

品牌台灣發展計畫與商標法制 因應之道 超越WTO/TRIPS規範 、汲取自由貿易體系最大利益

●黃銘傑／台灣大學法律學院教授

壹、前言

在現階段台灣經濟發展似乎面臨一定瓶頸的窘境下，所謂的「知識經濟」絕非僅是一項口號，或是政客騙取選票之道具，而是未來台灣產業升級、企業發展必走之路。特別是，當世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）有別於其前身「關稅暨貿易總協定」（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）僅就商品貿易進行規範，而將服務及智慧財產權納入其規範範疇，進而成立「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）時，智慧財產權的交易及其相關商品的流通，已納入整體自由貿易體系之架構。於此情勢發展下，如何藉由知識經濟之確立與升級，以知識及其衍生商品及服務作為貿易客體，擷取WTO自由貿易體系的重大利益，實為TRIPS課予各國政府之課題。

就與商標法制之關連而言，情勢發展非常明顯，「品牌」的建立、甚至併購，乃是台灣企業未來生存與發展必然之道，亦是商標法制於經濟知識體制中必須面對且克服的挑戰。君不見，近幾年來，屢屢引發風潮之LV包包，對擁有該品牌企業帶來高額的附加價值，品牌本身就是該當企業之核心競爭力。商品或服務可以退流行、退風潮，但品牌恆久遠、永留傳。部分品牌，甚至主宰著一國經濟或為該國之象徵，例如NOKIA之於芬蘭。鑑於品牌所擁有之如此重要性，經濟部遂於2006年初，擬定「品牌台灣發展計畫」，規劃以七年時間，發展台灣企業的國際品牌，期能「提升台灣國際品牌價值之成長率，縮小與全球百大品牌之差距。」於此政策走向下，與品牌創造、保護、發展最為密切關連的商標法制，可扮演何種角色、應發揮何種功能，當為各界關心之所在。

雖然，上開品牌台灣發展計畫，冀望建構出一個健全、優質的品牌發展環境，並提

出八項施政措施以落實之，其中之一即為「創造有利之法制環境」¹。原本期待，此一措施當會觸及商標法制應如何配合以有效落實該發展計畫之推動，惟細觀其項目，雖林林總總列舉（1）政府部門優先採購本國品牌貨、（2）擬定「併購國際品牌貸款要點」，貸款總額度五百億元，並由政府提供信保、（3）擬定「流通服務業優惠貸款要點」，貸款總額度二百億元、（4）修正自創品牌貸款要點為「自有品牌推廣海外市場貸款要點」，貸款總額度三百億元，由政府提供信保並免收信保手續費、（5）「研發創新支持品牌廠商核心競爭力」工作項目，2006年起由現有業界參與之科技專案經費，支持品牌廠商以推動其核心競爭力等具體作為，唯獨不見有關商標法制之配套措施。如此政策作為，再次顯示出政府相關部門財大氣粗的思維方式與精神狀態，認為只要砸下大筆經費，未來就會許你一個美麗新世界。

毫無疑問地，一定經費的投入，或為品牌建立、發展之必要條件，但絕非充分條件，而鼓勵政府部門採用本國品牌商品、提供貸款、信保等措施，更與所謂「創造有利之法制環境」，風馬牛不相及，僅是政策層級作為，非為法制建構層面之問題。於品牌建立、發展過程中，倘若欠缺適當的法律保護，致令不肖人士得以仿冒、破壞品牌信譽，則縱使投入大筆經費、進行廣宣、促銷，結果仍將功虧一簣。如何建構適當、合理的法律環境，讓企業可以安心建立自有品牌，毋庸憂慮未來將有不肖仿冒情事發生，致其苦心化為灰燼，方是「創造有利之法制環境」所應關心者。對此，吾人就有必要進一步詢問，現行商標法制規範，是否足以應付知識經濟環境中品牌建立、發展所需，而可名之為「有利之法制環境」。雖然，我國商標法於1997年為配合政府加盟WTO政策而有小幅修正，且於2003年進行全盤修正，以因應TRIPS、商標法條約（Trademark Law Treaty, TLT）等國際規範，並大舉強化與品牌保護最有關連之著名商標或標章規範。惟此等修正成果，是否已可謂為滿足品牌保護之需求，非無檢討之空間。

有鑑於此，本文希冀藉由近年來商標法修正重點之檢討，分析其與品牌建立、發展間之關係；倘若商標法歷次修正實欠缺品牌保護之觀點，則於實務運作時之解釋是否可以補充其不足，抑或應以修法方式徹底解決此一問題，滿足品牌經營時代之需求。於此問題認識下，本文以下首先於第二節中，將簡要回顧近年來相關商標法制修正之重點，闡述其主要修法內容與理念，探討是否有品牌保護理念涵蓋其中；之後，於第三節中，則以品質保證功能為中心，說明品牌經營時代商標法制規範理念應有之變遷，並就我國法院有關於此之判決，闡明實務有關於此之見解；第四節則釐清商標法與公平交易法（以下簡稱公平法）於有關著名商標規範中之互補、競合與衝突關係，並嘗試提出未來調和或整合二者規範可有之作法；當授權他人製造或使用自己品牌等，已成為品牌價值利益之重要創造方法時，我國商標法有關於此之規範，實屬過度簡略，第五節以日本法為比較對象，說明未來我國法制於此可以改革之方向與內容；最後的第六節，則就本文敘述作一簡短總結。

貳、近年來商標法制修正回顧

在1993年全面性的商標法修正後，歷經十年光陰，我國商標法再度於2003年進行全盤修正，十年一次全盤修正，其變化不可不謂不劇烈。2003年修法理由曰：「因國內工商企業競爭激烈，各種企業活動推陳出新，現行商標法若干規定未能與時俱進，又鑑於商標流通具國際性，而1994年10月27日各國於瑞士日內瓦簽訂商標法條約後，各國均依其規定，朝商標制度統合及協調化而努力，我國自應密切關注。茲為因應國內企業發展需要、國際立法趨勢，現行商標制度確應作全盤修正」。由此可知，近年來商標法修正緣由，起於國內經濟、產業情勢變更及國際商標法制規範整合等國內外雙重壓力，從而乃有必要修正商標法相關規定，期能與時俱進，符合國內產業與國際規範之需求。

以下，將近年來商標法修正重點，大致區分為（1）與國際規範之整合、（2）權利保護規範之強化、（3）權利的儘速賦予、（4）不使用商標或閒置商標對策等四個項目，予以說明。

一、與國際規範之整合

在我國加入WTO前後，為求能符合TRIPS有關商標之規範，分別於1997年與2003年，對商標法進行修正。

在1997年的商標法部分條文修正中，首先為符合巴黎公約之要求，擴大優先權適用範圍，將原本僅限於與我國有相互保護商標條約或協定之國家方可主張之規定，修正為改採互惠原則，凡是對我國人民商標賦予優先權保護之國家，其國家人民於我國亦可享受優先權的保護。其次，配合TRIPS第15條規定，於商標法第5條增列顏色組合商標。最後，在為滿足TRIPS與巴黎公約規範精神之考量下，於當時的商標法第37條第7款增列有關著名商標或標章之不得註冊事由，以強化對著名商標或標章的保護。

2003年的商標法修正，為進一步符合TRIPS第15條規定之要求，再度增加可註冊商標之客體，於第5條第1項追加單一顏色商標、立體商標及聲音商標三種商標類型；同時為配合TRIPS第22條至第24條有關地理標示之規範，新商標法並於第23條第1項第18款新增有關酒類地理標示之不得註冊事由、且於第72條第1項證明標章的證明對象中，增加「產地」一項，提供產地證明標章之申請註冊法源。此外，為配合WIPO於1999年所為共同決議，要求對著名商標或標章之保護，應包括避免減損（dilute）其信譽，從而乃於是次法律修正中，在第23條第1項第12款中，新增有減損著名商標或標章識別性或信譽之虞之不得註冊事由。

二、權利保護規範之強化

為強化對商標權保護之規範，商標法首先於1997年修正中，刪除原商標法第34條第2款「商標專用權人為法人，經解散或主管機關撤銷登記者。但於清算程序或破產程序終

結前，其專用權視為存續。」之權利消滅規定，蓋商標權時而具有財產價值，甚至得以作為質權標的，若輕易規定商標權當然消滅，勢將嚴重影響其價值，從而乃有本項修正。同時，加重侵害商標權之民事責任，且對於用以侵害他人商標權之物品及其原料或器具，並得請求銷毀或為其他必要處置（修正前第62條第2項）。

其次，在2003年的商標法修正中，首先強化對於著名商標之保護，除有前述對有減損著名商標或標章識別性或信譽之虞者，增訂為不得註冊事由外，並於第62條擴大著名商標的保護範圍，增訂凡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；或對註冊商標有上開類似使用情形，導致消費者混淆誤認者，均視為侵害商標權。與此同時，對於向來屢屢引發爭議之修正前商標法第37條第11款規定，要求商號必須「全國著名」始得禁止他人註冊，而對於一般法人名稱之拒絕註冊事由，則無此「全國著名」要件，如此區別對待，不僅欠缺法理上支持，亦可能對商號所有人造成不當歧視，從而是次修法乃不區分法人、商號或團體，其名稱均須為已經「著名」者，方得成為拒絕商標註冊事由。

三、權利的儘速賦予

此類修正主要見於2003年之商標法修正中，包括：（1）採行一申請案可指定多種類別之制度—商標法條約要求一件商標註冊申請案可同時指定多個類別之商品或服務，為配合此一規定，乃有商標法第17條第4項之修正，以減少申請人須以多件申請書申請跨類商品及服務之不便；（2）引進分割制度—配合上述一申請案可指定多種類別制度之採行，申請人或商標權人得視需要，於申請中將一申請案請求分割為二以上之申請案，或於註冊後將部分商品或服務予以分割移轉，此一申請亦可於異議及評定案件確定前為之（商標法第21條、第31條）；（3）採行註冊後異議制度—為縮短申請人商標權取得之時間，將過去權利取得前異議制度，變更為權利取得後之異議制，理由在於過去之核准審定申請案，約僅不到百分之三被提起異議，且僅約百分之一被撤銷原核准審定，若此則當無必要為少數案件而延宕大多數申請案之權利取得時間，修正後之商標法第40條規定，任何人得於商標註冊公告日起三個月內，向商標專責機關提出異議；（4）廢除延展註冊申請之實體審查—是次法律修正前，要求於核准延展註冊前，應就其法定要件符合與否及商標實際使用情形加以審查，商標法條約要求於延展註冊時，不得進行實質審查，為配合該當規定，乃廢止此一制度。

四、不使用商標或閒置商標對策

商標首要功能在於表彰商標或服務之來源，從而商標註冊之申請乃以使用為前提，苟若無使用意思，則上開來源表彰功能，亦無由發揮，而僅是增加商標之庫存量。倘若此類不使用商標或閒置商標數量過多，則將有可能阻礙之後企業於申請商標註冊時之選

擇空間。職是，商標法制當有對策以改善此類不使用或閒置商標之弊端。

除商標法原先即已存在連續三年以上未使用之廢止規定（參照現行商標法第57條第1項第2款）外，2003年的商標法修正另外增加二項措施。首先，增訂註冊費及註冊費得分期繳納之規定。修正前之商標法要求申請人於申請商標註冊時，即應繳納一筆申請費，該筆申請費可維持商標獲准註冊後至其十年權利期間屆滿前，此一規範方式可能導致閒置商標不當累積，從而該次法律修正乃於第25條第2項規定，要求經核准審定之商標，應於審定書送達次日起二個月內，繳納註冊費，始予註冊公告；且於第26條第1項引進分期繳納制度，分為前期三年、後期七年二階段，商標權人可選擇先繳納第一期，之後視使用狀況，決定是否繼續繳納第二期註冊費。其次，2003年商標法修正廢除多年來實施之聯合商標及防護商標制度，鑑於聯合商標時而導致企業大量申請，衍生審查實務困擾，且其保護功能有限，在擁有該項制度之英、日二國皆已廢除的情況下，遂予以廢除；另一方面，由於是次商標法修正已擴及商標減損規範，可取代防護商標功能，為使商標制度單純化，從而乃著手逐步廢除防護商標制度。

從以上近年來我國商標法修正重點之概述，可以窺知，不論是權利保護的強化，抑或是申請程序簡化、權利之加速賦予以及閒置商標對策，歷次修法中心理念皆在於如何建構一個健全、優質的商標發展環境，促使事業得以有計畫性地利用註冊商標作為其商品或服務提供之標識，從事永續經營。於此，吾人必須指出，傳統的商標法制其規範重心，實在於保護商標所具有之來源表彰功能，無可諱言地，歷年來商標法修正關心之所在，亦多在於如何強化此一來源表彰功能。於此理解下，原則上以商標所具有之財產價值或商標權人之信譽為其保護對象的著名商標規範，就顯得與整體商標法規範格格不入，而難能進入其規範體系中，縱或被納入商標法規範，亦多僅是居於末端陪榜之地位。當品牌與著名商標二者間，具有高度密切關連、甚至時而是同義語時，著名商標保護之不充分或不徹底，對於品牌建立理當會產生不利影響。

毋庸置疑地，經過1997年與2003年二次修正，我國商標法於有關著名商標的保護上，大幅強化許多。除有第23條第1項第12款規定，當申請註冊之商標「相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者」，不得准其註冊外，並於第62條第1款規定，於「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」時，視為侵害商標權。特別是後者之第62條第1款規定，較諸基於傳統商標所具有之來源表彰功能的同法第29條第2項權利範圍規定，對於已確立品牌的保護，實具有莫大功用。雖然如此，吾人仍不免質疑，當品牌經營對於商標法所要求者，已不僅只停留於來源表彰功能，而係更進一步要求商標法應涵蓋有品質保證功能時，上開規定是否已可解釋為涵蓋如此功能，實務運作時對於商標法相關規定，又如何解釋？

參、品質保證功能與商標法規範之理論與實際

品牌經營成功之道，除必須有好的品牌包裝與行銷手法外，對其所提供商品或服務品質之要求與維持，亦屬不可或缺要素。亦因此故，乃有著名品牌反覆於其廣宣活動中，以「♀♂品質，堅若磐石」之標語，時刻提醒消費者該企業對於品質之要求與追求，冀能藉此贏取消費者的信任與信賴。若此，則品牌經營時代對於商標法制規範之要求，實已遠遠超越商標法原本之來源表彰功能，而企望商標法對其所追求的品質保證功能，亦能加以援護。於此情形下，倘若消費者於消費時並無混淆誤認之虞，而係知悉仿冒品並非出自原廠且願意接受品質較差之仿冒品時，則商標法相關規定是否仍可以仿冒業者所提供之仿冒品品質低落，而將之繩之以法。甚而，於真品平行輸入之情形，當外國合法商標品其品質與國內商標品品質有落差時，國內商標權人可否以其違反品質保證功能，禁止該合法商標品之輸入。

以下，分別從商標之功能、現行法相關規範、實務運作及外國法上之初始興趣混淆（Initial Interest Confusion）及售後混淆（Post-Sale Confusion）等觀點，探討商標法對於品質保證功能規範之現狀與未來可有之發展方向。

一、商標之功能

一般而言，商標具有表彰來源、品質保證及廣告宣傳等三項功能，徐璧湖大法官於大法官會議釋字第594號之協同意見書中，則追加一項商標之所以為商標之識別功能，引用雖略有過長之嫌，但卻正足以說明現階段學界及實務界關於商標功能之認識，徐大法官對於商標之功能，敘述如下：

「現代經濟社會中，商標除具有識別商品及表彰商品來源之傳統功能外，更具有表彰商品之品質及作為商品廣告之功能。茲分述商標之功能如下：（一）識別功能（Identification Function）——商標可識別自己之商品，以與他人之商品相區別，亦即表示商品同一性之功能，此為商標之基本功能。商品若無商標以資識別，消費者將無從辨識商品之良窳，無法選擇自己喜好而欲購買之商品，則營業者將不重視其商品之優劣，因而商品品質之競爭將無由存在。故營業者在商品附上商標，猶如吾人在文件上簽名蓋章，以資識別，為商業競爭上重要不可或缺之利器。（二）來源功能（Source Function）——商標可表彰商品之來源，此亦為商標之基本功能。就商標之發展觀之，早期商標僅表彰商品之物質來源（physical source），即僅能表彰由商標權人所營業商品，此稱之為「嚴格來源理論」（strict source theory）。基此理論，授權使用商標，因係被授權者使用其經授權之商標營業商品，而非直接由該商標權人自行營業，自不得為之。嗣因工商科技發達，營業方法隨之開拓，現代市場中商品品目繁多，交易過程複雜，消費者未必知悉商品營業者之姓名或名稱、所在，商標表彰商品來源之觀念逐漸從寬，改採「不具名來源準則」（anonymous

source rule），蓋購買人不知或不介意商品之經營者之姓名或名稱，而認為凡使用同一商標之商品，即係表彰出自同一來源，但毋庸知悉其精確來源，是無須知悉商標權人之姓名或名稱、所在等。基此，商標乃得授權他人使用。（三）品質功能（Quality Function）——商標可表彰其所附之商品具有程度一致之品質，此功能係於二十世紀三十年代始自前述來源理論衍生擴展而來，認為商標不僅表彰商品之產銷來源，並為表彰商品品質標準之來源。商標表彰商品品質之功能，非謂商標表彰其商品具有高水準之品質，而係附有同一商標之商品具有相同品質，不論其品質係屬優、劣或中等，亦不論其物質來源。消費大眾因商標而認知及信賴附有商標之商品品質，商品之營業者因而產生累積公眾信賴之效果，經由商標之品質功能而建立營業者之營業信譽及顧客吸引力之重要效益。（四）廣告功能（Advertising Function）——商標旨在使目睹或使用該商標商品者於腦中刻認其商品之特點及營業者之營業信譽印象，進而利用此印象產生再購用之意願，並將之轉告其他需要該商品之人，故其本身即為一種廣告。此係隨著市場之擴張，複雜銷售制度之演進，及大規模廣告之發展，新增加之商標廣告功能。因對已用過商品之人，會透過商標，對商品及營業信譽留下印象，對未用過商品之人，端賴商標以灌輸印象，引發其購買商品之慾望，故商標具有廣告宣傳商品之作用。」

雖然，於事實上商標具有上述功能，但於法規範上，並無法因此立即推論出，上開各項功能皆受到商標法之保護。所謂「識別功能」，乃是商標成立的基本要件，而為現行商標法第5條第2項所要求者。具有如此識別功能之商標，於交易上所欲發揮者，首要為「來源功能」²，此一來源表彰功能為現行商標法保護規範之核心。因此，當有阻礙此一來源表彰功能發揮之混淆誤認（之虞）情事發生時，不僅其註冊申請將遭到核駁（商標法第23條第1項第12款前段、第13款、第15款），系爭商標的使用亦將構成商標權之侵害（商標法第61條第2項、第62條第2款）。第三項之品質保證功能則於現行商標法規範中，存在著灰色地帶，於次項中再詳加探討。最後的廣告功能，則於現行商標法中未能發現相對應的保護規定，而僅能藉由公平法第21條之虛偽不實或引人誤認廣告等廣告法規，予以規範。

由上可知，現行商標法規範核心，仍在於保護商標之來源表彰功能，惟於2003年的商標法修正中，在大幅強化著名商標或標章保護之際，似乎亦意味著，其有跳脫來源表彰功能之窠臼，而朝向品質保證功能發展之趨勢。有關於此，分項說明之。

二、品質保證功能與現行著名商標保護規定

如同前述，現行商標法與著名商標保護最為直接且密切關連之規定，厥為同法第23條第1項第12款之不得註冊事由及第62條第1款之視為侵害之使用行為。商標法第23條第1項第12款如此規定：「相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者」，不得註冊。第62條第1款則規

定：「明知為他人著名之註冊商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者」，視為侵害商標權。

前者規定前段「有致相關公眾混淆誤認之虞」之要件，並未跳脫傳統來源表彰功能之思考範疇，於此可以不論。另外，詳細比較二者規定文言，尚可發現前者規定有「有……之虞」之文言，後者則無；前者規定之適用範圍包括著名商標或「標章」，後者則限定於著名之「註冊」商標等不同處。惟前者之所以有「有……之虞」之文言，乃是因為其係有關註冊申請之規定，於申請時尚未有具體使用行為，故用「有……之虞」文言，彰顯未來具體使用時將會產生如此危險性，故而不得准其註冊。甚者，於解釋上，商標專責機關認為後者規定尚「需以發生『減損』之結果始足該當，並非以有『減損之虞』即足適用」³。其次，前者除著名商標外，尚包括著名標章，原因在於其拒絕註冊之前提，並不以該當標章已於我國註冊為前提，只要已於我國著名，縱令未於我國註冊，仍得作為核駁之理由；相對於此，後者規定之適用對象僅限於已於我國註冊之著名商標。

上述二者規定不同處，就本文有關品質保證功能分析而言，並不會帶來重大影響。重要者，在於前開二者規定都有歷來商標法相關規定所無之「減損著名商標之識別性或信譽」一項構成要件，而似乎令人得以因此推論立法者或有意圖希冀藉此要件之增列，於商標法規範中，正式納入品質保證功能。然而，不論是在2003年的商標法修正理由⁴，抑或是商標專責機關有關於此之解釋⁵，皆僅是抽象地提及減損著名商標之價值或信譽，而未具體說明其是否包括品質保證功能在內。由於上開規定之立法理由指出，其乃是依循APEC於2000年3月所為決議，要求會員國應遵守WIPO1999年9月公布之著名商標保護規定共同決議，因此WIPO該當共同決議中相關規定及其解釋，當可作為我國法解釋之參考。依據該共同決議4（1）（b）（ii）規定，於有「the use of that mark is likely to impair or dilute in an unfair manner the distinctive character of the well-known mark」時，即構成對著名商標之侵害，共同決議中對此一規定有如是之解釋：「A further example of dilution is where the conflicting mark is used on goods or services which are of an inferior quality or of an immoral or obscene nature.」

據此，則我國商標法第23條第1項第12款及第62條第1款二者規定中之「減損著名商標之識別性或信譽」要件，就不僅限於因大量使用著名商標而稀釋其價值或以不當方式使用致污染其信譽（如將迪士尼用之於成人電影或色情書刊行銷過程中）等情事，而包括將之用於品質較為拙劣的商品或服務之使用方式。如此解釋，使得我國商標法於此等規定中，亦具有品牌經營時所要求之品質保證功能。惟須注意者，由於商標法第62條第1款之適用對象僅限於已註冊著名商標，從而倘若信譽被減損者，係為未註冊著名商標，則應如何處理？就此，當可利用公平法24條規定，予以補充適用。依據公平交易委員會

（以下簡稱公平會）頒布之「公平交易法第24條案件處理原則」第七點（一）¹認定，「搾取他人努力成果」亦係公平法第24條所稱顯失公平行為類型之一，而「搾取他人努力成果」的次類型之一即是所謂的「攀附他人商譽」，此一攀附他人商譽行為，解釋上包含對於商譽的減損或稀釋（dilution）在內，而可發揮保護品質保證之功能⁶。公平會於前揭處理原則中，對此亦有類似解釋：「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。」

無論如何，雖然就商標法之發展歷程而言，將品質保證功能正式納入其規制範疇中，當屬2003年商標法修正以後之事，但於此修法前，司法實務運作似已搶先一步，不乏有以商標法相關規定具有品質保證功能為前提，作出商標侵權之判決。

三、司法判決與商標之品質保證功能

在有關商標侵權案例的整理、分析上，已有林欣蓉法官非常詳細闡明之大作⁷，本文於此不擬重啟調查，而思攀附驥尾，利用（合理使用？）林法官之研究成果，說明歷來司法判決於有關商標品質保證功能之見解。希望此一攀附商譽行為，不致減損林法官原作之信譽，影響一般人對原作品質之看法。

在可以說是已屬早期的台灣高等法院台南分院76年度上訴字第2405號判決中，即曾如此指出：「商標專用權之主要功能即在表彰商品之來源及商品之品質，故凡因欲表彰自己所生產、製造、加工、檢選、批售或經紀之商品而欲專用其商標者，皆須依法註冊，苟未得原生產商之同意，將產品加工改造、增減零件、變更外型或電鍍改變顏色，該商品實際上即已非原廠商之同一商品，如仍使用同一商標行銷，以足妨礙他人商標之信譽，自己構成侵害他人商標權」。惟倘若並未有加工、改造行為，則是否仍構成商標權之侵害？

就此事例，台灣高等法院88年度上訴字第2675號刑事判決認為，雖然被告並未就真正商品予以加工、改造或變更其內容，而僅是單純將商品分裝，例如將大包裝之奶粉分裝為小包裝，但被告既未經商標權人授權或同意使用其商標，且該等奶粉之品質已非商標權人所能控制，從而其行為仍係構成商標法第81條第1款之違反。相對於此，倘若改裝後的產品內容、品質均與真正商品均相同，例如被告向軟體公司以大量授權方案之方式購得正版電腦軟體光碟，再收集其他客戶丟棄之包裝盒、產品使用手冊及服務手冊後，加以改裝成零售版，實務判決就此則認為，被告出售之光碟與商標權人自行出售之零售版其外觀、內容、品質均相同，消費者並未因混淆、誤認而購得品質較差之商品，且商標權人既以大量授權方案將光碟出售與被告．．．商標專用權便已經耗盡．．．且被告以零售價方式出售，既未改變原商品品質或使原商品損壞，並無耗盡原則例外規定之適用，自不構成商標權之侵害⁸。

另一方面，當第三人未經商標權人同意而將其已淘汰之瑕疵品加以販售時，曾有法院判決認為，商標權人淘汰之瑕疵品，業經交由工廠銷燬，被告雖未經同意而將之再流通於市面販售，惟該瑕疵品於生產時，既係經商標權人之同意而將商標使用於其上，則不論商標權人事後有無同意販賣，均與商標法第81條所規定未經商標權人同意，於相同或類似商品使用相同或近似商標之要件不符，自不構成仿冒品⁹。對此，林法官引用徐璧湖大法官有關商標品質保證功能之見解，而主張：「所謂『真品』應係指合乎商標權人所要求之品質，且經其同意使用商標而於市場上交易流通之商品而言，其他未經商標權人同意而使用商標或流通於市場之商品均應為仿冒品，依前述情形所示，被告既未經商標權人同意而將品質有瑕疵之貨品加以販賣，仍應違反商標法第八十二條販賣仿冒商標之商品罪。」

對此主張，司法實務亦部分贊同其見解，而認為於平行輸入事案中，倘若國內外商標權人非屬同一，且國內商標權人與外國商標權人間無任何法律上或經濟上之關係時，則被告進口商品之品質相較於國內商標權人商品之品質係屬較劣者，則應構成商標權之侵害¹⁰；反之，假使二者商品品質相同，則不構成商標權之侵害¹¹。惟若依照林法官前揭「所謂『真品』應係指合乎商標權人所要求之品質，且經其同意使用商標而於市場上交易流通之商品而言，其他未經商標權人同意而使用商標或流通於市場之商品均應為仿冒品」之徹底保護商標品質保證功能的主張，則縱令於國內外商標權人可視為同一之情形，但商標權人依據市場實際狀況而於品質作不同程度處理時，則於外國經商標權人同意所生產之品質較低的商品，未經商標權人同意而平行輸入至我國時，該當輸入行為仍可能構成商標權之侵害。

無論如何，從前述各該司法實務判決之時期及其所引用法條，可以發現，相關系爭行為既非發生於2003年商標法修正後，亦非有關現行商標法第62條第1款之適用情事，若此則前揭各該判決有關品質保證功能之法律規範依據，即非從「減損著名商標之識別性或信譽」得來，而當係出自於一般「混淆誤認」之規範理念與條文。於此認知下，吾人可再進一步探討，外國法上依據混淆誤認法理所衍生之初始興趣混淆與售後混淆，於我國法上適用的可能性及其與商標法第62條第1款間之適用關係。

四、初始興趣混淆及售後混淆與商標法第62條第1款

所謂的初始興趣混淆，係指事業利用他人商標勾起消費者消費其商品之起意，之後由於消費者進一步確認或調查，或是事業本身的資訊揭露，使得消費者於決定交易之際，並無混淆誤認情事之生，而僅是一開始利用他人商標引發消費者進一步探詢或交易之興趣。例如，筆記型電腦銷售廠商並未販售S品牌之電腦，但卻於店面及招牌上揭示S品牌之商標，引發對S品牌筆記型電腦有興趣之消費者，至其店內詢問，卻強力推薦其他品牌商品。另一方面，售後混淆乃指從事仿冒商品交易之消費者本身於消費時清楚知悉該交易客體為仿冒品，從而無混淆誤認之虞，惟其後從該消費者處見聞該當商品之其他

消費者，由於並不知道其為仿冒品，誤認其為真品，並以真品應有之品質評價之，導致商標權人信譽受損。例如，某甲於夜市購得一仿冒之勞力士手錶，卻向他人宣稱其為真品，其後該手錶不慎掉落地上，卻是五臟內腑傾巢而出，導致他人認為勞力士手錶品質不過爾爾之低度評價，泯滅其未來購買意願。

雖然，於美國法上，對於上開初始興趣混淆或售後混淆，並未特別聲明僅適用於著名商標或標章¹²，惟值得令不肖事業冒用而引發消費者之興趣或令消費者於虛榮心下不願告知他人其所使用者係為仿冒品者，應多為具有一定知名地位的著名商標。若此，則初始興趣混淆或售後混淆，亦可利用作為保護著名商標之規範法理，而得藉此強化對著名商標保護之程度與範圍。惟須注意者，此時初始興趣混淆所保護者，當是著名商標的廣告功能，而售後混淆理論所保護者，則多屬其品質保證功能¹³。

若此，則當我國商標法第62條第1款對於仿冒品之不良品質，可能減損著名商標權人之信譽，亦已有規範時，實際上現行商標法已對售後混淆有一定程度的規範。相對於此，初始興趣混淆由於其規範主要目的在於保護商標之廣告宣傳功能，似難因其引發消費者一看究竟的心理，即認定其有減損著名商標權人信譽之嫌疑。若此，則商標法第62條第1款對此初始興趣混淆行為，似難有規範餘地。未來，實務運作若能接受初始興趣混淆之理念，而對混淆誤認之判斷作更有彈性之解釋，則商標法第62條第1款亦可因此而配合作彈性解釋，追加對著名商標廣告宣傳功能之保護。

甚者，由於商標法第62條第1款適用前提「需以發生『減損』之結果始足該當，並非以有『減損之虞』即足適用」¹⁴；從而於劣質仿冒商品製造階段，由於尚未被置於行銷管道上，不致有減損情事發生，亦無該款規定適用餘地。惟如此規定導致著名商標權人必須忍受仿冒人將仿冒商品置於流通管道上而有具體交易情事後，始得行使其排他權，不僅對著名商標權人之品質、信譽造成不當影響，且亦可能對損害消費者之利益。未來，當有必要修正該款規定，回歸「減損之虞」之規範方式，而不當繼續要求著名商標權人忍受傷害其品牌信譽情事之發生。

肆、商標法與公平交易法之競合及其因應之道

公平法除於第20條第1項第1、2款，以混淆為要件，保護為相關事業或消費者所普遍認知之表徵（包含註冊商標在內）外，並於同條項第3款保護未註冊且未於我國著名之商標，禁止將該外國著名商標使用於同一或類似商品上。此外，如同前述，公平法第24條之顯失公平行為類型中，包括所謂的將攀附他人信譽，而可作為著名商標品質保證功能保護之法源依據。於此認知下，當著名商標要求其至少應同時受有來源表彰功能及品質保證功能二項保護時，商標法與公平法二者有關著名商標或標章之規範，即有可能出現競合現象。最近，時而可見商標權人棄商標法保護而不視，卻轉而尋求公平法規範之保護，使得原本在商標權保護規範上應居於主要地位之商標法，主從易位，退居補充地

位。以下，首先針對商標法與公平法二者間之規範競合及衝突發生原因所在予以說明；其次，再就未來可有解決之道，試圖提出本文見解，避免我國有關標章規範最重要之二部法律，發生規範不均衡或落差之結果。

一、商標法與公平交易法規範競合或衝突發生之主要原因

當企業於其註冊商標受到侵害時，較諸尋求商標法保護，更有誘因訴諸公平法規範之理由，主要係因二法間主管機關及其權限不同以及罰則規範不同二點所致。

（一）主管機關及其權限

理念上，同樣是屬於標章保護之規範者，若能由同一行政機關為其主管機關，應是較佳的設計方式。惟從比較法觀點而言，大多數國家在有關註冊商標及表徵之執法機關上，仍是分屬不同機關。在有關商標註冊之申請、審查、審定核駁上，乃是由隸屬於行政部門之機關為之；相對於此，由於公平法上之著名標章（含表徵，以下同）乃是保護具體的使用事實，從而無須事前申請、審查等程序，方能取得其著名標章地位。因此，有關著名標章侵害之救濟，實際上乃是與對商標侵害之救濟一樣，由司法部門之法院，利用民事賠償、刑事罰則等予以規範。

然而，我國公平法制定時，由於將外國分屬於由不同執法機關主導之二部不同法律（由行政機關為主要執法機關之維護自由競爭的法律以及由司法機關為執法機關之不公平競爭防止法律），納入同一部法律中，並規定公平會為該法之主管機關，結果導致公平會之權限不僅包括自由競爭維護之規範，尚囊括不公平競爭行為防制之規範，再加上其依據公平法第41條所擁有的管制性處分與罰鍰權限，使得我國法制在有關商標與表徵之法律責任規範上，呈現出不同於其他國家法制的面貌。申言之，侵害他人著名標章者，不僅與侵害他人商標一樣，可能遭到私人或檢察官有關民事賠償與刑事責任的追究，尚可能因公平會依據公平法第41條的介入，而遭受公平會調查，最後可能受到五萬元以上、二千五百萬元以下之高額罰鍰，此種行政處罰幾乎未見於其他國家之著名標章保護法制。

由此可知，於其他國家法制之商標與著名標章之保護規範上，雖然在商標方面有申請、審查、審定核駁等行政機關的程序，但除非對其審查決定結果有所異議，而尋求救濟，否則於此階段，商標主管機關乃是唯一的主管機關，無與其他機關進行所謂執法協調會議的必要性。另一方面，在事後的民事救濟、刑事責任等層面上，由於外國法制都是由司法機關主導，並無行政機關以罰鍰等處分介入餘地，因此司法機關可以經由判決對同一行為違反二者規定之案件，基於其本身之衡平觀及審判獨立的地位，作出判決，實際上不會發生因執法機關不同致其適用產生衝突之問題。只有我國法制因其獨特的立法與規範方式，方有可能發生因執法機關不同，而生規範衝突之問題。

（二）罰則

於罰則設計上，更凸顯出雖然同樣是有關標章之規範，但由於著名標章僅是整體公平法所欲保護法益之一，從立法技術上難能特別針對著名標章為特別規範，因此對於著名標章之侵害亦與對其他自由、公平競爭秩序之侵害一般，受到同樣的罰則處分，結果導致未經主管機關事前審查、無絕對排他權之享有、其效力範圍僅侷限於一定區域內之表徵，對其侵害之罰則，可能遠遠高於對商標權的侵害。特別是，當現行有關商標或表徵之侵害，都以企業組織為侵害主體時，鑑於企業組織並無自由刑科罰之可能，從而利用金錢處罰以達到預防、遏止不法之功能，就顯得特別重要。若此，則公平法對於著名標章之侵害，除有上述罰鍰外，其罰金尚高達新台幣一億元，享有較高的違法預防、抑制功能；相對於此，商標法不僅因其規範方式而無罰鍰，對商標權之權利侵害行為，罰金刑亦僅停留於新台幣二十萬元以下，不啻鼓勵不肖人士可積極利用企業組織侵害他人商標，未來或有必要思索提高其罰金額度，令違法亂紀之人無利可圖。惟須注意者，公平法自1999年2月修正後，對於刑事責任之處罰，除少數例外，採取所謂的先行政後司法之規範方式，行為人只有在經公平會依公平法第41條處分後，仍繼續實施該當違法行為時，始受到同法第35條之刑事責任規範。

一般而言，基於使用主義原理而僅對一定社會事實狀態予以保護之公平法著名標章規範，對於標章所有人而言，實是一種高成本、高風險的保護方式。不僅於取得著名標章地位之過程中，必須竭盡所能、花費龐大的時間與費用提高其標章之知名度，期能達到公平法之要求，但此時其保護地理範圍可能僅停留於普遍認知之區域內，對區域外之標章使用行為不得依公平法請求保護，且縱使於取得該當普遍認知之地位後，仍必須持續挹注大量的時間與費用，維持其普遍認知之地位，否則一旦稍事鬆懈、喪失普遍認知性，即無法尋求公平法保護。若此，則以公平法保護著名標章之作法，不得不謂其成本既高、風險又大。

相對於此，基於註冊主義經審查所賦予的商標權，不僅其效力及於全國，且因形式保護結果，只要定期繳納規費，即可於一定期間內享有全部的權利保護，全然不用擔心其商標是否為一般消費者所認知，縱使一般消費者不認識其商標，但只要有未經其事先同意的侵害行為存在，即可尋求商標法之保護。雖然有一定規費的繳納為前提，但較諸必須於事前、事後經常性地維持其普遍認知或著名地位之公平法著名標章所有人，商標權人為取得、享受商標法保護之成本與風險，實在是低得多。職是，縱令未註冊之標章，亦可能因使用而取得公平法之保護，但鑑於其成本與風險，實不應鼓勵企業以此方式保護其標章。

於此認知下，對於現行我國企業社會應有之運作方式而言，商標法關於著名商標之保護，實應居於主要地位，公平法對於著名標章之保護，應僅屬於次要、補充性之地位，只有在事業不熟悉商標法制、疏於申請商標註冊時，基於保護相關大眾對於該當著

名標章之信賴，而對於不當使用他人著名標章之人，予以規範。若此，則上述因主管機關及其權限、罰則規範等之不同，使得企業誤認公平法對其保護更為周到，進而轉而尋求公平法保護之規範方式，實屬不當，而有予以修正之必要。

二、未來應有之因應對策

從以上敘述可知，雖然分別隸屬於二部不同法律中，但商標法對於商標之保護與公平法對於著名標章之保護，其基本規範理念與目的實是一致的，皆是為維護消費者利益、保障公平競爭秩序等公益目的而存在。只是不同於商標法僅以賦予商標權之方式，由商標權人本身依據商標法相關規定尋求法律救濟，公平法則除同樣容許著名標章所有人得依同法規定尋求法律救濟外，公平法的主管機關之公平會，尚可依舉發或職權主動介入、調查相關著名標章侵害案件，並於調查後對侵害人處以管制性或罰鍰等處分。從其他國家法制並無此項差異，即可得知，此一重要差異的存在，並未法理要求所必然，而係我國立法機關之立法技術問題，既是立法機關之問題，解鈴還需繫鈴人，即應由立法機關重新修法解決之。

倘若，果真有商標權人捨商標法之救濟規定而不為，反而尋求公平法救濟之情事，則首先必須追問者，當是商標法是否提供足夠的救濟手段和效果，否則為何商標權人捨商標法而不由？另一方面，如果商標權人之所以選擇公平法為其救濟法律依據，乃是因為公平會從過去到現在一直漠視公平法第26條要求應基於「公共利益」方始啟動其調查程序之要求，而對於僅是私人間紛爭之爭議，亦主動介入、調查，致使一般人誤認可以藉此利用、甚而濫用公平會所擁有之人力、物力及調查權限，作為私用，並藉由公平會處分作為其提起民事賠償請求的證據方法之一，則問題出在公平會誤解公平法整體規範之意旨，此實非商標法主管機關所可左右，而係牽涉到公平會的專業及其認知問題。或許，公平會可以思考修法將公平法有關著名標章之侵害規範，排除於該法行政處分對象外。惟此時所須考慮者，不僅是公平法第20條之適用問題而已，亦同時牽涉到其他可能也僅是有關私益紛爭的公平法第19條第1、3、4、5款、第21條、第22條等規定，將此等規定全部排除於公平會行政權責外，現實上是否可行，恐怕熟悉公平會現行運作方式及其人員結構之人，都將是悲觀的。

或許，徹底的正本清源之道，乃是仿效德國標章法之作法，制定一部保護所有標章之統一標章法，除原有註冊商標之保護外，並將現行公平法第20條、第24條相關規定，移至該部標章法中。於此，該當標章法將會同時兼容註冊主義與使用主義理念，依據註冊或使用給予保護時，其間保護要件、權利發生與取得方式、權利內容、保護期限、權利限制、權利侵害、救濟與處罰等，亦有必要配合其保護方式之不同，而有不同的內涵及規範。如能釐清此等不同處，並予以適當規範，則對於品牌或著名標章所有人，將是一大福音，健全、優質的品牌建立、發展環境，方能因此而成立、存在。

伍、經濟利用之規範

現行商標法關於商標權之授權、移轉、設質等之經濟利用方式，其規範可說是粗略的可憐。該法第33條雖規定，商標權人得就其註冊商標指定使用商品或服務之全部或一部，授權他人使用其商標，並對此授權採取登記對抗主義；但對於專屬授權與非專屬授權並未加以區分，二種授權之法律效力、被授權人之權利與地位等，亦未見有任何規定，且非常奇異且跳躍地，突然於該法第69條規定，跑出：「依第三十三條規定，經授權使用商標者，其使用權受有侵害時，準用本章之規定。」容許被授權人，不論其屬專屬被授權人、抑或非專屬被授權人，皆可主張權利侵害之救濟，完全無視非專屬被授權人於授權契約中所取得者，僅是一債權地位，僅享有對商標權人請求不得對其行使商標權之地位，而非取得商標權之排他權的地位。同樣地，有關商標權之移轉、設質，亦僅是於商標法第35條、第37條訂出登記對抗主義，而對於授權之地位，是否可以為設質標的等，完全未有觸及。

於知識經濟、品牌經營時代裡，如何利用商標或品牌創造出經濟價值，促進一國經濟發展，實為知識經濟對於商標法制規範要求之核心。然而，倘若不知台灣政府曾誓言全力推動知識經濟發展、規劃品牌台灣發展計畫，而僅知聞商標法就創造商標經濟價值之利用方式的粗略及錯誤規範手法，定會認為台灣仍處於前近代化國家，尚未跨入工業國家之林，遑論有所謂的知識經濟概念。當然，於此亦必須為商標法說句公道話，其規範內容雖比上不足，但比下有餘。君不見專利法相關規定，僅有第59條「發明專利權人以其發明專利權讓與、信託、授權他人實施或設定質權，非經向專利專責機關登記，不得對抗第三人。」寥寥數語，草率結束。相較之下，商標法尚有四條條文專司其責，較諸專利法不僅略勝一籌，且是令後者難能望其項背。實則，二者也僅是五十步與百步之差而已。

無論如何，在品牌台灣發展計畫規劃為台灣品牌發展「創造有利之法制環境」的理念下，與商標或品牌經濟價值創造息息相關之經濟利用規範，絕不能繼續如此粗略不堪，而必須進行大刀闊斧的改革。由於筆者個人對於其他國家商標法制並不熟稔，因此於思考相關改革方向及內容時，就不得不借重個人較為熟知之日本商標法相關規定，作為未來我國商標法相關規定修正之參考。以下，區分授權與設質二者，說明日本商標法有關經濟利用方式之規範內容。

一、日本商標法中有關授權之規範

日本商標法主要於第30條規範有關專屬授權，第31條規範非專屬授權，二條規定並準用不少發明專利法中有關授權之條文，促進各法間的規範一致性。

（一）專屬授權

根據日本商標法第30條第1項規定，商標權人得就其商標權設定專屬授權，惟國家、地方政府、非營利團體等就其機關所取得之商標權，不得為專屬授權。根據同條第2項規定，專屬被授權人於授權契約所定範圍內，享有於指定商品或服務上專用該當商標權之權利，此際可就使用期間、使用種類、使用商品或服務之範圍、使用區域等可得確定之內容，進行專屬授權範圍。此外，依據日本商標法第30條第4項準用發明專利法第98條第1項第2款規定，專屬授權非經登記於商標登記簿，不生效力，於專屬授權有移轉、變更、消滅或對其處分之限制時，亦同；但於依繼承方式移轉時，不在此限，惟應儘速向主管機關提出變更之申請。商標權為共有時，其專屬授權應取得其他共有人之同意（日本商標法第35條準用發明專利法第73條第3項）。專屬被授權人對於商標權人就其商標權之放棄行為，擁有同意權（日本商標法第35條準用發明專利法第97條第1項）。

於專屬授權範圍內，解釋上不僅第三人未經專屬授權人同意，不得使用該商標，即使原商標權人於授權範圍內，亦不得使用該當商標。專屬授權為共有之情形，除契約另有規定外，各共有人得未經其他共有人同意，使用該當商標（日本商標法第30條第4項準用發明專利法第77條第5項）。依據日本商標法第30條第3項規定，專屬被授權人於取得商標權人同意後，得移轉其專屬授權。同樣地，專屬被授權人於取得商標權人同意後，亦得就其專屬授權設定質權（日本商標法第30條第4項準用發明專利法第77條第5項），質權人除契約另有規定外，不得使用該當商標（日本商標法第34條第1項），但擁有物上代位請求權。再者，於取得商標權人同意後，專屬被授權人亦得對第三人實施非專屬授權（日本商標法第30條第4項準用發明專利法第77條第4項），此時之非專屬被授權人若得到商標權人及專屬被授權人同意，亦得就其非專屬授權設定質權（日本商標法第30條第4項準用發明專利法第94條第2項）。無論如何，上述專屬被授權之移轉及質權設定，亦都採取登記生效主義，而非登記對抗主義。

最後，依據日本商標法第36條至第39條規定，所謂商標權侵害時之權利，包括商標權及專屬授權二者，從而得因商標侵害請求救濟者，亦同時包括商標權人及專屬被授權人。

（二）非專屬授權

根據日本商標法第31條第1項規定，商標權人得就其商標權設定非專屬授權，惟國家、地方政府、非營利團體等就其機關所取得之商標權，不得為非專屬授權。根據同條第2項規定，非專屬被授權人於授權契約所定範圍內，享有於指定商品或服務上使用該當商標權之權利，此際可就使用期間、使用種類、使用商品或服務之範圍、使用區域等可得確定之內容，進行非專屬授權。此外，依據同條第3項規定，非專屬被授權人於取得商標權人或專屬被授權人同意後，或於一般繼承之情形，得移轉其非專屬授權。商標權為

共有時，其非專屬授權應取得其他共有人之同意（日本商標法第35條準用發明專利法第73條第3項）。非專屬被授權人對於商標權人就其商標權之放棄行為，擁有同意權（日本商標法第35條準用發明專利法第97條第1項）。

與專屬授權最大不同處，日本商標法對於非專屬授權之效力，並不採取登記生效主義，而係採取登記對抗主義，因此非專屬授權人非於商標登記簿登記，不得對於其授權後取得商標權或專屬授權之人，對抗其之非專屬授權（日本商標法第31條第4項準用發明專利法第99條第1項），同樣地，於有關非專屬授權之內容變更、消滅、處分等事項上，亦採取登記對抗主義（日本商標法第31條第4項準用發明專利法第99條第3項）。非專屬被授權人於得到商標權人同意後，得就其非專屬授權設定質權（日本商標法第31條第4項準用發明專利法第94條第2項），但非經登記不得對抗第三人。質權人除契約另有規定外，不得使用該當商標（日本商標法第34條第1項），但擁有物上代位請求權。

二、日本商標法中有關質權設定之規範

日本商標法有關質權設定之規範，主要規定於其第34條，該條規定如下：

「以商標權、專屬授權或非專屬授權為標的設定質權時，質權人除契約另有約定外，不得將該當註冊商標使用於其指定商品或服務。

發明專利法第96條（物上代位）之規定，於以商標權、專屬授權或非專屬授權為標的之質權，準用之。

發明專利法第98條第1項第3款及第2項（登記之效果），於以商標權、專屬授權為標的之質權，準用之。

發明專利法第99條第3項（登記之效果）規定，於以非專屬授權為標的之質權，準用之。」

比較上述日本商標法有關質權設定規定與我國商標法第37條規定，可以發現二者有如下不同點：（1）日本商標法第34條對於質權設定之標的，不僅限於商標權，尚包括其專屬授權及非專屬授權二者；（2）日本商標法第34條第2項準用發明專利法第96條規定之結果，使得質權人對於商標權、專屬授權或非專屬授權的對價以及商標權人、專屬被授權人因其授權可得之授權金等，享有物上代位請求權；（3）日本商標法第34條第3項準用發明專利法第98條第1項第3款、第2項規定之結果，商標權或其專屬授權的質權設定，採取登記生效主義，非經登記不生質權設定之效力；（4）相對於此，日本商標法第34條第4項準用發明專利法第99條第3項規定之結果，非專屬授權的質權設定乃是採取登記對抗主義，非經登記不得對抗第三人。

之所以針對商標權、專屬授權與非專屬授權的登記效果予以區分，而對於前二者採用登記生效主義，對後者則採登記對抗主義，原因當在於日本智慧財產法有關於此之一般規範原理。不論是前述之授權規範，抑或是於此之質權設定規範，日本智慧財產法制

在區分應利用登記生效、抑或是登記對抗主義時，最重要之考量基礎在於該當權利係屬於物權性質、抑或是債權性質。在商標權、專屬授權二者上，由於其權利內容較為重要且具有物權性質，從而不論是其移轉、授權、設質等，皆要求須經登記始生效力；相對於此，非專屬授權由於影響層面較小，且是債權性質，因此乃對其採取登記對抗主義。

從以上日本商標法有關授權及質權設定二種規範之敘述，可以得知，日本商標法於此等規範上，對於登記效力之區分、專屬授權與被專屬授權二者其法律效力、被授權人地位、渠等與商標權人、質權人間之關係等等，皆有詳細的規定。在我國尚未完全邁入美國式的契約社會前，商標法有關經濟利用之詳細規定方式，對於不熟悉契約應有規範內容或無力、欠缺應有專業進行契約內容協商之企業、特別是中小企業而言，日本商標法有關於此之詳細規範方式，實值得我國商標法未來改革時之參考。對於時時刻刻想要追趕日本、甚至超越日本發展之我國政府的企圖心，未來商標法有關於此之改革，上述日本法相關規定或當僅是最低的改革限度吧！

陸、結語

本文從我國政府有強烈進取心，意欲發展知識經濟，並有積極意願協助我國企業於未來建立、發展自有品牌，以縮短與全球百大著名品牌間的差距，從而於2006年初規劃出「品牌台灣發展計畫」出發，探討為推動、落實該品牌台灣發展計畫所擬訂出之「創造有利之法制環境」之內涵及其問題點。原本，吾人期待，所謂的「創造有利之法制環境」，當是針對現行商標法制有關品牌保護之不足，思索出各種對策及改革方案。惟係觀其內容，卻令人大失所望，僅是一連串的貸款優惠、信保投入等優惠政策，難能謂與法制環境有關。對此具體措施規劃之不滿，衍生出本文嘗試檢討我國商標法制現行規範內容，是否足以支援、促進企業建立、發展自有品牌之意願。結果發現，雖然過去歷次的商標法修正，或以混淆誤認規範為核心，或以符合國際規範為思考重點，而使得我國商標法支援品牌建立之規範，似有不足，難能於我國加入WTO後，利用品牌之建立，擷取該組織所欲保障之自由貿易體系的最大利益。

雖然如此，2003年的商標法修正，對於著名商標或品牌建立、發展，確立起另一項里程碑，該法第23條第1項第12款及第62條第1款之修正，令著名商標於我國商標法中所保護程度，大為強化。惟不同於強調來源表彰功能之傳統商標法規範，係以保護消費者於購買時免於混淆誤認為中心，其所保護之消費者乃是實際從事交易或已有購買情事之消費者，著名商標或品牌規範所欲保護之消費者，不僅是前述消費者，尚包括未來的消費者或潛在之消費者，渠等因系爭品牌所建立之品質保證，而隨時有購買該當品牌商品之可能。於此，傳統強調來源表彰功能之商標法規範，遂有圖窮匕見之虞，而有必要針對品牌或著名商標所需求之品質保證功能，進行規範或予以強化。2003年的商標法修正，於相當程度上，修補了此一法律規範漏洞，但於初始興趣混淆及尚未發生實害之製

造階段上，該等法律規定似尚有不足之處，而有必要藉由修法或實務擴張解釋，填補之。

當商標法與公平法同為我國法體系中，保護著名商標之二大法律支柱，基於商標維護成本以及企業法律風險等考量，於著名商標或品牌保護上，商標法當居於主要地位，而公平法應是企業疏漏或法律知識不足時，補充性地保護系爭著名商標。然而，由於二者法律之主管機關及其權限、罰則規定等之差異，使得邇來企業似有傾向利用公平法保護其著名商標之趨勢，此種趨勢對於以著名商標為基礎的品牌經營體制之確立，危害甚大。未來當有修法泯滅二者法律規範不當存在之差異，促使企業回歸商標法為著名商標或品牌保護規範之主要地位。最後，本文檢討與品牌經濟價值創造息息相關之商標法有關授權、設質等經濟利用方式的規範，發現其規範內容實是粗陋不堪，難能匹配政府信誓旦旦所要推動之知識經濟發展。有鑑於此，本文乃介紹日本商標法有關於此之規範，作為我國商標法未來改革方向與內容之參酌。

在我國政府為確實維護智慧財產權人之權利，以鼓勵其研發、創作、建立自有品牌，從而連續制定智慧財產案件審理法、智慧財產法院組織法二部重要程序及組織法律後，未來經由該專業法院運用專業審理法律，保護智慧財產權人之權利，或當是指日可待。惟若僅有強健的身體及作戰理論，而未授予武器可以令其上場廝殺、對決，潰敗是相當然而。同樣地，不論組織法抑或程序法如何的健全、嚴謹，但若無各該智慧財產法律確實有效保護智慧財產權人實體規範存在，智慧財產法院勢將無由有效發揮其功能。現行商標法規範於有關品牌的保護規範上，似有如此情事存在，未來如何修正相關規定，強化對於著名商標或品牌之保護，增進我國企業建立自有品牌之誘因，當是品牌台灣發展計畫規劃者與商標專責機關所應共同面臨、克服之課題。

【註釋】

1. 其他建構健全、優質的品牌發展環境之施政措施尚有：激發全民品牌意識、建立品牌知識交流平台、成立品牌創投基金、建構品牌輔導與諮詢體系、建立品牌鑑價制度、宣傳特色產業與品牌形象、人才供給與培訓等。
2. 經濟部智慧財產局於其所公布之「混淆誤認之虞」審查基準中，一開頭即如此敘述：「商標最主要之功能，在表彰自己之商品／服務，以與他人之商品／服務相區別；就商品／服務之消費者而言，則是藉由商標來識別不同來源之商品／服務，俾以進行選購。」
3. 參照商標法逐條釋義第62條，該逐條釋義內容可自下列網站取得：http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/trademark_law_11_7.asp。
4. 商標法第23條第1項第12款修正理由，僅如此說明：「又除防止與著名商標產生混淆誤認之虞外，並應避免對著名商標之減損（dilution）產生」。同法第62條第1款之立

法理由則未有相關說明。

5. 在經濟部智慧財產局所編撰的商標法逐條釋義中，針對第23條第1項第12款中之「減損著名商標之識別性或信譽」，有如此說明：「『有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞』者，係指商標以不公平方式或不正利用著名商標或標章之識別性，而有致減損著名商標或標章之價值，或因利用著名商標或標章之信譽而有搭便車不勞而獲之情形者。」於第62條第1款相關文言之釋義時，則僅謂：「所稱『致減損著名商標之識別性或信譽者』，與同法第23條第1項第12款『有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者』，尚有程度之差異，本款之適用，需以發生『減損』之結果始足該當，並非以有『減損之虞』即足適用。」逐條釋義內容可自下列網站取得：http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/trademark_law_94.asp。
6. 參照廖義男（計畫主持人），公平交易法之註釋研究系列（二）——第18條至第24條，頁481-482（吳秀明執筆），2004。
7. 參照氏著，商標侵權民刑事責任，發表於經濟部智慧財產局所主辦之「95年度商標學術研討會」，2006年11月26日。
8. 台灣高等法院90年度上易字第2726號刑事判決。
9. 台灣台北地方法院93年度易字第1667號刑事判決，嗣後經台灣高等法院94年度上易字1420號刑事判決撤銷改判有罪。
10. 司法院刑事法律專題研究（六），頁186-187。
11. 同前揭註，頁183-185。
12. 美國法上有關初始興趣混淆及售後混淆之檢討，參照王敏銓，美國法上之混淆之虞及其特殊態樣之研究，智慧財產權月刊第94期，頁106-110，2006。
13. 美國法之判例認為，當仿冒品之品質不劣於真品時，並無售後混淆之適用。參照王敏銓，同前註，頁110。
14. 參照前揭註3及其所引註之本文。◆