拍賣網站之網頁上，使不特定多數人皆可直接瀏覽觀看上開影像並挑選所需商品時，其所達成之效果與在貨架上陳設擺放商品無異，仍應屬商標法第82條所稱之『意圖販賣而陳列』行為，並受相同之法律規範。」臺灣高等法院100年度上訴字第3027號刑事判決、臺灣高等法院98年法律座談會第31號決議、智慧財產及商業法院97年度刑智上易字第18號刑事判決亦同此意旨。司法院98年智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類第10號之多數決議採否定說，但斯時舊商標法尚無現行商標法第5條第2項。

¹¹ 最高法院有判決認為，刑事法上「意圖販賣而陳列」之構成要件，只要將行為客體陳列於他人可以觀覽選購之處所，將販賣之意圖表徵於外，即足當之，並不以陳設擺放之處所在公共場所或公眾得出入之場所為要件，參見最高法院112年度台上字第5096號刑事判決：「藥事法第83條第1項處罰意圖販賣禁藥而陳列之行為，祇要行為人明知為同法第22條第1項所稱之禁藥，而陳列於他人可以觀覽選購之處所，將販賣之意圖表徵於外，即足當之，並不以已著手販賣或已有販賣藥品之行為為必要，亦不以陳設擺放藥品之處所在公共場所或公眾得出入之場所為要件，此由該條項僅規定『意圖販賣而陳列』之構成要件，而非如其他刑罰法律規定『公開陳列』（例如：刑法第191條之1）或『公然陳列』（例如：刑法第235條、第319條

調屬「抽象危險犯」之事例，毋寧有侵害保護法益之危險而更屬「具體危險犯」；對之，當行為人所實行商標侵害前行為〔例如製造、輸入、持有（運輸）〕尚無近接相關消費者之可能時，此時可調屬「抽象危險犯」之事例，但無從實現該不成文構成要件，而無刑事可罰性。再就該學說將現行商標法第95條第2、3款定性為「具體危險犯」而言，行為人所實行「仿造」¹²商標之商品的商標侵害前行為（例如製造、輸入、持有）既遂時，尚無近接相關消費者之可能，尚難認有侵害保護法益（市場公平競爭秩序）之危險，而實現「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之構成要件。

基此，「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之要件於現行商標法第95條第1、2、3款無論屬於不成文構成要件或成文構成要件，都有難以論斷行為人所實行「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品的商標侵害前行為〔例如製造、輸入、持有（運輸）〕既遂時，尚無近接相關消費者之可能，即尚難認有侵害保護法益（市場公平競爭秩序）之危險。亦即，「有致相關消費者混淆誤認之虞者」若解為現行商標法第95條第1、2、3款之不成文構成要件或成文構成要件，則行為人的商標侵害前行為〔例如製造、輸入、持有（運輸）〕既屬於流通後行為（例如販賣行為）之預備行為，尚無近接相關消費之可能，即難以論為商標不法侵害行為，顯與實務長久以來之肯定見解大相逕庭，也使得現行商標法第5條第1款（「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品）之行為但尚無第5條第2款（陳列、販賣、輸出「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品）之行為者，難以實現「有致相關消費者混淆誤認之虞者」，而形同具文，顯非合理之體系解釋。蓋若視「有致相關消費者混淆誤認之虞者」為不法構成要件，則「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品是否可能近接市場和相關消費者，即成為是否成立商標侵害罪之關鍵，行為人亦須認知此構成要件事實，方具有主觀上故意。對之，若視「有致相關消費者混淆誤認之虞者」為客觀處罰條件¹³，則「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品，雖屬於商標之

之1) 自明。」

¹² 同前註。

¹³ 參見臺灣高等法院111年度金上重訴字第10號刑事判決：「在刑事立法政策上，基於國家刑罰手段比例原則考量，對某些行為之處罰，規定除須具備構成要件該當、違法、有責性外，尚須存在其他屬不法、罪責以外之實體條件，始得加以處罰，刑法學稱此為『客觀處罰條

使用，但並非當然具備可罰性，尚須待至可能近接市場和相關消費者，才成立商標侵害罪。

我國商標刑法並未以發生一定之法益侵害結果為構成要件，是其係規範行為犯而設。故若因商標侵害行為而發生一定的法益侵害結果者，實務上多以舊刑法第55條之牽連犯定其罪刑¹⁴。本文認為，「有致相關消費者混淆誤認之虞」其意為「有可能造成相關消費者混淆誤認之疑慮（風險、可能性）」，不以實際已造成相關消費者混淆誤認為必要；「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之要件於現行商標法第95條第1、2和3款無論屬於不成文構成要件或成文構成要件，皆非「具體危險犯」之限定，而係抽象危險犯的補充限定。

二、製造或販入仿冒商標之商品後堆放倉庫，是否及應如何論罪？

實務上有些案例與商標民事侵權和商標刑事侵害就「混淆誤認之虞」的構成要

件』，即行為人對於該條件不須具備主觀認識，然此適用結果，是因『客觀處罰條件』是為特定之可罰行為所設定『限制刑罰事由』以限縮刑事制裁的範圍，因此縱行為人對客觀處罰條件並不須具備主觀認識，亦不會違反罪責原則。」

- ¹⁴ 參見最高法院80年度台上字第834號刑事判決：「商標法關於侵害他人商標專用權之處罰，並非當然包括不法得利之意義在內，其雖為欺騙其他之人而侵害他人商標專用權，然其行為若未具備不法所有意圖之要件時，既非可繩以刑法詐欺之罪，仍僅能依商標法中有關之規定處罰，則其於侵害商標專用權外，若有詐欺之行為者，當應另成立詐欺罪，適用刑法第五十五條牽連犯之規定，從一重處斷。」最高法院80年度第1次刑事庭會議：「某甲以真品機油空罐裝入廢油，冒充真品出售圖利之行為，除構成詐欺罪外，縱其未仿造商標，但無權使用該商標而使用之，顯已侵害他人之商標專用權，應另成立商標法第六十二條第一款之罪，二罪間具有方法結果之牽連關係，應從一重處斷。」80年1月22日。司法院(80)廳刑一字第667號，80年6月7日，法律問題：意圖欺騙他人而偽造或仿造他人名牌之商標，而製造贗品出售得利，應否成立刑法上之詐欺罪？研討意見採乙說：商標法第六十二條、第六十二條之一、第六十二條之二，所處罰之偽造、仿造商標之行為，或六十二條之一有以意圖欺騙他人為要件，此等行為僅就偽造、仿造之動機而設之規定，並未包括非法得利之詐欺行為，故偽造或仿造他人商標之贗品，而有詐欺得利之行為者，應另成立刑法上之詐欺罪，並適用刑法第五十五條從一重處斷。相同見解，臺灣高等法院臺南分院法律座談會，81年6月1日。但其後仍有採否定見解，參見臺灣高等法院高雄分院82年度上更(二)字第290號刑事判決；早期實務有採否定說，參見司法院(74)廳刑一字第452號，74年6月15日。

件之適用或有關聯，例如在適用1983年版、1993年版商標法之案例中，行為人製造之商標侵權商品於堆放工廠倉庫之際即經查獲，尚未行銷市面，即無商標刑事侵害可言^{15、16、17}；甚至2004年有判決適用1983年版商標法，以商標之使用必須已為「商品」即已推出於市場，而將「商標」用於該商品，足以使相關消費者認識其為商標者，始足當之¹⁸，故認被告將進口酒品並進行改包裝而堆置於私人倉庫，尚非推出

¹⁵ 此為早期實務見解之通說，參見行政院29年判字第21號判例：「商標法第十八條第一項第二款所謂商標之使用，乃指意圖防止仿冒，將黏附商標之商品銷，行於市面之謂。若僅製成商品商標而封存於倉庫或呈送官廳查驗，均與銷行市面之條件不合，且無防止仿冒之必要，不能認為使用商標。」司法院(72)廳刑一字第557號，丙說，72年6月29日。最高法院76年度台上字第8513號刑事判決：「商標法所稱商標之使用，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。同法第六條第一項定有明文。故行為人於其商品上偽造或仿造他人已登記或註冊之商標，在商品尚未銷售國內市場或外銷國外前，僅能論以刑法第二百五十三條意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標罪，尚不能遽以商標法第六十二條第一款於同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣罪責相繩。」

¹⁶ 參見臺灣高等法院高雄分院92年度上易字第1141號刑事判決：「所謂『使用』依同法第六條規定，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；而商標於電視、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。被告委託陳○○製作前開附有仿冒商標之容器，尚未將製作完成之瓶罐予被告即被查獲，既尚未行銷市面即被查獲，被告顯無陳列或散布行為，而持有狀態須將物置於自己實力支配之下，被告尚未接獲扣案之瓶罐，亦不構成持有自明。因此，本件與該條所定於商品『使用』近似於他人商標圖樣之構成要件有間，公訴意旨尚有未洽。但被告利用陳○○於同類商品仿造告訴人已註冊如附表所示之商標圖樣，其有仿造商標而欺騙他人之意圖至明，應構成刑法第二百五十三條之罪（最高法院八十六年台上字第五一〇號判決參照），且基本事實相同，起訴法條應予變更。」1993年版商標法。

¹⁷ 參見臺灣高等法院高雄分院82年度上訴字第3517號刑事判決：「上訴人林○○行為時，若僅意圖欺騙他人而偽造他人已登記之商標及圖樣，而尚未將產品行銷國內外市場，則應論以刑法第二百五十三條之偽造商標罪（最高法院七十二年度台上字第四六七二號判例參照），茲本件雖經警在鷹○公司之廠房內，查扣到偽造他人已登記商標之高爾夫球頭，惟尚乏證據足認上訴人林○○與王○○，有將上開產品行銷國內外市場，依照前開說明，上訴人林○○之行為，尚難以商標法第六十二條第一款之侵害商標專用權相繩，是核上訴人林○○所為，係犯刑法第二百五十三條之偽造商標罪，公訴人認上訴人林○○所為，係犯商標法第六十二條第一款之侵害商標專用權罪，自屬尚有未洽，起訴法條應予變更。」倪開永，商標法釋論，1994年，45頁。

¹⁸ 參見臺灣高等法院臺中分院93年度再易字第13號民事判決：「上開私人倉庫，乃非可共聞共見之公共場所，上開進口酒品，僅止於改包裝狀態，尚未推出於市場，得否認係商標法所稱

於市場之「商品」，而否認被告有商標侵害之情事。基此，只有推出於市場之物品才是「商品」，尚未行銷市面而堆置於私人倉庫者則非是。若然，使用相同商標於仿冒的類似物品或使用近似商標於仿冒的相同或類似物品，只有推出於市場時，才有「致相關消費者混淆誤認之虞」？此等仿冒物品堆置於私人倉庫時，則尚無「致相關消費者混淆誤認之虞」？甚至是使用相同商標於仿冒的同一物品時，是否有討論有「致相關消費者混淆誤認之虞」之必要？是否因為此等仿冒物品堆置於私人倉庫或推出於市場時而有差異？

另有判決認被告被查獲者僅係侵害系爭商標之錶面，並未查到其他已經組裝完畢之仿冒手錶之成品或進行組裝中之任何半成品，被告至多僅有準備進行組裝之行為，依最高法院86年度台非字第148號判決意旨¹⁹，被告準備進行組裝之行為並非商標法（舊法）第6條之「使用」，即核與商標法（舊法）第62條第1款之構成要件有間²⁰。但斯時最高法院已有判決認仿冒「商品」包括此項商品之成品、半成品與原料，並不以「成品」為限²¹，若依此最高法院判決意旨，侵害系爭商標之錶面縱為半成品，仍有市場交易價值而屬仿冒之「商品」。惟即使在此推論脈絡之下，仿冒商標之錶面商品堆置於倉庫時，若為使用相同商標於仿冒的同一錶面物品時是否即構成，抑或待推出於市場時，始構成現行商標法第95條第1款之商標侵害罪（或第68條第1款之侵權行為）？

對於販入仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，2022年以前的舊實務見解曾認為，所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將之購

之『商品』，已有疑義。」

¹⁹ 「按商標法（按：舊法）第六十二條第一款所謂『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』，其所謂之使用，依同法第六條規定，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』而言。」

²⁰ 參見臺灣高等法院臺南分院91年度上易字第580號刑事判決。

²¹ 最高法院82年度台上字第3667號刑事判決：「商標法第六十二條第一款之罪，係以行為人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，行銷國內市場或外銷者即屬成立。至於所稱『商品』又指具一定經濟價值，得為一般交易標的之貨物（有體物）而言；其在國內生產、製造或加工之農工礦商品，又包括此項商品之成品、半成品與原料，並不以『成品』為限（商品檢驗法第二條第一項、同法施行細則第二條規定參照）。」

入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成，所以即使行為人販入仿冒商品並堆放於倉庫中，仍該當於販賣仿冒商品罪²²；即使已於店內陳列販賣，仍成立販賣仿冒商品罪，而非意圖販賣而陳列仿冒商品罪²³。但目前實務見解已改為，仿冒商標商品之「販賣」行為，係指意圖販賣而有販入之後復行賣出之行為²⁴，所以行為人販入仿冒商品並堆放於倉庫中，不再會該當於販賣仿冒商品罪。

基此，依舊實務見解，製造仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，尚未行銷市面，不構成商標侵害罪，但販入仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，雖尚未行銷市面，但已構成非法販賣仿冒商標之商品罪，其前後認定之標準不一，確有爭議。對之，依新實務見解，製造仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，是否「有致相關消費者混淆誤認之虞」而構成商標侵害罪？取決於本法第95條依該「之虞」要件而應解釋為抽象危險犯或具體危險犯，而有肯否相異之結論；販入（或輸入）仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，可評價為意圖販賣而持有（或輸入）罪。如此，該「之虞」要件究竟應解釋為抽象危險犯或具體危險犯，即屬重要。若解為具體危險犯，製造仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，尚未近接市場，尚無「有致相關消費者混淆誤認之虞」，似無從構成商標法第95條之罪，但意圖販賣而販入仿冒商標之商品後堆放倉庫之行為，將構成商標法第97條之罪。所以，同為堆放倉庫之狀態，意圖販賣而堆放（持有）倉庫即成罪；製造而堆放倉庫卻不成罪，顯違事理之平。

²² 參見臺灣桃園地方法院96年度簡字第101號刑事簡易判決、智慧財產法院98年度刑智上易字第45號刑事判決。

²³ 參見臺灣高等法院97年度上易字第346號刑事判決：「惟被告意圖營利販入扣案仿冒之BMW牌輪胎鋁圈，並於店內陳列販賣，應成立商標法第82條、第81條第1款之明知未得商標權人同意，於同一商品，使用相同之註冊商標之商品而販賣罪，原審認被告僅成立意圖販賣而陳列仿冒商標商品罪，尚有未當。」

²⁴ 參見最高法院101年度第10次刑事庭會議決議，2012年11月6日。

三、商品回銷²⁵是否及應如何論罪？

依據現行商標法第95條及第97條規定，未經我國商標權人同意或授權而使用商標於商品上，或將該附加有商標的商品輸出，構成商標侵權。然而，如果是受外國廠商的委託製造商標商品，直接輸出該商品至該外國，且該商品完全不在我國銷售或流通之「回銷」，是否構成商標侵權，歷年修正之商標法均未明文規範，在實務上則有爭議。

1980年代，最高法院有判決認為，查商標法第62條第1款所謂：「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」。其中所謂之使用，依同法第6條規定，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言，上訴人主張：「伊係接受美商指示而製作，該美商在美有商標專用權之牛仔褲，並未在臺灣行銷市面倘屬非虛，自與行銷市面之情形有異²⁶。此即表示商品回銷尚非屬行銷市面。斯時司法實務座談會亦曾研究一法律問題：某廠商A經外商授權製造已註冊商標之商品，廠商A未經外商許可，竟將其中一部分商品，整批出售貿易商某甲，再轉售某貿易商某乙準備外銷，於將運往外銷（裝載貨櫃上尚未報關出境）中，即為警查扣。實務研討意見認為構成商標法舊法第62條第1款之罪責，理由為該批商品未經外商許可，擅自出售貿易商某甲，該廠商應構成仿冒商標之商品罪，且所謂「行銷市面」一語，係指向市上銷售為已足，並不以向廣大不特定之國內市場推行銷售，使一般消費者知悉為必要²⁷。

1993年6月1日臺灣高等法院花蓮分院座談會就法律問題：「外國廠商在外國已註冊取得於某類商品之商標，委託我國廠商甲製造該商標商品，直接輸往該註冊商

²⁵ 回銷之定義，係指經由商標權人委託，在第三地代工並貼上商標後直接運往委託人的國家或其指定的其他國家或地區。因製造商僅有製造行為，即於生產後，全數運往委託人約定的國家或其指定的其他國家或地區，則此回銷行為，代工廠商並無以行銷目的，表彰自己經營的商品的意思，非屬商標之使用。

²⁶ 參見最高法院72年度台上字第2478號民事判決。相同見解亦請參見最高法院77年度台上字第1136號刑事判決。

²⁷ 司法院(3)廳刑一字第603號審查意見：某廠商雖經外商授權製造已註冊商標之商品，但並未准許其銷售該商品，自不得使用外商已註冊商標之圖樣，乃該廠商未經外商允准，於同一商品使用他人已註冊之商標，自屬侵害他人商標專用權，擬採乙說。73年7月7日。74年4月司法院第四期司法業務研究會第23則法律問題。

標之外國廠商，而該商標在我國已為另一廠商乙向中央標準局註冊取得同類產品之商標專用權，則甲之行為是否侵害乙之商標專用權？」採否定說，其理由略為輸出予原委託人並非行銷，不應受商標法第6條第1項之規範²⁸。

1996年臺灣高等法院高雄分院作成85年度再字第4號刑事判決，針對違反當時商標法之刑事案件，揭示受外國商標權人委託製造之代工者，純為製造產品回銷外國，僅受委託人指示完成標示商標的商品並交貨予委託人，且產品亦無流入國內市場，因代工者並無以自己之意思於市場行銷之目的，自非該商標之使用人。不過，如果代工者產製超過受託商品之數量，另將該部分之商品行銷國內市場，則主觀已由代工之意思，轉變具有行銷目的之意圖，將構成商標之使用，若非經商標權人同意，自不得為之²⁹。

2001年臺灣臺南地方法院作成90年度訴字第245號刑事判決另表示，實務上固多數認為「回銷行為」不構成商標侵權，但是所謂的「回銷行為」限定在受「外國商標權人」之委託，若非受外國商標權人的委託，則係商標法所限制之商標使用與輸出行為。否則，若擴張解釋受任何第三外國人委託而使用商標即不違法，將使商標法限制商標使用及輸出行為之規範喪失意義³⁰。此判決認為合法的「回銷行為」限於受「外國商標權人」之委託，否則屬於商標法所限制之商標使用與輸出行為。但內國代工廠受外國商標權人之委託，既有商業代工之屬性，何以必屬非「行銷之目的」，尚難自圓其說。

2011年智慧財產法院亦有判決認為，「代工廠商於製造商品時，係依指示為他人附加商標標示，代工並非屬使用商標行為，委託製造之外國公司固有以行銷目的而使用商標行為，惟其在域外使用，基於商標屬地主義原則，並不受我國商標法之拘束」；「商標法之相關消費者係我國之相關消費者」，所以「回銷行為」並未於我國境內銷售，我國之相關消費實無混淆誤認之可能性³¹。若依此判決見解，外國

²⁸ 相同見解可見1996年3月臺灣高等法院檢察署座談會，法務部(85)法檢(二)字第0623號法律問題研究意見 (<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentExShow.aspx?id=B,19960300,001&type=q&kw=>)、1995年4月第22期司法業務研究會第39則法律問題研討結論。

²⁹ 參見經濟部智慧財產局，2012年版商標法逐條釋義，12頁。

³⁰ 本件更一審亦採相同見解，參見臺灣高等法院臺南分院92年度上更(一)字第214號刑事判決：「所謂『回銷行為』，乃受外國商標專用權人之委託始有其適用。」

³¹ 參見智慧財產法院109年度民商上字第10號民事判決：「我國商標法係為保護我國之商標權

非商標權人委託內國商代工亦非屬使用商標行為，但何以此行為不屬商標法第97條限制之「輸出」行為（即非法「輸出」行為之態樣何以須限縮解釋而排除代工行為）？商標法第97條限制之「輸出」行為若無涉於我國境內銷售，亦無致我國之相關消費混淆誤認之可能，何來非法之有（即非法「輸出」行為之態樣何以須限縮解釋而排除行為人經由內國出口商而實施者）？

2011年智慧財產法院作成100年度民商訴字第27號民事判決，針對「回銷」之情況，亦認為不構成商標使用，且限定為受外國商標權人之委託。然而，目前實務對於代工是否為商標使用之爭議，在商標權人註冊商標使用之認定與在商標侵權案件之「回銷」情況之考量，則採行不同之見解。經濟部智慧財產局認為商標法第5條規定所稱「行銷之目的」是指向不特定人自由銷售的行為，而行銷市場的地域範圍，包括行銷於國內市場及自國內外銷。「外銷」是指產品自我國領域出口，雖然其後續的商業交易行為是在國外市場，但依商標法第5條第1項第2款規定，輸出商品上標示註冊商標，應認為有使用其註冊商標^{32、33}。此外，商標權人係外國人之情形，例如：甲委託乙製造A商標商品回銷其本國或第三國，屬貿易上俗稱的OEM（委託加工製造）或ODM（委託設計製造）商業行為，雖然該批貨品並沒有直接在我國境內市場上銷售，但確實在我國境內製造，此類型使用商標的方式也符合國內業者從事國際貿易之商業交易習慣，所以甲的回銷行為可認為有使用A商標³⁴。由於商標法並未明文規範「回銷」之定義，以及「回銷」是否構成商標侵權，代工行為於註冊商標之情況係被認為商標使用，但司法實務多數見解仍認「回銷」不構成商標侵權，此間爭議，值得追蹤觀察^{35、36}。

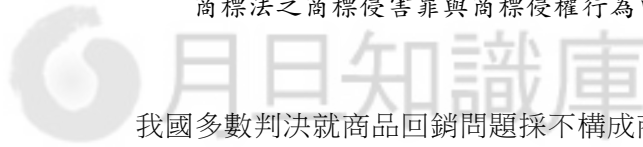
人及我國之相關消費者，系爭產品均依白俄羅斯○○○公司之指示輸出於國外，並未於我國境內銷售，我國之相關消費實無混淆誤認之可能性。」臺灣新竹地方法院96年度智字第2號民事判決亦採此見解。

³² 參見經濟部智慧財產局2012年7月1日施行之新修正「註冊商標使用之注意事項」第3.4.1節之例示。

³³ 智慧財產法院108年度刑智上易字第4號刑事判決採相同見解並認：「縱認該製造及輸出系爭產品行為係發生在我國境內，且已構成商標權之侵害，亦應由『為行銷之目的』而『使用』商標之白俄羅斯商○○公司負擔侵權責任，而非由代工廠商之被告負擔侵權責任。」

³⁴ 同前註32。

³⁵ 參見蔡瑞森，商標商品回銷不構成商標侵權？，理律法律雜誌雙月刊，2013年1月，2013年1



我國多數判決就商品回銷問題採不構成商標侵害罪之否定說，少數見解有採肯定說³⁷，其中否定說所採理由無非內國代工廠之製造行為並無為行銷之目的之使用行為。惟內國代工廠依外國商標權人之指示而製造並輸出據爭商標之商品，係基於商業目的，是否即無為行銷之目的，似有解釋上之爭議；內國代工廠之製造行為是否涉及據爭商標之使用，與其是否使交易者認識該商品上之據爭商標有指示商品來源之功能有關，此亦有解釋上之爭議。

實則，商品回銷爭議亦涉及現行商標法第95條依其所稱「有致相關相費者混淆誤認之虞」要件而應解釋為抽象危險犯或具體危險犯有關。若將本法第95條解為具體危險犯，製造仿冒商標之商品而專為輸出之行為，其中單純「製造」行為並無近接國內市場之可能，尚無「有致（內國）相關消費者混淆誤認之虞」，似無從構成商標法第95條之罪；其「輸出」行為使外國商標權人得以將商品流通於外國市場，並無「有致（外國）相關消費者混淆誤認之虞」，似無從構成商標法第97條之罪。再若將本法第95條解為抽象危險犯，製造仿冒商標之商品而專為輸出之行為，雖可能解釋為「為行銷之目的而使用據爭商標」，但無從流通於國內市場，並無「足以造成相關消費者混淆誤認」的適格（本質），無從構成商標法第95、97條之罪。基此，本法第95條若解釋為具體危險犯，即將單純「製造」行為排除於適用之列，此於商品回銷和商品內銷之情形，並無差別，尚非正確的過濾方法。對之，抽象危險犯的解釋在適用上較無問題。

月號，10-11頁。蔡瑞森，代工是否為商標使用？，理律法律雜誌雙月刊，2011年11月，2011年11月號，6-7頁。

³⁶ 相同爭議亦可見於中國大陸商標實務，參見李叔芸，代工製造（OEM）與商標使用及商標侵權——中國大陸近年相關實務見解整理，聖島智慧財產權實務報導，2019年7月，21卷7期，https://www.saint-island.com.tw/TW/Knowledge/Knowledge_Info.aspx?IT=Know_0_1&ID=1446&CID=535，最後瀏覽日：2026年5月4日。

³⁷ 參見智慧財產法院107年度民商訴字第39號民事判決，但其上訴審作成109年度民商上字第10號民事判決廢棄原判決，採否定見解。

參、由我國歷來商標法之修正，推知侵害商標罪之內涵

我國於2011年商標法修正時就商標侵害罪之規定有較大幅度之修改，且我國現行商標法上商標侵害罪之規定亦定型於2011年版商標法，所以本文即以2011年商標法修正前後呈現侵害商標罪之修正遞嬗，推敲商標侵害罪之內涵。

一、2011年商標法修正前之規定

(一)我國1972年版商標法僅規範近接公開市場之「陳列」、「散布」商標侵害行為，而不及於尚未行銷市面之「製造」、「持有」等前行為

我國1972年版商標法增訂第61條，其第1項規定：「商標專用權人對於侵害其商標專用權者，得請求排除其侵害；其受有損害時，並得請求賠償。」1972年商標法修正草案第58條本有增訂商標專用權之效力之規定，卻被立法委員陰錯陽差改為修正後第62條³⁸關於刑罰之規定³⁹，其中規定「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。」既有「侵害他人之商標專用權」之商標民事侵權列舉態樣，亦有「依刑法第二百五十三條之規定處罰之」的刑度適用規定，非常特別⁴⁰。有學說認為，他人冒用商標專用權人之註冊商標，不以行銷市面為必要⁴¹。惟實務上仍認為

³⁸ 1972年版商標法第62條之立法理由二：「本條係行政院新增。規定使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣於同一商品，同類商品或有關該商品之廣告標貼說明書價目表者，均為侵害商標專用權，俾對註冊商標予以嚴密之保護。」

³⁹ 1972年版商標法第62條與刑法第253條間仍有諸多適用上之差異，參見黃茂榮，濫用商標行為之刑事責任，國立臺灣大學法學論叢，1992年12月，22卷1期，213-219頁。

⁴⁰ 參見金進平，新商標法實用，1977年，489-514頁。

⁴¹ 參見同前註，66、510-511頁。

構成本法第62條之罪，仍須適用第6條⁴²而解釋，以行銷市面為必要，詳如下述。

按刑法第253條屬刑法第十九章「妨害農工商罪」之偽造仿造商標商號罪，其規定主觀不法要件「意圖欺騙他人」，處罰行為係「偽造或仿造」，侵害之客體係「已登記之商標、商號」，刑度為「二年以下有期徒刑」。刑法第253條規定之「偽造」，可沿用刑法第210條偽造變造私文書罪之解釋⁴³，係指無該商標、商號之制作權而冒用商標、商號權人名義，所制作內容不實之商標、商號；「仿造」係指製造類似之商標、商號，足以使一般人誤認為真正商標、商號⁴⁴。刑法第254條係處罰「行使」偽造或仿造之商標、商號（明知而販賣、輸入或意圖販賣而陳列、輸入偽造或仿造之商標、商號之貨物，即流通仿冒商標之商品的行為），刑度僅為罰金刑。對之，本法第62條並未規定主觀不法要件，處罰行為係「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」、「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」，侵害之客體係「已註冊商標之圖樣」。本法第62條第1款所稱(一)「於同一商品……使用相同……註冊商標」，其類型可包含：(1)「冒用商標之商品」（附真標之同一類別偽品）、(2)「偽造商標之商品」（附相同偽標之同一類別偽品）；所稱(二)「於同一商品……使用……近似……註冊商標」、(三)「於……同類商品……使用相同……註冊商標」、(四)「於……同類商品……使用……近似……註冊商標」，其類型統稱為(3)「仿造商標之商品」（附近似偽標之相同類別偽品；附相同偽標之類似類別偽品；附近似偽標之類似類別偽品）。

基此，本法第62條規定之註冊商標之圖樣的「冒用、偽造商標之商品」行為即

⁴² 1972年版商標法第6條：「本法所稱商標之使用，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言。」

⁴³ 參見最高法院92年度台上字第561號刑事判決：「刑法上之『偽造』『變造』文書罪，係二種不同犯罪形態之犯行，不容混淆。前者指無該文書之制作權而冒用他人名義，所制作內容不實之文書而言；後者指無文書改作權之人，就已存在之真正文書，於不變更原有文書之本質，擅自更改或變更文書之內容，但未達於完全更新該文書之意義之謂。」

⁴⁴ 參見司法院21年院字第678號解釋：「所謂仿造商標，指製造類似之商標，足以使一般人誤認為真正商標者而言。」最高法院41年台非字第15號判例：「刑法上之仿造，僅求其類似，與偽造之須形式上與真正相同者，迥然有別。被告所私制之新樂園香煙，既與臺灣省菸酒公賣局出售之新樂園香煙相同，即非仿造而為偽造。」

是本條所稱「於同一商品，使用相同於他人註冊商標之圖樣」、「於有關同一商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者」，以及適用本法第6條後所得「於同一商品或同類商品之包裝或容器之上，使用相同於註冊商標之圖樣、名稱」；註冊商標之圖樣的「仿造」行為即是本條所稱「於同一商品或同類商品，使用近似於他人註冊商標之圖樣」、「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，附加近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者」，以及適用本法第6條後所得「於同一商品或同類商品之包裝或容器之上，使用近似於他人註冊商標之圖樣」。

基此，本法第62條規定之商標侵害行為固然包含行銷市面的「冒用、偽造或仿造」商標之商品的「陳列」、「散布」（例如販賣、輸入、輸出）行為，但是否包含尚未流入市場（尚未行銷市面）之「製造」、「持有」等行為，則屬未明。第26條第1項僅規定相同或近似商標之使用於同一或同類商品，第6條僅將仿冒商標之載體由「商品」擴及於「包裝」、「容器」並以「行銷市面」之行為情狀限定之，則商標侵害行為之具體態樣為何，尚非明確。早期實務見解認為，商標侵權商品於堆放工廠倉庫之際即經查獲，尚未行銷市面，即無商標刑事侵害可言⁴⁵。若然，行為人之「製造」即「冒用、偽造或仿造」商標之商品的行為，實施在堆放工廠倉庫之前，亦屬尚未行銷市面，即難論斷有商標刑事侵害。

1972年版商標法雖尚未規範非法流通（販賣）仿冒商標之商品罪，惟本法第62條，依第6條之體系解釋，僅能規範行銷市面的「冒用、偽造或仿造」商標之商品的「陳列」、「散布」（例如販賣、輸入、輸出）行為，但尚未流入市場（尚未行銷市面）之「製造」、「持有」等行為，則排除之。所以，本法第62條本質上僅能處罰行銷市面的「冒用、偽造或仿造」商標之商品的「陳列」、「散布」（例如販賣、輸入、輸出）行為，而不及於「製造」、「持有」行為。

按刑法依據犯罪行為對於法益造成危害程度的不同，犯罪類型可區分為（一）「實害犯」及（二）「危險犯」，前者指構成要件中要求行為須對法益造成實際侵害始足以構成既遂的犯罪類型，（一）「實害犯」在性質上往往屬「結果犯」，若行為未導致法益時害結果出現，僅能構成未遂，若無未遂犯之處罰，則不成立犯罪；後

⁴⁵ 參見前述貳、二。

者則指構成要件中不要求行為須對法益造成實害，而只要行為足以對法益發生危險就可以構成犯罪的類型，(二)「危險犯」可再分為「具體危險犯」、「抽象危險犯」與「適性犯」⁴⁶。「具體危險犯」係指行為必須導致對法益的具體危險狀態始足以構成既遂的一種構成要件類型，其中「具體危險狀態的存在」為構成要件要素。

本法第62條適用第6條之結果僅能處罰「行銷市面」的「冒用、偽造或仿造」商標之商品的「陳列」、「散布」（例如販賣、輸入、輸出）行為，已如前述，此時對於本法第62條之保護法益⁴⁷即商標專用權人及消費者利益已存在「具體危險狀態」，屬於「具體危險犯」⁴⁸，而由法官斟酌個案情形加以判斷，是否已引起刑法保護客體的危險⁴⁹。尚未行銷市面之「製造」、「持有」行為則對於本條保護法益的具體危險狀態尚不存在，至多構成未遂犯，但本條對之無處罰規定而不成立犯罪。刑事法上的實害犯、抽象危險犯、具體危險犯均屬於結果犯的下位類型，實害犯的結果為「實害結果」，具體危險犯的結果為「危險結果」，抽象危險犯的結果則是表徵法益侵害危險的「中間結果」⁵⁰。

(二)我國1983、1985、1989年版商標法規範的商標侵害行為除「陳列」、「散布」外，亦應包括「製造」、「持有」等前行為

1983年版商標法第6條修正為：「本法所稱商標之使用，係指將商標用於商品

⁴⁶ 本段內容參見林書楷，刑法總則，2025年，56頁。

⁴⁷ 1972年版商標法第1條規定：「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業正常發展，特制訂本法。」

⁴⁸ 刑法關於規範上的犯罪分類包括「結果犯」與「行為犯」，「結果犯」係指行為引起經驗上可以感知的結果，構成要件才算該當，其包括已引起現實侵害的「實害犯」，以及惹起危險狀態的「具體危險犯」；「行為犯」係指特定的行為方式出現，經驗世界無須有任何可以感知的變動，不必有任何結果發生，構成要件即已該當。「具體危險犯」屬「結果犯」，「抽象危險犯」則屬「行為犯」。參見林東茂，刑法綜覽，修訂四版，2006年，1-72～1-73頁。

⁴⁹ 本文以上之分析，類似於刑事法學說認為刑法第185條之3（危險駕駛罪）第1項第1款（法定最低酒精濃度值）屬「抽象危險犯」，第2、3款（致不能安全駕駛）屬「具體危險犯」。參見林東茂，刑法分則，2024年，288頁。

⁵⁰ 參見古承宗，刑法第190條之1的不法歸責與構成要件解釋，月旦法學雜誌，2019年7月，290期，43-44頁，註7。

或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言。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；以商標外文部分用於外銷商品者亦同。」⁵¹其中舊法第6條規定的「行銷市面」已改為「行銷國內市場或外銷者」，所稱「外銷」，實務上認為於商品報關出境送至海關查驗即屬之⁵²。

1983年版商標法第62條將舊法第62條修正而提高刑度為：「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……。」其餘關於侵害商標權之形態未變。1983年版商標法首次明定非法流通（販賣）仿冒品罪則於第62條之2⁵³：「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。」其中規範非法流通（販賣）侵害商標專用權之商品罪（販賣第62條之商品）、非法流通（販賣）侵害未經註冊之外國著名商標之商品罪（販賣第62條之1之商品）。1983年版商標法第62條之2將仿冒商標之商品的行為單獨實施流通（散布）行為自第62條分離，而改以較輕刑度的處罰之；並新增第62條之3規定：「犯前三條之罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品屬於犯人者，沒收之。」由此觀之，1983年版商標法第62條雖仍僅規範「陳列或散布」行為屬商標侵害行為⁵⁴，但依同法第6條、第62條之3的體系解釋，其似亦包含仿冒商標之商品的「製造」行為。蓋第62條之3關於「沒收」之規定^{55、56}

⁵¹ 第1項之修正理由為：「一、本條現行規定所稱『行銷市面』，應包括行銷國內市場及外銷之情形，為明確計，爰將『行銷市面』修正為『行銷國內市場或外銷者』。」

⁵² 參見司法院(72)廳刑一字第557號，乙說：參考最高法院六十二年第二次刑庭庭長會議關於攜帶超額外幣出境已遂未遂之決議，似以報關出境送至海關查驗即應屬於外銷。

⁵³ 1983年版商標法第62條之2：「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。」其中前二條指第62條和第62條之1（「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訂有條約或協定，對在中華民國註冊之商標予以相同之保護者為限。其由團體或機構互訂保護商標之協議，經經濟部核准者亦同。」）其立法理由：「本條係新增訂，明定對明知為前二條仿冒商標之商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，予以處罰。」

⁵⁴ 此係以第62條第2項規定之仿冒商標之使用於廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書的「陳列」、「散布」推及第62條第1項規定之仿冒商標之商品的「偽造」、「仿造」的商標侵害行為態樣。

⁵⁵ 依1983年版商標法第62條之3之立法理由二，係為防仿冒之商品流通市面。

既規範涵蓋第62條至第62條之2的法定商標侵害行為，而其中之「製造」行為尚非第62條之2所明文規定者，自屬第62條所規範者，而實務上有採肯定見解者⁵⁷，亦有採否定見解者⁵⁸。

尤其，科以較低刑度處罰的第62條之2既規範仿冒商標之商品的流通（散布）行為包含行銷國內市場前的「陳列」行為、外銷前的「輸出」或行銷國內市場前的「輸入」行為，則科以較高刑度處罰的第62條規範仿冒商標之商品的「冒用」、「偽造」或「仿造」行為，自應包含「製造」行為，而不以「陳列或散布」為限（第62條之2所稱「販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入」本即屬第62條所稱「陳列或散布」之態樣），否則，第62條的處罰行為態樣即難以與第62條之2區別。至於「持有（或運送）」行為，是否屬之，尚非明確。所以，行為人觸犯第62條之行為在概念上得為意圖販賣而「製造」（即仿冒商標之商品的「冒用」、「偽造」或「仿造」）、「陳列」或「散布」（販賣、意圖販賣而輸出或輸入），但「製造」或「持有」行為尚未符合第6條所稱「行銷國內市場或外銷」之意義，是否屬第6條規範之「商標之使用」，似屬立法上之缺漏。亦即，第62條的處罰行為態樣應有別於第62條之2，且應包含第62條之2所列行為以外之前行為，如「製造」、「持有」，方得合理化第62條的刑度高於第62條之2的立法設計。

1985年版商標法原條文第62條、第62條之1、第62條之2、第62條之3、第63條未修正，但新增第64條之1（販賣者與仿冒者負連帶賠償責任）。1989年版商標法原條文第62條、第62條之1、第62條之2、第63條未修正，僅修正第62條之3之字眼。

（三）我國1993年版商標法規範的商標侵害行為除「持有」、「陳列」、

⁵⁶ 依當時適用之1969年版刑法第38條之規定，沒收物包含「因犯罪所得之物」。

⁵⁷ 參見最高法院77年度台上字第4789號刑事判決、臺灣彰化地方法院82年度訴字第1970號刑事判決。

⁵⁸ 參見最高法院76年度台上字第8513號刑事判決：「商標法所稱商標之使用，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。同法第六條第一項定有明文。故行為人於其商品上偽造或仿造他人已登記或註冊之商標，在商品尚未銷售國內市場或外銷國外前，僅能論以刑法第二百五十三條意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標罪，尚不能遽以商標法第六十二條第一款於同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣罪責相繩。」

「散布」外，亦包括「製造」前行為

1993年商標法修正第21條第2項⁵⁹為：「商標專用權以請准註冊之商標及所指定之商品為限。」其修正理由明確說明商標專用權之專用範圍（註冊範圍）與保護範圍不同。1993年版商標法第62條增訂不法意圖「意圖欺騙他人」⁶⁰、減少刑度，並調整文字為：「意圖欺騙他人，有左列情事之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金……」並將「同類」改為「類似」，其餘所稱「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」、「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」，幾與舊法第62條同⁶¹。此時本法第6條規定「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，已擴大商標使用之範疇。商標申請機關從中央標準局（智慧財產局之前身）到智慧財產局認為，本條中所謂「用於」一詞皆為「標示」之概念，即指於商品或其包裝容器等相關物件上有「標

⁵⁹ 1993年版商標法第21條第2項之修正理由為：「二、原條文第二項規定商標專用權以所指定之同一商品或同類商品為限，其語意不明。按商標法施行細則第二十四條之分類，主要目的在便於行政管理，各該類中之商品固有性質極相近者，然亦有商品性質相去甚遠者，實務上有認為商標專用權及於全類商品者，除不當的妨礙他人商標之註冊外，於商標侵害案件中，更因之造成不公平之結果。爰參照美、日等國及我國六十一年之前商標法規定，明定商標專用權以指定之商品為限。三、本條規定係界定商標專用之範圍，與第三十七條第一項第十二款及第六十二條等係為保護商標專用權，其性質不同。」

⁶⁰ 在修法公聽會上，有持反對意見者，參見李茂堂，商標法實務，1997年，225頁。實務上對此要件的解釋是：「如所販賣商品之商標圖樣非原廠所製作，而係出於他人之仿冒者，若仿冒之商品，足以使一般消費者產生混淆或誤認時，雖然交易相對人因該仿冒商品之價格低廉而不致產生混淆，惟對於其餘購買該商標產品之廣大消費者及商標專用權人而言，仍會因行為人之販賣行為而產生被欺騙之感覺，是行為人販賣仿冒商品，縱購買之相對人於購買時明知係仿冒商品，仍屬意圖欺騙他人。」參見臺灣嘉義地方法院92年度易字第225號刑事判決。

⁶¹ 修法理由為：「一、為加強保護商標權，並配合物價指數之變動，爰參照著作權法第九十一條第二項所定罰金金額提高罰金額度，並將貨幣單位修正為新臺幣。二、商標法為經濟法規，應以意圖營利為處罰要件，爰參考日本立法例於前文增列『意圖欺騙他人』等文字。三、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』。」

示」商標而言⁶²，解釋上除涵蓋前階段「用於」之行為外，自亦涵蓋「持有、陳列或散布」等後階段行為，始足以使相關消費者認識其為商標⁶³。

1993年版商標法將舊法第62條之2修正為第63條：「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、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。」其中僅規範非法流通（販賣）侵害商標專用權之商品罪，非法販賣侵害未經註冊之外國著名商標之商品罪則改由公平交易法第20條第1項第3款規定。

本時期的實務見解仍認為，本法第62條適用第6條之結果，商標專用權之刑事侵害行為態樣亦包含仿冒商標之「冒用、偽造或仿造」行為與其「散布」（販賣）行為之結合⁶⁴，但其「製造」前行為吸收「販賣」後行為⁶⁵。所以，行為人「冒用、偽造或仿造」仿冒商標進而販賣之，單論以本法第62條之罪。本法第6條之「持有、陳列或散布」的行為態樣似乎不會限制「製造」前行為成立商標侵害行為。亦有實務見解認為，1993年版本法第62條之「使用」，因第6條改以「為行銷之目的」，已不再以商品行銷於外為必要⁶⁶。是以，第62條規範之商標侵害行為自

⁶² 參見經濟部智慧財產局，2014年商標使用座談會，彙整會議資料紀錄，3頁，<https://www.tipo.gov.tw/tw/trademarks/655-21116.html>，最後瀏覽日：2025年10月17日。

⁶³ 參見同前註，3-4頁。

⁶⁴ 參見最高法院97年度台上字第2786號刑事判決：「82年修正商標法，將第6條第1項修正……擴大原規定行銷於市面之販賣行為（散布），尚包括持有、陳列，至所稱商標之使用，仍含有販賣行為在內，乃解釋上之當然。91年5月29日修正公布商標法，第6條第1項仍維持相同之內容。商標之使用，既有行銷市面之意，故被告於同一商品使用相同之註冊商標，進而販賣，原已包括販賣仿冒註冊商標之商品在內，僅成立同法第81條第1款之未得商標權人同意於同一商品使用相同之註冊商標罪，無再成立同法第82條之販賣仿冒商標商品罪之餘地。」

⁶⁵ 臺灣高等法院高雄分院83年度上訴字第680號刑事判決：「核上訴人意圖欺騙他人，於同一商品，使用近似於他人註冊商標之圖樣，所為係犯商標法第六十二條第一款之罪。上訴人雖製造十台『娃娃機』，惟係接續行為，應以單純一罪論擬。上訴人製造之『娃娃機』，使用近似於他人註冊商標之圖樣後，復販賣予他人，販賣之低度行為，應為使用之高度行為所吸收，不另論罪。」

⁶⁶ 參見臺灣桃園地方法院87年度訴字第497號刑事判決、臺灣高等法院90年度上更(一)字第615號、90年度上訴字第1193號刑事判決：「可見（按：1993年）商標法修正後，該法第六十二條第一款侵害他人商標專用權罪所謂之『使用』，已不再以商品行銷於外為必要，乙○○、丙○○將他人委託之微處理器交由甲○○將原有之『INTEL』、『PENTIUM』之商標及標示之速度型號磨除，未經原告之授權擅自重刻其商標及較高之速度型號，偽造該公司標示速

得包含基於行銷目的之「製造」、「持有」前行為以及「陳列」、「散布」（「販賣」、「輸出」、「輸入」）後行為。

(四)我國1997、2003年版商標法規範的商標侵害行為除「持有」、「陳列」、「散布」外，亦包括「製造」前行為

1997年版商標法第6條關於商標之適用的規定與舊法第6條同，但第61條⁶⁷第2項將第62條第1、2款規定之侵害商標專用權之刑事違法行為，因刑事違法亦已構成民事不法，而規定為擬制侵害商標權行為，卻非一般侵害商標權行為，難謂無疑。此由2003年商標法修正舊法第62條為第81條⁶⁸，且第81條三款規定之侵害商標專用權之刑事違法行為形態，與同法第61條第2項將第29條第2項三款關於商標權之效力規定認作侵害商標專用權之民事不法行為形態，兩者若合符節，表示刑事商標違法行為即是民事商標不法行為，反之亦然，即可得證。尤其，2003年版商標法第81條之修正理由⁶⁹即表明，1997年版商標法第62條第2款規定之刑事商標違法行為，依照

度型號之私文書，轉手圖利或賺取加工費用，應已構成商標之使用。」

⁶⁷ 1997年版商標法第61條：「商標專用權人對於侵害其商標專用權者，得請求損害賠償，並得請求排除其侵害；有侵害之虞者，得請求防止之。有第六十二條第一款或第二款規定之情事者，視為侵害商標專用權。商標專用權人依前二項規定為請求時，對於侵害商標專用權之物品或從事侵害行為之原料或器具，得請求銷毀或為其他必要之處置。」

⁶⁸ 2003年版商標法第81條：「未得商標權人或團體商標權人同意，有下列情形之一者，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、於同一商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」

⁶⁹ 2003年版商標法第81條之修正理由：「一、本條由原條文第六十二條移列修正。二、明定侵害商標權及團體商標權應處刑罰之構成要件。三、修正條文所定三款情形，乃為配合修正條文第二條商標已包括商品及服務二者，並配合修正條文第二十九條第二項之規定分款臚列，以資明確。四、依修正條文第六條之規定，為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標者，均屬商標之使用，原條文第二款之規定，即屬前揭商標使用態樣之一，並已為修正條文第八十一條各款所包括，應無再重複規定之必要，以免產生解釋上之疑問；為避免因刪除原條文第二款之規定，而誤會原條文第二款之行為已不罰，特予說明。」

2003年版商標法第6條關於「商標之使用」之規定⁷⁰，已為2003年版商標法新法第81條三款所包括，且1997年版商標法第62條第1款規定之刑事商標違法行為（侵害商標獨佔使用權），大致同於2003年版商標法新法第81條第1款所規定者。所以，由2003年版商標法第61條第2項（民事商標不法行為）、第81條（刑事商標違法行為）觀之，侵害商標獨佔使用權和侵害商標排他使用權的民事不法行為和刑事違法行為的形態大致相同。

有實務及學說見解認為，1997年版商標法第62條規定「擅自使用商標罪」、第63條規定「販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入仿冒商標商品罪」、第67條前段「因故意或過失而有第63條之行為者，應與侵害商標專用權者負連帶責任」，第68條規定「得請求侵害商標專用權者，登載判決書內容」。故而認為縱使有第63條販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入仿冒商標之行為，非屬侵害商標專用權行為，不負有第68條登載判決書內容之義務⁷¹。2003年修正商標法第29條第2項規定商標權的效力，其所定三款情形與第81條擅自使用商標罪所定三款情形相同，又第62條第2項規定以有第29條第2項所定三款情形者，為侵害商標權；故從法條邏輯解釋，第82條（源自舊法第63條，僅條次變更）所規定的販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，雖負有刑事責任，但商標權人無從對該等行為人行使第61條第1項第3款權利侵害之救濟及第64條登載判決書民事上之請求權⁷²。

2003年版商標法將「商標之使用」的定義修正規定於第6條：「本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標。」其中刪除舊法本條「持有、陳列或散布」之行使（流通）行為之要件，改以概括條款「足以使相關消費者認識其為商標」。此外，在2003年版商標法第29條規範商標排他權，其中第1款之情形與商標權獨佔範圍相同，法律上直接認定落入了商標權保護

⁷⁰ 2003年版商標法第6條：「本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標。」

⁷¹ 蔡惠如，商標權之侵害概念與法律保護，智慧財產權月刊，2011年7月，151期，9-11頁；林洲富，商標權人行使損害賠償請求權之舉證責任——區分商標權侵權使用與維權使用為基準，智慧財產權月刊，2019年3月，243期，91頁。

⁷² 參見同前註，16、17頁。

範圍，第2款與第3款則回歸商標權利保護之基本目的：防止相關消費者混淆誤認之虞^{73、74}。

與本法第29條之規定相類，第81條規定仿冒商標之商品服務之「冒用、偽造」（第1款，無「有致相關消費者混淆誤認之虞」要件）、「仿造」（第2、3款，有「有致相關消費者混淆誤認之虞」要件），本法第6條關於「商標之使用」規定：「為行銷之目的……並足以使相關消費者認識其為商標」，復於第81條規定商標侵害行為之「冒用」、「偽造」（第1款）和「仿造」（第2、3款）分別具有不成文和成文構成要件「有致相關消費者混淆誤認之虞者」，可認仿冒商標用於商品或服務必須「相關消費者認識其為商標」並「足以造成相關消費者混淆誤認」之現象，即該構成要件行為必須具備特定性質。

2003年版商標法第81條首次出現的「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之不成文和成文構成要件，料係為因應我國加入世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）而參酌TRIPs第16條第1項⁷⁵之規定而設。巴黎公約中，並無直接提到有關商標混淆誤認之規範，多以「著名商標」為前提，再有混淆誤認之虞之規範（巴黎公約第6條之2第1項⁷⁶），其次則規範在「不公平競爭」之行為下（巴黎公約第10條之

⁷³ 參見智慧財產局，2003年版商標法逐條釋義，103頁。

⁷⁴ 「商標法第68條第2款、第3款之適用，僅後商標之使用行為有致相關消費者將其與先商標產生混淆誤認之可能性即足，不以實際產生混淆誤認之具體事實為必要，亦未明定以若干比例之混淆誤認可能性作為判斷門檻，是倘消費者產生混淆誤認之可能性無法排除，即應認為符合上開規定之要件。」

⁷⁵ TRIPs § 16.1: The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where **such use would result in a likelihood of confusion**. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.

其中譯文為：「註冊商標之權利人應享有排他權，以阻止他人未獲其同意，於商業交易中使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務，而使其使用有致混淆誤認之虞者。凡使用相同標識於類似商品或服務者，推定有混淆誤認之虞。前揭權利不得損及任何既存之權利，亦不得影響會員國基於使用而賦予權利之可能性。」

⁷⁶ Article 6bis:

2第3項)。TRIPs協定第16條第1項第2句所稱「凡使用相同標識於類似商品或服務者，推定有混淆誤認之虞」，平行輸入之真品推定有混淆誤認之虞，可使內國商標權人減輕舉證責任，平行輸入者得輕易舉反證推翻之⁷⁷，除非已改變商品同一性之例外情形。世界各國商標法關於商標刑事侵害罪之構成要件有規範「混淆誤認之虞」者約有古巴⁷⁸、芬蘭⁷⁹、希臘⁸⁰、德國⁸¹、挪威⁸²、巴拉圭⁸³、羅馬尼亞⁸⁴、南

(1) The countries of the Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to **create confusion**, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.

其中譯文為：「對於與著名標章使用於同一或類似商品之商標，其重製、仿冒、翻譯等造成混淆誤認時，依職權或利害關係人之申請否准或撤銷商標之註冊，或禁止其使用。」

⁷⁷ Lazaros G. Grigoriadis, *Trade Marks and Free Trade, A Global Analysis*, May 2014, p. 90.

⁷⁸ The Trademark Law of Cuba (只有民事責任)

Article 42. – The trademark registration confers its owner the right of preventing thirds to carry out the following acts:

a) apply or place the trademark on products or services distinguished by this, on products linked to services for which it has been registered, or on encases, wrapping, packing or conditioning of such products, especially when **this causes a risk of confusion or association**;

...

e) use in the economic traffic, an identical or similar sign to the trademark for products or services identical or similar when **such use could cause confusion or association risk** with the owner of the register, thus having understood that dealing with the use of an identical sign for identical products or services, the possibility of confusion will be assumed; (*See CRIMINAL LIABILITY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT, A Collaborative International Study*, Merchant & Gold, January 2021, pp. 45-46).

⁷⁹ Intellectual property offence (Ch. 49 Sec. 2):

A person who in violation of the Trademarks Act (544/2019), the Patents Act (550/1967), the Registered Designs Act (221/1971), the Act on the Protection of Semiconductor Topographies (32/1991), the Utility Models Act (800/1991), the Plant Variety Rights Act (1279/2009), the Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark or the Council Regulation (EC) No 6/2002 on Community designs, and in a manner

非⁸⁵、突尼西亞⁸⁶、土耳其⁸⁷、美國⁸⁸等；並無明文規定「混淆誤認之虞」者，約有阿根廷⁸⁹、日本⁹⁰等。

conducive to causing considerable financial loss to a person holding a right, breaches:

(1) the exclusive right to a trademark protected by sections 3 to 9 of the Trademarks Act by using, without the consent of the trademark proprietor or in violation of the proprietor's prohibition or by other equivalent means, a mark that is same, similar, **creates a risk of confusion** or cannot be distinguished from the proprietor's mark in its essential aspects, (2) the exclusive right to an EU trade mark protected by Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark by using, without the consent of the EU trademark proprietor or in violation of the proprietor's prohibition or by other equivalent means, a mark, a sign or an indication that is same, similar, **creates a risk of confusion** or cannot be distinguished from the proprietor's mark in its essential aspects, (See CRIMINAL LIABILITY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT, A Collaborative International Study, Merchant & Gold, January 2021, p. 66).

⁸⁰ (a) Offenses. Whoever knowingly (i) uses a trademark in breach of the provisions of article 7 § 3 (a), (b) with regards to the right of the proprietor of a registered trade mark is entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade, in relation to goods or services, any sign where:

- (i) the sign is identical with the trademark and is used in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;
- (ii) the sign is identical with, or similar to, the trademark and is used in relation to goods or services which are identical with, or similar to, the goods or services for which the trade mark is registered, if **there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;** (See CRIMINAL LIABILITY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT, A Collaborative International Study, Merchant & Gold, January 2021, p. 78).

⁸¹ See *id.* at 74 (section 14 (2) no. 2).

⁸² See *id.* at 155-156.

⁸³ See *id.* at 175.

⁸⁴ See *id.* at 185.

⁸⁵ See *id.* at 204.

⁸⁶ See *id.* at 230.

⁸⁷ See *id.* at 232-233.

⁸⁸ See *id.* at 244.

⁸⁹ See *id.* at 1.

⁹⁰ See *id.* at 102-103.

本文認為，本法第81條提前處罰有導致相關消費者混淆誤認之虞的危險行為，以更有效地攔截導致相關消費者混淆誤認的機會，防止相關消費者因混淆誤認而淪為商業剝削的對象。仿冒商標之商品或服務是否傳遞了特定訊息，足以導致相關消費者的錯誤交易，取決於所傳布的訊息，是否具有促成相關消費者錯誤交易的風險。所以如要證明行為人之行為符合本法第81條的構成要件，必須證明訊息內容有促成錯誤交易的可能。這種以有某種危險能力描述構成要件行為的構成要件類型，稱為抽象具體危險犯（*abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*），其後被稱為虞犯（*Eignungsdelikte*）〔或稱適格犯（適性犯）〕⁹¹。

學說有調，2003年版商標法第81條與第82條間之關係的可能解釋有二：1.第82條的行為態樣為第81條所涵蓋，後者為減輕刑責所由設；2.第82條的行為態樣非為第81條所涵蓋，而須特別加以規定⁹²。此問題之關鍵在於，第82條之行為是否構成第6條之商標使用，其中是否以使用人積極將商標標示於商品、服務或其有關物件為必要⁹³。由於第6條在行為部分僅規定標示行為，所以實務見解認為商標之使用需有標示商標之積極行為⁹⁴。

此時期的最高法院有判決認為，因2003年版商標法第6條已刪除舊法本條「持有、陳列或散布」，其僅就行銷之主觀目的加以定義，尚不得以該條規定作為「使用行為」涵括「販賣行為」之依據，故本法第81條該條之規定意旨僅係就商標之使

⁹¹ 參見許大法官玉秀，釋字第六二三號解釋部分不同意見書，8頁，註3。

⁹² 參見陳昭華，由販賣他人仿冒商標之商品是否構成民事侵害商標權檢討商標使用之要件，植根雜誌，2007年7月，23卷7期，27頁。

⁹³ 參見同前註，30頁。

⁹⁴ 參見智慧財產法院98年度刑智上易字第36號刑事判決：「所謂商標之使用，依向來司法實務、商標法第2、6條以及經濟部智慧財產局商標行政審查觀點暨『商標使用之注意事項』等規定，應以使用人主觀上須有行銷商品或服務之目的，並用以表彰自己商品或服務之來源，而客觀上須有積極標示商標，並足使相關消費者認識其為表彰商品之標識之行為為要件。」102年度民商上易字第3號民事判決：「按商標法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標，92年商標法第6條定有明文。是商標之使用應具備下列要件：(1)使用人需有行銷商品或服務之目的；(2)需有標示商標之積極行為；(3)所標示者需足以使相關消費者認識其為商標，此3項乃商標使用之客觀要件。」智慧財產局，2005年版商標法逐條釋義，18頁。

用，必須有行銷之主觀目的加以定義，商標之使用為客觀之行為，行銷目的為主觀上認知，尚不得以該條規定作為「使用行為」涵括「販賣行為」之依據，行為人倘為行銷之目的，將商標使用於商品後，另有販賣該商品之行為，在法律上為二個不同之行為，應分別構成本法第81條第1款之使用仿冒商標罪及第82條販賣仿冒商標之商品罪⁹⁵。

學說有謂，無論應如何解釋本法第81條之犯罪行為為何，本法第6條之商標使用以積極標示商標行為為限⁹⁶。若然，本法第82條之犯罪行為即不構成商標之使用⁹⁷。學說亦有謂，此等實務見解似將本法第6條之「將商標用於……」僅指第一次貼標行為⁹⁸，排除「持有、陳列、散布」⁹⁹，尚非妥適¹⁰⁰。基此，依實務見解，2003年版商標法第81條與舊法第62條的差異在於，前者處罰冒用、偽造或仿造仿冒商標之行為，屬於仿冒商標之「冒用、偽造或仿造」（使用）行為，後者處罰冒用、偽造或仿造仿冒商標之行為，屬於仿冒商標之「冒用、偽造或仿造」（使用）行為與其「流通」（行使）行為之結合，而2003年版商標法第82條處罰販賣或意圖販賣仿冒商標之商品的行為，屬於「流通」（行使）行為。若然，2003年版商標法第81、82條之法文結構又趨近於刑法第253、254條。此即司法院101年度智慧財產法律座談會刑事類議題第2號提案（先使用仿冒商標，後販賣仿冒商標之商品之行為，應如何論處）決議所採乙說（分別論以第81條及第82條之罪，並依高度行為吸收低度行為之法則，依第81條論處）之立論基礎。

實務判決為求解決2003年商標法第81條與第82條之刑事處罰適用的問題，以本法第6條已無「持有、陳列、散布」之規定為由，將適用第81條之行為限於具有

⁹⁵ 參見最高法院94年度台上字第651號、97年度台上字第4925號刑事判決。

⁹⁶ 參見經濟部智慧財產局，2004年版商標法逐條釋義，20頁。蔡惠如，淺談商標民、刑事案件之「商標使用」概念，收錄於黃銘傑主編，「商標使用」規範之現在與未來，2015年，243頁。

⁹⁷ 參見蔡惠如，同前註，243頁。

⁹⁸ 參見黃銘傑，贈品行為與商標之使用——評智慧財產法院九十九年度民商上字第六號判決，月旦法學雜誌，2013年5月，216期，180-181頁。

⁹⁹ 參見同前註，185頁。

¹⁰⁰ 參見同前註，182-183頁。

「積極標示商標」行為，適用第82條之行為則不與焉¹⁰¹。本文認為，第81條和第82條之刑度有別，第82條之行為雖特定於仿冒商標之商品的單純販賣、意圖販賣而陳列、輸入或輸出，但非謂第81條之行為除「積極標示商標」行為外，不能包含販賣、意圖販賣而陳列、輸入或輸出之行為。亦即只要有「積極標示商標」行為，即屬依第81條所處罰者；反之，若無「積極標示商標」行為，而僅有單純販賣、意圖販賣而陳列、輸入或輸出之行為者，方屬依第82條所處罰者。以上為依第81條和第82條之刑事處罰構成要件所為之解釋。實務有判決認2003年版商標法第81條包含仿冒商標之商品的製造行為¹⁰²，亦有判決認本法第82條係規範行為犯¹⁰³。

學說有認為，本法第81條或屬於「抽象危險犯」（相同或近似商標用於同一或類似商品）加上「客觀處罰條件」（有致相關消費者混淆誤認之虞，或應解釋為僅係「近似」或「類似」的一種證明方法¹⁰⁴）。此說似以「有致相關消費者混淆誤認之虞」限制第81條之可罰性範圍。但若解為「客觀處罰條件¹⁰⁵」，則此基於「相關消費者可能的認知」的要件成就與否之事實，並非行為人之故意所須認知的對象，法院亦須等待被告實行「冒用」、「偽造」、「仿造」行為後此要件成就與否（繫乎「相關消費者有可能認知」）而判斷犯罪成立與否，則僅有「冒用」、「偽造」、「仿造」行為而無後續散布（陳列、販賣、輸出等）行為者，「客觀處罰條

¹⁰¹ 同前註。

¹⁰² 參見臺灣屏東地方法院以100年度智易字第1號刑事判決之案例事實：張○○購得米酒標籤貼紙及米酒瓶蓋，並在未經商標權人之同意或授權下，在系爭建築物內將其所產製之米酒裝入米酒空瓶，並擅自將前揭購得之米酒標籤貼紙、米酒瓶蓋使用在上開酒瓶上，抑或僅將前揭購得之米酒瓶蓋使用在上開酒瓶上，以此等方式在同一米酒商品使用近似於系爭商標，製造可致相關消費者混淆誤認之仿冒商標米酒完成，犯商標法第81條第1款之明知未得商標權人之同意，於同一商品，使用相同於他人註冊商標之商品罪。

¹⁰³ 參見臺灣高等法院臺中分院98年度上易字第842號刑事判決：「商標法第82條規定明，知為前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣5萬元以下罰金。其中處罰意圖販賣仿冒商標之商品而陳列之行為，只要行為人意圖販賣仿冒商標商品而為陳列行為，即已實現此規定之犯罪構成要件。其犯罪性質係屬即成犯，亦即學說上所稱之行為犯或舉動犯；又此侵害商標權之不法狀態須待行為人不為陳列行為為始告終了，其亦具有繼續犯性質。」

¹⁰⁴ 蕭宏宜，註4文，17頁。蘇奐予，論侵害商標權犯罪，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2016年，112頁。

¹⁰⁵ 參見林書楷，註46書，272-273頁。

件」無由成立。是以，依此說，「冒用」、「偽造」、「仿造」行為本身無從構成犯罪，其所稱第81條屬「抽象危險犯」亦無由成立，或本條僅能適用於近接公開市場之「陳列」、「販賣」等行為，尚非適當。

實務上，刑法偽造文書罪中規範的「足以生損害於公眾或他人」，係指公眾或他人遭受損害或有受損害之虞而言¹⁰⁶。由此推知，本法第81條所稱「有致相關消費者混淆誤認之虞」得解為「足以造成相關消費者混淆誤認」。本文認為，本法第81條適用第6條所得「足以使相關消費者認識其為商標」並「足以造成相關消費者混淆誤認」之構成要件，係一足以對保護法益發生危險的本質（適格），本法第81條第2、3款所稱「商標的近似程度及商品／服務的類似程度」係有「致相關消費者混淆誤認之虞」的必要條件，但非充分條件¹⁰⁷。所以，並非行為人一旦實行「仿造」行為即成立犯罪，尚須具備足以對保護法益發生危險的本質（適格），即「仿造」行為有可能發生法益危險者，方屬之。基此，「為行銷之目的」，仿冒商標之商品的「冒用」、「製造」行為本質上（上述充分條件成就時）有可能對保護法益發生危險者，固具此適格，行為人另行實施的仿冒商標之商品的「持有」、「陳列」、「販賣」、「輸入」、「輸出」行為，已近接公開市場，更屬之。是以，本法第81條規範之行為，只要足以發生侵害保護法益危險的本質（適格），犯罪即會成立，

¹⁰⁶ 參見最高法院107年度台上字第3038號刑事判決：「祇要文書具備『有體性』、『持久性』、『名義性』及足以瞭解其內容之『文字或符號性』之特徵，並具有『證明性』之功能，即為刑法上偽造或變造私文書罪之客體。而就偽造或變造行為之結果必須足以生損害於公眾或他人之構成要件觀之，此之文書乃係以法律關係或社會活動之重要事實為思想內容者為限，未記載名義人之學術論著或文藝創作固不與焉，但所稱之足生損害，係指他人有可受法律保護之利益，因此遭受損害或有受損害之虞，不以實際發生損害者為必要；而所謂損害，亦不以經濟上之損害為限，即民事、刑事或行政上之損害亦皆屬之。」最高法院72年度台上字第552號刑事判決：「刑法上變造文書罪之成立，除有故意之一般要件外，又以足生損害於公眾或他人為特別要件，所謂損害，固不以實已發生損害為必要，然亦必須有足以生損害之虞者，始足當之，若其僅具有變造之形式而實質上並不足以生損害之虞者，尚難構成本罪。」

¹⁰⁷ 判斷有無混淆誤認之虞之參考因素有8項：(1)商標識別性之強弱；(2)商標是否近似暨其近似之程度；(3)商品／服務是否類似暨其類似之程度；(4)先權利人多角化經營之情形；(5)實際混淆誤認之情事；(6)相關消費者對各商標熟悉之程度；(7)系爭商標之申請人是否善意；(8)其他混淆誤認之因素。參見經濟部智慧財產局，「混淆誤認之虞」審查基準，2004年，3-4頁。

屬於適格犯。

此時期之實務見解亦有認為，修法前後「商標使用」之內涵並無不同，而應涵括所有基於行銷之目的，而將商標標示於商品、服務或其有關之物件及平面、電子媒介物（即製造），暨商品或服務提供予消費者之行銷過程中，為達成交易之目的所為之各該行為（包括販賣、陳列、輸出、輸入等）¹⁰⁸。換言之，本法第6條所稱「足以使相關消費者認識其為商標」即顯示，本法第81條適用第6條之結果，只要足以發生侵害保護法益危險的本質（適格），無論是仿冒商標之商品的「冒用、偽造或仿造」行為本身，或更與其「流通」（行使）行為之結合，皆屬之。此即司法院98年度智慧財產法律座談會刑事類議題第9號提案（先使用仿冒商標，後販賣仿冒商標之商品之行為，應如何論處）決議所採丙說（僅論以第81條之罪，第82條係以明知為同法第81條商品者為前提，解釋上已限縮為觸犯同法第81條以外之人。）之立論基礎。

綜上所述，本法第81條規範之商標侵害行為自得包含基於行銷目的之「製造」、「持有」前行為，或前行為與「陳列」、「販賣」、「輸出」後行為之結合，或「輸入」前行為與「陳列」、「販賣」（或「輸出」）後行為之結合。

本法第61條第2項以第29條第2項規定的商標權之效力涵蓋一般商標侵權行為之態樣，包含：未得商標權人之同意：1.於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者。2.於類似之商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。3.於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。其商標民事侵權態樣與商標刑事侵害態樣若合符節。此時，其商標民事侵權態樣，是否依前述第81條、第82條的構成要件之解釋，排除無「積極標示商標」行為而僅有單純販賣、意圖販賣而陳列、輸入或輸出之行為者，非無爭議。實務將構成第82條之行為認定為商標民事侵權行為¹⁰⁹。智慧局認商標之使用須有積極標示商標之行為，採排除肯定說¹¹⁰，學說亦有採排除肯定說而認2003年版商標法第6條有規範不足之憾¹¹¹。

¹⁰⁸ 參見智慧財產法院98年度重附民字第3號刑事判決。

¹⁰⁹ 參見蔡惠如，註96文，246-247頁，註47。

¹¹⁰ 參見經濟部智慧財產局，2005年版商標法逐條釋義，18頁。

¹¹¹ 參見陳昭華，註92文，39頁。

本文認為，本法第81、82條規範的商標刑事侵害行為雖分別以製造（可兼含流通）行為和流通行為為其核心，核屬保護超個人法益（社會法益）之適格犯之性質，但對於第61條第2項規範保護個人財產法益之商標民事侵權行為的類型及內涵，應著重於「商標權」受「侵害」而造成「損害」之本質¹¹²，無須以前述商標刑法的區分標準為限，限於篇幅，將另文予以析論。

在2003年商標法修正前之舊法時期，雖然條文尚無「致相關消費者混淆誤認之虞」之構成要件，但實務上早已認定商標之仿造，須有「引起普通購買人誤認之虞」之不成文構成要件^{113、114}。所以，2003年以前之舊商標法規定的侵害商標權罪

¹¹² 就無體財產權而言，只要未經權利人同意而有實施發明之行為，原則上即已有「損害」發生，參見李素華，智慧財產侵害之「損害發生」與損害賠償法制建構——從智慧財產法院九十七年度民專訴字第47號民事判決談起，月旦法學雜誌，2017年4月，263期，182頁。損害之本質，無寧應採具體損害說，若為無體財產權之受害，權利或法益侵害本身，即為「損害」，參見陳聰富，侵權行為法原理，2023年，449頁。侵權行為成立要件之損害概念為「損害本質」，侵權行為法律效果之損害概念為「損害計算」，參見陳聰富，侵權行為違法性與損害賠償，2008年，185頁；李素華，再論智慧財產權侵害之「損害」概念——評最高法院107年度台上字第2359號民事判決，月旦法學雜誌，2021年10月，317期，175頁。

¹¹³ 最高法院15年度上字第911號民事判決：「所謂商標之近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有混同誤認之虞者而言。」最高法院21年上字第1073號民事判例：「所謂商標之近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶不免有混同誤認之虞者而言，故將兩商標並置一處細為比對雖有差別，而異時易地分別視察，足認具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有混同誤認之虞者，仍不得謂非近似。」最高法院72年度台上字第4409號刑事判決：「所謂商標圖樣相同，係指兩者圖樣完全相同，難以區別而言；至商標圖樣近似，則指異時異地隔離及通體觀察，兩商標圖樣在外觀、觀念或讀音方面，有一相仿，具備普通知識經驗之商品購買者，施以通常之辨別及主意，有引起混同誤認之虞者而言。」最高法院74年度台上字第5918號刑事判決：「兩商標是否構成近似，應從隔離異時異地觀察，不得以對照比較為判斷標準。故縱令兩商標對照比較，能見其差別，然隔離觀察其總體或主要部分，有足以引起混同誤認之虞者，即屬近似，其附屬部分之有無差異，要非所問。」最高法院75年度台上字第3240號刑事判決：「商標之近似與否，應隔離觀察以為判定之標準，縱令兩商標對照比較能見其差別，然異地異時各別觀察則不易見者，仍不得不謂為近似，故商標無論在外觀上，名稱上或觀念上，其主要部分近似，有足以惹起混同誤認之虞，而其附屬部分雖不近似，仍不得不謂為近似之商標。」最高法院76年度台上字第5894號刑事判決：「判斷二商標之近似與否，應就商標之主要部分隔離觀察其有無引起混同誤認之虞以為斷，而商標在外觀、觀念、名稱、文字或讀音方面，有一近似，足以引起混同誤認之虞者，即不得不謂近似

之冒用、偽造、仿造行為，除1972年版商標法第62條規範之「冒用」、「偽造」、「仿造」行為，因第6條之「行銷市面」限定而應解釋為「具體危險犯」外，1983版至1997年版商標法第62條規範之「冒用」、「偽造」、「仿造」行為，亦須具備「足以使相關消費者混淆誤認」之不成文要件，所以其「冒用」、「偽造」、「仿造」行為非一經形成，即構成犯罪，尚須具備足以發生侵害保護法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者混淆誤認」者，始構成犯罪¹¹⁵，所以亦屬「適性犯」。

2003年版商標法第82條源自1993年版商標法第63條，兩者內容相同，皆規範行為人須明知前條之商品而流通之。此時行為人主觀上明知的客體「前條之商品」，是否包含認知該商品經「冒用」、「偽造」或「仿造」，並「有致相關消費者混淆誤認之虞」？本文認為，本法第82條所稱「前條之商品」既是經本法第81條之行為人所「冒用」、「偽造」或「仿造」而成，則第82條之流通行為人即應明知由第81條之製造行為人所提供者為仿冒商標之商品，且亦應明知該仿冒商標之商品具備足以發生保護法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」。

二、2011年商標法修正後之規定

2011年商標法修正，將舊法第6條「商標之使用」的內涵擴大並移列於第5條：「商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。」其中第1項第1、3、4款及第2項關於商標之標示的規定大致與2003年版商標法第6條同，尤其，其修正理由強調商標與商品或其包裝容器之結

之商標。」

¹¹⁴ 參見中央標準局，1981年版商標近似審查基準，1981年9月30日，1-3頁，<https://www.tipo.gov.tw/tw/trademarks/578-19149.html>，最後瀏覽日：2025年11月28日。

¹¹⁵ 參見後註123之司法院98年度智慧財產法律座談會，刑事訴訟類提案第13號，多數見解雖認「就『有致相關消費者有混淆誤認之虞』之要件，應當認為係商標法第81條第1款之不成文要件，行為人所為需該當該項要件，方能論罪。」

合¹¹⁶、商標與提供服務有關之物品之結合、商標與商品或服務有關之商業文書或廣告之結合；所不同者在於，2011年版商標法第5條第1項第2款明列「商標之使用」的流通行為（持有、陳列、販賣、輸出或輸入第1款之商品）。第5條「商標之使用」的內涵將一體適用於商標權之效力（本法第35條第2項，舊法第29條第2項）、商標一般民事侵權行為（本法第68條第1款至第3款，舊法第61條第2項）、商標一般刑事犯罪行為（本法第95條第1款至第3款，舊法第81條第1款至第3款）、商標特別刑事犯罪行為（故賣他人仿冒商標權之商品罪，本法第97條，舊法第82條）。

基此，有學說認為，2011年版商標法第5條第1項第2款既可涵蓋「持有、陳列、販賣、輸出或輸入」等行為，則第95條之處罰行為理應含括該等持有行為，即「持有、陳列、販賣、輸出或輸入」仿冒商標之商品之行為，若有致相關消費者混淆誤認之虞者，即構成本條之罪，但卻又以第97條處罰單純持有等行為，意義不明¹¹⁷、¹¹⁸。智慧局認為，商標法第95條「使用……商標」解釋上應已涵蓋商標法第5條第1項第2款所稱持有、陳列、販賣、輸出或輸入已將商標用於商品或其包裝容器之商品，而與第97條販賣、意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入他人所為前二條商品之構成要件重疊。特別規定優先於普通規定之法律適用原則，商標法第97條應為第95條之特別規定，如屬於商標法第97條所規範之行為，自應適用該條規定加以處理，不再適用第95條規定處罰¹¹⁹。

惟智慧局前述解釋僅說明第95條處罰之行為會涵蓋第97條之構成要件，但並未說明第95條處罰之所有行為態樣是否皆異於第97條規範者。本文認為，商標法第95條之處罰行為雖得（但非「應」）包含第5條第1項第2款所稱該持有等行為，但須以先構成第5條第1項第1款之行為為前提，此有第5條第1項第2款之行為客體乃「前款之商品」為證，而單獨構成第5條第1項第2款之行為而無同條項第1款之行為者，則不與焉。不過，實務有判決對於檢方以2011年版商標法第97條起訴被告輸入、販賣仿冒商標之商品的行為，被告主張真品平行輸入以免責，但法院不肯認卻變更起

¹¹⁶ 例如縫製、吊掛、黏貼、貼附，參見2011年版商標法第5條之修正理由三、（一）。

¹¹⁷ 參見黃銘傑，註98文，187頁。

¹¹⁸ 參見李素華，商標使用與視為侵害之理論與實務，同前註96，197頁。

¹¹⁹ 參見智慧財產局，2014年商標使用座談會會議資料，2014年4月8日，10頁，<https://www.tipo.gov.tw/tw/trademarks/655-21116.html>，最後瀏覽日：2026年1月21日。

訴法條為第95條第1款¹²⁰，認定被告之輸入、販賣行為構成本條款之犯罪。此種判決之問題在於，若行為人之（平行）輸入、販賣行為果真構成本法第95條第1款的刑度較高之罪，則其何以不會成立本法第97條的刑度較低之罪？判決未見說明。本文認為，若行為人單純從事輸入並販賣之行為，而不涉及仿冒商標之商品的「冒用」、「偽造」或「仿造」行為者，應論以本法第97條之罪；對之，若行為人從事仿冒商標之商品的「冒用」、「偽造」或「仿造」行為者，甚至再為後續持有、散布（陳列、販賣、輸出）行為，均應單獨論以本法第95條之罪。換言之，本法第95條規範之犯罪行為以仿冒商標之商品的「冒用」、「偽造」、「仿造」（即「製造」）行為為核心，本法第97條之行為人並非從事仿冒商標之商品的「製造」行為，而是條文所定「販賣」或意圖販賣而「持有」、「陳列」、「輸出」、「輸入」行為。

2011年版商標法第95條¹²¹之規定的雛形源自2003年版商標法第81條¹²²，其中侵害商標權的行為中仿冒商標之商品之「冒用」、「偽造」（第1款）和「仿造」（第2、3款）間之差別，在於第1款情形（「於同一¹²³商品或服務，使用相同……商標」），其與商標權專屬使用範圍相同，法律上直接推定有致混淆誤認之虞，並不須由商標權人加以舉證¹²⁴，並具有「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之不成文構成要件¹²⁵；在第2、3款情形，與商標權專屬使用範圍尚非完全相同，則須判斷

¹²⁰ 參見臺灣臺北地方法院105年度智易字第38號刑事判決。但其上級審106年度刑智上易字第11號刑事判決則肯認被告所提真品平行輸入之抗辯，而認被告之輸入、販賣行為不構成犯罪。

¹²¹ 2011年版商標法第95條之修正理由：「一、條次變更，本條為原條文第八十一條移列。二、本法刑事處罰之對象，並不包括單純購買之消費行為，爰於序文增列『為行銷目的』等文字，以為限縮適用範圍。三、第一款至第三款酌作文字修正，以資明確。」

¹²² 參見註68。

¹²³ 參見司法院98年度智慧財產法律座談會，刑事訴訟類提案第12號，多數見解採甲說：「所謂同一商品係指種類相同，並有交易之價值之商品而言。（參照司法院73廳刑一字第480號決議）本案例，被告所生產之電視機，雖在外觀上與商標權人所生產之電視機有所落差，惟種類相同且亦具有交易價值，屬同一商品，應無爭議。」2009年6月22日。

¹²⁴ 參見智慧財產局，2012年版商標法逐條釋義，314頁。「二商標相同且指定使用商品／服務同一者，依與貿易有關之智慧財產權協議第16條第1項規定，推定有混淆誤認之虞，且為本法所禁止（商35II①、商68①、商95①），得無需就混淆誤認之虞的各項參酌因素進行判斷。」參見經濟部智慧財產局，2022年版現行混淆誤認之虞審查基準，22頁。

¹²⁵ 參見司法院98年度智慧財產法律座談會，刑事訴訟類提案第13號，多數見解採乙說：「查實務見解在針對此等問題，並未表示商標法第81條第1款需具備『有致相關消費者有混淆誤認

「有致相關消費者混淆誤認之虞者」，方屬之。換言之，於本法第95條第1款之情形，行為人製造所仿冒之商品屬「冒用」、「偽造」之行為，若對相關消費者而言，皆可認知到行為人所仿冒之商品係指向原廠所生產，而有混淆誤認之可能者，即可能發生對保護法益的危險，具備足以發生侵害保護法益的本質，構成本條款之犯罪¹²⁶；再於本法第95條第2、3款之情形，行為人製造所仿冒之商品屬「仿造」之行為，若對相關消費者而言，皆可認知到行為人所仿冒之商品係與原廠有所關連，而有混淆誤認之可能者，即可能發生對保護法益的危險，具備足以發生侵害保護法益的本質，構成本條第2、3款之犯罪。

本法第5條關於「商標之使用」規定：「指為行銷之目的……並足以使相關消費者認識其為商標」，復於第95條規定商標侵害行為之「冒用」、「偽造」（第1款）和「仿造」（第2、3款）分別具有不成文和成文構成要件「有致相關消費者混淆誤認之虞者」，可認仿冒商標用於商品或服務必須「相關消費者認識其為商標」並「足以造成相關消費者混淆誤認」之現象，即該構成要件行為必須具備特定性質。準此，2011年版商標法第95條第1款規定的侵害商標權罪之冒用、偽造行為，致使其商標和商品（或服務）之結合與真品難以區別，只要行為一經認定，即有立法上推定之危險¹²⁷，則所欲保護法益¹²⁸具有現實且不能容許的一般危險性，屬於

之虞』之要件，此在立法沿革和法條文義上，自有所本，也就是說，依歷史、體系、文義解釋的結論當是如此。惟法律之規定，除其規範目的需具備正當合理之目的外，尚須符合如平等、比例原則等相關一般法律基本原理原則之要求，方能通過法律合憲性之審查。本案例如前所述，在客觀上非能造成註冊商標識別性有減損之虞，對相關消費者利益也無侵害之可能，倘若無論行為人所為是否有造成相關消費者有混淆誤認之虞，一律論以刑責，不但違背商標法立法之目的，亦有違刑法謙抑性原則，是以就『有致相關消費者有混淆誤認之虞』之要件，應當認為係商標法第81條第1款之不成文要件，行為人所為需該當該項要件，方能論罪，故本件案例，被告所製作之商品，未能造成相關消費者有混淆誤認之虞，故不構成商標法第81條第1款之罪。」2009年6月22日。

¹²⁶ 但亦有實務見解將商標法第95條第1款解為單純行為犯，參見智慧財產法院109年度刑智上更(一)字第1號刑事判決：「同法第95條第1款之構成要件未包含『使消費者混淆誤認』，只要於相同商品使用相同商標即構成犯罪。」

¹²⁷ 參見最高法院102年度台上字第3977號刑事判決。

¹²⁸ 2011年版商標法第1條規定：「為保障商標權、證明標章權、團體標章權、團體商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展。」

「抽象危險犯」，其中實務上就抽象危險犯之抽象危險，有採形式說（擬制說）¹²⁹和實質說（限縮說）¹³⁰之對立，學說上則有認為，抽象危險犯應作「適性犯」的理解，即犯罪行為至少應具備足以發生侵害保護法益危險的本質（適格），始可以該當抽象危險構成要件¹³¹。

學說似有認為本法第95條第1、2、3款屬具體危險犯¹³²。惟本文認為，本法第95條第1款應具備「致相關消費者混淆誤認之虞」之不成文構成要件，已如前述，其適用本法第5條之結果，亦須具備「足以使相關消費者認識其為商標」之要件，所以其「冒用」、「偽造」行為非一經形成，即構成犯罪，尚須具備足以發生侵害法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」者，始構成犯罪，所以屬「適性犯」。

至於本法第95條第2、3款之仿造行為，則須有「致相關消費者混淆誤認之虞」，其適用本法第5條之結果，亦須具備「足以使相關消費者認識其為商標」之要件，所以其「仿造」行為非一經形成，即構成犯罪，尚須具備足以發生侵害法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」者，始構成犯罪，所以亦屬「適性犯」。雖然學說上有認為，混淆之虞是一種抽象的危險，無庸證明消費者確實受到混淆¹³³，但此應專指商標權尚未受有實際損害，而非表明商標侵害罪是一種抽象危險犯。

本文認為，本法第95條屬適性犯之規定，其中「有致相關消費者混淆誤認之虞者」屬不法構成要件，行為人主觀上侵害商標權之故意即須對於此不法構成要件有所理解¹³⁴，則「冒用」、「偽造」或「仿造」商標之商品是否具備足以發生侵害法益危險的本質（適格），即成為是否成立商標侵害罪之關鍵，行為人亦須認知此構成要件事實，方具有主觀上故意。實務上相對多數判決認為人是否有侵害商標權

¹²⁹ 參見最高法院102年度台上字第4655號、105年度台非字第213號刑事判決。

¹³⁰ 參見最高法院102年度台上字第3977號、105年度台上字第142號刑事判決。

¹³¹ 參見林書楷，註46書，63-64頁。

¹³² 參見侯羽欣，註4論文，154頁。

¹³³ 參見劉孔中，比較商標法，2014年，177頁；謝銘洋，智慧財產權法，2018年，327頁。其實此二書的參考出處都源自同一德國書籍。

¹³⁴ 參見刑法第13條：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」

之故意，取決於其對於「混淆誤認之虞」是否有所理解¹³⁵，而相對少數判決則認侵害商標權之故意的認知對象尚不及於「混淆誤認之虞」此要件¹³⁶。本文認為，基於本法第95條屬適性犯之理解，前述相對多數判決之見解較為可採，且「混淆誤認之虞」屬法官客觀判斷之要件，是否行為人不認有混淆誤認之可能，即可脫免罪責，非無爭議。學說和實務上亦有討論現行商標法第68條、第95條之「混淆誤認之虞」

¹³⁵ 參見前註5之智慧財產及商業法院114年度刑智上易字第8號刑事判決、智慧財產及商業法院111年度刑智上易字第40號刑事判決：「被告自己同為從事床墊製造及買賣之人，應對此一市場之同業競爭者有所認識，且被告自承在5、6年前就知悉告訴人為本案商標權人，當知悉使用『貝多芬』之相同字樣於床墊商品，將致普通知識經驗之消費者有混淆或誤認之疑慮，被告仍繼續使用，其主觀上當具有侵害告訴人本案商標權之故意。」智慧財產法院102年度刑智上易字第106號刑事判決：「按修正後商標法第95條第2款規定之侵害商標權罪，應以行為人於主觀上認識其未得商標權人之同意，無正當權源，而於類似之商品或服務，使用相同於他人註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞之事實，有所認識，而仍決意行之，始足當之，並無處罰過失犯之規定。」智慧財產法院102年度刑智上易字第98號、101年度刑智上易字第105號刑事判決亦同此意旨。

智慧財產法院110年度刑智上易字第15號刑事判決：「客觀上未構成商標法第95條第1款『致相關消費者混淆誤認之虞』要件，而於主觀上難認被告有何使用他人商標表彰商品來源，使相關消費者混淆誤認之故意可言，自不能逕以上開之罪相繩。」智慧財產法院107年度刑智上易字第45號、107年度刑智上易字第14號、105年度刑智上易字第6號刑事判決亦同此意旨。臺灣桃園地方法院110年度智易字第14號刑事判決：「由前段說明可知被告二人雖有蝦皮拍賣網站使用『寶乖亞』字樣，然其等僅是為『描述性合理使用』，尚難認其主觀上確有使用他人商標表彰商品來源，使相關消費者混淆誤認之故意可言。」

¹³⁶ 參見智慧財產及商業法院113年度刑智上易字第63號刑事判決：「按商標法第95條第1款之未得商標權人同意，而於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標罪，行為人除須在客觀上於同一商品或服務上有使用相同於註冊商標之商標之行為以外，其主觀構成要件，以行為人有侵害商標權之故意為前提。易言之，行為人須認識該商標業經他人於我國註冊公告，猶不思取得商標權人之同意或授權逕予使用，始該當之。」智慧財產及商業法院111年度刑智上易字第45號、110年度刑智上易字第59號、107年度刑智上易字第44號、104年度刑智上易字第66號刑事判決亦同此意旨。智慧財產及商業法院113年度刑智上易字第14號刑事判決：「本案被告客觀上確有於同一商品使用相同及近似之註冊商標之行為，主觀上亦有基於行銷之目的而於同一商品使用相同及近似之註冊商標之故意，業經本院詳述理由如前，原審未詳為推求，而為被告無罪之諭知，自有未洽。」臺灣高等法院94年度上易字第409號刑事判決：「被告未經告訴人之同意或授權，擅自使用相同告訴人註冊之商標於相同之商品，並以販賣，其有侵害商標權之故意，亦可認定。」

的要件，除一般理解的「銷售前混淆誤認之虞」外，是否包含「初始興趣混淆」和「銷售後非買受人的混淆誤認之虞」¹³⁷。若行為人正確理解其有製造仿冒商標之商品的事實，因該商品之售價較低廉而主觀上不認有混淆誤認之可能（誤認法所不禁止），但客觀上仍有售後混淆之風險者，法律評價上可屬於禁止錯誤¹³⁸（誤認違法為合法）或包攝錯誤¹³⁹（適用錯誤），得依刑法第16條之規定，視可否避免分別阻卻或減輕罪責。

此種商標刑法之解釋，有助於對行為人之冒用、偽造和仿造行為之屬性，有較清楚之認識。因為2003年修正前後之舊商標法和新商標法規定的侵害商標權罪之冒用、偽造和仿造行為，均須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（商標），屬於仿冒商品與仿冒商標之結合。換言之，僅於商標之冒用、偽造和仿造行為階段，尚無商標侵害之抽象危險，原則上不構成商標法之侵害商標權罪¹⁴⁰；惟若為商標之冒用、偽造使用於商品（或服務）上，即有仿冒商標之商品

¹³⁷ 參見智慧財產及商業法院110年度民公上更(一)字第1號民事判決：「售後混淆誤認理論乃起源於美國，然究其本質，僅是將混淆誤認的判斷主體加以擴張，使之包括「潛在」消費者在內；以商標法保護消費者利益之立法目的為由來看，商標法理應明文或間接承認售後混淆誤認為混淆誤認類型之一種。」參見陳匡正，商標售後混淆誤認爭議之研究——從智慧財產法院104年度民商上字第13號民事判決開始談起，商標法專題研究——以商標使用、耗盡原則及混淆誤認之判斷為中心，2020年，224-230頁。

¹³⁸ 參見最高法院109年度台上字第4086號刑事判決：「倘行為人對於構成要件之具體事實有所誤認，且一般人亦認為該錯誤可以理解，係屬阻卻故意之構成要件錯誤；如對於具體事實之認識無誤，但對於該具體事實在法律上之整體評價有所誤解，則屬禁止錯誤，不影響構成要件故意，但視可否避免分別阻卻或減輕罪責。」

¹³⁹ 參見臺灣高等法院110年度金上訴字第36號刑事判決：「若行為人對於規範性構成要件要素錯誤理解，以為其行為不受禁止，因此時行為人誤解係為法律規範內容或效力範疇，即屬違法性認識欠缺，而非事實狀況誤認，自無從排除故意，此即學理上所稱之包攝錯誤（Subsumtionsirrtum），而應依禁止錯誤處理。」

¹⁴⁰ 實務上認刑法第253條所處罰之行為尚無「商標之使用」，此為其與1983年版商標法第62條適用上之差別。參見參見司法院(72)廳刑一字第588號，司法院第二廳研究意見，72年7月1日。司法院(72)廳刑一字第557號，丙說，72年6月29日。最高法院72年度台上字第4672號刑事判決：「僅意圖欺騙他人而偽造或仿造他已登記之商標及圖樣，如果未加以使用者，固應論以刑法第二百五十三條之偽造仿造商標罪，但若進而使用偽造仿造之商標及圖樣於同一商品或同類商品者，商標法第六十二條第一款，既有特別規定，自應論以該特別法所規定之罪。」最高法院76年度台上字第8513號刑事判決：「商標法所稱商標之使用，係指將商標用於

之「製造」行為，應認定有抽象危險，且至少應具備足以發生侵害法益危險的本質（「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」，以符合「罪責原則」），已構成本法第95條之犯罪；嗣後若他人將仿冒商標之商品（或服務）散布而進接公開市場，使之處於相關消費者得隨時接觸之狀態，則屬於本法第97條之犯罪，但不以已造成相關消費者混淆誤認之結果為必要。若為第95條之行為人實行後續散布行為，實務則依高度行為吸收低度行為之法理，不另論本法第97條之犯罪¹⁴¹。

不過2022年商標法修正第95條¹⁴²（已公告但尚未施行¹⁴³），其中第1項之規定，除刪除「為行銷目的」外，大致同於2011年版商標法第95條，另並新增第2、3項，其中第2項規範商標侵害罪之實質預備犯¹⁴⁴或幫助犯，例如為行銷目的而製

商品或其包裝或容器之上，行銷國內市場或外銷者而言。同法第六條第一項定有明文。故行為人於其商品上偽造或仿造他人已登記或註冊之商標，在商品尚未銷售國內市場或外銷國外前，僅能論以刑法第二百五十三條意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標罪，尚不能遽以商標法第六十二條第一款於同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣罪責相繩。」

¹⁴¹ 參見智慧財產法院109年度刑智上易字第24號刑事判決：「查被告未經告訴人○○公司之同意或授權，以行銷為目的，故意於所生產之調理包商品，標示與940號商標同一之侵權字樣、圖樣，並於類似之上述商品使用之，致相關消費者混淆誤認之虞，繼而加以販賣之，核被告所為，係違反商標法第95條第2款之侵害商標權罪。至被告非法使用同一經註冊之商標於類似商品後，進而販賣上開商品之行為，應為使用之高度行為所吸收，不另論罪，是無庸論斷是否適用商標法第97條之販賣侵害商標權之商品罪，附此敘明。」

參見蔡惠如，註95文，250頁。

¹⁴² 2022年版商標法第95條：「未得商標權人或團體商標權人同意，有下列情形之一，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：於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。意圖供自己或他人用於與註冊商標或團體商標同一商品或服務，未得商標權人或團體商標權人同意，為行銷目的而製造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入附有相同或近似於註冊商標或團體商標之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。前項之行為透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。」

¹⁴³ 2022年5月4日公布，但因相關條文與我國加入CPTPP之時程有關，其施行日尚未公布。

¹⁴⁴ 犯罪之階段中所謂之預備行為，係指著手實行前之準備行為或使犯罪實行予以便利之行為，刑法在原則上不罰預備行為，但對於重大犯罪之預備行為，則設有預備犯之處罰規定，刑法中以「預備犯第×項之罪……」體例表示者即屬之，此稱為形式預備罪，共計有普通內亂罪（§ 100 II）、暴動內亂罪（§ 101 II）、外患罪（§ 103 III～§ 107 III、§ 109 IV、§ 111 III）、

造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入附有相同或近似於註冊商標或團體商標之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品，可能為第95條第1項之行為人之預備行為，或第三人之幫助行為。

基此，現行商標法第95條第1項第1款規定之「冒用商標之商品」或「偽造商標之商品」行為乃商標之冒用、偽造使用於商品（或服務）上，屬抽象危險犯，並應作「適性犯」^{145、146、147}的理解，要求該構成要件行為必須具備特定性質，即須「適

放火燒燬現住建築物及交通工具罪（§ 173IV）、普通殺人罪（§ 271III）、普通強盜罪（§ 328V）、擄人勒贖罪（§ 347IV），又某些犯罪行為為性質上原屬預備行為，但刑法上卻予以獨立科罰者（成立獨立罪名）。此即稱為實質預備罪，例如加重危險物罪（§ 187）、預備偽造變造幣券或減損貨幣罪（§ 199）預備偽造變造有價證券罪（§ 204）。參見曾淑瑜，有關預備罪之諸問題，軍法專刊，1999年1月，45卷1期，22頁。實質預備犯之處罰理由，乃該等行為已經製造了無法控制的危險（製造槍砲尚未使用，但槍砲具有物理上危險性、使用上便利性），或是該等行為與後續的犯罪行為具有明顯的連結關係（例如製造、交付、收受偽造貨幣之原料器械之於偽造貨幣）。參見王皇玉，刑法總則(二)，第十三章，31頁，https://ocw.aca.ntu.edu.tw/uploads/course_item_file/file/5258/109S102_CT13L01.pdf，最後瀏覽日：2025年12月12日。

- ¹⁴⁵ 最高法院114年度台上字第2223號刑事判決：「刑事法上所謂『危險犯』與『實害犯』乃相對應之概念，前者（即危險犯）係以對法益發生侵害的危險，作為處罰之根據，祇要行為對法益具有侵害之危險性存在，即成立犯罪。而後者（即實害犯）則以對法益之實際侵害，作為處罰之根據，必須行為已經實際發生法益之侵害，始能構成犯罪。而「危險犯」一般可分為『抽象危險犯』與『具體危險犯』，前者係指立法者擬制構成要件行為本身已對行為客體或所欲保護法益具有現實且不能容許的一般危險性，故行為人之行為只要合致構成要件，即直接認定其行為具有此等抽象危險，無待法院對侵害危險之有無加以審查認定，犯罪即已成立。而具體危險犯則指行為人之行為除應合致於構成要件行為本身外，其行為於個案中，尚須導致行為客體或所欲保護法益陷在客觀上通常會發生實害結果之危險狀態，且此危險狀態（即危險結果）須現實已經存在而非抽象或一般性的描述，至於危險狀態之有無，立法者則要求法院依據個案情況而為個案判斷。是兩者最大的差異在於危險性質的不同，抽象危險犯之危險，係行為屬性之危險，具體危險犯之危險，乃結果屬性之危險，故兩者形式上的區分基準，在於危險犯之構成要件若有『致生……危險』明文規定者，為具體危險犯，若無，則為抽象危險犯。而抽象危險犯之過度前置處罰，恐造成無實質法益侵害之行為亦在處罰範圍之列，具體危險犯則亦有危險狀態或其因果關係難以證明而免予受罰之情形，故為節制處罰過寬或避免處罰過嚴之不合理，即有必要透過適性犯（或稱適格犯）之犯罪類型予以緩和。所謂適性犯，即行為人所為之危險行為必須該當『足以』發生侵害之適合性要件始予以處罰，亦即構成要件該當判斷上，仍應從個案情狀評價行為人之行為強度，是否在發展過程中存有

侵害所欲保護客體或法益之實際可能性，至於行為是否通常會導致實害結果之危險狀態，即非所問。是其評價重點在於近似抽象危險犯之行為屬性，而非具體危險犯之結果屬性。故凡構成要件明白表示『足以』之要件者，如刑法偽造文書罪之『足以生損害於公眾或他人』，即為形式適性犯之例示規定。倘構成要件未予明白揭示，但個案犯罪成立在解釋上亦應合致『足以』之要件者，如刑法第168條偽證罪規定『於案情有重要關係之事項』，係指『該事項之有無，「足以」影響裁判之結果而言』；同法第169條誣告罪之成立，必須行為人所虛構之事實『足使被誣告人有受刑事處罰或懲戒處分之危險者』，則均屬實質適性犯。而所以將適性犯適用於刑法規定之上，乃因在處罰行為人之行為時，不僅因行為造成法益之危險，更要求達到一定危險規模時，始加以處罰，把法益侵害極其輕微者，作為在構成要件階段之除罪因素，有助於實務上對成罪判斷之實質裁量。是抽象危險犯、具體危險犯及適性犯，在構成要件定性上乃不同之犯罪類型，各有其判斷標準，識別度甚高，不容混淆。」

146 最高法院112年度台上字第2376號刑事判決：「具體危險犯有危險結果或其因果關係難以證明之情形，致使其構成要件無法達成立法者原先所預期之功能。至於抽象危險犯之『危險』係由立法者擬制，行為人即使舉證證明其行為完全不具危險性，仍應受罰，恐造成無實質法益侵害之行為亦在處罰之列，不免有違反罪責原則之虞。為彌補具體及抽象危險犯之缺失，晚近學說與立法方式因而發展出『適性犯』（或稱『適格犯』、『潛在危險犯』）之犯罪類型予以緩和。亦即為避免抽象危險犯之規定，可能羅織犯罪過廣，及具體危險犯之危險結果難以證明之窘境，因而有『適性犯』犯罪類型之產生。而行為人所為之危險行為是否該當『足以』發生侵害之適合性要件，在構成要件該當判斷上，係基於與行為人相當之理性第三人之標準為斷，以評價行為人之行為強度，是否已具備法條所描述之危險特徵，或有無侵害所欲保護客體或法益之可能性，至於行為是否導致實害結果之發生，即非所問。是「適性犯」之評價著重在行為屬性，縱使客觀上尚未產生具體之危險狀態，但只要行為人之行為本身具有法條中所要求的特定危險性質，即屬該當，此與具體危險犯必須客觀上已致生危險結果，始得論以既遂，明顯有別；亦與抽象危險犯，不論是否具備危險可能性，只要實行構成要件之行為時，即論以既遂有異。」

147 最高法院114年度台上字第2744號刑事判決：「學理所稱介於抽象危險犯與具體危險犯型態間之適性犯，指對保護法益具有危險適性行為之犯罪，認為行為人實行形式上符合構成要件定型之行為外，仍須從實質上判斷適於具有損害法益潛在之可能性者，始克成罪，乃以『足以（生）』對法益危險或可能損害之適性要件限制犯罪之成立，則就適性犯之釋義而言，行為對於法益有危害之虞即為已足，不以實際發生危害為必要。相對於此，刑法妨害秩序、公共危險罪章中之具體危險犯，及刑法背信、妨害電腦使用罪之實害犯，概要求具體危險或實際損害之結果發生始告既遂，而於立法技術在行為要素與諸如：危害於公安、公眾或交通往來之危險、公共危險或往來之危險，或損害於本人財產或公眾或他人等結果要素間，以『致生』作為連結字詞，作為構成犯罪之要件，尚須審查行為有無導致發生具體危險或實害之結果。從適性犯與具體危險犯有上揭概念與結構之差異以觀，危險犯中定位為適性犯者，仍偏屬抽象危險犯之型態。」

足以造成」或「足生」(geeignet)特定之現象、狀態或法益侵害之危險，即近似抽象危險犯，其非要求客觀上須有發生一定法益侵害危險，而係要求有發生特定危險之可能性，俾對犯罪構成要件之該當性為一定限制¹⁴⁸；其冒用、偽造行為之危險性只要達到足以造成相關消費者混淆誤認，即已既遂¹⁴⁹。反之，若冒用、偽造行為的形態之危險性尚未適格者，如尚不足以造成相關消費者混淆誤認，則構成未遂¹⁵⁰，而非屬本條規定之犯罪。現行商標法第95條第2、3款規定之商標「仿造」行為乃商標之仿造使用於商品（或服務）上，尚須具備足以發生侵害法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」者，已如前述，始足以成立既遂犯罪。反之，若仿造行為的形態尚無足以發生侵害法益危險的本質（適格）者，如尚未有「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」者，至多僅有抽象風險者，則構成未遂¹⁵¹，而非屬本條規定之犯罪。

三、我國歷來商標法修正之商標侵害行為的內涵及其行為屬性

綜合上述說明，我國自1972年至2022年間的商標法修正中關於商標侵害罪之行為內涵，涉及商標之使用的定義，其中因有「行銷市面」、「行銷國內市場或外銷

¹⁴⁸ 最高法院110年度台上字第187號刑事判決：「學理上所稱之『適性犯』或『適格犯』(Eignungsdelikt)，係指該犯罪之構成，除行為人須完成特定之行為，並滿足其他必要之構成要件要素外，並要求該構成要件行為必須具備特定性質，即須『適足以造成』或『足生』(geeignet)特定之現象、狀態或法益侵害之危險。適性犯之性質，非具體危險犯，係近似抽象危險犯，其非要求客觀上須有發生一定法益侵害危險，而係要求有發生特定危險之可能性，俾對犯罪構成要件之該當性為一定限制。」

¹⁴⁹ 學說上有認為，商標法第95條第1項第1款未必能推定有「致相關消費者混淆誤認之虞」，例如在夜市販賣附有著名商標的商品，消費者是否真的會誤認其為真品，似有疑義。參見侯羽欣，註4論文，154頁。但本文認為，首次購買者或許無混淆誤認之情形，但仍有售後混淆之風險。

¹⁵⁰ 在抽象危險性犯上，多半認為的抽象危險性犯未遂指的其實就是實害的預備。而部分抽象危險性犯的立法設有特定的結果，該結果應屬中間結果，是為立法者對抽象危險性的指引。參見王予泰，危險犯與未遂本質之研究——以公共危險罪為核心，中央警察大學法律學系研究所碩士論文，2023年，117頁。

¹⁵¹ 例如前註149所舉之事例，在售後混淆之情形，其是否屬於具備足以發生侵害保護法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」，殊值討論。

者」或「持有、陳列或散布」或「為行銷之目的……足以使相關消費者認識其為商標」之限定，產生商標侵害行為是否不及於「製造」、「持有」等尚未近接公開市場之行為的爭議；也涉及各該修正時期本法關於「沒收」之客體包含商標侵害「製造」行為之物品時，即表徵商標侵害行為應該及於「製造」、「持有」行為之結論。如此使得我國歷來商標法規範之商標侵害行為是否及於「製造」、「持有」行為，而論以抽象危險犯（或適性犯）或具體危險犯，成為區別商標侵害罪（歷來商標法之第62條、第81條或第95條）與非法流通仿冒商標商品罪（歷來商標法之第62條之2、第63條、第82條或第97條）之關鍵，詳如表1所述。



表1

商標法	修正年份					
	1972	1983、 1985、1989	1993	1997	2003	2011、2022
商標之 使用	「行銷市 面」	「行銷國內 市場或外銷 者」	「為行銷之目 的……而持有、陳 列或散布」	「為行銷之 目的……足 以使相關消 費者認識其 為商標」	「為行銷之目的……並足以 使相關消費者認識其為商 標：一、將商標用於商品或 其包裝容器。二、持有、陳 列、販賣、輸出或輸入前款 之商品。三、將商標用於與 提供服務有關之物品。……」	
商標侵 害行為	「偽造」或「仿造」 仿冒商標而用於同一 或同類商品； 於同一或同類商品之 廣告文書附加「偽造」 或「仿造」之商標圖 樣「而陳列或散布」 ※1972年版商標法排 除「製造」、「持有」 行為，但1983、1985、 1989年版商標法是否 排除，則有爭議。		「意圖欺騙他人」 「偽造」或「仿 造」仿冒商標而用 於同一或類似商 品； 於同一或類似商品 之廣告文書附加 「偽造」或「仿 造」之商標圖樣 「而陳列或散布」		「未得商標權人同意」「偽造」或「仿 造」仿冒商標而用於同一或類似商品 「有致相關消費者混淆誤認之虞」；	
危險犯 類型	具體危險 犯	本文採：抽 象危險犯	本文採：抽象危險 犯	本文採：抽象危險犯（適性犯）		
單純商 標流通 行為	亦為 § 62 所涵蓋	「明知」而「販賣」、「陳列」、「輸 入」、「輸出」仿冒商標之商品				「明知」而「販賣」、「持 有」、「陳列」、「輸 入」、「輸出」「他人」所 為之仿冒商標之商品
危險犯 類型	具體危險 犯	本文採：抽 象危險犯	本文採：抽象危險 犯（適性犯） ¹⁵²	本文採：抽象危險犯（適性犯）		

¹⁵² 實務有認商標法第63條之行為人不必有第62條之「意圖欺騙他人」，參見臺灣高等法院暨所屬法院88年法律座談會刑事類提案第49號法律問題：商標法第六十三條之犯罪構成要件「明

歷來商標法規範之商標侵害行為、非法流通行為可圖示如下圖1-1至圖2-2所示。

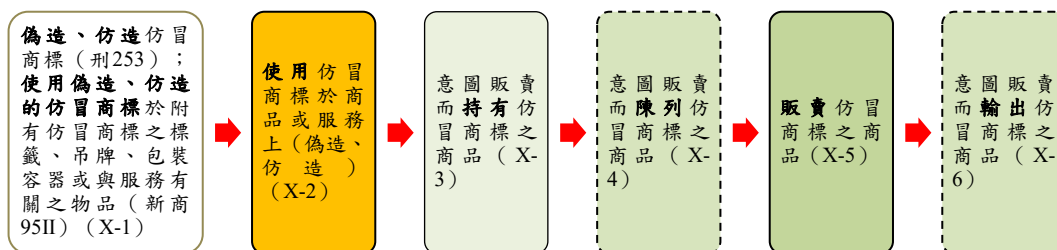


圖 1-1

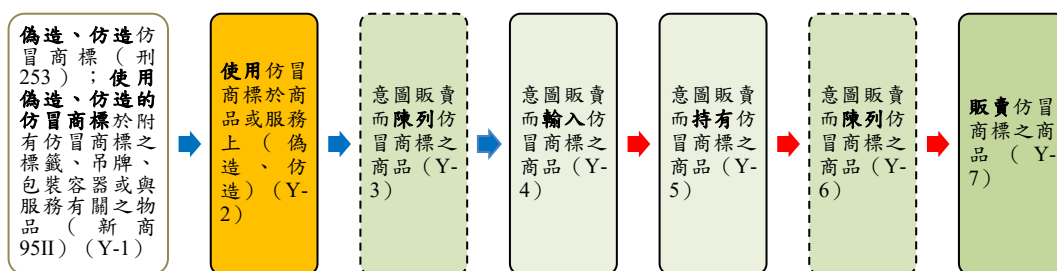


圖 1-2

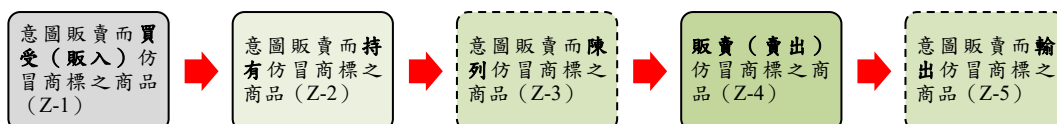


圖 2-1

知為前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者」之「前條商品」，是否包括商標法第六十二條之「意圖欺騙他人」犯罪主觀要件？甲以每只五百元價格向乙販入仿冒之勞力士手錶（真品市價新台幣伍萬元），再以每只新台幣一千元在夜市販賣予不特定之人，甲之行為是否涉犯商標法第六十三條之罪？審查意見採甲說（否定說）。1999年12月。

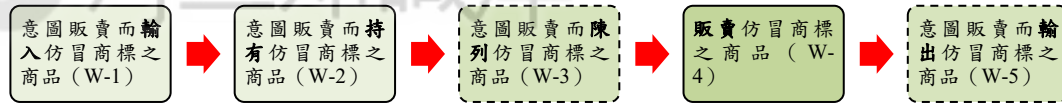


圖2-2

1972年版商標法，因第6條關於「商標之使用」受有行為情狀「行銷市面」之限制，所以此時期本法第62條規範之商標侵害行為，例如陳列、販賣、輸入、輸出，始於「行銷市面」之際，方致生損害（用以維繫商標權權人及消費者利益之）市場公平競爭秩序之危險，至於製造、持有行為，尚不與焉；其可能的商標侵害行為態樣有：(一)陳列→販賣〔如圖1-1的(X-4)、(X-5)〕；(二)輸入→販賣〔如圖2-2的(W-1)、(W-4)〕；(三)販賣→輸出〔如圖1-1的(X-5)、(X-6)；圖2-2的(W-4)、(W-5)〕，其中陳列、輸出行為為販賣之高度行為所吸收，販賣行為為輸入之高度行為所吸收。基此，此時期本法第62條之行為，具有「行銷市面」而致生損害保護法益¹⁵³之具體危險，以近接公開市場為限，屬「具體危險犯」，亦涵蓋單純商標流通行為。

1983、1985、1989年版商標法，因第6條關於「商標之使用」而似受有行為情狀「行銷國內市場或外銷者」之限制，所以此些時期本法第62條規範之商標侵害行為，例如陳列、販賣、輸入、輸出，始於「行銷國內市場或外銷者」之際，方致生損害（用以維繫商標權權人及消費者利益之）市場公平競爭秩序之危險。不過，本法第62條規範之商標侵害行為，依本法第62條之2、第62條之3之體系解釋，應包含「製造」、「持有」行為，以合理化本法第62條（刑度高）和第62條之2（刑度低）間之刑度差異。其可能的行為態樣有：1.製造→（持有）；2.製造→（持有）→（陳列）→販賣；3.製造→（持有）→輸出；4.製造→（持有）→販賣→輸出〔如圖1-1的(X-2)～(X-6)〕，其中（持有、陳列、）販賣、輸出行為為製造之高度行為所吸收^{154、155}。但應排除以下行為態樣：5.輸入→（持有）→（陳列）→販

¹⁵³ 參見1972年版商標法第1條：「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，特制定本法。」

¹⁵⁴ 參見臺灣臺北地方法院法律座談會就「問題說明：某甲偽造他人已註冊商標圖樣之貨物後，復將之販賣於不特定之顧客得利，除成立商標法第六十二條第一款之罪外，是否又觸犯同法

賣；6.輸入→（持有）→輸出；7.輸入→（持有）→販賣→輸出，蓋5.～7.此些行為〔如圖2-2的（W-1）～（W-5）〕不涉及製造行為且已為刑度較低之第62條之2所涵蓋，自不應再以刑度較高之第62條處罰之。

基此，此些時期本法第6條之「行銷國內市場或外銷者」，應依目的性解釋為「供行銷國內市場或外銷之用」，本法第62條之行為（上述1.～4.行為），不以具有「行銷國內市場或外銷」而致生損害保護法益之具體危險為必要（不過問是否有致生相關消費者混淆誤認之危險），不以近接公開市場為限，屬「抽象危險犯」，又因有「足以使相關消費者混淆誤認」之不成文要件，須具備足以發生侵害法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者混淆誤認」者，始構成犯罪，更屬「適性犯」。同理，此些時期本法第62條之2規範之商標侵害行為，例如上述5.～7.行為以及8.販賣（販入）→（持有）→（陳列）→販賣（賣出）；9.販賣（販入）→（持有）→輸出；10.販賣（販入）→（持有）→販賣（賣出）→輸出〔如圖2-1的（Z-1）～（Z-5）〕，亦以「供行銷國內市場或外銷之用」為目的，不全以近接公開市場為限¹⁵⁶，亦屬「抽象危險犯」，又因其行為客體屬他人所製造構成侵害商標罪之商品，第62條之2之行為人亦對於該商品，須具備足以發生侵害法益危險的本質（適格）即「足以使相關消費者混淆誤認」者，始構成犯罪，更屬「適性犯」。

1993、1997年版商標法，因第6條關於「商標之使用」而受有「為行銷之目的……而持有、陳列或散布」之目的及行為限制，所以此些時期本法第62條規範之商標侵害行為，例如製造、持有、陳列、散布（販賣、輸入、輸出），只要有「為行銷之目的」之「持有、陳列或散布」行為，不以有致生損害保護法益之具體危險為必要，不以近接公開市場為限，屬「抽象危險犯」，其中「製造」行為本即有供後續行銷之目的，雖非第6條列舉之行為，但本法第64條關於「沒收」之規定包含

第六十二條之二之罪？」所採甲說，1993年6月1日。

¹⁵⁵ 此時其實務見解亦有依舊刑法第55條關於牽連犯之規定論斷，最高法院77年度台上字第4789號刑事判決：「上訴人所為，係犯商標法第六十二條第一款使用相同註冊商標之圖樣罪與第六十二條之二明知上列商品而販賣罪，二行為之間有方法結果之牽連關係，應從一重之前罪處斷。」

¹⁵⁶ 尤其是「輸入」行為，實施於「持有」行為（依此時期之舊實務見解，「販賣」包含販入及賣出，有一即屬成立，則「持有」行為即包含在「販賣」行為之內）之前，是否已近接公開市場，非無爭議。

「犯前二條之罪所製造……之商品」，屬於刑法第38條關於「因犯罪所生之物」，所以，本法第62條仍應包含有「為行銷之目的」之「製造」行為，即上述1.~4.行為〔如圖1-1的（X-2）~（X-6）〕。

此些時期本法第62條規範之商標侵害行為，亦受有「意圖欺騙他人」之不法意圖限制，屬意圖犯或目的犯¹⁵⁷，除客觀構成要件外，行為人的主觀意向，尚企求一個後續的結果¹⁵⁸，即犯罪後之將來可能發生之事項¹⁵⁹（他人被欺騙）。換言之，若行為人不具此不法意圖者，即不構成本法第62條之罪¹⁶⁰。例如購買者於購買之際，依其低廉之價格而明知為仿品，仍購買之，則販賣之行為人尚無意圖欺騙他人，而不成罪¹⁶¹。實務上有認為，所謂「意圖欺騙他人」，係可由行為人以次充好¹⁶²，或仿冒行為足使一般人對該商品之來源與信譽發生混淆¹⁶³，可以得知。但其實這些行為事實係傳遞非真實之資訊，概屬於「詐術」的範疇。實務上甚至認為，意圖欺騙他人而就同一商品，使用近似於他人註冊商標之圖樣進而販賣，本含有詐欺之性質¹⁶⁴。本文認為，由本法第62條所包含之上述2.行為〔如圖1-1的（X-2）~（X-5）〕可知，意圖欺騙他人而「冒用」、「偽造」或「仿造」（即製造）仿冒商標之商品進而販賣，先後構成第62條和第63條之罪，並依吸收之法理或牽連犯¹⁶⁵之規定，論

¹⁵⁷ 參見黃仲夫，刑法精義，2003年，47、71-72頁。

¹⁵⁸ 參見林東茂，註48書，1-106頁。

¹⁵⁹ 參見黃仲夫，註157書，71頁。

¹⁶⁰ 參見臺灣高等法院85年度上訴字第2004號刑事判決。

¹⁶¹ 參見後註164之法律座談會所採甲說。

¹⁶² 臺灣高等法院84年度上易字第2666號刑事判決：「八十二年十二月二十二日修正公布之現行商標法第六十二條，明定使用他人註冊商標而受刑事處罰者，以行為人有欺騙他人之意圖為前提要件，而所謂意圖欺騙他人，係指以主觀仿造之意思，故意以低劣品質之商品，銷售高於品質之價格，以欺騙消費者，或對他人廣為宣傳有知名度之品牌，故意使用該品牌，以欺騙消費者之謂。」臺灣高等法院88年度上易字第919號刑事判決亦同此意旨。

¹⁶³ 最高法院86年度台上字第7547號刑事判決：「商標法第六十二條第一款所謂意圖欺騙他人，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罪，必行為人在其製造之同一商品或類似商品上所使用之商標圖樣，並非原廠製作之商標圖樣，而係出於行為人之擅自仿冒，足使一般人對該商品之來源與信譽發生混淆者，始足當之。」

¹⁶⁴ 參見最高法院85年度台非字第43號刑事判決。

¹⁶⁵ 此時其實務見解亦有依舊刑法第55條關於牽連犯之規定論斷，司法院第50期司法業務研究會法律問題研討第5則「法律問題：某甲意圖欺騙他人，於類似商品上使用近似於他人註冊商

以第62條之罪，其雖有欺騙他人之意圖，也有施用詐術（「冒用」、「偽造」或「仿造」）之可能，但不以有詐欺罪之不法所有意圖為必要，也未必使受害人交付財物，所以未必會構成刑法第339條之詐欺取財既遂罪，但詐欺取財未遂罪是有可能的。

此些時期本法第63條規範之商標侵害行為，例如上述5.至10.行為〔如圖2-1的（Z-1）～（Z-5）；圖2-2的（W-1）～（W-5）〕，有實行「為行銷之目的」之「持有、陳列或散布」行為，不以有致生損害保護法益之具體危險為必要，不以近接公開市場為限，屬「抽象危險犯」，更屬「適性犯」，但只要「明知」屬第62條之商品而為之，無須具有「意圖欺騙他人」之主觀要件¹⁶⁶。

2003年版商標法，因第6條關於「商標之使用」而受有「為行銷之目的……足以使相關消費者認識其為商標」之目的及客體限制，所以此時期本法第81條規範之商標侵害行為，例如製造、持有、陳列、販賣、輸入、輸出，只要「為行銷之目的」，將仿冒商標用於商品、服務等，具有「使相關消費者認識其為商標」以及「有致相關消費者混淆誤認」的性質，不以有致生損害保護法益之具體危險為必要，不以近接公開市場為限，屬「抽象危險犯」，更屬「適性犯」，其中「製造」行為只要有供後續行銷之目的，亦為第81條所涵蓋者，而得與第82條列舉之持有、陳列、販賣、輸入、輸出等非法流通行為相區別者，尤其本法第83條關於「沒收」之規定包含「犯前二條之罪所製造……之商品」，屬於刑法第38條關於「因犯罪所生之物」。所以，本法第81條仍應包含有「為行銷之目的」之「製造」行為，第82條則不予焉。但第81、82條皆屬「適性犯」之規定，行為人對於「有致相關消費者混淆誤認」不成文或成文構成要件，主觀上仍須有所認知，方有犯罪之故意。

2011年版商標法第95條之規定大致與2003年版同，但2011年版商標法第5條規定「商標之使用」的類型包括製造（本條第1項第1款）、製造後之流通（本條第1項第2款）、商標用於與提供服務有關之物品（本條第1項第3款）、商標用於商業文書（本條第1項第4款）等，仿冒商標之商品之製造（冒用、偽造、仿造）構成第95條之罪，屬「適性犯」，其後再續為流通行為，不再另成第97條之罪；行為人製

標之圖樣，而加以販賣，應如何論罪？」所採乙說，2001年8月。

¹⁶⁶ 參見註164法律座談會所採甲說。

造該商品後之流通，不另成第97條之罪，但他人不涉及製造商品而僅另行流通之行為，則僅構成第97條之罪¹⁶⁷，亦屬「適性犯」。2022年版商標法（尚未施行）第95、97條就商標侵害罪與非法流通仿冒商標之商品罪之規定與2011年版相同，所不同者在於，前者新增商標侵害罪之實質預備犯或幫助犯〔如圖1-1的（X-1）、圖1-2的（Y-1）所示〕。

與2003年版商標法第81、82條相同，2011年版商標法第95、97條規範的商標刑事侵害行為雖分別以製造（可兼含流通）行為和流通行為為其核心，核屬保護超個人法益（社會法益）之「適性犯」之性質，但對於第68條規範保護個人財產法益之商標民事侵權行為的類型及內涵，應著重於「商標權」受「侵害」而造成「損害」之本質，無須以前述商標刑法的區分標準為限，所以無論行為人未經商標權人同意之製造、持有和流通行為，皆會造成商標權之侵害，其本身即屬「損害」，限於篇幅，將另文予以析論。

最後，圖1-2所示情形屬較為特殊之商標侵害類型，原因在於行為人之仿冒商標的「製造」行為（Y-1）、仿冒商標的承載物的「製造」行為（Y-2）、仿冒商標之商品的「製造」行為（Y-3）若實行於我國境外者，商標權人是否受有商標侵害、我國檢察機關和法院是否有管轄權，非無爭議。若認商標權人就此等境外行為無法主張權利，則商標權人就此等境外行為之後的境內行為（Y-4～Y-7），應如何主張權利，亦有爭議。這些議題涉及跨境商標侵害行為應如何適用刑法第4條關於「隔地犯」之規定的問題，限於篇幅，將另文予以析論。

肆、結 論

過去實務上認為，商品仿造商標圖樣製造完成後甫畢堆放其自己工廠倉庫（即持有）尚未行銷市面，即被查獲，尚不構成舊法第62條第1款之罪。此即促成1972年版商標法第6條規定「商標之使用」，係指將商標用於商品或其包裝或容器之上，行銷市面而言。舊法第62條規定之註冊商標之圖樣的冒用、偽造或仿造，是否

¹⁶⁷ 亦請參見蔡惠如，註96文，250頁。

包含第6條關於「商標之使用」的「行銷市面」，此於1972至1997年版商標法就「商標之使用」分別規範「行銷市面」、「行銷國內市場或外銷者」、「為行銷之目的……而持有、陳列或散布」等要件，非無爭議；亦造成仿冒商標之商品之「製造」行為先於「持有」行為，更應認定為尚未行銷市面，而不構成商標侵害罪之奇特結論。

本文認為，現行商標法第95、97條規範的商標刑事侵害行為雖分別以製造（可兼含流通）行為和流通行為為其核心，具備第5條「足以使相關消費者認識其為商標」及第95條「有致相關消費者混淆誤認之虞」的不成文或成文構成要件，核屬保護超個人法益（社會法益）之「適性犯」之性質。基此，仿冒商標之商品之「製造」（「冒用」、「偽造」或「仿造」）行為，當「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」時，即已具備足以發生侵害法益危險的本質（適格），已構成第95條之商標侵害罪，否則即構成未遂而不罰；此時，行為人再將商品置於倉庫，即使未及行銷市面，仍有行銷之目的，仍係「製造」行為之後行為，而為「製造」行為所吸收，或屬「不罰後行為」，不另成罪。他人將商品另行流通者，當認知該商品「有致相關消費者混淆誤認之虞」時，該當第97條之非法流通仿冒商標之商品罪，否則若該商品不具備「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」的本質（適格）時，流通行為構成未遂而不罰，又若流通行為人不具備該「之虞」之認知時，即無「明知」，核屬過失而無罪。

次就商標回銷爭議中我國代工廠商製造該商標商品，係直接輸出至外國委託廠商所在國家，而未在我國境內投放於公開市場的議題，在我國代工廠商製造並輸出該商標商品之行為中，若該「製造」行為得評價為我國商標之「冒用」、「偽造」或「仿造」者，仍不會構成現行商標法第95條之商標侵害罪。蓋行為人之「製造」行為，依其行銷之目的，不會投入我國公開市場，尚未「足以造成相關消費者混淆誤認」，即未具備「足以使相關消費者認識其為商標並混淆誤認」即足以發生侵害法益危險的本質（適格），即使後續有「輸出」至外國委託廠商之行為，此流通行為亦無使我國相關消費者得隨時接觸商品之可能¹⁶⁸，仍不「足以造成相關消費者混

¹⁶⁸ 現行商標法第97條規定之流通（販賣等）仿冒商標之商品罪所處罰之行為包含「輸出」，係源自於1983年版商標法第62條之2，諒係參考刑法第254條而來，但刑法第254條僅處罰「自外國輸入」者，輸出至外國，則不與焉。惟我國商標法之保護法益乃公開市場之公平競爭利

淆誤認」。

本文認為，內國代工廠受外國商標權人委託代工之「回銷」行為，與商標法第97條限制之侵害商標權罪之「輸出」行為間的差異，在於「回銷」行為僅存在於內國代工廠與外國商標權人之間，外國商標權人係將回銷商品視為己出之真品並以其名義流通於外國市場上，並無「有致（內國或外國）相關消費者混淆誤認之虞」的抽象危險；非法的「輸出」行為則存在於內國製造（或販賣）商與內國出口商或外國進口商之間，尚與內國商標權人無涉，內國出口商或外國進口商無從將輸出商品視為內國商標權人之真品，仍有「致（內國或外國）相關消費者混淆誤認之虞」的抽象危險。所以，合法的「回銷行為」限於受「外國商標權人」之委託，乃是有無「致（內國或外國）相關消費者混淆誤認之虞」的關鍵因素。實則，內國代工廠即使係受外國商標權人指示而為商標之使用，仍是基於行銷（商業代工）之目的而為商標之侵權使用，但客觀上未有致（內國和外國）相關消費混淆誤認之虞；商標法第97條限制之「輸出」行為所以屬非法者，毋寧仍有致（內國和外國）相關消費混淆誤認之虞¹⁶⁹，而「回銷行為」則否。

益兼及商標權人之權益，行為人將仿冒商標之商品輸出至外國者，仍可能損及我國商標權人之商品輸出利益。

¹⁶⁹ 實務有案例係原告甲在我國申請註冊取得A商標，行為人乙在中國大陸搶註取得與原告相同之A商標，並於授權大陸地區丙公司使用中國大陸A商標後，代工製造使用A商標之產品並回銷丙公司在中國大陸行銷之，判決認為乙之行為非單純之回銷行為，而係為行銷之目的而將系爭A商標使用於系爭商品或其包裝容器，並予以輸出，乙對於甲之系爭A商標之存在及不應予以侵害，縱無故意，亦有重大過失，自有違反商標法第5條、第68條第1、2款之規定。參見智慧財產法院108年度民商上字第14號民事判決。