

裁判字號：最高行政法院 92 年度判字第 1884 號 行政

裁判日期：民國 92 年 12 月 31 日

案由摘要：公平交易法

最 高 行 政 法 院 判 決

九十二年度判字第一八八四號

上訴人（即原審參加人） 德商·里滋麻菸草廠股份有限公司

代 表 人 Peter O.

代 表 人 0000-00.

上訴人（即原審參加人）○○股份有限公司

代 表 人 乙○○

共同訴訟代理人

甲○○ 律師（兼送達代收人）

丙○○ 律師

戊○○ 律師

被上訴人（即原審原告）德商·○○伯斯股份有限公司

代 表 人 0000-00.

被上訴人（即原審原告）美商·寶齡股份有限公司

代 表 人 David M.

被 上 訴 人 即 原 審 原 告 ）。

德商·○○寇化妝品股份有限公司

代 表 人 David M.

共同訴訟代理人

丁○○ 律師

傅祖聲 律師

被 上 訴 人 即 原 審 被 告 ）。

行政院公平交易委員會

代 表 人 黃宗樂

右當事人間因公平法事件，上訴人對於中華民國九十年四月十九日臺北高等行政法院八十九年度訴字第一○○四號判決，提起上訴。本院判決如左：

主 文

原判決除確定部分外均廢棄。

右開廢棄部分，被上訴人即原審原告在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人即原審原告負擔。

## 理 由

一、被上訴人即原審原告等於原審起訴主張：（一）程序部分：A、被上訴人即原審原告等得依法提起「課以義務之訴」：1、行政訴訟法第五條第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。因上訴人德商·里滋麻菸草廠股份有限公司（下稱里滋麻公司）、○○股份有限公司（下稱○○公司）及第三人（原審參加人）三商行股份有限公司（下稱三商行）等涉嫌違反公平交易法（下稱公平法）第二十條第一項第一款、第二十四條，侵害被上訴人德商·○○伯斯股份有限公司、美商·寶鹼股份有限公司及德商·○○寇化妝品股份有限公司（以下分別稱○○伯斯公司、寶鹼公司、優洛寇公司）財產權及法律保護之利益，故被上訴人經訴願程序後，得提起「課予義務之訴」。2、以公平法第二十條第一項第一款作為請求權基礎：公平法第二十條第一項第一款禁止事業就其提供之商品或服務，相同或類似使用相關事業或消費者或所普遍認知之他事業商品表徵，致與他人商品之來源相混淆。立法意旨除保護消費者之利益外，更避免事業襲用他事業之商品表徵，造成不公平競爭，侵害他事業之權利。上訴人相同或類似使用被上訴人知名商品表徵，致相關事業或消費者混淆商品來源，誤認 BOSS 香菸係由被上訴人生產或與被上訴人有關，侵害被上訴人之權益，被上訴人自得以本條款為請求權基礎，請求法院課予原審被告機關行政院公平交易委員會（下稱公平會）應為處分之義務。3、以公平法第二十四條作為請求權基礎：I、公平法第二十四條固為補充性規定，惟在實務運作上，因公平法修正前違反第二十條者，公平法第三十五條規定具有刑罰，因此原審被告機關對於事業是否違反公平法第二十條向採取「嚴苛解釋」之立場。此由原審被告機關處理仿冒案件之結果，亦可獲得印證。原審被告機關編印之仿冒案例彙編中，以公平法第二十條處理者僅有八件，以公平法第二十四條處理者卻高達二十九件。要之，原審被告機關有擴大運用補充規範之現象，將符合公平法第二十條之案件，以公平法第二十四條處理。II、人民得否直接以公平法第二十四條作為請求權之基礎，應依「身分」而異。蓋任何第三人均得以公益維護者之角色自居，向原審被告機關提出檢舉，請求原審被告機關處分。然之被上訴人並非「任何第三人」。被上訴人係主張權利或法律上利益受侵害之人。被上訴人就同一原因事實主張權益受侵害，自不因適用法條為公平法第二十條第一項第一款或第二十四條而有異。III、就訴願機關及行政法院之實踐而言，訴願機關及行政法院向認為原審被告機關駁回檢舉違反公平法第二十條第一項第一款及第二十四條者，因具有確認處分之效果，使上訴人得繼續使用爭議之商品標爭，而可能對檢舉人造成侵害，故檢舉人如為主張商品表徵受侵害之人，即具有訴願利益，得提起訴願及行政訴訟，亦

即檢舉人之權利或法律上之利益受到侵害。IV、惟應說明者，被上訴人主張依公平法第二十條第一項第一款、第二十四條，得提起課予義務之訴，惟公平法第二十四條之構成要件較為概括，賦予行政機關裁量權之情形與公平法第二十條第一項第一款不同。而依行政訴訟第二百零三條第三款、第四款，對於課予義務訴訟，依事證是否明確或是否涉及行政機關之裁量權，而有直接命原審被告機關依被上訴人請求之內容作成行政處分，或命原審被告機關遵照其判決之法律見解作成行政處分之區別。不論違反公平法第二十條第一項第一款或第二十四條，原審被告機關均係依公平法第四十一條處理。倘原審法院認為事證已明確，得命原審被告機關依公平法第四十一條處分上訴人，倘鈞院原審法院認為事證尚不明確，有賴原審被告機關進一步調查，或涉及原審被告機關之裁量權，則得命原審被告機關依原審法院之法律見解作成處分。4、原審被告機關辯稱被上訴人不得提請課以義務之訴，並不足採：I、原審被告機關辯稱，依行政訴訟法第五條第一項規定，須被上訴人依法有向行政機關申請為一定行政處分之權利，始得提起課予義務之訴，本件被上訴人固得向原審被告機關提出檢舉，但其檢舉僅係促使原審被告機關發動職權，尚非課予原審被告機關一定之作為義務，是本件應不得提起課予義務之訴云云。II、按原審被告機關前開見解，係以「公法上請求權」與「反射利益」作為區分標準，主張必須法律明定人民有向行政機關提出申請，請求其作成行政處分之規定者，人民始具有公法上請求權，始得提起課以義務之訴。惟查，法律規定之內容非僅授予國家推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管公務機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務，已無不作為之裁量餘地者，不能稱人民依法僅有「反射利益」，司法院大法官釋字第四六九號解釋闡述甚明，是被上訴人應得依公平法第二十條、第二十四條提起課予義務之訴。5、課予義務之訴包含撤銷訴訟，本件並無變更訴之聲明之必要：課予義務之訴本包含撤銷訴訟，被上訴人之訴有理由者，法院除於主文中課予原審被告機關為一定處分之義務外，得一併記載原處分撤銷。是縱如原審被告機關主張，被上訴人依法僅得提起撤銷訴訟，不得提起課以義務之訴，然被上訴人訴之聲明已包含撤銷原處分之訴訟，故被上訴人並無修正聲明之需要。6、被上訴人依法得為訴之聲明變更：被上訴人起訴時雖僅請求撤銷原處分，其後變更聲明請求課予原審被告機關為一定行為之義務，於法並無不合：I、行政訴訟法第一百十一條第一項規定，訴狀送達後，被上訴人不得將原訴變更、追加。被上訴人修正訴之聲明而與起訴狀之聲明有異，然被上訴人請求之基礎事實同一（參照民事訴訟法第二百五十五條第一項第二款）、法律關係亦與起訴狀所載相同，能否謂此為訴之變更、追加，已非無疑。況同條第三項第三款規定，訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變者，應准許訴之追加、變更。被上訴人請求之基礎

事實及法律關係均與起訴狀相同，故修正聲明應予准許。II、另查，訴狀送達被告，雖不得將原訴變更或追加他訴，但經被告同意或法院認為適當者，不在此限。被上訴人修正聲明所依據之基礎事實及法律關係均未改變，並未妨礙原審被告機關之防禦，是不論原審被告機關是否同意被上訴人修正訴之聲明，鈞院均得依法同意被上訴人修正訴之聲明。

B、原處分違反公平法第二十五條第四款，具有機關組織合法性要件之瑕疵：1、原處分未由原審被告機關合議決定，其處分具有機關組織合法性要件之瑕疵：按法律規定行政處分應由特定組織以合議方式作成者，如處分之作成違反該組織性要件規定，該處分即具有嚴重程序瑕疵，欠缺合法性要件，應予撤銷。公平法第二十五條第四款規定，議決違反公平法之處分案，應由原審被告機關委員會合議議決。然本件原處分僅由承辦人提出意見，交由審查委員審閱後，即由該審查委員個人簽結，未經委員會合議議決，此為原審被告機關所不否認之事實。原審被告機關辯稱：「為節省行政成本，故經由委員會授權，由審查委員核准後簽結」云云，惟查：決定處分或不處分應由委員會合議議決乃法律明文規定，原審被告機關不得自行授權個別委員單獨審查決定，否則無異改變法律明定之權限。縱原審被告機關基於節約行政成本之考量，請個別委員事先審查，亦僅能將該個別委員會審查意見交由委員會議決，始符法律規定。然綜觀原審被告機關之答辯內容可知，原處分由個別審查委員審查決定後即簽結，未將審查結果報請委員會議決，使法律賦予合議機關行使權限之規定成為具文。2、原審被告機關辯稱本件得適用簡易程序，僅需事後交由委員會追認云云，並不足採：I、原審被告機關另辯稱其對結合申請、不實廣告、家庭代工之案件，訂有簡易處理程序，依「舉重明輕」法理，得「類推適用」簡易程序云云。II、惟查：a、本件既非「結合申請」，亦非「不實廣告」或「家庭代工」案件，本無所謂簡易程序之適用。b、於準備程序中，原審被告機關亦承認本件非屬前開類型案件，惟辯稱依舉重明輕法理，處分之案件既得以簡易程序處理，則不處分之案件更得以簡易程序處分，亦即類推適用前開簡易程序之規定云云。然而：(1)「舉重明輕」或「類推適用」乃兩種不同法律思維方法。類推適用係指擬處理案件之法律事實與擬適用之規定之法律事實類型特徵相同，基於「相同者相同處理」之法理，進行類推適用；舉重明輕或舉輕明重通常係認為兩者之法律事實雖有不同，但應適用相同之法律效果。(2)依原審被告機關所述，前開適用簡易程序之案件，係因經過原審被告機關處理累積歸納一定違法行為之案型後，由委員會將前開違法行為類型加以明文規定，制定辦法授權適用簡易程序。即以不實廣告為例，倘其違法行為類型非屬委員會已明文制定辦法所規定之違法行為類型，仍無法適用簡易程序加以處理。而本件涉及公平法第二十條、第二十四條之案件，既非「結合申請」，亦非「不實廣告」或「家庭代工」案件，本無類推適用之

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

3、事後補正違反原審被告機關自定之辦法，且作成處分之組織要件不合法並無事後補正之問題：I、原審被告機關辯稱本件得適用簡易程序，由委員會事後追認即可，且參酌行政程序法第一百十四條第一項第四款，應認該程序瑕疵業已補正云云。II、惟查：a、事後補正違反原審被告機關自行訂定之「行政院公平會處理公平法第二十條原則」（下稱處理原則）：原審被告機關所謂事後補正之說詞，係違反原審被告機關自行制定之處理原則。該原則第十三點特別明定，表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依下列程序認定：（a）由原審被告機關委員會會議認定。（b）有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供原審被告機關認定之參考。（c）影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。根據前述規定，明確顯示有關是否違反公平法第二十條之案件，應由原審被告機關委員會會議認定，故原審被告機關所謂事後追認之說詞，明顯抵觸原審被告機關自行制定之辦法。b、作成處分之「組織性要件」不合法並無事後補正之問題：(1)從行政程序法第一百十四條第二項規定可知，補正瑕疵之期限為訴願終結前，此亦為行政處分瑕疵之違法判斷基準時。原審被告機關雖稱已於事後補正，然於被上訴人提出訴願、再訴願之救濟程序中，原審被告機關從未陳明其已事後補正，合先敘明。(2)行政程序法第一百十四條第一項第四款規定：「應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者」，其所指涉之對象乃「參與機關」，亦即協力之其他機關，參與機關僅提供意見予作成處分機關，參與機關並非作成處分之機關，此觀同條項第五款之規定自明。參與處分作成之機關可能為機關內部組織，或機關外之其他機關。前者通常為機關內設置之諮詢性或議決性之合議機關，後者則稱為「多階段之行政處分」。此種未經「參與機關」協力，致行政處分之「作成程序」有瑕疵，與原處分應由「合議機關」本身作成，致行政處分之「機關組織要件」有瑕疵，兩者截然不同。原審被告機關將之混為一談，並不足採。(3)作成處分之機關組成合法性問題，與訴訟法上之法院組織是否合法相當，法院之組織不合法者，乃判決當然違背法令，亦構成再審原因（民事訴訟法第四百六十九條第一款、同法四百九十六條第一項第三款、行政訴訟法第二百四十三條第二項第一款、同法第二百七十三條第一項第三款參照）。應以合議裁判之法院，如未以合議作成裁判，已屬當然違背法令，

尚不得主張由合議法院事後追認補正裁判之違法性。(4)原審被告機關為合議制機關，為重視經濟管制之公正性與正確性，公平法第二十五條規定有關違反公平法之調查、處分事項，應由委員會合議決定。此外，公平會組織條例要求委員應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗，並明定委員應超出黨派以外，不得參加黨派活動，獨立行使職權（行政院公平交易委員會組織條例第十一條至第十三條參照）。倘處分得由個別委員作成，事後再交委員會追認，無異變更法律明定之權限秩序。甚且，於本案中，將法律賦予委員會之權限交由他人行使，其誤謬甚為顯然。C、原審被告機關違反公平法第二十七條，未經調查即作成處分，其程序顯有瑕疵：1、原審被告機關漏未斟酌之特定證據：I、被上訴人在民國（下同）八十八年五月三日向原審被告機關提出檢舉，原審被告機關原認為本件應由經濟部查察仿冒品小組處理，故移由經濟部查察仿冒品小組處理，嗣經濟部查察仿冒品小組認為本件應屬公平法範疇，在同年七月八日將本案移回原審被告機關。詎料，原審被告機關未進行任何調查程序，旋即於同年八月十六日作成原處分。因原審被告機關未進行任何調查程序，故被上訴人亦不及在原審被告機關作成原處分之程序中，提出全部證據。II、據上，原審被告機關漏未斟酌之重要證據包括：a、上訴人里滋麻公司在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」香菸之商品包裝。b、中華徵信公司之「BOSS」香菸認知情形市場調查報告。c、原審被告機關亦未仔細比對，上訴人在香菸上使用之「BOSS」字體，與被上訴人申請註冊商標之「BOSS」字體近似，反與上訴人自己申請註冊之商標字體不同。III、原審被告機關稱其已審酌上訴人里滋麻公司在斯洛伐尼亞販售之「BOSS」白色系列香菸包裝云云。惟查，前開證物係被上訴人於訴願程序中所提出，原審被告機關於調查處分之程序中，確未斟酌前開證物。2、原審被告機關判斷事實真偽適用之證據法則不當：I、為證明上訴人係與被上訴人磋商不成後，仿襲被上訴人香水產品之包裝，被上訴人特別提出上訴人於斯洛伐尼亞銷售之香菸包裝，其採用之包裝明顯與台灣有異。訴願與再訴願決定機關指稱，上訴人於不同國家採用不同之商品包裝設計，乃其行銷策略考量。II、惟查：a、按商品行銷全球者，無不希望其包裝全球一致，俾便共同製作廣告行銷。尤其有品牌之商品，非有特殊必要性，不會遽然改變商品包裝以免消費者混淆產品，此使為符合日常生活經驗之法則，訴願與再訴願機關決定竟認為於不同國家採用不同之商品包裝設計，乃其行銷策略考量，顯違經驗法則。b、更重要者，在不同國家採用不同包裝乃變態事實，就此變態事實而言，訴願與再訴願決定機關得基於職權調查或命上訴人提出相關證據，然其捨此正途不為，未經任何調查，逕以原審被告機關自己之主觀猜測，認定在不同國家採用不同之商品包裝為正常銷售策略，其適用證據法則自有違法。III、證明上訴人之商品表徵與被上訴人之商品表徵為相同或類似使用，致與他人相混淆，被上訴人特別委請中華徵信公司提出市場調查報

告，證明有超過百分之五十消費者混淆誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產或與被上訴人有關。就此：a、再訴願決定機關一方面以該市場調查報告係由被上訴人提出，否定其證明力；另一方面卻又採用該調查報告之結論，稱多數消費者會造成混淆，係因「名稱」之緣故，而名稱部分上訴人享有商標專用權云云。依最高行政法院之見解，行政機關一方面否定市場調查報告之證明力，另一方面卻採用被其否定證明力之市場調查報告結論，其證據取捨、認定事實及適用法律，均欠允洽。b、再者，再訴願決定機關完全未根據原審被告機關制定之「處理當事人提供之市場調查報告評估要件」，評估該市場調查報告之正確性與可信度，單以該市場調查報告係由被上訴人提出，而否定其證明力，未經過任何調查，依最高行政法院之見解，其證據取捨、認定事實及適用法律，均欠允洽。c、實則，唯恐他人質疑原審被告機關之公正性，原審被告機關從未亦不願委請他人進行市場調查報告，原審被告機關向主張由當事人自行提出市場調查報告，由原審被告機關審酌。依此方式運作，市場調查報告不是由被上訴人提出，即由關係人提出。倘以提出市調報告者之主體，不細究內容即質疑市調報告之可信度，則所謂「評估當事人提出之市調報告」，豈非流於具文。D、原處分「組織性要件」合法性瑕疵及作成處分程序之瑕疵與事實認定錯誤之因果關係：1、就原審被告機關未遵循一定程序，該項程序瑕疵與事實認定錯誤之間是否須具有因果關係？以及其標準應該採用「抽象因果關係」或「具體因果關係」之爭點。在此首應釐明者，吳庚大法官雖指出，就程序法之法理言，程序瑕疵可區分為①源於自然正義或正當法律程序之瑕疵，此為具有絕對影響效果之瑕疵，以及②相對影響效果之瑕疵。後者尚可依「具體因果標準」與「抽象因果標準」進一步加以區分。惟吳庚大法官同時於介紹此分類之同時指明，德國在傳統上對此並未加區分，且吳庚大法官對於應否以此作為分類，持保留之態度。前開意見亦應一併參酌。參酌我國行政程序法第一百一十四條規定，程序瑕疵應先區分為：可否補正之瑕疵，倘可補正之瑕疵事後經補正者，即無程序瑕疵可言；倘該瑕疵未經補正，或可進一步判斷該瑕疵是否輕微至完全不對效力產生影響。至於程序瑕疵是否達到明顯重大之程度，則屬於無效或得撤銷瑕疵之問題。因此，被上訴人除依鈞院指明之問題，說明採用何項因果關係作為判斷，認定原處分程序瑕疵外，另以我國通說之程序瑕疵判斷模式，加以說明。2、不論採用「具體因果標準」或「抽象因果標準」，原處分之程序瑕疵對結果均有影響：I、「具體因果標準」與原處分之程序瑕疵：a、所謂「具體因果標準」，係指未有此項程序瑕疵，必將產生另一決定，民事訴訟法第四九六條第十三款為適例。b、原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決以及未經調查程序。就未經合議機關議決而言，其破壞法定機關權限，違反法律保留原則，其嚴重性似難以具體或抽象因果關係立論（詳後述）。就未經調查程序，致原審被告機關漏未斟酌市調報告等對被上訴人即為有利

之證據而言。因該市調報告對於公平法第二十條第一項第一款構成要件具有關鍵地位，且該調查報告已達「顯然性」有利之程度（至於其證明力尚須再調查，另當別論），應符合具體因果標準。II、「抽象因果標準」與原處分之程序瑕疵：a、所謂「抽象因果標準」，係指未有此項程序瑕疵，可能將產生另一決定，舊行政訴訟法第七款、第十款即為適例。b、原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決以及未經調查程序。就未經合議機關議決而言，其嚴重性似難以具體或抽象因果關係立論（詳後述），惟可確認者，合議機關之決定當然可能不同於個別委員之決定，是原處分如未有此項瑕疵，應可能產生不同之結果。就未經調查程序，致原審被告機關漏未斟酌市調報告或上訴人於斯洛伐尼亞之香菸包裝而言，因該等事項對是否構成公平法第二十條第一項第一款、第二十四條，具有相當重要性，縱認為該項證物未達立即可處分上訴人之程度，然既無法否定該證據之重要性，則衡量該證據自可能產生不同之結果，符合抽象因果標準。3、我國應採用「抽象因果關係」作為判準：吳庚大法官雖引介前開分類，惟其認為是否有必要如此細分，其亦採取保留之態度。吾人以為，如擬於我國引進前開分類，應採用「抽象因果標準」作為判準，理由如下：I、從吳庚大法官之介紹中可看出，得提起再審之事由同時包含「具體因果標準」及「抽象因果標準」，倘堅持符合「具體因果標準」者，始符合影響結果之程序瑕疵標準，顯然使該程序瑕疵之標準嚴於再審標準，輕重倒置，未見妥適。II、「具體因果關係」係屬較進步之立法例，當行政程序較為完備後，或許可參酌採納，惟我國行政程序法方始施行，遽然採用對人民甚為嚴苛之程序瑕疵因果關係標準，並不妥當。III、尤其行政處分之程序瑕疵係由行政機關造成，倘因行政機關造成之瑕疵卻課予人民較嚴苛之因果關係標準作為影響結果之程序瑕疵標準，亦不妥當。4、依我國通說採用之瑕疵判準，原處分之瑕疵嚴重影響結果就我國採用之程序瑕疵標準加以判斷，原處分縱非無效，亦屬嚴重影響結果之瑕疵：I、較為輕微之程序瑕疵，我國行政程序法第一百十四條定有補正之規定。原處分之程序瑕疵包括未經合議機關議決、未經調查程序之瑕疵，非屬該得補正之程序瑕疵事項，且原審被告機關於再訴願決定前，亦未補正。II、按法律規定特定決定應由合議制機關作成者（非僅為參與），該未經合議機關之決定，即屬變更法律規定之機關權限，屬於重大之瑕疵。倘對外形成之名義，未以合議機關行之者，即屬明顯。就未經合議機關議決而論，原處分具有合議機關名義之外觀，或可認定瑕疵未達明顯程度。然縱使該瑕疵未達明顯重大之無效程度，為其屬於重大瑕疵，對結果有所影響，應無可疑。III、就未經調查程序而言，原審被告機關依法有依職權調查之義務，原審被告機關既非認定本件不涉及公平法，則其應自行調查，或命被上訴人提供相關事證，或使上訴人陳述，迺原審被告機關完全未進行任何調查程序，程序瑕疵自屬重大。

(二) 實體部分：A、本案之上訴人行為應已違反公平法第二十條之規定，理由如下：

1、原審被告機關認定上訴人未違反公平法第二十條之理由如下：

I、上訴人並未相同或類似使用被上訴人之商品表徵，因方形盒為香水、香菸慣用包裝，單純之藍色或黑色難以構成表徵；上訴人之香菸商品並無「藍色水滴」（指 Elements Aqua），亦無橫、直線條（指 Boss No.1）。II、上訴人在香菸使用「BOSS」商標，乃行使其商標專用權。香水與香菸分屬不同商品，並無致混淆誤認之虞。III、針對被上訴人所提出市場調查報告，再訴願決定機關則辯稱該報告係由被上訴人委託提出，尚欠客觀公正，且由報告第四十四頁可知多數受訪者誤認 BOSS 香菸由被上訴人所生產，其原因在於品牌名稱，然上訴人就該名稱享有專用權。

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

I、公平法與商標法保護之法益主有下列三點差異：a、前者保護商品表徵，後者保護商標，商品表徵之範圍較商標範圍廣。b、前者所保護之客體並不限於同一或類似商品，後者原則上限於同一或類似商品。在此應辨明者，商標法對「著名商標」之保護固然及於非同一或類似商品，然其屬例外之情況；而公平法所稱「相關事業或消費者所普認知」要件，並非指商品表徵必須屬於「著名商標」始受公平法保護。c、前者所指之混淆，係者混淆商品來源主體，使他人誤以為兩商品之來源主體相同或有關，後者之混淆並未清楚界定。II、據上，公平法權威學者廖義男教授指出，商標法之規範目的在於避免大眾對「同一或同類商品或服務」產生混淆，因此限於同類商品彼此間始有商標法上混淆之問題。至於公平法第二十條第一項第一款之作用，在於保護相關大眾所共知之他人商品或服務表徵，不因事業為相同或類似之使用，而使提供商品或服務之「主體」來源產生混淆，故商品表徵使用於不同類商品，致使消費者混淆商品之來源，誤以為係由同一企業或關係企業或生產者，仍屬公平法規範之仿冒行為。亦即混淆商品屬於同一來源，由同一企業所生產，或者誤以為兩商品之來源主體為關係企業。III、我國最高行政法院亦認為，公平法第二十條之立法目的係針對目前嚴重之商業仿冒行為，就現行法（指商標法）所未能規範而有礙公平競爭之行為，予以禁止之規定。既係補充現行法所未能規範者，則與該商品表徵是否已申請商標註冊或能否申請商標註冊無關。原審被告機關如以單一顏色不得申請註冊作為駁回之論據，適用法則即欠妥適。IV、原審被告機關辯稱上訴人在香菸產品使用「BOSS」商標，乃行使其商標專用權，「香菸」與「香水」分屬不同商品，不致造成混淆云云。原審被告機關顯係認為是否有混淆之虞，限於「同類商品」，該見解明顯違反公平法第二十條之立法保護目的，適用法律顯有錯誤。倘依原審被告機關之邏輯，不同類商品即無混淆之可能，則公平法第二十條與商標法豈非毫無區別。豈非認為取得商標專用權者，毫無抵觸公平法之可能。公平法第二十條所保護者，乃避免使用相同或類似之商品

表徵，使相關事業或消費者對商品之來源主體產生混淆，而非商品本身之混淆。要之，重點不在於消費者是否瞭解其所購買之產品為香菸或香水，而是消費者是否會因上訴人香菸商品表徵與被上訴人香水商品表徵之相似性，因而誤認系爭香菸係由被上訴人製造生產。3、又查相同或類似使用乃為判斷混淆之虞之輔助標準，而原審被告機關逐一「分解」被上訴人香水包裝之各項要素，稱方形盒為香水、香菸慣用包裝，單純之藍色或黑色難以構成表徵；上訴人之香菸商品並無「藍色水滴」（指 Elements Aqua），亦無橫、直線條（指 Boss No.1）云云。但是此種比較方式是錯誤的，因為：

I、公平法之規範意旨在於維護效能競爭之市場秩序，只要消費者或其他交易相對人已有混淆之事實，公權力即有介入管制之必要。因此只要確有混淆事實，即無須再判斷商品表徵相同或類似使用之行為之程度，此乃基於公平法第二十條係沿用巴黎公約第十條立法例之當然解釋。申言之，相同或類似使用商品表徵係為輔助判斷「混淆」之要件，倘實際上已有混淆存在，則「相同或類似使用」應為混淆事實吸收。而本件客觀之市場調查報告已證明超過百分之五十消費者誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產，原審被告機關自不得稱上訴人並未為相同或類似使用被上訴人之商品表徵。倘上訴人未為相同或類似使用被上訴人之商品表徵，則消費者為何會造成混淆？

II、再者，依原審被告機關制定之處理原則第十二點規定，判斷表徵是否相同或類似使用，應以「通體觀察及從主要部份」加以判斷。原審被告機關逐一分解包裝後，並未通體觀察或比較兩商品表徵之主要部份，其認定難謂適法。而原審被告機關所謂單純之黑色或藍色難以構成表徵，乃因原審被告機關過去一向主張「單一顏色」不得註冊取得商標。倘依原審被告機關之論理，被上訴人 Elements Aqua 香水之「藍色水滴」與 Boss No.1 香水之橫、直線條等商品次要表徵，反成為比較之對象，顯違反原審被告機關制定之處理原則。實則，被上訴人並未主張方形盒為被上訴人商品之表徵，亦未主張淺藍色與深灰色為被上訴人商品之表徵，而係主張上訴人香菸整體包裝，與被上訴人產品之商品表徵類似，使消費者混淆商品來源，而市場調查結果亦證明超過一半之消費者產生混淆（請參見後述）。4、而且原審被告機關在判斷時，並未依法斟酌市場調查報告：

I、表徵是否相同或類似使用，是否造成混淆，應以市場調查報告作為最高之判準：

a、按消費者為商品表徵是否造成混淆之最佳裁判者，惟如何尋找消費者之意見，可能有實際上困難，審查上亦可能不經濟。因此，原審被告機關所頒佈之處理原則第十三點特別明定，表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依左列程序認定：

(1)由原審被告機關委員會議認定。(2)有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供原審被告機關作為認定之參考。(3)影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。

b、前開判斷程序充分顯示

，市調資料實為判斷是否混淆最重要之判斷標準。隨著判斷難度或爭議逐漸升高，而逐漸倚賴原審被告機關之外部意見，而以市調報告作為最高之判準。II、被上訴人委託之市調報告顯示，高達50%以上之消費者，認為「BOSS」香菸係由被上訴人生產：

a、為證明相關事業與消費者誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產，被上訴人特委請中華徵信公司進行市調。應說明者，處分是否違法不當之判斷基準時，乃是以再訴願決定作成前之事實與法律狀態為準，故雖因原審被告機關未進行調查程序，致被上訴人不及在原處分作成前提出市調報告，以供原審被告機關參酌，並不影響原處分違法不當之判斷。b、市調報告結果顯示，誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產之情形相當嚴重。中華徵信公司在八十九年二月八日至同年二月十三日，以「BOSS」香菸銷售人員、「BOSS HUGO BOSS」產品銷售人員及消費者為對象，完成一千一百個樣本。調查結果顯示，出示「BOSS」香菸與「BOSS HUGO BOSS」香水產品供受訪者辨識，高達48.4%之「BOSS」香菸銷售人員誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產；高達53.3%之消費者誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產，混淆之情況可謂相當嚴重。進一步分析後發覺，造成混淆之主要原因包括①品牌名稱相同；②包裝顏色或外觀類似；③名稱字體一樣；④商標一樣。III、原審被告機關未仔細斟酌市調報告，卻以同一份市調報告之數據支持其見解，其證據取捨、適用法律均有未洽：

a、原審被告機關辯稱，系爭調查報告係由被上訴人提供，尚欠客觀公正，且由市調報告第四十四頁可知，絕大多數受訪者誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產，原因在於品牌名稱相同，而上訴人使用該品牌名稱乃因取得商標專用權之結果。上訴人使用該商標既非法所不許，尚不得資為上訴人違反公平法之論據云云。b、按被上訴人並非主張上訴人不得使用其所取得之商標，蓋上訴人得否使用該商標乃商標法之問題。被上訴人係主張，在商標法與公平法規範併存之情形下，上訴人使用其商標加上其他要素組成上訴人之香菸產品包裝時，應儘可能避免使消費者誤認系爭「BOSS」香菸係由被上訴人生產。要之，取得商標之事業將其商標與其他表徵聯合運用之結果，本可能抵觸公平法。c、再訴願決定機關未審酌調查者之公正性，僅以該調查報告係由被上訴人所委託，即稱該調查報告尚欠公正客觀性，其證據取捨實違論理法則。依其邏輯，似指調查報告必須由原審被告機關所指定之第三人，始具有公正客觀性。惟實務上原審被告機關從不指定市調機構從事調查，亦拒絕指定市調機構調查。且依原審被告機關制定之「處理當事人所提供市場調查報告評估要項」，亦可知原審被告機關係認為調查報告應由當事人提供，再由原審被告機關評估。再訴願決定機關豈能以調查報告由被上訴人提供為由，即稱該調查報告不足採。d、更有甚者，再訴願決定機關一方面認定被上訴人提供之調查報告不可採，另一方面卻援引同一份之調查報告內容，稱絕大多數受訪者誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產，原因在於品牌名稱相同。原審被告機關曾以相同理由

(未採納市調報告，卻又援引同一份調查報告)作成處分，而最高行政法院認為此種證據取捨、認定事實及適用法律均欠允洽，因而撤銷原審被告機關之處分。e、依歐美先進國家實務見解，市調報告顯示 10-15%之消費者造成混淆者，即足以證明混淆存在。縱使如再訴願機關之認定，扣除因品牌名稱因素誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產之消費者，誤信者中仍有高達 35.3%之消費者因品牌名稱以外之因素造成混淆(計算式為(000 - 007) ÷ 320)，而以消費者總數而論，則有高達 18.83%之消費者因品牌以外之原因造成混淆(計算式為(000 - 007) ÷ 600)，仍足以顯示混淆之嚴重性。5、而本諸下列各項事證及理由，足以判定，本件上訴人之作為符合公平法第二十條第一項第一款之要件，而構成不正競爭之違法行為：I、被上訴人商品為相關事業或消費者普遍認知之他人商品表徵 a、被上訴人已提出諸多註冊商標以證明被上訴人「BOSS」商品之知名度，原審被告機關歷次於原處分、訴願決定及再訴願決定中，對於被上訴人之商品為相關事業或消費者普遍認知乙節，從未加以爭執。再者，公平法所稱「相關事業或消費者普遍認知之他人商品表徵」，並非指該表徵達到商標法上所稱「著名商標」之程度，始受保護，此應辨明。b、根據中時晚報八十九年十一月一日第十五版之報導，被上訴人生產之「HUGO BOSS」男裝在全球銷售排名第一，亦足證被上訴人商品表徵之知名程度。c、被上訴人○○伯斯公司從一九八九年至一九九四年，在台之營業額為分別為 516, 489, 722, 840, 765, 060, 1, 053, 205, 1, 433, 939 及 1, 274, 691 美元，一九九五至一九九八年在台營業額分別為 3, 749, 000, 4, 266, 000 及 5, 772, 000 馬克。營業額中約有 10%投入作為廣告費用，基於現代企業多角化經營以及形象行銷之趨勢，被上訴人公司投入之廣告費用對被上訴人公司各類商品均具有促銷效果。即使單一商品之廣告對他類商品亦有溢出效果。應說明者，前開營業額並不包括香水產品，因系爭香水產品係由○○伯斯公司授權寶鹼公司使用，並由○○寇公司生產。d、被上訴人○○寇公司生產之二款香水中，「BOSS NO. 1」深藍色包裝係最早上市之香水，在市面上銷售之時間超過十年以上，向來擁有固定之銷售量。而「BOSS Elements Aqua」則於一九九四年間在台推出上市，此款香水已成為香水市場之領導品牌。根據被上訴人在台代理經銷商得馨公司之資料，「BOSS」在香水市場中之市場占有率約為 30%，可證明縱使單就香水市場而論，前開香水亦為知名品牌。II、上訴人相同或類似使用被上訴人商品表徵，致他人混淆誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產之事證：a、被上訴人除提供上訴人之香菸照片及被上訴人被仿襲之兩款香水照片以供比對外，更重要者，因消費者係混淆誤認之最佳裁判者(請參見原審被告機關頒佈之處理原則第十三點)，故被上訴人特別提出委請他人對相關事業及消費者進行市場調查報告，結果證明超過 50%之消費者混淆誤認「BOSS」香菸與被上訴人有關。b、根據一九九八年八月份「Esquire」第三十二頁刊登之資料，內容刊載「

品牌忠誠者的最佳寫照，就是實際反應在以品牌為名的全系列商品」、「不論是否受到同名服裝品牌之影響」、「BOSS 香菸最引人注目之特色當屬其出色之外包裝」、「流行色傳達都會的時髦感」。本項內容如係上訴人刊登之廣告，則顯係誤導大眾：「BOSS」香菸係被上訴人之系列商品；如係由他人報導時，則顯見相關事業及消費者已實際混淆誤認「BOS」香菸係被上訴人之系列商品。c、一九九九年間，「免稅商品新聞雜誌」(Duty Free NEWS Magazine) 刊載一則消息，稱：「Reemtsma International 在下半年即將在台灣免稅商店推出 Boss Full Flavour 和 Boss 淡煙。此項品牌係由德國 Hugo Boss 授權 Reemtsma 使用」，但其內容則與事實顯然有間，按上開雜誌係以報導著名免稅商品名牌之專業雜誌，而依前開報導則清楚顯示，相關事業及社會大眾已實際混淆誤認「BOSS」香菸與被上訴人有關。III、市調報告所證明實際混淆之比例，已足證明上訴人為相同或類似使用被上訴人之商品表徵。a、商品表徵是否造成混淆，消費者是最佳裁判者。因此，依原審被告機關自行頒佈之處理原則第十三點規定，表徵是否類似造成消費者混淆，先由委員會加以判斷，如難以判斷，得依市調報告決定。b、茲提供三件美國法院相關案例之中譯文，並分別就案件事實、法院認定構成混淆之虞判準及市調報告三部分加以說明：(1)、Mc 0000-00C Inc. v. Granut ee Inc. 案（以下簡稱「膠囊案」）：①案件事實：被上訴人與原審被告皆為生產止痛藥之廠商。被上訴人在一九八八年改良採用紅黃組合顏色膠囊，並大力促銷，受到消費者喜愛。原審被告意圖抄襲，採用相同顏色組合之膠囊而造成爭議。②法院認定構成混淆之虞判準：法院認為該紅黃顏色組合之商品表徵具有衍生意義，市調報告亦顯示消費者對該紅黃顏色之膠囊有強烈聯想。其次，法院論及是否會造成混淆之虞時，通常考量之因素包括：(a) 商品標爭之知名度或顯著性 (b) 商品表徵之近似性；(c) 產品之近似性；(d) 兩造生意設備之近似性；(e) 廣告近似性；(f) 原審被告之意圖；(g) 實際混淆。但在特定個案中，這些因素並非永遠相關或同等重要。被上訴人提供兩次市調報告分別顯示有 28%、21% 之受訪者會造成混淆（判決中援引之其他案件之市調百分比有 10%/15-23%）。法院並強調實際混淆乃建立混淆之虞之強力證據，法院認為本案已構成強烈混淆之虞。③市調報告：本件市調報告係由被上訴人所提供。(2)、Kraft General Foods Inc. v. Friend ship Dairies Inc. 案（以下簡稱「酸乳酪案」）：①案件事實：被上訴人銷售 BREAKSTONE'S 酸乳酪，從一九五四年起，其商品表徵僅有些微改變，主要是以紅色為背景，BREAKSTONE'S 為白色草書。被上訴人之酸乳酪是東岸領導品牌，在紐約地區之市場占有率達 41.9%，而原審被告之市場占有率為 4.4%。一九九〇年，原審被告也採用以紅色為背景之包裝，商品表徵由紅、白、綠色組成。②法院認定構成混淆之虞判準：被上訴人提出之市場調查報告顯示有 17% 受訪者會因為兩商品之表徵而造成混淆。經調查被上訴人產品商品

表徵之知名度、兩商品表徵之近似性、競爭商品在市場上之陳列位置、實際混淆存在、原審被告故意抄襲之意圖以及該日用品屬於消費者參與度低之產品後，法院認為本案有明顯的混淆存在。③市調報告：本件市調報告係由被上訴人所提供。(3)、VRE/Max International Inc. v. Help-U-Sell Inc. 案（以下簡稱「招牌案」）：①案件事實：被上訴人主張原審被告之招牌設計使消費者產生混淆，誤以為兩造間有關係企業之關係或有關連。②法院認定構成混淆之虞判準：法院認為要主張商品表徵之侵害，須證明其商品表徵並非內涵陳述，商品表徵具有衍生意義以及有混淆之虞。認定是否有混淆之虞，判定之方法是以一般購買人在看到該商品表徵時，是否認為商品或服務之來源有所關連。消費者意見調查可作為判斷混淆之虞之正當證據。被上訴人提出之市場調查顯示有 28%消費者認為兩造有關係企業之關係或有關連，此為非常顯著之比例。混淆之虞不須證明實際混淆，但實際混淆是最有力的證據。混淆之認定並非絕對以購買時為主，而在於原審被告是否可藉由購買者下意識或有意利用與被上訴人產品之知名度產生聯想之方法，在市場中取得立足地位。③市調報告：本件市調報告係由被上訴人所提供。在本案中，法院援引之其他案例提及市調比例 8%、15%、11% 足以作為混淆之虞。c、針對本案，前開三件案例有下列三點值得參酌：(1)、商品表徵之近似性僅是衡量是否有造成混淆之虞因素之一。當證據（市調報告）顯示有實際混淆存在且相當明顯或嚴重時，實際混淆已強力證明有混淆之虞（請參見「膠囊案」中譯文第三頁第二十六行、「招牌案」中譯文第三頁第十六行）。正如被上訴人先前所一再主張者，是否相同或類似使用商品表徵，本為輔助判斷是否構成混淆之虞，當有證據顯示實際上混淆，則「相同或類似使用」商品表徵有可能被實際混淆涵蓋。如實際混淆之程度相當強烈者，則實際混淆可構成有混淆之虞之壓倒性證明。(2)、在判斷混淆之虞時，被檢舉人之意圖亦為重要斟酌因素之一（請參見「膠囊案」中譯文第三頁第九行、「酸乳酪案」第三頁第二行）。就此，被上訴人已舉證說明上訴人在台銷售之香菸與上訴人向來使用之商品包裝並不相同，因上訴人係使用兩造授權協商時所討論之設計原型。(3)、法院認為市調報告是證明混淆之虞之正當方法（「招牌案」中譯文第二頁第二十五行）。不論法院在特定個案中究竟認為多高比例之受訪者實際混淆，足以證明混淆之虞，本件被上訴人所提供之市調報告顯示，實際混淆之比例高達 48.4%之香菸銷售者及 53.3%之消費者認為「BOSS 香菸」係由被上訴人生產，遠高於前開「膠囊案」、「酸乳酪案」及「招牌案」中被上訴人市調之比例，更高於各該案件中所援引之其他案件市調比例，本件無疑已構成明顯而強烈混淆之虞。d、依原審被告機關制定之市調報告評估要項，本件市調報告應屬可採為評估當事人提供之市場調查報告是否可採，原審被告機關訂有「處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」，茲依該「評估要項」說明被上訴人提供之市場調查報告應屬可採：(1)、中華徵信公司

之公信力：①在國內從事市調調查業務之時間：中華徵信公司為世界徵信聯合會會員，其早在五十六年即成立國際市場調查研究中心。②營業量及曾作業實績：中華徵信公司員工超過兩百人，其作業實績及公家機關委託之調查研究。(2)、調查方式：以台北、台中、高雄三大都會區為主，分別就通路業者及一般消費者進行調查。對通路業者採取立意抽樣法（以行政區劃分抽樣），對消費者採取中央地點集中測試法進行人員實地訪問，並以隨機抽樣方式選取樣本。調查期間為八十九年二月八日至二月十三日，完成之樣本共一千一百份。(3)、基本資料：中華徵信公司完成之調查報告之原始基本資料，均有留存，以供查驗。(4)、問卷內容針對預定達成之目標而設計，具有合目的性：中華徵信公司為本件市調報告設計之問卷詳見市調報告之附錄，預定完成之目標在於了解相關事業及消費者是否混淆誤認「BOSS」香菸商品係由被上訴人所生產或與被上訴人有關，因此調查員均出示「BOSS HUGO BOSS」香水及「BOSS」香菸，詢問被調查者，該兩種產品是否由同一業者生產。(5)、市調報告之內容與結論具有直接關連性，與「相關事業或消費大眾是否混淆誤認『BOSS』香菸商品係由被上訴人所生產或與被上訴人有關」之待證事實具有因果關係。(6)、中華徵信公司說明本件市調報告之誤差與信賴區間，針對消費者部份，抽取有效樣本為六百份，信賴度為 95%，誤差率為 4%；針對通路業者部分，抽取之樣本為五百份，信賴度為 95%，誤差率為 4.38%。

e、原審被告機關及上訴人對該調查報告之攻擊，並不足採：(1)、原審被告機關辯稱，依市調報告，多數消費者誤認之原因在於兩者名稱相同，而上訴人使用「BOSS」係因上訴人取得商標云云。惟查：依歐美先進國家實務見解，市調報告顯示 10-15%之消費者造成混淆者，即足以證明混淆存在。扣除因品牌名稱因素誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生產之消費者，誤信者中仍有高達 35.3%之消費者因品牌名稱以外之因素造成混淆（計算式為  $(000-000) \div 320$ ），而以消費者總數而論，則有高達 18.83%之消費者因品牌以外之原因造成混淆（計算式為  $(000-000) \div 600$ ），仍足以顯示混淆之嚴重性。(2)、上訴人辯稱，系爭調查報告並未調查被上訴人之商品是否為「相關事業或消費者普遍認知」之商品云云。惟查，該調查報告已向調查者詢問對被上訴人商品之認知。再者，調查報告顯示消費者對商品主體來源嚴重混淆，亦足以顯示被上訴人商品之知名度。(3)、上訴人又辯稱：市調報告雖提供香水與香菸商品受調查者辨識，然受調查者應是觀察商標結合商品包裝辨識產品來源，被上訴人以魚目混珠之方式誘導消費者，故市調報告並不可客觀云云。惟查：①正如上訴人所言，一般人係以商標結合商品包裝整體辨識商品來源，因此公平法所保護商品表徵，範圍較商標法廣，商標僅為商品表徵之一，此亦為被上訴人之認知，故市調報告係提供商品包裝整體供受調查者辨識，而非僅提供商標供受調查者辨識。上訴人所謂被上訴人魚目混珠誘導消費者，實不知所云。②相關事業及消費大眾混淆誤認「BOSS」香菸係由被上訴人生

產，證明被上訴人常年在台投入廣告行銷費用所累積之知名度遠逾上訴人，故消費者混淆誤認香菸產品與被上訴人有關，而非與上訴人有關。B、本案之上訴人行為亦已違反公平法第二十四條之規定，理由如下：1、上訴人擷取授權協商時之設計原型，乃足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為：I、被上訴人前已敘明，上訴人里滋麻公司為取得被上訴人○○伯斯公司授權使用「BOSS」於香菸商品，雙方於一九九五年、一九九六年間在德國舉行會議磋商授權合作事宜，「BOSS」香菸包裝之設計原型乃當時會談之重要主題。被上訴人○○伯斯公司認為使用「BOSS」之商品應保持品牌一致外觀及形象，因此特別審視改進設計原型。事實上，該原型設計係由向來為○○伯斯公司設計「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」品牌各項產品，包括前開二款香水包裝之設計師，參照被上訴人公司向來之產品都會流行風格所設計，雙方並約定對該香菸設計原型保密。其後，上訴人里滋麻公司不知何故停止磋商，在未通知且未經被上訴人同意下，以相同於磋商後之設計原型，製造「BOSS」香菸在台灣銷售，前開事實有被上訴人○○伯斯公司代表人出具之宣誓書可稽。II、前開事實，亦可由下列事證佐證：上訴人里滋麻公司與被上訴人公司協商授權之前，其在斯洛伐尼亞販售之香菸為白色系列。該商品包裝之品質、意境、色系與其目前在台灣銷售之「BOSS」香菸迥然有別。經過授權協調後，上訴人目前在台灣修改使用之香菸包裝，則沿用被上訴人公司商品之設計風格，上訴人實係榨取被上訴人多年經營建立之商譽。III、按前開雙方授權協商中討論之設計原型，實係由向來為被上訴人 Hugo Boss 設計商品包裝之設計師所設計。由於雙方均認識該名設計師，因此上訴人先找該名設計師設計。因唯有為被上訴人設計產品之設計師，才能依被上訴人公司商品風格，設計出特別質感與包裝。當然，若非兩家公司正在協議授權事宜，即使上訴人找到為被上訴人設計商品包裝之設計師，該名設計師基於職業道德，亦不會將其對被上訴人公司商品設計之主軸，包括顏色、意境、風格及品味，而提供設計原型，以供雙方協商討論。IV、當雙方進行授權協商時，因被上訴人公司對於是否合作授權「BOSS」於香煙商品上，尚有疑慮，因此雙方達成共識，對目前協商之設計原型加以保密，在未有結論前，不得將該原型設計使用於香菸商品上。詎料，被上訴人公司事後發覺上訴人竟在未通知被上訴人公司，且未取得被上訴人公司同意之情形下，逕行將該設計原型使用於香菸上在台銷售。上訴人里滋麻公司亦為知名公司，其行徑不僅有違商業道德，亦明顯抵觸法律規範之不公平競爭。V、此外，被上訴人亦提出上訴人註冊之商標，以證明該香菸包裝上之「BOSS」字體與被上訴人註冊商標之字體相同程度，遠大於上訴人自己註冊商標之字體。此外，被上訴人亦提出上訴人於一九八〇年代起，於歐洲斯洛伐尼亞使用之香菸包裝，比對其在台灣使用之香菸包裝，可證明上訴人企圖攀附被上訴人之商譽，榨取被上訴人努力成果之搭便車行為。2、因各國嚴格管制菸品，故上訴人積極攀附

被上訴人商譽，以求廣告外溢效果：上訴人辯稱，上訴人與其子公司 TABACNA LJUBLJAN 使用「BOSS」商標已有二十多年，且上訴人生產知名之「DAVIDOFF」香菸，相較於被上訴人公司之商譽，毫不遜色，並未攀附被上訴人之商譽。上訴人如欲提高「BOSS」之銷售，搭配「DAVIDOFF」香菸即可，何須搭配毫無幫助之香水產品云云。惟查：I、上訴人雖僅抄襲被上訴人香水商品表徵，然攀附之商譽則為被上訴人公司之商譽。如前所述，因應目前企業多角化經營及形象行銷，被上訴人公司所投入之廣告行銷費用，係為被上訴人公司整體產品促銷，而非單一產品。II、上訴人之關係企業係於一九八七年於斯洛伐尼亞取得「BOSS」商標，指定使用白色系列包裝之香菸商品，與目前上訴人在台使用之包裝截然不同。而從上訴人提供在其他國家申請註冊之文件觀之，則多在一九九三年之後。上訴人在一九九三年之後積極在其他國家申請「BOSS」商標指定使用於香菸，實為深謀遠慮之行為。蓋隨著菸害防制觀念之推廣，各國對菸品廣告、促銷設有嚴格之限制或禁止規定。因此，香菸業者無不積極尋求與其他產品業者合作，以藉由其他商品之廣告行銷，達到促銷菸品之目的，例如目前市場上已有著名服飾品牌，包括「Catier」、「Dunhill」及「YSL」等服飾業者授權香菸業者使用其商標。而為防止上訴人攀附被上訴人公司之商譽，被上訴人與上訴人遂互相於各國阻止他方在香菸類別使用「BOSS」商標。III、我國於八十六年制定菸害防制法，對於菸品促銷設有嚴格禁止規定。菸害防制法第九條第一項規定：「促銷菸品或為菸品廣告，不得以左列方式為之：一、以廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品為宣傳。二、以折扣方式為宣傳。三、以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。但隨菸附送菸品價格四分之一以下之贈品，不在此限。四、以菸品作為銷售其他物品之贈品或獎品。五、以菸品與其他物品包裹一起銷售。六、以菸品單支、散裝或包裝分發。七、以菸品品牌名稱贊助或舉辦體育、藝術或其他活動。八、以菸品品牌名稱舉行或贊助品嚐會、演唱會及演講會。九、其他經中央主管機關公告禁止之方式。」其限制之嚴格，可謂將菸品當作違禁品加以管制。有鑑於此，各國香煙業者均積極尋求其他知名品牌之授權，以謀求廣告外溢之效果，亦即透過其他產品之促銷，達到促銷菸品之目的。而未獲得其他品牌授權之業者，則自行創造其他產品，以求達到相同效果。以上訴人之「DAVIDOFF」香菸為例，目前電視上經常可看見「DAVIDOFF」販賣咖啡之形象廣告。細觀該廣告內容，主要是傳達「DAVIDOFF」之形象。要之，廣告之目的不在促銷咖啡（市面上少見），而在增加「DAVIDOFF」之知名度，以達到促銷香菸之目的。被上訴人無意評論上訴人之商品聲譽。然如前所述，上訴人實不可能任意促銷菸品，倘如上訴人所述，其「DAVIDOFF」具有高度之聲譽，則上訴人何須汲汲於使用「BOSS」名義販賣香菸。相信其主要目的乃在於使用不同之品牌，利用不同之行銷策略，

以吸引不同層次之消費群。III、由前開說明可知，上訴人之行為乃因應各國對菸品管制逐漸嚴格所採取之措施，故其在一九九三年之後，積極在各國登記「BOSS」商標使用於香菸，並與被上訴人磋商授權使用「BOSS」。正因顧及菸品之爭議性，故被上訴人公司對於授權合作乙事尚有疑慮。詎料上訴人竟在授權不成之情形下，故意使用兩造授權磋商時使用之設計原型，造成消費者混淆誤認該商品與被上訴人有關，並透過被上訴人之廣告外溢效果，使上訴人廣告受限制之菸品，因被上訴人之廣告行銷費用而蒙受鉅額利益，若謂上訴人之行為並無欺罔或顯失公平之行為，豈符事理之平。原審被告機關未細察菸品產業之特殊性，完全未考量上訴人之行為明顯攀附被上訴人商譽，實難令人心服。C、上訴人之行為並非正當行使權利之行為：1、上訴人於八十三年底（一九九四年底）在我國申請「BOSS」商標註冊，於八十五年一月一日核准註冊，指定使用於香菸產品。就此，被上訴人並未加以爭執，蓋上訴人得否使用「BOSS」商標於香菸產品上，屬於商標法之範疇。然而，取得商標之事業將其商標與其他表徵聯合運用之結果，不應致使他人混淆商品來源，否則即抵觸公平法，此為商標法與公平法併存時應為之解釋。要之，倘系爭商標與其他商品表徵結合，造成消費者混淆，即不能單以商標為由，正當化使消費者混淆之結果。最低限度，應改正商標以外之商品表徵，以降低消費者之混淆。2、另查，上訴人主張系爭二款香菸之淡煙部分，因包裝具有顯著性，故註冊取得聯合商標云云。惟查，依商標法第二十二條第一項規定，同一人以同一商標圖樣，指定使用於類似商品，或以近似之商標指定於同一商品或類似商品，應申請註冊為聯合商標。要之，上訴人係以前開商標中有「BOSS」字體，與其先前註冊之商標類似，故申請聯合商標。前開所謂聯合商標，除「BOSS」字體外，其他部份並非商標法界定之商標。而從上訴人主張包裝部分具有顯著性，反足以證明該部分係屬於公平法保護之商品表徵範疇。3、上訴人另提及被上訴人對其申請之「BOSS」商標使用於香菸上，提出異議遭駁回云云。經查，就上訴人得否使用「BOSS」字體於香菸商品上之爭議，尚繫屬於鈞院。就香菸產品而言，商標主管機關曾以中台異字第七八〇一一三號異議審定理由書指出：「外文『BOSS』為異議人首先使用於衣服等商品之商標，早於一九七六年起即陸續於世界多國註冊，其商品並行銷國際市場且廣為我國宣傳，該商標之信譽不難為國內消費者知悉．．．是被異議人以相同之外文『BOSS』作為．．．商標圖案，指定使用於菸草產品，客觀上，難謂無使一般消費者對系爭商標所表彰之商品之性質、產地或產製者發生混淆誤認之虞」。惟如前所述，本件爭執者並非上訴人得否使用「BOSS」商標於香菸產品上。4、上訴人又辯稱國內廠商有以「BOSS」商標或標章陸續指定使用於不同商品云云。惟查，本件爭議在於相關事業及消費大眾是否混淆誤認「BOSS」香菸是否由被上訴人生產或與被上訴人有關，以及上訴人是否有搭便車之行為，此與其他人之商標或標章本無關連。況上

訴人所列之商標或標章中，部分與其他中文或圖形結合，部分專用期限已過期未展延，部分已因故被撤銷，部分指定之商品服務與被上訴人之商品差距甚遠，是該他人之商標，實與本件爭議無關。5、按公平法第四十五條所謂依照商標法正當行使權利之行為，不適用本法之規定，我國學者之見解認為，智慧財產權之排他性僅在正當化「限制競爭」部分，對「不公平競爭」部分則不排除適用。且倘權利人行使權利有其他違反誠信之情事，不因形式上有智慧財產權而正當化其違反公平法之行為。本件所涉及者為「不公平競爭」之規範，且上訴人違反誠信，中斷磋商而使用當時兩造磋商之「BOSS」香菸原型設計，前已敘明。況商標並不等於商品表徵，本件所爭執者並非上訴人之商標。在公平法與商標法併存之情形下，上訴人仍應避免相同或類似使用他人商品表徵，致他人混淆誤認商品來源。

二、上訴人於原審答辯主張：（一）被上訴人即原審原告等之主張重點：按被上訴人主張原處分違法，損害其權利或法律上之利益，而提起本件行政訴訟，其所憑之重點理由無非是以下數項：A、程序部分：1、原處分未由原審被告機關合議決定，程序上具有嚴重瑕疵。2、原審被告機關未經調查即作成原處分，程序上顯有瑕疵。B、實體部分：1、原審被告機關所為被上訴人引證之「elements aqua」與「NO.1」二香水產品之包裝，難以構成公平法第二十條所謂「表徵」之認定，適用法律有錯誤。2、原審被告機關所為上訴人之系爭香菸商品包裝，無令相關事業與消費者致生與被上訴人前開引證商品混淆誤認之虞的認定，有適用法律錯誤之失。（二）惟被上訴人所為前揭指摘均非有據，茲逐一臚列意見反駁如后。A、程序部分：1、被上訴人即原審原告等就公平法第二十五條第四款規定之意旨，顯有誤解，原審被告機關未經委員會合議決定本案，未有違法之處。I、被上訴人主張依公平法第二十五條第四款之規定，原審被告機關應以委員會合議決議作成處分案，而原審被告機關未以合議決議作成本件行政處分，是為程序違法，原審被告機關固以已於事後補正為辯，惟因本件處分之程序瑕疵為不得補正，是無行政程序法第一百四十四條規定適用之餘地云云。查違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議而補正，行政程序法第一百四十四條第一項第四款定有明文。從而，程序瑕疵不得補正者，以行政程序法第一百十一條所定者為限，而屬行政程序法第一百十一條所規定之程序有重大明顯瑕疵者，該行政處分為無效。然被上訴人於本件所提起者，非係確認行政處分無效之訴，而係撤銷訴訟，則顯見被上訴人已承認本件處分非為無效之行政處分，既為如此，自無不得補正之理由，原審被告機關既已補正，自無據此為由，主張原處分應予撤銷之餘地。II、被上訴人振振有詞地主張，公平法第二十五條第四款規定決議違反公平法之處分案，應由原審被告機關委員會合議決議，故原處分僅由承辦人提出意見，交審查委員審閱後，由該審查委員

個人簽結，未經委員會合議議決，是為違法云云。惟公平法第二十五條第四款規定之全文係，「為處理本法有關公平交易事項，行政院應設置公平交易委員會，其職掌」，包括「關於違反本法案件之調查、處分事項」，其立法之意旨在於明定原審被告機關之職掌，與原審被告機關如何處理違反公平法處分案之程序無涉，遑論自其中解讀出「應由原審被告機關合議議決」之文義。法律就公平會作成之行政處分，既無明文規定應由原審被告機關以合議方式作成，而僅規定關於違反公平法案件之調查、處分，為原審被告機關之職掌事項，則原審被告機關於其職權範圍之內，認本件應適用簡易作業程序，何有違反法律之可言。而原審被告機關會議規則第四條第四款固規定，關於該會執行對於人民權益發生影響之處分案等行政處分，須經委員會議決議；然該規則僅屬原審被告機關之內部規則，原審被告機關自得於未違反公平法之範圍內，以適當之方式執行公平法，此亦其訂有簡易作業程序之原因，從而，原審被告機關自無違法之處。III、被上訴人另主張，「依原審被告機關制定之『處理公平法第二十條原則』第十三條規定，認定表徵是否為消費者所普遍認知、是否相同或類似之使用、或是否致混淆，首先由原審被告機關之委員會議認定。原審被告機關所謂授權個別委員審查認定之說詞，顯亦違背其所自定之處理原則」乙節，則更無足採。蓋前引處理原則，僅屬原審被告機關處理案件之內部規則，本不具法律、性質，原審被告機關縱有違反之處，亦不構成行政處分程序之嚴重瑕疵。IV綜前所述，縱認原審被告機關未以合議決議而作成本件處分，是為程序違法；惟此一違法乃得依行政程序法第一百四十四條規定補正者，已於前述，原審被告機關既已於八十八年第四一〇次委員會議經追認，是為事後補正，其瑕疵合已補正，彰彰明甚。2、被上訴人即原審原告等復主張原審被告機關未經調查即作成原處分，程序上顯有瑕疵云云，惟按：I、公平會依公平法為調查時，依同法第二十七條之規定，固得通知當事人及上訴人到場陳述意見；惟此一通知到場陳述意見之程序，乃原審被告機關於其認有必要時，「得」（非「應」）依職權而發動，並非其法定之義務。此與民事訴訟法第二百四十九條第二項所定，「被上訴人之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之」，及同法第二百七十八條第一項「事實於法院以顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證」之規定，藉以避免訴訟與程序之浮濫，浪費國家資源之規範意旨相同。II、公平法係以維護交易秩序與消費者利益等公益為其目的，同法第一條明文揭示，倘此公器為私利所任意濫用，藉以打擊競爭對象，豈為立法之初衷，原審被告機關就其依被上訴人等檢送之相關事證資料，已足認定被上訴人等之申請顯無理由，而無通知被上訴人等到場陳述意見之必要，以免行政資源之浪費，非惟無違法之可言，更可謂係符合公平法之立法意旨。B、實體部分：1、依照商標法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，公平法第四十五條著有明文，被上訴人所為指摘之事實，

屬同法第四十五條之範圍，更無討論是否該當同法第二十條與第二十四條之必要，被上訴人對法律規範有所錯解，而不當擴大其權利，勞費行政與司法資源，實無足採。

I、上訴人就系爭香菸包裝盒上之「BOSS」圖樣暨其 BOSS LIGHTS 香菸之包裝整體設計，已分別獲准註冊為第七〇三六一一號及第九二一六八一號商標，故上訴人之 BOSS LIGHTS 香菸使用含「BOSS」商標之包裝，與 BOSS VIRGINIA BLEND 香菸包裝之使用「BOSS」商標，顯為正當行使其商標專用權，自不待言。II、被上訴人曾先於八十四年間對上訴人之第七〇三六一一號商標之審定提出異議，嗣於八十八年間對同一商標之註冊提出評定，均遭商標主管機關駁回確定，足徵上訴人不僅享有於香菸類商品上使用「BOSS」商標之合法權利並得專用之。III、上訴人註冊之商標圖樣與實際使用之圖樣均係標準「Times New Roman」印刷字字體，僅大小略有不同而已，實質並無不同。況依商標主管機關所頒「商標手冊」，僅變更商標圖樣之書寫字體，仍屬註冊商標之合法使用，縱強認上訴人之使用大小不同之字體，為一種變更，上訴人實際使用之「BOSS」，仍係行使其商標專用權之正當行為。再者，上訴人實際使用之「BOSS」圖樣，與其前引第九二一六八一號註冊商標之「BOSS」圖樣相同，故無論從何觀點以言，上訴人於系爭香菸包裝上使用之「BOSS」圖樣，確為合法行使權利之行為。被上訴人固主張其註冊與使用之「BOSS」乃經特殊設計，具有獨特性，惟究其實，該等圖樣僅係另一種標準印刷字體 Garamond，不知所謂特殊之設計何在？其所言不實，指摘上訴人抄襲，顯屬無稽。

2、退而言之，縱就本件被上訴人主張之事實，是否該當公平法第二十條第一項第一款，予以討論之，則被上訴人首應敘明其所主張之表徵，究係「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」商標，抑或引證之「elements aqua」與「NO.1」二香水商品之整體包裝？以免當事人間攻擊防禦方法焦點模糊，徒費司法資源於審究與本案無關之事證上。I、被上訴人自始至終所提之知名度證據，均為與「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標有關，而無法提出使用引證二包裝之香水的實際銷售與廣告數量之證據。倘其所主張應受保護之表徵為「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標，則本案即無須續予審究引證二香水包裝整體外觀，是否已達相關事業或消費者所普遍認知程度乙節。倘其所主張應予保護之表徵為引證二香水包裝整體外觀，則其不斷提出僅與「BOSS」與「BOSS HUGO BOSS」知名度有關之資料，以做為引證二香水包裝整體外觀知名度之證據，顯為企圖混淆視聽之舉，實無足採。II、實則，倘其所主張之表徵為「BOSS」或「BOSS HUGO BOSS」商標，則如前所述，上訴人之使用「BOSS」商標於香菸上，為依商標法行使權利之正當行為，不適用公平法之規定，被上訴人自不得主張原審被告機關就此所為認定，有違反法律之處。再者，「BOSS」乙字，為日常習見文字，非係被上訴人所自創，不待辭費。而就商標之申准註冊狀態觀之，國內外廠商以幾近相同之「BOSS」商標指定使用於各類商品，而與被上訴人之商品併存於國內消

費市場多年者，比比皆是（請參見參證三號：「BOSS」商標註冊一覽表及商標公報影本），另有以「BOSS」為名之建築大廈，如位於松江路近南京東路口，已有十餘年歷史之賓士「BOSS」大樓，與近年完工，位於建國南路、忠孝東路口之「現代 BOSS」大樓；衡諸此等客觀情事，國內消費者於選購標示「BOSS」商標之商品時，其注意力顯然提高，絕不至一見「BOSS」商標即遽認係被上訴人商品，從而，絕無有消費者將使用於上訴人與被上訴人二者截然不同商品上之「BOSS」商標，混淆誤認之虞。III、被上訴人於其八十九年六月二十二日再訴願書固稱，由其委託中華徵信企業股份有限公司之市場調查報告（以下簡稱「市調報告」）第十八頁之品牌認知度分析得知，在受調訪問之台灣消費者中有高達百分之百的比率均有聽過「BOSS HUGO BOSS」之名稱（請參見被上訴人前引訴願書第四頁第一行起至第三行）。惟觀該市調報告第十八頁第七行明確記載，「在消費者方面，本次調查特別排除完全沒有聽過『BOSS HUGO BOSS』之消費者」，則被上訴人所稱之有高達百分之百消費者聽過「BOSS HUGO BOSS」，從何而來？實則，該市調報告就消費者採樣部分，其係排除完全沒有聽過「BOSS HUGO BOSS」之消費者後，再於聽過者之中，區分僅聽過而未購買過者，及聽過且購買過者，前者之比率為七成九，後者之比率為二成一，然此七成九與二成一總計十成（即百分之百），係僅就聽過「BOSS HUGO BOSS」者所做成，至於沒聽過「BOSS HUGO BOSS」者，與聽過「BOSS HUGO BOSS」者之比率如何，市調報告則略而不論。由於該市調報告就受訪者對於「BOSS HUGO BOSS」品牌系列產品之認知度分析乙項，於訪問「BOSS」香菸銷售人員時，並未排除沒聽過者，而於訪問消費者時，則刻意將沒聽過者排除之，倘驟觀該市調報告者，僅審視前引第十八頁之 Q1 表，將因其表列之就「BOSS」香菸銷售人員乙欄中，「沒有聽過者」，尚有 240 次數，而消費者乙欄中「沒有聽過者」次數為 0 次，而錯信被上訴人所稱有百分之百消費者聽過該品牌乙節為真實，被上訴人顯有誤導之嫌。再者，該市調報告何故未就其所採樣消費者中，沒聽過「BOSS HUGO BOSS」品牌與聽過者之比率，明白記載，亦令人懷疑其是否蓄意隱匿？IV、倘被上訴人所主張應受保護之表徵為其「elements aqua」與「NO.1」二款香水之整體外包裝，則依「處理公平法第二十條原則」第七條規定，被上訴人首應證明其整體外包裝具有顯著性，或其已因相當時間之使用，足使相關事業或消費者認知。同處理原則第九條第一款與第二款規定，商品慣用之形狀、容器、包裝，或商品慣用之顏色，非公平法第二十條所稱之表徵。引證之二香水包裝，採用一般商品慣用之方形外包裝、以及香水類商品慣用藍、黑顏色，無逕就其包裝與顏色主張構成表徵之餘地，則被上訴人欲主張該二包裝為應受保護之表徵，首應證明其已經長期繼續使用，而達使相關事業或消費者認知之程度，盡其舉證之責。V、惟被上訴人迄今就引證二香水整體包裝已具知名度之證據，僅一紙「『BOSS』香水在台代理經銷商之市場占有率資料

」（實為該代理人所發佈之新聞稿，「BOSS」香水在台代理經銷商之市場占有率資料，即被上訴人九十年三月六日呈原證二十六號），與前引之市調報告耳。姑不論乙紙由「BOSS」香水代理商所發佈之新聞稿所為之證明何其薄弱，縱採信其內容亦不足證明與引證二香水包裝之知名度有關，蓋「BOSS」香水之款式眾多，引證二者僅其中一小部分，即使「BOSS」香水之市場占有率確有 30%，亦不足以證明引證二香水之市場占有率，已達相關事業或消費者所認知之程度；至於，該市調報告係以「BOSS HUGO BOSS」之相關銷售人員與消費者認知程度，為其調查內容，而非以引證二香水整體包裝之認知度為內容，其無足證明引證二整體包裝之知名度甚明。被上訴人再度試圖以其「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」商標眾多產品之總銷售量，夾帶引證二香水整體包裝過關，其心可議。VI、被上訴人固主張其自西元一九八八年起迄西元一九九八年之均有高營業額，足見其在台灣市場受到肯定，然知名度之認定，依處理原則，應以銷售量而非營業額為其考量因素，況被上訴人所售均屬高單價商品，其所舉營業額雖高，不足證明其銷售量已足認定其為具有「相關事業或消費者所普遍認知」之程度。該營業額除係指使用「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」或「HUGO BOSS」之香水外，尚包括衣服、眼鏡、皮件等其他商品，其就針對引證之「elements aqua」與「NO.1」二款香水之銷售量避而不談，除有誤導之嫌外，就對引證之「elements aqua」與「NO.1」二款香水已達相關事業或消費者所普遍認知之程度，未能舉證，顯見該二產品之銷售量顯然不具相當知名度，否則被上訴人豈有此避重就輕之舉？VII、再者，觀公平法第二十條第一項第一款規定，「．．．，致與他商品混淆，．．．」，其以致生混淆之結果為該條項款構成要件，而上訴人之系爭二款香菸包裝，實無與引證二香水整體包裝致生混淆之虞，遑論致生其結果。蓋以香水市場消費者之選購習慣而言，消費者多以香水瓶為其選購之依據，被上訴人之引證「elements aqua」與「NO.1」之香水瓶，與上訴人之香菸包裝盒，顯有區隔，自無混淆誤認之虞。此外，香水與香菸之消費者及銷售通路迥然有別，尤其，被上訴人之產品單價甚高，其主要販售點在於百貨公司專櫃、精品店（其他零售點）與專門店；而上訴人之香菸商品，單價僅新台幣（下同）四十元，主要販賣點則係便利商店、超級市場與雜貨店，其行銷管道不同甚明，何有消費者混淆之可能？VIII、表徵是否相同或類似之使用，應本諸客觀事實，異時異地隔離觀察，處理原則第十二條第三款，著有明文。被上訴人固舉前引市調報告為其主張系爭二香菸包裝與二引證香水包裝有致生混淆誤認之情。惟如前所述，該市調報告係以「BOSS HUGO BOSS」之市場認知度為其調查內容，與包裝之混淆誤認無涉。而其中唯一所做與二包裝有關之調查，乃為詢問受訪者「這兩種產品是不是屬於同一個業者生產？」，然其為此一調查訪問時，出示二者之產品樣品，所為之調查與前引處理原則應異時異地隔離觀察相悖，所為結論自無足採。矧依該市調報告所示，「

BOSS」香菸之購買者，選購之主要原因為喜歡其香菸口味（占 38.5%），次為好奇新鮮嘗試（占 34.3%），因其係名牌而購買者僅 9.4%，而此 9.4% 中，究係因 BOSS 香菸已因上訴人之廣泛與頻繁之促銷活動與廣告，而成為名牌香菸，抑或純係因「BOSS HUGO BOSS」之品牌而選購者，則非無疑問，足徵消費者並無因此而生混淆而誤購之情。至於，被上訴人所舉之西元一九九九年五月「免稅商品新聞雜誌」（DUTY FREE NEWS MAGAZINE）所載之消息，僅屬一未盡查證義務之記者的個人報導，其無足證明消費者已生混淆，自不待言，矧業經該刊物於同年次月更正，其自無庸採信。IX、又公平法第二十條係為同法第三章所禁止之「不公平競爭」行為態樣之一，其除受保護者須為相關事業或消費者所普遍認知之表徵外，尚須視行為人是否有從事不正競爭之主觀意圖。被上訴人固指摘上訴人捨棄在斯洛伐尼亞（SLOVENIA）之包裝，在台灣使用完全不同的包裝，有違市場常情，故係出於仿襲其引證二香水包裝之主觀意圖所為。惟上訴人變更其「BOSS」香菸產品包裝，為系爭二包裝之外觀，純係基於迎合市場上消費者喜好趨勢之所需，絕非基於惡意抄襲或攀附被上訴人等之二引證香水產品。蓋上訴人及其子公司 TOBACNA LJUBLJANA 於香菸類商品使用「BOSS」商標已有二十餘年，並在多國獲准商標註冊在案，而世界知名品牌「DAVIDOFF」香菸也是上訴人所生產。另外，上訴人前述子公司成立亦逾百年。上訴人在香菸市場上長期經營，旗下各品牌之菸品聲譽卓著，與被上訴人在男性服飾與精品之市場聲譽相較，毫不遜色。菸品市場與被上訴人所經營之男性服飾或精品市場本有區隔，而被上訴人自始不問在歐洲或其他國家，從未實際生產或行銷香菸產品，於斯市場中，被上訴人何來知名度可由上訴人攀附。從而，上訴人實無任何動機在香菸市場中，攀附其不曾存在之聲譽以行銷產品甚明。況引證二香水整體包裝，於市場上之知名度不高，上訴人何須襲用一知名度不足、行銷管道全然不同、產業類別無足產生聯想之香水外包裝？被上訴人此等主張倘非係出於過度膨脹其引證二香水整體包裝之知名度，即係出於假藉公器打擊對手之居心，否則豈有如此有違常情之舉？X、被上訴人復稱上訴人要求被上訴人授權使用「BOSS」商標乙事，而謂上訴人乃不獲授權之後，自行仿襲其產品之外觀云云。惟其所言，過度簡化事件原委，有失真實。實則，上訴人為使其「BOSS」香菸市場全球化，除在上述已獲准「BOSS」商標註冊之國家外，亦積極於其他國家申請註冊，然因被上訴人已先於若干國家在菸類商品註冊「BOSS」商標，致上訴人之申請案遇有障礙。由於被上訴人實際上並未使用「BOSS」商標於菸品上，已構成得撤銷其商標註冊之理由，上訴人雖陸續於若干國家對被上訴人之註冊商標提起撤銷程序。惟鑑於撤銷程序費時費錢，且結果未必對雙方有利，上訴人乃本於雙贏之考量，主動與被上訴人協商，由被上訴人同意上訴人於上述國家註冊「BOSS」商標（歐洲多數國家皆准許上訴人出具同意書而併存註冊同一商標於同類商品），此與要求獲其授權純屬二事，上訴人

並撤回撤銷程序。此舉一方面能使上訴人於菸類商品註冊「BOSS」商標，另一方面使被上訴人繼續仍保有「BOSS」商標之註冊。至於如何使雙方產品在市場上之區隔，則由雙方協議之。上訴人與被上訴人自西元一九九三年以來，斷斷續續協商至今，均因被上訴人無謂要求及過度擴張權利，致使雙方未能達成協議，毫無成果。被上訴人既知事件始末，卻以片面之詞混淆真象，殊有可議。X I、上訴人如欲提高「BOSS」菸品之知名度，大可搭配其「DAVIDOFF」菸品促銷即可，何須攀附與菸品市場全然有別，且毫無幫助之被上訴人香水產品，此理至明，不待深辯。實則，上訴人與其關係企業之「DAVIDOFF」針對消費者之喜好趨勢，近年來皆採以金屬色調為其包裝主要基調，其就系爭二香菸包裝之設計概念實與被上訴人之引證二款香水無涉。被上訴人於再訴願階段，復提出一份法定聲明書證明雙方協議之事，欲攀誣上訴人有抄襲之舉。惟前者聲明書內容與真實不符，詳見述雙方往來信函即明，再觀上訴人法務長所做之法定聲明書更明。後者雖欲用以證明消費者混淆之事，惟被上訴人既未實際在台生產、銷售香菸，而香水與香菸又非屬競爭或關聯產品，消費者何來因並存「BOSS」香水與「BOSS」香菸商品產生來源混淆之可能。X II、上訴人早於西元一九八〇年代即已使用「BOSS」為其香菸產品之商標，既為被上訴人所不爭，則上訴人使用「BOSS」商標於香菸商品之上並非基於仿襲被上訴人品牌之意圖，不待辭費。而香菸類商品之包裝，推陳出新，以新包裝、新口味吸引消費者之注意及購買慾者，所在多有，如國產長壽菸、新樂園等，即為最顯著之例。此外，如 555、DUNHILL、YSL、SOBRANIE 等也不斷推出新產品、新包裝。上訴人針對消費市場之需求，而設計並變更包裝，何足怪哉？以 BOSS LIGHTS 而言，其以藍色為色調，乃因藍色在香菸產業，乃被普遍採用之顏色，如 555、峰、PARLIAMENT、MILD SEVEN、SOBRANIE 等，均以藍色為其包裝顏色；而在消費者選用淡菸之趨勢日漸明顯後，更有數廠商即以藍色做為其淡菸系列產品之包裝，如 555 之淡菸，即以藍色透光為其基調，又如 MILD SEVEN 等亦同。而系爭 BOSS VIRGINIA BLEND 以黑色表示高貴、濃厚，以為濃菸之表彰，在香菸產業中，上訴人並非獨樹一格，而亦係沿襲同一產業之習慣，與抄襲被上訴人無涉。系爭香菸包裝乃上訴人自行設計，於西元一九九八年完成設計時，上訴人對被上訴人所稱之香水包裝，毫無所悉，更遑論抄襲該香水包裝。上訴人之 BOSS LIGHTS 香菸包裝因係經特殊設計，而具有特別顯著性，而獲准註冊為前引第九二一六八一號商標。BOSS VIRGINIA BLEND 之設計與 BOSS LIGHTS 相同，僅為區隔濃淡使用不同顏色而已。被上訴人稱上訴人抄襲其引證二香水包裝，實係攀誣。X III、綜前所述，倘被上訴人主張之表徵為「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」，則因上訴人使用 BOSS 於其香菸商品之上，為依商標法行使權利之正當行為，無違反公平法之可言。倘被上訴人主張之表徵為引證二香水包裝之整體外觀，則姑不論上訴人就該二系爭包裝之使用，亦為依商標法行使權利之正當

行為；該二引證香水之整體包裝，不具表徵顯著性，復非經長期繼續使用，使相關事業或消費者認知，而具有次要意義；本非公平法第二十條第一項第一款之保護客體。況上訴人之系爭二香菸包裝，為自行精心設計，無抄襲他人之處，而香菸與香水之消費者族群、行銷管道迥異，二者亦無致生混淆誤認之虞，更不致發生其混淆之結果，從而，被上訴人主張原審被告機關認定本案無該當公平法第二十條第一項第一款之餘地，為違法之行政處分，顯非的論。3、上訴人亦無違反公平法第二十四條之處，原審被告機關為駁回被上訴人申請之處分，核無違法之處。I、上訴人系爭二香菸包裝之使用「BOSS」與其包裝設計圖樣，均為依商標法行使權利之正當行為，已於前述，無適用公平法第二十四條之餘地，不待辭費。II、退而討論有無違反公平法第二十四條之問題，上訴人亦無一違反之處。蓋該條所禁止者，乃足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。所謂「欺罔或顯失公平行為」，依「公平法第二十四條之適用原則」第四條規定，首應「自交易相對人間之交易行為觀察」，觀其是否有「對交易相對人為欺罔行為，即以欺騙或隱瞞重要事實等引人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會」。上訴人在其香菸商品之上明顯標示，其所專有之「BOSS」商標以表彰其商品之來源，並於商品外部明顯記載製造商、進口商名稱，何有欺瞞或隱瞞重要事實之情事？而依被上訴人所呈市調報告所示，消費者選購「BOSS」香菸之主要依據，為喜歡其香菸口味（占 38.5%），次為好奇新鮮嘗試（占 34.3%），則縱不論上訴人確無攀附被上訴人引證二香水包裝之舉，消費者即交易相對人與上訴人交易之原因，也確與被上訴人或被上訴人之引證二香水包裝無涉。III、被上訴人固舉西元一九九八年八月份「Esquire」雜誌，稱上訴人有攀附之嫌。惟該新聞稿乃該雜誌之報導，非上訴人刊登之廣告，而觀其內容，其在於突顯上訴人系爭產品之受消費者歡迎，並非受到服裝類同一品牌之影響，任何人均可由該文字輕易獲知「BOSS」香菸與「BOSS」服裝或香水非出於同一來源。上訴人既與此新聞稿之刊登無關，該新聞稿之內容亦足以表示「BOSS」香菸與「BOSS」服裝等之區隔，則無足證明如被上訴人所稱之情。IV、再者，上訴人自西元一九九八年七月正式在台銷售「BOSS」香菸以來，即苦心經營台灣市場，投資大量經費促銷自有品牌之香菸，從最初一年投注八千三百萬元之行銷費用，至去年高達二億五千萬元之投資，總計已投入總額超過四億元之資金於促銷廣告上，倘有攀附只須坐享其成，何須花費如此鉅額資金以推廣其系爭二款香菸產品？V、尤有甚者，被上訴人不斷強調上訴人享受被上訴人之廣告外溢性云云。實則，被上訴人商品之行銷管道，主要在百貨公司、精品店、專賣店等，且其消費族群屬社會上層人士，其所為廣告，多僅出現於社會上層人士喜愛閱讀之精品、服飾雜誌。反之，上訴人之消費者族群遍及其各種年齡層、職業、性別，而行銷管道則遍及舉目可見之便利商店、超級市場與雜貨店，所進行之促銷活動，也多在便利商

店、超級市場進行，若就何者享有對方之廣告外溢性，恐怕應是被上訴人享有上訴人所為鉅額且普遍廣告之外溢性。今被上訴人顛倒黑白，誣指上訴人攀附其知名度，坐享其聲譽，去事實真相之遠，一般人以普通之認知，均不難辨其所言之真偽，無怪乎原審被告機關逕予駁回其申請。（三）綜上所陳，上訴人使用於其香菸商品之「BOSS」商標與現行包裝均為依商標專用權正當行使之行為，並無公平法之適用。再者，上訴人菸品之市場與被上訴人香水市場有明顯區隔，上訴人不曾亦無須攀附被上訴人產品之聲譽，該包裝亦無使消費者混淆之情。

三、原審審酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）、被上訴人即原審原告等與原審被告及上訴人爭執之要點如下：A、由於本案訴之類型屬行政訴訟法第五條第一項之「課予義務之訴」，就行政訴訟之訴訟合法要件言之，產生以下二項爭點：1、本案被上訴人有無實施行政訴訟之「訴訟權能」，簡言之，即被上訴人是否有權利或法律上利益受到侵害，而得依行政訴訟法第五條之規定提起本件訴訟。I、就此原審被告認為：人民僅有提出檢舉之權利，而原審被告機關也僅有調查及答覆之義務，但原審被告機關調查後所為之決定（即認定檢舉事項是否成立以及成立之處置方式），檢舉人無權過問。II、就此被上訴人認為：公平法第二十條第一項第一款及第二十四條之立法意旨，除了保護消費者之利益外，也是為避免事業襲用他事業之商品表徵，造成不公平競爭，侵害他事業權利之情事發生。本件被上訴人之商業利益既然會因為上訴人之不正競爭行為而受到損失，而原審被告機關卻認定本件上訴人所為不構成「不正競爭行為」，被上訴人自然有權質疑前開行政處分之合法性，提起行政訴訟。2、又被上訴人當初是以出具檢舉函之方式提出檢舉，檢舉函內只載明：「請求原審被告機關查明違法事實，依法處理」等文字，並未提及公平法第四十一條之規定，此等檢舉是否能視為「請求行政機關為特定行政處分」之請求表示。I、就此原審被告延續上述相同之法律意見，認為「檢舉」不等於「請求行政機關為特定之作為」。II、被上訴人則認為：檢舉之真意即在要求原審被告機關本諸職掌，行使公權力，來保護被上訴人之合法權利，當然含有請求原審被告機關依公平法第四十一條之規定，對上訴人之不正競爭行為為適當處置之意思。B、就行政處分之作成而言，有無足以影響行政處分效力之程序上瑕疵，此又可分為二小項：1、本件行政處分之作成，未經原審被告機關以合議之程序為之，此等缺失是否構成程序上之瑕疵，而得據為撤銷原處分之原因。I、就此被上訴人即原審原告等認為：a、以上之作業流程明顯違反原審被告機關自訂之「公平法第二十條處理原則」第十三點之要求。b、此等瑕疵為「機關組織合法性」之重大瑕疵，不得以事後追認之方式予以補正。c、又此等瑕疵與本件行政處分之事實認定錯誤間，有因果關係，應撤銷原處分，由原審被告機關另為決定。II、就此原審被告及上訴人認為：a、「公平法第二十條處理原則」為原審被告

機關自訂之內部行政規則，不具法律性質，縱使有違反，也不構成行政程序之重大瑕疵。b、此等瑕疵可類推適用行政程序法第一百四條第一項第四款之規定，以日後追認之方式予以補正。而且原審被告機關也確於八十八年九月十五日第四一〇次委員會議中，予以追認。c、又此等程序瑕疵亦不影響本案之事實認定。2、本件行政處分之作成，原審被告機關僅以書面為形式外觀之審查，即而未踐行證據調查程序此等缺失是否構成程序上之瑕疵，而得據為撤銷原處分之原因。I、就此被上訴人認為：原審被告機關未踐行公平法第二十七條之調查證據程序，以致於許多重要證據漏未斟酌，此等調查證據程序之省略，足以使原處分在事實認定上發生錯誤，屬重大之程序上瑕疵，無從補正。II、就此原審被告及上訴人認為：公平法第二十七條之規定是賦予原審被告機關調查證據之權限，但是否發動調查職權，原審被告機關可視個案之情形，決定應否發動調查程序，不是被上訴人有申請，原審被告機關就一定要發動調查證據之程序。C、再就公平法第二十條之實體構成要件而言，本件行政處分之作成，在事實認定上及法律適用上有無違法之處，此又可分為以下數項爭點：1、本件被上訴人提出之系爭二類香水產品，是否為公平法第二十條第一項第一款所指之「相關事業或消費者所普遍認知之商品」？I、就此被上訴人認為：原審被告機關從未否認此項事實，而且所謂「相關事業或消費者所普遍認知之商品」，其判斷與商標法上之「著名商標」不同，標準應比較寬鬆。II、上訴人則認為：被上訴人所提出之證據資料不足以證明上開二類香水為「相關事業或消費者所普遍認知之商品」。2、上開二類香水產品之整體包裝，是否已符合公平法第二十條第一項第一款所指「商品表徵」之定義？I、就此被上訴人認為：上開二項商品包裝之整體外觀，通體觀察，已足以構成一個「商品表徵」。II、原審被告及上訴人認為：上開二項香水商品之整體包裝，如顏色、形狀等，均屬香水產品一般之包裝方式，不構成一個「商品表徵」。3、上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計，是否在商標專用權之合理使用範圍內，而依公平法第四十五條之規定，排除公平法之適用？I、就此被上訴人認為：公平法第四十五條之適用，僅限於公平法中「限制競爭」行為之範圍，不及於「不正競爭」行為。而本案正屬「不正競爭」之案型，故應排除公平法第四十五條之適用。II、原審被告及上訴人則認為：本案應有公平法第四十五條之適用。4、上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計與被上訴人系爭二款香水產品整體包裝，從外觀上進行客觀之判斷，是否近似？I、就此被上訴人認為「極為近似」。II、原審被告及上訴人則認為「不近似」。5、如果上開爭點之結論是，二者近似，進一步之爭點則在於被上訴人有無「使用相關事業或消費者所普遍認知之他人商品表徵」之「不正競爭」故意？I、就此被上訴人認為，從雙方事前之合作關係與相關之報導，輔以「目前各國嚴格管制菸品之銷售，以致於商企圖攀附著名產業之商譽，進行銷售」之經驗法

則，可以明顯看出上訴人有此等不正競爭之故意。II、原審被告及上訴人則認為，以上訴人之知名程度及對系爭二項香菸產品所投入之廣告成本及銷售管道等各項客觀事證而言，上訴人根本不可能具備此等攀附商譽之「不正競爭」故意。6、被上訴人之系爭二項香水商品與上訴人之系爭二項香菸商品，其等商品表徵之近似性，有無到達「發生混淆結果」之程度。I、就此被上訴人提出調查報告，認為已發生混淆之事實。II、原審被告及上訴人則攻擊以上調查報告所使用之方法，並佐以上述所指「上訴人產品之知名程度」、「投入之廣告成本鉅大」、「銷售管道不同」等項因素，而認為二者之商品表徵既不類似，也使一般消費者，對商品來源主體之判斷，發生混淆。D、另就公平法第二十四條實體構成要件之判斷，被上訴人與原審被告及上訴人間亦有以下之不同主張（似未能形成爭點）：1、被上訴人主張：I、上訴人擷取授權協商時之設計原型，即屬足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。II、上訴人因為各國嚴格管制菸品，而積極攀附被上訴人商譽，以求廣告外溢效果，亦屬足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。2、原審被告及上訴人則主張：I、因其行為屬依商標法行使權利之正當行為，不可能是「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。II、其在香菸商品上明顯標示所專有之「BOSS」商標以表彰其商品之來源，並於商品外部明顯記載製造商、進口商名稱，並無欺瞞或隱瞞重要事實之情事。III、其在行銷上從未暗示商品來源與被上訴人有關，且自行投入鉅額金錢於促銷廣告，絕未享受到被上訴人所指之「被上訴人廣告所生之外溢效果」。（二）以上爭點及主張，原審之判斷：A、本件被上訴人具有提起「課予義務之訴」之訴訟權能，為適格之當事人，其起訴具備訴訟合法要件，且請求權之規範基礎為公平法第二十條第一項第一款及第二十四條，行政法院應對本案為實體之判決，理由如下：1、按行政訴訟法第五條第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件予，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。依此規定，人民提起課予義務之訴，以拒絕之行政處分違法侵害其權利或法律上之利益為要件。2、而上開權利人之認定標準，目前係採「保護規範理論」，茲將其理論分述如下：I、因行政訴訟係以「主觀訴訟」為原則，以「客觀訴訟」、「民眾訴訟」為例外，為避免權利人之範圍過份擴張，使主觀訴訟流於民眾訴訟，故對權利人之範圍應予界定。II、參諸行政法學理，行政訴訟所保障之權利係指所有法秩序（包括憲法保障基本權之規定）認為值得保護，並得以個別化之利益，因此探究被上訴人有無得以主張之權利，即轉換為以保護被上訴人利益為目的之保護規範存否的問題。III、而「保護規範理論」之內涵向有新舊兩說，舊說偏重從歷史上之立法意旨解釋法規範，須該法規範至少要同時包含保護該第三人之權利或法律利益之目的，始得認為「保護規範」（最高行政法

院八十九年度裁字七三一號裁定參照)；新說則著重於探求法規範的客觀目的，如「就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時」，即得認該法規屬「保護規範」(司法院釋字四六九號解釋參照)。IV、而以上新舊兩種「保護規範理論」並非相互排斥，而係立於補充關係，蓋依立法目的解釋(歷史解釋方法)不足認定為保護規範時，於法律無明文限制時，尚得依客觀解釋方法，探求系爭規範是否有保護特定人之意旨，當有助於保障人民實體權利以及提供人民有效的權利救濟途徑。3、而公平法第十八條至第二十四條，對不正競爭行為所為之禁止規範，其立法目的，除了為維護市場秩序公共利益外，當然也及於遭到不公平競爭事業主體之商業利益，此點極為明顯，無庸贅言。因此以上之規定，對遭到不公平競爭事業主體而言，當然是一種「保護規範」，而可以作為該事業主體請求原審被告機關，對不正競爭者，依公平法，進行規制性效果之制裁或拘束之法律上依據，故得做為此種「課予義務之訴」之請求權規範基礎。又即使公平法第二十四條，相對於同法第十八條至第二十三條之四之規定，處於補充性規範之地位，但也不因此而影響該條文請求權規範基礎之資格。4、基於以上之理論，原審因此認為：I、對涉及公平法之案件，依公平法第二十六條之規定，任何人均得向原審被告機關提出檢舉。II、不過檢舉所生之效果，則須視檢舉人身分之不同而有差異：a、如果檢舉者之商業利益未受到不正競爭行為之影響，純粹是站在維護公益之立場提出檢舉，此時原審被告機關僅為進行調查之作為義務而已，此種作為也僅屬「事實行為」而非「行政處分」。調查之結果，檢舉人不能循行政爭訟程序為爭執。b、如果檢舉者是以受不正競爭行為影響之事業主體身為之，因其主張自身商業利益已因不正競爭行為而受到侵犯，此時原審被告機關不僅有進行調查之作為義務，而且如果檢舉人檢舉之事實屬實，並有依檢舉人之請求對不正競爭者進行制裁之義務。如果原審被告機關認定檢舉之事實不成立，而拒絕對遭指訴之不正競爭者做出規制性之制裁或管制時，此種拒絕即符合行政處分之要件，檢舉人可以提起行政爭訟及「課予義務之訴」。III、本案被上訴人既是以商業利益受到上訴人不正競爭行為之侵犯而提出檢舉，此等檢舉之意思表示，如探求其真意，當然包括請求原審被告機關依公平法第四十一條之規定，對上訴人做出具有規制性法律效果之制裁或管制措施之意思存在。而原審被告機關又拒絕其請求，則被上訴人提起本件訴訟，顯然符合行政訴訟法第五條第二項之要件，其起訴具備訴訟合法要件，應堪認定。IV、原審被告機關主張被上訴人不具備實施「課予義務之訴」之訟訴權能云云，其見解顯然有誤，而為原審所不採。B、就三方有關原處分之程序上瑕疵及其效力之爭點，原審之意見如下：1、有關「原行政處分之作成，未經合議程序」一節，原審認為此等瑕疵得以補正，不影響原處分之效力，理由如下：I、法理上之說明：a、本案三方就此一爭點均分別引用

行政程序法第一百一十一條或同法第一百四條第一項第一款之規定來支持其等之法律上意見。不過本件行政處分作成時，行政程序法尚未施行，僅能視為法理來運用。b、而行政程序法第一百一十一條有關行政處分無效之規定與同法第一百四條第一項第一款有關行政處分瑕疵補正之規定，並不能窮盡所有行政處分程序上瑕疵之類型，因此不能謂程序上之瑕疵，其效果不是「無效」，不然就是「得補正」。當然也可能存在著「不得補正但得撤銷」之程序上瑕疵。c、另外從公平法第二十五條及同法第二十八條有關公平會職掌及行使職權方式之規定觀之，雖得透過解釋，確立公平會是以合議制之方式來行使職權，不過公平會之合議制，與法院之合議制，在設計精神上卻大有不同，茲分述如下：(1)、法院之合議制要求法官全程參與調查證據程序，並採取直接審理原則，必須參與言詞辯論調查證據程序之法官才能參與判決之評議及制作。(2)、而從公平法第二十七條之規定則可看出，公平會之合議制度，並不絕對要求所有參與委員會之委員均參與證據調查程序（因此沒有在合議程序中訊問相對人及關係人與證據提示之相關規定），也未必採取直接審理原則（因此合議時不絕對要求相對人及關係人到場）。(3)、且目前公平會之作業實務亦是將案件指定某一特定之委員處理，且由機關承辦之職員先進行調查證據之程序，將調查結果擬具處理意見，轉呈委員會決議。(4)、因此公平會之合議功能，並非如法院一般絕對，原則上容許以書面審查之方式來議決職掌之事項。其功能應在強調「以合議之精神」來審查「承辦公務員對個案所擬具之處理方案」是否妥適，此時事前審查，還是事後審查，並非絕對重要。

II、正基於以上之法理，原審認為：a、公平會對公平法第二十五條第四款調查處分事項之合議審查，原則上以書面為之，無論事前與事後審查，對行政處分作成之事實認定，均無太大之影響。因此容許以事後決議追認之方式來補正「行政處分作成未經合議」之瑕疵。b、因此此種瑕疵性質上近似於行政程序法第一百四條第一項第四款之情形，宜類推適用該條之規定予以補正。c、而被上訴人對此爭點所持之法律意見，是把公平會之合議功能完全比擬為法院之合議制度，但這樣的意見顯然忽略了二者之差異性，故其此部分意見為原審所不採。III、不過原審在此也要強調以下二點：a、即使是事後的審查，也必須是針對擬具之書面資料為實質而真實的審查，而不能將口頭報備視為審查，本案因為原審被告機關提出會議記錄證明有事後審查，被上訴人又不爭執審查之過程，原審即相信八十八年九月十五日之審查為真正。b、被上訴人引用原審被告機關自行訂定之處理原則第十三點之規定，據為指摘原處分欠缺組織合法性瑕疵之理由，不過原審以為此點應放在下述「證據調查程序有無瑕疵」之討論中比較妥適（理由後詳），爰不在此討論。2、但有關「原處分之作成，未踐行證據調查程序」一節，原審則認為此等事由在本案中應屬不得補正之重大瑕疵，而且此等瑕疵足以造成原處分在事實認定上發生錯誤之情形，二者間具有因果關係，構成撤銷

原處分之原因，理由如下：I、法理上之說明：a、原審被告機關違反處理原則第十三點之規定，應被歸類為「證據調查程序上之瑕疵」，其理由如下：(1)、按被上訴人主張本件原審被告機關違反公平法第二十七條之規定，未經調查程序即作成決定，有程序違法之嫌。(2)、不過在這一爭點上，原審接受原審被告機關之法律意見，認為公平法第二十七條之規定僅在賦與原審被告機關調查證據之職權，至於是否行使調查權，原審被告機關有自行斟酌衡量之餘地，如果檢舉案件明顯不合法或顯然無理由，原審被告機關當然得不踐行調查證據之程序，依現有資料，做出判斷，並函復當事人。(3)、然而如果案件非屬明顯不合法或無理由之情形，而行政機關內部針對特定案型又有證據調查程序之內部規則時，則應踐行該等調查程序。故此種內部規則應視為一個「與證據調查有關」之「程序規範」。(4)、處理原則第十三點之規定，明顯是上述之程序規範。而本案被上訴人檢舉案之提出，從形式外觀來觀察，既非明顯不合法，也非顯然無理由，仍有諸多爭點有待釐清（理由詳後所述），原審被告機關當然有義務踐行此一程序規定，因此原審才將之定位為「有關調查證據方式」之程序規定。b、又行政處分之「程序上瑕疵」，態樣繁多，其對事實認定所造成之影響，也不能一概而論，而應視瑕疵種類之不同，而產生不同之法律效果。簡言之：(1)、某些程序上之瑕疵事由，情節重大，足以影響到行政處分之根本效力，因此法理上認為，此等瑕疵之存在（例如應迴避之公務員未迴避而參與行政處分之作成），即當然影響原行政處分之效力（視為「事實認定」與「法律適用」均有錯誤），而構成撤銷原處分之絕對原因。故以學說上之「抽象因果關係說」來建構此等「程序瑕疵」與「行政處分違法」間之因果關係。(2)、除此之外，其餘的程序上瑕疵事由，鑑於行政程序種類繁多，且常與行政效能產生衝突，其違反又未必影響實體上之判斷結論，因此原審認為，除非此等瑕疵影響到事實之認定結果（意即使事實之認定產生錯誤），不然應容許事後之補正，而且不應輕易憑此理由來否認原處分之合法性。故以學說上之「具體因果關係說」來建構此等「程序瑕疵」與「行政處分違法」間之因果關係。(3)、至於那些瑕疵事由應採「抽象因果關係說」，那些瑕疵事由應採「具體因果關係說」，其判別標準，仍須委由法院在個案中決定，並逐漸類型化，以形成體系。c、而在程序瑕疵中，有關「未踐行證據調查程序」之類型，其法律效果如何，亦可依上述理論來決定：(1)、按「未踐行證據調查程序」之程序上瑕疵，通常都與事實認定之正確性有關。如果事後審查結果確定原處分之事實認定沒有錯誤，即無撤銷原處分之必要性。因此在判斷程序瑕疵與行政處分違法間之因果關係時，原則上以採「具體因果關係說」比較妥適。又因為目前行政訴訟之第一審法院為事實審法院，得自為證據調查及事實認定，因此大部分證據調查程序欠缺所生之程序上瑕疵均可因為高等行政法院審理程序之踐行，而得補正。(2)、不過在下述之例外情形，調查證據程序之欠缺，即被視為當然

足以導致事實認定有錯誤，而有必要將此等程序上瑕疵視為「不可補正之瑕疵」，構成撤銷原處分之原因：①某些事實之調查，行政機關有其判斷上之專業能力或另有特定之調查方法，而此種調查方法是無法以法院之調查證據程序來取代者，此種情形，調查證據程序之欠缺，因無法用法院之調查程序來取代，將構成撤銷原處分之原因。②例如某些待證事實非屬明確之有形物理變化（像人體之傷痕、物品之破損等事），而涉及概然性與可能性判斷，而且又須專業知識之評估者（像「危害交易秩序」、「造成消費者混淆」等）。③有時甚至判斷之客觀標準本身都無法固定（像是本案中，多少比例之消費者，對商品來源之同一性，在判斷上發生錯誤，才算是已產生混淆結果等），而須以嚴格而獨特之調查程序來控制判斷流程，用以確保判斷之正確性（像是公聽會之召開，專家學者或業界代表、消費者代表意見之諮詢等等）。而此種調查程序經常是行政訴訟程序所未規定而無從取代者（行政訴訟法第一百六十二條之規定，限於法律問題，不及於事實判斷，範圍過於狹窄。而且程序也過於簡略）。II、原審認定，原處分未踐行處理原則第十三點之證據調查程序，屬於「不可補正之瑕疵」，所憑之理由：a、處理原則第十三點之規定內容：表徵是否相同或類似使用，或是否致混淆，依下列程序認定：（a）由本會委員會議認定。（b）有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見，供原審被告機關認定之參考。（c）影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見。b、而本案在被上訴人提出檢舉之始，依其提出之資料，從外觀為形式上觀察，並非可以不經調查，即可認定被上訴人之主張不成立，因為：(1)、被上訴人之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，即使使用「BOSS」為其商標，但仍可與其整體包裝設計結合成一個具有識別力之商品表徵，並因「BOSS」商標圖權之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵。(2)、被上訴人已提出其系爭二類香水商品及指為相同商品表徵之上訴人二款香菸，二者在整體包裝外觀上極為近似。(3)、公平法規範之競爭行為，可以分為二大類，一為「限制競爭」行為，一為「不正競爭」行為。而所有之智慧無體財產權，其最大特徵，其在使權利人享有排他性之專用權（只不過排他程度有高低而已），當然會造成限制他人營業自由之結果（這也是為何「智慧財產權」之得喪變更被劃入「法律保留」範圍之主要原因），因此才有公平法第四十五條規定之產生。所以此一規定當然僅應適用公平法中「限制競爭」行為（即將行使商標、專利等智慧財產權所造成之限制競爭結果，排除公平法之管制），而不及於「不正競爭」之行為，此乃立法上之當然解釋。因此原審被告機關或上訴人不得以前開香菸上「BOSS」圖樣已取得商標註冊，即可立即排除本案成立公平法第二十條第一項第一款或第二十四條所指「不正競爭行為」之可能性。

(4)、又因為原審被告機關就被上訴人之系爭二項香水商品為「相關事業及消費者所普遍認知」一節，在行政爭訟中從未提出質疑（直到原審審理中才由上訴人提出質疑）。則本案最後終究要進入到「是否發生混淆結果」之判斷上。c、而公平法第二十條第一項第一款所稱「致混淆」一語，從字面上解釋似乎是指「具體混淆結果是否存在」之認定，然而所謂的「混淆」卻不是一個物理事實結果之認定，而涉及「市場心理因素」之判定，正如上所述，沒有一個明確的客觀標準，判斷時需要專業之知識，判斷結論，也會因人而異（例如被上訴人在本案中指出國外法院之判決，認為調查報告結果只要有10-15%之消費者發生誤認，即足以證明混淆之事實，為何採取此一比例，也沒有一個具有說服力之理論基礎），所以特別需要以調查程序之嚴格踐行來控制判斷流程，並確保判斷之正確性。以上所述，正是處理原則第十三點規定之規範意旨所在，該要點要求：如果原審被告機關委員會議難以認定，即必須採取「舉行公聽會或座談會」、「徵詢學者專家、業者代表、消費者代表、相關產業公會及機關意見」「委託公正客觀之團體、學術機構，以問卷徵詢一般大眾或相關交易對象意見」等調查方式，而此等調查方式都是現行行政訴訟法所無法踐行或甚為困難踐行之調查程序。d、「致混淆」之判斷既然如此困難，而在在本案中又被上訴人又提出諸多之證據資料來證明上訴人有仿冒其商品表徵之動機，且還在事後訴願階段提出市場調查報告，說明其主張已生混淆結果之理由，由此可見「混淆」之認定，在本案中顯然有相當爭議，認定上亦有困難，實無法單憑被上訴人提供之書面資料，即為外觀上之判斷，斷定被上訴人之主張為不可採。而且原審被告機關駁回被上訴人請求所持之理由，也從未曾就「致混淆」一點做出實質之判斷，顯然違背上開要點之規範意旨，而且此等程序上之欠缺，亦如前述，無法由法院之調查證據程序來補正。III、是以本案有重行交由原審被告機關委員會議依前開要點規定之程序，審酌被上訴人提出之調查報告，重行調查之必要。C、而就公平法第二十條之實體構成要件言之，原審亦認為，原審被告機關重行調查時，有以下數點須加注意：1、有關被上訴人提出之系爭二類香水產品，是否為公平法第二十條第一項第一款所指之「相關事業或消費者所普遍認知之商品」一節：I、由於已往原審被告機關均未對此為爭執，直到原審審理中才由上訴人為爭執。II、就此原審認為：本案被上訴人並非以被上訴人標誌「BOSS」商標之全部商品之表徵來指摘上訴人，而僅指摘上訴人之二類香菸模仿其中 Elements Aqua 及 Boss No. 1 二款香水商品之表徵，則在上訴人爭執之情況下，被上訴人似乎應提出更明確之證據來證明 Elements Aqua 及 Boss No. 1 二款香水商品為「相關事業或消費者所普遍認知之商品」，原審被告機關重行審酌時亦應參酌此點。2、有關被上訴人提出之系爭二類香水產品，其整體包裝，是否已符合公平法第二十條第一項第一款所指「商品表徵」之定義一節，就此原審認為：I、商品表徵與商標法第五條第二項所指之商標

識別性之意義近似，但並非全完相同，商品表徵之判斷，應該視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵存在。II、本件被上訴人之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，已足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵。III、原審被告機關及上訴人認為前開二類香水商品之包裝，屬於香水產品一般之包裝方式，不構成一個「商品表徵」云云，此等判斷，乃係將整體包裝拆開成顏色、形狀、字跡等獨立項目，不符合整體觀察之要求，故其判斷結論並非正確。3、有關上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之設計，是否在商標專用權之合理使用範圍內，而依公平法第四十五條之規定，排除公平法之適用一節，原審前已言明，本案屬不正競爭之案型，無公平法第四十五條之適用，故原審被告及上訴人在本案中不得主張依公平法第四十五條之規定，排除公平法不正競爭相關規定對本案之適用。4、至於上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之商品表徵與被上訴人系爭二款香水商品整體表徵，在包裝盒形狀與其上之文字、圖樣放置位置設計與背景顏色（包含因顏色而產生之商品質感），幾乎無從分辨，異時異地觀察，極易混淆。故從外觀上為客觀之判斷，二者極為類似。原審被告及上訴人主張「不近似」云云，顯不可採。5、至於上訴人有無使用類似他人商品表徵之不正競爭故意一節，原審認為：I、商品表徵之客觀類似，是認定主觀模仿故意之重要參考，如果上訴人否認其事應另舉反證來推翻此項事證所產生之證明力（例如：上訴人所指之廣告策略、行銷管道等等各項因素）。II、而且原審被告機關也應特別斟酌被上訴人與上訴人已往之來往經過，查證被上訴人所指：「其與上訴人曾洽談商標授權合作事宜及就商品設計達成某些共識」等情之真實性。更應斟酌被上訴人所提及「菸商基於目前世界各國之菸害防制政策所造成之行銷上瓶頸，而力圖使用其他著名品牌為其香菸品牌，以達行銷便利」之經驗法則，做為本案事實判斷之重要參考依據。6、而本案有無「發生混淆結果」，基於其判斷之困難度，更應依處理原則第十三點所定之證據調查程序行之。D、至於公平法第二十四條在本案之適用性，原審則認為：1、有關該條所指：「足以影響交易秩序」之「欺罔」或「顯失公平之行為」，其在本案之情形，與同法第二十條第一項第一款之判斷有密不可分之關係，如果被上訴人之系爭二類香水商品，不具有相關業者或消費者普遍認知之事實，而不符合同法第二十條第一項第一款之要件，則有關「足以影響交易秩序」、「欺罔」「顯失公平之行為」等法律概念的判斷，就會變的模糊不清，而缺乏明確而實際之標準可循。2、因此如同上揭公平法第二十條第一項第一款之判斷一般，仍有必要經原審被告機關重為事實調查。

（三）本案之結論：A、本案原審被告以「1上訴人生產及銷售之系爭菸品之整體包裝與被上訴人之生產銷售之香水產品整體包裝相比較；在商品表徵上無近似性；2二

者之商品種類不同，銷售管道不同，而無混淆之事實；3 上訴人合法享有「BOSS」文字圖樣之商標專用權，使用在菸品上為商標權利之正當行使」為由，認定本案不符公平法第二十條之規定，而拒絕被上訴人之請求，揆諸上開說明，並非妥適。B、本案上訴人生產或銷售之「BOSS LIGHTS」及「BOSS VIRGINIA BLEND」牌菸品，是否有故意使用被上訴人生產銷售香水商品之表徵，並產生混淆之結果，而符合公平法第二十條第一項第一款規定之要件，依上所述，有待於原審被告機關踐行適當之調查程序方能查明。C、則被上訴人請求原審命原審被告機關直接依公平法第四十一條之規定對上訴人為「命令停止上開菸品之包裝及廣告行為，並處以罰鍰」之行政處分。在要求原審命令原審被告機關不得拒絕其請求之範圍內，為有理由，原審被告機關原拒絕之處分自有不當，一再訴願決定未予糾正，亦有未洽，爰併予撤銷，並依行政訴訟法第二百條第四款之規定，將本案發回原審被告機關依原審上開揭示之法律意見重為決定。至於被上訴人超過以上範圍之具體特定規制性請求（如「立即停止菸品包裝及廣告行為」，「處以罰鍰」）則因為事實尚未明確，且此等請求亦礙及行政裁量權之行使，於法無據，應予駁回。D、又公平法第二十四條乃是同法第十八條至第二十三條之三所指各式「不公平競爭行為」之補充性規定，就本案之單一事實而言，二項規定有法律競合理論下之補充關係（亦即具體個案中，如能該當主要條款，輔助性之補充條款即無適用之意義，只有在主要條款不該當而不能適用之情形下，輔助之補充條款始能補充地加以適用）。因此若主要條款之判斷因程序上有瑕疵而無法確定，不宜立即為補充條款之判斷。何況在事實認定上，依前所述，公平法第二十四條成立與否之判斷亦與「被上訴人之系爭二類香水商品，為相關事業或消費者普遍認知」等前提事實是否成立有關，因此仍有必要經原審被告機關重為事實之調查等語為其判決基礎。

四、本件上訴人上訴意旨主張：（一）按行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，行政訴訟法第四十二條第一項定有明文。本件被上訴人請求原處分機關（按：即被告）作出認定上訴人等有違公平法第二十條第一項第一款、第二十四條規定，而依同法第四十一條做出行政處分，卻被原處分機關拒絕，為此被上訴人提起本件課予義務之訴，若本案判決結果，認定原處分機關上開拒絕之行政處分應予撤銷，而改命原處分機關作成有利於被上訴人之行政處分，則將立即對上訴人等構成營業權之侵害，原審乃依前開規定，依職權裁定命上訴人等獨立參加本件訴訟。行政訴訟法第四十二條第一項所規定之「獨立參加訴訟」，所謂「獨立」主要係指同條第二項，參加人得獨立提出攻擊防禦方法之意，而與同法第四十四條之輔助參加，不得為與受輔助當事人相抵觸之行為（行政訴訟法第四十八條準用民事訴訟法第六十一條）者，大異其趣。從而，獨立參加人自有獨立為訴訟行為之權限，而得獨立對於裁判提起上訴，則本件上訴人得基於獨立參加人之

地位，列自己為上訴人，獨立提起上訴。（二）次按判決不適用法規或適用不當，及判決不備理由或所載理由矛盾，其判決為當然違背法令，行政訴訟法第二百四十三條第一項及第二項第六款分別著有規定。本件有關「原處分之作成，未踐行證據調查程序」一節，原判決所為「此等事由在本案中應屬不得補正之重大瑕疵，而且此等瑕疵足以造成原處分在事實認定上發生錯誤之情形，二者間具有因果關係，構成撤銷原處分之原因」之認定，殊有違誤。A、查原判決援引行政程序法為法理，而謂「行政程序法第一百一十一條有關行政處分無效之規定與第一百四條第一項第一款有關行政處分瑕疵補正之規定，並不能窮盡所有行政處分程序上瑕疵之類型，因此不能謂程序上之瑕疵，其效果不是「無效」，不然就是「得補正」。當然也可能存在著「不得補正但得撤銷之瑕疵」之程序上瑕疵」等語，並據以認定原處分之作成，具有未踐行證據調查程序之瑕疵，而此等瑕疵即屬於不得補正但得撤銷之重大瑕疵。惟姑不論原判決所為行政程序法於本案並無直接適用性之認定，是否可議，原判決既已明示援引之為法理而適用之，則除本案有其性質上不得類推適用者外，自應本諸該法之立法原旨予以援用，始足當之。行政程序法第一百四條第一項明定，「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百一十一條規定而無效者外，得因下列情形而補正」，其係就行政處分違反程序或方式之規定，情節尚非重大者，為明文之規定。則不得依第一百四條規定補正之瑕疵，應認除法律別有規定者外，當屬同法第一百一十一條所欲規範之明顯重大之瑕疵，至為當然。為恐法有不備，行政程序法第一百一十一條第十款特為概括之規定，明示行政處分具有行政程序法第一百一十一條第一款至第六款所示以外之「其他有重大明顯之瑕疵」者，亦應屬無效之行政處分，立法之用意，顯欲將所有行政處分瑕疵之類型，予以涵括。原判決泛稱「行政程序法第一百一十一條有關行政處分無效之規定與同法第一百四條第一項第一款（按：應係第一項第一款至第五款）有關行政處分瑕疵補正之規定，並不能窮盡所有行政處分第一項第一款有關行政瑕疵之類型，因此不能謂程序上之瑕疵，其效果不是『無效』不然就是『得補正』。當然也可能存在著『不得補正但得撤銷』之程序上瑕疵」等語，未說明其何以為此與在本案被視為法理而運用之行政程序法文義不符之解釋，顯有判決違背法令與不備理由。B、次查審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，行政訴訟法第一百二十五條第二項定有明文。被上訴人主張原處分機關公平會未經調查程序即作成決定，是為程序違法乙節，係援引公平法第二十七條第一項之規定，而指稱原處分機關未進行調查程序，應為違法云云。至於原處分機關未踐行「處理原則」第十三點乙節，被上訴人則謂原處分機關乃違反公平法第二十五條第四款，而具有機關組織合法性要件之瑕疵。上訴人暨原處分機關於原審程序進行中，亦始終僅針對被上訴人前揭法律上之主張，進行辯論。詎原判決逾越被上訴人主張之範圍適用法律，未予上訴人與原處

分機關，為法律上適當完全之辯論，逕自認定原處分之作成，具有「證據調查程序上之瑕疵」，乃因違反處理原則第十三點，顯已違反前引行政訴訟法第一百二十五條第二項之規定，而有判決不適用法律之違法。C、原判決認定，原處分機關依公平法第二十七條之規定，就是否行使調查權，有自行斟酌衡量之餘地，如果檢舉案件明顯不合法或顯然無理由，被告機關當然得不踐行調查證據之程序，依現有資料，做出判斷，並函復當事人。本案並非明顯不合法或無理由之情形，從而原處分機關有義務踐行其內部有關第二十條案型之證據調查程序，即處理原則第十三點規定之程序。惟查1、原判決既認定原處分機關就是否行使其調查權，有其自行斟酌之權限，且處理原則第十三點乃原處分機關之內部規則，則應屬原處分機關依其裁量權認為有行使調查權必要之案件，始有依其內部規則之規定，進行調查程序之必要；倘原處分機關已認定無行使其調查權之必要者，自無踐行所謂處理原則第十三點程序之義務。原判決謂原處分機關應受其內部規則之拘束，而有踐行該程序之義務，顯有適用法律不當之失。2、再觀處理原則第十三點規定之適用，已認定「表徵是否為相關事業或消費者所普遍認知、是否相同或類似之使用，或是否致混淆」為其前提，從而，倘非「表徵」即無須依第十三點所定之程序，認定其是否為相關事業或消費者所普遍認知、是否相同或類似之使用、或是否致混淆。原處分機關已依循行政法院歷來就所謂之「表徵」揭示之認定標準暨處理原則第四點、第七點、第八點及第九點之規定（內容詳於後述），認定被上訴人引據之系爭二香水整體包裝，不構成公平法第二十條所指之「表徵」，自無進而依處理原則第十三點規定之程序，認定是否有為相關事業或消費者普遍認知、是否相同或類似之使用或是否致混淆之必要。原判決忽視前引處理原則第十三點適用之前提，逕認原處分機關於本件應有踐行第十三點所定程序之義務，顯有適用法律不當之違誤。（三）原判決所為「原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，即使使用『BOSS』為其商標，但仍可與其整體包裝設計結合成一個具有識別力之商品表徵，並因『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故整體包裝外觀當然屬商品表徵」之認定，同有判決不適用法規、適用法規不當暨不備理由之違法。A、公平法第二十條所稱表徵，係指某項具識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務；前項所稱「識別力」，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者見諸該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供，處理原則第四點第一、二項著有明文，並迭經行政法院八十五年度判字第三九〇號判決、八十五年度判字第五一二號判決暨臺灣臺南地方法院檢察署八十四年度偵字第六〇六二號不起訴處分書釋示在案。B、原判決謂，「有關原告提出之系爭二類香水產品，其整體包裝，是否已符合公平法第二十條第一項第一款所指『商品表徵』之定義一節，就此本院認為：1、

商品表徵與商標法第五條第二項所指之商標識別性之意義近似，但非完全相同，商品表徵之判斷，應該視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵存在。2、本件原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，已足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵。3、被告機關及參加人認為前開二類香水商品之包裝，屬於香水一般之包裝方式，不構成一個「商品表徵」云云，此等判斷，乃係將整體包裝拆開成顏色、形狀、字跡等獨立項目，不符合整體觀察之要求，故其判斷結論並非正確」云云。C、惟公平法第二十條所稱之表徵，無論其本身具有識別力，或取得次要意義之識別力者，均以具有識別性為其要件，且依前引處理原則第四點第二項之規定，所謂「識別力」，須係「特別顯著」之特徵，始足當之。絕非僅依原判決所言，「應該視該商品有無設計上之獨特性與整體性」而定。原判決稱，「商品表徵與商標法第五條第二項所指之商標識別性之意義近似，但並非完全相同，商品表徵之判斷，應該視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵存在」云云，實不知所據，其判決顯有不備理由與違背法令之違誤。所為「有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，已足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵」之論述，既與前引處理原則所揭示之「表徵」認定標準不符，復未說明其依據何在，則其就公平法第二十條所稱「表徵」所為之前揭認定標準，顯同有判決不適用法規暨不備理由之違誤。D、再者，公平法第二十條所稱「表徵」有二，其一為本身即具識別力之特徵者，其二為本身不具識別力，為經取得次要意義之特徵者，已如前述。而所謂之「識別力」，如前所述，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者一見該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供。則必該特徵本身具有「特別顯著性」，始足當之，是故，縱係有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，亦必具有特別顯著性，始為公平法第二十條所規範之「表徵」，非若原判決所稱，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計者，即足以表彰商品或服務來源，而該整體包裝外觀當然屬商品表徵。原判決之認定，顯有判決不適用法規之失。E、又原判決謂「原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，即使使用『BOSS』為其商標，但仍可與其整體包裝設計結合成一個具有識別力之商品表徵，並因『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵」云云。然1、原判決稱，被上訴人之系爭二項香水產品整體包裝設計，與「BOSS」商標結合，成一具有識別力之商品表徵，且係「因『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源」，則顯見被上訴人系爭二項香水產品之整體包裝設計，倘未與「BOSS」商標相結合，本並不具識別力，從而可知，被上訴人系爭二項香水之包裝上，具有識別力，足堪為公平法第二十條保護客體者，僅「BOSS」商標耳，而足臻表彰商品或服務來源之識別力之表徵，亦僅

「BOSS」商標，而與整體包裝上之其他部分，包括包裝盒形狀、背景顏色、圖樣放置位置設計無涉。原判決顯將商標附著於商品上所產生之識別力，不當擴張及於商標所使用之商品容器、包裝、外觀等之識別力。再如依原判決之立論，則凡使用商標之商品包裝、容器等外觀，皆可因其上使用了商標，而可將其專用權擴張及於商標所使用之商品外觀，原判決之認定，顯非的論，其悖違法律之規定，亦甚明確。2、實則，觀前引處理原則第八點，有關表徵例示之規定：「表徵之例示：左列各款為本法第二十條所稱之表徵：1 姓名；2 商號或公司名稱；3 商標；4 標章；5 經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀；6 原不具識別力之商品容器、包裝、外觀，因長期問繼續使用，取得次要意義者。」可知，商品容器、包裝、外觀，不若「姓名、商號或公司名稱、商標、標章」，本質上即為「表徵」，其必係經特殊設計，且已具識別力者，或取得次要意義者，始得為公平法第二十條所欲保護之客體。從而，原判決以系爭香水產品有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，逕率而認定其整體包裝外觀當然屬商品表徵，就系爭商品之包裝，如何地「特別顯著」而具有識別力，未置一詞，是有判決不備理由之違誤。F、尤有甚者，公平法第三十五條規定，違反同法第二十條第一項規定者，應科以刑罰，從而，是否該當公平法第二十條規定，涉及刑事責任，此乃原處分機關對於事業是否違反公平法第二十條向採取「嚴苛解釋」立場之原因，為被上訴人所共認。刑法第一條規定，「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，亦即明示「罪刑法定」之旨。公平法第二十條第一項之該當與否，非僅屬行政處分事項，尚涉及罪刑之論科，絕不得由審判者依一己之意見，任意變更主管機關及行政法院自公平法公佈施行以來，所揭諸於公眾之適用標準，否則，民何所措手足？本案雖屬行政爭訟，惟法律之適用本應有其一致性，且本案之終局處分，將牽涉公平法第三十五條之適用可能，故於適用公平法第二十條之際，自應力求法律見解之一致性。詎原判決不僅未根據原處分機關及行政法院所頒之法律意見為本案之判決，甚至改採極其寬鬆之標準，原判決違背法令之見解，損及個人權利，彰彰明甚。（四）原判決所為有關上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之商品表徵與被上訴人系爭二款香水商品整體表徵，為相同或類似使用之認定，同有判決不適用法規、適用法規不當暨判決不備理由之違失。A、按行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，行政訴訟法第一百八十九條第一項著有明文。又公平法第二十條所謂之「相同或類似之使用」，係指「表徵」之相同或類似使用，從而，必係就所謂之「表徵」，為相同或類似使用，始為法所禁止。原判決錯認被上訴人系爭二款香水之整體包裝為該當公平法第二十條所保護之表徵，為適用法規錯誤，已於前述。而原處分機關所為「原告等（按：即被上訴人等）香水商品之整體包裝設計，第一款「BOSS elements aqua」香水產品，為藍色方形外盒，惟方形

外盒為一般商品（包括香水、香菸產品等）包裝之慣用形狀，單純之藍色外包裝難成為表徵，至於包裝外盒上之藍色水珠，雖或可為原告等商品之表徵，「另一款『BOSS NO.1』香水產品，為一般之方形外盒之單純之外包裝，亦難認屬表徵」之答辯，即在界定系爭二香水整體包裝中，得受公平法第二十條規範保護之客體為何，俾釐清有待判斷是否「相同或類似」之表徵。原判決未細究原處分機關依循前引處理原則，就認定「表徵」揭示之原則，所為之辯論意旨，率以「此等判斷，乃係將整體包裝拆開成顏色、形狀、字跡等獨立項目，不符合整體觀察之要求，故其判斷結論並非正確」之認定。顯有違反前引行政訴訟法第一百八十九條第一項規定之違法。B、依前引「處理公平法第二十條原則」第十二點之規定，「審酌表徵是否相同或類似使用，應本客觀事實，依左列原則判斷之：1 具有普通知識經驗之相關事業或消費者施以普通注意之原則。2 通體觀察及比較主要部分原則。3 異時異地隔離觀察原則。」判斷表徵之是否為相同或類似之使用，應以具有普通知識經驗之相關事業或消費者施以普通之注意為標準，然原判決謂「參加人之系爭二類品牌香菸與其上之文字、圖樣放置位置設計與背景顏色（包括因顏色而產生之商品質感），幾乎無從分辨，異時異地觀察，極易混淆。故從外觀上為客觀之判斷，二者極為類似」。其所為「從外觀上為客觀之判斷，二者極為類似」之認定，未說明所謂之「客觀」，係以何者為標準，究係指一般社會大眾之客觀標準，抑「具有普通知識經驗之相關事業或消費者」之客觀標準？再者，前引第十二點第二項明定，應依「通體觀察」之原則審酌，而觀原判決之內容，其係分別觀察「包裝盒形狀與其上之文字、圖樣放置位置設計與背景顏色」，其觀察之方法，顯不符「通體觀察」之原則，顯有判決不適用法規之違法。（五）原判決所指，「因為被告機關（按：原處分機關）就原告之系爭二項香水商品為『相關事業及消費者所普遍認知』一節，在行政爭訟從未提出質疑（直到本院審理中才由參加人提出質疑）。則本案最後終究要進入到『是否發生混淆結果之判斷上』等語，有判決不適用法律暨適用法規不當之違誤。A 公平法第二十條第一項第一款規定適用，以1 尋求該條項款保護者為「表徵」，2 且該「表徵」已臻「相關事業或消費者所普遍認知」之程度，而3 被指涉仿襲之表徵，係為與尋求保護之表徵「相同或類似之使用」，且4 與尋求保護表徵所表徵之商品「致生混淆之結果」等為其要件。倘所尋求保護者，本非公平法第一條第一項所指之「表徵」，何有進而審究是否已臻「相關事業或消費者所普遍認知」程度之必要？如前所述，原處分機關已然認定被上訴人所主張應受保護之客體，即其系爭二款香水之整體包裝，難成為表徵，故從未進而論究其是否為「相關事業或消費者所普遍認知」，此為適用法律之當然，非得據此而認定原處分機關對被上訴人系爭二香水整體包裝，為相關事業或消費者普遍認知乙節，不為爭執。原判決未予斟酌原處分機關之全辯論意旨，斷章取義，率為「本案最後終究要進

入到『是否發生混淆結果』之判斷上』之認定，顯有悖違前引行政訴訟法第一百八十九條第一項規定之違法。B、況撤銷訴訟，當事人主張之事實，雖經他造自認，行政法院仍應調查其他必要之證據，行政訴訟法第一百三十四條，定有明文，則有關係爭二香水包裝，是否已臻「相關事業或消費者普遍認知」之程度乙節，縱經原處分機關自認，原審仍應調查其他必要之證據，而不得不善盡其調查之能事，遑論原處分機關並非自認，至多僅如原判決所稱之「從未提出質疑」，原判決豈得逕謂本案「最後終究要進入到『是否發生混淆結果』之判斷上？其判決不適用法規，彰彰明甚。（六）行政訴訟法第一百三十六條規定，「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定，於本節準用之」。民事訴訟法第二百七十七條則規定，「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」。又「當事人主張事實，應負舉證責任，倘所提出之證據，不足為其主張事實之證明，自不能認其主張之事實為真實，迭經本院著有判例」，行政法院七十五年度判字第一五四四號判決，曾加闡釋。原判決於當事人間舉證責任分配之證據法則適用乙節，有不適用法律之違誤。A、被上訴人主張，經○○伯斯公司授權由寶齡公司及○○寇斯公司產製經銷之各式產品中，elements aqua 及 BOSS No. 1 二款香水產品，深受消費大眾喜愛，二項商品之整體包裝（包括知名度之「BOSS」商標及公司名稱在內），已成為相關事業及消費者所普遍認知之商品表徵云云。被上訴人依法自應善盡其舉證之責任，證明其所引據之二系爭香水整體包裝已臻某程度之知名度，始足當之。而前引處理原則第十點第一項規定「判斷相關事業或消費者所普遍認知之考量因素，應綜合審酌左列事項：1 以該表徵為訴求之廣告量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象；2 具有該表徵之商品或服務於市場之行銷時間是否已足使相關事業或消費者對該表徵產生印象；3 具有該表徵之商品或服務於市場之銷售量是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象；4 具有該表徵之商品或服務於市場之佔有率是否足使相關事業或消費者對該表徵產生印象；5 具有該表徵之商品或服務是否媒體廣泛報導足使相關事業或消費者對該表徵產生印象；6 具有該表徵之商品或服務之品質及口碑；7 當事人就該表徵之商品或服務提供具有科學性、公正性及客觀性之市場調查資料；8 相關主管機關之見解。」就被上訴人對表徵是否為相關事業或消費者所普遍認知乙節得提出之證據，已為具體明確之例示，並無舉證上之困難。倘系爭二香水商品，確實具有一定之市場認知程度，則相關之「廣告量」、「行銷時間」、「銷售量」、「佔有率」及「媒體之報導」等證據，並非不易取得之資料，豈有提出之難處？而行政法院命當事人提出此等證據資料，亦無任何審酌上之困難，而不得自行調查之處。B、詎被上訴人自始至終，未曾提出使用系爭二包裝之香水的實際銷售與廣告數量之證據；反之，卻不斷以其「BOSS」與「BOSS HUGO BOSS」商標之知名度資料，企圖混淆視聽；被上訴人迄至原判決證據調查程序終結前

，所提出欲以證明系爭二香水商品已具知名度之證據，僅一紙「『BOSS』香水在台代理商之市場占有率資料（此實為該代理商所發之新聞稿），及其所委託中華徵信所企業股份有限公司（下稱中華徵信所）所作之市場調查報告而已。惟姑不論乙紙由被上訴人代理商所發布之新聞稿之證明力，何其薄弱，縱採信其內容，亦不足以證明其與系爭二款香水包裝之知名度，蓋該新聞稿之內容，乃稱「BOSS」香水占香水市場之三分之一，然「BOSS」香水款式眾多，不僅系爭二款香水，即便其所稱「BOSS」香水之占有率確有三分之一，也並非系爭二款香水之市場占有率已臻相當高之程度。至於，中華徵信所之市場調查報告，係以「受訪者對於『BOSS HUGO BOSS』品牌系列產品之認知為其內容，而非以受訪者對「BOSS elements aqua」及「BOSS NO.1」二款香水之認知度為其調查內容。究其實，無非被上訴人無法據證證明其系爭二款香水之知名度。C、原審從未命被上訴人就此善盡其舉證之責，以符法所明定之舉證責任分配原則，並於原審程序中進行必要之調查，避免程序之勞費，竟僅謂「在參加人爭執之情形下，原告似乎應提出更明確之證據來證明 Elements Aqua 及 BOSS No.1 二款香水商品為『相關事業或消費者所普遍認知之商品』」，而命原處分機關重行審酌時，應參酌此點。從而，原判決違反前引證據調查之相關規定。（七）被上訴人主張，本件上訴應予駁回，不外以①上訴人之代理人未受委任提起上訴②上訴人與本件上訴之提起欠缺權利保護要件等為由，惟：A 上訴人確經合法委任，且已提出委任狀在案，被上訴人之主張自無足採。查訴訟代理人就其受委任之事件，有為一切訴訟行為之權；受有特別委任者，更得提起上訴，為行政訴訟法第五十一條第一項著有明文。上訴人代理人於原審受上訴人等之特別委任，於法定期間內提起本件上訴，自為合法；上訴人嗣後已提出委任狀在案，代理權限自無欠缺。B、被上訴人謂，原審法院並未依據被上訴人之主張，判命原處分機關公平會依公平法第四十一條處分參加人即上訴人，故原判決對上訴人之權利或利益並無影響；且原判決撤銷原處分後，公平會是否處分上訴人，有賴公平會釐清相關事實後加以決定，公平會是否處分上訴人，因而影響其權利或利益，乃未來不確定事實，上訴人不得以該未來不確定之事實為基礎，主張其權利或利益受到侵害，而事先提起上訴等語，主張上訴人不得提起本件上訴。惟參諸行政法院八十六年四月份庭長評事聯席會議，就「專利權人之專利權經關係人對之提起舉發，原處分機關為舉發不成立之處分，關係人不服提起訴願，經訴願決定撤銷原處分，著由原處分機關另為詳查審酌再為審定。原權利人對之提起再訴願，經再訴願決定以行政處分不存在，再訴願人之權利，或利益未受有實際損害，未經實體審理，不予受理，再訴願人復提起行政訴訟」之問題，所作成之決議即，「按司法院院字第六四一號解釋謂：不服受理訴願官署之決定者，雖非訴願人亦得提起再訴願。但以因該決定撤銷或變更原處分，致損害其權利或利益者為限。又人民對於中央或地方機關之行

政處分，祇須認為違法或不當，致損害其權利或利益者，即得提起訴願、再訴願，至是否確有損害其權利或利益乃實體上應審究之事項，不得從程序上駁回其訴願、再訴願，本院著有六十九年判字第二三四號判例。．．．，徵諸上揭解釋及判例意旨，自得提起再訴願，再訴願決定應從實體上審理。．．．且參照司法院釋字第二一三號解釋，行政處分因期間之經過或其他事由而失效者，如當事人因該處分之撤銷而有可回復法律上利益時，仍應許其提起行政訴訟。本案原處分之回復對專利權人既有法律上利益，應許其提起再訴願。再訴願決定以其不合訴願要件，從程序上駁回，自有不合。再訴願人提起行政訴訟，仍具有權利保護要件，應將再訴願決定撤銷，著其從實體上審理」等意旨可知，原審既已從實體上審理，撤銷對上訴人有利之原處分，上訴人得否繼續使用系爭二香煙包裝，遂處於不確定之狀態，豈可謂對上訴人之法律上利益不生影響？再者，行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，行政訴訟法第四十二條第一項定有明文，原審既以九十年二月七日八十九年訴字第一〇〇四號裁定命上訴人等獨立參加訴訟，足徵原審判決之結果，將使上訴人之權利或法律上之利益受到損害，而原審判決既非維持有利於上訴人之原處分而反將之撤銷；從而，上訴人於本件上訴，仍有權利保護要件。故綜前所述，被上訴人就本件上訴所提之程序答辯均無可採。（八）按原判決以「原告（按：即被上訴人）之系爭二項香水產品，．．．，並因『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故其整體包裝外觀當然屬商品表徵」為由，認定「本案在原告提出檢舉之始，依其提出之資料，從外觀為形式上觀察，並非可以不經調查，即可認定原告之主張不成立」。惟：A、查被上訴人之一〇〇寇公司於香水等商品類別，以「BOSS」商標圖樣申請註冊，經以關係人即被告機關以該商標與訴外人仙資堂企業股份有限公司之註冊在先第三七六三八一號「芬達 BOse」商標近似，而遭核駁未獲准許，業經鈞院九十年八月九日九十年判字第一三九二號判決確定。則被上訴人等使用「BOSS」商標於香水同一或類似商品，不惟未有專用之權利，尚且有致令消費者誤認具與「BOse」商標所表彰之香水來源同一之虞，故遭被告機關核駁，並經訴願、再訴願機關與鈞院維持被告機關之處分。被上訴人於系爭二項香水產品使用「BOSS」商標圖樣之標誌，無有表彰其商品係源自被上訴人之實，原判決所為系爭二項香水產品，因「『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源，並致其整體包裝外觀當然屬商品表徵」之認定，顯有謬誤。B、次查，行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，行政訴訟法第一百八十九條第一項著有明文。上訴人於原審主張「以香水市場消費者之選購習慣而言，消費者多以香水瓶而非以紙盒外包裝為其選購之依據，被上訴人之引證二項香水之香水玻璃瓶，與上訴人香煙包裝盒，顯有區隔，自無混淆誤認之虞」。詎原判決就此

一顯而易見、眾所週知之事實，未為斟酌，已有違法。況被上訴人就其系爭二香水之廣告，亦多僅以玻璃瓶為之，則原判決未究實情，蔽於被上訴人一隅之陳述，自有違誤。（九）原判決所為「原告之系爭二項香水產品，有其獨立之產品名稱及整體包裝設計，即使使用『BOSS』為其商標，但仍可與其整體包裝設計結合成一個具有識別力之商品表徵，並因『BOSS』商標圖樣之標誌，而足以表彰商品或服務來源，故整體包裝外觀當然屬商品表徵」之認定，進而判決上訴人系爭二類品牌香菸整體外觀與被上訴人之引二款香水包裝為近似，而命被告機關應就上訴人有無不正競爭之故意乙節重行調查斟酌等，與行政法院諸多前例見解相左，僅以行政法院八十五年度判字第五一二號判決為例觀之，原判決之理由乏其所據，彰彰明甚：A、行政法院八十五年度判字第五一二號判決謂，「．．．固為公平法第二十條第一項第一款及第二十四條所規定，惟所稱表徵，係指某項具識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關大眾用以區別不同之商品或服務者而言。至鉅實用或技術機能之功能性形狀者，因不具表彰商品來源之功能，故非該法所稱之表徵；另所稱識別力，指某項特徵特別顯著，使相關大眾見諸該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供；又所稱混淆，則指對商品或服務之來源有誤認誤信而言。．．．。查國內市場上呼叫器之外觀大抵類似，除原告產品以具有多樣顏色而與其他品牌較為不同外，原告所提資料無法顯出系爭產品之外觀具有顯著之獨特性。況消費者難僅憑外觀即決定購買，尚會進一步探詢產品之特點、耐用與否、是否容易使用、價格、售後服務及口碑等，亦即消費者並非以外觀為辨識產品之依據，縱原告之消費者在國內已具相當知名度，惟依其所提資料仍不足以證明其原告系爭產品之外觀，已成為相關大眾所共知之表徵。況原告之系爭產品與關係人之產品，仍有許多不同，．．．」；又「原告及關係人之產品在外觀上有多處相異之處，難謂關係人有榨取原告努力成果之情事，自無公平法第二十四條所構足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為等語」（請參見上證十二號：行政法院八十五年度判字第五一二號判決，摘自行政院公平會編印，公平法行政裁判案例彙編（第二輯）第五八九頁第二行起至第四行）。B、依前揭判決之意見，審酌本件之系爭產品：

行政法院八十五年度判字第五一二號 判決	本件
國內市場上呼叫器之外觀大抵類似。	國內市場上香煙及香水外觀大抵類似。
除原告產品以具有多樣顏色而與其他品	被上訴人主張其 BOSS elements aqua

牌較為不同外，原告所提資料無法顯出 系爭產品之外觀具有顯著之獨特性。	香水包裝具有泡沫水滴狀之特色，惟仍 非獨一無二。
	被上訴人之 BOSS No. 1 不具任何特色。
消費者並非以外觀為辨識產品之依據。	消費者縱有以產品外觀為選購香水依據 之可能，依消費者之習慣，亦係以香水 之玻璃瓶為據，非以紙盒為依據，已如 前述。
產品在外觀上有多處相異之處，難謂關 係人有榨取原告努力成果之情事，自無 公平法第二十四條所稱足以影響交易秩 序之欺罔或顯失公平行為。	上訴人之產品與被上訴人系爭二項香水 在外觀上有多處相異之處，難謂上訴人 有榨取被上訴人努力成果之情勢；尤有 甚者，上訴人之產品乃香煙與被上訴人 之系爭香水產品，實無商業上競爭之關 係。

為此請求判決廢棄原判決及駁回被上訴人原審之訴等語。

五、被上訴人即原審原告等對上訴答辯則以：（一）程序部分 A、代理人未受委任提起上訴，其上訴不合法：1、行政訴訟法第二百四十一條前段規定：「提起上訴，應於高等行政法院判決送達後二十日之不變期間內為之。」，又行政訴訟法第二百四十九條第一項規定：「上訴不合法者，最高行政法院應以裁定駁回之，同條但書雖稱『但其情形可以補正者，審判長應定期間命其』」補正」，惟依訴訟法之法理：上訴人有律師為代理人，或依其書狀之記載可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不命其補正，而逕予駁回（民事訴訟法施行法第九條參照）。2、按上訴人於聲明上訴狀中自承，原審判決於九十年四月二十六日送達上訴人，聲明上訴狀記載上訴人提出聲明上訴狀之日期為九十年五月十六日，亦即二十日不變期間之最後一日，但無法確定是否為原審法院實際收受之日期，故其是否於法定期間內提起上訴，已有可疑。此外，聲明上訴狀及九十年六月五日提出上訴理由狀中並未附具任何委任狀，足以證明訴訟代理人已受上訴人委任，而得提起本件上訴，顯見上訴人之上訴並不合法，應予駁回。3、應特別說明者，訴訟代理人未受委任提出上訴，與其他訴訟程式要件之欠缺及可否命其補正有所不同。蓋訴訟代理人未受委任提起上訴，不能認為上訴人有合法提出上訴之意思表示，而提起上訴應於法定二十日之不變期間內為之。要之，本件上訴實已逾越法定不變期間，故應駁回上訴人之上訴。4、縱認為訴訟代理人未受委任提出上

訴，與其他訴訟要件之欠缺並無不同，於有欠缺之情形得命其補正，然因本件上訴人之訴訟代理人均為律師，對於訴訟合法要件知之甚詳，依前開訴訟法之程序進行原則，鈞院亦得不命補正，逕予駁回。B、上訴人提起上訴欠缺權利保護要件，其上訴不合法，應予駁回：上訴人稱原審法院依行政訴訟法第四十二條規定，命上訴人為獨立參加人參加原審訴訟。因獨立參加人亦為當事人，雖原審之被告機關公平會並未提起上訴，其仍得獨立提起本件上訴云云。惟查：1、按並非具有當事人地位者，均得對判決提起上訴。需當事人因敗訴判決之結果，主張侵害其法律上之權利或利益，始得對判決表示不服提出上訴，其理甚明，此即所謂之「上訴利益」。2、原判決結果並未侵害上訴人即原審參加人之權利或法律上之利益，其不得提出上訴：I、按本件被上訴人在原審提起課予義務之訴，主張參加人之行為違反公平法第二十條與第二十四條，聲明請求被告機關公平會依公平法第四十一條處分參加人。據被上訴人之聲明，原審認為：倘原告之主張全部有理由，且案件事實證明確者，應判命行政機關依原告所申請之內容作為行政處分，亦即判命被告機關處分參加人，此時有侵害參加人營業權益之虞，因而命參加人獨立參加。II、細查被上訴人於原審請求法院判命被告機關依公平法第四十一條處分參加人之聲明，該項聲明實可區分為兩部分，一是撤銷原處分，二是命被告機關處分參加人。前者係指原處分具有瑕疵應予撤銷，但是否應依原告之請求判命被告機關處分參加人，尚須調查，暫不決定（行政訴訟法第二百零四條第四款參照），此種情形可謂原告「一部勝訴一部敗訴」。後者係指事實已明瞭，法院判命被告機關處分參加人，同時將原處分撤銷（行政訴訟法第二百零三條第三款參照），此種情形可謂原告「全部勝訴」（行政訴訟法第二百零四條第四款參照）。3、本件原審法院判決被上訴人之主張「一部勝訴一部敗訴」，判決撤銷被告機關之原處分，請被告機關依原審判決之法律見解，於釐清事實關係後重新作成決定。要之，原審認為被上訴人主張原處分具有瑕疵之部分有理由，故原處分應予撤銷。至於被上訴人主張被告機關應依公平法第四十一條處分參加人之部分，原審則認為若干事實有賴被告機關之專業能力加以釐清，無法經由法院之審理取代，故請被告機關依原判決之法律見解，於釐清事實重新決定，此部分並未判被上訴人勝訴。因原審法院並未依據被上訴人之主張，判命被告機關依公平法第四十一條處分參加人，故原審判決對上訴人之權利或利益並無影響。4、上訴人或認為原審判決撤銷原處分，已影響其權利或利益，故其具有上訴利益。惟查，原審判決撤銷原處分後，被告機關是否處分上訴人，有賴被告機關釐清相關事實後加以決定，因而影響上訴人權利或利益，乃未來不確定之事實，上訴人不得以該未來不確定之事實為基礎，主張其權利或利益受侵害，而事先提起上訴。要之，上訴人在現階段提起訴訟或上訴並不具有訟爭之成熟性，因此欠缺權利保護要件，其訴應予駁回。（二）實體部分A、上訴最高行政法院時，上訴理由狀應就原

判決違背法令之處具體指摘，否則其上訴即難謂合法：1、對於高等行政法院之判決提起上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。上訴狀應添具關於上訴理由之必要證據。行政訴訟法第二百四十二條、二百四十四條第二項定有明文。所謂違背法令，係指行政訴訟法第二百四十三條第一項及第二項之規定。參照最高法院七十一年度台上字第三一四號判例，即知當事人依行政訴訟法第二百四十三條第一項規定，以高等行政法院之判決有「不適用法規或適用法規不當」為上訴理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容。若係成文法以外之法則，亦應揭示該法則之旨趣。倘為司法院解釋或最高行政法院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如依行政訴訟法第二百四十三條第二項所列各款事由提起上訴者，其上訴狀或理由書應揭示合於該條款之事實，上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對高等行政法院判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。2、遍觀上訴人上訴狀之記載，其重點僅在於重述上訴人於原審法院已提出之抗辯而為原審法院不採之理由，上訴人實係將鈞院當作事實審之重新審理。上訴狀內實質上並未具體指摘原審判決違反任何法條、法則、解釋或判例，亦未具體指摘原審判決有任何符合行政訴訟法第二百四十三條第二項各款之事實，其上訴實難謂為合法。B、上訴人就其指摘之原審判決違法事由，亦未說明該事由如何影響裁判結果者，其上訴顯於法不合：1、行政訴訟法第二百五十八條規定：「除第二百四十三條第二項第一款至第五款之情形外，高等行政法院判決違背法令而不影響裁判結果者，不得廢棄原判決」。依本條之規定，指摘高等行政法院判決具有第二百四十三條第一項及第二百四十三條第二項第六款之違法事由者，必須進一步說明該違法事由如何影響裁判結果，始得要求上訴審法院以該違法事由廢棄原審判決。2、本件上訴人指摘原審判決具有「判決不適用法規或適用不當」及「判決不載理由或所載理由矛盾」之違法。然上訴人於上訴理由狀中，並未就前開上訴人自己所指稱之事由，說明該事由如何影響原審裁判結果。要之，不論原審判決有無上訴人所指之事由存在，因該事由並未影響裁判結果，依行政訴訟法第二百五十八條之規定，鈞院亦不得廢棄原審判決。C、「判決不適用法規或適用法規不當」及「判決不備理由或理由矛盾」之判準：上訴人主張原審判決具有「判決不適用法規或適用法規不當」、「判決不備理由或理由矛盾」之違法。為釐清原審判決是否具有上訴人所指摘之違法事由，有必要先說明前開兩項違法事由之判斷基準：1、所謂判決不適用法規或適用法規不當，係指判決不適用「應適用之法規」或適用「不應適用之法規」等未正確適用法規之態樣而言。參照法院判例，所謂「法規」，係指法律、司法院大法官之解釋或有效之判例。具體言之，上訴人首先必須具體指明何項法規為原審判決所應適用，而原審判決未適用，何項法規為原審判決不應適用而原審判決加以適用。進而根據原審判決之資料，具體比對原審判決有如何符合上訴人

所指摘之情形。除此之外，參照行政訴訟法第二百五十八條規定，上訴人尚必須進一步說明，上訴人所指摘之「不適用法規或適用法規不當」，有如何之情形將影響裁判結果，始得要求鈞院廢棄原審判決。2、依行政訴訟法第二百零九條第三項之規定，判決理由欄下，應記載關於攻擊防禦方法之意見及法律上之意見。所謂「判決理由不備」，係指判決未記載得心證之理由，致當事人無法從理由欄之敘述，獲致判決主文之結論而言。倘有多種獨立理由足以支持判決，法院只採用其中一種時，或理由之記載略有簡略，均非法條所指之理由不備。所謂「理由矛盾」則係指理由前後抵觸或判決主文與理由不符之情形而言（最高法院五十三年度台上字第三五七一號判例參照）。

除此之外，參照行政訴訟法第二百五十八條規定，上訴人尚必須進一步說明，上訴人所指摘之「不備理由或理由矛盾」，有如何之情形將影響裁判結果，始得要求鈞院廢棄原審判決。D、原審判決認定原處分之作成未踐行證據調查程序，並不具有上訴人所指之瑕疵：1、上訴人所謂違反程序之瑕疵僅有無效或補正兩種類型，與法律規定及規範意旨不符：原審判決認定：原處分之作成未踐行證據調查程序，此種事由屬於不得補正之重大瑕疵，且此等瑕疵足以造成原處分事實認定發生錯誤，構成得撤銷之事由。上訴人則主張，所謂程序瑕疵，僅有「無效」或「得補正」之兩種類型。惟查：I、行政處分之作成應踐行一定程序而未遵守者，其作成程序具有瑕疵，屬違法之行政處分而得撤銷（行政法院五十六年判字第一一〇號判例參照）。行政程序法立法通過後，於行政程序法第一百四十四條規定特定程序或方式之瑕疵得予補正加以治癒。吳庚大法官特別說明，倘程序或方式之瑕疵，不屬於前開行政程序法第一百四十四條所規定之各項情形者，則該程序瑕疵對行政處分之效力有何影響，應視程序瑕疵之嚴重性而定。「如屬輕微之違反程序，對處分之效力不生影響，至於嚴重之瑕疵則構成無效或得撤銷之原因」，已說明行政處分程序瑕疵，構成得撤銷之事由。II、行政程序法第一百五條規定：「行政處分違反土地管轄之規定，除依第一百十一條第六款之規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷」。司法院長翁岳生亦指出，我國行政程序法第一百五條僅就違反土地管轄之情形加以規定，未如德國聯邦行政手續法第四十六條，就所有違反程序之瑕疵為類似之規定，亦即程序瑕疵中「原處分機關是否對系爭事件作成相同處分」作為得否撤銷之考量，其理由在於「我國一般人民之法律意識不強，守法觀念有待加強，於此情形下，如只顧實體上行政處分無法作成不同決定，就准許有關程序或方法規定之違反，恐將造成不少弊端」。因此學者指出，依據本條之立法意旨，行政處分有關程序或方式規定者，除有行政程序法第一百十一條規定而無效者外，違反程序而有瑕疵之行政處分，得予撤銷。III、實則，行政處分具有因內容或程序瑕疵而違法者，因其瑕疵之嚴重程度不同，對行政處分之效力亦有不同影響。因行政處分具有公定力，故除行政處

分具有明顯重大瑕疵而無效外，行政處分未經撤銷前，其效力繼續存在（行政程序法第一百十條第三項參照）。至於程序瑕疵，原則上得撤銷，例外得因補正而治癒（行政程序法第一百十四條參照）。瑕疵行政處分以撤銷為原則，無效與補正治癒為例外。上訴人不僅將「例外」之「無效」及「補正」治癒當作原則，甚且主張程序瑕疵僅有「無效」與「補正」治癒兩種類型，其說法並不足採。IV、由前述說明可知，因程序瑕疵違法之行政處分，依瑕疵之程度嚴重而有「無效」、「得撤銷」、「得補正」之不同類型。甚且，得補正而未予補正或已無法補正之瑕疵行政處分，亦應予撤銷。原審判決認定原處分之程序瑕疵，足以造成事實認定發生錯誤，屬於不得補正之重大瑕疵，因而撤銷原處分，實屬正當有據。上訴人主張程序瑕疵僅有「無效」、「得補正」兩種類型，因而指摘原審判決違反行政程序法，實無足採。2、原審判決認定被告機關未踐行調查程序係證據調查程序瑕疵，並無違反闡明權之問題：原審判決認定：被告機關未踐行其所訂定之處理原則第十三點，屬於「證據調查程序之瑕疵」。上訴人辯稱：被上訴人於原審主張被告機關違反處理原則第十三點，屬於「組織合法性」要件之瑕疵。原審判決認定此項瑕疵為證據調查程序之瑕疵，逾越被上訴人主張之範圍，且未行使闡明權予上訴人辯論機會，違反行政程序法第一百二十五條之規定云云。惟查：I、行政訴訟採職權調查主義，不受當事人主張之拘束（行政訴訟法第一百二十五條第一項、第一百三十三條規定參照），而適用法律更是法院之職權。就當事人所主張之事實，行政法院應依職權決定；就當事人主張事實所應適用之法律，行政法院更應依其調查事實確定之結果，決定應適用之法律，均不受當事人主張之拘束。II、就原審被告機關違反處理原則第十三點乙節，被上訴人已於原審判決提出，原審被告機關亦不否認。原審法院依職權調查事實加以取捨認定之結果，不僅未逾越被上訴人陳述之範圍，更是原審法院之職權。此外，上訴人及被告機關知悉被上訴人陳述被告機關違反處理原則第十三點，本無待原審法院闡明，上訴人及被告機關即已可提出答辯，且上訴人及被告機關亦已於原審審理程序中提出書狀詳予抗辯（參見原審判決第五十八頁第十行以下，原審被告機關之答辯；原審判決第六十六頁第十行以下，上訴人之答辯）。上訴人在其已知悉且提出書狀進行辯論之情形下，竟仍稱原審法院未闡明使其辯論，實難令人理解。III、原審判決認定被告機關應受其解釋裁量規則之，並無不適用法規或適用法規不當之違法：上訴人辯稱，原審判決認定被告機關得自行斟酌發動調查權，則被告機關得自由裁量是否適用內部行政規則，自由決定是否適用處理原則。且原審判決適用處理原則第十三點，以認定構成「表徵」為前提，被告機關既已認定本件無「表徵」存在，自無須適用處理原則第十三點。原審判決因而具有適用法律不當之違法云云。惟查：a、原審判決係說明：公平法第二十七條賦予被告機關調查之職權，被告機關有自行斟酌之餘地。如果檢舉案件「明顯不合法」或

「顯然無理由」，被告機關得不踐行調查程序，然本件非屬「明顯不合法」或「顯然無理由」之情形。因此，在本案，被告機關並無自由裁量是否適用處理原則證據調查程序之問題。上訴人稱依原審判決之認定，被告機關得自由決定是否適用處理原則之證據調查程序，其對原審判決之認定，顯有誤解。b、被告機關從未否定本件系爭兩項香水商品有商品表徵存在，甚至就系爭商品表徵為「相關事業及消費者所普遍認知」乙節，亦從未質疑。被告機關於原處分之所以認定上訴人未違反公平法第二十條，其理由在於被告機關比對商品表徵後，認為本案尚不構成「相同或類似使用致與他人商品相混淆」。上訴人稱被告機關已認定系爭商品無商品表徵存在，顯然對被告機關之原處分有所曲解。c、甚且，處理原則第十三點係規定進行判斷「表徵是否為相關事業或消費者所普遍認知、是否為相同或類似使用、或是否有致混淆之虞」之調查程序，上訴人主張前開調查認定程序必須先由被告機關認定具有表徵存在，始須進行調查，亦不足取。d、此外，處理原則係解釋裁量性之規則，對行政機關具有一定拘束力，上訴人稱被告機關可自由決定是否適用處理原則，因而原審判決認定被告機關應受處理原則拘束之見解違法云云，並無理由。E、原審判決對「表徵」之認定，並未違反公平法第二十條，更無理由不備之違法：原審判決認定：商品表徵與商標法第五條第二項所指之商標識別性意義近似，但非完全相同。商品表徵之判斷，應視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵。上訴人則辯稱，原審判決之認定違反公平法第二十條，且未說明「特別顯著性」，具有理由不備之違法云云。惟查：1、首應辨明者，上訴人所謂原審判決有關表徵之判斷有誤，係指原審判決有關表徵之認定，不符處理原則第四點，而非不符公平法第二十條。蓋公平法第二十條第一項第一款對「表徵」並無定義性規定。此外，上訴人稱依處理原則第四點規定，表徵以具有識別力為要件，亦有錯誤。蓋處理原則第四點第一項規定：「本法第二十條所稱表徵，係指某項具有識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務」。據此，處理原則第二項進一步規定如何判斷「識別力」，第三項則規定如何判斷「次要意義」。顯見表徵包括「識別力」與「次要意義」兩種情形。上訴人稱表徵限於具有識別力一種情形者，實有錯誤。2、公平法第二十條第一項第一款規定：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆」。其中姓名、商號、公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀為表徵之例示規定。原審判決稱：商品表徵之認定，「視該商品有無設計上之獨特性與整體性，而形成一個與其他商品區別之特徵」，進而認定系爭兩項香水產品之整體包裝屬於商品表徵。不僅與公平法第二十條之規定相符，亦符合被告機關處理原則第四點有關表徵「識

別力」、「次要意義」之解釋。上訴人指摘原審判決有關表徵之認定與處理原則不同，具有不適用法規之違法，且將處理原則當作法規，並不足採。3、上訴人又辯稱，具有特別顯著性而足以為表徵者，本案系爭香水商品僅有「BOSS」商標足以為表徵，原審判決不當將表徵擴張至容器、商品包裝，違背法律規定云云。惟查，公平法第二十條第一項已例示表徵包括商品容器、包裝、外觀等。顯見原審判決有關商品表徵之認定，與公平法第二十條之規定相符。反而上訴人宣稱商品表徵限於「商標」乙節，係與公平法第二十條之規定不符。上訴人竟以其不符法律之見解，指摘原審判決符合法律之見解錯誤，亦有不當。4、上訴人又辯稱，原審判決未說明系爭商品之包裝如何具有特別顯著性，具有理由不備之違法。惟查，如前所述，所謂理由不備，係指判決未記載得心證之理由。判決已記明理由者，縱使理由之記載略有簡略，並非理由不備。本件原審判決不僅說明表徵之認定方式，且其說理甚為詳盡。上訴人猶濫稱原審判決理由不備，並不足採。核上訴人之意旨，即要求法院不僅應記明得心證之理由，亦應記明「得心證理由」之「理由」。依上訴人之邏輯，則不論法院判決記載理由如何詳盡，上訴人均得任意宣稱法院未對理由再以理由說明。顯見上訴人所辯，實不足取。5、上訴人另稱，違反公平法第二十條有刑事責任，依罪刑法定主義，應從嚴解釋云云。惟查，公平法已於八十九年修正施行。違反公平法第二十條者，採取「先行政後司法」（公平法第三十五條參照）。上訴人所謂違反公平法第二十條有刑事責任，故應從嚴解釋，顯屬無稽。6、更重要者，參照行政訴訟法第二百五十八條，以「不適用法規或適用不當」或「不備理由或理由矛盾」指摘判決違背法令者，尚須進一步說明該違背法令有如何之情形足以影響裁判結果，始得請求最高行政法院廢棄原審判決。如前所述，本件原審判決並無上訴人所指摘之違背法令情形存在。甚且，本件原審判決係因被告機關之原處分未踐行證據調查程序之瑕疵，因而撤銷原處分，發回被告機關重新調查處理。申言之，上訴人所述之「表徵認定不符公平法第二十條」、「未說明特別顯著性理由不備」之事由，並不影響原審判決之裁判結果。更何況原審判決並無上訴人指摘之違法事由。上訴人一再重述其在原審提出之理由，實有濫用司法資源之嫌。F、原審判決有關表徵是否相同或類似適用之判斷，並無不適用法規或理由不備之違法：上訴人稱原審判決有關表徵是否相同或類似使用，並未參酌全辯論意旨，且違反被告機關處理原則第十二點之規定云云，惟查：1、被告機關於原處分、訴願決定及本件訴訟程序，已詳細陳述其認定本件並無商品表徵相同或類似使用造成相關事業或消費者混淆之理由。而原審法院亦已參酌被告機關之陳述，進而依法裁判。上訴人指摘原審判決未參酌被告機關之全辯論意旨，並不正確。查上訴人之意，其真意似非指摘原審法院未參酌被告機關之辯論意旨，而係指摘原審判決誤解被告機關之意思（被告機關並未上訴指摘原審判決誤解其意思）。就上訴人所稱「誤解」被

告機關之意思乙節，究竟違背何項法令，上訴人並未具體指明。2、按被告機關處理原則第十二點規定，判斷商品表徵是否相同或類似使用，其判斷原則包括「具有普通知識經驗之相關事業或消費者施以普通注意原則」、「通體觀察及比較主要部分原則」、「異時異地隔觀察原則」。原審判決認為，於判斷商品表徵是否相同或類似使用時，應整體觀察、異時異地觀察。顯見原審判決於判斷「商品表徵是否相同或類似使用」，與被告機關處理原則第十二點並無不同。3、上訴人指摘，原審判決之觀察方法不符「通體觀察」原則，不符合前開處理原則第十二點，且原審判決未說明其係由「一般大眾」或「具有普通知識之相關事業或消費者」之客觀觀點加以判斷，亦具有理由不備之違法云云。惟查：I、前已敘明原審判決之判斷方法，符合「通體觀察」原則。上訴人稱該判斷非通體觀察，並不正確。II、所謂判決不適用法規或適用法規不當已如前述，上訴人一再將被告機關之處理原則當作法規，並不足採。III、前已敘明，依判例確立之標準，所謂理由不備，係指判決未記載得心證之理由。判決已記明理由者，縱理由之記載略有簡略，並非理由不備。本件原審判決已詳細記載理由，上訴人指摘原審判決未進一步敘明「一般大眾」或「具有普通知識之相關事業或消費者」之客觀觀點，係屬理由不備，實屬無理。4、以「不適用法規或適用不當」或「不備理由或理由矛盾」指摘判決違背法令者，尚須進一步說明該違背法令如何影響裁判結果，始得請求最高行政法院廢棄原審判決。原審判決對商品表徵相同或類似使用之判斷，不僅無上訴人所指違背法令之情形。甚且，本件原審判決係因被告機關之原處分未踐行證據調查程序之瑕疵，因而撤銷原處分，發回被告機關重新調查處理。申言之，上訴人所指摘之「未參酌全辯論意旨」、「不符處理原則第十二點」事由，亦不影響原審判決之裁判結果。G、原審判決有關係爭商品為相關事業或消費大眾普遍認知之說明，並無任何違法：原審判決說明：被告機關就系爭商品至否為相關事業或消費者普遍認知乙節，從未加以質疑。進而說明本件應進入是否發生混淆之判斷。上訴人則辯稱：就當事人自認之事實，法院仍應調查其他必要證據。原審判決違反行政訴訟法第一百三十四條云云。惟查：1、行政訴訟採取職權調查主義，係指法院為維護公益，對於證據資料之蒐集，不受當事人主張之拘束。且職權主義旨在維護人民權益，希望透過法院職權調查，賦予人民平等之武器，蓋行政機關掌握各項資訊，採取辯論主義對人民不利。倘法院認為並無調查之必要者，本無發動職權調查之必要。上訴人主張對於被告機關自認之事實，不論法院認為有無調查之必要，均需發動職權重新調查，其對職權調查主義之證據資料蒐集方式，顯有誤解。2、再者，原審判決係因原處分機關未踐行證據調查程序之瑕疵違法而撤銷原處分，並未自行判斷上訴人是否違反公平法。依裁判理由，自無須逐一就公平法第二十條所第一項第一款規定之各項構成要件逐一論述，上訴人指摘原審判決未調查各項要件，亦無理由。3、茲應重申

者，上訴人並未指摘此項事由如何影響裁判結果。實則，依原審判決撤銷原處分之理由，不論有無上訴人所指摘「職權調查」瑕疵存在，對裁判結果均無影響。H、原審判決並無違反舉證責任分配之違法：上訴人主張：主張對其有利之事實者，應負舉證責任，被上訴人既主張系爭兩項香水商品之表徵相關事業或消費者所普遍認知，自應由被上訴人提出證據加以證明。原審判決未命上訴人提出更明確之證據，於判決書中稱被告機關重新審酌時，被上訴人應提出更明確之證據證明系爭香水為相關事業及消費者普遍認知，原審判決違背行政訴訟法第一百三十六條舉證責任之規定云云。惟查：1、按當事人主張對其有利之事實者，就其事實本有舉證責任，惟證據之證明力如何，由法院判斷。由上訴人之陳述，即知被上訴人於原審已提出相關證據資料證明系爭香水之商品表徵為相關事業或消費者普遍認知，只是上訴人對於該證據資料之證明力有所爭執耳。上訴人將舉證與證據證明力混為一談，將其對證據證明力之爭執，進而稱原審判決有未命被上訴人盡舉證責任之違法，並不足取。2、如前所述，原審判決係因原處分未踐行證據調查程序之瑕疵違法而撤銷原處分，並未自行判斷上訴人是否違反公平法。依裁判理由，自無需逐一就公平法第二十條第一項第一款規定之各項構成要件逐一調查論述。上訴人指摘原審判決未命被上訴人未盡舉證責任之違法云云，並不影響裁判結果。I、綜右所陳，原審判決並無上訴人所舉之「不適用法規或適用法規不當」、「理由不備或理由矛盾」之事由存在。更重要者，參照行政訴訟法第二百五十八條之規定，以前開兩項事由指摘判決違法者，應說明所謂違法事由足何影響裁判結果。本件原審判決係以原處分未踐行證據調查程序具有瑕疵而撤銷原處分，此項瑕疵事實甚為明確。依原審判決撤銷原處分之理由，前開上訴人所指摘之事由，均不影響裁判結果，上訴人主張實無理由，為此請求駁回上訴。

六、經查：(一)原審判決於九十年四月二十六日送達上訴人，上訴人於九十年五月十六日向原審法院聲明上訴，有聲明上訴狀上臺北高等行政法院總收文日戳附於本院卷內可證，其上訴並未逾期，被上訴人即原審原告等存疑上訴人上訴逾期不合法之詞，尚不足採。(二)被上訴人即原審原告等於八十八年五月五日向原審被告行政院公平交易委員會檢舉上訴人涉嫌違反行為時公平交易法第二十條第一項及第二十四條規定，行政院公平交易委員會先移交經濟部查禁仿冒小組處理，遭該小組退回後，行政院公平交易委員會依被上訴人即原審原告等檢舉時所附之書面資料進行審查，便以八十八年八月十六日(八八)公參字第0000000號函復被上訴人即原審原告等稱被檢舉人(即上訴人)並未違反公平交易法第二十條第一款、第二十四條規定。被上訴人即原審原告等指稱該行政處分未經行政院公平交易委員會以合議之程序為之，有違行政院公平交易委員會自訂「公平交易法第二十條處理原則」第十三點之要求，且該瑕疵不得以事後追認之方式補正乙節。惟依公平交易法第二十八條規定「公平交易委員會依

法獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之。」，並非規定「應」以委員會名義行之，且未明定採取直接審理原則，必須參與調查證據及言詞辯論之委員始能為決議，故該公平交易委員會作業實務上將案件指定某一特定之委員處理，且由機關之職員先進行調查證據之程序，將調查結果擬具處理意見，轉呈委員會決議，於法尚無不合，被上訴人即原審原告等以上開程序上理由指摘原處分程序上違誤之詞，尚不足採。

(三)被上訴人即原審原告等係以「BOSS」「HUGO BOSS」圖樣在中華民國取得商標專用權，指定使用服飾、香水、化妝品等多種商品。而上訴人亦以「BOSS」圖樣在中華民國取得商標專用權，指定使用於菸草、香菸、雪茄、捲煙、菸具、打火機、火柴等多種商品，有商標公報附於原處分卷內可證，被上訴人即原審原告等曾於八十四年間對上訴人之「BOSS」第七〇三六一號商標之審定提出異議，復於八十八年間對同一商標之註冊提出評定均遭商標主管機關駁回。而且上訴人「BOSS」圖樣暨其「BOSS LIGHTS」香菸之包裝整體設計，既然分別獲准註冊為第七〇三六一號及第九二一六八一號商標，且未遭評定無效，自享有於香菸類商品上使用「BOSS」商標之合法權利，故上訴人之BOSS LIGHTS香菸使用含「BOSS」商標之包裝，與BOSS VIRGINIA BLEND香菸包裝之使用「BOSS」商標，係為正當行使其商標專用權，依照公平交易法第四十五條規定，自無公平交易法之適用餘地。

(四)被上訴人即原審原告起訴主張「BOSS」「HUGO BOSS」圖樣因被上訴人即原審原告等在國際上長期使用而享有廣泛之國際知名度，又其等生產或銷售Elements Aqua及Boss No.1二款香水產品上，亦標示有「BOSS」「HUGO BOSS」於包裝上，其整體包裝上有特別設計，表現出獨特之商品表徵，且為相關事業或消費者所普遍認知，而上訴人所生產或銷售之「BOSS LIGHT」及「VIRGINIA BLEND」二種品牌之香菸，其商品包裝外觀極力模仿被上訴人即原審原告等之Elements Aqua與Boss No.1香水產品包裝外觀，致使消費大眾發生混淆，屬有違交易秩序之顯失公平行為等語。惟查「BOSS」乙字為日常習見文字，非係被上訴人即原審原告等所自創，「BOSS」商標指定使用於各類商品，而與被上訴人即原審原告等之商品併存於國內消費市場多年，有「BOSS」商標註冊一覽表及商標公報影本可證，因被上訴人即原審原告等將該商標使用於香水，而上訴人將該商標使用於香菸，為截然不同之商品，尚無混淆誤認之虞。被上訴人即原審原告等所委託中華徵信企業股份有限公司之市場調查報告就消費者採樣部分，係排除完全沒有聽過「BOSS HUGO BOSS」之消費者後，再於聽過者之中，區分僅聽過而未購買過者，及聽過且購買過者，對於沒聽過「BOSS HUGO BOSS」者，與聽過「BOSS HUGO BOSS」者之比率如何，該市調報告則略而不論。該市調報告係以「BOSS HUGO BOSS」之相關銷售人員與消費者認知程度為其調查內容，而非以「Elements Aqua」與Boss No.1二香水整體包裝之認知度為內容，尚難以該市調報告逕認「Elements

Aqua」及「Boss No. 1」二款香水商品為相關事業或消費者所普遍認知之商品。(五)依前所述，被上訴人即原審原告指訴上訴人之二類香菸模仿其中 Elements Aqua 及 Boss No. 1 二款香水商品之表徵，因「處理公平交易法第二十條原則」第九條第一款與第二款規定商品慣用之形狀、容器、包裝，或商品慣用之顏色，非公平交易法第二十條所稱之表徵，而被上訴人即原審原告所稱上開二香水包裝，採用一般商品慣用之方形外包裝，以及香水類商品慣用藍、黑顏色，尚難就其包裝與顏色逕認構成表徵之餘地。又按知名度之認定，依「處理公平交易法第二十條原則」應以銷售量而非營業額為其考量因素，而香水為高單價商品，香菸為較低單價商品，被上訴人即原審原告等所舉營業額除係指使用「BOSS」、「BOSS HUGO BOSS」或「HUGO BOSS」之香水外，尚包括衣服、眼鏡、皮件等其他商品，其就針對引證之「elements aqua」與「Boss No. 1」二款香水之銷售量如何，則未舉證是否已達相關事業或消費者所普遍認知之程度。況且就香水市場消費者之選購習慣而言，消費者多以香水瓶為其選購之依據，被上訴人之引證「elements aqua」與「No. 1」之香水瓶，與上訴人之香菸包裝盒，顯有區隔，自無混淆誤認之虞。此外，香水與香菸之消費者及銷售通路迥然有別，被上訴人即原審原告等之產品單價甚高，其主要販售點在於百貨公司專櫃、精品店（其他零售點）與專門店；而上訴人之香菸商品，單價僅新臺幣（下同）四十元，主要販賣點則係便利商店、超級市場與雜貨店，其行銷管道不同甚明，難令消費者混淆。(六)被上訴人即原審原告所提之市調報告係以「BOSS HUGO BOSS」之市場認知度為其調查內容，與包裝之混淆誤認無涉，而其中與二包裝有關之調查，乃為詢問受訪者「這兩種產品是不是屬於同一個業者生產？」，然其為此一調查訪問時，出示二者之產品樣品，所為之調查與前引處理原則應異時異地隔離觀察相悖。被上訴人即原審原告所舉西元一九九九年五月「免稅商品新聞雜誌」(DUTY FREE NEWS MAGAZINE)所載之消息，僅屬記著個人報導。上訴人及其子公司 TOBACNA LJUBLJANA 於香菸類商品使用「BOSS」商標已有二十餘年，並在多國獲准商標註冊，而世界知名「DAVIDOFF」牌香菸亦為上訴人所生產，上訴人實無攀附被上訴人即原審原告等之聲譽以行銷其香菸產品之必要。惟因被上訴人即原審原告等曾先於若干國家在於類商品註冊「BOSS」商標，致上訴人之申請商標在該若干國家遭到障礙，而被上訴人即原審原告等實際上並未使用「BOSS」商標於菸品上，上訴人及對被上訴人即原審原告等之註冊商標提起撤銷程序，以致雙方協商併存註冊同一商標於同類商品，然未達成協議。上訴人在其香菸商品之上明顯標示，其所專有之「BOSS」商標以表彰其商品之來源，並於商品外部明顯記載製造商、進口商名稱，實無欺瞞或隱瞞重要事實之情事。綜上所述，原審被告即行政院公平交易委員會認上訴人並無違反公平交易法第二十條第一項第一款及第二十四條之規定，於法尚無不合，訴願決定、再訴願決定遞予維持原處分，並無

違誤。(七)原審法院既認行政院公平交易委員會未盡調查之能事，有重為事實調查之必要，理應俟行政院公平交易委員會重為事實調查後，所調查之結果再論斷上訴人是否有違反公平交易法第二十條第一項第一款、第二十四條規定之情事，焉有先在理由欄內逕認上訴人之系爭二類品牌香菸整體包裝外觀之商品表徵與被上訴人即原審原告等系爭二款香水商品整體表徵，在包裝盒形狀與其上之文字、圖樣放置位置設計與背景顏色，幾乎無從分辨，異時異地觀察，極易混淆，二者極為類似，而於判決主文第一項諭知將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷，而同時於判決主文第二項諭知原審被告即行政院公平交易委員會應就被上訴人即原審原告等所檢舉上訴人違反公平交易法第二十條第一項第一款、第二十四條規定之事件，參照該判決所示之法律見解，另為處分，認事用法相互矛盾，有所違誤，上訴意旨指摘原判決除確定部分外違誤，求予廢棄，經核為有理由，自應由本院將原判決除確定部分外廢棄，並就廢棄部分。被上訴人即原審原告等在第一審之訴駁回。

據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第二百五十六條第一項、第二百五十九條第一款、第九十八條第三項、第一百零四條、民事訴訟法第八十五條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 十 二 月 三 十 一 日

最 高 行 政 法 院 第 二 庭

審 判 長 法 官	陳 石 獅
法 官	吳 錦 龍
法 官	劉 鑫 楨
法 官	高 啟 燦
法 官	黃 合 文

右 正 本 證 明 與 原 本 無 異

法 院 書 記 官 蘇 金 全

中 華 民 國 九 十 三 年 一 月 八 日

資料來源：公平交易法及政府採購法裁判要旨選輯第一版 203-211 頁