專論 - 商　　標

論商標法應刪改所謂國內、國際「著名」組織及「全國著名」商號名稱或姓名之相關規定

*劉孔中

本文將証明商標法不應該就國際組織之名稱、徽記、徽章、標章要求「著名」，以及在著名標章的機制下，並無規定國內「著名」組織及「全國著名」商號名稱或姓名、藝名、筆名、字號的理由。並針對商標與他人名稱之衝突，提供解決之道。

在著名標章保護立法的演進上，有二款規定幾乎沒有被文獻正式討論過，此即商標法第三十七條第三款後段及第十一款。前者禁止以相同或近似於其他國內或國際著名組織名稱、徽記、徽章、標章者，申請爲商標註冊，後者則禁止在未得其承諾之情形下以有他人之肖像、法人及其他團體或全國著名之商號名稱或姓名、藝名、筆名、字號，申請爲商標註冊，但商號或法人營業範圍內之商品與申請人註冊之商標所指定商品非同一或類似者，不在此限。本文的論述將會証明商標法不應該就國際組織之名稱、徽記、徽章、標章要求「著名」，以及在著名標章的機制下，並無規定國內「著名」組織及「全國著名」商號名稱或姓名、藝名、筆名、字號的理由。此外，本文將會針對商標與他人名稱之衝突，提供解決之道。

* 作者為中央研究院中山人文社會科學研究所法律組副研究員、中央大學產業經濟研究所兼任副教授。

一、國內或國際著名組織名稱、徽記、徽章、標章

一　立法沿革

前北京政府於民國十二年頒布之商標法第二條第二款規定不得以「相同或近似於紅十字章，或外國之國旗、軍旗作爲商標呈請註冊。」此款規定一直沿用到民六十一年始被修改第三十七條第一項第三、四款：「三，相同或近似於聯合國名稱或徽記者。四，相同或近似於紅十字章，或有中華民國參加之其他國際性組織之名稱或標章，或外國之國旗、軍旗者。」其修改的立法理由爲：「本條係規定不得作爲商標申請註冊之事實，除在形式上就現行法第二條之順序，依國權、國家元首、聯合國、外國國權之尊重及公益、私益之保護，予以調整外，並爲左列實質上之修正及增訂：1、於現行條文第四款『相同或近以於紅十字章』之下，增加『或有中華民國參加之其他國際性組織之名稱或標章』字樣，以示我國對國際性組織之尊重。」[1]

我國商標法對著名標章的立法沿革。

前述兩款規定於民國七十二年修法復時被簡化爲第三十七條第三款「相同或近似於紅十字章或其他著名之國際性組織名稱、徽記、徽章者。」其修正理由爲：「現行條文第一項第三款因聯合國罔顧正義，早已不受尊敬，故只認屬一著名之國際性組織，爰予刪除，並將第四款改列第三款，將『有中華民國參加之國際性組織』，修正爲『其他著名之國際性組織』」、「至外國軍旗因數額繁多，蒐集不易，且時有變換，爰予刪除。」[2]民國八十二年修改商標法時始將之修正爲現行規定之款項與內容，其修正理由爲：「第一項第三款有關著名組織之保護應不僅限於國際性組織，爰修正爲國內或國際著名

1　見立法院公報，第 59 卷第 91 期(59 年 12 月 9 日)，院會記錄第 87 頁。

2　見立法院公報，第 72 卷第 4 期(72 年 1 月 12 日)，院會記錄第 2 項。

組織。」[3] 本款規定自制定以來，在最高行政法院的司法實務上從未見到與本款有關之裁判，因此可以說實質意義不大。

二　比較法的觀察

1. 巴黎公約

巴黎公約 1925 年增訂條款，禁止將與國家、政府間國際組織徽記相同或近似的標記作爲商標使用或申請商標註冊。

巴黎公約於一九二五年海牙修正會議時增加第六條之二（6ter）的規定，以禁止將與國家、政府間國際組織（international intergovernmental organizations）徽記相同或近似的標記作爲商標使用或申請商標註冊，因爲此種使用或註冊會侵害國家及政府間國際組織控制其主權象徵使用的權力，並且可能誤導大眾對使用該商標之商品的來源。[4] 相較之下，世界貿易組織「與貿易有關智慧財產權協定」以及商標條約均未對此議題有所規定，因此以下的探討將僅針對巴黎公約第六條之二。由於該條共計十項，所以我們只集中討論其中與本章相關的部分。

（1）對國家及政府間國際組織徽記、名稱之保護

巴黎公約一九五八年里斯本修正會議於第六條之二第一項增加第二款及第三款規定，連同該條項第一款及第二項，構成本條之核心內容：

「1.（1）會員國同意拒絕或撤銷以聯盟會員國的徽章、旗幟及其他的國家徽記、會員國採行的管制與保證標記，以及從徽紋學觀點所作的模仿，於未經主管機關授權下，作為商標或商標要素而為之註冊；會員國並同意採取適當措施禁止此

[3] 引自標準局 83 年 8 月印行「商標法暨施行細則修正條文對照表」，第 34 頁。

[4] Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1969, 第 96 頁。

種商標之使用。

（2） 第一款之規定同樣適用於一個以上（含）聯盟會員國為其成員之政府間國際組織的徽章、旗幟、其他徽記、縮寫及名稱，但為施行中且旨在落實其保護之國際協定的客體者，不在此限。

（3）聯盟會員國無需將第二款之規定適用於在本公約於該國施行前已善意取得權利之權利人。第一款規定之使用或註冊若不具有向公眾暗示系爭組織與徽章、旗幟、徽記、縮寫及名稱之間有關聯的性質，或此種使用或註冊可能不具有誤導公眾以為該使用者與該組織有關聯的性質，聯盟會員國無庸適用第二款之規定。

巴黎公約對國家及政府間國際組織徽記、名稱之保護。

2. 關於禁止使用管制與保證標記的規定，僅於將此標記納入之商標將被使用在相同或類似的商品時，適用之。」[5]

[5] 本條項之原文為：「(1)(a) The countries of the Union agree to refuse or to invalidate the registration, and to prohibit by appropriate measures the use, without authorization by the competent authorities, either as trademarks or as elements of trademarks, of armorial bearings, flags, and other state emblems, of the countries of the Union, official signs and hallmarks indicating control and warranty adopted by them, and any imitation from a heraldic point of view. (b) The provisions of subparagraph (a), above, shall apply equally to armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, of international intergovernmental organizations of which one or more countries of the Union are members, with the exception of armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, that are already the subject of international agreements on force, intended to ensure their protection. (c) No country of the Union shall be required to apply the provisions of subparagraph (b), above, to the prejudice of the owners of rights acquired in good faith before the entry into force, in that country, of this Convention. The countries of the Union shall not be required to apply the said provisions when the use or registration referred to in subparagraph (a), above, is not of such a nature as to suggest to the public that a connection exists between the organization concerned and the armorial bearings, flags, emblems, abbreviations, and names, or if such use or registration is probably not of such a nature as to mislead the public as to the existence of a

在此值得注意的有四點，第一，本條規定僅針對商品之商標，而不及於服務標章，因此會員國得自行決定是否將本條規定適用到後者。第二，第一項第一款所謂「從徽紋學觀點所作的模仿」，較商標法上一般認爲應禁止的模仿爲窄。之所以作此種限縮的原因在於，國家徽記經常包含一些共同的符號，例如獅子、熊或太陽等，而此等符號應該可以被自由地納入商標之中——除非涉及徽紋學上區別彼此的特徵。[6] 商標雖然將國家或國際組織之標記作些改變，但仍帶有其徽紋上的特徵而且在交易上被視爲國家高權或國際組織的表徵，即可能構成徽紋學上的模仿。[7] 第三，國家徽記之保護是絕對的，不像政府間國際組織允許一些例外，因此即使在大眾沒有被混淆、誤導之情形，亦不得將國家高權之標記作爲商標而使用及註冊。[8] 第四，第二項所謂「相同或類似的商品」係指與管制與保證標記所適用之商品相同或類似者。

對於政府間國際組織之徽記、名稱須經通告始受保護。

（2）政府間國際組織之徽記、名稱須經通告始受保護

其次，巴黎公約第六條之二第三項第二款規定：「本條第一項第二款僅適用於政府間國際組織經由國際事務局向聯盟會員國通告之徽章、旗幟、其他徽記、縮寫及名稱。」[9] 換言之，對於未經世界智慧財產權組織國際事務局通告之政府

connection between the user and the organization. (2) Prohibition of the use of official signs and hallmarks indicating control and warranty shall apply solely in cases where the marks in which they are incorporated are intended to be used on goods of the same or a similar kind.」

6 Bodenhausen，前揭書，第 97 頁。

7 Fetzer, Markenrecht, 1997, Rdnr. 4 Art. 6ter PVÜ。

8 Bodenhausen，前揭書，第 98 頁。但是 Fetzer 採不同看法（見 Fetzer, Rdnr. 4 Art. 6ter PVÜ），然而這應該是錯誤的意見。

9 本條項之原文為：「(b) The provisions of subparagraph (b) of paragraph (1) of this Article shall apply only to such armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, of the countries of the Union through the intermediary of the International Bureau.」

間國際組織之徽記，各會員國並無保護之義務。[10]

（3）避免溯及既往

隨著我國加入世界貿易組織的逐漸實現，我們必須正視國際條約於我國施行之際會發生的過渡問題，其中包括如何避免溯及既往而影響當事人之既得權益。同樣的考慮在巴黎公約一九二五年海牙修正會議時就曾出現過，因此產生第六條之二第五項至第七項之規定：

「5. 涉及國家旗幟者，第一項規定僅適用於一九二五年十一月六日以後註冊之商標。

6. 涉及國家旗幟以外之國家徽記、會員國管制與保證標記，以及政府間國際組織的徽章、旗幟、其他徽記、縮寫及名稱者，前述規定僅適用於自接到第三項規定之通告起二個月後註冊之商標。

7. 涉及惡意者，會員國亦得撤銷於一九二五年十一月六日以前註冊之商標。」[11]

巴黎公約中規定會員國無需爲保護國際組織之徽記，而損害在本公約於該國施行前已善意取得之權利，亦即避免溯及既往而影響當事人之既得權益。

在此需要提醒注意的是，本條第一項第三款已規定會員國無需爲保護國際組織之徽記，而損害在本公約於該國施行前已善意取得之權利，因此縱使此等權利取得之商標是在接到第三項規定之通告起二個月後註冊，亦無需駁回或撤銷其商標之註冊。[12]

---

[10] Bodenhausen，前揭書，第 100 頁。

[11] 本條項原文為：「(5) In the case of State flags, the measures prescribed by paragraph (1), above, shall apply solely to marks registered after November 6, 1925. (6) In the case of State emblems other than flags, and of official signs and hallmarks of the countries of the Union, and in the case of armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, of international intergovernmental organizations, these provisions shall apply only to marks registered more than two months after receipt of the communication provided for in paragraph (3), above. (7) In cases of bad faith, the countries shall have the right to cancel even those marks incorporating State emblems, signs, and hall-marks, which were registered before November 6,1925.」

[12] Bodenhausen，前揭書，第 102 頁。

2. 德國商標法

德國新商標法雖然致力採用歐洲聯盟商標規則之文字用語，但是在國際組織徽記與名稱的保護上，由於歐洲聯盟商標規則的規定極為精簡，[13] 所以德國商標法大體上仍然沿用一九六八年舊商標法的規定，而於一九九四年修法時稍作增補。

德國商標法大體上仍然沿用一九六八年舊商標法的規定，而於一九九四年修法時稍作增補。

依據德國商標法第八條第二項第八款之規定，商標帶有國家間國際組織之徽章、旗幟、其他徽記、印信或名稱者，為絕對不得註冊的事由之一。[14] 於一九九四年修法時符合巴黎公約第六條之二第一項第三款之標準，[15] 新增的第八條第四項第四句規定：「第二項第八款之規定於申請之商標並不足以在大眾中引起其與該國家間國際組織有關聯的錯誤印象時，不適用之。」此乃為此外，鑑於國家間國際組織之徽記與名稱數量龐大，故為避免不當限制事業取得商標註冊之正當利益，德國商標法第八條第二項第八款規定，必須經過德國法務部在聯邦公報公告不得註冊為商標之國際組織徽記與名稱，始受到保護。德國商標法第八條第四項第一句並且禁止「模仿」國際組織徽記與名稱。此項「模仿」，較商標衝突法上之「近似」或「混淆之虞」狹窄，而應與巴黎公約第六條之一第一項第一款規定作相同的解釋（「從紋徽學觀點所作的模仿」）。[16] 德國商標法第一四五條第一項第三款規定商業上違法使用或模仿國家間國際組織之徽記、名稱之行為，構成違反秩序的行為，最高可處五千馬克之罰鍰。

---

[13] 該規則第七條第一項第八款僅規定：「因為欠缺主管機關之同意而應依巴黎公約第六條之二駁回其申請之商標，不得註冊。」

[14] 該款規定之內容為：「經聯邦法務部於聯邦公報公告不得註冊為商標之國家間國際組織的徽章、旗幟、其他標記、印信或名稱，不得註冊為商標。」

[15] Fetzer, Rdnr. 391 § 8 MarkenG.

[16] 見該款之立法理由，刊於 Blatt für PMZ, 1994 Sonderheft, Das neue Markengesetz S. 65.

3. 商標法第三十七條第三款後段規定之檢討

先就國際組織名稱、徽記之部分而言，從前述之研究我們可明顯看出，我國商標法第三十七條第三款之規定至少有五處不符合巴黎公約：1. 巴黎公約對於政府間國際組織徽記之保護，並未以其是否「著名」爲要件，而是繫於國際事務局之通告。2. 巴黎公約第六條之二第一項第三款允許三種例外不保護國際組織徽記之情形，亦即已善意取得權利者、未暗示組織與徽記之間有關係，以及並未暗示徽記之使用者與該組織之間有關係。我國商標法對此毫無規定。3. 巴黎公約第六條之二第一項第一、二款要求會員國採取適當措施禁止不當使用國際組織之徽記與名稱，而我國商標法並無禁止此種使用（而不是申請註冊之）措施。4. 巴黎公約第六條之二第一項亦禁止從徽紋學觀點模仿國際組織徽記、名稱，其範圍比「近似」或「混淆之虞」爲窄，而我國商標法卻採「近似」之概念。5. 巴黎公約第六條之二第五至七項之避免溯及既往規定，我國商標法亦付諸闕如。至於德國商標法要求其法務部將不得註冊爲商標之國際組織的徽記、名稱公佈於聯邦公報，以便提高商標申請與審查上的明確性，值得我國修改商標法時參考。[17]

我國商標法第三十七條第三款之規定至少有五處不符合巴黎公約。

最後，一併在此檢討商標法第三十七條第三款後段的其他二個缺點，第一是沒有另外規定「國內組織」之必要，因爲其可以被第十一款所稱之「法人及其他團體」所涵蓋；第二是稱「國內或國際著名組織」容易使人誤以爲該組織必須「國內著名」或「國際著名」，然而從立法史可看得出（見一、（一）.），立法者的真意是規範「著名」的國內或國際組織。

[17] 以下所稱商標法修正草案係指標準局於 89 年 12 月 26 日公聽會所發之版本。

在以上的理解下，即不難看出智慧局商標法修正草案第十六條第一項第八款內容（：「相同或近似國際性組織或國內外著名機構之名稱、徽記、徽章或標章。」）破綻之處，以及其立法理由之薄弱（：「基於國際性組織之標章除紅十字章外，如聯合國、APEC、WTO 等亦屬國人耳熟能詳之組織，爰修正爲概括用詞。又現行條文『國際著名組織』是否限於多國組織？.....曾生疑義，爰將『國際』修正爲『國內外』...」）

我國關於全國著名商號名稱或姓名、藝名、筆名、筆名、字號及商標之立法沿革。

二、全國著名商號名稱或姓名、藝名、筆名、筆名、字號及商標衝突的解決之道

一　立法沿革

前北京政府頒布之商標法第二條第二款規定，未經承諾者，不得以「有他人之肖像、姓名、商號或法人及其他團體之名稱」作爲商標，呈請註冊。此款規定一直沿用到民國六十一年始被改爲第三十七條第一項第十一款：「有他人之肖像、法人及其他團體或全國著名之商號名稱或姓名，未得其承諾者。但商號或法人營業範圍內之商品，與申請註冊之商標所指定商品非同一或同類者，不在此限。」其修改的立法理由爲：「依現行條文第十一款規定，申請註冊之商標，如有他人商號或法人之名稱，未得其承諾者，即不得註冊。依商業登記法及公司法規定，禁止使用同一商號或公司名稱，僅以經營同類業務者爲限，而非公司組織之商號僅及於同一縣市，故他人之商號或法人營業範圍內之商品與申請註冊之商標所指定之商品，如非同一或同類，而商號名稱非全國著名者，原不致發生混淆之情形，自不應因其未得承諾即予禁止註冊，爰將該款予以修正，並增訂但書之規定。」[18]

[18] 見立法院公報，第 59 卷第 91 期（59 年 12 月 9 日），院會記錄第 89 頁。

對於應以法人或全國著名商號名稱之哪個部分爲認定基準，以及如何認定非同一或同類商品， 實務上顯然有所爭議，經濟部乃於民國七十六年修訂商標法施行細則時增訂第二十九條：「本法第三十七條第一項第十一款所訂定法人或全國著名之商號名稱，係指其特取部分而言；但書所定商品非同一或同類，依第二十四條之商品類別爲認定之依據；商號或法人營業範圍內之商品，以商號或法人所登記之營業項目爲準，如登記之營業項目未載明具體商品者，參酌實際經營之項目認定之（第一項）。」並於民國八十三年再將之稍作文字修正後改列爲第三十二條第一項：「本法第三十七條第一項第十一款所稱法人及其他團體或全國著名商號之名稱，指其特取部分而言。商號或法人營業範圍內之商品，以商號或法人所登記之營業項目爲準；如登記之營業項目未載明具體商品者，參酌實際經營之項目認定之。」

行政法院對於「全國著名」的定義，大致上認爲「所謂全國著名之商號名稱或姓名，乃其商號或姓名之名聲爲我國境內一般人所共知之謂。」

民國八十二年修正商標法時，基於「全國著名之藝名、筆名、字號應與全國著名之姓名受相同之保護」的考慮，爰於第一項第十一款中增列此等名號。另爲配合第二十一條第二項之修正，而將「同類商品」修正爲「類似商品」。[19]

二　司法實務

關於本款規定之最高行政法院判決頗多，然而絕大多數是關於系爭商品或服務是否同一或類似之認定，茲不在此贅爲引述，而僅就其中與本章有關之部分加以整理分析。

1. 全國著名之意義與認定

最高行政法院七十一年度判字第八三四號判決曾表示「蓋全國著名，乃聲聞於全國，爲國人所共知之謂」；該院於七十二判字二二０號及七九一號判決進一步表示：「所謂全國

[19] 引自標準局 83 年 8 月印行「商標法暨施行細則修正條文對照表」，第 34 頁。

著名，乃聲聞布於全國，並爲國人所共知之謂，而此項全國著名事實，必須有確切地之証據可資徵信。」該院最近一次對此表示意見的判決是七十六年第一一二三號判決，大致仍維持相同的看法：「惟所謂全國著名之商號名稱或姓名，乃其商號或姓名之名聲爲我國境內一般人所共知之謂。」

2. 「有他人商號名稱」之意義與認定

行政法院對「有他人商號名稱」，大致採取頗爲嚴格而機械的態度理解。

最高行政法院自民國五十四年度判字第二一七號判例起，即採取頗爲嚴格而機械的態度理解何謂「有他人商號名稱」：「係指申請註冊之商標內容，有與他人商號名稱特取部分完全相同者而言。」該號判例並認定「阿里山軒餅鋪」之特取部份「阿里山軒」四字與「阿里山牌及圖」商標中之「阿里山」，並非完全相同。最高行政法院並曾判決「東震行」與「東震」字數不同，且意義有別，二者並非完全相同；[20]「新虎跑」與「虎跑」並非完全相同；[21] 但是最高行政法院也曾在一些判決中作成較不如此嚴格的認定，例如「台灣巨蛋」與「巨蛋」爲完全相同（因爲「台灣」代表「中華民國」在台灣之地區名稱）；[22] 以及「金蘭大同」與「大同」完全相同（因爲「金蘭大同」聯合商標圖樣，其圖框內置中金蘭二字，與其下之大同二字，係各自獨立之二部分，尚非不能分別審究）。[23]

三　比較法的研究

本款規定於民國六十一年修定時，雖然並未於立法理由中提及曾參考日本商標法，但事實上似乎是師法日本商標法

[20] 見最高行政法院 87 年度判字第 2782 號判決。

[21] 見最高行政法院 79 年判字第 1472 號判決。

[22] 見最高行政法院 84 年度判字第 1770 號判決。

[23] 見最高行政法院 88 年度判字第 321 號判決。

的規定。現行日本商標法第四條第一項第八款規定：「有他人肖像、或他人姓名、名稱、著名雅號、藝名或筆名、或此等之著名簡稱之商標（但已取得他人同意者，不在此限）」[24] 不得申請商標註冊。由於筆者不諳日文，所以無法深入就日本文獻探討該款規定在日本之源起、實際運用狀況，以及學說是否對此規定有所批評，而只能從其他商標法制先進國家（美國與德國）的相關法制，比較推敲本款規定是否具有正當性。

1. 美國法

（1）營業名稱

美國普通法上將公司、商號及專業組織之名稱統稱爲「營業名稱」，用以象徵系爭事業整體的聲譽，以別於商標是用以指稱、區別事業所經手之不同產品或服務。

A. 營業名稱之保護受到與商標相同的限制與條件

美國普通法上將公司、商號及專業組織之名稱統稱爲「營業名稱」（trade names）。營業名稱用以象徵系爭事業整體的聲譽，而商標則是用以指稱、區別事業所經手之不同產品或服務。一般而言，營業名稱之保護與商標保護的限制與條件相同，二者在實務上亦經常發生糾葛，例如被告以原告具有商標功能之營業名稱作爲自己之商標而使用於商品上，因而侵害原告之商標；或被告使用原告之商標作爲其營業名稱，因而亦侵害原告之商標。[25]

在美國法上，營業名稱之保護既然亦以防止混淆之虞爲本旨，因此其關鍵之處在於系爭營業名稱是否爲相關大眾所知悉。故若被告使用原告之營業名稱作爲商標，則應探究相關大眾是否知悉原告之營業名稱，以致於被告之此種使用行爲會導致相關大眾就商品之來源產生混淆之虞。同樣地，若被告使用一個發生爭議之商標作爲其營業名稱，則重要的是

[24] 引自智慧財產局，商標法令彙編，下冊，玖-3。

[25] McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th Ed. 1997, 9-6.

被告是否如此使用其營業名稱，以致其客戶知悉此項事實。[26]在認定是否侵害營業名稱時，法院必須考慮到與產品或服務相關的因素，因爲聯邦第九巡迴上訴法院曾經表示：「原告希望保護的營業名稱利益與其所生產之商品的品質及聲譽有關。」[27]

B. 商標法禁止將他人已使用之「營業名稱」註冊爲商標

美國法上對營業名稱及商標之保護相同，一切以是否有混淆之虞爲斷。

美國商標法第二條第四款禁止將他人已使用之營業名稱註冊爲商標：「商標包含與他人已在美國使用並且未放棄之營業名稱近似之標示，或由此種標示組成者，若使用於申請人之商品或與之有關，足以導致混淆者」不得註冊爲商標。該法第四十七條所定義之「營業名稱」與普通法稍有不同，而係指「任何人用以指稱其營業或職業之名稱」。依據前述規定，美國專利商標局得依據他人已在美國使用之營業名稱，駁回以與之「混淆近似」（confusingly similar）的標示所提出之商標註冊申請。[28]

總言之，美國法上對營業名稱及商標之保護相同，一切以是否有混淆之虞爲斷。因此，只要他人之商標與自己之營業名稱有混淆之虞，而不是單純與自己之營業名稱相同或近似，即可禁止該商標之註冊，而不論其是否爲「著名」甚至「全國著名」的營業名稱。當然，營業名稱的知名度越高，其越能對抗他人以其營業名稱作爲商標註冊之行爲。

（2）個人姓名

美國商標法第二條第一、三款規定，商標有下列二種情形之一者，不得註冊爲商標：包含可能詆毀他人（不論存歿）或錯誤暗示與該人有關之事項者，或由此等事項組成者；包

[26] McCarthy，前揭書，9-8。

[27] Accuride International, Inc. v. Accuride Corp., 871 F. 2d 1531.

[28] McCarthy，前揭書，9-32。

含指認特定在世個人之姓名、肖像或簽名，或由此等姓名、肖像或簽名組成者（但得其書面同意者，不在此限）。在實務上，美國聯邦巡迴上訴法院曾在一九八三年的一個判決旁論中表示，在完全與商標法上混淆之虞無關的情形下，亦可能依據隱私權或知名權（right of publicity）受侵害而得出與適用商標法第二條第一款相同的結果。[29] 至於第二條第三款只有在該特定個人是著名人物或在商標指定使用之領域或市場著名，始有適用，而不是用於保護所有與申請註冊爲商標相同姓名之人。[30] 正如同美國專利商標局「商標審查程序手冊」（The Trademark Manual of Examining Procedure）§ 1206.02 規定：「若該特定個人既非爲人普遍知悉或在與系爭產品或服務相關之領域並非著名，則（使用其姓名之）商標可能無法構成本款規定之指認該特定個人，因此不需其同意。」[31] 由此可清楚看出，美國商標法對個人姓名提供不被他人註冊爲商標之保護，雖然以其「著名」爲要件，但是並未要求「全國著名」。

美國商標法對個人姓名提供不被他人註冊爲商標之保護，雖然以其「著名」爲要件，但是並未要求「全國著名」。

2. 德國商標法

（1）營業標誌

德國商標法是一部統一的標示保護法（Kennzeichenrecht），因此於第一條規定本法保護之客體及於商標、營業標誌（geschäftliche Bezeichnungen）及地理來源標示。[32] 該法於第五條規定營業標誌之種類：

---

[29] University of Notre Dame Du Lac v. J. C. Gourmet Food Imports Co., 703 F. 2d 1372, 1376.

[30] McCarthy，前揭書，13-64。

[31] USPTO, The Trademark Manual of Examining Procedure, §1206.02. Second Ed., May 1993, Revision 1.1, August 1997.

[32] 相關說明請見，劉孔中，論德國商標法及其對我國商標法修法之啟發（一），智慧財產權月刊，第 17 期（89 年 5 月），第 55-68 頁（第 58 頁）。

「（1）事業名稱及著作標題為營業標誌，受到保護。

（2）事業名稱係指在交易上作為某項營業或事業之名稱、商號或特殊標誌而使用之標示。在相關交易圈已具有營業標示效力的營業標誌或用於與其他營業區別之標示，視為營業之特殊標誌。

（3）著作標題係指印刷物、影片著作、聲音著作、舞台著作或其他類似著作的名稱或特殊標誌。」

德國對營業標誌之保護一向假手（舊版）不正競爭防止法第十六條而不是商標法。第十二條規定商標相對不得註冊之事由。

德國對營業標誌之保護一向假手（舊版）不正競爭防止法第十六條（相當於我國公平交易法第二十條），而不是商標法。該條規定於此次修正商標法時被刪除，而改納入商標法第五條及第十五條之中。惟此項修正只是體系的調整，並未改變既有的法制，因此無論商標法第十二條規定之營業標誌產生保護的原因，或第十五條規定的排他權，均可援用一九九四年十二月卅一日以前針對不正競爭防止法第十六條已建立的司法裁判與實務。[33]

依據德國商標法第十二條之規定，「在註冊商標申請日前，他人已就第四條第二款規定之商標或第五條規定之營業標誌取得權利，並且具有在德國全境內禁止使用註冊商標之權限者，得撤銷該註冊商標。」此條規定爲商標相對不得註冊之事由，因此權利人不得以異議方式請求撤銷，而必須以註冊無效爲由向法院提起撤銷訴訟（第五十一條）。在此值得注意的是，提起撤銷商標註冊之人必須證明其營業標誌已因爲使用而在市場上取得交易效力（Verkehrsgeltung）。「交易效力」此項法律概念在舊商標法時代就已經形成，它要求相關交易圈中有「並非不重要的部分人士」會將標誌與某特定事業聯想在一起，並且於該標誌再次出現時仍能辨認出來。此處要求的知名度並不高。[34] 其次，本條規定以營業標誌已在

[33] Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 5. Aufl. 1997, Rdnr. 1 § 5.

[34] Althammer/Ströbele/Klaka, Rdnr. 8 § 4.

德國全境取得交易效力爲前題，因此僅在部分地區具有交易效力的營業標誌固然可在此等地區以其排他權、不作爲請求權禁止他人的侵害行爲，但無法適用本條而要求撤銷已註冊之商標。[35]

除了提起訴訟撤銷他人不當的商標註冊之外，已取得交易效力之營業標誌權人依商標法第十五條，尙享有廣泛的排他權、不作爲請求權與損害賠償請求權：

「（1）取得營業標誌保護之權利人享有排他權。

（2）未經授權，他人不得在交易中以足以導致與受保護標誌混淆之方式，使用該營業標誌或類似的標示。

（3）雖無混淆之虞，他人亦不得在交易中以不正利用或減損在德國境內知名營業標誌之區別力或聲譽的方式，使用該營業標誌或類似的標示。

（4）違反前兩項規定使用營業標誌或類似標示者，該標誌之權利人得請求其停止使用。

（5）因故意或過失從事侵害行為者，應賠償營業標誌權利人因此所受之損害。

（6）第十四條第七項之規定準用之。」[36]

德國商標法對他人營業標誌之保護，以其在全德市場取得交易效力爲前題，但是並未要求其必須爲「著名」或「全國著名」的標記。

總而言之，德國商標法對他人營業標誌之保護，以其在全德市場取得交易效力爲前題，但是並未要求其必須爲「著名」或「全國著名」的標記。

（2）他人姓名或肖像

對於因爲商標註冊而取得之「註冊權」（Registerrecht）與他人在其註冊之前已取得之權利發生衝突時，應該如何解

[35] Althammer/Ströbele/Klaka, Rdnr. 8 § 12 ; Fetzer, Rdnr. 6 §12 MarkenG.

[36] 第十四條第七項規定：「侵害行為係由受僱人或受託人於營業中所為者，亦可對該營業之所有人行使不作為請求權；受僱人或受託人有故意或過失者，亦可對該事業之所有人行使損害賠償請求權。」

決，德國在舊商標法時代即已承認後者得對前者提起商標法以外的撤銷訴訟。此種撤銷訴訟被視爲不正競爭防止法第一條（我國公平交易法第二十四條差可比擬）及民法第八二三條（相當於我國民法第一八四條）、第一 OO 四條（所有權人之）不作爲及除去請求權的結果。[37] 德國商標法於一九九五年修正時，把此項主要由司法判決發展出來的法律原則成文化，因此有商標法第十三條的誕生。本條規定是商標法第九條及第十二條以外，第三個相對不得註冊事由的類型（因此商標專利局在註冊審查階段不得依職權審查系爭商標是否與第三人之權利衝突，第三人亦不得提起異議）。[38] 德國商標法第十三條規定：

德國商標法對於因爲商標註冊而取得之「註冊權」與他人在其註冊之前已取得之權利發生衝突時，已承認後者得對前者提起商標法以外的撤銷訴訟。

「（1）於註冊商標之申請日之前，他人已取得第九條至第十二條以外的其他權利，並且具有於德國全境內禁止使用該註冊商標之權限者，得撤銷該註冊商標。

（2）第一項所稱之其他權利特別是包括：

1. 姓名權，
2. 自我肖像權，
3. 著作權，
4. 植物種類名稱，
5. 地理來源標示，
6. 其他的營業保護權。」

本條所稱之其他權利限於商標法第九條至第十二條以外者，因此必須不屬於第九條規定之「已註冊或申請註冊之商標」、第十條規定之「著名標章」、第十一條規定之「代理人標章」、第十二條規定之「（因爲使用而取得權利的）商標及營業標誌」。本條所例示說明的姓名權係指德國民法第十二條

[37] Fetzer, Rdnr. 2 § 13 MarkenG.

[38] Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, Rdnr. 1 §13.

所規定者，除了自然人的姓名外，在學說與實務上尚承認政黨、社團及財團法人、教派、大學、工會、城市之名稱，乃至紅十字、團體的徽章及徽記亦可享有姓名保護。民法第十二條禁止使用他人姓名是以無權使用以及侵害他人值得保護之利益爲前題，因此若只是單純姓名相同，尚不會侵害他人之姓名權，而必須在姓名使用人於全國使用其姓名之利益受到後註冊商標之侵害時（這是不常發生的），才必須以撤銷後註冊商標的方式加以救濟。[39]

德國商標法對於自我肖像權及使用他人姓名或商號名稱作爲自己商標的行爲之規定。

本條例示之自我肖像權依據迄今仍有效的「藝術及攝影著作著作權法」（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9.1. 1907, KUG）第二十二條至第二十四條之規定，係指未經本人或於本人死亡後十年內未經其家屬同意，不得將其圖像散佈或公開展出。而肖像以他人足以辨認即可，因此德國實務上亦承認臉部特徵、體態特徵（例如特定的姿態、髭鬚，查理卓別林招牌的圓帽及柺杖），乃至於演員之劇照爲肖像。[40]

最後，德國商標法第八條（注意：本條規定爲絕對不得註冊事由，因此係商標主管機關於註冊審查階段應依職權審查之項目，而且也是商標權人可據以異議之事由。）第四款亦可用來處理使用他人姓名或商號名稱作爲自己商標之行爲。該款規定：「特別足以就商品或服務之種類、特性或地理來源欺罔公眾者」，不得註冊爲商標。早在一九 O 一年帝國專利法院於 Weber & Field 一案即表示，若他人姓名或名稱之使用者與指定使用之商品或服務（在本案爲口琴）之間並無任何事理上的關聯，則此種使用足以欺罔大眾，而應禁止被註冊爲商標。[41] 但是在此必須提醒注意的是，本款規定不可

[39] Althammer/Ströbele/Klaka, Rdnr. 4 § 13.

[40] Althammer/Ströbele/Klaka, Rdnr. 7 § 13.

[41] 引自 Fetzer, Rdnr. 332 § 8 MarkenG.

用來迴避他人姓名或商號名稱原則上並非絕對不得註冊事由之原則，因此只有在他人姓名或商號名稱具備商標法第十條要求之（巴黎公約下）「著名」度的情形下，始可援引本款規定禁止與之相同或近似商標之註冊。[42]

四、商標法第三十七條第十一款規定的司法實務之檢討

對我國商標法卅七條，作者認為：沒有任何正當理由可以特別要求對商號或個人名稱之保護必須以其「全國著名」為要件，否則就是對商號或個人名稱的一種差別待遇。

1. 本文後段

商標法第三十七條第十一款規定本文後段之規定（「全國著名之商號名稱或姓名、藝名、筆名、字號」）甚為不妥，因為著名標章之保護並不以其在全國著名為要件，[43] 而未註冊為商標之商號或個人名稱，若在交易中因為使用而取得商標之區別功能，則沒有理由不將之視為標章之一種，進而一體適用著名標章之保護標準。如此一來，亦沒有任何正當理由可以特別要求對商號或個人名稱之保護必須以其「全國著名」為要件，否則就是對商號或個人名稱的一種差別待遇。商標法於民國六十一年增列此一要件的唯一理由（「依商業登記法…規定，禁止使用同一商號….，…僅及於同一縣市，故商號名稱非全國著名者，原不致發生混淆之情形….」），逕以商業登記法第二十八條第一項對商號名稱保護之地理範圍作為商號可能發生混淆之地理區域，顯然有誤！商號可能因為知名度跨越同一縣市，而在不同縣市的區域間就已經有必要受到不被混淆之保護，並不一定等到其成為全國著名，才會被他人混淆。相較之下，美國商標法制對營業名稱之保護，並不以其係「著名」（遑論「全國著名」）為前題，而對個人姓名之保護則僅以其「著名」為要件；德國商標法雖然要求他

[42] Ingerl/Rohnke, Rdnr. 109 § 8.

[43] 劉孔中，論我國著名標章之保護，月旦法學雜誌，第 63 期（2000 年 8 月），第 64-76 頁（第 71 頁）。

人已因使用而取得之事業名稱權及姓名權與肖像權，必須在「德國全境」內有禁止使用註冊商標之權限，始得向普通法院提起訴訟撤銷該註冊商標，但是此等權限僅以其知名度具有較「著名」遠低之「交易效力」爲產生條件。

在無法正確爲商標法第三十七條第十一款規定本文後段找出應有的功能定位限制下，因此也就是在沒有任何商標法理論的引導下，我國最高行政法院自五十四年判字第二一七號判例起，即未附任何理由而僵硬地要求所謂「有他人商號名稱」,「係指申請註冊之商標內容，有與他人商號名稱特取部分完全相同者而言。」因而導出其一方面認爲「阿里山軒」與「阿里山」、「東震行」與「東震」、「新虎跑」與「虎跑」不同，但另一方面卻又認爲「台灣巨蛋」與「巨蛋」、「金蘭大同」與「金蘭」完全相同（詳見二、(二）2.）等恣意裁判的結果。其實，無論從商標法理或德國與美國之商標法制來看，重點仍然只是在於避免「混淆之虞」，因此就現行規定的解釋也好，或就未來修法的考量也好，都應取決於是否與他人之商號或名稱有混淆之虞，而不是二者是否「完全相同」。[44]。

就現行規定或未來修法的考量，都應取決於是否與他人之商號或名稱有混淆之虞，而不是二者是否「完全相同」。

2. 本文前段

商標法第三十七條第十一款規定本文前段（「有他人肖像、法人及其他團體」）雖然與本書之客體並非直接相關，但在解釋適用上經常糾纏不清，所以有必要在此從權利衝突的基礎理論一併加以釐清。首先，未因爲註冊爲或使用爲商標而成爲商標之他人姓名與肖像的保護，必須依據民法人格權，而人格權「始於出生，終於死亡。」(民法第六條）故本款規定毫無時間限制地允許以他人姓名與肖像禁止後商標之

[44] 鄭中人亦認為最高行政法院的此種見解，「實在不能達到立法目的解決矇混投機不公平競爭的問題」，見氏著論商號權與商標權，收錄於輔仁大學財經法律系「國際貿易法暨智慧財產權法」論文集，民國 88 年 12 月 30 日，第 185-211 頁（第 209 頁）。

註冊，顯然違反法理。正是基於此項法理，美國商標法第二條第一款也才限定保護「在世」個人之姓名、肖像或簽名；德國商標法第十三條對姓名之保護亦是依據民法以姓名使用人生存期間爲限的規定，而「藝術及攝影著作權法」對肖像之保護亦僅限於肖像人生存期間及肖像人死亡後十年。

作者認爲商標法第卅七條第一款，本文前段規定毫無時間限制地允許以他人姓名與肖像禁止後商標之註冊，顯然違反法理。另外對法人及其他團體之名稱沒有被後商標混淆之虞，則要求一律禁止他人使用與其名稱相同或近似之標示申請註冊，顯然失之太嚴。

其次，未因爲註冊爲或使用爲商標而成爲商標之「法人及其他團體」名稱，之所以應該加以保護，無非基於一般姓名權或其他法律的規定（例如商業登記法第二十八條第一項：「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），附記足以表示其爲分支機構之明確字樣者，不在此限。」；公司法第十八條第一項：「同類業務之公司，不問是否同一種類，是否同在一省（市）區域以內，不得使用相同或類似名稱。」）先就一般姓名權而言，若法人及其他團體之名稱沒有被後商標混淆之虞，則要求一律禁止他人使用與其名稱相同或近似之標示申請註冊，顯然失之太嚴，而且已超出一般姓名權保護之範疇。因此，本款所稱之「法人及其他團體」名稱，必須具有相當的知名度，以及「有受保護之利益者」才有以商標法補充保護之必要。司法院大法官會議於民國八十八年六月十一日作成之第四八六號解釋亦採相同見解：

> 「憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均得依法請求救濟。中華民國七十八年五月二十六日修正公布之商標法第三十七條第一項第十一款（現行法為第三十七條第十一款）前段所稱『其他團體』，係指自然人及法人以外其他無權利能力之團體而言，其立法目的係在一定限度內保護該團體之人格權及財產上利益。自然人及法人為權利義務之主體，固均為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之『團體』，如有一定之名稱、

組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。商標法上開規定，商標圖樣，有其他團體之名稱，未得其承諾者，不得申請註冊，目的在於保護各該團體之名稱不受侵害，並兼有保護消費者之作用，與憲法第二十二條規定之意旨尚無牴觸。」[45]

此號解釋之大方向值得贊同，[46] 但仍有可商榷之處，亦即其所要求之知名度必須爲「一般人所知悉或熟識」，較「著名標章」的知名度爲高，在欠缺相關的說明下，令人無法理解，因此難以接受。

大法官會議第四八六號解釋，大方向值得贊同，其所要求之知名度必須爲「一般人所知悉或熟識」，較「著名標章」的知名度爲高，此點仍有可商榷之處。

[45] 該號解釋之解釋理由書為：「人民基本權利之保障乃現代法治國家之主要任務，凡憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均得依法請求救濟。商標法第三十七條第一項第十一款（現行法為第三十七條第十一款）前段所稱『其他團體』，係指於自然人及法人以外其他無權利能力之團體而言，其立法目的係在一定限度內保護該團體之人格權及財產上利益。按自然人及法人為權利義務之主體，當然為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之『團體』，如係由多數人為特定之目的所組織，有一定之名稱、事務所或營業所及獨立支配之財產，且設有管理人或代表人，對外並以團體名義為法律行為，在性質上，具有與法人相同之實體與組織，並具有自主之意思能力而為實質之單一體，且脫離各該構成員而存在，固屬該法所稱之『其他團體』。至其他有一定之名稱、組織而有自主意思之團體，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。商標法第三十七條第一項第十一款（現行法為第三十七條第十一款）前段規定：商標圖樣，有其他團體之名稱，未得其承諾者，不得申請註冊。旨在保護各該團體之名稱不受侵害，並兼有保護消費者之作用，與憲法第二十二條規定之意旨尚無牴觸。又申請註冊之商標，因尚未經核准註冊，固未取得商標專用權，然商標註冊申請所生之權利，得移轉於他人，為商標法第三十八條第一項所明定，是以該項權利，具有財產上之價值，應屬憲法保障之財產權，權利主體自得以該權利遭受不法侵害為由，依法請求救濟。至公司籌備處是否屬於商標法第三十七條第一項第十一款（現行法為第三十七條第十一款）所稱之『其他團體』，則應依前開解釋意旨，視具體情形而定，併此指明。」

[46] 至於學說中有認為本號解釋「似乎逾越公司法與商業登記法授予商業主體名稱排他權之目的」者（見鄭中人，前揭文，第 209 頁），則只是一種文不對題的批評。

再論特別法上關於「法人及其他團體」名稱保護的規定，是否當然能排除他人以與之相同或近似之標識申請商標註冊，容亦有探究的空間：

（1）依特別法規定登記之「法人及其他團體」名稱並非一種權利

依據商業登記法第七條及第八條之規定，商號在開業前應向所在地主管機關申請登記其名稱。主管機關僅審查其是否使用「易於使人誤認為與政府機關或公益團體有關之名稱」（同法第二十六條），以及其是否與同一縣市內其他已登記之商號名稱相同或近似（同法第二十八條）。其審查之項目非常少，幾乎只是機械性地與已登記之商號比對，所以很快就可以完成登記。在公司名稱的登記上情形則更為簡單，負責登記審查的是經濟部商業司，其只審查申請登記之名稱是否與已登記之公司名稱相同或類似（公司法第十八條）。對於此種由國家機關單純以其有無與既有之名稱相同或近似而准予登記之名稱，是否可以如同流行的說法將之稱為一種「商號權」或「公司名稱權」，確實很有疑問。[47] 因此可否將之用於商號與公司名稱登記之外，而禁止他人以與之相同或類似的標誌申請為商標註冊，亦同樣令人感到懷疑。

依特別法規定登記之「法人及其他團體」名稱是否稱為一種「商號權」或「公司名稱權」，確實很有疑問，且不能拿他人商標作為自己公司或商號之名稱」的主張，亦過於簡化，不具有有效性。

我們認為諸如「從…公司或商號名稱以及商標的限制中，可以發現一個原則，即不能以他人公司或商號名稱作為自己之商標使用；同樣，也不能拿他人商標作為自己公司或商號之名稱」的主張，[48] 過於簡化，以致於不具有有效性。比較令人信服的是美國多數法院的說法，亦即政府機關授予之公司名稱，在關於此項名稱之權利歸屬的爭議上，不具有

[47] 鄭中人亦採相同見解，見氏著前揭文，第 210 頁。

[48] 鄭中人，前揭文，第 208 頁。

任何份量。[49]因此若第三人惡意以他人之著名標章做爲自己之商號或公司名稱而登記或（及）使用，而與該著名標章混淆或不當利用或淡化該著名標章信譽之虞，則該第三人應該不得援引商業登記法或公司法第十八條第二項之規定（：「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，其公司名稱視爲不相同或不類似。」)，主張其已「標明不同業務種類」而仍可保有並繼續使用該商號或公司名稱。公平會及其訴願會曾在三商物流公司、三商廣告公司及三商行股份有限公司就公司名稱特取部分相同而發生爭議的案件中，半對半錯地表示：

公平會及其訴願會對三商物流公司、三商廣告公司及三商行股份有限公司就公司名稱特取部分相同而發生爭議的案件之處理，有可議之處。

> 「公司法第十八條第二項明文容許登記在後之公司，若經營不同業務類別，且於其名稱中加記可資區別之文字，可使用相同之名稱，並不構成名稱相同或類似之使用。故關於公司名稱之侵害，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合諧性，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。」[50]

其錯誤之處在於認爲在公司名稱衝突上應「維持法規範目的不相衝突之法律間適用和諧性」；其正確之處在於指出「若無積極行爲使人與相關大眾所共知之他人營業混淆者」，仍可合法使用其依公司法登記之公司名稱，從此反面可

[49] McCarthy，前揭書，9-17。

[50] 行政院公平交易委員會公報第 4 卷第 6 期，84 年 6 月，第 137-142 頁。

推出「若積極使人與他人著名標章混淆，則不可繼續使用其雖合法取得之公司名稱。」[51]

（2）僅有因爲使用而取得值得保護之財產利益的「法人及其他團體」名稱始得撤銷後註冊商標

「法人及其他團體」名稱既然不能因爲特別法之登記規定而當然排除他人以與之相同或近似的標示申請商標註冊，則仍然應該回歸權利衝突的原理原則，而以該名稱必須已經因爲使用而取得值得保護之權利爲前題，方能再依據混淆之虞及著名標章之法理，對抗他人後商標之註冊。

作者認爲第卅七條第十一款但書，不僅沒有任何意義，而且徒增適用上的困擾，以刪除爲宜。

3. 本文但書

本款但書（「但商號或法人營業範圍內之商品，與申請人註冊之商標所指定之商品非同一或類似者，不在此限。」）於民國六十一年被增訂時，並未附任何理由。正因爲如此，實務上對於如何認定「非同一或類似」商品頗有爭議。此項爭議並沒有因爲商標法施行細則第三十二條第一項之增修訂而有改善，此可從最高行政法院近年仍有許多判決與此有關窺得端倪。我們認爲本款但書不僅沒有任何意義，而且徒增適用上的困擾，以刪除爲宜，原因如下：[52]

---

[51] 公平會委員王弓的不同意見書持類似觀點：「公司法第十八條之意旨，主要係基於公司之主管機關於監督管理上之目的，與公平交易法第二十條第一項之立法意旨主要在規範仿冒行為藉以促進市場之公平競爭，顯然有別。是原處分逕以公司法第十八條第二項之規定作為公平交易法第二十條第一項第二款有關公司名稱有無受侵害之基準，頗滋疑義。」

[52] 智慧局商標法修正草案第十六條第一項第十五、十六款即將此但書刪除。其理由為：「...又現行條文以商號或法人營業範圍，與申請人註冊之商標所指定之商品是否同一或類似作為判斷標準，使得商標所指定商品若屬公司執照所列範圍之營業者，不論有無實際經營，皆被排除而不得註冊，未盡公平合理，爰刪除現行條文但書之規定.....」。

（1）與著名標章保護之範圍牴觸

本款本文提及「全國著名之商號名稱或姓名、藝名、筆名、字號」，則依「著名標章」保護之法理，[53] 著名標章受保護之範圍原本即可及於與商標申請人所指定之商品或服務不類似的商品或服務，「全國著名」商號及名稱的保護範圍理應比之更為廣泛，然而本款但書卻將其保護範圍限於與商標申請人所指定之商品或服務相同或類似的商品或服務，明顯牴觸著名標章保護之法理。

理由有二：1. 與著名標章保護之範圍牴觸 2. 商號或法人營業範圍內之商品審查非商標審查官所能勝任。

（2）商號或法人營業範圍內之商品審查非商標審查官所能勝任

在商標審查實務上，商標審查官很少真的會適用本款規定，事實上，智慧局亦未提供商標審查官有關他人肖像（這是根本不可能的）、法人及其他團體名稱或全國著名之商號名稱或姓名的資料，因此在欠缺具體後勤支援的限制下，商標審查官亦無從審查商號或法人所登記之營業項目；再者，商號或法人所登記或實際經營之營業項目，並非依據商標法第三十五條授權由施行細則規定之商品或服務分類，硬要商標審查官跨類審查，將打亂商標審查官依此分類所做的專業分工。

三、結論

本文不憚繁瑣，從商標法第三十七條第三款後段及第十一款之立法歷史、司法實務、巴黎公約、美國及德國之商標法制以及商標法之基本法理，抽絲剝繭得出許多非常重要的發現：第三十七條第三款後段除錯誤地以「著名」為國際組織名稱與徽記之保護要件以外，更有諸多違反巴黎公約第六條之二的地方；第三十七條第十一款本文後段亦不應該以「全國著名」為商號或姓名之保護前題，而應回歸權利衝突、混

[53] 見劉孔中，前揭文，第 74 頁。

淆之虞及著名標章保護之一般法理；同款本文前段對他人肖像之保護未附期間限制，不符合人格權法理，並且又錯誤地不對「法人及其他團體」要求應有之知名度及有受保護之利益，使得後註冊商標處於高度的不確定狀態，隨時可能因爲突然有法人及其他團體冒出來主張此規定而被異議或評定爲無效。至於同款但書一方面牴觸著名標章之法理，另一方面更是不具備可執行之現實條件，以致商標審查實務上沒有商標審查官會引用，只會在發生爭訟時，無端地耗損商標主管機關、當事人與法院的精力。

作者認爲：關於商標間之衝突或商標與其他權利之衝突，宜改爲由當事人以民事訴訟程序向普通法院請求裁判的方式加以解決。

由此引伸出來的是另一個更爲根本的問題：關於商標間之衝突或商標與其他權利之衝突，宜改爲由當事人以民事訴訟程序向普通法院請求裁判的方式加以解決，而不適合由商標審查官在商標審查程序中加以審查，或由當事人以異議或評定之行政程序，將之交付無權解決當事人權利爭執的行政機關及行政法院處理。將此等事項改爲相對不得註冊事由，是商標法未來應該要走的正路。

月刊贈閱

爲答謝讀者，本月刊第 7~12 期(88/7~88/12)提供贈閱，請於信封上註明智慧財產局資料服務組月刊社收及「索贈月刊」。

地址　台北市空軍路二段 185 號 5 樓

索贈冊數郵資如下：

1 冊：20 元，2-3 冊：35 元，4-6 冊：55 元