

國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所

碩士論文

Graduate Institute of National Development

College of Social Sciences

National Taiwan University

Master Thesis



菸草控制框架公約對我國菸品商標審查之影響

The Framework Convention on Tobacco Control and its  
Impact on Tobacco Trademark Review in Taiwan

林雅淳

Ya-Chun Lin

指導教授：陳顯武博士

Advisor : Prof.Dr.iur. Hsien-Wu Chen

中華民國 106 年 8 月

August 2017

## 誌謝辭

本論文的完成，首先要感謝蔡明誠大法官、陳春生大法官兩位口試委員細心指正及寶貴建議，方能更臻完整。承蒙蔡大法官指正，點醒我對研究题目的切入方向，釐清問題的爭點；陳大法官指點，幫助我更瞭解憲法的精義，從兩位老師身上學習到治學應有的創新與嚴謹。並感謝潘秀菊教授在口試計畫階段，細心提醒我書寫論述應注意的事項、細節。

非常感恩能在工作多年後，有機會重回校園並進到國發所這個大家庭。從一年級第一學期張志銘老師及陳顯武老師講授的社會科學方法論，到通師對兩岸關係、大陸政策、國族議題兼具理論與實務的教學、周桂田所長就全球化及風險社會議題的討論、唐代彪老師由政府政策及企業發展看台灣經濟的轉變等等，每個課程及課堂上來自各個領域的同學、學長姊、學弟妹們的討論、報告對我都是一項新的學習與衝擊，打開我的視野及突破看待問題的侷限性，謝謝您們的教導與帶領。

最後，最感謝的是我的指導教授陳顯武老師，老師就像家裡的長者，用心關心每一個指導的學生，聽老師講課和老師一起吃飯，談學術、聊生活，就像如沐春風一般，老師總能以不同高度、視野疏理問題，指出解決方向，常常席間一句話，就能將我從迷霧中拉出來。並感謝同門的大友哥、景棠學長、季儀、超全，您們就像我的家人，一起陪伴、鼓勵我。更要謝謝我的媽媽，媽媽總是默默為我祈禱，支持我，她對我的愛是我求學、工作及生活最大最穩定的力量。

林雅淳 謹識於

國立台灣大學 國家發展研究所碩士在職專班

中華民國 106 年 8 月 6 日

## 論文摘要



菸品具有危害身體健康之特性，如何有效控制菸草的擴散是全球公共衛生政策之重要議題。為指導各國實施菸品控制的政策及方向，世界衛生組織制定《菸草控制框架公約》及其實施準則，對菸品包裝標示、廣告行銷有相關禁止、管制規定，並建議菸品採行素面包裝措施，以降低對菸草的需求。然此等規範大幅限制菸品商標之使用，甚至衝擊商標本身的價值和功能，對於商之商標權利、營業自由、商業言論自由造成影響，且為菸品商標之設計態樣、使用方式帶來轉變，進而影響菸品商標之審查。要如何在不自觸公共衛生法規，維護國民健康公共利益，與顧及吸菸消費者利益及商標權人個人利益間，找尋一個更適切合宜的審查與判斷，實為菸品商標審查之重要課題。

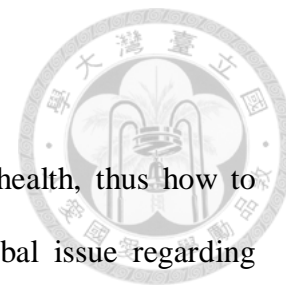
本研究以我國商標行政審查實務角度出發，首先於第二章，由商標註冊統計資料發現，菸品商標由外商取得註冊之比例約達八成，顯示外商對菸品商標的設計、使用對我國菸品市場具有指標性影響。第三章，由文獻分析、比較研究及案例分析，觀察國內外在落實公約對菸品包裝標示、廣告行銷規範之發展情形，並發現國內在菸害防制實務運作上，擴張《菸害防制法》第9條第1款之適用，造成「容器標示管制」及「廣告方式管制」的混淆。

第四章，經案例分析發現，菸品商標之設計變化特色；核駁菸品商標申請註冊之主要事由，及法條適用上出現之更替現象；商標爭議案之爭點、使用事證、混淆誤認之虞整體判斷之變化。第五章，由澳洲、歐盟對菸品素面包裝之見解，及國內大法官釋字脈絡，研析菸品素面包裝與菸商基本權利之間的關係，提出宜採行之合憲性審查標準；並由案例分析，探討商標審查實務面臨的問題。第六章，綜整各章研究發現，認為在面對不斷提高之國民健康保護標準，日趨嚴格的菸害防制政策，與顧及菸商利益，更要保有商標之功能價值，建議菸品商標審查，宜採較嚴格之審查標準，對識別性之要求宜提高。

**關鍵字：**菸草控制框架公約、菸害防制法、菸品標示、商標法、商標審查、菸品素面包裝



## ABSTRACT

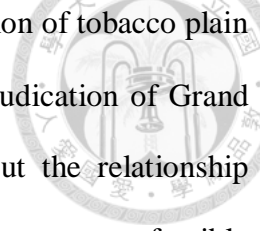


Tobacco is a product with the character of harming human health, thus how to control the spread of tobacco has always been an important global issue regarding public health. In order to implement the tobacco control policy to decrease the demand for tobacco, WHO provide guidance for controlling the process of tobacco product consumption including packaging, advertising and marketing by setting Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) and Guidelines for implementation of the WHO FCTC. However, the coverage of limitation of the WHO FCTC is so comprehensive that it impacts not only the right and freedom of tobacco industry but even the value and function of trademark. Moreover, the examination of tobacco trademark is influenced because of the change of the trademark design. It is important to find out a more proper criterion of trademark examination for tobacco to fit concerns of public health, tobacco consumers and tobacco trademark proprietors.

This study focuses on practices of the trademark examination in Taiwan. The trademark registration statistics show that foreign companies own almost 80% of the registered tobacco trademarks. This means that the design and use of tobacco trademarks by foreign companies have an overwhelmingly influence on local market.

Document analysis, comparative study and case analysis are used for the study on implementation of FTCT rules on tobacco packaging, advertising and marketing worldwide. The domestic practices of preventing tobacco harm substantially expands the operation of Article 9, subparagraph 1 of Tobacco Hazards Prevention Act and blurs the line between control of package labelling and advertising.

The above-mentioned development of preventing tobacco epidemic causes the change of tobacco trademark design, the main reasons and legal basis for refusal of tobacco trademark applications, even the proof of trademark use and the determination



of likelihood of confusion. This study also focuses on the interpretation of tobacco plain package by Australia and the European Union, along with the Adjudication of Grand Justices Council of Taiwan. This is for the purpose to figure out the relationship between tobacco plain package and rights of tobacco companies and to propose feasible trademark examination criteria. By analyzing trademark cases, we look into questions in respect of trademark examining practices. Considering the trend of public health prevalence, this study suggests to take a stricter standard for the requirement of trademark distinctiveness to protect the function of trademark and the rights of tobacco companies.

**KEYWORDS :** Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) 、 Tobacco Hazards Prevention Act 、 Tobacco labelling 、 Trademark Act 、 Trademark examination 、 Tobacco plain package



## 目次

第一章 緒論.....	1
第一節 背景.....	1
第二節 研究動機與目的.....	2
第三節 文獻探討.....	12
第四節 名詞定義.....	17
第五節 研究方法.....	22
第一項 文獻分析法.....	22
第二項 比較研究法.....	22
第三項 案例分析法.....	23
第六節 研究範圍.....	24
第七節 研究架構與章節安排.....	24
第一項 研究架構.....	24
第二項 章節安排.....	27
第二章 我國商標審查與實務.....	28
第一節 概說.....	28
第二節 商標基本概念.....	28
第一項 商標之功能及保護目的.....	28
第二項 商標權之取得.....	29
第三項 商標保護之客體.....	31
第三節 我國商標審查制度.....	32
第一項 商標法規定.....	32
第二項 商標審查實務概況(包含菸品商標).....	38
第四節 商標實體審查事項.....	40
第一項 積極要件之審查.....	40
第二項 消極要件之不准註冊事由.....	43
第三項 消極要件之混淆誤認之虞.....	50
第四項 商標註冊後之合法、持續使用.....	55
第五項 菸類商品申請商標註冊處理原則.....	58

第五節 小結 .....	58
第三章 菸草控制框架公約與國內外對菸品包裝標示、廣告行銷之規範分析 .....	60
第一節 概說 .....	60
第二節 菸草控制框架公約簡介及相關規定 .....	60
第一項 簡介.....	60
第二項 菸草控制框架公約第 11 條及實施準則 .....	62
第三項 菸草控制框架公約第 13 條及實施準則 .....	64
第三節 國外規定概況 .....	67
第一項 澳洲菸品素面包裝法 .....	67
第二項 歐盟菸草製品新準則 .....	69
第三項 國際目前動態.....	71
第四節 我國菸害防制法相關規定.....	72
第一項 菸害防制法演進.....	72
第二項 菸品品牌、包裝標示規定及函釋.....	73
第三項 菸品廣告行銷規定及函釋 .....	79
第四項 司法實務認定之違法行為態樣.....	86
第五項 未來法條修正和實務運作之趨勢方向 .....	91
第五節 小結 .....	94
第四章 國內菸品商標態樣及商標審查之變化與菸品包裝標示之改變.....	97
第一節 概說 .....	97
第二節 我國菸品市場行銷概況.....	97
第三節 菸品商標圖樣設計變化.....	98
第一項 特定顏色與數字的運用 .....	98
第二項 文字用語中性化、廣告化 .....	100
第三項 圖形清新、簡單化.....	103
第四項 包裝容器的設計.....	105
第五項 菸品商標之註冊申請核駁案件分析 .....	109
第四節 菸品商標爭議案事證及判斷因素之變化.....	113



第一項 爭議焦點的轉移.....	114
第二項 商標使用事證的改變與萎縮.....	118
第三項 混淆誤認之虞參考因素的互動.....	121
第五節 菸品包裝標示之改變.....	124
第六節 小結.....	125
第五章 國內菸品商標審查實務之探討研析.....	127
第一節 概說.....	127
第二節 公共衛生政策與商標權.....	127
第一項 國民健康保護與商業利益衝突.....	127
第二項 菸品素面包裝與菸商商標權及相關權利之限制.....	129
第三節 菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞之探討.....	135
第一項 使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞之適用與疑義.....	135
第二項 菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞.....	138
第四節 菸品商標之識別性審查.....	141
第一項 聲明不專用之適用問題.....	141
第二項 有無識別性之審查.....	143
第五節 菸品商標之混淆誤認之虞審查.....	145
第一項 商標較為相關消費者熟悉或著名程度之認定.....	145
第二項 混淆誤認之虞各項參考因素互動關係的思考.....	146
第六節 菸品商標之維權使用與廢止案件審查.....	147
第七節 菸品商標權的延展.....	148
第八節 小結.....	150
第六章 結論.....	152
第一節 主要發現.....	152
第二節 研究建議.....	156
參考文獻.....	163



## 圖表目次

圖表 1 採行菸品素面包裝/標準化包裝措施國家之法案狀況及菸品包裝圖示 .....	10
圖表 2 世界衛生組織之六個區域國家警示圖文占菸品包裝面積 .....	11
圖表 3 台灣與鄰近國家/地區之警示圖文占菸品包裝面積 .....	12
圖表 4 菸品商標之顏色及數字之運用 .....	99
圖表 5 菸品商標之文字用語 .....	101
圖表 6 菸品商標之圖形設計 .....	104
圖表 7 菸商商標之設計變化 .....	104
圖表 8 菸品立體商標態樣 .....	106
圖表 9 菸品商標之註冊申請核駁案件類型 .....	110
圖表 10 識別性之爭議類型 .....	115
圖表 11 爭議案件之商標使用事證態樣 .....	119
圖表 12 註冊第 01364858 號商標異議案圖樣對照 .....	121
圖表 13 註冊第 01640798 號商標異議案圖樣對照 .....	123
圖表 14 包含「LIGHTS」、「MILD」字樣之申請註冊商標 .....	136
圖表 15 菸品商標聲明不專用型態 .....	142
圖表 16 菸品商標識別性 .....	144
圖表 17 包含「LIGHTS」字樣之註冊商標 .....	149

## 表格目次

表格 1 菸品種類 .....	20
表格 2 異議、評定及廢止制度之比較表 .....	37
表格 3 2009 年至 2016 年第 34 類菸類商品統計表 .....	39
表格 4 《菸害防制法》第 6 條之行政函釋 .....	78
表格 5 《菸害防制法》第 9 條之行政函釋 .....	82
表格 6 《菸害防制法》第 6 條及第 9 條之相關司法判決 .....	86

## 圖目次

圖 1 研究動機圖 .....	7
圖 2 研究架構 .....	26
圖 3 商標審查及行政救濟流程圖 .....	34
圖 4 下一個素面包裝 .....	150



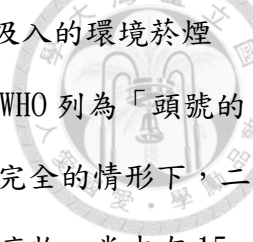
## 第一章 緒論

### 第一節 背景

菸草源自於美洲，人類對菸草之使用由來甚遠，1492年哥倫布在美洲登陸時，即見當地印地安人有吸食乾菸捲；16世紀菸草初傳入歐洲被視為藥材，可治療疾病；17世紀起歐洲人逐漸染上抽菸習慣，並開始發展菸草產業，帶來大量財富及稅收，且成為一種時尚，爾後傳入亞洲及世界各地；19世紀紙菸成為菸草使用之主要形式，在廣告促銷影響下，吸菸人口增加<sup>1</sup>，吸菸問題逐漸受到世人的重視。據世界衛生組織(World Health Organization，以下簡稱WHO) 2011全球菸草流行病學報告指出，目前全球有十三億吸菸人口，每年近600萬人死於吸食菸草或暴露於使用菸草所產生之煙霧等引發之相關疾病，超過愛滋病、肺結核與瘧疾死亡人數的總和，如不積極採取防治措施，至2030年全球因使用菸品而死亡之人數將達800萬人，其中百分之80的人口居住在低、中所得國家<sup>2</sup>。此外，以紙菸燃燒後所產生之尼古丁、焦油為例，尼古丁濃度60mg即足以致死，通常用於殺蟲劑，具高度成癮性，得使中樞神經興奮，讓心跳加速、血壓升高、腦細胞麻痺，末梢血管收縮，破壞維生素C吸收，加速膠原蛋白流失，長期可導致心血管疾病；而焦油(俗稱瀝青、柏油)，為菸煙的黃色黏性物質，會阻塞及刺激氣管與肺部，菸中70%的焦油囤積於肺部，損害保護肺部的纖毛，使肺容積老化衰退，是慢性支氣管炎、肺氣腫等慢性

<sup>1</sup> 達·托比·馬斯格雷夫、威爾·馬斯格雷夫(著)，董曉黎(譯)(2008)，〈菸草牽動世界的黃褐色野草 Tobacco-That Tawng Weed〉，《植物帝國七大經濟綠寶石與世界權力史》，頁22-55，台北：信實文化行銷。

<sup>2</sup> World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011 Warning About the Dangers of Tobacco*, 8-9(2011).



阻塞性肺疾病及數十種癌症的元兇<sup>3</sup>。又對於被動或非自願吸入的環境菸煙 (Environmental Tobacco Smoke, ETS) 俗稱二手菸，亦被 WHO 列為「頭號的致癌物質」<sup>4</sup>。2010 年美國外科總醫學報告指出：在燃燒不完全的情形下，二手菸霧含有超過 7,000 種化學物質，包含 70 多種已知的致癌物，當中有 15 種被 WHO 轄下國際癌症研究中心 International Agency for Research on Cancer (IARC) 評估為「第一級致癌物」，並確認是「人類致癌因子」<sup>5</sup>。

## 第二節 研究動機與目的

基於菸草使用對人類健康造成重大危害的共識，且菸害造成的死亡原因又是可加以預防，為了能有效控制菸草的擴散以保護人類健康，WHO 根據 1996 年世界衛生大會(World Health Assembly, 簡稱 WHA) 第 49 屆 WHA49.17 號決議與 1999 年第 52 屆 WHA52.18 號決議結果<sup>6</sup>，依照 WHO《組織法》第 19 條(Article 19 of the Constitution of WHO) 制定《菸草控制框架公約》(Framework Convention on Tobacco Control, 以下簡稱《菸草控制框架公約》或《FCTC 公約》)，並於 2003 年第 56 屆世界衛生大會中無異議通過及開放簽署，於 2005 年正式生效<sup>7</sup>，透過締約國國內相關立法、行政或其他措施及國際合作方式，確實遵守公約各項規範，以遏止全球性的菸害問題，截至 2015 年 3 月止，已有 181 個締約方<sup>8</sup>。我國雖非 WHO 之成

---

<sup>3</sup> Neal L. Benowitz, *Pharmacology of Smokeless Tobacco Use: Nicotine Addiction and Nicotine-Related Health Consequences*, SMOKING AND TOBACCO CONTROL MONOGRAPH NO. 2 217, 219(1992); 董氏基金會華文戒菸網，菸品是成癮毒品－菸品還有哪些成分，<http://www.e-quit.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?Mid=69&ML=2> (最後瀏覽日：2017 年 8 月 6 日)

<sup>4</sup> 董氏基金會華文戒菸網，何謂二手菸，<http://www.e-quit.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?Mid=24&ML=2> (最後瀏覽日：2017 年 8 月 6 日)

<sup>5</sup> *The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke*, A REPORT OF THE SURGEON GENERAL(2006).

<https://www.surgeongeneral.gov/library/reports/secondhandsmoke/executivesummary.pdf>

<sup>6</sup> WHA52.18 (1999/5/24).

<sup>7</sup> 衛生福利部國民健康署網站，世界衛生組織菸草控制框架公約，2008 年 3 月 11 日發布，<http://www.hpa.gov.tw/BHPNet/web/rule/LawShow.aspx?No=200803110001>

<sup>8</sup> Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC, [http://www.who.int/fctc/signatories\\_parties/en/](http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/) (last visited August 6, 2017)

員國，亦非《菸草控制框架公約》之締約國，然行政院衛生署(嗣改制為衛生福利部)仍委請國際外科醫師學會、國際護理學會及非政府組織等名義協助派員參與政府間協商機構會議第三次、第五次及第六次會議<sup>9</sup>，並於2005年1月經立法院審議通過公約，完成國內立法與國際同步接軌，由行政院轉請總統頒發加入書

(Instrument of Accession)，同年3月30日完成程序，成為國際間第51個實際宣示加入《菸草控制框架公約》的國家<sup>10</sup>。並依據《菸草控制框架公約》精神，在2007年大幅修正《菸害防制法》，2009年1月施行<sup>11</sup>，且於2017年1月4日預告修正草案<sup>12</sup>，得見國內外對菸害防制的重視。

《菸草控制框架公約》規範內容<sup>13</sup>，主要區分為減少菸草需求與減少菸草供應兩大部分<sup>14</sup>，在減少菸草需求部分，採價格、稅收與非價格、稅收<sup>15</sup>的方式，公約從菸品製成之成分管制申報、菸品包裝標示、價格稅收、廣告促銷等限制規定至

<sup>9</sup> 衛生署第三次委派國際外科醫學總會理事長李俊仁、高雄縣政府衛生局局長林立人參加；第五次委派國立中興大學財經法律學系系主任高玉泉以國際外科醫學總會法律顧問參加；第六次仍委派高玉泉以及台灣護理學會理事長余玉眉、衛生署癌症防制組科長林美娜參加(林承宇(2005)，〈菸品間接廣告規範之國際觀察與趨勢〉，《傳播與管理研究》，第4卷第2期，2005年1月頁35)；在非政府組織部分，FCA(Framework Convention Alliance)是WHO認定之國際非政府組織(Non-governmental Organization；NGO)，我國的董氏基金會、台灣國際醫學聯盟、台灣醫界菸害防制聯盟均為FCA認可的成員。經FCA認證，台灣代表得以觀察員身分出席參加(台灣醫界菸害防制聯盟編輯，參與WHO-FCTC大會心得報告-參與世界衛生組織菸草控制框架公約締約國大會(COP)書面報告，<https://sites.google.com/site/twmact/zuo-ye-ye-mian5-can-yu-shi-jie-wei-sheng-zu-zhi-yan-cao-kong-zhi-kuang-jia-gong-yue-di-yue-guo-da-hui-cop>，最後瀏覽日期：2017年7月24日)。

<sup>10</sup> 依菸草控制框架公約第34條規定，簽署本公約應自2003年6月16日至6月22日在日內瓦世界衛生組織總部，其後自2003年6月30日至2004年6月29日在紐約聯合國總部，開放供世界衛生組織所有成員國、非世界衛生組織成員國而係聯合國成員國之任何國家，以及區域經濟整合組織簽署。我國2005年立法院審議通過菸草控制框架公約，總統簽署菸草控制框架公約「加入書」，向聯合國表明欲成為締約方，並送往紐約聯合國總部存證，惟未被正式接受。總統簽署「加入書」之宣示意義重於實質效果，此與公民與政治權利國際公約(ICCPR)及經濟社會文化權利國際公約(ICESCR)，總統簽署的是我國在1967年即是締約方之「批准書」，並連同施行法一併頒布施行，完成國際規約國內法化之程序有所不同(文化部臺灣大百科全書網頁，國際人權公約國內法化，<http://nrch.culture.tw/twpedia.aspx?id=100345>，最後瀏覽日期：2017年7月24日)。

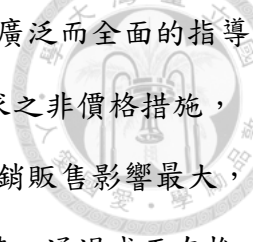
<sup>11</sup> 菸害防制法修法歷程，載於<http://tobacco.hpa.gov.tw/Show.aspx?MenuId=620>(最後瀏覽日期：2017年7月24日)。

<sup>12</sup> 菸害防制法修正草案總說明。

<sup>13</sup> WHO Framework Convention on Tobacco Control, May 21, 2003, 2003 U.N.T.S. 2302

<sup>14</sup> 減少菸草需求措施部分為《菸草控制框架公約》第6條至第14條；減少菸草供應措施部分為第15條至第17條。

<sup>15</sup> 減少菸草需求措施之價格和稅收措施為《菸草控制框架公約》第6條；非價格措施部分為第7條至第14條。



對於害之戒菸治療服務、菸害教育宣導、菸商法律責任<sup>16</sup>等等，廣泛而全面的指導各國對菸品控制採行之政策和措施方向。而其中在減少菸草需求之非價格措施，以第 11 條、第 13 條及其實施準則規定，對於菸品商標之使用及行銷販售影響最大，目前已有締約國先後根據其國家之具體菸品消費及公共健康情勢，通過或正在推行公約第 11 條及第 13 條實施準則所建議之菸品素面包裝法「圖表 1」。我國目前雖未採行菸品素面包裝之高強度菸草控制措施<sup>17</sup>，然 2009 年修正施行之《菸害防制法》，亦對菸品之銷售、廣告宣傳方式作大幅限制，並對菸品、品牌名稱、菸品包裝容器採加註標示警示圖文等規定<sup>18</sup>，且未來擬擴大警示圖文標示面積比例，並對菸品品牌名稱採單一字體、字級、顏色印製之規範<sup>19</sup>。觀諸《菸草控制框架公約》要求在菸品包裝容器之主要可見部分標示健康警語<sup>20</sup>、建議使用標準顏色和字體顯示品牌名稱<sup>21</sup>和產品名稱或廣泛禁止菸品廣告、促銷和贊助<sup>22</sup>之規定，雖然看似未禁止菸品商標之註冊，或阻止商標權人不得對侵害其商標權者主張權利，惟商標係商標權人在交易過程中(in the course of trade)<sup>23</sup>，為行銷之目的，以具有識別性之標識，與指定商品或服務產生特定連結，足使相關消費者認識其為指定商品或服務之來源，並得與他人商品或服務相區別<sup>24</sup>。商標的功能與註冊目的，不僅在取得商標權，以消極的主張排他權利，還須透過實際使用，始得讓消費者將商標與

<sup>16</sup> 菸草製成分管制為《菸草控制框架公約》第 9 條；菸品包裝標示為第 11 條；廣告促銷贊助之禁止為第 13 條；戒菸、治療為第 14 條；教育交流宣導為第 12 條；菸商責任為第 19 條。

<sup>17</sup> WHO 制定 MPOWER 來評估菸害防制成果，共有八個指標，每指標分四種等級。台灣在菸品警示圖文(Warning labels)部分，列為第二等級。

<sup>18</sup> 參見菸害防制法第 5 條、第 6 條、第 9 條規定。

<sup>19</sup> 衛生福利部預告之菸害防制法修正草案條文第 6 條第 2 項規定，菸品容器之標示方式，應依下列規定為之：一、於最大外表正反面積明顯位置處，以中文標示吸菸有害健康之警示圖文及戒菸相關資訊。二、前款標示面積，不得小於最大外表面積百分之八十五。三、以全國統一之單一底色、字型、字體大小、字體顏色印製。


<sup>20</sup> FCTC art.11.

<sup>21</sup> Guidelines for implementation of Article 11 and 13 of the WHO Framework Convention Tobacco Control.

<sup>22</sup> FCTC art.13.

<sup>23</sup> 現行商標法第 5 條之目的在規範具有商業性質的使用商標行為，所謂行銷目的，與 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS Agreement 第 16 條第 1 項所稱交易過程 in the course of trade 之概念類似。

<sup>24</sup> 蔡惠如(2015)，〈淺談商標民、刑事案件之「商標使用」概念〉，《「商標使用」規範之現在與未來》黃銘傑(主編)，頁 221，台北：元照。



商品或服務產生連結，實現商標識別來源、品質保證、廣告等功能，以彰顯商標價值，累積商譽<sup>25</sup>。是從《菸草控制框架公約》規範指導各國實施之菸草控制方向上，實已衝擊商標應有的價值和功能，為維護國民健康、執行公共衛生政策，是否即得對商標權利作此限縮？菸品財產權亦具有其社會義務<sup>26</sup>，菸品商標權人使用商標時，雖應注意公共利益，而有所調整、受有限制，然其界線範圍為何，限制究至何種程度始屬逾越所應忍受之程度？又不論是否採行菸品素面包裝措施，目前多數國家包括我國在內，對菸品包裝均實施附加一定比例之警示圖文<sup>27</sup>「圖表 2」、「圖表 3」等菸害防制相關規定，此致菸商僅得在有限的空間(菸品包裝容器)、運用有限的文字用語、顏色、圖樣及銷售管道，予以設計及行銷使用菸品商標，這為菸品商標態樣、使用方式帶來轉變的同時也為菸品商標之行政審查工作帶來影響。

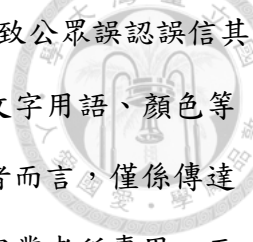
為審查菸品商標案件，經濟部智慧財產局(以下簡稱智慧局)雖於 2002 年曾有公布「菸類商品申請商標註冊處理原則」<sup>28</sup>(以下簡稱「處理原則」)。惟衡酌「處理原則」公布至今已逾 14 年，並僅針對申請商標註冊案件類型為規範。環視這十餘年，除《商標法》已歷經修法之外，國際間對菸害造成國民健康問題的重視程度，及在《菸草控制框架公約》帶動下，國內外採取之菸害防制公共衛生政策，對菸品交易市場、菸品商標之使用等方面產生之變化影響；及菸商為因應國內外法規、政策上的限制和措施，對菸品包裝容器、菸品商標，此一傳遞品牌形象、得與消費者密切接觸的管道上，所做的調整與改變等諸多面向。要如何在菸品商標行政審查上，判斷認定菸商選用作為商標以表彰其商品識別來源之文字、圖形

<sup>25</sup> 「註冊商標使用之注意事項」前言，經濟部智慧財產局 101 年 4 月 20 日修正發布，101 年 7 月 1 日生效。

<sup>26</sup> 參見司法院釋字第 577 號解釋文。

<sup>27</sup> *Cigarette Package Health Warnings-International Status Report*, CANADIAN CANCER SOCIETY (CCS)(October, 2016).

<sup>28</sup> 「菸類商品申請商標註冊處理原則」於 2002 年 10 月 14 日依據修正前商標法第 37 條第 6 款規定及智慧局商標權組第 118 次組務會議決議公布。



或其聯合式等元素<sup>29</sup>，是否與《菸害防制法》規定相抵觸，並有致公眾誤認誤信其商品性質為無害健康之虞<sup>30</sup>，而違反商標法之規定？或什麼樣的文字用語、顏色等元素，目前已成為表示菸品之品質、功用或其他說明，對消費者而言，僅係傳達商品的相關資訊，又是菸草同業競爭者所必須使用，不得由特定業者所專用，而不具有商標識別性<sup>31</sup>？在《菸害防制法》第5條規定下，目前相關消費者購買菸品，多以唱呼方式向店員指明選購商品，非自行於開放式貨架直接挑選，對此購買方式的改變，在判斷菸品商標是否構成近似問題時，是否應著重商標「讀音」部分<sup>32</sup>之比對？同時《菸害防制法》第9條所列促銷菸品或菸品廣告，不得使用之方式，將致菸商在商標爭議案件中，幾乎提不出菸品商標之宣傳行銷使用事證，故審查菸品商標爭議案件時，審查人員將難依智慧局公布之「混淆誤認之虞」審查基準<sup>33</sup>、「商標法第30條第1項第11款著名商標保護」審查基準<sup>34</sup>所列參考事證，予以認定判斷菸品商標之著名性、相關消費者之熟悉程度等因素，未來將如何審查該等因素？再者，菸品商標註冊後，實際使用上如自行將部分可能引起消費者誤認誤信之文字、圖形刪除，於商標廢止案審理中，是否得例外認定註冊商標有合法繼續使用<sup>35</sup>？另外，註冊商標專用期限到期，商標權人申請延展，主管機關或商標權人

<sup>29</sup> 商標法第18條第1項規定，商標，指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。

<sup>30</sup> 商標法第30條第1項第8款規定，商標有使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者，不得註冊。

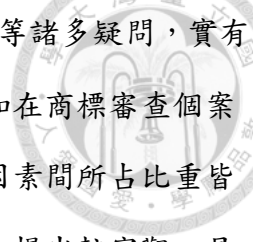
<sup>31</sup> 商標是否具備識別性，應考量個案的事實及證據，就商標與指定使用商品或服務的關係、競爭同業使用情形及申請人使用方式與實際交易情況等因素綜合判斷(商標識別性審查基準3參照)。

<sup>32</sup> 商標給予商品/服務之消費者的印象，可以就商標整體外觀、觀念或讀音來觀察，因此判斷商標近似，得就此三者觀察是否達到可能誤認的近似程度。且外觀、觀念或讀音其中之一的相似，可能導致商標整體印象的近似(混淆誤認之虞審查基準5.2.5參照)。

<sup>33</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準5.6.3相關消費者對商標之熟悉程度，繫於該商標使用之廣泛程度，原則上應由主張者提出相關使用事證證明之。商標使用之廣泛程度的證明與商標著名的證明類似，相關事證之提出可參考「商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準」相關規定。

<sup>34</sup> 「商標法第30條第1項第11款著名商標保護」審查基準2.1.2.1認定著名商標之參酌因素包括：商標識別性強弱、相關事業或消費者知悉或認識商標之程度、商標使用時間範圍及地域、商標宣傳之時間範圍及地域等等。又審查基準2.1.2.2認定著名商標之證據得由，國內外報章、雜誌或電視等大眾媒體廣告資料、商品/服務銷售據點及其銷售管道、場所之配置情形、商標在市場上之評價、鑑價、銷售額排名、廣告額排名或其營業狀況資料等證據證明之。

<sup>35</sup> 商標法第63條第1項第2款本文規定，商標註冊後，無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿3年者，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊。又依同法第64條規定使用註冊商標應以原註冊的商標整體使用為原則，但實際使用的商標與註冊商標有些許不同，依社會一般通念，不失其



可否請求刪除<sup>36</sup>商標上可能引起消費者誤認誤信之文字、圖形<sup>37</sup>?等諸多疑問，實有研究討論之必要。筆者由承辦商標爭議案件的審查過程中，深知在商標審查個案上，每個案件均有其獨特性，須參酌考量的因素、背景或各項因素間所占比重皆不盡相同，惟如能對特定商品類型之商標審查，有更深的瞭解，提出較客觀、具體之建議，應有助益審查上得更適切合宜。商標法之立法目的係「為保障商標權、消費者權益及維護市場公平競爭，促進工商業正常發展」<sup>38</sup>，商標權固屬私權，菸品本身又實具危害身體健康之特性，然智慧局並非反菸團體或執掌菸害防制機關，菸品商標審查在面對觸及國民健康、公共利益與是否准予申請人擁有法律所創設之商標權時，除須顧及勿使相關消費者因商標而誤認誤信菸品性質等影響其權益，與避免和國家採行之公共衛生政策相抵觸之外，菸草業者之商業利益、吸菸消費者之權益亦須納入考量。因此，菸品商標審查光譜上寬嚴的落點，與不同法規範目的、利益衝突的平衡點上，宜從國際上對防制菸害問題所建立起的公約、國內外對此履約之發展情形，及我國菸品商標的實務變化方向，為更整體性的瞭解與檢視討論，以提供適合我國菸品商標審查的建議。

#### 圖 1 研究動機圖

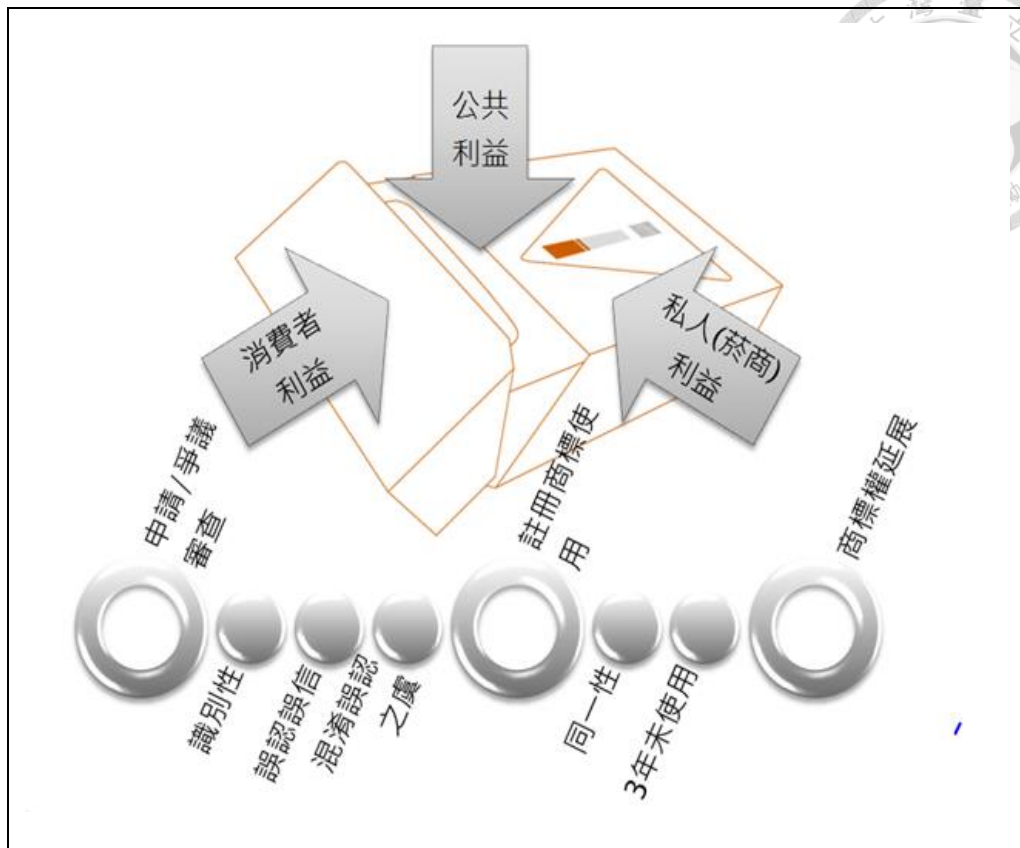
---

同一性時，可認為有使用註冊商標。

<sup>36</sup> 商標法第 23 條規定，商標圖樣及其指定使用之商品或服務，申請後即不得變更。但指定使用商品或服務之減縮，或非就商標圖樣為實質變更者，不在此限。

<sup>37</sup> 商標權之延展於民國 92 年商標修法後採程序審查。

<sup>38</sup> 商標法第 1 條。參見司法院釋字第 594 號解釋文。



(背景菸盒圖片來源：董氏基金會華文戒菸網)

本研究之目的有：

1. 瞭解《菸草控制框架公約》對菸品包裝標示、廣告行銷之相關規定；與國外對菸品包裝標示採行的政策措施。
2. 認識我國現行《菸害防制法》對菸品包裝標示、廣告行銷之相關規定及未來擬修法之方向，與目前國內司法實務認定有關違反《菸害防制法》之菸品包裝標示、廣告行銷之違法行為態樣。
3. 檢視分析在 2009 年修正施行《菸害防制法》下，近年來申請或註冊之菸品商標設計態樣，及商標爭議案件主張理由、使用證據資料、混淆誤認之虞判斷因素的變化影響。
4. 探討未來我國如採行菸品素面包裝，其合憲性審查標準為何，並探討研析目前核准之菸品商標態樣及審查菸品商標案件參酌認定之因素，

提出未來審查菸品商標時宜調整及注意之事項，以供更適切的審查與  
認定判斷。



圖表 1 採行菸品素面包裝/標準化包裝措施國家之法案狀況及菸品包裝圖示

採行菸品素面包裝/標準化包裝措施國家之法案狀況及菸品包裝圖示	
國家	法規狀況
澳洲	2011年12月通過，2012年10月生效
圖示	 <p>                     AUSTRALIA (FRONT) Before Plain Packaging      AUSTRALIA (FRONT) After Plain Packaging      AUSTRALIA (BACK) After Plain Packaging                 </p>
英國	2015年3月16日通過，2016年5月20日在製造商級別生效。規定適用於英格蘭、威爾士、北愛爾蘭和蘇格蘭。
圖示	 <p>                     UNITED KINGDOM      UNITED KINGDOM                 </p>
法國	2015年12月17日通過，2016年5月20日在製造商級別生效
圖示	 <p>                     FRANCE      FRANCE      FRANCE                 </p>

資料來源：Cigarette Package Health Warnings-International Status Report, CANADIAN CANCER SOCIETY (CCS)(October,2016)。圖表筆者自製。

圖表 2 世界衛生組織之六個區域國家警示圖文占菸品包裝面積

世界衛生組織之六個區域國家警示圖文占菸品包裝面積 平均面積百分比(菸盒前面，背面面積)	
東南亞地區 (SEARO)	歐洲地區 (EURO)
尼泊爾：90% (90%, 90%) 印度、泰國：85% (85%, 85%) 斯里蘭卡：80% (80%, 80%) 緬甸：75% (75%, 75%) 孟加拉國：50% (50%, 50%)	歐盟、聖馬利諾、土耳其、土庫曼：65% (65%, 65%) 列支敦斯登、瑞士：56% (48%, 63%)
美洲地區 (AMRO)	西太平洋地區(WPRO)
烏拉圭：80% (80%, 80%) 加拿大：75% (75%, 75%) 巴西、墨西哥、委內瑞拉：65% (30%, 100%) 厄瓜多爾、牙買加：60% (60%, 60%) *美國未加入菸草控制框架公約	萬那杜：90% (90%, 90%) 澳大利亞：82.5% (75%, 90%) 汶萊、寮國：75% (75%, 75%) 吉里巴斯：70% (70%, 70%) 庫克群島、斐濟、紐西蘭、薩摩爾：60% (30%, 90%)
中東地區(EMRO)	非洲地區 (AFRO)
巴林、吉布地、埃及、伊朗、克威特、阿曼、卡達、沙烏地阿拉伯、阿拉伯聯合大公國、葉門：50% (50%, 50%)	查得：70% (70%, 70%) 多哥：65% (65%, 65%) 模里西斯：65% (60%, 70%) 加彭：63% (60%, 65%) 納米比亞：58% (53%, 63%) 喀麥隆、迦納、馬達加斯加、塞席爾：50% (50%, 50%)
菸品包裝容器大面積警示圖文圖示	
	
Nepal	India
Thailand	Uruguay
	Sri Lanka

資料來源：Cigarette Package Health Warnings-International Status Report, CANADIAN CANCER

SOCIETY (CCS)(October,2016)。圖表筆者自製。

圖表 3 台灣與鄰近國家/地區之警示圖文占菸品包裝面積

台灣與鄰近國家/地區之警示圖文占菸品包裝面積 平均面積百分比(菸盒前面，背面面積)	
台灣：35% (35%, 35%)	韓國、新加坡、菲律賓、香港、澳門： 50% (50%, 50%) 中國大陸：35% (35%, 35%)沒有警示圖 日本：30% (30%, 30%)沒有警示圖 <sup>39</sup>
菸品包裝容器圖示	菸品包裝容器圖示
	 <p style="text-align: center;">CHINA                      Japan</p>

資料來源：Cigarette Package Health Warnings-International Status Report, CANADIAN CANCER SOCIETY (CCS)(October,2016)；董氏基金會華文戒菸網。圖表筆者自製。

### 第三節 文獻探討

菸害防制屬於公共衛生政策的一環，惟菸品係一合法商品，其使用及銷售具有獨特之歷史與社會文化背景，因此對菸害的防制必涉及公共衛生與國民健康的維護、對財產權和言論自由、營業自由等限制、以及菸草供應國與進口國<sup>40</sup>間之貿易障礙措施<sup>41</sup>、國際貿易爭端衝突之解決等面向。在相關研究上，已有文獻針對我國菸害防制政策分析、菸品強制標示之規定問題、菸品素面包裝及菸品包裝管制之合憲性、公共衛生與智慧財產權或商標權保護衝突等議題進行探討。以下就數

<sup>39</sup> 健康警語加入圖片或照片的形式，原本在第5階段協商時，被列為必要事項。在最後階段通過的條文列為任意事項(高玉泉，〈世界衛生組織菸草管制架構公約評析〉，《律師雜誌》，第294期3月號，頁52)。

<sup>40</sup> 菸草輸出國家主要包括美國、德國、日本等國，菸草輸入國家主要有第三世界國家及歐盟。

<sup>41</sup> 技術性貿易障礙(Technical Barrier to Trade; TBT)，指各國可基於公共健康、安全、保護動植物、環境、國家安全及防制詐欺等正當目的對貿易進行限制。TBT包含對產品的要求(技術規定)及義務性要求(標準)二類。對於菸草管制方面因涉及菸草成分標示及廣告限制等措施，因此屬於TBT範圍。



則相關文獻進行探討，以界定本研究討論的方向。

《菸草控制框架公約》採「框架」模式所建立之國際公共衛生規範，係取其框架內容具法律拘束力，又得使各國可依其社會、文化差異，有彈性的採用適合自己國家的菸害防制政策<sup>42</sup>。WHO 為促使參與《菸草控制框架公約》的國家能有效推展菸害防制政策，減少各國對菸品的需求，提出「MPOWER」評比架構，分八大指標，每指標有四等級，以評估各國立法、政策及進展成效。「MPOWER」分別為監測菸草使用與預防政策(Monitor tobacco use and prevention policies)、預防二手菸危害(Protect people from tobacco smoke)、提供戒菸服務(Offer help to quit tobacco use)、菸品違害之警示(Warn about the dangers of tobacco)、禁止菸品廣告、促銷和贊助(Enforce bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship)、提高菸稅(Raise taxes on tobacco)<sup>43</sup>。關於我國菸害防制之政策表現，蔡韻竹、蔡憶文(2015)，〈我國菸害防制政策制定的政治分析〉，從立法紀錄、深入訪談、政策成本分擔等政治及社會角度分析我國菸害防制政策的評比結果及各指標之等級表現。關於菸品警示圖文方面，我國列屬第二級，分析指出菸品警示圖文標示是少數僅由菸品業者承擔成本的項目，影響菸品銷售甚巨，根據訪談紀錄，不論本土或進口菸品業者，最擔心的政策即是將菸品改為單一色系的「素面包裝」或超大面積的警示圖文，此因將致各菸商長久經營出的品牌形象一夕瓦解<sup>44</sup>。其分析有助本研究掌握國內菸害防制的進展情況，並得瞭解菸草業者關切的面向為何。


有關菸品包裝容器強制標示尼古丁、焦油含量或警語規定部分，德國聯邦憲法法院在 1997 年作成之香菸強制標示案<sup>45</sup>，認為商業性言論須具價值上的、意見

<sup>42</sup> 菸草控制框架公約第 3 條至第 5 條有關目標、指導原則和一般義務的規定。

<sup>43</sup> MPOWER IN ACTION Defeating the global tobacco epidemic, [http://www.who.int/tobacco/mpower/publications/mpower\\_2013.pdf?ua=1](http://www.who.int/tobacco/mpower/publications/mpower_2013.pdf?ua=1)

<sup>44</sup> 蔡韻竹、蔡憶文(2015)，〈我國菸害防制政策制定的政治分析〉，《台灣衛誌》，34 卷第 5 期，頁 456。

<sup>45</sup> 吳信華譯，〈香菸強制標示案裁定〉，BVerfGE 95, 173-188，《德國聯邦憲法法院裁判選輯(十)》，頁 215-227，司法院編印。



形成上的內容或包含某種形成意見的陳述，方能受言論自由保障。而警告標示設置<sup>46</sup>的義務係涉及菸商及經銷商貨物的經營銷售，非其意見的表達或傳播程序的參與，屬職業自由的干預；我國大法官釋字第 577 號解釋，將商品標示定位為商業言論，指出商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當限制。菸品包裝容器依修正前《菸害防制法》第 8 條第 1 項規定<sup>47</sup>須為一定商品成分之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，且合併觀察菸害防制法第 8 條第 1 項及第 21 條並無違反明確性原則。由上開裁定、大法官釋字及陳耀祥(2005)，〈論菸品內容標示義務與基本權利之限制-評司法院釋字第五七七號解釋〉，得見對菸品包裝容器強制標示內容尚屬明確之商品成分或菸害警語，即已觸及多項基本權利之限制。倘若對於菸品商標、品牌名稱，此種包含企業文化、企業價值、品牌理念內涵加以嚴格限制，或在菸害防制執法過程中加以擴張解釋，其合憲性或合法性為何，則不無疑問。

對《菸草控制框架公約》建議締約國對菸品採素面包裝方式、或烏拉圭政府於 2009 年發布之關於菸品包裝禁令<sup>48</sup>，將《菸草控制框架公約》第 13 條及其實施準則規定延伸適用於菸品商標，把顏色使用視為對菸品之促銷而予以禁制；或澳洲政府通過施行之《菸品素面包裝法》(Tobacco Plain Packaging Act 2011)，所引發對商標權侵害的討論議題中，國外法院<sup>49</sup>或有外國學者<sup>50</sup>論以，商標權屬消極性

<sup>46</sup> 德國菸草製品及香菸最高焦油含量辦法第 3 條第 1 項第 1 款及第 2 款規定香菸廠商製造之香菸及菸草得合於商業用途包裝而流通使用，須有「吸菸有害健康」之一般警告標示之外，尚須為特別警告標示：吸菸將導致癌症、吸菸將導致心肺疾病，且同時須將「歐體健康部長」等字樣列置於前。

<sup>47</sup> 民國 86 年 3 月 19 日公布，同年 9 月 19 日施行之菸害防制法第 8 條第 1 項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上」。

<sup>48</sup> 2009 年烏拉圭政府先後發布的三個關於菸品包裝容器的命令為：Presidential Decree N°287/009，要求菸品包裝容器底部健康警語所占範圍從總面積 50% 增加至 80%；Ordinance N°466，要求在健康警語外，加上六個指定之警示圖樣；Ordinance N°514，將現有關於不得在菸品包裝上有誤導或誘使消費者使用菸品的文字之規範，擴張適用於菸品品牌名稱。

<sup>49</sup> JT International SA v. Commonwealth of Australia [2012] HCA43, (Oct. 5, 2012).

<sup>50</sup> Andrew Mitchell, *Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO*

權利，其權利內容僅在賦予權利人防止他人將其權利為商業上之使用，且素面包裝並未禁止商標註冊，並無剝奪註冊商標權人之商標權。惟此等將商標註冊與註冊商標使用一分為二之方式，實與商標權功能目的難謂相符，商標如註冊後無法使用或使用上受有極大限制，無法發揮其識別功能，其權利本身即是不完整，而已受有損害。即便認為各國對商標權之保障是否及於積極性權利，應由各國法規自行決定，然對我國而言，商標使用之內涵應係涵蓋維持商標權利的使用(維權使用)和侵害商標權之使用(侵權使用)<sup>51</sup>。

國內學者對是否採行菸品素面包裝之探討方面，黃怡碧、黃嵩立(2010)，〈菸品無裝飾包裝之合憲性探討〉，指明「無裝飾包裝」重大影響菸商權益及公共利益，應採法律保留，由國會立法且須符合比例原則，對此立論深為贊同，惟其在假設立法通過無裝飾包裝措施，而對該措施所作之比例原則檢驗部分，偏重以公共衛生角度出發予以推論合憲之過程卻有嫌速斷之虞。茲因菸品採素面(無裝飾)包裝未必達到降低菸品需求、有助國民健康之最小侵害手段，文中既言「較難以論證者，菸盒無裝飾包裝是否為達到保障消費者的唯一方法?是否為唯一得以阻止菸商誤導民眾或吸引青少年之手段?為達上述目的，是否還有其他侵害更小之手段?…」，卻又論以未來如果素面(無裝飾)包裝成為國際立法主流，台灣將得依「國際合作原則」之國際法要求，而認其係為保障消費者之必要手段，符合必要性原則之推論似有未妥；且在狹義比例原則方面，論及菸商因無裝飾包裝規定，致財產權中之商標權受有限制部分，以「社會給予註冊人商標權之終極目的是為保障消費者權益」之論述，亦與商標整體之立法目的或智慧財產權之規範目的似有出入，且商標須經由使用始得彰顯其識別功能，是文中論「無裝飾包裝使菸商無法使用商標，但仍得標示其名稱，供消費者區辨而不生混淆。屆時，菸商也仍能依其產品

*Compatibility*,5(2) ASIAN JOURNAL OF WTO AND INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 405(2010).

<sup>51</sup> 謝銘洋(2014)，〈智慧財產權之權利內容〉，《智慧財產權法》，頁 235-237，台北：元照。曾陳明汝(2002)，《曾與陳同道堂法學文集之七商標法原理》，頁 178-179，台北：翰蘆圖書出版有限公司。陳昭華(2015)，〈商標權之效力與限制〉，《商標法之理論與實務》，頁 149，台北：元照。商標法逐條釋義，頁 10-11，經濟部智慧財產局編印。


之品質、價格或其他特性，於市場上與其他產品一較高下」，實與商標的功能、價值難謂符合。且國際間除有學者 Carmela Rotundo Zocco 指出「素面包裝政策不僅可能動搖智慧財產權保護之基本理念，亦可能造成菸品偽造及走私情形加劇」<sup>52</sup>、Mary Scott Kennedy 認為「採素面包裝之管制措施，未必具有降低菸品消費之效果，反有可能產生刺激未成年吸菸、降低菸品價格、鼓勵非法偽菸製造、增加菸品走私等負面效應。全面禁止菸品製造商使用品牌標誌及其他具品牌辨識性之圖樣於菸品包裝上，對業者將造成商標權之侵害，並喪失其與消費者間交流溝通之有利管道<sup>53</sup>」之外，國內學者劉宗德(2016)，〈臺灣菸害防制法菸品包裝管制之合憲與合法性論議〉，亦認為台灣現行菸品包裝管制能否符合憲法比例原則要求，應依循吳庚大法官、蘇俊雄大法官、城仲模大法官於釋字第 414 號解釋之部分不同意見書所提之脈絡加以檢討。

另外，劉宗德(2016)，〈臺灣菸害防制法菸品包裝管制之合憲與合法性論議〉，論及目前國內對菸品包裝管制之法源依據主要為《菸害防制法》第 6 條、第 9 條，該等條文所涉之不確定法律概念，行政機關於函釋及執行上有採取更嚴格管制之傾向，並擴大對第 9 條第 1 項之適用範圍之情形，主張宜透過行政爭訟救濟方式，由行政法院進行全面審查，並建議採預防性不作為訴訟，以達菸品包裝管制違法性之矯正，與對業者營業自由、表現自由及名譽權，受有更充分之保障。此立意雖好，但目前行政法院對該等菸品包裝管制爭訟案件之事實認定、法律解釋及要件涵攝之審查採行之標準為何，是否與行政機關採相同見解，則未能得知。

觀諸上開文獻在論及商標權之功能、價值目的或有偏頗，且未有文獻顯示從菸品商標審查實務的變化，觀察《菸草控制框架公約》對於菸品商標及其商標審查帶來之影響。是本研究欲進一步檢視分析，我國行政及司法實務對菸品包裝管制、

<sup>52</sup> Carmela Rotundo Zocco, *Plain Packaging: A Growing Threat To Trademark Rights*, 48 LES NOUVELLES 140 (2013).

<sup>53</sup> Mary Scott Kennedy, *Australia's Tobacco Plain Packaging Act: Convergence of Public Health and Global Trade*, 39 N.C. J. INT'L L. & COM. REG, 591 (2014).



菸品廣告行銷限制等規定所涉及之不確定法律概念，在函釋與違法性審查認定為何，並對照分析近年來菸品商標註冊案及爭議案件的變化，以得出未來審查菸品商標宜注意調整的方向，並企望透過檢討審查菸品商標所需考量的各個面向，更如實的呈現商標的價值、功能及商標使用之重要性，以助未來國內菸害防制政策上如要採行更嚴格的菸品包裝管制措施，而進行之立法討論；或未來在行政執法、法院對違法性審查認定上，都能更衡平且正視菸品包裝管制等措施對菸品商標的衝擊和影響。

#### 第四節 名詞定義

為討論菸草控制對國內商標審查的影響，以下就《菸草控制框架公約》第 1 條有關術語的使用、以及《菸害防制法》第 2 條對菸品及菸品容器、廣告、贊助之用詞定義，及相關法規規定，並對應商標審查基準用語、商標行政審查上採用之商品或服務分類項目等，對本研究中所提用語作下述定義。

##### 一、 菸品

指全部或部分以菸草或其代用品作為原料，製成可供吸用、嚼用、含用、聞用或以其他方式使用之紙菸、菸絲、雪茄及其他菸品「表 1」。涵蓋範圍為我國商品及服務分類之第 34 類 3401 菸、菸草小類組群商品<sup>54</sup>。本研究未包含電子煙商品。

##### 二、 菸品包裝容器(菸品容器)

《菸害防制法》第 2 條第 3 款規定之菸品容器，指向消費者販賣菸品所使用之所有包裝盒、罐或其他容器等。此菸品容器為同法第 6 條、第 7 條有關標示規

<sup>54</sup> 我國商標指定使用商品及服務之分類，採用世界智慧財產組織(World Intellectual Property Organization)商品與服務國際「尼斯」分類原則。目前尼斯協定商品及服務國際分類修訂至第 10 版(The 10<sup>th</sup> edition of the Nice Classification)。第 34 類 3401 組群商品為「雪茄、香菸、活性碳濾嘴香菸、菸絲、菸捲、鼻菸、菸葉、菸草精、嚼菸、紙菸、菸、菸草、非醫療用含菸草代用品香菸、菸斗用菸草、小雪茄菸、菸草製品」。

定之適用範圍<sup>55</sup>。又商品包裝容器之形狀，是《商標法》第 18 條規定及「非傳統商標審查基準」中所提，得作為商標保護之客體之一<sup>56</sup>。目前國內有極少部分的菸品包裝容器形狀及其上之文字、圖形整體聯合態樣，已取得註冊商標保護(參見「圖表 8」)。本研究所提菸品容器即是包裝販售菸品之容器，將以菸品包裝容器或菸品容器稱之。

### 三、 菸品標示

菸品標示，為標示於菸品包裝容器上之事項。依《菸酒管理法》第 31 條、《菸害防制法》第 6 條、第 7 條及「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」規定，包裝出售之菸品，製造業者或進口業者應於直接接觸菸之容器上標示之事項有 8 項：一、品牌名稱。二、製造業者名稱及地址；其屬進口者，並應加註進口業者名稱及地址；受託製造者，並應加註委託者名稱及地址；依《菸酒管理法》第二十九條第一項規定辦理分裝銷售者，並應加註分裝之製造業者名稱及地址。三、重量或數量。四、主要原料。五、尼古丁及焦油含量。六、有害健康之警示。七、有效日期或產製日期，標示產製日期者，應加註有效期限。八、其他經中央主管機關公告之標示事項。此外，不得有不實或使人誤信之標示、或使用淡菸、低焦油或其他可能使人誤認吸菸無害或危害輕微之文字及標示。是以，有關「菸品品牌名稱」係標示項目中之一項。本研究主要係針對「菸品標示」項目中之菸品品牌、不實或使人誤信、誤導性文字及標示之相關規定，及菸商可能將前述禁止使用之文字、標示透過申請註冊商標之方式取得商標註冊保護，就該等規定與商標審查間之關係進行討論。

### 四、 菸品素面包裝

<sup>55</sup> 菸害防制法第 2 條立法理由參照。

<sup>56</sup> 立體商標指三度空間具有長、寬、高所形成之立體形狀，並能使相關消費者藉以區別不同商品或服務來源之標識。申請態樣包括商品本身形狀、商品包裝容器形狀、立體形狀標識(商品或商品包裝容器以外之立體形狀)、服務場所之裝潢設計(「非傳統商標審查基準」3.1 參照)。

「Plain packaging」又稱「generic packaging」，WHO 官方中譯在《菸草控制框架公約》第 11 條實施準則譯為「平裝」，在第 13 條實施準則譯為「無裝飾包裝」，另在相關研究之期刊、論文有稱「素面包裝」或「簡易包裝」。本研究統一稱「菸品素面包裝」。菸品素面包裝，是指菸品容器底色為單一顏色，例如土綠色，上面印製大幅警示圖文，且菸品品牌名稱必須統一字體、字級與顏色，包裝不會有品牌標幟、色彩、推銷性文字來凸顯品牌形象。其設計之目的在完全降低菸品的吸引力、消除菸品廣告及促銷行為、防止誤導性菸品包裝，並加強健康警示圖文的有效性<sup>57</sup>。

## 五、 菸品廣告、菸品贊助

菸品廣告，指以任何形式之商業宣傳、促銷、建議或行動，其直接或間接之目的或效果對不特定之消費者推銷或促進菸品使用。菸品贊助，指對任何事件、活動或個人採取任何形式之捐助，其直接或間接之目的或效果對不特定之消費者推銷或促進菸品使用。

---

<sup>57</sup> 董氏基金會華文戒菸網，2016 菸品素面包裝。  
<http://warning.e-quit.org/warning/ContentDirectShow.aspx?Mid=69&CurSite=%26gt%3b+2016-%e8%8f%b8%e5%93%81%e7%b4%a0%e9%9d%a2%e5%8c%85%e8%a3%9d>(最後瀏覽日期:2017 年 6 月 25 日)

表格 1 菸品種類

種類	說明	備註
菸品	指全部或部分以菸草或其代用品為原料加工之製品。	菸害防制法
鼻菸	指將菸草添加香味料調理並乾燥後磨成粉末為基質製成，供聞嗅或塗敷於牙齦、舌尖吸用之菸品 <sup>58</sup> 。	無煙菸草製品
嚼菸	指將菸草浸入於添加香味料之汁液調理後，製成不規則之小塊或片狀，供咀嚼之菸品 <sup>59</sup> 。  形式上分塊狀及片狀，使用方式係將一塊嚼菸，放入口腔進行咀嚼。咀嚼後會釋放香味及尼古丁，透由口腔黏膜吸收至人體，咀嚼後的嚼菸會被吐掉。	無煙菸草製品
菸絲	指將菸草切絲，經調製後可供吸用之菸品 <sup>60</sup> 。  菸絲的吸食方式有各種工具，最常見的是菸斗、菸袋（銅菸鍋）和水菸袋。	須燃燒有煙菸草製品
雪茄	指將雪茄種菸草調理後，以填充葉為蕊，中包葉包裹，再以外包葉捲包成長條狀之菸品，或以雪茄種菸葉為主要原料製成，菸氣中具有明顯雪茄香氣之非葉捲雪茄菸 <sup>61</sup> 。  屬於香菸之一種，由乾燥及經發酵之菸草捲成，使用上一端點燃，另一端用口吸吐產生煙霧。雪茄菸葉分茄衣、茄心、茄套三種類，不同配方決定雪茄的味道和煙霧。	須燃燒有煙菸草製品
紙(捲)菸	指將菸草切絲調理後，以捲菸紙捲製，加接或不加接濾嘴之菸品 <sup>62</sup> 。  製造程序：理切工廠將菸葉濕潤，加味料，儲存調和，再切絲、乾燥、冷卻，依配方比例定量添加膨脹菸絲、菸骨絲及香料等調和成捲菸用菸	須燃燒有煙菸草製品

<sup>58</sup> 菸酒管理法施行細則第 2 條第 1 項第 4 款。

<sup>59</sup> 菸酒管理法施行細則第 2 條第 1 項第 5 款。

<sup>60</sup> 菸酒管理法施行細則第 2 條第 1 項第 2 款。

<sup>61</sup> 菸酒管理法施行細則第 2 條第 1 項第 3 款。

<sup>62</sup> 菸酒管理法施行細則第 2 條第 1 項第 1 款。

種類	說明	備註
	絲。再至捲包工廠捲成菸支、加裝濾嘴、包裝。影響燃燒因素：菸絲寬度(切愈細燃燒快)；紙菸緊度；菸內水分含量；紙菸直徑大小；濾嘴型及其長度；紙菸形狀及所用菸紙；菸絲愈粗(每一吋切的刀數少)，味愈強、愈香，菸所產生的顆粒物質愈多；菸絲緊刺激性增加，菸絲鬆味醇厚；菸枝乾，煙較刺激，水分含量增加，菸味溫和少刺激 <sup>63</sup> 。	
電子菸(煙) <sup>64</sup>	無須燃燒，透過電流通過霧化器模擬吸菸產生類似煙霧。霧化器，常為加熱電子元件包含線圈及棉花。電子液體，添加在霧化器的液體，俗稱煙油/果汁，成分有丙二醇、植物甘油、調味香料、尼古丁(可選擇添加或不添加)。	非以菸草為原料加工之天然製品，目前非屬菸害防制法所稱菸品
含尼古丁	須依藥事法第39條 <sup>65</sup> 規定取得藥品許可證後，始得製造或輸入。目前食品藥物管理署尚未有核准電子煙之產品。	屬藥品管理 <sup>66</sup>
不含尼古丁	未宣稱有戒菸療效，但外形類似菸品，有違菸害防制法第14條 <sup>67</sup> 。	
	宣稱具「幫助戒菸」、「減少菸癮」、「減輕戒斷症狀效果」等醫療效能詞句，違反藥事法第69條 <sup>68</sup> 。	
		菸害防制法草案第2條第2款，增訂電子

<sup>63</sup> 菸的種類，新北市政府教育局，m2.takes.ntpc.edu.tw/04classweb/UploadDocument/318\_菸的種類.doc

<sup>64</sup> 馬隆 (Dina Fine Maron) 著、黃榮棋 譯(2014)，〈電子菸安全嗎?〉，《科學人雜誌》，148 期 6 月號。衛生福利部預告之菸害防制法修正草案條文第 2 條第 2 款對電子煙定義為，指得內含尼古丁、甲醛、乙醛或其他有害人體健康之物質，釋放煙霧供人類類似吸食菸品之霧化器及加熱器之電子裝置。

<sup>65</sup> 藥事法第 39 條第 1 項規定，製造、輸入藥品，應將其成分、原料藥來源、規格、性能、製法之要旨，檢驗規格與方法及有關資料或證件，連同原文和中文標籤、原文和中文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管機關查驗登記，經核准發給藥品許可證後，始得製造或輸入。

<sup>66</sup> 台灣電子煙管理，衛生福利部國民健康署公告，<http://www.hpa.gov.tw/Bhpnet/Portal/File/ThemeDocFile/201503170535178722/%E9%9B%BB%E5%A%D%90%E7%85%99%E7%AE%A1%EF%A7%A4.pdf>

<sup>67</sup> 菸害防制法第 14 條規定，任何人不得製造、輸入或販賣菸品形狀之糖果、點心、玩具或其他任何物品。

<sup>68</sup> 藥事法第 69 條規定，非本法所稱之藥物，不得為醫療效能之標示或宣傳。

種類	說明	備註
		煙定義；第3款將電子菸之使用列為吸菸行為。擬將電子菸納入菸害防制法管理。

(資料來源：菸酒管理法施行細則規定、菸害防制法修正草案、衛生福利部國民健康署網站；表筆者自製)

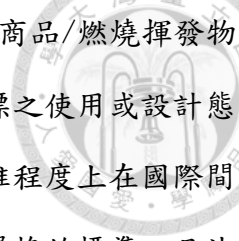
## 第五節 研究方法

本研究將由我國商標行政審查實務的角度出發，透過「文獻分析法」及「比較研究法」瞭解《菸草控制框架公約》與我國《菸害防制法》及澳洲、歐盟等其他國家對菸草之控制規範情形與引發的相關爭論議題，及國內菸草產業的發展情況。再由「案例分析法」整理分析，國內違反《菸害防制法》之行為態樣、我國菸品商標行政案件類型，並綜合上述研究方法，提出對菸品商標行政審查的建議事項。

### 第一項 文獻分析法

透過蒐集整理有關《菸草控制框架公約》及相關實施準則、澳洲菸品素面包裝法等文獻；有關《菸草控制框架公約》發展之歷史沿革、菸品素面包裝建議措施及澳洲、歐盟依此提出之相關法案，所引發與智慧財產權、TRIPS 商標規定等衝突之期刊文章、學術論文研究；有關介紹商標制度發展理論與實務之專書、期刊文章、研討會論文集及學術論文；有關涉及菸品財產權限制、國民健康、商業利益等相關之司法釋字、解釋、討論文章；有關介紹國內菸害防制政策與菸草業者行銷方式等之資料。以更完整的瞭解菸品包裝管制等公共衛生法規政策與菸品商標權間之衝突問題。

### 第二項 比較研究法



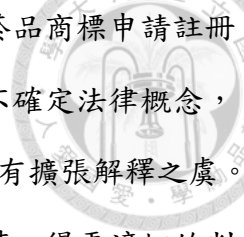
菸品包裝容器之規範主要分三大類<sup>69</sup>：標示警示圖文、揭露商品/燃燒揮發物質成分、移除誤導性或迷惑性資訊。規範程度越嚴格對菸品商標之使用或設計態樣限縮就越嚴重。目前我國菸害防制法對此三部分雖有規範，惟程度上在國際間仍屬較緩和，未來相關規定在司法爭訟案件的審理上可能採更嚴格的標準，且法規制定上亦可能因反菸團體或政府推動更嚴格的修法而有所改變。為找出將來更適合我國菸品商標審查實務之標準，擬透過澳洲、歐盟等國家規範之介紹、比較，以供我國作為參考。

### 第三項 案例分析法

商標權為法律創設出之權利，我國商標制度以註冊保護為原則，對商標使用者或預為使用者，得將其商標向主管機關智慧財產局申請註冊，獲准取得商標權後受商標法之保護<sup>70</sup>。因此，商標行政審查實務，即是不斷面對審查指定使用於不同類別之商品或服務之商標案件。由審查所累積的商標案件，得梳理出不同產業之商標類型、態樣，或由商標權人提供之使用事證可觀察出不同產業交易市場、行銷販售的情形；另一方面，個案上審查判斷一申請註冊商標之准駁與否、商標是否有不予註冊之事由而應予以撤銷、商標註冊後是否未合法使用應予以廢止等情，會因商品或服務間之性質差異、個案所涉事實內容、時代變遷與消費者認知等因素而有變化，或因商標指定商品或服務涉有其他法規範，增加商標審查上須列入考量之不同因素等等而有不同。對於菸品商標之審查即是如此，菸品本身深具影響健康之特殊性，反菸潮流或對菸草之控制為現今國際社會普遍的價值，《菸草控制框架公約》與國內《菸害防制法》對菸品包裝標示、廣告行銷及銷售方式限制等規定，全面影響菸品商標之使用及菸品交易型態、廣告行銷方式，進而衝擊商標原有之價值、功能，並影響審查菸品商標所需考量判斷之因素等等。為求更具

<sup>69</sup> David Hammond, *Tobacco Labeling & Packaging Toolkit : A guide to FCTC Article 11*, TOBACCO LABELING RESOURCE CENTRE (November, 2009).

<sup>70</sup> 曾陳明汝(2002)，《曾與陳同道堂法學文集之七商標法原理》，頁 33，台北：翰蘆圖書出版有限公司。



體、深入瞭解未來如何更適切的審查菸品商標，本研究將分析菸品商標申請註冊案件、爭議案件之變化，及行政法院對菸害防制法規定之諸多不確定法律概念，在個案審理中所涵攝認定之違法行為態樣，並探討該等認定是否有擴張解釋之虞。透過案例的檢視分析，有助於未來在實務上審查菸品商標案件時，得更適切的判斷考量商標有無與菸害防制措施相牴觸，及對依據之審查基準所列各項參考因素、認定標準、菸品商標註冊後有無合法繼續使用等為適當之調整。

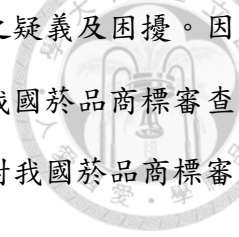
## 第六節 研究範圍

本研究範圍將聚焦於《菸草控制框架公約》第 11 條、第 13 條規定及其實施準則，有關菸草製品的包裝和標籤措施與菸草廣告、促銷及贊助之限制；及國內依據《菸草控制框架公約》精神於 2009 年修正施行之《菸害防制法》，其中第 5 條、第 6 條、第 9 條，有關販售菸品方式之限制、菸品、品牌名稱及菸品容器加註文字及標示措施、促銷菸品或為菸品廣告方式之限制規定，及該等條文未來修正的方向；並整理檢視國內高等行政法院及最高行政法院，於《菸害防制法》2009 年修正施行至 2017 年 5 月，對涉及前揭條款案件所認定之違法行為態樣；另檢視分析 2009 年至 2017 年 5 月國內商品及服務分類第 34 類之菸品類商標申請註冊案、爭議案(商標異議、評定、廢止案)、行政救濟爭訟案件之商標態樣、商標爭議爭點、商標使用行銷等變化。藉此得出未來審查菸品商標之具體建議事項。又有關澳洲國會於 2011 年 12 月通過的《菸品素面包裝法》(Tobacco Plain Packaging Act 2011)，引發之國際貿易、貿易技術性障礙等爭端議題雖最為劇烈，惟考量本研究著重於菸品商標行政審查實務的討論與研析，是該部分並不納入研究範圍。

## 第七節 研究架構與章節安排

### 第一項 研究架構

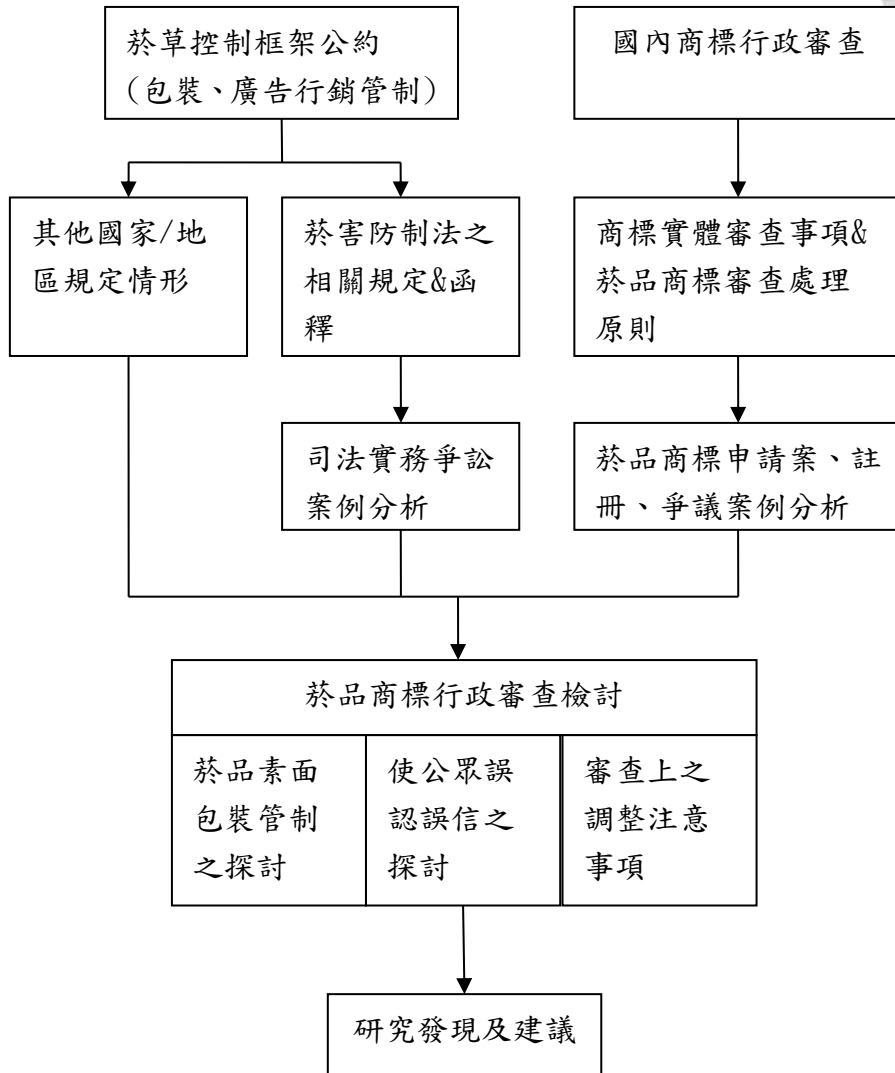
由於《菸草控制框架公約》的帶動引發國際上對菸品包裝及廣告行銷管制日



趨嚴格，菸品商標之使用大幅受限，進而造成菸品商標審查上之疑義及困擾。因此，為釐清法規造成的衝擊與菸品商標實務上之變化，以對我國菸品商標審查做一全面性的檢討、反思與建議，是決定以菸草控制框架公約對我國菸品商標審查之影響為研究主題。

本研究內容涉及學理探討與實務現狀評析，將以「文獻分析法」及「比較研究法」探討菸品包裝及廣告行銷之規定內涵及其對商標權等基本權利衝擊之核心問題；以「案例分析法」彙整分析我國對菸品包裝、廣告行銷管制之實務現況，並探討實務運作上是否有過於擴張解釋之情形，另外彙整分析我國菸品商標申請態樣和爭議內容之變化。在此基礎之上，進一步提出對我國菸品商標案件之檢討與未來商標審查上之建議。

圖 2 研究架構圖





## 第二項 章節安排

本研究共分六章，第一章緒論，內容包括背景、研究動機與目的、文獻探討、名詞定義、研究方法、研究範圍、研究架構與章節安排。第二章我國商標審查與實務，內容包括商標之功能與保護目的、商標權之取得、商標保護之客體等基本概念介紹；商標法對審查制度的規定及商標(包含菸品商標)審查實務概況；商標實體審查事項及相關審查基準與菸類商品申請商標註冊之處理原則等規定之介紹。第三章菸草控制框架公約與國內外對菸品包裝標示、廣告行銷之規範分析，內容包括對《菸草控制框架公約》之內容簡介和第 11 條、第 13 條及其實施準則規定介紹；澳洲據此通過施行的《菸品素面包裝法》及歐盟菸草製品新準則對菸品包裝標示之相關規定介紹；我國《菸害防制法》對菸品包裝標示、廣告行銷之相關規定及實務解釋認定情形。第四章國內菸品商標態樣及商標審查之變化與菸品包裝標示之改變，內容包括菸品市場銷售概況；菸品商標申請態樣之變化分析；菸品商標爭議內容、使用事證、審酌參考因素互動的變化分析。第五章國內菸品商標審查實務之探討研析，內容包括菸品素面包裝與限制菸商商標權利等相關問題研析、菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質品質之探討、審查菸品商標應注意及調整事項的探討。第六章結論，內容為本研究之主要發現及對菸品商標審查提出之研究建議。



## 第二章 我國商標審查與實務

### 第一節 概說

本章從商標行政審查角度切入，介紹我國對商標權之取得、保護之客體及商標法對審查制度之規定，並以審查事項為劃分，由商標申請註冊案件及爭議案件之程序審查、實體審查出發介紹商標法之相關規定，及審查著重之事項、相關審查基準。

### 第二節 商標基本概念

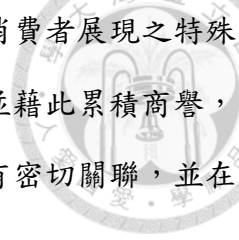
#### 第一項 商標之功能及保護目的

商標是業者為表彰其商品或服務來源，使相關消費者足以區別不同業者之商品或服務，而在商品上或提供服務時所附加之標識。商標之識別功能，為商標最主要且基本之功能，蓋商標之主要目的即在使商品或服務之相關消費者得據之與他人商品或服務相區別。由識別功能延伸出之三大功能為：表彰來源之功能、品質保證及廣告功能<sup>71</sup>。以下分述之：

表彰來源之功能：使一般消費者得確信標示商標之商品或服務有來源之同一性，並得與他人之商品或服務相區別。且消費者得藉由標示商標之商品或服務與企業產生連結、確認商品產製者或服務提供者。

品質保證功能：其作用在保證貼附同一商標之商品，具有同一品質，惟此保證與法律上之保證有別，亦即除證明標章之外，非屬法律所保護，如產製銷售之商品品質未與過去相同，不當然須負瑕疵擔保責任。

<sup>71</sup> 何孝元(1991)，〈第二編 本論 第二章商標之意義及功能〉，《工業所有權之研究》。第三版，頁140-142，台北：三民。



廣告功能：商標本身即具有廣告之機能，在交易過程中對消費者展現之特殊吸引力。商標透由廣告，使消費者認識其表彰之商品或服務，並藉此累積商譽，塑造商品或服務的特性，吸引消費者選擇購買。此功能與市場有密切關聯，並在著名商標之展現最為明顯。

商標在智慧財產權之體系中，屬產業之正當競爭秩序維護，商標權人之所以受保護，非因其對商標之圖樣或對使用該商標之商品有所創作，而是因其對該商標加以使用或有使用之意圖，使商標成為商品或服務來源之表彰，為維護競爭秩序，保護使用者之正當利益及消費者利益，而加以保護<sup>72</sup>。商標功能的展現與交易市場有著密不可分的關係，對其保護之目的，係藉法律給予權利人合理保護，以維護其信譽，使消費者利益因此受到保障，維護市場公平競爭，促使工商企業正常發展<sup>73</sup>。

## 第二項 商標權之取得

商標權的取得方式分有「使用主義」與「註冊主義」。「使用主義」認為商標或標章經使用始能衍生商譽，為避免消費者混淆及維護商業秩序，才授予專屬排他權利之必要。因此，提出商標註冊申請以有使用事實為前提，確保先使用者之權益，並確定商標權人持有之商標已用於企業之經營，具有表彰商品或服務之功能，註冊僅在公示商標權人擁有該商標。採行「使用主義」之代表性國家為美國，欲受到美國聯邦商標法保護者，在申請商標註冊時，須檢附實際使用之證明或擬使用之聲明<sup>74</sup>，若有二人以上以相同或近似之商標，指定使用於同一或類似之商品或服務申請註冊時，將准予先使用者有商標權，即便申請在先，惟實際使用在後，仍由先使用者取得商標權。在嚴格的「使用主義」下，商標的管理、檢索及公示

<sup>72</sup> 謝銘洋(2001)，〈智慧財產權之概念與法律體系〉，《智慧財產權法之基礎理論》，頁12-13，台北：翰蘆。

<sup>73</sup> 曾陳明汝、蔡明誠(2007)，《商標法原理》，修訂3版，頁21，台北：新學林。

<sup>74</sup> 美國雖採行使用主義，惟在1998年美國聯邦商標法修法後亦放寬使用主義原則，只要申請人申請商標註冊時，具有使用意圖，且有情況足以顯示其為善意即可。經美國專利商標局通知核准審定，申請人提交實際使用之事實，經審查後方可註冊，其註冊登記僅為表面證據力。

不容易，使欲進入市場的個人或企業在選用新商標時難度增加。在擴展營業範圍至其他區域，亦可能發生與其他區域另一人在同一或類似之商品或服務上使用相同或近似商標之情形，而致不得繼續使用或致消費者混淆誤認等問題，商標權利處於不穩定狀態，權利發生糾紛時，舉證不易。

「註冊主義」在申請商標註冊時，不以已有實際使用之事實為要件，具有公示效果，得防止他人使用或註冊相同或近似之商標，以保障商標權人利益，權利較具安定性。可區分為強制註冊和任意註冊，強制註冊，指凡欲作為商標使用之特定標識(例如文字、圖形、顏色、聲音等或其聯合式)，須經註冊公告取得商標權後始得使用；任意註冊則係商標使用不以註冊為必要，經註冊取得商標權者，取得專屬排他之權利，未經註冊的標識仍得作為使用人提供商品或服務來源之商標，惟該標識無法受商標法保護。與「註冊主義」相伴的是「先申請原則」，當兩相同或近似之商標指定使用於同一或類似商品或服務申請註冊時，應准予先申請者註冊。嚴守「註冊主義」的結果，可能割裂商標與其識別功能及商譽價值來源之間的聯繫，製造出一些雖已註冊卻未被使用、未被市場認識的商標，亦造成商標搶註的隱患。

我國《商標法》採行商標註冊保護主義及先申請先註冊原則。為保護商標的本質及緩和任意註冊引發的缺點，採取相關配套，強化權利人取得商標註冊後之使用義務，諸如：商標註冊後，無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿3年者，即構成廢止商標註冊之事由<sup>75</sup>；且依《商標法》第57條第1項、第63條第1項第1款規定，一註冊超過3年的商標如有未持續使用達3年，商標權人無法據以對他人之商標主張有《商標法》第30條第1項第10款規定之事由，申請評定或廢止。並有例外保護先使用商標之條款，例如：不得惡意搶註或以他人著名商標/標章申請註冊<sup>76</sup>；或明定在他人申請註冊日前已善意先使用商標，不受商標權效力拘束等

<sup>75</sup> 商標法第63條第1項第2款規定。

<sup>76</sup> 商標法第30條第1項第11款及第12款規定。



### 第三項 商標保護之客體

我國《商標法》依性質、作用之不同，將商標分類為：商標、證明標章、團體標章及團體商標<sup>77</sup>。廣義而言，商標係指前述商標法所保護之各類標章。而商標權人選用作為表彰其商品或服務來源之標識，即為商標保護之客體<sup>79</sup>。隨商業活潑多元的發展，傳播媒體及廣告設計日新月異，商標構成要素不再侷限平面之文字、圖形、記號，舉凡顏色、聲音、立體形狀、動態、氣味、姿態等可感知之標識，均可能讓消費者產生識別印象，成為指示商品或服務來源之標識。現行《商標法》第 18 條以概括方式，開放任何足以識別商品或服務來源之標識，具有商標能力，皆能成為註冊保護之客體<sup>80</sup>，並列示商標得由文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。

依列示之商標態樣可區分為傳統商標與非傳統商標：

傳統商標，指文字、圖形、記號或其聯合式。其中，文字：泛指可辨識之各種語言文字、字母；圖形：設色得為墨色或彩色，設計得為平面或立體影像呈現之平面圖形。惟其與顏色商標或三度空間之立體商標有別，保護內涵亦不相同；記號：泛指一切記號或象徵符號。

非傳統商標<sup>81</sup>，指顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式。顏色商標：指以單一顏色或二種以上之顏色組合作為識別，不含特定形狀之圖形外觀；立體商標：指三度空間具有長、寬、高之立體形狀，態樣包括商品本身之形狀、商品包裝容器之形狀、立體形狀標識（商品或商品包裝容器以外之立體形狀）、服務場所之裝潢設計；動態商標(motion mark)：指連續變化之動態影像。該

<sup>77</sup> 商標法第 36 條規定。

<sup>78</sup> 商標法第 2 條規定

<sup>79</sup> 陳文吟(2012)，〈第一章 商標之保護客體及標章種類〉，《商標法論》，頁 25，第 4 版，台北：三民。

<sup>80</sup> 蔡明誠(2011)，〈2011 修正商標法後問題之再思考〉，《智慧財產權月刊》第 170 期，頁 10。

<sup>81</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁 40，經濟部智慧財產局編印。

動態影像對消費者產生整體商業印象，得認識其為指示商品或服務來源；全像圖（Hologram，又稱雷射圖或全息圖）：在一張底片同時儲存多張影像，呈現立體影像，可為數畫面或單一畫面，依觀察角度不同，有虹彩變化；聲音：單純以聲音本身作為標識，利用聽覺區辨商品或服務來源。可為有旋律、音樂性之樂曲、歌曲，或非音樂性之聲音，如動物聲音、人聲。

### 第三節 我國商標審查制度

#### 第一項 商標法規定

商標註冊依不同立法例，分有登記制及審查制。登記制，指商標專責機關對申請案件採形式審查，凡符合法定文件程式，即准予註冊，如有不得註冊事由之情形，則交由公眾審查程序予以撤銷；審查制，係商標專責機關須就申請案件進行實體審查，始准予註冊<sup>82</sup>。審查制又可分「絕對審查」及「相對審查」，「絕對審查」指針對涉及公益性之絕對不准註冊事由（諸如：商標不具識別性、由通用標誌構成、違反公序良俗、相同或近似國旗、國徽等）進行審查；「相對審查」指不僅審查涉及公益性之絕對事由，尚須審查與他人權利相衝突之事由。

我國《商標法》採行「相對審查」，並分有註冊申請案之審查及公眾審查。由商標專責機關（即智慧財產局）指定審查人員<sup>83</sup>，審查有關商標註冊之申請、異議、評定及廢止案件<sup>84</sup>，且須作成書面之處分，記載理由及審查人員具名，送達申請人<sup>85</sup>。


商標註冊申請案之審查，分程序、實體兩部分。在先申請先註冊原則下，申請日的取得與欲申請註冊保護之權利範圍，對申請人、商標專責機關之審查作業

<sup>82</sup> 陳文吟(2012)，〈第四章 審查制度〉，《商標法論》，第4版，台北：三民。

<sup>83</sup> 商標法第14條規定。審查人員含括「商標審查官資格條例」所定之商標高級審查官、商標審查官及商標助理審查官，以及「經濟部智慧財產局組織條例」規定得承審案件之聘用專業審查人員。

<sup>84</sup> 有關商標權管理事項之商標註冊變更、移轉、授權及質權登記、延展、分割等案件，不以指定審查人員承審為必要。

<sup>85</sup> 商標法第15條規定。



及第三人之影響極大。程序上須先審查是否符合法定程式、形式要件是否具備，檢視申請書是否備齊載明申請人、商標圖樣及指定使用之商品或服務<sup>86</sup>，以確定其註冊申請日之取得時間。其中有關商標圖樣之審查，商標圖樣應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現<sup>87</sup>，傳統商標，多僅需一張商標圖樣，即能清楚、完整表現該商標；而非傳統商標，則須視其型態可能需檢附多張視圖，並有清楚、詳細之文字描述說明商標本身及其使用於商品或服務之情形，及檢附商標本身之樣本作為輔助，以真實表現商標，有助商標權利範圍之確定<sup>88</sup>。如有遲誤法定期間、不合法定程式不能補正或經通知限期補正未補正者，申請案不受理<sup>89</sup>。合於程序者，逕予進行實體審查(將於本章第四節介紹)，經審查認為有《商標法》第 29 條第 1 項、第 3 項、第 30 條第 1 項、第 4 項之事由或第 65 條第 3 項之不得註冊之情形者，依《商標法》第 31 條第 1 項規定，應予核駁審定。惟核駁審定前，須將核駁理由以書面通知申請人限期陳述意見<sup>90</sup>，或建議申請人得減縮與他人商標權益相衝突之指定商品或服務部分、商標圖樣之非實質變更<sup>91</sup>、辦理註冊前分割<sup>92</sup>、對有致商標權範圍產生疑義之虞之部分聲明不專用等處理<sup>93</sup>。若無不得註冊之情形，依《商標法》第 32 條，應准予核准審定。嗣審定書送達 2 個月內，申請人繳交註冊費後，始予註冊公告，發給註冊證。

<sup>86</sup> 商標法第 19 條第 1 項及第 2 項規定。

<sup>87</sup> 商標法第 19 條第 3 項。

<sup>88</sup> 商標法施行細則第 14 條至第 18 條及「非傳統商標審查基準」2.1 商標圖樣、描述及樣本參照。

<sup>89</sup> 商標法第 8 條第 1 項規定。

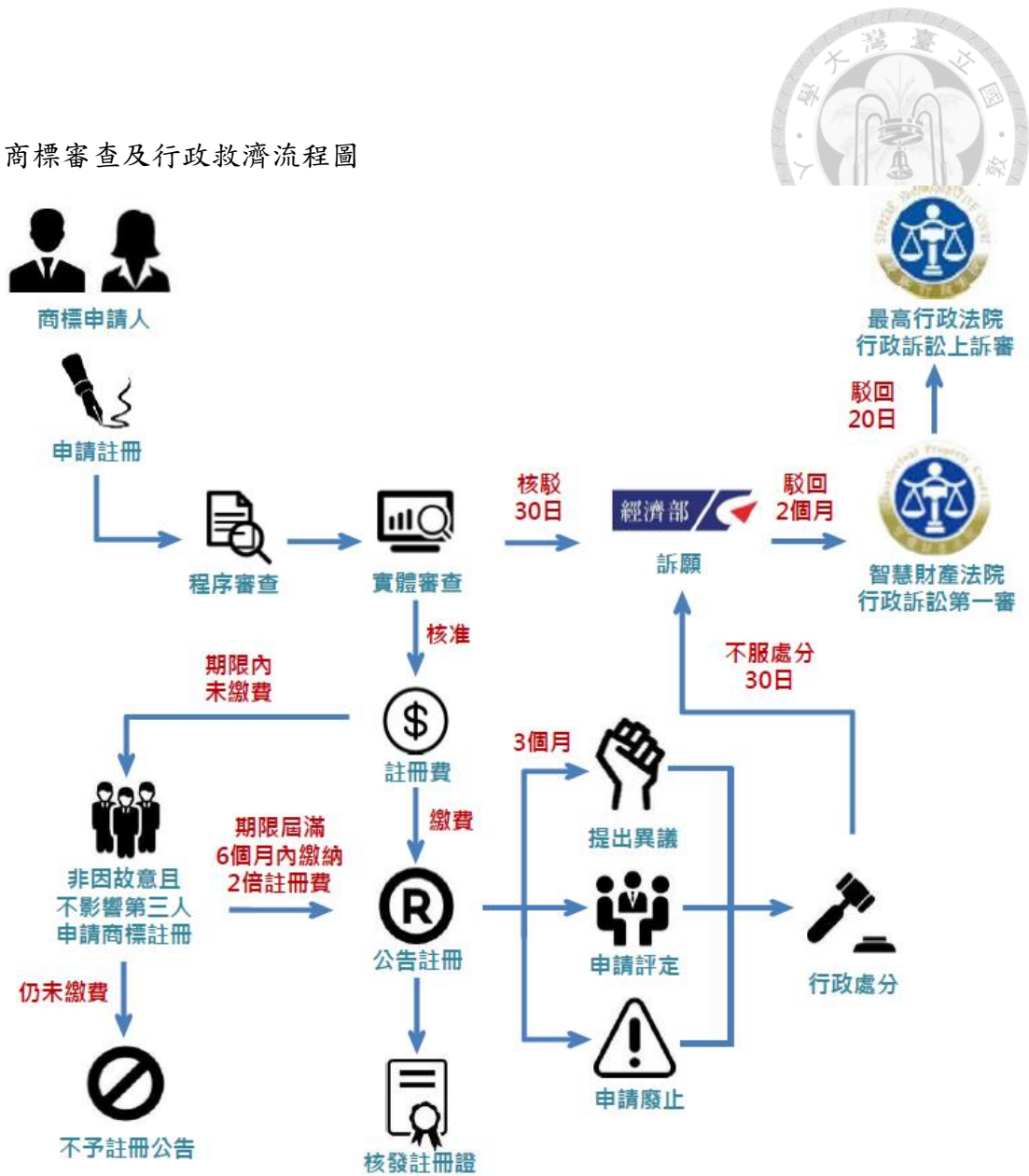
<sup>90</sup> 商標法第 31 條第 2 項規定。其立法目的係在於履踐行政程序法第 102 條之規定，給予申請人陳述意見的機會。對此智慧局並於民國 94 年 10 月 7 日以經授智字第 09420030700 號令修正發布「審定核駁理由先行通知實施要點」，供審查作業上之依循。

<sup>91</sup> 商標法第 23 條規定。

<sup>92</sup> 商標法第 26 條規定。

<sup>93</sup> 商標法第 29 條第 3 項規定。

圖 3 商標審查及行政救濟流程圖



圖片資料來源：智慧財產局網頁

公眾審查包含異議、評定及廢止。異議及評定制度，係為使審查結果更完善周全，對原不可准予註冊，卻予以註冊之補救制度。此乃商標使用涉及之商品或服務內容繁多，相關專業知識及市場交易情形龐雜，並有諸多不確定法律概念之判斷，且商標不得註冊事由，可能存在於相對人之間，審查人員以有限之資源及審查工具，未必能全盤掌握相關資訊，是以公眾審查輔審查人員之不足。又經核准註冊之商標，商標權人得禁止第三人使用與註冊商標相同或近似之商標於同一

或類似之商品或服務，性質上對第三人課以不作為義務，屬第三人效力之行政處分，應公告並使第三人有陳述意見之機會<sup>94</sup>；而廢止制度，係針對原註冊合法之商標，因商標權人違法使用或基於公益考量，另以一行政處分終止其商標註冊，其目的在促使商標權人合法使用註冊商標。以下就三者分述之：

「商標異議制度」，自民國 92 年修法採註冊後異議<sup>95</sup>。依《商標法》第 48 條規定，自商標註冊公告日後 3 個月之法定不變期間內，任何人認為商標之註冊，或商標指定使用於部分商品或服務之註冊，有違《商標法》第 29 條第 1 項、第 30 條第 1 項及第 65 條第 3 項規定，得就每一註冊商標各別向商標專責機關提起異議。異議案之審查，採主動迴避原則，商標專責機關須指定未曾審查之商標審查人員審查之<sup>96</sup>，異議案經踐行交互答辯及陳述意見後進行實體審理，異議審定後須作成書面處分，由審查人員具名，送達異議人及商標權人<sup>97</sup>。審查結果如無違法情事，應為異議不成立之處分；如有違法情事，或違法事由僅存在部分商品或服務，應為撤銷註冊<sup>98</sup>或撤銷該部分商品或服務之註冊<sup>99</sup>之處分。異議程序進行中，系爭商標權移轉，異議程序不受影響，並得由受讓人承受當事人地位續行程序<sup>100</sup>。異議人得於異議審定書送達前撤回異議，惟一經撤回，不得就同一事實、證據及理由對該註冊商標再提異議或評定<sup>101</sup>。經異議確定後之註冊商標，任何人不得就同一

<sup>94</sup> 行政程序法第 102 條規定：

<sup>95</sup> 民國 92 年修正前商標法採註冊前異議制，商標經核准審定後，須公告於商標專責機關公報，使公眾知悉即將註冊之商標，以利公眾審查之進行。任何人於審定公告三個月期間內，認為有違反商標法規定之情事者，得向商標專責機關提出異議(92 年修正前商標法第 41 條第 1 項及第 46 條)。92 年修法時，為因應 TRIPS 協議第 15 條第 5 項規定、與商標法第 25 條之修法相配合，以及經統計，核准審定的商標申請案，約僅不到 3% 被異議，且僅約 1% 被撤銷原核准審定，絕大多數的申請案均可獲准註冊，為使申請人即早取得商標權，縮短取得商標權的時間，爰於 92 年修正改採「註冊後異議制度」，改為註冊公告之日起三個月內異議。

<sup>96</sup> 商標法第 51 條規定。

<sup>97</sup> 商標爭議案審查流程注意事項。

<sup>98</sup> 商標法第 54 條規定。

<sup>99</sup> 商標法第 55 條規定。

<sup>100</sup> 商標法第 52 條規定。

<sup>101</sup> 商標法第 53 條規定。



事實、證據及理由，申請評定<sup>102</sup>。

「商標評定制度」，商標評定之提請或申請人資格限商標審查人員及利害關係人。商標審查人員得因自行發現違法情事、檢舉請求或依訴願決定或智慧財產法院判決意旨提請評定<sup>103</sup>。提請時需考量違法性輕重、侵害法益、商標權人信賴利益保護、既存商業秩序等因素，為合理、公正之裁量<sup>104</sup>；申請評定人之利害關係，由主張者檢證釋明，商標專責機關據檢證內容進行形式審查是否符合「商標法利害關係人認定要點」所列情形。評定程序之進行與異議程序相仿，多準用異議之規定。評定之事由雖與異議相同，惟主張有違《商標法》第 30 條第 1 項第 10 款規定之情事者，其據以評定商標之註冊已滿 3 年者，應檢附據爭商標之使用證據，或有正當事由未使用之證據。此因兩造商標是否在市場上造成混淆誤認之虞，應回歸市場上實際使用情形，以避免未於市場使用之商標，排除他人註冊商標之現象。評定案件提起期間之限制，依主張條款及事由可區分：註冊公告之日起 5 年內：違反《商標法》第 29 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 30 條第 1 項第 9 款至第 15 款或第 65 條第 3 項規定；無除斥期間限制：違反《商標法》第 29 條第 1 項第 2 款、第 30 條第 1 項第 1 款至第 8 款，及惡意違反第 9 款及第 11 款。評定案之審查，採多數決方式評定之，由商標專責機關指派未曾參與原案審查之 3 人以上評定委員評定。註冊商標經評定成立，應撤銷其註冊，惟評決時，違法事由已不存在，是否仍撤銷其註冊，由商標專責機關斟酌公益、法律安定性及當事人利益後，再予決定。

「商標廢止制度」，廢止案之申請得由商標專責機關依職權或任何人基於公眾監督申請之。廢止事由依《商標法》第 63 條第 1 項及第 93 條第 1 項規定包含，自行變換或加附記；無正當事由迄未使用或繼續停止使用；未附加適當區別標示；

<sup>102</sup> 商標法第 56 條規定。

<sup>103</sup> 商標審查人員提請評定作業要點三、四、五。

<sup>104</sup> 商標審查人員提請評定作業要點二。

商標已成為通用標章、名稱或形狀；商標實際使用有致公眾誤認誤信商品性質、品質或產地之虞；證明商標、團體標章或團體商標之不當使用。廢止案之審查多準用異議及評定之程序規定。惟對申請無具體事證或主張顯無理由之申請案，商標專責機關得逕予駁回；有關未使用之廢止事由，經商標專責機關通知商標權人限期答辯，未答辯者，得逕予廢止其註冊；有關自行變換或加附記之情事，遭廢止註冊，或處分前聲明拋棄商標權者，原商標權人於廢止之日起 3 年內，不得註冊、受讓或被授權使用與原註冊商標相同或近似之商標於同一或類似商品或服務。

表格 2 異議、評定及廢止制度之比較表

	異議	評定	廢止
申請人	任何人	利害關係人/商標審查人員	任何人/商標審查人員
事由	1. 不得註冊事由：商標法第 29 條第 1 項、第 30 條第 1 項 2. 廢止之日起三年內不得註冊：第 65 條第 3 項	1. 不得註冊事由：商標法第 29 條第 1 項、第 30 條第 1 項 2. 廢止之日起三年內不得註冊：第 65 條第 3 項	商標法第 63 條第 1 項及第 93 條第 1 項規定事由
限制		以違反商標法第 30 條第 1 項第 10 款申請評定者，據爭商標應檢附申請評定前三年有真實使用之證據。	以有商標法第 63 條第 1 項第 1 款申請廢止者，據爭商標應檢附申請廢止前三年有真實使用之證據。
期間限制	註冊公告日後 3 個月	1. 註冊公告日後 5 年	商標權期間內
審查方式	獨任制(商標審查人員 1 人)	合議制(3 人以上評定委員)	獨任制(商標審查人員 1 人)、無迴避規定
法律效果	撤銷商標註冊。商標	撤銷商標註冊。商標	廢止註冊。商標權自

	異議	評定	廢止
	權自始失其效力。	權自始失其效力。	廢止之日失其效力。
一事不再理	異議確定後	評定案經處分後	

(資料來源：商標法逐條釋義；表格筆者自行整理)

## 第二項 商標審查實務概況(包含菸品商標)

據智慧財產局年報統計<sup>105</sup>，2009年至2016年商標審查概況如下：

商標受理申請註冊件數：2009年以案件計59,669件(以類別計74,117類<sup>106</sup>)，往後在件數及類別數上均逐年持續增加，2010年有66,496件(83,072類)，2011年有67,620件(85,958類)，2012年有74,357件(95,435類)，2013年有74,031件(94,958類)，2014年有75,933件(97,776類)，2015年有78,523件(101,327類)，至2016年已達79,300件(101,331類)。本國人與外國人之申請註冊件數比例約為7:3。在我國申請商標註冊件數前三大國家(地區)，為中國大陸、美國、日本所占比例最高。申請商標註冊指定使用商品或服務類別數，商品以第3、5、9、25、30類之化粧品、人體用清潔劑；營養補充品；電腦軟硬體及其周邊設備、電子訊號器材；衣服；咖啡茶飲、糖果餅乾類之商品最多；服務以第35、43類之綜合性或特定商品零售服務、餐飲最多。非傳統商標註冊申請情形，以立體商標申請註冊件數比例較高，其次為顏色商標，接續為聲音商標及動態商標，全像圖商標申請註冊比例最少。

商標註冊申請審查及公告註冊情形：申請註冊案件平均結案期間為6-8個月，案件平均首次通知期間由2012年的5.8個月逐年縮短至2016年的5.4個月，辦結件數由2012年的72,953件每年持續增加至2016年的83,387件。公告註冊件數，2009年至2016年間，以2013年的66,257件(81,781類)及2016年的68,177

<sup>105</sup> 2016年智慧財產局年報、2009年智慧財產局年報。

<sup>106</sup> 2003年商標法修法，申請商標註冊採一案多類制，一商標得指定使用於二個以上類別之商品或服務。



件(88,274類)最多。本國人與外國人商標公告註冊比例維持約7:3。非傳統商標公告註冊情形，以立體商標數量最多，次為聲音商標，再次為顏色商標。

商標爭議及行政救濟情形：商標爭議案件提起件數，2009年至2016年間，以2010年的2031件及2012年的1924件之數量最多，2016年的1524件數量最少，其餘多約在1770件至1650件之間。爭議類型，異議案件比例最高。不服原處分向經濟部提起訴願案，自2009年的1,048件，往後逐年下降至2016年為688件。經濟部撤銷原處分比例，2009年7.55%，2010年-2012年約維持6.6-4.6%，2014年升高至13%，2016年降至2.68%。智慧財產法院新收商標行政訴訟件數，2009年及2010年件數達250件以上，2011年-2016年約維持在190-150件以內。近三年智慧財產法院撤銷原處分比例由17.4%降至11.1%。

註冊商標延展案件情形，2009年申請量30,386件，往後均在3萬3千件以上，2016年達43,030件。

2009年至2016年間第34類菸類商品之商標審查實務概況：

表格 3 2009 年至 2016 年第 34 類菸類商品統計表

菸品商標申請及註冊統計(單位：件)									
年度	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	合計
申請註冊	269	302	285	357	383	399	365	372	2732
公告註冊	307	249	210	291	300	310	316	364	2347

(資料來源：智慧財產局年報統計；表格筆者自製)

2009年至2016年公告註冊之本國人之菸品商標504件<sup>107</sup>，本國人與外國人之菸類商品商標公告註冊比例約2:8。取得商標註冊公告之外商國籍，以瑞士最多計589件<sup>108</sup>，其次為日本計254件<sup>109</sup>，接續為英、美<sup>110</sup>計166件。核駁公告之申請註

<sup>107</sup> 今年2017年1月1日至2017年5月16日公告註冊之本國菸品商標件數38件。

<sup>108</sup> 今年2017年1月1日至2017年5月16日公告註冊之瑞士商菸品商標件數45件。

<sup>109</sup> 今年2017年1月1日至2017年5月16日公告註冊之日本商菸品商標件數13件。

<sup>110</sup> 今年2017年1月1日至2017年5月16日公告註冊之英、美商菸品商標件數7件。

冊商標計 271 件，商標獲准註冊公告比例達 89%。菸品類商標爭議案件部分，經處分之案件共計 92 件<sup>111</sup>，異議案及評定案占 66 件，廢止案為 26 件。另外，菸品類之非傳統商標公告註冊情形，僅有立體商標之註冊。



菸類商品商標之註冊申請案件及公告註冊案件量，在全部 45 類之商品或服務分類中，其數量比例實屬不多。由統計數據顯示其特色在，菸品商標極大部分係由外國人，特別是歐、日菸商申請註冊及取得註冊公告，且前三大之外商國籍呈現固定現象，前三大外商國籍累計之菸品商標註冊件數占總數之近半成，得見外商對菸品商標之設計、使用對國內菸品商標、菸品市場具有指標性作用。

#### 第四節 商標實體審查事項

商標註冊申請案及爭議案經程序審查，符合法定程式後，或依案件性質踐行相關交互答辯、陳述意見後，進入實體內容之審查。《商標法》規定之商標註冊要件，可分為積極要件和消極要件。積極要件，係指商標須具備識別性；消極要件，指商標不得有商標法所列不准註冊之事由存在。商標申請案及異議案、評定案之實體審查，即在判斷申請註冊之商標是否具有積極要件及無不准註冊之事由。另外，商標廢止案之實體審查，則針對商標註冊後是否有合法、持續性之使用。以下就審查之項目及參考之相關基準說明

##### 第一項 積極要件之審查

識別性係商標取得註冊之積極要件，其為商標指示商品或服務來源，並與他人的商品或服務相區別的特性。審查商標是否具識別性，係就商標整體觀察，以我國「相關」消費者，即有購買或使用特定商品或服務經驗之實際消費者，及未來有可能購買或使用該特定商品或服務之潛在消費者之認知為準。考量個案事實及證據，依申請註冊之商標態樣，參考「商標識別性審查基準」所列「商標與指

<sup>111</sup> 截至 2017 年 5 月 31 日止，經處分之爭議案件 93 件。

定使用商品或服務的關係」、「競爭同業使用情形」及「申請人使用方式與實際交易情況」等因素，或「非傳統商標審查基準」針對不同非傳統商標形態所列事項綜合判斷。



具識別性之商標包括<sup>112</sup>：先天，商標本身所固有，無須經使用取得之識別能力，與後天(第二層意義)，標識原不具識別性，但經由在市場上之使用，使其除有原始意涵之外，另產生識別來源之新意義。具先天識別性之商標，依識別性強弱，可區分獨創性、任意性及暗示性商標。獨創性商標：運用智慧獨創所得，非沿用既有詞彙或事物，本身不具特定既有含義，識別性最強；任意性商標：由現有詞彙或事物構成，但與指定使用商品或服務本身或其品質、功用或其他特性全然無關；暗示性商標：以隱含譬喻方式暗示商品或服務品質、功用或其他有關成分、性質等特性，雖較易為消費者所記憶，但並非競爭同業必須或通常用以說明商品或服務的標識，消費者需運用一定程度的想像、思考、感受或推理，才能領會標識與商品或服務間之關聯性。

後天識別性之審查<sup>113</sup>，以國內相關消費者認知為判斷標準，採證之實際使用證據，以國內使用資料為主，若為國外使用資料，須國內相關消費者得以獲知該國外使用情形之相關資訊。審查判斷上，據申請人提出之證據資料，就指定使用商品或服務特性之差異，考量「商標的使用方式、時間長短及同業使用情形」、「銷售量、營業額與市場占有率」、「廣告量、廣告費用、促銷活動的資料」、「銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍」、「各國註冊的證明」、「市場調查報告」、「其他得據為認定有後天識別性的證據」等因素，衡酌個案實際交易市場的相關事實加以綜合審查。

不具識別性之商標<sup>114</sup>，依《商標法》第29條第1項第1款至第3款規定，係

<sup>112</sup> 「商標識別性審查基準」2.1參照。

<sup>113</sup> 「商標識別性審查基準」5.1參照。

<sup>114</sup> 「商標識別性審查基準」2.2參照。



指商標僅由描述性之說明、指定商品或服務之通用標章或名稱，或其他無法指示及區別來源之標識所構成。其審查之內涵說明如下

說明性標識<sup>115</sup>：指標識僅說明所指定商品或服務的品質、用途、原料、產地等特性，並以文字、圖形、記號、立體形狀、顏色、聲音等標識作直接、明顯之描述。商標是否為說明性，應依社會一般通念為判斷，標識與商品本身之說明或與商品本身之說明有密切關連者，即屬之，不以一般提供該商品或服務者所共同使用為必要。說明性標識得透過使用取得後天識別性(第二層意義)之適用。

通用標章或名稱：通用標章為業者就特定商品或服務所共同使用之標誌，或通用之立體形狀、顏色、聲音、動態及全像圖；通用名稱為業者通常用以表示商品或服務之名稱，通用名稱亦包括其簡稱、縮寫及俗稱。不得透過使用取得後天識別性之適用。

其他不具識別性之標識<sup>116</sup>：傳統商標，如僅由單一字母、型號、單純數字、簡單線條或基本幾何圖形、裝飾圖案、姓氏、稱謂與姓氏結合、公司名稱、網域名稱、習見的宗教神祇、用語與標誌、標語、習見祝賀語、吉祥語、流行用語與成語等等所構成；非傳統商標，如立體形狀僅為簡單幾何形狀或營業場所普通裝潢設計、配合機器操作設定之聲音等。因缺乏指示來源的功能，屬不具識別性的標識，不得註冊，惟得透過使用取得後天識別性之適用。

商標如包含不具識別性部分，惟整體圖樣仍足使相關消費者認識其為指示及區別來源的標識，即具有商標的識別性。為避免商標註冊後，商標權人對其取得之權利範圍認知有誤，執不具識別性部分主張權利，造成競爭同業困擾，不利市場公平競爭，《商標法》規定有聲明不專用制度，依《商標法》第 29 條第 3 項，商標圖樣中包含不具識別性，且有致商標權範圍產生疑義之虞之部分，如經申請

<sup>115</sup> 本文將「商標識別性審查基準」2.2.1 之「描述性標識」，統一以「說明性標識」稱之。

<sup>116</sup> 「商標識別性審查基準」4. 參照。

人聲明不在專用之列，得准予註冊。有關應否聲明不專用之判斷，審查上須參考「聲明不專用審查基準」及「無須聲明不專用例示事項」。



## 第二項 消極要件之不准註冊事由

消極要件之審查事項規定於《商標法》第 30 條第 1 項，以列舉方式，羅列 15 款商標要取得註冊須不得存在之事由。其規定以不得註冊，非不得申請註冊。審查之判斷時點原則以「註冊時」為準；第 9 款及第 11 款至第 14 款規定之地理標示、著名及先使用之認定，則以「申請時」為準。分類上，絕對不得註冊事由，規定在第 1 款至第 8 款，包含具功能性之標識(第 1 款)、和公共利益性質/維護公信力/公平競爭有關之標識(第 2 款至第 8 款)，此等事由主要與商標本身有關；相對不得註冊事由，規定在第 9 款至第 15 款，包含涉及他人權益之標識(第 10 款至第 15 款)、和地理標示有關之標識(第 9 款)，該等事由主要涉及商標與他人權利相衝突。

### 第一款 具有功能性之標識

僅為發揮商品或服務之功能所必要者(《商標法》第 30 條第 1 項第 1 款)<sup>117</sup>：本款針對所有商標態樣之功能性問題予以規範。功能性，指特定商品或服務之設計或特徵(例如商品形狀、商品包裝、聲音、顏色或氣味等)，就商品或服務的用途或使用目的來說，為不可或缺，或會影響商品或服務成本、品質。審查上，功能性與識別性是個別判斷，具功能性之商品設計或特徵即便取得專利保護，於市場獨占使用，進而取得後天識別性，但因具功能性，仍不得核准註冊。商標圖樣中包含具功能性部分，且對商標權範圍產生疑義之虞，得透過聲明該功能性部分不在專用之列，而准予註冊。

具有功能性之標識多出現在非傳統商標型態，審查上須參酌「非傳統商標審

<sup>117</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁 79，經濟部智慧財產局編印。

查基準」對各型態商標所列參考因素或例示予以判斷<sup>118</sup>。立體商標之功能性，參考因素有：(1)該形狀是否為達到該商品之使用或目的所必須；(2)該形狀是否為達到某種技術效果所必要；(3)該形狀的製作成本或方法是否比較簡單、便宜或較好。而功能性之顏色，如為發揮功能所必要之顏色；依一般社會通念，代表特定意涵，具有功能性作為危險或警告訊息之顏色。功能性之聲音，包括機器設備正常操作時自然產生的聲音；具警示功能的聲音；提醒功能的聲音。

## 第二款 和公共利益/公信力/公平競爭有關之標識

該等規定可區分為三類型：(1)《商標法》第30條第1項第2款至第6款，對申請註冊之商標如相同或近似於代表國家精神象徵、國內外政府/組織之旗幟、徽章、標誌等、或具公信力之標識等所作之相關規定；(2)妨害公序良俗；(3)使公眾誤認誤信。其各款規定及審查實務上注意之事項為<sup>119</sup>：

(一)相同或近似於中華民國國旗、國徽、國璽、軍旗、軍徽、印信、勳章或外國國旗，或世界貿易組織會員依巴黎公約第6條之3第3款所為通知之外國國徽、國璽或國家徽章者(《商標法》第30條第1項第2款)：本款規定之事項為國家及軍隊之精神象徵、政府公信力之憑證、國家榮譽之標識，與維護國際間互敬之情誼、尊重他國國家尊嚴、履行國際規範，基於公共利益考量，規定不得註冊。在適用上，禁止使用相同或近似於任何國家之國旗；且無第30條第3款規定適用，即便申請人為代表國家之政府或其他相關組織，仍不得以國旗、國徽等作為商標。

(二)相同於國父或國家元首之肖像或姓名者(《商標法》第30條第1項第3款)：本款目的係為避免減損國父或國家元首之尊嚴及影響國家之公共利益。適用上以相同為限，不及於近似；如以近似之肖像或姓名申請註冊，若有構成妨害公共秩序或善良風俗，或造成公眾誤認誤信之虞之情事，可能涉及《商標法》第

<sup>118</sup> 「非傳統商標審查基準」3.1、4.2.4及5.2.4參照。

<sup>119</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁81-85，經濟部智慧財產局編印。



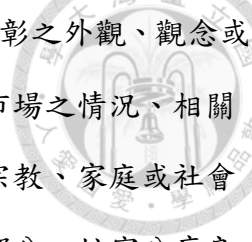
30 條第 1 項第 7 款、第 8 款之事由。

(三)相同或近似於中華民國政府機關或其主辦展覽會之標章，或其所發給之褒獎牌狀者(《商標法》第 30 條第 1 項第 4 款)：本款為防止消費者誤信該申請人指定使用之商品或服務與政府機關相關聯。適用上，中華民國政府機關，指中央及地方政府機關；展覽會，指在我國境內舉辦；申請人如為中華民國政府機關，則不適用。

(四)相同或近似於國際跨政府組織或國內外著名且具公益性機構之徽章、旗幟、其他徽記、縮寫或名稱，有致公眾誤認誤信之虞者(《商標法》第 30 條第 1 項第 5 款)：本款為避免消費者誤認誤信其商品或服務之來源，所作之公益性規範。適用上，其保護標的以具有公益之名稱、徽記、徽章或標章等為限；無商品或服務類別之限制；申請人為該國際跨政府組織或國內外著名公益機構等相關機構時，不適用。

(五)相同或近似於國內外用以表明品質管制或驗證之國家標誌或印記，且指定使用於同一或類似之商品或服務者(《商標法》第 30 條第 1 項第 6 款)：本款為避免消費者因誤認誤信其商品的品質係經過驗證而誤購。適用上，非指一般證明標章，而係依國內外用以表明品質管制或驗證，符合國家法規標準所核發的驗證標記或印記；須限指定使用於同一或類似的商品或服務者；若指定使用於非類似商品或服務，有使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞等情形，則屬第 8 款不得註冊之事由。

(六)妨害公共秩序或善良風俗者(《商標法》第 30 條第 1 項第 7 款)：公共秩序，指國家或社會所制定的行為準則，為國家及社會共同生活的要求；善良風俗，指社會的一般道德觀念，包括文化傳統、生活方式及民間習俗在內。本款規範目的在維繫法律秩序及倫理道德、維護市場公平競爭、保護消費者利益。惟公序良俗之判斷常隨時代變遷而有不同，審查上，為使內涵更明確，須依「商標妨



害公共秩序或善良風俗審查基準」所列因素<sup>120</sup>，以商標本身所表彰之外觀、觀念或讀音，考量註冊當時之社會環境，並就其指定使用商品或服務市場之情況、相關公眾之認知等因素綜合判斷，是否有明顯冒犯衝擊或可能破壞宗教、家庭或社會價值、影響公共利益等情形加以認定。適用上，與識別性審查部分，妨害公序良俗所稱之「粗鄙用語」，係令人耳聞後情緒上產生不愉快或冒犯衝突的感受，無法主張業經使用取得後天識別性或依《商標法》第 29 條第 3 項聲明不在專用之列；而不具識別性之「通俗用語」，屬一般事實或情緒性描述用語，較不會使聽聞者產生負面觀感。又《商標法》第 30 條第 1 項第 12 款「意圖仿襲」所隱含申請人之申請的方法、手段惡意之性質，非為本款之適用範疇。

(七)使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者(《商標法》第 30 條第 1 項第 8 款)：本款規範對象在於商標本身與所指定商品或服務之聯結，可能有致消費者誤認商標所表彰商品或服務之性質、品質或產地。目的在制止商標構成要素之圖樣、文字等，與其指定使用之商品或服務間有不實關係，防止消費者因商標表徵之外觀、讀音或觀念等與指定使用之商品或服務不相符合，以致於消費者誤認誤信而予以購入商品或服務，受不測損害之公益目的。審查上，須就商標本身之外觀、觀念或讀音等觀察，就商標給予消費者之印象，及其與商標指定之商品或服務之聯結，考量指定商品或服務在市場交易之實際情事，以指定商品或服務消費者之認識、感知為基準，從商標自體構成直接客觀判斷，是否消費者所認識商品之產地、販售地，或服務之提供地，在實際使用上有異於其所認識之性質、品質或產地等，致消費者有誤認誤信之虞<sup>121</sup>。

### 第三款 涉及他人權益之標識

依涉及權益之類型，該等條款可區分(1)商標(《商標法》第 30 條第 1 項第 10

<sup>120</sup> 「商標妨害公共秩序或善良風俗審查基準」3. 參照。

<sup>121</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 1324 號判決意旨參照。

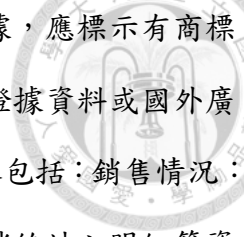
款至第 12 款)；(2)人格權及商譽(《商標法》第 30 條第 1 項第 13 款、第 14 款)；(3)其他權利(《商標法》第 30 條第 1 項第 15 款)。審查實務上，申請案件，遭商標專責機關以違反《商標法》第 30 條第 1 項第 10 款規定，予以核駁之比例較高；爭議案件，以主張違反《商標法》第 30 條第 1 項第 10 款至第 12 款規定事由之比例較高。

(一)相同或近似於他人同一或類似商品或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。但經該註冊商標或申請在先之商標所有人同意申請，且非顯屬不當者，不在此限(《商標法》第 30 條第 1 項第 10 款)：本款係先申請註冊原則，當兩商標發生衝突時，應以其申請註冊先後作為取得商標權的判斷標準。審查上，關於「有致相關消費者混淆誤認之虞者」之判斷，依「混淆誤認之虞」審查基準作為案件審酌之原則(將於本節第三項予以說明)。

(二)相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限(《商標法》第 30 條第 1 項第 11 款)：本款係為保護著名商標或標章。著名，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者<sup>122</sup>。本款構成要件包含：(1)近似與否；(2)著名與否；(3)是否有致相關公眾混淆誤認之虞；(4)是否有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞。審查上，係參考「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」，關於商標近似與否及是否有致相關公眾混淆誤認之虞部分，搭配參考「混淆誤認之虞審查基準」。有關著名與否之判斷，以國內消費者認知為準，就個案情況，考量下列因素<sup>123</sup>：商標識別性之強弱、相關事業或消費者知悉或認識商標之程度、商標使用及宣傳之期間、範圍及地域、商標是否申請或取得註冊及其註冊、申請註冊之期間、範圍及地域、商

<sup>122</sup> 商標施行細則第 31 條規定。

<sup>123</sup> 「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」2.1.2.1 及 2.1.2.2 參照。



標成功執行其權利的紀錄、商標之價值及其他因素。採認之證據，應標示有商標及日期或得以辨識其使用之圖樣及日期之佐證資料，得為國內證據資料或國外廣泛使用所建立之知名度已到達我國之事證資料。其證據式樣內容包括：銷售情況：發票、行銷單據、進出口單據及其銷售數額、市場佔有率、行銷統計之明細等資料；廣告：國內外報章、雜誌或電視等大眾媒體廣告資料，諸如，廣告版面大小、金額、數量、廣告託播單、電視廣告監播記錄表、車廂、公車亭、捷運站、高速公路廣告及店招、路招等證據資料；使用、銷售管道：商標創用時間及其持續使用資料、銷售據點及其銷售管道、場所之配置情形；價值：市場評價、鑑價、銷售額排名、廣告額排名或其營業狀況等資料；其他：國內外註冊情形、參展資料、行政或司法機關之相關認定文件等。

(三)相同或近似於他人先使用於同一或類似商品或服務之商標，而申請人因與該他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在，意圖仿襲而申請註冊者。但經其同意申請註冊者，不在此限(《商標法》第 30 條第 1 項第 12 款)：本款在維護市場公平競爭秩序，提供遭他人不法搶註其商標時之救濟。適用上，不以造成混淆誤認之虞為必要，「先使用」之商標，指相對於系爭商標在先使用於同一或類似商品服務之商標，不限國內先使用。審查上，須考量據爭商標之識別性強度及其行銷於市場之具體客觀事證，判斷申請人是否基於業務競爭關係知悉他人商標存在而有「意圖仿襲」申請註冊之情事，並斟酌契約、地緣、業務往來，或其他與前揭相類似，包括國內相關或競爭同業之間因業務經營關係而知悉他人先使用商標存在<sup>124</sup>等客觀存在之事實及證據綜合判斷。

(四)有他人之肖像或著名之姓名、藝名、筆名、字號者。但經其同意申請註冊者，不在此限(《商標法》第 30 條第 1 項第 13 款)：本款係對自然人人格權之保護。適用上，「他人之肖像」不以著名為限，經過裝扮或不同畫風呈現的肖像，

<sup>124</sup> 最高行政法院 98 年度判字第 321 號判決、智慧財產法院 99 年度行商訴字第 30 號行政判決參照。



可辨認出該他人時，亦屬之；姓名、藝名、筆名、字號，限達到「著名」程度。歷史人物的肖像或已逝著名人士的姓名、藝名、筆名、字號等，因人格權業已消滅，非為本款保護之範圍<sup>125</sup>。

(五)有著名之法人、商號或其他團體之名稱，有致相關公眾混淆誤認之虞者。但經其同意申請註冊者，不在此限(《商標法》第30條第1項第14款)：本款在保護著名法人、商號或其他團體之名稱權，以維護商業秩序、市場公平競爭及保護消費者。適用上，名稱須著名且相同，惟不以商標指定商品或服務與法人、商號所營事業係同一或類似者為限，以相關公眾是否有混淆誤認之虞為判斷。

(六)商標侵害他人之著作權、專利權或其他權利，經判決確定者。但經其同意申請註冊者，不在此限(《商標法》第30條第1項第15款)：隨商標保護客體的放寬，構成商標的元素，可能涉及侵害他人受保護之權利(諸如美術著作、音樂著作、設計專利等)。本款適用上，為商標申請時侵害他人之著作權、專利權或其他權利之事實，在提出異議、申請評定或提請評定程序中須檢附確定判決書，以證明該商標之註冊確實侵害他人之著作權、專利權或其他權利<sup>126</sup>。


#### 第四款 和地理標示有關之標識

相同或近似於中華民國或外國之葡萄酒或蒸餾酒地理標示，且指定使用於與葡萄酒或蒸餾酒同一或類似商品，而該外國與中華民國簽訂協定或共同參加國際條約，或相互承認葡萄酒或蒸餾酒地理標示之保護者(《商標法》第30條第1項第9款)：

商標實體審查事由中與產地標識有關之條文包括，《商標法》第29條第1項第1款、第30條第1項第8款及第9款，前二者之產地包含各類商品/服務，後者則僅限酒類中之葡萄酒及蒸餾酒地理標示。

<sup>125</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁98，經濟部智慧財產局編印。

<sup>126</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁100，經濟部智慧財產局編印。



地理標示(Geographical Indications)<sup>127</sup>保護向來是國際重要議題之一，《TRIPS 協定》對地理標示保護方式分：一般地理標示及葡萄酒或蒸餾酒地理標示兩類型，一般地理標示保護<sup>128</sup>，係對於不實之地理標示有致公眾誤認商品實際產地，相當於我國《商標法》第 30 條第 1 項第 8 款之規定。而「葡萄酒或蒸餾酒」地理標示保護，依《TRIPS 協定》第 23 條相關規定，適用上不以「使公眾誤認誤信」為必要，僅需「相同或近似」於我國或外國之葡萄酒或蒸餾酒地理標示，且指定使用於與葡萄酒或蒸餾酒同一或類似商品。以互惠原則，所指「外國」須與我國簽訂或共同參加有關保護葡萄酒或蒸餾酒地理標示之協定或國際條約，或相互承認保護葡萄酒或蒸餾酒地理標之保護者<sup>129</sup>。並以系爭商標註冊申請日之前已存在，或該標示所屬國與我國之互惠關係已存在者為限。又申請人如果為該地理標示之政府機關或相關機構時，則不在此款適用範圍內，應可申請註冊<sup>130</sup>。

### 第三項 消極要件之混淆誤認之虞

「混淆誤認之虞」判斷是商標法重要核心課題之一，對混淆誤認之禁止是確保商標識別功能之必要手段，亦是第三人使用商標之範圍限制，以維護自由競爭市場之正常運作。在不准商標註冊之相對事由及廢止註冊商標之事由中，《商標法》第 30 條第 1 項第 10 款、第 11 款前段、第 14 款及第 63 條第 1 項第 1 款，規定以判斷有無構成消費者混淆誤認之虞為要件，此因其為形成商標衝突之主因，致使相關消費者可能無從藉由商標正確區辨商品/服務來源，而誤認二商標為同一來源；或雖不會誤認二商標為同一商標，但極有可能誤認二商標之商品/服務為同一來源

<sup>127</sup> 地理標示，據 TRIPS 規定指為辨別一項商品標示係來自一會員之領域，或其領域內之某一地區或地點，且該商品之特定品質、聲譽或其他性質，係來自該地理來源。

<sup>128</sup> 規定於 TRIPS 協定第 22 條。

<sup>129</sup> 以「香檳」為例，「香檳」為法國香檳區地理標示之翻譯，依我國與歐盟簽定之雙邊協議及 TRIPS 協定第 23 條規定，智慧局於民國 92 年 3 月 5 日公告：「香檳」在酒類商品上受保護，不可作為酒品之名稱。

<sup>130</sup> 商標法第 30 條第 2 項及第 3 項規定。

之系列商品/服務，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係。



「混淆誤認之虞」之成立，需具備商標近似及商品/服務類似二個因素，且為使判斷有無混淆誤認之虞的結果，更與市場實際情形相契合，須參酌「混淆誤認之虞」審查基準所列 8 項參考因素，按個案案情、當事人主張、證據資料綜合斟酌。又該等因素未必併存於每一案件，依案情不同，參酌因素在斟酌上，其強弱之要求亦可能有所不同。以下就各項因素的內涵作說明<sup>131</sup>。

#### (一) 商標識別性之強弱

商標識別性越強，消費者印象越深刻，稍有攀附，即可能造成相關消費者的混淆誤認。判斷上原則以創意性商標識別性最強，任意性及暗示性商標，識別性較弱。在類似商品/服務中已為多數不同人使用為商標之一部分而取得註冊者，該部分為較弱勢，消費者不致因商標構成元素包含該部分即混淆誤認其表彰來源。

#### (二) 商標是否近似暨其近似之程度

商標近似，係指二商標予人整體印象有其相近之處，若其標示在相同或類似的商品/服務上時，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二商品/服務來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯。判斷上，係立於消費者立場，以具有普通知識經驗，購買時施以普通注意之系爭商品/服務之消費者為準。以「整體觀察」、「主要部分觀察」、「異時異地隔離觀察」之判斷方法，就「外觀」、「觀念」、「讀音」等項目為判斷。

判斷方法之運用上，以商標給予相關消費者之整體印象為依歸，因商標呈現在消費者眼前是整體圖樣，非割裂為各部分分別呈現。惟整體圖樣呈現中有特定部分，係消費者所關注或事後存留其印象者，則為整體商標中較為顯著之主要部

<sup>131</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 4、5 參照。

分。比對方式須注意，非將商標併列觀察細微比對，而是設身於一般實際消費情境，即一般消費者憑著對商標未必清晰完整之印象，在不同時間或地點，重覆選購的行為。



近似判斷內容，係就商標整體外觀、觀念或讀音等為觀察，三者其中之一近似，非即可推論商標之整體印象當然近似，應以是否達到可能引起相關消費者誤認之程度為依歸。商標型態之不同，著重判斷之內容亦有差異：

文字商標，在審查比對文字外觀、觀念或讀音時，應考慮個案不同予以調整。原則上，中文造字多源於萬物形象，著重形、意，比對中文商標，可較側重外觀及觀念，若使用之商品/服務以唱呼為主要行銷方式，應提升讀音比對之比重；拼音性之外文商標，消費者印象重在讀音，且起首字母在外觀與讀音上，對整體字詞予消費者之印象影響極重，判斷近似時對讀音及起首字母應賦予比重較重之考量。若外文經特殊設計，則回歸外觀之比對。商標選用之外文，其字義如非我國一般民眾普遍熟悉，應著重文字讀音及外觀比對，若該字詞已為國人習知習見，可加重觀念比對之比重。

圖形、顏色、全像圖或立體商標，以外觀比對為原則。又立體商標，以整體立體形狀為比對，惟如有予消費者印象特別深刻之主要面，得以該主要面作為外觀比對之依據，若其他各面亦有特殊設計而具識別性，各面皆得作為外觀比對之依據。立體商標與平面商標之間也可能構成近似，例如立體造形的凱蒂貓商標與平面的凱蒂貓圖商標，應構成觀念與外觀近似。

聲音商標，著重聲音比對；動態商標，著重連續動態變化過程影像所產生整體商業印象之比對。聲音商標或動態商標與平面商標之間亦有構成近似之可能，例如得以聲音或影像中予人主要印象的文字或圖形作為外觀或觀念比對之依據加以判斷。

其他情形審查內容，類型上近似，是商標近似考量重要因素之一，因已經註冊或使用多數相同類型之商標，形成一系列商品形象，惟其識別性須限具有相當程度創意之創意性或暗示性商標，且商品/服務類似程度較高。另外，商標圖樣中不具識別性之部分，不論是否有不專用之聲明，在判斷近似時，仍應就包括聲明不專用之部分為整體比對。惟該不具識別性部分非作為識別商品或服務來源之標識，會施以較少的注意。

### (三) 商品或服務是否類似暨其類似之程度<sup>132</sup>

類似商品或服務之判斷，主要在二商品或服務如果標上相同或近似之商標，依一般社會通念及市場交易情形，相關消費者是否容易誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源。判斷上，係綜合商品之功能、材料、產製者或其他因素，或服務所滿足消費者之需求及服務提供者或其他因素等各種相關因素，依一般社會通念及市場交易情形為依據。商品類似問題之判斷，原則上先考量功能(相同、相輔、欠缺即無法達成或嚴重減損其經濟上之使用目的)，次就材質再就產製者等其他相關素考量。

### (四) 先權利人多角化經營之情形<sup>133</sup>

先權利人如有多角化經營，將商標使用或註冊在多類商品/服務者，在考量與系爭商標間有無混淆誤認之虞時，應將該多角化經營情形納入考量。特別是有事證顯示可能跨入同一商品/服務市場經營者，更應予考量。惟若先權利人長期經營特定商品/服務，無跨越其他行業之跡象者，其保護範圍可較為限縮。

### (五) 實際混淆誤認之情事<sup>134</sup>

指實際發生消費誤認系爭商標之商品/服務係源自先權利人之情形。此事實應

<sup>132</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.3 參照。

<sup>133</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.4 參照。

<sup>134</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.5 參照。

由先權利人提出相關事證證明。當事人如提出市場調查報告，經依法踐行答辯攻防程序，可認定具公信力者，該調查結果報告可認為具有等同實際混淆誤認情事之地位。商標註冊人於第三人申請評定前若已將商標行銷使用於市場，消費者是否有因其使用商標而發生混淆誤認情事，亦得列入考量。

(六) 相關消費者對各商標熟悉之程度<sup>135</sup>

相關消費者如對衝突之二商標均相當熟悉，即表示二者在市場併存之事實已為相關消費者所認識，且足以區辨其來源不同，應儘量尊重此併存之事實；如僅熟悉其中之一，則該較為被熟悉之商標，應給予較大保護。相關消費者對商標之熟悉程度，繫於商標使用之廣泛程度，原則上由主張者提出相關使用事證證明。但眾所周知之事實，不在此限。證明商標使用之廣泛程度，與證明商標著名相類似，故其相關事證資料之提出係參考「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」相關規定。

(七) 系爭商標之註冊申請是否善意<sup>136</sup>

申請註冊商標者，如明知可能引起相關消費者混淆誤認其來源，或原本即企圖引起相關消費者混淆誤認其來源，其申請即非屬善意。例如申請人因合意移轉、強制執行、破產程序將其原有商標移轉予他人，又以相同或近似之商標申請註冊。

(八) 其他混淆誤認之因素<sup>137</sup>

除前揭因素外，一些特殊情形亦可能存在影響混淆誤認判斷之因素，以行銷為例，商品行銷管道或服務提供場所相同，相關消費者同時接觸之機會較大，引起混淆誤認之可能性較高；商品行銷方式或服務提供形式不同，未必引起混淆誤認。例如直銷、電子購物、郵購與一般行銷管道；大飯店形式與路邊攤形式所提

<sup>135</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.6 參照。

<sup>136</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.7 參照。

<sup>137</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 5.8 參照。



供之餐飲服務，其是否會發生混淆誤認則尚有斟酌之餘地。

8 項因素彼此具有互動關係<sup>138</sup>，原則上若其中一因素特別符合，可降低對其他因素要求。如已有實際之混淆誤認情事，且有具體之事證，可無庸再要求其他因素之相關事證。如二商標均為相關消費者所熟悉，發生混淆誤認之機會低，對其他因素之要求門檻須提高。

#### 第四項 商標註冊後之合法、持續使用

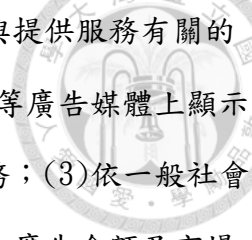
《商標法》上之「使用」，可區分為商標權人為維持其權利所為之使用(維權使用)及他人侵害商標權之使用(侵權使用)兩種樣態。維權使用，是採註冊保護主義國家，為確保商標本質功能及價值之實現，用以維持商標權之要件，著重在商標權人或其被授權人有無「真實使用」註冊商標之事實，實際使用與註冊商標是否具同一性、是否使用於註冊指定之商品或服務範圍內、是否符合一般商業交易習慣等情形。商標註冊後，商標權人若未持續、合法使用註冊商標，即可能遭廢止<sup>139</sup>。廢止註冊商標之事由規定在《商標法》第 63 條第 1 項所列各款，審查實務上，廢止案主張註冊商標未持續使用與變換加附記之情形最高。其審查內涵如下<sup>140</sup>。

(一) 自行變換商標或加附記，致與他人使用於同一或類似之商品或服務之註冊商標構成相同或近似，而有使相關消費者混淆誤認之虞者(《商標法》第 63 條第 1 項第 1 款)：本款在避免已註冊之商標間因一方不當之使用而產生衝突與混淆。適用上，據爭商標權人須提出其申請廢止前 3 年有真實使用據爭商標之證據或其未使用有正當事由之事證，作為判斷消費者有無混淆商品/服務來源之基礎事實。對於商標「真實使用之證據」，在審查上須考量的原則：(1)該等證據資是否

<sup>138</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 6.參照。

<sup>139</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁 10，經濟部智慧財產局編印。

<sup>140</sup> 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁 201-208，經濟部智慧財產局編印。



為行銷目的，在商業交易過程中將商標用於商品、包裝容器或與提供服務有關的物品，足以使相關消費者認識其為商標等型態；(2)雜誌、電視等廣告媒體上顯示之商標，須使相關消費者能具體明確認識其所促銷之商品或服務；(3)依一般社會通念，考量商標使用頻率、持續使用之期間、地區、銷售數量、廣告金額及市場特性等綜合判斷。交易數量越少，越要是具體、能說服大多數人之證據證明；(4)真實使用之商標與註冊商標須具有同一性。

(二) 無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿三年者。但被授權人有使用者，不在此限(《商標法》第 63 條第 1 項第 2 款)：商標有無使用是事實認定問題，審查上，應就商標權人檢送之使用證據予以判斷：是否符合使用人(商標權人或被授權人)主觀上有為行銷目的使用商標，與其使用在客觀上足使相關消費者認識其為商標之二要件。檢送之證據資料，是否符合商業交易習慣。使用方式，是否符合《商標法》第 5 條規定，將商標用於商品或其包裝容器；或持有、陳列、販賣、輸出或輸入附有商標之商品；或將商標用於與提供服務有關之物品；或商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告；或利用數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式有使用商標等情形。使地域範圍，除國內市場之外，如商業交易行為在國外市場，則產品是否自我國領域出口；如係網路使用之證據資料，其使用態樣是否亦符合商標規定之商標使用定義。實務上，採認作為商標使用證據之資料<sup>141</sup>，諸如標示有商標之商品實物、照片、包裝、容器、製作招牌的訂購單、裝潢費收據、契約書、出貨單、出口報單、廣告、型錄、海報、宣傳單等物品或商業文件，或標示有服務商標圖樣的營業文件、營業場所照片等，併同提供服務的收入憑證，如統一發票、收據、估價單等或廣告證明文件。使用事證，如已顯示註冊商標、日期及使用人之標示，或其他可以辨識其為註冊商標、日期及使用人的佐證資料，或有可將使用證據互相勾稽串聯，即足以認定其有使用註冊商標的客觀事證。

<sup>141</sup> 「註冊商標使用之注意事項」3.5 參照。

至於，實際使用之商標如與註冊商標在形式上雖略有不同，但實質上未變更註冊商標主要識別特徵，依社會一般通念及消費者認知，仍會產生與原註冊商標有相同之印象，認為二者是同一商標，便具有同一性，可認為有使用註冊商標。如將商標中引人注意之主要部分刪略不用，以致與原註冊商標產生顯著差異，依社會一般通念及消費者的認知，消費者不認為其與註冊商標是同一商標，則不具有同一性，不認為有使用該註冊商標<sup>142</sup>。

未使用之「正當事由」，指商標權人由於事實上的障礙或其他不可歸責於己的事由，以致無法使用註冊商標。審查上，可接受之情形包括：(1)海運斷絕，原料缺乏或天災地變，以致廠房機器有重大損害，一時不能開工生產或銷售等情形<sup>143</sup>；(2)藥品在藥政主管機關申請審查通過前未能上市行銷使用；(3)未開放大陸地區產製之酒類商品進口來台銷售。

(三) 未依第四十三條規定附加適當區別標示者。但於商標專責機關處分前已附加區別標示並無產生混淆誤認之虞者，不在此限(《商標法》第63條第1項第3款)：本款在避免因商標權移轉之結果而使相關消費者產生混淆誤認，以兼顧對商標權及消費者利益之保障。「適當」之區別標示，適用上宜委由當事人間斟酌立法目的及商標實際使用情形，依一般社會通念及市場交易情形以協議定之。

(四) 商標已成為所指定商品或服務之通用標章、名稱或形狀者(《商標法》第63條第1項第4款)：商標註冊後，因商標權人怠於維護其商標之識別能力，喪失商標之基本功能。審查上，參考《商標法》第29條第1項第2款規定之內涵。

(五) 商標實際使用時有致公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者(《商標法》第63條第1項第5款)：避免註冊商標因不當使用，導致公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地，影響消費者利益及正常之交易秩

<sup>142</sup> 「註冊商標使用之注意事項」3.2.1.1.參照。

<sup>143</sup> 最高行政法院55判字第301號判例及56年判字第71號判例參照。

序。




## 第五項 菸類商品申請商標註冊處理原則

有關於類商品之實體審查，除就前揭介紹之事項予以審查，2002年智慧局依1998年修正施行之商標法第37條第6款(即現行商標法第30條第1項第8款)規定及第118次組務會議決議，亦有公告「菸類商品申請商標註冊處理原則」(以下簡稱「處理原則」)。

「處理原則」第一點指出，有關修正前《商標法施行細則》第49條(即現行商標法施行細則第13條)第34類之菸類商品，依其商品性質為有害人體健康，是申請註冊指定使用於菸類商品之商標，若使用標示相類似淡菸、低焦油或其他誤導、影射吸菸無害健康之用語，則與菸品有害人體健康之事實不符，且有致公眾誤信其商品性質為無害健康之虞，依修正前《商標法》第37條第6款規定，應不得申請註冊。第二點進一步說明，依修正前《商標法施行細則》第28條第1項雖明定，商標圖樣中包含說明性或不具特別顯著性之文字或圖形者，若刪除該部分則失其商標圖樣完整性，而經申請人聲明該部分不在專用之列，得以該圖樣申請註冊。惟基於避免公眾對商品性質誤信之公益考量，申請註冊於菸類商品之商標圖樣，若有使用第一點所述相類似淡菸、低焦油或其他誤導、影射吸菸無害健康之用語者，均不得以聲明不專用方式申請註冊。

## 第五節 小結

為使商標行政審查在個案事實之判斷認定上更有一致性，審查上除按《商標法》規定之外，並須參酌相關審查基準所列因素予以綜合判斷。又因不同商品或服務之性質差異，所涉法規不同、消費者認知、消費市場及消費族群、行銷管道等均有差別，且商業行銷手法不斷翻新、數位媒體科技極速發展，商標型態及使用方式之變化差異大，對不同商品或服務之商標，需有更細緻化的審查。就菸



品商標而言，2009 年至 2016 年以年平均 342 件之申請註冊量雖不多，惟其主要以外商申請取得商標註冊之情形，實具特殊性，得見國外菸商對商標態樣之設計及使用情形，對國內菸品市場具有指標性作用。又目前對於菸品商標審查方式，與其他商品或服務商標之審查並無太大差異，2002 年縱有特別針對菸類商品之申請註冊案件公告相關處理原則，然在審查適用上是否有所疑義(容後介紹)，且時至今日，國際間對《菸草控制框架公約》及相關實施準則建議實施之素面包裝等議題，正有重大變化，國內於 2017 年 1 月亦有相關《菸害防制法》修正草案提出，此將嚴重衝擊菸品商標權利，未來對於菸品商標應如何審查，宜有更深入的討論。



## 第三章 菸草控制框架公約與國內外對菸品包裝標示、廣告行銷之規範分析

### 第一節 概說

本章由《菸草控制框架公約》對菸品包裝標示、廣告行銷之相關規定及實施準則介紹出發，透過澳洲菸品素面包裝法、歐盟菸草製品新準則之相關規定及國際間對菸品素面包裝之立法動態，觀察外國落實公約相關規定之情形。並由我國《菸害防制法》之立法沿革、法規相關規定，及歸納行政函釋、司法判決認定之態樣類型，觀察國內在落實公約，制定規範，適用法律涵攝事實之情況。

### 第二節 菸草控制框架公約簡介及相關規定

#### 第一項 簡介

《菸草控制框架公約》總計 38 條條文，設計採框架形式，提供各國施行菸草管制之指導原則及方向，並透過每兩年召開的「締約方會議」及會議所通過之「議定書」與「實施準則(／指導準則)」(以下以實施準則稱之)具體化落實公約意旨。公約本文，包含 12 條程序性規範及 26 條實體性規範，第 1 條至第 4 條為一般性規定，就用語定義、目的、宗旨及指導原則作規範，接續以「兩支柱一屋頂」(Two pillars and one roof)之架構<sup>144</sup>，就抑制菸品擴散流行之執行(支柱)、締約方間之國際合作(支柱)及爭端解決機制(屋頂)為規範。而「議定書」與「實施準則」部分，議定書，為締約方對公約內容或以外之事項達成共識所締結，對批准者或加入議定書者有拘束力；實施準則，以公約內容為限，為補充公約或議定書特定內容<sup>145</sup>，

<sup>144</sup> Chang-fa Lo, *Establishing Global Governance in the Implementation of FCTC : Some Reflections on the Current Two-Pillar and One-Roof Framework*, 1(2) ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. AND POL'Y 569, 574-77(2006).

<sup>145</sup> FCTC art.5.4 及 FCTC art.7 要求締約方會議擬訂公約的實施準則，以協助締約方履行其公約



適用於所有締約方，效力上屬建議/指南性質，對條約解釋有一定作用，且在締約方實施之菸草管制政策中，實施準則內容有很大比例可能轉換為國內法，是具有一定影響力<sup>146</sup>。

《菸草控制框架公約》對抑制菸品擴散流行之實體規範，分別以菸品「需求面」、「供給面」及「菸商與吸菸者行為」三面向予以規定。抑制菸品消費需求之主要內容有：公約第 6 條之菸價與菸稅措施，藉提高菸稅調漲菸價，增高各階層消費者特別是少年進入吸菸門檻或增加繼續維持吸菸的困難；又為降低菸品對消費者之吸引力，公約由菸品內成分到外包裝、廣告行銷均予以規範，公約第 9 條及第 10 條對菸品成分及燃燒釋放物質之檢測、測量管制及該等資訊之揭露，以減少菸品吸引力，削弱其成癮性(或依賴)，或降低總體毒性。在成分管制上，實施準則建議禁止或限制菸商使用提高菸品可口性/風味性、具有著色性能、誘使人誤認其具健康效益、能量活力等具誘導因素之成分<sup>147</sup>；公約第 11 條對菸品包裝之管制，避免消費者因包裝上之資訊產生其對健康有益、較無害之錯誤認知；公約第 13 條對菸品廣告及促銷之禁止，以抑制菸品消費量；另外，菸草管制措施的推行需要民眾的認同及參與<sup>148</sup>，公約第 12 條透過教育、交流和培訓等方式促進加強公眾對菸草控制問題認識，實施準則並指出提升公眾對菸害的認識係推動締約方社會文化或風俗變遷之重要手段<sup>149</sup>；公約第 14 條促進戒菸及對菸草依賴之適當治療。

菸品供給限制部分：非法走私、製造、仿冒之菸品，使消費者以低價取得劣質菸品，其對健康危害更甚，公約第 15 條菸品非法貿易及「消除菸品非法貿易議定書」指出，管制上採行包括關務等部門建立監控機制、以許可證管制菸品之產

---

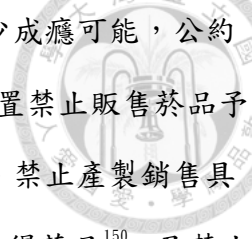
義務，至第 6 次締約方會議為止，已通過 8 項準則。

<sup>146</sup> Sam Foster Halabi . *The World Health Organization's Framework Convention On Tobacco Control: An Analysis of Guideline Adopted by the Conference of the Parties*,39(1) GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 121,125(2011).

<sup>147</sup> Partial guidelines for implementation of Articles 9 and 10

<sup>148</sup> FCTC art.4.7

<sup>149</sup> Guidelines for implementation of Article 12



銷、追蹤確保菸品來源存放及銷售；為避免少年接觸菸品，減少成癮可能，公約第 16 條禁止向未成年銷售和由未成年銷售菸品，措施上包括設置禁止販售菸品予少年之告示、禁止將菸品陳設於開放式貨架等可直接取得之處、禁止產製銷售具吸引力之菸品、確保管轄範圍內之未成年人不能由自動販賣機取得菸品<sup>150</sup>，及禁止免費發送或分支、小包裝方式銷售；又於公約第 17 條菸草經濟上可持續替代性生計作物，對以種植、產製菸草為生計之菸農，應協助轉作/轉銷售其他可替代生計予以宣示性規範。

菸商及吸菸者行為部分：對菸商方面，公約第 5.3 條防止菸商干預國家實施菸草控制政策，實施準則揭示四個指導原則<sup>151</sup>，「菸商利益與公共衛生政策之間存在根本的和無法和解的衝突」、「締約方與菸商或促進菸商利益者之互動關係應保持公開透明」、「締約方應要求菸商和促進菸商利益者以負責、透明方式運作行事」、「不應給予菸商獎勵措施以建立或開展業務」。執行上建議，制定措施限制政府與菸商間之互動，及互動須公開透明、拒絕與菸商建立為制訂和實施公共衛生政策相關活動之夥伴、避免政府官員和雇員的利益衝突、要求菸商提供透明和準確之資訊、儘量管制被菸商描述為「社會責任」的活動，這類活動包括、但不限於所謂「企業社會責任」的活動，並且不使其正常化、不給予菸商優惠獎勵待遇、對國營菸商無差別待遇；公約第 13 條禁止菸商藉贊助活動行銷菸品。對吸菸者方面，基於保障他人身體健康基本權，公約第 8 條防止公眾接觸菸草煙霧(二手菸草煙霧或環境菸草煙霧)，本文內容及實施準則對吸菸場所加以限制，禁止在室內工作場所、室內公共場所、公共交通工具等處吸菸<sup>152</sup>。

## 第二項 菸草控制框架公約第 11 條及實施準則

### 公約本文規定

---

<sup>150</sup> FCTC art.16.1

<sup>151</sup> Guidelines for implementation of Article 5.3

<sup>152</sup> Guidelines for implementation of Article 8



《菸草控制框架公約》第 4 條揭發所有人均應被告知消費菸品帶來的健康後果，成癮性及致命威脅的原則。此原則透過《菸草控制框架公約》第 11 條及第 13 條予以實踐<sup>153</sup>。第 11 條對菸品包裝標示規定：

1. 每一締約方應在本公約對該締約方生效後三年內，根據其國家法律採取和實行有效措施以確保：
  - (a) 菸草製品包裝和標籤不得以任何虛假、誤導、欺騙或可能對其特性、健康影響、危害或釋物產生錯誤印象的手段推銷一種菸草製品，包括直接或間接產生某一菸草製品比其他菸草製品危害小的虛假印象的任何詞語、描述、商標、圖形或任何其他標誌。其可包括「低焦油」、「淡味」、「超淡味」或「柔和」等詞語；
  - (b) 在菸草製品的每盒和單位包裝及這類製品的任何外部包裝和標籤上帶有說明菸草使用有害後果的健康警語，並可包括其他適宜資訊。這些警語和資訊：
    - (i) 應經國家主管當局批准，
    - (ii) 應輪換使用，
    - (iii) 應是大而明確、醒目和清晰的，
    - (iv) 宜佔據主要可見部分的 50%或以上，但不應少於 30%，
    - (v) 可採取或包括圖片或象形圖的形式。
2. 除本條第 1(b)款規定的警語外，在菸草製品的每盒和單位包裝及這類製品的任何外部包裝和標籤上，還應包含國家當局所規定的有關菸草製品成分和釋放物的資訊。
3. 每一締約方應規定，本條第 1(b)款以及第 2 款規定的警語和其他文字資訊，應以其一種或多種主要語言出現在菸草製品每盒和單位包裝及這類製品的任何外部包裝和標籤上。

<sup>153</sup> Sam Foster Halabi, *The World Health Organization's Framework Convention On Tobacco Control: An Analysis of Guideline Adopted by the Conference of the Parties*, GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 153(2011)



4. 就本條而言，與菸草製品有關的「外部包裝和標籤」一詞，適用於菸草製品零售中使用的任何包裝和標籤。

### 實施準則

《菸草控制框架公約》第11條實施準則，強調以有效包裝及標示措施保護消費者之重要性，在協助締約方踐行對公約第11條之義務上，對防止誤導或欺騙性包裝和標籤部分提出之建議有：

按照第11.1(a)條履行義務時，締約方不應侷限於本文已列明的「低焦油」、「淡味」、「超淡味」或「柔和」等詞語，還應禁止任何語言中諸如「超」、「極」或類似誤導消費者的詞語<sup>154</sup>。不應讓菸商以若干具有正面效益之字樣，例如，焦油、尼古丁、一氧化碳等排放物生成數據較低、煙霧排放量較低之危害性較小等，用作品牌或商標之一部分，並禁止標示到期日，以誤導或欺騙消費者<sup>155</sup>。為增加健康警語及菸害資訊引人注目的程度和效果，防止包裝轉移對警語和資訊的注意力，並解決工業包裝設計技術暗示某些產品比另外一些危害較少的問題。建議考慮採以標準顏色和字體(平裝)顯示品牌名稱和產品名稱外，限制或禁止在包裝上使用其他標識、顏色、品牌形象或推銷文字<sup>156</sup>。

### 第三項 菸草控制框架公約第 13 條及實施準則

#### 公約本文規定

《菸草控制框架公約》第 13 條聚焦在菸品廣告行銷對增加菸品消費者，與模糊菸品使用之健康風險的滲透效果。菸品廣告展現菸品與性感、性吸引力、社會成就、熱愛運動、勇氣、獨立等特質上的聯結，容易吸引新的年輕吸菸人口，特別是少年，愈暴露在菸品廣告環境中，愈容易使用菸品，促使成年後成癮<sup>157</sup>。因此，

<sup>154</sup> Guideline of article 11, para 43

<sup>155</sup> Guideline of article 11, para 44-45

<sup>156</sup> Guideline of article 11, para 46

<sup>157</sup> Sam Foster Halabi, *The World Health Organization's Framework Convention On Tobacco Control*:



公約第 13 條對菸草廣告、促銷和贊助的規範為：

1. 各締約方認識到廣泛禁止廣告、促銷和贊助將減少菸草製品的消費。
2. 每一締約方應根據其憲法或憲法原則廣泛禁止所有的菸草廣告、促銷和贊助。根據該締約方現有的法律環境和技術手段，其中應包括廣泛禁止源自本國領土的跨國廣告、促銷和贊助。就此，每一締約方在公約對其生效後的五年內，應採取適宜的立法、實施、行政和/或其他措施，並應按第 21 條的規定相應地進行報告。
3. 因其憲法或憲法原則而不能採取廣泛禁止措施的締約方，應限制所有的菸草廣告、促銷和贊助。根據該締約方目前的法律環境和技術手段，應包括限制或廣泛禁止源自其領土並具有跨國影響的廣告、促銷和贊助。就此，每一締約方應採取適宜的立法、實施、行政和/或其他措施並按第 21 條的規定相應地進行報告。
4. 根據其憲法或憲法原則，每一締約方至少應：
  - (a) 禁止採用任何虛假、誤導或欺騙或可能對其特性、健康影響、危害或釋放物產生錯誤印象的手段，推銷菸草製品的所有形式的菸草廣告、促銷和贊助；
  - (b) 要求所有菸草廣告，並在適當時包括促銷和贊助帶有健康或其他適宜的警語或資訊；
  - (c) 限制採用鼓勵公眾購買菸草製品的直接或間接獎勵手段；
  - (d) 對於尚未採取廣泛禁止措施的締約方，要求菸草業向有關政府當局披露用於尚未被禁止的廣告、促銷和贊助的開支。根據國家法律，這些政府當局可決定向公眾公開並根據第 21 條向締約方會議提供這些數位；
  - (e) 在五年之內，在廣播、電視、印刷媒介和酌情在其他媒體如網際網路上廣泛禁止菸草廣告、促銷和贊助，如某一締約方因其憲法或憲法原則而不能採取廣



泛禁止的措施，則應在上述期限內和上述媒體中限制菸草廣告、促銷和贊助；

以及

- (f) 禁止對國際事件、活動和/或其參加者的菸草贊助；若締約方因其憲法或憲法原則而不能採取禁止措施，則應限制對國際事件、活動和/或其參加者的菸草贊助。
5. 鼓勵締約方實施第 4 款所規定義務之外的措施。
  6. 各締約方應合作發展和促進消除跨國界廣告的必要技術和其他手段。
  7. 已實施禁止某些形式的菸草廣告、促銷和贊助的締約方有權根據其國家法律禁止進入其領土的此類跨國界菸草廣告、促銷和贊助，並實施與源自其領土的國內廣告、促銷和贊助所適用的相同處罰。本款並不構成對任何特定處罰的認可或贊成。
  8. 各締約方應考慮制定一項議定書，確定需要國際合作的廣泛禁止跨國界廣告、促銷和贊助的適當措施。

### 實施準則

《菸草控制框架公約》第 13 條實施準則，重申本文規定之外，並擴張「廣告與促銷」的範圍，銷售地點陳列菸品視為是廣告促銷的一種。為確保菸草製品銷售點沒有任何促銷因素，締約方應完全禁止在銷售點，包括固定零售店和攤販陳列和展示菸草製品。只允許列出製品及價格文本清單且不含任何促銷因素<sup>158</sup>。

並與《菸草控制框架公約》第 11 條實施準則相呼應，將菸品包裝容器上之標識、顏色、字體、圖片、本身的形狀和所用材料等視為菸品廣告促銷的一種。因此，建議採行素面包裝，降低吸引力，若尚未規定採用素面包裝，應儘量限制包含對消費者較具吸引力之設計特點，例如，動物或其他圖形、幽默詞語、彩色香

<sup>158</sup> Guideline of article 11, para 12-13



菸紙、誘人的氣味、新穎或季節性菸品<sup>159</sup>。

在品牌共用與延伸方面，尤以商標本身具有連結指示的功能，因此，建議禁止菸商在其他非菸品或相關服務，使用菸品品牌名稱、商標、標識或任何鮮明特點<sup>160</sup>。

### 第三節 國外規定概況

#### 第一項 澳洲菸品素面包裝法

##### 素面包裝規定

澳洲於2010年《菸草控制框架公約》第四次締約方會議通過公約第11條實施準則後，旋於隔年12月通過「菸品素面包裝法(Tobacco Plain Packaging Act 2011)」<sup>161</sup>。內容大量參考公約第11條實施準則之建議，採取遠高於公約要求之標準，該法全面適用於各式菸品，包括雪茄、煙斗、無煙菸品。該法第19條規定，凡於澳洲銷售之菸品容器，須採底色為土綠色之素面包裝，印製90%及70%之警示圖文，兩側詳述各種有害致癌物質，提供完整菸害資訊。對於菸品商標，第20條規定，除非該商標及標章的呈現方式能符合同法第21條所規定之要求，否則一般係禁止商標及標章出現於菸品之零售包裝上。是依澳洲菸品素面包裝施行細則(Tobacco Plain Packaging Regulations 2011，下簡稱細則)<sup>161</sup>要求，要出現於香菸包裝(cigarette pack)<sup>162</sup>及香菸盒(cigarette carton)<sup>163</sup>零售包裝容器表面之菸品品牌、營業或公司名稱、菸品之差異性名稱(variant name)<sup>164</sup>，必須以「Lucida Sans」

<sup>159</sup> Guideline of article 11, para 15-17

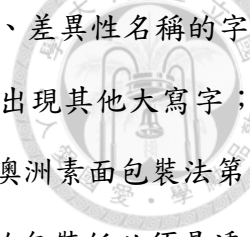
<sup>160</sup> Guideline of article 11, para 22-24

<sup>161</sup> Article 2.4.1 of Tobacco Plain Packaging Regulations 2011.

<sup>162</sup> 澳洲菸品素面包裝法第4條第1項規定，「香菸包裝」係指任何用於零售且直接裝有香菸容器者。

<sup>163</sup> 澳洲菸品素面包裝法第4條第1項規定，「香菸盒」係指任何用於零售之容器，且該容器內還包含有其他直接裝有香菸之更小單元包裝之容器。

<sup>164</sup> 「差異性名稱」，以菸品來說，指被用以區辨同一品牌、營業，或公司名稱下販售之不同種類菸品，例如：含有或未含有薄荷醇、不同口味、焦油濃度不同、有無濾嘴或仿軟木濾嘴，或是不同長度、粗細等。

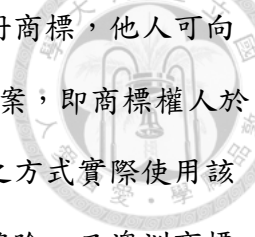


字體印製；品牌、營業或公司名稱的字體大小不能超過 14 級字、差異性名稱的字體大小不能超過 10 級字；字首之文字應大寫，但整個字串不能出現其他大寫字；採用未加粗的標準字體；顏色須選用 Pantone Cool Gray 2C。且澳洲素面包裝法第 22 條規定，除非有細則允許，菸品之零售包裝或者是零賣菸品的包裝紙必須是透明且沒有顏色、標記、質地，抑或任何形式的裝飾。且除非有細則允許，商標或標章不得出現於包裝紙的任何地方。

### 與商標法適用之相關規定

為處理執行該法導致菸商未能使用註冊商標，而有澳洲商標法（Trade Marks Act 1995）第 59 條所規定，申請註冊之商標不具在澳洲使用、授權他人使用該商標之意圖，或者是將商標移轉予在澳洲就所指定之菸品商品使用商標為目的而組成之營業主體的意圖，會構成他人可對該商標主張之異議事由之情事。澳洲菸品素面包裝法第 28 條第 1 項規定，為實現澳洲商標法及依該法所訂子法之目的，若非因本法的施行，申請人將會(1)有意圖在澳洲就所指定之菸品商品使用商標，(2)授權他人在澳洲就所指定之菸品商品使用商標，抑或是(3)把商標移轉予在澳洲就所指定之菸品商品使用商標為目的而組成之營業主體者，會被認為有使用商標之意圖。是據該條文規定，不會因該法之施行，使菸商業者被認定為不具有實際使用菸品商標之意圖。澳洲菸品素面包裝法第 28 條第 2 項及第 3 項規定進一步指出，為避免疑慮，並實現澳洲商標法及其施行細則相關規定<sup>165</sup>之目的，菸品素面包裝法不會產生讓菸品相關商標之使用變成違法的效果。基於該法規範，致特定人無法將商標使用於指定之相關菸品零售包裝或菸品本身之實際情況，並不會因而導致商標不能取得註冊，亦不會使撤回對該商標申請註冊之核准決定、讓商標在附加條件或限制的情況下方可取得註冊，抑或是廢止商標註冊等做法被合理化。

<sup>165</sup> 澳洲商標法(Trade Marks Act 1995)第 42 條第 b 款、第 38 條、第 84A 條，及澳洲商標施行細則(Trade Marks Regulations 1995)第 17A.27 及第 17A.42A 條規定。



再者，澳洲商標法第92條第4項b款規定，對於未使用之註冊商標，他人可向商標專責機關提出「未使用申請（non-use application）」之爭議案，即商標權人於該申請提出日之1個月前之前3年，未於澳洲實際使用或以善意之方式實際使用該註冊商標於指定之商品或服務，該註冊商標將會被從註冊簿中移除。又澳洲商標法第100條第1項c款規定，若被爭議商標之權利人於前揭澳洲商標法第92條第4項b款之有關程序中，主張爭議案提出者就其註冊商標並未於相同期間內，已於澳洲實際使用或以善意之方式實際使用，則該爭議案提出者必須要能夠反駁這樣的主張。爭議案提出者若能依澳洲菸品素面包裝法第28條第4項規定，舉證其若非因菸品素面包裝法之施行，即會在澳洲將商標使用於有關菸品之零售包裝或菸品本身，則認為該爭議案提出者已經反駁被爭議商標權利人之主張。

## 第二項 歐盟菸草製品新準則

歐盟於2014年新修之菸草製品準則（Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council），被認為其允許歐盟各成員國可將菸品素面包裝當作制度選項之一。準則之目的在促進歐盟煙草及相關產品內部市場之順利運作，以高標準之健康保護為基礎，側重少年人之健康保護，鼓勵會員國通過採取適當措施制定和執行年齡限制來阻止向兒童和少年銷售這些產品<sup>166</sup>。

菸品成分：準則指出一些會被認為具有健康益處，降低健康風險或增加精神警覺性和身體健康印象之添加劑，應禁止使用。並禁止使用增加成癮性和毒性之添加劑<sup>167</sup>；另外，具有特殊口味/風味之菸品可能會促使消費者開始接觸吸食菸品或影響消費型態，對於銷售量較高之特殊口味菸品，應逐步被淘汰，以便消費者有足夠的時間切換到其他產品<sup>168</sup>。

---

<sup>166</sup> DIRECTIVE 2014/40/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL , 3 April 2014, para 21.

<sup>167</sup> *Id.* para 18

<sup>168</sup> *Id.* para 16

警示圖文標示：準則第 9 條、第 10 條規定，關於吸用之菸品<sup>169</sup>，應標示「吸菸殺人-現在戒菸」或「吸菸殺人」之警語，及載記「菸草煙霧含有超過 70 種已知會導致癌症的物質」信息。菸品每一單位包裝容器外側前後表面和任何外部包裝之 65%，須標示由文字警告及彩色警告圖片組成之組合健康警語。並指出成員國可對添加劑或包裝提出更嚴格的規定煙草製品（如平面包裝）。

誤導性之標示：準則指出菸品或其包裝上，可能會誤導消費者，特別是年輕人會誤認該等產品之危害較小之圖文標示，例如使用特定字詞或特徵：「低焦油 (low-tar)」、「輕(light)」、「超輕(ultra-light)」、「溫和(mild)」、「自然(natural)」、「有機(organic)」、「沒有添加劑(without additives)」、「無味(without flavours)」或「纖細(slim)」，或特定名稱、圖片、比喻或其他符號/標誌。其他誤導性元素，包含但不限於插入物或其他附加材料，例如，黏貼標籤、貼紙、插圖，或與菸品本身的形狀有關。或藉由提示有益於減肥、性感的、社會地位、社交生活或女性氣質、男性氣質或優雅等品質方面來誤導消費者。同樣的，單枝香煙之尺寸和外觀可能會誤導消費者，造成他們有危害較小的印象。菸品的單位包裝及其外部包裝都不應包括印刷的憑單、折扣優惠、參考免費分銷、買兩送一或其他類似鼓勵消費者購買菸品之優惠<sup>170</sup>。

準則第 13 條規定<sup>171</sup>，單元包裝、任何外包裝和菸品本身之標籤，不得包含下列任何元素或特徵：推薦菸草製品或鼓勵消費，產生對其特徵的錯誤印象、健康影響、風險或排放；標籤不得包含關於菸草製品的尼古丁、焦油或一氧化碳含量的任何信息；表明特定的菸草製品比其他菸草產品的危害較小，或者旨在減少一些有害成分的煙霧的影響，或具有活力、勁力、癒合、恢復活力、天然、有機物質或具有其他健康或生活方式的好處；提及味道、氣味、任何調味劑或其他添加

<sup>169</sup> 吸用之菸品，不包含香菸、自助捲菸、水菸以外之吸用菸品及無菸菸品。

<sup>170</sup> DIRECTIVE 2014/40/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, 3 April 2014, para 27.

<sup>171</sup> Article 13 of DIRECTIVE 2014/40/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

劑或其不存在；類似於食品或化妝品；暗示某些菸草製品具有改善的生物降解性或其他環境優勢。另外，單元包裝和任何外包裝不得透過包括印刷憑單，提供折扣、免費分銷、二對一或其他類似優惠來表明經濟優勢。前述禁止的要件和特徵可能包括，但不限於此等文字、符號、名稱、商標、比喻或其他標誌。

在歐盟菸草製品新準則下<sup>172</sup>，未來在歐盟銷售之菸品，將標有較大和強制性之圖文健康警語、菸品可能不再具有特殊味道(例如薄荷醇、香草或糖果)、包裝採立方體形狀，小包裝或不規則形狀之包裝將被禁止，包裝上有關標榜有益生活方式、味道或調味品、特別優惠、或產品有害性較小等誤導性/促銷性之標示被禁止。

### 第三項 國際目前動態

澳洲菸品素面包裝法，通過其國內高等法院<sup>173</sup>2012年8月15日裁決該法案屬合憲，2017年5月又於WTO菸品素面包裝法之爭端解決案獲勝訴<sup>174</sup>。目前國際間有關菸品素面包裝之立法正快速在許多國家擴展，英國菸品標準化包裝法在2017年5月20日強制施行、挪威菸品素面包裝立法會於2017年7月1日生效、愛爾蘭菸品素面包裝之要求會在2017年9月生效、泰國最近通過之菸品控制法已納入素面包裝規定，其立法規範上多參考澳洲規定，包含素面包裝顏色，選以無光澤之底色，除去廣告、行銷用語等標示和標準化菸盒規範<sup>175</sup>。觀此發展，《菸草控制框架公約》相對於其他國際協定或自由貿易之衝突雖未取得優先性之地位，然在締約國對人民健康權利的重視不斷提升下，有越來越多國家願以高標準的健康保護作為立法基礎<sup>176</sup>。

<sup>172</sup> European Commission - Press release , *10 key changes for tobacco products sold in the EU* , 20 May 2016.

<sup>173</sup> 澳洲高等法院，為澳洲聯邦司法體系中之「最高法院」，地位相當於我國司法院大法官會議。HIGH COURT OF AUSTRALIA, <http://hcourt.gov.au>.

<sup>174</sup> WIPR , *WTO upholds Australia's plain packaging restrictions*, 2017.5.5

<sup>175</sup> Managing Intellectual Property ,*THE 10 TRADE MARK TOPICS TO WATCH*, 2017.5.4

<sup>176</sup> 吳全峰(2009)，〈從健康人權之角度論菸草控制框架公約之發展與國家菸害控制之義務〉，《月旦法學雜誌》，第169期，2009年6月，頁45。



## 第四節 我國菸害防制法相關規定

### 第一項 菸害防制法演進


我國菸害防制自 1980 年代起由民間非營利性公益團體推動<sup>177</sup>，1990 年代後政府開始陸續推動多項菸害防制政策，其中 1997 年 3 月 19 日公布，同年 9 月 19 日全面施行之《菸害防制法》，讓國內菸害防制工作正式進入法治化時代。《菸害防制法》施行迄今，期間歷經 3 次修法<sup>178</sup>，以 2007 年 7 月 11 日公布，2009 年 1 月 11 日施行之《菸害防制法》所作之整體性修正幅度範圍最大。其係為落實 WHO 於 2003 年通過並開放簽署，2005 年國內立法院審議通過，總統簽署加入書之《菸草控制框架公約》，條文內容針對公約揭示之原則方向<sup>179</sup>，就菸品健康福利稅捐；菸品販賣方式、販賣場所、菸品提供方式；菸品、品牌名稱及菸品容器管理、菸品成分、添加物與排放物相關資料之申報及公開；菸品廣告及贊助類型；禁菸場所及其場所負責人及從業人員制止吸菸行為義務等事項做規定，架構出目前國內菸害防制之主要規範。惟由現行《菸害防制法》之立法理由以觀，全部條文 35 條，扣除第 23 條向下屬於罰則性條文部分之外，僅有《菸害防制法》第 5 條、第 8 條、第 9 條、第 14 條之立法理由列明參考《菸草控制框架公約》第 16 條、第 10 條、第 13 條，其餘多數條文皆是照黨團協商條文通過，得推想《菸害防制法》在修正過程應有多方不同意見團體角力。

2017 年衛生福利部基於國內兒童及少年吸菸率未明顯下降、電子煙產品之管制、網路交易對菸品管制之挑戰等議題，突顯現有法規已逐漸有不敷使用、規範

<sup>177</sup> 1984 年國內第一個反菸民間團體財團法人董氏基金會成立。1985 年編譯菸害專刊及手冊，舉辦全國拒菸海報、警語選拔活動。

<sup>178</sup> 三次修法時間分別為 2000 年 1 月 19 日、2007 年 7 月 1 日、2009 年 1 月 23 日。

<sup>179</sup> 2007 年修正之菸害防制法，引用菸草控制框架公約揭示的原則方向，部分條文修正理由並援引公約條文，係以主動立法方式，主動直接由立法機關進行國內法律的修正，實踐國際法規範內容(陳顯武、蔡浩志(2009)，〈國際刑法國內法化之規範取向分析-以德國模式為借鏡〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 2 期，頁 69，表 4 之國際法國內法化之我國現有途徑分析)。



密度不足之窘態，於1月4日再次擬具菸害防制法修正草案。此次修法就定義方面，增訂電子煙項目、酌修吸菸、菸品容器、菸品廣告及菸品贊助定義；稅捐部分，增訂免稅商店或免稅購物商店販賣之菸品，應課徵菸品健康福利捐<sup>180</sup>；菸品包裝標示部分，提高健康警示圖文比例，及對菸品的品牌名稱字體、字級、顏色予以限制；廣告行銷部分，增訂禁止以菸品贊助或菸商名義掛名贊助任何活動之方式為廣告；販售方式部分，增訂不得供應電子煙予未滿十八歲者、不得製造、輸入、販賣或展示電子煙及禁止加味菸品之販賣或展示；環境煙霧部分，刪除室內吸菸室規定；醫療輔助部分，增訂因勸阻吸菸，或拒絕供應菸品，而受侵害之法律與醫療扶助等事項作修正<sup>181</sup>，並公告於網站上，供各界於60日內陳述意見。

## 第二項 菸品品牌、包裝標示規定及函釋

### 菸品品牌、包裝標示規定

所謂「商品標示」，依《商品標示法》第4條第1款規定「指企業經營者在商品陳列販賣時，於商品本身、內外包裝、說明書所為之表示」。其法規目的在「促進商品正確標示、維護生產者信譽，保障消費者利益，建立良好商業規範」<sup>182</sup>，屬普通法性質<sup>183</sup>。國內對商品標示及商品廣告管制之規範型態，可區分為「核准型規範」及「禁制型規範」，「核准型規範」方式，例如《藥事法》第66條第1項前段規定之「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件」；「禁制型規範」則以「應」或「不得」為構成要件，課予人民「作為」或「不作為」義務<sup>184</sup>。《商品標示法》第6條第1款規定之「商品標示，不得有虛偽不實或引人錯誤」，即是

<sup>180</sup> 菸品健康福利捐分配及運作辦法於2016年10月7日發布施行。

<sup>181</sup> 菸害防制法修正草案總說明。

<sup>182</sup> 商品標示法第1條。

<sup>183</sup> 商品標示法第2條，商品標示，除法律另有規定外，依本法規定為之。適用商品標示法之產品項目包括：家電、玩具、服飾、織品、文具、嬰幼兒用品、3C產品、清潔劑、油品、牙膏、衛生用品等等。其餘例如食品、藥品、化粧品、動物用藥品等，另外適用其相關法規。

<sup>184</sup> 劉宗德(2017)，〈商業言論管制與違憲審查〉，《月旦法學雜誌》，第264期，2017年5月，頁155-156。

課予人民有「不作為」義務。又現行《商品標示法》於2003年修法時，因考量商品標示內容及標示方法雖無虛偽不實，但可能引人錯誤，是將原本「商品標示，不得有內容虛偽不實」<sup>185</sup>之規定修正為「商品標示，不得有虛偽不實或引人錯誤」<sup>186</sup>。而所謂「虛偽不實或引人錯誤」之概念，係針對例如：羽絨製品標示成分92%羽絨，經檢驗結果僅20%羽絨、以其取得專利權之機器設備製造出的商品外盒包裝標示唯一專利認證，而商品並未取得專利權等有關成分內容含量不實、或外包裝商品照片與實際商品明顯不符等情況<sup>187</sup>。

再參酌2015年修正生效之《公平交易法》第21條第1項規定之「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」，且依公平交易委員會所訂「對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」<sup>188</sup>第5點及第6點解釋，所稱「虛偽不實」，係指表示或表徵與事實不符，其差異難為一般或相關大眾所接受，而有引起錯誤之認知或決定之虞者；所稱「引人錯誤」，係指表示或表徵不論是否與事實相符，而有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定之虞者。其案件類型例示包含<sup>189</sup>：表示或表徵說明商品(服務)具有一定品質，然差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。按此原則所列之「移請各主管機關處理之案件類型表」，關於「一般商品標示」之案件係移請經濟部處理，而「菸酒標示、酒品廣告」之案件係移請財政部國庫署處理。又《公平交易法》第21條第1項，固將「虛偽不實」

<sup>185</sup> 修正前之原條文為第5條規定，商品標示，不得有內容虛偽不實。標示方法有誤信之虞者。有背公共秩序或善良風俗者。

<sup>186</sup> 商品標示法第6條第1款規定之立法理由，商品標示內容及標示方法雖無虛偽不實，但可能引人錯誤，爰參考公平交易法第二十一條規定、食品衛生管理法第十九條及健康食品管理法第十四條第一項，於第一款增列「引人錯誤」為商品標示之禁止情事，並配合第一款之修正，刪除原條文第二款。

<sup>187</sup> 經濟部中部辦公室2016年5月25日，商品標示之法令宣導講義。

<sup>188</sup> 行政院公報，公平交易委員會令，公競字第10214618371號，修正「公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」，第019卷第242期2013年12月23日。

<sup>189</sup> 公平交易委員會網站，表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示，<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=145&docid=252>(最後瀏覽日：2017年6月25日)

與「引人錯誤」並列，惟由「對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」對「虛偽不實」之解釋，其強調者仍在有「引人錯誤」之認知或決定，若僅單純「虛偽不實」無「引人錯誤」的可能，應不具非難性<sup>190</sup>，「引人錯誤」在解釋上應屬上位概念<sup>191</sup>。觀諸上開相關規定及立法理由，《商品標示法》係為維護商品之真實性，對「虛偽不實」及「引人錯誤」二者之概念應係予以區分，構成其一，即有罰則之適用；而《公平交易法》對「虛偽不實」或「引人錯誤」之規定，則以有無「引人錯誤」為主要非難重點。

在於品之包裝標示上，有關健康警示圖文標示、誤導性用語標示、尼古丁焦油成分標示部分，優先適用之法規為《菸害防制法》<sup>192</sup>、「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」，其餘標示部分，優先適用法規為《菸酒管理法》。規範上，《菸酒管理法》既是《商品標示法》之特別法，《菸酒管理法》第31條第1項所列各款規定及第2項之「不得有不實或使人誤信之標示」規定，其條文用語及意涵應較相當於《商品標示法》第6條第1款「虛偽不實或引人錯誤」之概念。至於《菸害防制法》第6條第1項規定之「不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示」，係為避免誤導、引起消費者有錯誤認知，其概念及涵蓋範圍與《菸酒管理法》第31條第2項規定之情形尚有差異。因此，菸品包裝上之標示除須按《菸酒管理法》規定之外，有關尼古丁焦油等成

<sup>190</sup> 李建榮(2000)，〈引人錯誤廣告及標示之規範〉，《公平交易法新論》，賴源河(編審)，頁376，2002年10月二版，台北：元照。

<sup>191</sup> 最早由廖義男教授提出之公平交易法草案僅提及「引人錯誤」。而國內學者對公平交易法第21條第1項之「虛偽不實」及「引人錯誤」有不同見解，學者謝穎青認為此二者為不同態樣之違法行為；學者周德旺認為二者非獨立概念，而係具有因果關係，一個虛偽不實但不引人錯誤之廣告，僅為誇大廣告，不具公平交易法上的可罰性；學者劉孔中認為應以公平交易法第24條的「欺罔」作為上位概念，來統一解釋虛偽不實及引人錯誤。至於國外，德國於1969年修改不正競爭防止法時，將虛偽不實之概念修改為引人錯誤；美國聯邦交易委員會法，在用語上對不實廣告，係以引人錯誤(misleading)為定義說明(劉孔中(1998)，〈論欺罔與虛偽不實、引人錯誤標示或廣告〉，1998年3月20日「公平交易法學術研討會」(行政院公平交易委員會、台大法律系等單位主辦)，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。李建榮(2000)，〈引人錯誤廣告及標示之規範〉，《公平交易法新論》，賴源河(編審)，頁376，2002年10月二版，台北：元照)。

<sup>192</sup> 依菸酒管理法第31條第2項規定，第1項之標示規定，菸害防制法有規定者，依其規定辦理及處罰。

分標示，亦要符合「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」，且整體文字、標示、品牌名稱尚須符合「不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示」。



就菸品包裝容器加註警示圖文標示之管制規定，在於害防制政策中，是少數由菸商業者承擔成本之政策項目，對菸品銷售利益影響甚大。尤其單一色系的「素面包裝」或超大面積之警示圖文，將使菸商長久經營累積之品牌形象一夕瓦解，對業者之衝擊影響極鉅。故此，有關菸品品牌、標示不得使用之文字，或其包裝應標示「文字警語」或「警示圖文」及其標示面積所占比例等規範之制定或修正，向來是各方競爭交鋒之重點。我國《菸害防制法》雖在 1997 年即有規定菸品容器最大外表面積明顯位置處，應以中文標示健康警語，且有關健康警語及其標示方式授權中央主管機關訂定<sup>193</sup>，惟直至 2005 年第六屆立法院始將菸品標示警示圖文之規定列入修法事項，且關於警示圖文標示面積比例，由原本委員會審查結論之 50%<sup>194</sup>，最終以政黨協商之 35%定案<sup>195</sup>。又關於描述性文字禁止方面，規範對象涉及「菸品品牌名稱」及「菸品容器加註之文字、標示」兩部分，在 2005 年 4 月行政院向立法院提出之修正草案，並無「品牌名稱不溯及既往之但書」規定，僅訂定過渡條款，以減緩法制序變動之衝擊。惟菸品品牌特定名稱禁止繼續使用，事涉範圍廣泛，從品牌名稱商標權利保護至法律的溯及適用、信賴保護原則等各方面均受到挑戰，且首當其衝的即是國產香菸「長壽」品牌面臨更名問題，直接影響國家稅收數百億，是經委員會審查討論<sup>196</sup>，認為香菸對健康可能產生的風險已是眾所皆知，「長壽」品牌名稱實不至於產生對消費者「誤導」或「影射無害健康」

<sup>193</sup> 1997 年菸害防制法第 7 條規定。其立法理由明定菸品包裝應加警語，並置於位置明顯處，以告知國民吸菸有害健康之事實，使國民據以作正確的個人決定。

<sup>194</sup> 立法院第 6 屆第 2 會期衛生環境及社會福利委員會第 9 次全體委員會議紀錄，立法院公報第 94 卷第 71 期。

<sup>195</sup> 菸害防制法第 6 條立法理由，照黨團協商條文通過。

<sup>196</sup> 立法院公報第 94 卷第 29 期之委員會紀錄，及立法院第 6 屆第 2 會期衛生環境及社會福利委員會第 9 次全體委員會議紀錄，立法院公報第 94 卷第 71 期。

的可能性，最後建議加入不溯及既往之但書規定。另外，委員會會議<sup>197</sup>雖曾對描述性文字之禁止，是否違反言論自由，且淡菸、低焦油等文字僅表彰菸品特性，提供消費者辨識選購菸品之商品資訊，並非誤導或影射吸菸無害健康，全面禁止是否剝奪消費者「知的權利」，宜改加註但書文字以達相同目的等方面作討論，惟最後並未被採用。菸品品牌、包裝規定，從 1997 年法規制定至 2007 年完成條文修正三讀通過，中間花費十年時間。

目前現行《菸害防制法》第 6 條規定：

菸品、品牌名稱及菸品容器加註之文字及標示，不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示。但本法修正前之菸品名稱不適用之。

菸品容器最大外表正反面積明顯位置處，應以中文標示吸菸有害健康之警示圖文與戒菸相關資訊；其標示面積不得小於該面積百分之三十五。

前項標示之內容、面積及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

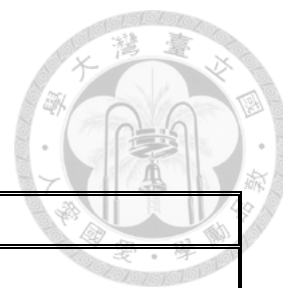
另依《菸害防制法》第 6 條第 3 項及第 7 條第 2 項規定，訂有「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」，針對健康警示標示、尼古丁焦油含量限制及標示作有相關規定。

## 相關行政函釋

有關《菸害防制法》第 6 條之相關行政函釋，解釋類型以第 6 條第 2 項、第 3 項之標示面積、健康警圖文標示方式及相關之「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」適用問題較多；關於第 6 條第 1 項之誤導性標示之解釋甚少，且解釋上，審慎的就菸品申報資料內含物質成分，與包裝上列印文字關係作認定，另外亦與第 9 條第 1 款相連結。以下「表 4」為篩選之數則與健康警示、成分揭示及

<sup>197</sup>立法院公報第 94 卷第 29 期之委員會紀錄。

誤導性標示有關函釋。



表格 4 《菸害防制法》第 6 條之行政函釋

菸害防制法第 6 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
	菸害防制法第 6 條
菸品以「條」為販售單位之標示方式	以「條」為販售單位之紙菸，可否僅於外包裝盒黏貼標示，因本法第 6 條第 3 項及第 7 條第 2 項授權訂定之「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」，規定菸品容器標示之目的，係為提升民眾對吸菸危害之認知，故該辦法施行前已製造或輸入而民眾得以接觸之菸品容器，無論係以何種包裝為展示或販賣單位，均須依法以標籤黏貼相關標示。(98 年 2 月 2 日國健教字第 0970012428 號)
菸品包裝容器印製健康警示	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 健康警示印製於菸品容器是否產生色差須考量諸多因素，倘菸品容器健康警示之色差，有以任何方式修改致原欲表達之主題有「弱化」或「減失」等情事，或使消費者無法清楚辨識者，即應依違反菸害防制法第 6 條及菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第 5 條。(99 年 2 月 2 日國健教字第 0980701480 號)</li> <li>2. 圖文測量方式、是否有容許值一節？查臺中高等行政法院 102 年度訴字第 255 號判決意旨，菸害防制法第 6 條第 2 項已明定健康警示圖文面積之百分比，而非規定只須達「明顯標示」而生警惕之效果即可，且無法令規定關於菸品警示圖文面積有法定誤差之規定，故無所謂誤差容許值，若菸品警示圖文標示面積小於該菸品容器最大外表面積百分之三十五。(103 年 3 月 17 日國健教字第 1039900882 號)</li> </ol>
	菸害防制法第 6 條第 1 項及第 9 條第 1 款
菸品包裝容器上之「O2 ACTIVATED OXYGEN FILTER 1.0」(譯：活氧濾嘴)文字	按第 6 條第 1 項規定之意旨，菸品容器上之文字，不論是否為品牌名稱，均不得有可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微。菸品之申報資料，在濾嘴項目中，並未發現有任何具有以氧化方式去除煙霧毒性物質之成分，其在包裝上列印「O2 ACTIVATED OXYGEN FILTER 1.0」，易使消費者與日常生活中常見之「活氧」相關商品聯結，誤認該濾嘴具有去除菸煙中所含毒性物質，達到降低對健康危害之功能，核屬可能致人誤認吸菸無害健康或危害

菸害防制法第 6 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
	<p>輕微之文字。</p> <p>該等文字易使消費者認為吸食該菸品較無害於健康，將可能增加吸食量，構成「足以誘使家人、同事或其他不特定人之注意、詢問，進而購買、吸食，達到招徠銷售之目的」，依前最高法院 100 年度判字第 1592 號判決意旨，可能同時違反菸害防制法第 9 條第 1 款規定。</p> <p>(101 年 6 月 25 日國健教字第 1010760057 號)</p>

(資料來源：衛生福利部國民健康署菸害防制資訊網站及 2014 年版菸害防制法解釋彙編；表格筆者自製)

### 第三項 菸品廣告行銷規定及函釋

#### 菸品廣告行銷規定

菸品廣告、促銷和贊助之禁止，一向為禁菸團體倡議之重點項目；就菸商而言，廣告、促銷和贊助雖可促進利潤營收，然相對需投注的廣告行銷成本亦不少，而吸菸者對品牌通常有極高的忠誠度，少有因禁止菸品廣告而轉向購買其他品牌，在考量上可謂得失兼具，對此相關規定，菸商並未強烈公開反對。

有關廣告之界定，依《消費者保護法施行細則》第 23 條規定，廣告之形式，是指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話、傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。而《公平交易法》第 21 條第 1 項強調之廣告特色在，事業以「使公眾得知之方法」提供其銷售商品或服務之相關資訊，即以直接或間接方式，使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為，該傳播行為包括設置市招、散發名片、舉辦產品（服務）說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾

等<sup>198</sup>。並於《公平交易法》第 21 條第 2 項，對廣告之事項採例示規定<sup>199</sup>，內容包括對於商品或服務的價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，及其他具有招徠效果之相關事項。另外，2007 年《菸害防制法》修法，為因應實務需求增列第 2 條第 4 款及第 5 款有關「菸品廣告：指以任何形式之商業宣傳、促銷、建議或行動，其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」及「菸品贊助：指對任何事件、活動或個人採取任何形式之捐助，其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」定義。

對於菸品廣告、促銷和贊助之管制，《菸害防制法》採取的方式係「原則禁止、例外開放」。1997 年制定之《菸害防制法》第 9 條，即明文列舉禁止菸品廣告之直接管道(廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品等)<sup>200</sup>，及間接管道(折扣、贈品、獎品等)，惟當時為顧及菸品之合理促銷，在菸品價格及隨菸附贈的適當限制下，許可贈品促銷，且對菸品之「雜誌」廣告，以每年刊登不超過一百二十則，不得刊登於以未滿十八歲之青少年為主要讀者之雜誌為限制<sup>201</sup>，又於第 10 條規定「於銷售菸品之場所內展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品者，非屬前條之促銷或廣告」，以允許菸商於銷售菸品之場所內適度展示、說明。然至 2007 年修法時，刪除原本第 10 條規定，經黨團協商將規定修正為「販賣菸品之場所，應於明顯處標示第六條第二項、第十二條第一項及第十三條意旨之警示圖文；菸品或菸品容器之展示，應以使消費者獲知菸品品牌及價格之必要者為限。前項標示與展示之範圍、內容、方式及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」，又衡酌《菸害防制法》所欲維護之國民健康與憲法表現自

<sup>198</sup> 公平交易委員會所訂「對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」第 3 點。

<sup>199</sup> 吳秀明、沈麗玉(2015)，〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，2015 年 6 月，頁 259。

<sup>200</sup> 1997 年菸害防制法第 9 條第 1 項各款規定。

<sup>201</sup> 1997 年菸害防制法第 9 條第 3 款及第 2 項規定。

由基本權等法益衝突後<sup>202</sup>，於第9條修正上，對於菸品廣告、促銷之禁止仍採列舉方式，增列電子訊號、網路等項目之限制；且參考外國立法例<sup>203</sup>禁止雜誌廣告、雜誌專訪、專欄報導等置入性行銷方式；在促銷方面，禁止折扣、贈品等方式，增列禁止兜售之主動促銷行為，或假藉以其他相同或近似名稱、商標之商品為菸品廣告促銷，或假借公開聚會、公眾活動、試抽活動、贊助公益等方式宣傳行銷、提升菸品形象達廣告目的。並刪除原本第9條第3項之「菸品製造、輸入或販賣業者，得以其公司名義贊助或舉辦各項活動。但不得在活動場所為菸品之品嚐、銷售或進行促銷活動」規定，冀以杜絕菸商利用公司名義贊助活動，達間接廣告之效。惟法規未全面禁止菸商認養贊助之機會，目前菸商可用企業社會責任之名義認養公共場所或贊助公益活動，維持其在大眾面前曝光機會，提升品牌的能見度與企業形象。

目前現行《菸害防制法》第9條規定

促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：

- 一、以廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網路、報紙、雜誌、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物為宣傳。
- 二、以採訪、報導介紹菸品或假借他人名義之方式為宣傳。
- 三、以折扣方式銷售菸品或以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。
- 四、以菸品作為銷售物品、活動之贈品或獎品。
- 五、以菸品與其他物品包裹一起銷售。

<sup>202</sup> 菸害防制法第9條立法理由一，依菸草控制框架公約第十三條規定意旨，締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，如依憲法規定不能廣泛禁止，則應予限制。鑒於菸品之廣告性質雖屬商業活動，仍涉及憲法表見自由之基本權利保障問題，爰參酌前揭公約規定，仍採列舉方式就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人健康。

<sup>203</sup> 菸害防制法第9條立法理由二，參考英國及加拿大禁止菸品雜誌廣告之作法，並參酌刑法第二百零一條之一與兒童及少年性交易防制條例第二十九條法例，於第一項第一款增列各種廣告、促銷方式之禁止規定



- 六、以單支、散裝或包裝之方式分發或兜售。
- 七、利用與菸品品牌名稱或商標相同或近似之商品為宣傳。
- 八、以茶會、餐會、說明會、品嚐會、演唱會、演講會、體育或公益等活動，或其他類似方式為宣傳。
- 九、其他經中央主管機關公告禁止之方式。

有關菸品銷售方式，1997 年之菸害防制法第 5 條，為避免少年及兒童接觸菸品，已定有「販賣菸品不得以自動販賣、郵購、電子購物或其他無法辨識購買者年齡之方式為之」。2007 年修法時，依照《菸草控制框架公約》第 16 條規定意旨，除原有條文之外，增列禁止開放式貨架販售菸品方式，及分支或小包裝販售。

目前現行《菸害防制法》第 5 條規定

對消費者販賣菸品不得以下列方式為之：

- 一、自動販賣、郵購、電子購物或其他無法辨識消費者年齡之方式。
- 二、開放式貨架等可由消費者直接取得且無法辨識年齡之方式。
- 三、每一販賣單位以少於二十支及其內容物淨重低於十五公克之包裝方式。

但雪茄不在此限。

### 相關行政函釋

有關《菸害防制法》第 9 條之相關行政函釋，其解釋量豐富，第 9 條雖有 9 款規定，惟以第 1 款之解釋型態較多。以下「表 5」試著就關於第 9 條第 1 款之解釋態樣作分析，並篩選數則為代表，另選取有關廣告行銷與贊助活動，及市場調查行為與廣告行銷間之函釋解釋，以便更完整的瞭解菸害防制實務對菸品廣告條文規範上所作之解釋。

表格 5 《菸害防制法》第 9 條之行政函釋

菸害防制法第 9 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
	菸害防制法第 9 條第 1 款

菸害防制法第 9 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
菸品包裝容器內置說明卡	菸盒內所附插卡，縱無品牌名稱、標示，若其內容說明菸品之主要菸草品種、口味、高品質、稀有性或其他類此訊息，置於特定品牌之菸盒內，足以產生連結而具有同一性，則已達到對消費者廣告或誤導之效果。(94 年 10 月 13 日署授國字第 0940010985 號)
菸品包裝容器印製與菸品無關之文字/圖畫	有關菸品容器之標示規定，依據現行之商品標示法、菸酒管理法及本法第 9 條第 1 項第 1 款等相關法令規定，乃規範禁止及應予標示之事項，並未予明文限制菸品容器之包裝設計。 (96 年 12 月 10 日國健教字第 0960700716 號_修正前第 9 條)
菸盒上之中英文字	如使用之文字足以達到對不特定消費者推銷或促進菸品使用之目的及效果，恐有促銷菸品或為菸品廣告之虞。 (97 年 8 月 19 日國健教字第 0970008060 號_修正前第 9 條)
菸品包裝容器上之圖畫、文字	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 菸品印製「Carefully selected baccos blended to perfection」字樣，及該品牌炫紅香菸 60 支特別版暨 20 支單盒包印有歡唱版、街舞版、DJ 版圖畫等情，已涉及對不特定消費者以文字、圖畫而為菸品宣傳及促銷，有違本法第 9 條第 1 款規定之虞。(98 年 10 月 7 日國健教字第 0980701060 號)</li> <li>2. 菸品容器上印有「Taiwan only, beautiful only 南投日月潭 Taiwan」等非屬菸品包裝之必要文字及圖片，其整體表現已涉及對不特定消費者為菸品宣傳及促銷之意涵，係屬促銷菸品或為菸品廣告甚明。(101 年 6 月 25 日國健教字第 1010760018 號)</li> <li>3. 菸品容器上印有「SPECIAL FLAVOUR OF HIGH QUALITY TOBACCOS WITH THE PRICE THAT YOU CAN AFFORD (中譯：特殊風味的高品質菸草，物美價廉)」等非屬菸品包裝之必要文字，已涉及對不特定消費者為菸品宣傳及促銷之意涵，係屬促銷菸品或為菸品廣告甚明。(101 年 7 月 5 日國健教字第 1010760111 號)</li> <li>4. 菸品容器上印有明顯之黃底紅字「日版配方」等非屬菸品包裝之必要文字，且「日版」二字之大小達 2 cm×1.4 cm，配合每包 50 元等較之一般日本進口菸品較低之售價，已明顯向消費者傳達該菸品物超所值之訊息，足以引起消費者購買之意願，達到促銷該款菸品之廣告效果，核屬違反菸害防制法第 9 條之行為。(103 年 7 月 21 日國健教字第 1030700890 號)</li> </ol>

菸害防制法第 9 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
菸品設計_ 濾嘴部分有按壓設計。菸品、菸品包裝、文宣標示相關文字	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 菸品或於菸品包裝上標示「按壓後有薄荷口味」或「按碎濾嘴內晶球可改變並加強薄荷口味」等字樣，且標示於該菸品容器之顯著位置，可知其係藉介紹菸品濾嘴部分有按壓設計之使用方式，激發鼓動消費者購買品嚐之慾望，且於展示或消費者取得後，對其他不特定之消費者亦容易產生一定程度之吸引與詢問，足以刺激一般消費者購買之意願，達到廣為招徠銷售之廣告目的，實已構成違反菸害防制法第 9 條第 1 款等規定。(102 年 7 月 18 日國健教字第 1020700877 號)</li> <li>2. 菸品展示架擺置「萬寶路冰品」藍色文宣筒，除有菸品名稱、濾嘴圖形附有可供按壓綠色球體外，並以「冰球風暴降臨亞洲最強」、「按爆冰球激爆感官體驗」之文字及圖片，介紹菸品特色、口味及按壓之使用方式，如零售商將其擺置於營業場所之菸品展示架上或其他消費者可見之處，將對不特定消費者產生一定程度之吸引與詢問，已足以引起消費者購買之意願，以達招徠銷售之目的，核屬促銷廣告菸品之行為，顯屬違反菸害防制法第 9 條第 1 款規定。(102 年 8 月 27 日國健菸字第 1020710140 號)</li> <li>3. 菸盒外之「Supercharge your icy cold taste sensation by crushing the iceball when you choose」(壓碎冰球，增強使用時之冰涼感)，印於菸盒背面下方，另菸盒內蓋子翻起處印製「爆冰：1 按 2 爆 3 激爽」，其整體表現足以激勵鼓動消費者購買品嚐之慾望，且於消費者取得後，對其他不特定之消費者亦容易產生一定程度之吸引與詢問，透過消費者隨機使用之特性，將使擴散之場所無遠弗屆，已涉及對不特定消費者為菸品宣傳及促銷之意涵，係屬促銷菸品或為菸品廣告甚明。(102 年 10 月 11 日國健菸字第 1029911233 號)</li> </ol>
	菸害防制法第 9 條第 8 款
行銷廣告、贊助活動	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 2013 高雄春天藝術節 KSAF (Kaohsiung Spring Art Festival) 活動文宣，雖未出現菸商業者之任何菸品商標、產品圖案或文字，惟該公司為 Mild Seven、Camel、Winston 等多項品牌之菸品業者，且其知名商品皆為菸品，因此該公司之商標或商業識</li> </ol>

菸害防制法第 9 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
	<p>別標誌出現在政府舉辦之藝文活動贊助商欄位，將可增加該公司曝光率、並提升其企業形象，進而增加民眾對其產品之認同感及購買意願，故其贊助行為，已直接或間接造成菸品宣傳行銷或提升吸菸形象之結果，涉有違反本法第 9 條第 8 款規定。(102 年 6 月 10 日國健教字第 1029902388 號)</p> <p>2. 傑○○公司 (JTI) 以菸為主要業務，為全球前 5 大菸草公司，且產品於國內菸品市占率及知曉度高，雖僅露出「JTI」商標，然得藉由贊助財團○○基金會辦理「不老夢想圓夢列車」計畫，透過大量媒體露出贊助之訊息（除 3 大報外，尚包括電視、電影、網路及遠見雜誌等），策略性的將其商標有計畫的透過文字報導，以明顯的方式將公司商標，呈現在媒體內容，將可增加該公司曝光率、並提升其企業形象，進而增加民眾對其好感與對產品之認同感及購買意願，故其贊助行為，已直接或間接造成菸品宣傳行銷或提升吸菸形象之結果。(102 年 10 月 11 日國健菸字第 1029911263 號)</p> <p>3. 菸商贊助辦理藝文活動，其公司名稱或商標出現在該贊助活動所有宣傳品之上，或邀請贊助之菸商出席該贊助活動之展演或記者會等活動等情，因所辦理之藝文活動勢將透過媒體宣傳週知，如露出贊助訊息，將菸商名稱或商標呈現在媒體內容，將提升其企業形，進而增加民眾對其好感與對產品之認同感及購買意願，故其贊助行為，已直接或間接造成菸品宣傳行銷或提升吸菸形象之結果。(103 年 10 月 28 日國健教字第 1039906580 號)</p>
	菸害防制法第 9 條各款
菸品市場調查活動	<p>應就菸品市場調查活動是否該當第 9 條第 1 項各款要件認定。具體個案判定，宜就該市場調查計畫，包括母群體、抽樣、調查方式、調查內容、訪問數量、舉辦頻率及其他附隨之行為等，與其所欲蒐集之市場資訊是否相關聯且必要，作為判斷之依據，以防杜「假市調真促銷廣告」之違法行為發生；如以調查產品包裝為目的，卻於調查時分發特定品牌菸品，或以調查產品接受度為名義，但實則為特定品牌作廣告促銷，甚或聲稱進行市場調查，卻</p>

菸害防制法第 9 條之行政函釋	
解釋事項	函釋摘要說明
	無任何實施計畫而長期不斷散佈菸品品牌訊息，應視其具體情況依第 9 條第 1 款各款予以處罰。 (95 年 5 月 29 日署授國字第 0950700337 號_修正前第 9 條)
	菸害防制法第 5 條第 1 款及第 9 條第 1 款
網路採購系統是否違反菸害防制法	電子憑證方式辨識身分並建構網路採購系統供政府機關間(G to G)或公司間(B to B)之採購，屬政府或企業間採購之電子商務行為，無違反第 5 條第 1 款之規定。惟依菸害防制法第 9 條第 1 款規定，促銷菸品或為菸品廣告不得以電子訊號或電腦網路為之，倘該採購系統有促銷菸品或為菸品廣告之事實者，為本法不容許。 (98 年 4 月 20 日國健教字第 0970012723 號)

(資料來源：衛生福利部國民健康署菸害防制資訊網站及 2014 年版菸害防制法解釋彙編；表格筆者自製)

#### 第四項 司法實務認定之違法行為態樣

有關涉及違反《菸害防制法》之行政訴訟案件，法院在個案審理，涵攝事實適用法條，與前揭行政函釋針對民眾或行政機關提出之法規適用疑義所作之解釋有密切延續性。以下「表 6」就法院判決對《菸害防制法》第 6 條及第 9 條各款之相關解釋、適用，及所認定之違法行為態樣等項目作分類整理。法院在個案審理上，適用《菸害防制法》第 6 條規定之案例甚少，此雖與當事人主張之條文有關，惟由下述表列分析得窺見，法院認定屬對第 9 條第 1 款之行為態樣甚寬，菸品包裝必要標示之文字，似僅有品牌、價格及其他依法應記載之事項，其餘幾乎皆可導向菸品廣告。

表格 6 《菸害防制法》第 6 條及第 9 條之相關司法判決


菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
菸害防制法第 9 條第	第 9 條第 1 款關於菸品廣告不得以「其他文字」為宣傳之規定，雖屬不確定法律概念，然第 2 條	最高行政法院 105 年度判字

菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
1 款之「其他文字、圖畫…」符合法律明確性	第 4 款對「菸品廣告」用詞定義已有明定。菸品製造或輸入業者，自得經由本法對於菸品廣告之定義，知悉其所為有關菸品標示之「文字」是否屬於菸品廣告之範疇，進而克盡其不得以「其他文字」為菸品宣傳之義務，與法律明確性原則，尚無違背。	第 166 號、104 年度判字 593 號、101 年度判字第 443 號、100 年度判字第 1592 號判決
菸品包裝必要之文字	品牌、價格及其他依法應記載之事項	最高行政法院 105 年度判字第 166 號、104 年度判字 593 號、101 年度判字第 443 號判決
菸害防制法第 6 條第 1 項與第 9 條第 1 款之適用關係	第 6 條第 1 項前段僅係就菸品、品牌名稱及菸品容器加註之文字及標示，不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示為規範，並非除此之外，其他為推銷或促進菸品使用，而具有宣傳效果的包裝文字設計皆得為之。	最高行政法院 105 年度判字第 166 號、104 年度判字 593 號、101 年度判字第 443 號判決
	第 9 條第 1 款對促銷菸品或為菸品廣告禁止方式之規定，已明示如以「文字」為菸品廣告，即列入該款處罰之列。第 9 條第 1 款規定所限制之菸品廣告並未排除於菸品容器上為宣傳之情形，菸品容器上之文字內容，若為任何形式之商業宣傳、促銷、建議或行動，其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用，即為菸害防制法第 2 條第 4 款所稱之菸品廣告，且進而該當菸害防制法第 9 條第 1 款之構成要件。	台北高等行政法院 103 年度 1601 號判決
商品標示	司法院 91 年 4 月份庭長法官聯席會議決議，係	最高行政法院

菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
與第 9 條第 1 款之適用關係	關於商品標示規定之決議，與菸品廣告問題無涉 <sup>204</sup> 。	104 年度判字 593 號判決
菸品包裝容器設計構成菸品廣告	<p>菸品包裝設計之結果，使該菸品之廣告因消費者之使用而大量散布，達成宣傳菸品目的，即違反菸害防制法第 9 條第 1 款之規範意旨。</p> <p>綜整法院判決，有關個案認定上須判斷：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 非屬菸品包裝之必要文字，其文字、圖樣極易引發接觸者好奇心而提升購買慾望，足以引起消費者購買之意願，達到促銷該款菸品之廣告效果。</li> <li>2. 「文字、圖畫」是否涉有「菸品廣告」，應依具體個案，全面觀察該「文字、圖畫」整體意欲表達之內涵，本諸經驗法則與論理法則判斷之；倘予割裂或擷取其中片語、圖畫，即難正確探求該「文字、圖畫」所欲表達之真意。</li> <li>3. 廣告性質之認定，以是否具描述性形容詞，及是否具有激發鼓勵消費者購買品嚐之欲望為據，非以文字記載之長短論其性質。</li> <li>4. 可讓購買者帶離銷售菸品場所，而使促銷或廣告效果擴散，向不特定之多數人宣傳行銷菸品之目的。</li> </ol>	<p>最高行政法院 105 年度判字第 166 號、104 年度判字 593 號、103 年度判字第 546 號、101 年度判字第 443 號、100 年度判字第 1592 號判決</p>
菸品包裝容器設計構成菸品廣告之違法行為態	<p>「PALL MALL」菸品包裝容器上印有「日版配方」字樣。</p> <p>「日版配方」在菸盒正面「PALL MALL」商標右下方，黃底紅字標示，「日版」字體較「配方」字體大。</p>	<p>最高行政法院 105 年度判字第 166 號判決、台北高等行政法院 105 年度</p>

<sup>204</sup> 本件系爭菸品標示之文字，經其訴訟代理人否認為系爭文字之標示為商品標示法之法定必要標示內容，故法院認為上訴意旨猶以：觀諸商品標示法第 2 條所揭示之普通法精神，及本院 91 年 4 月份庭長法官聯席會議決議之意旨可稽，菸害防制法未另有規範時，依循商品標示法而為之標示，係屬「其他依法應記載之事項」，自無構成菸品廣告之餘地，屬主觀歧異法律見解。

菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
樣		訴字更一字第 32 號判決
	「LOOK 5」菸品包裝容器上印有「Taiwan only, beautiful only」、「南投日月潭 Taiwan」等字樣及日月潭實景相片。	最高行政法院 103 年度判字第 546 號判決
	「DUNHILL 登喜路薄荷晶球香菸 6 號」菸品包裝容器，印有「按碎濾嘴內晶球可改變並加強薄荷口味 (CRUSH RELEASE MENTHOL)」等字樣。	最高行政法院 104 年度判字第 593 號判決
	「酷冰藍寶仕」(即「BOSS MINI BLUE」)菸品包裝容器上印有「PRESS FOR MENTHOL TASTE」、「BLUE MENTHOL CRUSH」。 「酷冰綠寶仕」(即「BOSS MINI GREEN」)菸品容器上印有「PRESS FOR MENTHOL TASTE」、透明膠膜上載有「按下濾嘴 轉變口味」、「PRESS FOR MENTHOL TASTE」標示旁附加按壓菸頭之醒目圖案。	台北高等行政法院 104 年度訴字第 73 號判決
	「香蕉新樂園伍號仔」菸品包裝容器上印有「菸味芬芳足以媲美舶來品」。	最高行政法院 101 年度判字第 443 號判決
	「大衛杜夫(Davidoff classic)」之 18 項菸品包裝容器上或分別印有歡唱版、街舞版、DJ 版人形圖案，或印有「『TRAVEL EDITION』(中譯：旅行珍藏版)」、「FAMOUS INTERNATIONAL QUALITY」(中譯：國際知名品質)」、「10 Year Anniversary Edition (中譯：10 週年限量版)」、「Carefully selected tobaccos blended to perfection (中譯：精選菸草·完美調和)」、「A BLEND OF FINE TOBACCOOS FOR TODAY'S WORLD (中譯：調和當今世上優良菸草)」、「FINE AMERICAN BLEND 20 CLASS A CIGARETTES	最高行政法院 100 年度判字第 1592 號判決

菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
	<p>(中譯：精製調合的 20 根美國 A 級香菸)」等英文文字。</p> <p>「長壽尊爵(Gentle)」罐裝淡菸菸品上印有「Longlife GENTLE Mild Enjoy the Gentle Life」文字，並有男子吸菸及駕馭滑翔翼遨遊天空之圖片等非屬菸品包裝之必要文字及圖片。</p>	 <p>最高行政法院 98 年度裁字第 2287 號裁定</p>
菸品包裝容器內附卡片有廣告促銷性質	「夏娃纖細 6 號香菸」、「夏娃纖細 6 號薄荷菸」、「MM 大亨圓角包 5 號」3 種菸品，菸品包裝盒內隨附印有菸品品牌名稱之字樣及圖畫之卡片，得據以判斷與特定品牌菸品具有同一性，對消費者有廣告或誤導之效果。	最高行政法院 100 年度判字第 1034 號判決
以「公司名稱」贊助(顯名贊助)公益活動有促銷菸品可能	<ol style="list-style-type: none"> <li>贊助活動性質 顯名方式贊助活動，有宣傳贊助公司之可能性。贊助公益活動對公司商譽及市場價值屬正向提升，消費者可能因此增加對贊助商產品之消費，以表示支持或認同贊助公司之經營理念。對贊助公司以及被贊助之公益社團或公益活動而言，企業贊助行為實為對施受兩方有利、且對國家力有未逮之處適時施以助力之良制。</li> <li>受管制原因 販售商品性質使然，菸品長久以來具高度爭議性，國內外對菸品採取管制之態度大致相同。</li> <li>基本權限制 言論保障與否端視其言論內容與表現之場合，以及對於公益之影響等，非謂不論其言論內涵及其表現場合以及對於公益之影響，均一律無條件地加以維護。菸品對於國民健康具有重大影響，在衡量上訴人菸品業務之私益保障與國民整體公共利益之維護兩者</li> </ol>	最高行政法院 104 年度判字第 576 號判決、105 年度判字第 209 號判決

菸害防制法第 6 條及第 9 條之相關司法判決		
事項	法院認定摘要	法院判決
	間，自仍以保障國民健康此一公共利益為先，在此前提下，限制上訴人以公司名義贊助公益活動，藉以避免吸菸人口之增生，應認為符合憲法限制個人表現自由之要件。限制以顯名方式贊助活動，並未剝奪其從事經濟行為，其所販售之菸品上仍得正常標示公司名稱，亦未限制其以隱名方式贊助活動。	
市場調查活動	倘菸商從事菸品市場調查之方式包含以品嚐菸品等方式為之，而其活動之目的或效果在於促銷菸品或為菸品廣告，不論係採直接或間接訴求方式，均與菸害防制法第 9 條第 8 款規定之立法意旨相悖。 系爭菸品之市場調查方式以系爭菸品試抽及系爭菸品包裝觸摸，明確知道系爭菸品品牌等方式為之，藉由市場調查時分發系爭菸品（即特定品牌）予不特定之消費者，足以達到廣為招徠銷售之廣告或促銷菸品之目的或效果。	台北高等行政法院 105 年度訴字第 1374 號判決

（資料來源：司法院網站；表格筆者自製）

## 第五項 未來法條修正和實務運作之趨勢方向

### 實務運作之趨勢方向

菸害防制之行政實務上，針對第《菸害防制法》第 6 條第 1 項之解釋甚少，其中具代表性之 101 年 6 月 25 日國健教字第 1010760057 號函釋，又由於菸品包裝容器標示之文字(包括菸品品牌)，有致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之可能，進而推論此將造成消費者吸食量之增加，得出其構成「足以誘使家人、同事或其他不特定人之注意、詢問，進而購買、吸食，達到招徠銷售之目的」，屬於菸品廣告，可能同時違反《菸害防制法》第 6 條第 1 項及第 9 條第 1 款規定，在條文之解釋運作上，「誤認吸菸無害健康或危害輕微」與「足以誘使不特定人注意，達到招徠



銷售」間之關聯性推論已有疑義，且放大第 9 條第 1 款之適用。

而在司法實務上，涉及違反《菸害防制法》第 6 條第 1 項規定之案件更為稀少，且法院在具體個案之審理認定上，除延續前揭行政函釋對條文之解釋之外，更進一步明確指出菸品包裝容器亦可能成為菸品廣告之一種類型，菸品包裝容器標示之文字、圖畫等，縱未違反《菸害防制法》第 6 條之規定，但仍得因該等圖文可能吸引消費者、激發購買欲望，輔以菸品包裝容器本身可讓購買者帶離銷售菸品場所，有向不特定之多數人展示、宣傳廣告之效果，而有《菸害防制法》第 9 條第 1 款之適用；或在菸品包裝容器所印製之文字是否有商品標示法規適用問題上，亦以標示圖文有廣告效果，與商品標示無關，直接落入《菸害防制法》第 9 條第 1 款之適用；或菸商以顯名方式贊助公益活動，縱未標示菸品品牌，然因贊助活動本身具有提升商譽及市場價值之特性，而有《菸害防制法》第 9 條第 8 款之適用。

行政函釋及司法判決未對《菸害防制法》第 6 條第 1 項「或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示」之文義內涵多作解釋，然在實務運作之趨勢方向，卻大幅擴張《菸害防制法》第 9 條第 1 款適用範圍，將「其他文字、圖畫」之解釋，已非侷限在條文所列舉之「廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網路、報紙、…」相類似之方式，並對於菸品包裝容器標示之圖文是否為「菸品廣告」？是否有吸引消費者、激發購買欲望之認定亦顯寬鬆。按法院認定之標準，菸品包裝容器之設計，似乎僅能標示菸品之主要品牌名稱、價格、尼古丁、焦油等成分、含量及製造、進口廠商等應標示事項，才得避免落入菸品廣告之範疇。此種以《菸害防制法》第 9 條第 1 款為基礎，採行對於菸品包裝管制更嚴格之實務運作方式，可能造成《菸害防制法》第 6 條第 1 項適用上之架空，且處罰上，須改依第 26 條<sup>205</sup>較重之法律效果論處，混淆了「容器標示管制」係科以行

<sup>205</sup> 菸害防制法第 24 條規定，製造或輸入違反第六條第一項、第二項或第七條第一項規定之菸品者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並令限期回收；屆期未回收者，按次連續處罰，違規之

為人提供正確商品資訊，供消費者作出正確選擇，與「廣告方式管制」係防止菸品市場擴大之不同管制目的。



### 未來法條修正方向

衛生福利部於 2017 年 1 月提出之《菸害防制法》修正草案版本，有關第 2 條之用詞定義，擬將「菸品廣告」修正為「指對消費者推銷菸品或電子煙之商業宣傳或其他促銷之活動或行為」；「菸品贊助」修正為「指對消費者推銷菸品或電子煙所為之贊助或其他有助於銷售之活動或行為」。並對第 5 條第 2 款有關販賣菸品方式之規定，擬酌修法條用語為「販賣菸品不得以採開放式貨架或其他消費者得直接取得，且無法辨識其年齡之方式」，使之適用更明確。又基於《菸草控制框架公約》第 13 條之規定，及菸草公司常利用各項贊助活動，企圖增加媒體露出及改變兒童及少年對菸草公司的認知，進而輕易接受菸品，為禁止菸商利用贊助方式為菸品廣告、促銷<sup>206</sup>，擬在第 9 條增列第 9 款「以菸品贊助或菸商名義掛名贊助任何活動」規定。至於第 6 條之菸品包裝容器加註警示圖文、標示規定部分，更依據《菸草控制框架公約》第 11 條規定意旨，並對照目前其他要求菸品容器應標示健康警示圖文國家之規範比例、及參照《菸草控制框架公約》第 11 條及第 13 條實施準則，建議締約方採行之菸品素面包裝，進行大幅修正，除原有第 6 條第 1 項之外，擬增列第 2 項「菸品容器之標示方式規定：一、於最大外表正反面積明顯位置處，以中文標示吸菸有害健康之警示圖文及戒菸相關資訊。二、前款標示面積，不得小於最大外表面積百分之八十五。三、以全國統一之單一底色、字型、字體大小、字體顏色印製。」及第 3 項「前二項標示之內容、底色、面積、字型、字體大小、字體顏色及其他應遵行事項之辦法，由中央主管

---

菸品沒入並銷毀之(第 1 項)。販賣違反第六條第一項、第二項或第七條第一項規定之菸品者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰(第 2 項)。同法第 26 條規定，製造或輸入業者，違反第九條各款規定者，處新臺幣五百萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，並按次連續處罰(第 1 項)。違反第九條各款規定，除前二項另有規定者外，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，並按次連續處罰(第 3 項)。

<sup>206</sup> 菸害防制法修正條文草案第 9 條之修正理由參照。

機關定之」之規定。據此得見，我國係緊依循《菸草控制框架公約》規範意旨方向，進行相關條文之修正，不斷提高對菸害防制之管制強度，且欲引進菸品素面包裝及標示大幅警示圖文政策。



## 第五節 小結

《菸草控制框架公約》第 11 條本文對菸品包裝標示之規定，包含菸品成分及釋放物質之揭露、健康警語之標示及誤導性引人錯誤之用語之禁止三個部分，其規定範圍已不僅止於一般商品標示對真實性之維護目的；又公約第 11 條及第 13 條規定之實施準則，為增強健康警語及相關訊息引起注意之程度及效果，並將包裝視為是廣告和促銷之重要因素，所建議採行之素面包裝措施，更將菸品廣告管制範圍涵蓋至包裝標示之管制。

《菸草控制框架公約》落實上，澳洲採嚴格的素面包裝政策，面對菸品素面包裝法與註冊商標使用之衝突，其透過擬制使用意圖之方式處理有關商標未使用之問題，讓菸品商標之申請、註冊後權利之維護，以及據以爭議他人商標之進行，不因菸品素面包裝制度之施行而受影響。此立法政策適宜與否，因各國法規制度有所差異，外人雖難以置喙，惟就商標之功能、價值而言，實須透過市場上之交易使用始得予以實現，且如在商標註冊主義國家，申請商標註冊，不以有實際使用之事實為要件，申請人申請商標註冊，即是為實際投入市場使用，擬制使用，似乎僅能維護註冊簿上之權利。另外，歐盟菸草製品新準則，除擴大警示圖文標示面積之外，並加強菸品包裝禁止使用誤導性標示，且對誤導性標示有更詳細的解釋。

國內《菸害防制法》參照《菸草控制框架公約》所規定之「菸品廣告」定義及其管制規定在實務適用上，司法判決<sup>207</sup>對第 9 條第 1 款關於菸品廣告不得以「其

<sup>207</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 166 號、104 年度判字第 593 號、101 年度判字第 443 號、100 年度

他文字」為宣傳之規定是否違反法律明確性原則之爭議，法院雖皆以同法第 2 條第 4 款對「菸品廣告」用詞定義已有明定，菸商得經由本法對於菸品廣告之定義，知悉其所為有關菸品標示之「文字」是否屬於菸品廣告之範疇，是與該原則不相違背。然如由大法官釋字對法律明確性原則所建立之判斷標準<sup>208</sup>：法律規範內容應為受規範者可理解、受規範者可預見、司法可審查，加以檢驗現行法，該法第 2 條對「菸品廣告」及「菸品贊助」之定義，「指以任何形式之商業宣傳、促銷、建議或行動，其直接或間接之目的或效果對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」、及「指對任何事件、活動或個人採取任何形式之捐助，其直接或間接之目的或效果對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」以觀，所稱「直接或間接之目的或效果」用語難謂明確，其涵攝範圍難以預見，「菸品廣告」、「菸品贊助」之定義及範疇界定實易產生模糊之情形<sup>209</sup>。且由行政函釋內容及司法判決顯示，行政機關及司法機關對菸品廣告或促銷菸品行為之認定，並無具體標準可資確認，對「直接或間接之目的或效果」之解釋運作結果大幅擴張第 9 條適用範圍，將菸品包裝容器設計<sup>210</sup>、或菸商以公司名稱贊助(顯名贊助)與菸品無關之公益活動<sup>211</sup>等均認定屬菸品廣告或有促銷菸品之可能，應予以禁止。法院將菸品包裝容器設計視為廣告之見解，雖與《菸草控制框架公約》第 13 條規定之實施準則無相違背，卻可能造成國內「容器標示管制」與「廣告方式管制」目的之混淆，且處罰上以較重之法律效果論處。又以不涉及菸品之贊助而言，衛生福利部 2017 年 1 月提出之《菸害防制法》修正草案版本，既擬將「菸品贊助」修正為「指對消費者推銷菸品或電子煙所為之贊助或其他有助於銷售之活動或行為」，並在第 9 條增列第 9 款「以菸品贊助或菸商名義掛名贊助任何活動」之規定，更得說明，就現行法對菸品贊助

---

判字第 1592 號判決。

<sup>208</sup> 司法院大法官釋字第 432 號提出之法律明確性概念後，其內涵為後續之第 491 號、第 521 號、第 636 號、第 689 號等解釋所運用。

<sup>209</sup> 劉宗德(2017)，〈商業言論管制與違憲審查〉，《月旦法學雜誌》，第 264 期，頁 161，2017 年 5 月。

<sup>210</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 166 號、104 年度判字第 593 號、103 年度判字第 546 號、101 年度判字第 443 號、100 年度判字第 1592 號判決

<sup>211</sup> 最高行政法院 104 年度判字第 576 號判決、105 年度判字第 209 號判決

之定義，實難謂菸商得由其對法條用語之理解，預見掛名贊助公益活動亦屬法規所禁止，進而知悉菸品贊助之真正範疇。是法院判決之論述實有速斷之嫌。





## 第四章 國內菸品商標態樣及商標審查之變化與菸品包裝標示之改變

### 第一節 概說

本章嘗試由 2009 年至 2017 年 5 月間公告之 2 千 4 百多件菸品商標註冊態樣分析，在 2009 年現行《菸害防制法》施行後，菸商為行銷菸品申請取得之註冊商標態樣，在設計上選用之共同元素，及該等元素與菸害防制規範間之關聯性。並檢視 2002 年「菸類商品申請商標註冊處理原則」公布後，2003 年 1 月 1 日至 2017 年 5 月間，核駁公告之 485 件指定在第 34 類菸類商品之申請商標註冊案，分析其核駁理由，適用條款及商標態樣。另分析 2009 年至 2017 年 5 月間，經處分之 93 件菸品商標爭議案類型、個案檢送之事證變化，以觀察菸品商標態樣及商標審查呈現之變化情形，及菸品包裝標示之變化狀況。

### 第二節 我國菸品市場行銷概況

我國菸品產業發展，受政策影響甚鉅。1904 年日治時期，日本政府發布《菸草專賣法》及《菸草專賣規則》將台灣菸草的生產及銷售權收歸中央；光復後，國民政府沿用此「產銷合一」政策，隨後並將台灣省專賣局改組為台灣省菸酒公賣局，公布《台灣省內菸酒專賣暫行條例》，進入長達數十年的菸酒專賣時期，當時國內菸品市場以國產菸品為主；直至 1987 年在美国 301 條款壓力下，政府開放菸品市場，國外菸品及其廣告宣傳進到國內，國產菸品需求驟降；2002 年加入世界貿易組織，菸酒專賣制度結束，台灣省菸酒公賣局改制為台灣菸酒股份有限公司；2007 年開放英國菸草公司來台設廠，成立台英帝國菸草製造股份有限公司。

國內紙菸銷售情形，據財政部「國產及進口紙菸類總量表」顯示，紙菸國產(含

外銷數量)及進口總量,2008年為22.2億包,2009年至2012年間逐年遞減為18.7億包,2013年及2014年升高至19.2億包及19.7億包,2015年和2016年降回18.5億包和18.9億包。而國產菸及進口菸結構比,國產菸在2008年僅占39.63%,此後逐年遞增,2015年及2016年係自2002年結束國內菸酒專賣體制後,國產菸銷售比例最高的兩年,分別為59.67%及67.54%。關於國內非紙菸類(菸絲、雪茄、鼻菸、嚼菸、其他菸品)之銷售情形,依財政部統計總量表顯示,其銷售總量在2009年及2010年出現激增現象,成長率達356.28%及560.26%,嗣後雖有減緩,惟均呈現正成長率,且市場結構比以進口為主,進口比例2015年及2016年仍達99.83%及91.05%<sup>212</sup>。

由菸品市場行銷概況顯示,2009年現行《菸害防制法》施行後,國內每年紙菸銷售量仍維持在18至19億包,且國外進口紙菸占銷售總量近半成。

### 第三節 菸品商標圖樣設計變化

菸品包裝容器除具有包裝商品之實用性功能之外,亦是菸商與消費者間溝通的橋樑,吸菸者一年接觸菸品包裝容器超過7000次<sup>213</sup>,每次使用,菸品包裝便再次向吸菸者及非吸菸者展示其品牌,藉此高曝光率達到高程度的辨識效果,而包裝上所標示之商標即為此連結、提供產品辨識性的關鍵。由申請/註冊之菸品商標態樣,得綜整出菸商主要係應用顏色、文字、圖形、符號或菸盒造型等項目作設計變化,以吸引消費者及因應菸品市場發展的轉變。

#### 第一項 特定顏色與數字的運用

<sup>212</sup> 「國產及進口非紙菸類(菸絲、雪茄、鼻菸、嚼菸、其他菸品)總量表」財政部財政資訊中心資料。

<sup>213</sup> 董氏基金會華文戒菸網,2016菸品素面包裝,(最後瀏覽日期2017年6月18日)<http://warning.e-quit.org/warning/ContentDirectShow.aspx?Mid=69&CurSite=%26gt%3b+2016-%e8%8f%b8%e5%93%81%e7%b4%a0%e9%9d%a2%e5%8c%85%e8%a3%9d>

色彩對消費者之視覺感官具有直接且較強之刺激性，其得增加圖文易讀性，具有傳達品牌商業印象及暗示商品訊息的效果，得使消費者作為產品區別或品牌識別之來源。對於品商標設計而言，色彩的運用更是如此，早期「長壽菸」鮮黃設色，讓消費者留有鮮明印象。嗣後自 2009 年起，國內《菸害防制法》修正規定，菸品包裝容器不得使用「淡菸」、「低焦油」或其他可能導致誤認吸菸無害健康的字眼，規定每支菸的尼古丁不得超過 1 毫克；每焦油不得超過 10 毫克<sup>214</sup>。為因應規定，菸商更是轉而利用顏色變化區分產品類型，傳達菸品特性、口味、焦油含量等訊息，或在同一顏色作深淺度、顏色比例配置，來影響消費者對濃度的感覺。檢視近年菸品商標註冊資料，以「圖表 4」列選的註冊商標為例，歸納出菸商大致喜歡以紅色、藍色、綠色、銀白/淡黃幾種色系來區分產品系列。焦油含量在 1-3mg 者，菸品濃度較淡，多以柔和色彩，或灰、白色系；焦油含量落在 5-7mg 者，菸品濃度居中，以藍色、銀色呈現；焦油含量在 8-10mg 者，菸品濃度較濃，多採紅色、綠色、黑色、金色、深藍色等設色；且近兩年間(2015-2016 年)，以文字表達顏色之設計態樣增加，筆者推測是因菸品包裝容器設色受法規限制日趨嚴格所作之因應。另外，以數字大小作菸品成分濃淡區別，是《菸害防制法》修法後菸品設計的特色之一，在設計表達上，數字有以阿拉伯數字或外文字呈現，或以之搭配顏色描述。

圖表 4 菸品商標之顏色及數字之運用

菸品商標之顏色及數字之運用			
第 01619069 號 <sup>215</sup>	第 01577632 號	第 01427863 號	第 01362890 號
			
第 01563885 號	第 01577631 號	第 01427862 號	第 01354485 號

<sup>214</sup> 菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第 7 條第 2 款規定。

<sup>215</sup> 此處該等號數為商標註冊號數。

菸品商標之顏色及數字之運用			
			
第 01577639 號	第 01362892 號	第 01331319 號	第 01146832 號
			
第 01306383 號	第 01331315 號	第 01625535 號	第 01344766 號
			
第 01315373 號	第 01374900 號	第 01374901 號	第 01374899 號
			
第 01496824 號	第 01496825 號	第 01707941 號	第 01783494 號
SUB-ZERO	黑 7	藍 7	WEST ZERO
第 01804689 號	第 01804690 號	第 01804692 號	第 01804693 號
BLUE EDGE	SILVER EDGE	藍 鋒	紅 鋒

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)

## 第二項 文字用語中性化、廣告化

文字是消費者在進行商品交易時，得藉以唱呼、辨識來源之重要部分。菸品

商標之文字設計，早期因菸酒公賣政策之故，以中文為主，加入 WTO 後，菸品商標之文字設計，轉以外文(特別是英文)為主，中文占整體商標之比例減少，或沒有。此後，隨著國內對《菸草控制框架公約》的簽署加入、《菸草防制法》的修正施行，在以下「圖表 5」所列選之部分註冊商標得見，菸品商標之文字選用上，避免使用淡菸、低焦油等字詞，改以帶有象徵「和平」、「溫和」，或傳達「較清淡」、「較健康」等意象之字彙作為商標，另有不少國內業者或個人偏好採用中性/任意性之既有字詞語彙作為商標文字，例如，蟋蟀、黑蜘蛛、遊艇等字詞，筆者推測該等商標態樣之設計，部分與近年各式白牌菸充斥市面有密切關係<sup>216</sup>。此外，菸品廣告、行銷之禁止，菸品包裝容器成為菸商與消費者密切接觸之管道，菸商除竭盡可能的發揮商標具有之廣告功能之外，在設計上亦藉由「商標本身」或透過「不專用文字」部分，加入廣告性、自我標榜性或性用說明性語，例如，表達這是較好的選擇，或傳達香氣、口味、濾嘴特性等，以加深廣告效果。

圖表 5 菸品商標之文字用語

菸品商標之文字用語			
中性化/任意性			
第 01535636 號	第 01577637 號	第 01454654 號	第 01455980 號
		 <p>友情</p>	 <p>七喜</p>

<sup>216</sup> 菸酒管理法施行後，允許設立菸酒製造業，且菸酒進口業設立門檻降低，菸酒進口業者透過申請商標註冊，以「自創品牌」(白牌菸)，少量進口方式委由國外菸酒業者製造，循正常貿易方式報關繳稅進口，取得合法進口及完稅證明後，另以漁船、貨櫃夾帶大量走私菸品方式，將劣質菸品給國內消費者，以逃漏高額菸稅、健康捐、營業稅，又可避免被緝獲後，遭正牌菸商之巨額求償(范國勇(2010)，〈海峽兩岸查緝菸品走私體制與法規之探討〉，《刑事政策與犯罪研究論文集(13)》，法務部犯罪防治研究中心 2010 年 12 月，頁 149-150)。據財政部關務署統計說明，以白牌菸市占率與 2009 年國產及進口紙菸數量估算有近 1 億包「白牌菸」在市面銷售(財政部關務署新聞稿，有關媒體報導「走私億包白牌菸 國庫年損失 32 億」財政部關稅總局提出說明(新聞稿資料第 357 則)，2010 年 10 月 28 日 <https://web.customs.gov.tw/ct.asp?xItem=48653&ctNode=10846>)。且衛生福利部國民健康署 2013 年統計，有 6.4% 的民眾吸「走私菸」，累計走私菸品的消費量為 1.26 億包售。(私菸流竄全台 稅收損失高達 46 億元，風傳媒，2015 年 6 月 24 日，<http://www.storm.mg/article/48190>，最後瀏覽日期：2017 年 7 月 24 日)。

菸品商標之文字用語			
第 01468994 號	第 01471542 號	第 01489017 號	第 01570982 號
懷樂	麥克阿瑟		蟋蟀
第 01515958 號	第 01622653 號	第 01619078 號	第 01657636 號
紅雙喜	黑蜘蛛	SUNLIGHT	誘惑
第 01676780 號	第 01718081 號	第 01753480 號	第 01804704 號
隨享	游艇 YACHT	魔力	心漾
廣告/自我標榜/說明性			
第 01539926 號	第 01632831 號	第 01720646 號	第 01744917 號
YOU DER 優	PALL MALL CHOICE	克蕾萊晶球密語	 TUBE FILTER
第 01622666 號	第 01762264 號	第 01795816 號	第 01832510 號
ALWAYS TRUE	天香	FRESHBALL	 advance
第 01539925 號	第 01625532 號	第 01744922 號	第 01753474 號
 PLEASANT SMOKE SMELL	 STELLAR SUPREME	 LESS ASH FLAKES	 EXTRA PROTECTION FILM FRESHNESS INSIDE
「PLEASANT SMOKE SMELL」 不主張專用權	「ENJOY THE SUPREME TASTE OF PERFECTLY BLENDED VIRGINIA TOBACCOS」不主 張專用權	「LESS ASH」、 「FLAKES」不主 張專用權	「EXTRA PROTECTION FILM」、 「FRESHNESS INSIDE」不主張專 用權

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)



### 第三項 圖形清新、簡單化

圖形常被運用作為商標之設計元素，在表現類型上，有寫實易懂的具象圖形；擬人化、卡通式、圖形化文字設計等圖案化圖形；抽象、意象式、幾何線條或形狀構成之圖形；徽章、盾牌、旗幟等圖案設計<sup>217</sup>。在於菸品商標受限不得使用淡菸、低焦油或其他誤導、影射吸菸無害健康之用語、字詞後，由「圖表 6」所列選之部分註冊商標得見，菸品商標之設計，改利用圖形予消費者直接鮮明視覺印象之特性，藉由花草植物、抽象幾何圖形、人物、動物等圖案設計傳達予消費者「清新」、「輕淡」、「簡約」、「友善」等印象，或改透過圖案暗喻說明菸品之內容口味、濾嘴功能或傳達按壓動作意象等相關特性，例如，不同設色之圓形/球體圖樣、濾嘴圖案等。

在圖形表現類型上，以「圖表 7」之瑞士商·菲利普莫里斯產品公司、日商·日本香煙產業股份有限公司及國內臺灣菸酒股份有限公司之部分註冊商標為例，顯示隨著警示圖文標示面積的擴大，大幅限縮菸商在於菸品包裝容器上標示商標、塑造品牌形象的空間，且菸品販售方式的改變，消費者由近距離選購菸品，改為遠望點選購買，過於繁複的圖形設計，可能被警示圖文遮蔽又不利於消費者辨識。因此，菸商除繼續申請註冊原有品牌之設計圖文之外，亦將整體原圖文做更簡化的設計、或轉變方向之設計，已達更完整、全面的保護(參見瑞士商·菲利普莫里斯產品公司之註冊商標)；另外，國際間對菸品包裝以不同設色區分產品濃淡之管制日趨嚴格，以鮮明、大面積設色區分的包裝方式，可能抵觸相關規範或遭反菸團體抗議。是以，商標設計上縮減顏色標示之比例面積，並利用附加簡單圖案標示傳達產品特性(參見日商·日本香煙產業股份有限公司之註冊商標)；在國內，隨菸品市場開放，面對進口菸品之競爭壓力及《菸害防制法》的施行，商標整體設計，亦由繁複的圖文設計到簡約清楚的表達商標主要識別部分。

<sup>217</sup> 商標審查實務上，會分析各個商標圖形設計態樣予以作檢索路徑上的分類，傳統型態商標之圖形大分類路徑包括，人物、動物、植物、天體自然現象…等 12 類。

圖表 6 菸品商標之圖形設計

菸品商標之圖形設計			
第 01545409 號	第 01489025 號	第 01326928 號	第 01577638 號
			
第 01514013 號	第 01767666 號	第 01783496 號	第 01783498 號
			
第 01744936 號	第 01558240 號	第 01625533 號	第 01731500 號
			
第 01660523 號	第 01753473 號	第 01765108 號	第 01780833 號
			
第 01545400 號	第 01710657 號	第 01795817 號	第 01812625 號
			

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)

圖表 7 菸商商標之設計變化

菸商商標之設計變化
瑞士商菲利普莫里斯產品公司

第 01286135 號	第 01463159 號	第 01561027 號	第 01720644 號
			
日商・日本香煙產業股份有限公司			
第 01370773 號	第 01705544 號	第 01528049 號	第 01707943 號
			
臺灣菸酒股份有限公司			
第 01038607 號	第 01045342 號	第 01069181 號	第 01300258 號
			
第 01069182 號	第 01239857 號	第 01654790 號	第 01816387 號
			

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)

#### 第四項 包裝容器的設計

2003 年 11 月 28 日之商標法修正施行，將立體形狀納入商標保護客體後，菸

商為保障菸品包裝容器之整體設計得作為識別商品來源之標識，開始申請註冊立體商標。又受限於《菸害防制法》第 5 條第 3 款及第 9 條第 6 款規定，菸品每一販賣單位不得以少於 20 支及其內容物淨重不得低於 15 公克之包裝方式販售；且不得以單支、散裝或包裝之方式分發或兜售，使市售菸品絕大多數以「包」為零售單位。是相較於實務上，同樣較多以商品包裝容器外形取得立體商標之香水、飲料飲品、酒類商品得以不同特殊造型作為商標，截至 2017 年 5 月 31 日獲准註冊之 18 件菸品立體商標，則幾乎皆以單盒/單包為設計，且商標態樣，絕大多數是立體形狀與文字、圖形、記號等之整體聯合式型態<sup>218</sup>，並就菸盒外殼之虛線部分，不主張專用權。對於商以未附加文字、圖案或記號之空白立體香菸包裝盒申請商標註冊案，審查上均認為消費者實難憑藉單純立體形狀判斷菸品來源，故不具商標識別性。以下「圖表 8」選取部分相關核准及核駁案例說明。

圖表 8 菸品立體商標態樣

菸品立體商標態樣		
核准註冊號	商標態樣	商標圖樣描述
第 01252056 號		為可側開銀色長方盒立體形狀，盒身印有紅色及銀色屋頂圖，搭配 SPECIAL EDITION，MARLBORO 及「M」文字
第 01256913 號		香煙盒立體形狀、正面上半部「KENT」文字，以及香煙盒正面左上方及側面上方之幾何圖形等，共同組成聯合式立體商標，申請人同時聲明香煙盒之形狀

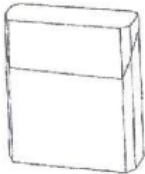
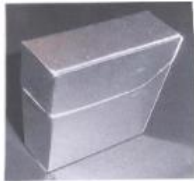
<sup>218</sup> 僅少數註冊第 01162202、01369265、01592788 號商標，係單純以台北 101 大樓之立體圖、巧虎、風獅爺購物中心設計圖之建築物外觀、玩偶玩具等造型取得立體商標。

		不在專用權之列
第 01280618 號		<p>商標由頂部及正面印有「DAVIDOFF」字樣經特殊設計之八角體盒子所構成。</p>
第 01394907 號		<p>香煙盒（未開啟狀態）外殼形狀，正面以外凸方式，凸出六條橫長條立體圖形，平行排列，在第一及第二條立體橫長條中間，以平面黑色粗線條展現，在黑色粗線條中標以 DUNHILL 及圖。香煙盒正上方標有 DUNHILL 及圖，側面標有 DUNHILL 文字，煙盒正面第五條外凸橫長條圖形之右方標以 DUNHILL（設計字）等所共同組成。</p>
第 01520368 號		<p>聯合式立體商標。香煙盒正面中央有一白色駱駝圖，上方有英文字 ESSENTIAL、香煙盒正上方和香煙盒側面中間有 CAMEL 設計字加上英文字 ESSENTIAL 所組成之圖案。</p>

第 01654782



立體商標圖形係香煙盒外殼形狀，正面及背面為中空字母「O、L、A、L、G、B」以順時針方向排列之圖案，橫式「GLO」及其右下方之直式「BAL」疊印於圖案上，正面下方有「TOBACCO SERIOUSLY DAMAGES HEALTH」，背面下方有「SMOKING CAUSES HEART DISEASE」。頂部及底部中央皆有「G」及「GLOBAL」。右側中央為「GLOBAL」及「20 CLASS A CIGARETTES」，上下方各有「UNDERAGE SALES PROHIBITED」及條碼。左側中央為「MADE IN EU BY」、特殊設計之「BULGARTABAC」及「HOLDING GROUP」，上下方各有「FOR DUTY FREE ONLY」、「TAR:10 MG NICOTINE:0.8 MG」及「CARBON MONOXIDE: 10 MG」

核駁號	商標態樣	商標圖樣描述
T0289599 <sup>219</sup>		八角長形香菸盒描繪成之立體商標。
T0290763		側開式之銀色長方盒立體形狀。正面及背面各有一橫向切口，切口尾端並明顯向上揚起。其左側面及右側面之橫向切口則為平整之直線，且左側面切口之下方有一明顯凹槽。

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)






### 第五項 菸品商標之註冊申請核駁案件分析

智慧局於2002年10月14日公布「菸類商品申請商標註冊處理原則」，檢視其後2003年1月1日至2017年5月31日間，經核駁公告指定在第34類菸類商品之申請商標註冊案件共計485件。其中包含涉及他人在先權益之相對不得註冊事由予以核駁者，僅占15件，其餘核駁原因皆涉及識別性與使公眾誤認誤信等絕對不得註冊事由。經分析發現，「菸類商品申請商標註冊處理原則」公布後至2003年11月28日之商標法修正施行前，商標註冊申請遭核駁之理由，大多數係援引修正前《商標法》第37條第6款「使公眾誤認誤信其商品之性質、品質或產地之虞者」規定，其呈現的商標態樣有3種類型，其一為，使用「生化/高效」等字樣(不包含：淡菸/light、低焦油等)；再者為，使用包含「地名」；以及選用涉及淡菸(light)等用語。惟從2003年11月28日之《商標法》修正施行至2017年，審查上，對《商標法》第30條第1項第8款規定之適用，僅延續針對商標使公眾誤

<sup>219</sup> 此為商標核駁號數。

認誤信其產地之虞，或使人誤認係比賽得獎商品之性質誤認之虞外，其餘核駁案件所引用之條文，多數以欠缺識別性之情形予以核駁。觀諸該等欠缺識別性之菸品商標態樣，依其核駁條款區分，涉及描述性標識者，類型上包括：商品之品質(表示好、優…)、功用(活性炭/碳…)、其他說明(口味、其他…)；涉及由其他不具識別性標識構成者，類型上可分：裝飾性圖樣、數字、標榜性用語或其他之型態。至於對「商標使公眾誤認誤信其商品之性質、品質或產地之虞者」規定，在審查適用上出現落差之原因，將於第五章進一步討論。以下「圖表 9」選取具代表性之商標圖樣案例以茲說明。

圖表 9 菸品商標之註冊申請核駁案件類型

菸品商標之註冊申請核駁案件類型					
事由	條文	理由	商標態樣		
識別性	修正前商標法§23 I② <sup>220</sup> 、商標法§29 I① <sup>221</sup> (描述性標識)	商品品質之說明	T0308613	T0335177	T0374854
					
	商品功能/用途/相關之說明	T0307711	T0307715	T0318330	
		CHARCOAL PLUS (審查：加上碳或附加濾嘴香菸用碳)	CARBON + (審查：附加濾嘴香菸用碳)	 (審查：鏤空濾嘴)	
		T0307598	T0321438	T0336680	
		 (審查：口味/成分之聯想、)	 (審查：中藥材可消毒口腔細)	HYBRID (審查：混合口味/添加天然草本)	

<sup>220</sup> 2003 年 11 月 28 日修正施行之商標法第 23 條第 1 項第 2 款規定，商標表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明者，不得註冊。

<sup>221</sup> 現行商標法第 29 條第 1 項第 1 款規定，商標僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者，不得註冊。

菸品商標之註冊申請核駁案件類型

事由	條文	理由	商標態樣		
			說明)	菌，成分說明)	植物萃取液等混合型菸品)
			T0354828	T0355679	T0358112
			CLEARTASTE (審查：純正清晰味道，商品特性說明)	MINT INFUSION (審查：含薄荷口味聯想)	 (審查：作為區隔/展示菸草口味之輪盤圖，商品相關特性之說明)
			T0360390	T0362195	T0363149
			GLIDE TEC (審查：申請人之廣告已強調販售之菸品具「GLIDE TEC」功能包裝盒)	ZEROBURN (審查：零燒傷或零燃燒的安全設計之意)	
			T0363097	T0365202	T0375844
			ICE EXTREME (審查：極度酷涼之意，商品相關說明)	HENGQIN 橫琴 (審查：商品相關產地說明)	湛藍 (審查：商品外包裝上用以區分口味及特性等標示顏色之文字)
			T0375818	T0375904	T0375910
			TRUE BLUE	SEA GREEN	水藍
	修正前商	裝飾圖	T0280628	T0300810	T0317026

菸品商標之註冊申請核駁案件類型

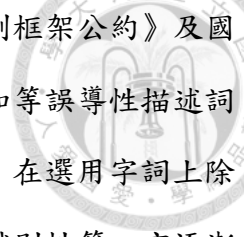
事由	條文	理由	商標態樣		
	標法§23 I①、商標 法§29 I ③ (其他不 具識別性 之標識)	樣 (商品包 裝設計 圖/連續 性裝飾 圖)			
		數字 (商品型 號)	T0293918	T0295768	T0295787
					
		標榜性 文字	T0355539	T0353309	T0358192
				台灣一號	PERFECT LEAF FUTURE
		其他型 態	T0286850	T0297618	T0332445
			 (外文 「SUPERIOR SMOOTH AMERICAN BLEND」)	 (文字「歡迎來 到萬寶路的世界」)	
			T0306024	T0362284	T0368876
			 (審查：商品包 裝裝飾圖案)	 (審查：商品外 包裝圖案裝 飾)	 (審查：僅為外包 裝框線背景底面

菸品商標之註冊申請核駁案件類型					
事由	條文	理由	商標態樣		
	商標法§ 29Ⅲ	未聲明 不專用	T0363649	T0359888	圖飾圖形)
			KENT ZEROBURN		尊爵海藍
絕對 事由	修正前商 標法§37 ⑥		T0272247	T0272248	T0272284
			生化高效防菸毒	 (外文 「BIO-TEC」)	 (文字「馬斯米基 果 Men's Michiko London&Box」)
	商標法§ 30I⑧	對商品 得獎或 商品產 地之誤 認	T0353139	T0353171	T0367809
			金牌 (審查：誤認商 品性質為比賽 得獎商品)	銀牌	平潭島
			T0377215	T0377219	T0377226
			MILANO	尊爵白金米蘭	米蘭

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；商標核駁審定書；圖表筆者自製)

#### 第四節 菸品商標爭議案事證及判斷因素之變化

觀察 2007 年 7 月 11 日修正公布之《菸害防制法》，於 2009 年 1 月 11 日施行後之商標爭議案件情形，2009 年 1 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日經智慧局處分公告之菸品類商標爭議案件共計 93 件，異議案及評定案占 67 件，廢止案為 26 件。經



分析發現，異議及評定爭議案件所呈現之變化有：因《菸草控制框架公約》及國內外各國政府對菸品包裝、標示，不得使用淡菸、低焦油、柔和等誤導性描述詞語之規定，使菸草業者對於得作為商標文字之字詞選擇性減少，在選用字詞上除更為謹慎外，關於字詞是否具有相關說明、強調其功能或不具識別性等，亦逐漸成為近年來商標爭議焦點；《菸害防制法》對菸草廣告、促銷和贊助之限制、禁止，大幅限縮菸草業者之商標使用，影響了爭議案中有關商標是否著名、是否較為消費者所熟悉之證據資料的提出；另外，在綜合性判斷系爭商標有無混淆誤認之虞，亦因為菸品交易型態之特殊性，影響各因素之間的互動考量。

### 第一項 爭議焦點的轉移

檢視商標爭議案件爭執內容，除長久以來以兩造商標近似與否、是否有致相關消費者混淆誤認之虞，涉及他人權益衝突相對事由之外，近年來增加對商標文字是否為說明性、不具識別性之爭議。在「圖表 10」之中台異字第 G01010432、G01010391、G01010211、G01020848 號商標爭議案類型中，得見菸商推出濾嘴內含有特殊口味膠囊之菸品，使消費者於吸食時得選擇是否要將膠囊口味釋出，例如薄荷口味，使吸菸得享清涼、涼爽感覺。菸商為推銷新產品特性，除使用前面第三章第四節第三、四項摘錄之行政函釋、法院判決中所提及之廣告用語外，在商標設計上或商業交易使用上，亦盡量選用隱喻之字詞來形容「釋出膠囊口味」。惟該等詞彙與一般日常用品使用之直接明顯說明性文字有所不同，其是否已為菸品業界普遍使用，各國認定不一，且識別性之有無判斷，以國內相關消費者認知為準，因此，實務審查，皆認為該等文字尚需要消費者運用一定程度之想像、思考、感受或推理，才能領會標識與菸品間之關聯性，並非直接明顯之說明文字，應具識別性。且依該等字詞組合之文義解釋，以「CLICK SWITCH REFRESH」為例，尚可解釋為「單擊切換刷新」等字義；以「CLICK ON」為例，需使用於電腦相關商品始有「用電腦滑鼠點擊」之文意。是以，使用之字詞縱使隱含按壓等意涵，

惟尚非直接明顯說明<sup>222</sup>。

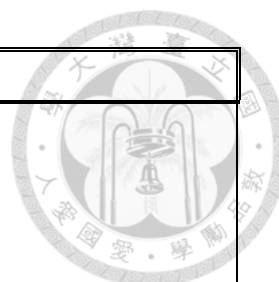
另外，在「圖表 10」所整理之中台異字第 G01030739、G01030817 號商標爭議案類型中，對「FIRM」及「FILTER」；「FIRM FILTER」、「ROUND TASTE」等字詞聲明不專用之爭議，得見目前關於商標圖樣中包含描述菸品品質或其相關特性之文字，且可能有致商標權範圍產生疑義之部分，雖可透過聲明不專用而獲准註冊，惟什麼字詞是具描述/說明性之認定？及聲明不專用之範圍、形式為何？亦為菸商爭執關注。

圖表 10 識別性之爭議類型



識別性之爭議類型		
具菸品特色、功能之描述性用語認定		
爭議號	商標權人/同業使用方式	異議人主張/國外認定
G01010432 (第 01503531 號) 處分結果：不成立 	商標權人表示： 「ACTIVATE」(使活潑、使活化、使刺激、準備行動…)多種意涵，消費者不會直接聯想為菸品相關說明，且「FRESHNESS」已聲明不專用。  商標權人使用： 「Pressionar para activar」(英譯 Press to activate)、「YOUR CHOICE PRESS TO ACTIVATE」、「PRESS、ACTIVATE、FRESH」	異議人主張： 「ACTIVATE FRESHNESS」文義為「活化、啟動」(activate)薄荷口味之釋放，使消費者享受「清涼、清爽」(freshness)之直接明顯說明商品功能  國外認定情形： *系爭商標在世界多國取得註冊 *韓國認「ACTIVATE」商標無商品說明
G01010391 (第 01500310 號) 處分結果：不成立	商標權人表示： 「SWITCH」(開關、變更、轉換等)多種意涵。	異議人主張： 「SWITCH」係描述香菸的口味將被轉換成另一新口味，為商品之說明，且已

<sup>222</sup> 中台異字第 G01010432、G01010391、G01010211、G01020848 號商標異議審定書之處分理由。

識別性之爭議類型		
<p><b>SWITCH</b></p>	<p>商標權人/同業使用方式</p> <p><u>DUNHILL 香菸</u>： 「WHAT IS DUNHILL SWITCH」、「WHEN IS THE RIGHT TIME TO CLICK TO SWITCH」</p> <p><u>KENT 香菸</u>： 「CLICK SWITCH REFRESH」</p> <p><u>Camel 香菸</u>： 「Make the switch」、「pleasure switch」</p> <p><u>LUCKY STRIKE 香菸</u>： 「switch from regular to menthol」</p>	<p>為業界於交易過程中普遍使用</p> <p>國外認定情形： *系爭商標在世界多國取得商標註冊 *哥倫比亞撤銷「SWITCH」之註冊</p>
<p>G01010211 (第 01489014 號) 處分結果：不成立</p> <p><b>CLICK SWITCH REFRESH</b></p>	<p>商標權人表示： 「CLICK SWITCH REFRESH」傳達出關閉煩擾開啟平靜且沉思之情緒、轉換並開啟美好心情，彈指間重新迎接轉換後之嶄新心情。</p> <p>商標權人/同業使用方式</p> <p><u>DUNHILL 香菸</u>： 「switch to menthol」、「click to switch」、「choose to Switch」、「time to Switch」、「crush ,to switch taste」</p> <p><u>Camel 香菸</u>： 「be squeezed to switch to menthol-flavored」、「chance to switch to menthol taste」、「make the switch」、「Pleasure Switch」、「GET REWARDED WITH A</p>	<p>異議人主張： 「CLICK」、「SWITCH」、「REFRESH」三個單字包含有「按壓；喀擦聲」、「轉換(名詞/動詞)」、「使清新、清涼」含義，形容在濾嘴內含膠囊之香菸及如何按壓釋放一定口味。</p> <p>國外認定情形： *系爭商標在英國、中國、新加坡、香港、澳門、墨西哥等國取得註冊 *在哥倫比亞及哥斯大黎加被撤銷註冊 *在日本及加薩之商標爭議案件被駁回，該商標被維持具備識別性</p>



識別性之爭議類型		
	<p>SWITCH」</p> <p><u>BENSON &amp; HEDGES</u> 香菸： 「switch the experience」、「Get ready to SWITCH」、「refresh the taste」</p> <p><u>LUCKY STRIKE</u> 香菸： 「switch from regular to menthol」、「...when the filter is clicked ,...」</p>	
<p>G01020848 (第 01594821 號) 處分 結果：不成立</p> <p>CLICK ON</p>	<p>商標權人表示： 「CLICK ON」商標係考量商品之特性，非相關業者所必須或通常用以說明菸草等商品之文字。</p> <p>商標權人/同業使用方式</p> <p><u>LUCKY STRIKE</u> 香菸： 「Click &amp; Roll」、「CLICK HERE TO CHANGE THE TASTE」、「HAZ CLICK」、「CLICK THE CAPSULE TO CHANGE THE TASTE」、「CLICK.OR NOT.」</p> <p><u>DUNHILL</u> 香菸： 「Click to Switch」、「Click the Blenders' Mark for a refreshing switch」、「CLICK SWITCH REFRESH」、「CLICK TO BOOST MENTHOL」</p> <p><u>Camel</u> 香菸： 「CLICK」</p> <p><u>FLAVA</u> 香菸： 「CLICK MINT」、「CLICK IT」、「CLICK」</p>	<p>異議人主張： 「CLICK ON」用以形容按壓捏碎香菸濾嘴內之膠囊的動作、聲音</p> <p>國外認定情形： *系爭商標在英國、日本、南韓、澳洲、墨西哥、歐盟、國際註冊等國取得註冊 *在紐西蘭、多明尼克、巴拿馬、貝里斯、哥斯大黎加等國就撤銷</p>

識別性之爭議類型		
商標包含描述性用語之審查		
爭議號	審查認定	異議人主張
G01030739 (第 01654785 號) 處分結果：不成立 	商標權人已同意聲明「FIRM FILTER ROUND TASTE」不在專用之列。 「FIRM FILTER」、「ROUND TASTE」為說明該有濾嘴的香菸是穩固、結實的，或用以形容香菸、雪茄等商品之味道、口感。	「FIRM FILTER」、「ROUND TASTE」皆為指定商品之品質及相關特性之說明，不具識別性。
G01030817 (第 01660510 號) 處分結果：不成立 	「FILTER」(有濾嘴的香菸)，為說明性文字；「FIRM」(穩固的；結實的)，表達概念與指定菸品無直接/間接關聯性，非說明性文字。 「FIRM FILTER」整體概念傳達「穩固的或結實的有濾嘴的香菸」之意，為說明性文字，已聲明不專用。	「FIRM」及「FILTER」，分別為指定商品之品質及相關特性之說明，皆不具識別性。應分別聲明不在商標權專用範圍之列。否則其他菸草業者無法單獨使用「FIRM」或「FILTER」。

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索、商標爭議處分書；圖表筆者自製)

## 第二項 商標使用事證的改變與萎縮

在下述「圖表 11」所列之 2009 年-2017 年商標爭議案件，異議人/申請評定人引據之據爭商標，其表彰之菸品目前在國內便利商店等處均有販售，惟據異議人/申請評定人檢附證明據爭商標為著名之使用證據資料以觀，多是商標註冊資料，或較早期之雜誌廣告、宣傳、贊助活動等事證，2009 年後所能提供之廣告、宣傳等使用資料有限，至多是進口商品相關資料。因此，審查上，如僅憑藉該等使用事證，參照「混淆誤認之虞」審查基準、「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」之規定，要認定據爭商標已為相關消費者熟悉、或據爭商標達著名商標程度之困難度愈加提升。

圖表 11 爭議案件之商標使用事證態樣

爭議案件之商標使用事證態樣		
商標爭議號	據爭商標	據爭商標之使用證據資料
<p>G01020851 G01000560 (第 1459864 號) 處分結果： 原「異議不成立」 經訴願撤銷原處分，重為「異議成立」</p>		<p><u>靜態資料呈現</u>：商標註冊資料。</p> <p><u>行銷廣告事證</u>：2003-2006 及 2008-2010 銷售發票、2003-2008 雜誌廣告、海報、7-11、OK 等便利商店販售照片。</p> <p><u>維護權利執行成功事證</u>：中台異字第 G00901245、G00910089 號商標異議審定書。</p> <p>(審查認定：在系爭商標申請註冊 2010 年 9 月 14 日為著名)</p>
<p>G01000883 G00980695 (第 01364858 號) 處分結果： 原「異議不成立」 經訴願撤銷原處分，法院維持，重為「異議不成立」</p>		<p><u>行銷廣告事證</u>：香菸銷售量網頁、中國新華網引用資料、相關網路討論文章、壹蘋果網路報導、贊助賽車車隊資料、2003-2008 年據爭商標於我國廣告資料、1999-2008 年「Marlboro」菸草製品在我國銷售之統一發票及異議人台灣分公司之發票、出貨單。</p> <p><u>評價/其他統計資料</u>：Interbrand 品牌顧問公司與 Business Week 商業週刊合作調查、相關書籍文章摘錄、菸草工業數據調查季刊「THE MAXWELL REPORT」統計、2010 年全球百大最具價值品牌統計。</p> <p>(認定在系爭商標申請註冊 2008 年 7 月 4 日為著名)</p>
<p>H01010111 (第 01484564 號) 處分結果： 評定不成立</p>		<p><u>靜態資料呈現</u>：台灣與各國商標註冊資料。</p> <p><u>行銷廣告事證</u>：1995 年雜誌廣告、進口報單及同年銷售商品之電子發票；1997 年七星盃國際飛行傘邀請賽及 1994 年及 1996 年七星盃卡拉 OK 大賽等活動之相關報導及宣傳資料；商品照片、便利商</p>

		<p>店販售照片。</p> <p><u>維護權利執行成功事證</u>：中台異字第 G00891571 號等商標異議審定書、智慧財產法院 97 年度行商訴字第 3 號行政判決。</p> <p>(認定在系爭商標申請註冊 2011 年 2 月 17 日為著名)</p>
<p>G01000152 (第 01440033 號) 處分結果： 異議不成立</p>		<p><u>靜態資料呈現</u>：商標註冊資料、據爭商標發展的歷史過程網路資料及網友心得分享；</p> <p><u>行銷廣告事證</u>：2002 年慶祝公司成立及品牌行銷達 100 年之廣告、2002 年贊助一級方程式賽車照片資料。</p> <p><u>評價/其他統計資料</u>：1996 年「The World's Greatest Brands」統計資料，使用或世界品牌排行之日期，為 2002 年與 1996 年；香菸百科全書將據爭商標列入。(無法證明在系爭商標申請註冊 2010 年 3 月 18 日為著名)</p>
<p>G01040151 (第 01679589 號) 處分結果： 異議不成立</p>		<p><u>靜態資料呈現</u>：各國註冊資料、公司簡介及商標創作說明。</p> <p><u>行銷廣告事證</u>：周邊商品及據爭商標菸盒商品照片、杜拜展覽照片(國外資料且無日期標示)；2007-2008 商品型錄、60 周年慶特刊(2007 年 9 月出刊)；2004 年雜誌廣告；2003-2005 年、2007、2009、2011 年在布拉格、巴塞隆納、杜拜、吉隆坡等國外銷售據點照片；外國銷售發票、進口報單；進口至國內之報單、發票僅一筆在系爭商標申請註冊前。</p> <p>(無法證明在系爭商標申請註冊 2014 年 3 月 31 日前為著名)</p>

G01040186 (第 01682108 號) 處分結果： 異議不成立		靜態資料呈現：「英美菸草集團」公司簡介。 行銷廣告事證：2006 年、2008 年之 2 篇 LUCKY STRIKE 網路相關資料 評價/其他統計資料：「THE MAXWELL REPORT」1994 年至 2005 年之統計資料。 (無法證明在系爭商標申請註冊 2014 年 7 月 11 日前為著名)
---	---	--

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索、商標爭議處分書；圖表筆者自製)

### 混淆誤認之虞參考因素的互動

基於菸品產業發展之背景、商業交易型態之特殊性等等因素，對於菸品商標是否有致相關消費者混淆誤認之虞之審查，是否有應斟酌之其他混淆誤認參考因素？在註冊第 01364858 號商標異議案之審查歷程中，得窺見實務審查上所作的調整。以下就該案件事實、歷史過程及法院判決作說明。


案件事實：異議人瑞士商菲利普莫里斯產品公司為保護其「屋頂圖形」之商標圖樣，對同是瑞士商之美國煙草股份有限公司提出爭議(兩造商標圖樣參見「圖表 12」)，主張系爭商標與據爭著名商標構成近似，造成消費者混淆誤認之虞，且系爭商標權人有惡意抄襲之意圖，有違修正前《商標法》第 23 條第 1 項第 10、11、12 款規定<sup>223</sup>。

圖表 12 註冊第 01364858 號商標異議案圖樣對照

註冊第 01364858 號商標異議案圖樣對照		
系爭商標	據爭商標	
第 01364858 商標	第 00005839 號	第 01271259 商標
		

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索、商標爭議處分書；圖表筆者自製)

<sup>223</sup> 其為修正後現行商標法第 30 條第 1 項第 10、11、12 款規定。



案件歷史經過：智慧局於原處分中台異字第 G00980695 號商標異議審定書，指出兩造商標近似程度尚不足以影響消費者識別商品之來源，與註冊時《商標法》第 23 條第 1 項第 12、13、14 款規定之「商標近似」要件不符；又參酌《菸害防治法》第 5 條第 2 款規定，消費者須向店員以詢購指定方式取得菸品，二商標外觀尚屬有別，二者外文讀音截然不同，交易唱呼指明所需菸品品牌之際，應無致混淆誤認之虞；況且兩造商標已併存註冊 15 年等因素，系爭商標應無致相關消費者混淆誤認之虞，乃為「異議不成立」之處分。異議人不服，提起訴願，訴願會決定以兩造商標實不易區辨，屬近似之商標，且據爭商標有先使用事實，較為消費者熟悉，是系爭商標之註冊有致消費者混淆誤認之虞，撤銷原處分。嗣商標權人不服，逕提行政訴訟，經智慧財產法院以 100 年度行商訴第 19 號判決駁回原告之訴。智慧局依訴願決定及法院判決意旨重為審酌後，予以「異議不成立」之處分。

菸品商標混淆誤認之虞之審查：智慧財產法院 100 年度行商訴第 19 號判決，雖維持訴願會認為兩造商標近似之決定，惟判決中肯認原處分考量，菸品消費者購買菸品時多以詢購指定方式取得菸品之特殊性，及兩造商標已在消費市場併存多年之事實，並指出下述整理之事項，作為審查菸品商標有無混淆誤認之虞，宜著重考量之相關因素：

\*菸品消費者之特性：消費族群特定，易對特定品牌商品有依賴性，多以詢購指定名稱方式購買。

\*菸品商業交易之特性：自古即屬特許行業，購買上，除免稅商品店之外，少有任消費者於開放式貨架自由選購。相關消費者對區辨不同菸品商標之能力，應較普通知識經驗之一般消費者為高。即便有其他廠牌商品使用近似於某特定品牌之商標，不當然使相關消費者產生混淆誤認之虞。

\*菸品商標使用事證之採認：菸品多屬進口商品之特殊性，且目前國際貿易活



絡、出國比例高、免稅店販售多種品牌，消費者得由各種不同行銷通路購得系爭商標商品。不能以國內使用證據資料有限，即謂系爭商標在國內無知名度，有致混淆誤認之虞。

\*兩商標市場併存情形之考量：系爭商標系列自 1972 年起陸續在世界各地取得逾百個註冊商標，且多在有效期限內。二造均為瑞士商，二造商標於其本國瑞士乃至世界其他各國已長期併存，依我國菸品多屬進口之特性，是否仍有致相關消費者混淆誤認之虞，確屬有疑。

\*菸品商標與包裝設計：商標中之雙獸圖，本即有王室、貴族、特許之意，又菸品包裝輕巧，面積不大，可發揮之設計有限，系爭商標略擴張對稱之「V」字，符合菸盒開啟方向，難認有抄襲。

智慧財產法院 100 年度行商訴第 19 號判決，揭示菸品產業發展背景及其交易過程、消費族群之特殊性，牽動影響相關消費者區辨不同商標之能力，及菸品商標爭議案件審查上，對使用事證之採認與判斷有無混淆誤認之虞或意圖仿襲之考量因素，並影響後續菸品商標爭議案件之審查。例如，註冊第 01640798 號商標異議案(參見「圖表 13」)，即是參酌前揭判決，審酌個案事證後認定系爭商標之註冊，應無致相關消費者混淆誤認之虞，且無仿襲之意圖搶先申請註冊系爭商標<sup>224</sup>。

圖表 13 註冊第 01640798 號商標異議案圖樣對照

註冊第 01640798 號商標異議案圖樣對照				
系爭商標	據爭商標			
第 01640798 號	第 00005839 號	第 00586058 號	第 01271259 號	第 01293352 號
				
	第 01392813 號	第 01503528 號	第 01503529 號	第 01581949 號

<sup>224</sup> 中台異字第 G01030530 號商標異議審定書，處分理由參照。



(資料來源：智慧財產局商標布林檢索、商標爭議處分書；圖表筆者自製)

## 第五節 菸品包裝標示之改變

綜整第三章第四節第二項及本章之介紹分析，菸品包裝標示可分兩大區塊，一為商標品牌，另一為商標以外之其他商品標示。有關商標部分，除主要品牌文字之外，其顏色、圖案、符號或與之聯合為一整體之菸盒外型，均屬商標標示之呈現。設計變遷上，由日治時期之「荒鷺」、「隼」、「朝日」、「八紘」等品牌以軍人、飛機或代表日本文化之太陽光芒、櫻花、富士山等圖像為主；至國民政府遷台，改以「祖國」、「勝利」等品牌；以及由反應台灣早期傳統農村經濟之「香蕉」、「新樂園」品牌，到為與開放進口之外國菸品相競爭，所推出之限量版、紀念版、客製化菸品策略<sup>225</sup>，及原本以中文為主之文字設計改為英文為主，搭配簡潔圖案顏色造型，塑造新的品牌形象(參見「圖表 7」)。

其他商品標示部分，為商品資訊之提供，以助消費者購買時作合理經濟抉擇，其標示之項目內容、資訊及圖文用語，隨時代變遷有所不同。早期為達政令宣導所標示之文字有「反共建國剿共抗俄」、「三民主義統一中國」、「建設台灣復興中華」等字樣；爾後改為倡導「吸菸有害健康」之警語，並基於菸品對人體健康之重大影響，為維護國民健康，在商品資訊之提供上，菸商被課予提供尼古丁、焦油含量等重要客觀事實資訊之義務<sup>226</sup>，及標示一定面積之警示圖。另外，加註使用之文字、標示，依現行《菸酒管理法》除不得有不實、使人誤信之外，在《菸

<sup>225</sup> 台灣菸酒公司於 2003 年推出長壽尊爵「十二星座系列」香菸；2004 年、2006 年「梵谷藝術畫系列」香菸；2008 年「蒙娜麗莎系列」香菸、「日月潭」香菸；2009 年「運動競技系列」香菸等。

<sup>226</sup> 菸害防制法第 7 條規定。

害防制法》第 6 條第 1 項及第 9 條第 1 款之實務運作下，可能被解讀為致人誤認吸菸無害健康或危害輕微、或可能吸引消費者之文字及標示均受到限制。另外，加註使用之文字、標示，亦可能透過申請註冊商標之方式取得整體商標保護。

菸品包裝容器上之商標及其他商品標示之位置、面積、字體等整體態樣，依「菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法」規定，菸品容器正反面積最大外表明顯位置處係標示健康警示<sup>227</sup>，且菸品包裝容器在開啟後，消費者仍能清楚辨識健康警示<sup>228</sup>。尼古丁、焦油含量則須以黑色中文 6 號以上字體印製於白色底上<sup>229</sup>。因此，扣除菸商名稱地址、產製效期等資訊之標示，真正作為消費者識別商品來源之商標，或其他加註文字之標示空間極為有限。

## 第六節 小結

觀諸 2009 年《菸害防制法》施行後所註冊公告之商標，顯示菸品商標態樣，包含單純文字、圖形、文字與圖形之聯合式或由文字、圖形及立體菸盒外型組成之聯合式商標。菸品商標之型態樣式，非僅限於前述第三章第四節第四項之司法判決中認定之主要菸品品牌名稱。且由該等商標得歸納出，為因應《菸害防制法》規範，商標設計採用之共同元素或呈現之特色有，特定顏色之選用；數字符號之搭配；文字用語的中性化、廣告化；圖形設計朝向簡單、清新或暗喻說明等；整體商標設計，越來來越簡潔。另外，經分析註冊商標申請核駁案件、爭議案件發現，菸品商標申請註冊案遭核駁之理由，絕大多數涉及識別性有無與是否產生誤認誤信之絕對不得註冊事由之判斷；爭議案內容對識別性有無之爭執案例增加；個案上檢送之使用事證類型，以靜態資料(例如商標註冊狀況)較多；關於是否有致混淆誤認之虞之審查認定，菸品消費市場的特殊性是極重要的因素。

<sup>227</sup> 菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第 3 條第 1 項。

<sup>228</sup> 菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第 5 條第 2 項。

<sup>229</sup> 菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第 11 條第 1 款。





## 第五章 國內菸品商標審查實務之探討研析

### 第一節 概說

本章嘗試由國家為保護國民健康，在實施更嚴格之公共衛生政策過程中與菸商利益產生無可避免之衝突為出發，進一步由澳洲國內法院及歐盟法院對菸品素面包裝之合理性、合法性見解，及我國大法官釋字對商品標示、商品廣告管制之審查，研析菸品素面包裝與菸商商標權利、營業自由及商業言論自由之間的關係。並由商標核駁撤銷案、商標註冊案、商標爭議案等案例，探討在《菸草控制框架公約》之影響下，商標審查實務上面臨的問題。

### 第二節 公共衛生政策與商標權

#### 第一項 國民健康保護與商業利益衝突

依世界衛生組織《組織法》序言指出，健康不僅為疾病或羸弱之消除，而係體格、精神與社會完全健康之狀態<sup>230</sup>。依此，健康指向的是生理(肉體)與心理(精神)上之完整性，遠離病痛與殘缺之狀態<sup>231</sup>。又《經濟暨社會文化國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural, ICESCR)第12條第1項規定，「本公約締約國承認人人有權享有可能達到之最高標準(highest attainable standard)之身體與精神健康<sup>232</sup>」，在解釋該條內容之第14號一般性意見指出，國家若不能防止菸品之製造或販售活動擴散，屬於違反ICESCR第12條<sup>233</sup>健康權保護義務之態樣

<sup>230</sup> WHO 對健康之定義，呼應世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights, UDHR)第25條對健康所為之廣泛健康照護人權內涵，並將生理健康保護範圍擴張至心理、社會醫學。

<sup>231</sup> 林明昕(2005)，〈健康權-以「國家保護義務」為中心〉，《法學講座》，32期，2005年3月，頁28。

<sup>232</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art.12, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27.

<sup>233</sup> ICESCR 第12條第2項具體指出健康照護人權之權利內涵包括(一)降低嬰兒死產率與死亡率；(二)促進環境及工業衛生；(三)預防、治療、控制流行病、地方病、職業病等疾病；(四)確保罹病



在我國，健康權未明列於基本權利清單，惟解釋上應可認為係憲法第 22 條所稱其他權利<sup>235</sup>，以憲法第 22 條作為健康權之憲法基礎<sup>236</sup>。由憲法第 22 條導出之健康權與其他基本權利相同，有其消極(防禦權)作用，亦有積極(受益權)作用，人民得請求國家實施各種保護人民健康之設施及制度。且當人民基本權利受重大侵害或威脅時，國家負有保護義務，即便該侵害或威脅非由國家造成，仍須介入，尋求解決或防範方式<sup>237</sup>，惟國家保護措施之最低標準為何<sup>238</sup>，在討論上則莫衷一是<sup>239</sup>。

反菸團體在促進積極維護健康權之過程中，勢必與吸菸消費者及菸商業者間產生立場發生衝突；又《菸草控制框架公約》之目的在避免民眾使用菸品及避免受其煙霧產生之危害，以確保享有高健康品質之權利，締約國如行使保護義務，且依照公約內容要求，採行一切可能防止菸品消費擴散之措施，必對菸商業者之商業利益影響極大。因此，國家在執行公共衛生政策時，面對一般大眾集體之健康權益(包括吸菸者、非吸菸者、反菸團體)與菸商個別商業利益之維護，及在私人間，以反菸團體為代表向國家請求更高標準之健康保護，倡議制定更嚴格之菸控措施，與菸商利益團體為代表向國家請求對其基本權利之保護，與二者彼此間產生對抗之三角關係，正如《菸草控制框架公約》第 5.3 條實施準則所揭示的，

時之健康照護服務。

<sup>234</sup> Economic and Social Council, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2000/4 (Aug.11,2000).

<sup>235</sup> 對健康權之依據，國內學者有不同討論，李震山教授認為健康權為固有權；有以基本國策惟憲法上健康權之基礎；有從人身自由或生存權出發(胡博硯(2015)。〈菸害防制法中禁菸區設置的合憲性檢討〉，《南臺財經法學》，創刊號，2015 年 8 月，頁 68-72)。

<sup>236</sup> 劉建宏(2007)，〈吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？—兼論「健康權」之內涵〉，《台灣本土法學雜誌》，94 期，2007 年 5 月，頁 62-63。大法官釋字第 701 號解釋羅昌發大法官協同意見書。

<sup>237</sup> 劉建宏(2007)，吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？—兼論「健康權」之內涵，台灣本土法學雜誌，94 期，2007 年 5 月。

<sup>238</sup> 相較於由基本權防禦功能出發發展之過度禁止原則，係在劃定國家行為之最大範圍；而「不足禁止原則」則係作為踐行保護義務之依據。

<sup>239</sup> 胡博硯(2011)，〈在經濟領域中的國家保護義務—從金融控股公司法第 36 條談起〉，《憲政時代》，第 36 卷第 4 期，2011 年 4 月，頁 421-424。

菸商利益與公共衛生政策之間存在根本的歧異和無法和解的衝突。



## 第二項 菸品素面包裝與菸商商標權及相關權利之限制

世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, 簡稱 WIPO)指出商標是企業最有價值之資產,是在一個具有競爭力市場經濟運作上之重要元素<sup>240</sup>。依《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 協定)規定<sup>241</sup>,會員國對商標功能及權利保障所確立之最低標準有,第 15.3 條之「會員得以使用作為商標註冊要件。但商標之實際使用不得作為提出申請註冊之要件,亦不得僅因其意圖之使用未於申請提出後三年內實施而駁回其申請」、第 15.4 條之「商標所指定使用之商品或服務之性質,不得構成不准商標註冊之事由」、第 16.1 條之「註冊商標權人應享有排他專屬權,以阻止他人未獲其同意,於交易過程中使用相同或近似之標識於同一或類似商品或服務,而有致混淆之虞」、及第 20 條之「於交易過程中,不得對商標之使用為特殊要求而造成不合理之妨礙,例如須與其他商標一起使用、須以特別的形式使用,或使用方式有害於識別商品或服務之能力」。

對照前揭《TRIPS 協定》規定,《菸草控制框架公約》第 11 條及第 13 條實施準則建議之素面包裝措施,即肇因於菸品具危害健康之性質,而限制註冊商標之使用,且素面包裝用意即在除去商標識別來源,品牌連結之功能,此管制措施是否合理、必要?削弱商標識別性後之菸品包裝,是否反促成走私菸品更加容易?產品一致化將讓市場朝向低價競爭,是否反引發高吸菸率?又《TRIPS 協定》第 8 條固規定會員「於訂定或修改其國內法律及規則時,為保護公共健康,並促進對社會經濟及技術發展特別重要產業之公共利益,得採行符合本協定規定之必要措施」,以作為折衷空間,惟素面包裝措施損及菸商財產權、營業自由、商業言論自由等

<sup>240</sup> World Intellectual Property, *Brand-Reputation and Image in the Global Marketplace*, World Intellectual Property Report 2013.

<sup>241</sup> 以下《TRIPS 協定》之條文內容採智慧財產局翻譯版本。

基本權利，未來我國是否適宜採此強烈菸品管制措施？以下就澳洲國內法院、歐盟法院之相關見解，及國內司法釋字對相關基本權利限制之解釋試論之。

澳洲素面包裝法：澳洲高等法院(High Court of Australia)對四大菸商大廠主張素面包裝法將嚴重影響其在澳洲正當行使其商標權之權利，素面包裝法案及商標法等一系列法規之修正違反澳洲聯邦憲法(Commonwealth of Australia Constitution Act)第 51 條第 31 款「不得任意剝奪任何私人之財產權」規定表示，憲法第 51 條第 31 款所謂之「剝奪」，係指須有特定人之財產所有權之收益有所貶損，且同時讓聯邦政府或是其他人因該貶損而受益。素面包裝之相關措施係限制菸品外包裝之顏色、形狀及商標之使用，並無貶損菸商財產權之收益並使其他第三人因而獲益，故無違反憲法規定<sup>242</sup>。且有關商標權之使用受侵害部分，法院表示澳洲商標法保護之範圍僅是一種限制他人未經許可使用之消極權利，商標權利本質是消極權利<sup>243</sup>，菸商雖因法案限制其使用相關權利而受商業價值損失，惟該等損失非於憲法保護範圍<sup>244</sup>。

歐盟菸草製品新準則：Court of Justice of the European Union (簡稱 CJEU)，對波蘭在 2014 年 7 月 22 日向 CJEU 挑戰新準則對薄荷香菸等規定之合法性案件中表示<sup>245</sup>，菸品口味對消費者影響方面：菸品含特定味道(薄荷口味或其他口味)，對剛接觸菸品或持續吸食菸品之消費者均具有影響力。薄荷味，使人愉悅，對消費者具吸引力，如能降低菸品的吸引力，可能得降低其普遍性，減少初接觸菸品者或降低持續吸食者對菸品的依賴；準則合法性部分：新準則修正前，歐盟會員國間之法制呈現分歧現象，部分國家已建立允許或禁止不同香菸口味清單，部分國家則無相關規定。新準則禁止市場銷售特定口味之香菸，對各會員國有指導性作用，且禁止規定，具有調和各會員國國內香菸及其相關商品市場之功能，並確保對人

<sup>242</sup> JT International SA v. Commonwealth of Australia[2012] HCA 43 , para 353-372(Oct.5, 2012)

<sup>243</sup> JT International SA v. Commonwealth of Australia[2012] HCA 43 , para 248(Oct.5, 2012)

<sup>244</sup> JT International SA v. Commonwealth of Australia[2012] HCA 43 , para 286(Oct.5, 2012)

<sup>245</sup> Court of Justice of the European Union Press Release No 48/16 (May. 4,2016)

類健康有高標準保護，特別是少年的健康<sup>246</sup>。且手段措施的選擇上，採取提高吸食特定口味香菸之年齡限制、禁止跨境銷售菸品、在菸盒及標籤上標示特定口味與一般香菸同樣對健康有違害之警語等方式，均不足降低菸品之吸引力，防止一定年齡層以下之人開始吸菸，無法達到相同。是新準則規定未違反歐盟之輔助性原則(principle of subsidiarity)<sup>247</sup>；菸品標籤與包裝標準化標示之必要性、合理性部分：關於禁止在菸品包裝上之標籤、包裝外觀、菸品本身，標示任何可能促銷菸品或鼓勵消費之元素、特徵，即便該等元素或特徵是真實正確之規定，是為保護消費者免於使用菸品之風險，未超過為達成目的之必要性。且健康警示圖文標示面積占 65%，未超過合理性及必要性。

我國目前對菸品素面包裝及大面積警示圖文標示規定尚在修法研議階段，就其所涉之相關基本權利限制及合憲性審查標準方面，如由大法官解釋脈絡及相關法規以觀，《商標法》之立法目的係「為保障商標權、消費者權益及維護市場公平競爭，促進工商業正常發展」<sup>248</sup>。商標權為財產權之一種，依憲法第 15 條之規定，應予保障。商標權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標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<sup>249</sup>。以國內實務及多數學者認為商標使用之內涵，係涵蓋維持商標權利之使用(維權使用)和侵害商標權之使用(侵權使用)<sup>250</sup>而言，我國商標權之權利內容應非僅有《TRIPS 協定》規定之最低標準，僅在賦予權利人防止他人將其權利為商業上使用之消極性權利，有別


<sup>246</sup> 根據《歐洲聯盟條約》(Treaty of the Functioning of the European Union，簡稱 TFEU) 第 114 (3) 條規定，應以高標準的健康保護作為立法建議之基礎。

<sup>247</sup> 輔助性原則(Principle of Subsidiarity)為歐盟憲法條約中界定歐盟與會員國之間權限歸屬之主要原則之一，其適用範圍主要在歐盟非專屬權限領域內，僅由在制定措施之目標無法由會員國有效達成，歐盟才能介入，其兩項標準為：會員國無法有效達成制定措施的目標；相較於會員國，該項制定措施由歐盟執行較為適當(許琇媛(2005)，〈歐盟憲法條約探討歐盟與會員國間之權限劃分〉，《歐洲國際評論》，第一期，2005 年，頁 72-73)。

<sup>248</sup> 商標法第 1 條規定。

<sup>249</sup> 司法院大法官釋字第 594 號解釋。

<sup>250</sup> 謝銘洋(2014)，〈智慧財產權之權利內容〉，《智慧財產權法》，頁 235-237，台北：元照。曾陳明汝(2002)，〈曾與陳同道堂法學文集之七商標法原理〉，頁 178-179，台北：翰蘆圖書出版有限公司。陳昭華(2015)，〈商標權之效力與限制〉，《商標法之理論與實務》，頁 149，台北：元照。商標法逐條釋義，頁 10-11，經濟部智慧財產局編印。



於澳洲法制。因此，標示大面積警示圖文及素面包裝之管制規定，勢必涉及菸商商標權、營業自由、商業言論自由等基本權利之限制。財產權部分，大法官釋字第 577 號解釋闡明，菸品財產權具有社會義務，如為維護國民健康重大公益目的所必要，在符合憲法第 23 條比例原則，未逾越社會義務應忍受之範圍下，縱使對菸品財產權有所限制，亦無違背憲法保障人民財產權之規定。營業自由部分，營業自由為憲法第 15 條工作權及財產權所保障之內涵<sup>251</sup>，大法官釋字第 514 號解釋理由闡明其內容包括人民得自由選擇從事一定營業為其職業，且有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；又基於憲法上財產權之保障，人民亦有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。且探其本質，營業自由亦應包括進行實際交易之決定及推廣其產品或服務之活動等自由<sup>252</sup>。為維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康目的，有關電動玩具業不得容許未滿 18 歲之兒童及少年進入其營業場，及違反者撤銷營業許可之規定，係對人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，涉及人民憲法上工作權及財產權之保障，應有法律或法律授權之依據，始得為之<sup>253</sup>。是營業自由並非不得限制，關於營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，須依憲法第 23 條規定，以法律定之。

商業言論自由部分，大法官釋字第 414 號、第 577 號解釋認為，商品標示及商業廣告，係從事經濟活動中商業上之意見表達，屬商業言論範疇<sup>254</sup>。商業言論受憲法第 11 條言論自由保障之前提要件，係以所提供之訊息內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇。又憲法對商業言論自由之保障並非絕對，立法者在符合憲法第 23 條規定之比例原則下，仍可以明確之法律規定作適當限制<sup>255</sup>。對商業言論限制之審查方面，大法官釋字第 577 號解釋指出，商品標示之商業言論自由，係為促進合法交易活動，維護真實，不致生

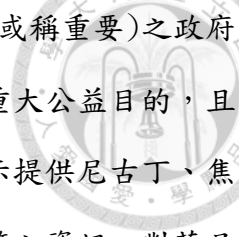
<sup>251</sup> 司法院大法官釋字第 514、606、716、738 號解釋。

<sup>252</sup> 司法院大法官釋字第 744 號解釋羅昌發大法官協同意見書。

<sup>253</sup> 司法院大法官釋字第 514 號解釋理由書。

<sup>254</sup> 司法院大法官釋字第 414、577 號解釋。

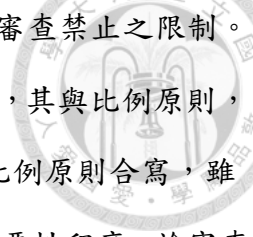
<sup>255</sup> 司法院大法官釋字第 623 號解釋延續第 414 號、第 577 號、第 617 號解釋見解。



誤導作用，有資訊提供、意見形成、自我實現之功能，屬實質(或稱重要)之政府利益，採中度審查標準。如對此商業言論欲予限制，須為增進重大公益目的，且須採取與目的達成有實質關聯之手段。就課予菸商於其商品標示提供尼古丁、焦油成分含量之義務規定而言，係國家為保障消費者獲得真實完整之資訊，對於品有正確瞭解，意識吸菸對健康造成之危害，避免因商品標示內容造成誤導作用，於購買時得審慎判斷，以維護國民健康重大公共利益目的所必要之手段。

另外，對商業廣告之商業言論事前審查規制手段之審查方面，大法官解釋今昔所採之立論基礎有所不同，釋字第 414 號解釋，以言論價值之高低為立論基礎<sup>256</sup>，認為商業言論，係非關公意形成、真理發現或信仰表達，不能與其他言論自由之保障等量齊觀，言論價值低，對其限制手段之審查標準強度或密度較低，有關藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範，是得採取事前審查之規制；而釋字第 744 號解釋之立論基礎，則本於事前審查禁止原則及比例原則，改以立法所涉之事務領域、基本權利類型及其限制之程度、目的所追求之利益性質，以界定其審查密度，由審查密度論比例原則寬嚴，審其手段與目的間是否有直接、絕對必要關聯性，並由政府擔負證明其合憲性之責任。該解釋理由指出得採事前審查之手段，僅在為維護之利益係特別重要之公共利益目的，該目的得由是否對人民生命、身體、健康有直接、立即及難以回復危害來檢驗，並採取嚴格審查標準，審查手段與目的之達成間是否有直接及絕對必要關聯，且有無賦予人民獲立即司法救濟之機會。對此解釋，如由比較德國憲法觀察，在德國，言論自由雖受法律保留、保護兒童少年法律規定及個

<sup>256</sup> 美國聯邦最高法院審查涉及言論自由案件所發展出的雙軌理論(two-track)，為便於檢視政府針對言論內容所為之限制是否被判斷違憲，進一步發展出雙階理論(two-level theory)。「低價值言論」(low value speech)，通常包括直接教唆行使暴力的言論、毀謗言論、猥褻性言論等。該等言論無從與政治性言論這類民主憲政社會傳統運作被評價為「高價值言論」(high value speech)相並論。審查上，對低價值言論，只要所為之限制措施，在限制手段和目的兩者間有合理之關聯性，即可通過違憲審查。(林子儀(2002)，〈言論自由導論〉，《台灣憲法之縱剖橫切》，2002年12月初版，頁143；劉靜怡(2004)，〈言論自由的雙軌理論與雙階理論〉，《月旦法學教室》，第28期，2004年11月15日，頁43-44)。



人名譽權三種限制，惟在個案中，該等限制又受比例原則及事前審查禁止之限制。事前審查禁止係絕對干預限制，屬絕對限制之限制，無例外情形，其與比例原則，屬一般性限制之限制有所不同，解釋文將事前審查禁止原則及比例原則合寫，雖易引起概念上之誤解<sup>257</sup>，然該解釋以規制手段所欲維護之利益重要性程度，論審查密度，進而審其目的與手段間之關聯性，避開因區分言論價值高低，所易引起言論市場中因言論價值評價不同，產生不同憲法保護程度之情形。其對商業言論自由之保護實有重大影響，特別有助以規制手段要保護之利益重要程度為何，考量商業言論保障利益與國民健康間之利益衡量關係，思考審查所應採取之標準，是中度審查之重要利益或已提升至特別重要(迫切重大)之利益，如為後者則應採嚴格審查標準。


財產權、營業自由、商業言論自由及國民健康同為憲法保障之基本權利，具有同等重要性原則。在具體個案中，其彼此間的衝突應如何衡量，孰為相對重？孰應退讓？以基本權利受侵害程度而言，採行之政策手段如侵害程度愈大，手段要達到滿足目的之重要性程度就須愈大<sup>258</sup>。是以，對於菸品須以素面包裝及標示大面積警示圖文，係以強烈禁止方式作為規制手段，課予菸商相關作為或不作為義務，其造成專屬於菸商之註冊商標權利可能無法完整呈現使用於交易市場，且產品之推廣、商業言論(菸品標示，包括菸品商標標示)表達之自由均受限制，應受信賴保護原則<sup>259</sup>、比例原則之檢驗<sup>260</sup>。在衡量上，參照釋字第 744 號解釋見解，如欲採此手段，其所要維護之利益重要性程度，亦宜達於特別重要之公共利益目的。然就國民健康、兒童暨少年之身心健康目的維護之重要性程度，過去大法官釋字第 577 號、第 514 號解釋認為係屬重大公共利益。因此，未來國內若要採行菸品素面

<sup>257</sup> 司法院大法官釋字第 744 號解釋蔡明誠大法官協同意見書。

<sup>258</sup> 陳顯武(2004)，〈論法學上規則與原則之區分—由非單調邏輯之觀點出發〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷第 1 期。

<sup>259</sup> 吳志光(2007)，〈菸品標示與信賴保護原則〉，《台灣本土法學雜誌》，92 期，2007 年 3 月。

<sup>260</sup> 參劉宗德(2017)，〈商業言論管制與違憲審查〉，《月旦法學雜誌》，第 264 期，2017 年 5 月，頁 155-156。



包裝措施，其立法資料<sup>261</sup>則應需足以支持證明，對所欲維護之國民健康或杜絕少年接觸菸品、維護兒童暨少年身心健康之利益，已提升至「特別」重要之公共利益層級，國內接觸菸品的年齡層下降嚴重程度，已有迫切嚴重性，如不採與歐盟類似相同之見解，無法達成保護國民健康目的；在手段與目的達成之間之衡量上，應以嚴格標準審查其是否有絕對必要關聯性；並考量國內菸品消費市場，對進口菸品之需求量，削弱商標識別性後之菸品包裝，是否反促成國內走私菸品的猖獗而不利於吸菸消費者。

### 第三節 菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞之探討

#### 第一項 使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞之適用與疑義

在絕對不得註冊事由中，「商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞」，是基於公益目的之考量，為維護消費者利益(包含健康上之利益)所作之規定。智慧局 2002 年依 1998 年修正施行之商標法第 37 條第 6 款公告之「菸類商品申請商標註冊處理原則」(以下簡稱「處理原則」<sup>262</sup>)，於 2003 年 11 月 28 日之商標法修正施行前，審查適用上，曾依此援引修正前《商標法》第 37 條第 6 款作為核駁日商·日本香菸產業股份有限公司於 2002 年 6 月間申請註冊之一系列包含「LIGHTS」(淡菸)、「MILD」(溫和、柔和)等字樣商標之依據，該等案件共計 30 件，部分商標圖樣參見「圖表 14」。惟嗣商標法修正施行後及 2007 年《菸害防制法》修正後，審查上幾乎未再引用該「處理原則」，且在核駁案件中，適用「使公眾誤認誤信其商品之性質、品質、產地之虞」條款核駁註冊申請案件之比例甚少(參第四章第三節第五項之分析)。探其適用法規出現更替之原因，應是實務對「使公眾誤認誤信」之規範目的與解釋究竟為何？「處理原則」是否已逸脫該規範目的與解釋？且其規

<sup>261</sup> 立法資料，應指立法當時已經存在的相關資料所支持之真正目的及手段，不包括立法之後才出現的新事實或新目的。當適用嚴格審查標準時，法令合憲性的判斷基準時，應以受審查法令之立法當時(司法院大法官釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書)。

<sup>262</sup> 規定內容詳參第二章第四節第五項介紹。



定「不得以聲明不專用方式申請註冊」是否得當?所產生之疑義。以下就該等案件歷史過程及審查適用疑義作說明。

圖表 14 包含「LIGHTS」、「MILD」字樣之申請註冊商標

包含「LIGHTS」、「MILD」字樣之申請註冊商標			
第 091027671 號 <sup>263</sup>	第 091027688 號	第 091027669 號	第 091037653 號
			
文字：CAMEL LIGHTS/SINCE 1913 SMOOTH FLAVOUR	文字：CABIN MILD/ CHARCOAL FILTER/ KING SIZE	文字：Salem ONE/1 mg/MENTHOL FRESH/TASTE • REFRESHMENT	文字：MILD SEVEV / SLIM LIGHTS / CHARCOAL FILTER

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)

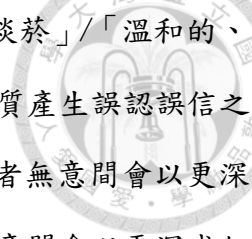
經濟部訴願會在日商・日本香菸產業股份有限公司申請之第 091027671 號、第 091027688 號及第 091027669 號商標註冊申請案之核駁訴願決定中表示<sup>264</sup>：

\* 審查原則不得悖於母法：智慧局雖得為處理相類似之商標案件，建立統一性或解釋性之審查原則，惟不能悖於商標法母法本身之規定。如審查不同以往商標審查實務，且逸脫法條規範目的與解釋，不得以「處理原則」取代法律之適用。

\* 條文規定意涵及「LIGHTS」、「MILD」、「ONE/1 mg」字義解釋：修正前商標法第 37 條第 6 款規定，係指商標圖樣上之文字、記號或圖形本身有使公眾誤認誤信其商品之性質、品質或產地之虞。「LIGHTS」字義解釋為「淡菸」、「MILD」字義解釋為「溫和的、柔和的」、「ONE/1 mg」字義解釋為「一、一毫克」，但其皆非即等於「淡菸無害/淡菸較健康」之意、「口味柔和的香菸是較健康的商品」之

<sup>263</sup> 此為商標申請註冊號數。

<sup>264</sup> 經濟部經訴字第 09306210270 號、第 09306210300 號、第 09306210230 號訴願決定書參照。



意、或「低焦油香菸較健康」之意。原處分未自該文字分別指「淡菸」/「溫和的、柔和的」/「一、一毫克焦油」究竟何以致消費者對其性質或品質產生誤認誤信之虞予以論述。原處分所稱「由於淡菸中的尼古丁比較少，抽菸者無意間會以更深或更快吸入的方式吸入…」/「由於口味柔和的香菸，抽菸者無意間會以更深或加快吸入的方式吸入…」/「由於低焦油香菸中的焦油比較少，抽菸者無意間會以更深或加快吸入的方式吸入…」雖非無考據，惟此係輾轉推演之結果，難謂一般消費者逕自「LIGHTS」/「MILD」/「ONE/1 mg」文字意義本身即可直接輕易推導。

\*推論是否符合法規原意：無論淡菸或一般香菸，於包裝盒上均一律標示有吸菸有害健康或類似之警語，菸品是否有害人體健康或應如何防範，非商標法本身應考量或解決問題，原處分推論難謂符合法規原意。

\*不准聲明不專用與審查一貫性：原處分如認商標圖樣上之文字或圖形已涉「有使公眾誤認誤信其商品之性質、品質、產地之虞」，已無再藉聲明不專用方式，使其所請商標獲准註冊之餘地，自無須再論述是否失其商標圖樣完整性。原處分既謂「LIGHTS」部分因刪除後未失其商標圖樣完整性而不准聲明不專用，何以准「SINCE 1913」、「SMOOTH FLAVOUR」/「CHARCOAL FILTER」聲明不專用？且「SMOOTH FLAVOUR」/「CHARCOAL FILTER」亦得推論使消費者直接或間接產生「口味柔順溫和之香菸是較健康或較無害的商品」/「活性炭濾嘴之香菸是較健康或較無害的商品」之錯誤印象，亦應不得准其聲明不專用？另外，此作法與智慧局前曾准「SUPER LIGHTS」、「LIGHTS」、「ULTRA LIGHTS」等文字聲明不專用後而予以核准註冊之商標，在審查上缺乏一貫性。

\*「處理原則」與《菸害防制法》：「處理原則」雖與《菸害防制法》修正草案第6條第1項規定內容有關，惟《菸害防制法》修正草案規定尚未經立法院三讀通過，是否就此定案，猶未可知。縱申請人圖藉此商標申請註冊，規避將來可能施行之《菸害防制法》有關於菸品容器不得加註淡菸、低焦油等文字之規定，究


屬將來菸害防制專責機關為達成行政目的，應如何透過修法因應之問題。

前揭案件經訴願會以上述理由撤銷原處分發回智慧局重為處分，智慧局就該等案件及其他案情相同之原處分撤銷案，原擬俟《菸害防制法》修正通過後再行審查。惟《菸害防制法》於2007年7月11日修正公布後，申請人旋於同年11月自請撤回該批商標申請註冊案。是此，實務極少針對商標上之文字是否有可能造成公眾產生誤認誤信其性質係對健康無害或較健康，進行認定或討論。

## 第二項 菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞

由前項訴願會決定指出，原處分在法規意涵與系爭商標文字文義間之關聯性、推演論述問題，得見「商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞」之法條規定原意，是在處理有關構成商標之圖、文等項目本身，與指定使用商品或服務之間有名實不符，且消費者會因商標本身之外觀、觀念或讀音，產生與指定商品或服務之聯結上，可能有誤認誤信其商品性質、品質之情形。審查上，此誤認誤信之聯結關係要如何認定，依最高行政法院99年度判字第1324號判決、101年度判字第469號判決指出，應考量市場交易之實際情事，以指定商品或服務消費者之認識、感知為基準。按此應用於菸品商標時，一商標構成之文字或圖形等元素，即便有多義表示或有多種解讀可能性，然如果有部分菸品消費者之理解、認知中，可能導向與菸品性質、品質相關聯之解釋，而產生誤認誤信，應就有該條款之適用。

前項訴願會決定雖表示，商標上之「LIGHTS」/「MILD」/「ONE/1 mg」文字意義本身，與「由於淡菸中的尼古丁比較少，抽菸者無意間會以更深或更快吸入的方式吸入…」/「由於口味柔和的香菸，抽菸者無意間會以更深或加快吸入的方式吸入…」/「由於低焦油香菸中的焦油比較少，抽菸者無意間會以更深或加快吸入的方式吸入…」間之聯結關係，對消費者而言，並非直接輕易可推導；又「處理原則」在訂定上所參照之《菸害防制法》修正草案尚未定案；且申請人是否企



圖藉商標申請註冊，規避將來可能施行有關於菸品容器不得加註淡菸、低焦油等文字之規定，屬菸害防制專責機關應面對之修法問題。然以目前《菸害防制法》第6條已修法通過實施多年，且菸品消費族群極具特定且群聚之特性，及菸品有其特定使用方式，菸品消費者在使用需求或希望獲得的品質、性質具有較高之同質性等情形下，對商標上之多義字詞、圖像等事項與菸品間之關聯性推導、認識理解，可能較無歧異。是宜由菸害防制之規定及實際運作情形與商標法就該條文規範之目的，重新考量菸品商標使公眾誤認誤信其性質、品質之虞之審查。

在第三章第二節第二項介紹之《菸草控制框架公約》第11.1.(a)條及其實施準則，得見公約對菸品包裝標示之管制，係針對任何誤導性引人錯誤之用語或可能對其特性、健康影響、危害或釋放物產生錯誤印象的手段推銷。其內容包括直接或間接產生危害較小之虛假印象之任何詞語、描述、商標、圖形或其他標誌，例如「低焦油」、「淡味」、「超淡味」或「柔和」等字詞，以及具有吸引消費者之圖、文等設計態樣在內，並建議採行素面包裝措施，以達全面杜絕。觀諸公約規範禁止標示之圖文與其有虛假、誤導、欺騙或可能對其特性、健康影響、危害或釋放物產生錯誤印象情形之間，是否均具有直接關聯性，除有討論空間之外，其建議實施之措施手段實為強烈。對照國內目前施行之《菸害防制法》第6條第1項，雖係參照公約規定，對「淡菸」、「低焦油」或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示之使用予以限制，然在實務運作上，行政機關所作函釋及司法判決，對該條款之適用均呈現較謹慎之認定，在菸害防制法解釋彙編收錄的函釋中，僅就菸品所申報之濾嘴項目，未含有以氧化方式去除煙霧毒性物質之成分，卻在包裝上列印「O2 ACTIVATED OXYGEN FILTER 1.0」，易使消費者與日常生活中常見之「活氧」相關商品聯結，誤認該濾嘴具有去除菸煙中所含毒性物質，達到降低對健康危害之功能，認定其屬可能致人誤認吸菸無害健康或危

害輕微之文字<sup>265</sup>。而法院判決強調揭示的是，菸品包裝上之文、圖等標示，縱使無《菸害防制法》第6條第1項前段規定之情形，亦可能因其設計態樣，具有推銷或促銷菸品使用之宣傳效果，而有《菸害防制法》第9條第1款之適用<sup>266</sup>，並將多數包裝標示使用情形認定為具廣告宣傳效果。此運作方式之呈現，推其原因，應是認定文字、標示與致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之間關聯性認定，有其困難度。

回歸菸品商標，目前審查上已不准申請註冊商標使用「淡菸」、「低焦油」字樣，惟在其他圖文設計是否有使公眾誤認誤信商品性質、品質之虞之審查，亦會面臨上述相同情形。審查上，如無業者或相關檢測單位提供之菸品相關成分、濾嘴設計等資料搭配證明，難單純僅憑商標所包含之「強化濾嘴」、「紮實慢燃」、「CARBON」、「CHARCOAL PLUS」等字詞<sup>267</sup>或與濾嘴相關之圖案等設計態樣，遽認其菸品不具該等性質或品質，而有名實不符，有致公眾對商品性質、品質產生誤認誤信之情形。因此，實務上多以商標識別性處理相關問題，然此卻衍生其他疑義，將於下面第四節討論。另外，在本條款審查部分，亦不宜比照商標圖樣包含「有機」字樣之處理，即申請人須證明其所行銷的產品經行政院農委會認證之驗證機構驗證合格（進口農產品、農產加工品雖取得國際有機驗證仍須經農委會之審查），得使用有機名義販賣，並指定使用於有機農產品／農產加工品或其零售，商標圖樣始得包含「有機」字樣<sup>268</sup>。因二者商品性質有別，對人體健康影不同，且即便申請人對菸品商標包含之特定字詞，例如「CARBON」、「CHARCOAL PLUS」、「TRIPLE FILTER」等會予菸品消費者認知上可能產生降低菸害、減少尼古丁焦油吸入之用語，能提供出相關資訊證明其菸品確實含此成分或作用以供審查，但仍會面臨接下來第四節之聲明不專用問題，或是否與菸害防制法規相牴觸、

<sup>265</sup> 101年6月25日國健教字第1010760057號。

<sup>266</sup> 最高行政法院105年度判字第166號、104年度判字第593號、101年度判字第443號判決參照。

<sup>267</sup> 參見註冊第1744925號商標、第1326922號商標及核駁第T0307711號商標、第T0307715號商標。

<sup>268</sup> 「聲明不專用審查基準」5.2.參照。

是否得於菸品交易市場使用等問題。



## 第四節 菸品商標之識別性審查

### 第一項 聲明不專用之適用問題

商標整體具識別性，即有指示商品或服務來源之功能，應可取得註冊。因此，商標設計圖樣中即便含有與商品或服務相關之品質、功能、產地等說明，或廣告標語等不具識別性之事項，經審查認為該不具識別性之部分，「有致商標權範圍產生疑義之虞」者<sup>269</sup>，商標註冊申請人仍可透過不專用之聲明，使整體具有識別性之商標，可保留該等不具識別性、無法單獨取得註冊之圖文部分。

此聲明不專用之主要目的，係為避免商標註冊後，商標權人主觀認知其取得之商標權利範圍及於該等客觀上不具識別性之事項，並據以主張權利，造成競爭同業的困擾；或若未聲明不專用，可能造成註冊商標權利範圍不明確，使競爭者躊躇該等不具識別性事項之使用，而不利市場公平競爭。在兼顧審查時效與市場公平競爭下設計之制度，屬於審查程序中對可能發生商標權爭議之情形，預作防範之行政措施，使商標權人不能單獨使用商標中特定部分之權利<sup>270</sup>。

然此制度運用於菸品商標時，由下列「圖表 15」選取的部分商標註冊案例顯示，在菸商的操作與規定的適用下，申請註冊之菸品商標，設計上僅需有極小比例之具識別性部分，即可搭配大部分有關菸品品質、功能描述、廣告性用語等標示；或分別以數個聲明不專用之事項組合為設計<sup>271</sup>，取得整體商標註冊。觀其商標整體呈現之態樣，予人寓目印象上，具有識別性之部分，反不易辨識。制度的操作，變相使原本依《菸害防制法》規定應不得標示之文字，得透過商標設計取

<sup>269</sup> 商標法修正前，商標圖樣中包含之不具識別性事項應一律聲明不專用。

<sup>270</sup> 「聲明不專用審查基準」2.1. 參照

<sup>271</sup> 聲明不專用之格式上，有針對數個應聲明不專用事項的聲明方式，當商標圖樣中有數個應聲明不專用事項時，為明確區分各個應聲明不專用的內容為何，應將各不專用事項以頓號隔開，例如若有3個應聲明不專用事項，聲明方式為：本件商標不就「不專用事項1」、「不專用事項2」、「不專用事項3」主張商標權（「聲明不專用審查基準」6.1. 參照）。

得註冊保護。該等商標未來能否真實使用於菸品交易市場，而不被挑戰，容有疑義之外，以菸品本身的特殊性，聲明不專用的操作運作模式是否已與《菸草控制框架公約》精神產生扞格，是否適宜以聲明不專用方式使其保留不具識別性之部分於商標圖樣中，實有商權之必要。審查上，如不允許聲明不專用，直接要求刪除商標上有關商品說明性或廣告性文字，或不同意以個別聲明不專用，但整體取得專用的形式核准註冊，雖會面臨審查不一致之質疑及挑戰，然如可預見核准的商標，可能因與其他法規相牴觸，而難以實際使用於商業交易市場，亦應非商標審查之目的。隨時代的變遷、社會價值的改變與相關法規的修正，對不同類型商品之商標審查，本應作不同程度的調整。

圖表 15 菸品商標聲明不專用型態

菸品商標聲明不專用型態			
類型	註冊號數	商標態樣	不專用部分
識別性文字(主商標)+描述/說明	第 01326922 號	鉑金百樂門 菸草紮實慢燃	「菸草紮實慢燃」
	第 01568951 號	L & M TRIPLE FILTER	「TRIPLE FILTER」
	第 01568953 號	L & M TOTAL HARMONY IN TASTE	「TOTAL HARMONY IN TASTE」
	第 01744925 號	萬寶路強化濾嘴	「強化濾嘴」
	第 01750924 號	萬寶路風味+	「風味+」
	第 01795797 號	萬寶路 15 支冰球+5 支雙冰球薄荷香菸	「15 支」、「5 支薄荷香菸」
識別性圖樣+描述/說明	第 01657631 號	LESS SMELL 	「LESS SMELL」
	第 01750925 號	 FIRM FILTER 強化濾嘴	「FIRM FILTER」、「強化濾嘴」

菸品商標聲明不專用型態			
類型	註冊號數	商標態樣	不專用部分
	第 01795796 號		「TASTE FLOW FILTER」
	第 01822121 號		「LONG TASTE」
其他	第 01783487 號	熱帶薄荷	「薄荷」
	第 01753473 號		「EXTRA QUALITY」、「FIRMER FILTER」、「香菸濾嘴圖」

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)








## 第二項 有無識別性之審查

在第四章第四節第一項有關商標爭議案爭議焦點轉移的案件類型中，已可略見菸商為行銷濾嘴內含有特殊口味膠囊之菸品，在商標設計上所選用之詞彙及其是否具備識別性之爭執。經進一步檢索商標核准註冊案，可更全面看到菸商設計商標時，選用來介紹新產品之字詞或圖形態樣。由下列「圖表 16」選取之部分註冊商標，得見菸商對濾嘴內含不同口味膠囊之菸品商標，在設計態樣上會以特定或類似之形聲字詞、圖案意象為構圖元素，使消費者對商品產生連結，例如，代表形聲之「CLICK」；描述口感的「冰」/「ICE」；或以「球」/「圓」的文字、形體代表膠囊；或採用複合的文字組合設計傳達商品特色。另外，在菸品內容或其相關特性/特色方面，商標設計以「CUT」搭配不同文字、圖形，傳達菸絲裁切的細緻；以「圓」/「環」形等圖案，或以之搭配文字，強調其濾嘴的特性。綜觀該等圖文設計，以一般商品或服務商標之審查角度，其似乎非直接明顯描述或直接相關說明，消費者似乎仍需要運用一些想像力、思考才能理解；且該等字詞，在辭典定義上，或有不同解釋，或一般日常生活習慣亦未有此複合文字之使用。然

論及菸品業界之情況，宜考量該等圖、文元素，是否經不同菸商使用下，已對消費者之認知產生影響變化，且以菸品消費族群特定之特性，對不同商標間之差異有較強之區辨能力，對特定文字、圖形代表之意象、含意之敏感度較一般消費者高，又實務上未禁止數個商標聯合一併使用，因此，該等商標若與其他商標一同標示於菸品包裝容器，是否更容易突顯其要傳遞之商品資訊，消費者對此等商標之理解是商品說明或識別來源之標識，實不無疑問。

圖表 16 菸品商標識別性

菸品商標識別性			
類型	商標態樣		
聲音/動作	第 01477419 號	第 01477420 號	第 01666167 號
	CLICK & ROLL	<b>CLICK</b>	CLICK & CLEAR THE AFTERTASTE (「THE AFTERTASTE」 不專用)
口味	第 01652225 號	第 01726182 號	第 01795819 號
	<b>極凍</b>	ICE INTENSE	紫風味
內容	第 01520377 號	第 01619071 號	第 01679586 號
		DOUBLE BURST	ICE PEARL
	第 01808438 號	第 01795816 號	第 01584598 號
	DOUBLE CUT	FRESHBALL	<b>冰球</b>
	第 01693444 號	第 01808429 號	第 01765108 號
	<b>晶燦冰珠</b>	晶球	
	第 01688200 號	第 01808433 號	第 01812624 號
			

菸品商標識別性			
類型	商標態樣		
其他	第 01638062 號	第 01563879 號	第 01744917 號
			 TUBE FILTER
	第 01780833 號	第 01660507 號	第 01545400 號
		ESTATES	
	第 01573554 號	第 01666166 號	第 01808437 號
		 (「360°」不專用)	advanceTech

(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)

## 第五節 菸品商標之混淆誤認之虞審查

### 第一項 商標較為相關消費者熟悉或著名程度之認定

在《菸草控制框架公約》規範下，各個締約國為履行公約精神，對於菸品廣告、行銷、贊助多有限制。菸品之報章雜誌、電視等媒體的廣告宣傳促銷等使用事證，逐漸走入歷史，對商標審查影響所及的是，無論國產菸或進口菸品在申請案或爭議案中能提供證明為消費者熟悉或著名之使用事證越來越侷限。從前述第四章第四節第二項及「圖表 11」有關商標爭議實務案例檢送之使用事證顯示，最常採認作為商標較為相關消費者熟悉或著名之廣告行銷事證，使用日期多在 2009 年之前，相關評價或統計資料日期亦多在 2010 年之前。在目前或後續的爭議案件中，如要延用該等事證，作為繼續支持商標著名程度或消費者熟悉程度之證明，依實務審

查標準<sup>272</sup>，有其困難度。然此等使用事證型態之呈現，是法規施行必然的結果，且隨著澳洲等國家之素面包裝政策執行，部分進口菸品品牌要提出相關行銷使用事證，或要提供註冊商標原本態樣標示於菸品包裝容器之資料，更加困難。既然菸品市場的消費者透過廣告促銷認識菸品商標的機會大量減少，則在審查消費者對菸品商標之熟悉程度或著名程度因素上，即應作調整，非能以廣告行銷事證不足論之。

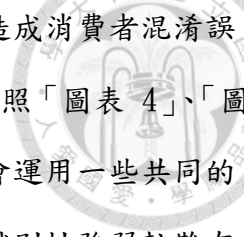
## 第二項 混淆誤認之虞各項參考因素互動關係的思考

混淆誤認之虞審查基準就判斷兩商標之間有無混淆誤認之虞列有 8 項參考因素<sup>273</sup>，各項因素具有互動關係，原則上若其中一因素特別符合時，可以降低對其他因素的要求<sup>274</sup>。實務上較常遇到的案件類型，多因兩造商標近似程度高，或據爭商標之著名程度高，而降低對商品/服務類似程度或其他因素之要求。然在於菸品商標審查上，前述第四章第四節第三項談到的智慧財產法院 100 年度行商訴字第 19 號判決指出，因菸品消費族群之特定性、菸品交易型態之特殊性及菸品商標標示之包裝容器面積有限性等「其他因素」，牽動影響有關混淆誤認之虞之商標近似程度、消費者之區辨商標之能力、系爭商標申請人之善意與否等因素判斷，得見「其他混淆誤認因素」對整體有無混淆誤認之虞判斷的影響層面範圍甚大。且如進一步觀察《菸害防制法》相關規定施行，轉變消費者選購方式及交易習慣之影響：消費者透由向零售店員唱呼詢購或直指菸品看板上之編號選項，非親自從貨架挑選菸品的方式，其購物時間短暫，因甚少菸品消費者會如同點選餐飲般仔細瀏覽菸品選項。基此，商標近似比對上，商標之唱呼讀音對消費者之印象是否具更深的影響力？又行銷方式的改變，降低消費者接觸嘗試新品牌的意願及機會，增加新品牌打入市場的困難度，加深對原有品牌的忠誠及熟悉度，菸品消費者對商標之區

<sup>272</sup> 詳參第二章第四節第三項第二款介紹。

<sup>273</sup> 詳參第二章第四節第三項第三款介紹。

<sup>274</sup> 「混淆誤認之虞」審查基準 6.1 參照。



辨能力相較其他商品或服務消費者高，因此在商標近似程度與造成消費者混淆誤認可能性之判斷上，宜有所調整。另外，在商標識別性方面，參照「圖表 4」、「圖表 5」、「圖表 6」之註冊商標案例顯示，菸品商標設計上往往會運用一些共同的元素、圖像、顏色、用語，依此構成之商標本身，其彼此間之識別性強弱較難有高下之分，消費者不致因商標有相同構成元素即混淆誤認其表彰來源，在混淆誤認之虞之判斷上，其他因素的參考比重即會增加；在先權利人多角化經營之情形部分，因《菸害防制法》第 9 條第 7 款規定，促銷菸品或為菸品廣告不得以利用與菸品品牌名稱或商標相同或近似之商品為宣傳。因此，縱使菸商以相同或近似之菸品商標指定在其他類別商品或服務，取得商標註冊，然實際交易市場上菸品商標要多角化經營、跨足其他類別之商品或服務之使用情形較少，且因法規之相關限制，實際使用時，菸商如將菸品商標跨足使用行銷於衣服、飾品、文具，或舉辦展會服務等項目，是否會被認定係為促銷菸品，則不無疑問，因此就該因素在考量商標保護範圍及有無混淆誤認之虞上宜有調整；商標併存事實之考量部分，進口菸品占國內菸品消費市場比例不低，國外使用情形、併存狀況亦會影響國內消費者認知，影響混淆誤認之虞之判斷。

## 第六節 菸品商標之維權使用與廢止案件審查

在主張系爭商標之註冊或註冊後之使用有違《商標法》第 57 條第 2 項或第 63 條第 1 項第 1 款事由，申請評定或廢止之爭議案件中，據爭商標如註冊已滿三年，申請評定人或申請廢止人須先提出據爭商標有實際使用之事實，否則非但無法爭議他人之註冊商標，其據以之商標更可能面臨商標專責機關依職權或經任何人申請而遭廢止註冊。此乃因商標係交易來源之識別標識，須透過市場上實際使用(維權使用)始能發揮商標功能，且兩造商標是否市場上造成混淆誤認之虞，應回歸市場上實際使用情形加以判斷。因此，據爭商標如註冊已滿三年，本應善盡使用義務，以維護其商標權，並於爭議案件審查上，將其市場上之實際使用情形納入

考量，以避免產生未於市場上使用之商標反排除他人註冊商標之現象<sup>275</sup>。

一般評定或廢止案件(包括《商標法》第 63 條第 1 項第 1 款及第 2 款)中，商標權人得提出作為證明註冊商標有持續使用之事證，及審查上採認之原則、事項，在第二章第四節第四項已多有介紹。目前對於菸品商標有無使用之審查與其他類別商品或服務並無不同，然此等審查原則未來是否受有挑戰則不無疑問。在可預見的未來，得用來證明菸品註冊商標在申請評定前或申請廢止前三年內有使用之事證將越來越少，審查上常採認之報章雜誌媒體廣告、宣傳單等證據資料消失，憑藉進出口報單、銷售統計量表、發票等交易憑證資料所標示之型號品項或載述之商標名稱，難以呈現商標整體之文字、圖案、顏色、立體形狀或其聯合式等態樣，因此未必能獲悉真正使用之商標是否即為該註冊商標。且商品包裝上標示之商標，可能因菸害防制法規政策之執行而與註冊商標態樣有別，例如，前述菸品商標所包含之聲明不專用部分，如因法規執行而實際上不得使用，此等部分商標使用得否認定與註冊商標具有同一性？或得否認定係有「正當事由」未使用？「正當事由」未使用是否能適用於一註冊商標之部分未使用情形？又如果我國未來亦採行菸品素面包裝政策，則標示於菸品包裝容器上之商標態樣，勢必與註冊商標有所差異，甚至無法使用，對此將如何認定其使用情形？等各方面均宜有相關配套措施或審查上之調整。

## 第七節 菸品商標權的延展

以目前仍有效存在且包含「LIGHT/LIGHTS」字樣之 7 件註冊商標，參見「圖表 17」之部分商標為例。商標權之存續期間，不同於專利權、著作權為調和公、私益，有明確之期間限制，商標權，為使權利人建立起之商標、商譽得以累積，商標權期間 10 年期滿後，可無限次數延展，以取得持續性保護。審查上，對申請

<sup>275</sup> 商標法第 57 條第 2 項立法理由參照。

延展商標權期間之案件，2003 年修正施行前商標法採實體審查，主管機關需審查註冊商標指定商品，有無實際使用，性質屬「更新註冊」，惟經考量註冊商標如無實際使用，可透過廢止程序予以廢止，及商標法條約(Trademark Law Treaty)第 13 條第 6 項明文禁止對申請延展註冊進行實體審查，在為保障人民權益，提高行政效能，使申請人儘速取得商標權延展，2003 年商標法修正施行後，商標之延展註冊改採形式審查。商標權人得於期間屆滿前 6 個月起至屆滿後 6 個月內，就原指定商品或服務全部申請延展，亦可僅就部分商品或服務延展。然隨時代變遷，政府政策的改變，商標上之部分圖文因《菸害防制法》之修正已不准使用，縱使《菸害防制法》第 6 條第 1 項設有對於菸品名稱不溯及既往之但書規定，但參其立法過程委員會之討論及實務適用上，該條文原意應僅限例如「長壽」、「MILD SEVEN」等品牌名稱得繼續使用，至於主要品牌名稱以外之「LIGHT/LIGHTS」等說明性字樣，應非得繼續標示使用，且對 2007 年《菸害防制法》修法後所核准包含相關描述說明性文字之商標(參見「圖表 5」、「圖表 15」)，未來在菸品市場上得否繼續使用?或使用上是否受有挑戰?均有疑義。

圖表 17 包含「LIGHTS」字樣之註冊商標

包含「LIGHTS」字樣之註冊商標			
第 00762684 號	第 00906853 號	第 00910780 號	第 01069183 號
			
文字：SKY LIGHTS 「LIGHTS」不在專用之內	文字：88 Lights and Design EIGHTY EIGHTR 「Lights」不在專用之內	文字：555 STATE EXPRESS LIGHTS 「Lights」不在專用之內	圖樣外文：LIGHTS

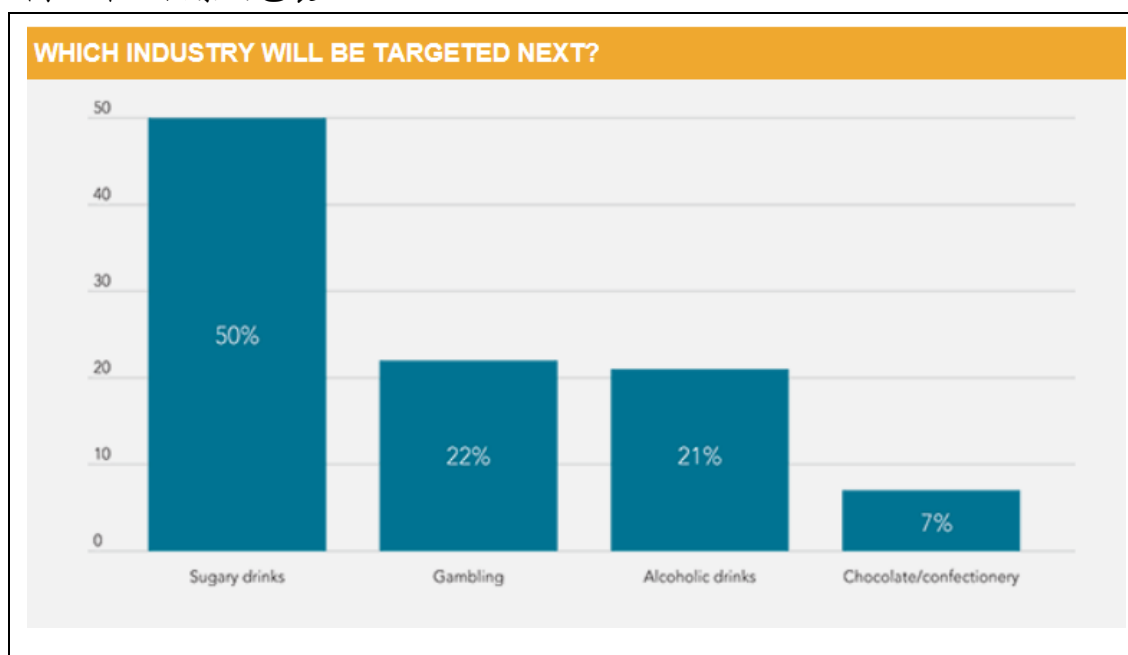
(資料來源：智慧財產局商標布林檢索；圖表筆者自製)



## 第八節 小結

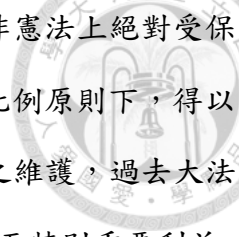
由前述第三章第三節第三項及本章第二節第二項介紹，得見在澳洲對於菸品採素面包裝之領頭，與歐盟菸草製品新準則的確立下，有越來越多國家期待能跟進立法。未來菸品素面包裝立法政策可能會正如 The International Trademark Association (簡稱 INTA) 所提，其將帶動一連串的連鎖效應，影響其他的產業。在近期 Managing IP 之推特所舉行票選活動中顯示，氣泡飲料、糕點、酒精飲料、賭博，都被認為是下一個素面包裝的可能目標，商標權利與公共衛生利益間之抗衡頻率及程度將日益增加，政府採取的公共衛生政策，限制權利人使用商標所造成之銷售量降低、商業利益損失，形同對商標權之徵收，是否亦應有補償之機制<sup>276</sup>，亦引發多方討論，未來宜密切注意其發展。

圖 4 下一個素面包裝



資料來源：Managing Intellectual Property, THE 10 TRADE MARK TOPICS TO WATCH 文章中摘錄 Managing IP 在 2017 年 3 月於推特就「下一個素面包裝標的」開放投票之調查結果。

<sup>276</sup> Sam Foster Halabi, *International Trademark Protection and Global Public Health: A Just-Compensation Regime for Expropriation and Regulatory Takings*, *Catholic University Law Review* 336(2012).



回歸國內，菸商之財產權、營業自由及商業言論自由，固非憲法上絕對受保障之基本權利，面對重大公共利益或特別重大公益時，在符合比例原則下，得以法律明確定之予以限制。對於國民健康或兒童暨少年身心健康之維護，過去大法官釋字見解係屬重大公共利益，未來在面對菸害問題是否要提升至特別重要利益，並朝向使國人有權享有可能達到之最高標準之健康予以保護，有待立法討論與形成。目前國內對菸品廣告之管制，依《菸害防制法》第9條規定已幾乎採完全禁制，管制程度甚嚴，將來在菸品包裝標示之管制，如要採素面包裝及大面積警示圖文標示之強烈管制手段，依循大法官釋字見解脈絡，似宜採嚴格審查標準。

由商標核駁撤銷案、商標註冊案、商標爭議案之案例中，得見商標審查上，關於商標有無使公眾誤認誤信其性質、品質之虞之情事，不宜直接參照《菸草控制框架公約》第11條及其實施準則對誤導性用語、標示之內涵解釋；且在《菸草控制框架公約》及《菸害防制法》之影響下，菸品商標利用商標法聲明不專用之制度，在商標設計上添加品質、功能描述或廣告性用語；對申請註冊商標有無先天識別性，其究屬暗示性商標或說明性標識之判斷亦日趨困難；《菸害防制法》對菸品包裝標示及廣告之管制、菸品銷售方式之規定，影響商標是否有致混淆誤認之虞之判斷，及註冊商標有無使用之認定等審查上之問題。



## 第六章 結論

### 第一節 主要發現

本研究以我國商標行政審查實務角度出發，經由「文獻分析法」、「比較研究法」及「案例分析法」之整理分析，在《菸草控制框架公約》與我國菸品商標審查之間，有以下之發現：

關於《菸草控制框架公約》及相關法制規範方面，透過第三章及第五章之文獻分析、比較及案例彙整分析發現，《菸草控制框架公約》第 11 條本文所指之菸品包裝標示涵蓋三個部分：菸品成分、健康警語標示及誤導性引人錯誤之用語之禁止。有關誤導性引人錯誤用語之意涵，不僅是真實性之維護，更大一部分是要阻斷菸品對消費者之吸引力。公約第 11 條及第 13 條規定之實施準則，將菸品包裝容器視為是廣告和促銷重要因素之立場<sup>277</sup>，運用於實務時可能導致廣告管制及包裝標示管制出現難以區分之現象。《菸草控制框架公約》的落實上，國際間越來越多國家或地區對其國民健康之保護標準不斷提高，對於菸品包裝管制上除採大面積警示圖文標示之外<sup>278</sup>，有關菸品素面包裝之立法亦正快速的在不少國家擴展開來，其規範上多參考澳洲規定。面對菸品素面包裝與註冊商標之使用問題，澳洲菸品素面包裝法透過擬制使用意圖之方式予以處理，讓菸品商標之申請、註冊後權利之維權，及據以爭議他人商標之進行，均不會因菸品素面包裝制度之施行而受影響<sup>279</sup>。且澳洲對商標權利之保護範圍，僅屬限制他人未經許可使用之消極權利。澳洲高等法院認為菸品素面包裝法並無貶損菸商財產權之收益並使其他第三人因而獲益，菸商雖因法案限制其使用相關權利而受商業價值損失，然該等損失非屬憲

<sup>277</sup> 詳參本研究第三章第二節第三項內容。

<sup>278</sup> 參見「圖表 2」。

<sup>279</sup> 詳參本研究第三章第三節第一項內容。

法保護範圍<sup>280</sup>。

歐盟菸草製品新準則，擴大警示圖文標示面積，並禁止薄荷口味等特殊口味香菸之販售，對誤導性標示有更詳盡之解釋<sup>281</sup>。歐盟法院認同準則對人類健康應採取高標準保護，特別是兒童及少年健康的維護。且在手段必要性之選擇上，提高吸食特定口味香菸之年齡限制、禁止跨境銷售菸品、在菸盒及標籤上標示特定口味與一般香菸同樣對健康有違害之警語等方式，認為均不足降低菸品之吸引力，對遏止少年接觸菸品，無法達到相同效果<sup>282</sup>。

國內菸害防制政策方面，由立法沿革觀之，菸品品牌、包裝標示之管制規定，對菸品銷售利益影響極大，立法過程中，對品牌名稱與「誤導」消費者或「影射無害健康」之可能性，或「淡菸、低焦油」等文字性質究屬表彰菸品特性，提供消費者辨識選購菸品之商品資訊，或屬誤導或影射吸菸無害健康，已有激烈討論<sup>283</sup>。現行《菸害防制法》第6條第1項規定之「不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示」，其含義固廣於《菸酒管理法》第31條第2項之「不得有不實或使人誤信之標示」，惟分析行政函釋及司法判決得知，被認定屬該項情形者甚少，推其原因，應是認定文字、標示與致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之間關聯性認定，有其困難度<sup>284</sup>。至於菸品廣告部分，分析相關行政函釋、司法判決發現，國內菸害防制實務，採與《菸草控制框架公約》實施準則相類似之見解，將菸品包裝視為菸品廣告類型之一，且在廣告行為之認定上，將可能解釋推導為吸引消費者之文圖標示均納為菸品廣告，此部分似呈現與歐盟菸草製品新準則對誤導性標示解釋<sup>285</sup>相類似之看法。實務運作下，《菸害防制法》第9條第1款之適用範圍被大幅擴張，其對條文之解釋是否逸脫法條所列舉

<sup>280</sup> 詳參本研究第五章第二節第二項內容。

<sup>281</sup> 詳參本研究第三章第三節第二項內容。

<sup>282</sup> 詳參本研究第五章第二節第二項內容。

<sup>283</sup> 詳參本研究第三章第四節第二項內容。

<sup>284</sup> 詳參本研究第三章第四節第二項及第五章第三節第二項內容。

<sup>285</sup> 詳參本研究第三章第四節第二項、第三項、第四項內容。

之事項，容有疑義之外，並造成《菸害防制法》第6條第1項適用上之架空，改以較重之法律效果論處，混淆「容器標示管制」與「廣告方式管制」規範之不同目的<sup>286</sup>。又依國內《菸害防制法》參照《菸草控制框架公約》，對「菸品廣告」、「菸品贊助」所為之定義，似難以界定其涵攝範圍，難認菸商得由現行法之定義解釋，知悉其真正範疇<sup>287</sup>。

有關菸品商標及其消費市場方面，由第二章第三節第二項之商標註冊公告統計資料發現，本國人(本國商)與外國人(外商)取得菸品商標註冊公告比例(2:8)，幾乎呈現與全類(45類)商品或服務之本國人(本國商)與外國人(外商)公告註冊商標比例(7:3)相反之現象，且取得菸品商標註冊之外商，又以瑞士商、日商為最多<sup>288</sup>，顯示在國內菸品消費市場，進口菸品應占有相當比例，且菸品商標設計態樣、使用方式及國內消費者認知，受國外競爭同業或國外市場使用方式之影響不小。透過第四章及第五章之文獻及案例分析發現，據國內紙菸銷售統計顯示，自2009年現行《菸害防制法》施行後，國內每年紙菸需求量仍維持在18至19億包，市場上國外進口紙菸菸品占有近半成比例<sup>289</sup>。是國內消費市場對菸品仍有相當之需求量，對菸商而言仍有龐大商機，對反菸團體來說，認仍需倡議更嚴格之菸控措施，要求政府提高對國民健康保護之標準。在菸品管制相關措施中，菸品素面包裝對於商利益、菸品商標之衝擊最大，且觸及菸商財產權、營業自由及商業言論自由等基本權利，採行此手段之合憲性審查方面，如以大法官釋字第414號解釋之言論價值高低為立論基礎，菸品商標雖係商業言論之一環，惟其包含企業文化、企業價值、品牌理念內涵，似乎難逕謂因其言論價值低，對其限制手段之審查標準強度或密度較低。因此，參照釋字第744號解釋見解，以手段要維護之利益重要性程度為基礎時，宜考量菸品對國人健康之危害程度，國內需否將維護國民健康或

<sup>286</sup> 詳參本研究第三章第四節第五項內容。

<sup>287</sup> 詳參本研究第三章第五節內容。

<sup>288</sup> 詳參本研究第二章第三節第二項內容。

<sup>289</sup> 詳參本研究第四章第二節內容。

杜絕少年接觸菸品、維護兒童暨少年身心健康之利益，提升至「特別」重要之公共利益層級，並宜嚴格審查菸品素面包裝手段與目的達成之間之絕對必要關聯性，且亦應考量國內菸品市場，對進口菸品之需求量，菸品素面包裝措施，是否促成國內走私菸品更加猖獗，對吸菸消費者之保護不利等問題<sup>290</sup>。

而在現行《菸害防制法》實施下，分析 2009 年至 2017 年 5 月間之公告註冊商標及商標爭議案件，和 2003 年 1 月 1 日至 2017 年 5 月間之核駁商標申請註冊案發現，為因應法規範，菸商在菸品商標設計上，多以紅色、藍色、綠色、銀白/淡黃幾種色系來區分產品系列，且自 2015-2016 年起，更出現以文字表達色彩並結合數字方式呈現；文字用語選採中性化、廣告化或透過聲明不專用方式加入廣告性、自我標榜性或說明性用語；圖形設計朝向簡單、清新或暗喻說明等；整體商標設計，越來來越簡潔<sup>291</sup>。觀諸核准註冊之菸品商標或商標爭議案件，菸商設計之商標態樣除逐漸趨向臨界於暗示性商標及說明描述性標示之間，似乎亦有意透過聲明不專用制度的操作，變相使原本依《菸害防制法》規定應不得標示之文字，反取得商標註冊保護<sup>292</sup>。


核駁菸品商標申請註冊案部分，核駁註冊之理由，以識別性有無及是否有誤認誤信其性質、品質或產地之虞為主。其條文適用上出現變化，以 2003 年《商標法》修正施行及 2007 年現行《菸害防制法》修正公布為分水嶺之現象，2007 年現行《菸害防制法》修正後，審查上幾乎未再引用 2003 年《商標法》修正施行前所公布之「菸類商品申請商標註冊處理原則」，且適用「使公眾誤認誤信其商品之性質、品質、產地之虞」條款核駁註冊申請案件之比例甚少。適用法規出現更替之原因，是實務對於菸品商標上之文字是否造成公眾產生誤認誤信其性質係對健康無害或較健康之認定發生疑義<sup>293</sup>。將該等商標核駁案件發展經過，對應《菸害防制法》

<sup>290</sup> 詳參本研究第五章第二節第二項內容。

<sup>291</sup> 詳參本研究第四章第三節之「圖表 4」、「圖表 5」、「圖表 6」。

<sup>292</sup> 詳參本研究第五章第四節第一項、第二項內容及「圖表 15」、「圖表 16」。

<sup>293</sup> 詳參本研究第四章第三節第五項內容及「圖表 9」，與第五章第三節第一項內容及「圖表 14」。




第 6 條第 1 項之立法過程、行政函釋與司法判決見解，發現從法規制定到實務運作，國內對菸品商標或菸品包裝標示是否有「誤導」、「影射無害健康」、「誤認誤信對健康無害/危害輕微」之判斷認定較為嚴謹，與《菸草控制框架公約》實施準則或歐盟菸草新準則之解釋尚屬有別。

菸品商標爭議案件部分，將自分析案例結果結合商標統計數據得出，因《菸害防制法》之施行，菸品廣告受嚴格管制，菸品商標使用事證大幅萎縮，消費者對菸品商標之認識方式或途徑，明顯已異於一般商品習以廣告促銷等方式，菸品交易模式與一般商品的不同，及菸品販售有其歷史演進，消費者具特定性，國內市場之進口菸品比例高、菸品註冊商標權人以外商占大部分等因素，牽動影響實務上就相關消費者熟悉程度、著名商標程度因素之審查，以及菸品消費者認知情形、區辨商標能力高低之認定與整體有無混淆誤認之虞情事之判斷。另外，參照現行《菸害防制法》規定，及澳洲素面包裝措施及其相關討論，可預見未來菸品註冊商標在使用上將大幅受限，且可能實際使用與原註冊商標有差異，此對菸品商標之維權使用、廢止案件審查將有影響，且法規制度的變遷，經核准延展之註冊商標，亦可能無法完整的使用於市場上。

## 第二節 研究建議

《菸草控制框架公約》第 11 條、第 13 條及其實施準則對菸品包裝標示、廣告行銷之管制規定與建議執行之控菸政策，目的在降低菸品對消費者之吸引力，杜絕菸商透由菸品廣告或菸品包裝容器及其上標示吸引消費者購買，對任何可能引起消費者購買興趣，或可能誘使消費者想嚐試接觸菸品之描述、圖片、顏色、商標、標識…均建議禁止標示。在落實公約之立法政策執行上，我國衛生福利部 2017 年 1 月所推出之《菸害防制法》修正草案亦擬採素面包裝措施，因此，菸品商標審查，在面對不斷提高之國民健康保護標準，而日趨嚴格之菸害防制政策；



與顧及菸商利益；同時更要保有商標之功能與價值，使相關消費者仍能藉由核准之註冊商標來識別菸品來源，即便未來菸品包裝容器上之商標標示空間極為有限，或可能標示之字體、字型、大小皆一致之情形下，消費者仍能藉此識別，以保護消費者之利益，維護市場上之公平競爭等面向，建議在菸品商標審查上，宜採取較嚴格之審查標準，對於菸品商標之識別性要求宜提高，並就下列審查事項作相關建議：


#### **菸品商標使公眾誤認誤信其商品性質、品質之虞之審查：**

基於目前菸害防制主管機關，對有無《菸害防制法》第6條第1項規定之「其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示」之情形，在行政函釋上採較嚴謹之解釋，僅對於菸品申報之成分與菸品包裝上載述之用語不符，認定屬誤導性標示，其見解似較偏向對真實性之維護。因此，建議在商標申請註冊審查實務在進行考量有無抵觸該條文規定，及判斷消費者是否會因商標本身之外觀、觀念或讀音，而可能有誤認誤信菸品之性質、品質之情形，有《商標法》第30條第1項第8款規定適用之情形時，宜採較嚴格之審查。未來宜持續觀察《菸害防制法》相關修法情形及實務運作之變化，是否有逐漸朝向歐盟菸草製品新準則對誤導性用語、標示之認定，或發布相關認定基準，以便適時納為商標審查判斷時之考量。

#### **聲明不專用之適用：**

依「聲明不專用審查基準」規定，商標僅有在整體不具識別性；商標中包含有使公眾誤認誤信商品或服務之性質、品質或產地之虞之事項；或為純粹資訊性之事項<sup>294</sup>，始無適用聲明不專用規定。惟在菸品商標審查上，由「圖表 15」選取的部分商標註冊案例顯示，部分取得註冊之商標，呈現識別性部分比例極小，其餘不具識別性之菸品品質、功能描述、廣告性用語等占大部分，整體商標予消費者之印象反較似菸品說明或標榜等觀念之傳遞。基於菸品本身之特殊性，實務上

<sup>294</sup> 「聲明不專用審查基準」5.參照。



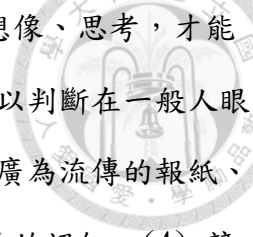
對聲明不專用之操作運作模式，使註冊商標似已與《菸草控制框架公約》精神產生扞格，在控菸政策日益嚴格的環境下，為保有菸品商標作為識別商品來源之功能及價值，避免流於成為菸商用以作為介紹商品說明等之途徑，建議在菸品商標審查上，不宜以聲明不專用方式使其保留不具識別性之部分於商標圖樣中，或無疑義無須聲明不專用之文字，例如「無須聲明不專用例示事項」所列之「涼煙、濃煙、慢燃、活性碳、FLAVOUR、FILTER、MENTHOL、SLIMS、SPECIAL FLAVOUR、RIPENED TOBACCO」等字樣<sup>295</sup>，亦不宜使其保留商標中。得請申請人直接刪除商標中之該等不具識別性之部分，若刪除該等圖文將造成商標圖樣實質變更，則應予核駁該商標之申請。

#### 菸品商標識別性之審查：

就商標識別性強弱的光譜，由弱至強排序為，通用名稱，為命名性之名詞，具普通性質，不因具備第二意義取得識別性；說明性名稱，為商品或服務之目的、功能、用途等之直接說明，本質無識別性，惟如取得第二意義(後天識別性)，例外得以註冊；暗示性商標，指對商品或服務有所暗示，但未直接說明，本身具有識別性，無須證明第二意義即可註冊；任意性商標，為一般用語，但使用於某些商品或服務時，並未暗示或說明商品或服務之品質、特性；創意性商標，為創新之用語，目的為作為商標而創設<sup>296</sup>。在第四章有關商標爭議案爭議焦點轉移的案件類型(參見「圖表 10」)，及第五章之菸品商標識別性(參見「圖表 16」)顯示，申請註冊之菸品商標究屬暗示商標或說明性標識之判斷困難度增加。依「商標識別性審查基準」指出，「直接說明」與「暗示性描述」，於個案判斷時得參酌之因素：(1)消費者需要運用想像力之程度：說明性標識直接、清楚的傳達商品或服務的品質、功用、特性、內容等要素，消費者幾乎無需運用想像、思考，即可理解

<sup>295</sup> 「無須聲明不專用例示事項」對第 34 類商品之例示內容。

<sup>296</sup> 蔡明誠(2000)，〈論商標之抽象識別性與具體識別力要件-以行政院八十九年度判字第二五一號判決為例〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，2000 年 10 月。



其為商品或服務之相關說明。暗示性商標，消費者則需要較多想像、思考，才能領會與商品或服務間之關聯。(2)辭典定義：辭典上之定義可據以判斷在一般人眼中，該標識之說明性程度。(3)報紙、雜誌或網路的使用：參考廣為流傳的報紙、雜誌或網路資料上的使用情形，可瞭解消費者對特定辭彙或事物的認知。(4)競爭者可能需要使用的程度：競爭同業需要以相同的辭彙或事物作為指定商品或服務品質、功用或其他特性說明之可能程度，亦為區別說明性與暗示性商標的重要考慮因素之一。若描述是間接的、不明顯的，同業競爭者需要使用之可能性較小，屬於暗示性商標<sup>297</sup>。

將該等參酌因素應用於菸品商標審查，有關報紙、雜誌或網路之使用情形，未來得參佐之資料將越來越少；辭典定義之解釋，由案例顯示菸商選用之字詞，常有多種含義。因此，審查上建議，判斷上宜更著重在消費者想像力之運用程度及競爭者需要使用程度因素之考量，又菸品消費者是否需要運用想像力始能理解商標與菸品之關聯性，與消費者之認知密切相關，該理解認知的產生復受菸品業界之使用情形。是審查上宜考慮到，菸品消費族群具有特定性，區辨商標差異之能力相對較強，對菸品商標使用特定文字、圖形代表之意象、含意之敏感度較一般消費者高；且國內進口菸品比例高，國內菸品消費者的認知會受國外菸品市場使用方式影響，各國商標註冊情形、國內外競爭同業之使用狀況、商標權人使用方式與國外對此爭議之認定判斷，均得納為參考。

#### **菸品商標之混淆誤認之虞審查：**

關於消費者對菸品商標之熟悉程度或著名程度因素之審查，因《菸害防制法》對菸品廣告行銷宣傳管制之結果，要求菸商提出菸品商標之國內外報章、雜誌或電視等大眾媒體廣告等證據資料，幾乎不可能。因此，建議在爭議案件處分書之撰寫論述上，不宜再以「無廣告行銷宣傳之事證可稽…」得資參考佐證為由，論

<sup>297</sup> 「商標識別性審查基準」2.2 參照。




以著名性或熟悉度。若兩造當事人僅提供早期廣告、行銷、商品歷史沿革等資料，為審酌其實際使用情形，得請當事人提供近期相關發票、進出口單據、行銷統計或在台灣市占率之統計分析等資料供審查上參佐。

關於商標是否有致消費者混淆誤認之虞之審查上，建議參照智慧財產法院 100 年度行商訴字第 19 號行政判決，加強由菸品消費族群之特定性、菸品交易型態之特殊性及菸品商標標示之包裝容器面積有限性等「其他因素」，及《菸害防制法》施行後之菸品市場實際交易情形為基礎，進一步對商標近似程度、識別性、善意與否、多角化經營等因素予以衡量。例如，在近似判斷上，因菸品販售方式多係消費者向零售店員唱呼詢購或直指菸品看板編號選項購買，是得考慮加強對讀音部分之比對；又菸品消費者區辨商標能力較高，兩造商標是否混淆誤認之判斷上，對近似程度之要求需達較高程度；菸品商標多角化經營、跨足其他類別商品或服務之使用情形較少，商標保護範圍不宜過於擴張；進口菸品在國內消費市場占有不低之比例，國外使用情形、併存狀況會影響國內消費者之認知，宜納入混淆誤認之虞之判斷考量。

#### **菸品商標之維權使用與廢止案件審查：**

未來在依《商標法》第 57 條第 2 項、第 63 條第 1 項第 2 款，以及第 67 條第 2 項規定，審查菸品註冊商標使用情形時，可能會面臨商標權人檢送得資參佐證明菸品註冊商標在申請評定前或申請廢止前三年內有使用之事證越來越少，進出口報單、銷售統計量表、發票等交易憑證資料所標示之型號品項或載述之商標名稱，難以呈現商標整體之文字、圖案、顏色、立體形狀或其聯合式等態樣，事證資料在勾稽串證註冊商標使用情形之困難度增加。建議審查上，得考慮建議商標權人對其商業文書之整理製作方面，可加強商品編號及其標示之註冊商標態樣之商品型錄製作，交易單據載記之編號得清楚與型錄相互勾稽；定期整理統計旗下各個商標銷售量；註冊商標商品之鋪貨銷售通路據點等情形。



考量《菸害防制法》第6條第1項有關菸品品牌名稱不得使用誤導性文字之規定，依其但書規定並不適用於該法修正前之菸品名稱；及菸害防制之立法精神及其相關條文規定。菸草業者如於實際使用時，將註冊商標上所含「禁止使用之誤導性用語」，或將商標上有關「廣告、商品說明性、描述性」等文字移除，而致與原註冊商標有別，建議審查上，宜得認定其未使用商標上之該等文字是有其正當事由，且即便未使用該等文字用語，仍得認為係原商標之註冊使用。

觀諸衛生福利部2017年所提之《菸害防制法》修正草案內容，並未如澳洲立法方式，在菸品素面包裝相關法規中，明文處理該法可能對商標制度造成之影響及適用問題<sup>298</sup>。未來我國如實施《菸害防制法》修正草案中擬採之菸品素面包裝制度，是否採行相同之立法方式，實可討論參酌。另外，依我國《商標法》，在商標審查上，未以實際使用作為取得商標註冊之前提要件，菸品素面包裝制度之採行，尚不至於影響申請人對於菸品類之商標註冊申請及商標權利之取得。而在評定案及廢止案，審查《商標法》第57條第2項、第63條第1項第2款，以及第67條第2項規定對於商標使用之要求時，《商標法》已明文對是否具有未使用之正當事由應納入考量。所謂正當事由，係指商標權人由於事實上之障礙或其他不可歸責於己之事由，以致無法使用註冊而言。是基於《菸害防制法》所致無法使用註冊商標，依我國商標運作實務<sup>299</sup>，應可認是具有未使用之「正當事由」，尚不致使菸品註冊商標遭到廢止或無法據以對他人之註冊商標提起爭議案。

### 菸品商標權之延展：

《菸害防制法》第6條第1項，對於菸品品牌名稱不得使用淡菸、低焦油或其他可能致人誤認吸菸無害健康或危害輕微之文字及標示，雖設有不溯及既往之但書規定，惟參照其立法過程委員會之討論及實務適用上，法條原意應僅限例如「長

<sup>298</sup> 參見第三章第三節第一項內容。

<sup>299</sup> 參見第二章第四節第四項，關於實務對「正當事由」之認定。

壽」、「MILD SEVEN」等品牌名稱得繼續使用。因此，面對註冊商標包含「LIGHT/LIGHTS」等說明性字樣之商標延展案件，考量菸品實際交易市場已不得使用該等文字，且其亦抵觸《菸害防制法》相關規定，建議延展案審查上，得建議請商標權人刪除該等文字，以更符合商標實際使用態樣，並繼續保有註冊商標。

## 參考文獻



### 一、中文文獻(依作者姓氏筆畫)

#### (一) 專書：

- 何孝元(1991)。《工業所有權之研究》。第3版。台北：三民。
- 汪渡村(2011)。《商標法論》。台北：五南。
- 翁岳生等著(2006)。《行政法(上)》。第3版。台北：元照。
- 陳文吟(2012)。《商標法論》。第4版。台北：三民。
- 陳昭華(2013)。《商標法實例解析》。台北：元照。
- 陳昭華(2015)。《商標法之理論與實務》。第2版。台北：元照。
- 黃銘傑 主編(2015)。《「商標使用」規範之現在與未來》。台北：元照。
- 劉孔中(2014)。《比較商標法》。台北：新學林。
- 賴源河 編審(2002)。《公平交易法新論》。第2版。台北：元照。
- 謝銘洋(2014)。《智慧財產權法》。第5版。台北：元照。

#### (二) 期刊文章：

- 王燕(2012)。〈WTO 體制下公共健康治理和商標保護衝突的評述-以澳大利亞菸草簡易包裝案為視角〉，《武漢國際法評論》，第15卷第2期，頁292-313。(簡體字版)。
- 李亞璇(2012)。〈試論澳洲菸盒素面包裝法案與TRIPS商標權之合致性〉，《政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊》，第130期，頁7-13。
- 李建良(2000)。〈菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題〉，《台灣本土法學雜誌》，第9期，頁97-102。
- 吳全峰(2009)。〈從健康人權角度論菸草控制框架公約之發展與國家菸害控制之義務〉，《月旦法學雜誌》，第169期，頁32-52。



- 吳秀明、沈麗玉(2015)。〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，頁 254-280。
- 高玉泉(2004)。〈世界衛生組織菸草管制架構公約評析〉，《律師雜誌》，第 294 期 3 月號，頁 48-58。
- 胡博碩(2011)。〈在經濟領域中的國家保護義務—從金融控股公司法第 36 條談起〉，《憲政時代》，第 36 卷第 4 期，頁 421-424。
- 胡博碩(2015)。〈菸害防制法中禁菸區設置的合憲性檢討〉，《南臺財經法學》，創刊號，頁 63-85。
- 陳耀祥(2005)。〈論菸品內容標示義務與基本權利之限制—評司法院釋字第五七七號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第 116 期，頁 215-222。
- 陳顯武(2004)。〈論法學上規則與原則之區分—由非單調邏輯之觀點出發〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷第 1 期。
- 許杏蓉、張玉如(2013)。〈台灣香菸百年包裝視覺風格設計研究〉，《設計學研究》，第 16 卷第 1 期，頁 107-127。
- 黃怡碧、黃嵩立(2010)。〈菸品無裝飾包裝之合憲性探討〉，《法學新論》，第 32 期，頁 141-166。
- 萬維(2016)。〈公共健康視域下商標使用限制措施的法律爭議—以菸草平裝措施為例〉，《時代法學》，第 14 卷第 1 期，頁 73-80。(簡體字版)。
- 廖元豪(2008)。〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，2008 年 3 月，頁 211-274。
- 劉宗德(2016)。〈臺灣菸害防制法菸品包裝管制之合憲性與合法性論議〉，《月旦法學雜誌》，第 252 期，頁 95-115。
- 劉宗德(2017)。〈商業言論管制與違憲審查〉，《月旦法學雜誌》，第 264 期，頁 140-168。

劉建宏(2007)。〈吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？—兼論「健康權」之內涵〉，《台灣本土法學雜誌》，第 94 期，頁 59-67。

劉建宏(2007)。〈二 00 七年菸害防制新法評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 150 期，頁 186-193。

劉靜怡(2004)。〈言論自由的雙軌理論與雙階理論〉，《月旦法學教室》，第 28 期，頁 43-44。

劉孔中(1998)，〈論欺罔與虛偽不實、引人錯誤標示或廣告〉，1998 年 3 月 20 日「公平交易法學術研討會」(行政院公平交易委員會、台大法律系等單位主辦)，月旦法學知識庫數位出版部重新編輯。

蔡韻竹、蔡憶文(2015)。〈我國菸害防制政策制定的政治分析〉，《台灣衛誌》，第 34 期，頁 447-462。

蔡嘉恩(2013)。〈菸品容器設計構成菸品廣告？—最高行政法院 101 年度判字第 443 號判決評析〉，《治未指錄》，創刊號，頁 109-143。

蔡明誠(2011)。〈2011 修正商標法後問題之再思考〉，《智慧財產權月刊》第 170 期，頁 5-22。

蔡明誠(2000)。〈論商標之抽象識別性與具體識別力要件—以行政法院八十九年度判字第二五一號判決為例〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，2000 年 10 月。

### (三) 碩博士論文：

陳澤榮(2004)。《國家對商業性言論的管制界限—以強制菸品警示說明與禁止廣告為中心》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。

陳奕廷(2013)。《菸酒管理與稽查法律問題之研究》，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士班碩士論文。

黃嘉偉(2015)。《從菸草素面包裝論公共衛生與智慧財產權之關係及發展趨勢》，國立台灣大學工學院工業工程學研究所碩士論文。

羅懋緯(2015)。《論國際投資爭端中公平公正待遇原則與菸草控制公共衛生政策衝突之解決》，國立台灣大學法律學系碩士論文。



#### (四) 官方資料

菸害防制法解釋彙編(2014)，衛生福利部國民健康署。

經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義(2017)，經濟部智慧財產局編印。

經濟部智慧財產局，商標法規暨審查基準(2012)，經濟部智慧財產局編印。

立法院公報，第94卷第29期及第71期，委員會議記錄。

行政院公報，第019卷第242期，財政經濟篇。

## 二、英文文獻

### Articles/Short Works in Collection

Awopegba, Ayodeji J & Joanna E Cohen, *Country tobacco laws and article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control: a review of tobacco packaging and labeling regulations of 25 countries*, AWOPGBA AND COHEN TOBACCO INDUCED DISEASES (November 23, 2013), <http://tobaccoinduceddiseases.biomedcentral.com/articles/10.1186/1617-9625-11-23>

Cabrera, Oscar A. & Lawrence O. Gostin, *Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems*, in *ADVANCING THE HUMAN RIGHT TO HEALTH* 261 (Jose M. Zuniga et al. eds.) (2013).

Frankel, Susy & Daniel Gervais, *Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement*, 46(5) *VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW* 1149 (2014).

Freeman, Becky et al, *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*,  
103 ADDICTION 580 (2008).

Halabi , Sam Foster , *The World Health Organization's Framework  
Convention On Tobacco Control: An Analysis of Guideline Adopted by  
the Conference of the Parties*, GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND  
COMPARATIVE LAW 121 (2011).

Halabi , Sam Foster ,*International Trademark Protection and Global Public  
Health : A Just-Compensation Regime for Expropriation and Regulatory  
Takings*,CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW 336(2012).

Hammond , David & Carla Parkinson , *The Impact of Cigarette Package  
Design on Perceptions of Risks*,31 JOURNAL OF PUBLIC HEALTH  
345(2009).

Hatchard , Jenny L et al. *Standardised tobacco packaging :a health policy case  
study of corporate conflict expansion and adaptation*, 6(10)BMJ OPEN  
(2016).

Hinchliffe, Sarah A., *Comparing Apples and Oranges in Trademark Law :  
Challenging the International and Constitutional Validity of Plain  
Packaging of Tobacco Products*, 13 J. MARSHALL REV.  
INTELL.PROP.L.130 (2013).

Hammond, David, *Tobacco Labeling & Packaging Toolkit : A guide to FCTC  
Article 11*, TOBACCO LABELING RESOURCE CENTRE (November, 2009) .

Kennedy, Mary Scott , *Australia's Tobacco Plain Packaging Act: Convergence  
of Public Health and Global Trade*, 39 N.C. J. INT'L L. & COM. REG, 591  
(2014).

Mitchell , Andrew , *Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and*

*its WTO Compatibility*,5(2) ASIAN JOURNAL OF WTO AND INTERNATIONAL  
HEALTH LAW AND POLICY 405(2010).



Wakefield, Melanie et al. , *Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings 1 Year after Implementation :Results from A National Cross-Sectional Tracking Survey*,  
24(2) TOBACCO CONTROL 17(2015).

White, Victoria et al. *Has the introduction of plain packaging with larger graphic health warnings changed adolescents' perceptions of cigarette packs and brands?* 24 TOB CONTROL (2014) .

Zocco, Carmela Rotundo , *Plain Packaging: A Growing Threat To Trademark Rights*, 48 LES NOUVELLES 140 (2013).

*Overview of Key FCTC Articles and their Implementing Guidelines*,  
INTERNATIONAL LEGAL CONSORTIUM AT THE CAMPAIGN FOR  
TOBACCO-FREE KIDS (June,2015),  
[http://global.tobaccofreekids.org/files/pdfs/en/Overview\\_FCTC\\_Guidelines.pdf](http://global.tobaccofreekids.org/files/pdfs/en/Overview_FCTC_Guidelines.pdf)

*The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke, A REPORT OF THE SURGEON GENERAL*(2006),  
<https://www.surgeongeneral.gov/library/reports/secondhandsmoke/executive-summary.pdf>

### **Treaties/Norms/Statutes**

DIRECTIVE 2014/40/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF  
THE COUNCIL.

Economic and Social Council , Substantive Issues Arising in the  
Implementation of the International Covenant on Economic, Social and

Cultural Rights, E/C.12/2000/4 (Aug.11,2000).

Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework

Convention on Tobacco Control, FCTC/COP3 (10) (February 16, 2009).

Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework

Convention on Tobacco Control, FCTC/COP3 (12) (February 16, 2009).

Guidelines for implementation of Article 5.3 of the WHO Framework

Convention on Tobacco Control, FCTC/COP3 (7) (February 16, 2009).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966.

*JT International SA v Commonwealth of Australia ;British American Tobacco*

*Australasia Limited v The Commonwealth* [2012] HCA 43, 5 October  
2012.

Protection of public health policies with respect to tobacco control from

commercial and other vested interests of the tobacco industry,

FCTC/COP6 (14) (October 18, 2014).

Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Australia).

Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (Australia).

Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011(Australia).

WHO Framework Convention on Tobacco Control , May 21 ,2003,

U.N.T.S.2302.

### **Other Sources**

Court of Justice of the European Union, *The new EU directive on tobacco*

*products is valid*, (press release no 48/16, May 4, 2016).

*Cigarette Package Health Warnings-International Status Report*, CANADIAN

CANCER SOCIETY (CCS)(October,2016).

European Commission - Press release, 10 key changes for tobacco products

sold in the EU ( May 20, 2016).

Managing Intellectual Property ,*THE 10 TRADE MARK TOPICS TO WATCH*,  
(May,2017).

World Intellectual Property, *Brand-Reputation and Image in the Global  
Marketplace, World Intellectual Property Report 2013.*

World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic,  
2011 Warning About the Dangers of Tobacco* (2011).

World Intellectual Property Review , *WTO upholds Australia's plain packaging  
restrictions*, (May,2017)



