公平交易法第 20 條、第 24 條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究

劉孔中　謝杞森

中 文 摘 要

由於我國與日本商標法已對商標明定其定義及範圍，且均採取註冊主義，需經申請註冊並實質審查沒有問題之後才能取得商標專用權。而商品本身的外觀即便有可能作爲表彰商品的來源，但因無從註冊，且同一商品本身又可能出現不同的外觀造型，有時商品壽命本身週期性較短，甚至剛一上市就下臺，若允許可以註冊，則徒增複雜與紛擾，並不合乎註冊與實質審查的立法政策。就此點而言，我國現行商標法雖無此一困擾，但是否趕得上商業潮流與需求，以及能否與歐美並駕齊驅，似有檢討空間。反觀日本商標法雖與我國同採商標登錄主義，但日本商標法已經修改，將立體商標納入，可以申請註冊。

美國之所以將商品外觀透過其商標法（Lanham Act 即蘭姆法）來保護，是因爲美國商標法採使用主義，註冊只是表面證據（有稱爲初步證據）之功能，因此即便不註冊而有實際使用商標法時，只要能提出其他可證明先使用該商標的證據，也同樣可受到美國商標法的保護。因此，美國聯邦最高法院透過解釋的方式認爲具有表彰商品來源或商業主體的商品外觀可受到商標法的保護，但並不意味一般性造型的商品外觀也必然可受到商標法的保護。這也是我國、日本與美國不能相提並論之處。

新式樣專利（日本的意匠）主要目的著重在商品外觀的裝飾與整體的美感，使消費者能賞心悅目，喜愛該商品，進而刺激消費者的購買慾，其不在於表彰商業主體（即便可能因此同時產生此一功能），故與商標法之商標主要目的就是在表彰商業主體（或商品來源）不同。就此而言，我國專利法（新式樣專利）與日本意匠法並無不同。

日本的（舊）不正競爭防止法第 1 條第 1 款的規定與我國公平交易法第 20 條第 1 項與之類似，這是因爲我國在立法時參考日本的規定。惟我國實務上公平交易委員會對公平

交易法第 20 條第 1 項所稱之「表徵」，作較高門檻的認定，不若日本著重在因商品外觀的相同或類似而導致商業主體的混淆。

此外，日本在 1993 年新修正的不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 2 款與第 3 款已明文將商品形態納入保護，並與商標法作通盤考量的修法，我國並無此一類似規定，而商標法亦尚未修法。因此，只有透過日本不正競爭防止法所無的我國公平交易法第 24 條概括條款的擴張解釋來保護商品外觀，這是因爲我國在立法時抄自美國聯邦貿易委員會法第 5 條而來，同時實務上公平交易委員會因對公平交易法第 20 條第 1 項規定的要件作高門檻的解釋，導致能合致該條要件的案例不多，故而擴張公平交易法第 24 條的適用範圍，形成該條不僅補遺公平交易法第 20 條，也橫跨出公平交易法而進一步補充了商標法與新式樣專利原本即不保護的範圍（似有逾越立法授權主管範圍之嫌），以致於業者在商品本身外觀的模仿時，最可能也最容易觸犯的是構成要件不明確的公平交易法的帝王條款第 24 條。

公平交易法第 20 條、第 24 條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究㈠

劉孔中*

目　次

壹、問題之提出
貳、德國對商品外觀保護之研究
　一、前言
　　㈠標誌保護是不正競爭防止法最困難的領域之一
　　㈡依優先原則解決標誌衝突
　二、舊不正競爭防止法與舊商標法
　　㈠舊不正競爭防止法
　　㈡舊商標法
　三、新商標法及不正競爭防止法第 1 條
　　㈠新商標法
　　㈡不正競爭防止法第 1 條
參、我國對商品外觀保護之研究
　一、公平法第 24 條之判斷要件
　　㈠本條是否排除註冊商標？
　　㈡相關事業或消費者普遍認知之表徵需具備之知名度
　　㈢相同或類似使用之定義
　　㈣混淆之虞之定義及強度
　二、公平法第 24 條之判斷要件
　　㈠現況之檢討
　　㈡舉證責任
　　㈢攀附他人商譽，榨取他人努力成果如何認定
　　㈣高度抄襲與亦步亦趨抄襲之區別
　三、公平法第 20 條與第 24 條對商品（服務）之保護之分野

壹、問題之提出

智慧財產權法作爲保護創作人之智慧結晶與工作成果之特別法制，因爲具有很強的排他性，所以設有保護之門檻（例如創作水準或形式要件）以及保護期間之限制。但是不符

* 德國慕尼黑大學法學博士、中央研究院中山人文社會科學研究所法律組副研究員兼組主任。
本文作者感謝台大法律系謝銘洋及蔡明誠兩位教授在審查會上提出寶貴之指正。

合智慧財產權保護門檻、保護期間已過或疏於申請智慧財產權法保護之智慧結晶與工作成果，是否一律沒有其他法律的救濟途徑，始終是個令人困擾的問題，尤其是有無公平交易法（以下簡稱公平法）補充適用之餘地，亦是公平交易委員會（以下簡稱公平會）長久以來持續關心的議題。對此，公平會至少曾進行兩項合作研究計畫，亦即「未受『專利法』保護之實體是否受『公平交易法』之保護」（88 年合作研究計畫），以及「仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範」（89 年合作研究計畫）。

在前述研究基礎之下，公平會希望進一步藉本合作研究計畫釐清下列問題：

㈠公平法第 20 條、第 24 條對商品（服務）外觀保護之分野

1.公平法第 20 條之判斷要件

⑴相同或類似使用之定義

⑵混淆之定義及強度

2.公平法第 24 條之判斷要件

⑴舉證責任分配

⑵攀附他人商譽、榨取他人努力成果如何認定

⑶高度抄襲與亦步亦趨抄襲之區別

㈡公平法第 20 條、第 24 條與智慧財產權相關法規對商品（服務）外觀保護之分野

㈢國外對商品（服務）外觀保護情形

貳、德國對商品外觀保護之研究

一、前言

㈠標誌保護是不正競爭防止法最困難的領域之一

營業爲區別自己之事業主體及商品來源與其他事業主體及商品來源，需要將彼此個別化的工具（Individualisierungsmittel），此在德國法上概稱爲營業標誌（geschäfthiche Bezeichnung）。營業標誌可以分爲兩大類，第一是事業標誌（Unternehmensbezeichnungen），包括商號（Firma）及其簡稱、特殊的營業標誌（besondere Geschäftsabzeichen）及其他設施（Einrichtungen）；第二是商品標誌（Warenbezeichnungen），包括商標及（舊商標法才有的）表徵（Aussttatung）。然而事業標誌可能會變成商品標誌，商品標誌亦可能成爲事業標誌，而一項標誌更可能同時是事業標誌與商品標誌，因而容易導致錯綜難解之情況。再加上立法者未仔細構思名稱、商號、標誌、表徵及競爭之間的內

在關聯，[1]致與此相關之法律既多且雜，至少有德國民法、商法、不正競爭防止法（尤其是舊法第 16 條）及商標法（尤其是舊法第 25 條）可資適用，所以使得標誌之保護成爲德國不正競爭防止法中最困難的領域之一。[2]

保護標誌之權利依其產生之要件可區分爲形式權利與實體權利（förmliche und sachliche Rechte），前者因爲註冊的形式行爲而產生，後者則因爲使用或具備交易效力（Verkehrsgeltung）等要件而產生。商標是典型的形式權利，單純因爲註冊即可對抗第三人。反之，名稱、商號、特殊的營業標誌、表徵、營業標記則是實體權利。每個標誌的內容都可能不同，權利人若將實體權利註冊，則在實體權利之外復取得形式的標誌權。[3]形式標誌權利之保護範圍依法律規定，而實體標誌權利則依其使用或具備交易效力之範圍而定。

㈡依優先原則解決標誌衝突

各種標誌權利之間若發生碰撞衝突，原則上應該依據所謂優先原則（Prioritätsprinzip），亦即時間先後原則（Grundsatz des Zeitrangs）加以解決。權利發生時間在後的權利應該向權利發生時間在前的權利讓步。換言之，優先性並非一個形式的日曆概念，而是在權利上的優先性（Priorität im Recht）。經濟情況的改變會將權利之優先性向後拖延，例如商號之權利人事後將其事業之空間及事項範圍擴張，因此才與後標誌有混淆之虞，則原則上不能對後者主張其優先性在前。然而，應注意要爲優先性在前之標誌權人保留正常事業發展下可以擴張的權利。不過，此種擴張的趨勢必須是在近期內可能的，而不是遙不可及的猜測。[4]

二、舊不正競爭防止法與舊商標法

在 1995 年以前之舊不正競爭防止法及舊商標法有關於商品或服務外觀之規定。此等規定雖然因爲 1995 年新商標法的施行而或被刪除或被修改，但是對於吾人了解德國法制的來龍去脈及整體架構，仍極爲重要。故以下分別討論之。

㈠舊不正競爭防止法

---

1 Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 4. Aufl., 1993, 80.

2 Baumbach/Hefermehl,Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., 1993, vor § 16 UWG Einf. Rdnr. 1,

3 Baumbach/Hefermehl, vor § 16 UWG Rdnr. 3.

4 Baumbach/Hefermehl, vor § 16 UWG Rdnr. 8, 12; Buddeberg, Kennzeichen-und Geschmacksmusterrecht, 1992, 44.

該法第 16 條規定：

「(1)於營業交易中以足以與他人有權使用之姓名、營業名稱或特殊標誌混淆之方式，使用他人營業、事業或印刷品之名稱、商號或特殊標誌者，得被請求停止此種使用。

(2)使用者明知或可得而知其使用之濫用方式足以引起混淆者，對受害人應負擔損害賠償責任。

(3)營業標誌及其他用以區別該營業與其他營業之設施，已在相關交易圈中被視爲營業之標誌者，視同營業之特殊標誌。以上規定不適用於商標及表徵之保護(1894 年 5 月 12 日商品標誌保護法第 1 條及第 15 條，見帝國法律公報第 441 頁）。[5]

(4)第 13 條第 10 項之規定，準用之。」

1.保護目的及範圍

本條規定之保護目的是多重的，一方面是使標誌所有人之利益不受侵害，一方面是使交易相對人得到其所需要的充分選擇，再一方是保護交易安全之公眾利益，與英國法相比較，即是其所謂「矇混」（passing off）的典型事例。本條保護的客體是所有足以將營利事業個別化並且與其他事業區別的標誌，不被其他事業在營業交易中（im geschäftlichen Verkehr）作爲標誌使用（kennzeichenmäβiger Gebrauch）而產生混淆之虞。然而，報紙、雜誌、教科書及百科全書等使用標誌，並非營業交易中之使用；在動力車輛上使用商號貼紙尚不是作爲商號使用。[6]

2. 與其他規範之競合

(1)與同法第 1 條

相對於不正競爭防止法第 1 條規範「出於競爭目的之行爲」，因而要求系爭當事人間要有競爭關係才有適用該條之餘地，本條規定既不要求標誌使用人之間必須具有競爭關係，亦不要求加害人必須有協助標誌正當權益人之競爭對手的意圖，而僅是以客觀上的混淆之虞爲其要件。所以違反本條規定，並不當然亦違反同法第一條之規定。但是若加害人故意造成混淆之虞或輕率不顧混淆之虞可能產生而使用（或仍使用）標誌，則其行爲同時帶有不正當性（unlauter），因此除受本條規範之外，亦受同法第 1 條之管轄。[7]

---

5 於 1968 年改爲商標法第 1 條及第 25 條。

6 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 1-3.

7 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 3.

⑵與民法第 12 條

德國民法第 12 條規定：

「名稱權利人使用名稱之權利被他人爭執，或該權利人之利益因爲他人無權使用相同名稱而受損者，權利人得請求該他人排除損害。有其他損害之虞者，並得請求其不作爲。」

民法第 12 條由原本是針對自然人名稱的規定，在司法判決及學說的協助之下，擴張成爲整體標誌法的「實體」（sedes materiae）因此與舊不正競爭防止法第 16 條高度重疊。惟民法第 12 條的射程及涵蓋面均超過舊不正競爭防止法第 16 條，因此可在後者不足之處，發揮網補作用。具體言之，民法第 12 條並不限定必須是營業交易中之使用，而可包括非營業交易中之使用；再者，凡是對名稱權利人值得保護之營業利益有損之行爲，均在民法第 12 條禁止之列，而舊不正競爭防止法第 16 條所針對的混淆之虞只是被禁止行爲中的一種。[8]此外，民法第 12 條並且可用來對抗「淡化之虞」。[9]

當然將原本針對家族名稱之民法第 12 條用於保護商號及企業，不禁會使人產生一個問題，亦即爲何不純由舊不正競爭防止法第 16 條提供此種保護即可？但是德國不正競爭防止法最權威學者 Baumbach 及 Hefermehl 認爲，「吾人若把自然人之名稱權評價爲人格權，則不能半途而廢地將構成人類活動絕大部分之營業行爲排除在外。只有當吾人自始採行一般人格權（allgemeines Persönlichkeitsrecht）並且承認人格具有“標識權”（Kennzeichungsrecht）時，才沒有必要將民法第 12 條作如此廣泛之擴張。」[10]

⑶與舊商標法

舊不正競爭防止法第 16 條第 3 項第二句的文字，似乎完全將商標及表徵（爲表彰商品來自特定事業）排除在該條保護之外，而全由商標法加以規範。但這樣的文字是引人錯誤的，因爲商標及表徵一旦發展成爲事業之標識（表彰事業本身），仍然有類推適用舊不正競爭防止法第 16 條以及民法第 12 條之可能。換言之，單純的商標雖然不受舊不正競爭防止法第 16 條管轄，但是它一旦跨界而成

---

8 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 4-7.
9 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 8.
10 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 13.

爲事業之標識，即可能受到後者之拘束。反之，亦然。[11]此外舊商標法之適用以同類商品爲要件，而舊不正競爭防止法第 16 條則無此項限制。

⑷與新式樣（設計）保護法

一般而言，新式樣保護法與不正競爭防止法之關係適用「特別規定優先適用原則」（Grundsutz der Spezialität），亦即新式樣保護法之特別規定原則上優先適用。侵害新式樣之行爲，並不當然構成違反不正競爭防止法，而必須有特殊情況才可能反競爭。德國學說與實務的注意焦點均集中在不正競爭防止法第 1 條之適用。[12]至於舊不正競爭防止法第 16 條與新式樣法間之關係，德國學說或實務上則幾乎從未討論過。但是於新式樣具有營業標誌之功能時，在概念上應該不能排除援引舊不正競爭防止法第 16 條加以補充。

3.混淆之虞

對整體標誌保護法制而言，最爲核心、重要的概念就屬混淆之虞。德國實務及學說通說均認爲，所有標誌之手段（不論是名稱、標記或競爭法上的請求權）均應適用相同、單一的混淆之虞概念。[13]在德國標誌法制上的混淆之虞分爲狹義與廣義兩大類，前者是對同一性發生錯誤，後者則是在關聯性受到誤導。狹義混淆之虞又可分爲直接混淆之虞與間接混淆之虞兩種，前者係指相對人誤以爲二標誌爲同一標誌，後者則指相對人並未誤認系爭之標誌，但因爲二者間之共同成分而誤以爲其中一個標誌來自另一個標誌，因此來自同一個來源，最常見的例子就是所謂系列商標。[14]

㈡舊商標法

德國舊商標法同時採用註冊保護主義與使用保護主義，亦即商標可因爲註冊及使用而獲得保護，該法第 25 條將因使用而獲得保護之商標稱爲「表徵」：

「⑴於營業交易中在商品、其包裝、外包、廣告、價目表、商業文書、建議書、帳簿等非法標識於相關交易圈具有爲他人相同或類似商品標記效力之表徵者，該他人得請求其停止該行爲。

⑵故意或過失爲前項之行爲者，應賠償他人因此所受之損害。

---

11 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 8; Rittner, aaO., 80.

12 v. Gamm, Geschmacksmustergesetz, 2. Aufl., 1989, Rdnr. 23.

13 Buddeberg, aaO., 66; Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG Rdnr. 58

14 Buddeberg. aaO., 76；中文文獻對此等概念之介紹見劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，民國 86 年，第 12 頁；劉孔中，著名標章保護之個案研究－黑人牙膏與白人牙膏之戰爭，台大法學論叢，30 卷 3 期（90 年 5 月），第 185-234 頁（第 218 頁以下）。

⑶故意爲第 1 項之行爲者；處 6 個月以下有期徒刑或科 180 日之日費罰金。」

其實德國 1894 年的商標法第 15 條早已保護表徵，只是範圍較窄：禁止出於在交易市場上欺罔之目的而使用他人之表徵。1968 年商標法修法時才於第 25 條擴大其保護範圍如上所述。相對於因爲註冊登記即可受保護之「形式商標」，表徵是因爲使用而取得市場交易效力（Verkehrsgeltung）的「實質商標」，其權利人亦享有排他權。抑有進者，表徵的範圍比商標更廣，包括了立體型態、顏色及顏色組合。[15]

根據以往德國聯邦最高法院之判決，可註冊爲商標（eintragungsfähig）之標記必須在相關交易圈取得 16-25%之知名程度（Durchsetzungsgrad），才能成爲具交易效力之標章；不可註冊爲商標之標記則視其不可註冊之事由爲欠缺識別性或應保留給公眾使用而不同：欠缺識別性之標記與具備識別性標記取得交易效力之知名度相同。反之，應保留給公眾使用之標記則必須具備至少 50%的知名程度，才能取得交易效力。[16]

表徵之本質是一種標誌，用以將其持有人之商品或服務與其競爭對手之相同或同類商品或服務區別。表徵作爲一種標誌，自然不能與其所標誌之商品相同，必須與之區別，因此商品或其包裝之技術功能性的造形（technisch-funktionelle Gestaltung）不能成爲表徵。此種技術功能性的造形不限於必要的造形，並且包括將技術要素作實際且合適應用所生者。[17]

三、新商標法及不正競爭防止法第 1 條

㈠新商標法

德國對於標誌之保護原本散見於商標法及舊不正競爭防止法第 16 條，此種不合體系的分裂狀態終於自 1995 年起被新商標法排除。該法將所有與標誌有關之客體均納入其中，舉凡商標、標章、營業標誌及地理來源標示均可爲商標（第 5 條）。此種集中立法導致舊不正競爭防止法第 16 條因已被商標法吸收而沒有單獨存在必要，故自 1995 年起同時被刪除。[18]然而立法者並無意改變法院在舊不正競爭防止法第 16 條下所發展出來的原則，因此縱使其使用某些與舊法不同之概念，也只是爲了配合新商

---

15 Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs-und Zeichenrecht, 12. Aufl., 1985, § 25 WZG Rdnr. 1-2.

16 Meyer, Der Begriff bekannter Marke im MarkenG, 1999, 88-89.

17 Baumbach/Hefermehl, § 25 WZG Rdnr. 5-6.

18 Begründung zum MarkenG, Blatt für PMZ, 1994 Sonderheft, Das neue Markengesetz, 49.

標法之用語，而非實質變動。[19]依據商標法第 3 條之規定，任何足以將事業之商品或服務與另一事業之商品或服務區別之標誌，例如文字（包括人名）、圖形、字母、數字、音符、三度空間之造形，包括商品之形狀、包裝、其他立體包裝及顏色組合，均可以爲商標。[20]德國新商標法第 2 條規定：

「依本法對商標、營業標誌及地理來源標示提供之保護，並不排除其他保護此等標誌之法律的適用。」

依據該條的立法理由：

「第 2 條在於澄清新商標法規定之適用並不排除其他規定補充適用於本法所保護之標誌。這是符合現有的法律狀態，亦即不正競爭防止法第 1 條在合適的情況下亦可補充適用於商標、表徵及不正競爭防止法第 16 條意義下之標誌的保護。在符合其個別的保護要件下，民法名稱權及商業法商號權亦可在商標法規定之外補充適用。於考慮適用著作權法及新式樣保護法時，亦同。

至於依據新商標法規定保護之標誌仍然適用（其他的）概括條款，自不待贅言。例如當使用標誌之行爲導致誤導相關大眾，則當然可適用不正競爭防止法第 3 條，因爲標誌權利並非“絕對的”使用權。正如同現行法，亦沒有必要在新法以規定特別澄清此事。」[21]

除了上述立法理由所提及之民法名稱權、競爭法、商業法、著作權法及新式樣保護法之外，民法的侵權行爲法、歐聯的商標規則與指令以及國際商標公約，亦可用來補充保護商標。[22]邇來德國學說對於競爭法如何在商標法之外補充適用於商標發生激烈爭辯。傳統而且多數的學說是認爲在商標法已提供保護之情形下，不正競爭防止法第 1 條即沒有補充適用的餘地，換言之，只有在智慧財產的特別法不介入的情形，競爭法提供的保護對標誌才會具有重要性。[23]

但是 Konstanz 大學商標法權威教授 Fetzer 卻倡言不應將競爭法之功能限縮於填補漏洞。因爲，第一，對事業成果（unternehmerische Leistung）之保護是競爭法的原始

---

19 Begründung zum MarkenG, zu § 5, Blatt für PMZ, 1994 Sonderheft, Das neue Markengesetz, 61.

20 詳細內容請見劉孔中，論德國商標法及其對我國商標法修法之啓發(一)，智慧財產權月刊，第 17 期（89 年 5 月），第 55-68 頁（第 58 頁）。

21 Begründung zum MarkenG, zu § 2, Blatt für PMZ, Sonderheft, 1994, Das neue Markengesetz, 58.

22 Fezer, § 2 MarkenG （1997）, Rdnr. 2.

23 Baumbach/Hefermehl,Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, § 1 UWG Rdnr. 483ff.

任務之一；第二，光是從法理律的觀點來看，智慧財產權法自始不可能是窮盡（封閉）的規範，因此亦不可能窮盡規範對事業成果之保護。鑑於競爭法及商標法之立法目的、保護要件及法律效果均不同，所以 Fetzer 教授主張二者之間是一種「全面的請求權競合」（vollständige Anspruchskonkurrenz）的關係（即各自產生相互獨立的請求權），亦即只要其各自之要件被滿足，就可以平行的、自動的適用此二種法律。[24]但是這種見解迄今仍沒有被多數說所接受。[25]

㈡不正競爭防止法第 1 條

德國不正競爭防止法爲落實歐聯 1997 年 10 月 6 日「修改 1984 年引人錯誤準則以增加比較廣告」準則，於 2000 年 9 月 1 日經由「比較廣告法及競爭法修正法」，將原本解釋商品及服務之第 2 條修改爲規範比較廣告之規定，至於該法第 1 條則原封未動。由於本條規定爲概括條款，所以需要建立體系性的分類與概念，以便將之具體化，並且避免只是不斷累積個別構成事實。自 1914 年 Kohler 將違反善良風俗的行爲分爲引人錯誤（Irreleitung）以及惡意敵對（Feindseligkeit, 例如包括毀謗、賄賂、刺探營業秘密）兩大類以來，經過德國學說及實務的不斷努力，目前通說大致是採 Hefermehl 教授的五大分類，即獵捕客人（Kundenfang）、阻礙（Behinderung）、詐取（Ausbeutung）、破壞市場（Marktstörung）以及違法行爲（Rechtsbruch）。[26]吾人已在另一份公平會委託之研究報告對此等類型及其要件有詳盡之研究。[27]

前述五種類型之下尚有各種次類型或分項，而各類型、次類型及分項間並非判然劃分的楚河漢界，而是變動的。在剝削此一類型之下，通常又分成四個次類型，即寄生在他人工作成果、廣告及商譽之上（Schmarotzen an fremder Leistung, fremder Werbung oder fremdem Ruf）以及挖角（Ausspannen）。[28]原則上，個人之工作成果若不受智慧財產權法等特別規定之保護，應該均應容忍他人自由使用、模仿，以促進文化與技術的進步與人類的整體福祉，德國法將此原則稱爲「模仿自由」（Nachahmungsfreiheit）。

---

[24] Fezer, § 2 MarkenG Rdnr. 3-5.

[25] Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Aufl., 2000, § 2 Rdnr. 3; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 2 Rdnr. 1.

[26] Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, Einl UWG Rdnr. 160ff.; Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl., 2001, Einf. Rdnr. 164-165.

[27] 王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生，公平交易法第 24 條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲執行標準之研究，民國 82 年 6 月，第 54-152 頁。

[28] Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG （22.Aufl.）Rdnr. 438; Rittner, aaO., § 2 Rdnr. 79ff.

模仿他人成果依其程度之不同，可分爲「直接接收（他人工作成果）」（unmittelbare Übernahme）以及「仿作式的接收（他人工作成果）」（nachschaffende Übernahme）二種。直接接收他人工作成果通常是指只是以具機械式、化學性、生物性或電子性的技術手段將他人工作成果作相同或幾乎相同之重製（例如透過影印或在電腦上的重製），重製之人連最起碼的手工技藝都沒有投入，遑論任何創造性的貢獻。[29]反之，「仿作式的接收」，則是以他人的工作成果作爲範例而加以模仿。[30]然而即便是直接接收亦不是當然違法，仍必須出現其他使此種行爲成爲具反競爭可非難性的特殊情況，才會使之違反本條規定。區分「直接」及「仿作式的」接收的實益，誠如德國聯邦最高法院在 1992 年“Betonsteinelemente”所言：

「上訴法院應區別接收他人工作成果之種類及方式，…因爲在直接接收的情形，對於可使接收行爲成爲反競爭之特殊情況的要求較低，而在投入自己心力而與被接收之成果較有距離的仿作式接收，對於可使之成爲反競爭之特殊情況的要求則較高。」[31]

在此理解下，Hefermehl 教授就認爲傳統使用的“奴隸性模仿”（sklavische Nachahmung ）用語是很危險的，[32]因爲並非任何一種模仿的行爲都可視爲奴隸性模仿，只有其整體全部或至少在重要部分被依眞實比例仿造才是；另一方面，並非任何一種奴隸性模仿都被禁止，而僅限於針對享有排他權之工作成果的奴隸性模仿始被禁止。[33]事實上，德國學說對於「奴隸性模仿」的理解誠然是人人不同，例如有的認爲此用語之文字太窄，[34]有的認爲「奴隸至少仍在工作（縱使雖然不是獨立的工作），而直接接收人在極端情形只是按下影印機的按鈕。」[35]有的又表示「在所有細節都模仿的才是奴隸性模仿」。[36]至於可使模仿成爲具有反競爭性的特殊情況包括有：競爭對手、一般大眾特別是消費者受到原本可避的來源誤認的損害、以不正當方法占用他人工作成果之良好商譽、爲阻礙他人而有系統模仿他人產品等。[37]

---

29 Sambuc, Der UWG-Nachahmungsschutz, 1996, Rdnr. 368.
30 Köhler/Piper, aaO., § 1 Rdnr. 482.
31 BGH GRUR 1992, 523, 524.
32 張懿云將之譯爲「奴隸性抄襲」，見氏著「仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範」，公平會 89 年度合作研究 10，第 55 頁。本文以爲「抄襲」一詞在中文語義中帶有過強的負面評價，所以改以「模仿」代之，以免法律用語與一般人之法感差距太大。
33 Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG （22. Aufl.）Rdnr. 441.
34 Köhler/Piper, aaO., § 1 Rdnr. 486.
35 Sambuc, aaO.
36 Rittner, aaO., § 2 Rdnr. 79.
37 Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG （22. Aufl.）Rdnr. 449.

參、我國對商品外觀保護之研究

鑑於公平會與張懿云及林廷機教授於去年合作完成「仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭之規範」之研究，本文將僅直接針對本計畫擬釐清的問題提出個人的研究心得。

一、公平法第 20 條之判斷要件

公平法第 20 條之立法目的爲「針對目前嚴重之商業仿冒行爲，就現行法所未能規範者，而有礙公平競爭之行爲」，禁止事業爲使人對相關事業或消費者所普遍認知之「表徵」的「商品主體」或「營業、服務主體」混淆之行爲。[38]關於商標法、公司法、商業登記法及民法規範不足之處，吾人已有論述，在此不贅。[39]惟仍然需要釐清的疑點有以下四個：

㈠本條是否排除註冊商標？

公平法之主管機關平會認爲本條之商標當然包括已註冊之商標，[40]但是蔡明誠教授曾表示本條之商標不應該包括註冊商標，以減少公平法與商標法之重疊處。然而因爲我國商標法即使對註冊商標之保護亦不充分，例如不保護其外觀、包裝或商品化使用（例如將平面商標 Hello Kitty 作成立體玩具），所以勢必仰賴公平法。因此最高行政法院 89 年度判字第 254 號判決表示：「上開規定既係補充現行法所未能規範者，則其商品之表徵，自與是否申請商標註冊或能否申請商標註冊無關。」

㈡相關事業或消費者普遍認知之表徵需具備之知名度

無論在公平會之處分實務或「處理公平交易法第 20 條原則（以下簡稱 20 條處理原則）」，均未明確提及商標法著名標章之規定或智慧局之著名標章認定要點，或以之爲參考之對象，亦從未費神去區別二者有何不同。公平會僅於 20 條處理原則第 3 點認爲「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」，係指具有相當知名度，爲相關事業或消費者多數所周知。雖然對於「知名度」並沒有太高之要求，僅需「相當」，但卻對其知名度的數量要求頗高，即需爲相關事業或消費者之多數，而依據一般之語義，「多數」係指超過半數，惟在實際處分案例中，公平會從未要求超過半數的相關大眾所共知。反之，智慧局認定要點在民國 89 年修正後對於著名商標之認定則向公平法

38　見公平會 85 年 1 月編印，公平交易法立法目的與條文說明，第 17 頁。

39　劉孔中，前揭文（著名標章保護之個案研究），第 226-227 頁。

40　例如（83）公處字第 093 號處分書，公平會公報第 3 卷第 9 期（83 年 9 月），第 10 頁；（84）公處字第 038 號處分書，公平會公報第 4 卷第 4 期（84 年 4 月），第 13 頁。

第 20 條靠攏，而將之定義爲「有客觀証據足以認定該商標或標章已廣爲相關事業或消費者所普遍認知。」（第 2 點）

本文認爲從知名度大小的觀點來看，「著名標章」與公平法第 20 條之「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」之關係不外乎大於[41]、小於或等於[42]三種。從立法者於公平法第 20 條捨簡潔復行之多年之「著名標章」，使用極爲繞口之「相關事業或消費者所普遍認知」觀之，若將二者視爲等於之關係應比較不符合立法者之本旨。本於商標之問題應儘可能優先依據商標法處理、公平法畢竟僅係補充商標法部分不足而不是要取代商標法成爲排他效力更強的超級商標法、公平法主管機關公平會介入本屬單純私權利糾紛時應有比較嚴格之門檻要件（以免一方面浪費公平會有限而寶貴之行政資源，另一方面對商標法之主管機關之一般業務形成牽制）、公平法第 32 條最高三倍之損害賠償規定高於商標法，以及商標法修正草案擬逐漸增加可註冊爲商標之項目等考量，[43]不僅不應將公平法第 20 條之「相關事業或消費者普遍認知之表徵」視爲等於商標法之「著名標章」，而且更應該認爲須高於後者，方屬合理的解釋。惟學者有主張「公平法規範之重點在於混淆，而不在於普遍認知」、「公平法第 20 條第 1 項第 1、2 款之救濟方式，.....尚包含當事人可逕行依該法第 30 條至第 32 條向法院請求各種民事救濟，若僅爲公平會本身實務運作資源之考量，即對相關文言作過份嚴格解釋，則對法律上利益受侵害者，或將剝奪其司法救濟的權利」者，而反對本節之見解。[44]但不可不辨的是，如此一來，表徵人依公平法之權能將遠大於商標法（可請求三倍損害賠償），實則等於賦予其大於商標權之權利，這在制度的設計上是很怪異的。如果「公平法規範之重點不在於普遍認知」，則表徵權可輕易取得，商標法又有何存在意義？

誠如德國聯邦最高法院所言：「商標法並非自外於一般之競爭法，而歸屬於整體

---

41 謝銘洋則認爲「一著名標章通常具有較高之知名度：而欲成爲表徵所須具有之知名度，...通常..較著名標章爲低。」見氏著智慧財產權基本問題研究，1999，第 287 頁；蔡明誠，網域名稱在台灣的法律保護問題，中興法學，第 45 期（88 年 9 月），第 61-92 頁（第 81 頁）。

42 徐火明，公平交易法論，民國 86 年，第 182 頁。

43 依據智慧局 89 年 12 月 26 日所提商標法修正草案第 5 條：「商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。前項商標應足以使商品或服務之相關購買人認識其爲表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別。」

44 見黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護，中原財經法學，第 6 期（90 年 7 月），第 67-122 頁（第 73 頁）。

競爭秩序的範疇之中。」[45]而競爭法則是在商標法不足之處發揮網補之功能。[46]二者之間應謀求適當的分工，以避免重複管轄所造成的種種不合理現像，其次，以及避免公平會成爲商標法之太上主管機關，而對商標正常主管機關之認定（例如是否有「混淆之虞」）以其後見之明妄加判斷，一方面使得當事人之權利義務陷於不確定，另一方面更導致救濟途徑在民事法院之外再增加行政法院，益爲複雜，本文建議一項處理原則：「凡是商標法能解決的問題，即不應交由或再交由公平法處理；凡是商標法主管機關已作的判斷，亦不應再任由公平會依職權或檢舉重爲判斷。」[47]因此對於智慧局就商品服務來源混淆之虞所作之認定，公平會宜表示：「本會基於政府一體之原則與尊重商標法主管機關判斷之立場，不再另行判斷，而以智慧局之認定爲準。」

在商標法未對商標與著名商標提供充分的保障之前（一如德國商標法將「著名商標」與「註冊商標」、「具交易效力之標章」平行列爲商標保護產生之事由），[48]公平法第 20 條之「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」應該限於知名度明顯高於「著名商標」者。[49]必須有極高的知名度，表徵權人方能在商標法不足以救濟時（例如其表徵未經商標註冊之權利人想要禁止他人使用其表徵，或是表徵經註冊之權利人要求侵害其表徵之人負擔損害額三倍之賠償責任時），援引公平法第 20 條要求公平會或法院介入。至於系爭表徵是否爲已註冊之商標，並非所問。此即前述原則前段所言：「凡是商標法能解決的問題，即不應交由或再交由公平法處理。」因此，本文建議公平會 20 條處理原則第 3 點應提高要求爲「具極高知名度，而爲絕大多數相關事業或消費者所知悉」。若將來商標法能對商標與標誌提供充分保障，則公平法第 20 條並無太多存在的意義或功能，最好刪除，以避免雙軌制的困擾。

㈢相同或類似使用之定義

「相同或類似之使用」此一用語，從比較法的觀點來看是較爲少見的，依據本條立法理由的說明應係取自日本與韓國不正競爭防止法。而公平會於民國 82 年 6 月編

---

45 BGH GRUR 1980, 79.

46 Cornish, The International Relations of Intellectual Property, 52 Cambridge Law Journal （1993）, 46-63（53）.

47 謝銘洋則是認爲「如果一行爲果眞同時構成商標權之侵害，並構成公平交易法所禁止之不公平競爭行爲，則應優先適用公平法之規定」，見氏著前揭書，第 299 頁。

48 詳見劉孔中，論德國商標法及其對我國商標法修法之啓發㈠，智慧財產權，第 17 期（89 年 5 月），第 55-68 頁（第 59 頁）。

49 在德國即是如此，見 Piper, Der Schutz Bekannter Marken, 1996 GRUR, 429-439（429）.

印之「各國公平交易法相關法規彙編」中將日本不正競爭防止法第 1 條第 1 款翻譯爲：「一.就本法施行地區內所共知之他人姓名、商號、商標、商品之容器或包裝以及其他表示他人商品之表徵爲相同或類似之使用，或販賣、散布、輸出使用該相同或類似表徵之商品，致與他人商品混淆之行爲。」但是此項翻譯與理解有二點錯誤，第一，原文並無「相同或類似之使用」的字眼，而是規定「使用與他人表徵相同或類似之表徵（identical or similar to , another party's indication）」。第二，混淆之對象不只是商品而包括“事業”（business）。[50]因此重點在於系爭表徵是否具有會產生混淆之虞的類似性。日本最高法院於 1992 年終於建立判斷混淆之虞的三個標準：外觀、讀音及觀念；只要有其中一個要素相同，就足以構成混淆之虞。[51]

在以上的了解下，本文建議回到公平法與商標法的混淆之虞應該儘可能一致的基調上，並將公平法第 20 條處理原則第 5 點修改爲「本法第 20 條所稱相同或類似之使用，係指使用在外觀、觀念或讀音有一相同或類似之表徵，足以造成混淆之虞者」。[52]如此亦能避免公平會日後再如同民國 85 年 7 月 6 日(85)公訴決字第 069 號決定書，誤將「商標權之使用範圍」機械地認爲「非屬服務標章之使用」，因此屬不同事件（黑松 vs.大黑松小倆口）。

㈣混淆之虞之定義及強度

德國聯邦最高法院與學界依據不正競爭防止法及舊商標法發展出兩大類混淆之虞，第一類是狹義混淆之虞，它是指相關大眾對事業主體或對商品或服務來源之事業的同一性可能產生錯誤，誤將不同事業主體或來自不同事業之商品或服務以爲是同一事業或來自同一事業。第二類是廣義混淆之虞，亦即相關大眾對於系爭事業爲不同事業主體或使用系爭商標之商品來自不同事業此一事實並未發生錯誤，但卻誤以爲此等不同事業之間具有某種經濟上、經營上、組織上或法律上的關聯性。[53]德國聯邦最高法院進一步又將狹義混淆之虞區分爲直接混淆之虞與間接混淆之虞，前者係指相關大眾在讀音、外觀或觀念上對衝突之商標或標誌產生誤認，後者則係指相關大眾誤以爲對立之商標或標誌間具有（德國法上）所謂「系列商標或標誌」（Serienmarke）或（美

50 Heath, The System of Unfair Competion Prevention in Japan, 2001, 294.
51 Heath, ibid., 95, 97-98.
52 劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，民國 86 年，第 32-33 頁。
53 Berlit, Das neue Markenrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 172；劉孔中，前揭書，第 12 頁。

國法上）「商標家庭」（Family of Marks）之關聯性。[54]（實務上最常見的系列商標就屬麥當勞的麥克雞塊、麥克漢堡家族）。誠如德國聯邦最高法院於 1974 年「Räuber」一案所言：

「若系爭商標具有相同之字根（Wortstamm），而該根源對於前商標具有指示之功能，就會有系列商標觀點下狹義混淆之虞的問題。…至於某一成分是否應被視爲字根，則取決於一般交易觀念，而此會受到該商標成分本身之特性以及其相對於其他商標成分之獨特性的影響…；然而該商標部分是否爲決定該商標之整體印象的唯一因素，並非所問。」[55]

德國新商標法雖然在立法理由中曾表示，新商標法並非建立在最高法院間接混淆之虞與廣義混淆之虞的原則上，因此不能再直接援引此等原則。[56]但是德國的司法實務卻認爲間接混淆之虞與廣義混淆之虞仍有其適用性，全然不受限制：商標法第 9 條第 1 項第 2 款（「混淆之虞，包括觀念上聯想」）之文字雖有不同，但其混淆之虞的標準並無不同，因爲人類之語言聯想力無窮無盡，所以並不是任何一種觀念上的聯想都是商標法上的混淆之虞。準此，新商標法的「聯想式」（assoziative）混淆之虞仍應依據既有標準加以解釋認定。[57]德國聯邦最高法院於 1996 年「Innovadiclophlont」判決尤其具有啓發性，值得吾人參考：

「只有當二商標依其整體印象並沒有相互混淆之虞時，才會討論系列商標觀念下的混淆之虞…，亦即系爭商標具有與交易圈認爲係同一事業多數商標之字根相同的部分，以致…被歸屬到同一商標權人。…關於系列商標的判決是基於業界所熟悉的作法，即某些事業會以一固定的商標根源稍作變化後（但仍維持其本質特色）使用於其所有其他各種不同的商品。特別是當某一事業已在市場上以相同字根用於數個商標時，業界可推論其爲系列商標。業界若以習於某一特定字根，則經驗法則告訴我們，相關大眾較不可能會將使用相同字根之新商標視爲一個獨立的標示根源。雖

---

54 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, Allg Rdnr. 215; Fezer, aaO., § 14 MarkenG Rdnr. 220 ff.; McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed., 1997, 23-138.

55 BGH GRUR 1974, 93ff （93）.

56 Blatt für PMZ, 1994 Sonderheft, Das neue Markengesetz, 65.

57 Berlit, aaO., Rdnr. 174a.

然原則上並不能排除首次使用之標示可能成爲根源標示（即其他標示之根源）…惟需要具體的理由加以支持。」[58]

在我國商標實務上，雖然並未使用廣義混淆之虞與狹義混淆之虞的用語，但是已有一些使用類似觀念的例子，例如行政法院 76 年度判字第 43 號判決即已有「系列商標」之影子，[59]智慧局「類似商品及類似服務審查基準」[60]以及公平會（85）公處字第 044 號處分書[61]亦蘊含「廣義混淆之虞」的思維，本文認爲我國商標法及公平法應可參照德國之通說，採取其混淆之虞的概念與種類。在此需要回答一個問題，即公平法第 20 條所規定的混淆之虞與商標法的「混淆之虞」是否相同？從商標法及公平法第 20 條均爲一種廣義標誌的法律屬性而論，二者主要對抗的混淆之虞應採相同、單一的概念，方能維持二法間之內在關聯性。此亦爲德國學界之通說。然而，公平會公平法第 20 條處理原則卻表示，本法第 20 條所稱之混淆，係指對商品或服務之來源有誤認誤信而言（見第六點），採取了商標法理上所謂「狹義混淆之虞」（即不問商品或服務來源間之關聯）。此種見解嚴重限縮該條適用之範圍，不無商確與可改進之處。首先，公平法並非商標法，因此並無必要將對標誌之保護限於商品或服務之「來源」（此爲商標法最爲重要的特徵），並且應該在商標所不能及之處亦發揮作用，故公平法第 20 條第 6 點誤認誤信之標的應擴大及於表徵之主體，事實上公平法第 20 條之立法理由，即提及「事業不得爲使人“商品主體”產生混淆之行爲」，巴黎公約第 10 條之 1 第 3 項第 1 款亦規定：具有與競爭對手之事業（establishment）、商品或工商業活動混淆性質之行爲，不論係採何種方式均爲不正競爭之行爲，應被禁止。

---

58 BGH GRUR 1996, 200ff （201, 202）.

59 「本件原告...所創用之「DAN RIVER」商標，…早在民國 60 年即以「丹瑞佛 DAN RIVER」商標在中華民國獲准註冊…，又其一系列商標均以「DAN」爲字首，構成主要部分….原告之「DAN RIVER」商標在我國已爲一般購買者所熟知，具有相當知名度，堪予認定。關係人…「DANBEAUTY」…在外觀上已足使人混同誤認。」司法院編，商標近似判決要旨選輯第二輯（民國 79 年），第 114 頁。

60 見該基準第一點：「所謂類似商品，係指商品在用途、功能、行銷管道與場所、買受人、原材料、產製者或其他因素上具有共同或關聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，易使一般商品購買人誤認其爲來自相同或雖不相同但有關聯之來源者而言。」

61 「雖被處分人稱所使用之商品種類僅爲錄音帶、雷射唱片商品包裝上，且該圖樣與檢舉人向來使用之企鵝商標圖樣完全相同，雖被處分人稱所使用之商品種類僅爲錄音帶、雷射唱片，與檢舉人所使用爲服飾類者有所不同，然被處分人以完全相同之商標使用於其商品上，縱不使人誤認其唱片、錄音帶係出自檢舉人，亦容易使人招致檢舉人對被處分人有授權或其他贊助關係之混淆。是被處分人之行爲顯已違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款。」

其次，「誤認誤信」一詞過於簡要，一般人不足以理解其應包括之類型，故應加以補充。[62]因此本文建議公平法第 20 條處理原則第 6 點修改爲：

「本法第 20 條所稱混淆，係指對商品或服務、其來源或表徵之主體有誤認誤信。

前項所稱誤認誤信分爲對商品或服務、其來源或表徵之主體的同一性（狹義混淆之虞），以及對商品或服務、其來源或表徵之主體間之關聯性（廣義混淆之虞）發生錯誤。」

二、公平法第 24 條之判斷要件

㈠現況之檢討

1.本條被過度使用

公平法第 24 條作爲公平法之概括條款的命運恰如德國不正競爭防止法第 1 條，即被廣泛運用，甚至有點被「濫用」爲公平會處分案件中最常被引用之條文之一，成爲舉世皆無的怪現象（至民國 90 年 9 月爲止，公平會共有 1691 件處分案，其中 539 件是依據本條），耗費公平會有限之行政資源甚鉅。其實，吾人早在公平法施行之初即爲文提醒：「本條之立法目的雖然在於保護消費者與競爭者，但是其保護的方式卻是間接的，即是以保護公益的方式來間接保護個別消費者或競爭者之私益，…因此，若不公平或欺罔行爲僅零星地發生在個別的消費者或競爭對手身上，而個別的消費者或競爭對手已有充分的法律救濟途徑，或並且沒有難於（因爲訴訟費用太高，或受限於經濟上的依賴關係）或不願（因爲標的太小）行使其他救濟途徑之情事者，公平交易委員會以不介入爲宜。但是，事業若大量地對消費者或競爭對手爲不公平之競爭行爲，並利用渠等難於或不願主張其他法律救濟之情事，則顯然會使競爭環境惡化，此時，公平交易委員會即應介入，以維護公共利益。」[63]所幸公平會法務處於民國 90 年 7 月向公平會提出之「重新考慮公平法第 24 條適用方向」研析案說明二中已認知到公平會就本條之釋示及適用，「應嚴格遵守立法目的（維護交易秩序及消費者權益）之範疇及公共利益之前提」，並在 24 條適用原則修正草案三㈡提及「本條款對於消費者權益之介入，似應以合致『足以影響交易秩

---

62 黃銘傑持相同見解，見氏著前揭文，第 84 頁。

63 劉孔中，公平交易法第 24 條之研究，公平交易季刊，第二卷第三期（83 年 7 月），第 1-30 頁（第 7 頁）。

序』之要件且具有重大公共利益性質之行爲爲限」，該草案五有段文字亦值得吾人支持，即「判斷『足以影響交易秩序』時，應考量是否足以影響整體交易秩序（諸如，受害人數之多寡、造成損害之量及程度…）始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應循民事救濟，而不適用本條之規定。」亟盼公平會此次能記取教訓，依理順勢修正第 24 條之適用原則。

2.尚有待以類型化加以補充

本條是內容有待以類型化加以具體化的概括條款。廖義男教授早在其所提的公平交易法第一版草案中，即引用德國不正競爭防止法第 1 條歷經百年學說與實務之發展所得出的五大題型，即獵捕客人、阻礙、詐取、破壞市場及違法行爲。但法律是需要自我成長而不能單憑平行移植，所以我國公平會及法院在參考德國之類型化之後，仍須自行建立適合國情之違法類型（比方說「違法行爲」在台灣非常普遍，可能即不適合作爲一種類型）。就目前之學說與實務而言，顯然尚未作好類型化的準備，有待後續的研究。然而類型化不同於體系化、概念化，各種類型之間是流動的，既可相互形成，後可相互影響，並不是判然劃分的。

㈡舉證責任

公平會無論依檢舉或職權欲適用公平法第 24 條時，自應就系爭案件滿足本條規定之構成要件負舉證責任。就本研究相關的榨取類型爲例，提出告訴之一方必須證明本案所要求之各種構成要件均已被滿足，亦即必須證明被模仿之工作成果具有競爭上的特色、對造模仿之行爲具有公平法上的可非難性。原則上若檢舉人不能提供足以支持此等證明所需要的證據，公平會可不受理之。但涉及公共利益者，不在此限。

㈢攀附他人商譽，榨取他人努力成果如何認定

公平會在公平法第 20 條處理原則第 16 點規定：

「左列各款情形，於未符合本法第 20 條規定之構成要件時，得以違反本法第 24 條規定處理之：㈠襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事。㈡抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序。」

事實上，無論攀附他人商譽或榨取他人努力成果，均屬榨取他人之一種，在前述德國學說對不正競爭防止法第 1 條所作之類型及次類型中，即是如此。此二者具有近似性，無怪乎而公平會第 24 條適用原則四㈡ 1.以「依附他人聲譽、著名廣告」爲常見「榨取他人努力成果」的類型。不過，二者在概念上仍是有其不同之處。

1.攀附他人商譽

事業或商品之商譽（guter Ruf）對交易相對人之影響，猶勝於品質。商譽代表交易相對人對之所抱持的特殊評價想像或品質聯想（besondere Wertvorstellung, Gütervorstellung），因此光是具備知名度或交易效力，尚不能滿足商譽的門檻。正如模仿被容許一般，依靠他人之商譽，原則上也應該是不被禁止，除非有其他特殊的情況發生，例如特別是競爭對手爲銷售自己商品而以令人厭惡的方式濫用他人之商譽的行爲，亦即所謂「攀附他人商譽」之行爲，[64]亦可稱爲「榨取他人商譽之行爲」（Anlehnung, Rufausbeutung）。[65]攀附他人商譽的行爲又可分爲兩大次類型，即以關於商品來源及商品本身之欺罔方式攀附他人商譽，以及在不導致商品來源及商品本身混淆之情形下，以他人之商標或標示推薦自己的商品的攀附行爲。在前者之情形，與「榨取他人努力成果」即非常近似。

2.榨取他人努力成果

他人工作成果若不受智慧財產權法等特定規定之保護，原則上人人均可使自由使用，但是若使用者沒有絲毫自己的貢獻，而是直接寄生在他人有競爭上特殊性（wettbewerbliche Eigenart）之工作成果之上，導致原本可避免的來源混淆，即可能構成違法的榨取行爲。此處，他人之工作成果僅須具有競爭上的特殊性，亦即其具體之造形或個別特徵足以在交易中指示其商品或服務之來源或其特殊性即可，[66]並不需要達到具有「商譽」或智慧財產權法上所要求的創作高度。此爲其與「攀附他人商譽」的分界處。

㈣高度抄襲與亦步亦趨抄襲之區別

在公平法第 20 條及第 24 條的實務上，雖然出現「高度抄襲」與「亦步亦趨抄襲」二項用語，但是權責機關似均未對此用語加以界定，以致不免產生二者如何區別的疑問。本節則是認爲，「抄襲」二字因爲意味全然之模仿而在中文語義中帶有極爲負面之評價，所以建議以「模仿」取代之，已如前述。其次，模仿本是人的天性及自由，所以競爭法關切的重點應該不是模仿的程度，而是模仿的方法與手段是否具有可非難性，例如未在可期待的範圍內採取適當措施，以排除或降低市場對商品或服務來源混

64 Baumbach/Hefermehl, § 1 UMG Rdnr. 541.

65 劉孔中等前揭研究報告，第 133 頁以下。

66 Köhler/Piper, aaO., § 1 Rdnr. 497.

淆。[67]所以雖然從字面上來看，「高度抄襲」抄襲之程度應該較「亦步亦趨抄襲」低，但本文建議公平會不因而從中當然推出不同的評價。至於「奴隸性抄襲」一詞亦以不使用爲宜，已如前述。

三、公平法第 20 條與第 24 條對商品（服務）外觀之保護之分野

簡言之，公平法第 20 條對商品（服務）外觀之保護以其已爲「相關事業或消費者普遍認知」之表徵，以及一般交易大眾因爲他人使用近似表徵而對商品或服務、其來源以及表徵主體產生混淆之虞爲要件。在此明確界線之外，就有公平法第 24 條適用的可能（例如淡化之虞的防止，以及對於雖然在我國並非但在國外已是「相關事業或消費者普遍認知表徵」之保護）。若公平會果眞援引公平法第 24 條進行規範，亦不會違反學說中所謂「窮盡規範原則」的問題。至於公平會要在何種條件下以第 24 條介入市場競爭行爲，本文則是一貫支持公平會應有相當大的裁量空間，以確使公平會的有限資源確實能使用在最大公共利益所需求之處。在此僅針對我國特殊的形態仿冒行爲是否應以公平法第 24 條加以取締提出拙見。我國事業以中小型者占絕大多數（至少百分之九十以上），長於模仿及廉價製造，靈活機動，擅於「打帶跑」。對於被仿冒者而言，智慧財產權法及公平法第 20 條之保護門檻可能太高，民事訴訟的程序又緩不濟急，所以自然會想要訴諸公平法第 24 條。其實，這種仿冒是很有效率的市場行爲，接近經濟學上的「充分競爭」，其可非難性甚低。因此若要甩開緊追不捨的仿冒者，最有效的方法或是進一步降低其製造成本，或是提升其工作成果之價值，使之能享有智慧財產權法及公平法第 20 條之特殊保護，而不是事事勞動中央級的公平會爲其主持公道。

---

67 Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 461.

參考文獻

一、德文

Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Aufl., 2000.

Baumbach/Hefermehl,Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., 1993.

Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs-und Zeichenrecht, 12. Aufl., 1985.

Baumbach/Hefermehl,Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001.

Begründung zum MarkenG, Blatt fur PMZ, 1994 Sonderheft, Das neue Markengesetz.

Berlit, Das neue Markenrecht, 2. Aufl. 1997.

Buddeberg, Kennzeichen-und Geschmacksmusterrecht, 1992.

Fezer, MarkenG, 1997.

Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998.

Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl., 2001.

Meyer, Der Begriff bekannter Marke im MarkenG, 1999.

Piper, Der Schutz Bekannter Marken, 1996 GRUR, 429-439.

Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 4. Aufl., 1993.

Sambuc, Der UWG-Nachahmungsschutz, 1996.

v. Gamm, Geschmacksmustergesetz, 2. Aufl., 1989.

二、英文

Cornish, The International Relations of Intellectual Property, 52 Cambridge Law Journal（1993）, 46-63.

Heath, The System of Unfair Competion Prevention in Japan, 2001.

McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition,4th ed., 1997.

三、中文

王海南、吳綺雲、劉孔中、蕭文生，公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲執行標準之研究，民國 82 年 6 月。

徐火明，公平交易法論，民國 86 年。

張懿云等「仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範」，公平會 89 年度合作研究 10。

黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護，中原財經法學，第 6 期（90 年 7 月），第 67-122 頁。

蔡明誠，網域名稱在台灣的法律保護問題，中興法學，第 45 期（88 年 9 月），第 61-92 頁。

劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，民國 86 年。

劉孔中，著名標章保護之個案研究－黑人牙膏與白人牙膏之戰爭，台大法學論叢，30 卷 3 期（90 年 5 月），第 185-234 頁。

劉孔中，論德國商標法及其對我國商標法修法之啓發㈠，智慧財產權月刊，第 17 期（89 年 5 月），第 55-68 頁。

劉孔中，公平交易法第二十四條之研究，公平交易季刊，第二卷第三期（83 年 7 月），第 1-30 頁。

謝銘洋，智慧財產權基本問題研究，1999。

公平交易法第 20 條、第 24 條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究(二)

謝杞森*

目　次

壹、前言
貳、日本對商品外觀保護之研究
　一、商標法
　　㈠商標的定義
　　㈡註冊主義與實質審查主義
　　㈢商標專用權的定義與範圍
　二、意匠（design）法
　　㈠意匠的意義
　　㈡意匠的優先申請與範圍
　　㈢新穎性（新規性）的判斷基準
　　㈣意匠的類似與保護範圍
　三、不正競爭防止法
　　㈠對商品外觀爲相同或類似使用以致混淆之行爲
　　㈡單純對著名商品表示爲模仿與販賣的行爲
　　㈢模仿商品型態的販賣行爲
　　㈣不正競爭防止法與商標法、意匠法的關係
　　㈤責任與舉證
參、我國對商品外觀保護之研究
　一、商標法
　　㈠商標的定義
　　㈡商標專用權的定義與範圍
　二、專利法
　　㈠新式樣專利的定義
　　㈡新式樣專利權的申請與範圍
　三、公平交易法
　　㈠公平交易法第 20 條
　　㈡公平交易法第 24 條
　四、公平交易法與商標法、專利法對商品外觀保護的分野
　　㈠商標法、專利法、公平交易法的法規保護目的
　　㈡「營業上利益」的範圍
　五、公平交易法第 20 條處理原則的檢討與再修正
　　㈠實務爭議之所在
　　㈡案例檢討與處理原則修正理由
　六、公平交易法 24 條處理原則的檢討與再修正
　　㈠實務爭議之所在
　　㈡案例檢討與處理原則修正理由
肆、結論與建議
　㈠結論
　㈡建議

* 作者係眞理大學財經法律系專任助理教授，曾任公平交易委員會專員、視察、副主委室機要秘書、科長。

壹、前言

由於科技的進步、立體與視聽媒體的發達，以及商業競爭日趨激烈與多樣化，智慧財產權的保護與不正競爭的防止，早已受企業的重視。雖然各國政府也透過各種立法來保障企業應有的權利，但模仿的自由與不正競爭的界線究竟在哪裡，不僅困擾著業者，也使執法者在判斷的過程中備感艱辛，例如商品外觀的保護，在我國公平交易法實務上即出現不少爭議。

表彰商品的來源是商標主要功能之一，在傳統的概念中，商標是以文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式所組成，作爲表彰商品的標識。但實際日常生活中，能表彰商品來源的，並不限於文字、圖形、記號或顏色組合，例如特殊的商品外觀、造型、包裝等都有可能具備表彰商品來源的功能。

美國對於商標的保護是規定在蘭姆法（Lanham Act 亦有直接稱爲商標法）中，但當初國會在立法時，並未明確將商品外觀包含在內，聯邦最高法院則透過解釋的方式，認爲應保護商品外觀[1]。由於美國對商標的保護採使用主義[2]，註冊只是具有初步證據（prima facie 亦有稱爲表面證據）的功能，因此美國聯邦最高法院透過解釋的方式解決此一問題，尚無扞挌之處。但我國與日本的商標法則採註冊主義且需經主管機關實質審查，始能取得商標專用權，而我國的商標法條文中，對商標的定義並未將商品本身的外觀納入，主要原因在於註冊時技術上難以克服[3]，因此尚難如美國般作擴張解釋，但日本則於 1996 年 6 月 4 日修正商標法時增訂了對立體商標的保護。

對商品外觀的保護，除商標法外，尚有新式樣專利（日本的意匠法）與不正競爭防止法（相當於我國公平交易法的不公平競爭部分），但中、日兩國對此一問題的處理方式並不盡相同。本文即從該等相關法規作一說明，並嘗試作進一步的釐清。

貳、日本對商品外觀保護之研究

一、商標法

---

1 參 Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. 一案, 505 U.S.763（1992）

2 詳參徐火明，從美德與我國法律論商標之註冊，民國 81 年 1 月 1 日初版，第 9 頁，

3 雖然以現在 3D 立體動畫電腦應可克服，但商標公報上之公告是否亦能加以克服而不致產生誤解，仍非無疑議。

㈠商標的定義

日本商標法第 2 條規定：「本法所稱商標，係文字、圖形、記號、立體形狀或其組合，抑或上述與色彩的組合，而有下述之情形：…」該條文雖稱立體形狀，而未明文包含商品外觀，但實際上即是指商品外觀本身具有識別力且非屬功能性者，亦可作爲商標來表彰商品來源而主張應受商標法的保護，例如可口可樂的玻璃瓶形狀、派克鋼筆筆套的弓箭羽毛夾，均可能成爲立體商標而受到保護。這是日本於 1996 年 6 月 4 日修正商標法時所新增訂，並於 1997 年 4 月 1 日實施，此乃參考美、歐（含歐體）各國商標法而來，主要是希望能迎合世界潮流，並與歐美各國並駕齊驅。

不論業者選擇的是平面或立體之形狀作爲註冊商標時，業者均可將其商標使用在其所申請註冊的各種不同商品類別上，就擁有商標專用權而受商標法的保護，因此其相同的商標即可能同時出現在各種不同類別的商品上，來表彰係來自同一商業主體；然而所謂商品外觀則可能是同一個業者所生產的各類不同商品都有其各自的商品外觀，甚至也有可能出現同一商品以不同的商品外觀來展現（例如配合流行趨勢）。因此，消費者若可從該商品外觀聯想到是某一家業者所生產而具有表彰商品來源的功能，進而具有商標法所稱商標的功能時，即受商標法所保護。

從上述之說明可知，日本商標法已將商品本身外觀含括在商標的意義之內，這是因爲當商品外觀可以表彰商品的來源時固然沒有問題，但商品外觀並不必然可以表彰商品的來源，尤其是單純而司空見慣的一般性造型或功能性的外觀，是不能主張商標法上的商標專用權（日本商標法第 3 條第 1 項第 5 款、第 4 條第 1 項第 18 款參照）。

㈡註冊主義與實質審查主義

1.目的

日本商標制度係採權利主義，任何人欲於其商品上使用商標，均得請求國家爲商標權的設定，在具備法定要件的情形下，國家不得拒絕商標權的設定，因此國家不過是加以確認而賦予權利[4]。而當事人申請註冊時，就其所提出申請書所記載之商標與指定商品的範圍，主管機關爲確認其請求是否合於法律所定之要件，從而作一連串的適法性判斷，亦即對每一要件逐一審查其要件的合致性，其目的不外是確認商標權利的範圍與適法性。

4　網野誠，商標，平成 8 年 10 月 30 日第 3 版第 3 刷發行，第 48 頁。

2.功能

對每一要件作實質審查並經審定公告確定後，對於後申請人有公示作用，亦即後申請人可透過公報得知前人已申請註冊之商標以及註冊的商品類別而避免提出相同或類似商標的申請，可減少事後的訴訟糾紛及已使用與他人相同商標而被訴後才又改弦更張所浪費的行銷成本。倘若採使用主義，則因主管機關不作實質審查，當事人有爭議時則必須至法院訴訟，將增加訴訟成本。當然，在採註冊主義國家的主管機關所作逐項實質審查也必須耗費不少的行政成本，但這是採權利主義下所不可避免的耗費。因此，註冊主義與使用主義孰優孰劣實各有千秋，此乃政策問題，惟美國社會因律師眾多且訴訟發達，加上高額度懲罰性賠償金制度的採行，使當事人自行負擔訴訟所耗之所有成本而行政機關僅需花費形式登記的少量成本，在此種背景下，其採使用主義當有其成因。

㈢商標專用權的定義與範圍

1.意義

商標註冊經主管機關實質審而賦予商標權後，對其所註冊之圖樣即取得專用權而有排他使用相同或類似商標之權利（商標法第 25 條）。因此，法律規定本質上屬於不能註冊之商品立體形狀（商標法第 26 條第 1 項第 2 款、第 5 款）自無法註冊而取得專用權，即便其已因長久使用而產生次要意義仍無專用權。

申請人所取得之專用權僅止於所登記之範圍，爲避免造成混淆誤認，其雖可禁止他人使用類似之商標，但申請人對該類似商標卻無專用權，此與意匠權不同。蓋前者只是爲了避免混淆，而後者則有創作的價值且在實物上對類似的意匠有實質同一性的評價問題[5]，因此二者在本質上即有所差異。

2.範圍

根據日本商標法第 18 條第 1 項的規定，商標權是依設定登錄而發生。若商品或商品包裝的形狀是爲了確保該商品或該商品包裝的機能所不可欠缺的立體形狀，則不得登錄商標。且商標權的效力也不及於商品或商品包裝的形狀是爲了確保該商品或該商品包裝的機能所不可欠缺的立體形狀的商標（日本商標法第 4 條第 1 項第 18 款、第 26 條第 1 項第 5 款）。

既然商標權是依設定登錄而發生，而其登錄範圍即不可能毫無限制，否則即失

5 同前註，第 658 頁。

其登錄意義，因此登錄商標的範圍需基於申請書所記載之商標而定，指定商品或指定服務的範圍亦需基於申請書之記載而定（日本商標法第 27 條）。

商標權人在設定（指定）其商標權的專用使用權後，於其所指定的商品或服務範圍內，專有使用其所登錄（註冊）商標的權利（日本商標法第 30 條），他人未經其同意而使用其所登錄的商標時，則會構成侵害該商標權人的專用使用權。從上述相關規定可以看出，由於商標登錄有其範圍限制，若他人所使用的是不同的商品或服務範圍時，則並無侵害商標專用權的問題。

二、意匠（design）法

㈠意匠的意義

日本意匠法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱意匠係物品的形狀、模樣、色彩或其上之結合，透過視覺而引起美感者之謂。」依此規定，意匠（即一般所稱之 design[6]，相當於我國專利法中的新式樣）的要件有四：1.離開物品則意匠不存在（物品性）2.必須是形狀、模樣、色彩或其結合（形狀、模樣、色彩性）3.透過視覺的感受（視覺性）4.引起美感（審美性）[7]。尤其最後一個要件是其與立體商標最大的差異所在，亦即商標主要在表彰商品來源，與「美感」無涉[8]。此外，第 4 個要件所稱「引起美感（審美性）」並非指狹義的「美」，事實上，每個人的趣味性與感受性千差萬別，美醜的判斷並沒有絕對的標準，因此，應包含逆轉的意味，引起醜感也應該屬於「廣義的美感」，在日本實例登錄意匠第 365331 號的幽靈形狀之「上吊人形」亦通過審查[9]。

㈡意匠的優先申請與範圍

有相同或類似的意匠，在不同日提出申請時，以最先提出申請者得受意匠的登錄（同法第 9 條），亦即採先申請主義，而非先使用主義。

提出申請意匠之人，其所創作出來的意匠必然無法脫離其物品，因此在申請書上必須載明其意匠所施與的物品，以及其登錄意匠的範圍（同法第 6 條第 1 項第 4 款、第 24 條）。意匠既有其登錄的範圍，故不同類物品即無侵害意匠權的問題。至於其保護期限則自登錄日起算 15 年（同法第 21 條）。

6　高田忠，意匠，1998 年 4 月 30 日初版第 30 刷發行，第 27 頁。

7　同前註，第 32 頁。牛木理一，意匠法的研究，平成 6 年 3 月 1 日 4 訂版發行，第 66 頁。

8　同註 4，第 15 頁。

9　牛木理一，意匠法的研究，平成 6 年 3 月 1 日 4 訂版發行，第 76 頁。

㈢新穎性（新規性）的判斷基準

依日本意匠法第 3 條規定，意匠亦須具備新規性（相當於我國的新穎性）與創作力（相當於我國的進步性），否則仍無法申請意匠登錄。因此，只要有下述情形之一，即不符該條要件：1.於日本國內或外國所公知的意匠或與此類似的意匠 2.於日本國內或外國公開發行的刊物有記載的意匠或與此類似的意匠。

㈣意匠的類似與保護範圍

關於物品形狀或模樣的外觀，雖沒有完全相同但感受上來能發揮同一的美感特徵而屬於同一創作體範圍的意匠時，即是類似意匠，但日本的意匠法並未對類似意匠下定義，此乃事實問題[10]。從而判斷意匠的類似與否，對於物品中有意匠創作的主要部分，要能確實掌握而感受到美感的特徵時，即屬於類似意匠而同屬一創作體之範圍，在該範圍內都受到保護，爲意匠權效力所及。此與商標或商品形狀外觀的類似判斷不同，後者主要著重在標示的區隔，以免造成混淆誤認，與意匠的感受無關。除非該意匠因多年行銷之結果出現次要意義而被商標化，否則意匠與商標或表徵在本質上係不同之概念。

三、不正競爭防止法

㈠對商品外觀爲相同或類似使用以致混淆之行爲

日本不正競爭防止法第 2 條第 1 項規定，本法所稱「不正競爭」，如下列各款行爲，其中第 1 款規定：「使用需求者間所廣爲認知之他人的商品之標示（指表示有關他人之業務的姓名、商號、商標、標章、商品的容器或包裝，其他商品或營業者。以下同。）爲相同或類似的商品等表示，或是讓與、交付、或爲讓與或交付而展示或是輸出、或是輸入使用其商品等表示的商品，而使他人的商品或營業產生混同之行爲。」[11]

從該條款規定的內容觀察可知，主要在規範商品主體混同的行爲，其要件如下：1.該商品的容器或包裝需被廣爲周知（即周知性） 2.商品之容器或包裝及其它商品的表示 3.爲相同或類似的商品（含主體）等表示 4.有產生混淆之虞。

商品的容器或包裝應足以與他商品有所區隔，若一般性的或該商品通用的或功能性的容器或包裝，因不足以顯現出與他商品區別之處或盛裝該商品所不能欠缺的形

---

[10] 牛木理一，前揭書，第 123 頁。

[11] 該款係舊法第 1 條第 1 項第 1 款與第 2 款合併歸納爲一個行爲類型。

態，則仍無該條之適用（該法第 11 條第 1 項第 1 款參照）。其主要仍在於其所表示出來的容器或包裝有混淆之虞，而不在於是否一看到該商品的容器或包裝時即可聯想到該商品的廠商或其商標，倘一看到該商品的容器或包裝時即可聯想到該商品的廠商或其商標，因已產生第二層意義（次要意義），當然亦受保護。因此，在隔離觀察與整體觀察下是否產生混淆之虞，才是本條款著重之點。至於是否有混淆之虞，仍要從相同或類似的使用來加以判斷，若因廠商作相同或類似的使用，而引起該商品需求者誤認的可能，通常以需求者的平均人爲基準（但並不必然需超過百分之五十）[12]。

表示的外觀、稱呼、觀念的近似與否，都是判斷的重要要素，而且要整體觀察，即使上述三要素之一在形式上近似，但由於交易過程的特殊考量，則有可能認爲不構成類似的表示[13]。

㈡單純對著名商品表示爲模仿與販賣的行爲

同條同項第 2 款所規定模仿他人著名商品表示之行爲亦屬「不正競爭」之行爲，該條文規定：「與他人著名的商品等表示爲相同或類似之使用作爲自己的商品等表示，或是使用其商品等表示的商品爲讓與、交付、或爲讓與或交付而展示、輸出、或是輸入的行爲。」[14]本款主要是針對冒用著名表示（標示）的顧客吸引力或不當侵害其價值的行爲加以禁止，以免產生搭便車（free ride）或稀釋（dilution）著名表示的情形，而不以混淆爲要件，與第 1 款不同[15]。

㈢模仿商品形態的販賣行爲

同條同項第 3 款所規定之「販賣」模仿品行爲亦屬不正競爭防止法所稱之「不正競爭」之行爲，該條文規定：「將模仿他人商品（自最初被販賣之日起算經過三年者除外）形態（與該當他人的商品爲同種類的商品（在無同種類的商品的場合，爲與該當他人商品之機能及效用爲同一或類似的商品）而通常所有之形態除外）的商品爲讓與、借貸、或爲讓與或借貸而展示、輸出、或輸入之行爲。」[16]受本款保護對象的他人商品必須是自最初販賣之日起三年內，若三年內沒有請求禁止，則不得再主張之。

---

12 參芹田幸子所撰，收編於小野昌延，不正競爭防止法，青林書院，平成 3 年 10 月 30 日初版第 2 刷發行，第 99-152 頁。

13 同前註。

14 本款係平成 5 年 5 月 19 日修法時所修正（平成年 6 年 5 月 1 日施行）。

15 松村信夫，不正競爭爭訟之上手的對處法，平成 10 年 5 月 13 日第 1 刷發行，第 16 頁。

16 本款係平成 5 年 5 月 19 日修法時所增訂。本款與前二款條文內容之中譯文均引用行政院公平交易委員會編譯，日本公平交易法相關法規彙編，民國 85 年 4 月，第 74 頁。

該款在當初增訂時雖亦慮及意匠的實質審查常需費時兩三年的時間以致難以保障生命週期較短的商品，但同時也參考歐陸國家（尤其是法、德）對高度抄襲的不正行爲加以非難的相關案例而通過該款條文。然從事後民事法院對該款的適用情況觀察（詳參下述修法後的四個案例），法院所考量的僅是是否構成高度抄襲而侵害市場先行者的利益，而不考慮其是否合乎意匠法應有的門檻要件。

此外，同種商品（若無同種商品的情況下，則和該他人商品的機能及效用同一或類似的商品）一般通常所具有的型態的模仿則不在禁止之列，亦即不同種商品間其商品機能與效用是相同或類似時，其所模仿的是一般通常所具有的商品型態時，也不被禁止。本款增訂後，不問是否成爲其他「知的財產權法」（相關的智慧財產權法）所保護的對象，只要在三年內都可請求禁止模仿他人商品形態的行爲，其保障了爲商品化而投入資金及勞力者的利益（即市場先行的利益）[17]。

日本在修法前有關侵害商品形態的典型案例有紋理化粧紙事件，東京高等法院不認爲紋理化粧紙的原畫有與純粹美術般的高度藝術性，故而不承認其著作物性（該商品的 design 亦無意匠登錄），因此不能依據著作權請求損害賠償。但因被告對於商品的模樣，分寸不差的模仿，而且在原告商品販賣相競合的地區廉價販售，使原告商品的販售價格難以維持，被告的商業行爲已超越公正自由競爭所許可的範圍，已構成侵害值得法律保護的原告營業活動，因而認可原告的損害賠償請求權[18]。原告利用獨創設計來提高商品的價值是值得法律保護的營業活動利益，法院認定被告已構成違反公序良俗態樣的侵害營業活動的不法行爲，這是有關應用美術的法律保護在舊法下所出現的判決。完全模仿他人商品形態而該商品形態不合乎意匠法、著作權法創作性要件，在舊法中又無規範上述的模仿行爲的情況下，本判決具有重大之意義。新修正的第 2 條第 1 項第 3 款明定其法律上地位，不但可請求損害賠償，且得作爲請求禁止模仿的標的。上述判決的理論值得日後判例發展的深思[19]。

1993 年修法後的案例方面，有下列事件：一、寶飾盒外觀事件（大阪地院判決平成七年十二月十二日），二、隔熱排水管外觀形態模仿事件（大阪地院判決平成八年十一月二十八日），三、龍形鑰匙環完全模仿事件（東京地院判決平成八年十二月二

---

17 同註 15。

18 平成 3 年 12 月 7 日的東京高等法院判決。

19 出澤秀二等五人合著，不正競爭防止法的實務，平成 8 年 3 月 22 日初版第 2 刷發行，第 274 頁。

十五日）[20]，四、穿孔（pierce）品高度抄襲事件（東京地院判決平成九年三月七日）。從上述第三、案例的日本龍形鑰匙環高度模仿事件（請詳見附圖一、附圖二）對照我國「Top-Gun Cop」玩具機器人案（港商宏光公司檢舉明儀玩具公司高度抄襲，83 公處字 102 號）及玳瑁花紋老花眼鏡盒案（本案不處分是因被檢舉人「舉照片證明」玳瑁花紋眼鏡盒於外國早在數十年前已出現）觀察，我國在處理未合致「相關事業或消費者所普遍認知」要件但卻是高度抄襲的案例經驗，可謂有過之而無不及，只是日本在修法後已將高度模仿商品形態的行爲明定違法，而我國則仍以不確定概念的「欺罔或顯失公平」來規範。

因此，若我國公平交易委員會在政策上欲採與日本對市場先行者的營業利益加以保護的相同見解，則似可仿日本立法例，亦即將著名商標問題回歸到商標法的修法或另行立法解決，另則刪除公平交易法第 20 條規定，而將高度模仿商品形態之行爲明定爲違法來取代第 20 條。至於何種程度會成立高度抄襲，這是商品整體實質認定之問題，業者必須體認到模仿的程度越高，其被非難的可能性就越高，而這種外觀高度模仿的禁止與發明無關，並不致使業界技術受阻礙，它比較像美術著作的理念，但並無著作權法中合理使用的問題，如此才能促使業者獨立開發設計自己的商品外觀。當然此一作法，多少難免會弱化專利法中新式樣專利規定的功能，但因二者法律效果不同，應不至於產生完全替代效果。

㈣不正競爭防止法與商標法、意匠法的關係

新修正之不正競爭防止法可謂對知的財產權具有補充之關係，尤其不正競爭防止法修法的重要理由之一爲意匠的實質審查期間過長，爲保護市場先行者之利益與某些商品之生命週期不長，根本等不及冗長的審查期間，因此有必要以不正競爭防止法加以保護。

---

[20] 原告主張其所製造販賣的龍形鑰匙環係廣爲週知，而被告模仿其商品形態，造成與原告商品的混淆，其已違反不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款與第 3 款之規定，請求法院禁止被告製造販賣其商品，並負損害賠償責任。法院判決被告不得再製造販賣如附件所載之龍形鑰匙環，並賠償 740 萬元。其理由大致如下：由於製造與販賣鑰匙環的廠商極爲眾多，且各式各樣不同種類的鑰匙環也非常多且價位不高，雖然原告商品形態有其一定的特色，但從其銷售量與眾多廠商及各種不同種類的鑰匙環相較來看，尚不足以看出該商品形態能表彰係來自原告所產製，無從認定原告商品廣爲週知，故而不該當不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 1 款之要件。至於同條項第 3 款的模仿他人商品形態之「模仿」，係指作出實質上同一形態的商品而言。即便二商品形態不完全同一，但其差異部分僅屬細微，且客觀上從商品整體性觀察，二商品的形態被認爲具有實質同一性時，仍構成第 3 款的不當競爭。

從日本最近幾年的大幅度修法，包括立體商標的保護、商品形態模仿的規制等均已明文化，對於商品的外觀或包裝應加以保護，至此已無爭議可言。有問題者，乃在於模仿到何種程度將會被禁止？除商品本身的自然形狀與具功能性的外觀，以及機能不同的不同類商品間，不會侵害他人權利外，通說認爲應採實質相似的理論（當然包含完全相同），惟因產品本質的差異性頗大，也只能依賴日後不同案例的累積才能看出軌跡，此與著作權法中是否構成抄襲（已超越合理的使用範圍）亦採實質相似說如出一轍。

㈤責任與舉證

業者的行爲若同時合致商標法、意匠法與不正競爭防止法時，由法官依法規競合原理擇一適用。並無行政權限劃分之問題。

日本不正競爭防止法僅有民事或刑事責任，無行政責任，由於行政不介入，故並無行政主管機關，因此業者向地方法院提起請求禁止行爲之訴時，須自負舉證責任，並無行政主管機關依職權調查與舉證之問題，更無行政訴訟之問題。而業者在舉證時必須先證明商品的外觀或包裝是自己先開發設計，否則若自己亦是模仿而來，當無請求之權利。

參、我國對商品外觀保護之研究

一、商標法

㈠商標的定義

我國商標法第 5 條規定：「商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，應足以使一般商品購買人認識其爲表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。」「不符前項規定之圖樣，如經申請人使用且在交易上已成爲申請人營業上商品之識別標識者，視爲已符合前項規定。」從該條規定可知，我國的商標僅限於文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，並不包括立體形狀，遑論商品外觀，亦即我國商標法所保護的仍停留在平面商標才能申請註冊，因此法院在依法審判之情形下，無從創設出連商品外觀也能成爲商標註冊的內容，也就是說即便業者所設計的商品外觀已足以標彰商品的來源而與商標具有同樣功能時，也不能因其使用而取得商品外觀的商標專用權，這是我國採取商標註冊主義而非使用主義的必然結果。

至於該條第 2 項所稱「不符前項規定之圖樣」，係指其所使用的文字、圖形、記

號、顏色組合或其聯合式不具有足以使一般商品購買人認識其爲表彰商品標識之功能，但因其長期的銷售與廣告，而使一般商品購買人因此認識該圖樣代表特定的商品，也就是一般所稱已出現「次要意義」（或稱第二層意義）時，視爲已符合前項規定的要件。這是針對第 1 項而言，因此在解釋上仍不能逾越第 1 項限於平面商標的範圍而進一步擴張解釋認爲也包括立體圖案或商品本身的外觀。亦即不得解釋爲立體圖案或商品本身的外觀並不符第 1 項所稱的文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，因此即便在立體圖案或商品本身的外觀已出現「次要意義」時，仍不能視爲已符合第 1 項規定的要件。若欲對立體圖案或商品本身的外觀當作商標加以保護，非得靠修法不可。

㈡商標專用權的定義與範圍

由於我國商標法亦採註冊主義且需經主管機關實質審查（我國商標法第 41 條）後才能取得商標專用權。且商標專用權的取得係自註冊之日起由註冊人取得，而商標專用權的範圍則以請準註冊之商標及所指定之商品爲限（我國商標法第 21 條）。因此業者在申請商標註冊時應指定商標之商品類別及商品名稱，而不同類別的商品應分別申請，至於商品的分類則於施行細則定之（我國商標法第 35 條）。

或有認爲爲使自己之商標可廣泛使用在各種不同商品類別，因此搶註冊在許多不同商品類別中。但事實上因申請註冊時需繳納費用，加上不同類別要分別申請，則其繳費將所費不貲且當初立法時即考慮到可能有人搶先註冊而不用，其目的只在防阻他人使用，故我國商標法第 31 條第 1 項第 2 款即規定，無正當事由三年未使用或繼續三年停止使用已滿三年者，主管機關應依職權或利害關係人之申請，撤銷商標專用權[21]。

二、專利法

㈠新式樣專利的定義

我國專利法第 106 條規定：「稱新式樣者，謂對物品之形狀、花紋、色彩或其結合之創作。」其所著重的不在於該物品外觀是否能表彰商品之來源，而是著重在物品之視覺效果表現，藉由物品本身之形狀、花紋及色彩構組而成之創作（行政法院 87 年判字 1270 號）[22]。既是一種創作，即非抄襲自他人創作之物品，亦即必須符合新穎

---

[21] 日本商標法第 50 條亦有類似之規定。

[22] 我國專利法於民國 83 年修法時將第 106 條有關新式樣專利「適於美感」的規定刪除，以致於現行條文僅規定：「稱新式樣者，謂對物品之形狀、花紋、色彩或其結合之創作。」然日本的意匠法第 2 條第 1 項的規定仍以「引起美感」爲要件之一。我國修法時將原與日本相

性與進步性的要件，所謂新穎性乃指在申請前並沒有相同或近似之新式樣已見於刊物或已公開使用，也沒有相同或近似之新式樣申請在先並經核准專利；進步性則指必須是熟習該項技術者不易思及之創作（我國專利法第 107 條第 1 項、第 2 項），倘爲熟習該項技術者所容易思及而只是尚未去實施時，即稱不上創作，況且若給予容易思及的技術擁有排他性的專利權，將易導致他人動輒得咎，更限制了商品的競爭空間。此外，還必須不是純藝術創作或美術工藝品（此屬美術著作，由著作權法保護），也不是純功能性設計的物品造型（功能性造型屬公共財的領域，若給予專利將造成他人的不便），才可能申請到新式樣專利（我國專利法第 108 條第 1 款、第 2 款）。

從上述說明可知，商品的外觀倘若合乎上述要件，則可有能受到新式樣專利的保護，但絕非所有的商品外觀都可受到保護。

㈡新式樣專利權的申請與範圍

由於專利是一種由政府賦予人民的一種專有的排他性權利，必須經過實質審查且申請時必須指定所施予新式樣之物品並敘明其類別（我國專利法第 114 條），就此點而言與商標同，但其分類方式則與商標異。此外，新式樣專利有一定的保護期限，其期限自申請日起算 12 年（舊法爲 10 年，新法係爲配合加入 WTO 而延長，至今尚未正式實施）。

由於新式樣專利亦有類別之區分，倘若屬不同類商品，即便外觀造型相同，仍無法主張專利法的保護，但可否主張其剽竊創意而違反公平交易法？類似情形，在專利保護期限已屆滿、合乎要件但未提出申請或雖提出申請但實質審查時認爲不合乎要件而不准專利，其模仿商品外觀的行爲，顯然也不可能尋求專利法的保護，然可否主張模仿的人剽竊他人既有的成果或造成商品購買人的混淆而控告其違反公平交易法，上述問題將於下文進一步說明。

同的「適於美感」要件刪除，以致行政法院只得從「視覺效果表現」著墨，這恐怕是我國學者或主管機關對於日本所「引起美感（審美性）」的誤解，以爲一定要眞正的「美」才合乎要件，其與引起「美感」相反的引起「醜感」，其醜感的創意性難道就不受保護嗎？正所謂「醜得可以」、「醜得可愛」、「醜得古錐」、「醜得嚇人」，難道不也是吾人所要保護的創意嗎？事實上，每個人的趣味性與感受性千差萬別，美醜的判斷並沒有絕對的標準，因此，應包含逆轉的意味，引起醜感也應該屬於「廣義的美感」，在日本實例登錄意匠第 365331 號的幽靈形狀之「上吊人形」亦通過審查（參牛木理一，意匠法的研究，平成 6 年 3 月 1 日 4 訂版發行，第 76 頁）。

三、公平交易法

㈠公平交易法第 20 條

1.構成要件與處理原則之解析

我國公平交易法第 20 條規定：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行爲：一、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、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…。」依該條文義觀察，需同時符合三個要件才有該條之適用：1.必須相關事業或消費者所普遍認知，2.需能夠顯示商品之表徵，3.爲相同或類似之使用以致與他人商品混淆。

因此，業者所生產之商品，其容器、包裝或外觀設計倘欲受保護，必須達到表徵之程度，也就是這些容器、包裝或外觀需具識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務（公平交易委員會處理公平交易法第 20 條原則第 4 點第 1 項，以下簡稱「第 20 條處理原則」）。而一般性的或普通使用的容器、包裝或外觀，除非已具次要意義，否則將因無表彰商品來源之功能而無法受該條之保護。至於所稱相關事業或消費者所普遍認知則指具有相當知名度，爲相關事業或消費者多數所周知（第 20 條處理原則第 3 點）。再加上因爲他人的相同或類似之使用以致與他人商品混淆。倘缺任一要件，即不違反該條規定。

2.案例分析

在腦筋急轉彎一案中，公平交易委員會即認爲時報文化出版公司之系列叢書「腦筋急轉彎」廣受各界歡迎，已出版十二集，其總銷售量超過一百二十萬本，已爲出版同業及消費者所共知，且該「腦筋急轉彎」已成爲大人小孩朗朗上口之名詞，一看到該書之整體外觀設計，即知其係某家出版公司所出版（並不以確知哪一家爲必要），而達到表徵的功能。由於被檢舉人大然出版社嗣後所出版之「新腦筋急轉彎」，其所使用的書名、開本、編輯方式、內容所採幽默式漫畫問答集格式等等的類似使用，均可能造成消費者混淆而誤以爲係同一家出版社所出版或誤以爲二者有續集、系列等關聯。因此，公平交易委員會認定被檢舉人違反公平交易法第 20 條，命其於收到處分書次日起三十日內收回未售出之「新腦筋急轉彎」各集漫畫書[23]。

---

[23] 公平交易委員會（81）公處字第 007 號。參公平交易委員會編，仿冒案例彙集，增訂二版，民國 89 年 11 月，第 37 頁。

又如黑松公司檢舉台灣第納公司所販售之沙士飲料容器之外觀、圖樣、設色等，均以咖啡底色、弧形條子、下白上金之顏色配成、有抄襲之嫌，經公平交易委員會認定被檢舉人違反公平交易法第 20 條，命被檢舉人於二個月內全數回收該商品[24]。該案之黑松沙士雖早在民國 76 年 1 月 16 日及 82 年 3 月 1 日以「黑松 HEY-SONG 及金、白色帶圖」兩式[25]，向中央標準局申請註冊取得商標專用權，但被檢舉人之商品並未使用「黑松 HEY-SONG」之文字商標，雖被檢舉人在罐上以白色清楚之字體標示「加鹽沙士」，但加鹽僅爲商品性質之描述，僅能說明商品口味，不具識別商品來源功能，難作爲辨別不同商品來源之依據，且罐裝整體外觀之觀察亦難以確認其具不同商品來源之功能，一般消費大眾極易於匆促之間，因一時誤認而爲選購。從上述案例觀察，公平交易法第 20 條之要件與適用還算明確，尚無較大之爭議。惟黑松沙士一案中，被檢舉人不只台灣帝納公司一家，尚有數家，但公平交易委員會認爲其他廠商之罐裝上有自己公司明確之商標，並不會導致消費者之誤認，而不違反該條之規定，然是否有下述公平交易法第 24 條顯失公平之適用，委員間則出現不同意見，最終雖認亦不違反第 24 條，但在其他類似案件中卻有不同之認定。

㈡公平交易法第 24 條

1.構成要件與處理原則之解析

公平交易法第 24 條所稱顯失公平，成爲無統一要件的商業倫理非難性，以一般觀念來看倫理與道德，皆非法律，有一部份的倫理可能被包含在法律規範中，然而業者或一般人卻無從知悉是哪一部分已被包含在法律規範中。

雖然是模仿他人商品的外觀或包裝，但該外觀或包裝因無從申請商標註冊，也因不符新式樣專利的要件而申請不到專利權，或專利權保護期間已過，若又不符合公平交易法第 20 條的三個要件時，是否可以主張公平交易法第 24 條之規定來保障自己商品的外觀或包裝，以避免被他人長久模仿或抄襲？不論在學說上或在實務上都是一極具爭議性的課題。

在學說上，採否定說者認爲，既然商品的外觀或包裝不符新式樣專利的要件而申請不到專利權或專利權保護期間已過，其可能是一般性或功能性之外觀或專用權期限已過，則都已成爲公共財，任何人皆可自由使用，豈可謂「不當模仿」而構成

---

[24] 公平交易委員會（89）公處字第 O19 號。參公平交易委員會編，仿冒案例彙集，增訂二版，民國 89 年 11 月，第 136 頁。

[25] 該商標僅係平面圖樣，此乃礙於我國商標法尚未承認立體商標。

顯失公平的行爲。況且我國的新式樣專利必須提出申請並經實質審查，又要繳費，此外又只有 12 年的保護期間，倘若可主張公平交易法第 24 條之規定，而該條又無期限的限制，則日後還有誰願意申請新式樣專利？如此將破壞新式樣專利的制度。況且公平交易法第 45 條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行爲，不適用本法之規定。」，既已屬公共財，則其行使當屬正當行爲，當不涉及不公平交易。採肯定說者認爲，專利法與公平交易法各有其不同的立法宗旨，其法律要件亦不一樣，在適用公平交易法時只要考慮是否有剽竊、榨取他人既有成果或依附他人聲譽而不欲自己付出應有的代價，卻只是一味的抄襲來節省成本，以致造成消費者的誤認或形成不公平競爭，這才是公平交易法所要規範的目的，與專利法無涉。

我國公平交易法第 24 條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」由於該條規定沒有如公平交易法第 20 條明文將商品的容器、包裝或外觀列出，加上該條使用「欺罔或顯失公平」的不確定法律概念實在過於抽象，因此在實務上適用時，其界線何在，確實難以用精簡的文字描述出來。雖然公平交易委員會亦據此訂定「公平交易法第 24 條之適用原則」作爲處理案件之標準，例如該處理原則的四、㈡ 1.⑶謂「不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵（但如其行爲符合公平交易法第 20 條之規定者，則適用該條之規定）」即可能違反公平交易法第 24 條。但何謂「不當模仿」，亦未進一步說明，因此只有透過案例的分析才能進一步了解大致上的情形。

2.案例的軌跡

我國在早期的案例中，除前述腦筋急轉彎一案外，如仿襲「高仕（CROSS）」14K 包金筆與亮鉻筆的外觀一案中，公平交易委員會認爲原告美商高仕公司與被告達也公司之商品雖然外觀類似，但前者係高價位商品（一枝千元以上），後者係低價位商品（外銷一枝十元），其價位不同，且前者商品筆端刻有 CROSS 商標，後者則無，消費族群不同，不會造成消費者混淆，故不違反公平交易法第 20 條規定[26]。

---

[26] 該案因係台北地檢署函請公平交易委員會鑑定是否違反公平交易法第 20 條規定，故公平交易委員會僅對第 20 條作鑑定，而未進一步論述是否有同法第 24 條之適用（因 20 條有刑責，24 條無刑責）。但當時的副主任委員廖義男教授則持不同意見，認爲已違反第 20 條規定。詳見公平交易委員會第 111 次委員會議決議，另參拙著，我國公平交易法執行三週年之回顧-------以不正競爭爲中心，政大法學評論第 52 期，民國 83 年 12 月，第 296 頁。

嗣後在百能公司（BENSIA）鉛筆外觀與圖案造型、安全透氣筆套之設計等被尚禹公司仿襲一案中，認爲檢舉人商品之外觀、構造、尺寸、圖案、顏色，並非公平交易法第 20 條所稱之表徵，而其筆桿半透明霧狀或不透明螢光色系，實爲美學上色彩及基本材料之運用使然，且筆桿上印有各種動物、人物、玩偶、水果、糖果等造型圖案，爲業界所習知且究屬文具用品中常見之素材，類此「效果」、「材料」及「具有美感機能之圖案」等外觀，倘本身未受特別法（如專利法、著作權法）之保護，因其目的在增加商品視覺效果、滿足美感需求，如他人未全然抄襲該等圖案，基於利益衡量，本應容許他人模仿。至於安全透氣筆套之設計部分，被檢舉人稱其目前並未生產，而檢舉人亦未能提供被檢舉人有產銷之具體事證，故而認爲被檢舉人未違反公平交易法第 20 條與第 24 條[27]。但公平交易委員會在味丹「綠力」水蜜桃汁罐裝飲料外觀案（83 公處字第 018 號處分書）以後的案件，其所述理由不外是外觀設計或圖案一模一樣、極爲相似或雖非一成不變，但高度抄襲而坐享他人辛苦成果，已違反公平交易法第 24 條顯失公平及影響交易秩序之構成要件。

若從民國 83 年以後各該處分書內容仔細觀察，公平交易委員會已脫離商標法、新式樣專利等之相關問題之考量，而單以是否高度抄襲來認定是否違反公平交易法第 24 條。惟「高度抄襲」的構成，其判斷標準仍極爲不確定，處分書之理由通常將檢舉人與被檢舉人之商品外觀或包裝之圖案、設色、構造設計等等各自逐點描述後，即作成是否極爲相似之認定，實際上仍非常主觀。依筆者在公平交易委員會服務之經驗，案件承辦人與委員意見經常不一致，但只要委員會多數認爲應處分被檢舉人時，基於公務員有服從上級命令之義務，承辦人自有辦法重新將兩造商品外觀逐一描述後，再套上一句「極爲相似」或「高度抄襲」，就可完成處分書，顯然仍脫離不了委員的主觀認定。因此，吾人只能說只要模仿，就有被處分的風險，端賴每屆不同委員的主觀認定。不過這也是無可奈何的事，因爲那條違法的界線本就無法量化，所以相似度越高被處分的風險就越高。

四、公平交易法與商標法、專利法對商品外觀保護的分野

㈠商標法、專利法、公平交易法的法規保護目的

有別於工業所有權法的保護對象，不正競爭防止法所要保護的不是「權利本身」

---

[27] 詳見公平交易委員會第 104 及 124 次委員會議決議，另參拙著，前揭文，第 299 頁。

所產生的一定利益，而是因某一創作物的利用所產生「營業上的利益」，若有不正的競爭業者侵害之，則會被認定爲不正競爭的行爲，僅止於此才是不正競爭防止法所要保護的內容。例如，由於意匠權存續中，具有意匠的物品因長年的使用與宣傳，在一般大眾間打出知名度，即使意匠權的權利消滅後，仍然維持其知名度，此時仍應受不正競爭防止法的保護[28]。倘若意匠權保護期限已過，而又無知名度，一般消費者又無法從其舊有的意匠中區別他我商品時，既已不該當公平交易法第 20 條之要件，當不受其保護，也不應再受公平交易法第 24 條之保護，因爲此時已無侵害「營業上的利益」的問題。至於其市場先行者的利益，已在意匠權專有期間獲得獨占的利益，當無另尋公平交易法永久保護之理。當然，是否合致公平交易法第 20 條之要件，當由被侵害者負舉證責任，由其證明其舊有意匠之外觀，如今已具有知名度且現仍維持相當的知名度。

業者在作商品設計時，通常著重在外觀創意的組合與變化，以期吸引消費者的目光，進而刺激消費者的購買慾，因此其所設計的商品特徵通常都不具商標註冊要件之標識產品來源的識別性，故未能依商標法作有效性保護，倘欲達到商標地位，通常需要一段很長時間以便證實確具次要意義（第二層意義），且有可能需對一般消費者的習知作調查[29]。

此外，有些商品生命週期短但商標或新式樣專利的申請與實體審查所需之時間又長過產品生命週期，其尋求商標法與專利法之保護即無意義。若其的確投入商品的設計與開發，此種市場商品的先行者的努力，若欲加以保護，則非得依賴公平交易法不可。但其應有舉證是自己研發之義務，有關這一點，公平交易委員會通常不易釐清，除非開放檢舉人與被檢舉人之言詞辯論[30]，否則根本難以釐清事實眞相。倘欲開放雙方言詞辯論，則公平會與法院無異，其所扮演的應是中間裁判者的角色，而不應是打擊仿冒者的行政主管機關，一旦成爲法官的角色，其訴訟程序所需耗費的時間勢必會延長而與法院一樣，倘果眞如此，則不正競爭的問題就應如德國、日本般的回歸法院處理，又何勞由行政主管機關出面干涉，公平交易委員會若不能走出這一基礎問題，

28　牛理木一，意匠法的研究，平成 6 年 3 月 1 日 4 訂版發行，第 463 頁。

29　牛理木一著、蔡竹根譯，訂定立體商標制度衍生之諸問題(二)，工業財產權與標準月刊，民國 87 年 3 月，第 54 頁。

30　例如 Duck vs. Playboy 皮件外觀抄襲案，雙方與利害關係人僅在委員會議各自陳述，並未讓他們當場言詞辯論。在本案中，筆者認爲似仍有部分疑點並未全部在當場釐清。

勢必永遠會圍繞著職權調查與當事人舉證責任以及球員兼裁判的兩難問題而無法釐清角色與責任（尤其是應依職權調查到何種程度）。

事實上，最易引起困擾的是在於我國商標法修正草案中即將把立體商標內入得註冊與保護的範圍，而此種立體商標包括商品本身外觀亦得作爲表彰商品來源的商標，則不需註冊的公平交易法對著名商標的保護將大大削弱商標法的功能。屆時不著名的商品外觀立體商標若已註冊，則取得商標專用權而受商標法的保護但不受公平交易法的保護；倘若未註冊又不著名則二法均不保護；若雖未註冊而不受商標法保護但因其已著名則應受公平交易法保護；若已註冊且又著名則應屬法規競合問題應擇一適用，惟其有一前提，公平交易法第 20 條應回歸民事法院管轄，而不應再由公平交易委員會管轄，倘若不回歸，則宜於商標法增訂立體商標時，明定排除公平交易法的適用而僅以商標法規範之。

㈡「營業上利益」的範圍

如前所述，市場先行者利用獨創設計來提高商品的價值是值得法律保護的營業活動利益，倘他人有所侵害，當被禁止。問題是該受保護的營業活動利益的範圍或界限究竟在哪裡？例如有業者甲使用乙業者多年前所設計的商品外觀，而該商品外觀早已停止使用多年，甲在未經同意情形下（是否需經同意呢?）重新使用，顯然節省了設計費用，此種不自行設計而利用他人以前所花費的設計，應否被非難！他被非難的原因究竟是侵害了乙的何種營業上利益？抑或是甲不自行設計的不當利得[31]？與知名的商品作比較性廣告（沒有人會與不知名的商品作比較）也是一種攀附商譽的行爲，只要沒有不實，公平會在實務上也不加以非難。因此，我們常說的搭便車、榨取他人商譽、攀附、剽竊---------等等的行爲，都只是一個「概稱」，究竟何種程度，何種行爲會構成應被非難的行爲？似有必要進一步去例示，以下針對非商標的商品外觀、形狀或包裝分點說明：

1、作爲表彰商品的來源

⑴現階段具有表彰商品來源的作用

此種表彰商品來源作用的外觀所應受保護之法益在於，避免消費者之誤購而造成其商業利益的損失。

---

[31] 此與民法上的不當得利不同，民法不當得利的要件是一方受利益，他方受有損害。此處他方早已不使用該商品外觀設計，是否因此可謂受有損害仍值商榷。

其功能與商標同，但因我國商標法尚未將立體商標納入保護，故商品外觀、形狀或包裝在無從註冊而主張商標專用權時，以公平法加以保護應受肯定，因此即便尚未達相關事業與消費者普遍認知之程度而無法主張公平法第 20 條之保護時，應可主張第 24 條之保護。但其負有證明下述各點之責任：1.該商品外觀、形狀或包裝係其首先使用且自行開發設計或有權使用，2.該外觀、形狀或包裝足以表彰商品並能藉以區別他我商品，或證明其已產生次要意義[32]，3.非功能性外觀，4.非商品本身的天然形狀，5、非單一顏色或非以單一顏色爲主要表彰商品來源。

⑵現階段不具有表彰商品來源的作用

A.暫時停用

我國商標法因採註冊主義才能擁有商標專用權，爲了避免業者註冊後不使用而壟斷該商標，因此商標法第 31 條第 2 款規定，無正當理由迄未使用或繼續停止使用已滿三年者，主管機關應依職權或據利害關係人申請，撤銷商標專用權。反觀公平交易法第 20 條與第 24 條均無停止使用商品外觀的相關法律效果規定，因此原使用者之停用，究竟係一時性或永久性，他人無從得知。例如原使用者停用後，其目的原在另開發新商品外觀，但因行銷策略失敗，導致新商品並不受消費者喜愛，欲重拾原有之商品外觀，才發現已被他人使用，此時若依現行實務見解，該使用他人商品外觀之業者沒有自行研發，其利用他人以前的商品外觀也是一種榨取他人成果的顯失公平行爲。倘若吾人貫徹此一理論，可以發現沒有註冊（姑不論是否能註冊）的外觀設計只要被使用過，他人將永遠不得使用，顯然其效果強過商標法的規定。

我國的立法，非常喜歡在實體規定的最後一個條文訂定概括條款，以防掛一漏萬。雖然此種做法較有彈性運用的空間，但並不是意味可以無限的延伸，否則又何必需要有明確要件的規定。例如符合公平法 20 條要件的行爲，必然也是符合第 24 條顯失公平的行爲，那又何必有第 20 條之規定，況且違反第 20 條時依 35 條規定要先依第 41 條處罰，而違反第 24 條時也是依第 41 條處罰，其效果沒有兩樣。雖然違反第 20 條有刑責，但在先行政後司法的設計下，加上第 41 條 2,500 萬的高額罰鍰，相信絕對不會有業者仍甘冒高額罰鍰後還不改

[32] 與商標法第 5 條第 1 項、第 2 項同。

正而再續爲之的風險，這豈非將使第 20 條的刑責被架空，那分別規定第 20 條與第 24 條究竟有何實益？第 20 條只不過是第 24 條的一種類型？

B.永久停用

在原使用者停用其商品外觀設計後，其本已表示永久停用，而事實上也確已停用，此時若他人加以使用，可謂並無營業利益受侵害之可言。或許吾人可批評現使用者爲何不自行研發設計，而欲使用他人停用之設計，但是否可用法律來非難該業者？從不存在營業利益受侵害之觀點，既無受害，又何必保護，當無以法律加以責難之必要。但此種情形仍可能造成消費者的誤購時，此種消費者利益是否是此處所應加以保護之標的？似乎仍是執法者所猶豫之處。倘若再來個復古的流行，其營業利益又重新出現，實在不知顯失公平是存在在哪裡？因此，即便公平法第 24 條在實務運作後能整理出許多違法類型，但「顯失公平」仍是執法者主觀認定的最佳武器，也是行政機關不受立法（明定違法要件）約束的避難所。

2.附加商品的價值

⑴原本僅有附加商品的價值而無表彰商品來源的作用，但因長久使用而出現次要意義且現階段仍在使用時，其營業上利益與前述 1、⑴同，自應依相同原則處理。

⑵倘僅單純因美觀而附加商品的價值時，正是新式樣專利所要保護的法益，倘未能達到新式樣專利的進步性與新穎性要件，顯見其自稱之創意係一般習知該項技藝之人所易於思及，實際上並未能附加商品的價值。其他業者爲相同或類似之外觀設計，即無侵害營業上利益可言，當未違反公平法第 20 條或第 24 條。

⑶新式樣專利申請中，因審查時間過長，而商品生命週期很短，新式樣專利顯然緩不濟急，是否可以主張公平法的保護？倘謂專利審查時間過長爲由，而欲主張公平法的保護，必須有一個前提，即公平會之調查與認定可以作到迅速與正確的判斷，否則牽涉到專業產品而必須送專業機構鑑定才能作出是否違法之決議時，其時間恐長過專利的實質審查，未必有利於檢舉人。

⑷檢舉人的商品外觀設計符合新式樣專利的進步性與新穎性要件，顯見其設計有附加商品價值的功用，此即爲其營業上之利益，理應加以保護。但當事人卻不申請專利，而主張公平法的保護，其可能之著眼點在於專利有 12 年的期限，而公平法並無期限之限制，此時可依下述⑸來處理。至於其一開始即不申請專利而主張公平法的保護時，除非其能證明符合公平法第 20 條的要件才加以保護，否則也

不以第 24 條來保護。這是爲了避免弱化新式樣專利應有的功能所作之考量。也就是公平法所要保護的營業上利益是在表彰商品來源的外觀以免因混淆誤購所造成的傷害，而不是在單純保護有附加價值的商品，蓋業者所創造出之商品附加價值本就是市場競爭的範疇。

⑸已屆滿新式樣專利期限之商品外觀或形狀，其因擁有新式樣專利權事業之長期行銷，使該外觀或形狀現仍維持爲相關事業或消費者所認知而得以表彰該商品來源時，爲避免混淆，仍應受公平法第 20 條的保護。若不合乎第 20 條的要件，也不以第 24 條來保護，主要的考量在於避免如上述⑷的情形而弱化新式樣專利應有的功能。

綜上所述，進一步的例示是否能窮盡，當然令人懷疑，尤其在多變的商業與新科技不斷出現情況下，舊有的列舉永遠趕不上需求，概括性的規定又擔心擴張越權與氾濫，但與其最後仍需以法院的最後判斷爲準，何不如信賴以委員會制度所建立的脈絡，尤其擁有多數專家委員與龐大之幕僚智慧判斷都不被信賴時，吾人又如何能相信少數三、五人的法官所作的判斷，難道只是因爲審級限制的無奈？而委員會信賴的建立，就有賴於眞正專家的啓用，以及要能跟上時代潮流的不斷檢討與程序的透明。然而目前我國公平會的做法是有人檢舉後才調查認定，也就是作事後的實質審查，此與採使用主義的國家事前不作實質審查而俟有爭議時才由法院作事後的判斷，在本質上並沒有兩樣。但這種事後審查制度卻與我國商標法、專利法的註冊、申請與事前實質審查制度格格不入。因此，智慧財產權的通盤檢討與處理原則隨著新現象的發生迅速增修將是最重要的機制，至於舊有的原則一旦在政策確立後就應確實遵守，除非政策（從嚴或從寬）改變，否則不應因委員的更替而有差異。

五、公平交易法第 20 條處理原則的再修正

㈠實務爭議之所在

1.三要件的內容

從公平會編撰的「認識公平交易法」一書可知，欲構成公平法第 20 條，需符合三要件：⑴相關事業或消費者所普遍認知⑵商品容器、包裝、外觀須足以顯示他人商品之表徵⑶相同或類似之使用以致混淆。

有主張第二個要件不應考慮，主要應著重在第三個要件，亦即是否會造成混淆，但公平會在實務上仍對上述三要件加以檢驗。

2.三要件是否過嚴

從公平會剛成立時的腦筋急轉彎 vs.新腦筋急轉彎（81 公處字 007 號）到黑松公司 vs.台灣帝納公司（89 公處字 019 號）等十五件處分的案件中觀察可知，公平會在早期適用公平法第 20 條時，其符合三要件的認定，確實非常嚴格，不容易成立，主要原因之一是該條有刑事責任，且公平法剛實施。因此，遂逐漸擴張第 24 條之適用，以彌補不足，但到 84、85 年又放寬認定標準，嗣後更因 88 年 2 月修法將公平法第 20 條改爲先行政後司法，故在要件認定上亦漸趨寬鬆。

3.保護未註冊之商標是否與商標法註冊主義衝突而弱化商標法之功能

我國商標法於民國 72 年 1 月 26 日增訂第 62 條之 1，該條規定：「意圖欺騙他人，於同一商品或同類商品使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或並科三萬元以下罰金。」「前項處罰以該商標所屬之國家，依其法律或與中華民國訂有條約或協定，對在中華民國註冊之商標予以相同之保護者爲限。其由團體或機構互訂保護商標之協議，經經濟部核准者，亦同。」該條將「未經註冊」的外國著名商標列入保護，即是對商標「使用主義」（尤其是美國）的妥協。該條所保護的客體僅限於「未經註冊之外國著名商標」，若在我國已註冊，當適用我國商標法第 62 條之規定，倘該外國商標不著名，當亦無商標法第 62 條之 1 的適用。至於未經註冊的我國著名商標，則回歸「註冊主義」而不受該條之保護。

由於我國商標法採「註冊主義」，商標法第 62 條之 1 對「未註冊」之外國商標加以保護，一則與「註冊主義」的原理相違背，再則對未經註冊的我國著名商標不公平，適用後出現許多批評，適逢公平交易法正擬草案中，該草案將限制競爭與不正競爭合併立法，其中不正競爭部分納入對商品表徵的保護（即公平交易法第 20 條），因此順勢將商標法第 62 條之 1 的規定移至公平交易法第 20 條第 1 項第 3 款，同時自商標法刪除。因此，相關之爭議乃移轉至公平交易法中。

既然公平交易法並無商標註冊與否的問題，其焦點即不應再度集中在是否註冊上，而應回歸公平交易法所欲保護的競爭廠商商業利益的宗旨，而不再是商標是否擁有專用權以及專用權侵害的問題。因此，商品外觀的模仿是否該被公平交易法非難，即應檢視是否合乎公平交易法第 20 條的要件與其所要保護的利益，是以該條

將商品容器、包裝、外觀或其他表徵納入保護，並不以是否註冊爲必要。因此，即便商標法草案欲納入立體商標的保護，仍應從各自不同的保護宗旨與要件切入，始能明確區別二法的適用，否則只以單純的倫理價值判斷，不但二法的適用將重疊，也會使商標法被弱化。倘若二法均欲以單純的商業倫理價值切入，則宜明訂優先適用商標法，且不宜仍持商標法的刑事與公平法的行政並行的理論，否則將治絲益棼。

至於著名商標稀釋之問題倘與競爭利益無關，則當與公平法無涉，是否應加以防止以避免著名商標的被稀釋是商標法應否增修或另行立法保護著名商標的問題，尤其與著名商標的商品不同類但因使用相同商標而造成誤認之情形，因不同類商品並無競爭關係，當無不公平競爭問題，仍應回歸商標法去處理。

因此，在商標法增修對著名商標保護的同時，即有必要同時修正公平交易法第 20 條的要件，同時明定二法的適用關係，或逕行刪除公平交易法第 20 條，而全部以商標法作通盤考量。至於非著名或不是相關事業或消費者所週知的商品外觀的保護，應可參考日本現行不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 3 款之規定來保護所謂「市場先行者」的商業利益。

4.已註冊之商標，公平會再以公平法保護

從法商路易威登馬爾悌耶公司 vs.楊世仲（87 公處字 016 號）一案觀察，以法院訴訟曠日費時爲由，公平會之介入將弱化商標法應有之功能。

5.商標已註冊，但公平會係就整體設計論述而非單就商標論述

從調查局（山葉、光陽、三陽之機油外罐包裝）vs.立達油品公司（84 公處字 038 號）、光陽機油 vs.先陽機油（86 公處字 085 號）、日商桑瓦德公司與紅林公司 vs. 松仁公司（87 公處字 091 號）、金門酒廠公司 vs.百仙製藥公司（87 公處字 218 號）四個案例觀察可以發現仍從整個商品外觀（包括商標）作整體觀察來判斷，因此宜如上述第 3.點所述，應回歸公平交易法所欲保護的競爭廠商商業利益的宗旨與要件，而不再論及是否註冊之問題。

6.商標法中服務標章與公平法營業表徵保護之關係

從中華賓士 vs.恆賓汽車公司（84 公處字 029 號）、南陽公司 vs.崧倫汽車公司（84 公處字 119 號）、史懷雅公司 vs. 澳商奧康諾企業顧問（遠東）有限公司台灣分公司（87 公處字 107 號）三個案例觀察，可以發現仍從整個商品外觀（包括服務標章）作整體觀察來判斷，因此宜如上述第 3.點所述，應回歸公平交易法所欲保護的競爭廠商商業利益的宗旨與要件，而不再論及是否註冊之問題。

7.受著作權法保護是否再以公平法保護

在「LITTLE BOBDOG」圖案（日商桑瓦德公司與紅林公司 vs.松仁公司，87公處字 091 號），由於著作權保護之客體並不包括單純名稱「LITTLE BOBDOG」之部分，而我 81 年修正前著作權法，對於無平等互惠亦未在我國境內首次發行之日本著作，亦不予以保護，故檢舉人日商·桑瓦德公司就系爭卡通狗圖造形及「LITTLE BOBDOG」名稱之無權使用，尚難以我著作權法之規定獲得救濟。

從上述案例觀察，公平會以公平法第 20 條 1 項 1 款介入，似與著作權互惠原則的立法宗旨相衝突，在政策上似可再斟酌。

8.不同類商品使用同一或類似商標，是否有公平法 20 條適用

從日商東洋紡績株式會社 vs.金企鵝唱片錄音帶公司（85 公處字 044 號）與名牌食品公司 vs.悅氏縱橫事業公司（86 公處字 230 號）二案例理由說明觀察，公平會似認爲縱不同類商品使用同一「著名」商標，仍有公平法 20 條適用。此一見解即可能弱化商標分類註冊之功能。

9.何謂相同與類似

在名牌食品公司 vs.悅氏縱橫事業公司（86 公處字 230 號）一案中公平會認爲公平法第 20 條所稱「相同或類似之使用」，其「相同」係指文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式之外觀、排列、設色完全相同而言；「類似」則指因襲主要部份，使購買者於購買時施以普通注意猶有混同誤認之虞者而言。故事業若以相關大眾所共知之他人商標爲相同或類似之使用，而致與他人商品混淆者即違反公平法第 20 條規定。本案商標圖樣、顏色倒換之圖形，並配合「悅氏健康事業集團」名義等整體觀之，此種刻意設計之廣告已構成 20 條所稱「類似之使用」，使一般消費大眾購買時，無從分辨商品之來源是否爲檢舉人所生產，並誤認檢舉人與被處分人兩者爲「同一事業集團」，顯已造成對商品來源之混淆。

從本案觀察，「相同之使用」並無爭議，值得探討者乃「類似」，究竟是類似之使用而產生混淆，還是以會產生混淆而反推其乃爲類似之使用，公平會並未進一步表示，個人則以爲應以前者爲當。蓋設計之類似並不必然造成混淆，此正是公平法第 20 條最後一項規定：「--------，致其營業、商品、設施或活動有受損害或混淆之虞者，得請求他事業附加適當表徵。-----」，其立法意旨即在以適當表徵來避免混淆，因此即便有類似之使用，但仍有適當表徵可區別時，就不會造成混淆，既不

造成混淆，即無商業上利益受侵害之問題，又豈可以一般衡平觀念論其攀附聲譽、榨取成果、剽竊設計！

10.何謂外國著名商標

在法商路易威登馬爾悌耶公司 vs.楊世仲（87 公處字 016 號）一案中，檢舉人的「LOUIS　VUITTON」商標即「LV」商標因已在我國註冊，故適用公平法第 20 條第 1 項第 1 款規定而非第 3 款規定。有關未註冊之外國著名商標受侵害之案例自公平法實施後迄今仍無案例發生，故尚難窺知公平會之見解。

因此，所謂外國著名商標究竟係指⑴我國著名且外國著名、⑵我國著名而外國不著名，或⑶我國不著名而外國著名，尚無案例可循，一般通說認爲似乎是至少應在我國係著名，蓋我國公平法係在保護我國消費者不致誤購。但此一見解是否合乎當初之立法意旨，仍值商榷。當初商標法第 62 條之 1 之訂定，主要係基於美國的商標採使用主義，且外國著名（未必在我國著名）商標尚未及在我國註冊，即被我國之業者（因出國商務考察而得知該外國著名商標）搶先註冊，該外國廠商即無從在我國註冊，對該外國廠商並不公平。從該角度觀察，倘若該外國廠商能證明其在自己之國家係著名商標，即使在台灣不著名，亦應受保護，當然亦不以在世界各國著名爲必要。此外，從其立法意旨可知，該條所保護的乃是被仿冒廠商的商業上利益，而不是消費者的誤購，消費者的利益應只是反射利益，因此在多元化商業的今日，教育消費者進一步從註冊商標與製造商的標示來辨別商品，才是保護消費者利益的正途。

11.混淆誤認的認定順序

依公平會所頒布公平法第 20 條處理原則的第 13 點認定程序規定：「表徵是否爲相關事業或消費者所普遍認知、是否相同或類似之使用、或是否致混淆，依左列程序認定之：

⑴由本會委員會議認定。

⑵有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供本會認定之參考。

⑶影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正、客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。」

當初該點的訂定只是在使外界了解公平會對個案的認定有上述三種管道，外界之意見僅供公平會參考用，與法院之認定相同，並非謂㈡優於㈠，㈢優於㈡與㈠而

有拘束公平會之效力。但因條文使用「依左列程序認定」以及㈡使用「有相當爭議致難以判斷」的字眼，以致造成在黑人牙膏 VS.白人牙膏一案中，檢舉人在行政訴訟中認定㈡之意見應優於㈠的意見，因委員會議有相當爭議致難以判斷，故而消費者的意見應優先於公平會的意見。雖然消費者的意見應當受重視，但消費者有時並不了解公平法、商標法、專利法等的立法宗旨與公共政策的考量，因此，消費者的意見應只是供參考，而非必然拘束法院或主管機關，惟法院或主管機關倘不採消費者的意見時，應附理由加以駁斥。

12.混淆誤認的認定標準

商品外觀或設計是否會造成混淆，實無法量化，此乃中外皆然。因此，業者應該意識到，模仿度越高，其被非難的可能性就越高，倘若不欲被處分，就應自己設計開發。雖說模仿是人類進步的其中一個很大的動力，但其過度的模仿，將墜入怠惰的深淵，反而不利於人類創新的激勵。

㈡處理原則的檢討與修正理由

1.基於公共政策考量，亮麗而受一般消費者喜愛之單一顏色不多，倘被先進入市場的事業所專用，則後進入市場的事業易動輒得咎，對其反而不公平，甚至增加進入市場的難度，反而不利市場之競爭。例如郵局使用單一綠色，土銀、合庫也使用綠色，但主要仍需靠文字、圖案、多種色彩組合的商標作整體觀察來區別他我的商品來源。也不因歷史悠久的因素形成郵局的綠色已產生次要意義而承認綠色應由其專用。商品本身之天然形狀或外觀亦同。

建議增訂第 9 點：

第 1 項：㈥商品外觀或包裝之單一顏色。㈦商品本身之天然形狀或外觀。

第 2 項：雖因歷史久遠之因素使商品外觀、形狀或包裝已產生次要意義，甚或可能造成消費者之混淆情形，基於公共政策之考量，商品有前項各款情形時，仍不得主張受本法之保護。

建議增訂第 10 點：

10、已屆滿新式樣專利期限之商品外觀或形狀，其因擁有新式樣專利權事業之長期行銷，使該外觀或形狀現仍維持爲相關事業或消費者所周知而得以表彰該商品來源時，爲避免混淆，仍有本法之適用。

建議增訂第 11 點：

11、關於前款商品外觀或形狀現仍維持爲相關事業或消費者所周知之狀態，被侵害之事業負有舉證責任。

2.爲避免業者對第 13 點認定程序之誤解爲第 1 項第 2 款優於第 1 款，以及第 3 款優於第 2 款之效力之故。（黑人牙膏與白人牙膏案）

建議增訂第 15 點：

第 2 項：前項第㈡款、第㈢款之意見僅係供本會委員會議認定參考之用，並無優先適用之效力。

第 3 項：檢舉人提出第㈡款、第㈢款之意見資料而不被本會採納時，本會應針對其意見逐一駁斥。

3.個案不符合第 20 條要件而是否符合第 24 條要件時，自當於第 24 條之原則中來認定，而非於第 20 條原中即謂其有違反第 24 條之規定。

由於處理原則原第 18 點的內容易遭誤解爲沒有公平法第 20 條的適用時必有第 24 條的適用，故宜進一步說明澄清。

建議第 18 點修正爲：

左列各款情形，於未符合本法第 20 條規定之構成要件時，應依本法第 24 條處理原則檢視是否違法。

4.鑑於學儒補習班一案，檢舉人並非被侵害之事業，但經詢被侵害之事業，其明白表示不予追究時，其不願提供相關事證，公平會亦不願使用公平法第 27 條及第 43 條對被侵害之事業處以罰鍰，在無積極證據與難以認定公共利益之標準的情況下，爲維持每個個案的公平性，公平會實無進一步調查認定之必要。

建議增訂第 18 點第 3 項但書：

前項情形顯有違害公共利益之虞者，爲確保公平競爭及消費者利益，仍得依職權調查處理。但商品被仿襲之事業，不予追究或怠於提出相關事證時，得終止調查與認定。

5.被檢舉事業陳述意見之機會是其權利，其放棄其權利，自當以公平會現所掌有之相關事證逕行認定。

建議修正第 23 點：

被檢舉事業陳述意見之機會本會對事業爲處分前，應給予其陳述意見之機會。但經本會通知事業限期到場陳述意見或提出書面說明，逾期未到場陳述意見或提出書面說明者，得逕依檢舉人提供之相關事證認定之。

6.商品外觀的高度抄襲係屬競爭市場上的商業利益，此種利益之私益性高於公共利益，倘有爭議，當由主張者負舉證責任。

建議增訂第 24 四點：

受害事業之舉證責任受害事業主張其權益受侵害時，應負舉證之責任，其事項包括：

㈠商品之外觀或包裝設計係其自創或有正當權利來源。

㈡相關事業或消費者所普遍認知。

㈢被檢舉人有行銷之事實。

㈣倘有對消費者作問卷調查必要時，其問卷調查費用之負擔。

7.與 4.之理由同。又在 DUCK 皮件與 PLAYBOY 皮件外觀相似案中，其皮件模具開發之所有權出現爭議，雙方與第三人（開模之老闆）於委員會議中先後陳明事實後，始釐清事實眞相。基於上述理由，建議增訂第二十三點，條文內容如下：

建議增訂第 25 點：

檢舉人與被檢舉人之言辭辯論檢舉人係受害事業者，本會應通知受害事業與被檢舉人進行言辭辯論。但被檢舉人至本會陳述意見時，對高度抄襲之事實逕爲認諾者，不在此限。

檢舉人非受害事業者，亦適用前項規定。但受害事業不予追究時，不在此限。

前二項言辭辯論由個案之審查委員主持。

六、從實際案例檢討公平法 24 條處理原則的再修正

㈠實務爭議之所在

1.是否有明確要件可言

公平法第 24 條本文雖稱：「----------，事業不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」但實務上對於商品外觀保護之案例，並不再檢視是否足以影響交易秩序這一要件，甚或用倒推之方式認定攀附他人商譽或剽竊他人成果之行爲足以影響交易秩序。

至於對消費者的「欺罔」；對被抄襲者、對被攀附商譽者、對被剽竊成果者的「顯失公平」，這種不確定法律概念的要件固然無法量化，而需在個別案例就具體情況認定之。雖然公平會對於 24 條訂有適用原則，其中第四點㈡.1.列出常見之榨

取他人努力成果行爲有下列幾種類型：⑴依附他人聲譽⑵依附他人著名廣告⑶不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵。但對中小企業而言實在難以理解並作事前預防。

就上述⑴與⑵而言，公平會在實務上的處理，前後理論並不一致，例如在比較廣告方面，業者若欲作比較廣告必然找有聲譽或著名之商品作比較，不可能找沒沒無聞的商品作比較，因此比較廣告也是一種依附他人聲譽或依附他人著名廣告的方式之一，何以只要沒有不實或引人錯誤，就不違反公平法，爲何不去非難比較廣告的依附行爲？或謂因比較廣告可以進一步提供消費者有關商品的資訊，方便消費者之比較，是有利於消費者的行爲，故可阻卻依附行爲的違法性。若果係如此，則⑴與⑵的依附行爲並不能認定其必然違法，尚需進一步去論就應非難之處。

至於第⑶的不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵。何謂「不當」？也是一個不確定法律概念，以一個不確定法律概念去闡明「欺罔或顯失公平」的不確定法律概念，對業者而言仍無法理解。

倘若公平會在政策考量上欲採日本保護市場先行者的立法例（不正競爭防止法第 1 條第 3 項），則宜修法明定之。惟此一規定並不以著名爲限，其將與公平法第 20 條重疊規範，加上第 20 條已改採「先行政後司法」，將使該二條文的第一次罰鍰功能無所區別，因此有必要重修思考二條文的規範宗旨與要件的區分。

2.是否作爲第 20 條之補遺

以目前之實務案例觀察，公平會仍傾向將公平法第 24 條作爲第 20 條的補遺。倘若在政策上確欲以此替代上述日本保護市場先行者的立法例，在未修法前，則仍宜在第 24 條之適用原則宣示之。惟於腰帶式霹靂包擴音機一案倘若檢舉人確係「市場先行者」（公平會未進一步查證），何以不以第 24 條保護之？顯然係以因其不受新式樣專利之保護而不具專用權，意謂他人可以仿之，故公平法不介入。因此，公平會是否採日本立法例，似乎尚不明朗。

3.是否作爲商標法之補遺

應無補遺之問題，蓋公平法所保護的是整體外觀設計所給予消費者的印象，導致二產品的混淆；而商標法所保護的僅是所登記註冊（不管平面或立體）之部分，超越此範圍，即無專用權之保護，即便在相類似所造成混淆，在實務見解雖不以註冊專用權範圍作爲認定範圍，但其仍針對商標來認定，並未對商標以外的外觀、包裝、設計等作整體之認定是否混淆。從此一保護範圍與目的的差異來看，根本就不存在所謂的補遺問題。

4.是否作爲新式樣專利之補遺

未申請新式樣專利、或申請實質審查後被駁回或專利期限已過，是否還以公平法保護？

已過期之新式樣專利，其外型若不能達到出現表彰商品而可區別他我商品來源之作用，亦即公平法第 20 條要件時，即不應再以公平法第 24 條再加以保護。此乃因二法所要保護之宗旨與標的不同所使然，與是否作爲新式樣專利之補遺無關。

5.是否會弱化其他智財法

原本每個法律各有其要件與保護宗旨跟範圍，各應謹守在其範圍內來認定，但因「顯失公平」幾無要件可言的情形下，每種智財法所受保護之主體被他人侵害時，當然是一種被剽竊、被搭便車、被榨取的「顯失公平」的現象，但因各該法均已明確規定要件與範圍，若公平法單以「顯失公平」的觀念切入，再加上制度設計的不良，確實可能會與各種智財法重疊保護而弱化其他智財法。因此，根本解決之道仍在於回歸公平法第 20 條之適用，而不宜再擴張第 24 條之適用。

6.單一顏色是否保護

以不同之顏色組合來表彰商品或區別他我商品固無問題，但欲以單一顏色來表彰商品時，即便因歷史因素而已產生次要意義，亦不應加以保護，這是公共政策考量的問題。因爲自然界亮麗好用又吸引消費者的單一顏色極爲有限，倘對單一顏色加以保護，則先進入市場者搶得顏色壟斷的先機，後進入市場者將動輒得咎，不利於後進入市場的業者，反而不利於市場競爭。因此，此時欲區別商品則有賴商標的認定才是正途，外觀的單一顏色不應反客爲主而取代商標的功能，蓋外觀顏色只是輔助作用。

例如自然界中紅、橙、黃、綠、藍、靛、紫、白、黑等，黑色幾無人使用來表彰商品，以白色爲底只要添加商品說明等等文字最爲簡便，是否後進入市場之業者就不可使用白色呢？顯然答案是否定的。又如使用單一綠色的郵局也不能請求禁止土地銀行與合作金庫不得使用綠色，欲區別事業仍賴其所註冊的商標（不同顏色的組合也可作爲商標圖案），此外，屈臣氏也使用綠色，因此，其區別仍有賴商標本身。同理，黃色、紅色、橙色、藍色等等吸引消費者的亮麗顏色作爲商品外觀的底色，亦不得主張後進入市場之事業不能使用。更不宜單純從消費者之誤認與否作爲唯一認定標準，因爲一般消費者並不了解公共政策在哪裡，因此消費者誤認的問題

應從消費者的教育著手，教其從認知商標與整體包裝表徵的觀察來分辨商品，而非讓主管機關盲從消費者的直覺走。

7.商品本身的天然顏色是否保護

添加維他命 B2 的飲料呈現黃色、金黃色，添加維他命 A 的飲料呈現紅色，此與商品本身天然之形狀不受保護之原理相同。即便因市場的歷史因素使商品本身的天然顏色產生表彰商品之功能，亦不宜加以保護，而應透過消費者的教育著手，教其從認知商標與整體包裝表徵的觀察來分辨商品。

8.功能性外觀與商品本身天然之形狀

例如楊桃、香蕉本身的形狀不能作爲販賣該商品的表徵之用。其理由與上述商品本身天然顏色不受保護同。

9.是否仿日本立法例保護市場先行者之營業利益

例如養樂多、修正液等容器外觀，此種商品欲要求其如香水或酒瓶外觀申請新式樣專利，恐怕不容易，是否應以公平法 24 條保護？

否定之理由：⑴如何審查或調查其亦仿自外國而非自行設計，若實質審查豈非與智慧財產局審查新式樣專利重疊而浪費行政資源。⑵是否要有消滅時效之規定？否定：因商品有生命週期或流行趨勢的因素，會自然淘汰。肯定之理由：⑴有些商品可能歷久不衰，例如鋼筆，因此仍有必要加以保護，亦不需有時效之限制。⑵倘若在政策上確欲以此替代上述日本保護市場先行者的立法例，在未修法前，則仍宜在第 24 條之適用原則宣示之。

10.認定高度抄襲的標準

何謂亦步亦趨？究指在「同一商品」上整體之高度抄襲（如泰山純水案），抑或指在「一系列產品」之外觀上高度抄襲（如 DUCK 皮件案）？

若採上述日本立法例保護市場先行者時，主要的問題仍在於何種程度的模仿會被認定爲已構成高度抄襲，這是一個無法量化的問題。從 1%~100%的頻譜，並無所謂六十分及格的標準存在，且在每一種商品的特色下，會被非難的程度也會出現不同的標準。因此，業者應該意識到模仿度越高，被非難的可能性就越大。

㈡處理原則的檢討與修正理由

1.商品之外觀設計於申請新式樣專利，經主管機關智慧財產局審查認爲不合乎新穎性或進步性之要件而不給予專利權時，表示其外觀乃熟習該項技術之人所得輕易思及之技術或非其首創，故不值得保護。雖然其外觀設計可能是花錢聘人所完成，但在

此種情形下，並無營業利益可言，此時仍不宜以第 24 條加以保護。此處尚涉及另一值得思考的問題，意即事業在市場上所投入之資金是否必然都該受到保護，答案應爲否定。

2. 爲免業者取巧迴避上述第 1.點之情形，意即業者爲免被智慧財產局審查認爲不合乎新穎性或進步性之要件而不申請新式樣專利，卻逕行主張公平交易法保護時，爲與上述第 1.點之理論一貫，公平交易委員會即有必要作實質審查其外觀是否熟習該項技術之人所得輕易思及的技術或非其首創，亦即此時公平會將扮演智慧財產局的角色，若公平會無此一方面之技術人員，則應送請智慧財產局或其他專業技術人員之鑑定。

3. 倘若公平會不作上述第 1.點、第 2.點之思考，只要業者的外觀設計是第一個在國內市場上出現，也不管創作性程度有多高，就以公平法第 24 條加以保護，而禁止其他相同或類似之外觀出現，此種政策將容易出現後遺症。亦即其雖第一個在國內市場上出現，但有可能模仿自國外（即欠缺新穎性），只是外國廠商不知被模仿而無從檢舉，是否公平會應依職權調查？若即便是自行設計，但因不合乎進步性的要件而只要熟知該項技術之人所輕易思及時，將使後進入市場者（即便只差一天）易動則得咎。尤其公平會不採註冊主義也不採事前實質審查，而逕以只有一句話的攀附他人商譽或剽竊他人成果之理論處理，此一理論仍有盲點，例如甲先設計一不具進步性之商品外觀而先在市場銷售，但因未作促銷而不具知名度，乙亦設計出類似之外觀商品但晚一天上市，但乙因大量促銷以致其商標產生知名度，甲檢舉乙剽竊其外觀設計已違反公平法第 24 條，此時舉證責任在甲，而非乙有反證之義務，也非公平會依職權介入調查，亦即甲至少要證明乙有 access。但另一個要思考的問題是此種不具進步性的外觀設計，是否果眞需加以保護？答案若爲否定，則公平會要進一步判斷進步性的要件，此將涉及專業鑑定；答案若是肯定，則只要有使用就可受公平法 24 條之保護，此無異採與美國相同之使用主義，可能會使我國商標法草案將立體商標保護亦採註冊主義之制度遭破壞殆盡。

4. 因申請新式樣專利要繳交規費，而主張公平法保護不需費用，且公平會送請智慧財產局或其他專業技術人員之鑑定時，所耗費之行政成本亦不需由業者負擔，實有違使用者付費之原則。此在日本的不正競爭防止法上因無行政主管機關，故無行政成本支出的問題，在日本是尋民事訴訟途徑解決，因此這些舉證與鑑定之費用都由有爭議的雙方自行負擔（當然最終由敗訴者負擔），若原告欲行假扣押或假處分亦需提供擔保作爲賠償之擔保，被告欲免被假扣押或假處分亦需提供擔保作爲賠償之

用。這些相關制度都是公平會所欠缺，倘若不回歸民事法院，公平會亦不宜依職權介入，而應由有爭議之雙方負擔各項費用與舉證之責任，公平會只做中間裁判之認定。

5. 當然公平會對於個案亦可只考慮是否合乎公平法之要件來加以認事用法，而不考量其與其他智慧財產權間之關係，亦即商標法、專利法、著作權法、營業秘密法等，各有其目的與作用，也各有其法律要件，並不衝突，日本最近一次對不正競爭防止法的修正，即採此一政策。但此一政策是否適合我國，仍有待商榷。誠如第 4.點所述，日本的不正競爭防止法並無行政責任問題，其公正取引委員會並不介入，因此民庭法官在適用各該相關法律問題時是個別檢驗各該法律之要件是否合致，再以法規競合之理論處理，並無權限區分之問題，也不會有同時違反商標法、意匠法、不正競爭防止法而需負三次損害賠償之問題，而三個法律都已承認止請求權（即請求法院命對方停止侵害），只要適用其中一個法律即可達到停止侵害之目的。因此，我國的不正競爭若不能回歸民事爭議之原理，至少公平會也不應以行政介入，而宜以中間角色來處理此類爭議，如此才能減低對其他知的財產權相關法律所原先設計制度的衝擊。

6. 倘若政策上認爲基於市場先行者之利益保護有其必要性，但又因初入市場，尚未被周知，難以符合公平法第 20 條之要件，而欲以第 24 條保護之，仍應考量上述各點因素，以免扭曲智慧財產權相關法規之均衡。此外，在公共政策考量下的例外情形則不應受保護，即便其已出現次要意義，仍不應加以保護。

7. 從德國雙人牌剪刀外觀案以及 VL 機器轉槳式料位計案之過期新式樣專利仍繼續使用該外觀但卻未達相關事業或消費者所周知而不符第 20 條要件情形下，即不應再以第 24 條加以保護

建議增訂：

(5)高度抄襲他人自創之商品外觀、包裝而有害其商業競爭利益。但基於公共政策之考量，下列各款不在此限：

1. 商品慣用之形狀、容器、包裝。

2. 商品普通之外觀或包裝。

3. 具實用或技術機能之功能性形狀。

4. 商品之內部構造。

5. 營業或服務之慣用名稱。

6.商品外觀或包裝之單一顏色。

7.商品本身之天然形狀。

⑹已屆滿新式樣專利期限之商品外觀或形狀，其因擁有新式樣專利權事業之長期行銷，使該外觀或形狀現仍維持爲相關事業或消費者所周知而得以表彰該商品來源時，爲避免混淆，仍有前項之適用。

⑺關於前項商品外觀或形狀現仍維持爲相關事業或消費者所周知之狀態，被侵害之事業負有舉證責任。

⑻已屆滿新式樣專利期限之商品外觀或形狀，其因擁有新式樣專利權事業之長期行銷，雖該外觀或形狀現仍繼續使用，但未爲相關事業或消費者所周知而得以表彰該商品來源時，則無本處理原則之適用。

肆、結論與建議

㈠結論

爲因應 TRIPs 的相關規定與要求，我國已將內政部著作權委員會所主管的著作權業務併入經濟部智慧財產局以便協商與統一智慧財產權之相關事權、政策及見解，但公平交易法第 20 條與第 24 條（針對商品外觀與包裝之保護）之規範內涵亦涉及部分智慧財產權爭議。尤其經濟部智慧財產局在修正商標法草案中已仿日本新商標法立法例，將立體商標亦納入得申請註冊商標之標的，但業者未提出申請之商品外觀與包裝是否亦以公平交易法保護之，若肯定之，其將對商標所造成之衝擊亦需有所考量，新式樣亦同。公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款可謂仿自日本（舊）不正競爭防止法第 1 條第 1 項第 1 款與第 2 款（相當於新法第 2 條第 1 項第 1 款）之規定，因此其要件內容相當，主要在避免混淆商品來源。

日本的不正競爭防止法並無類似我國公平交易法第 24 條之規定，但其不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 3 款則將商品形態明文納入保護，並將其販賣行爲也列入不正競爭的行爲（三年除斥期間），此爲我國公平交易法所無。

從商標、新式樣專利到公平交易法，都有其所要保護的法益與宗旨。今商標法、專利法都明定有一套嚴謹的程序與制度（包括要件與法律效果），而公平交易法第 24 條並無一套一樣嚴謹的機制，不僅在要件上不明確，更無相關程序規定，以致在實務適用上產生人言言殊而莫衷一是。因此，即便欲仿日本不正競爭防止法新修正後對商

品形態的保護，而以平交易法第 24 條作爲實體方面的立論基礎，那程序方面也應有一套嚴謹的制度，而這一套制度絕非公平會現行的行政程序所能圓滿處理。

在公平會現行的程序中，並不一定查證檢舉人的商品外觀設計是否係檢舉人自行開發，抑或仿自他人、甚或仿自國外，這是因爲公平會並無像智慧財產局般有實質審查的專業人員、相關資料與程序規定可加以審查業者的新穎性與進步性。於個案中，公平會時而立於檢舉人同一方來打擊被檢舉人，時而立於被檢舉人同一方來防禦檢舉人，此在行政訴訟時更加明顯，在這樣的角色制度上，我們回到檢舉人檢舉之初來檢視公平會究竟扮演何種角色，實在是混沌不明，其不像智慧財產局所扮演行政機關與人民間公法關係的角色，倒似中間裁判者的角色，但卻又不開言詞辯論以釐清檢舉人的商品外觀是否自行設計而無仿襲之情形，倘若公平會不能建立一套明確的程序制度，對於商品外觀仿襲的紛爭，永遠無法妥適的處理。

因此，公平會角色的確認與程序的建立將是當務之急。而其方式只有下述兩種但絕非現行之制度：

1. 扮演如智慧財產局般行政機關與人民間公法關係的角色，並進一步對檢舉人的商品外觀作實質審查，同時確認檢舉人的商品外觀是否值得保護，猶如新式樣專利的新穎性與進步性的實質審查一般。當然其缺點是：耗時耗力，需增加審查之專業人員的編制（或可以委外審查來彌補），且業務可能會與智慧財產局有部分重疊而浪費行政資源。
2. 體認檢舉人的商品外觀保護是一種私法上利益[33]，而私法上利益之保護則有賴辯論主義（當事人進行與言詞辯論）來實踐，此時公平會則應立於中間裁判者的角色進行審判。當然，到最後的行政訴訟，公平會也不應是被告的角色，這可從日本的公正取引委員會及德國卡特爾署並不介入不正競爭防止法所引起的爭議可知，這些不正競爭行爲的出現比限制競爭行爲早了幾百年，而這種不正競爭即是源於民法的侵

33 即便多數消費者利益受損，也是私法上利益受損，所以消保法的團體訴訟依舊是一種民事訴訟。因此欲將多數消費者利益受損就認爲是公共利益受危害的理論，會帶來訴訟理論上的危機，尤其我國有民事法院與行政法院的區分，其管轄亦異，主要區別在於是私法上或公法上爭議（行政訴訟法第 2 條），因此若認爲多數消費者受害就認爲等同公共利益受害而屬於一種公法上爭議，那符合法定門檻的消保團體應可依行政訴訟法第 35 條規定，對企業提起損害賠償的公法上給付之訴。上述的推論，顯然並不能在行政訴訟理論上成立，而其癥結點就在於不應將多數消費者同時或先後受害就認爲等同公共利益受害，蓋這些消費者的受害都是民事關係所引起，而非行政機關與人民間因公法關係的爭議所惹起。

權行爲而來，只因傳統的侵權行爲的理論並不足以保護受侵害的事業，故而另立不正競爭防止法加以規範，因此對於這種爭議的處理，公平會實不宜以行政機關的角色介入，而宜以中間裁判者的角色處理此類爭議。

㈡建議

1.長期解決之道（外部）

⑴建議公平交易委員會依公平交易法第 9 條第 2 項規定，主動商同經濟部討論協商有關智慧財產權爭議問題的未來政策走向與配套修法。

⑵公平法第 20 條的重新修正與第 24 條的限縮解釋與適用有待重新全盤評估。尤其「未經註冊」的著名商標是否保護，與我國現行商標法的註冊主義相衝突，但又面臨「使用主義」的衝擊，是否對其讓步是否有必要重新檢討。民國 72 年 1 月 26 日所增訂商標法第 62 條之 1 將「未經註冊」的外國著名商標列入保護，即是對「使用主義」的讓步，這多少與美國的壓力有關，但因與我國商標法的原則衝突，實施後各界評價不一，但確實造成很多理論與實務上的困擾，適逢公平法研擬草案階段，順勢將商標法第 62 條之 1 的規定割除，但礙於美國的壓力與外國著名商標未註冊就不保護的不合理考量，又不敢廢止此一規定，從而納入公平法第 20 條第 1 項第 3 款，因此問題沒有解決，而類似的爭議更延燒到公平法第 20 條第 1 項第 1 款與第 2 款，甚至進一步影響到公平法第 24 條的擴張適用。顯然這已不是單純公平法適用的問題，而是整個智慧財產權全盤檢討的時刻。

⑶另是否應回歸司法（民事）管轄的問題，綜觀各國不正競爭防止法似尚未見有行政主管機關依職權介入之例，即便有類似獨立管制委員會的單位管轄，其仍以替代第一審法院之方式作中間裁判者的角色去認定雙方當事人誰是誰非，而非自己跳入成爲當事人的一造，而成爲行政訴訟中的被告。當行政機關成爲當事人一造，在某些個案中有時與檢舉人站在同一邊，在別的個案中有時又與被檢舉人站在同一邊，其在行政訴訟中的角色錯亂，使得在調查認定之初，究竟是否能竭盡其力調查，無不令人懷疑，尤其要不要以行政資源去作是否造成消費者混淆的問卷調查，將無標準可循，常繫於委員的一念之間，業者亦無可奈何。因此，標準的訂定與角色的確認也是另一必須重新檢討的重要課題，倘若政府爲因應社會及民眾之殷切需求，將消費者保護列爲政府重要政策之一，將其認定爲公共利益而以公權力介入，則此時所考量的重點就不同於日本所謂「市場先行者」的商業利益保護問題，而是在於消費者是否因「混淆」而可能導致誤購的消費者利益，因此即

便沒有模仿但仍會導致混淆時，公平交易委員會仍應介入；反之，若有高度模仿但因有清楚標示商品來源而不致使消費者產生誤認時，此時即屬單純「市場先行者」的私人商業利益保護，實不宜再以公權力介入；倘若二者兼而有之，即爲公平交易法第 20 條之範疇，其所要考量的只是在要件的寬嚴問題，因此在修法時若考量角度不同，其程序與法律效果將出現不同狀況。

2.現階段解決之道（內部）

⑴公平交易委員會所訂定的第 20 條與第 24 條處理原則在法律性質上究竟爲何雖仍有探討空間，但在實務上已常被引用而產生相當之公信力，因此在母法修法前，可以先增修處理原則，明定保護市場先行者之利益，但因事涉業者私益，必須由事業負責舉證，證明係其首先開發設計而非仿自國內外，公平交易委員會不作行政調查，而是立於中間裁判者的角色認定被檢舉人是否構成高度抄襲，並開言詞辯論（檢舉人與被檢舉人間，而非業務單位與其中一造），若係肯定，才加以處分。若係消費者檢舉則函知被侵害之事業舉證與到場辯論，否則不受理。

⑵在第 24 條處理原則明定幾個公共政策考量下不加以保護的原則：例如，基於商品本身性質而來的外觀、功能性外觀、單一顏色等不加以保護，即便因歷史因素已產生次要意義，仍不受保護。此外，在不合致第 20 條的要件而欲以第 24 條處分時，必須屬高度抄襲才有適用。是否已達高度抄襲，仍需個案認定，亦即業者既要模仿，則其模仿度越高，其被處分的風險就越高，此一風險當由業者自負，否則就完全都不要模仿而自己另行設計開發。

⑶明定受理之除斥期間爲知悉起算二年（法理爲民法侵權行爲之除斥期間），自行爲起算三年內。

⑷在處理原則明定並釐清與其他工業所有權間重疊保護的關係。例如意匠權保護期限已過，而又無知名度，一般消費者又無法從其舊有的意匠中區別他我商品時，既已不該當公平交易法第 20 條之要件，當不受其保護，也不應再受公平交易法第 24 條之保護，因爲此時已無侵害「營業上的利益」的問題。至於其市場先行者的利益，已在意匠權專有期間獲得獨占的利益，當無另尋公平交易法永久保護之理。當然，是否合致公平交易法第 20 條之要件，當由被侵害者負舉證責任，由其證明其舊有意匠之外觀，如今已具有知名度且現仍維持相當的知名度。

表一

法規	我國	日本	備註
商標法	商標法第 5 條：「商標所用之**文字、圖形、記號、顏色組合**或其聯合式，應足以使一般商品購買人認識其爲表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。」	商標法第 2 條：「本法所稱商標，係文字、圖形、記號、**立體形狀或其組合**，抑或上述與色彩的組合，而有下述之情形：一、--二、--三、--四、---五、--六、--七、--。」	**日本**條文稱立體形狀，即包含商品外觀。 **我國**草案亦將增列立體商標
專利法	專利法第 106 條：「稱新式樣者，謂對物品之**形狀、花紋、色彩**或其結合之創作。」	意匠法第 2 條第 1 項：「本法所稱意匠係物品的**形狀、模樣、色彩**或 其上之結合，透過視覺而引起美感者之謂。」	新式樣專利在日本是單獨立法稱爲**意匠法**
公平交易法	公平交易法： **第 20 條**：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行爲：一、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、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，-----。二、-----三、----四、----。」 **第 24 條**：「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之**欺罔或顯失公平**之行爲。」	不正競爭防止法 第 2 條第 1 項 **第 1 款**：「使用需求者間所廣爲認知之他人的商標之標示（指表示有關他人之業務的姓名、商號、商標、標章、**商品的容器或包裝**，其他商品或營業者，爲相同或類似的商品等表示，或是讓與、交付、或爲讓與或交付而展示或是輸出、或是輸入使用其商品等表示的商品，而使他人的商品或營業產生混同之行爲。） **第 2 款**：「與他人**著名的商品等表示**爲相同或類似之使用作爲自己的商品等表示，或是使用其商品等表示的商品爲讓與、交付、或爲讓與或交付而展示、輸出、或是輸入的行爲。」 **第 3 款**：「將模仿他人**商品**（自最初被販賣之日起算經過三年者除外）**形態**【與該當他人的商品爲同種類的商品（在無同種類的商品的場合，爲與該當他人商品之機能及效用爲同一或類似的商品）而通常所有之形態除外】的商品爲讓與、借貸、或爲讓與或借貸而展示、輸出、或輸入之行爲。」	**日本**不正競爭防止法與獨占禁止法係分開立法，而不正競爭防止法並無主管機關。 **我國**將上述二法合併立法稱爲公平交易法，主管機關是公平交易委員會。 我國公平會對第 20 條及第 24 條都進一步另訂處理原則來適用。

附圖一（龍型鑰匙環）

原告商品物件目錄

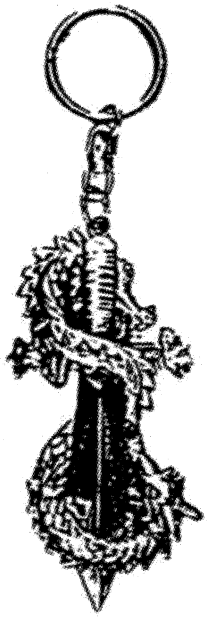
表面部分

裏面部分

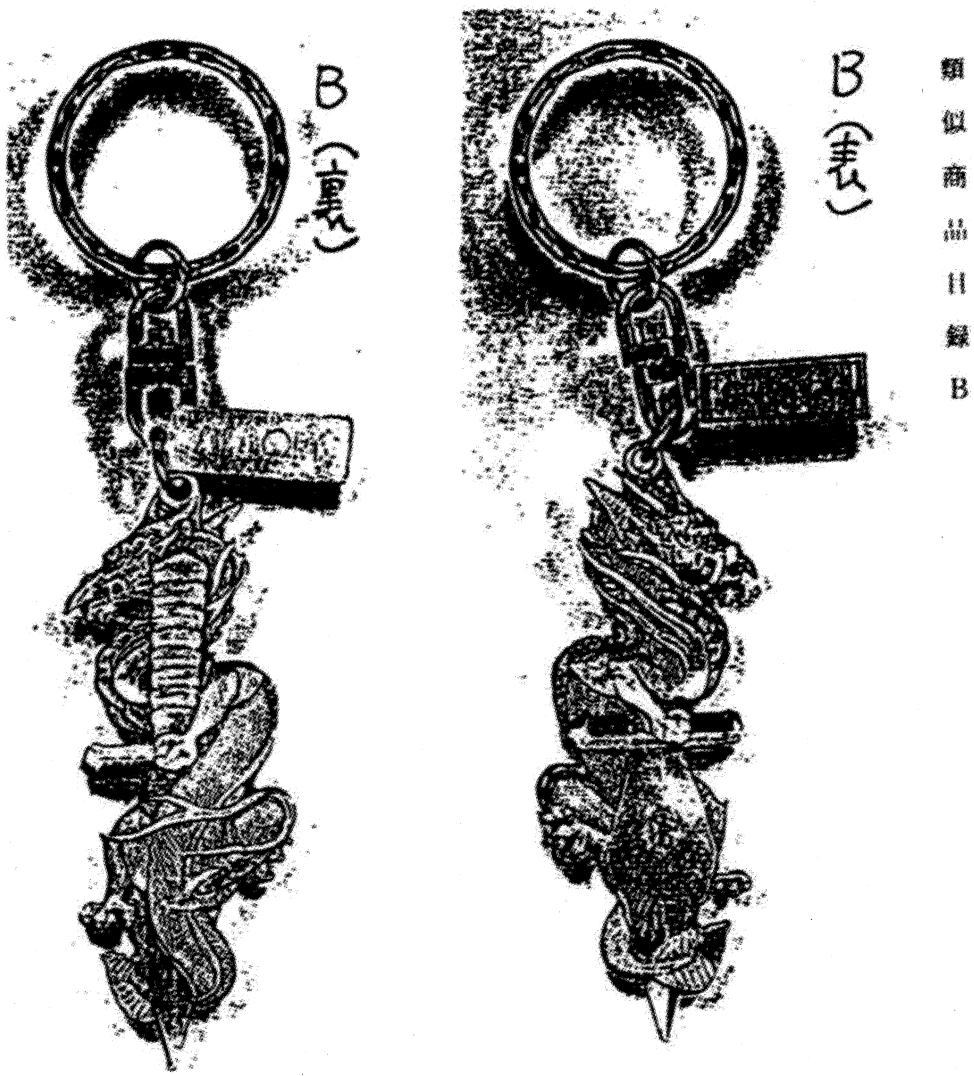
被告商品物件目錄

表面部分

裏面部分



附圖二（龍型鑰匙環）



參考文獻

一、中文

㈠書籍

1.行政院公平交易委員會編，日本公平交易法相關法規彙編，民國 85 年 4 月。

2.行政院公平交易委員會編，仿冒案例彙集（增訂二版），民國 89 年 11 月。

3.行政院公平交易委員會編，認定爲相關事業或消費者所普遍認知之表徵彙集，民國 89 年 10 月。

4.行政院公平交易委員會八十九年度合作研究計畫十，仿冒未受保護之新式樣與不公平競爭規範，民國 89 年 6 月。

5.經濟部中央標準局委託研究計畫，賴源河主持，歐美日各國商標制度之理論與實務及有關國際條約之研究，民國 82 年 6 月。

6.黃赤東、孔祥俊，反不正當競爭法及配套規定新釋新解，北京人民法院出版社，1999 年 11 月 1 版第 1 次印刷。

7.劉兵、鄧意志編著，反不正當競爭法案例精選精析，北京法律出版社，1999 年 2 月第 1 版，1999 年 4 月第 2 次印刷。

8.劉孔中著，商標法上混淆之虞之研究，五南圖書出版公司，86 年 10 月。

㈡文章

1.蘇永欽，私法自治與公平法的管制----公平法第二十四條的公用與濫用---，公平交易法施行九週年學術研討會，元照出版公司、月旦法學雜誌、台灣大學法律學院共同主辦，行政院公平交易委員會協辦，民國 90 年 1 月 13 日。

2.黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護------商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶？，行政院公平交易委員會主辦，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會，民國 90 年 4 月 30 日。

3.戎水木，日本商標法修正後有關立體商標之保護，智慧財產權月刊，民國 89 年 1 月。

4.施淑貞，新式樣保護法制之比較研究，台大法研所碩士論文，84 年 6 月。

5.謝銘洋，新型、新式樣專利採取形式審查制之發展趨勢，律師雜誌,，88 年 6 月 237 期，第 32-33 頁。

6.蔡明誠，新式樣專利要件問題之評析，律師雜誌 88 年 6 月 237 期第 25 頁。

7.劉孔中，「論市場調查在商標法及公平交易法之應用」，台大法學論叢，86 年 1 月，26 卷 2 期，頁 173-195。

8.劉孔中，「商標法上類似商品或服務相關問題之研究」，國科會研究彙刊人文及社會科學類，87 年 1 月，8 卷 1 期，頁 21-36。

9.劉孔中，「論著名標章之保護－國際暨外國篇」，智慧財產權，89 年 1 月，第 13 期，頁 1-16。

10.劉孔中，「論德國商標法及其對我國商標法修正之啓發㈠」，智慧財產權，89 年 5 月，第 17 期，頁 55-68。

11.劉孔中，「論著名標章之保護」，月旦法學，89 年 8 月，第 63 期，頁 64-76。

12.劉孔中，「著名標章保護之個案研究—黑人與白人的戰爭」，台大法學論叢，90 年 5 月，30 卷 3 期，頁 185-234。

二、日文

㈠書籍

1.小泉直樹，模仿的自由與不正競爭，有斐閣出版社，1994 年 5 月 30 日初版第 1 刷發行。

2.小野昌延，不正競爭防止法，青林書院，平成 3 年 10 月 30 日初版第 2 刷發行。

3.滿田重昭，不正競業法的研究，發明協會，平成元年 7 月 10 日第 2 刷發行。

4.網野誠，商標，有斐閣出版社，平成 8 年 10 月 30 日第 3 版第 3 刷發行。

5.網野誠，商標法的諸問題，東京布井出版公司，平成元年 5 月 20 日初版第 3 刷發行。

6.篠田四郎、岩月史郎，特許法的理論和實務，中央經濟社，平成 8 年 4 月 1 日第 2 刷發行。

7.牛木理一，意匠法的研究，發明協會，平成 6 年 3 月 1 日 4 訂版發行。

8.高田忠，意匠，有斐閣出版社，1998 年 4 月 30 日初版第 30 刷發行。

9.中川淳監修、松村信夫等五人合著，意匠法入門，世界思想社，1994 年 3 月 20 日初版發行。

10.出澤秀二等五人合著，不正競爭防止法的實務，商事法務研究會，平成 8 年 3 月 22 日初版第 2 刷發行。

11.松村信夫，不正競爭爭訟之上手的對處法，民事法研究會，平成 10 年 5 月 13 日第 1 刷發行。

12.土井輝生，知的所有權法基本判例＜商標、不正競爭＞，同文館，平成 6 年 8 月 10 日初版發行。

13.齊藤博/牧野利秋編，裁判實務大系 27，知的財產關係訴訟法，青林書院，1997 年 6 月 20 日初版第 1 刷發行。

㈡文章

1.牛木理一，新不正競爭防止法と意匠の保護，パテント，1993 年第 46 卷第 6 號。

2.牛木理一，訂定立體商標制度衍生之諸問題與意匠法抵觸及界限，1995 年 12 月。

3.牛木理一，工業所有權法と周邊法とのからみ，パテント，1993 年 11 月。

4.牛木理一，意匠の類似について(1)(2)，パテント，1991 年 9 月 10 月。

5.牛木理一，タイプフェイスの保護，パテント，1991 年 8 月。

6.牛木理一，意匠制度檢討に關する中間報告を讀んで，パテント，1990 年 5 月。

7.小泉直樹，商品の形態の保護をめぐる競業法と創作法の調整(1)-(3)，法學協會雜誌 106 卷 6-8 號。

8.中山信宏，不競法改正の方向と今後の議題，ジュリスト，1018 號。

9.竹田禾念，商品表示と營業表示の保護と模仿，發明 Vol.90，No4。

10.田村善之，他人の商品の模仿と不正競爭防止法，ジュリスト，1018 號。

11.松村信夫，不正競爭防止法と工業所有權法，パテント，第 51 卷第 2 號。

12.小橋馨，不正競爭防止訴訟における原告適格，ジュリスト，1005 號。

Abstract

The purpose of this joint study lies in 1. the clarification of the components of § § 20,24 Fair Trade Law, respectively; 2. the distinction between protection offered by § § 20 and 24 Fair Trade Law; 3. the distinction between protection offered by § § 20 and 24 Fair Trade Law on the one hand, and by Intellectual Property Laws on the other.

評　論

謝教授銘洋（台灣大學法律學院）

筆者想提供台灣啤酒爲例，說明商品外觀保護與消費者的關係：市售台灣廠商所出產的啤酒有十餘種，然其瓶罐外觀卻幾乎都是藍白相間的條紋設計，與公賣局的台灣啤酒外觀設計相近，消費者若未仔細辨識可能會將其誤認爲台灣啤酒，由本例即知商品外觀保護的重要性，但公平會最後認爲其並無近似的問題。

無論在德國或日本，針對上述商品外觀保護問題皆有因應對策。二國原則上都認爲，只要足以做爲消費者辨識商品的來源的標示，從競爭秩序觀點而言，均有保護之必要，但德日保護手段上卻有不同的作法：德國商標法不只採註冊保護主義，並兼採使用保護主義，並承認立體商標，只要有使用該商品外觀且消費者有所認知，即被當成實質商標保護，因此，多數的爭議僅需適用商標法即可解決商品外觀保護的問題，鮮少需適用不正競爭防止法。另外，德國新式樣法採登錄制，亦無須審查即可獲得保護。

反觀，日本商標法仍採註冊保護主義，新式樣（意匠）採審查制度，日本爲保護已使用但未商標註冊的商品外觀，與生命週期較短的新式樣專利因長期審查所生的保護漏洞，不得不在其不正競爭防止法另設保護規定。個人想請教謝教授，爲何日本不採德國商標法保護的立法模式，而需將類似問題另交由不正競爭防止法處置，其優缺點又爲何？

我國立法上乃是集各國保護不足之大全，商標法採用註冊保護主義，且不承認立體商標，新式樣專利採審查制，公平法上又無類似日本不正競爭防止法第 2 條的規定。緣此，商品外觀的保護只得適用公平交易法第 24 條規範之。此種作法可能會浪費大量的行政資源，而影響其應扮演的競爭秩序維護者的角色。

我國商品外觀保護問題實有全面檢討之必要：商標法修正上應承認立體商標與使用保護主義，新式樣專利似亦可改採登錄制。若能如此修正，將能解決多數商品外觀保護的問題。