

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論埋伏行銷（Ambush Marketing）管制方式之探討

—以商標法與不正競爭法為中心



蔡牧珽

Tsai, Mu-Chueh

指導教授：謝銘洋博士

Advisor: Shieh, Ming-Yan, Ph.D.

中華民國99年8月

August, 2010

謝辭

去過海德堡的人肯定不會忘記，那些用當地石材蓋成的房子與教堂；從哲學家之道往下望，即使在日正當中，那一片淡紫紅色的砂岩還是讓海德堡看起來有如黃昏般嫵媚。就如同黑森林的木頭造就了童話故事般的杜賓根老城，北德平原的黏土造就了盧北克、漢諾威的紅磚教堂；城市與土地之密切，也如同法律與土地之關係。

智慧財產權法與不正競爭法乃源自西方的產物，其先行於我國不下百年，許多在歐美各國沸沸湯湯的爭議問題，在台灣仍屬罕見；不過，台灣在追求進步卓越時，未來難免會遇上同樣的問題。埋伏行銷就是一個最好的例子，台灣近年來不斷申辦國際大型活動，如高雄世運、台北聽障奧運與國際花卉博覽會，活動舉辦者及官方與非官方贊助商之利害關係愈形複雜，埋伏行銷的手法在可預見的未來將層出不窮、日新月異；植基於這片土地的法學，有責任對這股法體系的刺激作出適切的回應。

這篇論文之完成首先要感謝謝銘洋老師，感謝老師之指導與啟迪，使我獲益良多。而老師時時的關心更是我努力的動力，即使在德國交換學生這段期間，也可以收到老師的關切，人在異鄉倍感溫馨。我也要感謝本論文的口試委員陳昭華老師與劉孔中老師。感謝兩位老師於口試中提出許多寶貴的意見，不僅糾正一些細節上的錯誤，也提供我嶄新的思考角度，使論文的論證更加完善。此外，也要感謝蔡明誠老師，無論是研究所課堂上或研究計畫會議上，都可見到治學謹慎的態度，值得我學習。而許忠信老師為學認真以及嚴以律己的風範，並且時常鼓勵與關照，在此致上謝意。

在學習生涯中，結識了不少好友，這些都是我一生中最美好珍貴的回憶。在與你們相處的時光中，我在無形中也受到你們的影響進而有所轉變，各個學習階段的摯友、大學的社團朋友、大學家族的學長姐學弟妹、研究所的同學、同師門的同袍、研究室一起奮鬥的同好、一起對德國懷有夢想的同好、一起在德國實現夢想的朋友，這些日子以來謝謝有你們的相隨，才能讓我的學生生涯如此豐富，每個過往都如此地刻骨銘心。此外，我要特別感謝奕超，在上述各個階段你都參與其中，既是我默契最好的學習同伴，也是我最信賴的親愛伴侶，而在義大利的卡布里島藍洞行更是令我感動莫名。

一路上支持我完成學業實現夢想的就是我最親愛的家人，親愛的爸爸蔡坤直先生、和藹的媽媽李蕙芳女士及親人，能完成這本論文你們居功厥偉。我也要感謝你們支持我去海德堡大學交換一年的決定，謝謝你們認同我出國的執著任性，而在德國你們也時時刻刻掛念著我的生活，因為有了你們的支持才得以成就我人生的黃金年代。

在德國交換學生的一年中，走過海德堡閒適的大學廣場、杜賓根大學 *Neue Aula* 的莊嚴黑色大理石列柱穿堂、慕尼黑大學前勇氣與純潔的白玫瑰傳單以及維也納大學那肅穆靜謐的學人中庭，踏著台灣法學前輩曾經留下的足跡，希望一代代人的努力能讓台灣的法學再進步，而期望自己也能肩負這甜蜜的負荷。

二〇一〇、七夕

摘要

大型活動需要足夠的經費來源，而企業贊助現已成為重要的經費來源之一。官方贊助商支付高額的贊助金支持活動之舉行，並且預期從中獲取相當的經濟利益。然而，非官方贊助商對此採取新型態的「搭便車」行銷策略因應之，稱為「埋伏行銷」。埋伏行銷是一種相當新穎且正在不斷發展的商業行為，其特性乃未獲活動組織之授權，卻與活動建立聯繫；埋伏行銷在未付出相當成本的情況下，也可能達到官方贊助商預期的成效，因此埋伏行銷對官方贊助商及活動組織的經濟利益帶來衝擊。

本文的重心乃就埋伏行銷為法律之評價，並研究雙方的利益衝突與衡平。首先，涉及之法規範為商標法，活動組織的應對方式，可能藉由活動商標之註冊及其後主張商標侵權，對於埋伏行銷採取防範，以保護官方贊助商的經濟利益。此外，不正競爭防止法相關法規範，如仿冒行為、不實廣告、其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，也可以提供活動組織及官方贊助商法律上之保護。而民法之相關法規範也為一防護之屏障。甚至，在奧運活動中，活動組織要求訂立密度更高的特別立法，以保護官方贊助商之經濟利益。然而上述法規範皆有其限制，就此可以發現活動組織與官方贊助商之經濟利益並非絕對地受到法律的保護，也可看出埋伏行銷基於大型活動之特質與商業言論自由，在法律上也具有合法的權益。對於台灣近年來舉辦大型活動時，並未就埋伏行銷予以關注，更未意識到雙方利益衝突與調整，因此本文提出國際間新發展議題的觀察，並且給予建議。

關鍵字：埋伏行銷、伏擊行銷、活動組織、官方贊助商、贊助關係、活動商標、商標侵權、不正競爭法、奧運特別法

Abstract

Holding an event usually takes the event organizer a great deal of money. Companies as official sponsors relieve the financial stress of the event organizer and pay sponsorship fees to support the event. The official sponsor expects a return on its investment. The event organizer makes a number of promises to the sponsor, consisting among others in warranting advertising space, certain privileges and some level of exclusivity. The other companies, who don't become the official sponsor, take a new marketing strategy to compete with the official sponsor. This is commonly referred to as ambush marketing, which is a new and developing marketing strategy. Ambush marketing is commercial activities which seek to associate their companies with the event without authorization from the event organizer. Without payment of the requisite sponsorship fees the ambush marketing companies are likely to achieve the goal that official sponsors have expected. Therefore, ambush marketing has impact on the economic interests of the official sponsor and the event organizer.

This thesis focuses on legal analysis on ambush marketing and the study of the conflict and the balance of interests between two sides, one side ambush marketing companies as well as the other side the event organizer and the official sponsor. First of all, the concerned law is trademark law. The legal action under trademark law the event organizer may take is to register event mark and then according to the right claim trademark tort. The event organizer attempts to take legal measures against ambush marketing in order to protect interests of the official sponsor. Furthermore, unfair competition law and civil law also provide them protection. At Olympic Games the event organizer even demands more protective special legislation. However, the law above mentioned has its own limits. We can observe the protection of economic interests of the event organizer and the official sponsor isn't so absolute. We can not ignore that based on the feature of events and freedom of commercial speech ambush marketing has its legal position under law. As for recent events which are held by Taiwan, we neither pay much attention to the issue nor consider the conflict and the balance of interests between two sides. In this thesis, the author tries to point out the recently developing issue and bring up some suggestions.

Keywords: ambush marketing, event organizer, official sponsor, sponsorship, event mark, trademark tort, unfair competition, special legislation about Olympic Games

論文簡目

| | |
|---------------------------|-----|
| 第一章 緒論 | 1 |
| 第一節 研究動機與目的 | 1 |
| 第二節 研究內容與項目 | 4 |
| 第三節 研究方法與進行步驟 | 6 |
| 第二章 埋伏行銷之發展與現況 | 7 |
| 第一節 埋伏行銷之定義 | 7 |
| 第二節 埋伏行銷之背景 | 11 |
| 第三節 埋伏行銷類型 | 14 |
| 第一項 使用相關或類似的標識或活動名稱 | 14 |
| 第二項 利用活動相關特色建立聯繫 | 15 |
| 第三項 利用其他贊助手段 | 19 |
| 第四項 貶抑競爭對手 | 21 |
| 第四節 埋伏行銷之爭議 | 22 |
| 第三章 以商標法檢視埋伏行銷 | 28 |
| 第一節 活動文字商標之註冊 | 28 |
| 第一項 活動文字商標的特殊性 | 29 |
| 第二項 國外相關案例 | 31 |
| 第三項 活動文字商標註冊的困境 | 44 |
| 第四項 小結 | 62 |
| 第二節 活動商標之侵權 | 63 |
| 第一項 使用方式 | 64 |
| 第二項 商標受保護的範圍 | 80 |
| 第三項 混淆誤認之虞 | 85 |
| 第四項 小結 | 93 |
| 第四章 以不正競爭法檢視埋伏行銷 | 94 |
| 第一節 仿冒行為 | 94 |
| 第一項 國外仿冒行為法制 | 94 |
| 第二項 國外相關案例 | 102 |
| 第三項 我國法 | 117 |
| 第四項 小結 | 125 |
| 第二節 不實廣告 | 125 |
| 第一項 美國法 | 126 |
| 第二項 德國法 | 130 |
| 第三項 我國法 | 134 |
| 第四項 小結 | 140 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 第三節 其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為 | 141 |
| 第一項 美國法 | 141 |
| 第二項 德國法 | 149 |
| 第三項 我國法 | 152 |
| 第四項 小結 | 164 |
| 第五章 埋伏行銷之其他管制方式 | 165 |
| 第一節 民法 | 165 |
| 第一項 所有權與合法占有 | 165 |
| 第二項 不當得利與侵權行為 | 167 |
| 第三項 契約安排與規劃 | 169 |
| 第二節 奧運特別法規 | 172 |
| 第一項 美國奧運與業餘運動法 | 172 |
| 第二項 澳洲奧運保護法 | 175 |
| 第三項 中國奧林匹克標誌保護條例 | 177 |
| 第四項 英國奧運保護法 | 179 |
| 第三節 其他管制方式之分析 | 182 |
| 第六章 結論與建議 | 185 |
| 參考文獻 | 199 |



論文詳目

| | |
|--|----|
| 第一章 緒論 | 1 |
| 第一節 研究動機與目的 | 1 |
| 第二節 研究內容與項目 | 4 |
| 第三節 研究方法與進行步驟 | 6 |
| 第二章 埋伏行銷之發展與現況 | 7 |
| 第一節 埋伏行銷之定義 | 7 |
| 第二節 埋伏行銷之背景 | 11 |
| 第三節 埋伏行銷類型 | 14 |
| 第一項 使用相關或類似的標識或活動名稱 | 14 |
| 第二項 利用活動相關特色建立聯繫 | 15 |
| 第三項 利用其他贊助手段 | 19 |
| 第一目 贊助參與活動的隊伍或運動員..... | 19 |
| 第二目 贊助活動轉播的媒體..... | 20 |
| 第四項 貶抑競爭對手 | 21 |
| 第四節 埋伏行銷之爭議 | 22 |
| 第三章 以商標法檢視埋伏行銷 | 28 |
| 第一節 活動文字商標之註冊 | 28 |
| 第一項 活動文字商標的特殊性 | 29 |
| 第二項 國外相關案例 | 31 |
| 第一目 二〇〇六年德國世界盃足球賽..... | 31 |
| 第一款 德國聯邦最高法院判決..... | 32 |
| 第二款 歐洲內部市場協調局（OHIM）申訴委員會決定.... | 34 |
| 第二目 二〇〇八年歐洲盃足球賽..... | 39 |
| 第一款 瑞士聯邦智慧財產局決定..... | 39 |
| 第二款 歐洲內部市場協調局（OHIM）申訴委員會決定.... | 40 |
| 第三目 國民音樂春季節慶（Frühlingsfest der Volksmusik） | 40 |
| 第三項 活動文字商標註冊的困境 | 44 |
| 第一目 維持自由之需求與欠缺識別性..... | 44 |
| 第一款 維持自由之需求（Freihaltebedürfnis） | 44 |
| 第二款 欠缺識別性與維持自由之需求的關係..... | 47 |
| 第二目 活動文字商標無法表彰來源..... | 50 |
| 第三目 註冊消極要件－說明性標識..... | 53 |
| 第四目 註冊消極要件－通用標章與通用名稱..... | 59 |
| 第五目 取得第二意義的困難..... | 61 |
| 第四項 小結 | 62 |

| | |
|--|-----|
| 第二節 活動商標之侵權 | 63 |
| 第一項 使用方式 | 64 |
| 第一目 埋伏行銷商標使用行為的特殊性..... | 64 |
| 第二目 作為商標之使用..... | 65 |
| 第一款 德國法..... | 66 |
| 第二款 美國法..... | 68 |
| 第三款 我國法..... | 69 |
| 第三目 <i>Arsenal</i> 案－作為商標使用之廣義發展 | 70 |
| 第四目 迪士尼與黑松案..... | 75 |
| 第一款 案例事實..... | 76 |
| 第二款 法院判決..... | 77 |
| 第三款 判決評析..... | 79 |
| 第二項 商標受保護的範圍 | 80 |
| 第一目 圖形商標與圖文商標的保護範圍..... | 81 |
| 第二目 德國聯邦最高法院 <i>EURO 2000</i> 案..... | 82 |
| 第三項 混淆誤認之虞 | 85 |
| 第一目 贊助關係的混淆誤認之虞..... | 85 |
| 第二目 免責聲明（ <i>disclaimer</i> ）對混淆誤認之虞的影響..... | 89 |
| 第四項 小結 | 93 |
| 第四章 以不正競爭法檢視埋伏行銷 | 94 |
| 第一節 仿冒行為 | 94 |
| 第一項 國外仿冒行為法制 | 94 |
| 第一目 美國法..... | 94 |
| 第一款 藍能法..... | 95 |
| 第二款 普通法矇混（ <i>Passing Off</i> ） | 98 |
| 第二目 德國法..... | 100 |
| 第二項 國外相關案例 | 102 |
| 第一目 <i>Mastercard v. Sprint</i> －利用贊助手段 | 102 |
| 第二目 <i>NCAA v. Coors</i> －抽獎贈送活動門票..... | 106 |
| 第三目 <i>NFL v. Governor of Delaware</i> －利用普通名詞及代表城市名稱..... | 109 |
| 第四目 <i>NHL v. Pepsi</i> －利用普通名詞及代表城市名稱 | 112 |
| 第五目 <i>New Zealand Olympic Association v. Telecom NZ</i> －利用創意的文字..... | 116 |
| 第三項 我國法 | 117 |
| 第一目 公平交易法第二十條..... | 117 |
| 第二目 迪士尼與黑松案..... | 121 |
| 第一款 法院判決..... | 121 |

| | |
|---|-----|
| 第二款 判決評析..... | 124 |
| 第四項 小結 | 125 |
| 第二節 不實廣告 | 125 |
| 第一項 美國法 | 126 |
| 第一目 聯邦交易委員會法..... | 126 |
| 第二目 藍能法..... | 127 |
| 第二項 德國法 | 130 |
| 第三項 我國法 | 134 |
| 第一目 公平交易法第二十一條..... | 134 |
| 第二目 埋伏行銷之類型化分析..... | 138 |
| 第四項 小結 | 140 |
| 第三節 其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為 | 141 |
| 第一項 美國法 | 141 |
| 第一目 聯邦交易委員會法..... | 141 |
| 第二目 普通法挪用理論..... | 143 |
| 第一款 挪用理論 (the Misappropriation Doctrine) | 143 |
| 第二款 國外相關案例..... | 146 |
| 一、 <i>NFL v. Governor of Delaware</i> —利用賽程表與比賽分數 | 146 |
| 二、 <i>NBA v. Motorola</i> —利用比賽分數 | 148 |
| 第二項 德國法 | 149 |
| 第三項 我國法 | 152 |
| 第一目 公平交易法第二十四條..... | 152 |
| 第二目 迪士尼與黑松案..... | 160 |
| 第一款 法院判決..... | 160 |
| 第二款 判決評析..... | 162 |
| 第四項 小結 | 164 |
| 第五章 埋伏行銷之其他管制方式 | 165 |
| 第一節 民法 | 165 |
| 第一項 所有權與合法占有 | 165 |
| 第二項 不當得利與侵權行為 | 167 |
| 第三項 契約安排與規劃 | 169 |
| 第二節 奧運特別法規 | 172 |
| 第一項 美國奧運與業餘運動法 | 172 |
| 第二項 澳洲奧運保護法 | 175 |
| 第三項 中國奧林匹克標誌保護條例 | 177 |
| 第四項 英國奧運保護法 | 179 |
| 第三節 其他管制方式之分析 | 182 |

| | |
|-----------------|-----|
| 第六章 結論與建議 | 185 |
| 參考文獻 | 199 |



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

二〇〇六年德國舉辦世界盃足球賽，正式會場上對觀眾的衣著加以控制監督，如果觀眾穿著的衣服廣告宣傳了某公司而該公司並非世足賽的官方贊助商，觀眾除非脫下衣服否則將禁止進入球場。有一千名荷蘭球迷在司徒加特參觀荷蘭對象牙海岸的比賽時，被要求脫掉褲子否則不准進入球場，因為他們穿著了橘色的皮短褲印著荷蘭啤酒商 **Bavaria** 的名字，而 **Bavaria** 不是官方贊助商卻在賽事期間贈送皮短褲當作促銷的贈品¹。這個事件由 **Bavaria** 控告皇家荷蘭美式足球協會 **KNVB**，阿姆斯特丹上訴法院判決認為門票上的條款欠缺明確的條款，法院認為對於持有門票的球迷，**KNVB** 無權禁止穿著 **Bavaria** 的皮短褲進入球場²。兩年後，類似的事情再度發生。二〇〇八年歐洲盃足球賽海尼根啤酒贈送消費者綠色的帽子，當觀眾戴著綠色帽子進入球場時，也被要求立即脫下帽子。海尼根的競爭對手 **Carlsberg** 是該屆的官方贊助商，支付兩千一百萬美金取得贊助權。海尼根盤算著如果在電視轉播時，鏡頭特寫帶到戴著海尼根帽子的觀眾，相比之下海尼根可謂本少利多³。此外，在二〇〇八年北京奧運會時，中國廣告協會、北京奧運組織委員會市場開發部宣布活動期間（2008年8月1日至8月27日期間）暫停播出未經授權和批准而使用該屆奧運會參賽運動員、教練員、官員等作為代言人的廣告，同時重申奧運標誌性比賽場館形象的使用，也應取得權利人的許可。戶外廣告方面更是從7月11日至9月17日，北京將對機場、車站、主要道路（如環路、火車站、車站、站台廣告、通往奧運場館的地鐵廣告）及奧運場館週邊的主要地

¹ Charles Lloyd, *Ambush Marketing and International Sporting Events*, INTELLECTUAL PROPERTY TODAY (November 2007).

² Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Catania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

³ *Playing the game - Rival brands, as well as athletes, compete at sporting events*, The Economist, (Jul. 3rd. 2008), available at http://www.economist.com/business/displaystory.cfm?story_id=11671500.

區進行廣告控制，這些地區只能刊登城市、奧運及奧運贊助商的宣傳，即使已簽訂戶外廣告的契約亦不能刊登非官方贊助商的廣告。運動員禁止攜帶自己的飲料到選手村，以保護贊助商的權利⁴。從上述案例中可以發現共同的特點：受到公眾矚目的大型活動、非活動的贊助商在活動期間受到行銷的管控、保護官方贊助商。

台灣今年舉辦大型的活動－世界運動會與聽障奧運會，明年也將舉辦國際花卉博覽會，上述宣傳廣告的管制對於台灣有一定的啟示，而管制的背後以常見的商業交易－企業贊助為背景。這些大型活動的舉辦勢必涉及企業贊助，因為大型活動往往需要足夠的經費來源，而企業提供贊助遂成為經費來源之一。贊助與捐贈並不同，企業捐贈乃出於道德義務的動機和回饋社會的想法，而企業贊助則期望從投資中獲得回報，企業付出贊助金給活動組織支持活動的籌備並達成其行銷的策略。企業贊助的目標可分為行銷目標（marketing objectives）與公司目標（corporate objectives），前者藉由鎖定適當的消費族群作基礎與定位品牌達到提升銷售額、品牌及產品的認知。公司目標更為廣泛，也稱為機構目標（institutional objectives），通常對贊助商而言乃最重要的目標。贊助商希望與具有積極正面公共認知的活動建立聯繫，提升公司的知名度、塑立公司的形象、展現責任感與公共事務的關懷，而機構目標之達成對於銷售與獲利具有正面作用⁵。提到成功的企業贊助案例為 Samsung，Samsung 藉著與其他國際品牌合作製造芯片等產品，逐漸在韓國累積一定的實力與規模，卻始終未能擠身世界級的品牌。不過在成為奧運全球贊助商（global sponsor）後，Samsung 已建立了全球的知名度⁶。

⁴ *Playing the game - Rival brands, as well as athletes, compete at sporting events*, The Economist, (Jul. 3rd. 2008), available at http://www.economist.com/business/displaystory.cfm?story_id=11671500.

⁵ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Catania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁶ 盧長寶，埋伏營銷本質及發展趨勢研究，北京工商大學學報社會科學版第 20 卷第 2 期，2005 年 3 月，頁 79。

然而，近年來企業贊助卻使許多企業膽怯，因為其他非官方贊助商不向活動組織支付贊助金，反而積極尋求與該大型活動的聯繫，使公眾對於真正贊助商的身分產生誤解，進而稀釋了贊助商應有的商業利益。例如二〇〇二年世界盃期間，NIKE 舉辦了一個五人制的足球比賽並且廣泛宣傳，儘管 Adidas 是該屆世界盃體育用品的獨家贊助商，但一份市場調查報告顯示 70% 的受訪者以為 NIKE 才是官方贊助商⁷。非官方贊助商的公司會採取千變萬化的行銷方式，試圖與活動有所聯繫，例如推出與活動有關的宣傳廣告、邀請個別活動成員為產品代言人、於活動場地周邊推出促銷活動、甚至是使用近似於官方贊助商專屬授權取得的商標等。

非官方贊助商所採取的新型態行銷策略，在行銷學上稱為埋伏行銷 (Ambush Marketing)。埋伏行銷最主要的特性乃未獲活動組織的授權而與活動建立聯繫，由於埋伏行銷仍是個正在發展的議題，不僅在商業倫理的問題上頗受爭議，在法律的評價上也莫衷一是。活動組織與官方贊助商極力抑制埋伏行銷，而非官方贊助商則積極尋求法律上的灰色地帶，進行出其不意的行銷活動。此議題呈現了官方贊助商與非官方贊助商行銷活動的白熱化，也是兩方經濟利益的拉鋸戰。本論文即係兩方行銷活動利益衝突下之產物。非官方贊助商在法律上所享有的商業言論自由是否因管制埋伏行銷而蕩然無存？官方贊助商簽定贊助契約所享有的獨家贊助權是否因埋伏行銷盛行而失去其經濟利益？國外針對埋伏行銷之管制措施對於台灣又有何啟發？尤其國外不乏針對埋伏行銷訂定特別規定或特別法，台灣應如何自處？這些問題皆為本論文所感興趣的。因此本論文即觀察現代企業贊助面臨了埋伏行銷的衝擊，法律的規範與評價為何，以及是否應加強管制或應維持現況即可。

在法律上與埋伏行銷最密切相關的領域是商標法與公平交易法中的不正競

⁷ 埋伏營銷暗處進攻的秘密，經營者 EXECUTIVE 第 6 期，2006 年，頁 44。

爭，因此本論文欲以此為重心探討國內外常見的埋伏行銷案例，試圖在灰色地帶尋求合法與違法的界限。商標法與不正競爭法是否足以保護官方贊助商的利益，並研究商標法與不正競爭法的侷限性，反之若無法給予相當的法律保護，即意謂著非官方贊助商存有行銷活動的契機，埋伏行銷具有合法的空間。準此非官方贊助商可以遵循此合法的界限，在行銷策略中極大化該活動的價值，並且也可提供潛在的贊助商參考，使其妥適地決定是否成為活動組織的官方贊助商。同時官方贊助商與活動組織可對不足之處採取填補的措施，解決現行法律保護不足的問題，而常見的補救手段即要求主辦國或主辦城市特別立法。特別立法意謂著超出一般法律給予特別的法律保護。不少舉行奧運的國家訂定特別法規處理埋伏行銷的議題，本論文擬歸納分析這些管制埋伏行銷的特別法規。希望藉此提供台灣舉辦大型活動時作為參考，非官方贊助商採取埋伏行銷時也須注意特別立法的規範。同時也可以使官方贊助商或活動組織作為積極應對的選項之一。

第二節 研究內容與項目

本論文主要尋求埋伏行銷在法律上的界限，以商標法與不正競爭法為重心探討之。依此研究內容與項目共可分六章，第一章為緒論，闡述研究動機與目的、研究範圍與方法，以及整篇的論文架構。

第二章著重在埋伏行銷之發展與現況。首先，先討論埋伏行銷之定義，由於關係到指涉之行銷活動範圍，進而影響到法律上之評價，因此具有舉足輕重之地位。接著探討埋伏行銷發生的背景，在現代企業贊助中探尋埋伏行銷的源起，進而分析歸納國內外常見的埋伏行銷類型。常見類型的整理可使法律的評價更加具體化，大致上可分為四種：使用相關或類似的標識或活動名稱、利用活動相關特色建立聯繫、利用其他贊助手段、貶抑競爭對手。最後呈現所有有關埋伏行銷之

正反爭議，本論文試圖從活動具公共財特性之角度觀察，提出埋伏行銷之存在有一定的彈性空間，並得出埋伏行銷一些特徵，據此展開後續的法律論證。

第三章以商標法檢視埋伏行銷，可分為兩大部分，一為商標註冊，另一為商標侵權。活動組織為了保護官方贊助商的利益，在歐盟與德國提出一系列以活動名稱為主的文字商標註冊，由於活動商標（英：event mark；德：Ereignismarke、Eventmarke）具有其特殊性，與一般商標不同，活動組織欲以商標註冊打擊埋伏行銷則面臨了困境。由於申請文字標識欠缺商標之功能導致不具識別性，且往往該當說明性標識、通用標識與通用名稱等註冊消極要件，也無法取得第二意義之窘境下，活動文字商標無法獲得商標權之保護。而在商標侵權方面，縱使活動組織順利取得商標權，非官方贊助商與活動建立聯繫是否構成混淆誤認之虞也是令人質疑的。在美國判決先例發展出免責聲明之使用原則，在混淆誤認之認定上扮演了重要的角色，進而影響埋伏行銷是否成立商標侵權之判斷。此外，是否作為商標之使用、商標權的保護範圍等因素，也將影響埋伏行銷是否成立商標侵權之因素。

第四章則以公平法中的不正競爭檢視埋伏行銷，主要相關者為仿冒行為、不實廣告以及其他欺罔或顯失公平行為。此部分除了探討公平交易法二十條、二十一條與二十四條之構成要件外，也參酌了美國法與德國不正競爭防止法之相關規定，得出其無法有效規範埋伏行銷之結論。至此可發現上述一般法律並無法有效地管制埋伏行銷，反面言之埋伏行銷確實有其合法存在之餘地。

第五章則探討其他管制的法律手段。首先，探討民法物權、不當得利、侵權行為、契約可運用的管制手段。由於許多國家或城市舉辦大型活動時也面臨了相同的問題，一般法律無法提供有效之管制，因而導致奧運舉辦國特別針對伏行銷

訂立法規。本論文整理歸納了美國、澳洲、中國、英國的奧運特別立法，分析管制埋伏行銷的特殊之處。

最後第六章總結各章之研究所得，歸納分析各種法律管制手段之優劣，並提出適合台灣情形的相關建議。

第三節 研究方法與進行步驟

本論文以傳統之文獻分析整理法，進行相關理論之探討。以比較法之研究，探討美國與德國在商標法與不正競爭法上之規範，並在特別立法上研究了美國、澳洲、中國、英國等各國特別立法法制，提出適合我國法之建議。此外，以實證研究方法對於美國、德國及台灣之相關法院判決進行個別案例之研究。其中以美國法為觀察對象，因為美國在企業贊助的行銷活動非常蓬勃，自一九九〇年以來提出許多有關埋伏行銷之討論和累積了不少埋伏行銷的判決。在實務判決中清楚印證了官方贊助商與非官方贊助商兩者之利益衝突，就此法院如何協調與平衡兩方之利益，乃本文觀察之重點。並且回過頭來檢視台灣現行的狀況，進行相關的討論分析，最後提出適合台灣情形的建議。

第二章 埋伏行銷之發展與現況

第一節 埋伏行銷之定義

埋伏行銷（英：ambush marketing；德：Werbung aus dem Hinterhalt）乃行銷學上的新型態行銷方式，有譯為伏擊行銷、狙擊行銷、插花行銷，亦有稱為寄生行銷（parasite marketing）、游擊行銷（guerilla marketing）、隱性市場行為⁸、隱蔽營銷⁹，在電視及數位通訊方面的病毒行銷（viral marketing）也是描述相同行為的另一名詞。許多大型運動賽事的經費仰賴於企業的贊助，以二〇〇二年冬季奧運與殘障冬季奧運為例，約有 78% 的經費由企業贊助、轉播權的費用、官方產品的授權金所支應¹⁰。而企業於體育活動期間藉高曝光率行銷其產品並且建立正面的企業形象，成功推廣企業的品牌，達到雙贏的局面。然而，埋伏行銷之發生使得企業對於體育運動贊助卻步，是以此議題乃運動贊助行銷領域所關注的新議題。埋伏行銷並非體育活動所特有的行銷策略，只是體育運動的贊助最為盛行，因而埋伏行銷在運動賽事愈可能發生。只要有企業贊助存在，即可能發生埋伏行銷，例如音樂活動、節慶、博覽會、藝術活動、專業展或貿易展等，其中體育運動贊助據估計占所有企業贊助總額的 63% 至 65%¹¹，因此埋伏行銷使體育運動行銷相當頭痛。隨著埋伏行銷的發展，不再僅限於體育場，以中國為例二〇〇五年的超女活動及神六飛天的盛事¹²，埋伏行銷即層出不窮，這也印證了埋伏行銷並非體育贊助所獨有的情況，只能說埋伏行銷在體育運動的大型活動中最为盛行。

⁸ 參見：中華人民共和國國家知識產權局，at <http://Orz.tw/dQioV> (last visited Jan. 7, 2009)

⁹ 參見：MBA 智庫百科，at

<http://wiki.mbalib.com/w/index.php?title=%E5%AF%84%E7%94%9F%E8%90%A5%E9%94%80&variant=zh-tw> (last visited Jan. 7, 2009)

¹⁰ Jason K. Schmitz, *Ambush Marketing: The Off-field Competition at the Olympic Games*, 3 NW. J. OF TECH. & INTELL. PROP. 203, (Spring 2005), available at <http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/6/>.

¹¹ Anita M. Moorman & T. Christopher Greenwell, *Consumer Attitude of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices*, 15 LEGAL ASPECTS SPORT 183,183 (2005).

¹² 李琳，玩轉埋伏式營銷，中華商標，2007 年 5 月，頁 58-59。

埋伏行銷是一種非活動官方贊助商的公司會採用之行銷方式，其廣告行為乃利用該活動致使消費者注意到該公司的廣告。該廣告可能僅提醒消費者該活動，或者可能導致消費者錯誤的印象，使消費者以為該公司為相關商品或服務的官方贊助商或與該活動有密切關聯¹³。狹義而言乃一公司直接地弱化或攻擊競爭者，而競爭者經由支付贊助金並取得與體育組織的官方連結關係。透過廣告或促銷活動，埋伏公司（the ambushing company）試圖混淆消費者或不實陳述活動的官方贊助關係。而廣義而言，埋伏行銷並非如上述直接及故意的不實陳述，而是埋伏公司未獲得必要的當事人授權或同意，創造與官方的連結，試圖利用一特定運動或體育活動的商譽（goodwill）、信譽（reputation）及聲望（popularity）。此類間接的埋伏行銷，例如公司藉由抽獎活動（sweepstakes）或競賽等贈送免費的門票，但是聯盟或活動組織並未授權公司推銷使用¹⁴。簡言之，一公司意圖藉由特定活動賽事的商譽或聲望將自己與特定賽事聯繫起來從中獲利，並且未經相關組織同意亦未支付費用的非官方贊助商¹⁵。從上述可知，狹義的埋伏行銷採取直接的方式使消費者以為此公司與活動有密切關係，並弱化官方贊助商與活動之關係，主要針對其競爭者成為官方贊助商所採取的策略；廣義埋伏行銷乃採取間接的方式且未特別針對官方贊助商，僅利用活動之知名度吸引消費者注意該廣告，消費者未必會產生錯誤的認知。

有見解定義為在擁有官方贊助商的大型運動賽會或其他運動主體中，某組織在未獲授權且未支付權利金或贊助金的情況下，透過各種活動或廣告等傳播方式，將自己與該賽會建立某程度的連結，混淆消費者的認知，並進一步達到削弱

¹³ J. THOMAS MCCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §27: 66 (4th ed. 2006)

¹⁴ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1099 (1995).

¹⁵ Steve McKelvey and John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers*, 21 WTR ENT. & SPORTS LAW. 8, 9(2004).

官方贊助商的贊助權益目標¹⁶。如此定義僅限於狹義概念的埋伏行銷，有些行銷活動不必然會混淆消費者的認知，而是藉由活動之聲譽吸引消費者的注意，因此本文認為應包含狹義與廣義較為妥適，如此也會使得本議題在法律分析上更加全面而完整。更有甚者，另一見解將埋伏行銷定義為：以行銷目的，採用下述行銷活動，即（1）於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者；（2）於類似之商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者；（3）於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者；或以不正當手段進行商業上搭便車行為以竊取他人商譽之行銷活動¹⁷。前者乃商標法第二十九條第二項的明文規定，不僅規範商標權人同意權的行使範圍，更闡明了商標權排他性。後者為公平法第二十四條顯失公平行為具體內涵中「不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為」常見的法律論述。以商標權的排他效力及顯失公平行為的具體內涵作為埋伏行銷之定義，有失偏頗，蓋埋伏行銷乃濫觴於運動贊助行銷領域且日漸盛行於其他領域之行銷策略，本質上屬於商業行銷行為，套入上述的法律內涵作為其定義，不僅不精確，且在法律評價上必然也會荒腔走板，等於先入為主地預告了所有埋伏行銷行為皆違法的結論。因此，本文認為以此作為埋伏行銷之定義並不適當。

另有見解試圖加入法律性質予以定義，認為非活動合法的官方贊助商或合法贊助商逾越其權限而開展的一系列商業行銷活動，致使人誤以為其是活動贊助商或與活動有所聯繫的侵權行為。是以埋伏行銷不僅違反道德規則，亦為侵權行為，侵害贊助商因專屬贊助權而取得的全球排他性使用權¹⁸。該見解是在奧運會的脈絡下進行定義，奧運會的官方贊助商與國際奧委會簽訂贊助契約成為奧運全球贊助

¹⁶ 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月，頁13。

¹⁷ 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月，頁14。

¹⁸ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁9、12、18。

夥伴，取得了全球性的排他使用權，以此前提下認為侵害官方贊助商權利之行為即屬侵權行為。往往奧運比賽有特別立法予以保護，情形較為特殊，然而本文並不以奧運會為唯一討論脈絡，再者許多行銷策略界於合法與違法的灰色地帶，並不必然該當侵權行為，因此本文不採納如此狹窄的定義，唯恐該議題在法律評價上失之偏頗。

綜上，有些文獻將埋伏行銷之定義限縮在狹義的概念中，或以法律概念作定義導致於過度狹隘，然而又在類型化的討論中涵蓋了廣義概念的行銷活動或實質上合法的行銷活動，有相互矛盾之嫌也欠缺客觀公正。僅從「埋伏行銷（Ambush Marketing）」的負面用語可反應出該詞彙偏活動組織的立場而為命名，從活動組織或官方贊助商的觀點，埋伏行銷某程度混淆埋伏公司與活動間的關係。但未考慮到活動具有公共事務特質，絕非活動組織所有，因此從埋伏公司的立場出發，大型活動本來就會吸引許多注意，只不過是利用該絕佳的廣告機會而為行銷。若考量到公共性的面向，未支付贊助金且試圖與活動有所聯繫的事業暗示活動或利用聲譽的行為並不一定構成違法或不正。本文採取較廣義的定義，可反應各種埋伏行銷實踐的實際情況，況且其本質上乃商業行銷行為，若在定義中加入違法性質之描述或採取過於狹隘的定義，不僅未能正確呈現此商業行為之原貌，也將影響法律評價上的精確性與全面性。是以本文認為埋伏行銷之定義應為「未從活動組織取得相對應的授權，利用該活動試圖建立與活動的關聯而發展的商業行銷行為。」埋伏行銷之行為人主觀上有建立與活動關聯的意圖，而客觀上須符合兩要件：（一）與活動組織間並無簽訂官方贊助契約，與活動組織並無（贊助）契約關係，亦即非活動組織的官方贊助商；（二）與活動具關聯性的商業行為。

第二節 埋伏行銷之背景

從現代贊助中一些典型現象可探尋埋伏行銷的源起：類別專屬贊助（category-exclusive sponsorships）日漸高漲的價格、對潛在贊助商而言不完善的整批包裹授權、主要商品及服務市場的競爭與日俱增¹⁹。從上述可知企業贊助是埋伏行銷發生的重要背景，許多非贊助商利用活動吸引消費者的目光，使消費者誤以為該公司與活動有一定之關聯性，而如此行銷策略正是官方贊助商支付大筆的贊助金及簽定贊助契約所欲達成的目標。贊助可從創造出品牌的差異化，較長時間的贊助關係對品牌價值有更強的影響，可增強贊助品牌的固有價值²⁰，藉此提升其品牌的能見度、開發與活動相關的商業潛力並創造更大的商業利益。此外，企業贊助也可展現其社會責任及參與公共事務，對公司的形象有正面的影響。然而，成功的埋伏行銷者不須付出如此的交易成本即可享受相同的效益，這也是官方贊助商與活動組織大張撻伐的理由。

體育運動的贊助是最常見的類型，體育運動常可引起民眾極大的興趣，使贊助行銷的效用極大化。而一九八四年洛杉磯奧運更開創了企業贊助的新紀元，將競標機制引入贊助行銷中，嚴格限制官方贊助商的數量，並且利用同業競爭大大提升了贊助金²¹，自此時起幾乎所有主要的運動組織或其他大型活動主辦者採取類似的方法，也使得企業贊助的成本極遽攀升²²。限制官方贊助商的數量往往會搭配類別專屬贊助型態（category-exclusive sponsorships），以產品類別（product

¹⁹ Jerry Welsh, *Ambush Marketing: What It Is, What It Isn't*, (Summer 2002), available at <http://www.poolonline.com>.

²⁰ T. Bettina Cornwell, Donald P. Roy & Edward A. Steinar, *Exploring Manager's Perceptions of the Impact of Sponsorship on Brand Equity*, 30 J. ADVER. 41(2001)

²¹ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁10。

²² 1980年冬季奧運有三百個贊助商，但贊助總額少於一千萬美元。一九八四年洛杉磯奧運組織委員會（Los Angeles Olympic Organizing Committee；LAOOC）主席 Peter Ueberroth 決定僅保留三十個奧運贊助商且每一贊助商至少須支付四百萬美元。近來一九九六年亞特蘭大奧運須支付四千萬美元才能成為官方贊助商。Robert N. Davis, *1996 AALS Sports Law Conference: Legal Issues and the Olympic Movement-Ambushing the Olympic Games*, 3 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 423, 423-424 (1996).

category) 為分類，一項產品類別僅有一個官方贊助商並享有專屬的行銷權利。以奧運為例，奧運夥伴計劃 (The Olympic Partner Program；簡稱 TOP) 的官方贊助契約為四年，並且包含了夏季與冬季奧運會。TOP 贊助商可享有專屬的全球行銷權利，其內容有：產品專屬權、奧林匹克標識與名稱使用權、廣告優先承買權、現場特許權及產品展售機會等²³。類別專屬 (category exclusivity) 減少來自於同一產品類別對手於贊助活動或地點的競爭，且專屬契約可約定防止競爭者在活動期間利用電視播送的廣告。例如 Visa 是奧運的官方贊助商，其可約定在奧運期間其他信用卡公司不能播送廣告。如此一來，由於運動組織及隊伍在每一產品類別僅有一官方專屬贊助商，運動組織及隊伍成為此獨特宣傳行銷的來源²⁴。另外二〇〇八年歐洲盃足球賽的官方贊助商數量也予以管控，歐洲足球協會聯合會 (Union of European Football Association；簡稱 UEFA) 限制全球官方贊助商只有十個，而主辦國瑞士與奧地利兩國的國家官方贊助商各四個²⁵。大型活動管控贊助商的數量並大幅提高贊助商的贊助金，中小型公司往往無法負擔得起龐大的金額，資本雄厚的大型企業常成為主要體育運動或其他活動的官方贊助商。中小型公司也希望利用眾所矚目的活動吸引消費者的注意，提高其產品的知名度，同時建立公司正面的社會形象與善盡社會責任。是以高額的官方贊助金與類別專屬贊助的背景，埋伏行銷策略應運而生。

然而，埋伏行銷並不會只發生在中小型企業，大型企業也常常會採用此行銷方式，例如具有「埋伏行銷的大師 (Master of Ambush Marketing)」之稱的 NIKE。

²³ 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月，頁2。許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁10-11。See the Official Website of the Olympic Movement, *The Olympic Partner (TOP) Programme*, at http://www.olympic.org/uk/organisation/facts/programme/sponsors_uk.asp (last visited Jan. 7, 2009)

²⁴ John A. Fortunato & Jef Richards, *Reconciling sports sponsorship exclusivity with antitrust law*, 8 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 33, 40 (2007).

²⁵ Hellmut Buchroithner & Stefan Albiez & Camilla Miceli, *Wem gehört der Fußball?*, K u. R 2008, 208, 208.

舉辦活動常需要充足的資金，企業贊助為籌措資金的方式之一，但並非所有活動都可順利藉由贊助募集到足夠的資金，只有影響大、觀眾多、形塑良好社會形象的大型活動才會使企業挹注資金給予贊助。不過重要大型活動並不多，再加上類別專屬贊助的機制，使得企業贊助的目標資源有限²⁶。縱使是大型企業，也未必能取得官方贊助商的資格，如此一來非官方贊助商的大型企業也會運用埋伏行銷策略。因此，重要大型活動稀少與類別專屬贊助機制的商業環境下，使得該行銷策略的運用更為廣泛。

成為官方贊助商時都會簽訂贊助契約，贊助契約具有幾項效益：(1) 使贊助商及主辦者的權利明確；(2) 維持贊助商專屬的價值，避免贊助商與其他供給者的衝突；(3) 保護贊助商的聲譽、商標及主辦者的商標、官方圖形、標識；(4) 保護主辦者與贊助商在活動中個別的財產利益²⁷。雖然官方贊助商往往可享有包裹授權的權利，但舉行活動涉及的廣告宣傳層面廣大，在欠缺整體性規劃的情況下，埋伏公司針對契約的漏洞與活動整體宣傳規劃的不完備進行出其不意的行銷行為。一般而言埋伏公司常會採取以下的方式，試圖與活動有所聯繫：(一) 贊助媒體，透過贊助電視或廣播與活動做聯繫；(二) 贊助參與活動的成員，如個別運動員或國家隊，或邀請為產品代言人；(三) 購買電視或廣播等電子或平面媒體的廣告，推出與活動有關的宣傳廣告；(四) 贈送活動的門票或相關紀念品，甚至是到活動地旅行行程等；(五) 於活動場地周邊舉辦體驗活動，吸引消費者。因此，贊助契約的不完整也提供埋伏公司機會，藉此發展出各式各樣的行銷策略。為了因應此問題，官方贊助商簽訂贊助契約時會約定埋伏行銷條款 (ambush marketing clauses)²⁸，促使活動組織嚇阻埋伏行銷的發生，盡力去保護贊助利益。

²⁶ 盧長寶，埋伏營銷本質及發展趨勢研究，北京工商大學學報社會科學版第 20 卷第 2 期，2005 年 3 月，頁 80。

²⁷ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1104 (1995).

²⁸ See Steve McKelvey & John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground For Sport Marketers*, 21-WTR ENT. & SPORTS LAW. 8, 13-14 (2004).

第三節 埋伏行銷類型

埋伏行銷千變萬化，類型化將有助於了解該議題。本文整理了各種類型，但是有些案例可跨數個類型，由此可見埋伏行銷的多變與複雜，此情形也導致法律適用於該議題的範圍並不明確，須視具體個案而有不同的判斷。

第一項 使用相關或類似的標識或活動名稱

有些活動的名稱或標識是受到特別立法保護，例如美國一九九八年奧林匹克與業餘運動法賦予美國奧委會就奧運會相關名稱及標識的專屬使用權。為避免侵權之風險，多數埋伏行銷不會直接使用相同的名稱或標識，而是使用名稱中的一部分或類似的名稱或標識。

在二〇〇二年鹽城湖冬季奧運時，鹽城湖附近的 Brighton 滑雪度假中心設計了類似奧林匹克會徽的五環雪花標識，並且在網址 (www.Brightonupthegames.com) 使用比賽 (games) 的文字。美國奧委會 (USOC) 向聯邦法院聲請禁制令，請求度假中心停止使用 games 文字和五環雪花標識²⁹。

在二〇〇四年希臘奧運開幕前幾個月，Puma 預計在美國播放電視廣告宣傳官方贊助牙買加國家田徑代表隊，而廣告內容使用了奧林匹克 (Olympics) 的文字。美國奧委會擔憂如此廣告會製造 Puma 官方贊助美國奧運活動的印象，因而威脅將訴諸法律，Puma 被迫從廣告中刪除了奧林匹克的文字³⁰。

²⁹ 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月，頁21。

³⁰ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing*:

在紐西蘭也曾經發生類似案例。非贊助商的 Telecom Mobile 刊登報紙廣告，廣告內容是以“ring”文字模仿奧運五環的標識³¹，且提到：「有 Telecom 手機你可以帶自己的電話到奧運去」。紐西蘭奧委會主張該行為使人聯想 Telecom 與奧運有關連，構成矇混行為（passing off）違反公平交易法（Fair Trade Act 1986），因此向法院申請暫時禁制令（interlocutory injunction）。然而法院認為一般讀者會以為 Telecom 是奧運贊助商的可能性並不高，因此駁回暫時禁制令的申請³²。

第二項 利用活動相關特色建立聯繫

多數埋伏行銷不會直接使用活動的名稱或標識，而是利用活動的相關特色，例如活動成果、舉辦活動的國家、城市、地點的名稱、舉辦國國旗、活動場地或周圍空間、活動的相關產品或服務等具有代表意義的特徵。埋伏公司在宣傳廣告等行銷策略中運用這些特徵，某程度而言利用了活動的商譽（goodwill）、信譽（reputation）及聲望（popularity）、精神、價值等，試圖建立與活動的關連。因為許多案例未直接使用受到法律保護的名稱或標識，比較不會牽涉到商標法或著作權法的問題，至於不正競爭法的保護通常須依具體個案而定，因此埋伏公司行為存在適法的空間，如此一來活動組織或官方贊助商也只能束手無策了。

利用眾所矚目的結果或重要的特色而加以發揮，例如職業球賽的勝負隊伍或分數差距即為球賽的重點。一九七七年美國德拉瓦州政府舉行樂透活動，民眾可

Will Corporate Marketers “take” the Gold in Greece?, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 191 (2004).

Ring Ring Ring



³¹ Telecom Mobile 廣告： Ring Ring Ring ，而奧運五環標識：

³² *The New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. v. Telecom New Zealand Limited and Another*, (1996) 7 T.C.L.R. 167. Mia Sudzem & Jason Rudkin-Binks, *The Countdown Begins*, ENT. L. R. 2007, 18(8), 253-257.

以購買樂透彩券並猜測每周職業美式足球聯盟（National Football League）的結果，但是德拉瓦州政府未取得該聯盟的授權³³，最後職業美式足球聯盟向德拉瓦州政府提告³⁴。

利用活動的地點或城市名稱或者舉辦國家的國旗，由於這些元素具有特別的代表意義，因此將此元素加入廣告中吸引消費者。曾有公司避免使用官方的商標或標識而在宣傳廣告中提到活動地點，其目的為了將自己與該活動作連結。舉例而言，當 Converse 是一九八四年洛杉磯奧運的官方贊助商時，Nike 在比賽期間的廣告使用主題為“I Love L.A.”。類似的情形發生在一九八八年首爾奧運時，非贊助商的 Reebok 廣告用語 “[A]ll the games aren't in Seoul.”³⁵。此外，也有利用舉辦國家的國旗作為行銷策略，許多國家會爭取舉辦國際性活動，因此舉辦國家的名稱或國旗具有強烈的象徵性。二〇〇八年歐洲盃足球賽由瑞士與奧地利合辦，體育用品類的贊助商為 Adidas。Puma 在維也納 Karlsplatz 藝術區於廣告招牌上使用奧地利與瑞士的國旗，並在招牌下方使用 Puma 的商標，試圖引起公眾的注意³⁶。

利用舉辦活動的場地或周圍空間，進行相關的宣傳廣告，吸引參加活動觀眾的注意。舉例而言，Reebok 官方贊助一九九四年俄羅斯聖彼得堡舉辦的友好運動會（Goodwill Games）。然而 Nike 藉由飄放氣球在體育場上空和在自行車競賽的道路旁提供銷售運動鞋的卡車據點，以此方式試圖打擊 Reebok 的贊助。類似的

³³ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc. See also Anita M. Moorman & T. Christopher Greenwell, *Consumer Attitude of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices*, 15 LEGAL ASPECTS SPORT 183,185 (2005).

³⁴ *NFL v. Governor of Delaware*, 435 F Supp. 1372, (US Dist Ct,1977)

³⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1101 (1995).

³⁶ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

情形發生在一九九四年世界盃足球賽時，埋伏公司飄放小型飛船、懸掛旗幟及發送免費的足球等行為³⁷。此外一九九六年亞特蘭大奧運會時，NIKE 在主賽場附近建造「NIKE TOWN」，展示其產品並且提供體驗機會，並於外牆懸掛 NIKE 旗幟，發送觀看馬拉松比賽的民眾印有 NIKE 標識的小旗子³⁸。這些埋伏行銷皆成功使消費者將埋伏公司與活動連結在一起，給予消費者強烈的印象。

利用與活動相關產品或服務進行行銷。例如贈送消費者門票、官方紀念品或免費到活動主辦地旅遊等。以美國為例，美國職業運動聯盟向來對於埋伏行銷未取得授權使用特別活動門票的行為充耳不聞，但是在二〇〇一年一月國家大學運動聯盟（National Collegiate Athletic Association；簡稱NCAA）成為第一個在法律上挑戰未獲授權使用門票的行為。NCAA控告Coors Brewing Co.利用該聯盟四強準決賽門票進行公司產品促銷的抽獎活動，無視於該門票背面註明的「本門票不可使用在商業促銷活動或抽獎活動或大賽的獎品」³⁹。此外，在二〇〇四年奧運時，非贊助商的美國運通邀請其持卡人購買美國游泳隊測驗賽門票及給予優惠，而該比賽由奧運贊助商Visa所贊助的⁴⁰。另外也有一案例，皇家荷蘭美式足球協會（KNVB）與海尼根簽訂專屬廣告協議，而另一啤酒商Bavaria在一場KNVB的足球賽上銷售帶有橘色獅子尾巴與Bavaria啤酒商logo的褲子。法院認為提供這些商品應為廣告行為，而海尼根已取得在運動場專屬廣告的權利，因此Bavaria違法。法院Bavaria可能損害KNVB的贊助契約價值，對KNVB亦構成違法⁴¹。

³⁷ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1101 (1995).

³⁸ 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月，頁20。許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁7。

³⁹ Steve McKelvey & John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground For Sport Marketers*, 21-WTR ENT. & SPORTS LAW. 8, 8-11 (2004). See also E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1339 (2005). Michael A. Lisi, *Ambush Marketing: Here to Stay?*, 12 NO. 1 INTELL. PROP. STRATEGIST 3, 4 (2005).

⁴⁰ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "take" the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 191 (2004).

⁴¹ Andrew B. Ulmer, Editor-in-Chief, and Multilaw International Contributors, 2 MEDIA, ADVERTISING, & ENTERTAINMENT LAW THROUGHOUT THE WORLD §26: 36.

埋伏行銷者常常融合多項因素與活動建立連結，在加拿大*National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd./Pepsi-Cola Canada Ltee.*⁴²則為一範例。百事可樂在一九九〇年春推出「零卡百事四百萬美元職業冰球季後賽池」的廣告促銷活動，而且在國家職業冰球聯盟史坦利盃季後賽（NHL Stanley Cup Playoffs）期間由加拿大廣播公司轉播加拿大冰球之夜的廣告時段促銷，然而可口可樂是NHL官方贊助商。如果在百事可樂瓶蓋底、特殊標識的瓶子或刮刮樂卡上的資訊與NHL季後賽結果相同，球迷即可獲得一萬元獎金，所有物品都標示著該活動與NHL無關或不受NHL贊助的免責聲明（disclaimer）⁴³。

百事以職業季後賽冰球池（Pro Playoff Hockey Pool）稱呼國家職業冰球聯盟季後賽池（NHL Playoffs Pool），在舉辦促銷活動時使用普通名詞之行為乃常見的埋擊行銷手法。而百事也使用了免責聲明的文字，以表明該活動與NHL無關。百事並非使用NHL季後賽隊伍的註冊商標例如波士頓棕熊隊（Boston Bruins），而是在瓶蓋下及刮刮卡使用城市名如波士頓，此亦為埋伏行銷常見的使用活動地點之手法⁴⁴。百事藉由贊助加拿大之夜的廣播也在電視上廣告該比賽，廣告中百事使用了相同的免責聲明以表明該活動與NHL無關，但廣告代言人—NHL前教練Don Cherry與一些身著普通冰球制服的人坐在更衣室作為廣告主題⁴⁵。加拿大英屬

⁴² *NHL v. Pepsi-Cola*, 92 D.L.R. 4th 349 (B.C. 1992).

⁴³ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95

Trademark

Rep. 1338, 1342 (2005). Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1102 (1995). See also Erinn M. Batcha, *Who are the Real Competitors in the Olympic Games? Dual Olympic Battles: Trademark Infringement and Ambush Marketing Harm Corporate Sponsors – Violations against the USOC and its Corporate Sponsors*, 8 SETON HALL J. SPORT L. 229, 253(1998). Steve McKelvey, *Atlanta 96: Olympic Countdown to Ambush Armageddon?*, 4 SETON HALL J. SPORT L. 397, 423- 428(1994). Robert N. Davis, *1996 AALS Sports Law Conference: Legal Issues and the Olympic Movement-Ambushing the Olympic Games*, 3 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 423, 431- 434 (1996).

⁴⁴ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1102 (1995).

⁴⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1103 (1995).

哥倫比亞最高法院認為百事可樂已使用足夠的免責聲明，致使消費者認知到並非NHL的官方贊助商，因此百事可樂乃合法行銷策略，並未侵害商標權。此案例說明了埋伏行銷有可能處於合法的灰色地帶，活動組織對於此種處於灰色地帶的案例未必會尋求法律途徑，因此也使埋伏行銷者有了伺機而動的機會。

第三項 利用其他贊助手段

埋伏公司不贊助活動組織而採取其他贊助的方式，如贊助體育競賽的國家代表隊、有名的運動員以及贊助取得活動轉播權的媒體，一來可以節省成為活動組織官方贊助商高額的費用，其次也可取得合法的贊助地位，從而有機會與活動建立聯繫。埋伏公司本身為贊助商，相關的行銷宣傳乃行使契約上合法的權利，在法律上並無違法的風險，因此許多事業願意花費較少的贊助金贊助其他的主體，如此一來在活動期間也能達到提高知名度的目的。

第一目 贊助參與活動的隊伍或運動員

贊助個別的球隊或選手，優秀的代表隊或選手在比賽中曝光機會大，上鏡頭時間也較長，此為成本最小、效果最好的方法⁴⁶。一九八四年洛杉磯奧運富士底片取得奧運的官方贊助權，競爭者柯達發展了一系列的行銷策略，如成為美國國家棒球代表隊的指定軟片、並獲得奧運比賽中一些公司攝影器材的官方贊助權，藉此弱化富士作為奧運活動官方贊助商在消費者心中的強大品牌效應。然而到了一九八八年柯達取得奧運的贊助權，富士與美國游泳代表隊建立聯繫，並且就重要的運動員展開贊助的策略⁴⁷。另一案例可口可樂支付了三千三百萬元美金成為

⁴⁶ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁5。

⁴⁷ 盧長寶，埋伏營銷本質及發展趨勢研究，北京工商大學學報社會科學版第20卷第2期，2005

一九九二年奧運的官方贊助商，但百事可樂卻在電視上播送美國奧運國家籃球隊隊員 Magic Johnson 代言的廣告。同時，Reebok 為該屆奧運體育用品的官方贊助商，提供運動服為美國運動員的指定領獎服，而美國知名籃球選手 Michael Jordan 卻是 Nike 的代言人，領獎時披著美國國旗故意遮住 Reebok 的標識⁴⁸。另外，百事可樂和前堪薩斯市皇家籃球隊明星 Bo Jackson 合作，被質疑企圖弱化可口可樂與皇家隊、大聯盟的官方贊助。通用磨坊（General Mills）也參與埋伏行銷，在一九九一年棒球世界系列賽（Baseball World Series）後發行以兩位明尼亞波里斯雙城隊球員為主題的紀念盒。通用磨坊的策略乃創造一產品足以直接與家樂氏紀念盒競爭，而家樂氏是大聯盟的官方麥片贊助商⁴⁹。從上述例子中可知為了避免競爭對手成為活動官方贊助商所發揮的巨大商業效益，因此同業也會參與其他的贊助活動，利用眾所矚目的活動增加自己的曝光率，並與對手相互競爭。

第二目 贊助活動轉播的媒體

贊助體育活動的廣播而非直接贊助該體育活動，因為接受傳播媒體的觀眾遠多於現場觀眾，贊助取得轉播權的媒體成為常見的埋伏行銷類型。舉例而言，一九八四年洛杉磯奧運，富士軟片為官方贊助商，柯達贊助了轉播奧運的美國國家廣播電視，成為轉播比賽媒體的贊助商⁵⁰。此外麥當勞是一九八八年卡加利冬季奧運的官方贊助商，溫蒂漢堡以贊助 ABC 比賽的廣播來回應之，而 ABC 為當屆奧運電視轉播的榮譽贊助商⁵¹。因為媒體具有無遠弗屆的優勢，贊助媒體往往使

年 3 月，頁 80。

⁴⁸ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Catania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁴⁹ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1105 (1995).

⁵⁰ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007 年 4 月，頁 4。

⁵¹ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1104 (1995).

更多觀眾接受到訊息，使更多消費者將埋伏行銷公司與活動聯繫起來，因此贊助媒體成為埋伏行銷的另一策略。

第四項 貶抑競爭對手

此方式為較少見的手段，並非一般常見的埋伏行銷，但也引起公眾的注意，達到其目標。American Express 曾經在一九九二年奧運會期間在法國艾伯特維爾（Albertville）及西班牙巴塞隆納採取如此的手段對付 Visa。自從 1988 年冬運會開始，Visa 就一直作為奧運各種收入和與奧運相關交易的電子支付贊助商，Visa 支付了兩千萬美金給國際奧委會（IOC），以取得一九九二年奧運官方信用卡的權利。Visa 也支付了四千萬美金取得一九九四年挪威利勒哈默爾（Lillehammer）的冬季奧運會與一九九六年亞特蘭大奧運會之全球銷售權利。Visa 在電視廣告中提到「奧運不需要帶 American Express」，為了對抗 Visa 在奧運的廣告，American Express 買下了主要廣播和電視的廣告時段反擊，廣告中雖未使用奧運五環的標識和奧林匹克的文字，卻使用廣告口號「到西班牙你將不需要 Visa」、「如果他們想要享受比賽和樂趣，不需要 Visa」、「你不需要 Visa 去挪威利勒哈默爾」。國際奧委會威脅將控告 American Express 的埋伏行銷行為，並主張 American Express 試圖創造出奧運贊助商的錯誤印象⁵²。American Express 在廣告中提到競爭對手的名字，並且以貶抑官方贊助商的方式，雖為特殊個案，但也成功達到引起公眾注意的效果。

本文試圖整理歸納了實際上發生過的案例，可知埋伏行銷的方式相當多元，也觀察到並非所有埋伏行銷的案例當然違法，有些並無違法的疑慮，有些處於合

⁵² Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1104-1105 (1995). Robert N. Davis, *1996 AALS Sports Law Conference: Legal Issues and the Olympic Movement-Ambushing the Olympic Games*, 3 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 423, 425 (1996).

法的灰色地帶。了解埋伏行銷的全貌後，將有助於客觀的評析，應回歸具體個案事實與現行法規規定來探討此議題。

第四節 埋伏行銷之爭議

有批評者將埋伏行銷稱為寄生行銷（parasite marketing），認為該公司小心翼翼地利用其競爭者贊助大型活動而發展自己的行銷策略，未付出贊助金即給予大眾投入大型活動的印象，如此行為僅自得其利，對於活動並無任何助益。此論點有不精確之處，寄生通常發生在競爭者間，而埋伏行銷不必然會牽涉到競爭者，埋伏行銷者建立與活動的關聯，並非建立與特定競爭者的關聯，故稱寄生行銷並不適合。至於埋伏行銷對於活動未必絕無幫助，某程度而言因為有埋伏行銷大力宣傳活動，實際上助長了活動的聲望與名氣⁵³，增加了活動的社會價值，也為活動舉辦城市創造更多的收益，使得舉辦城市經濟繁榮⁵⁴。

儘管理伏行銷方式多變，但基本構想卻是相通的，亦即利用活動的商譽（goodwill）、信譽（reputation）及聲望（popularity）建立與活動的聯繫。有見解認為埋伏行銷者狡猾地尋找其他能與活動聯繫的方法開展各種活動，無償利用了該活動的吸引力和影響力⁵⁵。針對此點，誰創造活動的聲譽與價值是值得探討的問題。例如奧運或世界盃等大型國際比賽的聲譽實則為大家共同努力的結果，國際及各國活動組織、參與運動的聯盟、選手、隊伍以及提供資助的廠商等各方面

⁵³ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁵⁴ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 *Trademark Rep.* 1338, 1355 (2005).

⁵⁵ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁11。

的合作，使得舉辦如此大型的活動可以成功實現⁵⁶。由於官方贊助商僅購買與某一活動例如奧運或世界盃的官方連結，不是所有活動的主題空間（*thematic space*）。活動組織並未擁有活動上的歡騰氣氛，因此也無權出售⁵⁷。是故，若活動的聲譽、價值、甚至是吸引力、影響力等乃大家共同努力的成果，相當於公共財的特性，如此一來埋伏行銷者順理成章可以利用此活動的聲譽來進行宣傳行銷。

假設國際奧委會（*IOC*）、世界足球協會（*FIFA*）等活動組織是聲譽的所有者，則有可能成為埋伏行銷的受害者。活動組織致力於從活動中與公眾情感中提升商業價值，而埋伏行銷者妨礙此程序並從中獲取一些商業價值。有謂埋伏行銷稀釋企業贊助的價值且最終將危及活動的財務狀況。除非有可行的機制去控制埋伏行銷者，否則企業將不願意投資資金在毫無價值的專屬權利契約上，進而贊助市場將遭受衝擊並逐漸萎縮⁵⁸。到目前為止埋伏行銷毫無影響近來體育活動的財政成長，導致活動組織的損害可能只有多餘收益的損失，也就是說如果沒有埋伏行銷的話，這個多餘收益可能會存在。然而這是假設性的損失，通常會有競標系統而可達到最佳的價格與收益⁵⁹。雖然批評者認為埋伏行銷會嚇阻大型跨國公司成為官方贊助商，最終的威脅則是降低活動組織舉辦成功活動的可能性，觀察近來活動組織從贊助商獲得的經費仍是大幅成長⁶⁰，因此該項抨擊仍有待商榷。認為埋伏行銷使得官方贊助商與活動關連受到稀釋，但是無法明確說明損害額與因果關

⁵⁶ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁵⁷ Jerry Welsh, *Ambush Marketing: What It Is, What It Isn't*, (Summer 2002), available at <http://www.poolonline.com>. Anita M. Moorman & T. Christopher Greenwell, *Consumer Attitude of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices*, 15 *LEGAL ASPECTS SPORT* 183, 184 (2005).

⁵⁸ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 *B.U.L. Rev.* 1099, 1100-1101(1995).

⁵⁹ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁶⁰ 參見許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁14。

係部分。至於官方贊助商希望建立社會良好形象的目標，諸如此類的損害更是難以量化。

消費者是否會因埋伏行銷受到損害的問題，該事業是否為官方贊助商與商品或服務的品質、成分、性質無關，但消費者可能誤認該公司為官方贊助商而購買其產品⁶¹。公眾認知的建立究竟是因活動的關連而來或活動官方贊助商的特殊地位而來，答案也不清楚。Nike 常常被當作官方贊助商，但實際上卻不是。贊助商要求取得活動的專屬排他權及相關權利某程度印證了公眾認知是因活動的關連而來。如果公眾認知是因贊助商地位而來，公眾正確地辨認官方贊助商並且積極將活動的價值與贊助做連結時，專屬並不是必要的。然而，實際上依據調查公眾似乎無法適當辨認官方贊助商⁶²。質言之，多少比例的消費者會因而購買產品決定了誤導消費者之虞是否重大，不能因埋伏行銷混淆了合法贊助商贊助角色的明確認知，就直接推論出埋伏行銷導致消費者混淆誤認。

此外，支持者認為埋伏行銷乃聰明的商業行為，使事業更具競爭力。埋伏行銷提供正面且免費的市場力。當埋伏公司採行自認為對公司最符合成本效益的行銷方式時，實際上也幫助量化贊助的真正市場價值。對於未來潛在贊助商而言，當活動組織將無法阻止所有埋伏行銷時，此情形便可成為衡量官方贊助金用的因素之一⁶³。在類別專屬贊助商具有極大的競爭優勢下，埋伏行銷提升了事業的競爭力，也提供市場自由競爭的運轉力量，因此不可全面否定埋伏行銷存在的價值。

⁶¹ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁶² Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁶³ Jason K. Schmitz, *Ambush Marketing : The Off-field Competition at the Olympic Games*, 3 NW. J. OF TECH. & INTELL. PROP. 203, (Spring 2005), available at <http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/6/>.

本節分別探討了埋伏行銷是否對於活動毫無幫助、埋伏行銷者是否可利用活動的聲譽、埋伏行銷對於活動的財務狀況影響有限、損害額與因果關係難以證明、消費者混淆誤認的內涵以及埋伏行銷增進市場的自由競爭等。大致可歸納出埋伏行銷的特徵如下：

- 整體而言，埋伏行銷是搭便車（free rider）的議題；
- 競爭者並不必然會受影響；
- 主要是活動組織受到影響；
- 由活動而生的價值是共同努力的結果；
- 如果有損害的話，量化損害及證明兩者的因果關係是困難的；
- 埋伏行銷主要與事業間的商業關係有關，消費者很少受到影響；
- 正的外部性（positive externalities）例如由活動所傳達的價值，屬於公共領域⁶⁴。

許多問題仍莫衷一是，容有討論的空間，因此活動組織在法律上打擊埋伏行銷的意願並不高，實務上相關的案例並不多，甚至在埋伏行銷興盛的國外也僅存在有限的判例。由於大型活動具有時效性，埋伏行銷也只在活動舉辦之前和活動舉辦期間發生，活動組織或官方贊助商採取法律途徑進入訴訟程序，往往緩不濟急，這也是案例有限的原因之一。此外，埋伏行銷的技巧高明，在法律上未必違法，也使得活動組織或官方贊助商束手無策。在國外曾有事業主張商業言論自由或合理使用成功地防禦了埋伏行銷，另外法院也支持免責聲明的使用，只要埋伏公司能避免導致消費者混淆誤認，他們即可有限地利用註冊商標⁶⁵。這些法院實務也使得活動組織或贊助商對於提起訴訟猶豫不決，甚至擔憂一旦法院駁回判決

⁶⁴ Pierre Kobel, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁶⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1099-1100 (1995).

可能會使埋伏活動者有伺機而動的契機。總而言之，埋伏行銷不僅在法律上尚未有定論，在商業倫理上也是爭論不休的議題。本文認為活動組織為保持該活動官方贊助商的市場價值及相關的經濟效益，而官方贊助商在支付高額權利金下希冀藉此帶來預期的效益。然而可以發現兩者的經濟利益並非絕對地受到法律的保護，在自由競爭的市場機制下埋伏行銷的商業言論自由也不能忽視，是故在相關法規範的架構下，研究觀察兩方的利益衝突與利益衡平即為本文的重心。

本文已就埋伏行銷的類型予以整理，埋伏行銷造成活動組織或官方贊助商的衝擊，此商業行為影響的相對人為何及涉及何種法律問題，將是本文關注的重點。埋伏行銷若使用活動組織相關或類似的標識或活動名稱，由於埋伏行銷未支付權利金即可使用之，對於官方贊助商勢必帶來衝擊。而活動組織為維護官方贊助商的招標市場價值，活動組織在大型活動舉行前進行相關標識的註冊，稱為「活動商標」，約有圖形商標、文字商標、圖文商標等類型。活動組織在取得商標權後，即可授權予官方贊助商。其中活動文字商標是否具有識別性，引起許多爭議，這也影響到埋伏行銷可否使用活動相關名稱的合法性。此外，活動組織維護官方贊助商與活動的聯繫或履行贊助契約中埋伏行銷條款的義務，活動組織就取得商標權的標識，可依商標侵權對埋伏行銷進行法律行動。在商標侵權中須考量到的爭議點為使用方式、商標受保護的範圍、混淆誤認之虞。至於埋伏行銷利用活動相關特色與活動建立聯繫、利用其他贊助手段及貶抑競爭對手等類型，依埋伏行銷的具體個別行為影響可能是活動組織或官方贊助商，與此密切相關的是不正競爭法，尤其是仿冒行為、不實廣告、其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。本文另依民法相關規範就埋伏行銷行為進行分析，探討官方贊助商或活動組織是否可依民法上的不當得利、侵權行為維護其權益。由於活動組織對於活動場所擁有支配權，在大型活動舉辦期間，可依物權制止一些埋伏行銷之發生。而活動組織在籌備活動時與轉播媒體或器材供應商等簽訂契約時，也可以加入禁止埋伏行

銷條款，以保護官方贊助商的權益。除此之外，在奧運競賽上，許多活動組織要求舉辦國或舉辦城市訂立特別立法，給予官方贊助商現行法所無法提供的保護，然而由於埋伏行銷具有一定的商業言論自由，因此官方贊助商及活動組織的經濟利益也不可以無限上綱。就此可以發現即使是管制密度較高的特別立法，埋伏行銷因大型活動的公共財特性與商業競爭自由等權利仍有其合法性。埋伏行銷須依其具體個案而評價之，無法以單純地對錯論述埋伏行銷的整體，而對此商業行為的法律管制密度也值得謹慎思考



第三章 以商標法檢視埋伏行銷

第一節 活動文字商標之註冊

舉辦活動時都會設計口號、LOGO、徽章、吉祥物等，傳達活動的精神與意義，具有宣傳包裝活動的效益。活動組織往往都會申請註冊商標，一旦取得商標權便可禁止未經授權的商標使用行為或請求損害賠償。若埋伏公司直接使用相關的商標，活動組織便可打擊埋伏行銷。如此一來可適度保護贊助主的經濟利益，提升潛在贊助商成為官方贊助商的意願，同時刺激競標機制贊助金的市場價值。為了舉行活動，活動組織申請註冊的商標，稱為「活動商標（英：event mark；德：Ereignismarke/ Eventmarke）」。申請註冊活動商標成為活動組織在籌備活動必要的環節，並且通常都會採取廣泛全面的商標註冊計畫，亦即申請註冊商標時指定使用於所有類別的商品及服務。

從前述的類型可知埋伏行銷者常在廣告宣傳提及該活動名稱與舉辦國家、城市等，活動組織為了提供廣泛的銷售機會給贊助商，並徹底防止埋伏行銷使用相關文字建立與活動的聯繫，活動組織希望名稱或其他相關文字受到保護，取得文字上的獨佔權。此外，相較於圖文商標、圖形商標等其他型態的商標，活動組織註冊單純文字商標面臨更大的困難，由於其他型態的活動商標經過活動組織的設計包裝，具有獨創的特性；文字商標則為一般性、普通性的文字所組成，因此取得活動文字商標權相當艱難。基於活動文字商標最能徹底防範埋伏行銷、活動文字商標的特殊性質所導致註冊的困難，並且活動文字商標的註冊議題在歐洲引起相當重視與論辯，是以活動文字商標在探討活動商標的註冊議題中乃最重要的環節，也因此本節將以單純文字商標為主題，探討活動文字商標的問題，此問題影響到利用商標註冊之方式取得排他專屬權，藉此保護活動組織與官方贊助商的經濟利益，同時管制埋伏行銷發生的可行性。

第一項 活動文字商標的特殊性

活動組織特別為活動而設計的 LOGO 或徽章，由於為商標申請人運用智慧所獨創，並非延用既有的詞彙或事物，通常屬於「獨創性商標」，申請註冊圖形商標應可順利取得商標權。然而，有鑑於埋伏行銷活動常常使用活動的名稱或其它代表活動的象徵，建立與該活動的關連，因此活動組織希望對活動名稱或其它代表活動的文字取得排他使用權，防止任何未經授權或贊助的事業藉由建立活動的關連獲得利益，以保護贊助商的經濟利益，因此也會將活動名稱申請註冊文字商標。此種文字商標通常為活動名稱或其縮寫簡稱、數字（代表活動舉辦的年度）、舉辦活動的國家或城市、活動組織等要素的排列組合，究竟屬於暗示性商標或說明性商標，不同的認定將會影響商標是否具有識別性。諸如此類的標識是否受到商標法的保護有一些疑慮。第一，相關公眾的認知，此標識可喚起該活動本身（*evoke the event*），但是表彰商業來源的功能微乎其微。第二，廣受歡迎的活動名稱一旦被賦予排他權，意謂著擁有排他權的個人或事業具有極大的競爭優勢，然而也須加以考慮自由普遍使用此類標識的公共利益⁶⁶。此類文字商標是否核准註冊，除了考量商標權的保護要件外，也應斟酌排他權的賦予及維持公眾自由使用的公共利益兩者間的平衡。

本文認為上述註冊商標的疑慮主要源自於活動的公共性與標識的特殊性，此類大型活動往往相隔一段時間舉行，而每一次活動的舉行皆成為社群所關注的焦點，活動期間乃社會共同的回憶，具有社會意義、歷史意義和紀念價值。而標識內容包含了活動名稱、活動性質、舉辦時間、舉辦城

⁶⁶ Annette Kur, *Strategic Branding: Does Trade Mark Law Provide for Sufficient Self Help and Self Healing Forces?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-03, (July 2, 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1311243>

市或國家，各個文字加以組合後因活動非凡的意義與價值及媒體廣泛的廣告宣傳，常常成為大眾耳熟能詳的詞彙，大眾也會立即將詞彙聯想到活動舉辦的事實或資訊上。商品或服務標示如此的文字標識，代表了商品或服務與活動的關聯性，如此的關聯性吸引消費者的注意進而為消費行為，是以標識在本質上具有一定的市場價值，亦即先天固有的商業利益。

一般商標表彰商品或服務之來源，也表徵其具有同一水準（the same level of quality），而商標的區別功能更創設了事業之信譽而增強其市場競爭力，一般商標因商標之標識區別作用衍生了經濟效益，如此商標本身才可能具有其經濟價值⁶⁷。活動文字標識可表示商品或服務與活動的關聯性，標識僅能指示到活動本身，至於是否可表示製造商品或提供服務的事業，亦即是否可表彰來源尚有疑義⁶⁸。此標識也無法保證相同的品質水準，因為活動組織僅為統籌規劃活動，包括申請商標的作業，真正製造商品或提供服務者為官方贊助商，官方贊助商在甄審程序得標並簽訂贊助契約即可取得商標授權，活動組織不能完全控管官方贊助商商品或服務的品質。就此方面而言，消費者對活動標識的認知與一般商標也不同，消費者不期待活動組織如一般商標權人可對品質控管與負責，消費者在意的是該商品或服務與活動的緊密相關性，例如某商品乃該活動的典藏紀念款，商品是特別為此活動而量身訂作的。至於品質的表徵與信賴，消費者會回歸到官方贊助商自己的商標，而非活動組織所申請的商標。此外，活動文字標識並不會如上所述創設信譽，準確地說其標識的文字本身即具有信譽，先天具備了市場的經濟價值，縱使活動文字標識不具表彰來源、品質保證、區別能力等，並不能減損文字標識固有的經濟價值，其價值不同於一般商標經由識別作用而產生的，其價值源自於活動的公共性、社會性、歷史性等。

⁶⁷ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004年1月修訂再版，頁10、16、17。

⁶⁸ 詳見第三章第一節第三項第二目。

一般商標最基本的功能在於表彰來源，依此發展出其他功能，進而衍生出經濟利益。相對地，雖然活動文字商標不具備商標基本的功能，但其本身具有經濟價值與商業利益。追根究柢在於兩者經濟利益產生的方式完全不同，若要用商標制度保護，因法律上商標權保護要件依循著商標向來產生經濟利益的過程，必須從來源表彰與區別能力等要件來檢視是否可受到商標權之保護，兩者本質的差異使得活動組織申請註冊商標面臨困難。此外，若認為活動文字商標具固有的經濟利益，並且表示了活動本身，而活動又具有公共性，背後所隱含的公共利益可能比一般商標更為重要，活動相關文字是否能為某事業所獨佔也應加以考量諸如市場競爭利益等的公共利益。

第二項 國外相關案例

活動組織為了保障該組織之財源收入，並維護贊助商權益，將活動名稱及其他具有代表性的文字申請文字商標在歐洲已引起廣泛的討論。在歐洲足球比賽乃最受歡迎的運動，活動主辦者申請註冊活動文字商標以保護該運動龐大商業利益，然而卻引起其他事業的異議進而訴諸法律程序。除了運動比賽的名稱引發爭議外，德國知名音樂活動的主辦者也試圖將活動名稱註冊歐盟商標，然而卻受到商標管理當局的駁回。不論從商標局或法院的實務見解，可以發現活動文字商標因其特殊的性質而無法符合商標保護要件與第二意義，活動組織希望藉由商標權對抗埋伏行銷的方式似乎面臨了困境。

第一目 二〇〇六年德國世界盃足球賽

國際足球聯盟（Fédération Internationale de Football Association；FIFA）為世

界盃足球賽的活動組織，在舉辦二〇〇六年德國世界盃足球賽前，已向德國專利商標局（Deutsches Patent- und Markenamt；簡稱 DPMA）申請了 FUSSBALL WM 2006 與 WM 2006，指定使用於八百五十個不同的商品或服務上，而 WM 是德文世界盃 Weltmeisterschaft 的縮寫。FIFA 希望藉由註冊商標管控比賽時所有的商業活動以及防止任何埋伏行銷。此外 FIFA 也向內部市場協調局（商標和外觀設計）（Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs)；簡稱 OHIM）⁶⁹申請歐盟商標，如 World Cup 2006、World Cup 2006 Germany、Germany 2006、WM 2006、Die Welt zu Gast bei Freunden、FIFA WM 2006、FIFA World-Cup。

Ferrero 為歐洲著名食品公司，以生產糖果、餅乾為主，其所生產之金莎巧克力暢銷全世界。該公司自一九八二年以來贊助德國國家隊參加世界盃及歐洲盃，所製造的 Duplo 和 Hanuta 兩項巧克力產品附贈德國國家足球代表隊成員的照片卡，供消費者收集。Ferrero 向來都贊助德國足球聯盟（Deutsche Fußball Bund；簡稱 DFB）而非贊助 FIFA。一旦 FIFA 將 2006 年世界盃足球賽等相關文字註冊為商標，Ferrero 傳統之行銷政策將被迫停止，因此 Ferrero 向德國專利商標局以違反商標註冊的絕對事由提出撤銷 FUSSBALL WM 2006 與 WM 2006 商標。德國專利商標局以系爭商標僅描述了 2006 年世界盃，FIFA 也未能證明這些用語的知名度並非媒體大幅報導而係因商標的使用而取得，亦不符合第二意義的要件⁷⁰，是以德國專利商標局撤銷該商標。FIFA 提起上訴，德國聯邦專利法院做出部分撤銷決定，僅在商品或服務與世界盃有直接關係情況下維持撤銷之決定，對於此結果 FIFA 與 Ferrero 皆不認同而上訴至聯邦最高法院。

第一款 德國聯邦最高法院判決

⁶⁹ 歐盟為其各成員國註冊商標和外觀設計的官方機構。

⁷⁰ DPMA Annual Report 2006, available at http://presse.dpma.de/docs/pdf/jahresberichte/dpma_jb_2006_engl.pdf (last visited Jan. 30, 2009)

聯邦最高法院⁷¹認為 **FUSSBALL WM 2006** 在所有類別的商品及服務上皆應被撤銷。依商標法第八條第二項第一款，該商標欠缺任何識別性，無法區別商品及服務。**FUSSBALL WM 2006** 因具有普遍廣泛的知名與概念上的明確性，總是傳達著與此活動的連結，因此成為二〇〇六年世界盃足球賽的通用標識。它為交易圈理解為此體育運動的描述性說明。系爭標識欠缺識別某一事業及另一事業的商品及服務的能力（**Eignung**）。**FIFA** 為二〇〇六年德國世界盃足球賽主辦者的事實不會使交易圈以為標有 **FUSSBALL WM 2006** 標識的商品及服務是由 **FIFA** 監控下所製造或提供的，也不會使交易圈以為 **FIFA** 如同商品生產者或服務提供者可對其品質負責。

此外，法院認為活動商標在保護要件的審查上須與傳統商標相同的法律審查密度，不能享受獨特的法律地位。可識別體育活動贊助商商品或服務的標識必須在申請註冊時具有一般註冊的先決條件，尤其是具有足夠的識別性（**hinreichende Unterscheidungskraft**）。將標識抽象意義上分類為活動商標（**Ereignismarken oder Eventmarken**）在識別性這點而言是無意義的；活動標識在保護要件上與其他標識相同。活動標識申請註冊商標時須滿足註冊的先決條件，尤其是具備足夠的識別性。

系爭商標使用在所有商品及服務上經由組成要素 **FUSSBALL** 建立與二〇〇六年世界盃足球賽的明確關係（**eindeutigen Bezug**），亦即商標中的 **FUSSBALL** 與世界盃本身有直接關係，使公眾會直接聯想到德國二〇〇六年世界盃足球賽，因此於指定的所有商品及服務上應撤銷該商標。此與聯邦專利法院的觀點不同，聯邦專利法院認為不因種類、使用目的、通常特性等因素，商品及服務只有在與該體育活動有直接的關係時應撤銷該商標。

至於 **WM 2006**，聯邦最高法院認為此商標描述了在二〇〇六年所舉辦的國際比賽，系爭商標使用與二〇〇六年世界盃足球賽有關的商品與服務上欠缺識別

⁷¹ BGH, Beschl. v. 27.04.2006 – I ZB 96/05, GRUR 2006, 850 – WM 2006 und I ZB 97/05 – WM 2006.

性，因此認同聯邦專利法院撤銷了與二〇〇六年世界盃足球賽有關的商品及服務項目。法院提到只有字母 WM 與數字 2006 的結合不必然為交易圈理解為二〇〇六年德國世界盃足球賽，僅與體育活動統籌具直接相關的商品及服務上系爭標識才具說明性，因此系爭商標在所有類別的商品及服務項目上並非全都欠缺識別性。商品及服務愈接近實際的體育活動，系爭商標愈容易在此類商品及服務上遭到撤銷，因為商標的使用與活動有直接關係時，系爭商標應為公眾所自由使用(frei benutzbar)。聯邦最高法院將該判決發回專利法院，由專利法院決定系爭商標在哪些類別上具有來源的功能，在那些類別上僅具描述特性，以便決定維持哪些商品及服務之商標註冊⁷²。

第二款 歐洲內部市場協調局 (OHIM) 申訴委員會決定

Ferrero 向 OHIM 針對 FIFA 下列商標提出宣告無效：World Cup 2006、World Cup 2006 Germany、Germany 2006、WM 2006、World Cup Germany。Ferrero 主張因這些標識乃說明性標識，欠缺識別性。此外在德國近似的商標也遭到撤銷，消費者區分贊助商與生產者兩者的差異，只有生產者須對產品品質負責。FIFA 則以來源的功能、由授權者管控被授權者及被授權的產品回應之，並認為商品及服務並不會與世界盃足球賽的實現有直接相關。FIFA 也認為應賦予唯一的活動組織商業使用與活動相關名稱的權利，競爭者可以選擇使用其他的文字來稱呼世界盃足球賽，且在德國有九成的公眾認知認為 FIFA 是世界盃足球賽的唯一舉辦者。

撤銷處 (the Cancellation Division) 駁回宣告無效的請求，認為這些用語整體而言為暗示性。個別文字雖為普通用語，而文字組合並非文法正確的表達，最多只能喚起或暗示某事物的時間地點，不能因此推論出系爭商標欠缺識別性。該商

⁷²德國聯邦專利法院開始進行審理前，商標權人放棄了 WM 2006、WM DEUTSCHLAND 2006 及 WM 2006 的商標。

標在交易上能用以識別一事業的商品及服務，整體而言具識別性，符合商標的功能。至於維持公眾自由使用的公共利益，由於系爭商標為暗示性，此主張無法成立。撤銷處因此駁回宣告無效之請求。Ferrero 又向申訴委員會（Board of Appeal）提起申訴請求宣告上述商標無效⁷³。

本案涉及歐體商標條例第七條拒絕註冊的絕對事由，與本案相關的規定為第七條第一項 b、c、d 款，以下商標不得予以註冊：

b 款：欠缺任何識別性的商標；

c 款：僅由某種記號或標誌所組成的商標，該記號或標誌在交易上可用以表徵該商品或服務種類、品質、數量、預定用途、價值、地理來源、生產或服務時間、商品或服務之其他特徵；

d 款：依現行語言中或善意原則以及在交易既成實踐中成為通用的記號或標誌所組成的商標。

首先 OHIM 的申訴委員會探討 c 款的事由。該款追求公共利益的目標，確保描述商品或服務的標誌或記號維持可使用性（remain available）。是以該款並不允許如此記號或標誌註冊為商標且僅為一事業所使用。純粹地與直接地說明性標識受到歐體商標條例第七條第一項 c 款絕對拒絕事由的拘束，由該款文義「完全（exclusively）」可得知。如果該標誌的說明性內容並不清楚明確且具多義性，即可允許註冊為商標。有確切和特定的事由可合理推測在未來發生的可能性，並不一定要註冊當時已成為說明性標識。如果文字皆為普通名詞（generic terms），當組合在一起，該標識不具任何另外的特徵且仍具完全說明性，該商標註冊須該款駁回。

⁷³ OHIM 第一申訴委員會決定分別為 Case R 1468/2005-1(WM 2006), Case R 1466/2005-1(World Cup 2006), Case R 1467/2005-1(Germany 2006), Case R 1469/2005-1(World Cup Germany), Case R 1470/2005-1(World Cup 2006 Germany). 五個案例的申訴委員會決定及其理由皆為相同，故選擇與德國聯邦最高法院其中一個相同之商標案例作介紹。

WM 2006 有清楚明確的說明意義。在體育方面 Weltmeisterschaft 是定期比賽的普通名詞。WM 經常是德文 Weltmeisterschaft 的縮寫。Welt(world)表示該比賽是開放給全世界的隊伍尤其是國家隊，因此與高階的比賽有關。Meisterschaft 為錦標賽的意思(championship)。2006 乃這些定期比賽的舉行年度。事實上從商標權人的反應顯示 Weltmeisterschaft 只是一種比賽的普通說明，必須與其他文字結合，例如組織者的名字或主要贊助商或其他非說明性的元素。在本案中商標權人有計劃地加入 FIFA 以識別來源以及加入 World Cup 作為比賽類型的表示。

依該款若商標說明商品或服務的特徵應拒絕註冊。相關公眾須認為該標識具體和客觀地說明相關商品或服務特徵。相對地，該標識僅暗示該商品或服務的特徵或未直接表示而需要再思考與揣測者，則可允許註冊。歐體商標權人堅稱系爭商標並未表示服務及商品的任何特徵。申訴委員會認為如此過於限縮解釋歐體商標條例第七條第一項c款，並引用 *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Attenberger*

(以下簡稱 *Chiemsee* 一案)⁷⁴。申訴委員會認為因為該地理名詞與某一地理來源的品質有關，因維持該度假地區名稱自由使用於紀念品項目的需求，駁回 *Chiemsee* 商標註冊請求。消費者對諸如 *Chiemsee* 的度假地區名稱為積極正向聯想的情形，與該名稱作為說明標識應對紀念品項目維持自由的情形並無不同。娛樂商業活動的說明性名詞同樣地會在消費者心中創造積極正向聯想，致使消費者購買源自於

⁷⁴ See Judgment of the Court of Justice of the European Communities of 4 May 1999 in Joined Cases C-108/97 and C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger* ('Chiemsee') 本案為知名度假地區的名稱申請註冊使用於運動流行服飾、鞋子及其他體育商品上，判決如下：首先應檢視歐體商標準則第三條第一項 c 款規定有關拒絕說明性商標註冊之問題，亦即商標乃僅由某種記號或標誌所組成，該記號或標誌可用以表徵註冊商品或服務類別之特徵 (marks composed exclusively of signs or indications which may serve to designate the characteristics of the categories of goods or services in respect of which registration is applied for)。然而歐體商標準則第三條第一項 c 款追求公共利益的目標，有關註冊商品或服務類別的說明性記號或標誌可為所有人自由使用，包含團體商標或圖形商標。歐體商標準則第三條第一項 c 款避免如此記號及標誌僅為一事業所獨有。可用以表徵地理來源之記號或標誌，尤其是地理名詞，維持可使用性 (remain available) 乃公共利益，不只是因為這些記號或標誌乃表徵品質及其他相關商品類別之特徵，也包括以不同方式影響消費者喜好例如將商品與地方連結可能會獲得好評……。

該類活動的紀念品，本案情形與*Chiemsee*案相同。俱樂部尤其是運動俱樂部或活動的組織者慣例上提供引起認同（identity-inducing）紀念品，例如銷售有俱樂部或組織名稱或徽章的T恤。銷售商品構成商標的使用，而此為商標權人所享有的權限。依歐體商標條例第七條第一項c款應拒絕大型足球俱樂部或運動競賽將說明性標識註冊為商標。WM 2006為完全說明性標識，在歐體商標條例第七條第一項c款的意義中，因此該標識須對競爭者維持自由。

其次，申訴委員會探討了同條b款事由，依歐體商標條例第七條第一項b款規定，欠缺任何識別性者應駁回註冊。該款對消費者或終端使用者為了確保商品或服務的來源同一（identity of the origin），使該標識能在無任何混淆的可能性下區別商品之來源。簡言之，b款所保護的公共利益乃確保商品或服務來源的同一。相關公眾對WM 2006的認知並非不尋常的組合或有其自己的意義以區別該商品及服務。因此相關公眾將系爭商標視為僅提供該類商品或服務的細節及特殊市場價值—在二〇〇六年重要的體育運動，並未表彰該商品及服務之來源。不考慮商標的使用時，消費者本質上不會將WORLD CUP 2006視為來源的表彰，僅會當作二〇〇六年重要體育活動的參考（reference），從商標權人慣例將系爭標識結合了公司識別符號FIFA可得到證實。

商標權人主張 WM 作為重要體育運動的名稱在國家特別立法下可得到獨佔，例如奧林匹克比賽。然而這是與商標法無關的。體育運動的名稱依國家法律可能受到保護，然而這並不意謂所有體育運動的名稱可機械式地允許或駁回商標註冊。商標保護可確保標識來源的功能和名稱、徽章或象徵的保護具有其他目的這兩者並不必然互不相容。對於類似本案名稱註冊為商標的情況，法律並未規定一般性的障礙，而如上述獨佔的情況也不會導致自動受到商標權的保護。因此唯一相關的因素乃在於該標識是否可理解為來源之表徵。依歐體商標條例第七條第

一項 b 款絕對拒絕事由，系爭商標不允許註冊。前兩款的檢驗後，已無必要再去檢視歐體商標條例第七條第一項 d 款依現行語言該商標在全部或部分的商品及服務中是否為通用（customary）。

最後申訴委員會探討了系爭商標是否符合歐體商標條例第七條第三項的第二意義。依歐體商標條例第七條第三項，如果該商標在指定的商品或服務項目上因使用已取得識別性者，雖符合同條第一項 b 至 d 款絕對拒絕事由仍可註冊成為商標。系爭商標在相關公眾被視為商品或服務的來源表徵是因為商標申請者經濟上努力的結果，此事實可以正當化忽略 b 至 d 款的公共利益而傾向申請者有利的情形。依循歐體商標條例第七條第三項的判例法，首先，經由商標的使用取得第二意義必須使相關交易圈的重要部分因該商標而可辨識特定來源的商品或服務。第二，提供在歐盟地區經由商標使用而獲得第二意義的證據。第三，是否取得第二意義的評估，例如市場佔有率、該商標使用的密集度、地理分布與長久持續的情形、事業為促銷該商標的投資金額等因素的考量。第四，須評估在相關的商品或服務中商標的識別性，包括經由使用所取得的識別性，以及具有合理完全被告知（reasonably well-informed）及具有合理地觀察力與小心謹慎（reasonably observant and circumspect）的消費者認知系爭商品或服務種類的情形。

撤銷處僅採納在第41類服務取得第二意義，並非在所有的商品或服務上。然而委員會（Board）沒有證據顯示對於德國世界盃足球賽的認知，現在的情形仍與二〇〇五年或二〇〇六年具有相同的強度。沒有足夠證據顯示系爭商標透過使用在商品或服務上已獲得第二意義，也沒有充足證據顯示WM 2006被認知為表徵來源的標識。該標識未被當作商標般使用，卻以一種說明性、非識別性的方式來指稱該比賽或與FIFA一起使用的表達例如FIFA WM、World Cup'®（CTM 003644275），也常常與下述彩色的圖形標識合用。



多數消費者不會僅因標有WM 2006的巧克力棒就認為代表單一來源的表徵，此可由撤銷申請人提出的調查獲印證。綜上，該商標應宣告無效。

第二目 二〇〇八年歐洲盃足球賽

第一款 瑞士聯邦智慧財產局決定

歐洲足球協會聯合會（Union of European Football Association；UEFA）為歐洲盃足球賽的活動組織，在二〇〇八年瑞士與奧地利合辦的歐洲盃前，也向瑞士、奧地利、OHIM申請EM 2008、EURO 2008等文字商標。UEFA向瑞士聯邦智慧財產局（Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum）提出申請註冊二〇〇八年歐洲盃足球賽的商標。該局允許文字商標EURO 2008、EM 2008以及Österreich/Schweiz 2008的註冊，這些商標註冊使用在許多商品及服務上包括了化妝品、醫藥產品、體育物品、樂器、家庭用具、衣服、食物以及其他類別上。標識是否可註冊為商標必須審查商標與申請人所主張實際商品及服務的關係。只要個別文字、數字或文字的組合不具說明性，原則上可註冊為商標。申請人的商標使用於上述類別並不具說明性，因此核准註冊。商標註冊使用在「歐洲足球盃的組織」以及與該活動密切相關的服務上，推測上公眾可能會因媒體的大篇幅報導而將該服務與商標權人作連結，公眾可藉此識別商標權人，亦即商標已取得第二意義⁷⁵。

⁷⁵ Official Website of Swiss Federal Institute of Intellectual Property, *Frequently Asked Questions regarding the UEFA Trademarks for the Euro 2008*, at

第二款 歐洲內部市場協調局（OHIM）申訴委員會決定

UEFA 向 OHIM 申請註冊了共同體商標 EURO 2008，有一公司向 OHIM 申請宣告該商標無效，主張該商標為說明性且對所有指定的商品及服務欠缺任何識別性。商標權人 UEFA 認為儘管 EURO 與 2008 個別欠缺識別性，但是將兩文字組合整體觀察應為暗示性的商標。系爭標識並未提供有關商品及服務固有特徵的資訊，因此並非說明性標識。此外，足球是歐洲最重要的運動，且世界盃自一九六〇年舉行至今，在歐洲某些國家二〇〇四年決賽的收視率甚至高於奧運，相關公眾會將 EURO 2008 完全聯想到 UEFA。

OHIM 撤銷處駁回無效宣告的申請。OHIM 評估系爭標識的整體後，否定系爭標識直接且立即描述商品與服務的特徵，強調無效宣告申請人未明確說明系爭標識表彰商品與服務的何種特徵。此外，EURO 2008 的文字組合具有不同的概念，消費者需要盡力解讀該商標的意義，儘管如此消費者仍無法精確理解其意義並將該標識與商品服務清楚明確地做連結，據此 OHIM 認為系爭標識依歐體商標條例第七條第一項 c 款可獲准註冊。

得出上述結論後，OHIM 參酌網路搜尋資料及相關事實情況後，找不到系爭商標欠缺任何識別性的元素，認定 EURO 2008 在交易上並非普通表達而是特定商業來源的表徵，依歐體商標條例第七條第一項 b 款可獲准註冊。綜上所述，系爭商標具識別性，並非僅說明註冊指定的商品或服務。

第三目 國民音樂春季節慶（Frühlingsfest der Volksmusik）

國民音樂節慶（Feste der Volksmusik）是德國電視台的娛樂節目，由藝人登台表演國民音樂、大眾音樂、流行歌曲、音樂劇、經典老歌等，為德國電視台非常成功的音樂秀，將近有七百五十萬名觀眾收看。每年會有五次的音樂節慶，分別為春季、夏季、秋季、聖誕節與冬季。依據季節的不同，就有不同舞台布景與附加名稱。該音樂活動的主辦單位以國民音樂春季節慶（Frühlingsfest der Volksmusik）向 OHIM 申請註冊歐盟商標，註冊遭駁回後又向申訴委員會（Board of Appeal）提起申訴。

申訴委員會首先檢驗歐體商標條例第七條第一項 c 款的商標註冊絕對拒絕事由。該款排除了說明性標識註冊為商標，該款規定僅由記號或標誌所組成的商標不予註冊，而該記號或標誌可用以表徵交易上商品或服務類別的特徵。該款追求公共利益的目標，即描述商品或服務類別的記號或標誌可為大眾自由使用（von allen frei verwendet werden können）之目標。是以並不允許如此的記號或標誌由於一事業申請註冊商標而為該事業所有。

商標審查須檢視重要交易圈對商標的整體認知。三個描述概念的單純排序原則上仍是說明性，但經由不尋常組合所呈現的整體印象與單純排序的整體印象有足夠的差距時，該組合便以超越各組成要素加總的方式傳達出整體印象⁷⁶。在討論該商標獲得的整體印象時，首先須先分析各個組成要素。春季節慶（Frühlingsfest）是在春季舉行且慶祝春季來臨的節慶，例如中國、日本、印度傳統的春節。歐洲春季也有大型慶典，如四月中到五月初的司徒加特春季節慶。如此慶典可能會有音樂演奏，但春季節慶本身的概念並不會說明在慶典上是否有音樂演奏或哪一種音樂演奏，春季節慶（Frühlingsfest）並不具有上述的意義。而國民音樂

⁷⁶ 歐洲法院認為，將二個以上具有說明性之元素（例如文字）加以單純的組合而未有不尋常之前後關係（例如造句或造字）變動或定義之變動者，並未能改變其仍具有說明性之特性。See Judgment of Court of Justice of the European Communities of 12. Feb. 2004 in Case C-363/99 Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau („Postkantoor“).

(Volksmusik) 一般所指的是具有國家或地方特色的大眾音樂。在電視及廣播界國民音樂也代表著流行歌曲，常由知名演奏者演出且主要針對較年長的公眾。從相關公眾的認知，國民音樂意謂著由職業音樂家演奏的商業化國民音樂。

「國民音樂春季節慶」亦即在春季的國民音樂，描述了下列商品及服務的明確內容：歌曲CD、音樂會錄影帶、卡拉OK電腦伴唱程式、資料庫、歌譜、娛樂活動或其他類似的商品及服務。此外，該標識在節慶的活動與組織上應為大眾所自由使用。紀念品物品的相關消費者會特別注意活動的相關紀念品與該活動的關聯，消費者也會特別注意商品是否與相關娛樂活動環節及該活動舉辦者有關係。由描述性說明所組成的「國民音樂春季節慶」，且使用於國民音樂活動上，此標識應該由競爭者自由使用。

歐體商標權人堅稱系爭商標並未表示服務及商品的任何特徵。然而，申訴委員會認為如此過於限縮解釋歐體商標條例第七條第一項c款，並援引*Chiemsee*一案。消費者對度假地區的名稱為積極正向的聯想情形，與該名稱為描述紀念品物品的標識應維持自由的情形並無本質上的差異。音樂活動的舉辦者常常自行或授權銷售音樂活動紀念品如照片、娛樂產業的電子產品、電話卡、T恤、樂器等。該風格的音樂愈受歡迎及音樂家、支持者、音樂活動的數量愈多，銷售所得就愈高，對銷售相關物品公司的需求也就愈大。如同使用體育協會的標識銷售產品，亦即商標的使用，此為商標權人所享有的權限⁷⁷。該商標描述了有關國民音樂春季節慶的紀念品商品，消費者的喜好因商品與該活動舉辦者的聯繫受到影響，消費者因此會有積極擁有的想法。「國民音樂春季節慶」是一般性說明，以一般的方式描述了某一商品類別亦即紀念品項目，而該標識應為競爭者或其他國民音樂慶典的舉辦者自由使用。「國民音樂春季節慶」的商標對於申請時指定的商品及服

⁷⁷ See Judgment of Court of Justice of the European Communities of 12. Nov. 2002 in Case C-206/01 Arsenal Football Club plc / Matthew Reed (“Arsenal”) Slg. 2002, I-10273, Randnr. 59

務而言乃一完全說明性標識，落在歐體商標條例第七條第一項c款的意義內，因此該標識應為競爭者自由使用。

其次申訴委員會探討了同條b款的事由。依歐洲法院實務見解描述，條例第七項第一項c款描述商品或服務特徵的文字商標必然欠缺識別性，即該當條例第七項第一項b款。該申請註冊商標已經因為其說明性內容而欠缺必要的識別性。

國民音樂春季節慶標識具有娛樂活動名稱的構造，亦即名稱的功能。該文字組合作為標題也許可依據國家法律享受保護，例如著作名稱（**Werktitel**）受到特別立法保護或依著作權法視具體個案保護之，但這並不意謂著禁止註冊為商標。只要「國民音樂春季節慶」有來源標識的功能，也就是具有識別性，因商標法保護與作品名稱保護具有不同的立法目的，雙重法律保護的併存具有根本上的意義。

「國民音樂春季節慶」是否可被當作來源表徵理解，亦即可保證商品或服務的原始同一性，此一問題是很重要的。「國民音樂春季節慶」乃某一活動類別的標記，並無更多的元素如獨創或精確可賦予識別性，對於申請註冊所指定的商品或服務並不具有先天識別性。對於全部的商品及服務，「國民音樂春季節慶」應視為活動名稱，而不是公司的商標。

最後申訴委員會探討是否符合第二意義。當商標註冊申請時，於指定的商品或服務已因使用達到識別性，此情況下歐體商標條例第七條第三項並不違反同條第一項 b 至 d 款商標絕對註冊障礙的要求。重要交易圈將系爭商標認知為事業商品或服務來源的表示，商標申請人經濟上努力的結果落入歐體商標條例第七條第三項。此情況允許忽視公共利益的考量，而公共利益以第七條第一項 b 至 d 款為基礎，要求標識應為公眾自由使用，避免單一市場參與者擁有不容許的競爭優勢。

申訴委員會發回審查者再決定有關歐體商標條例第七條第三項規定的第二意義。

第三項 活動文字商標註冊的困境

第一目 維持自由之需求與欠缺識別性

文字商標的註冊，爭議多集中在是否為說明性標識與通用標識、識別性判斷及維持自由之需求（*Freihaltebedürfnis*）的考量上。兩大法系對維持自由之需求所強調的程度不同，但此概念在大陸法系（例如德國法）與英美法系（例如美國法）皆為貫穿整部商標法的基本原理⁷⁸。我國商標識別性的體系深受美國法影響，因此我國商標法對此詞彙較為陌生，但在識別性的判斷上不難發現維持自由之需求的概念。德國法上維持自由之需求與識別性（*Unterscheidungskraft*）在概念上是可區分的，導致德國法與美國法識別性（*distinctiveness*）內涵的差異。此外，維持自由之需求的不同強調程度也表現在拒絕說明性標識與通用標識註冊為商標的理由上，兩標識原則上是不允許註冊商標的，但在兩大法系中卻展現了不同的推論理由，在美國法與我國法中因欠缺識別性而駁回商標註冊，而在德國法中因具有維持自由之需求的公共利益而拒絕商標註冊⁷⁹。

第一款 維持自由之需求（*Freihaltebedürfnis*）

所謂維持自由之需求，乃指當同業競爭者對某一標識有必要在交易上加以使用而有維持標識自由使用狀態的公共利益需求。有見解認為須對一般大眾維持自

⁷⁸ 許忠信，由 *TRIPs* 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 43、51。

⁷⁹ 許忠信，由 *TRIPs* 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 52-54、56。

由，但多數學說見解認為乃針對同業競爭者之需求加以判斷⁸⁰。歐體商標準則並未規定維持自由之需求的概念。歐洲法院在 *Chiemsee* 一案處理了德國法維持自由之需求的要求和德國法與歐體商標準則的一致，提到了在標識的自由維持上...存在著公共利益，此處便使用了該概念。法院承認歐體商標準則第三條第一項 c 款規定，乃為追求說明性標識不被某一事業獨占為其商標而應保持大眾自由使用之公共利益。此外，歐洲法院在 *Procter & Gamble v. OHIM*⁸¹（簡稱 *Baby-dry* 一案）有關說明性標識並未依據此概念，而是採用識別性下判決，僅認為說明性標識不能滿足表彰銷售事業的功能及不具識別性，而識別性是以此功能為前提。在說明商品的文字標識上，將缺乏識別性與維持自由之需求兩者等而視之實際上並無實益，因為這兩個註冊障礙（*Eintragungshindernisse*）常並存，但不可因此推論出歐洲法院普遍放棄了欠缺識別性與維持自由之需求的區別⁸²。歐洲法院 *Chiemsee* 一案後，維持自由之需求上的公共利益處於顯著地位⁸³。

德國法並無維持自由之需求規定，由學說與實務所發展出來的，尤其是學說在說明性標識註冊上一定會討論到此概念。德國最高法院實務上並無維持自由之需求一般抽象的定義，未必會討論到此概念，常常只引用商標法第八條第二項第二款的法律原文，依法律僅由說明所組成的商標應排除註冊，而此商標說明了種類、性質、商品或服務之其他特徵。近來則發展成考量說明性判斷的具體要求與考量商標型態⁸⁴。依德國見解，維持自由之需求須符合具體性（*konkret*）、直接性（*unmittelbar*）與現實性（*aktuell*）之要件，這些要件限制了商標法第八條第二

⁸⁰ Ingerl/Rohnke, *Markengesetz*, 2. Aufl., C.H. Beck, München, 2003, § 8 Rn. 223. Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht*, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2001, § 8 Rn. 118. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求—從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 51。

⁸¹ Case C-383/99 P, Court of Justice of the European Communities, *European Court reports* 2001 Page I-06251, 2001 ECR I-6251, September 20, 2001.

⁸² Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 219.

⁸³ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 220.

⁸⁴ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 221.

項第二款絕對註冊障礙的適用範圍⁸⁵。具體的維持自由之需求（*konkretes Freihaltebedürfnis*）即在說明性標識上須存在於申請指定的具體商品或服務上，說明性標識僅對具體維持自由需求之產品排除註冊，而不及於僅類似於申請所指定的商品或服務上⁸⁶。直接性意指僅由說明所組成的標識須為直接的說明，亦即標識使用在具體的商品或服務上存在著直接的產品關係（*unmittelbares Produktbezug*）。若僅為間接關係，須加以思考始能了解說明產品的特徵，則可允許註冊⁸⁷。至於現實性或嚴肅的（*ernsthaft*）要件，競爭者在說明性標識上的維持自由之需求不可以只是假設的或可能的，且不可忽略未來經濟發展的考量。在未來極有可能的經濟發展上，競爭者的維持自由之需求須確實存在的。未來發展的考量尤其應以事實的確定為前提，而事實的確定是有具體根據及有理由確信的評估（亦即客觀可驗證的論據）⁸⁸。然而，歐洲法院在 *Chiemsee* 一案批評了德國具體性及現實性或嚴肅的要求。未來性的要求是必要的，因此未來的預測應以合理可預期的發展為考量⁸⁹。歐洲法院比德國見解更向未來延伸，而及於未來可合理預期之發展，只要說明性標識使用在產品上乃未來可合理預期存在著維持自由之需求，即不得註冊為商標⁹⁰。是以歐洲法院在 *Chiemsee* 一案對於維持自由之需求為較寬鬆之要件解釋，相較於德國嚴格解釋，歐洲法院較容易因維持自由之需求

⁸⁵ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 120.

⁸⁶ BGH GRUR 1997, 634, 636 - Turbo II; zu gleichartigen Produkten nach dem WZG BGH GRUR 1977, 717, 718 - Cokies; 1990, 517 - SMARTWARE; BPatGE 13, 228 - AMORA; 13, 139 - TETRA-CITRO; aA BPatGE 11, 263 - teleren; 18, 98 - MANNEQUIN; BPatG Mitt 1986, 235-CONNOISSEUR. Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 122. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 236-237. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 77-78。許忠信，由 WTO/TRIPs 等國際規範論地理名稱與地理標示在我國商標註冊上之意義，法學叢刊第 201 期，頁 19。

⁸⁷ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 123a. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 78-79。許忠信，由 WTO/TRIPs 等國際規範論地理名稱與地理標示在我國商標註冊上之意義，法學叢刊第 201 期，頁 19。

⁸⁸ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 119.

⁸⁹ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 120a.

⁹⁰ 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 81。許忠信，由 WTO/TRIPs 等國際規範論地理名稱與地理標示在我國商標註冊上之意義，法學叢刊第 201 期，頁 20。

而啟動絕對註冊障礙拒絕商標之註冊。

美國法由於著重在識別性上，因此維持自由之需求僅為區分說明性標識與暗示性標識的判斷標準，競爭者需求的原則（competitor's need test）作為區分標準之一，若為暗示性商標，需要愈多的想像才能將商標聯想到產品，競爭者需要使用該文字描述其產品的可能就愈少⁹¹。或者此概念僅當作說明性標識未有第二意義之協助下不能被當作商標之正當化理由之一，亦即由於競爭者有必要去使用該標識向消費者描述其商品或服務，因此，若該說明性標識為某一人所獨佔，則會妨礙其他競爭者之公平競爭。或僅當作有無識別性之考量因素之一，而在判斷識別性概念下一併被考量在內，涵蓋在識別性之內涵中。我國商標註冊之法制由於受到英美法之影響，維持自由之需求掩蓋在識別性中，因此著重在識別性的探討上⁹²。

第二款 欠缺識別性與維持自由之需求的關係

商標為表彰商品之標識，應足以使一般商品之購買人信賴商標而區別商品之來源與品質⁹³。商標須具有識別性，所謂識別性，乃指一標識使用在一事業商品或服務上在交易上視為辨識方法，能藉此與其他事業商品或服務相區別之具體能力⁹⁴。我國商標法第五條第二項即為識別性的規定⁹⁵，識別性為商標的固有屬性，為商標構成之要素，亦為商標註冊之積極要件。若標章本體欠缺識別性，無由發揮表彰商品或服務的功能，亦無由引起一般消費者之認識與注意，自無由發生與

⁹¹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11: 68 (4th ed. 2006) ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 99 (2006 3rd ed.).

⁹² 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 51-52。

⁹³ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004 年 1 月修訂再版，頁 28。

⁹⁴ 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 52。

⁹⁵ 前項商標，應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別。

他人商品相區別之作用⁹⁶，如此一來該標識不符合商標的基本功能－區別功能。識別性有廣義與狹義之別，採用廣義識別性的法制如英美法，採用狹義識別性的法制如德國法。美國法建立商標識別性的光譜，主要適用在文字商標上，分為五類：通用性（generic）、說明性（descriptive）、暗示性（suggestive）、隨意性（arbitrary）、幻想性（fanciful）名詞。通用名詞絕不會成為商標，說明性名詞不具先天識別性，而暗示性、隨意性、幻想性名詞則具有先天識別性。識別性光譜原則（The *Abercrombie* [spectrum of distinctiveness] test）乃平衡商標權的排他與競爭者使用語言描述其商品與服務的權利，避免賦予商標權保護卻創造了語言上獨佔而干擾競爭者銷售的情形⁹⁷。上述可知採廣義識別性的概念，說明性標識、通用標識拒絕註冊事由皆為識別性的問題⁹⁸，因欠缺識別性，而不得註冊為商標，並未將維持自由之需求加以獨立出來另作考量。而我國商標法第二十三條第一項第二款說明性標識⁹⁹與第三款通用標章或名稱¹⁰⁰，為商標識別性審查要點第四點不具識別性的例示，因不具識別性而不准註冊，為商標註冊的消極要件¹⁰¹。這兩款不准註冊事由主要考量因素為公平競爭¹⁰²，識別性的判斷中考量到了同業之公平競爭，維持自由之需求成為判斷識別性的其中因素。質言之，識別性的概念涵蓋了維持自由之需求。

德國商標法採狹義識別性，商標法第八條第二項絕對拒絕註冊事由採狹義識別性，拒絕註冊事由第一款「在商品或服務上欠缺任何識別性」為識別性的消極

⁹⁶ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004年1月修訂再版，頁29。

⁹⁷ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:2 (4th ed. 2006)

⁹⁸ 蔡明誠、許忠信，國外商標判決案例與分析，經濟部智慧局九十七年度委託研究報告，2008年11月，頁21。許忠信，由TRIPs與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008年9月，頁52、53。

⁹⁹ 表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明者。

¹⁰⁰ 所指定商品或服務之通用標章或名稱者。

¹⁰¹ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004年1月修訂再版，頁51。汪渡村，論我國商標註冊要件之適用，銘傳大學法學論叢第八期，2007年12月，頁135、137-141。

¹⁰² 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁59。

規定，而第二款「說明性標識」與第三款「完全屬於習慣使用之標識（我國法稱為通用標章與名詞）」兩項拒絕註冊事由屬於維持自由之需求問題¹⁰³。由於識別性範圍較小，不能完全涵蓋維持自由之需求的概念。儘管德國商標法第八條第二項第一款、第二款有許多重疊，但在概念上可互相區分。第一款的欠缺識別性（*die fehlende Unterscheidungskraft*）取決於交易圈的觀點，依交易圈的觀點不認為該商標可作為來源表示。相對地當標識獨佔阻礙競爭者利益時，即存在維持自由之需求¹⁰⁴。兩者在審查基準的主要差異為：識別性的規定僅取決於事實上的交易觀點，亦即重要的是相關交易圈是否會將此標識視為表彰某一公司的來源。相對地維持自由之需求首要探討使用該標識是否可維持競爭者的利益。交易觀點（主觀判斷）與競爭者的需求（客觀判斷）在概念上不可能清楚區分，因為交易觀點在維持自由之需求上也扮演著重要的角色。歐洲法院在 *Baby-dry* 一案即依據交易觀點來看交易上是否將此標識視為描述性說明。可以確定的是此標識整體使用在指定的商品及服務，交易上會將此視為描述性說明，因此維持自由之需求可為肯認。評論客觀存在的競爭者維持自由之需求不能沒有查證主觀交易觀點，反過來交易觀點會受到客觀標準的影響。依據主觀與客觀的雙重審查則與歐洲法院的指導方針相符¹⁰⁵。此外，上述考量未來經濟發展存在有維持自由之需求，亦即考量到未來競爭者的需求，然而識別性著重在交易觀點上，並以相關公眾現在的認知判斷，並未觸及相關公眾未來認知的預測，此點也可凸顯出欠缺識別性與維持自由之需求的差異。

由於說明性標識正好常常無識別性，在許多案例中以兩概念重疊處為出發點。因此欠缺識別性與維持自由之需求兩者間並無相互影響的作用¹⁰⁶。德國早期

¹⁰³ 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008年9月，頁54。

¹⁰⁴ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 122.

¹⁰⁵ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 223.

¹⁰⁶ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 223.

實務認為兩者有相互影響的作用，標識若不具維持自由之需求則可降低識別性的程度。然而此見解不為歐洲法院在 *Chiemsee* 一案所採納¹⁰⁷，而德國最高法院近來實務也遵循相同見解。審查識別性時依交易上觀點判斷該標識是否適合作為來源表示，而維持自由之需求則不會因識別性之有無而為不同程度的判斷，尤其是標識具有識別性卻有維持自由之需求時，應依第八條第二項第二款駁回註冊¹⁰⁸。換言之，欠缺識別性與維持自由之需求須符合各自的標準，兩概念間並無相互影響的作用。

第二目 活動文字商標無法表彰來源

商標的原始功能在於表彰商品或服務之來源，早期商標僅表彰商品或服務的物質來源 (physical source)，即僅能表彰由商標權人所營業商品，稱為「嚴格來源理論」(strict source theory)¹⁰⁹。現代產品從原料到成品常不只一個生產製造者，又加上事業多角化經營之情形下，故消費者對於具體的來源 (生產製造者) 所知甚少，且不在意是否確實知悉商品或服務的具體來源，此一功能的重要性逐漸減低¹¹⁰，商標表彰來源逐漸從寬而發展成表彰單一卻不具名的來源 (a trademark indicates a single, albeit anonymous, source)¹¹¹。商標尚具有區別的功能，亦即使

¹⁰⁷ EuGH GRUR 1999, 723, 727 - *Chiemsee* Tz.48

¹⁰⁸ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 123. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 64。

¹⁰⁹ 徐璧湖大法官釋字第五九四號解釋協同意見書，轉引自黃銘傑，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，月旦法學雜誌第 147 期，2007 年 8 月，頁 208。J. THOMAS MCCARTHY, 1 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 3:8 (4th ed. 2006).

¹¹⁰ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002 年初版，頁 218。謝銘洋，智慧財產權法，自刊，2008 年 9 月初版，頁 27。曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004 年 1 月修訂再版，頁 9。謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列 (二) 第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004 年 10 月，頁 206。PAUL GOLDSTEN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK AND RELATED STATE DOCTRINES 32 (5th ed. 2004).

¹¹¹ 徐璧湖大法官釋字第五九四號解釋協同意見書，轉引自黃銘傑，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，月旦法學雜誌第 147 期，2007 年 8 月，頁 208。J. THOMAS MCCARTHY, 1 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 3:9 (4th ed. 2006).

自己所提供之商品或服務，得以和他人所提供者相區別，此為商標最基本之功能。因為商標可以使各事業區別其產品無形的特色，並有效率傳達這些差異給消費者¹¹²。另外，商標有保證品質、廣告的功能，亦即表示同一商標之商品或服務具有相同水準的品質以及作為廣告促銷的主要工具。

商標主要功能為區別的功能，即具備識別性，商標足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別。識別性必須從相關消費者的認知來判斷，系爭商標是否可以與其他來源的商品或服務相區別。商標可以使相關消費者區別權利人自己與其他事業來源的產品，因而標示著相同商標的商品或服務乃在商標權人控管下所製造或提供，商標權人可對其品質負責¹¹³。因為商標能夠表彰商品或服務的單一、不具名的來源，以此前提下才可能具有識別性，而消費者信賴相同來源的商品或服務具有相同品質標準與控管。活動組織將活動相關文字註冊商標，文字內容往往為活動名稱或其縮寫簡稱、數字（代表活動舉辦的年度）、舉辦活動的國家或城市、活動組織等要素的排列組合，此標識整體而言對消費者仍指示了該活動本身，僅具有提醒或告知消費者活動訊息或事實的功能，在消費者的認知中仍非表彰商品或服務的同一起源。活動文字商標無法表彰來源，也就無從達到區別自己與他人商品或服務的效果，即不具識別性。如此標識不會使消費者認為商品及服務由活動組織控制下所製造或提供的，也不會使消費者認為活動組織如同商品生產者或服務提供者可對其品質負責。況且活動組織申請活動文字商標的目的即為阻止埋伏行銷者使用所有的相關文字，往往將相關文字全部註冊為商標，如此包含愈多愈詳細的活動相關文字，愈有可

¹¹² PAUL GOLDSTEN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK AND RELATED STATE DOCTRINES 32 (5th ed. 2004).

¹¹³ Ulrich Hildebrandt, Marken und andere Kennzeichen, Carl Heymanns Verlag, 2006, Paragraph 4 Rn. 72. EuG T-335/99 v. 19. 9. 2001 *Tablette für Wasch- oder Geschirrspülmaschinen I*, Tz. 43; T-173/01 v. 9. 10. 2002 *Orange*, Tz. 44; T-194/01 v. 5. 3. 2003 *Tablette für Wasch- oder Geschirrspülmaschinen XII*, Tz. 43.

能該當說明性標識而不得註冊。活動組織愈想壟斷所有相關文字，愈有可能該當說明性標識，兩者呈現矛盾衝突的關係，此矛盾關係使得活動組織無法藉由註冊商標保護官方贊助商商業利益。

本文認為活動文字商標是否可被當作來源表徵理解，亦即是否可保證商品或服務的原始同一性，此成為活動文字商標的最大問題。若活動文字商標所包含的文字愈多愈詳盡，即愈有可能指示了該活動本身；若活動文字商標具有多義性，使相關公眾不會立即聯想到活動本身，除了可能該當暗示性標識外，因較不會直接指示到活動本身，愈有可能符合表彰來源之功能。德國聯邦最高法院審理 FUSSBALL WM 2006 時，因為 FUSSBALL（德文足球之意）使相關公眾更容易更直接聯想到世界盃足球賽，因此該文字標識註冊在所有商品和服務上應予以撤銷。而歐盟對於 EURO 2008 標識則准予註冊，由於 EURO 具有許多意義，也不是歐洲盃足球賽的簡稱或縮寫，並不會使消費者直接聯想到活動本身，故 EURO 2008 為暗示性標識，也可表彰某一來源的標識，因此准予註冊商標。

商標申請人有可能主張其乃唯一的活動舉辦者，將使消費者立即聯想到活動組織，因此活動文字商標具有識別性。然而唯一的舉辦活動組織事實混合了商標申請人使用的情形，先天識別性的檢驗上應檢視未有使用的情況下，該標識在消費大眾的認知中是否具有識別商品或服務來源並且具區別的能力。簡言之，商標必須獨立於使用情形而審查識別性。唯一或主要的活動舉辦組織及在特定的國家、年度的事實對於審查第二意義是有利的，但此主張實質上參雜了交易上的使用情形，應留待第二意義再予以判斷。

商標申請人也有可能主張該活動在舉辦地區是極具盛名的或極受人民歡迎等，相關公眾會將活動文字標識聯想到活動組織，具有表彰來源之功能而具識別

性。本文認為該活動的知名度並不能保證相關公眾將文字標識理解為某一來源之表彰，有可能會使相關公眾更加聯想到該活動本身而已。活動的知名度加強了活動文字標識與活動之關係，活動文字標識更加展現其宣傳廣告活動之功能，而非表彰來源之功能。

活動文字標識無法表彰商品或服務來源，因而也不具區別的能力，故在德國與歐盟以欠缺任何識別性為由拒絕商標之註冊。歐體商標準則第三條第一項 b 款、歐體商標條例第七條第一項第一項 b 款與德國商標法第八條第二項第一款皆有規定，欠缺任何識別性的商標不得予以註冊。此為識別性的消極規定，只要有任何方式、任何程度之識別性即為已足，亦即只要有少許之識別性即可滿足，只有在明白地缺乏任何識別性時才会有本規定之適用¹¹⁴。我國商標法第二十三條第一項並無相同之規定。同條項第一款規定¹¹⁵非第五條第一項商標構成要素所構成者或不具第二項之識別性者，均不得註冊。由於活動文字標識無法表彰來源而不具識別性，所以依商標法第二十三條第一項第一款拒絕其註冊。

第三目 註冊消極要件－說明性標識

活動文字商標為說明性標識或暗示性標識，影響到是否可註冊成為商標，若為暗示性標識，因具有先天識別性，准予註冊；而說明性標識在美國法或我國法制下不具先天識別性，須證明取得第二意義始能核准註冊¹¹⁶。表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明等，通常非屬商標正常使用態樣，一般消費者難以藉該說明而識別其商品來源、出處，只會視為產品特徵或品質的敘述說明。此外

¹¹⁴ 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008 年 9 月，頁 60。

¹¹⁵ 商標有下列情形之一者，不得註冊：不符合第五條規定者。

¹¹⁶ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:15 (4th ed. 2006). ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 97-98 (2006 3rd ed.).

考量到同業利益，若由特定人取得表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明之商標專用權，其他競爭者將無法用相同的語言來說明其產品，也有失公允¹¹⁷。

獨立區分維持自由之需求者，則以維持自由之需求為由拒絕說明性標識的註冊。由於商標權人使用說明性標識造成經濟交易上之阻礙，只要某一事業獨佔說明性標識，即有可能根本上損害一般的經濟交易，維持自由之需求可防止經濟交易上的阻礙。為了避免經由商標法申請註冊對說明性標識的獨佔與對競爭者阻礙的危險，維持自由之需求的檢驗是必要的¹¹⁸。歐洲法院檢視維持自由之需求一向考慮到公共利益（Allgemeininteresse），落實說明性標識保留給所有事業¹¹⁹。是故說明性標識有無註冊能力考量到市場參與的合法利益，防止說明性標識為商標權人獨佔，保障說明性標識可為所有競爭者自由使用。德國法的操作下說明性標識須具有識別性後，亦即符合第八條第二項第一款在具體商品或服務上具識別性後，才會以維持自由之需求檢視，否則直接以欠缺任何識別性為由拒絕註冊¹²⁰。未必每個說明性標識皆不得註冊，只有維持自由之需求的說明性標識才會拒絕註冊¹²¹。

在法律的規範上，美國法規定「申請人使用商標於商品上得與他之商品相區別，除有下列情形外，不論其性質不得拒絕商標的註冊：(e)商標的組成：使用於申請人之商品係純粹描述商品或為欺罔性之商品不實說明¹²²。」普通法長久以來

¹¹⁷ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 97 (2006 3rd ed.). 汪渡村，論我國商標註冊要件之適用，銘傳大學法學論叢第八期，2007年12月，頁137-138。

¹¹⁸ Wolfgang Berlit, Markenrecht, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2005, Rn. 66.

¹¹⁹ Berlit, a.a.O., Rn. 66a.

¹²⁰ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 118.

¹²¹ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 222.

¹²² Lanham Act § 2, 15 U.S.C.A. 1052, reads as follows:

No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it—

...

(e) consists of a mark which, (1) when used on or in connection with the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them...

(f) ... nothing herein shall prevent the registration of a mark used by the applicant which has become distinctive of the applicant's goods in commerce.

發展出僅說明 (merely descriptive) 產品的品質、成分或特徵的名詞作為商標不具先天識別性，不能先天上表示某一來源，不可以商標權保護之。然而，說明性標識若可取得後天識別性，後天識別性一般稱為第二意義，即可賦予保護¹²³。法條文義 merely 意謂商標顯然並不只是告訴消費者商品的功能、特徵、使用或成分，則該商標並非僅是說明性 (merely descriptive)，merely 也意謂著如果組合商標 (composite mark) 在所有部分並不全是說明性，則商標整體而言並非僅是說明性¹²⁴。簡言之，僅說明產品或服務的文字在普通法下不可賦予商標保護，且也不符合藍能法註冊的要件。另外，德國商標法第八條絕對註冊障礙第二項第二款也有相似的規定，「商標僅由如此的標識所組成，在交易上表示商品或服務之種類、性質、數量、用途、價值、原產地來源、商品製造時間或服務提供時間或表彰商品或服務的其他特徵，應拒絕註冊¹²⁵。」其皆規定商標僅由描述產品或服務之說明所組成，並加入僅為或純粹的說明性標識之要件。我國商標法第二十三條第一項第二款「表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明者」，而我國實務對「其他說明」常以「依社會一般通念，係用以說明該商品或服務，或與之具有密切關聯者而言」¹²⁶。說明性須以標識整體做判斷¹²⁷，並且對申請所指定的具體商品或服務而判斷¹²⁸。

¹²³ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:15 (4th ed. 2006).

¹²⁴ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:51 (4th ed. 2006).

¹²⁵ MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 2.

Gesetz über den Schutz vom Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz-MarkenG) § 8 Absolute Schutzhindernisse...

(2) Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken,

2. die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können.

...
¹²⁶ 行政法院 85 年判字第 2875 號判決、行政法院 85 年判字第 3215 號判決、台北高等行政法院 94 年訴字第 1482 號判決、台北高等行政法院 94 年訴字第 1514 號判決。

¹²⁷ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 235.

¹²⁸ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11: 51 (4th ed. 2006). Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 122. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 236-237.

說明性與暗示性並不容易區分，兩者間的界限很難劃定，常依賴直覺為判斷而非理性邏輯分析¹²⁹。判斷為暗示性或說明性是相當重要的，其區別實益如下述：在美國法與我國法制下其關係到是否具有先天識別性和是否須證明取得第二意義。而依歐洲法院的見解，維持自由之需求亦即順暢無阻的競爭利益，僅與說明性標識有關，該標識表示了商品或服務的種類、品質、地理來源等才會牽涉到維持自由需求的問題¹³⁰。易言之，如果為暗示性標識，無須檢視維持自由需求。何者該當說明性，說明性乃直接立即傳達產品特徵的資訊，例如說明了商品的預定目標、功能與用途、商品的尺寸、商品或服務的提供者、使用者的等級、商品或服務吸引人的特徵、性質、對使用者的影響¹³¹，直接說明性不只涉及產品實質的性質，還包括描述生產製造流程、產品效用、銷售型態、產品處理回收¹³²。在美國法制下所謂說明性名詞乃必須對產品的特徵直接給予相當精確或一定程度上清楚的資訊，如果該名詞作為商標使用在商品或服務上是不直接或模糊的，則該名詞乃暗示性而非說明性¹³³。而在德國法制下，標識對具體的商品或服務存在著直接的關係始該當說明性標識。間接說明性標識與產品的性質、用途只建立了間接的關係，需要較長的思考才能領悟其說明性，由於產品特徵的描述需要思想的推論或僅說明產品特徵的轉換意義，因此間接說明性標識原則上不能依第八條第二

¹²⁹ *Union Carbide Corp. v. Ever-Ready Inc.*, 531 F.2d 366 (7th Cir. 1976). ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 98-99 (2006 3rd ed.).

¹³⁰ See ECJ cases *C-329/02 P, Sat 1/OHIM* and *C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke/OHIM*. Annette Kur, *Strategic Branding: Does Trade Mark Law Provide for Sufficient Self Help and Self Healing Forces?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-03, (July 2, 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1311243>. 對此有學者持批評見解，「標識沒有清楚的說明內涵時，歐洲法院的判例禁止考量競爭者的利益，即無須考量維持自由之需求。因此，消費者認知該標識所傳達的資訊即識別性成為唯一決定性的標準。然而消費者的觀點並不是靜止的，消費者觀點是經濟現實的反應，這意謂著消費者會隨著變動的市場情況而改變。而市場情況容易受到在市場上活躍者精心計畫的影響，尤其是力量強大的競爭者主張及執行其預先設想的權利。若避免未授權使用的事業愈多，公眾期望該標識由宣稱獨佔權的某事業或組織使用或授權之主張愈有可能成立。」Annette Kur, *Strategic Branding: Does Trade Mark Law Provide for Sufficient Self Help and Self Healing Forces?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-03, (July 2, 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1311243>.

¹³¹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:16 (4th ed. 2006).

¹³² Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 133.

¹³³ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §11:19 (4th ed. 2006).

項第二款排除註冊¹³⁴。直接與間接說明性標識的區分標準在於標識與商品間所需的關係程度。單純從概念上理解說明性標識的直接性並不適當，而應該從作為商標其標識與產品關係去理解及依據商標保護的功能去具體化直接性¹³⁵。簡言之，說明性須直接針對商品或服務本身，說明須具直接性，如果須再加以思考始能理解其說明性者，並不具直接性，如此一來並不該當說明性¹³⁶。

活動文字商標中的活動名稱、時間、舉辦國家或城市、活動組織等要素之組合，必須在具體的商品或服務類別上來檢視其說明性，本文擬類型化成三大類別。若使用在活動籌備相關的商品或服務上，例如訂票服務、電視轉播、計時服務或商品、維持活動秩序的服務等，活動文字商標說明了商品或服務的目的與種類，該標識對於商品或服務本身提供了明確且直接的資訊，故為說明性標識。另外，若使用在與活動有直接相關的類別上，例如足球比賽的足球或鞋子、衣服等與比賽緊密關係的配備，或者音樂活動的唱片、樂器、麥克風等，活動文字商標則說明了產品的目的、用途與品質，也該當說明性標識。最有爭議的是活動文字商標使用在紀念品的類別上是否為說明性，紀念品類與活動並非直接相關的類別例如明信片、卡片、徽章、手錶、紀念 T 恤等。紀念品的消費者為消費行為時重視該產品與活動的關聯性，是否為了慶祝或紀念活動舉行所特別推出的產品，或者是否經由活動官方或取得授權而來。而活動文字商標使用在此類紀念品上揭示了交易上重要的資訊，該產品為了慶祝活動舉行而特別製造或提供的，表彰了該產品與活動之關連性。姑且不論是否可表示由活動官方或自其取得授權而

¹³⁴ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 123a.

¹³⁵ Fezer, a.a.O., § 8 Rn. 133.

¹³⁶ 學者陳文吟、汪渡村持相同見解。「商品之說明，乃商品本身之說明或與商品本身之說明有密切關聯者，說明之範圍包括商品之性質、品質、內容等等。此款直接針對商品本身之適用，如商品本身之名詞、描述商品之形容詞。說明指直接而明顯者。」陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁60。「說明的表示需直接而明顯，若僅具隱含、譬喻或自我標榜者，可能屬於暗示性商標，不構成前款單純說明性商標。」汪渡村，論我國商標註冊要件之適用，銘傳大學法學論叢第八期，2007年12月，頁139。

來，至少表彰了產品乃為慶祝該活動所推出的，如此交易資訊直接說明了產品本身的價值或者其他重要的特徵，相關消費者並不需要加以思考即可理解所傳遞產品的資訊。因此本文認為活動名稱、時間、舉辦國家或城市、活動組織等要素之組合使用在紀念品上，與商品或服務具密切之關聯，構成我國法規定的「其他說明」，活動文字商標使用在紀念品類乃說明性標識。基於上述理由，外國案例中二〇〇六年德國世界盃足球賽一系列商標與國民音樂春季節慶，本文認為皆為說明性標識。至於 EURO2008，由於 EURO 並非活動名稱或其縮寫，而 EURO 具有歐元或者歐洲之涵義，由於此標識有多義性、模糊性，並不能使相關消費者立即直接聯想到與歐洲盃足球賽之關聯性，因此並非商品或服務的說明。

此外，活動文字商標使用在紀念品是否該當說明性標識，若輔以美國法上暗示性與說明性判斷標準，此標準原則上可分為三點：(一) 推論出商標為產品的描述所需要想像力的程度：如果需要大量的想像力意謂著為暗示性，反之則為說明性；(二) 系爭文字可能為競爭者需求的程度：如果競爭者需要此標識來描述其產品，則為說明性，若不需要則為暗示性；(三) 其他商人已實際使用該文字描述其產品的程度：若已為其他人實際使用意謂著說明性¹³⁷。針對第一點，由於相關公眾重視此交易資訊，是以並不需要大量想像即可理解為產品價值之說明。第二點，是否為同業競爭者所必須使用，此項標準相當於德國法制維持自由需求的考量¹³⁸。本文認為因為活動文字商標的相關文字具有固有經濟利益與商業價值，而其

¹³⁷ *Union Carbide Corp. v. Ever-Ready Inc.*, 531 F.2d 366 (7th Cir. 1976). ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 99 (2006 3rd ed.). 另參見我國商標識別性審查要點第五點：暗示性商標與說明性商標不同，得就下列事項判斷是否為說明性商標：(一) 是否已為同業競爭者實際交易上所使用；(二) 是否為同業競爭者所必須使用，若由特定業者所專用將有礙公平競爭之虞。

¹³⁸ 只不過在兩種法制下，維持自由之需求所處的體系位置並不同。德國法上維持自由需求獨立於說明性判斷，除須判斷其說明性外，尚須進一步確定是否有任何（甚至一個）同業競爭者對此有維持自由需求。參見許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求—從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008年9月，頁83。德國實務認為競爭者的數量多寡並不重要，重要的是使用該說明性標識可能擁有的利益。Vgl. BGH, Beschl. v. 19.1.2006 - I ZB 11/04, Umdruck S. 8 – LOTTO. 而在美國法與我國法的操作下，維持自由需求成為辨別說明性與暗示性的區別標準之一，此也凸顯出兩種法制的

價值源自於活動的公共性、社會性、歷史性等，是否應完全禁止競爭者使用這些文字有待斟酌。競爭者需要藉此來表示其產品的價值或其他重要的特徵，如上述外國案例中贊助世界盃國家代表隊的 Ferrero 極需此標識來指稱其產品之特殊性，在活動文字標識中存在著使用這些說明的自由競爭利益，因此同業競爭者具有強烈的需求，涉及到自由使用的公共利益，據此更加印證了說明性。第三點，是否已為同業競爭者實際交易上所使用須就各個活動文字商標具體判斷之，上述 Ferrero 案例即符合此項區別標準。

因為活動文字商標為說明性標識，不具先天識別性，須判斷是否取得第二意義¹³⁹。若依德國法制下使用在申請指定的具體商品或服務上（具體性），該商標使用在本文所建立的三大商品或服務類別上，分別直接說明了商品或服務的目的、用途、品質、種類、價值或其他商品或服務之特徵（直接性），而且活動文字商標往往在交易中已被具體用作說明性標識（現實性），是故考量公共利益，尤其是競爭者的競爭利益，活動文字商標除非已取得第二意義，否則不得予以註冊為商標。

第四目 註冊消極要件－通用標章與通用名稱

通用名稱（**generic terms**）乃指商品本身所通用的名稱¹⁴⁰，無法表彰來源¹⁴¹，屬於公有領域，應為所有人自由使用。允許通用名稱擁有排他的商標權可能賦予商標權人獨占，因為競爭者不能以其名稱描述商品，而商標保護之目的並不容許一公司防止競爭者告知消費其品牌的屬性（**attribute**）。從經濟上的角度觀察，法院認定商標為通用名稱時，將使競爭者以低價便宜的方式告知消費者販售相同種類的產品，可減少傳播成本。反之，通用名稱的註冊將使競爭者很難銷售自己品

差異。

¹³⁹ 參見本節第三項第五目。

¹⁴⁰ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁61。

¹⁴¹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §12:1 (4th ed. 2006).

牌的相同產品，增加競爭者與消費者過多的資訊成本，因此禁止通用名稱的註冊¹⁴²。而通用標章指同業就特定商品或服務所共同使用之標章，屬於自由標章（free mark），其可能是非語言文字所組成之標誌。若允許某一事業可獨佔此標章，其他事業無法使用，將構成不公平競爭，且對消費者也無法辨別商品或服務的來源，故不得註冊為商標¹⁴³。我國商標法第二十三條第一項第三款「所指定商品或服務之通用標章或名稱者，不得註冊」明文規定之。簡言之，通用標章與通用名稱不得核准註冊的理由在於無法表彰商品或服務之來源，不具識別性，並且考量為同業所普遍使用的公益，致不能註冊為商標¹⁴⁴。

是否為通用取決於多數消費者（majority of consumers）的使用與認知，相關公眾的使用或解釋是作為稱呼商品或服務的種類或僅為識別商品或服務之來源，若視為品牌名稱，則為商標，若視為產品種類的名稱，則為通用標章或名稱¹⁴⁵。或者依相關交易圈的觀點，標章或名稱是否已失去其個別的功能¹⁴⁶。美國最高法院在 *Kellogg Co. v. National Biscuit Co.* 一案¹⁴⁷表示，若要認為是商標，必須論證在消費大眾心中該詞彙的主要重要性（primary significance）不是產品而是生產者。美國國會也將主要重要性原則編纂在一九八四年藍能法修正法案¹⁴⁸。舉例而言，如果調查顯示有 75% 的公眾對於某詞彙認知為通用名稱，那麼通用名稱成為其主要的 importance。而消費者調查¹⁴⁹、競爭者的使用、字典的定義及媒體的使用¹⁵⁰可作

¹⁴² J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §12:2 (4th ed. 2006).

¹⁴³ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005 年 2 月修訂三版，頁 61。曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004 年 1 月修訂再版，頁 51。

¹⁴⁴ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005 年 2 月修訂三版，頁 61。汪渡村，論我國商標註冊要件之適用，銘傳大學法學論叢第八期，2007 年 12 月，頁 141。

¹⁴⁵ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 108 (3rd ed. 2006). J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 260 (3rd ed. 2004).

¹⁴⁶ Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn. 279.

¹⁴⁷ *Kellogg Co. v. National Biscuit Co.*, 305 U.S. 111, 83 L. Ed. 73, 59 S. Ct. 109 (1938)

¹⁴⁸ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 108 (3rd ed. 2006). J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §12:6 (4th ed. 2006).

¹⁴⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §12:6 (4th ed. 2006).

¹⁵⁰ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK

為是否為通用之證據。

活動文字商標包含了活動名稱、時間、舉辦地等，這些文字本身對於多數消費者而言僅傳遞活動資訊的普通名稱。該名稱使用在申請商標指定的商品或服務上，並不表示商品或服務本身，僅表示了活動本身而已。針對具體的服務或商品而言，活動文字商標並不是商品或服務所通用的名稱，只是活動本身的名稱。此外，也非同業競爭者間所普遍共同使用的標章，雖然非普遍共同使用，但對競爭者仍有維持自由之需求。是故，活動文字商標並不該當此項註冊消極要件。

第五目 取得第二意義的困難

第二意義（secondary meaning）乃指該圖樣就原有一般性意義外，因申請人之長久使用而產生了另一意義，即表彰商品或服務單一不具名之來源，使該標識從原來公共領域變成來源之表彰¹⁵¹。第二意義之存在只有當消費者心理上將商標之文字聯想到或認知為產品來源之表示時¹⁵²。在採取廣義與狹義識別性的法制，第二意義之作用稍有不同。在採取廣義識別性的法制如美國法，使先天無識別性的標識變成有後天識別性而具有第二意義，而採取狹義識別性的法制如德國法，由於其克服註冊上之「欠缺任何識別性」、「維持自由之需求」及「種類標識¹⁵³」等障礙，因此稱為交易突破（Verkehrsdurchsetzung）¹⁵⁴。縱使其有上述之差異，但兩者皆須使相關消費者因該商標而可辨識商品或服務的來源。

ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 260 (3rd ed. 2004).

¹⁵¹ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁61。J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §15:8 (4th ed. 2006).

¹⁵² ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 98 (3rd ed. 2006).

¹⁵³ 即我國商標法的通用標章與通用名稱。

¹⁵⁴ 許忠信，由TRIPs與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求—從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008年9月，頁91。劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版，頁38-39。

活動文字商標面臨了一些問題，使其無法取得第二意義。首先，活動文字商標乃因為活動之舉行而產生的，申請人也只有在活動舉辦期間或前後使用而已。許多活動甚至只有一次性，時間相當短暫，縱使活動是定期舉辦的，也會因時間或地點不同，導致活動文字商標所含文字不同，另外定期舉辦使得相關消費者的認知隨著時間也會呈現出消長起伏的認知強度。再者，申請人對活動文字商標的廣告宣傳也未必會當作商標使用，由於活動文字商標的內容為活動名稱或簡稱縮寫、舉辦年度及舉辦國家城市等，申請人或報章媒體通常藉由活動文字商標的文字來宣傳其活動本身，而非宣傳其商品或服務，因此申請人未必能達到因商標之使用而取得第二意義。再者，相關消費者往往不會將活動文字商標認知為來源之表彰，相關消費者只會因媒體對活動的大篇幅報導而得知活動詳情，並不會聯想到商品或服務的來源。綜上所述，因為活動期間短暫、未必為商標之使用、無法使消費者聯想到商品或服務來源之表彰等限制，活動文字商標不易取得第二意義。

第四項 小結

由於活動文字商標無法表彰商品或服務之來源，不具識別性，並且為商品或服務之說明性標識應為競爭者或公眾所自由使用，隱含著維持自由之公共利益，因此活動文字商標無法獲得商標權之保護。台灣即將舉辦 2009 年聽障奧運會與 2009 年世界運動會，其中聽障奧運會註冊商標為圖文組合商標，文字包含了



活動名稱21st Deaflympic Games、舉辦城市Taipei、活動時間2009，而針對這些文字申請人聲明不專用¹⁵⁵。商標包含了說明性或不具識別性之文字為聲明不專用的前提，從這也可看出我國商標主管機關對於單純文字活動商標之立場，更印證了本文所持的論點。此侷限性也導致了二〇一二年奧運主辦國英國以特別立法創設了新形態的智慧財產權「倫敦奧運聯繫權（London Olympics association right）」，賦予該權利專屬排他權，可排除任何種類表達之使用，而可能暗示公眾倫敦奧運與其商品或服務或者提供者具有關聯性者¹⁵⁶。綜上所述，活動組織為了保護官方贊助商的商業利益，打擊埋伏行銷，尤其是非官方贊助商在廣告宣傳中使用到活動的名稱、城市、年度等的行銷策略。活動組織希望取得相關文字的商標獨佔權，從活動商標註冊排除非官方贊助商的使用顯然並不可行。

第二節 活動商標之侵權

除了申請註冊活動文字商標外，活動組織也會申請註冊圖文商標或圖形商標，例如活動 logo、吉祥物等註冊成為圖形商標、或者含有活動相關文字註冊成為圖文商標，由於為了舉辦活動獨創而成，因此通常可取得商標權。埋伏行銷使用相同或類似的商標時，活動組織即可依其權利主張商標侵權，請求排除侵害或請求防止之。所謂商標侵害分為直接與間接，直接侵害係指無法律上之權源而使

¹⁵⁵ 參見：經濟部智慧財產局商標資料檢索服務網站，at [http:// Orz.tw/0CFV0](http://Orz.tw/0CFV0) (last visited Jan. 7, 2009)

¹⁵⁶ J. THOMAS MCCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §27:66 (4th ed. 2006).

用相同或近似於他人註冊商標於同一或類似商品或服務致使消費者對其來源發生混淆誤認之虞。間接侵害指直接侵害行為之鄰接行為，而有妨害註冊商標功能者，例如對於以不正手段為商業上之搭便車而竊取他人營業信譽者¹⁵⁷。本節著重在埋伏行銷在商標侵權判斷上所展現的特殊性，而這些特殊性使埋伏行銷不一定會成立商標侵權，這也說明了埋伏行銷在商標法上存有合法之空間。

第一項 使用方式

埋伏行銷在廣告宣傳中較少直接使用註冊商標或與商標近似的標識，並且其使用行為未必作為商標之使用，例如非活動官方贊助商贊助了其他與活動相關的主體¹⁵⁸時，於廣告宣傳中使用近似的活動商標或活動商標中的文字來說明其贊助商的地位。此時判斷商標侵權時牽涉到基本的問題：何種使用方式該當商標侵權之使用？此問題皆影響到商標侵權成立與否。

第一目 埋伏行銷商標使用行為的特殊性

我國商標法第六十一條第二項：「未經商標權人同意，而有第二十九條第二項各款規定情形之一者，為侵害商標權」，而第二十九條第二項中有許多商標之「使用」，關於使用部分是否應以第六條之使用行為認定？我國商標法上之「使用」有兩方面的意義，一方面是商標權人自己或授權他人使用，另一方面則是他人未經權利人同意之使用。前者與維護商標權效力有關，後者之使用與是否構成商標權侵害有關，亦即他人之使用行為是否構成商標之侵害¹⁵⁹。侵害商標權之使用，商標法第六條規定：「本法所稱商標之使用，指為行銷之目的，將商標用於商品、服

¹⁵⁷ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004年1月修訂再版，頁122。

¹⁵⁸ 如前述第二章第三節第三項利用其他贊助手段，例如贊助隊伍、運動員、轉播媒體。

¹⁵⁹ 謝銘洋，智慧財產權法，自刊，2008年9月初版，頁234。

務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其為商標」。此一規定主要在於規範商標侵害之情形，亦即在於規範商標法第二十九條第二項、第六十一條、第六十二條、第八十一條所稱之商標侵害之使用，其主要著重於使用行為是否有引起消費者混淆誤認之虞，或減損著名商標之識別性或信譽。該使用並不以真正使用為必要，因為他人雖然未實際使用在商品或服務上，但經由在媒體廣告、說明書、目錄上或網頁上使用商標，有引起消費者混淆誤認之虞，或減損著名商標之識別性或信譽，基於維持交易秩序與保護消費者之必要，仍然有禁止之必要¹⁶⁰。依第六條規定，商標之使用要件有三：(一) **使用目的**為行銷之目的；(二) **使用形式**乃將商標用於商品、服務或其他有關物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物顯示；(三) **使用方式**為所標示者足以使相關消費者認識其為商標。本文認為埋伏行銷使用目的為行銷之目的並無疑義，而使用的形式變化多端，**而最重要的判斷標準在於使用方式是否足以使相關消費者認識其為商標**。此判斷標準乃以交易上相關消費者觀點出發，由相關消費者的認知檢視該使用是否為商標之使用，是否發揮了商標的基本功能。大多數的埋伏行銷使用行為是否足以使相關消費者認識其為商標有待商榷。由於埋伏行銷公司都會使用自己的商標，只是在廣告宣傳上希望建立與活動的聯繫，因此會再運用與活動相關的特色，鮮少直接使用活動組織經註冊取得的商標¹⁶¹。埋伏行銷若涉及到商標之使用或商標部分要素之使用，即有商標侵權之疑慮，此時有可能因使用方式而排除商標侵權之成立。本文認為埋伏行銷在探討是否成立商標侵權時，使用方式是重要的考量因素。

第二目 作為商標之使用

¹⁶⁰ 謝銘洋，智慧財產權法，自刊，2008年9月初版，頁234。

¹⁶¹ 代表著活動的象徵由活動組織申請註冊商標，例如活動 logo、吉祥物等註冊成為圖形商標、或者含有活動相關文字註冊成為圖文商標。

近來歐洲不只關注商標使用行為本身，且將討論擴展到作為商標之使用（use as a trademark）上，而本文認為作為商標之使用對於使用方式的探討上具有重要意義，只有作為商標之使用始受到商標法的非難。如果非作為商標之使用，則不會向消費者傳遞產品來源的交易資訊，如此一來消費者即不會產生混淆誤認之虞，即不會侵害商標權。埋伏行銷使用註冊活動商標的方式與一般情形並不相同，在廣告宣傳上使用活動商標的部分要素作為行銷策略，但仍會使用自己事業的商標，藉著大型活動舉辦期間提高曝光率。因此本文認為對他人註冊活動商標的使用方式在埋伏行銷使用行為扮演著重要的角色。

第一款 德國法

關於商標之使用，德國商標法除規定於第二十六條外，對於具體的使用行為係規定於第十四條商標權人排除權（商標權之效力）之有關規定中。換言之，所規定的是構成侵害商標權之使用行為，其侵害行為即違法使用商標之行為，故係間接的對商標使用行為加以規定¹⁶²。違法使用行為（Rechtsverletzende Benutzung）指在商業交易上作為交易的使用標識行為（Benutzung eines Zeichens als Handeln im geschäftlichen Verkehr），主要規定於第十四條第二、三項。作為商標使用（Benutzung als Marke），亦即必須是合乎商標之使用（markenmäßiger Gebrauch），所謂合乎商標之使用，係指一標識之使用係作為與其他商品或服務之來源之區別者而言¹⁶³。惟應注意者，依第二十六條第三項之規定，商標之使用與註冊之形式略有不同，而未變更商標標識之特徵者，仍構成商標之使用，因此在使用方式上與註冊方式略有不同，只要其不影響商標之特徵，並不會被當成未使用¹⁶⁴。

¹⁶² 陳昭華、謝銘洋等，商標侵權案例及相關立法例之研究，經濟部智慧局九十五年度委託研究報告，2006年11月30日，頁27-29。

¹⁶³ Fezer, a.a.O., § 14 Rn. 39.

¹⁶⁴ 陳昭華、謝銘洋等，商標侵權案例及相關立法例之研究，經濟部智慧局九十五年度委託研究報告，2006年11月30日，頁30。

德國法院在一個世界盃紀念幣判決中¹⁶⁵論述作為商標之使用。案例原告為 FIFA，被告在網路上販售二〇〇六年世界盃紀念幣，但非原告 FIFA 授權的產品。被告銷售的紀念幣上標示著„WM Germany 2006“。法院認為被告使用了致人混淆的 WM Germany 2006 在紀念幣上及網路廣告上，該當作為商標之使用。消費大眾認知中紀念幣通常沒有名稱，只會依舉行的活動命名。本案被告賦予紀念幣個別的名稱，於一元紀念幣上標示著„WM Germany 2006“，並且以標題與引號表達之，從相關交易圈的認知觀點，此名稱具有識別專為活動推出的產品與其他產品。被告使用標識作為具體產品的名稱，符合概念上作為商標使用的重要特徵，被告之使用成立違反商標法的作為來源表示之使用。作為商標之使用乃表彰來源的使用，該使用在銷售產品的範圍中有助於區別不同事業的商品或服務¹⁶⁶。因此有無商標法第十四條第二項的適用問題取決於商標是否作為表示來源區別事業之使用或者僅基於其他目的之使用¹⁶⁷。歐洲法院在 *Hölterhoff* 一案¹⁶⁸闡明了其他目的之使用。當第三人與潛在顧客在交易中進行談話時，涉及到該商標完全是為了告知顧客商品的特徵，而潛在顧客可理解該關係不是為了商品來源的表示。

上述可知作為商標之使用的意義相當於作為來源表示之使用，在使用方式上須符合作為商標之使用，才可成立商標侵權。而對此有學者提出新的見解，認為在違法使用商標的行為須檢視商標的功能，使用行為呈現對商標區別與溝通功能以及競爭市場上經濟功能的干擾，該當違法使用商標之行為。依此商標作為區別標識在市場上受到妨礙時，作為商標之使用成為侵害商標權的要件。違法使用商標的行為在作為商標之使用的意義下，不只是作為識別手段的使用行為，也包含

¹⁶⁵ OLG Hamburg, Urteil vom 31. 3. 2004 - 5 U 121/03 (*WM 2006 Germany*)

¹⁶⁶ BGH, GRUR 2002, 809 = WRP 2002, 982 [983] - FRÜHSTÜCKSDRINK I; GRUR 2001, 158 = WRP 2001, 41 [43] - Drei-Streifen-Kennzeichnung; GRUR 2002, 171 = WRP 2001, 1315 [1318] - Marlboro Dach; GRUR 2002, 613 = WRP 2002, 547 [549] - GERRI/KERRY SPRING; GRUR 2002, 814 = WRP 2002, 987 [989] - Festspielhaus; GRUR 2002, 812 = WRP 2002, 985 [987] - FRÜHSTÜCKSDRINK II; GRUR 2003, 332 = WRP 2003, 521 [523] - Abschlussstück; GRUR 2003, 963 = WRP 2003, 1353 [1354] - AntiVir/AntiVirus.

¹⁶⁷ GRUR Int 1999, 438 = WRP 1999, 407 Rdnr. 38 - Deenik; GRUR 2002, 692 = WRP 2002, 664 Rdnr. 16 - Hölterhoff und GRUR 2003, 55 = WRP 2002, 1415 Rdnr. 54 - Arsenal Football Club plc.

¹⁶⁸ EuGH, GRUR 2002, 692 = WRP 2002, 664 Rdnr. 16 - Hölterhoff.

了作為廣告手段的使用行為¹⁶⁹。隨著商標功能的擴展，傳統作為商標使用的認知在商標法第十四條第二項第一、二款的適用衝突也就更加明顯。因此應揚棄作為商標使用為商標侵權的法律要件，而應肯認在商業交易上的各種利用行為¹⁷⁰。

第二款 美國法

美國藍能法並沒有明確規定作為商標使用為商標侵權的要件。侵害聯邦註冊商標，藍能法要求使用於商品或服務上而為販賣、販賣而陳列、散佈或廣告，可能致使混淆誤認、錯誤或為欺罔者¹⁷¹。未註冊的商標，藍能法要求使用在商品或服務上或與商品或服務相關者，可能對附屬關係(affiliation)、關聯(connection)、贊助(sponsorship)的混淆誤認、錯誤或欺罔(deceive)¹⁷²。藍能法第四十五條商業使用(use in commerce)的定義¹⁷³並未限制侵害使用的種類。藍能法要求原告證明侵害者商業使用原告的商標。有見解認為藍能法第四十五條商業使用實際上是侵害使用須作為商標使用的法定要件¹⁷⁴。然而另有見解持不同立場，使用類

¹⁶⁹ Fezer, a.a.O., § 14 Rn. 48.

¹⁷⁰ Fezer, a.a.O., § 14 Rn. 49.

¹⁷¹ Lanham Act § 32(1), 15 U.S.C.A. § 1114(1).

¹⁷² Lanham Act § 43(a)(1)(A), 15 U.S.C.A. § 1125(a)(1)(A).

¹⁷³ Lanham Act § 45, 15 U.S.C.A. § 1127.

The term "use in commerce" means the bona fide use of a mark in the ordinary course of trade, and not made merely to reserve a right in a mark. For purposes of this Act, a mark shall be deemed to be used in commerce —

(1) on goods when —

(A) it is placed in any manner on the goods or their containers or the displays associated therewith or on the tags or labels affixed thereto or if the nature of the goods makes such placement impracticable, then on documents associated with the goods or their sale, and

(B) the goods are sold or transported in commerce and

(2) on services when it is used or displayed in the sale or advertising of services and the services are rendered in commerce.

「商業上使用」一詞乃指在一般交易通常過程中善意使用標章，而非僅為保留其權利而使用該標章，基於本法之目的，下列情形視為其標章已在商業上使用：

(1) 在商品方面，

(A) 將標章以任何形式使用在商品或其容器上或相關的陳列或使用在附著於商品之貼紙或標籤上，或如商品性質使該標示有困難者，則使用於與商品或其販賣有關之文件上。

(B) 該商品於商業上販賣或運輸。

(2) 在服務方面，在商業上銷售或廣告該服務時使用該標章或展示該標章。

¹⁷⁴ M. Barrett, *Internet Trademark Suits and the Demise of "Trademark Use"*, 39 UC DAVIS L. REV.

型的規定為了取得聯邦商標註冊的需求，而不是商標侵權的要件之一。藍能法第四十五條規定商業上使用只是遺留了舊普通法的附著要件（**affixation requirement**），不符時代的落伍規定，絕不是為了限縮成立侵權的使用範圍。此外，從條文文義「善意使用標章，而非僅為保留其權利而使用該標章」，可知是獲得註冊所需的使用種類，而不是構成侵權所需的使用種類。質言之，該條規定使用類型目的在於取得可註冊的商標權，而不是判斷侵害商標權¹⁷⁵。是故沒有獨立規定作為商標使用的要件，作為商標使用的要件隱含在侵害發生時混淆誤認之虞的要件中。因此，作為商標使用不是獨立的要件，而只是侵害所需混淆誤認之虞的一個面向¹⁷⁶。

第三款 我國法

我國商標法第六條規範商標侵害之使用行為¹⁷⁷，其中「足以使相關消費者認識其為商標」的規定，以相關消費者的觀點判斷該使用行為是否為商標之使用。雖然我國並未規定作為商標之使用為商標侵權之要件，但第六條規定某程度肯定了作為商標使用為商標侵害之重要判斷標準，並且應從相關消費者立場判斷該使用行為。此外，商標法第三十條商標之合理使用為非作為商標使用之一種，商標法第三十條第一項第一款規定，凡以善意且合理使用之方法，表示自己之姓名、名稱、商品或服務之名稱、形狀、品質、功用、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標之使用。商標法第三十條第一項第一款為商標之善意合理使用，商標權之保護並非絕對，為達到工商企業發展之目標，因而對商標權有所限

371,
382 – 386(2006).

¹⁷⁵ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23: 11.50 (4th ed. 2006)

¹⁷⁶ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23:11.50 (4th ed. 2006)

¹⁷⁷ 謝銘洋，智慧財產權法，自刊，2008年9月初版，頁234。

制，規定善意合理使用不受商標權效力所拘束¹⁷⁸。說明性商標因長期使用符合第二意義而可獲准註冊，對於其他業者非作為商標之使用情形，合理使用提供了競爭上的平衡¹⁷⁹。是否作為商標使用，應就歷來市場實際交易情形等具體客觀事實，視其是否足資消費者藉以區別所表彰之商品或服務之來源斷之¹⁸⁰。此外，實務上另有認為是否作為商標使用應就使用他人商標之方式整體觀察，一般消費者不致混淆誤認其係作為商標使用，而僅為有關商品或服務本身之說明者方屬之，如果所使用他人商標字體較粗、較大、較明顯，而自己之商標圖樣較小，會使人混淆誤認為他人商標商品或其來源，則不構成合理使用¹⁸¹。我國實務多在商標合理使用時探討是否作為商標使用，並且植基於相關消費者的認知觀點判斷該使用是否可表彰商品或服務之來源。綜上所述，可發現我國「作為商標之使用」的意義應相當於表彰來源之使用，亦即使用行為是否發揮了商標表彰商品或服務來源之作用。埋伏行銷使用行為若未表彰商品或服務之來源，則非商標權效力所及，如此一來也就不成立商標侵權。因此埋伏行銷若能妥善運用與活動相關的要素，避免直接使用註冊活動商標，使用註冊活動商標部分要素的行為也避免使公眾認為事業來源之表示。本文建議可在廣告行銷中加強自己商標所占的地位，例如以明確顯著的方式使用自己事業的商標，如此一來即使運用了註冊活動商標部分的要素在廣告行銷中，較易認定為非作為商標之使用，減低商標侵權之風險。

第三目 *Arsenal* 案－作為商標使用之廣義發展

埋伏行銷很少有直接使用註冊商標的案例，而英國 *Arsenal Football Club plc v.*

¹⁷⁸ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁107-108。

¹⁷⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23:11.50 (4th ed. 2006)

¹⁸⁰ 臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度智字第 99 號。

¹⁸¹ 臺灣高等法院刑事判決 95 年度上易字第 1805 號。另外，經濟部智慧財產局九十三年三月二十四日（九三）智商 0941 字第九三八〇一三〇四四〇號函，「商品所使用之圖樣，究係商標抑為普通使用，應就指定使用之商品、消費者之認知、實際交易情況及同業間使用方式等綜合考量，判斷是否足以使一般商品購買人認識其為表彰商品，並得藉以與他人之商品相區別之標識，若是，則可能為商標使用，若非，則可能為普通使用。」

Matthew Reed 案（簡稱 *Arsenal* 案）是少見的埋伏行銷案例。本案被告 Mr. Reed 銷售未獲職業足球隊授權的非官方產品，並且也在銷售地點公告表明不是官方產品。被告屬於直接使用原告知名足球俱樂部的註冊商標，同時也使用了顯著的免責聲明（disclaimer）。歐洲法院 *Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed* 案¹⁸²對於作為商標之使用與侵害使用有嶄新的見解，此見解對於直接使用註冊活動商標產生衝擊，某程度宣告了埋伏行銷的違法界限，同時也弱化了免責聲明對於埋伏行銷尋求合法空間的嘗試，另一方面有助於活動組織和贊助商維護其經濟利益，*Arsenal* 案可謂活動組織和贊助商在法律戰場上的一大勝利。

被告 Mr. Reed 已超過三十年在靠近體育館的攤位上販售 Arsenal 足球隊的紀念品，並且標示著 Arsenal 的文字及足球俱樂部的 LOGO，大部分的商品並不是 Arsenal 的官方商品。直到一九八九年 Arsenal 足球俱樂部才將文字及 LOGO 申請註冊商標。被告使用告示表明販售的產品並非 Arsenal 足球俱樂部的官方產品，少數商品取得官方授權者，被告則公告表示為官方產品。Arsenal 提起商標侵權與矇混（passing off）的訴訟。被告承認在交易過程中使用與註冊商標完全相同的標識，但否認是商標的使用，亦即並非作為表彰來源。

在二〇〇一年英國高等法院判決中，由於免責聲明的告示（disclaimer notice）矇混之訴不成立。此外 Laddie 法官認為被告所使用的標識應視為對 Arsenal 支持、忠誠或附屬關係（affiliation）的象徵，並非用作來源之表示。由於被告 Mr. Reed 表明產品並非 Arsenal 足球俱樂部的官方產品，使用免責聲明表示產品與商標權人商標間沒有交易關聯（trade connection），所以使用該標識非作為商標之使用。Laddie 法官認為商標主要功能在於表彰來源，只有商標意義的使用（use in a trade mark）才需要對商標加以執行保護，在本案中並非商標意義的使用。為了決定商

¹⁸² Judgment of the Court of the European Communities of 12 November 2002 in Case C-206/01 *Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed*, *European Court reports 2002 Page I-10273*.

標侵權的爭議，法院認為有必要移請歐洲法院作一初步裁決（preliminary ruling）以澄清問題：當被告使用相同的標識在相同產品上時，被告可否主張該使用並未表彰來源的侵權抗辯？歐洲法院認為第三人在交易上使用與註冊商標相同的標識在註冊指定相同的產品上，此時商標權人有權利依歐體商標準則第五條第一項 a 款阻止該使用。使用行為的背景脈絡，該標識被視為對商標權人的支持、忠誠或附屬關係（affiliation）的象徵並不重要¹⁸³。歐洲法院贊同商標主要功能在保證產品來源同一性及防止來源混淆誤認的風險，強調影響或有可能影響商標基本功能的商標使用，如果標識的使用產生了商品與商標權人商業交易連結的印象時，商標權人可阻止該使用。英國高等法院認為被告使用告示有效地排除 Arsenal 標識表彰來源，但歐洲法院認為只有部分可達到此效果。在攤位的告示只可傳達給直接的消費者，但商品銷售後卻無法防止其他消費者接觸標示著商標的相關商品。只要一部分消費者將該商標認知為表彰事業來源的標識，即達到商標侵權。歐洲法院藉由論述商標的主要功能擴張了侵權的範圍。簡言之，歐洲法院認為有些消費者可能將標識視為商品與商標權人間商業連結的資訊，若存有此可能性，商標侵權即成立。

當此案從歐洲法院移送回英國法院時，Laddie 法官認為歐洲法院已超出其管轄權為事實上的發現（findings of fact），且與英國法院在事實上的發現相反。Laddie 法官適用歐洲法院法律原則指導，但對歐洲法院事實方面所得的結論不予理會。Laddie 法官以歐洲法院解釋歐體商標準則的意見為基礎，認為被告不是故意使用商標，公眾認知上也不會認為是表彰來源，該使用並不會危害註冊商標的主要功能，不成立商標侵權。最後這個案子為有利於被告 Mr. Reed 的判決，英國高等法院認為被告不成立侵害原告的商標權，如此的判決結果嚴重影響了運動組織與贊助商依賴商標權打擊埋伏行銷的信心。未授權使用註冊商標向來被視為埋伏行銷

¹⁸³ 原文為下述：It is immaterial that, in the context of that use, the sign is perceived as a badge of support for or loyalty or affiliation to the trade mark proprietor.

的典型案列，在法律上可尋求明確的賠償。如果使用註冊的活動商標，埋伏行銷還可主張非作為商標使用抗辯，活動組織或贊助商無法輕易在商標法上尋求清楚明確的賠償。

原告 Arsenal 足球俱樂部提起上訴。上訴法院 Aldous 法官解釋歐洲法院判決並不以是否作為商標的使用為基礎，而是考量到該使用是否可能危害商標主要的功能—來源保證。來源保證功能的危害並不取決於該使用是否為作為商標之使用。一審 Laddie 法官見解認為被告使用該商標不會表彰產品的來源，但未考量到該使用是否可能會影響或危害商標主要功能來源保證。歐洲法院舉兩個例子說明被告使用如何影響商標功能：一、在被告 Mr. Reed 的攤位附近取得產品或贈送產品的消費者可能相信產品與 Arsenal 存在著關聯。上訴法院認為這與一審法官事實上發現不會不一致。法院所關切的是標識對購買 Mr. Reed 產品的消費者之影響。二、產品的提供不受到 Arsenal 足球俱樂部的控管。此情形損害了來源保證，亦即標示商標的所有產品製造或提供是在單一實體（entity）所控管的。上訴法院認為第三人未受管控的商標使用（不是說明性使用）可能損害商標的功能，因為註冊商標不再可保證來源。

上訴法院認為 Laddie 法官誤解歐洲法院判決，一審解讀歐洲法院判決基於有些消費者將被告的使用視為來源表示，故原告應為勝訴，然而這並不是歐洲法院判決的基礎。歐洲法院並未對事實為不同解釋，只是將焦點集中在事實的不同面向上，因此須遵循歐洲法院的指示。歐洲法院主要考量到商標註冊所賦予的權利是否可能因第三人使用而受到影響。被告的使用意味著未源自於 Arsenal 的產品自由流通，並且影響到 Arsenal 商標保證產品來源的能力。儘管被告商品可視為對足球俱樂部的支持、忠誠或附屬關係（affiliation），但並不表示該商標的使用不會危害商標保證來源的功能。被告使用是否表彰來源與註冊商標的來源功能是否

受到影響乃不同的問題，表達忠誠可能是商標主要功能的子分類（subcategory）。標識使用愈廣泛，商標來源功能愈有可能受到影響。是故，不論被告是否為作為商標之使用，重要的是標示著商標的產品自由流通所帶來的影響。此影響會危害到商標保證來源與區別產品的基本功能，一審法院對此並未斟酌，卻著眼於被告的使用是否為作為商標的使用。

上訴法院認為在圍巾或其他服裝項目上使用 Arsenal 文字有三種意義：（一）所有人是 Arsenal 的支持者；（二）產品來自於 Arsenal；（三）上述兩者的結合。儘管上訴法院認為作為商標的使用不是本案之重心，上訴法院無須檢視一審認為被告非作為商標使用的結論是否正確。然而卻重新檢視相關證據－混淆誤認的實例及看到相同標識的消費者向 Arsenal 投訴，得出與一審相反的結論。Aldous 法官提到被告使用 Arsenal 文字對很多消費者而言（to a substantial number of customers）確實表示了產品來源。若無混淆誤認之虞，被告即無須明確告知消費者非官方產品。

上述可知本案免責聲明告示對於作為商標使用的影響及侵權成立判斷上，英國高等法院與上訴法院的見解顯然不同。英國高等法院認為因為有免責聲明的告示，雖然被告將商標標示在紀念品上，由於使用行為未表彰商品之來源，是故並未成立作為商標使用，商標侵權不成立。顯然地高等法院在侵權判斷上以作為商標之使用為主要的考量因素，亦即是否為表彰商品來源之使用，而且免責聲明的告示扮演了重要的角色，被告不成立作為商標使用也不成立商標侵權。然而，上訴法院則認為免責聲明告示對於不知免責聲明告示的消費者未發揮效用，這些消費者看到標示在商品上的商標即有可能認為存在著商業關聯，如此將危害商標的功能，成立作為商標使用並且成立侵權。

向來歐洲法院對於來源的理解不是狹義的內涵，而是認為事業間商業的關聯，並以單一實體控制與負責產品品質的意義認定之。歐洲法院與英國上訴法院皆認為必須視商標來源表彰的功能及此功能是否受到被告使用的影響，如果某部分相關公眾可能以為標識與商標權人間存有商業關聯，即認為損害商標的功能。作為商標使用並不當然意味著產品來源的表彰，而是產品與商標權人間任何商業關聯的表彰。是故主要考量不在被告是否故意表彰來源，而在於公眾的理解是否認為存有上述廣義的來源。質言之，在歐洲及英國商標法「作為商標使用」並未喪失其功能，作為商標使用仍然是侵權的要件。以相關消費者的認知觀點為出發點，而來源的意義應理解為商業的連結（trade link）或單一實體的控制（a single entity's control）。侵害使用必須考量到是否影響或可能影響註冊商標的功能¹⁸⁴。由此可觀察到作為商標使用往廣義的概念發展，而侵害使用也隨之擴展。本案直接使用註冊商標同時也使用免責聲明的埋伏行銷類型，消費者仍可能會認為商標權人與產品間存有商業連結，商標來源功能因此可能受到損害，如此情況下商標權人可防禦競爭對手使用其商標販售商品。免責聲明對於埋伏行銷而言，未必使埋伏行銷的直接使用商標行為合法，是故埋伏行銷應避免直接使用受保護的註冊商標。

第四目 迪士尼與黑松案

埋伏行銷常見類型之一為贈送消費者門票、官方紀念品或招待免費旅遊等，而在廣告中可能會運用活動名稱及具代表性的象徵，例如吉祥物、城市名稱、代表的建築等，與上述 *Arsenal* 案差異在於未直接使用註冊保護的商標，而是利用代表性的要素或特色，吸引消費者的注意，建立與活動的聯繫。在台灣尚未出現這類型的埋伏行銷訴訟，但是曾發生台灣黑松公司為促銷產品推出頭獎遊香港迪

¹⁸⁴ Christian Rütz, *After Arsenal and Electrocoin: Can the Opinions on Trade Mark Use Be Reconciled?*, IIC 2005 Heft 6, 682, 705.

士尼樂園的抽獎活動，卻遭到美國迪士尼公司提起訴訟，主張黑松公司違反商標法第六十二條與公平法第二十條、第二十四條規定¹⁸⁵。雖然本案被告並不是在舉辦大型活動期間推出以大型活動為目標的行銷活動，然而其行銷手段乃典型埋伏行銷常見的策略，是故對於埋伏行銷在商標法的評價上也具參考性，更可藉此窺見我國實務對此類行銷策略的立場。

第一款 案例事實

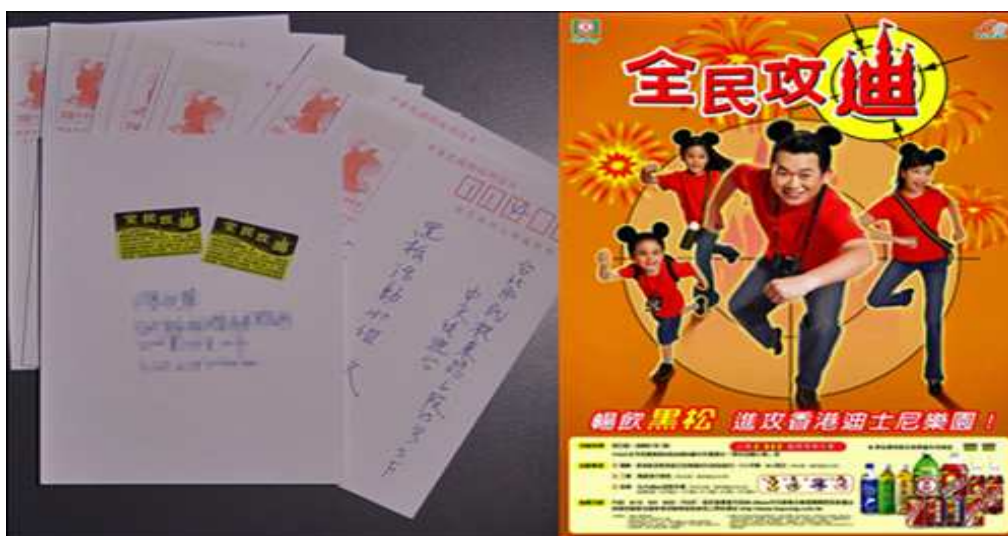
黑松公司的廣告文案含有「全民攻迪」、「暢飲黑松」「進攻香港迪士尼樂園」、「共有 8,888 個獎項等你拿」等語，並附有黑松公司之商標，其中「暢飲黑松」之「黑松」兩字因大於「暢飲」兩字而較為顯著。此外，也使用了米老鼠圓耳朵造型，並在標題全民攻迪上，迪字使用城堡圖案¹⁸⁶。實際銷售之飲料產品包裝容器上貼有一枚小貼紙，其內容除包括上述字樣外，並載明「即日起喝黑松寶特瓶及易開罐商品，集活動貼紙 2 枚，註明姓名、地址、電話於 2005/9/22 前寄至.....中天電視台「黑松活動小組」收，就有機會暢遊香港迪士尼樂園。共有 8,888 個獎項等你拿！詳情請見活動產品包裝或黑松網站」等語¹⁸⁷。原告起訴主張被告未合法授權，擅自使用近似於原告商標及表徵於其「全民攻迪」抽獎促銷廣告及文宣傳單上，透過電視、印刷品及黑松公司網站播送，又於其製造販售之飲料產品包裝容器貼上迪字城堡圖樣之促銷廣告，違反商標法第 62 條第 1 款、第 2 款。

圖一

¹⁸⁵ 探討本案適用公平法的論述請詳見第四章第一節及第三節。

¹⁸⁶ 參照圖一，圖片來源引用自台大博士班梁哲偉於競爭法與智慧財產法專研的課堂報告。

¹⁸⁷ 參照圖二，圖片來源引用自台大博士班梁哲偉於競爭法與智慧財產法專研的課堂報告。



圖二



第二款 法院判決

地方法院¹⁸⁸認為被告係以黑松公司名義促銷黑松飲料產品，並未將系爭商標之米老鼠圓耳朵造型、迪士尼字樣或迪字城堡圖案作為商標使用或用以表彰營業

¹⁸⁸ 臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度智字第 82 號。

主體或來源，難認違反商標法第 62 條之規定¹⁸⁹。無論是廣告文案或商品包裝明顯告知消費者應購買黑松公司之飲料產品，以取得包裝上之貼紙參加抽獎，方有機會前往香港迪士尼樂園遊玩，難認消費者僅因該廣告中有米老鼠圓耳朵造型、迪士尼字樣或迪字圖案即誤認黑松公司促銷之飲料產品為原告所製造、銷售或授權製造、銷售。

高等法院¹⁹⁰贊同地院判決，認為被告雖於系爭廣告中使用「迪士尼」三字，但其字體與圖樣均與原告註冊之商標圖樣不同，僅為一般說明，非作為商標使用，自無侵害原告之商標權。而被告雖使用圓耳朵造型，而與原告著名商標構成近似。惟被告係為吸引消費者之注意，以贈送長榮航空香港迪士尼樂園 3 天 2 夜自由行為誘因，促銷被告所生產之「黑松寶特瓶及易開罐商品」；並非使用該耳朵造型作為黑松飲料之商標，亦非作為被告自己公司名稱之標識，亦非以該等造型作為表彰被告營業主體或來源之標識。此外，被告僅係將系爭廣告名稱中之「迪」字予以藝術化，使其貌似城堡，而其目的僅在於傳達抽獎活動之頭獎為前往香港迪士尼樂園遊玩之訊息，並非以系爭「迪」字作為商標使用，亦非藉以表彰黑松飲料商品之營業主體或來源。因此在減損識別性或信譽及混淆誤認方面，原告既未生產飲料，而被告所生產之黑松系列飲料則為我國本土之著名飲料，且香港迪士尼樂園與我國黑松飲料並非關係企業或其他類似關係，均屬於消費大眾所周知之事實，因此被告雖使用近似於原告商標部分之耳朵造型，但顯然不致於減損原告商標之識別性或信譽，亦不致於使消費者混淆誤認黑松飲料為被告所生產，更不足以使消費者誤以為香港迪士尼樂園為被告所經營，不能認為被告使用上述耳朵造型及城堡圖樣表彰了黑松飲料之商品及服務來源，並未侵害商標權。最高法院¹⁹¹

¹⁸⁹ 未得商標權人同意，有下列情形之一者，視為侵害商標權：

一、明知為他人著名之註冊商標而使用相同或近似之商標或以該著名商標中之文字作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱或其他表彰營業主體或來源之標識，致減損著名商標之識別性或信譽者。二、明知為他人之註冊商標，而以該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，致商品或服務相關消費者混淆誤認者。

¹⁹⁰ 臺灣高等法院民事判決 96 年度智上字第 18 號。

¹⁹¹ 最高法院民事判決 97 年度台上字第 1072 號。

在商標侵權方面也肯認下級審的見解。

第三款 判決評析

本案以被告不符合表彰營業主體或來源之標識為由，認為不成立第六十二條的侵害。「以該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**」，**其他表彰營業主體或來源之標識為使用方式的概括規定，使用方式須為表彰營業主體或來源之標識。簡言之，標識的使用須發揮了商標的基本功能—表彰來源。**若消費者面臨兩個近似的標識且兩者皆作為商標，在此情境背景下傳遞著兩商標表示了同一來源的資訊。實際上侵害商標的行為人卻為模仿搭便車的行為，兩商標事實上表彰了不同的來源，表象與實際的差異導致了消費者的混淆誤認，此為商標侵權的過程¹⁹²。如果並未使用該標識作為商標，消費者混淆誤認通常就不可能發生，消費者不會認為兩標識表示了同一來源。是故，作為商標使用乃判斷商標侵權的重要因素。本案被告廣告人物使用米老鼠圓耳朵造型、迪字城堡圖樣、迪士尼樂園文字，法院認為雖與原告商標構成近似，然而只是吸引消費者注意和促銷商品的贈獎誘因，因此並非作為被告商品表彰主體、來源之標識，法院的見解應值肯定。被告使用黑松自身的商標，對於迪士尼受保護的商標使用並非商品來源之識別重點，可謂因使用方式而排除了商標侵權之成立。

對於多數埋伏行銷而言，通常不會直接使用註冊活動商標，至多如同黑松與迪士尼案運用註冊活動商標的某部分要素，只有少數埋伏行銷直接使用相同或近似的註冊活動商標。本文認為可檢視使用方式，並以相關消費者的認知立場為判斷，判斷使用方式是否作為商標之使用。作為商標之使用，在我國法上的意義相

¹⁹² J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23:11.50 (4th ed. 2006)

當於表彰來源之使用，但對於表彰來源的內涵並未見深入討論。在 *Arseanl* 案則強調使用是否影響商標的功能，並且對於表彰來源採取廣義見解，如果公眾認知上為商業連結之表示，即有可能影響商標的功能。相較之下我國法上的使用行為採取較狹義之解釋，而 *Arsenal* 案只要可能影響商標功能的使用行為，則有可能受到商標法的規範，對於埋伏行銷呈現較不利的立場。

第二項 商標受保護的範圍

活動組織在籌備活動的過程中註冊取得許多活動商標，而取得商標權的商標依各圖樣之不同，受到商標權保護的部分也不一，有些商標整體皆受到保護，有些商標整體雖具識別性，但某部分則不具識別性而未受商標權保護。依聲明不專用審查要點第六點，說明性或不具識別性之文字與其他文字相結合，或整體文字具雙關語之用法，呈現不可分割之印象並具識別性者，不須就該部分聲明不專用。第七點，商標圖樣由說明性或不具識別性之文字組合而成，若其整體文字經獨特設計或為特殊排列，或運用錯誤語法（包括拼音錯誤或錯別字方式）而具有識別性者，未經設計的文字或正確的文字部分仍應聲明不專用。聲明不專用係為避免商標因說明性或不具識別性的部分導致不准註冊，或註冊後就該部分單獨主張權利而產生爭議¹⁹³，由此可得知只有具識別性的部分才會受到標權之保護，商標權人單獨就聲明不專用部分不得主張商標權。是故判斷商標侵權時，行為人所使用的部分是否為商標權保護的部分，也成為考量的因素。埋伏行銷較少直接使用商標整體的圖樣，若只利用商標圖樣中一部分，尤其是組合商標中的某部分。組合商標通常由許多部分組成，例如許多文字、文字與圖案等，並搭配字樣、顏色等，這些部分各具不同的識別性。依商標圖樣各部分不同的識別性，在判斷商標侵權上也會有不同的結論。

¹⁹³ 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版，頁55

第一目 圖形商標與圖文商標的保護範圍

活動組織為了舉辦大型活動，通常會設計代表活動的圖案，申請註冊圖形商標。若順利取得圖形商標，圖形商標整體即受到保護，可排除他人使用相同或近似的商標圖樣。此外，前述活動相關文字或其組合並不具識別性，但商標的文字如果有特殊的書寫風格、造型設計、顏色等，則與單純的文字不同。不受保護的文字以具識別性的書寫風格呈現，可當作具識別性的logo賦予保護，換言之特殊書寫風格的文字整體該當圖形商標，但是只保護具特殊書寫風格的文字，而不保護文字本身。美國第二巡迴法院¹⁹⁴強調文字本身的商標權不同於具有風格化外觀的文字商標權¹⁹⁵。由於只有特殊設計風格的文字具有識別性，文字本身並不具識別性，文字本身並無排他權，不能賦予商標權人阻止競爭者使用一般通用的文字或說明性的詞彙，因此在註冊階段針對說明性文字為聲明不專用是必要的。如果他人使用原告商標且為相同書寫風格、顏色、格式等，將會提高混淆誤認之虞，然而如果書寫風格不相似，混淆誤認則呈現較小的可能性。因此埋伏行銷若使用圖形商標中不具識別性的文字，並且以顯著不同的書寫風格呈現，因為文字本身並非商標權所保護的部分，不成立圖形商標的侵害¹⁹⁶。

活動組織還會將設計的圖案結合代表活動的文字，包含活動名稱、時間、地點等，申請註冊圖文商標。就圖文商標中的圖形而言，一般特別為舉辦活動而設計的圖案具識別性並無疑義，而圖文商標中的文字如果僅為活動相關文字的組

¹⁹⁴ *Time, Inc. v. Petersen Pub. Co. L.L.C.*, 173 F.3d 113, 50 U.S.P.Q.2d 1474 (2d Cir. 1999)

¹⁹⁵ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23: 52 (4th ed. 2006)

¹⁹⁶ 「當說明性詞彙之註冊以具識別性的風格呈現時為強商標，使用不同書寫風格的說明性詞彙並不會成立侵害。」 *Chicago Reader, Inc. v. Metro College Publishing, Inc.*, 495 F. Supp. 441, 211 U.S.P.Q. 411(N.D. Ill. 1980)

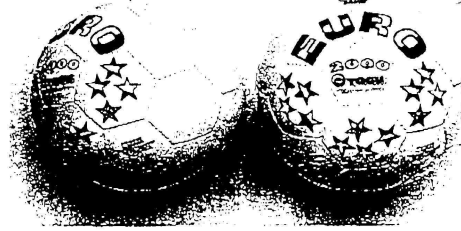
合，未設計任何特殊造型或附加特殊書寫風格，即回到前述活動文字商標的情形，因這些文字的組合無法表彰商品或服務之來源，該當商品或服務之說明性標識，不具識別性，因此活動相關文字的組合無法獲得商標權之保護。圖文商標整體圖樣具識別性，然而文字屬於說明性或不具識別性，在註冊階段商標申請人應就說明性或不具識別性部分聲明不專用。而在判斷商標侵權時，他人如果只使用圖文商標文字部分，由於活動相關文字或其組合為說明性的文字，不具識別性，可由公眾自由使用，因此不會成立商標權侵害。

第二目 德國聯邦最高法院 EURO 2000 案

德國聯邦最高法院¹⁹⁷曾對於一個二〇〇〇年歐洲盃足球賽埋伏行銷的案例進行審理，判決主要就圖文商標權的保護範圍為探討，並以此判斷是否成立商標侵權。本案案例事實為被告在足球上印有 EURO 2000 標識並於市場上流通，原告 UEFA 起訴控告侵害商標權。UEFA 已註冊的圖文商標 EURO 2000，如下所示：



而被告使用 EURO 2000 標識在球類產品上，尤其是在足球上的情形，如下所示：




聯邦最高法院指責上訴法院探討圖文商標保護範圍時，沒有充分考量交易上


¹⁹⁷ BGH, Urt. v. 25.03.2004 – I ZR 130/01 – EURO 2000.

對於圖文商標EURO 2000的認知。UEFA也承認交易上通常將EURO 2000認為是所舉行的歐洲盃足球賽及說明性標識。聯邦最高法院表示說明性或自由維持需求的標識欠缺對組合商標整體印象的決定性影響，因為交易上依其生活經驗並不會將說明性標識理解為事業來源表彰，而僅理解為事物表示（Sachhinweis）¹⁹⁸。依商標法第八條第二項第一、二款規定，圖文商標的文字部分不能受到商標保護，未達到交易突破（Verkehrsdurchsetzung）的文字部分不能呈現圖文組合商標的整體印象¹⁹⁹。



對於是否侵害  商標的判斷上，法院認為圖文商標的文字部分，交易上認為是簡單的標識方式，通常可呈現商標的整體印象。這種情形僅適用於文字部分具識別性的圖文商標，不能直接適用於本案。本案尚須考量到交易上將EURO 2000視為對歐洲盃足球賽的說明性表示。在足球上使用EURO 2000只會認為是純粹用途的說明，而不會認為是表彰事業來源，該部分該當第八條第二項第一款欠缺任何識別性。當組合商標的一部分為說明性時，組合商標的保護範圍僅及於呈現說明性標識不必要的部分，在本案中即EURO 2000文字的圖示（graphische Gestaltung）與圖案部分。在足球上所使用的標識與UEFA圖文商標保護範圍相比，兩者間的差異不會導致混淆誤認之虞（Verwechslungsgefahr）。



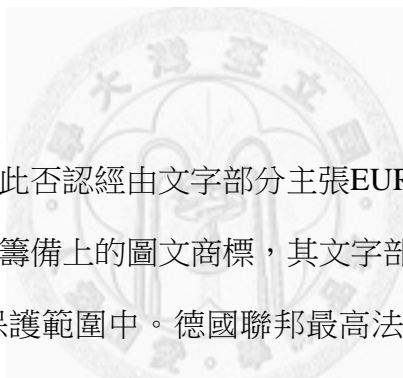
對於是否侵害  商標的判斷上，最高法院指摘上訴法院漏未考量一個問題：是否因EURO 2000標識中明顯的說明性內涵，特殊的圖示即文字與數字部分始為商標的整體印象？EURO 2000標識說明了商品的用途，因此該商標具有少量的識別性（geringe Kennzeichnungskraft）。該商標的保護範圍限於特殊的圖示本身。UEFA註冊的圖文商標與使用在足球上的商標兩者外觀差異不會致混淆

¹⁹⁸ vgl. BGH, Urt. v. 11.5.1995 - I ZR 111/93, GRUR 1995, 808, 810 - P3-plastoclin; Beschl. v. 8.6.2000 - I ZB 12/98, GRUR 2000, 1031, 1032 = WRP 2000, 1155 Carl Link.

¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 6.12.2001 - I ZR 136/99, GRUR 2002, 814, 815 = WRP 2002, 987 - Festspielhaus; GRUR 2003, 1040, 1043- Kinder.

誤認之虞。

EURO 2000標識具說明性的特性並將使用方式考慮在內，消費者僅會視為裝飾性的廣告附加語，而不會認為針對某一事業的表示。依商標法第十四條第二項商標之使用是商標侵權的先決要件，標識作為商標之使用，並在行銷商品範圍內作為不同事業的區別²⁰⁰。在交易上公眾認為該使用僅為事物表示（Sachhinweis），並非生產者說明，則該標識使用並非作為商標之使用（markenmäßige Benutzung）。考量到相關消費者對使用的認知，本案在足球上使用EURO 2000並非作為商標之使用。聯邦法院指摘上訴法院未充分考量和確認是否作為商標使用、圖文商標的識別性、圖文商標的整體印象和保護範圍，故駁回UEFA商標侵權之請權。



德國聯邦最高法院在此否認經由文字部分主張EURO 2000圖文商標。註冊使用在體育設備及體育活動籌備上的圖文商標，其文字部分對於圖文商標之整體印象無影響，故不在商標保護範圍中。德國聯邦最高法院在此顯然認為交易上將EURO標識與年度2000理解為二〇〇〇年歐洲盃足球賽體育活動的說明性標識，而不會理解為事業的來源表彰，商標權人不能阻止競爭者在足球上印上EURO 2000字樣²⁰¹。簡言之，德國聯邦最高法院認為圖文商標的文字部分並未產生整體印象，亦即文字部分對於商標圖樣的整體印象並無決定性影響，其說明了商品或服務，有維持自由之需求，是故圖文商標本身的保護範圍僅限於圖案部分。

德國聯邦法院從圖文商標的識別性、圖文商標的整體印象和保護範圍等方面予以探討，在侵權與否的判斷上提供了嶄新的思考。圖文商標中的文字部分顯然為純粹說明性，欠缺識別性而不受保護。因為圖文商標的保護範圍僅限於圖形部

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 20.3.2003 - I ZR 60/01, GRUR 2003, 963, 964 = WRP 2003, 1353 - AntiVir/AntiVirus, m.w.N.

²⁰¹ Berlit, a.a.O., Rn. 146a.

分，其文字部分顯然具自由維持之需求。該圖文商標權人對於相同文字部分與不同圖形部分所組成的另一商標不得主張商標權侵害。依循德國法院判決，在特殊書寫風格的文字上亦為同理，具識別性的整體可該當圖形商標受到保護，然而商標權的保護範圍並不及於無識別性的文字本身，文字本身同樣地也應由公共自由使用，商標權人對於文字本身無排他權。本文認為如此使得商標註冊與商標侵權具一致性，不具識別性的文字因維持公眾自由使用的公共利益，在註冊圖文商標或圖形商標時須聲明不專用，由於文字部分不在商標權的保護範圍內，他人使用該等文字時，不得認定成立商標侵權。埋伏行銷常見的型態是在廣告中使用活動相關文字，如果只使用商標圖樣中不具識別性的文字部分，而不要直接使用商標整體圖樣或近似的商標圖樣，承上述不成立商標侵權，並且可達到埋伏行銷與大型活動建立聯繫的最終目的。

第三項 混淆誤認之虞

第一目 贊助關係的混淆誤認之虞

商標侵權的要件之一為導致相關消費者混淆誤認之虞，有論者認為在埋伏行銷中相關消費者對於是否為真正大型活動贊助商未必會在意，若相關消費者對此不在意，也就不會導致混淆誤認之虞，不會有商標侵權的問題。非官方贊助商以埋伏行銷手法與重要活動所為之連結並不會損害消費者利益。事實上因為消費者獲悉更多資訊和具有更多消費選擇，埋伏行銷的廣告與促銷活動可能更有利於消費者²⁰²。本文認為此見解僅呈現了部分埋伏行銷的情況，由於埋伏行銷的類型不一，具體個案也不盡相同，所以是否有混淆誤認之虞必須依各個案例情況而定。判斷有無混淆誤認之虞之參考因素，包括：（一）商標識別性之強弱；（二）商標是否近似暨其近似之程度；（三）商品或服務是否類似暨其類似之程度；（四）

²⁰² Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1110(1995).

先權利人多角化經營之情形；（五）實際混淆誤認之情事；（六）相關消費者對各項商標之熟悉程度；（七）系爭商標之申請人是否善意；（八）其他混淆誤認之因素²⁰³。有些因素與埋伏行銷並不相關。例如當事人商標的近似可能較不相關，埋伏行銷的公司主要創造出商標與活動錯誤的聯想，除了少數直接使用註冊的活動商標，大部分埋伏行銷可能未必會直接使用商標，因此活動組織或贊助商尋求商標法管制埋伏行銷的成果有限。只有少數埋伏行銷直接使用相同或近似之活動商標，除了考量商標是否近似及近似的程度外，須再衡量其他參酌因素判斷是否有混淆誤認之虞，而本項論述基礎以此種類型的埋伏行銷為主。

大型活動尤其是體育賽事，相關消費者可能不只對產品有興趣，更關注產品與大型活動的關聯性，例如為大型活動的官方紀念產品。相關消費者若因標示著註冊活動商標或近似的商標，而誤以為該事業為大型活動的官方贊助商，或誤以為販售的產品為活動的官方紀念產品，雖然消費者可能對於產品的事業來源沒有混淆誤認，但對於事業的商業關聯性或贊助關係產生混淆誤認，此時也該當混淆誤認之虞。商標法揭櫫的立法宗旨保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，現代商業社會中事業講求合縱連橫、策略聯盟、多角化經營等各種策略，而廣義的混淆誤認情形可能比狹義的混淆誤認更加嚴重，是故廣義的混淆誤認應為商標法加以規範²⁰⁴。各國商標法混淆誤認之虞皆涵蓋了廣義的混淆誤認之虞，對於贊助關係的混淆誤認之虞即為廣義的混淆誤認之虞。

在美國法上混淆誤認之虞（Likelihood of confusion）乃普通法商標侵權與聯邦法定商標侵權的基本判斷標準。藍能法第三十二條聯邦註冊商標的侵權以被告使用是否可能致使混淆誤認、錯誤或欺罔（deceive）為準。藍能法第四十三條（a）

²⁰³ 例如行銷管道之類似性與否、銷售周遭情況，參見蔡明誠、許忠信，*國外商標判決案例與分析*，經濟部智慧局九十七年度委託研究報告，2008年11月，頁131、138。另外例如消費者注意程度、被告的意圖等。Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1110(1995).

²⁰⁴ 劉孔中，*商標法上混淆之虞之研究*，五南出版，1997年10月初版，頁12。

聯邦未註冊商標侵權請求則以使用是否可能致使對附屬關係（affiliation）、關聯（connection）、贊助（sponsorship）的混淆誤認、錯誤或欺罔（deceive）。美國商標法的混淆誤認不只包含對來源的混淆誤認，也包括對使用人與商標權人間附屬關係（affiliation）、關聯（connection）、贊助（sponsorship）的混淆誤認。藍能法第四十三條(a)的混淆誤認包含了廣義的概念。

德國法也與美國法相同，皆包含了廣義的混淆之虞。在德國混淆之對象可分為事業之同一性（Unternehmensidentität）及事業之關聯性（Unternehmenszusammenhänge）。前者是相關公眾將實際上不同事業生產製造的產品誤認為同一事業製造，為狹義之混淆。後者是相關公眾雖然知道系爭商標來源為不同事業，但因商標及商品之近似，而誤以為兩者間具有任何經濟上、經營上、組織上或法律上如授權或贊助之關聯，為廣義之混淆²⁰⁵。

我國於 2004 年 5 月所公布施行之「混淆誤認之虞」審查基準第三點之規定，混淆誤認之類型有兩種：（1）商品或服務之相關消費者誤認二商標為同一來源，換言之，由於商標的關係，誤認來自不同來源的商品或服務以為來自同一來源，有稱此為錯誤的混淆誤認。（2）商品或服務之相關消費者雖不會誤認二商標為同一商標，但極有可能誤認二商標之商品或服務為同一來源之系列商品或服務，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係。由此可見我國商標法上混淆誤認包含了事業來源的混淆誤認及事業關聯的混淆誤認。

事業關聯的混淆誤認以相關消費者的認知為主，如果消費者認為使用商標於商品上的行為須經同意或核准，則經由授權取得同意或核准為必要的²⁰⁶。反之，

²⁰⁵ 劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，五南出版，1997 年 10 月初版，頁 12。

²⁰⁶ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23: 8 (4th ed.

如果消費者認為此行為無須經許可或核准，則不會發生事業關聯的混淆誤認，縱使使用人無獲授權使用他人相同或近似的註冊商標，由於消費者認知不會產生混淆誤認之虞，所以不會成立商標侵權。Stapleton 法官在 *National Football League v. Governor of Delaware*²⁰⁷ 一案對於消費者調查結果表示，顯然地在現代當職業運動球隊授權 T 恤、安全帽、飲料瓶及其他產品，很多人會認為沒有職業足球聯盟的許可或授權不能以足球比賽為主題發行樂透彩券。如果消費者習慣看到商標授權使用在與原來大相逕庭的商品及服務上，而且實際上未獲授權使用，是否可能會誤認在廣泛商品及服務上已取得授權許可？在現代品牌擴張的現象引發了循環（circularity）的問題。如果消費者認為多數商標使用需要取得授權，因為商標權人可以禁止未取得授權使用導致的消費者混淆誤認情形或請求權利金，那麼事實上即需要取得授權。如果權利人起訴禁止未授權的使用，那麼消費者在市場上只會看到取得授權使用的商品，如此也更加強了消費者取得授權是必要的認知。這是一個雞生蛋蛋生雞的難題。消費者的認知或交易上的授權情形何者是先產生的？授權本身可能會影響消費者的認知，而消費者認知又會影響實際上是否須取得授權。消費者認知創造了是否需要授權的法律，在商標法上消費者認知創造了混淆誤認之虞，而混淆誤認之虞使法律要求商標使用的授權。因此，如果多數消費者認為授權是需要的，法律即要求取得授權，那麼取得授權就確實是必要的了²⁰⁸。

在埋伏行銷中，很難一概而論相關消費者對於贊助關係或授權關係的認知，依商品或服務的種類、利用活動商標的近似程度、實際上使用的方式、甚至是活動的規模、公眾對活動的注意程度等，都會影響消費者對於埋伏行銷事業關聯的

2006)

²⁰⁷ *National Football League v. Governor of Delaware*, 435 F. Supp. 1372, 195 U.S.P.Q. 803 (D. Del. 1977).

²⁰⁸ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 24: 9 (4th ed. 2006)

認知。埋伏行銷的原告若無法證明相關費者對於事業關聯的混淆誤認之虞，則無法依商標侵權維護原先預期的經濟利益。而此為商標法本質上的限制，由於保護商標之目的在於傳達產品正確的來源、授權、贊助資訊給消費者，因此主張商標侵權的原告須證明被告商標使用導致來源、授權、贊助等的混淆誤認，原告須負混淆誤認之虞的舉證責任，舉證責任對原告而言是極大的負擔²⁰⁹，也影響到活動組織或贊助商尋求商標侵權訴訟打擊埋伏行銷的成效。

第二目 免責聲明（disclaimer）對混淆誤認之虞的影響

有些埋伏行銷為了避免導致消費者混淆誤認，在產品上²¹⁰或在銷售場所²¹¹使用免責聲明。所謂免責聲明乃在產品上、部分產品上、其他傳播媒介提供資訊，為了達到特殊效果的目的—告知資訊接受者或消費者當事人間沒有關聯。從消費者行為的角度觀察，免責聲明通常無法發揮應有的效果，主要因為資訊不能自動轉化為預期的影響，無法立即為資訊接受者正確理解。例如消費者接觸一則雜誌上的廣告並不表示消費者注意該廣告，部分原因在於消費者避免使感知系統（cognitive system）超載過多的資訊，尤其是平常使用頻繁且單價不高的產品。此外，消費者縱使閱讀了資訊也未必能閱讀完整的資訊，並不保證正確理解或記憶²¹²。不只在消費者行為上有相關的討論，在美國訴訟實務也累積了不少的案例深入論述免責聲明對於混淆誤認之虞的影響。美國實務審查免責聲明是否有效，若為有效的免責聲明，則可有效防止混淆誤認之虞的發生。免責聲明若能避免混淆誤認之虞發生，將使埋伏行銷在法律上有更大的活動空間。我國實務對此似乎沒有相關案例探討，而美國實務的發展可作為我國將來面臨相同議題時的參考。

²⁰⁹ Anita M. Moorman & T. Christopher Greenwell, *Consumer Attitude of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices*, 15 LEGAL ASPECTS SPORT 183, 186(2005).

²¹⁰ *NFL v. Governor of Delaware*, 435 F Supp. 1372, (US Dist Ct,1977).

²¹¹ 第三章第二節第一項所論及的 *Arsenal* 一案。

²¹² *Jacoby & Szybillo, Why Disclaimers Fail*, 84 TRADEMARK REP. 224, 225 – 226 (1994).

埋伏行銷的被告可能會使用免責聲明陳述與原告間並無關聯，免責聲明是否可以防止混淆誤認之虞並不一定，須視具體個案事實而定。在埋伏行銷中使用免責聲明最早的案例為*NFL v. Governor of Delaware*²¹³，州法院下令要求被告增加免責聲明防止消費者對於背書、授權、贊助的混淆誤認，而此案為*National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd.*²¹⁴所依循，使得有效的免責聲明成為埋伏行銷的保護傘²¹⁵。在追求言論自由與商標權保護的平衡保護下，*Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*²¹⁶，*Consumers Union*案認為免責聲明有助於對言論自由的最少限制，可有效減緩欺罔（falsity）或混淆誤認²¹⁷。

美國法院對於免責聲明的審查更加細緻化，許多法院認為免責聲明不能澄清混淆誤認之虞，事實上許多案例顯示使用免責聲明反而加強了消費者的混淆誤認。首先，在被告使用原告商標同時使用比原告商標小十六倍的免責聲明案例²¹⁸中，法院認為如此的免責聲明無法有效彌補混淆誤認之虞。在另一案例²¹⁹中法院也表示相同的見解，對於關係或聯繫的免責聲明以小寫出現在廣告的底部，由於免責聲明的位置和大小，所以免責聲明無法有效減緩廣告龐大標題所傳達的錯誤印象²²⁰。第十一巡迴法院²²¹也批評免責聲明。被告以紅色與黑色酒瓶且繪有英國牛頭犬銷售戰鬥牛頭犬啤酒，而牛頭犬圖案與喬治亞大學吉祥物近似。法院認為使用該學校的顏色及吉祥物具有暗示經該大學授權、核准或贊助及有混淆誤認之虞。即使被告在酒瓶上使用免責聲明，第十一巡迴法院認為該免責聲明標示過小，

²¹³ *NFL v. Governor of Delaware*, 435 F Supp. 1372, (US Dist Ct, 1977)

²¹⁴ *NHL v. Pepsi-Cola*, 92 D.L.R. 4th 349 (B.C. 1992).

²¹⁵ Steve McKelvey & John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers*, 21 WTR ENT. & SPORTS LAW. 8, 11 (2004).

²¹⁶ *Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 221 U.S.P.Q. 400 (2d Cir. 1983).

²¹⁷ J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²¹⁸ *Cartier, Inc. v. Deziner Wholesale, L.L.C.*, 55 U.S.P.Q.2d 1131, 2000 WL 347171(S.D. N.Y. 2000).

²¹⁹ *Weight Watchers Int'l, Inc. v. Stouffer Corp.*, 744 F. Supp. 1259, 19 U.S.P.Q.2d 1321, 1334 (S.D.N.Y. 1990).

²²⁰ J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²²¹ *University of Georgia Athletic Ass'n v. Laite*, 756 F.2d 1535 (11th Cir. 1985).

因而免責聲明無效²²²。質言之，當免責聲明的位置與大小不顯著時，法院傾向認定免責聲明無法防止混淆誤認之虞。美國第七巡迴法院表示尤其是在被告逐字複製原告的名稱時，原告的信譽（reputation）和商譽（goodwill）應該無法只依靠常為消費者忽略的免責聲明維護之。第六巡迴法院²²³也有類似的見解，當後使用者使用與先使用者相同的商標，免責聲明沒有效用²²⁴。在此可得知當被告使用原告完全相同的商標時，法院基於兩商標的相似性傾向認為免責聲明無效。

在一九八七年第二巡迴法院突破以往的見解，加諸侵害者舉證責任證明免責聲明是有效的。第二巡迴法院對於免責聲明作為減少消費者混淆誤認的補救方法抱持懷疑的態度。第二巡迴法院注意到消費者研究認為免責聲明使用簡要的負面文字通常沒有效果，例如使用「not」或「no」，因此在*Home Box Office, Inc. v. Showtime/Movie Channel, Inc.*一案（簡稱HBO案）²²⁵中加諸侵害者舉證責任，侵害者須提出證據足以證明可以有效減少消費者混淆誤認之虞。如果侵害者無法達到，則會發出絕對的禁制令。而在*Charles of Ritz Group, Ltd. v. Quality King Distributors, Inc.*（簡稱Charles of the Ritz案）²²⁶適用新的舉證責任，法院認為存在著重大的混淆誤認之虞（substantial likely confusion），侵害者不能提出任何證據支持免責聲明可減少消費者混淆誤認的主張，法院贊同地方法院否定免責聲明。然而，在*Soltex Polymer Corp. v. Fortex Industries, Inc.*一案（簡稱Soltex案）²²⁷表示若混淆誤認之虞是「極微的或適度的（minimal or moderate）」、「遠少於重大的（far

²²² Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1107 (1995).

²²³ *Audi AG v. D'Amato*, 469 F.3d 534, 81 U.S.P.Q.2d 1108, 2006 FED App. 0439P (6th Cir. 2006). See also *Boston Pro Hockey Ass'n v. Dallas Cap & Emblem Mfg.*, 510 F.2d 1004 (5th Cir. 1975), cert. denied, 423 U.S. 869 (1975).

²²⁴ J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²²⁵ *Home Box Office, Inc. v. Showtime/Movie Channel, Inc.*, 832 F.2d 1311, 4 U.S.P.Q.2d 1789 (2d Cir. 1987).

²²⁶ *Charles of Ritz Group, Ltd. v. Quality King Distributors, Inc.*, 832 F.2d 1317, 4 U.S.P.Q.2d 1778 (2d Cir. 1987).

²²⁷ *Soltex Polymer Corp. v. Fortex Industries, Inc.*, 832 F.2d 1325, 4 U.S.P.Q.2d 1785 (2d Cir. 1987).

less than substantial) 」，法院有裁量權駁回絕對禁制令，允許免責聲明的使用。之後法院²²⁸強調*Soltex*一案區分極微的或適度的和較重大的混淆誤認之虞情形，前者情況下免責聲明可能有效，但後者侵害者須負舉證責任，證明免責聲明不是簡略的無關聲明，而是精巧詳盡的聲明可顯著 (significantly) 減少混淆誤認之虞²²⁹。

上述美國第二巡迴法院免責聲明的見解並不是很清楚或一致，也有待觀察何種證據足以滿足*HBO*一案與*Charles of the Ritz*一案舉證之要求。然而現在不是由原告證明免責聲明不能避免混淆誤認之虞，而是將負擔加諸於侵害者，由侵害者證明免責聲明如何防止混淆誤認之虞。儘管免責聲明的影響常是不確定的，舉證責任的轉換為加強商標侵權賠償的重要進展²³⁰。在許多案例中，對後使用者很難證明免責聲明可以避免混淆誤認之虞。從早期院採納免責聲明，在商標法上埋伏行銷可藉此尋求合法之空間，到現在免責聲明若為含糊不清 (ambiguous)、隱藏的 (hidden) 或不能治癒混淆誤認 (do not cure confusion)，法院已較不願採納免責聲明之主張²³¹，縮小了埋伏行銷在商標法合法存在的空間。學者認為免責聲明在商標侵權案例中的問題在於消費者接收兩種矛盾對立的資訊：被侵害的商標傳達了來源表示的資訊，相反地免責聲明則傳遞了與事業來源無關的資訊。如此衝突的資訊放置一起，有時會比只侵害商標更加使人混淆誤認或欺罔²³²。甚至有認為埋伏行銷選擇使用免責聲明等於開啟訴訟之門，使原告得以爭執免責聲明的大小、位置、顯著與否，因此建議埋伏行銷不要使用免責聲明比較保險²³³。

雖然美國實務對於免責聲明之有效性逐漸採取嚴格審查，但是如果免責聲明

²²⁸ *ProFitness Physical Therapy Center v. Pro-Fit Orthopedic and Sports Physical Therapy P.C.*, 314 F.3d 62, 65 U.S.P.Q.2d 1195 (2d Cir. 2002).

²²⁹ J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²³⁰ J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²³¹ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1106 (1995).

²³² J. Thomas McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23: 51 (4th ed. 2006)

²³³ Steve McKelvey & John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers*, 21 WTR ENT. & SPORTS LAW. 8, 13 (2004).

足夠清楚明確，將可避免消費者對於授權、許可、贊助關係等事業關聯的混淆誤認，而且，使用顯著的免責聲明同時也較容易負擔舉證責任，較易提出證據證明足以避免混淆誤認之虞。埋伏行銷若選擇使用免責聲明時，應留意其大小、顏色、在產品上或販售場所的位置等，以顯著的方式使消費者知悉事業與活動組織並無關聯，則可有效地預防消費者混淆誤認之虞。上述不要使用免責聲明的建議基於舉證責任的考量，但仍無法降低商標侵權的風險。是故本文認為埋伏行銷為了避免商標侵權的疑慮或降低商標侵權的成立，使用顯著的免責聲明仍是可行的措施。如果在舉證責任轉換的情況下，使用清楚明確的免責聲明較容易負擔舉證責任，即使在沒有舉證責任轉換的情形，原告將更難證明消費者混淆誤認之虞，因此使用顯著的免責聲明可適當減少違法的風險。不過埋伏行銷在使用顯著免責聲明的同時，有可能會失去一些重視事業關聯的消費者，弱化了原本行銷策略的成效，但這是同時追求合法不可避免的兩難。

第四項 小結

依我國商標法第二十九條，成立商標侵權須使用相同或近似的商標。多數埋伏行銷利用活動相關特色或贊助手段創造與大型活動的關聯，並不會直接使用相同或近似的註冊活動商標，因此商標法發揮的管制效果有限。縱使使用相同或近似的註冊活動商標，部分埋伏行銷的案例也可從特殊的使用方式—非作為商標之使用和註冊活動商標的保護範圍，排除商標侵權之成立。至於混淆誤認之虞，雖然國外實務的趨勢否定免責聲明具有緩和消費者混淆誤認的效果，但本文認為埋伏行銷可選擇使用清楚顯著的免責聲明，作為消費者混淆誤認贊助關係的防範措施，儘管未必能排除商標侵權之成立，但不失為降低侵權成立的自保之道。

第四章 以不正競爭法檢視埋伏行銷

在我國公平交易法的不正競爭法架構下，埋伏行銷與不正競爭最密切相關者分別為第二十條的仿冒行為、第二十一條的不實廣告及第二十四條其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。是以，本章將以三部分探討埋伏行銷在不正競爭法的法律評價，並且探討以不正競爭法管制埋伏行銷的可行性。

第一節 仿冒行為

第一項 國外仿冒行為法制

第一目 美國法

美國繼受英國法傳統，對於事業「識別」(identification)之保護，目的有二，其一為避免事業努力投注資源所建立用以彰顯商譽(good will)的識別，遭到混淆(confuse)或稀釋(dilution)；其二則是避免消費者遭欺罔(deceptively use)而陷於錯誤。不成文法之發展及成文法對於商標之保護結果，則已進一步將對於商品、服務等商業識別之保護，約略區分「商標/商號名稱」(trade mark/trade name)侵害及「以商標/商號名稱以外之其他識別方法」混淆，並且包括來源(origion)表示之混淆以及來源以外(description or representation)表示之混淆，一般則以矇混palming off或passing off概稱，前者可能涉及商標法之保護，後者則依參照「不公平交易行為」之規範處理，常見之行為態樣諸如包裝、產品外觀、甚至廣告標語之模仿等²³⁴。

在美國法上，可使用之訴因有第三十二條的侵害聯邦註冊商標、第四十三條

²³⁴ 謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁190-191。

的禁止不實表徵或來源（可用於已註冊或未註冊之商標）以及各州普通法的侵害訴因（未註冊標章得主張），這些訴因在訴訟上常被同時併用。身為商標權人的活動組織或贊助商可以主張聯邦法與州法來挑戰埋伏行銷²³⁵。原告最常援引藍能法第四十三條(a)²³⁶規定主張不公平競爭與不實廣告，也有可能主張州普通法，例如不公平競爭或挪用（misappropriation）活動組織、大型活動或官方贊助商的商譽及信譽²³⁷。

第一款 藍能法

藍能法第四十三條(a)(1)(A)規定，禁止於商品、服務或其容器上使用任何文字、詞彙、名字、記號、圖形或其組合，或任何不實來源之表示、對事實為不實或引人錯誤之說明（description）或陳述（representation），而可能導致對於使用人與他人間附屬關係（affiliation）、關聯（connection）、聯繫（association）的混淆誤認、錯誤或造成欺罔行為（deceive），或對來源、贊助（sponsorship）、核准（approval）的混淆誤認、錯誤或造成欺罔行為。第四十三條(a)使未註冊商標（使用商標）可在聯邦法中成為訴因的明文規定，例如營業名稱或營業表徵（trade dress）。權利人可享有州法和聯邦法的保護，雖然藍能法提供之救濟較充分，但未能如註冊商標權人般享有推定商標權有效之優惠²³⁸。本條對於不實陳述或涉及不公平競爭，甚至與註冊商標無關的案例提供救濟。因此第四十三條(a)可規範來源或贊助的混淆誤認之虞及對產品特性與品質之欺罔行為²³⁹。

藍能法的立法目的—保護消費者免於混淆誤認及保護商標權人。首先，公眾

²³⁵ 王敏銓，美國商標法之混淆之虞及其特殊態樣之研究，智慧財產權月刊第 94 期，2006 年 10 月，頁 85。

²³⁶ 亦即聯邦商標法 15 U.S.C. §1125(a)。

²³⁷ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1109 - 1110 (1995).

²³⁸ 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007 年 6 月，頁 31。

²³⁹ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1110 - 1111 (1995).

可以確信在購買標示著特定商標的商品時，將可獲得所需要及欲獲得的商品。第二，商標權人可以確信國會立法保護免受他人挪用付出的心血、時間及金錢。一九八八年藍能法修法理由曾提到，不論消費者利益或合法事業利益的保護皆相當重要。藍能法第四十三條(a)結合了上述兩個目的，對該使用人與他人間之附屬關係或聯繫產生混淆誤認、錯誤或欺罔發生時，提供民事之請求權。第四十三條(a)禁止與權利人有不實關係的競爭，並藉此欺罔與削減權利人的市場²⁴⁰。因此為了保護事業的利益，權利人可依此條所提供的保護尋求防止埋伏行銷。

法院傳統上將第四十三條(a)立法目的解釋為保護消費者免於混淆誤認。在 *International Order of Job's Daughters v. Lindeburg and Co.*²⁴¹，第九巡迴法院分析了第四十三條(a)的請求權及表示商標法僅與產品製造者、贊助商、轉讓人 (endorser) 的識別有關，以避免消費者混淆誤認。第二巡迴法院在 *Home Box Office, Inc. v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*²⁴² 也解釋到國會制定藍能法乃為了防止消費者對於下列兩者的混淆誤認，(1) 商標權人與試圖使用商標或近似商標之競爭者間的關係及 (2) 商標或近似商標所代表的產品來源²⁴³。接下來偏向保護消費者的案例證明了法院一般認為在第四十三條(a)規定下，被告使用他人商標而對於商品或服務的聯繫或贊助為不實陳述時，被告應負法律責任。在 *Frisch's Restaurants v. Elby's Big Boy of Steubenville*²⁴⁴，原告在 Ohio 有使用 Big Boy 商標的排他權，原告控告被告一家西維吉尼亞公司持續使用 Big Boy 商標，甚至與 Big Boy 餐廳之所有人簽訂的加盟契約結束後仍繼續使用。第六巡迴法院適用了第四十三條(a)禁止被告繼續使用 Big Boy 商標，法院認為構成對於來源的不實表示或對於商品不實的陳述²⁴⁵。

²⁴⁰ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1111-1112 (1995).

²⁴¹ *International Order of Job's Daughters v. Lindeburg and Co.*, 633 F.2d 912 (9th Cir. 1980)

²⁴² *Home Box Office, Inc. v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 832 F.2d 1311 (2d. Cir. 1987).

²⁴³ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1104 (1995).

²⁴⁴ *Frisch's Restaurants v. Elby's Big Boy of Steubenville*, 670 F.2d 642 (6th Cir.)

²⁴⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L.

在 *National Football League Properties, Inc. v. New Jersey Giants, Inc.*²⁴⁶，紐澤西地區法院援引了第四十三條(a)禁止被告使用特定 NFL 商標。當紐約巨人美式足球隊遷到紐澤西州東拉塞福的大型體育運動場 Meadowlands Sports Complex，被告使用了含有「紐澤西州巨人隊」之文字來製造銷售 T-shirt 及標示著「紐澤西巨人隊」logo 的其他商品。法院禁止被告之行為，並且認為使用巨人隊的商標有致使消費者混淆誤認之虞，或欺罔消費者誤以為 NFL 或紐約巨人隊授權許可使用名稱的變體。其他相關的案例 *National Football League Properties, Inc. v. Wichita Falls Sportswear*²⁴⁷，法院禁止美式足球針織衫生產商未獲授權生產 NFL 球隊針織衫的行為。之後法院修改其禁制令允許有限的銷售，只要被告在針織衫複製品為免責之聲明陳述 NFL 並未授權也未贊助針織衫的生產。被告違反禁制令後，法院認定被告欺罔公眾及完全禁止被告的營運，而禁制令的範圍包括禁止針織衫使用 NFL 的官方顏色和主要的球隊顏色²⁴⁸。

法院也承認藍能法保護商標權人的目的。例如第九巡迴法院在 *Job's Daughters* 一案認為藍能法的目的乃保護消費者免於商品來源的欺罔及使消費者能夠區辨商標權人與他人的產品。在 *Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.*²⁴⁹ 第二巡迴法院表示該法目的乃專門保護單純商業階級的利益免於道德非難性（unscrupulous）的商業行為。評論者認為應該更強調此面向，因為該法傾向保護商標權人免受商標之濫用，而非保護公眾免受欺罔。第二巡迴法院在 *Colligan* 一案提到法院很少對第四十三條(a)之立法目的表示意見²⁵⁰。

Rev. 1099, 1112-1113 (1995).

²⁴⁶ *National Football League Properties, Inc. v. New Jersey Giants, Inc.*, 637 F. Supp. 507 (D.N.J. 1986).

²⁴⁷ *National Football League Properties, Inc. v. Wichita Falls Sportswear*, 532 F. Supp. 651 (W.D. Wash. 1982).

²⁴⁸ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1113 (1995).

²⁴⁹ *Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.*, 442 F.2d 686 (2d Cir.), cert. denied, 404 U.S. 1004 (1971).

²⁵⁰ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1113-1114 (1995).

至於藍能法第四十三條(a)的解釋，除非各該條文文義或立法另有指示，否則美國法院會參考普通法的一般原則及藍能法其他條文解釋本條。美國各州普通法以仿冒保護營業名稱、營業表徵，因為與商標同為營業標識，因此與商標之仿冒原理相近。在保護要件上，保護客體須與商標一樣具識別性；在權利效力上，亦可禁止他人可能引起消費者對關聯、贊助之混淆誤認²⁵¹。為了成功主張第四十三條(a)之請求，原告必須證明營業表徵等客體具先天識別性或第二意義²⁵²以及被告活動導致了混淆誤認之虞²⁵³。即使標示著相同或近似商標的商品或服務彼此沒有直接競爭關係，來源的混淆誤認仍會存在。在 *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*²⁵⁴，被告為紐約電影製造商與電影院，散布及上映一部粗俗、噁心的情色電影。電影中的女主角身著類似 Dallas Cowboys 啦啦隊的制服表演不同的性行為。法院認為原告在由白色長靴、白色短褲、藍色上衣及星釦背心所組成的制服上擁有商標權。雖然 Dallas Cowboys 啦啦隊與色情電影或電影院沒有直接競爭關係，但法院仍禁止被告行為，因為消費者可能會混淆誤認啦啦隊授權或贊助該部電影²⁵⁵。是故，即使原被告沒有直接的競爭關係也可主張藍能法第四十三條(a)，混淆誤認之虞為藍能法第四十三條(a)之核心以及訴因的成立判斷標準。

第二款 普通法矇混 (Passing Off)

英國法從詐欺 (fraud and deceit) 的侵權行為發展出矇混，反應了傳統不公平競爭的原則，而美國繼受英國法之傳統。然而矇混在英國與美國的發展不太相同，在美國矇混發展為商標侵權的請求權，不論為聯邦的註冊商標或聯邦或州法的未

²⁵¹ 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007 年 6 月，頁 31。

²⁵² *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana*, 505 U.S. 763, 112 S. Ct. 2753 (1992). ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 110 (3rd ed. 2006).

²⁵³ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1114 (1995).

²⁵⁴ *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979).

²⁵⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1115 - 1116 (1995).

註冊商標皆可適用此原則。在英國則發展為兩個不同的脈絡，商標法只限於註冊商標的侵害，而矇混則限於普通法未註冊商標與營業表徵的侵害²⁵⁶。關於美國普通法上的矇混（Passing Off，與 Palming Off 為同義詞），過去美國法院在公然（flagrant）或故意的商標或營業表徵侵害中使用矇混一詞，但現在許多法院使用矇混指涉任何混淆誤認之虞的情形²⁵⁷。然而學者批評美國法院濫用矇混一詞，矇混乃試圖使消費者誤認後參加者的產品為知名競爭者的產品²⁵⁸。矇混偏重被告主觀的意圖，而混淆誤認之虞則強調消費者遇到近似營業標識與商標時的主觀反應，矇混及導致混淆誤認的界限並不清楚，兩者也容易與挪用競爭者的財產及商譽有所重疊²⁵⁹。

通常矇混用來指稱後使用者試圖將先使用者商品當作自己商品銷售的情形，亦即販售者不實陳述他人的商品，任何人皆無權將自己之商品表示為他人的商品，包括如下的情形：消費者需求某一品牌的商品，未告知消費者的情況下卻提供了另一種商品，例如消費者在餐廳裡點了可口可樂卻替換成另外一種的可樂飲料²⁶⁰，類似的情形例如以可口可樂的瓶子裝入另一種飲料也屬於矇混的情形²⁶¹。矇混涵蓋各式各樣的情況，包含表徵仿冒和商標侵權的情形²⁶²，大致上可分為四種類型：明示矇混（express passing off）、暗示矇混（implied passing off）、反向明示矇混（reverse express passing off）、反向暗示矇混（reverse implied passing off）的型態。明示的矇混為典型的商標侵權²⁶³，而暗示的矇混則使用競爭者的照片、

²⁵⁶ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 432 (3rd ed. 2004).

²⁵⁷ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 122-123 (3rd ed. 2006).

²⁵⁸ 原文為：Passing off is an attempt to make the purchaser believe that the product of the subsequent entrant is that of his better known competitor.

²⁵⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §25: 2 (4th ed. 2006)

²⁶⁰ *Coca-Cola Co. v. Overland, Inc.*, 692 F. 2d 1250, 216 USPQ 579 (9th Cir. 1982).

²⁶¹ *United States v. Petrosain*, 126 F. 3d 1232(9th Cir. 1997).

²⁶² ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 122-123 (3rd ed. 2006). J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 432 (3rd ed. 2004).

²⁶³ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §25:5 (4th ed. 2006)

樣本，暗示性地不實陳述自己的商品為競爭對手的商品，此種情形通常也被認為違反藍能法第四十三條(a)²⁶⁴。反向明示矇混係指被告未經同意移除產品原來的商標，而在產品上重新標示自己的商標。被告沒有使用原告商標，因此反向明示矇混並不是商標侵權，然而該產品並非源自於被告，許多法院認為反向明示矇混為不實表示來源的一種型態，違反藍能法第四十三條(a)²⁶⁵。至於反向暗示矇混係指被告未經同意移除原來產品的商標，以沒有品牌的狀態（in an unbranded state）販售原告的產品。有論者認為反向暗示矇混剝奪商標權人的廣告價值²⁶⁶，另有論者認為反向暗示矇混為單純財產權的概念，相較於傳統消費者混淆誤認之虞的概念反而較類似挪用（misappropriation），並且有許多法院認為此種行為並不違法²⁶⁷。

普通法矇混保護免受他人詐欺的產品替代（substitution）行為，此目的基本上與商標或商號的保護目的相同—保護一事業既有的公共關係或商譽，差異為後者保護使用識別性的營業表徵所產生的商譽，而前者保護產品的商譽，是否有使用營業表徵的行為在所不問²⁶⁸。活動組織或贊助商為了保護其經濟上利益，對於仿冒行為除了依藍能法主張外，還可以主張普通法上的矇混。

第二目 德國法

德國一九九四年以前不正競爭防止法第十六條有關營業標識保護的規定與我國公平法第二十條規定相當，以英國法概念而言，為矇混（passing off）的典型規

²⁶⁴ J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §25:7 (4th ed. 2006)

²⁶⁵ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 138 (3rd ed. 2006). J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §25:6 (4th ed. 2006)

²⁶⁶ Borchard, *Reverse Passing Off: Commercial Robbery or Permissible Competition?*, 67 Trademark Rep. 1, 3, 17 (1977).

²⁶⁷ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 528 (3rd ed. 2004). J. THOMAS MCCARTHY, 4 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §25:8, 9 (4th ed. 2006)

²⁶⁸ 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007年6月，頁32。

定²⁶⁹。該規定已於一九九四年修法時刪除，將有關營業標識（*Geschäftliche Bezeichnungen*）保護納入商標法規範之²⁷⁰。商標法規範所有與標識有關的客體，所保護之客體相當廣，可以分成三類：第一類是「商標」，包括註冊商標、表徵與巴黎公約眾所周知之著名商標，第二類是「營業標識」，第三類是「地理來源標示」。其中「營業標識」包括「事業標識」（*Unternehmenskennzeichen*）與「著作名稱」（*Werktitel*）。事業標識係指在營業交易中所使用之名稱、商號，以及營業或事業之特別標識；而營業之特別標識則包括在相關交易範圍內，被視為營業標識之營業標記或其他用以區別該營業與其他營業之特定標識²⁷¹。營業標識所有人可以享有如同商標權一樣之排他性權利²⁷²，可以禁止他人以會引起混淆之方式使用相同或近似之標識²⁷³，甚至如果是著名之營業標識可以享有更大之保護，亦即可以禁止他人為不當之使用或有減損其區別力之行為²⁷⁴。營業上之特別標識必須具有區別力（*Unterscheidungskraft*）始能受到保護，通常是幻想性文字比較容易具有區別力，而日常用語或物品之種類概念，則比較不容易具有區別力。如果一營業標識不具有區別力，則必須在相關交易圈取得交易效力（*Verkehrsgeltung*），始能受到保護，雖然不需要具備非常高的知名度，然而依實務見解，在相關領域範圍內仍然必須具有達到25%的知名度²⁷⁵。

對營業標識保護而言，最為重要的概念即屬混淆之虞。德國實務及學說通說，所有標識應適用相同、單一的混淆之虞的概念。在德國營業標識法制上的混淆之虞分為狹義與廣義兩者，前者為同一性發生錯誤，後者則在關聯性受到誤導。狹義混淆之虞又分為直接與間接兩種，直接指誤以為兩標識為同一標識，而間接

²⁶⁹ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版，頁40。

²⁷⁰ 謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁193。

²⁷¹ 德國商標法第五條第二項。

²⁷² 德國商標法第十五條第一項。

²⁷³ 德國商標法第十五條第二項。

²⁷⁴ 德國商標法第十五條第三項。

²⁷⁵ 謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁193-194。

係指並未誤認系爭標識，但因兩者間共同成分而誤以為一標識來自於另一標識，亦即誤以為來自同一來源，系列商標即為常見的事例。德國新商標法雖在立法理由中表示，新商標法並非建立在最高法院間接混淆之虞與廣義混淆之虞的原則上，是故不得再直接引用此原則，然而德國司法實務卻認為其仍有適用，認為混淆之虞的標準並無不同²⁷⁶。混淆之虞包含了廣義的類型，對於規範埋伏行銷具有重大的意義。由於埋伏行銷試圖與活動建立聯繫，藉此提升自己事業的知名度，因此埋伏行銷通常也會標示自己事業的商標或表徵，公眾較不會產生事業同一性的混淆，反而有可能對事業關聯性產生混淆。是故混淆的概念涵蓋廣義的型態，規範管制埋伏行銷才可能具實效性。

第二項 國外相關案例

第一目 *Mastercard v. Sprint* — 利用贊助手段

美國第四十三條(a)傳統的案例，相關消費者的混淆誤認向來為探討的重點，然而在埋伏行銷中消費者混淆未必為主要的焦點，此時法院可能考量到另一個立法目的—保護商標權人，因而試圖保護事業的合法利益及贊助契約。在美國 *Mastercard v. Sprint* 一案²⁷⁷，法院除了著重在贊助契約的解釋上，還適用第四十三條(a)以保護原告 *Mastercard* 高額的贊助投資。有些埋伏行銷雖然不會贊助大型活動的舉辦組織，但會利用其他贊助手段建立與大型活動的關係，例如贊助運動選手、轉播媒體、甚至是贊助直接取得活動官方贊助權的事業。*Mastercard v. Sprint* 與上述埋伏行銷有些許不同，但仍可提供利用其他贊助手段的埋伏行銷有關司法實務的參考。

Mastercard v. Sprint 案例事實與一九九四年世界盃足球賽有關。國際體育文化

²⁷⁶ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版，頁33-34。

²⁷⁷ *Mastercard Int'l, Inc. v. Sprint Communications Co.*, 30 U.S.P.Q.2d 1963 (S.D.N.Y. 1994).

與娛樂休閒公司(International Sports Culture and Leisure Marketing ; 後述簡稱ISL) ²⁷⁸支付FIFA取得一九九四年世界盃足球賽發行贊助的權利，在一九九一年三月ISL授權給Mastercard世界盃官方贊助權。由於Mastercard取得官方贊助權，因此Mastercard取得在各種卡片付款及帳目近用設備上(account access devices) ²⁷⁹使用一九九四年世界盃商標的專屬排他權。一九九四年美國世界盃公司是世界盃比賽地區組織委員會(Local Organizing Committee ; LOC)。在一九九一年五月，ISL與LOC簽訂契約，LOC取得與其他公司簽訂官方夥伴(official partner) 契約的權利，並且可授權其他公司在公司產品上使用世界盃商標的權利。官方夥伴不能使用世界盃商標在任何卡片付款及帳目近用設備上，因為LOC不能授予官方夥伴可能侵害官方贊助商之權利。一年後LOC與Sprint簽訂契約並授權Sprint成為官方夥伴。該契約授予Sprint世界盃比賽專屬長期通訊載體的權利以及在廣告、行銷、促銷上使用世界盃商標與logo的權利。基於Sprint與LOC對官方夥伴權利的認知，Sprint發行了逾一百萬張印有世界盃商標的電話卡。每一張卡片擁有一組號碼，卡片沒有供讀卡機掃描的磁條，消費者也不能進行借貸消費。因為Sprint發行世界盃電話卡的行為，因而Mastercard向法院申請預備與永久禁制令。Mastercard認為被告使用他人商標而對商品或服務的聯繫和贊助為不實陳述，主張藍能法第四十三條(a)的請求權，請求法院禁止Sprint發行卡片以及其他可能會侵害Mastercard專屬權協議的商業活動²⁸⁰。

Mastercard v. Sprint 並非一般典型的埋伏行銷，因為傳統典型的埋伏行銷很少使用他人商標例如世界盃 logo。一般常見的埋伏行銷主要著眼於在消費者心中

²⁷⁸ ISL Football A.G.是知名的國際足球聯盟，而 ISL Marketing A.G.是一家瑞士公司，負責銷售奧運全球性的權利，知名的奧運 TOP 計畫即為業務之一，ISL Marketing A.G.是 ISL Football A.G.百分之百持股的子公司。在 *Mastercard v. Sprint* 一案中，ISL Marketing A.G.與 ISL Football A.G.為第三人被告(third-party defendants)，Sprint Communications Co.控告他們為第三人被告。

²⁷⁹ 包括信用卡、旅遊及娛樂卡、線上及離線銷售點記帳卡、支票擔保卡等不以此為限，或綜合前述兩項或更多功能的卡。

²⁸⁰ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1122-1124(1995).

創造與大型活動的關聯性，較少直接使用相同或類似的註冊活動商標。此外，進行埋伏行銷的事業並不會向活動組織或相關組織支付授權金以取得贊助或夥伴的權利²⁸¹。本案被告 Sprint 在已取得商標使用權的認知下為商業行為，本案特殊之處即在此處－原告與被告皆取得該活動組織的授權，法院判決主要也依據這些協議而為判斷²⁸²。美國紐約南區地方法院認定 Mastercard 與 ISL 的契約文字禁止 Sprint 印製發行有世界盃商標的電話卡，亦即 Mastercard 在卡片付款設備上擁有專屬使用商標之權。

法院肯認 Sprint 製造出 IOC 及 ISL 官方核准在電話卡上使用商標的錯誤印象，並禁止被告在任何卡片付款服務上使用世界盃商標或其他抵觸原告專屬排他權的行為。法院首先審查了 *Warner Bros., Inc. v. Gay Toys, Inc.*²⁸³ 一案，指出第二巡迴法院認為原告依第四十三條主張相當的救濟時，僅須證明混淆誤認之虞或消費大眾的欺罔。雖然法院從未明確闡釋 Mastercard 如何證明混淆誤認之虞，但法院相信 Sprint 繼續使用行為將導致世界盃比賽來源或贊助的錯誤印象。法院也遵循了 *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc., v. Pussycat Cinemas, Ltd.*²⁸⁴ 一案，關於證明消費者混淆誤認方面，原告僅需證明消費者可能相信 (would believe) 商標權人核准這些使用行為。雖然法院並未提及被告行為是否或如何導致消費者混淆誤認，但法院核可禁制令的結果顯示出原告已滿足第四十三條(a)證明混淆誤認之虞的要求²⁸⁵。

²⁸¹ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1125-1126(1995). E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1342 (2005).

²⁸² 美國紐約南區地方法院認定 Sprint 在卡上印有號碼，該當卡片付款設備，並認為 Mastercard 契約文字禁止 Sprint 在卡片上使用世界盃商標，尤其法院判定外在證據顯示 Mastercard 及 ISL 皆有意授予 Mastercard 在電話卡上使用商標的專屬排他權。法院進一步說明了 ISL 與 IOC 的契約並不允許 IOC 就卡片付款及帳目近用設備訂立契約。縱使電話卡上沒有磁條，亦構成卡片付款及帳目近用設備等的類似商品，因此法院認為 Mastercard 契約文字禁止 Sprint 印製發行有世界盃商標的電話卡。Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1124(1995).

²⁸³ *Warner Bros., Inc. v. Gay Toys, Inc.*, 658 F.2d 76 (2d Cir. 1981)

²⁸⁴ *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc., v. Pussycat Cinemas, Ltd.*, 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979)

²⁸⁵ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L.

綜上可知藍能法第四十三條(a)向來以混淆誤認之虞為重心，亦即較著重消費者保護的面向，而在*Mastercard v. Sprint*凸顯了保護商標權人的另一面向。法院直接肯認公眾以為世界盃同意Sprint使用商標導致消費者混淆誤認的情形，然而法院並未仔細探討消費者如何混淆誤認，甚至未論述消費者是否在意Sprint的身分究竟是一九九四年世界盃比賽的官方贊助商（official sponsor）或官方夥伴（official partner）。假設消費者在意Sprint的事業關聯，將實際上官方夥伴的事業誤認為官方贊助商的混淆誤認是否為藍能法第四十三條(a)所規範的範圍，本文認為此問題值得思考。典型藍能法第四十三條(a)對贊助之混淆誤認應為下述情形：實際上毫無關聯性的事業因不實陳述或欺罔行為導致消費者誤以為存有贊助關係，乃無到有的混淆誤認歷程。然而本案相關消費者將事實上一類型贊助關係誤認為另一類型的贊助關係，是否該當藍能法第四十三條(a)的混淆誤認？本文抱持質疑的立場。以混淆誤認之虞為出發點，並且立基於消費者在乎事業與大型活動關聯性的基礎上，本文認為本文中相關消費者的認知為事業實際上與大型活動有所關聯即可，並不會在乎確切的贊助關係。大型活動為了籌措充分的經費，將贊助契約分為許多等級，隨著贊助契約的不同所享有的權利也不同，大致上可分為頂級的全球官方贊助商享有全球性的排他權（如本案的Mastercard）、官方贊助夥伴享有地區性的排他權（如本案的Sprint）²⁸⁶。是以本文認為相關消費者並不在乎究竟是全球官方贊助商或官方贊助夥伴，如果消費者對此並不在關注的，也就不該當混淆誤認之虞。綜上本文從消費者混淆誤認之虞出發，亦即採取較偏向消費者保護的立場。然而本案美國紐約南區地方法院顯然較著重在贊助契約、授權契約與商業利益的保護上，法官在本案曾表示：「Mastercard支付高額授權金取得專屬排他性權利，並且還要額外花費在促銷專屬贊助的世界盃卡片上……由於專屬地位的喪失使Mastercard受到不可回復的損害。在本案中不實說明或表達可能會使

Rev. 1099, 1124-1125(1995).

²⁸⁶ 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月，頁3、4。

Mastercard受到損害²⁸⁷。」在此可看出法院適用藍能法四十三條(a)是為了保護Mastercard的商業利益與高額的專屬贊助契約。本條立法歷史說明國會有保護協議與商業利益的意圖，但法院仍有待建立適當的分析處理贊助契約之保護。由於契約具相對性，不能提供商標權人在埋伏行銷適當的保護與賠償，進而契約當事人尋求商標法或不公平競爭法。本文認為法院適用藍能法四十三條(a)在保護贊助契約或授權契約的同時，也應兼顧消費者混淆誤認之虞。

如果埋伏行銷並未與活動組織訂立贊助契約，而是利用其他的贊助手段，例如贊助運動選手、國家代表隊、轉播媒體、甚至是贊助直接取得活動官方贊助權的事業等，應先判斷所為的商業行為是否為正當權利之行使，可視贊助契約而定。若非行使其正當權利，判斷是否導致贊助關係的混淆誤認之虞時，本文認為也應考量相關消費者是否在意事業確切的贊助關係。例如國家代表隊的贊助身分與活動組織的官方贊助身分的差異，此差異對相關消費者而言是否為重要的事業關聯性差異，亦即是否為相關消費者所關注或在意的關聯性。簡言之，不同的贊助契約關係是否為導致混淆誤認，須以相關消費者的認知為準。

第二目 *NCAA v. Coors* — 抽獎贈送活動門票

職業運動聯盟向來對埋伏行銷未取得授權使用特別活動的門票採取視而不見的態度，但在二〇〇一年一月美國全國大學生體育協會（National Collegiate Athletic Association；以下簡稱NCAA）成為第一個美國主要運動組織特別對此採取法律行動。*National Collegiate Athletic Association and Host Communications Inc. v. Coors Brewing Co.*²⁸⁸一案中，NCAA 針對 Coors 釀酒公司使用 NCAA 男子籃球四

²⁸⁷ Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1130(1995).

²⁸⁸ *National Collegiate Athletic Association and Host Communications Inc. v. Coors Brewing Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 21059 (S.D. Ind. October 25, 2002). 案例事實與判決內容整理自：Steve McKelvey & John Grady, *Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers*, 21 WTR ENT. &

強比賽門票作為商業性促銷的獎品，NCAA 起初在聯邦法院提起訴訟，依藍能法第四十三條(a)主張商標侵權及不公平競爭，之後 NCAA 自願在聯邦法院撤銷訴訟，並在州法院再提起訴訟。NCAA 依據州法請求權控告 Coors 釀酒公司主要分成兩部分：違反可撤回性授權（revocable license）與不公平競爭。違反可撤回性授權是由門票背面的文字而引發的問題，背面文字標示「除非事先由 NCAA 特別授權外，否則本門票不得作為商業促銷也不得在抽獎活動或比賽中作為獎品」。NCAA 認為 Coors 未取得授權而贈送四強比賽門票的商業行為，違反 NCAA 可撤回性授權的條款，錯誤地導致第三人如抽獎的得主違反可撤回性授權。

雙方當事人皆同意該門票為可撤回性授權，但當事人爭執該文字是否可適用契約法原理來加以實行。Coors 爭論並沒有可撤回性授權的訴訟原因，此外也沒有判例法可支持法院使用契約法原則來執行門票背面的文字。而 NCAA 則依據 *Bitterman v. Louisville & Nashville Railroad Co.*²⁸⁹ 與一九九〇年一系列有關航空公司的判決²⁹⁰，而這些判決引用契約法原則贊成門票背面有關不可轉讓性的限制，這些案例所謂的轉讓性係指經由轉售行為流通到火車票與飛機票的次級市場。本案最終以和解收場，並未成為判決先例。假設本案繼續審理，本案可否類推適用 NCAA 所援引的判例，繫諸於此爭點：Coors 不是票務的經紀人，也不以轉售票務為業。

法院在審理是否適用契約法原則時，Coors 指出欠缺有效契約的必要要素，包括接受條款（acceptance of terms）、對價（consideration）、相互關係（privity and mutuality）。Coors 又繼續主張票背文字在契約法下不可執行，NCAA 唯一的救濟是對授權的擁有者（亦即參加四強賽的抽獎活動得主）執行可撤回性授權的條款。

SPORTS LAW, 8, 9-10 (2004). E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1341 (2005). Michael A. Lisi, *Ambush Marketing: Here to Stay?*, 12 NO. 1 INTELL. PROP. STRATEGIST 3, 4 (2005).

²⁸⁹ *Bitterman v. Louisville & Nashville R. Co.*, 207 U.S. 205 (1907)

²⁹⁰ *Transworld Airlines Inc. v. American Coupon Exchange Inc.*, 913 F.2d 676 (9th Cir. 1990).

如同NCAA所指出的此救濟將不是好的解決方法，因為必須在眾多的觀眾中辨識出抽獎獲得門票的觀眾，並且如果拒絕該名觀眾入場將會導致負面的名聲。

至於 NCAA 控告 Coors 違反印第安那州州法的不公平競爭主張，原告認為 Coors 意圖與 NCAA 及其四強準決賽有所聯繫，並且意圖使公眾混淆誤認 Coors 某程度與 NCAA 有所聯繫，例如存在有贊助關係或背書關係。對此 Coors 首先反駁未使用任何 NCAA 的商標，僅以使用普通名詞贈送門票。此外，不公平競爭請求權，如同商標侵權的請求權，須提出消費者混淆誤認之虞的證據。被告未使用相同或近似標識時，只在廣告及促銷中創意地或普通地指稱該體育活動，在商標侵權及不公平競爭上，法院判斷是否導致混淆誤認之虞的態度仍猶豫不決。

Coors 除了表示合法取得四強賽的門票外，Coors 主張若法院否定 Coors 在促銷時使用 *Tourney Time* 一詞的權利，將等同賦予 NCAA 在大學籃球推銷市場中的壟占地位。Coors 甚至反駁認為在廣告與推銷中未使用 NCAA 的商標，因此消費者不會有混淆誤認之虞。

假設州法院最後依票背文字的執行作有利於 NCAA 的認定，關於體育活動門票方面有可能創造嶄新的法律。因為 Coors 不是以票務經紀為業，因此有人會質疑如此的推論可能誤用了 *Bitterman* 及航空公司的判決。此外，如果在商標侵權與不公平競爭上為有利於 NCAA 的判斷，可能會不公平地擴張 NCAA 控制大學籃球推銷的權利，阻止其他人為創意的促銷行為，如使用 *Tourney Time* 的詞彙。

本案在二〇〇三年五月 NCAA 與 Coors 達成和解，在埋伏行銷的議題中未成為判例。儘管如此，本案最先挑戰了基於埋伏行銷的目的未取得授權抽獎贈送門票的情形，而雙方當事人的法律論辯也具參考性。本案原告提起訴訟的目的不只

維護贊助計畫的價值，還有保護體育組織官方贊助商的投資，然而若要成功主張藍能法第四十三條(a)仍須證明消費者混淆誤認之虞。舉證責任對於企圖以藍能法第四十三條(a)保護贊助契約的價值與商業利益恐怕成為難以跨越的門檻，尤其當埋伏行銷沒有使用商標或受保護的表徵，僅僅使用創意性的普通名詞時，藍能法第四十三條(a)可能更無法保障贊助的經濟利益。

第三目 *NFL v. Governor of Delaware* — 利用普通名詞及代表城市名稱

埋伏行銷未獲授權利用比賽名稱、比賽球隊代表的城市名稱、比賽結果和賽程表，活動組織因而提起訴訟，美國 *NFL v. Governor of Delaware*²⁹¹ 即為一知名案例。一九七七年美國德拉瓦州政府舉行樂透活動，民眾可以購買樂透彩券並猜測每周職業美式足球聯盟（National Football League；以下簡稱 NFL）的結果。德拉瓦州樂透名稱為「計分板（Scoreboard）」，並且有三種不同規則的樂透比賽「美式足球獎金（Football Bonus）」、「觸地得分（Touchdown）」、「觸地得分 II（TouchdownII）」，這些比賽依 NFL 定期的賽程表舉行。計分板的票卡上印著球隊的城市名，而不是球隊的名稱。NFL 及其會員對德拉瓦州政府及其德拉瓦州樂透首長提起預備及長久禁制令的救濟，請求禁止被告舉行以 NFL 為基礎的樂透活動。

原告反對的主要原因在於被迫與賭博牽扯上關係。原告 NFL 認為美式足球樂透構成違法妨害財產權，主張聯邦商標法、州商標法以及普通法的挪用理論（doctrine of misappropriation）等。被告否認違反任何聯邦法、州法及普通法原則。此外，被告提起反訴依休曼法與克萊登法請求三倍損害賠償，因為原告提起訴訟基於騷擾的目的及意圖壟斷屬於公共領域的財產。法院僅核准有限的禁制令，在

²⁹¹ *NFL v. Governor of Delaware*, 435 F Supp. 1372, (US Dist Ct, 1977).

所有計分板的票卡資料上須附加免責聲明始能散布給公眾，其餘請求均為法院駁回。

法院判決針對被告利用比賽結果和賽程表的行為探討是否適用挪用理論²⁹²，並就利用比賽名稱、代表城市名稱的行為論證是否涉及違反商標法及相關不公平競爭法。針對商標與不公平競爭方面，法院首先論述德拉瓦州樂透並未利用 NFL 的名稱或任何原告註冊商標，被告所使用的名稱為計分板（Scoreboard）、美式足球獎金（Football Bonus）、觸地得分（Touchdown），並沒有在廣告中使用 NFL 的標識或近似的標識。消費者圈選賭注的卡片上印著 NFL 下星期預計比賽隊伍的城市，例如 Philadelphia v. Los Angeles 以地名指稱原告的球隊。法院認為被告僅如實告知公眾所提供的服務，如同修理 Volkswagen 的專家告知公眾其專長時使用 Volkswagen 文字一樣²⁹³，就如同比較性廣告使用競爭產品的企業名稱²⁹⁴。若廣告導致相關公眾產生服務提供者與商標所有人間有關聯的印象，則應禁止如此的廣告，應採取積極措施負有防止錯誤印象的義務。

法官表示本案在適用這些原則上呈現新奇的情況。在謹慎閱讀所有與德拉瓦州樂透有關的資料後，法官認為沒有使用任何陳述、標識、文字試圖正面暗示 NFL 的贊助或核准。原告提出市場調查報告顯示很多（a substantial portion of）現在和潛在 NFL 的觀眾誤認德拉瓦州樂透經 NFL 贊助或核准，法院也採納此陳述。法院試圖平衡原告的市場調查報告與德拉瓦州樂透廣告欠缺正面暗示贊助或核准的情形。法院認為顯然地現代職業足球隊的 T 恤、安全帽、杯子及其他產品，很多消費者認為如果沒有 NFL 的許可，則不能為上述商品的製造販售。被告沒有正面陳述與 NFL 的附屬關係（affiliation），可能並未預見許多消費者會誤認被告與

²⁹² 詳見第四章第三節。

²⁹³ *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Church*, 411 F.2d 350 (9th Cir. 1969)

²⁹⁴ *Saxony Products, Inc. v. Guerlain, Inc.*, 513 F.2d 716 (9th Cir. 1975)

NFL 有所聯繫，如此一來使得德拉瓦州樂透的推銷存有重大的公眾混淆誤認（significant public confusion），並且使 NFL 失去其公眾形象的控制。又法院認為被告有權在 NFL 比賽的樂透上獲取利益，法院准許原告部分的救濟，只有在被告無可避免產生贊助印象時，救濟始為適當。為了減少贊助的混淆誤認，法院頒布禁制令要求樂透的票卡、廣告等任何散布公眾的資料須有明確顯著的陳述，表明樂透與 NFL 並無關係或未授權。

德拉瓦州樂透的官員在訴訟初期自願使用如此的免責聲明，但 NFL 卻不滿意此提議，因此未採用此種免責聲明。計分板的票卡上印著「計分板樂透僅受德拉瓦州樂透的贊助」，但是如此陳述在票卡背面最底部的位置，而且在被告的廣告或其他推銷的資料上並未印有如此的陳述。原告調查報告顯示被告使用方式對於澄清 NFL 與樂透無關並不足夠，但法院認為聲稱無關聯的顯著陳述對於保護被告的合法利益未必不足。是故法院僅核發有限的禁制令，要求被告所有計分板的票卡資料上須附加顯著免責聲明，始能散布販售給公眾。

綜上可知本案被告德拉瓦州並未使用 NFL 受法律保護的標識，僅使用一般名詞例如記分板、觸地得分（美式足球的術語）、各足球隊所代表的城市名稱等，並沒有直接使用商標或營業表徵等行為。此外，法院認為在現代商業中普遍有合作的趨勢，尤其是職業運動組織更加盛行，考量相關消費者的認知，恐會誤認 NFL 與德拉瓦州樂透的關係，誤以為兩者間存有贊助或授權的關係，是以法院肯認相關消費者存在著事業關聯性的混淆誤認。法院考量到被告並沒有使用商標和營業表徵等行為，因此法院並未禁止被告繼續發行販售，只要求附加顯著的免責聲明，以避免相關消費者的混淆誤認。本案為最早的判決先例肯認免責聲明有效避免混淆誤認，然而免責聲明發展迄今，美國實務採取較嚴格標準認定免責聲明之有效性。本文認為免責聲明所扮演的角色應在本案脈絡下觀察，並且應考量到他人自

由使用普通名詞的合法權利。美國第一修正條文真實商業性言論的保障下²⁹⁵，埋伏行銷所使用普通名詞並非虛偽不實，法院即應尊重埋伏行銷自由使用普通名詞，第一修正條文的保護應延伸到埋伏行銷的法律評價上。本文認為本案中附加免責聲明乃為兼顧消費者的混淆誤認與普通名詞的自由使用下所採取的適當措施，法院的判斷值得贊同。

第四目 *NHL v. Pepsi* — 利用普通名詞及代表城市名稱

*National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd.*²⁹⁶是加拿大矇混 (passing off) 的訴訟案例。國家職業冰球聯盟 (National Hockey League；以下簡稱 NHL) 史坦利盃季後賽可口可樂為官方贊助商，可口可樂為 NHL 官方指定的飲料，雖然 NHL 授予可口可樂不含酒精飲料的專屬贊助權，但是專屬贊助權協議並不包括在 NHL 電視廣播時段專屬廣告可口可樂產品。競爭對手加拿大 Pepsi - Cola 公司 (以下簡稱百事可樂或百事) 在季後賽的轉播時間取得廣告權，強打產品的廣告並舉辦推銷活動「零卡百事四百萬美元職業冰球季後賽池」，而這個活動需要消費者蒐集百事瓶蓋，瓶蓋資訊與 NHL 季後賽結果為相同的贈獎活動，而廣告也由知名 NHL 運動員 Don Cherry 為廣告主角，Don Cherry 相當於 NHL 的代名詞。

²⁹⁵ 黃倩怡，論美國法上商標權侵害之合理使用—以商業性言論為主，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年2月，頁57-60。E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1342-1343 (2005).

²⁹⁶ *NHL v. Pepsi-Cola*, 92 D.L.R. 4th 349 (B.C. 1992). 本案事實另可參見第二章第三節第二項。案例事實與判決內容整理自：Christopher N Kendall & Jeremy Curthoys, *Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective*, 8 Murdoch University Electronic J. of L. 31, (June, 2001), available at <http://www.murdoch.edu.au/issues/v8n2/kendall82nf.html>. Steve McKelvey, *Atlanta 96: Olympic Countdown to Ambush Armageddon?*, 4 SETON HALL J. SPORT L. 397, 423-428 (1994). Robert N. Davis, *1996 AALS Sports Law Conference: Legal Issues and the Olympic Movement-Ambushing the Olympic Games*, 3 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 423, 430-434 (1996). Lori L. Bean, *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099, 1108-1109 (1995). E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1345-1346 (2005).

此外，百事也贊助一個節目，該節目在史坦利盃季後賽的中場時間轉播，由知名運動員 Don Cherry 接受加拿大廣播公司的訪問。NHL 的文字、LOGO、Stanley Cup 的文字及各球隊名稱與 LOGO 皆受到商標權之保護，因此百事可樂在所有促銷活動中並沒有使用官方的名稱、NHL 和球隊受商標保護的名稱，而是使用球隊城市或一般名詞稱呼之，同時使用免責聲明表明與 NHL 並無關係。

原告 NHL 認為加拿大百事可樂廣告與原告的商譽與聲譽有所關連，不實陳述或導致公眾對被告與原告關係間的混淆。百事可樂上述的行為使得 NHL 控告百事濛混，主張百事對公眾傳達錯誤的印象，使公眾產生錯誤的印象認為 NHL 及其球隊許可、授權、背書百事可樂的促銷活動和產品。NHL 指出被告使用在瓶蓋上使用許多城市名稱及職業冰球季後賽等詞，乃被告意圖指稱史坦利盃季後賽。在訴訟上，百事回應反駁上述行為只不過具侵略性卻是合法的行銷廣告活動。此外，原告主張被告違法妨害 NHL 與可口可樂的商業關係。

英屬哥倫比亞最高法院認為被告在促銷活動與廣告中使用足夠的免責聲明，可使消費者意識到百事與 NHL 無官方關係。首先，NHL 控告被告不實陳述原告的關連可能導致損害，NHL 認為成立加拿大普通法侵權的濛混(tort of passing off)²⁹⁷。濛混在於不實陳述，而該不實陳述意圖誘使消費者相信被告產品為原告產品，通常原告產品較知名或有較好的聲譽。濛混須有以下五個要件：(一)須有不實陳述；(二)在商業交易上由業者所為；(三)對事業的潛在消費者或商品或服務的終端消費者所為；(四)旨在損害事業或其聲譽；(五)導致事業或其聲譽受到實際損害。對此法官認為百事的產品是不含酒精的清涼飲料，而原告是曲棍球，因此沒有混淆。法官論述了常見的濛混乃被告以導致錯誤印象的方式促銷其產品或事業，創造產品經原告許可、授權、背書或原告與被告有商業連結的錯誤印象，

²⁹⁷ 在加拿大法律濛混 (passing off) 是普通法的侵權行為，乃創造原告背書、許可、授權被告產品的印象。

如此使被告可利用原告先前已建立的商譽，而在表面上此似乎說明了百事的行為。然而，法官嚴格地推論表示百事已經購買在史坦利盃季後賽期間廣告產品的權利，因此百事與季後賽比賽可以有合法的關連。法院認為未必各種連結皆為矇混，矇混須有被告商品與原告相關的表示，並且該表示可能導致公眾在信賴原告聲譽的情況下接受此表示²⁹⁸。是故爭點在於：百事的廣告與促銷是否超越合法的界限，對公眾不實陳述 NHL 已許可、授權、背書該促銷活動及應用在產品上，或者對公眾不實陳述原被告間存有商業連結？

在決定此爭點，法院依據 *General Electric Co Ltd v General Electric Co.*²⁹⁹ 就混淆誤認事實的裁決須考量證據和常識（common sense）的雙重測試。法院認為雖然百事構成埋伏行銷，但在法律上卻不能保護可口可樂免於競爭或使 NHL 保護可口可樂免於對手的競爭。法院在審查了電視廣告和閱讀與促銷活動有關的資料，法院心證認為該活動並未暗示原告許可、授權、背書，或者原告與被告間有某種商業連結。因此法院認為百事可樂在促銷活動上並無矇混的證據也沒有矇混的表象。

其次，法院探討被告使用免責聲明（disclaimer）的爭點，法院認為被告在促銷活動與廣告中使用充分的免責聲明，並認為 NHL 對於免責聲明有相互矛盾的立場。NHL 首先試圖爭論百事在免責聲明中使用 National Hockey League 的文字本身為商標侵權。法官不認同此主張，不贊同提及組織的正確名稱即成立侵權。法律容許合理使用原則下此種類型商標的使用，是以百事可以如實準確地傳達其促銷資訊予消費者。再者，NHL 爭論百事使用免責聲明意謂著百事意識到在廣告中的不實陳述，當百事使用免責聲明時，意謂著承認了誤導公眾。法官拒絕接受該主張，而是依賴美國德拉瓦州地方法院判決 *NFL v. Governor of Delaware* 認為

²⁹⁸ *H.P. Bulmer Ltd v. J Bollinger S. A.*, [1978] R.P.C.79 (C.A.).

²⁹⁹ *General Electric Co Ltd v General Electric Co.*, [1972] 2 All ER 507 (HL).

百事的免責聲明充分減少消費者任何潛在的混淆。法院駁回 NHL 商標侵權的聲明。加拿大商標法本質上是普通法侵權濛混的明文規定，因此法官在欠缺濛混的情況下並不成立商標侵權，尤其是百事未使用 NHL 的商標。

至於 NHL 聲明百事妨礙 NHL 與可口可樂的商業關係，法院認為若有權利受影響，則應為加拿大可口可樂公司，而不是 NHL。總結而言，NHL 與可口可樂的協議使 NHL 負有義務保護可口可樂的權利，使其免於埋伏行銷，但是此義務並不能加諸第三人百事可樂負擔，不能禁止百事可樂在不違反加拿大法律的情況下廣告其產品。法官認為百事的廣告雖具侵略性，但在加拿大法律下並不違法。因為可口可樂未能在電視轉播比賽時段取得廣告產品的權利，並且由百事可樂取得廣告的權利，可口可樂對外聲稱其商品為 NHL 官方飲料的商業價值因而較小，但是不能因此削弱被告的權利。

百事可樂在大型體育賽事期間甚至在實況轉播的中場時間進行一系列埋伏行銷的廣告促銷行為，舉辦支持體育賽事的推銷活動並且以知名的運動選手作為號召。不過百事可樂所有促銷活動中沒有使用官方的名稱、NHL 和球隊受商標保護的名稱，只有使用球隊代表城市或一般名詞稱呼之，同時也使用免責聲明表明與 NHL 並無關係。本案與 *NFL v. Governor of Delaware* 一樣，被告皆使用球隊代表城市的名稱和普通名詞，而且本案法院更加肯定免責聲明可以防止消費者混淆誤認。本案清楚顯示出埋伏行銷只要不使用受到保護的標識，在加拿大司法實務存有合法的空間，也可以看出仿冒行為法制並無法完全規範創意無窮的埋伏行銷。特別是在埋伏行銷只使用一般普通名詞，以此方式與大型活動建立聯繫時，仿冒行為法制規範的侷限性在此展露無疑。附帶一提，加拿大簽訂溫哥華為 2010 年奧運候選者契約內容提到：雖然加拿大競爭法未特別處理埋伏行銷，但引人錯誤的陳述以及市場欺罔行為條款可以適用在埋伏行銷者對公眾為重大地（*materially*）

虛偽不實或引人錯誤陳述的情形³⁰⁰。簡言之，在加拿大使用普通名詞及代表城市名稱進行埋伏行銷為合法。

第五目 *New Zealand Olympic Association v. Telecom NZ* — 利用創意的文字

在紐西蘭高等法院曾對埋伏行銷作出判決，並且對消費者的混淆誤認進行探討。*New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc v. Telecom New Zealand Limited and Another*³⁰¹，案例事實為 Telecom 的紐西蘭公司刊登了一則廣告，廣告裡有著如下的文字：

Ring Ring Ring
Ring Ring

並且印著「有 Telecom 手機你可以帶自己的電話到奧運去」的廣告文字，在廣告最後使用 Telecom NZ 的 logo 和手機的象徵。原告紐西蘭奧運協會向法院申請暫時禁制令（interlocutory injunction），主張被告構成矇混行為（passing off），違反公平交易法（Fair Trade Act 1986）第九條與第十三條。原告認為該廣告可能傳遞給消費者如此的印象，亦即 Telecom NZ 與奧運活動或紐西蘭奧運隊伍有所關聯或連結。

紐西蘭高等法院拒絕核准禁制令，認為是否有不實陳述（misrepresentation）發生，應以一般典型的閱報者可能閱讀的方式判斷之，以此觀點判斷廣告整體是否傳達 Telecom NZ 與奧運活動有所關聯的印象。對此法院並不認為平均讀者可能為該廣告所誤導，法院認為看報紙廣告的人傾向於瀏覽的方式，通常不會以集

³⁰⁰ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1346 (2005).

³⁰¹ (1996) F.S.R. 757 (High Court NZ).

中專注的方式看廣告。如果注意到五個彩色 ring 文字，緊接著看到下一行提到奧運，然後再回過來看五個 ring 文字，並且聯想到五個圓環的奧運標識，這些人將會會心一笑。文字的排列可能被視為卡通圖示，並且屬於此類的情形：閱讀者停頓一會兒然後微笑及認知到涉及的背後思考。然而從上述短暫的心理過程到認為奧運五環標識代表有奧運贊助關係，此轉化的過程仍有一段遙遠的距離，顯然地這不是直接使用五環會產生的情形。法院認為本案也不是在廣告上直接設計圖案，使人容易停頓觀看並推測廣告的事業已取得許可的情形，因此法院認為讀者並不會有重大混淆誤認甚至認為 Telecom NZ 與奧運有關或為奧運的贊助商。

本案例中紐西蘭法院從閱報者的注意程度為出發點，認為閱報者以瀏覽的方式觀看埋伏行銷廣告。又，法院考量到被告所使用的客體，並且就五環標識、被告的文字排列、自行設計的圖案（法院假設的情況）三者進行分析。被告並非使用奧運受保護的五環標識，而使用的是文字排列組合。法院認為將文字組合與自行設計的圖案相比，文字組合較不容易吸引閱報者的注意，而文字組合與五環標識兩者吸引閱報者注意與產生影響的情況更加不同。縱使假設閱報者注意到該廣告，意識到文字組合與五環標識的巧妙關係者，也不一定會認為 Telecom NZ 是奧運的官方贊助商，發生贊助關係的混淆誤認。法官背後所持的觀點：即使閱報者辨識出五環標識也不等同閱報者因而產生贊助關係的聯想。本文認為紐西蘭法院充分考量到相關消費者的注意程度和 Telecom NZ 廣告的特殊情況，並且在混淆誤認方面，就閱報者心理予以細緻化的探討，本文予以贊同。

第三項 我國法

第一目 公平交易法第二十條

我國公平法第二十條為仿冒行為之規範，規範目的在於保障事業長期努力與

投資下，發展出可區別商品或服務來源且為相關交易對象所知的表徵。仿冒行為侵害事業投資付出所建立的商譽，進而影響其經濟利益；消費者原本因信賴該表徵而為商品或服務的交易決定，但仿冒行為導致消費者無法辨識所欲購買之商品或服務，使消費者的權益也受到影響。是以表徵之使用不僅涉及事業之競爭利益，並與消費者之利益息息相關。公平法第二十條之規範功能即在此展現，保障事業之利益，並確保消費者之利益，同時維護正當之競爭秩序。

依構成要件可分為對商品或服務表徵之仿冒，以及對未經註冊之國外著名商標之仿冒二類。按事業就其提供之商品或服務，以相關事業或消費者所普遍認知之他人商品或服務之表徵，為相同或類似之使用致生混淆者，即應受公平法第二十條第一項第一款或第二款規定所禁止。易言之，上述兩款仿冒行為之構成要件，包括：一、被仿冒之對象須為相關事業或消費者所普遍認知之表徵；二、仿冒行為係就上開表徵為相同或類似之使用；三、仿冒之效果須使相關事業或消費者致生混淆。至於本法第二十條第一項第三款，乃係禁止事業於「同一或同類商品」上，使用相同或近似於未經註冊之國外著名商標。從而，若比較第一、二款與第三款構成要件之差異，當可知此處所稱「為相同或類似之使用，致與他人商品（或服務）混淆」，實不以使用在同一或同類商品或服務上而致生混淆者為限，亦應包括該表徵被使用於不同類商品或服務上，而造成其來源或主體混淆之情形在內³⁰²。

公平法第二十條所保護客體主要為相關事業或消費者所普遍認知的表徵。表徵係指具識別力或次要意義之特徵，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³⁰³。而相關事業或消費者所普遍認知係指具有相

³⁰² 廖義男、王以國，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁18-19。

³⁰³ 公平會公平交易法第二十條案件處理原則第四點。同點識別力指某項特徵特別顯著，學者認為應重視區別的功能，只要能區別不同產品即可。劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經

當知名度，為相關事業或多數消費者所普遍周知³⁰⁴。「普遍認知」的知名度應相當高，等同於「著名」之程度³⁰⁵，然而有見解基於保護相關公眾的利益考量持不同見解者³⁰⁶。保護的表徵相當廣泛，包含「商品的表徵」與「營業、服務的表徵」，前者例如他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀等，而後者例如他人姓名、商號或公司名稱、標章。實際商業型態中商品的表徵可能同時也該當營業或服務的表徵。**第三章探討的活動相關文字組合為說明性標識，通常也無法取得第二意義，不得註冊為文字商標。是否該當普遍認知的表徵，本文認為活動相關文字的組合並無表彰區別之功能，為公眾普遍使用指稱公共資訊的用語，只是一般普通詞彙而已，因而無法該當普遍認知的表徵受到保護。**此外，埋伏行銷常常利用活動相關的特色建立起活動的聯繫，行銷策略所使用的元素相當多元，例如活動的分數、勝負、賽程表、舉辦活動的國家及城市名稱、舉辦國國旗、具有代表性的城市名稱、抽獎贈送活動門票、活動場地或周圍空間、提供活動的相關產品或服務，甚至是使人聯想到活動的普通名詞等，可以發現上述元素皆無法表彰商品或服務來源，不足以使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務，並不屬於公平法第二十條相關事業或消費者普遍認知的表徵。換言之，只要埋伏行銷避免使用事業的表徵，盡量使用具一般性、公共性的元素，建立起活動的聯繫，埋伏行銷即可輕易避免仿冒行為的發生。

仿冒行為另一構成要件—相同或類似之使用表徵行為，埋伏行銷可藉由不同或不類似的使用行為態樣，避免受到仿冒行為法制的規範。即使埋伏行銷使用表徵，也可因普通使用方法使用商品或服務通用之名稱或表徵，亦即合理使用表徵

出版，2002年初版，頁216-219。謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁205-206。

³⁰⁴ 公平會公平交易法第二十條案件處理原則第三點。

³⁰⁵ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版，頁220-221。謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁201。

³⁰⁶ 黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護--商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶，中原財經法學第6期，2001年7月，頁73。

的行為也不受到公平法第二十條的規範。至於使相關事業或消費者致生混淆方面，判斷是否構成混淆時，應考慮到：(a) 具普通知識經驗之相關大眾，其注意力之高低；(b) 商品或服務之特性、差異化、價格等對注意力之影響；(c) 表徵之知名度、企業規模及企業形象等；(d) 表徵是否具有獨特之創意³⁰⁷。公平法第二十條混淆之概念，應與德國法及美國法混淆誤認之虞做相同解釋，亦即不以仿冒行為確實引起混淆為必要，其行為只要有產生混淆之可能即足，並且混淆對象包括商品或服務的來源以及事業主體間的關聯性，例如誤以為具有經濟上、經營上、組織上或法律上的關聯者，諸如有附屬關係 (affiliation)、關聯 (connection) 或贊助關係 (sponsorship)³⁰⁸。是以公平法第二十條案件處理原則第六點將混淆定義為對商品或服務之來源有誤認誤信，似乎過於狹隘。埋伏行銷為了建立與活動的關聯，在促銷與廣告中利用與活動相關的元素吸引消費者的目光。埋伏行銷最終的目的是提升事業品牌的知名度，因此幾乎都會標示自身事業的商標或表徵。由於埋伏行銷同時存在著自身事業的商標與表徵以及活動組織的相關元素，相關事業或消費者可能因此誤認為兩者存有贊助關係或其他關聯性。為了避免致生事業主體間關聯的混淆，埋伏行銷可使用顯著的免責聲明，例如前述的 *NFL v. Governor of Delaware* 一案法院要求在所有票卡上附加明確顯著的免責聲明，以及 *NHL v. Pepsi* 一案 NHL 在所有促銷活動皆標示了免責聲明。雖然免責聲明在美國司法實務常受到質疑³⁰⁹，然而本文認為顯著的免責聲明有助於防止相關公眾的混淆，使用免責聲明時可在免責聲明文字的大小、顏色、字體、粗細、位置等予以加強。附加顯著免責聲明的措施是平衡活動組織的經濟利益、消費者接收真實交易資訊的權益以及埋伏行銷商業言論自由、競爭自由的適當方法，是故本文認為顯著免責聲明不僅使埋伏行銷有合法的自由競爭空間，也可兼顧活動組織與官方贊助商的經濟利益，並且對於消費者提供更多的選擇與資訊。

³⁰⁷ 公平會公平交易法第二十條案件處理原則第十一點。

³⁰⁸ 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版，頁223-224。謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁222。

³⁰⁹ 詳見第三章第三項第二目。

第二目 迪士尼與黑松案

前述在台灣發生的迪士尼與黑松案，黑松公司舉行抽獎贈送迪士尼門票的促銷活動，在廣告文宣上使用米老鼠耳朵造型、全民攻「迪」的標題中使用迪字城堡圖樣，迪士尼公司因而對黑松公司提起訴訟，主張違反商標法第六十二條、公平法第二十條、第二十四條。原告認為黑松公司所使用者皆為迪士尼的表徵，足使消費者混淆誤認被告產品與迪士尼樂園有關聯或使消費者混淆誤認被告之促銷活動為原告授權或同意，而無法區別其間之差別，損及系爭表徵表彰原告迪士尼樂園卓越品質及企業形象之識別力，違反公平交易法第二十條第一項第二款³¹⁰。

第一款 法院判決

地方法院判決³¹¹表示違反公平法第二十條第一項第二款，須符合將他人之標章或表徵為相同或類似之使用。黑松公司未將系爭商標之米老鼠圓耳朵造型、迪士尼字樣或迪字圖案作為表彰商品來源之使用，難認有將系爭商標或其表徵為相同或類似使用之情形，是故原告主張無理由。

高等法院³¹²認為適用公平法第二十條規定必須該當「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」、「相同或類似之使用」、「與他人營業或服務之設施或活動表徵混淆」之構成要件。公平交易法保護之商品或服務表徵，必須為相關事業或消費者所普遍認知，其判斷標準則為經長期使用而達到相關大眾所共知，而使交易相對人以之作為區別商品來源之認定對象。亦即事業用以區別商品或服務來源之

³¹⁰ 事業就其營業所提供之商品或服務，不得有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、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆之行為。

³¹¹ 臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度智字第 82 號。

³¹² 臺灣高等法院民事判決 96 年度智上字第 18 號。

特徵，須有顯著性、獨特性或辨識性，經該事業長期使用於其商品或服務上，使一般人一見該表徵即知該產品或服務之來源為某特定事業。高等法院認為城堡為普遍常見之建築，若於該等城堡圖樣之內容特別標示「Disney」、「Disneyland」字樣、或附加米老鼠等圖樣，一般消費者無從一見該等城堡圖樣，即得知相關商品或服務之來源為原告迪士尼公司，因此該等城堡圖樣並不具有顯著性或識別性，黑松公司於系爭廣告使用城堡化的「迪」字，並未違反公平法第二十條第一項第二款規定。又依行政院公平交易委員會之解釋，固然不限於與侵害行為所使用之表徵屬於同一或類似商品或服務，但侵害行為所使用之表徵，須為相同或類似之使用，以表彰他人之表徵而加以利用者，始違反該款規定。從而迪士尼註冊商標之「米老鼠人偶頭部與耳朵之特殊圖樣」，雖因具有顯著性、獨特性及辨識性，且有長期使用之事實，而為相關事業或消費者所普遍認知；但因黑松僅係為促銷其自身所製造之黑松飲料商品，而於系爭廣告使用一對大而圓的耳朵造型，宣稱贈獎內容為長榮航空香港迪士尼樂園 3 天 2 夜自由行，則黑松使用該等表徵之目的，既不在於表彰黑松飲料商品之營業主體或來源，當然不能認為有何商品表徵為相同或近似之使用，自未違反上述公平交易法規定。

高等法院判斷是否引起營業或服務主體之混淆上，認為最重要者乃在考慮仿冒者與被仿冒者間有關營業或服務之內容、性質及其服務表徵之近似程度，一般而言，營業或服務間之競爭關係愈相近，表徵愈相似，愈容易引起混同，而競爭關係是否相近，通常即依服務之種類、內容而定，其性質愈相近，競爭關係亦必然愈近。原被告間無競爭關係，因此被告雖於系爭廣告中使用一對大而圓的耳朵造型、及「迪士尼」三字（但其字體則與原告迪士尼註冊商標之字體不同），依我國一般事業或消費者之注意力而言，僅會因此而推知頭獎內容為前往香港迪士尼樂園遊玩，不會誤認香港迪士尼樂園係被告所經營，或誤認該贈獎活動係由被

告所舉辦，或誤認系爭廣告所促銷之黑松飲料產品為原告所產製，並不致於引起與原告營業或服務之設施或活動表徵混淆誤認之情形。

原告主張相關消費者誤認該促銷活動係兩造所合辦，或被告已經迪士尼授權使用系爭表徵，顯然利用米老鼠、迪士尼公園的信譽，以增進顧客吸引力。法院認為公平交易法第二十條第一項第二款規定所謂的「混淆」包括消費者誤認仿冒與被仿冒之商品表徵間有某種加盟、關連或贊助關係；但因「混淆」之判斷標準，最重要者乃在考慮仿冒者與被仿冒者間有關營業或服務之內容、性質及其服務表徵之近似程度。而本件兩造之營業或服務之內容與性質完全不同，且被告亦已於系爭廣告中載明頭獎內容為贈送長榮航空香港迪士尼樂園 3 天 2 夜自由行，而名額復極為有限，亦無任何表示兩造間有合辦或授權之情事，顯然不致於使消費者產生誤認。此外，原告稱跨業結盟行銷商品均須經授權，例如迪士尼分別與可口可樂公司³¹³、Crocs 公司訂有授權合約³¹⁴，以及 MOTOROLA 與 Dolce & Gabbana 合作製造四頻手機³¹⁵等案例，然而法院認為被告並未在黑松飲料商品上使用任何足以表彰迪士尼之營業或服務之設施或活動之表徵，以此增進黑松飲料商品對消費者之吸引力。被告僅使用城堡造型之「迪」字，惟該城堡造型並不能認為係表徵。因此被告僅於系爭廣告中宣稱抽獎活動之頭獎內容為贈送香港迪士尼樂園旅遊行程，不能認為係利用原告之表徵，以增進黑松飲料商品對消費者之吸引力，不能援用上述案例。最高法院³¹⁶同高等法院的判決。

³¹³ 可口因與香港迪士尼合作，故成為香港迪士尼樂園之官方飲料贊助商，得於可口可樂之產品、廣告宣傳上使用迪士尼之商譽、商標及表徵。

³¹⁴ Crocs 公司生產製造的迪士尼海灘鞋及米老鼠耳朵的帽飾品，因此 Crocs 公司於製造該等商品時，亦應取得授權，始得於該等商品上使用該項表徵。

³¹⁵ MOTOROLA 所製造之手機上直接印有 Dolce & Gabbana 之商標以表彰其主體，顯示該商品之來源亦有部分來自 Dolce & Gabbana（如設計之部分），亦即利用 Dolce & Gabbana 之商譽，使一般消費者可用以區別該手機與一 MOTOROLA 手機之不同；消費者雖不致於誤認該手機為 Dolce & Gabbana 所製造，但 MOTOROLA 確實利用 Dolce & Gabbana 之表徵，以增進該手機對消費者之吸引力，因此 MOTOROLA 於製造該型手機時，即應取得 Dolce & Gabbana 之授權，始得在該手機上使用該項表徵。

³¹⁶ 最高法院民事判決 97 年度台上字第 1072 號。

第二款 判決評析

法院認為「迪」字城堡造型為一般城堡的圖樣，無法作為區別商品或服務的來源，因此不該當表徵。其次，米老鼠人偶頭部及耳朵米老鼠人偶頭部及耳朵雖屬相關公眾普遍認知的表徵，但被告使用表徵的行為不在表彰飲料商品之營業主體或來源，亦即僅在促銷自己事業的商品，宣稱贈獎內容為香港迪士尼樂園自由行，即非對商品表徵為相同或近似之使用。關於表徵「相同或近似之使用」，法院以使用行為態樣來認定，見解正確，值得贊同。亦即因該相同或類似使用之行為而導致交易相對人對於商品來源產生混淆，所強調者乃對表徵本體之使用「行為」，而不是指商品或服務的歸屬分類、類別³¹⁷。本文認為被告使用行為僅為說明抽獎活動的內容，僅發揮說明黑松飲料商品抽獎的功能，相較於原告使用行為乃在商業中辨識自己與他人商品或服務的區別方式為之，不構成相同或近似的使用。此外，法院對於混淆採取廣義混淆說，混淆尚包括授權、加盟、贊助等關係的「事業關連性」混淆。黑松系爭廣告不致令人產生黑松飲料為迪士尼所生產或迪士尼樂園為黑松所經營之「事業同一性」混淆，也未表示或影射有與迪士尼合辦或經其授權、贊助情形，沒有「事業關連性」混淆。法院認為本案與迪士尼分別與可口可樂公司、Crocs 公司訂有授權契約，以及 MOTOROLA 與 Dolce & Gabbana 的案例不同。本文贊成法院否定事業關聯性混淆的結論，但「混淆判斷標準，最重要者乃在考慮仿冒者與被仿冒者間有關營業或服務之內容、性質及其服務表徵之近似程度，本件兩造之營業或服務之內容與性質完全不同」以此否認事業關聯性的混淆，則有待斟酌。不同的營業服務內容與性質可以作為否定事業同一性混淆參酌因素，卻無法因此否定事業關聯性混淆。因為現代商業中跨業合作的情況普

³¹⁷ 謝銘洋、李素華，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁218。張瑜鳳，仿冒行為之案例研究：公平法與智產法系列五，三民出版，1995年7月初版。

遍，不同性質、類別、內容的事業合作頻繁，即使兩事業截然不同，相關事業或消費者也有可能誤認為兩事業存在著經濟上或法律上的關聯。本案與上述合作授權案例相比較，這些案例皆為被授權人使用迪士尼的商標或表徵於商品上，該表徵的使用顯示出商品品牌的特性，亦即使用人為了在商業中表示該表徵與自身事業間之來源、關聯而在該商品上使用之。然而，本案黑松儘管使用米老鼠耳朵的普遍認知表徵，但表徵的使用僅為說明促銷活動的內容，而非用以表示商品的來源或商業關聯性。簡言之，被告的使用表徵行為態樣與上述案例皆不同。本文認為此為否定事業關聯性混淆的理由，因為黑松使用表徵行為的態樣與一般跨業合作授權的使用態樣不同，由於為說明性質的使用，是以相關事業或消費者並不生混淆，此也可凸顯出使用表徵行為與與混淆成立與否具有密切關係。

第四項 小結

埋伏行銷只要創意地使用與活動相關的元素，避免使用活動組織長期投資下發展的普遍認知表徵，在使用行為的態樣上避免相同或類似的使用，並附加顯著的免責聲明防止致生混淆，即可避免受到仿冒行為的規範，是以仿冒行為並不能有效管制創意無窮的埋伏行銷，同時也意謂著埋伏行銷在仿冒行為法制下有合法存在的空間。本文認為不可一味地為了保護贊助計畫及專屬贊助契約等經濟利益，而忽略合法埋伏行銷自由競爭的利益，埋伏行銷運用創意的元素和屬於公共領域的特徵進行廣告促銷。同時提供消費者更多市場資訊與交易選擇，也是促進消費者多元資訊接收的權利，在充分的資訊中作出有利的消費行為。

第二節 不實廣告

埋伏行銷雖非活動的官方贊助商，以廣告方式利用活動吸引消費者注意該廣告，廣告可能只是提醒喚起消費者對活動的關注，然而也有可能產生引人錯誤的印象，消費者誤以為官方贊助商或與該活動有密切關聯。本節欲探討的重點在於埋伏行銷利用活動相關元素建立起活動的關聯性是否為不實廣告所規範，埋伏行銷的行為是否為虛偽不實或引人錯誤。又，不實廣告是否僅限於商品與服務本身性質的不實表示，抑或及於事業關聯性的不實表示。此為埋伏行銷是否該當不實廣告最核心的關鍵。

第一項 美國法

第一目 聯邦交易委員會法

不實廣告的規定主要為聯邦交易委員會法第五條(a)，商業上或影響商業之不公平競爭方法以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行為或手段，構成違法³¹⁸。此條為最早就不正競爭行為規範的成文法，所揭示的不公平或欺罔的交易行為涵蓋了不實廣告。此外，聯邦交易委員會法第十二條更對食品、藥物、設置、服務、化妝品為不實廣告之禁止（false advertisement of foods, drugs, devices, services, and cosmetics）為例示規範，第十五條則就第十二條中所稱之不實廣告補充定義。第十五條規定，不實廣告乃在實質重大方面引人錯誤（misleading in a material respect）的廣告，判斷廣告是否引人錯誤，不只須考量說明、文字、圖案、設置、聲音或任何組合所為的陳述或其暗示，也必須考量到廣告未能揭露事實的程度，並且陳述本身及相關結果為實質重大。所謂「實質重大」係指「可能影響消費者關於產品或服務的行為或決定」者（likely to affect the consumer's conduct or decision with regard to a product or service）。實務見解則承認第五條與第十二條間

³¹⁸ FTC Act §5(a)(1), 15 U.S.C. §45(a)(1). Unfair methods of competition unlawful

Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

為競合之關係³¹⁹。廣告是否不實，係以綜合觀察該廣告，查其有無欺罔相當數量的消費大眾之可能或傾向為判準(The central criterion is the capacity or tendency of the advertisement to deceive a substantial segment of the purchasing public)，而消費大眾乃指具一般水準之消費者(average person)而言³²⁰。聯邦交易委員會取締不實廣告時，必須符合兩項法定要件：出於公共利益所需(in the public interest)以及該廣告足以影響消費者決定之可能性(capable of influencing consumers' decisions)為條件發動³²¹。

此外，有別於不實廣告而存在另一種獨立形態的違法廣告—不公平廣告，以往 FTC 並未將廣告區分為不實廣告與不公平廣告，而將兩者合而為一，統稱為不實廣告；但自 1972 年，聯邦最高法院在 *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.* 一案中，確立 FTC 有權對雖非不實但卻不公平之廣告，亦可單獨予以取締，因而不公平廣告成為一獨立形態的非法廣告。然而實務上，FTC 基於政治上的考量，對不公平廣告並未積極取締，並進而限縮「不公平廣告」之定義為：僅在商品未經驗證即予廣告，或廣告中未揭露與商品或服務有關之重要資訊，而該資訊未予以揭露可能導致消費者使用該商品即具有危險性者，始認為廣告不公平，而得加以取締³²²。

第二目 藍能法

藍能法第四十三條(a)常被錯誤稱為不公平競爭條款，但是藍能法第四十三條(a)並未將所有不公平競爭法明文規範在內，相較於所有類別的不公平競爭法條款，本條範圍較小。藍能法第四十三條(a)限於商標侵權、不實廣告、營業誹謗的

³¹⁹ 范健得，公平交易法之註釋研究系列(二)第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁254-257

³²⁰ 趙麗雲、林輝煌，不法商業廣告之態樣分析，國家政策論壇第2卷第6期，2002年6月。

³²¹ FTC Act §5(b), 15 U.S.C. §45(b).

³²² 趙麗雲、林輝煌，不法商業廣告之態樣分析，國家政策論壇第2卷第6期，2002年6月。

禁止，並不禁止許多遭到州法認定不公平競爭的行為³²³。藍能法第四十三條(a)主要規範兩種型態的不公平競爭：(1)侵害未註冊商標、營業名稱、營業表徵；(2)不實廣告。前者為藍能法第四十三條(a)(1)(A)所規定，而後者為藍能法第四十三條(a)(1)(B)³²⁴。藍能法第四十三條(a)(1)(B)規定，禁止於商品、服務或其容器上使用任何文字、詞彙、名字、記號、圖形或其組合，或任何不實來源之表示、對事實為不實或引人錯誤之說明（description）或陳述（representation），在商業廣告或推銷中不實陳述自己或他人商品、服務、商業活動的本質（nature）、特徵（characteristics）、品質（qualities）或地理來源（geographic origin）³²⁵。針對自己的商品、服務、商業活動不實陳述為不實廣告的範疇，而對他人的商品、服務、商業活動為不實陳述則為營業誹謗的情形。成立藍能法第四十三條(a)產品不實或引人錯誤的陳述，須符合五個要件：(1)被告在商業廣告中就自己產品為不實或引人錯誤陳述；(2)該陳述確實為欺罔或有欺罔相當數量(substantial segment)消費者的傾向；(3)欺罔是實質重大(material)，亦即可能影響消費的決定；(4)廣告的產品在州際交易中流通；(5)原告可能受到損害，銷售量減少、商譽損害等³²⁶。

被告不實或引人錯誤的陳述須為實質重大(material)，可能影響消費者的決定。美國第二巡迴法院發展其要求：對產品的固有品質或特徵(inherent quality or

³²³ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 638 (3rd ed. 2004).

³²⁴ J. THOMAS MCCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §27: 9 (4th ed. 2006)

³²⁵ Lanham Act § 43(a)(1)(B), 15 U.S.C.A. § 1125(a)(1)(B).

(a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities.

³²⁶ *Lambert Co. v. Breathasure, Inc.*, 204 F.3d 87 (3d Cir. 2000) *Logan v. Burgers Ozark Country Cured Hams Inc.*, 263 F.3d 447 (5th Cir. 2001) *King v. Ames*, 179 F.3d 370 (5th Cir. 1999)

characteristic)之不實或引人錯誤的陳述³²⁷。第二巡迴法院再塑了不實陳述為實質重大的要求。在*National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*³²⁸，被告Motorola在廣告中宣稱產品從籃球場上直接更新籃球比賽的分數，由於事實上被告從廣播中取得籃球比賽的分數，該陳述確實是不實的陳述。法院認為該不實陳述並非實質重大，不可能會影響消費者的消費決定。不論資訊是從廣播中取得或在籃球場上第一手觀看取得的，被告的不實陳述並非實質重大。消費者關心的是及時得知運動比賽的分數，至於獲得分數的方法是無關緊要的，所以從現場直接獲得的不實陳述並非實質重大。適用「固有品質或特徵(inherent quality or characteristic)」原則，諸如宣稱產品「獨家設計」、「專利申請」、「只有在電視上獨家銷售」、「第一次在電視上出現」的不實廣告因為與產品的固有品質或特徵無關，法院認為不適用藍能法第四十三條(a)。美國一九八九年修正藍能法第四十三條(a)，現行四十三條(a)(1)(B)規定禁止對產品或服務的本質(nature)、特徵(characteristics)、品質(qualities)或地理來源(geographic origin)的不實或引人錯誤陳述。有學者認為法條的修正並非肯定也不否定第二巡迴法院的見解，而留下開放的解釋空間³²⁹。

埋伏行銷是否構成不實廣告，在美國法的架構下，須判斷廣告或推銷活動是否為不實或引人錯誤的陳述或表示，而且須為實質重大的情形，亦即消費者是否可能受到陳述或表示影響而為消費決定。埋伏行銷廣告利用活動相關元素，例如活動的分數、賽程表、舉辦活動的國家及城市名稱、舉辦國國旗、具有代表性的城市名稱、抽獎贈送活動門票、活動場地或周圍空間、提供活動的相關產品或服務，甚至是使人聯想到活動的普通名詞，由於埋伏行銷通常不會積極正面表示自身為贊助商，因此尚未到達不實的陳述。至於是否該當引人錯誤，則須視該廣告的效果是否足以使相當數量的消費者有錯誤的聯想或印象。

³²⁷ *Vidal Sassoon, Inc. v. Bistro-Myers Co.*, 661 F.2d 272, 213 U.S.P.Q.24 (2d Cir. 1981).

³²⁸ *National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 41 U.S.P.Q.2d 1585 (2d Cir 1997).

³²⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 5 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §27: 64 (4th ed. 2006)

再者，如果為不實或引人錯誤的陳述，尚須判斷該陳述是否為實質重大，而「誤以為埋伏行銷為贊助商」是否屬於實質重大，則須視個案而定。本文認為應參酌(1)贊助關係或事業關聯性是否為消費者所重視，是否影響消費決定的關鍵；(2)埋伏行銷事業的知名度、規模、聲譽、事業形象；(3)活動的知名度、公眾的認同度、關注程度，來認定是否為「實質重大」。然而，若依第二巡迴法院的「固有品質或特徵(inherent quality or characteristic)」原則，事業的贊助關係可能不屬於產品的固有品質或特徵，因此並不會成立不實廣告。

第二項 德國法

首先，德國二〇〇八年不正競爭防止法新法第三條第三項規定，法律附錄所列舉有關消費者的商業行為不得為之³³⁰。亦即所謂的黑名單，乃歐盟不正商業實施指令（Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken）³³¹的核心部分。第三條第三項附錄列舉了三十個行為方式，行為本身即為不正，並無個別利益衡量的空間，而且也不能違反第三條重要性門檻（Erheblichkeitsschwelle）或輕微條款（Bagatellklausel）的要件。埋伏行銷僅可能涉及附錄第四點的行為，亦即不實陳述聲稱經營者所為商業行為或商品或服務經由國家機關或私人機構認可、同意或

³³⁰ UWG § 3 Verbot unlauteren Wettbewerbs

...

(3)Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

³³¹ 全名為內部市場事業與消費者間商業交易的不正商業實施指令。Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates. 因應不正商業實施指令，德國在 2008 年 5 月 21 日通過修正草案，轉換該指令為內國法，而在 2008 年 12 月 30 日新法生效。

准許或符合認可、同意、准許之條件，該不實陳述不得為之³³²。認可、同意或准許使人臆測事業或商品或服務具特殊的品質、性質，並且從消費者觀點判斷該陳述具重要的意義，影響其交易決定。埋伏行銷若表明經活動組織所准許，例如非贊助商明確地表示其為大型活動的官方贊助商或贊助商，依交易觀點，作為大型活動贊助商的表示含有經活動組織准許該廣告的不實陳述，因此可適用附錄第四點的規定。至於其他埋伏行銷的行為態樣是否可適用第四點則有所疑義。若在廣告中未直接使用贊助商等相關文字，是否含有經活動組織准許的不實陳述或者是否只對觀察者產生相關的印象，區別這兩種情形是有實益的。因為第四點僅規範了不實陳述的行為，所以不實陳述與某一印象形成兩者間的界限是必要的。在黑名單中不正商業實施行為可分為誤導性(irreführende unlautere Geschäftspraktiken)³³³的與侵略性(aggressive unlautere Geschäftspraktiken)³³⁴的不正商業實施行為兩部分，並區分了不實陳述與某一印象的引起，其差異使得兩者不得等同視之。黑名單不正商業實施行為的規定以不實陳述為前提，某一印象的形成並不符合。此外黑名單列舉與消費者相關的不正商業實施行為，此不正商業實施行為並無評價之可能(Wertungsmöglichkeiten)且獨立於第三條重要性門檻，永遠皆為不正行為³³⁵。黑名單須就明文規定的構成要件為限制適用，未明確規定的商業實施行為等的擴張解釋不在規定範圍內³³⁶。是故，只有引起某一印象並不符合附錄第四點的規定³³⁷。

³³² Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 sind

...
4. die unwahre Angabe, ein Unternehmer, eine von ihm vorgenommene geschäftliche Handlung oder eine Ware oder Dienstleistung sei von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden, oder die unwahre Angabe, den Bedingungen für die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung werde entsprochen

...
³³³ 附錄第一點至第二十三點。

³³⁴ 附錄第二十四點至第三十點。

³³⁵ 原文為：Die Black List enthält eine abschließende Aufzählung von Geschäftspraktiken, die im Verhältnis zum Verbraucher ohne Wertungsmöglichkeiten und unabhängig von der Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG stets unlauter sind.

³³⁶ 原文為：Die Black List ist damit ein scharfes Schwert zur Verhinderung unerwünschter Verhaltensweisen. Dies bedingt aber eine restriktive Anwendung der genannten Tatbestände. Eine Ausdehnung auf nicht explizit genannte Geschäftspraktiken muss unterbleiben.

³³⁷ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen*

使用受保護的官方標識並未含有取得准許或同意的陳述，由於該行為並未表示出活動組織同意該廣告。埋伏行銷只有當非贊助商明確表示其廣告宣傳活動經活動組織准許時，始為黑名單第四點所規範的行為³³⁸。如果其他埋伏行銷，例如使用官方標識等直接的埋伏行銷或間接的埋伏行銷，則非黑名單所規範的行為，此類的埋伏行銷行為也不常見。易言之，黑名單第四點管制埋伏行銷所能發揮的功能極其有限。

除了黑名單，埋伏行銷也可以從不正競爭防止法第五條誤導的構成要件（*Irreführungstatbestand*）來探討。第五條第一項列舉了誤導的商業行為（*Irreführende geschäftliche Handlungen*）。第五條第一項第四款包含了競爭法有關贊助的規定。當商業行為含有不實或其他導致誤認的說明或標識等陳述，該陳述與直接或間接的贊助有關或涉及了經營者、服務、商品的許可，該商業行為就不被允許³³⁹。首先，就不實或其他導致誤認（*Täuschung*）的陳述與黑名單的陳述之比較，黑名單的陳述以直接的內容說明為前提。對觀察者所引起的單純印象不顯而易見（*unerherblich*）。第五條第一項第四款並非如此，因為該款誤認行為（*Täuschunghandlung*）比黑名單第四點行為較廣，且也包含不相關印象的引起。埋伏行銷可能該當第五條第一項第四款³⁴⁰。

von *Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 738-739.

³³⁸ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 739.

³³⁹ UWG § 5 Irreführende geschäftliche Handlungen

1. Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält:

...

(4) Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder sich auf eine Zulassung des Unternehmers oder der Waren oder Dienstleistungen beziehen;

...

³⁴⁰ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 739-740.

當商業行為含有不實或其他導致誤認的說明或標識等陳述，而該陳述與直接或間接的贊助有關的情況下，該說明或標識須與贊助有關，而陳述須涉及贊助地位的誤導。當一事業使用「贊助商」、「夥伴」、「供給者」等背於真實的標識時，即存在著與贊助有關的誤導性說明。如此的說明通常已在黑名單第四點所規定範圍內，因此不正競爭防止法第五條第一項第四款沒有適用的餘地。此外其他的說明陳述，例如使用官方的口號標語單純引起贊助地位的印象或否定其他事業的贊助地位，這些情形並不在黑名單規定的範圍內。第四款所規定的標識（Symbole）必須是如此著名（bekannt）以致於消費者因此將標識與活動贊助相互結合聯繫。而官方標識滿足了該款的要求，當進行廣告的事業不具贊助商資格時，使用官方標識是誤導性的。雖然使用官方標識非黑名單第四點規範的行為，卻為第五條第一項第四款所規範，因為其已符合了該款所需相關印象的產生³⁴¹。

當埋伏行銷可能涉及消費者的誤導時，須判斷是否使平均消費者的經濟行為受到重大的影響。重大影響須由活動組織或贊助商證明，亦即負舉證責任，對活動組織而言乃一難題³⁴²。若埋伏行銷僅為間接或隱晦的行為，對於活動組織或贊助商欲成功主張本款處理埋伏行銷的問題，極為艱難。

大型活動的官方標識與口號通常可以受到全面的商標保護，適用第五條第一項第四款有兩種不同的面向。關於不受商標保護或未能受到全面保護的說明與標識，不正競爭防止法只作為補充，在適用上不能抵觸商標法。例如 FUSSBALL WM 2006 標識欠缺識別性和存在維持自由之需求，因此不得註冊成為商標，該標識也

³⁴¹ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 740.

³⁴² Hans Pechtl, *Trittbrettfahren bei Sportevents: das Ambush-Marketing*, Februar 2007, S. 45, unter http://www.rsfs.uni-greifswald.de/fileadmin/mediapool/Fakult_t/Lenz/Diskussionspapiere/01-2007.pdf (Zugriffsdatum 1. 6. 2009).

不能依不正競爭防止法取得間接的標識保護³⁴³。另一方面，非商標權人對埋伏行銷公司提起訴訟請求的情形。商標權人通常是活動的舉辦組織，可依其商標權採取對抗埋伏行銷的處理。至於若為埋伏行銷的競爭者，例如官方贊助商或另外的競爭者，對於埋伏行銷的不正行為欲採取法律措施時，可依不正競爭法第五條的相關規定，尤其是第五條第一項第四款規定。此規定使官方贊助商或其他埋伏行銷的競爭對手在無商標法的保護下，尚可主張競爭法上的請求對抗埋伏行銷³⁴⁴。

至於不正競爭防止法第五之 a 條規定，隱瞞事實是否為誤導，須依交易觀點判斷該行為對於商業交易決定的意義以及考量隱瞞對於交易決定的影響³⁴⁵。事業的贊助地位對於消費者的商業交易決定可能是重要的。埋伏行銷背於事實呈現出贊助商的形象，未說明清楚事實的行為是否該當第五之 a 條不作為所致的誤導呢？作為與不作為的界限是受非難行為的重點，埋伏行銷的重心在於積極的作為，因為埋伏行銷故意藉由廣告建立與大型活動的聯繫，是故埋伏行銷與不作為所致的誤認較無關係³⁴⁶。

第三項 我國法

第一目 公平交易法第二十一條

公平交易法第二十一條規定為不實廣告之規範。廣告之目的在於凸顯自己商

³⁴³ Heermann 採相同見解：當特別法保護（例如商標法）已存在時，補充成果保護並不存在，因為沒有必要存再額外的保護。此外，當特別法的法規或評價排除更廣的保護時，補充成果保護也會被排除。Peter W. Heermann, *Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßveranstaltungen - Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahme*, GRUR 2006, 359, 363.

³⁴⁴ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 740.

³⁴⁵ UWG § 5 a Irreführung durch Unterlassen

1. Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.

³⁴⁶ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 741.

品或服務的優點，利用廣告將產品資訊提供給消費者，吸引消費者與促進銷售。廣告主為爭取交易機會，標榜讚美自己商品或服務乃效能競爭的手段之一。由於廣告為影響消費行為的重要因素，當廣告背於真實或引人錯誤時，導致消費者無法正確選擇所需的商品或服務，同時也對其他競爭同業形成不正競爭，影響競爭秩序。是故，公平交易法第二十一條禁止虛偽不實或引人錯誤的廣告。

本條規範核心在於虛偽不實與引人錯誤之意義與內涵。廣告內容與商品或服務實際狀態有不相符合者，即屬「虛偽不實」。但如法律對廣告內容要求與事實完全一致，將使廣告不足吸引消費者注意，抹煞廣告所應有的說服、藝術與娛樂等功能，妨礙商品或服務流通、降低競爭。因此，法律所規範的虛偽不實廣告，應以其虛偽不實導致使消費者陷於錯誤及導致其購買商品或接受服務決定之虞者為限。此外，廣告內容在客觀上並無不實，但仍有使消費者陷於錯誤之虞者，亦可能構成引人錯誤廣告³⁴⁷。公平交易法第二十一條案件處理原則第五點將虛偽不實定義為：係指表示或表徵與事實不符，其差異難為相當數量之一般或相關大眾所接受，而足以引起錯誤之認知或決定者。第六點所謂引人錯誤係指表示或表徵不論是否與事實相符，足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者。可知虛偽不實及引人錯誤皆以「足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定」為準，蓋公平法第二十一條所欲保護之對象主體為公眾或相關社會大眾，從而判斷系爭廣告是否有虛偽不實或引人錯誤之虞，應以公眾或相關社會大眾對該廣告之認知判斷之³⁴⁸。本條規範重點即在於標識或廣告未能符合相關公眾主觀認知上之期待，客觀上事實正確與否在所不問³⁴⁹。埋伏行銷是否構成虛偽不實或引人錯誤的廣告，須檢視標示或廣告是否足以使相關公眾產生錯誤認知或為錯誤的消費決定。

³⁴⁷ 朱鈺洋，虛偽不實廣告與公平交易法，三民出版，1993年12月初版，頁62-63。

³⁴⁸ 黃銘傑，公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係，收錄於競爭法與智慧財產權法之交會－相生與相剋之間，自刊，2006年，頁320。

³⁴⁹ 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003年10月初版，頁231。

埋伏行銷適用不實廣告規範的特殊性，在於創造官方贊助商的形象或暗示自己為官方贊助商是否該當公平法第二十一條。此涉及虛偽不實或引人錯誤表示或表徵之標的範圍，官方贊助商身分的交易資訊是否為規範的標的。就文義解釋而言，本條第一項規定的交易資訊包括：商品價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，均屬與商品有關的交易資訊。由於所列事項之前尚明文規定「商品之」，嚴格依其文義解釋，則各項交易資訊均應與商品本身有關；依本條第三項準用於服務時，亦同。有學者比較德國法採民事途徑的解決方式，我國採行政處罰方式，具行政制裁性格，不宜過度擴張適用範圍，因此限於商品本身性質的事項，亦即與商品本身有直接關連的事項³⁵⁰。或有學者贊成從寬解釋，但並不包括事業的事項，例如銷售動機、銷售目的、事業形象等，應由公平法第二十四條處理之³⁵¹。

公平會處分實務納入與商品本身無關的項目，例如事業與他事業的關聯性、事業的公共或公益性質、使人誤認有鉅額收入等，皆適用公平法第二十一條處理之³⁵²。而公平交易法第二十一條案件處理原則第二點，即係針對「商品（或服務）」從寬解釋：「本條規定所稱『商品（或服務）』，係指：『具有經濟價值之交易

³⁵⁰ 劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢第 51 期，2002 年，頁 10 - 11。

³⁵¹ 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003 年 10 月初版，頁 235。

³⁵² 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003 年 10 月初版，頁 235。此外，公平會公布的表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示包含了商品或服務品質內容無關或間接相關的事項，例如：

- 1.表示或表徵使人誤認事業主體係他事業之(總)代理商、(總)經銷商、分支機構、維修中心或服務站等具有一定之資格、信用或其他足以吸引其交易相對人與其交易者。
- 2.表示或表徵使人誤認政府機關、公益團體係主辦或協辦單位，或與政府機關、公益團體有關者。
- 3.表示或表徵偽稱他人技術(合作)或授權者；表示或表徵使人誤認其有專利、商標授權或其他智慧財產權者；表示或表徵使人誤認商品(服務)已獲政府機關核發證明或許可者。
- 4.表示或表徵使人誤認政府將舉辦特定資格、公職考試或特定行業之檢定考試者。
- 5.表示或表徵使人誤認係特定商品（服務）之獨家供應者。

獨家供應者的案例出自認識公平交易法，行政院公平交易委員會出版，2005 年 5 月增訂第十版，頁 339-340。

標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等』」。法條文字既於例示事項之後明定「等」字，則與上列事項相當的其他重要交易資訊，就其對於消費者權益、公平競爭及交易秩序所可能造成的影響觀之，理論上自應包含之。倘嚴格解釋本條第一項所規定交易事項限於與商品有關者，不涵括在交易上重要的其他交易資訊，交由第二十四條的概括條款處理此類案件，將使該條涵括過多案件類型、其構成要件明確性更形薄弱³⁵³。再者，依本條規範目的觀察，只要使相關公眾在交易決定或認知上受到重大影響，無論商品服務本身相關的交易資訊，或與商品服務間接相關甚至無關的交易資訊，為保障消費者的權益及效能競爭考量，應將交易上為實質重大的事項或資訊規範在內，始為妥當。又，參酌上述美國法與德國法的不實廣告法制，皆未限於與商品或服務直接相關的資訊。我國公平交易法雖未明文與商品或服務間接相關或無關的重要交易資訊，但不得宥於條文文字而忽略了本條規範意旨。有論者比較德國與我國分別採民事與行政的途徑解決不實廣告問題，反對採取較廣義的解釋³⁵⁴，本文對於該理由抱持懷疑的立場。若採狹義的解釋，其餘重要交易資訊將依公平法第二十四條處理之，然而公平法第二十四條同樣也是採取行政處罰方式，具行政制裁性格，是以贊成狹義解釋的理由恐有待斟酌。**綜上，應以交易上具有實質重大性的交易資訊為虛偽不實或引人錯誤表示或表徵之標的，不必嚴格限定於與商品或服務本身有關的交易資訊。**因此埋伏行銷若就官方贊助商身為虛偽不實或引人錯誤表示或表徵，屬於「事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係」，係交易相對人所關切、重要性與例示事項相當的其他交易資訊，可適用公平法第二十一條之規範。

³⁵³ 石世豪，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁286-287。

³⁵⁴ 劉華美，最高法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢第51期，2002年，頁10-11。

第二目 埋伏行銷之類型化分析

本文試圖將埋伏行銷的情形類型化，依據虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵內容加以分類，並且探討是否適用公平法第二十一條。首先，埋伏行銷未向活動組織取得相對應的授權，卻積極使用「官方贊助商」、「官方合作夥伴」、「官方紀念款」、「官方指定使用」等象徵產品或事業價值的文字。「官方贊助商」、「官方合作夥伴」涉及事業關聯性、事業社會形象的實質重要資訊，而「官方紀念款」則涉及商品的價值、特殊性、與活動的關聯等特性，「官方指定使用」可能傳達商品或服務品質的交易資訊，也可能代表贊助商身分的事業關聯性。舉辦大型活動時，這些交易資訊對相關公眾而言皆為實質重大事項，足以影響其認知與消費決定，因此埋伏行銷使用在任何商品或服務或其廣告上，皆該當公平法第二十一條。

另一類型為埋伏行銷積極使用官方口號或官方標識。本文認為官方口號或標識屬於事業身分或關聯性的表示，相關公眾可能會產生誤認埋伏行銷事業乃官方贊助商或合作夥伴，且在舉辦大型活動期間此項交易資訊為具實質重大性。埋伏行銷未獲得相對應的授權使用官方口號或官方標識，須足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定，因此官方口號或官方標識需有一定的知名度，足以使相當數量的公眾為錯誤認知或交易決定。通常官方口號或官方標識符合一定的知名度，埋伏行銷使用該官方口號或標識誤導相關公眾的情形，該當公平法第二十一條。

此外，如果埋伏行銷使用一般普通的名詞，例如活動名稱、活動舉辦的時間或年分、舉辦或代表性的國家城市名稱、上述文字的排列組合。本

文認為應以相關公眾的認知判斷普通名詞是否在產品的品質、用途、價值、官方紀念產品、官方贊助商的事業關聯性上為不實表示或引人錯誤，應考量埋伏行銷事業的知名度、使用的情境狀況和背景脈絡等具體個案判斷。例如使用「2006 德國世界盃足球賽」在足球產品上，有可能在產品的品質或是否為官方紀念產品等事項誤導相關公眾，若足以影響相當數量的公眾為錯誤的交易決定或認知，該當公平法第二十一條規定。然而，也有可能埋伏行銷事業為響應足球盛事，自行推出紀念款，該普通名詞之表示確實為傳達產品與活動之關聯性—為某事業的紀念款產品，此時則無不實或引人錯誤之情事。又或者在紀念幣上或郵票上印有「2006 德國世界盃足球賽」，公眾認知下紀念幣或紀念郵票通常可能須取得授權始能發行，在此公共認知的前提下可能會使相關公眾誤認為官方紀念產品，亦即誤以為產品與活動具官方聯結。由於舉辦活動時，相關公眾相當重視產品與活動的關聯性，是否為真正的官方產品符合實質重大的交易資訊，此項資訊足以足以影響相當數量的公眾消費決定或認知，應適用公平法第二十一條規定。簡言之，廣告或產品上使用一般普通名詞時，應斟酌埋伏行銷事業知名度、事業形象商譽、使用的情境背景、相關公眾的認知下，若相當於傳達表示產品的品質、用途、價值、產品與活動的關聯性、甚至是事業的關聯性等交易資訊，而發生不實陳述或引人錯誤之情形，埋伏行銷未獲相對應的授權或資格下，可受公平法第二十一條的規範。

其餘的類型屬於較為間接模糊的埋伏行銷類型，埋伏行銷未積極直接表示自己的事業身分、產品與活動的關聯性等，也未使用官方的標識或口號，甚至也沒有使用與活動相關的普通名詞。埋伏行銷利用活動相關的特色建立起活動的聯繫，例如活動的分數、勝負、賽程表、舉辦國國旗、找比賽知名運動員為產品代言人、抽獎贈送活動門票、在活動場地或周圍空間舉辦體驗活動、呼籲大眾為活動比賽加油等口號、在活動期間提供優惠以慶祝活動順利舉行等多元的行銷策

略。此類型的埋伏行銷至多僅間接暗示官方贊助商的形象，也可能只是響應最近流行的焦點話題或促使消費者關注該活動而已，並不會使人產生贊助商的印象。本文認為如果未誤導相關公眾為官方贊助商等交易上實質重要交易資訊，亦即不足以引起相當數量之相關大眾錯誤之認知或交易決定，不成立公平法第二十一條。在許多創意十足的埋伏行銷並不會誤導事業身分，可能只是吸引消費者注意到產品廣告之手法，此時應肯定埋伏行銷得利用公眾注目的焦點進行促銷廣告活動，否則將過度限制埋伏行銷廣告的自由，賦予活動組織或官方贊助商過多的保護。例如舉辦抽獎促銷活動，在廣告中宣稱抽獎獎品為活動門票、到活動地點的機票等。在此使用情境下，並未就事業官方贊助商的身分為不實陳述或引人錯誤，純粹說明抽獎活動的內容而已，因此並不該當公平法第二十一條規定。本文認為處理居於模糊地帶的埋伏行銷類型，應參酌（1）埋伏行銷的表示內容、表示是否傳遞出事業關聯性—贊助商的重大交易資訊；（2）埋伏行銷事業的知名度、規模、聲譽、事業形象；（3）活動的知名度、公眾的認同度、關注程度，參酌這些因素認定埋伏行銷是否足以影響相關公眾在合理判斷下所作成的交易決定。

第四項 小結

公平法第二十一條應採廣義解釋，以交易上具有實質重大性的交易資訊為虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵標的。是以在活動舉辦期間官方贊助商的身分、官方紀念產品、官方指定使用產品等皆屬於交易上實質重大的資訊。埋伏行銷如果積極表示出與上述相當的資訊，足以使相關數量的公眾產生錯誤的認知與決定，應受到公平法第二十一條的管制。至於間接隱晦的埋伏行銷類型，在廣告促銷中利用活動相關的特色或元素者，是否適用公平法第二十一條則有待探討。本文認為利用相關特色或元素間接暗示官方贊助商的身分，除非發生足以使相當數

量的公眾產生誤導之情事，否則應肯認埋伏行銷得自由發揮創意與融合活動相關元素，不應抹煞埋伏行銷運用時事潮流的商業言論自由。

第三節 其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為

本節著重在間接埋伏行銷類型之分析，並探討是否該當足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，尤其探討埋伏行銷是否該當榨取他人努力成果。活動組織投入心血、時間及金錢在舉辦活動上，但埋伏行銷未付出成本獲得相對應的授權，竟利用與活動相關的元素，建立與活動若有似無的聯繫，是否成立攀附他人聲譽或利用他人努力成果而推展自己商品或服務，將成為本節之重心。

第一項 美國法

第一目 聯邦交易委員會法

美國現行聯邦交易委員會法第五條第(a)項第(1)款之規定，商業上或影響商業之不公平競爭方法以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行為或手段，構成違法。立法上我國公平法第二十四條實係參考該條立法而來。與我國公平交易法第二十四條不同的，聯邦交易委員會法初期，固然是出自於以對於不公平競爭方法（unfair methods of competition）之規範，補充反托拉斯法不足之處，但後於「惠勒—李修正案」(Wheeler-Lea Amendment)後，已然揭示直接保護消費者之旨，因此，並無「規範保護目的」之爭議。由於所揭示之unfair或deceptive二字，幾乎已經概括所有可能之限制競爭、不公平競爭以及消費者保護之範圍，所以向為聯邦交易委員會用以介入市場之主要工具³⁵⁵。

³⁵⁵ 范健得，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九

雖然條文用字上以unfair或deceptive規定，於不公平競爭領域廣泛運用，但絕非單一或排他的「不公平競爭」管制法令，對於分散的數法規具補充功能。通說上認為本條可補充休曼法（反托拉斯法）實體與程序之不足，當時的立法背景與意旨在於使若干未達休曼法或其他反托拉斯法違法標準之行為，透過對「不公平之競爭方法」(unfair methods of competition)加以解釋也可包含在內³⁵⁶。

此外，該條文雖未明言「公序良俗」之思維，可發現實際上公共政策(public policy)或公共價值(public values)之違背，亦被視為「不公平」之商業行為處理。「不公平」的認定標準，有（一）是否牴觸公共政策(public policy)；（二）是否倫理及謹慎（unethical or unscrupulous）；（三）是否侵害消費者³⁵⁷。至於何謂欺罔（deceptive），幾乎用於所有有關「誤導」、「混淆」之案件上，包括廣告之管制、重大交易訊息之隱瞞、商品及服務之來源混淆、辨（標）識混淆，判斷上參考一九八三年十月十四日美國聯邦貿易委員會，綜理相關司法見解所為之「FTC POLICY STATEMENT ON DECEPTION」。所謂欺罔之判斷方式，乃是針對客觀上存在之某些表示、隱瞞或行為（representation, omission or practice），其中，判斷上較不易的「消極隱瞞」是否構成欺罔或不實，就此美國執法上認為除法定義務中屬於需揭露之部分外，尚需綜合行為人積極行為所營造之整體印象。再者，檢視（確定）相關消費者在該特定事件中之合理觀點（reasonableness from the perspective of a consumer in the circumstances），進而分析判斷存在之特定表示、隱瞞或行為，依據消費者合理觀點，是否足以影響交易判斷之「實質重大（material）」，亦即是否可能影響消費者行為或決定³⁵⁸。

十三年度委託研究報告，2004年10月，頁416。

³⁵⁶ 范健得，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁416-417。

³⁵⁷ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁39。

³⁵⁸ 范健得，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁418。

第二目 普通法挪用理論

第一款 挪用理論 (the Misappropriation Doctrine)

挪用理論是普通法中法官造法形成的不公平競爭法。當被告以很少的成本重製、挪用原告有商業價值的創造或事物（無形資產），而該被重製挪用的創造或事物並不受到(1)聯邦專利法、著作權法或(2)傳統普通法理論的不公平競爭例如商標侵權、違反秘密關係等保護的情形下，原告主張普通法應以財產權保護其商業事物或創造。挪用理論主要問題在於原告主張的財產權利通常落在國會立法的法規範外，國會有權限以著作權或專利權保護之，但是未通過明文立法。對於國會的沉默，有些法院認為原告所主張的「權利」並非權利，而是屬於公共領域，可由公眾自由重製利用。面對國會立法的不作為（inaction and inertia），法院拒絕採納挪用理論，也意謂著原告並不會受到法律上的保護。然而有些法院將國會的沉默解讀為給州法與法院介入的空間，可由挪用理論處理。挪用理論著重在勞力的保護，所謂創造作品的「血汗權益（sweat equity）」³⁵⁹。適用挪用理論須符合三個要件，（一）原告付出相當多的投資（substantial investment），投注時間、努力、金錢等創造被挪用的事物，而使法院認為該事物已具有財產權的特徵；（二）被告並未付出成本或以少許的成本挪用該事物，而使被告行為具有不勞而獲的特徵；（三）被告行為已損害原告，例如從原告直接分散利益或權利金的損失。有些法院表示原告與被告須為直接競爭關係，才可適用挪用理論³⁶⁰。

挪用理論是由 *International News Service v. Associated Press*³⁶¹（簡稱 *INS v. AP*）所產生的。AP是電報服務公司，AP記者花了許多時間及金錢蒐集熱門新聞

³⁵⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §10:47 (4th ed. 2006)

³⁶⁰ *United States Golf Ass'n v. St. Andrew Sys., Data-Max, Inc.*, 749 F. 2d 1028, 224 USPQ 646 (3d Cir. 1984). J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 378 (3rd ed. 2004).

³⁶¹ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 39 S. Ct. 68 (1918).

故事，被告INS經常派遣員工閱讀這些故事，並且以不同的文字重新撰寫，然後INS再將這些故事傳遞給全國INS的會員。因為不同時區的關係，在一些城市中INS的會員可以比訂閱AP的會員更早公佈重要的新聞故事。因此AP控訴INS重製了AP的熱門新聞。AP不能成功主張著作侵權，因為INS刻意不使用AP的表達，只使用了著作權法不保護的事實。美國最高法院因而產生新的挪用理論，法院認為INS挪用AP的資訊，挪用AP勞力、技術、金錢的投資，連續地銷售AP資訊驗證了INS試圖不勞而獲³⁶²。法院認為資訊的收集須有相當的勞力、技巧、金錢的投注，應被當作準財產權，挪用他人金錢、時間、努力的投資成果即為不勞而獲或搭便車的行為³⁶³。

從一九一八年到一九六四年，挪用理論只為一些法院所採納。例如上訴法院Learned Hand法官一貫地拒絕採納挪用理論。從一九六四年到一九七三年，最高法院Sears-Compco一案提出聯邦優位（Federal Preemption），導致一些少數法院拒絕挪用理論，而認為此部分已優先由聯邦著作權法所規定（preempted by federal copyright law）。而九〇年代的判決，如第二巡迴及第七巡迴法院³⁶⁴已採取立場認為未受著作權保護的事物，例如事實及觀念，落入著作權法的主體（subject matter），因此不能基於挪用理論賦予排他權³⁶⁵。而較近的最高法院判決Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.³⁶⁶雖未處理挪用理論的爭議，但表達了基於創新目的而可自由近用公共領域（free accessibility of the public domain）。解釋藍能法時應避免將商標及其關連的保護擴張及於專利或著作權的範疇。當著作權保護期間屆滿後，重製權以及未提及著作權人而重製的權利即歸屬於大眾，公眾

³⁶² J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 378 (3rd ed. 2004). ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 236 (3rd ed. 2006).

³⁶³ 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007年6月，頁33。

³⁶⁴ ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1447, 1453, 39 U.S.P.Q.2d 1161 (7th Cir. 1996); National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc., 105 F. 3d 841, 41 U.S.P.Q.2d 1585 (2d Cir. 1997).

³⁶⁵ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 378-379 (3rd ed. 2004).

³⁶⁶ Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003).

就可以任意且不提其來源使用該著作。此外對於商品來源的解釋，認為商品來源指的是製造銷售該實體商品的製作人，而不包括該商品中所包含之觀念、想法或溝通的作者³⁶⁷。

活動組織投入心血、時間及金錢在舉辦活動上。除了爭取高額的贊助費及推銷活動外，組織也必須安排活動的所有細節，例如安排交通、支付許可費給當地政府、與供應商的聯繫等所有籌備事項。當埋伏行銷以很少的資金成本推銷宣傳試圖建立活動的聯繫時，挪用理論可能成為保護活動組織投入時間、金錢及心力的法律依據。然而，挪用理論受到許多的限制與批評，美國實務或學界對此皆爭論不休。美國法挪用理論有兩個主要的限制，其一只要模仿或對他人的努力成果搭便車行為不會嚴重減低創造的誘因，即允許該行為促進市場競爭。再者，為避免挪用理論規避一些智慧財產權的要件或限制，如果落入聯邦專利法、著作權法、藍能法的主體（subject matter），由於聯邦法比州法具優位地位（preemption），州法即不能再以挪用理論禁止之³⁶⁸。而挪用理論所受到的批評，例如在*INS v. AP*一案中Brandies法官認為熱門新聞的事實資訊如同觀念一樣不受著作權法的保護，法官不宜創造新型態的排他權，應該由國會立法，而不是由法院修正普通法的不公平競爭³⁶⁹。挪用理論並非普遍為各州所採用，有些法院只在與*INS v. AP*一案相同事實的情況下適用挪用理論，亦即只有被告挪用原告的熱門新聞時才會適用該理論。學者批評該理論既模糊又妨礙競爭，無法公平及可預測性的適用該理論，甚至美國不公平競爭第三整編第三十八條不肯認一般的挪用請求權³⁷⁰。簡言之，活動組織希望藉由挪用理論保護時間、心血、金錢的投資成果，阻止埋伏行

³⁶⁷ 感謝劉孔中老師提供的參考資料。另參見 Ory Sandel, *Dastar Through European Eyes: Effects of the Public Domain on Transatlantic Trade*, 12 UCLA ENT. L. REV. 93 (2004).

³⁶⁸ 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007 年 6 月，頁 33。See also J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER & DAVID J. FRANKLYN, MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 378 (3rd ed. 2004).

³⁶⁹ J. THOMAS MCCARTHY, 2 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §10:50 (4th ed. 2006)

³⁷⁰ ROGER E. SCHECHTER, INTELLECTUAL PROPERTY 238 (3rd ed. 2006).

銷不勞而獲的行為，由於是否適用挪用理論具有高度不確定性，須由法院個案判斷，因此以挪用理論打擊埋伏行銷並非有效的法律手段。

第二款 國外相關案例

一、*NFL v. Governor of Delaware* — 利用賽程表與比賽分數

美國德拉瓦州政府舉行樂透活動，以每周職業美式足球聯盟（*National Football League*；以下簡稱 *NFL*）賽程表與比賽分數作為樂透活動的標的，原告 *NFL* 控告德拉瓦州政府，主張應挪用理論的適用³⁷¹。

首先，法院判決³⁷²表示原告必須證明其已投注時間、心力及大量的金錢在組織、發展和推銷美式足球聯盟，而原告也已證明其投資的成功。*NFL* 是全國性的機構，享有很高的聲望與聲譽，收入的產生從門票、轉播權、公開演出權及商標的授權。毫無疑義地，*NFL* 的聲望與聲譽在被告選擇 *NFL* 作為樂透標的扮演著相當重要的因素，而被告也承認之。

原告主張被告挪用原告所努力的產品，或依最高法院的說法，德拉瓦州試圖不勞而獲（*is endeavoring to reap where it has not sown*）³⁷³。因此原告認為該樂透活動須停止，不法所得應交出。法院對於 *International News Service v. Associated Press*（簡稱 *INS v. AP* 一案）及其挪用理論並無疑義，然而法院卻不贊同原告挪用的主張。被告在德拉瓦州樂透使用原告產品為 *NFL* 比賽的賽程表與分數，被告取得這些資訊來自於公共資源，並且只有在 *NFL* 不再期望有任何利潤產生而對外公布該資訊時，被告才使用該資訊。如此的事實與 *INS v. AP* 一案並不相同。在 *INS*

³⁷¹ 本案詳細的案例事實參見第四章第一節第二項第三目。

³⁷² *NFL v. Governor of Delaware*, 435 F Supp. 1372, (US Dist Ct, 1977).

³⁷³ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 239, 39 S.Ct. 68, 72, 63 L. Ed. 211 (1918)

v. *AP* 一案中法院肯認 *INS* 的權利以保護所蒐集的新聞被挪用，只要該產品對 *AP* 仍具有商業價值。審理 *INS v. AP* 一案的法院核准禁制令直到 *AP* 的新聞商業價值消失。是故法院認為本案使用他人自願對公眾公開的資訊並不成立挪用。

然而原告堅稱被告所使用者不只賽程表和分數以獲取利潤，原告所定義的「產品」乃原告所有努力的最終成果，包括了引起的公眾興趣。被告試圖從 *NFL* 美式足球的聲譽中獲取利益，但系爭問題在於該行為是否構成挪用行為，對此法院持否定見解。德拉瓦州樂透所為者乃提供原告支持者下賭注 *NFL* 比賽的服務，被告因此獲取利益，如果沒有 *NFL* 的存在，被告就無法獲取利益。法院認為州樂透的活動與許多提供載乘足球迷到球場的包租巴士公司並無差別，也與人行道販售爆米花服務球迷的攤販一樣。

法院肯認對於自己的成果擁有權利，但此並不能解釋為排除他人在伴隨的服務中（*collateral services*）獲取利益。舉例而言，通用汽車享有聲望，而椅套製造商在此聲望中藉由製造符合通用汽車座椅尺寸的椅套獲取利益。相同的關係也存在於熱狗製造者與熱狗卷烘培者間。法院認為這些情形都不能主張挪用。然而原告 *NFL* 爭論本案情形並不相同，證據顯示出被告挪用原告的商譽、聲譽及其聲望。法院表示，在很大程度上原告所論述的商譽和聲譽，純粹係陳述被告在原告比賽中獲取利益的方式。因此對於原告挪用的主張，法院認為被告在德拉瓦州樂透使用 *NFL* 賽程表、分數及公眾聲望並不構成挪用原告財產。

此外，原告並未證明賭博本身對於其聲譽或聲望有任何損害或將有損害。德拉瓦州樂透使用 *NFL* 的賽程表、分數及聲望，不會伴隨著任何對贊助的混淆誤認，不會損害 *NFL*，在未來也不會導致損害，不會構成對 *NFL* 財產的挪用。其他事業對 *NFL* 比賽進行賭博（*gambling*）已廣泛存在多年，無論最盛行的違法賭

博或其他州合法的賭博，公眾也認知到此事實，而這些行之多年的賭博並未損害原告或其聲譽。原告並未證明這些賭博已損害 NFL 的聲譽或 NFL 的球隊。

質言之，德拉瓦州地區法院在 *NFL v. Governor of Delaware* 認為 *INS v. AP* 並不相同。法院闡明了被告乃從公共資源中獲得這些分數，且在 NFL 將分數傳播給公眾後才使用之。因為此資訊對於 NFL 而言欠缺商業利益，法院並未採用 *INS v. AP*，也不認為利用 NFL 的聲望舉辦樂透活動構成挪用。

二、*NBA v. Motorola* — 利用比賽分數

被告 Motorola 為呼叫器製造商，從比賽廣播中取得 NBA 比賽的即時分數，並在 Motorola 呼叫器上呈現傳遞給消費者。NBA 控告 Motorola 構成紐約州法的挪用。法院判決 *National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*³⁷⁴ 否定挪用的主張。本案第二巡迴法院認為雖然 *INS v. AP* 一案中挪用理論在著作權法優位地位下仍可適用，然為避免違反聯邦著作權法，須謹慎限制其適用。法院表示州法對於挪用熱門新聞在優位地位下仍可適用，但限於符合下述五個要件的情形，亦即本案法院對於挪用請求權設立新的標準：（一）原告花費成本產生或蒐集資訊；（二）資訊極易受時間影響；（三）被告使用資訊構成對原告努力成果的搭便車行為；（四）被告與原告提供的產品或服務有直接競爭關係；（五）他人對原告的努力成果搭便車可能會減少創造產品或服務的誘因，而且原告產品或服務的存在或品質因搭便車行為受到重大的威脅。法院認為被告呈現 NBA 即時籃球比賽分數在販售的隨身呼叫器上，並不符合上述標準，因此不涉及挪用 NBA 分數熱門新聞的財產權。

除了建立挪用理論新的標準，法院對於未來保護有新聞價值活動的事實與資

³⁷⁴ *National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 41 U.S.P.Q.2d 1585 (2d Cir 1997).

訊表示見解。首先，法院反覆論述到體育活動本身並不受著作權保護，活動具有使參與者無法有效控制結果的性質者，皆不受到著作權保護。在網路上可以提供即時新聞取得，上述即相當重要。第二，法院明確區分活動本身（不受保護）與活動廣播或報導（可能受著作權保護），法院認為被告只有從廣播中重製事實，並非表達或描述比賽成為廣播行為。事實或資訊等不受著作權法保護的事物落在著作權法的主體（subject matter），因此不能賦予州法挪用理論的排他權。

綜上可知聯邦著作權法與州法挪用理論有時會重疊，不過各有其目的。聯邦著作權法著重在創造的價值，而州法挪用理論強調保護成果創造的努力。本案法院如果對於無形資產－比賽的勝負予以排他權的保護，將妨礙自由使用公共領域的資訊，影響資訊的自由暢通，也影響公眾即時迅速接收公共資訊的權利，甚至有限制競爭之虞。因此，本文認為比賽的分數為公共領域的資訊或事實，在著作權法只保護表達的立法下，不可適用挪用理論架空著作權法的目的與精神。本案法院設立新標準，其中一要件－可能會嚴重減少創造產品或服務的誘因或動力，本文認為雖然使著作權法喪失適用的優先地位，但實則著眼於保護著作法的核心目的。如果維持聯邦著作權法優位的原則，不適用挪用理論，反而會導致違反著作權法最根本的保護目的－鼓勵自由創造、提升創造的動力，在此情況下應允許挪用理論的適用。本文認為此要件之要求對於協調聯邦著作權法與州法挪用理論的衝突，具有細緻深入的衡量，值得肯定。

第二項 德國法

不正競爭法防止法第三條規定，不正的競爭行為，足以對競爭對手、消費者或其他市場參與者之競爭者的利益產生明顯的妨礙影響，不得為之³⁷⁵。此條為德

³⁷⁵ UWG § 3 Verbot unlauteren Wettbewerbs

國法的概括條款。第三條適用的要件有：(1)競爭目的之行為；(2)商業交易行為；(3)違反善良風俗；(4)故意或過失；(5)對於競爭秩序有一定程度的影響：對於競爭秩序產生「非不顯而易見（nicht unerheblich）」的妨礙結果，亦即必需達到相當程度的門檻（Erheblichkeitsschwelle），對於競爭及被保護群體之利益有一定的重要性（gewissen Gewicht für Wettbewerbsgeschehen und die Interessen der geschützten Personenkreise），始為不正競爭防止法所欲規範之行為³⁷⁶。不正競爭防止法新法將不正競爭行為類型具體化，分別規定於第四條與第七條，這兩條的性質是例示而非窮盡列舉，故事業的商業交易行為須同時滿足第三條和自身條文³⁷⁷。例示的明文規定中，以第四條第九項與第十項與埋伏行銷最為相關，以下將以這兩條為基礎進行分析。

不正競爭防止法第四條第九項 b 款規定，行為人提供商品或服務乃模仿競爭者的商品或服務，且不當利用或妨礙被模仿商品或服務的信譽，該當不正競爭行為³⁷⁸。不正競爭防止法第四條第九項的先決要件為商品或服務的模仿，包括以「直接的成果接收」（unmittelbare Leistungsübernahme）或是以「模仿形式的成果接收」（nachschaффende Leistungsübernahme），在模仿自由原則下須有反競爭性可非難性的情形始違法。b 款使模仿成違反競爭性的情形則是不正方法占用他人努力成果

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

³⁷⁶ 吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004 年 10 月，頁 424 -425。張麗卿，公平交易法第二十四條法理分析與實務運用，公平交易季刊第 15 卷第 4 期，2007 年 10 月，頁 49 – 50。

³⁷⁷ 張麗卿，公平交易法第二十四條法理分析與實務運用，公平交易季刊第 15 卷第 4 期，2007 年 10 月，頁 51。

³⁷⁸ § 4 Beispiele unlauteren Wettbewerbs
Unlauter handelt insbesondere, wer

...

9. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

(b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt.

的良好商譽³⁷⁹。所謂的「直接成果接收」，是指直接擷取他人工作成果據為己有，絲毫並無加入自己的心力或工作成果。近乎相同的成果接收（Leistungsübernahme），模仿在整體印象上呈現出與原先的商品或服務無顯而易見的差異。至於「模仿形式的成果接收」，並非純粹的重複抄襲，而是以他人努力成果為模仿的基礎，但還加上自己之努力成果。若要依照不正競爭防止法第四條第九項處理，事業須與活動組織有競爭關係（Mitbewerberbezug）。所需的具體競爭關係方面，事業不需要在經濟階段中（Wirtschaftsstufe）如同活動組織所為³⁸⁰。

在此涉及到一問題：埋伏行銷利用組織的授權活動或贊助活動，對官方贊助商而言是否構成第四條第九項 b 款的模仿行為。埋伏行銷可能涉及聲譽的利用（Ausnutzung der Wertschätzung），即所謂的榨取商譽（Rufausbeutung）。埋伏行銷的行為是否該當榨取商譽呢（Rufausbeutung）？當相關交易圈將原先的商譽移轉傳遞（übertragen）到該模仿時，成立形象移轉（Imagetransfer），此時即該當榨取商譽的行為。附帶一提，以贊助的專屬契約方式維持與分享原先的商譽，有利於大型活動組織。榨取商譽不以混淆誤認為前提，只要有形象移轉即可。訴訟上原告須提出原先商譽與形象移轉的證據，但是形象移轉的證明並不容易³⁸¹。一般典型的埋伏行銷並不會模仿他人商品或服務，至多利用活動相關特色例如廣告主角穿上知名足球隊的球衣，形塑出為足球比賽的官方贊助商印象，通常也不會採用官方的標識，而且埋伏行銷的事業重視自身的利益，在廣告宣傳中強調自身商標或品牌。當純粹引起與他人標識或產品的聯繫而引起公眾的注意，但沒有發生

³⁷⁹ 劉孔中，公平交易法第二十條、第二十四條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究（一），第九屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會編著，2002年8月，頁277-278。

³⁸⁰ 原文為：Denn bei dem erforderlichen konkreten (Absatz-)Wettbewerbsverhältnis muss der Trittbrettfahrer nicht notwendigerweise auf derselben Wirtschaftsstufe wie der gesponserte Sportverband tätig sein.

Peter W. Heermann, *Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßveranstaltungen - Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahme*, GRUR 2006, 359, 363.

³⁸¹ Peter W. Heermann, *Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßveranstaltungen - Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahme*, GRUR 2006, 359, 363.

形象移轉的情形，此時並不符合榨取商譽（*Rufausbeutung*）³⁸²。

至於不正競爭防止法第四條第十項規定目的性的妨礙（*gezielte Behinderung*），為特定目的而妨礙競爭對手，該當不正競爭行為³⁸³。本項可適用於針對同為競爭者的官方贊助商，也可適用於針對授予贊助權的大型活動舉辦者。行為人須符合目的性妨礙的行為及因此獲得經濟上的成果。然而，埋伏行銷並不符合上述要件，由於典型埋伏行銷利用活動吸引的公眾注意，同時著重強調自己商品或服務³⁸⁴，藉此提升自身事業品牌的知名度與透明度。換言之，埋伏行銷加強自身事業的廣告宣傳，以此方式增加經濟成果，並非就活動組織或贊助商為目的性妨礙行為，也未妨礙官方贊助商或活動組織獲取經濟利益。附帶一提，前述American Express與Visa的特殊案例³⁸⁵，可能就會涉及到不正競爭防止法第六條不正的比較性廣告行為與本條的目的性妨礙行為，而是否該當目的性妨礙也不明確。不過此案為罕見的埋伏行銷個案，並非一般普遍埋伏行銷的情形，不足說明一般埋伏行銷的不正性³⁸⁶。

第三項 我國法

第一目 公平交易法第二十四條

公平交易法第二十四條規定，除公平交易法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。其性質屬於公平交易法各條規定之

³⁸² Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 741.

³⁸³ § 4 Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter handelt insbesondere, wer

...

10. Mitbewerber gezielt behindert.

³⁸⁴ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 741.

³⁸⁵ 參見第二章第三節第四項。

³⁸⁶ Thomas C. Körber und Rüdiger Mann, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737, 741.

補漏條款³⁸⁷。「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他...行為」之明文，涉及者本條規定與本法其他規定間之補充適用關係，應適用所謂「窮盡規範原則」（補充原則）處理。即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別規定已充分評價該行為不法性，或該個別規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再就本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定評價該違法行為後仍具剩餘的不法內涵，始有以本條加補充規範之餘地³⁸⁸。有學者認為可從公平法整體目的判斷之第二十四條有無介入的必要³⁸⁹。

行為須滿足「足以影響交易秩序」要件。「交易秩序」應指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理的交易行為，具體內涵為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序。「足以影響交易秩序」要件屬於具體危險構成要件，抽象危險尚為不足，而其設立在於要求行為應具有涉及交易秩序之整體性，須具有一定影響整體交易秩序之額外因素，以和民商法等純粹私法區別³⁹⁰。消費者權益保護固為公平交易法第一條所明定之立法目的，惟為區別兩者之保護法益重點，第二十四條對於消費者權益之介入，應以合致「足以影響交易秩序」之要件且具有公共利益性質之行為為限。換言之縱使是適用本條保護消費者權益，也須符合「足以影響交易秩序」之要件，與民法或消保法有所差異。

³⁸⁷ 認識公平交易法，行政院公平交易委員會出版，2005年5月增訂第十版，頁339-340。

³⁸⁸ 公平會公平交易法第二十四條案件處理原則第二點第二項、第四點。

³⁸⁹ 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003年10月初版，頁167。

³⁹⁰ 吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁439。
公平會公平交易法第二十四條案件處理原則第二點就「公平交易法第二十四條適用基本精神」加以規定：

為釐清本條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，應以「足以影響交易秩序」之要件，作為篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行為對於市場交易秩序足生影響時，本會始依本條規定受理該案件；倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應請其依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟。

「欺罔」行為係指事業對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。又所謂重要交易資訊，係指足以影響交易決定之重要交易資訊；所稱引人錯誤，則以客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性(而非僅為任何可能)為判斷標準，同時衡量交易相對人判斷能力之標準，以「合理判斷」為基準(不以極低之注意程度為判斷標準)³⁹¹。將欺罔的認定標準說明更具體，包括三要素：(一)行為相對人有受到誤導之虞；(二)行為必須足以誤導相當數量的行為相對人；(三)行為相對人在重要事項上有可能受到誤導³⁹²。

「顯失公平」之一般意義，係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易者」³⁹³。由於第二十四條置於競爭法規補充維護競爭秩序之角色地位，應足以對市場效能競爭機能造成危害為限，並非交易上一切不公平行為均可構成³⁹⁴。而有學者認為不公平程度須達重大顯著，若系爭行為使消費者與競爭對手被迫承擔比有效能競爭市場風險更重大顯著的風險時，即有可能構成不公平³⁹⁵。

公平會處分實務就欺罔之不公平競爭行為常見類型為：(一)冒用或依附有信賴力之主體；(二)不實促銷手段；(三)隱匿重要交易資訊。**其中與埋伏行銷最密切相關者為不實促銷手段或其他無關商品或服務本身之促銷廣告。**事業在進行促銷活動之過程，對於贈品或相關促銷活動為不實陳述、引人錯誤、隱匿未揭露重要資訊、或其他欺罔不實之行為者，由於贈品、相關促銷活動等並非屬於商品或服務本身，公平會早期處理方式依據第二十四條處分之。而後公平法第二十一條案件處理原則第二點明文規定，商品(服務)係指具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業

³⁹¹ 公平會公平交易法第二十四條案件處理原則第六點。

³⁹² 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003年10月初版，頁178-179。

³⁹³ 公平會公平交易法第二十四條案件處理原則第七點。

³⁹⁴ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁54。

³⁹⁵ 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003年10月初版，頁184。

之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等，明確採取廣義的解釋。對於商品或服務之促銷活動，或其他無關商品或服務本身等重要交易資訊為不實陳述或引人錯誤者，改為適用公平法第二十一條。然而仍有一些案例贈獎促銷活動的不實廣告公平會仍會適用第二十四條處分之³⁹⁶。本文認為第二十一條規範之虛偽不實或引人人錯誤之標的，應以交易上具有實質重大性的交易資訊為準，不必嚴格限定於與商品或服務本身有關的交易資訊。由於影響交易決定之因素不只是單純的商品或服務本身而已，交易相對人可能接收到各方面的交易資訊，並且綜合交易資訊整體後為決定。假設一則不實廣告不僅對商品品質有不實陳述，也對提供的贈品優惠有不實陳述，可能導致同一則不實廣告割裂適用不同法條。如此將違背交易決定的實際情況，因為廣告整體提供了一個吸引相對人的交易機會，進而影響交易決定之形成。是以，本文認為即使與商品或服務無關的交易資訊，例如對於促銷活動或抽獎贈品、官方贊助商身分、甚至是獎助清寒獎學金等不實陳述或引人錯誤，只要該交易資訊屬於交易過程中實質重大的資訊，足以影響交易相對人之購買決定，即應適用公平法第二十一條規定處理。因此，埋伏行銷若不實陳述或引人錯誤為官方產品、官方贊助商的身分，由於官方正式關係的交易資訊在活動舉辦期間屬於重要交易資訊，應適用公平法第二十一條處理之。如果一些模糊邊界的埋伏行銷類型不會有引人錯誤等誤導情形，不成立第二十一條規定時，由於已窮盡第二十一條不法之內涵，不得再論以足以影響交易秩序之欺罔行為。

至於顯失公平之不公平競爭行為，其可進一步分類為不當招攬顧客、阻礙競

³⁹⁶ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁75。最高行政法院在一些判決中也表示，構成虛偽不實或引人錯誤廣告之標的，須與第二十一條規定例示與商品本身性質有關者，始足當之，事業所為如係與商品本身性質無直接關連之不實表示，則尚有第二十四條可資補充規範。劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢第51期，2002年，頁1。

爭、榨取他人努力結果、違法取得競爭優勢、以及干擾市場機能等五種³⁹⁷。榨取他人努力成果常見行為態樣有（一）攀附他人商譽；（二）高度抄襲；（三）利用他人努力成果，推展自己商品或服務之行為，即所謂的搭便車行為。**其中與埋伏行銷最有關係者為攀附他人商譽**。活動組織與贊助商花費了許多金錢、時間、努力在籌辦推廣該活動，使得該活動成為大眾矚目的焦點。然而埋伏行銷卻未提供贊助或其他協助，在廣告上利用大型活動，試圖建立與大型活動的聯繫，可能間接形塑出贊助商的良好社會形象，或者不以贊助商自居表達與大眾共同關注活動，間接形成良好的社會觀感。埋伏行銷積極使用活動的官方商標、官方標識、官方口號、表示官方贊助商的身分、官方紀念產品、官方指定使用產品等行為，由於可藉由商標法、公平法第二十條、公平法第二十一條處理，因此並無本條適用之餘地。然而間接隱晦的埋伏行銷，例如利用活動的分數、勝負、賽程表、舉辦國旗、找比賽知名運動員為產品代言人、抽獎贈送活動門票、在活動場地或周圍空間舉辦體驗活動、呼籲大眾為活動比賽加油等口號、在活動期間提供優惠以慶祝活動順利等，是否成立足以影響交易秩序之顯失公平行為—攀附他人商譽，將成為下述探討之重點。

攀附商譽之不法性在於，將他人商譽連結到自己之商品或服務上，使得他人因商譽而在市場競爭上取得之獨特地位（因商譽而生之優質評價），並且由於攀附行為而移轉到行為人自己之商品或服務上。惟依效能競爭原則，該等獨特地位（即優質評價）應該由行為人自己在競爭上努力取得，然而行為人卻不思進取、不願意努力、創造，只想輕鬆搭便車，在市場上取得不當的競爭優勢，因而產生不法性³⁹⁸。間接埋伏行銷以公平法第二十條、第二十一條為法律評價後，仍可再探討是否成立第二十四條的攀附商譽行為。由於第二十條保護目的在於避免混淆

³⁹⁷ 吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁466。

³⁹⁸ 梁哲璋，最高法院97年度台上字第1072號（含臺灣高等法院96年度智上字第18號）民事判決評析（Power Point），發表於台大競爭法與智慧財產法專題研究課堂。

普遍認知的表徵，而第二十一條規範意旨在於避免重大交易資訊的誤導，而攀附商譽之顯失公平行為在於防止事業搭便車行為導致影響效能競爭的交易秩序。是故以第二十條及第二十一條規定為法律評價後，仍有剩餘之不法內涵存在，可依公平法第二十四條再為法律評價。

攀附他人商譽之行為，對於未攀附商譽正派經營的競爭者而言，需透過自身效能競爭努力來取得交易機會，顯失公平³⁹⁹。所謂商譽，事業在市場上以符合效能競爭的方式爭取交易機會，努力經營成果，使其商品或服務享有盛名，進而使交易大眾對該商品或服務有良好品質的聯想（Gütevorsstellung），亦即商品或服務的商譽形成該良好品質的價值觀感。商譽代表交易相對人對商品或服務的特殊評價或品質聯想，因此僅具有知名度尚不能滿足商譽的門檻，該知名度須致使交易大眾產生商品或服務的品質聯想⁴⁰⁰。攀附他人之「商譽」，是否為公平法第二十四條所欲保護之商譽，則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，是否會因此產品攀附而產生一定品質之聯想⁴⁰¹。公平會認為：「判斷是否違法，原則上應考量(一)遭攀附之標的，應係該事業已投入相當程度之努力，於市場上擁有一定之經濟利益，而已被系爭行為所榨取；(二)攀附之結果，應有使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果等⁴⁰²。」對於商品來源仍有一定程度之錯誤聯想（攀附者也是利用此種聯想獲取不公平之競爭優勢）。惟此種錯誤之聯想，須未達到混淆誤認商品或服務來

³⁹⁹ 吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁478。

⁴⁰⁰ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁142。劉孔中，公平交易法第二十條、第二十四條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究（一），第九屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會編著，2002年8月，頁287。

⁴⁰¹ 公平會公平交易法第二十四條案件處理原則第七點。

⁴⁰² 另有見解認為，攀附他人商譽行為可分為兩大次類型，關於商品來源與商品本身之欺罔方式攀附他人商譽，以及不導致商品來源與商品本身混淆之情形下，以他人之商標或標識推薦自己商品的攀附行為。劉孔中，公平交易法第二十條、第二十四條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究（一），收錄於第九屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會編著，2002年8月，頁287。

源之程度始可，否則即應該適用第二十條而非第二十四條⁴⁰³。

首先在攀附之商譽方面即令人質疑。**與其說埋伏行銷榨取活動組織的商譽，更精確地說毋寧是利用大型活動之商譽或聲譽，建立與活動的聯繫。**一來，舉辦活動的組織未必為公眾所熟知，而是擁有聲譽的成功活動為大眾所熟知。再者，**大型活動本來就具有相當程度的公共性、社會性、歷史性⁴⁰⁴，利用了活動的吸引力和影響力而發展相關的行銷策略，不應全然否定。**況且，再仔細思考創造活動聲譽的主體。大型活動的聲譽實為大家共同努力的成果，包括國際活動組織及各國活動組織、舉辦國家與城市及其政府、參與人員及提供資助的事業等，若定期舉辦的活動更可溯及到過去所有的參與者。是故，**活動的聲譽、價值、甚至是吸引力、影響力等乃大家共同努力的成果，相當於公共財的特性，埋伏行銷可利用活動來進行宣傳行銷。**

攀附商譽的手段，以其他不正當的方式將他人努力經營所享的良好品質聯想移轉到自己的商品或服務上，皆屬於商譽的榨取行為。所謂不正當方式，常見者使用或模仿他人享有商譽的商品或服務外觀、包裝、標識等，主體混淆和高度模仿行為通常可能該當榨取商譽，但並不以此兩者為限⁴⁰⁵。攀附商譽的行為須使人產生一定品質之聯想，但是**埋伏行銷利用活動聲譽未必會使人為品質聯想，未必會產生所謂的形象移轉（Imagetransfer），可能只是使公眾認為埋伏行銷事業響應、參與、關心公共事務的良好形象，也有可能間接使公眾以為官方贊助商的資格。不過官方贊助商之聯想未必會使人為優質評價的聯想，埋伏行銷事業本身可能即享有累積已久的商譽，並不因此連結特殊評**

⁴⁰³ 吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁479。

⁴⁰⁴ 近年來大型活動為充足財源，逐漸以類別專屬贊助型態包裝，以提升贊助金額，而使得商業色彩日益濃厚。

⁴⁰⁵ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁142。

價或良好品質聯想到埋伏行銷事業上。本文認為間接隱晦的埋伏行銷與活動所建立的聯繫並非良好品質聯想之關係，而是事業參與公共事物的公共關係。

至於不正當的方式，只要埋伏行銷避免使用或模仿他人享有商譽的商品或服務外觀、包裝、標識等，利用與活動相關的元素進行行銷，並不符合不正當之手段。例如高雄舉辦世界運動會，許多運動知名品牌如NIKE、Adidas、Puma、New Balance皆非官方贊助商或合作夥伴，各事業為積極該國際運動賽事皆特別推出限定台灣地區銷售的世運紀念T恤。Nike世運紀念T恤印上高雄英文「KAOHSIUNG」，其中字母I則以中文字「高雄」直立排列而成。而Adidas運用高雄世運會標識四種主要色調黃、藍、綠、紅顏色。Puma世運紀念T恤背面則有高雄八五大樓剪影。New Balance則以高雄地圖為浮水印處理在紀念T恤上⁴⁰⁶。



這些案例皆使用了與活動相關且可自由使用的元素，例如高雄的中英文城市名稱、代表顏色、建築地標、地圖等，使人聯想與高雄世運會相關。由於並未使用活動組織的努力成果，例如官方標識、吉祥物、LOGO等活動組織花費金錢與心力的成果，因此非屬不正當的行為。又，各事業推行紀念T恤並不會將他人努力

⁴⁰⁶ 參見：自由時報網站，at <http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/jun/30/today-fashion1.htm> (last visited July 1, 2009)

經營所享的良好品質聯想移轉到自己的商品或服務上，並不成立攀附他人商譽。

綜上可知，大型活動並不完全由活動組織所為努力之成果，而且活動具有某程度公共性、社會性等特性，因此運用一些與活動相關元素建立與活動之聯繫，具有其合理性。以公平法第二十四條規範管制千變萬化的埋伏行銷，並非有效的管制手段。

第二目 迪士尼與黑松案

雖然本案與大型活動並無關係，然而被告行銷策略卻是埋伏行銷事業常運用的類型—抽獎贈送門票，可藉此觀察我國實務的立場。原被告的攻防主張如下。迪士尼與黑松一案原告認為應成立公平法第二十四條。原告迪士尼公司主張被告黑松公司於廣告上使用相同或高度近似商標及表徵，屬於積極榨取原告努力成果，對於其他遵守公平競爭本質的競爭者，即原告之被授權人顯失公平，足以影響交易秩序。原告表示被告承認招待抽獎得獎者前往香港迪士尼樂園遊玩，「只是吸引消費者之工具」，意圖免費榨取原告數十年來累積之努力，積極攀附原告累積之卓著商譽，推展被告自己商品。被告則抗辯飲料商品品牌「黑松」本具辨識度，毋須榨取原告努力成果且客觀上並無榨取原告任何經濟利益。原告反駁被告的抗辯，認為被告之商譽或識別度與公平法第二十四條構成要件無涉，應就客觀事實上有無實際榨取他人努力成果之行為認定，不因被告之品牌具辨識度即無榨取他人努力成果之可能。因被告之商譽侷限於飲料類商品，更需借由榨取原告商譽所表彰之高品質及歡樂氣息，以補其產品及商譽之不足，促銷其飲料商品。

第一款 法院判決

地方法院判決⁴⁰⁷否定黑松公司違反公平交易法第二十四條規定。首先，法院表示依公平交易法第二十四條規定為請求者，應為交易相對人或市場上之競爭者。原告並未經營飲料業，自非在飲料市場上與黑松公司競爭之對手。原告依公平交易法第二十四條規定為請求，既非基於交易相對人之地位，又非飲料市場上之競爭者，其請求自無依據。原告雖稱黑松公司破壞其授權市場，惟授權市場亦區分是否有競爭關係，競爭者間之不公平競爭行為始為公平法第二十四條規範對象。縱然原告主張曾授權可口可樂公司使用系爭商標，然其授權結果，與黑松公司競爭者仍非原告，而係可口可樂公司，亦即可口可樂公司若認黑松公司以系爭廣告於飲料市場上為不公平競爭行為，方得向黑松公司主張權利。接著，法院探討黑松公司之行為，並與可口可樂公司作比較。可口可樂公司係經原告授權，其授權方式係使可口可樂公司得以聲稱與香港迪士尼樂園為「飲料合作夥伴」，且使用香港迪士尼樂園與米老鼠之完整表徵，使可口可樂公司得分享香港迪士尼樂園之商譽或努力成果。然而黑松公司於系爭廣告中並未聲稱與香港迪士尼樂園或原告為飲料合作夥伴，其廣告方式顯然不同，縱有使用米老鼠耳朵迪士尼字樣及迪字型城堡圖樣，亦非表彰營業主體或商品來源，而應僅在於說明促銷獎品之內容為前往香港迪士尼樂園遊玩，故難認有積極攀附原告商譽以榨取原告努力成果之情事。

高等法院判決⁴⁰⁸結果也採否定見解。首先，探討第二十四條受規範者以競爭為目的之行為。而競爭關係者，則存在於相同之商品買受人或服務提供者之營業主體間；在主觀方面上須有競爭意圖始足當之。迪士尼未經營飲料業，自非在飲料市場上與黑松公司競爭之對手，無公平交易法第二十四條之適用。再者，黑松提供獎項係以一般市場價格付費購得，並非迪士尼無償提供。迪士尼因黑松之促銷活動而取得相當經濟利益，黑松於客觀上並未榨取迪士尼任何經濟利益。香港

⁴⁰⁷ 臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度智字第 82 號。

⁴⁰⁸ 臺灣高等法院民事判決 96 年度智上字第 18 號。

迪士尼樂園原即係開放供一般消費者自由購票前往遊玩，而無任何專屬性。黑松乃經由合法途徑購得相關門票，再搭配其他旅遊安排，結成套裝行程作為頭獎，商業慣例上以社會大眾喜好之商品或服務作為抽獎促銷活動之獎項，所在多有，顯見黑松以系爭廣告促銷商品，客觀上並無任何商業上之可非難性。黑松藉由系爭廣告所獲得之商品銷售優勢，提供豐厚獎品刺激消費者購買意願，而與迪士尼之商譽或品牌知名度毫無任何關聯，若將頭獎獎項更換其他等值之商品或服務，實亦會發生類似之促銷效果。是故黑松並未榨取迪士尼經營努力成果之搭便車情形，不違反公平交易法第二十四條之規定。而最高法院⁴⁰⁹完全維持高院的判決。

第二款 判決評析

首先，針對迪士尼是否為公平法第二十四條的請求權主體進行探討。一審法院認為，依公平交易法第二十四條規定為請求者，應為交易相對人或市場上之競爭者。之後高等法院認為第二十四條受規範者以競爭為目的之行為，請求權人限於競爭者，未包含交易相對人，須與行為人有競爭關係存在。而競爭關係者，則存在於相同之商品買受人或服務提供者之營業主體間。此涉及「足以影響交易秩序」之「交易秩序」內涵，進而對於請求權主體有不同的認知。有學者認為交易秩序並不限於競爭目的之行為，包含交易關係及競爭關係的秩序，交易關係指存在於供給者與需求者間的垂直關係，競爭關係是存在於同為供給者或需求者間的水平關係，其目標相同，在於爭取締約機會而排除他方的競爭⁴¹⁰。另有論者以為交易秩序即為自由公平之競爭秩序，有競爭關係者存在即可，無須區分交易相對人的交易關係與事業間的競爭關係⁴¹¹。蓋公平法規範者存在於競爭者間之競爭行為或競爭關係，不包括存在於競爭者與其交易相對人間的交易關係。事業利用交易關

⁴⁰⁹ 最高法院民事判決 97 年度台上字第 1072 號。

⁴¹⁰ 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003 年 10 月初版，頁 174。

⁴¹¹ 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 34-35。

係作為競爭手段，由於可能涉及違反效能競爭的方式影響競爭關係（另方面創造競爭優勢），仍屬競爭法的規範範圍⁴¹²。而依據公平法第二十四條案件處理原則第三點第一項，似乎將交易秩序解釋為競爭秩序與市場交易秩序⁴¹³。地方法院與高等法院因為對於交易秩序的內涵各有不同的見解，影響到請求權適格主體的問題，因此產生地方法院認為適格主體為乃交易相對人或市場上之競爭者，高等法院則限於競爭者。

姑且不論上述請求權適格主體的差異，在競爭者的認定上，須有競爭行為，而競爭行為又以存在競爭關係為前提。法院判決對於競爭關係皆以相同商品買受人或服務提供者為準，皆認為由於迪士尼公司並非提供飲料產品，兩事業間並不存在競爭關係，自也不屬於競爭對手。然而本文認為競爭關係之認定不應如此狹隘解釋，尤其在攀附商譽的情形中，競爭關係之解釋更應加以放寬。因為攀附商譽將他人產品的品質聯想移轉到自己的產品上，在不同產品需求者的事業間或不同水平競爭者也會發生商譽移轉之情事。本文認為在攀附商譽的情形，應將競爭關係解釋為具有相同之經濟目的，且客觀上足以促進自己之營業目的、經濟成果而阻礙、影響其他事業者，而主觀上具有競爭之意圖，但不需要有損害他人之意圖。通常如果營業交易上之行為，且客觀上足以促進自己之競爭，則可以推定有主觀之競爭意圖⁴¹⁴。基於上述，本文認為迪士尼與黑松間存有競爭關係，迪士尼為競爭對手而為請求權適格主體。

⁴¹² 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月，頁35。黃茂榮、洪禮卿、謝銘洋、陳昭華，公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，行政院公平交易委員會出版，1996年，頁7。

⁴¹³ 按事業與事業或消費者間之契約約定，係本於自由意思簽定交易條件，無論其內容是否顯不公平或事後有無依約履行，此契約行為原則上應以契約法規範之。惟於系爭行為危及**競爭秩序或市場交易秩序**時，始例外有本條之適用。例如在契約內容顯失公平部分，倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之。

⁴¹⁴ 參考 Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, §49 Rd. 2 ff. 轉引自吳秀明，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告，2004年10月，頁424。

再者，黑松是否成立攀附商譽等榨取他人努力成果之行為。攀附商譽即為使人對攀附事業產生優良品質的聯想(Gütevorsstellung)。法院判決認為本案不構成攀附商譽，值得肯定。因為本案廣告方式，僅將迪士尼樂園提供之服務作為抽獎促銷之獎品，並且為獎品之附帶說明，並未造成迪士尼商譽所含優良品質聯想轉移到黑松飲料上。黑松公司無不思創造努力而獲取他人經濟上之利益或成果，行銷贈獎具有商譽的產品也不違法效能競爭原則。是以，本文肯定法院在攀附商譽上之認定結果。

第四項 小結

埋伏行銷利用活動之聲譽、信譽、聲望等，建立與活動之聯繫。利用活動相關且為公眾自由使用的特色或元素，例如活動比賽成果、舉辦活動的國家、城市、地點的名稱、舉辦國國旗、活動場地或周圍空間等象徵大型活動的事物，並且使人聯想到該活動，其效果可能間接形成贊助商的形象或者良好的社會觀感。這些間接隱晦的埋伏行銷類型適用公平法第二十四條規定，在欺罔行為方面的判斷上，本文認為贊助商或合作夥伴關係屬於交易上重大資訊，若有不實陳述或引人錯誤情形，應適用第二十一條。若不成立不實廣告的規範，由於已窮盡規範之不法內涵，不得再論以第二十四條足以影響交易秩序之欺罔行為。至於顯失公平行為方面，仍可探討是否該當榨取他人努力成果類型下的攀附商譽行為。由於尚未為不法內涵之充分評價，因此可再適用第二十四條的足以影響交易秩序之顯失公平行為。然而，大型活動的聲譽不為活動組織所單獨創造擁有，乃不特定多數人的努力成果。此外，由於大型活動具有一定程度的公共性、社會性、歷史性，因此間接隱晦的埋伏行銷與活動建立的聯繫不是移轉優質評價，而是建立公共關係、參與公共事務、形塑良好的社會形象，因此非屬攀附商譽等榨取他人努力成果之行為，不該當足以影響交易秩序之顯失公平行為。

第五章 埋伏行銷之其他管制方式

由第三、四章可知活動組織欲依據商標法與不正競爭法管制埋伏行銷，有其限制，無法為有效的管制與監控，因此活動組織試圖運用其他法律途徑來加強其不足之處。本文歸納出兩種途徑，在許多國家中同時並存兩種途徑的狀態。一為依據民法的物權與契約約定。依據物權法規定，可針對利用大型活動周圍場地空間的埋伏行銷類型。另藉由與契約相對人的約定來抑制埋伏行銷的發生。活動組織只能憑藉相對人遵守契約，間接管制埋伏行銷。而本文認為民法的不當得利與侵權行為並無法發揮功能。另一方式則是最具實效的管制方式—訂立特別法規，活動組織與主辦城市或國家合作配合，並由國會通過新法。特別法規可能將所有無法以一般法律規範的埋伏行銷一網打盡，佈下更嚴密的管制法網，例如規定埋伏行銷與活動建立的聯繫在特別法下違法等。雖然此種方式可以徹底保護活動組織與官方贊助商的經濟利益，然而其管制強度已超越自由公平競爭秩序之維護，對於埋伏行銷事業的商業言論自由也達到最大的干涉程度。

第一節 民法

第一項 所有權與合法占有

在德國並沒有特別處理埋伏行銷的規範，也沒有具體訂定規範的計畫。德國在舉辦二〇〇六年世界盃足球賽時，完全依照現行法制處理埋伏行銷的問題。除了依商標法與不正競爭防止法外，即依物權與契約處理埋伏行銷。德國依據所有權人與合法占有人之權利，像是家宅權（domestic authority）就得以對抗某些埋伏行銷的措施；這是基於德國基本法第 13 條所提供之保障，而落實在德國民法第 905 條。而德國民法第 1004 條承認只要所有人具有合法利益，即得以所有人之家

宅權來對抗侵入者，並依德國民法第 862 條請求救濟。例如體育場、機場、車站等場所所有人得依德國民法第 905、1004 條之規定，避免埋伏行銷發生⁴¹⁵。在體育場館內的管制，如果觀眾入場時攜帶非官方贊助商提供的贈品、印有非官方贊助商商標的旗幟、T 恤、食物、飲料或其他素材，可禁止觀眾攜帶進入，並且也可禁止在所支配的空間裡發送印有埋伏行銷事業商標的贈品。這也適用於場館上空的空間。如果埋伏行銷在場館上空飄放大型氣球、旗幟，可為清空的處置。同樣地，在機場、車站等場所，得依據場所所有人之權能為相同的管制措施。

此外，依德國民法第 823 與 1004 條，基於占有，承租人有權避免商業上的損害。在 2006 年世界盃足球賽時，舉辦者與政府當局簽訂體育館租賃契約，並且約定政府應禁止非官方贊助商於體育場方圓一公里的半徑內打廣告⁴¹⁶。出租人基於場所所有人之權能禁止所有埋伏行銷的廣告，而承租人也可行使其權能防止埋伏行銷的廣告活動。例如荷蘭隊支持者在荷蘭對象牙海岸的比賽時，被禁止穿著 Bavaria 啤酒的 T 恤。舉辦者與場館所有人協議在世界盃足球賽結束前，場館必須清空非贊助商之廣告。例如發生在漢堡體育館 HSH Nordbank Arena 的案例。AOL 非官方贊助商，活動組織 FIFA 要求清除漢堡體育館上方 AOL 的招牌，否則將不承租漢堡體育館，並且將漢堡排除在世足賽的舉辦城市之外。為了爭取世足賽在漢堡舉行，漢堡體育館總共花費了十萬歐元移除重達四點五噸的 AOL 招牌。

同樣的情形也發生在雅典 2004 年奧運，運用場所的支配權對埋伏行銷作了嚴格的管制。奧運觀眾進場時不得攜帶任何由非官方贊助商提供的食物和飲料，否則將不能進場。奧運會工作人員對所有可能展示非贊助商標誌的 T 恤、帽子和包

⁴¹⁵ Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁴¹⁶ Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

包進行檢查，如果入場時穿著贊助商的競爭對手提供的衣服試圖吸引電視觀眾注意，則工作人員有權要求其更換，否則會被帶出賽場⁴¹⁷。上述依據大型活動場所的支配權，進行埋伏行銷的管制措施普遍存在。運用所有權與占有之權能，對於埋伏行銷試圖利用空間因素創造聯繫之情形，發揮相當程度的防範管制功能。

台灣舉辦大型活動時，為了保護經濟利益也可仿照上述的管制措施⁴¹⁸。依照民法第 765 條規定，所有人就所有物擁有自由使用、收益、處分之權，並可排除他人之干涉。活動組織若為體育場館的承租人，依租賃契約取得合法占有的權能，對租賃物為使用收益之管理行為，進而管制埋伏行銷。活動組織也可經由租賃契約約定出租人須清除場館埋伏行銷的廣告。採取上述方式雖可有效管制一定場所空間的埋伏行銷行為，然而卻只限於場館所有人可行使支配權的空間。埋伏行銷可以在場館外圍的其他私人空間自由廣告促銷。當大型活動在戶外開放空間舉行時，更可自由進行促銷廣告活動。例如在自行車競賽的路徑旁為推銷行為、發送給觀看馬拉松比賽的民眾紀念品。這些埋伏行銷充分利用了鄰近大型活動的空間，使消費者成功將埋伏行銷事業與活動連結在一起，給予消費者強烈的印象。簡言之，物權法的支配權雖具有排他的效力，但其權能僅及於一定的場所空間，無法全面監控管制埋伏行銷。

第二項 不當得利與侵權行為

至於埋伏行銷是否該當不當得利呢？依民法第一七九條前段規定：「無法律上之原因而受利益，致他人損害者，應返還其利益」。一般多認為不當得利的構成要

⁴¹⁷ 胡峰、張振宇，論奧運會隱性市場行為的法律規制，武漢體育學院學報第 40 卷第 4 期，2006 年 4 月，頁 30。

⁴¹⁸ 如此的管制措施是否會造成公眾的反感，進而影響公眾對大型活動的支持與參與則也應予以考量。

件至少包含三個部分：(一) 一方受有財產上利益；(二) 致他人受有損害；(三) 無法律上原因。首先，埋伏行銷是否受有財產上的利益。埋伏行銷利用活動的商譽、信譽、聲望等建立與活動的聯繫，埋伏行銷者利用具有公共性質的大型活動宣傳廣告自己的商品，其所獲利益未必是財產上的利益，有可能只是增加埋伏行銷的知名度或取得良好的企業形象等非財產上的利益。而也有可能因此銷售額增加，獲得財產上的利益，在此須討論的是大型活動性質具有公共性、社會性，建立與活動的聯繫基於此性質具有一定的正當性，具有保有利益的正當性。此外，埋伏行銷取得財產上的利益源自於商品宣傳廣告而得到的成果，源自於自己的宣傳努力而得到的利益，此利益乃自由競爭市場下所容許的且應加以保護的。其次，致他人受有損害，埋伏行銷是否導致官方贊助商受有損害呢？官方贊助商與活動的關聯性可能受到稀釋，可能的結果是官方贊助商未達到預期的廣告效果，因此未達到預期的銷售額，此部分可能為所受的損害。然而因果關係卻很難證明，即使無埋伏行銷之發生，官方贊助商也未必會受有利益，亦即權益內容未必歸屬於官方贊助商的利益，因為官方贊助商的地位未必保證商品銷售額的增加，影響銷售額的因素有商品自身的品質、官方贊助商自身的商譽等等。至於埋伏行銷是否導致活動組織受有損害呢？基本上活動組織不會因埋伏行銷活動而受有損害，反而因埋伏行銷的宣傳使活動得到更多的注目。第三，是否無法律上的原因。本文一貫的立場認為活動本身具有公共性，大眾參與的性質，埋伏行銷建立與大型活動的關聯性乃自由經濟秩序所肯認的，應為法律秩序所採納。綜上，依不當得利的各要件檢視埋伏行銷，本文認為無法成立不當得利。

埋伏行銷是否該當民法上的侵權行為呢？埋伏行銷若直接使用活動組織受保護的智慧財產權，可能該當民法第一八四條第一項前段，而這部分須回歸智慧財產法的規範檢驗之。而間接隱晦的埋伏行銷不直接使用受保護的智慧財產權，是故無涉第一項前段的權利，較有可能影響營業經濟利益，關於營業經濟利益的保

護，原則上以民法第一八四條第一項後段為請求權基礎⁴¹⁹。民法第一八四條第一項後段應具備三個要件：(一) 侵害他人權利或利益致生損害；(二) 背於善良風俗；(三) 侵害的故意。首先檢視第一個要件，埋伏行銷是否為侵害行為。埋伏行銷在宣傳廣告中加入大型活動的要素或提供贊助，乃商業言論自由之展現，難以成立侵害行為。是否侵害了官方贊助商的「利益」。埋伏行銷導致官方贊助商與活動的關聯性減低，在此須注意官方贊助商因贊助大型活動所獲的利益是不確定的，該利益有可能不會產生。贊助行為乃商品的行銷策略之一，至於是否會成功達成預期的成效無法確知。是否致生損害，由於官方贊助商的資格不保證一定的經濟利益，因此有無損害更是無法確定。是否具有因果關係，依通說所採的相當因果關係，須符合條件關係與相當性。條件關係，無此行為，必不生此種損害⁴²⁰。如前所述，官方贊助商的地位未必保證商品銷售額的增加，自由競爭市場上影響銷售額的因素多元複雜，無法單純歸咎於埋伏行銷之行為。第二，埋伏行銷是否背於善良風俗。由於大型活動本身具有公共參與的性質，身為社會的一員本來即可參與關注，埋伏行銷在廣告宣傳加入大型活動的特色或提供相關贊助，並不違反善良風俗。此外，至於是否侵害活動組織的「利益」，活動組織的利益之一為取得官方贊助商的權利金。埋伏行銷是否導致活動組織無法取得權利金或權利金減少，權利金涉及官方贊助商與活動組織雙方的磋商，影響權利金多寡的因素不一而足，例如大型活動本身的規模與知名度、活動組織可提供官方贊助商相關的權利內容及其價值等，因此是否侵害活動組織的利益、是否致生損害及其因果關係皆難以確認。綜上，不當得利與侵權行為所提供的法律保護相當有限。

第三項 契約安排與規劃

契約的安排與規劃也是活動組織管制埋伏行銷的手段之一。上述場館租賃契

⁴¹⁹ 王澤鑑，侵權行為法（一），自刊，2005年1月，頁205-206。

⁴²⁰ 王澤鑑，侵權行為法（一），自刊，2005年1月，頁217-219。

約之特別約定即可發揮相當之效用。主辦者得與當地行政機關訂定契約來禁止非贊助商的廣告。在二〇〇六年世界盃足球賽的時候，甚至連場館的上空都是契約的訂定範圍，因為場館上空依德國民法第 905 條也是屬於家宅權之範圍。然而，在德國法下，場館上空另須受「空中交通法」(Air Traffic Act) 與「空中交通法施行細則」(Air Traffic Ordinance) 之規制。依施行細則第 6 條，所有的飛行器須經聯邦航空局 (Federal State Aviation Authorities) 許可始得在空中拖曳廣告旗幟；但廣告若係存在飛行器本身，則依施行細則第 9 條規定，毋須經過許可。因此，若有飛機在空中拖曳非官方贊助商澳洲航空公司「Quantas」的廣告旗幟，則將被禁止飛行在柏林奧林匹克體育場⁴²¹。

基於德國民法第 1004 條連結第 823 條之規定，涉及活動組織受保護的商業利益時，活動組織有權禁止侵害行為。若是埋伏行銷行為帶來非法且直接的商業損害，上述權利有可能作為對抗埋伏行銷的救濟管道。以 2006 年世界盃足球賽來說，協議係簽訂在 FIFA 與主辦城市之間，內容係禁止非贊助商於場館方圓一公里內廣告其商品。並在契約中藉由所謂「埋伏監督 (Ambush-Police)」以確保執行，然須注意的是，這對舉辦的活動組織與主辦城市而言，始終是要去處理龐大成本因素⁴²²。此外，在販售給觀眾的門票上可以印有限制條款，不得攜帶任何由非官方贊助商提供的食物和飲料或其他物品等。藉由在門票上訂定約款，使交易相對人遵循相關約款，避免埋伏行銷透過入場的觀眾而滲入活動會場。有論者質疑門票約款可能因顯失公平而失其效，但仍可依據上述物權的支配權而為相同的處置。

⁴²¹ Stefan Wirths, *National Report Germany Question B: Ambush-marketing*, at http://www.ligue.org/files/2007_report_b_germany.pdf. (last visited Jun. 14, 2009)

⁴²² Stefan Wirths, *National Report Germany Question B: Ambush-marketing*, at http://www.ligue.org/files/2007_report_b_germany.pdf. (last visited Jun. 14, 2009)

此外，舉辦者在招標轉播權時及與取得轉播權的媒體簽訂契約時，可為下述的約定：限制取得轉播權的媒體接受贊助或刊登其他事業的廣告、要求轉播權的媒體給予活動贊助商廣告的優先權、甚至在一定期間不得刊登非贊助商的廣告。從轉播權媒體出發，減少埋伏行銷刊登廣告的媒介與機會。由於取得活動轉播權的媒體，通常會吸引許多公眾收看，因此埋伏行銷不能在該媒體進行廣告，可降低埋伏行銷的衝擊與影響。不過廣告的媒介相當廣泛，因此近年來許多舉辦活動的組織或舉辦城市試圖將管制觸角延伸到戶外廣告上，此時須有相當的行政與法律管制相互配套，並不是只有訂定契約可以解決的問題了。

再者，活動組織也可在廠商（Vendor）/供應者契約約定廣告之限制。由於舉辦大型活動，除了官方贊助商等最頂級贊助商外，還會對供應與販賣層次的公司發布許可。過去經驗顯示，當認可的廣泛行銷權利少於頂級贊助商的時候，供應與販售層次的公司往往會過於積極地廣告與行銷其與奧運之聯繫。這樣做的話，他們會創造出一種「主要贊助商」的表象或印象，但實際上他們並不是，而消費者也不清楚實際狀況。因此，為了要保留頂級贊助商所購買的完整權利，活動組織可以在簽訂契約中「加強限制供應與販售層次公司的廣告權利」，以確保不會對頂級贊助商廣泛行銷權利的侵害。而透過廠商（Vendor）/供應者契約約定審慎的條款，應可達到一定之效果⁴²³。

活動舉辦組織仍可藉由契約條款的安排與規劃，經由契約相對人遵守契約來防止埋伏行銷。然而並不是每個契約相對人都必須接受廣告的限制約款，如果契約相對人為了爭取某項與活動舉辦的相關資格而必須簽訂契約者，例如轉播權的媒體、活動的供應廠商等，只能別無選擇地接受廣告限制的約款。然而，其他事業例如戶外大型廣告業者基本上沒有與活動組織簽訂契約之需求與必要性，就無

⁴²³ McKelvey, Steve, *Atlanta 96: Olympic Countdown to Ambush Armageddon?*, 4 SETON HALL J. SPORT L. 397, 441 (1994).

法限制其刊登廣告自由。又例如參與活動的代表隊或選手，接受埋伏行銷事業的贊助或進行合作，這恐怕也不是契約層次可以管制的。是以因為契約自由及廣告自由的情形下，許多活動組織進而尋求更強的法律保護手段，例如奧運比賽要求特別立法，甚至以此作為舉辦城市的申辦資格。

第二節 奧運特別法規

奧運組織在各城市競標舉辦奧運時，設定了一項重大的條件——要有政府的特別立法來保護所有的奧運標誌。由於奧運吸引全球的注目，因此埋伏行銷活動最蓬勃。近來奧運舉辦國也開始關切埋伏行銷的問題，並且在申辦時皆承諾會予以處理，保護活動組織和贊助商的經濟利益。美國職業運動法雖是最早有關奧運比賽的規定，然而澳洲 2000 年雪梨奧運會（標誌及圖像）保護法卻是最先以奧運特別法管制奧運埋伏行銷的法律。

第一項 美國奧運與業餘運動法

在美國，奧運事項係由美國奧委會（United States Olympic Committee；以下簡稱 USOC）來規範，其上位基礎是國會通過的一九七八年業餘運動法（Amateur Sports Act；ASA）第 110 條。該法授權 USOC 規範有關奧運的業餘體育活動，並就美國參與之所有的奧運活動享有專屬管轄權。經由該法的制定（該法於一九九八年修正為奧運與業餘運動法 Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act，以下簡稱為 OASA），USOC 對於在美國使用奧運標誌、符號與術語，享有排他、獨占的權利。在美國，奧運標誌符號的保護特別重要，因為美國是唯一一個不運用政府財源來舉辦奧運活動的國家。承認 USOC 的這些權利才可能吸引贊助商、供應

商與被授權者來支持奧運活動與運動員⁴²⁴。

OASA 提供 USOC 對於在美國的奧運標誌排他性控制，若有人未經 USOC 同意將奧運文字、符號與標誌作為商業使用，USOC 得採取民事行動，包含使用於任何商品或服務的銷售，或為了促銷而誇示性地（*theatrical*）展示、運動表現以及與奧運文字、符號、徽章的競爭行為。另外，OASA 還提供了 USOC 對抗埋伏行銷的手段。當非奧運贊助商涉及商標侵害時，典型的作法是依據「藍能法」（*Lanham Act*）第 43 條 a 項，須由原告證明「消費者有混淆誤認之虞」；OASA 禁止結合或模仿特定文句，該特定文句係指「意圖引起混淆或錯誤、欺罔、不實暗示事業與任何奧運、殘奧或泛美運動會有所連結」，以減輕 USOC 的舉證責任。OASA 也不允許侵害者主張合理使用的抗辯。因此，誠如美國最高法院 *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. USOC*⁴²⁵所闡釋的，法規授權 USOC 「Olympic」商標的排他使用權，並且不要求 USOC 證明未授權使用導致混淆誤認，傳統的藍能法並不適用於業餘運動法。因此，OASA 與美國最高法院的解釋提供了 USOC 更堅強的法律基礎，防止受保護之文字與標誌遭到濫用榨取。也因此，USOC 具有強力的手段來對付未經授權而使用受保護文字與標誌⁴²⁶。

美國 OASA 與其他國家保護奧運標誌的法律之最大差異，在於商業與非商業使用上。其他國家就 Olympic 這個字提供了較廣的保護，但也只針對本質上係屬於商業使用的行為。然而，OASA 將保護延伸至部分非商業使用上。儘管保護範圍相當廣泛，但在 OASA 中也有例外的規定。所謂的「祖父條款（*grandfather clause*）」，即於 1950 年 9 月 21 日以前即合法使用受保護文字者，得繼續使用，並

⁴²⁴ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers “take” the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 200-201 (2004).

⁴²⁵ *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. USOC*, 483 U.S. 522, 528-535 (1987)

⁴²⁶ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers “take” the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 201(2004).

不會被論為侵害⁴²⁷。

在 *O-M Bread, Inc. v. United States Olympic Committee*⁴²⁸ 中，法院分析了祖父條款。法院認為此條款具為雙重目的，即為先前使用者提供保護，同時又不得侵害 USOC 的合法權利。在這樣兩種利益的平衡之下，法院得出結論，先前使用者的權利儘管可得到保護，但應該限定在原有範圍內，而不應該擴大。被告在一九四七年開始在其麵包產品上使用 Olympic Meal 與 Olympic Meal Special Formula 等文字，而在一九七九年取得聯邦商標權。之後一九九一年，被告向美國專利商標局（USPTO）申請註冊 Olympic Kids 商標。USOC 向美國專利商標局提出異議，反對此商標的註冊。商標復審委員會肯定 USOC 的主張。商標復審委員會對於祖父條款進行分析，認為祖父條款只允許被告在原先的產品即麵包上繼續使用奧林匹克標誌，而不能擴張到其他商品，也不得註冊 Olympic Kids。法院維持委員會之決定。從本案可知，先使用者也只能在原有範圍內使用，而不能擴及其他商品。

OASA 並未明確提到埋伏行銷，因此無法有效管制間接隱晦的埋伏行銷型。不像澳洲與中國等類似立法，防範埋伏行銷即為立法目的之一⁴²⁹。在一九九六年美國亞特蘭大奧運時，活動組織採取贊助商保護計畫，藉由實際執行層面管制之。例如只要發生埋伏行銷事件，便立即召開記者會或發布聲明稿撇清與埋伏行銷事業的關係，並且加以譴責，利用主要的公眾媒體向大眾傳達正確的資訊，導正公眾受到誤導的印象。更精確地說，美國亞特蘭大奧運對於埋伏行銷的管制經由贊助商保護計畫及與媒體的合作宣導，尚無提升到特別立法管制埋伏行銷的層次。

⁴²⁷ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "take" the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 202(2004).

⁴²⁸ 67 F. 3d 933(Fed. Cir, 1995)

⁴²⁹ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1350 (2005).

第二項 澳洲奧運保護法

澳洲通過了針對奧運的各種立法，尤其是在二〇〇〇年雪梨舉辦奧運前。一九九六年制定2000年雪梨奧運會（標誌及圖像）保護法（Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996），特別為了二〇〇〇年奧運而通過施行，現在已廢除。該法主要涉及奧運標誌與雪梨2000相關連的廣告商業行為。法律目的為：（一）保護、促進澳洲作為世界奧運與殘奧活動之參與者與支持者的地位；（二）在立法權範圍內協助舉辦並保護雪梨2000與世界奧運、殘奧運動之關係，確保雪梨2000義務之履行。並且提到將藉由提高雪梨2000的特許收入來達成其目的，特許乃透過規制奧運相關標誌、圖像之商業目的使用行為。簡言之該法廣泛地防止基於商業目的而使用與奧運相關表達與圖像。與美國業餘運動法不同，該法不僅規範了奧運特殊的箴言與標誌外，也包括了隱晦的表達。雪梨2000法第八、九條提供了一些相當明確的定義，例如依據第八條，雪梨奧運標誌中像是「Games City」、「Sydney 2000」、「Games」、「Sydney Games」、「Olympic」、「Olympiad」、「Share the spirit」、「Summer Games」等等文字及文字組合⁴³⁰都是受保護的。依據第九條規定，雪梨2000圖像也是受保護的，規定在所呈現的情境下，任何視覺、聽覺的表述，對一個理性的人來說可能產生雪梨2000奧運與殘奧有所關聯的暗示⁴³¹。雪梨2000法將許多普通文字或其文字組合、甚至具有暗示性的聽覺或視覺表達，規範在奧運標誌的範圍內，賦予相當於排他權的權利。對於埋伏行銷利用活動相關文字而建立關聯性者，深具衝擊。

⁴³⁰ The list includes: 'games city', 'millennium games', 'Sydney games', 'Sydney 2000', any combination of the words 'games' and '2000' (or 'two thousand'), 'Olympiad', 'Olympic', 'share the spirit', 'summer games', 'team millennium'; any combination of the words '24th' (whoever spelt or represented) and 'Olympic' or 'games'; the use of the word 'Olympian' or 'Olympic', with 'gold', 'silver' or 'bronze'; the use of any visual or aural representation representing a connection with the Olympic or Paralympic Games.

⁴³¹ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1351(2005). Christopher N Kendall & Jeremy Curthoys, *Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective*, 8 Murdoch University Electronic J. of L. 31, (June, 2001), available at <http://www.murdoch.edu.au/issues/v8n2/kendall82nf.html>.

銷售商品或提供服務時，該法禁止未獲授權而基於商業目的使用上述標誌與圖像。雪梨2000法第十一條界定了商業目的使用，並界定何謂使用受保護標誌與圖像：(1)雪梨2000奧運的標誌或圖像使用在商品或服務上；(2)使用用途為廣告或促銷，或者類似增加商品或服務需求的行為；(3)該使用對一個理性的人來說可能造成暗示，暗示現在／曾經是贊助商，或者現在／曾經提供其他協助。保護對象包括雪梨2000奧運或與雪梨2000奧運有關的澳洲奧委會、國際奧委會、SOCOG⁴³²所舉辦的活動。第十二條第一款則禁止非經授權者將雪梨2000奧運之標誌或圖像為商業目的使用，但SOCOG或經授權者不在此限。第十二條第五款則規定若使一般理性之人將近似標誌誤認為雪梨2000奧運者，亦論以使用雪梨2000奧運標誌。該法也包含一些例外情形，如善意先使用情形、允許新聞報導、評論及提供事實資訊等。最後，該法第三部份提供了救濟管道，包括禁制令、糾正廣告、賠償損害與其他救濟。第47條第2款表示本法所提供的救濟乃交易措施法之額外救濟管道⁴³³。

當初委員會的草案與最終通過的版本最明顯的差異是立法並沒有完全依循委員會的建議，只有採納部份，多數仍仿照現行法已經有的救濟管道。尤其立法版本的定義比起草案要來的窄，也因此在对付埋伏行銷上也較弱。例如在管制雪梨奧運的標誌與圖像時，值得注意的是，草案中的「引起」(evoking)被換成「暗示」(suggesting)，而「上下文脈落」(context)則被改成「在該情境下」(in the circumstances)。而草案中建議「各國代表隊參加雪梨 2000 奧運，以及所屬運動員」皆納入「圖像與聲音」的定義，這最重要的部份在立法版本中也被刪除了⁴³⁴。

⁴³² Sydney Organising Committee for the Olympic Games 的簡稱。

⁴³³ Christopher N Kendall & Jeremy Curthoys, *Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective*, 8 Murdoch University Electronic J. of L. 31, (June, 2001), available at <http://www.murdoch.edu.au/issues/v8n2/kendall82nf.html>.

⁴³⁴ Christopher N Kendall & Jeremy Curthoys, *Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective*, 8 Murdoch University Electronic J. of L. 31, (June, 2001), available at <http://www.murdoch.edu.au/issues/v8n2/kendall82nf.html>.

原本草案希望將代表隊與運動員納入規範內，可以排除埋伏行銷事業私下尋求代表隊或個別運動員作為產品代言人或進行贊助合作，但由於通過的特別法並未採納，因此仍無法阻止埋伏行銷事業進行此種類型的行銷活動。

此外，澳洲通過奧運籌備法。為了防止伏擊行銷，該法主要著重在奧運的執行與實踐層面。舉例而言，奧運期間中在活動地點的一定範圍內銷售未授權的產品乃非法的，將遭到扣押或沒入。在一些正式會場地點上空中寫字或懸掛旗幟標語乃暫時受到限制⁴³⁵。

澳洲乃最早訂定特別法處理埋伏行銷問題的舉辦國，將向來一般法律束手無策的間接埋伏行銷行為予以管制，這也影響到後來中國與英國在特別法中訂定埋伏行銷的管制規定。

第三項 中國奧林匹克標誌保護條例

中國為了舉辦二〇〇八年北京奧運，承諾國際奧委會充分保護奧運的智慧財產權，並於二〇〇二年制定通過奧林匹克標誌保護條例⁴³⁶。奧林匹克標誌保護條例乃一行政法規，完全獨立地保護奧運標誌，創設一種全新的權利－奧運標誌商品化權⁴³⁷。該條例第二條首先定義權利客體－奧林匹克標誌，其中第五項將「北

⁴³⁵ E. Vassallo, K. Blemaster and P. Werner, *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338, 1352 (2005).

⁴³⁶ 《奧林匹克憲章》要求奧運會主辦國應當對奧運知識產權提供充分的保護，為了滿足該要求，在申辦期間，北京奧運申辦委員會在向國際奧委會進行的陳述和遞交的《申辦報告》中，對保護奧運知識產權作出了承諾。2000年11月30日，中國國務院總理簽署了保證書，對北京市的承諾做了背書。同年12月12日，國家工商行政管理局局長還根據國際奧委會和北京奧申委的要求，代表國務院就保護奧運標誌簽署聲明，表示中國已經制定並正在不斷完善保護知識產權的相關法律法規，以加強對奧林匹克標誌的保護。中國將根據需要專門為2008年奧運會以及奧林匹克標誌等制定有關法規。中國保證以這些法律法規為依據，採取一切必要的法律手段對奧林匹克標誌、徽記、圖標、標識和其他所有與奧林匹克有關的記號和名稱進行充分和持續的法律保護。韋之，論奧林匹克標誌保護條例，知識產權研究2004年第四期，2004年4月，頁85。

⁴³⁷ 韋之，論奧林匹克標誌保護條例，知識產權研究2004年第四期，2004年4月，頁85-86。

京2008」規範在內⁴³⁸。從該規定可知包含的權利客體相當廣泛，除了通常意義的標誌符號外，將會歌規範在內，更重要的是將「北京2008」一詞也明文規定。「北京2008」本質上為普通名詞，承前述無法取得商標權保護，因此向來為埋伏行銷普遍運用。一般現行法制下無法全面禁止之，因此條例將「北京2008」納入奧林匹克標誌，賦予排他權的保護。本條有兩項特殊之處值得關注與思考。一為該條權利客體規定屬於例示規定，並非列舉性質，所以透過解釋可涵蓋更多的標誌。其次，奧林匹克標誌只需在國家工商行政管理部門備案而不需要經過審查即受到保護。這種模式不僅超越中國專利權、商標權申請過程中的實質審查制度，也超越特殊標誌管理條例規定⁴³⁹的核准登記制度。由於中國主管機關工商行政管理部門對奧林匹克標誌無實質審查的權力，無異於將客體範圍的決定權單方面地交由權利人決定⁴⁴⁰。由於奧林匹克標誌具有排他權之效力，在權利客體上竟然採取例示規定並且僅須備案即可，無疑地已過度保護奧林匹克標誌，賦予權利人過大的權限，並不足採。此種模式在制定奧運特別法的國家也實屬罕見。

條例第四條規定，奧林匹克標誌權利人對奧林匹克標誌享有專有權。未經奧

⁴³⁸ 第二條 本條例所稱奧林匹克標誌，是指：

- (一) 國際奧林匹克委員會的奧林匹克五環圖案標誌、奧林匹克旗、奧林匹克格言、奧林匹克徽記、奧林匹克會歌；
- (二) 奧林匹克、奧林匹亞、奧林匹克運動會及其簡稱等專有名稱；
- (三) 中國奧林匹克委員會的名稱、徽記、標誌；
- (四) 北京 2008 年奧林匹克運動會申辦委員會的名稱、徽記、標誌；
- (五) 第 29 屆奧林匹克運動會組織委員會的名稱、徽記，第 29 屆奧林匹克運動會的吉祥物、會歌、口號，“北京 2008”、第 29 屆奧林匹克運動會及其簡稱等標誌；
- (六) 《奧林匹克憲章》和《第 29 屆奧林匹克運動會主辦城市合同》中規定的其他與第 29 屆奧林匹克運動會有關的標誌。

⁴³⁹ 特殊標誌管理條例相關規定

第一條 為了加強對特殊標誌的管理，推動文化、體育、科學研究及其他社會公益活動的發展，保護特殊標誌所有人、使用人和消費者的合法權益，制定本條例。

第二條 本條例所稱特殊標誌，是指經國務院批准舉辦的全國性和國際性的文化、體育、科學研究及其他社會公益活動所使用的，由文字、圖形組成的名稱及縮寫、會徽、吉祥物等標誌。

第三條 經國務院工商行政管理部門核准登記的特殊標誌，受本條例保護。

第十三條 特殊標誌所有人可以在與其公益活動相關的廣告、紀念品及其他物品上使用該標誌，並許可他人經國務院工商行政管理部門核准使用該標誌的商品或者服務項目上使用。

⁴⁴⁰ 韋之，論奧林匹克標誌保護條例，知識產權研究 2004 年第四期，2004 年 4 月，頁 86。田雨，奧林匹克知識產權保護與反埋伏式營銷比較研究，世界知識產權 2007 年第 5 期，頁 89。

林匹克標誌權利人許可，任何人不得為商業目的（含潛在商業目的，下同）使用奧林匹克標誌。而「潛在商業目的」之規定即為了處理埋伏行銷的情形⁴⁴¹。在條例第五條定義了商業目的之使用，亦即以營利為目的利用行為，例示了一些商業目的之使用行為，並輔以概括條款「可能使人認為行為人與奧林匹克標誌權利人之間有贊助或者其他支持關係而使用奧林匹克標誌的其他行為」⁴⁴²。概括條款的文義相當廣泛、不明確，主管機關工商行政管理部門實際執行時及法院裁判時享有裁量權的空間⁴⁴³。此外，保護奧林匹克會徽內羅畢條約明文允許一些例外的使用行為，例如第二條第四項規定，對於報導奧運會及其有關活動而在新聞媒體中使用奧林匹克會徽的行為，成員國並無義務禁止之。從該條產生的背景來看，並不排斥具有商業目的的新聞使用。然而在奧林匹克標誌保護條例中卻缺乏類似具有彈性空間的條款，這意味著中國身為非成員國，該條例提供的保護密度更大⁴⁴⁴。綜上所述，中國奧林匹克標制保護條例提供奧林匹克標誌相當全面廣泛的保護。

第四項 英國奧運保護法

英國的兩個主要立法是 1995 年奧運標誌保護法（OSPA）與 2006 年倫敦奧運暨身障奧運比賽法（LOGA）⁴⁴⁵。這些法案就一些特定表徵上，授予倫敦奧運籌

⁴⁴¹ 裴洋，奧林匹克標誌的法律保護，華東政法大學學報 2008 年第 3 期，頁 120。胡峰、張振宇，論奧運會隱性市場行為的法律規制，武漢體育學院學報第 40 卷第 4 期，2006 年 4 月，頁 30。Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "take" the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 196 (2004).

⁴⁴² 第五條 本條例所稱為商業目的使用，是指以營利為目的，以下列方式利用奧林匹克標誌：

- (一) 將奧林匹克標誌用于商品、商品包裝或者容器以及商品交易文書上；
- (二) 將奧林匹克標誌用于服務項目中；
- (三) 將奧林匹克標誌用于廣告宣傳、商業展覽、營業性演出以及其他商業活動中；
- (四) 銷售、進口、出口含有奧林匹克標誌的商品；
- (五) 製造或者銷售奧林匹克標誌；
- (六) 可能使人認為行為人與奧林匹克標誌權利人之間有贊助或者其他支持關係而使用奧林匹克標誌的其他行為。

⁴⁴³ Steve McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "take" the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 196 (2004).

⁴⁴⁴ 韋之，論奧林匹克標誌保護條例，知識產權研究 2004 年第四期，2004 年 4 月，頁 87。

⁴⁴⁵ 本目內容整理自：Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones*

備委員會與英國奧運委員會享有排他、獨占的 (exclusive) 權利，例如奧運標誌、奧運宣傳語、與奧運二字相關的詞彙 (Olympiad, Olympiads, Olympian, Olympians, Olympic and Olympics) —— 稱為受控表述 (Controlled Representations)。第三人禁止在其商品或服務上使用受控表述或類似的詞彙，只要這些表述在公眾心中會產生與奧運比賽與奧運活動有所聯繫的聯想。

禁止的聯繫包括所有會和奧運比賽與活動產生連結的事項，像是契約與商業關係、合作或建構的連結，以及財務方面的支持等等。LOGA 也特別對倫敦奧運提供保護，並禁止對公眾有任何的暗示，讓公眾以為其商品或服務與倫敦奧運或籌辦者具有聯繫。此為倫敦奧運所創設的「聯繫權」(London Olympics association right)。為衡量究竟有無禁止之聯繫存在，法院可以考慮表達用語之組合，像是組合了「比賽」、2012 之數字或英文表達、金、銀、銅、倫敦、獎牌、贊助或夏季 (summer) 等等；另一方面可以考慮聯繫的暗示性。應注意者，此乃提供給法官的權限，並不是為了適用 LOGA 而必須要做的測試。聯繫的類型可能是契約的、商業的、合作的、結構的 (structural) 或財務上的，並沒有界限。因此這概念具有開放性而非常廣。此處所稱的聯繫與「混淆之可能性」(the likelihood of confusion) 不同，聯繫主要係透過字句的意義而產生作用，商品或服務之間的不相似是必須的，但毋須考慮到視覺上或聲調上的相似。因此這種權利與保護之承認比起商標權還要更加絕對 (absolute)⁴⁴⁶。

然而，若在產業或商業事項上符合誠信作為 (honest practice) 的聲明，且沒有利用與倫敦奧運相關的表徵來促銷或其他商業使用，亦即倫敦奧運在其脈絡下是無實質關聯的，那麼就不會是 LOGA 的射程範圍。立法在此將舉證責任由籌備

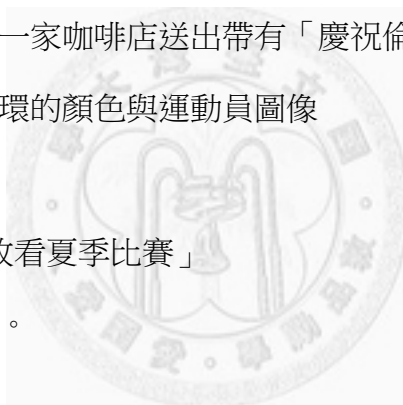
and Under What Conditions?, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

⁴⁴⁶ Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

方移轉到侵害方。此外，LOGA 授權相關部門長官得制定關於奧運活動事件的廣告細則。

英國記者提供了一些會被 OSPA 與 LOGA 認定為違法的例子，這些例子顯示在立法下籌備者享有多寬廣與多有效的控制權。

- 一個廣告經由使用圖像，產生與倫敦奧運 2012 的聯繫，例如廣告中出現一家企業的 logo，在廣告中一個運動員拿著一只手電筒，標語像是「點燃火炬」
 - 一件 T 恤使用奧運標誌，寫著「創造奧運新星」，不論這衣服是用來販賣或是促銷中發送
 - 舉辦一場促銷時，例如一家咖啡店送出帶有「慶祝倫敦運動會」字樣的紀念杯
 - 信用卡廣告使用奧運五環的顏色與運動員圖像
 - 商業網站放置奧運標誌
 - 廣告公開播放：「在這收看夏季比賽」
- 這些都會被認為是違法的。



然而，下列的例子並不會落入 OSPA 與 LOGA 的範疇：

- 關於奧運準備報導之報紙社論
- 公司廣告使用一般性的語句來支持運動員，例如「X 公司，支持英國擊劍比賽」
- 競爭贊助者的廣告打在非奧運舉辦城市，且沒有提到奧運或殘奧。

相較於草案範圍已較廣，草案只有報導所為的必要表述才可豁免。

英國記者也注意到下述兩個限制情況：

- 旅館標語「本飯店有空房，位址接近奧運公園」

—地方報紙上的廣告「喝 X 牌—非奧運官方贊助商」⁴⁴⁷。

從上述英國奧運特別法可觀察，聯繫權可排除任何種類表達之使用，而此表達可能暗示公眾倫敦奧運與其商品或服務或者提供者具有關聯性。聯繫權的概念內涵相當廣泛，而且模糊不清。此權利已超越一般商標法的權能，嚴格管控商業活動所產生意義方面的聯想。簡言之，英國奧運在埋伏行銷的管制上，呈現出對於贊助商的經濟利益加強保護，而對於其他事業的商業言論自由予以限制。

第三節 其他管制方式之分析

對於埋伏行銷之管制，除了商標法與不正競爭法外，尚其他的法律途徑加以補足。民法為許多國家採取的管制方式，尤其在沒有管制埋伏行銷特別法規的國家中，民法經常扮演著舉足輕重的地位。而民法的物權與契約對於管制埋伏行銷具有事前防範的功能，在埋伏行銷尚未發生時即能發揮及時制止的效果。許多商標侵權與違反不正競爭法的埋伏行銷案例，往往須待埋伏行銷發生後始能經由司法途徑救濟，再加上大型活動具有一定的時效性，可能會導致緩不濟急的局面。相較於此，民法的物權與契約在防範埋伏行銷的及時性上享有相當的優勢。活動組織在活動舉行期間或更早之前，即依據物權法規定，經由所有權與合法占有的權能，可以排除埋伏行銷利用大型活動場地空間。然而此種管制方式在空間上卻面臨侷限，所有權與占有只限於場館所有人可行使支配權的空間。如果埋伏行銷在場館以外的其他私人空間自由廣告促銷時，無法主張物權的權利，亦即對於支配權空間以外的埋伏行銷，此種管制方式是束手無策的。簡言之，物權法的支配權雖具有排他的效力，但其權能僅及於一定的場所空間，無法全面監控管制埋伏

⁴⁴⁷ Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Cantania, (Sep. 29, 2007), available at http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.

行銷。

此外，活動組織可藉由與契約相對人的約定來抑制埋伏行銷的發生。契約的安排與規劃同樣具有事先防範的功能，並且可在所有與籌辦舉辦活動的相關契約上加入限制埋伏行銷廣告的契約條款，藉以保護官方贊助商與活動組織的商業利益。然而契約安排與規劃有主要兩個缺點。首先，活動組織只能憑藉相對人遵守契約，被動間接管制埋伏行銷。因此，契約上的權利是倚賴契約相對人的履行行為，只有契約相對人遵守契約條款時才會發生管制效用。其次，契約僅具相對性，因此效力只會約束契約相對人，並不像商標權、物權等具有排他專屬的效力。而在活動舉辦的過程中，只有為了爭取某項與活動舉辦的相關資格而必須簽訂契約者才會成為契約的相對人，例如轉播權的媒體、活動的供應廠商、活動場地的出租人等，才會別無選擇地接受廣告限制的約款。至於其他事業例如戶外大型廣告業者基本上沒有與活動組織簽訂契約之需求與必要性，就無法限制其刊登廣告自由。又例如參與活動的代表隊或選手，接受埋伏行銷事業的贊助或進行合作，也非契約層次可以管制的。質言之，透過契約的規劃與安排雖可事先防止埋伏行銷的發生，然而此種管制具有間接被動的缺點，再加上活動組織訂定契約的相對性、其他埋伏行銷事業締結契約的自由等，契約的規劃與安排具有相當的局限性。

許多活動組織進而尋求更強的法律保護手段，例如奧運比賽要求特別立法，甚至以此作為舉辦城市的申辦資格。此為最具實效的管制方式，活動組織與主辦城市或國家合作配合，並由國會通過新法。特別法規可能將一些無法以一般法律規範的埋伏行銷一網打盡，佈下更嚴密的管制法網，例如規定埋伏行銷與活動建立的聯繫在特別法下違法等。特別立法通常會列出一系列與活動相關的普通用語，並且禁止與此相關的表達，並禁止對公眾有任何的暗示，讓公眾以為其商品或服務與奧運或籌辦者具有聯繫。簡言之，對於某些暗示與該大型活動關係的普通用語，以特別立法方式賦予排他專屬的權利。此種管制方式可以較周全保護活動

組織與官方贊助商的經濟利益，然而特別立法仍有一些彈性空間的存在，以維護其他事業的商業言論自由。例如上述英國特別法規的合法情況：公司廣告使用一般性的語句來支持運動或運動員，例如「X 公司，支持英國擊劍比賽」或與相關運動員合作進行產品形象代言等。特別法規為了兼顧言論自由的面向，相當程度降低了特別法規管制的密度與強度，然而這也是兼顧商業利益與言論自由不得不的讓步。特別法規相較於上述一般法律已較為徹底周全，然而為了維持一定的言論自由，也無法達到全面滴水不漏的管制程度。



第六章 結論與建議

舉辦大型活動往往依賴企業贊助作為經費的來源。企業贊助可謂埋伏行銷發生的重要背景，許多非贊助商利用活動吸引消費者的目光，使消費者誤以為該公司與活動有一定之關聯性，而如此行銷策略正是官方贊助商支付大筆的贊助金及簽定贊助契約所欲達成的目標。因此在舉辦大型活動時，只要有贊助商就會伴隨著產生埋伏行銷。為了就埋伏行銷進行精確的法律評價，本文認為埋伏行銷之定義應為「未從活動組織取得相對應的授權，利用該活動試圖建立與活動的關聯而發展的商業行銷行為。」而在本文整理了主客觀之要件，以具體化埋伏行銷之特徵。埋伏行銷之行為人主觀上有建立與活動關聯的意圖，而客觀上須符合兩要件：

(一) 與活動組織間並無簽訂官方贊助契約，與活動組織並無(贊助)契約關係，亦即非活動組織的官方贊助商；(二) 與活動具關聯性的商業行為。將常見埋伏行銷類型化的整理歸納，有助於使法律的評價更加具體化，本文大致上歸納出四種型態：使用相關或類似的標識或活動名稱、利用活動相關特色建立聯繫(乃最典型普遍的埋伏行銷)、利用其他贊助手段、貶抑競爭對手。然而在這些區分往往會相互重疊，並非互斥的分類，自此也可看出埋伏行銷千變萬化的風貌。本文觀察認為大型活動具公共性、社會性、歷史性，據此展開後續的法律論證。

與埋伏行銷最密切相關的領域是商標法與公平交易法中的不正競爭，因此本論文以此為重心探討國內外常見的埋伏行銷案例，試圖在灰色地帶尋求合法與違法的界限，也可得出此種管制方式的界限。以商標法檢視埋伏行銷，可分為兩大部分，一為商標註冊，另一為商標侵權。活動組織為了保護官方贊助商的利益，在歐盟與德國提出一系列以活動名稱為主的文字商標註冊，稱為活動文字商標，以防止埋伏行銷使用普通名詞建立活動的聯繫。由於活動文字商標具有其特殊性，與一般商標不同。活動相關文字的組合欠缺商標表彰來源之功能，導致不具

識別性。往往也該當說明性註冊消極要件，應為競爭者或公眾所自由使用，隱含著維持自由之公共利益，並且也無法取得第二意義之窘境下，活動文字商標無法獲得商標權之保護。而在商標侵權方面，縱使活動組織在一些圖形商標或圖文商標的商標類型上取得商標權，然而也未必能依商標侵權處理埋伏行銷。埋伏行銷使用商標的情形較為特殊，往往在廣告中加入活動相關商標，同時為了提升自己事業知名度，一定會加強使用自身事業的商標。因此非作為商標之使用方式或許可排除商標侵權之成立。此外註冊活動商標的保護範圍，例如僅保護特殊文字書寫風格的圖形商標，保護範圍不及於文字本身等情形，也會排除商標侵權之成立。至於混淆誤認之虞的判斷上，雖然美國實務對於免責聲明的有效性逐漸採取嚴格審查，但是本文認為如果免責聲明足夠清楚明確，將可避免消費者對於授權、許可、贊助關係等事業關聯的混淆誤認，而且，使用顯著的免責聲明同時也較容易負擔舉證責任，較易提出證據證明足以避免混淆誤認之虞。埋伏行銷選擇使用免責聲明時，應留意其大小、顏色、在產品上或販售場所的位置等，以顯著的方式使消費者知悉事業與活動組織並無關聯，則可有效地預防消費者混淆誤認之虞。是故本文認為埋伏行銷為了避免商標侵權的疑慮或降低商標侵權的成立，使用顯著的免責聲明仍是可行的措施。使用顯著的免責聲明可適當減少違法的風險。自此全然呈現出商標法管制埋伏行銷的有限性，可得出商標法無法有效管制的結論。

以公平法中的不正競爭檢視埋伏行銷，主要相關者為仿冒行為、不實廣告以及其他欺罔或顯失公平行為。埋伏行銷只要不使用普遍認知的表徵，即可避免成立公平法的仿冒行為。或者在使用行為的態樣並不作為表彰區別來源之使用方式，也可避免之。不可否認地埋伏行銷在仿冒行為法制下有合法存在的空間。至於不實廣告方面，本文認為公平法第二十一條應採廣義解釋，包含官方贊助商的交易資訊。埋伏行銷如果積極表示出與官方贊助商的身分、官方紀念產品、官方指定使用產品等的交易資訊，足以使相關數量的公眾產生錯誤的認知與決定，應

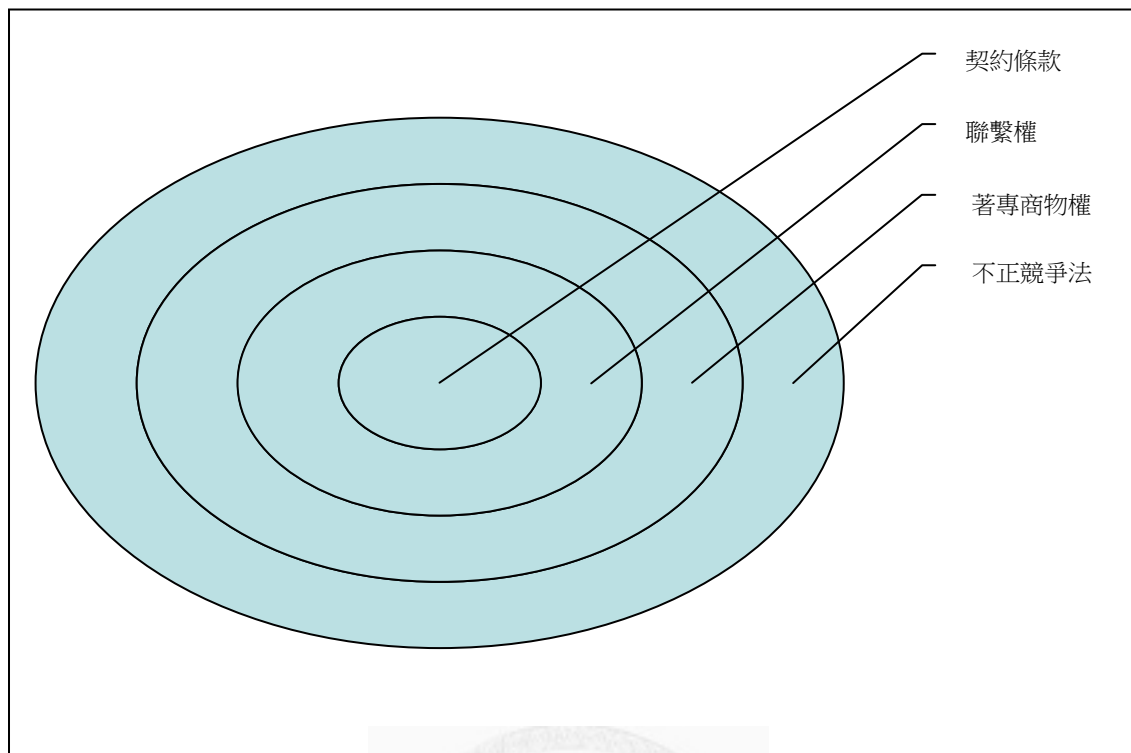
受到公平法第二十一條的管制。然而公平法第二十一條對於間接隱晦的埋伏行銷類型仍是束手無策的，由於僅間接暗示官方贊助商的形象，或者只是響應活動期間的焦點或促使消費者關注該活動而已，此已非不實廣告法制所能規範的。最後關於公平法第二十四方面，最密切相關者為埋伏行銷是否該當攀附商譽等榨取他人努力成果。活動組織投入心血、時間及金錢在舉辦活動上，但埋伏行銷未付出成本獲得相對應的授權，竟利用與活動相關的元素，建立與活動若有似無的聯繫。本文否定埋伏行銷成立攀附他人聲譽或利用他人努力成果而推展自己商品或服務。一則因為大型活動並不是活動組織單獨享有的努力成果，另外考量大型活動具有一定程度的公共性、社會性、歷史性，因此間接的埋伏行銷與活動建立的聯繫不是移轉優質評價，而是建立公共關係、參與公共事務、形塑良好的社會形象。至此可發現上述一般法律並無法有效地管制埋伏行銷，反面言之埋伏行銷確實有其合法存在之餘地。

本文進一步分析探討其他管制的法律手段。舉辦者可運用民法物權與契約作為管制手段。物權之支配權雖可有效管制一定場所空間的埋伏行銷行為，然而卻只限於一定空間，對於利用戶外空間的埋伏行銷並無法發揮管制作用。至於透過契約安排與規劃，僅能依靠契約相對人履行契約條款，間接管制埋伏行銷。是以，許多奧運舉辦國通過特別立法來管制埋伏行銷，例如英國創設聯繫權（*association right*），禁止事業對公眾有任何的暗示，讓公眾以為其商品或服務與倫敦奧運或籌辦者具有聯繫之行為。此種特別立法雖可較周全保護官方贊助商的經濟利益，但為了兼顧言論自由的面向，相當程度降低了特別法規管制的密度與強度，然而這也是兼顧商業利益與言論自由不得不的妥協，因此也無法達到全面滴水不漏的管制程度。

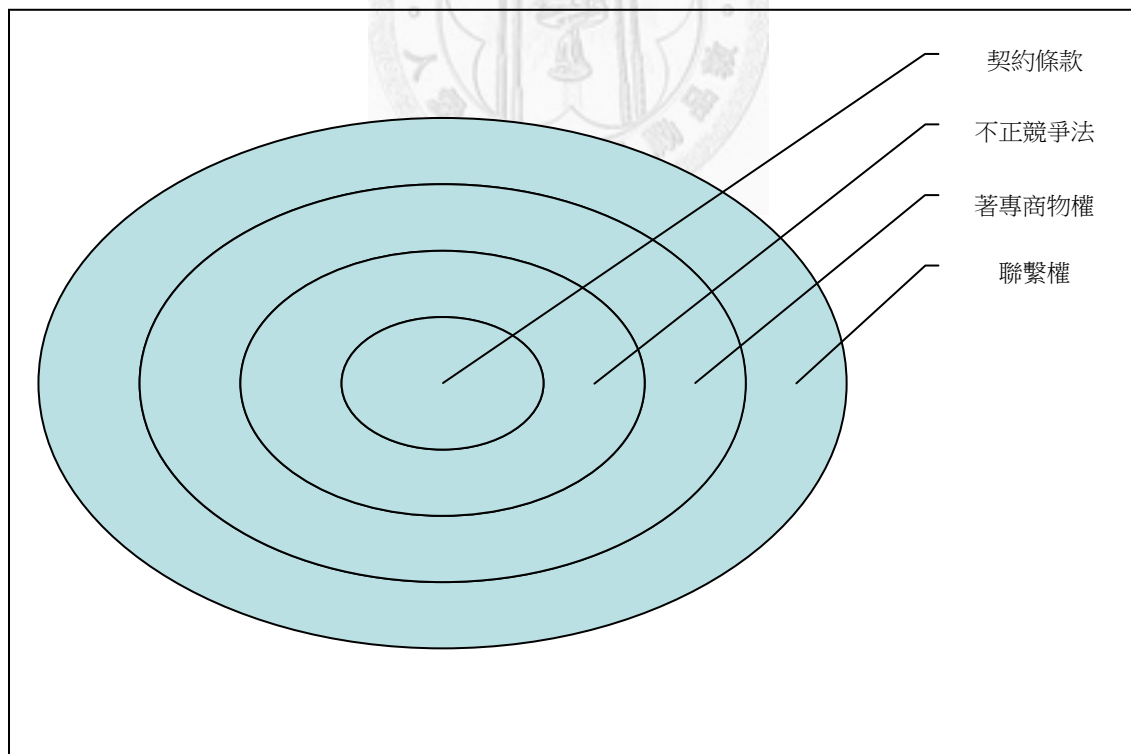
綜上所述，本文歸納統整管制埋伏行銷的方式，並且試圖將各種管制方式以

同心圓的各個位置比擬之。同心圓由內往外發展，代表著管制的範圍愈廣和管制權能強度愈大。本文認為一般的智慧財產權法，亦即商標法、著作權法⁴⁴⁸、專利法，屬於管制範圍較小、效果有限的法律手段。雖然具有排他權的權能，然而各有其立法目的，只能適用在有限的埋伏行銷類型中。再者，不正競爭法針對影響效能競爭的不正競爭行為予以規範，因此埋伏行銷須該當不正競爭行為，不正競爭法始能介入。其管制範圍雖然較廣，但權能較為限縮，並沒有排他專屬的效力，只有禁止的效力。而新型態智慧財產權—例如英國奧運保護法的聯繫權，可涵蓋大部分類型的埋伏行銷，同時也享有排他性的權能。不過其只能適用於奧運比賽上，並不能擴及所有的大型活動。而民法上的物權法，只有涉及到空間運用的埋伏行銷類型，始能發揮管制效果，而其權能具排他效力，例如運用場所空間的支配權。至於契約條款的安排與規劃，由於只涉及到契約雙方的效力，對於第三人的埋伏行銷事業並無直接的拘束力，只能藉由契約履行達到間接的管制效果。因此契約規劃與安排不能直接管制埋伏行銷，而且與舉辦者簽訂契約之需求者有限，所發揮的效果極其有限。

⁴⁴⁸ 著作權法可以保護活動舉辦者所創造的圖案、吉祥物、歌曲等表達，然而管制也相當有限。因為一般埋伏行銷不會囂張到直接使用著作物，所以著作權法對於普遍間接隱晦的埋伏行銷類型無法發揮作用。



◎各法規範管制範圍



◎各法規範管制權能強度

台灣近年來也積極爭取一些大型活動的舉辦，自然就必須面對經費的問題，尋求贊助商即成為解決經費問題的一種方式。由於大型活動吸引公眾注意，乃廣告行銷的絕佳機會。贊助商經由贊助契約取得相當的資格及權利，而未獲得相對應授權的事業也想利用絕佳機會，因此也會有埋伏行銷的情形發生。只要活動能夠吸引社會目光，同時就會吸引埋伏行銷事業。只是活動的規模會影響到埋伏行銷的情形，愈大規模的活動，埋伏行銷就愈蓬勃發展。雖然台灣舉行的活動並不像奧運或世界盃足球賽、世博會等規模的大型活動，但仍可能會面臨埋伏行銷的衝擊。因台灣活動規模較小也較不熱門，埋伏行銷的情形不及奧運或世界盃足球賽之程度。然而為了順利爭取贊助商的合作及保護官方贊助商的經濟利益，勢必也須採取一些管制的手段。

台灣雖然沒有聯繫權的特別規範，但可充分運用其他管制埋伏行銷的法律手段。商標法與不正競爭法已為前幾章詳細分析，不再贅述。為了保護官方贊助商的經濟利益，可以加強運用物權的支配權與契約的規劃上。埋伏行銷運用活動場館空間所發展的行銷策略，可以利用所有權或合法占有人的支配權予以管制，限制埋伏行銷事業的廣告。然而，若要進行觀眾入場檢查時，是否要做到國外禁止所有非官方贊助商的物品，則有待斟酌。這是一個兩難的問題。由於台灣所舉辦的大型活動類型並不是如國外的奧運或世界盃活動等享有聲譽，縱使不加以宣傳規廣，就會自動吸引注意以及得到認同感。台灣的情形需要舉辦者努力推廣，引起大眾的認同與參與，然而在這過程中如果過分限制管制，將影響公眾的觀感與支持度。如何兼顧官方贊助商的經濟利益、民眾的觀感以及埋伏行銷的管制，須謹慎衡量。許多國外舉辦活動的國家為了兼顧民眾對管制埋伏行銷的觀感，不斷進行宣導與建立公眾認知，使公眾意識到埋伏行銷的情形以及管制的必要性。是以，本文認為對於觀眾進行埋伏行銷的相關檢查與禁止，建立在公眾是否具有相當的認知基礎上。如果未做好事前的宣導準備與建立公眾的認知，逕自為管制手

段，雖然顧及了贊助商的經濟利益，恐怕無法達到公眾的認同感，將會顧此失彼。

在契約的規劃與安排上，本文認為可以參考上述提及的情形而為妥善的契約規劃，活動組織可在轉播媒體契約加入廣告限制約款、在供應廠商契約加入廣告限制約款等。本文認為可以在此設計保護官方贊助商利益的契約條款，例如限制取得轉播權的媒體接受贊助或刊登其他事業的廣告、轉播權的媒體給予活動贊助商廣告的優先權、甚至在一定期間不得刊登非贊助商的廣告。雖然契約的手段只及於契約相對人，然而藉由契約條款的約定，可以達到一定管制的效果。本文認為契約的規劃來保護贊助商的經濟利益，在台灣是相當可行並且有待加強的做法。

至於是否如同奧運主辦國家需要特別立法，本文偏向否定見解的立場。首先，台灣舉辦的大型活動並不是奧運等級，不用特別立法來爭取主辦權。奧運是個相當特殊的大型活動，光是一個產品類別的全球官方贊助商權利金就高達幾十億。為了吸引贊助商與爭取主辦權，舉辦者特別通過針對埋伏行銷的法律手段。然而，將奧運標誌範圍擴張到普通名詞並且賦予優越的保護同時，社會付出更大的執法成本，此成本的付出是建立在相對的回饋上：舉辦活動帶來更大的商業利益，例如贊助商的權利金、全球的遊客、觀眾等。其次，舉辦像世界盃足球賽等級的國家也從未對埋伏行銷特別立法，例如德國、瑞士等，而是運用現行法規範與實際執行措施加強埋伏行銷的管制。考量到台灣舉辦大型活動的性質與規模，並不需要就埋伏行銷為特別立法。或有論者認為是否可以管制埋伏行銷的特別立法方式，爭取更多國際大型活動的舉辦，而南非即為一例。本文認為基於台灣舉辦國際大型活動的特殊困境及國內環境、公眾認知等，此種超前立法爭取舉辦資格的方式可能須要再謹慎評估。

本文認為除了法律管制手段外，台灣其實也可加強非法律的管制手段著手。

例如一九九六年亞特蘭大奧運會，美國當時並未特別針對埋伏行銷進行立法，而是將監督管控埋伏行銷由贊助商保護計畫推動。活動組織與大眾媒體合作，進行相關知識的宣導，活動組織總共發了九百多封的公開信與聲明稿，解釋埋伏行銷的影響、建立公眾的正確認知、隨時追蹤埋伏行銷並在媒體上即時公布譴責。本文認為利用與媒體合作建立公共關係（public relations），無論是在管制埋伏行銷或爭取民眾對活動的認同與支持，皆為可行的對策。尤其台灣社會在舉辦活動時並不會意識到埋伏行銷的情形，更不會知道埋伏行銷對於贊助商的影響。從建立公眾的認知作為管制埋伏行銷的起點，將更有效協助以法律手段進行埋伏行銷的管制。

管制埋伏行銷與維護贊助商利益應如何平衡，乃涉及其他事業商業言論自由與舉辦活動的公共利益、經濟利益。利益衝突的局面下，依據活動的規模、類型、贊助商的贊助情況等，對於管制密度予以不同程度之調整。本文以為台灣目前舉辦大型活動的情況而言，所舉辦的大型活動類型並不是如奧運比賽等本身享有全球性的聲譽與無限的商業利益。台灣的情形並沒有訂定特別立法諸如聯繫權之必要性，否則有超前立法之嫌。若為了保護贊助商之利益，台灣可選擇加強一般法律的管制手段，例如充分利用場館的支配權以及在契約規劃上訂定有利於官方贊助商的約款，而活動組織可在轉播媒體契約約定埋伏行銷廣告限制約款、供應商契約約定廣告限制約款等。本文認為執行所有管制埋伏行銷法律手段的同時，搭配非法律的手段，與媒體合作建立公共關係、宣導公眾的認知等，也須重視與加強非法律手段的功能與價值，如此對於管制埋伏行銷也具有正面的助力。台灣近來積極爭取舉辦國際性的大型比賽，似乎未加以處理埋伏行銷的管制議題，然而此乃國際間近來極為重視與發展的議題。本文深信不論在爭取活動舉辦權上或活動舉辦的過程中，若能在埋伏行銷的管制上予以適當的管制措施，皆能為台灣舉辦國際大型活動的評價上贏得正面的肯定。

| | | |
|--------------|---|--|
| 相關法律 | 商標法 | |
| 爭議類型 | 1. 活動文字商標之註冊 | 2. 活動商標之侵權 |
| 法律依據 | 商標法第 5、23 條 | 商標法第 29 條 |
| 適用時之 注意事項 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 活動文字商標無法表彰商品或服務之來源。 2. 活動文字商標無法獲得商標權之保護 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 埋伏行銷者不會直接使用相同或近似的註冊活動商標 2. 埋伏行銷可選擇使用清楚顯著的免責聲明，作為消費者混淆誤認贊助關係的防範措施 |
| 外國參考 案例 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 2006 年德國世界盃足球賽 p. 31 2. 2008 年歐洲盃足球賽 p.39 3. 德國國民音樂春季節慶 p.40 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 英國 <i>Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed</i> 案 p.70 2. 我國迪士尼與黑松案 p.75 |

| | | |
|----------|--|--|
| 相關法律 | 公平交易法 | |
| 爭議類型 | 1. 仿冒行為 | 2. 不實廣告 |
| 法律依據 | 公平交易法第 20 條 | 公平交易法第 21 條 |
| 適用時之注意事項 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 埋伏行銷只要創意地使用與活動相關的元素，避免使用活動組織長期投資下發展的普遍認知表徵。 2. 附加顯著的免責聲明防止致生混淆，即可避免受到仿冒行為的規範。 3. 不可一味地為了保護贊助計畫及專屬贊助契約等經濟利益，而忽略合法埋伏行銷自由競爭的利益。 4. 埋伏行銷提供消費者更多市場資訊與交易選擇，也是消費者多元資訊接收的權利。 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 廣義解釋公交法第 21 條，以交易上具有實質重大性的交易資訊為虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵標的。 2. 在活動舉辦期間官方贊助商的身分、官方紀念產品、官方指定使用產品等皆屬於交易上實質重大的資訊。 3. 埋伏行銷若滿足上述要件，並足以使相關數量的公眾產生錯誤的認知與決定，應受到公平法第 21 條的管制。 4. 須斟酌埋伏行銷運用時事潮流的商業言論自由。 |
| 外國參考案例 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 美國 <i>Mastercard v. Sprint</i> p.102 2. 美國 <i>NCAA v. Coors</i> p.106 3. 美國 <i>NFL v. Governor of Delaware</i> p.109 4. 美國 <i>NHL v. Pepsi</i> p.112 5. 紐西蘭 <i>New Zealand Olympic Association v. Telecom</i> p.116 6. 我國 <i>迪士尼與黑松案</i> p.121 | |

| | | |
|----------|---|--|
| 相關法律 | (續)公平交易法 | |
| 爭議類型 | 3. 其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平 | |
| 法律依據 | 公平交易法第 24 條 | |
| 適用時之注意事項 | <p>1. 在欺罔行為方面的判斷上，本文認為贊助商或合作夥伴關係屬於交易上重大資訊，若有不實陳述或引人錯誤情形，應適用第 21 條。</p> <p>2. 若不成立不實廣告的規範，由於已窮盡規範之不法內涵，不得再論以第 24 條足以影響交易秩序之欺罔行為。</p> <p>3. 至於攀附商譽，造成顯失公平情事，須注意大型活動的聲譽不為活動組織所單獨創造擁有，乃不特定多數人的努力成果。</p> | <p>4. 間接隱晦的埋伏行銷與活動建立的聯繫不是移轉優質評價，而是建立公共關係、參與公共事務、形塑良好的社會形象，因此非屬攀附商譽等榨取他人努力成果之行為，不該當足以影響交易秩序之顯失公平行為。</p> |
| 外國參考案例 | <p>1. 美國 <i>NFL v. Governor of Delaware</i> p.146</p> <p>2. 美國 <i>NBA v. Motorola</i> p.148</p> <p>3. 我國迪士尼與黑松案 p.160</p> | |

| | | |
|--------------|---|---|
| 相關法律 | 民法 | |
| 爭議類型 | 1. 當事人間之契約 | 2. 不當得利 |
| 法律依據 | | 民法第 179 條 |
| 適用時之 注意事項 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 可在所有與籌辦舉辦活動的相關契約上加入限制埋伏行銷廣告的契約條款，藉以保護官方贊助商與活動組織的商業利益。 2. 但動組織只能憑藉相對人遵守契約，被動間接管制埋伏行銷。 3. 契約僅具相對性，因此效力只會約束契約相對人，並不像商標權、物權等具有排他專屬的效力。 4. 其他事業例如戶外大型廣告業者基本上沒有與活動組織簽訂契約之需求與必要性，就無法限制其刊登廣告自由。 5. 參與活動的代表隊或選手，接受埋伏行銷事業的贊助或進行合作，也非契約層次可以管制的。 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 埋伏行銷建立與大型活動的關聯性乃自由經濟秩序所肯認的，應為法律秩序所採納，而非無法律上原因。 2. 埋伏行銷所獲利益未必是財產上的利益，有可能只是增加埋伏行銷的知名度或取得良好的企業形象等非財產上的利益。 3. 因果關係很難證明，即使無埋伏行銷之發生，官方贊助商也未必會受有利益。 |
| 外國參考 案例 | | |

| | | |
|--------------|--|---|
| 相關法律 | (續)民法 | |
| 爭議類型 | 2. 侵權行為 | 4. 所有權與合法占有 |
| 法律依據 | 民法第 184 條第 1 項前段與後段 | 民法第 765 條 |
| 適用時之 注意事項 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 民法第 184 條第 1 項前段，而這部分須回歸智慧財產法的規範檢驗之。 2. 間接隱晦的埋伏行銷不直接適用受保護的智慧財產權，是故無涉第 1 項前段的權利。 3. 至於民法第 184 條第 1 項後段，官方贊助商的資格不保證一定的經濟利益，因此有無損害更是無法確定。 4. 因果關係上，官方贊助商的地位未必保證商品銷售額的增加，自由競爭市場上影響銷售額的因素多元複雜，無法單純歸咎於埋伏行銷之行為。 5. 由於大型活動本身具有公共參與的性質，身為社會的一員本來即可參與關注，亦不違反善良風俗。 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 體育場館的承租人，依租賃契約取得合法占有的權能，對租賃物為使用收益之管理行為，進而管制埋伏行銷。 2. 只限於場館所有人可行使支配權的空間，埋伏行銷可以在場館外圍的其他私人空間自由廣告促銷。 3. 物權法的支配權雖具有排他的效力，其權能僅及於一定的場所空間，無法全面監控管制埋伏行銷。但防範埋伏行銷的及時性上享有相當的優勢。 |
| 外國參考 案例 | | |

| | |
|--------------|--|
| 相關法律 | 特別立法 |
| 爭議類型 | |
| 法律依據 | 美國奧運與業餘運動法、澳洲奧運保護法、中國奧林匹克標誌保護條例、英國奧運保護法 |
| 適用時之 注意事項 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 特別立法為最具實效的管制方式，可將一些無法以一般法律規範的埋伏行銷一網打盡，佈下更嚴密的管制法網。 2. 可對於某些暗示與該大型活動關係的普通用語，以特別立法方式賦予排他專屬的權利。較周全保護活動組織與官方贊助商的經濟利益。 3. 為了維持一定的商業言論自由，也無法達到全面滴水不漏的管制程度。 |
| 外國參考 案例 | |

參考文獻

一、英文

(一) 專書

1. GOLDSTEN, PAUL, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK AND RELATED STATE DOCTRINES (5th ed. 2004).
2. MCCARTHY, J. THOMAS & SCHECHTER, ROGER E. & FRANKLYN, DAVID J., MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY (3rd ed. 2004).
3. MCCARTHY, J. THOMAS, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION (4th ed. 2006).
4. SCHECHTER, ROGER E., INTELLECTUAL PROPERTY (3rd ed. 2006).
5. Ulmer, Andrew B., Editor-in-Chief, and Multilaw International Contributors, 2 Media, Advertising, & Entertainment Law Throughout the World.

(二) 期刊論文

1. Bean, Lori L., *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act*, 75 B.U.L. Rev. 1099 (1995).
2. Batcha, Erinn M., Who are the Real Competitors in the Olympic Games? Dual Olympic Battles: Trademark Infringement and Ambush Marketing Harm Corporate Sponsors – Violations against the USOC and its Corporate Sponsors, 8 SETON HALL J. SPORT L. 229(1998).
3. Barrett, M., Internet Trademark Suits and the Demise of “Trademark Use”, 39 UC DAVIS L. REV. 371, (2006).
4. Cornwell, T. Bettina, Roy, Donald P. & Steinard, Edward A., *Exploring Manager's Perceptions of the Impact of Sponsorship on Brand Equity*, 30 J. ADVER. 41(2001).
5. Davis, Robert N., *1996 AALS Sports Law Conference: Legal Issues and the Olympic Movement-Ambushing the Olympic Games*, 3 VILL. SPORTS & ENT. L.J.

- 423 (1996).
6. Fortunato, John A. & Richards, Jef, *Reconciling sports sponsorship exclusivity with antitrust law*, 8 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 33 (2007).
 7. Jacoby & Szybillo, *Why Disclaimers Fail*, 84 TRADEMARK REP. 224 (1994).
 8. Lisi, Michael A., *Ambush Marketing: Here to Stay?*, 12 NO. 1 INTELL. PROP. STRATEGIST 3 (2005).
 9. Lloyd, Charles, *Ambush Marketing and International Sporting Events*, INTELLECTUAL PROPERTY TODAY (November 2007).
 10. McKelvey, Steve, *Atlanta 96: Olympic Countdown to Ambush Armageddon?*, 4 SETON HALL J. SPORT L. 397(1994).
 11. McKelvey, Steve & Grady, John, *An Analysis of the Ongoing Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers “take” the Gold in Greece?*, 14 J. LEGAL ASPECTS SPORT 191, 191 (2004).
 12. McKelvey, Steve & Grady, John, *Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers*, 21 WTR ENT. & SPORTS LAW. 8 (2004).
 13. Moorman, Anita M. & Greenwell, T. Christopher, *Consumer Attitude of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices*, 15 LEGAL ASPECTS SPORT 183 (2005).
 14. Rütz, Christian, *After Arsenal and Electrocoin: Can the Opinions on Trade Mark Use Be Reconciled?*, IIC 2005 Heft 6, 682 – 705.
 15. Sandel, Ory, *Dastar Through European Eyes: Effects of the Public Domain on Transatlantic Trade*, 12 UCLA ENT. L. REV. 93 (2004).
 16. Sudzem, Mia & Rudkin-Binks, Jason, *The Countdown Begins*, ENT. L. R. 2007, 18(8), 253-257.
 17. Vassallo, E., Blemaster, K. and Werner, P., *An International Look at Ambush Marketing*, 95 Trademark Rep. 1338 (2005).

(三) 網路資料

1. DPMA Annual Report 2006, *available at*
http://presse.dpma.de/docs/pdf/jahresberichte/dpma_jb_2006_engl.pdf
2. Kendall, Christopher N. & Curthoys, Jeremy, *Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective*, 8 Murdoch University Electronic J. of L. 31, (June, 2001), *available at*
<http://www.murdoch.edu.au/issues/v8n2/kendall82nf.html>.
3. Kur, Annette, *Strategic Branding: Does Trade Mark Law Provide for Sufficient Self Help and Self Healing Forces?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-03, (July 2, 2007), *available at* <http://ssrn.com/abstract=1311243>
4. Kobel, Pierre, *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, International Report to LIDC Congress in Catania, (Sep. 29, 2007), *available at*
http://www.ligue.org/files/rapport_international_-_question_b.doc.
5. Official Website of the Olympic Movement, *The Olympic Partner (TOP) Programme*, *at*
http://www.olympic.org/uk/organisation/facts/programme/sponsors_uk.asp
6. Official Website of Swiss Federal Institute of Intellectual Property, *Frequently Asked Questions regarding the UEFA Trademarks for the Euro 2008*, *at*
<http://www.ige.ch/e/jurinfo/documents/j10103e.pdf>
7. *Playing the game - Rival brands, as well as athletes, compete at sporting events*, The Economist, (Jul. 3rd. 2008), *available at*
http://www.economist.com/business/displaystory.cfm?story_id=11671500.

參考文獻

8. Schmitz, Jason K., *Ambush Marketing: The Off-field Competition at the Olympic Games*, 3 NW. J. OF TECH. & INTELL. PROP. 203, (Spring 2005), available at <http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/6/>.
9. Welsh, Jerry, *Ambush Marketing: What It Is, What It Isn't*, (Summer 2002), available at <http://www.poolonline.com>.
10. Wirths, Stefan, *National Report Germany Question B: Ambush-marketing*, at http://www.ligue.org/files/2007_report_b_germany.pdf.

二、德文

(一) 專書

1. Berlit, Wolfgang, *Markenrecht*, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2005.
2. Fezer, Karl-Heinz, *Markenrecht*, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2001.
3. Hildebrandt, Ulrich, *Marken und andere Kennzeichen*, Carl Heymanns Verlag, 2006.
4. Ingerl/Rohnke, *Markengesetz*, 2. Aufl., C.H. Beck, München, 2003.

(二) 期刊論文

1. Buchroithner, Hellmut & Albiez, Stefan & Miceli, Camilla, *Wem gehört der Fußball?*, K u. R 2008, 208 – 214.
2. Heermann, Peter W., *Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßveranstaltungen - Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahme*, GRUR 2006, 359 – 367.
3. Körber, Thomas C. und Mann, Rüdiger, *Werbefreiheit und Sponsoring - Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG*, GRUR 2008, 737 – 742.

(三) 網路資料

1. Pechtl, Hans, Trittbrettfahren bei Sportevents: das Ambush-Marketing, Februar 2007, unter http://www.rsf.uni-greifswald.de/fileadmin/mediapool/Fakult_t/Lenz/Diskussionspapie/01-2007.pdf

三、中文

(一) 專書

1. 王澤鑑，侵權行為法（一），自刊，2005年1月。
2. 朱鈺洋，虛偽不實廣告與公平交易法，三民出版，1993年12月初版。
3. 陳文吟，商標法論，三民書局出版，2005年2月修訂三版。
4. 陳昭華、謝銘洋等，商標侵權案例及相關立法例之研究，經濟部智慧局九十五年委託研究報告，2006年11月30日。
5. 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2004年1月修訂再版。
6. 張瑜鳳，仿冒行為之案例研究：公平法與智產法系列五，三民出版，1995年7月初版。
7. 黃茂榮、洪禮卿、謝銘洋、陳昭華、黃相博，公平交易法與消費者保護法相關問題之研究，行政院公平交易委員會出版，1996年。
8. 廖義男、范建得、黃銘傑、謝銘洋、李素華、石世豪、吳秀明等，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年委託研究報告，2004年10月。
9. 劉孔中，商標法上混淆之虞之研究，五南出版，1997年10月初版。
10. 劉孔中，著名標章及相關表徵保護之研究，聯經出版，2002年初版。
11. 劉孔中，公平交易法，元照出版，2003年10月初版。

12. 蔡明誠、許忠信，國外商標判決案例與分析，經濟部智慧局九十七年度委託研究報告，2008年11月。
13. 謝銘洋等，智慧財產權法，自刊，2008年9月初版。
14. 認識公平交易法，行政院公平交易委員會出版，2005年5月增訂第十版。

(二) 期刊論文

1. 王敏銓，美國商標法之混淆之虞及其特殊態樣之研究，智慧財產權月刊第94期，2006年10月。
2. 田雨，奧林匹克知識產權保護與反埋伏式營銷比較研究，世界知識產權 2007年第5期。
3. 李琳，玩轉埋伏式營銷，中華商標，2007年5月。
4. 汪渡村，論我國商標註冊要件之適用，銘傳大學法學論叢第八期，2007年12月。
5. 胡峰、張振宇，論奧運會隱性市場行為的法律規制，武漢體育學院學報第40卷第4期，2006年4月。
6. 韋之，論奧林匹克標誌保護條例，知識產權研究 2004年第3期，2004年4月。
7. 徐超，論奧運會埋伏營銷的法律規制問題—兼談對 2008年奧運會埋伏營銷的法律規制，山東體育學院學報第24卷第1期，2008年1月。
8. 埋伏營銷暗處進攻的秘密，經營者 EXECUTIVE 第6期，2006年。
9. 許忠信，由 WTO/TRIPs 等國際規範論地理名稱與地理標示在我國商標註冊上之意義，法學叢刊第201期。
10. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範論我國商標法上之保持公共使用需求—從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第六十七期，2008年9月。
11. 許忠信，由 TRIPs/WTO 等國際觀點論不正競爭，全國律師，2007年6月。
12. 黃銘傑，商號之登記、使用與著名標章之保護--商號法制、商標法及公平交易法的三不管地帶，中原財經法學第6期，2001年7月。
13. 黃銘傑，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，月旦法學雜誌第147期，2007年8月。

14. 黃銘傑，公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係，收錄於競爭法與智慧財產權法之交會－相生與相剋之間，自刊，2006年。
15. 張麗卿，公平交易法第二十四條法理分析與實務運用，公平交易季刊第15卷第4期，2007年10月。
16. 裴洋，奧林匹克標誌的法律保護，華東政法大學學報2008年第3期。
17. 趙麗雲、林輝煌，不法商業廣告之態樣分析，國家政策論壇第2卷第6期，2002年6月。
18. 劉孔中，公平交易法第二十條、第二十四條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究（一），收錄於第九屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，行政院公平交易委員會編著，2002年8月。
19. 劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢第51期，2002年。
20. 盧長寶，埋伏營銷本質及發展趨勢研究，北京工商大學學報社會科學版第20卷第2期，2005年3月。

（三）學位論文

1. 吳巧婷，奧林匹克運動會狙擊行銷之法律問題研究，國立臺灣師範大學運動與休閒管理研究所碩士論文，2007年7月。
2. 梁哲璋，足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月。
3. 許曉鑫，法律視角看奧林匹克中的埋伏營銷，中國山東大學法律碩士學位論文，2007年4月。
4. 黃倩怡，論美國法上商標權侵害之合理使用－以商業性言論為主，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年2月。

（四）網路資料

參考文獻

1. 經濟部智慧財產局商標資料檢索服務網站，at [http:// 0rz.tw/0CFV0](http://0rz.tw/0CFV0)

