

# 商品表徵權取得要件之研究\*

李美惠\*\*

## 目 次

壹、緒論	肆、表徵權取得之要件
貳、表徵之概念及其保護目的	伍、個別問題之探討
參、表徵保護之地位及其與其他智慧 財產權之關係	陸、結論

## 壹、緒論

我國公平交易法（以下簡稱公平法）第二十條第一項規定：事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行爲：「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，爲相同或類似之使用，致與他人商品混淆；……（略）。」即爲商品表徵權（註1）保護之規定。

然而何謂「表徵」？（註2）其保護目的爲何？表徵權取得要件又爲何？例如

---

\* 本文係由作者碩士論文「商品表徵權保護制度之研究」所改寫，該碩士論文曾榮獲八十五年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」獎助金。

\*\* 作者現爲經綸法律事務所律師。

註1：關於現行法對於商品表徵之保護是否賦予權利地位？請參見本文第三章第一節之探討。

註2：按表徵原有商品表徵與服務表徵之別。本文所稱之「表徵」如未特別著明，係指商品表徵而言。

「新穎性」是否為表徵權之構成要件要素？現行公平法第二十條第一項就此似未明定，實務上從早期的方浩實業「城堡式時鐘外觀」案至近期的瑞士商「勞力士錶」案，行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）所採取的態度亦不一致，然總體而言，似乎採取肯定之態度。究竟作為表彰商品來源的表徵應否具備新穎性？關於表徵權取得之判斷應否考慮專利法上之保護？表徵權與其他智慧財產權的關係為何？此等問題涉及表徵權保護制度之規範目的，誠有予以探討之必要。

其次，公平會及美國近日司法實務見解均認為，倘若系爭商品特徵原本即具有顯著性，即毋庸再為「交易聲價」（Verkehrsgeltung）（註3）之審查，得因其顯著性而認為當然成為商品表徵，享有表徵權的保護。亦即原本即具有顯著性之商品特徵，關於表徵權之取得，得以其原本即具有的顯著性取代「交易聲價」之要件。然此一見解是否妥當？是否忽略了表徵權與商標權權利基礎之不同？本文以為亦值深究。茲就前揭疑義參酌美國、德國相關見解論述如下，冀期有拋磚引玉之效。

## 貳、表徵之概念及其保護目的

### 一、表徵之概念

為提升商品本身的競爭力，商品往往以標籤、包裝、顏色加以裝飾，或經設計造型特殊的外觀及容器，以吸引消費者的注意。就此商品容器、包裝與外觀，美國法稱為“trade-dress”，英國法則稱為“get-up”。

一般而言，商品之容器、包裝與外觀通常僅為吸引消費者的商業競爭手段，而非表彰商品來源之標彰。但此非謂其不得作為商品來源之表徵。事實上，一旦消費者將其視為購物的憑藉，則該等容器、包裝與外觀等，不啻亦具有表彰商品來源之功能。就此具有表彰商品來源功能之商品容器、外觀與包裝，即稱為商品之「表徵」（trade-dress；get-up；Ausstattung）（註4）。

---

註3：關於「交易聲價」之意義及其相關問題，請參見本文第肆、三、所述。

註4：Ausstattung一字使用於商品上，含有商品外觀、形象之義，而字義本身則含有佈置裝備的意義。關於該字的釋語迄今尚未一致。有譯為「表裝」，亦

依我國公平會之見解，「表徵」意指事業用以區別彼我商品的特徵，使一般人見諸該特徵即知該產品為某特定事業所產製（註5）。換言之，表徵為商品上使人產生來源聯想的特徵；交易上為消費者視為與相同或類似的商品相區別之特徵，皆為「表徵」。根據我國公平法第二十條第一項第一款之規定，得為商品表徵者有他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀。至於著作物標題，在「腦筋急轉彎」一案中，公平會曾肯定其得作為表徵予以保護（註6）。而在近日同涉及著作物標題之「異域」案中，公平會雖認為「基於文字使用必要及創作發表自由之利益衡量，對單一著作物標題，無論知名與否均不宜視為『表徵』，否則任一具有知名度之著作物，可藉由不正競爭防止法取得著作物標題之獨占使用地位，實有違反公平交易法之立法意旨」，否定其受保護之可能性（註7）。然而於該案之訴願決定中，公平會就著作物標題得否成為表徵一事存而不論，而以其他理由駁回訴願人之訴願（註8）。因此實務上對於著作物標題得否受表徵保護一事，所持態度為何，有待日後之觀察。

在美國法上，表徵概念之範圍亦由最初之商品標籤及包裝，擴大及於現今之「商品整體的視覺印象」（註9）。在德國法上，「表徵」一詞最初係指足以表彰商品來源之商品容器、包裝與外觀，惟今其法律概念則已不僅限於商品的裝飾與包裝，而是包含所有在交易上被認為是表彰來源（Herkunftshinweis）的商品標識方法

---

有譯為「商品之形象」。本文鑒於舊德國商標法第二十五條之立法精神與公平法二十條規定相當。為求用語之統一，故稱為「表徵」。

註5：詳見公平會處理原則第四點規定，「美商高仕筆」案，公平會第一一一次委員會議，討論案五。

註6：「腦筋急轉彎」案，（81）公處字第007號處分。

註7：（84）公參字第00029號。

註8：（84）公訴字第04909號。

註9：見 *Coach Leatherware Co. v. Ann Taylor, Inc.*, 933 F. 2d 162, 168 (2d Cir. 1991)。

(註10)。因此，除了商品容器、外觀及包裝之外，舉凡商品顏色、廣告標語、著作物標題等，皆得作為顯示他人商品來源之表徵。

## 二、表徵保護之目的

表徵乃為交易大眾所共知，具有一定經濟實力之來源表彰。就企業者而言，除得用以表彰本身之商譽，因該表彰商品來源功能的發揮，並得獲得一定的經濟利益；就消費者而言，經由對於商品表徵的辨認，購得稱心如意之商品，不啻為購物的好指標。因此，表徵之使用不僅涉及競爭者的競爭利益，並關係著消費者的消費利益。倘有他人率爾仿冒，不僅剝奪使用人應有的經濟利益，侵害使用人之商譽，消費者並將因此受到矇騙，顯已逾越正常競爭領域的範疇，而構成不公平競爭行為。是以，為確保業者商譽及其商業利益，防止消費大眾對於商品來源發生混淆，並維護公平的競爭秩序，對於表徵應有予以保護之必要。就此綜觀各國立法例，實莫不立法加以規範。

## 叁、表徵保護之地位及其與其他智慧財產權之關係

### 一、表徵保護之地位

現行法關於表徵之保護是否賦予權利地位？

關於權利與利益之分際，有見解以為，在利益與權利之間，尚存有規範餘地，是為不完全權利 ( unvollkommene Exklusivrecht ) 之情形。詳言之，當發明人已著手研發；創作人已著手草繪新式樣圖案；廠商已使用某一商標，在渠等取得發明專利權、新式樣權與商標權等絕對專用權之前，乃處於一種可期待獲得該等絕對專用權之法律地位。基於保護期待權之基本思想，此一期待地位亦有保護之必要。就此相較於兼具有積極使用與消極排他內容的發明專利權、商標權，此時法律所賦予者，僅為得暫時排除第三人侵害之禁止權限，具有不完整性；然而經由對於他人破壞

---

註10：Götting, Ausstattung in Deutschland, in: Schricker und Stauder, (Hrsg.), Handbuch des Ausstattungsrecht, S.211.

該期待地位行爲之制止，亦反射出渠等事實上獨占使用之情形。此種在取得完全權利之前，僅得排除第三人侵害所處期待地位之權利，即爲不完全之權利（註11）。在比較法上，德國法有所謂「企業權」（das Recht am Unternehmen；或稱營業權）（註12）之概念。企業權者，乃指企業設立與從事營業之權利。當企業之活動領域受到直接侵害時，德國實務見解雖以爲，此乃具有支配權性質的企業權被侵害，企業主得根據德國民法第八二三條第一項（相當於我國民法第一八四條第一項前段）請求保護；然在學說上關於「企業權」之性質，多數見解卻認爲，所稱「企業權」並非一種存在於企業上具有支配內容之權利，僅僅是一則「一般條款」（generalklausel）之確認，即認爲在企業之活動領域內，如有特定行爲構成其業務之直接侵害者，應不受許可（註13）。例如關於營業祕密之保護，德國判例與學說咸認爲此屬企業權之一，雖非絕對保護之法益，但對該歸屬於企業範圍之特定企業之法律地位，亦應使企業擁有「範疇權」（Rahmenrechte）；即基於利益衡量，法律所賦予企業一定之法律地位，原則上應予保護，以排除不法之干涉（註14）。

就我國法現行對於表徵之保護而言，有見解以爲，相較於商標法對商標之保護，「由商標法與不公平競爭法對商品表徵保護方式的差別來看，商標權本質上是商標法所賦予的獨占排他權，可藉以保護商標權人的私益，從而使商標法反射出維持公平競爭秩序的法律構造。相對於此，不公平競爭法是著眼於引起商品主體混淆的不公平競爭行爲本身，從而藉由制止此種不公平競爭行爲的強制規範，反射出受保護商品表徵的獨占性。亦即不公平競爭法原本的目的並非在賦予受保護的商品表徵

---

註11：Troller, Immaterialgüterrecht, S.75.

註12：史尚寬，債編總論，頁134。

註13：Fikentscher, Schuldrecht, S.634, 638； von Bar, Deliktsrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S.1699；國內文獻，參見史尚寬，債編總論，頁134以下；廖義男，企業與經濟法，頁50及頁75註74。

註14：蔡明誠，公平交易法對營業祕密之保護，政大法學評論第四十四期（80年12月），頁273。

一種獨占的排他權，造成此種商品表徵受獨占保護的現象，不過是法律所反射出來的效果。至於德國法上之表徵權本質上則為一種排他權」（註15）。由此可知，基於所受法律保護之地位，受保護人就其表徵，不排除得授權、移轉他人使用之可能，如德國法上之規定；然就我國現行規定而言，更接近於前所稱，在取得絕對專屬權利之前對於所處期待地位之保護。此種保護規定雖未賦予積極獨占使用之權限，而僅為一種客觀之行爲準則，然經由消極排他之權限之行使，亦造成事實上該表徵受獨占保護之現象。就此情形，我國現行法律對於表徵之保護雖未明文賦予「表徵權」之稱謂，然從比較法上之觀察與學說見解可知，關於民法第一八四條第一項前段之「權利」，除指向來所稱具有完整內容之一般權利外，尚應包含如德國法上所稱，對於企業所處法律地位加以保護之「企業權」概念。因此本文以為，現行法關於表徵之保護雖具有不完整性，然仍不失為「權利」。

## 二、表徵權與其他智慧財產權之關係

### (一)總論

所謂「智慧財產權」（註16），乃對人類智慧創作成果的保護權。從國際公約可知，「智慧財產權」之類型可大別為二：一為精神文明之保護，另一則為物質文明之保護。前者主要為保護文學、藝術、科學及其他學術等精神方面創作之著作權

---

註15：張澤平，仿冒與公平交易法，頁153-154；張瑜鳳，公平交易法關於仿冒行為制裁規定之研究，台大法研所碩士論（83年6月），頁12。

註16：「智慧財產權」，大陸稱為「知識產權」，係譯自「intellectual property；geistiges Eigentum」。就文義而言，intellectual係intellect（智力，與感情及本能相對）的形容詞，若以「智能」稱之，或較符合原意。此外，「智慧財產權」除了包含財產利益外，尚包括人格利益（大陸稱人身權），「智慧財產權」及「知識財產權」雖可凸顯其財產權益的特色，但不足以表彰其亦對人格權之保護。故「智慧財產權」及「知識產權」之用語皆不甚妥當，宜稱為「智能保護權」。惟鑒於「智慧財產權」在台灣已成爲流行用語，爲求溝通之便，本文仍暫以「智慧財產權」稱之。

。另外，保護表演人、錄音物製作人及廣播事業人之著作鄰接權亦屬其類。至於後者則為涉及產業活動之事項；依其保護目的之不同，又有可區分為三：1. 為關係產業創造活動成果之權益，此如發明專利權、新型權及新式樣權。另外植物種苗、科學上發現、專有技術（know-how）營業祕密及積體電路布局等，亦屬此類。2. 為產業秩序維持的識別標誌，此如商標、服務標章、證明標章、商品及服務表徵、企業名稱及原產地表示或原產地名稱、商品標示等。3. 為維持產業公平競爭秩序者，此即為不公平競爭條款之規定。本文討論之表徵權亦屬智慧財產權之一環，與著作權、專利權及商標權三者的主要目的及功能雖有所差異，然並非完全獨立毫無關聯。

### (二)表徵權與發明專利權、新型專利權

表徵權與發明專利權、新型專利權同為智慧財產權。惟二者的保護目的有著極大的不同。發明專利權與新型專利權是法律以特定程序，賦予專利權人使用其發明或新型的一種獨占專利權。其保護目的在於：經由授與發明人得以在一定時間之內，享有排他的製造、使用、販賣其發明之獨占權，一方面以激勵人們從事發明創作的意願，另一方面也使發明人得回收其在研究期間所付出的心血與所作的投資，並籌措進一步研究的費用；另外，經由發明人就其發明內容的公開，一般社會大眾得以了解他人的技術創作，或因此激發出更進一步的創作，或避免對同一技術思想為重複發明。因此，專利制度向被認為是提升一國工業技術，促進產業進步的重要利器，本質上乃就技術創新所為之保護。

至於表徵乃商品來源的表彰。在權利的發生上，係基於一定的使用事實，並非如同專利權般地經由官方一定的授予程序。在保護目的上，表徵權係就維持正當產業秩序的識別標識所為之保護，非如發明及新型專利權主要為保護產業創作活動成果之權益，二者並不相同。

### (三)表徵權與新式樣權

根據我國舊專利法第一一一條之規定：「凡對於物品之形狀、花紋、色彩首先創作適於美感之新式樣者，得依本法申請專利。」因此，新式樣是有關物品之形狀、花紋、色彩或其結合而適於美感之創作，亦即具有美感作用的產業上的二度空間圖案與三度空間的模型，本質上在引起視覺上的美感，使人感到趣味性，重在物品

外觀之造型設計，與發明專利與新型專利重在實用性，要求具有特殊的效能有所不同。若與表徵權相較，表徵權與新式樣權雖同為智慧財產權體系之一部，然新式樣權亦屬產業創造活動成果之權益，表徵權則為保護產業秩序維持的識別標誌，二者規範目的亦不相同。

#### (四)表徵權與著作權

著作權係法律為保護精神創作之人，特別是與文學藝術有關的精神創作者，所賦予之絕對、排他權利。其規範目的乃因精神創作是人類思想、智慧的結晶，屬於人類文化資產的一部分，對於人類文化的進步與發展有所貢獻，是以有必要對從事創作之人加以保障，同時並藉以鼓勵其他人從事精神創作活動，使人類的文化資產更豐富，文化發展更迅速。我國著作權法第一條規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法」，即揭明斯旨（註17）。

依著作權法第三條第一項第一款規定，「著作」係指「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』」。既言「創作」，自不得為抄襲或重製他人既有的作品，亦即須具有「原創性」（originality；Eigentuemlichkeit）（註18）。此所謂原創性與專利法所要求之新穎性不同，只要該作品係作者獨立創作，並非抄襲他人作品即可。故若兩人出遊寫生，該二作品雖實質相同，仍無礙其具有原創性（註19）。

此外，由於著作權法所保護的對象為人類的精神創作，且係賦予著作人享有絕對的排他權，對他人影響甚大，故受保護的標的除須以人類的精神為之外，其精神尚須達到相當的程度，足以表現作者的個性（personality；Persoenlichkeit, Individualitaet），即應具有類似於德國專利法上發明高度（Erfindungshoehe）概念之「創作高度」。因此，必須為人類精神上創作，而且達到足以表現出作者個性之程度

---

註17：謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠合著，著作權法解讀，頁18。

註18：日本學者將美國著作權法上之 originality 翻譯為「獨創性」。見蕭雄淋，著作權法研究（一），頁92註15。

註19：蔡明誠，兩岸著作權法制之比較研究——以著作權保護規範比較研究為中心，政大法學評論第四十六期，頁192。



，才有以著作權法保護的必要（註20）。

我國司法實務上有判決認為：按著作權法所稱之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂之精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性始可稱之，而此所謂之原創性程度，固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度（即新穎性）要高，但其精神作用仍須達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，方可認為具有原創性，如其精神作用的程度甚低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。……（註21），亦肯定受著作權保護之著作，須足以表現出作者之個性始為該當。

惟在該判決中，似乎認為「獨特性」與「個性」同為「原創性」的下位概念，亦即均指足夠的創作活動而言。然而，本文以為，「獨特性」一詞應係譯自德文之 *Eigentuemlichkeit*，而該字在德國文獻的使用上，即相當於英美文獻上之 *originality*，亦即我國法上所謂的「原創性」。至於對於應具有足夠的創作活動一事，則以個性或獨創程度（*Eigentuemlichkeitsgrad*）稱之。換言之，原創性之構成，不僅有應為「新」（按：此尚非專利法上所稱「新穎性」之概念，只要具有主觀上的「新」即為已足）之作品之質的問題，另亦包括足以表現著作人個性創作活動之量的問題；後者即所謂的「獨創程度」或「個性」。因此為求概念之釐清，獨特性一詞實不宜僅指稱足夠的創作高度一事，而係應為包含「新的」要件在內的「原創性」概念。

另外關於著作權之取得，我國係採創作保護主義，亦即於著作完成時即享有著作權，是否辦理註冊或登記，就著作權的發生並無影響。

相較於著作權，表徵權為就產業秩序維持識別標誌所生之權利。在權利之取得上，表徵權雖與著作權同樣不以事先經過主管機關之授與為必要，惟表徵權之承認，原不在於因權利人對該特徵有所創作，而是在於因其為企業的識別標誌。因此，系爭標的經使用的事實遠較使用人對其創作來得重要。換言之，標的之原創性對於表徵權的取得雖有助益，卻非必要，縱使系爭標的係抄襲他人作品而得，只要相關

---

註20：謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠合著，前揭書，頁20-21。

註21：台灣台北地方法院八十三年自字第二五〇號刑事判決。

交易對象見著該表徵時，有相當人數會將其與特定商品主體產生聯想，其仍不失為第二十條第一項第一款所稱之表徵。

#### (五)表徵權與商標權

商標是表彰與自己營業有關的商品，以便與他人之商品相區別的標誌。依美國蘭哈姆法第四十五條規定：商標，指製造者或商人，為表彰其商品，並與他人製造販賣之商品相互區別，而採納或使用之文字、名稱、符號、圖像或其聯合式（註22）。我國商標法雖未對商標的定義作特別規定，然從商標法第二條、第五條及第六條，亦可見出上述意義。

商標權則為權利人就商標所享有之權利。就其權利內容而言，商標權人除享有在商品上之標示權（Bezeichnungsrecht）外，尚擁有將附上商標之商品為交易流通的排他權（註23）。商標之積極使用權加上消極之禁止權構成商標保護的整體概念。此種權利除保障商標權人之私益外，尚有維持競爭秩序並保護消費者公共利益之考慮。

商標通常由文字、圖形、記號或其聯合式所構成，但其所保護之客體並非該文字、圖形、記號或其結合本身等有形之物體，而是「商標與商品間在思想上的關聯性」，因此商標權不僅為具有絕對性、排他效力之私權，且亦屬無體財產權之一（註24）。

關於商標權之取得，根據我國商標法第二條規定：凡因表彰自己營業之商品，確具使用意思，欲專用商標者，應依本法申請註冊。又依同法第二十一條第一項規定：商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。由此可知，我國對於商標之保

---

註22：Sec.45 Lanham Act: The term “trademark” includes and word, name, symble, or device or any combination thereof adopted and used by a manufacturer or merchant to indentify his goods and distinguish them from those manufactured or sold by others.

註23：蔡明誠，論智慧財產權之用盡原則，政大法學評論第四十一期（79年月6），頁228。

註24：Vgl. Baumbach / Hefermehl, Warenzeichenrecht, Ein Rdn.27.

護係採註冊主義，商標必須經由註冊，其註冊人始享有商標權，亦即始受法律之保護。

與商標相較，表徵與商標同為商品來源的表彰，在智慧財產權的分類上，亦均屬維護競爭秩序之產業標識。因此，關於權利之概念與本質，二者應未有何不同。事實上，表徵權的承認，原為緩和商標註冊主義的僵化，避免一未經註冊的商標，經過廣泛行銷、大量廣告的使用結果，在交易上已具有實質的識別力，而僅因其未為註冊即不受法律保護，造成權利失衡的結果（註25）。

然而，就我國實證法規定而言，所謂商標，係指依商標法予以註冊之標章，而且僅限於二度空間的平面標章，即文字、圖形、記號或其聯合式，並不及於三度空間的立體標章、音響標誌等。至於第二十條第一項第一款所稱商品表徵則係基於使用而產生，所保護的客體除了涵蓋二度空間的平面形式外，尚包括三度空間的立體標章，此由二十條以商品容器、包裝予以規範可知。因此，本文以為，就我國現行法制而言，表徵的概念範圍應較商標為廣，其一方面包含所有可登記為商標的標誌，另一方面又不以此為限；除商品之包裝、容器與外觀外，諸如顏色、聲音、氣味等，亦得為表徵權的客體。而所有具有註冊資格而可作為商標之標誌，若具有相當的交易聲價（*Verkehrsgeltung*）（註26），亦可以表徵加以保護。

表徵與商標雖有上述之差異，然此係僅就我國現行法制而言。事實上，衡諸外國立法例，法國商標及服務標章法第一條即規定，可聽見的符號象徵如聲音、音樂樂章等，及可得藉以識別其產品或服務之產品或包裝之形狀、顏色或其色調之排列與組合亦可作為商標（服務標章）（註27）。而在美國法上，顏色、產品及容器外

---

註25：徐火明，商標權之行使與公平交易法之關係德國法部分，載謝銘洋（研究主持人），公平交易法與智慧財產權之關係，公平交易委員會委託台大法學基金會八十二年度研究計畫二，第三篇第二章第二節，頁251。

註26：Verkehrsgeltung, Verkehrsbekannt, Durchsetzung 三字雖在程度上有些微的差距，然皆指在交易上頗有名氣。關於 Verkehrsgeltung 一字或有譯為交易上一定之價值與作用者。見謝銘洋，德國之商標制度與實務，工業財產權與標準（83年9月），頁112。就此參見本文第四章第三節所述。

型、建築物的設計或外型、車輛的顏色或外型、服裝、聲音、香味等亦得作為商標（廣義）而受到法律的保護（註28）。渠等受保護之商標本不以二度空間之平面標章為限。

另依德國甫於1995年三月修正通過的商標及其他標章保護法（Gesetz ueber den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen）第三條第一項第一款規定，受保護的標章為適於用以將企業之商品或服務與他人相區別的所有標誌，特別是涵蓋人名在內的文字、圖形、字母、數字、聽力標誌、包含商品形式及其包裝在內的三度空間的表現形式及包括顏色及其組合在內的其他裝飾。另外，根據同法第四條之規定，關於商標之保護可經由如下三個途徑而取得：1.註冊2.經由營業交易上之使用，在相關交易商圈內作為商標而具有交易聲價的範圍內3.巴黎公約第6<sup>bis</sup>條意義下商標眾所周知的知名度（notorietaet）。因此現行德國法上之商標，不僅包括三度空間的立體標章，且其概念類型包括：1.經註冊的形式商標2.經使用的事實上商標3.因巴黎公約第6bis條意義下之商標（notorisch bekannte Marke）三種，打破了向來其商標僅限於平面的表現形式及以經註冊者為限之藩籬。是以，若就德國現行法制而言，表徵為商標概念之一，商標的概念範圍乃較表徵為廣，而將表徵涵蓋其中，上開所言差異已不存在。

商標法所保護之商標，雖無須與表徵同具有表彰特定商品主體的實際作用，而係以註冊之法定程序授予商標權之保護，然現今見解以為，商標權之權利基礎原不在於註冊，而係在於其因使用所具有的經濟力量。換言之，商標制度的目的，基本上即在以賦予排他權的方式，事先標明各廠商所專屬使用的商標，劃定使用商標的安全保護領域，而經由競爭市場對此一制度的信賴，形成一種安定的商標使用秩序，以建立商標之實際標識力。倘不為此，而要求每個受保護的商標亦須達到如表徵所具有的實際標識實力，則任何商標在取得實際標識力之前，即已因他人之任意仿冒，而根本無獲得該市場經濟實力之可能。因此，該基於註冊所取得之保護並非商

---

註27：蕭燕新譯，法國商標及服務標章法，新知選粹（81年8月），頁41。

註28：J. Thomas MacCarthy, Trademarks and Unfair Competition, § 7: 16 - § 7: 35.

標權的極限，而僅是一種創造實質上，基於實際上交易名聲（*tatsaechliche Bekanntheit*）之權利保護的工具。亦即透過註冊使商標所人在一定期間內享有單獨使用的權利，提供註冊商標取得實際上標識實力的機會，獲得增強為事實上商標所必要的交易聲價（註29）。

## 肆、表徵權取得之要件

### 一、概論

表徵權之取得涉及保護要件與受保護對象兩方面。首就保護要件而言，德國法上認為有二：一為在客觀上具有表徵能力（*Ausstattungsfaehigkeit*），另一為在交易上取得交易聲價（*Verkehrsgeltung*）。前者係指系爭標的得以表彰商品之來源而與其他商品相區別，為標章本身質的要求；後者則指系爭標的在交易上現實取得之識別力，涉及在具體情況下所需識別力程度與強度量的要求（註30）。次就受保護對象言，德國法對此原則上並未限制，舉凡足以區別商品來源之一切標章均屬之。然系爭標章如具有商標法第八條第二項第四至九款之商標註冊障礙事由，例如就商品的種類、性質與地理來源足以對於公眾造成詐欺（商標法第八條第二項第四款）；違反公序良俗（同條項第五款）；相同或近似於國徽、國旗、其他國家最高徽記、地方徽章與地方團體徽章（同條項第六款）等者，則不受保護。

在美國法方面，關於表徵權取得之要件法院雖未明白表示，然由其就表徵權之侵害主要審查1.不具功能性，2.取得次要意義，3.具有混淆可能性等要件可知，關於表徵權保護之要件，亦以相當於德國法上表徵能力與交易聲價概念為要素。

我國法關於表徵權取得之要件並未明定，就此上述德國法上之見解應可供參考。換言之，在保護要件方面，我國法上應亦以表徵能力之具備與交易聲價之取得為

---

註29：徐火明，商標權之行使在公平交易法上可能引起之問題，載謝銘洋（研究主持人），前揭研究計劃，第三篇第一章部分，頁210。

註30：Götting, *Ausstattung in Deutschland*, in: Schricker und Stauder, (Hrsg.), *Handbuch des Ausstattungsrecht*, S.220.

必要；至於受保護對象方面，鑒於表徵與商標同為商品來源的表彰，商標法第三十七條所列十三款禁止商標註冊事由，於表徵之保護亦有考量餘地（註31）。

對於是否得為受保護之對象，根據商標法第三十七條之規定，不得註冊商標之事由計有十三款。其中最主要者在於避免誤認混淆，此如第四款、第六款、第七款、第九款、第十一至十三款等規定。另有因為缺乏顯著性者，此如第八款、第十款；或因妨礙公序良俗者，此如第五款；或因尊重人格權及名稱權，此如第十款；或因對國家、政府、國軍、國父、國家元首、外國、外國組織之尊重，如第一款至第三款（註32）。就該等禁止註冊之事由，有見解以為在商品表徵之保護上均有適用餘地（註33），然本文以為，鑒於表徵所保護者為系爭商品特徵所具有的實際標示力，具有顯著性的特徵，客觀上固適宜作為表彰商品來源的表徵；未具顯著性的特徵，只要未與商品本身同一，而不被視為商品本體之一部，則亦有可能經由長久使用與大量廣告，成為商品來源的表彰，取得表徵權之保護。因此本文以為，「欠缺顯著性」應非排除表徵保護之事由。

關於表徵權之保護要件，即表徵能力與交易聲價，因所涉範圍較廣，茲析述如下。

## 二、表徵能力

### （一）規範目的及其概念

表徵權之保護係為避免消費者對商品來源發生混淆，維護使用人之正當利益，建立公平的競爭秩序；而非使使用人經由表徵權之取得，迴避專利法與著作權法相關規定，迂迴的享有製造該商品之永久獨占權，致與專利法或著作權法一定期間保護之原則相互抵觸。換言之，基於自由競爭原則，市場中的一切資源原則上應歸大眾自由使用。專利法與著作權法雖基於特定立法目的，賦予權利人就其創作成果享有一定的獨占權，然該等權利之取得均須具備一定要件，並受有一定期間之限制。

---

註31：趙晉枚，未註冊商標的保護，公平交易季刊第二卷第四期(83年10月)，頁64。

註32：同上註。

註33：同上註。

在該期間屆滿後，原受保護事項即歸於公共領域，任何人皆得自由使用。此一自由仿效原則自不容因為表徵權之保護而遭破壞。為避免商品製造者經由商品表徵權的取得，迴避專利法或著作權法上的相關規定，迂迴取得未有期間限制之永久獨占製造權，系爭特徵足以使人對於商品來源產生聯想，就表徵權之取得而言尚有不足；實應另基於表徵之為標誌之本質再為限制。對此德國實務認為，基於表徵的標識功能，表徵必不屬於商品的本質要素（Wesen der Ware），即非與商品本身同一，而係作為消費者產生聯想媒介之商品附屬部份。就此引出系爭標的在客觀上適宜作為商品來源標示之要件，即須為商品本身以外，而將某一特定企業主體呈現於消費者眼前的「外在附屬品」之概念，即為「表徵能力」。我國法就此雖未明文規定，然鑒於對表徵之保護均基於表徵的識別作用，此一觀點應具參考價值。

關於表徵能力之判定，當某一裝飾（Aufmachung）外觀上和商品本身相分離時，如商品之包裝，則不難判定其不屬於商品的本質而具有表徵能力。但當某項裝飾在外觀上並未與商品本身相分離時，則要判斷其是否屬於商品的本質要素，則較為困難。就此，鑒於商品本為滿足人類消費或實用利益而生，系爭特徵是否構成商品本質，當可視其是否為滿足人類需求而定（註34）。於此較有問題者為外觀上未與商品相分離之功能性形狀與美感上特徵。茲分述如下。

#### （二）具有實用或技術機能之功能性形狀

具有實用或技術機能之功能性形狀是否具有表徵能力？根據公平交易委員會處理公平交易法第二十條案件原則第九點第三項之規定，其實用或技術機能之功能性形狀，非第二十條所稱表徵。德國法方面，商標法第三條第二項規定，「有下列情形之一者，不得取得商標之保護：1. 為經由商品種類本身之條件。2. 為達到技術上價值所需。3. 賦予商品重要價值。」因此，具有實用或技術機能之功能性形狀與美感上的特徵，若該當於上開事由，不具表徵能力。在此之前，聯邦最高法院則以是否構成商品本質為依據。系爭商品特徵如構成商品本質，則不具有表徵能力（註35）

---

註34：Baumbach / Hefermehl, § 25 WZG, Rdn19.

註35：vgl. Baumbach / Hefermehl, Warenzeichenrecht und internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, Komm., § 25 Rdn 5.

)。美國法上並無「商品本質要素」之概念，而僅以是否為功能性特徵為斷；系爭特徵若具有功能性，則不得受到表徵之保護。「不具功能性」(non-functionality) (註36)，為適用聯邦商標法－蘭哈姆法第四十三條(a)項首應審查之要件。總括而言，係採否定之態度。

然而另有見解以為：「功能性原則(Doctrine of functionality)原為普通法上不公平競爭原則。基於該原則，商品之特徵若具有功能性，則其僅於從事競爭不可或缺，或為使消費大眾免於誤導之合理範圍內，他人始得自由使用。而今，美國法院卻將該原則納入蘭哈姆法第四十三條(a)項適用上，認為對於具有功能性的商品特徵，縱然可能因其為最先生產的新產品，或經由大量而密集的廣告，致使消費大眾已就其與商品來源產生聯想，亦不加以保護。此實與蘭哈姆法之立法政策相扞格。……

按普通法上的不公平競爭原則，原為保護業者之利益而來；至於消費者利益之保護，則僅附帶於保護業者利益而產生。在此意義下的功能性原則，原係保護消費者得有出自各種不同來源的商品可供選擇，亦即確保消費者對現有產品競爭來源之利益，不因業者之權利而受影響。至於消費者是否受到來源混淆，則不在不公平競爭原則考慮範圍之內。……

然而，避免並減少消費者受到來源之混淆，卻為蘭哈姆法第四十三條(a)項之立法目的(註37)。因此，關於該條規定之適用，應考慮者僅為他人的重製行為是否造成實質的混淆可能性(a substantial likelihood of source confusion)。在混淆可能性的判定上，雖應考慮系爭商品特徵在交易上是否已被視為商品來源的表彰，即應考慮次要意義的有無；但與其是否具有功能性，則無關聯。換言之，系爭標的雖具有功能性，然在交易上若已被視為標示商品來源的標章，則仍不得排除蘭哈姆法第四十三條(a)項之適用，以實現該條規定之立法目的。……

其次，功能性原則對於商品表徵侵害之構成雖無影響，惟就法律效果之判定，

---

註36：按美國法上的「功能性」原則包含實用或技術機能與美感機能二項概念。本項所述者，係指實用機能而言。

註37：S. Rep. No.1333, 79th Cong., 2d Sess.4 (1946)



即頒發禁令與否，卻有適用餘地。詳言之，關於第四十三條（a）項之適用，首應決定者為仿製者之行爲是否具有混淆可能性；若為肯定，則縱然其所重製者係商品的功能性要素，亦得予以禁止。惟在禁止模仿之程度上，應將功能性原則列入考慮。例如，法院得禁止他人仿製完全相同於原告商品的功能性特徵；亦可僅限制對非功能性要素的重製，而對功能性要素則僅賦予適當標示之義務。」（註38）

按商品實用或技術機能之功能性要素得否受表徵保護一事，涉及一項價值判斷：亦即究竟應該避免消費大眾對商品來源混淆誤認，保障商品表徵使用人所建立的商業信譽；或是任由生產者根據專利制度法則，自由使用已不受專利法保護之事項？

上述見解顯然認為前者較值得保護。然而本文以為，就立法目的而言，專利法、著作權法與商標法三者雖均為保護智慧財產，然其任務各有不同。過度擴張商標法的保護範疇，勢將侵害其他二者功能。蓋在專利法制度下，某種具有特殊實用功能性特徵必須取得專利權始得獨占享有，否則此等具有功能性特徵應歸大眾自由使用，以促進市場競爭的活絡。今若允許商品的功能性要素亦得享有表徵權之保護，其或不合專利保護要件，或已經過專利保護期間，然卻由某一業者享有獨占排他權，如此顯然侵蝕專利制度的基石。而且，基於經濟及社會政策的考量，容許此種模仿行爲將對社會帶來更大的利益。因此，本文以為，在此不妨借用德國法上「商品本質要素」之概念，對於未構成商品本質要素的功能性形狀，或可承認其表徵能力，而在另一要件，即交易聲價上作嚴格要求；至於構成商品本質要素的功能性形狀，則仍以不予保護為當。

### （三）具有美感之商品特徵

關於具有美感之商品特徵是否具有表徵能力？我國公平交易委員會處理公平交易法第二十條案件原則並未將其排除於表徵保護之外。然於個別案例之審議中，公平會卻曾認為：「……就檢舉人所檢送產品目錄廣告、被檢舉人檢送之其他各家廠

---

註38：Jessica Litman, The Problem of Functional Features：Trade Dress Infringement under Section 43（a）of the Lanham Act, 82 Columbia Law Review 77（1982），at 80-95.

商所生產商品之型錄廣告觀之，及公平會派員所作之市場調查，發現該各類商品之筆桿顏色、花樣略有些微差異，然該等圖樣及其排列方式和筆桿色調，係為增加商品美觀，吸引不同年齡之消費者購買而設計的。檢舉人商品之筆桿上有各種不同之可愛圖案（如動物、糖果、人物、水果）為文具用品中常見之素材，且筆桿色調（具有半透明效果、半透明霧狀效果及不透明螢光色系效果）之設計為美學上色彩之基本運用，係為增加視覺效果，此種具有美感機能之包裝，能夠滿足美感之需求，本身不具有標章的目的，應容許他人模仿此種不具有專利權或著作權的利益，是故商品設計圖案、顏色等組合具有美感機能，不具備本法第二十條「表徵」之要件。……」，排除美感商品特徵的表徵能力（尚禹公司百能鉛筆、原子筆案）。

美國法上，所謂的功能性原則包含實用機能與美感機能二方面（aesthetic functionality）（註39）。因此，產品上的裝飾或外型若具有美感機能，亦不得受到表徵保護。然另有學者認為，由於一切可能的美感設計或造型種類，正如同所追求的品味那樣地具有無限可能性，因而對美感的特徵賦予表徵保護，對競爭並無太大影響（註40）。

至於德國法方面，美感性的造型要素是否具有表徵能力，亦視其是否構成商品本質而定。蓋美感的形狀要素若構成商品的本質，則因其非商品的外在附屬品，客觀上無從作為商品來源的標示，自不具表徵能力。此外，新式樣權有一定期限的保護制度，亦不容因表徵權無限制的承認而受到破壞（註41）。

美感的商品特徵應否具有表徵能力亦涉及一項價值判斷，即究竟應該避免消費大眾對於商品來源發生混淆誤認，或是應任由市場參與者根據專利制度法則，自由

---

註39：有關美感機能理論，起源於1938年美國侵權行為法新編第742條。其內容為「當商品主要是由於美感的價值而被購買，則由於其明顯的提供價值，而且促成這些物品所要達成的目標，所以這些特徵是具有機能性的。」現今美國侵權行為法已將不公平競爭法排除在外，不作規定。

註40：學者稱之為“merely ornamental” rule。詳情參見 J. Thomas McCarthy, Trademarks and Unfair Competition, §7:6.

註41：Busse / Starck, § 25WZG, Rdn.14.

使用已不再受專利法保護之事項？就此從比較法上可知，各國之處理方式不一。本文以為基於如下考量，宜肯認美感特徵之表徵能力（註42）：

1. 對產業上之競爭不會造成不當限制

相較於技術性機能特徵之取得，美感特徵在創作上具有更多的變化可能，個人對於商品特徵的美感感受，應如同個人對於口味的要求各有所愛，市場上可供使用的美感創作當具有無限可能性，因此承認美感的特徵具有表徵能力，對於業者之競爭自由應不致於產生重大的衝擊。

2. 表徵能力僅為保護要件之一，在保護上不致於過於氾濫

按關於表徵權之取得，在保護要件上，系爭商品特徵除須具有表徵能力外，尚須在交易上取得實質上的標識力，即交易聲價之獲得，始足當之。在此縱然承認美感特徵之表徵能力，亦不代表認為系爭美感特徵當然得受有表徵權之保護；其得否取得表徵權，尚應視其是否取得交易聲價而定，至於同業競爭者之行為是否侵害他人之表徵權，則仍視其是否具有混淆可能性而言。因此承認美感特徵之表徵能力，應不致於產生保護過於氾濫之情形。

3. 相較於商標制度，系爭標章之美感性亦非為註冊之障礙事由

按表徵制度乃保護系爭標的表彰商品來源之功能，系爭標的是否具有美感性原非關鍵。就此相較於商標制度，我國商標法第三十七條雖規定，系爭商標圖樣具有該項所列各款情形之一者，固不得申請註冊，是為商標註冊之障礙事由，然而申請商標圖樣之美感性並不在其列。換言之，根據我國商標法之規定，系爭商標圖樣之美感性亦非為禁止註冊之獨立要件。因此在同為保護商品識別標誌之表徵制度上，應無將系爭標的之美感性列為獨立要件之必要。

### 三、交易聲價

#### (一) 概論－兼論用詞之選取

鑒於表徵之保護基礎在於因使用所產生之經濟利益，故系爭特徵在實際上所具有的識別力，對表徵權之保護自屬不可或缺。相較於商標權之保護，交易聲價於表

---

註42：相同見解，如張澤平，仿冒與公平交易法，頁137。

徵權保護中所扮演的角色，正如同註冊之於商標權保護一般（註43）。即使是原本即具有顯著性（inherently distinctiveness）之特徵，若未取得交易聲價，本文以為仍不宜賦予表徵權之保護（詳見本文伍之二）。換言之，一在客觀上具有表徵能力之事項，惟有在交易上亦被視為標示商品出自某一特定企業之表彰，即具有實際上的識別力時，始得享有表徵權之保護。

關於表徵在實際交易上所具有的識別力，德國法上稱為交易聲價（Verkehrsgeltung）。我國公平法或可以「相關大眾所共知」之規定予以解釋；或者認為我國法就此要件並未明列於條文之中，基於表徵制度上之基本原則，作當然解釋。在此鑒於我國迄今關於「相關大眾所共知」概念之掌握尚未確定，因此本文擬暫不採「相關大眾所共知」一詞。

另外，根據公平會處理公平交易法第二十條案件原則第四點規定「本法第二十条所稱表徵，係指某項具識別力或次要意義之特徵……。第一項所稱次要意義，指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想，該特徵因而產生具區別商品或服務來源之另一意義。」，乃以「次要意義」作為表徵保護之要件。就此參照現行商標法第五條第二項規定之「次要意義」：凡描述姓名稱、地理名詞、姓氏……，如經申請人使用且在交易上已成為申請人營業上商品之識別標章者，視為具有特別顯著性，二者是否相同，不無探究餘地。

就商標權與表徵權之效力與權利主體而言，商標獲准註冊後，註冊人取得該商標的專屬權（商標法第二十一條）。此一效力具有普遍性，於我國主權所及範圍內，商標權人對於侵害其商標權之人，得請求排除其侵害，並得請求損害賠償（商標法第六十一條）。一商標專用權僅得由一人取得，二人以上於同一商品或類似商品以相同或近似之商標，個別申請註冊時，應准最先申請者註冊；其在同日申請而不能辨別先後者，由各申請人協議讓歸一人專用；不能達成協議時，以抽籤方式決定之（商標法第三十六條）。

至於表徵權方面，德國法相關見解認為，表徵權無妨由不同業者於不同地區內

---

註43：Baumbach / Hefermehl, § 25WZG, Rdn.11.

就同一或近似的表徵同受表徵權之保護。亦即當表徵在另一統一的經濟領域內 ( einheitliche Wirtschaftsraum ) 由另一業者取得交易聲價時，該二業者的表徵均得受到保護 ( 註44 )。由此可知，表徵權之地域效力範圍實有所限制，遠不及於商標權之普遍。因此，關於欠缺「顯著性」之標章，德國舊商標法第四條第三項規定，於其為交易上通用 ( 或譯「普及性」 ) ( Durchsetzung in Verkehr ) 得申請註冊商標；至於第二十五條所規定之表徵，則以交易聲價 ( Verkehrsgeltung ) 之取得為要件。前者須占德國交易圈內壓倒性多數 ( bei ueberwiegendem Teil der deutschen Verkehrskreise )。此所謂的壓倒性多數固無一客觀絕對的標準，然德國法院認為，對非通常可見的描述性文字，亦要求須達到60%的聲望 ( 註45 )。至於後者只要在受領人 ( Abnehmer ) 的特定地區具有普及性 ( regionale begrenzte Durchsetzung bei Abnehmern ) 則已足夠，要求較低 ( 註46 )。

由上所述可知，德國法上就取得表徵權之保護之實際識別力，與作為商標註冊要件者乃做不同解釋。我國法現今雖未作如此規定或解釋，然基於二權利效力上的差別，上述德國法之見解實具參考價值。因此本文以為，該處理原則雖亦使用「次要意義」一詞，然與商標法第五條第二項所規定者應有不同。因此，為求辨明起見，本文從德國法「交易聲價」之用語。

表徵權所保護者，為商品特徵在交易上實際具有的區別力；是以交易聲價的取得，對表徵權的保護而言，誠屬不可或缺。事實上，交易聲價於表徵權保護中所扮演的角色，正如同註冊之於商標權保護一般。具有顯著性的商品特徵若未取得交易聲價，則因其尚欠缺實際區別力，仍無從受有表徵權之保護。在此，表徵權之取得、存續與喪失，端視交易聲價之存否而定，至於所有人的主觀意思，則無關聯。

## (二)法律上意義

「交易聲價」係指交易上將系爭商品特徵視為商品來源的表彰；亦即交易上就

---

註44：Chrocziel, Ausstattung in DFeutschland, in: Schricker und Stauder, (Hrsg.)  
 , Handbuch des Ausstattungsrecht, S.255.

註45：BPatG GRUR 1972, 34-Tabac Original.

註46：Busse / Starck, § 4 WZG, Rdn.131,137.

系爭商品特徵與某一企業來源產生聯想，視其為標示商品出自某一特定企業的標章。換言之，商品特徵在同一或類似商品中實際上之區別力，即為「交易聲價」。

倘相關交易商圈將系爭表徵視為商品出自特定企業來源之表彰，是為交易聲價之取得。在此，所謂「特定」企業來源，並不限於單一企業；數個在經濟上或法律上彼此相互關聯之企業亦包括在內。蓋隨著經濟企業結構的變遷，團體標章與授權制度的承認，原本相互獨立的企業得以結合成為企業群。交易上若將表徵視為商品出自此一企業群的標示，自亦難謂系爭表徵不具來源標示的功能。因此，就現實而言，交易聲價之取得雖然大多基於交易上僅有某單一企業使用該表徵所致，然若共同使用該表徵數企業具有法律上或經濟上的關聯，且交易上就此亦有所認識，而將表徵視為該數企業商品來源的共同標章，則系爭表徵不失為亦取得交易聲價。在此重要的是，此數企業間的內在關聯須為相關交易商圈所認知；至於對於數企業有權使用表徵一事有無認識，則不在考慮之列（註47）。

業者長期的獨占製造，亦可能造成相關交易商圈將商品特徵視為商品來源表彰之結果。此以具有專利權的商品最為常見，蓋因專利權之獨占地位，使得在專利權之期限內，市場上僅有單一企業生產提供該商品，交易上極有可能將該商品特徵與該企業發生聯想。然而在此情形下，因事實上並無其他業者可資區別；是以交易上雖將該商品特徵視為來源表彰，與其說係將之視為與其他同一或類似商品相區別之標章，毋寧說係貨品標誌（Guetezeichen），視其該類商品之固有特徵。此種因為商品種類或獨占製造所產生之聯想，並非該表徵現實上所具有之區別力，自非此所謂之交易聲價（註48）。

## 伍、個別問題之探討

### 一、系爭標的之具有顯著性或新穎性

由方浩實業「城堡式時鐘外觀」案（註49）、瑞士商「勞力士錶」案（註50）

---

註47：Baumbach / Hefermehl, § 25WZG, Rdn 37. Chrocziel, a.a.O., S.264-265.

註48：Baumbach / Hefermehl, § 25WZG, Rdn 36.

案例可知，實務見解以為關於表徵權之取得，系爭標的須經由特殊設計而具有顯著性，甚且須取得新式樣專利權之保護，具備與專利法上同一概念之「新穎性」，始足當之。然而本文以為，就系爭標的之顯著性而言，縱然認為顯著性之標的較容易取得實際標識力；然而基於如下理由，此種現實上的助益尚不足以作為表徵權取得要件：

1. 表徵權之權利基礎為系爭標的之實際標識力；表徵之顯著性雖有助於在交易上取得實際標識力，然尚不宜以之為權利保護要件

按表徵為得以表彰商品來源，使相關大眾用以區別不同商品之標章。相較於商標權之產生須踐行一定的註冊程序，表徵權之取得則在於一定的使用事實。詳言之，商標制度以賦予商標權人排他權之方式，事先標明各廠商所專屬使用之商標，劃定使用商標的安全保護領域，經由競爭市場對此一制度的信賴，形成一種安定的商標使用秩序，以建立商標之實際標識力，而表徵權之保護則以系爭標的具有現實上之標識力，享有一定經濟利益為基礎。因此在以系爭標的之具有現實上標識力為權利發生原因之表徵制度上，使用人得否取得表徵權，關鍵點應不在於系爭標的是否經由特殊設計，標的本身是否具有顯著性等情事，而是系爭標的在交易上是否已具有實際標識力。系爭表徵本身如具有顯著性，在交易上雖較容易使消費者產生商品來源之聯想，取得實際上標識力，然在未取得此一實際標識力之前，該等標的應尚非為表徵權保護之對象。

2. 商標制度上亦承認商標之顯著性得經由事後使用而取得

其次，相較於商標制度，關於申請商標註冊應具備之顯著性，現今國際潮流亦不以系爭標的本身具有顯著性者為限，換言之，原本不具顯著性之標的，如經過長久的使用成為現實上商品來源的標章，亦不排除得申請註冊之可能，是為次要意義原則。此種得申請註冊之現實上標識力，相較於表徵權取得所需具備之標識力，二者所要求之程度雖有不同，然認為系爭標的之識別力得於事後取得，無須於使用當時即已存在之本意卻無二致。在商標制度上，既得以經由事後的使用排除欠缺顯著

---

註49：公平會第八十九次委員會議討論案五。

註50：公平會訴願決定書（84）公訴決字第021號。

性之註冊障礙，在同為保護商品來源之表彰之表徵制度，自無要求系爭標章原本即

在美國 *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*，一案中，第五巡迴法院認為，商標顯著性之光譜，即依其顯著性之強弱由小至大排列為普通名稱、描述性、暗示性、隨意性或幻想性之商標分類，在表徵制度上亦有援用之餘地。系爭商品特徵如為此光譜上之暗示性、隨意性或幻想性標章，是為原本即具有識別力之標章；無待交易聲價之取得即應加以保護。

然而事實上，欲將此一商標顯著性光譜適用於表徵制度上有其困難性。蓋此一顯著性光譜主要係就文字標章而言，其併合了兩項概念，其一為系爭文字標章之原始意義，另一則為商品。某一文字商標是否具有顯著性，端視其所具有之原始意義與商品間的關係而定。系爭文字商標之最初文義如正為所用商品的名稱，是為普通名稱，無從表彰商品的來源；如其直接描述商品的特性、品質與功能，是為描述性標章，在取得次要意義後得成為商標；如其間接暗示商品的性質者，是為暗示性標章，與文義和所用商品的性質、用途等風馬牛不相及，或為標示所用商品特創設之隨意性標章與幻想性標章，並稱為原本即具有顯著性之商標，得因其原本所具有之顯著性，逕行受到商標法的保護。

然而就表徵制度而言，其所保護之標的多為不具文義之商品容器、包裝與外觀等事項（我國公平法第二十條第一項第一款雖將商標、姓名、公司名稱列為受保護之表徵，而有單純文字成為公平法所稱表徵之可能，然此等規定是否妥當本有疑義，在此暫且不予考慮），則如何確定該等標的之最初文義與所用商品間之關係，以明其顯著性之強弱，顯有困難。

3. 表徵制度以使用事實作為公示方法，在未取得交易聲價前，自不宜率爾保護就公示權利外觀而言，商標制度係以註冊程序作為向第三人公示之方法。申言之，商標權之賦予以系爭商標之經由註冊登記為前提。系爭商標如為特別顯著，原本即具有識別力，一經准予註冊，即使未經使用，其他同業競爭者亦得經由註冊登記簿或商標公報之查閱，得知系爭商標是否亦為他人註冊取得，避免在相同或類似



惟另有見解以為，基於如下考量，縱然系爭商品特徵原本即具有顯著性，在其未取得交易聲價之前，仍不宜加以保護；換言之，「交易聲價」之取得不宜由系爭特徵之顯著性予以替代，本文以為深具參考價值（註53）：

1. 表徵制度保護系爭標章事實上的識別力；未於交易上取得事實上識別力之標的，自非為表徵制度保護之對象

從比較法上可知，表徵權之承認原在緩和商標註冊主義之僵化，避免一未經註冊之商標，經過廣泛行銷與大量廣告的結果，在交易上已具有實質的識別力，而僅因其未經註冊即不受法律保護，造成權利失衡的結果。我國關於公平法第二十條之制定雖未明示理由如上，僅言係為維持的公平競爭秩序所致，然而系爭商品特徵如非已取得足以表彰商品來源之實質識別力，具有一定的經濟利益，則基於自由競爭，市場上的一切資源本得為大眾自由使用之原則，他人之抄襲沿用又有何破壞公平競爭秩序可言？

公平法第二十條對於商品表徵之保護，既在於保護系爭商品特徵之實質識別力，與商標制度不以實質識別力之取得為必要，僅以賦予排他權的方式，事先標明廠商所專屬使用之商標，劃定使用商標的安全保護領域，形成一種安定的商標使用秩序，以建立商標之實際標識力自不相同。系爭商品特徵雖因其特別顯著，可推認其具有一定識別力，然此種識別力事實上應僅屬一種形式上之識別力，僅具推定的性質，與表徵權所要求之實質標識力尚屬有間，自不宜認為此種推定性的識別力足以取代取得交易聲價之要件。

2. 欲將商標顯著性之光譜適用於表徵制度上有其困難性

---

註51：詳見公平會處理公平法第二十條案件原則第四點規定。

註52：Two pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 112 S Ct 2753, 23 USPQ 2d 1081 (US 1992)

註53：Michael Farjami, Protectable Trade Dress without Secondary Meaning on Second Thought, 13 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 381； Vincent N. Pallacino, Trade Dress after Two Pesos, 84 Trademark Reporter, 408.

在美國 *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*，一案中，第五巡迴法院認為，商標顯著性之光譜，即依其顯著性之強弱由小至大排列為普通名稱、描述性、暗示性、隨意性或幻想性之商標分類，在表徵制度上亦有援用之餘地。系爭商品特徵如為此光譜上之暗示性、隨意性或幻想性標章，是為原本即具有識別力之標章；無待交易聲價之取得即應加以保護。

然而事實上，欲將此一商標顯著性光譜適用於表徵制度上有其困難性。蓋此一顯著性光譜主要係就文字標章而言，其併合了兩項概念，其一為系爭文字標章之原始意義，另一則為商品。某一文字商標是否具有顯著性，端視其所具有之原始意義與商品間的關係而定。系爭文字商標之最初文義如正為所用商品的名稱，是為普通名稱，無從表彰商品的來源；如其直接描述商品的特性、品質與功能，是為描述性標章，在取得次要意義後得成為商標；如其間接暗示商品的性質者，是為暗示性標章，與文義和所用商品的性質、用途等風馬牛不相及，或為標示所用商品特創設之隨意性標章與幻想性標章，並稱為原本即具有顯著性之商標，得因其原本所具有之顯著性，逕行受到商標法的保護。

然而就表徵制度而言，其所保護之標的多為不具文義之商品容器、包裝與外觀等事項（我國公平法第二十條第一項第一款雖將商標、姓名、公司名稱列為受保護之表徵，而有單純文字成為公平法所稱表徵之可能，然此等規定是否妥當本有疑義，在此暫且不予考慮），則如何確定該等標之最初文義與所用商品間之關係，以明其顯著性之強弱，顯有困難。

3. 表徵制度以使用事實作為公示方法，在未取得交易聲價前，自不宜率爾保護就公示權利外觀而言，商標制度係以註冊程序作為向第三人公示之方法。申言之，商標權之賦予以系爭商標之經由註冊登記為前提。系爭商標如為特別顯著，原本即具有識別力，一經准予註冊，即使未經使用，其他同業競爭者亦得經由註冊登記簿或商標公報之查閱，得知系爭商標是否亦為他人註冊取得，避免在相同或類似商品上使用同一或近似之商標，以免侵害他人之商標權。

相對於此，表徵權之取得則非以向主管機關申請註冊登記為必要。詳言之，表徵制度所保護者為系爭特徵所具有之實質上標識力，系爭標的如經由業者長期的使用與大量而適當的廣告，在交易上被認為商品來源的表彰，消費者以之與商品來源

相聯想，使用人即得取得表徵權。此種在交易上使用的事實，既為表徵權取得之原因，亦為表徵制度向第三人公告權利外觀之方法。況且根據我國現行規定，表徵權之標的大多非商標權保護之對象，因此倘認為系爭表徵如為特別顯著，原本即具有識別力，無待實際上的使用取得交易聲價即得獲得表徵權，無非斷絕其向第三人公示權利外觀之方式，不僅無益於公平競爭秩序的建立，並有礙交易安全之維護，自屬不當。

## 陸、結論

隨著科技的日新月異，工商業的繁榮發展，商品種類日益繁多，市場競爭日趨激烈，在此琳琅滿目的商品中，具有廣告及品質保證功能之商品來源標章成為商場競爭的重要武器。關於商品來源之表彰，除了眾所周知之商標外，商品之包裝、容器與外觀等亦有成為表彰商品來源標章之可能，是為商品表徵。關於商品表徵權之保護，我國雖尚處於起步階段，然經過多年來的努力，職司商品表徵權保護之公平法第二十條之規定，在適用上迄今亦已呈現某程度的穩定。惟本文以為，商品表徵權與專利權、著作權與商標權等雖同屬智慧財產權之一環，然其權利基礎與規範目的實不相同，關於商品表徵權取得之判斷，似宜審慎考慮其間之差異性，不宜率爾援用。筆者學植未深，敬祈各方人士不吝賜正，不勝感激。

## Study on Trade Dress Standards

Lee Mei-Hui

As technology rapidly develops and commerce and industry prosper, the types and kinds of merchandise and products available in the marketplace has increased and competition among them has intensified. With respect to the various types of products, marks which indicate the origin or source of the products, and which effectively advertise the quality of the products, have been an important marketing weapon with which producers battle the competition. In addition to common trademarks which operate to identify the source of the product, it is possible also that the trade dress of a product can also function as an identifying mark of the origin or source of the product. The term "trade dress" normally refers to product's packaging or container, but may also refer to product configuration.

The protection of trade dress in the Republic of China, Taiwan entered a new stage after February 4, 1991 with the announcement and processing of Article 20, Item 1 of the Fair Trade Law. However, questions regarding what constitutes trade dress, the purpose of trade dress protection, and the standards for trade dress have remained largely unanswered.

For example, will novelty be a constitutional required condition for trade dress? There is no specific definition of "trade dress" in Article 20, Item 1 of the Fair Trade Law. Opinions from the Executive Yuan's Fair Trade Commission (FTC) differ on this question. However, generally, the FTC seems to have adopted a positive position on the subject. While trade dress, patent, copyright and trademark are all forms of intellectual property, the grounds on which the rights therein and the purpose of governing the same differ. Whether or not trade dress which identifies the origin or source of the goods shall be required to be novel, whether or not trade dress standards shall consider protection under the Patent Law, and what is the proper relationship between the different types of intellectual property are all questions which relate to the purpose and governing of the trade dress protection system. For this reason, these questions must be carefully researched.

Secondly, both the FTC and opinions from the U.S. consider that, if a particular product's [trade dress] is distinctive, it is not necessary to review the "Verkehrsgeltung," and the [trade dress] can naturally function as a mark for the merchandise because it is distinctive, and as such [the trade dress] can enjoy trademark protection. That is, with respect to trade dress, the condition of "Verkehrsgeltung" can be replaced by the condition of inherent distinctiveness. The questions of whether such opinion is correct and whether it ignores the difference in which the rights of trade dress and trademark are grounded remain unanswered. This article will consider these questions from the point of view of intellectual property rights and relevant comments from the U.S. and Germany. Hopefully, this article will be of assistance.