

企業名稱與商標之衝突～以大陸 為研究對象(二)

*賴文平

前期提示

- | | |
|-----|------------------|
| 第一節 | 企業名稱（先）與商標（後）之衝突 |
| | 壹、保護沿由 |
| | 貳、馳名字號之特殊保護 |
| | 參、《商標法》第27條之運作 |
| | 肆、案例評析 |
| 第二節 | 商標（先）與企業名稱（後）之衝突 |
| | 壹、概說 |
| | 貳、《商標法》的解決方案 |
| | 一、商標侵權行為的認定 |
| | 二、案例評析 |

案例三：“楓葉”對“鱷魚”有關反向假冒的問題

一、案情（略）

同益公司為鱷魚公司在北京的專櫃商，1994年同益公司自北京服裝一廠購買“楓葉”牌男西褲，隨後將“楓葉”商標去除並改貼“卡帝樂”商標的西褲出售。北京服裝一廠認為同益公司擅自消除“楓葉”商標，改為“卡帝樂”商標的行為，係一種冒用他人產品謀取暴利的不正當行為，擾亂社會經濟秩序，違反了誠實信用原則。請求同益公司賠償人民幣100萬元。同益公司則辯解稱，其更換商標之行為並未侵

* 本文作者為中國政法大學法學博士。

犯原告的商標專用權，不存在不正當競爭的行為。沒有惡意敗壞服裝一廠的產品聲譽，故不同意原告的訴訟請求。

二、審理結果

北京市第一中級人民法院經審理認為，北京服裝一廠對其享有的商業信譽和公平競爭的權利，應受到法律保護。在本案中，已被吊銷營業執照的同益公司雖曾得到過被告鱷魚公司的授權，在北京販賣鱷魚牌(CROCODILE BRAND)皮革製品和卡帝樂牌 (CARTELD RAND)服裝、服飾等，但原告並未授權其可以更換原告產品的商標再行銷售，且該授權並不意味著同益公司可以自行組織貨源而將已進入市場流通中的他人產品的商標撕下，更換成“卡帝樂”商標後高價銷售。同益公司是利用原告的價實產品牟取暴利，無償地佔有了原告為創立其商業信譽和通過正當競爭佔有市場而付出的勞動。其行為違反了誠實信用、公平競爭的基本原則，妨害原告商業信譽、品牌的建立，使原告的商業信譽受到損害，正當競爭的權利受到影響。因此，同益公司的行為構成侵權。被告開發促進會系同益公司的上級主管部門，因同益公司在本案審理過程中未按規定進行工商年檢被吊銷營業執照，已無承擔民事責任能力，故開發促進會應代其履行本案的法律責任。

被告百盛購物中心並未參與同益公司侵權行為的實施，不能證明其主觀上有過錯，因此百盛購物中心不應承擔侵權責任。

被告鱷魚公司對同益公司的授權雖不完備，但更換商標的行為系同益公司的工作人員擅自實施，且該行為已超出了授權範圍，屬被授權人濫用權利。因此鱷魚公司對同益公司的侵權行為主觀上亦無過錯，不應承擔侵權責任。

經法院審判委員會討論決定，依照《民法通則》第四條、第一三四條第一款第（七）項、第（九）項、第（一〇）項，及《反不正當競爭法》第 2 條之規定，法院作出了前述判決。

被授權人之經營行為不得逾越授權人之授權範圍，若逾越授權範圍所為之行為仍將構成侵權，故除依法依約外尚須遵守誠實信用、公平競爭等原則。

三、本文評析

“楓葉”與“鱷魚”商標糾紛案，在大陸確實引起了許多專家學者間的爭論；可列為 1998 年年度大案。對於鱷魚公司或北京同益公司的營業行為，顯然違反公平、誠實信用的商業道德，大致持肯定的看法並無歧見。所不同的是，鱷魚公司經銷商的行為究竟屬何種性質，該行為損害了誰的利益，以及應當承擔什麼法律責任等問題，出現了截然不同的看法。主要有兩種意見。一種意見認為，鱷魚公司經銷商的行為一方面損害了消費者的利益，另一方面以次充好，濫用了處分他人商標的權利。消費者可以請求損害賠償，工商行政管理部門則可以制止濫用商標的行為，並有權給以行政處罰，以恢復市場秩序的公平和保護商業活動中的誠信原則。另一種意見則認為，鱷魚公司經銷商的行為侵犯了北京服裝廠的“楓葉”商標權，其性質是“反向假冒”，並將“反向假冒”定義為“使用自己的商標去假冒他人的產品”。

所謂「反向假冒」是指使用自己的商標去假冒他人的產品。

持第一種看法的，大致認為，物權一經轉讓後，受讓人就能對受讓物有使用、收益、處分的權能，北京服裝廠賣出衣服之後，就失去了對該服裝的支配權，包括服裝上使用標記的權利。並且北京同益公司並非對他人之商標權的權利範圍內再次利用，與定義中“反向假冒”的本質不同。此說以

劉春田教授為代表¹。持第二種意見的人，大都認為侵害了商

¹ 註：劉春田《商標與商標權辨析》中國專利與商標 1998 年第 1 期第 49～52 頁。內容略稱：第二種意見，對讀者來說是新穎的，但無論理論上，還是實踐上，都難以自圓其說。本文認為，要使這種觀點被人接受，有其無法克服的困難。其一，是物權轉讓理論的障礙。物權，作為一種支配權，是指權利人依法獨立地佔有、使用、收益、處分其財產，並排斥他人干涉的權利。物權轉讓，是指將上述權能從出讓人手中轉移到受讓人手中的行為。其法律後果是受讓成為新的權利人，同樣擁有上述支配權能。出讓人則完完全全失去了上述所有各項權能。北京服裝廠賣出服裝以後，就失去了對該服裝的任何支配權，包括在服裝上使用標記的權利。試問：北京服裝廠有什麼權利要求在已經賣給別人的服裝上使用自己的商標？之所以在有些人的潛意識中，總覺得北京服裝廠對已經賣給他人的東西還有什麼權利，總覺得對方把北京服裝廠生產的服裝同商標分開的行為對該廠太不公平，原因就在於對物權“轉讓”概念的誤解。其二，是商標權理論的障礙。商標權，是指依法對註冊商標的支配權。附有標記的商品之物權轉移後，商品和標記實體作為物權的標的，都屬於新的物權權利人的支配物件。北京服裝廠和鱷魚公司的交易完成以後，鱷魚公司只要不對“楓葉”商標作為商標權範圍內的利用，無論怎樣處分服裝及其標記，都不構成對北京服裝廠權利的侵犯。它可以當作該廠的面把服裝撕成碎片做拖把布，可以把“楓葉”商標付之一炬（這並非侵犯商標權），在法律上，服裝廠唯一的反應只能是“束手無策”。因此，鱷魚公司經銷商把屬於自己的服裝，縫上自己公司的商標高價出售，無論它怎麼有愧于消費者和鱷魚公司的老闆，也沒有對不起純屬局外人的北京服裝廠的地方。買賣行為是權利的交換，北京服裝廠在交易中該得到的都得到了，該失去的卻不想失去。試想，如果鱷魚公司的代理商要求對支付的服裝價款繼續行使支配權，服裝廠是否答應。下面，我們再拋開高價出售這一違法行為的因素，單純地評價鱷魚公司經銷商將“鱷魚”商標置於北京服裝廠產品上出售的行為，對此，應當聯繫商標的功能看待。商標，歸根結底是用來保障具有穩定質量的特定商品或服裝本身，而非其來源的。“商標的主要功能，是使公眾識別那些他們有所經驗而對其品質特性有所瞭解的產品，它保證下次購買帶有同樣商標的商品時，也會具有同樣的特性。這叫做商標的保證作用。這意味著商標的擁有人不一定實際參加商品的生產，而只需對商品的質量加以控制。所以，對同一商標而言，商品究竟是誰生產的，並不是最重要的，重要的是能保證其品質。至於對產地名稱的明示要求，已不屬於商標的問題。有的觀點認為如果聽任鱷魚公司經銷商的行為發展蔓延，我企業的“名牌戰略”就會被切斷進路與退路。中國只能給別人“打工”，永遠難有自己的“名稱”。這種保護和發展民族經濟的願望是可以理解的，但作為學術文章，一方面，這種比喻混淆了商品買賣和勞動力買賣的界限。這兩者具有經濟關係性質不同的概念。另一方面，則是杞人憂天。如果外國名牌公司長期購進中國產品，換上他們自己的商標出售，中國產品既可以獲得穩定的市場，同時，真正創出“牌子”的絕不是外國公司，而是中國產品。所以，正是由於商標對於商品的保證作用，才會出現商標的使用許可制度，才會有加工貿易和揀選商品的現狀，人們才會對美國商店裏琳琅滿目的中國製造的服裝、玩具、鞋子配以美國公司的商標出售，以及使用“麥當勞”商標的速食店如雨後春筍般地在中國的城市裏冒出來，這種種現象有“司空見慣”甚至“天經地義”的感覺。所以，鱷魚公司經銷商的行為侵犯了北京服裝廠“楓葉”商標

違反『反不正當競爭
法』並不表示必然違
反商標法，應先釐清
事實中的法律關係。

標專用權或是違反《反不正當競爭法》相關的規定。

本案被告撕去原告的商標，改貼自己的商標後，明顯的是屬於“顯形反向假冒”(express reverse passing off)，的一種民事行為，違反誠實信用原則和商業道德。在這個基礎上，其實大多數的人並沒有異議，只是，這種行為究竟是一種不正當競爭行為，依反不正當競爭法處理，或者是商標法第 38 條第(4)項其他侵犯商標專用權的行為”。則有下列各種意見：

(1)「“鱷魚”和“楓葉”之間的商標糾紛，是一起典型的反向假冒商標案件，國外的商標法律是明確予以制止的。如美國《蘭漢姆法》第一一二五條第一二八款規定，反向假冒者應負的侵權責任應與假冒他人商品相同；法國《知識產權法典》第七一三—二條規定，註冊商標權人有權禁止他人未經許可使用與自己相同或近似的商標，也有權禁止他人未經許可撤換自己依法貼附在商品上的商標標識；澳大利亞 1995 年《商標法》第一四八條規定，未經許可撤換他人商品上的註冊商標或出售經撤換商標後的商品，均構成刑事犯罪。而我國《商標法》則僅僅禁止假冒他人註冊商標，不禁止使用自己的商標假冒他人商品的行為。商標法律的不完善，為“鱷魚”明目張膽地吞食“楓葉”提供了可乘之機。因此，我國商標法律極待進一步完善²。」

權的看法，沒有說服力。至於“反向假冒”問題，按照該觀點，在認定鱷魚公司經銷商的行為就是“反向假冒”的同時，又為“反向假冒”下了定義。但定義中“反向假冒”的本質特徵又與鱷魚公司經銷商的行為特徵相去甚遠。而且我們發現，“使用自己的商標去假冒他人的產品”的說法，邏輯上不能自圓其說，在實踐上則是一種無法實現的“行為”。侵犯商標權是指沒有法律根據對他人的註冊商標進行支配行為。假冒商標屬於侵權行為。商標權是一種法律關係，沒有方向屬性。只要侵害了該法律關係，就是侵權，無所謂“正向”與“反向”之分。離開了對商標的支配，卻可以認定為假冒商標，甚至還區分為“反向”和正向，如果這種觀點能成立，就會致使商標權這一概念失去確定的內涵和外延，可以任憑人們的隨意解釋。不難想象，其後果不僅會造成認識上的混亂，而且會助長司法實踐中本已存在的盲目性與任意性。

² 註：《“鱷魚”吞“楓葉”四年有果》刊載於商標通訊 1998 年 7 月，該篇文章未署名。

法國知識產權法典
規定：註冊商標權
人……也有權禁止他
人未經許可撤換自
己依法貼附在商
品上的商標標識。

(2) 謝冬偉先生認為：「商標侵權的實質是侵權者未經許可分享了商標權人的通過大量投入建立起來的以其註冊商標為載體的聲譽，是對其具有無形財產權性質的商標權的直接侵害，給商標權人的既有利益造成了損失。即民法上的直接損失；而反向假冒行為則割斷了生產者通過投入本應建立起來的聲譽與其商標間的聯繫，而使這種聲譽與假冒者的商標聯繫起來，實際上是對生產者聲譽的“截留”行為，其實質也是未經許可利用了生產者的聲譽，是對生產者的商標權的間接侵害，給商標權人的期得利益造成了損失，即民法上的間接損失。可見，反向假冒行為與商標侵權行為的實質完全一樣，是商標侵權行為的另外一種表現形式。

當今世界上許多國家都在其商標法中或司法判例中將反向假冒視同假冒，認為是商標侵權行為，這也是國際上商標保護制度發展的方向。現階段，我們雖然可以根據民法通則的誠實信用原則和商標法、反不正當競爭法中的有關條款，對反向假冒行為給予打壓，但最有效的措施是在商標法中明文規定這種行為是一種商標侵權，以真正全面地保護註冊商標專用權人的合法權益³。」

(上述為第 26 期部分內容)

(3) 南振興與白雲飛先生認為：「“正向假冒”與“反向假冒”兩者均構成了商標侵權行為，都損害了他人註冊商標信譽。“正向假冒”行為通過在同種或類似商品上使用與他人註冊商標相同或近似的商標，損害了他人註冊商標信譽，侵害了他人商標專用權，引發了商品來源的混淆，進而造成擾亂了市場秩序和損害了消費者的合法權益的後果。而“反向假冒”行為，刪去他人商品上的註冊商標，無異等於割裂了他人註冊商標與其核准使用商品之間的內在聯繫，使

反向假冒行為與商標侵權行為在實質上是相同的，此亦為國際上商標保護制度發展的方向。

³ 註：謝冬偉《試論反向假冒》中華商標 1998 年 3 月第 28～29 頁。

他人註冊商標喪失指示其商品來源的功能，這同樣侵害了他人註冊商標專用權。“反向假冒”行為將他人商品標上自己的商標，同屬以假冒真，其結果是淹沒他人註冊商標信譽，搭蹭註冊商標商品良好信譽的便車，這也構成對他人註冊商標的侵權。

反向仿冒行為作為一種商標侵權，與正向假冒行為並無根本性之區別。

如上述分析，反向假冒在理論上無疑構成商標侵權，但我國現行《商標法》卻尚無明文規定。雖然我國《商標法》第三八條第四項對商標侵權作了開放性規定：“給他人的註冊商標專用權造成其他損害的”行為構成商標侵權，似乎該項規定可把立法尚未明文窮盡規定的商標侵權盡收其中但是，《商標法實施細則》第四一條對“其他”商標侵權行為的三種列舉性規定，又將《商標法》第三八條第四項開放性規定作了封閉，致使在法律適用上很難以《商標法》第三八條第四項作為禁止反向假冒行為的法律根據。但這並不是說，在我國禁止反向假冒沒有法律依據。由於反向假冒行為偽造了商標、產地、生產者、對商品的品牌、生產者、質量、產地等作了引人誤解的虛假表示，因此，反向假冒行為構成了《反不正當競爭法》所禁止的不正當競爭，屬於“虛假的商品宣傳行為”。所以，根據《反不正當競爭法》第五條、第九條規定，可以禁止反向假冒行為，追究行為人的法律責任。

儘管依據我國《反不正當競爭法》可以禁止反向假冒行為，但筆者認為，反向假冒行為作為一種商標侵權與正向假冒行為沒有根本性的區別，因此，通過完善商標法途徑，將反向假冒行為納入《商標法》範圍調整更為科學和可行，也有利於全面集中打擊各類假冒行為⁴。」

（4）鄭成思教授認為：「美國商標法第一一二五條及其法院執法實踐，明白無誤地將上述反向假冒(Inverse Passing off)視

⁴ 註：南振興、白雲飛等著《名牌產品的知識產權保護》第84～86頁。

為侵犯商標專用權，1995 年 3 月的亞太經合組織悉尼會議上，筆者特別向到會的美國專利商標局專家湯姆森印證了這一點。到會的菲律賓代表也在全體大會上發言證實菲律賓在司法實踐中，將“反向假冒”判為侵犯商標權。澳大利亞 1995 年商標法第一四八條明文規定，撤換他人商品上的註冊商標或出售這種經撤換商標後的商品，均構成刑事犯罪。香港地區的商標法例也有相同的規定。義大利 1992 年商標法第一一、一二條規定，任何售貨人均無權撤換供貨人商品上原有的註冊商標。葡萄牙 1995 年工業產權法第二六四條也有相同規定，並對反向假冒查處以刑罰。可見，不論大陸法系國家還是英美法系國家，“反向假冒”都是要受到法律禁止及制裁的。

此外，美國的法院判例從 1918 年至今，英國的法院判例從 1917 年至今，均把“反向假冒”視同“假冒”，在司法救濟上，與反不正當競爭中的“假冒他人商品、裝潢”等行為完全等同，依此制止反向假冒。

為什麼我國正急需保護自己的名牌並急需鼓勵企業創名牌的今天，反倒不應制止“反向假冒”行為呢？其實，依照我國民法通則第四條，“反向假冒”雖然屬於應予制止的非“誠實”商業行為；依照我國反不正當競爭法第二條及第二〇條，“反向假冒”未嘗不可視為應承擔賠償責任的行為；依照我國商標法第三八條，“反向假冒”也可以被歸入“其他”侵害他人註冊商標的行為。然而最可取的制止該行為的辦法，是在將來修訂商標法時，像外國有關法律一樣增加禁止反向假冒的條文。不過，這並不是說依我國現有法律，就可以聽任這種行為泛濫了。現在就立即依法制止這種行為，不僅有利公平競爭和發展社會主義市場經濟，而且有利於我

大陸法系國家或英美法系國家，對於「反向假冒」行為均以法律禁止。未來可於修訂商標法時，增加禁止反向仿冒之條文。

國企業創自己的名牌⁵。」

（5）曹中強先生「“反向假冒”行為（即甲購買乙的商品，然後貼上甲的商標出售）。從其他國家的做法來看，一般在《反不正當競爭法》或者是在《商標法》中對“反向假冒”予以明確。新修改的商標法中可增加禁止包括“反向假冒”在內的類似行為的規定，如“禁止刪除修改他人依法張貼的商標“違反此規定的，視為侵權⁶。」

於案例中，欲判斷侵權行為之性質究屬註冊商標之侵權，或是違反誠實之習慣作法而構成不正當競爭的行為，應從反不正當競爭之目的予以觀察。

綜上所述，大部份學者認為本案，應該是屬於商標專用權的侵權行為。但是，因為商標法沒有明確的規定，因此，僅能依《民法通則》、《反不正當競爭法》的原則規定，追究侵權責任。

個人認為，本案之侵權性質究竟是註冊商標的侵權，或是一種在工商事業中違反誠實的習慣作法，而構成不正當競爭的行為，應從反不正當競爭之目的予以觀察，始能釐清以他人註冊商標作為企業名稱所應援引的法律規範，以達適用法律之正確性。

反不正當競爭權或不正當競爭防止法之制定，從歷史發展來看是起源於對專利法、商標法之補充與完善，把專利法與商標法保護不到的而又應該給予保護的；所有足以作為企業的表徵，列為反不正當競爭法要保護的物件。隨著時代的演進、交易行為的多樣化、狹義的競爭法所要保護的法益，不再拘限對企業表徵權及競爭者之保護，同時亦保護公眾免于受不誠實之營業行為或宣傳廣告所詐欺。因此，不正當競爭防止法具有雙重之利益保護，除對主體權利如姓名、商號、

⁵ 註：鄭成思《商標中的“創作性”與反向假冒》知識產權 1996 第 5 期第 3～6 頁。鄭成思教授于《知識產權論》法律出版社 1998 年 1 月版，第 318～325 頁有非常精辟的論述，值得再三研讀。

⁶ 註：曹中強《中國對商標專用權的保護現狀及立法設想》知識產權研究第 1995 年 5 月第 118 頁。

公司名稱或企業標誌予以保護外，尚應阻止營業競爭中任何以背于善良風俗的不正當競爭行為。

《保護工業產權巴黎公約》第一〇條之二〔不正當競爭〕(Article Unfair Competition)，即規定：

- (1) 本聯盟國家有義務對各該國國民保證給予制止不正當競爭的有效保護。
- (2) 凡在工商業事務中違反誠實的習慣做法的競爭行為構成不正當競爭的行為。
- (3) 下列各項特別應予以禁止：
 1. 具有不擇手段地對競爭者的營業所、商品或工商業活動造成混亂性質的一切行為。
 2. 在經營商業中，具有損害競爭者的營業所、商品或工商業活動商譽性質的虛偽說法。
 3. 在經營商業中使用了會使公眾對商品的性質、製造方法、特點、用途或數量易於產生誤解的表示或說法。

- (1) The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.
- (2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.
- (3) The following in particular shall be prohibited:
 1. all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
 2. false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
 3. indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the

「保護工業產權巴黎公約」第十條之二「不正當競爭」規定，在工商事務中違反誠信的習慣作法之競爭行為構成不正當競爭行為。

nature,the manufacturing process,the characteristics, the suitability for their purpose,or the quantity,of the goods.

德國不正當競爭防止法第一條「於營業交易中，以競爭為目的而背于善良風俗之行爲者，得向其請求不作為及賠償損失」。即使在 WIPO 1996 年《關於反不正當競爭法保護的示範規定》(Model Provisions on Protection Against Unfair Competition)⁷也明文予以禁止。

由台灣之公平交易法與國際間之立法精神觀之，除去他人商標，貼換自己商標之行爲宜定性爲一種不正當競爭行爲較妥。

(1) [總則](a) 除第二至六條提及的行爲和做法之外，凡在工商業活動中違反誠實的習慣作法的行爲或作法亦應構成不正當競爭的行爲。

(1) [General Provision]

(a) In addition to the acts and practices referred to in Articles 2 to 6, any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that is contrary to honest practices shall constitute an act of unfair competition.

從臺灣公平交易法第二〇條、二四條及相關國際間均從規範競爭行爲，建立公平與自由的競賽規則的立法精神來看，“楓葉”商標被去除而改爲“卡帝樂”一案，宜定性爲一種不正當競爭行爲較妥。消費者在百盛公司內的鱷魚專賣點，用 560 元購買表示爲新加坡產地的“卡帝樂”西褲，其期望與相信的是這條西褲，從製造方法、選製者、製造地，均是新加坡 魚公司所監製及銷售。結果期望與真實不符，顯然的北京同益公司是意圖獲取不當之利益，以撕去“楓葉”商標換貼“卡帝樂”商標爲手段，直接侵害的是消費者的利益，間接的是防礙商標專用權人積極使用其商標流通於市場的權利。正如大陸學者鄭成思教授亦略謂「在中國，商

⁷ 註：1996 年 WIPO 關於反不正當競爭保護的示範規定，中譯版刊載於《知識產權研究》1998 年 5 月第 291 頁。

標法中雖無明文禁止“反向假冒”，但《反不正當競爭法》則有明文。這就是該法第九條，對商品的生產者作引人誤解的宣傳。未經許可撤下合法商標而換上假冒者的商標，無疑是在市場上通過產品本身或（如果假冒者也以新聞媒體作廣告）通過新聞媒體廣告，對“誰是該產品的真正生產者”作誤導宣傳」⁸。因此，法院最終以違反《民法通則》第四條、第一三四條第一款第七、九、一〇項及《反不正當競爭法》第二條加以處斷，堪稱允妥。

至於，其他論者列舉了大量的國外立法以證明本案本質上是一種商標專用權的侵權行為。尤其歐州大陸的義大利、西班牙的商標法及大批英聯邦的國家。例如法國就將禁止“反向假冒”納入《法國知識產權法典》第七一三—二條文中「非經所有人同意，不得消除或變動依法貼附的商標標誌」。其實這些立法倒也明白表示“反向假冒”是一種侵權行為，只是，其保護的出發點可能著重于企業表徵權之保護及私法之利益。因此，對於“反向假冒”行為的規範，在大陸立法的修正中，究竟應該擺在《商標法》或《反不正當競爭法》，則應從更高角度觀察⁹。

前述除去他人商標，貼換自己商標行為。中國大陸法院最終以違反民法與不正當競爭法加以處斷堪稱允妥。

⁸ 註：參閱《中華商標》1998年2月第12頁《我國商標法的15年及面臨的新問題》。

⁹ 註：鄭成思教授在《我國商標執法的15年及面臨的新問題》“反向假冒”應擺在商標法中加以規範。其主張內容如下：不過，我個人感到最可取的，還是像法、美等國那樣，把商標權專用權利人“專用”的正、反兩方面內容，在商標法中加以明確。以便全方位地維護其“專用權”。實際上，國外已遠遠不僅是發達中國家才這樣做。發展中國家，如的巴西，在其1996年的《工業產權法》商標部份的189條；非洲的肯尼亞，在其1994年的《商標法》第58c條也均有了與法國《知識產權法典》相同的、禁止“反向假冒”的規定。」

案例四：廣東省東莞市香格里拉大酒店侵犯「香格里拉」商標註冊案

一、案情

1994 年，香格里拉國際飯店管理有限公司（以下簡稱香格里拉公司），向國家工商行政管理局投訴，反映廣東省東莞市二輕聯盛工業公司開辦了一家酒店，該酒店於 1992 年 12 月 27 日註冊了“東莞市香格里拉大酒店”企業名稱，並已經建成開業，其行為侵犯了香格里拉公司“香格里拉”註冊商標專用權，給其造成了不良影響，請求制止這家企業的商標侵權行為，更改企業名稱。

經調查，香格里拉公司是在飯店經營管理方面享有一定聲譽的公司。該公司於 1988 年即在飯店廣告、飯店指南等與飯店服務業有關的商品上，在我國註冊了“香格里拉”、“shangri-la”等 4 件商品商標。1993 年 7 月，我國開始受理服務商標註冊申請時，該公司即申請了“香格里拉”服務商標註冊。至 1994 年止，香格里拉公司在十幾個國家和地區經營和管理著近 30 家香格里拉酒店，特別是在中國合資興建並管理了多家香格里拉酒店。“東莞市香格里拉大酒店”企業名稱登記情況屬實，該企業在投訴時剛建成開業不到月餘，已有人認為這家企業與北京香格里拉大酒店有聯繫，或者認為其是北京香格里拉大酒店在東莞開辦的分店。因此，1994 年 8 月 31 日，國家工商行政管理局以文件形式將香格里拉公司投訴函轉給廣東省工商行政管理局，請其責成有關工商行政管理局迅速糾正“東莞市香格里拉大酒店”的企業名稱登記問題，監督該企業正確處理善後事宜。

廣東省工商行政管理局依國家工商行政管理局的指示，責成東莞市工商行政管理局依照《商標法》第三八條第（四）項、《企業名稱登記管理規定》第九條第（二）項以及第五條的規定，撤銷了“東莞市香格里拉大酒店”企業名稱登記，限期更改企業

香格里拉公司向國家工商行政管理局投訴某酒店使用其企業名稱註冊商標專用權，請求制止該商標侵權行為，更改企業名稱。廣東工商行政管理局依照指示，責成東莞市工商行政管理局依商標法、企業名稱登記管理規定，撤銷該企業名稱等登記，並限期更改企業名稱。

名稱。1995 年，該酒店服從工商行政管理機關的處理決定，重新進行了企業名稱登記。更名後的企業名稱爲“比華利大酒店”。

二、本文評析

大陸商標法第三七條對商標專用權的範圍做了規定：「註冊商標的專用權，以核准註冊的商標和核定使用的商品爲限」。在註冊主義的國家，商標專用權，原則上應爲受保護之範圍。但是，在商標註冊申請上及侵權行爲認定上其保護範圍擴大至與註冊商標圖樣相近似之商標及類似商品上。如大陸商標法第一七條「申請註冊的商標，凡不符合本法有關規定或者同他人在同一種商品或者類似商品上已經註冊的或者初步審定的商標相同或者近似，由商標局駁回申請，不予公告。」第一八條「兩個或者兩個以上的申請人，在同一種商品或者類似商品上，以相同或者近似的商標申請註冊的，初步審定並公告申請在先的商標；同一天申請的，初步審定並公告使用在先的商標，駁回其他人的申請，不予以公告。第三八條第一項屬侵犯註冊商標專用權，即未經註冊商標所有人的許可，在同一種商品或者類似商品上使用與其註冊商標相同或者近似的商標的。商標法實施細則第四一條第二項「在同一種或者類似商品，將與他人註冊商標相同或者近似的文字、圖形作爲商品名稱或者商品裝璜使用，並足以造成誤認的。」均顯示其商標專用權及所要保護的範圍是不相同的。以中國大陸法制而言，侵權行爲與商標專用權完全一致時，才有可能構成刑法第二一三條的「假冒商標罪」，否則其情節再嚴重，僅是使用近似商標或類似商品上也只能論一般的民事侵權。而臺灣商標法第六二條則規定於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標圖樣者均可成立之商標仿冒罪，是有所不同。

商標權的專用範圍限定在核准註冊的商標和核定使用的

商標專用權範圍限定在核准註冊的商標和核定使用的商品上，其排他權可擴大至近似商標與類似商品上。於非類似商品上使用他人以註冊相同或近似之商標則不屬侵權行爲除非該商標爲馳名商標，才可能擴大到類似商品上。

由各國立法例中，可看出，所謂的“慣例”、“誠實信用”、“商業道德”等均是用以規範不正當競爭行為之原則。

商品上，它的排他權可以擴大到註冊商標的近似商標和指定商品的類似商品上。在非類似商品上使用與他人已註冊相同或近似的商標，則不屬於侵權行為，除非該已註冊之商標為馳名商標，才有可能擴大到非類似商品上。因此，將他人已註冊之商標做為企業法人名稱，是否應認為是對註冊商標的一種侵權行為，歸類於商標法第三八條第（四）項「給他人的註冊商標專用權造成其他損害的」。這也是東莞市香格里拉大酒店究竟是否如工商局所認定的，侵犯了香格里拉公司的「香格里拉」註冊商標專用權；還是屬於一種不正當的競爭行為，為不正競爭防止法所要規範之行為。

德國不正競爭防止法 (Gesetz gegen den uniauteren Wettbewerb) 第一條對於不正競爭行為之概括規定為：「對於為競爭目的而於營業交易中從事有背于善良風俗之行為者，得請求其停止作為及損害賠償」。美國聯邦貿易委員會法第五條第一項規定「商業上或影響商業之不公平競爭方法，以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行為或手段均屬違法」。《保護工業財產權巴黎公約》第一〇條之第（二）項規定「違反工商業務上誠實習慣之任何競爭，均構成不公平競爭行為」。英國 1980 年《競爭法》規定「在商業活動中，如果某人從事的一系列活動本身，或者和與他有聯繫的人所從事的一系列活動結合在一起，具有或意圖具有或可能具有限制、歪曲、妨礙與貨物的生產、供應或獲得有關的競爭效果，或者限制、歪曲或妨礙與服務的提供或獲得有關的競爭效果，其行為就是不正當競爭行為。日本 1986 年修訂的禁止不正當競爭法規定：「不正當競爭是指任何欺騙性商業行為或者任何用其他方式違反誠實信用原則的商業行為」。瑞士反不正當競爭法規定：「不正當競爭是指任何欺騙性的商業行為或以其他手段違反誠實信用原則的任何商業行為。」1993 年 9 月 2 日頒佈的反不正當競爭法中規定：「本法所稱不正當競爭，是指經營者在經營活動中，違背自願、公平、平等、誠實信用原則和公認的商業道德，

損害其他經營者合法權益，擾亂社會經濟秩序的行爲。」“從上述各國所有定義中看出，所謂的”慣例“”誠實信用“、”商業道德“等均是用以規範不正當競爭行爲的原則¹⁰。

商標法也是反不正當競爭的一部，但是，兩者在保護的本質上是不同的，此由商標法與公平法對商品表徵保護方式的差別可知，商標權本質上乃商標法所賦予的獨佔排他權，藉此保護商標權人的私益，從而反射出維持公平競爭秩序的功能。而公平法則是著重在制止引起商品主體來源混淆的不正競爭行爲，從而反射出受保護商品表徵的獨佔性。公平法之原來立法目的並非在賦予受保護商品表徵一種獨佔的「排他權」，造成此種商品表徵受獨佔保護的現象，乃是公平法為確保「公平競爭秩序」之目的而產生之事實結果，其本意並非在使受保護之人享有「獨佔利益」。

所以，在「香格里拉」商品商標被用於企業名稱一案中，很清楚的，香格里拉國際飯店股份有限公司於1988年僅申請商品商標，而東莞市香格里拉大酒店成立於1992年，本案於1994年檢舉時，香格里拉國際飯店尚未申請服務標章註冊，因此，不應有發生侵犯商標專用權之事。至於《反不正當競爭法》自1993年12月1日起施行，基於不溯既往原則，《反不正當競爭法》亦無適用之餘地。

大陸《反不正當競爭法》施行後，就有瑞典利樂公司發現有企業未經其同意將“利樂”註冊商標做為其企業名稱使用的案例。經瑞典利樂公司研究認為《商標法》找不到可以主張的條文，最後依據《反不正當競爭法》第五條第（一）項起訴¹¹。本文截至完稿時筆者尚無法得知本案之審理結果，不過，個人認為“利樂”商標被他企業作為法人名稱之侵權

大陸「反不正當競爭法」實施後，瑞典利樂公司發現企業未經其同意將其“利樂”名稱註冊作為企業名稱使用，筆者以為，此與反不正當競爭法第五條第一項「假冒他人註冊商標」之構成要件不符，應依該法第二條主張較妥。

¹⁰ 註：張平《知識產權法詳論》北京大學出版社第265頁。

¹¹ 註：鄭成思《淺議反不正當競爭法與商標法交叉與重疊》中國專利與商標，1998年第4期第3頁。

大陸於公布民法通則之後，又在於「反不正當競爭法」中再次申明「誠實信用原則」

案，與反不正當競爭法第五條第（一）項規定「假冒他人的註冊商標」的構成要件不同，如果依反不正當競爭法第二條規定予以主張較妥。反不正當競爭法第 2 條：「經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德。本法所稱的不正當競爭，是指經營者違反本法規定，損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序的行爲。本法所稱的經營者，是指從事商品經營或者營利性服務（以下所稱商品包括服務）的法人、其他經濟組織和個人。」所以，類似「中國迅達電梯公司。訴「北京迅達電梯保養維修公司」侵犯“迅達”服務標章專用權一案中，北京工商局調查認為，北京迅達電梯保養維修公司用公眾熟知的商標“迅達”作企業名稱，易使用戶誤解為該公司與中國迅達電梯公司有某種聯繫，甚至是中國迅達電梯公司的分支機構。因此認為，該行爲屬於《商標法》第三八條（四）項所述侵權行爲，且與《企業名稱登記管理規定》第九條（二）項規定相悖。根據《商標法》第三九條和《企業名稱登記管理規定》第五條的規定，責令北京迅達電梯保養維修公司限期變更企業名稱的案例。筆者以為這樣認事用法，恐有待商確。

參、《反不正當競爭法》解決方案

一 誠實信用原則

大陸雖然於 1986 年頒佈了《民法通則》明文規定民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用原則。第七條規定「民事活動應當尊重社會公德、不得損害社會公共利益、破壞國家經濟計劃、擾亂社會經濟秩序。」《反不正當競爭法》即本于誠實信用原則，進一步在《反不正當競爭法》第二條再次申明「經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德。本法所稱的不

正當競爭，是指經營者違反本法規定，損害其他經營者的合法權益擾亂社會經濟秩序的行爲。本法所稱的經營者，是指從事商品經營或者營利性服務（以下所稱商品包括服務）的法人，其他經濟組織和個人。」將所有違反誠信原則和商業道德的行爲視爲不正當競爭行爲。

惟《反不正當競爭法》第二條究竟是一種定義性之解釋條文或者是概括性條文。在各國反不正當競爭法立法例中有的只做列舉式，將各種不正競爭行爲予以列舉，不另行規定不正競爭行爲的概括條款。如日本的《不正當競爭防止法》。另一種是在法條內規定概括條款另外再加上例示不正當競爭行爲的態樣。如德國的《反不正當競爭防止法》。

德國不正競爭防止法第一條「於營業交易中，以競爭爲目的而背于善良風俗之行爲者，得向其請求不作爲及賠償損害」之概括條款主宰全部競爭法，在競爭法之規定有不足時，得以競爭法概括條款補充適用之。德國不正競爭防止法之概括條款，系禁止於營業交易上以競爭爲目的而背于善良風俗之行爲，對於競爭法而言，概括條款具有特別重要之地位，因此，就概括條款之要件與背于善良風之競爭行爲有予以論述之必要。

二 反不正當競爭法 第二條 概括條款 之爭議

大陸《反不正當競爭法》第二條之立法例究竟是文義解釋，還是概括條款，其論理之價值，在於確定《反不正當競爭法》所要規範的不正當競爭行爲的範圍，是否以第二章所列舉的十一種行爲爲限。採法定主義者，不是第二章所列舉的行爲則不構成不正當競爭行爲。如果是採概括條款，則其適用範圍不限於其所列舉的十一種類型的行爲，執法者就具體個案，可依據第二條予以判斷是否爲不正當競爭行爲。

「反不正當競爭法」
第二條究屬定義性
解釋或概括性條
文，其論理價值在於
若是採法定主義，則
該法只適用第二章
所列舉的十一種行
爲。若採概括條款，
則適用範圍不限於
該列舉之十一種類
行爲，執法者可以依
據第二條予以判斷
是否爲不正當競爭
行爲。

（一）法定主義的觀點：

1.《反不正當競爭法》第二條草案原為“本法所稱不正當競爭，是指經營者在經營活動中，違背誠實信用的原則和公認的商業道德，損害或者可能損害其他經營者合法權益的行為”。在人大常委會審議該草案時，修改為“本法所稱不正當競爭，是指經營者違反本法規定，損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序的行為”。其立法意圖應係採法定主義，所以加入「違反本法規定」字義，因此不正當競爭行為僅限第二章所列舉十一種行為。

2.如果是採概括條款，一般在最後一項或文末加上“其他……”。例如，商標法第三八條第（四）項「給他人的註冊商標專用權造成其他損害的」。著作權法第四五條第（八）項「其他侵犯著作權以及與著作權有關的權益行為」。而《反不正當競爭法》條文中沒有作類似的文字表述。

3.是否屬於不正當競爭行為不易判斷，而且確定一種行為是否屬於不正當競爭行為極其嚴格。因此，在不正當競爭行為的範圍，只允許法律判斷，不允許執法者在法律外進行判斷。

4.執法機關的實際法律水平及實踐經驗，若賦予自由裁量權，恐有逾越情事，導致法律和權力的濫用，不利於維護市場經濟。

5.將第二條若視為概括條款，並無實益。因為，第四章所規定不正當競爭行為所要負的法律責任，僅針對第二章所列舉的十一種行為予以規定，沒有針對違反第二條所相對應的行政處罰，即使國家工商局採取規章加以補充，也不能逾越現有法律規定。

（二）概括條款的觀點

不公平競爭行為的態樣繁多，無法一一列舉，隨著市場經濟的發展，有些不正當競爭行為非立法者於立法時所能預

贊同法定主義之觀點：不正當行為不易判斷，應以法律規定，不允許執法者於法律外進行判斷。

見，為增加法律適用的靈活性，為免掛一漏萬，可作為對抗層出不窮、不斷翻新之不公平競爭行為的法寶。

大多數國家的立法例，除列舉不正當競爭行為之類型外，還規定一概括條款，以增加法律的可操作性。例如德國除列舉各種不正當競爭外，還於第一條規定「於營業交易中以競爭為目而背于善良風俗之行為者得向其請求不作為及賠償損失」做為概括條款。

民法一般實行概括主義，即除列舉部份典型行為外（如債法中的有名合同），其餘事項一概由民法的一般規定進行調整，按照民法的一般規定加以規範和認定。就不正當競爭行為的民事性質而言，它是一種侵權行為，民法對於侵權行為的規定也不採用法定主義，即除法律規定的典型侵權行為外，沒有規定的侵權行為也可以根據侵權法的一般規定認定和處理。因此，追究不正當競爭行為的民事責任時，不應僅限於《反不正當競爭法》第二章的規定，即使第二章沒有規定的行為，倘若與《反不正當競爭法》的立法原則相違背者，即可按不正當競爭行為追究民事責任¹²。

贊成概括條款之觀點：
增加法律適用靈活，
避免掛一漏萬。

（三）個人意見

個人贊成大陸的《反不正當競爭法》第二條為一概括條款，較為妥適；除上述主張概括條款的觀點外，另有下列理由：

1.《反不正當競爭法》第二條第二款「本法所稱的不正當競爭，是指經營者違反本法規定，損害其他經營者合法權益，擾亂社會經濟秩序的行為」。其「本法」不應僅限第二章所列舉之十一種行為。蓋第二條第二款系接續第一款而來。經營者在市場交易中，其行為如能遵循自願平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德，則該行為即是一種正當的競爭

¹² 註：孔祥俊《反不正當競爭法的適用與完善》法律出版社 1998 年版第 57 頁。

行為，從事效能競爭，反之，該行為即是不正當競爭行為。至於，何者是誠實信用原則，為一不確定的法律概念，第二章所列舉的十一種行為僅是非誠實信用原則的例示，並非列舉規定。既然“本法規定”不能排除第二條第一款之規定，而第一款本身又為不確定的法律概念，自應依個案具體認定。

2.縱使第二章列舉有十一種行為，但條文本身也有很多不確定的概括文字。例如第八條「經營者不得採用財物或者其他手段……」，第九條「經營者不得利用廣告或者其他方法……」，依此反推。

3.《反不正當競爭法》並非單純的公法，其內多涉及私法。大陸在立法體系上亦有許多私法中另訂有行政處罰之規定，不能以《反不正當競爭法》第二條沒有相應的行政處罰之條款，而認為無實益。《反不正當競爭法》第二〇條規定「經營者違反本法規定，給被侵害的經營者造成損害的，應當承擔損害賠償責任。」若“本法規定”不包括《反不正當競爭法》第二條時，則被侵害者將無法獲得民事救濟手段，不正當競爭行為人將更肆無憚忌，明目張膽的違法了。例如：著作權法第四五條共列有八項侵害著作權行為的態樣。前七項應為例示，第八項規定「其他侵犯著作權以及與著作權有關的權益的行為」則是概括條款。在規定違反第四五條的各種侵害著作權行為種類時，也沒有行政處罰的規定。而《著作權法》第四六條所規定的著作權侵權行為則列舉(7)種態樣，並給予相當的行政罰款。此乃立法政策上對於侵權行為情節嚴重及侵害法益大小予以不同之處理手段。觀察《著作權法》第四五條、四六條及《反不正當競爭法》第二條及第二章各條文，乃因行政處罰法定主義之結果，符合立法政策之差異性，焉能以《反不正當競爭法》第二條沒有相對應的行政處罰規定，而認為無實益，進而否認其概括條款之效力。

4.論者，以中國執法機關的實際水平不足，不能給予如此重大的自由裁量權，否則易將正當競爭行為當作不正當競爭

第二條沒有針對十一種類型以外之行為有相對應之處罰規定，但「反不正當行為競爭法」第二〇條有私法之損害賠償規定。因此，若「本法」規定不包括「反不正當競爭法」第二條時，則被害者將無法獲得民事救濟手段。

行為予以制裁。按任何法律授予各主管機關執法權力，本來就需法律教育，讓執法者熟習法律所規定之各種事項，更何況對於各級機關所作之決定不服的，可以自收到處罰決定之日起向上一級主管機關申請復議。對復議決定不服的，可以自收到復議決定書之日起 15 日內向人民法院提起訴訟，也可以直接向人民法院提起訴訟。由於有行政及司法救濟程序予以輔助，因此，縱使予各級執法機關之較大裁量權，也能保有執法的品質。

5. 諸如大陸最近爭議不休的“平行進口”(parallel Import)或(Gray Market)是否適法性的問題，作品名稱的問題，虛構人物形象權的問題，其競爭行為隱含有「搭便車」、「攀附他人名聲及商譽」或「高度抄襲行為」。這些行為顯然有違誠實信用原則及公認的商業道德，這些行為態樣有嚴重的欺罔及顯失公平而具有非難性。此時，《反不正當競爭法》第二條就更顯有適用之價值¹³。

將他人註冊商標名稱用於商標以外之用途，新修訂的大陸商標法未加以規定，但在「商標法實施細則」中加以規定。

三 保護企望名稱適用進口之爭議

將他人的註冊商標用於商標以外的用途，例如，用做商品名稱、商品裝璜或企業名稱等，也可能造成市場上的混淆或不正當地利用他人商標的信譽，因而也可能構成不正當競爭行為。而且，由於這種情況不像直接仿冒他人註冊商標那樣明顯，因而在實務中被不正當利用的情況往往更為普遍。本來，大陸 1982 的《商標法》對此並未加以規定，但在 1988 年和 1993 年兩次修訂的《商標法實施細則》中卻作了擴大規定：“在同一種或者類似商品上，將與他人註冊商標相同或

¹³ 註：有關作品名稱、虛構人物形象權保護之探討，可參閱下列文章。蘭京《“泰坦尼克號”你受保護嗎？關於作品標題的保護》刊于《中華商標》1994 年 4 月。沈曉雷《論作品名稱的法律保護》刊於《中國專利與商標》1998 年第 1 期。陳新《對出版物名稱註冊商標的思考》刊《中華商標》1998 年第 5 期。門桂貞《作品名稱的商品化權保護》刊《著作權》1993 年第 3 期。

者近似的文字、圖形作為商品名稱或者商品裝璜使用，並足以造成誤認的“，亦屬於侵犯他人註冊商標專用權的行為。但嚴格說來，這種行為並不構成侵犯註冊商標專用權，而是在《商標法實施細則》中通過反不正當競爭條款對註冊商標作擴大保護。問題是依《商標法》和《商標法實施細則》有關之規定是否能有效解決將他人註冊商標作企業名稱的糾紛。

從維護公平競爭秩序出發，反不正當競爭法將一切與誠實信用原則和公認的商業道德相悖的行為均視為非法。這樣，它不僅可以對受商標法保護範圍內的註冊商標專用權提供雙重的或交叉的法律保護，而且更重要的是超出這一範圍的而又屬於正當的利益提供必要的法律保護。事實上，當今世界的許多國家都是借助反不正當競爭法對註冊商標提供擴大的保護。在這裏，不論將他人的註冊商標用在何種商品上，也不論是否將其作商標使用或是當作商品名稱或者是作為商業名稱使用，只要在市場上有可能產生混淆，甚至即使不產生混淆，但可能對他人註冊商標信譽造成損害的，就可以被確認為不正當競爭行為而遭到禁止。

將他人註冊商標作企業名稱使用，有適用上之爭議，有主張依照「反不正當競爭法」第二條規定，與第五條第一款規定之「假冒他人註冊商標」處理之爭議。

（一）條文適用之爭議

問題是在於，將他人註冊商標作為企業名稱使用時，應依《反不正當競爭法》那一條文加以適用？有下列不同意見：

(1)王先林先生認為：「我國現行的《反不正當競爭法》卻未能在這方面作出更多的應有的直接規定。不過，在修改《反不正當競爭法》或制定其實施細則前，完全可以運用其基本原則來加以認定。事實上，反不正當競爭法的一個最大特點是有較大的靈活性，即依《反不正當競爭法》第二條之規定¹⁴。」

(2)鄭成思教授認為：「依《反不正當競爭法》第五條第一

¹⁴ 註：王先林《試論反不正當競爭法對商標的保護》知識產權 1995 年第 5 期第 15 頁。

款之規定「假冒他人的註冊商標」處理¹⁵。」

(3)安建先生認為：「我國《反不正當競爭法》也有類似規定：“擅自使用他人的名稱或者姓名，引人誤認為是他人的商品“是不正當競爭行為。對於未註冊的商標或馳名商標或商號，如依商標法律與企業名稱登記法律無法處理，則可以考慮使用反不正當競爭法律加以保護¹⁶。」

(4)應明先生認為：「還應指出，使用他人的企業名稱或者註冊商標作為自己的功能變數名稱進行註冊，這種行為可能屬於在工商業活動中導致混淆的行為，可能具有進行不正當競爭的性質。《保護工業產權巴黎公約》第一〇條之二明文規定，公約成員國應取締不正當競爭，禁止以任何手段對競爭者的營業場所、商品或者工商業活動造成混淆的一切行為。大陸《反不正當競爭法》第五條規定，經營者不得採用不正當手段從事市場交易損害競爭對手。這裏所說明“不正當手段”包括如下三項導致混淆的行為：（一）假冒他人的註冊商標。（二）擅自使用知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，或者使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，造成與他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品。（三）擅自使用他人的企業名稱或者姓名，引人誤認為是他人的商品。〈反不正當競爭法〉第九條還規定，經營者不得利用廣告或者其他方法，對

大陸「反不正當競爭法」第五條規定，經營者不得採用不正當手段從事市場交易損害競爭對手。此不正當手段包括：假冒他人註冊商標、擅自使用之知名商品特有之名稱、或使用與知名商品近似之名稱、擅自使用他人企業名稱引人誤認為是他人商品。

¹⁵ 註：參閱鄭成思在《淺議反不正當競爭法》與《商標法的交叉與重疊》一文中所述及的案例。內容如下：第五條第（一）款，禁止“假冒他人的註冊商標”，是最明顯的與《商標法》的重疊。一般講來，有了商標法全面保護註冊商標，就沒有必要再於反不正當競爭法中出現註冊商標保護條款了。問題是我國現有《商標法》很難說已對註冊商標進行了“全面”的保護。所以，這一條在實踐中還確曾派上了用場，而且並未顯得重疊。例如，1998年初，已在中國商標局就“利樂”商標取得註冊的瑞典利樂公司，發現有企業將“利樂”作為其企業名稱使用，感到是一種有意的“假冒”，卻又在《商標法》中找不到任何告、訴依據，只能依《反不正當競爭法》第五條（一）款起訴。可見，這一款對註冊商標權人禁止他人“離開商品”從事的假冒有一定作用。

¹⁶ 註：安建《商標、商號及其權利衝突的法律調整》刊《中華商標》1999年第1期第16頁。

商品的生產者、產地等作引人誤解的虛假宣傳。

因此，如果以其他企業的註冊商標或者企業名稱作為自己的域名進行註冊，利用他人的註冊商標或者企業名稱促銷自己的商品，行為者將承擔違反我國《反不正當競爭法》的責任¹⁷。」

（二）個人意見

《反不正當競爭法》第五條第一款「假冒他人的註冊商標」儘管學理上對“假冒他人註冊商標”的含義分別僅指《商標法》第三八條第一項或《商標法》第三八條各項之爭論，但從《反不正當競爭法》第二一條規定，有假冒他人的註冊商標之行為者，依《商標法》處罰。因此，以他人註冊商標為企業名稱之使用，當然無法依《反不正當競爭法》第五條予以處理。至於，企業名稱所有人真實表示其名稱，並無其他積極行為從事引人誤解的虛假表示或引人誤解的虛假宣傳廣告。亦難謂有《反不正當競爭法》第五條第四項及第九條之適用。

個人認為，企業名稱使用他人註冊商標，是否構成不正當競爭行為，有違誠實信用原則及商業道德，不能一概而論。應以註冊商標之著名程度及是否有攀附他人商譽之惡意，加以判斷，尤其更應參酌下列因素：

（一）稀釋理論（淡化）

系指在仿冒案件中，仿冒者使用他人強力之企業表徵於不同之商品或服務，雖未引起混淆之可能時，法院以仿冒者之仿冒行為使他人之企業表徵變得晦暗、貶值，而稀釋沖淡

筆者以為：企業名稱使用他人註冊商標，是否構成不正當競爭行為，有違誠實信用原則及商業道德，不能一概而論。應以註冊商標之著名程度及是否有攀附他人商譽之惡意，加以判斷。

¹⁷ 註：本段所引之觀點系應明先生在其《因特網域名使用中的知識產權問題》的文章中對使用他人註冊商標或者企業名稱作為自己域名名稱進行註冊，可能要承擔從事不正當競爭的責任的看法。應明先生沒有特別指明應以《反不正當競爭法》那一條款處理上述問題。只是本人認為頗值得參考，因此，予以“准用”。不代表應明先生對註冊商標與企業名稱衝突之意見，特此說明。

其原有之顯著性，因而得禁止仿冒者繼續使用他人企業表徵之理論。如英國法院於 1898 年保護上訴人「kodak」商標，禁止被上訴人使用該名稱於自行車之案例¹⁸。企業表徵被擅自使用于不相關聯之行業，縱使無因混淆造成損害，其損害為企業表徵之辨識性(identity)或對公眾的吸引力，逐漸被削減或散失而遭稀釋。

(二) 寄生競爭理論

系指仿冒者依靠他人而生活，坐享他人努力之成果及其商譽。蓋寄生競爭者，通常未仿冒其對造之產品，亦未公開尋求與對造產品之混淆，然則，其行為本身卻吸收他人之成就。學者更認為寄生競爭理論得適用於著名商標被使用於完全不相關商品之上，以擴大對著名商標之保護。同理，對企業表徵（或商標權）保護亦不以仿冒者對營業類別與被仿冒者相同或類似為必要。

(三) 國際新發展

WIPO 的《1996 年關於反不正當競爭法保護的示範規定》(Model Provisions on Protection Against Unfair Competition)，將“不正當競爭的行為擴大至“作法”。換言之，按“示範規定”不再以有競爭關係為構成要件，只要該行為在工商業活動中違反誠實的習慣作法的行為，即可成立不正當競爭行為。不再考慮雙方當事人是否存在有競爭關係，再者，將“淡化”“弱化”(dilution)作為第四種的不正當競爭行為。

美國亦於 1996 年開始實施之「1995 年聯邦商標淡化法案」(Federal Trademark Dilution Act)，對於著名商標之保護不再拘限於競爭關係，包括了因模糊而淡化(dilution by blurring)及因污染而淡化(dilution by tarnishment)。個人以為基於上述理

稀釋理論：仿冒者使用他人強而有力之企業表徵於不同之商品或服務，雖未引起混淆之可能，但損害為企業表徵之辨識性或對公眾吸引力的逐漸削減而遭稀釋。寄生競爭理論：學者認為得適用於著名商標之輩使用於完全不同類商品之上，以擴大對世所共知商標之保護。

¹⁸ 註：參閱 Eastman Photographic Materials Co.V. Kodak Cycleco 15 Rep.Pat.Cas.105(1998).伊思曼柯達照相器材公司訴柯達自行車公司。

國際新發展：以他人註冊商標作為企業名稱之使用，而客觀上確有違反公序良俗及誠信原則時，不妨援引「反不正當競爭法」第二條予以處理。

由及參考“楓葉”商標的“反向假冒”案例，法院最終以民法通則第四條、第一三四條第一款、第（七）項、第九項、第一〇項及《反不正當競爭法》第二條規定做為判決“楓葉”糾紛的依據，是一項適法的判決。因此，以他人註冊商標作為企業名稱之使用，而客觀上確有違反公序良俗及誠信原則時，不妨援引《反不正當競爭法》第二條予以處理。

及誠信原則時，不妨援引《反不正當競爭法》第二條予以處理。