

《公平交易季刊》
第 21 卷第 1 期（102/01），頁 67-108
◎公平交易委員會

仿冒表徵及欺罔或顯失公平行為 之執法檢討與展望

劉孔中*
薛景文

摘要

在過去二十年間，國內外經濟情勢劇變，公平法五度修正，商標法七次修正。本文回顧公平法第 20 條仿冒表徵以及第 24 條欺罔或顯失公平相關實務，並探討其中問題點。本文第一個重點是檢討公平會關於公平法第 20 條見解因為商標法修改而必須變更之處，並提出因應商標法修改該條的修正建議：最好是將該條刪除後移入商標法，並進一步合理化商標法。如果繼續維持本條，該條第 1 項第 1、2 款「混淆」改為「混淆之虞」，第 3 款增加「混淆之虞」此項危險之結果。本文第二個重點是檢討公平法第 24 條實務上的重要爭議，並對未來發展之方向提出建議：在公平法的體系架構之下，可適度將消費者保護的職掌與考量納入公平法。至於立法技術，可以在第 24 條增訂第 2 項，規定消費者保護的具體原則或是條列黑名單，或者在第三章增訂一節，專門規範業者與消費者間（B2C）的不公平行為，其中可以包括多層次傳銷以及從公平會實務中提煉出的當然違法行為。

關鍵詞：表徵、欺罔、顯失公平、混淆、消費者保護

投稿日期：101 年 5 月 22 日

審查通過日期：101 年 12 月 24 日

* 劉孔中為中央研究院法律學研究所研究員，清華大學科技法律研究所教授、薛景文為交通大學科技法律研究所助理教授。

一、前言

公平交易法自民國 81 年 2 月施行以來，條忽已過二十一載，在公平交易委員會以及法院的操作下，公平法以及相關實務處理之標準已脫離蹣跚學步的階段，慢慢進入成熟的時期。在此二十餘年間，國內外經濟情勢劇變，公平法五度修正，商標法七次修正，本文第一作者多次為文評析公平法第 20 條仿冒表徵¹以及第 24 條欺罔或顯失公平行為的實務²，當年所提出的觀點是否仍然有效？指出的問題點是否繼續存在？公平會的見解是否會因為商標法的修改而有改變之必要？司法實務有哪些新的見解？公平會近年的處分實務有哪些新的趨勢？引發哪些新的爭議？誠屬有意義的一件事，因此有本文之作。

本文在架構上分成兩大部分，第一部份是整理公平會及法院關於第 20 條仿冒表徵的見解，例如如何界定表徵、相關事業或消費者所普遍認知、相同或類似使用、混淆、如何保護未經註冊之外國著名商標，從而檢討公平會見解因為商標法修改而必須變更之處，並提出展望與建議。第二部份則是整理公平會欺罔及顯失公平行為的判斷標準、將公平會認定適用第 24 條不正當競爭一般條款實務類型化、第 24 條與限制競爭行為以及特定不正當競爭行為之區分，從而檢討公平會實務見解，並提出展望與建議。本文文末結語提醒注意會影響公平法第 20 條及第 24 條未來發展的三個外部因素。

二、仿冒表徵

以往我國商標法可作為商標的營業標識極為有限（商標法第 5 條第 1 項在民國

¹ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，中央研究院、聯經出版公司（2002）。劉孔中，智慧財產權運用與競爭秩序，經濟部智慧財產局，3 版，智慧財產培訓學院教材 27（2008）。

² 劉孔中，「公平交易法第 24 條之研究」，公平交易季刊，第 2 卷第 3 期，1-30（1994）；劉孔中，「論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告」，公平交易季刊，第 8 卷第 2 期，1-36（2002）；Kung-Chung Liu, "Unfair Competition Law in Taiwan," *30(4) International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 377-402（1999）；劉孔中，公平交易法，台北：元照出版社，165-185（2003）。

92 年 11 月 28 日以前限於「文字、圖形、記號、顏色組合或聯合式」，民國 92 年 1 月 28 日以後增加「聲音、立體形狀」，民國 101 年 6 月 29 日以後增加「動態、全像圖」），以及過於強調註冊保護制度，以致著名商標權人可以得到的保障有限，或是無法註冊，或是不能禁止他人單純使用其商標（未以之申請註冊）之仿冒行為，也無法對後者主張損害賠償。改善之道，以修改商標法最為直接有效，但是立法者不願變動商標法基本典範，於是選擇參考當時德、日、韓不正競爭防止法之類似規定，在公平法另闢戰場。

公平法第 20 條「針對目前嚴重之商業仿冒行為，就現行法所未能規範者，而有礙公平競爭之行為」，禁止事業混淆相關大眾所共知之表徵的「商品主體」或「服務主體」³。其中「相關大眾所共知」在 1999 年修改公平法時被改為「相關事業或消費者所普遍認知」，不過在公平會的眼中，「相關事業或消費者所普遍認知」與「相關大眾所共知」意義並無不同，均是「指具有相當知名度，為相關大眾、事業或消費者多數所周知」，只是為使「本條構成要件更為明確」，才作此用語之變動，並無任何實質之改變。此外，公平法第 24 條之概括規定（：「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。」）亦可以而且確實被公平會用來補充第 20 條。

由於商標法並非自外於一般競爭法之外，而是屬於整體競爭秩序的一環⁴，競爭法是可以在商標法不足之處發揮補網之功能⁵。公平法第 20 條的立法固然可以填補商標法規範的漏洞，然而也可能使理應由商標法規範的事項，逸脫到公平法的領域來，而產生體系的紊亂，增加概念區分的困難以及解釋上的複雜性。

實務上運作的結果是，公平法對於相關事業或消費者普遍認知表徵的補充規定已導致某種程度「典範轉換」⁶，也就是相關事業以公平法程序取代商標法的管道。這樣的結果是否妥適，不能無疑。其次，商標法雖然經過幾次修正，不過並沒有放

³ 見公平會 85 年 1 月編印，公平交易法立法目的與條文說明，17。

⁴ BGH GRUR 1980, 79.

⁵ Cornish, "The International Relations of Intellectual Property," *52(1) Cambridge Law Journal*, 53(1993)。相同意旨，亦見於商標法第 1 條之立法說明，見經濟部智慧財產局編印，商標法逐條釋義，6(2004)。

⁶ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版公司，101 (2002)。

棄過度強調註冊保護的制度⁷，因此公平法第 20 條繼續有補網商標法的功能，故仍有必要為其建構可與商標法妥善區隔的理論與體系。

(一)表徵的認定

第 20 條條文本身並沒有定義何謂「表徵」，而公平會所發布之「處理公平交易法第 20 條原則」（101 年 3 月 3 日最後一次修正，以下簡稱第 20 條處理原則）第四點將表徵定義如下：

本法第 20 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。

前項所稱識別力，指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者見諸該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供。

第一項所稱次要意義，指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使相關事業或消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想，該特徵因而產生具區別商品或服務來源之另一意義。

第 20 條處理原則第 7 點規定判斷表徵之考量因素指有下列情形之一者而言：

1. 文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式特別顯著，足以使相關事業或消費者據以認識其為表彰商品或服務之標誌，並藉以與他人之商品或服務相辨別。
2. 文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式本身未特別顯著，然因

⁷ 商標法第 2 條規定，欲取得商標權、證明標章權、團體標章權或團體商標權者，應依本法申請註冊。第 35 條第 1、2 項規定，商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。除本法第 36 條另有規定外，下列情形，應經商標權人之同意：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。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。第 70 條規定，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。三、明知有第 68 條侵害商標權之虞，而製造、持有、陳列、販賣、輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品。

相當時間之使用，足使相關事業或消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想。

第 20 條處理原則第 8 點例示六種可為表徵的情形：姓名；商號或公司名稱；商標；標章；經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀；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。值得注意的是，行政院訴願委員會曾表示功能性設計固然著重技術性甚於外觀，然而其外觀設計若有自由創作空間，仍有可能構成表徵⁸。此外，公平會也承認網站名稱⁹及著作名稱具識別力者得為表徵¹⁰。

第 20 條處理原則第 9 點則舉出五種不具表彰來源，而不能成為表徵的例子：商品慣用之形狀、容器、包裝；商品普通之說明文字、內容或顏色；具實用或技術機能之功能性形狀；商品之內部構造；營業或服務之慣用名稱。公平會裁決不屬於表徵的案例有：勞力士蠔式錶殼、波浪型錶圈¹¹，Chivas Regal 銀色之包裝盒及酒瓶形狀¹²，都彭打火機六面體¹³，酥油燈玻璃容器蓮花座形狀¹⁴，達克金典系列皮面紋飾¹⁵，茶盤上的圖樣¹⁶，等均屬於商品慣用之外觀造型而不具識別性。「凱復樂」抗生素白紫色膠囊，因欠缺商品其他特徵，無法使該顏色產生特別意義，屬於商品普通的顏色¹⁷。蠻牛飲料瓶採用深褐色是出於實用性的考量¹⁸，運動鞋的鞋頭及頂面之縫製技術¹⁹，開關端子排列及底座造型²⁰，以及皮包內隔層設計屬於商品內部構造，均屬於實用或技術性功能，不足以表彰商品來源²¹。肯德基「外帶全家餐 399」屬於商品本身之說明文字，而「紅、白、藍三色系之設色組合」為同業常見的用法，不

⁸ 行政院訴願委員會 (85) 訴字第 00655 號決定書。

⁹ 公平會 (98) 公處字第 098144 號處分書。

¹⁰ 公平會 (81) 公處字第 007 號處分書；(82) 公處字第 024 號處分書。

¹¹ 公平會 (84) 公訴決字第 021 號決定書。

¹² 最高行政法院 89 年度判字第 40 號。

¹³ 公平會 (85) 公訴字第 121 號決定書。

¹⁴ 行政院 (86) 台訴字第 34695 號決定書。

¹⁵ 最高行政法院 88 判字第 3098 號。

¹⁶ 公平會 (82) 公訴字 50456 號決定書。

¹⁷ 公平會 (85) 公訴決字第 067 號決定書。

¹⁸ 公平會 (90) 公處字第 102 號處分書。

¹⁹ 公平會 (83) 公處字第 049 號處分書。

²⁰ 公平會 (84) 公訴決字第 014 號決定書。

²¹ 最高行政法院 88 年判字第 3098 號。

具表徵特性²²。

在次要意義的認定上，公平會曾認定肯德基的「卡啦雞」及「卡啦雞腿堡」具次要意義，而為表徵。公平會考量此兩項商品在一定期間內，出售數量相當可觀，以及廣告行銷費用龐大，最後更佐證第三人所做的調查，認定有相當數量消費者確實會將此二種商品名稱與肯德基速食店連結，足以表彰商品來源²³。最高行政法院同意台北高等行政法院之見解：有高達百分之 89.8 之受訪消費者將不具商品名稱之黃、紅顏色組合之紅茶外包裝設計（無立頓紅茶之文字顯示）聯想為「立頓紅茶」產品，是該「黃色系搭配紅標章」之包裝外觀易使相關事業或消費者自其外觀，產生印象辨別商品之來源而取得「次要意義」，即屬表徵²⁴。又於「免敏奶粉」案，公平會認為免敏雖然為說明性文字，但是多年長期使用於其醫瀉奶粉而與其「安琪兒」商標結合，並投資大量人力物力宣傳，使消費者對於使用「免敏」名稱之醫瀉商品與代表產品單一來源之「安琪兒」產生聯想²⁵，不過最高行政法院認為「免敏」一詞不具「創設性」，還是屬於商品說明，撤銷公平會之處分²⁶。

引發各界較多討論的是，公平會強調著作物之角色必須使大眾能認出是出於單一來源，方能被認為是表徵。然而皮卡丘²⁷以及 HELLO KITTY²⁸，都因為廣泛授權的結果，常在各類媒體出現，以及常被製成各類產品，或是用於各種商品服務之上，以致於消費者已經無法判定對帶有此種圖案商品的來源與是否為出於原授權人，難道就因此不是表徵？

(二)相關事業或消費者所普遍認知

並非所有的表徵均為公平法所保護之標的，第 20 條限於為相關事業或消費者普遍認知的表徵。依據第 20 條處理原則第 2、3 點，本法第 20 條所稱相關事業或消費者，係指與該商品或服務有可能發生銷售、購買等交易關係者而言；所稱相關

²² 公平會 (94) 公處字第 094088 號處分書。

²³ 公平會 (94) 公處字第 094088 號處分書。本案並未提起司法救濟程序。

²⁴ 最高行政法院 93 年判 1158 號判決。

²⁵ 公平會 (86) 公處字第 072 號處分書。

²⁶ 最高行政法院 89 年判字第 3830 號。

²⁷ 公平會 (90) 公處字第 045 號處分書。

²⁸ 公平會公處字 092030 號處分書；公平會公處字 092029 號處分書。

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周知。

公平會認為相關事業或消費者是依據商品或服務而特定，若是商品或服務有專業性或是限於某特定一群消費者，則是否為一般大眾所周知即不重要²⁹。

第 20 條處理原則第 10 點第 1 項明列在判斷是否為相關事業或消費者普遍認知時，應審酌的因素：

1. 以該表徵為訴求之廣告量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。
2. 具有該表徵之商品或服務於市場之行銷時間是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。
3. 具有該表徵之商品或服務於市場之銷售量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。
4. 具有該表徵之商品或服務於市場之占有率是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。
5. 具有該表徵之商品或服務是否經媒體廣泛報導足使相關事業或消費者對該表徵產生印象。
6. 具有該表徵之商品或服務之品質及口碑。
7. 當事人就該表徵之商品或服務提供具有科學性、公正性及客觀性之市場調查資料。
8. 相關主管機關之見解。

在實務上，公平會並沒有逐一考量以上所列之因素，而第 20 條處理原則第 10 點第 3 項也明定，公平會應就第一項所列之考量事項，參照其他相關事項為綜合判斷。公平會曾以「104」³⁰以及「台糖」³¹已經被智慧局評定成著名商標，因而立即推論此二商標已符合「普遍認知」，不再考量第 20 條處理原則所指的其他相關因素。公平會原則上不說明到底要具備何種程度的知名度才算達到「普遍認知」，不過將普遍認知所要求的知名度等同於跟商標法上的著名商標。

實務上認定屬於「相關事業或消費者所普遍認知」的表徵，數量上相當多，包

²⁹ 公平會 (87) 公處字第 107 號處分書曾表示：「被處分人係為一專業投資移民諮詢顧問公司，其所引介有意願投資移民之交易者或潛在交易者，皆為社會中較有經濟基礎之特定階層，而此一特定階層即為本案所謂之「相關大眾」。

³⁰ 公平會 (95) 公處字第 095035 號處分書。

³¹ 公平會 (97) 公處字第 097034 號處分書。

括腦筋急轉彎³²、中泰賓館³³、萬客隆³⁴、中華賓士³⁵、三陽、HONDA、喜美 CIVIC、雅哥 ACCORD、H 形服務標章³⁶、企鵝³⁷、GUINNESS³⁸、特使 SIGMA、特使 SIGMA 圖、三陽圖、Bramax MAX-2、金帝、YAMAHA、兜風及圖、兜風及 GENUINE PARTS³⁹、悅氏及圖⁴⁰、Louis Vuitton⁴¹、LITTLE BOBDOG⁴²、BATMAN⁴³、太古⁴⁴、AVNET⁴⁵、金門特級高粱酒之表徵（白金龍標籤與長頸圓身透明玻璃瓶）⁴⁶、家樂福及「Carrefour 及圖」⁴⁷、黑松沙士⁴⁸、MR. BROWN 伯朗咖啡⁴⁹、萬客隆及「MAKRO」商標及服務標章⁵⁰、「蠻牛及圖」⁵¹、公賣局「參茸酒」之瓶身標籤⁵²、寶島鐘錶⁵³、「台灣塑膠工業」、「台塑石化」⁵⁴、「舒跑運動飲料」外觀⁵⁵、Hugo Boss 生產銷售 Elements Aqua 及 Boss No.1 二款香水之整體包裝⁵⁶、「CARTIER」商標⁵⁷、台灣田邊及其五輪圖⁵⁸、「特級高粱酒」、「金門 38°

³² 公平會 (81) 公處字第 007 號處分書。

³³ 公平會 (82) 公訴字第 50941 號處分書。

³⁴ 公平會 (83) 公訴字第 093 號處分書。

³⁵ 公平會 (84) 公處字第 029 號處分書。

³⁶ 公平會 (84) 公處字第 119 號處分書。

³⁷ 公平會 (85) 公處字第 044 號處分書。

³⁸ 公平會 (86) 公處字第 049 號處分書。

³⁹ 公平會 (86) 公處字第 085 號處分書；最高行政法院 88 年度判字第 3238 號判決。

⁴⁰ 公平會 (86) 公處字第 230 號處分書。

⁴¹ 公平會 (87) 公處字第 016 號處分書。

⁴² 公平會 (87) 公處字第 091 號處分書。

⁴³ 公平會 (87) 公處字第 097 號處分書。

⁴⁴ 公平會 (87) 公處字第 107 號處分書。

⁴⁵ 公平會 (87) 公處字第 163 號處分書。

⁴⁶ 公平會 (87) 公處字第 218 號處分書。

⁴⁷ 公平會 (89) 公處字第 019 號處分書。

⁴⁸ 公平會 (89) 公處字第 063 號處分書。

⁴⁹ 公平會 (89) 公處字第 122 號處分書。

⁵⁰ 公平會 (89) 公處字第 090 號處分書。

⁵¹ 公平會 (89) 公處字第 145 號處分書。

⁵² 公平會 (90) 公處字第 065 號處分書。

⁵³ 公平會 (90) 公處字第 092 號處分書。

⁵⁴ 公平會 (90) 公處字第 122 號處分書。

⁵⁵ 公平會 (89) 公處字第 175 號處分書。

⁵⁶ 公平會認為本案的整體外觀包裝不算是商品表徵，不過被台北高等行政法院 89 年訴字第 1004 號判決撤銷。

⁵⁷ 公平會 (90) 公處字第 115 號處分書。

⁵⁸ 公平會 (90) 公處字第 105 號處分書。

特級高粱酒」及其所使用之「雙龍圖樣」⁵⁹、台灣大哥大⁶⁰、元富證券及「元富及圖」⁶¹、福特汽車⁶²、中華開發及圖、「中華開發」與「CHINA DEVELOPMENT BANK」並列使用⁶³、國泰、國泰世華以及商標的圖樣⁶⁴、「104」⁶⁵、「美最時」⁶⁶、可果美、Kagome 及圖⁶⁷、「3M」、「Scotch-Brite」、「百利」及圖⁶⁸、台糖⁶⁹、蘋果日報、「壹蘋果網路」⁷⁰。

相較之下，被認定非為相關事業或消費者所普遍認知之表徵的數量較少，有：狂油、油王⁷¹、味丹綠力水蜜桃⁷²、「戀」咖啡、鮮奶油⁷³、「BRAVO EXPRESS」呼叫器⁷⁴、磨擦消除劑產品商標「X-1R」⁷⁵、「yageo.com」網域名稱⁷⁶、「金墩米」⁷⁷以及「日盛」眼鏡行⁷⁸。

(三)相同或類似使用的界定

關於相同或類似使用，第 20 條處理原則第五點表示：

本法第 20 條所稱相同或類似之使用，相同係指文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式之外觀、排列、設色完全相同而言；類似則指因襲主

⁵⁹ 公平會 (91) 公處字第 091042 號處分書。

⁶⁰ 公平會 (91) 公處字第 091052 號處分書。

⁶¹ 公平會 (92) 公處字第 092043 號處分書。

⁶² 公平會 (92) 公處字第 092118 號處分書。

⁶³ 公平會 (94) 公處字第 094939 號處分書。

⁶⁴ 公平會 (94) 公處字第 094965 號處分書。

⁶⁵ 公平會 (95) 公處字第 095035 號處分書。

⁶⁶ 公平會 (96) 公處字第 096182 號處分書。

⁶⁷ 公平會 (97) 公處字第 097011 號處分書。

⁶⁸ 公平會 (97) 公處字第 097063 號處分書。

⁶⁹ 公平會 (97) 公處字第 097034 號處分書。

⁷⁰ 公平會 (98) 公處字第 098144 號處分書。

⁷¹ 公平會 (82) 公訴決字第 033 號決定書。

⁷² 公平會 (83) 公處字第 018 號處分書。

⁷³ 公平會 (84) 公處字第 017 號處分書。

⁷⁴ 公平會 (84) 公訴決字第 011 號決定書，最高行政法院 85 年判字第 512 號判決支持公平會的認定。

⁷⁵ 公平會 (85) 公訴決字第 103 號決定書。

⁷⁶ 公平會 90 年不處分決議書。

⁷⁷ 行政院 (90) 台訴字第 049193 號決定書。

⁷⁸ 公平會 (94) 公處字第 094098 號處分書。

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。

「使用」是否包括所有使用表徵的行為，還是限於用在該表徵原所使用的商品或服務類別上，公平會見解有過變動，曾認為商標之使用與服務標章的使用並非相同或類似的使用⁷⁹，需將表徵用在用在該表徵原所使用的商品或服務類別，始能稱之為相同或類似的使用⁸⁰。但在「企鵝商標」案件中，改變看法：「企鵝商標」原被用於服飾商品，而被認為仿冒表徵的乃是使用在錄音帶、雷射唱片的包裝上，公平會還是認為此屬於相同或類似的使用⁸¹。在「悅氏（礦泉水）」商標案中，儘管仿冒表徵的產品為淨水器、電子儀器、企管顧問等等，公平會還是以消費者會誤認二公司為同一事業集團，有第 20 條第一項的適用空間⁸²。

關於判斷是否構成相同或類似的使用，第 20 條處理原則第 12 點設立判斷的原則：1.具有普通知識經驗之相關事業或消費者施以普通注意之原則。2.通體觀察及比較主要部份原則。3.異時異地隔離觀察原則。

(四)混淆的定義及認定

公平法第 20 條條文雖然使用「混淆」一詞，其實並不以實際上產生混淆為必要，只要有產生混淆的可能性即可，也就是混淆之虞。混淆之虞有狹義與廣義兩種，狹義的混淆是指對事業的來源的同一性產生錯誤，將不同事業混同為同一事業。廣義的混淆是對事業的關聯性產生錯誤，也就是說相關大眾雖然知道系爭事業與表徵所標示的事業為不同，但是誤認他們之間有經濟上、組織上或法律上（例如授權或贊助）的關聯⁸³，第 20 條處理原則第 6 點的文字似乎採取狹義的混淆的說法：「本法第 20 條所稱的混淆，係指對商品或服務之來源有誤認而言」。然而公平會在實際案例卻採取廣義混淆的看法，亦即將因為對系爭表徵的商品或服務的關

⁷⁹ 公平會 (85) 公訴字第 069 號決定書。

⁸⁰ 公平會 (84) 公處字 036 號處分書；(87) 公處字第 097 號處分書。

⁸¹ 公平會 (85) 公處字第 044 號處分書。

⁸² 公平會 (86) 公處字第 230 號處分書。

⁸³ 張澤平，「公平交易法第 20 條之研究」，經社法制論叢，313 (1993)；張瑜鳳，仿冒行為之案例研究，三民出版社，12-13 (1995)；劉孔中、謝杞森，「仿冒商品（服務）外觀案件於公平交易法第 20 條、第 24 條適用之研究」，公平會 90 年度合作研究報告五，68 (2001)；賴源河審編，公平交易法新論，元照出版社，335 (2002)；黃銘傑，公平交易法，新學林出版社，485-489 (2002)。

係企業或是關連性產生錯誤而判定為混淆，例如中泰賓館案⁸⁴、企鵝商標案⁸⁵、黑松沙士商品外觀案⁸⁶、台灣大哥大案⁸⁷、福特汽車案⁸⁸、元富證券案⁸⁹、國泰世華案⁹⁰、中華開發案⁹¹、台糖案⁹²、壹蘋果電子報案⁹³。

判斷是否有混淆之虞，第 20 條處理原則第 11 點舉出審酌事項有四：1.具有普通通知經驗之相關事業或消費者，其注意力的高低。2.商品或服務之特性、差異化、價格對注意力的影響。3.表徵之知名度、企業規模及企業形象等。4.表徵是否具有獨特的創意。

於具體的個案中，公平會判斷標準確實不出上述幾個。例如在黑松沙士外觀案⁹⁴，公平會強調沙士的交易相對人為一般消費大眾，其注意力本來就較為有限，並且沙士單價不高，一般消費大眾於選購時會投注的注意力較其他高單價商品為低。同樣的見解也出現在「蠻牛」及「狂牛」案，公平會認為提神飲料的主力消費者為上班族、學生、司機、勞力階層，多於倉促之際購買，施以普通的注意，即有誤認的可能；再者，司機或勞力階層較耗費體力，對商品的注意力可能又更低⁹⁵。

於下列情形，公平會認為並無混淆之虞：在黑松 HEY-SONG 及圖商標與「曼卡羅沙士」案，因為曼卡羅沙士雖然是咖啡色底，也使用上金下白條紋，不過其使用是 U 型條紋，隔離觀察不會將之誤認為黑松沙士⁹⁶。類似的判斷標準也出現在認定「3 年二鍋」、「陳年 38°特級二鍋頭」與「特級高粱酒」⁹⁷、「台利 Good-Scour」菜瓜布與「百利 Scotch-Brite」⁹⁸，以及「可果美」與「可美特」不混淆。於「田邊製藥」案，公平會認為除了包裝上有註明「台灣田邊食品股份有限公司

⁸⁴ 公平會 (82) 公訴字第 50941 號處分書。

⁸⁵ 公平會 (85) 公處字第 044 號處分書。

⁸⁶ 公平會 (89) 公處字第 063 號處分書。

⁸⁷ 公平會 (91) 公處字第 091052 號處分書。

⁸⁸ 公平會 (92) 公處字第 092118 號處分書。

⁸⁹ 公平會 (92) 公處字第 092043 號處分書。

⁹⁰ 公平會 (94) 公處字第 094965 號處分書。

⁹¹ 公平會 (94) 公處字第 094939 號處分書。

⁹² 公平會 (97) 公處字第 097034 號處分書。

⁹³ 公平會 (98) 公處字第 098144 號處分書。

⁹⁴ 公平會 (89) 公處字第 063 號處分書。

⁹⁵ 公平會 (90) 公處字第 008 號處分書。

⁹⁶ 最高行政法院 88 年判字 3989 號判決認同公平會的判斷。

⁹⁷ 公平會 (92) 公處字第 092064 號處分書。

⁹⁸ 公平會 (97) 公處字第 097063 號處分書。

外」，二者所生產的產品種類不同，購買者的動機或需求也均有所不同，不會造成混淆⁹⁹。又即便公平會認定無混淆之虞，而不適用第 20 條第 1 項第 1 款或第 2 款，然使用近似他人表徵的行為，仍有可能構成第 24 條的欺罔或顯失公平。第 20 條處理原則第 16 點規定第 20 條與第 24 條規定之適用原則：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：1. 襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事。2. 抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序。前項情形，於商品外觀係屬公眾得自由利用之技術者，不適用之。

(五)對未經註冊之外國著名商標的保護

對於未經註冊國商標的保護，原訂於商標法第 62 條之 1，但因我國採取註冊保護主義，體系上有所扞格，加上仿冒外國著名商標也屬於不公平競爭的一種，所以改列於公平法第 20 條第 1 項第 3 款，而刪除商標法中的規定¹⁰⁰。然而與第 1 款、第 2 款之規定相較，第 3 款的要件較為簡略，僅有於相同或類似商品上使用相同或類似的商標，並未提到「致他人混淆」。則「混淆之虞」是否為保障未註冊之外國著名商標的前提要件？另外，第 3 款的外國著名商標在我國是否亦須為著名？再者，此種的知名度是否須達「相關事業或消費者所普遍認知」？

公平會在 93 年「PINGU」及企鵝圖樣等商標案明確表示，第一，認定仿冒外國著名商標，只需考慮商標是否相似以及商品是否相似，而不審查二者是否有混淆之虞；第二，外國著名商標在我國也需要有相當的知名度，始為第 20 條第一項第三款之保護客體；第三，所謂的「著名」必須達到「眾所周知」的程度，就文義而言，可認為與「相關事業或消費者普遍認知」相當¹⁰¹。司法實務關於第一個問題，以「明示其一、排除其他」的理由，採取否定的看法¹⁰²；而對第二個問題認為「外國著名標商標」在我國亦須為著名，否則不易認定行為人之社會侵害性，不但調查

⁹⁹ 公平會 (90) 公處字第 105 號處分書。

¹⁰⁰ 見公平會 85 年 1 月編印，公平交易法立法目的與條文說明，17 (1992)。

¹⁰¹ 公平會 (93) 公處字第 093108 號處分書。

¹⁰² 司法院第 38 期司法業務研究會，司法院編「刑事法律專題研究 (十五)」，365 (1998)。

不易，且受外國機關認定的限制¹⁰³；至於第三個問題則尚未表示意見。

(六)因為商標法修改而公平會見解必須變更之處

回顧公平會實務的發展，大抵遵循第 20 條的處理原則，與本文第一作者十年前為文評論時相較，改變並不多。換言之，當時所指出的問題，對公平會實務提出的批評與建議今日仍然存在。例如：表徵的功能應重在區別而非來源，第 20 條處理原則第 4 點應以區別功能取代來源功能，公平會應善用第 3 項本文的規定（「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。」）令其他事業附加適當表徵，以與相關事業或消費者普遍認知表徵區別並避免混淆之虞，以及公平會應不受理財力雄厚表徵權利人的檢舉案件，尤其是在其連證明表徵具有極高知名度之市場調查都未進行的情形，不以有限的行政資源補貼有充分資源以民事訴訟途徑保護其表徵的表徵權利人¹⁰⁴。

以下僅就因為商標法修改而公平會見解必須變更之處加以討論。

1. 不應再允許明知他人著名註冊商標而以其中文字作為自己表彰營業主體或來源之標識

第 20 條處理原則第 14 點第 2 項規定，以普通使用方法，使用依公司法登記之公司名稱，若無積極行為使人與相關事業或消費者所普遍認知之他人營業混淆者，不違反本法第 20 條規定。故公平會曾認為下列情形並無混淆之虞：84 年「異域 II—孤軍」電影名稱與「異域」一書並不混淆，公平會認為電影廣告均止於表明孤軍為異域電影的續集，而不是原著的續集，加上一般大眾觀眾對電影續集多源於對前一集的聯想，不是電影原著，理應不會產生對來源產生混淆¹⁰⁵。「大黑松小倆口」與「黑松」案件，因為兩者的商標圖形顯然有別，文字部份亦不得將「大黑松小兩口」整體割裂解讀，而與黑松二字外觀、讀音、觀念判然不同，不致有混淆之

¹⁰³ 司法院 84 年 4 月 13 日廳刑（一）字 07260 號函，最高行政法院 92 年判字 839 號判決。

¹⁰⁴ 同註 6，第 226 頁以下。

¹⁰⁵ 公平會 (84) 公訴決字第 040 號決定書。

虞¹⁰⁶。在 89 年「萬客隆」案件，公平會認為使用「INTERNET MAKRO」、「網際萬客隆購物網站」與「萬客隆」及「MAKRO」不混淆，理由在於整體觀察系爭網頁，可知該網頁所稱本公司並非萬客隆股份有限公司¹⁰⁷，「MAKRO」為普通名詞，「INTERNET MAKRO」，意指網路之包羅萬象，「MAKRO」在此僅為普通名詞的使用方式，而不是具有識別力或次要意義的特徵，無法表徵服務來源，難認相同或類似的使用。

然而公平會上述見解對於著名商標「異域」、「黑松」、「萬客隆」及「MAKRO」十分不公平，而且導致許多業者紛紛起而效尤¹⁰⁸，因此民國 92 年商標法修正時，以「近年來以註冊商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，因而所生侵害商標權之糾紛，愈來愈多，為求明確，乃有明定視為侵害商標權之態樣之必要，又因係以擬制之方式規範『侵害』之態樣」為由，增加視為侵害商標權之態樣，第 62 條第 1 款規定未得商標權人同意，有下列情形之一者，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或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者。100 年又將之修正為第 70 條第 2 款：「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。」基於公平法與商標法價值判斷不應矛盾的原則，公平會應刪除第 20 條處理原則第 14 點第 2 項規定，不再允許明知他人著名註冊商標而以其中文字作為自己表彰營業主體或來源之標識的行為。

2. 應該以識別性取代特別顯著性

第 20 條處理原則第四點認為「所稱識別力，指某項特徵特別顯著」，這也是

¹⁰⁶ 最高行政法院 86 年判字 2501 號判決認同公平會的判斷。

¹⁰⁷ 公平會 (89) 公處字第 090 號處分書。

¹⁰⁸ 例如「台塑加油站」、「全球寶島鐘錶」，公平會 (90) 公處字第 122 號處分書認為前者與「台灣塑膠工業」、「台塑石化」不混淆，(90) 公處字第 092 號處分認為後者與「寶島鐘錶」不混淆。

老舊的見解。因為商標或表徵的最基本功能在於區別，只要能區別不同產品或服務即可，不需要「特別顯著¹⁰⁹」。商標法與智慧局也逐步邁向以「識別性」取代「特別顯著性」。商標法民國 82 年修改時，第 5 條第 1 項以「應足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別」闡明「特別顯著性」之意義，並增訂第 2 項「凡描述性名稱、地理名詞、姓氏、指示商品等級及樣式之文字、記號、數字、字母等，如經申請人使用且在交易上已成為申請人營業上商品之識別標章者，視為具有特別顯著性。」商標法民國 86 年修改第 5 條第 2 項時後不再使用「特別顯著性」：「不符前項規定之圖樣，如經申請人使用且在交易上已成為申請人營業上商品之識別標識者，視為已符合前項規定。」而僅在其理由提及「顯著性」：「現行第 2 項係屬顯著性之特例，指原不具顯著性之圖樣經當事人之使用而產生顯著性之情形，其適用之項目係以列舉之方式規定，有欠周延。因第 2 項係第 1 項之特別規定，爰引第 1 項作負面概括方式規定，以資周延。」

智慧局編製的商標法逐條釋義經過一番辯證後終於也認為「有區別自他商品之識別力者，為具有特別顯著性」：「二、第 2 項為商標必備屬性之規定，舊法稱為「特別顯著性」，惟何謂特別顯著性？法律並無明文。現行商標法將其定義為「商標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相區別」。此種能讓消費者認識並藉之區別之特性學者有稱為「識別性」者，實與「特別顯著性」相當。商標有無識別性（Distinctiveness）或特別顯著性，究應如何辨別？應從「特別」與「顯著」說起：特別顯著性的用語，我國於清光緒 30 年之「商標註冊試辦章程」即已出現，日本大正 10 年之商標法亦採相同用語。何謂特別顯著？學說上有二種看法，其一是從商標之外觀立論，其二是從商標之識別力立論：主前說者認為商標之外觀需有其特殊性，而特殊性可從兩方面觀察，一就自我商品言，商標有別於商品上之裝飾圖樣亦有別於說明性文字，可引起消費者之注意，另一係與業界之商標比較有其特別性可引起消費者之注意，該商標即因特別而具有顯著性，能讓消費者認知其為商標；惟主後說者認為，特別顯著性，乃商標藉以識別自己與他人商品或服務之能力，是一種相對的概念，不局限

¹⁰⁹ 至於台北高等行政法院 88 年訴字第 1004 號判決之見解，則為一種玄想：商品表徵與商標法第五條第二項所指之商標識別性之意義近似，但並非完全相同，商品表徵之判斷，應視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵存在。

於商標本身之外觀是否特別，應於具體案件中個案認定，需考慮相關消費者認知、與商品或服務之關係、實際交易情況、使用方式等因素，有區別自他商品之識別力者，為具有特別顯著性，反之則無。綜觀本項文義應採此說之見解。」

綜上所述，第 20 條處理原則第 4 點建議修改並精簡為：

本法第 20 條所稱表徵，應足以使商品或服務之購買人認識其為表彰商品、服務、營業、設施或活動之標識，並藉以與他人之商品、服務、營業、設施或活動相區別。

3. 相同或類似使用之判斷因素應增加觀念及聲音

第 20 條處理原則第 5 點規定相同或類似使用之判斷因素為外觀、排列、設色。但是由於商標法已經開放聲音商標之註冊，因此公平法第 20 條所稱相同或類似之使用，應該指使用在外觀、觀念或聲音相同或類似之表徵¹¹⁰，足以造成混淆之虞者。第 20 條處理原則第 5 點規定應與時俱進，增加觀念及聲音兩個判斷相同或類似使用之判斷因素。

4. 判斷表徵之考量因素應增加動態、全像圖及聲音

第 20 條處理原則第 7 點規定判斷表徵之考量因素，僅考慮文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式，但是商標法對於商標成分已經從列舉改採例示的開放方式（「開放任何足以識別商品或服務來源之標識，皆能成為本法保護之客體」），並舉出下列例子：文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等。故建議第 20 條處理原則第 7 點規定判斷表徵之考量因素增加動態、全像圖及聲音。

5. 公平法第20條第1項第1款、第2款規定的商標應該不包括已註冊商標

在 100 年 6 月商標法最新修正後，可以檢討的是公平法第 20 條第 1 項第 1

¹¹⁰ 見劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，五南圖書出版公司（1997）。日本最高法院於 1992 年建立判斷混淆之虞的三個標準：外觀、讀音及觀念；只要有其中一個要素相同，就足以構成混淆之虞，見 Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*, 95, 97-98 (2001).

款、第 2 款是否仍需涵蓋已註冊之商標。公平會向來的實務之見解是本條包括已註冊之商標¹¹¹。如果從減少公平法與商標法的重疊著想，公平法第 20 條規定的商標應該不包括已註冊商標¹¹²。固然民國 92 年以前，我國商標法對註冊商標的保護不充分，不保護其外觀、包裝或商品化使用（例如將平面商標 Hello Kitty 作成立體玩具），並且對已註冊之著名商標的保護也不甚周延，所以勢必仰賴公平法以禁止、取締（而非設定權利）的方法補充商標法之不足。但是 92 年及 100 年的修法擴大商標保護對象，100 年修正的商標法 70 條強化對著名商標的保障，大幅縮小以公平法第 20 條補充商標法的必要。也就是說，商標法第 70 條幾乎可以完全涵蓋公平法第 20 條第 1 項第 1 款以及第 2 款對已註冊著名商標的保護¹¹³，已經不再需要用公平法第 20 條第 1 項第 1 款以及第 2 款重複保障已註冊「著名商標」。

其次，如果商標法第 70 條以及公平法 20 條適用於相同的保護標的，會產生法律競合，而公平法會因為其規定較為嚴峻（第 32 條第 1 項設有超過損害額的賠償金，第 35 條第 1 項所定的最高罰金金額一億元也遠高於商標法第 95 條所定的 20 萬）而優先適用，結果是商標法作為保障商標主要規範的立法目的會被淘空。

要避免上述與商標法立法政策目的背離的情況，可以透過解釋的方式，清楚劃分公平法第 20 條第 1 項跟商標法的適用範圍，第一個可能的解釋是將已註冊商標排除公平法第 20 條第 1 項之外，而優先適用商標法。另一個可能的解釋就是如同上文所建議，要求公平法第 20 條第 1 項中「為相關事業或消費者普遍認知」知名度要高於「著名商標」，為「具極高知名度，為絕大多數相關事業或消費者所知悉」。

6. 相關事業或消費者普遍認知的表徵需具備極高知名度

從知名度大小的觀點來看，商標法「著名商標」與公平法第 20 條「相關事業

¹¹¹ 例如公平會 (83) 公處字第 093 號處分書，(84) 公處字第 038 號處分書，(91) 公處字第 091052 號處分書，(97) 公處字第 097034 號處分書。最高行政法院 89 年度判字第 254 號判決也採相同見解

¹¹² 謝銘洋即採此見解，見氏著從相關案例論公平交易法上表徵之保護，公平會「公平法施行十年回顧與前瞻學術研討會」論文集，296 (2002)。

¹¹³ 儘管在概念上還是可想像出公平法第 20 條的適用空間，譬如以商標文字以外的部份或是非文字商標表彰營業主體的名稱，不過實際上要以非文字作為主體名稱有所困難。

或消費者所普遍認知之表徵」的關係不外乎大於、小於或等於三種，公平會採第三種見解。但是從立法者捨簡潔之「著名商標」，使用極為繞口「相關事業或消費者所普遍認知」觀之，如果將二者視為等於的關係應比較不符合立法者本旨。本於商標問題應儘可能優先依據商標法處理、公平法畢竟只是補充商標法部分不足而不是要取代商標法成為排他效力更強的超級商標法、公平法主管機關公平會介入本屬單純私權利糾紛時應有比較嚴格的門檻要件（以免一方面浪費公平會有限而寶貴的行政資源，另一方面對商標法主管機關的一般業務形成牽制）、公平法第 32 條最高三倍的損害賠償規定高於商標法，避免造成壟斷而對自由競爭限制太大，以及智慧局與智慧財產法院對主張取締減損其商標識別性或信譽之著名商標要求其著名程度較高等考量¹¹⁴，公平法第 20 條之「相關事業或消費者普遍認知之表徵」不僅不應視為等於商標法之「著名商標」，而且更應該認為高於後者，才屬合理的解釋¹¹⁵。因此公平會第 20 條處理原則第 3 點對「相關事業或消費者普遍認知表徵」知名度之要求，應提高到「具極高知名度為絕大多數相關事業或消費者所知悉」¹¹⁶，而為家喻戶曉、童叟皆知的程度，例如中華電信、台電公司等。

¹¹⁴ 智慧局著名商標保護審查基準 3.2 表示：「當二造商標之商品/服務之市場區隔有別且營業利益衝突並不明顯，消費者不會誤以為其係來自相同或相關聯之來源，但如允許系爭商標之註冊，可能會使據爭商標之識別性或信譽遭受損害，此即為商標淡化保護所要解決的問題。由於保護這樣的商標，已跨越到營業利益衝突不明顯的市場，對自由競爭影響很大，並造成壟斷某一文字、圖形、記號或其聯合式等之危險，為降低這樣的傷害與危險，商標淡化保護應限於保護著名程度較高之商標，是以，第 23 條第 1 項第 12 款後段有關商標淡化保護之規定，其對商標著名程度之要求應較前款前段規定為高。而有關於著名商標認定之參酌因素及可檢送之相關證據與前述 2.1.2.1 及 2.1.2.2 相同，但其證據之證明程度要求較高，例如無論是商標使用於其商品或服務的期間與範圍、商標廣告及宣傳的期間與範圍、以該商標銷售商品或服務的數量、金額或地理範圍等，其要求的期間、數量、金額與範圍等均較長、較多及較廣泛。」智財法院 100 年行商訴字第 20 號判決表示：「該條款（按指 23 條第 1 項第 12 款）所稱之著名，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者。又判斷有無減損商標識別性或信譽之虞，其參酌因素有：對商標著名程度之要求應較前款前段規定為高。」智財法院 100 年行商訴字第 29 號判決也表示：「在判斷是否對著名商標之識別性或信譽有減損之虞時，必須先判斷該著名商標是否已不僅表彰於該使用領域內之商品來源及信譽，且係對一般消費者即包括非屬該使用領域之消費者而言，該著名商標亦已代表一定之品質保證或特別之商譽。」

¹¹⁵ 謝銘洋，智慧財產權基本研究，台大法學叢書，287，117（1999）。

¹¹⁶ 商標法及其施行細則第 31 條關於著名商標之定義（本法所稱著名，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者），不需變動。至於公平法第 20 條第 1 項第 3 款對未經註冊之外國著名商標的保護，與 20 條第 1 項第 1、2 款對相關事業或消費者所普遍認知之表徵不同，知名度為相關事業或消費者多數所周知即可（見公平會（93）公處字第 093108 號處分書），不需達為絕大多數相關事業或消費者所知悉之程度。

(七) 展望與建議

展望未來，首先重申本文第一作者之前提出的一項建議：將公平法第 20 條刪除後移入商標法（當然需要進一步合理化商標法）。近年來商標法對於著名商標之保護可以說突飛猛進，再以公平法第 20 條補充保護的必要性甚低，因此根本之計是追隨德國在 1994 年將相當於我國公平法第 20 條的規定從不正競爭防止法移到商標法第 15 條第 2 項的走向¹¹⁷，在商標法一次解決著名商標保護的問題。至於以系統性仿冒他人商標而取得競爭上之優勢或不當榨取他人著名商標之商譽的不正競爭行為，是商標法無法處理的議題，所以應該可以適用公平法第 24 條不正競爭一般條款加以網補，第 20 條處理原則第 16 點規定值得贊同¹¹⁸。

其次，就預防不正競爭之法理及競爭法與商標法法律應維持體系一致性而言，公平法第 20 條第 1 項第 1、2 款使用「混淆」一字，而第 3 款完全不提「混淆」或「混淆之虞」，實屬落後立法，因此建議前者宜改為「混淆之虞」，後者宜增加「混淆之虞」此項危險之結果。

三、欺罔或顯失公平的行為

公平法第三章（章名「不公平競爭」）以禁止不公平競爭為宗旨，先逐條例示

¹¹⁷ 同註 6，215。

¹¹⁸ 公平會公平法第 24 條案件處理原則 7（判斷顯失公平應考量事項）應該在第 20 條處理原則第 16 點規定加以理解。公平法第 24 條案件處理原則 7：本條所稱「顯失公平」：係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」者。其常見之具體內涵主要可分為三種類型：（一）不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為：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。判斷是否為本條所保護之商譽，應考量該品牌是否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。(2) 高度抄襲。判斷高度抄襲，應綜合考量（一）該項抄襲是否達「完全一致」或「高度近似」之程度；（二）抄襲人所付出之努力成本與因而取得之競爭優勢或利益之關聯性及相當性；及（三）遭抄襲之標的於市場競爭上之獨特性及占有狀態。(3) 利用他人努力，推展自己商品或服務之行為。

各種具體的不公平競爭行為，最後才在第 24 條規定禁止不公平競爭的概括條款。公平法第 18 條到第 23 條之 4 是不公平競爭的具體禁止規範，也可以說是第 24 條概括規定的具體案例，彼此之間並不是基於一般規定與特別規定的法律競合關係。反過來看，第 24 條除了為避免第 18 條到第 23 條之 4 有所疏失，而網補後者發生的漏洞之外，還必須處理態樣繁多的新生不公平競爭行為。此外，公平法第 24 條不僅是本法第三章的概括條款，同時也是本法的概括條款，所以不僅補充第三章，而且也補充本法第二章¹¹⁹。然而補充是價值判斷的結果，也就是第 24 條之前第三章及第二章的各條規定發生了就公平法整體目的而言不應該發生的漏洞，才需要以第 24 條網補。至於公平會公平法第 24 條案件處理原則（最後修正 101 年 2 月 6 日生效，以下簡稱第 24 條處理原則）第 4 點：

適用本條之規定，應符合「補充原則」，即本條僅能適用於公平法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別條文規定已充分評價該行為之不法性，或該個別條文規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再依本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定不能為該違法行為之評價規範者，始有以本條加以補充規範之餘地。

並沒有太大意義，因為公平法個別規定是否已窮盡規範該行為，不能僅就各該個別規定判斷，而必須取決於公平法的整體目的。因此只要公平法的整體目的認為有以第 24 條補充的必要，第 24 條就可以介入，對於此種補充不能認為是將事業羅織入罪¹²⁰。

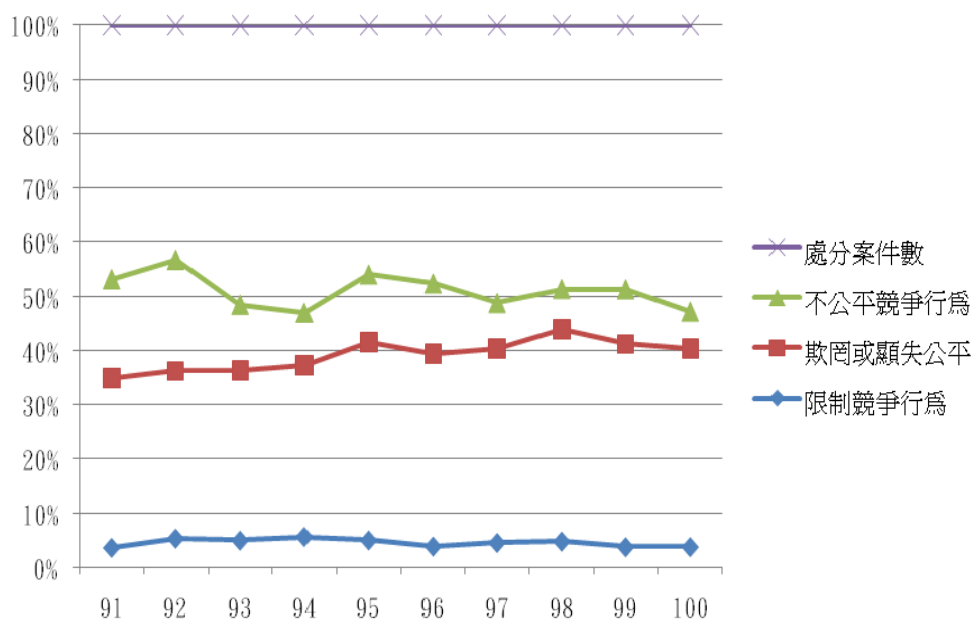
如下表所示，在 91 年至 100 年所有處分案件中，平均有四成以上的案件是依據第 24 條處分，與其他各條相較比例確實較高，因此公平會是否有過度適用甚至濫用第 24 條的情形，值得嚴肅加以審視。以下先簡短說明公平會二十年來對於欺

¹¹⁹ 相同意見參閱廖義男，「行政法院裁判之評析」，國科會專題研究計畫，261-262 (1997)；何之邁，公平交易法實論，355-356 (2002)。另有認為，第 24 條亦可補充消費者保護性質的案件之規範不足，見蘇永欽，「私法自治與公平法的管制－公平法第 24 條的功用與濫用」，月旦法學雜誌，第 70 期，48 (2007)；陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，「公平交易法第 24 條概括條款的檢討」，公平交易季刊，第 10 卷第 2 期，148 (2002)；吳秀明，「競爭法上之概括條款－公平法第 24 條法律適用原則與規範功能之再檢討」，政大法學評論，第 84 期，51-59 (2005)。

¹²⁰ 不同見解請參閱陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，「公平交易法第 24 條概括條款的檢討」，公平交易季刊，第 10 卷第 2 期，131-132 (2002)。

罔或顯失公平的認定標準以及相關案例，再檢討近年較多爭議的案件類型，以審視公平會是否適度劃分第 24 條補充適用的範圍，以及是否已設立發動本條的合理門檻。

表一：各類處分案件之比例



製表資料來源：公平會¹²¹

(一)欺罔或顯失公平行為的判斷標準

第 24 條僅概括規定事業不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，對於此概括條款，類型化具體案例不但有助於法律適用的安定性與可預見性，同時更可以適度控制概括條款之適用範圍¹²²。應如何具體適用 24 條，公平會除了

¹²¹ 1981 年到 1992 年十年間的統計結果也大致相同，詳細資料統計數字見 <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=540>

¹²² 蕭文生，「公平交易法第 24 條相關問題之研究」，公平會 1994 年度委託計畫，劉孔中主持，11 (1993)。

對第 24 條設有一般性的處理原則外，也針對某些容易出現欺罔或顯失公平的交易類型設有特別的行為規範或處理原則¹²³。

從第 24 條處理原則第 2 點及第 3 點觀之，公平會將「足以影響交易秩序」作為發動的門檻，其同時也是劃分公平法與民法、消費者保護法等其他法律相關規定的標準。而依據第 24 條處理原則第 5 點，所謂「交易秩序」是指「符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理之交易行為，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序」。本處理原則第 5 點第 2 段說明認定「足以影響交易秩序」時，應考量是否足以影響整體交易秩序（諸如：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及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項）或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，且以其對交易秩序已實際產生影響者為限，始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。

所謂的「欺罔」，第 24 條處理原則第 6 點第一段指出「行為於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為」。第二段說明「重要交易資訊」，係指足以影響交易決定之重要交易資訊。而引人錯誤的標準為，客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性(而非僅為任何可能)，同時衡量交易相對人判斷能力之標準，以「合理判斷」為基準。所謂「顯失公平」依據處理原則第 7 點，則指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」，具體內涵又分成不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為、以不符合社會倫理手段從事交易之行為，以及濫用市場相對優勢地位，從事不公平交易行為。

(二)具體的行為類型

於此依照第 24 條處理原則第 7 點的分類邏輯¹²⁴，類型化公平會認定為欺罔或顯失公平的行為。

¹²³ 對於外國渡假村會員卡銷售行為之規範說明，對於電話行銷案件之處理原則，對於收視率調查案件之處理原則，對於非法委託家庭式代工處理原則，對於預售屋銷售行為之規範說明，對於升學文理補習班資訊揭露之規範說明，對於大企業對中小企業價金給付案件之處理原則，對於加盟業主經營行為之規範說明。

¹²⁴ 關於第 24 條所規範行為各種可能的分類方式，參見吳秀明，前註 120，65-72。

1. 欺罔之行為

(1) 冒充或依附有信賴力之主體

a. 假借瓦斯公司安檢的名義，假安檢真推銷，使消費者誤認瓦斯安全設備公司為瓦斯公司業者，而購買瓦斯安全設備。早期多於服務名片上署名瓦斯公司¹²⁵，近期則多在服務通知單上強調瓦斯公司的字樣，而以不顯眼之方式註記自己的公司名稱或負責人¹²⁶。

b. 依附於公益團體名義，而於公益活動之際行銷商品¹²⁷。

c. 冒充或依附公家機關或其他有公信力的私人機構，例如以電話指定轉接方式，依附於著名家電舊保證卡所載售後服務訊息¹²⁸，或是宣稱政府要求加裝瓦斯防爆器¹²⁹，或是謊稱受政府機關之委託辦理¹³⁰。

(2) 不實促銷手段

a. 不實贈獎活動，包括未提供或未贈出所宣稱的贈品，或贈品數量嚴重不足¹³¹，或是未說明贈獎活動參加資格或使用條件¹³²等。

b. 提供不實資訊或陳述而促銷，如宣稱渡假村的會員資格可以輕易轉售，甚至可以獲利，誘使相對人作交易決定¹³³，或不實宣稱「贊助清寒學童獎學金」，以招徠訂戶¹³⁴，或對於產品原產地為不實的陳述¹³⁵。

c. 虛偽招募家庭代工，但無意銷售代工成品，目的只在收取權利金費用¹³⁶。

d. 對於電話優惠資費或使用該優惠資費的限制，為不實的說明¹³⁷。

¹²⁵ 如公平會 (82) 公處字 085 號處分書，(82) 公處字第 093 號處分書。

¹²⁶ 如公平會 (91) 公處字第 091040 號處分書，(93) 公處字 09300 號處分書，(98) 公處字 98102 號處分書，(100) 公處字第 100192 號處分書。

¹²⁷ 如公平會 (85) 公處字第 089 號處分書，(86) 公處字第 079 號處分書。

¹²⁸ 如公平會 (82) 公處字第 028 號處分書，(83) 公處字第 067 號處分書。

¹²⁹ 公平會 (93) 公處字第 093085 處分書。

¹³⁰ 如公平會 (93) 公處字第 093022 號處分書。

¹³¹ 如公平會 (83) 公處字第 083 號處分書，(85) 公處字第 026 號處分書，(93) 公處字第 093039 號處分書。

¹³² 如公平會 (85) 公處字第 097 號處分書，(83) 公處字第 113 號處分書。

¹³³ 如公平會 (100) 公處字第 100004 號處分書，(94) 公處字第 094046 號處分書。

¹³⁴ 如公平會 (86) 公處字第 015 號處分書。

¹³⁵ 如公平會 (83) 公處字第 062 號處分書。

¹³⁶ 如公平會 (100) 公處字第 100083 號處分書。

(3) 隱匿重要交易資訊

a. 不當仲介，如隱瞞交易價格，賺取價差¹³⁸，或是不主動告知斡旋金與內政部版要約書的差別¹³⁹。

b. 代工契約未事先告知工作之高技術性、高失敗率，目的在於販售材料¹⁴⁰，或是雖然不硬性規定代工人要向自己購買材料，但並未告知原料之單價以及調配比例等資訊¹⁴¹。

c. 預售屋契約未載明公設比、持分面積或分攤之計算方式¹⁴²。

d. 銷售外國渡假村並未書面說明內容、價格、會員權利、解除契約之權利及方式等資訊¹⁴³。

e. 保險契約未告知理賠條件，或契約成立要件¹⁴⁴。

f. 投標人假借他人名義參與投標，而使招標單位誤信有競爭存在¹⁴⁵。

g. 專利權的範圍與侵害的事實¹⁴⁶。

h. 從業人員的資格¹⁴⁷。

(4) 損害他人的不實資訊

第 24 條處理原則所例示欺罔的類型只有為對自己產品或服務所為之不實陳述或隱匿訊息。對他人產品或服務的品質，或其他信用有關事項為虛偽的陳述，公平會常會同時判定為欺罔及顯失公平。

a. 對他人商品的品質或內容為虛偽不實或引人錯誤的不實比較廣告¹⁴⁸。

¹³⁷ 如公平會 (99) 公處字第 099055 號處分書。

¹³⁸ 如公平會 (85) 公處字第 063 號處分書，(92) 公處字第 092169 號處分書，(93) 公處字第 093068 號處分書。

¹³⁹ 如公平會 (87) 公處字第 078 號處分書，(89) 公處字第 084 號處分書，(93) 公處字第 093059 號處分書，(98) 公處字第 098132 號處分書。

¹⁴⁰ 如公平會 (86) 公處字第 163 號處分書。

¹⁴¹ 如公平會 (91) 公處字第 091020 號處分書，(91) 公處字第 091025 號處分書。

¹⁴² 如公平會 (97) 公處字第 097075 號處分書，(98) 公處字第 098025 號處分書。

¹⁴³ 如公平會 (97) 公處字第 097169 號處分書

¹⁴⁴ 如公平會 (92) 公處字第 092005 號處分書。

¹⁴⁵ 如公平會 (86) 公處字第 089 號處分書，(91) 公處字第 091088 號處分書，(92) 公處字第 092023 號處分書。

¹⁴⁶ 公平會 (82) 公處字第 041 號處分書。

¹⁴⁷ 公平會 (94) 公處字第 094047 號處分書。

¹⁴⁸ 如公平會 (97) 公處字第 111 號處分書，(100) 公處字第 100176 號處分書。

b. 散布不利他人交易機會的不實資訊，如關於專利訴訟的不實訊息¹⁴⁹，或是違法聘任外籍人士¹⁵⁰。

2. 顯失公平的行為

與「欺罔」相較，更多案件以顯失公平為由判定違反第 24 條，然而「顯失公平」概念上更為抽象，於具體案例中之分析則更顯重要。

(1) 不符商業競爭倫理的不公平競爭行為

a. 榨取他人努力成果

又可以細分成：

(a) 攀附他人商譽，多出現於仿冒表徵案件中被認為不構成混淆的情形¹⁵¹，或是系爭商標於該案件中的使用方式不構成表徵¹⁵²，或是稱己身的從業人員來自他人事業¹⁵³，或是宣傳方式給人整體印象是與他人事業有授權合作關係¹⁵⁴。

(b) 利用他人努力，推展自己商品或服務之行為，如使用他人表徵為搜尋關鍵字，或是網路索引，增加自己網站的到訪率¹⁵⁵，或是抄襲他人文案¹⁵⁶、資料庫¹⁵⁷、網站內容¹⁵⁸。

b. 以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為

(a) 不當比較廣告

第 24 條處理原則第七點說明，比較廣告中，對他事業之比較項目為欺罔或顯失公平之行為¹⁵⁹。稍早的案例，公平會並未明確區分欺罔或顯失公平的比較廣告

¹⁴⁹ 如公平會 (95) 公處字第 095011 號處分書。

¹⁵⁰ 如公平會 (98) 公處字第 093047 號處分書。

¹⁵¹ 如公平會 (92) 公處字第 092064 號處分書，(95) 公處字第 094088 號處分書，(95) 公處字第 095950 號處分書，(97) 公處字第 097063 號處分書。

¹⁵² 如公平會 (92) 公處字第 092030 號處分書。

¹⁵³ 如公平會 (97) 公處字第 097011 號處分書。

¹⁵⁴ 如公平會 (93) 公處字第 093122 號處分書，(99) 公處字第 099030 號處分書。

¹⁵⁵ 如公平會 (95) 公處字第 095035 號處分書，(100) 公處字第 100154 號處分書。

¹⁵⁶ 如公平會 (94) 公處字第 094093 號處分書。

¹⁵⁷ 如公平會 (100) 公處字第 100059 號處分書。

¹⁵⁸ 如公平會 (95) 公處字第 095068 號處分書。

¹⁵⁹ 如公平會 (98) 公處字第 098125 號處分書，(99) 公處字第 099043 號處分書。

¹⁶⁰，晚近的案例，如果對他人產品或服務本身為不實表示，原則上均認定為欺罔¹⁶¹，而若是基於他人產品或服務內容推出不實或無法查證的表示，則構成「顯失公平」¹⁶²。

(b) 未經確認及通知先行程序對自身或他事業交易相對人或潛在交易相對人以書面散發他事業侵害其權利之表示

警告函案件一直是第 24 條的重要案件類型，到最近仍不斷發生¹⁶³，公平會也特別針對警告函發布處理原則¹⁶⁴（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，最近一次修正於 101 年 2 月 6 日生效）。第 24 條處理原則第 7 點說明，對自身或他事業之交易相對人或潛在交易相對人以書面散發他事業侵害其權利之表示，如未經確認及通知之先行程序，足致對手之交易相對人心生疑慮，甚至拒絕交易，則構成本條之顯失公平行為。

(c) 依據真實事件對競爭對手為貶抑性的評論

如陳述或散布專利爭議案件，確有該專利案件於訴訟繫屬中，不能認為是屬於足以損害他人營業之不實情事¹⁶⁵。

c. 假造有競爭情勢的招標案件

如假借他人名義或資格（借牌）參與招標，若招標單位本身已然知情固然不構成欺罔，但對於其他參標者而言，喪失參與公平競爭之機會，並妨礙市場價格機能運作，為顯失公平¹⁶⁶。

d. 提供競爭者無法提供而具有經濟誘因的贈品

贈品促銷固然是常見的商業手法，也可以說效能競爭的一環，畢竟贈品的成本最終往往仍要回歸交易相對人負擔。然而某些情形之下，贈品的誘因會促使交易相

¹⁶⁰ 見吳秀明，「其他欺罔或顯失公平的行為」，載於廖義男主持，公平會 93 年度委託研究報告二，471。

¹⁶¹ 同前註 151。

¹⁶² 如公平會 (99) 公處字第 099043 號處分書。

¹⁶³ 如公平會 (82) 公處字第 041 號處分書，(85) 公處字第 165 號處分書，(87) 公處字第 074 號處分書，(93) 公處字第 093031 號處分書，(97) 公處字第 097126 號處分書，(99) 公處字第 099023 號處分書，(100) 公處字第 100049 號處分書。

¹⁶⁴ 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，最近一次修正於 101 年 2 月 6 日生效。

¹⁶⁵ 如公平會 (95) 公處字第 095158 號處分書。

¹⁶⁶ 如公平會 (92) 公處字第 092127 號處分書，(97) 公處字第 097151 號處分書。

對人傾向與提供贈品者交易，例如以交易當時的市場上難以取得的米酒為贈品¹⁶⁷。

(2) 不符合社會倫理手段從事交易之行為

a. 以脅迫或煩擾交易相對人方式完成交易

使交易相對人在決定是否交易之自由意思受到壓抑情形下，完成交易。如先以中獎誘使消費者參加說明活動，再長時間推銷，使消費者陷於疲勞轟炸而購買產品或服務¹⁶⁸。

b. 利誘採購人員或有權決定交易對象或條件之人員而為交易

最明顯的例子是國中小學教科書選購時，針對教師預告或提供不當物品、或其他經濟利益。教科書的選人並非教科書實際購買人，廠商因此支付此類贈品所增加的費用，則會轉嫁到購買人身上¹⁶⁹。

(3) 濫用市場優勢地位

所謂市場優勢地位，處理原則說明係指具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）之資訊不對等或其他交易上相對弱勢地位，從事不公平交易之行為。

a. 市場機能失靈、供需失衡時哄抬物價

事業提供替代性低之民生必需品或服務，以悖於商業倫理或公序良俗之方式，從事交易之行為。最明顯的例子是重大天然災害後，某些物資出現供需失衡，出現哄抬物價的行為。如 921 震災之後水塔價格不合理調漲¹⁷⁰，或是 SARS 期間口罩價格過度漲價¹⁷¹，或因國際因素造成內需市場短期供需失衡，而囤積貨物或趁機漲價¹⁷²。

b. 資訊未透明化所造成之顯失公平行為

居於相對市場優勢地位者，未提供充分資訊，對相對人造成的影響可以分成兩

¹⁶⁷ 如公平會 (91) 公處字第 091212 號處分書，(91) 公處字第 091214 號處分書。

¹⁶⁸ 如公平會 (94) 公處字第 094117 號處分書，(95) 公處字第 095015 號處分書。

¹⁶⁹ 如公平會 (93) 公處字第 093039 號處分書，(96) 公處字第 096086 號處分書，(100) 公處字第 100196 號處分書。

¹⁷⁰ 如公平會 (88) 公處字第 152 號處分書，(89) 公處字第 012 號處分書。

¹⁷¹ 如公平會 (92) 公處字第 092110 號處分書。

¹⁷² 如公平會 (92) 公處字第 092173 號處分書，(95) 公處字第 095056 號處分書，(99) 公處字第 099049 號處分書。

個階段，首先是影響相對人決定是否參與交易，第二是執行交易內容時對相對人權益的影響。因資訊不充分影響相對人是否參與交易的例子，如加盟主未於加盟過程未以書面告知加盟業事業經營現狀，權利金等相關費用金額或是其他交易重要資訊¹⁷³。或如未積極充分揭露資訊，例如名人出席促銷活動的時間長短¹⁷⁴，或滿額回饋金的使用條件¹⁷⁵，而招攬交易。對資訊揭露的要求，也往前推到需要給相對人相當的時間審閱契約¹⁷⁶。又航空公司對外宣稱價降，但藉由變更經濟艙等比例，實質上維持原價，公平會認為此亦重要交易資訊不對等，而顯失公平¹⁷⁷。

而執行交易內容，因資訊不透明所產生的顯失公平的例子，如定型化契約以概括條款設定相對人的義務¹⁷⁸，以及百貨公司未充分揭露專櫃撤櫃的標準，而對專櫃廠商逕行撤櫃不再續約¹⁷⁹。

c.阻礙交易相對人對己身行使權利

最典型的例子是代為保管契約¹⁸⁰，或是不即時交付契約¹⁸¹，或是給付訂金後始交付契約¹⁸²。

d.市場交易地位不對等當事人間，締結不公平的契約條款

於此類案件，儘管不利於交易相對人的條款已被充分揭露，但是仍締結契約，公平會仍會審核其內容是否對市場交易地位相對弱勢的一方造成不公平。例如瓦斯公司以定型化契約要求後用戶負擔前用戶之欠費¹⁸³，或房屋貸款契約訂過高違約金，以致於借款人無法行提前清償的權利¹⁸⁴，或是規定無庸事前通知即可對借款人要求提前清償¹⁸⁵。或專利授權契約要求被授權人提供書面銷售報告，其中載明購買

¹⁷³ 如公平會 (91) 公處字第 091100 號處分書。

¹⁷⁴ 如公平會 (93) 公處字第 093103 號處分書。

¹⁷⁵ 如公平會 (93) 公處字第 093033 號處分書。

¹⁷⁶ 如公平會 (94) 公處字第 094045 號處分書。

¹⁷⁷ 公平會 (100) 公處字 100032 號處分書。

¹⁷⁸ 如公平會 (95) 公處字第 095169 號處分書，(96) 公處字第 096143 號處分書。

¹⁷⁹ 如公平會 (93) 公處字第 093014 號處分書。

¹⁸⁰ 如公平會 (92) 公處字第 092010 號處分書。

¹⁸¹ 如公平會 (94) 公處字第 94068 號處分書，(96) 公處字第 096117 號處分書。

¹⁸² 如公平會 (94) 公處字第 094014 號處分書。

¹⁸³ 見公平會 (86) 公處字第 181 號處分書。

¹⁸⁴ 見公平會 (93) 公處字第 093092 號處分書。

¹⁸⁵ 如公平會 (95) 公處字第 095169 號處分書，(96) 公處字第 096013 號處分書。

專利授權產品之購買者以及購買數量¹⁸⁶。

(三)與限制競爭行為以及特定不正當競爭行為之區分

第 24 條旨在補充其他特定不正競爭或限制競爭行為規範之不足，於此簡述公平會近年與此相關的實際案例，並說明公平會的區分標準。與第 7 條聯合行為的區別在於所有參與者是否執行相互約束事業活動的合意，譬如在借牌參與投標的情形，只有借牌者真正參與投標，不能構成聯合行為¹⁸⁷。第 19 條第 1 款的杯葛以損害特定事業為目的，依據法律或行為準則所為而公開不利於競爭對手的訊息，則會被認定不具此目的¹⁸⁸。而與第 19 條第 3 款的區別在於利誘的程度必須具有高度商業倫理可非難性。正如公平會所說，利誘必須是「利用顧客之射倖、暴利心理」¹⁸⁹，如果利誘之物的價值並不高，僅一時難以取得，則亦不屬之。如以交易當時難以取得的米酒作為贈品，公平會只論處第 24 條¹⁹⁰。

與 20 條仿冒表徵的區別在於是否對相對人而言有混淆之虞，若無混淆之虞但是抄襲他人表徵者則構成「顯失公平」¹⁹¹。第 21 條的不實廣告則限於對於第一項所列事項為不實或引人錯誤的陳述，不實廣告針對其他事項所為者，公平會將之列為「欺罔」¹⁹²。而不實比較廣告，若對自己產品或服務為不實或引人錯誤的陳述則構成第 21 條，而針對他人產品或服務為不實或引人錯誤的陳述則屬於 24 條的「欺罔」¹⁹³。與第 22 條營業誹謗的區別在於所傳述的事項是否為真實即是否確有損害營業信譽。即便所傳述事實為真，但基於此事實為貶抑性評論，則屬於「顯失公平」¹⁹⁴。而為不實或引人錯誤的陳述，雖然尚不足影響營業信譽，但如果有減損與競爭對手交易的可能，則會被認為具備商業倫理之非難性而屬於顯失公平的行為

¹⁸⁶ 公平會 (95) 公處字第 095045 號處分書，(100) 公處字第 100012 號處分書。

¹⁸⁷ 公平會 (94) 公處字第 094024 號處分書。

¹⁸⁸ 公平會 (95) 公處字第 095158 號處分書。

¹⁸⁹ 參見公平會公報，1 卷 6 期，99 (1992)。

¹⁹⁰ 同前註 167。

¹⁹¹ 如公平會 (97) 公處字第 097063 號處分書。

¹⁹² 公平會 (93) 公處字第 093085 號處分書。

¹⁹³ 如公平會 (94) 公處字第 094048 號處分書。

¹⁹⁴ 公平會 (95) 公處字第 095158 號處分書。

195。

(四) 公平會實務見解之檢討

過去二十年累積的案例，賦予「欺罔」以及「顯失公平」此二不確定法律概念較為清楚的面貌，然而要檢討的是，公平會是否有過度擴張解釋的問題。

1. 一般性原則的釐清：交易秩序包括交易及競爭關係

本條所謂的交易秩序，應該作廣義解釋，包括交易關係及競爭關係的秩序。交易關係是存在於供給者與需求者間的垂直關係，例如製造人與大批發商、大批發商與零售商，以及製造人、大批發商、零售商與消費者的關係，通常以契約方式追求對立的目標。而競爭關係是存在於同為供給者或需求者間的水平關係，追求相同的目標，就是在於爭取締約機會而排除他方的競爭¹⁹⁶。德國不正競爭防止法也於 2008 年一改之前的作法，不再要求行為必須「出於競爭目的」、當事人間必須有競爭關係、系爭行為在客觀上必須是有助於競爭（增進他人或自己之銷售皆可），在主觀上必須具有增進競爭的意圖，而於該法第 2 條第 1 項第 1 款以「交易行為」（Geschäftliche Handlung）取代「競爭行為」，換言之，只要是與促進銷售有客觀關聯性的行即為不正競爭防止法所要規範的對象¹⁹⁷。公平會的實務對交易秩序一向採取廣義的看法，值得肯定。

2. 爭議案例—侵害智慧財產權警告函

第 24 條的概括條款固然可以發揮補網功能，然而若過度擴張解釋本條的目的¹⁹⁸或要件¹⁹⁹，則會侵蝕其他條文的功能、破壞公平法的體系及其與其他法律的平

¹⁹⁵ 如公平會 (93) 公處字第 93047 號處分書。

¹⁹⁶ 參見 Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. Rdnr. 8-10 (2004).

¹⁹⁷ 參見 Keller/Harte/Henning, UWG-Kommentar, 2. Aufl., (2009), §2 Rdnr. 11, 59.

¹⁹⁸ 如公平會依據公平法第 24 條、第 1 條以及憲法，推論出具市場優勢地位的事業有不危害市場交易秩序之不作為義務，而光泉等三大乳品公司同時漲價，違背此義務，即為顯失公平的行為，見公平會 (96) 公處字第 096140 號、第 0960141 號及第 0960142 號處分書。嗣後行政院院臺訴字第 0970087749 號決定撤銷原處分。

¹⁹⁹ 如於中華航空與長榮航空未認真配合民航局的降低票價要求，反倒以變更艙等比例的方式，

衡。第 24 條適用實務上爭議最大的莫過於侵害智慧財產權警告函，不論是從案件數量²⁰⁰，還是國內文獻的討論來看都是如此。侵害智慧財產權警告函與訴訟相類似，為權利人保障自身權利的方法之一，如果要使權利人能選擇訴訟或訴訟外的方式保障其權益，則不應使其擔心以訴訟外方式主張所受的限制會高於訴訟法²⁰¹。從實際的角度來看，權利人也有必要以警告函的方式解決侵權的問題²⁰²。然而另一方面，侵權行為人以外之第三人也需要保障不陷入他人訟累或負擔查證他人權利與糾紛的勞費²⁰³，否則會增加其營業上及交易選擇上的困擾。此二者的衝突，也正是警告函的爭議之所在。

在權利未經司法機關確認前，他人智財權訴訟以外之第三人的利益應該優先於智財權人，也就是說後者對第三人發警告函時應該受到限制。理由在於權利人/警告人較容易確定及判斷其權利是否存在，而且權利人/發函人的權利排他性強，已可衡平保護其利益²⁰⁴。而若從權利人/發函人的競爭者的角度來看，受信之第三人往往不會查證該函之真偽，而傾向拒絕與被指控侵權之人交易，以避免惹上麻煩。警告函極有可能因此影響競爭者與其交易相對人的交易關係²⁰⁵，在利益衡量上削弱了警告函的正當性。

從這樣的角度來看，公平會制定「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」，具體化正當行使權利的要件，確實有其必要²⁰⁶。警告函處

減少低價票的數量，而實質維持原價。公平會認定消費者因無法事先得知，反因行程已排定而不得不選擇購買高價票，故航空公司有「欺罔」行為，又同時認定消費者因資訊不對稱而陷入錯誤的交易決定，航空公司構成「顯失公平」行為，見公平會 100 公處字第 100032 號及 100 公處字第 100033 號處分書。行政院分別以院臺訴字第 1000109050 號、第 1000107361 號決定書撤銷原處分。

²⁰⁰ 二十年來共有 1022 件處分依據第 24 條所作，其中有 118 件都是關於侵害智慧財產權警告函。

²⁰¹ 參見 Helmut Köhler/Joachim Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 10.171 (2011).

²⁰² 參見呂光，「警告函案件處理原則之實務觀察」，全國律師，第 15 卷 1 期，56-58 (2011)。

²⁰³ 同前註。

²⁰⁴ 同註 202。

²⁰⁵ 同註 202。

²⁰⁶ 司法院釋字第 548 號，肯認本處理原則的合憲性。但羅昌發對處理原則有強烈不同意見，公平會公報，第 10 卷 1 期，96-103 (2001)；亦參見黃銘傑，「行政院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之法理及規範邏輯釋疑」，全國律師，第 15 卷 1 期，4-15 (2011)。對司法院釋字第 548 號的批評，見黃銘傑，「智慧財產權警告函與公平交易法之適用」，競爭法與智慧財產權法之交會—相生與相剋之間，498-500，元照圖書出版有限公司 (2009)。

理原則第 3 點以及第 4 點以有無踐行先程序為判斷是否為正當行使權利的一項標準，而非以之為絕對、單一的判準，正如大法官釋字第 548 號解釋所說其僅為一種例示。警告函處理原則所列的判斷標準大致可接受，但關於警告函實務運作仍有幾點尚待釐清。

(1) 對競爭者所發的警告函仍需受公平法規制

處理原則第 2 點適用於對自身或他事業之交易對人所發的警告函，對競爭者所發的警告函固然不適用此處理原則，但是依據公平法第 45 條，仍然必須是「行使權利之正當行為」才不受公平法之規範，但是公平會卻認為：「智慧財產權人如發現市場上有可能侵害其權利之產品之情形下，其對直接侵害之製造商或立於相等地位之商品進口商或代理商，為侵害之通知並請求排除，則為依法行使權利之正當行為，無論其內容真偽虛實，均屬智慧財產權爭議，不涉及不公平競爭，故無公平交易法之適用」²⁰⁷。然而對於侵權人行使權利之行為，若內容虛偽，又具有妨礙競爭的效果，沒有理由排除公平法適用²⁰⁸。99 年修正警告函處理原則第六點，擴大處理原則適用範圍，將對非屬同一產銷階段競爭關係的侵權人所發的警告函納入。此並不表示，對於同一產銷階段競爭關係侵權人所為的任何警告函均無公平法的問題。

(2) 未完成登記之專利受讓人、被授權人仍得發警告函

公平法第 45 條之適用以智慧財產權存在為前提，若權利自始不存在，自無正當行使可言。有疑問的是，若已取得專利權，但尚未登記就發出的警告函，是否是「行使權利之正當行為」？最高法院認為，專利取得不以登記為要件，雙方當事人間意思表示一致即可²⁰⁹，採登記對抗主義。然而未登記不得對抗第三人，是否包括侵權人？公平會之前的處分採肯定的見解²¹⁰，不過引發實務上有所爭執²¹¹。98 年司法院智慧財產法律座談會結論採取否定說，認為專利法的登記對抗制度是在保障交

²⁰⁷ 見公平會 (91) 公處字第 091116 號處分書，(93) 公處字第 093107 號處分書。

²⁰⁸ 類似意見，參見黃銘傑，「智慧財產權侵害警告函案件內容分析－以公平交易法為中心」，台大法學論叢，第 32 卷 5 期，146 (2003)。

²⁰⁹ 最高法院 71 年台上 736 號判決。

²¹⁰ 如公平會 (97) 公處字 097096 號處分書。

²¹¹ 最高行政法院 85 判字 2891 號判決，最高法院 96 台上 1685 號判決採取肯定見解。台灣高雄地方法院 97 智字 8 號判決，台灣板橋地方法院 94 年重智（一）字 21 號判決採否定見解。

易第三人，若非對專利權之讓與、信託、授權或設定質權有所爭執，則不屬於保障的對象²¹²。公平會最近的見解，亦轉為肯認未完成登記的專利權人所發的警告函是行使權利之正當行為²¹³。

(3) 警告函所載侵害權利的內容、範圍、相關的事實必須具體詳盡

警告函最重要的目的是，要使受信人容易判斷內容真偽，因此發函時，應該檢附處理原則所定的判決、調解書或鑑定報告全文。另外，不論是否經過鑑定、裁判或調解程序，發函人至少應將對可能侵害其權利之人提起損害賠償訴訟此一情事列於警告函內，以顯示發函人的確已採取行動維護權利²¹⁴。

(4) 二階段審查是否違反公平法

依據公平法第 45 條的規定，警告函審查程序在邏輯上可已分成兩個階段²¹⁵。第一階段是判斷是否為行使權利之正當行為，若為否定，無第 45 條的適用，下一個階段才審酌不當警告函違反公平法哪一個條文。警告函處理原則的先程序，即為判斷是否正當行使權利之重要參考標準。由警告函處理原則第五點觀之，即便違反先程序，並不當然違反公平法，仍要再依個別具體情形認定。此種見解值得肯定，畢竟不當行使權利，不當然等於公平法上的不法行為，還是要依合理原則（Rule of Reason）個案認定。然而 2005 年以前，公平會在認定未踐行先程序後，多即推定違反第 24 條²¹⁶。在最近的案例，發函人若未踐行先程序，原則上就構成「顯失公平」，剩下的問題只有警告函對受警告之交易相對人有無影響的可能，若有，則為「足以影相交易秩序」的「顯失公平」行為，而合致第 24 條²¹⁷。新的判斷方式雖稍有進步，但仍過於簡略，並未說明何以發函人未踐行先程

²¹² 司法院 2009 年度智慧財產法律座談彙編，33-36 (2009)。

²¹³ 如公平會 99 公處字第 099070 號處分書。

²¹⁴ 劉孔中，「公平法與智慧財產權法的衝突與調和」，月旦法學雜誌，第 104 期，100-101 (2004)。

²¹⁵ 相同見解，見黃銘傑，「行政院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之法理及規範邏輯釋疑」，全國律師，第 15 卷 1 期，11 (2011)。

²¹⁶ 如公平會 (92) 公處字第 092134 號處分書、(93) 公處字第 093049 號處分書、(94) 公處字第 094083 號處分書。較少的案子有提及警告函收受者之交易決定有無影響的可能，如 (91) 公處字第 091203 號處分書。

²¹⁷ 如公平會 (97) 公處字第 097096 號處分書、(98) 公處字第 98166 號處分書、(100) 公處字第 100049 號處分書。

序原則上就構成「顯失公平」，因為先行程序之踐行僅為判定是否為正當行使權利的標準之一，只能決定有無公平法適用的餘地，而與是否「顯失公平」無關。

3. 裁定罰鍰時需要考慮發函人的主觀要素

公平法第 30 條及第 31 條雖然並未規定違反公平法的民事責任的主觀要件，但是仍然應該採過咎原則，也就是至少有過失，如果有故意，則會進一步引發第 32 條的三倍損害賠償。至於行政罰，大法官會議解釋 275 號已要求行為人要有故意過失。公平會對於警告函處以行政罰時，僅援引公平法施行細則第 36 條的內容，實際上並未考量警告人的主觀要素²¹⁸。此舉與大法官會議解釋所揭示的原則不符，應有所改進。

(五) 歐盟不公平商業活動指令的啟示

近年國外在不公平競爭法方面，最大的變革莫過是歐盟發佈關於事業與消費者間之不公平商業活動指令（簡稱不公平商業活動指令，歐盟會員國必須在 2007 年 12 月 12 日以前施行符合此指令內容的國內法）²¹⁹。該指令完全從消費者保護的角度出發，而規範事業對消費者的不公平商業營業²²⁰，也就是說將消費者保護的考量導入不正競爭法的領域。不過這樣的發展，與其是說是歐盟國家積極想將不正競爭法的保護擴及到消費者保護的領域，還不如說是歐盟欲規範不正競爭行為的必然。因為歐洲聯盟運作條約第 101 以及第 102 條只授權歐盟制定限制競爭的規範，不正競爭的部分只能借用消費者保護的授權基礎，方能制定歐盟層級的規範。無論如何，不公平商業活動指令對於我國如何在公平法架構下兼顧消費者保護，還是有相當啟示意義。

歐盟指令針對直接涉及消費者的案件提供一套完整的規範以及判斷標準，其規

²¹⁸ 如公平會 (92) 公處字第 092134 號處分書、(98) 公處字第 166 號處分書。

²¹⁹ Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, OJ L149/22.

²²⁰ 指令說明第 1 點，見 Official Journal of European Union, OJL149/22.

範架構分成三個階層，最上層的一般性概念是不公平商業活動，此指營業人違反職業上注意義務，而干擾或可能干擾一般消費者的經濟行為。在這上位概念之下，又分引人錯誤的以及侵犯性（**Aggressive**）的商業活動兩個行為類型，而分別規定其要件。第三層就是採取當然違法的立場，列舉下列具體 31 個引人錯誤以及侵犯性商業活動的行為，也就是所謂的「黑名單」（依據本指令第 5 條第 5 項，此項黑名單當然構成不公平商業活動，對所有會員國均有適用）：

（引人錯誤的商業活動）

1. 不實宣稱為某行為準則的簽署者。
2. 未獲必要授權而標記信賴標章、品質標章或類似標章。
3. 不實宣稱行為準則已獲得公權力或其他機關的背書保證。
4. 不實宣稱營業人（包括其商業活動）或產品已獲得公私立機構審核、背書、授權；或是在未遵守上述審核、背書、授權的條款下作前述宣稱。
5. 誘餌廣告（**Bait Advertising**），亦即以特定價格要約購買產品，但卻未揭露其有合理的事由相信其無法在合理期間內以合理數量（需考慮該商品及其廣告之規模與價格）供應該商品或使第三人以該價格供應等同之商品。
6. 上鉤後轉換商品的要約引誘（**Bait-and-Switch**），亦即先以特定價格要約購買產品，卻拒絕展示該商品、接受訂單或在合理期間供貨，或展示有瑕疵的樣品，而以銷售其他商品為目的。
7. 不實宣稱在很短期間內供應產品，或在很短期間內只能依特定條件供應，以誘使消費者立即決定，並使其沒有足夠的時間或機會在資訊充分情形下做出決定。
8. 業者在消費者承諾參與交易前，允諾所提供的售後服務會以營業人所在國官方語言以外的語言為之，但在其參與交易後卻以其他語言提供此種服務。
9. 宣稱或以其他方式營造可以合法出售法律禁止銷售產品的印象。
10. 將消費者法律上的權利當作營業人給予的特殊優惠。
11. 置入性行銷（**Advertorial**），亦即業者付費給媒體以編輯內容（**Editorial**）方式促銷產品，卻未在內容中或以消費者可以清楚辨識之圖像或聲音告知。
12. 對消費者若不購買產品時其或其家人之人身安全風險做出實質上不正確的陳述。

13. 以有意誤導消費者關於產品生產者的方式促銷。
14. 建立、營運或促銷多層次傳銷，其中消費者支付對價以取得主要是基於介紹其他消費者加入（而不是產品的銷售或消費）為計算基礎的報酬。
15. 不實宣稱營業人將停止營業或搬遷經營場地。
16. 宣稱產品將有助於贏得射倖遊戲。
17. 不實宣稱產品有助於治癒疾病。
18. 傳達實質上不正確關於市場情況或可能找到系爭產品的資訊，意圖使消費者以次於一般市場條件購買該產品。
19. 未如實給予競賽性促銷活動所承諾的獎賞。
20. 對於宣稱免費贈送的產品，收取高於運送、取得產品必要之費用。
21. 在行銷文件中附加收據或類似文件，使消費者誤以為其已訂購產品。
22. 營業人不實宣稱或給人類似印象，其行為並非基於營業的目的，或是假裝自己是消費者。
23. 給消費者不實印象，認為其所購買產品之售後服務只能在他國提供。

（侵犯性商業活動）

24. 讓消費者有印象認為若其未訂約即不能離開營業場所。
25. 業者依國內法無正當理由而忽視消費者要求其離開該消費者家中進行登門銷售之行為。
26. 依國內法無正當理由，持續以電話、傳真機、email 等遠距通訊方式進行擾人的推銷。
27. 要求欲請求保險金的消費者提供無關的文件，以阻礙其行使其契約權利。
28. 於廣告中勸說兒童購買所廣告的產品，或勸說兒童要求其父母購買。
29. 惰性銷售（Inertia Selling），亦即要求消費者為退還或保留業者主動供應而消費者沒有要求其提供之產品付費。
30. 明白告知消費者，若其不購買產品或服務，會危及營業人的工作或生計。
31. 給消費者錯誤的印象，其已贏得或將要贏得獎賞或類似的利益，但實際上並無此獎賞或類似利益，或是要消費者支付金錢或負擔費用以領取獎賞。
在適用順序上則是從具體到抽象，也就是說如果不是黑名單上的行為，才要考

慮是否符合引人錯誤或是侵害性商業活動的要件。如果也不屬於此二類的商業活動，才訴諸一般性的不公平商業活動。

歐盟指令所建構的規範體系，其實與我國第 24 條以欺罔及顯失公平為主軸的規範體系，有類似之處。引人錯誤的商業活動重在保障消費者的交易決定自由不因資訊不充分而受到影響²²¹，而侵犯性的商業活動則是要防止因暴力、心理或其他壓力而影響消費者的自由決定權²²²。指令提到的保障交易資訊完整性的考量，也是第 24 條「欺罔」的核心概念。侵犯性商業活動所禁止的騷擾、脅迫等對消費者交易決定的不當壓力，則可以被第 24 條「顯失公平」所涵蓋。雖然不公平商業活動指令沒有直接使用類似我國「足以影響交易秩序」的概念界定發動門檻，但是仍然可以對公平會認定對消費者之欺罔或顯失公平行為時甚有助益。公平會近年裁決不少涉及消費者保護的案子²²³，亦有學者認為第 24 條可補充消費者保護性質的案件之規範不足²²⁴。因此，事實上已經很難再說消費者保護只是公平交易法的間接目的。

(六) 展望與建議

公平會利用第 24 條保護消費者的案例很多，但是卻不以消費者保護名之。有鑑於消費者保護法的施行只是靠地方政府在有限經費下配置的少數消費者保護官，成效有限（三聚氫氨毒牛奶、塑化劑、過期商品等事件層出不窮），所以在公平法的體系架構之下，適度將消費者保護的職掌與考量納入公平法，應該是我國現有法治生態下發展的選項。至於立法技術，可以考慮在第 24 條增訂第 2 項，規定消費

²²¹ 見指令說明第 14 點，見 Official Journal of European Union, OJL149/24.

²²² 見指令說明第 16 點，見 Official Journal of European Union, OJL149/25.

²²³ 如審查美容業消費資訊是否透明、是否簽訂書面契約以及銷售方式是否顯失公平，見公平會公處字 094047 號處分書，公處字第 094045 號處分書。公平會也要求百貨公司「滿千送百」的促銷方式，必須對消費者充分揭露所贈送禮券使用方式的限制，見公平會 (93) 公處字第 093033 號處分書。在以籃球明星麥可喬丹之出席為號召的促銷活動中，公平會主要以主辦單位未顧全消費者高度期待，而認定此促銷方式為一般大眾所非難，而構成不可忍受的顯失公平行為，見公平會 (93) 公處字第 093103 號處分書。在兩岸直航票價案，公平會特別保障消費者不因資訊不對稱，而可能做出錯誤的交易決定，詳見前註 199。

²²⁴ 見蘇永欽，「私法自治與公平法的管制—公平法第 24 條的功用與濫用」，月旦法學雜誌，第 70 期，48 (2001)；陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，「公平交易法第 24 條概括條款的檢討」，公平交易季刊，第 10 卷第 2 期，148 (2002)；吳秀明，「競爭法上之概括條款—公平法第 24 條法律適用原則與規範功能之再檢討」，政大法學評論，第 84 期，51-59 (2005)。

者保護的具體原則或是條列黑名單，或者在第三章增訂一節，專門規範營業人與消費者間（B2C）的不公平行為，其中可以包括多層次傳銷以及從公平會實務中提煉出的當然違法行為（即黑名單）。

四、結語

經過二十年的運作，公平會之案例與相關的處理原則，已經形成一套完整的體系，並規範市場運作。不過公平會的見解及公平法本身仍有許多地方待改進，已一一指陳於上文。在此僅提醒商標法、國際上不正競爭防止法（例如歐盟以黑名單的方式列出當然對消費者不公平行為類型）以及消費者保護需求的發展，而其對公平法第 20 條及第 24 條走向重大的影響，值得國人關心研究。

參考文獻

中文部分

- 公平會，公平會公報，第 10 卷第 1 期 (2001)。
- 公平會，公平會公報，第 1 卷第 6 期 (1992)。
- 公平會，公平交易法立法目的與條文說明 (1996)。
- 司法院，司法院 2009 年度智慧財產法律座談彙編 (2009)。
- 司法院，刑事法律專題研究 (十五)，司法院第 38 期司法業務研究會 (1998)。
- 何之邁，公平交易法實論，台北：三民書局 (2002)。
- 吳秀明，「其他欺罔或顯失公平的行為」，公平會 93 年度委託研究報告二，廖義男主持 (1994)。
- 吳秀明，「競爭法上之概括條款－公平法第 24 條法律適用原則與規範功能之再檢討」，政大法學評論，第 84 期 (2005)。
- 呂光，「警告函案件處理原則之實務觀察」，全國律師，第 15 卷 1 期 (2011)。
- 張瑜鳳，仿冒行為之案例研究，台北：三民書局 (1995)。
- 張澤平，「公平交易法第 20 條之研究」，經社法制論叢，第 12 期 (1993)。
- 陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌，「公平交易法第 24 條概括條款的檢討」，公平交易季刊，第 10 卷第 2 期 (2002)。
- 黃銘傑，「行政院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之法理及規範邏輯釋疑」，全國律師，第 15 卷 1 期 (2011)。
- 黃銘傑，「智慧財產權侵害警告函案件內容分析－以公平交易法為中心」，台大法學論叢，第 32 卷 5 期 (2003)。
- 黃銘傑，公平交易法，台北：新學林出版股份有限公司 (2002)。
- 黃銘傑，競爭法與智慧財產權法之交會－相生與相剋之間，台北：元照出版社 (2009)。
- 廖義男，「行政法院裁判之評析」，國科會專題研究計畫 (1997)。
- 劉孔中，「公平交易法第 24 條之研究」，公平交易季刊，第 2 卷第 3 期 (1994)。
- 劉孔中，「論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告」，公平交易季刊，第 8 卷

第 2 期 (2002)。

劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，台北：五南出版社 (1997)。

劉孔中，智慧財產權運用與競爭秩序，經濟部智慧財產局，3 版，智慧財產培訓學院教材 27 (2003)。

賴源河審編，公平交易法新論，台北：元照出版社 (2002)。

劉孔中、謝杞森，「仿冒商品（服務）外觀案件於公平交易法第 20 條、第 24 條適用之研究」，公平會 90 年度合作研究報告五 (2001)。

劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，台北：聯經出版社 (2002)。

劉孔中，公平交易法，台北：元照出版社 (2003)。

蕭文生，「公平交易法第 24 條相關問題之研究」，公平會 1994 年度委託計畫 (1993)。

謝銘洋，「從相關案例論公平交易法上表徵之保護」，公平會「公平法施行十年回顧與前瞻學術研討會」論文集，劉孔中主持 (2002)。

謝銘洋，智慧財產權基本問題研究，台大法學叢書，第 117 期，台北：自版 (1999)。

蘇永欽，「私法自治與公平法的管制－公平法第 24 條的功用與濫用」，月旦法學雜誌，第 70 期 (2007)。

外文部分

Cornish, William, "The International Relations of Intellectual Property," 52 Cambridge Law Journal (1993).

Heath, Christopher, The System of Unfair Competition Prevention in Japan (2001).

Liu, Kung-Chung, "Unfair Competition Law in Taiwan," 30(4) International Review of Industrial Property and Copyright Law (1999).

Baumbach/Hefermehl, UWG, 23. Auf. (2004).

Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig, UWG-Kommentar, 2. Aufl., (2009).

Helmunt Köhler/Joachim Bornkamm, UWG (2011).

Keller/Harte/Henning, UWG-Kommentar, 2. Aufl. (2009).

The Law and Practice of Articles 20 and 24 of the FTA
— A Retrospect and Prospect

Liu, Kung-Chung*

Hsueh, Ching-Wen

Abstract

In the past two decades economic situations, both domestic and international, have undergone tremendous changes. Along with it, the Fair Trade Act (FTA) and the Trademark Act have been revised five and seven times respectively. This paper examines the legal practices of Articles 20 and 24 of the FTA and look into issues arising therefrom. Its first focal point is to analyze the views on Article 20 by the Fair Trade Commission that need be to adapted to the revised Trademark Act and also to propose an amendment to Article 20, namely either to delete it from the FTA and insert into the Trademark Act, or to at least replace “the same or same-classed goods” stipulated in (1)(iii) with “the same or similar goods,” “confusion” stipulated in (1)(i) and (ii) with “likelihood of confusion,” and to add “likelihood of confusion” to (1)(iii). The second focal point of this paper is to propose that consumer protection be included as one of the objectives of Article 24. It could be achieved via adding Paragraph 2 to Article 24 or adding a specific section to Chapter 3 to prohibit the unfair practices by businesses against consumers (B2C).

Keywords: Symbol, Confusion, Likelihood of Confusion, Consumer Protection, Deceptive or Obviously Unfair Conduct

Date submitted: May 5, 2012

Date accepted: December 24, 2012

* Liu, Kung-Chung, Research Fellow, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica Professor, Institute of Law for Science and Technology National Tsing Hua University; Professor, Graduate Institute of Intellectual Property. Hsueh, Ching-Wen, Assistant Professor, Graduate Institute of Financial and Economic National Chiao Tung University.

