

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

數位電子時代網路服務提供者之商標侵害責任—兼論有條件責任豁免立法之可能性 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 98-2410-H-004-194-
執行期間：98年08月01日至99年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：沈宗倫

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：何皓華
碩士班研究生-兼任助理人員：吳昆達
碩士班研究生-兼任助理人員：李茂璋

處理方式：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，1年後可公開查詢

中華民國 99 年 10 月 25 日

研究成果

一、前言

網路服務提供者對於數位時代的資訊傳輸實扮演靈魂中樞的角色，其對於於網路社群間的溝通連繫與電子商務的發展，貢獻厥偉。但相對而言，在網路服務的提供當中，常因設施或技術的供給，暴露於商標侵害的訴訟危險中。從商標法的體系結構而論，在商標侵害的分析方面，有三個重要的概念或要件，關係商標權人、消費者及商標使用者的利益衡量，更影響商標法理下的價值判斷，分別是商標侵害下的「商標使用」、「混淆誤認之虞」以及「合理使用」。如何能正確地解釋與釐清此三概念或要件，特別是能在掌握數位時代下交易型態的轉變的前提下，將對網路服務提供者本身從事網路活動可能產生的商標侵害責任，作出一正確的衡量。一方面能令真正立於中立媒介地位的網路服務提供者，不致動輒涉入直接或間接的商標侵害訴訟中，確保其繼續經營網路服務的誘因。另一方面，使刻意介入網路使用者商標侵害活動以謀取利益的網路服務提供者，依法對於商標權人負擔商標法應救濟所生的不利益。由比較法的觀點析之，歐美國家的網路服務提供者商標侵害責任，常發稱於網路服務提供者提供設施或技術，而由網路使用者利用「網域名稱」、「網域標幟」、「跳動式廣告」與「關鍵字」等四種服務從事網路行銷。本研究是以「商標使用」、「混淆誤認之虞」以及「合理使用」三個法概念為經，「網域名稱」、「網域標幟」、「跳動式廣告」與「關鍵字」等網路服務為緯，綜合探討網路服務提供者商標侵害的最適認定與判斷，希望能將研究成果提供未來司法判決在相關議題的參考。附帶一提，本研究亦就網路服務提供者商標侵害民事責任的豁免制度，於必要性及可行性方面，作一簡單評估。

二、研究目的

本研究之研究目的，主要依據實務上網路服務的類型，於現行商標侵害法制下建構網路服務提供者商標侵害責任的合理認定標準，本研究將著重於直接侵害的議題，針對前述商標侵害認定的三大層次，檢討建構合理的商標侵害責任認定標準，在第一層次方面，本研究將著重於「商標使用理論」之檢討，亦即探究「商標使用」是否為商標侵害責任的先決要件？網路服務提供者之交易平臺或關鍵字廣告服務，是否構成商標侵害法制下的「商標使用」？是否應依服務內容的特性，區分部分服務可評價或認定為「商標使用」，其他部分則否？在第二層次方面，本研究計畫將特別探討美國法所創設之「初次利益混淆」，包括該新型混淆之創設是否符合商標法之本旨？「先競爭利益」是否需要透過商標法下混淆觀念的建構方能獲得保護？「初次利益混淆」縱使其有建構之必要，其構成要件應如何解釋？以及「初次利益混淆」在網路服務提供者之商標侵害責任認定上，究竟如何扮演利益調節的角色？在第三層次方面，本研究計畫將對於商標法下「商標合理使用」之規定，探討其對網路服務提供者商標侵害之適用可能性，以及可能適用之樣態。由前述三大層次的論析，預期將可達成本研究計畫建構網路服務提供者

商標侵害責任認定的目標。

三、文獻探討

本研究計畫除依原先計畫申請書所列之參考文獻從事研究外，研究中亦加入部分新文獻，以補充新的見解與立場，使研究的視角更加周全，例如：Greg Lastowka, *Google's Law*, 2008 BROOKLYN L. REV. 1327 (2008); Thomas C. Folsom, *Transformational Trademark Law in Cyberspace*, 60 RUTGERS L. REV. 825(2008); David W. Barnes, *Trademark Externality*, 10 YALE J. L. & TECH. 1(2007); Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet*, 41 HOUS. L. REV. 777 (2004)。

四、研究方法

本研究計畫的研究方法乃以比較法研究為中心，但著重於比較法研究後如何建立最適的法模式，引置於我國商標法體系，至於詳細的說明請參見計畫申請書。

五、結果與討論

(一)商標侵害與商標使用

商標侵害是否須以商標使用為前提，此乃商標法的重要爭議問題，至今在學說上處懸而未決的情況，但在司法實務的發展上似傾向採肯定的見解。其實，主張商標使用理論者，主要的論據在於商標的價值僅得由商標的使用而發揮或建構，而該價值亦僅由第三人以商標的方式利用，始生剝奪商標價值的可能，任何非以商標方式使用商標者的行為，與商標價值無涉，不應與商標的侵害產生連繫，否則，商標所有人將得以商標價值以外的利益，每每以商標侵害的名義，干涉他人從事個人行為或商務之自由。且非以商標方式使用商標，無損於商標價值，根本不需要再為「混淆誤認之虞」的判斷，直接以商標使用為理由，排除侵害的可能性，對於交易成本有減低的效果。而反對商標使用理論者，則認為「商標使用」不易認定，特別是在數位電子商務時代，商標與其表彰的商品並非直接連結，商標使用便有解釋的空間，在無法明確界定「商標使用」的情形下，司法實務在無衡量標準下易於擅斷，對外不能建立明確的公示外觀，增加交易成本，甚至可能因過度依賴「商標使用」的判斷，而忽略「混淆誤認之虞」的考量，令部分具有「混淆誤認之虞」的使用，卻被認定為非以商標的方式使用，而不當抑制了商標所有人原本尋求救濟的可能。再者，反對商標使用理論者並不以「商標使用」為建構或傳達「商標價值」的基礎，由於商標非如專利與著作權的權利屬性傾向於「純財產權」，反而其權利屬性是建立於不公平競爭的法理上，因此，「混淆誤認之虞」的判斷才是確保商標價值的重要把關者，而非「商標使用」。

筆者認為在此須釐清的議題為「商標使用」是否為商標侵害的前提要件？若答案為肯定者，如何判斷「商標使用」？另外，以「商標使用」為前提的功能是

否與「商標合理使用」相重疊？

就筆者的觀察，「商標使用」於商標侵害的最重要法律意義，在確認「商標使用」本身具有連結商標侵害的可能性，亦即其具有促成「商標混淆誤認之虞」法律評價的屬性，一旦「商標使用」不被認定，則無任何商標侵害的可能性。此與「商標合理使用」的法律意涵截然不同，在「商標合理使用」的概念下，商標使用在表象上似有「商標混淆誤認之虞」，但在特定的目的導向下，該「商標混淆誤認之虞」不致發生，故不構成專利侵害。將「商標使用」要件列入商標侵害的優點，反映在特定案例下舉證及審理成本的減省，在無連結商標侵害可能性的商標使用型態，直接排除商標侵害評價的可能，不令該爭議進入第二階段「商標混淆誤認之虞」的評價，有其立法或解釋區辨的實益。但不可忽略採行此要件所可能負擔的制度成本及不當的利益衡量。若對「商標使用」要件解釋過於寬鬆，無法發揮預期的成本減省功能，在判斷商標侵害時，有如無此要件的考量。但相對地，若解釋過於嚴格，似亦無法呈現「商標使用」與商標侵害連結的意義，恐不能作出有效且精確的利益衡量，特別是「商標使用」的概念隨著科技、文化及社會的變遷常有所變異，其中的不確定性實不易掌握。由此而論，依筆者的見解，無論透過立法或司法解釋以確立「商標使用」的真正意義時，必須滿足以下二要件，始得周全，第一、「商標使用」的判斷標準不應與「商標混淆誤認之虞」一致，由於「商標使用」要件的目的，乃是確立「商標混淆誤認之虞」的先導判斷，在此要件的判斷下，部分型態的商標使用應無法律上評價的意義，此類使用無須再作「商標混淆誤認之虞」的判斷，以減省相關成本。雖不可否認，「商標使用」要件的判斷不可能脫離的利益衡量，但以其存在的價值而論，若「商標使用」要件的判斷趨於「商標混淆誤認之虞」的判斷，則似無其獨立判斷的必要。由此而論，筆者認為實有特別建立「商標使用」要件判斷標準的必要。第二、既然「商標使用」要件是「商標混淆誤認之虞」的先導判斷，是故，「商標使用」要件的解釋或類型化概念，必須由商標使用的樣態中，以特定關鍵因素的考慮下，尋就部分使用樣態的共同特徵，此特徵的存在即建立對於「商標混淆誤認之虞」未實現但可能實現的因果關係。反面而論，若商標的使用樣態不具前述的共同特徵，則商標侵害評價的需要，即被認定不構成商標侵害判斷的「商標使用」。商標使用若要成為「商標混淆誤認之虞」的先導判斷，其最要的內涵應在於「商標使用」應使消費者認識該商標的呈現是以推銷特定商品或服務為目的，亦即要創造出商標與特定商品或服務的連結，始有「商標使用」的認定，且並不問此認識是否正確。此所謂的「連結」，不僅反映在商標對於特定商品或服務的指引，更要包含商標對於使用者的揭示。

筆者茲就數位科技的演進為中心，區分三個時期，分別說明之。第一個時期，電子商務尚未發跡的時期；第二個時期，以電子商務行銷商品或服務的時期；第三個時期，以電子商務提供數位科技服務的時期。在第一個時期，因無網際網路以資為商品或服務的行銷，通常行銷者(包括標章使用者或商標權人)會儘量縮短標章與其所行銷商品或服務間，在消費者心中的空間距離，以達行銷的目的，例

如：將品牌標章直接與商品結合，由商品本身或包裝上即可使消費者辨知該品牌標章乃代表所行銷的商品。或者，將品牌標章呈現於服務提供場所，甚至貼附於服務人員的制服上，以令消費者連結該服務與品牌標章間的關係。依筆者的見解，標章的使用與商品或服務間，在消費者心目的空間愈緊密，該標章愈能令消費者認識該標章是某人用以行銷特定商品或服務，在此認識下，始有「商標混淆誤認之虞」的判斷需要，該標章的使用較易被評價為「商標使用」。因此，前述品牌標章與商品或服務的結合情形，應可被認定「商標使用」。有問題的是，若品牌標章的使用無商品或服務可資直接結合，在何種條件下，仍得被認定為「商標使用」？由於單純品牌標章本身或可引起消費者聯想，但當無商品或服務直接連結時，對於消費者而言，並不存在具有行銷特定商品或服務的認識，尚非「商標使用」。此時，尚須藉由其他因素的加入始有促成「商標使用」的可能。使用者的主觀因素有促成「商標使用」的可能，亦即標章使用者有將該標章行銷特定商品或服務的意圖，並將該意圖向外公示，令公眾知悉其意圖，最常見的例子，是標章使用者利用廣告宣傳單或其他媒體對外表示其對特定服務或商品行銷之意。在此情形下，雖然標章並未與物品或服務直接連結，但仍因標章使用者的主觀行銷意圖宣示，促成「商標使用」。

在第二個時期，由於以電子商務的方式行銷商品或服務，行銷者的品牌標章於行銷時通常是呈現在電子虛擬商店，即特定網站上，該品牌標章與商品或服務並無直接連結，單憑品牌標章的呈現很難斷言是否為商標侵害下的「商標使用」？此時，行銷者若能藉由網站上相關的販售或服務資訊，令消費者心中將品牌標章與相關商品或服務相結合，此結合程度愈深，該品牌標章於網站上的使用愈易被解釋為「商標使用」。依筆者之見解，若最終能證明所行銷之商或服務並不存在，前述品牌標章與相關商品或服務的連結無所依附，「商標使用」便不應成就。

第三個時期的數位科技的發展助長了「商標使用」判斷的困難度及複雜性。在此時期，網路服務提供者常會利用數位科技提供他人行銷商品或服務的工具或設施，在此特別要釐清者，乃網路服務提供者提供前述的工具或設施，若該工具或設施有利用品牌標章的行為，是否構成商標侵害下的「商標使用」？再者，網路服務的使用者利用前述工具或設施，是否構成商標侵害下的「商標使用」？由於「商標使用」乃商標侵害的前置判斷，前已述及，「商標使用」的界定須以品牌標章的使用在因果關係上是否有導致「消費者混淆誤認之虞」的危險或可能性？若品牌標章的使用在任何條件下，不存在誤導消費者以作成購買決策的可能性，即不應解釋為商標侵害下的「商標使用」？茲就「網域名稱」、「網頁標幟」、「固定式或彈跳式廣告」、「關鍵字」等相關網路服務的提供及使用說明之。當網路服務提供者給予使用者「網域名稱」以定位其網址所在時，就其目的而言，純屬科技服務，縱然網域名稱內含有品牌標章的文字，其與商品間並無任何連結，不因使用是否利用「網域名稱」以行銷商品而有所不同，在此情形下，網路服務提供者之「網域名稱」提供行為不應構成商標侵害下的「商標使用」，無須再論「消費者混淆誤認之虞」的相關議題。至於「網域名稱」的使用者，若網域名稱

內含有品牌標章的文字，而透過網站的資訊安排，使消費者的心中產生網域名稱與商品的連結，由此而言，誤導消費者以影響購買決策的危險仍存在，使用者利用「網域名稱」則有可能被解釋為「商標使用」。在「網頁標幟」方面，通常由網路服務提供給予使用者一定伺服器儲存空間，以利其設計網站。當使用者以品牌標章作為「網頁標幟」，隱藏於網頁當中，就網路服務提供者而言，因儲存空間的提供乃一單純科技服務，無與商品連結的可能，並不存在誤導消費者的危險，不應在「商標使用」的範圍內。但由使用者的角度論之，則有可能有不同的結論。雖然網路服務的使用於網頁設計時，將特定得品牌標章以「網頁標幟」的形式置入網頁內，縱然該品牌標章乃利用他人商標或近似他人商標，由於此品牌標章為內容的「網頁標幟」並未與己之商品形成連結，且「網頁標幟」多為消費者無法直接辨識，此以品牌標章作為「網頁標幟」的主要目的在於誤導消費者於網路上的資訊搜尋方向，使原先要蒐集商標權人的商品資訊者因此而轉向「網頁標幟」設置者的商品資訊，所影響者為消費者「資訊接觸」方向，通常不影響消費者的最終購買者決策，因為縱然被誤導至「網頁標幟」設置者的網站，但進入網站後，消費者一般即可辨明「網頁標幟」設置者與商標權人關於商品的區別。由此而論，似乎「網頁標幟」設置者將特定的品牌標章設計為「網頁標幟」，既然不會導致消費者錯誤的購買決策，應無構成商標侵害的「混淆誤認之虞」的危險，是故「網頁標幟」設置者的行為當非商標侵害的「商標使用」。然而，此推論仍存在相當的瑕疵，雖然以特定品牌標章為「網頁標幟」，原則上僅生誤導消費者於網路上搜尋資訊的方向，但並無完全排除商標侵害的「混淆誤認之虞」的危險，亦即當消費者因被誤導而進入「網頁標幟」設置者的網站，若「網頁標幟」設置者有心安排，網站內所提供的相關資訊亦有可能使消費者誤認「網頁標幟」設置者所販售的商品即為商標權人的商品，或「網頁標幟」設置者與商標權人具有一定商業合作關係，發生商標侵害的「混淆誤認之虞」，是故，以筆者的見解，「網頁標幟」的設計在一定因果關係的連繫下，仍存在商標侵害的「混淆誤認之虞」的危險，依筆者論述的本旨，應解釋為「商標使用」，較為妥當。

關於「固定式或彈跳式廣告」，其廣告提供者利用電腦軟體，使消費者就特定品牌標章的商品為網路搜尋時，搜尋結果的呈現會同時伴隨相關商品廣告，在某種功效下，常會使消費者誤以為該廣告乃與其所欲搜尋的資訊所在，或與所欲搜尋的資訊相關，消費者常因誤導而進入該網站。在此如同網域名稱與「網頁標幟」的論述，廣告的提供者雖利用特定品牌標章，但其目的乃科技服務，提供廣告使用者使用「固定式或彈跳式廣告」，與該品牌標章所表彰的商品，無直接的連結，且「固定式或彈跳式廣告」的作成僅為提供使用者傳播資訊的工具，其服務的效範圍及效果僅限於其與廣告使用者間，並不及於消費者，質言之，消費者「資訊接觸」的誤導，並非來自廣告提供者對使用者的廣告服務，而在於廣告使用者利用該廣告的結果，因此，「固定式或彈跳式廣告」的廣告提供者縱然利用特定品牌標章以滿足使用者的廣告需求，但不存在影響消費者購買決策的危險，似不應將廣告提供解釋為商標侵害下的「商標使用」。

「固定式或彈跳式廣告」的使用者，其使用「固定式或彈跳式廣告」的目的與效果，與「網頁標幟」的設置相類似，除非在廣告內特別設計會影響消費者購買決策之內容，原則上僅會誤導消費者進入該廣告內容或延伸的相關網站，消費者最終仍會明辨其欲尋求特定商標的商品，並非廣告使用者所行銷或推廣的商品，在資訊充分下作出消費決策。然而，消費者接觸廣告或進入廣告所延伸的網路後，仍存在廣告使用者利用廣告或網站內所刊登的資訊，誤導消費者作成商品購買決策的危險，亦即具有構成商標侵害下「混淆誤認之虞」的危險，由此而論，如同「網頁標幟」的設置，「固定式或彈跳式廣告」的使用者利用廣告的行為，當可解釋為商標侵害的「商標使用」行為。

「關鍵字」的網路服務，主要是由網路服務提供者經由電腦軟體程式的設計與運作，當網路瀏覽者於搜尋引擎鍵入特定關鍵字時，將事先已就該關鍵字與網路服務提供者洽定服務者的相關網站，列入搜尋結果的優先位次，以吸引網路瀏覽者搜尋焦點，增加其進入該網站接觸相關資訊的機會。當「關鍵字」的內容涉及他人的品牌標章，網路服務提供者的「關鍵字」網路服務是構成商標侵害下的「商標使用」？筆者本於前對「網頁標幟」與「固定式或彈跳式廣告」網路服務的論述，「關鍵字」網路服務乃一科技服務，網路服務提供者的服務提供對象乃網父服務使用者而非一般網路消費者，且「關鍵字」網路服務縱然以特定品牌標章為其內容，但未與該品牌標章所表彰的商品有直接的結合，任何會誤導消費者作出錯誤購買決策的危險，非來自「關鍵字」網路服務提供者，而是網路服務使用者。因而，「關鍵字」網路服務提供似不應解釋為商標侵害下「商標使用」。雖然在某些場合，網路服務提供者可能於提供「關鍵字」網路服務時，鼓勵或誘使部分使用者以他人的品牌標章作為關鍵字內容，以達定的商業目的。但此情形尚不致使「關鍵字」網路服務質變為「商標使用」，其中必須要釐清者，網路服務提供鼓勵或誘使網路使用者購入關鍵字以為搜尋結果的優先標的，其真正的問題在於，若網路使用者構成商標侵害，網路服務提供者是否因其鼓勵或誘使的作為，而有共同侵權行為的歸責。就商標的共同侵權或間接侵害而論，因鼓勵或誘使行為所成就的共同侵權或間接侵害，通常須依附於主侵權行為或直接侵害而存在，未必具有法評價的獨立性，由此而論，網路服務提供者關於關鍵字服務的商標侵害評價，無需以「商標使用」的認定為必要條件，若擴大「商標使用」的解釋以涵及關鍵字網路服務，不僅抵觸商標法以「商標使用」作為商標侵害（「混淆誤認之虞」）前置判斷的立法宗旨，亦可能混淆商標侵害中「主侵權行為」與「共同侵權行為」，或「直接侵害」與「間接侵害」的分際，特別值得深省。

至於關鍵字服務的使用者，筆者亦本於「網頁標幟」與「固定式或彈跳式廣告」關於網路服務使用者的論述，關鍵字服務的主要目的或功效，在於吸引網路瀏覽者藉由優先位次的搜尋結果，進入使用者的網站，接觸商品資訊。雖然當關鍵字內置入他人的品牌標章，不可避免地會有誤導網路瀏覽者（消費者）的情形，即網路瀏覽者（消費者）入品牌標章而作搜尋引擎以尋求特定品牌標章的商品資訊，但搜尋結果卻將利用關鍵字服務的使用者相關網站，列為優先順位，以致網路瀏覽

者(消費者)認為優先順位的網站乃其欲搜尋的品牌標章相關網站，因而，在錯誤的判斷下進入該網站。雖然此誤導不致直接影響消費者的購買決策，但仍存在消費者進入網站後因網路服務使用者不當利用資訊而影響消費者購買決策的情形，此情形有構成商標侵害下的「混淆誤認之虞」的危險，是故，基於此危險，將關鍵字網路服務的使用解釋為商標侵害下的「商標使用」，應符合商標法的法理。

(二)初始利益混淆

雖然「初始利益混淆」非屬於傳統購買時點的混淆，但是否應屬於商標侵害的範圍，乃屬複雜的利益衡量與價值判斷，利益衡量涉及第三人是否利用消費者的選擇行為而不當剝奪商標權人經營商標所存在的商譽？價值判斷則是關於此類混淆的防止，是否符合商標法的立法宗旨？在對「初始利益混淆」予以必要的利益衡量與價值判斷以確定其法之正當性前，首先要先確認傳統商標權保護的法理。商標權雖在現今的法律體系下已賦予財產權的地位，但較之專利權與著作權，商標權的財產權屬性較弱，在財產權行使上融入不公平競爭的概念，並非如專利權與著作權具有較單純的財產權性。專利的權利範圍是以申請專利範圍為界定，一旦他人未經專利權人同意實施申請專利範圍的技術內容，除有特定例外的情形，即構成專利的侵害。著作權亦有相類似的旨趣，著作權的保護是以著作本身為中心，他人未經同意重製該著作或為其他法律所規範的利用行為，除有著作權合理使用的適用外，均構成著作權的侵害。商標權，與專利權及著作權相異之處，在於商標權的權利範圍界定雖與商標本身具有密切的關係，但卻非以商標為其保護標的，商標權真正的權利範圍是以該商標權人對於商標的經營所生的商譽為基準，而商標權的保護目的則在於避免他人不當剝奪商標權人的商譽，致生不公平的現象。因此，他人縱然以「商標使用」的方式使用商標，未必當然構成商標的侵害，尚要視該使用是否有不當剝奪商標權人對於該商標的商譽而判定商標侵害。然而，商譽本身雖不否認其具有相當的財產價值，但由於其抽象的屬性致使客觀價值不易測計，是否能獨立作為衡量商標權利範圍的標的，仍有相當的疑問？商譽的過度擴張解釋，雖可確保商標權人長期經營商標的成果與績效，不致為他人所盜用，但同時亦可能擠壓了他人合法使用商標的空間，有礙公共利益，及他人商業競爭的自由。相對地，當商譽價值解釋不夠充分時，亦可能使商標法促進市場公平競爭以保護商標權人與消費者的目標難以達成。專利所保護的技術內容與著作權所保護著作，雖與商譽相類似，其為抽象的概念，但與商譽不同之處在於專利所保護的技術內容與著作權所保護的著作，二者得由實施行為而具體化，其經濟價值得由市場評價，而商譽無直接實施的概念，隱含於經濟活動，但經濟活動所呈現的正面效益是否定為商譽所致，則其間的因果關係並不明確。再由商譽與商業活動間的關係而論，並非商業活動的經營定然產生商譽，亦可能在不當經營下有負面的商譽附隨而生，由此而論，商業活動所生之商譽究竟為正面或負面，尚有待進一步判定。商譽本身的價值如前所述本已難單獨測定，正面或負面的判定，更有相當的困難與不確定性，因此，若商標權人經營商標獲致負面

的商譽，此時是否仍有他人未經同意不當剝奪其商譽的情形？即使是肯定的答案，前述行為的防止是否仍為商標法立法的初衷？此有相當討論的空間。若商標法並不保障負面商譽被剝奪的行為，在正面或負面商譽難以判定之際，即有可能在負面商譽下仍給予商標權人保護，存在過度保護的危險。

有鑑於此，各國商標法的立法雖肯認商譽為商標權範圍界定的基準，實際上要確定商標權的範圍，特別在商標侵害的認定上，尚要尋求其他的媒介以達成。一般而言，商業活動的經營績效是反映在消費者對相關產品的購買情形，實務上常以產品的市場占有率作為初步評估指標，因此，商譽的判定可由消費者對產品的消費情形推知商譽對於企業產生正面或負面的效益。由此而論，消費者實為商譽判定的重要媒介。由於商標法的立法宗旨在防止他人不當剝奪商標權人經營商標所生的商譽，而以消費者為觀察基點論之，不當剝奪商譽行為藉由消費者的消費導向可反映在，他人以不公平競爭行為，將信賴商標所表彰資訊而原本計畫向商標權人購買的商品的消費者，不當轉向自身而購買相對等的商品，產生市場替代效果，招致商標權人於市場經濟的不利益。而前述的不公平競爭行為，是基於對於消費者誤導所造成，以影響其購買決策，此便為以消費者為媒介，間接以商譽被不當剝奪認定商標侵害的標準。但由於實際消費者誤導而發生市場替代情形，於商標權人而言不易舉證，或舉證成過高而不易達成，確保商標法防止不當剝奪商譽立法宗旨的實益，各國商標法立法上並不要求商標權人於主張商標侵害時證明消費者實際被誤導，僅須藉由商標的近似程度、商品的相類程度以及其他因素，判斷誤導的可能性即可，此通稱為「消費者混淆誤認之虞」。在消費者於購買商品時，是否因為他人的標章及商品所顯示的資訊，令消費者誤認為該標章為原商標或該標章與原商標具有相當的連繫關係，進而購買他人標章下的商品，此等購買行為對於商標權人的危險或可能性，即為「消費者混淆誤認之虞」。由此而論，商標侵害就我國法體系而論，可謂特殊的侵權行為。

綜上所論，傳統的商標侵害關注於「消費者混淆誤認之虞」，其實在市場的層面而論，即為商品於消費者購買時被替代的可能性。

「初始利益混淆」有別於傳統商標侵害的消費者混淆，主要反映在消費者作成商品購買決策之前，他人未經商標權人同意，利用商標權人的商標，令消費者的焦點吸引至己所販售之商品，增加消費者向己購買商品的機會，但消費者在購買商品時乃立於對於商標權人與他人商品的正確認知，並無傳統混淆的存在。若從資訊正確性及消費者購買決策的角度觀之，導致「初始利益混淆」的錯誤資訊，在於使消費者因誤認他人與商標權人的同一性或關係而有進一步接觸他人商品的機會，增加向他人購買商品的可能，因此，誤導是發生在消費者作成購買決策之前。或許，最終消費者仍是決定購買他人的商品，以取代其原先購買商標權人商品的計畫，但其購買決策並非基於誤認他人與商標權人的同一性或關係，而是本於其他利益的考量，質言之，購買決策的作成不存在傳統商標侵害所必要的消費者混淆誤認。

「初始利益混淆」在實務上不乏實例，不僅在「實體」的世界得以發生，於

「虛擬」世界更屬常見，且爭議性更大。在「虛擬」世界的「初始利益混淆」案例，有下列三項特色，呈現出處理此項議題關於利益衡量的複雜性。第一、「虛擬」世界的「初始利益混淆」常隨著科技媒體的發展而有不同的樣態，縱然經由判決或實務運作解決現行的問題，並不代表未來因科技進展而生的相關問題，亦能一併解決。就目前科技媒體發展進程而言，「初始利益混淆」於「虛擬」世界的來源有四，分別為「網域名稱」、「網頁標幟」、「固定式或彈跳式廣告」、「關鍵字」。

在「網域名稱」部分，通常是他人利用商標權人的商標或近似商標註冊網域名稱，致使消費者因誤導進入該網址，產生「初始利益混淆」。「網頁標幟」方面，是由他人利用商標權人的商標或進似商標置入網頁的編輯語言內，一旦消費者以該商標為關鍵字於搜尋引擎為搜尋時，若搜尋機制是以辨識網頁標幟為中心者，常會使消費者誤認特定網站為商標權人的網站，產生「初始利益混淆」。「固定式或彈跳式廣告」則是藉由自行下載或他人提供的軟體，當消費者鍵入商標權人的商標以搜尋商標權人的網站時，己之廣告或網址會附隨著實際的搜尋結果出現，令消費者誤認該廣告或網址為商標權人所有或與其有一定商業關係，產生「初始利益混淆」。最後，「關鍵字」的爭議是目前最受討論與關注者，通常由他人向網路服務提供者購買與商標權人的商標相同或近似的「關鍵字」，而由網路服務提供者提供「關鍵字」的廣告服務，亦即當消費者於搜尋引擎以搜尋商標權人的網站時，網路服務提供者將會以其所設定的機制，置「關鍵字」廣告服務購買者的網址與廣告於搜尋結果顯著之處，產生「初始利益混淆」。

第二、在「虛擬」世界的「初始利益混淆」不僅類型會隨科技媒體的進展而呈現多樣，難以掌握，且「初始利益混淆」的創造者亦常渾沌不清，究竟是直接使用商標權人的商標者為混淆的創造者？抑或是提供他人直接使用商標的網路服務提供者為混淆的創造者？甚至他人與網路服務提供者共同為混淆的創造者？若「初始利益混淆」被解釋為傳統商標侵害的混淆概念時，此關乎侵權行為型態的決定與責任歸屬的安排，但司法判決實務至今無明確的答案。

第三、縱然「初始利益混淆」為傳統商標侵害的混淆一支，此類混淆在虛擬世界中有一個截然的特色，即為一旦該混淆發生，消費者於辨知其所瀏覽的網站非商標權人的網站，即得以滑鼠退出該網站，而另尋正確的網站，因此，在正式作出購買決策前，消費者的轉換成本低，通常不會因轉換成本而影響其購買決策，亦即不易因誤導而進入某網站後，便定然要在該網站作成購買決策。

若從傳統商標保護的法理而論，「初始利益混淆」可產生的危險並未危及及商標權人權利之行使，似非傳統商標法下商標權人所得主張的救濟事由。本文前已提及，商標權有別於專利權及著作權，其支配標的為經濟價值難以度測的商譽，而商標權所支的商譽價值唯有在他人非法剝奪時，反映在消費者因誤導而直接改變消費決策，就原本計畫向商要權人購買的商品，轉而向己為之，產生市場替代效果，方能明確地呈現。質言之，商標權的權利範圍於商標權人正常運用商標時，雖會反射至市場的經濟活動及績效上，並不容易被辨識，然而，一旦有他

人以非法的方式予以剝奪時，商標權以商譽所界定的權利範圍，將會被不公平競爭下的市場替代效果所凸顯。由此而論，傳統商標侵害所強調的「混淆誤認之虞」的「混淆」似應以會影響消費者購買決策而產生市場替代的不法誤導為中心。如本文前所論述，「初始利益混淆」的「混淆」與傳統商標侵害所強調的「混淆誤認之虞」的「混淆」，本質上截然不同，「初始利益混淆」的「混淆」，是屬於「資訊接觸」的混淆，亦即他人所為的誤導行為令消費者有機會接觸已銷售產品之資訊，至於該混淆對於消費者的最終購買決策通常不會產生影響，因為在「初始利益混淆」下，雖然消費者因誤導而接觸他人產品的資訊，一旦接觸產品資訊，消費者通常會釐清該資訊與商標權人所販售商品間的關係，最終的購買決策出自於己的消費判斷，非受他人誤導所影響。因此，「初始利益混淆」在一般情形下並無非法的市場替代效果，縱有市場替代效果，亦為消費者在充分資訊下以自由意志為所的判斷及選擇，與「初始利益混淆」的「混淆」無直接的因果關係，此與傳統商標侵害所強調「混淆誤認之虞」的「混淆」，以直接影響消費者購買決策而造成市場替代效果，顯然有所差異。承前所論，既然傳統商標法就商標權利範圍是以商譽為界定，而商譽所呈現的經濟價值須由他人不正剝奪致生市場替代效果，方得具體呈現，是故，「初始利益混淆」除非與傳統「混淆誤認之虞」的「混淆」結合，因其無促成市場替代效果的可能，不致危及商標權人的商譽，當非立於傳統商標法保護的範圍。在此須特別強調者，「初始利益混淆」的「混淆」是以「資訊接觸」的誤導為核心，就商標權人以商譽所建構的權利範圍，並無直接的衝擊，該混淆充其量所影響者為商標權人的「競爭利益」或「競爭機會」。由於商標權人就其商品「競爭利益」或「競爭機會」因「初始利益混淆」而喪失，乃基於消費者資訊充分下的自由判斷及選擇，因此，在「自由競爭」下所導致「競爭利益」或「競爭機會」的喪失，是否仍為商標法所應保護的對象，即有相當的疑問。

除本文前已論析指出在傳統商標法的保護範圍當不及於「初始利益混淆」所生商標權人競爭利益喪失的危險。暫且不論我國商標法相關規範的文義解釋是否能納入「初始利益混淆」為內涵的「混淆誤認之虞」，若執意將「初始利益混淆」的概念置入我國商標法的保護體系，不僅與商標法的立法宗旨有違，更會使商標法體系下立法者所關注利益平衡遭到嚴重挑戰，致有崩解的危險，在尚未另闢蹊徑，在商標法體系下重建新的利益平衡前，冒然將「初始利益混淆」為內涵的「混淆誤認之虞」透過解釋或創設而進入我國商標法體系，似非明智之舉。首先，商標法體系所保護的商標權範圍，是以他人不法剝奪商標權人的商譽為界定，而是否不法剝奪商譽，與專利及著作權的侵害有別，無法直接探知，須以消費者為媒介確定之，亦即以是否影響消費者的購買決策而產生市場替代效果為斷（「混淆誤認之虞」）。由此而知，商標法保護體系同時著重商標權人與消費者的雙重利益，在商標權人方面，商標法防止他人不當剝奪其商譽；在消費者方面，商標法乃避免資訊的誤導而增加消費者購物的搜尋成本。向來通說雖認為商標法兼及商標權人與消費者的雙重利益，其實，依筆者的見解，此雙重利益乃一體之二面，

消費者的搜尋成本的問題，實有賴商標權人的商譽保護始得解決。既然商標權人與消費者乃為合一衡量，構成商標法體系利益的一支，而體系的利益平衡尚要可慮與前述利益相對的一支利益，此利益著重於當商標權人的商譽能獲確保，亦即消費者就相關商品的購買不致涉入高搜尋成本時，商標權人以外之他人合法使用商標的自由，此自由關乎他人是否得以在不剝奪商標權人商譽的條件下以商標表達個人言論或進入市場爭取經濟利益，因此，在商標法利益平衡的架構下，除須確保商標權人與消費者的利益不致為他人不公平競爭而受到侵害，更要慮及前者利益保護的適切性，過度保護將會擠壓合法利用商標的空間，無形中令商標權人干涉公眾利用商標滿足其他利益的機會，並使商標人有機會獲致商譽以外的商業利益，此乃為何商標法以「商標使用」限縮商標侵害的認定，以及為何商標權限制的相關規範始終在法體系有其定位。

一旦商標法體系冒然承認「初始利益混淆」，而將之納入「混淆誤認之虞」的概念，勢必產生前述利益衡量的扭曲，致使有利益失衡的現象。首先商標權的保護而論，前已述及，商標權的保護是以商標權人與消費者的雙重利益為衡量，當「初始利益混淆」成為商標侵害的保護範圍，首先會對傳統商標法以商標權人的商譽為中心的體系產生衝擊。雖傳統商標法保護是以商標權人的商譽為保護中心，但鑑於商標價值的難以估測，立法者或有權解釋者向來對他人無經同意不法剝奪商譽的認定，採取較為保守的立場，亦即以他人是否藉由誤導消費者的決策作成而產生市場替代效果為考量關鍵，建構「混淆誤認之虞」的法理，以確定是否賦予商標權人商標法的救濟。然而，「初始利益混淆」的概念所強調者非消費者購買決策的誤導以及市場的替代效果，而是「資訊接觸」的混淆以及「競爭機會」或「競爭利益」的喪失，非直接涉及消費者對於商標權人商品購買計畫的影響。由此而論，縱有「初始利益混淆」的存在危險，僅在消費者對商品資訊的取得方面，要連結到消費者的購買決策，尚要由消費者自行依其蒐集的資訊自行判斷或選擇，於此決策的作成未必受到誤導，最終的市場替代效果的危險亦由消費者自身的判斷或選擇以促成，而非「初始利益混淆」。若市場替代效果的可能性是唯一衡量商標權人商譽經濟價值的方法，由於「初始利益混淆」與市場替代效果的可能性間仍存在消費者自由決策的介入，因果關係遭到中斷，於此，可否謂「初始利益混淆」的發生即為對商標權人商譽的不法剝奪，而為傳統商標法體系的保護範圍，實有相當的疑問。筆者認為除非傳統商標法能在保護體系上能重新建構保護體系，亦即重新思考商標法是否仍應以商標權人的商譽保護為中心？縱以商譽為保護中心，是否以市場替代效果的可能為衡量保護範圍或商譽經濟價值的唯一方法？可否採其他的衡量方式？其正當化的法理基礎為何？在尚未有體系重建的可能性前，冒然將「初始利益混淆」的概念置入商標法的體系，以筆者的見解，不但未能解決商標法下的新興問題，更將會加速造成傳統商標法利益平衡的崩解，產生利益衡量的混淆與扭曲，無論商標法體系的解釋適用以及商標實務的發展均有負面的影響。

從另一角度亦可探知「初始利益混淆」對於商標法下利益平衡的衝擊。傳統

商標法下，以「商標使用」為商標侵害的要件，與商標權限制二者扮演調和商標權人利用商標的利益，與商標權人外的他人利用商標的利益間的衝突，亦即在無礙商標權人商譽的情形下，他人得自由利用商標以達成其經濟或其他利益，無需商標權人的同意，亦不致構成商標的侵害。在傳統商標法的體系下，由於以「混淆誤認之虞」所生的市場替代可能性作為界定商標權範圍與確認商標侵害的標準，因之，在以「商標使用」為商標侵害要件的解釋下，此「商標使用」的認定亦應與「消費者因誤導而作成購買決策」相連結，凡是他人利用商標所從事的行為，並無誤導消費者作成購買決策的可能，進一步而言，乃無市場替代效果的可能，在此情形下，他人利用商標便非「商標使用」，不應構成商標侵害，無需再論「混淆誤認之虞」的相關問題。然而，若承認「初始利益混淆」的概念，由於該混淆非關乎於消費者對於商品本身的購買決策，而是與消費者對商品資訊的接觸相連結，由此論之，縱然他人誤導消費者接觸商品資訊，而最終消費者的購買決策是基於充分資訊揭露與自由意志，仍構成「商標使用」，有進一步討論「混淆誤認之虞」的空間。在此立場下，無形中傳統商標侵權的「商標使用」範圍因「初始利益混淆」的概念而大幅擴大，甚至任何資訊揭露行為均有可能被解釋成商標侵害下的「商標使用」，似乎傳統商標法下以「商標使用」作為節制商標侵害以確保其他利益的美意，因「初始利益混淆」而蕩然無存。相類似的情形亦會發生於商標權的限制方面。傳統商標法下「合理使用」是商標權的重要限制，其主要的立法意旨在於就特定商標使用行為，究其不致對商標權人的商譽有所損害，即無混淆誤認之虞，或縱對商標權人的商譽有所影響，但影響些微，在考量公眾的利益下可以忽略，立法者直接「評價」該商標使用行為不構成商標的侵害，最常見的商標「合理使用」行為主要為二種型態，一為以他人商標作為己商品的描述，並非將該商標所呈現的商譽與己商品作一結合；另一雖是以他人商標運用在己之商品，但該商標所表彰的商品仍為商標權人的商品，其被利用的目的僅為將商標權人的商品與己商品供消費者於作成購買決策前之參考。就商標合理使用的本質而論，傳統商標法乃基於無混淆誤認之虞或其程度非屬重大，直接將特定構成商標合理使用的商標使用行為「評價」為合法行為，不構成商標侵害，但值得注意的是，傳統商標法下的合理使用仍是以消費者作成購買決策時的「混淆誤認之虞」作為考量基點，一旦將傳統商標法下的「混淆誤認之虞」納入「初始利益混淆」的概念，因「初始利益混淆」著重於消費者「資訊接觸」的混淆，現行以消費者購買時之「混淆誤認之虞」為重心的商標合理使用規範，是否得以節制「初始利益混淆」概念下的商標侵害，以符合商標合理使用的立法目的，頗有疑問。依筆者的觀察，因為「初始利益混淆」以「資訊接觸」的混淆為其核心概念，傳統商標法下的合理使用，前已提及的二種型態，均可能涉及「資訊接觸」的混淆，而在「初始利益混淆」的推行下，基於合理使用法理，則不易被解釋為合理使用，除非有新的商標合理使用體系為因應「初始利益混淆」而被建構，否則「初始利益混淆」的概念將會架空傳統商標法的合理使用規範。

雖然「初始利益混淆」的承認會導致商標法體系下的利益衡量發生扭曲的現

象，但不可否認的，「初始利益混淆」的確有增加誤導消費者購買決策的危險。「初始利益混淆」導引原先要接觸商標權人商品資訊的消費者，轉而接觸他人的商品資訊，暫不論故意誤導消費者的消費者保護問題，單就「資訊接觸」的誤導而言，尚不會直接影響消費者在資訊充分下的消費者決策，因為縱然「資訊接觸」被誤導，消費者對資訊歸屬的認知並無錯誤，最後消費購買決策的作成，仍為消費者於資訊比較下的自由決定。然而，若當消費者的資訊搜尋焦點因「初始利益混淆」而被轉移至他人的商品而非其所預期的商標權人的商品資訊，此時，該他人在消費者的資訊焦點移轉時，運用易於影響消費者購買決策的錯誤資訊，令消費者就商標權人商品與他人商品產生混淆誤認的可能，前述的「初始利益混淆」則因後發生影響消費者購買決策的「混淆誤認」而產生質變，轉而具有商標法的法律意義，亦即在商標侵害的認定上「初始利益混淆」因助長後購買決策的「混淆誤認」的發生機會，便成為商標侵害的責任成立因果關係的一部分。

「初始利益混淆」雖本質上並不影響消費者的購買決策，但依筆者的見解，若在誤導消費者接觸特定商品資訊時，不當增加消費者購買其他商品的交易成本，而該交易成本達到一定高的程度時，消費者即可能直接依被誤導所接觸的資訊，作成購買決策。例如：在實體交易的世界，在一定的商品需求急迫性下，誤導消費者接觸特定商品資訊後，因交通運輸的不便利，令消費者無另就其他商品作出消費決策的空間。或在虛擬的網路世界，在一定的商品需求急迫性下，誤導消費者接觸特定商品資訊後，另以不實的資訊，對特定商品外的替代品的品質特性或其他條件，作成不當的消費評估，促使消費者捨棄對於替代品的消費決策，直接在網站上購買該網站所引導消費者所接觸資訊的相關商品。當誤導消費者接觸特定商品資訊，同時因外在環境或資訊的安排，致使消費者購買其他商品的交易成本增加至一定程度時而無選擇其他商品的空間時，此時「初始利益混淆」已發生質變，其所存在的危險對於商標權人商譽的負面效果，已與傳統商標侵害下「混淆誤認之虞」相類似，似有以商標法規範的必要。

綜合以上之論述，「初始利益混淆」並不見容於商標法的保護體系及利益衡量，但依筆者的見解，當「初始利益混淆」已成為商侵害下「混淆誤認之虞」的因果關係的一部分時，或「初始利益混淆」後因特別的資訊或其他安排而影響消費者購買其他商品的決策空間時，「初始利益混淆」已具備商標法保護體系的法律意義及保護的必要。但有問題的是，「初始利益混淆」於此二種情形，在商標侵害的認定上，其定位究竟為何？

在第一種情形，「初始利益混淆」成為商標侵害下「混淆誤認之虞」的因果關係的一部分，亦即當消費者被誤導而接觸特定商品資訊時，而該資訊亦使消費者產生商標侵害下的「混淆誤認之虞」。在此情形，由問題的表象觀之，似單以後發生之「混淆誤認之虞」認定商標侵害而由商標權人尋求救濟即可，對此，筆者有不同的見解，筆者認為「初始利益混淆」雖不直接涉及消費者的購買決策，但對後發生「混淆誤認之虞」，仍貢獻因果關係，因為「初始利益混淆」誤導消費者接觸其所預期外的資訊，此資訊焦點的轉注，使消費者較之依其資訊搜尋計

畫取得商品資訊的情形，暴露於更為高度「混淆誤認之虞」的危險。本於此論點，依筆者的見解，「初始利益混淆」既然開啟了後發生「初始利益混淆」的危險因果關係，在商標侵害的認定上，「初始利益混淆」似應列為「初始利益混淆」的評估因素之一。雖然由本文的中心意旨而論，「初始利益混淆」（購買時點以前的混淆）因不涉及消費者的購買決策，對於商標權人商譽的影響，在商標法體系下尚不致有救濟的可能或必要，但由於「初始利益混淆」創造出「混淆誤認之虞」的危險連結，將之解釋為「混淆誤認之虞」的判斷因素，一方面符合商標法體系的利益衡量，另一方面亦能反映出「初始利益混淆」所延伸出商標侵害的危險。另外，當「初始利益混淆」成為商標侵害下「混淆誤認之虞」的因果關係的一部分時，通常為行為人刻意安排以達其商業目的，亦即行為人希冀藉由誤導消費者接觸特定商品資訊而商標所揭示的商品與該行為人所欲推廣的商品被混淆誤認的機會，此實商標法所樂見之情形。為了嚇阻此利用「初始利益混淆」以達成剝削商權人商譽的目的，且確實衡量「初始利益混淆」對於危險因果關係的貢獻，依筆者的見解，「初始利益混淆」亦應於商標侵害的損害賠償計算上列入考量。與專利及著作權的損害賠償相似，商標侵害下商標權人所主張的損害賠償，在一合理的相當因果關係下，將該損害賠償請求與「混淆誤認之虞」相連結，以避免商標權人因商標侵害而獲致超額利益。為貫徹前述嚇阻目的，以及正確的利益衡量，一旦商標權人證明「初始利益混淆」為「混淆誤認之虞」因果關係的一部分，「初始利益混淆」後所發生的商品購買均推定為「混淆誤認之虞」所致，亦即其間的相當因果關係已為推定，此時，商標權人得以依此推定主張損害賠償，行為人為求減免損害賠償，當負有舉反證推翻此推定的相當因果關係，證明商標權人所主張之損害賠償與「混淆誤認之虞」間無相當因果關係的存在。

第二種情形，嚴格言之，縱然與傳統商標侵害有同受保護的必要，仍有相當的爭議性。最大的問題在於「初始利益混淆」依商標法的法理原不應獨立於商標法體系下接受保護，此時例外的給予保護，勢必要重新詮釋或調整傳統商標法「混淆誤認之虞」的內涵及認定因素，以期規範此「初始利益混淆」因消費者決策被不當壓縮而發質變的情形。若在商標法「混淆誤認之虞」的架構下，此種情形即為「初始利益混淆」因錯誤資訊的提供而影響消費者購買決策的可能性，除了「初始利益混淆」的可能性為必要的評估的內容，更重要的是，要進一步判斷錯誤資訊是否存在特定的危險，該危險反映於當消費者在無傳統「混淆誤認之虞」下，因購買的急切性及資訊的誤導，以致放棄原先對商標所表彰商品的購買計畫，轉而向誤導消費者之人購買商品，亦即原先的購買決策空間因錯誤資訊所導致的高決策成本而受到相當程度的縮減。以上關於第二種情形的論述，僅為筆者依商標法的法理所為的推論，筆者所鋪陳者乃為一思考方向，至於此思考方向是否可行，以及其中的判斷因素為何，均有賴未來的學術研究與實務發展予以檢驗及琢磨。

另外，就第二種情形，若為避免在傳統商標侵害的「混淆誤認之虞」下規範「初始利益混淆」質變，所可能產生的法體系衝突或利益混淆，依筆者的見解，

基於本文前之論述，由於在第二種情形下，「初始利益混淆」質變與傳統商標侵害的「混淆誤認之虞」同具有規範的必要性，亦即「初始利益混淆」因錯誤資訊而壓縮消費者的購買決策選擇，進而影響消費者的購買決策。在此因果關係的連繫下，亦存在商標權人的商品被不當替代的危險，與傳統商標侵害的「混淆誤認之虞」相同，因此，就商標法確保商標權人的商譽不為他人非法剝奪的立法意旨上，「初始利益混淆」質變與傳統商標侵害的「混淆誤認之虞」的法律保護不應有所不同。在具有相同保護需要的上位意旨下，在第二種情形的「初始利益混淆」質變似應可類推適用傳統商標法下關於因「混淆誤認之虞」所生商標侵害與救濟的規定，由此而論，關於「初始利益混淆」質變的判斷因素即可超脫傳統商標侵害的「混淆誤認之虞」而另行判斷，無須勉強將「初始利益混淆」質變硬行解釋為「混淆誤認之虞」，而造成判斷因素援用的困難與混雜。當然，「初始利益混淆」質變乃屬於「商譽非法剝奪」，利用規範「不公平競爭」的相關法律，亦為解決第二種情形的「初始利益混淆」質變的方式，同時不致於與商標法的規範相混淆，但值得注意的是，「不公平競爭」相關規範對「商譽非法剝奪」的認定必須嚴格，以免過度空泛的解釋將會架空商標法的規範意旨，使得「不公平競爭」相關規範成為商標權人於商標法外另外主張「商譽」保護的「安全地區」，無異擴大了商標權人於商標法「不公平競爭」法理下應有保護邊界。

(三)商標的合理使用

由前所論述的「商標使用」及「混淆誤認之虞」的概念下，基本上對於傳統商標法「合理使用」適用影響不大，但在前述第二種情形的「初始利益混淆」質變，因其規範的必要性並非由傳統商標法「混淆誤認之虞」出發，利益衡量上，其與傳統商標法「混淆誤認之虞」同具有保護的需求，是故第二種情形的「初始利益混淆」質變，對於是否有「合理使用」適用的餘地，仍應另行考慮。探諸商標法關於合理使用的法理，反映在立法者或司法者對於特定類型為擬制無商標法的「混淆誤認之虞」，或縱承認具「混淆誤認之虞」，但利益衡量下仍以該特定類型所生的公益為重心，而不計前述的「混淆誤認之虞」。當符合商標「合理使用」的類型時，行為人無需對商標權人所主張的「混淆誤認之虞」，進行抗辯，僅要證明其所為之行為該當「合理使用」的類型，即可免除商標侵害的訴究。在此要思考的問題是，前述第二種情形的「初始利益混淆」質變，是否有另行考慮類同於傳統商標法「合理使用」的規範必要性或適用可能性？筆者以為前述第二種情形的「初始利益混淆」質變，乃行為人有意操弄資訊而將原本與消費購買決策無直接相關的「初始利益混淆」，轉而擠壓消費者購買決策的空間，而影響最終的消費者決策，遂有與傳統商標侵害有等同保護的需要，由此而論，前述第二種情形的「初始利益混淆」質變似無創設或類推傳統商標法「合理使用」規範的必要。

(四)ISP 免責的必要

商標侵害如同專利與著作權，亦可分直接侵害與間接侵害。本研究在釐清商標侵害的「商標使用」、「初始利益混淆」及「合理使用」的概念後，相信對於網

路服務提供者可能面臨的商標「直接侵害」風險評估，應一定程度的助益。網路服務提供者若能確實掌握前述三個概念的國際發展趨勢及缺失所在，對於商標直接侵害風險的防阻，當能產生正面的效應。較有問題的是網路服務提供者的商標「間接侵害」問題，由於商標間接侵害乃以第三人直接侵害商標為前題，且網路服務提供者經常提供虛擬空間或交易平臺給第三人使用，當第三人利用此虛擬空間從事侵害商標的行為時(利用利用網路平臺販賣知名品牌的仿冒品)，網路服務提供者可能因第三人的行為而涉及間接侵害追訴可能性大增，將使營運上負擔相當程度的訴訟成本。另外，商標間接侵害的抗辯常涉及主觀歸責性的有無，未能如直接侵害得以逕入「商標侵害」要件(例如：前述商標侵害的「商標使用」、「初始利益混淆」及「合理使用」)，舉證抽象不易達成預期結果。為確保網路服務提供者繼續提供服務的誘因，在商標的「間接侵害」部分，本研究建議得參考我國著作權法第 90 條之 4 以下的免責模式及規定，一方面要求網路服務提供者履行特定義務(該意義反映在確保網路服務提供者在營運上的中立性，以及侵害的防阻作為)，另一方面在前述義務履行下，網路服務提供者得以獲致商標間接侵害免責的法律效果。

無研發成果推廣資料

98 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：沈宗倫		計畫編號：98-2410-H-004-194-					
計畫名稱：數位電子時代網路服務提供者之商標侵害責任—兼論有條件責任豁免立法之可能性							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	1	100%	篇	本研究成果將投稿於國立政治大學「政大法學評論」
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	1	100%		本研究成果將發表於國立政治大學法學院民國 99 年 11 月 12 日舉辦的電子商務與智慧財產權的新思維與展望學術研討會
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	0	3	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>無</p>
--	----------

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

預定投稿國立政治大學法學院的「政大法學評論」

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本研究經過一年的研究，已依原本計畫所規畫的方向進行。本研究在學術及實務上的貢獻之一，在已釐清商標侵害下「商標使用」的必要性，以及確立解釋方向，進一步，更就網路服務提供者的角度，於其所提供的網路服務的四種類型（「網域名稱」、「網域標幟」、「跳動式廣告」與「關鍵字」），界定該四種服務的提供是否為商標侵害下「商標使用」。貢獻之二，在於確認「初始利益混淆」並非為傳統商標法體系所規範的「混淆」，但不並排除在特定的條件，將該混淆作為商標侵害的認定因素，以及衡量損害賠償的基準。本研究的立場已透過論證明確反映至上述四種類型的網路服務上。貢獻之三，基於前述關於「商標使用」與「初始利益混淆」的研究結果及方向，本研究亦就「合理使用」的法概念，作出解釋上的調節。最後，本研究亦就網路服務提供者商標侵害的民事免責制度，作一必要性分析。基於以上論述，本研究參照計畫的預期，自我評估已達成計畫所揭示的核心目標。本研究將另行以學術論文形式，投稿國立政治大學法學院的「政大法學評論」，以對公眾分享研究成果。