

智慧財產法院民事判決

106年度民商上字第5號

上訴人 第一化粧品廠股份有限公司

兼法定代理人陳鵬州

訴訟代理人 鄒純忻律師

複代理人 黃聖堯律師

訴訟代理人 陳秋汝律師

上二人共同

訴訟代理人 楊長峯

訴訟代理人 陳鴻年

被上訴人 勇兆國際有限公司

法定代理人 周方正

訴訟代理人 周方慰

輔佐人 楊次雄

上列當事人間侵害商標權有關財產權爭議事件，上訴人對於中華民國106年3月6日本院105年度民商訴字第29號第一審判決提起上訴，本院於108年1月17日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於命上訴人給付超過新臺幣壹仟零陸拾參萬玖仟肆佰參拾貳元本息，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、其餘上訴駁回。

四、第一審訴訟費用由上訴人負擔十分之一，第二審訴訟費用由上訴人負擔十分之六，餘由被上訴人負擔。

五、本判決所命給付，被上訴人如以新臺幣參佰伍拾伍萬元為上訴人供擔保後得假執行，但上訴人如以新臺幣壹仟零陸拾參萬玖仟肆佰參拾貳元為被上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、被上訴人起訴主張：

一、被上訴人早於民國（下同）84年7月20日即以中文「冰晶」字樣，註冊取得中華民國註冊第00000000號商標權（下稱系爭商標，如附圖一所示），指定使用於「化妝品、保養品」商品，專用期間自85年11月1日至105年10月31日止。其後，被上訴人於85年間取得知名之瑞士「CRYOLAB S.A.」公司所生產之「CRYOS」品牌美容保養品及化粧品之代理權，並將系爭商標使用於「CRYOS」品牌美容保養品及化粧品，包括「肌膚滋養霜」、「乳霜」、「全日霜」、「日霜」、「晚霜」、「唇霜」、「面霜」、「眼霜」、「潤膚露」、「潔膚乳液」、「去角質霜」、「再生面膜」等產品。被上訴人除印製精美之商品目錄外，並聘請知名藝人為「（瑞士）冰晶」系列化妝保養品之產品代言人（原證4），及於國內美容保養及化妝品最負盛名之「美麗佳人」、「全國美容」等雜誌連續刊登廣告數年之久（原證5），並行銷至「東森電視購物」、「VIVA電視購物」等國內極具知名度之通路商（原證6）。截至104年1月30日止，以「（瑞士）冰晶」為Google網路搜尋，被上訴人之產品於Google網頁仍在第1頁之第1名（原證7）。詎上訴人第一公司竟向Yahoo奇摩公司購買「冰晶」之網路關鍵字查詢，使上訴人第一公司產銷之系爭產品之網頁排名高居第一名，而被上訴人之正牌「冰晶」化妝保養品，竟掉到該頁面之最後一名（原證8）

01 ，被上訴人於104 年1 月30日在Yahoo 網路搜索，始知上情
02 。查上訴人第一公司自95年間開始製造並分別於「台北延平
03 旗艦店」等百貨門市通路與「PChome商店街」、「payeasy
04 公司」等網路平台通路販售「de冰晶舒緩凝膠」化妝保養品
05 （下稱系爭產品），估計已達數千萬元之鉅，上訴人仿冒之
06 「冰晶」化妝保養品，已使消費者混淆，侵害被上訴人之系
07 爭商標專用權。被上訴人於104 年12月14日以郵局存證信函
08 請上訴人等停止使用及販售系爭產品。上訴人等收受上開存
09 證信函後，雖將系爭產品自各通路予以下架回收，停止販售
10 ，惟上訴人第一公司自95年至104 年止產銷系爭產品之行為
11 ，確已侵害被上訴人之系爭商標權，被上訴人爰依商標法第
12 68條第1 款、第71條第1 項第2 款，請求上訴人第一公司負
13 損害賠償責任。上訴人陳鵬州係第一公司之法定代理人，因
14 執行業務，侵害被上訴人之系爭商標權，致被上訴人受有損
15 害，依公司法第23條第2 項規定，上訴人陳鵬州應與第一公
16 司負連帶賠償責任。

17 二、上訴人確實係將「冰晶」一詞，作為區別商品來源的商標使
18 用，而非商品名稱，上訴人主張其使用「冰晶」並非商標之
19 使用使用，並不足採。又上訴人意圖攀附系爭商標之商譽，
20 致消費者對其指示的商品來源產生混淆誤認之虞，難謂係屬
21 商業交易習慣之誠實信用方法，亦不該當商標法第36條第1
22 項第1 款之合理使用。再者，上訴人主張系爭商標違反商標
23 法第63條第1 項第4 款規定，向經濟部智慧財產局（下稱智
24 慧局）申請廢止註冊，經智慧局以107 年6 月29日（107 ）
25 智商40025 字第10780346510 號商標廢止處分書，為「廢止
26 不成立」之處分，故上訴人主張系爭商標註冊後已成為所指

定商品或服務之通用標章、名稱，不具識別性，亦不足採。

三、上訴人未遵原審法院之命，拒絕提出銷售系爭產品之正確會計相關資料供查核，嗣後又故意提出數量、金額顯然短少不實之銷售資料，法院自得審酌情形認為他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，並依民事訴訟法第222條第2項規定，審酌一切情況核定損害賠償之數額，俾以適當填補商標權人所受損害。

貳、上訴人辯稱：

一、「冰晶」一詞為既有之專有名詞，有「清涼、透徹、閃耀」之意，常見於許多市面上販售之美容保養商品，並為許多美容保養商品之本質、或所標榜之使用功效，並無來源指向性及區別性，不具先天識別性，且「冰晶」一詞經業界長期使用，已為業界普遍使用於化妝品及美容保養產品之詞彙，成為所指定商品或服務之通用名稱，而喪失識別性，具有應予廢止之事由。

二、上訴人第一公司之商標為註冊第00000000號「DE」商標（如附圖二所示，見原審卷第52頁），其係以經設計過之「D」、「E」英文字母及數字「1」合併為設計圖，上訴人第一公司之產品，均以「DE」商標作為識別商品來源之依據，此由上訴人之品牌商標設計、產品本身、產品包裝、瓶身標示、品牌型錄、開立發票及各門市及銷售點之布置等品牌經營情形可知，「冰晶」一詞僅是作為商品名稱而使用，取其本身即有之「保濕、涼爽、舒適、舒緩、補水」寓意，僅表達商品之特性、性質、內容、成分，並非作為商標使用，如上訴人第一公司之其他商品：「茶樹抗痘凝膠」、「玫瑰保濕凝膠」、「蘆薈保濕凝膠」等，均僅為商品之名稱而已，並

01 無任何識別商品來源之作用，上訴人將「冰晶」一詞用於凝
02 膠系列之商品名稱，純係為描述自家商品之描述性合理使用
03 ，主觀上並無攀附系爭商標之意圖，依商標法第36條第1項
04 第1款，應屬商標之合理使用。

05 三、上訴人公司自92年創立並持續穩健發展至今，營收逐年正向
06 成長，95年至104年間之銷售總額為11億餘元，年平均銷售
07 額逾1億元，數十年來戮力為建立自身「第一化粧品」品牌
08 ，不遺餘力，投注相當財力及心力經營自身品牌。行銷通路
09 則有直營門市、百貨專櫃及非直營之網路平台，反觀被上訴
10 人僅代理國外品牌，其申請廣告字號及實際販售之冰晶商品
11 只有2項，除於內湖一間非連鎖藥局寄賣其商品外，並無任
12 何櫃位，雙方之品牌定位及經營規模均不相同，上訴人並無
13 攀附系爭商標之主觀意圖。且上訴人如有意將「冰晶」一詞
14 作為商標使用，斷無可能同時標示使用「de」及「冰晶」兩
15 項字面意義不同，亦無任何連結性之商標，否則將使消費者
16 陷於混淆誤認，該商品究竟為上訴人公司或他公司之商品。
17 另由上訴人之品牌商標設計、產品本身、產品包裝、瓶身標
18 示、品牌型錄、開立發票及各門市及銷售點之布置等品牌經
19 營情形，可知上訴人並無將系爭冰晶商標作為商標使用之意
20 圖或動機。

21 四、損害賠償之計算：

22 (一)上訴人產品涉及各美妝保養品領域，實際銷售之品項逾千種
23 （見本院卷三第99-108頁），原審竟以原審卷被證2上訴人
24 用以證明「冰晶」為上訴人產品名稱之化粧品廣告申請核定
25 表，認定冰晶占總銷售品項的十分之一，乘以歷年營業額及
26 同業淨利潤率，計算本件損害賠償，實欠妥適，又如此認定

與上訴人實際銷售品項相去甚遠，已違反損失填補原則。

(二)本院於二審訴訟程序中，詳細調查上訴人系爭產品之銷售額後，經會計師查核之銷售報表，均經會計師專案查核，並經本院函詢網路平台、百貨門市，證據調查結果均與上訴人提出之上開報表資料及上訴人之陳述相符，足證上開報表資料之真實性，應屬適當之認定損害賠償數額之依據，上訴人依上證8 及上證31之銷售數額，提出3 種方式，推計本件損害賠償數額，如107 年12月27日民事言辯意旨狀第19至20頁所述。

參、原審判決上訴人應連帶給付被上訴人17,732,386元，及自106 年1 月20日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，並准予提供擔保宣告假執行，駁回被上訴人其餘之訴及假執行之聲請。上訴人提起上訴，上訴聲明：1.原判決不利於上訴人部分廢棄。2.上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。3.如受不利判決，上訴人願供擔保，請准宣告免為假執行。4.第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。被上訴人答辯聲明：1.上訴駁回。2.上訴費用由上訴人連帶負擔。

肆、兩造主要爭點：

一、上訴人等販售系爭產品，是否將「冰晶」一詞作為商標使用？是否構成商標之合理使用？

二、系爭商標是否不具有先天識別性？

三、系爭商標是否已因業界普遍使用於化粧品及美容保養品產品，已成為所指定商品或服務之通用名稱，而喪失其識別性？

四、上訴人是否有侵害被上訴人系爭商標權之行為？

五、被上訴人得請求之金額為何？

六、被上訴人得否得依公司法第23條第2 項之規定，請求上訴人陳鵬州負連帶損害賠償責任？

伍、得心證之理由：

一、上訴人等販售系爭產品，是否將「冰晶」一詞作為商標使用？

(一)按商標法第5 條規定，「商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同」。本規定立法理由以：「商標之使用，可區分為商標權人為維持其權利所為之使用及他人侵害商標權之使用兩種樣態，二者之規範目的雖有不同，惟實質內涵皆應就交易過程中，其使用是否足以使消費者認識該商標加以判斷。本條之目的在於規範具有商業性質之使用商標行為，所謂『行銷之目的』，與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ,TRIPS Agreement）第16條第1 項所稱交易過程（in the course of trade）之概念類似」。某行為是否為商標之使用，應審酌其目的與方法，依一般社會通念及市場交易情形予以判斷。次按，「商標者，乃用以表彰商業主體商品或服務之標識，受保護之商標須具有顯著性，亦即應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務區別。基於表彰商品或服務之目的將商標使用於商品或服務，始為商標法上所

謂之商標使用；若非因表彰商品或服務之目的，形式上縱有商標用於商品或服務之事實，審酌其目的與方法，僅係用以表示商品或服務之相關說明者，而不具有商標使用之意圖者（intent to use），乃屬通常之使用，非商標法所稱之商標使用」（最高行政法院98年度判字第1487號判決參見）。

(二)觀諸系爭產品之圓形塑膠盒及小包裝隨身袋（上訴人於原審106年1月23日言詞辯論期日提出，見原審卷第153頁），500g圓形塑膠盒上有標示「de冰晶」，下方有「Cool-down Gel」，「de」、「冰晶」字體大小相同，小包裝隨身袋上有標示「de冰晶舒緩凝膠」，字體較大，下方有字體較小之「Cool-down Repairment Gel」，「de」、「冰晶」之字體大小相同（上證1、上證3照片），依其標示之方式，「冰晶」係作為表示商品來源之標識，而「舒緩凝膠」、「Cool-down Gel」、「Cool-down Repairment Gel」始為商品之名稱。另原證2、12銷售系爭產品之網頁，更將系爭產品單獨登載為「冰晶」或「de第一化粧品 冰晶」（原審卷第9、29-30頁），再者，上訴人第一公司亦自承該公司確有在Yahoo搜尋引擎購買「冰晶」之關鍵字廣告（見原審卷第97頁），消費者鍵入「冰晶」關鍵字搜尋，即會將系爭產品廣告置於搜尋結果最上方（原證8），消費者點選該廣告，即可連結至上訴人行銷系爭產品之網頁，可知「冰晶」有表示、連結至特定來源之意涵，本院綜合上情，認為上訴人第一公司於系爭產品使用「冰晶」，主觀上具有表彰自己商品來源之意思及行銷商品之目的，客觀上所標示者足以使相關消費者認識其為商標，自屬於商標之使用。

二、上訴人使用「冰晶」是否構成合理使用？

01 (一)商標法第36條第1項第1款規定：「下列情形，不受他人商
02 標權之效力所拘束：一、以符合商業交易習慣之誠實信用方
03 法，表示自己之姓名、名稱，或其商品或服務之名稱、形狀
04 、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本
05 身之說明，非作為商標使用者」。本規定係指以符合商業交
06 易習慣之誠實信用方法，提供商品或服務本身的有關資訊，
07 而非作為商標使用之使用行為。商標合理使用，包括描述性
08 合理使用及指示性合理使用兩種。所謂描述性合理使用，指
09 第三人以他人商標來描述自己商品或服務之名稱、形狀、品
10 質、性質、特性、產地等，此種方式之使用，並非利用他人
11 商標指示商品或服務來源之功能，純粹作為本身商品或服務
12 之說明，第三人所為之使用既非用以指示來源，即非屬商標
13 權效力拘束範圍。又所謂指示性合理使用，係指第三人以他
14 人之商標指示該他人（即商標權人）或該他人之商品或服務
15 ；此種方式之使用，係利用他人商標指示該他人商品或服務
16 來源之功能，用以表示自己商品或服務之品質、性質、特性
17 、用途等，類此使用情形多出現於比較性廣告、維修服務，
18 或用以表示自己零組件產品與商標權人之產品相容；凡此二
19 者皆非作為自己商標使用，均不受商標權效力所拘束。

20 (二)上訴人第一公司於系爭產品上以凸顯方式使用「冰晶」字樣
21 ，具有表彰自己商品來源之意思及行銷商品之目的，客觀上
22 足以使相關消費者認識其為商標，且所行銷之產品與系爭商
23 標指定使用之商品為同一，從事與被上訴人相互競爭之行為
24 ，自非符合商業交易習慣之誠實信用方法，使用系爭商標，
25 上訴人第一公司辯稱係商標法第36條第1項第1款之合理使
26 用云云，並不可採。

01 三、系爭商標是否不具有先天識別性？

02 (一)上訴人雖主張，系爭商標為未經任何設計或搭配任何圖片之
03 純文字商標，「冰晶」二字作為形容詞，有「清涼、透徹、
04 閃耀」之意，常見於許多市面上販售之美容保養商品，並為
05 許多美容保養商品之本質、或所標榜之使用功效，並無來源
06 指向性及區別性，不具先天識別性云云。

07 (二)按識別性為商標指示商品或服務來源，並與他人的商品或服
08 務相區別的特性，識別性的判斷必須以商標與指定商品或服
09 務間的關係為依據，不能脫離指定商品或服務單獨為之。識
10 別性越強之商標，相關消費者就商品或服務之印象越深，他
11 人稍有攀附，即可能引起相關消費者產生混淆誤認。獨創性
12 之商標識別性最強，而以習見事物為內容之任意性商標，或
13 以商品、服務相關暗示說明為內容之暗示性商標，其識別性
14 較弱，惟仍然具有識別性，第三人加以攀附，仍有可能引起
15 相關消費者或購買者產生混淆誤認。系爭商標係由中文「冰
16 晶」所組成，為既有詞彙，為「氣溫在攝氏零度以下時，空
17 氣中的水蒸氣凝結而成的結晶狀微小顆粒，需在顯微鏡下才
18 能辨視，具有六角柱、六角片、樹枝狀和針狀等各種形狀」
19 （見原審卷第56頁教育部重編國語辭典修訂本網頁）。「冰
20 晶」此一表示晶體外觀形狀之詞彙，通常被使用作為描述冰
21 凍、凝結方面的形容或表示，屬於大自然界產生的東西，「
22 冰晶」一詞使用於「化粧品、保養品」商品，係取其「保濕
23 、涼爽、舒適、舒緩、補水」之寓意，隱含、暗示可達到肌
24 膚「保濕、涼爽、舒適、舒緩、補水」之功用，但與商品或
25 服務本身的直接描述，仍有不同，消費者需要運用一定程度
26 的想像、思考、感受或推理，才能領會標識與商品或服務間

01 的關聯性，故應屬暗示性商標，仍具有識別性，上訴人主張
02 「冰晶」一詞其字面意義已含有商品品質、成分及特性說明
03 ，難使相關消費者認識其為商標，不具有識別性云云，不足
04 採信。

05 四、系爭商標是否已因業界普遍使用於化粧品及美容保養品產品
06 ，成為所指定商品或服務之通用名稱，而喪失其識別性？

07 (一)按商標已成為所指定商品或服務之通用標章、名稱或形狀者
08 ，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊，商標法第63
09 條第1項第4款定有明文。所稱通用標章，係指業者就特定
10 商品或服務所共同使用之標誌而言；所稱通用名稱或形狀，
11 係指業者通常用以表示商品或服務之名稱或形狀而言。本款
12 規範意旨在於商標註冊後，倘因怠於維護其商標之識別能力
13 ，致其成為商品或服務的通用標章、名稱或形狀，不具有指
14 示特定商品或服務來源的識別性時，即失去商標的基本功能
15 ，基於公益及識別性之考量，應由商標專責機關廢止其註冊
16 。至商標名稱通用化之判別標準，以該商標名稱（即該作為
17 商標之詞彙）在一般消費者心目中認識的主要意義為判準。
18 申請廢止商標者對於上開事實應負舉證責任。因商標之廢止
19 ，係對已授予之商標專用權事後予以剝奪，故要求較強之證
20 據證明力；必須能證明絕大多數消費者對於該詞彙之用法係
21 作為商品之通用名稱使用，而非作為商品之來源名稱使用，
22 始能廢止其商標之註冊（最高行政法院104年度判字第488
23 號判決參見）。

24 (二)上訴人雖主張，目前市面上至少有數十種商品，皆以「冰晶
25 」一詞作為商品名稱使用於化妝品及美容保養品，足見相關
26 消費者於選購商品時，並非以「冰晶」一詞作為識別商品來

源之依據云云。惟查：

(1)「冰晶」一詞有其固有涵義，係表示水氣凝結之晶體外觀形狀之詞彙，屬大自然界之產物，「冰晶」使用於「化妝品、保養品」商品，並非商品或服務的直接描述，屬於暗示性商標，已如前述。上訴人提出其於不同時點，於不同搜尋引擎就「冰晶」一詞之網路搜尋結果（原審被證5-24、上證18-20 及上證35-37），及其他業者使用「冰晶」二字於凝膠、面膜、洗髮精、沐浴精、潤滑液等產品（上證21），係將「冰晶」二字結合其他品牌名稱用以辨識其所產製之不同系列產品，並非以固定方式使用或指稱某特定化妝品、保養品，無從認定「冰晶」一詞已經業者反覆使用而成為「化粧品、保養品」之通用名稱，並為消費大眾所習知習見。

(2)再查，依被上訴人提出之商品目錄及廣告DM、「美麗佳人」雜誌內頁、「東森電視購物」、「VIVA電視購物」截圖（原證4-6），被上訴人於取得系爭商標註冊後，即透過知名醫美中心「春天診所」、momo、PChome、森森及東森等行銷管道銷售系爭商標商品，並邀請溫翠蘋、邵庭等藝人代言、藉由電視新聞節目廣告及於婦女觀賞之「女人我最大」節目置入性行銷販售系爭「冰晶」商標美容保養品商品，足徵被上訴人於系爭商標註冊後，已積極行銷使用，系爭商標除具有先天識別性之外，經被上訴人長期行銷、使用，亦足以加強其後天之識別性，相關消費者於見聞具有「冰晶」商標之化粧品及美容保養品時，會將之視為具有表彰商品來源之識別標識，進而與商標權人產生聯想。另查，被上訴人主張，其對於他人涉有侵害系爭商標權

之行為，均已積極主張權利，其他第三人收受其侵權通知後，多已不再使用系爭商標，並有被上訴人對其他第三人提起刑事告訴之不起訴處分書（上證9：台灣臺北地方檢察署檢察官105年度偵字第15420號不起訴處分書、上證10台灣高等檢察署智慧財產分署105年度上聲議字第538號處分書），及被上訴人對於第三人香港商○○○○○栢明有限公司提起民事訴訟之判決書（106年度民商訴字第7號判決，見本院卷二第120-127頁）在卷可稽，不論該等司法案件判決結果是否有利於被上訴人，然由該等事證可知，被上訴人確有積極維護其商標權之行為，亦難認本件系爭商標註冊後，商標權人有怠於維護其商標識別性，致「冰晶」成為化粧品同業使用之通用標章、名稱或形狀，而不具有指示特定商品或服務來源之情。又被上訴人主張，該公司本來在google網路搜尋列為第一名（原證7），因上訴人第一公司購買「冰晶」關鍵字廣告，使該公司之「冰晶」產品，掉到該頁面之最後一名（原證8）。其提起本件訴訟之後，其在Google、Yahoo 搜尋網站上都回復到第一名，足見其積極維護「冰晶」商標收到良好效果，並提出其分別於106年7月20日於Google網站、8月4日於Yahoo、Google網站搜尋之公證書及截圖共3份（見本院卷一第262-2至262-23頁）為證，堪予採信。

- (3)上訴人雖辯稱，被上訴人20幾年來在其網頁及產品包裝均係以其註冊第00000000號「CRYOS 及圖」商標（上證22）搭配藍紅包裝之整體造型，作為其銷售自瑞士進口之冰晶商品之識別來源的依據云云。惟查，被上訴人使用系爭商標時，縱有與另一「CRYOS 及圖」商標合併使用，惟仍不

足以否認被上訴人有長期行銷、使用系爭商標之事實，上訴人上開辯解，不得作為有利論據，所辯不足採信。

(4)綜上，上訴人所提出之證據，無法證明系爭商標註冊後，「冰晶」一詞經業界普遍使用於化粧品及美容保養品產品，已成為所指定商品或服務之通用名稱，不具有指示特定商品或服務之來源，喪失其識別性。況上訴人以系爭商標違反商標法第63條第1項第4款規定，申請廢止註冊，經經濟部智慧財產局審查後，以107年6月29日（107）智商40025字第10780346510號處分書，作成「廢止不成立」處分在案（見本院卷二第207-211頁），益證系爭商標並無上訴人所指應予廢止之事由。

五、上訴人是否有侵害被上訴人系爭商標權之行為？被上訴人是否得請求被上訴人連帶負損害賠償責任？

(一)按未經商標權人同意，為行銷目的，於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者，為侵害商標權；商標權人對於因故意或過失侵害其商標權者，得請求損害賠償，商標法第68條第1款、第69條第3項定有明文。又商標權人請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：二、依侵害商標權行為所得之利益；於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益，同法第71條第1項第2款亦有規定。

(二)本件上訴人第一公司將與系爭商標完全相同之「冰晶」使用於相同之「化粧品、保養品」商品，構成商標法第68條第1款「於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標」之行為，侵害被上訴人之系爭商標權，被上訴人自得依同法第69條第3項，請求上訴人負損害賠償之責任。上訴人陳鵬州係

01 第一公司之法定代理人，因執行業務，侵害被上訴人之系爭
02 商標權，依公司法第23條第2項規定，應與第一公司連帶負
03 賠償責任。

04 (三)上訴人雖辯稱，其係使用自己之「de」商標行銷自身之產品
05 ，並無侵害系爭商標之主觀意圖云云。惟查，兩造同為化妝
06 品、保養品業者，對於競爭同業之品牌、商品品項、商標註
07 冊之情形，理應有相當之關注及了解，相較於一般消費者或
08 非同業競爭者，應負更高之注意義務，並有注意之能力，系
09 爭商標早在85年即已註冊公告在案，迨上訴人95年使用時，
10 已註冊約10年之久，上訴人公司之資本額高達上億元，為一
11 頗具規模之企業，上訴人公司並在Yahoo 搜尋平台購買「冰
12 晶」關鍵字行銷系爭產品，若稍加查證，應可輕易知悉被上
13 訴人公司早已註冊系爭商標，並於市場上行銷使用之事實，
14 竟疏未注意查證，貿然使用系爭「冰晶」商標，致侵害被上
15 訴人之商標權，上訴人辯稱其主觀上無故意或過失云云，不
16 足採信。

17 六、被上訴人得請求之賠償金額為何？

18 (一)按「當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述」；「
19 當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但
20 法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」；「
21 法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自
22 由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。當事人
23 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，
24 法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第
25 第195條第1項、第277條、第222條第1、2項定有明文
26 。又「聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命

01 他造提出」；「下列各款文書，當事人有提出之義務：二、
02 他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。…四、商業帳簿」
03 「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情
04 形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實」
05 「同法第342條第1項、第344條第1項第2款及第4款、
06 第345條第1項定有明文。次按「原告於起訴原因已有相當
07 之證明，而被告於抗辯事實並無確實證明方法，僅以空言爭
08 執者，當然認定其抗辯事實之非真正，而應為被告不利益之
09 裁判」、「原告對於自己主張之事實已盡證明之責後，被告
10 對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其
11 反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則」
12 「最高法院18年上字第1679號及第2855號等民事判例參照。
13 再按「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌
14 情形認他造關於該文書之主張或該文書應證之事實為真實，
15 民事訴訟法第345條第1項定有明文。所謂正當理由，凡當
16 事人未執有該文書、無提出義務及非因過失不能提出之情形
17 屬之」；「當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證責
18 任，若一方就其主張之事實已提出適當之證明，他造欲否認
19 其主張者，即不得不提出相當之反證，以盡其證明之責，此
20 為舉證責任分配之原則，更是民事訴訟法第277條基於『公
21 平原理及誠信原則，適當分配舉證責任』而設其抽象規範之
22 具體展現」（最高法院99年度台上字第1807號及102年度台
23 上字第297號民事判決參見）。

24 (二)經查，上訴人第一公司行銷系爭產品之通路，包含直營（百
25 貨點）、直營（非百貨點）及網路平台三種，為兩造所不爭
26 執（詳後述），又經原審向財政部北區國稅局桃園分局函查

，上訴人第一公司自95年1月1日至104年12月31日止期間之營業人銷售額與稅額申報書，上訴人第一公司在上開期間之銷售總金額共計為11億827萬4,107元，有財政部北區國稅局桃園分局105年11月17日北區國稅桃園銷字第1051115737號函及附件可稽（函文見原審卷第132-133頁，附件資料外放證物袋）。

(三)上訴人雖辯稱：該公司所銷售之產品品項逾千種（見本院卷三第99-108頁），原審判決竟以被證2之化妝品廣告申請核定表，認定冰晶占總銷售品項的十分之一，顯有未洽云云。惟查，上訴人銷售之產品品項縱使逾千種，惟每項產品之銷售額未必相同，上訴人既然特別在Yahoo購買「冰晶」關鍵字廣告，足見系爭產品應屬上訴人公司重點行銷之產品，自不能按所有產品之品項平均計算其銷售額，再者，上訴人第一公司銷售系爭「冰晶」產品之詳細數量、金額之商業帳簿等文書，係在該公司持有中，他人無從知悉及取得，被上訴人並已聲請法院命上訴人提出，依民事訴訟法第342條、第344條第1項第2、4款規定，上訴人對於系爭產品之實際銷售金額，有提出相關文書之義務。上訴人之說明及舉證如下：(1)被上訴人於105年12月26日言詞辯論期日主張：關於被告系爭產品使用「冰晶」所造成之損害數額究竟為何，應由原告負舉證責任（見原審卷第136頁）。(2)上訴人於原審提出106年2月14日民事答辯三暨陳報狀，僅提出104年販賣系爭產品之銷售額119,088元及所得利益19,054元（被證33，見原審卷第165頁反面），(3)原審於106年2月14日宣示辯論終結並表示要依民事訴訟法222條酌定損害賠償額後，上訴人始提出106年2月17日民事答辯四暨陳報狀，陳報

01 102 年至104 年販賣系爭產品之銷售額，各為94,215元、13
02 0,407 元、119,054 元，平均每年之銷售額為111,029 元（
03 被證35、36，見原審卷第206-222 頁）。(4)原審為不利於上
04 訴人之判決後，上訴人於第二審程序以106 年6 月3 日上訴
05 理由狀，提出經德豐會計師事務所黃○○會計師簽證之102
06 年至104 年共3 年之營業額資料，系爭產品102 年至104 年
07 之總銷售額為1,298,222 元，平均每年銷售額為432,741 元
08 （上證8 ，本院卷一第33頁、第95-120頁）。(5)被上訴人10
09 6 年6 月21日答辯狀，質疑上證8 之資料僅有直營店及門市
10 ○○○○路平台之銷售資料（見本院卷一第130 頁），上訴
11 人於106 年9 月4 日民事上訴補充理由（二）狀，陳稱上證
12 8 之銷售額1,298,222 元，僅為系爭產品102 年至104 年直
13 營（含專櫃、門市、官網、電話訂購）之銷售額，如加上10
14 0 年至101 年之直營（含專櫃、門市、官網、電話訂購）之
15 銷售額883,783 元（非完整），及經德豐會計師事務所向網
16 購平台調閱之101 年7 至12月及102 年至104 年之銷售額46
17 ,531元（其中101 年1 至6 月之資料網購業者函覆未留存，
18 故未列入），系爭產品自100 年至104 年之總銷售額應為2,
19 228,536 元，並提出經德豐會計師事務所簽證之100 年至10
20 4 年系爭商品營業額資料、上訴人第一公司與銷售通路商（
21 網路平台）之電子郵件、經銷契約、系爭產品於網路平台銷
22 售之帳款明細表（見本院卷一第148-156 頁、上證31至上證
23 33，見外放證物，★上開證物為本院106 民秘聲上2 號秘密
24 保持命令之保密資料）。(6)被上訴人106 年11月1 日民事訴
25 訟陳報狀，質疑德豐會計師事務所之黃○○會計師於上證8
26 及上證31上訴人公司102 年至104 年營業額資料（財務報表

01) 僅記載「上述所述營業額及銷貨性質分類均屬實在」，無
02 從認定黃○○會計師已就上開資料為查核、核閱、複核或專
03 案審查，並作成意見書，是其真實正確性，即有疑問。上訴
04 人於106 年12月20日民事陳報狀，提出德豐會計師事務所黃
05 ○○會計師106 年3 月28日出具之協議程序執行報告（上證
06 38，見本院卷二第102-114 頁），及系爭產品102 至104 年
07 之直營（門市、官網、電話/ 傳真）發票、非直營（網購平
08 台）彙整資料、交易對帳單、直營（百貨專櫃）對帳明細共
09 4 箱資料。同日之補充陳報狀，提出德豐會計師事務所黃○
10 ○會計師依據審計準則公報第34號所提出之簽證報告工作底
11 稿資料3 箱（上證43）（上證39、43，見外放證物，★上開
12 證物為本院106 民秘聲上4 號秘密保持命令之保密資料），
13 並聲請傳訊證人即上訴人第一公司財務副理何○○、及會計
14 師黃○○到庭作證。

15 (四)證人何○○證稱略以：「上證39資料是我們公司財務部同仁
16 一起整理的，共有4箱，計20冊，第1箱有非直營網購平台全
17 部產品的交易對帳單（編號6、7、8）及上訴人公司開立給
18 網購平台的全部產品之統一發票（編號4），編號5是依編號
19 4 整理的冰晶產品之交易彙整，編號1、2、3是上訴人公司
20 直營店銷售冰晶產品的發票及彙總資料。上訴人公司開給網
21 購平台的發票，雖然是只有寫商品一批，但是由網購平台開
22 給上訴人公司的對帳單有詳列品名，所以可以勾稽冰晶商品
23 的銷售數量及金額。這些對帳單都是當初開發票給網購平台
24 時，網購平台所提供的電腦內的資料，是之前就存在上訴人
25 公司，並非訴訟後才請求網購平台提出的，第2、3、4箱是
26 上訴人公司102年至104年直營百貨專櫃的對帳明細，上訴人

01 直營店銷售冰晶商品的數量及金額，可以直接由電腦中之資
02 料以關鍵字撈取」（見106年12月27日準備程序筆錄）。

03 (五)證人黃○○證稱：「我在106年3月初有接受上訴人公司的委
04 任，做三年度協議程序執行報告，因為上訴人公司想要知道
05 102年至104年公司銷售額的營業額品項分類佔比，及冰晶產
06 品三年度實際銷售額，所以我接受委任就進行查核工作，在
07 106年3月底出具報告（即上證38協議程序執行報告），因為
08 有這個報告做支撐，所以我在106年5月17日出具上證8的表
09 。（請簡述協議程序執行報告 上證38 V的製作及查核方
10 式為何？）對冰晶部分，是逐筆詳查，該公司的交易模式是
11 分成直營，且以直營為大宗，在全省10多個百貨點都有設櫃
12 進行販售，另外還有公司自己的官網、門市或客戶打電話訂
13 購，這些都算直營，在網路平台上也有產品的銷售，我們以
14 逐年、逐月訂定一個要查詢的重要性因素跟金額做查核，…
15 在報告第1 頁，分成百貨直營、非百貨直營、網路平台。一
16 、網路平台會給公司對帳單，公司有銷貨單，廠商結算後公
17 司開發票給廠商，所以我們是逐筆從對帳單外部憑證核對公
18 司的銷貨單、出貨單，再核對廠商結算的對帳單（外部憑證
19 ），再核至發票，此發票是公司開給廠商的，然後找出銷售
20 數字。二、另外百貨點的直營也是同樣的道理，從百貨公司
21 所開立的對帳單，然後到公司的銷售單、出貨單，因為百貨
22 公司會從產品的銷售額扣除一定比例的抽成，所以會扣掉百
23 貨公司的抽成後，才列入上訴人公司的營業所得，然後開給
24 百貨公司的發票。在百貨公司的專櫃對帳單中會列載銷售金
25 額（即百貨公司賣出商品的金額），扣除抽成後，廠商應開
26 立發票銷售額才是實際上，上訴人公司要向百貨公司收取的

01 金額，這些資料我先前都有提出給法院。三、非百貨點直營
02 的部分，就沒有對帳單，因為可能是個人或公司行號打電話
03 ，從出貨單核到開給個人的發票，可能會有二聯式收銀機發
04 票（開給個人的），或電子計算機的發票。（如何確認冰晶
05 產品的查核，是逐筆詳查？）審計的查核方式會有一個遵循
06 的方式，我們會先確認公司出貨單是否遵循，公司員工接
07 到銷售單後，才出具出貨單出庫這樣內部控制的流程，是否
08 公司員工有遵循，我們所抽核到的結果是有遵循。另外依照
09 證實查核程序，分為順查與逆查，看廠商的對帳單（外來憑
10 證），我們抽核某月，從該月的1 日詳核至該月月底，然後
11 逐筆抽查其銷售品項，再核至廠商的結算單及核至開立給廠
12 商的發票，銷售品項中，有含冰晶的部分，我們就造冊分年
13 逐月逐日詳查，所以我們並非完全以公司提供的資料做審查
14 。（發票是否有記載冰晶產品的字樣？）直營店發票會記載
15 冰晶。百貨點及網路平台部分，是由上訴人公司開立發票給
16 各百貨公司及網路平台，是一個總額（通常是月結），沒有
17 特別寫出冰晶類別，但百貨點及網路平台之對帳單中，都會
18 有詳列銷售品項，其中有冰晶，就會寫出冰晶。（既然百貨
19 點及網路平台部分的發票都只記載總額，沒有列出商品名稱
20 ，就冰晶產品部分，你有逐筆查核對帳單嗎？）有逐筆查核
21 對帳單，我們的外勤工作人員會先從上訴人公司的電腦逐筆
22 看對帳單中（對帳單是由廠商提供給上訴人公司），只要有
23 冰晶部分，就條列出來，冰晶部分，三年度就逐年、逐月、
24 逐日、逐筆詳查。（廠商提供的對帳單，是用紙本還是以電
25 子的方式提供給上訴人公司？）上訴人公司有一台電腦會儲
26 存對帳單資料，廠商那一端也有電腦會紀錄交易資料，以作

01 為結算依據，我們查帳時，有需要時，也會列印出紙本，並
02 非只有上訴人公司提供的資料，所以是外來憑證。（除了上
03 訴人公司所提供給你關於冰晶產品的銷貨單、對帳單、發票
04 及外來憑證，這些資料外，你是否還另外蒐集或驗證資料的
05 正確性？）根據進行協議程序執行，事務所需要查核對帳單
06 及開立給廠商的發票之正確性，對帳單就是外來憑證，開立
07 給廠商的發票也有交易的相對雙方。我沒有針對冰晶作函證
08 ，因為依據審計公報第38號「函證」，第六條的規定，不是
09 該函證的項目」（見107年7月18日準備程序筆錄）。

10 (六)按商業會計法第38條規定：各項會計憑證，除應永久保存或
11 有關未結會計事項者外，應於年度決算程序辦理終了後，至
12 少保存五年。各項會計帳簿及財務報表，應於年度決算程序
13 辦理終了後，至少保存十年。上訴人辯稱，該公司自101年
14 7月1日起開始使用ERP系統，故僅保有102至104年度系
15 爭產品之完整銷售資料，之前的發票已銷燬，無法提出近10
16 年的資料，並認為提出近3年的銷售資料已足夠供本院比對
17 云云，顯與上開法令規定不符。

18 (七)經查，上訴人於原審陳報102年至104年販賣系爭產品平均
19 每年之銷售額僅111,029元（被證35、36），惟於第二審提
20 出之上證8，陳報系爭產品102年至104年之總銷售額為1,
21 298,222元，平均每年銷售額為432,741元，二者差距高達
22 近4倍，不可謂不大，證人黃○○雖證稱，其推測數據的差
23 距是因為沒有含百貨點跟網路平台，僅有官網，上訴人亦附
24 合其說（見本院卷二第223頁），並稱：因原審法官已於10
25 6年2月14日言詞辯論終結，並表明要依據民事訴訟法第22
26 2條第1項推估損害賠償，上訴人乃於同年2月17日將相關

01 資料整理陳報，因為時間已經來不及整理百貨點與網路平台
02 的銷售資料，並非有意遺漏云云。惟查，上訴人於原審原先
03 不願提出系爭產品之詳細銷售資料，辯稱應由被上訴人負舉
04 證責任，嗣僅願陳報104 年單一年度之銷售額，於原審辯論
05 終結之後，才陳報102 至104 年度之銷售額，且未向法院陳
06 明該資料不含百貨點及網路平台之銷售金額，足見確有以多
07 報少之情事。

08 (八)再查，由證人黃○○之證詞可知，上訴人第一公司銷售系爭
09 產品之管道，分為直營（百貨點）、直營（非百貨點，包含
10 門市、官網、電話／傳真）及網路平台三種，以直營為大宗
11 ，另由上訴人於原審陳報之102 至104 年不含百貨點及網路
12 平台之銷售金額，平均每年僅有111,029元，惟加入百貨點
13 及網路平台之銷售金額後，即膨脹為原來之4 倍，且上訴人
14 陳報之各網路平台銷售金額亦非常少，每年僅數千元至數萬
15 元不等，甚至有零元者，可知上開三種銷售管道，以直營（
16 百貨點）之銷售量最大。茲就上訴人提出上開三個銷售管道
17 102 年至104 年之銷售資料，分述如下：

18 (1)直營（非百貨點）：

19 上訴人提出之直營（非百貨點，包含門市、官網、電話／
20 傳真）之銷售資料，包括銷售明細表及上訴人開立之發票
21 （上證39第1 箱編號1 、2 、3 冊），其銷售明細表及發
22 票，均有詳載商品品名、數量、時間及發票號碼，可以相
23 互勾稽比對，且發票係銷售當時即已開立，並向稅捐主管
24 機關申報營業稅，並非臨訟製作，應可採信。系爭產品10
25 2 年至104 年之銷售金額約33萬餘元（見上證39第1 箱編
26 號第1 至3 冊首頁之統計資料）。

01 (2)直營（百貨點）：

02 上訴人陳報系爭產品於102 年至104 年在直營（百貨點）
03 之銷售明細表及其開立予百貨業者之發票（上證39第2 、
04 3 、4 箱），業經被上訴人否認其真正，依上訴人提出之
05 發票，各直營（百貨點）所開之發票均採月結，其上僅記
06 載當月之銷售總金額，品名為「化妝保養品」等，並無記
07 載詳細品名、數量、銷售時間，本院無法由發票之記載得
08 知系爭產品之銷售情形。且證人黃○○亦自承，其執行協
09 議程序執行報告時，並未向直營（百貨點）作函證等語，
10 可知其查核之資料，均為上訴人所提供，證人黃○○雖證
11 稱：「上訴人公司有一台電腦會儲存對帳單資料，廠商那
12 一端也有電腦會紀錄交易資料，以作為結算依據，所以是
13 有外來憑證」云云，上訴人於107 年8 月14日之準備二狀
14 亦主張：上訴人公司商品於百貨門市之銷售模式，係百貨
15 專櫃上設有二台POS（Point Of Sale）機，一台是上訴
16 人公司之鼎新ERP 系統，另一台則為百貨公司設置之POS
17 機。消費者購買商品時，銷售人員會將產品條碼刷入公司
18 POS 機進行扣庫存及銷售金額之計算，無誤後將該筆交易
19 金額輸入至百貨POS 機，列印出「百貨公司設定之產品名
20 稱」（如居家用品或化粧品等商品統稱）之發票給消費者
21 。故透過每月百貨公司POS 機計算之銷售金額即可與上訴
22 人公司銷售金額核對云云。惟經本院依上訴人陳報之百貨
23 點資料，函詢環球購物中心等17家百貨點（見本院卷三第
24 6 頁），自95年至104 年間銷售系爭產品之資料，除了義
25 美食品股份有限公司桃園航空城分公司（下稱義美公司）
26 有函覆具體之銷售金額（僅3,420 元）外，其餘百貨點或

01 未函覆，或函覆稱，雙方僅為租賃關係，POS 系統無支援
02 品牌單品管理，無法提供相關資料（如環球購物中心屏東
03 公司）；或函覆稱，該公司與上訴人每日對帳結算並未載
04 明每筆交易銷售商品之明細，且上訴人第一公司銷貨留存
05 之電子發票存根聯，也未呈現每筆交易銷售商品明細，故
06 無法知悉或提供上訴人第一公司在該商場承租櫃位所銷售
07 之系爭產品型號、數量與金額的資料（如統正開發公司）
08 （各百貨點函覆之情形如附表一所示），故證人黃○○及
09 上訴人所述，百貨點所設之POS 機資料，可與上訴人方面
10 之銷售資料相互勾稽，顯與本院函查結果不符，不足採信
11 ，應認證人黃○○所查核之百貨業者對帳單，無非是儲存
12 於上訴人第一公司電腦內之資料，並非所謂「外來憑證」
13 。上訴人自行提出之銷售明細表，既然與各直營（百貨點
14 ）方面之資料無法核對勾稽，即無從確認是否與實際銷售
15 之情形相符，且唯一函覆本院之義美公司銷售金額僅有3,
16 420 元，占整體銷售額而言，比例實屬過小，縱使該項金
17 額與上訴人自行陳報之義美公司銷售金額相符，亦不足以
18 推論上訴人提出之其餘直營（百貨點）資料之內容，均為
19 真正。

20 (3)網路平台：

21 上訴人提出系爭產品於102 年至104 年在網路平台之銷售
22 明細表，並提出之網路平台業者之對帳單，及其開立之發
23 票（見上證39第1 箱編號第4 至8 冊），業經被上訴人否
24 認其真正，經查，上訴人提出之發票，上訴人第一公司與
25 各網路平台業者均採月結或半月結，發票上僅記載該期間
26 之銷售總金額，品名為「商品一批」，並無記載詳細品名

01 、數量、銷售時間等，本院無法由發票之記載得知系爭產
02 品之銷售情形。本院依上訴人提供與其合作銷售系爭產品
03 之網購平台業者資料（見本院卷二第140 頁），向香港商
04 雅虎公司臺灣分公司（下稱雅虎公司）等7 家網路平台業
05 者函查系爭產品銷售金額、數量、時間等資料（函文見本
06 院卷二第142 頁），部分業者並未回覆，部分業者回覆查
07 無資料，部分業者函覆之銷售資料，與上訴人向本院陳報
08 之網路平台銷售額（上證32、33）不符，有被上訴人提出
09 之一覽表可稽（此部分涉及本院核發秘密保持命令之上證
10 31、32 資料，本院不直接引用數據，見本院卷二第212 頁
11 反面）。其中康訊數位整合股份有限公司（下稱康迅公司
12 ）、雅虎公司、九易宇軒股份有限公司（下稱九易公司）
13 函覆之金額均高於上訴人陳報之金額，上訴人107 年7 月
14 27日準備狀，雖提出其認為差異之可能原因，例如稅差未
15 計算，或訂單成立後又取消下訂、退貨、未取貨等原因撤
16 銷訂單，而使交易未完成之情形（見本院卷二第233-247
17 頁）。證人黃○○亦證稱：「康訊公司，法院函詢結果是
18 4,750 元，與上訴人提列的3,810 元，是因為康訊公司的是
19 含稅，上訴人的是不含稅，另外，康訊公司函覆的103
20 年交易有四筆，其中二筆2014年8 月26日訂單時間只相差
21 1 分多鐘，有可能是客戶下了訂單後，沒有取貨，實際上
22 只有一筆成交，但在網路平台那邊，只要客戶下訂，其呈
23 現的訂單日期，就有兩筆，所以扣除該筆再以每筆訂單金
24 額800 元扣除5 %營業稅後，每筆交易金額應為762 元，
25 從102 年至104 年共成交五筆，總額為3,810 元，是相符
26 的。（為何六筆中，有一筆訂單金額是750 元，仍然是以

762 元計算？）有可能是因為客戶有累積點數，網路平台給予折扣後，只有收取750 元，但是上訴人公司對網路平台所開的發票仍是以762 元計算；一、雅虎公司部分所陳報的交易資料，與上訴人公司差異在於上訴人公司沒有計算5 %的營業稅，另外，有六筆資料，上訴人公司的對帳單中也沒有，其中2013年3 月1 日有一筆240 元與冰晶產品一般售價為800 元不符，該筆交易是有疑義的，另外於2013年10月29日一筆、2015年3 月21日二筆（時間均為15：37）、2015年4 月6 日一筆、2015年4 月21日一筆，這五筆上訴人公司對帳單也沒有資料，其餘相符。二、商店街部分所陳報的交易資料，上訴人公司為5,651元，法院函詢結果為0 元，有可能是上訴人公司的公司名稱「化妝」與「化粧」不同，而無結果，我們未含稅金額確實是5651元。三、九易的部分，1,600 元除以1.05為1,524 元，是相符的」，惟查，上訴人及證人黃○○所述，除營業稅百分之五為客觀之數據外，其餘對於金額不符部分之主張，均屬推測之詞，並無其他客觀證據可資佐證，另就證人黃○○所述，商店街市集國際資訊股份有限公司（下稱商店街公司）陳報並無系爭產品之交易資料，可能係上訴人公司名稱「妝」與「粧」不同所造成，本院於107 年8 月7 日電請商店街公司提供「第一化『粧』品廠股份有限公司」之交易資料（見本院卷二第250 頁公務電話記錄），該公司後續並未提供，故上開主張均不足為上訴人有利之證明。上訴人提出其執有之網路平台業者之對帳單，雖有記載各項商品之品名、數量、金額等，惟上訴人依據該對帳單所計算之銷售金額，與本院函詢之結果不符，其內容

01 之真正自有可疑，證人何○○雖證稱，對帳單當初上訴人
02 開發票給網購平台時，網購平台所提供的電腦內的資料，
03 是之前就存在上訴人公司，惟又自承：本件起訴後，我們
04 有問過YAHOO，其稱該公司目前只有保留最近年度的對帳
05 資料，先前的年度資料目前無法提供等語。查上訴人提出
06 之該公司電腦中儲存之網路平台對帳單資料，既無其他客
07 觀之資料可資佐證，即無法認定該對帳單之內容是否未經
08 過修改或變造，故無從認定上訴人自行提供之對帳單內容
09 之真正。

10 (九)綜上，上訴人關於系爭產品之銷售管道，除了直營（非百貨
11 點，包括門市、官網、電話／傳真）部分有記載品名之發票
12 可稽外，其餘直營（百貨點）及網路平台二個管道，除上訴
13 人自行提出銷售明細及對帳單外，並無其他第三人之客觀證
14 據可以互相核對、勾稽，上訴人第一公司亦未提出其公司內
15 部其他部門（例如公司進銷存貨管理、財務等）之資料，足
16 以與其提出之銷售明細及對帳單比對、勾稽，自無法認定上
17 開資料為真正，尤其在系爭產品之銷售是以直營（百貨點）
18 占大宗的情況下，本案等於是系爭產品大部分銷售資料，均
19 付之闕如，自不能以上訴人自行陳報之102至104年銷售資
20 料，作為損害賠償計算之基礎，亦無法由102至104年銷售
21 金額推估95年至101年之銷售金額。

22 (十)本件被上訴人已證明上訴人之系爭產品侵害系爭商標權，且
23 上訴人第一公司自95年1月1日起至104年12月31日止之總銷
24 售金額為11億零827萬4,107元，上訴人雖抗辯系爭產品之銷
25 售額僅占其整體銷售額之一小部分，惟對其抗辯之事實，負
26 有舉證之責任，應提出客觀具體之證據，證明系爭產品95年

01 至104年之實際銷售額資料，惟上訴人僅提出系爭產品102至
02 104年之銷售資料，未提出95年至101年之銷售資料，已違反
03 文書提出義務，其提出之102 至104 年銷售資料，除了在原
04 審有漏未陳報直營（百貨點）及網路平台銷售金額，以多報
05 少之情形外，其上訴後另行陳報之102 至104 年銷售資料，
06 經本院歷時一年多之審理調查，逐一函查直營（百貨點）、
07 網路平台業者，並傳訊證人何○○、黃○○到庭為證，依卷
08 內證據綜合觀之，實無法使本院產生堅強之心證，確信其主
09 張合於真實，則訴訟上所生之不利益，自應由上訴人負擔，
10 否則，違反文書提出義務及舉證責任之當事人，反而受有利
11 益，未來恐將無人願在訴訟上為誠實之陳述，及恪盡訴訟上
12 之協力義務，實有違反程序正義及誠實信用原則。

13 (四)上訴人違反文書提出義務，且對其提出之抗辯不能提出反證
14 證明之，本院依民事訴訟法第345 條規定，得審酌情形認被
15 上訴人之主張為真實，即依照被上訴人之主張，以95年至10
16 4 年總銷售金額11億827 萬4,107 元之十分之一作為系爭產
17 品之銷售額，再乘以化粧品製造、批發之同業利潤標準之淨
18 利率16% ，即1,773 萬2,386 元，為上訴人銷售系爭產品獲
19 得之利益（兩造對於按同業利潤標準之淨利率16% 計算，並
20 無爭執）。惟審酌上訴人於系爭產品上，除了使用系爭商標
21 ，亦有標示上訴人自己之「de」商標，即屬於商標併用之情
22 形，故消費者會購買系爭產品，除了系爭商標之識別力之外
23 ，上訴人自己之「de」商標之行銷推廣，亦有一定程度之貢
24 獻在內，自不宜將系爭產品之全部銷售額計入損害賠償，以
25 免被上訴人反而獲得超過其應得之利益，及上訴人長期經營
26 化妝品、保養品行業，竟未注意而貿然使用系爭商標，其過

失程度非輕，且使用期間長達10年，營業規模甚大，經被上訴人通知後已下架回收等一切情狀，依民事訴訟法第222條規定，認為系爭產品之損害賠償，以系爭產品獲利金額之十分之六計算為適當，故上訴人因本件侵害商標權之行為，應賠償之金額為10,639,432元計算（ $17,732,386 \times 0.6 = 10,639,432$ ，元以下四捨五入），應屬適當。

七、綜上所述，被上訴人依商標法第68條第1款、第71條第1項第2款、公司法第23條第2項規定，請求上訴人第一公司、陳鵬州連帶賠償10,639,432元，及自106年1月20日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，為有理由，應予准許，逾此所為請求，為無理由，應予駁回。原審判決命上訴人給付超過上開金額之本息部分，及假執行之宣告，均有未洽，上訴人聲明不服，求予廢棄改判，為有理由，上訴人其餘之上訴，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及證據，經核均與判決結果不生影響，爰不一一詳予論述，附此敘明

九、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 2 月 27 日

智慧財產法院第二庭

審判長法 官 汪漢卿

法 官 曾啟謀

法 官 彭洪英

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

01 (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
02 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
03 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
04 項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴
05 者，應一併繳納上訴審裁判費。

06 中 華 民 國 108 年 2 月 27 日

07 書記官 郭宇修