

商標法修正草案與公平法刪除第 20 條規定修正方向協商會議紀錄

一、時間：99 年 2 月 9 日（星期二）上午 9 時 30 分

二、地點：本局 19 樓簡報室

記錄：劉沿汝

三、主持人：王局長美花

四、出席人員：

行政院公平交易委員會 郭處長淑貞

李科長文秀

台灣大學法律學院 謝教授銘洋

成功大學法律學系 許教授忠信

國際通商法律事務所 邵律師瓊慧

理律法律事務所 張律師哲倫

日本交流協會 河合主任弘明、柯秀姿小姐

台北市日本工商會 綱川昌之先生

五、列席人員：

洪主任秘書淑敏

法務室 王科長琇慧

商標權組 李組長淑美、劉副組長蓁蓁、陳科長春珠、李科長宗仁、張科長慧瑛、劉科長真伶、胡科長秉倫、高科長秀美、王德博、吳恆安、鄭國銘

六、主席致詞：

本局與公平會前於 93 年及 94 年間曾進行 2 次「著名商標及商品外觀之保護－公平交易法與商標法調和協商會議」，並獲致結論。建議公平會將公平法第 20 條第 1 項第 3 款有關仿冒未註冊外國著名商標之行為規定刪除，由商標法規範未註冊著名外國商標之保護；另有關第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款及第 24

條規定之部分，公平會再思考應如何處理。

惟本局於召開商標法修正草案專家會議或公聽會議時，多數與會者都認為商標法若納入未註冊著名商標之保護，將會破壞商標法採行註冊保護制度之核心原則，而不表贊同。本局乃於98年7月14日函知公平會，表達無法依當初協商，將未註冊著名商標之保護規定納入修正草案，經公平會於98年10月2日函復，表示該會擬刪除公平法第20條規定之修法立場。對此，本局與公平會尚有不同意見，為審慎起見，邀請各位參與本次協商會議進行討論。

七、發言紀要：(以首次發言之順序排列)

(一) 謝教授銘洋：

1. 公平法的不正競爭部分跟商標法在保護目的上有很大不同，而且不正競爭法還有事業競爭層面的考慮。但是如果從競合(overlap)的角度來看，應該要儘量避免二法規範重疊。從公平法保護的表徵來看，公平法第20條規範的範圍很大，因此公平法對表徵的保護，相當程度上可彌補商標法對未註冊商標保護之不足。
2. 各國商標法多數採取註冊保護原則，但德國對於未註冊卻有使用的商標，同樣可以取得商標權。因此，從商標法的角度，並非未註冊就排除受商標法保護的可能性。例如書名、電影名稱等表徵，很多無法向智慧局申請註冊商標，在此情形下，商標法修正草案雖然擴大保護商標型態，實際上卻因要求必須註冊，而限縮保護範圍到很小，如此一來，未註冊但有識別力的標誌該如何受保護？因此，建議智慧局可以慎重考慮，將商標法的保護範圍擴及未註冊但已有識別力的商標，屆時如有爭議，則交由智慧財產法院加以認定。基本上，這是各國為調合註冊原則與使用原則的發展趨勢。
3. 目前商標法修正草案既未準備朝此方向修正，只是擴大保護具識別性的商標型態，因此，若公平法第20條全部予以刪除，有關事業名稱、書名、電影名稱等應如何受到保護？理想狀態是，

商標法可於註冊保護原則外，兼採使用保護主義。如德國新的不正競爭防止法，將部分規定移列於商標法中，讓商標法兼採使用保護原則，並在德國不正競爭防止法，仍舊保留對制止商品仿冒行為之規範。

4. 德國不正競爭防止法第 4 條第 9 款規定，係針對模仿競爭對手的商品或服務，而且會造成相關消費者誤認其商品來源，以及不當利用或是妨礙被模仿商品或服務的信譽，或是不當獲取模仿所必要的知識或資料等不正競爭行為而加以規範。這部分原則上如果能夠落入商標法，就儘量用商標法去處理，不正競爭防止法是處理商標法不能處理的部分。所以，建議智慧局考慮將商標保護擴張及於使用保護原則，不正競爭部分則仍交由公平法規範。但是如果智慧局目前沒有考慮擴張及於使用保護原則，公平法所要保護的範圍就不僅像德國不正競爭防止法第 4 條第 9 款規定而已，而應及於未註冊標誌的保護。
5. 目前商標法修正草案對於著名商標的保護仍有不足，例如修正草案第 70 條係針對已註冊著名商標，僅規定民事責任，並無刑事責任，且欲主張民事責任，必須「明知」，理論上排除侵害不以故意過失為必要，建議可以更周延一些，例如非明知而違反修正草案第 70 條第 1 款，可否排除侵害？

（二）許教授忠信：

1. 所謂不正競爭有 2 個類型，一個類型是在立法階段由立法機關所作的裁量，決定什麼行為是不正競爭，什麼是商標權侵害、著作權侵害及專利權的侵害，只要侵害這種權利，在立法階段就規範它是不正競爭，不正與否不必在個別案件上去做認定。另外一個類型的不正競爭，就是我們不正競爭防止法所保護的，其標的並沒有被提升到權利的位階，它在法律上的侵害，必須由法院在綜合判斷全部情況後，才來認定它具有不正性。所以一個是抽象的在立法階段所為的考量，另外一個是具體的在個別案件裡所為的考量。
2. 法院在個案中認定不正的類型，亦即德國不正競爭防止法第 4

條第 9 款規定的補充成果保護。這種補充成果保護是指商標法、著作權法等智慧財產權法所沒有規範的企業所作投資與經過，即以不正競爭防止法來補充保護。德國不正競爭防止法第 4 條第 9 款規定的 3 個類型僅是例示性規範，第 1 個類型是對他人的商品仿冒而有混淆之虞；第 2 個類型是對他人商品與服務的模仿，造成榨取及減損企業主商品與服務好評之成果；第 3 個類型是對他人事業的營業秘密加以竊取的行為。但還有其他類型沒有納進去，要適用補充成果保護，必須具有競爭特質，也就是說在市場上跟競爭對手間，由於本身競爭特質的存在，對手如果模仿它，會造成銷售量變動，這個叫做競爭特質。

3. 要了解補充成果保護在我國法制上的問題，必須先介紹日本法，日本法在二次世界大戰以前也引進德國商標法及不正競爭防止法，所以日本法還留有德國不正競爭防止法的補充成果保護，規定在日本不正競爭防止法第 2 條第 1 項，就是被我們公平法第 20 條第 1 項參考引用的。日本另外還有一個補充成果保護規定，也就是第 2 條第 3 項對商品型態的模仿，模仿他人的商品型態（包括積體電路電路布局，是一個內部商品型態）而剝奪他人商業投資。第 3 個類型就是第 2 條第 5 項有關營業秘密的竊取行為。所以我國參考日本法，引進一個比較不健全的不正競爭類型，分別將之規定在公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款及第 19 條第 5 款，而沒有很完整的引進德國補充成果保護制度。故在法制上要處理這個問題，應該要先將之還原。例如勞力士手錶一案，勞力士手錶新式樣專利權期滿以後，遭他人模仿，勞力士提告，在德國主張對方違反補充成果保護，因為新式樣專利權固然期滿，但勞力士對該手錶商品的外型、外觀做了許多的投資，德國法院認為這是違反補充成果保護。但同樣勞力士手錶案件在台灣，卻是敗訴。因為我們沒有一個完整的不正競爭補充成果保護。

4. 在著作權部分，例如謝老師所提書名、電影名稱，都是著作權保護，假如說哈利波特出了 1 到 20 集，那他人寫哈利波特第 21 集，請問有沒有侵害到哈利波特作者的權利？有，但要主張什麼？就是用補充成果保護，哈利波特第 21 集搶了哈利波特作者

的成果，還有資料庫權，在德國以前是用補充成果保護來保護的。

5. 補充成果保護與商標權更有密切關係，因為有一些不是商標，但在競爭上是消費者喜愛的一個型態，例如筆頭設計，若不構成立體商標，要用什麼去保護？這在日本法有規定，我國則沒有，所以公平法裡面的不正競爭防止法應該要獨立出來成為一套法制，跟限制競爭防止法切開，因為不正競爭防止法是保護競爭的質，而限制競爭防止法是保護競爭的量，公平會應只是規範管理限制競爭的部分。但因為不正競爭部分，它還不是權利，所以也不是管理智慧財產權的智慧局可以管理，而是由民事法院來加以審理，這是比較完整的方式，才能把整個補充成果保護的制度引進來。公平會可能是因為要與限制競爭行為區隔，才想要把公平法第 20 條第 1 項整個不正競爭部分刪除，但刪除後也不能放在商標法裡面，因為商標權是一個權利，不正競爭則是具體個案審查行為是否有不正競爭，所以，在屬性上不是智慧財產權可以規範，宜由民事法院來處理。

（三）王局長美花：

1. 德國商標法即便已兼採使用保護原則，仍然有不正競爭防止法補充條款。我國公平法第 20 條不是源自德國，而是源自日本，在日本、韓國類似條文規定，並沒有包括註冊商標，只是公平會早期一直認為公平法第 20 條所稱的「商標」既然沒有明文排除，就應包括已註冊及未註冊商標，所以，造成體系重疊情形更嚴重。而商標法修正草案又再度擴大保護範圍，公平會才認為應該可以涵括公平法第 20 條的部分。惟對於未註冊的部分仍須有補充規定之必要，只是應納入商標法還是公平法，既然公平法已有第 20 條規定，其作法應該是將該條文作微幅修正，而不是將條文刪除，再整個放到商標法，亦即，應在後端的處罰救濟部分去調整，而不是在前端做如此大變革。
2. 對公平會來說，如此修正應該是減輕負擔，而不是增加負擔，正如許老師所說，讓法院去判斷。就以往發生的案件，很多不是單純商標(mark)的問題，而是主張彼此有競爭關係、明顯知

悉他人商標使用或設計等情形，所以尚包括行為不正的問題，因此仍需藉由公平法漏斗式的規範來處理這樣的不公平競爭行為。第二個問題才是謝老師問的，這樣一個漏斗式的補充規定，是要放在商標法或公平法的考量。

（四）邵律師瓊慧：

1. 現行規定方式的確是以公平法來規範未註冊的表徵，如果回歸到商標法，就像美國在商標法第 43 條(a)規範未註冊的商品表徵等，惟因美國採行使用保護原則，在實務上適用案例很多，但畢竟與我國採行註冊商標保護的體系不同，何況美國商標法本身有防止不正競爭的精神，其州法也有許多不正競爭的補充規範，因此，在我國縱全部納入商標法規定，亦無法解決公平法應該防止一些不正競爭型態，所以仍應保留相類似的條文。
2. 回到公平會建議刪除公平法第 20 條的理由，公平會認為整個商品表徵已經被新的商標型態所涵蓋，所以應該刪除，但實際上二者法條構成要件有別，在適用上並不完全相同，所以二個法制雖有部分重疊，但保護上是無法完全取代的。從最近一些智慧財產法院的判決來看，他們在判定這類侵害行為時，是同時考慮會不會構成商標法第 61、62 條以及公平法。例如「非凡出版社」一案，是直接把公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款直接作為請求權基礎，而且逕予判決。
3. 有一種情形是權利人同時主張商標法第 62 條（即修正草案第 70 條）與公平法第 20 條第 1 項第 2 款，有 2 個判決認為並不構成商標法第 62 條，原因是商標法第 62 條要件比較嚴格，一是權利人必須證明行為人明知，但舉證很困難；再者，商標法第 62 條要求須有減損或混淆誤認的結果，故無法適用商標法第 62 條規定。在以「cambridge」作為英文網域名稱的案子，以及「台糖」一案，法院都認為不構成商標法第 62 條，但可以用公平法第 20 條第 1 項來規範。另外像全國徵信社一案，法院認為商標法第 61 條、第 62 條及公平法第 20 條第 1 項第 2 款可以同時併存，同時成立排除侵害。但在「四海遊龍」一案，法院認為行為人將「四海遊龍」作為公司名稱，直接構成商標權侵害，可

依商標法第 61 條排除侵害，雖然有點疑義，但有趣的是，法院認為如果已經構成商標權侵害，就不會再適用公平法第 20 條第 1 項第 2 款，認為這部分是重疊的規範。

4. 從這些實務趨勢來看，商標法與公平法第 20 條第 1 項並不完全重疊，確實有併存的必要，所以，公平法第 20 條第 1 項第 1 款、第 2 款不應該刪除。如果不刪除，其構成要件及行政、刑事、民事部分是否應作要調整，從前述案例觀之，法院在民事部分多會適用公平法第 20 條第 1 項規定，所以保留這個條文讓司法機關來適用，是一個可行的方向。至於行政裁處部分要不要繼續存在，我個人尊重行政機關的看法，刑事部分則贊成可以刪除。

（五）張律師哲倫：

1. 從結論來說，我是贊成，除非商標法考慮把未註冊或使用保護原則納進來，或是把不正競爭這部分獨立出來，另外自成一套完整的法制，但在這二個目標達成之前，公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款保留會比較好，因為實務上確實有適用的必要。
2. 理由一，國家規劃法制與權利人保護權利，這二件事情應該要分別來看待。當我們在規劃國家法制，哪個比較好、比較完整時，假設現在的規定是鼓勵申請商標註冊，以註冊來提供商標保護，但就現實狀況來看，權利人在他的理念，可能覺得註冊 1、2 個商標就夠，例如立頓紅茶，他覺得只註冊「立頓」就夠，不會想到立頓紅茶袋手握的小紙片圖樣，會在市場上被那麼多人仿冒、抄襲，對商標所有人而言，很難期待立頓紅茶在註冊當時，就該想到那個小標籤也要註冊，這是不切實際的。如果完全嚴守註冊保護立場，將有缺漏，此時即須以公平法第 20 條來維護權利，該條款實際上提供權利人保護權利的必要，其實與國家法制健全是二件事情，可以分開來談。
3. 理由二，假設現在法制面是不變的因素，變動的因素是實況發生的時候，當事人為保護權利有很多法律上的選擇，哪些法律是最好的，比如說，商標侵權的案例，如果是立體形狀，可能

有新式樣專利可以選擇，可能有立體商標、表徵，甚至有著作權那種平面轉立體的問題，我想最好的立場當然是回到商標，因為它最確實、最容易，損害賠償的計算也最簡單，相對於公平法，商標法有明文損賠之計算方式規定，因此，不會有人特別會去考慮於案件發生時，一定把公平法作為第一個適用選擇，因為公平法尚有很多問題。

4. 另外，公平法本身有一個訴訟上的小障礙，大部分人喜歡以公平法提出行政檢舉，提起訴訟的比例反而比較少，主要原因是如果純粹利用公平法提起民事訴訟，將使外商權利人無法適用。因公平法採互惠原則，不像商標法、專利法、著作權法明定，即使是未經認許的外商，仍可以提起民事訴訟。本地商或是經過認許的外商，當然沒有問題。但若係未經認許的外商，實務案例就曾有以公平法為請求權基礎提起民事訴訟時，法院第一個問題，即要求外商應先提出所屬國律師出具證明，證明台灣人在該國也可以依公平法受保護。故公平法上的互惠主義，事實上某種程度已造成阻礙權利人提起民事訴訟的意願。
5. 這些種種狀況，建議在現行法律不動的情形下，有案件儘量依商標法主張，公平法則是一個很好的攔截跟補充的條款，如果無法適用商標法，或訴之聲明沒有把握時，就可併列主張，亦即商標法如無法適用，可以公平法第 20 條作為一個攔截的安全網，公平法第 20 條自有存在的必要。

（六）王局長美花：

1. 就公平法補充具體的 IP 法規之必要性而言，可以舉兩個例子做說明。某公司之商品以創新設計為訴求，如果以新式樣保護，每一個設計都要註冊保護，年費花費將很高，所以未申請新式樣專利保護，可是即會面臨員工跳槽時，若將其設計圖帶走，稍作修飾的模仿，對於員工如此的競爭行為，即類似一種不正競爭的概念。雖然該公司應儘可能用智慧財產相關法來保護，但有現實上的困難點，龐大的年費，負擔太重，而如何防止員工的不當競爭行為，即是一種案例。

2. 某企業起初可能不認為其使用的標誌是一個商標，後來可能因為某種關係被抄襲了，才認為應該禁止他人使用，這也是外商屢次抱怨的態樣之一。因此，公平法第 20 條第 1 項第 3 款即便刪掉，商標法也無法完全納入第 1、2 款的樣態，況這麼多年來，很少有適用公平法第 20 條第 1 項第 3 款的案例，但是若有公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款漏斗式的條文存在，商標法即使未規定未註冊著名商標的損害賠償規定，也不會有問題。另外商標法有防止他人以未註冊著名商標申請註冊的規定。

(七) 謝教授銘洋：

1. 刪除公平法第 20 條第 1 項第 3 款，這部分我沒有意見。至於公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款則應予保留，但保護要件必需作調整。所謂保護要件，亦即公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款係保護著名商標，什麼是「普遍認知」？是否意指「著名」？我們幫公平會作法條註釋時，研究結果認為應該就是指「著名」。但當時會如此適用，是因為商標法對著名商標的保護，一開始並沒有非常周延，所以或許有必要透過公平法來對著名商標提供更多保護。但商標法對著名商標保護，已經愈來愈周延的情況下，公平法第 20 條保護要件應該要降到具有識別力及未註冊的商標或商號這些表徵，亦即不須達到著名或普遍認知的程度。對於未註冊或一般已具識別力的標識，如果可以降低它的保護標準，應該會比較符合市場需求。
2. 如果這樣做，還要考慮對於著名商標的保護有跨類保護的效果，但公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款「相同或類似之使用」到底是指商標本體？或是屬於商品或服務本身？有很多學說上的討論，這一部分如果可以更明確去釐清，公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款是針對一般具有識別性的，第 3 款是對於未註冊著名商標的保護，讓它能夠跟已註冊著名商標一樣有跨類保護的效果。也就是說，公平法完全在處理未註冊的部分，已註冊的部分就完全讓商標法去處理，但剛才已提到商標法對已註冊著名商標的保護，還要再加強更完整。

(八) 許教授忠信：

1. 從日本法來看，公平法第 20 條第 1 項第 1 款、第 2 款及第 3 款規定，國內一直產生很大誤會。日本不正競爭防止法第 2 條第 1 款，相當於公平法第 20 條第 1 項第 1 款；第 2 條第 2 款則規定同一或類似的著名商品之使用，所以，公平法第 20 條第 1 項第 3 款是參考日本法的第 2 款而來，故有著名的要求。公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款，為什麼會有普遍認知的要求，是因為將日本法的日文「廣泛」翻成「普遍認知」，而德國不正競爭防止法第 4 條第 9 款，係指避免混淆這種不正競爭類型，並無知名度的要求，亦即造成混淆的程度即可。但日本在引進德國法時，將其限縮為我們所謂的普遍認知，因為避免混淆的保護，不必以知名度為要件，而公平法第 20 條的著名性保護要件，應係參考日本法而來。
2. 德國法商標權本來沒有保護著名商標，惟德國商標法必須接受歐體準則，但歐體準則沒有一套歐體適用的不正競爭防止法，所以在歐體的層次把一些本來屬於不正競爭的類型納到歐體商標準則來，反過來去影響 1994 年的德國商標法。故德國現在學界認為著名商標、地理標示本來都是不正競爭，但德國商標法現在是穿著商標法外衣的不正競爭行為，本質還是不正競爭。德國對於著名商標的保護，侵害行為人必須要產生不正競爭的結果，對權利人知名度的榨取，或是對著名商標識別力的減損。商標一般不必要到這種情況，地理標示也一樣，所以建議公平法第 20 條第 1 項第 3 款不僅不能刪，而且必須擴張及於非著名標識，以及商品或服務被不當利用或是減損它的好評之適用。
3. 剛才張律師提到的立頓紅茶袋之圖樣，它被同競爭業模仿，即可以這一款來加以禁止，讓一些具有知名度、可能被模仿的標的，即使沒有商標，而是商品的一部分，只要構成競爭特質，且會被競爭對手模仿，都可以適用此款保護，包括書名、電影名稱、勞力士手錶外觀等，也就是說，在未將不正競爭防止法完全從公平法中獨立出來之前，公平法第 20 條第 1 項第 3 款不僅不能刪除，而且應該擴張適用所涵蓋範圍。因為就一個事業的投資而言，不管這個投資是依附在一個標識、一個商標、一個產品的某個部分，或是依附在虛擬的人名，或一本書名，這

些都是一個競爭特質，對方不當的利用或減損都可能造成不正行為。由於我國商標法採註冊保護原則，所使用之商標未註冊時，只能以公平法來加以保護，沒有知名度的可以用第 1 款及第 2 款，有知名度的用第 3 款，這樣會比較符合實務上的利用。

（九）王局長美花：

從公平法之立法過程來看，第 2 款確實是來自於日本跟韓國，第 3 款則是從當時的商標法第 62 條所移列，因為當時經濟部政策決定，認為未註冊的不應該用商標法來保護，惟外商有未註冊著名商標保護的需求，所以將該條移列公平法，這是第一個背景說明。第二，剛才許老師建議第 3 款應該擴大適用部分，也就是目前日本法所規定的 dead copy 新增的規定，在歐洲很多國家包括德國、瑞士稱之為 slavish imitation，須有故意的主觀要件，對此要件，日本比較寬鬆，日本要保護其原創性，不以獲得新式樣保護為前提。所以是否要有 dead copy 的相關規定，其保護與構成要件為何，每個國家略有不同。現在公平法沒有這種類型的保護，所以也沒有要件是寬還是嚴等問題，是否納入 dead copy 此為立法政策問題。

（十）郭處長淑貞：

1. dead copy 如果從日本和從歐洲來看，日本似乎保護其原創性，所以越新的設計予以保護，越舊的、用得越久的設計，日本不予保護，可是在歐體，它著重的是商譽及名聲(goodwill)，goodwill 的形成，是用得越久的越有 goodwill，這二種保護對象完全不同，日本比較像是專利的新型、新式樣，歐美是一個產品用久了，消費者看到那個外觀，會跟業者產生聯想，比較類似著名的保護。公平會認為 dead copy 涉及層面太廣，需要更多周延的想法，所以不納入本次修法中處理。
2. 對表徵的保護，隨著商標法對商標定義的擴大，表徵跟商標已無區別，不管是稱表徵或是商標，仿冒行為本來就是一個不公平競爭，無論是已註冊、未註冊、著名、不著名，或多或少都是不公平競爭，要全部規定於商標法，或除了商標法外，另制

定不正競爭防止法，只是立法技術而已，兩種方式在國際上都有。智慧局這一次修法，最初版本有將未註冊著名商標納入規定，從那個版本來看，是很有層次的，已註冊的不限於同類，且保護到淡化、稀釋，未註冊著名商標則限於同類、且須有混淆之虞。雖目前的版本沒有將未註冊著名商標的保護納入，仍維持現行規定只保護註冊著名商標。但由當初的版本可以看出來，商標的保護是要分層次的，並非只要有不公平競爭的情形產生，都一律給予同等的保護，而是還要考量該如何保護，保護的範圍及程度如何，必須有一個合乎比例的保護方式。

3. 公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款確實是參考日本的規定，第 3 款是從當時商標法第 62 條之 1 原封不動移列，所以，公平法第 20 條各款間有很多用語上的不一致以及矛盾存在。姑且不論這些立法技術的疑義，縱使第 1、2 款是參考日本而來，但保護方式卻跟日本不同，日本是商標法及不正競爭防止法都是循司法途徑保護，我國卻把著名表徵的保護和反托拉斯法放在同一個法律，又把處理反托拉斯行為的行政機關扯進來處理著名表徵的保護。確實這 18 年來，公平會對第 20 條的適用一直有非常大的困擾。剛剛也提到第 20 條應該要與商標法有所區別，應限於未註冊的部分，但是我們看歷次商標法與公平法對著名商標或註冊商標的保護，一直都是公平法的罰則比較重，所以為避免已經註冊的著名商標罰則比較輕，未註冊的著名商標罰則比較重，解釋上就無法排除已註冊之著名商標。我們也告訴外界，已註冊的商標基本上要適用商標法，但是當事人堅持要用公平法向公平會檢舉，因為公平法比較重，這個困擾一直存在，公平會也試圖要處理這個問題，但一直沒有定案。
4. 正本清源長久之計，這部分應該要從公平法抽出來，如日本不公平競爭的立法、修法是由通產省負責，執行則由法院處理，都不是公正取引委員會(日本公平交易委員會)，通產省也是主管智慧財產權，所以它跟智慧財產的發展不會有衝突。但在我國，一個是經濟部、一個是公平會，的確會產生很多介面的問題。所以重點是，應該把不公平競爭的仿冒行為抽出來單獨處理，處理反托拉斯機關的專業不在智慧財產權的保護。

5. 其實不管是肯定說或否定說，它的理論基礎都是差不多的，原則都是要保護著名商標、都是在調和保護機制。我覺得二者實質保護的差異不大，只是在立法技術上到底是要放在同一個法還是放在二個法，如果對於未註冊著名商標保護的層次及基準大家都有共識，也就是它的保護是補充的；必須是低於已註冊的著名商標的；必須要有層次的，在這樣的共識下，若是要放在是公平法，我會把這個意見帶回給委員會議參考。

(十一) 謝教授銘洋：

大家都有很高的共識，只是需要怎樣的保護？縱使是留在公平法保護，無論是構成要件上或保護的效果上，或是不是由行政機關或由法院來處理，應該予以思考。未來如果放在公平法，依照大家建議的要件、效果去處理後，行政機關就不介入，僅賦予民事損害賠償責任，則與其納入商標法規定，其實也沒什麼太大的差別。

(十二) 王局長美花：

1. 商標法對未註冊著名商標防止他人註冊已有規定，如果納入商標法，問題也不太大。但即便如此，就像剛才張律師講的，在商標法的概念是單獨一個標識(sign)、一個商標(mark)的概念，而公平法的規範，是一個整體的規範，包括行為態樣等，仍需有公平法補充規定之必要，如果整個移列商標法，落差會太大。德國法的概念是將公司名稱、書名都移列商標法，可是在台灣，公司名稱有公司法規範，書名在目前認定上也問題不大，像哈利波特系列已納進商標保護，如果不註冊，可以用低階的著作權法來保護，是否有必要變動這麼大，將德國商標法的概念都納入我國商標法規範。
2. 所有的表徵都放在公平法第 20 條，有沒有必要大幅度變動，將公平法第 20 條移列一部分到商標法，仍保留一些在公平法？還不如稍微修改公平法現行邏輯架構，並將構成要件與問題點釐清，最終由法院加以認定，較為妥適。

(十三) 謝教授銘洋：

如果不納入商標法，就是放在公平法，公平法還是要去處理未註冊有識別性的實質商標部分。放到商標法，若認與商標權保護產生混淆，可以另立一章區別，公平會也不是說完全不處理，而是處理剩下跟競爭有關的部分，就如在德國還是有一部分在不正競爭防止法，處理未註冊有識別性的商標。

（十四）許教授忠信：

商標法在著名商標部分要規範到什麼程度，就看實質的規範，有具體的要求我們就按照規定來，沒要求的似乎沒有必要在商標法去保護未註冊著名商標，將它保留在公平法第 20 條。在公平法法制將不正競爭與限制競爭獨立分開以前，我們可擴張第 20 條適用的範圍，但一定要刪除行政裁處，只保留民事責任，亦即擴張它的保護範圍，讓所有補充成果保護可以進來，不必提升到商標權的位階，但在公平法第 20 條這幾個類型，是有民事責任，沒有行政手段。

（十五）邵律師瓊慧：

1. 從實務的角度，公平法第 20 條如果刪除，真的會造成很多適用上的困難，但就算把它放在商標法，它還是有一些介面沒有辦法去處理，還是要在公平法處理，與其這樣，也許保留在公平法較為妥適。但要件上須做一些適度的調整，甚至如果還是要保留行政裁處，我也沒有意見。過去會造成大家都循行政裁處的因素，是因為民事法院並不熟悉，但現在有智慧財產法院，所以就算保留行政裁處，未來的走向，應該還是會循民事侵權的主張，所以保留公平法第 20 條是有必要的。
2. 我建議第 1、2 款要件的部分，如剛剛謝老師提到，它是不是一定必須是著名商標？因為它所保護的，其實還是一個混淆誤認的狀況，是不是只要取得識別性就可以，我覺得這是值得推敲的。另外，公平法第 20 條第 1 款及第 2 款最大的作用，在於對未註冊表徵作實質商標的保護，我覺得以現在的體系，它其實不排除已註冊的部分，剛剛所講的那幾個案例，法院並未排除適用。

(十六) 許教授忠信：

在德國法，補充成果保護的侵害與商標權的侵害，到底是商標權優越？須優先主張商標權侵害，還是可以選擇請求？有學說認為商標權優越，但現在有很多見解認為應該讓權利人自由選擇，但一般都會主張商標權侵害，所以公平法第 20 條表徵其實不一定要排除商標法上的主張，可以併存，但必須僅有民事責任，不要行政介入。

(十七) 張律師哲倫：

行政介入的幫兇其實是公平法第 47 條的互惠規定，商標法、專利法、著作權法均明文規定不採互惠原則，所提出刑事告訴或自訴，法院都要受理。但營業秘密法、公平法明文要互惠，這二部法律有關互惠條文的訂定，都是在台灣加入 WTO 之前。現在碰到的情形是，大部分外商的專利權、商標權是握在國外母公司手上，而該外商未經認許，想要根據公平法到法院提起民事訴訟，第一關就過不了。個案中法官的態度是，應舉證例如韓國或美國法院有沒有受理我國人民依公平法提出的案件，但要證明如此事實是很難的。如果互惠原則刪除，行政裁處可以減少本來想走民事卻無法提起訴訟的人，建議在現在的時空環境下，檢討公平法是不是一定要採互惠原則？還是可以比照商標、專利、著作的立法例。

(十八) 郭處長淑貞：

公平法第 47 條其實公平會沒有用過(王局長：但法院會用)，公平會是採禮讓原則，亦即在沒有發現外國有拒絕保護我國人民前，公平會都是受理的。剛剛提到公平法第 20 條要件要不要修改為不需要著名，我採保留態度，因為如果不需要著名，只需要有識別力，那就會變成使用主義，只要有使用的表徵就可以受到保護，這和我們討論已註冊著名、未註冊著名的保護層次及基準點不同，還是要慎重。

(十九) 高科長秀美：

日本不公平競爭防止法第 2 條第 1 款還是限於廣為相關需要

者認識才會予以保護，要達周知的程度。謝教授建議公平法應降低保護要件，對具識別性的未註冊商標予以保護，但如此規定，將使很多商標不需要使用，本身具有先天識別性的；例如「成功」用在杯子上，具有先天識別性，但未註冊也未公告，若未使用達到著名程度，卻要求人民負有民事責任，是不是妥適？

（二十）許教授忠信：

不正競爭行為必需綜合考量其競爭行為型態，事業使用對方的標識或型態所產生不正的結果，所以重點不在周知的問題，日本法的要件限得比較嚴，讓日本業者比較不會構成模仿。其實在德國法第 4 條第 9 款亦不要求知名度，只要求產生可避免的混淆，因為有一些事業它當初有潛力，但沒有知名度，然後你就去模仿它，造成它的事業受到混淆，他是創業青年，沒有知名度，而知名度在不正競爭裡面，是考量及認定「不正」的一個因素，而不是「不正」的要件，日本法把「不正」、知名度當成一個要件，但知名度其實是在認定「不正」時的一個參考因素。

有些人沒有知名度，但是對方模仿的行為會構成混淆，混淆變成沒有辦法建立我的 goodwill，而對事業構成不正競爭，剛剛局長有提到要保護新穎性或是原創性的這個型態，在德國法認為，有一些企業將一、二百年前流行的，在這幾年把它復古後，另外創造了一個復古風潮出來，其他事業來仿它，也去復古，這也是一種不正競爭行為，因為我先復古，這東西已經不可能構成新穎性，但是就我對復古風所做的投資，對方的模仿行為其實是一種不正競爭，雖日本法要廣為周知，但從學理上去看，混淆不以知名度為必要。

（二十一）高科長秀美：

但是商標沒有使用如何使消費者發生混淆，如果沒有使用到某個程度，怎麼能夠發生不公平競爭，事實上公平法第 20 條規範的是不公平競爭行為，其要件仍然要有一些限制，如果少了著名這個要件，可能很容易就會構成侵權情形。

（二十二）許教授忠信：

德國不正競爭防止法第 4 條第 9 款根本認為不必要是一個商標，也沒有必要具有識別性，其可罰性在於造成消費者本來可以避免的混淆，若讓事業間產生混淆誤認之虞，即對另一事業產生不當的限制、不公平競爭，這才是重點。所以知名度其實不重要，著名商標是對知名度的價值減損與不當利用，是混淆誤認以外的一個保護類型。

（二十三）王局長美花：

目前為止大家對於保留公平法第 20 條的共識性滿高的，只是剛才提到未註冊著名商標，在商標法是不是有必要規定民事責任。

（二十四）劉副組長蓁蓁：

未註冊著名商標部分，先前的商標法修正草案雖曾考慮把它視為商標權侵害，但目前架構上因為民事部分會準用到證明標章、團體標章、團體商標，這部分如果真的認為要納入，其實也會限於同一或類似商品，甚至準用的範圍可能會排除其他標章的適用，但若公平法第 20 條保留做補充性規範，商標法應沒有另外規定的必要。

（二十五）郭處長淑貞：

對於未註冊著名商標，你們認為在保護的程度上是限於同一或類似商品，那現在公平法第 20 條不限於同一或類似商品的保護範圍又太寬了。

（二十六）王局長美花：

如果公平法第 20 條第 1 項第 3 款刪除，整個回歸到公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款，按照公平會現在的實務作法，公平法第 20 條第 1 項第 1 款及第 2 款並不限於同一或類似商品/服務，這樣保護又太過了，除非公平法第 20 條第 1 項第 3 款仍然保留。但就我的理解，日本、韓國都是限於同種商品/服務，如果是限於同一或類似商品/服務，將沒有郭處長所擔心的問題。

八、主席總結：

本次與會學者、專家咸認公平法第 20 條規定應予保留，只是在要件上應作適度的調整，包括考慮是否應限於未註冊的著名商標以及同一或類似商品/服務，並刪除行政裁處及刑事責任的適用，只課予民事責任，請郭處長將這些意見轉達委員會，作為公平法修法參考。

九、散會（上午 11 時 37 分）。