

論市場調查於商標混淆誤認判斷之發展

馮震宇*

摘要

市場調查乃是證明系爭商標是否會對消費者構成混淆誤認判斷最廣泛運用的方法之一。但是市場調查之證據是否可以被法院接受，甚至進而發揮證明力，則要根據相關的證據法則與法律規範而定。惟我國法對於市場調查報告之證據能力，並無直接之規定，因此早期之司法判決否定市場調查之效力。近年雖有所改善，但是究竟市場調查在商標爭議案件中能夠發揮的功能為何？是否對法院之認定能產生直接的影響？則並不明確。

本文特別從歐美有關市場調查的相關判決與學者之研究出發，探討國際間對市場調查報告在商標侵害案件中之地位與角色，進而探討我國司法機關對市場調查態度的演變，使讀者對市場調查報告與商標侵權認定的關係有更明晰的認識與瞭解。

關鍵字：市場調查、商標近似、混淆誤認、商標侵害、Market Survey, Trademark Similarity, Confusion, Trademark Infringement

收稿日：102年11月26日

* 作者現為政大法律系教授，美國康乃爾大學法律博士（J.D.）

壹、前言

就商標法之爭議問題而言，最難以客觀判斷的，可能就是商標是否有構成近似與是否構成消費者混淆誤認之問題。¹由於商標是企業最重要的資產，對他人商標與企業商標是否構成近似所產生的判斷問題，還可能對企業最重要的資產，也就是品牌產生無可彌補的損害。雖然各國法院都已經發展出判斷的標準，專責機關亦訂定相關的審查基準²，但是在實務上，商標近似與混淆誤認與否仍然面臨客觀判斷的問題。

就我國商標法而言，根據第30條第1項第10款及第11款之規定，申請註冊商標如相同或近似於他人同一或類似商品或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，或相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者，均不得註冊。³此外，若未經商標權人同意，為行銷目的而有於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者；或於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者；或於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，則會進一步構成侵害商標權（商標法第68條），可見商標近似與混淆誤認問題之重要。

惟上述條文中所稱之「混淆誤認之虞」應如何認定？依據智慧局所公告之「混淆誤認之虞」審查基準，判斷二商標間有無混淆誤認之虞，應參酌的是否有

¹ 商標近似與否之判定，乃係屬事實認定之範疇（行政法院89年度判字第2549號判決），但是實際上則是由判斷者主觀加以判斷，此種涉及客觀事實認定與主觀認知的判斷，可能因人而異，因此有其實際上的困難。

² 例如智慧局訂定之「混淆誤認之虞」審查基準5.5實際混淆誤認之情事，以及商標識別性審查基準5證據方法與認定5.1證明取得後天識別性的相關證據中第(6)點均有對市場調查報告加以規定。此兩份最新之基準皆係於101年4月20日修正發布，101年7月1日生效。而在美國，美國專利商標局也在其商標審查基準第1207條(T.M.E.P. § 1207.01 Likelihood of Confusion)有相關的規定。不過由於市場調查報告的專業、公正性常受質疑，實務上並不容易被認為具有證據能力，因此商標識別性審查基準中不但建議申請人可審慎評估是否進行市場調查，並對考量市場調查報告的參考價值時，提出應注意的五點重點，亦即：(1)市場調查公司或機構的公信力，(2)調查方式，(3)問卷內容設計，(4)內容與結論之關聯性，(5)其他應注意事項。

³ 美國商標法亦有類似的規定，例如不准註冊有導致混淆誤認、錯誤或欺騙之虞的商標“likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive.”請參見15 U.S.C. § 1114(1)(a) (2006).

「實際混淆誤認之情事」等八項因素⁴，並得由當事人提出市場調查報告作為佐證⁵。若當事人有提出市場調查報告，經依法踐行答辯攻防程序，可認定具公信力者，該調查結果報告應可認為具有等同實際混淆誤認情事之地位⁶。

除了審查基準之外，商標法於92年修法時，特別於第43條明文准許異議案件之當事人得提出市場調查報告作為證據。⁷而商標法之所以增訂第43條之立法理由，主要在於考慮事實之認定，有時須參考市場調查之結果，故准許當事人得提出市場調查報告，作為審理時採認之證據。⁸不過此等有關市場調查之規定在100年商標法修正時卻被刪除⁹，也因為如此，市場調查報告之實際適用情況是否也因此而有所變化，就值得探討。

⁴ 請參見「混淆誤認之虞」審查基準5.5。所謂「實際混淆誤認之情事」指實際發生有相關商品／服務之消費[者]誤認後案商標之商品係源自先權利人之情形。此事實應由先權利人提出相關事證證明之。至於判斷是否有混淆誤認的八項判斷因素，根據該基準則包括「商標識別性之強弱」、「商標是否近似暨其近似之程度」、「商品／服務是否類似暨其類似之程度」、「先權利人多角化經營之情形」、「實際混淆誤認之情事」、「相關消費者對各商標熟悉之程度」、「系爭商標之申請人是否善意」、「其他混淆誤認之因素」。此項混淆誤認之判斷標準與美國聯邦第二巡迴上訴法院在著名的 Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F.2d 492, 495 (2d Cir.), cert. denied, 368 U.S. 820 (1961) 案所揭示的八點判斷原則類似，亦即 (1) the strength of the plaintiff's mark; (2) the degree of similarity between plaintiff's and defendant's marks; (3) the proximity of the products; (4) the likelihood that plaintiff will bridge the gap; (5) actual confusion; (6) the defendant's good faith in adopting the mark; (7) the quality of defendant's product; and (8) the sophistication of the buyers.。

⁵ 智慧局所頒佈的其他基準中亦有市場調查之規定。例如商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準中，於2.1.2.1認定著名商標之參酌因素2相關事業或消費者知悉或認識商標之程度中即規定，若有市場調查及意見調查資料，亦得作為相關事業或消費者知悉或認識商標程度的證據。此外在2.1.2.2認定著名商標之證據中，該基準亦規定，判斷足資認定為著名之參酌因素，得以下列之證據證明之，其中第7點就明文規定可提供「具公信力機構出具之相關證明或市場調查報告等資料。」

⁶ 同前註4、註5。

⁷ 92年商標法第43條規定如下：異議人或商標權人得提出市場調查報告作為證據。商標專責機關應予異議人或商標權人就市場調查報告陳述意見之機會。商標專責機關應就當事人陳述之意見及市場調查報告結果綜合判斷之。此規定於評定亦可準用（92年商標法第56條）。不過，美國商標審查基準則是准許市場調查報告作為商標取得第二層意義（或次要意義 Secondary meaning）的證據，而非異議或評定之證據。1212.06(d) Survey Evidence, Market Research and Consumer Reaction Studies. Survey evidence, market research and consumer reaction studies are relevant in establishing acquired distinctiveness and secondary meaning.

⁸ 關於市場調查報告應否採用及其證明力，立法理由亦陳明，「均應予當事人陳述意見之機會，商標專責機關再依其意見綜合判斷之，始為公允。」

⁹ 100年商標法修正刪除第43條之理由，在於「市場調查報告」之規定，雖係92年法所新增之規定，惟就具有證據能力市場調查報告之證據，無作特別規定之必要。另「市場調查報告」證明力，原須依具體個案情況進行判斷，不因法律規定而有不同，故予以刪除。

由於不論是商標近似，或是與近似攸關的混淆誤認之判斷，雖然是一個主觀認定上的問題，但是由於牽涉到企業最核心的品牌資產，因此這問題不僅僅是法官自由心證的問題，更是一個影響企業價值的重大議題。為協助法院進行更客觀的判斷，各國皆紛紛引入科學客觀之市場調查方法作為輔助證據，甚至進而成為佐證是否形成混淆誤認的重要證據。¹⁰例如自1950年代起，在美國商標實務上當事人即開始採用市場調查方法以支持其主張。而德國法學界亦是自50-60年代即開始討論市場調查於商標法上之應用，後經法院廣泛使用，以致各國在判斷有無商標近似與混淆誤認之際，市場調查已是普遍採行之方式。¹¹但是在運用多年後，歐美各國亦已經針對市場調查報告在商標侵權案件中的證據能力加諸若干的限制，特別是對市場調查之方法、問卷之設計、執行調查之基本要求等加以規範，以避免市場調查報告運用的浮濫。

就我國法而言，雖然早在民國70年的商標爭議案件中，最高行政法院就曾命專責機關採行市場調查方式，以決定爭議商標是否構成近似，但是不論是調查方式或是問卷設計均顯粗糙，其所能發揮之功效亦十分有限。¹²此外，商標法從明文規定到予以刪除，專責機關雖然於審查基準中已對此有所規定，但對此議題，國內學術界與實務界則討論不多，而各法院對於是否採行市場調查方法，以及對市場調查之證據能力問題，一直到最近才出現有相關具體原則之判決。但在實務上，各法官於個案上採用的標準不見得一致，也出現當事人做了市場調查卻不為法院所接受的情形。¹³這種結果，使得當事人對於是否應運用市場調查這種證據方法亦莫衷一是，反而不利於商標法保護商標權之立法本旨。

¹⁰ 證據乃實現法律正義不可或缺要素，更為審判之關鍵。由於訴訟案件之多樣性，涉及爭訟事物之複雜，因此，據為認定事實之證據，往往涵蓋各領域與專業。法官於判斷證據是否可採或可信時，即使可藉由專家鑑定或佐證，但因無法依其事物作特殊專業考量，故僅能以嚴謹證據法則，作為依循標準。因此，健全與完備之證據法則，直接關係訴訟審判之正確與正義之實現。請參見林世宗，「合理懷疑與優勢證據法則」，全國律師第六卷第九期，頁65-73，2002。

¹¹ 請參見劉孔中，「商標法上混淆之虞之研究」，民86。

¹² 請參見馮震宇，「了解新商標法」，民90年三版，頁311-313。於該案中，生產蘋果牌泳裝的五惠公司與生產牛仔褲的德士活（Texwood）公司就牛仔褲後口袋上之蘋果形縫線是否構成商標近似發生近十年的爭議。於民國70年行政法院的判決中，行政法院就命當時的專責機關智慧局進行市場調查，以決定這兩個蘋果商標是否構成近似。為此，中標局製作了400份的問卷，但只回收101份，扣除無效問卷後，只剩59份。結果答不近似（不會構成混淆誤認）的共30份，而答近似的則有29份，就以一份之差，中標局認定兩者構成不近似。而此決定又引發新一輪的訴訟，最後行政法院判決其中三份問卷有問題，而形成28:28平手之局，又將案件發回中標局重新決定。由該案可知早期於商標爭議案件採用市場調查之問題。

¹³ 刑事訴訟法第154條規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。第155條亦規定，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。

貳、市場調查與市場調查之證據能力

為了保護得來不易的品牌知名度與商譽，對於可能構成混淆誤認之虞的近似商標，商標權人若無法與後使用之近似商標權利人達成和解，即有可能必須採行法律程序以保護其商標權。

在美國提起商標侵權之訴訟時，為了證明後使用的商標與先使用（或較知名）之商標構成近似，一般最常利用的證據包括提出專家證人（expert witness）以證明——根據專業意見證明兩商標構成混淆誤認，但是問題在於此等專家之意見並不當然可以代表消費者的認知，且往往會變成雙方專家證人的戰爭。另一個經常被利用的證據方法，則是提出兩商標於法庭上相互比較，但是這種比較也無法表現消費者實際的認知，頂多只能表現法官或美國訴訟上之陪審團對該等商標的認知。

而在國內外商標近似的爭議中，另一種經常被應用的證據則是市場調查（Market Survey, 又稱消費者調查Consumer Survey）。這是因為爭議商標之近似與否往往涉及不同人的主觀印象判斷，因此不易有客觀的證據作為決定近似與否的基礎。但是由於針對消費者所做的調查係以科學方法進行調查，且係針對消費者以直接訪問的方式以取得消費者的意見，然後再加以分析整理，突顯出其所具有之特殊科學性質色彩與客觀的外觀，也因此對於此種調查結果的證據能力為何？重要性為何？與對法院的影響為何？長久以來就不斷引起法院與學者的討論。

所謂市場調查，較少學術上的定義，一般認為係企業經常運用的一種工具。其目的乃在於針對特定市場或消費族群透過選擇樣本客戶，以取得有關現在或潛在客戶對於商品、服務、觀念與其確信的資訊¹⁴，並就調查所得資訊以統計分析

¹⁴ 請參見 Robert C. Bird, Streamlining Consumer Survey Analysis: An Examination of the Concept of Universe in Consumer Surveys Offered in Intellectual Property Litigation, 88 TRADEMARK REP. 269, 270 (1998) (Bird 教授定義消費者調查為“A consumer survey is a scientific method of presenting evidence of mental associations of a given group of people by asking a representative sample of the relevant target group. In other words, surveys gather data on the attitudes and beliefs of consumers towards a given product, name, or concept.”)。另外，請參見 Henry D. Ostberg, Response to the Article Entitled, “A ‘Reading’ Test or a ‘Memory’ Test: Which Survey Methodology is Correct?,” 95 TRADEMARK REP. 1446, 1446 (2005)。在該文中，Ostberg 教授將消費者調查定義如下：“Consumer surveys used as evidence in trademark litigation frequently involve showing respondents one or more products, advertisements or marks and asking the respondents for their perceptions and beliefs about these stimuli.”。

之科學方法加以評估該族群之態度或確信，從而預測消費者的行為（如購買意向）或市場方向¹⁵。亦有認為市場調查係針對企業經營區域內消費者的消費特點和購買力的一種研究方法。¹⁶至於取得消費者態度與確信的方式，則可以運用各種方式，例如電話、網路、甚至在購物中心直接對消費者進行問卷訪問。商標爭議的雙方之所以運用市場調查之主要目的，就是在於透過這些科學方法所蒐集的證據，以證明消費者對於爭議商標確實存在混淆誤認之虞或無混淆誤認。

由於針對消費者所為的市場調查可以提供專家證人所無法提供的消費者認知的直接證據，又可以取得於單純比較涉案商標所無法取得的消費者認知等資訊，故不論是法院或是學者都對市場調查相當的重視。也因為如此，許多國內外學者認為法院已經廣泛的接受市場調查作為判斷兩商標是否近似的證據，也對法院之判斷有相當程度的影響¹⁷。

一、美國法院對市場調查之態度

美國商標訴訟中採行市場調查起源甚早，而經當事人於訴訟過程中積極採用之後，也對法院產生了一些微妙的影響。但由於市場調查成本與作業的考慮（例如執行成本高、法院對問卷設計與方法要求也高），因此雖然美國商標審判與上訴委員會（Trademark Trial and Appeal Board, TTAB）早在1995年於*McDonald's Corp. v. McClain*案中就明確的表示，並不要求雙方當事人提出市場調查報告，也不會對未提出之一方為不利的推論¹⁸。但是不同的美國法院則有不同的見解。例如有法院對於當事人未能提出市場調查報告而頗有微詞¹⁹，或是對當事人因考慮

¹⁵ “A market survey is a tool used to gather information about existing or potential customers in a certain market or population. Researchers select a sample of customers from the population. The information from the survey is then used to assess attitudes and beliefs, and in turn predict market behavior, such as buying intentions.” http://www.ehow.com/about_6569637_meaning-market-survey_.html (last visited November 5, 2013).

¹⁶ “The study of the spending characteristics and purchasing power of the consumer who are within your business's geographic area of operation.” <http://www.entrepreneur.com/encyclopedia/market-surveys> (last visited November 5, 2013).

¹⁷ 請參見 Gabriel M. Gelb & Betsy D. Gelb, *Internet Surveys for Trademark Litigation: Ready or Not, Here They Come*, 97 TRADEMARK REP. 1073, 1075 (2007); Michael Rappeport, *Litigation Surveys—Social “Science” as Evidence*, 92 TRADEMARK REP. 957, 957 (2002).

¹⁸ 37 U.S.P.Q. 2d. 1274 (TTAB, 1995).

¹⁹ 例如在 *Gimix, Inc. v. JS&A Group, Inc.*, No. 80 C 6592, 1982 WL 52164, at *1006 (N.D. Ill. Jan. 13, 1982), *aff'd*, 699 F.2d 901 (7th Cir. 1983)，法院即對雙方都未能提出市場調查報告而訓誡雙方。

高額的市場調查費用而未能提出市場調查報告不假詞色²⁰。雖然美國有些法院表示，若有其他證據存在，則市場調查報告並非最主要的證據²¹，但是亦有部分法院認為市場調查報告乃是在商標侵權案件中證明構成消費者混淆誤認最直接的證據²²。此等兩極的態度，也造成各方對在商標爭議中，究竟市場調查報告能發揮如何的影響力與是否應發生影響力產生質疑。

二、美國學界對市場調查之態度與研究結果

在學者方面，美國學者也呈現不同的聲音。例如有些學者從一些法院偏向市場調查的判決出發，故出現偏向認同市場調查的見解。例如MaCarthy教授在檢討相關法院判決後，就認為若是當事人未能提供市場調查報告，似乎表示其對所涉及的案件並不是特別重視（less than deadly serious about its case）²³。Thornberg教授則認為，在商標爭議案件中，選擇並執行市場調查乃是訴訟律師最重要的決定之一。²⁴更有學者認為，市場調查是在成功證明商標應受保護時不可或缺（all but indispensable）的證據²⁵。

但是近年來，部分學者從實證的角度出發，卻得出不一樣的結論。例如有學者研究1994-1997年間聯邦法院所作出的商標侵害案件判決後發現，法院並不是特別重視市場調查之證據，且各法院對於如何在商標侵權案件中判斷是否有混淆誤認之虞也並不統一²⁶。而在對2001-2006年的127件聯邦商標侵害案件所做的研究後，學者也發現縱使提出市場調查證據，但是從判決結果觀察，原告勝訴情況僅

²⁰ Sports Traveler, Inc. v. Advance Magazine Publishers, Inc., 25 F. Supp. 2d 154, 164 (S.D.N.Y. 1998).

²¹ Checkpoint Sys., Inc. v. Check Point Software Techs., Inc., 269 F.3d 270, 282 n.10 (3d Cir. 2001).

²² McNeil Nutritionals, L.L.C. v. Heartland Sweeteners L.L.C., 566 F.

Supp. 2d 378, 392 (E.D. Pa. 2008); CoRect Prods. v. Marvy! Adver. Photography, Inc., 780 F.2d 1324, 1333 n.9 (8th Cir. 1985); Tone Bros. v. Sysco Corp., 28 F.3d 1192, 1204 (Fed. Cir. 1994); Vision Sports, Inc. v. Melville Corp., 888 F.2d 609, 615 (9th Cir. 1985).

²³ 6 J. THOMAS MCCARTHY, in MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION, § 32:195 (4th ed. 2012).

²⁴ “[s]electing and performing a consumer survey for use as evidence in a trademark dispute represents one of the most important decisions made by a trial attorney.” Robert H. Thornburg, Trademark Surveys: Development of Computer-Based Survey Methods, 4 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 91, 91 (2004).

²⁵ Joshua M. Dalton & Ilisa Horowitz, Funny When You Think About It: Double Entendres and Trademark Protectibility, 88 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC’ Y 649, 652(2006).

²⁶ Jacob Jacoby & Maureen Morrin, “Not Manufactured or Authorized by. . .” : Recent Federal Cases Involving Trademark Disclaimers, 17 J. PUB. POL’ Y & MARKETING 97, 97 (1998).

獲得少許的改變，並不會因為提出市場調查報告即大幅增加原告的勝訴可能²⁷。更重要的，就是Beebe教授針對2000-2004年331件聯邦商標侵害案件所做的研究²⁸。他發現在判斷系爭商標是否構成混淆誤認之虞時，法院並不會去考量所有混淆誤認的相關因素，反而僅會特別關注某些判斷因素，且市場調查並無一般人所想像的廣泛使用²⁹。

基於Beebe教授的研究，Bird & Steckel 教授於2012年又就2000-2006年美國聯邦法院的533件商標侵權案件進行研究³⁰。該研究的結果也再度證明Beebe教授的見解，因為該實證研究的結果推翻一般學者或訴訟當事人的想像。因為該研究針對這6年商標訴訟案件所作的研究，發現只有不到17%的案件當事人有提供市場調查報告³¹。此外，法院對於市場調查反而採取比較嚴格的態度，也就是若其調查方法有任何瑕疵，法院將會不吝於質疑該報告，也因此市場調查反而會在法院面臨嚴格的檢驗³²。

Bird & Steckel 教授的研究還發現，不論原告或被告所提出的市場調查證據如何，都只在其他證據並不具有明顯證據力時，方能發揮其效力³³。也就是說，若是在其他證據已經可以顯示消費者會或不會構成混淆誤認時，市場調查證據所

²⁷ Dan Sarel & Howard Marmorstein, *The Effect of Consumer Surveys and Actual Confusion Evidence in Trademark Litigation: An Empirical Assessment*, 99 TRADEMARK REP. 1416, 1423, 1430 (2009)

²⁸ Barton Beebe, *An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 94 CAL. L. REV. 1581 (2006). 嗣後，Beebe 教授在其後續的研究中，針對紐約南區地方法院 (SDNY) 在 15 年間所作的 224 件判決進行研究，但是並未特別針對市場調查再做強調。

²⁹ Beebe 教授發現，法院最關切的判斷因素只有三個，也就是商標近似的程度 (similarity of the marks, 產品的類似性 (proximity of the goods) 以及原告商標識別性之強弱 (strength of plaintiff's mark)。Id. at 1611. 其中，又以商標的近似與否是最重要的判斷因素。Id. at 1623.

³⁰ Robert C. Bird & Joel H. Steckel, *The Role of Consumer Surveys in Trademark Infringement Cases: Evidence from the Federal Courts*, 14 U. of Penn. Journal of Business Law 1013 (2012).

³¹ Id. at 1035.

³² Joel Steckel, Rene Befurt, Rebecca Kirk Fair, *Is It Worth Anything? Using Surveys in Intellectual Property Cases*, at 3.

³³ 此種見解與美國聯邦最高法院在 *Moseley v. V. Secret Catalogue Inc.* 537 U.S. 418, 123 S.Ct. 1115, 155 L.Ed.2d 1, (2003) 之見解類似。聯邦最高法院指出 "It may well be, however, that direct evidence of dilution such as consumer surveys will not be necessary if actual dilution can reliably be proven through circumstantial evidence—the obvious case is one where the junior and senior marks are identical. Whatever difficulties of proof may be entailed, they are not an acceptable reason for dispensing with proof of an essential element of a statutory violation."

能夠發揮的效力就極為有限³⁴，這種結果也與一般人之想像有相當大的差異。相對的，若其他證據無法明確證明涉案商標是否構成混淆誤認或近似時，此時若被告能提出市場調查報告，反而會有助於其抗辯。相反的，若原告提出市場調查報告，則只要其問卷設計有任何瑕疵，都將可能不利於原告³⁵。

基此，Bird & Steckel教授建議，現行判斷商標是否有混淆誤認的八個判斷標準應作適當的修正，以免誤導民眾認為這八個判斷因素都有相同的重要性或是法院會等量齊觀，這是因為Bird & Steckel教授發現，由於法院在實際審理案件時反而會賦予各因素不同的影響力，使得此判斷標準反而易陷於不確定的情事。其更大膽建議，法院其實只要考慮「商標近似之程度」（similarity of the marks）、「商品類似之程度」（proximity of the goods）、以及「商標識別性之強弱」（strength of the plaintiff's mark）這三個因素即已足，蓋若這三個因素都偏向構成混淆誤認，則在95%的案件中法院都會判決構成混淆。其等還建議，若需要還可以考慮加入是否構成實際混淆（actual evidence of confusion）的判斷因素，並將此4個判斷因素作為判斷是否構成混淆誤認的第一階段判斷因素。也就是說，只有在這4個因素均無法客觀的判斷是否構成混淆誤認時，才進而考慮其他Polarid案所考慮的其他4個因素³⁶。

三、英國法院對市場調查之態度

就英國而言，市場調查是否可以於商標訴訟中取得證據力以及如何方可承認該市場調查的證據力之判斷，並無一定的標準。對此，英國法院首先在1984年的*Imperial Group plc v Philip Morris Ltd.*³⁷一案中對此問題加以處理，並提出判斷的基本原則。其後英國上訴法院（Court of Appeal, COA）又在2012年的Marks &

³⁴ Bird & Steckel, supra, note 30 at 1042. 該研究發現，若是Polaroid案的八點判斷因素無法決定是否構成混淆誤認時，被告所提出的市場調查報告將會扮演重要的角色。但是若根據該等判斷因素已可以判斷混淆誤認時，則被告所提供的市場調查報告亦不易有較大的影響。Bird & Steckel, at 1043.

³⁵ 就理論而言，法院應對原被告雙方所提出之證據應採同等待遇，並保持中立。但是在實證研究中，學者卻發現此種情況的出現。Ib. at 1044.

³⁶ Bird & Steckel, supra note 30 at 1045-1046.

³⁷ [1984] RPC 293.

*Spencer v Interflora*案³⁸中又再次加以強化，並對從事市場調查的方法與問卷設計有了更明確的規範。根據此等判決，目前英國法院對市場調查在商標案件的應用也和美國一樣，有一定的要求，法院並非照單全收³⁹。

*Interflora*案之實質爭議問題在於，Marks & Spencer透過拍賣取得在Google的關鍵字廣告AdWorks服務中使用Interflora的權利。也因為其利用Interflora作為關鍵字廣告，使其網路送花服務業績增加100萬英鎊，更使得Interflora的關鍵字拍賣價值被推升到75萬英鎊，因此Interflora乃對Marks & Spencer提起商標侵權的訴訟。而該案主要問題在於該廣告是否會使「合理知悉且合理注意的網路用戶」(reasonably well-informed and reasonably observant internet user)產生混淆誤認。於審理後，上訴法院基本上推翻了下級法院的裁決，其原因在於上訴法院認為「合理知悉且合理注意的網路用戶」乃是一個法律擬制的人，因此在絕大多數情況下，法官即能夠決定是否會使「合理知悉且合理觀察的網路用戶」產生混淆，故不需要依賴市場調查中的受訪者之證詞做依據⁴⁰。

上訴法院指出，英國過去的司法實務見解，也就是除非法官能認定市場調查報告並無價值，否則即應承認該報告證據能力的見解應有所修正。上訴法院認為應該是由提出該調查報告的一方當事人去證明該報告的證據力與採用該調查報告的優點後，再由法院決定應否承認。法院並進而表示，雖然當事人可以不依靠從調查所取得的證據，特別是該證據並無統計學上的有效性和可依賴性，但是在不同場合，則應有不同的考慮，例如若證據包括相關公眾成員對涉嫌侵權的標誌或

³⁸ [2012] EWCA 1501. 本案嗣後上訴至歐盟法院 (Court of Justice of the European Union)，並經 ECJ 作成判決 (C-323/09 - *Interflora Inc. and Interflora British Unit v Marks & Spencer plc et Flowers Direct Online Ltd.*)。但由於 ECJ 審理的爭點主要在於網路廣告使用他人商標作為關鍵字使用是否構成侵權，與本文所討論之市場調查無關，因此對於 ECJ 之判決即不多加討論。請參見 Harbottle eBulletin, War of the Roses: ECJ's Ruling on *Interflora v Marks & Spencer*, <http://www.harbottle.com/war-of-the-roses-ecjs-ruling-on-interflora-v-marks-spencer/> (last visited November 15, 2013).

³⁹ Walker Morris, Use of surveys as evidence of trade mark infringement, <http://www.walkermorris.co.uk/use-surveys-evidence-trade-mark-infringement> (last visited November 7, 2013).

⁴⁰ Arnold 法官將「合理知悉且合理注意的網路用戶」定義為："the average reasonably well-informed and reasonably observant internet user is not particularly technically literate, does not know precisely how AdWords operates and is not aware of the issues." 也因此證人對此擬制人格的證詞即無特別的價值，因為證人所言可能無法超過法官心證所得出的結論。故 Arnold 法官根據自己的判斷，認為 M&S 的廣告並無法使「合理知悉且合理注意的網路用戶」得以知悉其與 *Interflora* 並無任何關係，反而使得許多搜尋 *Interflora* 的網路使用者進入 M&S 網站，並進而誤認 M&S 係 *Interflora* 網絡的一部分，因此判決 M&S 的行為侵害 *Interflora* 之商標。

廣告的即時反應，或是證據來自於被詢問的消費者以強化調查結果之可依賴性，或是有疑義的商品和服務並未提供給普通消費者且不太可能在法官的個人經驗中等，則應作特別的考慮。

因此上訴法院針對市場調查提出下列的基本原則，亦即：（1）當事人一方可以不需要取得法院的許可就可以進行測試調查（test survey），但是應自行承擔風險與費用；（2）若無法院的許可，不得進行進一步的調查或提出作為證據；（3）未經法庭許可，任何一方不得將受訪者的調查結果援引作為證據⁴¹。

若當事人欲尋求法院准許進行調查，則應向法院提供下列的資料，包括：（1）任何測試調查的結果；（2）任何進一步的調查都會符合Whitford準則（詳下述）的具體證據，以及（3）進行測試調查與進一步調查所需之費用⁴²。

相對的，若是一方當事人尋求法院傳訊接受詢問的消費者擔任證人，則當事人應提供法院下列資訊：（1）該證人所欲陳述之聲明；（2）證明證人之證據具有決定系爭爭議問題的真正價值；（3）確認該調查確實完成的份數，如何進行，以及受訪者的人數與其所有的回應；（4）揭露該欲傳訊的證人如何從被受測者中選出；（5）提供法院進行測試調查與和該證人有關之進一步調查的費用⁴³。

根據英國上訴法院的此項判決，可以了解未來英國對於在商標案件中採用市場調查報告將會採取一個較嚴格的態度，也因此選擇要依賴市場調查報告的一方當事人將會承擔證明市場調查報告具有真實價值（real value）的舉證責任。也就是說，法院認為委託進行市場調查之一方當事人應符合下列Whitford準則（The

⁴¹ (a). A party may conduct a true pilot survey without permission, but does so at its own risk as to costs; (b). No further survey may be conducted or adduced in evidence without the court's permission; (c). No party may adduce evidence from respondents to a survey without the court's permission.

⁴² 1. the results of any pilot survey; 2. evidence that any further survey will comply with the Whitford guidelines (which are guidelines regarding survey conduct); 3. the costs of carrying out the pilot survey and of carrying out the further survey.

⁴³ 1. provide the court with witness statements from the witnesses proposed to be called; 2. demonstrate that their evidence will be of real value in deciding the issues for determination by the court; 3. identify the survey and, in the case of the administration of a questionnaire, disclose how many surveys have been carried out, exactly how they were carried out, the total number of persons involved and their answers to all questions posed; 4. disclose how the proposed witnesses were selected from among the respondents to the survey; 5. provide the court with the cost of carrying out the pilot survey and the estimated costs of carrying out any further work in relation to those witnesses.

Whitford Guidelines) 的要求，該市場調查報告才能在法庭上具有證據力⁴⁴：

1. 找出消費者中與系爭商標有關的交集的民眾⁴⁵。
2. 充分揭露進行多少次調查訪問、如何進行調查、給受訪者的指示、受訪者所有的答案、以及該市調所涉及的總人數等資訊，方具有可靠的推論價值。
3. 所委託進行的市場調查必須具有一定的份數，以確保所獲得的成果具有統計上的重要性。
4. 在問卷中應避免誘導性問題，並避免鼓勵證人採取推測的答覆。
5. 確保訪問者應記錄完整的答覆，而非僅記錄答覆的摘要。

根據英國上訴法院在M&S案明確的宣示，未來在英國若要在商標侵害案件中主張市場調查的證據，只有在特殊或不尋常的情況下才會被准許，且縱使被准許，也必須符合一定的條件（也就是具有實際價值且符合Whitford準則），才能具有證據能力，也進一步凸顯法院對市場調查之態度。

參、我國司法機關對市場調查之態度

雖然歐美各國在商標爭議案件中運用市場調查作為判斷是否構成混淆誤認／近似的重要證據已經有相當的時間，且市場調查報告也在法院形成心證時發生一定的影響力量，但是從前述英美之相關學者研究與判決可以了解，其等雖承認市場調查可以作為證據方法之一，但是為了防止濫用，因此亦嚴格要求市場調查應具備一定的條件，方能具有證據能力，也就是說，英美法院已經對市場調查逐漸採行較嚴格的態度。

⁴⁴ 請參見 Sarah Burke and Rachel Montagnon, Surveys in trade mark infringement cases: lessons from Marks & Spencer v Interflora, Practising Law, <http://uk.practicallaw.com/1-525-3850?sd=plc> (last visited November 15, 2013).

⁴⁵ 英國法院認為，若市場調查要具備任何效力，則受訪者選擇的方式，是最重要的。

相對的，在我國市場調查的影響力究竟為何？法院是否對市場調查報告照單全收？還是有不同的認定？甚至是否如同英、美法院一般，對市場調查的問卷設計、執行方法等有明確的要求，就值得研究。

事實上，依據混淆誤認之虞與商標識別性審查基準的說明或目前法院實務，市場調查報告理論上可以對商標混淆之虞的判斷產生一定程度之影響，但如何提出有效且無瑕疵的市場調查報告作為佐證，並非易事。特別是在近年來智財法院成立後，智財法院亦與英美同步，開始對問卷採行較嚴格的態度，甚至要求市場調查應根據公平會「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」之要求進行調查，方具有證明力，凸顯出台灣司法機關與英美同步的趨勢。

一、早期法院之見解

就我國司法機關之見解觀察，早期法院對於市場調查之態度，乃係採取較為保留之態度，因此業者縱使提出市場調查報告作為證據，但是法院往往並不會採納該證據，甚至以該市場調查並非官方指定機構所為，或是僅部分取樣，欠缺客觀性，或有其他之瑕疵而否定該調查之證明力。

例如在美商安和賽—布斯公司百威啤酒（Budweiser）爭議案件中⁴⁶，安和賽—布斯公司因不滿智慧局核准捷克商布維斯布德偉國家公司於第21類杯盤類商標（包括啤酒杯等容器）註冊與百威啤酒商標文字翻譯相同之捷克文商標「Budejovicky Budvar設計圖」，認為會讓消費者產生混淆誤認因而提出訴訟。

於最高行政法院審理時，美商百威啤酒提出知名的尼爾森行銷研究顧問公司所做的市場調查報告作為證據。該市場調查係針對將系爭商標使用於啤酒商品為例進行公開抽樣訪查，其結論認為捷克商的商標與百威啤酒的商標會造成台、韓、港三地三成以上民眾混淆誤認之虞。

但最高行政法院認為，美商與捷克商公司的商標就圖形上來看，並不會造成消費者混淆誤認之虞，再者，因為國人對捷克文不熟悉，因此即使此二字是相同

⁴⁶ 最高行政法院 93 年度判字第 143 號判決。

的文字內容、只是不同語言的翻譯，亦不會造成消費者的混淆誤認。而就美商提出的市場調查報告顯示，有三成以上民眾會有混淆誤認此二商標之虞的結果，但最高行政法院認為，該項報告並非官方指定機構所為，且取樣對象為在Pub消費的特定消費者，並非普通知識之一般商品購買者，且該涉案商標係指定使用於啤酒杯，而市場調查的對象為啤酒，取樣不合，且韓國與香港的報告不可採，故據以認定整份報告均不採用，進而判決美商公司敗訴，凸顯出過去法院對市場調查的典型態度。

而在愛迪達公司有關三線商標註冊之爭議中，智慧局認為愛迪達公司以「Trousers with 3 stripes」商標（不含adidas文字）在褲子兩側縫線註冊之商標不具識別性而予以核駁，愛迪達公司不服提起上訴，並提出市場調查報告指出，在臺灣北、中、南所做市場調查之1,000位受訪消費者中，高達833位（佔83.3%）消費者在調查過程中，可辨識出僅含有「3 stripes logo（三線圖）」的系爭商標之運動衣褲品牌為adidas產品。

對於此市場調查，最高行政法院認為，Adidas所為的市場調查報告僅部分採樣，欠缺客觀性，難逕以之認定相關消費者得以認知其為表彰商品來源之識別標識。此外，該院還表示原審法院指出系爭立體商標的使用態樣，依我國內相關消費者的認知，運動褲外側部分的線條設計為常見之裝飾圖樣，是以系爭商標尚難僅憑部分採樣的市場調查報告，逕而認定相關消費者得認識其為表彰商品來源之識別標識，而得以依商標法第23條第4項規定准予註冊。⁴⁷

從上述最高行政法院之判決可以了解，法院過去對市場調查之證據能力似採嚴格的態度，對以部分採樣的市場調查報告亦採保留之態度，使得市場調查並無法發揮其客觀之證據能力。

⁴⁷ 最高行政法院 99 年度判字第 681 號判決。

二、近年來法院之見解

隨著專業之智財法院於2008年成立並順利展開運作後，可以觀察到法院對於市場調查的態度逐漸出現改變，更重要的，就是透過判決對市場調查之有效性與證明力等重要問題有了更具體的闡釋。

首先值得探討的案例，就是台北銀行（Taipei Bank）的商標侵權案件。在該案中，被告大台北銀行主張：「原告（台北富邦銀行）等所提出其委託財團法人台灣經濟科技發展研究院智慧科學研究所製作之問卷調查報告，觀諸其內容，其調查主體欠缺公信力、調查方式欠缺正確性且樣本代表性顯然不足、調查方式及問卷內容之設計具誘導性，欠缺公正、客觀及正確性、問卷內容之設計與結論間欠缺關聯性，實不足以作為已致相關消費者混淆誤認情事之依據。」

法院認同被告之見解，指出台北富邦雖舉其客服專線電話錄音、譯文及財團法人台灣經濟科技發展研究院智慧科學研究所之研究調查報告為相關消費者有產生混淆誤認之佐證，「然查……原告所舉之研究調查報告……並未詳明其調查對象、調查方式及問卷內容之設計，其客觀性不足，是否能確實反應兩造商標間關係，不無疑義，且此問卷亦無法證明被告使用「大台北銀行」之行為，與原告之商標間，有導致相關消費者混淆誤認結果之發生。」⁴⁸

不過最高法院受理台北富邦銀行上訴後，經兩造同意後另請山水民意研究公司就上訴人系爭「台北銀行」、「台北富邦」商標與被上訴人之公司名稱以及簡稱「大台北銀行」為調查，結果仍有76.2%受訪者會與上訴人「台北銀行」之文字產生混淆誤認。⁴⁹而就上訴人系爭「台北銀行」商標比對結果，仍有逾五成之受訪者認為兩者可能係同一銀行⁵⁰。

也因為如此，最高法院指出，上訴人系爭「台北銀行」及「台北富邦」商標中，以「台北銀行」商標最易使公眾與被上訴人之名稱產生混淆，而此種混淆結果，使上訴人系爭「台北銀行」商標之識別性或指向性產生減損，此在同時同地

⁴⁸ 智財法院98年民商訴字第41號民事判決參照。

⁴⁹ 其中包括39.2%受訪者認為兩者為同一家銀行，37.0%認為雖不像同一家銀行，但偏向有混淆誤認情形。

⁵⁰ 其中26.1%受訪者認為係同一家銀行，而28.3%認為雖不像同一家銀行，但有混淆誤認情形。

之觀察業已如此，在異時異地隔離觀察時，所造成之識別困難度以及混淆誤認之結果將益增明顯，等於間接承認了市場調查之結果⁵¹。

更值得注意的，就是最高法院在英代爾（Intel）控告廣濱國際公司侵害其商標權的案件中，對市場調查採取了與過去截然不同的見解。⁵²在該案中，上訴人英代爾主張其為世界知名之電腦、微晶片製作公司，且其商標為世界前十大商標，已達相關事業及消費者所普遍認知之著名程度，並於90年3月20日申請取得「INTEL」商標，指定使用於進出口服務暨對外貿易有關之資訊、諮詢服務等業務。

被告廣濱國際則主要從事船務代理、國際貿易為業，於93年4月1日，未得英代爾之同意，以「INTEL」字樣連結「TRANS」即「INTEL-TRANS」為其公司英文名稱的特取部分，並以「INTEL-TRANS CO, LTD.」之名向經濟部國際貿易局申請進出口廠商登記，使用在其公司招牌、名片及文件上。

英特爾認為，廣濱國際之行為，使消費者在接觸其公司時，極易混淆其為「INTEL」系列之一而為同一來源，或誤認被上訴人與其之間存有關係企業、授權或加盟等關係或其他關聯性，並提出汎亞徵信公司徵信報告書以證明廣濱國際之Intel-Trans公司名稱有「混淆、誤認或減少識別性或信譽」其事，且其行為已減損系爭商標之識別性及商譽，並侵害其商標權等情，故請求法院命廣濱國際停止使用Intel-Trans為其公司英文名稱之特取部分。

就本文所討論之市場調查部分，最高法院則認為，於侵害商標權事件，如當事人提出相類的市場調查或徵信報告作為應證事實之證據者，本於商標法舊法第43條之旨趣⁵³，在訴訟程序上仍可認其為調查證據方法之一種。於此情形，法院自應就該市場調查或徵信報告內容，依其專業抽樣問卷及實際調查而得之意見，踐行調查證據程序而後定其取捨，並依自由心證判斷事實之真偽。倘法院對該報

⁵¹ 最高法院99年度民商上字第八號民事判決。

⁵² 最高法院99年台上字第1360號民事判決。此案主要爭點有二，首先是被上訴人以「INTEL-TRANS」為其公司英文名稱之特取部分是否為商標法第62條第1款、第2款所稱之「公司名稱」？其次則是本文所關注之市場調查報告之效力與對法院之影響力。

⁵³ 商標法於92年5月28日修正時，為兼顧關於事實之認定，有時須參考市場調查之結果而斷，乃增訂第43條第一項規定，異議人或商標權人得提出市場調查報告作為證據，此因為異議、評定或廢止程序（同法第56條規定準用第43條）而設。

告書所為的證據評價認不足取者，於調查證據前，亦應就證據上的爭點（包括證據評價觀點之心證公開）曉諭兩造，並向當事人發問或曉諭，令其聲明其他證據，才為適當完全之辯論，以避免發生訴訟上之突襲⁵⁴。

最高法院進一步指出，英代爾既提出汎亞公司徵信報告書以證明「混淆、誤認或減損識別性或信譽」其事，原審只以該報告書係英代爾片面委託汎亞公司製作，非司法院核可鑑定單位，該報告上未載明由何人市場調查，問卷上僅載受訪者姓名與電話，而未有身分證字號或住址為由，即認被告辯稱使用系爭英文名稱，未致混淆、誤認或減少識別性或信譽，堪以採信，不免速斷⁵⁵。

從該判決內容可以了解，最高法院於該案判決中，已經就市場調查在我國實務上的影響力作了一些改變。本來，就我國學者之見解，市場調查在行政程序上的證據能力而言，較可行的應該是請專業機構從事市場調查報告作為證據文書，並可委託第三方作為證人。此外就行政及民事訴訟程序上的證據能力而言，法院幾無主動進行市場調查之可能，故應由當事人為之。雖當事人親自設計與執行的市場調查不具有證據能力，但可由當事人或訴訟律師參與設計問卷，並交由專業機構執行。而市場調查並非傳聞證據，因此在委託第三者設計執行上，並不會因此失去證據能力。

更值得注意的，就是最高法院認為市場調查乃係一種證據方法，並非鑑定。⁵⁶因此市場調查即要有一定之限制，避免流於人民公審的地步。就市場調查的目的而言，乃在於提供事實以供參考，法律問題則仍保留由法院判斷。因此市場調查無法避免的是個事實的模擬，故其結果與事實或有落差，此更待法官進一步去斟酌考量。雖然市場調查的統計資料作為一種證據方法之效力，最多只是有權機關判斷上的輔助工具，

⁵⁴ 民事訴訟法第 199 條 1 項、第 2 項及第 296 條之一第 1 項。

⁵⁵ 最高法院認為，未得商標人之同意，以他人著名之註冊商標或他人之註冊商標中之英文文字，作為自己公司之英文名稱，固非屬該二條款所定之「公司名稱」。惟如以之作為其「表彰營業主體或來源之標識」之名稱，致減損該著名註冊商標之識別性或信譽，或致商品、服務相關消費者混淆誤認者，亦應視其為侵害商標權，此觀該二條款除以「公司名稱、商號名稱、網域名稱」為例示規定外，另以「或其他表彰營業主體或來源之標識」等字作概括規定，並參照 92 年 5 月 28 日修正本條款以擬制方式規範侵害商標權之態樣其立法理由自明。

⁵⁶ 於刑事訴訟程序上的證據能力，法院可依職權調查證據。但就審判之外委託第三者一事，頗有爭議：直接審理主義認為，審判外之市場調查結果，必須經由法院以傳喚市場調查負責人到庭作證，才可具有證據能力；傳聞法則認為，傳聞證據原則上欠缺證據能力，但在有所謂「可信性之情況保證」下，足以令人相信其虛偽成分不高，因此可作為例外。

並不能取代或拘束有權機關之獨立判斷。惟就商標法的「混淆誤認之虞」的問題而言，在市場調查中必須有「相當數量」的眾人受到混淆，方可充分證明有混淆之虞⁵⁷。

三、法院對市場調查報告之具體意見

就法院之判決觀之，法院對市場調查之態度，已經逐漸從懷疑趨向肯定⁵⁸，但是對於市場調查應如何進行方能具有證據能力之問題，則仍有不明。相對於英美法院對市場調查之相關設計、執行等所做出的嚴格要求，我國實務上似有不足。所幸最高法院與智財法院於近年來已經在相關之判決中，建立起對市場調查之相關基本規範架構，提供各界一個可以依循的標準，將有助於釐清市場調查之相關疑義。

例如在台大物流公司與台灣大學間就原告使用TAITA商標，是否會構成混淆誤認的爭議中，台大物流舉出其自行委託某大學教師所作的市場調查作為證據。⁵⁹但是智財法院認為該市場調查報告不具證明力。智財法院明確的指出：市場調查報告應審查之事項，包含從事市場調查業務之期間、營業數量、調查報告之經驗、調查期間、調查方法、調查人員之素質、調查技巧、調查地區範圍、調查對象、抽樣方法、母體及樣本數、問卷種類、題目類型、題目區分、基本原則、結構安排、目標而設計、因果關係等事項。法院明確指出，無法客觀呈現真正市場與消費者之消費

⁵⁷ 有學者認為，若有百分之十的人認為商標有混淆之虞，就值得有權機關仔細加以分析、判斷其有無近似混淆之虞。請參見劉孔中，「論市場調查在商標法及公平交易法之應用」，台大法學論叢，26卷2期，民86.1，頁173-195。

⁵⁸ 法院甚至認為雖然並非由專業的市場調查公司所為之調查，特別是利用網路所為的調查，亦有市場調查之效果，可作為證明之用。請參見智財法院101年民商訴字第50號民事判決。在該案中，原告於網路發起意見調查，詢問網友覺得「Rainbow Love」跟「Rainbow」有相似會混淆請留言，或比讚，則有694個網友按讚，並有網友留言表示「很容易看錯」、「看到Rainbow就點進去才覺得怪怪的」等意見出現，足見消費者已有實際混淆誤認之情事產生。此外，智財法院還認為，上開意見調查雖非經兩造協議交由客觀公正之市場調查機構所做成，然觀之上開網頁其留言者之帳號均不相同，應認內容非原告所偽造，而有相當程度之可信度，自可作為實際有無混淆誤認情事之判斷依據。

⁵⁹ 智財法院指出，查原告雖主張委託某教師調查醫藥大學畢業班程度之27位學生，對於「TAIDA」、「TAITA」、「台大」、「臺大」及「NTU」是否關聯之看法。經調查觀之，系爭商標無法絕對連結TAITA、台大、臺大及臺灣大學之關聯，相關消費者於異時異地隔離通體觀察，讀音於唱呼時，未有極相近之處，應可資區辨兩者之差異，無混淆誤認之虞云云。智財法院102年行商訴字第41號判決。

與評價態樣，自不足作為判斷之依據。反之，足以客觀呈現真正市場與消費者之消費與評價態樣，即可採認市場調查報告作為判斷基準。

基於此等要求，智財法院指出，原告之市場調查報告未說明市場調查內容應符合之要件、調查方式、期間、方法、技巧、地區範圍、對象、抽樣方法、母體及樣本數、調查人員之素質、問卷題目及格式之設計、問題表達之方式等項目，其無法客觀呈現真正市場與消費者之消費與評價態樣，故該院無法據此市場調查報告，作為判斷兩商標並無致相關事業或消費者混淆誤認之虞之佐證。

更值得注意的案件，就是智財法院在102年行商訴第23號判決。透過該判決，智財法院表達出對市場調查報告的證據能力的明確態度。在該商標評定案件中，被告雖以「正確性、客觀性，容有疑義」為由對原告提出之市場調查報告提出質疑，但是智財法院卻根據公平會「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」認為該報告可為佐證，並據而判定據以評定商標（咖比GABEE）並非著名商標。

智財法院於本案中明確的指出，參諸公平交易委員會「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」可知，得以採信之市場調查應具備如後要件，其證明力依具體個案情況進行判斷：

1. 市場調查公司之公信力：市場調查報告應附有市調公司的背景資料，至少應包含從事市場調查業務之期間、營業量數、曾進行之調查報告等，藉以評斷其是否為可信賴之市調主體。
2. 調查方式：應列明調查期間、調查方法、調查地區範圍、調查對象、抽樣方法、母體及樣本數等，是否為一般大眾可接受之方法，且應具有合理性與合目的性。
3. 基本資料：有無檢附受調查者之基本資料，倘有基本調查資料者，原卷是否有保留，俾利嗣後可能之調查。
4. 問卷內容之設計：是否針對預定達成的目標而設計。申言之，該市調報告所設計之調查內容，應符合其目的性。
5. 內容與結論之關聯性：調查內容與調查所得的結果或結論，應具備演繹推論上

之合理性與關聯性。

6. 結論與待證事實之因果關係：市調結論與所預定的目標間，在客觀上與受理案件之待證事實應有相當因果關係，始可認為該市調結論具有證據力。所謂相當因果關係，係指符合前述要件的調查均可演繹推論出待證事實。
7. 誤差或信賴水準之說明：有關市調報告之統計量誤差及信賴區間，應由提出該市調報告的主體說明之。
8. 洽詢學者專家意見：爭議當事人均提出市調報告而內容不一致，或因案件性質之需要者，得先洽詢相關領域之學者專家意見。

從上述之討論可知，相對於國際間對市場調查之重視程度，我國商標法除舊法第43條與相關審查基準的概略規定外，很明顯的欠缺關於市場調查報告應備要件之相關規定。雖然如此，行政院公平交易委員會則訂頒「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」⁶⁰，不但明確規定具有可採信之市場調查應具備之要件，還規定其證明力依具體個案情況進行判斷，這也成為各專責機關中關於市場調查報告之重要規範，透過智財法院判決的援引適用，該評估要項也將對商標案件中雙方當事人所提出的市場調查報告產生直接的影響⁶¹。

肆、結論

市場調查乃是證明系爭商標是否會對消費者構成混淆誤認判斷最廣泛運用方法之一。這是因為其科學性質與直接對消費者調查詢問的結果，對不具有專家經驗的法官而言，可能會產生特殊的說服力，也因此許多學者均認為若欲證明商標構成近似，就必須要進行市場調查，方能說服法官。

⁶⁰ 該要項包含以下幾點值得注意：(1) 市場調查公司之公信力；(2) 調查方法必須有合理性及合目的性；(3) 有無檢附受調查者之基本資料；(4) 內容與結論是否有關連性；(5) 結論與待證事實間是否有因果關係；(6) 誤差或信賴水準之說明；(7) 洽詢學者專家意見。智財法院為何不採智慧局商標識別性審查基準5.1(6)所列的五點原則，而採公平會之八點原則，判決中並未明示，但或許係因公平會之原則較為具體之原因。

⁶¹ 林發立，「『市場調查報告』在行政訴訟上之運用——兼論商標法第43條」，萬國法律期刊，132期，民92.12，頁44-49。

但是市場調查之證據是否可以被法院接受，甚至進而發揮證明力，以證明混淆誤認，則要根據相關的證據法則與法律規範而定。就美國法而言，任何證據是否得以被接受，主要是依照美國聯邦證據法第702條（Federal Rule of Evidence, Rule 702）之規範而來。而對於市場調查報告，其標準與一般證據標準相同，就是其是否來自專家或是否具有科學根據。

相對的，我國法上對於市場調查報告的證據能力，則並無直接之規定，民事訴訟法第289條僅有法院委託調查之規定⁶²，但是並未對當事人自行委託之調查加以規定，因此早期之判決就以非官方委託機構或欠缺客觀性為由加以否定。近年來雖然有所改善，但是究竟市場調查在商標爭議案件中能夠發揮的功能為何？是否對法院之認定能產生直接的影響？則並不明確。

對於此等問題，美國學者見解亦有所分歧。但是若從實證的角度切入，美國的經驗卻告訴我們，市場調查並非如一般人所想像的已經在商標爭議案件被廣泛利用，也並不一定如一般人所預期的會對案件有決定性的影響。雖然在某些特殊的情況下，市場調查確實可以發揮一定的影響力，但是在其他證據明確的案件中（例如可判斷混淆誤認與否的案件），市場調查的影響力就相對的受限，故其是否能發揮功能亦有可議。也因為如此，我國法院可參酌英美等國法院之態度，也就是不過於偏好提出市場調查報告的一方，也不要過於重視市場調查，而應著重於市場調查所應具備的基本要求，並參酌其他證據做整體考量，方為解決市場調查問題之核心。

而就法規的規範層面而言，雖然新商標法基於具有證據能力之市場調查報告證據無特別規定之必要，再加上市場調查報告證明力須依具體個案情況進行判斷，不因法律規定而有不同等理由，刪除商標法第43條有關市場調查之規定，但由於商標識別性審查基準、著名商標審查基準、混淆誤認審查基準等都有承認市場調查報告證據力之文字，因此市場調查報告仍為商標爭議案件中重要的證據方法之一，但實際上市場調查報告應如何進行，其具體之要求為何，雖然智慧局於商標識別性審查基準5.1證明取得後天識別性的相關證據中第（6）點有五點原則性的規定⁶³，但相較於歐美相關判決所形成的明確規定，則

⁶² 法院得囑託機關、學校、商會、交易所或其他團體為必要之調查；受託者有為調查之義務，法院認為適當時，亦得商請外國機關、團體為必要之調查。

⁶³ 請參見註二之內容。

仍有未見周延之憾。

相對於法規方面的不足，司法機關適時的對市場調查之基本要求，以及市場調查報告之審查標準於判決中加以闡述，並要求參照公平交易委員會「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」進行市場調查。由於法院能在案件中將市場調查之基本要求予以明確的規範，勢必有助於釐清商標法爭議的核心，也就是混淆誤認與近似的問題，也使得國內司法見解出現與英美同步的趨勢。