商標專用權應保護誰？

于茲修

一、案例：

A公司在甲國世界著名之P牌商標，亦於世界多國獲准註册，惟在遠東地區台灣之商標專用權人卻是另一乙國之B公司所有，此刻如台灣之C公司雖明知在台之P商標專用權人係B，仍從甲國或他國購得眞正P牌之商品，輸入台灣銷售，則B公司可否阻止C公司輸入該項商品，此種商品輸入，是否構成商標專用權之侵害？

二、解說：

此爲「眞正商品並行輸入」之問題，而商標之所以受到法律之保護，乃係因商標具有特殊功能及擁有財產權之特殊性使然。故商標具有何種功能？應先予了解，茲簡要敘述於后：

㈠表彰商品來源之功能：商標之主要功能在於標明其所附屬之產品來源及出處。

㈡保證相同商標商品具有相同品質之功能：商標非僅指明製造來源，亦且爲商標專用權人對大衆保證其商品具有相當水準之品質之表徵。此乃由於現今社會交通發達及技術進步，消費者與製造商間之距離愈來愈遠，消費者所購買之物品，其製造商可能遠在世界另一角，然只要對遠方物品品質相當滿意，將來購買同一商標之商品時，只要認明商標，即可安心採購。

㈢表彰自己產品以與他人產品相區別之功能：商標應足以與他人之商標相區別，否則消費者無從選擇所欲購買之物品。

㈣營業信譽之象徵與廣告之功能：商標專用權人無不努力使其商標成爲廣告工具，使其在商場競爭上，變成不可或缺之媒介。由於品質優良，經過廣告之效能、長時間使用以及價格競爭之結果，商標在顧客心理上已產生一種深刻印象，自然增加其銷售量。此刻商標之信譽即已建立，消費者自然願意購買再購買矣！

㈤商標具有保護消費者之功能：商標受保護之目的在於能確保消費者免於遭受欺瞞，而能購買到其所欲購之物。

按商標法第六十二條第一款所規定之構成要件爲：「於同一商品或同類商品，使用相同或近似於他人註册商標之圖樣」。故行爲人認識自己之商標圖樣（如本題於甲國進口之P商標）使用於同一商品或同類商品中，相同或近似於他人已註册之商標圖樣（如本題乙國B公司之P商標），進而決意使用自己之商標圖樣（進口商品之商標圖樣），此時行爲人所爲之行爲即與商標法第六十二條第一款之構成要件該當，於形式上即可推定其有違法性。所謂「形式違法」，乃行爲違反法律上之禁止與命令規範，亦即行爲具備構成要件該當性，即已具有形式的違法性。而所謂「實質違法」，指行爲違反全部法律秩序之精神與目的，而對社會常軌之逸出與法益之攻擊，一般以法律之目的在維護吾人社會生活之共同規範；社會規範之作用，在於維持公共秩序、善良風俗或法的秩序。換言之；違反公共秩序或善良風俗，方爲具有實質的違法性。故行爲違反法律上之禁止或命令規範，此不過形式之違法，必更爲社會常軌（即其餘法律秩序）所不應容許，始爲實質之違法。進言之；於實質上，法律之目的乃規範社會共同生活之秩序，而以社會倫理觀念爲基礎。行爲人之行爲在形式上雖已符合該等構成要件，如即認之爲犯罪，而處以刑事制裁，在一般人心目中，與吾人之正義感相違，不免萌生不合理感。從而在罪刑法定原則下，行爲雖有實質之違法性，若不符合法律所規定之犯罪構成要件，固不能認爲有可罰之違法性存在；然形式上符合於法定犯罪構成要件之行爲，如未違反法秩序之精神者，亦不具有實質之違法性。質言之，就可罰性之違法行爲，必其行爲違反刑罰法規之命令或禁止規範，而害及全體法秩序者，始足當之。亦即行爲不僅須具有形式違法性，尙須具有實質違法性者，始爲可罰之違法性行爲。就前述商標法之功能（保護專用權之目的）似乎主要在於防止商品之來源、品質混同，以免消費者產生誤認誤購，因之商標專用權人具有排除他人使用足以發生混淆之商標，藉以阻止他人銷售與其相同之物品之權利。因此，如果不違反商標保護商標專用權之目的，雖然行爲人於形式上具有違法性，然實質上不具違法性者，仍難認其爲犯罪，而予以處罰。

本題情形，目前實務上採保護消費者立場之見解爲（否定說）：C公司雖未獲專用權人之同意，而使用同一商標，在台灣銷售原廠（A公司）製造之「眞正」商品，然其對商品之來源、品質，均無讓消費者誤認誤購之虞，該C公司，因欠缺實質之違法性，不構成仿冒。採保護專用權人立場之見解爲（肯定說）：商標專用權之保護，則著眼點除在保護消費者之外，亦保障廠商所支出的廣告費，能獲得適當的回饋，不能任由其他人利用商標專用權人之廣告，搭便車而獲得不當利益，如此才能促進工商企業之正常發展。即商標固然有保護公益之功能，但畢竟是爲了商標專用權人而存在，故商標權專用屬於私權，商標專用權人可因自己之商標而助於公益，但卻不能因公益而犧牲。因此，商標專用權人對其耗費時間、精力、金錢所創設之信譽，自宜擁有受保護之權利。C公司既然靠搭他人廣告使車之利，企圖分享他人之商業信譽，從中牟取不法之利益，且有侵害他人商標專用權之行爲，自應加以處罰。實則自事實面言之，現代社會，變動頻繁，各種利益，錯綜複雜，價值觀念，亦呈現多元狀態。法律本以保護社會所承認之利益，爲其終極目的，惟處此多元社會中，利益互爲衝突之現象，實在所難免，凡此均有予以調合之必要。商標法第一條之立法目的：「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，特制訂本法」，可知既曰「及」，即不能只顧及保障商標專用權人之利益而忽略了保護消費者，反之亦然，如此方能促進工商企業之正常發展。上述否定說與肯定說均未能兼顧保障消費者與專用權人之利益，均有失妥當。或謂於此情形下可主張超法規之違法阻卻事由，蓋C公司輸入者，既爲「眞正商品」，復無致消費者產生混淆誤認之虞，即無仿冒之情形而言，應符合社會相當之行爲，縱屬侵害專用權人法益，亦非違法。解決之道，法律應加以明文規定，如本題情形C公司輸入者，既爲眞正商品，即無仿冒情事，可阻卻違法；或貫徹商標法之屬地主義及註册主義，明文禁止此種不正競爭行爲，即B公司仍可阻止他人商品輸入，並可請求因此所造成之損害。以免於適用上產生疑義。

從不予專利保護之對象來談美國與我國在專利法規上之差異

王美玲

化學品及醫藥品在我國開放專利已將近兩年。比起中共的專利制度，我國顯然更爲先進。在民國75年12月24日之前，我國專利法第四條之規定爲：

左列物品不予專利：

一、化學品。
二、飲食品及嗜好品。
三、醫藥品及其調合品。
四、發明品之使用違反法律者。
五、妨害公共秩序、善良風俗或衞生者。
六、糧食新品種。

現行專利法第4條之規定中，對於不予專利之物品已大大開放，並就其作更詳細的規定：

左列各款不予發明專利：

一、飲食品及嗜好品。但其製造方法不在此限。
二、動、植物及微生物新品種。但植物新品種及微生物新菌種育成方法不在此限。
三、人體或動物疾病之診斷、治療或手術方法。
四、科學原理或數學方法。
五、遊戲及運動之規則或方法。
六、其他必須藉助於人類推理力、記憶力始能實施之方法或計畫。
七、物品新用途之發現。但化學品及醫藥品不在此限。

發明妨害公共秩序、善良風俗或衞生者，或發明品之使用違反法律者，不予專利。

同時要說明的是，我國專利共分成三種，即(1)發明專利，專利權之期間爲十五年；(2)新型專利，專利權之期間爲十年；(3)新式樣專利，專利權之期間爲五年。

接下來談美國專利之規定。首先必須介紹的是美國專利亦分成三種，分別爲(1)發明專利（utility patent），專利權之期間爲十七年；(2)新式樣專利（design patent），專利權之期間爲十四年；(3)植物專利（plant patent），專利權之期間爲十七年。

從大項目來看即可瞭解，我國目前暫時並無所謂之”植物專利“，比起美國仍略遜一疇。按我國係以農立國，各界對植物新品種之改良向來不遺餘力，如能將所改良之新品種成功地推介到美國，並先行取得植物專利之保護，則必有其有利之處。最近，”植物種苗法“已三讀通過，相信可補助我國目前無植物專利的缺失。

在美國，無法取得專利之對象爲：

1. 自然原理或法則（principles or laws of nature）
2. 天然存在之物品（naturally occurring articles）
3. 印刷品（printed matter）
4. 經營生意之方法（method of doing business）
5. 思考程序（mental processes）

關於第1項”自然原理或法則“不予專利一節，與我國現行專利法第四條第四款”科學原理或數學方法“不予專利乃屬相類似者。惟，數學方程式、數學演譯法及計算方法雖在中美兩國均不予專利，但美國方面却認爲這些方程式、演譯法或計算方法，若使用或應用在可專利之標的物上時，是仍可給予專利保護者。例如，在塑膠模製造程序中，用電腦程式來計算模具打開的時間，即爲可專利者，見案例Diamond V. Diehr, 450 U.S. 175,209 U.S.P.Q.1 (U.S. Supreme Court March 3,1981)。換句話說，仰賴數學方法而達成目的之製程或裝置是可予專利者。

關於第2項”天然存在之物品“不予專利一節，與我國專利法第四條第二款”動、植物及微生物新品種“不予專利似有類同之處，但在實際上，却大爲不同。美國設有植物專利一項，故植物新品種（即以無性繁殖之方式所培育出之植物新品種）當然可予專利。同時，美國方面更進一步強調人造微生物（man-made microorganism）爲可專利者，此點又與我國不同。更甚者，從美國之案例中亦可知，非人類之多細胞生物體，包括動物在內，亦可准專利。在一九八八年四月十二日，美國專利局核准了一種高級生物之專利，爲哈佛大學研究員所培育之一種可克服癌細胞而生長之鼠類，其基因有異於一般鼠類者。

要言之，美國採取的是完全的物質專利，故化學品、醫藥品、飲食品及嗜好品均可准予專利，而我國所採取的則是不完全的物質專利，故化學品及醫藥品雖開放專利，但飲食品及嗜好品仍不予專利保護。

美國雖然規定天然存在之物品不予專利保護，但動、植物及微生物等，只要是屬於新品種者，亦可准予專利。

至於人體或動物疾病之診斷、治療或手術方法，在美國亦無任何明文規定不予專利。故以新穎藥品作爲治療方法在美國可准專利，在我國如有此類之申請專利範圍（claims）常被要求刪除。

至於我國專利法第四條第四、五、六款中所規定之”科學原理或數學方法“及”遊戲及運動之規則或方法“以及”其他必須藉助於人類推理力、記憶力始能實施之方法或計畫“不予專利一節，均可視爲同於美國所說的”思考程序“。此點中美大致相同。而美國所謂之”經營生意的方法“亦可視爲第六款中之一例。

至於第七款中”物品新用途之發現“不予專利一事，美國雖無定項規定，但此物品如非屬於化學品及醫藥品，往往會因爲被認爲不具非顯著性（non-obviousness）而無法獲准專利。

說到”發明妨害公共秩序、善良風俗或衞生者“不予專利一事，美國並無相對的規定。同時由於中美國情不同，故對公共秩序、善良風俗或衞生之定義亦不同。尤其善良風俗一事如何規定，實難判斷。在美國，性愛器具（Sexual device）可准專利，在我國，恐怕會被認爲有妨害善良風俗之嫌。至於”發明品之使用違反法律者“不予專利，亦須視法律之不同來加以審視，在美國即有一項原子能法案（Atomic Energy Act）：其明文規定：任何有關對核子物質或原子能之應用的發明或發現，若僅只適於作爲原子武器者，不予專利。

綜上所述，可知中美兩國之專利保護對象頗有差異，故吾人勿心存本國不予專利，則他國亦不予專利之成見，而放棄了原可獲得之專利權。