

不公平競爭規範與智慧財產權保護之交錯：以我國商標、著名表徵及網際網路有關爭議為核心(二)

■演講人：李素華教授
(臺灣大學法律學系)

三、倘被控侵權之行為屬於非典型的侵害態樣，而商標權人欲依據商標法主張侵權行為責任，則將更是困難，例如：主題標籤(Hashtag)、關鍵字廣告、或未來更多其他新興商業活動態樣。

(一) 案例1：以Hashtag方式使用他人商標

原告吳宗人為「QQBOW」商標之商標權人，以商標為品牌名稱設立電子商務網站，並從韓國購買服飾、皮包配件、飾品等，透過粉絲團或網站販售。而被告胡峻華與原告從事相同的商業活動，並在蝦皮購物網站「The Superfly Dept.」商店頁面標示「QQBOW款」、「QQBOW同款」及「#QQBOW」字樣。

1. 一審法院判斷¹：

(1) 侵害商標權：被告行為屬「描述性合理使用」

透過粉絲團進行韓國服飾、鞋品之銷售等，其經營模式為前往韓國挑選物件後銷售，常利用臉書直播方式，透過線上人員展示服飾或鞋品實際穿戴效果，與觀看群眾互動並回應有關展示物件之提問，而後觀看群眾或粉絲若喜愛該項物件，則下單購買，所銷售之物件為韓國挑選並帶回，大部分並非自行設計生產。而被告以「QQBOW款」、「QQBOW」、

「QQBOW Kimy款」夾雜記載於賣場名稱與服飾或鞋子詳細款式之間，僅係說明此項商品款式與QQBOW 粉絲團銷售或Kimy於QQBOW粉絲團穿戴展示者為相同，在客觀上尚不足以使相關消費者誤認其為商標，應屬「描述性合理使用」，不為商標權效力所及。

(2) 違反公平法：主張並不足採

原告主張被告使用其QQBOW品牌，造成消費者混淆誤認而轉向被告詢問購買QQBOW品牌之服飾，係足以影響交易秩序之欺罔行為，且被告並未投入建立品牌之行銷成本，直接攀附原告多年來投入廣告、行銷費用所建立之品牌商譽，且用較低價格進行惡性競爭，為市場上顯失公平之行為，違反公平法第25條規定。

惟原告對於被告於蝦皮購物網站使用「QQBOW」字樣之行為，如何影響市場交易秩序(含水平競爭秩序或垂直交易關係中之市場秩序之運作)、受害人數之多寡、造成損害之量及程度等，攸關被告所為是否係足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，及影響程度判斷之事項等，均未舉證。而僅以被告之作為造成消費者指明QQBOW服飾而向原告詢問是否還有存貨，及相關消費者「JOJO CHEN」、「黃小姐」所述被告為低價競爭等，即認被

¹ 智商法院108年度民商訴字第12號一審民事判決。

告足以影響交易秩序或顯失公平；卻未提出「QQBOW」品牌確實因被告行為導致同一款式服飾之銷量落差等相關資料，或除QQBOW品牌外，原告據何得為公平法規範之「事業」，並因被告前開作為而影響交易秩序，故原告主張被告違反公平法第25條之行為，並不足採。

2. 二審法院判斷²：商標權未受侵害

被上訴人（一審被告）以「QQBOW款」、「QQBOW」、「QQBOW Kimy款」夾雜記載於賣場名稱與服飾或鞋子詳細款式之間，僅係說明此項商品樣式與QQBOW粉絲團銷售或Kimy於QQBOW粉絲團穿戴展示者為相同，在客觀上尚不足以使相關消費者認識其為商標，更可見被上訴人於網路賣場刊登銷售商品訊息時，除以文字詳細描述該商品之款式外，亦將「QQBOW」作為描述自己銷售商品款式之方式，並非利用他人商標做為標示商品或服務來源之功能，應屬「描述性合理使用」。

被上訴人於蝦皮購物網站之賣場以「QQBOW」為上開主題標籤，但無法連結至臉書社團之QQBOW粉絲團，而前開主題標籤之使用方式為社群平臺使用者所知，在客觀上不足以使相關消費者誤認其為商標，自無侵害上訴人擁有之系爭商標權之可言。

綜上，被上訴人於蝦皮購物網站「The Superfly Dept.」商店頁面標示「QQBOW款/同款」，係作為所銷售物件款式、樣式之描述，「#QQBOW」之作為，並非作為商標使用，均未侵害上訴人擁有之系爭商標權。另依判決顯示，上訴人（一審原告）於二審未主張公平法。

（二）案例2：Hashtag方式使用原東家商標

原告黃妍妍獨資經營「青青男士理髮」商號，並取得「青青男士CHING CHING及圖」註冊商標；被告楊恩揚及李雅惠原均為青青男士理髮之髮型設計師，雙方結束合作關係後，被告李雅惠於民國108年5月間即獨資設立「青揚理髮店」商號，與被告楊恩揚共同經營，並於Facebook、Instagram設立「青揚男士理髮」粉絲專頁。

被告於108年間於粉絲專頁貼文中，重複使用以下主題標籤：「#青揚男士理髮#台中男士理髮#青青男士理髮kunz#（kunz為楊恩揚之英文名字）青青kunz#kunz洗頭500#青揚男士理髮#barbershop#Taichung#油頭#飛機頭#韓系髮型#美式油頭#fade#shave#男士髮型#漸層#吋頭」。

1. 一審法院判斷³：被告將其商號特取部分取名為「青揚」，與原告商號特取部分「青青」僅差一字；其粉絲專頁亦刻意取名「青揚男士理髮」，與原告之商號及粉絲專頁名稱（即「青青男士理髮」）甚為相似；又被告於系爭標籤中雖非單獨使用「青青男士理髮」或「青青」之文字，而有在後方加註「kunz」。然因該等主題標籤乃與「青揚男士理髮」主題標籤並列，且非記載成「『原』青青男士理髮kunz」或「『前』青青男士理髮kunz」，是難認一般消費者看到系爭標籤時，會認為其意在表彰kunz曾任「青青男士理髮」設計師。曾有消費者於原告粉絲專頁及私訊中詢問「青揚男士理髮」是否為原告之分店……及證人陳玉璇（即原告合作之設計師）證稱：曾有3位現場客人問過「青揚男士理髮」是否為「青青男士理

² 智商法院109年度民商上字第2號民事判決。

³ 臺中地方法院108年度訴字第2463號民事判決。

髮」的分店；因為店名都有「青」字，會讓人誤認是原告派被告去開分店等語...更證明被告上開作法，顯係使消費者混淆誤認被告經營之「青揚男士理髮」為「青青男士理髮」加盟店、分店或有合作關係。綜上，可認定被告於系爭標籤中標記「青青男士」、「青青」等文字，屬商標之使用，故原告自得依商標法第69條第3項規定，請求被告賠償損害。

2.本案因已能透過商標權行使尋求救濟，故而不需適用公平法。

四、關鍵字廣告：廣告主向搜尋引擎業者購買特定關鍵字廣告，於消費者在搜尋引擎輸入該關鍵字搜索時，觸發廣告主之產品或服務顯示在搜尋網頁廣告資訊上，可能涉及商標法（商標侵權）或公平法⁴。

（一）智商法院對於「關鍵字廣告」之態度⁵

「關鍵字廣告」已為現今事業爭取交易機會之重要方式，固然可能會稀釋他事業表徵所蘊含之經濟利益，然搜尋引擎之功能，原本就是為了提供網路使用者鍵入相關關鍵字查找資訊，越豐富多元之搜尋結果，越有利網路使用者取得更充分資訊、降低查找資訊之成本，而有助於社會公共利益。若關鍵字廣告整體呈現之內容有使網路使用者誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業，或於廣告內容使用爭議性之敘述文字，如貶抑競爭對手、不當比較，或對於競爭對手產品或服務之描述與現況不符等情形，無助於消費者獲得更充分正確資訊及降低搜尋成本。

（二）廣告主是否侵害商標權（商標使用）

1.美國：司法實務見解分歧，有認為不成立商標權侵害或不公平競爭。

2.歐盟及德國：判斷重點在於混淆誤認之虞或不公平競爭規範。

（1）關鍵字廣告行為是否影響商標權之來源功能（*Herkunftsfunktion*）、廣告功能（*Werbefunktion*）或投資功能（*Investitionsfunktion*）。

（2）關鍵字廣告之行銷，若使網路使用者無法或難以知悉，該廣告所宣傳之商品或服務是來自於商標權人、被授權人或與其有經濟關聯性之人，抑或是無關之第三人，此時已構成混淆誤認之虞。

（三）因「帶外型」或「插入型」關鍵字廣告，而決定商標侵權與否⁶

1.廣告文案使用「帶外型」及「網站轉址」

（1）廣告主僅設定若干關鍵字觸發並帶出其提供之廣告內容，該廣告內容之標題或文字並未使用該關鍵字。

（2）以「瑪麗蓮」為關鍵字在搜尋引擎Google首頁搜尋後，出現廣告「維娜斯塑身衣週年慶優惠中」、「維娜斯推推指限時優惠中」、「穿上塑身衣像是酷刑嗎？親愛的那是妳沒有穿過維娜斯塑身衣」及網址連結：www.venussecr26et.com.tw/，點選廣告內容後均連結至被告維娜斯公司之官方網站。

（3）法院判斷：未出現「瑪麗蓮」文字，所以未使用商標。

⁴ 智商法院109年度民公上字第1號民事判決。

⁵ 同前註。

⁶ 智慧財產107年度民商訴字第41號民事判決（瑪麗蓮案）。

2.廣告文案使用「插入型」及「網站轉址」

(1)廣告主除設定關鍵字以觸發並帶出廣告之外，該廣告文案之標題使用網路服務平臺提供之插入關鍵字功能，使廣告文案之標題與網路使用者搜尋之關鍵字有更緊密之連結。

(2)以「瑪麗蓮」為關鍵字在搜尋引擎Google首頁搜尋後，出現廣告標題「維娜斯瑪麗蓮讓老公更愛妳」、「祝妳完美瑪麗蓮」等文字，以及網址venussecret.com.tw，點選廣告後連結至被告維娜斯公司銷售商品或服務之官方網站，足認系爭廣告文案有系爭商標「瑪麗蓮」字樣。

(3)法院判斷：有出現「瑪麗蓮」文字，所以有使用商標。

(四)公平會依據公平法第25條處分案例一「插入型」

1.案例1⁷：「四方通行」關鍵字廣告；被處分人Agoda

(1)在Bing及Yahoo搜尋引擎輸入「四方通行旅遊網」、「四方通行旅行社」，搜尋結果出現Agoda之關鍵字廣告，標題為「四方通行|晚鳥一樣享特惠，2折起」，並與Agoda網域名稱並列呈現。

(2)其整體內容易使網路使用者誤以為被處分人Agoda與競爭對手四方通行旅行社係屬同一來源或關係企業，倘原本欲搜尋「四方通行」網站之消費者，被被處分人所呈現之廣告標題混淆或被吸引而點擊系爭關鍵字廣告，即會被攔截並導向被處分人之線上訂房平臺，進而減少四方通行旅行社接觸線上潛

在客戶之機會，並減損「四方通行」名稱背後所蘊含之經濟利益。

2.案例2⁸：被處分人Booking.com B.V.，案由事實與前述案例相近。

(五)關鍵字廣告可能同時有行政罰及民事責任

1.案例1：「立功」（補習班）關鍵字廣告一插入型；被處分人一及第補習班

(1)當消費者於Google搜尋引擎中輸入「立功」二字時，置頂之搜尋結果為「立功-首選三元補習班」網址，該網址上並顯示「現正聯絡三元及第」次網址等資訊……，可知被處分人確曾在上述期間內利用關鍵字廣告，使消費者於鍵入「立功」關鍵字時，帶出私立及第文理短期補習班網址之搜尋結果，公平會處以10萬元罰鍰⁹，另智商法院民事判決¹⁰依公平法第31條准予損害賠償20萬元。

(2)原告於法院雖有主張商標權侵害，但法院直接以公平法第25條論斷。

2.案例2¹¹：「台灣大哥大」關鍵字廣告一插入型、網站轉址；被處分人—台灣之星

(1)於Google網站以「台灣大哥大」為關鍵字搜尋，搜尋結果頁面最上方連結之標題為「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」，下方另標示「tstartel.com」，即被處分人網站網址，公平會處以60萬元罰鍰。

(2)台灣大哥大（上訴人）爰向民事法院請求損害賠償，一審敗訴後提起上訴。二審法院判斷：系爭關鍵字廣告刊登期間，曝光次數為3,290次、點擊次數僅有332次，與上訴人、被上訴人台灣之星當月之網頁瀏覽量相比，

7 公平會公處字第113030號處分書（100萬元罰鍰）。

8 公平會公處字第113031號處分書（100萬元罰鍰）。9 公平會公處字第110062號處分書。

10 智商法院112年度民商訴字第8號民事判決。

11 公平會公處字第105064號處分書。

比例非常低，應不至於影響該二公司之營收，上訴人稱系爭關鍵字廣告使被上訴人營收增加、上訴人營收減少，受有名譽權及信用權之損害云云，不足採信。況且上訴人為具高知名度之行動通信業者，被上訴人則為新進之電信業者，一般消費者應能辨認非為上訴人網站，而難以逕認即有混淆上訴人與被上訴人為關係企業、或誤認上訴人推出之優惠僅得透過被上訴人網站辦理；且上訴人復未就其因系爭關鍵字廣告之連結，該公司之商譽、信用受有社會價值貶損或潛在交易機會流失之情舉證，是上訴人泛言其因系爭關鍵字廣告之連結，因而受有名（商）譽權、信用權之損害

云云，實難採信（差額說問題）¹²。

(3)本案違反公平法第25條，但循司法程序，仍無法獲得任何損害賠償上的救濟¹³。

（六）公平法成為關鍵字廣告之救濟法規

商標權保護不足，遁入公平法。民事程序之司法救濟不足，尤其是面對新興態樣之商業活動，司法機關之態度相對保守；相關權利受損者因而尋求公平會之行政救濟，導致公平會處分關鍵字廣告之案件逐年增加¹⁴，

（本文係講座民國113年10月14日假公平會發表之演講內容，經公平會綜合規劃處楊琇雲視察摘要整理並經講座審訂）



12 傳統民法以「差額說」認定「損害」及「計算賠償額」的問題，即利益或損害乃被害人總財產額，於侵害事故的發生與無該侵害事故時所生的差額。

13 智商法院107年度民公上字第5號民事判決（最高法院108年度台上字第1108號民事裁定駁回上訴）肯認成立公平法第25條，然被害人向民事法院請求損害賠償可能有困境。

14 公平會112年委託研究計畫－公平交易法對關鍵字廣告之適用與因應，<https://www.ftc.gov.tw/upload/8c34c3c3-71d6-4931-879e-4a28c8b588ec.pdf>, 135-136。