

裁判字號：臺灣新北地方法院 90 年訴字第 1209 號民事判決

裁判日期：民國 95 年 12 月 28 日

裁判案由：損害賠償

臺灣板橋地方法院民事判決 90年度訴字第1209號

原告 日商・三麗鷗股份有限公司

法定代理人 甲○○○

訴訟代理人 陳和貴律師

張桂芳律師

陳嘉龍律師

複代理人 徐嶸文律師

馮馨儀律師

被告 僑德股份有限公司

統一編號

兼法定代理 丙○○

人

共同

訴訟代理人 林衍鋒律師

複代理人 乙○○

上列當事人間請求損害賠償事件，經本院於民國95年11月30日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告僑德股份有限公司不得就附表一所示造型之貼紙、卡片等商品，及其他相同或近似於附表二、三、四所示Hello Kitty 變身娃娃造型商品，為授權他人使用、輸出、運送、販賣、批售、散布、意圖販賣而陳列、意圖販賣而進口、加工、揀選、生產、製造或其他一切處分行為。

被告僑德股份有限公司不得陳列或散布有關附表一所示造型之貼紙、卡片等商品，及其他相同或近似於附表二、三、四所示Hello Kitty 之具有促銷宣傳性質、推介商品功能之文書或類似物件，亦不得於報章雜誌或其他任何傳播媒體為廣告、引述之行為。

被告僑德股份有限公司應負擔費用，將本件最後事實審之民事判決全部內容，以新聞類之五號字體刊登於中國時報第五版以後乙日。

被告應連帶給付原告新臺幣參拾萬元，及均自民國九十年六月十四日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告連帶負擔二分之一；餘由原告負擔。

本判決第一項、第二項、第三項、第四項於原告分別以新台幣壹拾萬元供擔保後，得假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、原告主張：

壹、本件涉外事件，有我國法之適用

- 一、按涉外民事法律適用法第九條規定：關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法，但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限。
- 二、查本件原告為外國法人，具有涉外因素，故本件應有涉外民事法律適用法之適用。再查，本件係原告起訴主張被告在我國境內之不公平競爭行為構成侵權行為，致原告受有損害，故本件侵權行為地係在中華民國，依據前開法文之規定，本件即有我國法律之適用，合先敘明。

貳、原告雖為日本法人，仍受我國公平交易法之保護

- 一、按「未經認許之外國法人或團體，就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟。但以依條約或其本國法律、慣例，中華民國人或團體得在該國享有同等權利者為限；其由團體或機關互訂保護之協議，經主管機關核准者，亦同」。公平交易法第47條定有明文。
- 二、查我國與日本間關於公平交易法有關保護事項，並無條約或其他協定，雖日本修正前不正競爭法第3 條有「外國人以在其施行區域內設有住所或營業所為限始受保護」之限制，惟該條文業於民國82年刪除，並於83年5 月1 日施行，故前揭限制對於83年5 月1 日之後發生之行為，應不適用，此有公平交易委員會91年11月1 日公法字第0910011822號函附公研釋字第54號、第100 號解釋可資參照。故原告雖為未經認許之日本法人，基於互惠原則，仍可向鈞院提起本件訴訟，併此敘明。

參、原告Hello Kitty 變身系列造型圖案已為著名之原告商品表徵，而變身系列與Hello Kitty 之名不可分割，無論造型如何變化，消費者均可明確辨別商品來源

- 一、Hello Kitty 變身系列造型圖案已為著名之原告商品表徵：
 - (一) 按公平交易法第20條第1 項第1 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商標、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。
 - (二) 查Hello Kitty 造型商品經原告投入大量心血、金錢，在各國市場致力廣告、宣傳及推銷，已成為我國消費者所普遍知悉之著名表徵，此情早經智慧財產局認定（參原證三十一～原證四十一）如下：原告係國際知名之文具用品、兒童玩具等製造廠商，每每將其創作之卡通圖樣印製於其所產製之商品，帶動流行風潮，Hello Kitt

y 商標（凱蒂貓）即為原告所著作之著名卡通圖樣之一，早於1974年Hello Kitty圖樣即誕生，原告並將其商品化使用於其所產製之各種商品上，每年Hello Kitty相關商品之販賣數額均約達原告之年銷售金額百分之五。又Hello Kitty商標除在日本及我國等四十餘國獲准註冊取得多件商標專用權外，並定期發行刊物介紹，由於Hello Kitty 造型可愛，報紙雜誌網路均廣泛報導，故HelloKitty商標之各種商品均受消費者喜愛，凡此均足證Hello Kitty 商標所表彰之信譽，已為我國消費者所普遍知悉。

- （三）又原告近年來在國內更多次與麥當勞合作，推出Hello Kitty 戀愛麥語系列填充玩具，銷售熱烈，舉國皆知，亦造成搶購熱潮（參原證十）。邇來原告更於94年4 月起與統一超商合作推出Hello Kitty 磁鐵收集活動，造成市場熱烈反應，在3 個月活動期間內，送出逾7000萬份之Hello Kitty 變身系列磁鐵（參本狀原證五十六）；於95年3 月間再與統一超商合作舉辦Hello Kitty 花花胸針收集活動；95年10月間則再次與麥當勞合作推出Hello Kitty 造型公仔贈送活動，凡此，均可見原告Hello Kitty 變身系列造型已經在我國成為著名商品表徵。
- （四）又查，Hello Kitty 變身系列產品早在86年起即已陸續進口（參原證四十二），由麗嬰國際公司在台灣各地成立多達200多家以上之專門店及專櫃門市進行銷售，原告所發行之多種刊物，例如草莓新聞月刊、Catalog 、V ivitix、最新凱蒂貓精品圖鑑（中文版及日文版），除在日本發行外，亦進口台灣販售，台灣地區讀者亦可跨國訂閱。而上開各種Hello Kitty變身系列商品，透過刊物之介紹及商品發售，均已造成消費者瘋狂採購蒐集。準此，Hello Kitty 造型實已成為足以辨別商品來源之著名表徵。

二、消費者一見Hello Kitty 變身系列均可明確辨別其商品來源：

- （一）原告推出各種不同造型之變身系列商品，均沿襲Hello Kitty 之主要特徵部分，即臉呈稍扁之形狀、眼睛為長橢圓形、無嘴巴設計等等（詳後述），因此消費者對於各種Hello Kitty 變身系列商品均可直接與HelloKitty產生聯想，此就好比各式衣著之芭比娃娃，因主要特徵部分相同，即使換穿各式服裝造型，消費者仍可產生聯想。
- （二）又查，根據原告於89年2 月間委託蓋洛普徵信公司製作之市場調查報告（參原證三十）結論，有9 成2 之民眾知道Hello Kitty 系列商品，而有6 成以上之民眾認為變身系列與Hello Kitty 原創圖屬於同一圖形之系列圖

形，由此亦可知Hello Kitty（包括原創圖及變身系列）在台灣均享有極高之知名度。因此，消費者對於Hello Kitty 衍生出之變身系列極為熟悉，一見即知商品來源均為原告，而蓋洛普調查報告實已忠實正確反應出上開事實。

- （三）因此，原告以Hello Kitty 為基礎所發展出一系列之變身圖案，均具有舉世皆知之Hello Kitty 重要特徵（例如臉為稍扁橢圓形、沒有嘴巴等，詳後述），加上原告所採取之系列商品銷售策略，已使市場上之消費者均認知變身系列為Hello Kitty 家族之一員。換言之，消費者根據變身系列之造型外觀特徵，即可與原告公司產生聯想；縱不能直接指明係出於「日商三麗鷗公司」，然必已能與特定廠商產生聯想，並均可具體指出該商品名稱為Hello Kitty、Kitty 或凱蒂貓，顯見Hello Kitty 變身系列造型外觀，已取得表徵地位，消費者根據商品外觀或包裝，即可與商品來源產生聯想。

三、準此，原告Hello Kitty 及其變身系列商品均已構成公平法第20條之商品表徵，被告抄襲Hello Kitty及變身系列圖案之商品，已使消費者有誤認之虞，實已構成公平交易法第20條之違反，其情灼然。

肆、被告YOKI十二生肖及十二星座圖案具備原告Hello Kitty 之造型特徵，足以使消費者產生混淆：

一、被告YOKI十二星座、十二生肖圖案實與原告Hello Kitty 造型商品構成混淆

- （一）查原告製造銷售之Hello Kitty 凱蒂貓造型（參本狀附表一），具有下列特徵：

- 1.貓臉呈稍扁之橢圓狀。
- 2.沒有嘴巴。
- 3.額頭裝飾蝴蝶結、花朵、草莓、瓢蟲、婚紗、帽子或其他可愛之裝飾品。
- 4.左右各有三根不平行之放射狀鬍鬚。
- 5.眼睛為黑色呈長橢圓形。
- 6.鼻子為黃色呈橫橢圓形。
- 7.表情可愛動人。
- 8.各系列變化之服裝造型。

- （二）被告之YOKI十二生肖、十二星座圖案，則同具有Hello Kitty 凱蒂貓造型之下列特徵：

- 1.臉部為白色呈稍扁之橢圓狀。
- 2.沒有嘴巴。
- 3.額頭裝飾蝴蝶結、花朵等裝飾品。
- 4.眼睛為黑色呈長橢圓形。
- 5.鼻子呈橫橢圓形。
- 6.雷同相似之帽子造型。

- （三）次查，被告YOKI抄襲Hello Kitty 圖案重要特徵之明證

，即是眼睛形狀、位置完全相同，特別是均沒有嘴巴，而在Hello Kitty於1974年創設以前，並無一卡通人物造型為無嘴，因此，無嘴之特徵顯然是Hello Kitty及其變身造型之一大特徵，觀被告圖案即可見被告具亦步亦趨抄襲原告之意圖。

- (四) 又，被告雖狡辯稱Hello Kitty 變身系列造型為一般繪圖技巧常見云云，惟查，貓兒或擬人化之造型變化多端，以其他知名卡通造型例如龍貓Totoro、哆啦A 夢、加菲貓、招財貓、迪士尼貓尼歷險記等等，均有其獨特之創意與構圖，足供消費者識別，絕無混淆之可能，唯獨被告之YOKI 系 列，其神韻意匠、特徵、配色、外觀均與原告Hello Kitty 變身系列雷同，一般人實難分辨（參本狀原證五十七），是其剽竊之惡劣行徑，實不能姑息。
- (五) 準此，由於被告YOKI圖案與Hello Kitty 及其變身系列具有相同特徵，即大頭大臉身體短小、不成比例，二者並置一處予以比對，固可見其裝飾衣服稍有不同，但其白胖之臉部神情予人印象相仿，消費者看到被告YOKI圖案時，會產生係原告Hello Kitty 同一系列之聯想，因此異時異地、通體、及比較主要部分觀察結果，實已構成近似，均難謂無近似而無混淆之虞，此情業已經最高行政法院所肯認（參最高行政法院94年判字第1194號、94年判字第1371號、94年判字第1566號、94年判字第1567號、及95年判字第45號判決）。

二、被告YOKI十二生肖、十二星座圖案係抄襲原告Hello Kitty 凱蒂貓造型圖案，不具有原創性：

- (一) 按著作保護之首要條件，即該著作為著作人所獨力完成，不能抄襲他人著作，即須具有「原創性」，亦即創作人須將其內心思想、情感，藉符號、繪畫等表現方式，以個別獨具之創意表現於外者，始足當之。因此，若剽竊他人著作當作自己所創作者，即難認具有原創性，而非受著作權法保護之標的。
- (二) 原告創作之變身Kitty系列產品至少在86年10月間即出現於產品目錄及刊物上（參原證十四、十五、四十七～五十一），並於86年間陸續進口國內販售，均早於被告主張申請YOKI圖案登記之88年8月（又該申請書為私文書，原告否認其真正），且原告出版之刊物目錄雖在日本發行，但台灣地區亦有販售，讀者亦可跨國訂閱，故其均為被告所可能接觸者，則被告圖案原創性之不足，無待贅言。
- (三) 況查，被告辯稱之創作完成期間或向私人機關「申請」著作權登記等文件，僅為內部所製作之文書，並不能作為創作完成或公開日期之證明。反觀原告Hello Kitty 變身圖案各式造型，均於公開發行之雜誌、刊物、目錄

上出現，公開時間皆有確切日期資料可證（參本狀附表一），更可證原告Hello Kitty 變身系列造型較早於被告YOKI十二生肖、十二星座圖案之完成，是被告圖案不具原創性亦未取得著作權，不言而喻。

（四）尤有甚者，YOKI十二生肖圖案，不論是各生肖動物之造型、花紋位置、裝飾品等，幾乎與Hello Kitty 十二生肖如出一轍（參本狀原證五十八），實已構成實質之近似，則被告辯稱自行創作無抄襲云云，實難令人信服。

（五）是以，被告圖案既無從主張著作權，則其援引公平交易法第45條主張其係依照著作權法正當行使權利之行為云云，即屬無稽。

三、準此，被告之YOKI系列圖案造型不具有原創性，又與原告之Hello Kitty 凱蒂貓造型極度近似，顯未能取得著作權；而其商品造型之特徵與原告Hello Kitty 造型特點相仿，整體構圖給人印象亦極為相似，異時異地隔離觀察，已使人有混同誤認之虞，故被告YOKI系列圖案商品外觀上已足以使一般消費者混淆而認為被告出品者為Hello Kitty 凱蒂貓商品。

伍、被告YOKI圖案造型抄襲原告Hello Kitty 商品，對外銷售並授權使用，實已榨取原告研發之智慧結晶，構成公平交易法第24條之違反：

一、按公平法第24條規定：除本法另有規定外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。故若有未能符合公平交易法第20條之構成要件，而有下列情事者，仍可認有公平交易法第24條之適用：

（一）襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商品之情事；

（二）抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序者。

二、經查，觀諸被告之YOKI系列商品（參起訴狀附件一），一般消費者實無從判斷被告出品之YOKI商品與原告Hello Kitty 變身系列有何區別。

三、再者，任何知名廠商在其所生產之商品上，必然會盡力凸顯其商標圖案，以顯目位置加強消費者印象，惟被告之商品，縱有標示製造商名稱，亦均為英文或於不顯眼處以小型字體出現，而其主要吸引人之圖案，即為與原告Hello Kitty 變身系列相同或近似之擬人化造型，顯見被告乃故意凸顯該擬人化人物造型作為行銷手法，藉以榨取原告努力建立之聲譽，此種抄襲他人知名表徵商品外觀之行為，自有公平交易法第24條之適用。

四、準此，被告YOKI系列圖案與原告Hello Kitty 變身系列圖案外觀極為相似，而原告Hello Kitty 又為著名卡通圖案，一般消費者異時異地觀察均有可能受到外觀之影響，而誤以為該商品為Hello Kitty 系列產品，則被告之行為實

難謂不構成公平交易法第24條之欺罔或顯失公平之行為。
陸、最高行政法院部分判決見解有所違誤，鈞院不宜全盤採納：

- 一、就被告YOKI十二星座圖案之商標異議案件，業經最高行政法院判決確定，其中最高行政法院94年判字第1371號（牡羊座）、94年判字第1194號（天蠍座）、94年判字第1567號（獅子座）及94年判字第1566號（巨蟹座）均認為被告圖案與原告Hello Kitty 商標圖案構成近似，駁回被告之上訴，而維持訴願機關就被告商標撤銷公告之處分；此外，被告水瓶座之商標（審定號981299號）因逾期訴願遭駁回，而維持撤銷公告之處分，是被告即有五項商標遭撤銷確定。
- 二、最高行政法院94年判字第1553號（雙魚座）、94年判字第15 1554 號（摩羯座）、94年判字第2028號（天秤座）、94年判字第1631號（雙子座）、94年判字第1981號（金牛座）、及94年判字第1922號（射手座）等判決，雖認被告此六項商標圖案與原告Hello Kitty 商標不構成近似，而駁回原告之上訴，惟其認定實有違誤，亦不當然拘束本件，茲說明理由如下：
 - （一）查最高行政法院並未審酌商標所指定使用商品之類似程度、商標相關購買者之知識經驗及注意力、商標識別力、商標著名程度等判斷有無致消費者混淆誤認之虞之重要因素，即認為二商標圖案不構成近似，實有不當。
 - （二）次查，最高行政法院僅單純以被告商標為葫蘆臉型、無鬚、可愛娃娃彩色噴修立體造型，與原告商標之扁平橢圓形狀、有鬚之貓型特徵顯然不同為由，駁回原告之主張。惟就二圖案之眼睛形狀、無嘴巴、大頭大臉身體短小不符比例等高度相似之特徵均恕置不論，率爾認定二商標無使消費者混淆之虞，亦有未洽。
 - （三）又查，最高行政法院竟以被告YOKI商標圖案為人物娃娃，Hello Kitty 為動物貓，兩者構圖設計、神情態樣截然不同，而認定普通知識之購買人不致於產生混淆。惟Hello Kitty 雖為動物貓，但造型並未強調其動物之特徵，反而因原告為其創設特別之人格性及生活背景故事（生日為11 月1日，出生於倫敦、家中有擔任外交官的爸爸、媽媽還有雙胞胎妹妹Mimi，男朋友是Daniel，Hello Kitty 喜歡彈鋼琴、烤餅乾與朋友在公園遊玩等等），而具有強烈之擬人化特性。其非動物之擬人化之特色，亦可由Hello Kitty 造型均穿著衣物並搭配飾品（例如帽子、蝴蝶結）出現，可見一斑。是最高行政法院之認定，即有違誤。
 - （四）末查，公平法第20條保護之範圍，為具有識別力且得以表彰商品或服務來源之表徵，不限於註冊之商標。換言之，縱最高行政法院認為Hello Kitty 變身系列未經註

冊，不受商標法之保護，然因變身系列圖案具有足以表彰商品來源之表徵地位，仍屬公平交易法保護之範疇，是本件應不受最高行政法院判決之拘束。

柒、損害賠償之計算：

- 一、按公平交易法第31條規定：事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。又同法第32條規定，法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。
- 二、次按，民事訴訟法第222 條第2 項規定：當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。
- 三、今查，被告公司於不服鈞院90年裁全字第604 號假處分裁定之抗告狀第五頁中已自承若受假處分之裁定，「估計」營業利潤及商譽損失為300 萬元（即原證十八），縱據此難以「證明」被告「實際」營業金額若干？然原告依前開法文規定，請鈞院於此範圍內斟酌被告因其不法行為所得之利益，判命其賠償原告100 萬元，應屬正當。
- 四、被告丙○○應與被告僑德公司連帶負賠償責任：
 - （一）按民法第28條之規定：法人對於其董事或其他有代表人之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償責任。次按，公司法第23條第2 項規定：公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。
 - （二）今查，被告丙○○為被告僑德公司之負責人，而其因執行職務違反公平交易法之行為致原告損害，二被告應連帶負賠償責任，於法有據，應予准許。

捌、聲明：

- 一、被告僑德股份有限公司不得就附件一所示造型之貼紙、卡片等商品及其他相同或近似於附件二所示HelloKitty變身娃娃造型商品，為授權他人使用、輸出、運送、販賣、批售、散布、意圖販賣而陳列、意圖販賣而進口、加工、揀選、生產、製造或其他一切處分行為（原告起訴狀之附件一、附件二，原詳如卷一第119 頁至第151 頁之圖片所示；嗣於91年11月7 日之民事準備狀中，減縮附件一、附件二之範圍如卷三第106頁至110頁所示，附此敘明）。
- 二、被告僑德股份有限公司不得陳列或散布有關附件一所示造型之貼紙、卡片等商品及其他相同或近似於附件二所示Hello Kitty 變身娃娃造型商品之具有促銷宣傳性質、推介商品功能之文書或類似物件，亦不得於報章雜誌或其他任何傳播媒體為廣告、引述之行為（附件一、附件二詳如卷三第106頁至110頁所示）。
- 三、被告僑德股份有限公司應負擔費用，將本件最後事實審之民事判決全部內容，以新聞類之五號字體刊登於中國時報

及民生報第五版以後各乙日。

四、被告等應連帶給付原告新臺幣一百萬元整及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

五、原告願供擔保請准宣告假執行。

乙、被告抗辯：

壹、原告之「HELLO KITTY」商標立體化或所衍生之造型並未取得商品「表徵」地位，本件尚無公平交易法第20條規定適用：

- 一、按事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：
〔一〕以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者，公平交易法第二十條第一項第一款定有明文。
- 二、按公平交易法第20條使用所謂「表徵」一詞，乃因姓名、商號或公司名稱屬「標示」之一種，商品容器、包裝、名稱非屬「標示」或「商標」，遂於本條規定以「表徵」文字為包括「標示」、「商標」、「包裝」或其他表示商品特徵之泛稱；次依公平交易委員會所制定「公平會處理公平法第20條原則」就「表徵」定義，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」而言。其中「識別力」依據同原則第4條第2項之規定，係指「某項特徵特別顯著，使相關大眾見諸該特徵，即得認知其表彰商品或服務為某特定事業所產製或提供」。是知「表徵」意指事業用以區別彼我商品的特徵，使一般人見諸該特徵即知該商品為某特定事業所產製。換言之，表徵為為商品上使人產生來源聯想的特徵；交易上為消費者視為與相同或類似的商品相區別之特徵，符合此要求，方為該條所保護之對象。若屬商品慣用之形狀、容器、包裝、普通說明文字、內容、顏色或慣用名稱等不具表彰商品或服務來源者，均非屬表徵；又從屬商品之表徵，於判斷二項商品是否有為相同或類似之使用，而使他人混淆，亦應以前開之一般人普通注意原則、通體觀察及比較主要部分原則、隔離觀察原則等為判斷之依據。經查「YOKI」系列美術著作之主要特徵：「YOKI」，頭部戴各式帽子、臉部呈葫蘆形、無鼻、無鬚、無嘴、腮紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀、搭配各式造型服飾、額頭非以蝴蝶結為必要裝飾；「HELLO KITTY」原創圖及系列變身娃娃之主要特徵：「HELLO KITTY」，臉部呈扁橢圓狀、鼻子呈黃橫橢圓狀、左右三條不平行輻射狀鬚鬚、無嘴、無腮紅、眼睛呈豎橢圓狀、額頭以蝴蝶結為必要裝飾，身著各式頭套服裝，依一般人普通注意原則、通體觀察及比較主要部分原則、隔離觀察等原則以比較二者，可得確定「YOKI」系列美術著作與「HELLO

KITTY」原創圖〔詳證六〕完全不同；又「YOKI」系列美術著作〔詳被證十二〕與「HELLO KITTY」系列變身娃娃相較，雖二者在眼睛、嘴巴〔無嘴〕等處固有相似，惟該相似之處非屬「HELLO KITTY」系列變身娃娃所獨有之特徵，亦非圖形是否有原創性之唯一認定標準，況相關大眾無法見諸該特徵，即得認知有該特徵者必為「HELLO KITTY」，自亦無法以之為「HELLO KITTY」之商品表徵，或率斷凡有該特徵者即係抄襲「HELLO KITTY」圖樣而來，殊料，原告為達壟斷臺灣地區卡通市場之商業目的，竟藉詞訛稱「HELLO KITTY」系列變身娃娃：黑色豎橢圓形眼睛、無嘴等特徵為原告之商品表徵，更被告僑德公司就所有「YOKI」系列美術著作之使用，業已違反公平交易法第20條第1項第1款規定云云，意圖誤導鈞院心證方向，不言可諭，蓋被告僑德公司就所有「YOKI」系列美術著作之使用，是否違反公平交易法第20條第1項第1款規定，其前提必須「HELLO KITTY」系列變身娃娃上有黑色豎橢圓形眼睛、無嘴等特徵已是原告之商品表徵，然所謂商品表徵，乃指消費者依據該等商品特徵，即可與特定廠商產生聯想，或縱不能直接指明係出自何廠商之商品，必能與特定廠商產生聯想，已如前述，換言之，「HELLO KITTY」系列變身娃娃至早出現在臺灣地區卡通市場乃是麥當勞公司於88年間以贈送玩偶方式促銷，事經媒體廣泛報導，始蔚為風潮〔詳被證八〕，因「HELLO KITTY」系列變身娃娃未與「HELLO KITTY」註冊商標圖樣等標示結合出現，輒消費者無法將「HELLO KITTY」系列變身娃娃與原告產生任何聯想，反有百分三十一之受訪者以為「HELLO KITTY」系列變身娃娃乃麥當勞公司所有；百分五十之受訪者不知道或不清楚「HELLO KITTY」變身娃娃是何家公司所產製；卻只有百分十二之受訪者得以明確回答「HELLO KITTY」是原告的產品，此有訴外人全誠市場研究股份有限公司經國立臺灣師範大學大眾傳播研究所教授胡幼偉指導所製作「品牌市場辯別度報告」第十頁以下〔詳被證九〕，在卷可稽，足徵「HELLO KITTY」系列變身娃娃於未取得區別商品來源之識別力前，尚難與原註冊登記「HELLO KITTY」商標圖樣等同論之，既「HELLO KITTY」系列變身娃娃無法表彰係原告所出品，自難逕論以「HELLO KITTY」商標立體化或所衍生之造型已具商品表徵地位，此有公平交易委員會90年8月16日第五一〇次委員會議決議，在案可稽〔詳被證七〕，甚至，公平交易委員會於91年1月25日日函覆表示「其他HELLO KITTY造型及其變身商品部分，則請參酌前次本會函復意見，自行認定」等語〔詳被證十〕，即可明知，抑有進者「HELLO KITTY」系列變身娃娃既非原告之商品表徵，更遑論「HELLO KITTY」系列變身娃娃上有黑色豎橢圓形眼睛、無

嘴等特徵為原告之商品表徵至明，益徵原告主張被告僑德公司及被告丙○○等所為違反公平交易法第20條第1項第1款規定等情，要無理由。

三、按當事人主張有利於自己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條定有明文。本件系爭「HELLO

KITTY」系列變身娃娃，乃非源自登記商標圖樣，而是臺灣麥當勞公司於八十八年間以贈送「HELLO KITTY」玩偶促銷方式出現，經廣泛報導而蔚為風潮，惟「HELLO KITTY」系列變身娃娃未曾與登記商標圖案等標示結合出現，且臺灣麥當勞公司諸多促銷廣告並未曾將上訴人三麗鷗公司標示刊登，則消費者如何得知「HELLO KITTY」系列變身娃娃就是上訴人三麗鷗公司所生產之商品，亦屬有疑；再者，第三人全誠股份有限公司經國立師範大學大眾傳播研究所胡幼偉教授指導所製作之「品牌市場辨別度研究報告」，其中曾就「HELLO KITTY」為何家公司之產品等問題進行市場調查，只有百分十二之受訪者正確地回答「上訴人三麗鷗公司」，百分五十之受訪者回答「不清楚」或「不知道」，卻有百分三十一之受訪者錯誤地回答「麥當勞」等情，有被上訴人提出之被證十三：品牌市場辨別度研究報告第十頁可參，此就一般消費者於購買商品時，所施用之普通注意，且經異時異地隔離觀察之結果，消費者並未對商品或服務之來源產生聯結。另從上訴人委託蓋洛普徵信股份有限公司所作「HELLO KITTY」品牌市場調查識別度研究報告觀之第23至24頁觀之，其問卷方式，係先以上訴人之原創著作、衍生著作詢問受詢者，再以第三人及被上訴人之著作詢問受詢者，並非將上訴人與被上訴人之原創著作等異時異地觀察，已與異時異地隔離觀察之原則相違，所調查結果，已難憑信；況本件經公平交易委員會鑑定結果，亦認「上訴人所舉「HELLO KITTY」造型所衍生變身娃娃之商品，其本身已改變原註冊商標之圖樣，即未與該等商標圖樣等標示結合出現，在未取得表彰該商品由特定事業所出品之識別力前，難與原註冊商標圖樣等同論之，且從上訴人提出之日本郵購雜誌目錄及我國報紙報導、授權使用變身HELLO KITTY造型等觀之，系爭變身娃娃之商品多出現在日本郵購雜誌目錄，僅少數在我國各種媒體出現，不易被大眾認為是出自一特定來源，無法表彰該商品由特定事業所出品，故難論以HELLO KITTY造型變身娃娃為公平交易法第20條所保護之商品表徵。」亦有公平交易委員會90年8月24日（九十）公參字第000000—000號函附鑑定意見書鑑定意見第三項可

按（見原審卷（一）第 二八〇頁至第二八五頁），是上訴人三麗鷗公司謂「HELLO KITTY 系列變身娃娃為相關業界及消費大眾所共知之公司商品表徵云云，尚乏依據，自難信為真實。」台灣高等法院92年上字第740 號著有判決可

資參照（附件十九），由該判決可知，本件原告HELLO KITTY 造型變身娃娃尚不足認已取得公平交易法第20條所保護之商品表徵地位不言可喻，是原告訛稱被告抄襲、侵害其表徵有違公平交易法云云，要屬無稽。

貳、被告「YOKI」系列美術著作享有著作權，無公平交易法適用：

- 一、按依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，公平交易法第45條定有明文；著作權、商標權及專利權在本質上皆為法律所賦與之獨占權，故依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，公平交易法第45條立法理由可資參照。
- 二、按著作，指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作；依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，著作權法第3 條第1 款及公平交易法第45條分別定有明文；著作權、商標權及專利權在本質上皆為法律所賦與之獨占權，故依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，參照公平交易法第45條立法理由；著作權法所保護之「著作」，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性，而此所謂原創性之程度，固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度〔即新穎性〕要高，亦即不必要達到前無古人那種完全獨創之地步，而且即使與他人作品相酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性，惟如其精神作用的程度很低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。且按著作權在於保障著作表達方式，而非構想本身，故如無重製、仿製等情事，縱使著作內容相似，不同之著作人基於自己之表達方式，亦可同時享有著作權；又受保護之著作須具備下列四要件：〔一〕須具有原創性〔二〕須具有客觀化之一定形式〔三〕須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作〔四〕須非不受保護之著作，而著作權保護之著作，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作即可，而不須具有新奇性。著作不因其與他人創作在前之著作在本質上之類似且不具備新奇性而被拒絕著作權之保護。原創性之意義，僅為著作之創作歸屬於著作人之原因，亦即著作人獨立創作，而非抄襲自他人之著作即可，因此，即使一著作與另一在前著作完全相同，但並非抄襲該前一著作，而係獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權之保護。換言之，此原創性為相對的、比較的觀念，參照蕭雄淋著新著作權法逐條釋義〔一〕第二十一頁以下〔附件三〕。經查：

（一）原告所有「HELLO KITTY 」原創圖，業經商標註冊登記

〔詳被證六〕，主要特色為：貓臉為白色成稍扁之橫橢圓形、貓頭上方偏二側處有一對略尖之耳朵、沒有嘴巴、額頭裝飾可愛之裝飾品、左右各有三根不平行之放射狀鬚鬚、眼睛為黑色成豎橢圓形、鼻子為黃色成橫橢圓形、有手腳；被告於88年間依坊間圖畫教學書籍一般漫畫技法〔詳被證二〕，創作「YOKI」系列美術著作，其主要特徵莫不為：臉部呈葫蘆造型、無鼻、無鬚，無嘴、鰓紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀、搭配各式造型服飾〔詳被證三〕，二者均係卡通化、可愛化之造型，但「HELLO KITTY」原創圖，讓人一見即知其取「貓」之神韻，而「YOKI」系列美術著作沒有使人認為係以「貓」為創作藍本之可能，彼此創作概念既已不同，是經依一般人普通注意原則、通體觀察及比較主要部分原則、隔離觀察原則比較判斷主要部分，二者根本不相類似，彰彰明甚，惟二者胥以黑色豎橢圓形眼睛、沒有嘴巴等為臉部特徵，因卡通人物之創作常以簡單筆觸或基本幾何圖形為描繪或設計之方式，是不得逕以二者部分特徵雷同，而認為「YOKI」系列美術著作沒有作者本身之精神、個性、原創性，而有抄襲「HELLO KITTY」之嫌，足徵原告三麗鷗公司訛稱被告僑德公司就「YOKI」系列美術著作抄襲原告三麗鷗公司所有「HELLO KITTY」圖樣而不得享有著作權，洵屬失據。

- (二)「HELLO KITTY」系列變身娃娃，係以「HELLO KITTY」原創圖為本，外罩各種造型的頭套，以表現「變身」的效果，而其頭套造型包括十二生肖系列、十二星座系列、水果系列、各國風情等等，足徵原告廣泛收集動植物、各國傳說服飾及各式行業之特有打扮，取材範圍甚廣，不言可諭，惟就原告所取材之內容觀，不脫自然界物種或一般人民熟知之傳說及職業等造型，是「HELLO KITTY」系列變身娃娃相關頭套服飾尚非可遽認為原告所獨創，昭然若揭；又「HELLO KITTY」系列變身娃娃與「HELLO KITTY」原創圖，均保留「貓」的基本意涵，並無與被告僑德公司所有、使用、運輸、販賣，非以「貓」為創作概念之「YOKI」系列美術著作混淆之可能，蓋「HELLO KITTY」系列變身娃娃與「YOKI」系列美術著作相互比較結果，「HELLO KITTY」系列變身娃娃之臉部特徵：臉部為橫橢圓形、黑色豎橢圓形眼睛、黃色橫橢圓形鼻子、沒有嘴巴、臉頰左右仍有三根不平行之放射狀鬚鬚、頭套下方漏出「HELLO KITTY」招牌蝴蝶結；反觀「YOKI」系列美術著作之臉部特徵：臉部呈葫蘆造形、無鼻、無鬚，無嘴、鰓紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀，二者完全不同；再「HELLO KITTY」系列變身娃娃與「YOKI」系列美術著作胥有相關頭套造型，包括十二生肖系列、十二星座系列或其他動物造型等，乃

是兩造各自廣泛收集動植物、各國傳說服飾及各式行業而來，既是取材自自然界物種或一般人民所熟知之傳說及職業等造型，本不得逕調為原告所獨創，更任何第三人不得擅自繪製，甚至，二者相關頭套造型之精神、內涵、表現方式等，胥有甚大差異，益徵「YOKI」系列美術著作根本沒有抄襲「HELLO KITTY」系列變身娃娃之可言。

- (三)縱稽前陳，「YOKI」系列美術著作〔詳被證十二〕與「HELLO KITTY」系列變身娃娃相較，雖二者在眼睛、嘴巴〔無嘴〕等處固有相似，惟該相似之處非屬「HELLO KITTY」系列變身娃娃所獨有之特徵，亦非圖形是否有原創性之唯一認定標準，更相關大眾無法見諸該特徵，即得認知有該特徵者必為「HELLO KITTY」，自無法以之為「HELLO KITTY」之商品表徵，或率斷凡有該特徵者即係抄襲「HELLO KITTY」圖樣而來，是被告僑德公司所有「YOKI」系列美術著作具有原創性至明，依上規定、立法理由暨學說意旨，被告僑德公司所有生產、製造、銷售及授權「YOKI」系列美術著作相關產品之行為，既屬行使著作權之正當行為，本應受著作權法之保護，更應排除公平交易法之適用。

三、另查被告僑德公司於88年間向財團法人台灣經濟發展研究院聲請著作權登記〔詳被證四〕，且被告僑德公司就創作「YOKI」美術著作曾經申請中華民國商標登記在案〔詳被證五〕，本應受有著作權法之保護，依上規定暨立法理由，被告僑德公司所有生產、製造、銷售及授權「YOKI」系列美術著作相關產品之行為，既屬行使著作權之正當行為，自不適用公平交易法相關規定，已如前述，甚至，「YOKI」系列美術著作與「HELLO KIYYT」變身娃娃系列相較，不論外觀特徵，抑或造型用色，兩者胥大相逕庭，是消費者只要施以普通注意，即可分辯兩者之不同，抑有進者，被告僑德公司之所以以「YOKI」、「草工坊」名義申請商標登記，目的莫不在於積極甄別彼我商品之不同，是被告僑德公司及被告丙○○等自始沒有不當模仿「HELLO KITTY」變身娃娃系列之外觀特徵，更無所謂榨取原告努力成果之行為〔被證十一〕，足徵原告誣稱「被告僑德公司未經同意或授權，抄襲原告三麗鷗公司之商品表徵在貼紙、卡片等商品，以『草工坊』之名稱向外販賣，甚至，於『禮品世界』雜誌刊登『可愛十二星座YOKI造型開放授權募集中』之廣告，對外偽稱該表徵為僑德公司自行創作之『YOKI』」系列美術著作，授權第三人使用，收取不當利益，嚴重影響原告三麗鷗公司之權益」云云，顯無理由。

參、被告未違反公平交易法第24條：

一、按除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易

秩序之欺罔或顯失公平之行為，公平交易法第24條定有明文；此條文規定係公平交易法對於不公平競爭規範之概括條款，須行為顯然構成不公平競爭始該當，所謂「欺罔」必須其行為有使相當數量之相對人〔包括消費者及競爭對手〕在重要事項上有受到誤導之虞，而所謂「顯失公平」，必須行為人與交易相對人之交易行為，及市場上之效能競爭明顯受到侵害，事業以積極行為高度抄襲，或故意引人誤認所銷售商品攀附者間有某種關係，而有欺罔或顯失公平之情事，始有公平交易法第24條規定之適用。

二、經查被告僑德公司於88年間依坊間圖畫教學書籍一般漫畫技法〔詳被證二〕，創作「YOKI」系列美術著作，其主要特徵莫不為：臉部呈葫蘆造型、無鼻、無鬚，無嘴、鰓紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀、搭配各式造型服飾〔詳被證三〕，就「YOKI」系列美術著作與「HELLO KITTY」系列變身娃娃相較，不論外觀特徵，抑或造型用色，二者胥大相逕庭，消費者只要施以普通注意，即可分辯兩者之不同，是「YOKI」系列美術著作具有原創性，本應受著作權法之保護，已如前述，抑有進者，被告僑德公司始終以「YOKI」、「草工坊」名義申請商標登記；並陸續公開發行「YOKI」貼紙及其他文具產品〔詳被證十三〕；更在「禮品世界」雜誌刊登「可愛十二星座『YOKI』造型開放授權募集中」等廣告，其目的莫不在於積極甄別彼我商品之不同，是被告僑德公司及被告丙○○等自始沒有不當模仿「HELLO KITTY」系列變身娃娃之外觀特徵，更無所謂榨取原告努力成果之行為或故意攀附原告所有「HELLOKITTY」系列變身娃娃之搭便車行為〔詳被證十一〕，足徵原告誣稱「被告僑德公司未經同意或授權，抄襲原告三麗鷗公司之商品表徵在貼紙、卡片等商品，以『草工坊』之名稱向外販賣，甚至，於『禮品世界』雜誌刊登『可愛十二星座YOKI 造型開放授權募集中』之廣告，對外偽稱該表徵為僑德公司自行創作之『YOKI』」系列美術著作，授權第三人使用，收取不當利益，嚴重影響原告三麗鷗公司之權益」云云，不無誤會。

肆、被告商品均標示明顯「YOKI」名稱，明顯與原告區別：

查被告僑德公司於88年間依坊間圖畫教學書籍一般漫畫技法〔詳被證二〕，創作「YOKI」系列美術著作，其主要特徵莫不為：臉部呈葫蘆造型、無鼻、無鬚，無嘴、鰓紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀、搭配各式造型服飾〔詳被證三〕，是「YOKI」系列美術著作具有原創性至明；又被告僑德公司曾於88年間向財團法人台灣經濟發展研究院聲請著作權登記〔詳被證四〕，且被告僑德公司就創作「YOKI」美術著作曾經申請中華民國商標登記在案〔詳被證五〕，本應受有著作權法之保護，依上規定暨立法理由，是被告僑德公司所有生產、製造、銷售及授權「YOKI」系列美術

著作相關產品之行為，既屬行使著作權之正當行為，自不適用公平交易法相關規定，已如前述，甚至，「YOKI」系列美術著作與「HELLO KITTY」變身娃娃系列相較，不論外觀特徵，抑或造型用色，兩者胥大相逕庭，是消費者只要施以普通注意，即可分辨兩者之不同，抑有進者，被告僑德公司之所以以「YOKI」、「草工坊」名義申請商標登記，更以「YOKI」、「草工坊」名義在外發行卡片等紙品〔被證十三〕，甚至，以「YOKI」、「草工坊」名義公開募集授權，其目的莫不在於積極甄別彼我商品之不同，是被告僑德公司及被告丙○○等自始沒有不當模仿「HELLO KITTY」變身娃娃系列之外觀特徵，更無所謂榨取原告努力成果之行為，足徵原告誣稱「被告僑德公司未經同意或授權，抄襲原告三麗鷗公司之商品表徵在貼紙、卡片等商品，以『草工坊』之名稱向外販賣，甚至，於『禮品世界』雜誌刊登『可愛十二星座YOKI造型開放授權募集中』之廣告，對外偽稱該表徵為僑德公司自行創作之『YOKI』」系列美術著作，授權第三人使用，收取不當利益，嚴重影響原告三麗鷗公司之權益」云云，認為被告僑德公司暨被告丙○○等顯有違反公平交易法第24條規定，洵無理由。

伍、最高行政法院多數判決認為系爭二圖案無使消費者混淆：查系爭商標異議事件，除智慧財產權局91年9月中台異字第910100號逾期訴願，事經經濟部駁回訴願〔詳附件七〕外，其餘，兩造均依法提起行政訴訟，並經最高行政法院分別以94判字第1194號〔詳附件八〕、94年判字第1371號〔附件九〕、94年判字第1553號〔詳附件十〕、94年判字第1554號〔詳附件十一〕、94年判字第1566號〔詳附件十二〕、94年判字第1567號〔詳附件十三〕、94年判字第1631號〔詳附件十四〕、94年判字第1922號〔詳附件十五〕、94年判字第1981號〔詳附件十六〕、94年判字第2028號〔詳附件十七〕、95年判字第45號〔詳附件十八〕等判決定讞，而由上開全部判決意旨可知，多數最高行政法院認為被告之圖樣與原告「HELLO KITTY」圖樣間不構成近似（詳附件十、十一、十四、十五、十六、十七、十八判決），其餘或僅認為被告之圖案與「HELLO KITTY」商標整體間印象構成近似，惟卻非認定與「HELLO KITTY」之實際商品表徵構成近似（詳附件七、八、九、十二、十三資料），況且原告之造型商品並未特殊至取得商品表彰之地位，早經公平交易委員會認定在案（詳被證七、被證十），又公平交易法適用之法理原則與商標法間本有其不同之處，本不足作為本件被告商品是有侵害原告商品表徵之認定，復本件被告於系爭商品上，均明顯標示『YOKI』字樣以使消費者於選購與原告之「HELLO KITTY」商品明顯區分，均足徵原告訛稱被告抄襲、侵害其「HELLO KITTY」商品表徵意圖搭便車云云，要屬無稽至明。

陸、聲明：原告之訴駁回。

丙、法院之判斷：本件之爭點闕為：(一)原告之「HELLO KITTY」商標立體化或所衍生之造型是否已取得商品「表徵」地位？

(二)原告起訴狀附件一所示被告之YOKI圖案造型是否抄襲原告Hello Kitty 商品，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序，違反公平交易法第24條之規定？茲論述如下：

壹、原告之「HELLO KITTY」變身系列造型產品是否已取得商品「表徵」地位？

一、按事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：

〔一〕以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者，公平交易法第20條第1項第1款定有明文，此即為商品表徵權保護之規定。所謂「表徵」一詞，乃因姓名、商號或公司名稱屬「標示」之一種，商品容器、包裝、名稱非屬「標示」或「商標」，遂於本條規定以「表徵」文字為包括「標示」、「商標」、「包裝」或其他表示商品特徵之泛稱；次按依公平交易委員會所制定之公平會處理公平法第20條原則（88年3月20日修正）第四點，「表徵」之定義，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」而言。所稱「識別力」，係指某項特徵特別顯著，使相關大眾見諸該特徵，即得認知其表彰商品或服務為某特定事業所產製或提供」。又所稱「次要意義」，則指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使相關事業或消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想，該特徵因而產生具區別商品或服務來源之另一意義而言。故公平交易法第20條所稱之表徵，指有下列情形之一者而言：(1)文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式特別顯著，足以使相關事業或消費者據以認識其為表彰商品或服務之標誌，並藉以與他人之商品或服務相辨別。(2)文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式本身未特別顯著，然因相當時間之使用，足使相關事業或消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想（行政院公平交易委員會處理公平交易法第20條原則第7點參照）。故表徵，係指事業用以區別彼我商品的特徵，亦即該項特徵足以彰顯其商品之來源，使相關事業或消費者一見該特徵，即可馬上聯想到該商品係由何事業所產製；如該特徵僅為交易上事業就商品名稱、內容、用法或其他相關事項所為之表示，而不足以成為相關事業或消費者辨識商品之來源之依據，即非顯示商品之表徵。換言之，表徵為商品上使人產生來源聯想之特徵；交易上為消費者視為與相同或類似的商品相區別之特徵，符合此一要求，方為該條所保護之

對象。若屬商品慣用之形狀、容器、包裝、普通說明文字、內容、顏色或慣用名稱等不具表彰商品或服務來源者均非屬表徵；又從屬商品之表徵，於判斷二項商品是否有為相同或類似之使用，而使他人混淆，亦應以前開一般人普通注意原則、通體觀察及比較主要部分原則、隔離觀察原則等為判斷之依據。故下列各款，不具表彰商品或來源之機能，非屬公平交易法第20條所稱之表徵：(1)商品慣用之形狀、容器、包裝。(2)商品普通之說明文字、內容或顏色。(3)具實用或技術機能之功能性形狀。(4)商品之內部構造。(5)營業或服務之慣用名稱（行政院公平交易委員會處理公平交易法第20條原則第9點參照）。

二、查原告雖主張Hello Kitty 變身系列產品早在86年起即已陸續進口，在台灣各地多達200 多家以上之專門店及專櫃門市進行銷售，原告所發行之多種刊物，例如草莓新聞月刊、Catalog 、V ivitix、最新凱蒂貓精品圖鑑（中文版及日文版），除在日本發行外，亦進口台灣販售，台灣地區讀者亦可跨國訂閱。上開各種Hello Kitty 變身系列商品，透過刊物之介紹及商品發售，均已造成消費者瘋狂採購蒐集。又原告近年來在國內更多次與麥當勞合作，推出Hello Kitty 戀愛麥語系列填充玩具，銷售熱烈，舉國皆知，亦造成搶購熱潮，原告更於94年4月起與統一超商合作推出Hello Kitty 磁鐵收集活動，造成市場熱烈反應，在3 個月活動期間內，送出逾7000萬份之Hello Kitty 變身系列磁鐵；於95年3 月間再與統一超商合作舉辦Hello Kitty 花花胸針收集活動；95年10月間則再次與麥當勞合作推出Hello Kitty 造型公仔贈送活動，凡此，均可見原告Hello Kitty 變身系列造型已經在我國成為足以辨別商品來源之著名表徵。且原告推出各種不同造型之變身系列商品，均沿襲Hello Kitty 之主要特徵部分，即臉呈稍扁之形狀、眼睛為長橢圓形、無嘴巴設計等等，因此消費者對於各種Hello Kitty 變身系列商品均可直接與Hello Kitty 產生聯想，而可明確辨別其商品來源。且根據原告於89年2 月間委託蓋洛普徵信公司製作之市場調查報告（參原證三十）結論，有9 成2 之民眾知道Hello Kitty 系列商品，而有6 成以上之民眾認為變身系列與Hello Kitty 原創圖屬於同一圖形之系列圖形，由此亦可知Hello Kitty （包括原創圖及變身系列）在台灣均享有極高之知名度，消費者對於Hello Kitty 衍生出之變身系列極為熟悉，一見即知商品來源均為原，故Hello Kitty 變身系列造型外觀，已取得商品表徵地位云云。惟查：

（一）原告所舉Hello Kitty 「商標」立體化或所衍生之造型，在88年由台灣麥當勞公司贈送凱蒂貓玩偶促銷方式出現，經廣泛報導蔚為風潮，然未與「HELLO KITTY 」註冊商標圖樣等標示結合出現，在未取得區別商品來源之

識別力前，尚難與原註冊商標等同論之，無法表張該商品由特定事業所出品，無法受到公平交易法第20條之保護，難逕論以HELLO KITTY 「商標」立體化或所衍生之造型已具商品表徵地位，消費者是否根據該等特徵即可與原告產生聯想，或縱使不能直接指明係出自何公司之商品，必能與特定廠商產生聯想，尚待斟酌。又原告所舉HELLO KITTY 造型所衍生變身娃娃之商品，其本身已改變原註冊商標之圖樣，即未與該等商標圖樣等標示結合出現，在未取得表彰該商品由特定事業所出品之識別力前，難與原註冊商標圖樣等同論之，且從原告提供之日本郵購雜誌目錄及我國報紙報導、授權使用變身HELLO KITTY 造型等觀之，系爭變身娃娃之商品多出現在日本郵購雜誌目錄，僅少數在我國各種媒體出現，不易被大眾認為是出自一特定來源，無法表彰該商品由特定事業所出品，故難論以HELLO KITTY 造型變身娃娃為公平交易法第20條所保護之商品表徵等情，有行政院公平交易委員會90年8月16日之鑑定意見書附卷可憑（參見被告證七）。原告主張其HELLO KITTY 變身系列造型產品已取得商品表徵地位云云，並不可採。

- (二) 且查系爭「HELLO KITTY」系列變身娃娃，乃非源自登記商標圖樣，而是臺灣麥當勞公司於88年間以贈送「HELLO KITTY」玩偶促銷方式出現，經廣泛報導而蔚為風潮，惟「HELLO KITTY」系列變身娃娃未曾與登記商標圖案等標示結合出現，且臺灣麥當勞公司諸多促銷廣告並未曾將原告公司標示刊登，則消費者如何得知「HELLO KITTY」系列變身娃娃就是原告公司所生產之商品，亦屬有疑；再者，第三人全誠股份有限公司經國立師範大學大眾傳播研究所胡幼偉教授指導所製作之「品牌市場辨別度研究報告」，其中曾就「HELLO KITTY」為何家公司之產品等問題進行市場調查，只有百分十二之受訪者正確地回答「原告三麗鷗公司」，百分五十之受訪者回答「不清楚」或「不知道」，卻有百分三十一之受訪者錯誤地回答「麥當勞」等情，有被告提出之被證九：品牌市場辨別度研究報告第十頁可參（參見本院卷二第353頁），此就一般消費者於購買商品時，所施用之普通注意，且經異時異地隔離觀察之結果，消費者並未對商品或服務之來源產生聯結。
- (三) 至於原告雖亦提出其於89年2月間委託蓋洛普徵信公司製作之市場調查報告（參原證三十）結論，主張有9成2之民眾知道Hello Kitty系列商品，而有6成以上之民眾認為變身系列與Hello Kitty原創圖屬於同一圖形之系列圖形，由此亦可知Hello Kitty（包括原創圖及變身系列）在台灣均享有極高之知名度，消費者對於Hello Kitty衍生出之變身系列極為熟悉，一見即知商

品來源均為原，故Hello Kitty變身系列造型外觀，已取得商品表徵地位云云。惟查：由原告委託蓋洛普徵信股份有限公司所作「HELLO KITTY」品牌市場調查識別度研究報告第二十三至二十四頁觀之，其問卷方式，係先以原告之原創著作、衍生著作詢問受詢者，再以第三人及被告之著作詢問受詢者，並非將原告與被告之原創著作等異時異地觀察，已與異時異地隔離觀察之原則相違，所調查結果，自難憑信。

- (四)從而原告主張原告之「HELLO KITTY」變身系列造型產品已取得商品表徵之地位云云，並不足採。原告主張被告違反公平交易法第20條第1項第1款之規定云云，因原告之「HELLO KITTY」變身系列造型產品並未取得商品表徵之地位，即無從成立。是關於公平交易法第20條第1項第1款所規定之其他要件，即「被告產品是否與原告產品為相同或類似之使用」、「是否致與原告之商品混淆」等，即毋庸再論述。

貳、原告起訴狀附件一所示被告之YOKI圖案造型是否抄襲原告Hello Kitty商品，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序，違反公平交易法第24條之規定？茲論述如下：

- 一、按公平交易法第24條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。而前述處理第20條原則第16點亦明文規定：襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事，或抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序者，雖未符合第20條之規定，仍得以違反公平交易法第24條處理之。故此條文係屬公平交易法各條規定之補充條款，非僅屬公平交易法第18條至第23條規定以外之不公平行為類型而已。因此，如事業以攀附他人聲譽或不當仿襲他人商品外觀，即屬謀取他人努力成果之行為，不符合商業競爭倫理，此種情形縱未違反公平交易法第20條之規定，惟對於被仿襲之事業言，亦造成相當之損害，違反市場公平競爭機制，仍有同法第24條之適用，始足以維護交易秩序及確保市場自由公平競爭。再查公平交易法第24條之適用並不以產生實害為前提，是判斷事業行為是否構成該條所稱「足以影響交易秩序」，只要該行為實施後有足以影響交易秩序之可能性，達到抽象危險性之程度為已足。又商品之外觀設計有無涉及違反公平交易法第24條之規定，審查之重點在於商品之整體外觀是否構成高度抄襲，而判斷是否構成高度抄襲，應就商品整體外觀為通體觀察，並非僅就商品外觀、形狀、顏色各個部分，或僅比對商品局部之商標或中英文說明文字予以割裂觀察比較（最高行政法院94年度判字479號、94年度判字第2032號判決意旨參照）。

二、原告起訴狀附件一所示被告之YOKI圖案造型，其中之十二生肖圖案（即本判決附表一之「YOKI第五代生肖版」圖案，參見卷一第289 頁，是否抄襲原告之HelloKitty十二生肖圖案？

（一）查原告之Hello Kitty 十二生肖變身圖案各式造型，分別於88年8 月及88年11月公開於catalog 雜誌及凱蒂貓精品圖鑑雜誌，有原告提出之附表1 之46及附表1 之47之雜誌影本在卷可稽。被告僑德公司提出之「YOKI第五代生肖版」著作，記載YOKI第五代生肖圖樣初稿日期88年9 月，完稿日期88年10月1 日（參見卷一第289 頁），縱認屬實，其著作完成時間，顯然在原告之Hello Kitty 十二生肖變身圖案公開之後。

（二）觀諸被告僑德公司之「YOKI第五代生肖版」圖案，不論各生肖動物之造型、顏色、花紋位置、裝飾品等，與原告之Hello Kitty 十二生肖圖案（參見卷五第118 頁至第119頁及273頁至276 頁）幾乎相同，就商品整體外觀為通體觀察，實已構成高度抄襲，顯難認為被告僑德公司之「YOKI第五代生肖版」圖案係著作人本於其精神作用之獨立創作。被告雖於「YOKI第五代生肖版」商品上方局部標示「YOKI」名稱（參見卷一第119 至123 頁），此局部英文字母之標示，亦無礙於主體圖樣部分構成高度抄襲之認定，其著作欠缺原創性，不受著作權法之保護甚明。是被告援引公平交易法第45條規定，主張其屬行使著作權之正當行為，不適用公平交易法相關規定云云，自無足採。

（三）查原告以Hello Kitty 為基礎所發展出之十二生肖圖案，具有Hello Kitty 之重要特徵（例如臉為稍扁橢圓形、沒有嘴巴等），而Hello Kitty 造型商品，為我國消費者所普遍知悉之著名商品，被告僑德公司不當仿襲原告之Hello Kitty 十二生肖圖案外觀，實屬謀取原告努力成果之行為，不符合商業競爭倫理，對競爭者顯失公平，且足以影響交易秩序，原告主張被告僑德公司違反公平交易法第24條之規定，應屬有據。

三、原告起訴狀附件一所示被告之YOKI圖案造型，其中之YOKI可愛十二星座圖案（即本判決附表二「YOKI第七代星座版」圖案，參見卷一第291 頁）是否抄襲原告之Hello Kitty 商標或Hello Kitty 十二星座圖案？

（一）按依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定，公平交易法第45條定有明文。其立法理由謂著作權、商標專用權及專利權在本質上皆為法律所賦予之獨占權，故依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，自不適用本法之規定。又著作權法所保護之「著作」，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品除須為思想或感情上之表現，且

有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性，而此所謂原創性之程度，固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度〔即新穎性〕要高，亦即不必要達到前無古人之完全獨創之地步，而且即使與他人作品相酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性，且按著作權在於保障著作表達方式，而非構想本身，故如無重製、仿製等情事，縱使著作內容相似，不同之著作人基於自己之表達方式，亦可同時享有著作權；又受保護之著作須具備下列四要件：〔一〕須具有原創性〔二〕須具有客觀化之一定形式〔三〕須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作〔四〕須非不受保護之著作，而著作權保護之著作，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作即可，而不須具有新奇性。著作不因其與他人創作在前之著作在本質上之類似且不具備新奇性而被拒絕著作權之保護。原創性之意義，僅為著作之創作歸屬於著作人之原因，亦即著作人獨立創作，而非抄襲自他人之著作即可，因此，即使一著作與另一在前著作完全相同，但並非抄襲該前一著作，而係獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權之保護。換言之，此原創性為相對的、比較的觀念（參照蕭雄淋著新著作權法逐條釋義〔一〕第二十一頁以下，如被告附件三）。

- （二）查原告之「HELLO KITTY」原創圖，業經商標註冊登記〔詳被證六〕，主要特徵為：貓臉呈稍扁之橢圓狀、沒有嘴巴、額頭裝飾蝴蝶結、左右各有三根不平行之放射狀鬍鬚、眼睛為黑色呈長橢圓形、鼻子為黃色呈橫橢圓形，有商標註冊登記上之圖案可參。原告之Hello Kitty 十二星座圖案，係以前揭原創圖案為藍本，並結合十二星座之概念所成（參見卷五第119 頁至121 頁）。而被告僑德公司之「YOKI第七代星座版」圖案，為一擬人化之星座娃娃，其主要特徵為：臉部呈葫蘆造型、無鼻、無鬚，無嘴、鰓紅、眼睛黑色帶白眸呈橢圓狀、搭配各式造型服飾〔詳卷一第291 頁〕。雖二者臉部圖形均有眼睛為長橢圓形、均無嘴巴設計、臉部神情有相彷彿之型態。但查「HELLO KITTY」原創圖及十二星座圖，讓人一見即知其取「貓」之神韻；而被告之「YOKI十二星座圖」系列美術著作則無使人認為係以「貓」為創作藍本之可能，彼此創作概念已有不同。且被告僑德公司之「YOKI第七代星座版」圖案，於娃娃之頭部髮飾及衣著設計上均有明顯之星座造型，其外觀構圖、設計及顏色搭配，與原告之「HELLO KITTY」原創圖及「HELLO KITTY 十二星座圖案」間有明顯之差異存在，對於十二星座概念之表現方式顯然不同，二者有明顯之區別，要

難認為被告僑德公司之「YOKI第七代星座版」圖案，係抄襲原告之Hello Kitty 原創圖或十二星座圖案所來。且該「YOKI第七代星座版」圖案，足以表現作者之個性及獨特性，可認為具有原創性，亦應得受著作權法之保護。故被告僑德公司之「YOKI第七代星座版」圖案，並非抄襲原告之Hello Kitty 原創圖或十二星座圖案而來，其無違反公平交易法第24條規定之情事，可堪認定。

(三) 至於被告僑德公司之「YOKI十二星座圖」系列，其中牡羊座、巨蟹座、獅子座、天蠍座，雖經最高行政法院94年判判字第1371號、第1566號、第1567號、第1194號判決構成近似，被告之上開星座圖之商標審定應予撤銷確定；另外水瓶座圖經經濟部智慧財產局91年9月4日中台異字第910100號商標異議審定應予撤銷，被告僑德公司逾期提起訴願，經經濟部駁回訴願確定，有上開判決書及訴願決定書影本各1件附卷可參。惟查商標是否構成近似之判斷，與是否違反公平交易法第24條所定要件之判斷並非同一，商標縱然構成近似，然如無證據證明係抄襲他人商品之外觀，尚不得遽認商標構成近似即有違反公平交易法第24條規定之情事。查被告僑德公司之「YOKI第七代星座版」圖案，於頭部髮飾及衣著設計上均有明顯之星座造型，且外觀構圖、設計及顏色搭配等對於十二星座概念表現之方式，與原告之「HELLO KITTY」原創圖及「HELLO KITTY 十二星座圖案」有明顯之差異，尚難認為係抄襲原告之Hello Kitty 原創圖或十二星座圖案所來，其著作足以表現作者之個性及獨特性，應可認為具有原創性，而得受著作權法之保護等情，業如前所述。故被告之「YOKI第七代星座版」圖案並無違反公平交易法第24條之規定，已堪認定，與被告僑德公司之商標是否經審定撤銷無關，並此敘明。

參、綜上所述：(1)原告之「HELLO KITTY」變身系列造型產品並未取得商品「表徵」地位，故原告主張被告僑德公司以原告之商品表徵為相同或類似之使用，致與原告之商品混淆，違反公平交易法第20條第1項第1款規定云云，為無理由。(2)原告主張被告僑德公司對外銷售並授權使用如本判決附表一所示「YOKI第五代生肖版」圖案，係抄襲原告之Hello Kitty 十二生肖圖案，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序，違反公平交易法第24條之規定，為有理由。(3)原告主張被告僑德公司之如本判決附表二所示「YOKI第七代星座版」圖案抄襲原告之Hello Kitty 商標或Hello Kitty 十二星座圖案，為無理由。

肆、按事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益

計算損害額。被害人依本法之規定，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙，公平交易法第30條、第31條、第32條第2項、第34條分別定有明文。本件被告僑德公司之對外銷售並授權使用之「YOKI第五代生肖版」圖案，係抄襲原告之Hello Kitty 十二生肖圖案，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序，違反公平交易法第24條之規定，致侵害原告之權益等情，業如前所述。故就原告起訴狀之附件一，其中關於本判決附表一之「YOKI第五代生肖版」圖案部分，原告依上開規定請求被告僑德公司賠償損害（賠償金額容後所述），並請求：(1)被告僑德公司不得就本判決附表一所示造型之貼紙、卡片等商品，為授權他人使用、輸出、運送、販賣、批售、散布、意圖販賣而陳列、意圖販賣而進口、加工、揀選、生產、製造或其他一切處分行為，亦不得陳列或散布有關本判決附表一所示造型之貼紙、卡片等商品之具有促銷宣傳性質、推介商品功能之文書或類似物件，並不得於報章雜誌或其他任何傳播媒體為廣告、引述之行為。(2)被告僑德公司應負擔費用，將本件最後事實審之民事判決全部內容，以新聞類之五號字體刊登於中國時報第五版以後乙日，並無不合，應予准許（民生報已停刊，原告請求刊登民生報部分，自難准許）。

伍、關於損害賠償之金額部分：

- 一、查公平交易法第32條之立法例係參考美國立法例，其立法理由為「□由於被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形，將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵，爰參照美國立法例，明定法院因依被害人之請求，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害額之三倍。□侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人倒保有不法所得，殊屬頗當，故本條第二項參考美國立法例，規定被害人得請求專依侵害人因侵害行為所受之利益計算其損害額。」，由此立法理由可知本條之立法目的，顯為求減輕被害人之舉證責任，以避免因難以舉證損害之存在及其數額而阻礙被害人求償之意願，進而發生有害保護交易秩序及公平競爭之結果。又因公平交易法屬管理型態之經濟法規，立法者所以特別賦予前揭32條第2項一般損害賠償制度所未擁有的侵害利益法則，除因其權益客體之無體性，而其侵害有特殊型態外，更因智慧財產特有之規模經濟特質，使得被告所獲利益與原告所失利益二者間，無法呈現出一對一的相互對應狀況，故侵害利益制度本身之主要功能在於抑止不公平競爭行為。職是，此侵害利益法則之功能即應跳脫一般傳統民法損害賠償填補損害之概念，而應認縱被害人未能證明實際蒙受損害，而不法行為人受有

利益時，仍得主張以不法行為人所受利益計算損害額，而非仍強求被害人應證明其損害額，再據其所證明之損害額判斷不法行為人所受利益是否超過其損害額。準此，原告僅須證明被告僑德公司因販售此一商品而獲有利益即足，而無需證明原告損害之發生及因果關係之存在。

- 二、查被告僑德公司於不服本院90年度裁全字第604 號假處分裁定之民事抗告狀中雖稱僑德公司之系爭YOKI系列商品若受假處分裁定禁止銷售，其可得預期之營業利潤損失及商譽損失至少超過300 萬元以上云云，有被告僑德公司之上開抗告狀影本附卷可參。惟查經本院90年度裁全字第604 號及台灣高等法院90年度抗字第2069號裁定審認結果，衡量被告之資本額、營業項目、販售商品種類、財政部88年度營利事業各業所得額標準及同業利潤等各種客觀數據，僅核定擔保金額30萬元，有上開民事裁定影本附卷可憑（參見卷一第232 頁至第238 頁）。本院審酌被告僑德公司自陳之營業利潤損失及商譽損失為300 萬元，並參酌假處分審認之擔保金額為30萬元，及原告起訴後曾減縮起訴聲明之範圍，故原告起訴範圍已小於假處分所禁止之侵害行為範圍，暨本院認定本件構成違反公平交易法之商品，僅被告僑德公司之「YOKI第五代生肖版」部分，爰斟酌此部分商品占原告附件一、附件二所列商品之比例，認為被告僑德公司所受之利益，以為30萬元為適當，原告請求被告僑德公司賠償該金額，為有理由，應予准許；逾上開金額之請求，則屬無據，應予駁回。
- 三、末按公司法第23條第2 項規定：公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。查被告丙○○為被告僑德公司之負責人，其對於公司業務之執行違反公平交易法第24條之規定，致原告受有損害，故原告依上開規定請求其與被告僑德公司應連帶負賠償責任，於法有據，應予准許。
- 四、從而原告依公平交易法第32條第2 項及公司法第23條第2 項請求被告連帶賠償30萬元，及均自起訴狀繕本送達翌日即90年6 月14日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，為有理由，應予准許；逾上開金額之請求，則屬無據，應予駁回。
- 陸、至於原告起訴狀附件一所示其餘之商品（即除「YOKI第五代生肖版」以外之商品），並無違反公平交易法第20條或第24條規定之情事，是就上開部分，原告並依前揭公平交易法之規定請求排除侵害及損害賠償，則為無理由，應予駁回。
- 柒、本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，均毋庸再予審酌，附此敘明。
- 捌、假執行之宣告：原告陳明願供擔保，聲請宣告假執行，經核其勝訴部份，合於法律規定，爰酌定相當之擔保金額宣

告之；原告餘假執行之聲請，因該部分訴之駁回而失所依據，應併予駁回。

玖、結論：原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、第85條第2項、第390條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 95 年 12 月 28 日
民事第三庭 法 官 許月珍

以上正本係照原本作成

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀

中 華 民 國 95 年 12 月 28 日
書記官 劉昌明

資料來源：司法院法學資料檢索系統