

得出商標法第30條第1項第11款後段所稱之著名商標，其著名程度應達一般消費者普遍知悉之程度，始有該規定適用之結論。

三、就商標法第30條第1項第11款後段有關著名商標減損保護之規定，對商標著名程度之要求較同款前段規定為高，應係於判斷是否該當商標法第30條第1項第11款後段「有減損商標識別性或信譽之虞」要件時，就其中參酌因素「商標著名之程度」之審查中予以區分，而非於審查商標法第30條第1項第11款後段「著名商標」要件時予以區分，亦非認僅須達已廣為相關事業或消費者所普遍認知之著名商標，即可判斷該當「有減損商標識別性或信譽之虞」之要件，致有過度保護著名商標權人情形。

四、商標法第30條第1項第11款後段規定所稱「著名商標」，係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之商標，無須達一般消費者普遍知悉之程度，始有該款後段規定之適用。至於是否有減損著名商標之識別性或信譽之虞，則應參酌商標著名之程度、商標近似之程度、商標被普遍使用於其他商品／服務之程度、著名商標先天或後天識別性之程度及系爭商標權人是否有使人將其商標與著名商標產生聯想的意圖之其他等因素綜合判斷。

【編註】本則裁定，係就最高法院111年度徵字第2號商標異議事件所提案之法律爭議，作成統一法律見解。

【兩造商標近似程度低但使用於高度類似服務，是否有致相關消費者混淆誤認之虞？¹⁴】

⇒ 智慧財產法院 109 年度行商訴字第 76 號行政判決（摘要）
110.3.25

【商標法條文】第30條第1項第10款

¹⁴ 爭點來自：103年台大法研己組第二題。

- (一)兩造商標對習用中文的我國消費者而言，會以中文部分作為其識別商品服務來源之依據，整體觀之，一為「聖旺商旅」下置字體較小之英文字串；一為「神旺大飯店」下置字體較小之英文字串，且系爭商標為黃色，據以異議商標為墨色，字體設計也不同，因此兩商標在設色、字體、中英文字均有所不同，整體商標圖樣呈現給消費者的感覺有差異，雖然「聖旺商旅」與「神旺大飯店」均有「旺」字，然並未對「旺」字刻意放大予以突顯，且兩商標指定使用於餐飲及旅宿業，並非普通日常消費用品，無論是實際購買服務之消費者，或未來可能購買服務之潛在消費者，施以普通一定程度之注意，可輕易區別兩商標之差異，不致誤認兩商標來自同一或有關聯之來源，兩商標近似程度極低。
- (二)商標法第30條第1項第10款有關商品／服務類似之判斷，應以二者所獲准註冊指定使用之商品／服務為斷，本件兩商標皆指定使用於飯店、餐廳等服務，本質上並無差異，原告所稱經營態樣及商業定位之差異，應作為其他混淆誤認因素之考量，無法作為服務不類似之認定。
- (三)系爭商標所提供之旅宿業服務位於台南市中心，標榜為市區內地點方便的商務旅館，與據以異議商標所提供者之旅宿服務為星級大飯店，位於台北市，顯有不同。雖然據以異議商標之知名度確實較系爭商標為高，但以餐飲及旅宿業服務市場之相關消費者而言，應可區辨兩者之不同，且兩商標在市場有併存使用之事實，而為該領域相關消費者所認識。
- (四)兩商標近似程度低，因此，其構成混淆誤認之虞判斷的兩個主要因素，已欠缺其中一項，另兩商標指定使用之服務，雖構成同一或高度類似，但由原告所提證據可認定，餐飲及旅宿業相關消費者對於系爭商標與據以異議商標併存之事實已所有認識，二者服務之型態復屬有異，且無證據證明已有相關消費者實際產生混淆誤認情事，綜合審酌，應無致相關消費者誤認兩商標商品為來自同一來源，或

誤認兩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，而產生混淆誤認之虞。

考題直擊站 (著作權) 防盜拷措施之民刑事責任

甲為某電玩公司負責人，明知我國A公司所製造之升級版W3遊戲主機之控制晶片，具有讀取並檢查認證是否為A公司授權製作之原版遊戲光碟之功能，將遊戲光碟放入W3遊戲主機執行時，須經W3遊戲主機比對遊戲光碟上之驗證碼，未經合法授權之遊戲軟體即無法讀取而無法執行：

- (一) 甲經查獲於其公司內以1片新臺幣600元之價格販售改機晶片，若將該改機晶片裝置在W3主機，改機晶片會傳送仿造原版光碟片之驗證碼，致主機無法檢查辨識出係原版或盜版遊戲光碟，均可執行。試問：甲之販售改機晶片行為，是否違反著作權法？(20分)
- (二) 甲之公司內同時經查獲500片盜版遊戲光碟以及A公司之完整遊戲光碟目錄表1份，但當場並未查獲甲有販賣盜版遊戲光碟之行為。甲主張：「該500片光碟係測試改機W3所用之測試片，並非供銷售用，而遊戲光碟目錄表，則係供顧客勾選訂購之用，須顧客在目錄中選取後，甲公司才會代為下單向廠商訂貨，甲公司本身並無重製盜版遊戲光碟行為。」試問：若甲之主張屬實，則甲之上開行為是否違反著作權法？(20分)

(111律師(3))

爭點分析

「防盜拷措施」(第80條之2)，又稱「科技保護措施」，可以說是上課時教授必會與權利管理電子資訊(第80條之1)一起介紹，但較少在考試上出現的題型，最近一次國考出題紀錄要追溯到

107年高考智財行政第三題¹⁵，而98年台大法研己組第二題¹⁶亦曾就

15 爭點來自：107年高考智財行政第三題。

三、A公司製造、販賣遊戲主機及帶有防盜拷碼的遊戲光碟片。將光碟片置入遊戲主機執行時，遊戲主機會比對遊戲光碟片是否有防盜拷碼，若無防盜拷碼，遊戲主機將無法讀取遊戲光碟的軟體而無法執行。請依著作權法規定，回答下列問題：

- (一)何謂防盜拷措施？A公司遊戲光碟片的防盜拷碼，係防盜拷措施或是著作？（15分）→「防盜拷措施」是著作權人為確保來自著作銷售或授權的收益，透過技術限制對著作的擅自進入（access）或利用（use），以確保使用者付費原則的落實，亦即該科技保護措施係用來保護著作權之工具，本身並非屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，故非屬著作。
- (二)甲向A公司購買1,000台遊戲主機並植入改機零件，藉以規避A公司遊戲主機的防盜拷功能，並於1個月內陸續售出所有植入改機零件的遊戲主機。請問：甲有無刑事責任？（20分）→根據第80條之2第1項，純粹規避或破解防盜拷措施之人僅有民事責任；惟依題旨，甲蓄意大量買入1,000台遊戲主機，並於1個月內陸續售出植入改機零件的遊戲主機，已構成第80條之2第2項提供破解器材或資訊的個人，因散布資訊危害性大，除有第90條之3第1項民事責任之外，亦有第96條之1第2款刑事責任。

16 爭點來自：98年台大法研己組第二題。

二、甲公司推出Wii遊戲機後，廣受消費者喜愛，然而受限於保護裝置，消費者只能使用一定之遊戲光碟。乙為能讓Wii讀取更多的遊戲光碟，乃向丙購買改裝晶片，並對外提供改裝機服務，許多消費者趨之若鶩。丁原先即購有Wii，亦付錢請乙將其Wii進行改裝，不料乙被警察查獲並移送法辦乙供稱其晶片是來自於丙，而改裝的行為則是因為丁的要求。請試從著作權法之角度，說明乙、丙、丁是否違反著作權法之那些規範？若有，其責任為何？如果丁是直接向乙購買已經改裝好的Wii，結果是否有所不同？

- (一)乙改裝遊戲機之行為，違反著作權法第80條之2第1項，負第90條之3第1項民事責任；至於乙對外提供改裝機服務，已屬為公眾提供規避防盜拷措施之服務，違反著作權法第80條之2第2項，負第90條之3第1項民事責任、第96條之1第2款刑事責任。
- (二)丙對外提供改裝晶片，該準備行為本係供規避防盜拷措施為目的，屬為公眾提供規避防盜拷措施之器材或零件，違反著作權法第80條之2第2項，負第90條之3第1項民事責任、第96條之1第2款刑事責任。
- (三)丁付錢請乙將其Wii進行改裝，或認惹起乙改裝遊戲機之犯意，或認與乙之間具犯意聯絡，故可能連帶負第90條之3第1項民事責任，並為第96條之1第2

販售改裝晶片出題（Wii風潮也是時代眼淚了QvQ），相關爭點並不複雜，主要會著重在個案涵攝，本題111年律師破天荒配分40分，由於著作權法是最後一題，考試時應注意配速，且小題大作。

(一)改機晶片可以使W3遊戲主機讀取盜版光碟，屬於規避防盜拷措施之器材或零件，古早之經濟部函釋¹⁷對此有做過說明。本題應著重於「防盜拷措施」之定義（第3條第1項第18款），並就甲對外販售改機晶片之準備行為（第80條之2第2項）、民事責任（第90條之3第1項）、刑事責任（第96條之1第2款）進行涵攝。另補充，破解「防盜拷措施」並非侵害著作權，僅能說是違反著作權法第80條之2之規定，會侵害著作權的是伴隨之重製行為¹⁸，這也是為何出題老師係以「是否違反著作權法？」出題。

(二)本題考第91條之1第3項意圖散布而持有非法重製光碟之刑事責任。先前在102年檢事官第二題，討論過非法進口之輸入行為及非法販賣之散布行為，以及第91條之1第1項以移轉所有權之方法散布罪，讀者可斟酌複習之，或許著作權權利耗盡之相關考題近年會捲土重來。

1. 就500片盜版遊戲光碟之來源，筆者起初只覺得霧煞煞……到底是甲為測試改機自行大量重製而來？（但因為沒被查獲販賣行為，故辯稱無重製且無散布意圖）亦或是甲為測試改機向其他販售盜版光碟之廠商購買而來？（主張無重製亦無

款刑事責任之教唆犯或共同正犯。

(四)丁直接向乙購買已經改裝好的Wii，該單純購買行為，不符合著作權法第80條之2之要件，無責任；惟丁使用規避防盜拷措施之設備，恐違反著作權法第80條之1第1項，負第90條之3第1項民事責任。

¹⁷ 智慧財產局95年1月23日智著字第0940011197-0號函。

¹⁸ 另111年律師評分要點提醒：本子題所詢問是「甲之販售改機晶片行為」，且依題意未提到甲有重製遊戲軟體行為，無庸離題去論述重製電腦程式著作議題。

散布意圖），再看題目提供的細節：顧客在目錄中選取後，甲公司才會代為下單向「廠商」訂貨。若甲抗辯本身「並無重製」盜版遊戲光碟行為為「真」，此處所謂之「廠商」可能並非A公司或正版遊戲光碟代理商，而是販售盜版光碟之廠商（雖然筆者覺得甲身為電玩公司負責人，其經營公司會以代購盜版光碟為業有點奇怪……筆者更願意相信甲實際上有重製，但辯稱沒有）。

2. 然而不論甲是否有為重製行為，本題甲既辯稱500片盜版遊戲光碟僅測試用不對外販售，由於光碟數量之龐大難認無散布意圖，應著重於散布行為與散布權之定義（第3條第1項第12款、第28條之1），包含指出散布行為之不法評價內涵及其準備行為，以及意圖散布而持有非法重製光碟之民事責任（第84條、第88條、第88條之1等）、刑事責任（第91條之1第3項），剛好111年5月4日總統公布著作權法第91條之1之修正（尚未生效施行），111年律師隨即考出，可討論新法修正內容，至於釋字第804號亦可提及之。

擬答

（1,811字）

（一）甲之販售改機晶片行為，違反著作權法第80條之2第2項規定：

1. 按著作權法第3條第1項第18款，「防盜拷措施」是著作權人為確保來自著作銷售或授權的收益，透過技術限制對著作的擅自進入（access）或利用（use），以確保使用者付費原則的落實；復按著作權法第80條之2，防盜拷措施之保護可分為禁止破解、破壞或規避防盜拷措施的「實際行為」（第80條之2第1項，規範access control），以及實際行為以前，製造、輸入設備、器材、零件、技

術或資訊，或提供公眾使用或為公眾提供服務的「準備行為」（第80條之2第2項，同時規範access control與use control（另有稱為「copy control」）），前者因實際破解行為單一情形危害性小，僅規範民事責任，後者因提供破解資訊之準備行為散播資訊危害性大，而同時規範民事、刑事責任。

2. 本案，A公司為W3主機及遊戲光碟之著作權人，且依題旨，W3主機得利用其內建之控制晶片，以讀取光碟上驗證碼之方式，限制主機不執行未經合法授權之遊戲軟體，達成僅有合法授權之遊戲光碟能為主機所執行之結果，屬於「限制他人擅自進入著作」（access control）之防盜拷措施。又甲所販售之改機晶片，會傳送仿造原版光碟片之驗證碼，致W3主機無法檢查辨識出係原版或盜版遊戲光碟，均可執行，使著作權人原來限制他人進入著作（access control）之防盜拷措施形同虛設，故改機晶片應屬規避防盜拷措施之器材或零件，而甲之販售行為，亦屬提供公眾使用行為。

3. 準此，甲之販售改機晶片行為違反著作權法第80條之2第2項，應對受損害之著作權人即A公司負第90條之3第1項之民事責任，賠償A公司之損害，A公司並得按同條第2項準用第84條侵害排除或防止請求權之規定，要求甲儘速排除侵權情況，並準用第88條之1銷燬請求權之規定，要求甲銷燬該改機晶片，或為其他必要之處置；此外，甲亦應負第96條之1第2款之刑事責任。

(二)依題旨，甲被查獲500片盜版遊戲光碟及A公司遊戲光碟目錄表1份，但並無查獲販賣盜版遊戲光碟之證據，即使甲所言並無重製行為為真，但甲至少涉及意圖散布而持有非法重製光碟之散布行為，詳述如下：

1. 按著作權法第28條之1第1項，著作權人原則上專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利；復按著作權法第3條第1項第12款，所謂散布，係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通之行為（出售、出租、出借、贈與）；而除就「以移轉所有權之方式散布」之實際交付行為以外，著作權法第91條之1第2項亦規範「明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者」之刑事責任，即包括「以移轉所有權為目的，對公眾提供著作原件或其重製物」之準備行為（意圖散布而持有合法或非法重製物）在內，至於第91條之1第3項則係以重製物為光碟作為刑罰加重要件。¹⁹

2. 本案，甲遭查獲500片盜版遊戲光碟，當場並未查獲販賣行為，其雖辯稱盜版遊戲光碟僅試用不對外販售，惟本文認為，由於查獲之盜版遊戲光碟數量高達500片，顯已經超出了一般對於測試片之認識與常理，故應可推測甲曾有對外銷售盜版遊戲光碟之事實，已對A公司構成第28條之1第1項散布權之侵害，A公司得按著作權法第

19 此處章忠信老師指出著作權法散布權相關規範之立法體系問題，此問題在[106年草案]（110年草案亦同）中已規劃修法解決，詳細資料可參照：章忠信，第二十八條之一，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=11&aid=76>。章老師指出，由於第28條之1第1項將散布權限制在「以移轉所有權之方式散布」，不及於「以移轉所有權為目的，對公眾提供著作原件或其重製物」之準備行為，該等準備行為似只能依第87條第1項第6款後段之「明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者」，「視為侵害著作權」，但第91條之1第2項卻是直接以「明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者」而加以處罰，並在第93條第3款但書將違反第91條之1第2項之行為排除於違反第87條第1項第6款之處罰範圍，似乎割裂散布權之範圍及其侵害之處罰範圍，讓侵害散布權之處罰範圍，大於散布權之實際範圍，並不一致。