

《公平交易季刊》

第 27 卷第 3 期 (108/7)，頁 85-142

©公平交易委員會

商標法與不公平競爭規範下的關鍵字 廣告議題—以臺日相關法制比較為中心

陳皓芸*

摘要

隨著網際網路與電子商務平臺的普及，藉由網際網路使用者所輸入的特定關鍵字觸發特定內容的廣告行銷，已融入日常生活的各個環節。然而，當關鍵字廣告涉及利用他人商標等作為觸發廣告的關鍵字時，該商標權人得否主張其權利或法律上所保護利益受有損害？若是肯認商標權人受有損害，則購買關鍵字廣告的廣告主、以及銷售關鍵字廣告營利的搜尋引擎業者，有否法律責任？此一系列問題，涉及各國法制下商標法制與不公平競爭規範之相互關係。此外，在平臺經濟興起的今日，除搜尋引擎業者屬於平臺外，在特定情形下，廣告主亦具有平臺的特徵，則平臺的特徵對於此系列問題的法律適用有何影響，殊值探究。本文擬透過我國與日本相關法制與案例的比較研究，由商標法與不公平競爭規範的觀點分析關鍵字廣告涉及的相關議題，並探討平臺業者於其中應負擔的法律責任。

關鍵詞：關鍵字廣告、不公平競爭、平臺業者、搜尋引擎、商標的使用、公平交易法

投稿日期：107 年 12 月 30 日

審查通過日期：108 年 6 月 25 日

* 國立臺北大學法律學系助理教授。日本名古屋大學法學博士。本文初稿發表於 2018 年 6 月 23 日由台灣公平交易法學會主辦的 2018 年度第二次學術研討會。感謝與會諸位先進的指教，筆者受益良多，謹此致上謝忱。本文為科技部 2018 年度專題研究計畫「智慧財產法與不公平競爭規範的互動與反思：從商標權與著名表徵之保護出發」（計畫編號：MOST 107-2410-H-305-045-）之部分研究成果。感謝兩位匿名審查委員的意見，使本文更臻完善，惟文責當由筆者自負。

一、前言

隨著近年生活形態的轉變、網際網路的普及以及支付工具的多元化，電子商務平臺在日常生活中的重要性與日俱增，已成為事業提供商品或服務時，所不可或缺的交易管道。在電子商務平臺百家爭鳴的時代，廣告主無不追求精準的行銷手法，期盼吸引消費者目光，而讓自家商品在眾多競爭商品中雀屏中選，獲得消費者青睞。於各類令人眼花撩亂的廣告行銷手法當中，透過網路使用者於搜尋引擎所輸入的關鍵字而觸發特定廣告內容的廣告模式（本文以下將此種廣告模式簡稱為「關鍵字廣告」¹）近年來日漸風行²，由於關鍵字係由消費者基於其興趣或嗜好等自身需求所輸入，廣告主得挑選與自身商品或服務相關的關鍵字，以鎖定其商品或服務的目標客群，是以關鍵字廣告觸及商品或服務潛在顧客群的精準度，遠較無從量身定做的傳統廣告為高，故關鍵字廣告的技術自推出以來，即受到眾多廣告主的高度重視。而刊載關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者，其作為廣告媒體業³，如何巧妙打造自身平臺的各類關鍵字廣告機制，提供廣告主投放關鍵字廣告內容的多樣化選擇⁴，並有效吸引消費者瀏覽廣告主網站，從而促成消費者與廣告主間的交易，厥為網路時代中廣告主最關注的議題之一。

於憲法層面上，事業藉由廣告行銷其商品或服務內容以招徠銷售，係以合法交易為目的而有助於消費者作出經濟上之合理抉擇，為商業言論之一種，屬於我國憲

¹ 此一定義參見陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任—以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第 28 期，151（2010）。關於關鍵字廣告與其他型態廣告之比較，參見胡仲男，「新形態廣告規範之研究—以公平交易法為中心」，公平交易季刊，第 21 卷第 3 期，157-158（2013）。

² 根據臺北市數位行銷經營協會之統計，2017 年度臺灣數位廣告量按廣告類型統計，關鍵字廣告總投資金額已達新臺幣 79.2 億元，占全年度數位廣告量 23.93%，僅次於展示型廣告（包含一般橫幅廣告、文字型廣告、多媒體廣告、社群貼文等）。參見臺北市數位行銷經營協會網站，2017 年臺灣數位廣告量統計報告，<https://drive.google.com/file/d/1EiHM98tA0-YD6VwxEHMU6DuDQD2gUN6x/view>，最後瀏覽日期：2018/12/20。

³ 所謂廣告媒體業，係指媒體事業，除提供大眾付費閱讀或收視、收聽其傳播內容之外，亦提供版面、時段作為刊播廣告之用，並連同其他內容一併傳播予大眾，藉此換取廣告費收入。參見石世豪，「第二十一條引人錯誤之廣告或商品表示」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年委託研究報告，311（2004）。

⁴ 如 Google 公司的廣告事業 Google Ads（舊名「Google AdWords」），就關鍵字如何配合搜尋的設定，即提供廣告主「廣泛比對」、「廣泛比對修飾符」、「詞組比對」、「完全比對」等四種選項，以精確揀選出潛在顧客群。參見 Google Ads 說明網站，https://support.google.com/google-ads/answer/7478529?visit_id=636864104771656606-4128416641&rd=1，最後瀏覽日期：2019/2/20。

法第 11 條言論自由保障之範圍，除內容涉及虛偽不實或有產生誤導作用之虞者外，原則上應無違憲疑慮⁵。然而，在法律層面上，當關鍵字廣告涉及廣告主指定他人商標所涉文字作為觸發廣告的關鍵字時，該行為是否侵害商標權人的權利或其於法律上受保護之利益，即有爭議⁶。另一方面，除商標法上相關規範外，購買包含他人著名商品或服務表徵之關鍵字廣告的廣告主、及銷售並轉載此等關鍵字廣告以盈利的搜尋引擎平臺業者，其行為是否構成不公平競爭⁷，而應負法律上責任？於關鍵字廣告已蔚為主流的今日，此一系列問題，實有深入探究之必要。

關於關鍵字廣告使用他人商標或著名表徵時的相關法律爭議，若依我國法律體系嘗試類型化相關案例，得大致分為涉及商標法者、與涉及公平交易法（下稱公平法）中不公平競爭相關規範者。就商標法類型的案件，我國法院多半止於由商標法觀點檢討購買關鍵字廣告的廣告主（通常係與涉案商標的商標權人具有競爭關係的事業）購買他人商標作為關鍵字的行為，是否成立商標使用而構成商標權侵害，但似未見進一步追究販賣關鍵字廣告之搜尋引擎平臺業者於商標法下是否須負一定法律責任者。而就不公平競爭類型的案件，我國公平法主管機關公平交易委員會（下稱公平會）迄今已累積一定數量的處分案例，但泰半係以購買廣告的廣告主為其處

⁵ 參照司法院釋字第 414 號解釋、釋字第 577 號解釋、釋字第 744 號解釋。

⁶ 於美國與歐盟，均曾有判決從商標法的觀點探討關於關鍵字廣告與商標使用的議題，並肯認將他人商標當成關鍵字出售之行為，構成商標於商業上之使用、或交易過程中的使用。以美、歐商標侵權案例為檢討分析對象之先行研究，參見謝國廉，「網路關鍵字廣告之商標權侵害爭議—評析美國與歐盟實務對於商標使用之界定」，科技法學評論，第 9 卷第 2 期，1-43（2012）；鄭莞鈴，「商標使用與關鍵字」，收錄於：黃銘傑編，「商標使用」規範之現在與未來，元照出版公司，312-342（2015）；程法彰，「論美國關鍵字商標初始興趣混淆的民事責任與我國的議題現況評析—以網路搜尋引擎業者與資訊儲存服務提供者為中心」，科技法學評論，第 13 卷第 1 期，115-154（2016）；陳匡正，「網路關鍵字廣告的商標使用爭議—評智慧財產法院 100 年度民商訴字第 1 號民事判決」，法令月刊，第 65 卷第 1 期，13-38（2014）；郭雨嵐、林俐瑩，「由 Rosetta Stone v. Google Inc. 案—淺論關鍵字廣告之商標法上爭議」，萬國法律，第 185 期，35-44（2012）。

⁷ 除不公平競爭外，關鍵字廣告亦可能涉及限制競爭。如於 2018 年 *In the Matter of 1-800 Contacts, Inc.*, Docket No. 9372 一案中，就美國網路隱形眼鏡零售商 1-800 Contacts 與其他競爭對手簽訂訴訟和解契約，禁止締約人任一方搜尋引擎業者競標購買基於他方所有商標及網址的關鍵字廣告一事，美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission）肯認行政法官（administrative law judge）見解，認定系爭契約已不當限制關鍵字廣告競標市場之競爭，而違反美國聯邦交易委員會法第 5 條規定。該案處分內容與後續進展，參見 Federal Trade Commission, “*In the Matter of 1-800 Contacts, Inc., a corporation*,” <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/141-0200/1-800-contacts-inc-matter>, last visited on date: 2019/2/21。惟此並非本文討論重心，於此不予贅述。

分對象⁸；而論及銷售並刊載關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者所應負民事責任之案例，則以幸福空間與 Google 公司間的訴訟最受矚目⁹。本文於後即以本案為楔子，嘗試探討平臺業者在關鍵字廣告的相關議題中應負之法律責任。

翻閱我國學界目前就此系列議題的先行研究，泰半立足於商標侵權的觀點，揀選美國與歐盟案例進行檢討分析¹⁰，相形之下，與日本相關法制進行比較法研究者，實屈指可數。有鑑於日本法下關於商標法與不公平競爭行為的相關規範，對我國法制影響匪淺¹¹，而就本文所聚焦的關鍵字廣告議題，日本學說及實務已累積相當程度的討論與案例，似值吾人參考。此外，由於搜尋引擎係基於巨量資料（big data）的網際網路事業，受到資料網路效應（data network effect）的影響，吾人可以觀察到搜尋引擎事業具有獨占化的傾向，因此搜尋引擎平臺業者多為跨國企業，而向廣告主販售關鍵字廣告的行為態樣與設定條件亦高度雷同。此際，各國相關法制下對於刊載關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者的執法經驗，即具有高度的參考價值。從而，於探討此一系列議題之際，宜廣為參酌各國實務，避免我國法制下的詮釋與適用結果與他國實務產生巨大落差，而無從接軌調和。故本文除檢討我國現行實務與學說見解外，亦擬就日本法就此議題的相關案例與學說見解一併予以介紹，並提出筆者淺見，俾供我國實務與學術界參酌。而為正確理解日本相關法制與我國的差異，避免見樹不見林之偏頗，本文以下先行概述我國與日本相關法制，以期建立本文後半案例分析的論述基礎。

⁸ 例如公平會公處字第 098133 號處分書（季儀生化案），公平會公處字第 099133 號處分書（東森得易購案）、公平會公處字第 101050 號處分書（華碩翻譯社案）、公平會公處字第 104079 號處分書（世界健身案）、公平會公處字第 105064 號處分書（台灣之星案）、公平會公處字第 105071 號處分書（維娜斯案）、公平會公處字第 105098 號處分書（酷玩線上案）、公平會公處字第 105099 號處分書（優勢領航案）、公平會公處字第 107066 號處分書（中華電信案）等。

⁹ 關於本案第二審判決之判決評析，參見劉孔中，「從 Google 關鍵字廣告判決探討商標維權使用與商標侵權使用的區別」，月旦法學雜誌，第 256 期，91-101（2016）；周伯翰，「網路搜尋引擎業者將他人商標中之文字作為關鍵字以出售關鍵字廣告是否與該廣告主成為違反公平交易法§25 的共同侵權行為人？／智財法院 102 民商上 8 判決」，臺灣法學雜誌，第 268 期，143-148（2015）；許芸璋，「論搜尋引擎業者販賣關鍵字廣告之商標侵權責任—兼評智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號判決」，智慧財產權月刊，第 208 期，40-67（2016）。

¹⁰ 參見前揭註 6。

¹¹ 例如，公平法第 22 條關於著名表徵之保護，即係參考日本不正競爭防止法而制定。關於第 22 條（舊法第 20 條）之立法理由，參見立法院公報處，立法院公報，第 79 卷第 96 期，88-89（1990）。又如商標法第 5 條對於商標之使用，增訂各款以明定其行為態樣的立法例，亦係 2011 年修法時參酌日本商標法第 2 條而增訂者。參見立法院公報處，立法院公報，第 100 卷第 45 期，232（2011）。

二、我國與日本關鍵字廣告相關法制簡介

(一) 我國法制

關鍵字廣告的呈現，原則上係以廣告主所參與競價的關鍵字為中心，搭配廣告主所設定的廣告標題、內容說明以及超連結網址等文字組合而成¹²。此處的關鍵字，係為廣告主所事先指定的字詞或詞組，而於搜尋引擎使用者鍵入字詞進行搜尋時，系統將比對廣告主所指定關鍵字與使用者所鍵入字詞的相關程度，以決定是否觸發廣告主所設定的廣告內容。由於關鍵字廣告在頁面上的顯示位置係固定且空間有限，其廣告內容的表現手法亦限於搜尋引擎平臺業者所提供的方式（在搜尋結果的排序頁面上所呈現者，通常限於純文字，而不及於圖像影音；但於其他類型的廣告平臺上，關鍵字所觸發的廣告則可能包含圖像與影音等形式），廣告主在關鍵字廣告的文案中所能呈現內容，與其他類型的廣告相比，實為有限。因此，對於廣告主而言，購買關鍵字廣告的主要目的，在於增加其所指定網站的曝光率與流量，而非藉由廣告提升形象或是加深消費者印象。故如何利用關鍵字廣告所提供的有限資訊，吸引瀏覽搜尋結果的搜尋引擎使用者的注意，並將其導向廣告所連結的商品或服務相關網站，即為關鍵字廣告成功與否的關鍵。

由於搜尋引擎平臺業者並未限制廣告主不得指定他人所有之商標或著名表徵作為廣告關鍵字，亦未禁止廣告主將他人商標或著名表徵使用於關鍵字廣告的廣告文字中¹³，因此當廣告主未取得商標權人或著名表徵所有人的同意，逕行使用他人商標或著名表徵時，可能滋生不公平競爭之疑慮。申言之，當廣告主使用他人商標或

¹² Google Ads 說明網站，<https://support.google.com/google-ads/answer/1704389>，最後瀏覽日期：2019/2/20。

¹³ 2004 年前，Google 係允許商標權人禁止未經授權之人於關鍵字詞組及廣告文字中使用其商標；惟 2004 年時 Google 變更其廣告政策，允許非商標權人的廣告主參與以該商標為關鍵字的廣告競標，但仍禁止廣告主未經同意即將該商標用於廣告文字中。而後，2009 年 Google 再次修訂其契約規定，允許廣告主於廣告文字中使用他人商標，但以商標權人嗣後未向 Google 提出異議者為限。另一方面，關於微軟公司所經營的 Bing 搜尋引擎，其於 2009 年開設之際係禁止廣告主競標包含他人商標文字的關鍵字詞組，但 2011 年亦更改其規定，允許廣告主參與包含競爭對手商標的關鍵字競價。See Federal Trade Commission, "Opinion of the Commission, In the Matter of 1-800 Contacts, Inc., FTC Docket No. 9372," note 8, https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/docket_no_9372_opinion_of_the_commission_redacted_public_version.pdf, last visited on date: 2019/2/21.

著名表徵作為觸發廣告的關鍵字，或於設計關鍵字廣告的內容時使用他人商標或著名表徵者，商標或著名表徵所表彰的商譽可能因此被攀附，從而涉及不公平競爭；此外，當關鍵字廣告內容包含他人商標或著名表徵，並且該廣告構成虛偽不實或引人錯誤的表示，甚或因廣告不實而導致對於商標權人或表徵所有人的事業營業信譽產生貶損結果時，亦為我國公平法所管制的 unfair competition。另一方面，若是所使用的關鍵字係為他人之註冊商標，且其使用態樣構成商標的使用有混淆誤認之虞；或關鍵字為他人著名之註冊商標，而有致減損該商標之識別性或信譽之虞者，則系爭關鍵字的使用，亦有侵害商標權之虞。

由上開說明可知，若依我國法律體系嘗試類型化相關案例，或得大致區分為涉及商標法與公平法中不公平競爭相關規範者。為釐清關鍵字廣告所涉議題於我國法制下的全貌，本文以下分別從我國商標法與公平法的角度，簡述關鍵字廣告此系列議題所涉規範，而後分析我國法下商標法與公平法不公平競爭規範的相互關係，並嘗試歸納實務上如何運用相關條文，冀有助於理解本文後半所為我國與日本相關案例的比較分析。

1. 商標法—是否構成商標的使用而有混淆誤認之虞

首先，依照我國商標法，應如何評價廣告主向搜尋引擎平臺業者購買他人註冊商標文字作為廣告關鍵字之行為？按商標法第 68 條規定，未經商標權人同意，為行銷目的，而於同一或類似之商品或服務，使用相同或近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，為侵害商標權。在關鍵字廣告的相關案件中，主要可能產生爭議者，係購買他人註冊商標作為廣告關鍵字之行為，是否構成商標之使用而有致相關消費者混淆誤認之虞。

司法實務上，主要係以搜尋引擎使用者（相關消費者）的角度觀察，依關鍵字廣告的內容是否包含涉案商標文字而異其評價¹⁴。若是商標文字僅被廣告主指定作為觸發廣告用的索引關鍵字（下稱索引關鍵字），而未見於廣告標題、內文說明或網址中，則廣告內容本身並未使用商標文字，鍵入關鍵字的搜尋引擎使用者雖於搜尋結果頁面的特定位置會看到該廣告，但原則上應不致誤認廣告內容所推銷商品或

¹⁴ 關於我國實務見解，詳見本文後述「三、（一）、1. 民事法院見解之發展」處之整理分析。

服務係為商標權人所提供，實務上認為此類行為並非屬商標使用，未構成商標權之侵害。另一方面，若是廣告主逕行指定商標文字於廣告文案中，或是利用搜尋引擎平臺業者提供的關鍵字插入功能，而使涉案商標文字呈現於廣告文案中（下稱內容關鍵字），此際，須進一步判斷該使用商標文字於廣告內容中的行為是否構成商標的侵權使用。對此，我國現行實務對於商標使用的判斷，並未區分商標的侵權使用或維權使用而異其判準，係一律依商標法第 5 條所定要件進行審查。此類涉及關鍵字廣告的個案中，有認為該當於描述性使用而不構成商標使用者¹⁵，亦有認定已構成商標使用者¹⁶。然而，即便個案中法院認定內容關鍵字構成商標使用，而續為判斷有否致生混淆誤認之虞時，依照現行法院的論理¹⁷，原則上當消費者點擊該關鍵字廣告並進入該廣告主所指定的網站瀏覽時，若是該網站並未使用涉案商標或僅止於描述性使用，且網站上有標註公司名稱、其他商標等可資識別的標示，則因相關消費者已得理解該網站與涉案商標的來源無涉，不會誤認該等網站所示之商品服務係商標權人所有，不致造成混淆誤認之虞，從而廣告主購買他人註冊商標文字作為廣告關鍵字的行為，仍不構成商標權之侵害。

由上開說明可知，由於我國實務上對於商標的使用以及致生混淆誤認之虞的認定門檻不低，因此購買關鍵字廣告的行為被認定構成商標權侵害的案例迄今仍少；然而，商標權人於訴訟上多會併行主張廣告主已不當攀附其商譽而違反公平法，而我國實務見解亦多所肯認。以下即簡述公平法對於標識所有人所賦予的保護。

2. 公平法—關鍵字廣告作為不公平競爭的手段

承接前開說明，本文所討論的關鍵字廣告，得大致區分為索引關鍵字（表徵文字作為觸發廣告的系統索引關鍵字）及內容關鍵字（於廣告內容中使用該表徵）兩種類型。就前者而言，由於其利用行為的結果，表徵文字並未外顯於廣告，似難被認為該當於第 21 條「在…廣告上，或以其他使公眾得知之方法」、以及第 22 條第 1 項「為相同或近似之使用」之要件，而僅有適用第 25 條概括條款的可能；而就後

¹⁵ 參見本文後揭幸福空間與 Google 案二審判決（智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決）。

¹⁶ 參見本文後揭詮星案（智慧財產法院 101 年度民商訴字第 24 號民事判決）。

¹⁷ 參見本文後揭幸福空間與 Google 案二審判決之理由（智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決）。

者而言，由於其與一般網路廣告形式上並無差異，可能有公平法不公平競爭章中與廣告相關規定之適用，包括第 21 條對於虛偽不實或引人錯誤廣告之規範、第 22 條表徵仿冒行為的規範、以及第 25 條概括條款¹⁸。而實務上涉及關鍵字廣告的案例，則以適用第 25 條處罰者為大宗。以下分別就各該規定適用情形簡要說明之。

首先，關於第 21 條虛偽不實或引人錯誤廣告之規範，其著重者在於廣告內容的真實性，以及消費者不致因為該廣告內容的表達方式而受有誤導。當關鍵字廣告內容包含他人註冊商標或表徵，並且該廣告對於與商品服務的相關事項（不限於與該商標或表徵有關者，與廣告主相關事項亦屬之。）為虛偽不實或引人錯誤之表示時，即有違反公平法第 21 條規定的可能。此際由於廣告主並非商標權人或表徵所有人，涉及複數事業主體，故常見者係為比較廣告、或是廣告內容使人誤認所導引網站與表徵的來源具有一定關係足以吸引其交易相對人與其交易者。就比較廣告的案例，早期公平會見解基於嚴格文義解釋，認為本條規定僅限於廣告主就自身提供商品或服務有虛偽不實或引人錯誤表示之情形有其適用，而就與他事業商品之比較項目有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵時，則應適用第 25 條概括條款規定，惟此見解似已變更¹⁹，公平會亦於 2016 年遠百案中，就廣告主於關鍵字廣告內容中為引人錯誤的比較廣告一事，適用第 21 條第 1 項予以處罰²⁰。有鑑於區分不實廣告客體為何而異其適用法條的見解似嫌僵化而難謂無疑，且概括條款之適用應受補充原則之拘束，不應過度擴大適用範圍，故變更後的見解，本文認為應值贊同。

¹⁸ 至於第 23 條不當贈品贈獎及第 24 條營業誹謗之規定，於前者之情形，其不正當招攬顧客的手段係在於贈品贈獎所代表的鉅額利益而非廣告本身，故與廣告較為無涉；而於後者之情形，固然事業可能利用不實廣告（例如：不實比較廣告）而貶損競爭者的營業信譽，但由於關鍵字廣告本身的特性（文案資訊量少、廣告平臺業者具有一定的內容審核權限、搜尋引擎使用者對於關鍵字廣告的信賴程度似難達到產生嚴重不信任感而致有拒絕或減少交易之可能等情事），故關鍵字廣告違反本條之情形，雖非不可想像其存在，但應屬極端案例，且與本文所聚焦攀附他人商譽之情形較無關係，故本文於此省略，合先敘明。

¹⁹ 如公平會早期所發布「比較廣告違反公平交易法一覽表」（2010 年 12 月 10 日廢止），以及為代替該一覽表所發布之「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」中，原則上皆區分就自身抑或被比較對象商品或服務為虛偽不實及引人錯誤表示之情形，而異其適用規定。但公平會於 2016 年修正「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」（公競字第 10514613351 號令）時，似改採不再區分虛偽不實或引人錯誤表示的對象係為自身或被比較對象商品或服務之見解（參見該處理原則第 5 點「五、事業於比較廣告無論是否指明被比較事業，不得就自身與他事業商品之比較項目，為下列之行為：（一）就自身或他事業商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」，以及第 7 點第 1 項「事業違反第五點者，可能構成公平交易法第二十一條之違反。」同年公平會亦修正「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則」，刪除其中關於不當比較廣告部分之相關說明），而一律適用公平法第 21 條。

²⁰ 公平會公處字第 105025 號處分書。

另外，關於使人誤認所導引網站與表徵所有人具有一定關係足以吸引其交易相對人與其交易類型的廣告，依照「公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」的附表二「表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示」，如消費者因關鍵字廣告文案，而誤認所連結網站為表徵（包含註冊商標）所有人經營事業的代理商、經銷商、分支機構、維修中心或服務站（項目 1）、或誤認該表徵已變更（項目 3）、或偽稱與表徵所有人技術合作或取得其授權（項目 4）、或使人誤認所連結網站係由商標權人授權（項目 7）、或使人誤認該網站係表徵所有人提供商品服務的獨家供應者（項目 8）、或使人誤認廣告主於連結網站上所提供商品或服務的製造者或提供者即為表徵所有人（項目 27）等情形²¹，皆屬於可能違反公平法第 21 條規定之關鍵字廣告。此類廣告的違法性，固然在於其與事實不符而有引起消費者錯誤認知或決定之虞，但其違法性亦可能訴諸於使消費者混淆誤認廣告主與表徵所有人所提供的商品或服務，而與第 22 條所保護法益有所牽連。因此，於上述設例情形下，若所使用表徵已達第 22 條所稱著名程度且非屬註冊商標者，其行為可能同時構成第 21 條與第 22 條之違反，此際公平會偏好以第 21 條處理之²²。

其次，關於第 22 條表徵仿冒行為的規範，其目的在於防止消費者因為事業使用他人的著名表徵而混淆該表徵所表彰的商品或服務，而與第 21 條所著重者有別。當事業於同一或類似之商品或服務中，以相同或近似的方式使用他人的著名表徵，而導致消費者混淆著名表徵所指示的商品服務與廣告主所提供的商品服務者，可能構成本條規定之違反。而於涉及關鍵字廣告之情形，廣告主若於廣告文案中使用他人著名表徵，且廣告主所提供商品服務與該著名表徵所有人所提供者相同或類似，而消費者於搜尋引擎檢索該著名表徵所使用文字時，亦會看到廣告主所投放的廣告者，形式上有該當於本條「於同一或類似之商品（服務），為相同或近似之使用」要件之可能性；然而，此際是否滿足「致與他人商品（營業或服務之設施或活動）混淆」的要件，端視此處的「混淆」如何解釋而定。

²¹ 應注意者，上開與關鍵字廣告文案相關的不實廣告案例類型，係為本文依循該例示所為設例，並非窮盡列舉。

²² 謝銘洋、李素華，「第二十條仿冒表徵或外國著名商標」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年委託研究報告，234-235（2004）。應注意者，2015 年公平法大幅修法後，公平會此一傾向是否延續，抑或因其就第 22 條已不再具有行政取締權限而改變其立場，有待後續觀察。

2015 年公平法修正前，公平會訂有「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」，其中對於「混淆」的定義為「係指對商品或服務之來源有誤認誤信」，就此定義之解釋，實務所採立場較為寬鬆，認為此處所稱「混淆」，包括行為人使用之商品或服務表徵，有致公眾誤認與他人存在關係企業、授權關係、加盟關係、贊助關係或其他類似之經濟上或法律上關係者²³，而與商標法上的「混淆誤認之虞」的討論相呼應。然 2015 年公平法大幅修正後，由於公平會就本條不再具有行政取締權限，因而已廢止上開處理原則，而前述法院見解於修法後是否維持，仍有待後續觀察；又於公平法的文脈下，宜否援引商標法上「初始興趣混淆」的相關學理論述²⁴以進一步釐清公平法上「混淆」要件的内涵，亦有待將來實務見解的深化。此外，由於修法後新增「於同一或類似之商品（服務）」要件，限縮本條適用範圍，因此若是廣告主所提供的商品或服務與著名表徵所關連的商品或服務並不類似，即便其著名表徵的使用已致消費者誤認廣告主與表徵所有人存在一定經濟上或法律上關係（上開法院對於「混淆」的定義），仍非本條適用範圍（至於是否適宜訴諸第 25 條概括條款，留待後述）。

由於本條規範與商標法對於註冊商標的保護存有若干異曲同工之處，故本條規定與商標法間的關係，學說上向來爭論紛紜。在 2015 年公平法修正前，學說上對於該條規定中的「商標」是否限於未註冊商標，亦因學者對於本條規定與商標法間的關係所持立場而見分歧，相對於此，實務上則一貫認為不論係已註冊商標抑或未註冊商標，皆為該條「商標」所涵蓋²⁵。但公平法於 2015 年修正後新增第 22 條第 2 項規定：「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。」明文排除註冊商標適用同條第 1 項對於著名表徵的保護，並於該條修正理由第 5 點中提及：「本條所保護之表徵倘屬已註冊商標，應逕適用商標法相關規定，不再於本法重複保護。」此次修正基於商標註冊保護主義的立場，區分依商標法註冊之標識（註冊商標，不論著名與否）與未依商標法註冊但具識別力且已達著名程度的標識（著名表徵）

²³ 例如智慧財產法院 100 年民商上更（一）字第 1 號民事判決。

²⁴ 參見本文後揭幸福空間與 Google 案二審判決之理由（智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決）。

²⁵ 劉孔中，「公平交易法對營業標誌保護之研究」，公平交易季刊，第 11 卷第 2 期，28（2003）；劉孔中，薛景文，「仿冒表徵及欺罔或顯失公平行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第 21 卷第 1 期，82-83（2013）。

26，而異其適用規範²⁷。依此論理，同條第 1 項所稱「商標」，限於未註冊的著名商標；而註冊商標之商標權人，即便其商標已達著名程度，於修正後即無以主張公平法第 22 條所賦予的保護²⁸。然而，立法者雖有意強化商標法作為保護註冊標識主法的地位，而將適用公平法第 22 條的表徵限於因使用而著名者，且保護範圍亦限於同一或類似之商品或服務上的使用行為；但實務運作上，似將導致舊法下原屬於本條保護範圍的行為（如：註冊著名商標被使用於非「同一或類似」之商品或服務而致生混淆之行為），於修法後反而不當遁入第 25 條概括條款的適用範圍中；此外，與未註冊著名表徵「同一或類似之商品（服務）」應如何認定，亦是本條修法後執法機關所面臨的另一考驗；又將本條「商標」一詞的射程範圍限縮至未註冊著名商標，是否果能達成修正理由所稱註冊商標所涉商業仿冒行為應悉數回歸商標法處理之立法目的？考慮現行實務對於商標使用與混淆誤認之虞要件的嚴格解釋，以及事業於其著名表徵（事業名稱，且為著名註冊商標）遭競爭對手使用於關鍵字廣告文案中而使搜尋該關鍵字的使用者誤認該廣告主與表徵事業屬同一來源或有一定關係時，卻仍捨商標法對於著名註冊商標的民事救濟途徑而逕向公平會檢舉，而公平會亦依公平法第 25 條概括條款作成處分的現狀²⁹，上述立法目的之實現，短期間

²⁶ 公平法第 22 條所謂「著名」之用語，其內涵是否當然等同於商標法上的「著名」？並非毫無爭議。該條修正理由謂：「原條文第一項及第二項所保護之表徵，其要件有謂『相關事業或消費者所普遍認知』者、有謂『著名』者，兩者有何區別易生爭議，參考商標法係以『著名』之用語為規定，爰將本條『相關事業或消費者所普遍認知』之用語修正為『著名』」。由修正理由觀之，其目的似為法條用語的一致性而統一修正為「著名」。有鑑於舊法下所採「相關事業或消費者所普遍認知」與當時的商標法「著名」用語應為有意區別，且於公平法修正後應如何詮釋新法下的「著名」，修正理由未置一詞，則公平法第 22 條的「著名」，與商標法的「著名」得否一視同仁，仍有待實務於個案中具體化其內涵。

²⁷ 若認為公平法第 22 條「著名」與商標法上「著名」二者所設定標識應具備知名度的門檻相當，則未註冊著名商標的所有人，除得主張公平法的相關保護外，於商標法上，尚得禁止他人以相同或近似著名商標之標識申請註冊（商標法第 30 條第 1 項第 11 款）。

²⁸ 比較現行法第 22 條與舊法第 20 條的規範要件與救濟途徑，現行規定不僅限縮「商標」一詞的射程範圍至未註冊著名商標，並且要求消費者對於表徵的認知程度，亦從「相關事業或消費者所普遍認知」提高至「著名」，且於侵權的行為態樣上，亦從舊法下的「為相同或類似之使用」限縮至「於同一或類似之商品（服務），為相同或近似之使用」，而排除著名表徵被使用於非「同一或類似」商品或服務類別而致生混淆的情形。此外，於修法後公平會已不具行政介入的權限，表徵所有人僅得依公平法第 5 章規定，向法院提出民事訴訟，以資救濟。則本條對於表徵所有人賦予的保護，與舊法相比，顯然較為嚴苛。

²⁹ 參公平會公處字第 107066 號處分書（中華電信案）。本案與後揭幸福空間與 Google 案不同處，主要在於本案中涉案的著名表徵係被廣告主設定為關鍵字廣告的索引關鍵字與內容關鍵字（非作為描述性使用），而該廣告依公平會所認定之事實，已使網路使用者誤認該廣告與擁有著名表徵的事業屬同一來源或有一定關係，故本文認為於此前提下，該關鍵字廣告似已構成商標權之侵害，當事人得逕向民事法院主張系爭廣告已構成商標侵權。

內似難達成。

最後，關於公平法第 25 條概括條款於關鍵字廣告的適用，依目前公平會及法院見解，於索引關鍵字及內容關鍵字二種類型的關鍵字廣告，皆有本條適用的可能³⁰。本文後揭的幸福空間與 Google 案最高法院判決則認為：於索引關鍵字的情形，廣告主以關鍵字廣告方式攀附著名商標之行為，有使其喪失與潛在客戶交易之虞，足以損害商標權人，而構成公平法第 25 條之不公平競爭行為。然而，本文認為現行實務下關鍵字廣告相關案例涉及攀附他人表徵者，幾乎泰半適用公平法第 25 條的情形，從法律體系架構的角度，似有檢討空間。以下先行說明我國實務上對於商標法與公平法間關係所採立場，而後就現行法律整體運用下潛藏的矛盾予以指陳。

3. 商標法與公平法不公平競爭規範之定位—以著名表徵為中心

關於商標法與公平法中不公平競爭相關規範間的關係，就法律體系而言，兩者皆屬於廣義下的智慧財產法³¹，均以維護市場公平競爭秩序為其立法目的之一環³²。然而，二者所關注者並非完全一致，商標法係賦予商標權人專屬排他權，排除他人

³⁰ 如公平會近來屢次於處分書中為下述說明：「故於審酌事業使用他事業名稱、商標或其他營業表徵作為關鍵字廣告是否違反公平交易法第 25 條規定時，除考量行為對他人表徵所蘊含經濟利益之侵害，同時仍需考量是否提供網路使用者更充分實用之資訊、降低搜尋成本等之社會利益。是以，廣告主單純購買他事業名稱或表徵作為關鍵字廣告使用，尚未構成攀附他人商譽或榨取他人努力成果。惟若廣告主所購買之關鍵字廣告，其呈現之整體內容，有使網路使用者誤以為兩者屬同一來源或有一定關係；或廣告主於廣告內容使用爭議性敘述文字，如：貶抑競爭對手、不當比較、或對於競爭對手產品或服務之描述與現狀不符等情形，因該類型關鍵字廣告，不只侵害他事業表徵所蘊含之經濟利益，亦無助消費者獲得更充分正確資訊及降低搜尋成本，倘足以影響市場交易秩序，則違反公平交易法第 25 條規定。」見公平會公處字第 107066 號處分書（中華電信案）、公平會公處字第 105098 號處分書（酷玩線上案）、公平會公處字第 105099 號處分書（優勢領航案）。公平會亦於「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則」中明確將「使用他事業名稱作為關鍵字廣告...使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係，藉以推展自身商品或服務」認定為「榨取他人努力成果」，而構成第 25 條「顯失公平」。公平會雖於該處理原則中未論及若是涉案事業名稱已為著名且經註冊取得商標權時，基於第 22 條第 2 項立法理由之考量，是否仍宜適用第 25 條概括條款處理；惟從上開中華電信案所涉情事以及該案處分書觀之，公平會似認為於此類情形下，仍得適用第 25 條予以裁罰。

³¹ Paris Convention, Article 1, paragraph 2.

³² 2003 年修正商標法時，於第 1 條目的規定新增「維護市場公平競爭」，以宣示我國商標法除保障商標權人與消費者利益外，亦寓有維持市場公平競爭秩序之功能。現行商標法中亦設有諸多禁止不公平競爭的規定，例如禁止以他人著名商標申請註冊（同法第 30 條第 1 項第 11 款）、將未經同意使用他人著名註冊商標而減損該商標識別性或信譽之虞者視為商標侵害（同法第 70 條第 1、2 款）等規定，皆為規範事業藉由仿冒著名商標而搭便車攀附商標商譽之行為。另一方面，公平法自立法當初即以確保「公平競爭」（第 1 條）作為其立法目的。

有損害商標權人權益之使用或註冊，以促進工商企業正常發展。而公平法不公平競爭規範所關注者，為維護市場公平競爭環境及市場倫理，只要利用或模仿他人成果已達到值得非難之不公平競爭的程度，當事人得依公平法獲得救濟。因此，相對於商標法對於註冊標識的保護，公平法中不公平競爭相關規範係居於普通法的地位，提供補充性的救濟，以制止事業搭便車或攀附商譽等冒用行為，以謀建立不公平競爭規範的完整體系³³。

上述見解係立足於註冊商標權的立場，分析我國商標法與公平法對於消費者的標識信賴所賦與保護，而認為以採取註冊保護主義的商標法為主，並輔以公平法補充適用商標法所不及處。然而，此處所謂的「補充」究所指，似有進一步檢討之必要。

詳言之，早期我國並未開放非傳統商標類型的標識註冊，由於當時商標法係為列舉具有商標能力的標識類型，且未包括新興類型的非傳統商標，故具有識別力但非由舊商標法所列舉類型的標識所構成者，於舊商標法下即無從申請註冊而受商標法保護，僅能於其滿足舊公平法下「相關事業或消費者所普遍認知」要件時，仰賴舊公平法第 20 條，「補充」保護此類因使用而具備一定程度知名度的標識。然而，商標法下具有商標能力得申請註冊之標識範圍，已於 2011 年商標法修正後大幅放寬³⁴，任何足以識別商品或服務來源之標識，皆得成為商標法的保護客體，而不限於法條所例示的文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖或聲音等元素³⁵。相對於此，公平法上的表徵，包括姓名、商號或公司名稱、商標、標章、商品容器、包裝、外觀等得以表彰商品或服務來源的特徵，其並未限定該條受保護表徵的具體類型，據此，兩法對於受保護商標（表徵）的類型，皆為例示而非窮盡列舉，在得受保護之標的範圍上，商標與表徵理論上似已差別無幾³⁶。則從受消費

³³ 我國智慧財產權主管機關經濟部智慧財產局即採取此一立場。參見經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，4 版，經濟部智慧財產局，3-4（2017）。

³⁴ 該次修正於 2012 年 7 月 1 日起施行。

³⁵ 商標法第 18 條第 1 項：「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。」經濟部智慧財產局於其發布的「非傳統商標審查基準」，亦納入氣味、觸覺、味覺等非視覺可感知的商標。

³⁶ 此觀公平法第 22 條第 2 項規定，認為「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」（唯一未列入例示者，為同法第 22 條第 1 項第 2 款所列「標章」，此應係對應於我國早期商標法係以商標表彰商品，而以標章表彰服務的用語，後於 2003 年商標法全盤修正時已將服務標章之概念合併於商標中，但公平法上開條文並未相應修正用語所導致）等顯示商品或服務之表徵皆得申請註冊取得商標權，亦得證之。

者信賴的標識皆應受到一定保護的觀點，此一層次的補充適用，於商標法修正後，理論上已不存在³⁷。

再者，2015年公平法修正新增第22條第2項，明文排除註冊商標適用第22條第1項，既如前述。於2015年修正前，舊公平法第20條第1項第1款、第2款規定下並無「於同一或類似之商品（服務）」的要件，因此該條射程範圍及於無競爭關係的不類似商品或服務上的表徵仿冒行為，而得用於「補充」商標法，處理對於著名商標造成廣義混淆誤認的不公平競爭行為。然而，此一層次的補充適用，亦隨著2015年公平法第22條第1項修正時新增「於同一或類似之商品（服務）」要件，而消弭無形。

另一方面，由於商標具有指示商品或服務來源、保證品質以及廣告的功能，而公平法中與廣告相關的規範，一定程度上係與商標法相輔相成，維護消費者對於標識的信賴以及所提供資訊的正確性，藉以維護市場公平競爭秩序，既如前述。然而，若是限於「避免消費者對於標識混淆誤認，以維護市場公平競爭」的文脈下，依據2015年修法新增第22條第2項的立法理由，著名註冊商標的商標權人應依商標法尋求對於他人仿冒商標行為的保護，而不應再行適用同條第1項，蓋現行商標法對於著名註冊商標的保護，除註冊商標本得享有的保護外，亦已及於識別性的稀釋、信譽污損等商標淡化情形，就著名註冊商標而言，形式上的保護似已周全³⁸。然而，關於本文所關注的關鍵字廣告，最高法院於後述幸福空間與Google案的判決中，仍舊認為當著名註冊商標被作為索引關鍵字時，有公平法第25條概括條款的適用。姑且不論該案中最高法院見解的妥當性（詳見本文後述），若依該見解，著名註冊商標一方面受有作為註冊商標以及著名註冊商標於商標法上的廣闊保護，另一方面，對於利用他人著名註冊商標的行為，若經檢視後未構成商標權之侵害（不論是非屬「商標的使用」、或是雖構成商標使用但無「混淆誤認之虞」），且在以防止消費者混淆誤認為目的之公平法相關規定（第22條）已明文排除著名註冊商

³⁷ 雖然在商標法2011年修法後，兩法下受保護之標的範圍理論上已無甚差異，但由於我國商標法採行註冊保護主義，非視覺可得感知的商標如何滿足審查作業及嗣後對外公示之需求，於技術面上仍存在相當程度的困難。此類因技術因素尚未能註冊商標但具有識別力的標識，其所有人若能於訴訟上證明標識具識別性且已達著名程度，仍得於民事訴訟上主張公平法第22條。

³⁸ 仍可能存有爭議者在於，當該著名表徵被使用於非同一或類似之商品或服務上，可能存在造成消費者誤認該商品或服務來源係與著名表徵所表彰來源係屬同一企業集團或關係企業，而導致廣義混淆之可能性。此時著名商標權人是否能依照商標法第70條規定受到保護？容有爭議。就此議題筆者擬另行撰文詳述之。

標適用的前提下，卻又承認此類原先可能受到舊公平法第 20 條規範的行為，於修法後仍得「補充」適用公平法的概括條款，就立法政策上是否妥適，非無討論空間³⁹。

說明我國法制下關鍵字廣告所可能適用的規範以及適用上的疑義後，以下就日本法制下關鍵字廣告的相關規定簡述之。

（二）日本法制

相較於我國法制下係以公平法及商標法作為保護商標權人或表徵所有人的主軸，於日本法上，商標權人或表徵所有人得據以主張者，主要則為不正競爭防止法與商標法。一般而言，若所使用的關鍵字涉及他人註冊商標，此際與我國法制相似，可能涉及商標權的侵害；而另一方面，若所使用之關鍵字係為他人眾所周知的表徵，則涉及不正競爭防止法的適用。本文以下分別由日本商標法與不正競爭防止法的角度，簡析關鍵字廣告此系列議題所涉具體規範，而後分析該二法間的相互關係，冀有助於理解本文後半所為我國與日本相關案例的比較分析。

1. 日本商標法

於日本法上，商標權侵害的構成要件與我國法相仿，包括以下三要件：(1)被控侵權人確有「使用」商標之行為、(2)被控侵權人所使用之商標相同或近似於系爭註冊商標、(3)被控侵權人的商標被用於與註冊商標所指定之商品或服務同一或類似的商品或服務⁴⁰。而於涉及關鍵字廣告的案例中，主要的爭點多圍繞於涉案的使用行

³⁹ 況且公平法中概括條款的適用，本應受到補充原則之拘束（參見「公平交易委員會對於公平法第二十五條案件之處理原則」第 4 點），使用他人著名註冊商標作為關鍵字的行為，由於其主要爭議點之一即在於有否構成消費者混淆，而非屬於與既有違法行為類型（第 22 條）毫無關聯的新型行為，則依補充原則，應視該相關條文是否已充分評價該行為的不法性或已窮盡規範該行為的不法內涵，而決定有否概括條款的適用。然則立法者既然表明第 22 條的保護客體限於未註冊的著名表徵，而不及於著名註冊商標，在解釋上或得認為立法者有意確立商標法作為著名註冊商標之商標機能受損時賦與商標權人救濟基礎之母法的地位，此際公平法第 22 條適用客體既以未註冊著名表徵為限，則考量其條文是否已充分評價行為不法性或窮盡規範不法內涵的前提，即應將客體限於未註冊著名表徵。若此，第 25 條概括條款縱得「補充」適用第 22 條規範不足之處，理論上亦不應及於與著名註冊商標相關者。如此解釋，或能達成修正理由所稱：著名註冊商標所涉商業仿冒行為應悉數回歸商標法處理之立法目的，避免著名註冊商標一方面回歸商標法，而得受有商標法上商標淡化等相關保護，另一方面卻又藕斷絲連地繼續「補充」適用公平法概括條款。

⁴⁰ 參見小田真治，「第 2 講 商標權侵害の成否」，收錄於：高部真規子編，著作権・商標・不

為是否構成「商標的使用」。

日本商標法於第 2 條第 3 項規定該法所稱商標的「使用」之定義，例如於商品或商品的包裝上標示商標等，共計列舉了 10 種行為態樣。然而，除形式上涉案行為須符合所列舉的任一行為態樣外，日本實務上認為必須確實有「作為商標而使用」之情事存在，亦即足以發揮商標的功能（區別自己與他人商品服務之功能、以及表彰商品服務來源之功能）之使用，方屬商標法上所稱之使用⁴¹。

綜覽日本實務上涉及關鍵字廣告的案例，有認為欠缺形式上「商標的使用」行為，而逕予否認商標權侵害責任者⁴²；亦有法院見解將顯示關鍵字廣告的頁面與點選廣告後所跳轉的網站頁面視為一體合併觀察後，而承認理論上關鍵字廣告存在構成「商標的使用」的空間⁴³。其中值得吾人關注者，在於日本實務已留意到經營電子商務平臺的業者於此類案件中的特殊性，並且於個案中嘗試分析於何種條件下宜課予其商標權侵害責任。

2. 日本不正競爭防止法

(1) 不正競爭防止法的規範體系

日本不正競爭防止法第 1 條規定：「為確保事業間的公正競爭以及確實地履行相關的國際協定，採取防止不正競爭的措施，以及與不正競爭相關的損害賠償措施，而以促進國民經濟的健全發展為目的。」由此目的規定觀之，日本不正競爭防止法係以規範不公平競爭行為的手段（包括排除侵害與損害賠償等民事責任規定，以及刑事責任規定⁴⁴），達成維護事業間的公正競爭，而以促進國民經濟的健全發

競法關係訴訟の実務，2 版，商事法務，236（2018）。

⁴¹ 參見茶園成樹，商標法，2 版，有斐閣，223（2018）；荒井章光，「第 3 講 商標權侵害を阻却する事由」，收錄於：高部真規子編，著作権・商標・不競法關係訴訟の実務，2 版，商事法務，271（2018）。關於日本法上「商標的使用」概念的論述，詳見宮脇正晴，「商標的使用（商標としての使用）」，ジュリスト，第 1504 号，29-34（2017）；平澤卓人，「商標の使用論の機能的考察(1)」，知的財産法政策学研究，第 48 号，213-287（2016）；平澤卓人，「商標の使用論の機能的考察(2・完)」，知的財産法政策学研究，第 49 号，201-260（2017）。

⁴² 例如大阪地方法院平成 19 年 9 月 13 日（平成 18 年（ワ）第 7458 号）判決〔カリカセラビ事件〕，詳見本文後述日本案例的介紹。

⁴³ 例如，大阪高等法院平成 29 年 4 月 20 日（平成 28 年（ネ）第 1737 号）第二審判決〔石けん百貨事件〕，詳見本文後述日本案例的介紹。

⁴⁴ 應注意者在於，日本不正競爭防止法並未賦予行政機關得對於違反該法行為者處以行政裁罰之權限，故一般事業若因他事業之不正競爭行為致其營業上利益受到損害者，僅得依同法第 3 條、

展為終極目標。依此，不正競爭防止法係以維護公正競爭秩序的公共利益作為其保護法益，而與獨占禁止法⁴⁵、不當贈品類與不當表示防止法（下稱贈品表示法⁴⁶）等法律，共同構成廣義的競爭法⁴⁷。

日本不正競爭防止法中，並未設有相當於我國公平法第 25 條的概括條款，其立法體例係採取限定列舉不正競爭行為⁴⁸的規範方式。於其所列舉的行為當中，與本文所探討的關鍵字廣告議題較為相關者，係為同法第 2 條第 1 項第 1 款與同項第 2 款規定。以下簡要分述之。

(2) 不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款規定

首先，不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款規定：「本法所稱之不正競爭，包含以下各款：一、使用相同或類似於廣為需求者所認識之他人商品或營業表徵（指與他人的業務有關之姓名、商號、商標、標章、商品的容器或包裝等其他商品或營

第 4 條規定向法院請求排除侵害或者損害賠償。相對於此，獨占禁止法與不當贈品類與不當表示防止法，均賦予該法主管機關得對於違法事業作成行政處分予以裁罰之權限。詳見以下註 45、46 的說明。

⁴⁵ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和 22 年法律第 54 号）。本法主管機關為日本公正取引委員會，以規範限制競爭行為為主，但兼有少部分不公平的競爭行為規範（參見日本獨占禁止法第 2 條第 9 項所規定的「不公正的交易方法」）。其中，與本文所關心的關鍵字廣告議題有所關聯者為「以欺瞞的方法吸引顧客」（獨占禁止法第 2 條第 9 項第 6 款規定、一般指定第 8 款）的行為類型。具體而言，若某事業甲購買其競爭者乙之表徵作為關鍵字投放廣告，足以導致乙的顧客誤認甲所提供之商品服務內容，較諸甲所實際提供或乙所提供之商品服務內容顯然更為優良之情形，即可能該當於上述「以欺瞞的方法吸引顧客」的不公正的交易方法。關於日本獨占禁止法與不正競爭防止法的交錯適用關係，詳見鈴木孝之，「不正競爭防止法と独占禁止法の交錯」，白鷗大学法科大学院紀要，第 6 号，13-39（2012）。

⁴⁶ 不当景品類及び不当表示防止法（昭和 37 年法律第 134 号）。本法係針對獨占禁止法所禁止之「不當地引誘或強制競爭者的顧客與自己交易之行為」（獨占禁止法第 2 條第 9 項第 6 款（ハ）規定）中，特別與消費者有密切關聯的不實廣告與不當提供贈品等行為，更具體明確地於贈品表示法中予以明文規範，因此性質上贈品表示法可謂為獨占禁止法的特別法，於 2009 年以前，該法的主管機關與獨占禁止法相同，皆由公正取引委員會執掌之。而 2009 年後，隨著消費者保護意識的日漸高漲，贈品表示法改由消費者廳作為該法之主管機關，並修訂該法第 1 條規定，以確保一般消費者得以自主而合理地選擇商品或服務，進而保護消費者利益為其目的。其後，於 2014 年進一步增訂行政課徵金制度（自 2016 年起施行），使其行政管制的色彩更為濃厚。以上關於景品表示法的規範目的與立法沿革說明，參見大元慎二編著，景品表示法，5 版，商事法務，1-5（2017）。又於關鍵字廣告之情形，考量本法所著重者在於禁止透過不當表示而引誘消費者，其可能涉及的面向與我國公平法第 21 條之規範情形相似。

⁴⁷ 鈴木將文，「不正競爭防止法上の請求権者」，收錄於高林龍、三村量一、竹中俊子編，現代知的財産法講座 I：知的財産法の理論的探究，初版，日本評論社，425（2012）。

⁴⁸ 由於日本不正競爭防止法中所界定的不正競爭行為，概念上並非完全同於我國法下的不公平競爭行為，為有意區別，本文以下均使用「不正競爭行為」一詞以指陳日本不正競爭防止法中的不正競爭行為，合先敘明。

業表徵。以下同。) , 或讓與、交付、為讓與或交付之目的而陳列、輸出、輸入或藉由電信網路提供使用了前揭商品或營業表徵之商品, 致與他人商品或營業發生混淆之行為。」本款規定類似於我國舊公平法第 20 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定⁴⁹。解釋上本款所稱的「混淆」概念, 包含狹義的混淆誤認⁵⁰, 以及廣義的混淆誤認⁵¹在內⁵²。

關於本款所稱的「廣為需求者所認識」要件, 日本實務與學說通說認為, 表徵不以達到全國性的知名度為必要, 只須於一定的地域範圍內, 為當地的需求者認識為特定人之商品或營業表徵者即足⁵³。舉例而言, 以「X」為商號名稱的拉麵店甲雖然並非全國知名, 但於 A 縣內處於相關消費者眾所周知的狀態, 此時若有另一與甲毫無關係的某乙同樣掛起「X」的招牌經營拉麵店, 則對於 A 縣內的消費者而言, 很可能誤將乙所經營的拉麵店誤認為甲所經營, 而產生混淆誤認之情事, 於此種情況下, 雖然「X」並非全國知名的營業表徵, 仍應屬不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款所保護的對象⁵⁴。

另一方面, 由於本款事由要求必須足以導致與他人商品或營業表徵發生混淆誤認, 因此, 主張他事業違反本款事由而依據同法第 3 條、第 4 條請求排除侵害或損害賠償時, 解釋上涉案商品或營業表徵必須於行為人的營業活動地域範圍內處於廣為認識的狀態, 方有予以保護之必要⁵⁵。就本文上述事例而言, 若「X」廣為相關需求者所認識之地域範圍僅止於 A 縣, 則甲能夠禁止他人使用系爭「X」表徵的地域

⁴⁹ 我國公平法制訂本條規定時, 係參考日、韓不正競爭防止法之規定。立法理由參見立法院, 立法院公報, 第 79 卷第 96 期 2416 號院會紀錄, 88 (1990)。

⁵⁰ 即導致需求者誤認係來自於同一來源者。

⁵¹ 即需求者雖然不致誤認係來自於同一來源, 但可能會誤認二表徵的所有人間存在互為關係企業、或有業務合作乃至授權使用等關聯者。

⁵² 參見愛知靖之、前田健、金子敏哉、青木大也, 知的財產法, 初版, 有斐閣, 417 (2018); 芹田幸子、三山峻司, 「第 2 條第 1 項第 1 号〔商品等主体混同惹起行為〕」, 收錄於: 小野昌延編, 新・注解不正競爭防止法, 3 版, 青林書院, 382-384 (2012)。

⁵³ 參見日本最高法院, 昭和 34 年 (1959) 5 月 20 日, 昭和 34 (あ) 第 78 號決定 (ニューアマモト事件); 經濟產業省知的財產政策室, 逐條解說不正競爭防止法, 平成 30 年 11 月 29 日施行版, 經濟產業省知的財產政策室, 66 (2018); 柵木澄子, 「第 2 講 混同惹起行為・著名表示冒用行為」, 收錄於: 高部眞規子編, 著作權・商標・不競法關係訴訟の実務, 2 版, 商事法務, 458 (2018); 芹田幸子、三山峻司, 前揭註 52, 272; 田村善之, 不正競爭法概說, 初版, 有斐閣, 33-35 (1994)。

⁵⁴ 本事例係改編自田村善之, 同上註, 33, 所舉事例。

⁵⁵ 田村善之, 前揭註 53, 34-35; 柵木澄子, 前揭註 53, 459; 芹田幸子、三山峻司, 前揭註 52, 274-275。

範圍，亦僅限於 A 縣境內；若另有某丙於 B 縣使用「X」表徵經營拉麵店，但「X」表徵在 B 縣並未達到「廣為需求者所認識」的程度，甲即無法以丙之行為該當於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款規定為由，對丙主張排除侵害或損害賠償請求。

此外，要該當於本款事由，尚須滿足行為人係「使用」相同或類似於他人之商品或營業表徵的要件。關於此一要件，實務上認為係指將他人商品或營業表徵用於自身的商品或營業服務上，例如直接使用於商品上、或用於商品的容器、包裝、廣告等情形，均包含在內⁵⁶。然而，若行為人形式上雖有使用系爭表徵，但其使用並未發揮該表徵所具備的自我識別與表彰來源功能者，則難謂已該當於本款所稱之「使用」⁵⁷。

另應注意，日本不正競爭防止法第 19 條第 1 項第 1 款至同項第 3 款規定設有類似於我國公平法第 22 條第 2 項規定的適用除外規定。亦即，商品或營業之通用名稱的合理使用（同法第 19 條第 1 項第 1 款）、非出於不當目的而使用自己的姓名（同法第 19 條第 1 項第 2 款）、善意先使用（同法第 19 條第 1 項第 3 款）等情形，均不成立同法第 2 條第 1 項第 1 款的不正競爭行為。

綜觀日本實務涉及關鍵字廣告的案件，除商標法外，原告往往會同時主張被告購買其表徵作為關鍵字之行為係該當於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款的不正競爭行為。對此，日本實務上有認為於關鍵字廣告的超連結所連結的商品清單頁面中，縱使有陳列原告商品，尚難憑此遽認經營電子商務平臺的事業有使用到原告的表徵，從而否認其該當於作為商品或營業表徵之使用⁵⁸。

(3) 不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 2 款規定

其次，不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 2 款則規定「本法所稱之不正競爭，包含以下各款：二、作為自己的商品或營業表徵，而使用相同或類似於他人的著名商品或營業表徵，或讓與、交付、為讓與或交付之目的而陳列、輸出、輸入或藉由電信網路提供使用了前揭商品或營業表徵之商品之行為。」此一規定係於 1993 年增

⁵⁶ 經濟產業省知的財產政策室，前揭註 53，67。

⁵⁷ 即類似商標法上的「商標的使用」概念。同上註。另參見本文後述肥皂百貨事件判決見解。惟應注意，學說上另有認為凡是有致「混淆誤認之虞」者，即應該當於本款事由，而無須獨立檢討是否係作為商品等表徵而使用之見解（參見田村善之，前揭註 53，73-74）。

⁵⁸ 參見本文後述肥皂百貨事件判決。

訂，主要目的在於禁止冒用他人的著名商標（包括已註冊或未註冊的著名商標），而不以造成相關消費者混淆誤認為要件⁵⁹。

其中，第 2 款「著名」的要件所要求之知名程度，實務與學說通說認為應高於第 1 款「廣為需求者所認識」要件，否則第 1 款行為類型的內涵將被第 2 款架空而失其規範實益⁶⁰。惟實質上，究應達到全國著名的程度，抑或僅須於一定的地域範圍內著名即足，則容有不同見解⁶¹。

再者，本款與第 1 款相同，均以「作為自己的商品或營業表徵而使用」為要件，因此若行為人形式上雖有使用系爭表徵，但其使用並未發揮該表徵所具備的識別與表彰來源功能，則不構成本款之違反⁶²。

理論上，當廣告主所購買的關鍵字涉及他人的著名表徵時，亦可能涉及不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 2 款規定，惟就筆者所知，目前日本實務上似未有當事人依據本款提起訴訟之事件，尚待後續觀察。

⁵⁹ 一般認為，本款所規範者，包括對於攀附著名商標商譽的搭便車（free ride）、造成其識別性減損（blurring）或污染（tarnishment）之情形。參見山名美加、重富貴光，「第 2 條第 1 項第 2 号著名表示冒用行為」，收錄於：小野昌延編，新・注解不正競争防止法，3 版，青林書院，432-434（2012）；藤田晶子，「2 條第 1 項第 2 号—著名表示冒用行為」，收錄於：金井重彦、山口三惠子、小倉秀夫編，不正競争防止法コンメンタール，改訂版，LexisNexis，46（2014）。本款增訂的背景在於，日本商標法並無對於著名商標的稀釋（dilution）的相關規定，因此對於擅自使用他人著名商標或表徵致減損其信譽，但未造成混淆誤認之虞者，既無從成立商標法上的權利侵害，亦無法適用不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款規定，但立法者認為此種情形應有保護著名表徵之必要，爰增訂本款規定以因應之。另應注意，學說上亦有見解指出，上述三類本款主要欲規範的情形中，「污染」係直接對於他人著名商標的信譽造成減損，故為本款規定欲規範的典型事例；然而單純的搭便車攀附行為、或減損識別性的行為類型，其減損著名商標的財產價值的程度較不明確，為避免不當限制其他競爭同業的營業活動自由，宜謹慎認定，從嚴解釋本款所要求的類似性要件，避免過度寬認第 2 款的不正競爭行為。參見宮脇正晴，「不正競争防止法 2 條 1 項 2 号における『類似』要件」，收錄於：同志社大学知的財産法研究会編，知的財産法の挑戦，初版，弘文堂，267-271（2013）；田村善之，前揭註 53，192。

⁶⁰ 芹田幸子、三山峻司，前揭註 52，267。

⁶¹ 主張應該達到全國知名的程度者，參見經濟產業省知的財産政策室，前揭註 53，73；主張僅於一定的地域範圍（至少應達到橫跨數縣以上的程度）內廣為人知，即為已足者，參見田村善之，前揭註 53，191。惟應注意，依據後者之見解，避免過度擴張第 2 款適用範圍的重點應置於其他要件，諸如與著名表徵的類似性、或者營業上的利益是否受到侵害的要件（參見不正競爭防止法第 3 條、第 4 條規定），參見愛知靖之、前田健、金子敏哉、青木大也，前揭註 52，423。

⁶² 經濟產業省知的財産政策室，前揭註 53，72；愛知靖之、前田健、金子敏哉、青木大也，前揭註 52，424；平澤卓人，「インターネット上での標章の使用と商標法・不正競争防止法」，Law and Technology 別冊 知的財産紛争の最前線 No.2，初版，民事法研究会，92（2016）。另參見札幌地方法院，平成 26 年（2014）9 月 4 日（平成 25 年（ワ）第 886 号）判決〔食ベログ事件〕。

（三）我國與日本相關法制比較

揆諸上開說明，可知關鍵字廣告於我國與日本皆可能涉及商標法與不公平競爭規範的問題。然而，比較兩國間相關法律的規範體系與架構，仍有相當程度的差異性，以下分述之。

關於商標法的規範部分，就一般以混淆誤認為基礎的商標權侵害行為，臺日兩國的要件大致相同，均以「商標的使用」為必要。因此，多數涉及關鍵字廣告的案例中，系爭行為是否構成商標的使用，往往成為訴訟中的主要攻防爭點。

另一方面，關於不公平競爭行為的規範體系，日本與我國法仍有一定程度的差異。第一，在立法體例上，我國公平法於單一法典中囊括了限制競爭與不公平競爭行為規範，而日本則分別由不正競爭防止法、獨占禁止法、贈品表示法等多部法典，就不公平競爭行為加以規制。此一立法體例上的差異，對於如何詮釋各該條文、以及主管機關行使職權時是否須與其他主管機關進行權限上的溝通協調等，亦生影響。

第二，我國公平法設有概括條款，實務上亦彈性運用該規定以規範各種雖未能該當於智慧財產法上的侵害，但卻足以影響交易秩序的搭便車行為。另一方面，日本不正競爭防止法係採窮盡列舉而未設有概括條款，此類立法例一定程度上固然存在僵化而無彈性之弊，但亦有規範具體明確之長。惟由於不正競爭防止法等智慧財產法被視為私法上請求權的一環，日本實務上亦可見到部分當事人除不正競爭防止法等智慧財產法外，同時依據民法的一般侵權行為規定，併主張損害賠償請求權者。此際，若於不正競爭防止法等智慧財產法上，當事人的主張係為無理由，法院得否援引民法上的一般侵權行為規定，命行為人負損害賠償責任？對此，日本實務上雖未否定其可能性，但態度較為謹慎⁶³。

第三，承前所述，關於主管機關，我國掌管公平法者為公平會，係由單一機關

⁶³ 例如日本最高法院，平成 23 年（2011）12 月 8 日（平成 21（受）第 602 号）判決〔北朝鮮映画事件〕即指出：在系爭電影作品不受到日本著作權法保護之情況下，除非有應值保護的其他法律上利益（必須有別於著作權法保護著作人利用該著作的利益）受侵害等特殊情形存在，否則就著作權法上不受保護之作品的利用行為，應認為未構成民法上的一般侵權行為。亦即，於此情形下，即使有未經同意而利用他人電影作品內容的情形，仍不該當於侵權行為。但日本實務上仍可見少數案例認定未能依著作權等個別智慧財產法保護者，於個案中仍成立一般侵權行為。參見愛知靖之、前田健、金子敏哉、青木大也，前揭註 52，455-456 的說明。

作為限制競爭與不公平競爭行為規範的主管機關，因此除競爭法與其他事業法有所交錯的情形外，較無複數主管機關間權限分配的問題，但亦因如此，我國公平會所執掌事項遠較日本公正取引委員會廣泛，以其有限的行政資源是否得以兼顧維護市場競爭秩序、私人間競爭手段的公平性、甚至及於消費者保護，於制度設計上並非毫無疑慮。相對於此，日本的情形則較為複雜，執掌獨占禁止法的公正取引委員會所重視者係為市場競爭秩序，而景品表示法的主管機關消費者廳則係著眼於消費者保護，此二者偏重公共利益的保護，故由行政機關介入規制。相較之下，不正競爭防止法則被視為私法上請求權的一環，因此制度上並未設置行政機關執掌該法，僅由法院管轄私人間就不正競爭手段所衍生的法律糾紛。此一因為公私法間的定位差異而外顯於行政主管機關設立之有無，一定程度亦反映於後述案件中有權機關於審酌是否構成不公平競爭之際的考量因素上。以下先行梳理我國實務對於關鍵字廣告與不公平競爭相關議題的執法立場，並指出「幸福空間與 Google 案」的問題點，以利隨後與日本相關案例進行比較分析。

三、關鍵字廣告與不公平競爭—以「幸福空間與 Google 案」為中心

（一）我國實務見解之遞嬗

關於以他人商標文字購買關鍵字廣告所涉及的法律爭議，於我國法下的多數案例，法院係基於商標法上「商標的使用」的觀點，認為於關鍵字廣告中使用他人商標者，或欠缺積極標示行為、或因不足以使相關消費者認識其為商標，因而非屬商標的使用，不成立商標權侵害。此外，尚有部分案例，認為廣告主雖未違反商標法，但其購買關鍵字廣告行為已構成不公平競爭，而有公平法概括條款之適用。本文以下即聚焦於此類判決，嘗試釐清我國法下認定關鍵字廣告構成不公平競爭的來龍去脈。

1. 民事法院見解之發展

關於關鍵字廣告是否侵害商標權的爭議，早期的代表性案例為「出一張嘴」案⁶⁴。該案中原告為「出一張嘴」之商標權人，而被告以「出一張嘴」為關鍵字，向 Google 以及 Yahoo 公司分別購買關鍵字廣告，當消費者於搜尋引擎輸入「出一張嘴」文字進行搜尋時，將出現「出一張嘴來吃燒烤」、「出一張嘴哈根答司冰淇淋吃到飽」等使用原告商標文字的廣告，而該廣告係連結至被告經營的燒肉火鍋店網站。

就此事件，我國智慧財產法院 98 年度民商上字 11 號民事判決認為，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，而否認系爭關鍵字廣告構成商標權侵害。惟同一事件涉及不公平競爭行為之部分，另經智慧財產法院 99 年度民商上更（一）字第 5 號民事判決認定，以「出一張嘴」作為關鍵字廣告的行為，雖未違反舊公平法第 20 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 21 條第 1 項規定，但已違反舊公平法第 24 條規定。詳言之，法院認定係因「出一張嘴」尚未達到相關消費者所普遍認知之程度，而不該當舊法第 20 條；至於舊法第 21 條關於虛偽不實或引人錯誤之表示規定，則與本件關鍵字廣告的事實無涉；但關於購買關鍵字廣告之行為，法院則指出：「可能將搜尋『出一張嘴』之上訴人經營之系列燒烤餐廳之潛在消費者，導引至被上訴人之狠生氣餐廳網站觀覽，藉以推展其餐廳增加消費者前往消費之機會，使消費者誤解狠生氣餐廳與出一張嘴燒肉火鍋是同一系列之餐廳或有加盟關係，顯係詐取上訴人之努力成果，足以影響交易秩序，不符商業競爭倫理之顯失公平行為」，而命被上訴人不得繼續為系爭行為。

相對於上開案件，關於購買競爭同業之特取名稱作為關鍵字廣告之行為，智慧財產法院 101 年度民商訴字第 24 號民事判決則認為，舊公平法第 24 條概括條款下

⁶⁴ 另一個備受矚目的早期案例，則為葉全真案（智慧財產法院 100 年度民商上字第 7 號民事判決）。於該案中，法院係以廣告主所設定的藝人藝名關鍵字與其品牌及產品名稱並列，客觀上，被上訴人就此「葉全真」所標示之方式予相關消費者之寓目印象乃藝人「葉全真」之藝名，不足以使相關消費者將「葉全真」作為辨識商品之商標，因而否認該關鍵字的設定係屬商標使用。惟因本案判決並未論及是否成立不公平競爭行為的問題，故於本文中不予詳述。關於本案的判決評析，參見陳匡正，前揭註 6，13-38。

所禁止的「榨取他人努力成果」，係以「其攀附或抄襲之結果，應有使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果」為要件，從而，當被告購買系爭關鍵字廣告時，除將使一般消費者於 Yahoo!奇摩或 Google 輸入「詮星」關鍵字時，搜尋結果將列出被告公司旗下翻譯社之關鍵字廣告，增加該等網站之到訪機會，被告更進一步於關鍵字廣告內插入「詮星」之競爭同業名稱之特取部分，並於搜尋結果之說明處呈現「優良品質交件迅速，深獲各界的好評，集合國內外全世界各領域專家，詮星菁英團隊！」等文字，使消費者容易誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果，即屬榨取他人努力成果，顯已構成足以影響交易秩序之顯失公平行為，而違反舊公平法第 24 條規定。然而，針對被告嗣後停止使用插入關鍵字功能之關鍵字廣告的行為，該判決則指出：「僅係利用一般消費者在搜尋同業產品之際，連結至販售自己架設之網站，以引誘其購買自己販售之產品，且廣告內文並無『詮星』或『詮星翻譯社』字樣，…並未指涉與原告有關，亦未以任何誤導性用語使網路使用者誤以為係原告網址而被誤導進入網站，故難認有使交易相對人或潛在交易相對人會誤認該關鍵字廣告與原告屬於同一來源、同系列產品或關係企業之效果，或使之誤認五姊妹、哈佛及華碩翻譯社所提供之服務品質可取代原告之服務內容。」從而判斷此類購買關鍵字廣告的行為，不該當舊公平法第 24 條規定之顯失公平行為。要言之，本判決似認為單純購買關鍵字廣告（亦即前述之「索引關鍵字」）並未直接構成不公平競爭行為，必須深入分析個案中廣告主除單純購買關鍵字廣告外，有否更進一步於關鍵字廣告文案中插入他人的商標或表徵（亦即是否涉及前述之「內容關鍵字」），而其表達足以使交易相對人產生誤認其來源或認為兩者具一定關係之效果，藉以判斷是否屬於公平法概括條款所稱「顯失公平」之行為。與「出一張嘴」一案判決所持見解相比，本案判決更進一步區分關鍵字廣告的類型而異其評價。有鑑於索引關鍵字與內容關鍵字導致消費者混淆的可能程度顯然高下有別，本文認為此一細緻化的區分應值贊同。

2. 競爭主管機關與行政院所持見解

整理我國公平會的相關行政處分，絕大多數係著重在購買關鍵字廣告的廣告主方，以其購買競爭對手之事業名稱或商標名稱作為關鍵字廣告，藉此導引競爭對手的潛在客戶點擊連結後進入自身網站之行為，足以使競爭對手喪失交易機會，核屬

榨取他人努力成果之行為，構成足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平法第 25 條規定為由，而以購買關鍵字廣告之廣告主為對象，作成裁罰處分⁶⁵。

我國行政法院對於公平會上開見解亦表支持，例如臺北高等行政法院 99 年度簡字第 531 號判決即以：「藉由網路關鍵字搜尋有關產品之銷售資訊，已為目前一般消費者所習用，且為業者行銷廣告之手法，是若以一般消費者已熟悉之同業產品名稱有關詞彙作為網路搜尋之關鍵字而購買廣告，利用一般消費者在搜尋同業產品之際，連結至販售自己架設之網站，以引誘其購買自己販售之產品，確係攀附他人營業信譽，並掠取其努力成果，已足以影響正常之交易秩序，悖離商業競爭倫理，而具非難性至明。」而肯認購買包含他人商標權文字在內的關鍵字廣告，係屬舊公平法第 24 條概括條款所禁止之不公平競爭行為。

於上開判決後，臺北高等行政法院仍舊維持類似見解⁶⁶，認定廣告主購買他人商標權作為關鍵字廣告之行為，係屬足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平法第 25 條概括條款。惟相關案例並未論及製作或刊載廣告的廣告媒體業或廣告代理業之責任。究其原因，或因我國公平法下對於此類向不公平競爭行為提供助力的行為事業並未設有一般性規範，僅於虛偽不實或引人錯誤廣告（現行法第 21 條第 5 項）之情形，特別規定於廣告代理業或廣告媒體業明知或可得而知的情形下，例外使其與直接行為人（廣告主）負連帶損害賠償責任；惟於關鍵字廣告之情形，或因關鍵字廣告的文案內容有其侷限，實務上關鍵字廣告構成虛偽不實或引人錯誤表示者極為有限。競爭主管機關多止步於認定廣告主購買關鍵字廣告的行為足以影響交易秩序而顯失公平，論以違反概括條款之責，而未續行追究此際廣告媒體業或廣告代理業之責任。

（二）幸福空間與 Google 案簡介

相較於前述數宗判決皆止於究責廣告主，「幸福空間與 Google」一案，係我國首件由不公平競爭的觀點，分析販賣關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者於經營關鍵字廣告事業時所涉及不公平競爭責任問題的指標性案例。本文以下先簡要介紹「幸福空間與 Google 案」的事實與背景、法院判決要旨，藉此映襯該案判決所突顯之問題

⁶⁵ 相關處分案，參見本文前揭註 8 所舉案例。

⁶⁶ 例如臺北高等行政法院 101 年度訴字第 376 號行政判決、105 年度訴字第 1240 號行政判決等。

所在。

1. 本案事實與背景

原告幸福空間有限公司（下稱幸福公司）為註冊第 01316081 號「幸福空間」商標（下稱系爭商標）之商標權人，該商標仍在商標權期間內。原告主張被告美商科高國際有限公司臺灣分公司（下稱 Google 公司）透過廣告轉售商販賣「幸福空間」關鍵字廣告予訴外人甲公司，收取廣告費，使一般消費者於 Google 搜尋網頁鍵入「幸福空間」中文字檢索後，於檢索網頁之最上方、下方或右方即出現廣告主甲公司之網址廣告文案，並以小字註明「幸福空間相關廣告」或「廣告」。

幸福公司認為 Google 公司之上開行為已侵害其商標權，並且構成舊公平法第 24 條欺罔或顯失公平之行為，向智慧財產法院提起訴訟。

智慧財產法院於第一審判決⁶⁷指出：(1)Google 公司並未有商標使用之行為⁶⁸，亦未使消費者產生混淆誤認，自不構成修正前商標法第 29 條第 2 項所定之商標權侵害；且(2)系爭廣告既未使用原告系爭商標表彰自己商品或服務之來源，亦未於內文中攀附原告商譽誤導消費者，自難認有何對原告之經濟利益及努力成果造成損害進而影響市場公平競爭秩序可言⁶⁹，故亦無違反舊公平法第 24 條之行為；(3)被告既無修正前商標法第 29 條第 2 項所定之商標權侵害行為，亦無違反舊公平法第 24 條之行為，其所提供之關鍵字廣告業務亦無任何背於善良風俗可言，是原告主張被告應依民法第 184 條第 1 項後段、第 2 項規定負侵權行為責任，即屬無據。基於上述理由，智慧財產法院判決原告幸福公司敗訴⁷⁰。幸福公司不服，提起第二審上訴。

⁶⁷ 智慧財產法院 101 年度民商訴字第 22 號民事判決。

⁶⁸ 判決理由略以：「搜尋結果之頁面中，雖搜尋欄位所鍵入之關鍵字與系爭廣告置於同一頁面，然該關鍵字係由網路使用者所鍵入，與被告無涉，被告以搜尋結果頁面提供廣告空間予廣告主放置廣告之行為，既未積極標示任何商標，亦未以系爭商標用以表彰商品或服務之標識，且網路使用者鍵入關鍵字搜尋後，見搜尋頁面之廣告欄位出現系爭廣告，亦無從認識該廣告有何標示商標之意，是以被告顯無商標使用之意圖，自難認被告有商標之使用行為。」

⁶⁹ 判決理由略以：「系爭廣告內文或無『幸福空間』字樣，或將『幸福空間』一詞作為描述性使用，業如前述，足見系爭廣告內容並未指涉與原告有關，亦未以任何誤導性用語使網路使用者誤以為係原告網址而被誤導進入網站，整體觀察難認使交易相對人或潛在交易相對人會誤認系爭廣告與原告屬於同一來源、同系列產品或關係企業之效果，或使之誤認訴外人禾林公司等所提供之服務品質可取代原告之服務內容。」

⁷⁰ 就本案第一審判決之判決評析，參見馮震宇，「關鍵字廣告是否侵害商標權—智慧財產法院一〇一年度民商訴字第二二號判決評析」，月旦裁判時報，第 25 期，68-79（2014）；劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議—以 Google 為例」，月旦法學雜誌，第 235 期，69-92

2. 智慧財產法院第二審判決摘要

關於有無使用系爭商標之爭點⁷¹，智慧財產法院於第二審判決⁷²基於下列理由，認定被上訴人 Google 公司並未有商標使用之行為。其理由略以：「依商標法之立法體例及立法意旨，不論商標權人為維持其權利所為之使用及他人侵害商標權（不包含視為侵害商標權）之使用，均須有第 5 條（修正前第 6 條）之商標使用行為。」

「故須是外在、有形之商標使用，才足以使相關消費者認識其為商標，才會造成表彰商品或服務之來源發生混淆誤認。」

「商標之使用須滿足三要件：一、使用人係基於行銷商品或服務之目的而使用；二、需有使用商標之行為；三、需足以使相關消費者認識其為商標，前已詳述。查被上訴人轉售予廣告商販售予廣告主所為之關鍵字廣告業務，係由被上訴人將『幸福空間』文字於內部程式作指令連結，消費者於 Google 搜尋引擎輸入搜尋『幸福空間』關鍵字後，搜尋頁面之廣告空間即會出現選定該關鍵字之廣告主所擬定之廣告文案，因此搜尋結果之頁面中，雖搜尋欄位所鍵入之關鍵字與系爭廣告置於同一頁面，然該關鍵字係由網路使用者所鍵入，並非被上訴人或廣告主所輸入，被上訴人以搜尋結果頁面提供廣告空間予廣告主放置廣告之行為，既未積極標示任何商標，且被上訴人並未從事室內設計或裝潢等業務亦為上訴人所不爭執，被上訴人並無以系爭商標表彰行銷其商品或服務之行為，且各廣告主之廣告網址文案亦無標示系爭商標文字用以表彰行銷各廣告主之商品或服務之標識，網路使用者鍵入『幸福空間』關鍵字搜尋後，見搜尋頁面之廣告欄位出現廣告，亦無從認識該廣告有何標示系爭商標之意，而被上訴人將『幸福空間』文字於內部程式作指令連結係屬內部無形之使用，並非為外在有形之使用，均不足以使相關消費者認識其為商標，並不符合上揭商標使用之三要件及商標法第 68 條第 1 款『為行銷目的而於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標』、第 2 款『為行銷目的而於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標』構成要件事實。」

其次，關於 Google 公司之販賣、刊登關鍵字廣告行為是否違反舊公平法第 24 條規定之爭點，智慧財產法院基於下列理由，認為 Google 公司幫助與幸福公司處於

(2014)。

⁷¹ 除商標之使用概念外，本案判決尚涉及另一重要爭點，即混淆誤認之認定，是否應將美國法上的「初始興趣混淆 (initial interest confusion)」概念納入考量。惟本文礙於篇幅，就此爭點之相關判決文予以省略不予論述，留待另文分析之。

⁷² 智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決。

競爭關係之各事業廣告主進行舊公平法第 24 條之不公平競爭行為，依民法第 185 條第 2 項規定，應成立共同侵權行為。其理由略以：「被上訴人基於行銷之目的販賣關鍵字廣告收取廣告費營利，以程式設定上訴人註冊業已著名之系爭商標中文字作為關鍵字檢索連結，造成一般消費者於被上訴人搜尋網頁鍵入『幸福空間』中文字檢索後，於檢索網頁之最上方、下方或右方出現廣告主之廣告，雖被上訴人有於該廣告文案以淺黃色底顯示，於上方或下方以小字註明『廣告』、『廣告-為什麼會顯示這則廣告？』字樣，惟其所示顏色甚淺、字體甚小，消費者有可能忽略未予注意，可能會混淆或誤認係自然檢索排列之上訴人之網站，或與上訴人之網站有連結關係，予以點選而進入各廣告主之網站觀覽。禾林公司等室內設計業者，係與上訴人處於同業競爭之事業，所以向被上訴人購買系爭商標『幸福空間』關鍵字廣告，係利用系爭『幸福空間』商標於室內設計相關領域已臻著名之知名度，且為上訴人公司之特取名稱，以吸引消費者於搜尋引擎輸入『幸福空間』檢索，便利其網站資訊為搜尋引擎所尋得，並導引上訴人之潛在客戶進入廣告主網站觀覽，以增加廣告主之交易機會，顯係攀附上訴人長久以來努力經營之系爭『幸福空間』商標之知名度，榨取上訴人長期以來努力之成果，而不利於上訴人之欺罔、顯失公平行為。」

「被上訴人無經營室內設計相關業務，雖非與上訴人處於競爭之事業，然其將系爭商標列入關鍵字建議書建議廣告主購買該關鍵字廣告在先，於經由轉售廣告商每月之回報應知悉上揭廣告主進行『幸福空間』關鍵字廣告，於上訴人二度以存證信函告知移除，其業已知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭侵害上訴人之權益之情況下，竟未移除系爭關鍵字廣告，僅函覆上訴人自行填寫英文申訴表格向美國 Google 總公司申訴云云，惟被上訴人係在臺灣地區以中文販售系爭商標『幸福空間』為關鍵字廣告，賺取廣告費牟利，卻不停止其自身共同參與之侵害上訴人權益之行為，而要上訴人自行填寫英文申訴表格向美國 Google 總公司申訴，實非合理之措置，復於原審及本審審理中仍繼續販售進行系爭關鍵字廣告，明顯幫助各廣告主事業進行（舊）公平法第 24 條之不公平競爭行為，依民法第 185 條第 2 項規定應視為共同侵權行為人。」

Google 公司雖對本件判決提起上訴，惟最高法院判決⁷³認為原審判決於法並無違誤，駁回其上訴。從而，上開第二審判決業已確定。

⁷³ 最高法院 105 年度台上字第 81 號民事判決。

(三) 幸福空間與 Google 案判決所突顯之問題點

由上述背景說明可知，於「幸福空間與 Google 案」中，智慧財產法院立基於民法上的共同侵權行為，而認定作為廣告媒體業的搜尋引擎業者因販售涉及他人商標權之關鍵字廣告，而應與廣告主連帶負責的見解，似為獨具一格，而有予以分析的實益。

整理本件判決並與先前判決比對後，可知我國法院實務目前認為，單純以他人的商標文字設定為關鍵字而投放關鍵字廣告，若在廣告文案中並未顯示或插入他人商標文字，由於並無對外積極「使用」商標權之行為，則無論係購買廣告的廣告主，抑或銷售廣告的廣告媒體業者，均不成立商標權的侵害⁷⁴。至於此類行為是否該當不公平競爭，向來實務多係肯認廣告主購買他人商標關鍵字廣告行為的不法性，但對於刊登此種關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者（廣告媒體業），是否應併同肯定其不法性，則殊少置喙，而本件判決雖是少數涉及此一爭點者，但仍存在若干疑義有待釐清。以下分別自廣告主與販賣關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者的角度論述之。

第一，關於廣告主是否成立公平法第 25 條之不公平競爭行為，本件中廣告主並未選擇於關鍵字廣告內容或其附隨的說明文字中插入系爭商標，而於搜尋引擎使用者點選該連結進入廣告主所指定的網站後，該網站內亦無任何使用系爭商標之行為（即使有出現「幸福空間」文字，亦屬描述性的合理使用，而非商標法上的使用）。於本案之前，廣告主購買關鍵字廣告而成立不公平競爭的案例，皆係於廣告或輔助文字中使用了涉案商標或表徵（即本件判決文中所稱「外在有形之使用」），而不若本件於廣告外觀上無從感知涉案商標之存在。但本件判決中，即便未有涉案商標的「外在有形之使用」，法院仍舊認定，由於系爭關鍵字廣告旁的「廣告」字樣所示顏色甚淺、字體甚小，消費者有可能忽略未予注意，而逕予認定消費者「可能會混淆或誤認係自然檢索排列之上訴人之網站，或與上訴人之網站有連結關係，予以點選而進入各廣告主之網站觀覽。」

然而，搜尋引擎的搜尋結果係為與關鍵字相關的多數頁面連結的集合，而依照

⁷⁴ 然而，學說上亦有批評見解指出，此種行為應已該當於商標的使用，構成商標權侵害。參見劉孔中，前揭註 70，81。

搜尋引擎業者的演算法自然排序其與關鍵字相關程度，同時搜尋引擎使用者對於搜尋引擎業者的檢索結果頁面會出現廣告一事應有認識。本件判決的論理著重於消費者可能會因無從區辨廣告主網站與其原始欲搜尋網站（亦即商標權人的網站）而不慎點擊前者，從而原先應導入商標權人網站的流量因此流失至廣告主所指定網站。惟依判決所認事實，檢索頁面上方、右側及底部皆設有廣告空間供廣告主投放廣告；又搜尋結果除商標權人自身網站外，一般亦包含其他與關鍵字相關的網頁連結。則一般使用者於鍵入關鍵字進行搜尋時，在該關鍵字廣告連結標題或附帶說明內並未使用涉案商標或其他誤導性用語的情形下，是否僅因關鍵字廣告的欄位較為前排，即會讓使用者誤以為該關鍵字廣告係連結其原始欲搜尋網站或與原始欲搜尋網站有某程度關聯，而點擊關鍵字廣告後瀏覽廣告主的網站？本文認為，在一般搜尋引擎使用者皆非初次使用搜尋引擎檢索功能的今日，如此想當然的認定，難謂無疑⁷⁵。退一步言，即便本案中原告已證明有使用者不慎點擊關鍵字而進入廣告主網站之事實，此事實對原告的經濟利益及努力成果所造成的損害為何？於不公平競爭規範的脈絡下，是否足以影響交易秩序而具有可非難性？法院實有續為論證之必要。若是因搜尋引擎使用者慣於點擊檢索頁面前排欄位所致商標權人網站的流量流失，即逕構成榨取他人努力成果而有該當不公平競爭之虞，則基於同一論理，依搜尋引擎自然排序的搜索結果，位於商標權人網站連結前的其他連結，是否皆值某種程度的非難？蓋擁有商標與搜尋引擎網站檢索結果名列前茅，並不必然相關。吾人或得想像一相似情境，觀光區知名美食老店座落於觀光老街人行步道後段，而同一步道前、中段販賣相同或類似商品者與迥異商品者亦雜然並陳，惟商號名稱皆異於知名老店，前往該觀光區的多數消費者皆欲一嘗老店知名美食，但於逛街途中進入了其他商號參觀者亦所在多有，則於此假想事例中，僅因同業競爭者甚至非競爭的其他商號在老店週遭開設店鋪一事，即猝認其他商號係攀附老店以推銷自身商品，知名老店因此喪失交易機會，從而構成不公平競爭，顯然係過度擴張不公平競爭的適用範圍，且此種解釋勢將導致新進競爭者無從參入市場，而有限制自由競爭之嫌。

⁷⁵ 陳昭華、陳育廷，前揭註 1，157，即指出，「消費者是否對關鍵字與搜尋結果有所聯想，其認知上是具有變動性的，當消費者長期使用搜尋引擎服務，勢將較使用初期更瞭解關鍵字廣告的運作情形。」但劉孔中，前揭註 70，85，則持不同見解，認為「因為一般網路使用者基於使用習慣傾向於點擊出現在搜尋結果頁面較為前面的網址，故推定有相當數量的網路使用者會點進第一個出現的網址及廣告文案，應該是合乎事實的。」

第二，關於販賣關鍵字廣告的搜尋引擎業者（廣告媒體業）的法律責任。前揭判決係以 Google 公司「將系爭商標列入關鍵字建議書建議廣告主購買該關鍵字廣告在先」、於「知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭之情況下，未移除系爭關鍵字廣告」等，且於本案審理中仍繼續轉載系爭關鍵字廣告等情事為由，認定其並未採取合理措置，進而肯認販賣關鍵字廣告之搜尋引擎平臺業者，係幫助各廣告主事業從事舊公平法第 24 條之不公平競爭行為，依民法第 185 條第 2 項規定應視為共同侵權行為人。由上述判決理由可推知，我國法院似認為若搜尋引擎業者於知悉侵害行為存在後迅速採取如下架廣告等一定措置者，尚有可能免除其成立幫助共同侵權之責任。然而，相較於本文後述的日本「肥皂百貨」事件判決，本件判決中法院並未具體旁論指陳，搜尋引擎業者於知悉關鍵字廣告涉有侵害他人權益之虞時，除取下廣告外，尚應採取何種合理措置方屬合理而得主張免責。對於眾多經營網路廣告業務的搜尋引擎平臺業者或運用關鍵字廣告技術的廣告媒體業而言，由於我國尚乏相關案例可供參考，相關業者於執行業務之際，由於缺乏具體行為指針或業界自律規範，加上法院的考量因素與判準亦難謂明確，對於應如何履行其法律遵循義務，降低侵權風險，不免有無所適從的困擾。

對於上述爭議，本文以下擬透過日本法關於利用他人商標或表徵為關鍵字廣告之相關案例研究，以供我國實務與產學界參酌比較。

四、日本關鍵字廣告相關案例研究

（一）概論

日本法上首度處理關鍵字廣告與商標權侵害或不正競爭行為之事件，為大阪地方法院於 2007 年作成的「Carica Celapi（カリカセラピ）」事件判決⁷⁶。於該案中的主要爭點，係原告主張被告於其所販賣的木瓜酵素食品包裝上，使用類似於原告廣為人知的木瓜酵素食品商品表徵「PS-501」等表徵，該當於不正競爭防止法第 2

⁷⁶ 大阪地方法院平成 19 年（2007）9 月 13 日（平成 18 年（ワ）第 7458 号）〔カリカセラピ事件〕。關於本案之判決評釋，參見外川英明，「サイバー空間における商標の使用—検索連動型広告問題とディスプレイマーに焦点をあわせて」，パテント，第 62 卷第 4 号（別冊第 1 号），203-204（2009）。

條第 1 項第 1 款等規定之「與廣為人知的他人商品表徵混淆」的不正競爭行為。與此同時，原告另主張，被告向「Yahoo! Japan」搜尋引擎業者購買關鍵字廣告，當搜尋引擎使用者於「Yahoo! Japan」搜尋引擎以「カリカセラビ（即原告註冊商標）」為關鍵字進行搜尋，搜尋引擎的檢索結果頁面中的廣告欄位即會顯示被告亦有販售與原告類似的木瓜酵素食品的廣告以及被告官方網站的網址，被告之行為係該當於商標權侵害。

然而，本案判決理由之多半篇幅聚焦於被告所使用之表徵與原告之商品表徵是否類似此一爭點，法院以兩者並不類似為由，作成不成立不正競爭行為的結論。關於關鍵字廣告與商標權侵害之爭點，判決理由中則僅略以：「原告並未說明，為何以原告商品之名稱與原告商標為關鍵字進行檢索後，於檢索結果表示畫面中顯示被告之廣告一事，該當於使用原告商標權之行為。況查，尚難謂前揭被告行為該當於商標法第 2 條第 3 項各款所定之任一種標章的『使用』事由，於本案中原告基於商標法所為之主張，係無理由。」為由，否定商標權的侵害，並未仔細檢討關鍵字廣告與商標的使用之關係。此外，由於本案中被告僅限於購買廣告的廣告主，而販賣關鍵字廣告的搜尋引擎平臺業者並非本件訴訟之當事人，故本案判決中亦未探討搜尋引擎業者所應負之法律責任。

關於關鍵字廣告與商標權侵害的問題，於 2016 年的「肥皂百貨（石けん百貨）」事件有較為詳盡的論述。以下本文即就「肥皂百貨」事件的經過及判決要旨予以簡要說明之。

（二）「肥皂百貨（石けん百貨）」事件

1. 本案事實與背景

原告 X 為「石けん百科」、「石鹸百科」、「石けん百貨」等商標之商標權人，並於網路上以「石けん百貨」為名開設網路商店，販賣肥皂等清潔用品相關商品，其中亦包括使用「石けん百貨」商標的自家品牌清潔用品。被告 Y 經營電子商務購物平臺「楽天市場」，向各加盟店家提供於該電子商務購物平臺上經營網路商店的服務。Y 為吸引消費者使用該電子商務購物平臺，以「石けん百科」、「石鹸百科」、「石けん百貨」等詞彙為關鍵字，向 Google 與 Yahoo 等搜尋引擎業者投

放關鍵字廣告（下稱本件廣告）。當搜尋引擎使用者以「石けん百貨」作為關鍵字進行搜尋時，在 Google 與 Yahoo 等搜尋引擎的檢索結果畫面中，將會顯示包含「【樂天】石けん百貨大特集」、「石鹸 百貨 楽天が格安」等字句的關鍵字廣告內容，而該廣告係連結 Y 所經營之「樂天市場」，使用者若點擊該廣告，將會顯示「樂天市場」上架商品中與「石けん百貨」相關的商品清單瀏覽頁面。

於 2014 年 6 月時，上開關鍵字廣告所連結的「樂天市場」商品清單頁面，包含二家加盟店家的商品頁，惟該商品頁的肉眼可視內容並未包括「石けん百科」、「石鹸百科」、「石けん百貨」等字詞，此係因加盟店家將「石けん百科」、「石鹸百科」、「石けん百貨」等詞彙以隱藏文字（以使用者無從辨識的方式記載於商品頁面中，例如於頁面的 HTML 程式碼中為記載、或是設定文字與頁面背景同一色系、或將該文字以極小字體呈現等）的方式，用於「樂天市場」中的自家商品販售頁面，從而使用者在「樂天市場」中以上開字詞進行搜尋時，系統即會引導使用者至該加盟店家的商品頁面。又被告 Y 於其加盟契約明文禁止加盟店家侵害他人智慧財產權或對他人為不利益之行為，Y 亦於其所提供加盟店家的出店指南中，明確禁止以隱藏文字的方式製作商店或商品頁面。

X 向大阪地方法院提起訴訟，主張下列二點：(1)Y 之投放關鍵字廣告行為，已構成 X 商標權之侵害：Y 使用 X 商標向 Google 等搜尋引擎業者投放關鍵字廣告，並設定連結至自身經營「樂天市場」中相關商品一覽頁面之行為，已單獨構成商標權之侵害；又使用「石けん百貨」等字詞使「樂天市場」商品清單頁面呈現自家商品的「樂天市場」加盟店家，就被告 Y 造成原告 X 損害之行為，應有故意或過失，從而 Y 與此類加盟店家係構成共同侵權行為。(2)Y 之行為構成日本不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款的不正競爭行為：本件廣告中所包含「石けん百科」、「石鹸百科」、「石けん百貨」等關鍵字，與原告 X 所經營的網路商店名稱相同或近似，則於本件廣告中使用上述關鍵字的行為，將使一般消費者混淆誤認本件廣告係為原告 X 自營網路商店的廣告，且搜尋引擎的使用者亦將誤認其點擊廣告後所出現「樂天市場」頁面中的相關商品，係為原告 X 所販售。X 從而主張 Y 不得再向搜尋引擎業者投放本件廣告，並依日本民法第 709 條、不正競爭防止法第 4 條規定，請求 Y 負損害賠償之責。

2. 第一審判決

於第一審判決中⁷⁷，大阪地方法院駁回 X 之訴，其認定如下：

- (1) Y 向搜尋業者投放的關鍵字廣告並未構成 X 商標權之侵害，其主要理由為：單獨觀察本件廣告，並無任何相關商品的陳列表示，亦未指明加盟商家於「樂天市場」上架販賣的何件商品與「石けん百貨」等關鍵字有所關連，難認該廣告已構成將本件涉案商標用於指定使用商品之廣告；退一步言，縱認本件廣告與「樂天市場」的相關商品清單頁面係為一體，而應合併觀察，從而理論上仍有肯認本件廣告使用「石けん百貨」等字詞係為識別其商品來源之餘地，惟「樂天市場」的商品清單頁面如何呈現，係依各加盟店家如何設計自家商店與商品頁面而定，加盟店係基於各自負責的原則製作頁面內容，被告 Y 並無實際參與該設計，則即便點擊本件廣告後所顯示之「樂天市場」商品清單頁面中，有出現加盟店家所上架的商品，亦不應逕將該商品清單頁面作為 Y 之行為而與本件廣告一併觀察。又加盟商家係違反 Y 所定定型化契約約款及出店指南之指示，而致本件廣告呈現上述顯示內容，Y 與其加盟店家間並不具共同性，故本件不成立共同侵權行為。
- (2) 就原告 X 主張本件廣告該當不正競爭之部分，由於本件廣告已明確記載其內容為廣告，且所使用字句皆包含「樂天」一詞，有鑑於「樂天市場」於日本國內的周知性，法院認定應無與原告網路商店混淆誤認之虞。此外，就原告 X 所主張使用者將誤認「樂天市場」頁面中相關商品係為原告所販售之部分，法院則基於與前開商標權侵害的相同論理，若單獨觀察本件廣告，則本件廣告自身未包含任何具體的商品陳列表示；退步言之，縱認本件廣告與「樂天市場」的相關商品清單頁面係為一體，惟依本案事實，殊難認定被告係有意於「樂天市場」商品清單頁面中為相關商品的陳列表示，故不宜將本件廣告與「樂天市場」商品清單頁面併同觀察，而且被告 Y 亦無故意或過失，與加盟商家不具共同性，故被告 Y 對原告 X 無須負擔不正競爭防止法上之損害賠償責任。

⁷⁷ 大阪地方法院平成 28 年（2016）5 月 9 日（平成 26 年（ワ）第 8187 号）第一審判決〔石けん百貨事件〕。關於本件判決之判決評釋，參見宮脇正晴，「檢索連動型廣告と商標權侵害」，Law & Technology，第 76 号，53-62（2017）。

3. 第二審判決

原告 X 不服，向大阪高等法院提出上訴。然而大阪高等法院亦駁回 X 上訴⁷⁸，惟其理由構成略異，其不同處略為：

- (1) Y 向搜尋引擎業者提供的系爭關鍵字，係透過演算法檢索「樂天市場」的各商品頁面內容並揀出關鍵字後傳送予搜尋引擎業者，並非被上訴人 Y 主動向搜尋引擎業者指定使用系爭關鍵字；又以「石けん百貨」為關鍵字在「樂天市場」進行搜尋後所顯示之商品清單頁面內容（是否全不顯示、或是顯示「石けん百貨」的指定使用商品、或是顯示「石けん百貨」的指定使用商品以及非屬「石けん百貨」指定使用商品的他類商品），係全面取決於加盟商家所製作商品頁面的內容，Y 並未參與相關頁面的製作，若加盟店家變更其商品頁面內容，「樂天市場」的商品清單頁面內容亦將隨之變動，則被上訴人 Y 雖為本件關鍵字廣告的廣告主，但就如何製作加盟店家的商品頁面，並無判斷權限，亦無實際參與製作，對其頁面內容並無認識，足認本件廣告包含「石けん百貨」的表示，係透過前述演算法的設計自動檢索各加盟商家的商品頁面所致，而「樂天市場」的商品清單頁面中固然有就特定商品而為陳列表示，惟此亦非基於 Y 之意思，Y 對此並無認識。
- (2) 設計上開演算法者既為被上訴人 Y，則對於因該演算法而引起的本件廣告以及「樂天市場」相關商品清單頁面，Y 是否具有事前的概括容認？法院依據 Y 所定的加盟契約約款及出店指南，以及要求 Y 於加盟店家刊登商品頁面前應全面詳盡調查該刊登內容是否涉及商標權侵害一事顯有困難等情事，足認本件的關鍵字廣告及 Y 所設計的演算法，客觀上尚難認為屬於專為引起商標權侵害之物，從而認定被上訴人 Y 對於未經 X 同意使用「石けん百貨」的商標一事並未容認。
- (3) 大阪高等法院除為上開論理外，亦於判決中明確揭示被上訴人 Y 於何等情境下可能涉及侵權，亦即，從使用者的角度觀察，系爭廣告與「樂天市場」相關商品

⁷⁸ 大阪高等法院平成 29 年（2017）4 月 20 日（平成 28 年（ネ）第 1737 号）第二審判決〔石けん百貨事件〕。關於本件判決之判決評釋，參見田中浩之，「知財判例速報 検索連動型広告に関する商標權侵害—大阪高判平成 29 年 4 月 20 日」，ジュリスト，第 1511 号，8-9（2017）；青木大也，「検索連動型広告と商標權侵害およびその主体—石けん百貨事件控訴審」，BUSINESS LAW JOURNAL，第 120 号，106-111（2018）。

清單頁面，係為吸引有意購買「石けん百貨」品牌相關清潔用品的使用者，在搜尋引擎上以「石けん百貨」為關鍵字搜尋後，而被導引至被 Y 所經營「樂天市場」中註冊商標「石けん百貨」所指定商品的相關商品清單頁面。則就上述情況以及該情況係有害商標的來源表示功能一事，被上訴人 Y 確有具體認識或有認識可能性之時起，若其未能於合理期間內，藉由將系爭字詞納入 NG 名詞清冊等管理行為，而讓「樂天市場」的商品清單頁面不再顯示註冊商標「石けん百貨」指定使用商品的相關資訊，此際應認被上訴人 Y 對於使用「石けん百貨」標識一事已有具體容認，而成立商標權之侵害。惟於本案中，Y 於受領起訴狀後，已立即將相關字詞納入「樂天市場」商品搜尋系統的 NG 名詞清冊，並要求涉案的加盟店家即時刪除隱藏文字或下架相關商品，從而被上訴人 Y 已於合理期間內採取適當處置，而無侵害上訴人 Y 之商標權⁷⁹。

- (4) 至於不正競爭行為的部分，縱使本件廣告所連結的「樂天市場」的商品清單頁面中有就肥皂商品為陳列表示，尚難憑此遽認被上訴人 Y 係將「石けん百貨」此一表徵使用於該肥皂商品，既如本判決前揭關於商標權侵害部分所述，基於同一論理，法院認為於本件中尚難謂被上訴人已經將「石けん百貨」作為商品之表徵而使用。從而否認基於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款所定不正競爭行為之成立。

(四) 案例評析

前揭「Carica Celapi」事件，與「肥皂百貨」事件，於以下二點，有所差異：

第一，二案雖然皆涉及關鍵字廣告，但二者所涉及的紛爭主體並不全然相同。一般而言，涉及關鍵字廣告的商標權侵害或不公平競爭的先前案例，依照涉案主體的類型，可大致區分為於商標權人與廣告主間、以及商標權人與搜尋引擎業者間之兩類情形，前揭「Carica Celapi」事件即屬於前者，我國幸福空間與 Google 案則屬於後者。但前揭「肥皂百貨」事件則屬於新興的第三類情形：商標權人與電子商務購物平臺業者間的紛爭⁸⁰。申言之，前揭「Carica Celapi」事件，係單純發生於商標

⁷⁹ 本案刻正向日本最高法院上訴中。

⁸⁰ 外川英明，「檢索連動型廣告と商標權侵害」，收錄於：中山信弘、塚原朋一、大森陽一、石田正泰、片山英二編，知財立國の発展へ：竹田稔先生傘寿記念，初版，發明推進協會，364-365 (2013)。

權人與廣告主間；但「肥皂百貨」事件，固然形式上亦屬於商標權人與廣告主間的紛爭，但本質上係為商標權人與電子商務購物平臺業者間（經營電子商務購物平臺的樂天公司，以自己名義向搜尋引擎業者購買經演算法自動揀出之加盟商店商品的關鍵字廣告）的紛爭，而此紛爭亦突顯出電子商務購物平臺業者作為消費者與加盟店家間雙邊平臺（two-sided platform）的兩面性⁸¹。

「肥皂百貨」一案中所涉及的雙邊平臺交易關係，或可簡略示意如下：「[加盟店]←A→[購物平臺]←B→[搜尋引擎]←C-[搜尋引擎使用者]」，購物平臺業者向搜尋引擎業者投放關鍵字廣告的行為，係屬於 B 段的法律關係，但購物平臺業者對於加盟店家方採取的預防侵權相關措施，雖然屬於 A 段的法律關係，法院亦採納為判斷購物平臺業者是否構成侵權的考慮因素之一。可知即便身為關鍵字廣告的廣告主，亦非當然須負侵權行為之責，端視廣告主對於刊登廣告一事有無過失而定；而就廣告主有無過失之判斷，法院的考慮因素並不限於與廣告刊登一事直接相關者（亦即，購物平臺/廣告主、搜尋引擎/廣告媒體業、搜尋引擎使用者三者間的事由），仍需就個案所涉情況予以認定，特別是於廣告主自身亦構成雙邊平臺之情形，法院的考量因素亦可能涵括與雙邊平臺另一側有關者。

檢視本案的案例事實，雖然名義上是由電子商務購物平臺業者向搜尋引擎業者購買關鍵字廣告，但由於購物平臺業者須儘量提升加盟店家商品的曝光度以吸引消費者，則透過演算法的設計，依據加盟商家所製作商品頁面的內容而自動揀選出關鍵字，購物平臺業者並非有意識地積極選擇他人商標或著名表徵作為系爭廣告的關鍵字；此外，電子商務購物平臺業者與所購買關鍵字廣告的商標權人或表徵的所有人間，通常亦不存在競爭關係。凡此種種，皆與一般情形下廣告主係主動刻意購買競爭事業的商標或表徵的關鍵字廣告以推展自身商品或服務之行為態樣，有所差異。則於商標法與不公平競爭規範的適用上，此類差異是否具有法律評價上的意

⁸¹ 由於間接網路效果（indirect network effect）的循環影響，兩面性的平衡實為此類具有雙邊平臺特徵的事業在經營上所必須特別留心之處，以本案所涉的電子商務購物平臺為例，平臺業者為了在平臺用戶與加盟店間透過促成交易而謀取自身利益，一方面須致力於匯聚各類商家加盟其購物平臺開店，儘量降低開店門檻、協助加盟商店提升商品種類與品質，並提供加盟商家金流與物流上的支援以簡化交易流程，以提升電子商務購物平臺對於商家的魅力；另一方面，為吸引消費者願意成為用戶並於該電子商務購物平臺進行交易，平臺業者亦須確保良好的購物體驗，包括多元化的加盟商店、商品種類齊全說明易讀價格適中、以及能在茫茫商品海中迅速準確地搜尋到目標商品的商品搜尋系統等；此外，強化購物平臺上的商品對於消費者的曝光能見度，也是購物平臺拉攏消費者成為平臺用戶時的重要手段之一，而本案由購物平臺業者向搜尋引擎業者投放的關鍵字廣告，即為此一手段的適例。

義？即為本案值得注目之處。

於前揭「肥皂百貨」判決中，法院似考量到電子商務購物平臺的特性，而認定既然系爭購物平臺業者已經預先採取一定的預防侵權措施（於加盟契約以及出店指南中明文禁止加盟店侵害他人智慧財產權或對他人為不利益之行為等），以及要求電子商務購物平臺業者於事前全面清查過濾所有關鍵字以排除任何潛在侵權可能一事在現實上的困難性等情況，而認為購物平臺業者對於透過演算法自動揀選決定購買系爭關鍵字廣告的行為可能侵害商標權一事係無認識⁸²，從而否定了購物平臺業

⁸² 應注意者，「肥皂百貨」事件並非首件日本法院考量電子商務購物平臺業者的實際經營態樣（亦即平臺事業的特性）後而樹立有別於一般商標或不公平競爭侵權案件所採判準的案例。除本文所探討關鍵字廣告的情形外，亦可能因電子商務購物平臺的個別加盟店家透過該購物平臺販賣侵害他人商標或著名表徵之商品，而衍生出購物平臺業者本身是否亦應被視為行為人而須直接負責或應否與行為人負連帶責任的問題。早在上揭「肥皂百貨」事件判決前，日本智慧財產高等法院即曾於「Chupa Chups」事件中予以檢討此一問題。該案中，經營電子商務購物平臺「樂天市場」的樂天公司被控侵害商標權以及仿冒他人著名商品表徵，而電子商務購物平臺業者在商標權侵害與不公平競爭案件中是否該當於行為主體，即為該事件的主要爭點之一。東京地方法院於「Chupa Chups」第一審判決【平成 22 年（2010）8 月 31 日判時 2127 号 87 頁（平成 21 年（ワ）第 33872 号）判決】中認為，商標法第 2 條第 3 項第 2 款所定之商標的具體使用態樣（於本案中為「讓與」、「為讓與目的而陳列」）的行為人應為加盟店家，而非樂天公司，因此駁回原告（即商標權人以及著名表徵所有人）之訴。但智慧財產高等法院第二審判決【平成 24 年（2012）2 月 14 日判時 2161 号 86 頁（平成 22 年（ネ）第 10076 号）判決】則以：樂天市場「於其網站供複數加盟店家開設網頁（加盟店家的商品頁面），於該頁面的虛擬店鋪陳列商品，瀏覽商品頁面的消費者經一定步驟後即可自加盟店家購買商品之情形，加盟店家的商品頁面所陳列之商品若侵害第三人之商標權，則商標權人當然得對直接陳列該商品之加盟店家，以侵害商標權為由，請求排除侵害（刪除商品頁面等）以及損害賠償。除此之外，購物平臺業者於其中所扮演者，若並非僅止於提供加盟店家為開設商品頁面所需之系統環境等，而係進一步提供經營管理系統、對於店家的出店加盟申請具有核駁權限、暫時停止對加盟店家提供服務、終止加盟等管理、支配行為的權限，並自加盟店家收取基本加盟費用以及系統利用費等利益者，則自其已明知或有相當之理由足認其可得而知加盟店家有侵害商標權情事之時起，於合理期間內，若未將包含侵害內容之商品頁面刪除，則於該合理期間過後，基於侵害商標權的理由，解釋上應認為商標權人亦得對購物平臺經營者請求排除侵害與損害賠償，如同商標權人對於加盟店家所得主張者一般。經查，一、於本案中 Y 網站（樂天市場）的服務，使消費者可得透過加盟商品頁面，向多數加盟店家購物之模式，對於販賣者與購買者雙方均屬便利，對於整體社會而言亦屬有益。況查，加盟商品頁面中所陳列商品之大多數，均非侵害第三人商標權之物，是以，原則上應可認為如本件的商品販賣模式，引發商標權侵害的風險不高。二、即使加盟店家於商品頁面中所陳列商品，看似具有侵害他人所有商標權的可能性，惟加盟店家可能屬於善意先使用人、或過往曾經商標權人授權使用、或陳列商品屬於平行輸入產品等，此類事由亦可能存在。因此，尚難僅以各加盟商品頁面中有陳列該等商品，即判定購物平臺業者得認定該等商品具有高度可能侵害他人商標權。三、然而，侵害商標權之行為係屬違反商標法的犯罪行為，購物平臺業者若對於加盟店家陳列販售之商品係侵害第三人之商標權之情事有具體認識而仍予以容認者，則有可能成立違反同法行為之幫助犯。四、購物平臺業者與加盟店家間締結加盟契約，經營系爭網頁，而受有加盟費用、系統利用費等營業上利益。五、再者，購物平臺業者於可得而知有商標權侵害行為存在時，可透過與加盟店家締結契約、刪除內容、終止加盟等手段，避免侵權的結果。經考量以上諸般情事，當購物平臺業者接到商標權人等主張侵害商標權之通知書時，應即聽取加盟店家之意見，儘速調查

者購買關鍵字廣告的行為應負商標權侵害或不公平競爭行為之責任。固然，依照演算法的設計方式而異，於個案中亦存在平臺業者係有意挑選特定商標或表徵之可能性，但至少於前揭肥皂百貨事件中，法院依照業者所提示證據，認定並無此等情事。

第二，所涉及的關鍵字廣告態樣有所差異。前揭「Carica Celapi」事件中，涉案商標係被設定為導引關鍵字廣告出現的內部關鍵字，而未顯示於外部廣告；而「肥皂百貨」事件中，涉案商標不僅被列為系統內部觸發廣告的關鍵字，更將與該商標相同或近似的標識直接使用於關鍵字廣告的表示內容，二者顯然有別。而此二者行為態樣的差異，如何於法律適用上予以評價，此際或宜參考日本學說對於網頁所使用的描述標籤（meta tag）⁸³涉及他人商標的相關見解。

日本學說多數見解認為，於討論關鍵字廣告時，由於其於搜尋引擎上的呈現方式與網頁所使用的描述標籤的特徵有一定程度的相仿，因此在探討相關法律評價時，亦宜參酌學說上關於描述標籤的相關論理。詳言之，於「描述性的描述標籤（description meta-tag）」之情形，由於其內容會顯示在搜尋引擎檢索結果頁面中該網頁連結下的說明欄位，搜尋引擎使用者透過瀏覽器閱覽檢索結果頁面時，看到網頁連結下方附隨的該串說明文字，自然傾向認為該串說明文字所搭配的網頁，與該串說明文字有某程度的關聯。因此，學說上多認為將他人商標使用於描述性的描述標籤時，容易導致相關消費者混淆誤認該網頁與商標權人有所關聯，原則上應成立

是否確有侵害情事存在，若購物平臺業者已踐行上揭措施，即不應負商標權侵害的排除侵害或損害賠償責任；惟若購物平臺業者怠於履行前揭措施，則應與加盟店家負有相同的商標權侵害責任」、「商標法第 37 條雖設有擬制侵害商標權之規定，惟商標權係『專有於經註冊指定之商品或服務，使用註冊商標之權利』（同法第 25 條），而商標權人『對於侵害其商標權或有侵害之虞者，得請求除去或防止之』（同法第 36 條第 1 項）。從而，不應僅限於侵權人有實際從事商標法第 2 條第 3 項所定『使用』行為之情形，由社會、經濟之觀點檢討行為主體成立與否，亦應為法之所許，儘管商標法中已有間接侵害之明文規定（同法第 37 條），但不應解釋為成立商標權侵害的情形以該當於前揭明文規定者為限」、「購物平臺業者 Y 於得知侵害商標權之事實起 8 日內即已對該項侵權行為作出相應處理，應認為仍屬合理期間內」等理由，認定「基於 Y 於本案中所採取之因應措施，應認為 Y 經營『樂天市場』之行為，並不該當於對 X 的不公平競爭行為。」關於本案之判決評釋，參見泉克幸，「判例研究チュウパチャプス事件控訴審インターネット上のショッピングモール運営者の商標權侵害主体性[知的財産高等裁判所平成 24.2.14 判決]」，*Law & Technology*，第 58 号，60（2013）。

⁸³ 所謂描述標籤（meta-tag），係指於 HTML 網頁原始碼中的一種標籤，主要用於「head」的區段中，用來告知伺服器或搜尋引擎關於該網頁之屬性，例如網頁描述、網頁語系、網頁所涉關鍵字等。

商標的使用⁸⁴，而實務判決亦支持此一見解⁸⁵。然而，若係所謂「關鍵字描述標籤（keyword meta-tag）」之情形，一般使用者單純瀏覽網頁時，該類關鍵字描述標籤並不會直接顯示於頁面內容中，使用者若欲檢視此類描述標籤，必須藉助瀏覽器的功能切換至得檢視 HTML 網頁程式碼的狀態，方能視之。從而一般情形下，即便於關鍵字描述標籤中使用了他人商標，一般使用者亦無從認識到該關鍵字係用於指示特定的商品或服務來源，因此，學說上有力見解認為，此時並不當然成立商標的使用⁸⁶。

而在關鍵字廣告的情形，由於其使用態樣與描述標籤具有相似性，日本學說多半認為亦可援引前述關於描述標籤之討論。從而，對於如同前揭「Carica Celapi」事件所示，廣告主僅將他人註冊商標指定為觸發廣告用的內部關鍵字而購買關鍵字廣告，並設定該廣告導向自身商品或服務網站之行為（如同我國前揭幸福空間與 Google 案判決中，法院所稱之「內部無形之使用」），原則上搜尋引擎使用者無從接觸感知到該等商標，故應認未成立商標權的侵害；須涉案商標被進一步用於外顯的廣告表示內容中，且足以使消費者認識其為指示商品或服務來源之標識，達有損於商標表彰商品服務來源功能的程度者，方有肯認商標權侵害之餘地⁸⁷。誠然，行為人利用他人商標作為關鍵字廣告，本質上係希望藉此吸引消費者的注意，增加接

⁸⁴ 田村善之，「インターネットと商標法」，收錄於：氏著，ライブ講義 知的財産法，初版，弘文堂，186-187（2012）；宮脇正晴，「メタタグと『商標としての使用』」，パテント，第 62 卷第 4 号（別冊第 1 号），186（2009）；平澤卓人，前揭註 62，99。

⁸⁵ 例如大阪地方法院判決，平成 17 年（2005）12 月 8 日（平成 16 年（ワ）第 12032 号）判時 1934 号 109 頁、判タ 1212 号 275 頁〔クルマの 110 番事件〕、東京地方法院判決，平成 27 年（2015）1 月 29 日（平成 24 年（ワ）第 21067 号）判時第 2249 号 86 頁〔IKEA 事件〕，均肯認將他人商標使用於描述性的描述標籤，導致網路使用者於搜尋引擎中輸入商標關鍵字時，將於檢索結果頁面內該網頁的描述說明文字中出現系爭商標者，應成立商標的使用。

⁸⁶ 宮脇正晴，前揭註 84，182-183；平澤卓人，前揭註 62，95-96。然而，也有少數論者主張，此時廣告主仍然利用了系爭商標的表彰來源功能，因此成立商標的使用，參見外川英明，「インターネット上における商標の使用：商標の使用と権利侵害」，日本工業所有権法学会年報，第 37 号，135（2013）。此外，亦有論者認為，擅自於描述標籤中加入相同或類似於他人商標之文字的行為人，係攀附商標權人之顧客吸引力的搭便車行為，因此縱令一般網路使用者肉眼可辨識的畫面上並未顯示系爭商標，仍應該當於商標之使用，參見島並良，「html ファイルのメタタグへの記述と商標としての使用」，收錄於：小松陽一郎先生還曆記念論文集刊行會編，最新判例知財法：小松陽一郎先生還曆記念論文集，初版，青林書院，373（2008）。

⁸⁷ 參見平澤卓人，前揭註 62，96；宮脇正晴，前揭註 77，58-60；青木大也，前揭註 78，109。但也有少數主張此種情形仍應成立商標權侵害之見解，參見外川英明，前揭註 86，122。又上述文獻之論述雖然係以商標權為檢討對象，但其論理應該亦可適用於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款所定與著名表徵造成混淆誤認之認定。

觸到潛在客戶之機會，而可能構成攀附他人商譽（商標所具有的顧客吸引力）的搭便車行為，但考量到商標法的規範目的，係在保護商標的指示商品服務來源之功能，該商標所具備的顧客吸引力並非商標法直接保護的對象，因此尚難以此為據，而適用商標法予以規制之⁸⁸。

此外，由於日本不正競爭防止法中並未設有如同我國公平法第 25 條之概括條款，因此，於購買關鍵字廣告的行為既不成立商標使用、亦不該當於不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款之與他人著名表徵混淆誤認之情形，商標權人或表徵所有人仍可能主張系爭廣告構成民法一般侵權行為（日本民法第 709 條，相當於我國民法第 184 條）。此主張成立與否，法院仍應視個案中所呈現的廣告內容、以及行為的惡質性綜合判斷之⁸⁹，惟目前日本實務對於個別智慧財產法不予規範或限制的行為是否可能構成民法上一般侵權行為，態度相對保守，似有認定不成立民法的一般侵權行為的傾向⁹⁰。

五、本文見解

我國及日本迄今關於關鍵字廣告的重要案例及學說見解，既如前述。本文以下將分別由商標法與公平法上不公平競爭規範之觀點，析述筆者淺見。此外，如前揭我國與日本案例所示，於關鍵字廣告的案例中，往往涉及電子商務平臺業者（可能是購買關鍵字廣告之廣告主，亦可能是販售並刊登廣告的搜尋引擎業者），則於紛爭發生之際，法院是否應適度考量此等電子商務平臺業者的特性，而作出更細緻化的法律評價？以下將提出筆者的觀察與淺見。

（一）關鍵字廣告與商標權侵害

按本文前述所介紹之我國與日本實務案例可知，目前我國與日本實務均認為，利用他人商標從事關鍵字廣告的行為是否成立「商標的使用」，應視其是否須足以

⁸⁸ 田村善之，前揭註 84，196-197。

⁸⁹ 山田威一郎，「檢索連動型廣告」，收錄於：小野昌延、小松陽一郎、三山峻司編，商標の法律相談 II，初版，青林書院，310-311（2017）。其指出，於相當惡質的案件中，無法完全排除侵權行為成立的可能性。

⁹⁰ 例如日本智慧財產高等法院平成 23 年（2011）5 月 26 日（平成 23 年（ネ）10006 号）判決，並參見本文前揭註 63 的說明。

使消費者認識其為指示商品或服務來源之標識，達有損於商標表彰商品服務來源功能的程度而定。

但在具體判斷上，我國實務見解係依據是否於投放的廣告文案中彰顯系爭商標文字而異其結論，若僅將他人註冊商標指定為觸發廣告用的內部關鍵字而向搜尋引擎業者購買關鍵字廣告，並設定該廣告導向自身商品或服務網站之行為，由於在廣告文案中並未出現該商標，搜尋引擎使用者無從認識該商標係作為指示或服務來源的標識，因此並無商標法所規範的商標使用行為⁹¹。反之，若廣告主進一步於投放的廣告文案中插入系爭商標文字，足使消費者認識其為指示商品或服務來源之標識，達有損於商標表彰商品服務來源功能的程度者，方有肯認商標權侵害之餘地。

另一方面，日本前揭肥皂百貨案判決則進一步嘗試提出更為細緻的分析，將對於關鍵字廣告的觀察區分二種層次，第一種層次係僅就顯示關鍵字廣告的頁面單獨判斷，第二種層次則是將顯示關鍵字廣告的頁面與點選廣告後所跳轉的網站頁面視為一體合併觀察，而肯認理論上存在構成「商標的使用」的空間。然而即使合併觀察，仍不當然會構成「商標的使用」，自不待言。

有論者批評我國上開實務見解，認為上述對於關鍵字廣告非屬商標使用之實務見解過於僵化，忽略隨著科技發展、商標使用的態樣亦隨之改變，使得是否構成消費者混淆之虞之要件無從被考慮判斷⁹²。此外，亦有學者主張，商標使用概念應限於過濾非商業性使用使其免責，除此之外，不宜積極運用商標使用的要件，而應將商標權侵害是否成立的判斷重心，置於判斷有無混淆誤認之虞之上⁹³。

本文認為，既然商標法的核心，在於保護商標指示商品服務來源出處的功能⁹⁴，則商標權侵害的成立，仍應以相關消費者足以認識該商標係用於指示商品服務

⁹¹ 除本文前揭之判決外，臺北地方法院 106 年度智易字第 23 號刑事判決亦採相同見解。

⁹² 謝銘洋，「智慧財產權法發展專題回顧：近年來我國智慧財產判決回顧」，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷特刊，1752（2016）；余啟民，「網路關鍵字廣告之商標爭議」，法學叢刊，第 53 卷第 4 期，25-26（2008）。此外，劉孔中，前揭註 70，80-81，也主張廣告主購買關鍵字廣告之行為，符合商標使用之定義。

⁹³ 王敏銓、扈心沂，「商標侵害與商標使用—評臺灣高等法院九十六年度上易字第 2091 號判決與智慧財產法院九十七年度民商上易字第四號判決」，月旦法學雜誌，第 185 期，168（2010）。

⁹⁴ 基於此一原始核心概念，後來才逐漸衍生出品質保證功能、廣告功能等。參見謝銘洋，智慧財產權法，修訂 7 版，元照出版公司，24-25（2016）；陳昭華，商標法之理論與實務，修訂 2 版，元照出版公司，2-3（2015）；黃銘傑，「商標先使用權之效力範圍—評智慧財產法院九十八年度刑智上易字第四十號判決」，月旦法學雜誌，第 204 期，164（2012）。

的來源出處為必要⁹⁵。因此，本文贊同前揭實務上對於關鍵字廣告與商標使用概念的見解，若系爭關鍵字廣告並無法使消費者認識其為指示商品或服務來源之標識，應不成立商標權的侵害⁹⁶。

（二）關鍵字廣告與不公平競爭行為

如同本文前揭「二、我國關鍵字廣告相關案例」所述，我國目前競爭主管機關與法院實務見解多數認為，儘管關鍵字廣告中使用他人商標文字尚不成立商標權的侵害，但仍會因其攀附商標權人努力經營系爭商標之知名度，榨取商標權人長期以來努力之成果，而成立公平法第 25 條足以影響交易秩序之顯失公平行為。而依據公平會見解，該條所稱顯失公平的榨取他人努力成果行為，於使用他事業名稱或表徵之文字作為關鍵字廣告之情形，須「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係，藉以推展自身商品或服務」（參見「公平交易委員會對於公平法第二十五條案件之處理原則」第 7 點以及本文前揭說明）。然而，於多數案件中，主管機關或法院對於個案所涉關鍵字廣告是否該當榨取他人努力成果一事僅採形式認定，而未具體審究涉案廣告是否足以使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係者。

申言之，關鍵字廣告依其廣告文案內容的創意呈現，並非一成不變，其內容或有涉及比較廣告之問題者⁹⁷、或有將系爭商標或表徵與自身網站併列而有意引起消

⁹⁵ 學說上採類似見解者，例如沈宗倫，「商標侵害法理在數位時代的質變？—以『商標使用』與『初始興趣混淆』為基點的反省與檢討」，政大法學評論，第 123 期，370（2011）指出，商標使用要件應為商標混淆誤認之虞的先導判斷，而其最主要的內涵在於，「『商標使用』應使消費者認識該商標的呈現是以推銷特定商品或服務為目的，亦即要創造出商標與特定商品或服務的連結，始有『商標使用』的認定。」此外，李素華，「商標權侵害之商標使用及善意先使用—智慧財產法院一〇二年度民商訴字第一號民事判決」，月旦裁判時報，第 29 期，40-41（2014）亦指出，「利用他人商標之行為是否構成商標使用，亦即是否發揮來源功能，應以相關消費者之角度判斷之。」

⁹⁶ 但沈宗倫，前揭註 95，376-377，採不同見解，其認為雖然販賣關鍵字廣告之網路服務提供者不成立商標的使用，但購買關鍵字服務的使用者（即廣告主）之行為，可能導致「網路瀏覽者（消費者）認為優先順位的網站乃其與搜尋的品牌標章相關網站，因而，在錯誤的判斷下進入該網站。雖然此誤導不致直接影響消費者的購買決策，但仍存在消費者進入網站後因網路服務使用者不當利用資訊而影響消費者購買決策的情形，此情形有構成商標侵害下的『混淆誤認之虞』的危險」，因此將之解釋為商標侵害下的商標使用。

⁹⁷ 例如，公平會公處字第 104079 號處分書（世界健身案）中涉案之廣告係「不用再找統一健身俱樂部-worldgymtaiwan.com」、「不用再找統一健身 World Gym 七天會員體驗，獨家健身器材每週開課數十堂，立刻加入動起來」等文字內容（其中統一健身為競爭同業之營業表徵）與廣告主之官方網址共同出現在特定位置的網頁廣告空間，但於此種情形，瀏覽網頁的潛在客戶應無混淆誤認之問題，而較接近是否涉及不當比較廣告之問題。

費者混淆誤認者⁹⁸、或者純粹限於透過搜尋引擎業者內部系統連結關鍵字與廣告，意圖增加廣告對於特定使用者族群曝光的機會，以吸引潛在客戶⁹⁹等諸般行為態樣者，不一而足。但我國法院或競爭主管機關於多數案件中，並未留心區辨上開各類廣告行為態樣的差異，而一概泛論以：事業網站到訪人數與網站曝光率係為電子商務時代中事業爭取交易機會之重要依據，若廣告主有購買他人商標或其他著名表徵為關鍵字廣告之行為（無論實際上是否有造成混淆誤認之虞），係導引潛在交易相對人進入其網站以增加與潛在客戶交易之機會，而可能導致競爭事業營業信譽背後所蘊含之經濟利益及努力成果造成損害，具有違反商業倫理之可非難性，已構成足以影響交易秩序之顯失公平行為。

然而，是否廣告主所購買的關鍵字廣告有以內部或外部形式利用他人商標或表徵者，即得直接認定廣告主係欲藉此增加潛在交易機會，而可能該當對於交易秩序造成負面影響之不公平競爭行為？本文認為，如此論理似嫌跳躍而有失允當，非無疑問。此一論理似著重於關鍵字廣告所可能影響的網站曝光率與造訪機會的流失，而未能彰顯「榨取他人努力成果」的不法性判斷原則：1.遭攀附的標的係該事業已投入相當程度之努力，於市場上擁有一定之經濟利益；2.其攀附結果具有使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果。亦即，即便遭攀附的商標或表徵具有一定的經濟利益，亦不應從刊登關鍵字廣告後網站訪問人數減少、潛在交易機會流失等結果，直接推定關鍵字廣告具有不法性，蓋此結果仍可能係源自於事業間的公平競爭（例如：該關鍵字廣告係為合法的比較廣告，消費者基於理性比較二者交易條件後，從而改變心意，選擇點擊廣告主的網站），誰曰不宜。又於管制關鍵字廣告時，若是過度關注網站流量的流失，反而可能陷入一個思考上的盲點，如前揭 Google 與幸福空間案二審判決或者競爭主管機關於部分案件中的認事用法與相關論述，似乎皆暗示了其認為搜尋引擎的搜索頁面中，涉案商標或表徵之權利人的相關網頁連結會位於搜尋結果最前排，如此商標權人或表徵所有人才不會

⁹⁸ 例如，公平會公處字第 098133 號處分書（季儀生化案）、公平會公處字第 099133 號處分書（東森得易購案）、公平會公處字第 105064 號處分書（台灣之星案）、公平會公處字第 105071 號處分書（維娜斯案）、公平會公處字第 105098 號處分書（酷玩線上案）、公平會公處字第 105099 號處分書（優勢領航案）、公平會公處字第 107066 號處分書（中華電信案），均係將競爭對手之表徵名稱呈現於廣告內文中，輔以廣告用語，而可能導致網路使用者誤認該廣告連結來源出處。

⁹⁹ 例如，前揭幸福空間與 Google 案（智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決）。

因為搜尋引擎使用者在瀏覽搜尋結果的過程中轉變心意而點擊其他網站，而喪失與任一潛在交易相對人交易的機會。然而，誠如本文於前揭「二、（三）幸福空間與 Google 案判決所突顯之問題點」處之持論，搜尋引擎的搜尋結果頁面排序，係依照搜尋引擎業者的演算法而定，擁有商標或表徵一事，與搜尋引擎網站檢索結果名列前茅，原本即非相關¹⁰⁰。且理論上亦無從排除，涉案商標或表徵之權利人的相關網頁連結排序，較善意先使用人、真品平行輸入的販售業者、取得商標使用授權之人、將系爭商標文字使用於與指定商品服務非同一或類似之商品或服務之人…等合法使用系爭商標文字之人的網站連結列後之可能，則此際亦存在潛在交易機會流失的可能性，是否亦值非難？顯為不宜。

其次，如同前揭 Google 與幸福空間案二審判決所示，法院一方面否認成立商標權侵害，另一方面卻仍以構成公平法第 25 條概括條款規定為由，認定廣告主的行為成立不公平競爭行為。然而，若廣告主既無使用他人之商標或表徵，亦無導致與他人之商標或表徵混淆誤認之虞，則廣告主雖然有「搭便車」利用消費者對於他人商標的認識，而提升自身在搜尋引擎結果頁面上的曝光率，但是否即可因此導出足以影響交易秩序之顯失公平行為的結論，本文認為實有待商榷。

其理由在於，關鍵字廣告不應逕與不公平競爭畫上等號。從提供需求者商品或服務的替代選項之觀點，若允許商標權人禁止他人為關鍵字廣告，可能反而會增加商品或服務需求者的搜尋成本（search cost），並且妨礙資訊的自由流通¹⁰¹。事實上，我國公平會於近日作成的處分書¹⁰²中，亦已意識到關鍵字廣告的此一面向，而指出「搜尋引擎之功能，本為提供網路使用者與鍵入關鍵字『相關』（而非「相同」）之搜尋結果而設計，當網路使用者於搜尋引擎輸入特定表徵作為搜尋之關鍵字，其內心所欲搜尋目標未必僅限於該表徵所代表事業，尚可能包含與該表徵有類似特徵之所有資訊。越豐富多元且具相關性之搜尋結果，越有利於網路使用者取得更充分資訊，作為點選連結、瀏覽網站或作成交易決定之憑藉，而有助於降低消費

¹⁰⁰ 此涉及搜尋引擎業者的演算法設計與中立性等議題，又搜尋引擎業者就特定網站調整排序等涉及搜索偏愛（search bias）的行為，在歐洲、美國、中國等地已有案例，此行為涉及搜尋引擎業者是否濫用其市場地位等競爭法爭議，競爭法學界亦多論述，惟礙於篇幅，於本文中不予討論，留待日後另撰文探討之。

¹⁰¹ Stacy L. Dogan & Mark A. Lemley, "Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet," *41 Houston Law Review*, 777, 782 (2004).

¹⁰² 例如公平會公處字第 105098 號處分書（酷玩線上案）、公平會公處字第 105099 號處分書（優勢領航案）、公處字第 107066 號處分書（中華電信案）。

者之搜尋成本。」是以從競爭政策的觀點，允許於將他人商標包含於關鍵字廣告中，於一定的前提下，係有助於需求者於搜尋引擎上以商標文字作為關鍵字進行檢索時，除商標權人所提供的商品服務外，亦有助於得到其競爭事業者之產品相關資訊，如此一來，有助於促進商標權人與處於競爭關係之事業間的競爭¹⁰³。再者，即使形式上存在利用他人商標的搭便車行為，但若該行為內容尚難謂已損及該商標表彰商品來源的功能者，於此情況下，是否應以「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」相繩之，於競爭政策上非無斟酌餘地¹⁰⁴。例如本文所關注的關鍵字廣告，若廣告主係提供與商標商品相容的零組件或耗材者、或者係提供原商品之其他替代選項的資訊，從競爭政策之角度，並非毫無正當化之空間。相形之下，只要廣告主的廣告文案內容或所連結之廣告主網站內容，並無導致消費者與他人商品或服務之表徵混淆誤認之虞，則縱令搜尋引擎使用者不慎點擊關鍵字廣告連結而進入廣告主的網站，其只須退回原檢索頁面續為搜尋即可，對於消費者或商標權人而言，所造成的實質損害（搜尋成本）甚微，輔以考量上述關鍵字廣告所具備的促進競爭效果，似難認為已影響公平競爭秩序。前揭 Google 案之第一審判決¹⁰⁵關於此一爭點所採立場，本文亦予贊同。

基於上述說明，本文認為，於利用他人商標或著名表徵為關鍵字廣告之情形，並不當然構成攀附他人商譽或榨取他人努力成果，因為此種關鍵字廣告可能為搜尋引擎使用者帶來更為多元實用的資訊，降低搜尋成本，並具有促進商標權人或表徵所有人與廣告主間的競爭之積極效果。是以，於關鍵字廣告與不公平競爭規範之認定上，執法機關應適度審酌上述效果，視個案中所涉關鍵字廣告的類型而異其評

¹⁰³ 伊藤隆史，「商標權の權利行使と独占禁止法：メタタグ・スポンサーリンクへの商標の使用と競争政策」，立教法学，第 85 号，446-447（2012）。

¹⁰⁴ 例如，Jessica Litman, “Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age,” 108(7) Yale Law Journal, 1717, 1728-1735 (1999). 指出，並非任何有價值的客體均應該予以法律上保護，吾人需要更多的正當化基礎來確立保護的必要性。Litman 教授指出，商標之財產價值創造並非純粹源自於企業的努力，而係經企業與消費者的共同投資而來，因此其對於將商標的保護，擴張及於沒有導致混淆誤認之虞（例如著名商標的淡化）之情形，抱持質疑的態度。另參見田村善之，前揭註 84，196；平澤卓人，前揭註 62，96 等文獻亦均指出，並非任何對於他人的商標價值搭便車之行為均應立刻予以禁止，究竟因此種搭便車的行為產生何種弊害，必須明確化，其禁止規範始具正當性。此外，沈宗倫，前揭註 95，395 亦指出「不公平競爭相關規範對『商譽非法剝奪』的認定必須嚴格，以免過度空泛的解釋將會架空商標法的規範意旨，使得『不公平競爭』相關規範成為商標權人於商標法外另外主張『商譽』保護的『安全地區』，無異擴大了商標權人於商標法『不公平競爭』法理下應有保護邊界。」

¹⁰⁵ 智慧財產法院 101 年度民商訴字第 22 號民事判決。

價，不宜過度擴張公平法概括條款的適用範圍，以免過度擴張商標權人或表徵所有人之排他保護範疇，反有害於競爭之開展。

（三）數位時代下平臺業者的責任

關於搜尋引擎平臺業者就販賣關鍵字廣告一事所應負之法律責任，於前揭幸福空間與 Google 案第二審判決中，智慧財產法院認為，與商標權人間有競爭關係的廣告主事業，購買他人商標作為關鍵字廣告以引導消費者造訪其網頁，係攀附商標權人努力經營系爭商標之知名度，榨取商標權人長期以來努力之成果，而不利於商標權人之顯失公平行為，違反舊公平法第 24 條，既如前述。而經營此廣告平臺之搜尋引擎業者 Google 公司則為幫助各廣告主事業進行舊公平法第 24 條之不公平競爭行為，依民法第 185 條第 2 項應視為共同侵權人。

本文認為，關於網路時代下，電子商務平臺業者涉及關鍵字廣告之法律責任，有以下幾點值得討論。

第一，關於行為主體認定的問題。我國前揭 Google 案第二審判決肯認販售並刊登廣告的搜尋引擎業者亦須負一定的法律上責任，但在論理構成上與本文前述的日本法案例有所歧異。就行為主體的認定，從本文前述所介紹的數則判決可知，我國實務上仍以實際上購買廣告的行為人（廣告主）為不公平競爭行為（侵權行為）的直接行為主體，而廣告平臺業者係為幫助廣告主完遂違法行為的共同侵權人。相對之下，前揭日本「肥皂百貨」以及「Chupa Chups」事件¹⁰⁶判決中，日本法院則跳脫侵權行為的傳統思維，立足於法律規範與市場經濟的觀點，判斷得否將平臺業者等同視為商標權侵害行為或不公平競爭行為之主體，並且援引日本實務上於著作權法文脈中所採納的「卡拉 OK 法理」理論¹⁰⁷，以平臺業者對於物理上的直接侵害行為是否具有實質的管理、支配權限（管理、支配可能性），以及是否因為該侵害行為而受有營業上利益（利益的歸屬）此二要件，作為行為主體的認定基準。若符合上述要件，則由法律規範與市場經濟的觀點，平臺業者即應被擬制為該侵害行為的行

¹⁰⁶ 參見本文前揭註 82 的說明。

¹⁰⁷ 關於日本運用所謂「卡拉 OK 法理」的實務見解，參見陳皓芸，「最一小判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁（平 21（受）788 號）【ロクラク II 事件】侵權行為主體的認定」，收錄於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，著作權國際案例選譯彙編，初版，司法院，523-532（2017）。

為主體。

第二，關於廣告平臺業者的行為責任，應盡的注意義務程度與範圍，應如何認定？是否應考慮到電子商務平臺業者的特性而建立一定的免責機制？在我國前揭 Google 案第二審判決中，法院審酌個案情形，認為 Google 公司將系爭商標列入關鍵字建議書建議廣告主購買該關鍵字廣告在先，又於知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭之情況下未移除系爭關鍵字廣告，僅要求主張權益受侵害之幸福公司自行填寫英文申訴表格向美國 Google 總公司申訴，認為 Google 所採取之回應方式「實非合理之措置」為由，認定 Google 公司為幫助廣告主進行不公平競爭行為的共同侵權行為人。由此觀之，法院似乎是將 Google 公司上述一連串的積極作為（將系爭商標列入關鍵字建議書建議廣告主購買該關鍵字廣告）以及消極的不作為（於知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭之情況下，仍未移除系爭關鍵字廣告），綜合視為一個整體，認定足以構成「幫助」廣告主為不公平競爭的共同侵權行為¹⁰⁸。然而，若細究其內容，可發現其論理有諸多不明確之處。

首先，要成立民法上的侵權行為，原則上應以有一侵害他人的「行為」存在為前提，而行為可分為「作為」與「不作為」¹⁰⁹。以作為加損害於他人時，因加害行為與損害結果間具有直接關聯性，得以此連結侵權責任；但在消極不作為之情形，為避免過度擴張侵權責任，則應以有作為義務的存在為前提¹¹⁰。至於何種情形下行為人負有行為義務？民法學者認為，原則上，行為人並無積極保護他人免於損害的義務，因此必須法律有特別規定，或有其他特殊情形，例如行為人創造或控制某種危險情形、當事人間具有某種特別關係、依一方損害的嚴重性與他方避免損害的輕易性衡量¹¹¹。於共同侵權行為中，是否存在幫助侵權的「行為」之認定，上述原則

¹⁰⁸ 英美法上有所謂「幫助侵權（contributory infringement）」的概念，係源自英美法上的普通法（common law），而經其判例確立的間接侵權態樣之一。關於間接侵權在專利法、商標法、著作權法等各領域的發展及其與一般侵權行為法（general tort law）的關係，參見 Charles Adams, “Indirect Infringement from a Tort Law Perspective,” *42 University of Richmond Law Review*, 635-686 (2008)。但我國智慧財產各法或公平交易法均未導入此種規定，故法院於本判決中係援引民法第 185 條幫助的共同侵權行為作為其法律上依據。

¹⁰⁹ 王澤鑑，侵權行為法，4 版，自版，115-116（2015）。

¹¹⁰ 王怡蘋，「過失造意與不作為侵權—評最高法院 98 年度台上字第 1790 號判決」，月旦法學雜誌，第 282 期，174（2018）；王澤鑑，同上註，121；陳聰富，「加害行為與侵權責任之成立—最高法院 103 年度台上字第 2248 號民事判決評釋」，月旦裁判時報，第 50 期，6-7（2016）。另參見最高法院 58 年度台上字第 1064 號民事判決、最高法院 90 年度台上字第 1682 號民事判決、最高法院 103 年度台上字第 2248 號民事判決。

¹¹¹ 陳聰富，同上註，8-9。

應亦有其適用。換言之，若法院認為行為人單純消極的不作為即構成幫助，似應先論述行為人是否基於何種特別關係而負擔何種作為義務，方屬合理。然而，觀諸上述 Google 案法院判決之見解，法院究竟是認為 Google 公司已經先創造某種危險情形（將系爭商標列入關鍵字建議書建議廣告主購買該關鍵字廣告），而負有一定的作為義務，卻又未以適當方法避免可預見的危險（於接獲通知後仍未移除系爭關鍵字廣告），因此其消極的不作為單獨成立侵權的幫助行為？抑或是認為，考慮到系爭關鍵字廣告對於商標權人可能造成之損害，而 Google 公司於知悉後得輕易採取行動避免他人遭受危險（移除系爭關鍵字廣告），因而負有積極作為義務，卻捨此不為，因而成立侵權的幫助行為？甚或是認為，Google 一開始將系爭商標列入關鍵字建議書，並且實際刊登該關鍵字廣告，即已屬於積極幫助廣告主侵權的「作為」，而接獲商標權人通知後仍不移除，僅係繼續維持其侵權行為的狀態，因此毋庸討論作為義務？吾人實無從由前揭判決理由中得知。

其次，我國傳統見解認為，民法第 185 條第 2 項所稱幫助，應出於故意¹¹²，惟近來已有最高法院見解肯認過失幫助亦可能成立共同侵權行為¹¹³。而實務上於認定有無過失時，係以是否違反所謂的注意義務作為認定標準¹¹⁴。然則，前揭 Google 案法院判決自始至終並未說明究竟 Google 公司的行為係屬故意或過失，亦未明確指明究竟於何時點，Google 公司已可預見侵害結果的發生，而負有避免侵害結果發生的義務，卻怠於迴避該結果的發生，從而負有可歸責性。於判斷平臺業者應盡之注意義務程度與範圍上，我國法院憾未具體闡明其所採之考量因素究竟為何，僅止於曖昧認定 Google 公司的對應「實非合理之措置」，殊值可惜。

在關鍵字廣告議題上，電子商務平臺業者究竟應該扮演何種角色，是否應對透過其平臺而實現的不公平競爭行為負責？固然從執法效率的觀點，課予平臺業者負責管控相關違法行為之審查義務，較諸全面委由執法機關逐一審查於平臺上所發生之違法行為，前者顯然較有效率；但電子商務平臺業者係建立一平臺供各方使用者

¹¹² 王澤鑑，前揭註 109，491。而所謂故意，通說認為係指對於構成侵權行為之事實，明知且有意使其發生（直接故意）；或預見其發生，而其發生並不違背其本意（間接故意或未必故意）。參見王澤鑑，前揭註 109，331-332。

¹¹³ 例如最高法院 99 年度台上字第 1058 號判決。然而，學說上不乏對此有所質疑者，參見王怡蘋前揭註 110，177。

¹¹⁴ 民法上通說認為，若行為人基於善良管理人的注意，對於其行為之侵害結果有預見可能性，且具有可避免性，而未為避免時，即有過失。參見王澤鑑，前揭註 109，333-335。

匯聚一處，降低媒合的交易成本並促進資訊流通，對於促進市場競爭具有正面貢獻；況查，使用他人的商標文字作為關鍵字廣告一事是否侵害商標權或成立不公平競爭行為，仍不乏爭議，既如前述。因此，本文認為，考量平臺業者所經營之平臺性質與其營業規模，無論就言論自由之觀點、抑或著眼於實際可行性，均不宜逕行課予其事前主動審查平臺上所載內容是否涉有不公平競爭行為之作為義務¹¹⁵。因此，即使電子商務平臺業者因其經營模式（販售關鍵字廣告）而可能有引發潛在侵權的危險存在，亦不當然成立侵權行為或幫助侵權的共同侵權行為。

其次，電子商務平臺業者販售關鍵字廣告一旦接獲商標權人或表徵所有人的通知，是否即立即負有撤下涉案的關鍵字廣告的作為義務？亦不無疑問。本文認為，規範的重點應置於，電子商務平臺業者於知悉有侵權嫌疑之情事後，是否採取了合理的應對措施以避免侵害繼續發生或擴大。若平臺業者已經採取適當措施避免放任侵害結果，似應認為電子商務平臺業者已經採取了合理措施，從而並未違反其作為義務而無須負責¹¹⁶。例如，日本「Chupa Chups」事件判決之見解即具體指出，當商標權人通知電子商務平臺業者，主張平臺上內容（不限於廣告）已侵害其商標權時，平臺業者應即聽取加盟店家之意見，儘速調查是否確有侵害情事存在，若電子商務平臺業者已踐行前揭措施，即無須負商標權侵害之排除侵害或損害賠償責任。相形之下，我國前揭 Google 案第二審判決援用屬於概括條款的公平法第 25 條作為認定行為人從事不公平競爭行為（侵權行為）的依據，卻未具體指陳廣告平臺業者應採行何種措施，方得避免被認定為幫助侵權行為，如此寬鬆而不明確的解釋，對於搜尋引擎平臺業者的主要財源收入之一關鍵字廣告業務的合法性，增添了高度的不確定性。平臺業者為規避觸法風險，或可能回復僅有商標權人或著名表徵所有人得使用自身商標或著名表徵作為其關鍵字廣告之關鍵字，從而須負擔高額的事前審查成本，甚或導致乾脆放棄於我國市場從事關鍵字廣告業務的寒蟬效應，實非吾人所樂見。因此，本文認為，我國實務應參酌日本實務作法，對於平臺業者所負之義務提出較為明確的行為標準，以利其遵循。

¹¹⁵ 陳昭華、陳育廷，前揭註 1，159 即指出，對於搜尋引擎業者課予高度的事前注意義務，要求其事前審查關鍵字廣告合法性，並且不容許其於事後移除有侵權疑慮的廣告而免責的判決，在面對龐大的網路資訊之現實條件下，容有斟酌餘地。

¹¹⁶ 此際，著作權法上對於網路服務提供者所課予的「通知—移除（notice and take down）」義務與民事免責事由的相關規範（參照著作權法第 90 條之 4 至第 90 條之 12），似乎可供參酌。

六、結語

本文所探討的關鍵字廣告的相關議題，涉及商標法與不公平競爭規範的交錯，如何於確保適切保護商標權以及維持市場效能競爭秩序之同時，亦維護此二法保護範圍外的公共財（public domain）不受侵蝕，以促進市場的公平與自由競爭，係為商標法與公平法的共通宗旨。於電子商務與數位經濟的時代，從早期的網域名稱、描述標籤，到本文所論述的關鍵字廣告，如雨後春筍般的新型態利用，一再衝擊著商標權與不公平競爭保護規範範圍的合理界線。本文認為，鑑於商標權保護的核心在於確保其表彰商品或服務來源的功能，避免其遭受不當的減損或侵害，因此，於具體個案中，若關鍵字廣告之具體呈現方式與形態，不足以使消費者認識其為指示商品來源之標識者，原則上不應成立商標權的侵害。而在不公平競爭之情形，鑑於關鍵字廣告具有降低使用者搜尋成本以及提供多元資訊的正面效益，且一定程度促進商標權人或表徵所有人與廣告主間的競爭，利用他人商標或著名表徵為關鍵字廣告，並不當然構成公平法 25 條概括條款所禁止的顯失公平行為；仍須具體個案中關鍵字廣告之呈現，足以產生使交易相對人誤以為廣告主與商標權人或表徵所有人屬於同一來源、同系列產品或關係企業之效果，始足以影響交易秩序，而構成顯失公平之不公平競爭。

至於當關鍵字廣告涉及電子商務平臺業者時，本文認為：考慮到平臺業者所經營之平臺規模與性質，無論就言論自由之觀點抑或實際可行性而言，均不宜課予其事前審查平臺上所載內容是否涉及不公平競爭行為之作為義務。縱然電子商務平臺業者因其經營模式（如：販售關鍵字廣告）而有引發侵權行為之虞，亦不宜認為其當然成立侵權行為或幫助侵權行為，而應視電子商務平臺業者於知悉於平臺上所發生具侵權嫌疑之行為後，是否於合理的期間內採取了適當的應對措施，以扼止侵害繼續發生或擴大。若其已採取適當的措施避免放任侵害結果，似應認為電子商務平臺業者業已採取合理措施，故未違反其作為義務而得以免責，以促成數位經濟時代下平臺事業的發展。至於所謂合理應對措施、合理期間、免責標準等不確定概念之內涵，具體而言所指為何，則有待我國司法實務透過具體個案的累積，積極形塑較為明確的判斷標準，以提升法安定性。

參考文獻

中文部分

- 王怡蘋，「過失造意與不作為侵權—評最高法院 98 年度台上字第 1790 號判決」，月旦法學雜誌，第 282 期（2018）。
- 王敏銓、扈心沂，「商標侵害與商標使用—評臺灣高等法院九十六年度上易字第二〇九一號判決與智慧財產法院九十七年度民商上易字第四號判決」，月旦法學雜誌，第 185 期（2010）。
- 王澤鑑，侵權行為法，4 版，自版（2015）。
- 石世豪，「第二十一條引人錯誤之廣告或商品表示」，收錄於：廖義男主持，公平法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年委託研究報告（2004）。
- 立法院公報處，立法院公報，第 79 卷第 96 期（1990）。
- 立法院公報處，立法院公報，第 100 卷第 45 期（2011）。
- 余啟民，「網路關鍵字廣告之商標爭議」，法學叢刊，第 53 卷第 4 期（2008）。
- 李素華，「商標權侵害之商標使用及善意先使用—智慧財產法院一〇二年度民商訴字第一號民事判決」，月旦裁判時報，第 29 期（2014）。
- 沈宗倫，「商標侵害法理在數位時代的質變？—以『商標使用』與『初始興趣混淆』為基點的反省與檢討」，政大法學評論，第 123 期（2011）。
- 周伯翰，「網路搜尋引擎業者將他人商標中之文字作為關鍵字以出售關鍵字廣告是否與該廣告主成為違反公平法§25 的共同侵權行為人？／智財法院 102 民商上 8 判決」，臺灣法學雜誌，第 268 期（2015）。
- 胡仲男，「新型態廣告規範之研究—以公平法為中心」，公平交易季刊，第 21 卷第 3 期（2013）。
- 許芸瑋，「論搜尋引擎業者販賣關鍵字廣告之商標侵權責任—兼評智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號判決」，智慧財產權月刊，第 208 期（2016）。
- 郭雨嵐、林俐瑩，「由 Rosetta Stone v. Google Inc. 案—淺論關鍵字廣告之商標法上爭議」，萬國法律，第 185 期（2012）。

- 陳匡正，「網路關鍵字廣告的商標使用爭議—評智慧財產法院 100 年度民商訴字第 1 號民事判決」，法令月刊，第 65 卷第 1 期（2014）。
- 陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任—以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第 28 期（2010）。
- 陳昭華，商標法之理論與實務，修訂 2 版，元照出版公司（2015）。
- 陳皓芸，「最一小判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁（平 21（受）788 號）【ロクラク II 事件】侵權行為主體的認定」，收錄於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，著作權國際案例選譯彙編，初版，司法院（2017）。
- 陳聰富，「加害行為與侵權責任之成立—最高法院 103 年度台上字第 2248 號民事判決評釋」，月旦裁判時報，第 50 期（2016）。
- 程法彰，「論美國關鍵字商標初始興趣混淆的民事責任與我國的議題現況評析—以網路搜尋引擎業者與資訊儲存服務提供者為中心」，科技法學評論，第 13 卷第 1 期（2016）。
- 馮震宇，「關鍵字廣告是否侵害商標權—智慧財產法院一〇一年度民商訴字第二二號判決評析」，月旦裁判時報，第 25 期（2014）。
- 黃銘傑，「商標先使用權之效力範圍—評智慧財產法院九十八年度刑智上易字第四十號判決」，月旦法學雜誌，第 204 期（2012）。
- 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，4 版，經濟部智慧財產局（2017）。
- 劉孔中，「公平法對營業標誌保護之研究」，公平交易季刊，第 11 卷第 2 期（2003）。
- 劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議—以 Google 為例」，月旦法學雜誌，第 235 期（2014）。
- 劉孔中，薛景文，「仿冒表徵及欺罔或顯失公平行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第 21 卷第 1 期（2013）。
- 劉孔中，「從 Google 關鍵字廣告判決探討商標維權使用與商標侵權使用的區別」，月旦法學雜誌，第 256 期（2016）。
- 鄭莞鈴，「商標使用與關鍵字」，收錄於：黃銘傑編，「商標使用」規範之現在與未來，元照出版公司（2015）。
- 謝國廉，「網路關鍵字廣告之商標權侵害爭議—評析美國與歐盟實務對於商標使用之界定」，科技法學評論，第 9 卷第 2 期（2012）。

- 謝銘洋、李素華，「第二十條仿冒表徵或外國著名商標」，收錄於：廖義男主持，公平法之註釋研究系列（二）：第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年委託研究報告（2004）。
- 謝銘洋，「智慧財產權法發展專題回顧：近年來我國智慧財產判決回顧」，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷特刊（2016）。
- 謝銘洋，智慧財產權法，修訂 7 版，元照出版公司（2016）。

外文部分

- Adams, Charles, "Indirect Infringement from a Tort Law Perspective," *42 University of Richmond Law Review* (2008).
- Dogan, Stacy L. & Lemley, Mark A., "Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet," *41 Houston Law Review* (2004).
- Litman, Jessica, "Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age," *108(7) Yale Law Journal* (1999).
- 大元慎二，景品表示法，5 版，商事法務（2017）。
- 小田真治，「第 2 講商標權侵害の成否」，收錄於：高部真規子編，著作權・商標・不競法關係訴訟の実務，2 版，商事法務（2018）。
- 山田威一郎，「検索連動型広告」，收錄於：小野昌延、小松陽一郎、三山峻司編，商標の法律相談 II，初版，青林書院（2017）。
- 山名美加、重富貴光，「第 2 条第 1 項第 2 号著名表示冒用行為」，收錄於：小野昌延編，新・注解不正競争防止法，3 版，青林書院（2012）。
- 外川英明，「サイバー空間における商標の使用－検索連動型広告問題とディスクリーマーに焦点をあわせて」，パテント，第 62 卷第 4 号（別冊第 1 号）（2009）。
- 外川英明，「インターネット上における商標的使用：商標の使用と権利侵害」，日本工業所有権法学会年報，第 37 号（2013）。
- 外川英明，「検索連動型広告と商標権侵害」，收錄於：中山信弘、塚原朋一、大森陽一、石田正泰、片山英二編，知財立国の発展へ：竹田稔先生傘寿記念，初版，發明推進協会（2013）。

- 平澤卓人，「インターネット上での標章の使用と商標法・不正競争防止法」，Law and Technology 別冊 知的財産紛争の最前線 No.2，初版，民事法研究会，（2016）。
- 平澤卓人，「商標の使用論の機能的考察(1)」，知的財産法政策学研究，第 48 号（2016）。
- 平澤卓人，「商標的使用論の機能的考察(2・完)」，知的財産法政策学研究，第 49 号（2017）。
- 田中浩之，「知財判例速報 検索連動型広告に関する商標権侵害—大阪高判平成 29 年 4 月 20 日」，ジュリスト，第 1511 号（2017）。
- 田村善之，不正競争法概説，初版，有斐閣（1994）。
- 田村善之，「インターネットと商標法」，収録於：氏著，ライブ講義 知的財産法，初版，弘文堂（2012）。
- 伊藤隆史，「商標権の権利行使と独占禁止法：メタタグ・スポンサーリンクへの商標の使用と競争政策」，立教法学，第 85 号（2012）。
- 芹田幸子、三山峻司，「第 2 条第 1 項第 1 号〔商品等主体混同惹起行為〕」，収録於：小野昌延編，新・注解不正競争防止法，3 版，青林書院（2012）。
- 青木大也，「検索連動型広告と商標権侵害およびその主体—石けん百貨事件控訴審」，BUSINESS LAW JOURNAL，第 120 号（2018）。
- 柵木澄子，「第 2 講 混同惹起行為・著名表示冒用行為」，収録於：高部眞規子編，著作権・商標・不競法関係訴訟の実務，2 版，商事法務（2018）。
- 泉克幸，「判例研究 チュッパチャプス事件控訴審 インターネット上のショッピングモール運営者の商標権侵害主体性[知的財産高等裁判所平成 24.2.14 判決]」，Law & Technology，第 58 号（2013）。
- 宮脇正晴，「メタタグと『商標としての使用』」，パテント，第 62 巻第 4 号（別冊第 1 号）（2009）。
- 宮脇正晴，「不正競争防止法 2 条 1 項 2 号における『類似』要件」，収録於：同志社大学知的財産法研究会編，知的財産法の挑戦，初版，弘文堂（2013）。
- 宮脇正晴，「商標的使用（商標としての使用）」，ジュリスト，第 1504 号（2017）。
- 宮脇正晴，「検索連動型広告と商標権侵害」，Law & Technology，第 76 号

(2017)。

島並良，「html ファイルのメタタグへの記述と商標としての使用」，収録於：小松陽一郎先生還暦記念論文集刊行会編，最新判例知財法：小松陽一郎先生還暦記念論文集，初版，青林書院（2008）。

茶園成樹，商標法，2版，有斐閣（2018）。

荒井章光，「第3講 商標権侵害を阻却する事由」，収録於：高部真規子編，著作権・商標・不競法関係訴訟の実務，2版，商事法務（2018）。

経済産業省知的財産政策室，逐条解説不正競争防止法，平成30年11月29日施行版，経済産業省知的財産政策室（2018）。

愛知靖之、前田健、金子敏哉、青木大也，知的財産法，初版，有斐閣（2018）。

鈴木孝之，「不正競争防止法と独占禁止法の交錯」，白鷗大学法科大学院紀要，第6号（2012）。

鈴木將文，「不正競争防止法上の請求権者」，収録於：高林龍、三村量一、竹中俊子編，現代知的財産法講座 I：知的財産法の理論的探究，初版，日本評論社（2012）。

藤田晶子，「2条第1項第2号—著名表示冒用行為」，収録於：金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫編，不正競争防止法コンメンタール，改訂版，LexisNexis（2014）。

**Keyword Advertising-related Issues in the Context of Trademark and Unfair
Competition Law: A Comparative Study Between Taiwan and Japan**

Chen, Hao-Yun*

Abstract

With the progress and dissemination of e-commerce platforms via the Internet, online promotion and advertising based on keyword search have become prevalent in our daily lives. Such advertising, however, brings about new issues and concerns regarding trademark and unfair competition law. When keyword phrases that advertisers pay for involve trademarks owned by other parties, are the trademark owners entitled to file a claim for trademark infringement, or bring an action for unfair competition, against the advertisers paying for the keyword phrases or against search engine platforms making profits by selling and publishing such ads? These new issues are basically associated with the interrelationship between trademark and unfair competition law, which may vary in different jurisdictions. In addition, the rise of the platform economy brings a different dimension to these issues. In view of the fact that not only search engines, but also advertisers in certain cases, have the characteristics of a platform, how we evaluate these characteristics may have a decisive influence on the application of law to these issues. By reviewing relevant cases in Taiwan and Japan, this paper presents a comparative study on keyword advertising-related issues mainly in the context of trademark and unfair competition law, and discusses the legal responsibilities of online platforms surrounding these issues.

Keywords: Keyword Advertising, Unfair Competition, Platform, Search Engine, Trademark Use in Commerce, Fair Trade Act.

