



公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護

劉蓁蓁*、王義明**

一、前言

探究公平交易法（以下簡稱公平法）與商標法重疊交錯之起因，必須上溯至民國 74 年商標法修正之規定，當時立法政策對於未註冊著名商標之侵害，傾向採取刑事制裁手段加以保護，遂增訂商標法第 62 條之 1¹規定，但修法之後，卻又覺得與商標法採取「註冊保護主義」之原則格格不入，於是在民國 80 年公平法制訂之時，將商標法第 62 條之 1 的主要內容，移列公平法第 20 條第 1 項第 3 款，而公平法第 20 條第 1 項第 1、2 款則參照日本不正競爭防止法之內容，禁止事業就他人知名「表徵」，為相同或類似之使用，致與他人商品或服務相混淆。至於商標法部分，於民國 82 修正時則以「有關未經註冊之外國著名商標之保護已另於公平法第 20 條第 1 項第 3 款規定」²之理由，將第 62 條之 1 規定刪除，從此開啟公平法與商標法間盤根錯節的複雜關係。其間公平法第 20 條第 1 項第 1、2 款雖於 88 年修法時略作更動，但僅是將「相

收稿日：94 年 5 月 30 日。

* 智慧財產局商標審查官

** 智慧財產局商標助理審查官

¹ 意圖欺騙他人，於同一商品或同類商品使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。

² 參照「商標法暨施行細則修正條文對照表」，頁 51，經濟部中央標準局，83 年 8 月版。



關大眾所共知」之文字，改為「相關事業或消費者所普遍認知」³，實質要件並無不同。直到商標法 92 年修正時，於第 5 條增列立體形狀亦得作為商標申請註冊，以及就著名商標之保護，於第 62 條增訂使用於不類似商品及有致減損其識別性或信譽之禁止之規定以後，公平法與商標法重疊衝突之情況日益明顯。本文試從規範面的角度，分析現行公平法與商標法重疊衝突之原因以及問題之癥結，並試著提出建議解決之方案，以為將來公平法與商標法配合修正之參考。

二、關於著名商標之保護

（一）國際規範

1. 保護工業產權巴黎公約（以下簡稱巴黎公約）第 6 條之 2（1）：
「各同盟國主管機關就所認定之著名標章，得於法律許可之前提下，對於與著名標章使用於同一或類似商品之商標，其重製、仿冒、翻譯等造成混淆誤認時，依職權或利害關係人之申請否准或撤銷商標之註冊，或禁止其使用。倘商標之主要部分構成前揭情事時，本規定亦適用之」。本規定之目的，在防止與國內著名標章有構成混淆之虞的商標使用及註冊。因此，儘管該著名標章並未在該國註冊⁴，仍得排除可能構成混淆誤認之「衝突標章」（conflicting mark）的註冊或使用。
2. 「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下簡稱 TRIPS）第 16 條之 2：「（1967 年）巴黎公約第 6 條之 2 之規定在不類似於他人註

³ 修法前公平法第 20 條規定：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：一、以相關大眾所共知之他人姓名、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者。二、以相關大眾所共知之他人姓名、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者。」

⁴ 陳文吟譯，「巴黎公約解讀」，頁 62-63，經濟部智慧財產局，89 年 4 月



冊商標所指定使用之商品和服務準用之，但以該商標於不類似商品或服務之使用，有致相關公眾將該等商品或服務與商標專用權人產生聯想，且該商標專用權人之利益有因該使用而受侵害之虞者為限。」⁵

3. WIPO 關於著名商標保護規定聯合備忘錄第 2 條（Article 2）認定商標在會員國著名與否之規定（3）（a）（i）明確指出：會員國不得將「該商標已在會員國使用、註冊或已提出申請」之因素，視為認定為著名商標之必要條件⁶

由上述巴黎公約第 6 條之 2 以及 TRIPS 第 16 條之 2 等規定可以得悉，在國際規範的架構之下，對著名商標之保護，不以其註冊所指定使用之商品或服務為限，尚及於不類似商品或服務，且該著名商標不以在請求保護國家境內註冊為必要。

（二）商標法

我國商標法對著名商標之保護可以從不同角度加以觀察：

1. 排除他人商標註冊：有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定所稱「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」之情形者，不得註冊。然此處得以排除他人商標註冊之著名商標或標章，並不以在我國註冊為必要⁷。
2. 申請評定撤銷他人商標註冊：著名商標權利人，得以他人商標之註冊違反第 23 條第 1 項第 12 款規定，依商標法第 51 條第 1 項規定申請評定。如申請評定之著名商標權利人主張系爭商標權利人

⁵ TRIPS 條文請參照
http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/trademark_law_8_6.asp

⁶ WIPO 關於著名商標保護規定聯合備忘錄請參
http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/trademark_law_7.asp

⁷ 參照「著名商標或標章認定要點」第 7 點



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護



係屬惡意者，得不受 5 年提起評定期間之限制。此處得以申請評定撤銷他人商標註冊之著名商標或標章，亦不以在我國註冊為必要⁸。

3. 民事侵權行為之救濟：商標法第 29 條第 2 項規定：「除本法第 30 條另有規定外，下列情形，應得商標權人之同意：（1）於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者（2）於類似之商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者（3）於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者」。若未得著名之「註冊」商標權人同意，而有該項各款情形之一者，依商標法第 61 條第 2 項規定為侵害商標權。其次，商標法第 62 條第 1 款規定：「明知為他人著名之註冊商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者」，如未得商標權人同意，視為侵害商標權。商標權人對於以上開方式或其他方法⁹侵害其商標權之人，得依商標法第 61 條第 1 項規定請求損害賠償，並得請求排除其侵害；有侵害之虞者，得請求防止之。
4. 刑事侵權行為之救濟：商標法第 81 條規定：未得商標權人或團體商標權人同意，有「（1）於同一商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標（2）於類似之商品或服務，使用相同之註冊商標或團體商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者（3）於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標或團體商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者」等情形之一者，處三年以下有

⁸ 同前註

⁹ 參照台北地方法院 93 智字第 52 號判決認為：商標法第 61 條第 2 項及第 62 條所稱之「為侵害商標權」、「視為侵害商標權」，僅為商標法第 61 條第 1 項「侵害商標權」之例示態樣，均應屬商標法第 61 條第 1 項「侵害商標權」之內涵。



期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。第 82 條規定：「明知為前條商品而販賣、意圖販賣而陳列、輸出或輸入者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金」。

（三）公平法

公平法關於侵害著名商標或表徵之規定如下：

1. 禁止事項：公平法第 20 條第 1 項規定：事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：
 - (1) 以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，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者。
 - (2) 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者。
 - (3) 於同一商品或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項商標之商品者。
2. 「先行政後司法」的處罰方式：公平法第 35 條第 1 項規定：違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央主管機關依第四十一條規定¹⁰限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。

¹⁰ 公平法第 41 條：公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護



3. 民事侵權損害賠償：公平法第 30 條規定：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之」。被害人在請求損害賠償時，如其損害是因行為人的故意行為所致，尚可依照公平法第 32 條第 1 項規定¹¹，請求法院酌定已證明損害額 3 倍以下之懲罰性損害賠償。

（四）問題之癥結

我國對於著名商標之保護，就現行法的架構而言，除了在行政上排除他人註冊之情形外，原則上是以該著名商標是否在我國註冊來區分其應適用之法律，如果該著名商標已在我國註冊，是透過商標法加以規範；若該著名商標未在我國註冊，則透過公平法第 20 條第 1 項規範之，然而上述區分方式卻造成法制面以及執行面上諸多疑義。

首先，就商標法制而言，商標法為智慧財產權法制的基本規範，關於商標保護之事項，本應由商標法作統一之規範，如有所不足，或基於其他法規之特別立法目的，始有另訂法規補充適用之必要¹²。

其次，國際條約如巴黎公約第 6 條、TRIPS 第 16 條均揭示對著名商標之保護，不以其註冊所指定使用之商品或服務為限，尚及於不類似商品或服務，且該著名商標不以在請求保護國家境內註冊為必要。而現行商標法對於著名商標之保護卻以在我國註冊為前提要件，與上開國際規範不相符合。

再者，商標法與公平法就著名商標保護規定所使用之文字及要件不盡相同，學者或實務在解釋上及適用上時常發生疑慮¹³，諸如：公平法第 20 條第 1 項所稱「相關事業或消費者所普遍認知」，其知名度之要求

¹¹ 公平法第 32 條第 1 項：法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。

¹² 學者劉孔中教授亦採類似見解，參「論我國著名標章之保護」，月旦法學雜誌第 63 期，頁 70，2000 年 8 月

¹³ 陳昭華，「著名商標之保護與公平競爭之關係-新修正商標法著名商標保護規定之檢討」，商標法制發展學術研討會論文集，頁 35-38，2004 年 11 月



是否相當於商標法上之「著名商標」？第 20 條第 1 項第 1、2 款所稱之「商標」是否以未經註冊者為限¹⁴？第 20 條第 1 項第 3 款之行為，是否須以同條項第 1 款所列「致與他人商品混淆」¹⁵或商標法上之「混淆誤認」為要件等。

此外，商標法與公平法就民事侵權與刑事侵權規定之效果不同。依照公平法第 35 條第 1 項及第 41 條之規定，是採取「先行政後司法」之規範模式，對於違反公平法第 20 條第 1 項之行為人，僅行政罰部分就可處以新台幣（下同）5 萬元以上 2,500 萬元以下罰鍰，且刑事制裁方面，尚得科處 1 億元以下罰金，較諸商標法並無行政裁罰規定以及商標法第 81 條所定之罰金數額僅 20 萬元以下之規範形式而言，二者顯不相當；民事侵權部分，公平法第 32 條得請求法院酌定損害額 3 倍以下懲罰性損害賠償之規定亦為商標法所無。又，商標法第 62 條新增訂著名商標之保護，固可禁止他人使用著名商標於不類似商品，及以著名商標作為公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損其識別性或信譽之行為，但仍以經在我國註冊者為限。對於未經註冊之著名商標，商標法僅能消極主張以排除他人之不當註冊，對於禁止他人使用、販賣及輸出、入則需透過公平法加以主張，而公平法賦予高於商標法的民事賠償及刑事責任之情形已如前述，無異形成侵害未註冊著名商標較諸侵害已註冊者之法律效果為重之失衡狀態。導致業者有選擇適用公平法，企圖透過行政制裁方式解決私權紛爭之現象產生。

上開規範錯置、欠缺與失衡之狀態，對於欲維護其權益之著名商標權利人而言，不但法律關係複雜，而且有兩種法律規範內容不盡相同、行政過度介入私權爭執、制裁手段顯失均衡等解釋適用上之疑慮，實非法治國家制度設計之基本常態，有予以調整修正之必要。

¹⁴ 同前註，頁 30。

¹⁵ 司法院 87.02.27 第 38 期司法業務研究會（一），研討結論採否定說。



三、關於商品外觀與包裝（package, configuration, and outward appearance of all products，即 trade dress）的保護部分

（一）商品外觀與包裝的「可商標性」與國際規範

商標最主要之功能，就工商企業而言，在表彰自己之商品或服務，以與他人所提供之商品或服務相區別；就消費者而言，則是藉由商標來識別不同來源之商品或服務，以便進行選購或消費。從商標保護之目的而言，理論上任何標識，只要足以成為消費者區別商品或服務之標識，均有予以保護之必要¹⁶。在國際規範上，TRIPS 第 15.1 條亦明白指出：「任何足以區別不同企業之商品或服務之任何標識或任何標識之組合，應足以構成商標。此類標識，特別是包括個人姓名、字母、數字、圖形和顏色組合，及此類標識之聯合式，應得註冊為商標。當標識本身不足以區別相關之商品或服務時，會員得基於因使用所生之識別性而准其註冊。會員得規定，以視覺上可感知者作為註冊之要件」¹⁷。

商品外觀與包裝要能獲准註冊須符合識別性、非功能性及其他一般商標註冊之要件¹⁸。商品外觀與包裝之立體形狀如果是相關商品市場上普通的形狀，沒有特殊性，則該商品形狀與商品具不可分性，為商品的本質，很難與商品本身概念相分離，一般不會認為其具有區別商品來源的作用，因此不具有商標先天之識別性，有違商標法第 23 條第 1 項第 1 款規定，而且往往亦僅表達了商品形狀本身而已，同時違反第 23 條第 1 項第 2 款規定。但若能提供相當之證據，來證明該商品外觀與包裝之立體形狀業經申請人使用且在交易上已成為表彰申請人商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，而取得後天識別性，則得依商標法

¹⁶ 謝銘洋，「新修正商標法評析」，月旦法學雜誌第 102 期，頁 96，2003 年 11 月

¹⁷ 同前註 5

¹⁸ 參「立體、顏色及聲音商標審查基準」2.1。



第 23 條第 4 項之規定核准其註冊¹⁹。

商品外觀與包裝之立體形狀如果具有特定使用上的功能，且該功能為達到該商品之使用或目的所必須、為達到某種技術效果所必要，或該形狀的製作成本或方法比較簡單、便宜或較好，於同類競爭商品中具有競爭優勢，為免影響相關事業之公平競爭，首創者除得循專利法取得一定期限之保護外，為使一般業者都可以合理使用以利公平競爭，應認為係商品或其包裝為發揮其功能所必要，依商標法第 23 條第 1 項第 4 款之規定，不得註冊。且如具功能性而為業者所需要之立體形狀，由一人所獨占，將嚴重影響同業權益，產生不公平的後果，是以具功能性之商品外觀或包裝，縱使經長期使用而取得商標的識別性，仍不得准予註冊²⁰。

（二）商標法與公平法之重疊與變遷

在 92 年商標法修正前，商標法註冊之標的並不及於三度空間的立體形狀或運用顏色、裝潢所表現整體商業印象的識別標識，故商品或服務的外觀及其包裝若已具有相當識別來源的功能，並為相關事業或消費者所普遍認知者，即透過公平法第 20 條第 1 項規範之，以防止不當競爭之目的，禁止他人在市場上為相同或類似之使用。公平法之適用固不以註冊者為要件，但其認定須符合已為相關事業或消費者所普遍認知者始有適用，即相當於商標法上所稱之「著名」程度，才能透過公平法第 20 條第 1 項規定加以保護。對於無法達到著名程度或有致混淆情形，而在市場上顯有高度抄襲仿製他人商品而影響交易秩序者，公平法另有第 24 條其他欺罔或顯失公平行為之概括規定²¹，在實務上得依據「行政

¹⁹ 參「立體、顏色及聲音商標審查基準」2.4.1 及 2.4.2。

²⁰ 參「立體、顏色及聲音商標審查基準」2.5.1。

²¹ 公平法第 24 條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護



院公平交易委員會處理公平交易法第 20 條案件原則」第 16 點²²之規定，用以禁止第 20 條規定以外之其他市場上影響交易秩序的不當競爭行為。

92 年修正後之商標法第 5 條第 1 項規定：「商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成」，已受理商品形狀或其包裝所表現整體商業印象的立體形狀申請註冊，對於商品外觀或其包裝是否具有識別力或僅係發揮商品之功能性而不得註冊，得透過商標註冊制度加以審查確立。但申請商標註冊保護，畢竟與市場上為行銷商品所為的商品外觀設計及包裝須時時推陳出新的理念不同。

（三）國外相關立法例

商標是企業永續經營的信譽指標，商品外觀及其包裝卻需隨著經濟脈絡及流行趨向調整變化，若市場上無法適時發揮維持交易秩序及防止不當競爭之機制，事業開發產品的意願及行銷上所為的商品及其包裝設計將因不受適當保護而受挫，影響國家之經濟發展深遠，故各國採商標註冊保護主義者，仍須有不當競爭保護之相關法規以補充因應其不足。茲將相關國家之立法例表列如下：

國 名	條 次	內 容
日本 不正競爭防止 法	第 2 條第 1 項第 1~3 款	1. 使用與於需求者間 廣為周知之他人之商品等標示 （指個人營業者所關之姓名、商號、商標、標章、商品之容器或包裝及其他商品或營業之標示，以下同）相關或近似之商品等之標示，或將使用該商品等之標示之商品讓

²² 「行政院公平交易委員會處理公平交易法第 20 條案件原則」第 16 點（本法第二十條與第二十四條規定之適用原則）：左列各款情形，於未符合本法第二十條規定之構成要件時，得以違反本法第二十四條規定處理之：（1）襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事。（2）抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序。



		與、交付、為讓與或交付而展示，輸出或輸入，致與他人之商品或營業產生混同之行為。 2. 於自己之商品等之標示，使用相同或近似於他人著名商品等之標示，或將使用該商品等之標示之商品讓與、交付、為讓與或交付而展示，輸出或輸入之行為。 3. 模仿他人商品（除自最初販賣之日起算已滿三年者外）之造形、（除該當他人之商品之同種商品，【如無同種商品，則為該當他人之商品在功能上及效用相同或近似之商品】之普通造形外之商品），予以讓與、交付、為讓與或交付而展示，輸出或輸入之行為。—3 年期間之保護。符合此種條件之物品造形，不需申請新式樣專利權保護。
韓國 不正競爭防止及營業秘密保護法（Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Law-UCPA） 2003.12 修正，2004 年中實施	「Dead Copy」部分	1. 禁止讓與、出租、展示、輸出或輸入模仿他人商品之外觀（形狀、造形、顏色或組合這些標誌、特性的組合）。 2. 除外規定： (1) 模仿的商品係在原始商品製造 3 年後始加以產製者。 (2) 商品外觀係該等商品通常使用之形狀者。 3. 原始商品的設計（original product design）無需著名或具識別性（source-identifier）。
德國 不正競爭防止	（新不正競爭法	1. 原則上，事業成果若不受智慧財產權法特別規定之保護，應容忍他人自由使用、模倣。（free competition in the



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶
論著名商標及商品外觀之保護



法第 16 條刪除—1995 年商標法修正後納入所有與標識有關之客體保護	2004.7.8.第 3、4 條)	使用、模仿。(free competition in the market) 2. 不正競爭行為，特別指模仿其他競爭者的商品或服務，如果造成消費者對於商品來源誤導欺騙情形，或對於商品或服務的評價減損等不正當行為而言。 3. 重要判斷指標即為商品或服務所形成「次要意義」或事業成果有不正競爭補充保護之必要者。 4. 被模仿者具備競爭行為特質 (competition characteristics)。
大陸 反不正當競爭法	第 5 條	1. 經營者不得採用下列不正當手段從事市場交易，損害競爭對手： (1) 假冒他人的註冊商標。 (2) 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，造成和他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品。 (3) 擅自使用他人之企業名稱或者姓名，引人誤認為是他人的商品。 (4) 在商品上偽造或者冒用認證標誌、名優標誌等質量標誌，偽造產地，對商品質量作引人誤解的虛假表示。 2. 假冒他人註冊商標，擅自使用他人的企業名稱或者姓名，偽造或者冒用認證標誌、名優標誌等質量標誌，偽造產地，對商品質量作引人誤解的虛假表示的，依照商標法，產品質量法的規定處罰。



		3. 經營者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，造成和他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，沒收違法所得，可以根據情節處以違法所得一倍以上三倍以下的罰款；情節嚴重的可以吊銷營業執照，銷售偽劣商品構成犯罪的，依法追究形式責任。
澳洲 民法—矇混行為 (passing off) 及澳洲貿易實務法 (Australian Trade Practices Act)	貿易實務法 第 52 條	1. 貿易實務法主要針對消費者造成損害的行為—有誤導或欺騙之虞的行為。 2. 條文內容： (1) A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive. (2) Nothing in the succeeding provisions of this of this Division shall be taken as limiting the generality of sub-section (1) . 3. 矇混行為之禁止著重於事業信譽的保護 (trader's goodwill in its business)，構成侵害判斷要點： (1) 事業的營業包裝 (get-up)，包括商號名稱，已成為大眾所知悉的識別標識。 (2) 使公眾誤信被告所產製的商品係為原告所提供，且來自特定來源。 (3) 因為被告模仿相同的商品而使原告遭受不利益及損害。



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護



由上述國際立法例來看，各國針對商品外觀或整體設計仿冒的高度抄襲（Dead Copy）行為，大概可劃分為兩種規範模式：一種是日、韓的立法情形，對於原創商品之外觀或整體設計，給予3年的立法保護，不用很高的聲譽；另一種是英美法系，屬於passing off的情形，比較需要識別性或要有一定的聲譽。

（四）問題癥結

襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事，或抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序者，得適用公平法第24條之規定。但於商品外觀係屬公眾得自由利用之技術者，不適用之。由於其規範要件過於籠統概括，反易遭致行政權妄為發動介入之評論，但在相關條文未臻明確的情形下，在某些公平交易委員會（下稱公平會）所處理的個案中似亦發揮了解決並制止實際市場之其他不當競爭且顯失公平行為的功能。

商標法及專利法對於商品外觀及其整體予人商業印象的商品或服務之包裝、裝潢固可提供商標權或新式樣專利權之保護，但鑑於二者採行實質審查制度，其權利取得必須符合法律要件，且審查期間最短亦需花費8個月之久，然制止他人高度模仿及抄襲商品外觀設計等影響交易秩序之不公平競爭行為，是否必須達商標權或專利權之保護水平始有適用，或在相關商品或其包裝設計之整體外觀未取得註冊之前，應僅須考量實際交易市場情形即應適時介入以為補充適用？因可能與市場上實際交易情形產生落差，而無法適時制止其他事業仿製商品而影響交易秩序及權益。

我國公平法針對未達於著名程度且尚未註冊的「表徵」或商標之仿襲行為，僅以公平法第24條概括規定之不確定法律概念，與「公平交易法第二十四條案件處理原則」之內部行政規則進行掌握，至於仿襲要達到何種程度公平法才決定介入規範一節，欠缺客觀明白之類型化標準，除與法規「明確性原則」未盡相符以外，在我國每年對外諮商場合，



國外均嚴正提出我國對於高度抄襲（Dead Copy）行為欠缺規範與執行之明確依據，似有保護不周之疑慮。

四、結論與建議

（一）關於著名商標之保護部分

為積極履行智慧財產權國際保護義務、擴大對於著名商標保護之範圍，並健全商標基本法制規範內容。對於未註冊著名商標之保護，有必要納入商標法作統一之規範，且未來商標法對於未經註冊之著名商標保護規定，不應以註冊為要件。至於修正模式至少有下列數種態樣：

- （1）於商標法第 62 條增訂第 2 款，其內容為「明知為他人未註冊之著名商標而於同一或類似之商品或服務，為相同或近似之使用，致商品或服務相關消費者混淆誤認者」或「於同一或類似之商品或服務，使用相同或近似於他人未註冊之著名商標，致商品或服務相關消費者混淆誤認者」（其區別為主觀要件是否明定）。使得我國對於著名商標得主張民事侵權保護之對象擴及於未註冊之著名商標，但其得主張之範圍以他人使用於「同一或類似之商品或服務」為限，不包括減損或淡化著名商標之識別性或信譽之情形在內。
- （2）除於商標法第 62 條增訂如上述之第 2 款以外，並刪除同條第 1 款規定中「之註冊」三字，成為「明知為他人著名商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者」，使得我國對於未註冊著名商標之保護與註冊之著名商標相同，亦即不再以著名商標之註冊與否來區別對其保護範圍之廣狹。使著名商標民事侵權之範圍，與行政上排除他人註冊之認定趨於一致。
- （3）參考德國立法例，兼採註冊保護主義與使用保護主義，則必



本月專題

公平交易法與商標法重疊交錯的地帶 論著名商標及商品外觀之保護



須修正之法條至少包括商標法第 2 條、第 29 條、第 61 條及第 62 條等。如此將吸納公平法第 20 條第 1 項之大部分規定。德國不正競爭防止法第 16 條即因其商標法於 1995 年修正後納入所有與標識有關之客體保護後刪除²³。

商標法如依上述模式修正調整之時，公平法亦應為相應之修正或調整，諸如：修訂或刪除公平法第 20 條第 1 項各款之規定，同時縮減公平法第 35 條第 1 項以及同法第 41 條關於「先行政後司法」之範圍，將涉及商標之事項（第 20 條第 1 項）排除在外，採行與商標法具一致性之保護方式，而不以行政罰則之方式介入本質上為私權爭執之商標侵權事件，再由司法機關斟酌個案情形，並考量公平法與商標法二者之立法目的，選擇最合適的法條適用，俾避免衝突發生。

（二）關於商品外觀與包裝（即 trade dress）的保護部分

商標法已納入商品本身形狀或其商品、服務包裝外觀等以三度空間表現的立體標識之註冊，但公平法與商標法二者間之保護要件、作用及目的各不相同，縱使法規發生競合關係亦無可厚非。然而在未取得相關智慧財產權註冊保護之前，有關高度抄襲商品外觀（Dead Copy）之行為欠缺規範與執行之明確依據，仍需仰賴公平法發揮補充適用及填補漏洞之功能。

復以，我國公平法立法之初，係參考日、韓或當時德國不公平競爭之立法例而為規定。然而這些年來，上開國家的不公平競爭法制，針對高度抄襲商品外觀（Dead Copy）之行為，不是修法增訂對於原創商品之外觀或整體設計，給予 3 年的立法保護（日、韓），就是修正商標法擴大商標之形態（德國），然而我國在這方面卻未作相應之處理。我國公平法針對未達於著名程度且尚未註冊的「表徵」或商標之仿襲行為，僅以公平法第 24 條概括規定之不確定法律概念，與內部行政規則進行掌握，欠缺客觀明白之類型化標準，與國際立法趨勢以及擴大智慧財產

²³ 同註 12，頁 70。



權（IP）保護之世界潮流不盡相符，因此在對外諮商之場合中，常常被貿易對手國家提出質疑或關切。

基於上開說明以及前揭國家相關立法例之實踐，問題應該不在我國政策上是否對尚未取得相關智慧財產權註冊保護以前，其具有識別力之商品外觀或包裝即遭受他人高度抄襲（Dead Copy）之業者進行保護，而應該是集中在「如何進行保護」的問題。至於對非著名未註冊「表徵」或商標之仿襲，要達到何種程度公平法才決定介入規範一節，似可參酌日、韓的立法情形，不以相當之「聲譽」為其保護之前提，而是對於原創商品之外觀或整體設計，一律給予3年的立法保護。或者比照英美法系，矇混行為（passing off）的情形，以被仿襲者有一定知名度或識別力為保護前提的國外立法例，建立一套客觀明白的類型化標準，儘可能獨立於公平法第24條之概括條款以外，亦可放到增刪修正後的公平法第20條，使公平法中與智慧財產權保護有關之規定，均置於公平法第20條，以確立商標法與公平法間之基本、補充關係，並貫徹商標法與公平法之立法目的。