

學術活動(一)

企劃處

為汲取其他國家執行公平交易法之經驗，促進國際學術交流，本會於今（八十二）年二月十六日至十九日及三月八日至十二日，分別邀請美國紐約大學法學院教授 Harry First 先生及德國慕尼黑馬克斯布朗研究所（MAX - PLANCK - INSTITUT）所長 Dr. Gerhard Schricker 先生蒞會演講。

Harry First 教授為美國賓州大學法學博士，曾任職於美國賓州最高法院及美國司法部反托拉斯法署，一九七六年起任教於美國紐約大學法學院，目前正於日本東京大學擔任客座教授。Harry First 教授係國際反托拉斯法及貿易管制等方面的知名學者，除對美國反托拉斯法執行之演進有深入之研究外，更擅長各國反托拉斯法制度之比較研究。而 Gerhard Schricker 教授則為德國慕尼黑大學法學博士，曾任德國慕尼黑大學著作權法研究所所長及法學院副院長、院長，目前為德國馬克斯——布朗研究所專利法、著作權法及營業競爭法研究所所長，且為巴伐利亞學術院院士，學術地位甚高。

由於 Harry First 教授與 Schricker 教授學識、經驗俱佳，本會特分別就其專長，舉辦九場次之演講與討論，各場主題分別為：

一、Harry First 教授部分（理律法律事務所劉紹樑律師擔任翻譯）

- (一)美、日兩國反托拉斯法之比較
- (二)美國反托拉斯法除外適用之理由及範圍
- (三)美國有關違反反托拉斯法的調查程序
- (四)財產權及反托拉斯法—產品配銷制度

二、Schricker 教授部分

- (一)德國不正競爭防止法概述（中研究助研究員劉孔中博士擔任翻譯）
- (二)引人錯誤的廣告（中研究助研究員劉孔中博士擔任翻譯）
- (三)不正當的廣告（中研究助研究員劉孔中博士擔任翻譯）

- (四)促銷與廣告試用品(中研究助研究員劉孔中博士擔任翻譯)
 - (五)商業名稱之保護(台灣大學法律系謝銘洋教授擔任翻譯)
 - (六)商標的保護(台灣大學法律系蔡明誠教授擔任翻譯)
 - (七)違反不正競爭法之處理程序(台灣大學三研所張志銘教授擔任翻譯)
- 茲將各場演講重點摘述如后。

壹、美國與日本反托拉斯法之比較

一、概說：

(一)美國與日本制定反托拉斯法之歷史源起：

美國在一八九〇年制定休曼法時，係怕大財團擴大競爭規模藉以提高商品價格，且以保護消費者及小公司為出發點，換言之即以保護競爭作為遊戲規則之典範，另就日本而言，則係在盟軍壓力下制定，期利用反獨占法之制定，使市場有公平競爭之機會。

(二)企業文化與管制文化：

一般而言，企業是互相激烈競爭的，日本原係較強調合作、和諧、協調，但現在亦強調競爭，所以，美國與日本就大環境而言，在企業文化上無甚差別，惟在管制文化上仍有所差異：

- 1.美國較傾向於 leagalistic，亦即較利用司法程序保護被害人，強調保護主義。
- 2.日本則較傾向於行政指導、官僚體系，亦即較強調整體經濟利益，盡量形成一種共識。

二、美、日反托拉斯法概觀：

(一)反托拉斯法制定之目的：

1.美國：

美國執行休曼法已逾一〇〇年，當時並未強調立法目的，惟依傳統見解，制定反托拉斯法之目的為：

- (1)避免市場過度集中。
- (2)創造公平競爭機會。
- (3)保留消費者選擇機會。
- (4)保障消費者福利。

2.日本：

日本將立法目的列在反獨占法第一條：「為禁止私的獨占、不當之交易限制及不公正之交易方法，防止事業支配力之過度集中，排除依結合、協定等方法所為生產、販賣、價格、技術等不當限制，及其他一切事業活動之不當拘束，以促進公平自由之競爭，使事業人發揮其創意，加強事業活動，提高就業及國民實際所得水準，確保一般消費者之利益，並促進國民經濟之民主的健全發展」。

(二)基本成文法規：

1.美國：

- (1)休曼法 (Sherman Act) (1890) 第一條：以契約、托拉斯或其他方式所作成之結合或共謀，用以鉗制各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。
- (2)休曼法 (Sherman Act) (1890) 第二條：規範事業從事獨占行為，包括企圖獨占與獨占未遂。
- (3)克萊登法 (Clayton Act) (1914) 第二條：規範價格歧視行為。
- (4)克萊登法 (Clayton Act) (1914) 第三條：規範附條件買賣行為。
- (5)克萊登法 (Clayton Act) (1914) 第七條：規範事業結合行為。
- (6)聯邦交易委員會法 (Federal Trade Act) (1914) 第五條：規範不公平競爭行為。

2.日本：

- (1)反獨占禁止法 (Antimonopoly Act) 第三條：禁止私的獨占及不正當之交易限制。
- (2)反獨占禁止法 (Antimonopoly Act) 第十五條：有關合併的管制。
- (3)反獨占禁止法 (Antimonopoly Act) 第十九條：有關不公平交易方法之

禁止。

(三)執行機關及執行趨勢：

1.美國：

(1)執行機關：

- ①法務部反托拉斯司 (Antitrust Division)：執行休曼法及克萊登法。
- ②聯邦交易委員會：執行聯邦交易委員會法及克萊登法第七條。由國會成立，執法時獨立於總統，其編制有五個獨立委員，經由總統提名，上議院同意後任命，任期七年。

(2)執行趨勢：

- ①政治壓力：任一國家在執行反托拉斯法過程中難免會有政治衝擊，政治力量是主導美國反托拉斯法執行方向的原因之一，例如美國煙草公司案。

- ②反托拉斯法在概念上之變化：

美國在八〇年代無論思潮及政治上皆存在很大的轉變，在政治上共和黨雷根總統，替代民主黨入主白宮；思潮上則是講求解放管制，並受到芝加哥學派影響，強調減少政府干預。

此外，八〇年代共和黨執政時，在反托拉斯法執行方面，制定了一些反托拉斯法執行指導準則：

- A. 結合管制指導原則 (Merger Guideline)：一九八二年修訂。
- b. 垂直限制指導原則 (Vertical Restraint Guideline)：一九八五年制訂。
- c. 國際指導原則 (International Guideline)：一九八八年修訂，係針對國際交易商業行為涉及反托拉斯法之指導原則。

(3)私人執行：

美國執行反托拉斯法有一頗為特殊之處，即透過私人起訴行為執行法律，蓋依美國克萊登法第四條規定，任何一個人他的事業或財產因為受到違反反托拉斯法的行為侵害而受損時，可請求民事救濟，原告如勝訴則可要求被告支付原告訴訟費用，此對私人起訴誘因很強。但是，此種執行方

式亦有其弊端，有人認為會形成濫訴，浪費資源。

3.日本：

(1)執行機關：公正取引委員會。

(2)執行趨勢：

1.一九四七至一九五〇年積極執行，例如針對二十六家在東京的銀行聯合約定存款利率行為予以查處，及對營建業者之圍標行為予以查處等。

2.一九五三年修改反獨占法，降低其法律效力，增加部分條文使公正取引委員會有權力豁免一些行為，例如：合理化聯合、不景氣聯合等，此主要著眼於政治因素之考量。

3.一九七七年又修改反獨占法，加強行政罰鍰規定。

4.一九八九年美、日針對貿易體制結構進行談判，美國要求日本加強反托拉斯法之執行，日本公正取引委員會於貿易談判後，訂定（草擬）一些指導原則：

①訂定經銷商執行原則。

②草擬研究發展合作行為準則。

(3)私人執行：

日本私人執行的案件很少，係導因於：

①獨占禁止法係單一損害賠償而非三倍損害賠償。

②日本提起民事訴訟的損害賠償救濟，其要件之一係必須日本的公正取引委員會先作一正式裁決。

(四)結論：

1.日本與美國反托拉斯法就法規內容及執行方面而言其實是大同小異。例如：在日本法中並無所謂的當然違反（*per se illegal*）之情形，但實際執行時不一定有差別，差異較大的還是管制文化之差別。

2.日本公正取引委員會在執法方面可能作得不盡理想，其原因是其無法在其官僚體系下從事行政指導，且其在宣導方面亦顯不足，沒有讓社會大眾明瞭反獨占法之施行對整體經濟社會之正面影響。

3.以長遠角度看，執行反托拉斯法者必須瞭解其常會受到批評，但基本上，反

托拉斯法存在的價值還是值得肯定的。

貳、美國反托拉斯法除外適用之理由及範圍

一、概說：

- (一)美國並非所有經濟部門均適用市場經濟法則，放任自由競爭，基本上美國亦是一個混合的經濟體制，有相當多的經濟部門，如運輸、通訊、金融等，政府基於保護公共利益的目的，常以立法或行政指導的方式加以管理。
- (二)政府管制的理論基礎，是以管制方式避免市場失控，損及公眾利益，但實際上，卻經常造成被管制的對象為免於競爭，而對行政機構施加壓力，以保障其既得利益的情況。

二、美國反托拉斯法除外適用之範圍：

- (一)在美國有關運輸、通訊、電力、金融等產業雖然以立特別法之方式管理，但FTC都曾對該等產業提起違反反托拉斯法的控訴。
- (二)美國法院對於法律規定是否可以豁免反托拉斯法之規範，主要斟酌兩點：
 1. 法律條文是否已有明文之豁免規定；
 2. 探究該產業之經濟管制是否完備，而不適用市場機能的觀念。以美國紐約證券交易所的案件為例，雖然法院最後裁定證交所統一手續費率之作法有特別法之規範，並不違反反托拉斯法，但由於公平競爭的精神深植民心，最後仍促使證交所修改其手續費收取之方式。這也說明反托拉斯法之觀念在執行之初可能不為系爭規範對象所接受，但強調公平競爭、隨市場機能運作的經濟法則終將為人們認同，而可扭轉以往固有的積習與陋規。
- (三)另，美國輸出卡特爾豁免反托拉斯法之規定行之已久，1982年美國更制訂「輸出貿易公司法」(EXPORT TRADING COMPANY ACT)，以使美國廠商得以與日本廠商在世界貿易舞台上競爭。輸出卡特爾雖有其經濟效益上的考量，但美國在執行上卻有雙重標準，即只允許自己形成輸出卡特爾，而不允許其他國家成立相應之卡特爾組織。這種

以鄰爲壑的作法，長期而言對全球經貿發展並無幫助。

三、美國各州經濟管制與反托拉斯法之關係：

(一)美國各州都擁有立法權，州政府可透過立法或管制的方式，將交通、電話等部門納入政府的管理。

(二)惟法院對州政府的管制是否免除反托拉斯法之適用，則採嚴格的認定態度，並認爲州政府的管制需符合

1. CLEARLY ARTICULATED AFFIRMATIVELY EXPRESSED AS STATE POLICY (明確宣告爲該州之政策) ；

2. ACTIVELY SUPERVISED BY THE STATE (州政府積極地監督管理)

兩個條件，否則不能豁免反托拉斯法的適用。

茲舉兩個案例，其一是加州州政府對酒商所申報的轉售價格未予以監督，致使該酒商違反限制轉售價格之規定；其二是某保險公司所申報的產權保險費率，加州州政府並未加以實質上的審查，而使該費率不能豁免反托拉斯法之規範。

(三)另，對於政府介入市場扮演參與者的角色時，其所做的行爲亦應受反托拉斯法的規範。若政府機關形成買方卡特爾時，同樣應適用反托拉斯法。

(四)政府機關在決策過程中，即使特別偏好某一廠商，而透過立法方式給予其方便時，法院基本上會尊重法律條文的規定，使政府該項行爲排除反托拉斯法的適用。

以 OMNI 廣告公司的案件爲例，由於哥倫比亞市市議會所通過之法律，有利於某廣告公司提供該市戶外廣告看板的服務，在法院尊重法律規定的情況下，OMNI 公司對哥倫比亞市與某公司共謀的控訴並不成立。

參、美國有關違反反托拉斯法的調查程序

一、執法體系：

美國執行反托拉斯法的行政機構有二：一是法務部（DEPARTMENT OF JUSTICE），該機構可發佈停止或解散命令，制止違反反托拉斯法之行為。法務部最重要的工作，是對犯罪案件向聯邦地方法院提起刑事訴訟，若對地方法院的判決不服，可再上訴聯邦上訴法院或聯邦最高法院。

另一個執行反托拉斯法的機構是聯邦貿易委員會（F.T.C.），惟其只能執行停止及解散命令，不能執行刑事起訴。F.T.C.對案件的處理係透過內部公聽會的方式做成決定，若事業有所不服，可向該委員會提起訴願，而由F.T.C.的委員裁決。如果事業單位仍有不服，可直接向上訴法院提起司法救濟，再不服則可達最高法院，因此，F.T.C.有一審法院的功能。

二、刑事案件執行情況：

近年來美國法務部對違反反托拉斯法案件的處理係以涉及刑事之案件為主，以1991年為例，該年處理涉及刑事之案件（CRIMINAL CASE）有八十一件，民事案件（CIVIL CASE）只有二件。1986年至1991年個人因違反反托拉斯法而被判刑者平均刑期如附表一，最高刑期為三年；而1986年至1991年事業因違反反托拉斯法被處以罰金者平均金額如附表二，最高曾以科以一千萬美元之罰金。

三、刑事案件處理程序：

違反反托拉斯法之刑事案件處理程序如次：

- (一)偵察—蒐集證據
- (二)告發
- (三)逮捕、出庭
- (四)審問
- (五)宣判
- (六)上訴

另，檢察官在執行刑事案件之偵察時，除搜索、扣押外，還有兩個重要的輔助工具，其一是檢察官免起訴之裁量權（IMMUNITY），即對於犯罪集團

中較合作、願意提供案情的人，給予免予起訴之優惠，使案件容易偵破；另一則是大調查團（GRAND JURY）制度，該調查團由民衆組成約有二十四人，可發刑事傳票，收到傳票的人有義務出庭作證，最後再由大調查團決定是否起訴。

附表一

年 代	處徒刑人數	平均刑期(月)
一九八六	十六	五·七
一九八七	十五	四·四
一九八八	三〇	六·五
一九八九	三二	七·八
一九九〇	十七	五·四
一九九一	廿二	九·九

附表二

年 代	罰金公司數	平均罰金(\$)
一九八六	五六	171,000
一九八七	六六	246,000
一九八八	八三	347,000
一九八九	八五	301,000
一九九〇	七三	310,000
一九九一	五五	319,509

伍、財產權及反托拉斯法—產品配銷制度

一、垂直交易限制

(一)在產品配銷制度上，最可能發生違反反托拉斯法方面的問題，即係垂直交易限制。

(二)垂直交易限制，依其是否以價格為限制競爭的手段，又可分為

1.垂直的價格限制，即一般所稱之約定轉售價格。

2.垂直非價格限制，可分為：

(1)獨家交易（EXCLUSIVE DISTRIBUTION）。即下游廠商向上游承諾僅向其購買、此外亦可能發生於上游對下游的承諾、或雙向承諾的情況。

(2)地域限制（TERRITORIAL）：約定下游廠商不能越區銷售的情形。

(3)顧客限制（CUSTOMER）：指家下游廠商銷售對象的情形。

(二)一般對於事業所進行的垂直非價格交易限制，所採取的態度可分為二種：

1.傳統的觀點

傳統的觀點較著重於同一品牌商品內的競爭（INTRABRAND COMPETITION）以及廠商間的交易自由權利，因此較不認同垂直非價格交易限制，認為其可能會產生反競爭（ANTICOMPETITION）的效果。

2.新經濟觀點（NEW ECONOMICS）

自一九六〇年代末期至一九七〇年代起，另一種新的經濟觀點產生，並逐漸自經濟學領域，延申至法學界，並影響法院的判決。此一觀點立基於：

(1)較著重於廠牌間的競爭（INTERBRAND COMPETITION）。認為

只要存在一定程度不同廠牌間的競爭，縱使某一品牌內有垂直的非價格交易限制行為，亦不致對市場競爭有太大的妨礙，甚至在獨家交易限制、地域限制等情況下，經銷商在一定的經銷權利保障下，可能更會提高其服務品質，將更有助於廠牌間的競爭。

(2)製造商有追求最大配銷系統效率的動機。認為製造商之所以會有此等限制下游經銷商的行為發生，主要係認為唯有透過這種方式，方能使其配銷系統之效率達到最高。且透過這種方式，也能避免搭便車的情形發生。

3.但是無可否認，在製造商卡特爾的情況下，上游業者的垂直交易限制亦可能成為強化其卡特爾成員凝聚力的工具。此外，在零售商卡特爾的情形，亦可能反向要求上游業者進行垂直交易限制。

4.另亦有人基於保護小型零售業者的立場，而贊成進行垂直交易限制。

(四)法律的看法

可自以下三方面加以說明

1.法規架構：美國用以規範垂直交易限制行為之法律為一

(1)休曼法第一條。

(2)克萊登法第三條。

2.製造商自由的考慮

認為契約自由雖很重要，但是若為取得或維持獨占地位所為之限制交易相對人自由的行為，則可能違法。

在 UNITED STATES V. COLGATE 案中，COLGATE 單方面的公開說明，要成為其經銷商即必須遵守約定轉售價格的規定，由於僅係單方面的宣佈，並未達成合意，因而判定並未違法。

3. 經銷商的限制

- (1) 早期認為對於已經賣出去的商品，製造商即不應對經銷商加以限制其銷售方式，因而所有的垂直交易限制都是當然違法的。例如 DR. MILES MEDICAL CO. V. JOHN D. PARK & SONS 案中，法院即持此一看法。
- (2) 之後，聯邦立法授權各州是否要立法將事業的約定轉售價格行為視為合法。
- (3) 一九六七年在 UNITED STATES V. ARNOLD, SCHWINN & CO. 案中，仍對於事業的地域限制行為視為當然違法。
- (4) 一九七七年 CONTINENTAL T. V., INC V. GTE SYLVANIA 案以後，開始以合理原則判斷事業的垂直非價格限制行為。截至目前為止，美國所曾發生過之垂直非價格交易限制案例，均判定為合法。
- (5) 自一九八七年起，嚐試立法禁止事業的約定轉售價格行為。

學術活動(二)

企劃處

壹、德國不正競爭防止法概述

一、歷史，概念及體系上之分類：

- (一)不正競爭法產生於十九世紀中葉之歐洲大陸，其中德國於一八九六年頒佈第一部不正競爭防止法；該法曾於一九〇九年修正。不正競爭之概念於整個歐洲大陸普遍地被接受。惟英國並未接受此概念，在該國僅能針對個別之不正競爭的行為採取行動，而沒有一部相互關聯、體系統一的不正競爭防止法。
- (二)現今歐洲各國之不正競爭法多為私法，卡特爾法亦為私法上之特別領域。
- (三)不正競爭防止法與卡特爾法有其共同之目標：確保及保護競爭之制度，但其保護之重點不同，不正競爭法旨在對抗以不正當行為所為之不實競爭，卡特爾法則在於確保競爭之自由。二者關係密切，可稱為市場經濟之基本法。在適用上，二者常有關聯，甚至重疊。基於此二法之密切關聯，所以部分國家設有同時主管防制限制營業及不正競爭之機關。例如：美國聯邦交易委員會即採此模式，在歐洲的英國及義大利亦有類似機關，日本及臺灣亦然。

二、國際法：

- (一)傳統上，外國人只有在其母國承認互惠原則時，始受到不正競爭防止之保護，惟隨著世界貿易之日漸增加，十九世紀末期即顯示互惠原則不足之處。一八八三年的巴黎公約即在會員國間以本國人處遇原則（等同原則）取代互惠原則。
- (二)不正競爭法在國際法上尚有另一個問題：即事實關係若涉及數個國家，則應適用何國法律。現今德國實務原則上是以競爭利益發生衝突之處所為行為地

，若以相同方式涉及數個市場，則適用對每個市場有效之本國法。

三、保護目的：

(一)不正競爭防止法具有三項保護目的：

- 1.保護以個別或團體地位參與競爭之企業，
- 2.保護市場之相對人，買受人，特別是個別的最終消費者，
- 3.保護大眾之利益。

(二)換言之，不正競爭防止法具有整合性的競爭者保護、消費者保護及大眾利益保護，德國、比利時及西班牙之競爭法即是如此，歐洲經濟共同體頒布之準則亦追求此三重保護目的。

四、個別構成要件及一般條款：

(一)歐洲多數國家之不正競爭防止法中，一方面例示被禁止之不正競爭之個案，一方面又以一般條款補充例示的規定。此種立法技術在於確保最大的法安定性及法律效果之可預見性。

(二)一般條款幾乎均援引法律以外之標準，大多數之標準一方面包含實踐及習慣，另一方面包含道德、倫理之準則。

五、不正競爭行為之分類：

(一)剝削他人之行爲

1.引起混淆之危險，標誌保護，剝削他人名聲

(2)引起混淆之危險，標誌保護

①商標保護（商品商標、服務標章、商品包裝）

②企業標誌（名稱、商號，特別是營業標記，工廠名稱）

③其他引起混淆之案例，特別是模仿廣告行爲

(2)借用：公開借用、暗中接近

(3)其他剝削他人名聲及攪水之案例

2.剝削他人之工作及組織，秘密之保護

- (1)盲目的模仿
- (2)營業及營運秘密之保護，樣品之剽竊
- (3)挖角

(二)妨礙他人之行爲

- 1.貶損性之陳述，名聲及信用之保護
 - (1)中傷
 - (2)涉及人身的廣告
 - (3)比較性質的廣告
- 2.杯葛及歧視，違反營業約束協定，削價競爭，提供免費額度，其他破壞市場之行爲
 - (1)杯葛及歧視
 - (2)違反營業約束協定
 - (3)削價競爭，提供免費額度，其他破壞市場之行爲

(三)圖謀利益

- 1.引人錯誤的廣告
- 2.原產地表示之保護
- 3.不道德的廣告方式，賄賂
 - (1)拉拉扯扯的廣告，逕行寄送未訂購之商品，騷擾廣告
 - (2)以價格廣告爲手段之心理上的購買強制
 - (3)摸彩，懸賞
 - (4)累進性的爭取顧客，滾雪球的體系
 - (5)經偽裝的廣告
 - (6)不客觀的廣告
 - ①援引無關之權威
 - ②訴諸宗教、政治或愛國的感情
 - ③利用恐懼感覺、製造慌亂
 - (7)賄賂

(四)鄰接領域：贈品及折扣法，特別的銷售活動

六、歐洲經濟共同體內法律之調和

- (一)歐洲經濟共同體自一九五七年成立以來，迄今有十二個會員國。歐體在共同單一市場運作所必要之範圍內，計劃統一會員國的經濟法，所以有歐洲專利制度之建立、商標法之調和措施，多年以來更致力於不正競爭防止法之調和。此項法律調和之目的在於，確保商品及勞務之自由流通、排除對競爭之扭曲，並在歐體建立統一的消費者保護標準。
- (二)經過長期的準備工作，歐體於一九八四年制定關於引人錯誤廣告的第一部準則。一九九一年則提出關於比較廣告之準則。一般而言，歐洲法對本國法之影響在未來一定會增加；雖然緩慢，但目前歐洲在不正競爭法上已漸邁向統一的保護標準。

貳、引人錯誤的廣告

一、概念

- (一)德國法的“廣告”是指，「於營業交易中出於競爭目的就業務關係所為之一切表示」。
- (二)歐體一九八四年引人錯誤廣告之準則第二條第一款對廣告之定義大體上與德國法一致，但範圍較廣，亦即「廣告係為促進商品銷售或營務提供（包括不動產）、或促進權利及義務，而於從事貿易、營業、手工業或自由業時所為之一切陳述。」
- (三)一般而言，引人錯誤廣告之本質為，供應人就其商品、企業、價格或其他業務關係所為之引起買受人大眾錯誤印象的表示，該錯誤印象又足以促使買受人積極接受廣告人之商品。
- (四)引人錯誤的廣告與中傷之區別即在於，後者係散佈關於競爭對手不實而貶損性之聲明，廣告人的中傷行為在於散佈競爭對手惡劣但不實的形象。
- (五)引人錯誤的廣告與引起混淆（特別是經由濫用商標、商號及其他區別標記）則較難區分。在引起混淆之情形，買受人之錯誤係與某一特定競爭對手有關

；然在引人錯誤的廣告，錯誤係與某一特定共同競爭者無關；被誤導的是例如品質特色、價格位置、存貨之範圍、買賣條件以及廣告人企業之重要性等客觀因素。

二、法源，構成要件、要素

(一)德國私法上對引人錯誤廣告之禁止係規定在不正競爭防止法第三條，該規定採一般條款之廣義方式，故亦被視為不正競爭法上的“小型一般條款”。台灣公平交易法第二十一條第一至三項之規定即相當於德國不正競爭防止法第三條之規定。

(二)德國不正競爭防止法第四條對引人錯誤廣告規定刑罰之構成要件。

(三)德國不正競爭防止法第五條明文規定，若僅涉及種類之標記，則不構成引人錯誤的原產地標記。且於判斷引人錯誤之際，“圖像之表現及其他活動”應與文字之廣告表示等同處理。

(四)德國不正競爭防止法第六條對於來自於破產財團商品之引人錯誤廣告有特別之規定；最後，第六條之一至第六條之五規定特別的危險構成要件，絕對禁止某些行為方式。

(五)引人錯誤廣告之基本構成要件，即規定於不正競爭防止法第三條。此構成要件具有以下之前提——除在營業交易中為競爭目的之行為外：

一必須涉及表示；

一該表示必須是引人錯誤；

一該表示必須有吸引力；

一須衡量及評估利益後認為正當時，始得禁止之。

茲分述如次：

1.對於業務關係之表示：

(1)“表示”此一概念應從寬解釋。任何一種溝通的工具：例如文書、語句、圖像、形體、姿勢等皆可為表示。“表示”既可是事實，亦可是價值判斷。

(2)所有關於“業務關係”之引人錯誤的表示種類均在禁止之列。若僅係引起

不確定之印象、感覺或無意識的購買動機，而非理性的、具體的想法，則不在禁止之列。

2. 引人錯誤

(1) 不正競爭防止法第三條所謂之“引人錯誤之表示”，並不限於已完成之引人錯誤，亦包括引人錯誤之危險。在引人錯誤之危險方面，德國通說認為，只有在有某種程度之誤認危險時，始禁止之。原則上，法院約以買受人之百分之十受到誤導為其介入點。但是在涉及民衆健康利益之廣告時，法院裁判則以百分之五之消費者可能受到誤導為其介入點。

(2) 對於重要性之訴訟案件，一般習慣係以民意調查證明引人錯誤，此外，法官亦習慣以其自身之生活經驗判斷引人錯誤之危險。

(3) 引人錯誤廣告之類型包括：

① 不完整之廣告：例如：若交易上特別重視某種情況，而廣告人加以隱瞞。

② 利用「捉住眼光」引人判斷錯誤：例如當廣告人於廣告中以大寫字母及粗體印刷製作其中之某些表示，縱使再另行以較小字母、或於腳註中或於廣告單之背面製作正確之補充，亦構成引人錯誤。

③ 形式上正確之表示導致錯誤推論：例如食品製造人廣告其產品無化學防腐劑，然而此種類之產品均是如此，該廣告將使消費者誤以為其他他產品係經化學防腐。

3. 吸引力

(1) 構成引人錯誤廣告的第三個要件是「吸引力」。也就是說，僅有足以對買受人發揮吸引力的不實表示，方會受到不正競爭防止法第三條的規範。

(2) 在判斷廣告是否存在吸引力時，並不要求該吸引力強到會直接影響到買賣的決定，或以直接影響買賣決定為目標。而僅須該廣告的表示足以吸引有興趣參與買賣的人，並且使其更傾向於接近其可能原本未注意到之買賣。相反的，若廣告的效果並不足以影響買受人或甚至或會嚇走買受人時，則不在不正競爭防止法的規範內。

(3) 若商人先以在櫥窗內展示，特別便宜的「引誘商品」吸引顧客進入其商店

，然後再告知顧客已無存貨，且無法出售櫥窗所展示之商品的行為（事實上自始即無存貨，而只在於出售另一個更貴之商品），則構成「吸引力」要件。一般而言，若廣告主為不實表示，即可推定他期望對大眾產生積極的作用，但遇有爭議之案件，亦可以民意調查的方式查證是否有吸引力的存在。

4. 利益衡量

- (1) 無論是整部競爭法抑或是不正競爭法第三條（特別在具體化引人錯誤之概念時），均應採取利益及價值衡量法學的方法。
- (2) 應用在引人錯誤廣告案時，所謂利益的衡量是指究竟應有多少百分比的買受人受到誤導，為政府應介入的臨界點。若廣告所牽涉者，係重大的買受人利益以及大眾利益，則前項受誤導的百分比應可降低；惟若所涉及的是廣告主的重大利益，尤其是在保護廣告主之營業信譽的情況，則所稱受誤導百分比則不妨略為提高。
- (3) 若廣告訴諸不同的交易對象（例如個別的最終消費者以及專業人士），此時在判斷廣告是否有引人錯誤時，即須加入利益衡量的考量。例如專業術語的使用，對專業人士而言，他們能正確理解該術語，且該術語係有價值的資訊，但卻可能對個別最終消費者引起誤導。此時，必須衡量個別最終消費者的保護利益及專業人士的資訊利益。依據德國法院的裁判，個別最終消費者若處於特定的技術領域（如想依“自己動手做” DO YOUR-SELF 之程序從事修理），則有時必須適應專業術語。

三、實務中形成的不實廣告類型介紹

以下僅就德國司法裁判中，列舉較重要的引人錯誤廣告類型：

(一) 品質的不實表示：即不可就商品的質料引人錯誤。例如

1. 紡織品若混有人工纖維，即不得標榜為「純毛料」。
2. 化學人工產品不得標榜為天然產品或在該標示之下進入交易市場。
3. 蘋果汁必須自新鮮蘋果提榨。
4. 不含鋼筋之水泥不得標示為「鋼筋水泥」。

5. 僅具有播放錄影帶功能的機器，不得標示為「錄放影機」。

(二)對於商品或服務特性、質量及效能之不實表示：例如

1. 平均水準之服務不得標榜為最佳服務。
2. 非屬優良品質之商品，不得標榜為「德國最佳產品」。
3. 商品須在世界上相關國家享有良好聲譽，始得廣告為具有「世界聲譽」。
4. 雜誌以其版數之多寡為廣告者，若僅其中一部分版數確經賣出，則該廣告引人錯誤，蓋在交易上首先會想到出售的版數。
5. 產品經標示為「受法律保護」，交易上會以為是專利保護，故僅產品的商標受到法律保護、或有其他權利（新型或新式樣）者，不得使用「受法律保護」的標示。此外，若僅申請專利而尚未自專利局取得專利者，亦不得以專利保護為廣告。
6. 無品牌商品不得標示為「品牌商品」。

(三)原產地的不實表示：原產地的保護主要對食品、飲料及其他農產品有其重要性。

1. 關於原產地的引人錯誤廣告，可經由不實使用國家、地區、城市或其他地理單位名稱等直接方式為之，亦可經由所謂的間接產地標示為之。例如使用外國之顏色、徽章及象徵符號、或使用外國語言文字、或使用與特定城市有關之圖畫（如古蹟建築）等。
2. 不正競爭防止法第五條明文規定，若地理上原產地之表示已成為商品種類之標示，在交易上不再被視為表示特定的地理來源，而是表示某產品的品質，則不生引人錯誤的問題。例如在德國，「日本紙」是指半透明紙之某特定品質，在交易上即不會誤認此種紙張係在日本製造；另如交易上若將某種標示視為想像之標示，亦不會對原產地有所誤導。例如以「北極」牌名義上市之冰箱，交易上即無人會以為該冰箱確實係在北極生產製造。
3. 歐洲經濟共同體不久前已發佈關於原產地標示及食品與農產品地理上表示的保護命令。該命令包含了一個應將標示登記於歐體委員會登記簿之全歐體的特別保護體系；經該登記之標示即在歐體各國受到保護，換言之僅有來自於係爭地區且符合使用該標示要件的產品，始得使用該標示。

(四)此外尚包括：

1. 商品製造方法的欺騙，例如工業製造產品不得標示為手工製造。
2. 價格計算上的誤導，例如不得就未真實發生的降價而為欺騙、不得就普通價格之商品廣告為特價品、若並非所有特賣品在比較後確屬便宜，不得以引起他人認為所有商品均較便宜印象的方式表示之。
3. 進貨方法及進貨來源之誤導，特別是供應商之批發商、零售商或製造商功能之誤導。
4. 對所得獎賞如得獎獎章、榮譽狀、執照、官署之認可書狀之誤導。
5. 對銷售動機及目的之誤導，如本係商人之正常銷售程序卻偽稱為機會買賣。
6. 對存貨數量或交貨可能性的誤導，最常見的是，將商品以特賣品價廉出售，但該商品的存貨極少。
7. 對供應商企業的大小、重要性及專精事項之誤導。
8. 對廣告人企業之歷史及傳統的誤導。
9. 對企業所有人及員工之誤導，特別是關於其基礎訓練及完成之考試，例如偽稱企業為專門技師業，且其所有人通過相關技藝之技師考試。
10. 在比較廣告上，常見之不實廣告類型為一
 - (1) 單純不實報導商品的測試結果。
 - (2) 以過時的測試結果作為廣告內容。
 - (3) 不完整的報導測試結果，以引起錯誤印象。例如某人以真實的測試結果「優良」為其產品廣告，但對幾乎所有其他競爭產品均得到「極優」評斷一事保持緘默。

四、國際間法律的差異。歐洲經濟共同體關於引人錯誤廣告的準則

國際上對於引人錯誤廣告的禁止規定，一直到一九五八年里斯本修正會議中始制定（即巴黎公約第十條之一）。此乃基於雖然引人錯誤廣告行為受到普遍的責難。但是基於廣告本身即具有誇張的傾向，因此各國政府對於應容許何種程度的不真實廣告以及法律上重要的引人錯誤的要件，即有不同的看法。

以德國為例，其法院對於不實廣告的裁判是極端嚴厲的。只要可能引起小部分買受人錯誤的印象，即足以構成違法，此外，不完整的表示，甚或資訊的保留，均可能構成引人錯誤；相反的，義大利及英國法院的裁判卻極為寬容，不實表示被普遍地視為無傷的誇張或市場叫賣，而當然受到允許。形成此一差異的原因，應與其各自有關實體法的標準以及證據法的要素有關：

- (一)在德國，允許以民意調查的方式證明交易圈的想法，而且以約百分之十的交易參與人受到誤導之頗低水準，做為法院介入禁止之點。
- (二)但在其他歐洲國家，特別是義大利及英國，並不接民意調查的證據手段。而係由法官以其自身的生活經驗判斷引人錯誤的廣告。因此，在結果上，平均消費者的觀點就是法官自己做為「已經啓蒙」（受有教育且有經驗）且不易受騙的消費者的想法。此外，義大利法院一直認為，消費者是多疑且小心謹慎的，因此能對抗廣告中的種種承諾。

為調合歐洲經濟共同體內各國有關引人錯誤廣告的規範，一九八四年歐體完成了所謂引人錯誤廣告準則，但此一準則實際上能發揮的效力卻有其限制。因為在該準則上，雖然對所謂的引人錯誤廣告有所定義（如下），但對於判斷引人錯誤的二個最重要因素—買受人受誤導的比例、及證明交易圈想法的方式等，均未在該準則中規定，因此各國仍然繼續其既有對引人錯誤廣告的處理方式。

依據歐體引人錯誤廣告規則，所謂引人錯誤廣告為一「廣告—不論以何種方式（包括陳設方式）—欺騙或足以欺騙其所訴求或為其所及的對象，而且該廣告所包含之欺騙會影響該對象之經濟行為，或因而損害或足以損害其競爭對手者。」

參、不正當的廣告

一、引起混淆的廣告

- (一)對抗引起混淆危險之保護案件中最重要者，係商標法中之規定。而不正競爭防止法第十六條則為對抗混淆危險的特別規定。其主要係禁止混淆商號、營

業標記或標誌及工廠名稱。

- (二)此外，不正競爭防止法第一條亦可補充地適用保護既不受商標法，亦不受不正競爭防止法第十六條保護的標示特徵。但其適用範圍相當狹隘，主要是用以保護廣告措施，例如廣告標語。惟其前提是該廣告措施具有區別的效果，而且模仿會導致混淆營業活動之客體及處所之危險。

二、借用性質的廣告

- (一)著名競爭對手的名譽、聲望、形象及善意不僅可以經由引起混淆而被利用，亦可經由所謂的借用而被利用。
- (二)借用不會導致同一性的錯誤，但廣告人卻可以此將自己或其產品表現為與著名競爭對手的企業或產品不分軒輊。例如將自己的產品標示為著名產品之「代替物」或為其「同類型」之產品，或主張其具有相同之價值，或以其他方式建立關聯，但廣告人使用另一種商標或表示其自己的商號，使他人得以清楚的區別其與所借用的著名企業或著名商標不同。故該廣告非商標法規範範疇，亦非不正競爭防止法第十六條所規範，而屬不正競爭防止法第一條的不正競爭行為，縱使借用並未違反事實（即廣告的產品確實和其借用者的品質一樣好）亦然。
- (三)但是在某些情形下，若有充分理由提及或在客觀必要範圍內他人產品，借用性質廣告亦可允許。例如針對特定車輛生產的零件，若不得提及其所針對特定的汽車廠牌，將無法銷售其零件，但供應商必須注意避免引起混淆及欺騙。例如，專門修理賓士汽車的修車廠得在廣告中提及此項專門項目，但不得引起其係屬於汽車製造商本身或經其授權之修理工廠的錯誤印象。

三、中傷，涉及人身及比較的廣告

- (一)德國不正競爭防止法第十四條對有關中傷行為之規定與我國公平法第二十二條之不同處在於德國法規定舉證責任之倒置即以無法證明為真實之主張貶損他人，受波及之他人不須舉證該主張之真實性，而應由主張之人證明其所主張之真實性。

(二)於廣告中聲稱，其商品較競爭對手為優或價格較低廉，且此項比較係不正確或引人錯誤，則必構成不正競爭。

歐洲各國對符合事實之比較性質的廣告是否亦為不正當，判斷不同。有一般性禁止者（例如比利時及義大利）；有某些調解方案者（例如：德國、荷蘭及瑞士），以及原則允許者（例如：丹麥、法國及奧地利）。

(三)禁止理由：

- 1.系爭競爭對手之名譽及聲望受到損害；
- 2.競爭對手勿須容忍他人將其做為廣告之跳板；
- 3.廣告本即應避免帶有攻擊性。

(四)允許理由是：

- 1.消費者可享受完整資訊；
- 2.大眾對市場透明性及對自由且激烈之競爭所享有之利益；
- 4.廣告之言論自由係基本人權。

從比較法的觀察可以看出，國際間明顯地由禁止原則趨向允許原則。

四、經偽裝的廣告

依競爭法之基本通則，消費者主權應包括能區別廣告與中立的資訊，以審慎地接收片面標榜的廣告，並衡量其優劣。因此，媒體有義務將廣告與編輯部分區分，廣告即為廣告，不能與新聞報導混淆。

五、騷擾廣告

騷擾廣告之特徵係使買受人面臨不適的、壓迫的廣告方法。在此首重消費者之保護。並非所有令人不適的廣告均是不正競爭防止法第一條之不正當的騷擾廣告；僅某些令人無法期待忍受之騷擾形式係違反競爭之行爲。例如：街道上與顧客攀談，以強制其進入營業場所；寄送未訂購之商品，縱使告知消費者並無購買之義務；電話廣告等。德國聯邦法院裁判一貫認為此係非法侵入他人之私人領域。

六、不客觀的廣告

廣告必須客觀，以提供消費者可據以判斷的數據資料，現實世界之廣告為多不符合此項嚴格理想，從而甚難加以禁止，然而。就某些案件言，法律對不客觀廣告之干預仍有其必要。以特別法禁止特定的廣告形式及內容，主要見於藥品廣告法、食品法及日用品法。例如：藥品以推薦、感謝函為廣告之方式，受到限制；非專業人士製作之廣告不得以畫面表現該位人士穿著工作服、或置身於從事醫療工作的活動。

肆、促銷與廣告試用品

一、折扣

- (一)依德國折扣法之規定，凡是企業事先預告的降價、減價或針對特定消費團體會員，所訂定之特別優待價均是「折扣法」所謂的「折扣」。
- (二)「折扣法」所要防範的是銷售者與個別的購買者個別地討價還價，且使個別購買者以低於銷售者的一般售價完成交易。此一「不二價」規定適用於所有日常民生用品與商業服務項目。
- (三)「折扣法」亦有例外規定，例如：消費者以現金支付貸款，則最高可獲百分之三現金折扣；買賣數量較大則可享受折扣優待等。
- (四)「折扣法」目前於遭批評在法律上不合時宜，消費者團體與消費者諮詢委員會亦多次建議廢除「折扣法」。

二、低價傾銷

- (一)原則上低價競爭係屬合法（甚至售價低於成本亦為合法）除非事業有計劃地鎖定某特定競爭對手。利用削價手段將之逐出市場外方構成違法（此即所謂之殲滅性之惡性傾銷），惟在實務上，德國尚未有對於殲滅性惡性傾銷之判例，其原因在於對殲滅意圖舉證之不易。
- (二)目前德國較新的判決乃對削價競爭行為增列一項違法要件，此即「對社會有害之競爭干擾行為」。此一違法要件的認定勿須當事人的主觀意圖，如果削

價競爭巨大到、廣泛到足以對該行業的市場競爭產生毀滅性影響並有產生壟斷危險時，根據「不正競爭禁止法」概括條款規定，此項削價競爭得被認定違法，並予禁止。惟法院甚少會認定「對社會有害的競爭干擾行為」，此尚須其他的條件配合才可能產生判決。

三、附送贈品

(一)一九九三年德國因世界經濟危機並為保護本國經濟，訂定「附送贈品法」。

(二)附送贈品法規定，禁止在商業交易中免費提供其他商品或其他勞務，此項立法的目的有三：

1. 防止消費者受到贈品的引誘，作出不符經濟原則的消費行為。
2. 避免事業從事附送贈品行為所引起的惡性競爭。
3. 保護被拿來當作免費贈品的商品或勞務之產業。

(三)歐洲法院認為，禁止附贈品行為既可保護消費者權益，又可使商業交易純淨化，故有其存在的必要，該法目前為多數歐體國家所採行，僅英國、愛爾蘭兩國不禁止附贈品行為。

(四)若消費者付費購買某一商品或勞務後，才有資格以較優惠的價格購買附售之商品，則此一「附售商品」行為不在附送贈品法的禁止範圍之內。

(五)附送贈品法例外規定：

1. 價值較低的商品可以作為商業交易上之贈品。
2. 交易上常見之附件、零件或習慣上附帶的勞務服務可以免費贈送。

四、商品或勞務之贈送

(一)贈送品係指免費給予的物品或勞務，且不依附於某一項商品或勞務的交易行為中，故不受「附送贈品法」之規範。

(二)現今歐洲國家並不禁止贈品行為，只要贈品不屬有價交易活動之中，即為合法。

(三)對於大型企業較有財力舉行贈品活動，是否會影響中、小企業之競爭，法院及學者均採如下看法：

1. 不正競爭防止法對企業之適用應持中立態度，亦即不應以較嚴苛之方式規範大型企業，而容忍中、小型企業相同之不公平競爭行為。
2. 卡特爾法係為防範企業濫用市場地位，故對大型企業之營業競爭行為有較嚴格之規範，此與不正競爭防止法規範之出發點有所不同。
3. 惟贈品活動若危及市場競爭（例如消費者因可獲得免費贈品，使從事該贈品銷售之業者，其貨品無從銷售而退出市場），仍可認定為不公平競爭行為。

五、贈獎促銷

- (一)贈獎促銷係商品或勞務的提供者藉有獎猜謎、比賽、遊戲等活動，引起消費者注意的促銷活動。
- (二)若贈獎促銷活動係以彩券型態出現，須需受「彩券法」之約束，原則上歐洲國家不允許私人發行彩券。至於其他贈獎促銷活動則受不正競爭防止法的規範。
- (三)若消費者需付出代價才能參加贈獎促銷活動，則因廠商已將參加贈獎促銷活動之費用加到售價之中，其效果與「附送贈品」之促銷行為類似，故為避免引起消費者不合經濟效益之消費活動，此類贈獎促銷應受規範。
- (四)有關贈獎促銷得獎比例過高是否違法的問題，由於對是否「過度誇張」之認定仍有爭議，故目前尚無一致的看法。

六、特殊之促銷活動

- (一)歐洲國家對於季末大拍賣、清倉大拍賣等都訂有管理辦法。
- (二)德國不正競爭防止法第七條規定，零售商不得在正常營業交易之外，舉辦特別的促銷活動，其例外情況則包括：
 1. 對一定之商品種類可分別在冬季、夏季舉辦季末大拍賣。
 2. 企業得於成立後的每廿五年舉辦週年慶大拍賣。
 3. 企業得因火災、水災等災害或改建房舍而舉辦清倉大拍賣。
 4. 欲結束全部營業者，可舉行清倉大拍賣。

(三)爲避免事業投機進行拍賣促銷，德國另又頒布兩道禁令：

- 1.同一地點兩年之內不得再開設相同行業的商店。
- 2.企業開業未滿三年，不得以結束營業爲由舉辦清倉大拍賣。

伍、商業名稱之保護

一、概念及法源

(一)標識法

- 1.凡是參與經濟生活的人，原則上都有以經濟主體之身分與他人相區別並凸顯自己，以及標明其所生產的產品，並與他人之產品相區別之需要，此即爲營業上之標識或區別標記。
- 2.標識依其功用可以分爲兩種：
 - (1)人與事業之標識：包括姓名、事業名稱、營業名稱和營業標誌。
 - (2)物品與產品之標識：即指商標（商標、服務標章）及外形（商品外形、服務外觀）及著作物名稱。
- 3.同類商標之間，常因商標名稱之混用而在法律上發生衝突。原則上，各種商標權皆屬平等，其間發生衝突時以其優先順序決定之，亦即商標之先後順序，而其順序則以商標受法律保護之發生時點爲其依據，然而，在不同類商標之情形只能在現有商標之保護範圍受到侵害時，始能對抗之。
- 4.商標權之保護：
 - (1)以立特別法，如商標法，加以保護（可視爲廣義之不正競爭防止法）。
 - (2)以不正競爭法加以保護二者可整合成一完整之保護體系。
- 5.在國際法上，商業上使用之商標適用屬地原則。即標識權之發生、歸屬、效力及消滅，視各個保護國之法律而定。
事業名稱權之情形亦相似，其不同之處在於事業名稱之保護一般而言，只須於各該國開始使用即可，而不必踐行登記之程序。

(二)商業名稱

1. 事業名稱係指商人之姓名，而此之商人可能為個別之商人或為一個商業公司，事業名稱係商業名稱權之核心。
2. 事業名稱之保護，大多數歐洲國家係採雙軌制之規定：
 - (1) 依商事法及公司法加以保護。
 - (2) 依不正競爭防止法加以保護，以避免事業名稱受到混淆。
3. 德國法對商業名稱之保護：
 - (1) 民法第十二條：該條原先僅就與人民姓名有關之姓名權加以保護，嗣後依判決擴及至凡具有姓名功能之標識均予以保護，其中亦包含營業標識。
 - (2) 不正競爭防止法第十六條：其旨在禁止引起混淆之危險。
 - (3) 商法典第三十七條及第三十條：此一保護一方面藉登記法官對不法事業名稱之干預獲得確保，另一方面則可以民事訴訟加以救濟。
 - (4) 商標法第二十四條：事業名稱之保護與商標之保護一同受到規範。

二、競爭法對姓名、事業名稱、營業名稱及營業標識之保護

(一) 商業名稱法領域內最重要的保護規定係不正競爭防止法第十六條，該條條文主要如次：

1. 在營業交易中，對於營利事業、工商企業或印刷物之名稱、商號或特殊標誌之利用，足以與他人有權使用之名稱、商號或特殊標誌造成混淆者，得請求其不為此種利用。
2. 利用者明知或應知其濫為利用之方法，足以造成混淆者，對受害人因此所受損害應負賠償責任。
3. 營業之標記及其他用以區別該營業與其他營業之特定裝置，在所參與之交易圈中被事為營利事業之記號者，視同營利事業之特殊標誌。此項規定對於商標及裝潢之保護，不適用之。

此一規定旨在避免引起混淆之危險。

(二) 第十六條規定包含兩種保護態樣：

1. 姓名、事業名稱、營利事業或生產事業之特別名稱以及著作物名稱（例如

書、報紙、戲劇、電影等之名稱)，一律受保護。

2.若一標識原本即具有顯著性，則於該標識使用時即被保護；對於本質上不具備顯著性之標識，則於該標識在交易上已被普遍接受，且交易大眾視之為辨別標識使用者之方法時，始受保護。

(三)不正競爭防止法第十六條係針對營業上使用而為之規定，因此必須要有混淆之虞，始有第十六條之適用。至於是否有混淆之虞，應以三重標準認定之：

1.首先必須是標識本身會引起混淆。此一混淆可能直接來自標識本身的相似性，亦可能係由於此標識而間接地造成這些事業間彼此有經濟上的、組織上的或其他的相互聯繫之錯誤印象。

2.必須是事業之營業領域有混淆之虞，營業領域完全不同之事業間，並無混淆之虞。

3.混淆之虞的判斷應考慮其營業之地域性，事業名稱之保護原則上及於全國，然而如果只是地方性或區域性之事業，且其並無擴展可能者，則對其事業名稱之保護祇限於該事業之營業區域。

三、相同姓名者之權利

(一)依標識法的優先原則，應禁止在後之姓名使用者在該領域內使用他自己之姓名。惟該優先原則將與在後之姓名使用者之人格權相牴觸，因此一般認為，每個人都有以誠實正當之方式，使用自己之姓名從事營業活動之權利。

(二)在後之姓名使用者就此姓名之使用，如係以招致混淆或以利用原先之姓名使用者之良好商譽為目的，則不被允許。

(三)但也不能絕對禁止在後之姓名使用者在系爭領域使用自己之姓名。而應要求其在一定範圍內採取合理之措施，以預防混淆。另一方面，在先的姓名使用者，亦不得變更或者是擴張其營業範圍而及於在後之姓名使用者之營業範圍，以致於造成更大之混淆。

四、國際上事業名稱之保護

(一)國際上對事業名稱之保護有二：

1. 早先係依世界主義保護，即任何事業名稱在全世界均應受到保護。然而，就現實面而言，此保護方式無法實現。
2. 現今通說則依屬地主義原則加以保護。

(二) 德國法之規範：

在德國，根據國民待遇原則，一個外國事業名稱如果原本就具有顯著性，則於該國開始使用後才受到保護；如果欠缺顯著性，則要求其必須在交易上有效地使用，惟如果一個外國事業名稱在國內有相當知名度，縱使其在國內尚未使用該事業名稱亦應受到保護。

在無法適用巴黎公約之情形，德國國法皆以互惠原則來處理。而德國民法第十二條姓名權之保護並不考慮互惠，原則上對每一個外國皆加以保護。

陸、商標的保護

一、國際保護

- (一) 巴黎同盟公約適用於商標的國際保護。依國民待遇原則，同盟所屬外國人如同本國人准許為商標註冊。至於，非巴黎同盟公約國家之國民，則依據商標法規定之互惠原則。
- (二) 馬德里商標協定則由少數巴黎同盟公約會員國將之作為巴黎同盟公約的特定協定，而加以締訂。該公約允許申請人透過國家商標局向設於世界智慧財產組織內之國際局，提出國際申請，而可能在多數馬德里協定會員國取得商標權。

二、歐體中的商標權

- (一) 於歐體中，首先產生的問題，即將某商品送交到其他歐體會員國之商標所有人，根據其在輸出國的商標權得以阻止該商標商品之再輸入，或許可用為阻礙再輸入的產品以較廉的價格在內國銷售，於此涉及商標權用盡的問題。
- (二) 商標商品經商標所有人的同意，而首次於交易上流通者，則認為該商標權用盡。因此，商標所有人不能反對，其送交大批發商的商標商品，由大批發商

繼續銷售予零售商以及由零售商再賣給最終消費者。

- (三)在歐洲經濟共同體，歐洲法院判決採行歐體商標權用盡原則：如經由商標所有人或其同意，將商標商品於歐體的某一國家裏為交易上流通者，其於該國或歐體的其他國家中繼續散布，不得再藉商標權阻止之；商標商品得在整體歐體中自由流通。

三、商標保護的保護要件與發生

- (一)商標的保護要件，可分為絕對的與相對的保護要件。
- (二)德國法，就該兩種保護要件為消極的界定：依商標法第四條規定，如標章不具區別力或具有欺瞞的危險時，構成某種絕對的保護障礙。
- (三)商標法第五條規定，可能混同的先前標章註冊如因該標章而得對較後標章的申請提出異議者，始構成相對的保護障礙。
- (四)商標保護以向慕尼黑的德國專利局提出商標申請為前提要件；就同一或類似商品為先前註冊的商標所有人，對可能造成混同的標章，得對其註冊提起異議。如異議成立，則撤銷該註冊；對於專利局的決定，得向聯邦專利法院提起抗告，並就個案可向聯邦最高法院提起法律抗告。

四、商標保護的內容

如具備商品類似性與混用危險，則構成商標的侵害。

(一)商品類似性

依據商標法規定的商標法律上重要衝突，僅於為侵害的標章所使用之商品，與為受保護的商標而註冊的商品有同一或類似之情形時，始發生之。法院判決就商標類似性的概念，產生是項原則，據此原則，商品如依其經濟意義及使用方式、依其性質及製造，特別是按其通常製造或銷售場所；其共同處是如此互相緊密連繫，以致於按照參與交易人士觀點，易於產生該商品係源自相同的營業者。因此，鑑於商品的類似處，來源的欺瞞是否予以考量，便具有決定性的作用。此外類似性也可能存在於商品與服務之間，如「含酒精飲料」的商品與「餐廳及飲食店業」的服務被認定為類似。

(二)混同危險

混同危險的概念，依德國的見解，混同危險是一個法律概念，且區分為狹義與廣義的混同危險。於狹義的混同危險時，就來源存在著直接的錯誤。如交易的兩個商標被認為相同，而且不能加以區別者，則成立狹義的混同危險；至於廣義的混同危險則係指公眾雖然不認為其涉及相同企業，但卻認為有組織上、經濟上或其他的關聯，例如產生關係企業的印象。

五、商標的讓與暨授權

(一)商標的讓與

就商標的讓與而言，長久以來有兩項原則存在著矛盾：商標受營業拘束原則與所謂商標自由讓與原則。依前揭第一項原則，商標祇能與其有關營業或與商標有關的部分營業一併讓與。此種商標受營業拘束，為避免引人錯誤的利益而予以規定。反之，准許商標不與有關營業一併，為自由讓與。國際上發展傾向於商標可自由讓與；有人認為事實上可能引人的錯誤，如透過不公平競爭法的適用，足以防止之。德國自一九九二年起允許自由讓與。計畫中的歐體商標也將是可自由讓與。

(二)商標授權

商標所有人得不拋棄商標所有人資格，而在一定要件下准許他人為商標之利用；於此人們稱之為商標授權。於目前德國法中，商標授權祇被視為債法上許可契約。

柒、違反不正競爭法之處理程序

一、監督系統

(一)不正競爭防止法乃由民法上之侵權行為發展而來。與此相應者乃有私法上之法律救濟。然而，在多數案例中（特別是引人錯誤的廣告）甚難找出可以證明本身受到侵害之競爭者。因此，德國法乃允許由適當之工商團體提起訴訟，此外，保護消費者權益亦於一九六五年賦於消費者保護團體提起不作為之

訴的權限。至於是否允許個別消費者提起訴訟的權利，則因消費者普遍存在厭惡上法庭之心理，迄今德國仍未引入有關個別消費者的不作為之訴及損害賠償之訴訟權利的規定，而僅於一九八六年規定在消費者對引人錯誤之廣告有契約解除權。在各國的法律規定中，個別消費者因不正營業競爭而得提起訴訟的情況亦不多見，僅比利時與瑞士有類似規定。

(二)德國並未就不正競爭設立一個一般性的行政立管機關，僅在特殊的營業領域，諸如食品業，設有特殊的行政管制。至於卡特爾署則只就其主管之營業競爭限制法中相關限制營業競爭之實務加以管制；卡特爾署並未獲得授權以管制不正競爭。

(三)事實上，管制方式之是否有效，尚有賴其他因素配合，例如：瑞典、挪威、芬蘭等數個小國，一則因社會主義色彩濃厚，二則因地域狹小人口不多，故僅須於中央政府設立一類似消費者監察官的機構，即可發揮成效。反之，類似德國幅員如此廣大之國家為充分達到規範競爭的目的，勢須設立一個龐大的中央官署，再分設許多地方分支機構，如此一來，將肇致鉅額預算。因此，較有效的途徑乃係利用當事人為保護自身利益的主動意願使之轉化為法律的追訴。

(四)德國有關營業競爭訴訟案件的數字之所以非常高，即是由於德國企業一般而言樂於訴訟，亦即遇有爭議時並不畏於到法院去訴訟。而德國訴訟法上有關訴訟費用負擔的規定亦直接促成訴訟案件頻繁。如果原告一經勝訴，敗訴的被告須負擔全部之法庭裁判費用及律師費用。

反之，其他國家例如：英國及荷蘭因規定勝訴之原告仍應自行負擔律師費用，則有關不正競爭之民事訴訟則較無吸引力，此時較合理的做法，即為授權行政機關處理不正競爭行為。

二、對不正競爭行為之民事法上的法律追訴

對不正競爭最有效之民事制裁係不作為之訴。其主要目的在於要求具有重複危險的不正競爭行為，未來應停止繼續作為；此外，亦可用以對抗即將發生的違反競爭秩序行為。實務上，所有不正競爭之案例均涉及不作為之訴。如原告勝

訴，法院通常均會判決禁止被告為系爭之行爲。一旦被告再有違反行爲將被處以最高五十萬馬克的罰鍰及拘留。但實務上，在強制執行範圍內處拘留的情形幾乎沒有發生。若被告違反不作為判決，法院即可裁定一秩序罰。由於罰鍰數字甚高，因此不作為判決乃是一有效之判裁。

三、除不作為之訴外，在不正競爭的情形下，依一段法律規定尚有一去除侵害之訴。去除侵害之訴乃以去除一個違法可能肇致進一步損害之狀態為其目的。法界下爭辯究竟在引人錯誤廣告之案例中，原告提起去除侵害之訴時，可否一要求為廣告之業者更正其廣告之內容（按在美國及法國聯邦貿易委員會常有訂正廣告的處分）。

四、損害賠償之訴在不正競爭的案例中甚少發生，此乃因為損害賠償的計算（例如引人錯誤之廣告）非常困難。在德國，實務上所有不正競爭訴訟中僅有百分之三提出要求判決被告損害賠償，乃因依德國法的觀念，損害賠償法的功能只在於損害的填補，亦即是要回復沒有損害之前的財產狀況；損害賠償並不具備處罰的目的，故無三倍損害賠償。

