國立政治大學法學院碩士在職專班 碩士學位論文

關鍵字廣告衍生商標侵害及不公平競爭之探討 —從幸福空間案談起

Exploring Trademark Infringement and Unfair Competition of

Keyword Advertising:

Starting from Gorgeous Space v. Google

指導教授:王立達博士

研究生:楊 翔 宇 撰

中華民國110年1月

摘要

本文從近期較著名的智慧財產法院 102 年民商訴字第 8 號民事判決(即幸福空間案) 出發,主要所探討的問題為現今關鍵字廣告日漸興盛,隨之而來亦衍生商標侵害及不公平競爭問題。

有關商標侵害議題乃以關鍵字廣告是否符合商標法上「商標使用」行為定義, 以及傳統「混淆誤認之虞」作為探討核心。因此本文從過往我國法院審理關鍵字 廣告之商標侵害案件進行分析,並進行較為具體的比較整理,同時介紹國外之判 決實務上常見的「初始興趣混淆」理論,以及商標淡化規範等商標侵害的體系架 構,在關鍵字廣告案件中適用之可能性,希冀使其所生商標侵害相關問題及解決 脈絡能稍加釐清。

此外就關鍵字廣告衍生公平交易法規範之不公平競爭部分,本文主要從公平交易法與商標法對於事業表徵之保護目的及內在關係進行說明,並以公平交易法第22條及第25條作為探討之核心。透過比較公平交易委員會及法院相關實務見解,歸納關鍵字廣告違反公平交易法規定之類型為何,並且另從促進競爭角度,說明關鍵字廣告可能帶來多元資訊及降低搜尋成本的效果,希望就關鍵字廣告所衍生不公平競爭行為找出較為明確,同時妥當可行之判斷方式。

本文就以上研究所出的結論,回到幸福空間案重新進行檢視,希望透過對於 此一重要實務案例之檢討,能夠為關鍵字廣告衍生的相關法律議題,建立較為完 善之規範體系及解決方向。

關鍵字:關鍵字廣告、商標法、商標使用、混淆誤認、公平交易法、榨取努力成果、攀附商譽

目 次

1.	緒	☆論		1
	1.1.	研究動	機與目的	1
	1. 2.	研究範	圍與方法	2
	1. 3.	本文架	構	3
2.	睛	鍵字廣	告與幸福空間案之背景	5
	2.1.	關鍵字	廣告概述	5
	2.	1.1.	關鍵字廣告特性	6
	2.	1. 2.	關鍵字廣告類型	8
	2. 2.	幸福空	間案	9
	2.	2. 1.	案例背景	9
	2.	2. 2.	歷次判決情形	12
	2.	2. 3.	產生問題	14
3.	騎	鍵字廣	告所涉商標侵權爭議	16
	3. 1.	關鍵字	廣告之使用是否構成商標使用	16
	3.	1. 1.	商標使用之要件	16
	3.	1. 2.	司法實務對於設定他人商標作為關鍵字廣告之評價	20
	3.	1. 3.	學說見解	26
	3.	1.4.	小結	30
	3. 2.	關鍵字	廣告是否構成混淆誤認	31
	3.	2.1.	一般判斷有無混淆誤認之虞之參考因素	32
	3.	2. 2.	學說見解	35
	3.	2. 3.	司法實務案例分析	37
	3.	2.4.	初始興趣混淆	40
	3. 3.	設定他	人商標作為關鍵字廣告是否構成商標淡化	50

	3	. 3. 1.	商標淡化之要件	51
	3	. 3. 2.	學說見解	53
	3. 4.	關鍵字	廣告是否構成商標合理使用	55
	3	. 4. 1.	商標合理使用之要件及類型	56
	3	. 4. 2.	可能符合商標合理使用之態樣	58
	3. 5.	小結		60
4.	目	關鍵字廣	告所涉不公平競爭之爭議	62
	4. 1.	公平交	易法與商標法規範之交錯	62
	4	. 1. 1.	智慧財產權與競爭法殊途同歸	63
	4	. 1. 2.	保護範圍不同一「表徵」與「商標」	66
	4. 2.	公平交	易法對於事業表徵之保護	68
	4	. 2. 1.	禁止商品或服務仿冒表徵構成混淆之行為	69
	4	. 2. 2.	禁止榨取他人努力成果之行為	74
	4	. 2. 3.	小結	81
	4. 3.	關鍵字	廣告違反公平交易法之實務見解及檢討	82
	4	. 3. 1.	使用關鍵字廣告之實務案例類型	82
	4	. 3. 2.	實務案例檢討	
	4. 4.	小結	nengchi	103
5.	幸	至福空間	案之檢討	105
	5. 1.	商標法	部分	105
	5. 2.	公平交	易法部分	108
6.	ķ	吉論與建	議	111
A	上上南			112

1. 緒論

1.1. 研究動機與目的

由於關鍵字廣告乃為新興之網路廣告型態,廣告主為準確投放關鍵字廣告予潛在交易相對人,以最大程度達到行銷競爭之目的,向搜尋引擎業者選購的關鍵字廣告經常是以其競爭事業的商標或名稱等表徵作為關鍵字,而使廣告呈現與競爭事業的商標或表徵併列、廣告文字不當置換為競爭事業的商標或表徵等情形。實務上可能導致不當比較廣告,或相關大眾混淆誤認廣告主與競爭事業屬於同一來源,或構成榨取他人努力成果及不當攀附他人商譽等情事。近期最知名的案例,係國內從事室內設計裝潢之幸福空間股份有限公司(下稱幸福空間公司)主張,美商科高國際有限公司台灣分公司(即 Google)將幸福空間公司已註冊取得商標權「幸福空間」文字作為關鍵字廣告,出售予其他室內設計公司(即與幸福空間公司具有競爭關係的其他事業),對 Google 提起民事訴訟。最終經法院判決確定,判決 Google 敗訴及負擔賠償,創下亞洲地區告贏 Google 的首例」。

相較於過去傳統廣告所論及之廣告媒體業或廣告公司是否應與廣告主負連帶侵權責任的議題,Google 本身經營的業務為搜尋引擎平台,致力於吸引更多網路使用者使用搜尋引擎,透過網路效應亦將使自身平台更加強大。但因為Google 所提供之搜尋引擎服務為免費使用,必須透過廣告收入以填補服務提供的成本,其運作上所涉及的問題將更加複雜,且搜尋頁面呈現的關鍵字廣告更與傳統廣告有截然不同的差異。Google 在幸福空間案件中即主張,網路使用者於搜尋引擎鍵入「幸福空間」文字後,並不致誤認案關關鍵字廣告與幸福空間公司有所連結,且Google 與幸福空間公司不存在競爭關係,因此主張自身並未違反商標法或公平交易法相關規定。

¹ SETN 三立新聞網,「Google 關鍵字侵權益 幸福空間提告勝訴 創亞洲首例」,網址:www.setn.com/News.aspx?NewsID=174736,最後瀏覽日期: 2020 年 12 月 10 日。

然而,該案歷經智慧財產法院及最高法院進行審理²,一審法院認定未違反商標法及公平交易法;二審法院則認定雖未違反商標法規定,但已違反修正前公平交易法第24條規定;最終最高法院維持二審法院見解,認定本案構成修正前公平交易法第24條規定之違反,駁回Google之上訴。顯見法院本身對於是否適用商標法及公平交易法,亦有不同之見解。因而引發學術界就幸福空間案之關鍵字廣告行為究否侵害幸福空間公司商標權而違反商標法規定,以及是否構成攀附他人商譽而違反公平交易法第25條規定等,進行相當熱烈的法理討論³。故對於搜尋引擎業者所提供的關鍵字廣告服務可能衍生之商標侵害與不公平競爭行為,即有進一步研究之必要。

針對是否違反商標法相關規定而言,本案涉及幾項疑義尚待釐清,包括關鍵字廣告是否構成商標使用、關鍵字廣告是否構成混淆誤認、設定他人商標作為關鍵字廣告是否構成商標合理使用等。

至於本案是否違反公平交易法相關規定,首先必須先討論公平交易法與商標法間的聯繫,以及公平交易法對於事業表徵之保護情形。包括公平交易法第22條禁止商品或服務仿冒表徵構成混淆之行為、公平交易法第25條概括條款規定之補充適用原則、公平交易法第25條禁止攀附他人商譽、榨取他人努力成果之行為等。

本文以上開議題作為基礎,提出幸福空間案可能涉及的法律議題,希望透過 學界見解及實務案例之研析,能提供法院或公平交易委員會審理類似案件的執法 建議。

1.2. 研究範圍與方法

本文係以幸福空間案所引發之商標法及公平交易法適用爭議作為主要研究

² 本案事實詳見後續 2.2.幸福空間案。

³ 劉孔中,比較商標法,頁 349-388,2014 年 9 月;馮震宇,關鍵字廣告是否侵害商標權-智慧財產法院一○一年度民商訴字第二二號判決評析,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 53-66,2018 年 7 月;謝銘洋,近年來我國智慧財產判決回顧,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 183-233,2018 年 7 月;陳皓芸,商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題-以臺日相關法制比較為中心,公平交易季刊,27 卷 3 期,頁 85-142,2019 年 7 月。

範圍,研究方法採取個案分析與文獻分析方式,針對訴訟當事人所提及的商標法及公平交易法爭議,蒐集我國相關書籍、期刊、法令規範、法院判決、公平交易委員會之處分案例,與網路資訊等資料。以法院及公平交易委員會對於關鍵字廣告之實務判決及處分書作為論述基礎,並採歸納分析法比較及整理關鍵字廣告可能的違法類型及解決的過程,透過釐清不同個案事實,以期對於關鍵字廣告所產生「搭便車」爭議的處理能更臻明確。最後則藉由系統性的回顧檢討幸福空間案於商標法及公平交易法之適用情形,提出相關研究結論。

至於幸福空間案所衍生搜尋引擎業者或網路服務提供者在何種情況下應負有商標侵權責任,以及是否應比照國外法建立商標直接侵權責任或間接侵權責任等議題之討論,尚非本文研究範圍。

1.3. 本文架構

本文共分為 6 章,第 1 章為緒論,分為研究背景、研究方法及研究架構等三部分,先說明本文所欲探討的問題,及論述的基本架構。

第2章討論關鍵字廣告與幸福空間案的背景,由於關鍵字廣告乃為新興的網路廣告型態,有必要先了解其特性、常見類型,再逐一論述幸福空間案本身歷審裁判之內容,彰顯因此引發之各種議題。

第3章為關鍵字廣告所涉商標侵害爭議,整理我國實務對於關鍵字廣告的評價,並從是否構成商標使用談起,再進一步論及商標侵害的要件,包括關鍵字廣告是否構成混淆誤認、設定他人商標作為關鍵字廣告是否構成商標淡化,以及關鍵字廣告是否構成商標合理使用等。

第4章為關鍵字廣告所涉及不公平競爭爭議,從公平交易法與商標法規範之 交錯談起,論及公平交易法第22條及第25條的適用情形,再從法院及公平交易 委員會過去處理之關鍵字廣告案例進行檢討,並且嘗試對於關鍵字廣告爭議案件 中得以適用公平交易法之行為態樣進行類型化工作,希望對於本議題現階段之法 理討論能夠提供積極貢獻與助益。 第5章為幸福空間案的探討,針對幸福空間所涉及商標侵害及不公平競爭之 爭議,依據前面各章探討各項議題的研究分析成果,逐一檢討法院的判決理由是 否有漏未審酌,或者尚有待深入探討之處,以及其判決結果的適法性。

第6章為本文研究之結論與建議。



2. 關鍵字廣告與幸福空間案之背景

2.1. 關鍵字廣告概述

所謂關鍵字廣告行銷,指網路使用者透過搜尋引擎輸入特定關鍵字時,廣告主所付費購買的「關鍵字廣告欄位」,將呈現在搜尋結果的最上方,排序在後者則是不須付費的自然搜尋結果。其中免付費的自然搜尋結果,指搜尋引擎業者經由「搜尋引擎最佳化(Search Engine Optimization, SEO)」後所呈現的排序結果,關鍵字廣告則為搜尋引擎業者透過「搜尋引擎行銷(Search Engine Marketing, SEM)」使廣告主的商品、服務及網站內容得以快速及大量曝光的一種行銷策略」。

根據台灣數位媒體應用暨行銷協會(DMA)對於臺灣數位廣告量報告指出,近3年來臺灣各產業對於數位廣告(包含展示型廣告、影音廣告、關鍵字廣告等廣告類型)占整體廣告之投放比例逐年成長,已由52%達到60.2%2。如果從2019年數位廣告在一般媒體平台(含電腦、手機及平板)投放金額約新臺幣(下同)289.78億元來看,關鍵字廣告占比最高,投放金額達112.88億元。相較於前2年即2018年、2017年的統計資料,關鍵字廣告投放金額分別為95.12億元、79.2億元,顯見關鍵字廣告市場規模逐年擴大,近2年的成長幅度分別達到20.1%及18.67%,代表著有越來越多廠商願意投入資金購買關鍵字廣告。但現今關鍵字廣告可能會設定競爭事業的品牌名稱做為關鍵字,稱為「競爭品牌關鍵字」3,特別是小廠商更是期待消費者搜尋其競爭品牌關鍵字時,同時呈現廣告主品牌關鍵字廣告,以提高自身商品或服務成交機會,而可能產生越來越多爭議案

¹ 黃國亮,網路行銷,頁 6-12,2019年9月。

² 台灣數位媒體應用暨行銷協會,2019 年台灣數位廣告量統計報告,網址:https://drive.google.com/file/d/1W_Aq64aiK5-FVb3Tc31_ua7SzGLDhAr0/view;2018 年台灣數位廣告量統計報告,網址:https://drive.google.com/file/d/1ly5AXY5RYgCJLrCg1SfwBy3DLToCvjUs/view;2017 年台灣數位廣告量統計報告,網址:https://drive.google.com/file/d/0B1KSqigior9AZDJ2WDNoTGs3aFRGMG5XTW0tZXdkWEtQSGF3/view,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 11 日。

³ 黄國亮,同註1,頁6-25。

件的負面效果。

又關鍵字廣告服務提供業者中,應以 Google 為最知名且最大的業者。Google 乃為全球最大的搜尋引擎業者,透過提供免費搜尋服務吸引網路使用者造訪,再透過銷售關鍵字廣告、網路廣告予廣告主的模式,將龐大的網路流量轉換為具有金錢價值的廣告收益。因此當事業希望有越多消費者能於網際網路上注意到其產品或服務時,常常會選擇採取向 Google 購買關鍵字廣告的方式,以提升自身商品或服務被消費者搜尋到的機會,導致 Google 所提供的關鍵字廣告服務居於事業於相關市場從事競爭時之的中介角色,倘有爭議發生時亦同時成為被追究責任的對象。

2.1.1. 關鍵字廣告特性

由於網路資訊的繁多及便利性,現今時代消費者已習慣於網路檢索及察看各種網紅影片、開箱文或相關論壇之介紹及經驗分享。消費者的消費及知覺行為流程已由傳統媒體時代「AIDMA」(Attention 注意->Interest 興趣->Desire 慾望->Memory 記憶->Action 行動)改變至網路時代「AISAS」(Attention 注意->Interest 興趣->Search 檢索->Action 行動->Share 分享)4。導致網路使用者越來越依賴搜尋引擎系統以過濾資訊,此代表搜尋引擎系統局負為網路使用者篩選資訊之責,亦顯示網頁於網路上的曝光程度與搜尋引擎系統的運作方式密切相關。

此時,網站業者若想要在搜尋結果排序優先,一方可透過「搜尋引擎最佳化」的優化方式,加強網頁品質與特定關鍵字間之關連,以取得在搜尋引擎的演算法則下的自然排名靠前⁵。另一方面還可以向搜尋引擎業者購買「關鍵字廣告」,使網路使用者搜尋關鍵字時,搜尋引擎系統將該關鍵字相關的「關鍵字廣告」與搜尋結果,同時呈現於搜尋結果頁面上方和底端⁶,以吸引網路使用者點擊連結至廣

⁴ 戴國良,數位行銷,頁 206,2012 年 8 月。

⁵ 黄國亮,同註 1,頁 6-16。

⁶ Google 「 Adwords 說 明 - 文 字 廣 告 簡 介 」 ,網 址 : https://support.google.com/adwords/answer/1704389?hl=zh-Hant&ref_topic=3119117,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 12 日。

告主之網頁。另廣告主還可以使用搜尋引擎業者提供的免費「關鍵字規劃工具 (Keyword Planner)」⁷,幫助廣告主發掘、搜尋、管理關鍵字,並提供關鍵字預 測成效等數據分析,評估關鍵字的預估搜尋量及廣告費用。廣告主最終目標是希 望所設定的關鍵字廣告在搜尋頁面當中,可以更為具體及貼近潛在消費者族群, 達到廣告效果。

透過前揭關鍵字廣告之運作模式中可以發現,關鍵字廣告與傳統廣告的功能明顯有很大區別。傳統廣告係廣告主推廣、銷售自身商品或服務的一種行銷方式,重點在聚焦商品或服務本身的功能藉以吸引消費者,關鍵字廣告則係依賴網路使用者於搜尋引擎系統查詢資訊的習性,巧妙將網路使用者搜尋目標與廣告內容作結合,達到更加曝光廣告之目的8。也因為網路使用者了解自身需求且主動檢索網路資訊,廣告主可藉由關鍵字廣告精確的聚焦目標族群,所提供之商品或服務亦能緊密契合潛在交易相對人需求等特性,故學者認為「每一個關鍵字背後都代表一個購買動機」、「關鍵字廣告是一種使用者意向的資料庫(database of user intents)」9,並具有降低買賣雙方搜尋成本的功效10。

另關鍵字廣告具有「有點擊才有收費」、「廣告費用由業者出價」及「根據廣告費用高低排序」等 3 大特性¹¹。有別於過往廣告刊登曝光就要收費的方式,關鍵字廣告是採取網路使用者點擊後才須要收費的方式 (Pay per Click, PPC),即成功點擊報酬。以 Google 來說,收取廣告費用是採取競價(或稱拍賣)方式,先由廣告主設定一些關鍵字並出價,另得設定個別關鍵字廣告的預算上限與廣告總預算,再由 Google 綜合評估相關關鍵字廣告可能的被點擊率及出價金額,決

⁷ Google 「 關 於 『 關 鍵 字 規 劃 工 具 』」, 網 址 : https://support.google.com/adwords/answer/2999770?hl=zh-Hant,最後瀏灠日期:2020 年 12 月 12 日。

⁸ 胡仲男,新型態廣告規範之研究-以公平交易法為中心,公平交易法季刊,21卷3期,頁158,2013年7月。

⁹ 戴國良,同註4,頁210-212。

 $^{^{10}}$ 劉楚俊、陳姿縈,網際網路產業之垂直整合對公平交易規範的啟示-以廣告字拍賣市場為例,公平交易季刊, 20 卷 2 期,頁 20 126, 20 2012年 4月。

¹¹ 戴國良,同註4,頁213。

定廣告位置的高低排序。但在競價過程中,個別廣告主關鍵字廣告的排名尚會受到其廣告內容品質的影響,品質分數越高,廣告主於每次點擊必須支付的費用越低,得以較低的競標金額取得越前面的廣告位置;品質過低者則可能減少廣告顯示時間,甚無法達到顯示資格。因此 Google 也會提供品質分數及建議予廣告主以優化廣告,或由廣告主尋求關鍵字廣告代理商協助¹²。

2.1.2. 關鍵字廣告類型

關鍵字廣告最典型的類型,為廣告主事先購買及設定特定的關鍵字廣告內容,包含「廣告標題」、「顯示網址」及「說明」等 3 部分¹³,網路使用者只要搜尋輸入特定關鍵字,則搜尋結果頁面將帶出該關鍵字廣告內容。換言之,網路使用者輸入的關鍵字僅單純作為「觸發」廣告主早已設定的關鍵字廣告,關鍵字本身與其廣告標題及內容並無相關,廣告內容不見得使用或包含網路使用者所輸入的特定關鍵字文字。

另一種類型,則是廣告主進一步於廣告文案內使用搜尋引擎業者所提供的「關鍵字插入(Keyword insertion)」¹⁴或稱「動態文字(Dynamic text)」¹⁵功能,並搭配設定「廣告群組(Ad Group)」¹⁶。使得網路使用者搜尋特定關鍵字時,廣告標題或內容當中所插入的文字程式碼「{keyword:關鍵字}」將被觸發,形成廣告文案包含特定文字(可能為搜尋關鍵字或「廣告群組」中設定的詞彙)情況。換言之,網路使用者輸入的特定關鍵字不僅為觸發關鍵字廣告的原因,同時基於廣告插入文字程式碼「{keyword:關鍵字}」功能,該特定關鍵字可能會呈現在廣告文案中,或者被替換為「廣告群組」當中的廣告詞彙。但無論如何,因為廣告內容使用了插入特定文字的程式碼,關鍵字廣告與特定關鍵字間,具有更

¹² 劉楚俊、陳姿縈,同註 10,頁 129-130。

¹³ Google「Adwords 說明-文字廣告簡介」,同註 6。

¹⁴ Google 「 Adwords 説 明 - 關 鍵 字 插 入 功 能 簡 介 」 ,網 址 : https://support.google.com/adwords/answer/2454041,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 12 日 。。

¹⁵ Bing ads 「動態文字簡介」,網址: https://about.ads.microsoft.com/en-us/resources/training/introducing-dynamic-text-en-1,最後瀏覽日期:2020年12月12日。

¹⁶ Google「廣告群組運作原理」,網址:https://support.google.com/adwords/answer/2375404?hl=zh-Hant&ref_topic=3121942,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 12 日。

直接的關聯。

以實務案件為例,在智慧財產法院 101 年民商訴字第 24 號民事判決中,已 完整引用香港商雅虎資訊股份有限公司(即 Yahoo!)2011 年 8 月 25 日函覆公平 交易委員會的函件,敘明前揭 2 種關鍵字廣告類型的運作模式「(二)本公司關 鍵字廣告服務(下稱「本服務」)的實際運作情形說明如下:1.廣告主利用該服 務刊登廣告時,必須在本服務系統中設定特定的『關鍵字』與相對應的廣告文案 (包含『廣告標題』、『描述』及『網址』),當網友於 Yahoo! 奇摩網站上搜尋該關 鍵字時,該組相對應的廣告文案即會出現在搜尋結果頁面的特定位置,若有網友 點選該廣告文案,即可進入廣告主所指定的網站瀏覽。……(三)……3.……報 表中部分廣告內容含有以下符號 { KEYWORD : 翻譯服務 } 者,係指廣告主設定使 用本服務『插入關鍵字』之功能。以五姊妹之第一個廣告活動『謙慧公司晚上』 為例,其第一組廣告標題設定為『五姊妹多國語翻譯公司-{KEYWORD:翻譯服務}』, 當網友搜尋關鍵字『翻譯服務』時,該則廣告出現時標題將直接插入該關鍵字, 而呈現『五姊妹多國語翻譯公司-翻譯服務』;同樣的當網友搜尋此廣告活動所設 定之另一關鍵字『詮星』時,廣告標題將出現『五姊妹多國語翻譯公司-詮星』」 Chengchi University 等,更為明確。

2, 2, 幸福空間案

2.2.1. 案例背景

幸福空間案17源於幸福空間公司已註冊取得第 01316081 號「幸福空間」商標 權18,且仍在商標權期間內,卻經 Google 將該「幸福空間」商標文字出售予禾林

¹⁷ 智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決、智慧財產法院 102 年民商上字第 8 號民事判 決及最高法院 105 年台上字第 81 號民事判決。

¹⁸ 依據智慧財產局商標檢索系統服務,幸福空間有限公司註冊取得墨色「幸福空間」文字作為商 標,所使用商品類別與商品(服務)名稱為家具、碗櫥、竹簾、百葉窗簾、簾軌、窗簾鉤、窗簾 圈、窗簾支架;床單、枕套、蚊帳、窗簾、門簾、摺簾、家具套、毛巾、浴巾、手帕;壁紙、塑 膠壁紙、浴墊、門墊、踏墊;廣告企劃、廣告設計、廣告代理、廣告宣傳、廣告宣傳品遞送、網 路廣告看板出租、網路拍賣、市場調查、郵購、網路購物、企業管理顧問、商情提供、提供各種 產品之價格比較及評估、工商管理協助;各種書刊雜誌文獻之出版發行、舉辦各種講座、藉由網 際網路提供影片欣賞下載之服務、影片錄影片碟影片之製作發行、電視育樂節目之策劃製作、演

室內設計工程有限公司(下稱禾林公司)作為關鍵字廣告。因此幸福空間公司於2011年間兩度發存證信函予Google,要求移除前揭關鍵字廣告及相關廣告連結,但未獲Google處理。Google其後再將「幸福空間」商標文字作為關鍵字廣告銷售予水相設計有限公司(下稱水相公司)、基倍設計開發股份有限公司(下稱基倍公司)、台灣肯美有限公司(下稱肯美公司)等3家公司賺取廣告費用,造成網路使用者於Google搜尋網頁鍵入「幸福空間」文字後,網頁上出現禾林公司等室內設計業者的關鍵字廣告,點擊廣告則連結至禾林公司等廣告主的網站,且禾林公司等廣告主與幸福空間公司間具有競爭關係。

另在幸福空間案中,許多廣告主以「幸福空間」文字作為關鍵字廣告,包含 禾林公司廣告呈現「禾林室內設計-創造理想空間。空間與人自然共處,生活動 線的完美比例,量身打造美學與機能兼具的品味空間」、水相公司廣告呈現「水 相設計-紐約視野品味設計。TID 台灣十大室內設計師榮獲國家金點設計獎,自 然光影住宅建築,前衛商業空間」、肯美公司呈現「二房二廳室內設計不到 34 萬。 All Life 室內設計,二房二廳成家專案,讓您花小錢也可以擁有設計師裝潢的 家」、基倍公司廣告呈現「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福 空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」¹⁹。又幸福空間公司表示在 起訴 Google 後,輸入「幸福空間」搜尋仍可以查悉數字科技股份有限公司(下 稱數字公司)的廣告標題「幸福空間」搜尋仍可以查悉數字科技股份有限公司(下 稱數字公司)的廣告標題「幸福空間」有選 591 裝潢設計」及文案內容「591 裝潢 設計,每天上萬人找裝潢,客戶多,成交快,接案當然更容易!…」、廣告標題 「幸福空間公司-免費送官網一位esign. 591. com. tw」及文案內容「上 591 裝潢設計,刊登資訊即免費送官網,免維護,低投入,幸福空間也能接到案!」等,顯 示 Google 持續以「幸福空間」文字作為關鍵字廣告。智慧財產法院則指出,上 訴審理中 Google 仍銷售「幸福空間」文字,而有關鍵字廣告呈現「李楊桃園室

藝節目製作;各種書刊編輯、室內設計、電腦動畫設計及製作、電腦繪圖、藉由全球電腦網路提供廣泛領域之資訊服務、提供搜尋引擎服務、工業產品設計。

¹⁹ 智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決。

內設計-免費 3D 圖-url. tw 」及「幸福空間觀眾最愛設計師-hhtd. co」等20。

幸福空間公司於該案歷次判決中的主要的主張為:(一) Google 販售關鍵字 廣告予廣告主之行為已造成商標侵害效果且獲有利益:幸福空間公司註冊取得商 標權的「幸福空間」文字,並非國語辭典中可以查見的日常生活用語,其中「幸 福」及「空間」在意義上,並非指室內設計之行銷或代理,尚須透過品牌經營行 為,始得使消費者將案關商標與室內裝潢、設計服務間的關聯性產生連結,性質 上屬於商標法中的「暗示性商標」,且經濟部智慧財產局已認定「幸福空間」商 標達到「著名商標」的程度²¹。但 Google 透過向廣告主或廣告代理商推薦關鍵字, 再由廣告客戶選定關鍵字付費設定於搜尋引擎中,屬於搜尋引擎業者主動發起的 商業行為。且提供廣告客戶無償利用幸福空間公司商標行銷,屬以行銷服務為目 的之商標利用行為,Google 也從銷售關鍵字廣告所造成的商標侵害行為中獲取 商業利益²²。(二) Google 於接獲幸福空間公司移除侵權通知後,仍未停止銷售 「幸福空間」關鍵字的行為,違反商標法及公平交易法規定:Google 於接獲通知 後未移除該關鍵字廣告,顯然明知且容許其他從事與幸福空間公司相類似服務的 業者,得以無償「搭便車」享受幸福空間經營註冊商標的行為,令消費者混淆或 誤認其他公司、商號或個人與「幸福空間」商標有特定連結之印象,已違反修正 前商標法第29條第2項第2款規定23,同時攀附幸福空間公司長久以來努力經營 的商譽,亦違反修正前公平交易法第 24 條規定²⁴。

Google 則主張:(一)出售關鍵字廣告並未構成商標使用行為:Google 經營的關鍵字廣告業務並非出售他人商標的行為,而是出售搜尋廣告頁面的廣告空間

²⁰ 智慧財產法院 102 年民商上字第 8 號民事判決。

²¹ 同前註。

²² 同前註。

²³ 幸福空間公司原主張 Google 違反修正前商標法第 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:……二、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。」但經法院認定,因 Google 將「幸福空間」商標提供作為關鍵字廣告的持續時間跨越商標法修正施行前後,應逕適用修正後之現行商標法規定。
²⁴ 智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決及智慧財產法院 102 年民商上字第 8 號民事判決。

25, Google 不會為廣告主擬定廣告文案及選定關鍵字。廣告主選取的關鍵字僅為 觸發搜尋結果頁面顯示廣告的工具,不構成商標法上的使用行為²⁶。(二)案關關 鍵字廣告行為並未構成混淆誤認:「幸福空間」一詞為描述性使用,並非作為公司名稱或一般商標為指示來源的使用²⁷,且搜尋頁面之上方、下方、右方等廣告空間顯示廣告主的廣告時,於廣告處標示有「廣告-為什麼會顯示這則廣告?」 等文字,與搜尋結果有明顯區隔,以利消費者辨識與搜尋結果的區別²⁸。(三) Google 與商標權利人無競爭關係,關鍵字廣告行為未違反公平交易法規定: Google 與幸福空間公司彼此隸屬不同產業,無任何競爭關係²⁹。另關鍵字廣告提供消費者於搜尋相關資訊時,得知更多之資訊及選擇,以促進業者間更多競爭, 進而保護消費者權益,未違反修正前公平交易法第 24 條所稱足以影響交易秩序之顯失公平情事³⁰。

2.2.2. 歷次判決情形

智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決認為:(一) Google 出售關鍵字廣告未構成商標使用行為:由於關鍵字是網路使用者所鍵入,與 Google 無關,Google 以搜尋結果頁面提供廣告空間予廣告主放置廣告的行為,並無積極標示商標,且網路使用者亦無從認識該廣告有何標示商標的意思,足見 Google 無商標使用的意圖,難認有商標使用之行為。(二) 案關關鍵字廣告未致消費者產生混淆誤認,未構成侵害商標權行為:禾林公司、水相公司及肯美公司的關鍵字廣告內容均無「幸福空間」文字。基倍公司關鍵字廣告雖呈現「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」,但內文中的「幸福空間」一詞係作為描述性使用,並非用以作為公司名稱或指示其服務之來源,消費者尚無誤認案關廣告與幸福空間公司有關連之

²⁵ 同註 19。

²⁶ 同註 20。

²⁷ 同註 24。

²⁸ 同註 20。

²⁹ 同前註。

³⁰ 同前註。

可能性。因此 Google 既無商標使用之行為,亦未使消費者產生混淆誤認,自不構成商標侵害。(三)未違反修正前公平交易法第 24 條規定:案關關鍵字廣告或無「幸福空間」文字,或僅作為描述性使用,亦未於廣告內文以任何誤導性用語使網路使用者被誤導進入網站,或攀附幸福空間公司商譽而誤導消費者,尚無可能對幸福空間公司的經濟利益及努力成果造成損害,進而影響市場公平競爭秩序。另幸福空間公司所列舉公平交易委員會處分案例,均為被處分人將權利人的商標或事業名稱標註於廣告內文中,足使交易相對人誤認與權利人有關,或使交易相對人產生替代印象,事實與本案不同。

智慧財產法院 102 年民商上字第 8 號民事判決則認為:(一) 幸福公司未能 證明案關關鍵字廣告行為有致相關消費者混淆誤認之虞:目前商標法對於商標權 的保護,包含第68條之侵害商標權及第70條之視為侵害商標權規定,而就商標 使用的行為,仍須足以使相關消費者認識其為商標,才會造成相關消費者就表彰 商品或服務的來源產生混淆誤認之虞,始能構成商標侵權行為。由於 Google 並 無以「幸福空間」商標行銷其商品或服務的行為,且 Google 將「幸福空間」文 字用於內部程式作指令連結,屬於內部無形之使用,並非為外在有形之使用,不 足使相關消費者認識其為商標,並不符合「商標使用」的要件。另案關關鍵字廣 告中「幸福空間」一詞係作為描述性使用,用以形容該設計團隊將會為消費者創 造幸福的空間及氛圍,且廣告主網站未使用案關商標,則相關消費者並不會誤認 係幸福空間公司的網站網頁,不致發生混淆誤認之虞。至於誤認關鍵字廣告為幸 福空間公司所有的「初始興趣混淆」,並非商標法第68條所稱之「致生混淆誤認 之虞」。(二)Google 幫助廣告主進行修正前公平交易法第24條之不公平競爭行 為而成立共同侵權行為:禾林公司等室內設計業者與幸福空間公司具有競爭關 係,購買「幸福空間」商標文字作為關鍵字廣告,顯是為了利用「幸福空間」商 標於室內設計相關領域已達著名程度,同時也是幸福空間公司的特取名稱。 Google 雖表示廣告將以淺黃色底顯示,且於上方或下方標式「廣告」等文字,但 消費者有可能忽略、未加以注意,可能會混淆或誤認關鍵字廣告為自然檢索排列 的幸福空間公司網站,或與幸福空間公司網站有連結關係。因此,案關關鍵字廣告行為會導引潛在交易相對人進入廣告主網站瀏覽,以增加廣告主的交易機會,並攀附幸福空間公司長久以來努力經營「幸福空間」商標的知名度,屬於不利於幸福空間公司的欺罔或顯失公平行為。且 Google 於收到移除侵權通知後,仍未停止違反行為,顯然幫助各廣告主進行修正前公平交易法第 24 條規定之不公平競爭行為,依民法第 185 條第 2 項規定應視為共同侵權行為人。

最高法院 105 年台上字第 81 號民事判決贊同第二審法院見解,並認為:(一)公平交易法對於與註冊商標有關之妨礙公平競爭秩序行為亦有適用空間:公平交易法與商標法對於商標權雖均設有保護規定,商標法主在保護商標權人的私權,若屬侵害已註冊商標之行為,應依商標法規範處理;而公平交易法主在維護公平競爭秩序,對於事業使用他人表徵並引起混淆誤認,或攀附商譽、榨取他人努力成果等行為,將違反效能競爭的本質,具有商業倫理的非難性而妨礙公平競爭秩序,故須以公權力介入制止以維護公平競爭。另公平交易法第 20 條於 2015 年修正後增訂第 2 項規定,可知若表徵為註冊商標,應回歸適用商標法規定,但事業若為競爭之目的而有攀附他人商譽等足以影響交易秩序的欺罔或顧失公平情事,具有商業倫理的非難性,有加以禁止之必要者,仍應以違反修正前公平交易法第 24 條規定, Google 應負損害賠償責任:鑒於 Google 與禾林公司等廣告主以關鍵字廣告方式,攀附幸福空間公司著名商標的行為,將可能導致幸福空間公司喪失與潛在客户交易的機會,足以損害幸福空間公司,已構成違反修正前公平交易法第 24 條規定。

2.2.3. 產生問題

幸福空間案是以他人商標文字作為關鍵字廣告所衍生之相關爭議,誠如法院 所歸納的,關鍵字廣告所衍生之法律問題包含:(一)關鍵字廣告是否構成商標 的使用及商標侵權行為。(二)關鍵字廣告是否構成修正前公平交易法第24條規 定欺罔或顯失公平行為。以上問題同時也是本文所欲討論的重點。

此外如果細究幸福空間案事實內容,部分廣告主如禾林公司的關鍵字廣告未使用「幸福空間」文字,而呈現「禾林室內設計-創造理想空間。空間與人自然共處,生活動線的完美比例,量身打造美學與機能兼具的品味空間」等文字;部分廣告主如基倍公司的關鍵字廣告「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」等文字,似未將「幸福空間」文字突顯或使用為商標文字;部分廣告主如數字公司的關鍵字廣告為「幸福空間」文字突顯或使用為商標文字;部分廣告主如數字公司的關鍵字廣告為「幸福空間公司-免費送官網-design.591.com.tw」等文字,則似有指涉「幸福空間公司」情形。以上關鍵字廣告雖均與「幸福空間」商標文字有所關聯,但個別廣告主使用的關鍵字廣告內容仍有顯著差別,法院卻似乎就此事實未作多作評論,僅以禾林公司等廣告主與幸福空間公司均從事室內設計相關業務為由,而認為關鍵字廣告構成違反修正前公平交易法第24條規定。則不免讓人產生:我國實務見解已認定,廣告主不得使用他人商標等表徵作為關鍵字廣告,否則即有違反公平交易法之疑慮。

另法院在論述過程中,一方面認為案關關鍵字廣告雖包含「幸福空間」文字,但僅作為描述性使用,非作為「商標使用」,且消費者如點選廣告網址進入廣告主網站,因為廣告主未使用「幸福空間」商標且有標示公司名稱等,相關消費者不會混淆誤認廣告主網頁為幸福空間公司所有,不致產生混淆誤認之虞。但另一方面卻又認為,消費者可能忽略 Google 在關鍵字廣告內以小字註明「廣告」、「廣告一為什麼會顯示這則廣告?」等,而導致混淆或誤認關鍵字廣告等同搜尋結果所列幸福空間公司網站或具有連結關係。則不免讓人存疑,法院在認定同一事實是否產生混淆誤認之虞,似乎有標準不一前後矛盾之處。

因此本文將整理我國法院及公平交易委員會相關實務見解,試圖歸納不同個 案適用商標法及公平交易法的情形,並針對幸福空間案所衍生的相關問題,提出 意見與建議。

3. 關鍵字廣告所涉商標侵權爭議

3.1. 關鍵字廣告之使用是否構成商標使用

我國 2011 年修正之商標法,將「商標之使用」定義明定於第1章總則第5條,其態樣包含商標權人維護其權利所為之使用及他人侵害商標權之使用2種,而無論是「維權使用」或「侵權使用」,都是基於行銷之目的,達到足以使消費者認識該商標」。有學者亦認為,討論侵害商標權行為之 2 項核心包含「是否未經授權即就他人商標為商業上之使用」及「是否有混淆誤認之虞」²,故搜尋引擎業者或廣告主將已註冊的他人商標作為關鍵字廣告,藉此增加廣告主網頁曝光及交易機會的行為,究否構成商業上之使用,而商業上之使用是否等同於「商標使用」,即為極重要的議題。本節擬就司法實務及學者見解進一步探討,以釐清關鍵字廣告於「商標使用」認定爭議。

3.1.1. 商標使用之要件

按商標法第5條規定:「商標之使用,指為行銷之目的,而有下列情形之一,並足以使相關消費者認識其為商標:一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形,以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者,亦同。」經濟部智慧財產局依據第5條構成要件加以歸納分析,提出「商標使用」的3項要件:一、使用人係基於行銷商品或服務之目的而使用。二、需有使用商標之行為。三、需足以使相關消費者認識其為商標。而智慧財產法院則於判決內更進一步指出,判斷是否作為商標使用,除應依商標法構成要件審認外,並應「斟酌平面圖像、數位影音或電子媒體等版(畫)面之配置、字體字型、字樣大小、有無特別顯著性以及是

¹經濟部智慧財產局,商標法逐條釋義,頁9-10,2017年1月。

 $^{^2}$ 謝國廉,網路關鍵字廣告之商標權侵害爭議-評析美國與歐盟實務對於商標使用之界定,科技法學評論,9 卷 2 期, 頁 8 , 2012 年 12 月。

³經濟部智慧財產局,同註1,頁11-16。

否足資消費者藉以區別所表彰之商品來源等情綜合認定之,尚非一經標示於產品 包裝或出現於產品廣告內之文字、圖樣,即當然構成商標之使用。」⁴

因關鍵字廣告呈現的方式,經常是廣告主購買他人商標文字並將其置入(結 合)於一段設計過的廣告文案中,而非將他人商標文字或圖形單獨使用,甚至僅 作為「網頁檢索標籤 (meta tag)」⁵,供搜尋引擎抓取帶出該關鍵字廣告,而不 出現在廣告文案中。故首要須釐清此種商標文字之使用,在商標法上應如何評價, 是否構成「商標使用」。倘就近期與廣告文宣相關商標使用上爭議之實務案例觀 察,有關廣告標語呈現「上海老天祿第二代自創品牌」等文字6,應屬於較為典型 的案例7。原告所有之「老天禄」商標係指定使用於肉製品、滷味等商品;被告(即 案關廣告主) 所有之「上海老天祿」商標則係指定使用於糕餅商品不包含滷味商 品,原告主張被告以「上海老天祿第二代自創品牌」、「上海老天祿第二代的店」 等標語行銷滷味商品侵害其商標權,被告雖主張「上海老天祿第二代自創品牌」 文字意義在於表示係第二代經營者的身分,並非商標使用,但法院認定案關廣告 文字在實質意義上,表明銷售商品的來源與「上海老天祿」經營者間有連結關係, 足使相關消費者認識其為商標,為具有商標效果、功能之商標使用,故因「老天 祿」商標及「上海老天祿」商標間有高度近似,且原告及被告的營業場所同樣位 於臺北市西門町商圈,將導致消費者混淆誤認,有攀附「老天祿」商標的商譽與 /enach 知名度情事。由本案例可知,因「廣告」本身具有招徠效果,廣告主製作、使用 廣告之主要目的無疑在於行銷商品或服務,一般均符合商標使用中「使用人係基 於行銷商品或服務之目的而使用」的要件,故將他人商標文字置入於行銷廣告中

⁴ 智慧財產法院 97 年刑智上易字第 52 號刑事判決。

⁵ 網頁檢索標籤(meta tag)是電腦「超文件標記語言(Hypertext Markup Language, HTML)」中的一種指令,隱藏在網頁的原始碼中,搜尋引擎可以透過原始碼讀取到網頁檢索標籤所記載的資訊,有助於網站內容的分類及索引。但一般網路使用者除非檢視網頁原始碼,否則在網頁上看不到網頁檢索標籤的資訊。詳參簡維克,網路世界中關鍵字所涉及之商標侵權爭議一以美國法的初始興趣混淆原則與使用為中心,科技法學評論,6卷2期,頁100-101,2009年10月。

⁶ EBC 東森新聞,「上海老天祿內鬥 一審大姊討回 174.5 萬紅利」,網址: https://news.ebc.net.tw/News/Article/128067,最後瀏覽日期: 2020年10月22日。

⁷ 智慧財產法院 108 年度民商上字第 11 號民事判決。

究否構成商標使用,在認定上最為困難的應在於「需足以使相關消費者認識其為 商標」此一要件。

然而,目前實務判決上並非所有使用他人商標文字的廣告,均被認定符合「使用人係基於行銷商品或服務之目的而使用」的要件。以「CHANEL」案®為例,被告為知名零售百貨品牌「實雅 POYA」,於 30 年週年慶廣告刊載「凡消費滿\$400 立集抽 CHANEL 經典召品」。、「CHANEL 經典獎項」、「於活動期間至實雅店內單筆消費滿\$400 就送香奈兒拼圖卡 1 張。」、「……快來抽 CHANEL 精品!!!上傳者有機會得到 CHANEL 神秘好禮,被 Tag 者也可得到 CHANEL 香水」等文字及「CHANEL」商品圖片¹⁰,經原告「CHANEL」商標之商標權人主張商標侵權,但法院認為案關廣告未構成商標使用,理由在於被告廣告均已標示其商標「實雅」、「POYA」,使用「立集抽經典 CHANEL」等文字及相關贈品圖片之主要目的,在於使消費者認知被告週年慶活動提供的抽獎禮物,「CHANEL」商標是用於指示活動贈品,並非作為表彰原告銷售商品的來源或標識,相關消費者可知悉原告係銷售自身商品而與案關商標無涉,不構成「商標使用」。智慧財產法院對於贈品標示商標的見解似與過往案件一致¹¹,均以使用人未將贈品標示的商標用於表彰「自己」商品或服務的來源,消費者可知悉使用人行銷商品或服務與贈品標示商標無關等為由,認為未作為商標使用。

但有學者認為,商標法第5條有關「為行銷之目的」的真正意涵,在於商業交易過程中,是否使用他人商標藉以銷售自己商品,故無論將他人商標用於銷售 仿品或將仿品作為贈品,均已侵害商標權人的權益,應認定構成「商標使用」行 為¹²。再者,第三人未經商標權人同意所為的商標使用行為,屬於「侵權使用」

nenach

⁸ 智慧財產法院 105 年民商上字第 12 號民事判決。

⁹ 週年慶文宣使用「立集抽」文字,主要用於強調活動期間內至寶雅店內單筆消費滿新臺幣 400 元就送香奈兒拼圖卡 1 張,蒐集完整香奈兒精品圖標的左右兩邊拼圖卡,即可獲得包包、皮夾、項鍊及香水等相關獎項。

¹⁰ 自由時報 Liberty Times Net,「寶雅辦抽獎送香奈兒 被控侵害商標權判免賠」,網址:https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2959621,最後瀏覽日期:2020 年 10 月 22 日。
11 智慧財產法院 99 年度民商上字第 6 號判決。

¹² 王怡蘋,德國商標法上之商標使用,載:黃銘傑主編,「商標使用」規範之現在與未來,頁 95-

類型,相較於「維權使用」嚴格要求使用人須以標幟表彰商品或服務來源及藉此 區別他人商品或服務,「侵權使用」所涵蓋的侵害態樣較為廣泛,為維護商標權 人權益,符合「侵權使用」的標準自應較「維權使用」寬鬆,並可藉由是否實際 「混淆誤認之虞」要件作為平衝,避免商標權人權益過度擴張13。而法院於贈品 標示商標案件所提出商標使用包含「使用人須有表彰『自己』商品或服務來源的 意思」的要件,反不利於商標權侵害的成立¹⁴,且現行商標法第 5 條與修正前商 標法第6條對於商標使用的規範不同,已無要求使用人須有表彰自己的商品或服 務來源之意思15。本文贊同學者見解,特別在「CHANEL」案中,因「CHANEL」為 國際知名品牌,「CHANEL」商標為一般大眾普遍認知之著名商標,故廣告刊載「凡 消費滿\$400 立集抽 CHANEL 經典名品 | 等文字,顯然符合「需有使用商標之行為 | 及「需足以使相關消費者認識其為商標」等要件,且其目的顯然是希望透過舉辦 「CHANEL」商品抽獎活動,招徠消費者踴躍購買自己商品,亦符合「使用人係基 於行銷商品或服務之目的而使用一要件,就整體廣告內容觀之,應符合「商標使 用」的「侵權使用」類型。另本案如解釋為符合「商標使用」,亦無礙於後續判 斷案關廣告是否將他人「CHANEL」商標用於指示他人商品符合商標法第 36 條第 1項「指示性合理使用」16的法定免責事由?消費者基於「CHANEL」商標對於贈品 最初產製來源的識別功能,是否會與「寶雅」、「POYA」所標示之贈品、商品末端 零售來源產生混淆誤認?本案贈品活動是否將造成「CHANEL」商標淡化,減損其 識別性或商譽?凡此諸般問題,在認定構成商標侵權使用之前提下,均仍有逐一

96,2015年4月。

 $^{^{13}}$ 李素華,商標使用與視為侵害之理論與實務-商標法第 70 條第 2 款之立法檢討,載:黃銘傑 主編,「商標使用」規範之現在與未來,頁 182-184,2015 年 4 月。

¹⁴ 同前註,頁187-189。

¹⁵ 馮震宇,關鍵字廣告是否侵害商標權-智慧財產法院一○一年度民商訴字第二二號判決評析,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 64,2018 年 7 月。

¹⁶ 按商標法第 36 條第 1 項第 1 款規定:「下列情形,不受他人商標權之效力所拘束:一、以符合商業交易習慣之誠實信用方法,表示自己之姓名、名稱,或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明,非作為商標使用者。(下略)」經濟部智慧財產局公布之「商標法逐條釋義」第 138 頁至第 139 頁載明,該款商標合理使用的態樣分為描述性合理使用及指示性合理使用 2 種,後者指第三人以他人商標指示該他人的商品或服務,此種使用方式,係利用他人商標指示他人商品或服務來源的功能,來表示自己所提供商品或服務的內容或用途等。

分析討論之空間。但如將贈品標示商標案件一概直接評價為不構成商標法之「商標使用」,則商標權人即無從透過商標法尋求救濟,確有侵害商標權人權益的可能。

由上開案例大致可獲得結論,以他人商標文字作為行銷廣告所衍生商標侵害爭議,一般而言,應可符合「使用人係基於行銷商品或服務之目的而使用」及「需有使用商標之行為」,故究否構成「商標使用」行為的關鍵要素仍在於第3項要件「需足以使相關消費者認識其為商標」。因此,須考量行銷廣告整體予人的印象,是否足使相關大眾認知廣告文字有表彰(連結)到特定商標。又網路關鍵字廣告與一般行銷廣告類似,僅僅是數位廣告所呈現的方式、特性與傳統廣告不同,必須透過網路使用者自行鍵入特定關鍵字才能在搜尋結果頁面中顯現,網路關鍵字廣告雖非固定於特定場所的紙本文宣或標示,但在是否構成商標侵害的商標使用之判斷要件上,應與一般行銷廣告一致。

3.1.2. 司法實務對於設定他人商標作為關鍵字廣告之評價

經以「關鍵字廣告」及「商標」等字串檢索我國法院判決資料,關鍵字廣告 衍生商標侵害爭議之投濟除循民事途逕外,因同時可能涉有刑事責任¹⁷,實務上 有商標權人依據商標法第 95 條第 1 項規定向司法機關提起刑事告訴的案例,但 即使是同樣的個案事實,法院對於設定他人商標作為關鍵字廣告是否構成「商標 使用」之見解卻明顯存有歧異。瑪麗蓮案就是一個十分顯著的案例,該案事實為 維娜斯國際有限公司(下稱維娜斯公司)銷售女性塑身衣商品,所委託的廣告代 理商向 Google 及 Yahoo!購買瑪麗蓮國際實業有限公司(下稱瑪麗蓮公司)已註 冊取得商標權之「瑪麗蓮」文字,作為關鍵字廣告;並透過「關鍵字插入」功能,

20

¹⁷ 依據現行商標法第 95 條規定:「未得商標權人或團體商標權人同意,為行銷目的而有下列情形之一,處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金:一、於同一商品或服務,使用相同於註冊商標或團體商標之商標者。二、於類似之商品或服務,使用相同於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。三、於同一或類似之商品或服務,使用近似於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。」另現行商標法第 95 條規定是由修正前條文第 81 條移列,並增列「為行銷目的」等文字,以限縮適用範圍,本文所列部分案件條依據修正前條文第 81 條第 1 項規定提起告訴。

使網路使用者於 Google 等網頁輸入「瑪麗蓮」的搜尋結果,即呈現標題為「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」及文案內容「助妳完美瑪麗蓮」¹⁸等文字之關鍵字廣告,點擊廣告則連結至維娜斯公司網站。瑪麗蓮公司遂依商標法規定向維娜斯公司提起民事訴訟,並向檢察機關提出刑事告訴。不料相同之事實基礎,卻產生以下3種完全不同的實務見解:

一、關鍵字廣告非「商標使用」

在被告為維娜斯公司負責人的刑事案件¹⁹中,臺灣臺北地方檢察署檢察官雖認定關鍵字廣告「維娜斯瑪麗蓮讓老公更愛妳」,侵害告訴人的商標權而向維娜斯公司負責人提起公訴,但法院判決認為,透過 Google 選定「瑪麗蓮」文字作為關鍵字廣告,屬於內部程式指令連結的內部無形使用,並非外在有形使用,不足以使消費者認識「瑪麗蓮」為商標,非屬於商標使用²⁰。

二、關鍵字廣告為「商標使用」,但不致造成混淆誤認

在被告為維娜斯公司員工的刑事案件²¹中,法院則指出,廣告主以他人商標作為關鍵字廣告,雖屬於交易中的行為,但與於商品或類似商品或在商品廣告中「使用」商標權人的商標銷售的情形已有不同,故應以使用他人商標是否實際造成消費者有混淆誤認之虞作為判斷依據。另消費者點擊關鍵字廣告「維娜斯瑪麗蓮讓老公更愛妳」進入連結頁面瀏覽後,雖可能產生時間點早於傳統商標混淆誤認之「初始興趣混淆(initial interest confusion)」,但因維娜斯公司網頁並未使用「瑪麗蓮」商標,消費者可區別維娜斯公司與瑪麗蓮公司商品來源,與商標法第95條所規範使用他人商標造成「混淆誤認之虞」情形不同,尚難認被告有違反商標法第95條第1款規定情事。

¹⁸ 智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決。

¹⁹ 臺灣臺北地方法院 106 年智易字第 23 號刑事判決。

²⁰ 該案第二審判決(智慧財產法院 107 年刑智上易字第 77 號刑事判決)未進一步釋明是否構成商標使用,駁回上訴主要理由係認為商標法第 95 條第 1 項規定須包含主觀構成要件,即行為人有侵害商標權的故意為前提,如欠缺主觀要件,縱使因為過失造成侵害他人商標權的結果,僅屬於民事損害賠償問題。本案依據現有事證,尚無法證明維娜斯公司負責人知悉特定關鍵字廣告內容及關鍵字清單,而主觀故意授權員工使用「瑪麗蓮」作為關鍵字廣告。

²¹ 臺灣臺北地方法院 107 年聲判字第 287 號刑事裁定。

三、關鍵字廣告為「商標使用」,且有致混淆誤認之虞

在2020年8月31日最新民事案判決22中,法院肯認廣告主以搜尋引擎業者 提供的關鍵字插入功能,將他人商標設定為關鍵字,導致他人商標置入於關鍵字 主的設定方式可細分為「帶出型」及「插入型」,2種類型對於是否構成「商標使 用」行為具有決定性的影響。「『帶出型』之關鍵字廣告指廣告主僅設定若干關鍵 字觸發並帶出其提供之廣告內容,該廣告內容之標題或文字並未使用該關鍵字; 『插入型』之關鍵字廣告,廣告主除設定關鍵字以觸發並帶出廣告之外,該廣告 文案之標題使用網路服務平台提供之插入關鍵字功能,使廣告文案之標題與網路 使用者搜尋之關鍵字有更緊密之連結。……倘廣告主僅單純購買關鍵字廣告,並 未設定使用插入關鍵字之功能,且提供之廣告文案亦無該關鍵字之用語,因廣告 主所設定之關鍵字並不會出現在廣告內容中,網路搜尋之相關消費者並無從透過 所搜尋之廣告標題或頁面認識其為商標,自無所謂商標使用之問題。職是,僅有 在廣告主設定使用插入關鍵字功能,且所提供之廣告文案中亦含有該關鍵字之文 字或用語時,此時,可能足以讓搜尋之相關消費者認識該關鍵字為商標,方涉及 該關鍵字是否為商標使用之判斷。」故法院認為,因維娜斯公司廣告係設定關鍵 字「瑪麗蓮」及使用「插入關鍵字」功能而呈現「維娜斯瑪麗蓮讓老公更愛妳」 等文字,足使相關消費者認識「瑪麗蓮」關鍵字為商標,與「帶出型」的關鍵字 不同,並非單純以關鍵字觸發廣告的內部無形使用,係「商標使用」行為,另確 實使相關消費者誤認被告維娜斯公司商品或服務來源與原告瑪麗蓮公司相同,或 兩者間有授權、加盟或關係企業等類似關係存在,而有致相關消費者混淆誤認之 虞,構成商標法第68條第1款之商標侵權行為。

事實上,經勾稽比對過往法院對於關鍵字廣告的實務裁判,大致都可落入瑪麗蓮案所產生的3種見解類型之中,初步歸納如下:

²² 智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決。

一、類型1:關鍵字廣告非「商標使用」

(一) 關鍵字僅搜尋引擎業者內部無形使用

包含幸福空間案、瑪麗蓮刑事(被告為負責人)案件及 0&00 案23。

在 0&CO 案中,被告經營「皇嘉 Oro Bailen 橄欖油」等商品銷售業務,就其競爭者原告註冊取得商標權的「OLIVIERS&CO」及「O&CO」等文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「O&CO」或「Oliver&co」的搜尋結果呈現廣告標題「〈廣告〉www. wko. com. tw/皇嘉橄欖油/Oro_Bailen」及文案內容「西班牙王室御用,第一品牌,冷壓初榨橄欖油首選,蟬聯世界最佳橄欖油,米其林餐廳推薦款式,皇嘉冷壓初榨橄欖油,Oro bailen,西班牙王室橄欖油,佛用 Extra virgin 橄欖油」等文字,點擊廣告則連結至被告網站。經法院認定,因該關鍵字廣告為電腦演算及檢索功能所帶出的廣告文字,且廣告文案亦未使用原告商標文字,非「商標使用」行為。

(二) 其他不符合商標使用構成要件之情形

包含出一張嘴案24、葉全真案25及詮星翻譯社刑事案件26。

在出一張嘴案中,被告經營「狠生氣燒肉火鍋餐廳」,就其競爭者原告已取得商標權之「出一張嘴」文字,向 Google 及 Yahoo!購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 及 Yahoo!輸入「出一張嘴」的搜尋結果,即分別呈現「出一張嘴來吃燒烤」及「出一張嘴哈根答司冰淇淋吃到飽」等文字²⁷,點擊廣告則連結至被告網站。法院認為,廣告內容本身未將商標圖樣作為商品或服務的行銷使用,且網路使用者不會混淆或誤認廣告銷售的商品或服務屬於商標權人所提供,判斷非屬商標使用行為,不構成商標侵害。

在葉全真案中,被告於「愛合購網站」交易平台開設「愛合購/寶藝 Bonanza

²³ 臺灣臺北地方法院 109 年聲判字第 38 號刑事裁定。

²⁴ 智慧財產法院 98 年民商上字第 11 號民事判決。

²⁵ 智慧財產法院 100 年度民商上字第 7 號民事判決。

²⁶ 臺灣臺北地方法院 102 年訴字第 3480 號民事判決。

²⁷ 智慧財產法院 99 年民商上更(一)字第 5 號民事判決。

官方直營門市」網頁,銷售「寶藝 BONANZA」品牌的化妝品,並於網頁「關鍵字」欄內使用「保濕 酵素 FG 寶藝 冷膜 冷敷劑 葉全真 佩甄」等關鍵字,含有原告即藝人葉全真所取得「葉全真」商標的文字,另倘網路使用者於「愛合購網站」首頁搜尋列輸入特定關鍵字後,搜尋結果將呈現包含特定關鍵字的商店或商品。法院認為,被告所使用 8 個關鍵字的字型及字體完全相同,並無任何特別突出以吸引消費者注意,且「保濕、酵素、FG、寶藝、冷膜、冷敷劑」等為被告商品的名稱,「佩甄」為藝人李佩甄的藝名,而原告曾以「葉全真」藝人名義公開推薦使用被告的品牌化妝品,故「葉全真」關鍵字予消費者印象為藝人「葉全真」的藝名,不足以使消費者將「葉全真」作為辨識商品的商標,非作為商標使用,不構成商標侵害。

另在詮星翻譯社刑事案件中,臺灣臺北地方法院檢察署(現更名為臺灣臺北地方檢察署)檢察官認定關鍵字廣告「華碩全球多語翻譯公司-詮星」等,僅為宣傳手法,非屬於商標使用行為,而予以不起訴處分²⁸。

二、類型 2:關鍵字廣告為「商標使用」,但不致造成混淆誤認 包含瑪麗蓮刑事(被告為員工)案件及**台灣大哥大**案²⁹。

在台灣大哥大案中,被告台灣之星電信股份有限公司(下稱台灣之星公司)的廣告代理商向 Google 購買「台灣大哥大」作為關鍵字廣告,且為原告台灣大哥大股份有限公司(下稱台灣大哥大公司)既已取得商標權之公司名稱,並透過「關鍵字插入」功能,使網路使用者於 Google 輸入「台灣大哥大」的搜尋結果呈現「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」、「辦門號免出門【台灣大哥大】輕鬆申辦」等廣告標題,點擊廣告則連結至台灣之星網站。經法院認定,因原告「台灣大哥大」商標具有高知名度,具有普通知識的一般消費者倘鍵入關鍵字搜尋「台灣大哥大」而連結至台灣之星網站時,可知悉台灣大哥大公司及台灣之星公司分

24

²⁸ 本案事實詳見後續類型 3:關鍵字廣告為「商標使用」,且有致混淆誤認之虞。

²⁹ 臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 4387 號民事判決。

屬不同事業集團,不至造成混淆誤認違反商標法第 68 條第 3 款規定³⁰。 三、類型 3:關鍵字廣告為「商標使用」,且有致混淆誤認之虞 包含瑪蓮麗民事案及**詮星翻譯社**案³¹。

在詮星翻譯社案中,被告五姊妹翻譯社等從事英文翻譯、口譯等服務之業務, 向 Google 及購買 Yahoo!「詮星翻譯社」及「詮星」作為關鍵字廣告,且為其競 爭事業原告「詮星翻譯社」³²取得註冊商標之文字標記,使網路使用者於 Google 及 Yahoo!輸入「詮星翻譯社」或「詮星」的搜尋結果呈現廣告標題「華碩全球多 語翻譯公司-詮星」及文案內容「優良品質交件迅速,深獲各界的好評,集合國 內外全世界各領域專家,詮星菁英團隊! 八廣告標題「五姊妹多語翻譯公證-位 台北公館」及文案內容「專業詮星公司,法院公證外交部學歷,成績,出生,結 婚,移民,價格公道!」,以及「五姊妹翻譯公證-詮星」、「五姊妹翻譯社-詮星 翻譯社 广 五姊妹多國語翻譯-詮星翻譯社 广 五姊妹多國詮星翻譯社-電視台專 訪」、「哈佛各國語言翻譯公司-詮星」等文字,點擊廣告則連結至被告等人網站。 法院認為,被告有使用「詮星」或「詮星翻譯社」行銷翻譯服務及表彰服務來源, 並使用「關鍵字插入」功能,足使相關消費者認識其為商標,構成「商標使用」, 且五姊妹翻譯社等提供之服務與「詮星翻譯社」商標所指定使用的翻譯、口譯等 服務高度重疊,有致相關消費者混淆誤認被告等與「詮星翻譯社」商標有授權、 ''enach' 加盟或類似關係之虞,已侵害商標權人之權益。

綜合上述我國歷次實務裁判結果,多數裁判與幸福空間案見解相近,均認定以他人商標作為關鍵字廣告之使用不構成「商標使用」,理由包含關鍵字廣告單純為搜尋引擎系統的內部無形使用,而非外在使用;沒有將商標文字作為表彰行銷廣告主的商品或服務;不足以使相關消費者認識關鍵字廣告文字為商標等,皆

³⁰ 本案經上訴後,第二審法院改由智慧財產法院審理,但訴訟雙方均未就關鍵字廣告是否成構違反商標法第68條第3款規定再行爭訟,無法進一步獲知智慧財產法院是否贊同臺灣臺北地方法院見解。

³¹ 智慧財產法院 101 年度民商訴字第 24 號民事判決。

³² 經查詢經濟部智慧財產局商標資料檢索服務,「詮星翻譯社」商標圖樣中的「翻譯社」不在專用之列。

顯示我國實務見解仍著重於檢視「商標之使用」3項要件:「受保護之商標須有顯著性,亦即應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識,並得藉以與他人之商品或服務區別。基於表彰商品或服務之目的將商標使用於商品或服務,始為商標法上所謂之商標使用……」33作為判斷關鍵字廣告是否構成商標法第5條規定。

但值得注意的是,隨對於關鍵字廣告認識及相關訴訟案例累積,智慧財產法院似有逐漸找出關鍵字廣告在商標法上的適用方向,特別是最新一則 2020 年 8 月 31 日智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決,即有關瑪麗蓮關鍵字廣告涉及商標侵權民事賠償案件,已較明確指出關鍵字廣告倘係設定他人商標文字,並輔以使用搜尋引擎業者提供的「關鍵字插入」功能,而形成「插入型」的關鍵字廣告則屬於「商標使用」行為之見解,著眼於特定商標關鍵字將藉由「關鍵字插入」功能,由搜尋引擎服務的內部無形使用轉換呈現在外部廣告文案上,應可作為後續實務發展參採。

3.1.3. 學說見解

依據我國商標法體系及實務見解,商標使用不僅是商標侵權的前提要件,並且在法理上,只有他人使用商標不當榨取商譽等不公平競爭情事發生時,商標法才有介入維護公平競爭秩序的需要,故「商標使用」在商標侵權上並非無存在必要³⁴。但因目前實務上法院大部分裁判直接以關鍵字廣告非屬商標使用,而不構成商標侵害,多數學者並不贊同法院過於嚴苛的檢視法條構成要件,直接論斷關鍵字廣告不構成商標使用,以下整理相關學說見解。

一、從美國實務發展觀察

有學者建議採取美國較為寬鬆的「使用或顯示」標準,只要將商標使用或顯示於廣告上,無論是何種媒介物,均彈性認定商標使用行為,俾符合商標法第5

³³ 最高行政法院 98 年度判字第 1487 號判決。

³⁴ 沈宗倫,商標使用與著名商標之保護,載:黃銘傑主編,「商標使用」規範之現在與未來,頁 279-283,2015年4月。

條第2項規範新興媒介物型態的意旨,例如在出一張嘴案,考量被告與曾基於加盟關係使用原告商標及後續經營餐廳的同質性,應認為關鍵字廣告「出一張嘴來吃燒烤」等內容構成商標使用³⁵。有論者亦贊同該案構成商標使用並指出,出一張嘴商標係由墨色楷書「出一張嘴」4個字構成,已被呈現於關鍵字廣告以行銷狠生氣燒肉火鍋店的商品及服務,且「出一張嘴」在中文意義中,應源於「某某人只會出一張嘴」的用法,是嘲諷他人說得頭頭是道但毫無作為,一般不會將其與食物名稱合併使用³⁶。

但有論者檢討美國 Brookfield Communications 案³⁷等相關法院見解,認為網路使用者在使用搜尋引擎服務時,並非期待只出現單獨1筆商標權人的網頁,如果僅僅顯示1筆網頁資料,搜尋引擎業者恐怕也無法存活。所以即便廣告主使用的廣告或網頁連結與商標權人網頁共同呈現在搜尋結果當中,網路使用者也並非因為廣告主於網頁檢索標籤設定他人商標文字,而發現廣告主與特定關鍵字間有所關連,故網路世界中雖應放寬商標使用,但為了不過度保護商標權人權益而妨礙市場競爭,應以是否為單純內部機械性使用為其界限³⁸。換言之,如果僅是單純的作為內部機械性使用下的商標,消費者既不會察覺也不會產生損害,並非商標使用³⁹。

二、從「商標使用」要件觀察

有學者就關鍵字廣告客觀上是否合致我國商標法「商標使用」3要件加以評論,認為廣告主購買關鍵字廣告顯具有行銷商品或服務之內涵,因廣告表彰的商品或服務早已於市場流通,鍵入關鍵字的網路使用者可自關鍵字廣告發現商品或服務資訊,並可點擊連結至廣告主網站,而增加購買欲望,因此廣告主購買關鍵

³⁵ 鄭莞鈴,商標使用與關鍵字,載:黃銘傑主編,「商標使用」規範之現在與未來,頁 340-341, 2015 年 4 月。

³⁶ 謝國廉,同註2,頁39-40。

³⁷ 本案事實詳見後續 3.2.3 初始興趣混淆。

³⁸ 簡維克,同註5,頁118-119。

³⁹ 同前註,頁120。

字廣告的行為,當然符合商標使用「為行銷目的」之內涵40。

有論者認為,倘購買關鍵字廣告的廣告主沒有在廣告文案中使用競爭事業商 標,此時關鍵字廣告及搜尋結果頁面分別呈現廣告主商品及其競爭事業商品,其 實僅是單純銷售商品類似或相同,故「不足以使相關消費者認識其為商標」41。 有學者亦認為,廣告主單純購買他人商標作為關鍵字,固然屬於具有行銷商品或 服務的目的及標示商標的積極行為,但是否構成商標使用的決定性因素在於「鍵 入關鍵字的網路使用者是否認知該關鍵字為商標」,若是,則構成商標使用;若 否,則不構成商標使用42。但廣告主若不只單純購買他人商標作為關鍵字,而進 一步將他人商標整合在搜尋結果頁面上的廣告文案內,應已經具備行銷商品或服 務之目的及標示商標的積極行為,已構成商標使用43。

還有學者認為,如以網路使用者主觀認知出發,隨消費者長期使用搜尋引擎 服務,將加深對關鍵字廣告運作機制之了解,是否足使相關消費者辨識關鍵字為 他人商標,應以消費者主觀上的認識及關鍵字廣告呈現方式綜合判斷4,如關鍵 字廣告不足以使消費者認識其為指示商品或服務來源的標識,應不構成商標侵害 ⁴⁵,但法院如較難以認定消費者主觀上是否足以認識關鍵字廣告為商標的情形下, 則建議跳脫「商標使用」之形式上審查,而改由實質層面判斷是否構成商標侵權 46 。 Chengchi'

三、從行為主體觀察

除對於廣告主購買關鍵字廣告之行為討論外,有學者主張因搜尋引擎業者透 過競價方式及關鍵字廣告建議工具,將他人商標作為關鍵字而展示(display)、

44 陳昭華、陳育廷,搜索引擎服務商之侵權責任—以將他人商標作為關鍵字廣告為中心,載:劉 孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 173-175, 2018 年 7 月。

⁴⁰ 陳匡正,網路關鍵字廣告的商標使用爭議-評智慧財產法院 100 年度民商訴字第 1 號民事判 決, 法令月刊, 65 卷 1 期, 頁 36, 2014 年 1 月。

⁴¹ 陳宏杰,關鍵字與商標從搜尋引擎到消費者,智慧財產權月刊,111 期,頁 22,2008 年 3 月。

⁴² 劉孔中,比較商標法,頁 368,2014年9月。

⁴³ 同前註,頁369。

⁴⁵ 陳皓芸,商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題-以臺日相關法制比較為中心,公平 交易季刊,27卷3期,頁126-127,2019年7月。

⁴⁶ 陳匡正,同註40,頁35。

提供(offer)及販賣(sell)的商業行為,乃對外積極利用商標作為表彰商品或服務來源的核心功能,當然構成商標使用⁴⁷。但也有持反對看法,認為搜尋引擎業者將他人商標展示、提供及販賣予廣告主的商業過程中,搜尋引擎業者推廣關鍵字廣告服務的行銷對象為廣告主,而可能產生混淆誤認的主體為網路使用者,行銷對象與混淆誤認主體並非同一群消費者,故如果搜尋引擎業者未向網路使用者展示他人的商標,則非商業上使用行為⁴⁸。

參據商標法有關「商標使用」規範的內容,自立法沿革以來涵蓋範圍有逐漸 擴張之趨勢49,本文認為實際上關鍵字廣告與傳統廣告同樣均以行銷商品或服務 之目的,關鍵字廣告雖源自於網路使用者自行於搜尋引擎鍵入關鍵字後呈現,但 僅僅是隨網路發展衍生網路廣告呈現的方式、載體與傳統廣告不同而已,且我國 商標法第5條第2項已明訂「數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式」, 亦屬「商標使用」型態,故在關鍵字廣告內容已使用他人的商標文字情形下,應 無法直接排除相關消費者有混淆誤認之虞的可能性。因此,我國相關實務見解直 接將關鍵字廣告評價為不符合「商標之使用」行為似嫌速斷,基於商標法保障商 標權與維護市場競爭的立法目的,應以放寬符合商標使用為原則,以利就商標侵 權行為核心要件「是否有混淆誤認之處」進一步判斷其責任。特別是在台灣大哥 大案中,因「台灣大哥大」為我國著名商標,且關鍵字廣告呈現「獨家【台灣大 哥大】月租費限時半價、「辦門號免出門【台灣大哥大】輕鬆申辦」等文字,已 表明廣告係以行銷為目的,及其主要內容為招徠民眾申辦電信門號、月租費等優 惠,殊難想像我國具有普通知識經驗的消費者無法知悉關鍵字廣告中「台灣大哥 大」文字,是作為台灣大哥大公司的商標使用,該案關鍵字廣告顯然有表彰台灣 大哥大公司電信服務的功能,故臺灣臺北地方法院在台灣大哥大案中不再贅談是 否為商標使用,而直接進入實質認定「是否有混淆誤認之虞」之見解較值得肯定,

.

⁴⁷ 劉孔中,同註 42,頁 369-370。

⁴⁸ 謝國廉,同註2,頁38-39。

⁴⁹ 蔡惠如,淺談商標民、刑事案件之「商標使用」概念,載:黃銘傑主編,「商標使用」規範之現在與未來,頁 222-224,2015 年 4 月。

且對於訴訟雙方顯更具有說服力。可惜台灣大哥大案經上訴後,第二審法院改由智慧財產法院審理,訴訟雙方均未就關鍵字廣告是否成構違反商標法第 68 條第 3 款規定再行爭訟,無法進一步獲知智慧財產法院是否贊同臺灣臺北地方法院見解。

另本文認為在關鍵字廣告是否構成商標使用要件的具體判斷上,瑪麗蓮民事案判決所建立的模式應值得參採,該判決書已直接指出在「插入型」的關鍵字廣告情形中,廣告主同時設定他人商標為關鍵字及搭配使用「關鍵字插入」功能,而呈現「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」等文字,已構成商標使用行為,應不失為一種合理及簡單明確的判斷標準。至於該判決表示「帶出型」的關鍵字廣告指關鍵字因被輸入觸發廣告,但關鍵字本身不會置入於廣告文案中,故不構成商標使用行為部分,本文認為可再進一步細分,因為縱使是「帶出型」的關鍵字廣告仍可能會將特定商標文字作為關鍵字置入於廣告文案中,例如幸福空間案的關鍵字廣告呈現「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」、出一張嘴案的關鍵字廣告呈現「出一張嘴來吃燒烤」內容即分別包含「幸福空間」、「出一張嘴」等商標文字,故此時「帶出型」的關鍵字廣告因包含商標文字,仍應以廣告整體予人印象出發,就特定關鍵字在廣告整體文意中是否符合商標使用之「需足以使相關消費者認識其為商標」要件加以判斷。

3.1.4. 小結

因關鍵字廣告經常與一般行銷廣告情境相同,同樣是使用他人商標設定作為關鍵字,並將商標文字置入於一段廣告描述文字內,其差異僅僅在於呈現方式由紙本廣告轉變為網路數位廣告,舉例而言,網路使用者如果透過搜尋引擎鍵入「老天祿」查詢,並且於搜尋結果頁面呈現關鍵字廣告「上海老天祿第二代自創品牌」等文字,如延續前揭老天祿案的判決書見解,該行銷廣告的內容似亦應符合「商標使用」行為,故不宜一律將關鍵字廣告評價為單純屬於搜尋引擎業者內部無形

使用或未積極標示商標等不符合「商標使用」情形。

考量商標法立法修法沿革過程中,「商標使用」規範內容及涵蓋範圍逐漸擴大,建議在探究關鍵字廣告所生商標侵害時,應放寬認定商標使用為原則,避免形式要件審查過於嚴苛,且關鍵字廣告是否符合「商標使用」仍可依循相關 3 項要件加以判斷:(一)「插入型」的關鍵字廣告因設定他人商標作為關鍵字,且搭配搜尋引擎業者提供的「關鍵字插入」功能,故應已構成商標使用行為。(二)「帶出型」的關鍵字廣告如未設定他人商標文字置入於廣告文案中,因不符合「需有使用商標之行為」要件,屬於搜尋引擎業者內部無形使用,故非商標使用。(三)「帶出型」的關鍵字廣告如設定他人商標並置入於廣告文案中,應以「需足以使相關消費者認識其為商標」要件為核心判斷要素,考量特定關鍵字的字體、是否特別顯著等情,就廣告整體予人印象,是否足使相關大眾認知特定關鍵字是作為表彰商品或服務來源功能的商標文字。

3.2. 關鍵字廣告是否構成混淆誤認

按商標法第 68 條規定:「未經商標權人同意,為行銷目的而有下列情形之一,為侵害商標權:一、於同一商品或服務,使用相同於註冊商標之商標者。二、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。三、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。」學者認為「混淆誤認之虞」係指不同事業使用相同或近似的商標,因此產生相關大眾對於不同事業的商品或服務誤認為來自同一來源之虞,或雖可區別商品或服務來源不同,但可能誤以為兩事業間具有關聯之效果,並可依混淆誤認之虞發生的時點不同,分為「銷售前混淆之虞(pre-sale confusion)」指購買商品或服務前產生混淆,以及「售後非買受人之混淆之虞(post-sale confusion of non-customers)」實際銷售完成後產生混淆⁵⁰。因關鍵字廣告是源自於搜尋引擎業者提供的關鍵字服務,使網路使用者在輸入特定關

⁵⁰ 劉孔中,同註 42,頁 176。

鍵字時可能因為廣告呈現方式、標題或文案內容產生混淆誤認,發生混淆誤認的時間點應在於消費者產生興趣點擊關鍵字廣告而未購買商品或服務之前,屬於「銷售前混淆之虞」的類型。

此外,如果依據相關大眾可能產生混淆誤認的情況分析,經濟部智慧財產局所公布之「混淆誤認之虞」審查基準⁵¹第3點已敘明2種類型:1.商品或服務之相關消費者誤認二商標為同一來源。2.商品或服務之相關消費者雖不會誤認二商標為同一商標,但極有可能誤認二商標之商品或服務為同一來源之系列商品/服務,或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係。有學說將第1種混淆誤認的類型稱為「狹義混淆」或「同一性或來源的混淆(source confusion)」,而第2種類型稱為「廣義混淆」或「關連性的混淆(sponsorship confusion)」⁵²⁻⁵³。至於關鍵字廣告依個案事實不同,「狹義混淆」或「廣義混淆」之種類型均可能涵蓋,本節擬就司法實務及學者見解進行探討,了解關鍵字廣告如何判斷是否有「混淆誤認之虞」。

3.2.1. 一般判斷有無混淆誤認之虞之參考因素

按關鍵字廣告所衍生的商標侵權爭議,我國智慧財產法院與國外類似,均以是否構成商標之使用,及該使用是否使相關消費者混淆誤認等2個要件加以判斷,即先檢視是否構成商標使用,倘是,則再檢視是否構成混淆誤認⁵⁴,而一般判斷有無混淆誤認之虞,主要參考經濟部智慧財產局「混淆誤認之虞」審查基準第4點所歸納國內外案例所整理的8項因素:(一)商標識別性之強弱;(二)商標是否近似暨其近似之程度;(三)商品或服務是否類似暨其類似之程度;(四)先權利人多角化經營之情形;(五)實際混淆誤認之情事;(六)相關消費者對各

⁵¹ 經濟部 2012 年 4 月 20 日經授智字第 10120030550 號今修正發布, 2012 年 7 月 1 日牛效。

⁵² 黃銘傑,著名商標之「著名」程度及適用於同一或類似商品(服務)之探討-從最高行政法院 一○一年度判字第四七號判決及司法院一○二年度「智慧財產法律座談會」「行政訴訟類相關議 題」第七號提案及研討結果談起,月旦法學雜誌,249 期,頁 3,2016 年 2 月。

⁵³ 張哲倫,商標權之性質及其對商標侵權判斷之影響-以「混淆誤認之虞」為中心,智慧財產權, 135期,頁43,2010年3月。

⁵⁴ 馮震宇,同註15,頁66。

商標熟悉之程度;(七)系爭商標之申請人是否善意;(八)其他混淆誤認之因素。

前揭 8 項參酌因素應如何衡量的相關判斷原則係揭示於審查基準第 5 點, 其中有關「商標是否近似暨其近似之程度」及「商品或服務是否類似暨其類似之 程度 | 等 2 項因素,以詮星翻譯社案為例,法院對於關鍵字廣告「華碩全球多語 翻譯公司-詮星 | 等文字,即直接指出被告購買的「詮星」關鍵字與原告「詮星 翻譯社」商標的差別僅在非專用之列的「翻譯社」文字,應屬相同或高度近似的 商標,且關鍵字廣告所行銷的翻譯服務,與「詮星翻譯社」商標指定使用服務亦 有高度重疊性,足致相關消費者混淆誤認之處。本文亦認為若限縮在探討關鍵字 廣告本身的商標爭議時,因為關鍵字廣告商業運作模式主要是廣告主向搜尋引擎 業者購買與他人商標「用字、讀音完全相同的文字」作為關鍵字,且廣告主購買 他人商標的作為關鍵字,主要目的是為了藉機推廣自己商品或服務吸引潛在消費 者關注及購買,廣告主與商標權人間應具有水平競爭關係,兩者銷售的商品或服 務應類似、具有可替代性。因此,在使用他人商標作為關鍵字廣告是否有的混淆 誤認之虞的判斷中,應可將「商標是否近似暨其近似之程度」及「商品或服務是 否類似暨其類似之程度 | 等 2 項因素評價為相同或高度類似。但仍要依個案事實 判斷網路使用者在點擊關鍵字廣告導引至廣告主的網站時,是否可進一步透過該 網站所顯示的商標、商品或服務等區別出與特定商標間的差異,倘是,最終可能 不構成商標法上的混淆誤認情形。

有關「商標識別性之強弱」因素,有學者指出,按照商標區別力由高至低可分為獨創性商標、隨意性商標及暗示性商標,其中獨創性商標指商標文字或圖案非既有詞彙或事物,具有獨創性,區別力最高;隨意性商標指商標文字或圖案由既有詞彙或事物組成,但該詞彙或事物與商標所指定使用的商品或服務無關,且具有識別效果;暗示性商標指透過商標以暗示所指定使用的商品或服務之品質、功能或特性等內容,因商標本身與商品或服務有關,商標區別力最弱55。法

⁵⁵ 謝銘洋,智慧財產權法,頁 145-146,2019 年 8 月,9 版。

院實務見解亦指出「按識別性與混淆誤認成正比,故識別性越強之商標,相關消費者就商品或服務之印象越深,他人稍有攀附,即可能引起相關消費者產生混淆誤認。申言之,創造性或新奇性之商標識別性最強,而以習見事物為內容之隨意性商標,或以商品、服務相關暗示說明為內容之暗示性商標,其識別性均較創造性商標為弱,仍具商標識別性,而具識別性商標,第三人稍有攀附,即可能引起相關消費者或購買者產生混淆誤認。」⁵⁶

另有關「實際混淆誤認之情事」因素,前揭審查基準第 5.5 點載明,指確實有相關商品或服務的消費者產生誤混淆誤認情形,當事人可提供具有公信力的市場調查報告加以佐證。但因商標法法條構成要件為「混淆誤認之虞」,只需要有混淆誤認可能性,並不以實際已造成混淆誤認為必要,故有學說建議可採市場調查達 10%民眾認為已構成混淆作為粗略指標,意謂已可能對於商標權人的商譽及競爭利益構成相當的危害,且 10%混淆比例仍可視個案情節進行評估調整 57 ,且透過採取量化標準判斷混淆誤認,亦有助於訴訟當事人訴訟攻防 58 。

至於「相關消費者對各商標熟悉之程度」因素,前揭審查基準第 5.6 點載明,消費者對於商標的熟悉程度是基於商標使用的廣泛程度,故相關消費者對於二商標如均相當熟悉,則可以區別商標表彰之商品或服務為不同來源,反之,倘消費者僅對其中之一商標熟悉,則應就較為熟悉之商標予以較大保護。另依據經濟部智慧財產局所公布之「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」 59第 2 點所載「……如商標所表彰之識別性與信譽已廣為『一般消費者』所普遍認知,則該商標具有較高著名之程度。如商標所表彰之識別性與信譽,在特定相關商品市場上,廣為『相關消費者』所熟知,但未證明為『一般消費者』所普遍認知,則該商標著名之程度較低」。可知相關消費者對於商標熟悉的程度,與案關商標是否為著名商標,以及著名商標本身著名程度的高低均有關。至於審

⁵⁶ 智慧財產法院 105 年民商訴字第 29 號民事判決。

⁵⁷ 劉孔中,同註 42,頁 178-179。

⁵⁸ 張哲倫,同註 53,頁 45-46。

⁵⁹ 經濟部 2012 年 4 月 20 日經授智字第 10120030550 號令修正發布,2012 年 7 月 1 日生效。

查基準揭橥著名商標之判斷因素包含:(一)商標識別性之強弱;(二)相關事業 或消費者知悉或認識商標之程度;(三)商標使用期間、範圍及地域;(四)商標 宣傳之期間、範圍及地域;(五)商標是否申請或取得註冊及其註冊、申請註冊 之期間、範圍及地域;(六)商標成功執行其權利的紀錄,特別指曾經行政或司 法機關認定為著名之情形;(七)商標之價值;(八)其他足以認定著名商標之因 素。

3.2.2. 學說見解

因為關鍵字廣告之使用是否符合「商標使用」仍具有爭議,我國早期實務見解往往停留在認定商標使用階段,實際上並未就關鍵字廣告究否有引起相關消費者混淆誤認加以論述。但學界卻普遍認為,商標侵權的核心應以混淆誤認之虞為主要判斷,實務判決實不宜將商標使用概念提升到較混淆誤認之虞更重要的地位。,有學說不僅指出構成商標侵權的決定性因素在於混淆誤認之虞,更認為商標使用僅係用以區辨商標有無出現在未經授權人的商業行為中,論證架構上是作為「門檻要件」使用,屬於「有無混淆誤認之虞」的下位概念,而非平行的要件⁶¹,或從結果觀察,認為相關大眾對於商標已構成混淆誤認之虞的結果,則商標使用實際上已隱含在其中,故商標使用應是判斷究否混淆誤認之虞的結果,則商標使用,而非前提要件^{62、63}、倘關鍵字廣告將近似商標使用於與商標權人類似商品時,應有構成混淆誤認之虞⁶⁴。

至於如何判斷關鍵字廣告案件是否導致混淆誤認,有學者提出應依序評估特定交易中相關消費者的領域及範圍、相關消費者於交易過程中的認知程度,並依

⁶⁰ 謝銘洋,近年來我國智慧財產判決回顧,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 204,2018 年7月。

⁶¹ 王敏銓、扈心沂,商標侵害與商標使用-評台灣高等法院九十六年度上易字第二○九一號判 決與智慧財產法院九十七年度民商上易字第四號判決,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告, 頁 161-162,2018 年 7 月。

⁶² 劉孔中,同註 42,頁 363-364。

⁶³ 陳昭華,商標法之理論與實務,頁 233, 2017 年 6 月, 3 版。

⁶⁴ 陳昭華,以他人商標作為關鍵字廣告時廣告主之責任,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告, 頁 68-69,2018年7月。

混淆誤認之虞的審查基準檢驗個案事實,再藉由量化標準評價有無混淆誤認之虞 ⁶⁵。實務界人士認為應可由網路使用者實際使用狀況及搜尋引擎業者提供關鍵字廣告服務呈現方式 2 方面綜合判斷,包含網路使用者使用搜尋引擎方式、對搜尋結果頁面與廣告的認識情形、廣告主的主觀意圖及搜尋引擎業者是否將關鍵字廣告與搜尋結果作出明顯區隔等 ⁶⁶。另有論者分析美國法院見解指出,可依據是否容易使網路使用者誤認搜尋結果呈現的關鍵字廣告連結與商標權人商標有關,倘未清楚區隔二者間關係,可能構成商標侵害 ⁶⁷。

此外,隨國內網路關鍵字廣告等新型態商標侵權爭議發展,尚有許多文獻討論在構成商標侵權行為下,網路服務提供者或搜尋引擎業者的連帶責任問題,有學者認為,因為搜尋引擎業者銷售關鍵字廣告服務行為與廣告主購買行為是一體兩面,二事業在混淆誤之處的評價及責任應相同,搜尋引擎業者至少有停止繼續銷售特定商標文字作為關鍵字廣告的責任,且如經商標權人通知排除侵害,卻未迅速移除或中斷廣告連結,則因自該通知時起對商標侵權行為有過失,需負擔損害賠償責任⁶⁸,有學者亦採相似見解,認為搜尋引擎業者倘因為未善盡合理注意義務,主觀上存有過失,將可能基於幫助人立場成立我國民法第 185 條第 2 項共同侵權行為,負連帶損害賠償責任⁶⁹。另有學者進一步區別直接侵權與間接侵權就過失責任應負不同的善良管理人注意義務程度,認為網路服務提供者係基於幫助人或輔助人立場,本身非真正侵權行為能力人,僅在明知或有理由知悉相關侵權行為,未即時停止卻仍持續提供服務給直接侵權人、或懷疑侵權情事卻故意未調查等,而負有損害賠償責任⁷⁰。實務人士則分析⁷¹,網路服務提供者在商標侵權

-

⁶⁵ 張哲倫,同註53,頁67。

⁶⁶ 郭雨嵐、林俐瑩,由 Rosetta Stone v. Google Inc. 案淺論關鍵字廣告之商標法上爭議,萬國法律,185 期,頁 41-43,2012 年 10 月。

⁶⁷ 陳昭華、陳育廷,同註44,頁177。

⁶⁸ 劉孔中,同註42,頁370、380。

⁶⁹ 陳昭華、陳育廷,同註 44,頁 180-182。

⁷⁰ 胡心蘭,我們與善良的距離-簡析電商交易平台於商標侵權責任之善良管理人注意義務,月 旦法學雜誌,304期,頁115,2020年9月。

 $^{^{71}}$ 陳莞青,網路商標侵權案件中網路服務提供者之合理注意義務-以中國淘寶網案為中心,專利師,13 期,頁 88,2013 年 4 月。

案件中所應承擔的具體注意義務可依侵權時點分為事前、事中及事後,即事前事 先審查廣告主等客戶之主體身分及制定相關侵權糾紛的管理規範、事中依據「通 知/取下(notice-and-takedown)」機制⁷²於知悉侵權行為時立即時採取必要措施, 事後應合理的善盡積極防範義務等,頗值得借鏡。

本文贊同相關學說見解,亦認為在廣告主或搜尋引擎業者使用他人商標作為關鍵字廣告情形下,只要關鍵字廣告標題或內容呈現他人商標文字,不宜逕認定非商標使用,避免將商標使用的界定過於狹隘,反不利於商標權的保護,應以混淆誤認為核心進行商標侵權行為之判斷。且本文亦認為如果從廣告整體予人印象及其呈現的結果觀察,有導致相關消費者構成混淆誤認之虞,則廣告內容應已隱含商標使用。另倘關鍵字廣告已構成商標侵害,除廣告主負有直接侵權責任外,搜尋引擎業者至少在接獲商標權人通知時,應盡相關「通知/取下」之善良管理人注意義務,以維護商標權人權益,否則可能因過失而負有民法連帶賠償責任規範。

3.2.3. 司法實務案例分析

本文觀察我國法院審理關鍵字廣告案件,在判斷是否有混淆誤認之虞與是否為商標使用行為間似有相互矛盾之處。以出一張嘴案為例,智慧財產法院一方面認為,關鍵字廣告「出一張嘴來吃燒烤」或「出一張嘴哈根答司冰淇淋吃到飽」等文字,未使用「出一張嘴」商標作為商品或行銷使用,非屬商標使用,但一方面卻在商標權人主張被告使用他人商標不當榨取他人努力成果違反公平交易法時認為⁷³,被告願意支付廣告費購買「出一張嘴」關鍵字的原因係基於該商標在燒烤業界中具有一定的知名度,且網路使用者實際在 Google 及 Yahoo!點擊關鍵字廣告的次數分別為 2,745 次及 2,405 次,顯示該關鍵字共已吸引 5,150 人次點

⁷² 同前註,頁 107-108。

⁷³ 智慧財產法院 99 年度民商上更(一)字第 5 號民事判決。有關上訴人主張被告以其商標作為關鍵字廣告涉及違反公平交易法規定部分,經最高法院廢棄發回更審,由智慧財產法院作成此案判決。但上訴人同時主張被告涉及商標侵權乙節,經智慧財產法院 98 年度民商上字第 11 號民事判決駁回確定。

閱,使搜尋「出一張嘴」的網路使用者導引至被告經營的很生氣燒肉火鍋,足使 消費者誤認狠生氣燒肉火鍋與出一張嘴燒肉火鍋是同一系列的餐廳或具有加盟 關係,顯係榨取原告的努力成果,足以影響交易秩序,不符合商業競爭倫理之顯 失公平行為,違反修正前公平交易法第24條規定。故該案事實在智慧財產法院 不同的判決比較中,形成既肯定商標權人將「出一張嘴」商標使用及表彰於燒肉 火鍋等商品及服務的努力成果,認為關鍵字廣告內容已足使相關大眾對原告及被 告間存在加盟關係之「混淆誤認」,但卻又矛盾的否定關鍵字廣告使用他人商標 文字非屬商標使用行為,導致商標權人無法直接適用商標法,而須調整其訴訟策 略,迂迴主張違反公平交易法,似有適用法律上邏輯相互矛盾情況,倘法院判斷 已構成混淆誤認之處,建議應循商標法規定處理。

如進一步分析,出一張嘴案中雖然提及有不少的網路使用者經由點擊廣告導引至被告網址,但因為不代表網路使用者都是受到混淆誤認而去點擊廣告⁷⁴,相關點擊次數應僅能作為評估其違法結果的危害或影響程度,屬於認定違法後之侵權行為責任嚴重與否問題,尚不宜將點擊次數直接視為混淆誤認之虞審查基準中「實際混淆誤認之情事」因素的量化標準。另如果僅就關鍵字廣告呈現「出一張嘴來吃燒烤」來看,其整體內容前後文意順暢自然,在一般廣告文宣上亦為正常的表達用法,較屬於一種描述性用語,亦不易單獨判斷是否產生混淆誤認。故該案可能須自相關消費者認知層面出發,考量網路使用者鍵入特定關鍵字「出一張嘴」搜尋的原因,主要源自於該商標或品牌在燒烤業界具有一定知名度,從而評估消費者應認知該商標及其指向的商品或服務及事業來源,綜合判斷是否構成混淆誤認之虞。

有關混淆誤認之虞判斷因素的運用,應該可以透過出一張嘴案、詮星翻譯社 及瑪麗蓮案等個案比較中初窺端倪。在詮星翻譯社案中, 詮星翻譯社案之關鍵字

⁷⁴ 臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 4387 號民事判決內載明,關鍵字廣告「獨家【台灣大哥大】 月租費限時半價」等共曝光 3,290 次及遭點擊 332 次,但法院最終仍認定該案件並未構成商標侵權行為之「混淆誤認之虞」。

廣告呈現標題「華碩全球多語翻譯公司-詮星」及文案內容「優良品質交件迅速, 深獲各界的好評,集合國內外全世界各領域專家,詮星菁英團隊!」等文字,依 據混淆誤認之虞的審查基準分析,「詮星翻譯社」之「詮星」文字非既有的詞彙 或事物,屬於獨創性商標,而「出一張嘴」則需透過隱喻及聯想方式知悉「出一 張嘴」與「燒烤火鍋」商品之關聯性,屬於暗示性商標,可見「詮星」商標文字 的識別力應較「出一張嘴」商標更強,且詮星翻譯社案的關鍵字廣告整體予人印 象是廣告主與「詮星」商標或品牌有關,並有相關「詮星菁英團隊」提供優良翻 譯服務,故該案整體廣告內容應足使相關消費者產生混淆而構成商標侵權行為。 另瑪麗蓮案之關鍵字廣告呈現標題「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」及文案內容 「助妳完美瑪麗蓮」等文字,雖智慧財產法院對該案見解分歧,有認為屬於「初 始興趣混淆」或構成「混淆誤認之虞」等2種見解已如前述,但本文認為,參據 學者指出許多以人的姓名為商標者如 Walt Disney 等,為原先不具有識別性,但 經使用後已經在交易上被消費者認識而可取得極高識別性之「第二重意義 (secondary meaning), 75, 「瑪麗蓮」商標與外國人姓名的中文譯名較為相近, 應屬於前揭具有高識別性的第二重意義商標,且該廣告使用了「關鍵字插入」功 能,使得廣告主自己事業名稱「維娜斯」及競爭事業商標「瑪麗蓮」併列呈現, 整體文意上並不通順,應足使相關消費者認識「瑪麗蓮」文字為商標且與維娜斯 公司間具有一定關係的混淆誤認,整體廣告客觀上使人混淆誤認的意圖較為明 顯。

特別值得一提的是,在關鍵字廣告案件究否構成消費者混淆誤認之虞的判斷中,審查基準之「相關消費者對各商標熟悉之程度」因素可能是具決定性的關鍵一票,以台灣大哥大案為例,其關鍵字廣告呈現標題「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」、「辦門號免出門【台灣大哥大】輕鬆申辦」,並導引至台灣之星公司網頁等情,法院認為該案「台灣大哥大」具有高知名度,消費者對該商標已相

⁷⁵ 謝銘洋,同註 55,頁 146-147。

當熟悉,且知悉台灣大哥大公司與台灣之星公司分屬不同事業集團,不致於因該關鍵字廣告而產生混淆誤認之虞,不違反商標法第 68 條第 3 款規定。顯示絕非只要將他人商標文字置於關鍵字廣告中即已構成混淆誤認之商標侵權責任,仍應以網路使用者使用搜尋引擎之方式及認知、關鍵字廣告呈現之內容及整體廣告予人的印象,綜合判斷有無構成相關消費者混淆誤認之虞。但透過台灣大哥大案也可以發現,隨電子商務及網路服務蓬勃發展,混淆誤認之虞對於商標或著名商標的保護似逐漸不足,進而延伸出「初始興趣混淆」理論或「商標淡化」規範,以維護商標權人權益,以下分別進行說明。

3.2.4. 初始興趣混淆

關鍵字廣告除可能構成混淆誤認之虞外,智慧財產法院於本文關注的幸福空間案判決中提到⁷⁶,幸福空間公司雖表示消費者輸入「幸福空間」關鍵字搜尋後,將導致誤認搜尋頁面所呈現關鍵字廣告為幸福空間公司所有,固然消費者有可能會誤認而點擊網頁連結進入觀覽,惟該等消費者可能誤認該關鍵字廣告為幸福空間公司所有的情形,美國學者稱之為「初始興趣混淆(initial interest confusion)」;但經審酌倘消費者點選進入網站後,該等廣告主網站的網頁並未使用「幸福空間」商標,且均有標明其公司名稱及所有的商標等可資識別標示,消費者並不會誤認為幸福空間公司所有的網站網頁,不致生混淆誤認之虞,故誤認該搜尋網頁廣告的「初始興趣混淆」,並非商標法所稱的「致生混淆誤認之虞」。是以,應釐清「初始興趣混淆」理論在國外產生的背景、是否可適用在網路關鍵字廣告案件上,以及我國實務及學說見解相關看法。

3.2.4.1. 國外理論發展

「初始興趣混淆」源於美國法院所創設的理論,透過該理論,儘管在沒有人因商標使用而有混淆誤認的情況下,法院仍得證明侵權人的行為已對商標權人的商標構成侵害。有關「初始興趣混淆」理論,最早且最常被提起者應屬 Grotrian

⁷⁶ 智慧財產法院 102 年民商上字第8號民事判決。

案⁷⁷,法院在該案中並非直接使用「initial interest confusion」文字,而係 使用「initial interest」及「initial confusion」等文字,就該案被告以 「Grotrian-Steinweg」商標銷售鋼琴,是否侵害原告的「Steinway」鋼琴商標 情事,地方法院是以被告使用「Grotrian-Steinweg」此名稱有可能會造成混淆、 誤認或欺騙,進而認定被告已違反美國商標法規定,判決被告侵害原告所有之 「Steinway」商標權⁷⁸。第二巡迴上訴法院在判決中提到,有關被告針對地方法 院最終認定本案具有混淆可能性提出挑戰一事,第二巡迴上訴法院認為本案事證 得以支持被告故意透過「Steinweg」與「Steinway」的相似性以提高鋼琴銷售量, 並有實際事證得以證明兩者間可能引起交易相對人混淆。儘管鋼琴屬於高價商品 及購買者的複雜程度等因素,有可能會因此影響混淆之虞的認定,但因為交易相 對人引發初始興趣(initial interest)被錯誤導引至接觸被告商品,可能會造 成原告之潛在交易相對人認為,購買價格較低廉的被告商品,也可以享受原告商 品的品質,或誤認兩者間具有關聯性,因而破壞原先商標指向單一公司的識別價 值⁷⁹。至於被告主張地方法院沒有足夠證據得以證明交易相對人購買「Grotrian-Steinweg | 鋼琴,係出於誤認為「Steinway | 或與「Steinway | 具有同等品質, 但在這裡的問題並非購買者購買「Grotrian-Steinweg」鋼琴,是否係出於混淆 誤認為「Steinway」的可能性;相反地,對於「Steinway」商標造成的危害在於, 消費者聽聞「Grotrian-Steinweg」名稱時可能會以為兩者間具有某種關聯,吸 引潛在消費者的原因來自於「Steinway」已建立的商譽,這種最初的混淆(initial confusion)將會對原告註冊取得之「Steinway」商標造成損害⁸⁰。

其後在 Brookfield Communications 案⁸¹中,「初始興趣混淆」理論得到極大的擴展應用。針對被告於其網域名稱及網頁檢索標籤(meta tag)中使用原告的「MovieBuff」商標情事,第九巡迴上訴法院在該案中表示,被告在網頁檢索標

⁷⁷ Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. v. Steinway & Sons, 523 F. 2d 1331 (2d Cir. 1975).

⁷⁸ *Id.*, at 1335.

⁷⁹ *Id.* at 1336, 1340-1341.

⁸⁰ *Id.* at 1341-1342.

⁸¹ Brookfied Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., 174 F. 3d 1036 (9th Cir. 1999).

籤中使用「moviebuff.com」將造成初始興趣混淆,當網路使用者搜尋原告的「MovieBuff」產品時,網路搜尋引擎將導引至被告網站,雖然消費者點擊瀏覽後可區別兩者不同,然而被告確實從原告所建立的商譽中獲取不當利益,且已有其他法院亦支持聯邦商標法及不公平競爭法得透過初始混淆誤認理論等方式保護消費者以避免其產生混淆⁸²;雖然網域名稱的註冊未及商標法的悠久歷史,然而當一事業使用其競爭事業的商標作為網域名稱,使用者將有可能對其來源或資助關係產生混淆,使用競爭事業的商標作為網頁檢索標籤也會產生初始興趣混淆,這些形式的混淆都是商標法所欲防止的⁸³。

近期在 Multi Time Machine 案⁸⁴中,針對原告主張並未在亞馬遜公司網站(下稱 Amazon)販售產品,然在 Amazon 搜尋原告的「MTM Special Ops」商標時將出現原告競爭事業商品情事,第九巡迴上訴法院在該案第二次判決⁸⁵時提到,雖然原告認為 Amazon 搜尋頁面結果的設計存在有初始興趣混淆的可能性,即當消費者在 Amazon 搜尋「MTM Special Ops」商品時,所呈現的結果為原告其他競爭事業於 Amazon 所銷售的商品,卻未明確提醒消費者有關 Amazon 並未銷售原告商品等情事,但是對此必須先界定 2 個問題。首先為誰是本案所認為的理性消費者,其次為消費者對於該網頁呈現畫面在理性下的認知為何。由於本案所涉及的商品價值甚高,應依習慣於網路購物且理性謹慎的消費者角度進行分析,且清楚的標示應該能夠清除在某些情況下可能產生的初始興趣混淆問題。因此,由於Amazon 已在搜尋結果頁面使用清楚標示其商品名稱及製造商,且這些商品未使用「MTM Special Ops」名稱,尚無合理事實顯示 Amazon 搜尋頁面結果將導致理性謹慎的消費者對於商品來源產生混淆⁸⁵。但在該案不同意見書中提到,多數意見創造了新的法制觀念,以是否有「清楚標示(clear labeling)」判斷是否對

_

⁸² *Id.* at 1062-1063.

⁸³ Id. at 1066.

⁸⁴ Multi Time Machine, Inc. v. Amazon.com, Inc., 804 F. 3d 930 (9th Cir. 2015).

⁸⁵ 該案第九巡迴上訴法院先於 2015 年 7 月 6 日做出第一次判決,表明尚有諸多事實待認定,故發回由下級審法院進行釐清;但嗣後又撤回其第一次判決,而於 2015 年 10 月 21 日作成第二次判決。

⁸⁶ Id. at 936-940.

Amazon 有利,推翻過去法院所創設的初始興趣混淆理論。然而無論本案是否存在有初始興趣混淆的可能性,在此應為陪審團要解決的問題,縱使初始興趣混淆理論有誤,亦為美國法院一直以來所接受的見解,在解釋美國聯邦商標法時,應仍可使用初始興趣混淆理論⁸⁷。

但美國學者見解中,亦有認為法院採用初始興趣混淆理論違反商標法立法宗旨,美國聯邦商標法既然已明文規定相關法律要件,法院卻在商標訴訟案件中使用初始興趣混淆理論,將忽略原先必須尋求「混淆、錯誤或欺騙」之可能性的需求,卻僅以消費者「被吸引、分心、產生興趣或轉移」作為基礎。在此情況下將不再需要潛在消費者必須產生混淆誤認的要件存在,逾越法院執行聯邦商標法或不公平競爭法的權限。按美國聯邦商標法之規範目的在於保護公眾免於受到「混淆及欺騙」,法院沒有理由在未產生混淆誤認的情況下允許當事人採取商標訴訟行動而無視法律規定。且除違反美國聯邦商標法規定之法律構成要件外,採用初始興趣混淆理論也將破壞商標提供法律保護的依據,因商標法及普通法對商標的保護,僅來自有限的侵權法及不公平競爭法,代表法律上僅對商標提供有限的保護,法院過度運用初始興趣混淆已經違反商標法的初始立法目的88。

3.2.4.2. 我國司法實務見解

回顧我國法院有關「初始興趣混淆」相關裁判,最早在即在關鍵字廣告案件,即幸福空間案提及「初始興趣混淆」。其後在氫思語案⁸⁹中,被告將原告商標「氫思語」文字使用於與商標指定使用商品有關的「EPOCH 愛貝克氫美氧生機」及「HO Air 氫氧好空氣」等臉書粉絲團網頁資料上。智慧財產法院於該案判決中指出,針對原告引用學者文章就「初始興趣混淆」所為的陳述,其內涵與商標法第5條規定的「商標之使用」及商標法第68條第2款規定的「致相關消費者混淆誤認之虞」意旨不合,尚難作為該案被告的行為有無構成商標法第68條第1、2款規

⁸⁷ Id. at 941-942.

⁸⁸ Jennifer E. Rothman, *Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law*, 27 CARDOZO L. REV. 105, 122-24 (2005).

⁸⁹ 智慧財產法院 105 年民商訴字第 27 號民事判決。

定商標侵權之論據。另近期在瑪麗蓮民事案中,智慧財產法院於判決內直接指明,儘管原告主張將競爭對手相同或類似產品、服務的商標作為關鍵字廣告,足使一般大眾至少產生初始興趣混淆,構成商標的侵權使用,然而原告所舉外國判決見解、國內學者研究意見等,就初始興趣混淆是否即構成商標侵權,目前仍未有一致見解,故須按實際使用情況具體認定,況且該外國判決或法制與我國商標法規定未盡相同,尚不受該等外國判決之拘束。原告既未舉證證明系爭關鍵字廣告使用「瑪麗蓮」作為搜尋關鍵字廣告,有致相關消費者混淆誤認之虞,故無法採認原告主張而認定成立商標法第68條之商標侵權行為。

相反的,智慧財產法院在「PG 美人網」品牌案⁹⁰中,則提到商標侵權的構成, 不僅發生於相關消費者於選購時的混淆誤認,亦在於選購前的初始興趣混淆及售 後混淆 (post-sale confusion)。並且特別將「初始混淆誤認」解釋為「當商標 以其識別性發揮區別商品來源功能之時,相關消費者就有可能因為看到熟悉的商 標而產生選購興趣,此時即使在選購時,因其他因素而可辨析並非原先熟悉商標 所指示之商品來源,相關消費者仍可能因此決定嘗試選購。然而,此等初始興趣 之產生,既然是基於相關消費者對於原熟悉商標之識別性作用,其背後即為商標 權人對於商標之全部資源投入,其利益自不應由他人所掠奪。」法院並指出,被 告雖所主張於商品上已使用自己的「Pigi」商標,未刻意強調原告商標的識別作 用,相關消費者可藉此區辨兩者商品有別不致混淆誤認,但沒有辦法排除相關消 費者在選購前的興趣,是出自於對於特定商標的認識,且其他潛在消費者亦可能 在非選購情況下誤認相關商品是出自原告,因而減損其品牌價值,因此為了周延 保障商標權人的合法權益,亦必須考慮初始興趣混淆及售後混淆,故最終判定被 告確有侵害系爭商標權利的行為,原告得依商標法第69條第3規定請求損害賠 償。前開見解,其後在 Nya 案⁹¹中,智慧財產法院(經查該案審理法官與「PG 美 人網」品牌案相同)於判決中再次提到,當第三人未經「Nya」商標的商標權人

-

⁹⁰ 智慧財產法院 106 年民商訴字第 35 號民事判決。

⁹¹ 智慧財產法院 107 年民商訴字第 48 號民事判決。

同意,卻於同一商品或服務上使用「Nya-」文字,在法律上應擬制至少存在初始 興趣混淆及售後混淆,從而在商標侵權的構成要件上,已不再要求必須具備「致 相關消費者混淆誤認之虞」,即使相關消費者在進行交易時,經由種種額外資訊 的提供,已明確知悉其商品真正來源,仍不影響其構成商標侵權。

值得一提的是在 TutorABC 案⁹²中,被告等人使用原告著名商標「TutorABC」 文字標示為「前往 TutorABC」之網址超連結,但經網路使用者點擊後,卻被導引 至被告其中之一經營的線上英語教學網站「engoo. com. tw」,形成「轉址行為」 爭議,智慧財產法院指出,網路超連結的意義為網路使用者點擊後將被導引至該 超連結所指示之網頁內容,而非直接與商標所指示的商品或服務相連結,與商標 使用意義不同,消費者不會認識其為商標,故不構成商標侵權。而原告主張構成 「初始興趣混淆」情形,除非欠缺適當法律機制處理,否則應優先選擇固守法律 文義,作為商標權權利界限,因系爭轉址行為仍可透過公平交易法之不公平競爭 適當規範,故不勉強以商標法套用。最後判決因為網路瀏覽流量已是網路經濟中 重要商機,系爭轉址行為具有「欺罔」性質構成不公平競爭,足以影響交易秩序, 違反公平交易法第25條,並於判決書內載明「因為要成功將商品或服務銷售出 去,必須首先讓潛在消費者接觸到商品或服務(或其資訊),再來才是怎麼讓接 觸到商品或服務的消費者有購買意願。如果消費者沒有辦法接觸到商品或服務 (或其資訊),商品或服務本身再怎麼有競爭性,也沒有辦法銷售出去。所以說 讓消費者接觸商品或服務(或其資訊)之方法,應是市場競爭秩序中之重要事項, 也應該是公平交易法所應該規範之事項。……如果法院放任這樣的行為,甚或給 予這樣行為正當的評價,這將使得事業在競爭過程中,除了想辦法提升品質、降 低售價之正當競爭外,還必須分神在如何不擇手段地讓潛在消費者接觸到商品或 服務資訊;另一方面,消費者也沒有辦法按照自己的意願,好好地接觸商品或服 務資訊(在網路世界中,就會鼓勵研發諸如此類干擾影響網路使用者正常使用網

-

⁹² 智慧財產法院 106 年民商訴字第 3 號民事判決。

路之技術)。無論如何,都是違反消費者利益,也妨害市場經濟秩序正常發展。」 3.2.4.3. 學說見解

鑑於國外商標爭議發展的「初始興趣混淆」理論,有將商標權的保護及排他 效力擴大趨勢,國內也有文獻特別介紹該理論,並探討其在網路時代下與傳統混 淆誤認要件之衝突,以及在我國法律體系下究應如何適用問題,以下分別整理說 明。

一、在網路時代下與傳統混淆誤認之虞之衝突

有論者指出在實體世界下,多數以消費者在購買時對於商品或服務的來源產生混淆誤認,作為商標侵權行為認定時點⁸³。但在網路世界中衍生的網路商標爭議,往往是網路使用者連結到特定網頁後,便可以發現該網頁並非原先所欲瀏覽的網頁,事實上消費者在決定購買之前已經排除誤認,而不屬於購買商品或服務產生的混淆誤認之虞。因此,網路世界中產生混淆誤認可能性只是少數,美國法院在實務上便將實體世界發展的初始興趣混淆原則適用擴大到網路世界中,以保障商標權人權益⁸⁴。但在網路世界中,網路使用者倘發現所連結的網頁並非商標權人網站時,可輕易回到原來的網頁,不會被迫與廣告主進行交易,且網路使用者以關鍵字搜尋時,更期待的應該是較多的資訊可供進一步瞭解或比較評價,而不是僅有商標權人的網站⁶⁵。美國法院在網路世界中將初始興趣混淆理論放寬適用後,僅憑消費者可能被商標權人的競爭事業所「轉向、吸引」等概念,而不再以混淆誤認的要件作考量,其正當性基礎及如何適用必須要有更完整及細緻的論述,不應單獨以初始興趣混淆原則判定構成商標侵權⁶⁸。

有學者認為,初始興趣混淆是否應屬於商標侵害的範圍,涉及複雜的利益衡量與價值判斷,從傳統的商標權保護法理來說,相較於專利法與著作權,商標權的財產權屬性較弱,儘管商標權的權利範圍界定與商標本身具有密切關係,但保

⁹³ 簡維克,同註5,頁109。

⁹⁴ 同前註,頁 110。

⁹⁵ 同前註,頁123。

⁹⁶ 同前註,頁124-125。

護標的並非商標本身,其權利範圍乃係以商標權人對於商標的經營所生之商譽作為基準,縱使他人係以「商標使用」的方式使用商標,亦未必當然構成商標侵害;過度擴張解釋商譽,可能產生過度擠壓他人合法使用商標的空間⁹⁷。因此若要確定商標權的範圍,特別是在認定商標是否受到侵害時,必須尋求其他媒介,可以藉由消費者對產品的消費情形推知其效益,即以消費者作為商譽判定的重要媒介;但由於商標權人對消費者實際是否受到誤導具有舉證上的困難,故各國商標法立法上係以誤導可能性作為判斷,即「消費者混淆誤認之虞」⁹⁸。有別於傳統商標侵害下消費者混淆誤認問題,初始興趣混淆所產生的誤導問題,發生在消費者作成購買決定之前,並將因科技媒體的發展產生更大的爭議,因初始興趣混淆係屬於「資訊接觸」的混淆,儘管消費者可能會因誤導而接觸他人商品,但接觸後通常能釐清其間的關係,最終係出於自身判斷而為購買決定,故一般未產生明顯的市場替代效果,縱使確實產生市場替代效果,也是消費者自身在充分資訊下作成的判斷,與傳統商標侵害所強調的「混淆認誤之虞」明顯有差異⁹⁹。

二、在我國法律體系下應如何適用處理

有論者整理美國近年因網路搜尋引擎業者與資訊儲存服務提供者所引起的關鍵字商標初始興趣混淆案例,認為採用初始興趣混淆理論有其論理上的重要性,然而國外實務上對於究竟構成直接侵權行為或間接侵權行為的判斷仍處於模糊空間¹⁰⁰;美國部分案例將關鍵字的商標侵權行為,認定是網路搜尋引擎業者或資訊儲存服務提供者的直接侵權行為,於我國將面臨共同侵權行為人間責任分擔之爭議問題,因此我國若欲承認初始興趣混淆理論,則亦應以間接侵權行為責任視之¹⁰¹。

⁹⁷ 沈宗倫,商標侵害法理在數位時代的質變?-以「商標使用」與「初始興趣混淆」為基點的反 省與檢討,載:劉孔中等著,商標權與關鍵字廣告,頁 107-108,2018 年 7 月。

⁹⁸ 同前註,頁 109-110。

⁹⁹ 同前註,頁 110-111。

 $^{^{100}}$ 程法彰,論美國關鍵字商標初始興趣混淆的民事責任與我國的議題現況評析-以網路搜尋引擎業者與資訊儲存服務提供者為中心,科技法學評論,13~卷 1~期,頁 124-127,2016~年 6~月。 101 同前註,頁 140-141、148。

此外,有實務界人士引用美國 Multi Time Machine 案指出,該案顯現初始 興趣混淆理論長久以來所存在的正當性基礎的論辯¹⁰²,正面來說「初始興趣混淆」 理論在分析消費者混淆上有其實益,並可防止商標侵權者「搭便車」及避免消費 者墊高搜尋成本以獲取實際需求;但相反的,該理論過度賦予商標權人獨占權, 並不符合商標法立法目的,不該當「混淆誤認之虞」的構成要件,且我國對於是 否適用美國初始興趣混淆理論及如何適用,學者間亦存在有不同意見,可見其接 受度不一,因此認為初始興趣混淆的爭議宜透過公平交易法解決¹⁰³。亦有論者同 此見解,認為初始興趣混淆理論是否能適用在網路世界中,仍飽受美國學者質疑, 我國應無引進此理論之必要性。而公平交易法第 25 條處理原則規範「榨取他人 努力成果」為顯失公平態樣之一,其類型包含「攀附他人商譽」及「利用他人努 力,推展自己商品或服務行為」,法條構成要件不以混淆誤認為必要,可能可涵 蓋初始興趣混淆情形¹⁰⁴。

有學者則認為初始興趣混淆理論僅為「資訊接觸」混淆,不宜直接套用到我國商標法或公平交易法處理,並指出商標權人若因消費者的「初始興趣混淆」喪失競爭利益或競爭機會,因為消費者係基於資訊充足情況下的自由判斷及選擇,是否仍應視為商標法保護的對象不無疑義,倘執意將初始興趣混淆理論納入我國商標法的保護體系,不僅有違於商標法立法宗旨,亦嚴重挑戰商標法體系下立法者所關注的利益平衡¹⁰⁵。但因初始興趣混淆對於消費者作成購買的決定,確實具有增加誤導的風險存在,若消費者因此被導引至他人商品,而該他人提供予消費者的訊息卻為錯誤資訊時,初始興趣混淆將成為構成商標侵害下「混淆誤認之虞」因果關係的一部分,從而具有商標法保護體系的法律意義及保護必要性,並因為基於「初始興趣混淆」所衍生出「混淆誤認之虞」的危險結果,可以在計算商標

 $^{^{102}}$ 許炳華,初始興趣混淆-以美國 Multi Time Machine, Inc. v. Amazon.com. 案為探討核心,萬國法律,212 期,頁 65,2017 年 4 月。

¹⁰³ 同前註,頁67-69。

¹⁰⁴ 簡維克,同註5,頁134。

¹⁰⁵ 沈宗倫,同註 97,頁 113-115。

侵害的損害結果時列入考量¹⁰⁶。另消費者雖因資訊接觸或呈現方式混淆而受到誤導,但最終消費者仍是基於充分資訊及自由意志下作成的交易決定,故除非資訊本身含有誤導內容,原則上不應為公平交易法第 21 條或第 25 條規範的不當行為。倘若僅因公平交易法與商標法間體系分工,而將商標法無法處理的初始興趣混淆交由公平交易法來補充規範,則可能使初始興趣混淆藉由公平交易法「再生」,仍須斟酌考量是否符合公平交易法規範意旨¹⁰⁷。

從前述初始興趣混淆理論於美國實務的發展、我國法院實務見解,以及學界對於該理論適用所提出的疑義等來看,可見縱使美國孕育出初始興趣混淆理論,但對於是否適用該理論及何種情況下可加以適用,亦存在分歧,因此難怪初始興趣混淆理論並不被我國法院所廣為接受。初始興趣混淆理論適用上的最大疑義,在於該理論有可能過度擴張商標的保護範疇,似有違反商標法的立法目的,且忽略商標法原已規範的法律構成要件,但實際上反對直接適用初始興趣混淆理論者中,亦不否認該理論仍有其實益存在。為避免產生「搭便車」等攀附商譽情形,有認為可作為成立商標法「混淆誤認之虞」要件的因果關係之判定,或更有認為在未滿足商標法規範的構成要件下,可考慮透過公平交易法加以處理。

本文亦認為我國學者已準確的評價初始興趣混淆屬於消費者「資訊接觸」的混淆,然而初始興趣混淆於實體世界與網路世界可能產生的情況有別,網路世界下關鍵字廣告可能涉及的層次將更為複雜,因消費者實際並無法觸碰商品或服務的實體,均依據搜尋引擎業者或廣告主所提供的文字及畫面瞭解相關資訊,倘廣告主以他人商標文字作為關鍵字廣告,並使用於廣告文案中,就可能使網路使用者基於對商標文字的認識,產生點擊關鍵字廣告的興趣,從而將相關消費者導引到廣告主網站。儘管因為廣告主的網站並未使用商標文字,消費者在作成購買決定前,可以區辨廣告主網站並非商標權人網站,尚不合致商標法所規範「混淆誤認之虞」要件,但本文認為此類關鍵字廣告造成的初始興趣混淆情形,與故意利

¹⁰⁶ 同前註,頁 119-122。

¹⁰⁷ 同前註,頁129-130。

用「網頁檢索檢籤」或「網頁超連結」等網路機制造成使用者被「轉向、吸引」之結果類似,有不當攀附他人商譽之不公平競爭情事,故本文較支持智慧財產法院於 TutorABC 案中以公平交易法處理之見解。換言之,初始興趣混淆所造成的「搭便車」效果,主要為攀附競爭事業商譽或知名度以提高自身網站的瀏覽流量,消費者如果因此作成交易決定,亦源自於該資訊接觸混淆所萌生的招徕機會,觀諸整體交易過程中,消費者所受到資訊接觸的混淆絕非其個人意願,並因此墊高接觸正確資訊的成本,且事業不但沒有因為自身的商譽或知名度受到消費者青睞,反倒是網路資訊接觸混淆者收獲了其競爭事業商譽所帶來的潛在利益,如未約束此類榨取他人努力成果的不正當競爭手段,似乎鼓勵事業鑽研類似網路技術將潛在交易相對人悄然、不明就理的導引到自身網站以爭取交易機會,恐有害於市場競爭秩序。故本文認為以他人商標文字作為關鍵字廣告,且將商標文字使用於廣告文案,所造成的初始興趣混淆情形,雖然未構成商標法的混淆誤認,仍應可透過公平交易法予以規範。

3.3. 設定他人商標作為關鍵字廣告是否構成商標淡化

商標淡化(trademark dilution,或稱商標稀釋、商標沖淡¹⁰⁸)的概念,源於傳統混淆之虞理論,已無法解決商標權的爭議問題,為保護著名商標已投入努力辛苦建立著名商標的識別性與信譽,對於將著名商標使用於完全不具競爭關係或不類似的商品或服務之情形,即使不會產生混淆、誤認或欺罔之虞,但若有損害著名商標識別商品或服務的能力或其表彰的信譽時,法律仍有加以保護之必要。但此乃對著名商標給予的額外、特殊保護,必須限定在著名的商標始能享有,且必須是無法適用傳統混淆誤認之虞理論的案件,故應採行嚴格的適用要件,並具堅強的證據基礎,始能採行之¹⁰⁹。也因為並非所有商標都可以在相關消費者心中留下商標本身識別性的連結,形成對於商譽的認知,因此在各國商標法發展當

¹⁰⁸ 沈宗倫,同註34,頁260。

¹⁰⁹ 王美花、張瓊慧,論商標之淡化,智慧財產權月刊,84 期,頁 70-71、85,2005 年 12 月。

中,只有「著名商標」才有產生商標淡化的可能性¹¹⁰。換言之,商標淡化所保護的著名商標,係用來解決在傳統混淆之虞理論的保護範圍下,仍無法有效保護著名商標本身的識別性或信譽遭受損害的情況¹¹¹。

另混淆誤認之虞與商標淡化之規範目的亦不同,混淆誤認之虞在避免相關消費者對於商品或服務、贊助或關聯上產生混淆而作成錯誤交易決定,主要在保護相關消費者,商標淡化則為避免著名商標的識別性或商譽受到他人不當減損,主要目的在強化著名商標本身的保護¹¹²。

3.3.1. 商標淡化之要件

依商標法第 30 條第 1 項規定:「商標有下列情形之一,不得註冊:……十一、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處,或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之處者。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者,不在此限。(下略)」前揭商標淡化規範旨在加強對著名商標或標章之保護,保護客體必須為「著名商標」¹¹³。經濟部智慧財產局所公布「商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準」已揭示「著名商標」認定參酌因素,以及依其著名程度高低,可以區分為商標所表彰的識別性與信譽已廣為「一般消費者」所普遍認知,或僅在特定相關商品市場上為「相關消費者」所熟知等,已如前述。另該審查基準第 3.1 點同時敘明「減損識別性之虞」或「減損信譽之虞」要件不同,前者係指著名商標的識別性可能遭受減弱,即原本著名商標使用於特定的商品或服務時,僅會使人產生單一特定來源的聯想,但因為第三人在未取得授權下的使用行為,使著名商標原本強烈指示單一來源的特徵及吸引力遭到減弱或分散,而導致在社會大眾心中不會留下單一聯想或獨特性的印象。後者則指著名商標的信譽可能遭受汙損,即因為第三人在未取得授權下的使用行為,導致消費者

¹¹⁰ 沈宗倫,同註34,頁260-261。

¹¹¹ 最高行政法院第 102 年度判字第 373 號判決。

 $^{^{112}}$ 林洲富,著名商標之保護對象與目的-評最高法院 106 年度判字第 608 號行政判決,月旦裁判時報, 71 期,頁 40 , 2018 年 5 月。

¹¹³ 經濟部智慧財產局,同註1,頁94。

對著名商品所代表的品質、信譽產生貶抑或負面的影響。至於判斷是否構成「減損識別性之虞」或「減損信譽之虞」的參酌因素,前揭審查基準第3.3點提出包括:(一)商標著名之程度;(二)商標近似之程度;(三)商標被普遍使用於其他商品或服務之程度;(四)著名商標先天或後天識別性之程度;(五)其他參酌因素,如將圖形放大或字體加深等予人與著名商標產生聯想的意圖。

另針對商標法第 30 條第 1 項第 11 款前段「致相關公眾混淆誤認之虞」與後段「減損識別性或信譽之虞」之區別,最高行政法院 105 年度 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議¹¹⁴認為,商標法第 30 條第 1 項第 11 款前後段規定著名商標的保護對象及範圍不同,前段保護之對象為相關消費者,避免對於商品或服務之來源產生混淆誤認,而後段保護之對象為著名商標本身,避免其識別性或信譽遭到減損。因此,有別前段規定的著名程度僅限於在某一類商品或服務之「相關消費者」之間,後段規定的著名程度應為不同解釋,解釋上著名程度應達到非同類別商品或服務之「一般消費者」均普遍認知的程度,而不僅止於相關消費者,以符立法目的、平衡消費者及商標權人,並維護市場公平競爭。

又對於著名商標之保護,除於商標法第30條第1項第11款有消極防止他人註冊之規定,有關積極防止他人使用之規定訂於商標法第70條第1項第1款及第2款:「未得商標權人同意,有下列情形之一,視為侵害商標權:一、明知為他人著名之註冊商標,而使用相同或近似之商標,有致減損該商標之識別性或信譽之虞者。二、明知為他人著名之註冊商標,而以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱,有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者。……」有學者認為前揭各款規範的擬制商標侵害行為內涵及重點不同,商標法第70條第1項第2款雖同樣以著名商標為保護對象,但除為避免減損識別性或信譽外,另一重點在禁止第三人攀附著名商標商譽等「搭便車」行為115。實務見解亦認為,「減損著名商標或標章之識別

¹¹⁴ 司法院,司法院公報,59卷2期,頁158-167,2017年2月。

¹¹⁵ 李素華,同註13,頁171。

性或信譽之虞」係指消費者對於商標雖無混淆誤認之虞,但該商標係以不公平方 式或不正當利用著名商標的識別性,導致減損著名商標的價值,或因利用著名商 標的信譽而有搭便車不勞而獲的情形116。

至於商標淡化「減損識別性之虞」與「減損信譽之虞」要件,法院見解認為, 「減損識別性之虞」指使用相同或近似於他人著名商標於不同的商品或服務,導 致著名商標使用於特定商品或服務來源的聯想減弱或分散,而降低著名商標獨特 性的可能;「減損信譽之虞」指的是使用相同或近似於他人著名商標的行為,使 著名商標所表彰之品質或形象產生貶抑或負面的聯想,致其信譽受有汙損的可 能。因此有關行為人使用他人著名商標的行為,究竟構成「減損識別性之虞」或 「減損信譽之虞」要件,應依其行為所導致的效果進行區分117。有從業律師檢討 指出118,從「夢時代」與夢時代店舖案119及「錠糧」與錠糧生命禮儀有限公司案 ¹²⁰可以看出,法院雖已明確區分「混淆誤認」及「識別性或信譽減損」為二種不 同之侵權類型,涵攝過程中並將「識別性之減損」及「信譽之減損」作為不同構 成要件,然而以舉證責任來看,法院並未要求權利人就「著名商標識別性或信譽 減損之虞」進一步為事實上之舉證責任,舉證重點反而在於如何說明自身商標的 Chengchi Unive 著名程度及識別性強弱。

3.3.2. 學說見解

固然商標淡化係為解決「混淆誤認之虞」理論無法有效處理商標爭議問題而 生,但學者仍認為兩者之適用對象應有所區別。

有學者批評,過往國內實務見解對於兩者間之適用並未明確,例如將一般侵 權的「混淆誤認之虞」適用在近似著名商標之商標使用於不類似商品或服務的案 件中,亦有將擬制侵權的「減損識別性或信譽之虞」適用在將近似於著名商標之

¹¹⁶ 最高行政法院 100 年判字第 722 號判決。

¹¹⁷ 最高行政法院 106 年判字第 573 號判決。

¹¹⁸ 陳冠中,著名商標與公司名稱之糾葛,萬國法律,205 期,頁 37-41,2016 年 2 月。

¹¹⁹ 智慧財產法院 102 民商訴第 54 號民事判決。

¹²⁰ 智慧財產法院 102 年民商訴字第 6 號民事判決及 102 年民商上字第 19 號民事判決。

商標使用於類似商品或服務的案件中,並指出「混淆誤認之虞」係適用相同或近似商標使用在同一或類似商品或服務為限,「減損識別性或信用之虞」則不以將商標使用於同一或類似之商品或服務,或發生混淆誤認的結果為要件,且宜優先判斷是否有「混淆誤認之虞」,但若消費者得以辨識兩者之區別,並無混淆誤認之虞,則得考慮適用減損信譽之虞¹²¹。另依據比較國外法觀點,於 2015 年修正之歐盟商標指令及商標條例均已明定著名商標的減損規定可適用至競爭、類似或不類似的商品或服務,國外案例亦有將商標淡化的規定適用於與著名商標指定使用同一或類似的商品或服務上¹²²。

有學者則持完全相反見解,認為商標法上「混淆誤認之虞」可區分為2種類型,其一是商標法第30條第1項第10款及第68條以商品或服務同一或類似為前提的狹義混淆,另為商標法第30條第1項第11款前段不以商品或服務為同一或類似為前提(用於不類似商品或服務)的廣義混淆¹²³。至於著名商標淡化規範核屬法律賦予商標權人的例外、特殊規定,在著名程度及適用對象方面,相較於混淆誤認之虞應有更高程度的要求,因此不應將商標淡化之適用對象擴及至同一或類似商品或服務範疇,作各自區別混淆誤認與商標淡化規範應有的法律定位與功能,以符合商標淡化規範原有的保護規範及目的¹²⁴。

然而,就以競爭事業之著名商標文字作為關鍵字廣告,且用於同一或類似商品或服務之爭議,是否屬於商標淡化規範之適用對象而言,有學者認為以本文所關注的幸福空間案為例,該案雖不致減損著名商標「幸福空間」的商標信譽,然而是否有減損「幸福空間」的商標識別性,則牽涉到搜尋結果頁面的顯示方法。詳言之,如果只是在幸福空間公司及其他自然表列的檢索結果之後,才出現廣告主的廣告文案及網址,與網路使用者的商標意識與認知差距不大,並不致影響「幸

¹²¹ 陳昭華,侵害著名商標之混淆誤認之虞與減損識別性或信譽之虞的關係 - 智慧財產法院 101 年度民商上字第 11 號民事判決,月旦裁判時報,26 期,頁 59,2014 年 4 月。

¹²² 陳昭華,同註 63,頁 271-272。

¹²³ 黄銘傑,同註 52,頁 236。

¹²⁴ 同前註,頁 241-242。

福空間」的識別性;但若搜尋結果頁面顯示廣告主的廣告文案及網址且將幸福空間公司之資訊及網址包圍的情況,或搜尋結果頁面顯示廣告主的廣告文案及網址在幸福空間公司網址之前,似有可能減損「幸福空間」之識別力¹²⁵。

本文亦認為使用他人著名商標作為關鍵字廣告,且該著名商標達到一般消費者普遍認知的程度,若關鍵字廣告與自然搜尋結果呈現的方式以及關鍵字廣告文案本身予人印象,有造成一般消費者對於特定著名商標與其指使用之商品或服務來源的識別性減損或信譽汙損的可能性,應可主張商標法第70條商標淡化的侵權行為責任。因此本文認為商標淡化的適用前提僅須著名商標的著名程度提高到「一般消費者」的單一門檻即已足,而不須再進一步將商標淡化之適用對象限縮至商標使用於不同一或不類似商品或服務上。以前述台灣大哥大案為例,一般消費者雖不致因該案關鍵字廣告對「台灣大哥大」著名商標與競爭事業台灣之星公司商品或服務產生混淆誤認,但如果因此構成「著名商標讓別性或信譽減損之虞」情事,仍應允許台灣大哥大公司依據商標淡化規範主張其權益,如果僅因為其競爭事業台灣之星公司係將「台灣大哥大」著名商標使用於「同一電信服務領域」為由,即拒絕適用商標淡化規範,則台灣大哥大公司在該案中可能無法透過商標法尋求救濟,似與商標法加強保障著名商標之目的有違。換言之,商標淡化規範對於廣告主購買競爭事業的著名商標文字作為關鍵字廣告情形,應有其適用餘地。但現階段司法實務上尚無關鍵字廣告以商標淡化處理之案例。

3.4. 關鍵字廣告是否構成商標合理使用

合理使用是對於智慧財產權存續期間排他使用權的限制,使任何人可以不經智慧財產權人的同意,而無償使用智慧財產權之保護標的,商標權亦適用此限制,以維護公共利益及市場競爭¹²⁶。換言之,合理使用是在商標權的保護以及社會大眾言論自由表達權利間尋求平衡,既保護相關消費者不致對於商品或服務的來源產生混淆誤認,同時也保護社會大眾自由表達其意見的權利,禁止不當透過商標

¹²⁵ 劉孔中,同註 42,頁 382。

¹²⁶ 同前註,頁310。

法將普遍常用的文字設定作為排他使用127。

3.4.1. 商標合理使用之要件及類型

有關行為人得否主張其行為具有免責事由,按商標法第36條第1項規定: 「下列情形,不受他人商標權之效力所拘束:一、以符合商業交易習慣之誠實信 用方法,表示自己之姓名、名稱,或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、 特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明,非作為商標使用者。二、 為發揮商品或服務功能所必要者。三、在他人商標註冊申請日前,善意使用相同 或近似之商標於同一或類似之商品或服務者。但以原使用之商品或服務為限;商 標權人並得要求其附加適當之區別標示。 | 經濟部智慧財產局公布的商標法逐條 釋疑指出128,一般商標權侵害行為的法定免責事由,包括合理使用、功能性之使 用、善意先使用及商標權耗盡等 4 種類型,其中合理使用的態樣,可分成「描述 性合理使用 | 及「指示性使用 | 2種。描述性合理使用是指第三人將他人商標用 以描述自己商品或服務的名稱、形狀、品質、性質、特性、產地等,使用上並非 利用他人商標指示商品或服務來源的功能,參酌因素包括是否符合商業交易習慣 之誠實信用方法、行為人之使用是否僅為說明其商品或服務、是否非作為商標之 使用(該項因素適用前提,經常是註冊商標原屬描術性或說明性文字,雖在後天 取得第二重意義,但仍具有原始的意義)。指示性使用是指第三人以他人商標指 示該他人的商品或服務,藉此來表達自己所提供商品或服務的內容或用途,參酌 因素包括是否符合商業交易習慣之誠實信用方法、使用他人商標是否為必要行 為、使用結果是否會造成相關消費者對於商品或服務來源產生混淆誤認之虞。

有論者檢討認為,我國商標法不論是舊法規範的「合理使用」,或新法的「誠實信用」使用,均規定應並列表示自己的姓名、名稱,解釋上應可包含公司名稱,然而相較於歐洲商標規範,除誠實信用使用要件外,亦必須該項使用為「非作為

 $^{^{127}}$ 黄惠敏,商標使用與合理使用-以我國實務見解為中心,載:黃銘傑主編,「商標使用」規範 之現在與未來,頁 134,2015 年 4 月。

¹²⁸ 經濟部智慧財產局,同註1,頁137-138。

商標使用」,但非作為商標使用,本就不應為商標法範圍所涵蓋;考量商標法所規範的誠實信用使用要件,目的是為適度限制商標權,但卻又以「非作為商標使用」作為要件,此要件是否有必要明定之,或直接放寬誠信使用的使用範圍,個案上以第三人是否有攀附意圖作為判斷,並以公平交易法等作為輔助,或許較能達成商標法衡平權利人與公益目的的目標¹²⁹。但有學者則指出,商標法第 36 條第 1 項第 1 款及第 2 款所謂「非商標使用」的類型,乃是實務判決經常發生情形,或可能因為在商標法第 5 條商標使用規範下不容易直接進行判斷,而將相關非商標使用的類型法制明確化,作為商標侵權的抗辯,將來如果發生相關商標爭議,只須合致商標法第 36 條的法定免責事由,即不受他人商標權之效力所拘束,而無庸再爭執是否為「商標使用」¹³⁰。

值得注意的是,在商標侵權案件中,商標法第 36 條合理使用原則是常見的抗辯理由之一,但與商標法第 5 條非商標使用行為的抗辯無關,兩者概念與適用時點應嚴格區分,如關鍵字廣告未積極標示商標,不足以使消費者認識特定關鍵字是作為他人商標文字使用,非屬「商標之使用」行為,則既然不構成商標侵權行為,亦無提出商標合理使用作為抗辯的必要¹³¹。在我國實務法院見解中可以明顯區別兩者的適用順序不同,認為有關行為人抗辯其行為非商標使用的主張,判斷上應先探究行為人是否有使用商標的行為,接著才討論商標使用行為是否違反商標法第 68 條規定的商標侵權行為,最後再判斷有無商標法第 36 條第 1 項第 1 款的免責事由 132。但亦有學者批評法院如過度運用商標使用的要件,可能導致原本應該以商標合理使用原則處理的案件,會因為被認定為非商標使用,而無須評估混淆誤認之虞及法定免責事由的合理使用,將使商標法有關合理使用的規範成

_

¹²⁹ 許曉芬,公司名稱與商標使用-評智慧財產法院九十九年度民商上字第八號判決及其初審判決,月旦法學雜誌,214 期,頁 274、279-280,2013 年 3 月。

¹³⁰ 沈宗倫,同註34,頁281。

¹³¹ 鄭莞鈴,同註 35,頁 327、338。

¹³² 最高法院 108 年民商上字第 11 號民事判決。

為具文133,不適當的迴避商標效力例外檢證134。

3.4.2. 可能符合商標合理使用之態樣

誠如學者所述,在「商標合理使用」的概念下,在表面上看來商標使用可能有「混淆誤認之虞」,但在考量特定目的情況下,該混淆誤認之虞不致於發生,因此不構成商標侵害¹³⁵。有論者從美國法角度指出,比較性廣告及嘲諷性評論也是美國商標法舉例的合理使用態樣,而典型的合理使用態樣為描述性使用(descriptive use),即善意作為描述行為人商品或服務使用,至於指示性使用(nominative use),則是指行為人使用商標是用以表示或指示商標權人的商品或服務,或用以與商標權人的商品或服務作比較,但均僅能在合理且必要範圍內善意使用,均不得將商標用於指示行為人的商品或服務來源,且行為人為如主張合理使用作為商標侵權的抗辯事由,應自負舉證的責任¹³⁶。

針對本文關注的關鍵字廣告案件,經檢索法院相關裁判資料,除幸福空間案 ¹³⁷外,並未有法院認為符合商標合理使用態樣的個案,本文嘗試以公平交易委員會過往處分之東森購物案 ¹³⁸進行論述。在東森購物案中,被處分人經營「momo 購物網」平台,就其競爭事業東森得易購股份有限公司所經營「ETMall 東森購物」平台之「東森購物」文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者自 99 年 2 月 26 日至 99 年 3 月 4 日期間於 Google 輸入「東森購物」的搜尋結果,呈現「東森購物熱賣商品盡在 momo www. momoshop. com. tw 集合電視購物台熱賣商品,同樣超低價 24h 數萬商品線上瀏覽,讓你逛不完!」等內容。雖該案最後依公平交易法規範處理,但經檢視處分書內容已載明「檢舉人自 89 年起陸續經經濟部智慧財產局註冊『東森購物及圖』及『東森購物 EHS etmall. com. tw』等商標,用

¹³³ 王敏銓、扈心沂,同註 61,頁 160。

¹³⁴ 謝銘洋,同註 60,頁 204。

¹³⁵ 沈宗倫,同註 97,頁 98。

¹³⁶ 郭雨嵐、林俐瑩,同註 66,頁 42。

¹³⁷ 智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決。

¹³⁸ 公平交易委員會公處字第 099133 號處分書。

以表彰其郵購、電視購物及網路購物等服務¹³⁹」,所以案關廣告應可以視為使用「東森購物」商標文字作為關鍵字。若是如此,有關關鍵字廣告「東森購物熱賣商品盡在 momo www. momoshop. com. tw」之文意予人印象為,「ETMall 東森購物」平台上熱賣的商品都有在「momo 購物網」平台上銷售,屬於 2 購物平台間就銷售商品種類、數量多寡程度的比較廣告,似較屬於商標合理使用中的「指示性使用」,則因廣告主所為商標使用行為之目的是為了與商標權人的商品進行比較,而非將商標使用於表彰自身商品或服務的來源,故不受其商標權效力的拘束。

此外,本文嘗試使用「美加留學」作為關鍵字搜尋,在 Google 搜尋結果頁面結果呈現關鍵字廣告標題「廣告·www.go2travel.com.tw/▼ 美加留遊學代辨專家¹⁴⁰-美立達留遊學中心 台北 高雄」及內容「美國百大名校申請,申請美國大學 Essay,美國大學獎學金申請,社區大學申請,條件式入學找美立達」等文字,



但實際上美加文化實業股份有限公司(下稱美加公司)已註冊取得商標權「美加」文字,並將「美加」商標用於表彰其經營的代辦遊學服務、留學培訓等留遊學資訊服務¹⁴¹,所以廣告主美立達國際顧問有限公司所購買「美加留學」關鍵字,

¹³⁹ 經查詢經濟部智慧財產局商標資料檢索服務,東森得易購股份有限公司註冊「東森購物 EHS etmall.com.tw」墨色商標圖樣,其中「購物、EHS etmall.com.tw」不在專用之列,所使用商品類別與商品(服務)名稱為郵購、電視購物、網路購物、便利商店、布疋及衣服及服飾配件零售、化粧品零售。

¹⁴⁰ 廣告呈現「代辨」應該是廣告主的文案錯字,正確文字應該指的是「代辦專家」。

¹⁴¹ 依據智慧財產局商標檢索系統服務,美加文化實業股份有限公司註冊取得墨色「美加」文字

似乎也可以解釋為由美加公司的商標「美加」文字及其經營的「遊學」服務所組成,其主要目的可能是為了吸引競爭事業美加公司的相關消費者或潛在交易相對人注意。雖然如此,本件關鍵字廣告中「美加留遊學代辨專家-美立達留遊學中心」等文案,予人印象為宣傳美立達留遊學中心所提供之美加等地區的留遊學代辨服務,似乎較屬於商標合理使用中的「描述性使用」。在此,「美加」商標原先就屬於描述性或說明性文字,雖在後天經美加公司使用之後取得第二重意義,但仍然具有其原始的意義,故非作為商標的使用。

3.5. 小結

有關廣告主向搜尋引擎業者購買他人商標文字作為關鍵字廣告所衍生商標侵害,早期司法實務雖認為關鍵字廣告僅屬內部無形使用或不足以使消費者認識商標,非商標法所稱「商標之使用」行為,但在考量商標法修法沿革發展下,商標使用規範的內容及涵蓋範圍逐漸擴大至網路等媒介物,應細究網路關鍵字廣告呈現方式、內容及網路使用者之認知,依「商標使用」相關 3 項要件加以判斷 3 種不同情形:(一)「插入型」的關鍵字廣告係將他人商標文字搭配「關鍵字廣告如功能置入於廣告文案中,故應已構成商標使用。(二)「帶出型」的關鍵字廣告如廣告文案中未使用他人商標文字,僅為單純購買關鍵字廣告,不符合「需有使用商標之行為」要件,非屬商標使用。(三)「帶出型」的關鍵字廣告如將他人商標置入於廣告文案中,應進一步考量特定關鍵字的字體、是否特別顯著及廣告文案前後意涵等廣告整體予人印象,以「需足以使相關消費者認識其為商標」要件為核心,進一步判斷是否足使相關消費者認知廣告文案中特定關鍵字是作為表彰商品或服務來源功能的商標。

其次,在判斷關鍵字廣告是否構成商標侵權行為時,因為廣告主往往使用與 競爭事業商標用字及讀音完全相同的文字作為關鍵字廣告,且與其銷售同一或類

作為商標,所使用商品類別與商品(服務)名稱為語文補習班,補習班,函授課程,代辦遊學服務,留學培訓,教育資訊,代辦申請有關國外各學院及大學之入學許可,提供有關國外各學院及大學之入學資料與消息,舉辦研習會,對個人之技能與學術等能力程度做甄別及檢定,教學錄影帶之製作與發行,書籍出版,教科書出版,教學節目製作。

似商品或服務,有關「混淆誤認之虞」審查基準中「商標是否近似暨其近似之程度」及「商品或服務是否類似暨其類似之程度」等2項因素應可評價為相同或高度類似,則商標的識別性強弱、相關消費者對商標熟悉的程度、整體廣告予人印象等因素,應是不同個案是否構成商標侵權的最主要區別。若商標識別性較強且廣告前後文意不連貫,如「華碩全球多語翻譯公司-詮星」及「維娜斯瑪麗蓮讓老公更愛妳」等文字,相關消費者較容易認知廣告文案包含商標,進而形成混淆誤認;若商標識別性較低且廣告前後文意通暢自然,如「出一張嘴來吃燒烤」等文字,則可能要綜合考量相關消費者對於商標的熟悉程度。

另因商標法對於著名商標的保護較一般商標範圍更廣,在判斷關鍵字廣告衍生著名商標之侵權行為時,雖然關鍵字廣告往往是廣告主購買其競爭事業相關商標文字,並使用在同一或類似商品或服務上,本文仍認為基於維護著名商標權益考量,除傳統混淆誤認之虞外,亦應有商標淡化相關規範的適用,且兩者適用差異僅在著名商標的著名程度高低不同,即商標淡化的適用門檻應較混淆誤認之虞高,要求著名商標的著名程度須達到「一般消費者」普遍認知的程度。此外,實務上關鍵字廣告商標侵權案件亦有適用商標合理使用的可能性。

至於網路關鍵字廣告案件雖有嘗試援引美國「初始興趣混淆」理論以保護商標權人權益,但現階段我國學者及司法實務見解對「初始興趣混淆」理論是否符合商標法立法目的仍有疑慮。本文認為雖然初始興趣混淆情況,不符合商標法規範之混淆誤認要件,但在網路世界下,倘以他人商標文字作為關鍵字廣告,並將商標文字使用於廣告文案中,消費者即可能因認識特定商標文字,被吸引而點擊關鍵字廣告,縱使消費者最終不致對於廣告主網站與商標權人產生混淆誤認,但考量其本質上屬於「資訊接觸混淆」,確實有墊高網路使用者搜尋正確資訊的成本,以及不當攀附他人商標商譽或知名度之不公平競爭情形,為維護市場競爭秩序的必要性,應可透過公平交易法加以規範。

4. 關鍵字廣告所涉不公平競爭之爭議

4.1. 公平交易法與商標法規範之交錯

因此,針對實務上常見的專利權人或商標權人發送警告函之行為,公平交易委員會特別訂定有「公平交易委員會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」³,規範事業所發侵害智慧財產權警告函行為在何種情形下將構成違反公平交易法,以供事業判斷發送警告函的相關行為是否適法之參考。學者亦認為,智慧財產權人本可採行民、刑事相關保全措施有效維護其權利,不應輕易以警告函騷擾他人,因為受信者無判斷警告信函是否真實、適當的能力,反

¹ 謝銘洋,智慧財產權法,頁15-16,2019年8月,9版。

² 行政院公平交易委員會 2000 年 8 月 7 日(89)公法字第 02678 號函,網址: http://www.ftc.gov.tw/law/LawContent.aspx?id=GL000132#lawmenu,最後瀏灠日期: 2020 年 11 月 17 日。

³ 公平交易委員會 2015 年 12 月 24 日公法字第 1041561063 號令發布「公平交易委員會對於事業 發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」。

使交易秩序陷入不確定性4。

又根據公平交易委員會出版的書籍所述,公平交易法本質為競爭法,以維護市場自由競爭為目的。相較於智慧財產權法係賦予權利人享有排他性地位,致受保護者享有法律上的壟斷地位,表面上似有扞格之處。然而從智慧財產權法基於保護權利人的權益,而有助於提升產業技術、保護文化資產、鼓勵創新發明等公益性質來看,公平交易法亦在於透過鼓勵事業競爭、保障公平競爭秩序以達成技術革新之效果及維護公共利益之目的。因此可謂公平交易法乃為智慧財產權法之補充,二者應相輔相成5。

從公平交易法及公平交易委員會之執法立場,可見公平交易法與智慧財產權 法間,就法令規範之事項或適用之行為亦難免有重疊之處。究應如何適用相關法 令,或者如果不符合商標法等智慧財產權法的法律構成要件,而認難有違法之處 時,是否尚得依公平交易法加以適用,以及是否符合各該法律所欲維護或達成的 法益,頗具值得探究之處。

4.1.1. 智慧財產權與競爭法殊途同歸

商標法第1條規定:「為保障商標權、證明標章權、團體商標權及消費者利益,維護市場公平競爭,促進工商企業正常發展,特制定本法。」經濟部智慧財產局說明其立法目的在於保障消費者利益、維護市場公平競爭及促進工商企業正常發展,並明列商標法保護的權利客體包括商標等。所稱維護市場公平競爭,係指商標法亦規範有許多禁止不公平競爭的條文,例如禁止以他人著名商標申請註冊,或有減損著名商標或標章的識別性或信譽之虞等情形,並特別註明儘管商標法與公平交易法均以維護市場公平競爭為立法目的之一,但其關注的焦點不同。商標法係以賦予商標權人之專屬排他權利作為中心,以排除他人透過使用行為或註冊動作而損害商標權人的權益,而公平交易則主在維護市場公平競爭環境,規範事項多為應予禁止的行為,倘有利用或模仿他人的成果而達不公平競爭,則權

⁴ 劉孔中,公平交易法,頁 286-287,2005年1月。

⁵ 公平交易委員會,認識公平交易法,頁29,2019年8月,18版。

利人得循公平交易法尋求救濟。因此經濟部智慧財產局認為相對於商標法給予的 註冊保護,公平交易法乃居於普通法之地位,提供補充性救濟,可有效制止事業 搭便車或攀附商譽等行為,從而建立不正競爭規範的完整體系⁶。

從公平交易法來看,依公平交易委員會與學者共同出版的合作研究報告提 到,公平交易法係透過市場競爭的維護,以促使事業努力提高生產效能,從而促 進整體經濟的安定與繁榮。亦即公平交易交易法之終極目標應係在追求經濟之安 定與繁榮,然達成此目的有眾多手段,競爭僅是其中一種手段7。從智慧財產權法 規與公平交易法可能發生的牴觸面來看,依公平交易法第 45 條規定,由於權利 人依智慧財產權將可取得排他性權利,以限制或排除他人與其自由競爭,若斷然 認定因此產生限制競爭結果而違反公平交易法,將致智慧財產權之規範目的無法 達成8。因此公平交易法就已受智慧財產權保護之權利行為,明文排除於其適用範 圍外。另從智慧財產權法規與公平交易法針對同一或類似行為得以發揮之保護面 而言,由於商標法無法針對未註冊之商標予以保護,但對於長期使用而達到相關 事業或消費者所普遍認知的事業表徵,為避免消費者因表徵混淆而受到損害,並 維護公平之競爭秩序,仍有必要透過公平交易法填補商標法規範之不足9。因此綜 合來看,公平交易法所欲維護之市場競爭秩序,並不及於智慧財產權賦予權利人 排他權利而形成之限制競爭結果,藉以有效發揮智慧財產權保護下可能形成之技 "enach 術創新效益,但兩者亦可共同發揮競爭秩序之維護效能,以追求公共利益之極大 化。

因此經濟部智慧財產局認為公平交易法係居於普通法的地位,並對於商標法

⁶ 經濟部智慧財產局,商標法逐條釋義,頁2-4,2017年1月。

⁷ 廖義男、顏雅倫,註釋公平交易法-導論,載:廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列 (一)第一條至第十七條,行政院公平交易委員會合作研究計畫,頁 21,2003 年 12 月。

⁸ 謝銘洋、陳人傑,註釋公平交易法-第四十五條,載:廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(三)第二十五條至第四十九條,行政院公平交易委員會合作研究計畫,頁 551,2005年12月。

⁹ 謝銘洋、李素華,註釋公平交易法-第二十條,載:廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條,行政院公平交易委員會合作研究計畫,頁 213,2004 年 11月。

等提供補充性的救濟規定,以建立不正競爭規範的完整體系;公平交易法學者亦認為透過公平交易法所欲維護的市場競爭秩序,可以達到技術革新的效果及維護公共利益之目的,從而可謂公平交易法為智慧財產權法的補充規範,兩者相輔相成。

有論者指出智慧財產權對於「產業正當競爭秩序」之保護範圍與公平交易法規範之不正競爭防止等部分有所重疊,主要根據乃是 1883 年各國所簽訂之「保護產業財產權巴黎公約(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)」或稱「巴黎公約」,該公約所揭示的保護範圍包含專利、實用新型、產業設計、商標、服務標章、商號名稱、地理標示等各種常見的智慧財產權,同時也包括不正競爭之防止¹⁰。因此,將不公平競爭納入智慧財產權規範,有其歷史背景因素,雖然最大問題在於導致法律重疊的問題,但競爭秩序之維護對於智慧財產權仍有其重要的意義¹¹。另基於智慧財產法已涵蓋不公平競爭規範的觀念下,有學者亦認為,凡是商標法能解決的問題應優先使用商標法處理,公平交易法僅係補充商標法部分不足,並且以公平交易法介入單純私權爭議時,應有更嚴格的公共利益門檻要件¹²。例如不當榨取他人著名商標商譽的不正競爭行為,屬於商標法無法處理的問題,則應可適用公平交易法第 25 條不正競爭一般條款加以規範¹³。

有學者採相同見解,認為著名商標的保護可以依據商標法第 68 條、第 70 條第 1 款及第 2 款、公平交易法第 25 條等規定處理,並可分為 4 種類型:(一)著名商標構成混淆誤認之虞;(二)減損著名商標的識別性之虞;(三)減損著名商標的信譽之虞;(四)榨取著名商標的識別性或信譽以獲取不公平利益¹⁴。另有學者進一步指出,即使是未註冊的著名商標,如果其信譽遭到減損,也可以利用公

¹⁰ 謝銘洋,同註1,頁70-71。

¹¹ 同前註,頁7。

¹² 劉孔中,比較商標法,頁 85,2014年9月。

¹³ 劉孔中,解構智財法及其與競爭法的衝突與調和,頁 281,2015 年 6 月。

¹⁴ 陳昭華,商標法之理論與實務,頁257,2017年6月,3版。

平交易法第 25 條規定予以補充適用。因「榨取他人努力成果」為公平交易法第 25 條顯失公平類型之一,且「榨取他人努力成果」的次類型即為「攀附他人商 譽」,解釋上包含商譽的減損或稀釋¹⁵。另有學者就關鍵字廣告所生爭議認為,並 非僅與商標之侵權行為有關,特別是以他人著名商標、名稱或其他事業表徵相似 或相同的文字設定為關鍵字廣告,將對他人的商譽或事業表徵造成損害,實屬影響交易秩序的欺罔或顯失公平之不公平競爭行為。公平交易法與商標法雖為不同 法規,但對於商標、名稱或事業表徵之保護目的實為一致¹⁶。

本文贊同相關學者見解,從公平交易法與商標法的立法目標來看,兩者均具有維護市場公平競爭之目的,商標法賦予商標權人專屬排他的權利的原因,主要在於肯定商標權人過去所為的努力,而使其商標具有識別性,作為商標權人市場競爭的工具,藉此將得以促進工商企業正常發展,最終目標在於促進整體經濟秩序的發展;公平交易法旨在防止事業採取限制競爭行為或不公平競爭行為,以達市場競爭秩序之維護目的,最終亦有助於整體經濟秩序的發展。另從公平交易法及商標法對於事業表徵規範關係而言,商標法相對於公平交易法為特別法地位,以已註冊之事業表徵(即商標)為其保護對象,公平交易法則保護未註冊之事業表徵,並作為補充商標法未涵蓋或規範不足之規定。

4.1.2. 保護範圍不同一「表徵」與「商標」

按公平交易法第22條第1項規定:「事業就其營業所提供之商品或服務,不得有下列行為:一、以著名之他人姓名、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,於同一或類似之商品,為相同或近似之使用,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、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵,於同一或類似之服務為相同或近似之使用,致與他人營業或服務之設施或活動混

¹⁵ 黄銘傑,競爭法與智慧財產法之交會-相生與相剋之間,頁 564,2009 年 4 月。

 $^{^{16}}$ 陳匡正,網路關鍵字廣告的商標使用爭議-評智慧財產法院 100 年度民商訴字第 1 號民事判決,法令月刊,65 卷 1 期,頁 $^{29-30}$,2014 年 1 月。

清者。」現行公平交易法第 22 條原訂於修正前公平交易法第 20 條¹⁷,該條文於 1991 年制定時,原規範必須為「相關大眾所共知」,其後於 1999 年修正為「相關 事業或消費者所普遍認知」。參據公平交易委員過去所訂定「公平交易委員會對 於公平交易法第二十條案件之處理原則」¹⁸第 3 點規定:「本法第 20 條所稱相關 事業或消費者所普遍認知,指具有相當知名度,為相關事業或消費者多數所問 知。」¹⁹因此公平交易委員會認為「普遍認知」要件,係指必須該表徵對於相關 事業與消費者間,已經達到廣為人知的程度,與「著名」已無事實上的區別。所 以最後在 2015 年修訂公平交易法第 22 條時,修法理由表示如何區分「相關事業 或消費者所普遍認知」與「著名」。 用語為規定,因此將「相關事業或消費者所普遍認知」之用語,修正為「著名」。 即「著名表徵」為公平交易法第 22 條之保護客體²¹。

¹⁷ 修正前公平交易法第 20 條規定:「I 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。二、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。三、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。II 前項規定,於左列各款行為不適用之:一、以普通使用方法,使用商品本身習慣上所通用之名稱,或交易上同類商品慣用之表徵,或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品者。二、以普通使用方法,使用交易上同種營業或服務慣用名稱或其他表徵者。三、善善意使用自己姓名之行為,或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品者。四、對於前項第 1 款或第 2 款所列之表徵,在未為相關事業或消費者所普遍認知前,善意為相同或類似使用,或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用,或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用,或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品者。III 事業因他事業為前項第 3 款或第 4 款之行為,致其營業、商品、設施或活動有受損害或混淆之虞者,得請求他事業附加適當表徵。但對僅為運送商品者,不適用之。」

¹⁸ 公平交易法於 2015 年修正後,考量已刪除有關仿冒行為的行政責任,公平交易委員會 2015 年 3 月 18 日公競字第 10414602181 號令廢止「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」,並自即日生效。

^{19 「}公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」全文,網址: http://www.rootlaw.com.tw/LawArticle.aspx?LawID=A040320001001900-1040318,最後瀏覽日期: 2020年11月25日。

²⁰ 例如有學者認為,修正前公平交易法第 22 條規定「普遍認知」,與商標法規範「著名」不同,所保護的區域範圍,應限於各具體個案之相關消費者所處的地理範圍,可能廣泛到全國地區,也可能僅止於一定狹小區域範圍(如鄉、鎮等)。黃銘傑,同註 15,頁 406-407。

²¹ 有學者認為,縱使修法後與商標法用語一致,但公平交易法對於「著名表徵」的解釋,仍應該基於不公平競爭規範目的,所要求的知名程度不須認定為全國範圍,而應該隨著表徵知名度高低及其涉及區域動態調整,並由表徵所有人於訴訟中自負舉證責任。詳參陳皓芸,不公平競爭規範與著名表徵的保護一論二〇一五年公平交易法修正後之相關議題,成大法學,第 38 期,頁 24-27,2019 年 12 月。

有學者認為,本條之立法目的,乃考量商業仿冒為實務上常見的情況,除了可能適用智慧財產權法相關規定外,由於公司名稱、商號、服務標識及國外著名商標等營業活動上的識別標誌,往往是事業已投入大量努力累積商譽,具有財產價值,如果行為人透過模仿或盜用進而獲取不法利益,亦可從不公平競爭法加以規範。因此,為維護正當的競爭秩序,縱使非屬智慧財產權法保護的識別標誌,倘有遭到商業仿冒行為時,亦將落入公平交易法保護之事業表徵範疇²²,換言之,為補充現行法所不足,本條所稱商品或服務上的表徵,與是否申請商標註冊無關²³。

另公平交易法上「表徵」的概念範圍甚廣,只要具有「識別力」或「次要意義」,能用於表彰商品或服務來源之事業表徵皆可適用²⁴。公平交易委員會例示的「表徵」包含(一)姓名;(二)商號或公司名稱;(三)商標;(四)標章;(五)經特殊設計,具識別力之商品容器、包裝、外觀;(六)原不具識別力之商品容器、包裝、外觀,因長期間繼續使用,取得次要意義者²⁵。故公平交易法對於「表徵」之保護,涵蓋的範圍較「商標」更廣,但隨著可以作為商標之標的不斷擴張,二者已無分軒輊²⁶。本文認為如果就法條規範之保護客體觀察,公平交易法與商標法之差別僅在於,商標法以商標之保護為限,公平交易法則將事業表徵之保護,廣泛延伸到未註冊商標及公司名稱等在市場上具有識別性之表徵。

4.2. 公平交易法對於事業表徵之保護

公平交易法對於事業表徵之保護目的雖與商標法相同,但有學者認為兩者規 範理念仍有差異,採註冊主義之商標法,在審查過程中,係一般性、抽象性的將 申請註冊商標與過往使用於類似商品或服務之其他商標進行比較是否近似,並不 以其是否曾有使用為前提。相反的,強調使用主義的公平交易法,所維護表徵的

/enach\

²² 謝銘洋、李素華,同註9,頁195。

²³ 同前註,頁199。

²⁴ 同前註,頁 204。

^{25 「}公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」第8點規定。

²⁶ 劉孔中,同註 12,頁 237。

排他效力並非源自於與其他表徵間之比較而來,而是基於表徵長期使用所累積的商譽,在市場上具有識別性才受到保護²⁷。因此,觀諸現行公平交易法規範架構中,對於事業表徵本身及其背後隱含商譽之保護,可以細分為公平交易法第 22 條禁止商品或服務仿冒表徵構成混淆之行為,以及公平交易法第 25 條禁止攀附他人商譽、榨取他人努力成果之行為,以下分別進行說明。

4.2.1. 禁止商品或服務仿冒表徵構成混淆之行為

事業藉由表彰商品或服務的標識,可在特定商品或服務的市場中,與他人所提供的商品或服務進行區隔,透過塑造企業形象及累積商譽獲取利益,而消費者則於選購商品或服務時,可以藉此辨識其所需要的商品或服務的來源。倘他人透過模仿或盜用等不當行為以獲取產業活動上的不法利益,將破壞事業表徵原有的識別功能,導致消費大眾因此受到混淆。因此,為維護消費者權益及競爭秩序,必須保護表彰商品或服務來源識別功能的「表徵」,禁止仿冒表徵構成混淆之行為²⁸。

4.2.1.1. 公平交易法禁止表徵「混淆」之判斷原則

按公平交易法規範之仿冒行為,指被仿冒商品或服務的表徵已廣為相關事業或交易相關人所普遍認知,並因該仿冒行為造成與被仿冒者的商品、營業或服務之設施或活動產生混淆²⁹。廢止前「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」則對於法條構成要件「表徵」、「相同或類似之使用」、「混淆」等名詞均訂有明確解釋,並進一步臚列如何判斷「混淆」及表徵是否「相同或類似之使用」之考量因素或判斷原則等。包含該處理原則第4點第1項規定,該條所稱「表徵」係指「某項具識別力或次要意義之特徵,其得以表彰商品或服務來源,使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務」;第5點規定,所稱「相同」指文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式之外觀、排列、設色

²⁷ 黄銘傑,同註15,頁362-363、365。

²⁸ 謝銘洋、李素華,同註9,頁198。

²⁹ 汪渡村,公平交易法,頁177,2010年4月,4版。

完全相同而言,「類似」則指因襲主要部分,使相關事業或消費者於購買時施以 普通注意猶有混同誤認之虞者而言;第6點規定,所稱「混淆」指對商品或服務 之來源有誤認誤信而言;第11點規定,判斷是否造成混淆時,應審酌下列事項: (一)具普通知識經驗之相關事業或消費者,其注意力之高低。(二)商品或服務之 特性、差異化、價格等對注意力之影響。(三)表徵之知名度、企業規模及企業形 象等。(四)表徵是否具有獨特之創意。

學者認為是否構成公平交易法禁止「表徵混淆」行為之判斷原則,應審酌相關大眾的消費習慣、經濟條件、居住地區、教育水準、消費者注意能力之高低等因素,綜合相關事證及依經驗法則判斷³⁰。有學者指出,公平交易法第 22 條所稱的「混淆」,不以仿冒行為已實際產生混淆為必要³¹,只要該行為會引起「混淆誤認之虞」即可³²。但有論者持反對意見,認為不宜對法條文字擴大解釋,而應依消費者是否實際發生因混淆而購買之事實判斷³³。且應同時考量行為人之動機,倘事業於商品的商標、標示或說明上,已善盡明確、明顯告知其商品來源的義務,而可推論其動機並無故意混淆消費者對商品來源之識別,且消費者於選購時,無須施予特別注意即可清楚分辨其商品來源,則可認定事業之動機並無構成侵害他人之表徵,亦無誤導消費者之事實³⁴。

值得注意的是,公平交易法第22條修正後增加「同一或類似之商品或服務」要件,並修法理由中敘明「為避免與已註冊商標之保護有所失衡,本條對於未註冊商標之保護,應限於同一或類似之商品或服務,爰於第1項第1款及第2款增訂該要件。」35有學者認為,從公平交易法及商標法皆屬一種規範廣義標識的法

³⁰ 謝銘洋、李素華,同註9,頁222-223。

³¹ 汪渡村,同註 29,頁 185。

³² 劉孔中、薛景文,仿冒表徵及欺罔或顯失公平行為之執法檢討與展望,公平交易季刊,21 卷1期,頁76,2013年1月。

³³ 趙志祥,公平交易法之「商品表徵」研究,公平交易季刊,28 卷 1 期,頁 129,2020 年 1 月。34 同前註,頁 121。

^{35 2015} 年 2 月 4 日公平交易法修正條文對照表,頁 18,網址:

https://www.ftc.gov.tw/upload/4a035120-41a7-455c-9733-67ced29b6ccf.pdf,最後瀏覽日期:2020年 12 月 21 日。

律來看,兩者主要對抗的混淆誤認之虞應採相同、單一的概念,以維護兩法之間的內在關聯³⁶。即公平交易法所稱「混淆」與商標法上討論的「混淆誤認之虞」相呼應³⁷。因此,公平交易法第 22 條規定使用相同或近似之表徵於同一或類似商品或服務之狹義混淆類型,與商標法構成「混淆誤認之虞」內涵一致。

4.2.1.2. 公平交易法第22條保護之範圍

由於修正前公平交易法第 20 條未明文排除「已註冊商標」的保護,有關商標法與公平交易法間之適用關係,公平交易委員會過去認為,對於已註冊之商標,並非都屬於公平交易法保護之範圍,倘已經達到相關事業或消費者所普遍認知,即可受公平交易法保護³⁸。有學者同樣認為,條文既已規定「商標」,則解釋上並無法排除已註冊商標,應以公平交易法與商標法競合適用的理論處理,排除已註冊商標並非解決之道³⁹。但有學者則認為,在 2003 年商標法修正前,考慮對於註冊商標的保護尚不充分,例如不保護其外觀、包裝或商品化使用,必須仰賴公平交易法以補充商標法的不足,而不排除註冊商標⁴⁰。但商標法修法後已擴大商標保護對象⁴¹,商標法第 70 條強化對於著名商標的保護,亦已涵蓋修正前公平交易法第 20 條相關規定。因此建議為了減少公平交易法與商標法之重疊性,已註冊商標應排除適用修正前公平交易法第 20 條第 1 項規定⁴²。

雖然對於已註冊商標是否適用公平交易法問題,過往有不同學說見解,但公平交易法於 2015 年修法後,已在現行公平交易法第 22 條增訂第 2 項規定「前項姓名、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或服務之表徵,依法註冊取得商標權者,不適用之」,並於修法理由中明確敘明若屬

³⁶ 劉孔中,公平交易法對營業標誌保護之研究,公平交易季刊,11 卷 2 期,頁 28,2003 年 4 月。

³⁷ 陳皓芸,商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題-以臺日相關法制比較為中心,公平交易季刊,27 卷 3 期,頁 94,2019 年 7 月。

³⁸ 謝銘洋、李素華,同註9,頁212-213。

³⁹ 汪渡村,同註29,頁180。

⁴⁰ 劉孔中,同註 36,頁 28。

⁴¹ 商標法第 18 條第 1 項規定:「商標,指任何具有識別性之標識,得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等,或其聯合式所組成。」

⁴² 劉孔中,同註 36,頁 83。

已註冊商標,應循商標法處理,公平交易法不再給予重複保護⁴³。以及考量公平交易法立於商標法補充規範之地位,對未註冊著名商標予以保護,而商標法對於註冊商標並無行政責任之規定,故修法後就公平交易法有關仿冒規定亦刪除相關行政責任(即就仿冒未註冊著名商標之行為改採民事責任予以規範)⁴⁴。

另有學者認為基於競爭法與商標法對於不正競爭防止的體系一致性,公平法第 22 條第 1 項第 1、2 款使用「混淆」文字屬於落後立法,建議修正為「混淆誤認之虞」。其次,長期而言,建議將公平交易法第 22 條補充保護未註冊之著名商標的規定刪除,並搭配修正商標法,將著名商標的保護擴張至「未註冊之著名商標」,以求在商標法上一次性處理著名商標保護問題 5。有學者亦支持應新制定統一標章專法,並將公平交易法第 22 條相關規定改移入專法 6。

至於使用他人表徵文字作為關鍵字廣告,是否可能落入公平交易法第 22 條規範範疇,有學者認為若涉及混淆未註冊著名商標之虞,可能違反公平交易法第 22 條規定⁴⁷。有學者採相同見解認為,倘關鍵字僅作為觸發廣告之搜尋引擎內部使用,因表徵文字未呈現於廣告文案中,則無公平交易法第 21 條及第 22 條規定之適用,僅有公平交易法第 25 條之適用;但如果在廣告文案內使用表徵,與一般網路廣告態樣無異,可能有公平交易法第 21 條、第 22 條及第 25 條之適用⁴⁸。另有論者指出,當關鍵字廣告呈現於搜尋結果頁面之「廣告」或「刊登贊助網站」區塊內,似乎不會造成網路使用者混淆誤認之可能性,但如果廣告主使用他人商標作為關鍵字及廣告連結的網頁中,有可能使網路使用者誤認為商標權人所設計的網頁,則有可能違反修正前公平交易法第 20 條規定⁴⁹。

^{43 2015}年2月4日公平交易法修正條文對照表,同註35,頁19。

⁴⁴ 同前註,頁33。

⁴⁵ 劉孔中,同註 13,頁 281-282。

⁴⁶ 黄銘傑,同註 15,頁 575。

⁴⁷ 劉孔中,同註13,頁282。

⁴⁸ 陳皓芸,同註 37,頁 91-92。

⁴⁹ 胡仲男,新型態廣告規範之研究-以公平交易法為中心,公平交易法季刊,21卷3期,頁160-161,2013年7月。

4.2.1.3. 雖未構成表徵混淆誤認但有積極攀附他人商譽之類型

對於未符合修正前公平交易法第 20 條構成要件情形者,公平交易委員會認 為,並不排除依現行公平交易法第25條(即修正前公平交易法第24條)規定保 護之可能性,並於廢止前「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理 原則 | 第16點第1項規定:「下列各款情形,於未符合本法第20條規定之構成 要件時,得以違反本法第24條規定處理之:(一)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。(二)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。」 由此可知,「攀附他人商譽」並不以造成消費者對表徵產生實際混淆為必要,縱 使消費者因為可清楚認知行為人係將他事業之著名表徵為相同或類似使用,以及 已知悉其商品或服務並非原表徵人所提供,因此不構成公平交易法所稱之「混 淆」,但由於仍然會產生「一定品質之聯想」的可能性,將形成對於原表徵人商 譽之「搭便車」行為50。又或者被襲用的表徵可能因此遭到「稀釋或汙染」,而減 損表徵所蘊含的經濟價值或對顧客的吸引力,自應透過公平交易法第25條加以 規範司。換言之,我國競爭法實務及理論上,將修正前公平交易法第20條禁止仿 冒表徵之規定,限於「必須構成商品或營業來源混淆」情況。至於攀附商譽、高 度抄襲或阻礙競爭等榨取他人努力成果之抄襲仿冒行為,則納入公平交易法第 25條規定處理52。

有學者因此批評,修正後公平交易法第 22 條排除違法行為之行政責任,將 導致對於表徵危害性較大,使用他人表徵而產生混淆誤認的仿冒行為,不受公權 力介入保護。但對於表徵危害性較小,使用他人表徵不致產生混淆誤認,而係造 成「搭便車」等顯失公平行為者,反而受到公權力介入保護的不合理情形⁵³。有

⁵⁰ 黄銘傑,同註15,頁414。

⁵¹ 吳秀明,註釋公平交易法-第二十四條,載:廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條,行政院公平交易委員會合作研究計畫,頁 479,2004年11月。

 $^{^{52}}$ 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民合著, H^{**} lo K^{**} ty \mathbf{x} —臺北高等行政法院行政 93 訴 2379 裁判,載:公平交易法司法案例評析,頁 465,2015 年 5 月。

⁵³ 廖義男,公平交易法之釋論與實務《第三冊》,頁 200-201,2017年6月。

學者同樣提出此疑慮⁵⁴,但認為考量無論是註冊商標或未註冊的著名表徵,針對 所造成混淆誤認、稀釋或搭便車等違反商業誠信之競爭行為,均屬於不公平競爭, 仍有必要透過公平交易法第 25 條的解釋及適用,作為商標法及公平交易法未明 文規定禁止時的補充規範⁵⁵。

本文認為倘以他人未註冊之著名表徵作為關鍵字廣告,可能構成現行公平交易法第 22 條所禁止之表徵混淆誤認行為,且該混淆誤認之審查標準應與商標法規範一致。至於未構成表徵混淆誤認,但已產生表徵稀釋、減損或不當攀附他人商譽等行為,因已經違反商業倫理,造成不公平競爭,則有公平交易法第 25 條規定之適用。以下就公平交易法第 25 條規範內容加以說明。

4.2.2. 禁止榨取他人努力成果之行為

4.2.2.1. 公平交易法第25條規定

按公平交易法第 25 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。」從公平交易法第 25 條之制定目的來看,乃稱該條為不公平競爭行為的概括性規定,基於不公平競爭行為的態樣甚多,無法一一列舉,為免百密一疏,除公平交易法已明文規定的行為外,其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為,亦禁止之⁵⁶。從立法體例之設計上來看,由於公平交易法規範之市場競爭行為與交易行為態樣繁多,富有動態性變化,且幾乎涵蓋所有市場經濟活動領域,因此立法者在立法無法全盤掌握,而需要使用較為彈性之概括規定予以規範,以避免產生法律上漏洞,達到完善公平交易法保護之法益目的⁵⁷。同時賦予主管機關對於高度專門性、技術性之經濟活動問題享有相當判斷餘地,並透過實務運作經驗,歸納相關違法類型,作為日後公平交易法

⁵⁴ 黃銘傑,商標法與公平交易法關於著名商標及標章應有之規範分工,臺北大學法學論叢, 115 期,頁 213,2020 年 9 月。

⁵⁵ 同前註,頁217。

^{56 1991} 年 2 月 4 日公平交易法制訂條文說明,頁 9,網址:https://www.ftc.gov.tw/upload/bd269c10-4260-46ea-8ec4-1758c237f12a.pdf,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 1 日。

⁵⁷ 吳秀明,同註 51,頁 434。

修正參考58。

實務操作上究應如何適用公平交易法第 25 條規定,公平交易委員會公布「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則」(下稱第 25 條處理原則)⁵⁰,其中第 2點及第 4點規定,公平交易法第 25 條與其他條文間適用的區隔,應有「補充原則(窮盡規範原則⁶⁰)」的適用。詳言之,公平交易法第 25 條規定僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋的行為,若公平交易法其他條文規定已完全涵蓋特定違法行為,得認為已充分評價特定違法行為的不法性,或個別規定已窮盡規範該行為之不法內涵,則僅能依個別規定檢視特定行為是否構成違法,而無再依公平交易法第 25 條規定加以補充規範之餘地。亦即個別規定就該違法行為進行評價後,如仍具剩餘的不法內涵,始得依公平交易法第 25 條規定加以補充規範。

除了透過補充原則限制公平交易法第 25 條的適用外,該條訂有實體構成要件之限制,要求須達到「足以影響交易秩序」的程度 (門檻),行政機關才有介入管制的必要⁶¹。亦即應回歸限制競爭及不公平競爭的本質解釋「足以影響交易秩序」,在考量限制競爭時,應審酌涉及違法事業的市場地位及其行為對市場之危害;在考量不公平競爭時,應審酌涉及違法事業是否以具有商業倫理非難性之行為侵害其他事業利益⁶²。另依第 25 條處理原則第 5 點規定,判斷是否為「足以影響交易秩序」時,可考慮受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否為針對特定團體或組群所為之行為、有無影響將來潛在多數受害人之效果、行為所採取之方法手段、行為發生之頻率與規模、行為人與相對人資訊是否對等、糾紛與爭議解決資源之多寡、市場力量大小、有無依賴性存在、交易習慣與產業特性等,且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限,

58 何之邁,公平交易法要義,頁161,2020年7月。

⁵⁹ 公平交易委員會 2017 年 1 月 13 日公法字第 10615600201 號令發布。

⁶⁰ 吳秀明,同註 51,頁 438。

⁶¹ 同前註,頁439。

⁶² 何之邁,同註58,頁162-163,

並特別提到「至單一個別非經常性之交易糾紛,原則上應尋求民事救濟,而不適 用本條之規定」。

經統計公平交易委員會自 2011 年到 2019 年的處分案例,依公平交易法規範之行為態樣,區分成限制競爭行為、廣告不實行為、欺罔或顯失公平行為,以及其他不公平競爭行為(仿冒行為及不當贈品贈獎等)共4類行為來看,除公平交易法第21條68規範之廣告不實行為外,經認定構成公平交易法第25條規定之足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為而遭處分的案例,幾乎與其他限制行為與不公平競爭行為的處分案例數相當,可見公平交易委員會依賴該條進行執法的頻率甚高。

〈表:公平交易委員會 2011 年到 2019 年處分案例〉

年度	限制競爭行為	廣告不實行為	欺罔或顯失公	其他不公平競
			平行為	爭行為
2011	19	151	35	0
2012	28	110	20	1
2013	29	108	25	1 //
2014	27	74	26	0
2015	24	73 Chengo	9. 00	1
2016	11	77	20	0
2017	13	151	15	0

⁶³ 公平交易法第21條規定:「I事業不得在商品或廣告上,或以其他使公眾得知之方法,對於與商品相關而足以影響交易決定之事項,為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。II 前項所定與商品相關而足以影響交易決定之事項,包括商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地,及其他具有招徠效果之相關事項。III事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品,不得販賣、運送、輸出或輸入。IV 前三項規定,於事業之服務準用之。V廣告代理業在明知或可得而知情形下,仍製作或設計有引人錯誤之廣告,與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得而知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞,仍予傳播或刊載,亦與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告薦證者明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞,而仍為薦證者,與廣告主負連帶損害賠償責任。假廣告薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構,僅於受廣告主報酬十倍之範圍內,與廣告主負連帶損害賠償責任。VI 前項所稱廣告薦證者,指廣告主以外,於廣告中反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果之人或機構。」

2018	9	110	7	0
2019	2	108	2	0
總計	162	962	159	3

資料來源:依公平交易委員會 2011 年至 2019 年公告之「公平交易統計年報」彙整

但由於公平交易法第 25 條規定所稱之「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為」,屬於不確定的法律概念,實務操作上易引發外界疑慮。另因公平交易委員會依該條進行裁處的處分案例並非少數,過去亦有多件處分案件遭臺北高等行政法院或最高行政法院撤銷的情況。不免引起是否無法依公平交易法其他條文論處的行為類型,均落入公平交易法第 25 條規範範疇,以及執法機關違法認定是否過於寬鬆及甚至濫用該條情形之疑慮^{64、65}。

因此,國內有多位學者提出建議,有學者認為,應從公平交易法的整體目的觀之,對於公平交易法個別規定是否已窮盡規範系爭行為,無法僅就各該個別規定進行判斷,若從公平交易法整體目的,得認具有依公平交易法第 25 條補充之必要,則仍可依公平交易法第 25 條規定加以介入⁶⁶。亦有學者認為,從經濟分析觀點來檢視「不公平競爭行為」,若認該不法手段將對消費者造成實質損害,且該損害無法與行為可能創造之利益相抵消,且消費者亦無法合理地採取自我防免機制排除該不法手段時,則得適用公平交易法第 25 條規定⁶⁷。有論者從司法判決及構成要件分析指出,公平交易委員會在具體判斷是否符合「足以影響交易秩序」之構成要件時,不能單依少數人的證詞或單一個案作為基礎,必須經過調查且獲有具體證據,可證明足以對具有普通知識經驗的多數交易相對人或潛在交易相對人產生影響,才可認定違法⁶⁸。至於判斷是否「顯失公平」之要件時,因顯失公人產生影響,才可認定違法⁶⁸。至於判斷是否「顯失公平」之要件時,因顯失公

⁶⁴ 劉孔中,同註 13,頁 120。

⁶⁵ 何之邁,同註58,頁163。

⁶⁶ 劉孔中、薛景文,同註 32,頁 86。

⁶⁷ 陳志民,經濟分析適用於公平交易法之價值、例示與釋疑,財產法暨經濟法,27 期,頁 80, 2011 年 9 月。

 $^{^{68}}$ 施錦村、郭冠樟,公平交易法第 24 條構成要件之評析—以最高行政法院判決為例,公平交易季刊,22 卷 4 期,頁 107 ,2014 年 10 月。

平概念極為抽象,則其不公平程度必須達到顯著水準。並可加入二階段判斷原則進行認定,即首先判斷交易相對人間之交易行為是否顯失公平,倘若無法或很難自交易相對人間之交易判斷是否為顯失公平,則可由市場效能競爭是否受到侵害進行判斷⁶⁹。從前述見解可見,針對個案是否得適用公平交易法第 25 條規定,應審慎為之,且應嚴格檢視具體個案是否符合公平交易法第 25 條之構成要件及公平交易法之規範目的。

4.2.2.2. 「榨取他人努力成果」之判斷原則

事業如果不以效能競爭方式,而是透過剽竊、抄襲、攀附或利用他人努力成果的方式從事競爭,以吸引交易相對人與之交易,則屬於榨取他人努力成果之不公平競爭行為。此種行為人透過不當方式取得競爭上優勢,將損害被榨取者利益,違反商業競爭倫理,應加以規範⁷⁰。依據第25條處理原則最近一次修正前後之內容進行比對,其中與榨取他人努力成果有關之規範如下:

第 25 條	2017年1月修正前71	2017年1月修正後72
處理原則		
內容	七、(判斷顯失公平應考量事項)	七、(判斷顯失公平之考慮事項)
	本條所稱「顯失公平」:係指	本條所稱顯失公平,係指以
	「以顯失公平之方法從事競爭	顯然有失公平之方法從事競爭
	或商業交易」者。其常見之具體	或營業交易者。
	內涵可分為三種類型:	顯失公平之行為類型例示
	(一)不符合商業競爭倫理之不	如下:

⁶⁹ 同前註,頁108-109。

⁷⁰ 吳秀明,同註 51,頁 478。

公平競爭行為:

1、榨取他人努力成果

判斷是否違法原則上應考 量(一)遭攀附或高度抄襲 之標的,應係該事業已投入 相當程度之努力,於市場上 擁有一定之經濟利益, 而已 被系爭行為所榨取;(二)其 攀附或抄襲之結果,應有使 交易相對人誤以為兩者屬 同一來源、同系列產品或關 係企業之效果等。惟倘其所 採行手段可非難性甚高(如 完全一致之抄襲)者,縱非 屬前述二因素之情形,仍有 違法之虞,應依個案實際情 形,綜合判斷之。其常見行 為態樣有:

(1)攀附他人商譽

判斷是否惟本條所保護 之商譽,應考量該品牌 於市場上具有相當之知 名度,且市場上之相關 業者或消費者會產生一 定品質之聯想。

- (二)榨取他人努力成果,如:

 - 2、以他人表徵註冊為自身網域
 名稱,增加自身交易機會。
 - 3、利用網頁之程式設計,不當 使用他人表徵,增進自身網 站到訪率。
- 4、抄襲他人投入相當努力建置 之網站資料,混充為自身網 站或資料庫之內容,藉以增 加自身交易機會。
- 5、真品平行輸入,以積極行為 使人誤認係代理商進口銷售之商品。

(2)高度抄襲

判斷高度抄襲,應綜合 音 達 近 人 因 利 性 的 性及占有狀態。

(3)利用他人努力,推展自己商品或服務之行為。

由上揭整理可見,修正後的第 25 條處理原則,從原先明確揭示可能違法的 行為類型及其判斷標準,依顯失公平常見的行為類型逐一臚列,修正為僅例示可 能違法的行為類型,亦即刪除原先判斷各該違法行為的判斷標準。其中又可發現, 修正後的第 25 條處理原則就「榨取他人努力成果」例示有 5 種違法類型,即「攀 附他人商譽」等類型,但有關修正前所列的「高度抄襲」違法類型,於修正後似 已侷限於「抄襲他人投入相當努力建置的網站資料,混充為自身網站或資料庫之 內容,藉以增加自身交易機會」的行為類型。至於商品外觀的高度抄襲,受到公 平交易法第 22 條已刪除仿冒行為相關行政責任的影響,則於修正後的第 25 條處 理原則第 9 點指出「事業因他事業涉及未合致公平交易法第 22 條之高度抄襲行 為而受有損害者,得循公平交易法民事救濟途徑解決。」

另修正後的第 25 條處理原則就「榨取他人努力成果」行為,例示有「使用 他事業名稱作為關鍵字廣告,或以使用他事業名稱為自身名稱、使用與他事業名 稱、表徵或經營業務等相關之文字為自身營運宣傳等方式攀附他人商譽,使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係,藉以推展自身商品或服務」等類型,就前開行為的要件上主要可分為二。即行為人符合:(一)「使用他事業名稱作為關鍵字廣告」等攀附他人商譽之行為;(二)使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係。

然而,本文認為如果細究前揭例示關鍵字廣告違法類型之構成要件,似乎有不當之處。由於實務上關鍵字廣告之廣告主與商標權人或表徵所有人間,往往具有競爭關係,係將競爭事業的商標或表徵文字使用於「同一或類似商品或服務」之廣告行銷,如果再套用前揭要件所稱「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係」情形,則屬於狹義混淆類型,應適用商標法第68條或公平交易法第22條規定,似乎不屬於公平交易法第25條防制行為規範。因此,本文認為在關鍵字廣告違法類型描述「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係」之要件可能反而造成錯誤解讀或論述矛盾,建議應將例示內容調整為「使用他事業名稱作為關鍵字廣告,或以使用他事業名稱為自身名稱、使用與他事業名稱、表徵或經營業務等相關之文字為自身營運宣傳等方式攀附他人商譽,『藉由表徵之識別性或商譽推展自身商品或服務,獲取不公平之利益』」較為明確。

4.2.3. 小結

公平交易法係保護未註冊之事業表徵,其規範架構包含公平交易法第 22 條 禁止仿冒構成混淆之行為,以及公平交易法第 25 條禁止榨取他人努力成果之行 為。其中現行公平交易法第 22 條係防止未註冊之著名表徵經他人使用於同一或 類似商品或服務,造成狹義混淆,與商標法防止商標「混淆誤認之虞」內涵一致。 另公平交易法第 25 條則相對於第 22 條,則用於補充規範將未註冊之著名表徵使 用於非類似商品或服務之廣義混淆,或識別力稀釋、信譽減損及不正當攀附商譽 (搭便車行為)等行為。

就關鍵字廣告衍生不公平競爭而言,倘廣告主向網路搜尋引擎購買其競爭事業之事業名稱等未註冊之著名表徵作為關鍵字,因為係將表徵使用於同一或類似

的商品或服務,可能造成消費者對於商品或服務來源混淆,而涉有構成公平交易 法第 22 條規定之虞。倘若關鍵字廣告整體予人印象不致構成混淆,雖不致構成 公平交易法第 22 條規定,但如果藉由攀附他人表徵商譽,行銷自己商品或服務 者,則可能構成榨取他人努力成果之顯失公平行為,涉及違反公平交易法第 25 條規定。

此外,本文建議現行第 25 條處理原則第 7 點榨取他人努力成果所例示「關鍵字廣告」類型中,規定「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係」之要件似有不當,反而造成錯誤解讀或論述矛盾之疑慮。建議刪除該要件,並將例示內容修正為「使用他事業名稱作為關鍵字廣告,或以使用他事業名稱為自身名稱、使用與他事業名稱、表徵或經營業務等相關之文字為自身營運宣傳等方式攀附他人商譽,『藉由表徵之識別性或商譽推展自身商品或服務,獲取不公平之利益』」。

另如同本文第3章所述,並非只要將他人商標文字置於關鍵字廣告中,即已構成混淆誤認之商標侵權責任,而仍應以網路使用者使用搜尋引擎之方式及認知、關鍵字廣告呈現之內容及整體廣告予人之印象,綜合判斷有無構成相關消費者混淆誤認之虞,同時也需要注意是否有商標合理原則之適用。同樣的,公平交易委員會在進行個案調查及判斷時,宜為審慎思考,不可僅依受調查對象有將他事業名稱置於關鍵字廣告中,即直接論定已經屬於榨取他人努力成果,從而構成公平交易法第25條所稱之顯失公平行為。

4.3. 關鍵字廣告違反公平交易法之實務見解及檢討

4.3.1. 使用關鍵字廣告之實務案例類型

有學者認為,關鍵字廣告侵害表徵或商標所有人權利時,權利人除可依商標

法第 68 條及第 69 條⁷³、公平交易法第 30 條及第 31 條⁷⁴要求排除侵害及損害賠償外,公平交易委員會亦得認定關鍵字廣告構成公平交易法第 21 條及修正前第 24 條規定,並依同法第 41 條規定作成處分,以追究行為人的行政責任⁷⁵。

另有學者指出,購買他人商標作為關鍵字廣告,實務上被認定為攀附他人商譽,違反公平交易法第 25 條,並針對違法關鍵字廣告呈現的內容或廣告主使用關鍵字廣告的方式歸納出 4 種類型⁷⁶:(一)單純購買他人已達相當知名度商標為關鍵字,例如克麗緹娜案;(二)購買他人著名商標為關鍵字並在標題內容不當使用該著名商標,例如家樂福案及出一張嘴案;(三)購買他人著名商標為關鍵字並指示搜尋引擎業者進行廣告優化,例如東森購物案;(四)錯誤操作搜尋引擎業者「插入 KEYWORD」功能,導致同業名稱特取置換廣告標題及文案 KEYWORD 部分,例如詮星翻譯社案。

本文認為公平交易委員會及法院歷年來累積不少關鍵字廣告違反公平交易 法規定的實務案例,而關鍵字廣告案件不僅涉及購買他人取得註冊商標之文字, 也可能是購買他人事業名稱、商品或服務之名稱等事業表徵作為關鍵字。因此本 文彙整公平交易委員會及法院相關實務案件進行比較分析,認為關鍵字廣告可依 其違法情節、違法條文以及廣告呈現方式等,可分成5種類型:(一)使用關鍵 字造成狹義混淆誤認;(二)未混淆誤認來源但不當攀附他人商譽;(三)使用關 鍵字涉及廣告不實;(四)使用關鍵字似作為描述性使用;(五)設定關鍵字但廣 告內容未顯現關鍵字。另各類型間的區別關係圖如下:

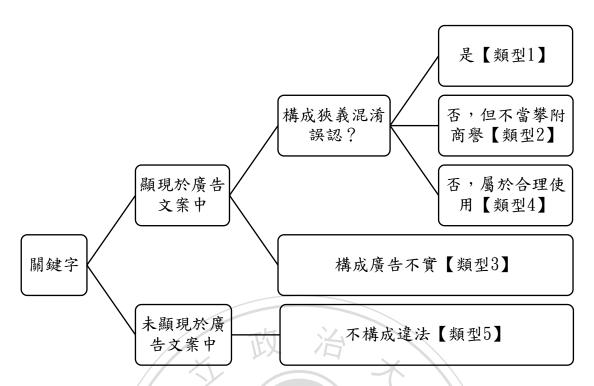
(圖二)

⁷³ 商標法第69條規定:「I 商標權人對於侵害其商標權者,得請求除去之;有侵害之虞者,得請求防止之。II 商標權人依前項規定為請求時,得請求銷毀侵害商標權之物品及從事侵害行為之原料或器具。但法院審酌侵害之程度及第三人利益後,得為其他必要之處置。III 商標權人對於因故意或過失侵害其商標權者,得請求損害賠償。IV 前項之損害賠償請求權,自請求權人知有損害及賠償義務人時起,二年間不行使而消滅;自有侵權行為時起,逾十年者亦同。」

⁷⁴ 公平交易法第30條規定:「事業違反本法之規定,致侵害他人權益者,應負損害賠償責任。」第31條規定:「I 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。II 侵害人如因侵害行為受有利益者,被害人得請求專依該項利益計算損害額。」

⁷⁵ 胡仲男,同註49,頁163。

⁷⁶ 劉孔中,同註13,頁138-141。



4.3.1.1. 類型1:使用關鍵字造成狹義混淆誤認

有學者指出,廣告主使用他人商標或表徵作為關鍵字廣告,並於廣告文案使用該商標或表徵者,如果其行為構成商標的使用且導致相關消費者混淆誤認之虞,或導致減損該商標識別性或信譽之虞,則有商標侵害之虞,應依商標法負有民、刑事責任。但於其行為態樣不符合「商標使用」,或未使相關消費者產生混淆誤認之虞,不構成商標侵害或公平交易法第22條規定時,公平交易委員會多次認定其行為構成榨取他人努力成果,違反公平交易法第25條規定,並不因為關鍵字廣告所使用的表徵是否為註冊商標而有區別77。

然而考量智慧財產法院 101 年度民商訴字第 24 號民事判決及 107 年民商訴字第 41 號民事判決已分別認定關鍵字廣告「華碩全球多語翻譯公司-詮星」及「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」等文字,符合商標使用且構成商標侵害,智慧財產法院似乎已逐漸改變關鍵字廣告衍生商標侵害之見解,已如前述。如果分析前揭案件被認定違法的主要原因在於,廣告主購買其競爭事業商標文字用於銷售同一或類似商品或服務,且將商標關鍵字與廣告主本身的商標或表徵共同呈現於

⁷⁷ 陳皓芸,同註 21,頁 43。

廣告文案中,廣告主可能不僅已不當攀附他人商譽,更有使人混淆誤認之主觀意圖。故消費者可能誤認廣告主提供之商品或服務的來源與商標權人相同,或產生兩者間具有授權、加盟或一定關係的印象,而有產生混淆誤認之虞,違反商標法第68條規定。

若設定他人商標作為關鍵字廣告有構成商標法上混淆誤認之虞前提下,則有必要區分關鍵字廣告案件是否使用他人商標文字,對於使用商標構成混淆誤認之虞者,仍應依商標法之專法規範處理,不宜再由公平交易法重複保護。同時對於使用他人表徵作為關鍵字廣告,可能構成未註冊之著名表徵混淆誤認之虞者,則應依據公平交易法第 22 條循民事途徑處理。以下為公平交易委員會過往認為關鍵字廣告構成公平交易法第 25 條規定的實務案例,但本文認為可能構成狹義混淆誤認之類型。

4.3.1.1.1. 使用商標

包含**詮星翻譯社**案⁷⁸及**瑪麗蓮**案⁷⁹。如前所述,實際上2案已被智慧財產法院 認定構成商標侵害。

在詮星翻譯社案中⁸⁰,經公平交易委員會認定,被處分人謙慧股份有限公司使用「詮星」文字作為關鍵字廣告,同時使用「關鍵字插入」功能,使搜尋結果呈現「華碩全球多語翻譯公司-詮星」等被處分人所屬華碩翻譯社、五姊妹翻譯社及哈佛翻譯社等網站,以增加該等網站到訪機率。另該等翻譯社名稱與競爭事業名稱「詮星」並列,整體觀察極易使交易相對人或潛在交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果,核屬榨取他人努力成果之行為,違反公平交易法第 25 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,並經法院判決駁回⁸¹。

⁷⁸ 公平交易委員會公處字第 101050 號處分書。

⁷⁹ 公平交易委員會公處字第 105071 號處分書。

⁸⁰ 本案事實詳見本文 3.1.2.司法實務對於設定他人商標作為關鍵字廣告之評價。

⁸¹ 臺北高等行政法院 102 年訴字第 1385 號判決。

在瑪麗蓮案中⁸²,經公平交易委員會認定,被處分人維娜斯公司與檢舉人瑪麗蓮公司為女性塑身衣商品前二大業者,被處分人使用其競爭事業之營業表徵「瑪麗蓮」文字作為關鍵字廣告,並呈現「維娜斯」、「瑪麗蓮」文字並列之不當連結,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第 25 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,並經法院判決駁回⁸³。

4.3.1.1.2. 使用表徵

包含 G 妹遊戲案84及 9388 酷玩線上案85。

在 G 妹遊戲案中,被處分人酷玩線上股份有限公司 (下稱酷玩線上公司)經營遊戲平台「9388 酷玩線上」⁸⁶及遊戲「盛世三國貳」,就其競爭事業優勢領航科技有限公司 (下稱優勢領航公司)經營的網頁遊戲平台名稱「G 妹遊戲」及旗下遊戲名稱「大天使之劍」、「暴風王座」、「王者霸業」等表徵文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入前揭「G 妹遊戲」、「大天使之劍」等關鍵字的搜尋結果頁面呈現「G 妹遊戲【盛世三國貳】-9388. com」、「大天使之劍【盛世三國貳】」、「暴風王座【盛世三國貳】」、「王者霸業【盛世三國貳】」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,優勢領航公司為推廣所代理之網頁及手機遊戲,已投入鉅額行銷廣告費用,並曾邀請知名影星為遊戲代言。就其經營的網頁遊戲平台「G 妹遊戲」及所屬遊戲「大天使之劍」等,分別經 Yahoo!及巴哈姆特網站⁸⁷評選而獲獎,故其遊戲平台名稱「G 妹遊戲」及遊戲名稱「大天使之劍」等表徵,應合致修正前第 25 條處理原則之榨取他人努遊戲名稱「大天使之劍」等表徵,應合致修正前第 25 條處理原則之榨取他人努

⁸² 本案事實詳見本文 3.1.2.司法實務對於設定他人商標作為關鍵字廣告之評價。

⁸³ 臺灣臺北地方法院 105 年簡字第 247 號判決及臺北高等行政法院 107 年簡上字第 41 號判決。

⁸⁴ 公平交易委員會公處字第 105098 號處分書。

⁸⁵ 公平交易委員會公處字第 105099 號處分書。

⁸⁶ 公平交易委員會公處字第 105098 號處分書所載酷玩線上股份有限公司之遊戲平台名稱為「9388.com」,而公平交易委員會公處字第 105099 號處分書則載為「9388」。另查臺灣臺北地方法院 105 年簡字第 313 號判決之事實概要載為「9388 酷玩線上」應較明確,因此以下統稱為「9388 酷玩線上」。

^{**} 巴哈姆特電玩資訊站成立於 1996 年 10 月 28 日,簡稱為巴哈姆特或巴哈,為臺灣經營日本動畫、 漫畫 與電子 遊戲 資訊 為主題的網路論壇與新聞網站。 參考資訊網址: https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B7%B4%E5%93%88%E5%A7%86%E7%89%B9%E9%9B%BB%E7%8E%A9%E8%B3%87%E8%A8%8A%E7%AB%99,最後瀏覽日:2020 年 12 月 6 日。

力成果之構成要件「已投入相當程度之努力,於市場上擁有一定之經濟利益」。 其次酷玩線上公司使用「關鍵字插入」服務,使關鍵字廣告標題將優勢領航公司 遊戲平台名稱「G 妹遊戲」及遊戲名稱「大天使之劍」,與自身遊戲平台名稱「9388 酷玩線上」及遊戲名稱「盛世三國貳」併列呈現,易使網路使用者誤認酷玩線上 公司遊戲平台「9388 酷玩線上」與「G 妹遊戲」係屬同一來源或關係企業、酷玩線上公司所代理的遊戲「盛世三國貳」與「大天使之劍」、「暴風王座」及「王者 霸業」等為同系列遊戲的效果,係利用他人努力推展自己商品或服務,核屬榨取 他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。另本案被處分人 循序提起行政訴訟,並經法院判決駁回88。

在 9388 酷玩線上案中,被處分人優勢領航公司經營遊戲平台「G 妹遊戲(網址:www.gm99.com)」,就其競爭事業酷玩線上公司的事業名稱「酷玩線上」及經營的網頁遊戲平台名稱「9388 酷玩線上」等表徵文字、向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入前揭「酷玩線上」、「9388」等關鍵字的搜尋結果頁面呈現「酷玩線上新服火爆開啟-gm99」及「9388 新服火爆開啟-gm99」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,酷玩線上公司為推廣所代理之網頁及手機遊戲,已投入鉅額行銷廣告費用,並曾邀請知名藝人代言、於知名電影及電視劇合作遊戲置入行銷等,亦曾獲得 Google Display 年度最佳推薦展示型廣告及 Yahoo!年度最佳新進網頁遊戲等獎項,故其事業名稱「酷玩線上」及遊戲平台名稱「9388 酷玩線上」等表徵,應合致修正前第 25 條處理原則之榨取他人努力成果之構成要件「已投入相當程度之努力,於市場上擁有一定之經濟利益」。其次優勢領航公司關鍵字廣告呈現方式,易使網路使用者誤認被處分人遊戲平台「G 妹遊戲」與「9388 酷玩線上」係屬同一來源,或與酷玩線上公司屬關係企業的效果,被處分人係利用他人努力推展自己商品或服務,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第 25 條規定。

-

⁸⁸ 臺灣臺北地方法院 105 年簡字第 313 號判決。

本文認為前揭 2 案關鍵字廣告文案呈現「G 妹遊戲【盛世三國貳】-9388. com」及「酷玩線上新服火爆開啟-gm99」等文字,與智慧財產法院審理「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」等文字所構成混淆誤認之類型高度相似,應賦予一致性的評價。即「G 妹遊戲」實際網址為「gm99」而「9388 酷玩線上」實際網址為「9388. com」,但卻在關鍵字廣告中分別將他人表徵與自己表徵並列,意圖使相關消費者產生混淆誤認,涉及公平交易法第 22 條規定。至於「G 妹遊戲」及「9388 酷玩線上」是否符合公平交易法所稱之「著名表徵」,仍應由法院進行審認。但參考公平交易委員會於處分書內已分別敘明經營事業已就「G 妹遊戲」及「9388 酷玩線上」等遊戲平台及所屬網頁遊戲,投入鉅額行銷廣告費用及藝人代言活動,並獲得第三方相關獎項紀錄等情形。則「G 妹遊戲」及「9388 酷玩線上」等遊戲平台名稱可能屬於具有識別性之著名表徵,而有公平交易法第 22 條規定適用餘地。

4.3.1.2. 類型 2:未混淆誤認來源但不當攀附他人商譽

如本文第 3 章所述,網路關鍵字廣告所衍生商標爭議,經常是網路使用者點擊進入廣告主網站,只要施以普通之注意,便可以發現並非原先所欲查尋的商標權人的網站,此種美國法所稱「初始興趣混淆」理論,於我國實務上不被承認構成商標法上「混淆誤認之虞」。本文認為初始興趣混淆,在網路世界中指的是網路使用者發生「資訊接觸」的混淆,雖未構成混淆誤認,但仍屬於不當攀附他人商譽之行為,應可以透過公平交易法第 25 條加以規範。另據實務案例觀察,也有使用競爭事業名稱作為關鍵字廣告,但從廣告所描述的整體文意來看,可以使網路使用者較明確區別廣告內容涉及兩家不同的競爭事業,未產生來源混淆誤認的情形。

4.3.1.2.1. 使用商標

包含克麗緹娜 x^{89} 、家樂福 x^{90} 、台灣大哥大 x^{91} 及台灣大哥大 x^{92} 。

⁸⁹ 公平交易委員會公處字第 098133 號處分書。

⁹⁰ 公平交易委員會公處字第 100154 號處分書。

⁹¹ 公平交易委員會公處字第 105064 號處分書。

⁹² 公平交易委員會公處字第 107006 號處分書。

在克麗緹娜案中,被處分人季儀生化科技企業社銷售「je 沙龍頂級保養品」商品,就其競爭事業註冊取得商標權的「克麗緹娜」文字,向 Yahoo!購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Yahoo!輸入「克麗緹娜」的搜尋結果最上方呈現「克麗緹娜新品出清」等文字,點擊廣告則連結至被處分人架設的「je 頂級沙龍網站」。經公平交易委員會認定,被處分人與其競爭事業均銷售美容保養品,顯係利用「克麗緹娜」表徵較易為搜尋引擎所尋得,藉此導引潛在交易相對人到訪其 je 頂級沙龍網站,以增進自己網站的曝光率或到訪率,並增加己身交易之機會,核屬榨取他人努力成果及攀附他人營業信譽之行為,構成顯失公平,違反公平交易法第25 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,並經法院判決駁回⁹³。

在家樂福案中,被處分人大買家股份有限公司成立大買家網路量販店,主要經營業務包括網路及實體量販店等,就其競爭事業註冊取得商標權的「家樂福」文字,向 Yahoo!購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Yahoo!輸入「家樂福」的搜尋結果首位出現「網路量販店家樂福天天搶便宜」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,被處分人明知其競爭事業未經營網路量販店業務,卻使用具爭議性的關鍵字廣告標題,將導引「家樂福」的潛在消費者前往被處分人網站瀏覽,藉以推展其商品或服務,違反公平交易法第 25 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,經法院判決駁回⁹⁴。

在台灣大哥大案中,受被處分人台灣之星電信股份有限公司之廣告代理商就台灣大哥大公司註冊取得商標權的「台灣大哥大」文字,向 Google 購買關鍵字廣告,同時使用「關鍵字插入」功能,使網路使用者於 Google 輸入「台灣大哥大」的搜尋結果最上方關鍵字廣告標題為「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,被處分人以競爭事業台灣大哥大公司之「台灣大哥大」名稱作為關鍵字廣告,以及宣稱月租費限時半價優惠之行為,係藉由該營業表徵吸引潛在交易相對人點擊廣告進入被處分人網

⁹³ 臺北高等行政法院 99 年度簡字第 531 號行政判決。

⁹⁴ 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 376 號行政判決。

站瀏覽,並僅使無案關資費方案之檢舉人,因該等廣告用語,造成消費者對其誤解之困擾,且被處分人亦利用他人努力推展自己商品或服務,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,並經法院判決駁回⁹⁵。

在台灣大哥大 4G 案中,被處分人中華電信股份有限公司(下稱中華電信公司)就其競爭事業註冊取得商標權的「台灣大哥大」以及「台灣大哥大 4G」及「台哥大 4G」等文字,向 Google 購買關鍵字廣告,同時使用「關鍵字插入」功能,使網路使用者於 Google 輸入「台灣大哥大」的搜尋結果上方呈現「申辦台灣大哥大 4g 好禮週週抽-近 4000 名幸運兒、獎品總價逾千萬」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,案關關鍵字廣告極易令搜尋「台灣大哥大」之網路使用者,誤認關鍵字廣告係由台灣大哥大公司所購買刊登。換言之,將混淆誤認「系爭關鍵字廣告」及「台灣大哥大」兩者屬同一來源或有一定關係。即藉由與台灣大哥大公司相關之營業表徵連結,吸引潛在交易相對人點擊關鍵字廣告,增加自己之交易機會,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第 25 條規定。

以上4則關鍵字廣告分別呈現「克麗緹娜新品出清」、「網路量販店家樂福天 天搶便宜」、「獨家【台灣大哥大】月租費限時半價」及「申辦台灣大哥大4g好 禮週週抽-近4000名幸運兒、獎品總價逾千萬」等,並未將廣告主本身的商標或 表徵合併呈現於廣告文案中,若網路使用者誤認前揭廣告為台灣大哥大公司等網 站,而點擊廣告導引至廣告主網站,應可較輕易的區別實際上非商標權人網站。 尤其是台灣大哥大公司等我國電信服務業者較接近於寡占市場,彼此間均具有一 般民眾普遍認知的高知名度,應不致將台灣之星公司、中華電信公司與台灣大哥 大公司混淆誤認為同一來源,較屬於初始興趣混淆情形。另本文前介紹臺灣臺北 地方法院105年訴字第4387號民事判決中,亦已認定台灣大哥大案不構成商標

 $^{^{95}}$ 臺北高等行政法院 105 年訴字第 1240 號行政判決及最高行政法院 108 年判字第 359 號行政判決。

侵害之混淆誤認。

但本文認為此種藉由「資訊接觸」的混淆吸引競爭事業之潛在交易相對人「轉向」到自己網站,以增加交易之機會的情況,仍屬於不當攀附他人商譽之顯失公平行為。

4.3.1.2.2. 使用表徵

包含捷鍼案⁹⁶及 megatran 案⁹⁷。

在捷鉞案中,被處分人笙寶實業股份有限公司(下稱笙寶公司)主要營業項目為橡膠、塑膠製品等工業皮帶之加工製造與進出口業務,委託廣告代理商就其競爭事業之事業名稱「捷鉞」文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「捷鉞」的搜尋結果呈現「捷鉞需求 請找笙寶實業」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,檢舉人為具有一定營業規模之傳動零組件業者,在 2017 年到 2019 年間曾投入廣告費用及參加相關工業展覽,並有雜誌及報紙等媒體介紹,故「捷鉞」為檢舉人投入相當資源努力推廣之事業名稱。其次公平交易委員會認為,網路使用者搜尋「捷鉞」所呈現的關鍵字廣告「捷鉞需求 請找笙寶實業」,整體觀察極易使交易相對人或潛在交易相對人誤認兩者屬同一系列產品或有一定合作關係,被處分人侵害檢舉人為其事業名稱所投入之努力,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第 25 條規定。

在 megatran 案中,被告戴正平即五姊妹翻譯社等從事英文翻譯、口譯等服務之業務,就其競爭事業即原告美加翻譯有限公司的網址「www. megatran. com. tw (megatran 由美加 mega 及 translation 翻譯之 tran 組合而成)」文字,向 Yahoo! 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Yahoo!輸入前揭關鍵字的搜尋結果頁面呈現「翻譯公證—翻譯公證服務,多國語言專業翻譯公證,代辦法院公證外交部大使

[%] 公平交易委員會公處字第 109056 號處分書。

⁹⁷ 臺灣臺北地方法院 101 年訴字第 3886 號民事判決及智慧財產法院 104 年民公上字第 3 號民事判決。

館在台辦事處各種文件,隔天取件。www.megatran.com.tw」等文字,點擊廣告則連結至被告網站。經法院審酌原告主張前身美加翻譯社成立於2006年,並以網址www.megatran.com.tw對外營業,提供翻譯、口譯、公證等服務,曾接受電視台專訪報導,在業界甚為知名等情,認定被告以其競爭事業網址「www.megatran.com.tw」作為關鍵字廣告,使交易相對人或潛在交易相對人誤認該廣告與原告屬於同一來源、服務或關係企業的效果,或誤認被告提供之服務可以取代原告之服務內容。被告係攀附其競爭事業商譽,核屬榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。

本文認為因「捷鍼」並非註冊商標,且「鍼」為一般罕見少用的文字,「捷鍼」亦非既有詞彙或事物,本身並無特定涵義,合理認為網路使用者倘以網路搜尋鍵入「捷鍼」文字,心中應已認知「捷鍼」所代表之意義,其目的應較為明確,係為查尋特定的商品、服務或公司。且雖然公平交易委員會處分書以「A公司」代替檢舉人的真實事業名稱,但經以「捷鍼」作關鍵字查詢經濟部商業司商工登記公示資料查詢服務顯示,全臺灣僅有1家「捷鍼與業有限公司」。等使用「捷鍼」作為事業名稱。因此網路使用者如果是為了查詢特定公司而搜尋「捷鍼」文字,當然是已經認識捷鍼與業有限公司。另從關鍵字廣告「捷鍼需求請找笙寶實業」本身描述方式來看,較屬於典型爭取潛在交易相對人之用語,廣告予人印象「捷鍼」及「笙寶實業」2公司應具競爭關係,亦有媒體報導本案使用標題「『B公司需求,請找A公司』不當關鍵字廣告公平會開罰10萬元」等文字等,顯見案關關鍵字廣告應不致產生「捷鍼」及「笙寶實業」2公司混淆情形。但探究案關關

 ⁹⁸ 經濟 部商業 司商工登記公示資料查詢服務,網址:

 https://findbiz.nat.gov.tw/fts/query/QueryList/queryList.do,最後查詢日期:2020年12月6日。另查公平交易委員會2020年10月7日新聞資料亦已表示「捷鍼」為「捷鍼興業有限公司」之公司名

 名
 4

https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=16476&mid=126,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 6 日。

⁹⁹ 自由時報 Liberty Times Net,「『B 公司需求,請找 A 公司』 不當關鍵字廣告 公平會開罰 10萬元」,網址:https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3314386,最後瀏覽日期:2020 年 12 月 6日。

鍵字廣告的內容及目的,被處分人確實是藉由捷鋮興業有限公司之知名度,吸引 潛在交易相對人注意,以推廣自身商品或服務,雖未產生混淆誤認但仍構成榨取 他人努力成果之不當攀附他人商譽情事。

另關鍵字廣告呈現「捷鉞需求 請找笙寶實業」,雖然可以解讀為「要找捷鉞的顧客,我們笙寶實業也可以滿足您的需求」,而將「捷鉞」文字視為指示性合理使用。但由於指示性使用僅能在合理且必要範圍內善意使用,且應由笙寶公司負舉證責任,本文考量該案處分書之檢舉人表示「檢舉人之客戶看到系爭關鍵字廣告後已產生檢舉人是否遭被處分人收購之疑問」,顯示案關關鍵字廣告亦可能被解讀為「對於捷鉞相關需求,爾後請改找笙寶實業處理」,且笙寶公司於處分書內未主張指示性合理使用等情事。因此本文認為廣告主須負真實表示義務前提下,事業倘使用文意模稜兩可、具有爭議性之關鍵字廣告文案從事競爭,尚難認為其目的屬於善意合理使用,應有違反公平交易法規定之疑慮。

此外,若從捷鉞案處分書刊載「整體觀察極易使交易相對人或潛在交易相對人誤認兩者屬同一系列產品或有一定合作關係」觀察,公平交易委員會似乎只是為了符合或套用第 25 條處理原則所規範關鍵字廣告之「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係」的違法要件,但未細究本案是否足以使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係。由本案處分理由可以確知,第 25 條處理原則所規範關鍵字廣告要件尚有不當之處。雖然最終違法結論並無違誤,仍建議公平交易委員會在未修正第 25 條處理原則情況下,應更為細膩的處理關鍵字廣告案件,避免僅著重於形式認定,而忽略處分理由及事實上出現矛盾的現象。

4.3.1.3. 類型 3:使用關鍵字廣告涉及廣告不實

有學者認為,如果廣告主如果使用競爭事業的商標文字作為關鍵字廣告,容易使交易相對人或潛在交易相對人誤認廣告主提供的商品或服務係由競爭事業所提供,而對於網站經營者的主體同一性或商品同一性產生誤認,屬於就足以影響交易秩序之商品或服務之來源、品質或製造者等為虛偽不實或引人錯誤之表示,則應依公平交易法第 21 條予以規範。例如東森購物案,因為不致引起消費

者對網站經營者產生誤認,應適用公平交易法第25條規定,至於克麗緹娜案、 家樂福案及詮星案將使經營主體產生混淆,則應適用公平交易法第21條規定¹⁰⁰。

有學者同樣批評我國法院或公平交易委員會對於關鍵字廣告案件僅採形式認定,未注意區別廣告態樣之差異,例如統一健身俱樂部案可能涉及比較廣告問題。於多數案件中均認定廣告主有藉此導引潛在交易相對人到訪自身網站、榨取他人努力成果情事,而以公平交易法第25條規定處理¹⁰¹。

本文亦認為關鍵字廣告應可依據廣告整體內容及予人印象,先行判斷是否為不當比較廣告或廣告不實,涉及公平交易法第21條規定。倘是,則無再以公平交易法第25條補充規範之餘地。至於現階段關鍵字廣告涉及公平交易法第21條規定之類型包含東森購物案¹⁰²、統一健身俱樂部案¹⁰³、大買家案¹⁰⁴及古洛奇案¹⁰⁵。

在東森購物案中¹⁰⁶,公平交易委員會雖然已於處分書內敘明「案關文案『東森購物熱賣商品盡在 momo www. momoshop. com. tw』……予人印象為被處分人網站涵蓋檢舉人所有熱賣商品,只要連結到 momo 網站就可買到東森購物所有熱賣的商品」等文字,顯然公平交易委員會也認為案關廣告予人印象較近似於比較廣告。但公平交易委員會並未以公平交易法第 21 條論處,最終仍以關鍵字廣告可能造成檢舉人的商譽被攀附,而稀釋或減損檢舉人的經濟價值或顧客吸引力,屬於榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第 25 條規定。

在統一健身俱樂部案中,被處分人香港商世界健身事業有限公司台灣分公司經營「World Gym」健身中心,就其競爭事業表徵之「統一健身」文字,委託廣告代理商向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「統一健身」的搜尋結果呈現「不用再找統一健身俱樂部 World Gym 七天會員體驗,獨家健

¹⁰⁰ 胡仲男,同註49,頁165。

¹⁰¹ 陳皓芸,同註 37,頁 127-128。

¹⁰² 公平交易委員會公處字第 099133 號處分書。

¹⁰³ 公平交易委員會公處字第 104079 號處分書。

¹⁰⁴ 公平交易委員會公處字第 105025 號處分書。

¹⁰⁵ 公平交易委員會公處字第 108026 號處分書。

¹⁰⁶ 本案事實詳見本文 3.4.2.可能符合商標合理使用之態樣。

身器材 每週開課數十堂,立刻加入動起來」等文字,點擊廣告則連結至被處分 人網站。公平交易委員會同樣在處分書內敘明「案關關鍵字廣告多由『不用再找』 等字眼及前述檢舉人之相關營業表徵結合而成,予一般網頁瀏覽者之印象為被處 分人具有優於檢舉人之健身器材或課程等服務內容之意涵,以此吸引民眾點入查 看。故案關關鍵字廣告係藉與檢舉人相關之營業表徵連結而成之具爭議廣告用 語,已有致交易相對人棄檢舉人而選擇參加被處分人會員,令檢舉人蒙受潛在客 戶流失之虞」,也認為廣告使用「不用再找」的描述方式,予人印象被處分人提 供的健身中心服務優於檢舉人,具有比較廣告性質。但公平交易委員會最終卻仍 以該關鍵字廣告將增加被處分人網站曝光率,以提升自身交易成功之可能性,認 定構成榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。

在大買家案中,被處分人遠百企業股份有限公司經營量販賣場及網路電子商務,就其競爭事業大買家股份有限公司之事業名稱「大買家」¹⁰⁷文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「大買家」的搜尋結果呈現「愛買線上購物—比大買家划算」等文字,點擊廣告則連結至被處分人網站。經公平交易委員會認定,案關關鍵字廣告予人印象為於愛買線上購物購買商品較大買家花費更少、享受服務較優,但被處分人無法提出宣稱「比大買家划算」之資料或事證,廣告就商品之內容為引人錯誤之表示,違反公平交易法第 21 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,經法院判決駁回¹⁰⁸。

在古洛奇案中,被處分人銷售電動床墊商品,就其競爭事業註冊取得商標權的「古洛奇」文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「古洛奇」的搜尋結果呈現「舒適睡眠館-各式古洛奇-各式電動床,床墊,歐式鍛鐵床」、「舒適睡眠館古洛奇-唯有到舒適,才能買到最棒的床」等文字,點擊廣告則連結至被處分人經營的「舒適睡眠館」網站。經公平交易委員會認定,就

¹⁰⁷ 經查詢經濟部智慧財產局商標資料檢索服務,大買家股份有限公司註冊「大買家」墨色商標圖案,所使用商品類別與商品(服務)名稱為網路購物(電子購物),電腦及其週邊設備、電腦軟體之零售,家具及裝設品零售,圖書、文教、康樂用品之零售,建材零售。。

¹⁰⁸ 臺北高等行政法院 105 年訴字第 790 號判決及最高行政法院 106 年判字第 299 號判決。

案關關鍵字廣告整體內容觀察,足以人誤認舒適睡眠館有銷售「古洛奇」品牌之各式電動床墊之認知,但實際上舒適睡眠館網站並無銷售該品牌相關商品,故被處份人就與商品相關而足以影響交易決定之事項,為虛偽不實及引人錯誤之表示,違反公平交易法第 21 條規定。另本案被處分人循序提起行政訴訟,經法院判決駁回¹⁰⁹,並於判決書指出「關鍵字廣告包含『古洛奇』、『古洛奇電動床』、『古洛奇電動床墊』、『德國古洛奇』在內,致使廣告呈現結果攀附於古洛奇公司使用之『古洛奇』商標,足令網路使用者產生原告所經營舒適睡眠館有銷售古洛奇品牌各式電動床墊之錯誤認知,進而點擊前往原告網站瀏覽,核屬就與商品相關而足以影響交易決定之事項,為虛偽不實引人錯誤之表示,已構成公平交易法第 21條第 1 項之違反」。

4.3.1.4. 類型 4:使用關鍵字似作為描述性使用

本類型指關鍵字廣告內容雖包含他事業商標或表徵的文字,但關鍵字於廣告整體文案的前後文意自然,似僅作為一種描述性用語,未用於指定特定商標或表徵所表彰之營業主體或商品或服務之來源。此類型包含出一張嘴案¹¹⁰、幸福空間案¹¹¹及本文曾舉例說明的「美加留學」¹¹²等。

在出一張嘴案中,智慧財產法院認為關鍵字廣告「出一張嘴來吃燒烤」等文字,足使消費者誤認廣告主經營之狠生氣燒肉火鍋與出一張嘴燒肉火鍋是同一系列的餐廳或具有加盟關係,構成榨取他人努力成果之顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。

在幸福空間案(智慧財產法院第一審判決)中,經法院審理認定「訴外人基倍公司之廣告雖為『還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛

¹⁰⁹ 臺灣臺北地方法院 108 年度簡字第 194 號行政判決。

¹¹⁰ 智慧財產法院 99 年度民商上更(一)字第 5 號民事判決。本案事實詳見本文 3.1.2.司法實務對於設定他人商標作為關鍵字廣告之評價。有關上訴人主張被告以其商標作為關鍵字廣告涉及違反公平交易法規定,此部分經最高法院廢棄發回更審,由智慧財產法院作成此案判決。但上訴人同時主張關鍵字廣告涉及商標侵權乙節,經智慧財產法院 98 年度民商上字第 11 號民事判決駁回確定。

¹¹¹ 智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決。

¹¹² 詳參 3.4.2 可能符合商標合理使用之態樣。

圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃』(見北院卷第 31 頁),然廣告內文中『幸福空間』一詞係作為描述性使用,用以形容該設計團隊將會為消費者創造幸福的空間及氛圍,而非將『幸福空間』作為公司名稱或指示其服務之來源」。

本文贊同智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決對於幸福空間案之見解,關鍵字廣告確實有可能作為描述性用語的討論空間,不能單純的依靠形式審查,將設定他人商標或表徵文字作為關鍵字廣告者,一律視為不當攀附他人商譽情形。至於出一張嘴案之關鍵字廣告呈現「出一張嘴來吃燒烤」或「出一張嘴哈根答司冰淇淋吃到飽」等內容來看,雖有使用競爭事業「出一張嘴」商標文字,但廣告整體前後文意順暢自然,予人的印象重點停留在「吃燒烤」或「哈根答司冰淇淋吃到飽」等商品或服務,則「出一張嘴」在廣告中似乎較接近一種描述性用語。換言之,廣告主基於行銷與競爭事業同一或類似商品或服務為目的,將競爭事業之商標文字作為關鍵字廣告,且將商標文字使用於廣告文案中,即可能涉及「混淆誤認之虞」爭議(例如智慧財產法院 99 年度民商上更(一)字第 5 號民事判決認為出一張嘴案有使人混淆誤認兩者具加盟關係),但若廣告主並非將特定商標文字用於表彰自身商品或服務的來源,僅作為描述性或指式性合理使用,則廣告主可依商標法第 36 條主張商標侵權的抗辩事由,而不受商標權之拘束。4.3.1.5. 類型 5:設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字

在實務上也常見廣告主僅單純購買他人商標或表徵文字作為關鍵字廣告的 觸發機制,但廣告標題或文案內容並未呈現特定關鍵字的情況。換言之,特定關 鍵字僅於搜尋引擎內部無形使用,並未呈現於廣告內容中。實務上將此類型關鍵 字廣告稱為「帶出型關鍵字廣告」¹¹³。

例如在 **0&CO** 案¹¹⁴中,廣告主就競爭事業註冊取得商標權的「OLIVIERS&CO」及「O&CO」文字,向 Google 購買關鍵字廣告,使網路使用者於 Google 輸入「O&CO」或「Oliver&co」的搜尋結果呈現廣告標題「〈廣告〉www. wko. com. tw/皇嘉橄欖

¹¹³ 智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決。

¹¹⁴ 臺灣臺北地方法院 109 年聲判字第 38 號刑事裁定。

油/Oro_Bailen」及文案內容「西班牙王室御用,第一品牌,冷壓初榨橄欖油首選,蟬聯世界最佳橄欖油,米其林餐廳推薦款式,皇嘉冷壓初榨橄欖油,Oro bailen,西班牙王室橄欖油,御用 Extra virgin 橄欖油」等文字,前揭廣告文案中均無使用「O&CO」或「Oliver&co」等關鍵字。而被告為維娜斯公司負責人的刑事案件¹¹⁵中,判決書載有「104年12月17日在 Google、Yahoo!奇摩搜尋引擎網頁以『瑪麗蓮』執行搜尋,第一筆出現之『維娜斯塑身衣週年慶優惠中-venussecret.com.tw』、『維娜斯推推指限時優惠中-venussecret.com.tw』等廣告文案」,即同樣使用「瑪麗蓮」文字作為搜尋關鍵字,但廣告文案未呈現的情形。

此外,本文嘗試使用「維娜斯」作為關鍵字搜尋,在 Google 搜尋結果頁面結果除維娜斯公司本身的塑身衣廣告外,並依序顯現其他 3 則關鍵字廣告,包含廣告標題「【KS 蠶絲塑身衣】產後塑身衣首選-【KS 蠶絲塑身衣】量身訂製…」及內容「量身訂製塑身衣特賣,門市塑身現品衣一件特價 3000-5000 元,老師傅合身車縫,現挑現選馬上帶走」、廣告標題「蘿琳亞塑身衣 拉近妳與瘦的距離-擺脫虎背熊腰與討厭小肉肉」及內容「獨家專利 S 拉繩,一拉少 6 吋;後背軟鋼支撑腰椎,駝背腰痠不再來!完美雕塑體型,找回美麗窈窕曲線」、廣告標題「瑪麗蓮塑身衣 週年禮讚-女神零死角 第二件 0 元-marilyn.com.tw」及內容「輕鬆養成魔鬼曲線,連身塑身衣及膝款+纖腿套即享 0 元加購塑身衣,數量有限,立即訂 GO!」等文字,前揭 3 則關鍵字廣告均銷售塑身衣商品,顯然是維娜斯公司的競爭事業以其註冊取得商標權¹¹⁶且同時為事業名稱表徵之「維娜斯」文字,向 Google 購買關鍵字廣告。但經檢視前揭 3 則廣告文案的標題及內容,均無顯現「維娜斯」文字,如下圖:

(圖三)

-

¹¹⁵ 臺灣臺北地方法院 107 年聲判字第 287 號刑事裁定。

¹¹⁶ 經查詢經濟部智慧財產局商標資料檢索服務,維娜斯國際有限公司註冊「維娜斯」墨色商標圖樣,所使用商品類別與商品(服務)名稱為束褲,束腹內衣,束腰,罩杯,胸罩襯墊,內衣,內褲,緊身褡,馬甲,泳衣,韻律服。

設定 丁具

Q 全部 및 圖片 ♥ 地圖 ■ 新聞 ▶ 影片 : 更多

約有 12,900,000 項結果 (搜尋時間: 0.62 秒)

廣告·www.venussecret.com.tw/維娜斯/周年慶 ▼

【VENUS 維娜斯】週年慶驚爆價 - 首購50%Off 還等什麼 立即...

女神小S維持黃金S曲線的塑身法寶,讓時間不在身上留下任何痕跡,不能錯過好機會,美麗投資

♥ 台北市中川區復興南路一段36-6號 - 02 2731 8277 - 營業時間及服務項目可能會有所不同

立刻擁有完美的窈窕曲線

各大百貨 門市據點 旗艦店 全台各大專櫃 貼心為您服務

網路口碑推薦 真心分享

產後媽咪一致推薦,成就女神完美體態 維娜斯 顛覆你對塑身衣的刻版印象

廣告·www kstaiwan com/▼

【KS蠶絲塑身衣】產後塑身衣首選 - 【KS蠶絲塑身衣】量身訂製...

量身訂製塑身衣特賣,門市塑身現品衣一件特價3000-5000元,老師傅合身車縫,現挑現選馬上帶

廣告・www.lolinya.com.tw/ ▼

蘿琳亞塑身衣 拉近妳與瘦的距離 - 擺脫虎背熊腰與討厭小肉肉

獨家專利S拉繩,一拉少6吋;後背軟鋼支撐腰椎,駝背腰痠不再來!完美雕塑體型,找回美麗窈 窕曲線

廣告・event.marilyn.com.tw/ ▼

瑪麗蓮塑身衣 週年禮讚 - 女神零死角 第二件0元 - marilyn.com.tw 輕鬆養成魔鬼曲線,連身塑身衣及膝款+纖腿套即享0元加購塑身衣,數量有限,立即訂GO!

至於公平交易委員會過往曾處分台大小博士有限公司案117,被處分人不當使 用他人著名商標「104」文字於網頁檢索標籤(meta tag)內,且網頁標題標籤 表示「104家教全國小博士 TUTOR」「104台大小博士家教中心」等,即可能對於 一零四資訊科技股份有限公司已註冊取得商標權之「104人力銀行」構成淡化, 或與該公司所推出之「104家教網」產生混淆。相反的,類型 5 關鍵字廣告雖同 樣運用網路內部機制及商標文字,但搜尋頁面呈現之左上角已標註「廣告」文字, 或於廣告文案內說明廣告主來源(如前揭「蘿琳亞」塑身衣),提供更多元資訊 而可能產生促進競爭效果,則不宜直接認定構成混淆誤認或攀附他人商譽情形。

4.3.2. 實務案例檢討

綜合前揭分析比較,本文認為關鍵字廣告案件有必要區別「使用商標」及「使 用表徵」不同,且各種關鍵字廣告案件依其廣告呈現方式、內容及整體廣告予人

¹¹⁷ 公平交易委員會公處字第 095035 號處分書。

印象等情節,可能觸及不同法律效果,整理如下表所示:

情節	使用商標	使用表徵	備註
類型1使用關鍵字	商標法第68條	公平交易法第	
造成狹義混淆誤		22 條第 1 項	
認			
(用於類似商品			
或服務)			
廣義混淆			若有商標淡化情況,涉
(用於非類似商	N/I	泛	及商標法第 70 條規
品或服務)	N IN	X X	範,但目前實務案例多
			為購買競爭事業商標,
			尚未發生此類型
類型2未混淆誤認	公平交易法第	公平交易法第	包含關鍵字廣告所涉
來源但不當攀附	25 條	25 條	及商標法上「初始興趣
他人商譽			混淆」理論,亦屬於此
(「搭便車」行為)	0,73/		類型
類型3使用關鍵字	公平交易法第	公平交易法第	
涉及廣告不實	21 條	21 條	
類型4使用關鍵字	商標法第 36 條	公平交易法第	
似作為描述性使	商標合理使用	22 條第 3 項	
用			
類型5設定關鍵字	不構成違法	不構成違法	
但廣告內容未顯	(非「商標之使		
現關鍵字	用」)		

4.3.2.1. 優先適用商標法規範

在「類型1:使用關鍵字造成狹義混淆誤認」情形,若關鍵字廣告係使用商標者,應循商標法保障商標權人權益,不宜再以公平交易法重複保護。另若關鍵字廣告係將未註冊之著名表徵使用於相同或類似之商品或服務,使人產生狹義混淆誤認者,基於同等保護概念,則應依公平交易法第22條規定保護表徵所有人,賦予相同的民事權利,亦不宜再以公平交易法第25條予以規範。

4.3.2.2. 公平交易法第25條規定之補充

從實務案例中可以發現,使用他人商標作為關鍵字廣告,可能因為廣告主與商標權人皆為著名商標而不致使相關消費者產生混淆誤認,不構成商標侵害。但廣告主藉其競爭事業商標知名度,以推廣自己商品或服務之「搭便車」行為,顯具有商業論理非難性,涉及不公平競爭行為,則應以公平交易法第25條補充商標法所未涵蓋之處。

另鑑於本文歸納公平交易法第 25 條對於關鍵字廣告的保護態樣為「未混淆 誤認來源但不當攀附他人商譽」,則第 25 條處理原則對於關鍵字廣告的例示規範 「使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係」要件,似乎有不妥當之處,反而導致 公平交易委員會在個案事實及處分理由的論述上產生若干矛盾,建議應回歸廢止 前「公平交易委員會對於公平交易法第二十條案件之處理原則」第 16 點第 1 項 規定:「下列各款情形,於未符合本法第 20 條規定之構成要件時,得以違反本法 第 24 條規定處理之: (一) 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。(下略)」之意旨,作為關鍵字廣告案件運用公平 交易法第 25 條規範之論理依據。

4.3.2.3. 呈現廣告不實應優先運用公平交易法第21條規定

學者普遍認為關鍵字廣告案件應就個案判斷是否有公平交易法第 21 條之適用。本文亦認為公平交易委員會早期在東森購物案及統一健身案中,事實上已知悉並於處分書載明廣告整體予人印象主要是針對競爭事業提供的「商品數量」或「服務品質」進行比較,藉廣告傳達廣告主商品或服務的優勢與價值。其廣告性

質屬於「比較廣告」,應依公平交易法第 21 條予以評價,不得接引公平交易法第 25 條規定,避免有擴張公平交易法執法權限之虞。另公平交易委員會在近期處 分大買家案及古洛奇案中,似乎已經較為審慎的區別關鍵字廣告所產生的不同態樣,並回歸公平交易法第 21 條處理,應值得肯定。

4.3.2.4. 關鍵字廣告仍有促進競爭之可能

有學者認為,關鍵字廣告不當然構成攀附他人商譽行為,因為關鍵字廣告可能使網路使用者降低搜尋成本,提供更多元的資訊,達到促進廣告主與商標權人或表徵所有人間競爭效果。因此有必要區別不同個案類型及給予不同評價,以避免擴大公平交易法第 25 條補充原則的適用範疇,過度保障商標權人或表徵所有人的排他性權利¹¹⁸。

本文亦認為並非一經使用競爭事業的商標或表徵文字作為關鍵字廣告,即謂當然構成榨取他人努力成果之顯失公平行為。例如「類型 4 使用關鍵字似作為描述性使用」情況,若廣告使用關鍵字僅作為描述性用語等合理使用情形,則不宜認為當然違法。又或者關鍵字廣告主如果真實、正確的提供比較廣告資訊,用以吸引競爭事業之交易相對人或潛在交易相對人改變選擇,則應認為是合理使用競爭事業的商標或表徵文字,有助於達到促進競爭效果。

另本文所整理「類型5:設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字」情況,應亦有助於競爭。從前揭舉例說明的「維娜斯」關鍵字廣告來看,網路使用者如果於Google 輸入「維娜斯」搜尋,實際上可以發現其他銷售相類似塑身衣商品的競爭事業,且甚至達到3家維娜斯公司之競爭事業同時購買「維娜斯」文字作為關鍵字廣告。換言之,網路使用者如果有意選擇塑身衣商品,雖然只搜尋「維娜斯」文字,但卻可以快速查得提供同類似商品或服務之其他競爭品牌,並可以進一步獲悉不同品牌的價格(如瑪麗蓮品牌宣稱第2件0元)或品質(如蘿琳亞品牌宣稱獨家專利 S 拉繩)等重要交易資訊。此類型之關鍵字廣告不僅不會導致混淆誤

_

¹¹⁸ 陳皓芸,同註 37,頁 130-131。

認或不當攀附他人商譽,甚至於明顯有助於網路使用者降低搜尋成本,促進塑身衣品牌業者就價格或品質之正當競爭。

4.4. 小結

依據相關學說及公平交易委員會實務見解,公平交易法與商標法為維護市場公平競爭,對於事業表徵之保護均訂有相關規範。公平交易法對於事業表徵之保護,可分為公平交易法第 22 條禁止商品或服務仿冒混淆行為,以及公平交易法第 25 條禁止榨取他人努力成果之顯失公平行為。其中公平交易法第 25 條相對於公平交易法第 22 條之補充原則地位,對於未符合公平交易法第 22 條規定構成要件之攀附商譽、高度抄襲等榨取他人努力成果行為,係依公平交易法第 25 條規範理。另公平交易法亦可補充商標法所未涵蓋之處,以建立不公平競爭之完整規範架構。

對於本文關注之關鍵字廣告議題中,廣告主如使用他人商標文字或事業名稱等表徵作為關鍵字廣告,可能衍生相關消費者對於商品或服務來源混淆誤認,或不當攀附商譽之「搭便車」行為。經整理關鍵字廣告違反公平交易法規定之實務案例,就其違法情節、違法條文以及廣告呈現方式等,本文歸納分為5種類型: (一)使用關鍵字造成狹義混淆誤認;(二)未混淆誤認來源但不當攀附他人商譽;(三)使用關鍵字涉及廣告不實;(四)使用關鍵字似作為描述性使用;(五)設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字。

其中「類型1:使用關鍵字造成狹義混淆誤認」為智慧財產法院認定廣告主使用他人商標文字作為關鍵字廣告,已構成商標侵害之類型,包含瑪麗蓮案及詮星翻譯社案。另若就類似事實同等評價之概念進行區分,本文認為關於 G 妹遊戲案及 9388 酷玩線上案,可能係使用他人未註冊之著名表徵文字作為關鍵字廣告,且構成狹義混淆誤認,涉及違反公平交易法第 22 條規定。又此類型應依商標法第 68 條及公平交易法第 22 條途徑救濟,不宜再以公平交易法第 25 條重複保護。

其次「類型2:未混淆誤認來源但不當攀附他人商譽」主要係網路世界中,

關鍵字廣告雖使用他人商標或未註冊之表徵等文字,但網路使用者點擊瀏覽廣告所導引的廣告主網頁後,容易察覺該網站並非商標權人或表徵所有人的網站,而不致產生混淆誤認之虞,包含克麗緹娜案、家樂福案、台灣大哥大案、台灣大哥大人。 大4G 案、捷鉞案及 megatran 案。但此種「初始興趣混淆」情形,仍已嚴重侵害商標權人或著名表徵所有人權益,違反商業倫理的不正當競爭,將可能造成市場上的仿效或跟進效應,墊高消費者搜尋正確資訊的成本。為制止不當攀附商譽之「搭便車」行為,應透過公平交易法第25條加以規範,作為補充商標法規範未涵蓋之處。

另「類型 3:使用關鍵字涉及廣告不實」主要以廣告文案整體予人印象而論, 包含東森購物案、統一健身俱樂部案、大買家案及古洛奇案。考量公平交易法第 25 條僅為補充原則,本應以公平交易法其他條文為優先適用,則關鍵字廣告如 果呈現比較廣告類型,確實應優先以公平交易法第 21 條論處為宜。而隨著關鍵 字廣告相關案例持續累積,公平交易委員會也有隨之調整處分理由,已改變早期 一律將關鍵字廣告認定構成攀附他人商譽,違反公平交易法第 25 條之見解,值 得贊同。

至於「類型 4:使用關鍵字似作為描述性使用」包含出一張嘴案及幸福空間案(智慧財產法院 101 年民商訴字第 22 號民事判決)、「類型 5:設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字」包含 0&C0 案及本文所舉例「維娜斯」關鍵字等,相關廣告主雖然購買其競爭事業商標或表徵等關鍵字,但該關鍵字似僅作為描述性使用或搜尋引擎內部使用,則廣告可能因為符合一般合理使用,甚至有助於降低網路使用者搜尋成本,達到提升促進競爭效果,而不宜將該等類型亦認定為構成公平交易法之違反。

5. 幸福空間案之檢討

關於關鍵字廣告所衍生的商標法及公平交易法上爭議,本文已經彙整我國過往實務案件及學者提出的相關見解,詳如前述。最後回到本文所關注的幸福空間案來看,本文將嘗試依據先前結論,就法院判決理由是否合理、充份進行探討,並提出相關淺見。

5.1. 商標法部分

本文認為首要必須釐清的是,幸福空間案事實上共有禾林公司等 7 家廣告主,且每家廣告主均使用不同的關鍵字廣告,有分別確認關鍵字廣告類型的必要,以利進一步判斷是否符合「商標使用」行為。例如本文贊同智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決見解,如果屬於「插入型」關鍵字廣告類型,因為廣告主將他人商標文字設定作為關鍵字,且使用商標文字插入於本身廣告當中,應已構成商標使用行為。但法院在審理幸福空間案過程中,並未細究關鍵字廣告不同類型之間的差異,而一律認定不符合「商標使用」行為,頗為可惜。

本文嘗試就幸福空間案判決書所載明的關鍵字廣告內容,自行推測廣告主設 定關鍵字的方式及內容,應該可以分為以下3種類型,且對於是否符合「商標使 用」行為的評價,有決定性的影響:

(一)類型1「帶出型」關鍵字廣告,廣告內容未使用「幸福空間」文字,僅屬搜尋引擎業者內部無形使用,非商標使用行為:1. 禾林公司廣告「禾林室內設計-創造理想空間。空間與人自然共處,生活動線的完美比例,量身打造美學與機能兼具的品味空間」、2. 水相公司廣告「水相設計-紐約視野品味設計。TID台灣十大室內設計師榮獲國家金點設計獎,自然光影住宅建築,前衛商業空間」、3. 肯美公司廣告「二房二廳室內設計不到 34 萬。All Life 室內設計,二房二廳成家專案,讓您花小錢也可以擁有設計師裝潢的家」、4. 未敘明廣告主身分的「李楊桃園室內設計-免費 3D 圖一url. tw」等。

- (二)類型2「帶出型」關鍵字廣告,雖使用「幸福空間」文字,但屬於「商標合理使用」之描述性合理使用或指示性合理使用態樣,符合商標侵害的法定免責事由:1.基倍公司廣告「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」、2.數字公司廣告「幸福空間-首選591裝潢設計」。3.未敘明廣告主身分的「幸福空間觀眾最愛設計師-hhtd.co」等。
- (三)類型3「插入型」關鍵字廣告,已構成商標使用行為:數字公司廣告「幸福空間公司-免費送官網-design. 591. com. tw」及文案內容「上 591 裝潢設計,刊登資訊即免費送官網,免維護,低投入,幸福空間也能接到案!」等。

基於類型1關鍵字主要作為搜尋引擎內部使用,未將關鍵字使用於廣告文案當中,尚不足以使消費者認識特定關鍵字是作為他人商標文字使用,不符合商標使用行為,應可優先排除商標侵害的疑慮。此部分本文與幸福空間案第一審法院見解相同。

其次就關鍵字廣告使用他人商標文字是否構成混淆誤認之虞的判斷,幸福空間案第二審法院認為,包含數字公司等關鍵字廣告中的「幸福空間」文字,僅作為描述性使用,且點擊廣告連結至廣告主網站後,可以區別與幸福空間公司的差別,不致產生混淆誤認之虞。但本文認為有必要單獨就類型 2 及類型 3 關鍵字廣告是否構成混淆誤認之虞加以討論。

有關類型 2 關鍵字廣告「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」及「幸福空間-首選 591 裝潢設計」等文字,整體廣告內容在一般溝通宣傳上為順暢自然的表達用法,並未將「幸福空間」文字用於指示商品或服務來源的功能,屬於一般描述性合理使用類型。至於關鍵字廣告「幸福空間觀眾最愛設計師-hhtd.co」等文字,廣告予人

印象為廣告主的設計風格曾經在幸福空間公司所屬室內設計節目¹中廣受觀眾喜愛,該廣告使用的「幸福空間」文字是用於指示幸福空間公司的商品或服務,藉以傳達廣告主本身所提供設計服務的品質、背景或資歷,並不致造成消費者對於商品或服務來源產生混淆誤認之虞,應屬於指示性合理使用類型。因此,為保障大眾言論自由表達權利,避免商標權排他使用權的過度擴張,類型2關鍵字廣告應認為有商標法第36條法定免責事由的適用,可以作為商標侵權行為之抗辯,而與類型1不符合商標法第6條商標使用要件的情況有所不同,但法院似未於判決書內明確區別類型1與類型2的概念差異。

至於類型 3 數字公司使用的關鍵字廣告「幸福空間公司-免費送官網一design. 591. com. tw」及文案內容「上 591 裝潢設計,刊登資訊即免費送官網,免維護,低投入,幸福空間也能接到案!」等文字,是 Google 在幸福空間案訴訟過程中,繼續將「幸福空間」商標文字銷售予數字公司,而衍生的關鍵字廣告態樣。本文認為「幸福空間公司-免費送官網-design. 591. com. tw」等內容,整體廣告文意略顯突兀,用語較不連貫自然,如果廣告詞句是因為廣告主使用「關鍵字插入」功能所致,則應符合「商標使用」行為。另在考量「幸福空間」為著名商標情形下,該關鍵字廣告將「幸福空間」(或「幸福空間公司」)與「591」並列呈現,似乎有指涉特定營業主體「幸福空間公司」的感覺,而與智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決所載關鍵字廣告「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」案例較為接近,則可能產生「幸福空間」與「591」間具有一定關係之混淆誤認之處,構成商標侵害。然而法院對於數字公司購買關鍵字廣告的事實過程並未明確說明,包含第二審法院不採納數字公司否認選擇「幸福空間」文字作為關鍵字之陳述,以及未載明數字公司是否使用「關鍵字插入」功能,以利認定其具有引起消費者混淆誤認的意圖等,尚難直接接引其他個案比較判斷。

-

¹ 幸福空間有限公司於 2013 年 6 月正式成立電視頻道:幸福空間居家台,網址: https://hhh.com.tw/about/timeline/,最後瀏覽日期: 2020年12月15日。

5.2. 公平交易法部分

本文贊同幸福空間案中最高法院 105 年台上字第 81 號民事判決理由及學者相關見解。關於廣告主使用其競爭事業之商標、事業名稱或其他營業標誌等表徵作為關鍵字廣告,倘未導致混淆但有不當攀附他人商譽等「搭便車」行為,屬於違反商業倫理之顯失公平行為,將造成不公平競爭,且可能墊高網路使用者搜尋成本,應有公平交易法之適用。

然而,有學者已指出,商標法及公平交易法主要對抗事業表徵的混淆誤認之 虞應採取相同、單一概念,才能維持二法的內在關聯性。本文亦認為商標法保障 商標具辨識商品或服務來源之營業主體功能,與公平交易法所欲維護事業不得以 他人具辨識性表徵,引起混淆誤認乃殊途同歸,應以相同審查標準判斷「是否有 混淆誤認之虞」,並在此要件上獲一致結論。因此對於智慧財產法院一方面認定 幸福空間案的關鍵字廣告不致構成商標法上混淆誤認之虞,但另一方面卻又認定 消費者可能會因為忽略未注意「廣告-為什麼會顯示這則廣告?」文字,而產生 混淆或誤認案關關鍵字為幸福空間公司的網站,或與其具有連結關係等違反公平 交易法規定,其判決理由上似乎有矛盾之處。

另本文認為法院未明確區分個別廣告主使用的關鍵字廣告內容、整體廣告予人印象等均有所不同,僅單純考量廣告主等為幸福空間公司的競爭事業身分,即於判決書內一概將案關關鍵字廣告的用途均視為「企圖誤導搜尋上訴人公司特取名稱及商標『幸福空間』之消費者連結到禾林公司之網站」,顯然不恰當。換言之,法院的判決理由似乎可解讀為,只要廣告主一旦使用競爭事業的商標或相關表徵文字作為關鍵字廣告,即當然構成榨取他人努力成果的顯失公平行為,違反公平交易法第25條規定。但法院卻未曾考量以他人表徵作為關鍵字廣告實際上仍有促進競爭的可能性,例如提供正確的比較廣告資訊、減少消費者搜尋成本的功能、提供消費者同類似商品或服務之不同價格或品質的其他選擇等。因此,本文認為應該細究個別關鍵字廣告予人印象,是否有引起消費者混淆誤認或不當攀

附他人商譽之不公平競爭情事,而分別給予不同評價,不應將購買他人表徵文字 作為關鍵字廣告之行為,視為當然違反公平交易法規定。

如果依據本文第 4 章整理過往關鍵字廣告實務案例的 5 種類型分析幸福空間案,可以發現依據關鍵字廣告所呈現的內容,應包含下列 3 種類型:

- (一)類型1設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字:1. 禾林公司廣告「禾林室內設計-創造理想空間。空間與人自然共處,生活動線的完美比例,量身打造美學與機能兼具的品味空間」、2. 水相公司廣告「水相設計-紐約視野品味設計。TID台灣十大室內設計師榮獲國家金點設計獎,自然光影住宅建築,前衛商業空間」、3. 肯美公司廣告「二房二廳室內設計不到34萬。A11 Life 室內設計,二房二廳成家專案,讓您花小錢也可以擁有設計師裝潢的家」、4. 未敘明廣告主身分的「李楊桃園室內設計-免費3D圖-url. tw」等。
- (二)類型 2 使用關鍵字似作為描述性使用:1.基倍公司廣告「還沒選定裝潢風格嗎?犀利設計團隊,為您營造幸福空間氛圍,多元化設計風格、住家、商辦量身規劃」、2.數字公司廣告「幸福空間-首選 591 裝潢設計」。3.未 敘明廣告主身分的「幸福空間觀眾最愛設計師-hhtd.co」等。
- (三)類型 3 使用關鍵字造成狹義混淆誤認:數字公司廣告「幸福空間公司-免費送官網-design. 591. com. tw」及文案內容「上 591 裝潢設計,刊登資訊即免費送官網,免維護,低投入,幸福空間也能接到案!」等。

觀諸類型1廣告內容,禾林公司、水相公司及肯美公司等廣告均未使用「幸福空間」商標文字,而類型2廣告呈現「為您營造幸福空間氣氛」及「幸福空間觀眾最愛設計師-hhtd. co」等內容,僅作為單純描述性用語,屬於一般合理使用。前揭廣告整體予人印象不致使消費者產生混淆誤認,或不當攀附幸福空間公司商譽情形。但法院均將前揭關鍵字廣告視為違反公平交易法第25條規定,本文實難以認同。

至於類型 3 數字公司廣告標題刊載「幸福空間公司-免費送官網-

design. 591. com. tw」等文字,本文認為雖然廣告標題同時已顯現數字公司網址「design. 591. com. tw」,但整體廣告內容似有混淆誤認「幸福空間公司」與「591」2 者具有一定關係的疑慮,而與智慧財產法院 107 年民商訴字第 41 號民事判決所載關鍵字廣告「維娜斯瑪麗蓮 讓老公更愛妳」案例或公平交易委員會公處字第 105098 號處分書所載關鍵字廣告「G 妹遊戲【盛世三國貳】-9388. com」案例較為接近,若單純就數字公司關鍵字廣告文案觀察,則可能構成混淆誤認之虞。

值得一提的是,幸福空間案在第一審法院判決階段所依據的事實,未包含數字公司的關鍵字廣告,因此第一審法院認定禾林公司等廣告主的關鍵字廣告不構成違反公平交易法第25條規定。則第二審法院是否基於Google在幸福空間案爭訟過程中,仍繼續銷售「幸福空間」商標文字並衍生數字公司較具爭議性的關鍵字廣告內容,以致法官最終形成案關關鍵字廣告構成違反公平交易法第25條規定的心證,尚不得而知。

然而,本文認為法院若判斷數字公司關鍵字廣告文案可能使相關消費者產生混淆誤認,則案關關鍵字廣告係使用「幸福空間」商標文字,應依據商標法進行審理。法院似乎陷於關鍵字廣告不符合「商標之使用」行為的立場,導致本應該由商標法處理的混淆誤認之虞,卻強行納入公平交易法予以規範,且忽略兩法間對於混淆誤認之判斷應具有之一致性。另法院亦未詳查數字公司關鍵字廣告呈現「幸福空間公司-免費送官網-design. 591. com. tw」等文字之背後原因,是否起因於數字公司不當使用 Google 提供的「關鍵字插入」服務,以進一步了解該公司是否有使人混淆誤認的意圖,作為提升違反商標法之可能性。

綜上所述,本文認為幸福空間案應該就個別關鍵字廣告之行為及內容分別認定,不宜直接將禾林公司等未使用「幸福空間」文字作為關鍵字廣告之事實,均評價為構成違反公平交易法第25條規定。另數字公司關鍵字廣告所呈現之內容較有疑慮,似乎涉有指涉幸福空間公司,且將他人商標「幸福空間」與自己表徵「591」併列,較可能構成混淆誤認之虞,應優先適用商標法規定。

6. 結論與建議

關鍵字廣告係透過網路使用者自行鍵入關鍵字而呈現廣告的系統機制,能夠精確找出可能的潛在交易相對人,且提供「點擊才有收費」的廣告效益與成本間等價交換等特性,其整體廣告投入金額在2018年及2019年均達到15%以上的成長,顯示關鍵字廣告深受廣告主的追捧,實已成為現今數位廣告極具特色且不可或缺的一環。綜合本文以上討論內容,對於日益興盛的關鍵字廣告市場,以及其衍生商標法及公平交易法的爭議,法院與主管機關實有必要了解其背後機制,才能更為妥適的處理。

首先針對使用他人商標作為關鍵字廣告情形,本文認為不宜直接將關鍵字廣告評價為不符合「商標使用」行為,建議應以是否產生「混淆誤認之虞」為核心,實質判斷是否構成商標侵權行為。並且從智慧財產法院實務案例發展也可以觀察到,隨著案例累積及各界對於關鍵字廣告機制的熟悉,智慧財產法院似乎逐漸改變過往將關鍵字廣告普遍認定不符合「商標使用」行為的見解,已進一步歸納出「帶出型」與「插入型」關鍵字廣告,以及後者符合「商標使用」行為等劃分模式。本文對此較持肯定立場,並認為「帶出型」關鍵字廣告的內容如果使用商標文字,則建議亦應納入實質審查範圍。至於智慧財產法院未來處理關鍵字廣告案件是否能延續前揭見解,頗值得繼續關注。

本文同時認為,倘使用他人著名商標文字作為關鍵字廣告,基於商標法對於著名商標之保護目的,除傳統商標法混淆誤認之虞外,商標權人也可以主張商標淡化規範之適用。換言之,不應排除消費者可能因為對於著名商標的認識或廣告整體文意的了解,而不致發生混淆誤認之虞情況,此時商標權人仍然可以再進一步檢視關鍵字廣告是否有構成商標淡化規範,並提出救濟。同樣的,亦應允許關鍵字廣告行為人主張商標合理使用的抗辯,以形成商標法上對於商標侵害保護的完整架構。

再就關鍵字廣告衍生公平交易法規範之不公平競爭情形而言,本文認為關鍵

字廣告建立於搜尋引擎運作機制之下,確實有可能便利網路使用者取得多元資訊的效益及降低搜尋成本,同時也是競爭事業藉此傳達價格或品質競爭的行銷管道。不可忽略提供正確資訊的關鍵字廣告,實與一般廣告無異,均可能有促進競爭的效果,故不宜一律將購買他人表徵作為關鍵字廣告的行為,即視為當然違反公平交易法。

在此認知前提下,本文整理關鍵字廣告過往違法案件,並歸納出的5種類型分析:(一)使用關鍵字造成狹義混淆誤認;(二)未混淆誤認來源但不當攀附他人商譽;(三)使用關鍵字涉及廣告不實;(四)使用關鍵字似作為描述性使用;(五)設定關鍵字但廣告內容未顯現關鍵字。

本文認為類型 4 及類型 5 與公平交易法規範之不公平競爭行為較無相關,或有助於提供多元資訊、促進競爭,應該可以排除違法疑慮。其次建議應依據個別關鍵字廣告的內容、整體予人印象、呈現方式及是否使用「關鍵字插入」功能等因素,綜合判斷關鍵字廣告是否有涉及類型 1 狹義混淆誤認或類型 3 廣告不實態樣。且應區別類型 1 關鍵字廣告所使用「商標」或「表徵」文字,若將他人商標使用於相同或類似商品或服務造成混淆誤認,實務案例曾評價構成商標侵害,應適用商標法專法規範,避免再以公平交易法重複保護;若屬於未註冊之著名表徵造成狹義混淆誤認,則應相對適用公平交易法重複保護;若屬於未註冊之著名表徵造成狹義混淆誤認,則應相對適用公平交易法第 22 條規定。在以上類型均逐次審酌後,始依公平交易法第 25 條處理關鍵字廣告所衍生類型 2 搭便車行為,一方面作為商標法未涵蓋規範之補充,另亦作為公平交易法其他條文所未涵蓋違法類型之補充。

最後,關鍵字廣告在實務上多元紛歧,予人印象均有所不同,在關鍵字廣告 持續蓬勃發展的當下,建議我國法院及公平交易委員會適時檢討修正相關見解, 釐清不同類型關鍵字廣告差異,以逐漸完善其審酌標準,更一致及妥當的評價關 鍵字廣告行生的相關問題。

参考文獻

一、中文文獻

(一)書籍

- ◆ 公平交易委員會,認識公平交易法,2019年8月,18版。
- ◆ 何之邁,公平交易法要義,2020年7月。
- 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民合著,公平交易法司法案例評析,2015年
 5月。
- ◆ 汪渡村,公平交易法,2010年4月,4版。
- ◆ 黃國亮,網路行銷,2019年9月。
- ◆ 黃銘傑主編,「商標使用」規範之現在與未來,2015年4月。
- ◆ 黃銘傑,競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間, 2009 年 4 月。
- ◆ 經濟部智慧財產局,商標法逐條釋義,2017年1月。
- ◆ 廖義男,公平交易法之釋論與實務《第三冊》, 2017年6月。
- ◆ 廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(一)第一條至第十七條,行政院 公平交易委員會合作研究計畫,2003年12月。
- ◆ 廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條,行 政院公平交易委員會合作研究計畫,2004年11月。
- ◆ 廖義男主持,公平交易法之註釋研究系列(三)第二十五條至第四十九條, 行政院公平交易委員會合作研究計畫,2005年12月。
- ◆ 劉孔中,公平交易法,2005年1月。
- ◆ 劉孔中,比較商標法,2014年9月。
- ◆劉孔中,解構智財法及其與競爭法的衝突與調和,2015年6月。
- ◆ 劉孔中、馮震宇、陳昭華、沈宗倫、王敏銓、扈心沂、陳育廷、謝銘洋,商標權與關鍵字廣告,2018年7月。
- ◆ 陳昭華,商標法之理論與實務,2017年6月,3版。
- 戴國良,數位行銷,2012年8月。

◆ 謝銘洋,智慧財產法,2019年8月,9版。

(二)期刊論文

- ◆ 王美花、張瓊慧,論商標之淡化,智慧財產權月刊,84期,頁68-86,2005 年12月。
- ◆ 林洲富,著名商標之保護對象與目的一評最高法院 106 年度判字第 608 號行 政判決,月旦裁判時報,71 期,頁 38-45,2018 年 5 月。
- ◆ 施錦村、郭冠樟,公平交易法第 24 條構成要件之評析—以最高行政法院判 決為例,公平交易季刊,22 卷 4 期,頁 81-118,2014 年 10 月。
- ◆ 郭雨嵐、林俐瑩, 由 Rosetta Stone v. Google Inc. 案淺論關鍵字廣告之商標法上爭議,萬國法律,185期,頁35-44,2012年10月。
- ◆ 胡心蘭,我們與善良的距離—簡析電商交易平台於商標侵權責任之善良管理 人注意義務,月旦法學雜誌,304期,頁101-115,2020年9月。
- 胡仲男,新型態廣告規範之研究-以公平交易法為中心,公平交易法季刊, 21 卷 3 期,頁 143-190,2013 年 7 月。
- ◆ 許炳華,初始興趣混淆 以美國 Multi Time Machine, Inc. v. Amazon.com. 案為探討核心,萬國法律,212期,頁61-74,2017年4月。
- ◆ 許曉芬,公司名稱與商標使用一評智慧財產法院九十九年度民商上字第八號 判決及其初審判決,月旦法學雜誌,214期,頁265-281,2013年3月。
- ◆ 張哲倫,商標權之性質及其對商標侵權判斷之影響一以「混淆誤認之虞」為中心,智慧財產權,135期,頁33-67,2010年3月。
- 程法彰,論美國關鍵字商標初始興趣混淆的民事責任與我國的議題現況評析
 一以網路搜尋引擎業者與資訊儲存服務提供者為中心,科技法學評論,13卷
 1期,頁115-154,2016年6月。
- ◆ 黃銘傑,商標法與公平交易法關於著名商標及標章應有之規範分工,臺北大學法學論叢,115期,頁171-232,2020年9月。
- 黄銘傑,著名商標之「著名」程度及適用於同一或類似商品(服務)之探討 一從最高行政法院一○一年度判字第四七號判決及司法院一○二年度「智慧 財產法律座談會」「行政訴訟類相關議題」第七號提案及研討結果談起,月旦 法學雜誌,249期,頁221-243,2016年2月。
- ◆ 趙志祥,公平交易法之「商品表徵」研究,公平交易季刊,28 卷 1 期,頁 79-144,2020 年 1 月。

- ◆ 劉孔中,公平交易法對營業標誌保護之研究,公平交易季刊,11 卷 2 期,頁 1-40,2003 年 4 月。
- 劉孔中、薛景文,仿冒表徵及欺罔或顯失公平行為之執法檢討與展望,公平 交易季刊,21卷1期,頁67-108,2013年1月。
- ◆ 劉楚俊、陳姿紫,網際網路產業之垂直整合對公平交易規範的啟示—以廣告 字拍賣市場為例,公平交易季刊,20卷2期,頁117-148,2012年4月。
- ◆ 陳匡正,網路關鍵字廣告的商標使用爭議一評智慧財產法院 100 年度民商訴字第1號民事判決,法令月刊,65卷1期,頁13-38,2014年1月。
- ◆ 陳志民,經濟分析適用於公平交易法之價值、例示與釋疑,財產法暨經濟法, 27 期,頁 47-89,2011 年 9 月。
- 陳宏杰,關鍵字與商標從搜尋引擎到消費者,智慧財產權月刊,111期,頁
 5-24,2008年3月。
- 陳昭華,侵害著名商標之混淆誤認之虞與減損識別性或信譽之虞的關係-智慧財產法院101年度民商上字第11號民事判決,月旦裁判時報,26期,頁44-59,2014年4月。
- ◆ 陳冠中,著名商標與公司名稱之糾葛,萬國法律,205 期,頁 35-41,2016 年 2月。
- ◆ 陳莞青,網路商標侵權案件中網路服務提供者之合理注意義務—以中國淘寶網案為中心,專利師,13期,頁83-114,2013年4月。
- ◆ 陳皓芸,不公平競爭規範與著名表徵的保護—論二○一五年公平交易法修正 後之相關議題,成大法學,第38期,頁1-51,2019年12月。
- ◆ 陳皓芸,商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題—以臺日相關法制比較為中心,公平交易季刊,27 卷 3 期,頁 85-142,2019 年 7 月。
- ◆ 謝國廉,網路關鍵字廣告之商標權侵害爭議一評析美國與歐盟實務對於商標使用之界定,科技法學評論,9卷2期,頁1-43,2012年12月。
- ◆ 簡維克,網路世界中關鍵字所涉及之商標侵權爭議—以美國法的初始興趣混 淆原則與使用為中心,科技法學評論,6卷2期,頁95-137,2009年10月。

二、外文期刊

Jennifer E. Rothman, *Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law*, 27 CARDOZO L. REV. 105 (2005).