

裁判字號：臺北高等行政法院 89 年度訴字第 1004 號 行政判決

裁判日期：民國 90 年 04 月 19 日

案由摘要：公平交易法事件

臺北高等行政法院判決

八十九年度訴第一〇〇四號

九十年四月十二日辯論終結

原 告 美商·寶鹼股份有限公司
代 表 人 D0000 M.M000
原 告 德商·優洛寇化粧品股份有限公司
代 表 人 D0000 M.M000
原 告 德商·兩果伯斯股份有限公司
代 表 人 0000-00ggo Muller
共 同 傅祖聲 律師（兼送達代收人）
訴訟代理人 盧柏岑 律師
被 告 行政院公平交易委員會
代 表 人 黃○樂（主任委員）
訴訟代理人 白○莊
葉○福
吳○玲
參 加 人 商真股份有限公司
代 表 人 傅○琮
訴訟代理人 劉法正 律師（兼送達代收人）
洪燕嫩 律師
賴春麗 律師
參 加 人 三商行股份有限公司
代 表 人 陳○東
訴訟代理人 劉法正 律師（兼送達代收人）
洪燕嫩 律師
參 加 人 德商·里滋麻菸草廠股份有限公司
(Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH)
代 表 人 P0000 0000000
代 表 人 0000-00inz Scheel
訴訟代理人 劉法正 律師（兼送達代收人）

六六二〇號註冊商標，指定使用於煙草、煙具、火柴等商品。此外「BOSS」亦向兩果伯斯公司之簡稱，準此「BOSS」一詞會已成為相關事業及消費者所普遍認知之知名商標及公司名稱。

- 3、經兩果伯斯公司授權由寶齡公司及優洛寇斯公司產製經銷之各式產品中，Elements Aqua 及 Boss No.1 二款香水產品，深受消費大眾喜愛。二項商品之整體包裝（包含知名度之「BOSS」商標及公司名稱在內），已成為相關事業及消費者所普遍認知之商品表徵。
- 4、而由參加人德商·里滋麻菸草廠股份有限公司（以下簡稱里滋麻公司）授權製造，商真股份有限公司（以下簡稱商真公司）進口，三商行股份有限公司（以下簡稱三商行公司）經銷之：
 - I、BOSS LIGHTS 香菸，其包裝之底色，BOSS 字體及顏色、整體設計，酷似前開 Elements Aqua 香水產品。
 - II、VIRGINIA BLEND 香菸之包裝整體設計，則酷似 Boss No.1 香水產品。
- 5、以上三名參加人授權製造、進口及銷售之前開二項香菸，其包裝設計，已使消費大眾混淆誤認為原告前開香水之姐妹產品，而為原告產製之系列商品。但原告與參加人既非關係企業，亦無任何授權契約存在，故參加人之作為已嚴重影響市場之競爭秩序。
- 6、參加人里滋麻公司就前開香菸上之「BOSS」圖樣，雖已取得我國之商標註冊，但該等商標乃仿襲原告長期使用之知名商標，其商標權之取得不正當。
- 7、且參加人前開香菸上之「BOSS」圖樣，與參加人里滋麻公司之註冊圖樣迥異，反而與原告特殊設計之商標圖樣相同，顯見參加人商標之使用亦非正當。
- 8、是以參加人三人所為，顯係以相關事業或消費者所普遍認知之他人公司名稱、商標、包裝等顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆並販賣、輸入使用該項表徵之商品，嚴重影響原告與消費大眾之權益以及市場競爭之秩序，有違公平交易法第二十條第一項第一款之規定。
- 9、此外，參加人使用與前開香水產品雷同之知名商品表徵，亦有積極攀附他人商譽及榨取他人努力成果，足以影響交易秩序，亦有違公平交易法第二十四條之規定。

B、請求公平交易委員會作成之行政處分內容：

1、對參加人：

I、商真公司

II、三商行公司

III、里滋麻公司

2、依：

I、公平交易法第二十條第一項第一款之規定

II、公平交易法第二十四條之規定

3、做出之行政處分（但原告未指明此項行政處分應具有之具體內容）

貳、請求權之規範基礎：

一、公平交易法第二十條第一項第一款：

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、公平交易法第二十四條：

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。

參、拒絕請求之行政處分：

一、作成之機關：公平交易委員會

二、作成之案號：（八八）公參字第八八〇八二六七號函

三、作成之時間：八十八年八月十六日

四、拒絕之理由：

A、法律的適用上，認為原告根本無此請求權：

1、有關公平交易法第二十條第一項第一款之部分：

I、公平交易法第二十條第一項第一款之構成要件，為「被仿冒者為商品之『表徵』」及「該表徵為相關事業或消費者所普遍認知」，且須為「相同或類似之使用」、「致與他人商品混淆」。

II、原告等三家公司之香水商品之整體包裝設計，第一款「BOSS elements aqua」香水產品部分：

a、其方形外金盒一般商品（包括香水、香菸產品等）包裝之慣用形狀，單純之藍色，難成為表徵。b、包裝外盒上之藍色水珠，雖或可為原告等商品之表徵，惟參加人之香菸商品包裝上並無該項圖案。

c、參加人於香菸商品包裝上雖亦使用「BOSS」商標，但經被告向經濟部查詢後，依經濟部來函所示，參加人就香菸類商品享有商標專用權，其使用系爭商標為依商標法行使權利之正當行為，尚難認有違反公平交易第二十條第一項第一款規定之情事。

d、又參加人之商品為香菸，原告之商品則為香水，二者分屬不同種類之商品，並無致混淆誤認之虞。

III、原告等三家公司另一款「BOSS NO.1」香水產品：

a、亦為一般之方形外盒，單純之黑色，亦難認屬表徵。

b、其包裝外盒上之橫、直線條，亦為被按舉人商品包裝上所無。

c、至於「BOSS」商標，如前所述，參加人就香菸類商品享有商標專用權。

d、又參加人之商品為香菸，原告之商品則為香水，二者分屬不同種類之商品，並無致混淆誤認之虞。

2、有關公平交易法第二十四條之部分：

I、如前所述，原告商品之方形外盒為一般商品包裝慣用之形狀，單純之藍色或黑色亦為一般商品提供者可能採用之顏色，而藍色水珠或橫、直線條，於被檢舉人之商品包裝上均無，至於「BOSS」商標，參加人就香菸類商品享有商標專用權。

II、故本案尚難認被檢舉人有積極攀附原告之商譽，抄襲原告商品之外觀，榨取原告等努力成果之情事，故尚難認參加人違反公平交易法第二十四條之規定。

肆、拒絕之結果，侵犯到原告之財產權。

乙、兩造及參加人訴之聲明：

壹、原告部分：

一、撤銷原處分（包含一再訴願決定）

二、請求命被告機關依公平交易法第四十一條之規定對參加人為命停止為與原告商品包裝相似之包裝及廣告行為，並處以罰鍰。

貳、被告及參加人部分：

駁回原告之訴

丙、二造及參加人三方之主張：

壹、原告方面：

一、程序部分：

A、原告得依法提起「課以義務之訴」：

1、行政訴訟法第五條第二項規定：

「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件予，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。因參加人涉嫌違反公平法第二十條第一項第一款、第二十四條，侵害原告財產權及法律保護之利益，故原告經訴願程序後，得提起「課予義務之訴」。

2、以公平交易法第二十條第一項第一款作為請求權基礎：

公平交易法第二十條第一項第一款禁止事業就其提供之商品或服務，相同或類似使用相關事業或消費者或所普遍認知之他事業商品表徵，致與他人商品之來源相混淆。立法意旨除保護消費者之利益外，更避免事業襲用他事業之商品表徵，造成不公平競爭，侵害他事業之權利。參加人相同或類似使用原告知名商品表徵，致相關事業或消費者混淆商品來源，誤認 BOSS 香菸係由原告生產或與原告有關，侵害原告之權益，原告自得以本條款為請求權基礎，請求鈞院課予被告機關應為處分之義務。

3、以公平交易法第二十四條作為請求權基礎：

I、公平交易法第二十四條因為補充性規定，惟在實務運作上，因公平交易法修正前違反二十條者，公平交易法第三十五條規定具有刑罰，因此被告機關對於事業是否違反公平交易法第二十條向採取「嚴苛解釋」之立場。此由被告機關處理仿冒案件之結果，亦可獲得印證。被告機關編印之仿冒案例彙編中，以公平交易法第二十條處理者僅有八件，以公平交易法第二十四條處理者卻高達二十九件。要之，被告機關有擴大運用補充規範之現象，將符合公平交易法第二十條之案件，以公平交易法第二十四條處理。

II、人民得否直接以公平交易法第二十四條作為請求權之基礎，應依「身分」而異。蓋任何第三人均得以公益維護者之角色自居，向被告機關提出檢舉，請求被告機關處分。然之原告並非「任何第三人」。原告係主張權利或法律上利益受侵害之人。原告就同一原因事實主張權益受侵害，自不因適用法條為公平交易法第二十條第一項第一款或第二十四條而有異。

III、就訴願機關及行政法院之實踐而言，訴願機關及行政法院向認為被告機關駁回檢舉違反公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條者，因具有確認處分之效果，使參加人得繼續使用爭議之商品標爭，而

可能對檢舉人造成侵害，故檢舉人如為主張商品表徵受侵害之人，即具有訴願利益，得提起訴願及行政訴訟，亦即檢舉人之權利或法律上之利益受到侵害。

IV、惟應說明者，原告主張依公平交易法第二十條第一項第一款、第二十四條，得提起課予義務之訴，惟公平交易法第二十四條之構成要件較為概括，賦予行政機關裁量權之情形與公平交易法第二十條第一項第一款不同。而依行政訴訟第兩百條第三款、第四款，對於課予義務訴訟，依事證是否明確或是否涉及行政機關之裁量權，而有直接命被告機關依原告請求之內容作成行政處分，或命被告機關遵照其判決之法律見解作成行政處分之區別。不論違反公平交易法第二十條第一項第一款或第二十四條，被告機關均係依公平交易法第四十一條處理。倘鈞院認為事證已明確，得命被告機關依公平交易法第四十一條處分參加人，倘鈞院認為事證尚不明確，有賴被告機關進一步調查，或涉及被告機關之裁量權，則得命被告機關依鈞院之法律見解作成處分。

4、被告機關辯稱原告不得提請課以義務之訴，並不足採：

I、被告機關辯稱，依行政訴訟法第五條第一項規定，須原告依法有向行政機關申請為一定行政處分之權利，始得提起課予義務之訴，本件原告固得向被告機關提出檢舉，但其檢舉僅係促使被告機關發動職權，尚非課予被告機關一定之作為義務，是本件應不得提起課予義務之訴云云。

II、按被告機關前開見解，係以「公法上請求權」與「反射利益」作為區分標準，主張必須法律明定人民有向行政機關提出申請，請求其作成行政處分之規定者，人民始具有公法上請求權，始得提起課以義務之訴。惟查，法律規定之內容非僅授予國家推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管公務機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務，已無不作為之裁量餘地者，不能稱人民依法僅有「反射利益」，司法院大法官釋字第四六九號解釋闡述甚明，是原告應得依公平交易法第二十條、第二十四條提起課予義務之訴。

5、課予義務之訴包含撤銷訴訟，本件並無變更訴之聲明之必要：

課予義務之訴本包含撤銷訴訟，原告之訴有理由者，法院除於主文中課予被告機關為一定處分之義務外，得一併記載原處分撤銷。是縱如被告

機關主張，原告依法僅得提起撤銷訴訟，不得提起課以義務之訴，然原告訴之聲明已包含撤銷原處分之訴訟，故原告並無修正聲明之需要，併予敘明。

6、原告依法得為訴之聲明變更：

原告起訴時雖僅請求撤銷原處分，其後變更聲明請求課予被告機關為一定行為之義務，於法並無不合：

I、行政訴訟法第一百十一條第一項規定，訴狀送達後，原告不得將原訴變更、追加。原告修正訴之聲明而與起訴狀之聲明有異，然原告請求之基礎事實同一（參照民事訴訟法第二百五十五條第一項第二款）、法律關係亦與起訴狀所載相同，能否謂此為訴之變更、追加，已非無疑。況同條第三項第三款規定，訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變者，應准許訴之追加、變更。原告請求之基礎事實及法律關係均與起訴狀相同，故修正聲明應予准許。

II、另查，訴狀送達被告，雖不得將原訴變更或追加他訴，但經被告同意或法院認為適當者，不在此限。原告修正聲明所依據之基礎事實及法律關係均未改變，並未妨礙被告機關之防禦，是不論被告機關是否同意原告修正訴之聲明，鈞院均得依法同意原告修正訴之聲明。

B、原處分違反公平交易法第二十五條第四款，具有機關組織合法性要件之瑕疵：

1、原處分未由被告機關合議決定，其處分具有機關組織合法性要件之瑕疵：

按法律規定行政處分應由特定組織以合議方式作成者，如處分之作成違反該組織性要件規定，該處分即具有嚴重程序瑕疵，欠缺合法性要件，應予撤銷。公平交易法第二十五條第四款規定，議決違反公平交易法之處分案，應由被告機關委員會合議議決。然本件原處分僅由承辦人提出意見，交由審查委員審閱後，即由該審查委員個人簽結，未經委員會合議議決，此為被告機關所不否認之事實。被告機關辯稱：「為節省行政成本，故經由委員會授權，由審查委員核准後簽結」云云，惟查：決定處分或不處分應由委員會合議議決乃法律明文規定，被告機關不得自行授權個別委員單獨審查決定，否則無異改變法律明定之權限。縱被告機關基於節約行政成本之考量，請個別委員事先審查，亦僅能將該個別委員會審查意見交由委員會議決，始符法律規定。然綜觀被告機關之答辯內容可知，原處分由個別審查委員審查決定後即簽結，未將審查結果報

請委員會議決，使法律賦予合議機關行使權限之規定成為具文。

2、被告機關辯稱本件得適用簡易程序，僅需事後交由委員會追認云云，並不足採：

I、被告機關另辯稱其對結合申請、不實廣告、家庭代工之案件，訂有簡易處理程序，依「舉重明輕」法理，得「類推適用」簡易程序云云。

II、惟查：

a、本件既非「結合申請」，亦非「不實廣告」或「家庭代工」案件，本無所謂簡易程序之適用。

b、於準備程序中，被告機關亦承認本件非屬前開類型案件，惟辯稱依舉重明輕法理，處分之案件既得以簡易程序處理，則不處分之案件更得以簡易程序處分，亦即類推適用前開簡易程序之規定云云。然而：

(1)、「舉重明輕」或「類推適用」乃兩種不同法律思維方法。類推適用係指擬處理案件之法律事實與擬適用之規定之法律事實類型特徵相同，基於「相同者相同處理」之法理，進行類推適用；舉重明輕或舉輕明重通常係認為兩者之法律事實雖有不同，但應適用相同之法律效果。

(2)、依被告機關所述，前開適用簡易程序之案件，係因經過被告機關處理累積歸納一定違法行為之案型後，由委員會將前開違法行為類型加以明文規定，制定辦法授權適用簡易程序。即以不實廣告為例，倘其違法行為類型非屬委員會已明文制定辦法所規定之違法行為類型，仍無法適用簡易程序加以處理。而本件涉及公平交易法第二十條、第二十四條之案件，既非「結合申請」，亦非「不實廣告」或「家庭代工」案件，本無類推適用之問題。

(3)、被告機關所謂舉重以明輕，係指前開應加「處分」之案件得適用簡易程序，則「不處分」之案件，更得適用簡易程序。被告機關以「處分」或「不處分」之法律效果差異，進而稱依舉重明輕，本件可適用簡易程序，其認知係明顯錯誤。蓋所謂舉重明輕並非「法律效果輕重」之比較。倘依被告機關主張，依「處分」、「不處分」作為輕重之比較，則所有最後決定不處分之各類型案件，豈非均得適用簡易程序處理，其錯誤甚為明顯。

3、事後補正違反被告機關自定之辦法，且作成處分之組織要件不合法並無事後補正之問題：

I、被告機關辯稱本件得適用簡易程序，由委員會事後追認即可，且參酌行政程序法第一百十四條第一項第四款，應認該程序瑕疵業已補正云云。

II、惟查：

a、事後補正違反被告機關自行訂定之「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」：

被告機關所謂事後補正之說詞，係違反被告機關自行制定之「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」。該原則第十三點特別明定，表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依下列程序認定：（a）由被告機關委員會議認定。（b）有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供被告機關認定之參考。（c）影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。根據前述規定，明確顯示有關是否違反公平交易法第二十條之案件，應由被告機關委員會議認定，故被告機關所謂事後追認之說詞，明顯牴觸被告機關自行制定之辦法。

b、作成處分之「組織性要件」不合法並無事後補正之問題：

(1)、從行政程序法第一百十四條第二項規定可知，補正瑕疵之期限為訴願終結前，此亦為行政處分瑕疵之違法判斷基準時。被告機關雖稱已於事後補正，然於原告提出訴願、再訴願之救濟程序中，被告機關從未陳明其已事後補正，合先敘明。

(2)、行政程序法第一百十四條第一項第四款規定：「應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者」，其所指涉之對象乃「參與機關」，亦即協力之其他機關，參與機關僅提供意見予作成處分機關，參與機關並非作成處分之機關，此觀同條項第五款之規定自明。參與處分作成之機關可能為機關內部組織，或機關外之其他機關。前者通常為機關內設置之諮詢性或議決性之合議機關，後者則稱為「多階段之行政處分」。此種未經「參與機關」協力，致行政處分之「作成程序」有瑕疵，與原處分應由「合議機關」本身作成，致行政處分之「機關組織要件」有瑕疵，兩者截然不同。被告機關將之混為一談，並不足採。

(3)、作成處分之機關組成合法性問題，與訴訟法上之法院組織是否合

法相當，法院之組織不合法者，乃判決當然違背法令，亦構成再審原因（民事訴訟法第四百六十九條第一款、同法四百九十六條第一項第三款、行政訴訟法第二百四十三條第二項第一款、同法第二百七十三條第一項第三款參照）。應以合議裁判之法院，如未以合議作成裁判，已屬當然違背法令，尚不得主張由合議法院事後追認補正裁判之違法性。

- (4)、被告機關為合議制機關，為重視經濟管制之公正性與正確性，公平交易法第二十五條規定有關違反公平交易法之調查、處分事項，應由委員會合議決定。此外，公平交易委員會組織條例要求委員應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗，並明定委員應超出黨派以外，不得參加黨派活動，獨立行使職權（行政院公平交易委會組織條例第十一條至第十三條參照）。倘處分得由個別委員作成，事後再交委員會追認，無異變更法律明定之權限秩序。甚且，於本案中，將法律賦予委員會之權限交由他人行使，其誤謬甚為顯然。

C、被告機關違反公平交易法第二十七條，未經調查即作成處分，其程序顯有瑕疵：

I、被告機關漏未斟酌之特定證據：

I、原告在八十八年五月三日向被告機關提出檢舉，被告機關原認為本件應由經濟部查察仿冒品小組處理，故移由經濟部查察仿冒品小組處理，嗣經濟部查察仿冒品小組認為本件應屬公平交易法範疇，在同年七月八日將本案移回被告機關。詎料，被告機關未進行任何調查程序，旋即於同年八月十六日作成原處分。因被告機關未進行任何調查程序，故原告亦不及在被告機關作成原處分之程序中，提出全部證據。

II、據上，被告機關漏未斟酌之重要證據包括：

- a、參加人里滋麻公司在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」香菸之商品包裝。
- b、中華徵信公司之「BOSS」香菸認知情形市場調查報告。
- c、被告機關亦未仔細比對，參加人在香菸上使用之「BOSS」字體，與原告申請註冊商標之「BOSS」字體近似，反與參加人自己申請註冊之商標字體不同。

III、被告機關稱其已審酌參加人里滋麻公司在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」白色系列香菸包裝云云。惟查，前開證物係原告於訴願程序中所提出，被告機關於調查處分之程序中，確未斟酌前開證物。

2、被告機關判斷事實真偽適用之證據法則不當：

I、為證明參加人係與原告磋商不成後，仿襲原告香水產品之包裝，原告特別提出參加人於斯洛伐尼亞銷售之香菸包裝，其採用之包裝明顯與台灣有異。訴願與再訴願決定機關指稱，參加人於不同國家採用不同之商品包裝設計，乃其行銷策略考量。

II、惟查：

(1)、按商品行銷全球者，無不希望其包裝全球一致，俾便共同製作廣告行銷。尤其有品牌之商品，非有特殊必要性，不會遽然改變商品包裝以免消費者混淆產品，此使為符合日常生活經驗之法則，訴願與再訴願機關決定竟認為於不同國家採用不同之商品包裝設計，乃其行銷策略考量，顯違經驗法則。

(2)、更重要者，在不同國家採用不同包裝乃變態事實，就此變態事實而言，訴願與再訴願決定機關得基於職權調查或命參加人提出相關證據，然其捨此正途不為，未經任何調查，逕以被告機關自己之主觀猜測，認定在不同國家採用不同之商品包裝為正常銷售策略，其適用證據法則自有違法。

III、證明參加人之商品表徵與原告之商品表徵為相同或類似使用，致與他人相混淆，原告特別委請中華徵信公司提出市場調查報告，證明有超過百分之五十消費者混淆誤認「BOSS」香菸係由原告生產或與原告有關。就此：

a、再訴願決定機關一方面以該市場調查報告係由原告提出，否定其證明力；另一方面卻又採用該調查報告之結論，稱多數消費者會造成混淆，係因「名稱」之緣故，而名稱部分參加人享有商標專用權云云。依最高行政法院之見解，行政機關一方面否定市場調查報告之證明力，另一方面卻採用被其否定證明力之市場調查報告結論，其證據取捨、認定事實及適用法律，均欠允洽。

b、再者，再訴願決定機關完全未根據被告機關制定之「處理當事人提供之市場調查報告評估要件」，評估該市場調查報告之正確性與可信度，單以該市場調查報告係由原告提出，而否定其證明力，未經過任何調查，依最高行政法院之見解，其證據取捨、認定事實及適用法院，均欠允洽。

c、實則，唯恐他人質疑被告機關之公正性，被告機關從未亦不願委請他人進行市場調查報告，被告機關向主張由當事人自行提出市場調

查報告，由被告機關審酌。依此方式運作，市場調查報告不由是原告提出，即由關係人提出。倘以提出市調報告者之主體，不細究內容即質疑市調報告之可信度，則所謂「評估當事人提出之市調報告」，豈非流於具文。

D、原處分「組織性要件」合法性瑕疵及作成處分程序之瑕疵與事實認定錯誤之因果關係：

1、就被告機關未遵循一定程序，該項程序瑕疵與事實認定錯誤之間是否須具有因果關係？以及其標準應該採用「抽象因果關係」或「具體因果關係」之爭點。在此首應敘明者，吳庚大法官雖指出，就程序法之法理言，程序瑕疵可區分為①源於自然正義或正當法律程序之瑕疵，此為具有絕對影響效果之瑕疵，以及②相對影響效果之瑕疵。後者尚可依「具體因果標準」與「抽象因果標準」進一步加以區分。惟吳庚大法官同時於介紹此分類之同時指明，德國在傳統上對此並未加區分，且吳庚大法官對於應否以此作為分類，持保留之態度。前開意見亦應一併參酌。參酌我國行政程序法第一百一十四條規定，程序瑕疵應先區分為：可否補正之瑕疵，倘可補正之瑕疵事後經補正者，即無程序瑕疵可言；倘該瑕疵未經補正，或可進一步判斷該瑕疵是否輕微至完全不對效力產生影響。至於程序瑕疵是否達到明顯重大之程度，則屬於無效或得撤銷瑕疵之問題。因此，原告除依鈞院指明之問題，說明採用何項因果關係作為判斷，認定原處分程序瑕疵外，另以我國通說之程序瑕疵判斷模式，加以說明。

2、不論採用「具體因果標準」或「抽象因果標準」，原處分之程序瑕疵對結果均有影響：

I、「具體因果標準」與原處分之程序瑕疵：

a、所謂「具體因果標準」，係指未有此項程序瑕疵，必將產生另一決定，民事訴訟法第四九六條第十三款為適例。

b、原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決以及未經調查程序。就未經合議機關議決而言，其破壞法定機關權限，違反法律保留原則，其嚴重性似難以具體或抽象因果關係立論（詳後述）。就未經調查程序，致被告機關漏未斟酌市調報告等對原告即為有利之證據而言。因該市調報告對於公平交易法第二十條第一項第一款構成要件具有關鍵地位，且該調查報告已達「顯然性」有利之程度（至於其證明力尚須再調查，另當別論），應符合具體因果標準。

II、「抽象因果標準」與原處分之程序瑕疵：

- a、所謂「抽象因果標準」，係指未有此項程序瑕疵，可能將產生另一決定，舊行政訴訟法第七款、第十款即為適例。
- b、原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決以及未經調查程序。就未經合議機關議決而言，其嚴重性似難以具體或抽象因果關係立論（詳後述），惟可確認者，合議機關之決定當然可能不同於個別委員之決定，是原處分如未有此項瑕疵，應可能產生不同之結果。就未經調查程序，致被告機關漏未斟酌市調報告或參加人於斯洛伐尼亞之香菸包裝而言，因該等事項對是否構成公平交易法第二十條第一項第一款、第二十四條，具有相當重要性，縱認為該項證物未達立即處分參加人之程度，然既無法否定該證據之重要性，則衡量該證據自可能產生不同之結果，符合抽象因果標準。

3、我國應採用「抽象因果關係」作為判準：

吳庚大法官雖引介前開分類，惟其認為是否有必要如此細分，其亦採取保留之態度。吾人以為，如擬於我國引進前開分類，應採用「抽象因果標準」作為判準，理由如下：

- I、從吳庚大法官之介紹中可看出，得提起再審之事由同時包含「具體因果標準」及「抽象因果標準」，倘堅持符合「具體因果標準」者，始符合影響結果之程序瑕疵標準，顯然使該程序瑕疵之標準嚴於再審標準，輕重倒置，未見妥適。
 - II、「具體因果關係」係屬較進步之立法例，當行政程序較為完備後，或許可參酌採納，惟我國行政程序法方始施行，遽然採用對人民甚為嚴苛之程序瑕疵因果關係標準，並不妥當。
 - III、尤其行政處分之程序瑕疵係由行政機關造成，倘因行政機關造成之瑕疵卻課予人民較嚴苛之因果關係標準作為影響結果之程序瑕疵標準，亦不妥當。
- ## 4、依我國通說採用之瑕疵判準，原處分之瑕疵嚴重影響結果就我國採用之程序瑕疵標準加以判斷，原處分縱非無效，亦屬嚴重影響結果之瑕疵：
- I、較為輕微之程序瑕疵，我國行政程序法第一百十四條定有補正之規定。原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決、未經調查程序之瑕疵，非屬該得補正之程序瑕疵事項，且被告機關於再訴願決定前，亦未補正。
 - II、按法律規定特定決定應由合議制機關作成者（非僅為參與），該未經

合議機關之決定，即屬變更法律規定之機關權限，屬於重大之瑕疵。倘對外形成之名義，未以合議機關行之者，即屬明顯（請參見原證七）。就未經合議機關議決而論，原處分具有合議機關名義之外觀，或可認定瑕疵未達明顯程度。然縱使該瑕疵未達明顯重大之無效程度，為其屬於重大瑕疵，對結果有所影響，應無可疑。

III、就未經調查程序而言，被告機關依法有依職權調查之義務，被告機關既非認定本件不涉及公平交易法，則其應自行調查，或命原告提供相關事證，或使參加人陳述，迺被告機關完全未進行任何調查程序，程序瑕疵自屬重大。

二、實體部分：

A、本案之參加人行為應已違反公平交易法第二十條之規定，理由如下：

1、被告機關認定參加人未違反公平交易法第二十條之理由如下：

I、參加人並未相同或類似使用原告之商品表徵，因方形盒為香水、香菸慣用包裝，單純之藍色或黑色難以構成表徵；參加人之香菸商品並無「藍色水滴」（指 Elements Aqua），亦無橫、直線條（指 Boss No. 1）。

II、參加人在香菸使用「BOSS」商標，乃行使其商標專用權。香水與香菸分屬不同商品，並無致混淆誤認之虞。

III、針對原告所提出市場調查報告，再訴願決定機關則辯稱該報告係由原告委託提出，尚欠客觀公正，且由報告第四十四頁可知多數受訪者誤認 BOSS 香菸由原告所生產，其原因在於品牌名稱，然參加人就該名稱享有專用權。

2、但公平交易法第二十條旨在避免消費者對商品來源產生混淆，被告機關以商品不同無混淆之虞，其適用法律顯有錯誤：

I、公平交易法與商標法保護之法益主有下列三點差異：

a、前者保護商品表徵，後者保護商標，商品表徵之範圍較商標範圍廣。

b、前者所保護之客體並不限於同一或類似商品，後者原則上限於同一或類似商品。在此應辨明者，商標法對「著名商標」之保護固然及於非同一或類似商品，然其屬例外之情況；而公平交易法所稱「相關事業或消費者所普認知」要件，並非指商品表徵必須屬於「著名商標」始受公平交易法保護。

c、前者所指之混淆，係者混淆商品來源主體，使他人誤以為兩商品之

來源主體相同或有關，後者之混淆並未清楚界定。

- II、據上，公平交易法權威學者廖義男教授指出，商標法之規範目的在於避免大眾對「同一或同類商品或服務」產生混淆，因此限於同類商品彼此間始有商標法上混淆之問題。至於公平交易法第二十條第一項第一款之作用，在於保護相關大眾所共知之他人商品或服務表徵，不因事業為相同或類似之使用，而使提供商品或服務之「主體」來源產生混淆，故商品表徵使用於不同類商品，致使消費者混淆商品之來源，誤以為係由同一企業或關係企業或生產者，仍屬公平交易法規範之仿冒行為。亦即混淆商品屬於同一來源，由同一企業所生產，或者誤以為兩商品之來源主體為關係企業。
 - III、我國最高行政法院亦認為，公平交易法第二十條之立法目的係針對目前嚴重之商業仿冒行為，就現行法（指商標法）所未能規範而有礙公平競爭之行為，予以禁止之規定。既係補充現行法所未能規範者，則與該商品表徵是否已申請商標註冊或能否申請商標註冊無關。被告機關如以單一顏色不得申請註冊作為駁回之論據，適用法則即欠妥適。
 - IV、被告機關辯稱參加人在香菸產品使用「BOSS」商標，乃行使其商標專用權，「香菸」與「香水」分屬不同商品，不致造成混淆云云。被告機關顯係認為是否有混淆之虞，限於「同類商品」，該見解明顯違反公平交易法第二十條之立法保護目的，適用法律顯有錯誤。倘依被告機關之邏輯，不同類商品即無混淆之可能，則公平交易法二十條與商標法豈非毫無區別。豈非認為取得商標專用權者，毫無抵觸公平交易法之可能。公平交易法第二十條所保護者，乃避免使用相同或類似之商品表徵，使相關事業或消費者對商品之來源主體產生混淆，而非商品本身之混淆。要之，重點不在於消費者是否瞭解其所購買之產品為香菸或香水，而是消費者是否會因參加人香菸商品表徵與原告香水商品表徵之相似性，因而誤認系爭香菸係由原告製造生產。
- 3、又查相同或類似使用乃為判斷混淆之虞之輔助標準，而被告機關逐一「分解」原告香水包裝之各項要素，稱方形盒為香水、香菸慣用包裝，單純之藍色或黑色難以構成表徵；參加人之香菸商品並無「藍色水滴」（指 Elements Aqua），亦無橫、直線條（指 Boss No.1）云云。但是此種比較方式是錯誤的，因為：
- I、公平交易法之規範意旨在於維護效能競爭之市場秩序，只要消費者或其他交易相對人已有混淆之事實，公權力即有介入管制之必要。因此

只要確有混淆事實，即無須再判斷商品表徵相同或類似使用之行為之程度，此乃基於公平交易法第二十條係沿用巴黎公約第十條立法例之當然解釋。申言之，相同或類似使用商品表徵係為輔助判斷「混淆」之要件，倘實際上已有混淆存在，則「相同或類似使用」應為混淆事實吸收。而本件客觀之市場調查報告已證明超過百分之五十消費者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，被告機關自不得稱參加人並未為相同或類似使用原告之商品表徵。倘參加人未為相同或類似使用原告之商品表徵，則消費者為何會造成混淆？

II、再者，依被告機關制定之「處理公平交易法第二十條原則」第十二點規定，判斷表徵是否相同或類似使用，應以「通體觀察及從主要部份」加以判斷。被告機關逐一分解包裝後，並未通體觀察或比較兩商品表徵之主要部份，其認定難謂適法。而被告機關所謂單純之黑色或藍色難以構成表徵，乃因被告機關過去一向主張「單一顏色」不得註冊取得商標。倘依被告機關之論理，原告 Elements Aqua 香水之「藍色水滴」與 Boss No. 1 香水之橫、直線條等商品次要表徵，反成為比較之對象，顯違反被告機關制定之處理原則。實則，原告並未主張方形盒為原告商品之表徵，亦未主張淺藍色與深灰色為原告商品之表徵，而係主張參加人香菸顏色表現、字體設計排列等整體包裝，與原告產品之商品表徵類似，使消費者混淆商品來源，而市場調查結果亦證明超過一半之消費者產生混淆（請參見後述）。

4、而且被告機關在判斷時，並未依法斟酌市場調查報告：

I、表徵是否相同或類似使用，是否造成混淆，應以市場調查報告作為最高之判準：

a、按消費者為商品表徵是否造成混淆之最佳裁判者，惟如何尋找消費者之意見，可能有實際上困難，審查上亦可能不經濟。因此，被告機關所頒佈之行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點特別明定，表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依左列程序認定：

(1) 由被告機關委員會議認定。

(2) 有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供被告機關作為認定之參考。

(3) 影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體

、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。

b、前開判斷程序充分顯示，市調資料實為判斷是否混淆最重要之判斷標準。隨著判斷難度或爭議逐漸升高，而逐漸倚賴被告機關之外部意見，而以市調報告作為最高之判準。

II、原告委託之市調報告顯示，高達 50% 以上之消費者，認為「BOSS」香菸係由原告生產：

a、為證明相關事業與消費者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，原告特委請中華徵信公司進行市調。應說明者，處分是否違法不當之判斷基準時，乃是以再訴願決定作成前之事實與法律狀態為準，故雖因被告機關未進行調查程序，致原告不及在原處分作成前提出市調報告，以供被告機關參酌，然並不影響原處分違法不當之判斷，合先敘明。

b、市調報告結果顯示，誤認「BOSS」香菸係由原告生產之情形相當嚴重。中華徵信公司在八十九年二月八日至同年二月十三日，以「BOSS」香菸銷售人員、「BOSS HUGO BOSS」產品銷售人員及消費者為對象，完成一千一百個樣本。調查結果顯示，出示「BOSS」香菸與「BOSS HUGO BOSS」香水產品供受訪者辨識，高達 48.4%之「BOSS」香菸銷售人員誤認「BOSS」香菸係由原告生產；高達 53.3 % 之消費者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，混淆之情況可謂相當嚴重。進一步分析後發覺，造成混淆之主要原因包括①品牌名稱相同；②包裝顏色或外觀類似；③名稱字體一樣；④商標一樣

III、被告機關未仔細斟酌市調報告，卻以同一份市調報告之數據支持其見解，其證據取捨、適用法律均有未洽：

a、被告機關辯稱，系爭調查報告係由原告提供，尚欠客觀公正，且由市調報告第四十四頁可知，絕大多數受訪者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，原因在於品牌名稱相同，而參加人使用該品牌名稱乃因取得商標專用權之結果。參加人使用該商標既非法所不許，尚不得資為參加人違反公平交易法之論據云云。

b、按原告並非主張參加人不得使用其所取得之商標，蓋參加人得否使用該商標乃商標法之問題。原告係主張，在商標法與公平交易法規範併存之情形下，參加人使用其商標加上其他要素組合成參加人之香菸產品包裝時，應儘可能避免使消費者誤認系爭「BOSS」香菸係由原告生產。要之，取得商標之事業將其商標與其他表

徵聯合運用之結果，本可能抵觸公平交易法，此亦為商標法與公平交易法併存之目的。

- c、再訴願決定機關未審酌調查者之公正性，僅以該調查報告係由原告所委託，即稱該調查報告尚欠公正客觀性，其證據取捨實違論理法則。依其邏輯，似指調查報告必須由被告機關所指定之第三人，始具有公正客觀性。惟實務上被告機關從不指定市調機構從事調查，亦拒絕指定市調機構調查。且依被告機關制定之「處理當事人所提供市場調查報告評估要項」，亦可知被告機關係認為調查報告應由當事人提供，再由被告機關評估。再訴願決定機關豈能以調查報告由原告提供為由，即稱該調查報告不足採。
- d、更有甚者，再訴願決定機關一方面認定原告提供之調查報告不可採，另一方面卻援引同一份之調查報告內容，稱絕大多數受訪者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，原因在於品牌名稱相同。被告機關曾以相同理由（未採納市調報告，卻又援引同一份調查報告）作成處分，而最高行政法院認為此種證據取捨、認定事實及適用法律均欠允洽，因而撤銷被告機關之處分。
- e、依歐美先進國家實務見解，市調報告顯示 10-15%之消費者造成混淆者，即足以證明混淆存在。縱使如再訴願機關之認定，扣除因品牌名稱因素誤認「BOSS」香菸係由原告生產之消費者，誤信者中仍有高達 35.3%之消費者因品牌名稱以外之因素造成混淆（計算式為 $(000 - 007) \div 320$ ），而以消費者總數而論，則有高達 18.83%之消費者因品牌以外之原因造成混淆（計算式為 $(320 - 007) \div 600$ ），仍足以顯示混淆之嚴重性。

5、而本諸下列各項事證及理由，足以判定，本件參加人之作為符合公平交易法第二十條第一項第一款之要件，而構成不正競爭之違法行為：

- I、原告商品為相關事業或消費者普遍認知之他人商品表徵
 - a、原告已提出諸多註冊商標以證明原告「BOSS」商品之知名度，被告機關歷次於原處分、訴願決定及再訴願決定中，對於原告之商品為相關事業或消費者普遍認知乙節，從未加以爭執。再者，公平交易法所稱「相關事業或消費者普遍認知之他人商品表徵」，並非指該表徵達到商標法上所稱「著名商標」之程度，始受保護，此應辨明。
 - b、根據中時晚報八十九年十一月一日第十五版之報導，原告生產之「

HUGO BOSS」男裝在全球銷售排名第一，亦足證原告商品表徵之知名程度。

c、原告雨果伯斯公司從一九八九年至一九九四年，在台之營業額為分別為（美元）516,489,722,840,765,060,1,053,205,1,433,939及1,274,691美元，一九九五至一九九八年在台營業額分別為3,749,000,4,266,000及5,772,000馬克。營業額中約有10%投入作為廣告費用，基於現代企業多角化經營以及形象行銷之趨勢，原告公司投入之廣告費用對原告公司各類商品均具有促銷效果。即使單一商品之廣告對他類商品亦有溢出效果。應說明者，前開營業額並不包括香水產品，因系爭香水產品係由雨果伯斯公司授權寶齡公司使用，並由優洛寇公司生產。

d、原告優洛寇公司生產之二款香水中，「BOSS」NO1.深藍色包裝係最早上市之香水，在市面上銷售之時間超過十年以上，向來擁有固定之銷售量。而「BOSS」Elements Aqua則於一九九四年間在台推出上市，此款香水已成為香水市場之領導品牌。根據原告公司在台代理經銷商得馨公司之資料，「BOSS」在香水市場中之市場占有率約為30%，可證明縱使單就香水市場而論，前開香水亦為知名品牌。

II、參加人相同或類似使用原告商品表徵，致他人混淆誤認「BOSS」香菸係由原告生產之事證：

a、原告除提供參加人之香菸照片及原告被仿襲之兩款香水照片以供比對外，更重要者，因消費者係混淆誤認之最佳裁判者（請參見被告機關頒佈之『行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點』），故原告特別提出委請他人對相關事業及消費者進行市場調查報告，結果證明超過50%之消費者混淆誤認「BOSS」香菸與原告有關。

b、根據一九九八年八月份「Esquire」第三十二頁刊登之資料，內容刊載「品牌忠誠者的最佳寫照，就是實際反應在以品牌為名的全系列商品」、「不論是否受到同名服裝品牌之影響」、「BOSS香菸最引人注目之特色當屬其出色之外包裝」、「流行色傳達都會的時髦感」。本項內容如係參加人刊登之廣告，則顯係誤導大眾：「BOSS」香菸係原告之系列商品；如係由他人報導時，則顯見相關事業及消費者已實際混淆誤認「BOS」香菸係原告之系列商品。

c、一九九九年間，「免稅商品新聞雜誌」（Duty Free NEWS

Magazine) 刊載一則消息，稱：「Reemtsma International 在下半年即將在台灣免稅商店推出 Boss Full Flavour 和 Boss 淡煙。此項品牌係由德國 Hugo Boss 授權 Reemtsma 使用」，但其內容則與事實顯然有間，按上開雜誌係以報導著名免稅商品名牌之專業雜誌，而依前開報導則清楚顯示，相關事業及社會大眾已實際混淆誤認「BOSS」香菸與原告有關。

III、市調報告所證明實際混淆之比例，已足證明參加人為相同或類似使用原告之商品表徵。

a、商品表徵是否造成混淆，消費者是最佳裁判者。因此，依被告機關自行頒佈之行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點規定，表徵是否類似造成消費者混淆，先由委員會加以判斷，如難以判斷，得依市調報告決定。

b、茲提供三件美國法院相關案例之中譯文，並分別就案件事實、法院認定構成混淆之虞判準及市調報告三部分加以說明：

(1)、Mc0000-00C Inc. v. Granutee Inc. 案（，以下簡稱「膠囊案」）：

①案件事實：

原告與被告皆為生產止痛藥之廠商。原告在一九八八年改良採用紅黃組合顏色膠囊，並大力促銷，受到消費者喜愛。被告意圖抄襲，採用相同顏色組合之膠囊而造成爭議。

②法院認定構成混淆之虞判準：

法院認為該紅黃顏色組合之商品表徵具有衍生意義，市調報告亦顯示消費者對該紅黃顏色之膠囊有強烈聯想。其次，法院論及是否會造成混淆之虞時，通常考量之因素包括：

- (a) 商品標爭之知名度或顯著性
- (b) 商品表徵之近似性；
- (c) 產品之近似性；
- (d) 兩造生意設備之近似性；
- (e) 廣告近似性；
- (f) 被告之意圖；
- (g) 實際混淆。

但在特定個案中，這些因素並非永遠相關或同等重要。原告提供兩次市調報告分別顯示有 28%、21% 之受訪者會造成混淆（判決中

援引之其他案件之市調百分比有 10%/15-23%)。法院並強調實際混淆乃建立混淆之虞之強力證據，法院認為本案已構成強烈混淆之虞。

③市調報告：本件市調報告係由原告所提供。

(2)、Kraft General Foods Inc. v. Friendship Dairies Inc. 案（以下簡稱「酸乳酪案」）：

①案件事實：

原告銷售 BREAKSTONE'S 酸乳酪，從一九五四年起，其商品表徵僅有些微改變，主要是以紅色為背景，BREAKSTONE'S 為白色草書。原告之酸乳酪是東岸領導品牌，在紐約地區之市場占有率達 41.9%，而被告之市場占有率為 4.4%。一九九〇年，被告也採用以紅色為背景之包裝，商品表徵由紅、白、綠色組成。

②法院認定構成混淆之虞判準：

原告提出之市場調查報告顯示有 17%受訪者會因為兩商品之表徵而造成混淆。經調查原告產品商品表徵之知名度、兩商品表徵之近似性、競爭商品在市場上之陳列位置、實際混淆存在、被告故意抄襲之意圖以及該日用品屬於消費者參與度低之產品後，法院認為本案有明顯的混淆存在。

③市調報告：本件市調報告係由原告所提供。

(3)、VRE/Max International Inc. v. Help-U-Sell Inc. 案（以下簡稱「招牌案」）：

①案件事實：

原告主張被告之招牌設計使消費者產生混淆，誤以為兩造間有關係企業之關係或有關連。

②法院認定構成混淆之虞判準：

法院認為要主張商品表徵之侵害，須證明其商品表徵並非內涵陳述，商品表徵具有衍生意義以及有混淆之虞。認定是否有混淆之虞，判定之方法是以一般購買人在看到該商品表徵時，是否認為商品或服務之來源有所關連。消費者意見調查可作為判斷混淆之虞之正當證據。原告提出之市場調查顯示有 28%消費者認為兩造有關係企業之關係或有關連，此為非常顯著之比例。混淆之虞不須證明實際混淆，但實際混淆是最有力的證據。混淆之認定並非絕對以購買時為主，而在於被告是否可藉由購買者下意識或有意

利用與原告產品之知名度產生聯想之方法，在市場中取得立足地位。

③市調報告：本件市調報告係由原告所提供。

在本案中，法院援引之其他案例提及市調比例 8%、15%、11%足以作為混淆之虞。

c、針對本案，前開三件案例有下列三點值得參酌：

(1)、商品表徵之近似性僅是衡量是否有造成混淆之虞因素之一。當證據（市調報告）顯示有實際混淆存在且相當明顯或嚴重時，實際混淆已強力證明有混淆之虞（請參見「膠囊案」中譯文第三頁第二十六行、「招牌案」中譯文第三頁第十六行）。正如原告先前所一再主張者，是否相同或類似使用商品表徵，本為輔助判斷是否構成混淆之虞，當有證據顯示實際上混淆，則「相同或類似使用」商品表徵有可能被實際混淆涵蓋。如實際混淆之程度相當強烈者，則實際混淆可構成有混淆之虞之壓倒性證明。

(2)、在判斷混淆之虞時，被檢舉人之意圖亦為重要斟酌因素之一（請參見「膠囊案」中譯文第三頁第九行、「酸乳酪案」第三頁第二行）。就此，原告已舉證說明參加人在台銷售之香菸與參加人向來使用之商品包裝並不相同，因參加人係使用兩造授權協商時所討論之設計原型。

(3)、法院認為市調報告是證明混淆之虞之正當方法（「招牌案」中譯文第二頁第二十五行）。不論法院在特定個案中究竟認為多高比例之受訪者實際混淆，足以證明混淆之虞，本件原告所提供之市調報告顯示，實際混淆之比例高達 48.4%之香菸銷售者及 53.3%之消費者認為「BOSS 香菸」係由原告生產，遠高於前開「膠囊案」、「酸乳酪案」及「招牌案」中原告市調之比例，更高於各該案件中所援引之其他案件市調比例，本件無疑已構成明顯而強烈混淆之虞。

d、依被告機關制定之市調報告評估要項，本件市調報告應屬可採為評估當事人提供之市場調查報告是否可採，被告機關訂有「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」，茲依該「評估要項」說明原告提供之市場調查報告應屬可採：

(1)、中華徵信公司之公信力：

①、在國內從事市調調查業務之時間：中華徵信公司為世界徵信聯

合會會員，其早在五十六年即成立國際市場調查研究中心。

②、營業量及曾作業實績：中華徵信公司員工超過兩百人，其作業實績及公家機關委託之調查研究。

(2)、調查方式：以台北、台中、高雄三大都會區為主，分別就通路業者及一般消費者進行調查。對通路業者採取立意抽樣法（以行政區劃分抽樣），對消費者採取中央地點集中測試法進行人員實地訪問，並以隨機抽樣方式選取樣本。調查期間為八十九年二月八日至二月十三日，完成之樣本共一千一百份。

(3)、基本資料：中華徵信公司完成之調查報告之原始基本資料，均有留存，以供查驗。

(4)、問卷內容針對預定達成之目標而設計，具有合目的性：中華徵信公司為本件市調報告設計之問卷詳見市調報告之附錄，預定完成之目標在於了解相關事業及消費者是否混淆誤認「BOSS」香菸商品係由原告所生產或與原告有關，因此調查員均出示「BOSS HUGO BOSS」香水及「BOSS」香菸，詢問被調查者，該兩種產品是否由同一業者生產。

(5)、市調報告之內容與結論具有直接關連性，與「相關事業或消費大眾是否混淆誤認『BOSS』香菸商品係由原告所生產或與原告有關」之待證事實具有因果關係。

(6)、中華徵信公司說明本件市調報告之誤差與信賴區間，針對消費者部份，抽取有效樣本為六百份，信賴度為 95%，誤差率為 4%；針對通路業者部分，抽取之樣本為五百份，信賴度為 95%，誤差率為 4.38%

e、被告機關及參加人對該調查報告之攻擊，並不足採：

(1)、被告機關辯稱，依市調報告，多數消費者誤認之原因在於兩者名稱相同，而參加人使用「BOSS」係因參加人取得商標云云。惟查：依歐美先進國家實務見解，市調報告顯示 10- 15%之消費者造成混淆者，即足以證明混淆存在。扣除因品牌名稱因素誤認「BOSS」香菸係由原告生產之消費者，誤信者中仍有高達 35.3%之消費者因品牌名稱以外之因素造成混淆（計算式為 $(000-000) \div 320$ ），而以消費者總數而論，則有高達 18.83%之消費者因品牌以外之原因造成混淆（計算式為 $(000-000) \div 600$ ），仍足以顯示混淆之嚴重性。

- (2)、參加人辯稱，系爭調查報告並未調查原告之商品是否為「相關事業或消費者普遍認知」之商品云云。惟查，該調查報告已向調查者詢問對原告商品之認知。再者，調查報告顯示消費者對商品主體來源嚴重混淆，亦足以顯示原告商品之知名度。
- (3)、參加人又辯稱：市調報告雖提供香水與香菸商品受調查者辨識，然受調查者應是觀察商標結合商品包裝辨識產品來源，原告以魚目混珠之方式誘導消費者，故市調報告並不可客觀云云。惟查：
- ①、正如參加人所言，一般人係以商標結合商品包裝整體辨識商品來源，因此公平交易法所保護商品表徵，範圍較商標法廣，商標僅為商品表徵之一，此亦為原告之認知，故市調報告係提供商品包裝整體供受調查者辨識，而非僅提供商標供受調查者辨識。參加人所謂原告魚目混珠誘導消費者，實不知所云。
- ②、相關事業及消費大眾混淆誤認「BOSS」香菸係由原告生產，證明原告常年在台投入廣告行銷費用所累積之知名度遠逾參加人，故消費者混淆誤認香菸產品與原告有關，而非與參加人有關。

B、本案之參行人行為亦已違反公平交易法第二十四條之規定，理由如下：

1、參加人擷取授權協商時之設計原型，乃足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為：

I、原告前已敘明，參加人里滋麻公司為取得原告兩果伯斯公司授權使用「BOSS」於香菸商品，雙方於一九九五年、一九九六年間在德國舉行會議磋商授權合作事宜，「BOSS」香菸包裝之設計原型乃當時會談之重要主題。原告兩果伯斯公司認為使用「BOSS」之商品應保持品牌一致外觀及形象，因此特別審視改進設計原型。事實上，該原型設計係由向來為兩果伯斯公司設計「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」品牌各項產品，包括前開二款香水包裝之設計師，參照原告公司向來之產品都會流行風格所設計，雙方並約定對該香菸設計原型保密。其後，參加人里滋麻公司不知何故停止磋商，在未通知且未經原告同意下，以相同於磋商後之設計原型，製造「BOSS」香菸在台灣銷售，前開事實有原告兩果伯斯公司代表人出具之宣誓書可稽。

II、前開事實，亦可由下列事證佐證：參加人里滋麻公司與原告公司協商授權之前，其在斯洛伐尼亞販售之香菸為白色系列。該商品包裝之品質、意境、色系與其目前在台灣銷售之「BOSS」香菸迥然有別。經過

授權協調後，參加人目前在台灣修改使用之香菸包裝，則沿用原告公司商品之設計風格，參加人實係榨取原告多年經營建立之商譽。

III、按前開雙方授權協商中討論之設計原型，實係由向來為原告 Hugo Boss 設計商品包裝之設計師所設計。由於雙方均認識該名設計師，因此參加人先找該名設計師設計。因唯有為原告設計產品之設計師，才能依原告公司商品風格，設計出特別質感與包裝。當然，若非兩家公司正在協議授權事宜，即使參加人找到為原告設計商品包裝之設計師，該名設計師基於職業道德，亦不會將其對原告公司商品設計之主軸，包括顏色、意境、風格及品味，而提供設計原型，以供雙方協商討論。

IV、當雙方進行授權協商時，因原告公司對於是否合作授權「BOSS」於香煙商品上，尚有疑慮，因此雙方達成共識，對目前協商之設計原型加以保密，在未有結論前，不得將該原型設計使用於香菸商品上。詎料，原告公司事後發覺參加人竟在未通知原告公司，且未取得原告公司同意之情形下，逕行將該設計原型使用於香菸上在台銷售。參加人里滋麻公司亦為知名公司，其行徑不僅有違商業道德，亦明顯抵觸法律規範之不公平競爭。

V、此外，原告亦提出參加人註冊之商標，以證明該香菸包裝上之「BOSS」字體與原告註冊商標之字體相同程度，遠大於參加人自己註冊商標之字體。此外，原告亦提出參加人於一九八〇年代起，於歐洲斯洛伐尼亞使用之香菸包裝，比對其在台灣使用之香菸包裝，可證明參加人企圖攀附原告之商譽，榨取原告努力成果之搭便車行為。

2、因各國嚴格管制菸品，故參加人積極攀附原告商譽，以求廣告外溢效果：

參加人辯稱，參加人與其子公司 TABACNA LJUBLJAN 使用「BOSS」商標已有二十多年，且參加人生產知名之「DAVIDOFF」香菸，相較於原告公司之商譽，毫不遜色，並未攀附原告之商譽。參加人如欲提高「BOSS」之銷售，搭配「DAVIDOFF」香菸即可，何須搭配毫無幫助之香水產品云云。惟查：

I、參加人雖僅抄襲原告香水商品表徵，然攀附之商譽則為原告公司之商譽。如前所述，因應目前企業多角化經營及形象行銷，原告公司所投入之廣告行銷費用，係為原告公司整體產品促銷，而非單一產品。

II、參加人之關係企業係於一九八七年於斯洛伐尼亞取得「BOSS」商標，

指定使用於香菸商品，使用白色系列之包裝，與目前參加人在台使用之包裝截然不同。而從參加人提供在其他國家申請註冊之文件觀之，則多在一九九三年之後。參加人在一九九三年之後積極在其他國家申請「BOSS」商標指定使用於香菸，實為深謀遠慮之行為。蓋隨著菸害防制觀念之推廣，各國對菸品廣告、促銷設有嚴格之限制或禁止規定。因此，香菸業者無不積極尋求與其他產品業者合作，以藉由其他商品之廣告行銷，達到促銷菸品之目的，例如目前市場上已有著名服飾品牌，包括「Catier」、「Dunhill」及「YSL」等服飾業者授權香菸業者使用其商標。而為防止參加人攀附原告公司之商譽，原告與參加人遂互相於各國阻止他方在香菸類別使用「BOSS」商標。

III、我國於八十六年制定菸害防制法，對於菸品促銷設有嚴格禁止規定。菸害防制法第九條第一項規定：「促銷菸品或為菸品廣告，不得以左列方式為之：

- 一、以廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品為宣傳。
- 二、以折扣方式為宣傳。
- 三、以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。但隨菸附送菸品價格四分之一以下之贈品，不在此限。
- 四、以菸品作為銷售其他物品之贈品或獎品。
- 五、以菸品與其他物品包裹一起銷售。
- 六、以菸品單支、散裝或包裝分發。
- 七、以菸品品牌名稱贊助或舉辦體育、藝術或其他活動。
- 八、以菸品品牌名稱舉行或贊助品嚐會、演唱會及演講會。
- 九、其他經中央主管機關公告禁止之方式。」

其限制之嚴格，可謂將菸品當作違禁品加以管制。有鑑於此，各國香煙業者均積極尋求其他知名品牌之授權，以謀求廣告外溢之效果，亦即透過其他產品之促銷，達到促銷菸品之目的。而未獲得其他品牌授權之業者，則自行創造其他產品，以求達到相同效果。以參加人之「DAVIDOFF」香菸為例，目前電視上經常可看見「DAVIDOFF」販賣咖啡之形象廣告。細觀該廣告內容，主要是傳達「DAVIDOFF」之形象。要之，廣告之目的不在促銷咖啡（市面上少見），而在增加「DAVIDOFF」之知名度，以達到促銷香菸之目的。原告無意評論參加人之商品聲

譽。然如前所述，參加人實不可能任意促銷菸品，倘如參加人所述，其「D VIDOFF」具有高度之聲譽，則參加人何須汲汲於使用「BOSS」名義販賣香菸。相信其主要目的乃在於使用不同之品牌，利用不同之行銷策略，以吸引不同層次之消費群。

III、由前開說明可知，參加人之行為乃因應各國對菸品管制逐漸嚴格所採取之措施，故其在一九九三年之後，積極在各國登記「BOSS」商標使用於香菸，並與原告磋商授權使用「BOSS」。正因顧及菸品之爭議性，故原告公司對於授權合作乙事尚有疑慮。詎料參加人竟在授權不成之情形下，故意使用兩造授權磋商時使用之設計原型，造成消費者混淆誤認該商品與原告有關，並透過原告之廣告外溢效果，使參加人廣告受限制之菸品，因原告之廣告行銷費用而蒙受鉅額利益，若謂參加人之行為並無欺罔或顯失公平之行為，豈符事理之平。被告機關未細察菸品產業之特殊性，完全未考量參加人之行為明顯攀附原告商譽，實難令人心服。

C、參加人之行為並非正當行使權利之行為：

- 1、參加人於八十三年底（一九九四年底）在我國申請「BOSS」商標註冊，於八十五年一月一日核准註冊，指定使用於香菸產品。就此，原告並未加以爭執，蓋參加人得否使用「BOSS」商標於香菸產品上，屬於商標法之範疇。然而，取得商標之事業將其商標與其他表徵聯合運用之結果，不應致使他人混淆商品來源，否則即牴觸公平交易法，此為商標法與公平交易法併存時應為之解釋。要之，倘系爭商標與其他商品表徵結合，造成消費者混淆，即不能單以商標為由，正當化使消費者混淆之結果。最低限度，應改正商標以外之商品表徵，以降低消費者之混淆。
- 2、另查，參加人主張系爭二款香菸之淡煙部分，因包裝具有顯著性，故註冊取得聯合商標云云。惟查，依商標法第二十二條第一項規定，同一人以同一商標圖樣，指定使用於類似商品，或以近似之商標指定於同一商品或類似商品，應申請註冊為聯合商標。要之，參加人係以前開商標中有「BOSS」字體，與其先前註冊之商標類似，故申請聯合商標。前開所謂聯合商標，除「BOSS」字體外，其他部份並非商標法界定之商標。而從參加人主張包裝部分具有顯著性，反足以證明該部分係屬於公平交易法保護之商品表徵範疇。
- 3、參加人另提及原告對其申請之「BOSS」商標使用於香菸上，提出異議遭駁回云云。經查，就參加人得否使用「BOSS」字體於香菸商品上之爭議

，尚繫屬於鈞院。就香菸產品而言，商標主管機關曾以中台異字第七八〇一一三號異議審定理由書指出：「外文『BOSS』為異議人首先使用於衣服等商品之商標，早於一九七六年起即陸續於世界多國註冊，其商品並行銷國際市場且廣為我國宣傳，該商標之信譽不難為國內消費者知悉……是被異議人以相同之外文『BOSS』作為……商標圖案，指定使用於菸草產品，客觀上，難謂無使一般消費者對系爭商標所表彰之商品之性質、產地或產製者發生混淆誤認之虞」。惟如前所述，本件爭執者並非參加人得否使用「BOSS」商標於香菸產品上。

- 4、參加人又辯稱國內廠商有以「BOSS」商標或標章陸續指定使用於不同商品云云。惟查，本件爭議在於相關事業及消費大眾是否混淆誤認「BOSS」香菸是否由原告生產或與原告有關，以及參加人是否有搭便車之行為，此與其他人之商標或標章本無關連。況參加人所列之商標或標章中，部分與其他中文或圖形結合，部分專用期限已過期未展延，部分已因故被撤銷，部分指定之商品服務與原告之商品差距甚遠，是該他人之商標，實與本件爭議無關。
- 5、按公平交易法第四十五條所謂依照商標法正當行使權利之行為，不適用本法之規定，我國學者之見解認為，智慧財產權之排他性僅在正當化「限制競爭」部分，對「不公平競爭」部分則不排除適用。且倘權利人行使權利有其他違反誠信之情事，不因形式上有智慧財產權而正當化其違反公平交易法之行為。本件所涉及者為「不公平競爭」之規範，且參加人違反誠信，中斷磋商而使用當時兩造磋商之「BOSS」香菸原型設計，前已敘明。況商標並不等於商品表徵，本件所爭執者並非參加人之商標。在公平交易法與商標法併存之情形下，參加人仍應避免相同或類似使用他人商品表徵，致他人混淆誤認商品來源。

貳、被告方面：

一、本案原告訴訟權能有欠缺：

- A、按行政訴訟法第五條第一項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」
- B、依本條規範意旨，原告得起訴請求之事項，須其得依法向行政機關申請為行政處分或得為特定內容行政處分之事項。所謂「依法申請」係指原告依法有向行政機關申請為一定行政處分之權利而言。

C、復依公平交易法第二十六條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。」故原告對於第三人涉嫌違反公平交易法之規定而致公共利益有危害之情事，固得向被告提出檢舉，然此項檢舉之提出僅促使被告調查權之發動，被告並得依據調查之事證，作成處分或不處分決定，尚非因原告向被告提出檢舉，即課以被告須作成處分決定之義務。另被告雖對於經被告認定未違反公平交易法之案件，認為利害參加人具有訴願利益，然尚非因此即肯認其得提起「課予義務之訴」，特先敘明，故本案原告所訴，容有誤解。

二、有關原告主張「本件行政程序違法」事項之反駁：

A、就原告主張「原處分違反公平交易法第二十五條第四款程序規定」之法律意見：

- 1、按公平交易法第二十五條暨公平交易委員會會議規則第四條第三款，關於被告執行公平交易法對於人民權益發生影響之公告案、許可案及處分案等行政處分，固須經委員會會議決議。
- 2、然被告一年收辦人民申請及申訴案件合計多達二千七百餘件（八十八年），設若每件申請或申訴案件均提請委員會會議決議，被告委員會將不勝負荷，而無法發揮被告維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮之行政目的。故被告為提昇案件審理之效率，將行政資源運用於對於交易秩序危害重大之案件，符合行政經濟原則，對於部分結合申請、不實廣告及家庭代工等案件訂有簡易作業程序，依該等程序或原則規定，凡案件事實單純或已有處分前例，歸納為違法判斷類型，並經認定違反公平交易法者，經委員會會議授權得適用簡易作業程序，於處分書奉核後即行繕發，再提委員會會議追認之，況本案係經被告審查未違反公平交易法之案件，被告尚且於函復原告後復提經被告八十八年九月十五日第四一〇次委員會會議追認，依行政程序法第一百十四條規定：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：…四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。」本案之程序業於事後補正並無瑕疵，亦無違背前開規定。

B、就原告主張「原處分未踐行公平交易法第二十七條程序規定」之法律意見：

- 1、按公平交易法第二十七條規定為被告於調查案件過程中，為發現事實之需要，得以行使之調查程序，該條規定賦予被告於審理案件，調查

過程中得以行使之權力。

2、惟若相關事證已足以作成不違法或不適用公平交易法之判斷，基於節省行政成本及時效性之考量，且避免對於案件參加人有不當濫用行政調查權之嫌，則被告自得依公平交易法第二十六條規定意旨行使裁量權，以現有之證據作成不處分之決定，節省踐行第二十七條第一項之調查程序。

C、就原告主張「程序違法」之事由，不足以導致「事實認定錯誤」：

1、本案經原告向被告提出檢舉後，期間雖曾因以商標爭議移請經濟部查禁仿冒商品小組處理，惟被告對於與本案有關之相關證物，諸如原告與參加人商品之包裝、參加人於斯洛伐尼亞銷售之香菸包裝暨原告與參加人註冊商標之字體等證物均詳加審查後，始作成不違法之處分。

2、縱令原告於再訴願階段提出之市場調查報告被告亦均審慎檢視，其結論與被告原不處分之決定並無二致。

3、故本案尚非因被告未踐行公平交易法第二十五條第四款及第二十七條第一項之調查程序而導致不同之結果，況委員會議決議之程序已於事後補正，故本案既無程序違法亦無事實認定錯誤可言，原告所訴理由顯無足採。

三、在「事實認定」上，並無原告所指、重要證據漏未審酌之情形：

A、關於原告以被告漏未斟酌參加人在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」香菸之商品包裝與原告委請中華徵信所企業股份有限公司所作之市場調查報告等重要證據，及判斷事實真偽適用之證據法則不當，主張「事實認定違法不當」一節，經查：

1、參加人里滋麻公司在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」香菸之商品包裝固與在台灣銷售之商品包裝有異，惟商品在行銷策略之應用上，為適應不同國家或不同地區民眾之喜好，廠商就其商品自可採用不同之包裝，以增加其銷售量，尚無非難性可言。

2、原告自行推論其他經營者之行銷策略應求全球一致化，從而主張被告之採證有違經驗法則乙節，實與自由競爭之法則相悖。

B、關於原告主張調查報告漏未斟酌一節，經查：

1、原告委請中華徵信所企業股份有限公司所作市場調查報告係於再訴願階段提出。

2、被告雖未及於調查階段加以審查，惟於再訴願答辯時仍對於該報告內容詳加審酌。

3、但因此報告結論大多數受訪者認「BOSS」香菸與「BOSS HUGO BOSS」產品是同一家生產業者之原因在於二者品牌相同，而參加人等使用「BOSS」商標於其香菸商品，係因渠等就該類商品享有商標專用權，其結論與被告原不處分決定並無二致，則被告對於事實之認定尚無違法或不當之處，原告所訴顯不足採。

四、在「實體法之適用上」，被告亦無如原告所稱「違背法令」之情形：

A、按公平交易法第二十條第一項第一款規定「：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。」又「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。」復為同法第二十四條所明定，第二十條規定所謂「表徵」係指某項具識別力或次要意義之特徵，其得表彰商品或服務之來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務。所謂「識別力」，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者一見該特徵，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。而「次要意義」，乃指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使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。另公平交易法第二十條所稱之表徵包括：經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀；以及原不具識別力之商品容器、包裝、外觀，因長時間繼續使用，取得次要意義者。惟該商品慣用之形狀、容器、包裝，因不具表彰商品或服務來源之功能，非屬表徵，則無公平交易法第二十條第一項第一款之適用。

B、經查原告等香水商品之整體包裝設計，第一款「BOSS elementsaqua」香水產品，為藍色方形外盒，惟方形外盒為一般商品（包括香水、香菸產品等）包裝之慣用形狀，單純之藍色外包裝難成為表徵，至於包裝外盒上之藍色水珠，雖或可為原告等商品之表徵，然查參加人等之香菸商品上並無該項圖案。另一款「BOSS NO.1」香水產品，為一般之方形外盒及單純黑色之外包裝，亦難認屬表徵；原告包裝外盒之橫、直線條，亦為參加人商品包裝上所無，且參加人等就香菸類商品包裝上享有「BOSS」商標專用權，其使用系爭商標為依商標法行使權利之正當行為，依公平交易法第四十五條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」又參加人之商品為香菸，原告之商品為香水，兩者商品

分屬不同領域，彼此並無競爭關係，應無致混淆誤認之虞，尚難認參加人有違反公平交易法第二十條第一項第一款規定之情事，原告主張參加人就原告之商品表徵為相同或類似之使用，已使相關事業或消費者產生誤認乙節，顯不足採。

- C、至原告主張參加人惡意抄襲原告產品外包裝，以達積極攀附原告商譽乙節，經查原告商品之方形外盒為一般商品（包括香菸及香水）慣用之形狀，單純之藍色或黑色亦為一般商品提供者可能採用之顏色，而原告之商品外包裝上其藍色水珠或橫、直條線，於參加人之商品上均無，至於「BOSS」商標，參加人就香菸類商品享有商標專用權，故參加人依商標法行使權利之行為，尚難認有積極攀附原告之商譽，抄襲原告商品之外觀，榨取其努力成果，而違反公平交易法第二十四條規定之情事。另參加人在斯洛伐尼亞銷售之商品外包裝採用與本案完全不同之單色純白色區隔設計，係參加人依其行銷策略之考量，自得於不同國家採用不同之商品包裝設計，尚非據此即認定參加人有違反公平交易法第二十四條規定之情事，故原告上述主張，要非妥適。
- D、原告主張參加人在香菸產品上使用之「BOSS」字體渾圓厚實，與原告特殊設計取得「BOSS」之字體相同，亦與原告香水產品上使用之「BOSS」字體相同，反異於參加人登記商標時所使用之細長型字體乙節，經查參加人於系爭香菸包裝上所使用之「BOSS」字型與其登記商標時所使用之字型差異不大，參加人依據所登記之商標字型，使用於其香菸包裝上，尚無可責性可言，反觀原告於系爭香水包裝上所使用之字型則與其於香水類登記之商標「HUGO BOSS NO.1」之字型亦有差異，故原告主張參加人係模仿原告產品之字體乙節，核無足採。
- E、關於原告提供由中華徵信所企業股份有限公司所作市場調查報告，指出有百分之四十八點四之「BOSS」香菸銷售人員誤認「BOSS」香菸係由原告生產，百分之五十三點三之消費者誤認「BOSS」香菸係由原告生產，主張混淆之情形相當嚴重乙節。經查由該報告結論可知，大多數受訪者誤認「BOSS」香菸係由原告生產之主要原因在於二者商標一樣或品牌名稱相同，然參加人使用「BOSS」商標於香菸商品，係其就該類商品享有該商標專用權，則其使用此該商標既非法所不許，尚不得資據為參加人有違反公平交易法第二十條及第二十四條規定之論據，原告所訴顯不可採。

參、參加人方面：

一、原告之主張重點：

按原告主張原處分違法，損害其權利或法律上之利益，而提起本件行政訴訟，其所憑之重點理由無非是以下數項：

A、程序部分：

- 1、原處分未由被告機關合議決定，程序上具有嚴重瑕疵。
- 2、被告機關未經調查即作成原處分，程序上顯有瑕疵。

B、實體部分：

- 1、被告機關所為原告引證之「elements aqua」與「NO.1」二香水產品之包裝，難以構成公平交易法第二十條所謂「表徵」之認定，適用法律有錯誤。
- 2、被告機關所為參加人之系爭香菸商品包裝，無令相關事業與消費者致生與原告前開引證商品混淆誤認之虞的認定，有適用法律錯誤之失。

二、惟原告所為前揭指摘均非有據，茲逐一臚列意見反駁如后。

A、程序部分：

- 1、原告就公平交易法第二十五條第四款規定之意旨，顯有誤解，被告機關未經委員會合議決定本案，未有違法之處。

I、原告主張依公平交易法第二十五條第四款之規定，被告機關應以委員會合議決議作成處分案，而被告機關未以合議決議作成本件行政處分，是為程序違法，被告機關固以已於事後補正為辯，惟因本件處分之程序瑕疵為不得補正，是無行政程序法第一百十四條規定適用之餘地云云。查違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議而補正，行政程序法第一百十四條第一項第四款定有明文。從而，程序瑕疵不得補正者，以行政程序法第一百十一條所定者為限，而屬行政程序法第一百十一條所規定之程序有重大明顯瑕疵者，該行政處分為無效。然原告於本件所提起者，非係確認行政處分無效之訴，而係撤銷訴訟，則顯見原告已承認本件處分非為無效之行政處分，既為如此，自無不得補正之理由，被告機關既已補正，自無據此為由，主張原處分應予撤銷之餘地。

II、原告振振有詞地主張，公平交易法第二十五條第四款規定議決違反公平交易法之處分案，應由被告機關委員會合議議決，故原處分僅由承辦人提出意見，交審查委員審閱後，由該審查委員個人簽結，未經委員會合議議決，是為違法云云。惟公平交易法第二十五條第四款規定之全文係，「為處理本法有關公平交易事項，行政院應設置公平交易

委員會，其職掌」，包括「關於違反本法案件之調查、處分事項」，其立法之意旨在於明定被告機關之職掌，與被告機關如何處理違反公平交易法處分案之程序無涉，遑論自其中解讀出「應由被告機關合議議決」之文義。法律就公平交易委員會作成之行政處分，既無明文規定應由被告機關以合議方式作成，而僅規定關於違反公平交易法案件之調查、處分，為被告機關之職掌事項，則被告機關於其職權範圍之內，認本件應適用簡易作業程序，何有違反法律之可言。而被告機關會議規則第四條第四款固規定，關於該會執行對於人民權益發生影響之處分案等行政處分，須經委員會議決議；然該規則僅屬被告機關之內部規則，被告機關自得於未違反公平交易法之範圍內，以適當之方式執行公平交易法，此亦其訂有簡易作業程序之原因，從而，被告機關自無違法之處。

III、原告另主張，「依被告機關制定之『處理公平交易法第二十條原則』第十三條規定，認定表徵是否為消費者所普遍認知、是否相同或類似之使用、或是否致混淆，首先由被告機關之委員會議認定。被告機關所謂授權個別委員審查認定之說詞，顯亦違背其所自定之處理原則」乙節，則更無足採。蓋前引處理原則，僅屬被告機關處理案件之內部規則，本不具法律性質，被告機關縱有違反之處，亦不構成行政處分程序之嚴重瑕疵。

IV、綜前所述，縱認被告機關未以合議決議而作成本件處分，是為程序違法；惟此一違法乃得依行政程序法第一百四十四條規定補正者，已於前述，被告機關既已於八十八年第四一〇次委員會議經追認，是為事後補正，其瑕疵合已補正，彰彰明甚。

2、原告等復主張被告機關未經調查即作成原處分，程序上顯有瑕疵云云，惟按：

I、公平交易委員會依公平交易法為調查時，依同法第二十七條之規定，固得通知當事人及參加人到場陳述意見；惟此一通知到場陳述意見之程序，乃被告機關於其認有其必要時，「得」（非「應」）依職權而發動，並非其法定之義務。此與民事訴訟法第二百四十九條第二項所定，「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之」，及同法第二百七十八條第一項「事實於法院以顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證」之規定，藉以避免訴訟與程序之浮濫，浪費國家資源之規範意旨相同。

II、公平交易法係以維護交易秩序與消費者利益等公益為其目的，同法第一條明文揭示，倘此公器為私利所任意濫用，藉以打擊競爭對象，豈為立法之初衷，被告機關就其依原告等檢送之相關事證資料，已足認定原告等之申請顯無理由，而無通知原告等到場陳述意見之必要，以免行政資源之浪費，非惟無違法之可言，更可謂係符合公平交易法之立法意旨。

B、實體部分：

1、依照商標法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，公平交易法第四十五條著有明文，原告所為指摘之事實，屬同法第四十五條之範圍，更無討論是否該當同法第二十條與第二十四條之必要，原告對法律規範有所錯解，而不當擴大其權利，勞費行政與司法資源，實無足採。

I、參加人就系爭香菸包裝盒上之「BOSS」圖樣暨其 BOSS LIGHTS 香菸之包裝整體設計，已分別獲准註冊為第七〇三六一一號及第九二一六八一號商標，故參加人之 BOSS LIGHTS 香菸使用含「BOSS」商標之包裝，與 BOSS VIRGINIA BLEND 香菸包裝之使用「BOSS」商標，顯為正當行使其商標專用權，自不待言。

II、原告曾先於八十四年間對參加人之第七〇三六一一號商標之審定提出異議，嗣於八十八年間對同一商標之註冊提出評定，均遭商標主管機關駁回確定，足徵參加人不僅享有於香菸類商品上使用「BOSS」商標之合法權利並得專用之。

III、參加人註冊之商標圖樣與實際使用之圖樣均係標準「Times New Roman」印刷字字體，僅大小略有不同而已，實質並無不同。況依商標主管機關所頒「商標手冊」，僅變更商標圖樣之書寫字體，仍屬註冊商標之合法使用，縱強認參加人之使用大小不同之字體，為一種變更，參加人實際使用之「BOSS」，仍係行使其商標專用權之正當行為。再者，參加人實際使用之「BOSS」圖樣，與其前引第九二一六八一號註冊商標之「BOSS」圖樣相同，故無論從何觀點以言，參加人於系爭香菸包裝上使用之「BOSS」圖樣，確為合法行使權利之行為。原告固主張其註冊與使用之「BOSS」乃經特殊設計，具有獨特性，惟究其實，該等圖樣僅係另一種標準印刷字體 Garamond，不知所謂特殊之設計何在？其所言不實，指摘參加人抄襲，顯屬無稽。

2、退而言之，縱就本件原告主張之事實，是否該當公平交易法第二十條第一項第一款，予以討論之，則原告首應敘明其所主張之表徵，究係「

BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」商標，抑或引證之「elements aqua」與「NO.1」二香水商品之整體包裝？以免當事人間攻擊防禦方法焦點模糊，徒費司法資源於審究與本案無關之事證上。

- I、原告自始至終所提之知名度證據，均為與「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標有關，而無法提出使用引證二包裝之香水的實際銷售與廣告數量之證據。倘其所主張應受保護之表徵為「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標，則本案即無須續予審究引證二香水包裝整體外觀，是否已達相關事業或消費者所普遍認知程度乙節。倘其所主張應予保護之表徵為引證二香水包裝整體外觀，則其不斷提出僅與「BOSS」與「BOSS HUGO BOSS」知名度有關之資料，以做為引證二香水包裝整體外觀知名度之證據，顯為企圖混淆視聽之舉，實無足採。
- II、實則，倘其所主張之表徵為「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標，則如前所述，參加人之使用「BOSS」商標於香菸上，為依商標法行使權利之正當行為，不適用公平交易法之規定，原告自不得主張被告機關就此所為認定，有違反法律之處。再者，「BOSS」乙字，為日常習見文字，非係原告所自創，不待辭費。而就商標之申准註冊狀態觀之，國內外廠商以幾近相同之「BOSS」商標指定使用於各類商品，而與原告之商品併存於國內消費市場多年者，比比皆是（請參見參證三號：「BOSS」商標註冊一覽表及商標公報影本），另有以「BOSS」為名之建築大廈，如位於松江路近南京東路口，已有十餘年歷史之賓士「BOSS」大樓，與近年完工，位於建國南路、忠孝東路口之「現代 BOSS」大樓；衡諸此等客觀情事，國內消費者於選購標示「BOSS」商標之商品時，其注意力顯然提高，絕不至一見「BOSS」商標即遽認係原告商品，從而，絕無有消費者將使用於參加人與原告二者截然不同商品上之「BOSS」商標，混淆誤認之虞。
- III、原告於其八十九年六月二十二日再訴願書固稱，由其委託中華徵信企業股份有限公司之市場調查報告（以下簡稱「市調報告」）第十八頁之品牌認知度分析得知，在受調訪問之台灣消費者中有高達百分之百的比率均有聽過「BOSS HUGO BOSS」之名稱（請參見原告前引訴願書第四頁第一行起至第三行）。惟觀該市調報告第十八頁第七行明確記載，「在消費者方面，本次調查特別排除完全沒有聽過『BOSS HUGO BOSS』之消費者」，則原告所稱之有高達百分之百消費者聽過「BOSS HUGO BOSS」，從何而來？實則，該市調報告就消費者採樣部

分，其係排除完全沒有聽過「BOSS HUGO BOSS」之消費者後，再於聽過者之中，區分僅聽過而未購買過者，及聽過且購買過者，前者之比率為七成九，後者之比率為二成一，然此七成九與二成一總計十成（即百分之百），係僅就聽過「BOSS HUGO BOSS」者所做成，至於沒聽過「BOSS HUGO BOSS」者，與聽過「BOSS HUGO BOSS」者之比率如何，市調報告則略而不論。由於該市調報告就受訪者對於「BOSS HUGO BOSS」品牌系列產品之認知度分析乙項，於訪問「BOSS」香菸銷售人員時，並未排除沒聽過者，而於訪問消費者時，則刻意將沒聽過者排除之，倘驟觀該市調報告者，僅審視前引第十八頁之 Q1 表，將因其表列之就「BOSS」香菸銷售人員乙欄中，「沒有聽過者」，尚有 240 次數，而消費者乙欄中「沒有聽過者」次數為 0 次，而錯信原告所稱有百分之百消費者聽過該品牌乙節為真實，原告顯有誤導之嫌。再者，該市調報告何故未就其所採樣消費者中，沒聽過「BOSS HUGO BOSS」品牌與聽過者之比率，明白記載，亦令人懷疑其是否蓄意隱匿？

IV、倘原告所主張應受保護之表徵為其「elements aqua」與「NO.1」二款香水之整體外包裝，則依「處理公平交易法第二十條原則」第七條規定，原告首應證明其整體外包裝具有顯著性，或其已因相當時間之使用，足使相關事業或消費者認知。同處理原則第九條第一款與第二款規定，商品慣用之形狀、容器、包裝，或商品慣用之顏色，非公平交易法第二十條所稱之表徵。引證之二香水包裝，採用一般商品慣用之方形外包裝、以及香水類商品慣用藍、黑顏色，無逕就其包裝與顏色主張構成表徵之餘地，則原告欲主張該二包裝為應受保護之表徵，首應證明其已經長期繼續使用，而達使相關事業或消費者認知之程度，盡其舉證之責。

V、惟原告迄今就引證二香水整體包裝已具知名度之證據，僅一紙「『BOSS』香水在台代理經銷商之市場占有率資料」（實為該代理人所發佈之新聞稿，「BOSS」香水在台代理經銷商之市場占有率資料，即原告九十年三月六日呈原證二十六號），與前引之市調報告耳。姑不論乙紙由「BOSS」香水代理商所發佈之新聞稿所為之證明何其薄弱，縱採信其內容亦不足證明與引證二香水包裝之知名度有關，蓋「BOSS」香水之款式眾多，引證二者僅其中一小部分，即使「BOSS」香水之市場占有率確有 30%，亦不足以證明引證二香水之市場占有率，已達相關事業或消費者所認知之程度；至於，該市調報告係以「BOSS HUGO

BOSS」之相關銷售人員與消費者認知程度，為其調查內容，而非以引證二香水整體包裝之認知度為內容，其無足證明引證二整體包裝之知名度甚明。原告再度試圖以其「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」商標眾多產品之總銷售量，夾帶引證二香水整體包裝過關，其心可議。

VI、原告固主張其自西元一九八八年起迄西元一九九八年之均有高營業額，足見其在台灣市場受到肯定，然知名度之認定，依「處理公平交易法第二十條原則」，應以銷售量而非營業額為其考量因素，況原告所售均屬高單價商品，其所舉營業額雖高，不足證明其銷售量已足認定其為具有「相關事業或消費者所普遍認知」之程度。矧該營業額除係指使用「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」或「HUGO BOSS」之香水外，尚包括衣服、眼鏡、皮件等其他商品，其就針對引證之「elements aqua」與「NO.1」二款香水之銷售量避而不談，除有誤導之嫌外，就對引證之「elements aqua」與「NO.1」二款香水已達相關事業或消費者所普遍認知之程度，未能舉證，顯見該二產品之銷售量顯然不具相當知名度，否則原告豈有此避重就輕之舉？

VII、再者，觀公平交易法第二十條第一項第一款規定，「．．．，致與他商品混淆，．．．」，其以致生混淆之結果為該條項款構成要件，而參加人之系爭二款香菸包裝，實無與引證二香水整體包裝致生混淆之虞，遑論致生其結果。蓋以香水市場消費者之選購習慣而言，消費者多以香水瓶為其選購之依據，原告之引證「elements aqua」與「NO.1」之香水瓶，與參加人之香菸包裝盒，顯有區隔，自無混淆誤認之虞。此外，香水與香菸之消費者及銷售通路迥然有別，尤其，原告之產品單價甚高，其主要販售點在於百貨公司專櫃、精品店（其他零售點）與專門店；而參加人之香菸商品，單價僅新台幣（下同）四十元，主要販賣點則係便利商店、超級市場與雜貨店，其行銷管道不同甚明，何有消費者混淆之可能？

VIII、表徵是否相同或類似之使用，應本諸客觀事實，異時異地隔離觀察，「處理公平交易法第二十條原則」第十二條第三款，著有明文。原告固舉前引市調報告為其主張系爭二香菸包裝與二引證香水包裝有致生混淆誤認之情。惟如前所述，該市調報告係以「BOSS HUGO BOSS」之市場認知度為其調查內容，與包裝之混淆誤認無涉。而其中唯一所做與二包裝有關之調查，乃為詢問受訪者「這兩種產品是不是屬於同一個業者生產？」，然其為此一調查訪問時，出示二者之產品樣品，所

為之調查與前引處理原則應異時異地隔離觀察相悖，所為結論自無足採。矧依該市調報告所示，「BOSS」香菸之購買者，選購之主要原因為喜歡其香菸口味（占 38.5%），次為好奇新鮮嘗試（占 34.3%），因其係名牌而購買者僅 9.4%，而此 9.4% 中，究係因 BOSS 香菸已因參加人之廣泛與頻繁之促銷活動與廣告，而成為名牌香菸，抑或純係因「BOSS HUGO BOSS」之品牌而選購者，則非無疑問，足徵消費者並無因此而生混淆而誤購之情。至於，原告所舉之西元一九九九年五月「免稅商品新聞雜誌」（DUTY FREE NEWS MAGAZINE）所載之消息，僅屬一未盡查證義務之記者的個人報導，其無足證明消費者已生混淆，自不待言，矧業經該刊物於同年次月更正，其自無庸採信。

- IX、又公平交易法第二十條係為同法第三章所禁止之「不公平競爭」行為態樣之一，其除受保護者須為相關事業或消費者所普遍認知之表徵外，尚須視行為人是否有從事不正競爭之主觀意圖。原告固指摘參加人捨棄在斯洛伐尼亞（SLOVENIA）之包裝，在台灣使用完全不同的包裝，有違市場常情，故係出於仿襲其引證二香水包裝之主觀意圖所為。惟參加人變更其「BOSS」香菸產品包裝，為系爭二包裝之外觀，純係基於迎合市場上消費者喜好趨勢之所需，絕非基於惡意抄襲或攀附原告等之二引證香水產品。蓋參加人及其子公司 TOBACNA LJUBLJANA 於香菸類商品使用「BOSS」商標已有二十餘年，並在多國獲准商標註冊在案，而世界知名品牌「DAVIDOFF」香菸也是參加人所生產。另外，參加人前述子公司成立亦逾百年。參加人在香菸市場上長期經營，旗下各品牌之菸品聲譽卓著，與原告在男性服飾與精品之市場聲譽相較，毫不遜色。菸品市場與原告所經營之男性服飾或精品市場本有區隔，而原告自始不問在歐洲或其他國家，從未實際生產或行銷香菸產品，於斯市場中，原告何來知名度可由參加人攀附。從而，參加人實無任何動機在香菸市場中，攀附其不曾存在之聲譽以行銷產品甚明。況引證二香水整體包裝，於市場上之知名度不高，參加人何須襲用一知名度不足、行銷管道全然不同、產業類別無足產生聯想之香水外包裝？原告此等主張倘非係出於過度膨脹其引證二香水整體包裝之知名度，即係出於假藉公器打擊對手之居心，否則豈有如此有違常情之舉？
- X、原告復稱參加人要求原告授權使用「BOSS」商標乙事，而謂參加人乃不獲授權之後，自行仿襲其產品之外觀云云。惟其所言，過度簡化事件原委，有失真實。實則，參加人為使其「BOSS」香菸市場全球化，

除在上述已獲准「BOSS」商標註冊之國家外，亦積極於其他國家申請註冊，然因原告已先於若干國家在菸類商品註冊「BOSS」商標，致參加人之申請案遇有障礙。由於原告實際上並未使用「BOSS」商標於菸品上，已構成得撤銷其商標註冊之事由，參加人雖陸續於若干國家對原告之註冊商標提起撤銷程序。惟鑑於撤銷程序費時費錢，且結果未必對雙方有利，參加人乃本於雙贏之考量，主動與原告協商，由原告同意參加人於上述國家註冊「BOSS」商標（歐洲多數國家皆准許參加人出具同意書而併存註冊同一商標於同類商品），此與要求獲其授權純屬二事，參加人並撤回撤銷程序。此舉一方面能使參加人於菸類商品註冊「BOSS」商標，另一方面使原告繼續仍保有「BOSS」商標之註冊。至於如何使雙方產品在市場上之區隔，則由雙方協議之。參加人與原告自西元一九九三年以來，斷斷續續協商至今，均因原告無謂要求及過度擴張權利，致使雙方未能達成協議，毫無成果。原告既知事件始末，卻以片面之詞混淆真象，殊有可議。

- X I、參加人如欲提高「BOSS」菸品之知名度，大可搭配其「DAVIDOFF」菸品促銷即可，何須攀附與菸品市場全然有別，且毫無幫助之原告香水產品，此理至明，不待深辯。實則，參加人與其關係企業之「DAVIDOFF」針對消費者之喜好趨勢，近年來皆採以金屬色調為其包裝之主要基調，其就系爭二香菸包裝之設計概念實與原告之引證二款香水無涉。原告於再訴願階段，復提出一份法定聲明書證明雙方協議之事，欲攀誣參加人有抄襲之舉。惟前者聲明書內容與真實不符，詳見前述雙方往來信函即明，再觀參加人法務長所做之法定聲明書更明。後者雖欲用以證明消費者混淆之事，惟原告既未實際在台生產、銷售香菸，而香水與香菸又非屬競爭或關聯產品，消費者何來因並存「BOSS」香水與「BOSS」香菸商品產生來源混淆之可能。
- X II、參加人早於西元一九八〇年代即已使用「BOSS」為其香菸產品之商標，既為原告所不爭，則參加人使用「BOSS」商標於香菸商品之上並非基於仿襲原告品牌之意圖，不待辭費。而香菸類商品之包裝，推陳出新，以新包裝、新口味吸引消費者之注意及購買慾者，所在多有，如國產長壽菸、新樂園等，即為最顯著之例。此外，如 555、DUNHILL、YSL、SOBR NIE 等也不斷推出新產品、新包裝。參加人針對消費市場之需求，而設計並變更包裝，何足怪哉？以 BOSS LIGHTS 而言，其以藍色為色調，乃因藍色在香菸產業，乃被普遍採用之顏色，如 555、

峰、PARLIAMENT、MILD SEVEN、SOBRANIE 等，均以藍色為其包裝顏色；而在消費者選用淡菸之趨勢日漸明顯後，更有數廠商即以藍色做為其淡菸系列產品之包裝，如 555 之淡菸，即以藍色透光為其基調，又如 MILD SEVEN 等亦同。而系爭 BOSS VIRGINIA BLEND 以黑色表示高貴、濃厚，以為濃菸之表彰，在香菸產業中，參加人並非獨樹一格，而亦係沿襲同一產業之習慣，與抄襲原告無涉。系爭香菸包裝乃參加人自行設計，於西元一九九八年完成設計時，參加人對原告所稱之香水包裝，毫無所悉，更遑論抄襲該香水包裝。參加人之 BOSS LIGHTS 香菸包裝因係經特殊設計，而具有特別顯著性，而獲准註冊為前引第九二一六八一號商標。BOSS VIRGINIA BLEND 之設計與 BOSS LIGHTS 相同，僅為區隔濃淡使用不同顏色而已。原告稱參加人抄襲其引證二香水包裝，實係攀誣。

XIII、綜前所述，倘原告主張之表徵為「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」，則因參加人使用 BOSS 於其香菸商品之上，為依商標法行使權利之正當行為，無違反公平交易法之可言。倘原告主張之表徵為引證二香水包裝之整體外觀，則姑不論參加人就該二系爭包裝之使用，亦為依商標法行使權利之正當行為；該二引證香水之整體包裝，不具表徵顯著性，復非經長期繼續使用，使相關事業或消費者認知，而具有次要意義；本非公平交易法第二十條第一項第一款之保護客體。況參加人之系爭二香菸包裝，為自行精心設計，無抄襲他人之處，而香菸與香水之消費者族群、行銷管道迥異，二者亦無致生混淆誤認之虞，更不致發生其混淆之結果，從而，原告主張被告機關認定本案無該當公平交易法第二十條第一項第一款之餘地，為違法之行政處分，顯非的論。

3、參加人亦無違反公平交易法第二十四條之處，被告機關為駁回原告申請之處分，核無違法之處。

I、參加人系爭二香菸包裝之使用「BOSS」與其包裝設計圖樣，均為依商標法行使權利之正當行為，已於前述，無適用公平交易法第二十四條之餘地，不待辭費。

II、退而討論有無違反公平交易法第二十四條之問題，參加人亦無一違反之處。蓋該條所禁止者，乃足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。所謂「欺罔或顯失公平行為」，依「公平交易法第二十四條之適用原則」第四條規定，首應「自交易相對人間之交易行為觀察」，觀其是否有「對交易相對人為欺罔行為，即以欺騙或隱瞞重要事實等引

人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會」。參加人在其香菸商品之上明顯標示，其所專有之「BOSS」商標以表彰其商品之來源，並於商品外部明顯記載製造商、進口商名稱，何有欺瞞或隱瞞重要事實之情事？而依原告所呈市調報告所示，消費者選購「BOSS」香菸之主要依據，為喜歡其香菸口味（占 38.5%），次為好奇新鮮嘗試（占 34.3%），則縱不論參加人確無攀附原告引證二香水包裝之舉，消費者即交易相對人與參加人交易之原因，也確與原告或原告之引證二香水包裝無涉。

III、原告固舉西元一九九八年八月份「Esquire」雜誌，稱參加人有攀附之嫌。惟該新聞稿乃該雜誌之報導，非參加人刊登之廣告，而觀其內容，其在於突顯參加人系爭產品之受消費者歡迎，並非受到服裝類同一品牌之影響，任何人均可由該文字輕易獲知「BOSS」香菸與「BOSS」服裝或香水非出於同一來源。參加人既與此新聞稿之刊登無關，該新聞稿之內容亦足以表示「BOSS」香菸與「BOSS」服裝等之區隔，則無足證明如原告所稱之情。

IV、再者，參加人自西元一九九八年七月正式在台銷售「BOSS」香菸以來，即苦心經營台灣市場，投資大量經費促銷自有品牌之香菸，從最初一年投注八千三百萬元之行銷費用，至去年高達二億五千萬元之投資，總計已投入總額超過四億元之資金於促銷廣告上，倘有攀附只須坐享其成，何須花費如此鉅額資金以推廣其系爭二款香菸產品？

V、尤有甚者，原告不斷強調參加人享受原告之廣告外溢性云云。實則，原告商品之行銷管道，主要在百貨公司、精品店、專賣店等，且其消費族群屬社會上層人士，其所為廣告，多僅出現於社會上層人士喜愛閱讀之精品、服飾雜誌。反之，參加人之消費者族群遍及其各種年齡層、職業、性別，而行銷管道則遍及舉目可見之便利商店、超級市場與雜貨店，所進行之促銷活動，也多在便利商店、超級市場進行，若就何者享有對方之廣告外溢性，恐怕應是原告享有參加人所為鉅額且普遍廣告之外溢性。今原告顛倒黑白，誣指參加人攀附其知名度，坐享其聲譽，去事實真相之遠，一般人以普通之認知，均不難辨其所言之真偽，無怪乎被告機關逕予駁回其申請。

三、綜上所陳，參加人使用於其香菸商品之「BOSS」商標與現行包裝均為依商標專用權正當行使之行為，並無公平交易法之適用。再者，參加人菸品之市場與原告香水市場有明顯區隔，參加人不曾亦無須攀附原告產品之聲譽，該包

裝亦無使消費者混淆之情。

理由

壹、被告機關之代表人原為趙揚清，九十年一月二十七日起由黃○樂擔任，此有被告提出之任命令在卷可稽，是其聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、事實摘要：

一、本案原告於八十八年五月五日向被告機關提出檢舉，主張：

A、其等三家公司以「BOSS」「Hugo Boss」圖樣在中華民國取得商標專用權，指定使用服飾、香水、化妝品等多種商品，且「BOSS」「Hugo Boss」圖樣亦因原告等在國際上因長期使用而享有廣泛之國際知名度。又其等生產或銷售 Elements Aqua 及 Boss No.1 二款香水產品上，亦標誌有「BOSS」「Hugo Boss」於包裝上。且其整體包裝上有特別設計，表現出獨特之商品表徵，且為相關事業或消費者所普遍認知。

B、而參加人所生產或銷售之「BOSS LIGHT」及「VIRGINIA BLEND」二種品牌之香菸，其商品包裝外觀則極力模仿原告之 Elements Aqua 與 Boss No.1 香水產品包裝外觀，致使消費大眾發生混淆。此等行為亦屬有違交易秩序之顯失公平行為。有違公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條之規定。

C、因此請求被告機關本諸權責處理本案。

二、被告機關收到檢舉函後，先移交經濟部查禁仿冒小組處理，但為經濟部查禁仿冒小組退回被告機關，被告機關就以原告檢舉時所附之書面資料進行審查，而未再行調查，隨即於八十八年八月十六日則回覆原告稱，本案之情形，不符合有違公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條規定之要件，故被告機關不認為參加人有違反公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條之情形。

三、為此原告乃提起訴願及再訴願，均經駁回，而提起本件行政訴訟。請求被告機關依公平交易法第四十一條之規定對參加人為規制性之處置。

參、原告與被告及參加人爭執之要點如下：

一、由於本案訴之類型屬行政訴訟法第五條第一項之「課予義務之訴」，就行政訴訟之訴訟合法要件言之，產生以下二項爭點：

A、本案原告有無實施行政訴訟之「訴訟權能」，簡言之，即原告是否有權利或法律上利益受到侵害，而得依行政訴訟法第五條之規定提起本件訴訟。

1、就此被告認為：

人民僅有提出檢舉之權利，而被告機關也僅有調查及答覆之義務，但被告

機關調查後所為之決定（即認定檢舉事項是否成立以及成立之處置方式），檢舉人無權過問。

2、就此原告認為：

公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條之立法意旨，除了保護消費者之利益外，也是為避免事業襲用他事業之商品表徵，造成不公平競爭，侵害他事業權利之情事發生。本件原告之商業利益既然會因為參加人之不正競爭行為而受到損失，而被告機關卻認定本件參加人所為不構成「不正競爭行為」，原告自然有權質疑前開行政處分之合法性，提起行政訴訟。

B、又原告當初是以出具檢舉函之方式提出檢舉，檢舉函內只載明：「請求被告機關查明違法事實，依法處理」等文字，並未提及公平交易法第四十一條之規定，此等檢舉是否能視為「請求行政機關為特定行政處分」之請求表示。

1、就此被告延續上述相同之法律意見，認為「檢舉」不等於「請求行政機關為特定之作為」。

2、原告則認為：檢舉之真意即在要求被告機關本諸職掌，行使公權力，來保護原告之合法權利，當然含有請求被告機關依公平交易法第四十一條之規定，對參加人之不正競爭行為為適當處置之意思。

二、就行政處分之作成而言，有無足以影響行政處分效力之程序上瑕疵，此又分為二小項：

A、本件行政處分之作成，未經被告機關以合議之程序為之，此等缺失是否構成程序上之瑕疵，而得據為撤銷原處分之原因。

1、就此原告認為：

I、以上之作業流程明顯違反被告機關自訂之「公平交易法第二十條處理原則」第十三點之要求。

II、此等瑕疵為「機關組織合法性」之重大瑕疵，不得以事後追認之方式予以補正。

III、又此等瑕疵與本件行政處分之事實認定錯誤間，有因果關係，應撤銷原處分，由被告機關另為決定。

2、就此被告及參加人認為：

I、「公平交易法第二十條處理原則」為被告機關自訂之內部行政規則，不具法律性質，縱使有違反，也不構成行政程序之重大瑕疵。

II、此等瑕疵可類推適用行政程序法第一百十四條第一項第四款之規定，以日後追認之方式予以補正。而且被告機關也確於八十八年九月十五日第

四一〇次委員會議中，予以追認。

III、又此等程序瑕疵亦不影響本案之事實認定。

B、本件行政處分之作成，被告機關僅以書面為形式外觀之審查，即而未踐行證據調查程序此等缺失是否構成程序上之瑕疵，而得據為撤銷原處分之原因。

1、就此原告認為：

被告機關未踐行公平交易法第二十七條之調查證據程序，以致於許多重要證據漏未斟酌，此等調查證據程序之省略，足以使原處分在事實認定上發生錯誤，屬重大之程序上瑕疵，無從補正。

2、就此被告及參加人認為：

公平交易法第二十七條之規定是賦予被告機關調查證據之權限，但是否發動調查職權，被告機關可視個案之情形，決定應否發動調查程序，不是原告有申請，被告機關就一定要發動調查證據之程序。

三、再就公平交易法第二十條之實體構成要件而言，本件行政處分之作成，在事實認定上及法律適用上有無違法之處，此又可分為以下數項爭點：

A、本件原告提出之系爭二類香水產品，是否為公平交易法第二十條第一項第一款所指之「相關事業或消費者所普遍認知之商品」？

1、就此原告認為：

被告機關從未否認此項事實，而且所謂「相關事業或消費者所普遍認知之商品」，其判斷與商標法上之「著名商標」不同，標準應比較寬鬆。

2、參加人則認為：

原告所提出之證據資料不足以證明上開二類香水為「相關事業或消費者所普遍認知之商品」。

B、上開二類香水產品之整體包裝，是否已符合公平交易法第二十條第一項第一款所指「商品表徵」之定義？

1、就此原告認為：

上開二項商品包裝之整體外觀，通體觀察，已足以構成一個「商品表徵」。

2、被告及參加人認為：

上開二項香水商品之整體包裝，如顏色、形狀等，均屬香水產品一般之包裝方式，不構成一個「商品表徵」。

C、參加人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計，是否在商標專用權之合理使用範圍內，而依公平交易法第四十五條之規定，排除公平交易法之適用？

1、就此原告認為：

公平交易法第四十五條之適用，僅限於公平交易法中「限制競爭」行為之範圍，不及於「不正競爭」行為。而本案正屬「不正競爭」之案型，故應排除公平交易法第四十五條之適用。

2、被告及參加人則認為：

本案應有公平交易法第四十五條之適用。

D、參加人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計與原告系爭二款香水產品整體包裝，從外觀上進行客觀之判斷，是否近似？

1、就此原告認為「極為近似」。

2、被告及參加人則認為「不近似」。

E、如果上開D爭點之結論是，二者近似，進一步之爭點則在於原告有無「使用相關事業或消費者所普遍認知之他人商品表徵」之「不正競爭」故意？

1、就此原告認為，從雙方事前之合作關係與相關之報導，輔以「目前各國嚴格管制菸品之銷售，以致菸商企圖攀附著名產業之商譽，進行銷售」之經驗法則，可以明顯看出參加人有此等不正競爭之故意。

2、被告及參加人則認為，以參加人之知名程度及對系爭二項香菸產品所投入之廣告成本及銷售管道等各項客觀事證而言，參加人根本不可能具備此等攀附商譽之「不正競爭」故意。

F、原告之系爭二項香水商品與參加人之系爭二項香菸商品，其等商品表徵之近似性，有無到達「發生混淆結果」之程度。

1、就此原告提出調查報告，認為已發生混淆之事實。

2、被告及參加人則攻擊以上調查報告所使用之方法，並佐以上述所指「參加人產品之知名程度」、「投入之廣告成本鉅大」、「銷售管道不同」等項因素，而認為二者之商品表徵既不類似，也使一般消費者，對商品來源主體之判斷，發生混淆。

四、另就公平交易法第二十四條實體構成要件之判斷，原告與被告及參加人間亦有以下之不同主張（似未能形成爭點）：

A、原告主張：

1、參加人擷取授權協商時之設計原型，即屬足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。

2、參加人因為各國嚴格管制菸品，而積極攀附原告商譽，以求廣告外溢效果，亦屬足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。

B、被告及參加人則主張：

1、因其行為屬依商標法行使權利之正當行為，不可能是「足以影響交易秩序

之欺罔或顯失公平之行為」。

2、其在香菸商品上明顯標示所專有之「BOSS」商標以表彰其商品之來源，並於商品外部明顯記載製造商、進口商名稱，並無欺瞞或隱瞞重要事實之情事。

3、其在行銷上從未暗示商品來源與原告有關，且自行投入鉅額金錢於促銷廣告，絕未享受到原告所指之「原告廣告所生之外溢效果」。

肆、以上爭點及主張，本院之判斷：

一、本件原告具有提起「課予義務之訴」之訴訟權能，為適格之當事人，其起訴具備訴訟合法要件，且請求權之規範基礎為公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條，行政法院應對本案為實體之判決，理由如下：

A、按行政訴訟法第五條第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件予，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。依此規定，人民提起課予義務之訴，以拒絕之行政處分違法侵害其權利或法律上之利益為要件。

B、而上開權利人之認定標準，目前係採「保護規範理論」，茲將其理論分述如下：

1、因行政訴訟係以「主觀訴訟」為原則，以「客觀訴訟」、「民眾訴訟」為例外，為避免權利人之範圍過份擴張，使主觀訴訟流於民眾訴訟，故對權利人之範圍應予界定。

2、參諸行政法學理，行政訴訟所保障之權利係指所有法秩序（包括憲法保障基本權之規定）認為值得保護，並得以個別化之利益，因此探究原告有無得以主張之權利，即轉換為以保護原告利益為目的之保護規範存否的問題。

3、而「保護規範理論」之內涵向有新舊兩說，舊說偏重從歷史上之立法意旨解釋法規範，須該法規範至少要同時包含保護該第三人之權利或法律利益之目的，始得認為「保護規範」（最高行政法院八十九年度裁字七三一號裁定參照）；新說則著重於探求法規範的客觀目的，如「就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時」，即得認該法規屬「保護規範」（司法院釋字四六九號解釋參照）。

4、而以上新舊兩種「保護規範理論」並非相互排斥，而係立於補充關係，蓋依立法目的解釋（歷史解釋方法）不足認定為保護規範時，於法律無明文

限制時，尚得依客觀解釋方法，探求系爭規範是否有保護特定人之意旨，當有助於保障人民實體權利以及提供人民有效的權利救濟途徑。

C、而公平交易法第十八條至第二十四條，對不正競爭行為所為之禁止規範，其立法目的，除了為維護市場秩序公共利益外，當然也及於遭到不公平競爭事業主體之商業利益，此點極為明顯，無庸贅言。因此以上之規定，對遭到不公平競爭事業主體而言，當然是一種「保護規範」，而可以作為該事業主體請求被告機關，對不正競爭者，依公平交易法，進行規制性效果之制裁或拘束之法律上依據，故得做為此種「課予義務之訴」之請求權規範基礎。又即使公平交易法第二十四條，相對於同法第十八條至第二十三條之四之規定，處於補充性規範之地位，但也不因此而影響該條文請求權規範基礎之資格。

D、基於以上之理論，本院因此認為：

1、對涉及公平交易法之案件，依公平交易法第二十六條之規定，任何人均得向被告機關提出檢舉。

2、不過檢舉所生之效果，則須視檢舉人身分之不同而有差異：

I、如果檢舉者之商業利益未受到不正競爭行為之影響，純粹是站在維護公益之立場提出檢舉，此時被告機關僅為進行調查之作為義務而已，此種作為也僅屬「事實行為」而非「行政處分」。調查之結果，檢舉人不能循行政爭訟程序為爭執。

II、如果檢舉者是以受不正競爭行為影響之事業主體身分為之，因其主張自身商業利益已因到不正競爭行為而受到侵犯，此時被告機關不僅有進行調查之作為義務，而且如果檢舉人檢舉之事實屬實，並有依檢舉人之請求對不正競爭者進行制裁之義務。如果被告機關認定檢舉之事實不成立，而拒絕對遭指訴之不正競爭者做出規制性之制裁或管制時，此種拒絕即符合行政處分之要件，檢舉人可以提起行政爭訟及「課予義務之訴」。

3、本案原告既是以商業利益受到參加人不正競爭行為之侵犯而提出檢舉，此等檢舉之意思表示，如探求其真意，當然包括請求被告機關依公平交易法第四十一條之規定，對參加人做出具有規制性法律效果之制裁或管制措施之意思存在。而被告機關又拒絕了其請求，則原告提起本件訴訟，顯然符合行政訴訟法第五條第二項之要件，其起訴具備訴訟合法要件，應堪認定。

4、被告機關主張原告不具備實施「課予義務之訴」之訴訟權能云云，其見解顯然有誤，而為本院所不採。

二、就三方有關原處分之程序上瑕疵及其效力之爭點，本院之意見如下：

A、有關「原行政處分之作成，未經合議程序」一節，本院認為此等瑕疵得以補正，不影響原處分之效力，理由如下：

1、法理上之說明：

I、本案三方就此一爭點均分別引用行政程序法第一百十一條或同法第一百十四條第一項第一款之規定來支持其等之法律上意見。不過本件行政處分作成時，行政程序法尚未施行，故其對本案並無直接之適用性，僅能視為法理來運用。

II、而行政程序法第一百十一條有關行政處分無效之規定與同法第一百十四條第一項第一款有關行政處分瑕疵補正之規定，並不能窮盡所有行政處分程序上瑕疵之類型，因此不能謂程序上之瑕疵，其效果不是「無效」，不然就是「得補正」。當然也可能存在著「不得補正但得撤銷」之程序上瑕疵。

III、另外從公平交易法第二十五條及同法第二十八條有關公平交易委員會職掌及行使職權方式之規定觀之，雖得透過解釋，確立公平交易委員會是以合議制之方式來行使職權，不過公平交易委員會之合議制，與法院之合議制，在設計精神上卻大有不同，茲分述如下：

a、法院之合議制要求法官全程參與調查證據程序，並採取直接審理原則，必須參與言詞辯論調查證據程序之法官才能參與判決之評議及制作。

b、而從公平交易法第二十七條之規定則可看出，公平交易委員會之合議制度，並不絕對要求所有參與委員會之委員均參與證據調查程序（因此沒有在合議程序中訊問相對人及關係人與證據提示之相關規定），也未必採取直接審理原則（因此合議時不絕對要求相對人及關係人到場）。

c、且目前公平交易委員會之作業實務亦是將案件指定某一特定之委員處理，且由機關承辦之職員先進行調查證據之程序，將調查結果擬具處理意見，轉呈委員會決議。

d、因此公平交易委員會之合議功能，並非如法院一般絕對，原則上容許以書面審查之方式來議決職掌之事項。其功能應在強調「以合議之精神」來審查「承辦公務員對個案所擬具之處理方案」是否妥適，此時事前審查，還是事後審查，並非絕對重要。

2、正基於以上之法理，本院認為：

- I、公平交易委員會對公平交易法第二十五條第四款調查處分事項之合議審查，原則上以書面為之，無論事前與事後審查，對行政處分作成之事實認定，均無太大之影響。因此容許以事後決議追認之方式來補正「行政處分作成未經合議」之瑕疵。
 - II、因此此種瑕疵性質上近似於行政程序法第一百十四條第一項第四款之情形，宜類推適用該條之規定予以補正。
 - III、而原告對此爭點所持之法律意見，是把公平交易委員會之合議功能完全比擬為法院之合議制度，但這樣的意見顯然忽略了二者之差異性，故其此部分意見為本院所不採。
- 3、不過本院在此也要強調以下二點：
- I、即使是事後的審查，也必須是針對擬具之書面資料為實質而真實的審查，而不能將口頭報備視為審查，本案因為被告機關提出會議記錄證明有事後審查，原告又不爭執審查之過程，本院即相信八十八年九月十五日之審查為真正。
 - 2、原告引用被告機關自行訂定之「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」第十三點之規定，據為指摘原處分欠缺組織合法性瑕疵之理由，不過本院以為此點應放在下述「證據調查程序有無瑕疵」之討論中比較妥適（理由後詳），爰不在此討論，亦先此敘明之。
- B、但有關「原處分之作成，未踐行證據調查程序」一節，本院則認為此等事由在本案中應屬不得補正之重大瑕疵，而且此等瑕疵足以造成原處分在事實認定上發生錯誤之情形，二者間具有因果關係，構成撤銷原處分之原因，理由如下：
- 1、法理上之說明：
 - I、被告機關違反「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」第十三點之規定，應被歸類為「證據調查程序上之瑕疵」，其理由如下：
 - a、按原告主張本件被告機關違反公平交易法第二十七條之規定，未經調查程序即作成決定，有程序違法之嫌。
 - b、不過在這一爭點上，本院接受被告機關之法律意見，認為公平交易法第二十七條之規定僅在賦與被告機關調查證據之職權，至於是否行使調查權，被告機關有自行斟酌衡量之餘地，如果檢舉案件明顯不合法或顯然無理由，被告機關當然得不踐行調查證據之程序，依現有資料，做出判斷，並函復當事人。

- c、然而如果案件非屬明顯不合法或無理由之情形，而行政機關內部針對特定案型又有證據調查程序之內部規則時，則應踐行該等調查程序。故此種內部規則應視為一個「與證據調查有關」之「程序規範」。
 - d、「行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則」第十三點之規定，明顯是上述之程序規範。而本案原告檢舉案之提出，從形式外觀來觀察，既非明顯不合法，也非顯然無理由，仍有諸多爭點有待釐清（理由詳後所述），被告機關當然有義務踐行此一程序規定，因此本院才將之定位為「有關調查證據方式」之程序規定。
- II、又行政處分之「程序上瑕疵」，態樣繁多，其對事實認定所造成之影響，也不能一概而論，而應視瑕疵種類之不同，而產生不同之法律效果。簡言之：
- a、某些程序上之瑕疵事由，情節重大，足以影響到行政處分之根本效力，因此法理上認為，此等瑕疵之存在（例如應迴避之公務員未迴避而參與行政處分之作成），即當然影響原行政處分之效力（視為「事實認定」與「法律適用」均有錯誤），而構成撤銷原處分之絕對原因。故以學說上之「抽象因果關係說」來建構此等「程序瑕疵」與「行政處分違法」間之因果關係。
 - b、除此之外，其餘的程序上瑕疵事由，鑑於行政程序種類繁多，且常與行政效能產生衝突，其違反又未必影響實體上之判斷結論，因此本院認為，除非此等瑕疵影響到事實之認定結果（意即使事實之認定產生錯誤），不然應容許事後之補正，而且不應輕易憑此理由來否認原處分之合法性。故以學說上之「具體因果關係說」來建構此等「程序瑕疵」與「行政處分違法」間之因果關係。
 - c、至於那些瑕疵事由應採「抽象因果關係說」，那些瑕疵事由應採「具體因果關係說」，其判別標準，仍須委由法院在個案中決定，並逐漸類型化，以形成體系。
- III、而在程序瑕疵中，有關「未踐行證據調查程序」之類型，其法律效果如何，亦可依上述理論來決定：
- a、按「未踐行證據調查程序」之程序上瑕疵，通常都與事實認定之正確性有關。如果事後審查結果確定原處分之事實認定沒有錯誤，即無撤銷原處分之必要性。因此在判斷程序瑕疵與行政處分違法間之因果關係時，原則上以採「具體因果關係說」比較妥適。又因為目前行政訴訟之第一審法院為事實審法院，得自為證據調查及事實認定，因此大

部分證據調查程序欠缺所生之程序上瑕疵均可因為高等行政法院審理程序之踐行，而得補正。

b、不過在下述之例外情形，調查證據程序之欠缺，即被視為當然足以導致事實認定有錯誤，而有必要將此等程序上瑕疵視為「不可補正之瑕疵」，構成撤銷原處分之原因：

- (1)、某些事實之調查，行政機關有其判斷上之專業能力或另有特定之調查方法，而此種調查方法是無法以法院之調查證據程序來取代者，此種情形，調查證據程序之欠缺，因無法用法院之調查程序來取代，將構成撤銷原處分之原因。
- (2)、例如某些待證事實非屬明確之有形物理變化（像人體之傷痕、物品之破損等事），而涉及概然性與可能性判斷，而且又須專業知識之評估者（像「危害交易秩序」、「造成消費者混淆」等）。
- (3)、有時甚至判斷之客觀標準本身都無法固定（像是本案中，多少比例之消費者，對商品來源之同一性，在判斷上發生錯誤，才算是已產生混淆結果等），而須以嚴格而獨特之調查程序來控制判斷流程，用以確保判斷之正確性（像是公聽會之召開，專家學者或業界代表、消費者代表意見之諮詢等等）。而此種調查程序經常是行政訴訟程序所未規定而無從取代者（行政訴訟法第一百六十二條之規定，限於法律問題，不及於事實判斷，範圍過於狹窄。而且程序也過於簡略）。

2、本院認定，原處分未踐行行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點之證據調查程序，屬於「不可補正之瑕疵」，所憑之理由：

I、行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點之規定內容：

表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依下列程序認定：

- (a) 由本會委員會議認定。
- (b) 有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供被告機關認定之參考。
- (c) 影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。

II、而本案在原告提出檢舉之始，依其提出之資料，從外觀為形式上觀察，並非可以不經調查，即可認定原告之主張不成立，因為：

- a、原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，即使使用「BOSS」為其商標，但仍可與其整體包裝設計結合成一個具有識別力之商品表徵，並因「BOSS」商標圖權之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵。
 - b、原告已提出其系爭二類香水商品及指為相同商品表徵之參加人二款香菸，二者在整體包裝外觀上極為近似。
 - c、公平交易法規範之競爭行為，可以分為二大類，一為「限制競爭」行為，一為「不正競爭」行為。而所有之智慧無體財產權，其最大特徵，其在使權利人享有排他性之專用權（只不過排他程度有高低而已），當然會造成限制他人營業自由之結果（這也是為何「智慧財產權」之得喪變被劃入「法律保留」範圍之主要原因），因此才有公平交易法第四十五條規定之產生。所以此一規定當然僅應適用公平交易法中「限制競爭」行為（即將行使商標、專利等智慧財產權所造成之限制競爭結果，排除公平交易法之管制），而不及於「不正競爭」之行為，此乃立法上之當然解釋。因此被告機關或參加人不得以前開香菸上「BOSS」圖樣已取得商標註冊，即可立即排除本案成立公平交易法第二十條第一項第一款或第二十四條所指「不正競爭行為」之可能性。
 - d、又因為被告機關就原告之系爭二項香水商品為「相關事業及消費者所普遍認知」一節，在行政爭訟中從未提出質疑（直到本院審理中才由參加人提出質疑）。則本案最後終究要進入到「是否發生混淆結果」之判斷上。
- III、而公平交易法第二十條第一項第一款所稱「致混淆」一語，從字面上解釋似乎是指「具體混淆結果是否存在」之認定，然而所謂的「混淆」卻不是一個物理事實結果之認定，而涉及「市場心理因素」之判定，正如上所述，沒有一個明確的客觀標準，判斷時需要專業之知識，判斷結論，也會因人而異（例如原告在本案中指出國外法院之判決，認為調查報告結果只要有 10-15%之消費者發生誤認，即足以證明混淆之事實，為何採取此一比例，也沒有一個具有說服力之理論基礎），所以特別需要以調查程序之嚴格踐行來控制判斷流程，並確保判斷之正確性。以上所述，正是行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點規定之規範意旨所在，該要點要求：如果被告機關委員會議難以認定，即必須採取「舉行公聽會或座談會」、「徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見」、「委託公正客觀之團體、學術機構

，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見」等調查方式，而此等調查方式都是現行行政訴訟法所無法踐行或甚為困難踐行之調查程序。

IV、「致混淆」之判斷既然如此困難，而在在本案中原告又提出諸多之證據資料來證明參加人有仿冒其商品表徵之動機，且還在事後訴願階段提出市場調查報告，說明其主張已生混淆結果之理由，由此可見「混淆」之認定，在本案中顯然有相當爭議，認定上亦有困難，實無法單憑原告提供之書面資料，即為外觀上之判斷，斷定原告之主張為不可採。而且被告機關駁回原告請求所持之理由，也從未曾就「致混淆」一點做出實質之判斷，顯然違背上開要點之規範意旨，而且此等程序上之欠缺，亦如前述，無法由法院之調查證據程序來補正。

3、是以本案有重行交由被告機關委員會依前開要點規定之程序，審酌原告提出之調查報告，重行調查之必要。

三、而就公平交易法第二十條之實體構成要件言之，本院亦認為，被告機關重行調查時，有以下數點須加注意：

A、有關原告提出之系爭二類香水產品，是否為公平交易法第二十條第一項第一款所指之「相關事業或消費者所普遍認知之商品」一節：

- 1、由於已往被告機關均未對此為爭執，直到本院審理中才由參加人為爭執。
- 2、就此本院認為：

本案原告並非以原告標誌「BOSS」商標之全部商品之表徵來指摘參加人，而僅指摘參加人之二類香菸模仿其中 Elements Aqua 及 Boss No.1 二款香水商品之表徵，則在參加人爭執之情況下，原告似乎應提出更明確之證據來證明 Elements Aqua 及 Boss No.1 二款香水商品為「相關事業或消費者所普遍認知之商品」，被告機關重行審酌時亦應參酌此點。

B、有關原告提出之系爭二類香水產品，其整體包裝，是否已符合公平交易法第二十條第一項第一款所指「商品表徵」之定義一節，就此本院認為：

- 1、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，但並非全完相同，商品表徵之判斷，應該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。
- 2、本件原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，已足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵。
- 3、被告機關及參加人認為前開二類香水商品之包裝，屬於香水產品一般之包裝方式，不構成一個「商品表徵」云云，此等判斷，乃係將整體包裝拆開成顏色、形狀、字跡等獨立項目，不符合整體觀察之要求，故其判斷結論

並非正確。

C、有關參加人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計，是否在商標專用權之合理使用範圍內，而依公平交易法第四十五條之規定，排除公平交易法之適用一節，本院前已言明，本案屬不正競爭之案型，無公平交易法第四十五條之適用，故被告及參加人在本案中不得主張依公平交易法第四十五條之規定，排除公平交易法不正競爭相關規定對本案之適用。

D、至於參加人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之商品表徵與原告系爭二款香水商品整體表徵，在包裝盒形狀與其上之文字、圖樣放置位置設計與背景顏色（包含因顏色而產生之商品質感），幾乎無從分辨，異時異地觀察，極易混淆。故從外觀上為客觀之判斷，二者極為類似。被告及參加人主張「不近似」云云，顯不可採。

E、至於參加人有無使用類似他人商品表徵之不正競爭故意一節，本院認為：

1、商品表徵之客觀類似，是認定主觀模仿故意之重要參考，如果參加人否認其事應另舉反證來推翻此項事證所產生之證明力（例如：參加人所指之廣告策略、行銷管道等等各項因素）。

2、而且被告機關也應特別斟酌原告與參加人已往之來往經過，查證原告所指：「其與參加人曾洽談商標授權合作事宜及就商品設計達成某些共識」等情之真實性。更應斟酌原告所提及「菸商基於目前世界各國之菸害防制政策所造成之行銷上瓶頸，而力圖使用其他著名品牌為其香菸品牌，以達行銷便利」之經驗法則，做為本案事實判斷之重要參考依據。

F、而本案有無「發生混淆結果」，基於其判斷之困難度，更應依行政院公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則第十三點所定之證據調查程序行之。

四、至於公平交易法第二十四條在本案之適用性，本院則認為：

A、有關該條所指：「足以影響交易秩序」之「欺罔」或「顯失公平之行為」，其在本案之情形，與同法第二十條第一項第一款之判斷有密不可分之關係，如果原告之系爭二類香水商品，不具有相關業者或消費者普遍認知之事實，而不符合同法第二十條第一項第一款之要件，則有關「足以影響交易秩序」、「欺罔」「顯失公平之行為」等法律概念的判斷，就會變的模糊不清，而缺乏明確而實際之標準可循。

B、因此如同上揭公平交易法第二十條第一項第一款之判斷一般，仍有必要經被告機關重為事實調查。

伍、本案之結論：

一、本案被告以「1參加人生產及銷售之系爭菸品之整體包裝與原告之生產銷售之

香水產品整體包裝相比較；在商品表徵上無近似性；2二者之商品種類不同，銷售管道不同，而無混淆之事實；3參加人合法享有「BOSS」文字圖樣之商標專用權，使用在菸品上為商標權利之正當行使」為由，認定本案不符公平交易法第二十條之規定，而拒絕原告之請求，揆諸上開說明，並非妥適。

二、本案參加人生產或銷售之「BOSS LIGHTS」及「BOSS VIRGINIA BLEND」牌菸品，是否有故意使用原告生產銷售香水商品之表徵，並產生混淆之結果，而符合公平交易法第二十條第一項第一款規定之要件，依上所述，有待於被告機關踐行適當之調查程序方能查明。

三、則原告請求本院命被告機關直接依公平交易法第四十一條之規定對參加人為「命令停止上開菸品之包裝及廣告行為，並處以罰鍰」之行政處分。在要求本院命令被告機關不得拒絕其請求之範圍內，為有理由，被告機關原拒絕之處分自有不當，一再訴願決定未予糾正，亦有未洽，爰併予撤銷，並依行政訴訟法第二百零二條第四款之規定，將本案發回被告機關依本院上開揭示之法律意見重為決定。至於原告超過以上範圍之具體特定規制性請求（如「立即停止菸品包裝及廣告行為」，「處以罰鍰」）則因為事實尚未明確，且此等請求亦礙及行政裁量權之行使，於法無據，應予駁回。

四、又公平交易法第二十四條乃是同法第十八條至第二十三條之三所指各式「不公平競爭行為」之補充性規定，就本案之單一事實而言，二項規定有法律競合理論下之補充關係（亦即具體個案中，如能該當主要條款，輔助性之補充條款即無適用之意義，只有在主要條款不該當而不能適用之情形下，輔助之補充條款始能補充地加以適用）。因此若主要條款之判斷因程序上有瑕疵而無法確定，不宜立即為補充條款之判斷。何況在事實認定上，依前所述，公平交易法第二十四條成立與否之判斷亦與「原告之系爭二類香水商品，為相關事業或消費者普遍認知」等前提事實是否成立有關，因此仍有必要經被告機關重為事實之調查，亦在此敘明之。

據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，爰依行政訴訟法第一百零四條、民事訴訟法第七十九條但書，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 年 四 月 十 九 日

臺北高等行政法院 第五庭

審判長 法 官 姜素娥

法 官 林文舟

法 官 帥嘉寶

右為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後二十日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後二十日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中 華 民 國 九 十 年 四 月 十 九 日
書 記 官 林 麗 美

資料來源：臺北高等行政法院裁判書彙編（90年版）第456-567頁行政院公平交易委員會公報
第10卷5期201-269頁