智慧財產及商業法院民事判決

109年度民公上字第1號

上　訴　人　英屬維京群島商藝啟股份有限公司（原名：英屬維京群島商麻吉一七股份有限公司）（Ichi Nana Inc.）

法定代理人　練建麟

訴訟代理人　蔡吉記律師
　　連致宇律師

被　上訴人　熱浪新媒體股份有限公司

法定代理人　葉冠義

訴訟代理人　劉偉立律師

複　代理人　楊承璇律師

上列當事人間公平交易法損害賠償等事件，上訴人對於中華民國108年12月6日本院107年度民公訴字第9號第一審判決提起上訴，本院於111年1月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項

一、按民事事件涉及外國人或原因事實牽涉外國地者，即為涉外民事事件，應依涉外民事法律適用法定法律之適用（最高法院98年度台上字第1695號判決意旨參照）。涉外事件之國際管轄權誰屬，涉外民事法律適用法固未明文規定，惟受訴法院尚非不得就具體情事，類推適用國內法之相關規定，以定其訴訟之管轄（最高法院104 年度台抗字第1004號裁定意旨參照）。本件上訴人係經我國主管機關核准登記之外國公

司，故本件具有涉外因素，屬涉外民事事件。又被上訴人主營業所在我國，侵權行為地亦在我國，經類推適用民事訴訟法第2 條第2 項、第15條第1 項規定，本院對本件有國際管轄權。又依涉外民事法律適用法第25條規定，關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法；另同法第27條規定，市場競爭秩序因不公平競爭或限制競爭之行為而受妨害者，其因此所生之債，依該市場之所在地法。本件上訴人主張被上訴人在我國涉有公平交易法規範之不公平競爭行為妨害我國市場競爭秩序，及故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之侵權行為，依上開規定，本件自應適用我國法為準據法。

二、上訴人之代表人原為張芝綺，嗣於本院審理期間變更為練建麟，被上訴人之代表人原為林慕柔，嗣於本院審理期間變更為葉冠義，業經上開代表人聲明承受訴訟在卷可佐（見本院卷一第439頁、卷三第321頁），經核並無不合，應予准許。

三、再按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第463條準用第256條定有明文。上訴人主張被上訴人上架之「17+ ，一起直播華人社交平台」軟體（下稱系爭17+ 軟體，如附圖一所示）相同或近似上訴人附圖二著名商品表徵而有不公平競爭行為，於起訴聲明第1項求為命「被告公司應於收到訴狀之日起，立即停止使用與『17Media』近似之商標為商品或服務宣傳之不正競爭行為。」嗣於本院更正原審上開訴之聲明為「被上訴人不得使用『17+』及『一起直播-華人社交平台』名稱」，核屬不變更訴訟標的而補充事實上或法律上陳述，則依上開規定，應予准許，合先敘明。

貳、實體事項

一、上訴人主張：上訴人與被上訴人均為直播業者，上訴人經營「17直播」，被上訴人經營「UP直播」。被上訴人明知上訴人所有之我國註冊第1940083 號「17直播」商標、註冊第1940084 號「17 Media」商標，及美國註冊No .5,025,887「17」商標、No .5,025,888 「17 Media」商標（以上4 商

標合稱系爭商標，如附圖二所示）已廣為我國相關消費者所熟知而為上訴人著名商品表徵，竟故意於Google Play及Apk平台上架名稱類似之系爭17+軟體誤導消費者下載，致與上訴人之商品混淆，有欺罔或顯失公平行為，違反公平交易法第22條第1項第1款及同法第25條規定，爰依同法第29條、第30條、第31條規定，一部請求命被上訴人給付上訴人新臺幣(下同)800萬元本息，及求為命被上訴人不得使用「17+」及「一起直播-華人社交平台」名稱之判決。另被上訴人明知我國註冊第1940083 號「17直播」商標為上訴人著名商品表徵，竟故意於Google網站以「17直播」為關鍵字購買廣告（下稱系爭關鍵字廣告），使消費者鍵入「17直播」搜尋時首位即呈現被上訴人經營之「UP直播」網站而點選進入觀覽，藉此攀附榨取上訴人長期以來努力之成果，違反公平交易法第22條第1項第1款及同法第25條規定，亦屬故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，爰依公平交易法第30條、第31條、民法第184條第1項後段規定，一部請求擇一命被上訴人給付200萬元本息之判決。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴。並聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人不得使用「17+」及「一起直播-華人社交平台」名稱。㈢被上訴人應賠償上訴人1,000 萬元。㈣就第三項聲明，上訴人願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：系爭17+軟體並非被上訴人上架及經營，縱系爭17+軟體與「UP live」開發者為同一人，但「UP live」為訴外人大陸地區亞洲創新集團有限公司(下稱亞創公司)所開發，亦與被上訴人無關。「17」為常用字彙不具識別性，系爭商標未達著名商品表徵程度，且「17+，一起直播華人社交平台」與系爭商標兩者文字圖樣差異甚大、不構成類似，不致使相關消費者混淆；系爭關鍵字廣告並非被上訴人購買，且廣告內容中並無「17直播」字樣，消費者由搜尋結果頁面亦可輕易區分兩者為不同產品，被上訴人無構成公平交易法第22條第1項第1款、同法第25條之不公平競爭行

為及民法第184條第1項後段侵權行為等語，資為抗辯。並聲明：㈠上訴駁回。㈡若受不利判決，願供擔保免予假執行。

三、兩造均為線上直播平台經營業者，上訴人經營「17直播」，被上訴人經營「UP直播」，Google Play及Apk平台有上架系爭17+軟體，上訴人為系爭商標之商標權人等情，為兩造所不爭執(本院卷三第132頁)，並有商標註冊證、Google Play及Apk平台頁面截圖附卷可參（臺灣臺北地方法院107年度智字第16號，下稱北院卷，第9至11頁、第17至20頁、本院卷一第155、157頁），堪信此部分事實為真實。上訴人主張被上訴人有前開違反公平交易法之不公平競爭行為及以背於善良風俗方法加損害於他人之侵權行為，惟為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

㈠系爭17+軟體部分：

1.被上訴人並無違反公平交易法第22條第1項第1款規定情事：

上訴人主張系爭17+軟體侵害其著名商品表徵即附圖二系爭商標(見本院卷二第302至303頁、卷三第131至132頁），然查：

⑴按事業就其營業所提供之商品，不得以著名之他人商標、商品外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，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。前項姓名、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或服務之表徵，依法註冊取得商標權者，不適用之。公平交易法第22條第1項第1款、第2項定有明文。上訴人雖主張系爭商標為其著名商品表徵，但系爭商標中的附圖二編號1、2商標均為依法註冊之我國商標，依公平交易法第22條第2項規定自無同條第1項第1款之適用。上訴人雖主張本件並無公平交易法第22條第2項之適用云云，然公平交易法第22條第2項立法理由表明：「本條所保護之表徵倘屬已註冊商標，應逕適用商標法相關規定，不再於本法重複保護，為資明確，爰增訂第二項」，可知使用他人商品或服務之表徵致生混淆，

如該表徵為註冊之商標，應回歸適用商標法之規定，不適用公平交易法表徵之保護。上訴人既然主張系爭17+ 軟體侵害其附圖二編號1、2商品表徵，而該表徵為我國註冊商標，依上開說明即有公平交易法第22條第2項之適用，至上訴人所舉本院107年度民商上字第2號判決（下稱本院2號判決，見本院卷三第167至168頁），其案例事實乃權利人之著名商品表徵在公平交易法104年修法後註冊取得商標權，然侵權人在104年以前已有侵害其著名商品表徵之行為，故該判決認為此情形仍構成侵害他人著名商品表徵，由此可知該案之事實與本件截然不同，上訴人以該判決主張本件並無公平交易法第22條第2項之適用容有誤會，且個案之法律見解本無拘束之效力，自難執為有利上訴人之論據。

⑵附圖二編號3、4為美國註冊商標未在我國註冊，自無公平交易法第22條第2項規定之適用，應就該商標續為判斷系爭17+軟體是否違反公平交易法第22條第1項第1款規定。按公平交易法第22條第1項第1款須以他人著名商品表徵為相同或近似之使用、致與他人商品混淆為要件，而所謂「致與他人商品混淆」，固不以現實發生為必要，惟仍須依其情事，一般消費者施以平均之注意力及記憶能力，有發生混淆之具體危險者始屬之，倘僅為抽象或想像上之風險，則無適用之餘地（最高法院109年度台上字第10號判決參照）。查上訴人固於我國有使用附圖二編號3、4商標作為其商品標示（見原審卷一第101頁、卷二第85至97頁），然觀諸附圖二編號3、4圖樣為斗大的小丑笑臉下置「17」或「17 Media」所組成，附圖一「17+ ，一起直播華人社交平台」則由正方形黑底上置白色「17+」文字、右上方置較小字體「一起直播-華人直播社交平台」所組成，兩者相較僅有「17」相同，其餘無論是小丑笑臉之有無、中英文組成之有無、整體構圖予人寓目印象等等，均差異甚大，自難認構成相同或近似，一般消費者施以平均之注意，即得分辨其不同，並無發生混淆之具體危險。

⑶上訴人雖主張：「+」代表版本升級之意，欲下載上訴人軟體之消費者可能會誤認系爭17+軟體與上訴人商品表徵間有所關聯或為升級版本之混淆，且從消費者下載後留言「明明是up就什麼17+」、「跟UP live一樣」「This is streaming with Uplive」，可知已致消費者產生混淆誤認之結果云云。然查，「17」僅係兩位阿拉伯數字組合，不具獨創性，亦有線上產品命名為「17線上看」（見原審卷一第292頁），及指定使用在網路購物、線上遊戲之註冊商標名稱為「17life」、「17PK網」（見原審卷一第303、305頁），而附圖一系爭17+軟體與附圖二編號3、4商標圖樣除「17」外尚有其他明顯可資區別部分、整體予人寓目印象截然不同，已如前述，難認消費者會僅因兩者均有「17」而產生混淆誤認。至上訴人所稱「This is streaming with Uplive」之留言(見本院卷二第61頁)，係在「17+Friday Night Live-Social video」應用程式網頁下的留言，而非在系爭17+軟體應用程式網頁下的留言，況「明明是up就什麼17+」、「跟UP live一樣」「This is streaming with Uplive」等留言（見北院卷第17頁，本院卷二第61頁），均僅在描述該軟體會串流到「Uplive」平台，無法證明留言者將系爭17+軟體誤認為是上訴人「17直播」產品，或期待系爭17+軟體應連結至上訴人「17直播」頁面卻受騙跳轉至「UP直播」，且上訴人稱系爭17+軟體下載次數為500,000+，安裝次數為500,000-1,000,000，已吸引逾50萬人次使用（見本院卷三第163頁），既然下載之消費者已高達50萬餘人，上開留言卻僅有3筆，實難僅以寥寥3筆之前開留言代表逾50萬之消費者，而認一般消費者施以平均之注意力及記憶能力會有發生混淆之具體危險，是上訴人上開主張並不足採。

⑷據上，上訴人雖主張系爭17+軟體侵害其附圖二著名商品表徵，但附圖二編號1、2商標為我國註冊商標，無公平交易法商品表徵之適用，附圖二編號3、4與系爭17+軟體並不構成

相同或近似，消費者亦不致產生混淆。準此，被上訴人自無違反公平交易法第22條第1項第1款規定可言。

2.被上訴人並無違反公平交易法第25條規定情事：

⑴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25條定有明文。此為不公平競爭行為之概括規定，適用範圍應以「足以影響交易秩序」之要件為前提，交易秩序係指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理之交易行為，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序，判斷「足以影響交易秩序」時，應考量是否足以影響整體交易秩序或有影響將來潛在多數受害人，至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用公平交易法第25條之規定。又行為是否構成不正競爭，可從行為人與交易相對人之交易行為，及市場上之效能競爭是否受到侵害，加以判斷。事業如以高度抄襲他人知名商品之外觀或表徵，積極攀附他人知名廣告或商譽等方法，榨取其努力成果，或以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊，而足以引人錯誤之方式，從事交易之行為，依整體交易秩序綜合考量，認已造成民事法律關係中兩造當事人間，利益分配或危險負擔極度不平衡之情形時，固可認為與上開條文規定合致。惟倘事業之行為並無欺罔或顯失公平，或對市場上之效能競爭無妨害，或不足以影響交易秩序者，則無該法條之適用(最高法院109年度台上字第2725號判決參照)。

⑵上訴人雖主張：系爭17+軟體名稱「17+，一起直播華人社交平台」，使用到上訴人之「17直播」、「17 Media」，已足使相關消費者誤認是上訴人「17直播」軟體而下載，構成欺罔、顯失公平及影響交易秩序云云。然附圖二編號3、4與附圖一系爭17+軟體不構成相同或近似，已如前述，又上訴人是使用「17直播」、「17 Media」而非單純數字「17」來使消費者識別上訴人商品，而附圖一「17+，一起直播華人社交平台」以斗大之「17+」再於右上方置字體較小的「一起

直播-華人直播社交平台」文字，予人寓目印象深刻部分為「17+」，消費者會唱呼為「17加」，此由前開網友留言「明明是up就什麼17+」即可證明，又尚有其他線上類別之產品、商標命名為「17線上看」、「17life」、「17PK網」，是消費者不會僅以「17」即對兩者產生混淆誤認，因此「17+，一起直播華人社交平台」與上訴人「17直播」、「17 Media」，兩者予人寓目印象實有明顯差異，並不構成相同或近似。更何況，有關「明明是up就什麼17+」、「跟UP live一樣」「This is streaming with Uplive」之留言無法證明有消費者誤認是上訴人「17直播」產品而下載，且該留言筆數甚少，實難認有何對市場上之效能競爭造成妨害或足以影響整體交易秩序可言。故附圖一系爭17+軟體並未高度抄襲或攀附上訴人之「17直播」、「17Media」，不構成欺罔或顯失公平行為，對市場上之效能競爭及交易秩序亦無影響，自無公平交易法第25條規定情事。

3.據上，就系爭17+軟體部分，被上訴人並無上訴人所指違反公平交易法第22條第1項第1款及同法第25條規定情事，是上訴人依同法第29條、第30條、第31條規定，一部請求命被上訴人給付上訴人800萬元，及求為命被上訴人不得使用「17+」及「一起直播-華人社交平台」名稱，為無理由。

㈡系爭關鍵字廣告部分：

1.被上訴人並無違反公平交易法第22條第1項第1款規定情事：上訴人主張系爭關鍵字廣告之行為侵害其著名商品表徵即附圖二編號1商標（見本院卷二第304頁），然該商標既依法註冊取得商標權，依本院前開公平交易法第22條第2項規定之說明，自無公平交易法第22條第1項第1款規定之適用。

2.被上訴人並無違反公平交易法第25條規定情事：

⑴所謂「關鍵字廣告」，是指廣告主向搜尋引擎業者購買特定關鍵字廣告，於消費者在搜尋引擎輸入該關鍵字搜索時，觸發廣告主之產品或服務顯示在搜尋網頁廣告資訊上。隨著網路普及及電子商務快速發展，事業於網站刊載商品或服務資

訊，吸引消費者瀏覽，進而招徠交易，已為現今事業爭取交易機會之重要方式，而網路使用者藉由搜尋引擎網站鍵入關鍵字以尋找資訊，已為常見之資訊取得方式。事業為增加其網站之到訪人數，以他人事業名稱、商標或表徵作為關鍵字廣告，增加自身網站被造訪之機會，固然可能會稀釋他事業表徵所蘊含之經濟利益，然搜尋引擎之功能，原本就是為了提供網路使用者鍵入相關之關鍵字查找資訊，當網路使用者鍵入特定字串作為關鍵字時，心中所欲搜尋之目標未必僅限於該關鍵字所代表之事業或產品，還包括與該關鍵字有類似特徵之所有資訊，因此越豐富多元之搜尋結果，越有利網路使用者取得更充分資訊、降低查找資訊之成本，而有助於社會公共利益。因此，以他人事業名稱、商標或表徵作為關鍵字廣告，是否違反公平交易法第25條規定，不能一概而論，若關鍵字廣告整體呈現之內容有使網路使用者誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業，或於廣告內容使用爭議性之敘述文字，如貶抑競爭對手、不當比較，或對於競爭對手產品或服務之描述與現況不符等情形，此因無助於消費者獲得更充分正確資訊及降低搜尋成本，固然構成公平交易法第25條所稱欺罔或顯失公平之行為，然若關鍵字廣告內容可使消費者輕易辨別兩者之不同，亦未使用爭議性用語對競爭對手產品或服務為描述，對市場上之效能競爭並無妨害，或對整體交易秩序並未有利益分配或危險負擔極度不平衡時，即無該法條之適用。

⑵經審酌上訴人所提原證7、上證28、上證29之系爭關鍵字廣告頁面，於消費者鍵入「17直播」時，搜尋結果會於第一順位或第二順位顯示「Up直播」之廣告，其內容為「Up直播/尋找附近美女主播/up.live；Ad www.up.live；美女如雲總有你喜歡的style，超正點主播等你來」、「全球直播平台Up直播/百大網紅出沒地/up.live；廣告 www.up.live」、「動人主播才藝表演，精緻禮物，主播聚會，用戶活動等你來，喊麥唱歌，閃耀女神，聊天談心，才藝表演」(見原審

卷一第103頁、本院卷二第217至291頁），細譯該等廣告內容，並無任何「17直播」文字或任何指涉上訴人17直播產品之字樣，且廣告內容明確記載為「Up直播」，相關消費者端無混淆誤認該廣告與17直播有所關連而誤為點選之可能，自無構成欺罔或顯失公平，亦無對市場上之效能競爭有所妨害或影響交易秩序可言，當無公平交易法第25條規定之適用。

⑶至上訴人雖舉本院102年度民商上字第8號民事判決、107年度民公上字第5號民事判決、公平交易委員會公處字第110075號處分書等，主張依上開實務見解，本件系爭關鍵字廣告亦應構成違反公平交易法第25條規定云云。然上訴人所舉上開案例，均係將他人之事業名稱、商標或表徵插入於關鍵字廣告內容中，亦即關鍵字廣告內容會呈現他人事業名稱、商標或表徵，使他人混淆誤認或對競爭對手為不當比較，與本件情形截然不同，自難比附援引執為有利之論據。

3.被上訴人不構成民法第184條第1項後段侵權行為：

按故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，負損害賠償責任。民法第184條第1項後段定有明文。系爭關鍵字廣告內容並無任何與上訴人產品「17直播」有關之字樣，已如前述，是系爭關鍵字廣告並未造成消費者混淆誤認，亦未對市場交易效能有所妨害或有違商業倫理正當性，反而有助於消費者獲得更充分正確之資訊及降低搜尋成本，是該商業行為自非背於善良風俗之方法，當無構成民法第184條第1項後段侵權行為之餘地。

4.據上，就系爭關鍵字廣告部分，被上訴人並無上訴人所指違反公平交易法第22條第1項第1款、同法第25條及民法第184條第1項後段情事，是上訴人依公平交易法第30條、第31條、民法第184條第1項後段規定，一部請求命被上訴人給付200萬元，為無理由。

四、綜上所述，上訴人主張被上訴人違反公平交易法第22條第1項第1款、同法第25條規定及構成民法第184條第1項後段侵權行為，依公平交易法第29條、第30條、第31條、民法第18

4條第1項後段規定，一部請求擇一命被上訴人不得使用「17+」及「一起直播-華人社交平台」名稱，及請求被上訴人應給付上訴人1,000萬元，為無理由，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，理由雖有不同，但結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

六、據上論結，本件上訴為無理由，依智慧財產案件審理法第1條，民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　17　　日

智慧財產第一庭

審判長法　官　李維心

法　官　陳端宜

法　官　蔡如琪

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，應另附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1 第1項但書或第2 項(詳附註) 所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　1　　日

書記官　王英傑

附註：

民事訴訟法第466條之1(第1項、第2項)

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。