

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



從言論自由保障論商標註冊事前審查權限之行使

The Discussion on the Practice in Authority to Prior
Restraint Scrutiny of Trademark Registrations from the
Freedom of Speech Protection

杜新富

HSIN-FU TU

指導教授：張志銘 博士、蔡明誠 博士

Advisor: Prof.Dr.iur. CHIH-MING CHANG

Prof.Dr.iur. MING-CHENG TSAI

中華民國 110 年 1 月

January 2021

口試委員會審定書



國立臺灣大學碩士學位論文 口試委員會審定書

本論文係杜新富(P07341002)在國立臺灣大學國家發展研究所完成之碩士學位論文，於民國109年12月28日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

口試委員： 蔡明誠 張志銘
(指導教授) (指導教授)

陳清秀 陳顯武

所長： 夜世駿

誌謝



從進入國家發展研究所開始，除了學習新的課業增強自己的學術能力外，最終期盼的就是能如期畢業，但在此一不曾經歷的求學過程中，顯然論文的完成才是最重要的學習課題，尤其是臺灣大學的社會科學院，普遍被社會視為標竿的學院，依其出品的論文內容絕非泛泛書寫即可通過，必然有其一定的評分標準，及受著論文考試審查委員們的高標要求，因此何時完成它始終是我內心最大的牽掛壓力，但卻一直處於懵然不知該從何著手的困擾，幸好有啟蒙恩師陳顯武教授於課堂上，給予學生抒發憲法言論自由報告主題的學習機會，讓憲法言論自由與商標註冊事前審查的行政審查作業爭議，能有更進一步的闡釋與梳理兩者間的法律關係，因而首先即以此兩者間的憲法合憲性及事前審查之必要性關係為論文題目，並因旁聽前大法官湯德宗教授之授課一學期之機會，而有幸請其先行過目初稿的可行性內容評估，並經由其增刪內容之建議後，始作成一份較為合乎邏輯道理之論文骨幹，接著就是一段時間的尋覓，期望能有被系所老師指導的機會，於是終由張志銘教授同時引薦法律所的智財老師大法官蔡明誠教授為學生論文的共同指導，經由他們兩位悉心、用心的評稿、改稿及過程中的協助，讓學生非常地佩服，並深刻認為做學問就當學習如此的態度。

此回論文考試是經由四位考試委員，其中包含兩位指導教授與陳顯武教授，而今特別提及陳清秀教授雖屬校外法律系所老師，但屬於本校法律系所培植的法學博士，經由前司法院長翁岳生大法官的指導，且是執業律師，深刻理解市場實務運作，尤其是指行政法相關之行政程序，同屬憲法公領域範圍，因此藉由其學養與經驗特別提供予學生論文的建議上，致亦誠屬衷心感謝。

學生論文能夠被考試委員們肯定，仍自忖尚有極大的進步的空間，應抱持著戰戰兢兢的學習態度，不應武斷於某一偏狹的論點，更應多方考量與權衡論點的可行性研究，還好國家發展研究所，不若法律所那麼專精於法律的學術性，或許

可就國家發展提供一點天馬行空的創意與建議，而學生論文特色也得以被保留下來，因此非得要謝謝兩位指導教授寬宏的度量與放手予學生自由發揮的空間。

最後，謝謝內人的包容與小女兒芸璞的全力支持，真的是幸福多多！



中文摘要



本論文題目「從言論自由論商標註冊事前審查權限之行使」，依此題目牽涉憲法、行政法及商標法，對象包含商標權利人、行政機關及消費者，然而衝突爭議點卻在於行政措施對於人民基本權利之限制，予與依憲法比對行政權限之合理界線應劃止於何處，又該以何種法理達到明確的依據，這即是本論文題目所要探討的內容。

商業競爭下的商標係為市場競爭而存在，固然需要由政府出面擬定規則，以維護交易秩序，但是並不需要直接就商標圖樣本身進行事前審查，除非它本身是不適格作為商標之身份，但可藉由形式審查之登記列冊程序就可排除，勿須以行政公權力提早介入私權間之競爭，而私權間之競爭時機點也應依商標的使用特性，係在於商標推出於市場實際使用後才得以見分曉，此時被侵害之一方只要依照一般救濟途徑，直接訴諸司法機關審理，讓爭議雙方可循正當法律程序尋求解決之道，以顧及多方利益而不偏執。

依目前申請商標時所採用的事前審查制度，因係採取「商標註冊主義」之故，以至於商標尚未於市場公開使用之前就必須先經由註冊程序審核通過後，才得以合法使用，也才得以受到法律之保障。然而，本文認為，當商標係牽涉人民基本權利言論的表現自由時就必須兼顧，而不宜再以行政管理為由，而包辦商標之存活，不但應限縮其行政權限於登記列冊之形式審核，並應僅就不適格作為商標之身分者預先排除，即屬完成一作為商標主管機關應盡之行政責任，餘事則交由商標權利人之間就實際使用後發生爭議，而由受害一方自行追訴侵權一方，讓行政機關不致剝奪商標申請人之言論自由權益，以維護憲法保障人民言論自由、表現自由的基本權利。

本論文即是從商標事前審查之行政權限與言論自由之間如何達到合理性的平衡與限縮，而以相關之國內外判例及文獻，經由比較先進民主自由國家如何以其國家的憲法法律為基礎，明白作出不同的規定、不同的判決先例，尤其是指商

標言論自由的案例研究上，不但期盼能提出真正存在的問題，並得以尋求解決該問題的方法，以對國家政經社會發展有所助益。



關鍵詞：事前審查、言論自由、表現自由、比例原則、商標圖樣、商標註冊主義、正當法律程序、判決先例。

英文摘要



The topic of this thesis is “The Discussion on the Practice in Authority to Prior Restraint Scrutiny of Trademark Registrations from the Freedom of Speech Protection.

“This topic relates to the field of Constitution, Administrative Law, and Trademark Act.

The objects are the proprietor of a registered trademark, the administrations, and the consumers. However, the issue is the limitation caused by the administrative measures to peoples’ fundamental rights: what is the reasonable line of the authority under Constitution; what are the rationale to achieve clear basis? Those are the research questions for this thesis.

This thesis focuses on the reasonable balance between the authority of prior restraint scrutiny of trademark registrations and freedom of speech. The approach is looking into the materials from Taiwan and other foreign courtiers. The methodology is comparative research. Using Constitutional laws in other democracy countries as basis, to understand how different regulations and stare decisis—especially the cases on trademark and freedom of speech. This thesis would like to raise the awareness of the true questions and to find the solutions in order to assist the political and economic development of our country.

Keywords : Prior Restraint Scrutiny, Freedom of Speech, Freedom of Expression, Principle of Proportionality, Reproduction of Trademark, First to Register, Due Process, Stare Decisis

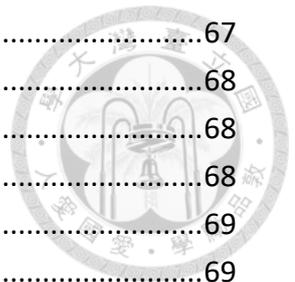
目 錄



口試委員會審定書.....	i
誌謝.....	ii
中文摘要.....	iv
英文摘要.....	vi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	5
第二節 研究目的.....	6
第三節 文獻探討.....	7
第四節 研究方法與範圍.....	8
第五節 問題之提出.....	9
第二章 商標法與註冊審查.....	11
第一節 商標行政審查.....	12
壹、註冊領證前審查.....	12
貳、註冊領證後審查.....	15
第二節 商標司法審查.....	17
壹、本國的審理機關.....	17
貳、比較外國法例的審理機關.....	19
參、無註冊即無訴追權利.....	20
第三節 從法律面看商標審查牴觸憲法合憲性原則.....	21
壹、臺灣法例.....	21
貳、比較外國法例.....	22
參、小結.....	23
第四節 從執行面看法律違憲之各國救濟制度比較.....	23
壹、憲法法庭綜理違憲審查.....	23
貳、我國違憲審查之緣起.....	24
參、美國從 1803 年的聯邦最高法院判決開始.....	25
肆、德國從二戰後之聯邦憲法法院開始.....	25
伍、其他國家從何開始.....	26
陸、我國違憲審查終回歸至憲法法庭.....	26
第五節 商標法與訴願法之離合關係.....	29
壹、不服行政處分之訴願程序.....	29
貳、立法者應衡酌對象性質主動設計.....	30
參、基本權侵害應由司法訴裡.....	30
肆、商標爭議由智慧財產法院處理.....	31

伍、我國所援參之外國立法例，已然廢棄訴願制度.....	33
第六節 小結.....	34
第三章 商標事前審查及內容.....	35
第一節 商標屬於言論基本權應受憲法保護.....	35
壹、代表商品之出處.....	35
貳、促銷商品之訊息.....	38
參、具象徵性的言論表現.....	39
第二節 憲法禁止表現自由事前審查.....	39
壹、日本、德國成文法的禁止.....	39
貳、美國判例法的禁止.....	40
參、觀察臺灣司法院大法官釋憲案件.....	42
第三節 商標事前審查內容.....	43
壹、不確定法律概念.....	43
貳、行政裁量空間.....	44
第四節 跨域商標與事前審查.....	44
壹、傳統商標圖樣.....	44
貳、非傳統商標圖樣.....	45
參、事前審查扼殺商標表現自由.....	49
第五節 小結：事前審查的限制差異.....	50
壹、反映臺灣實況.....	50
貳、比較外國實況.....	50
第四章 事前審查如何傷害商標表現自由.....	52
第一節 從行政權的角度來看.....	52
第二節 從基本權的角度來看.....	53
第三節 從審查官的角度來看.....	56
壹、感官知覺的商標：.....	56
貳、相同近似的商標：.....	57
參、淡化戲謔的商標：.....	57
肆、觀點描述的商標：.....	57
伍、不具辨識性的商標：.....	58
陸、限制性的商標：.....	58
第四節 從法律保留的角度來看.....	59
第五節 從商標載體的角度分析.....	60
第六節 小結.....	61
第五章 商標註冊事前審查必要性評析.....	62
第一節 商標事前審查推定違憲.....	62
第二節 商標事前審查與事後懲罰同時存在的必要性何在.....	64
第三節 應捨棄事前審查之理由.....	65

第四節 小結.....	67
第六章 結論.....	68
第一節 自由具體範圍到底是如何？.....	68
壹、內容審查、非關公益限制及可替換性的限縮限制.....	68
貳、事前審查與內容審查已逾越必要程度.....	69
參、內容審查與意識形態審查已逾越必要程度.....	69
肆、小結.....	69
第二節 商標法的行政審查應限縮審查範圍及程序，其道理何在？.....	70
壹、註冊違法的申請審查、異議審查及評定審查.....	70
貳、使用違法的廢止審查.....	70
參、縮小申請審查範圍.....	71
肆、註冊與使用的保護原則.....	71
第三節 建議.....	72
參考文獻.....	74
壹、中文.....	74
貳、英文.....	76



圖目錄

圖	1 「渾青蛙」(BAD FROG BREWERY) 的商標.....	46
圖	2 憤怒的母狗 (RAGING BITCH) 商標.....	47
圖	3 樂團商標「這鳳眼」(THE SLANTS)	48
圖	4 THE FUCT 商標.....	48





第一章 緒論

商標法 (Trademark Law) 與言論自由 (Free Speech) 之交火，肇始於美國專利商標局 (United States Patent and Trademark Office, 簡稱 USPTO) 於商標申請註冊事前審查 (Prior Restraint Scrutiny; Pre-publication Censorship) 之階段，由該局依聯邦商標法 (Lanham Act; the Federal Trademark Law) 第 2 條 (a) 項規定拒絕一個帶有歧視性隱喻的文字商標「這鳳眼」 (THE SLANTS) 申請註冊，而引起違憲爭議，最後經美國聯邦最高法院判定此一商標法適用之規定 (法規範)，抵觸美國憲法增修條文第 1 條 (the First Amendment; 又稱「第 1 修正案」) 言論自由之審查。雖然，這僅係商標爭議之中一憲法個案審查案件，並不會影響商標法之存在，然藉此一案件——*Matal v. Tam*¹ 為我們開啟了一扇智慧之窗，讓我們頓時理解——商標註冊「事前審查」及其適用法規範的限制，可能皆係違反憲法保護人民言論自由與表現自由 (Freedom of Expression) 等基本權的違憲行為；**本文認為，若將商標依其作用觀察之，也可發現誠屬於言論自由與表現自由之實現載體。**

各國行政主管機關早已明瞭如何有效管控人民言論表現於發表之先，一如採取英國自 17 世紀即開始使用的「事前審查」作為阻絕手段，並輔予「行政裁量權」的模糊施展空間²。

臺灣自 1949 年的一黨統治階段，昔時的「中央標準局」即現今的「智慧財產局」，若以當時的商標法規定，商標註冊前之「事前審查」階段係包含「申請審查」與「異議審查」，商標一旦經由申請審查核准並擇期公告後之三個月期間，任何人得提起異議審查撤銷該一公告中的商標。於當時政治環境下成立的「中國國民黨中央社會工作會」，乃於此期間不忘一紙行文，要求撤銷已核准公告的商

¹ *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017).

² See BARRON, JEROME A. & DIENES, C. THOMAS, FIRST AMENDMENT LAW, USA: THOMSON WEST 55-64 (2004).

標，中央標準局也因黨國威權只得從命，迅即經由「異議審查」程序而遂認「華年達」汽水商標之「WARINTA」英文拼音，係影射「WAR IN TAIWAN」之意識形態理由，撤銷該案之申請；而「BUFFALO」又是另外一例，該英文商標作為商標圖樣提出申請，但依當時商標法規定應附上中文，於是便以「霸華陸」拼音作為一完整組合之商標圖樣，卻也因公告期間被解讀為「稱霸中華大陸」之涵義，而存有日本軍國主義意識形態理由，致相同藉由商標註冊前的「異議審查」及主管機關施加予的行政再審查裁量權，直接抹去該一商標，申請人自難再以原本的商標圖樣完成註冊領證，更遑論走進市場使用。

凡涉及言論表現的商標法、出版法、著作權法，以及管理藥品與化粧品廣告的藥事法、化粧品衛生管理條例等，皆因係牽涉言論表現的不同型式，故在後來的法制時空背景下，讓原來皆存在的「事前審查」門檻，因產生合憲性之爭議而被逐一廢止或部分廢止³。

行政機關之於事前管制，可能為「超前部署」之考量，以達有效地管控人民言論表現於發表之初為目的。然，「事前管制」與「管控言論」兩者之合憲性，本文認為，實乃違反憲法應善加保護人民基本權的施政行為。蓋依司法院釋字第 509 號解釋理由書中所謂：為求「實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公益，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺的機制，國家應給予最大限度之保障」⁴，又依據司法院釋字第 445 號解釋理由書中所謂：「本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發現真理，並經由民主程序形成公益，制定

³ 回顧司法院釋字第 744 號解釋，就「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前申請中央或直轄市衛生主管機關核准，否則處新臺幣五萬元以下罰鍰」之限制條款，依該釋字解釋文：「……係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」化粧品廣告之「事前審查」因限制表達而致違憲而被廢止，即是經典案例。

⁴ 詳可參，司法院釋字第 509 號解釋理由書第 1 段：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=509>。

政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。」⁵前述兩者即是說明「主權在民」的當前社會環境，司法院大法官會議適切地表達出人民應享有憲法保護其基本權之目的功能描述⁶。

中華民國開國者早已認知人民是國家主人，有謂：「夫中華民國者，人民之國也，君政時代則大權獨攬於一人，今則主權屬於國民之全體，是四萬萬人民即今之皇帝也。國中之百官，上而總統，下而巡差，皆人民之公僕也。而中國四萬萬之人民，由遠祖出生以來，素為專制君主之奴隸，向來多有不識為主人，不敢為主人，不能為主人者，而今皆當為主人矣。其忽而躋於此地位者，誰為為之？熟令致之？是革命成功而破壞專制之結果也。此為我國有史以來所未有之變局，吾民破天荒之創舉也。」⁷一百多年後，現今位處臺灣的中華民國，開國之目的既是讓人民當家作主，而憲法訂定的目的即在保護人民的基本權益，其發揮憲政體制而具體的實現保護人民的意旨，依憑憲法第 173 條規定：「憲法之解釋，由司法院為之。」經由司法院大法官會議之違憲審查機關，依聲請解釋憲法以間接保障全體人民的基本權利。

本文認為，商標註冊使用「事前審查」已然限制商標表現自由，似違反憲法保護人民基本權利的規定。商標主管機關以「事前審查」機制作為商標註冊前的必要審核程序，可能牴觸憲法第 23 條規定：「……除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，憲法所指的「必要」，即是指經由衡量情況後之選擇，然商標於註冊申請階段，倘尚未進入市場銷售產品的地步之前，何來產品會因競爭關係而發生妨害他人自由之爭議？就尚未發生之情事何須做出避免緊急危難之處置？又如何以尚不存在的事實發生做為維持社會秩序的環境背景？再又如何藉由限制言論自由以增

⁵ 詳可參，司法院釋字第 445 號解釋理由書第 7： <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=445%20>。

⁶ 吳庚、陳淳文（2017）。《憲法理論與政府體制》，臺北：三民，頁 199-200。

⁷ 孫逸仙（1954）。〈民權類〉，收於陳健夫（編者），《國父遺教大辭典》，臺北：臺灣上海，頁 1。

進公共利益之福祉？一旦深究此一由來久遠的「事前審查」違憲舉措，顯然皆屬對表現自由原不應加以「限制之限制」（Schranken-Schranken）⁸，而應被實施民主憲政的國家給儘早拋棄才是。

固然商標主管機關對於註冊在案之商標負有「不足之禁止」（Untermassverbot）的義務⁹，但若採取事前審查手段作為保護其基本權主體，以使其基本權免於遭受第三人侵害，致該保護手段自免不了以限制可能侵害者的基本權利為必要，所以就可能侵害者與國家的關係上，當可以根據基本權的防禦權功能，請求國家對其採取干預手段時，不得超出必要的程度；意即，國家選擇干預手段時，負有所謂「過度之禁止」（Übermaßverbot）的義務¹⁰，也就是不得採取違反比例原則，超出必要範圍的干預手段。因此商標主管機關在註冊保護主義之實施上仍必須受「不足之禁止」與「過度之禁止」之雙重拘束，具體而言，由司法院釋字 364 號解釋文謂：「對於人民平等接近使用傳播媒體之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重」即為映照¹¹。

商標具備強大的言論表現之乘載能力，但商標權之取得須經由行政機關「事前審查」及配合行政裁量權之法律授權為規範限制之外，尚有諸多橫生的不同行政審查名目，及對審查後不服之訴願救濟程序。但即使有此種可謂「擾民」形式的行政審查仍嫌不足，須再配合司法機關的「事後懲罰」以做為終結，既然依其管理目的，原本不就是為了「維護商標市場公平競爭的環境」，但真有必要採取事前的行政管理措施？

本文認為，當商標於市場使用而真有違法情事發生時，應視同一般性違法案件直接訴請司法機關處理，即可達成維持公平競爭的商業生態之目的；從簡化行政管理工作的（如限縮其行政工作至剔除形式上非屬商標之申請案即可）、預先做

⁸ 關於基本權之「限制之限制」（Schranken-Schranken），可參，蔡明誠大法官，釋字第 744 號解釋協同意見書，頁 12-13。

⁹ 許宗力（2007）。《憲法與法治國行政》，臺北：元照，頁 195-196。

¹⁰ 同上註。

¹¹ 同上註。另可參，司法院釋字第 364 號解釋文第 1 段：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=364>。



好分類與紀錄之職責即為已足，事前審查等非有必要的行政措施，對於誠實的經營者而言，顯然已屬不當之干預，且行政處分之救濟選擇，也不同于直接實質有效的司法途徑，於程序上非但延誤人民稍縱即逝的商業時機（timing），倘據此衡量人民有形與無形的利益損失，必然又遠大於政府為管理市場所能獲取的利益。本文於是認為，事前審查實已違反行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」之比例原則，並恐有抵觸憲法第 23 條有關「手段必要性」之規範原則。

第一節 研究動機

人民的基本權植根於憲法，憲法的解釋權，委由司法院大法官會議實踐，然而攸關人民基本權的表現自由，卻實際掌控在行政機關手裡。雖然，政府體制由立法、司法、行政三權分立各司其職相互制衡，但就維護人民基本權利而言，實際操作竟是如此繁複，顯然不夠「接地氣」更存有諸多待解之問題，因此，本文以此為題，並尋求解答，聚焦於探究就商標註冊事前審查之合憲性為研究。

人民之行為若違法，固然應接受司法審判，然對於尚不確定是否構成違法之行為者，政府卻以發證照為門檻，讓人民必須接受「事前審查」，再以行政裁量消滅所謂認定的違法於無形，則對於具備言論表現影響力的商標而言，若政府想以此手段輕易限制人民言論表現自由，對於應受憲法最大保護的人民言論基本權而言，即屬於一場空前的剝奪，致已嚴重侵蝕人民應受保障免於干預的言論自由。

商標權之資格取得，本文認為，依其功能應是經由實際使用、銷售商品及經由消費者普遍認同其作為商標後始足當之，絕非僅是經由通過行政機關發給的一紙證書（Certification）即可當之；商標之身份源於商品之品牌代表，若尚未於市場使用根本無從涉及公平競爭之違法情事，也無從證明侵害他人權利的事實，更

無從達到所謂擾亂社會秩序的程度；商標權屬於經營者之私有財產權，一旦爭議雙方對於商標使用，認有一方侵害其權利情事時，受害一方自會蒐集罪證審慎提起侵害訴訟，實不需要煩勞國家再以行政管理名義，進行不必要的干預與介入。

一個完整的商標圖樣設計，倘依商標法第 18 條定義：「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。」亦即，識別性標識的產生，即是藉由前述的諸種元素為組合，當其被創作完成準備使用前，雖不具備商標功能——卻已是一個不折不扣的表現自由載體——屬於人民言論表現基本權，而認應被憲法優先保護，因此，商標創作物即當然是由創作者因其創作而自然享有之智慧權¹²，毋須經由國家機關「加工」審查、「刻意」給予屬於私有財產的商標權，致其有違本應經由「實際使用而自然產生權利」的必然過程。

世界變遷如此快速，臺灣的商標行政實務，卻始終未能覺醒。本文欲提醒，「事前審查」係在於先行限制人民的表現自由，實屬於一種非必要的控制手段，嚴重侵害憲法保護人民的基本權利。而今以「國家管理」商業秩序作為合理事前審查理由，實為相關機關欲終結、清除及擺脫責任牽扯的方法¹³。

第二節 研究目的

商標具備無與倫比的言論感染力，其言論或由單一元素構成或由組合元素所構成，但完全屬於表現自由項下的基本權保護範圍¹⁴。商標註冊前之「事前審查」，恐有行政裁量濫用之虞，對此一控管機制的適當性、必要性及衡量性，應有著更深一層的合憲性考量¹⁵。固然，過去不曾有人意識到商標與言論表現、藝術表達

¹² 蔡明誠（2006）。〈我國智慧權法之解釋及法律補充〉，收於：施茂林（主編），《跨世紀法學新思維——法學叢刊創刊五十週年》，臺北：元照，頁 432。

¹³ SULLIVAN, KATHLEEN M. & GUNTHER, GERALD, FIRST AMENDMENT LAW. NEW YORK: FOUNDATION PRESS 339-340 (1999).

¹⁴ Ramsey, Lisa P, *Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law*, SMU L. REV., 61(2), 381, 395-403 (2008).

¹⁵ 吳庚、陳淳文，同上註 6，頁 150-151。

間的不同型態法律層面問題，然而，經由美國聯邦法院個案具體判決案例，與臺灣司法院大法官會議抽象法令解釋案例，已就商標言論表現之基本權有所著墨，尤其，針對基本權限制的「事前審查」行政關卡，是否符合比例原則及憲法規範下的手段必要性原則，可經由相關文獻之探討，加以釐清。

本文即是質疑商標註冊前的「事前審查」程序屬非必要並質疑其合憲性，經由比較美國、德國及日本等國對維護憲法之做法，並與臺灣之差異進行比較，藉以深化本文之論述。當然，固有憲政體制應隨著時代變遷非不能變也¹⁶，惟必須透過違憲審查體制，循序經由教義、原則及實際生活經驗的累積，始得以達成憲法完善保護人民基本權之本旨。

第三節 文獻探討

限制人民基本權的爭議對象是國家機關，臺灣人民為維護自身的基本權之實際作為，卻只能從較低階之民事、刑事及行政訴訟法庭，並隱隨著具體爭議個案之附帶型式開始，及至所有法庭層級都已用罄，才得以終結裁判結束後作為其資格，向最高司法機關之大法官會議提起合憲性請求而為法規範憲法解釋，「從多數決民主主義的觀點而言，的確是民主性最稀薄的國家機關。」¹⁷。然而，就此一「民主性最稀薄」空間產出之解釋案例，卻正是本文所能蒐集研析的對象。

臺灣從解嚴後發展的相關案例固然不少，但對於商標言論表現的憲法權爭議及商標「事前審查」階段之爭議解釋案例等尚不存在，所幸美國聯邦法院的最近判例（2017~2019年）及相關言論自由與「事前審查」的歷史性變革之諸多文獻可加以援引進行分析比較與說明。

回顧美國所以能有今天的成果，必定是由穩定的司法環境所造就，才得以持續累積這兩百年來（1803~2017年）各級法院的判決結果，但對於歐陸奧德國家

¹⁶ 李念祖（2002）。〈憲法之變遷〉收於：《案例憲法（一）憲法原理與基本人權概論》，臺北：三民，頁171。

¹⁷ 許志雄（2006）。〈現代立憲主義與民主的對話〉，收於：施茂林主編，《跨世紀法學新思維——法學叢刊創刊五十週年》，臺北：元照，頁74-45。

而言，雖屬憲法法院創始地，卻毀於一次世界大戰，讓行政法學者 Otto Mayer 特別為其 1929 年版之德國行政法第三版的序文中寫道：「憲法消逝，行政法長存」（Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht）¹⁸似乎道盡當時的環境是那般地無奈。續經二次戰敗後，雖有聯邦憲法法院主其事，但議會優越或國會主權原理及司法地位低落等傳統因素¹⁹，以致相關言論基本權之違憲案例乏人研究，惟幸於基本法載有細緻的基本權條款及相關的法學理論基礎，仍有助於本文對商標註冊「事前審查」的完整論述。

第四節 研究方法與範圍

商標創作之目的在於商業上之使用，商標創作之圖樣內容，屬於極度發展的言論表現基本權內容。行政主管機關起初以維護商標秩序為目的宗旨之表面理由似乎毫無疑問，惟因商標功能（function）隨著主權民意快速演變，管理方式就應捨棄威權式主義，對於人民基本權的行政干預，若非以人民權益為著眼點，卻固守行政官署的方便利益為考量，而持續採用的「事前審查」即有爭議性。

本文於是就此範圍研究相關爭議及文獻記錄，包含司法院大法官解釋文、美國聯邦最高法院「判決先例」（stare decisis）拘束之違憲見解進行評析，再就相關商標違憲審查案件等，不過仍以言論表現自由之「事前審查」為重點。

當然，除了追索歷史文獻外，對於法學論著也蒐集整備，對於行政機關施用於商標程序及裁量舉措是否合憲，也一併討論。再藉由比較他國先進的相關論述，以為充實本文呈現的內容。雖然本文含有作者部分工作經驗實務，但為符合學術要求，只求盡力表達到位，若有不明之處，尚祈研讀者諒解。

¹⁸ 吳庚（2005）。《行政法之理論與實用》，臺北：三民，頁 36。

¹⁹ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2019）。《憲法權力分立》，臺北：新學林，頁 32。

第五節 問題之提出

商標通常是由「文字」語言與「圖畫」語言所構成的一種表現自由的商標圖樣，因此依其存有的基本權利包含——語言著作、圖畫著作（或稱美術著作），屬於言論自由應受憲法保障之基本權，雖依其主要功能觀之，係在於推銷其有形商品或無形商品之目的而存在，然而，歷經世代環境演變，當今更在乎於標榜有別於同類競爭產品或服務之存在的價值，亦即——商標之作用在於盡可能顯示出自己商品之特色，以利潛在選擇者能有機會消費，進而達到競爭者獲益之最終目的，而不虞被社會忽視而終遭致淘汰。

商標係為市場競爭而存在，因此需要由政府相關機關出面擬定規則以維護交易秩序，藉以避免無情無序之爭奪，既為一方長久利益維持其公平永續的環境，並為新進入之競爭者不因其弱勢而被強勢所剝奪，除此之外，亦在於保護選擇者能有知的權益而做出理智的消費行為。

商標於設計之初為求能於市場競爭獲得最佳的回饋，因此皆以審慎創新的態度去達到想像中所要表達的意境，亦即，完全在乎於表達出的效果是否真的能被消費市場所接受，因而實屬一種「戮力為求創新表現」於大眾的行為，致若以商標所有者個人權益之角度來看，憲法保護的基本權利即是指人民的言論表現的自由應被尊重，相關機關基於競爭秩序進行審查，以維護交易秩序與保護消費者等立場，固然有其法理而據以從事審查性之工作，然若有替換性與限縮性之空間，以利多方同時取得最佳利益且相互制衡之位置，似更有機會取得如圓之軸心得以平穩繼續往前滾動之可能。

在此關於現今的商標事前審查制度，因係採取「商標註冊主義」，商標於市場公開使用之前須先經由註冊程序，才得以合法使用，也才得以受到法律之保障。然而，本文認為，牽涉人民基本權利之言論表現自由亦必須同時兼顧，似不宜再以行政管理為由，而以父權觀念進行指導，應以一相互尊重之信任關係，來促成互利共生的新穎境界。

本論文即是就商標事前審查之行政權限與言論自由之間如何達到合理性的平衡與限縮，而以可得之相關文獻，並參考先進民主自由國家以憲法法律為基礎的判決先例作為比較說明之依據，期盼對此問題能尋找出明確的解答。



第二章 商標法與註冊審查



商標代表銷售之商品，以「使用」與「辨識度」作為合法存在於商品銷售市場的兩個關鍵條件，依現行商標法規定商標必須先行申請商標註冊才能享有商標權，然而商標一旦申請註冊，將面臨註冊領證前及註冊領證後兩個階段的四個行政審查，但商標主管機關向來對審查程序的「申請審查」（即是事前審查²⁰）毫無把握，才有核准註冊後於公告期間的第二次「異議審查」（註冊公告當日起取得商標權同時開啟全民異議審查²¹），及註冊領證後的「評定審查」與「廢止審查」（註冊領證後開啟特定人評定審查²²同時開啟全民廢止審查²³），然而這些行政審查完全聚焦於商標不使用而違反「使用」規定及使用過度致違反「辨識度」規定的兩個條件上。商標法除了有四個行政審查規定外，尚還有因實質侵害他人商標的司法審查規定，也因此分屬行政與司法機關管轄，並有適用順序，於是行政機關的「事前審查」與司法機關的「事後懲罰」前後呼應，但兩者規範內容皆相同指向「使用」與「辨識度」兩個條件上。以至於商標法被質疑何需兩種審查？商標不過是商品廣告的代表及商業言論表現的媒介物，又何須讓商標使用者隨時處於行政審查的不確定狀態？其實不就是在乎商標之使用與辨識度而已，為何不止於使用「事後懲罰」之單一性司法審查機制即足夠，好讓人民一旦處於權益被侵害時，能直接以通常一般的民、刑事訴訟正當法律程序去追責與抑制侵權並要

²⁰ 申請審查即是事前審查，依商標法第 14 條規定：「商標專責機關對於商標註冊之申請、異議、評定及廢止案件之審查，應指定審查人員審查之。前項審查人員之資格，以法律定之。」

²¹ 異議審查之開啟時間點，依商標法第 32 條、第 33 條及第 48 條分別規定，其簡要大意為：「商標註冊申請案經核准審定，申請人應繳納註冊費後，始予註冊公告，並發給註冊證。」、「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標權，商標權期間為十年。」、「任何人得自商標註冊公告日後三個月內，向商標專責機關提出異議。」

²² 評定審查，即商標法第 57 條第 1 項規定：「商標之註冊違反第 29 條第一項、第 30 條第 1 項或第 65 條第 3 項規定之情形者，利害關係人或審查人員得申請或提請商標專責機關評定其註冊。」

²³ 廢止審查，即商標法第 63 條第 1 項規定：「商標註冊後有下列情形之一，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊：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。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。三、未依第 43 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。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。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。」

求損害賠償？實無必要過度地以行政干預舉措去抵觸憲法「必要性」與「比例原則」。



第一節 商標行政審查

壹、註冊領證前審查

商標欲取得商標權，必須依商標法註冊，否則無法取得商標權。商標法第 2 條規定：「欲取得商標權、證明標章權、團體標章權或團體商標權者，應依本法申請註冊。」意即，商標若欲取得商標權之先決條件必須依商標法註冊。

商標價值在於市場上流通才得以具體估量，絕不是僅憑商標註冊的機關作業，就可由該一機關加工產出。商標法第 5 條規定：「商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。」該法條明確列出正確使用態樣及依此方式呈現，讓消費者足以認識其為商標，而商標主要功能是以行銷商品為目的，並經由此路徑以展現其資格；亦即商標經由使用，才得於商品市場上累積商標圖樣之辨識度，否則無法成為名實相符的市場流通商標。換言之，倘新創商標圖樣於創作完成後，僅依商標法提出商標申請，從未於商品銷售市場上使用，於此階段又當如何讓消費者、競爭者、利害關係人直接認識它為商標？且「事前審查」之商標通常處於未使用階段，若僅憑審查人員的「政治任務」、「感官辨識」及「常識判斷」作為准駁依據，這不就是經驗臆測與不當行政裁量；又對此些審查有不服處分而欲尋求救濟時，仍被迫依訴願

法向原處分機關的上級機關提出再審查申請²⁴，此時人民有遵循法律規定程序的義務，致無法讓人民儘速跳脫行政束縛的拘限，以選擇具實質效益的司法救濟。

商標權由於「頒證化」之限制由官方給予「市場流通權」，為前述商標法第 2 條規定意旨，然而依申請程序第一階段為「申請審查」即是「事前審查」，依審查內容純屬不確定法律概念，包含如違反公序良俗與不具辨識性等之不得註冊原因，由審查人員依職權裁量，以作成核准或核駁之處分書。核准者經由通知繳費並公告後，即由商標主管機關發給一張「商標註冊證」，開始享有財產權權與專用排他權，通稱為商標智慧權；但是對於核駁者或可提出訴願救濟，或更改商標後重新申請，或從此禁絕於萌芽之出。

商標於專用十年期間仍存有多個不同名目的審查、內容卻是相同的行政審查，只是審查的方式係由行政審查人員與利害關係人或以任何消費者所提供的資訊與主張為相異外，其實不過是以不同名目隨時重新決定該一註冊商標之存或廢而已。依商標法第 14 條規定：「商標專責機關對於商標註冊之申請、異議、評定及廢止案件之審查，應指定審查人員審查之。前項審查人員之資格，以法律定之。」

因此，一商標經由申請註冊程序，縱然已通過商標註冊申請審查階段，後續仍有相同重複的不同名目審查內容包括：異議、評定及廢止三個審查，因此仍需隨時應付不同階段、不同名目的行政審查，致若有人主張違反商標法之使用與辨識度，則該一商標隨時有被回收的可能。總之，商標權既非由人民掌控，反倒是由商標主管機關把持，使用者不過是暫時擁有一張「市場流通執照」存本而已，一旦被認定違規隨即被沒入，便無法再執以發揮商標之功能，因此所謂的智慧權、財產權及其他基本權似乎從不存在於這張商標證書裡。

「申請審查」即是「事前審查」，依其不予核准的裁量原因，規定於商標法第 31 條：「商標註冊申請案經審查認有第 29 條第 1 項、第 3 項、前條第 1 項、第 4 項或第 65 條第 3 項規定不得註冊之情形者，應予核駁審定。前項核駁審定

²⁴ 陳清秀（1999）。《行政訴訟法》，臺北：植根，頁 2。

前，應將核駁理由以書面通知申請人限期陳述意見。指定使用商品或服務之減縮、商標圖樣之非實質變更、註冊申請案之分割及不專用之聲明，應於核駁審定前為之。」由本條款前項規定不得註冊之原因，主要是指「不具識別性」、「相同或近似」、「妨害公共秩序或善良風俗」及「相同或近似已廢止三年內之商標。」，盡是些不確定法律概念內容，致審查裁量空間無法以科學數據作標準，只憑抽象的經驗、常識及直覺。

商標權取得時機，即是依商標法第 32 條、第 33 條分別規定，其大意为：「商標註冊申請案經核准審定，申請人應繳納註冊費後，始予註冊公告，並發給註冊證。」、「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標權，商標權期間為十年。」然而這十年存續期間並非真實地擁有商標所有權，至多只是暫時享有商標使用權，且商標存續有效期間一直受到行政機關的審查監控，因此必須始終維持商標處於單純使用與具辨識度條件的狀態；反之若有違反規定條件者，將隨時面臨不同名目但審查內容相同的行政審查，倘審查未能通過就必定繳還註冊證、廢止該商標權。

經由申請審查准予註冊後，通知繳納註冊費取得商標權，將接續面臨可能的第二次公開審查，由任何人（包括其他審查人員）審查，稱為「異議」，其規定於商標法第 48 條：「商標之註冊違反第 29 條第 1 項、第 30 條第 1 項或第 65 條第 3 項規定之情形者，任何人得自商標註冊公告日後三個月內，向商標專責機關提出異議。前項異議，得就註冊商標指定使用之部分商品或服務為之。異議應就每一註冊商標個別申請之。」而該異議內容重點仍在於使用與辨識度上，又為求避開審查員偏執及一事不再理原則，依商標法第 51 條規定：「商標異議案件，應由未曾審查原案之審查人員審查之。」異議成立與否仍繫乎於審查員之個人決定，相同於申請審查，本質上屬於申請審查核准後的再審查，亦即是指商標領證後的再審查。

貳、註冊領證後審查

商標核准即通知註冊領證，自不待其註冊公告期滿三個月是否有被提出異議。自不同於舊法，其修法理由應是在於避免惡意競爭者，藉由異議程序拖延他人使用於市場²⁵。但領證後仍將面臨的第三次行政審查，稱為「評定」，由利害關係人或審查人員（不限申請審查與異議審查者）都能提起，也不同于異議應限制審查人員避免偏執及抵觸一事不再理原則，其規定於商標法第 57 條：「商標之註冊違反第 29 條第一項、第 30 條第一項或第 65 條第 3 項規定之情形者，利害關係人或審查人員得申請或提請商標專責機關評定其註冊。以商標之註冊違反第 30 條第 1 項第 10 款規定，向商標專責機關申請評定，其據以評定商標之註冊已滿三年者，應檢附於申請評定前三年有使用於據以主張商品或服務之證據，或其未使用有正當事由之事證。依前項規定提出之使用證據，應足以證明商標之真實使用，並符合一般商業交易習慣。」核其評定之審查內容相同是指商標法第 29 條、第 30 條及第 65 條有關商標辨識度與是否有使用的問題上打轉。

註冊商標使用超過五年，將例外排除被評定審查，但仍有例外之例外，亦即規定於商標法第 58 條：「商標之註冊違反第 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 項規定之情形，自註冊公告日後滿五年者，不得申請或提請評定。商標之註冊違反第 30 條第 1 項第 9 款、第 11 款規定之情形，係屬惡意者，不受前項期間之限制。」意即包括第 30 條第 1 項第 9 款：「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。」及第 11 款：「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。」意即商標使用者縱然已於市場平穩使用超過五年期間，但利害關係人

²⁵ 謝銘洋（2020）。《智慧財產權法》，臺北：元照，頁 174。

或審查人員認為該商標使用發生不具辨識度之惡意攀附、減損他人著名商標名氣之行為者，將面臨例外之例外而存有被評定撤銷之風險。其實這個過程雙方當事人應直接由「事後懲罰」機制的司法機關處理，亦即被侵害者應自行蒐集證據向法院提起追訴惡意侵害者罪責，而被告也能依法律程序充分辯護，以護衛自己非屬惡意的合法權益，不應再以重回行政系統及行政救濟系統內去消耗時間及金錢。

本階段屬商標使用不定期程的最後庫存盤點審查，依其商標法第 63 條規定：「商標註冊後有下列情形之一，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊：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。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。三、未依第 43 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。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。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。被授權人為前項第 1 款之行為，商標權人明知或可得而知而不為反對之表示者，亦同。有第 1 項第 2 款規定之情形，於申請廢止時該註冊商標已為使用者，除因知悉他人將申請廢止，而於申請廢止前三個月內開始使用者外，不予廢止其註冊。廢止之事由僅存於註冊商標所指定使用之部分商品或服務者，得就該部分之商品或服務廢止其註冊。」除此之外尚有額外限制被廢止的商標於三年內，原商標權人不得再以相同或類似的商標申請註冊²⁶，這次屬於最後名目的行政審查稱為「廢止」，但審查內容仍然相同前面數次的審查，續纏繞在商標的辨識度與是否依正確方式使用的兩個問題條件上。其實商標法授予行政機關干預商標爭議已過度超越屬於司法機關管轄的權限，商標既已註冊其權利即應歸屬私人所有，若事實發生侵權爭議，理當由人民訴請司法機關審理，絕非行政機關可直接插手替代，以符行政、立法及司法三權分立憲政體制。

²⁶ 詳可參，商標法第 65 條第 3 項之規定。

第二節 商標司法審查

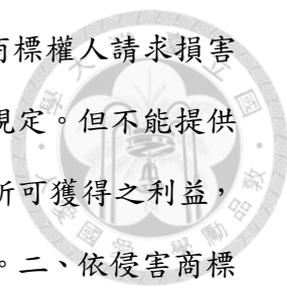


壹、本國的審理機關

商標於市場使用發生侵害他人商標權之爭議時，對於侵權者屬註冊在案商標，此時應重啟行政審查，並承受事後審查之追懲處罰，對於未註冊在案商標為侵權者則將直接承受司法追訴；被侵權者若屬註冊在案之商標，則可適用商標法第 68 條規定：「未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」儘速損害之減輕（mitigation of damages）；侵權者若歸因於違反該法之使用與辨識度條件，即屬違反商標法，應承受民事追訴責任及擔負金錢損害賠償（pecuniary damages）之責任。

依據侵害證據內容伴隨商標法事後追懲罰則²⁷，係規定於商標法第 95 條：「未得商標權人或團體商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金：一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」意即違反商標使用與辨識度規範，致侵害他人商標，必須接受重刑侍候。既然法律規範以明定在商標法那裡，法律之明確性效果也已然形成，對於惡意違法者自會評估自己的利益、風險得失，又國家司法機關可依據受害者提供的侵權證據，而進行審理侵權者之該當罰則。

²⁷ 詳可參，商標法第四章罰則之規定。



受害者依商標法請求損害賠償金額，規定於第 71 條：「商標權人請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：一、依民法第 216 條規定。但不能提供證據方法以證明其損害時，商標權人得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害。二、依侵害商標權行為所得之利益；於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益。三、就查獲侵害商標權商品之零售單價一千五百倍以下之金額。但所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額。四、以相當於商標權人授權他人使用所得收取之權利金數額為其損害。前項賠償金額顯不相當者，法院得予酌減之。」侵害救濟之賠償金額計算方式既已明列於商標法中，那麼惡意侵權者自會評估賠償風險，以達威懾目的；但是，若以現行商標法對於商標權人之保護，可能已失其焦點，因為侵權者會想盡辦法自商標主管機關掌控商標生死之權利中，進行如評定、廢止之撤銷商標權程序，讓原本商標侵權之裁判權力瞬間轉入於行政機關手中，那就是利用程序時程拖延，至少耗費兩年時間才得以走完。如此對於惡意侵權者而言將可預留暫不被追討制止的緩衝空間，因而掌握時機就是掌握金錢，當時機消逝後侵權者已賺到並給跑了，相對於受害者只會被困於原地並加深受害而已²⁸。

商標權屬於私有財產權，當商標於市場上使用偶遇有爭議衝突情況發生時，一旦侵害他人之商標若屬註冊在案之商標，將相同前述之情況必先經由行政審查程序，經確定違反商法之使用與辨識度而遭剝奪商標權後，才得以進行司法審查，對於被侵害者為應付不公平競爭及如此瞬息萬變的商場競爭環境，此種繞回行政審查的正當法律程序誠屬落後思維之產物、曠日費時、緩不濟急，此時的商標法對於人民權利的救濟反而是個阻礙、根本使不上力，基本上欠缺迅速解決災難持續發生的有效方法，只能聽命於行政官僚專家的頤指氣使。雖然商標法第 79 條規定：「法院為處理商標訴訟案件，得設立專業法庭或指定專人辦理。」且依目

²⁸ 謝銘洋 (2020)。同前註 25，頁 389-391。

前商標訴訟之民、刑事案件及行政訴訟事件，雖然可以直接交由智慧財產法院處理解決，但前提條件是被訴侵害之商標若有註冊在案之情況，仍必須等待行政審查及其救濟程序最後有了結果後，才得將無賴侵權者送入司法審判庭進行訴理裁判，其實商標權爭議縱使影響消費者權益，但爭議內容主要仍屬於個人間的私有權利爭執，應由爭議之雙方就既有權利基礎直接訴請法院儘速審理，而不是先經由行政審查及其救濟程序後，再繞回司法救濟之方式。

倘商標於申請註冊程序起步階段就被以「事前審查」給終結時，申請者對於被限制的基本權利若要尋求救濟，是以行政機關為被告經由訴願行政訴訟程序，而非以基本權受侵害身分與資格直接訴請法院進行司法救濟。因此僅就此點來看，整個行政系統對於商標表現自由的維護概念，顯然完全封閉於所謂達成行政效率的框架裡，而如此的限制管理方式，也只是拖延、耽擱及剝奪人民對基本權救濟的零效率，由此相對衡量彼此間利益，顯然極度傾斜於行政機關利益，而忽略人民利益，致屬違憲行政。

貳、比較外國法例的審理機關

比較美國商標被侵害時之基本權保護狀況「根據於 1946 年聯邦國會通過之美國聯邦商標法（Lanham Act）與聯邦商標淡化法（Federal Trademark Dilution Act）之規定，聯邦地方法院對於涉及該二法案之商標訴訟有專屬管轄權，但是若與該二法案無涉之商標訴訟則可以在各州地方法院提起訴訟。至於若係未註冊之商標被侵害時，仍然可以向聯邦地方法院提起訴訟。」

美國各州均有其州法院（States Courts），而關於非因美國聯邦商標法即美國聯邦商標法§43（a）未註冊商標之侵害案件，包含因原產地虛偽標示、不實之說明或敘述，且當事人為同州居民之案件，均可在適當之州法院提起訴訟；但是若涉及聯邦商標之案件，聯邦地方法院同時也具有管轄權²⁹。

²⁹ 張宇樞（2005），〈從美國與臺灣現行關於智慧財產權案件審理機關之設計談智慧財產權專業審判機關之建立〉，《智慧財產月刊》，第 75 期，頁 95。

由上述說明吾人當可明白商標是不因有商標法之存在而被排除及牽制，因為它是人民基本權，且要成為商標，只要有使用事實及消費者能辨識它為商標即足夠，除此之外，最重要的就是：若遇有商標侵權糾紛時，不是由州法院管轄就是由聯邦地方法院管轄。

依據德國商標法第 4 條第 3 款明文規定，屬於巴黎公約第 6 條「眾所周知的著名商標」，不以在德國國內的實際使用為前提，只要該商標達到眾所周知的知名度，即獲得德國商標法的保護。然而依德國法院的見解，必須是在國內相關交易範圍內得以作為具有產品識別能力的區別（特別）標誌，亦即未註冊商標在德國是否受到保護，其決定性在於該商標在德國國內交易上的知名度，商標在國外的知名度以及其在國外的使用，對於該商標在德國是否受到保護並不產生任何影響。次依據德國商標法第 2 條規定：「依本法對於商標的保護，並不排除其他法律對於該商標的保護的適用。」因此就惡意搶註、偷竊他人商標者致違反競爭的行為，受害者即可直接向民事法院提起競爭訴訟，比起向德國專利及商標法院提起註銷程序，民事法院更能做出公平及全面的釐清及決定³⁰。

參、無註冊即無訴追權利

商標於創作完成本應享有智慧權之創作基本權，但依商標法絕對單一性主義，若不依商標法第 2 條規定經由行政審查註冊程序是不得享有商標權利，也就不得主張自己的權力，一旦被同業競爭者侵害，也不能名正言順的以商標權被侵害名義向法院請求救濟，除非是惡意搶註行為有違公平交易秩序得依商標法第 30 條第 1 項第 12 款「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。」最多亦只能依此規定提出異議或評定以尋求救濟之道。但上述商標法之規定也僅限於經由行政審

³⁰ 魏馬哲 (Matthias Wetzel) (2017)。〈未註冊著名商標的保護〉收錄於《法律探微今與明的新學思》，臺北：聯經，頁 231-245。

查而非司法審查之救濟途徑。致不若美國法院對人民於市場上使用之商標，縱使未經由聯邦商標法註冊，但只要符合使用與辨識度兩個條件以之作為商標，即被視同為自然享有之智慧權利。



第三節 從法律面看商標審查抵觸憲法合憲性原則

壹、臺灣法例

現行商標法是 2016 年 11 月 30 日修正，商標法之制定應屬立法權限，但授權於商標主管機關立法，若未有明確的指導原則，且行政主管機關未能於立法過程中考量行政程序法及憲法的原則規範，該法之生成即屬於行政濫權產物，若行政機關再依該法授予的審查員行政裁量權，也必然造成濫權的相同結果。

臺灣於 2001 年 1 月 1 日開始施行的「行政程序法」第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」由此一指導原則即是對照憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性附合，即無乖於比例原則³¹。

意即，限制基本權的條件除了因必要性而限制之外，不能另加以法律限制，那麼對於商標註冊前之「事前審查」即是一種事前限制，且加上那麼多的重疊性的行政審查，何不於 2016 年修正時即選擇一次有效性的司法審查？何況依商標之功能必須於實際使用時才得以表現出存在感，也才得以確定商標的相對違法性到底何在？因此依目前採用「事前審查」除了區限於絕對違法性商標之外，餘其

³¹ 城仲模 (2019)。《城仲模八十歲月筭記》，臺北：五南，頁 215-216。

對於言論自由的限制是極不符合行政程序法規定的「比例原則」及「侵害性最小原則」，也因此直接抵觸憲法「手段必要性」的原則與規範³²。



貳、比較外國法例

依據美國聯邦憲法增修條文第 1 條：「國會不得制定關於下列事項之法律：

(一) 確立宗教或禁止信教自由；(二) 剝奪人民言論或出版自由；(三) 剝奪人民和平集會及向政府陳述救濟之請願權利。」³³⁴

而現行日本國憲法第三章之國民的權利與義務之項目下，其中第 21 條：「(一) 保障集會、結社、言論、出版及他一切表現的自由。(二) 不得進行檢查，並不得侵犯通信的秘密。」，意即，於第二款前段規範「不得進行檢查」，即是對於人民的言論及一切表現自由，政府不得進行「事前審查」之禁止明文。

比較現行德國基本法第 1 章之基本權利項下，其中第 5 條：「(一) 人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受資訊而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。事前檢查制度不得設置。(二) 此等權利，得依一般法律之規定、保護青少年之法律規定及個人名譽之權利，加以限制。(三) 藝術與學術、研究及講學均屬自由。講學自由不得免除對憲法之忠誠。」德國基本法於該條第一款最後一段文字寫明：事前檢查制度不得設置。應可更加明確，係對言論及表現自由特別限制「事前檢查制度不得設置」的條款³⁵。

³² 陳淳文 (2001)。《行政法爭議問題研究 (上) · 比例原則》，臺北：五南，頁 104-115。

³³ 陸潤康 (1993)。《美國聯邦憲法論》，臺北：凱倫，頁 487。

³⁴ 節錄美國憲法增修條文第 1 條之原文：The First Amendment：Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. 意即，美國憲法應防止政府立法控制人民基本權利。其中，增修條文第 1 條第 2 款為「剝奪人民言論或出版自由。」即係有關「事前限制」言論表達 (pre-publication censorship)，進一步可參，美國聯邦最高法院兩件著名之案例 *In Near v. Minnesota* (1931)，以及，*New York Times v. United States* (1971)。

³⁵ 詳可參，《德意志聯邦共和國基本法》，我國司法院網站：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-157-22-df6e6-1.html>。

參、小結

或許，亦認為商標與憲法無關者，然依商標圖樣之規範構成：「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。」（參商標法第 18 條規定）；以及，商標使用功能之一在於銷售商品，因此被歸類於商業言論保護（參商標法第 5 條規定）；又因必須於市場廣為散布，以誘引消費者購買商品，具備廣告與傳播功能，因而商標屬於言論自由及表現自由的基本權利範圍，應乃合於理據。

綜合比較美國、日本及德國憲法，係於條文中明確列出不能設置「事前審查」之法律（law）及規制（regulation），意即否定「事前審查」對於言論限制的必要性，本國與未來修法時，宜比較援引、考量是否借用他山之石。

第四節 從執行面看法律違憲之各國救濟制度比較

壹、憲法法庭綜理違憲審查

法院掌理憲法解釋或裁判是促進憲法變遷的重要機制，尤其是在修憲程序高度困難的國家，憲法裁判更是憲法得以與時俱進的主要途徑。經由司法違憲審查不僅有保障人權、制衡政治權力的消極功能，更有促進憲法發展的積極功能³⁶。

亞里士多德（Aristotle）在《政治學》（Politics）中，他提出人治和法治哪一個更可取的問題，他對自己的問題予以毫不含糊的回答：「看起來，給法律賦予權威就是僅僅給上帝和理性賦予權威；而給人賦予權威就等於引進一個野獸，因為慾望是某種具有獸性的東西，即使是最優秀的人物，一旦大權在握總是傾向於被慾望的激情所腐蝕。因此，我們可以得出這樣的結論：法律是摒絕了激情的理性，所以它比任何個人更可取。」二千年後這句話首先體現在 Harrington 的名言：「要法治的政府，不要人治的政府。」接著又體現在 John Marshall 大法官於

³⁶ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2019），同前註 19，頁 21。

*Marbury v. Madison*³⁷一案的判決意見中³⁸。事實上，就在本案發生的 1803 年之後，美國各級法院開始享有個案之具體違憲審查權，並且該案即 *Marbury v. Madison* 也是全世界第一個記錄完整的違憲審查案。



貳、我國違憲審查之緣起

我國違憲審查是從司法院釋字第 218 號解釋(簡要如下列一)，宣告「命令」違憲失效為開始；接著以釋字第 224 號解釋(簡要如下列二)，宣告「法律」違憲失效；後於司法院釋字第 251 號解釋(簡要如下列三)，就「指定期日」令其失效；再於司法院釋字第 261 號解釋(簡要如下列四)屬於政治性含量很高的解釋，由於事關「第一屆中央民代退職案」，以此解散了萬年國會，始才有第二屆的民意代表產生，也隨後廢止了「動員戡亂時期臨時條款」，終於使我國進入正常憲政狀態³⁹。

一、司法院釋字第 218 號解釋稱：「……不同年度、地區、經濟情況如何不同，概按房屋評定價格，以固定不變之百分比，推計納稅義務人之所得額自難切近實際，有失公平合理，且與所得稅法所定推計核定之意旨未盡相符，應自本解釋公布之日起六個月內停止適用。」⁴⁰

二、司法院釋字第 224 號解釋：「稅捐稽徵法關於申請復查……係對人民訴願及訴訟權所為不必要之限制，且同法又因而規定，申請復查者，須於行政救濟程序確定後始予強制執行，對於未經行政救濟程序者，亦有欠公平，與憲法第七條、第十六條、第十九條之意旨有所不符，均應自本解釋公布之日起……以貫徹憲法保障人民訴願、訴訟權及課稅公平之原則。」⁴¹

³⁷ See *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

³⁸ Corwin, Edward S., 強世功譯(1929)。《美國憲法的「高級法」背景》。中國北京：三聯，頁 3。

³⁹ 翁岳生(2020)。《現代法治國家之釋憲制度與司法改革·翁岳生教授論文集》，臺北：元照，頁 354。

⁴⁰ 詳可參，司法院釋字第 218 號解釋文，第 1 段。

⁴¹ 詳可參，司法院釋字第 224 號解釋文，第 1 段。

三、司法院釋字第 251 號解釋：「……前述解釋之拘留、罰役及本所解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一日起失其效力……。」⁴²

四、司法院釋字第 261 號解釋：「中央民意代表之任期制度為憲法所明定，……為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。」⁴³

參、美國從 1803 年的聯邦最高法院判決開始

美國違憲審查是從美國聯邦最高法院 1803 年之 *Marbury v. Madison* 案判決後，由各級法院在審理任何案件時，即享有違憲審查權⁴⁴。不過，美國法院是針對個案進行違憲審查，審查結果如果認為法令違憲，也只是在個案判決適用，並沒有宣告違憲法令「一般性」地失效之權力。因此，不同法院可能會對同一法令是否違憲出現不同的判決結果，除非最高法院有所判決，才會依「判決先例」(stare decisis) 拘束而統一法院之見解⁴⁵。

肆、德國從二戰後之聯邦憲法法院開始

德國違憲審查是從二戰之前的 1919 年，依威瑪憲法設立的國事法院 (Staatsgericht) 審理機關間的權限爭議案件，而不包括基本權利救濟的憲法訴訟⁴⁶。由於鄰國奧地利是世界上第一個設立憲法法院的國家，因此在學說上有將憲法法院模式的司法違憲審查稱為「奧地利制度」(Austrian system)。二戰之後，鑑於威瑪憲法的失敗經驗、納粹法西斯的教訓以及美國的影響等，許多國家才開

⁴² 詳可參，司法院釋字第 251 號解釋文，第 2 段。

⁴³ 詳可參，司法院釋字第 261 號解釋文，第 1 段。

⁴⁴ 李念祖 (2002)，同前註 16，頁 21-31。

⁴⁵ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞 (2019)，同前註 19，頁 32。

⁴⁶ 吳庚 (2004)。《憲法的解釋與適用》，臺北：吳庚，頁 317-324。

始仿效奧地利制度，設立憲法法院，賦予其違憲審查權。例如德國聯邦法院及我國的司法院大法官釋憲機關，雖然歐陸國家最初的憲法法院，也都重視法規合憲性的抽象審查與權限爭議，但爾後也逐漸擴張功能，容許人民得在一定條件下，直接向憲法法院起訴，以保障人民權利⁴⁷。

伍、其他國家從何開始

日本於二戰後在美國影響下，採行美國式的司法審查制度，讓各級法院針對個案都享有違憲審查權。但如法國是在法院之外另外成立「憲法委員會」，對法律進行「事前」的違憲審查，亦即在法律尚未公布之前，如果總統認為該法有違憲之虞時，得送交憲法委員會審查。知名的比較司法制度學者 Mauro Capelletti 教授，因此認為法國的制度其實是一種「政治控制」(political control)。此與其他國家的違憲審查都是「事後」審查有所不同，對人民而言，實在稱不上是一種救濟制度。此外，中華人民共和國(中國)則是由「全國人民代表大會」(最高立法機關)內的「常設委員會」來行使違憲審查權，而非由司法機關行使該項權力。這也是較罕見的例外情形⁴⁸。

陸、我國違憲審查終回歸至憲法法庭

以言論自由憲法保障人民基本權利而言，美國的違憲審查制度肇因於人民對法院裁判違憲及人民對於政府機關不當限制，發生爭議訴理案件，各級法院皆有權就其個案進行違憲審查。亦即人民的言論自由當被政府施政及法院裁判造成不當限制情況下，皆可逐層經由法院尋求最終合理的裁判，及至聯邦最高法院止。如此的救濟程序對於人民的基本權維護，不但在個案審理範圍內可為訴訟當事人間直接解決基本權利之爭議，且在後續法律效果上藉由各級法院普遍秉持與遵循

⁴⁷ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞(2019)，同前註 19，頁 32-33。

⁴⁸ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞(2019)，同前註 19，頁 33。

終審法院判決先例原則拘束的傳統，致可由點擴至面而產生普遍一致性的裁判影響。

若比較德國基本法保護人民基本權利而言，各級法院對於訴理案件，若同時含有的憲法爭議事件，而於適用裁判時之法律確認有違憲時，可暫停其訴訟程序而由法院法官向聯邦憲法法院請求解釋憲法條文後再續判，或於終審裁判後人民認為該一裁判有違憲之情形，尚可續向聯邦憲法法院提出「憲法訴願」，以尋求違憲宣告之判決，並撤銷終審裁判。

及至目前為止我國言論自由保護人民基本權利之違憲審查機制，並非在於解決個案爭議當事人之輸贏，而是藉由爭議事件，或以命令、法律抵觸憲法條文之疑義作出解釋、或判決該一違憲法令將於何時存廢，因此無法直接審查法院的終審裁判，致是欠缺法院裁判的憲法審查，絕然不同於美國也相異於德國，屬於對人民基本權保護的最大缺陷。當人民對於政府機關之施政造成不當限制時，除了依訴願法向原處分機關提起訴願，若不成，次循行政訴訟系統逐層而上，及至最高（行政）法院終審裁判後，始得以終審裁判適用法令，因有抵觸憲法之疑義，遂向司法院大法官會議尋求合憲解釋，然此種違憲審查過程不同於德國「憲法訴願」機制，人民或機構組織可直接將終審裁判整個端給聯邦憲法法院，請求違憲審查判決撤銷該一裁判，以還人民憲法權之基本權利於勝訴一方。

但依民國 108 年 1 月 4 日最新修正，並自民國 111 年 1 月 4 日開始施行的憲法訴訟法，由司法院大法官組成憲法法庭，將可審理法規範憲法審查與裁判憲法審查案件、統一解釋法律及命令案件等等⁴⁹。憲法法庭案件當事人之稱謂，則以聲請人及相對人為區分⁵⁰。國家機關、立法委員及法院，可聲請法規範憲法審查⁵¹，而人民除了可就受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決⁵²外，並就該終局裁判適用法規範所

⁴⁹ 參憲法訴訟法第 1 條。

⁵⁰ 參憲法訴訟法第 6 條。

⁵¹ 參憲法訴訟法第 47 條、第 49 條、第 55 條。

⁵² 參憲法訴訟法第 59 條。

表示之見解，認與不同審判權終審法院之確定終局裁判適用同一法規範已表示之見解有異，得聲請憲法法庭為統一見解之判決⁵³；但兩者前提條件皆被資格限定於「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件」，以形塑憲法法庭居於法院層級最高位及施用憲法以安定法令爭議的最後效果，但對人民來說為維護基本權之言論自由表達權利，卻仍屬一條漫長又蜿蜒之路。

且依最新修正的憲法訴訟法的內容，其實類同於德國的「憲法訴願」制度。其中設立的憲法法庭也類同於德國的聯邦憲法法院，可直接審理法院終局裁判之法規範及裁判之憲法審查案件，可將法院終局裁判宣告違憲、廢棄，並發回管轄法院的機會；倘係裁判所適用之法規範違憲，並可為法規範違憲之宣告⁵⁴。該法於未來實施後或許有比照如美國先例拘束原則之法律效果，乃因憲法法庭之判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務⁵⁵。對於各級法院的法官於審理案件中途遇有法律位階之法規範，依其合理確信，認有抵觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決⁵⁶。此點即可相同比照如德國法院遇有相同情況而裁定停止程序，並俟憲法法庭就該違憲的法規範獲得及時的判決後，再依此完成案件裁判的工作，如此聲請人縱認有對其不利的終局裁判，也不致因憲法法庭的審查而遭到撤銷，倘能依此制度良性循環，各級法院之裁判必然經得起違憲審查，到此地步也算是達到憲法訴訟法修正的目的，讓人民對維護憲法權利的爭議，只要經由法院之途徑即可受到完善的保護，似乎也擇取了美國分散式違憲審查的法律效果。

日本國於二戰後原由德國憲法運作系統如同我國，轉換為美國憲法運作系統，但直至今日因其最高法院始終混雜審理一般民、刑訴訟案件，以致無法專心處理違憲審查的工作，而造成違憲審查的功能萎縮⁵⁷，人民憲法權利（基本權利）無

⁵³ 參憲法訴訟法第 84 條。

⁵⁴ 參憲法訴訟法第 62 條。

⁵⁵ 參憲法訴訟法第 38 條。

⁵⁶ 參憲法訴訟法第 55 條、第 56 條、第 57 條。

⁵⁷ 許宗力（2007），同前註 9，頁 180。

法有效保障，而遭致批評並影響其聲望。為此，我國在憲法訴訟法的修正上，必然避免此一情況，而以既有的司法院大法官，直接升格為法院層級的憲法法庭——民國 82 年 2 月 3 日「司法院大法官會議法」修正為「司法院大法官審理案件法」，後於民國 108 年 1 月 4 日修正公布將於後 3 年施行「憲法訴訟法」。

並藉由此一名實相符的憲法法庭審理憲法有關的法規範及裁判的案件，續維持統一解釋法令案件的權限，讓國家機關、立法委員、地方自治團體之行政或立法機關、法院及人民，當遇有憲法爭議，無法自行排除解決之情況下，能移請憲法法庭解決，予與發揮憲政運作及保護人民憲法權利的功能。

第五節 商標法與訴願法之離合關係

壹、不服行政處分之訴願程序

固然憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」亦即人民對於不公不義之事務及處置，有權要求國家改善之基本權利，立法者依此規範而提供請願法、訴願法及訴訟法（即行政、民事、刑事訴訟法）予有需要的人民去選擇適用這些救濟法，但如何達到人民期待的目的效益，就應由人民自己評估選擇，的確不宜利用救濟法之子法強制人民做出非情願的單一選擇。今倘以行政處分為例，當發生人民權益被行政機關侵害而有不服尋求救濟之情事時，若欲選擇以司法訴訟對決行政機關之不當處分，似較迴繞（slalom）於行政機關的訴願救濟更具經濟效益性，原處分單位若以訴願法強迫人民只能依從訴願開始，並逼向同一機關就同一案件尋求再一次審查，以此看在人民眼裡顯然就係多此一舉，反而阻礙人民向外選擇一獨立機關，尋求更加有效的救濟機會，若就此衡量人民選擇既然被如此輕易剝奪，就值得吾人深切省思，其造成違憲的點滴累積原因⁵⁸。

⁵⁸ 謝銘洋（2020）。同前註 25，頁 389-391。

貳、立法者應衡酌對象性質主動設計



民國 85 年 12 月 20 日作成的司法院釋字第 418 號解釋文：「憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序亦依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。道路交通管理處罰條例第 87 條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無抵觸。」本案係由立法者主動依據憲法原則選擇替代救濟的更佳方式，值得現行商標法的立法者學習，酌就「事前審查」程序侵害基本權之部分，及對不服行政處分原須經由訴願程序之部分，能夠重新設計對人民更加有利的行政舉措及規定，達到更具經濟效益的管理效果，若此才符合憲法保護人民基本權之宗旨。

參、基本權侵害應由司法訴裡

民國 106 年 1 月 6 日作成的司法院釋字第 744 號解釋，由吳陳鑽大法官提出及陳碧玉大法官加入的部分不同意見書中有謂：「本件多數意見之解釋理由書中：『……對化粧品廣告之事前審查，……賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨』之論述，不僅剝奪人民受憲法第 16 條保障之訴願權，且侵犯立法機關立法形成自由之立法權，有違權力分立原則，難以認同。」依據本案例之憲法解釋，係為人民尋求更加有益的方式，絕非在於剝奪人民的訴願權利，反而是給人民對於立法者所造成的侵害後，能就其個案性質，提供一衡平、有效的救濟方式，並依其精神、原理及對憲法第 16 條的內容為妥適選擇，應是以人民的最佳利益為著眼點；又本案解釋就人民基本權受到傷害尋求救濟應就近尋找最具經濟效益的救濟管道，乃相同於釋字第 418 號解釋文

之目的意旨。於是由此案例已明確點出改善之癥結點之一，即在於商標受「事前審查」若有不服，應可直接訴請司法審理⁵⁹。



肆、商標爭議由智慧財產法院處理

商標法第 79 條規定：「法院為處理商標訴訟案件，得設立專業法庭或指定專人辦理。」依目前商標訴訟之民、刑事案件及行政爭議事件，或可交由智慧財產法院處理解決，但前提條件必須是先行確認爭議事件是由何種原因產生，若是單方面經由「申請審查」核駁，則須經由訴願及行政訴訟程序來決定最後結果；若是單純被他人異議、評定及廢止時，或有一方不服處分而尋求救濟，仍必須經由訴願與行政訴訟程序來判定最後結果；若是牽涉於市場仿冒等侵害訴訟，必須先行確認雙方商標是否仍存有商標專用權利，而確認過程仍須經由異議、評定及廢止之行政審查，待其結果若有一方不服，尚須經由訴願再審查及行政訴訟程序至最後確認結果；而以上三種態樣皆須經由訴願、行政訴訟程序後，才得以正式進入法庭，進行司法訴訟的救濟。對於如此這般迴繞（Slalom）式折騰，正足以妨礙人民迅速藉由司法獲得救濟之機會。亦即行政審查絕對優先於司法審查，當行政審查及行政訴訟程序尚未完結時，司法審查就無法對合法註冊在案者進行追懲。換句話說，當商標權利還掌控在行政機關手裡時，爭議的雙方就必須先花自己的精神、時間及費用，來與行政機關迴旋纏繞數回後，才得由人民再花一次精神、時間及費用尋求追懲救濟。惟屆時的市場競爭態勢可能已時不予我，遲來的正義也只是換來一場虛耗人民權益的一場遊戲。

我國自 2008 年設立智慧財產法院，依其「智慧財產及商業法院組織法」係於 2020 年 1 月 15 日進行修正，並將於 2021 年 7 月 1 日開始生效施行，依修正後之第 3 條規定，違反商標法之刑事事件只從第二審開始審理，亦即先經由地方法院，不服其第一審裁判後，才能由智慧財產法院進行第二審，若仍不服提起

⁵⁹ 詳可參，釋字第 744 號解釋，吳陳鑽大法官提出及陳碧玉大法官加入的部分不同意見書，頁 1。

上訴，則跳脫智慧財產法院而由最高法院審理；民事與行政訴訟事件，皆自第一審開始審理，雖民事第二審仍在智慧財產法院審理，但行政訴訟第二審則由最高行政法院審理(併同參照智慧財產案件審理法第 7 條、第 25 條及第 31 條規定)。人民對於行政處分不服時，是無法直接進入智慧財產法院進行第一審的行政訴訟救濟程序，必須先依「訴願法」向原處分機關進行再審查後，才有資格進入「智慧財產及商業法院」審理行政訴訟事件，行政訴訟是以法官三人合議行之(回參智慧財產及商業法院組織法第 6 條規定)。智慧財產法院設立至今，智慧財產權專門法庭，卻被批評其解決爭議緩慢和對專利所有人持敵意⁶⁰。按智慧財產法院統計表顯示⁶¹：從 2008 年 7 月至 2020 年 9 月，民事第一審總計受理件數計 6,432 件，終結一案平均需要 207.25 日，第二審總計受理件數計 2,824 件，終結一案平均需要 206.53 日，亦即一案一審在智財法院審理的時間約莫需要 7 個月；刑事案件只限第二審，從 2008 年 7 月至 2020 年 9 月總計受理 3,624 件，終結一案平均需要 111.51 日約莫 3.7 個月。

我國自 2014 年 6 月 4 日生效施行的「智慧財產案件審理法」第 16 條：「當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷、廢止之原因者，法院應就其主張或抗辯有無理由自為判斷，不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定。前項情形，法院認有撤銷、廢止之原因時，智慧財產權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利。初步看來似乎對於商標爭議訴訟之解決速度有所助益，但對於商標侵權訴訟，須進入到刑事訴訟裁判確定後，才有機會以附帶民事訴訟進行求償，那也表示行政訴訟程序也已迴繞完畢後，才得以確定商標權已被撤銷、廢止，也才能進行刑事訴訟第一審，且在第一審不服裁判後，才得以送入「智慧財產及商業法院」進行第二審(參智慧財產及商業法院組織法第 3 條第 2 款規定)，接著第二審裁判仍不服，得上訴

⁶⁰ 詹姆斯·庫珀 (James M. Cooper) (2017)。〈仿冒智慧財產權帶來的持續挑戰和對臺灣的機會〉收錄於《法律探微今與明的新學思》，臺北：聯經，頁 362。

⁶¹ 詳可參，智慧財產法院統計表：ipc.judicial.gov.tw (最後閱覽日：2020/11/10)。

於第三審法院（參智慧財產案件審理法第 20 條規定），亦即仍需要經由普通法院、智財法院及最高法院迴繞一陣子，此時的附帶民事訴訟也跟著繞，而併同於刑事庭審理侵害賠償責任（參智慧財產案件審理法第 23 條、第 27 條規定）。因而由該法條之規定對於商標侵害訴訟賠償並無任何的價值。

伍、我國所援參之外國立法例，已然廢棄訴願制度

訴願就是行政再審查⁶²，比較德國目前已廢除訴願制度，其背景在於與歐盟尤指法國的強力影響，認為德國（含奧國）獨有之訴願制度造成訴訟之障礙，不利及時之救濟，德國聯邦政府以及各邦乃掀起改革訴願制度的浪潮，理由在於：

「1. 減少人事成本，主要乃因各邦之財政困難；2. 若能貫徹聽證程序，訴願制度即屬多餘；3. 經由行政法院、上級機關之監督以及北萊茵西法倫（Nordrhein-Westfalen）邦議會之請願委員會（Petitionsausschuss）已可充分貫徹行政自我監督機制；4. 合目的性審查幾乎未能發揮；5. 訴願成功獲得救濟之比例微乎其微，未能達成權利保護之目的，且無法證明訴願後人民即放棄救濟，故無發揮紓減訟源之功能，是以廢除訴願後，起訴之案件量並未顯著增加；6. 法律問題之爭議應由行政法院解決；7. 由於進行訴願可以補正欠缺聽證程序之瑕疵，而訴願通常僅供機關維護原處分確保其行政地位之機會，為求變更行政文化，應廢除訴願，加強聽證，使公務員在原始行政程序即和人民密切接觸、聽取意見、可促進民眾之信賴、避免情緒化之救濟，減輕訟累；8. 廢除訴願後，行政機關做出處分後，其後即直接進入訴訟程序，將迫使行政機關更努力調查事實，提高裁決品質，否則敗訴後須負擔訴訟費用，如此即可在程序開始時避免其後可能之爭訟。」⁶³事實上德國學術界對於廢除或限制訴願制度存有不同意見，但許多邦（約半數）已經廢除訴願或限制訴願之適用範圍。此種作法亦引起相當反彈，在巴伐利亞邦因此

⁶² 陳清秀（1999）。同前註 24。

⁶³ 張文郁（2016）。〈臺灣訴願制度之過去、現在與未來〉，收於：臺灣行政法學會（主編），《行政組織/行政執行/訴願制度/食品安全/金融監理》，臺北：元照，頁 69-71。

即有人主張廢除訴願制度應有違憲之虞而向該邦憲法法院提起訴訟，惟該邦憲法法院之判決卻認為廢除訴願程序並不違反該邦之憲法⁶⁴。



第六節 小結

欲取得商標權須依商標法申請註冊，為商標法第 2 條規定，若未申請或申請不通過，即無法享有商標專用排他權利，倘此類未經註冊之商標於市場上使用而遭他人侵害時，將無法依據商標法提出侵權訴訟，因而商標法的此一限制即是直接剝奪人民原應享有的訴訟權利，顯然抵觸憲法第 16 條規定，人民應享有訴訟的基本權利。若將商標權視為一行路權，以一個無照車駕者於路口撞上闖紅燈的大卡車，致車毀人傷時，就可以因此剝奪無照車駕者訴訟救濟權利嗎？當然不行。

商標具有數種功能，其中傳遞商業訊息以促銷商品，須從商標圖樣設計開始，以吸引潛在消費者。因此當商標設計完成之際，它即屬於言論表現創作，應被保障、也應被他人尊重。當商標提出申請註冊，絕不因此一登記商標財產權之行為，就讓它處於不確定狀態；且當行政機關以「事前審查」之「觀點歧視」駁回商標圖樣內容時，行政機關已雙重抵觸憲法對於人民言論禁止「事前審查」及對「商標圖樣內容」審查之禁忌，意即應僅就絕對違法性商標為審查，類同訴訟前的不適格審查。其實，行政機關應以「形式審查」替代「事前審查」，以「登記證」替代「註冊證」；倘商標於市場使用遇有爭議時，即當由受害者自行依受害證據提出民、刑事司法追訴，以追責侵害者並使其負損害賠償責任。如此，應可維持商業市場公平競爭秩序，也讓商標如同一般私有權利般被以平常、普通的侵權訴訟方式對待，降低行政干預及避免迴繞式的行政救濟程序。

⁶⁴ 同上註。

第三章 商標事前審查及內容



商標屬於言論自由項下的智慧權，乃歸屬於憲法保護的範圍，依商標的功能在於表現出代表產品的識別性、來源性、品質性、廣告性及象徵性等特徵，但最終目的還是要能發揮打動人心購買其產品之效果。商標圖樣通常是文字、圖形、聲音及味道等之集合體以誘引消費者，且藉由視覺、聽覺、味覺、甚至觸覺以強力感知並尋求消費者回饋，致屬於一種積極言論表現的濃縮物。惟商標法規定，欲取得商標權應經由註冊申請程序並發予證書，惟申請過程卻採取違反憲法原則的「事前審查」與「內容審查」，並以此作為限制言論表現自由的手段。

依據商標法的規定商標十年存續期間，可能經由多次的行政審查，但最終是以「事後懲罰」去完結管理。但商標非傳染疾病需要被預先防疫，且於市場實際使用才可能發生爭議，若以「事後懲罰」作為最後管理途徑，為何還需要行政管理？若將審查排序移至商標使用後之「事後懲罰」司法途徑又有何不可？

事後懲罰足以替代前面所有的行政審查，讓真實發生的爭議由雙方當事人自行選擇最具經濟有效的方式解決，同時也能以市場競爭自然生態方法維持市場的環境，因此對於商標法的行政措施是否有違行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」的比例原則，及與憲法第 23 條規定對於基本權限制之限制（Schranken-Schranken）原則牴觸之疑義，皆是值得吾人研究思考是否合憲的問題。

第一節 商標屬於言論基本權應受憲法保護

壹、代表商品之出處

商標本身兼具有財產權與言論表現自由權，屬憲法保護的基本權，查國內文

獻有民國 94 年 4 月 15 日司法院大法官釋字第 594 號解釋：「……商標權為財產權之一種，依憲法第 15 條規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章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。……」；同時，除了商標權為財產權外，對於言論表現自由權可從大法官徐璧湖協同意見書，所提出商標應予保護之憲法理由，特別就其功能於第一點至第四點說明如下列：

（一）識別功能（Identification Function）

商標可識別自己之商品，以與他人之商品相區別，亦即表示商品同一性之功能，此為商標之基本功能。商品若無商標以資識別，消費者將無從辨識商品之良窳，無法選擇自己喜好而欲購買之商品，則營業者將不重視其商品之優劣，因而商品品質之競爭將無由存在。故營業者在商品附上商標，猶如吾人在文件上簽名蓋章，以資識別，為商業競爭上重要不可或缺之利器。

（二）來源功能（Source Function）

商標可表彰商品之來源，此亦為商標之基本功能。就商標之發展觀之，早期商標僅表彰商品之物質來源(physical source)，即僅能表彰由商標權人所營商品，此稱之為「嚴格來源理論」(strict source theory)。基此理論，授權使用商標，因係被授權者使用其經授權之商標營業商品，而非直接由該商標權人自行營業，自不得為之。嗣因工商科技發達，營業方法隨之開拓，現代市場中商品品目繁多，交易過程複雜，消費者未必知悉商品營業者之姓名或名稱、所在，商標表彰商品來源之觀念逐漸從寬，改採「不具名來源準則」(anonymous source rule)，蓋購買人不知或不介意商品之經營者之姓名或名稱，而認為凡使用同一商標之商品，即係表彰出自同一來源，但毋庸知悉其精確來源，是無須知悉商標權人之姓名或名稱、所在等。基此，商標乃得授權他人使用。

（三）品質功能（Quality Function）

商標可表彰其所附之商品具有程度一致之品質，此功能係於二十世紀三十年代始自前述來源理論衍生擴展而來，認為商標不僅表彰商品之產銷來源，並為表

彰商品品質標準之來源。商標表彰商品品質之功能，非謂商標表彰其商品具有高水準之品質，而係附有同一商標之商品具有相同品質，不論其品質係屬優、劣或中等，亦不論其物質來源。消費大眾因商標而認知及信賴附有商標之商品品質，商品之營業者因而產生累積公眾信賴之效果，經由商標之品質功能而建立營業者之營業信譽及顧客吸引力之重要效益。

(四) 廣告功能 (Advertising Function)

商標旨在使目睹或使用該商標商品者於腦中刻板地認定其商品之特點及營業者之營業信譽印象，進而利用此印象產生再購用之意願，並將之轉告其他需要該商品之人，故其本身即為一種廣告。此係隨著市場之擴張，複雜銷售制度之演進，及大規模廣告之發展，新增加之商標廣告功能。因對已用過商品之人，會透過商標，對商品及營業信譽留下印象，對未用過商品之人，賴商標以灌輸印象，引發其購買商品之慾望，故商標具有廣告宣傳商品之作用。

蓋人非機器，選購商品非全憑理性為之，常受感情心緒之影響，商標為其商標權人與消費者直接接觸之媒介，可激發或加強消費者對商品之購買慾，為促銷商品及創造營業信譽之利器，故有謂商標為商標權人之無言推銷員 (silent salesman)，誘人標誌指引 (attractive sign manual)。際此大量生產、大量銷售、大量傳播之工商業高度發展社會，商標之廣告功能愈形重要。

(五) 傳播功能 (Communication Function)

商標通常是由「文字」語言與「圖畫」語言所構成的一種表現自由的商標圖樣，依其主要功能觀之，係為推銷其有形商品或無形商品之目的而存在，然而，歷經世代環境演變，當今更在乎於標榜有別於同類競爭產品或服務之存在的價值，亦即——商標之作用在於盡可能顯示出自己商品之特色，以利潛在選擇者能有機會消費，進而達到競爭者獲益之最終目的，而不虞被社會忽視而終遭致淘汰。

縱然商標於設計之初為求能於市場競爭獲得最佳的回饋，因此皆以審慎創新的態度去達到想像中所要表達的意境，亦即，完全在乎於表達出的效果是否真的

能被消費市場所接受，因而實屬一種「戮力為求創新表現」於大眾的行為，但如何表現？除了創造機會讓消費者於消費體驗後，經由口傳將名聲傳播出去外，仍需藉由大量的媒體廣告以各種形式傳播出去，以盡可能於最短的時間達到市場最大的覆蓋率，因此藉由此一講求效率的商業行銷過程中，也將商標所欲傳答的理念，經由商標圖樣之語言散播至不特定的大眾。

貳、促銷商品之訊息

商標因具有商業上煽動表達之質性，屬於言論自由的表現範疇當不在話下，商標圖樣內容的本身也不侷限於僅表達商業訊息，而是有更多的內在涵義想藉著商標與商品同時散播出去，因此除了依據前述文獻外，尚有民國 106 年 1 月 6 日釋字第 744 號解釋：「……言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障（本院釋字第 577 號、第 623 號解釋參照）。……」，除了商業廣告應受憲法保障，大法官蔡明誠協同意見書也提出新的觀點如下列說明：「……本院往昔解釋認商業言論非受到憲法絕對保障。惟面對數位化時代，傳播科技進步，言論表現形式比往昔更呈現不同面貌及方式，將言論從價值高低區分其審查標準之強度或密度，實難以符合現代社會法治國保障表現自由之要求，應有檢討之必要。」⁶⁵；商標具有識別性廣告功能等，依其圖樣內容，不僅是以文字言論表現形式，且是以圖畫、音樂及味道等多元形式呈現，而此種多元呈現方式皆屬於表現自由之範圍，應受言論自由之保障。

⁶⁵ 詳可參，蔡明誠大法官釋字第 744 號協同意見書，第 9 頁。

參、具象徵性的言論表現

比較外國文獻有關美國聯邦最高法院案之 *Tinker* 告 Des Moines 獨立社區學區之判例 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 一案⁶⁶，確認象徵性言論的表現自由，應受美國聯邦憲法增修條文第 1 條(The First Amendment) 的保護如下列說明：

商標本身構成圖案，除了圖樣形體設計，亦擴及使用的顏色所代表的意義，此外尚有如德國納粹與佛教圖案，被以不同載體呈現，或用於旗幟、或用於臂章、或用於標語、或用於各種器物上，而此些商標圖樣或是代表某族群、某宗教及某黨派的圖騰，但皆歸屬於象徵性非語言表現 (nonverbal expression) 之功能；對於如「臂章」(armband) 屬於象徵性言論 (symbolic speech) 的表現自由，*Tinker* 該案乃發生於 1965 年愛荷華州的青少年 Mary Beth Tinker，其兄弟 John 與友人 Christopher Eckhardt 因戴著黑袖章 (black armbands) 為表深沉哀傷之意以抗議越南戰爭，而被 Des Moines 獨立社區學區的公立高中停學。在此案中，最高法院裁定，「臂章」是象徵性言論的一種形式，受到憲法美國聯邦憲法增修條文第 1 條的基本權保護，因此學校係侵犯了憲法應保護校內學生表現自由的權利。

第二節 憲法禁止表現自由事前審查

壹、日本、德國成文法的禁止

比較現行日本國憲法第三章之國民的權利與義務之項目下，其中第 21 條：「(一) 保障集會、結社、言論、出版及他一切表現的自由。(二) 不得進行檢查，並不得侵犯通信的秘密。」其中，「檢查」之意是指「事前審查」之禁止；再比較現行德國基本法第一章之基本權利項下，其中第 5 條：「(一) 人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受資

⁶⁶ *Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist.*, 390 U.S. 942 (1969).

訊而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。事前檢查制度不得設置。(二)此等權利，得依一般法律之規定、保護青少年之法律規定及個人名譽之權利，加以限制。(三)藝術與學術、研究及講學均屬自由。講學自由不得免除對憲法之忠誠。」，「事前檢查」即是「事前審查」為同義詞，商標圖樣是由語言、文字及圖畫等構成其內容，它有被自由表達的權立，而且不能為它設置「事前審查制度」⁶⁷。

貳、美國判例法的禁止

美國憲法對於「事前審查」並無明文法規之限制，然美國聯邦最高法院已有諸多宣告違憲之判決，以下為幾個著名的判決，並在美國的普通法體系 (common law system) 之中，構成言論自由之基礎⁶⁸。

(一) *Near v. Minnesota*⁶⁹

本案為美國最高法院首批處理事前限制爭議的案件之一，其時空背景於1931年，原告 *Near* 發表爭議性文章刊登《星期六新聞》，當時的明尼蘇達州州長據該州公共侵擾法 (public nuisance law) 針對該文提出的禁制令申請，宣稱《星期六新聞》之報導具有「惡意，醜聞和誹謗性」(malicious, scandalous, and defamatory) 等性質故應為違法。然依大法官 Charles E. Hughes 做出的裁決中，法院認為該法規違憲，蓋即使發布的資料可能為違法，政府也不能在刊登日前禁止其發布⁷⁰。

(二) *Brandenburg v. Ohio*⁷¹

本案於1964年，俄亥俄州的3K黨 (Klu Klux Klan) 在一次集會中，使用貶損和種族主義 (derogative and racist) 的語言發表演講，並公開主張暴力而被俄

⁶⁷ 詳可參，司法院中譯外國法規《德意志聯邦共和國基本法》，同前註35。

⁶⁸ See Elianna Spitzer, *What Is Prior Restraint? Definition and Examples*, THOUGHTCO. (June 30, 2019), <https://www.thoughtco.com/prior-restraint-definition-4688890> (last visited Nov. 20, 2020).

⁶⁹ *Near v. State of Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697 (1931).

⁷⁰ 節錄該判決原文：The government cannot restrict publication prior to the release date, even if the material being published might be illegal.

⁷¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

亥該州聯合主義法 syndicalism law 逮捕。其中，Clarence Brandenburg 被定罪且判刑，上訴且被駁回。最高法院以俄亥俄州的 syndicalism law 違反美國聯邦憲法增修條文第 1 條為由，撤銷定罪。在該案中，法院一致認定「迫在眉睫的非法行動」(the imminent and lawless action) 之標準，此即，為了限制煽動暴力的言論，政府必須提供令人信服的論據，以顯示意圖，迫切性和煽動性⁷²。

(三) New York Times Co. v. United States⁷³

1971 年，尼克森政府曾試圖阻止發布五角大廈文件，這些文件是美國國防部委託進行的一項研究的一部分，研究記錄美國在越南的軍事介入。尼克森政府稱，若《紐約時報》發布這些資料，將會對美國的國防利益造成損害。最高法院的 6 名大法官站在《紐約時報》的立場，拒絕政府要求發出禁制令 (injunction) 之請求。法院根據美國聯邦憲法增修條文第 1 條，對先前的限制採取了「重大推定」(the heavy presumption)。政府未能提供足夠的理由來限制新聞自由。William J. Brennan 法官表達肯認，並補充政府未能提供證據表明文件將對美軍造成「直接且立即」(direct and immediate) 的傷害。

(四) Nebraska Press Assn. v. Stuart⁷⁴

1975 年，該案中最高法院審理，由首席大法官 Warren E. Burger 的判定撤銷禁令，並謂以限制媒體報導對於確保公正審判及允許謠言克服事實報導是沒有多大效果。Burger 法官寫道，除非媒體存在「明顯且現實的危險」(the clear and present danger)，致將干預審判，否則媒體不應受到阻礙⁷⁵。

⁷² 節錄判決原文：In order to restrict speech for inciting violence, the government must provide a compelling argument to show intent, imminence, and likelihood to incite.

⁷³ New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

⁷⁴ Nebraska Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).

⁷⁵ 節錄判決原文：The court argued that restricting media coverage did little to help ensure a fair trial and allowed rumors to overcome factual reporting. The press should not be hindered except in situations where there is a "clear and present danger" that the media will disrupt the trial, Justice Burger wrote. The court listed ways that a fair trial could be ensured without the use of a gag order.

參、觀察臺灣司法院大法官釋憲案件

中華民國憲法如同美國憲法，並未有明文限制「事前審查」以限制人民的 기본權，不同於日本國憲法與德國基本法對「事前限制」有特別限制之限制。

依中華民國 106 年 1 月 6 日司法院大法官釋字第 744 號化粧品廣告事前審查案理由書：「……系爭條例第二十四條第二項規定：『化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。』同條例第三十條第一項規定：『違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。』（下併稱系爭規定）係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」⁷⁶。

同案之解釋文：「化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：『化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。』同條例第三十條第一項規定：『違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。』係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」⁷⁷觀其理由書及最終解釋文確知，以「事前審查」限制表現自由是不被憲法允准的。

⁷⁶ 詳可參，釋字第 744 號解釋理由書，第 3 段。

⁷⁷ 詳可參，釋字第 744 號解釋文，第 1 段。

第三節 商標事前審查內容



壹、不確定法律概念

依商標法第 30 條第 1 項為例，對於商標註冊前之「事前審查」的審查對象範圍在於：「一、僅為發揮商品或服務之功能所必要者。二、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六條之三第三款所為通知之外國國徽、國璽或國家徽章者。三、相同於國父或國家元首之肖像或姓名者。四、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。五、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。六、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。七、妨害公共秩序或善良風俗者。八、使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者。九、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。十、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。十一、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。十二、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。十三、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。十四、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。十五、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。」⁷⁸則依本條款前項列舉之規定屬不得註冊之不確定原因，歸納分類其內容主要即是指「不具識別性」、「相同或近似」及「妨害公共秩序或善良風俗」等，致其在審查裁量空間的拿捏難以劃定，而界限恐趨於無限大。

貳、行政裁量空間

商標不同於專利雖兩者皆屬於智慧權，也皆由經濟部智慧財產局管轄，但相關施用於行政裁量的對象卻有著極大的差異，乃因兩者間的專業技術含量不同，無法相同比照；且前者屬於言論與表現自由，依其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採取較高之審查密度。商標「事前審查」之審查裁量的項目容，大部分皆屬商標辨識度的「相同或近似」、「有使公眾混淆誤認之虞」等不確定法律概念為主，而此類並不需要具備專門知識或經由科學上之實驗，即可基於類似消費者之常識及經驗，予以判斷。亦即此類爭議案件通常被以行政法院採取全面審查，但是此種類型判斷無法定出科學標準，縱使審查之審級加多，並無助於問題的解決⁷⁹。

因而，以商標的「事前審查」來說，「行政裁量空間」是與「專業判斷空間」有著本質上的差異，通常政府採用「事前審查」的作用，有其政治上的方便管控的目的與便利性，以維持政權於不墜，絕不讓風吹草動而影響政局。

第四節 跨域商標與事前審查

壹、傳統商標圖樣

商標主要目的之一在於銷售商品，必須非常注重其圖樣設計所代表的品質與信賴度，通常不會故意存在有猥褻、誹謗及不道德的元素，只會刻意呈現出真、

⁷⁸ 詳可參，依商標法第 30 條第 1 項。

⁷⁹ 吳庚（2005），同前註 18，頁 125-131。

善、美的一面，用以清楚表白所代表商品的良好信譽，因此商標經由市場使用，逐漸於消費者心中累積生成值得信賴感的商標權，以致於絕大部分的商標都屬於此種類型，若是硬要藉由「事前審查」程序強加審查其實也是多餘且不必要的，甚且這種類型商標原本就不應受到法律的干預及限制，因為它們不屬於法律所不允准的特別限制型態，除非同行競爭難免爾虞我詐，偶發事端致產生惡質的一面，但仍侷限於極少數仿冒炒短線者或以近似他人著名商標之常業犯行為，才可能故意違反商標法，然而侵害者本應自行承擔懲罰⁸⁰，故本文認為，受害者也應就其私權被他人侵害而自行追責。

貳、非傳統商標圖樣

商標隨著外在環境快速變遷而跟著大幅度換裝，除了加強對消費者的辨識度，並以商標言論之表現內容傳遞商標使用者之強烈暗喻與意涵，搭乘商標廣告推銷的順風車，能夠迅速傳遞政治、社會、族群及環境保護等個人意識於不特定人之目的與效果。由於這些具備意識形態的商標圖樣存在於極小的有限空間內，卻能以抽象的商標圖樣述說其故事，以至於構成的內容往往是屬於不確定法律概念的審查範圍，又商標審查官員秉於立法授權，通過其老舊思維及專業偏執，致有意或無意地直覺作成「觀點歧視」的違憲案例，可參如下列四個於「事前審查」階段發生的違憲性審查的案例。

⁸⁰ See generally, Emerson, Thomas I., *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. (1995).

(一) Bad Frog Brewery, Inc. v. New York State Liquor Auth.⁸¹

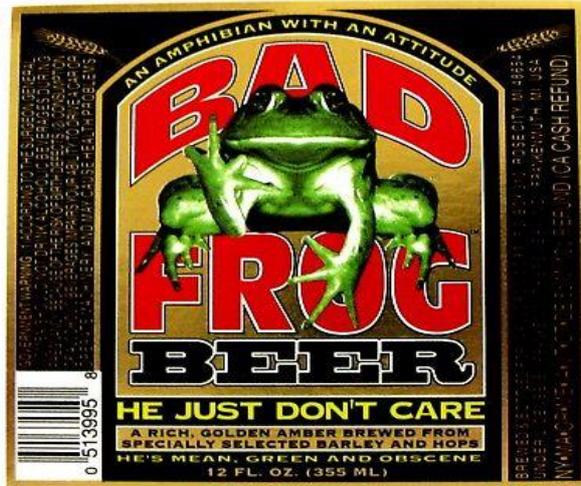


圖 1 「渾青蛙」(Bad Frog Brewery) 的商標

圖片來源：Ashley Brandt (Libation Law Blog)

該啤酒廠的「渾青蛙」商標圖樣，青蛙以右手比出如人類「比中指」的手勢，傳遞出猥褻涵意，因此被認定為「不雅」商標，故在「事前審查」階段，未能通過主管機關紐約州酒業管理局（New York State Liquor Authority）的商標申請。

申請人則以違反美國聯邦憲法增修條文第 1 條，對於言論自由之限制提出「違憲審查」，最終，由美國紐約州的最高層級法院（The highest court），即第二巡迴上訴法院（the Second Circuit, the Court of Appeals）判定該局之處分違憲，而准予登記為商標⁸²。

⁸¹ See *Bad Frog Brewery, Inc. v. New York State Liquor Auth.*, 134 F.3d 87 (2d Cir. 1998).

⁸² See Ashley Brandt, *Beer and the First Amendment – how Santa’s Butt, a Bad Frog, and a Raging Bitch have helped free expression in liquor labeling and advertising*, LIBATION LAW BLOG (Oct. 16, 2018), <https://libationlawblog.com/2018/10/16/beer-and-the-first-amendment-how-santas-butt-a-bad-frog-and-a-raging-bitch-have-helped-free-expression-in-liquor-labeling-and-advertising/> (last visited Nov. 20, 2020).

(二) Flying Dog Brewery, LLLP v. Michigan Liquor Control Comm'n⁸³

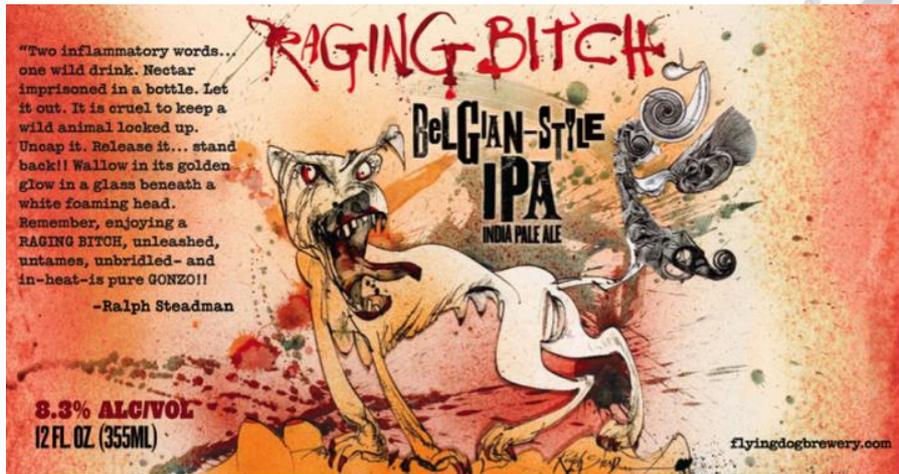


圖 2 憤怒的母狗 (Raging Bitch) 商標

圖片來源：Ashley Brandt (Libation Law Blog)

本案屬美國聯邦第六巡迴法庭 2012 年案例，涉及飛狗啤酒廠 (Flying Dog Brewery) 的商標「憤怒的母狗」(the “Raging Bitch”)，該州酒業控制委員會 (Liquor Control Commission) 以會助長暴力、種族主義、性別歧視等安全或公眾利益等理由，禁止其使用；然法院謂以違反言論自由而准予⁸⁴。

⁸³ Flying Dog Brewery, LLLP v. Michigan Liquor Control Comm'n, 870 F. Supp. 2d 477 (W.D. Mich. 2012), rev'd and remanded, 597 F. App'x 342 (6th Cir. 2015).

⁸⁴ See Ashley Brandt, An End to the “Raging Bitch” Suit or the Beginning of New Challenges to State Censorship in Labeling – Liquor Commissioners Have Immunity From Some Damages, LIBATION LAW BLOG (July 2, 2012), <https://libationlawblog.com/2012/07/02/201272an-end-to-the-raging-bitch-suit-or-the-beginning-of-new-chal-html/> (last visted Nov. 20, 2020).

(三) Matal v. Tam⁸⁵



圖 3 樂團商標「這鳳眼」(THE SLANTS)

圖片來源：David L. Hudson Jr. (The First Amendment Encyclopedia)

該案涉及一樂團的商標圖樣「這鳳眼」(THE SLANTS)，由樂團的主唱 Simon Tam 所提出；即便「鳳眼」(slants) 一詞，對許多人來說是貶義，但 Tam 認為，以誹謗作為他們樂團之名，反而可減輕該詞的負面印象。然美國聯邦專利商標局仍拒絕該申請，認為用語過於冒犯。然在美國聯邦最高法院中，卻翻盤以一致裁定，認定聯邦商標法 (Lanham Act)「禁止貶損他人的商標名稱」是違反憲法的，蓋因禁止言論，仍不得以冒犯性思想表達為理由⁸⁶。

(四) Iancu v. Brunetti⁸⁷

fuct

圖 4 The FUCT 商標

圖片來源：Dennis Crouch (Patently0)

⁸⁵ Matal v. Tam, 同前註 1.

⁸⁶ See David L. Hudson Jr., *Matal v. Tam* (2017), The First Amendment Encyclopedia, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam> (last visited Nov. 20, 2020).

⁸⁷ Iancu v. Brunetti, 139 S. Ct. 2294 (2019).

在「FUCT」一案中，聯邦巡迴法院討論聯邦商標法禁止註冊不道德或醜聞商標的禁令，認為限制是對言論自由的違憲限制，而商標審理暨再議委員會（Trademark Trial and Appeal Board，簡稱 TTAB）則認為 Brunet 的商標是不可註冊的。最終在最高法院援引 2017 年上揭 *Tam* 案同樣認定禁止註冊貶低性商標的禁令無效⁸⁸。

參、事前審查扼殺商標表現自由

商標具有多種表現功能已如前述，若以民主社會的視角定義表現自由的功能則包含：「實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公益，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺的機制，國家應給予最大限度之保障」⁸⁹，又「本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發現真理，並經由民主程序形成公益，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。」⁹⁰這是大法官相關解釋，對言論自由在民主社會中功能的描述⁹¹。

保護商標表現自由首重於對言論的尊重，以保持其完整表達的狀態；接著應讓它有自由討論、充分表達意見的權利，如此方能反映真實。亦即商標這種言論表現是不能讓它於初始階段就被「事前審查」給封殺掉，必須讓它有於市場上存活使用的空間與機會，藉由與競爭者的相互較勁，若真有違規侵害他人商標權利之情事，利害關係人於此時蒐集相關證據請求司法訴理仍不嫌遲；若此，即可審慎求證、勿枉勿縱，這乃是自然、普遍遵循的道理。

⁸⁸ See Dennis Crouch, *Is the Limiting of Scandalous Marks a Viewpoint Neutral Government Activity?*, PATENTLY0, <https://patentlyo.com/patent/2018/04/government-rehearing-brunetti.html> (last visited Nov. 20, 2020).

⁸⁹ 詳可參，司法院釋字第 509 號解釋理由書，第 1 段。

⁹⁰ 詳可參，司法院釋字第 445 號解釋理由書，第 7 段。

⁹¹ 吳庚、陳淳文（2017），同前註 6，頁 199-200。

第五節 小結：事前審查的限制差異



壹、反映臺灣實況

臺灣因無明文限制基本權不得「事前審查」，因此臺灣的「事前審查」，被明列於行政機關所掌管的個別業務上，毫不足奇，例如司法院釋字第 414 號及 744 號之內容所提，有關「事前審查」之規定，係個別規定於藥品廣告之藥事法及化粧品廣告之化粧品衛生管理條例內，對於掌管機關，前者是由省（市）衛生主管機關管轄，後者是由中央或直轄市衛生主管機關管轄；對於過去的出版法及著作權法，原分屬於新聞局及內政部管轄，目前也因著作權法由註冊主義改為創作發生主義後全數廢除；目前僅剩商標法的「事前審查」尚未被處理是否以註冊主義改為登記與使用發生主義，此時就應由行政主管機關主動地重新去檢討，商標註冊「事前審查」的必要性何在？並考量「行政程序法」第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」之比例原則，若「倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性附合，即無乖於比例原則」⁹²。然而若是任由人民遭遇困難卻先被圍設於迴繞性行政審查與司法訴訟關卡，才得以向最高位的違憲審查機關聲請解釋適用法律，是否即已明顯抵觸憲法之宗旨。

貳、比較外國實況

美國雖同臺灣皆無明文限制基本權不得「事前審查」，但是在解決相關「事前審查」的爭議時，美國卻可就其具體個案若與聯邦商標法有關，就直接向所在地區的聯邦地方法院訴請審理憲法爭議，若無關則由其各州地方法院審理，因此就像便利商店那般給人民便利。相對於臺灣，雖也植基於民主憲政法治社會，

⁹² 城仲模（2019），同前註 31，頁 215-216。

但對於言論與表現自由的流通性，卻顯然存有諸多障礙，並反以對人民不利的舉措去換取政府管理的便宜性，的確未充份體認保障人民的基本權乃是憲法存在最主要的目的，實不應由政府任意干預與剝奪。

日本與德國的立法者應是以人民的利益為著眼點，分別可由日本國憲法與德國基本法中明文限制對於言論表現自由不得採取「事前審查」的限制作為明證，而臺灣政府至今尚留一手「事前審查」用於裁量商標不確定法律概念的准駁因素，致顯然未顧及以國家主人的利益優先為原則，雖然「行政程序法」第 7 條確有明文規定行政舉措應以人民最大利益為優先選擇，但是實施近 20 年仍無一點改善的蛛絲馬跡可循，且擁有商標權者仍僅是獲有一張政府發給的證照，隨時可能動輒得咎違反規定而被要求繳還。

我國政府對於人民基本權的保障，首要改善之點就是廢除商標註冊前的「事前審查」機制，以快步跟上日本、德國及美國，若能完成這點，不但超越世界各國既有的商標管理機制，甚至可作為民主自由社會的一個創新楷模。

往後政府若能去除「事前審查」機制，將審查工作放手交由民間法人，以人工智慧、大數據去審度，人民也會依科技數據自行評估商標法事後懲罰的追責風險。如此，讓商標管理去中心化，以世界性網路平台進行世界性的商標近似比對登錄。於是自由世界的人民也可藉由此地提供的人工智慧、大數據、雲計算及量身訂作 APP 軟體，讓臺灣成為世界商標的新興服務中心。若能如此，也算是對臺灣整體經濟發展創造一發揮潛能的機會。當然政府若願意積極修法，改變既有商標證照發給制度與行政審查干預方式，那麼一切就好辦了，否則就算是筆者一個言論觀點的表現，但藉由論文表達出自己的觀點。

第四章 事前審查如何傷害商標表現自由

商標事前審查係准予註冊前之審查程序，商標欲取得商標權即應申請註冊，為商標法的規定。然而「事前審查」屬於商標註冊前的申請審查，審查的內容於表面上首重於商標圖樣的辨識度與是否違反公序良俗的兩個條件上，但實際上做出准駁的行政審查員也僅是憑著個人單方面的紙面認知評斷，卻操縱者言論表現的生殺大權，合者算幸運而得以進入市場發揮，不合者只能放棄或者採取訴願及行政訴訟途徑，以爭取獲准後之使用權益，但是傷害已造成，致而反問商標審查員是憑甚麼權力可以有如此扼殺人民憲法保護的權利，不就是以「事前審查」隱含的殺傷力所致⁹³，也因此言論表現若於尚未使用就被輕易消滅於市場流通之前，非但剝奪了屬於消費者市場的購買選擇權，也剝奪了憲法保護商標權人言論表現基本權，那麼到底行政機關為何須藉由「事前審查」來干預市場流通，應可以從不同角度來分析。

第一節 從行政權的角度來看

行政程序法第 7 條規定：「行政行為應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」亦即行政行為「倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性附合，即無乖於比例原則。」⁹⁴

反之，若以此比照人民向行政當局申請商標註冊，卻需經由「事前審查」與「商標圖樣」內容審查，且依審查內容既是屬於不確定法律概念，包含如相同、

⁹³ See Emerson (1995), *supra* note 58, at 654. 節錄原文：But in practice, the system was bound to operate as a serious prior restraint. Punishment could be summarily dispensed by a single official, without jury trial or the other protections of criminal procedure, for infraction of a loose and illusive mandate. Under such circumstances, any publisher seeking to avoid prison would, in sheer self-protection, have to clear in advance any doubtful matter with the official wielding such direct, immediate, and unimpeded power to sentence. The judge would, in effect, become a censor.

⁹⁴ 城仲模 (2019)，同前註 31，頁 215-216。

近似及違反公序良俗等之所謂不具辨識性商標者，將由審查員憑其既有經驗、常識與直覺而予以准駁，造成商標於使用前尚未經由市場揀選的狀態下就被干預而減頂，因此縱使依其行政目的係在於維護商標註冊者之信賴保護原則，事先排除未來侵害者，但此種父權主義下的行政措施及效果，卻是對於人民基本權的絕對傷害，完全違背行政程序法第 7 條的規定意旨，違反了憲法第 23 條所要求的目的正當性、手段必要性、限制妥當性之比例原則。由於「事前審查」之「事前」本屬計劃行政領域，不論從侵害的角度，或是從法益衡量的角度來看，審查行為或多或少具有預測性質⁹⁵。

然而，所有預測行為均含有主觀價值評斷的部分，此時將手段是否能有效達成目的的預測完全置於審查者的檢驗台上的話，即可能產生以檢控者的主觀價值取代行為主體的主觀價值的弊病⁹⁶。意即，管理者只考慮自己的便利性，寧可選擇「事前審查」而非「事後懲罰」，以此預防忤逆事件的發生⁹⁷。再者，行政管理係以行政裁量權裁決使用後才可能發生違反秩序之情行，故其審查範圍極大且模糊，顯然未洽於法治國的憲政治理原則。

「事前審查」本質屬於預防行政手段，審查官在做預防審理之處置結果通常偏離事實情況，尤其是對商標「近似標準」及「公序良俗」的判斷上極易失準⁹⁸，但其負面結果卻造成人民無法彌補的損失。如本章第三節所述，依據商標圖樣內容顯示，係限於感官知覺的審查範圍，因此極易因審查官的個人主觀偏見，而作出負面裁量結果，意即直接終結商標言論表達與藝術表達的機會。

第二節 從基本權的角度來看

商標註冊前之「事前審查」是政府限制人民言論的一種手段，也是分配與控

⁹⁵ 陳淳文（2001），同前註 32，頁 112。

⁹⁶ 蔡宗珍（1999），〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》，第 62 期，第 75 頁以下，轉引自，陳淳文（2001），同前註 32，頁 112。

⁹⁷ See Emerson (1995), *supra note 58*, at 649.

⁹⁸ 吳庚（2005），同前註 18，頁 111-114。

制智慧權及言論表現基本權所選擇最方便政府行政管理的方式，但對人民卻是非常不利的方式⁹⁹。違背了憲法所揭櫫之法治主義（憲法第 23 條、第 171 條、第 172 條等）原則，若與之相衝突則其合憲性將喪失殆盡¹⁰⁰。依據美國法學教授 Thomas Irwin Emerson 對於事前審查有發人深省的一句話：「但事前審查的教義宗旨具有深遠影響之重要性，我們目擊今日大量的預防性法律已嚴重侵蝕公民權。愈來愈多我們所設計的並非懲罰實際犯行，而是基於防止往後發生壞事的觀點，進而限制其資格，已然嚴重傷害表達的自由。」¹⁰¹，也因此商標證書就是資格證書而非所有權狀，縱使今日拿到而在翌日即發生違反規定之情事，則勢必會被要求繳還，人民的商標權被看成是政府為管理的方便而發出的使用資格證明，由此分析政府採用「事前審查」的行政舉措，乃不曾以保障人民的基本權為著眼點，而商標法也顯然抵觸憲法。

商標權屬智慧權也屬於人民的言論表達權及藝術表達權，人民基本權之權利存在與否若非經由司法判決怎能夠被輕易剝奪，這是最基本的邏輯道理。今天針對的是商標，似乎認定其功能屬於商業銷售事務，應由經濟部管轄，但商標隨著經濟環境的變遷，不再只是單純的商業廣告或商業言論，甚且商標的作用若不於市場使用，而讓相關消費者認識它為商標，就不具有貨品標誌的意義。若今商標真有違反商標法之事實，利害關係人自可向司法機關依法訴理，法官得以審慎、足夠證據來裁判該商標之使用是否構成違法及存續的理由，如此的法律過程對維護人民基本權的態度才屬正確，絕非以行政機關「事前審查」的粗略手段可以比擬。商標註冊「事前審查」存在有諸多合憲性的難題包括：基本權的限制、必要性的比例原則、及不確定法律狀態的行政裁量空間等。至此，行政機關為何不以

⁹⁹ See Sullivan & Gunther, *supra* note 13, at 339-340.

¹⁰⁰ 吳庚（2005），同前註 18，頁 36。

¹⁰¹ See Emerson (1995), *supra* note 58, at 649. 節錄原文：But the doctrine of prior restraint has a more far-reaching importance. We are witnessing today a tremendous and ominous expansion of preventive law in the area of civil liberties. More and more, our controls are being devised not as punishment for actual wrongful conduct, but with a view to preventing future evils by a series of restrictions and qualifications that seriously jeopardize freedom of expression.

「事後懲罰」的最後排序，完全替換明顯逾越權限的「事前審查」之首先排序¹⁰²，這是值得吾人深思的問題，而關鍵點何在？難道就如同 Emerson 所說的：「可用之管理方法有著『事後懲罰』機制可供選擇，但管理者為考慮自己的便利性，寧可選擇『事前審查』而非『事後懲罰』，以此預防忤逆事件的發生。」¹⁰³

人民的基本權「言論自由」首次在憲法解釋中被提及，始自司法院釋字第 364 號解釋理由書：「言論自由為民主憲政之基礎。」¹⁰⁴；以一個憲政國家自許的臺灣，對於行政機關管理者使用的「事前審查」措施，被認定為違憲，始自司法院釋字第 744 號解釋理由書：「……按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。……」¹⁰⁵商標註冊「事前審查」，也因著言論表達自由的意識變遷，而確有必要經由憲法解釋及違憲審查制度，以改變政府對人民非必要的限制及限制政府成為名符其實的「有限政府」¹⁰⁶。

商標是商業表達與藝術表達的載體或媒體，商標的身份來自於實際市場之流通使用，不是僅經由發給一張商標證書即完事。商標是商品標誌的設計，而構成其表達的圖樣內容，不是書寫、就是影音、就是可以感知之物，而這些有形與無形之物所傳達之訊息即屬於言論表達的基本權。因此，對於依商標法申請註冊之申請者，遇到審查的第一關即是「事前審查」，然而這個「事前審查」依本文所要討論的並不是指程序上的形式審查，如包含：商標格式、指定類別、使用商品、表格填寫、申請人身份及國籍別等必要申請文件，而是指商標圖樣的內容審查，

¹⁰² See Thaler, Richard H. & Sunstein, Cass R., 張美惠譯 (2014)。《推出你的影響力》(Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness), 臺北：時報文化，頁 8-10。

¹⁰³ See Emerson (1995), *supra* note 53, at 649.

¹⁰⁴ 詳可參，司法院釋字第 364 號解釋理由書，第 1 段。

¹⁰⁵ 詳可參，司法院釋字第 744 號解釋理由書，第 3 段。

¹⁰⁶ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞 (2019)，同前註 19，頁 9-11。

由審查官依其行政裁量權直接審理，若是發現有相同、近似他人商標或有違公序良俗及不具辨識性等之不確定法律概念之規定情事，就會以核駁先行通知書通知申請人陳述意見，若不被採納就核駁處分，申請人對此處分不服就依訴願法向原處分機關提起訴願。若此，經由訴願、行政訴訟及行政訴訟之上訴而至終局裁判後，申請者不服該終局裁判之適用法律或見解認有違憲之虞時(排除裁判本身)，即可向司法院大法官聲請釋憲，以作出合憲或違憲的司法審查。不然也只能接受命運的安排，一次就終結。但「事前審查」僅憑審查官替代消費者直接扼殺一牽涉言論表達與藝術表達的基本權，對於人民來說並不公平。況且商標尚未上市前，是否真的有違反商標法之情事仍有待市場競爭空間與爭議時間的考驗。其實使用後若發生違反法律之情事，藉由司法機關的「事後懲罰」，相信對於爭議的兩造商標，反而才會是公平且正確的做法。

第三節 從審查官的角度來看

商標註冊「事前審查」的內容，依其商標圖樣之型態可以抽象分類如下：

壹、感官知覺的商標：

視覺——商標文字造型、靜態與動態圖樣構圖、平面與立體三度空間之形體及顏色。

聽覺——商標文字讀音、樂曲、敲擊聲。

味覺——商標產品的味道，如香水、臭豆腐。

觸覺——商標產品之毛皮、纖維、衛生紙的紙質與肌膚接觸的感覺。

於此範圍的審查極易因審查官個人好惡、偏見及不曾見識過的觀點，而以違反「公序良俗」、「公共利益」等不確定法律概念，作成商標核駁處分，就此輕易達成以「限制」手段及預防性行政裁量權，終結表現自由的人民基本權於萌芽之初。

貳、相同近似的商標：

相同——商標圖樣與他人註冊在前的同類產品商標完全相同，可能是有意侵害、有意染指、或竊取、搶註冊之商標。

近似——商標圖樣（指的是視覺、聽覺、味覺及觸覺）與他人註冊在案的同類商品商標產生混淆，造成消費者誤認、誤購之虞。

於此範圍的審查全憑審查官的常識及經驗所養成的直覺，並以保護前手為目的，亦即此一階段是做財產分配的工作，也是直接干預相對雙方的私人財產工作¹⁰⁷。

參、淡化戲謔的商標：

淡化——使用不同於他人著名商標之商品類別，但屬相同或近似商標圖樣，而有損及商標識別性，剝奪他人著名商標之利益。

戲謔——配合利用社會氛圍、刻意創造話題，而以他人著名商標作為比較陪襯，以凸顯及達到其所欲表達的目的與效果；亦即以他人商標為題材，而通常造成貶損他人商標之結果。例如：將美國國務卿龐皮歐（Mike Pompeo）之譯音名字比喻為商標，而改成如「胖皮偶」之近似讀音、文字構型或擬人化卡通人物等稱之。

此範圍的審查難度在於並非直接傷及他人著名商標，而是屬於刻意迴避法律禁止的行為，審查官對於此些商標所採取預防性的限制裁量處分時，顯然力不從心，通常也無法跟得上外在環境時勢與風向的快速變化與承受幽默性雅量，致造成的負面處分，嚴重傷及人民的言論表現自由。

肆、觀點描述的商標：

觀點——如使用歧視字眼的商標文字，以藉此表達商標所有者之心情，例如：

¹⁰⁷ 吳庚（2005），同前註 18，頁 129-131。

上揭的「THE SLANTS」、「FUCT」商標¹⁰⁸。

描述——商標字詞，如標語、含有政治性表達與訴求。例如：「臺灣能夠幫忙」(Taiwan can help)；或如美國最高法院於 1971 年的判決中的男子於越戰時空背景下，其穿著寫有「去他媽的徵兵」(Fuck the Draft) 的外衣，以傳達反戰之訴求¹⁰⁹。

觀點部分的偏離度審查官往往無法接受，因此會以各種理由核駁；描述的部分若不能合其胃口或可接受的情況下，極易造成審查官的偏執，而誤陷自己認為的庸俗地獄，卻是他人的詩篇，此句話源之於大法官 John Marshall Harlan 的意見書中，他寫下了著名的「一個人的庸俗，是另一人的抒情詩」(one man's vulgarity is another's lyric)¹¹⁰。

伍、不具辨識性的商標：

功能說明——產品品質、用途等形容用語。

通用名稱——地域名稱、國名、產地及習慣用語及稱呼等。

此範圍通常列為程序審查，因為不具備商標基本格式，但如微軟 WINDOW 商標就是此類，經由特殊外力施壓才獲准。

陸、限制性的商標：

國家標識——商標圖樣是國旗、勳章。

產地標籤——相同著名品牌產品之產地名稱。

國際機構——使用相同如 WTO、WHO 之組織名稱。

¹⁰⁸ See generally, Annett, Meaghan, *When Trademark Law Met Constitutional Law: How a Commercial Speech Theory Can Save the Lanham Act*, 61 B.C. L. REV. 253, 255 (2020).

¹⁰⁹ See *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹¹⁰ See Betsy Gomez, *40 Years On, One Man's Vulgarity Is Still Another's Lyric*, COMIC BOOK LEGAL DEFENSE FUND (June 7, 2011), <http://cbldf.org/2011/06/40-years-on-one-mans-vulgarity-is-still-anothers-lyric/> (last visited Nov. 20, 2020).

第四節 從法律保留的角度來看

商標註冊前的「事前審查」之手段必要性關鍵爭議，在以行政裁量權替代司法審判權，錯置行政權限為司法權限，嚴重違反法治國分權制衡原則。商標首重於實際使用，然未經使用何來侵害預防，縱有侵害預備也必然於商標實際使用才有實質侵害產生，因此並不適用於「事前審查」，只能選擇適用「事後懲罰」。

商標屬於人民基本權的表現自由，依臺灣的憲法體制相同於德國基本法，今以德國基本法第 5 條規定：「一、人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受知識而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。事前審查制度不得設置 (Eine Zensur findet nicht statt)」。二、此等權利，得依一般法律之規定、保護少年之法規及因個人名譽之權利，加以限制。三、藝術與科學、研究與獎學均屬自由，講學自由不得免除對憲法之忠誠。」依此條文範例對比商標，即是由語言、文字及圖畫自由表示，以構成其圖樣內容，並以商標代表其商品傳布主張其銷售訊息之權利，於是商標在尚未進入於市場銷售其商品前，「檢查制度」依基本法之法理根本不得設置。商標爭議之衝突只有可能在市場商品銷售過程中產生，絕不是在商標公報上之虛擬爭議紙本印刷作業空間中發生。若有違反商標法之情事，侵權者應兼負民、刑事罪責，須依商標法接受司法機關之判決定奪。而在此之前商標僅是一個智慧體，它於創作完成就生成智慧權，行政機關無法以商標註冊之名目進行「事前審查」之干涉與限制之業務，否則違反憲法（基本法）保障言論表達之規定甚明。

雖然任何基本權皆有限制，包含以一般的法律保留 (einfacher Gesetzesvorbehalt) 及特別的法律保留 (qualifizierter Gesetzesvorbehalt)，此外尚有「無法律保留限制」 (ohne Gesetzesvorbehalt)，但此一部分的基本權會是以「憲法內在限制」 (verfassungsimmanente Grundrechtsschranken) 的系統考量為制約¹¹¹。言論表現

¹¹¹ 趙宏 (2013)。〈從基本權限制條款看憲法規範的形式及價值〉，收於：中央研究院法律研究

自由屬於特別的法律保留限制範圍，藝術表達自由則屬於無法律保留限制範圍。但不論是言論表現自由或是藝術表達自由，都不得設置檢查制度，德國基本法定有詳細明文，這是值得本文深思與比較之處。



第五節 從商標載體的角度分析

商標依其圖樣之構成本就是言論表現與藝術表達之載體，其是藉由影像、聲音及味道為單一或複合式構成，以藉由特異影像、聲音及味道的精心設計、繪製、編曲，以表達出所欲呈現的心底想法與聲音及味道，其目的係達成心靈交流，而用以吸引消費者購買其商品，今就其生成之結構與所具有之言論表現與藝術表達，特別分析如下列：

影像——包含文字、圖樣構圖、色彩，及整個外觀形體與靜態圖畫或動態影片，而這些呈現都是經由原創設計，屬於創作者或委託者的心血結晶。

聲音——包含如文字讀音、樂曲音符、或藉由某種器物發出之聲響，而這些聲音創作，通常是經由專業人士費盡心思的編纂，讓它呈現出聲音藝術的表達。

味道——不是極臭就是極香而具特異性，讓消費者聞後直接誘發對所欲銷售商品的好奇心，使具備以味道表現出商品的魅力。

觸感——接觸肌膚之物，使其特別舒適、服貼、透氣及乾爽等之感覺，讓使用者愛不離手，隨時陪侍在身旁，如衣服織品、枕具、手把及衛生紙商品。

綜合體——聚合多重感官的商標載體，商標呈現多樣化，創造一種誘發感官知覺的藝術作品，讓消費者經由這場體驗，達到商品促銷的目的，也讓商標之所以取得商標身份，就是必須讓它有生命力的存活在競爭商場的舞台上。

因此，商標不但是言論表達與藝術表達的傳播者，也是屬於憲法特別保護的基本權，尤其勝過一般保護層級的財產權。比較臺灣憲法對於基本權保護項下的

所，林子儀（主編）《中研院法學期刊·第12期》，臺北：中研院，頁223-225。

規定，似乎簡略並無差別層級且不明顯，但依德國基本法對於基本權的保護限制，就有不同層級的法律保留限制，連帶的使立法者所獲授權限制的彈性大小也跟著變化。對於言論自由是以特別法律保留，對於藝術自由是以無法律保留，其他的則是以一般法律保留，三者間的差異以無法律保留的限制就是無限制，而以一般法律保留的限制最大，特別法律保留的限制強度則介於其間，若是以基本權間的衝突爭議發生時，就是以聯邦憲法法院創設的「利益權衡原則」及「實踐調和原則」來解決基本權衝突¹¹²。

第六節 小結

商標註冊「事前審查」言論表現載體，係審查具有言論表現與藝術表達基本權之內容，不論該言論表現載體審查之結果是核駁或核准，但在法律程序上已經不符合憲法對於基本權限制之限制（Schrankensranken）之規範，目前得知唯一可補救的方法就是於此一程序，特別給予立即司法救濟的程序機會（參釋字第744號），意即對於申請註冊商標，一旦於「事前審查」被核駁，若有不服想繼續爭取，至少有讓它立即獲得「司法救濟」的機會，捨棄現行的訴願行政救濟方式，改由法院訴理兩造即政府與人民間的糾紛。若能如此，也才符合司法院大法官釋字第744號解釋，否即有違憲之虞。意即原本由行政機關管轄，但遇此一關鍵節點能全速脫離，而轉由司法機關接手，而不失被剝奪的人民權益，仍可望於市場實際使用之際，快速有效地獲得公平的彌補。

¹¹² 趙宏（2013），同上註，頁225-226。

第五章 商標註冊事前審查必要性評析

商標註冊前之「事前審查」屬於限制言論表現自由的預前實施手段，對於人民來說極其殘酷，但對於實施者來說卻可用以掩飾其限制言論表現之真實目的，因此享有極大的便利性。目前藉由「事前審查」普遍實施於行政部門主管機關，作為最有效控制言論表現之方法。通常是以法律規定作為其基礎，並藉由發證機制以進行合法管控，使得各行業之言論於發表之初旋即被有效限制，屬於一種由來已久、人民也習慣、且無聲無息的控制方法，因而直接綁架人民言論至行政機關手裡。當商標被普遍認定為言論表現自由的基本權時，商標主管機關所沿用的「事前審查」手段立即產生是否存有「必要性」的質疑。

依憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」言論自由權係憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」明文所保障。商標屬於言論自由權利保護的範圍，至今也無需解釋與爭辯，亦勿庸為其分類，因其言論傳達的訊息內容，被視為同一階層，除非有違反憲法第 23 條規定應被限制之外，其餘其言論皆屬憲法保護範圍。

第一節 商標事前審查推定違憲

為何商標事前審查會被推定為違憲，由美國研究者 Lisa P. Ramsey 於其 2019 年於聖地牙哥大學法學院（University of San Diego School of Law）的研究報告 *Free Speech Challenges to Trademark Law After Matal v. Tam* 一文中¹¹³，分析出諸多元素如下¹¹⁴：（一）政府的行為（government action）；（二）限制與懲罰表達或些足以傷害表達（suppression or punishment of expression, or some other actionable harm to expression）；（三）商標的使用合於表達（this use of the trademark qualifies

¹¹³ See generally, Ramsey, Lisa P., *Free Speech Challenges to Trademark Law After Matal v. Tam*, 56 HOU. L. REV. (2018) 401, 401-470.

¹¹⁴ *Id.*, at 423.

as expression);(四)表達之標的屬於個人的或非政府的，而不是政府的言論 (this is expression of an individual or non-government entity, rather than government speech);(五)此表達並非受到絕對之排除保護 (this expression is not categorically excluded from protection);(六)商標法不合於憲法的審查 (the trademark law does not satisfy constitutional scrutiny)。

依商標身分取得的方式必須是進入市場使用後，才有機會被消費者認定為商標，若「商標」尚未進入市場進行貨品銷售行為仍屬於著作物狀態，並且也無法可依商標法的表面規定，直接認為只要它提出申請註冊就已經算是一個商標，其實最多也只算是欲作為一個商標而已；依商標法規定，政府是以申請發證作為「事前審查」與實施行政裁量權的合法理由，致是擺明對屬於言論表達的著作物做出違法的法律預前限制，以使它因「觀點歧視」之理由先被核駁，而無法進入市場成為一個名符其實的商標。因此就現行制定的商標法而言，已屬於違反憲法保護言論自由項下原不應該被法律限制，卻制定出「事前限制」的法律，應被推定為違憲。

除自 1644 年英國發生的著名的「事前審查」抗議歷史外，現存推定違反憲法的「事前審查」理由，包含 Emerson 教授提供一延伸「事前審查」教義之基本原理如下列¹¹⁵：(一)事前審查系統在許多方面較事後懲罰系統有更多的抑制 (A system of prior restraint is in many ways more inhibiting than a system of punishment);(二)可將極廣泛的言論表達納入於政府的審查之下 (it is likely to bring under government scrutiny a far wider range of expressions);(三)阻斷訊息傳遞於初始發生之前 (it shut off communication before it takes place);(四)以揮筆抑制表達似較以刑事程序來的方便 (suppression by a stroke of the pen is more likely to be applied than suppression through a criminal process);(五)此步驟不需要動用刑事程序的保障措施 (the procedures do not require attention to the safeguards of the

¹¹⁵ See Barron & Dienes, *supra* note 2, at 56-57.

criminal process) ; (六) 此種系統較無機會受到公眾的評價與批評 (the system allows less opportunity for public appraisal and criticism) ; (七) 系統動態朝著超越歷史呈現的所有審查制度推進 (the dynamics of the system drive toward excesses as the history of all censorship shows) 。

政府實施「事前審查」以控制言論表現，何種條件才不致被推定為違憲？依據美國最高法院審查 *Near v. Minnesota* 一案中，首席法官 Hughes 提出三個辨識條件，用以評估「事前審查」是否有效：其一，有關國家安全之例外，如發表部隊移防的出海日期等；其二，有關猥褻之例外在於執行淨化風氣之主要需求上；其三，維護社區居民生命安全之例外針對煽動暴力行為以及武力推翻政府合法統治。而該案例則因皆不符合前述任一條件，終致被無效判定。

第二節 商標事前審查與事後懲罰同時存在的必要性何在

商標法依註冊領證規定進行事前審查，同時規定事後懲罰條款，似乎將商標依時間順序分為使用前與使用後兩階段，然因商標使用前視同著作物於完成之時立即享有著作權，怎容得了以商標事前審查之機制將其合法納入於管控言論表現之標的物，並藉由行政裁量權單方面預先判定該一「商標」的生死，讓其從此滅絕進入市場發揮言論表現流轉商業訊息之機會，此種以位居高位循藉管理百姓之名可算是何其可恥與悲劣，但身為民主國家的主人卻不自知言論流通對於民主自由的必要性，仍任其以行政權源自立法權之授權而執行其管制權力。

商標法如同一般法律基於管理之目的必然有量刑之標準，因此違反者即應依法接受司法機關之處罰，此為事後懲罰，意即商標於市場實際使用後才可能發生爭議之情事，但由利害關係人或受害者自行依其犯罪證據追訴罪責，相對於侵權者一方，亦可依法律正常程序提出抗辯，讓法官能就事理釐清法律關係以求勿枉勿縱。

事後懲罰才算是違法之懲罰，但商標尚未應用於市場之前，何來產生爭議並

進而發生懲罰之可能？因此「事前審查」之機制其目的在於管控言論進入市場，而非等其進入市場發生違法爭議之情事後才將其處罰，致所以被推定為違憲指的是「事前審查」機制而非係針對個案是否被核駁之情事，又「事前審查」係以行政裁量權將人民言論表現基本權徹底限制於行政機關之衙門內，則依制定法律之目的在於威懾違法者以規範其行為，事後懲罰也已足夠達成其效果，「事前審查」則係另有目的所產生，應被剔除於商標法之外，而廢棄之。

第三節 應捨棄事前審查之理由

商標未使用前依其商標圖樣屬於著作物，基本上視同創作於完成之時立即享有著作權，縱使依商標法提出商標申請，主管機關也應視它為著作物，並就其管理目的而依其創作完成之時間（time）、地點（place）及使用方式（manner）詳為登載於商標公報（trademark gazette）上，讓後進者（junior）在設計新的商標之前，能就先進者（senior）使用方式包含如指定商品類別、使用地域範圍（臺灣、美國、中國或全球）及如何使用等技術細節，有先行參考價值以自行避開市場實際使用後可能發生爭議之情事，及避免違觸「事後懲罰」（subsequent punishment）之司法追訴之民、刑事侵權責任；又商標法若不以發證（issuing licenses）為餌、就不必經由「事前審查」定生死，那麼依其法律效力（legal effect）而言，一樣可以達到維持商業公平競爭之環境，致「事前審查」已無與「事後懲罰」同時存在於商標法之必要性即應儘可能捨棄。

商標「事前審查」在民主自由與藍綠交替執政的年代，過去的威權、黨國治理的時代已於 1996 年總統民選後煙消雲散，因此為何仍須將控管言論自由的「事前審查」機制保留於行政機關，作為主管機關治理商標市場，以維持公平競爭之環境，然而商標必須實際使用於市場後侵害之情事才可能發生，此時受害者自行會依商標法之規範條件，蒐集必要證據向司法機關提起民、刑事追訴，如同一般侵權行為的訴理方式，因此實無必要再經由「事前審查」程序控管商標之准駁與

發證程序，尤其當行政機關是以行政裁量權作為其武器，向人民實施過度卻又缺乏科學數據之單方面、又無實際受害者存在的虛幻標準，作為一次性的行政判決時，自然有違憲法保護人民基本權的法理，應被捨棄才是。

以「事前審查」給予行政裁量權去審度言論自由時，就是屬於一種違反憲法禁止過度的主義。依據美國 1988 年最高法院對於 *Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.* 之案例¹¹⁶，法院認為 Lakewood 的市長以其被賦予無約束的行政裁量權去拒絕允准報紙零售投幣機設置於人行道上，即是屬於挑戰憲法增修條文第 1 條對於言論自由過於寬泛的限制¹¹⁷。

前述判決案之法官 Brennan 也特別給出他對於該一 Lakewood 市之違憲之禁令的意見：我們應該確認一牽涉恣意發證方案對於憲法增修條文第 1 條規定的兩個主要風險：申請者（即言論發表者）為獲得允准執照而刻意削足適履自我審查；對此一無評量標準的發證者行為屬於適用上（as applied）違憲，很難於事後有效地檢測、重新審視及改正其內容審查結果。當此種法令，已威脅這些風險至顯著地程度，那麼法院基於憲法就應秉持迅速因應，因此，表面性違憲（facial challenge）係挑戰發證法律給予政府官員或代理機關充足的行政裁量權去歧視言論的內容或觀點，以壓制不討喜的言論或不喜歡的發言者¹¹⁸。

¹¹⁶ See *City of Lakewood v. Plain Dealer Publ'g Co.*, 480 U.S. 904 (1987).

¹¹⁷ See Barron & Dienes, *supra* note 2, at 47. 節錄原文：The overbreadth doctrine has been used extensively in reviewing broad grants of discretion to administrators. Thus in *City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.* (1988), the Court invalidated an Ohio ordinance which vested unguided discretion in the mayor to deny permits to coin-operated newspaper machines on city sidewalks: "A facial challenge lies whenever a licensing law gives a government official or agency substantial power to discriminate based on the content or viewpoint of speech by suppressing disfavored speech of disliked speakers." The facial challenge succeeded even though the administrator had not in fact discriminated based on content or viewpoint.

¹¹⁸ See Sullivan & Gunther (1999), *supra* note 13, at 336. 節錄原文：Justice Brennan's opinion for the Court allowed a facial challenge to the ordinance: "We have identified two major First Amendment risks associated with unbridled licensing schemes: self-censorship by speakers in order to avoid being denied a license to speaker; and the difficulty of effectively detecting, reviewing, and correcting content-based censorship 'as applied' without standards by which to measure the licensor's action. It is when statutes threaten these risks to a significant degree that courts must entertain an immediate facial attack on the law. Therefore, a facial challenge lies whenever a licensing law gives a government official or agency substantial power to discriminate based on the content or viewpoint of speech by suppressing disfavored speech or disliked speakers."

第四節 小結

言論貴在於自由表現如同商標貴在於自由使用，雖然自由表現與自由使用仍有前提的限制，但屬於限制之外的即屬於憲法保護的範圍。商標「事前審查」限制的目的主要在於限制違法的商標圖樣內容，但是違法的前提是以事實發生爭議為判斷的開始，若尚未發生實質的侵害，當如何以行政裁量權替代法院的訴訟之權？又當如何經由程序的正義維護自己的權利？除非商標身分有不適格的問題，那又另當別論（如參商標法第 30 條第 1 項第 10~15 款規定即明）。

所以事前審查制度不得設置（Eine Zensur findet nicht statt）；且商標於使用前非屬可以被限制的獨立基本權利，若限制即違憲、亦即是對於言論自由「限制之限制」(Schrankenschranken)，因此依憲法僅允許國家機關對使用後之商標採取事後追懲之限制，至於對於事前預防性之限制，則應被禁止。

第六章 結論



憲法所規定之言論自由權利是：法律限制其不得以法律限制之權利。由憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」由民法與刑法規定條文的字義中¹¹⁹也顯示出自由仍受限制，但限制限於對他人的惡意、對社會秩序（公共秩序或善良風俗）與公共利益的危害及對突然面對的緊急危難不得不避免的情勢所施加以自由的限制，屬於合於憲法限制自由的範圍。

第一節 自由具體範圍到底是如何？

壹、內容審查、非關公益限制及可替換性的限縮限制

依民國 106 年 12 月 1 日釋字第 756 號解釋文，其中謂：「監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」違反憲法第 23 條之法律保留原則。另其中題意正確及監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。其中無礙監獄紀律部分，未慮及是否有限制較小之其他手段可資運用，就此範圍內，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。」

前開各該規定與憲法規定意旨有違部分，除監獄行刑法施行細則第 81 條第

¹¹⁹ 參看民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」第 148 條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」第 2 條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」第 17 條規定：「自由不得拋棄。自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」刑法第 320 條規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。前二項之未遂犯罰之。」

3 項所稱題意正確及無礙監獄信譽部分，自本解釋公布之日起失其效力外，其餘部分應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。」



貳、事前審查與內容審查已逾越必要程度

依民國 106 年 1 月 6 日釋字第 744 號解釋文：「化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。」同條例第 30 條第 1 項規定：「違反第 24 條……第 2 項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。」係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 11 條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」

參、內容審查與意識形態審查已逾越必要程度

依民國 97 年 06 月 20 日釋字第 644 號解釋文：「人民團體法第 2 條規定：『人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。』同法第 53 條前段關於『申請設立之人民團體有違反第 2 條……之規定者，不予許可』之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民『主張共產主義，或主張分裂國土』之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。」

肆、小結

政府機關關凡是牽涉人民言論自由於發表之先就被審查，並限制其如期向公眾發表就是「事前審查」，屬於政府施政的違憲的行為。又「事前審查」係就發表的「內容」作全面性審查，並因此延誤、耽擱、拒絕及限制人民就其原樣內容發表，就是屬於政府施政的違憲行為。對於本可「替換性的限制及限縮的限制」，相同可達成政府施政目的，卻不以人民的利益為優先考量，只圖自己的方便性，

那就是屬於違憲的行為。審查人民言論自由，係就不確定法律概念、觀念歧視及意識形態作為限制標的，卻欠缺明確定義及範圍，即屬於一種「模糊性與過度性」的審查，而屬於違憲的行為。



第二節 商標法的行政審查應限縮審查範圍及程序，其道理何在？

壹、註冊違法的申請審查、異議審查及評定審查

我國商標法係採先申請註冊原則，商標權之取得須經由註冊申請程序，因此商標主管機關於「申請審查」階段，需審核該商標有無與前手申請的商標相衝突或無其他不准註冊之事由，始核准註冊。但因商標使用所涉商品及服務內容繁多，商品或服務相關之專業知識及市場交易情形龐雜，審查上多涉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，以審查人員有限的資源及審查工具，未必能就有關資訊全盤掌握。因此為讓註冊商標取得商標權之合法性得以確定，商標制度內皆有設置商標異議及評定制度之必要性，以法律明定輔助審查機制之特別程序，若商標有本法規定不准註冊之情形，即可透過「異議審查」之再審查或「評定審查」之再一次再審查撤銷其註冊。

貳、使用違法的廢止審查

就合法註冊在案之商標於實際使用後一段期間，若未做好商標辨識度之管理及未依正常方式使用或停止使用一段時間，此時商標主管機關就得依職權或依任何第三人之申請廢止其商標註冊。商標「廢止審查」與商標「異議審查」、「評定審查」之區別在於：商標異議或評定之對象，為違法註冊的商標，廢止的對象則為合法註冊的商標，其違法事由於註冊後才發生。另異議或評定成立，商標權被溯及既往失其效力，而廢止成立，則是使商標註冊之效力向將來失其效力。

參、縮小申請審查範圍

依據歐盟、德國及英國等國家，自 2016 年後的商標審查範圍，由全面審查制度如臺灣與日本，更改為部分審查制度。以現行商標法第 29 條與 30 條所規定不得註冊事之原因為例，包含了絕對不得註冊¹²⁰與相對不得註冊¹²¹規定原因，經濟部智慧財產局商標處均主動全面加以審查；而所謂部分審查制度，係指商標審查機關並不審查與私益有關之相對不得註冊事由，僅審查申請的商標是否有違形式要件及是否違背公益有關之絕對不得註冊事由，對於有相對權利之私益衝突部分，則交由私人或司法機關處理，商標審查機關在申請註冊階段並不介入或干預。

肆、註冊與使用的保護原則

商標法之行政審查係指註冊程序之申請審查，並就可能遺漏的部分，接續由任何人或相對利害關係人審查，以求做好「註冊保護原則」的管理職責；但「廢止審查」跨及「使用保護原則」卻由商標審查機關納入管理職責，竟然如此又何

¹²⁰ 第 29 條第 1 項「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。」、第 3 項「僅由其他不具識別性之標識所構成者。」第 30 條第 1 項第 1 款「僅為發揮商品或服務之功能所必要者。」、第 2 款「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六條之三第三款所為通知之外國國徽、國璽或國家徽章者。」、第 3 款「相同於國父或國家元首之肖像或姓名者。」、第 4 款「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。」、第 5 款「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。」、第 6 款「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。」、第 7 款「妨害公共秩序或善良風俗者。」、第 8 款「使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者。」、第 9 款「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。」

¹²¹ 第 30 條第 1 項第 10 款「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。」、第 11 款「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。」、第 12 款「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，知悉他人商標之存在，意圖仿襲而申請註冊者。但經其同意申請註冊者，不在此限。」、第 13 款「有他人肖像或著名之姓名、藝名、筆名、字號者。但經其同意申請註冊者，不在此限。」、第 14 款「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。」、第 15 款「商標侵害他人之著作權、專利權或其他權利，經判決確定者。但經其同意者，不在此限。」

需事前申請審查、異議審查及評定審查，且廢止審查就如同對一個使用於市場銷售商品的野生商標（未註冊的商標），當與競爭者間發生爭議時，野生商標的受害者本可直接向法院提起商標訴訟解決，而不必經由行政審查系統請求廢止、廢止不成經由訴願、再不成經由行政法院，最後再繞回刑庭法院作出刑事與附帶民事裁判，走完這一遭徒然只是耗時、耗錢又無效率的救濟程序。

臺灣目前係於公平交易法第 22 條納入規範著名表徵之保護¹²²，而兼有採取使用主義之概念，然有論者亦指出——公平交易法並非賦予其積極的權利地位，故仍與商標法所能提供之保護有別¹²³——換言之，若我國較為偏重註冊保護主義之結果，或不同於美國、德國採取使用保護主義或兼採註冊保護主義之法制規範，本文認為，若能適度調整我國兼採使用主義之法律實踐，例如：將上揭公平交易法第 22 條對於「實際上已有使用卻尚未為註冊之標識」之保護規範內容，納於商標法之中，將能促使對商標使用人權益與消費者利益獲得更佳之保障¹²⁴。

第三節 建議

「人民有免於國家機關之恣意或不受法律拘束之裁量的自由。」¹²⁵若商標主管機關依商標法之規定於用罄所有最便利的行政手段去對付人民申請的商標是

¹²² 公平交易法第 22 條：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：一、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。二、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，於同一或類似之服務為相同或近似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。前項姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品或服務之表徵，依法註冊取得商標權者，不適用之。

第一項規定，於下列各款行為不適用之：一、以普通使用方法，使用商品或服務習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品或服務之其他表徵，或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品或服務者。二、善意使用自己姓名之行為，或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品或服務者。三、對於第一項第一款或第二款所列之表徵，在未著名前，善意為相同或近似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼承而使用，或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品或服務者。

事業因他事業為前項第二款或第三款之行為，致其商品或服務來源有混淆誤認之虞者，得請求他事業附加適當之區別標示。但對僅為運送商品者，不適用之。」

¹²³ 謝銘洋（2020）。同前註 25，頁 173。

¹²⁴ 同上註。

¹²⁵ 黃茂榮（2006）。《法學方法與現代民法》，臺北：臺大，頁 723。

否符合註冊要件，同時經由無邊限制的行政裁量權去裁奪不確定法律概念的商標圖樣內容，至此仍嫌不足，尚藉由後續審查程序邀請普羅大眾共襄盛舉審查此一商標是否屬於註冊違法，如此一再地匯聚所有可能撤銷商標理由至機關手裡卻不是法院，以致於商標一旦被認定屬於違法有不得註冊之原因，那不就是以行政之力直接剝奪人民言論自由，剝奪了人民原本可依法律正當程序維護自身權益的訴訟之權。

商標權從國際私法觀點¹²⁶，依「涉外民事法律適用法」第 42 條第 1 項，關於商標之權利，係依該權利應受保護地之法律規範¹²⁷，本文建議，若能採取登記管理制度¹²⁸，遇有爭議，就由受害者一方自行蒐集侵權證據，而向民、刑事法庭提起追訴。但在過渡時期或可學習歐盟等商標審查，限縮於絕對不得註冊之原因理由上，而相對不得註冊之原因理由，就由受害一方自行向商標審查機關提起異議等撤銷程序或直接向法院之商標法庭提出撤銷皆可。至少避免因申請審查之「事前審查」及「內容審查」構成違憲，並純粹就商標審查機關之審查權限能夠限縮於絕對不得註冊違法之範圍內，如此應可通過違憲審查對於商標言論自由不可限制的限製檢驗。

¹²⁶ 參照曾陳明汝（1995）。〈智慧財產之國際私法問題（二）——論涉外物權制度暨智財權之準據法〉，《臺大法學論叢》，第 25 卷第 1 期，頁 269。

¹²⁷ 涉外民事法律適用法第 42 條第 1 項：「以智慧財產為標的之權利，依該權利應受保護地之法律。」。

¹²⁸ 例如，船舶登記法第 3 條規定：「船舶關於左列權利之保存、設定、移轉、變更、限制、處分或消滅，均應登記：一、所有權。二、抵押權。三、租賃權。」。

參考文獻



壹、 中文

一、 專書

李念祖 (2002)。《案例憲法 (一) 憲法原理與基本人權概論》，臺北：三民。

吳庚 (2004)。《憲法的解釋與適用》，臺北：吳庚。

吳庚 (2005)。《行政法之理論與實用》，臺北：三民。

吳庚、陳淳文 (2017)。《憲法理論與政府體制》，臺北：三民。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞 (2019)。《憲法權力分立》，臺北：新學林。

黃茂榮 (2006)。《法學方法與現代民法》，臺北：臺大。

許宗力 (2007)。《憲法與法治國行政》，臺北：元照。

陳清秀 (1999)。《行政訴訟法》，臺北：植根。

陳淳文 (2001)。《行政法爭議問題研究 (上) · 比例原則》，臺北：五南。

城仲模 (2019)。《城仲模八十歲月劄記》，臺北：五南。

翁岳生 (2020)。《現代法治國家之釋憲制度與司法改革 · 翁岳生教授論文集》，臺北：元照。

陸潤康 (1993)。《美國聯邦憲法論》，臺北：凱倫。

謝銘洋，(2020)。《智慧財產權法》，臺北：元照。

Corwin, Edward S.，強世功譯著 (1929)。《美國憲法的「高級法」背景》，中國北京：三聯。

Thaler, Richard H. & Sunstein, Cass R.，張美惠譯著 (2014)。《推出你的影響力》(Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness)，台北：時報文化。

二、 期刊論文或論文集之一章

許志雄 (2006)。〈現代立憲主義與民主的對話〉，收於：施茂林主編，《跨世紀法

學新思維——法學叢刊創刊五十週年》，臺北：元照。

張文郁（2016）。〈臺灣訴願制度之過去、現在與未來〉，收於：臺灣行政法學會（主編），《行政組織/行政執行/訴願制度/食品安全/金融監理》，臺北：元照。

曾陳明汝（1995）。〈智慧財產之國際司法問題（二）——論涉外物權制度暨智慧財產之準據法〉，《臺大法學論叢》，第 25 卷第 1 期。

張宇樞（2005）。〈從美國與臺灣現行關於智慧財產權案件審理機關之設計談智慧財產權專業審判機關之建立〉，《智慧財產月刊》，第 75 期。

蔡宗珍（1999）。〈公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》，第 62 期。

孫逸仙（1954）。〈民權類〉，收於陳健夫（編者），《國父遺教大辭典》，臺北：臺灣上海。

蔡明誠（2006）。〈我國智慧權法之解釋及法律補充〉，收於：施茂林（主編），《跨世紀法學新思維——法學叢刊創刊五十週年》，臺北：元照。

趙宏（2013）。〈從基本權限制條款看憲法規範的形式及價值〉，收於：中央研究院法律研究所，林子儀（主編）《中研院法學期刊·第 12 期》，臺北：中研院。

詹姆斯·庫珀（James M. Cooper）（2017）。〈仿冒智慧財產權帶來的持續挑戰和對臺灣的機會〉，收於：施茂林、蔡佩芬（編），《法律探微今與明的新學思》。台北：聯經。

魏馬哲（Matthias Wetzel）（2017）。〈未註冊著名商標的保護〉收於：施茂林、蔡佩芬（編）《法律探微今與明的新學思》。台北：聯經。

三、 官方出版品

司法院（1987）。〈司法院大法官會議議決釋字第 218 號解釋〉，《司法院公報》29(9)：1-9。

司法院（1988）。〈司法院大法官會議議決釋字第 224 號解釋〉，《司法院公報》30(5)：9-15。

司法院（1990）。〈司法院大法官會議議決釋字第 251 號解釋〉，《司法院公報》

- 32(3)：3-5。
- 司法院（1990）。〈司法院大法官會議議決釋字第 261 號解釋〉，《司法院公報》
- 32(7)：1-5。
- 司法院（1994）。〈司法院大法官會議議決釋字第 364 號解釋〉，《司法院公報》
- 36(11)：15-18。
- 司法院（1996）。〈司法院大法官會議議決釋字第 414 號解釋〉，《司法院公報》
- 38(12)：5-16。
- 司法院（1996）。〈司法院大法官會議議決釋字第 418 號解釋〉，《司法院公報》
- 39(1)：24-28。
- 司法院（1998）。〈司法院大法官會議議決釋字第 445 號解釋〉，《司法院公報》
- 40(3)：1-28。
- 司法院（1998）。〈司法院大法官會議議決釋字第 509 號解釋〉，《司法院公報》
- 42(9)：1-30。
- 司法院（2005）。〈司法院大法官會議議決釋字第 594 號解釋〉，《司法院公報》
- 47(6)：1-24。
- 司法院（2008）。〈司法院大法官會議議決釋字第 644 號解釋〉，《司法院公報》
- 50(9)：1-25。
- 司法院（2017）。〈司法院大法官會議議決釋字第 744 號解釋〉，《司法院公報》
- 59(2)：1-108。
- 司法院（2017）。〈司法院大法官會議議決釋字第 756 號解釋〉，《司法院公報》
- 59(12)：96-200。

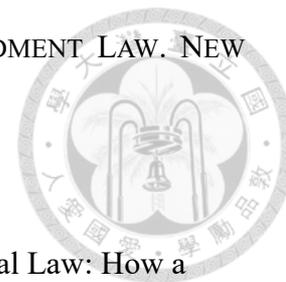
貳、 英文

一、 專書

BARRON, JEROME A. & DIENES, C. THOMAS, FIRST AMENDMENT LAW. USA:

THOMSON WEST (2004).

SULLIVAN, KATHLEEN M. & GUNTHER, GERALD, FIRST AMENDMENT LAW. NEW YORK: FOUNDATION PRESS (1999).



二、 論文

Annett, Meaghan (2020), “When Trademark Law Met Constitutional Law: How a Commercial Speech Theory Can Save the Lanham Act.” *Boston College Law Review* 61(1): 253-293.

Emerson, Thomas I. (1995), “The Doctrine of Prior Restraint.” *Law and Contemporary Problems* 20: 648-671.

Ramsey, Lisa P, (2018). “Free Speech Challenges to Trademark Law After *Matal v. Tam*.” *Houston Law Review* 56(2): 401-470.

Ramsey, Lisa P, (2008). “Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law”, *SMU Law Review*, 61 (2), 381-458.

三、 網頁資料

Brandt, Ashley. Beer and the First Amendment – how Santa’s Butt, a Bad Frog, and a Raging Bitch have helped free expression in liquor labeling and advertising, *Libation Law Blog*, <https://libationlawblog.com/2018/10/16/beer-and-the-first-amendment-how-santas-butt-a-bad-frog-and-a-raging-bitch-have-helped-free-expression-in-liquor-labeling-and-advertising/> (last visted Nov. 20, 2020).

Brandt, Ashley. An End to the “Raging Bitch” Suit or the Beginning of New Challenges to State Censorship in Labeling – Liquor Commissioners Have Immunity From Some Damages, *Libation Law Blog*, <https://libationlawblog.com/2012/07/02/201272an-end-to-the-raging-bitch-suit-or-the-beginning-of-new-chal-html/> (last visted Nov. 20, 2020).

Crouch, Dennis. Is the Limiting of Scandalous Marks a Viewpoint Neutral Government Activity?, *Patently0*,

<https://patentlyo.com/patent/2018/04/government-rehearing-brunetti.html> (last visited Nov. 20, 2020).

Gomez, Betsy. 40 Years On, One Man's Vulgarity Is Still Another's Lyric, COMIC BOOK LEGAL DEFENSE FUND (June 7, 2011), <http://cblbf.org/2011/06/40-years-on-one-mans-vulgarity-is-still-anothers-lyric/> (last visited Nov. 20, 2020).

Hudson, David L. Jr. *Matal v. Tam* (2017), *The First Amendment Encyclopedia*, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam> (last visited Nov. 20, 2020).

Spitzer, Elianna. What Is Prior Restraint? Definition and Examples, ThoughtCo. (June 30, 2019), <https://www.thoughtco.com/prior-restraint-definition-4688890> (last visited Nov. 20, 2020).

四、判決

Bad Frog Brewery, Inc. v. New York State Liquor Auth., 134 F.3d 87 (2d Cir. 1998).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

City of Lakewood v. Plain Dealer Publ'g Co., 480 U.S. 904 (1987).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Flying Dog Brewery, LLLP v. Michigan Liquor Control Comm'n (2015).

Iancu v. Brunetti, 139 S. Ct. 2294 (2019).

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744 (2017).

Near v. State of Minnesota ex rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931).

Nebraska Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).

New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist., 390 U.S. 942 (1969).