

《公平交易季刊》  
第30卷第1期(111/1)，頁35-96  
◎公平交易委員會

## 公平交易法觀點下的視框連結－ 以德國二則判決為討論起點

林家揚\*

### 摘要

利用視框連結來使用競爭者的網頁內容，是否構成不公平競爭行為，乃本文探討目的。本文觀察德國法院二則涉及到將視框連結運用到商業行為中的競爭法判決與學界意見，得知主要以商品本質特徵虛偽不實陳述以及直接榨取他人努力成果作為討論起點，惟在違法性評價上，仍須就具體個案進行整體性評估。分析我國公平交易法規範，應該也會得到類似的法律適用過程，也就是先以「虛偽不實表示之表示或表徵」以及顯失公平行為之「榨取他人努力成果」來進行討論，後再進行個案的違法性權衡。因此，視框連結之設置是否具備競爭法之可非難性，同樣無法一概而論。對此，當事人之經濟利益、消費者保障與公平交易法保障效能競爭之立法目的應予注意。尤其是網路使用者的注意能力、智慧財產權法的評價，以及網際網路的資訊交換特性與連結設置者之行為自由須納入斟酌，以謀求公共與私人利益之間的適切調和。

**關鍵詞：**超連結、視框連結、嵌入式內容、公平交易法、顯失公平行為、榨取他人努力成果、仿冒、虛偽不實表示

投稿日期：110年5月10日

審查通過日期：110年12月28日

\* 德國柏林自由大學法學博士，中國醫藥大學兼任助理教授。兩位匿名審查人提供卓見，使作者受益良多，亦為本文增添許多可讀性，作者在此表達謝忱，惟一切文責仍由本人自負。

## 一、前言：視框連結的功能與現今意義

現今，網際網路是人們接收與傳遞資訊的主要媒介。人們藉由互相提供連結或者在各網路社交平臺進行檔案的觀覽、上傳與下載來分享資訊，已成為日常生活的一部分。網路連結的運用形式與型態很多，一般來說會區分為以下數種<sup>1</sup>：（一）單純的超連結（hyper link）：提供一串目標網頁的位址，使人點擊以進入該網頁觀覽，這種連結形式通常也是深層連結（deep link），因為二者的差別僅在於目標網頁是否為網站入口網頁，如今已多不加以區分；（二）直接連結或者內部連結（inline link）：有些網站經營者使用這種連結技術，使網站瀏覽人駐留在自己站內觀看外部網站的資源，由於外部資源直接導入於自己網站中，瀏覽器網址顯示欄不會顯示出任何跳轉到外部網站的情形；（三）視框連結（frame link）：將外部網站網頁之部分或全部內容嵌入於自己網站頁面的特定視框單元中，使該內容與自己的網站融為一體。就上述連結類型而言，視框連結所引發的法律爭議可說是最為豐富的，無論在歐盟或者是在臺灣，都曾出現視框連結技術的使用而侵犯著作財產權的爭議，這是因為網路使用者將會受到視框連結之技術特性影響而無法清楚得知，其所觀看的內容事實上涉及到外部網站資源，進而產生網站建構者擁有著作使用權利之錯誤印象<sup>2</sup>。

涉及到不當視框連結運用之案例，像是網站經營者蒐集、整理其他網路新聞媒體的新聞，臚列或者設置搜尋引擎，提供各新聞標題，使對特定新聞感興趣的瀏覽者在點選標題後，網頁部分區域便會呈現新聞全篇文章，瀏覽器不需要進行跳轉至原始新聞媒體網站等動作<sup>3</sup>。隨著資訊科技的創新與網路環境變化，視框連結的爭議

<sup>1</sup> Gunda Plaß, „Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht,“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 599-600 (2000); Christian Boemke, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznapel (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 54. Aufl., C. H. Beck, Teil 11, Rn. 73 (2021); Jan D. Roggenkamp/Thomas Stadler, in: Dirk Heckmann (Hrsg.), *juris Praxiskommentar Internetrecht*, 4. Aufl., Juris, Kap. 3.1, Rn. 426 (2014); Volker M. Haug, *Grundwissen Internetrecht*, 3. Aufl., Kohlhammer, Rn. 379 (2016)。中文部份參見：蘇育正，超連結的著作權法問題：以 WCT 第 8 條「向公眾傳達」為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，12-13（2018）；陳俊宏，「試論網頁超連結與著作權法的關係（上）」，智慧財產權，第 23 期，3-7（2000）；羅明通，著作權法論 I，8 版，台英國際商務法律事務所，510-512（2014）。惟後二中文文獻皆未談到直接連結。

<sup>2</sup> 參見：林家暘，「著作權觀點下的視框連結」，教育法學評論，第 4 期，153-175（2019）。

<sup>3</sup> 參閱臺北地方法院檢察署 92 年度偵字第 2460 號檢察官不起訴處分書（東森控銀河互動網路有限公司案），轉引自：謝榮林，超鏈結與智慧財產權關係之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，

已經逐漸從網頁局部的視框轉向「嵌入式內容」或者使用「嵌入式語法」的討論，換言之，如今網站架構者可以透過嵌入式語法，將外部網站的檔案或者文本植入於自己的網站中，以豐富化整體網站內容，而未必僅能以單一視框的方式來呈現<sup>4</sup>。事實上，嵌入式語法的運用已成常態，例如我們在使用 Facebook 時，可於發表貼文處直接貼上已上傳到 YouTube 的影片超連結，貼文發表後，影片便會自動嵌入到動態訊息牆面上，直接播放並分享給公眾或臉友。同樣地，網站營運者也能用同等方式，將他人上傳至影片分享平臺的影片直接在自己的網站中零時差播放，藉此吸引瀏覽者目光，並在網頁其他部分放置自己想宣傳的服務訊息，或者插入第三方廣告以獲利。

本文所關懷者，為視框連結之設置是否構成違反公平交易法（下稱公平法）之不公平競爭行為<sup>5</sup>。我國司法實務中已針對視框連結的著作權法面向有較多討論，然而在競爭法的面向上仍未見相關司法見解，明確針對視框連結之行政決定亦未出現。有鑒於德國司法與學界針對網站經營者利用視框連結植入其他同業競爭者所提供的內容所引發之爭議已經有了相當程度的討論，此對我國而言具有高度參考價值，故本文先介紹二則德國法院有比較完整論證的判決並加以分析。考量到二則判決所顯示的結論迥異，而競爭法相關條文的理論見解在德國學界內也充滿分歧，在德國競爭法的視野中如何處理視框連結問題，仍有釐清之必要性。最後則是參酌上開論點，設想我國的公平法應如何處理設置視框連結之行為。

---

78-81 (2003)。在美國早期較著名的案例則是 1997 年 Total News 利用視框連結將華盛頓郵報等媒體文章直接移植到自己網站上的爭議。此部分參閱：Frank A. Koch, *Internet-Recht*, 2. Aufl., Oldenbourg, S. 692-693 (2005)。

<sup>4</sup> Jan D. Roggenkamp/Thomas Stadler, in: Dirk Heckmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), Kap. 10, Rn. 410-413.

<sup>5</sup> 相對於視框連結或者直接連結，超連結與深層連結運用一般認為比較沒有構成不公平競爭行為之嫌疑，參見：Volker M. Haug, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 383, 386; Andreas Wiebe, „Deep Links“ – Neue Kommunikationsformen im Wettbewerb aus lauterkeitsrechtlicher Sicht,“ *7-8 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 736-749 (1999)。同樣地亦較無侵害著作財產權之嫌疑：Jan D. Roggenkamp/Thomas Stadler, in: Dirk Heckmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), Kap. 3.1, Rn. 426。

## 二、二則德國視框連結運用的競爭法面向判決

### (一) 1999 年建材市場網站案 (Baumarkt)

#### 1. 事實與判決理由

1999 年的建材市場網站案堪稱德國法院對於視框連結進行競爭法判斷的首例<sup>6</sup>。原告為一名網站經營者，業務內容為受建材公司委託製作宣傳廣告網頁並登錄於自己網域內以收取報酬。被告同為網站經營者，架設網站提供線上建材相關資訊服務，此外他也提供關鍵字搜尋引擎與分類頁面搜尋，使網路使用者能夠取得其欲尋找的外部網站資訊<sup>7</sup>。然而被告利用視框連結的技術，將原告與其他相關業者的網頁內容直接顯示在自己網頁的部分視框當中。原告主張，其不反對被告對網路使用者提供原告網站的超連結，惟利用視框連結使得自己的網頁內容直接成為被告網站一部分之部分，違反了著作權與競爭法相關規定，因為這樣會使一般網路使用者產生被告即是作者本人之錯誤印象，被告藉此省下製作網頁的開銷，而不法地奪取本應屬於原告的競爭優勢；另外，被告將原告所製作的網頁嵌入於自己的網頁框架中，會讓相關人士誤以為委託製作廣告網頁的建材公司是被告的顧客，而非原告<sup>8</sup>。故原告請求法院禁止被告基於競爭目的而放置視框連結之行為<sup>9</sup>。反之，被告主張其行為並未違法，因為視框連結之設置並未更改原告編寫的 HTML 程式碼，一般的網路使用者也不會無法知悉被「連結」的網頁事實上並非由被告所製作<sup>10</sup>。一審法院駁回原告請求，故全案上訴至二審法院 (Düsseldorf 高等法院)<sup>11</sup>。二審法院也同樣駁回原告基於著作權法、不正競爭防制法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 下稱 UWG) 與民法的不作為請求權，並判決原告敗訴<sup>12</sup>。

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98 – Baumarkt.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 1 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 2 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 3 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 5 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 6 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 13 (JurPC) – Baumarkt.

Düsseldorf 高等法院認為，雖然不能排除當事人之間有競爭關係，但是原告基於 UWG 的不作為請求權無法成立。首先，法院強調，將網頁內容上傳至網際網路者必須預期到他人會分享該網頁連結，原則上也必須同意他人可以如此為之，網頁可以透過連結而被極為快速地傳播，符合廣告人利益，此點亦為原告所不爭執<sup>13</sup>。然而競爭法之努力成果保障（*Leistungsschutz*），只有在特別例外的情況下才能成立，這種例外尤其是限縮在奪取他人努力成果之行為而有 UWG 第 1 條違法性（*Sittenwidrigkeit*）之情形，違法性之證成，必須就個案進行整體性評估並對當事人利益進行權衡<sup>14</sup>。

競爭法所提供的努力成果保障，以該產品超出一般日常生活創作而具備競爭性特色（*wettbewerbliche Eigenart*）的事物為前提，也就是符合「在具體外型或者個別特色上對於交易相關人士而言能展現出生產來源（*betriebliche Herkunft*）或者產品特殊性（*Besonderheiten des Erzeugnisses*）的特徵」，方可視為具備競爭性特色<sup>15</sup>。然而法院認為，在進行利益權衡前，原告為其建材客戶製作並由被告所利用的廣告網頁就已經不符合競爭性特色的要件。首先，交易相關人士並不侷限於建材商等商業廣告客戶，而是一般的、尋找建材資訊的網路使用者<sup>16</sup>。再者，這類網路使用者也只會對網頁內容所呈現的服務與其主動搜尋或出現在他眼前之廣告資訊有興趣而已<sup>17</sup>。至於以傳播廣告為目的的廣告製作人，對於這些資訊蒐集者而言僅有次要意義，或者說是相對不感興趣的，這是由於網路有特殊的任務與目標設定，即在同一位置呈現儘可能多的資訊特性，故只有對原告的宣傳、廣告服務有需求的潛在客戶才會對廣告製作人相關資訊有興趣，然此資訊在原告所製作的系爭廣告網頁中已經藉由「made by...」之描述呈現出來<sup>18</sup>。

法院接著表示，以上否定競爭性特色的論點，亦適用在以特殊不正競爭狀態作為前提之不作為請求權的論證，尤其是確認是否有混淆商品或服務生產者來源之危險（*Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung*）以及攀附他人商譽（*Ausbeutung*

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 39 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 40 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 42 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>17</sup> Ebd.

<sup>18</sup> Ebd.

des Rufs einer fremden Leistung) 之情況<sup>19</sup>。就前者而言，一般網路使用者實際上對於製作網頁內容並上傳供人讀取的製作者並不會產生任何印象，他們不會將心力放在誰是實際的廣告散布者，也沒有跡象可以顯示，上述情況將會因被告把原告網頁內容直接呈現在自己網頁上而產生任何改變；就後者而言，由於被告是以搜尋引擎的方式提供建材市場資訊，應該不會使網路使用者不清楚擺在眼前的資訊是外部網站資源，或者不知其非由被告所創作，故可排除視框連結的使用產生攀附他人商譽的可能性<sup>20</sup>。最後，法院也不認為視框連結的利用會構成虛偽不實表示 (irrführende Angabe)，因為消費者（一般網路使用者）不會因為欠缺對網頁製作人的認知就受有混淆之危險，蓋其只對於產品（網頁內容）本身資訊有興趣<sup>21</sup>。

## 2. 評析

法院就被告利用視框連結將原告為其建材商業客戶所製作的廣告網頁直接植入在自己網頁之行為進行合法性檢驗，並分別討論是否合致「混淆商品來源與攀附商譽」以及「虛偽不實表示」之構成要件。最終認為這些情形皆不成立，理由在於原告被嵌入的網頁欠缺值得保護的競爭性特色，並將當中論點套用在具體行為之違法性論證上。然而，法院對競爭性特色所訂出的標準可能過嚴。Leistner 教授認為，競爭性特色的認定應該不取決於產品本身的商品功能，而且當某樣產品必須以顯著的コスト才能維持全面性、即時性並含有特定細節資訊的外觀時，就應足以認定具備競爭性特色，更何況使用視框連結得以動態、即時性地擷取他人所更新之頁面，此行為無異於系統性地不法奪取他人努力成果，故系爭網頁內容的競爭性特色必須獲得承認，使專業的網頁設計、維護等耗費勞力與開銷的工作成果也能受到保障<sup>22</sup>。

Leistner 教授也認為，法院對於行為違法性的認定過於嚴苛<sup>23</sup>：法院以為網路使用者並不會因為視框連結的利用而對於產品來源產生錯誤印象，因為網路本身特性，使得他們不會對於眼前網頁的真正來源有特定想像，質言之，誰設計了網頁，

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 43 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, Abs. 45 (JurPC) – Baumarkt.

<sup>22</sup> Mathias Leistner, „Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98,“ 3 Computer und Recht, S. 187-188 (2000).

<sup>23</sup> Ebd., S. 188.

對他們來說無關緊要；然而若照此等見解，那麼網頁的設計、更新、維繫都不可能獲得競爭法上的努力成果保障，這種推論顯然不符網路經濟常態。對於交易相關人士，氏認為，法院忽略網頁設計對於一般網路使用者亦產生吸引力，潛在的廣告客戶事實上會考慮這種市場偏好而決定要如何呈現其網頁並交由擅長的網站經營者暨廣告製作人處理，故不應僅將交易相關人士侷限於一般網路使用者<sup>24</sup>。另有學者主張，設置視框連結之案例，除了討論生產者來源混淆與攀附商譽，不應直接迴避掉 UWG 概括條款所導出的「額外努力成果保障（ergänzender Leistungsschutz）」中之子類型「直接榨取努力成果（unmittelbare Leistungsübernahme）」，而不予實質討論<sup>25</sup>。按照傳統的法院見解，這種類型的違法性審查應該較因仿冒而生之生產來源混淆要來得寬鬆許多<sup>26</sup>。

## （二）2018 年生涯規劃網站案（Personalberatung）

### 1. 事實與判決理由

另一則案例則開展出不同的討論面向，該案涉及到某網站直接利用處於競爭關係的他網站服務資訊所引發的爭議<sup>27</sup>。本案原告與被告皆從事個人生涯規劃顧問業務，提供應徵、就業、職場生活等資訊，並各自營運推銷以自家服務為目的的網站。原告收到被告的著作權侵權警告函，該通知指稱不得再利用視框連結技術盜取被告為了讓自己的網站更加豐富而上傳的 897 篇相關文章<sup>28</sup>。原告對於該函不服而向法院提起告訴。被告認為，原告在自己網站上設定一個「最新文章」的選項連結，只要觀眾點選該選項，就被導向被告的網頁並直接觀看到系爭文章，卻僅在這些文章上方留下一個黑色框條，註明文章是來自於被告網站，此舉不僅構成著作人格權的侵害，也符合 UWG 第 5 條第 1 項第 2 句第 1 款有關商品本質特徵虛偽不實表示與同法

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> Jens Gaster, „Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98,“ *12 Multimedia und Recht*, S. 735 (1999).

<sup>26</sup> 學者 Leistner 又提及，「直接榨取努力成果」的證立不必以存有來源混淆之危險作為不法前提，參見：Mathias Leistner, a.a.O. (Fn. 22), S. 188. 至於「直接榨取努力成果」的成立標準較「（部分）仿冒」來得寬鬆的論述，參見本文「三、（一）、1.」。

<sup>27</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18.

<sup>28</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 3 (NRWE).

第 5a 條不作為之虛偽不實表示的要件，故要求原告做出停止相關行為之承諾<sup>29</sup>。原告則認為侵權警告函正當性不足，因為其已對系爭文章來源做了足夠完整的說明，並無違法情事可言<sup>30</sup>。

法院認為原告的主張無理由，被告可對原告主張著作權法與競爭法上之權利<sup>31</sup>。在競爭法方面，法院所進行的是視框連結之利用是否構成生產來源虛偽不實表示之判斷<sup>32</sup>。法院先確認雙方當事人在整體觀察上處於競爭關係且原告設置視框連結以公開他人文章的行為屬於 UWG 第 2 條第 1 項第 1 款意義上的商業行為（geschäftliche Handlung）<sup>33</sup>。接著進一步討論此行為是否構成不公平的競爭行為，即有關文章來源的虛偽不實陳述。法院認為，將他網站的文章直接嵌入自己的網站頁面將帶給讀者一種錯誤印象，以為原告與被告之間必然存在著一定程度的合作關係，故原告得以直接使用被告之文章<sup>34</sup>。質言之，當網路使用者點擊原告網站中的「最新文章」按鈕便直接出現系爭文章時，難以令一般人不相信這是由原告所提供，而文章的實質創作人（被告）則是原告的商业合作夥伴<sup>35</sup>。即便原告設置了說明原文出處之標示框條，也難以避免來源混淆不清的情況發生，因為無論是原告還是被告的網站都會出現完全相同的文章與外觀，將會令網路使用者不會再去拜訪真正創作者的網站，並進一步就原告與被告所提供的服務進行比較，從這裡可以確認有競爭法上的誤導消費者之情況<sup>36</sup>。

## 2. 評析

不同於建材市場網站判決，法院在此僅討論是否合致有關生產來源之虛偽不實陳述的構成要件。而視框連結的設置是否有競爭法上的疑慮，二個判決也呈現出一樣的結果。在本判決中，由於主要以虛偽不實陳述來進行論證，故法院只就消費者，也就是一般的網路使用者的觀點來判斷是否有發生來源錯誤印象之可能性。相

<sup>29</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 4 (NRWE).

<sup>30</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 5 (NRWE).

<sup>31</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 21 (NRWE).

<sup>32</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 24 (NRWE).

<sup>33</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 23 (NRWE).

<sup>34</sup> LG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 32).

<sup>35</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2018 – 12 O 69/18, Rn. 5 (NRWE).

<sup>36</sup> LG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 32).



較於建材市場網站判決將消費者理解為專注於網頁內容而且有能力鑑別資訊來源者，視框連結的使用因此不會造成重大影響，本號判決的法院則認為，只要有一個網站導入另一網站的內容並予以原封不動地呈現，使民眾沒有動力再去造訪實際來源網站，就很容易發生來源混淆的情況，即便是對資訊所有人與來源網站給予充分提示，依然可能使人誤解連結設置者與來源網站間存有合作夥伴關係，因此不會對二個網站中所提供的服務再付出較多注意力並進行比較。從這裡我們可以觀察到，此號判決似乎並未如同建材市場網站判決般，對於網路使用者就商品資訊的注意能力預設得頗高，只要二個網站呈現無法輕易辨別外觀差異之內容，就足以讓網路使用者陷入來源資訊的錯誤，即便是附上出處說明也無法改變這種情況。法院考慮到消費者若因視框連結而不去轉換參訪網站，真正資訊提供者將會蒙受競爭劣勢與利益損失。因此，法院對一般的網路使用者、視框連結設置者與資訊所有人利益之間進行了相當程度的權衡，最終認為利用視框連結「盜用」另一名競爭者為了宣傳服務而撰寫的文章不是一項正當的競爭行為。

### 三、德國學說見解分析

#### （一）視框連結之設置所涉及的不公平競爭行為類型

要說明德國法院與學界如何看待運用視框連結使用他人網站資料的合法性問題，必須要先對 UWG 的相關規範體系有一定程度的把握。德國 UWG 自立法以來，採取先確立禁止一切不公平競爭行為之概括條款（1909 年時為第 1 條，2004 年至今為第 3 條）之立法方式<sup>37</sup>。日後隨著時代變遷，又續行增補其他具體之不法行為類型。這導致 UWG 中各種不公平競爭行為類型規範之間仍存在著須進一步解釋適用關係的空間。因此，宜先簡單說明候選不公平競爭行為類型之發展歷程、體系定位與各類型彼此的關係，再檢視視框連結的設置行為是否滿足這些不公平行為類型之構成要件。

<sup>37</sup> Volker Emmerich/Knut W. Lange, *Unlauterer Wettbewerb*, 11. Aufl., C. H. Beck, § 5, Rn. 5 (2019).

## 1. 候選違法行為類型在 UWG 的體系定位

面對視框連結所涉及之爭議，上述二則判決已經提到了「混淆商品來源」、「攀附商譽」以及「虛偽不實表示」。學界的討論也呈現看法不一的情形。部分學者認為應歸類為因模仿（*Nachahmung*）產品或服務而生之「混淆商品生產者來源」與「攀附商譽」的問題<sup>38</sup>。有學者認為是「商品本質特徵的虛偽不實表示」<sup>39</sup>。也有學者則主張「直接榨取努力成果」類型<sup>40</sup>。不過多數學者表示，利用視框連結而導入他人網站內容的行為可能同時涉及上述所列舉之各種不公平行為類型<sup>41</sup>。

在確認要以何種行為類型檢視違法性前，有必要先簡述這些行為類型在 UWG 規範體系中的定位與彼此之間的關係。現行的 UWG 第 3 條是該法的核心，其第 1 項規定所有不公平的商業行為均禁止之，第 2 項規定乃額外針對消費者的商業行為而設，禁止業者有失於企業注意義務或者對消費者進行能產生本質影響的商業行為。這二個條款被理解為概括條款（*Generalklausel*），UWG 的其他法條所列示之不公平競爭

<sup>38</sup> Sebastian Altmann, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf N. Danckwerts (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 5. Aufl., C. H. Beck, § 62, Rn. 49 (2019); Alexandra Reinauer, „Einbindung fremder Werke durch Framing,“ *5 Monatsschrift für Deutsches Recht*, S. 255 (2015).

<sup>39</sup> Gordian Hasselblatt, in: Horst-Peter Götting/Axel Nordemann (Hrsg.), *UWG*, 3. Aufl., Nomos, § 5a, Rn. 302 (2016); Jan Busche, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), *Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., C. H. Beck, UWG § 5, Rn. 706 (2020); Stefanie Fuchs/Thomas Farkas, „Kann der EuGH dem Paperboy das (Best)Water reichen?“ *2 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, S. 123 (2015).

<sup>40</sup> Thomas Hoeren, *Internetrecht*, 3. Aufl., De Gruyter, Rn. 675 (2018); Matthias Eck, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf N. Danckwerts (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 51, Rn. 195.

<sup>41</sup> Stefan Ernst, „Rechtsproblem im Internet: urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Sicht,“ *12 Kommunikation & Recht*, S. 539 (1998); Gunda Plaß, a.a.O. (Fn. 1), S. 606-607; Stephan Ott, *Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Link und Framing*, 1. Aufl., Boorberg, S. 422-442 (2004); Joachim Bornkamm/Dirk Seichter, „Das Internet im Spiegel des UWG,“ *10 Computer & Recht*, S. 750 (2005); Detlev Gabel, „Die Haftung für Hyperlinks im Licht des neuen UWG,“ *9 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1108-1113 (2005); Volker M. Haug, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 388; Christian Boemke, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznapel (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), Kap. 11, Rn. 74; Peter Mankowski, in: Karl-Heinz Fezer/Wolfgang Büscher/Eva I. Obergfell (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG*, Bd. 1, 3. Aufl., C. H. Beck, § 4-S12, Rn. 141-142 (2016); Christian Frank, in: Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 4. Aufl., C. H. Beck, Einleitung H, Rn. 22-23 (2016); Frank A. Koch, a.a.O. (Fn. 3), S. 692; David Jahn/Christoph Palzer, „Embedded Content und das Recht der öffentlichen Wiedergabe – Svensson ist die (neue) Realität!“ *1 Kommunikation & Recht*, S. 5 (2015).

行為態樣，像是「因模仿產品或服務而生之混淆商品生產者來源（第 4 條第 3a 款）」或「因模仿產品或服務而生之攀附商譽（第 4 條第 3b 款）」、「商品本質特徵之虛偽不實表示（第 5 條第 1 項第 2 句第 1 款）」，均為此一般性條款的「例示構成要件」。因此，UWG 本身並未窮盡規定全部的不公平行為態樣，倘有某事業之商業行為無法輕易歸類到任何例示的不公平競爭行為，最終仍可回到第 3 條概括條款進行審酌。在此前提下，這些被理解為例示性構成要件的違法行為態樣與 UWG 第 3 條原則上處於特殊法／補充法的關係<sup>42</sup>。法院又進一步將這些不法行為態樣區分為二種類型，一種為對於其他競爭者利益之侵犯（B2B），另一種為對於消費者利益產生損害之行為（B2C）。因仿冒產品、服務而生之「混淆商品生產者來源」與「攀附商譽」屬於前者，首要針對同業競爭者之權益而設。至於「商品本質特徵虛偽不實表示」則是後者，主要目的是保障消費者權益<sup>43</sup>。各例示性構成要件之間的競合關係需要就個別法條進行解釋。尤其是「因模仿而生之混淆商品生產來源或攀附商譽」對於「商品本質特徵虛偽不實表示」的適用關係，學說上仍存有不小爭議<sup>44</sup>。

至於「直接榨取努力成果」，則遭遇到 UWG 發展歷程中比較特殊的情況。起初，德國聯邦法院將競爭法上努力成果保障區分為「直接榨取努力成果」以及「仿冒他人產品（Nachahmung fremder Erzeugnisse）」，隨後便放棄了這種在現實中有區別困難的標準，而一律以「仿冒」的方式來處理，只是前者的不法情狀判斷，像是混淆生產者來源危險之認定，會比後者來得寬鬆<sup>45</sup>。德國聯邦議會於 2004 年修法，特別將因仿冒行為而對競爭秩序產生之不法情狀予以明文規定，即前面所提到的「因仿冒產品、服務而生之混淆商品生產者來源或攀附商譽」（2004 年增訂第 4 條第 9 款，2015 年後則修改為同條第 3 款）。這裡便會產生一項學理爭議：將仿冒相關之違法行為予以明文化後，能否還能再主張第 3 條概括條款所給予的「直接努力成果保障（unmittelbarer Leistungsschutz）」？換言之，在涉及到榨取他人努力成果卻又不符

<sup>42</sup> 德國基此發展出不公平競爭行為的三階審查體系，檢視步驟如下：一、是否符合 UWG 第 3 條第 3 項針對消費者不正商業行為所制定「本質不法黑名單附錄條款」的情況；二、是否有符合 UWG 所規定之不公平行為類型；三、是否適用一般性條款。參閱：Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 5, Rn. 3.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2009 – 1 ZR 124/06, Rn. 22 (lexetius) – LIKEaBIKE.

<sup>44</sup> 此部分之說明請參見以下「三、（二）、1。」。

<sup>45</sup> Volker Emmerich, „Wettbewerbsrecht: Unmittelbarer Leistungsschutz,“ *3 Juristische Schulung*, S. 259 (2012).

合 UWG 第 4 條第 3 款（舊法第 9 款）等「間接努力成果保障（mittelbarer Leistungsschutz）」<sup>46</sup>規範要件的情況下，立法者究竟是「明示其一、排斥其他」，欲藉由違法行為之規範化排除掉其他未被明文規範之努力成果保障類型，例如「新樣式（Moderneuheit）」、「生產與其他競爭者產品相容之產品（Einschrieben in eine fremde Serie）」乃至於「直接榨取努力成果」，抑或這些尚未被規範之部分仍有回頭適用第 3 條之概括條款之可能？多數學者認為，UWG 第 3 條仍保有處理（尚）未被明文規範努力成果保障類型的空間<sup>47</sup>。德國聯邦法院於審理某網站提供網路使用者上傳足球比賽現場拍攝短片並供人觀覽之影音平臺一案中，認為這類短片之提供不構成競爭法的模倣行為，並認定得以 UWG 第 3 條第 1 項判斷是否構成不公平之直接榨取努力成果行為<sup>48</sup>，其同時強調，僅在基本權衡量上原告相對於被告而言存有特別重要之利益時，方能給予這項競爭法框架中的努力成果保障<sup>49</sup>。因此，多數學者見解可說是受到法院肯認，惟這項努力成果保障僅在例外情況下方能同意之<sup>50</sup>。面對此項爭議，值得一提的是，學者 Eck 認為，「直接榨取努力成果」應與其他傳統上被歸類為直

<sup>46</sup> 直接努力成果保障與間接努力成果保障的區別在於論證競爭行為的不正當性時，除了模倣等榨取他人努力行為本身外，是否仍要求額外的不法情狀，例如來源混淆之危險。如不要求額外的不法情狀，吾人可說這對競爭者的努力成果給予直接保障，反之不正競爭防制法第 4 條第 3 款所列式的違法行除了模倣行為之外，還要求額外的不法情狀，像是具有來源混淆危險，故僅成立間接性的保障。參閱：Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 7. Aufl., C. H. Beck, § 4.3, Rn. 3/3, 3/77 (2016).

<sup>47</sup> 參閱：Rolf Sack, „Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG,“ *5 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 536-538 (2005); Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), ebd., § 3, Rn. 83; Karl-Heinz Fezer, „Immaterialgüterrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Veranstaltungsschutz (Teil 2)“, *11 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1322-1324 (2012); Ansgar Ohly, „Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?“ in: Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/Maximilian Haedicke/ Michael Lehmann (Hrsg.), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag*, 1. Aufl., C. H. Beck, S. 110-112 (2005). 反之傾向不能再透過一般條款給予直接性的努力成果保障者，例如：Andreas Wiebe, „Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht,“ in: Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/Maximilian Haedicke/Michael Lehmann (Hrsg.), ebd., S. 778-782 (2005); Helmut Köhler, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 39. Aufl., C. H. Beck, § 3, Rn. 2.28 (2021)。

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 28.10.2010 – I ZR 60/09, Rn. 17, 19 – Hartplatzhelden.

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 28.10.2010 – I ZR 60/09, Rn. 25 – Hartplatzhelden.

<sup>50</sup> Volker Emmerich, a.a.O. (Fn. 45), S. 260.

接努力成果保障的類型（「新樣式」或者「生產與其他競爭者產品系列完全相容之產品」等）有所區別，因為前者要直接適用概括條款完全不會產生「競爭法之直接努力成果保障存在必要」的疑慮，其論據在於，在未增訂第 4 條第 3 款（舊法第 9 款）之前，法院早已透過概括條款就「直接榨取努力成果」與「因仿冒而生之混淆商品生產者來源或攀附商譽」進行無實質判斷方法差異的違法性審查<sup>51</sup>。這項看法實中肯緊。總而言之，德國司法實務與通說均認為「直接榨取努力成果」乃 UWG 第 3 條第 1 項底下之不法行為類型，並未受到已明文化之「仿冒條款」所擠壓而不受到承認。最後仍須提醒，抄襲行為所產生的不法行為類型有階層之分，像是「直接榨取努力成果」與「完全一致之仿造（identische Nachbildung）」相對於僅有部分仿冒的「仿作性榨取（nachschaufende Übernahme）」而言，違法情狀之論證要求通常會比較低<sup>52</sup>。換言之，抄襲人投入的心力越少，使得襲用他人努力成果的程度越高，在這種行為本身已具備高度可非難性的情況下，就不會再要求嚴格的整體情狀評估，例如使交易相對人陷入混淆的危險程度。會如此的原因在於，部分仿冒的違法性論證對於鼓勵創新與技術進步等公共利益的考量，會比以保護創作者心血結晶為宗旨的直接榨取努力成果要來得高<sup>53</sup>。

## 2. 設置視框連結所涉及之不法類型

經過上述各種競爭法上不法類型的整理，我們可以得知視框連結的運用不但被認為涉及到努力成果保障，而且也涉及到虛偽不實表示的問題。接下來我們須以各條規定的構成要件作為出發點，觀察設置視框連結的違法可能性何在。

(1) 「因模仿產品或服務而生之混淆商品生產者來源（UWG 第 4 條第 3a 款）或攀附商譽（第 4 條第 3b 款）」：出於保護同業競爭者努力成果與正當利益，本條禁止任何因仿冒競爭者之產品與服務，造成市場參與者對於產品來源認知發生不可避免之混淆危險，或者是競爭事業的商譽因這種模仿行為而被不當利用。因

<sup>51</sup> Matthias Eck, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf N. Danckwerts (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 51, Rn. 125, 135a. 學者 Sack 亦有類似看法，並說明 2004 年之修法，將部分間接努力成果保障類型予以明文化，並未影響到概括條款繼續對於其他未明文化類型的勞動成果提供保障：Rolf Sack, „Leistungsschutz nach § 3 UWG,“ *8 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 784 (2016).

<sup>52</sup> Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/47 f.

<sup>53</sup> Matthias Eck, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf N. Danckwerts (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 51, Rn. 128.

此，本法並非禁止一切模仿行為，而是在可能引發一般競爭秩序所不容許之特別情狀下方禁止之，此即所謂的「模仿自由（Nachahmungsfreiheit）」<sup>54</sup>。模仿乃以一個具有一定知名度之原產品作為仿製對象，並且據此製作出與原產品一致或者至少高度相似到可以使人聯想起原產品之仿造品<sup>55</sup>。然而視框連結的設置行為沒辦法用此等禁止仿冒條款來處理，因為視框連結係直接呈現原網頁的內容，屬於「奪取」他人努力成果（原網頁內容），而非「仿造」原網頁的行為。換言之，仿冒以二個高度相關產品為前提，然而視框連結的使用並不會產生一個可相互比較之新「產品」<sup>56</sup>。

- (2)「商品本質特徵虛偽不實陳述（UWG 第 5 條第 1 項第 2 句第 1 款）」：UWG 亦禁止誤導性的商業行為，其使消費者或者其他市場參與者陷於錯誤，進而做出錯誤的商業決定。誤導性商業行為乃對於商品或服務的本質特徵（像是生產商、原產地等）、價格、商業關係等等所為之非真實或者足以令人混淆之陳述。此項條款之適用以存在某一「含有客觀事實方面的資訊陳述」以及該陳述的「不正確性」為前提<sup>57</sup>。何為陳述乃從寬認定，不特別限定表現方式與形式，甚至是商品自身的陳列方式與包裝亦屬之，只要其與商業行為有關即可<sup>58</sup>。因此，當商業行為呈現出一種可讓人聯想到是在效仿某競爭者產品或服務外觀的事實時，亦可屬於一種「陳述」<sup>59</sup>。至於陳述的不正確性，法條雖然區分「非真實陳述」與「足以令人混淆之陳述」，然而實際上無論何種情況皆須進一步檢驗「發生（主觀性）誤導之可能性」<sup>60</sup>。法院對於誤導可能性的判斷，以交易相關人士的

<sup>54</sup> Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/2.

<sup>55</sup> Helmut Köhler, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 4, Rn. 3.34.

<sup>56</sup> Stefanie Fuchs/Thomas Farkas, a.a.O. (Fn. 39), S. 123.

<sup>57</sup> Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 5, Rn. 1.51; Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 14, Rn. 9.

<sup>58</sup> Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 5, Rn. 94-95; Karl-Nicolaus Peifer/Eva I. Obergfell, in: Karl-Heinz Fezer/Wolfgang Büscher/Eva I. Obergfell (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), § 5, Rn. 193.

<sup>59</sup> Rolf Sack, „Herkunftstäuschung durch Produktnachahmung und die UGP-Richtlinie 2005/29/EG,“ *Ö Wettbewerbs in Recht und Praxis*, S. 654 (2017).

<sup>60</sup> Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 5, Rn. 104-104; Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 5, Rn. 1.51.

理解力 (Verkehrsverständnis) 為依據<sup>61</sup>。據此，出於商業促銷或廣告的目的而設置視框連結或者分享其他種類超連結之設置，都可以算是陳述性的商業行為。再者，因為即便視框連結是一種未經內容改寫而僅能使網路使用者被導引至外部網頁的技術，其仍不可免除隱含誤導性資訊的嫌疑，尤其是混淆產地來源的明示或者默示<sup>62</sup>。

- (3) 「直接榨取努力成果 (UWG 第 3 條第 1 項)」：由於視框連結的設置將使他人於網路上所提供的內容直接與自己所提供的內容融合在一起，因此不能排除掉利用他人工作表現以榨取成果之情形。同上所述，此處會產生究竟「直接榨取努力成果」應視為「仿冒」抑或是回歸概括條款來處理的爭議，學說上存有不同意見，相應地在討論視框連結時也出現不同看法。有學者直接在仿冒的構成要件中進行直接榨取努力成果的論證<sup>63</sup>。也有學者認為仿冒行為與直接榨取努力成果是不同的行為類型，畢竟前者以模仿行為與被模仿產品為前提，而視框連結之設置卻不會產生這種情況，故仍須以概括條款進行實質違法性論證<sup>64</sup>。最重要的一點是，與因仿冒產品、服務而生之混淆商品來源的情形相同，單憑仿冒行為或者直接挪用他人努力成果的行為本身不足以得出違法的結論，法院仍必須審酌這種行為是否會發生對一般競爭秩序產生危害之特殊情狀，方能確認該特定商業行為之違法性，並給予當事人努力成果之保障<sup>65</sup>。

總而言之，設置視框連結所會發生的競爭法上爭議，應首先以商品本質特徵虛偽不實表示與直接榨取努力成果這二種不法行為類型來處理。剩下的便是違法評價如何進行的問題。

## (二) 不正競爭行為的一致性評價

<sup>61</sup> Olaf Sosnitza, ebd., § 5, Rn. 112.

<sup>62</sup> Stefanie Fuchs/Thomas Farkas, a.a.O. (Fn. 39), S. 123-124.; Detlev Gabel, a.a.O. (Fn. 41), S. 1113.

<sup>63</sup> Detlev Gabel, ebd., S. 1108.

<sup>64</sup> Stefanie Fuchs/Thomas Farkas, a.a.O. (Fn. 39), S. 123.

<sup>65</sup> Matthias Eck, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf N. Danckwerts (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 51, Rn. 127; Rolf Sack, „Fallgruppen des Leistungsschutzes nach § 3 UWG (Teil 1)“, *1 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 10 (2017).

即便視框連結之設置同時觸及到虛偽不實表示以及直接榨取他人努力成果之疑慮，仍不得因此分別進行甚至做出相互矛盾的法律判斷。質言之，二者之間可能存在一定程度的本質性連結。出於歐盟法律解釋以及競爭法立法目的論與體系解釋之故，視框連結的法律判斷，縱使存有二條形式獨立的法條，亦應避免評價矛盾的情況發生。再者，雖然二個法條在構成要件層次上各有不同的成立要件，亦不妨礙此誡命之合理性與必要性。

## 1.保護目的之同一性

視框連結之設置不僅涉及被片面利用資料方的競爭者利益，也有可能對一般網路使用者產生不公平的影響。一方面，網路使用者（通常也能視為消費者）在拜訪一個利用視框連結或嵌入式語法所架構的網站時，可能無從得知其所觀覽的內容究竟是由該網站經營者所提供，抑或外部資源的挪用，而這些資源恐怕正是其他競爭者對於自己產品、服務重要特徵的陳述<sup>66</sup>。另一方面，對於原生產者或服務提供者來說，其所提供的網頁內容直接被他人所利用，有可能會產生商品、服務來源的混淆危險，因為視框連結的設置將傳給人們錯誤的來源印象，並將他人的努力成果納為己有<sup>67</sup>。這種因為利用他人努力成果而導致消費者陷入來源資訊上錯誤的行為，可說是一種「與消費者相關的來源混淆（*verbraucherbezogene Herkunftstäuschung*）」的表現，這種類型在學界上已被特別提出討論，Sack 教授便認為，「因仿冒而生之商品來源混淆危險」與「商品本質特徵虛偽不實陳述」的法律判斷在這種情況下應予一致化<sup>68</sup>。

然而若欲將視框連結的設置理解上述之「與消費者相關的來源混淆」，會先遭遇到學理上的問題，因為 Sack 所提到者乃 UWG 第 4 條第 3a 款（因仿冒而生之商品來源混淆危險）與第 5 條第 1 項第 2 句第 1 款（商品本質特徵虛偽不實陳述）之間的關係，這種理解是否可套用在從概括條款所導出的「直接榨取努力成果」之上？答案應該是肯定的。同前所述，德國法院在處理「因仿冒而生之生產者來源混淆危險」與「直接榨取努力成果」時不存在方法論上的差異。換言之，二者之間在法律

<sup>66</sup> Volker M. Haug, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 387.

<sup>67</sup> Alexandra Reinauer, a.a.O. (Fn. 38), S. 252; Andreas Wiebe, a.a.O. (Fn. 5), S. 737.

<sup>68</sup> Rolf Sack, „Produktnachahmung und betriebliche Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG,“ *5 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 443 (2015); Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 59), S. 653.



評價上只存在努力成果被利用比例與違法情狀的認定門檻差別<sup>69</sup>。再者，亦有學者將「仿冒」與「直接榨取努力成果」放在同一不正競爭行為類型進行闡釋，並提示二者間僅有襲用程度差異<sup>70</sup>。故將「因直接榨取努力成果而造成生產者來源混淆危險」的法律性質直接比照「因仿冒而產生來源混淆危險」，並將重點放在行為人對他人產品進行抄襲或努力成果進行榨取而產生的違法情狀判斷上，應不至於產生論理缺陷。

在德國，有關「與消費者相關的來源混淆」議題的爭議尤其是圍繞在歐盟競爭法相關規範對於德國競爭法有多大的影響程度，也就是歐盟不正商業行為指令（UGP-RL）<sup>71</sup>的法律效力究竟及於 UWG 中哪些條款。因為 UWG 第 5 條關於產品重要特徵虛偽不實陳述之禁止規定乃直接轉化本指令而來，其受有與指令一致性解釋之義務，然而此等一致性解釋義務是否也對於其他規範，像是 UWG 第 4 條第 3a 款這類禁止引發生產者混淆危險的仿冒行為而首要實現競爭者努力成果保障目的之條款，也同樣有適用餘地，仍需要作進一步的法律解釋<sup>72</sup>。有論者認為不正商務行為指令的效力範圍應作寬鬆解釋，只要該規範實質上能夠直接或間接影響到消費者利益，即屬該指令的效力範圍<sup>73</sup>。反之有論者採嚴格解釋，認為不正商業行為指令的效力範圍只及於專門針對消費者利益保護的條款，即便吾人不能排除此項條款會間接、反射性地保障競爭者利益，至於專門針對競爭者保障的條款則應作反面解釋排除之<sup>74</sup>。若採寬鬆解釋，那麼會導出將 UWG 第 5 條關於「產品本質特徵之虛偽不實

<sup>69</sup> 見前文「三、（一）、1.」有關「直接榨取努力成果」沿革之說明。

<sup>70</sup> 例如：Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/47 f; Hartmut Eisenmann/Ulrich Jautz, *Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 10. Aufl., C. F. Müller, S. 223 (2015).

<sup>71</sup> 指令英文簡稱：Unfair Commercial Practices Directive，英文版本編號：2005/19/EC，全文可從以下連結觀覽：EUR-Lex, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=DE>, last visited on date: 2021/1/19.

<sup>72</sup> Helmut Köhler, „Dogmatik des Beispielskatalogs des § 4 UWG,“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 644-646 (2012); Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 59), S. 651.

<sup>73</sup> Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 68), S. 443; Christian Alexander, „Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG bis zum Jahr 2012,“ *1 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 18-19 (2013).

<sup>74</sup> Helmut Köhler, a.a.O. (Fn. 72), S. 644; Karl-Heinz Fezer, „Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG,“ *7 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 790 (2006).

陳述」之規定視為特別法並優先於第 4 條第 3 款適用的結論<sup>75</sup>。若採後者，則仍維持著競爭者利益保護與消費者保護條款處於平行適用地位的「雙重控制（Doppelkontrolle）」體系<sup>76</sup>。不過即便是駁斥特別法論者，亦認為二者之間的法律評價—尤其是構成要件該當性的判斷上—應該互相參照，以避免評價矛盾的狀況產生<sup>77</sup>。

即便不看上述歐盟法適用效力與延伸的法律適用關係爭議，一致性判斷的要求就內國法的法律解釋上應該也是正確的。雖然「與消費者相關的來源混淆」可分別以 UWG 第 4 條第 3 款與第 5 條第 1 項第 2 句第 1 款加以檢驗，然而它是單一生活事實，不應該只因為立法者偶然地將特定行為類型予以法典化就能夠割裂性觀察，甚至導出互相矛盾的結論<sup>78</sup>。再者，無論是第 4 條與第 5 條，都僅是同法第 3 條概括條款之例示規定，按照同法第 1 條之立法目的意旨，乃藉由禁止不公平之商業行為同時保障競爭者、消費者與大眾利益<sup>79</sup>。在確保 UWG 的整體目的與體系解釋的前提下，並無理由將個別行為類型規定預設成各自獨立並有特定保護客體的規範內涵<sup>80</sup>。因此，當一個商業行為既涉及到產地來源混淆又同時對消費者產生不實陳述的外觀時，便產生同時審酌禁止仿冒行為與虛偽不實陳述之必要性，並針對行為違法性進行整全的、不矛盾的判斷<sup>81</sup>。

---

<sup>75</sup> Inge Scherer, „Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG zur europarechtlichen Vollharmonisierung der irreführenden oder vergleichbaren Werbung,“ *12 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1450 (2009).

<sup>76</sup> Helmut Köhler, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 4, Rn. 0.5.

<sup>77</sup> Helmut Köhler, „Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterrecht,“ *5 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 447-448 (2009); Helmut Köhler, a.a.O. (Fn. 72), S. 645; Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/22; Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 11, Rn. 8.

<sup>78</sup> Inge Scherer, a.a.O. (Fn. 75), S. 1448.

<sup>79</sup> Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 47), S. 532; Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 5, Rn. 3-4; Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 3, Rn. 21.

<sup>80</sup> Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 68), S. 443-444.

<sup>81</sup> Helmut Köhler, „Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums,“ *Z Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 551-552 (2007); Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 59), S. 653; Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/10; Peter Ruess, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 39), UWG § 5, Rn. 130.

## 2. 一致的構成要件解釋

即便我們能夠同意「直接榨取努力成果」與「商品本質特徵虛偽不實陳述」在「與消費者相關的來源混淆」情況中應取得法律評價之一致，然而在構成要件層次上，前者以榨取他人具備競爭性特色的努力成果而發生不可避免的來源混淆危險為前提，後者則是取決於存在不真實或者是可能造成誤解的錯誤陳述。在這種存在構成要件字義明顯差異情況下，要如何達成一致性評價遂成問題。然而此項障礙非無法透過法律解釋解決，尤其是如何理解前開建材市場案判決之「競爭性特色」，以及二則判決皆提到的混淆危險。

「競爭性特色」是德國法院在判斷是否對商品生產人或服務者提供競爭法上的努力成果保障時所發展出的不成文構成要件，這要件在 UWG 第 5 條的「商品本質特徵虛偽不實陳述」則未被要求。讓一件產品在具體外型或者個別特色上對於交易相關人士而言能展現出生產來源或者產品特殊性的特徵，即具備競爭性特色<sup>82</sup>。然而，此項要件的定位與其他構成要件的關係卻不是很明確，以至於不少學者認為要將競爭性特色視為單獨的構成要件是有疑慮的<sup>83</sup>。就關乎於商品來源混淆的情況而言，當「生產者來源」已經成為競爭性特色的判斷依據，那麼在第二個構成要件行為違法情狀的判斷中，再審酌一次「生產者來源混淆危險」就顯得有些多餘，然而若不將違法性的判斷重心放在行為違法情狀，而僅單純放在產品的競爭性特色上，那麼在單純完全仿製某產品時，必然會得到不公平競爭行為的推論，這又與 UWG 保障模仿自由的根本立場相抵觸<sup>84</sup>。因此，對於產品來源相關競爭性特色要求，解釋上可以直接融入到生產來源混淆危險的違法性判斷中，毋須理解成獨立的構成要件。這也就意味著，競爭性特色與仿冒行為之判斷存在著相互效應（Wechselwirkung），對行為

<sup>82</sup> Christian Alexander, „Rechtsprechungsbericht: Unlautere Produktnachahmung und verwandte Fälle (Teil 1),“ *11 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1428-1430 (2013). 對於競爭性特色之中文介紹，可參閱：許忠信，「論智慧財產權與不正競爭防止法上補充成果保護間之關係－由德國法、歐體法與日本法看我國商標法與公平交易法之修正」，*公平交易季刊*，第 17 卷第 2 期，11-13 (2009)。

<sup>83</sup> Heinrich Nemeček, „Wettbewerbliche Eigenart und die Dichotomie des mittelbaren Leistungsschutzes,“ *11 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1318-1321 (2010); Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 68), S. 448-449; Thomas Sambuc, in: Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), § 4 Nr. 3, Rn. 81.

<sup>84</sup> Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/33.

違法性的整體評估（*Gesamtwürdigung*）實乃根本重點<sup>85</sup>。觀察建材市場網站判決可發現，法院花費相當心力討論系爭網頁是否具備產地來源的競爭性特色後，就不再另外討論是否構成商品生產者來源混淆危險，而是直接沿用前推論，由此可知，競爭性特色的生產來源特徵與行為不法情狀中所討論的商品來源表示容能合併討論。

至於行為違法性的判斷部分，在間接努力成果保障（UWG 第 4 條第 3a 款）方面，模仿或者使用他人努力成果行為是否正當，取決於因仿造而生的產物與原產品之間是否發生可避免的來源混淆危險。在以消費者保護為主要取向的商品本質特徵虛偽不實陳述（UWG 第 5 條第 1 項）方面，則以與生產來源等資訊之不真實或者是會造成誤導可能的陳述為前提。二者之間就文義而言存在不同的構成要件。不過，在「與消費者相關的來源混淆」情形中，應該不需要將「因仿冒而生之混淆危險」與「虛偽不實陳述之誤導可能」僵硬地視為截然不同的事物。因為這組概念只存在描述角度的差異，前者乃以一種客觀描述方式，強調被模仿的商品所具備的特徵在市場競爭過程中所代表的意義，後者則是從消費者的角度描述商品的外觀與附帶資訊會與其他同等商品產生無法容忍的混淆危險。是故，當交易相關人士是消費者的情況下，其對系爭商品產生了不正確的商品生產者來源聯想時，那麼「產品生產者來源的混淆危險外觀」與「可產生混淆危險的虛偽不實陳述」可以說是一體兩面，亦即針對生產來源的混淆中已蘊含對大眾的誤導。換句話說，當一名消費者基於仿造者針對生產者來源所給出的虛偽不實陳述而作出錯誤的購買決定時，他也同時放棄了原先屬意的真正產品，這自然也同時會損害到真正產品生產者的正當利益<sup>86</sup>。在這種二個法條所涵攝的事實有所重疊的情況下，至關緊要的就不是如何對二個規定的立法目的或者構成要件進行字義區辨，而是判斷二個規定所認定之違法情狀，也就是交易相關人士對於產品或廣告的整體外觀是否產生錯誤印象並進而做出原先不會做出的決定。在「與消費者相關的來源混淆」情況中，對於生產者來源的混淆與

<sup>85</sup> Ronny Hauck, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 39), Grundl., Rn. 310; Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 59), S. 654-655.

<sup>86</sup> Reiner Münker, „Verbandsklagen im sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz,“ in: Hans-Jürgen Ahrens/Joachim Bornkamm/Hans P. Kunz-Hallstein (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, 1. Aufl., Juris, S. 786 (2006). 當交易相對人為消費者時，UWG 第 4 條第 3a 款實際上應為同法第 5 條有關產地來源虛偽不實資訊的一種特殊類型，此部分參閱：Helmut Köhler, a.a.O. (Fn. 81), S. 551; Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 59), S. 655. 相反論點，認為二者無必然連結並在法律評價尚可使彼此獨立者，參見：Axel Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Rn. 1298 (2011).

商品本質之虛偽不實陳述可以作同一判斷，正是因為交易相關人士是同一的，也就是消費者<sup>87</sup>。因此吾人須從消費者角度判斷是否有引起錯誤印象的危險。建材市場網站判決中，Düsseldorf 高等法院也是如此審酌的，其不再各自就「關於產品生產者來源的混淆危險外觀」與「可產生混淆危險的虛偽不實陳述」討論設置視框連結的行為違法性，而是沿用在競爭性特色的論證中所得到的論點，即在一般網路使用者（消費者）的視角中，對於被連結的系爭網頁究竟是否會產生有關網頁設計、製作者（生產來源）的不正確聯想。

### （三）對個案不法狀態進行整體評估為核心

當構成要件能夠取得一致性解釋時，最終便涉及到應如何具體判斷視框連結的使用造成來源資訊混淆危險的問題。其取決於連結設置者所架構的網頁是否表現出挪用外部資源的外觀，以及從網路使用者的角度來看，該資源會被當作是連結設置者自己提供的服務<sup>88</sup>。這是因為生產者的來源混淆以相關的交易人士產生有關產品來源的錯誤印象而定，當該交易人士為一般的網路使用者，也就是消費者時，那就須以 UWG 第 5 條與第 3 條第 4 項第 1 句所定義的「消費者理型（Verbraucherleitbild）」為基準<sup>89</sup>。由於消費者被設想的注意程度與調查資訊的能力與混淆危險的判斷有很緊密的關係，因此一般消費者的理解能力便作為基礎指標<sup>90</sup>。

當人們觀察上面二則判決時，可以很輕易地發現，二個法院各自在裁判理由中設定了不同程度的消費者注意能力。Düsseldorf 高等法院於第一則判決中所預設的消費者顯然心智是頗為成熟的，在法官的想象中，他們既清醒且富有批判力，總是在運用理智檢視資訊，因此他們能夠容易明白其所拜訪的網頁內容或資訊未必完全由網站營運者所製作。這種預設的正當性建立在網路具有特殊的任務與目標設定之上，即在同一位置呈現儘可能多的資訊特性。網頁的拜訪者總是將注意力集中過濾其所需要的資訊以及嘗試綜覽儘可能多資訊。在這種情況下，就不會容易陷入誰才是真正商品供給者的混淆狀態。其也能明白網頁廣告人與製作人未必會同一，故不

<sup>87</sup> Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 68), S. 444-445.

<sup>88</sup> Andreas Wiebe, a.a.O. (Fn. 5), S. 736-737.

<sup>89</sup> Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 68), S. 444.

<sup>90</sup> Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 5, Rn. 112; Gunda Dreyer, in: Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), § 5 Abs. 1, Rn. 14.

會真正在乎誰設計了網頁。反之第二則判決的法官則未將消費者設想得如此精明，即便視框連結的設置者在其挪用他人之文章底下已對生產來源有所提示，該網站的觀看者仍然容易對於連結設置者與原創作者的關係產生錯誤認知，亦即他們對於產品的來源並不具有如此高度的注意能力。

這二種消費者的形象差異在一定程度上反應了早期德國與歐盟法院的不同見解。早期德國法院對於產生混淆危險之認定以經驗性的、隨性的消費者基準來當作判斷基準，反之歐盟法院則通常以理性消費者的認知能力當作基準，即預設資訊靈通且具備適當注意能力的一般消費者<sup>91</sup>。不過 2012 年歐盟法院的 *Purely Creative* 判決<sup>92</sup>引發法院是否已然放棄「理性一般消費者的規範形象（*Das normative Leitbild eines mündigen Durchschnittsverbrauchers*）」之討論<sup>93</sup>。因為在該判決中，歐盟法院法官不但未明確表達這項判準，反而進一步認為在判斷消費者的注意程度時，個人的心理作用也必須納入考量<sup>94</sup>。然而，德國學界多數認為不能遽然認為這是一種撤回「隨性消費者的經驗形象（*Das empirische Leitbild eines flüchtigen Verbrauchers*）」的表現，亦即不應將消費者理型視為一種僵硬的法律運用工具，導致吾人僅能從固定的經驗性或者規範性形象與相應的注意能力標準之中擇一適用<sup>95</sup>。歐盟法院所描繪的規範形象事實上隱藏了修正性的利益衡量在其中<sup>96</sup>。這項對於個案性的利益衝突調和已經透

<sup>91</sup> Markus Möstl, „Wandel des Verbraucherleitbild?“ *8 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 906-907 (2014); Christian Böhler, „I'll be back' – Kommt es zur Rückkehr des ‚flüchtigen Verbrauchers‘ in UWG und Lebensmittelrecht?“ *1 Die Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, S. 32-33 (2014).

<sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-428/11 – *Purely Creative*.

<sup>93</sup> Markus Möstl, a.a.O. (Fn. 91), S. 906-907; Christian Böhler, a.a.O. (Fn. 91), S. 34-35; Horst Helm, „Hohes Verbraucherschutzniveau,“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 714-715 (2013); David Jahn/Christoph Palzer, „Der mündige Verbraucher ist tot, es lebe der mündige Verbraucher!“ *7/8 Kommunikation & Recht*, S. 446-448 (2015); Andreas Wiebe, „Das Leid des Verbrauchers mit dem Verbraucherleitbild,“ in: Christian Alexander/Joachim Bornkamm/Benedikt Buchner/Jörg Fritzsche/Tobias Lettl (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, 1. Aufl., C. H. Beck, S. 803-804 (2014); Inge Scherer, „Der EuGH und der mündige Verbraucher – eine Beziehungskrise?“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 706-708 (2013).

<sup>94</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-428/11, Rn. 49 – *Purely Creative*. 文獻參閱：Inge Scherer, ebd., S. 706.

<sup>95</sup> Markus Möstl, a.a.O. (Fn. 91), S. 908-909; Andreas Wiebe, a.a.O. (Fn. 93), S. 803.

<sup>96</sup> Inge Scherer, a.a.O. (Fn. 93), S. 706; Christian Böhler, a.a.O. (Fn. 91), S. 38-40; David Jahn/Christoph Palzer, a.a.O. (Fn. 93), S. 445-446; Ansgar Ohly, „Die Interessenabwägung im Rahmen des Irrführungsverbots und ihre Bedeutung für die Wertungseinheit von Lauterkeits- und Kennzeichenrecht,“ in: Wolfgang Büscher/Willi Erdmann/Maximilian Haedicke/Helmut

過「適當注意能力」的要求獲得具體表述<sup>97</sup>。這意味著，在論證混淆危險的不實陳述時，須進行全面性的利益權衡，以保障交易相關人士與社會大眾<sup>98</sup>。基此，法院在適用消費者規範性形象時，必須考量到消費者經驗要素的具體特殊情狀，並視情況提高對消費者的保障。將這種見解放回到德國 UWG 體系中來理解，則能夠確定，在論證某表示與表徵是否具有混淆危險時，進行相關當事人與公益之間的利益權衡實屬不可避免<sup>99</sup>。同理，視框連結的設置是否構成不公平競爭行為，不應一概而論<sup>100</sup>。視框連結的運用是否隱含足以使人產生錯誤的訊息，非從單純的設置行為本身即能論斷違法性，重點應擺在藉由視框連結所產生的具體情狀。

#### （四）評估具體情狀之原則與要素

##### 1. 評估原則

---

Köhler/Michael Loschelder (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, 1. Aufl., C. H. Beck, S. 428-430 (2014); Rolf Sack, „Immanente Schranken des Irrführungsverbots,“ in: Christian Alexander/Joachim Bornkamm/Benedikt Buchner/Jörg Fritzsche/Tobias Lettl (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 93), S. 557-560.

<sup>97</sup> David Jahn/Christoph Palzer, ebd., S. 448; Markus Möstl, a.a.O. (Fn. 91), S. 909; Andreas Wiebe, a.a.O. (Fn. 93), S. 807-810. Lettl 則認為，規範性的消費者形象已經是立法者在利益衡量所得出的結果，法院在適用法律時，並無必要進行額外的利益權衡。參閱：Tobias Lettl, „Lauterkeitsrechtliches Irrführungsverbot und das Recht auf freie Meinungsäußerung – zugleich eine Beitrag zur Dogmatik des Begriffes der Irrführung im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht –,“ in: Wolfgang Büscher/Willi Erdmann/Maximilian Haedicke/Helmut Köhler/Michael Loschelder (Hrsg.), ebd., S. 417.

<sup>98</sup> Olaf Sosnitza, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 5, Rn. 218; Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 5, Rn. 1.201; Karl-Nicolaus Peifer/Eva I. Obergfell, in: Karl-Heinz Fezer/Wolfgang Büscher/Eva I. Obergfell (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), § 5, Rn. 263; Andreas Wiebe, ebd., S. 808.

<sup>99</sup> 參見：Olaf Sosnitza, ebd., § 5, Rn. 219; Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 14, Rn. 78。就學理上而言，認為此等利益衡量原則乃構成阻卻禁止不實廣告之規範內在限制，而非規範本身的論證部分，參閱：Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 96), S. 562-563. Ohly 則認為雖然在單純法釋義學上無法直接推導出全面的利益衡量要求，然而虛偽不實表示作為 UWG 第 3 條概括條款之例示構成要件，額外進行利益權衡卻是必然的結果，換言之，利益權衡實為虛偽不實表示作為違法類型中的一個不成文構成要件，參閱：Ansgar Ohly, a.a.O. (Fn. 96), S. 432。

<sup>100</sup> Alexandra Reinauer, a.a.O. (Fn. 38), S. 256; Stephan Ott, a.a.O. (Fn. 41), S. 432。在設置一般超連結之情況，亦有相同的主張，參見：Thomas Hoeren, „Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr gegen Hyperlink?“ *1 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 6 (2004).

從德國的法院見解與學說討論中，可以發現設置視框連結的競爭法問題同時涉及到「直接榨取努力成果」以及「商品本質特徵虛偽不實表示所致之混淆危險」，二者行為態樣形式上雖存在不同的構成要件，亦不妨礙就該行為作一致性的判斷，該項判斷實際上取決於對消費者的理性預設程度。然而即便先將消費者設想為資訊靈通且具備適當注意能力的理性消費者，亦須考慮個案的具體情狀，參酌當事人的經驗要素，進行整體性的利益權衡，以適度提高對消費者的保護。

易言之，針對個案進行整體之利益衡量，不僅僅是原創作者或模仿者之經濟利益，競爭、意見與資訊交換自由的一般性利益亦應同時納入考量，俾使保障智慧財產權的促進創新理念與確保模仿性的產品、服務競爭的「模仿自由」之間的衝突能夠取得適當平衡<sup>101</sup>。德國聯邦法院在討論是否承認競爭法方面的努力成果保障時，同樣強調必須就個案進行基本權利與公共利益的權衡<sup>102</sup>。在設置視框連結以利用他人創作之情形，尤其涉及到連結設置者、被連結者（或原創作者）與網路使用者（通常也是一般消費者）之間以及背後所蘊含的私人與公共利益衝突，對此宜進行謹慎評估，以調和當事者之利益，維護正常之交易秩序，故以下分別對上開三者而言特別重要的利益觀點進行論述。

## 2. 網路使用者

倘吾人欲將消費者理解能力視為一種判斷具有混淆他人危險之行為判斷標準，其將同時揭示競爭法所給予消費者之保護力道。質言之，某商業行為是否應該視為不公平競爭行為，取決於消費者類型，也就是消費者被期待必須具備多高的理智程度，並且按照這種預設以研判是否存在保護必要，若無保護之必要，則無須禁止該商業行為<sup>103</sup>。故法院對於消費者基本的思慮程度認定便成為重點。這裡首先會遇到一項問題：是否應該對網路使用者設定比起一般消費者更高的注意能力。德國曾經有判決認為，基於網路使用者在搜尋資訊時必須要「點擊」網頁以獲取相關資訊的技術特色，相較於一般商業活動的消費者，其顯得更加主動、積極，因此處於電子商務關係的網路使用者應該要被期待具備更高的注意能力。然而，德國聯邦法院廢

<sup>101</sup> Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 4.3, Rn. 3/79.

<sup>102</sup> BGH, Urt. v. 28.10.2010 – I ZR 60/09, Rn. 25, 27 – Hartplatzhelden.

<sup>103</sup> Volker Emmerich/Knut W. Lange, a.a.O. (Fn. 37), § 14, Rn. 26.



棄該判決，並闡釋，網路使用者的「主動性」論證不能作為法院放棄適用「理性一般消費者的規範形象」而改採更嚴格標準的理由，因為網路使用者不可能總是將全部網頁的相關資訊觀覽完畢，而是僅會點選眼前含有其所需要之商品資訊或者是提供締約條件資訊的網頁，當其已經對網頁內容感到滿意時，就沒有再去拜訪其他網頁以獲取額外資訊的動機<sup>104</sup>。再者電子商務中的特殊狀況，即網路使用者有高度主動性，已由「理性一般消費者的規範形象」所充分評價，因為此等規範形象已指出消費者並非輕率、隨性，而是對於相關的廣告表示或表徵施以按情況而定的注意力（*situationsbedingte Aufmerksamkeit*）而言<sup>105</sup>。

德國聯邦法院的論調，殊值贊同，對於某商品或服務感興趣的消費者只會觀看眼前出現的相關資訊網頁，而不會全面性地檢視一切網路上的其他類似資訊，已屬日常。有鑒於電子商務的高速發展、日常生活數位化的持續進展與人們對於網際網路的依賴，已有不可閱盡與不斷更新的資訊供人參考，這種情況與二十年前網際網路文化開始茁壯之時有很大不同。有鑑於此，不應遽然認定，坐在螢幕前的消費者總是能夠保持高度的注意與理性來獲取一切所需資訊。正如同行為經濟學研究所指出，人類無法將現實世界的一切可能選項都納入評估並給予正確無誤的評價<sup>106</sup>。這種無法全知的情況在網路世界中亦同<sup>107</sup>。網路使用者有其理性的極限，應予以適度承認。「線下所適用的，線上亦同（*Was offline gilt, muss auch online gelten.*）」原則僅在特殊情況下不適用之<sup>108</sup>。因此，即便承認電子商務中消費者有較高的主動性，也不宜將消費者的理性程度與注意能力予以過高的預設，從而仍應以「理性一般消

<sup>104</sup> BGH, Urt. v. 16.12.2004 – 1 ZR 222/02, Rn. 30 – Epson-Tinte.

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 16.12.2004 – 1 ZR 222/02, Rn. 26 – Epson-Tinte.

<sup>106</sup> 參見：Christian Böhler, a.a.O. (Fn. 91), S. 28-29.

<sup>107</sup> Olaf Sosnitzer, „Das Internet als Rahmenbedingung und neue Handlungsform im Marken- und Lauterkeitsrecht,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Beilage 1, S. 97-98 (2014).

<sup>108</sup> 正如學者 Hoeren 所言：「網際網路並非是一種特別而必須基於其網路性質以自我設限的法律問題，毋寧僅作為整體知識體系下的所出現的一般問題之冰山一角與資訊正義下的特定種類」。參見：Thomas Hoeren, „Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts,“ *38 Neue Juristische Wochenschrift*, S. 2854 (1998). 類似意見，參見：Karl-Heinz Fezer, „Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts,“ *9 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 1018 (2001); Joachim Bornkamm/Dirk Seichter, a.a.O. (Fn. 41), S. 750; Jochen Glöckner/Annette Kur, „Geschäftliche Handlungen im Internet,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Beilage 1, S. 29 (2014).

費者的規範形象」作為原則，也就是設定資訊靈通且具備適當注意能力的一般消費者。

除此之外，亦須注意電子商務的遠距溝通特性容易產生的資訊不對稱情形，網路使用者如被設想擁有十足的批判性與高度的注意能力，也會相應地被期待能自力搜尋更多資訊。然而這可能導致其承受過多的資訊知悉義務（*Informationspflicht*），站在保障消費者免於誤導之危險以及調和當事人利益之立場上，不應將「一般相對交易相對人施以普通注意力之認知」標準視為僵化固定的法律適用工具，應謹慎斟酌消費者於具體情況下所能發揮的注意能力，以適當衡平網路使用者與商品、服務提供者之間的資訊負擔<sup>109</sup>。

### 3.被連結網站之營運者或原創作者

被連結之網站（頁）營運者或原創作者理應受到競爭法免於被榨取努力成果的保障。在此，應特別思考網路商業模式的特殊性。當前，存在不少網站，提供免費入口以吸引網路使用者進入網站觀看資訊，而僅靠附屬於網頁的圖像連結廣告收益來維持營運。當網站內容被他人得以輕易地透過視框連結百分之百地挪去利用，網站營運者可能會因為自己設置的廣告被規避而失去收益<sup>110</sup>。尤其是連結設置者能夠利用即時的視框連結而持續地、系統性地奪取他人努力成果或者是由專業網頁設計者花費心思所架構的外觀設計，卻幾乎不需投入任何成本，此點尤為學者 *Leistner* 批評建材市場網站判決著力最深者<sup>111</sup>。不過必須留意的是，這種競爭保障的出發點與智慧財產權有緊密關聯性<sup>112</sup>。例如，德國著作權法第 11 條以下保障著作權人免於其著作遭受他人無權經濟使用與人格權益受到侵害<sup>113</sup>。然而，是否應該在著作財產

<sup>109</sup> Markus Möstl, a.a.O. (Fn. 91), S. 908; Andreas Wiebe, a.a.O. (Fn. 93), S. 806.

<sup>110</sup> 參見：Alexandra Reinauer, a.a.O. (Fn. 38), S. 255; Volker M. Haug, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 386; Glöckner/Kur, a.a.O. (Fn. 108), S. 47; David Jahn/Christoph Palzer, a.a.O. (Fn. 41), S. 5; Stefan Ernst, a.a.O. (Fn. 41), S. 539-540. 於涉及到深層連結的 *Paperboy* 案中已經出現類此意見，參見：Georg Nolte, „Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/10,“ *12 Computer & Recht*, S. 926 (2003).

<sup>111</sup> 氏相應地主張，在此情況下，對於競爭性特色的證立也就不應過於嚴格，請參閱本文「二、(一)、2.」。類此意見，參閱：Rolf Sack, a.a.O. (Fn. 65), S. 12.

<sup>112</sup> Gunda Plaß, a.a.O. (Fn. 1), S. 600-604; Tobias Koch, in: Florian Albrecht (Hrsg.), *Informations- und Telekommunikationsrecht*, 1. Aufl., Kohlhammer, Rn. 695 (2018).

<sup>113</sup> 見該法條之立法理由：BT-Drs. IV/270, S. 43.

權相關法律之外—尤其是在不構成重製、公開傳輸等侵犯著作財產權行為的情況下—又額外提供不受時間限制的競爭法努力成果保障，遂成為一項難解的爭議。有關德國智慧財產權法（下稱智財法）與競爭法之間緊張關係的理論爭議在此不宜深入討論<sup>114</sup>。惟須提醒者，即便學者們對於智財法與競爭法的適用關係存有不小意見分歧，然而多數均同意應儘可能避免重複甚至矛盾評價的情況發生，故在對行為違法性進行論證時，一併將智財法的評價納入考量為妥<sup>115</sup>。在此，智財法與競爭法的「評價一致性（Wertungseinheit）」應視為一項根本原則<sup>116</sup>。有鑑於此，學者 Ohly 建議具體作法為：首先檢視著作財產權法是否已經就具體個案進行充分的利益衡量與評價，並相應地給予完整的保障，倘若該智財法方面請求權被駁回時，則應進一步探討此等駁回是否乃基於立法者的利益考量而有意阻卻競爭法方面的勞動成果保障，只有當個案中有剩餘之特殊不法內涵未能被智財法所充分評價時，亦即出現立

<sup>114</sup> 總的來說，德國學界對於此問題有三種論調。第一種為強調模仿自由之意義，並主張必須考慮智財法的評價，方能決定是否給予競爭法的努力成果保障，此派論調中仍各存有細微差異，有人主張競爭法努力成果保障為絕對的補充法律，有的則主張在特殊情況下，得以主張此等競爭法努力成果保障，故為相對寬鬆的補充性。第二種為相反論述，二項法律之間存在著完全競合的關係，因為二法各有不同的立法方向、構成要件與法律效果。第三種則採取另一條進路，以避免此項爭議，這種觀點認為，競爭法之「模仿自由」原則應予承認，但是關於混淆生產來源的仿冒行為與不正商業行為指令有密切關係，而富有消費者保障之精神，故不能單純將競爭法的努力成果保障理解為次要於智財法保障的制度。參照：Ansgar Ohly, „Bausteine eines europäischen Lauterrechts,“ *2 Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 184-185 (2008). 相關中文文獻參閱：許忠信，前揭註 82，18-20。惟許教授傾向支持上開之第二種論調，故主張智財與競爭法上之最大程度上的請求權自由競合說。趙志祥專利師則表達出與許教授不同之看法，認為有關商標之混淆案件，應刪除公平法第 22 條之禁止虛偽不實表示或表徵條款，而全部回歸商標法處理，參見：趙志祥，「公平交易法之『商品表徵』研究」，*公平交易季刊*，第 28 卷第 1 期，138（2020）。

<sup>115</sup> 例如：Ansgar Ohly, a.a.O. (Fn. 47), S. 115-117; Thomas Sambuc, „Ist der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz übertragbar?“ in: Wolfgang Büscher/Willi Erdmann/Maximilian Haedicke/Helmut Köhler/Michael Loschelder (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 96), S. 460; Andreas Wiebe, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 39), UWG § 4 Nr. 3, Rn. 33; Helmut Köhler, „Das Verhältnis des Rechts des geistigen Eigentums zum Lauterkeitsrecht im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken,“ in: Knut W. Lange/Diethelm Klippel/Ansgar Ohly (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 1. Aufl., Mohr Siebeck, S. 97 (2009).

<sup>116</sup> 參見：Ansgar Ohly, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), Einf. D, Rn. 81; Axel Beater, a.a.O. (Fn. 86), Rn. 1964; Ronny Hauck, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 39), Grundl., Rn. 307; Stefanie Fuchs/Thomas Farkas, a.a.O. (Fn. 39), S. 123.

法未能詳加評估的情況，則應基於維護公平競爭秩序作為公共利益之考量，始有適用（居於備位性質的）競爭法上努力成果保障之可能<sup>117</sup>。

設置視框連結而利用他人受著作權保障之作品，就德國著作權法與歐盟著作權指令的角度而言，將會探討這種行為是否構成需要獲得著作權人同意之「公開傳達行為（öffentliche Wiedergabe）」（德國著作權法第 15 條第 2 項、歐盟著作權指令第 3 條第 1 項）。依據德國著作權法第 15 條第 2 項第 1 句，公開傳達係著作權人之排他性權利，其得自行決定是否將該著作以無形方式呈現於公眾。因此，公開傳達行為屬於著作財產使用無形之使用權利，與同法第 16 條重製權（Vervielfältigungsrecht）、第 17 條散布權（Verbreitungsrecht）、第 18 條公開展示權（Ausstellungsrecht）等有形利用行為相對<sup>118</sup>。不僅如此，依據同法條項第 2 句，公開傳達作為全體無形公開利用行為之上位概念，包含第 19 條之口述權（Vortragsrecht）、演出權（Aufführungsrecht）與上映權（Vorführungsrecht）、第 19a 條公開存取途徑權（Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）、第 20 條播送權（Senderecht）以及第 21 條以下二次無形利用權利，但不以此為限。如何判斷視框連結之設置是否滿足公開傳達行為要件，有鑒於本文寫作目的，不予贅述<sup>119</sup>。此處僅提出由學者 Grünberger 參考歐盟法院相關判決所整理之「連結存取規則」<sup>120</sup>：(1)在著作權人沒有設定技術性防護措施限制存取方式情況下，所有網路使用者原則上能夠對此被公開在網路上的著作進行自由連結；(2)當網路使用者的設置連結導向未經著作權人同意或者非法重製上傳之著作、檔案，在其了解或者應了解違法狀態下，負侵害著作權人公開傳達權利責任；(3)若非出於營利目的而設置連結，則推定為其不知或無法得知著作權之法律狀態，此須從著作權人是否已經預先提示或者按照一般人通念來判斷；(4)若出於營利目的而設置連結，則負有積極之著作權狀態注意與查證義務。

其中最值得注意者，乃德國聯邦法院認為，當著作權人利用技術性防護措施（這種技術性防護措施不以德國著作權法第 95a 條之「有效技術性防護措施」為限，其與

<sup>117</sup> Ansgar Ohly, a.a.O. (Fn. 47), S. 119.

<sup>118</sup> Volker Ilzhöfer/Rainer Engels, *Patent-, Marken- und Urheberrecht*, 8. Aufl., Vahlen, Rn. 1227 (2010).

<sup>119</sup> 詳細請參見：林家暘，前揭註 2，156-165。

<sup>120</sup> Michael Grünberger, „Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke,“ *11 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, S. 919 (2016).

歐盟著作權指令第 6 條第 1 項相當) 以阻止他人迴避入口網頁，而利用超連結將該網站內部之資料呈現在自己的網站時，這種破解防護措施的行為將視為未得權利人授權之公開存取途徑行為(著作權法第 19a 條)<sup>121</sup>。德國聯邦法院於近年聲請歐盟法院先行裁判，希望歐盟法院能夠回答：當著作權人已經利用技術性防護措施以阻止他人設置使瀏覽者得以直接觀看內容的視框連結時，將該防護措施予以破解是否構成未經著作權人同意之公開傳達行為<sup>122</sup>。該判決結果將會影響到視框連結的利用正當性問題，使技術性防護措施成為視框連結設置行為之違法性評價依據<sup>123</sup>。歐盟法院於 2021 年 3 月做出判決，當著作權人利用技術性措施限制住受保護之著作的傳播方式時，應理解為其對於著作之公開傳達方式做出保留意思，故當其設置阻止第三人使用視框連結之技術性防護措施時，他人欲利用視框連結利用該著作，即應得到著作權人之許可<sup>124</sup>。惟歐盟法院亦要求著作權人只能以設置有效的技術性防護性措施(歐盟著作權指令第 6 條第 1 項)的方式來表達限制網路連結的意思表示，蓋一般的網路使用者難以得知著作權人是否曾表達過限制視框連結使用之意<sup>125</sup>。歐盟法院希望透過此項但書能同時確保開放連結性的網路社會，避免連結生態受到過多箝制。

歐盟法院的最新見解，認為著作權人僅能以設置有效技術性防護措施的方式表達限制連結設置方式的意思，是否會對過往針對超連結、視框連結構成公開傳達行為與否所提出的判斷方式發生根本性的轉變，仍有待觀察。但吾人從歐盟法院的最新見解可明確得知，技術性防護措施在整體違法性的評價上，扮演越來越關鍵的角色，剩下來的問題便在於，什麼才能算是「有效的」技術性防護措施。學界認為，歐盟著作權法指令第 6 條第 1 項所說的「有效」非指絕對性的保護，否則後續的著

<sup>121</sup> BGH, Urt. v. 29.4.2010, – I ZR 39/08, Rn. 35 (lexetius) – Session-IDs. 文獻部分，參閱：Thomas Dreier/Matthias Leistner, „Urheberrecht im Internet: die Forschungsauforderungen,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Beilage 1, S. 20, 25-26 (2014). 另見：林家暘，前揭註 2，162-163。

<sup>122</sup> BGH, Beschl. v. 25.4.2019 – I ZR 113/18.

<sup>123</sup> 早於此前，已有學者認為，如果 Google 的圖片搜尋功能能夠迴避著作權人之防護措施而利用視框連結呈現圖片給搜尋者時，應視為須取得著作權人同意之公開傳達行為。參見：Thomas Höppner/Felicita Schaper, „Frame sucht Einwilligung: Die neue Google-Bildsuche auf dem Prüfstand,“ *8 Multimedia und Recht*, S. 517-518 (2017).

<sup>124</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19, Rn. 42, 43.

<sup>125</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19, Rn. 46.

作權法違法性評價與保障都將失去意義，只要不是單純的提示或警告，而能夠在技術上建立起非經授權不得進入之入口管制，或者能阻止一般人設置視框連結的措施即足<sup>126</sup>。本文欲強調者，乃著作權法對於視框連結設置行為所給予的法律評價將會是競爭法上評價同等行為正當性之參考依據，以求得智財法與競爭法之評價協調性。其中，是否積極地以技術性防護措施，來因應第三人設置視框連結的問題，無疑將成為判斷構成「榨取他人努力成果」或者「商品本質虛偽不實陳述」與否的一項重要衡量指標。

#### 4.連結設置者

最後則是連結設置者的行為自由。在此必須再次將網際網路的根本任務與本質目的納入考量。網際網路之存在目的在於儘可能廣泛地連結與不受限的資訊交換<sup>127</sup>。從連結之設置者角度而言，其會預設網路上之一切內容均得自由連結，特定之內容被上傳至網路即表示其所有者已默示同意其他網路使用者轉為連結<sup>128</sup>。有關視框連結的許可性問題與網路的開放性乃至於公共利益有緊密關聯。當今網路上已存在著各式各樣的服務性網站，如同上述，其營運模式乃免費提供線上內容服務，並放置第三人之廣告以獲得收益。利用視框連結提供收集並呈現網路他處內容之服務網站亦不少見。這種網路與商業性活動是否應予遏止進而壓縮開放性網際網路的活動空間，恐怕得透過立法程序才能給予終局解答<sup>129</sup>。在此前提下，德國法院對於設置連結而取用他人努力成果之事，顧及到網際網路的功能性作為一般公共利益的情況下，會傾向較為保守的姿態，如同建材市場網站判決所示。質言之，法院進行判斷時，不能單從模仿行為本身來判斷違法性與否，更要針對整體所呈現的違法狀態

<sup>126</sup> Hans M. Wulf/Theresa Bardenhewer, „Framing bei technischen geschützten Werken nur mit Erlaubnis des Urhebers,“ *5 Kommunikation & Recht*, S. 304 (2021).

<sup>127</sup> 此乃「網際網路之接取文化 (Zugangskultur)」所產生的必然結果，參閱：Alexander Peukert, „Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Beilage 1, S. 78 (2014).

<sup>128</sup> 歐盟法院認為在網際網路上公開著作即是（一次性地）向全體網路使用者公開，參見：EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 C-348/13, Rn. 7 – BestWater.

<sup>129</sup> Alexandra Reinauer, a.a.O. (Fn. 38), S. 256; Gerald Spindler, „Das Ende des Links: Framing und Hyperlink auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?“ *2 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 160 (2016).

進行謹慎評估，方能斷定是否構成對他人努力成果的榨取或者存在著虛偽不實而有使人陷入錯誤之表示或表徵<sup>130</sup>。

值得注意的是，德國聯邦法院認為，當網站營運者所提供之網站內容涉及到超連結所導向的外部資訊，且該資訊內容有「納為己有（zu eigen machen）」之情況時，必須視為網站營運者自己所提供的資訊，並負起相關責任，而納為己有外觀之判斷，以理性第三人之客觀角度進行整體觀察之結果為準<sup>131</sup>。故學者 Ohly 認為，德國聯邦法院已經有意識地就網站營運者對於網站中所出現的超連結內容確立分級責任制度<sup>132</sup>：當網站營運者自己或因網站的使用者（第三人）利用超連結呈現出網站內容給不特定的網路使用者觀覽，並使觀覽者可合理認為由網站營運者所提供時，必須將該網站營運者視為行為人，而負所謂「直接行為者責任（unmittelbar-täterschaftliche Haftung）」；反之，如超連結之違法內容係單純由網站使用者（第三人）所提供，網站營運者對此超連結內容並無納為己有之外觀時，其僅有在違反合理之注意義務（zumutbare Verkehrspflicht）時才應負起相關法律責任，當事人得對其主張例如 UWG 第 8 條之不作為或者除去侵害請求權或者是德國著作權法第 97 條之不作為或者損害賠償請求權。合理之注意義務事實上取法於歐盟電子商務指令第 15 條以及德國電子媒體法第 7 條所建構的「知悉並行動」程序<sup>133</sup>。正如前開之德國聯邦法院判決所闡釋，當超連結之內容違法性並不明確時，僅有在網站營運者自行發現或由第三人通知違法情事時，方對該違法內容負有相關責任<sup>134</sup>。至於在什麼情況下，會構成理性第三人眼中的「納為己有」，德國聯邦法院認為，當網站營運者對其他網路使用者所登載入網站的資料進行完整性與真實性驗證並予以公開時，可判斷出有納為己有之意<sup>135</sup>。反之，如果網站營運者並沒有對於原屬於外部的資訊進行內容性編輯或者真實性的驗證，而僅使用自動文字過濾程式以及在違反使用者條款的特別情況下進

<sup>130</sup> Andreas Wiebe, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 39), UWG § 4 Nr. 3, Rn. 78.

<sup>131</sup> BGH, Urt. v. 18.6.2015 – I ZR 74/14, Rn. 18 (openjur) – Haftung für Hyperlink.

<sup>132</sup> Ansgar Ohly, „Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks,“ *20 Neue Juristische Wochenschrift*, S. 1417 f. (2016)。另參見：Christian Boemke, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznapel (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), Rn. 76-76b.

<sup>133</sup> Ansgar Ohly, ebd., S. 1419.

<sup>134</sup> BGH, Urt. v. 18.6.2015 – I ZR 74/14, Rn. 30 (openjur) – Haftung für Hyperlink.

<sup>135</sup> BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, Rn. 31 (lexetius) – Marions-Kochbuch.

行手動操作程序，則不能視為有納為己有之意思<sup>136</sup>。因此，網站營運者有無對於外部內容進行實際的編輯行為與真實性檢驗作為，是判斷納為己有的觀察重點。

雖然連結設置者是否應對連結所含之違法內容負責，與連結設置者是否得以利用連結所導向的內容，實屬二個不同層次的問題<sup>137</sup>。但是從德國聯邦法院的裁判意旨可以得知，是否有意將外部的連結內容當作是自己提供的資訊來使用，對於連結設置者的責任評價具有重大意義<sup>138</sup>。在著作權法的領域，德國聯邦法院亦曾提及以「納為己有」來作為判斷利用視框連結使用他人創作是否構成須徵得著作權人同意之公開傳達行為的標準<sup>139</sup>。在競爭法的領域，「納為己有」應同樣無礙於作為一種判斷視框連結之運用構成不正當奪取他人努力成果之競爭行為評價要素<sup>140</sup>。就如同前開生涯規劃網站案中，法院認為，利用視框連結將他人的文章嵌入到自己的網站當中，可能會誤導一般網路使用者，使其以為文章由該網站所出，或至少與原作者存在著夥伴關係，換個角度而言，這裡實際上難以排除連結設置者對這些文章無納為己有之外觀。

## （五）小結

以上乃就視框連結之設置是否構成競爭法上不公平之競爭行為進行司法見解的整理與批評，以及德國學界就此議題所開展的討論進行整理與分析。視框連結之利用最主要涉及到「商品本質虛偽不實之陳述」以及「榨取他人努力成果」此二不公平行為類型，應進一步透過此二行為之構成要件加以檢視，以判斷是否成立不公平

<sup>136</sup> BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, Rn. 31, 38 (lexetius) – Hotelbewertungsportal.

<sup>137</sup> Helmut Köhler/Jörg Feddersen, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörg Feddersen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 47), § 8, Rn. 2.27a.

<sup>138</sup> Franz Hofmann, „Linking und Framing – Ein paar Gedanken aus urheber- und lauterkeitsrechtlicher Sicht,“ in: Maximilian Becker/Anne Lauber-Rönsberg/Louisa Specht (Hrsg.), *Medienrecht im Medienumbruch*, 1. Aufl., Nomos, S. 143-146 (2017).

<sup>139</sup> BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, Rn. 27 (lexetius) – Die Realität I. 惟這項由德國聯邦法院所提出的判準未被歐盟法院所採納，經過歐盟法院就 Best Water 案以及 GS Media 案所累積的實務見解，可整理成如本文所引用之學者 Grünberger 所描述之「連結存取規則」。此部分見本文「三、（四）、3。」。

<sup>140</sup> 故將「納為己有」作為判斷依據，應有助於達成著作權法與競爭法的一致評價。參見：Jonas Kahl/Johanna Schönfelder, „Von ‚Paperboy‘ zu ‚Playboy‘ – Die Entwicklung der Hyperlink-Rechtsprechung,“ *11 Kommunikation & Recht*, S. 687-688 (2017).



之競爭行為。即便存在二種不同行為類型，基於視框連結之設置行為乃「與消費者相關的來源混淆」，以及競爭法兼具保障競爭者、消費者與一般利益之立法目的，在進行二個行為類型的違法性論證時，應存有一致性解釋之必要性。觀察對這二個規範的構成要件所進行的解釋，亦不排除有一致性解釋的空間。因此，對個案的具體不法情狀進行評估將成為核心所在。

至於這種評估如何進行，宜從當事人的利益角度切入，分別考察對該當事人而言至關重要之利益事項並進行分析。從一般網路使用者的角度而言，法律適用者對其所預設的理性能力是一項根本性的基準。雖然，法院原則上須以法定的交易相對人注意能力作為首要的判斷基準，也就是「理性一般消費者之規範形象」，這個判準在網路環境中亦適用之，但仍允許按照個案之具體情況再加以衡量，對當事人在個案中的認識能力進行適度修正，以確切提供消費者免受混淆之保障。再者，以保護原創作者為出發點的智財法方面評價亦應納入考量，以避免智財法與競爭法之間產生嚴重矛盾的法律評價。尤其是當原創作者已經利用技術性防護措施阻止他人進行視框連結之設置時，應視為已充分表達出對於著作之連結使用進行限制之意思。最後，則是從連結設置者的利益觀點來觀察，並謹慎考慮，如對於此種連結行為予以限制，是否會對網路的連結生態造成過大衝擊。換言之，基於網路的資訊交換特性，應謹慎考慮限制視框連結是否會造成開放性網路的公共利益受到減損，同時擠壓一般網路使用者運用連結的自由空間。就這方面而言，從理性第三人的角度來觀察，被視框連結所導向的其他網頁內容是否有被該網站營運者納為已有的嫌疑，應該適合作為不公平運用視框連結以利用他人努力成果的論證基礎。

## 四、我國公平交易法觀點下的法律分析

### （一）不正競爭行為類型

目前我國競爭法領域中仍未有與設置視框連結相關的司法見解<sup>141</sup>。因此吾人須從頭檢視該行為是否與公平法所規範之特定不法行為要件相合致。如同德國的競爭

<sup>141</sup> 公平交易委員會（下稱公平會）於 2021 年 4 月 16 日所公布的委員會決議不處分決議書可能是該會首次面對視框連結案例所作成之行政決定。本案涉及到以提供財經相關資訊為服務內容之 Bloomberg 公司將其他亦提供財經資訊的電子媒體所作成的新聞內文網頁直接「嵌入」在其產

法規範，在我國的競爭法體系中亦能思考該行為是否構成「直接榨取努力成果」、「因仿冒而生之來源混淆」與「商品虛偽不實表示」這三種不正競爭行為態樣。

公平法第 21 條第 1 項規定，事業不得在商品或者廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。此項規範乃針對出賣人或廣告人做出不實而能影響交易相對人之商業決定而設，蓋此等行為不僅僅容易使交易相對人陷於錯誤而做出不正確購買決定，更進一步減損競爭者的競爭機會，進而破壞一般性之競爭秩序。廣告乃消費者從事消費行為之重要依據，其與消費活動習習相關，故本法條目的在保障受不利益之競爭同業與確保正當的競爭秩序之外，亦有保護交易相對人，尤其是消費者之意旨<sup>142</sup>。法條對於不實記載之載體除「商品與廣告」外亦納入「其他使公眾得知之方法」此一概括規定，故從寬認定提供商業資訊之行為，凡是足以使非特定之公眾共見共聞並知悉之方法者均屬之<sup>143</sup>。就「表示或表徵」而言，同樣從寬認定，指任何足以傳播具商業價值之訊息或觀念之行為<sup>144</sup>。有關「與商品相關而足以影響交易之事項」之認定，在 2015 年修法後，亦不再侷限於舊法所列舉之數項要件，而是一切具有經濟價值之交易標的，以及雖非直接屬於交易標的但具有召徠效果之相關事項<sup>145</sup>。

某商家利用視框連結，將另一名競爭者為了銷售目的而編寫的網站內容或者上傳至網路的作品置入到自己的網站中，這種連結所傳遞的內容本身有多種可能。可能會有某人利用連結直接呈現出他人撰寫供人觀覽以牟利的文章來作為一種服務

---

品 Bloomberg Terminal 頁面中，且未顯示網址列，引發被引用的新聞媒體不滿，認為 Bloomberg 公司利用連結呈現自己新聞網頁的行為，可能欲向訂戶暗示被連結的新聞內容為自家產品，而有從事顯失公平之不公平競爭行為之嫌。由於公平會並未完整公布該案之事實，故不能直接斷定本案為透過視框連結來利用競爭者作品的典型案例，本文也因此無法直接對公平會之不處分決議進行評析。然而，即便該案之網頁連結並非利用嚴格技術意義下的視框連結語法來進行，應無礙於透過本文所提出的觀點與方法進行判斷，因為利用他人網頁的違法性並非取決於連結技術，而是就個案情狀進行通盤性的利益權衡來判斷之（見本文「四、（二）、2.」）。公平會委員會決議不處分決議書附帶魏杏芳委員協同意見書可至以下網址閱覽：<https://www.ftc.gov.tw/uploadDecision/a4ce9241-dde1-4e92-924a-4e100f3caba1.pdf>，最後瀏覽日期：2021/6/25。

<sup>142</sup> 何之邁，公平交易法要義，初版，自版，124-125（2020）；汪渡村，公平交易法，6 版，五南文化，164（2015）；廖義男，「消費者保護法與民法、公平交易法之關係」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司，259-262（2017）。

<sup>143</sup> 汪渡村，同上註，165。

<sup>144</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 4 點。

<sup>145</sup> 何之邁，前揭註 142，126-127。

<sup>146</sup>。可能也有某人使用他人為了行銷某產品而製作的形象廣告影片，這種影片展示並非商品或服務本身<sup>147</sup>。但是，只要這種設置連結行為涉及到行銷與宣傳，即作為一種廣告或者能使公眾得知之方法，因為連結設置一旦成功，全體網路使用者便能共見共聞，並知悉連結設置者從事與廣告內容相關之特定商業活動。雖然被視框連結所導引之內容未必包含讓人望眼即知的特定產品或者服務訊息，然而當連結設置者藉由此方式使得網路使用者有意繼續駐留於自己網頁，以利後續產品或者服務銷售時，不失為已積極作出一種包含商業價值與觀念之表示或表徵。再者，設置視框連結以利用他人作品的行為雖然也不必然單純呈現諸如商品價格、數量、品質、產地等具有客觀正確性的事項，但是無保留地直接連結他人的作品，可能會讓第三人以為被連結者為連結設置者所製作或者連結設置者與被連結者乃共同製作者，即屬公平法第 21 條第 2 項所例示之「製作者」。亦有可能誤認為彼此之間存在商業合作關係，其屬於具有吸引顧客效果之相關事項<sup>148</sup>。綜上，視框連結之設置可能會被視為藏有虛偽不實記載與廣告之影響交易的商業行為。

直接利用他人已公開於網路中的網頁或者檔案，使得二個網站中出現相同之外觀表現，也可能涉及到公平法第 22 條之仿冒行為，尤其是同法條第 1 項第 1 款所示之「以著名之他人……外觀或顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或相近之使用，致與他人商品混淆……」。然而視框連結之設置並不符合「同一或類似之商品」定義，因為模仿乃「兩不同」的商品（服務）在功能、材料、產製者（滿足消費者需求）或其他因素上，具有共同或關聯之處<sup>149</sup>。然而，連結的單純提供實際上並未產生出任何與原商品相區別而可以進行比照的新資訊或檔案，其毋寧只是將網站觀覽人導向資訊來源所在地而已<sup>150</sup>。因此視框連結之設置無法構成仿冒行為。

<sup>146</sup> 例如，新聞資訊的網站經營者張貼處於競爭關係的新聞業者之新聞連結來作為自己的商品或服務供人觀覽，或者是上開德國的建材市場案中將他人網頁當作自己網頁之一部分來使用。

<sup>147</sup> 例如透過視框連結將競爭者所製作之環保形象影片放到自己的網站上來為自己的產品打廣告，此即歐盟與德國法院就 BestWater 案所探討的情況。參見：林家暘，前揭註 2，156-160。

<sup>148</sup> 見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（2021）第 2 點所提示之「與他事業之關係」。

<sup>149</sup> 汪渡村，前揭註 142，186-187。

<sup>150</sup> 著作權法的觀點可作為適當的參考依據，一般認為視框連結之使用尚未構成有侵犯著作財產權疑慮的重製行為，因為視框連結僅為一種網路連結技術，讀者所見者仍為出處網站之資訊，並

最終是以公平法概括條款「其他欺罔或顯失公平行為」相繩的可能性。其中最值得觀察者，為依據公平會對於公平法第二十五條案件之處理原則第7點第2項第2款所列示之「榨取他人努力成果」此一大類型。其可非難性奠基於行為人完全不付出任何心思勞力，而直接剽竊他人努力成果，這種未經努力卻獲得不合理競爭優勢的情況，對商業倫理秩序造成斲喪<sup>151</sup>。該處理原則進一步描述了數種行為類型，與視框連結最相關者，應為該款第4目所敘述之「抄襲他人投入相當努力建置之網站資料，混充為自身網站或資料庫之內容，藉以增加自身交易機會」。然而運用視框連結是否能視為一種抄襲，不無疑問，因為其實際上是直接呈現位於他網址處之資訊，行為人未經一定程度的積極複製過程。不過，吾人應從公平法禁止欺罔或顯失公平之行為的規範目的思考設置視框連結對於競爭秩序所造成的可能負面影響。公平法之所以將嚴重的抄襲視為顯失公平之行為，乃基於事業應自己努力創新發明或提高生產效能以取得競爭優勢，倘放任事業利用抄襲等方式榨取同業競爭者之努力成果，使自己節省研究開發等成本，對於付出努力之競爭者顯失公平<sup>152</sup>。因此，判斷顯失公平之行為的重點應該不在於該當「抄襲」與否，而應該著重在投機取巧的利用本質，故透過各種技術使得他人的努力成果被直接襲用皆應屬之。近年該處理原則的修正過程應能肯認此觀點。過往，該處理原則將「榨取他人努力成果」分成「攀附他人商譽」、「高度抄襲」、「利用他人努力，推展自己的商品或服務之行為」<sup>153</sup>。2017年之後的現行版本則取消這項分類，改以例示方式來說明不法態樣，並表示行為類型不以此為限<sup>154</sup>。這種修正的轉變意味著公平會確知榨取他人努力成果實際上有不可窮盡之態樣，並非僅有「抄襲」等處理規則所明示之行為已足。事業利用視框連結即能將他處網站之資源直接成為應當自行努力建立之網站內容一部分，以此吸引網路使用者的目光，不可排除構成榨取他人努力成果之顯失公平行為的可能性，其餘便是對於這種利用行為應如何給予評價之問題。

---

未產生另一新作品。惟羅明通教授進一步認為，如屬視框連結與深層連結之混合類型，則構成重製之事實，從而需要是否有合理使用之可能。參見：羅明通，前揭註1，511-512。

<sup>151</sup> 吳秀明，「第二十四條」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會93年度委託研究報告，478（2004）。

<sup>152</sup> 廖義男，「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司，221（2017）。

<sup>153</sup> 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第7點第1項。

<sup>154</sup> 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第8點。

## （二）一致性評價之必要

即便能夠肯認視框連結的運用可能涉及到商品虛偽不實表示與概括條款之顯失公平行為，卻仍未進入到實質的違法性討論，不過在對這種行為進行評價前，有鑒於德國在學說上有一致性評價的呼籲，吾人亦不妨先從我國公平法的釋義學角度檢討二者之間是否有一致性評價的必要性。

### 1.三種可能的法律適用情形

首先是公平法第 25 條「顯失公平行為」之「不當榨取他人努力成果」與同法第 21 條「商品虛偽不實表示」的法律適用關係。倘前者與後者僅屬於單純的補充法／特別法關係，那麼僅需單獨討論特別法的商品虛偽不實表示部分，毋庸回歸適用第 25 條之概括條款，從而也無討論一致性評價之必要。然而，公平法第 25 條並非僅為單純的概括條款，按公平會的理解，其乃具備「補遺性質之概括條款」，對於其他公平法條文，有補充原則之適用，質言之，本條僅適用於其他條文所未涵蓋之行為，具體而言，倘某一行為尚未能透過特殊的法定不法行為類型進行充分評價，例如第 22 條之仿冒行為、第 23 條不當提供贈品、贈獎之行為等，而仍有剩餘之不法內涵時，有適用概括條款之餘地<sup>155</sup>。在學理上，這種補充適用應有與既有之違法行為類型高度相關的「狹義補充」以及創設新型違法類型的「創造性補充」二種類型，前者如仿冒與高度抄襲的情況，後者則主要針對立法者無法窮盡規範而後於實務上出現之新型態不容於競爭秩序的行為<sup>156</sup>。這種「補充原則」的概念洵屬正當，不過真正的困難點在於判斷某行為在什麼情況下已被充分評價，何者尚未而仍有剩餘不法之內涵？例如，在高度抄襲他商品之著名表徵卻不符合「以至於他人商品混淆」要件之情況下，應視為已透過禁止仿冒條款就該模仿行為進行充分評價而認定該行為並未違法，抑或是認定尚未完全評價，而有必要回歸適用概括條款加以非難之<sup>157</sup>？

<sup>155</sup> 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第 2 點。

<sup>156</sup> 吳秀明，「競爭法之概括條款－公平法第二十四條法律適用原則與規範功能之再檢討」，收錄於：氏著，競爭法研究，初版，元照出版公司，80（2010）。

<sup>157</sup> 例如在最高行政法院 95 年度判字第 808 號判決，法院認定即便有包裝外觀抄襲之情形，但二個產品顯可辨識而無混淆之危險，從而認定不構成仿冒行為，然而有鑒於該行為榨取他人努力成果，足以影響交易秩序，而應適用概括條款而判定違法。

事實上，對於「剩餘不法內涵」的「窮盡評價」係要求法律適用者應該進一步思考公平法的全體立法目的，檢討系爭行為對於正常競爭秩序的破壞性以及維護市場參與者的正當利益，從而超越個別規定的觀點，判斷是否應該容許該行為之存在與持續實踐<sup>158</sup>。換言之，涉及到概括條款之適用時，應對於案件進行整體性的評價，以判斷是否應該在個別規定之外額外予以限制。

因此，運用視框連結使用他人的網站或檔案內容的情形，可能會發生三種情況。第一種情況乃單獨從禁止廣告與商品上之虛偽不實表示或表徵條款出發，並且認定該條款已能進行充分評價，而不再思考第 25 條的適用。第二種情況則是單獨從禁止仿冒條款出發，並基於同前所述，設置連結行為並非「模仿」而不成立違法之仿冒行為，然而此等連結導致行為人能得以恆常性地取用他人努力成果，恐與公平法保障競爭者正當競爭利益之理念不符，因此仍存有剩餘不法之內涵，有轉而適用涵括「榨取他人努力成果」之概括條款的必要。第三種情況則是公平會或法院同時適用上述二者進行違法性論證。在這種情況中，論證「顯失公平」時有參照虛偽不實表示或表徵之構成要件解釋者較為妥切，以達成對特定行為一致性的規範評價，避免當個別規定已經否定行為之違法性時，概括條款卻回過頭來證成行為違法之矛盾情況<sup>159</sup>。

## 2. 構成要件解釋的一致性

如果吾人肯認對於利用視框連結以利用他人網站內容之行為應同時適用「商品虛偽不實表示」以及「榨取他人努力成果」之概括條款時，則將遭遇到如何使各自擁有的不同構成要件取得一致性解釋之問題。

一個表示或表徵虛偽不實之商品與廣告，除了上述已經提到須滿足「商品、廣告或其他使公眾得知之方法」、「出現表示與表徵」、「就與商品相關而足以影響交易之事項」之外，同時該表示與表徵必須「虛偽不實或引人做出錯誤判斷」。一個表示或表徵是否會引發受眾做出錯誤判斷的危險，應以相關交易相對人的普通注意力之認知為基礎，合併觀察整體印象及效果，或就特別顯著而易形成消費者決定

<sup>158</sup> 吳秀明，前揭註 156，83。

<sup>159</sup> 此即吳秀明教授所述之「回馬槍效應」，參見：吳秀明，同上註，88。

之部分單獨觀察<sup>160</sup>。不僅如此，一個表徵或表示是否隱含著混淆危險，也須就個案進行考量，探究其內容與實際情況的差異程度，或者是否足以影響具有普通知識之相關交易相對人為合理判斷並做成交易決定，以及該廣告對於處於競爭關係事業與交易相對人經濟利益的影響<sup>161</sup>。

至於「榨取他人努力成果」，則屬概括條款中所示「顯失公平」的其中一個類型，然而「顯失公平」乃一高度抽象之描述，公平會對之解釋為「以顯然有失公平之方法從事競爭或營業交易」<sup>162</sup>亦為同義反覆。因此仍須經由實務累積經驗並加以類型化方能發展出具有明確指導、規範作用的構成要件<sup>163</sup>。面對「榨取他人努力成果」，值得注意的是從我國實務與文獻中輕易看見「仿冒」與「榨取他人努力成果」二種違法行為類型的緊密關係<sup>164</sup>：「榨取他人努力成果」很常作為概括條款對於不成立公平法第 22 條禁止仿冒行為情況下的補遺類型，尤其是在不滿足「不至於與他人商品、服務混淆」要件而不適用禁止仿冒條款但仍有必要對抄襲行為予以禁止的情況下，以概括條款的「榨取他人努力成果」論證行為的顯失公平性，以杜絕市場

<sup>160</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 1、2、3 項。例如某公司捨其登記全名而在其宣傳演藝人員培訓班的廣告中單獨放大知名電視台字詞，法院觀察該廣告之整體印象，認為足以使社會大眾誤認其公司之形象。參見：臺北高等行政法院 89 年度訴字第 2026 號判決。

<sup>161</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 7、8、9 項。例如有關預售屋之廣告，法院認為，消費者與建商進行交易時，因無成屋可供實地參觀，消費者僅得從預售屋廣告內容得知格局、外觀等資訊，並據此做成交易與否的參考，然而就房屋座落、道路、交通等未來規劃資訊部分，雖然亦屬重要之交易參考訊息，但消費者並非不能前往實地，故二者足以引人錯誤之危險程度有別，尤其就後者而言，法院認為消費者應知僅屬規劃設計，亦非屬建商所能控制者，況且消費者實有相當之機會進一步向土地開發單位或者接待中心洽詢，故不能僅因與事實不符即認為有虛偽不實或引人錯誤之情事。參見：臺北高等行政法院 89 年度訴字第 38 號行政裁定。

<sup>162</sup> 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第 7 點第 1 項。

<sup>163</sup> 吳秀明，前揭註 151，443。

<sup>164</sup> 判決部分，參見：最高行政法院 93 年度判字第 1638 號判決、臺北高等行政法院 93 年度訴字第 2379 號判決。行政處分部分，參見：公平會（88）公處字第 064 號處分書。文獻部分，明確提及不合致「不致於與他人商品、服務混淆」之高度抄襲行為即有概括條款之適用者，廖義男，前揭註 152，221-222。亦有學者認為這種不生混淆危險的高度抄襲應以仿冒條款進行類推適用：吳秀明，前揭註 156，90-91。有學者則直接將「榨取他人努力成果」視為「仿冒」理解：何之邁，前揭註 142，169。論及實務上對於仿冒條款之適用越趨嚴格而轉向適用概括條款者，參見：廖義男、王以國，「不公平競爭」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告，19（2004）。

參與者的努力代價被他人擅自利用的搭便車行為。由此可見，對於其他事業的產品外觀進行模仿的行為涉及到概括條款與仿冒條款的功能分配問題，換言之，對於仿冒之構成要件解釋會影響到概括條款的適用空間<sup>165</sup>。在這種情況下，有關「榨取他人努力成果」之判斷，應以「仿冒」之構成要件作為討論起點，並視具體之行為態樣，聚焦在何以在欠缺完整的仿冒行為構成要件的情況下依然能夠得出可非難性之結論。

由於「仿冒」構成要件的涵蓋範圍會影響到概括條款的適用空間，故對於「榨取他人努力成果」之認定，先以「仿冒」構成要件作為論證基礎，實屬較為明確的判斷方式。有關仿冒行為之認定，依據公平法第 22 條第 1 項第 1 款的規定，須滿足「著名表徵」、「同一或者類似商品」、「相同或近似使用」、「與他人商品之表徵混淆」等要件。就設置視框連結襲用他人網站內容的情形來說，「著名」、「同一或類似商品」這二個概念內涵與範圍仍有爭議之要件<sup>166</sup>可先暫且不論，確認其違法性的最重要構成要件應屬「相同或近似使用」以及「與他人商品之表徵混淆」。「相同」係指表徵之文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀或其聯合方式之外觀、排列、顏色完全相同，「近似」則指因襲主要部分，使相關事業或消費者於購買時，縱施以普通注意猶有混同誤認之虞者<sup>167</sup>。商品否被相同或近似使用，過往公平會提出以具有普通知識經驗之相關事業或消費者所施以之普通注意作為基準，以通體觀察與比較主要之成分的方式，進行隔離性觀察<sup>168</sup>。至於「混淆」，則指對商品或服務之來源有誤認、誤信而言<sup>169</sup>。具體而言，一個模仿行為是否隱含混淆他人商品表徵之危險，必須做通盤的考量，除了審酌具有普通知識之相關事業或消費者之注意力，應將商品或服務之特性、差異化、價格對注意力所造成之影響納入考量，此外，也必須注意表徵知名度、企業規模、獨特創意性對於模仿行為所產生的效應<sup>170</sup>。

<sup>165</sup> 吳秀明，前揭註 151，483-484。

<sup>166</sup> 廖義男，「仿冒行為規範修正之評析」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司，196-199（2017）。

<sup>167</sup> 汪渡村，前揭註 142，188。

<sup>168</sup> 謝銘洋、李素華，「仿冒表徵或外國著名商標」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告，219（2004）。此見解源於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（2015 年廢止）第 12 點。當今學者仍沿用之，參見：汪渡村，同上註，188-189。

<sup>169</sup> 汪渡村，同上註，189。

<sup>170</sup> 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（2015 年廢止）第 11 點。



從以上對於「虛偽不實之表示與表徵」與「榨取他人努力成果的高度抄襲」所提出的判斷準則進行觀察，可以發現均以相關交易相對人的角度出發，以其普通之注意力作為判斷原則。另外，在判斷是否構成服務與產品表徵之混淆危險時，除了探討具有普通知識之當事人能否注意之外，也必須就案情整體進行充分評價。

在涉及到視框連結使用之情形，二個違法類型條款都必須以網路使用者（通常也是消費者）的普通注意程度與誤認可能性作為基準，以及均要求就個案進行整體評估。在這二個前提下，應存有統整性與一致性的解釋空間。視框連結的設置使他人網站的內容一分不差地被導入到自己的網頁中，應被認為在交易相對人眼中具備表徵同一或高度的相似性。即便這種技術的運用並未產生另一個仿製產品，而不能視為「仿冒」，但有鑒於高程度襲用他人創作並綜合考量被襲用者的努力、成本，與因之產生的競爭優勢或利益的關聯性，還有顧及被襲用標的的市場上競爭獨特性與狀態，有可能被認定為影響交易秩序的榨取他人努力成果行為。這些考量也可作為虛偽不實表示表徵而引人錯誤的論證基礎。至為關鍵者，乃在進行違法性之論證時，須對個案進行謹慎的整體情狀評估。

### （三）行為違法性論證

#### 1. 判斷原則與方法

從以上就公平法相關條文構成要件所進行的分析中可以得知，利用他人網頁內容而使自己的網站添色，以增加商業上競爭優勢的建立視框連結行為，是否構成不公平競爭行為，是無法一概而論的。換言之，我們無法單純從設置視框連結行為本身來判斷構成有失商業倫理與效能競爭之不公平競爭行為與否。設置視框連結以利用其他競爭者公開至網路之內容，仍須就具體的個案情狀進行通盤性的衡量，才能確定是否構成榨取他人努力成果或者虛偽不實之表示。事實上，公平會在早年的函釋就曾表達過這種立場<sup>171</sup>：「視框連結是否適用公平法，亦需視個案具體情況而定，如連結網站與被連結網站是否在同一市場互為競爭對手、是否有積極行為使人與相關事業或消費者普遍認知之他人營業混淆、積極攀附他人商譽、榨取他人努力成果等或其他足似影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。在此前提下，即便存在著

<sup>171</sup> 公平會（88）公參字第 8810773-001 號函。

他人透過視框連結以充實自己網站內容之事實，也不代表網站營運者獲得競爭法上之努力成果保障。換言之，就競爭法之視角而言，網路使用者在一定程度與條件下利用他人之努力成果，未必將導致競爭效能減損之結果。

有問題的地方在於，這項個案具體情況應如何進行論斷。上開之公平會之函釋，並無將具體的判斷過程予以述明，而僅說明應分別檢視是否成立公平法所示之違法類型。因此，我們仍然必須從「虛偽不實表示與表徵」以及「榨取他人努力成果」的法律解釋上尋找線索。

公平法第 21 條禁止不實廣告的保護法益主要是消費者利益（使其免受誤導）、行為人與其競爭對手之公平競爭可能性（競爭利益）以及確保社會大眾不受到惡質廣告環境扭曲市場生態的性能競爭（公共利益）<sup>172</sup>。雖然，公平會在進行這種不實廣告的判斷時，明示以交易當事人的普通注意力認知<sup>173</sup>。但是，當事人也可能會因為表示表徵的特殊情況而更容易陷入錯誤，例如使用特別顯著之方式<sup>174</sup>、字面排版等外觀展現<sup>175</sup>還有負擔、限制條件未充分揭示<sup>176</sup>以及表徵與實際差異情況等等<sup>177</sup>，這些事項所組成的整體廣告外觀必須使交易相對人為合理判斷並做出交易決定<sup>178</sup>。基此，表示、表徵所展現出的嚴重性應予完整考量，當事人的實際注意能力也應就具體個案而進行適當調整，此與歐盟法院所揭櫫之「適當注意能力」或者德國聯邦法院的「按情況而定之注意能力」類似<sup>179</sup>。與此同時，表徵內容對於競爭事業與交易相對人的經濟利益也應納入考慮<sup>180</sup>。廣告主使用之廣告內容與日後給付的客觀狀況之間的關係亦不能忽視<sup>181</sup>。這二個考量事項表現出廣告表徵的影響力不僅止於消費者，也擴及到競爭事業之間的關係。最終，公共利益也應納入考量，包含受害人

<sup>172</sup> 何之邁、張懿云、林廷機、陳志明，公平交易法司法案例評析，初版，元照出版公司，417(2015)；石世豪，「引人錯誤之商品或廣告表示」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告，278-279（2004）。另參見：臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1646 號判決。

<sup>173</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 1 項。

<sup>174</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 2 項。

<sup>175</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 4 項。

<sup>176</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 5 項。

<sup>177</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 7 項。

<sup>178</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 8 項。

<sup>179</sup> 歐盟部分，見本文「三、（三）」，德國聯邦法院部分，見本文「三、（四）」、2。」。

<sup>180</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 7 點第 9 項。

<sup>181</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 8 點。

數多寡、是否為業界普遍現象、商業倫理之可非難性以及戕害效能競爭之程度<sup>182</sup>。這些要求完整反應出交易秩序不得被恣意破壞之公共利益。這些判斷準則提醒我們，在判斷一個廣告、表示或表徵是否屬於不公平競爭行為時，必須要在當事人在個案中所能主張利益之間做出取捨，同時也應儘可能兼顧公共利益。

至於「榨取他人努力成果」方面，其必須滿足公平法第 25 條「顯失公平」以及「足以影響交易秩序」的要求。就「顯失公平」而言，雖然難以作一般性的定義或者說明，而多以類型化的方式彰顯其內涵<sup>183</sup>。然而其仍以制止具有商業倫理可非難性的不公平競爭行為、扭曲效能競爭的限制競爭行為以及兼顧對消費者保障為首要目的<sup>184</sup>。屬於不公平競爭行為類型的「榨取他人努力成果」則特別著重在競爭手段本身具有商業倫理的可非難性或者違背競爭效果之理念<sup>185</sup>。實務上對於這種行為，又例舉五種具體行為態樣，包含使用他事業之名稱使人誤以為與其有一定關係、利用他人名稱註冊網域以增加交易機會、不當使用他人表徵以增加自身網站到訪率、抄襲他網站資料混充為自己網站內容以增加交易機會，以及真品平行輸入積極使人誤認為代理商進口之商品<sup>186</sup>。事實上，這些行為都涉及到事業已投入相當努力之成果無端被其他事業據為己有之情形，這些成果往往具有一定的經濟利益，而不應由其他處於競爭關係之事業以不合成本之代價利用之，藉由節省成本的方式取得競爭上優勢。正如臺北高等行政法院表示，高度抄襲行為造成他人耗費代價、辛苦努力且承擔市場成敗風險而獲得的成果被毫無代價的不公平方式直接予以利用，亦減少被抄襲者之交易機會<sup>187</sup>。最高行政法院則同意，不公平之競爭行為侵害以品質、價格、服務等效能競爭本質是否受到損害加以判斷<sup>188</sup>。因此，「榨取他人努力成果」之顯失公平性判斷，應首先以當事人的經濟上利益與行為人的行為自由之間的利益

<sup>182</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 16 點。

<sup>183</sup> 見本文「四、(二)、2.」。

<sup>184</sup> 吳秀明，前揭註 156，44-45。另見：蘇永欽，「私法自治與公平法的管制」，收錄於：廖義男、劉華美、吳秀明、莊春發、黃銘傑、蘇永欽，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，初版，元照出版公司，382-385（2001）。

<sup>185</sup> 不公平競爭行為之類別，參見：吳秀明，同上註，125。不公平競爭行為與限制競爭行為之分類與各自功能，參見：廖義男，「公平交易法第 19 條規定『不正當』之意涵」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（二），初版，元照出版公司，217-218（2015）。

<sup>186</sup> 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第 7 點第 2 項。

<sup>187</sup> 臺北高等行政法院 93 年度訴字第 2379 號判決。

<sup>188</sup> 最高行政法院 93 年度判字第 1638 號判決。

權衡方式來進行，其次也必須考量到該行為是否會造成市場發展的不良後果，變相鼓勵事業以投機方式提供服務與商品，而扭曲以效能競爭為基礎之秩序。至於權衡之斟酌要點，則有抄襲程度、因抄襲所取得之競爭優勢或利益之關聯性、被抄襲標的在市場上的獨特性<sup>189</sup>。另外，不公平競爭行為的證成，也要求「足以影響交易之虞」此一實體要件，乃強調須達到影響到整體交易秩序時方有本條之適用<sup>190</sup>。這裡的考量因素很多，主要有考慮受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果等等<sup>191</sup>。實際上，此乃強調吾人在判斷是否構成顯失公平的競爭行為時，不能單只從行為本身進行評斷，仍應將公共秩序維護等公共利益納入考量，而有別於一般民商法律<sup>192</sup>。

從上述有關我國公平法「虛偽不實表示與表徵」以及「榨取他人努力成果」的保護法益與判斷重點來觀察，個案具體情況之判斷，應以全面的利益衡量方式來進行。換言之，先確認在具體個案中與當事人相關利益，其次對這些利益之間的關係進行評價，考察這些利益的輕重，以及調查違反競爭法具體規定之方式與嚴重性，最終仍須將其與公平法之立法目的之間進行總權衡，以決定其在多大程度上應受到或者不應受到競爭法保障<sup>193</sup>。這種考察行為也就會是對於個案所進行的整體評價。現存的競爭行為以及其具體動機、行使方式、行為目的、附隨效應與影響皆應有所留意，方能確定該行為是否確切違反效能競爭本質或其他競爭法保護目的，或者猶有與競爭理念不相違背之餘地<sup>194</sup>。比例原則的思考方式在這種利益權衡上恐怕幫助不大，雖然在事業的商業行為自由與公平法保障消費者等公共利益的兩相衝突中，比例原則作為操作性的思考方法是適當的，然而在涉及到多數當事人，包含廣告者、消費者、競爭者與一般性的效能競爭利益的情況下，僅能以開放性的權衡方式來思考眾多利益的衝突應如何加以調和<sup>195</sup>。綜此，設置視框連結以利用其他競爭者網站上的勞動成果，涉及到一般的網路使用者（消費者）免於被恣意誤導之利益、設置連結作為商業行為的事業之行為自由，以及被襲用勞動成果的其他競爭事業的經濟

<sup>189</sup> 參見智慧財產法院民事 99 年度民公訴字第 6 號裁判。

<sup>190</sup> 吳秀明，前揭註 151，439。

<sup>191</sup> 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第 5 點。

<sup>192</sup> 吳秀明，前揭註 156，94-95。

<sup>193</sup> 參考自：Axel Beater, a.a.O. (Fn. 86), Rn. 976-983.

<sup>194</sup> 參考自：Olaf Sosnitzer, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitzer (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), § 3, Rn. 34.

<sup>195</sup> Ansgar Ohly, a.a.O. (Fn. 96), S. 434 f.

利益，還有一般網路自由連結的基本理念與一般競爭秩序作為公共利益，吾人應將這些利益進行權衡，以決定何者在個案中具有特別值得優先保障之價值。

## 2. 個案性利益權衡之判斷要項

藉由對德國司法實務與學界就視框連結之設置行為所進行的討論，已經得知一般網路使用者、被連結網站之營運者或者原創作者以及連結設置事業之利益狀態屬權衡客體，此對於我國公平法的規範體系而言具有高度參考價值，因為從上開就個案權衡之判斷原則與方法中，亦能找到相同意旨。藉由前開討論，我們能夠標定尤其需要進行利益權衡之要項，公平法之適用者必須對此加以斟酌。這些要項至少包含：(1)消費者的理性程度之設定與如何在具體個案中進行調整，以提供多高程度的消費者保障；(2)著作權等相關智慧財產權與利益在競爭秩序中所扮演的角色與重要性；(3)當言論自由所確保的網際網路的開放性與智慧財產權、效能競爭理念相互衝突的情況下，應是否與在多大程度上禁止網站營運者積極運用視框連結，以避免其濫用其他處於競爭關係的事業所付出的成果。這些問題仍須以具體發生的情狀為基礎，才能進行充分思考與判斷，而難以抽象論之。本文僅就相關實務的經常性見解加以檢視。

### (1) 消費者之理性程度

就消費者之注意能力而言，我國公平會與法院向來以具有普通知識之「交易相對人普通注意力認知」作為基準，以判斷虛偽不實之表徵是否含有引人錯誤之混淆危險，或者開啟雖不完全符合仿冒行為構成要件，但仍屬競爭倫理上具可難性的顯失公平行為判斷。這種注意能力不須高至善良管理人之注意義務程度，達一般人之普通注意程度即可<sup>196</sup>。因此，交易相對人原則上並無在交易磋商中自契約書或銷售人員口頭說明等進一步查證廣告內容真實與否之義務<sup>197</sup>。就此而言，我國法院對於消費者之注意能力要求應該不是很嚴苛，相對地，也就比較容易將爭議廣告評價為虛偽不實而引人錯誤，並給予消費者較充分的保障。在面對網際網路的環境中，這套用在「線下」的標準在「線上」是否可以完全比照之，仍屬有待討論的課題。不過，在網路活動已經成為生活不可或缺一部分的現今，網路使用人口與年齡層分布

<sup>196</sup> 何之邁，前揭註 142，129-130。

<sup>197</sup> 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 581 號判決。

也已十分廣泛，似乎不宜對網路使用者設定更為嚴苛的注意能力，尤其是網路使用者在面對已成常態的視框連結時，未必總是能注意到細部網頁變化，而能清楚研判，眼前資訊事實上是外部資源，而非眼前拜訪網站營運者所有。事實上，早在 1998 年時，已經有學者認為，即便是相當理性的一般網路使用者，也未必能避免受到視框連結的混淆，因為一般的網路使用者通常不具備網頁語法知識，遑論投入心神找出並判斷設置視框連結的來源編碼<sup>198</sup>。因此，本文認為，對於消費者的注意能力，原則上不必因是否為網路環境而有差異，只要消費者有發揮最起碼的注意力，而沒有過度怠惰運用其理性，就應該受到公平法的保護。惟這也不排除法律適用者就個案進行裁量的機會，在必要情況下，要求網路使用者承擔更多注意、查證義務。

## (2) 智財法觀點對公平法判斷的影響

我國智財法與競爭法的法律關係問題，尤其是商標法、著作權等法的違法行為是否也另外構成公平法不正競爭行為，學術與實務上已累積相當討論<sup>199</sup>。公平法第 45 條規定，依照著作權法、商標法、專利法與其他智財法規行使權利之正當行為，不適用本法之規定。觀其文意，本條似乎是將智慧財產諸法先視為公平法的特別法，從而著作權法等法律規定以及這些規定所賦予之法律效果優先於公平法。然而，優先適用之範圍僅限於「行使權利之正當行為」，通說認為，應衡量、比較該權利之行使所造成的智財保障效益與對於競爭秩序所造成的不利益限制，以判斷行使權利的正當性<sup>200</sup>。大法官也表示相同意旨，公平法第 45 條乃立法者調和智慧財產權人之利益保障與公平交易秩序衝突之結果，並要求主管機關必須對於智慧財產權人與自由公平競爭秩序之間進行權衡，以避免智慧財產權人濫用權利而有害競爭秩序<sup>201</sup>。因此，當競爭法與智財法發生競合問題時，應先確立智財法方面之法律見解，並進一步衡量當事人與競爭法保護法益的衝突。如確認智財權利之行使有足以負面影響交易秩序之疑慮，即有競爭法介入之可能性。有鑑於此，吾人在判斷視框連結之使用是否構成虛偽不實表示或不正当榨取他人努力時，則不可避免將智財法觀點納入衡量，以求得整體法律評價之協調性。

<sup>198</sup> Stefan Ernst, a.a.O. (Fn. 41), S. 539.

<sup>199</sup> 僅舉商標權利與競爭法禁止虛偽不實表示之法律關係為例：劉孔中，智財法及其與競爭法的衝突與調和，初版，新學林出版公司，276-282（2015）；許忠信，前揭註 82，36-38。

<sup>200</sup> 汪渡村，前揭註 142，254-255。

<sup>201</sup> 司法院釋字第 548 號解釋。

在我國，視框連結之使用是否構成侵犯著作財產權之行為，屬於該連結之設置是否構成著作權法第 26-1 條公開傳輸行為之問題。按照同法第 3 條第 10 款，公開傳輸係以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容。這種定義實際上與德國著作權法第 19a 條之公開存取途徑相似，主要作用在網際網路上對其他不特定網路使用者提供近用著作的方法，但不以此為限<sup>202</sup>。不過，德國與歐盟法院並非以公開存取途徑對視框連結加以檢視，而是用其上位概念「公開傳達」來進行判斷，這是因為德國聯邦法院認為，基於網路上存取途徑能掌控在著作權人之手中，設置視框連結者實際上無法掌控作品的公開狀態，故不會構成公開存取途徑，又出於歐盟著作權指令強化對著作權人保障的要求，故退而討論是否構成違法的無形財產利用行為，也就是未經著作權人同意之公開傳達<sup>203</sup>。視框連結是否能視為公開傳輸行為，我國法院見解分歧。有從純技術觀點出發，認為被視框連結之網站實際上已完成向公眾傳達，視框連結僅是幫助行為而已，故不滿足公開傳輸的要件，這種見解與德國聯邦法院對於公開存取途徑的意見大抵相同；但也有從整體評價觀點出發的判決，這種觀點認為，視框連結能夠使不特定多數人得以直接接收被連結的影片，而不用再造訪出處網站，即屬公開傳輸行為，需要集中討論者，為這種行為是否構成合理使用<sup>204</sup>。本文認為，由於我國與德國、歐盟的著作權立法體例與具體規定有相當差異，恐怕無法直接比照其法律解釋。然而，歐盟法院對於視框連結所進行的著作權法評價中已存在一些考量事項，亦屬於競爭法範疇的違法性評價不能忽視之重點。尤其是從歐盟法院針對視框連結所進行的裁判中，已見端倪，破解、迴避著作權人為了能有效禁止視框連結而設置之技術性防護措施成為判斷違法性與否的重點。此值得我國公平會與法院作為參考。

### (3)連結設置者的行為自由與競爭法保護法益之衝突

最終，仍須考量到事業的商業行為自由與競爭法保護法益之間的衝突問題。一方面，事業屬於私法人團體，享有不受國家干預商業行為這類與自然人有可分離性而在性質上亦可適用於法人的基本自由<sup>205</sup>。另一方面，網際網路強調開放性與資訊

<sup>202</sup> 德國著作權法第 19a 條部分，參見：Tobias Koch, in: Florian Albrecht (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), Rn. 695. 臺灣著作權法第 26-1 條部分，參見：蕭雄淋，著作權法論，8 版，五南文化，140（2015）。

<sup>203</sup> BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – 1 ZR 46/12, Rn. 27 (lexetius) – Die Realität I.

<sup>204</sup> 詳細請參見：林家暘，前揭註 2，254-255。

<sup>205</sup> 參見：法治斌、董保城，憲法新論，7 版，元照出版公司，189（2020）。

交換不受限制的本質目的，也與憲法保障言論自由而創造不受扭曲的公共輿論場域意旨相符。因此，事業透過視框連結導入網路上他處資源的方式來追求商業利益之行為，原則上應該與一般的網路使用者相同，屬於正當之行為。然而，自由權利之行使並非毫無拘束，如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益，非不得以法律限制之（憲法第 23 條）。如事業能夠不投入任何努力，直接透過視框連結而經常性、系統性地利用其他競爭事業之勞動成果，不僅傷害競爭事業的商業利益，也會為自己取得不正當之競爭優勢，公平法鼓勵事業投入努力以爭取顧客之效能競爭目的將受到扭曲。不僅如此，當被連結之作品屬於被著作權法的保護客體，而該連結未取得著作權人授權時，也可能損及到著作權人之著作人格權、財產權利益。消費者也可能會因為過度自由的連結環境而遭受混淆，時常陷入購買決定上的錯誤。因此，事業利用視框連結以使用其他處於競爭關係事業的網頁內容，法律上需要予以適當限制。

真正困難的問題在於，如何找出能夠既能儘可能保障著作權人相關權利與消費者不受混淆之利益，又能兼顧網路開放性與維護競爭秩序的調和方式，並將其化為我國公平法中有關「榨取他人努力成果」或者是「虛偽不實之表示與表徵」的判斷標準。這個標準的確立，實際上須仰賴法律適用者在一次又一次的個案中，謹慎衡量各方利益與衝突以作出價值判斷，並進一步將這些判斷系統化，形成堅實的、富含價值的衡量方法。就視框連結涉及到公平法的問題而言，現行最有可能適用的判斷標準，乃我國公平會對「榨取他人努力成果」所提出的「抄襲他人投入相當努力建置之網站資料，混充為自身網站或資料庫之內容，藉以增加自身交易機會」<sup>206</sup>。事實上，將這種單純由外觀輪廓所進行的描述拿來作為判斷標準，恐怕仍無法圓滿達成彰顯競爭法保護目的以及價值取向的要求<sup>207</sup>。另外，雖然法院亦多次提出有害效能競爭作為判斷顯失公平與否的依據，但正如吳秀明教授等研究所指出，效能競

<sup>206</sup> 公平交易法第二十五條案件之處理原則第 7 點第 2 項第 2 款第 4 目。另外，新進的研究報告指出，我國行政法院基本上並未對於「欺罔」與「顯失公平」二要件發展出不同定義，法院裁判時大抵上仍採用此處理原則。參見：吳秀明主持，公平交易法國內重要案件之評析 - 以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年度委託研究報告，80（2020）。

<sup>207</sup> 正如同公平會委員魏杏芳就 2021 年 4 月 16 日不處分決議書另外提出之協同意見書所述，應該重新檢視公平法第 25 條的適用範圍，以及活化該條之適用空間，而不囿於處理原則所提到之類型，因為是否成立顯失公平，須依個案進行認定，且須進一步回應全球化與數位經濟環境變遷導致的不公平現象。從這裡可知，公平法第 25 條之適用，必須充分展現出公平法的價值決定。該不處分決議書與附件魏杏芳委員之協同意見書參見前揭註 141。



爭雖屬於值得追求之保護法益，但未必適合直接作為判斷標準，蓋明確性仍顯有不足，難以發揮實際的判斷功用<sup>208</sup>。本文贊同此見解，效能競爭應作為利益權衡之一項參考指標，而非用以包攝事實之準據。相較於此，德國法院針對網站營運者的超連結內容責任所發展出的「納為己有」標準，也就是當理性第三人能夠認為網站營運者對於其網頁的超連結內容有納為己有之意思時，就應該將其視為內容所有人而負相關法律責任，應該是一個合理而且不難操作的衡量標準。如果要按照此項標準，應特別留意，連結設置者是否利用視框連結而將外部資訊與自己提供的網頁完全融為一體，而使一般人難以判斷是否存在外部連結，或者誤認該外部連結資料的所有人與連結設置者有合作關係，甚至奪取了本屬於外部連結資料所有人的競爭優勢，使自己的商業活動變得更加有利。

## 五、結論

網路連結最主要分成超連結（及深層連結）、直接連結、視框連結，視框連結所引發的著作權爭議在實務上已經引來諸多討論，這是因為網路使用者可能無法清楚得知，眼前所見者實乃涉及到外部資源。視框連結的法律爭議已經從網頁局部之視框轉入到「嵌入式語法」議題，蓋現今要使外部網站之資源直接植入到自己的網頁當中，未必僅能以單一視框的方式呈現。相對於著作權法所開展出來的辯論，尤其是視框連結的運用是否會構成公開傳輸行為，我國在競爭法面向上的討論顯然較為缺乏。

因此，本文先介紹德國二個有關設置視框連結之 UWG 判決。第一則為 1999 年的建材市場網站案，法院僅認定系爭透過視框連結而被利用之網頁缺乏競爭性特色而否定了成立競爭法上努力成果保障之機會，同時也不構成商品本質特徵虛偽不實表示之行為。然而此判決遭致不小批評。法院在本案恐怕將法律適用之前提，尤其是競爭性特色之部分，設定得過於嚴格。第二則判決為 2018 年的生涯規劃網站案，法院認為，將競爭者網站中用於廣告推銷的文章透過視框連結直接予以利用，構成 UWG 第 5 條之商品本質特徵虛偽不實表示，因為一般人容易被誤導為系爭文章由連結設置者所提供，或者以為真正創作者與其具有商業合作關係。在這個判決中，法

<sup>208</sup> 吳秀明主持，前揭註 206，83-87。

院只單獨就產品本質特徵虛偽不實表示進行論證，並進行了相當程度之利益權衡，值得一提者，法院似乎未預設網路使用者擁有相當高之注意能力。

基於這二則判決所展現出來的歧異觀點，有必要對於德國相關法律學說作更進一步了解。設置視框連結所可能涉及的不法類型，為商品本質特徵之虛偽不實陳述以及直接榨取努力成果，至於因模仿商品造成混淆商品生產者來源之行為部分，由於連結利用行為本身缺乏「模仿」之行為表現，故無法成立。雖然可能構成二種不法行為類型，但在違法性評價上，基於保護目的之同一性與容有一致性構成要件解釋之空間，不妨礙吾人作出不正競爭行為之一致性評價，根本重點乃對於個案之不法狀態進行整體評估，這項要求尤其體現在針對基礎判斷標準「理性消費者的規範形象」於具體個案中進行適當修正之衡量過程。

事實上這種衡量過程涉及到當事人的利益狀態，法院應該具體衡量當事人之間的經濟利益，以謀求競爭法所追求之公共利益與私人利益之間的調和。因此本文以當事人的觀察視角來分析應予權衡之具體內容。網路使用者的注意能力雖有規範性的理性標準，仍須就具體個案進行適度修正。另外智財法的評價應予慎重考量，以求評價一致與協調性。最後，網際網路的資訊交換特性與連結設置者之行為自由亦須納入斟酌，視框連結的合法性問題與網路開放性及公共利益有密切關係。就此而言，德國聯邦法院以「納為己有」作為標準，對連結設置或提供者進行問責。

就我國公平法如何應對設置視框連結的爭議問題而言，與德國類似，應首要以「商品虛偽不實表示」以及「顯失公平之行為」之子類型「榨取他人努力成果」來進行違法性判斷。如果法律適用者認為應同時適用這二項違法行為條款時，首先在論證後者之「顯失公平」要件時，有參照前者之規範評價為妥，以避免評價矛盾情況發生，其次在構成要件解釋層面，從實務對於虛偽不實表示、仿冒與榨取他人努力成果所提出的判斷準則進行觀察，可得知均以交易相對人的普通注意力為基準，且須就案件整體與當事人之經濟利益進行充分評價，故亦應存有一致性解釋空間。視框連結之設置是否能構成不公平競爭行為，無法一概而論，而須就具體個案情狀進行充分權衡。具體的權衡方法為先確認在具體個案中與當事人相關利益，其次對這些利益之間的關係進行評價，最終仍須將其與公平法之立法目的之間進行總權衡，以決定其在多大程度上應受到或者不應受到競爭法保障。

至於需要納入衡量的思考點，至少包含如何設定消費者之理智程度與注意能力、智慧財產權法律評價所扮演的角色、當事人行為自由與競爭法保護競爭者競爭

利益以及競爭秩序之間的衝突。本文認為，對於網路使用者所要求的注意義務，原則上應無異於一般消費者情況。著作權法對於技術性防護措施的重視，在競爭法上的違法性判斷中應予以納入考量。最終仍須再一次檢視設置視框連結的行為對於競爭秩序所造成的影響，並建立違法行為的判斷標準。不過我國司法實務對於榨取他人努力成果之判斷，並未形成一套穩定且明確的操作性標準，且「違反效能競爭」一詞，可能無助於實體法的判斷。相對於此，德國聯邦法院發展出來的「納為己有」判斷標準，合理且容易操作，應該值得我國效仿之。

## 參考文獻

### 中文部分

- 石世豪，「引人錯誤之商品或廣告表示」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。
- 吳秀明，「第二十四條」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。
- 吳秀明，「競爭法之概括條款—公平法第二十四條法律適用原則與規範功能之再檢討」，收錄於：氏著，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 吳秀明主持，公平交易法國內重要案件之評析—以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年度委託研究報告（2020）。
- 何之邁、張懿云、林廷機、陳志明，公平交易法司法案例評析，初版，元照出版公司（2015）。
- 何之邁，公平交易法要義，初版，自版（2020）。
- 汪渡村，公平交易法，6 版，五南文化（2015）。
- 林家暘，「著作權觀點下的視框連結」，教育法學評論，第 4 期，153-179（2019）。
- 法治斌、董保城，憲法新論，7 版，元照出版公司（2020）。
- 許忠信，「論智慧財產權與不正競爭防止法上補充成果保護間之關係—由德國法、歐體法與日本法看我國商標法與公平交易法之修正」，公平交易季刊，第 17 卷第 2 期（2009）。
- 陳俊宏，「試論網頁超連結與著作權法的關係（上）」，智慧財產權，第 23 期（2000）。
- 趙志祥，「公平交易法之『商品表徵』研究」，公平交易季刊，第 28 卷第 1 期（2020）。
- 廖義男、王以國，「不公平競爭」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。
- 廖義男，「公平交易法第 19 條規定『不正當』之意涵」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（二），初版，元照出版公司（2015）。
- 廖義男，「消費者保護法與民法、公平交易法之關係」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司（2017）。

- 廖義男，「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司（2017）。
- 廖義男，「仿冒行為規範修正之評析」，收錄於：氏著，公平交易法之釋論與實務（三），初版，元照出版公司（2017）。
- 劉孔中，智財法及其與競爭法的衝突與調和，初版，新學林出版公司（2015）。
- 蕭雄淋，著作權法論，8版，五南文化（2015）。
- 謝銘洋、李素華，「仿冒表徵或外國著名商標」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之注釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。
- 謝榮林，超鏈結與智慧財產權關係之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文（2003）。
- 羅明通，著作權法論 I，8版，台英國際商務法律事務所（2014）。
- 蘇永欽，「私法自治與公平法的管制」，收錄於：廖義男、劉華美、吳秀明、莊春發、黃銘傑、蘇永欽，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，初版，元照出版公司（2001）。
- 蘇育正，超連結的著作權法問題：以 WCT 第 8 條「向公眾傳達」為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2018）。

## 外文部分

- Albrecht, Florian (Hrsg.), Informations- und Telekommunikationsrecht, 1. Aufl., Kohlhammer (2018).
- Alexander, Christian, „Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG bis zum Jahr 2012,“ I Wettbewerb in Recht und Praxis (2013).
- Alexander, Christian, „Rechtsprechungsbericht: Unlautere Produktnachahmung und verwandte Fälle (Teil 1),“ II Wettbewerb in Recht und Praxis (2013).
- Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, 1. Aufl., Mohr Siebeck (2011).
- Böhler, Christian, „ ‚I’ll be back‘ – Kommt es zur Rückkehr des ‚flüchtigen Verbrauchers‘ in UWG und Lebensmittelrecht?“ I Die Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (2014).
- Bornkamm, Joachim/Seichter, Dirk, „Das Internet im Spiegel des UWG,“ 10 Computer & Recht (2005).

- Dreier, Thomas/Leistner, Matthias, „Urheberrecht im Internet: die Forschungsauforderungen,“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Beilage 1 (2014).
- Eisenmann, Hartmut/Jautz, Ulrich, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 10. Aufl., C. F. Müller (2015).
- Emmerich, Volker, „Wettbewerbsrecht: Unmittelbarer Leitungsschutz,“ 3 Juristische Schulung (2012).
- Emmerich, Volker/Lange, Knut W., Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl., C. H. Beck (2019).
- Ernst, Stefan, „Rechtsproblem im Internet: urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Sicht,“ 12 Kommunikation & Recht (1998).
- Fezer, Karl-Heinz, „Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts,“ 9 Wettbewerb in Recht und Praxis (2001).
- Fezer, Karl-Heinz, „Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG,“ 7 Wettbewerb in Recht und Praxis (2006).
- Fezer, Karl-Heinz, „Immaterialgüterrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Veranstaltungsschutz (Teil 2),“ 11 Wettbewerb in Recht und Praxis (2012).
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva I. (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, Bd. 1, 3. Aufl., C. H. Beck (2016).
- Fuchs, Stefanie/Farkas, Thomas, „Kann der EuGH dem Paperboy das (Best)Water reichen?“ 2 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (2015).
- Gabel, Detlev, „Die Haftung für Hyperlinks im Licht des neuen UWG,“ 9 Wettbewerb in Recht und Praxis (2005).
- Gaster, Jens, „Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98,“ 12 Multimedia und Recht (1999).
- Glöckner, Jochen/Kur, Annette, „Geschäftliche Handlungen im Internet,“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Beilage 1 (2014).
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf N. (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., C. H. Beck (2019).
- Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel (Hrsg.), UWG, 3. Aufl., Nomos (2016).

- Grünberger, Michael, „Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke,“ *11 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (2016).
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 4. Aufl., C. H. Beck (2016).
- Haug, Volker M., *Grundwissen Internetrecht*, 3. Aufl., Kohlhammer (2016).
- Heckmann, Dirk (Hrsg.), *juris Praxiskommentar Internetrecht*, 4. Aufl., Juris (2014).
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), *Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., C. H. Beck (2020).
- Helm, Horst, „Hohes Verbraucherschutzniveau,“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis* (2013).
- Hoeren, Thomas, „Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts,“ *38 Neue Juristische Wochenschrift* (1998).
- Hoeren, Thomas, „Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr gegen Hyperlink?“ *1 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2004).
- Hoeren, Thomas, *Internetrecht*, 3. Aufl., De Gruyter (2018).
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holzengel, Bernd (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 54. Aufl., C. H. Beck (2021).
- Hofmann, Franz, „Linking und Framing – Ein paar Gedanken aus urheber- und lauterkeitsrechtlicher Sicht,“ in: Becker, Maximilian/Lauber-Rönsberg, Anne/Spocht, Louisa (Hrsg.), *Medienrecht im Medienumbruch*, 1. Aufl., Nomos (2017).
- Höppner, Thomas/Schaper, Felicitas, „Frame sucht Einwilligung: Die neue Google-Bildsuche auf dem Prüfstand,“ *8 Multimedia und Recht* (2017).
- Ilzhöfer, Volker/Engels, Rainer, *Patent-, Marken- und Urheberrecht*, 8. Aufl., Vahlen (2010).
- Jahn, David/Palzer, Christoph, „Embedded Content und das Recht der öffentlichen Wiedergabe – Svensson ist die (neue) Realität!“ *1 Kommunikation & Recht* (2015).
- Jahn, David/Palzer, Christoph, „Der mündige Verbraucher ist tot, es lebe der mündige Verbraucher!“ *7/8 Kommunikation & Recht* (2015).
- Kahl, Jonas/Schönfelder, Johanna, „Von ‚Paperboy‘ zu ‚Playboy‘ – Die Entwicklung der Hyperlink-Rechtsprechung,“ *11 Kommunikation & Recht* (2017).

- Koch, Frank A., *Internet-Recht*, 2. Aufl., Oldenbourg (2005).
- Köhler, Helmut, „Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums,“ *7 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2007).
- Köhler, Helmut, „Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterrecht,“ *5 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2009).
- Köhler, Helmut, „Das Verhältnis des Rechts des geistigen Eigentums zum Lauterkeitsrecht im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken,“ in: Lange, Knut W./Klippel, Diethelm/Ohly, Ansgar (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 1. Aufl., Mohr Siebeck (2009).
- Köhler, Helmut, „Dogmatik des Beispielskatalogs des § 4 UWG,“ *6 Wettbewerb in Recht und Praxis* (2012).
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörg (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 39. Aufl., C. H. Beck (2021).
- Leistner, Mathias, „Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98,“ *3 Computer und Recht* (2000).
- Lettl, Tobias, „Lauterkeitsrechtliches Irrführungsverbot und das Recht auf freie Meinungsäußerung – zugleich eine Beitrag zur Dogmatik des Begriffes der Irrführung im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht – ,“ in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Michael (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, 1. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Möstl, Markus, „Wandel des Verbraucherleitbild?“ *8 Wettbewerb in Recht und Praxis* (2014).
- Münker, Reiner, „Verbandsklagen im sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz,“ in: Ahrens, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/Kunz-Hallstein, Hans P. (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, 1. Aufl., Juris (2006).
- Nemeczek, Heinrich, „Wettbewerbliche Eigenart und die Dichotomie des mittelbaren Leistungsschutzes,“ *11 Wettbewerb in Recht und Praxis* (2010).
- Nolte, Georg, „Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/10,“ *12 Computer & Recht* (2003).



- Ohly, Ansgar, „Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?“ in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., C. H. Beck (2005).
- Ohly, Ansgar, „Bausteine eines europäischen Lauterrechts,“ 2 Wettbewerb in Recht und Praxis (2008).
- Ohly, Ansgar, „Die Interessenabwägung im Rahmen des Irrführungsverbots und ihre Bedeutung für die Wertungseinheit von Lauterkeits- und Kennzeichenrecht,“ in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Ohly, Ansgar/Sosnitzer, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 7. Aufl., C. H. Beck (2016).
- Ohly, Ansgar, „Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks,“ 20 Neue Juristische Wochenschrift (2016).
- Ott, Stephan, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Link und Framing, 1. Aufl., Boorberg (2004).
- Peukert, Alexander, „Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation,“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Beilage 1 (2014).
- Platz, Gunda, „Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht,“ 6 Wettbewerb in Recht und Praxis (2000).
- Reinauer, Alexandra, „Einbindung fremder Werke durch Framing,“ 5 Monatsschrift für Deutsches Recht (2015).
- Sack, Rolf, „Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG,“ 5 Wettbewerb in Recht und Praxis (2005).
- Sack, Rolf, „Immanente Schranken des Irrführungsverbots,“ in: Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Letl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., C. H. Beck (2014).

- Sack, Rolf, „Produktnachahmung und betriebliche Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG,“ 5 Wettbewerb in Recht und Praxis (2015).
- Sack, Rolf, „Leistungsschutz nach § 3 UWG,“ 8 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (2016).
- Sack, Rolf, „Fallgruppen des Leistungsschutzes nach § 3 UWG (Teil 1),“ 1 Wettbewerb in Recht und Praxis (2017).
- Sack, Rolf, „Herkunftstäuschung durch Produktnachahmung und die UGP-Richtlinie 2005/29/EG,“ 6 Wettbewerb in Recht und Praxis (2017).
- Sambuc, Thomas, „Ist der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz übertragbar?“ in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Scherer, Inge, „Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG zur europarechtlichen Vollharmonisierung der irreführenden oder vergleichbaren Werbung,“ 12 Wettbewerb in Recht und Praxis (2009).
- Scherer, Inge, „Der EuGH und der mündige Verbraucher – eine Beziehungskrise?“ 6 Wettbewerb in Recht und Praxis (2013).
- Sosnitzka, Olaf, „Das Internet als Rahmenbedingung und neue Handlungsform im Marken- und Lauterkeitsrecht,“ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Beilage 1 (2014).
- Spindler, Gerald, „Das Ende des Links: Framing und Hyperlink auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?“ 2 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (2016).
- Wiebe, Andreas, „ ‚Deep Links‘ – Neue Kommunikationsformen im Wettbewerb aus lauterkeitsrechtlicher Sicht,“ 7-8 Wettbewerb in Recht und Praxis (1999).
- Wiebe, Andreas, „Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht,“ in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., C. H. Beck (2005).

- Wiebe, Andreas, „Das Leid des Verbrauchers mit dem Verbraucherleitbild,“ in: Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Letl, Tobias (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, 1. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Wulf, Hans M./Bardenhewer, Theresa, „Framing bei technischen geschützten Werken nur mit Erlaubnis des Urhebers,“ *5 Kommunikation & Recht* (2021).

## Framed Links from the Perspective of the Fair Trade Act

Lin, Chia-Yang\*

### Abstract

In Taiwan, there has not been any discussion about whether it is fair to use a competitor's web page content through framed links. On the contrary, the same issue has been widely talked about in Germany. The German court responded by examining the setting of framed links to see if it constitutes "misleading statements (irreführende Angaben)" or "direct misappropriation (unmittelbare Leistungsübernahme)." Meanwhile, an overall evaluation of unlawfulness should not be ignored. By analyzing two German competition law judgments and related academic discussions regarding how framed links are applied in business practices, this article aims to provide some useful suggestions for Taiwan's Fair Trade Commission and administrative courts, which will definitely have to face this legal issue in the future. As for Taiwan, like Germany, an assessment regarding the possibility of misleading presentations or direct misappropriation as well as a final evaluation should be made for a single case. For this reason, we should analyze the conditions of both Article 21 and Article 25 of the FTA and their relevant administrative and juridical practices. The analysis will reveal a principle to enable a common judgment to be made according to both articles. This judgment is based on an overall weighing of interests that reflect not only the different viewpoints of the persons in the case of framing, but also the unavoidable conflict between private interests and the purposes of the Fair Trade Act. In other words, the attentiveness of an Internet user, the evaluation of the intellectual property law, the requirement to maintain fair competition in the market and the features of the Internet, especially the "free exchange of information" and "the general freedom of action by the link setter," must also be considered to achieve the balance between public and private interests. The question regarding whether setting a framed link is illegal or not cannot generally be answered. Framing in the sense of a linking technique is not per se illegal. More importantly, the unlawfulness caused by setting a framed link

---

Date submitted: May 10, 2021

Date accepted: December 28, 2021

\* Lin, Chia-Yang, Dr. iur. (Freie Universität Berlin), Adjunct Assistant Professor (China Medical University).

---

depends on the concrete situation, which may create a false image that the linked resource belongs to the link setter. In such a situation, the setter is considered to have broken the law by unjustly obtaining the competitor's work.

**Keywords:** Hyperlinks, Framed Links, Embedded Content, Fair Trade Laws, Apparently Unfair Behavior, Squeezing the Efforts of Others, Counterfeiting, False Representations.

