智慧財產法院民事判決

107年度民公訴字第9號

原　　告　英屬維京群島商麻吉一七股份有限公司
（MACHIPOPO , INC . ）
法定代理人　張芝綺
訴訟代理人　連致宇律師
被　　告　熱浪新媒體股份有限公司
法定代理人　林慕柔
訴訟代理人　劉偉立律師
複　代理人　吳信璋律師

上列當事人間公平交易法損害賠償等事件經臺灣臺北地方法院裁定移轉本院管轄，本院於民國108 年11月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、按公司法於民國107 年8 月1 日修正、107 年11月1 日公布施行之第4 條規定：「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記之公司。外國公司，於法令限制內，與中華民國公司有同一之權利能力。」即廢除外國公司認許制度，尊重依外國法設立之外國公司於其本國取得法人格之既存事實，而認與我國公司具有相同權利能力。本件原告公司係經我國主管機關核准登記之外國公司，有外國公司登記基本資料可參，故與我國公司具有相同權利能力。本件因

原告公司為外國法人，故本件具涉外因素。涉外民事法律適用法第1 條規定：「涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定，其他法律無規定者，依法理」。又民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權，始得受理，次依內國法之規定或概念，就爭執之法律關係予以定性後，決定應適用之法律（即準據法），而涉外民事法律適用法並無明文規定國際管轄權，應類推適用民事訴訟法之規定（最高法院98年度台上字第2259號判決意旨參照），故本件有無國際管轄權之認定，應類推適用我國民事訴訟法之規定。

二、按對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄；因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄，民事訴訟法第2 條第2 項、第15條第1 項分別定有明文。本件原告公司主張被告公司在我國涉為仿冒行為及不公平競爭行為，致侵害其權益，而本件被告公司主營業所為臺北市○○區○○○路○○○ 號5 樓，有公司基本資料可佐（見本院卷一第25頁），經類推適用上開規定，我國就本件涉外事件有國際管轄權。次按依公平交易法所生之第一、二審民事訴訟事件，智慧財產法院有管轄權，智慧財產案件組織法第3 條第1 款、智慧財產案件審理法第7條定有明文。是本院對本件涉外事件有管轄權，並適用涉外民事法律適用法以定涉外事件之準據法。而以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；關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法，涉外民事法律適用法第27條本文及第25條本文分別定有明文。查原告公司主張被告公司在我國境內提供直

播軟體供他人下載及購買關鍵字廣告，涉有公平交易法規範之仿冒行為及不公平競爭行為，故本件涉外事件之準據法自應依市場之所在地法、侵權行為地法即我國法律。

三、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止；前開承受訴訟人於得為承受時，應即為承受之聲明；聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造，民事訴訟法第170 條、第175 條第1 項、第176 條分別定有明文。經查，本件原告公司之法定代理人（即在中華民國境內負責人）原為呂瑜庭，嗣於本院審理中變更為李芝綺，業據新任法定代理人具狀聲明承受訴訟（見本院卷一第41至42頁），並提出經濟部公司資料查詢在卷可稽（見本院卷第43至51頁），核與前揭規定相符，應予准許。

四、再按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：不甚礙被告之防禦或訴訟之終結者，民事訴訟法第255 條第1 項第7 款定有明文。查原告公司於107 年7 月9 日起訴主張被告公司在Google Play及Apk 平台以與原告公司名稱「麻吉一七」、「17 Media」及直播軟體「一七直播」近似之「17+ 」、「一起直播華人社交平台」上傳軟體，供他人下載，違反公平交易法第22條第1 項第1 款規定，故原告公司依公平交易法第29條、第30條規定，請求被告為損害賠償及停止侵害行為（見臺灣臺北地方法院107 年度智字第16號卷，下稱第16號卷，第4 至5頁）；嗣於107 年10月23日準備書狀中追加被告公司於Google網站購買關鍵字廣告之行為，主張此行為違反公平交易法第22條、第25條（誤載為第24條）及民法第184 條第1 項後

段等規定，而請求為起訴聲明所載內容（見本院卷一第79至83頁），此與原本起訴事實並非同一基礎事實，且涉及不同訴訟標的，自非僅如原告公司主張之屬於更正事實上陳述，被告公司並不同意上述追加（見本院卷一第133 頁），然原告公司追加部分，除主張以民法第184 條第1 項後段及公平交易法第25條規定為請求權基礎外，尚有以起訴所據之公平交易法第22條規定為據，而原告公司於起訴後僅約3 個月之兩造交換書狀階段即追加之，應可認此追加不甚妨礙被告公司之防禦或訴訟之終結，故原告公司上開追加，於法並無不符，應予准許。

貳、實體方面

一、原告公司主張：

原告公司為原證一所示三商標（下稱系爭商標，詳見第16號卷第7 至12頁）之商標權人，系爭商標為美國註冊之著名商標。兩造為直播業之競爭業者，被告公司明知上情，竟仍於Google Play 及Apk 平台上，公然以「17+ ，一起直播華人社交平台」之與原告公司名稱「麻吉一七」、「17 Media」，以及原告提供之線上直播軟體「一七直播」等近似名稱、商標及所服務軟體名稱，誤導消費者下載，侵害原告公司營業利益。截至107 年6 月6 日，累計之下載次數達150 萬人次，以原告公司106 年度臺灣地區用戶每一人次平均消費美金5 元計，共侵害原告公司新臺幣（下同）2 億2,500 萬元之營業利益。

被告公司確有侵權行為，本件並無當事人不適格之問題：

所謂當事人適格，係指具體訴訟，具備為當事人之資格，因而得受本案判決之能力。在給付之訴中，主張權利之人，對

主張負有義務之人提起訴訟，當事人即為適格。本件原告公司主張被告公司以不正競爭行為，侵害原告公司營業利益，已符合當事人適格之要求，並無任何欠缺，至於原告公司主張有無理由，係屬證據證明力之問題，與當事人適格無涉，被告公司就此為抗辯，顯係誤會。

雖被告公司抗辯並未於Google Play 及Apk 平台上架「17 +，一起直播華人社交平台」之直播軟體（下稱系爭軟體），惟依原證二內容所示，系爭軟體之主播與被告公司經營之UP直播平台之主播相同、帳號資訊相同，亦可使用UP直播平台之禮物點數進行贈與，被告公司顯有利用該等軟體招攬消費者，從事不正競爭行為，侵害原告公司之營業利益，違反公平交易法第22條規定，被告公司與實際上傳系爭軟體之行為人，對於原告公司之營業損失具有行為關連共同，依最高法院66年台上字第2115號民事判例要旨，即應與實際上傳系爭軟體之人負共同侵權行為責任。

被告公司另於Google網站購買「17直播」之關鍵字廣告，誤導消費者下載UP直播軟體，亦構成不正競爭：

被告公司明知「17直播」為原告公司申請註冊之著名商標及著名App 之表徵，竟仍於Google網站講買該表徵之關鍵字廣告，致使消費者搜尋「17直播」關鍵字時，首位出現者即為UP直播，進而誤認係自然檢索排列之原告公司網站，或與原告公司網站有連結關係，予以點選而進入被告公司網站觀覽，乃利用「17直播」於直播相關領域已臻著名之知名度，以吸引消費者於搜尋引擎輸入「17直播」關鍵字檢索，便利其網站資訊為搜尋引擎所尋得，並導引原告公司之潛在客戶進入被告公司網站觀覽，以增加被告公司之交易機會，顯係攀

附原告公司長久以來努力經營之「17直播」及App 之知名度，榨取其長期以來努力之成果，顯失公平。

ŋ據上，原告公司爰依公平交易法第22條、第25條、第29條、第30條、第31條、民法184 條第1 項後段，以及民事訴訟法第222 條第2 項之規定，請求判決如訴之聲明所示。

ē聲明：

被告公司應於收到訴狀之日起，立即停止使用與系爭商標近似之商標為商品服務宣傳之不正競爭行為。

被告公司應賠償原告公司1,000萬元。

原告公司願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告公司部分：

被告公司並未於Google Play 及Apk 平台上架系爭軟體，故非本件適格之當事人：

按民事訴訟法第277 條前段規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」；又「民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。」自原證三可知系爭軟體之上架人為「Hua Jiao」，並非被告公司，本件顯有當事人不適格之情事。又既被告公司並非適格之當事人，自無從依訴之聲明，停止使用與系爭商標近似之商標為服務宣傳之行為，亦無理由賠償原告公司損失。

原告公司稱系爭軟體為被告公司所上架，無非係以開發者「Hua Jiao」使用之「Package name」（下稱「包名」）為「com . asiainno .uplive .yiqi」，而稱「com .asiainno .uplive 」為被告公司之網域名稱，並稱以「com.asiainno

.uplive 」查詢，可連接至「UP直播」軟體下載頁面，且與「UP直播」使用之包名相同，而認被告公司使用之包名與系爭軟體開發者使用之包名完全相同。原告公司另稱以開發者「Hua Jiao」電子郵件帳號「customerservice@yangniu .live 」之後綴名稱「@yangniu .live」查詢，追尋到另一軟體「Blondelive -live streaming」，其開發商名稱為曾雅憶，不僅支援之網站名稱同為「http ://www .yangniu .live」，該軟體之「Bundle ID 」為「com .asiainnovations .uproom」，其中「asiainnovations 」又碰巧與開發者「Hua Jiao」使用之包名相同；再以「曾雅憶」之姓名搜尋，更碰巧發現與亞州創新集團香港區藝人主管曾雅憶同名同姓，而稱本件系爭軟體之開發者「Hua Jiao」所暴露之各種資訊，皆不約而同導向被告公司云云。惟被告公司以原告公司提出之原證三所示網址進行搜尋，並未尋獲該頁面，復以原證九所示網址搜尋，亦無原告公司所指包名之資訊，故被告公司爭執原證三、原證九之形式之真正。

退步言之，縱認原告公司提出之證據為真實，原告公司係以系爭軟體之包名「com .asiainno .uplive .yiqi 」與「UP直播」之包名「com .asiainno .uplive 」相似，而認被告公司具有嫌疑。然原告公司所稱之包名，係為使平台能識別各種應用（Application ，一般常以App 簡稱）之特徵，每一應用僅有一包名，不可重複，但包名為自由命名，換言之，任一開發者皆可使用「com .asiainno .uplive 」加上其他名稱作為其開發應用之包名，例如「com .asiainno.uplive .apple 」、「com .asiainno .uplive .baby 」，只要兩包名不重複即可使用，原告公司僅以系爭軟體與「UP直播

」之包名，皆有包括「com .asiainno .uplive 」之字樣，卻無證據排除他人使用該字樣之可能，即遽下兩軟體之開發者為相同之結論，並不可採。

被告公司不同意原告公司就「購買關鍵字廣告」部分為訴之追加：

按民事訴訟法第255 條第1 項第1 、2 款規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、被告同意者。二、請求之基礎事實同一者。」本件原告公司於起訴狀係主張被告公司於Google Play及Apk 平台上架使用與原告公司名稱「麻吉一七」、「17 Media」，以及原告公司提供之線上播放軟體「17直播」等近似名稱之系爭軟體，違反公平交易法第22條第1 項第1 款，而依公平交易法第22條、第29條、第30條及第31條規定請求被告公司停止侵權行為及負擔損害賠償。然原告公司於準備書狀卻變更或追加被告公司於Google購買「17直播」之關鍵字有不正當競爭行為，而依公平交易法第22條、第25條、民法第184 條1 項後段為請求賠償損害。該項主張與起訴狀之事實非屬同一，被告公司並不同意原告公司任意變更或追加其主張，故本院應認上開訴之變更或追加為不合法，予以裁定駁回。

被告公司之行為並未構成不正競爭行為或民事侵權行為：

公平交易法第22條部分：

- 公平交易法第22條第1 項之構成，係以被告公司之商品或服務，為相同或近似於原告公司「著名商標」之使用，致使消費者產生「混淆」為前提。是原告公司自應就被告公司所提供之商品或服務，如何相同或近似於原告公司著名商標之使

用，致使消費者對其來源產生混淆，及僅於美國註冊之系爭商標已為國內消費者屹遍認知其存在等要件詳為舉證，並檢送系爭商標於國內廣泛使用之相關證據。

—再者，被告公司主張系爭軟體之圖示及文字，並未構成系爭商標相同或近似，亦不致消費者混淆誤認。查系爭商標共計3 件，共同點為「無外輪廓之卡通類動物之臉」之圖形（下稱「臉部圖形」），皆佔系爭商標整體總面積達50% 以上，其中1 件甚至僅有該臉部圖形而無文字或數字符號，足認臉部圖形方係消費者關注或者事後留在其印象中較為顯著之部分，故無論係依「整體觀察法」或「主要部分觀察法」，皆堪認臉部圖形方為判斷系爭軟體之圖示及文字是否與系爭商標構成近似之主要檢查點。然系爭軟體之主要表徵係由「類正方形黑色色塊，內含白色『17+ 』」之圖樣及「一起直播—華人直播社交平台」等文字所組成，姑不論性質上本即非以圖形為主，縱認其整體可視為一圖形來做觀察，亦難認其主要部分與前揭臉部圖形有何相似之處。而原告公司主張系爭軟體之圖示含有「17」，故與系爭商標當中2 件之非主要部分「17」相同，故構成相同或近似之使用，毋寧恣意割裂商標而獨立摘取比對，除有違一般消費者之整體寓目觀感外，亦難認符商標整體作為識別商品或服務來源之意旨。

· 系爭商標之非主要部分「17」及原告公司名稱中之「一七」無識別性或識別性極低。系爭商標之主要部分應為臉部圖形，已如前述。而其非主要部分（即「17」）之兩位阿拉伯數字組合，不惟不具獨創性，亦不足使相關消費者認識其為指示及區別來源之標識，並得藉以與他人之服務相區別。唯一尚能認為有關聯者，僅係其中文讀音與原告公司中文名稱「

一七」及中文詞彙「一起」近似而已。惟該種連結關係，既非原告公司所獨創，復已常見於各類公司特取名稱及商標註冊實務中，於我國一般消費者本身亦習常於日常生活中使用之情況下，是否足以表彰商品或服務，已非無疑；縱認其尚存一定識別性，宜否使原告公司取得獨占使用之權，亦非無疑。

民法第184條於法人無適用餘地：

按「民法第184 條所規定之侵權行為類型，均適用於自然人之侵權行為，上訴人為法人自無適用之餘地。民法第185 條規定之共同侵權行為，亦同。至於法人侵權行為則須以其董事或其他有代表權人，因執行職務所加於他人之損害，法人始與行為連帶負賠償之責任（民法第28條）。若該法人之員工因執行職務，不法侵害他人之權利，則依民法第188 條之規定，該法人亦須連帶負賠償責任。可否謂：民法對於侵權行為並未特別規定限於自然人，法人組織體內部自然人為法人所為之行為，不論適法或不適法行為，均應視為法人本身之行為，法人應負損害賠償責任等語，亦非無疑。」此有最高法院95年度台上字第338 號判決意旨可供參照。查原告公司除提出第三人上架之系爭軟體圖示以及於Google網頁搜尋關鍵字所得結果外，並未提出實質證據證明上開結果係被告公司之代表人或員工所為，而於未盡完善調查義務，就前開侵權行為主體之自然人及其侵權之積極事實尚未能舉證證明前，即率行起訴並請求本院調查系爭軟體與被告公司開發之UPLive軟體之數位內容及數位代幣是否相同及可否通用等與侵權行為主客觀待證事實完全無關，亦與民法第28條或同法第188 條構成要件事實完全無關之內容。

公平交易法第25條部分：

－公平交易法第25條之違反，係以被告公司行為有欺罔或顯失公平，致對市場上之效能競爭有妨害或足以影響交易秩序為前提。職是，原告公司至少應就被告公司本身行為有何欺罔或顯失公平，致對市場上之效能競爭有妨害或足以影響交易秩序為實質舉證。原告公司徒以於Google搜尋網頁鍵入「17直播」而跑出「UP直播」廣告，即認定被告公司有購買關鍵字廣告之行為，復進而推論該行為足生對市場效能競爭之妨害或影響交易秩序，其推論說理似嫌薄弱。又當被告公司嘗試於相同搜尋網頁鍵入「17直播」時，已不復見原證七含有「UP直播廣告」之搜尋頁面結果，故被告公司爭執原證七之形式真正性，併予敘明。

—關鍵字廣告於未將他人商標納入作為廣告之一部時，反有利於市場效能競爭，而不構成公平交易法第25條所謂之不正競爭行為。本件原告公司指稱被告公司購買之關鍵字廣告，縱認果由被告公司出資購買放置，惟該廣告內容僅有「UP直播」廣告，廣告內容中並未嵌入原告公司商標或爭議用語，不至於使消費者混淆，何況關鍵字索引「17直播」，本即有含「一起直播」之意，已如前述，原告公司既係經營直播產業，於現今網路使用者於尋找特定事業或其商品或服務資訊時，藉由搜尋引擎網站鍵入關鍵字以尋找目標網站，已為常見之資訊取得方式，且事業藉由購買關鍵字增加商品或服務曝光率，亦為習見之行銷方式之背景下，購買「直播」相關之關鍵字毋寧屬常態商業行為，而以其所屬產業及提供服務之關鍵字出發，擴大及於將使用程度屘遍且大眾熟知習用之用語組合起來之關鍵字，亦難認屬違反商業常態競爭之行為，

而足認有攀附他人商譽之意圖。反面而言，原告公司今既選擇以大眾常用之「17」、「一起」乃至於「17直播」或「一起直播」作為其商業上之表徵，其自應戮力以其所提供之服務或商品，以有別於競爭者之特殊性，來創造該等詞彙原有意義外之「第二意義」或「後天意義」，並於該等創建之特殊意義範圍內，方可主張他人不得侵犯；而非反其道而行，透過攀附該等既有習成之詞彙意義本身，即無端執此攻訐競爭對手侵權攀附，嘗試逃避合理合法之商業競爭。

ŋ並聲明：

原告之訴駁回。

若受不利判決，願供擔保免予假執行。

三、兩造不爭執事項：

查兩造均為線上直播平台經營業者，原告公司經營之直播平台17直播，被告公司經營之直播平台為UP直播，系爭商標為原告公司在美國註冊登記之商標等情，為兩造所不爭，並有商標註冊資料在卷可參（見第16號卷第7 至12頁）。

四、得心證之理由：

本件原告公司主張被告公司在Google Play 及Apk 平台上傳系爭軟體供不特定人下載，及在Google網站購買關鍵字廣告，令他人搜尋「17直播」時，首位出現UP直播，違反公平交易法第22條、第25條及民法第184 條第1 項後段等規定，因此應負損害賠償責任及停止相關侵害行為，為被告公司否認，並以前詞置辯，故本件爭點為： 本件原告公司請求被告公司損害賠償及停止侵害行為，被告公司是否當事人適格？

被告公司是否在Google Play 及Apk 平台開發上架或間接授權上架系爭軟體供不特定人下載？ 被告公司是否在Goog

le網站購買關鍵字廣告？ｎ本件原告公司請求被告公司為損害賠償及停止侵害行為，是否有理由？若有，賠償數額為何？茲敘述如下：

本件原告公司請求被告公司損害賠償及停止侵害行為，被告公司是否當事人適格？

按當事人適格，係指當事人就具體特定之訴訟，得以自己之名義為原告或被告，而受為訴訟標的法律關係之本案判決之資格而言。故在給付之訴，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格。至原告是否確為權利人，被告是否確為義務人，乃為訴訟標的法律關係之要件是否具備，即訴訟實體上有無理由之問題，並非當事人適格之欠缺（最高法院93年度台上字第382 號裁判要旨參照）。

查本件原告公司主張被告公司開發上架或間接授權上架系爭軟體與購買關鍵字廣告之行為，違反公平交易法規定及對原告公司構成侵權行為，而請求一定數額賠償及停止特定作為，原告公司主張其為權利主體、被告公司為義務主體，當事人即為適格，至於被告公司否認有上開作為，此為本件訴訟有無理由之問題，並非當事人適格之欠缺，被告公司此等抗辯，顯有誤會。

被告公司是否在Google Play 及Apk 平台開發上架或間接授權上架系爭軟體供不特定人下載？

查原告公司主張被告公司在Google Play 及Apk 平台上架系爭軟體，或與實際上架系爭軟體之人具有行為共通關聯，並提出原證三為證，然被告公司否認原證三之形式真正，而原證三當中顯示為Google Play 平台列印所得畫面（見第16號

卷第17至18頁），現已不復存在，原告公司於被告公司否認形式真正之情況下，並未提出其他佐證該存卷之畫面確實列印自Google Play 平台，自難將此採認為本件證據使用。然原證三當中顯示為Apk 平台列印所得畫面（見第16號卷第19至20頁），被告公司以網際網路無從搜尋而否認形式真正後，原告公司再度自網際網路搜尋而確認尚存，並以民事準備狀暨調查證據聲請狀陳報本院，書狀繕本並逕送被告公司（見本院卷二第13頁及第5 頁），而被告公司自收受該書狀繕本後，迄至本件言詞辯論終結，均未就上情有所爭執，應視同被告公司就Apk 平台尚存原證三列印所得畫面一事為自認，可證原證三關於Apk 平台列印畫面之形式真正。

然按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277 條本文定有明文。本件原告公司主張被告公司上架系爭軟體至Google Play 及Apk 平台，或與實際行為人具有行為關聯共同，為被告公司否認，自應由原告公司負舉證之責。而原告公司就系爭軟體上架至Google Play 平台之事，僅提出原證三為證，然原證三關於Google Play 平台列印資料之形式真正，業經本院否定如前述，故系爭軟體上架至Google Play 平台一事，並無證據可供審認。然原證三關於系爭軟體上架至Apk 平台列印資料之形式真正，業經本院採認如前，而系爭軟體係由「Hua Jiao」上架，有列印資料在卷可參（見第16號卷第17頁），而「Hua Jiao」上架軟體之包名（Package name）為「com .asiainno.uplive .yiqi 」，亦有公證書暨附件可參（見本院卷二第45至83頁），原告公司並主張：包名(Package name) 與「ID」乃為特定上架軟體並作為其唯一表徵之用，並互相綁定，為避免

與其他軟體重覆，因此其命名規則一般採用公司域名之反轉，並於最後一區以產品名稱命名，此由被告公司之「UP直播」軟體所顯示之包名為「com .asiainno .uplive 」可證，而「Hua Jiao」上架軟體之包名「com .asiainno .uplive .yiqi 」竟與被告公司使用於「UP直播」軟體之包名有相同之域名反轉（即『com .asiainno . uplive』），並以符合前揭命名規則將最後一區以產品名稱「17」命名（即『yiqi』），顯見系爭軟體確為被告公司所直接或間接開發、經營及管理等語，然上述原告公司主張之反轉域名之命名法並非強制，開發者依然可自由命名包名，亦即任何一個開發者，都可以使用「com .asiainno .uplive 」或加上其他名稱作為其開發應用之包名，只要兩包名不重複即可使用，是以，縱原告公司於APK 平台搜尋得系爭軟體之包名為「com.asiainno .uplive .yiqi」與被告公司所使用於「UP軟體」之包名有相同之域名反轉（即「com .asiainno .uplive 」），並以符合命名規則將最後一區以產品名稱「17」命名（即「yiqi」），仍無法排除他人所為之可能，原告公司並無法證明係被告公司或獲被告公司授權之人所為，自然無從認定系爭軟體係由被告公司直接或間接開發並上傳至APK 平台網站，故原告公司上開主張，並不可採。

另原告公司更主張依原證二可證明系爭軟體之直播頁面、主播、消費禮物與「UP直播」軟體完全相同，顯見系爭軟體確由被告公司開發上架或間接授權上架等語，然由原證二第2至4 頁（見第16號卷第14至16頁），可見兩軟體所呈現之主播、主播資訊頁及「禮物」選單，僅有部分相同，並無完全一致之情況；雖原告公司再主張「若非被告將系統資料上架

或授權，應無可能在兩個不同名稱軟體中，產生有內容相同、帳號相容之情形」，惟此僅為原告公司之推測，原告公司並未進一步說明如何由系爭軟體與「UP直播」軟體運作時呈現相同之部分，即可得知系爭軟體確由被告公司開發上架或間接授權上架，故難以認定系爭軟體確由被告公司開發上架或間接授權上架。

被告公司是否在Google網站購買關鍵字廣告？

原告公司雖提出原證七作為被告公司向Google公司購買關鍵字廣告之證據，然被告公司業已否認形式真正，原告公司就此並未提出佐證，況且，原告公司訴訟代理人自陳：經鍵入「17直播」於Google網站搜尋所見畫面，業已非原證七畫面等語（見本院卷二第17頁），自難採認原證七為本件證據使用。

原告雖聲請向美商科高國際有限公司台灣分公司查詢被告公司於107 年10月至108 年10月購買關鍵字廣告之資料，因本院先前已兩度應原告公司聲請發函美商科高國際有限公司台灣分公司查詢有關Google Play 平台之事項，均獲回覆非美商科高國際有限公司台灣分公司經營或維護，故本院先行向美商科高國際有限公司台灣分公司查詢有關上開原告公司聲請查詢事項是否由其經營或維護，業回覆非其負責事項，有本院公務電話紀錄可參（見本院卷二第111 頁），業經提示原告公司訴訟代理人，亦表示：沒有意見等語（見本院卷二第117 頁），故本件所調查之證據均無法證明被告公司有向Google網站購買原告公司主張之關鍵字廣告。

ŋ 本件原告公司請求被告公司為損害賠償及停止侵害行為，是否有理由？若有，賠償數額為何？

本件負有舉證責任之原告公司所提出之證據，無法證明被告公司在Google Play 及Apk 平台開發上架或間接授權上架系爭軟體，亦無法證明被告公司在Google網站購買原告公司主張之關鍵字廣告，則原告公司主張被告公司以上開作為，違反公平交易法第22條、第25條及民法第184 條第1 項後段等規定，進而要求被告公司負損害賠償責任及停止侵害行為，自無理由。

五、綜上所述，本件原告公司主張被告公司違反公平交易法及民法前開規定，應負損害賠償責任及停止侵害行為，均無理由。故原告公司請求被告公司給付1,000 萬元及停止使用與「17 Media」近似之商標為商品服務宣傳之不正競爭行為，均不應准許，應予駁回。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請失所附麗，自應併予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法，經本院審酌後，認均與本件之結論無涉，茲不再一一論述，併予敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　6　　日

智慧財產法院第三庭

法　官 何若薇

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。

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　　108　　年　　12　　月　　6　　日

書記官 張君豪