



商標法有修正之必要乎

劉朗泉

一 引言

早就想寫一篇關於現行商標法修正的意見，卻又一向懶於動筆。直至最近看見上海市商會出版的第十五卷第五號的商業月報中，有修正商標法之意見的特載，這才重新引起我寫出這篇拙見的興趣。

商業月報這一次關於商標法的特載，一共收了八篇的意見書。內中前六篇是個人發表的意見，後二篇是用團體名義發表的意見。這些意見書中很有不少珍貴的供獻，如方椒伯先生主張商標法第一條第一項「凡因表彰自己所生產、製造、加工、揀選、批發、或經紀之商品，欲專用商標者，應依本法呈請註冊」之後，再加上一句但書，「但呈請人非自行生產或製造者，其註冊應經生產或製造者之同意。」這樣一來，不但商品之生產者或製造者得到優先的保護，「到底誰是有商標專用權」這個疑義也就解決了。又如徐永祚先生主張商標法上所用「同一商品」這句話，應該明白的改為「同類商品」，省得人誤會作「同

一種商品」或「同一項商品」。因為依照商標法施行細則第三十七條，所有的商品是分作七十項，每項又分作若干類，實際上相同或近似的商標既只禁止使用於同一類的商品，則「同一商品」這句話何不故作「同類商品」，豈不是明白的多？

商業月報這次特載中像這樣有價值的意見，自然還多，但是沒有發表和討論之價值的，也不是沒有。這原故想是為了執筆的人未必都對於法律有深切的研究，難免只見其一，不見其二。例如華商皂業公會對於仿造商標認為「法院以商標法並無規定制裁未註冊商標之條文，無可依據，任意判決，往往仍准仿造者使用。」這是大錯特錯的。舊商標條例（前北京政府於民國十二年所公布，十四年九月經國民政府修正，至二十一年一月一日因現行商標法之施行而失效）第三十五條三十六條會規定有冒用他人註冊商標及偽造仿造商標等情形的罰則，現行商標法對此反而沒有規定，並不是不欲以刑事上的制裁來保護商標專用權，是因為刑法上妨害農工商罪一章內既有了處罰偽

102108 造仿造商標的規定（舊刑法第二百六十八、二百六十九兩條，新刑法第二百五十三、二百五十四兩條），商標法上就不必再有重複的規定了。說到這裏，我還想說一說舊刑法上「偽造」商標的解釋，有許多人誤會過這兩個字。查舊刑法第二百六十八、二百六十九兩條，確都沒有訂定「仿造」他人商標是犯罪的，只不許「偽造」他人已註冊或未註冊的商標而已。於是有人便以為商標為「仿造」是得不到保護的，這也是一種誤會。司法院爲了這件事情解釋過許多次，內中一次大概有外商的關係，還勞駐京英國總領事出來查問，他在致外交部的節略中稱：

「中國法院不認刑法第二百六十八條及第二百六十九條可以適用於類似做效（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做效，欲在法院請求救濟，陷於不可能之情形。凡偽造他人商標，大都類似做效，而非真正全然相同，故此實一重要之事件。」

外交部於是就轉以問司法院，司法院於二十年九月二十五日乃答謂：「仿造商標與偽造商標意義相同……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。」這樣看來，便在舊刑法時代，仿造他人商標與偽造他人商標已經同樣有刑事上的制裁了。新刑法施行之後（今年七月一日起施行），更可沒有這種疑義。因爲新刑法鑒於舊刑法文字上之失，已於第二百五十三、二百五十四兩條，「偽造」二字之下，加上「或仿造」三字，適用時自

然不致發生疑義了。

總而言之，這次商業月報上所發表關於商標法修正的意見，有價值的還是居多，就只嫌太零星太散漫一點。以下且就拙見說一說，不知有可以供大家參考的地方否？

二 關於商標之構成要素的商權

商標應由那些個要素構成，是商標法上一個很重大的問題。因爲商標既能有專用權，對於同一類的商品既能排斥他人亦用相同或近似的商標，則區別兩個商標是否相同或近似，必須有一定的標準。這一定的標準便是構成商標的要素。譬如我們規定文字是商標的構成要素，文字的讀音雖也是構成商標的一部分原素，卻不是要素，則兩個商標的文字相同就會發生商標之相同或近似的問題，而兩個商標的文字不同，僅讀音相同，則不生什麼近似問題。

現行商標法並沒有規定什麼什麼才是商標的構成要素，什麼什麼則不是要素。商標法第一條第二項只說「商標所用之文字、圖形、記號、或其聯合式，須特別顯著，並指定所施顏色。」好像說這些東西要特別顯著而已，並沒有說此外的便都不是牠的構成要素。不過因爲別無其他條文可據，解釋的人便只好拿這一項所列舉的文字、圖形、記號、聯合式，作爲構成商標的要素。

僅僅這四種才是構成商標的要素，當然要發生問題的。不過問題

亦不僅在讀音一端。主張讀音應該算作商標的構成要素，讀音的近似就是商標的近似的人多極了。然而反對派的意見也很有理由。我們可以簡單的把這兩派的意見集起來：

(一) 主張讀音應算作商標之構成要素的理由

(1) 我國文字的結構和西洋文字不同。西洋文字多由字母拼成，字母相同，讀音必同。換句話說，文字的形體若同，文字的讀音也就相同。所以於文字形體之同異一問題之外，別無讀音之同異的問題。我國文字則不然，文字的形體自形體，讀音自讀音，兩者不一定會發生連帶的關係。所以文字的形體儘管相異，而其讀音則不妨完全一樣。因此主張讀音也應包括在「文字」之內，而為商標的構成要素之一。

(2) 我國人民文盲居大多數，字且不識，知識更低，要他們去辨別商標之異同，實在難乎其難。若連讀音也不算商標的構成要素，則「抵羊牌」和「敵洋牌」都可以做毛線的商標，恐怕大多數的購買者反要認「敵洋牌」是真正的國貨毛線牌子了。

(二) 反對讀音算作商標之構成要素的理由

(1) 我國文字除了在蒙古西藏這些特別區域外，雖可以說很統一，可是讀音則隨地而異，方言異常的多，甲省讀作同音的兩個字，乙省也許就讀成完全不近似的兩個音。一省之中，甲縣的讀音復與乙縣的相異。似此情形，要憑讀音的近似與否來定商標的近似問題，難免不無困難。而且國語並未普遍的推行，同音的字又極多，疆域也實在廣大，有

的商品僅祇行銷一定區域的，其商標註冊之時，若必使不與國內其他同類商品的商標讀音相同，也着實有點麻煩，因為商標的文字同否一看即知，而讀音同否則非經過一番較音的工作不可。

(2) 有一部份極少數的人，以為我國工商業較之西洋各國異常落後，勢難與他們競爭，政府若不特別的保護，很難取勝。保護的方法很多，而讀音之近似不認為商標之近似也是其中之一種。於是外國商品若GE(奇異)牌的電扇，儘可以用「其易牌」去抵制牠，Aspirin(阿司匹靈)的發散藥儘可以用「亞斯別林」去抵制牠。這種違背商業道德，以詐欺取勝的理由，我們認為不應存在，更不應去提倡的。

兩派的理由是說過了，司法院和行政法院的見解確是和反對派的一樣，主張僅文字之讀音近似不能認為有商標之近似(行政法院二十三年度判字第二十六號，司法院解釋例院字第一〇〇三號及一〇四四號，可以參看)。不過我個人的意見則和大多數批評者一樣，是主張讀音應該是商標的構成要件的。因為我覺得方言的衆多，國語的不普及，同音和近似音的字太多，都還是小問題，既要取得商標專用權，便不妨費些工夫(或者請教他人)研究研究，就可以解決的。而不識字的文盲太多，一般國民知識之低及容易受欺，倒是很重大的問題。兩害而權其輕，就不得不承認讀音的近似就是商標的近似。

三 再論商標之構成要素

102110

前節所說的只是什麼可以算作商標的構成要素的問題。至於這些要素之中是否都可以無限制地自由採用，又是一個問題。文字、圖形、記號、聯合式，我們知道是商標的構成要素，但是任何意義的文字都可以用作商標嗎？任何式樣的圖形都可以用作商標嗎？當然沒有這樣簡單的。雖然是很簡陋的現行商標法，對此也規定有幾項的限制。商標法第三條說，左列各款均不得作為商標，呈請註冊：

（一）相同或近似於中華民國國旗國徽國璽軍旗官印勳章或中國國民黨黨徽者；

（二）相同於總理遺像及姓名別號者；

（三）相同或近似於紅十字章或外國之國旗軍旗者；

（四）有妨害風俗秩序，或可欺罔公眾之虞者；

（五）相同或近似於同一商品習慣上所通用之標章者；

（六）相同或近似於世所共知他人之標章使用於同一商品者；

（七）相同或近似於政府所給獎章及博覽會勸業會等所給獎牌褒狀者，但以自己所受獎者作為商標之一部份時不在此限；

（八）有他人之肖像姓名商號或法人及其他團體之名稱者，但已得其承諾時不在此限；

（九）相同或近似於他人註冊商標失效後未滿一年者，但其註冊失效前已有一年以上不使用時不在此限。

這九款中，限制文字之自由採用的，有（二）總理之姓名別號，（八）他人之姓名商號或法人及其他團體之名稱未得其承諾者；限制圖形及記號之自由採用的，有（一）中華民國之國旗國徽等，（二）總理之遺像，（三）紅十字章及外國之國旗軍旗，（八）他人之肖像；限制

整個商標之設計的，有（四）有妨害風俗秩序或可欺罔公眾之虞者，（五）相同或近似於同一商品習慣上所通用之標章者，（六）相同或近似於世所共知他人之標章使用於同一商品者，（七）相同或近似於政府所給獎章及博覽會勸業會等所給獎牌褒狀者，（九）相同或近似於他人註冊商標失效後未滿一年者。

我們且分別的來審查一下。商標所用的文字要受限制的，就上述的兩類嗎？相同於總理的姓名別號不應用作商標是當然的，他人的姓名商號或法人及其他團體之名稱不應用作商標也是應該的，因為是侵害了人家的姓名權。但是此外便沒有任何的限制嗎？這是不很妥當的。例如商品的生產地或製造地的地名，如果可以用作註冊商標，當地人出產同一商品，便不能再用本地地名做標記了。如果本地地名和商品已生信用上的連帶關係，更未免對於其他的生產者太不公平了。西湖的藕粉，紹興的酒，金華的火腿，都是一向馳名的，若某一商人可以用「西湖藕粉」「紹興酒」「金華火腿」做他所出產的藕粉、酒、火腿的專用商標，豈不是獨享了當地多少年來大家造成的美譽？地名之外其他形容商品本來性質的名詞，也不應用作商標，其理亦同。（他國有並姓名等亦不許用作商標者，我國人之姓名用作商標時，不能僅用其一字，多三字或二字並用，雷同者較少，故我不主張姓名不許用作商標。）

限制圖形及記號之自由採用的條款中，第三款紅十字章這一句

話頗有商酌餘地。紅十字章大家都知道是慈善團體的標記，但卻不是一切慈善團體的標記，現在如紅卍字等慈善團體也很著名，則他們的紅卍字章也應不許用作商標爲是。故此句最好改爲「相同或近似於紅十字章或其他著名慈善團體所用之標章……」說到這裏，我又聯想起一件事情，覺得也是修正商標法時應該要考慮的，便是各宗教所用的聖章，如基督教天主教的十字架，是否可許大家隨便用作商標。雖然商標法第二條第四款規定有妨害風俗秩序……者不得作爲商標，但是用這種標章做商標有時確與社會上一般人的風俗秩序並無妨害，而在少數虔誠的信徒看來，卻是大大的不能容忍了。

限制整個商標之設計的條款中，我只想指出一點，就是第七款但書所規定的，假使這些獎章獎牌褒狀係自己所受的，可以作爲商標之一部份，應該加以修正。理由是這種獎章必有許多同式的頒給他人，若人人都用作其商標之一部份，就難免彼此近似了。所以我主張刪去那一款的但書，免與限制原意相背。

四 關於商標之註冊的商權

關於商標的註冊，我主張現行商標法上有一點應該加以修正，有兩點加以明白的說明。

102111 要修正的是什麼人始有商標的呈請註冊權？商標法對於這一點的規定非常含糊。商標法第一條第一項說：「凡因表彰自己所生產、製

造、加工、揀選、批售、或經紀之商品，欲專用商標者，應依本法呈請註冊。」好像凡是商品的生產者、製造者、加工者、揀選者、批售者、經紀者，都可以呈請註冊似的，當然是不對的。一種商品如果已經可以直接的到消費者之手，應該在市場上只有一種商標，才可表現商標的效用。如果製造者已經爲牠定了一種商標去註冊，批售者應該不能再另用另一種的商標。

方椒伯先生主張在這項原文之後加上一句但書：「但呈請人非自行生產或製造者，其註冊應經生產或製造者之同意。」我們在前面也曾提起，這樣一來比原文明白清楚得多了。不過我個人的意思還嫌這一句但書未能把原文所疏漏的地方都補充起來，依我的意思，不妨於原文之後，另加兩項：

「加工或揀選者對於經其加工之商品欲專用商標者，得另行呈請註冊。」

「由批售者或經紀者呈請註冊時，以未經生產者製造者或加工者揀選者呈請註冊，且係由其全數批售或經紀者爲限。」

增加這兩項的用意，在一方面使加工者與製造者取得同樣的商標專用權，一方面則限制批售者的呈請註冊權，使不與他人相衝突。加工者爲什麼可以與製造者有各別的商標專用權呢？其故在商品到消費者之手以前既經加工（嚴格意義的加工，揀選亦可視爲加工之一種），自與原來的不同，便有兩種商標，亦屬無礙，若必限用生產者或製

12 造者之商標恐與加工者之營業有妨。例如草帽胚子的製造者所用的商標，和加工後的完成草帽的商標儘可以是完全不同的。又如未經揀選的剛從山上採下來的茶葉和經過揀選的分過類的茶葉，也可以各有各的商標，而不致妨害任何方面的利益。

批售者或經紀者對於已經生產者們註冊過的商品不許再立商標，理由是很簡單的，上面也已說過了。至於註冊時尚須以其全數批售或經紀者為限的規定，則是用來避免同時經售者中有一人已呈請註冊時，其他的人所經售的雖屬同一生產者的同一出品，卻反須用不同的商標做標記之故。

關於商標的註冊有那兩點要明白說明的呢？就是商標法第三條「二人以上於同一商品以相同或近似之商標各別呈請註冊時，應准實際最先使用者註冊……」所謂「實際最先使用」這一句話，及第四條「以善意繼續使用十年以上之商標依本法呈請註冊時，不受第二條第六款及第三條規定之限制……」所謂「善意繼續使用十年以上」的又一句話。

這兩句話所指使用區域，商標法俱無明文規定，於是解釋的人分作兩派。一派主張其使用區域應限於中國境內，以期保護吾國幼稚之工業，勿使為外國資力雄厚行銷久遠的商品所輕易摧殘。一派主張其使用區域應不限於國內，因為各國商標既以條約互相保護，應不分畛域為是。先就「善意繼續使用十年以上」這句話說，我國的法院一

向怎樣解釋呢？查前北京政府所頒布之商標條例第四條，對於繼續使用區域亦未經明白規定，依前北京商標局辦案成例，則認為該條之使用區域以在中國境內實際使用為限。國民政府成立後，由前全國註冊局，前工商部商標局相沿至最近，均係依照前例辦理。但至民二十二年，司法院忽以院字第九七〇號解釋例為毀棄以前慣例之解釋，其要旨略謂：

「商標法第四條所定之繼續使用區域，依現行法令並無何種限制。外國商人據該條呈請註冊，倘確具該條所定之情形，又與商標互相保護之條約不相抵觸，則不問其使用之區域在國內抑在國外，自不受同法第二條第六款及第三條之限制。」

這是很重要的。一個改變，他表示我國政府對於這一句話的解釋，已經從第一派變而為第二派了。

我個人對於司法院這次改變解釋不但不反對，並且希望在修正商標法時將牠加入說明，庶不致再發生解釋上的疑義。我的理由是商品在現在這世界上早已國際化了，事實上不能叫一國的商品在別的國內有許多各別不同的註冊商標。假使我國已有商人用地球做某種商品的商標，以後如有洋商再以同一商品的地球商標呈請註冊時，若不能證明已在我國國內以善意繼續十年以上之使用，便須改以他種商標註冊的話，則該洋商的不同一商標在不同的國家就須有若干不同的商標了。這不但與商人不便，對於消費者也很不利的。

不過我對於商標法第三條「實際最先使用」那句話所指的使

而司法院院字第九七〇號的解釋例並沒有說明也可以適用於第三條，依照商標局一向辦案的成例，都是把這句話所指的使用區域限在國內。

這兩句話所指的使用區域爲什麼要有這樣大的不同呢？其故即在第四條所謂以善意繼續十年以上之商標呈請註冊時，其效果不過不受他人已註冊之相同或近似之商標（同一商品）之排斥而已，對於他人已註冊之商標不能反而有所排斥。所以即使在外國有善意繼續使用十年以上之事實，也可以在我國享受這種利益。至於第三條所謂「應准實際最先使用者註冊」，則依後述之異議及評定之方法，商標之實際最先使用者可以使已呈請註冊之相同或近似之商標不得註冊或撤銷，關係非小，所以絕對不能讓牠的使用區域不限於國內。否則外商商品的商標既多較國貨之商標使用爲早，則一旦來至中國，即可將我國已註冊之國貨商標中相同或近似者一概撤銷，天下尙有此理乎？

五 關於商標之評定的商權

現行商標法和舊商標條例一樣，都有評定商標的規定。什麼叫作評定商標呢？就是已註冊的商標還可以因利害關係人或商標局審查員之請求，經過評定而撤銷之。依現行商標法第三十條，可以由利害關係人請求評定的事項有二：（一）商標之註冊違背商標法第一條至

第五條之規定者；（二）應認定商標專用權之範圍者。可以由商標局審查員請求評定的事項只有一種：就是商標之註冊違背商標法第一條或第二條第一至第七款之規定者。可以請求評定的期間並不一律，主張其商標之註冊係違背商標法第一條或第二條第一至第七款者，無期間之限制，不問是利害關係人或商標局的審查員，都可隨時請求評定。主張其商標之註冊係違背第二條第八款第九款第三條至第五條之規定者，則有一定的請求評定的期間，其期間自登載商標公報之日起，滿三年爲止。如已滿三年時，概不得請求評定。

這種評定制度的有什麼用處呢？惟一的用處就在使一切違背商標法的註冊商標不因註冊時之失察而無補救之方法。可是牠的壞處卻大得很，牠使人民既得的權利有隨時被剝奪的危懼。

查商標之註冊，並非一經呈請審查合法就可以註冊的，必須先登載於商標公報，俟滿六個月，別無利害關係人之異議，或經辨明其異議時，始行註冊（商標法第二十七條）。且商標之專用權係自註冊之日起始行取得（商標法第十四條），可見取得商標專用權之前，已有很長的期間可以供商標局審查其合法與否及利害關係人提出異議之機會。過此六個月之期間，自應視爲其商標已經審查並不違法及利害關係人並無異議。那末，爲什麼還要讓註冊人的專用權在三年之內或無期限的受人評定呢？

所以，依我個人的意見，商標法第二十一條及第三十條至第三十

102114 七條諸條都不妨刪去。因為呈請註冊的商標是否與商標法所定構成要件不合，及是否與他人已註冊之商標相同或近似，商標局應有審查之責，而是否與他人實際已先使用之商標相同或近似，則欲主張權利者自更有依限提出異議之責，否則俟商標註冊確定，再來主張，徒多紛擾，未見其當也。

六 關於商標之保護的商權

所謂商標之保護，也就是說商標專用權之保護，因為商標如果未經註冊取得專用權，法律是不加保護的。關於商標之保護，要注意的有兩點：（一）是保護的範圍，（二）是保護的方法。

依現行商標法，只限「同一商品」不許他人使用相同或近似之商標。換句話說，若非為「同一商品」，則他人所使用之商標即與我已註冊之商標完全相同，亦不在保護範圍之內。例如「抵羊牌」若不用於毛線類而用於蚊香類的商品，則即與東亞毛呢紡織公司的抵羊牌商標完全相同，亦不能去干涉他。惟法文所謂「同一商品」極為含糊，叫人一見之下不能馬上辨別究竟是指同一類的商品，還是同一項的商品，因為依商標法施行細則，商品是分作七十項，每項又分作若干類，現在辦案成例，既皆以類為範圍，則所謂「同一商品」即應改為「同類商品」為是。這一點徐永祚先生的意見極對，前面也曾提過，無用細述。至於有人主張應該廢類從項，也不無見地，因為現行施行細則第三

十七條所定各項之下，有的確嫌分類太細。不過若一概廢類從項，也不見得一定妥當，故我以為將來施行細則一同修正時，不妨把分類太細的幾類加以合併，或該項之下竟不分類亦可。

保護的方法有公法上的及私法上的兩種。公法上的保護方法規定之於刑法中，引言裏曾經提起過，可勿細述。私法上的保護方法則分見於民法債編及商標法中。民法債編中所能適用的是關於侵權行為的規定，因為商標既經註冊取得專用權後，就成註冊人的財產權，如被人不法侵害，當然可以請求損害賠償的。至於商標法中所規定的則是他人於同一商品以相同或近似的商標呈請註冊時怎樣去排除牠的方法。據現行商標法，這種排除的方法可分兩種。第一種是當他人剛以相同或近似的商標呈請註冊，尚未批准註冊之時，在那登載商標公報之日起的六個月裏，提出異議。第二種是在他人的商標已經註冊之後去請求評定。但如評定制依前述的主張要加以廢止時，則此第二種的方法當然也不是權利人為保護他的權利所能用的了。

權利人可以請求法院禁止他人於同一商品使用相同或近似之商標，歷來的判例都是這樣主張的。最高法院於二十一年上字第一〇七三號判決書中說：「商標註冊取得專用權之後，本有禁止他人再行使用相同或近似商標於同一商品之權。」行政法院於二十三年判字第二〇號判決書中亦說：「依商標法，商標註冊取得專用權之後，本有請求禁止他人再行使用相同或近似商標於同一商品之權。」不過這

種請求禁止的權利，我們要知道，須他人於同一商品所使用之相同或近似之商標未經呈請註冊者，才能行使。若已經呈請註冊，則尚須先經異議或評定的方法使牠不得註冊或為註冊之撤銷後，才可以請求禁

止他的使用。現行商標法對於這一點，並未這樣明白的規定，修正時似乎也不妨增入，藉免疑義。

二十四年七月於南開大學。

介紹全國銀行年鑑

中國銀行總管理處經濟研究室編 每冊定價八元

我國銀行事業，歷程已將四十年，而統計數字，尙尙具體記載。欲以鑒往知來，每感不易。去歲仲夏，中國銀行經濟研究室始有全國銀行年鑑之輯。舉凡全國金融界過去與現在之實況，一覽無遺。不但可供金融業者之參考與研究，且足以增進國民對於金融業之認識。故購者踴躍，如獲至寶。

現第二次全國銀行年鑑業已出版。考其內容，對於去年未盡完善之處，尤多革興，成績斐然，有口皆碑。無論去年已購或未購該年鑑者，均當各置一冊，實不可少此可寶之參考書也。

爲未見該年鑑者之便利起見，特錄其內容如下：

正編：(一)最近一年之中國銀行業；(二)全國銀行總覽；(三)各地銀行調查；(四)銀行公會；(五)銀行法規；(六)銀行統計；(七)銀行人名錄；(八)銀行日誌；(九)銀行年報；(十)銀行論著索引。

附編：(一)外商銀行；(二)錢莊與銀號；(三)信託公司；(四)儲蓄會與銀公司；(五)典當；(六)倉庫與堆棧。