

商標之使用

【重點提示】

商標使用可以單獨考，也可以搭配各種考點，整理如下：

1. 最常見的考法就是在商標侵權（一般商標或著名商標）的案例中，認定被告是否有商標侵權使用，此時雖題目沒有特別問，也必須要在答案中檢驗，所以就商標使用必須要準備一個詳答。
2. 其次就是在商標廢止案例認定商標權人是否有維權使用，此時會考的點在舉證方法以及是否構成使用同一性。
3. 再來比較少見但有仍可能出現的考點就是怎樣的情形不構成商標使用，包括以不顯著、消費者不容易認識的方式使用，或是實務上非作為商標使用的情形。
4. 另有特殊案例，如搜尋引擎的關鍵字銷售是否構成商標使用、贈品使用，均屬獨立考點。

第5條：「商標之使用，指為**行銷之目的**，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。」

第64條：「商標權人實際使用之商標與註冊商標不同，而依社會一般通念並不失其同一性者，應認為有使用其註冊商標。」

【說明】

1. 概說：

- (1) 商標之使用，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，二者之規範目的雖有不同，惟實質內涵皆應就交易過程中，其使用行為在客觀上是否足以使消費者認識該商標、具有積極的使用行為、主觀上有行銷商品或服務之目的加以判斷。
- (2) 本條之目的在於規範具有商業性質之使用商標行為。所謂「行銷之目的」，雖然看似主觀要件，但判斷上仍須以行為人是否在提供商品或服務的商業交易活動中，曾經使用過該商標，亦即仍需以客觀要件的判斷方式認

定。故此「行銷之目的」與TRIPs第16條第1項所稱「交易過程」(inthecourseoftrade)之概念類似¹。

2. 「使用」之要件（法院實務與智慧財產局實務略有不同）：

實務見解所列四個要件（智慧財產法院99年民商訴字第2號判決）

1. 使用人須有表彰自己之商品或服務來源之意思。
2. 使用人需有行銷商品或服務之目的。
3. 需有標示商標之積極行為。
4. 所標示者需足以使相關消費者認識其為商標。

智慧財產局註冊商標使用注意事項所列之三個要件：

1. 使用人主觀上必須為行銷目的而使用商標：所謂「行銷目的」之內涵與「交易過程 (inthecourseoftrade)」的概念類似。但不限於有償的銷售或具營利性質的交易行為。隨著商業活動的發展，行為是否有「行銷之目的」而構成商標使用，應依具體個案所提供的商品或服務是否能為相關消費者所認識並藉以辨別來源加以判斷。商標權人如果於主觀上已有向市場促銷或宣傳商品或服務的行為，使商標之使用與提供的商品或服務發生密切關聯，應可認定具行銷之目的。
2. 其使用在客觀上必須足以使相關消費者認識它是商標：商標最主要功能在於識別商品或服務來源，使用時自應使相關消費者認識其為商標，且能藉之重複其購買經驗，若僅作為商品或服務本身相關說明之使用，即無法成為區別不同商品或服務來源的識別標識。
3. 需有使用商標之行為：依商標法第5條所例示的使用方式，包括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。應注意的是，商標權人證明有使用註冊商標時，檢送的證據資料應符合一般商業交易習慣，而足以證明於註冊指定商品或服務之真實使用。

3. 第5條各款說明：（參考100年修正理由）

1 然而，TRIPs中則定義商標之使用及於「交易過程中」(inthecourseoftrade)使用商標致混淆誤認之虞的任何行為，所以實務上為了要將本法的「行銷之目的」與TRIPs中的「交易過程」接軌，於是在智慧財產局編纂的商標法逐條釋義中明白表示，所謂「行銷之目的」與TRIPs第16條第1項所稱「交易過程」之概念類似。故雖「行銷之目的」看似主觀要件，然實務判斷時經常從客觀上商標是否在商業交易與商品流通過程中存在使用行為為斷。

- (1) 第1款係針對一般商業活動使用商標的方式而規定，除商品本身以外，將商標用於已經盛裝該等商品之包裝容器，該等已與商品結合之包裝容器，能立即滿足消費者之需求，並足以使消費者認識該商標之商品，亦為商標使用態樣之一。
- (2) 第2款係以行銷之目的，除將商標直接用於商品、包裝容器外，亦包括在交易過程中，持有、陳列、販賣、輸出或輸入已標示該商標商品之商業行為。
- (3) 第3款係針對「服務」類型的商標使用，與商品或其包裝容器之具體實物有別，於服務上之使用，多將商標標示於提供服務有關之物品，例如提供餐飲業者將商標製作招牌懸掛於營業場所或印製於員工制服、菜單或餐具提供服務。又本款規定係指商標已與服務之提供相結合之情形，例如業者已將標示有其商標之餐盤、餐巾擺設於餐桌上，以表彰其所提供之餐飲服務。
- (4) 第4款將商標用於訂購單、產品型錄、價目表、發票、產品說明書等商業文書，或報紙、雜誌、宣傳單、海報等廣告行為，為業者在交易過程常有促銷商品之商業行為，應為商標使用之具體態樣之一。
- (5) 本條第2項就透過數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式提供商品或服務以吸引消費者，已逐漸成為新興之交易型態，為因應此等交易型態，爰明定前項各款情形，若性質上得以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦屬商標使用之行為。
- (6) 前述4款應屬例示²，就使用的判斷重點要放在：使用方法需產生「足使相關消費者認識其為商標」之結果，也就是連結到第18條第2項識別性「足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源」³，使用方法本身不是重點（雖然在考試時對個案事實是否構成使用的判斷上依然重要）。⁴

4. 商標使用之態樣：「維權使用」與「侵權使用」

- (1) 維權使用：商標權人（或被授權人）為了維護自己的商標權而必須要積極去使用自己的註冊商標，且使用上必須具備「同一性」⁵。簡單來說，商標權人必須要把自己的註冊商標用在自己所欲表彰的商品服務上，且使用的商品服務類別原則上要跟註冊的商標服務類別相同。

2 黃銘傑，贈品行為與商標使用，月旦法學雜誌，2013年5月，頁185-187。

3 換句話說，商標法要求你要拿一個有識別性的標識來註冊，註冊之後又要求你要用可以讓消費者認識商標的方法來使用它。

4 考試時有時需要將個案事實就前述四款規定涵攝，去說明當事人有使用商標之事實。

5 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：（本法第63條第1項）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。

首先，依照本法第63條第1項第2款規定，無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿3年者，商標將會被廢止註冊，因此時已無繼續獨占該標識的正當性，再者，第63條第1項第1款變換使用而與原先的註冊商標失去同一性，導致與他人商標混淆誤認，亦可能會被廢止註冊⁶。

蓋商標權既為壟斷某種標識之使用，然獨占而不用，有損公益，自得剝奪其權利，以維競爭秩序。故維權使用所強調的是「真實使用」之概念，必須是在一正常的經濟活動上，於相關市場使用之行為⁷，且必須要以符合商標基本功能的使用方法，即確實用以表彰自己的商品或服務來源⁸。因此謝銘洋教授認為，單純將商標用於廣告、商品目錄之行為，並不構成維權使用⁹。最高行政法院107年度判字第383號行政判決亦謂：「如其商標使用並非基於行銷商品或服務之目的，而無商業交易行為或計畫，致其使用不具經濟上意義，或其使用行為於客觀上不足以表彰所指定商品或服務之來源，即非真實使用。」

觀念釐清

同一性

- (一)第64條規定：「商標權人實際使用之商標與註冊商標不同，而依社會一般通念並不失其同一性者，應認為有使用其註冊商標。」
- (二)註冊商標使用之注意事項：「所謂「同一性」，係指實際使用的商標與註冊商標雖然在形式上略有不同，但實質上沒有變更註冊商標主要識別的特徵，可使消費者產生與原註冊商標相同之印象，即屬具有同一性。」
- (三)此外，依實務見解，須於指定之商品或服務範圍內使用，方構成同一性。如僅於部分商品或服務使用，則其餘未使用部分將構成部分廢止事由。

- 6 另外，依本法第57條第2項規定，如果想要依照30條1項10款規定以他人待註冊商標相同近似於自己先註冊之商標且指定使用於類似商品服務之理由，評定他人商標註冊，如果自己的先註冊商標已經註冊滿3年，則申請評定時要同時提出3年內有「使用」之證據。另外，依本法第63條第1項1款事由申請廢止者，依照67條第2項規定準用57條第2、3項，也是要提出「使用」之證據。
- 7 陳昭華，商標法之理論與實務，2013年版，頁116。也可同時觀察本法第57條第3項規定：「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。」
- 8 商標是透過使用來維持其生命力，沒有被使用的商標就欠缺繼續的正當性，沒有被保護的必要。
- 9 謝銘洋，智慧財產權法，2020年9月，頁245。

觀念釐清

在網路使用自己商標是否構成維權使用

註冊商標使用之注意事項第3.4.2.：

「網路使用是指商標權人或其同意使用的人為促銷其商品或服務，利用電腦國際網路迅速傳遞資訊之功能，在網頁上使用商標，以吸引消費者上網瀏覽選購。透過網路使用商標雖可作為使用註冊商標的證據之一，惟網路無國界，以網路使用商標作為有使用註冊商標的證據，其使用仍應符合商標法第5條規定所稱商標使用的定義，也就是**使用人主觀上有為行銷於我國市場之目的**，在網頁上顯示註冊商標及註冊商標所指示的商品或服務，足以認為使用人在商業交易過程中真實的使用註冊商標，且其使用有使相關消費者認識它是商標。就以網路上的網址為例，**如果使用註冊商標的網頁第一層網址是『.tw』中文網址，原則上可認為使用人有為行銷於我國市場之目的，以我國境內消費者為訴求對象。如果是其他國家的網址，則須進一步證明網頁內容有為行銷於我國市場之目的，以我國境內的消費者為訴求對象。**例如：網頁顯示註冊商標及銷售註冊商標所指示的商品，且針對台灣消費者提供運送服務，或頁面提供繁體中文的選項等。判斷註冊商標的網路使用資料是否符合商標法第5條規定所稱商標使用的定義，還可以考慮以下因素（包括但不限於）：

- (一)消費者是否確實瀏覽過該網頁，或曾透過該網站提供的資訊，購買其商品或接受其提供的服務。
- (二)使用人是否在國內提供售後活動（例如：保證或服務），或與我國境內人士建立商業關係，或從事其他商業活動。
- (三)使用人是否在網頁上標示我國境內的地址、電話或其他足以提供消費者可直接向使用人訂購之聯絡方式。
- (四)所提供的商品或服務是否可以合法在我國境內交付，相關價格是否以新台幣標示。

僅以國外網址的網路上使用商標作為有使用註冊商標的證據，應留意是否符合上述相關因素。例如：商標權人提出我國消費者透過網路或文件傳真向商標權人訂購商品之單據、發票、購物網之商品型錄等，證明國內消費者經由網路訂購該等商品，可認為商標權人有使用系爭註冊商標。」

【高點法律專班】

31
版權所有，重製必究！

(2) 侵權使用：即要以何種方式使用他人商標，才會構成侵權？即需於商業活動上使用，且以行銷之目的，將近似於他人之商標，用以表彰自己的商品或服務來源。

故若非以商標方法去使用一個標示，而是把圖示當成單純的圖、文字說明或其他目的來使用，那就不會構成商標侵權¹⁰。

● 爭點1 商標使用是否為構成侵權使用的前提要件？

(一) 問題意識：然而，在判斷商標侵權之前，是否將「加害人是否構成商標使用」作為判斷的前提要件，意即，「商標使用」是否為商標侵權的獨立要件¹¹？見解區分如下：

(二) 肯定說（認為侵權使用為商標侵權之獨立前提要件）：學說實務多數見解均將商標使用當作商標侵權的前提要件，如果不構成商標使用，就沒有判斷混淆誤認之虞的必要，即無侵權可言。

(三) 否定說：但有學說見解認為，商標使用只是在判斷混淆誤認之虞的下位概念，作為混淆誤認之虞的參酌因素之一。而鑑諸美國商標法實務，絕大多數案件均對商標使用做廣義解釋，而是以混淆誤認之虞的參酌因素作為論證重點，其理由在於脈絡性決定參酌因素更能真實把握市場之情況，比僅以商標使用之決定論更能貼近市場之實情¹²。

(四) 小結：原則上採多數說肯定說。但現階段在考試上，由於比較少要求考生論證商標使用究竟是不是商標侵權的前提要件，故一般考到商標使用時不用特別拆分正反兩說，直接以肯定說帶過即可。

5. 維權「使用」內涵等於侵權「使用」？早期實務見解認為，侵權使用與維權使用的意義與內涵不同，故判斷「侵權使用」之範圍不以第5條之定義為依歸。有學說見解認為，侵權使用與維權使用在要件上有所不同，維權使用應有「使用人有表彰自己商品或服務來源之意思」之主觀要件，而侵權使用則不需要此要件，否則所有仿冒商標之人都欠缺表彰「自己」商品或服務來源之意思，不

10 多數實務見解認為，構成商標侵權的前提就是被告有「侵權使用」原告商標，也就是將侵權使用當作第68條的前提要件，如果被告不構成侵權使用，就沒有判斷混淆誤認之虞的必要，但有學說見解認為，侵權使用只是混淆誤認之虞的下位概念，作為混淆誤認之虞的參酌因素之一。詳後述。

11 意即，將商標侵權的構成要件拆分為1.加害人構成「商標使用」、2.致相關消費者混淆誤認之虞。

12 陳匡正，網路關鍵字廣告的商標使用爭議，法令月刊，65卷1期，頁37。劉孔中，關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以Google為例，月旦法學第235期，2014年12月，頁78。

構成使用，則自不構成侵權，不合理之處甚為彰顯¹³。美國商標法也不包括使用人須有表彰自己之商品或服務來源之意思此一要件。

100年修法理由明文第5條規範範圍包括兩種使用態樣¹⁴。有學者認為，本法第5條所規定的使用，主要在規範商標侵害之情形，此部份使用的概念範圍，應比前述維權使用更廣¹⁵，若顧及維權使用的「同一性」要求，對維權使用的認定顯然會比對侵權使用的認定更加嚴格。

6. 商標「使用」範圍及於再販賣等後階段交易行為：須注意商標「使用」之認定並非只及於初次製造時的標示商標行為，在標示人將商品出售後，該商品販賣、再販賣、再贈與等下游流通、交易、輸入、輸出行為中，均為商標「使用」效力所及。雖轉手販賣時，二手、三手再轉手人並無標示商標行為（商標已然存在於商品上），但因其交易之商品上存有商標權人之商標、亦確實作為商標使用，故再轉手人也會成立商標使用行為，只是可能得主張商標權耗盡而不構成侵權而已。此外，再轉手人如持有、陳列、出租等行為，亦均可能構成本法之「商標使用」。
7. 使用地域：基於商標註冊屬地原則，原則上以在我國管轄地域內使用為斷。惟商品自我國輸出國外之「外銷」行為，以及「網路使用」，均可合乎本條規定。但須注意，網路使用的情形必須該網站之商品或服務係以行銷於我國消費者為目的¹⁶，在網頁上顯示註冊商標及註冊商標所指示的商品或服務，足以認為使用人在商業交易過程中真實的使用註冊商標，且其使用有使相關消費者認識它是商標。
8. 表彰自己商品或服務來源意思之意思：要判斷商標是否有作為表彰商品服務來源之意圖，實務上通常會審酌商標在服務或商品上的整體設計或使用方法。故此主觀要件仍須以客觀使用狀況來判斷，如使用方式不醒目、使用在商品服務上的次數不多，就較有可能被認定為不構成商標使用。

13 劉孔中，關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以Google為例，月旦法學第235期，2014年12月，頁79。但本文認為，以近似他人商標、甚或直接使用他人來表彰自己商品服務，仍然有假託他人商標（商譽），表彰自己商品服務來源之意思，於此來看似無分別。

14 如智慧財產法院100年民商上字第7號判決謂「關於本條商標之使用的概念貫穿整部商標法，此觀商標法第一章總則即於第6條明定商標之使用自明，且第23條第1項第14款……等，均規定有「使用」，解釋上應將之解為「商標之使用」，並作為其要件之一。是以從法體系解釋言之，無論於民事、刑事、行政訴訟，在探討維權使用、侵權使用時，應採同一之「商標使用」概念，均以第6條所定之商標使用概念為中心。」

15 謝銘洋，智慧財產權法，2020年9月，頁247。

16 例如，若網址末國碼為「.tw」，則應可佐證該網站以行銷我國消費者為目的，若否，則需進一步舉證行銷地域，以證明構成使用行為。

例如智慧財產法院99年民商訴字第39號判決：「而判斷是否作為商標使用，應綜合審酌其平面圖像、數位影音或電子媒體等版（畫）面之前後配置、字體字型、字樣大小、顏色及設計有無特別顯著性，並考量其使用性質是否足使消費者藉以區別所表彰之商品或服務來源，暨其使用目的是否有攀附商標權人商譽之意圖等客觀證據綜合判斷，尚非一經標示於產品包裝或出現於產品廣告、說明書內之文字、圖樣，即當然構成商標之使用。」

9. 維權使用證明方法：

- (1) 商標有無使用之事實，應由商標權人負舉證責任，即提出相關證據證明商標於申請廢止日前3年內有使用商標於指定商品或服務之事實，其使用應符合商業交易習慣，並足以使相關消費者識別標識與商品、服務表彰商標權人之來源或信譽，始符合為商標權人自己註冊商標之真正使用¹⁷。
- (2) 證明方法：商標廢止案只要有客觀事證可以勾稽認定商標權人有真實使用系爭商標即可，只要其提出的報價單、銷貨單及統一發票等綜合勾稽後足以認定之系列商品之銷售即足，否則若均採取嚴格之證據證明，將增加商標權人於使用商標時隨時需保留使用證據，以備不時有利害關係人對之申請評定之不安定性，顯亦違社會一般通念並有礙交易安全¹⁸。

10. 常見非屬商標使用情形：

(1) 公司名稱「全銜」：

- ① 實務見解認為，公司名稱是表示營業主體的代稱，與商標表彰商品或服務來源，並藉以區別商品或服務的性質不同。如果以公司名稱特取部分作為註冊商標申請註冊，實際使用時以普通使用的方式將公司名稱全銜標示在商品上、商品外包裝上，或其他營業上的相關物件或文書，應屬於公司名稱的使用，不是商標的使用¹⁹。
- ② 有實務見解認為，商號雖係表示商業主體之名稱，惟實際使用於商業活動時，可能使消費者認為它亦是商品或來源之標誌，並作為選擇商品或服務之依據，與商標之使用，已難以截然畫分。所以到底「公司名稱」的使用構不構成商標上的使用，不能只是因為其屬公司名稱而一概而論，仍必須觀察其公司名稱使用的方法跟效果，能不能表現出指示商品、服務，表彰

17 參照最高法院98年判字第356號、101年判字第597號判決。

18 智慧財產法院102年行商訴字第151號判決。

19 參照智慧財產局註冊商標使用之注意事項。公司名稱依公司法規定向公司主管機關，於申請公司設立登記時一併審查，惟審查標準並不嚴格，只要特取名稱與他人不同即可，甚至可以在特取名稱後附加營業項目以示區別，相當寬鬆。且公司名稱之審查並不會實質審查是否與已註冊商標間構成混淆誤認。

來源，等等商標之區分或識別之功能或效果。

智慧財產法院103年民商訴字第47號判決

商號係表示商業主體（以營利為目的之獨資或合夥方式經營之事業）之名稱（參商業登記法第3條、第9條規定），商號代表商業主體，並作為與其他商業主體間相互區別的標識，相當於自然人的姓名。從固有之意義來看，商標與商號所代表之意義及功能，各有不同，每一個商業主體只有一個名稱，但其提供之商品或服務可能多樣化，因此同一個商業主體可能有多個不同的商標，且商業主體之名稱與其所使用之商標亦未必相同。然而，由於商標及商號均具有提供識別標誌，並引導消費者進行選擇之功能，在商業活動中，將商號標示於提供商品或服務有關之物品時，相關消費者往往難以區辨該標誌僅係表示商業主體名稱，或係表示商品或服務之來源。因此，商號雖係表示商業主體之名稱，惟實際使用於商業活動時，可能使消費者認為它亦是商品或來源之標誌，並作為選擇商品或服務之依據，與商標之使用，已難以截然畫分。商號與商標之相似性，在服務之領域尤為明顯，因服務之提供並未附著於一個物質性之載體，標示於提供服務有關之物品之服務商標，與標示於提供服務有關之物品上之商號，往往合而為一，提供服務之商業主體亦常會不斷加深、強化其商業名稱在消費者心中之印象，使其具有標示服務來源之功能。故商號使用於商業活動中，非無可能成立商標之使用，其判別之標準在於，依一般商業交易習慣及相關消費者之角度，其表示之方式，是否足以使消費者認知係表示商品或服務之來源之標識，並藉以與其他商品或服務之來源相區別，而不宜逕認商號之使用與商標之使用係全然無關之二事，蓋如採此見解，可能與商標法所欲保障商標具有識別商品服務來源之功能及消費者之利益、維護市場公平競爭之立法目的相違。

- (2) 裝飾圖案：裝飾圖案是商品外觀的裝飾，原則上不具商標功能，如果使用人將註冊商標當成裝飾圖案使用，依一般社會通念及相關消費者的認知，無法使相關消費者認識它是商標，就不是註冊商標的使用²⁰。
- (3) 含聲明不專用之商標使用：註冊商標如果是由文字衍生設計而成，商標權人得就該設計後的文字或非正確表示的文字取得專用權，惟未經設計的原始文

20 同前註。但如果營業主體有將其商標作為商品外觀的裝飾使用，且使用的規模與程度已使消費者認知到該商品外觀等於商標，例如LV或COACH，即係以其商標連續排列組合來裝飾其商品，則依照相關消費者的認知，此種裝飾的使用也可以構成商標使用，所以還是要以消費者認知為斷。

字或正確文字本身若有不具識別性的情形，僅於有致商標保護範圍產生疑義之虞時，始須聲明不專用，但其實際使用時仍應以原經設計之註冊商標使用，始認為有使用該註冊商標²¹。

II.特殊案例：關鍵字廣告（如下題）。

馬上印證

甲向搜尋服務業者A公司購買「XYZ」關鍵字作為行銷其室內設計服務之用。不料，該「XYZ」已經被乙註冊為商標，乙雖然請求A公司停止販售該關鍵字，但A公司並未因此停止販售該關鍵字作為廣告。請問：

(一)何謂商標之使用？商標之使用如何認定？

(二)甲購買關鍵字行銷其服務的行為是否侵害乙之商標權？A公司銷售關鍵字是否侵害乙之商標權？請分別分析之。

(102年高考智慧財產行政)

【擬答】

(一)依商標法（下稱本法）第5條規定，商標之使用，即以行銷為目的，將商標用於商品、包裝容器等與商品、服務相關之物品，或販賣、陳列、製造該等物品。蓋商標為表彰商品或服務來源之標識，故如未將該標識以表彰商品或服務來源之方法為使用，則該標識僅為單純的文字、圖樣、聲音、顏色，而不具商標功能，故「商標使用」之實質內涵皆應就交易過程中，其使用客觀上是否足以使消費者認識該商標、具有積極的使用行為、主觀上有行銷商品或服務之目的加以判斷。

商標之使用，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，二者之規範目的雖有不同，但實務多數見解認為兩種使用標準於認定上應屬一致。以下就二者分別說明：

- (1)維權使用：商標係以註冊方式由私人獨占某一標識以為表彰其商品或服務，如商標權人未使用商標，則無由使其繼續獨占該標識之使用，而構成商標廢止事由。維權使用於認定上著重於「真正使用」，即商標權人以其使用應符合商業交易習慣，並足以使相關消費者識別標識與商品、服務表彰商標權人之來源或信譽，且使用上須具同一性。
- (2)侵權使用：即未經商標權人同意，以行銷之目的，以表彰自己商品或服務來源之方式使用他人註冊商標，致相關消費者混淆誤認商品或服務來源。早期實務見解認為侵權使用之內涵與維權使用不同，惟現行法並未就二者之標準有所區分，現在通說認為，解釋上二者判斷標準應歸一致。

21 同前註。

2.就商標使用之認定，實務上多以：主觀上是否有行銷該標示商標商品之目的，且在客觀上有無使相關消費者得藉此將使用人所欲行銷之商品與他人之商品相區別之結果綜合判斷之。

(二)所謂關鍵字廣告，即藉由網路使用者輸入特定關鍵字觸發特定廣告放送的廣告模式，廣告使用者之網站連結或內容將會優先出現於搜尋結果上。

關鍵字廣告之銷售與使用，涉及商標侵權問題，集中於是否構成「商標之使用」之爭點，而應以主體為界，區分為兩個問題，即1. 關鍵字廣告之使用者使用他人商標內之文字作為促銷之方式，是否構成商標使用？2. 關鍵字廣告之銷售者以銷售他人商標內之文字促銷廣告作為其服務，是否構成商標使用？分述如下：

1. 使用者部分：我國實務見解認為關鍵字廣告內容本身並未使用系爭商標圖樣作為商品或服務之行銷使用，同時鍵入關鍵字之使用者並不會因此而認為或混淆廣告內容所推銷之商品或服務是屬於商標所有人即上訴人所提供，並非屬商標使用行為，從而並未構成系爭商標權之侵害²²。但仍可能有涉及公平交易法第24條不公平競爭之問題²³。

2. 銷售者部分：

(1) 否定說：歐洲多數實務見解均認為，搜尋引擎在用他人商標作為關鍵字廣告時，並不是用他人商標表彰「自己」的搜尋服務，如未將他人商標用在自己的商品或服務上，則不構成商標使用。

(2) 肯定說：美國有實務見解認為，被告在向他的客戶推銷關鍵字廣告的時候，確實有以商標權人的商標來兜售廣告的行為，包括提供、展示、推薦，已足構成在「交易過程」中使用他人商標之行為，為商標侵權。且有部分美國實務見解提出「初始興趣混淆」理論，關鍵字廣告將造成使用者在鍵入關鍵字搜尋得出關鍵字廣告使用者之網頁後，可能會混淆消費者對網址的興趣與認知，構成商標侵權之態樣。

(3) 小結：本文認為銷售關鍵字廣告的行為，並非將該關鍵字以行銷為目的表彰搜尋引擎之服務，不符合我國法商標「使用」之要件。實務見解亦同此說²⁴，惟最高法院認為銷售關鍵字廣告有違反公平交易法第24條之問題²⁵，現階段無論是購買或銷售關鍵字廣告，我國法院實務均認為不構成商標使用，但有違反公平交易法。綜上所述，本件甲使用關鍵字廣告之行為，及A公司銷售關鍵字廣告之行為，均非屬商標之使用，故不構成侵害乙之商標權。

22 智慧財產法院98年度民商上字第11號判決、臺灣臺北地方法院106年度智易字第23號判決。

23 前註智慧財產法院98年度民商上字第11號判決發回更審後之智慧財產法院99年度民商上更(一)字第5號判決，法院亦認為違反公平交易法第24條。

24 智慧財產法院101年度民商訴字第22號判決。

25 詳參最高法院105年度台上字第81號判決。

★ 收錄最新重點學說實務見解 ★

智慧財產權法 爭點解讀

✓ 適用對象：律師・檢察事務官・法研所

詳盡整理收錄重要學說、實務見解
快速釐清架構、掌握考點！

◆【一本書主義：從考試到實務工作】

作者編寫時已考量到考試與實務結合，讓考生在準備考試時所累積的努力可以連結到未來的實務工作，使本書成為真正的「一本書主義」。

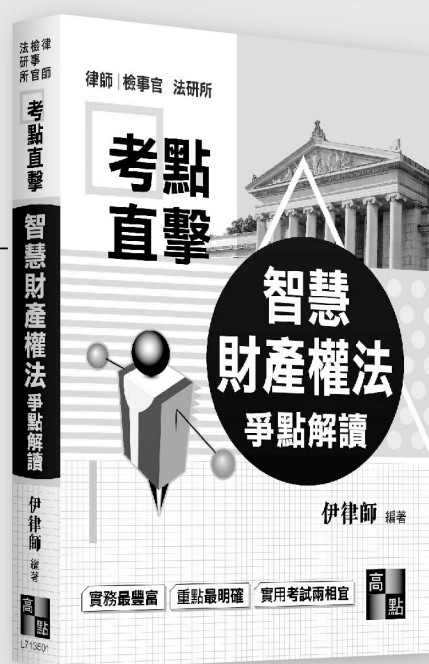
◆【收錄營業秘密法相關資料】

本書收錄詳盡的營業秘密法相關規定與實務見解，適用於各類國家考試的智慧財產權法規。



伊律師簡歷

- 台大法研所經濟法組
- 現為執業律師
- 高點（智慧財產權法、證券交易法、國際私法）資深講師（伊台大）



▲ 定價：600元



高點文化事業
publish.get.com.tw

