

# 從相關案例論公平交易法上表徵之保護

## - 以「事業名稱」與「商標」為研究對象

謝銘洋\*

### 摘要

本文之目的在於對公平交易法(Fair Trade Law)第二十條第一項所保護之客體，特別是與事業名稱(business or corporate name)及商標保護有關之部分，以過去十年來公平交易委員會所處理過之案例為對象，予以整理、分析與檢討。

本文先就公平交易法第二十條第一項所規定之表徵之概念，以及其與商標法間之關係加以說明。其次對事業名稱之保護所產生之問題加以探討。多數與事業名稱有關之案例，主要是牽涉到事業於登記名稱時，主管機關並未為實體審查，如果因而與他人登記在先之事業名稱相同或近似，他人是否可以主張其違反公平交易法第二十條之規定。

在商標方面之案例相當多，牽涉之問題亦較為複雜，包括公平交易法第二十條第一項之規定是否對於未註冊商標亦有適用，以及該規定之適用範圍是否及於不類似之商品或服務。本文除整理公平交易委員會在案例中所表示之見解外，並依據相關理論，提出本文之看法。另外，公平交易委員會過去於處理商標案件時，由於傾向於儘量避免適用處罰較重之第二十條，轉而適用第二十四條，因而產生一些法律適用上之扭曲現象，亦值得檢討。

### 一、前言

表彰商品或服務之標識，不僅是事業於市場提供商品或服務時用以與他人所提供之商品或服務相區隔，而且也是消費者於選購商品或服務時，作為辨識其所需要之商品或服務之重要憑藉。可以用來作為表彰商品或服務之標識相當多，商標固然是其中最重要、最普遍者，藉由商標之註冊與使用，事業不僅取得專用該商標之權利，而且經由使用，商標也成為消費者所認識之對象。除商標之外，可以作為商品或服務標識者，例如商品之包裝容器外觀等，以及營業標

---

\* 台大法律系暨法律研究所教授，德國慕尼黑大學法學博士。

識等。

就企業者而言，使用足以表彰商品或服務來源之標識，同時配合商品或服務之品質，可以塑造企業之經營形象，並累積商譽而獲得經濟利益；就消費者而言，不同標識所代表之產品品質與特性並不相同，經由對於商品或服務標識之辨認，得以區別各種不同之商品或服務，購得所欲購買之商品或服務，而不會發生錯誤。是以商品或服務來源標識之使用不僅涉及事業之競爭利益，並與消費者之利益息息相關。如果他人可以任意使用別人商品或服務之標識，不僅破壞該標識表彰商品或服務來源之功能，影響原來使用人應有之經濟利益與商譽，而且消費大眾會因受到混淆，而選購錯誤之商品或服務，甚至受到損害。

為保障事業之利益，並確保消費者之利益，同時維護正當之競爭秩序，有必要對於表彰商品或服務來源之標識予以保護。我國相關的保護規定，除商標法外，最重要者即為公平交易法。公平交易法（以下簡稱公平法）第二十條第一項是對「商品」之標識所為之規定，亦即事業就其營業所提供之商品，不得以相關事業或消費者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，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品；第二十條第二項則是對「營業、服務」之標識所為之規定，亦即事業就其營業所提供之服務，不得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、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆。另外，在我國實務上，第二十四條概括禁止事業有足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，對於商品或服務表徵之保護，亦有重要之意義。

我國公平交易法實施迄今，實務上有關之案例非常多，所牽涉到之問題亦相當多。本文並無法就全部案例加以檢討分析，本文之目的僅在於對過去公平交易委員會（以下簡稱公平會）所處理過之案例中，與事業名稱以及商標有關之案例加以整理分析，同時並予以檢討，希望有助於釐清有關表徵保護之觀念與法律適用，並有助於公平會對未來案件之處理。

## 二、表徵之概念

公平法本身並未就表徵之概念加以定義，但從第二十條之例示規定仍可得知此稱之表徵是一上位概念，其涵蓋之範圍相當廣，包含姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀，以及其他顯示他人商品或服務之表徵，均屬此所稱表徵之範圍。依公平交易委員會所發布

之「處理公平交易法第二十條原則」，該法第二十條所稱之「表徵」，係指「某項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」，其中所謂之「識別力」，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者見諸該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供，而「次要意義」，則是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<sup>1</sup>。

由此觀之，公平法上表徵之概念範圍相當廣，凡是具有識別力或次要意義而足以表彰商品或服務來源之標識均屬之，至於該標識之存在形態是屬於平面或立體、該標識是否業經登記取得權利保護，均非所問，其範圍顯然較商標之概念廣（表徵與商標之區別詳見下述）。依公平會之見解，表徵包含：（一）姓名、（二）商號或公司名稱、（三）商標、（四）標章、（五）經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀、（六）原不具識別力之商品容器、包裝、外觀，因長期間繼續使用，取得次要意義者<sup>2</sup>。

除表徵本身之概念外，公平法第二十條所保護之表徵，尚須具有一定程度之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度。若未能達此程度，則不屬該條保護之範圍，然而並不排除其於必要時依第二十四條受保護之可能性，亦即我國公平法對表徵之保護，雖然主要是在第二十條，然而第二十四條仍具有補充之作用<sup>3</sup>。

### 三、公平法對表徵之保護與商標法在法律體系上之關係

從法律體系觀之，商標法與公平法都屬於不公平競爭之規範，兩者都與競爭秩序有密切之關係，都是屬於維護競爭秩序類之智慧財產權法中之一部分<sup>4</sup>，其規範之目的並不僅在於保障

<sup>1</sup> 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第四點。

<sup>2</sup> 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第八點，表徵之列示。

<sup>3</sup> 公平法第二十四條為概括禁止之規定，對於公平法中所列舉禁止之不公平競爭行為，具有補充之作用，見黃茂榮著，公平交易法理論與實務，第 485 頁以下；蕭文生著，公平交易法第二十四條與公平交易法其他規定之關係，收於「公平交易法第二十四條相關問題之研究」，公平交易委員會八十三年度委託研究計畫，第 9 頁以下；Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., 1, Rd. 1 ff.

<sup>4</sup> 就此詳見拙著，「智慧財產權之基礎理論」1997 年二版，第 5 頁以下。

事業或消費者，而是在於維護正當之競爭秩序以促進產業之發展<sup>5</sup>。

公平法上之表徵與商標法上之商標，兩者都是屬於事業所使用之標識，其功能同樣都在於表彰商品或服務之來源。然而兩者不同之處則在於公平法上表徵之範圍遠比商標法上所保護之商標廣。我國商標法所保護之商標只限於經註冊之商標，亦即必須經過註冊才給予保護，如果未申請註冊，或是因不符合商標保護要件而無法取得註冊，縱使有使用且在市場上足以表彰商品或服務來源之實質商標，仍然無法取得商標權之保護，此實為我國商標制度上之一大漏洞與缺失。

美國商標之保護採取使用保護主義，德國商標法則兼採註冊保護主義與使用保護主義，對於使用之商標都給予高度之重視並加以保護，其原因在於一實際上被使用之商標，縱使其未為註冊，然而其業已經由使用而為消費者所認識，事實上已經產生表彰商品或服務來源之作用，在法律上有予以保護之必要。

由於我國商標法採取註冊保護主義之限制，且受保護者僅為平面商標，而不及於三度空間之立體標章<sup>6</sup>，使許多業經使用之實質商標無法取得商標權之保護，因此公平法有關表徵之保護就相當重要。因為公平法與商標法同屬不正競爭規範之一部分，特別是公平法是競爭秩序之基本規範，商標法所規範不足之處，公平法應具有補充規範之效力<sup>7</sup>。

此外，由於商標法採取註冊保護主義，因此一個商標圖樣只要具有識別力(以前稱之為「特別顯著性」)，縱使在註冊申請前並未使用過，不具有任何知名度，但仍然可以取得商標註冊而受到保護；然而公平交易法上所保護之表徵，則除必須具有識別性外，還必須是其在市場上具有一定之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」之程度，此為兩者不同之處。

在保護之效果上，如果一標識完成商標註冊，則取得一個具有排他效力之商標權；然而公

---

<sup>5</sup> 商標法第一條規定：「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展，特制定本法」，其最終之目的在於促進產業之正常發展，公平法第一條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」。

<sup>6</sup> 雖然在 1998 年 11 月 1 日生效之商標法修正後，對顏色准予註冊保護，然而對於三度空間的立體標識，如商品之容器、包裝等外觀，或是營業場所之標識，則仍不在保護之列。

<sup>7</sup> 參閱劉孔中著，著名標章保護之個案研究—黑人牙膏與白人牙膏的戰爭，台大法學論叢，第 30 卷第 3 期，2001.5，第 228 頁。

平法對表徵之保護，並非賦予表徵使用人一個權利，表徵之使用人只是因公平法對交易秩序之維護而間接受到保護，就此而言，兩者亦不相同。

#### 四、事業名稱之問題

商號和公司名稱都屬於公平法第二十條之表徵，甚至於其他團體名稱，包括社團或財團之名稱，只要具有識別性，且為相關事業或消費者所普遍認知者，亦應該屬於該規定保護之範圍。事業之名稱通常係依其他法律規定而為登記，然而如果其登記使用之事業名稱與他人之商標或事業名稱相同或近似，他人是否可以禁止之，其他法律並未為進一步之規定，因而只好訴諸公平法處理。這類案件為數不少。

##### (一) 現行事業名稱登記之規範

在公平會所處理過之有關事業名稱之案例中，比較常見的是利用他人知名之公司名稱或商標，依公司法或商業登記法登記取得事業名稱，因而被檢舉違反公平法。依公司法第十八條之規定，不同之公司使用相同之名稱，只要其業務種類不同或有可資區別之文字即可<sup>8</sup>，商業登記法亦容許使用相同或類似他人已登記之商號名稱，只要經營不同類之業務即可<sup>9</sup>。由於商業主管機關並不就事業之名稱進行實體審查，因而經常引起紛爭，特別是利用他人知名之公司名稱，登記使用於不同業務之事業。

##### (二) 公平會之見解

###### 1. 認定不違反公平法之案例

從歷來之案例，可以發現公平會早期傾向於認為事業名稱只要使用經主管機關核准登記之事業名稱，便無違反公平法之問題。此從下述之「中泰賓館」案、「三商」案，一直到「雅虎」案，都可以看到公平會之傾向。

---

<sup>8</sup> 公司法原先於第十八條第二項規定：「不同類業務之公司，使用相同名稱時，登記在後之公司應於名稱中加記可資區別之文字；二公司名稱中標明不同業務種類者，其公司名稱視為不相同或不類似。」，嗣後於民國九十年十月立法院三讀通過之新公司法第十八條第一項規定：「公司名稱，不得與他公司名稱相同，二公司名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，視為不相同」。

<sup>9</sup> 商業登記法第二十八條規定：「商業在同一直轄市或縣（市），不得使用相同或類似他人已登記之商號名稱，經營同類業務。但添設分支機構於他直轄市或縣（市），附記足以表示其為分支機構之明確字樣者，不在此限」。

在「中泰賓館」案<sup>10</sup>，檢舉人中泰賓館股份有限公司以基隆市中泰賓館違反公平法為由提出檢舉，公平會認為被檢舉人業於民國六十四年依商業登記法第二十八條第二項獲准設立登記，自可受該法之保護。且被檢舉人並未有任何使人誤認其為臺北市中泰賓館之關係企業或分店之行為，並未違反公平交法第二十條第一項第二款之規定。檢舉人不服提起訴願，仍然被駁回。訴願機關除認為被訴願人使用該商號之行為符合商業登記法外，亦認為訴願人所營中泰賓館為五星級國際觀光旅館，廣為臺北、基隆地區旅館業及一般消費民眾所共知，與關係人位於基隆而少為人知者不同及有所區隔，且訴願人所營業務為發展觀光條例所定之觀光旅遊業，其建築、設備、標準、監督管理，依觀光旅館業管理規則均有特別規定，此與關係人所營之一般旅館，兩者當有顯著差異。

在「三商」案<sup>11</sup>，三商行股份有限公司檢舉「三商物流公司」與「三商廣告公司」認為其違反公平交易法第二十條之規定，公平會認為公司法第十八條第二項既就公司名稱是否相同或類似有明文之認定，為維持法規範目的不相衝突之法律間適用和諧性，就相關大眾所共知之公司名稱，是否被相同或類似之使用，以公司法第十八條第二項之規定為基礎，認以普通使用方法使用依公司法登記之公司名稱，若無積極行為使人與相關大眾所共知之他人營業混淆者，不違反前揭規定，應無不妥，本案被檢舉人三商物流公司及三商廣告公司依公司法向經濟部所申請核准設立，其公司名稱分別標有「物流」、「廣告」等區別其業務種類之文字，且與三商行公司之業務種類並不相同，依公司法第十八條第二項規定，兩者間之公司名稱即非屬相同或類似之使用。

另外，在「雅虎」案<sup>12</sup>，亦涉及利用他人之知名「商標」，取得公司名稱登記。檢舉人於西元一九九四年起，即設立「yahoo.com」網站，提供網站搜尋服務，並以「YAHOO!」為名經營電子郵件、廣告、電子商品、通訊、網站拍賣等網路業務，公平會認定其所使用之外文 YAHOO 及中文雅虎已為相關事業及消費者所普遍認知之著名表徵。被檢舉人以「台灣雅虎電子商務股份有限公司」及「Yahoomall Taiwan Corp.」作為其集團名稱，經營資訊軟體批發業及一般百貨業等，並使用「Yahoomall.com.tw」或「Yahoogroup.com.tw」作為網域名稱

10 公平會 82.03.26 公訴決字第〇一〇號訴願決定書。

11 公平會 84.6.19 公訴字第〇三六號訴願決定書，公平會公報八十四年第四卷第六期 137 頁。

12 公平會 89.11.10(89)公參字第八九〇〇九三〇 - 〇〇六號處分書。

經營網路電子商店業務，其所使用之外文 Yahoosmall 及中文雅虎與檢舉人使用之「YAHOO」及「雅虎」標章近似，原處分以台灣雅虎公司使用經主管機關核准登記之公司名稱，認應屬正當權利之行使，因而認定不違反公平法第二十條第一項第二款，並認為依檢舉人提供之台灣雅虎公司文宣資料及派員赴該公司營業場所取得之文宣資料，皆未有任何文字或敘述使人誤認係訴願人之在台分支機構或關係企業等攀附訴願人商譽之情事，因而認無違公平交易法第二十四條之規定。

值得注意者，在「雅虎」案，由於檢舉人不服公平會之處分提起訴願，訴願機關認為：台灣雅虎公司以「台灣雅虎電子商務股份有限公司」及「Yahoosmall Taiwan Corp.」作為其集團名稱，經營資訊軟體批發業及一般百貨業等，並使用「Yahoosmall.com.tw」或「Yahoogroup.com.tw」作為網域名稱經營網路電子商店業務，其外文 Yahoosmall 及中文雅虎與訴願人使用之「YAHOO」及「雅虎」標章近似或相同，異時異地隔離觀察，有無使人對其所表彰營業或服務之來源產生聯想而致混淆誤認之虞？原處分徒以台灣雅虎公司使用經主管機關核准登記之公司名稱，認應屬正當權利之行使，是否合於公平交易法第二十條第一項第二款規定之意旨？不無待酌之處，因而將原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處理<sup>13</sup>。由此可知，行政院訴願審議委員會對於公平會處分之妥當性已經有所質疑。

## 2. 認定違反第二十條之案例

在公平會所處理之此類案例中，被認定違反公平法第二十條者，並不多見。例如公平會曾經在「悅氏」案中<sup>14</sup>，認定被檢舉人利用他人之知名商標，取得公司名稱登記之情形，違反公平法第二十條。在該案中被處分人以他人之知名之商標「悅氏」記取得公司名稱為「悅氏縱橫事業股份有限公司」，公平會認為被處分人在明知情況下，以「悅氏」登記為其公司名稱之特取部分，並向經濟部中央標準局取得墨色「曲線圖」圖案及「悅氏」商標之註冊，用於「飲水機、純水器、淨水器、...家庭用礦泉水製造機、軟水機」等及其他商品；再於報紙上以「悅氏健康事業集團」刊登廣告，將黑白圖案改為「綠天藍地」彩色圖，與檢舉人之圖案類似而顏色倒換，並使用「悅氏」於商品上，意圖造成消費者對商品來源之混淆，違反公平法第二十條第一項第一款。

<sup>13</sup> 行政院決定書 90.05.09 台九十訴字第○二九五七二號。

<sup>14</sup> 公平會 86.12.30 公處字第二三○號處分書。

### 3. 認定不違反第二十條但違反第二十四條之案例

利用他人知名事業名稱或商標，登記取得事業名稱之情形，目前公平會之處理方式，較傾向於不以公平法第二十條處理，而是適用第二十四條之規定。

在「蝙蝠俠」案<sup>15</sup>，「蝙蝠俠」為檢舉人美商 DC Comics 與華納兄弟公司所註冊之知名商標，被處分人以「蝙蝠俠」為其公司之特取名稱，其使用係依公司法規定申請登記，因而不違反公平法第二十條。雖然如此，被處分人使用「蝙蝠俠及圖」為其商品之表徵，其行為確有攀附他人商譽，顯失公平行為之情事，違反公平交易法第二十四條之規定。

在「全球寶島鐘錶有限公司」案<sup>16</sup>，公平會認為被檢舉人明知檢舉人「寶島鐘錶股份有限公司」為知名鐘錶公司，卻未積極彰顯彼我名稱之差異，於珠寶街設立與檢舉人公司名稱類似之「全球寶島鐘錶有限公司」，並經營同樣之鐘錶業。公平會認為「寶島」與「全球寶島」尚屬有別，且被檢舉人使用之招牌顏色、設計及服務標章與檢舉人慣用者有所不同，其所使用之橫式招牌亦有別於檢舉人及珠寶街制式橫式招牌，並未致與檢舉人之營業或服務之設施或活動相混淆，因而不違反公平法第二十條第一項第二款。但是公平會認為不論是否造成消費者混淆，亦不論對檢舉人營業是否造成實質影響，被檢舉人意圖攀附檢舉人公司名稱之行為，至為明顯，有悖於商業競爭倫理，且對市場效能競爭有所妨害，因而認定被檢舉人違法公平法第二十四條之規定。

在「台塑加油站股份有限公司」案<sup>17</sup>，公平會認為被檢舉人於其變更公司名稱為「台塑加油站股份有限公司」後，已積極建立本身營業場所獨特之企業識別標示，其與台塑石化股份有限公司兩者之整體營業形象顯有重大區別，應不致使消費者產生混淆誤認之情形，並不違反公平交易法第二十條第一項第二款，但是公平會認為被檢舉人明知台灣塑膠公司及台塑石化公司等著名公司，且台塑石化公司積極投入油品市場之際，卻變更原公司名稱，仿襲該著名公司名稱，經營加油站相關業務，顯有攀附檢舉人聲譽，榨取其努力成果，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，因而認定其違反公平交易法第二十四條規定。

<sup>15</sup> 公平會 87.04.29(87)公處字第○九七號處分書。

<sup>16</sup> 公平會 90.07.25(90)公參字第八九○七三九三 - ○○六號處分書。

<sup>17</sup> 公平會 90.08.31(90)公參字第八九○七九八四 - ○○七號處分書。



最近之「台灣田邊食品公司」案<sup>18</sup>，被處分人利用日商著名之「田邊」商標與公司名稱，取得「台灣田邊食品股份有限公司」之公司名稱登記。公平會認為被處分人使用與檢舉人相同之「田邊」為公司特取名稱，其所為雖有將檢舉人之表徵為相同或類似之使用，惟檢舉人所生產銷售之產品為「藥品類」，而被處分人主要生產銷售之產品為「食品類或其原料」，購買者無論購買動機或需求均有所不同，且被處分人已於產品包裝上標示「台灣田邊食品股份有限公司」，當不致與檢舉人就商品來源產生混淆，因而認定並不違反公平法第二十條第一項第一款之規定。但由於被處分人除使用「台灣田邊食品」及日語發音英文「TAIWAN TANABE」為公司中、英文特取名稱外，並復於其產品上使用「田邊聖品」字樣，其行為整體顯有以積極行為攀附檢舉人之商譽，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，因而認定其違反公平交易法第二十四條。

### (三) 事業名稱登記之正當性應受公平法規範

對於此類型之案件，由於商業主管機關對於事業名稱之登記並不為實體審查，因此縱使主管機關核准其登記，並不表示其登記就具有正當性。如果其登記之事業名稱有侵害他人權利或違反其他法律規範之情事，仍然應負其責任。就此，吾人可以利用有審查制度之商標之情形來比對說明。

在我國商標註冊須經實體審查，因此如果發生與上述事業名稱類似之情形，亦即以與他人相同或近似之商標申請註冊，縱使經過主管機關之實體審查而完成註冊，並不表示該註冊就絕對毫無問題，他人可以利用商標法中之異議或評定無效制度，將該商標之註冊除去，甚至已經註冊之商標如果侵害他人之著作權、新式樣專利權或其他權利，經判決確定者，商標主管機關亦應依職權或據利害關係人申請撤銷商標專用權（商標法第三十一條第一項第四款）。由此可知，在商標之情形，縱使經過實體審查，仍不確保其所取得者為終局有效之權利，如果嗣後發現其註冊有侵害他人權利，仍然可以被撤銷。此種情形，由於商標有完整之審查制度與救濟制度，因而公平會往往持較為謹慎之態度，而讓該糾紛循商標救濟制度處理（就此詳見後述）。

然而在事業名稱之情形，相關事業名稱登記之規範欠缺完整之審查與救濟制度，因而一旦發生爭議，其登記之正當性就應受到其他規範之檢證，包括公平法，因為其所為之登記如果有

---

<sup>18</sup> 公平會 90.8.13(90)公參字第八九一二二二二 - ○○五號處分書。

問題而欠缺正當性，不僅會消費者受到混淆，同時也使市場上之競爭秩序受到影響。是以公平會於遇到此類案件時，並不適當以被檢舉人所使用者為業經登記之事業名稱，就不經檢視地一概承認其登記之正當性，而認為其無公平法之適用。近來公平會於遇到該類型之案件時，態度已經逐漸有所改變，從原先認為完全不違反公平法，轉而認為可能違反第二十條或第二十四條，採取較以往更為積極之態度，以補現行事業名稱登記制度之不全，並維護事業間之正當競爭秩序，此一積極之作法值得肯定。

#### (四) 事業名稱應為獨立受判斷之表徵

然而在法律適用上，從上述案例中，可以發現公平會基本上對於利用他人知名之事業名稱或商標取得事業名稱之登記者，往往並不願意正視該事業名稱之登記與使用是否違反公平法第二十條第一項之問題，而是迂迴地以其他相關之表徵之使用是否構成混淆，來作為判斷之依據。例如前述之「全球寶島鐘錶有限公司」案與「台塑加油站股份有限公司」案，可以看出公平會雖然肯定公平法對該類型案件之適用性，然而卻以其整體之營業形象有所區別未構成混淆為由，迴避公平法第二十條之規定，而以構成攀附為由適用第二十四條。此一觀點是否妥當，實有進一步檢討之餘地。

事業之整體營業形象，例如事業所使用之招牌、裝潢與商品之擺設方式，甚至服務生所穿之制服等，嚴格言之，亦屬於表徵之一種，亦即屬於公平法第二十條第一項第二款之「其他表示他人營業、服務之表徵」，其與他人之商號、公司名稱等表徵並不相同，不能混為一談，是否有違反公平法第二十條，應分別判斷之。縱使事業之整體營業標識並不相同而不會引起消費者混淆，然而如果其所使用之事業名稱會引起混淆，仍然會違反公平法第二十條之規定。在上述案件中，公平會僅以事業營業整體標識不構成混淆，而忽略事業名稱所可能產生之混淆，甚至於傾向於利用前者來否定事業名稱之混淆，並不妥當。

除此之外，從上述案例中可以看到公平會在公司名稱相同或近似之情形下，經常會以其業務種類不同，認定其非屬相同或類似之使用，不構成混淆，而排除第二十條之適用，並以攀附商譽為由適用第二十四條，例如前述之「三商」案與「台灣田邊食品公司」案。此涉及第二十條「相同或類似之使用」之概念應如何界定，以及其與混淆間之關係。不僅在事業名稱之表徵有此問題，在商標表徵之情形，亦有相同之問題，就此詳見後述。

## 五、商標之問題

商標亦為公平法所保護之表徵之一種，在公平會所處理過之案件中，許多是與商標有密切關係。由於商標同時屬於商標法與公平法所規範之對象，因此於具體案件，公平會究竟在哪種情形下應該介入？在哪種情形下，應讓由商標法規範而不宜介入？是否會發生法律適用上之競合情形？這些都有待釐清。

### (一) 被檢舉者若為「已註冊」之商標公平會原則上不宜介入

公平法對商標表徵之保護，主要在於避免他人擅自仿冒使用知名之商標，然而如果被檢舉人所使用者為業經取得註冊之商標，雖然與知名之商標相同或近似，由於此時涉及不同商標權人間之紛爭，以及被檢舉人所註冊取得之商標是否有應被評定無效之事由，由於商標法就此紛爭之解決已經設有規範，應循商標法規定之救濟途徑尋求解決，而不適當依公平法尋求解決，公平法只是在商標法規範保護有所不足之處，才予以補充適用，因此原則上並不適當由公平會逕自介入處理此種糾紛，否則將會因公平會之介入而破壞原有之商標制度。

就此公平會曾於「CANOMATIC」案<sup>19</sup>，就明白表示訴願人所指稱之侵害商標，於民八十一年十月一日亦經中央標準局審查員審查通過，業已取得審定商標，依商標法第三章規定，申請人即有商標使用權，如利害關係人對審定商標有異議，應於公告期間內向商標主管機關提出異議，因而將該檢舉案，先移請經濟部主政。公平會所持之立場，對於單純商標註冊糾紛案件以及屬於商標法規範領域內之案件不為介入，以維持商標制度之正常運作，洵屬正確。

然而嗣後在「大黑松小倆口」案<sup>20</sup>，公平會卻對於兩個註冊商標間之紛爭，進行實體處理。在該案檢舉人主張被檢舉人使用「大黑松小倆口及圖」作為廣告招牌、標章及商標，與訴願人之「黑松」商標近似，有違反公平交易法第二十條之規定。公平會認為被檢舉人「大黑松小倆口及圖」商標係由男女笑臉圖置於曲線上，下置「中文大黑松小倆口」所組成，其中文字部分「大黑松小倆口」整體而言不得割裂，與檢舉人之「黑松」商標圖樣顯然有別，不構成近似，檢舉人與被檢舉人之商標圖樣均經中央標準局商標註冊在案，兩商標併存使用多年並各具知名度，無致消費者產生混淆誤認之虞，故無公平交易法第二十條第一項之適用。行政法院亦認為

<sup>19</sup> 公平會 82.9.3(82)公訴字第五三二二七號函。

<sup>20</sup> 公平會 85.7.6(85)公訴字第〇二一〇號訴願決定書。

「大黑松小倆口」與「黑松」商標既併存多年，而該商標系列產品經長期大量宣傳廣告又已具相當知名度，自無致消費者混淆誤認之虞，其使用於年曆卡、訂購單、廣告說明書及消費者通訊函，又係商標之正當行使，因而判定被告之行為並不違反公平交易法第二十條<sup>21</sup>。

姑且先不論其處理之結果是否正確，該案件主要涉及註冊在後之「大黑松小倆口」商標是否與註冊在先之「黑松」商標構成近似，此種案件應該是屬於商標評定無效之範圍，而且此種評定無效之案件並無申請時間之限制（見商標法第五十三條），因此當事人理應依商標法之規定，向智慧財產局請求評定無效，而非向公平會提出檢舉。縱使評定無效最後不成立，而當事人再向公平會提出檢舉，除非有其他不公平競爭之情事，否則公平會亦不應介入，以尊重商標主管機關與行政法院之職權與認定結果，尤其是如果評定無效經行政法院判決確定後公平會仍加以處理，萬一公平會做出不同之認定結果，無異於公平會可以否定行政法院之判決。是以公平會前揭處分直接涉及兩個註冊商標是否近似之判斷，嚴格言之，已經涉入智慧財產局與行政法院之職掌範圍，顯然並不妥當。

類似之情形，如果以和他人著名商標相同或近似之標識，使用於「不類似」之商品或服務，並且「取得商標註冊」，而著名商標所有人提出檢舉，此種情形究竟應該屬於智慧財產局或是公平會之職掌範圍？

對此問題，應視其是否屬於商標法所規範之範圍而定，如果依據商標法無法處理，公平會始有介入之必要。這種情形，依我國歷來實務上之見解，雖然註冊之商品或服務類別不類似，但原來著名商標所有人仍然可以主張後註冊者違反商標法第三十七條第七款之規定，請求智慧財產局將後註冊之商標評定無效<sup>22</sup>。既然可以依商標法之規定處理，則公平會自無再介入之必要。是以對於此類紛爭，公平會應明白表示可由當事人依商標法尋求解決。

綜上所述，如果被檢舉人所使用之標識業經取得商標註冊，公平會原則上並不宜介入，而應讓當事人依商標法處理之。只有對於商標法所無法處理之範圍，如有涉及不正競爭之情事，公平法始有補充適用之餘地。

<sup>21</sup> 行政法院八十六年度判字第二五〇一號判決。

<sup>22</sup> 就此詳見拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第270頁以下。

## (二) 被檢舉者若為「未註冊」之商標會發生適用法律之競合

以上所述均為被檢舉人就其所被檢舉使用之標識，業經取得商標註冊之情形，這種情形由於屬於商標權與另一商標權間之糾紛，因此以依商標法之途徑解決為宜，公平會原則上並不適當介入。然而，如果被檢舉人就所使用之標識與他人註冊之商標相同或近似，而被檢舉人就該標識「並未取得商標註冊」，不享有商標權之保護，則處理之方式就有所不同。在這種情形，其行為可能會侵害他人之商標權，也可能同時違反公平法。此時究竟應該適用商標法或是公平法，應分別情形判斷之。

### 1. 與不被普遍認知之商標相同或近似

首先應就檢舉人被仿冒之商標之知名度加以判斷。如果其「未達」相關事業或消費者普遍認知之程度，則無公平法第二十條之適用，而應適用商標法有關商標侵害之一般規定處理之，亦即循一般民事或刑事程序處理即可。而且此種情形屬於單純之商標侵害案件，公平會並不適當再將其納入公平法第二十四條之適用範圍，一方面因為商標法即足以提供足夠之保護，公平法並無再介入之必要，另一方面，如果此種情形可以用公平法第二十四條處理，則所有之商標侵害案件都將一樣可以依該規定處理，不僅商標之保護規範會被架空，而且將使公平會之負擔大增，造成行政資源之浪費，並無必要。

### 2. 與被普遍認知之商標相同或近似

然而如果被仿冒之商標屬於「相關事業或消費者普遍認知之商標」，而且被檢舉人將其使用在相同或類似之商品或服務上，則被檢舉人所為之行為，不僅違反商標法，構成商標權之侵害，而且同時違反公平法第二十條，此時就構成法律規範上之競合。此種情形兩種法律所規定之效果並不相同。就民事責任而言，公平法第三十二條規定故意侵害之行為，被害人可請求法院酌定已證明損害額三倍以下之損害賠償，而商標法則無類似之規定；在刑事責任方面，侵害商標之最高刑度依其侵害之行為分別為三年以下或一年以下有期徒刑，罰金最高為新台幣二十萬元（商標法第六十二、六十三條，八十二年修正），而公平法之最高刑度一律為三年以下有期徒刑，罰金於民國八十八年修正後最高可達新台幣一億元（第三十五條）。由上可知，違反公平交易法之責任顯然較重，因為畢竟違反公平法所侵害者為正當之交易秩序與一般消費大眾之公共利益，相對地商標法則較強調對個別商標專用權人之權利保護。

對於這種競合之情形，應如何適用法律，可以分別為刑事責任與民事責任兩方面說明之。在「刑事責任」方面，由於商標法和公平法所規定之構成要件並不相同，應分別檢視其構成要件是否該當。就公平法而言，依第三十五條之規定，必須是經公平會限期命停止、改正或採取必要更正措施後而未為之者，始有刑責，因此刑罰之規定被適用到之機會並不多。然而如果仿冒者有欺騙他人之意圖，於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣，仍然有商標法第六十二條刑罰規定之適用。在這種情形，如果侵害人同時被公平會限期停止其行為，而侵害人不從，則可能同時該當商標法與公平法刑罰之構成要件，而發生競合之現象，此時應優先適用公平法第三十五條之規定，因為公平法係針對具有較高知名度之商標所為之特別規範，應優先被適用。在「民事責任」方面，商標法規定若干損害賠償額之計算方式，同時規定業務上信譽損害之賠償（第六十六條），此均為公平法所無者；然而公平法規定故意侵害之行為，被害人可請求法院酌定已證明損害額三倍以下之損害賠償，則為商標法所無者。如果一商標侵害行為被仿冒者為著名之商標，且行為人係故意，而同時符合商標法與公平法之民事責任要件，也會產生競合之現象，同樣地由於公平法係對高知名度之商標所為之特別規範，因此應被優先適用，而商標法則於公平法所未規定之處，有補充適用之餘地。是以被害人除得依公平法請求三倍以下之損害賠償外，對於損害額之計算，由於為公平法所無，應可援引商標法之規定計算之，甚至如有業務信譽上之損害，亦可援引商標法之規定請求之。

### （三）未註冊商標亦應受公平法第二十條保護

屬於公平法第二十條表徵之商標，應包含已註冊與未註冊之商標。就已註冊之商標而言，並非所有之註冊商標都屬於公平法保護之表徵，必須是達到「相關事業或消費者所普遍認知」之註冊商標，始受公平法之保護，否則僅能受商標法之保護。

未註冊之商標，在我國現行商標制度下，並無法得到商標法之保護，縱使是經由長期使用而達到相關事業或消費者所普遍認知之程度者，亦同。此種情形顯然不合理，因為其既然已經具備一定程度之知名度，已經成為消費者選購商品時之憑藉，若無法受到保護，將使消費者因混淆而受損害，並對正當之交易秩序產生影響。因此對於未註冊之商標，實有必要透過公平法之補充適用，給予適當之保護。或許有人認為未註冊之商標並不適當納入公平法第二十條之保護範圍，因為如果予以保護，將使無法受商標法保護之標識竟然可以利用公平法而受到保護，

不啻是對商標註冊制度之破壞。本文認為由於商標制度只是屬於不正競爭規範之一環，商標法未能對未註冊商標予以保護，應屬商標制度上之缺失，公平法屬於競爭秩序之基本規範，於商標法規不足之時，援引適用公平法之規定以填補此一規範上之漏洞，以維護公平之競爭秩序，應無不妥。

況且實際上我國公平法，已經明文包含對未註冊商標之保護，例如第二十條第一項第一款之「商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵」，以及第二款之「其他表示他人營業、服務之表徵」，這些具有標識作用之表徵，性質上都是屬於實質商標，其雖然未經註冊，但在公平法上都能受到保護，則對於未註冊然而有使用之實質商標，並無排除於公平法保護範圍之外之道理。此外，在公平法同條文第三款更是明文肯定「未經註冊」之外國著名商標亦受保護，基於內外國民平等原則，未註冊之外國著名商標都可以受到公平法保護，則未註冊之本國商標亦應能受到保護。

由此可知，公平法第二十條第一項所稱保護之商標，註冊與否並不重要，重要的是，必須是具有被相關事業與消費者普遍認知之知名度。

#### (四) 商標」與「商品外觀」之判斷應予區隔

值得注意者，如果檢舉人所訴求者，並非商標本體之近似，而是商品外觀之近似，此時由於其並非商標法所規範之範圍，當事人無從依商標法尋求救濟或得到保障，公平法就有補充適用之餘地，公平會即應予以處理。例如在「白人牙膏」案<sup>23</sup>，涉及者不僅為「白人牙膏」與「黑人牙膏」兩者之商標是否近似，更重要者在於其商品之外觀是否是否近似，公平會與行政院<sup>24</sup>之審理重點主要在於兩者之外觀是否構成近似，此部分確實應該屬於公平法會職掌之範圍，然而此時公平會應更明確表示有關兩者之商標是否近似之問題，應由當事人依商標法之規定解決，此部分不屬於公平會審理之範圍。

由於過去公平會對商標與商品外觀之處理未為明確區分，因此產生一些混淆之情形。例如在「BOSS」案<sup>25</sup>，檢舉人與被檢舉人都分別取得商標註冊，其所檢舉者為商品之外觀設計近似，

<sup>23</sup> 行政院 88.05.28 臺八十八訴字第○三二號再訴願決定書。

<sup>24</sup> 最高行政法院 89.08.17，89 年度判字第 2549 號判決。

<sup>25</sup> 行政院 89.06.30 臺八十九訴字第一九五七七號再訴願決定書，檢舉人擁有「BOSS」及「HUGO Boss」商標圖樣，指定使用於服飾、香水、化粧品等商品，檢舉被檢舉人所製造、進口、販售

然而公平會卻以被檢舉人亦享有商標權，屬行使權利之正當行為為由，而認為其不違反第二十條，顯然將商標與商品外觀之判斷混為一談。

類似之情形亦發生在「長墩米」案<sup>26</sup>，檢舉人銷售「金墩米」小包裝米，並取得「金墩及圖」商標及聯合商標之註冊，其檢舉被檢舉人產製之「長墩米」小包裝米商品包裝，與檢舉人前揭商品包裝極為相似，一般消費者如未經刻意辨別，即易產生混淆。經公平會審理後，認為檢舉人之「金墩米」包裝整體，尚難謂已構成公平交易法第二十條第一項第一款所稱之表徵。檢舉人不服提起訴願，仍遭駁回，乃提起再訴願，經行政院決定將原決定及原處分均撤銷，由原處分機關另為適法之處分，其理由為被處分人所註冊之「長墩及圖」商標圖樣與檢舉人所註冊之「金墩及圖」及「全墩及圖」構成近似，業經智慧財產局評定撤銷，與公平會之認定並不一致<sup>27</sup>。

行政院在該案中尊重智慧財產局有關商標近似與撤銷「長墩米」商標之決定，固屬正確，然而其卻以「商標」近似為由，推翻原處分機關所為之是否屬「商品外觀」之表徵之認定，顯然也將二者混為一談。案經公平會重新審理後，公平會仍然認為該商品之外觀包裝不構成表徵，然而整體觀之，系爭二商品包裝在商標及上、下線條之位置、設色不僅相類似，其說明文字之位置、字義亦極為神似，被處分人產品包裝顯係抄襲自檢舉人外包裝設計，積極榨取他人努力成果，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第二十四條之規定。同時公平會亦明確表示，經濟部智慧財產局所做之處分僅係就被處分人之「長墩及圖」商標與檢舉人之「金墩及圖」商標是否違反商標法規定做成決定，其與本會就本案檢舉人所稱「產品包裝」是否違反公平交易法第二十條第一項規定之考量並不相同，將「商標」與「商品外觀」之判斷明確加以區分，應屬較為進步之作法，值得肯定。

---

之 BOSS LIGHTS 及 BOSS VIRGINIA BLEND 香菸，其包裝之底色、BOSS 字體、顏色及整體設計，均酷似渠等 BOSS ElementsAqua 及 Boss NO.1 香水產品之包裝設計，然而公平會經過審理後，認為被檢舉人於香煙類商品包裝上雖亦使用 Boss 商標，惟其就香煙類商品享有該商標專用權，其使用該商標為依商標法行使權利之正當行為，難認關係人有違反行為時公平交易法第二十條規定情事，亦難謂關係人有積極攀附再訴願人等之商譽、抄襲再訴願人等商品外觀、榨取其努力成果情事，尚難認關係人等有違反行為時公平交易法第二十四條之規定。

<sup>26</sup> 公平會 90.05.16 (九十)公參字第八九〇六五八五—〇〇五號。

<sup>27</sup> 行政院決定書 89.05.16 台八十九訴字第一三七四八號。



#### (五) 申請商標註冊而被駁回不違反公平法

單純商標註冊之申請行為，如果該申請案被智慧財產局認定與他人商標近似而被駁回，而且申請人並無使用該商標之行為，則該單純之申請行為，並不能被當成違反公平法。在「CARTEL」案<sup>28</sup>，公平會就明白表示不得逕以申請人申請註冊商標之行為，涉有與他人商標相同或近似，即認該申請商標註冊之行為涉有違反市場效能競爭或影響交易秩序而有違反公平法第二十條及第二十四條之情事。此一見解應屬正確。

#### 六、使用相同或近似表徵於「不類似」商品或服務之處理

公平法第二十條第一項第一款規定：「...為相同或類似之使用，致與他人商品混淆」，第二款規定「...為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」，然而何謂「為相同或類似之使用」？何謂「混淆」？如果是使用他人之知名表徵於「不類似」之商品或服務，是否屬於公平法所規範之對象？

##### (一) 公平法對著名標章之保護有補充作用

在公平法第二十條所列之各種表徵中，商標由於另外又有商標法之規範，使得商標表徵所受之保護，較其他表徵更為周延。一個達到「相關事業或消費者所普遍認知」之註冊商標，與一般不具知名度之註冊商標，同樣都受到商標法之規範，也受到商標法之保護。理論上，如果商標法能對商標表徵提供完整而周延之保護，並無再以公平法規範之必要<sup>29</sup>。然而在我國，現行商標法所保護者，縱使是著名商標，原則上<sup>30</sup>亦僅及於使用相同或近似之商標於同一或「類似」之商品或服務上<sup>31</sup>，如果將他人之商標使用於「不類似」之商品或服務上，現行商標法並無法予以保護。至於其他表徵，不僅現行法欠缺保護之規範，如果該表徵被使用到不類似之商品或服務時，亦無法受到保護。

<sup>28</sup> 公平會 90.8.17(90)公參字第八九〇八四三七 - 〇〇九號處分書。

<sup>29</sup> 例如在德國，有關著名商標之保護，現已全部納入商標法之規範範圍，依商標法即能受到周延之保護。

<sup>30</sup> 例外之情形，必須是商標權人依商標法第二十二條申請註冊防護商標，將同一商標圖樣指定使用在非類似之商品上，始能擴張其保護範圍於非類似之商品上。

<sup>31</sup> 此種情形，既然受商標法保護，公平法原無再重複規範之必要，是以公平法再將其納入規範之意義，在於對知名度達到相關事業或消費者所普遍認知之商標，提供比商標法更高度之保護，亦即對侵害者課以更重之民刑事責任，因為其為知名度較高之商標，一旦被仿冒，除影響商標權人之權益外，對於消費者之權益與交易秩序之影響遠較一般不知名之商標大。

然而就其他國家之規範觀之，不僅其所保護之商標範圍較我國廣，不論是平面或立體，不論是商品外觀、包裝或是事業名稱、營業標識，只要具有表彰商品來源之標識，都能受到商標法之保護<sup>32</sup>。而且其對於著名標章之保護，也及於不類似之商品。他人將著名標章使用於「不類似」之商品或服務上，由於會造成對該著名標章識別力之弱化與淡化，亦為商標規範所禁止<sup>33</sup>。由此觀之，我國現行商標法對於著名商標之保護顯有不足，未來實有必要修改商標法，加強對著名商標之保護，擴大其保護範圍，使其及不類似之商品，以配合國際發展趨勢。在商標法修改之前，由於商標法之保護範圍有限，且對於著名標章欠缺有效之保護，因此對於具有高知名度表徵之保護，公平法之補充適用便扮演極為重要之角色。

## (二) 公平法第二十條之適用

然而此時究竟應依公平法第二十條，抑或是依第二十四條處理？此問題涉及第二十條第一項第一、二款所稱之「相同或類似之使用」，究竟是指「表徵本體」上之相同或近似，抑或包括該表徵所使用之「商品或服務」之相同或類似？

### 1. 相同或類似之使用係指「表徵本體」之相同或近似

就此公平會認為「本法第二十條所稱相同或類似之使用，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分，使相關事業或消費者於購買時施以普通注意猶有混同誤認之虞者而言」<sup>34</sup>。而在判斷是否構成相同或類似之使用時，應本於客觀之事實，以有普通知識經驗之相關大眾施以普通注意，為判斷標準，並依通體觀察、比較主要部分以及異時異地隔離觀察之方法加以判斷<sup>35</sup>。根據公平會的解釋<sup>36</sup>，其於訂定上述原則時，係參酌最高法院一五判字第九一一號判例：「商標圖樣之近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有

<sup>32</sup> 就此，請參閱拙著，德國商標制度之重大變革，收錄於拙著，智慧財產權基本問題研究，1999年版，第387頁以下。

<sup>33</sup> 參閱廖義男著，公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定，收錄於氏著，公平交易法之釋論與實務，第68頁，註12；張澤平著，仿冒與公平交易法，81年3月版，第96頁以下；拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第300頁以下。

<sup>34</sup> 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第五點。

<sup>35</sup> 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第十二點。

<sup>36</sup> 公平交易委員會85.11.25公研釋一〇五號。

混同誤認之虞者而言」。

由此觀之，該條所稱之「相同或類似之使用」，應該是指該商標等表徵本體上之相同或近似而言，特別是其認為「類似」係指「因襲主要部分」，表徵本體始有主要部分可言，商品或服務並無主要部分之可言。

## 2. 第二十條之適用應可及於「不類似」之商品或服務

既然公平法第二十條第一項第一、二款所規範之「相同或類似之使用」係指表徵本體之相同或近似，而非所使用之商品或服務，則將表徵使用商品或服務是否相同或類似，應非所問，縱使是使用於不類似之商品或服務，仍為該條所涵蓋適用之範圍，此亦為國內多數學者之看法<sup>37</sup>。

由於公平法第二十條所規範者為「相關事業或消費者所普遍認知」之表徵，亦即具有高知名度之表徵，此一結論符合著名標章應受擴大保護之國際趨勢，對於避免著名標章之識別力因為被他人使用於不類似之商品而被弱化或淡化，有其積極之意義。

## 3. 公平會於具體案件之態度

雖然如此，公平會在實際案例之處理態度，似乎並不一致。有些案例公平會持肯定之看法，認為所使用之商品或服務類別不同，仍屬公平法第二十條之適用範圍；然而有時卻持否定之看法，而且持否定看法之案件似乎比較多。

### (1) 肯定見解

持肯定看法之案件，例如在「企鵝」案<sup>38</sup>，檢舉人擁有企鵝圖樣之商標，被檢舉人使用於其產製之錄音帶、雷射唱片商品包裝上，公平會認為企鵝商標為知名之商標，而被檢舉人使用之圖樣與檢舉人向來使用之企鵝商標圖樣完全相同，雖被檢舉人稱所使用之商品種類僅為錄音帶、雷射唱片，與檢舉人所使用為服飾類者有所不同，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，因而認定被檢舉人之行為

<sup>37</sup> 就此詳見拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第300頁以下，特別是第302頁註115。

<sup>38</sup> 公平會85.4.1(85)公參字第八四〇四二〇三 - 〇〇二號處分書。

顯已違反公平交易法第二十條第一項第一款。

(2) 否定見解

持否定看法之案件，例如在前述之「三商」案<sup>39</sup>，雖然是涉及事業名稱而非商標，然而均屬表徵，惟公平會就認為公司之業務種類並不相同，兩者間之公司名稱即非屬相同或類似之使用。另外，「蝙蝠俠」案<sup>40</sup>，蝙蝠俠為檢舉人美商 DC Comics 與華納兄弟公司所註冊之知名商標，除用於其所製作之漫畫、電影及影集外，並用於衣服、運動遊戲器具、鞋、照相器材、床單被褥等多項產品及服務；被處分人則登記取得「蝙蝠俠國際貿易股份有限公司」之名稱，其營業項目為汽車零配件、汽材百貨買賣業務、各種汽車之倒車警示器、語音告知器及超速探測器買賣業務等，公平會認為其商品之特性與檢舉人所生產或授權生產之商品顯已有所區隔，故對一般相關大眾而言，尚不致造成對商品或服務來源有誤認誤信之虞，而構成本法中所謂之混淆之情事，因而不違反公平法第二十條。雖然如此，公平會認為被處分人使用「蝙蝠俠及圖」為其商品之表徵，其行為確有攀附他人商譽，顯失公平行為之情事，違反公平交易法第二十四條之規定。

持否定看法之案例中，值得進一步探究之觀點為，公平法第二十條第一項第一、二款均有「致與他人商品混淆」，或「致與他人營業或服務之設施或活動混淆」之規定，亦即必須因相同或類似之使用而發生混淆。因而公平會有時會認為如果所使用之商品或服務「不類似」，應不會產生混淆之問題，因此就無第二十條適用之餘地，如有必要應該適用第二十四條處理。在前述之「蝙蝠俠」案，即持此種看法。另外在前述「台灣田邊食品公司」案，公平會亦認為檢舉人所生產銷售之產品為「藥品類」，而被處分人主要生產銷售之產品為「食品類或其原料」，當不致與檢舉人就商品來源產生混淆，因而無第二十條之適用，而應其行為整體顯有以積極行為攀附檢舉人之商譽，而適用第二十四條。

4. 混淆應是指「表徵本體」所產生來源上之混淆

所謂混淆，依公平會之見解，是指「對商品或服務之來源有誤認誤信而言」<sup>41</sup>。亦即使表

<sup>39</sup> 公平會 84.6.19 公訴字第○三六號訴願決定書，公平會公報八十四年第四卷第六期 137 頁。

<sup>40</sup> 公平會 87.04.29(87)公處字第○九七號處分書。

<sup>41</sup> 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第六點。

徵表彰其來源之功能受到破壞，使消費者無法根據該表徵區別和選購其所要之商品或服務。將商標等表徵使用在不類似之商品或服務上，是否會構成混淆，應視情形而定。將表徵使用在不類似之商品上，對於「不具知名度」之表徵而言，固然不會使消費者受到混淆，此乃商標法容許他人以相同或近似之商標註冊於不類似之商品之原因；然而對於「高知名度」之表徵而言，由於現代大型事業多角化經營相當普遍，如果該表徵被他人使用於不類似之商品或服務，有時仍然可能會引起消費者對該商品或服務來源之混淆，或者縱使雖然未達到混淆之程度，但至少也會引起消費者對其來源產生聯想，而受到誤導。甚至在國際發展趨勢上，對著名商標之保護，不僅使其保護範圍及於不類似之商品或服務，而且並不以造成消費者之混淆為必要，只要足以引起其與商標所有人間之聯想，且商標所有人之利益可能因而受到損害，亦應受到保護<sup>42</sup>，以避免該著名商標之識別力被弱化。

其實公平法第二十條第一項之「混淆」，應係指由於就表徵本體為相同或類似使用而產生之來源混淆，因為其條文內容：「...為相同或類似之使用，致與他人商品混淆」、「...為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」，其中之「相同或類似之使用」，如前所述，既係指表徵本體之相同或近似，則此所稱之「混淆」，當然係指就表徵本體為相同或類似之使用而造成來源上之混淆，至於所使用之商品或服務是否相同或類似，並非所問。因此縱使所使用之商品或服務不類似，只要所使用之表徵相同或近似，並因而讓消費者就商品或服務之來源產生混淆，仍為第二十條所規範之範圍。未來如果能透過修法，將該條規定得更為明確，將可避免法律適用上之疑慮。

換言之，公平法第二十條第一項第一、二款之適用，以就表徵本體為相同或類似使用而產生來源混淆為已足，並不以其混淆尚須因使用於相同或類似之商品或服務而引起為必要。否則不僅與國際趨勢不符，而且使該條文保護高知名度表徵之立法意旨大受影響，因為在使用於不類似商品或服務之情形，欲證明其會構成混淆，通常並不容易。例如前述之「蝙蝠俠」案與「台灣田邊食品公司」案即是如此，另外在「AVENT」案<sup>43</sup>亦是如此，在該案檢舉人美商艾文特股

---

<sup>42</sup> WTO 架構下之 TRIPS 協議第十六條第三項規定：「使用商標於與其所註冊之商品或服務不類似之商品或服務上，而會引起該等商品或服務與該註冊商標所有人間之聯想，且該註冊商標所有人之利益可能因該使用而受到損害，準用巴黎公約第六條之一（1967 年版）之規定」。

<sup>43</sup> 公平會 87.07.30(87)公參字第八六〇四七一六 - 〇〇四號處分書。

份有限公司(AVNET INC.)，在台灣先後取得多項商標註冊，為相關大眾所共知之商標，使用於電子、電腦相關產品，銷售對象主要為公司及廠商，而被檢舉人帝榮公司雖使用「AVNET」為其公司英文名稱之特取部分，惟其所生產銷售之商品為電腦軟體「林老師四合一多媒體電腦網路視聽教學系統」，主要客戶群為學校，公平會認為就中文名稱、商品之標示與表徵方式及其商品及服務之類別及客戶特性等市場之區隔為整體判斷，客觀上尚難謂有使一般相關大眾對二者商品之來源或產製主體發生混淆誤認之虞，故無公平法第二十條之適用。

嚴格言之，在這些案件中，公平會雖然都以不會構成混淆為由，排除第二十條之適用，轉而適用第二十四條之概括規定，然而公平會適用第二十四條之理由，則為被檢舉人之整體圖形或整體行為有攀附商譽、易使人誤認系爭字樣為被處分人產品之商標或誤認被處分人為檢舉人公司旗下之子公司或具有授權或贊助關係，其實這些理由都已經構成前述使消費者對其商品來源產生聯想之情形，從前述國際觀點而言，都應該屬於對具有高知名度表徵之保護範圍，亦即應該屬於第二十條第一項之適用範圍。

#### 5. 公平會利用「混淆」之要件遁入第二十四條

其實在公平會處分之案件中，不僅是在前述「不類似」商品或服務之使用，在「類似」商品或服務之使用，甚至在表徵亦屬近似之情形，公平會也經常以不致構成混淆為理由，而排除第二十條之適用，並轉而適用第二十四條。例如在「統二麵包」案<sup>44</sup>，公平會認為被檢處分人所使用之「統二麵包」表徵與「統一麵包」尚不致使人產生混淆，而不該當公平交易法第二十條第一項第二款之構成要件。然而公平會認為被處分人招牌上之三角仕女圖形之紅綠配色、中文名稱及字體、紅橘白色條紋暨三者之相對位置，與「統一麵包」表徵甚為相近，僅有少部分有些微不同，顯然襲用「統一麵包」之構想及圖形，被處分人在不需花費成本及風險之情況下，利用統一公司投注大量資金、心力、時間，所建立之著名服務表徵印象，達成吸引交易相對人進入消費之目的，進而取得競爭優勢，對統一公司顯失公平，被處分人基於承接原「統一麵包」客源之意圖，暨不思努力建立自有品牌之心態，其行為顯不符合商業倫理之要求，而以積極行為攀附統一企業股份有限公司之商譽，違反公平交易法第二十四條。

在「統二麵包」案，姑且不論公平會認為「統二麵包」與「統一麵包」兩個近似度極高

---

<sup>44</sup> 公平會 87.07.04(87)公處字第一四四號處分書。

之表徵不致構成混淆是否正確，其所論之招牌上之三角仕女圖形顏色、字體、條紋，嚴格言之，亦屬營業表徵之一種，公平會既然認為兩者極為近似，且被檢舉人又能因而達成吸引交易相對人進入消費之目的，亦即消費者會因而被吸引，顯然消費者會因而受到混淆，然而公平會卻仍然排除第二十條之適用。

或許過去公平法對於違反第二十條之效果，並未如現行法於民國八十八年修正後採取「先行政後司法」，嚴格之刑事處罰，使得公平會不敢輕易動用該規定，而第二十條有關「混淆」之高度抽象不確定法律概念，便成為公平會避開該規定而遁入第二十四條之最佳理由。在「統二麵包案」可以很清楚地看出，縱使表徵近似，且所使用之商品也類似，公平會仍然能輕易地以不構成混淆之主觀判斷，而迴避第二十條之適用。公平法修法後，違反第二十條之法律效果已經大為緩和，公平會應對該條之適用重新檢討，讓第二十條規定之適用回歸正常化，而不宜再處處迴避該規定之適用，否則不僅影響該規定規範功能之實現，同時也會使得第二十四條概括規定之適用過度膨脹。

## 七、結論

公平法實施迄今已經滿十周年，經由歷任公平會委員之努力，已經處理過相當多之案件，並已累積相當豐富之經驗。這些案例足以提供極為豐富之研究素材，從相關案例之研究，可以瞭解公平會對若干問題之處理態度，甚至可以發現公平會在不同案件上所表示見解之異同。本文由於篇幅有限，僅以事業名稱與商標這兩類表徵所牽涉之問題為範圍，嘗試從公平會過去所處理過之案件中，找出一些問題點，並就公平會之見解加以分析檢討。

在事業名稱方面，本文贊同公平會近來之見解，認為事業名稱之登記，仍應受公平法之規範，不能以其係依公司法或商業登記法取得名稱登記，就排除公平法之適用。

在商標方面，本文認為如果被檢舉者已經註冊取得商標權，則該商標是否侵害他人之表徵，而應該被評定無效或撤銷，應屬於商標主管機關之權責範圍，公平會不宜介入。然而如果被檢舉者並未取得商標註冊，而檢舉人之商標屬於「相關事業或消費者普遍認知」之商標，則應受公平法之規範。另外，本文認為公平法第二十條第一項第一款所稱之商標，應包括已註冊與未註冊之商標在內。至於公平法第二十條第一項之適用範圍，本文認為除類似之商品或服務外，亦應及於不類似之商品或服務。而且該條項所稱之混淆，應該係指表徵本體所致之混淆，

亦即以就表徵本體為相同或類似使用而產生來源混淆為已足，並不以其混淆尚須因使用於相同或類似之商品或服務而引起為必要。最後本文期待公平會在修法後，由於違反第二十條之法律效果已經大為緩和，應使該條之適用回歸正常化，而非如以往經常以第二十四條作為處理之依據，造成該條之過度膨脹。



## 評論

徐主任火明（臺北大學財經法學系）

黃主任委員、趙前主任委員、廖院長、蘇院長、各位先生女士：

我感到非常榮幸，有機會參加這麼盛大的研討會，也有機會拜讀謝教授之大作，感到非常高興。在公平法有兩個很重要之領域，一個是反托拉斯法，另一個是不正競爭防止法。兩個法域結合之結果，經過十幾年之實施，不正競爭這部分之案例已越來越多，因此在實務上之重要性也提高。在民國八十一年公平法實施前，就有一個非常有名之案例，即修正液 Pentel 這個案子，這個案子涉及的是外觀仿冒的問題，即表徵之仿冒，當時對表徵權非常陌生，因公平法還在草擬階段。這個案子，從台北地院打到高等法院，再打到最高法院，當時他們用不正競爭這個觀念，但當時法院不瞭解何謂不正競爭，所以這個官司幾乎被駁回。但當公平法在草擬階段，最高法院在民國七十七年將案子發回高等法院，最高法院提出不正競爭這個觀念，而高等法院也一反過去見解，在民國七十八年接受不正競爭之觀念(Unfair competition)，因為當時沒有公平法，因此法院用民法第一百八十四條第一項後段之侵權行為處理，把日本和德國不公平競爭之立法例，以及公平法草案之立法原則，當作法理而加以援用，接受外觀之仿冒在一定要件下構成仿冒。公平法在民國八十一年立法實施後，對於商品容器、包裝、外觀之法律保護，已有法律上之基礎。十幾年來有許多重要之案件，在謝教授論文中也提到許多案例。所謂仿冒，在現行法律體系中有四個網，第一，專利法之仿冒；第二，商標法之仿冒；第三，著作權法之仿冒，在我國現階段經濟發展過程中，擔任著舉足輕重之地位，尤其面對美國之三〇一條款，每年和我們諮商談判時，都列為重點，今年的重點是著作權法之電腦軟體和光碟。而公平法是第四個網，即表徵權之仿冒。在加入 WTO 之後，仿冒之問題在法律之架構中已相當完備。接下來是執行之問題。謝教授的論文提到一個很重要之觀念，尤其是在中泰賓館的案子和雅虎的案子，對中泰賓館這個案子，我提出一些建議，當在處理這類案子時，我們不能當然認為，其以根據商業登記法、公司法之規定登記，取得權利，就是所謂正當權利之行使。因為公平法之目的，和公司法、商業登記法之目的不同，公平法中表徵權之保護有所謂不正競爭之精神，所以在處理這種問題時，要注入不正競爭之精神去處理，這部分已被慢慢落實。另外，雅虎這個案子，雅虎是一個相當有名之網站名稱，但台灣有家公司設立台灣雅虎公司，這兩家公司就打起

來了，而涉及一個很重要之問題，可否以其公司名稱經主管機關登記，就認為當然可以，不會構成混淆，認為是權利正當行使。這個案子在行政院之訴願會，認為還是要把不正競爭之精神注入。公平會在悅氏這個案子已經接受這個觀念；另一個很重要之觀念，就是混淆，一個著名之標章的保護，會牽涉完全不同之商品，尤其是稀釋化理論，這個觀念在美國、德國已無爭議，但在我國還需進一步發展。在公平法第二十條有提到混淆，這個混淆，一般都是狹義之混淆，指同一商品或同類商品之混淆，但參考德國、日本之見解和法院之判決，我認為競爭法上之混淆，不是商標法上之混淆，商標法上之混淆，是以同一商品或同類商品為限，而競爭法上之混淆，傾向廣義之混淆，即仿冒和表徵權利人間，經濟上、組織上、企業上之關係，即企業關連性(Unternehmenszusammenhang)之混淆，而不是僅限於企業同一性(Unternehmensidentität)之混淆。行政院訴願會在雅虎這個案子，也提出這個看法，公平會也逐漸發現這些問題，我感到很欣慰，謝謝！