

論公平交易法對矇混行為及商標濫權之管制 —商品標識使用人之得與失—

范 建 得 *

目 次

壹、前言	二款相關問題之探
貳、我國現行法制下與 不公平競爭相關的 商標法制	肆、商標專用權之不正 使用
參、公平交易法第二十 條第一項第一及第	伍、結論

壹、前 言

公平交易法頒行以來，我國對於商品行銷所使用之表徵（註1）已擴大了其應

* 美國 PUGETSOUND 大學法學博士，現任東吳大學法律系副教授。

註1. 表徵應係指足以表彰商品或服務之任何文字，圖形或造型等具體存在之事物或形象而言；在英國或美國通常以“trade dress”或“trade identify”稱之，例如 Alexander, Dilution - A Blessing or A Curse? What is it? How do You Prove It? How Does It Fit in With Traditional Trademark Law? in Current Developments in Trademark Law and Unfair Competition 301(1988)；在德國則指“Ausstattung”，即產品之裝設而言；參西德不正競爭防止法第十六條；至於日本則泛以“標識”；參滿田重昭，不正競爭法の研究 85 - (1985)；或“表裝權”；參 Id., 29. 本文中若無特別說明將以這些名詞交替使用。與商標相較，商標應屬表徵之一種，我們公平交易法第 20 條第一項前二款中即將商標列為“表徵”之一種。

受保護的客體。原來在我國的法制下，商品表徵之保護原則上以商標法之已註冊商標及未註冊之著名商標為主；至於其他的相關規定，則通常僅就經濟管制（economic regulation）的角度，散列在許多法規命令中，而未具體提供表徵所有人或原創人以主張權利之依據（註2）。公平交易法的頒行，則代表了我國對商品表徵不再只重視其形式上之意義；換言之，我們將不再僅重視保護依註冊（或使用）而取得的「無體財產」（註3）；反之我們將同時強調商品標識之經濟功能，以及其所代表營業整體努力之成果（註4）。在這些規定中，以第20條第1項第1及第2款（註5）對矇混行為之管制為我國法制前所未有，也特別值得重視；

註2.例如，商品標示法、藥物藥商管理法、化粧品衛生管理條例、食品衛生管理法、農業管理法等。相關內容請參閱中華經濟研究院，公平交易法對工業發展的影響158-165（經濟部工業屬委託研究79、6）。

註3.雖然在習慣法的世界中工業財產（industrial property）往往被用來涵蓋專利、商標及著作權；但是在世界組織，如聯合國及世界智慧財產權組織相繼以智慧財產（Intellectual property）來涵蓋之後，商標權與專利權正被泛稱為工業財產權。W. Cornish, Intellectual Property 3（1989）在英國知識財產權被定義為：「可以就人類智慧之成果加以主張之法律上權利」；參J. Phillips & A. Firth, Introduction to Intellectual Property Law 3(1990)而在性質上，商標則被歸類為是一種絕對（absolute）、合法（Legal）而適格（qualified）的獨占權，Id. 11-14；且在物權的分類上應為歸類為無體財產權（Immaterielle Guterrechts）之一種，參滿田重昭前揭註一書，35。

註4.同上註滿田重昭著書，33-36，文中針對商標法與不正競爭法對表徵或標識之保護上的差異處及其基本理論有簡明扼要之陳述。

註5.第20條第1項第1款及第2款之全文如下：事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：

- 一、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或使用該項表徵之商品者。
- 二、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

故而本文擬針對該管制矇混之不公平競爭立法與現有商標法制之關聯性及其定義加以介紹。而後再針對我國執行公平交易法第20條第1及第2款時可能面臨的要件定義問題加以探討。由於我國公平交易法對矇混行為之管制係屬國內新創，在缺乏立法及判決先例之情形下，借重外國經驗以為日後國內執法之參考勢在必行。惟法之施行不能偏廢國內特色，故而本文在探討問題之方式上採行綜合各國經驗以發現管制矇混行為真義之做法，而後再針對我國立法上特殊之處，依立法之精神來詮釋我國法第20條第1項第1及第2款之意義。

至於文末針對商標專用權之不當使用所做介紹，乃從不同角度來探討商業標識使用人於公平交易法頒行後可能面臨之影響。相對於管制矇混行為後商業標識使用人可能之「得」，這種對商標專用權的管制則或許可稱之為專用權人的可能之「失」。

在這個部分，本文將以商標授權為中心來探討商標專用權人在行使「法定獨占權」（註6）時，可能違犯公平法之處，企能在介紹公平法如何將保護註冊商標之理念擴展為對商業標識之保護時，同時涵蓋管制理念上對商標濫權行為之規範；冀能透過得失互見之介紹，將公平交易法對商業標識使用人之影響作一較完整之說明。

貳、我國現行法制下與不公平競爭相關的商標法制

至於未將外國著名商標之保護納入討論的原因，在於商標法第62條之1中早有相同之規定，故本文僅擬針對新有之矇混規定加以論述而不及於著名而未註冊之外國商標。至於與此方面相關的介紹請參閱鄧振球，商標不正競爭之研究，105-111（輔仁大學法律學研究所碩士論文77、6）。

註6.依我國公平法第45條之規定，依照商標法行使權利之正當行為，不適用公平法之規定；而觀諸商標法第61條之規定，既然明文規定「商標專用權人，對於侵害其商標專用權者，得請求損害賠償，並得請求排除其侵害，有侵害之虞者，得請求防止之。」這應是商標專用權人得合法取得「法定獨占」地位之依據。

我國商標法制度的沿革依法制史之研究可溯及自北周時期（註7）。惟就當前的商標法制言，與不公平競爭相關的商標法則是民國19年公布，20年1月起施行，其後歷經24年、29年、47年、61年、72年、74年及78年七次修正後完成的版本。在進一步探討我國商標法制與不公平競爭法相關之處前，應有先就我國商標法制之立法原則與基本精神加以瞭解之必要。基本上，我國法制係以商標屬於無體財產權，具有表彰商品來源、保證品質以及廣告行銷三種功能，且與消費者保護息息相關（註8）。惟世界各國對於保護商標的立法原則卻不盡相同，是以這也間接影響到不正競爭法制規範商標使用或侵權的方式（註9）。

在英國，除特別立法外，保護智慧財產權的方式有三：一為契約之保護，次為信任關係之維護（*protection of confidence*）；再者為禁止矇混（*passing off*）及名聲或名譽（*reputation*）之保護（註10）。就商標而言，以契約來保護商標之行使通常係透過授權（*licensing*）或加盟（*franchise*）來進行，惟此時商標授權使用的內容便會涉及不公平契約的問題，有關這方面的問題將於本文第肆章中加以探討。至於信任關係的保護，原則上與商標保護無關（註11），只有矇混行為之禁止及名譽之維護才是真正以名稱（*name*）之保護為客體。在定位上，英國並無真正對不公平競爭侵權行為（*unfair competition torts*）加以管制的規定（註12）僅有矇混行為之規範被用來做為管制類似案件之依據。

在美國，我們可以分別就習慣法（*common law*）及成文法來探討不公平競爭法對商標的保護方式。美國習慣法對商標的保護依其保護客體之不同，可區分為對商標（*trade marks*）及對商業名稱（*trade names*）之保護（註13）。商標之定

註7.東吳大學,大陸商標制度及其作業方式之研究;第一部分:大陸商標法及其制度之研究,14-15(81,7)。

註8.馮震宇,中外防止仿冒商標法制之比較 117,註七(76,1)。

註9.同上註。

註10.J. Phillips & A. Firth 前揭註三書 219。

註11.這兩種保護方式大多與保護尚未公開之專利或與 know-how 有關。同上註。

註12.同上註。

註13. A. Miller & M. Davis, *Intellectual Property*, West Nutshell Series 180 (1983)。

義固不待贅述，而商業名稱所指，使用於商品、服務或商業本身之描述性文字或其他有助於消費大眾辨識之用的名稱（names），凡具有次級定義者（secondary meaning）亦同受保護（註14），而這種次級意義的保護正是美國習慣法用來保護商標的不公平競爭規定。

在成文法部分，美國拉蘭法案（Lanham Act）第43條（a）項就商品外觀、包裝乃至商品形狀（appearance or shape）所制定之保護規定，亦屬不公平競爭法的範疇（註15）。

在德國，早在1894年頒布的第二商標保護法第15條就對商品裝設（Ausstattung），即外觀和包裝明文予以保護（註16）。

在日本，則與德國不同係將保護商品外觀包裝之規定明定於不正競爭防止法第1條第1項中。其目的在補充商標登記主義的不足（註17）。

綜合比較英美及德國之法例，我們可以發現到英美法系與大陸法系在處理這類涉及保護商標之不正競爭規定時有不同的處置方式，而最大的不同應在於英美法系「禁止矇混」或保護商業名稱之概念所產生的「商標次級意識」，乃大陸法系國家所無（註18）。惟沒有這種理論則不當然表示，大陸法系國採註冊主義之國家不能援引英美法系國家所建立之原則。原則上，凡立有不正当竞争法之國家均有本諸商標次級意義乃不正当竞争法所欲保護之客體之精神，引用相同原則來保護智慧財產權的必要（註19）。

註14次級意義之定義請參閱後揭本文有關美國法保護之客體部分。

註15另拉蘭法案係同時將商標之保護與不公平競爭之管制並列。鄧振球，前揭註五論文52。

註16鄧振球，上註論文104，註三十五；轉摘自徐火明，論不當競爭防止法及其在我國之法典化（一），中興法學，第20期377。

註17滿田重昭，前揭註一書，33-38。

註18鄧振球，前揭註五書98；惟學法上則仍有此概念且當在判決中被提及；滿田重昭，前揭註一書136-138，例如德、日在探討商標稀釋之問題時，均同時提到保護商品標識時避免喪失顧客吸引力或影響消費者的聯想使之在做取捨時產生談判的廣義混同或矇混行爲。而這種吸引力或「聯想」也正是次級意義的主要內涵。比較前揭註十四的定義。

註19鄧振球，同上註書99，作者以為仍得引用英、美法為處斷原則。

我國法亦採註冊主義，惟並不若德國於商標法中明文規定對商標表徵之保護，於公平交易法頒行前更欠缺具體的不正競爭規則。迄公平交易法頒行以後，我國始將商標保護之觀念擴大及於商品之外觀，包裝等商品之表徵（impression or image）；然則在公平法第20條第一項諸款將受保護之客體限定在相關大眾所共知者（第1款及第2款）；以及第3款只保護未註冊之外國著名商標的情形下，我國對矇混行為之管制或商品外觀表徵之保護仍然極其有限；即使與立法時參考的日本法相較，我國規定顯然仍有不同；蓋因日本法要求眾所週知程度為普遍共知，而我國公平法則係要求「相關大眾」所「共知」（註20）。

在瞭解目前我國法對商標的保護因公平法之通過已增加了一個層次的保障後，接著衍生的就是位階問題，亦即究竟公平交易法與商標法之位階關係如何之探討。參考我國公平法第20條之立法理由第五點，雖然直指商標法第62條之1對未註冊之外國商標加以保護恐有違註冊主義之虞，而有公平法施行後應修改商標法之說，然則這並未能解決公平法與商標法的位階問題，蓋因這話僅說明了外國商標宜受公平法保護之事，而未論及兩法之位階。至於公平法第45條所指依商標法行使之正當行為不適用公平法云云，乃確保法定獨占權之設計（註21），且係針對「正當行為」之行使加以規定而未及於「不當矇混」之管制，故而亦無法解決兩法適用上之位階問題。目前位階的問題主要發生在第20條第1項第1款對相關大眾所共知之「商標」及第2款之「服務標章」的保護上；雖然在解釋上此處規定之「商標」及「服務標章」並不以經登記者為必要，然則這不代表第20條不保護同受商標法保護之「商標

註20.原本我國公平法草案係使用普遍知悉（commonly known）的用詞，這與日本不正競爭方法的「普遍共知」相似，惟經由第三回合的中美智慧財產權談判（74年）；美方要求我國將之改為“commonly known to the relevant public”；馮震宇，中外防止仿冒商標法制之比較，149（76、1），原本美國可能想降低其事業主張受保護時在舉證究竟有多少人「共知」時的困難度，然則在譯為中文「相關大眾所共知」後，因語意結構的改變已造成相反效果，原本的「普遍」是用來描述「知悉」程度的形容詞，而今「相關大眾」已是名詞屬於「共知」的主體故而是不是所有的相關大眾均應知悉，頓而成為解釋上的問題。有關這方面之論述請參閱後揭相關本文之說明。

」。此時兩法即會產生競合適用之可能（註22）。在英美兩國的法制下，這個位階的問題並不顯著，似乎也未在學術探討中構成問題，然則在德日文獻中，則均嘗受到討論。

例如在德國，自1936年商標法第25條將表裝權（trade dress）納入保護後，表裝權即與商標權相對存在，同受保護。此時當二者產生牴觸時，應依優先權原則來判斷其受保護之順序。原則上，德國係依該表徵付諸交易使用之時間與商標申請之先後為比較，以定其優劣順位（註23）。

至於日本則自世紀初以來即以管制不正競爭的方式來修正其嚴格的登記主義。誠如學者滿田重昭氏所言，商標法所保護的是一種財產權，而不正競爭防止法所要保護的則是營業的本身；所以就不正競爭防止法的角度來看，單純因先使用或註冊即取得的商標權，只不過是營業的「外皮」，並非不正競爭法所要保護之客體。換言之，由不正競爭法的角度來看，只有透過使用與宣傳周知使商標具有商譽（good will）者才有受保護之價值（註24）。滿田重昭夫氏認為，許多申請商標權的人對於商標權具有的經濟價值常有錯誤的期待，總認為取得商標權就有很大的經濟價值而應到受到充分之保護，殊不知國家並非任其予取予求的。滿田氏認為，這種錯誤的期待主要源自於知識產權不能將專利與著作權的保護與對商標的保護加以區分，而將保護人類智慧結晶的發明與著作權制度與因財力物力之投入方能具體形成之商標權的維護一視同仁所致。滿田氏認為這種不問商標是否與營業之使用有關

註21.其規定如后：「著作權、商標專用權及專利權在本質上皆為法律所賦予之獨占權，故依照著作權、商標法或專利法行使權利之正當行為，自不適用本法之規定。」

註22.商標法計有第61、62、62之1、62之2及62之3等數條之規定會再與公平法第20條第1項之規定產生競合之可能。

註23.德國對於商標法與不正競爭法的關係一直到1929年才有定論。在該年，一篇大學教師資格論文具體將保護形式意義商標之商標法與因保護實際使用所產生之實質競爭權益之不正競爭法加以區分。自此德國傳統認為不正競爭法優於形式商標權之觀念才被打破。參滿田重昭夫，前揭註一文，29-30。

註24.滿田重昭夫，同上註文35；這種理念與美國法對次級意義之保護及前揭所述英國濫混理論均相似。比較鄧振球，前揭註五論文54。

，一味加以保護的作法將造成國家資源的浪費，並危及其他人的競爭利益。按此學說，觀諸日本不正競爭防止法之規定可知，日本不正競爭防止法僅針對「他人普遍認識」的商標或服務標章加以保護，而不及於所有經登記之商標（註25）。

目前我國尚未針對這個問題加以處置，惟鑑於第20條立法之初我國亦參考了日本法例，故而在處理公平法第20條與商標法之關係時似宜參考日本法例引以為鏡。實際上，我國公平法第20條之規也確實與日本法例相似，且與日本法相同，將應受公平法第20條保護的商標或服務標章定義為「著名」（惟程度不同），以與商標法係以保護受登記之商標（不問其是否已具相關大眾所共知之商譽）加以區別。故而嚴格說來我國法制之下應無德國法的位階問題（註26）；充其量只有日本法例下顯示出的補充性問題。

參、公平交易法第20條第1項第1及2款 相關問題之探討

一、違法行為態樣之定義

以下謹針對英美日之法例將其相關定義說明如下：

（一）英國

英國法的規定應屬在各國法例中較為完整而具歷史者，是以也相對的較他國法具備更細節的規定。英國法的主要相關規定為矇混（palming off；或 passing off）。謹將其相關規定說明如下：

1. 定義

一事業模仿使用他人商業（business）或商品（trade products）之外形（appearance）、名稱（name）、造型（get-up）或其他足供辨識之特徵，

註25. 同上註文36。

註26. 惟當一個商標同時在兩不同地理市場中使用；而其中一個雖未經登記而因使用在先而成為「相關大眾所共知」之商標；此時其遭另一登記在後之專用權人指為仿冒商標時，究竟登記者能主張該未登記者侵權，或使用在先者能指責登記者之登記行為屬違反公平法，便值得商榷。

致使大眾混淆且促使大眾誤信這是該他人之產品或業務者，即構成矇混。

2. 保護之客體

以商譽 (good will) 及名聲 (reputation) 爲保護之客體 (註27)。

3. 禁止之目的

禁止矇混之主要目的有二：一爲防止不公平競爭，一爲保護消費者。在經濟考慮上則在促進交易，使消費者能正確而迅速的選擇產品，使產品能具體的從事品質競爭。

4. 禁止之例外

非使用於商業上之名稱原則上不受管制，除非這類名稱具備下列的條件之一：

- (1) 可能因誤導大眾使原名稱所有人遭訴；或
- (2) 該名稱具有交易上利益 (trade interest)。

5. 矇混之構成要件

目前英國矇混行爲的構成要件有兩個主要學說 (註28)，其中以 Lord Diplock 之說爲多數說，其構成要件之規定如下：

- (1) 不當之意思表示 (misrepresentation) (註29)；
- (2) 係由商人 (trader) 在商業過程中所爲；
- (3) 對於可能 (prospective) 或最終 (ultimate) 之消費者所爲；
- (4) 其行爲在計算上 (calculated) (註30) 將損及他人之商譽 (good will)

註27. 商譽係指標識或表徵對於不特定對象之吸引力 (attractive power) 而言，而名聲則指具體使用產品者之口碑而言，J. Phillips & A. Firth 前揭註三書，238-240；在區分上英國係以商譽爲一種財產權 (property right) 而商標則是一種財產權的權益 (interest)。

註28. 即 Lord Diplock's 及 Lord Fraser's 兩個學說，詳細內容請參照上註書236-237。

註29. 惟在心素要件 (mens rea) 的考慮上，是要行爲人係恣意 (deliberately) 而爲，或欠缺顯然正當的理由 (apparent justification) 便可能符合規定。同上註書234。

註30. 「計算」係指 “having a reasonably foreseeable result” 而非 “intent” 而言。同上註。

或業務 (business) ；

(5)在實際上對他人造成損害。

6.原告之舉證責任

(1)證明附著在產品或服務上的商譽或名聲正因產品表徵 (get up) (註31) 之配合而顯示出其在市場上的價值；

(2)不當之意思表示 (misrepresentation) ；

(3)有損害或有其發生之可能。

7.損害之內容包括：

(1)客戶之損失；

(2)對於名聲 (reputation) 之損失 (註32) ；

(3)增加原告涉訟機會；

(4)減少擴展地理或相關產品市場之機會；

(5)稀釋商標之價值 (dillusion) (註33) 。

8.是否構成混淆 (confusion) 之判斷

在判斷被告使用之標識是否已構成混淆時，必須遵守行為共通地 (common field of activity) 原則，而這個原則涵蓋了下列三個判斷內容：

(1)時間之一致性 (unity of time)

即判斷使用時間的差距是否大到無法有商譽及名聲的產生。

(2)地點的一致性 (unity of place)

(3)行為之一致性 (unity of action) (註34)

即指必須屬於同類行為而言。

(二)美國

就美國而言，在保護非經註冊登記之商品表徵 (含商標) 的主要理論基礎為對

註31. " get - up " 包括商品名稱，商業描述及其他標示或裝的個別特徵 (features) 同上註237。

註32.指已知其商品者因誤信而未能購買其商品而言。

註33.稀釋意指在沒有混淆 (confusion) 或不當意思表示的情形下喪失其新鮮感及吸引力而言。

註34.參前揭註三書，242 - 243。

於具次級意義 (secondary meaning) 之商業名稱 (trade name) 保護。至於在侵害類型上則以非仿冒性之商標稀釋 (dillusion) (註35) 為最重要。此外，在美國法制下的矇混 (palming off) 行為則係指不法產品替代 (substitution) 變更 (alternation) 之行為而言(註 36)，此點與上開英國法中的矇混在定義上似有不同。

謹將相關部分分述如下：

1. 定義及構成要件

(1) 次級意義：次級意義意指消費大眾腦中對對某種特定公司之商品或服務之聯想。換想之，次級意義，係指公司擇定一個字或詞來做商品或服務之標章，而該字或詞，在一般的理解上，原本有其固定的意義。但由於被廠商擇為商標而加以反覆使用，經由行銷與廣告，使消費大眾看到此字或詞時，不但會聯想到其原有的意義，而且會聯想到此字或詞為該廠商之商標，例如 “31” 冰淇淋的 “31”，則此字或詞，即為產生了次級意義，而適於做為商標。蓋採為標示之字詞，本身原一常用之意義，用為標示，僅是次要或附帶的。若隨著使用時間之增加，使此次要意義後來居上，成為一種影響消費大眾心理的交易符號，而使消費者一見此標章，就對該產品之單一來源，產生聯想時，該商業名稱便產生了表彰商品來源之功能。此時吾等得稱此名稱已具有次要意義，值得商標法加以保護。另者在商業名稱的使用上，非但是字、詞、名稱，即使是商品特色 (product features)，包裝 (packaging)，文藝作品之名號 (titles) 乃至性質 (characterizations)，只要具有第二層意義，均屬應受保護之商業名稱。

(2) 稀釋 (註37)：此訴因是各州州法提供給強勢而眾所周知之商標 (strong

註35. 美國法對於 “侵害” 區分為 “仿冒” 之使用 (infringing uses)、連帶仿冒 (contributory infringement) 及非仿冒之使用三者。而第三類即為 “稀釋” 之概念，東吳大學，我國產品行銷美國市場有關法令之研究，經濟部國貿局委託研究，188-198 (81、6、增補完成)。

註36. 同上註，194-195。

註37. 美國法對稀釋商標的管制係交由各州自行立法，目前，各州幾乎均參考標準州商標法 (Model State Trademark Bill) 第12條之規定，以「…稀釋一個…依習慣法為有效的商業名稱之顯著性質 (distinctive quality) 時，即構成違法

and well recognized marks) 的保護，以保障原告商標之顯著性不致被稀釋 (diluted)，而減損其價值。故而原告在主張此項權利時不須主張被告之商品和原告具有競爭關係，也不必證明兩者有混淆之虞，蓋因即使未混淆，亦有發生稀釋之虞。惟受保護之商標必須是強勢商標 (即具固有顯著性之商標，如創造性商標)，或為眾所周知之商標 (well-known marks)，這點必須由原告自負舉證責任。至於聯邦法院甚至採取較州法更為廣泛之保護態度，尤其在侵犯行為足以引起使用者有害之聯想時為然。例如在 *Chemical Corp. of America v. Anheuser Busch Inc.*, (1952) 乙案中，原告啤酒使用之著名標語被仿用於被告地板蠟之廣告中，法院即以此有引起錯誤聯想之虞判被告敗訴。

但稀釋禁止之法理亦有其適用界限，因美國憲法第一修正案所保障之言論自由包括了商業言論之自由，故若原告商標已被大眾做為某一類型產品的普通用詞 (common usage)，或其仿用對原告商譽並無傷害，被告仍可合法的在廣告中使用類似他人之商標。

(3) 矇混：一般所謂的矇混 (palming off)，是指以品質較低或較不知名的商品仿冒品質較優或知名商品之謂。致於不法產品替代及變更 (substitution alteration)，則是特殊型態的矇混，其被害客體並非商業上之商譽 (good will of business) 而係產品本身之商譽 (good will of product)。一旦有這種行為發生，其損害可分兩層面來說明。首先是信賴該產品之消費者受到矇騙；其次是該商品之商譽的公共形象 (public relation or good will) 受到傷害；至於受害人，可能是製造商也可能為經銷商，此點端視此公共形象由誰所創造而定。有關這方面的法律管制重點則在於「未經告知」的替代或變更上 (unannounced substitution and alteration)。

(1) 不法產品替代

· 參 M. Alexander, *Dilution - A Blessing or A Curse? What is It? How Do You Prove It? How Does It Fit in With Traditional Trademark Law?* in *Current Developments in Trademark Law and unfair Competition*, 299 (1988); 以及 *Vol. 3 Business Torts* § 28.05 (Edor. J. Zamore, 1990)。

其型態可分爲三種：①較不知名的產品，冒充較知名的產品出售，此時，冒充的產品即使品質不比原產品差，亦不能藉此爲抗辯，而這類型案例，多半又是可口可樂公司所創下之先例。在案例中，若有消費者含混地說要“Coke”而零售商未經告知（unannounced）消費者即給他不是可口可樂之他牌飲料時，就足以構成；②以較劣質的產品仿充較優質的產品；③將別人的產品僞稱係自己的產品而出售，這類案子通常發生在藥品、食物、飲料方面。在處理不法產品替代案例中最困難之問題在於，一個全新的商品很可能「普通名詞化」（genericide），如“aspirin”即爲著例。此時，零售商未必知道消費者要的究竟是某類商品或某特定品牌，由於對於一普通名詞化的商標，零售商並不負免費廣告（free advertising）之義務，故零售商不必詢問消費者要的是不是原始產品，而只須告知消費者其售出之產品是何品牌。

如前所述，以較不知名商品取代知名商品時，前者品質未必較後者低，但由於損失係發生在後者喪失之行銷市場占有率上，故品質不足以成爲一種抗辯。其實，即使是同一品牌，而有不同級產品時，以低級混充高級之作法亦足以構成違法之矇混（palming off）。

另外，把別人的產品竊佔，僞稱自己所有，亦屬另一種型態之違法，例如，某研究中心的館長，將受僱人未公布的研究成果，未經授權，還在學術研討會上以自己的名義發表，即屬之。當然，這種類型的不法替代，還與著作權之侵害、私取（misappropriation）或對公眾形象權之侵害（invasion of the right of publicity）等訴因競合存在。

（II）不法產品變更（alteration）此類型又可細分爲兩種不同型態：①將修理過的二手貨以新貨之姿態賣出；②將摻水不勻的產品，以原裝產品之姿態賣出。後一種類型的案子，亦多經由可口可樂公司之努力所建立出來。而前一種案型則多半由一著名的火星塞製造商 Champion Spark Plug Company 所創出（參見 Champion 公司對於 Spark Plug Co. v. Sanders, 311 U. S. 125, (1947)）。Champion 公司對於不移去 Champion 的商標而販賣二手 Champion 火星塞，且未就二手貨之事實向消費者爲揭示之被告提出控訴。惟法院僅命被告對二手貨之事實爲揭示，而不要求除去 champion 的商標。

綜合上述美國法之規定可以發現美國法的保護著重消費大眾之「聯想」(註38)；有的強調商標為眾所週知之強勢商標；另者則強調知名或質優之保護。嚴格說來美國法與我國法的架構有很大的差異，是以要為我國直接引用並不容易。

2. 保護之客體

以經使用或宣傳後產生之次級意義及消費者利益為保護客體，此外在管制「稀釋」及朦混的部分亦保護具經濟價值的著明強勢商標。至於拉蘭法案則對商品包裝、表徵依該法 § 43 (a) 涉及對出處 (origin) 之不實標示 (false designation)、或有任何不實描述 (false description) 或不實之陳述 (representation) 者均加以禁止 (註39)。

3. 禁止之目的

除保護消費者及防止不正競爭外，更有具體維護商標經濟價值之意思。

(三) 日本

日本的法例與美國法較為接近，亦即其對商品表徵之保護方式與拉蘭法案相近；且在獨占禁止法中另針對不公平交易方法為禁止之規定亦與美國法的結構相似 (註40)。日本法例對這類表徵之保護係參考巴黎公約第10條之3、第10條之2而定 (註41)。日本於1934年即通過的不公平競爭防止法則於第一條第一項第一款及第二款中分別規定了兩類朦混行為。

1. 商品主體之混同行為：即禁止在該法施行之區域內就他人普遍認知的姓名、商號、商標、商品容器包裝及其他商品表徵，為類似之使用。

註38. 所以說其與消費者密切相關，參鄧振球，前揭註五論文，96。

註39. 參 Lanham Act § 43(a)。

註40. 此與美國法另以聯邦貿易委員會法案來規範不正競爭行為相似。參賴源河，公平交易法與消費者保護之研究，中興法學第14期 251。惟日本法例係將不當侵害商品表徵之行為規定不公平競爭防止法中，不若美國直接將之納入商標法。

註41. 第10條之2(1)規定：「各同盟國應有效保護簽約國國民免於不公平競爭。」第10條之2(2)規定：「工業上及商業上關於競爭的公平習慣之違反，構成不公平競爭。」第10條之3(1)規定：「同盟國應採取適當的法律救濟手段以防止本國人民違反公平競爭之規定。」

2.營業主體的混同行為：即禁止就他人普遍認識的姓名、商號、標章及其他營業上之表示為相同，或類似之使用，或就他人營業上設施為產生混同之行為。

這兩類行為與我國公平法第20條第一項第一及第二款之規定相當近似；在學說上，這兩類行為被稱為係著名標識之保護措施（註42）。以下謹分述其相關定義、要件等問題如下：

1.定義

依學者滿田氏之見，可將混同行為區分為廣義與狹義兩種。前者除狹義之混同外，另包括名聲之侵害、寄生行為及標識之稀釋在內。惟究竟何謂「普遍認識」或「著名」，日本實務界之見解認為，只是使用還不夠，但也不須有全國廣泛的認知；而只須在一特定地方為「交易者」與「需求者」所普遍知悉即可。在程度上，也不要求該地區的人全部知道，至於在認定的方式上，則應依下列三個原則決之：①交易情事；②商品種類與性質；③針對相關標識容器，具體判斷之（註43）。至於為判斷之主體，則小川宗一等人認為宜由政府委由公益法人交民間專家認定之；政府主要善盡監督之責即可（註44）。至於是否屬於相同或類似之使用則原則上依一般判斷商標是否有相同或類似使用之問題的方法處理之（註45）。

2.行為類型

日本法例的混同觀念可區分為三種：即①標識之混淆；②出處之混同；及③營業之混同。第一種類型係指一事業所使用之標識與他企業所使用之標識相同，且因係為相同目的之使用致生混淆而言；第二種類型則指因經營的多樣化，可能會有他人將自己的標識使用在自己未生產之產品上，而造成間接混淆、異品種混淆、或系列混淆的效果；第三種則發生在一事業使用與他人相同或近似之營業名稱、商號或其他營業標識，致使營業產生混同之情形（註

註42.滿田重昭，前揭註一書85。

註43.同上註。

註44.小川宗一，岩本明訓及土屋良弘，不正商品問題概論，207；及註二（平成六年）。

註45.同上註。

46)。惟針對日本不公平競爭防止法第一條第一項第二款之規定者，日本法真正加以管制的混同行為應是營業或商品主體之混同（註47）。

二、我國公平法第20條第一項第1及第2款之定義

在參考了上開三國之立法例後，我們可以歸納出下列幾個與管制矇混行為相關的法律概念：即「矇混」（palming 或 passing off）對「次級意義」（secondary meaning）之保護、不法產品替代或變更及「混同」行為（註48）。固然，我國公平法第20條係參考日、韓法例，故而在立法結構上與日本法頗為近似，然則由於日本在立法之初因承受「仿冒王國」之壓力，一方面參考美國法，另一方面則在結構上參考德國法例（註49），故而在解釋日本法時引用英美學說之見解，仍有其參考價值。本此邏輯，作者大膽建議，未來我國第20條之解釋，應可參考日本法例之規定，並兼及英美法之理論與德國法之精神，而後按本國對「共知」、「相同」或「類似」以及「致生混淆」之本土化看法來處理。

以下作者乃本此原則擬針對公平法第20條第1項第1及第2款之規定加以詮釋：

（一）相關大眾所共知

日本法的用語為「普遍認知」或「著名」，惟既然我國立法之初，已有將「普遍認知」改為「相關大眾所共知」之事實，則顯然我們不宜直接引用日本之標準，而應自尋處置之原則。首先我們必須將「相關大眾所共知」分成「相關大眾」與「共知」來談，而在探討問題前我們更有就這種規定之目的加以瞭解之必要。綜合前述之外國法例，我們可以歸納出至少有下列幾個目標或客體是這種立法所欲達成或

註46.滿田重昭，前揭註一書100-104。至於廣義的混同行為尚包括名聲之侵害、寄生行為以及標識之稀釋，惟觀諸作者之內文，似乎是些混同行為應否受管制僅屬「值得探討」者而已，141，而尚非日本法所明文規定。

註47.小川宗一等，前揭註四十五書，208。

註48.鄧振球，前揭註五書54。

註49.至於商標稀釋（dillusion）的部分，在美國法的定義下乃「非仿冒之侵害行為」參前揭註三十六。由於其規範之客體包括著名商標在不同類產品之使用行為，顯非我國當前商標法或公平法所能涵蓋者，故而我國是否能將這種商標稀釋之制度納入管制範圍尚有待商榷。參前揭本文有關日本法之定義，文中提及日本法的處置係同的考慮「交易者」與「需求者」。

加以保護的：

1. 商譽及名聲
2. 保護消費者
3. 促進競爭
4. 抽象而得以擴大的經濟價值（次級意義）

而由這幾個角度作者擬歸納出下列之看法：

(1) 相關大眾應可區分為一般消費者及相關之事業（尤其指同一類產業中之事業（註50））。

(2) 就相關消費者部分應判斷其對於表徵之「商譽」或「名聲」的認知程度。蓋同如前揭文所述（註51），商譽是一種吸引力；而名聲則是具體愛用者的累積比例反映出來的；此外更基於不公平競爭法之理念係保護整體營業之價值或具經濟價值之次級意義，而非單純表徵之本身；故而我們可以認為相關之消費者大眾必須具備下列適格條件：

“在選購產品時至少必須屬於該類競爭會將產品「表徵」納入考慮者（即會受表徵之影響者），若其已為具該表徵之商品的實際使用者，我們仍應區分其「使用」是基於對該表徵之認知或純屬習慣，若為前者，始有將之歸納為「相關大眾」之價值（註52）。”

(3) 若有相關之事業，則應以其與「表徵」所有者具競爭關係或可能者為限（註53）。

註50.我國公平法僅對「事業」及「交易相對人」加以定義而未及於對「大眾」。故此，一方面基於公平法在規範事業之行為，一方面鑑於外國法例追求保護消費者之目標，故而這兩類的「主體」應均有合「大眾」之定義，另者公平法規範之「競爭」既以水平競爭為主（第四條）則不同產業別間鮮有成為「相關」大眾之可能。

註51.前揭註二十七；J. Phillips & A. Firth 及前揭註三書404，英國法亦以原告具有名聲為要件。

註52.參前揭有關日本及美國法例之相關論述。

註53.這段說明主要係參考英國法例在計算濫混案件之損害賠償時之計算方式而得。

既然這類案件之損害賠償必須取決於相關市場損失之計算而該計算又必須由相

(4)「共知」的真義絕非「每人均知」而應係就相關大眾為一集合體時的知悉狀態而言，否則只要有相關大眾中之一人不知就不構成矇混，將有悖管制矇混之本旨。參諸上開各國法例，均無要求大眾每人知悉之情形，是以「共知」似應依「相關大眾」之認知是否按其比例已達「共知」之程度決定為宜（註54）。

(二)相同或類似之使用

事實上，「相同」或「類似」均屬保護商標之概念，而非競爭法管制矇混時所存有者（註55）。而今我國法將公平法第20條第1項前2款之保護內容限定在「相同或類似」之使用行為上，似乎有縮小適用範圍之意思，蓋因這種限制方式將使外國法例中的商標稀釋及現行英美法系下的矇混與不法替代概念下，可能產生不同類使用表徵而可能違法的情形因要件不符，不易有適用可能。

至於「相同與類似之使用」由於在文字結構上與商標法第62條或公平法第20條第3款所用的「於同一商品或同類商品，使用相同或近似於」他人商標顯不相同；

關大眾之分類來認定則逆向以此計算基礎來做為衡斷「相關大眾」之方法以仍有參考價值。見 J. Phillips & A. Firth 前揭註三書，238 - 240。

註54.固然當今外國法例對矇混之管制通常不以有競爭利益受損之事實為必要；參前揭本文有關美國法、日本法之介紹；惟這僅屬將保護客體擴大之作法，而今本文已將不具競爭關係之消費大眾納入，故亦無須以競爭受損為違法與否之要件。惟，矇混之目的既然同時在促進競爭並保護事業具競爭利益之表徵，則以在事業間具競爭價值的表徵為受保護之客體應有其意義。至於表徵是否在事業間具有競爭價值必然取決於其所有人之競爭對手或潛在競爭對手之看法，反之，一個不具競爭地位之事業的看法則無法反映出該表徵應受保護之價值，故而本文乃綜合矇混管制之目的及我國公平法之相關規定，大膽建議如是。參 Michael Porter 之競爭理論；轉引自吳明修，台灣創業投資事業、產業結構與競爭策略之研究11 - 13及58 - 59（中山大學企研所碩士論文79、6）。

註55.此點純屬作者之論點，並無具體依據。惟日本法原先使用之「普遍」及形容後面的「共知」之用，今我國以「相關大眾」的名詞來代替自然會產生解釋上之困擾，故似宜參考日本對於共知的解釋來處理我國法為當。參前揭本文有關日本法之定義。

前者指的是「使用」的相同或類似，不若後者強調的是商標在同一產品或同類商品上使用後的相似或近似性，是以究竟何種「使用」為「相同或類似」，才是第20條第1款或第2款在執行上的重要爭點。原則上，作者以為應針對各國對這類行為的定義加以歸類冀綜理出我們可以列為參考的「相同或類似使用」行為類型（註56）。

綜合各國的法例我們可以歸納出下列這些可能構成「相同或類似使用」的行為類型。

1. 模仿表徵（英國、美國、日本、德國）。
2. 不法替代或不當變更（美國）。
3. 稀釋（英國、美國）。
4. 標識混淆或主體混同（日本）。
5. 營業及出處混同（日本）。

這些行為類型與商標法因著重對抽象之財產權（商標專用權）以及商標圖案標記本身的保護，而只針對同一商品或同類產品之「模仿」行為加以禁止大異其趣。事實上，由前揭文中陸續提及的相關論述中我們知道，管制矇混行為之目的在保障表徵所有人其營業整體努力之成果，故而除了直接模仿侵犯其形式意義之所有權外，對於影響其商譽，誤導消費者，減損表徵經濟價值等相關行為均有加以規範之必要。故而作者建議公平法第20條第1款、第2款之「相同或類似」之使用類型宜於施行細則中就判斷標準加以規定〔例如以受侵害之法益是否屬該20條第1、2款欲保護之客體來判斷，在現階段均可參考外國既有經驗處置之（註57）。〕

（三）致生混淆

致生混淆的判斷重點應在發現誰為發生混淆的主體？至於是否有混淆則應屬事實認定的問題。目前參諸外國法例，在矇混案件中發生混淆的主體包括了最終消費者（英國），商業上可能之交易相對人（註58），販售具矇混表徵之產品者（註59）

註56. 例如管制矇混所由來的英美法例中，並不以其行為屬「相同」或「相似」之使用為必要，參前揭文有關英美之規定；究其理由不外乎不是公平競爭法的重點在保護營業的整體價值而非單純的商標外表。

註57. 這些事情往往發生在不同類也不近似的商類別間。惟，請比較英國法對「同類行為」；即行為一致性之要件要求。參前揭註三十五及相關本文。

註58. 目前可能以「稀釋」是否適用我國最值得爭議，迄今日本似未真正引用。參前揭註四十七。

）。本文以為管制濛混行為之目的既同時包括了對競爭利益、消費者利益之保護，則只要上開主體之混淆或陷於錯誤會有影響表徵所有人營業利益、妨礙消費者正確取捨商品之權益之可能，則這些主體之混淆應均有符合20條「致生混淆」定義之可能。故本文建議凡濛混之表徵是使消費大眾、商場同業，甚至行銷通路中之銷售管道發生混淆者均應符合「致生混淆」之定義。

綜合上開之分析，我們知道我國公平法第20條第一項第1款及第2款之規定雖然參考了外國法例，然則在落實為法條現狀時則已納入了許多特色，從而也導致了特有問題的發生。針對這些問題，在欠缺具體先例之情形下，我們應如何來詮釋這些法定要件實值得國內產、官、學界的共同努力來界定其真義。至於本文就這方面所作之論述，均屬作者參酌外國法例及管制濛混之基本精神所作成，疏漏不足之處在所難免，僅在此一併敘明。

肆、商標專用權之不正使用

一、商標授權與不正競爭之關聯性

基於前揭之討論，我們知道商標專用權人依法享有對特定商標使用於特定相關產品之「獨占」使用權利，然則由於之近代行銷強調商標之「廣告」功能（註60），在大量銷售的要求下，「相同產品」（same product）已無法當然代表「相同出處」（same origin）之意思；是以一方面基於賦與商標專用權的目的在保障其自身對建立「商標形象」（image）所付出的財力與人力（註61），另一方面更基於商標尚具有表彰品質的傳統意義；當專用權人為擴大其商標專用產品（trademark product）之供給以符合日增之需求時，商標授權（trademark licensing）（註62）之下生產的商標專用產品是否能符合「相同產品」、「相同品質」之要求，便與我們應否准許被授權人生產之產品以授權人（專用權人）之名義來行銷產品息息相

註59.前揭文有關美國之規定。

註60.參東吳大學前揭註三十六研究報告189。

註61.參鄧振球，前揭註五論文，9，11-14。

註62.有關內容請參閱何連國，商標法新訴論，251-263（1991修訂版）。

關。是以，基於法定專用乃在保護付出代價創造商標的「個人」；更基於保障消費大眾之要求，在商標授權時，一般國家通常會採取嚴格的「中央控制」（centralized control）要求；令授權人嚴格控制被授權人產品的品質（註63）。在這種要求下授權人可能會因「不當」之授權而喪失其商標專用權（註64）。而基於這種授權控制之要求，商標授權的場合在兩個角度上可能與不正競爭發生關係。

其一，當為授權協議之兩造間，未能防止發生公眾受欺（public deception）之情形時，製造或行銷授權產品者均有不公平競爭的問題（註65）。在我國，這種因防止公眾受欺騙的「消費者保護」規定是否應涵蓋於公平交易法管制之架構內尚有疑義（註66）。惟若依公平交易法第21條以此為引人應該之行為，或依第24條之

註63.例如美國，見J. Gilson, Trademark Protection and Practice § 6.01 [3] (1989) 英國、台灣，乃至大陸對此均有規定，惟管制方式則略有不同。我國依商標法第26條之規定應向中央標準局申請核准；大陸則依商標法施行細則第35條應將許可合同報備，並保證使用商品之質量，至於美國，則不明示品質管制的要求而以獎懲模式來替代，凡品質相符產品之製造者得以「相關者」（related company）之身分享有製專用權產品之地位，否則，原專用權人之權利，可能會因不符品質管制要求之授權而被視同「拋棄」（abandonment）；同上註§ 6.01 [6]。

註64.在我國依商標法第31條第1項第2款，來使用前不得授權他人使用，授權後亦需自己使用，否則一終二平仍有被撤銷之可能；美國法甚至認為未合法控制品質或僅做單純授權協議（naked agreement）者構成拋棄（abandonment）；或無控制約定者為無效之協議（void）同上註§ 6.01 [6]。

註65.例如，在美國，這就屬於聯邦貿易法案第五條所規範之範疇。同上註書§ 6.01 [6] 此外，與我國不同者，美國FTC內設有消費者保護，亦使其保護消費者利益時無行政上之困難，東吳大學前揭註三十六，研究報告134；至於我國一方面基於「競爭」已有明文定義，再者消費者保護將另有內政部負責，似乎不宜如此解釋。參范建得·莊春發合著，公平交易法系列2；不公平競爭306-307（1992）。

註66.美國FTC Act的發展背景與我國不同，首先該法就競爭（competition）並未加以定義是以法院得依習慣法（Common Law）之本旨就立法之目的加以

規定，以不當之授權經營為「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，則參考上開美國法例或有其適用之可能。

其二，我們更可針對商標授權中許多授權條款的內容逐項說明授權人對被授權人的要求是否有因涉及從事不正競爭行為（尤其是反壟斷）而違法之可能（註67）。有關這部分問題謹分述於後。

二、商標授權條款適用公平交易法之相關問題

在本質上，由於授權人與被授權人間往往存有不平等之談判力（bargaining power），所以有接受法律特別保護的必要（註68）。在內容上，一個商標授權協議主要涵蓋了三大部分，一為「使用」，二為「監督」（policing），三為「品質管制規畫」。而這三大部分內容與我國公平交易法相關的主要有市場區隔、品質要求及限定價格三個課題。至於在適用上則可以分別就且有關不同的授權條款來加以分析。

（一）搭售

搭售在我國係指第19條第6款所規定「不當限制交易相對人之交易行為之態樣的一種（註69）」，在商標授權的情形下若有被授權人被要求向授權人或其指定之出處（source）購買非商標專用產品之其他材料或產品時便有構成搭售之可能。在我國，搭售分別屬於受第10條「獨占力濫用」行為或第19條第6款「不當限制交易相對人交易行為」規範之行為。在外國，具獨占地位之事業若從事搭售，通常均

解釋，而由於立法之真義每隨時代之變遷而可做成不同之解釋；政治理念與經濟理論之發展也自然影響到美國 FTC Act 之定義，自1938的 Wheeler - Lea Amendment 後，FTC Act 第五條之適用對象已不再限於具競爭關係的原被告間而及於對無競爭關係之消費者的保護。參 J. Kalinowski, Antitrust Laws and Trade Regulation § 121.04(1991)。

註67.商標授權在本質上是一種契約安排（contract arrangement）；在功能上則當被授權人有數人時成為一種加盟（franchise）的型態。是以許多因加盟可能產生的問題可能均會在此發生。有關加盟之可能問題參范建得·莊春發合著，公平交易法系列1：獨占、結合、聯合之管制325-328（1992）。

註68.J. Gilson 前揭註六十四書 § 6·03 [3]。

註69.參范建得·莊春發前揭註六十六書，153-159。

會被認係獨占力濫用（註70），在我國，雖尚乏案例，惟解釋上似乎仍應採相同之見解。目前由於我國獨占管制係採公告制度（第10條第2項），尚不清楚那些事業應屬獨占事業，故而仍應以第19條之執行較為值得注意。雖然，我國公平交易委員會迄今尚未具體說明，也尚無案例可以說明何為「不當限制交易相對人之交易行為」（註71），我們仍可就部分可循軌跡，及立法時參考的外國法例，歸納出部分執法原則（註72），由這經驗可知判斷商標授權時搭售要求之適法性其判斷關鍵有二；一為授權時授權人的經濟力量如何；二為授權人要求之合理基礎為何？目前美國法院係認為「知識產權」的本身即已代表了經濟力量（economic power）；當有許多被授權人分別被要求購買不相干之事物時，不須再證明授權人有個別的強制（individual coercion）行為，亦可認定其具備行使「違法」搭售之經濟力（註73）。

至於在合理化理由的考慮上，則有下列三個理由被認為可以在商標授權的搭售案件中被加以主張。

1. 要求被授權人購買產品主要成分（ingredients）或零組件（components）；或
2. 基於品質管制之必要；或
3. 搭售成爲整體交易不可分之一部時（註74）。

(二) 選擇交易對象

原則上，公平交易法是保障契約自由的。是以，單純的拒絕交易（refusal to deal）尚不至構成違法。惟，當商標授權涉及獨占力之濫用或不當之限制時則有違法之可能（註75），另一個與選擇交易對象相關者爲授權條款（granting clause）是否屬於排他性（exclusive）的問題（註76），這個問題同時與前揭涉及的水平

註70. 同上註，141-142。

註71. 范建得，莊春發註六十八書155-159。

註72. 同上註；166-184。

註73. J. Gilson，前揭註六十四書§6.02〔1〕、

註74. 同上註。

註75. 前揭註六十九。

註76. 授權可以按此區分為三類：

行輸入問題屬獨家代理的問題。此外，這個問題亦屬公平法第19條第6款「不當限制交易相對人交易行為」的適用問題（註77）。

(三)市場區隔

在授權合約中，市場區隔通常以主要責任區條款（primary responsibility clause）、營業區域限制條款及禁止越區條款來達到市場區隔的目的。市場區隔的最大益處應在於排除品牌內部競爭以及確保廣告之價值。惟，在享受這種企業個別效率之同時，若將商標授權作為市場區隔手段的方式搭配其他的限制競爭安排，則違反競爭法（公平交易法）之可能甚高。例如，商標授權已超出保護商標之必要，而成為控制生產及銷售之行為（註78）；或者以商標授權為手段嚴格執行市場區隔之安排時（註79），均有違法之可能。惟在下列情形下，美國法院則曾以這類似限制競爭的安排有其合理化依據而認可之。

1. 雖有主要責任區之分配，但不限制其越區。
2. 基於送貨或運送成本之考慮。
3. 只針對越區銷售所得要求越區經營者支付合理比例之越區費。以作為使用原責任區經營者廣告、行銷努力成果及其商譽之用。

(四)品質控制之規格與標準化要求

原則上基於授權人控制品質之必要，在授權書中制訂規格與標準是被許可的（註80）。但是若其要求係為了配合搭售或其他限制交易的安排（例如買影印機不買其碳粉則不提供售後服務）；或者在實務上只有與授權人合作才可能達成規格要求

①排他性獨家授權；

②自用以外為排他性授權；

③全然非排他性授權（non exclusive）J. Gilson，前揭註六十四書，§ 6.01。

註77.有關適用上之探討請參考前揭註六十六書，187-188；197-212。

註78. *Timken Roller Bearing Co. V. United States*, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951)。

註79. *United States V. Topgo Associates, Inc.*, 405 U.S. 596, 92 S.Ct. 1126, 31 L. Ed. 2d 515 (1972)。

註80.例如, *Superior Bedding Co. V. Senta Associates, Inc.*, 353 F. Supp. 1143, 175 U.S.P. Q. 277 (N.D. Ill. 1972)。

時（例如，特殊商標但與品質無關的紙巾）；這種規格要求均有被認爲不合理之可能（註81）。

（五）其他與加盟（franchise）相關的問題

如前揭所述，商標授權也是一種加盟的安排（註82），是以加盟可能涉及的公平交易法問題也可能在商標授權中發生。這些問題，包括轉售價格限制（公平法第18條）、強迫照單全收（公平法第19條），及差別待遇（公平法第19條）等問題，因限於篇幅無法一一贅述。

綜上所述，公平法固然擴大了對商標之保護，但是相對的也要求專用權人應合理使用法定獨占之權利，否則仍應受到公平法之規範。

結 論

隨著公平交易法的頒行，商品標識的保護已由早日狹隘的商標保護，擴展爲對未登記著名商標以及知名商品表徵的維護。惟在繼受外國法例的過程中，我國一方面受到中美智慧財產權談判之壓力，再方面受到國內欠缺經驗之影響；公平交易法第20條第1項第1及第2款有關管制濫混行爲之規定，頓時成爲難以真確解釋的條文。是以在爲保護智慧財之制度的發展感到欣慰時，商業表徵所有人也應體認這個條文的真正精神係在保護事業整體營業的成果，而非單純的表徵，故而不應過於濫權使用本條之規定，將之做爲不正競爭之工具。

在濫權的考慮方面，公平交易法亦對商業標識所有人的商標濫權行爲加以管制。目前，隨著商品行銷方式的日益多元化，商標的「廣告價值」亦不斷提高，以致商標授權與加盟正逐漸成爲一極重要的競爭手法。而相對的，專用權人（授權人）因過度使用其「法定獨占權利」造成的不公平競爭現象也自然成爲公平法所欲加以規範之對象。

註81.參前揭註63書，§6.01[4]。

註82.加盟之定義及類型參(International Franchising: An In-Depth Treatment of Business and Legal Techniques Y. Granatidis & D. Campbell, edors, 1991)。

綜合本文之論述，我們可以發現公平法的頒行一方面擴大了商業表徵所有人受保護的範圍；但也同時提高了商標專用權行使權利時應遵守的法律義務；而在這得與失之間，執法單位則面臨著一個極不確定的釋法與執法環境，如何而後，我們才能將公平法的相關規定，導向更成熟的明確定義，或許將是未來國人的努力目標，而本文之撰寫即在本諸野人獻曝之心，略述已見，冀能起拋磚引玉之效。