

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10138>

商標法之理論與實務

陳昭華 著



元照出版提供 請勿公開散布。

元 照 出 版 公 司

第一章

序 論



一、商標之意義及功能

(一)商標之意義

商標，是表彰商品或服務，使其相關消費者得藉以與他人之商品或服務相區別之標識。商標之於商品或服務，就如人的姓名之於人一樣，目的在使人易於辨識姓名所歸屬之人。商品或服務在交易過程中如能以標識加以區別，將會使消費者更容易辨識，提高許多效率，消費者不需要為特定之商品或服務作許多的描述，透過標識即得以辨識。同時透過商標，消費者對其所使用之商品或服務即有一定程度之瞭解，包括其來源或品質等，故商標上可以具有多重意義。茲將其特點及範圍分述之如次。

1. 商標為一標識

商標為標識之一種。標識之範圍極廣，舉凡姓名、公司與商號名稱、指稱商品或服務之商標、指稱營業之營業標誌及其他作為區別營業活動之標示等，都屬於標識之範圍，故商標只是標識之一種。

2. 商標為表彰商品或服務之標識

商標之最主要目的在使商品或服務之相關消費者得藉以與他人之商品或服務相區別，故若無法使消費者藉以「辨識」（識別），即無法作為商標。又商標所表彰者不僅是商品，也包括服務。以前就表彰服務之標識稱為「服務標章」，但商標法在2003年修法後已將服務標章包括在「商標」之概念中，故現行商標法中之「商標」為表彰商品或服務之標識。「標章」之概念用於團體標章及證明標章。

2 ● 商標法之理論與實務

至於商標與表徵之關係為何？表徵，係公平交易法第22條之用語。所謂「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。表徵之種類，除公平交易法第22條第1項所規定之具有識別力或次要意義之姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀等外，其他具有表彰商品或服務之具識別力或次要意義之特徵的標識均屬之，如網域名稱。因此商標不過是表徵之一種態樣而已，除商標外尚有許多其他類型，表徵之範圍比起商標廣得多，為商標之上位概念。

(二)商標之功能

隨著資訊科技的急速進步，商標在工商社會中扮演愈來愈重要之角色。在過去，商標往往僅被當作是商品或服務之標記而已，但在資訊社會，商標同時扮演著承載資訊的角色。因為商標除具有作為區別不同企業經營者的商品或服務之識別標識功能外，尚有表彰其產製來源、保障品質及宣傳銷售廣告之功能，使消費者能透過商標即能對於其所指定使用之商品或服務有相當程度之認識。例如可以瞭解其源自什麼樣的企業（如企業形象、製造者屬於何種團體或組織等）、具有什麼品質、產自何地，即使消費者未曾使用過該商品或服務，亦可能透過媒體或網路，對該商品或服務有某程度之瞭解，此乃因廣告而展現之吸引力。基此，因為資訊在現代生活中扮演著愈來愈重要的角色，商標之於商品或服務也具有愈來愈顯著的地位。特別是著名商標，除代表著高價值的商標外，更可以看出產業發展之趨勢。

商標最原始及最基本之功能是識別功能及表彰來源功能（Unterscheidungsfunktion & Herkunftsfunktion），之後漸漸拓展到品質保障功能，進而至廣告功能等。其中識別功能與表彰來源功能均在證明來源之一致性（Ursprungsidentität）；品質保障功能則重在強調商標之穩定品質，另一方面亦與來源之同一性有關聯¹。

¹ Fezer (2009), Markenrecht Kommentar, 4. Aufl., C. H. Beck, Rn. 21-26; Marx (2007), Deutsches, europäisches und internationales Markenrecht, 2. Aufl., Luchterhand. S. 23.

所謂識別功能，係對消費者或最終顧客（Endabnehmer）保障商品或服務之來源的一致性，使該商品或服務不致造成與其他來源之商品或服務混淆誤認之虞²。商標若無法使消費者或最終顧客藉以辨識其指示之商品或服務，即無法作為商標，因此識別功能是商標必然不可或缺的最主要功能。

其次，為表彰來源功能。表彰來源功能在使商品之一般購買人及最終的消費者得以確信標示商標的商品具有來源的一致性，並得藉以與他人之商品或服務相區別，故亦含有識別功能。因此識別功能與表彰來源功能具有密切之關聯。基於表彰來源功能，可進一步達到下列作用：1. 透過標示商標之商品的品質使顧客與企業連結起來；2. 透過標示商標之商品確認企業（商標權人或產製者）；3. 製造者應負責控制品質；4. 保護商標不因他人違法使用，而以不正當之方法榨取其美好的聲譽³。因此表彰來源功能亦為商標之重要基本功能。

除上述二功能外，商標尚有品質保障功能，即保障商標所表彰之商品或服務具有與過去所瞭解的一樣的品質及特性，使消費者得以信賴該商標，因此品質保障功能又稱為信賴功能（Vertrauensfunktion）。品質保障功能在著名之商標特別明顯，蓋一商標之所以著名，通常是具有一定之品質或特性，因此只要按著商標去尋找商品或服務，多數會如消費者之預期。於一般商業經營，商標權人亦當盡力使標示有商標之商品自第一次銷售後，在所有的銷售管道中均能維持一定之品質，使商標所標示之來源與品質間沒有錯置。

此外，商標尚有廣告之功能（Werbefunktion）。廣告功能，係指商標具有因其特性及知名度，在交易時對其購買人表現之特有的「吸引力」（Anziehungskraft）。在消費很強的社會中，消費者購買商品經常未必是因其特性，而是基於該商標，特別是著名商標。消費者雖未使用過某個商標之商品，但透過廣告認識該商標，而對之留下一定之印象，此即商標之形象。例如看到「蠻牛」飲料之商標，就想到廣告中所顯示的精力充沛的樣子，使消費者將「蠻牛」與精力充沛結合在一起，此即

² ECJ, 23.03.2010, C-236/08, *American Clothing*.

³ Marx, a.a.O. (Fn.1), S. 25.

4 ● 商標法之理論與實務

廣告之作用。由於商標具有廣告功能，因此商標權人會為其附有商標之商品或服務投入大量的廣告，以使其商標扮演經濟上更重要的地位。由此可知，廣告功能乃在顯示商標之吸引力。更清楚地說，在此並非以商品事實上之品質或性能，而是以廣告的介紹，來說服消費者，使消費者清楚而簡單地認識該商品。

除了以上功能外，近來歐洲法院判決中尚提到溝通（communication）及投資（investment）功能⁴。前者係指商標可以作為商業溝通中之重要標識，蓋若一商標指稱某一具體的來源，則商標將與相關的公眾連結，從而使商標具有商品及來源標示間之溝通的功能。至於後者因商標權乃憲法所保障的財產權之一，自可作為投資之標的。

探討商標功能之實益，除在說明限制商標權人權利之理由外；同時事實上也在合法化商標權所賦予商標權人之法律地位⁵。歐洲法院的判決中經常會以商標功能理論作為判決論述之基礎，例如「識別功能，係對消費者或最終顧客保障商品或服務之來源的一致性，使該商品或服務不致造成與其他來源之商品或服務混淆誤認之虞」⁶，又「當商標之功能，為主要功能之識別功能及其他的功能，如品質保障功能或溝通功能、投資功能或廣告功能遭受侵害時，商標權人可主張其排他性之權利。」⁷但在歐洲法院並非透過功能理論規範商標保護範圍，因為商標保護範圍必須由立法者確定，功能理論在歐洲僅是作為解釋時之補充的腳色⁸。

⁴ ECJ, 18. 6. 2009, C-487/07, *L'Oreal SA and ors v. Bellure NV and ors*.

⁵ Tilmann, Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion, ZHR 158 (1994), 371-380.

⁶ EuGH GRUR 2003, 55 Tz. 48 – *Arsenal FC*.

⁷ EuGH GRUR 2009, 756 Tz. 58 – *L'Oréal/Bellure*; GRUR 2010, 445 Tz. 76 f. – *Google & Google France*; GRUR 2010, 841 Tz. 30 – *Portakabin/Primakabin*; EuGH GRUR 2014, 280 Tz. 30 – *De Vries/Red Bull*.

⁸ Keim (2009), Der markenrechtliche Tatbestand der Verwechslungsgefahr, 1. Aufl., Nomos, S.39.

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10138>

國家圖書館出版品預行編目資料

商標法之理論與實務／陳昭華著.
-- 四版. --臺北市：元照, 2018.10
面；公分
ISBN 978-957-511-034-5（平裝）
1.商標法
587.3 107015484

商標法之理論與實務

5C146RD

作 者 陳昭華
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 540 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2013 年 02 月 初版第 1 刷
2018 年 10 月 四版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-034-5