智慧財產法院民事判決

107年度民商上字第1號

上訴人即
被上訴人　　麥奇數位股份有限公司
法定代理人　　楊正大
訴訟代理人　　張志朋律師
　　林佳瑩律師
複代理人　　黃子盈律師
被上訴人即
上訴人　　空中美語文教事業股份有限公司
兼法定代理人　胥宏達
上一人
訴訟代理人　　鄭智元律師
　　陳敬暐律師
上二人共同
訴訟代理人　　劉中城律師
　　吳婷婷律師
　　黃珮珍律師

上列當事人間排除侵害商標權行為等事件，上訴人對於中華民國106 年10月23日本院105 年度民商訴字第37號第一審判決提起上訴，麥奇數位股份有限公司並為訴之追加，本院於108 年3 月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於：㈠命空中美語文教事業股份有限公司不得使用其他相同或近似於「TutorABC」、「Tutorjr 」著名商標之名稱或網域名稱部分，及該部分假執行之宣告；㈡命空中美語文教事業股

份有限公司、胥宏達連帶給付超過新臺幣參佰萬元本息部分，及該部分假執行之宣告；暨各該訴訟費用之裁判，均廢棄。

上開廢棄㈠㈡部分，麥奇數位股份有限公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

空中美語文教事業股份有限公司、胥宏達其餘上訴駁回。

麥奇數位股份有限公司上訴及追加之訴均駁回。

第一、二審訴訟費用，關於麥奇數位股份有限公司上訴及追加之訴部分，由麥奇數位股份有限公司負擔；關於空中美語文教事業股份有限公司、胥宏達上訴部分，由空中美語文教事業股份有限公司、胥宏達連帶負擔十分之四，餘由麥奇數位股份有限公司負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第2 、3 款分別定有明文。查上訴人即被上訴人麥奇數位股份有限公司（下稱麥奇公司）於民國106 年11月24日追加請求新台幣（下同）61,310,600元本息，核屬擴張應受判決事項之聲明，又於107 年8 月6 日以請求權競合法律關係追加民法第197 條第2 項、第179 條、第177 條為請求權基礎，核其追加與原訴主張之法律關係，皆本於被上訴人即上訴人空中美語文教事業股份有限公司（下稱空中美語公司）是否侵害其商標權之基礎事實，原訴所主張之事實及證據資料，於追加之訴亦得加以利用，核屬請求之基礎事實同一，揆諸上開說明，應予准許。

二、按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但如不許其提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447 條第1 項第6 款定有明文。查，麥奇公司主張空中美語公司及胥宏達侵害其商標權而請求損害賠償，雖空中美語公司等人於原審程序未提出時效抗辯，至本案審理時始行提出，而屬在第二審所提之新攻擊防禦方法，但如不許其等提出，恐有顯失公平之情形，應予准許。

貳、實體部分：

一、麥奇公司主張：

麥奇公司於93年成立，為國內最早且規模最大的線上英語教學平台，其所成立之iTutorGroup 集團，旗下有TutorABC（線上英語教學網站）、TutorABCjr（線上兒童英語教學網站）、TutorMing （線上華語教學網站）等品牌，市值超越10億美元，麥奇公司並自95年申請取得附圖一商標（下稱系爭「TutorABC」商標）及陸續註冊取得一系列含有「Tutor 」在內之系列商標，經麥奇公司長期大量使用於線上英語教學，系爭「TutorABC」商標已成為著名商標，消費者及競爭對手均以「Tutor 」稱呼麥奇公司，「Tutor 」對於一般消費者具有高度的識別性，且係指向麥奇公司。空中美語公司原僅從事「廣播」英語雜誌與教學，遲至101 年才投入線上美語教學市場，卻不思自創品牌，竟自101 年11月起，使用與系爭「TutorABC」商標高度近似之Tutor4U 標示、「Tutor4U 」商標（如附圖二所示）、「http ://www .tutor4u .com .tw 」網域名稱（下稱系爭網域名稱），並抄襲麥奇公司之網頁設計，不僅造成消費者嚴重混淆誤認，且使得TutorABC著名商標原本指向麥奇公司之單一特定來源功能減弱，變

成複數指向，弱化TutorABC商標之識別性。又空中美語公司之消費者提出消費爭議申訴，竟誤以為Tutor4U 就是TutorABC而檢舉麥奇公司，使麥奇公司受不當或錯誤評價，自有減損系爭「TutorABC」商標信譽之虞。再者，空中美語公司一再刊登惡意轉址廣告，除造成不公平競爭外，亦係以違反商業倫理方式宣傳Tutor4U ，影響系爭「TutorABC」著名商標之社會評價，空中美語公司攀附麥奇公司著名商標商譽之搭便車行為，除侵害麥奇公司商標權，亦影響交易秩序及顯失公平。空中美語公司之侵害行為屬不斷侵害，故麥奇公司之請求並未罹於時效，縱罹於時效，麥奇公司亦可依民法第197 條2 項規定請求返還不當得利，另麥奇公司對公司負責人胥宏達之消滅時效為15年自無罹於時效可言。Tutor4U 品質不佳致有消費者向麥奇公司客訴，且空中美語公司惡意轉址，均導致麥奇公司信譽嚴重受損，應將判決書部分內容登報以回復麥奇公司名譽。爰就空中美語公司101 年11月至106年12月之行為，依商標法第69條第1 、3 項、公平交易法（下稱公平法）第29、30、31、33條，公司法第23條第2 項，民法第28條、第177 條、第179 條、第197 條第2 項、第195 條規定，提起本件請求。

二、空中美語公司等則以下列等語資為抗辯：

㈠空中美語公司並未構成商標法第68條第3 款侵害商標權行為：

1.空中美語公司使用「Tutor4U 」、「Tutor4U 空中家教」文字僅在說明旗下事業體的線上英語教學服務，非商標使用，其所使用且被消費者認知的是附圖二「Tutor4U 」商標圖樣，應以附圖二「Tutor4U 」商標為比對。「Tutor 」為家教

之意，用在第41類教學服務領域為對服務內容提供方式、提供態樣、形態的說明，故系爭「TutorABC」商標中之「Tutor 」顯為不具識別性或識別性較低之部分而會施以較少注意，又國內外多有業者在第41類教育服務領域以「Tutor 」作為商標一部申請註冊，若肯認「Tutor 」為系爭「TutorABC」商標主要識別部分，恐導致教育服務領域同業不得使用「Tutor 」而影響公平競爭秩序，違反商標法基本法理。

2.「Tutor4U 」商標是由天空藍色字體之外文單字「Tutor 」與黑色中文「空中家教」上下排列，接續黃橘色漸層箭頭設計及深藍色數字「4 」、英文字母「U 」由左至右排列呈現，其中黃橘色漸層箭頭圖樣與深藍色「4U」結合之圖樣占商標整體極大部分，消費者難以忽略該「特殊箭頭圖樣」設計及「空中家教」，故與系爭「TutorABC」商標整體比對，外觀不近似；「Tutor4U 」商標讀音為「Tutor for you 」，觀念上寓有「空中（線上）家教只為你」、「專為你所推出的線上家教服務」之觀念，黃色向上昇起之箭頭更有「向上提升能力超越以往」之概念，在讀音、觀念上與系爭「TutorABC」商標亦有不同，因此不構成近似。系爭「TutorABC」商標並非高度先天識別性之獨創性商標，而空中美語公司於101 年起開始使用「Tutor4U 」商標並大量行銷，亦已成為著名商標，相關消費者對於兩商標在市場併存之事實已相當熟悉，空中美語公司使用自己註冊商標，屬善意使用，且空中美語公司在英語教學界已有40年歷史，學員人數眾多，根本無需攀附麥奇公司商譽，又其招攬學員時會特別強調「Tutor4U 」商標隸屬於空中美語集團，且「Tutor4U 」商標均與「空中美語文教事業股份有限公司」或「空中美語AMC

」商標併用，相關消費者施以普通注意當可輕易區別不同。又麥奇公司所提證據無法證明有實際混淆誤認情事，且102年5 月至105 年6 月間「Tutor4U 」學員累積已達8,000 餘人，惟麥奇公司所能提出混淆誤認之案例僅有6 人，占比僅有0.075%，無法以此認為有造成混淆誤認之虞。因此，空中美語公司使用附圖二「Tutor4U 」商標並未構成商標法第68條第3 款之侵害商標權行為。

㈡空中美語公司並未構成商標法第70條第1 、2 款視為侵害商標權行為：

麥奇公司並未證明系爭「TutorABC」商標已達「一般」消費者所普遍知悉之著名程度，自無商標法第70條第1 款及第2 款後段之適用。系爭「TutorABC」商標是在102 年9 月26日經本院判決認定為著名商標，而空中美語公司是在101 年9 月14日申請「Tutor4U 」商標註冊，101 年9 月19日註冊系爭網域名稱，自無法知悉系爭「TutorABC」商標有可能在日後成為著名商標，故不該當商標法第70條第1 、2 款「明知」要件。又「Tutor 」業經交易市場或第三人廣泛使用於線上教學及其他商品或服務，帶有「Tutor 」字彙之商標其識別性本即較不可能遭受減損，另空中美語公司係使用自己註冊商標中之「tutor4U 」作為網域名稱，並非使用「TutorABC」，自與「使用他人商標中之文字作為網域名稱」之構成要件不合。

㈢空中美語公司並無故意、過失可言：

「Tutor 」乃習知習見之外文單字，且市場上以「Tutor 」與其他外文字組合之商標亦所在多有，在未有法院判定「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標有致相關或一般消費

者混淆誤認之虞前，難謂空中美語公司使用自己之註冊商標及將自己註冊商標之文字作為網域名稱，有何故意、過失可言，自無需負損害賠償責任。

㈣空中美語公司請求之損害賠償額無理由：

1.空中美語公司自101 年11月至106 年12月，就「Tutor4U 」之營業額為457,061,489 元，再以集團「各事業部門營業額」對「公司總營業額」（即全公司所開立之發票金額）之占比計算線上英語教學部門所應分攤之成本及費用，計算所得為462,750,984 元，顯見「Tutor4U 空中家教」從成立至更名確實未有獲利。又「服務」內容之零售單價並非侵害商標權「商品」之零售單價，麥奇公司依商標法第71條第1 項第3 款規定請求損害賠償，亦無理由。

2.依證人楊千儀證詞可知，麥奇公司於102 年初即已知悉空中美語公司使用「Tutor4U 」商標經營線上真人家教服務，至遲應於104 年初提起請求，則麥奇公司對於空中美語公司103 年4 月7 日前在招牌、網頁、廣告上使用「Tutor4U 」商標之行為，及自101 年9 月19日起註冊、使用「tutor4u 」做為網域名稱之行為，均因罹於請求權時效而不得主張損害賠償，空中美語公司負責人胥宏達亦可適用上開短期時效抗辯。

3.「同業利潤標準」係屬推計標準，空中美語公司於本件既已提出稅額申報書、會計師查核簽證報告等實際所得、成本、費用、利潤額，自無得再逕以推計之特定標準作為計算基礎，且參照所得稅法之規定，此項推計課稅標準帶有懲罰性質，無法反應實際情形。依空中美語公司101 年度至106 年度「營業所得稅申報書」顯示，空中美語「全公司」各年度之

「淨利率」係界於0.03%~0.33% 間，是麥奇公司主張應以「同業利潤標準」中之「毛利率60% 」或「淨利率23% 」作為本件請求金額計算依據，嚴重高估空中美語公司之獲利。本件扣除麥奇公司因罹於時效而不得主張之部分（即103 年4月7 日前之發票金額），「Tutor4U 」空中家教之營收為436,202,313 元，以0.33% 計算其所獲淨利僅有1,439,468 元，是麥奇公司請求71,310,600元之損害賠償，顯屬過高。

4.「Tutor4U 空中家教」學員有的是空中美語公司雜誌會員，且「Tutor4U 」參加實體展覽時，都會併用「空中美語」、「AMC 」商標，前往展覽之消費者絕對能夠一目了然知悉該商標隸屬空中美語集團，麥奇公司也自承認絕大多數線上英語教學業者未使用「Tutor 」作為商標、品牌名稱之一部分，亦能繼續成功經營線上英語教學服務，此外，學員均會先經過試聽才購買「Tutor4U 」課程，足證消費者選擇教學業者之考量重點與「Tutor 」商標無絕對關係，而係取決於教材、師資、客服等軟實力，再依麥奇公司所舉之混淆誤認實例，充其量僅約0.075%之消費有混淆誤認，故以空中美語公司經營線上真人家教服務所獲之營業額作為損害賠償金額依據，將嚴重違反損害填補原則，是本件應再依商標法第71條第2 項予以酌減。

㈤麥奇公司雖主張若罹於時效則依不當得利請求，但麥奇公司無法證明商標與學員報名課程間有100%貢獻程度，是營業額自非等同侵害系爭「TutorABC」商標之不當得利，且「Tutor4U 空中家教」處於虧損，依民法第182 條第1 項規定免付返回之責，另麥奇公司行使商標權不符合誠實信用方法，故麥奇公司請求空中美語公司返回不當得利亦無理由。

㈥麥奇公司並未證明其有任何商譽毀損，自無從請求登報回復商譽，再者，於此網路媒體發達之時代，倘商標權人對於商標侵害案件取得勝訴判決時，自有其得以回復名譽之處置，登報並非商標權人回復商譽之必要方法。又麥奇公司對空中美語公司防止侵害及除去侵害，及判決部分內容登報之請求，因宣告假執行將使空中美語公司受有不能回復之損害，故不得宣告假執行。

三、原審為麥奇公司一部勝訴、一部敗訴之判決，兩造對於原審判決敗訴部分不服，各自提起上訴，麥奇公司並為訴之追加，麥奇公司上訴聲明為：㈠原判決關於駁回麥奇公司後開第二項部分之訴及假執行聲請廢棄。㈡空中美語公司及胥宏達應連帶負擔費用將本件一、二審判決書之案號、當事人欄、案由欄及主文，以新細明體十號字體登載於蘋果日報、自由時報、中國時報、聯合報全國頭版下半頁壹日。㈢追加請求空中美語公司及胥宏達應再連帶給付麥奇公司61,310,600元，及自107 年6 月12日起至清償日止按年息5 %計算之利息。㈣第一、二審及追加之訴之訴訟費用由空中美語公司及胥宏達連帶負擔。㈤訴之聲明第二項、第三項部分，麥奇公司願供擔保，請准宣告假執行。空中美語公司、胥宏達答辯聲明：㈠麥奇公司上訴及追加之訴均駁回。㈡訴訟費用由麥奇公司負擔。㈢如受不利判決願供擔保請准宣告免為假執行。空中美語公司、胥宏達上訴聲明則為：㈠原判決不利於空中美語公司及胥宏達之部分均廢棄。㈡前開廢棄部分，麥奇公司第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。㈢第一審、第二審訴訟費用均由麥奇公司負擔。麥奇公司答辯聲明為：㈠空中美語公司及胥宏達之上訴均駁回。㈡歷審訴訟費用由空中美

語公司及胥宏達連帶負擔。

四、本院與兩造協議並簡化爭點如下：（見本院卷四第507 至509 頁）

㈠不爭執事實：

1.麥奇公司為附圖一系爭「TutorABC」商標之商標權人，現仍在商標權有效期間內。

2.空中美語公司為附圖二註冊第0000000 號「Tutor4U 空中家教」商標之商標權人，權利期間自102 年7 月16日起至112年7 月15日止，並就「空中家教」文字聲明不專用。

3.本院102 年度民商上字第3 號判決認定「TutorABC」為著名商標。

㈡本件爭點：

1.空中美語公司是否有商標法第68條第3 款、第70條第1 、2款之侵害及視為侵害商標權行為?

2.麥奇公司之損害賠償請求權是否已罹於時效消滅?

3.麥奇公司依商標法第69條第1 項規定，對空中美語公司請求防止侵害及除去侵害，有無理由？

4.麥奇公司依商標法第69條第3 項、第71條第1 項第2 、3 款、民法第197 條第2 項、第179 條、公司法第23條第2 項規定，請求空中美語公司及胥宏達連帶給付71,310,600元及法定遲延利息，有無理由？

5.麥奇公司依民法第195 條第1 項、公司法第23條第2 項規定，請求空中美語公司及胥宏達應連帶負擔費用將判決部分內容登報，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠麥奇公司本件請求權基礎依序為商標法相關規定、民法第19

7 條第2 項、民法第177 條、公平法相關規定、民法第184 條、185 條，其主張若本院認其商標法、民法第197 條第2 項之主張為有理由，其餘不再主張（見本院卷四第514 頁）。本院依麥奇公司擇定之上開請求權順序，認其主張商標侵權之法律關係為有理由，依商標法相關規定可為有利麥奇公司之判決（詳後述），故其餘請求權基礎即無庸再予審酌，先予敘明。

㈡麥奇公司之損害賠償請求權並未罹於時效消滅：

1.按公司法第23條第2 項所定連帶賠償責任，係基於法律之特別規定而來，並非侵權行為上之責任，故消滅時效，應適用民法第125 條規定之15年時效期間（最高法院102 年度台上字第1277號判決可資參照）。胥宏達為空中美語公司之負責人，麥奇公司依公司法第23條第2 項規定請求胥宏達與空中美語公司負連帶賠償責任，揆諸上開規定，其應適用民法第125 條規定之15年時效，是麥奇公司於105 年8 月19日對胥宏達提起本件請求，自未罹於消滅時效。

2.次按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2 年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾10年者亦同。民法第197 條第1 項定有明文。所謂「知有損害」，加害人之侵權行為如連續（持續）發生者，被害人之請求權亦不斷發生，則該請求權之消滅時效亦應不斷重新起算。因此，連續性侵權行為，於侵害終止前，損害仍在繼續狀態中，其消滅時效自應俟損害底定後起算（最高法院97年度台上字第2739號、96台上字第188 號、91台上字第2507號、86台上字第1798號判決意旨參照）。空中美語公司自101 年11月起即使用系爭網域名稱及「Tutor4U 」商標

行銷其線上英語教學服務至本件原審判決後之106 年11月底，空中美語公司既對外持續以「Tutor4U 」作為其線上英語教學服務品牌刊登廣告、於展覽會場行銷線上教學課程、於線上教學介面以該商標對學員提供服務，其加害行為及結果自屬持續不間斷發生，該不法侵害行為與損害結果在現實上無法相互區別，非各自獨立存在，此種連續性侵權行為，與一般製造或販賣仿冒商標商品之加害行為、損害結果可以分割不同，故其消滅時效應自106 年11月底停止侵害麥奇公司商標權時起算，是本件麥奇公司對空中美語公司之損害賠償請求權亦未罹於時效消滅。

㈢系爭「TutorABC」商標在線上英語教學領域為著名商標：

1.商標法中有關「著名商標」之認定，應就個案情況，考量商標識別性之強弱、相關事業或消費者知悉或認識商標之程度、商標使用期間、範圍及地域、商標宣傳之期間、商標是否申請或取得註冊及其註冊、申請註冊之期間、範圍及地域、商標成功執行其權利的紀錄，特別指曾經行政或司法機關認定為著名之情形、商標之價值、其他足以認定著名商標之因素等綜合判斷之。又在商標侵權事件中，著名商標之認定時點，自應以侵權行為時間為認定。

2.麥奇公司於93年成立，為我國首間投入線上英文教學之企業，麥奇公司成立之iTutorGroup 集團，旗下有TutorABC（線上英語教學網站）、TutorABCjr（線上兒童英語教學網站）、TutorMing （線上華語教學網站）等品牌，於103 年獲得國際級投資機構投資33億元、於104 年獲得投資66億元，公司市值超越330 億元，表現深獲市場肯定。iTutorGroup 於101 年獲美國雜誌《紅鯡魚》（RedHerring）評選為全球創

新100 強企業；於103 年獲中國最大電子商務集團阿里巴巴、新加坡淡馬錫及啟明創投投資33億元；創辦人於104 年被高盛集團選為當年全球百大魅力企業家（亞洲唯一入選企業）；於104 年獲新加坡政府投資公司、中俄基金、高盛、銀翎資本投資66億元，在全球60個國家、80個城市擁有4,500多位外籍顧問，近年已提供超過1,000 萬堂線上教育課程等情，有麥奇公司登記資料影本、TutorABC、TutorABCjr及TutorMing 網頁影本、iTutorGroup 集團網站網頁、相關新聞報導附卷可參（見原審卷一第22至79頁）。麥奇公司陸續自96年起在我國取得包括本件系爭「TutorABC」商標在內之Tutor 系列註冊商標，均仍在權利期間內，且在世界各國，包括中國、日本、韓國、美國，均取得Tutor 系列商標之註冊，麥奇公司之關係企業香港麥奇集團公司亦持續向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請Tutor 系列商標等情，有國內外商標註冊證、申請中商標列表可按（見原審卷一第80至137 頁、第139 至140 頁），另本院102 年9 月26日102 年度民商上字第3 號民事判決肯認本件系爭「TutorABC」商標為著名商標（見原審卷一第182 至204 背頁），智慧局編製著名商標名錄亦將「TutorABC」列為著名商標（見原審卷二第112 頁）。再者，依本院102 年度民商上字第3 號判決記載，麥奇公司自公司設立起，每年均投入大量資金於商品廣告，於全國各大知名媒體今周刊、遠見雜誌、天下雜誌、商業周刊及萬寶周刊等平面媒體雜誌，以及雅虎奇摩網站刊登廣告，亦於台中及彰化地區設置巨幅看板，或於廣播節目中穿插廣告，或於節目中接受主持人之專訪、散發DM等，服務客戶數，已逾500 萬人次，曾獲經濟部工業局數位學習國家型

科技計畫「創新應用特優獎」與「學習網最佳案例優良獎」、經濟部第八屆e-21大金網優質獎，參酌創市際公司於98年之網路橫幅廣告投放狀況報告可知，線上學習網域類型係網路橫幅廣告曝光量最高之產業，曝光率約96.72%，其中麥奇公司名列98年網路廣告主排名第4 名，曝光量高達87.07%，依據創市際公司於99年「線上學習網站使用狀況」報告可知，麥奇公司於99年在線上學習網站排名名列第2 名，亦僅次於學承電腦等語（見原審卷一第194 背頁）。以上，自堪認麥奇公司長期、不間斷地於我國投資龐大廣告費用，透過諸多平面、電子媒體行銷，至遲於98年間，早已為「線上英語教學領域」之「相關」消費者所熟知而已成為著名商標，且至今仍因其持續大量使用而保持其著名性，然其著名性只在「線上英語教學領域」，認未到達「一般」消費者均普遍認知之著名程度。

㈣侵害商標權部分：

1.兩造除爭執空中美語公司使用附圖二「Tutor4U 」商標是否構成侵權外，尚爭執空中美語公司於原證18、42、上證2 、3 、4 、5 資料上使用「Tutor4U 」、「Tutor4U 空中家教」字樣是否為之商標使用（見本院卷三第221 背頁、卷五第41頁）。然，空中美語公司既不否認確實有使用附圖二「Tutor4U 」圖樣作為商標使用，並主張本件應以附圖二商標與系爭「TutorABC」商標進行比對（見本院卷一第190 至191頁），且麥奇公司本件所主張之主要侵權態樣，亦為附圖二商標圖樣，本院認附圖二「Tutor4U 」商標若構成侵害系爭「TutorABC」商標權，已可排除空中美語公司使用「Tutor4U 」名稱，是上開「Tutor4U 」、「Tutor4U 空中家教」字

樣是否為商標使用之爭點，並不會影響本件判決結果，故以下即以「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標為比對基礎，據以判斷是否構成侵害麥奇公司商標權。

2.按未經商標權人同意，為行銷目的，於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，為侵害商標權，商標法第68條第3 款定有明文。構成該款侵害商標權，指兩商標近似，並使用於同一或類似之商品或服務，且有致相關消費者混淆誤認之虞者。又所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞」，係指行為人之商標有使相關消費者對其所表彰之商品來源或產製主體發生混淆誤認之虞而言。易言之，係指行為人之商標與註冊商標因相同或構成近似，致使相關消費者誤認為同一商標，或雖不致誤認兩商標為同一商標，但極有可能誤認兩商標之商品／服務為同一來源之系列商品／服務，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係而言。又判斷兩商標有無混淆誤認之虞，得參酌：①商標識別性之強弱；②商標是否近似暨其近似之程度；③商品、服務是否類似暨其類似之程度；④先權利人多角化經營之情形；⑤實際混淆誤認之情事；⑥相關消費者對各商標熟悉之程度；⑦被控侵權商標之使用人是否善意；⑧其他混淆誤認之因素等，綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞。

3.茲依上開因素審酌如下：

⑴商標識別性之強弱：

①識別性為商標指示商品或服務來源，並與他人的商品或服務相區別的特性，故識別性的判斷必須以商標與指定商品或服務間的關係為依據，不能脫離指定商品或服務單獨為之。商

標識別性有先天與後天之分，前者指商標本身所固有，無須經由使用取得的識別能力；後天識別性則指標識原不具有識別性，但經由在市場上之使用，其結果使相關消費者得以認識其為商品或服務來源的標識，即具有商標識別性。先天識別性的商標，依其識別性之強弱，可分為獨創性、任意性及暗示性商標，至於不具先天識別性的描述性標識，指對於商品或服務之品質、功用或其他有關的成分、產地的特性，作直接、明顯描述的標識，例如「牛肉麵」使用於餐廳服務，從競爭角度觀之，若其他競爭同業於交易過程中需要使用此等標識的可能性相當高，若賦予一人排他專屬權，將影響市場公平競爭，顯失公允，不應給予註冊。又以文字作為指示及區別商品或服務來源的標識，是否具有識別性，取決於文字的意義及其與指定商品或服務之間的關係，如「SCREENWIPE」為「SCREEN（螢幕）」及「WIPE（擦拭物）」的組合字，整體而言，並未產生「螢幕擦拭物」以外的其他意義，使用於電視或電腦螢幕擦拭布商品，仍為商品的直接說明。然而，依智慧局商標識別性審查基準2.2.1 所載，若該描述性標識有證據證明取得後天識別性時，仍可取得註冊。

②「Tutor 」為「家教」、「家庭教師」、「私人教師」之意，故系爭「TutorABC」商標依其字面意義雖有「家庭教師教ABC 」、「英文家教」的意思，但與其所註冊指定之第35、41、42類之廣告企劃、網路購物、各種書刊雜誌發行、代辦遊學服務、唱片之製作、網站規劃建置、電腦硬體設備設計等等（詳其註冊證所示），並無直接關聯性，又其指定使用在第41類補習班、語文補習班、才藝補習班等教學服務領域，所謂的「補習班」無法直接理解為「家教」，又系爭「Tu

torABC」商標使用在其所著名之線上英語教學領域，亦非直接服務之描述，因為「Tutor 」（家教）依吾人通常之理解，指的是私人老師與學生在特定場所（老師到府，或學生至老師家中），以1 對1 或1 對2 之方式進行教學，然麥奇公司之線上英語教學服務，係以網路串聯教師與學員，使兩者可在不同處所（甚至不同國家）即時互動學習，而「TutorABC」提供之課程不只有1 對1 課程，還有1 對多之小團體班，及大講堂課程，此種學習方式與吾人所理解之「家教」不同，尤其是小團體班及大講堂課程，無法稱之為「家教」，此外，「TutorABC」課程不是只有「真人教學服務」，其線上學習平台還有提供許多英語資源可以自行進行線上學習（見原審卷一第26頁），此更無法稱之為「家教」。因此，系爭「TutorABC」商標使用於其所著名之「線上英語教學」服務，仍必須運用一定程度的想像、思考，才能領會到若是選擇「1 對1 」課程學習英文，形同聘請家庭教師到府教英文，由此可知，「TutorABC」並非對線上英語教學服務之服務內容、提供方式、提供態樣的「直接描述說明」，而必須再稍微的運用一下想像力才能領會，自堪認系爭「TutorABC」商標應為暗示性商標，具有先天識別性，但先天識別性不像獨創性標識這麼強。再者，系爭「TutorABC」商標經過麥奇公司長期、大量、廣泛使用，已經在相關消費者間建立高度的知名度，而成為著名商標，業如前述，因此其原本先天不強的識別性，也因為後天行銷而建立起後天高度識別性。準此，系爭「TutorABC」商標識別性極高，他人稍有攀附，即可能引起相關消費者產生混淆誤認之虞。

⑵「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標構成近似且近似

程度不低：

①按判斷商標近似，應以商標圖樣整體為觀察。此乃係由於商標呈現在商品/ 服務之消費者眼前的是整體圖樣，而非割裂為各部分分別呈現。至於另有所謂「主要部分」觀察，則係認為商標雖然係以整體圖樣呈現，然而商品/ 服務之消費者關注或者事後留在其印象中的，可能是其中較為顯著的部分，此一顯著的部分即屬主要部分。所以，主要部分觀察與整體觀察並非兩相對立，主要部分最終仍是影響商標給予商品/ 服務之消費者的整體印象。

②系爭「TutorABC」商標（見附圖一），是由略經設計之橫書英文「TutorABC」所構成，其中，附圖一編號1 「TutorABC」之「Tutor 」設計為紅色，「ABC 」設計為深藍色；附圖一編號2 「TutorABC」商標之英文字母「O 」設計為一右側掛置單邊耳掛式耳機麥克風圖樣，英文字母「C 」設計為右側缺口結合地球橢圓型圖樣，且整體字母為深藍色；附圖一編號3 為未經設計的墨色英文字串「TutorABC」；附圖一編號4 「TutorABC」商標之英文字母「O 」設計為一右側掛置單邊耳掛式耳機麥克風圖樣，另在「TutorABC」下方置一極小的英文字串「ENGLISH@NYTIME , ANYWHERE 」。由上可知，系爭「TutorABC」商標彼此間雖有細部設計之差異，但在字母「O 」、「C 」所為之上開圖形設計，予人印象仍未逸脫字母「O 」、「C 」之表示態樣，至於極小的「ENGLISH@NYTIME , ANYWHERE 」英文字串因為字體過小，紅色、藍色的設色差異也只是微小變化，都無法在消費者心中留下深刻印象，因此系爭「TutorABC」商標，整體呈現在外予人之寓目印象，應該都是可清晰辨認之「TutorABC」，又麥奇公司

以「Tutor 」為商標一部分申請了大量「Tutor 」系列商標，而形成「Tutor 」系列商標指向麥奇公司之印象，故相關消費者見到系爭「TutorABC」商標，自然會以「Tutor 」作為主要識別部分。

③附圖二「Tutor4U 」商標，是由天空藍色字體之外文單字「Tutor 」與黑色中文「空中家教」上下排列，右置黃橘色漸層箭頭包圍深藍色「4U」所組成。其中「空中家教」經聲明不專用，其占整體商標圖樣極小，無法發揮區辨商品服務來源作用，相關消費者會對之施以較小之注意。又「Tutor4U 」商標並不是把「Tutor4U 」以一樣大小之文字商標方式呈現，而是將「4U」以黃橘色箭頭包圍，使人一望即可見明顯的「Tutor 」字樣。

④系爭「TutorABC」商標與「Tutor4U 」商標相較，在外觀上，均有「Tutor 」字樣，且該「Tutor 」佔「TutorABC」及「Tutor4U 」商標之比例均高達三分之二，僅「ABC 」與「4U」之差異，而系爭「TutorABC」商標既以「Tutor 」作為主要識別部分，「Tutor4U 」商標予人印象也因其商標設計方式而使人明顯可見「Tutor 」字樣，則兩者在外觀上予人視覺感受自然差異不大；在讀音上，兩商標之起首英文詞彙皆為「Tutor 」，念讀均相同，而空中美語公司亦自陳「Tutor4U 」之數字「4 」係取自「for 」之讀音之諧音文字，「Tutor4U」之整體唸讀應為「Tutor for you 」（見原審卷一第286 頁），則兩商標即使因有字尾「ABC 」與「4U」之差異，然整體連貫唱呼差異性不大，是兩商標之讀音亦相彷彿；就觀念而言，兩商標均有引人印象深刻的「Tutor 」，系爭「TutorABC」商標傳達的觀念為「家庭教師教ABC 」、

「英文家教」的意思，而「Tutor4U 」之諧音傳達「家教只為你」之意涵，觀念上有若干近似。據上，整體觀之，兩商標無論在外觀、讀音、觀念均有相彷之處，於異時異地隔離觀察或實際交易連貫唱呼之際，不易區辨，若標示在相同或類似的服務上時，以具有普通知識經驗之消費者，於異時異地隔離觀察或於購買時施以普通之注意，可能會誤認二者來自同一來源之系列服務，應屬構成近似之商標，且近似程度不低。

⑤空中美語公司雖辯稱：「Tutor 」為既有字彙，是教育服務之說明，國內外業者多在第41類教育服務領域以「Tutor 」作為商標一部分申請註冊，若肯認「Tutor 」為系爭「TutorABC」商標之主要部分，恐影響市場公平競爭秩序云云。然查：

1.任何文字商標除非是獨創性商標，否則均係以既有字彙所構成，所謂的任意性商標與暗示性商標，即是以既有字彙，依其所指定使用之商品或服務本身或其品質、功用、特性等關聯性高低，而取得任意性商標或暗示性商標之保護，此類商標均具有先天識別性，更何況即使是不具先天識別性之商標，也可以透過後天大量使用取得後天識別性，此與該文字是否為既有字彙無關，因此，若以「Tutor 」為常見單字或早就存在之字彙，即謂不具識別性、不可能成為系爭「TutorABC」商標主要識別部分，顯過於速斷，且與商標識別性之判斷標準有違。

2.再者，系爭「TutorABC」商標雖有「英文家教」之意，然使用在其所註冊之商品服務類別，或其所著名之線上英語教學領域，應為具有先天識別性之暗示性商標，理由業經

本院詳為論述如前，依空中美語公司之網頁所示，其課程亦有1 對1 家教班、1 至5 人小團體班及大講堂課程（見本院卷一第340 、356 頁），「Tutor 」並非可用來直接描述兩造之線上英語教學服務，若要描述此服務，應使用「Live Online Interactive English/Language Instruction」而非「Tutor 」，且依麥奇公司所提競爭同業名單（見本院卷三第105 至108 頁），可知市場上有許多從事線上英文教學的業者均未使用Tutor 為品牌主要部分，如EF英孚教育、Engoo 、MySkylines、Talxfun 等等，益證Tutor 一詞並非為線上英語教學業者所普遍使用。另若干在系爭「TutorABC」商標申請前使用「Tutor 」作為商標一部分者（見原審卷一第333 至352 ），其或因註冊類別與本件不同，或因後天識別性取得註冊，已如前述，且數量不多，無法認為在系爭「TutorABC」商標申請註冊前，「Tutor 」已被廣泛使用在類似領域，至於空中美語公司另提出之國外諸多業者在第41類以Tutor 作為商標之一部申請註冊之列表（見本院卷四第345 至357 頁），然商標法採「屬地主義」，他國情形與我國無關，且上開所舉國家人口數均遠遠大於我國，但註冊於第41類之以Tutor 為部分之商標，卻低於麥奇公司在台灣已註冊和申請中之Tutor 系列商標數，益證麥奇公司之商標在我國確實已形成Tutor 系列商標。

3.著名商標之形成，須要投入大量的金錢、精力與時間，因此商標法對著名商標之保護，較一般註冊商標為大，當商標已成為著名商標時，因為相關消費者對著名商標印象太深，他人只要稍微攀附著名商標圖樣一部分，就容易使消

費者產生混淆誤認之虞。本件系爭「TutorABC」商標因麥奇公司長期投入大量的行銷而成為著名商標，麥奇公司競爭對手及相關消費者會以Tutor 稱呼TutorABC（見原審卷一第218 至229 頁），如以「tutor 」為字串進行商標資料檢索，姑且不論其所申請或註冊類別是否與線上英文語言相關，可以發現在所有含有Tutor 之註冊商標當中，屬麥奇公司所有者即佔一半以上，另在含有Tutor 之商標申請案當中，有79% 為麥奇公司所申請（見本院卷三第185至188 頁），線上英語教學業者如以tutor 為主要部分進行商標申請，均在麥奇公司之後，其中如TutorWell 、iTutor已經被本院認定為侵害麥奇公司TutorABC商標，並經撤銷商標權（見原審卷一第208 至217 頁、卷二第26至42頁、本院卷三第23至43頁），可知麥奇公司積極申請並維護之系列商標主要部分。麥奇公司至今不僅在我國之商標布局已經形成Tutor 系列商標，即使以本件空中美語公司開始侵權之時點101 年來看，麥奇公司當時亦已註冊系爭「TutorABC」4 個商標及註冊第0000000 號「TutorMing」商標、註冊第0000000 號「TutorABCjr」商標等共6 個「Tutor 」系列商標，且也是101 年前唯一一個以「Tutor 」作為系列商標之業者，商標權人投入大量金錢、時間建立其商標知名度及識別性，本就是商標法要保護之對象，若任由競爭對手使用近似「TutorABC」之商標，攀附麥奇公司商譽，不僅將使麥奇公司長期以來為了建立著名商標所投注之心血被侵蝕，也會使相關消費者對商標所表彰之服務來源產生混淆誤認，影響交易安全，也與商標法市場公平競爭秩序之維護有違，反觀，空中美語公司不使用

「Tutor 」作為商標一部，仍可順利經營其線上英語教學業務，此由其自承106 年11月底即停止使用「Tutor4U 」商標及系爭網域名稱，但仍有經營線上英語教學服務即可證，又其他業者亦多有未使用「Tutor 」作為商標一部分而成功經營者，是兩相權衡之下，反而是不保障麥奇公司「Tutor 」系列商標，讓消費者產生混淆誤認，才是影響市場公平競爭秩序。因此空中美語公司上開主張，並不足採。

⑶商品、服務是否類似暨其類似之程度：

系爭「TutorABC」商標指定使用於第35、41、42類服務，「Tutor4U 」商標則使用於第41類服務，且兩造均自述實際從事線上英語教學服務，及卷內諸多事證亦顯示兩商標確實經使用於線上英語教學服務。故兩商標所指定使用之服務間，應屬構成同一或高度類似之服務。

⑷實際混淆誤認之情事：

①麥奇公司主張空中美語公司使用「Tutor4U 」經營線上英語教學等服務，已引發多數相關消費者混淆誤認一節，業據提出相關公證資料為證（見原審卷一第254 至270 頁、卷二第15至18頁、第103 至110 頁、本院卷二第497 至505 頁），詳為論述如後。

②觀之原證20公證書錄音譯文所示：「來電者：你好，請問TutorABC嗎？…來電者：你這裡不是TutorABC嗎？客服人員：對，我們這邊是TutorABC，但是目前是查不到您女兒的資料。…來電者：你們沒有這支電話？客服人員：我們是TutorABC。來電者：跟Tutor4U 有沒有一樣？客服人員：我們這邊是TutorABC哦。來電者：跟Tutor4U不是一樣？客服人員：

什麼？來電者：Tutor4U 啊。客服人員：不一樣、不一樣。來電者：你有聽過4U嗎？Tutor4U 耶？客服人員：對，4U是別家、別家課程，我們這邊是TutorABC。來電者：好，抱歉、抱歉，打錯了。」（見原審卷一第14頁背面至15頁）；原證21公證書錄音譯文所示：「來電者：你好，不好意思，那個我們想要退課程。…來電者：是付了、已經上了快一年了吧。…來電者：你們是TutorABC、Tutor4U 嗎？客服人員：不是，我們是TutorABC。」（見原審卷一第15頁）；原證22公證書錄音譯文所示：「來電者：你好，我是你們、那個Tutor4U 的會員。…客服人員：這支電話沒有查到您的資料哦，您說您是在哪裡看到我們的訊息呢？…客服人員：不好意思，我們這裡是TutorABC，您說您是我們的學員嗎？來電者：我是Tutor4U ，不是同一個嗎？客服人員：不好意思，我們是不同的公司，您是看到我們在Facebook上的訊息來電的是不是？來電者：對。客服人員：好，因為、您要不要再確認一下他們的電話，因為這支是我們的客服專線。」（見原審卷一第15頁），以上可知，確實有消費者將「Tutor4U 」誤認為「TutorABC」。

③105 年9 月間，有消費者劉○○向台北市政府申訴麥奇公司消費爭議（見原審卷二第15至16頁台北市商業處函），劉○○為「Tutor4U 」之會員，有空中美語公司之發票可證（見原審卷二第19頁），然其卻向台北市政府檢舉麥奇公司，依原證30公證書麥奇公司客服電話錄音所示，第一、二段為麥奇公司客服人員致電劉○○詢問上開消費爭議申訴事件，受話者為劉○○之母，客服人員表示找不到劉○○會員資料，其母提供其他行動電話號碼，但客服人員仍找不到會員資料

，第三段錄音則是客服人員與劉○○之對話，客服人員稱：「您好，我這邊是TutorABC客服中心…我們都查不到資訊…」，劉○○回答：「怎麼可能」，經再提供電話查詢後仍查不到，劉○○問：「你們那裡是空中美語嗎？」，客服人員答：「不是，我們是TutorABC，我們是線上…」，劉○○；「對阿，我的也是阿」，第四段錄音是麥奇公司再次致電劉○○，劉○○稱：「對，我要跟你說抱歉。」、「就是申訴錯間了，我要申訴是Tutor4U …我媽要申訴Tutor4U 」（見原審卷二第103 至110 頁），由上可知，確實有「Tutor4U 」消費者誤認為所購買之課程為「TutorABC」而向台北市政府申訴麥奇公司。

④此外，陳○○、林○○為「Tutor4U 」學員，此為空中美語公司所不爭執（見本院卷三第53至54頁），其等於106 年5月13日、107 年1 月29日因無法登入「TutorABC」網站而致電麥奇公司客服請求協助，依公證書錄音譯文所示，其中陳○○與麥奇公司客服人員對話：「客服人員：一般劃位，TutorABC。陳○○：對對對對，Tutor4U 啦。客服人員：哦？你是，Tutor4U ？陳○○：嗯。客服人員：你現在打到的是TutorABC的客服耶。陳○○：真的假的？」，林○○與麥奇公司客服人員對話顯示：「林○○：您好，我想請問一下那個TutorABC他的網站是不是介面有換阿？客服人員：是，沒有錯，我們換了快一年了。您本身是我們會員嗎？林○○：對。客服：這支電話我查詢不到耶，您這邊是我們TutorABC的會員嗎？林○○：對阿。客服人員：那您當時留下的電話是這一支？林○○：嗯。請問Tutor4U 跟這個一樣嗎？客服人員：不一樣喔。我們是不一樣的公司」（見本院卷二第49

7 至506 頁），益證「Tutor4U 」會員有誤認情事。

⑤空中美語公司雖辯稱：原證20、30為學員家長並非「實際購買人」而非「相關消費者」，該等家長認知錯誤不可作為混淆誤認之證據，又劉○○有多次撥打空中美語公司客服之記錄，卻於填寫消費爭議表時將企業名稱寫成麥奇公司，疑點重重，陳○○曾致電與空中美語公司業務員聯絡退費事宜，何以致電麥奇公司，顯違反常理，林○○因空中美語公司更改網域名稱卻仍登入舊網址，其網路工具使用錯誤與商標混淆誤認無關云云。然查，所謂的「相關消費者」並不限於「實際購買者」，還包括「可能或潛在的購買者」，且由原證20錄音譯文可知，原證20學員家長已說明：業務員張先生都是對我，我跟張先生連絡很多次了，我是要調整課程跟費用（見原審卷一第255 至257 頁），而由原證30學員劉○○母親與麥奇公司客服人員之對話可知，劉○○為21歲，其母在電話中曾詢問客服人員是否跟永豐銀行配合分期，並表示其直接去查繳費單就知道劉○○是否為會員等語（見原審卷二第104 背頁、第106 頁），佐以「TutorABC」提供之服務雖為18歲以上成人美語課程，然其套裝課程之費用多為萬元起跳，未必為18至20幾歲之人所能輕易負擔，衡諸常情該年齡層之學員應有為數不少者是由家長出面購買課程，是學員家長當然可能是「TutorABC」課程之相關消費者。再者，空中美語公司並不爭執前揭公證書之真正（見原審卷二第117 頁），且該等電話錄音對話譯文完整，並均有消費者姓名、電話等資料勾稽比對，卷內亦無證據顯示該等消費者是故意誣陷空中美語公司，自堪信上開內容為真實，又縱使劉○○、陳○○、林○○曾撥打或知悉空中美語公司客服電話，但在

在多數資訊併列之情形下，其等遇到問題需要排除時，仍檢舉或致電麥奇公司，顯見確實有混淆誤認情事，是空中美語公司上開置辯，均不足採。

⑥空中美語公司又辯稱：上開案例僅有6 人，相較其會員人數8,000 餘人僅占0.075%，不得以此極小比例就認定有相當數量消費者受到混淆危險而有混淆誤認之虞云云。然，商標法第68條第3 款僅須有致相關消費者產生混淆誤認「之虞」，即構成商標權之侵害，而「實際混淆誤認之情事」僅為判斷商標是否有混淆誤認之虞的8 項審酌因素之一，縱使麥奇公司所能舉出的實際混淆案例占空中美語公司之會員人數比例不高，但不代表再綜合審酌其他因素後，無法證明相關消費者不會產生混淆誤認「之虞」，空中美語公司上開置辯，顯係將兩者混為一談，自不足採。

⑸相關消費者對各商標熟悉之程度：

①系爭「TutorABC」商標註冊及使用日期遠早於「Tutor4U 」商標，若單純以使用時間長短而言，依常情相關消費者自應對註冊及使用在先的「TutorABC」商標較為熟悉，且「TutorABC」已成為著名商標，相關消費者對「TutorABC」商標當有相當大之熟悉程度。

②空中美語公司雖提出相關證據，主張「Tutor4U 」亦為著名商標，相關消費者對於兩商標在市場併存已有相當熟悉云云。然查，觀之空中美語公司所提之相關證據，其中，上證9全台各級院校團體訂閱包括《English 4U活用空中美語》雜誌在內之雜誌、叢書、數位學院等之資訊表（見本院卷一第391 至498 頁）、上證15空中美語公司製作之英文教學節目頻道播出時段表（見本院卷二第51頁）、上證16空中美語公

司於全國各級學校舉辦、協辦英語活動一覽表及活動照片（見本院卷二第53至100 頁）、上證18空中美語公司雜誌獲獎或或推薦證明（見本院卷二第105 至118 頁）、上證19全國公共圖書館共用資料庫及全國公務人員「E 等公務園」學習網與空中美語公司之合作證明（見本院卷二第119 至130 頁），以上均為空中美語公司行銷其雜誌、書籍或英語廣播教學節目之事蹟，其上並無「Tutor4U 」商標；上證17空中美語公司參與展覽活動照片（見本院卷二第101 至104 頁）雖可見「Tutor4U 」商標，但數量不多；上證20廣告費統計表（見本院卷二第131 至139 頁）為空中美語公司片面製作，且無法得知實際行銷之商標及方式為何，難以知悉其廣告成效；上證21網路廣告整理表（見本院卷二第141 至237 頁）及網頁截圖，有的未使用「Tutor4U 」商標，有使用者多僅占網頁邊角小篇幅露出廣告，廣告效益不高；上證22廣告績效表（見本院卷二第239 至272 頁），無法證明是行銷Tutor4U ；上證23 Facebook 廣告帳戶操作績效表（見本院卷二第273 至289 頁），為空中美語公司片面製作且無法知悉其廣告內容為何；上證24雜誌刊登廣告整理表及雜誌廣告頁面（見本院卷二第291 至427 頁），有的是在行銷空中美語公司雜誌，並未使用「Tutor4U 」商標，且該等雜誌並非社會大眾廣泛閱讀之雜誌，讀者數量尚難謂已達相關消費者廣泛熟悉之標準。又依空中美語公司所提使用證據（見本院卷二第145 至237 頁、第295 至427 頁），雖部分可見其使用「Tutor4U 」商標時會併用「空中美語商標」、「AMC 商標」及「空中美語文教事業股份有限公司」，但仍有許多是單獨使用「Tutor4U 」商標，就算有併用，也多非緊鄰使用在「

Tutor4U 」旁，仍無法避免消費者產生混淆誤認之虞。此外，在商標侵權案件中常見使用近似他人著名商標圖樣，惟另在旁邊附加自己其他商標或公司名稱之情形，例如使用他人著名商標在皮包上，但也使用自己商標或公司名稱，本院向來認為此無法作為該商標不會使相關消費者混淆誤認之證明，因為消費者仍會因商標近似而誤認為兩者存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係而言，是空中美語公司上開主張，仍無法為有利於空中美語公司之認定。

③據上，本院認卷內證據不僅無法證明「Tutor4U」商標已達著名程度，且亦無法證明相關消費者對「Tutor4U」商標已有相當程度之熟悉而可以區辨與「TutorABC」為不同來源，經兩相比較後，仍應認相關消費者對系爭「TutorABC」商標較為熟悉，而應給予較大之保護。

⑹空中美語公司使用「Tutor4U 」商標並非善意：

①空中美語公司自101年間始跨足從事線上英語教學服務，在此之前，麥奇公司已註冊包含本件系爭「TutorABC」商標在內的多個「Tutor 」系列商標，且已大量行銷使用，空中美語公司對此應知之甚詳。而空中美語公司向來所使用者為以「English 」為主體的「A+English 」、「English 4U」、「English Digest」系列商標，其依據讀者不同程度，以「English 」為主體，再加上「Digest」、「4U」、「A+」（見原審卷二第127 至132 頁），空中美語公司並自承於1999年就申請網域名稱「english4u .net」作為官方網址，於2002年申請網域名稱「english4u .com .tw」作為官方email網址（見本院卷一第202 至203 頁），空中美語公司既然自稱為「空中美語集團」，則於101 年跨足線上英語教學領域

時，何以不繼續沿用其成立30年來建立起之「English 」系列商標，而採用與其毫無淵源之「Tutor 」詞彙？顯然空中美語公司為快速進入線上英語教學領域，不無攀附系爭「TutorABC」商標之意圖，是其使用「Tutor4U 」商標於線上英語教學等服務難謂出於善意。

②空中美語公司辯稱其為善意，無非係以：Tutor 為習見英文字彙，在空中美語公司101 年申請使用Tutor4U 商標以前，已有人以Tutor 作為商標之一部分並指定使用於第9 、16、35、41類別；空中美語公司係於102 年7 月16日取得註冊商標後，信賴主管機關而使用自己註冊商標；空中美語公司從事英語教學服務已長達30幾年，信譽卓越，根本無需攀附「TutorABC」商標等語，為其所憑主要論據。然查，空中美語公司所舉絕大多數商標，包括iTutor、TKB TUTOR CUSTOMIZATIO及圖、eTutor、e-TUTOR 、BODY TUTOR、便利學習網Handytutor及圖、TutorWell 、OLPCS Tutor 雲端家教、Logic Tutor 及圖之申請日期，均在麥奇公司95年申請取得TutorABC商標之後（見原審卷一第333 、335 、336 、337 、342 、343 、344 、345 、346 、347 、349 至352 頁），至於註冊在「TutorABC」前之商標，其中小家教Tuttorette係註冊於第56類及錄音帶（見原審卷一第338 、339 頁），註冊類別與「TutorABC」不同，My English Tutor係因後天識別性而獲准註冊（見原審卷一第340 頁），均與本件系爭「TutorABC」商標有別，況使用「Tutor 」作為商標一部分註冊在系爭「TutorABC」商標之前者，數量不到10筆，顯見在此之前，「Tutor 」並未廣泛作為商標一部分註冊在相類之類別，亦可證明其並非競爭同業所必須使用到的文字，又空

中美語公司從事美語教學相關服務固已有30多年之久，但其於101 年才進入線上英語教學領域，遠遠晚於麥奇公司，縱使消費者信賴其英語雜誌、廣播教學品質，未必對其新跨入之線上英語教學品質有信心，因為兩者為截然不同之學習方式，而系爭「TutorABC」商標在101 年間早已成為著名商標，顯然空中美語公司為了迅速搶占線上語言學習市場，才使用類似之商標。再者，我國商標法設有「異議」、「評定」之公眾審查機制，藉以透過公眾參與使商標審查結果達到公平正確之結果，故經過智慧局核准註冊之商標，日後仍隨時可能因為公眾審查制度而遭撤銷，既然註冊取得之商標不擔保無違反商標不得註冊事由，則商標權人當不得以「使用自己註冊商標」為由主張並無攀附他人商標之惡意。因此，空中美語公司上開主張，並不足採。

⑺先權利人多角化經營之情形：

麥奇公司除了經營線上英語教學外，其領域亦擴及線上漢語教學及數學教學，有麥奇公司官方網頁資料附卷可參（見原審卷一第33頁），足見麥奇公司有多角化經營情事。

4.綜上，衡酌系爭「TutorABC」商標因麥奇公司長期、廣泛行銷使用，在線上英語教學領域已成為著名商標，識別性極強，系爭「TutorABC」商標與「Tutor4U 」商標相較，兩者應屬構成近似之商標且近似程度不低，兩商標所指定使用之服務構成同一或高度類似，相關消費者對於系爭「TutorABC」商標較為熟悉應給予較大之保護，空中美語公司使用「Tutor4U 」商標並非出於善意，且依麥奇公司所提事證可證明有實際混淆誤認情事，麥奇公司並有多角化經營情形，經綜合審酌後，本院認為，空中美語公司使用「Tutor4U 」商標，

有致相關消費者誤認為與系爭「TutorABC」商標為同一商標，或極有可能誤認兩商標之商品／服務為同一來源之系列商品／服務，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，自有使相關消費者產生混淆誤認之虞，而構成商標法第68條第3 款之侵害商標權。

㈤視為侵害商標權部分：

1.減損著名商標識別性或信譽之虞部分：

按未得商標權人同意，明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標，有致減損該商標之識別性或信譽之虞者。或以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱，有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者，視為侵害商標權，商標法第70條第1 、2 款定有明文。有關著名商標淡化之規定，依最高法院105 年11月份第1 次庭長法官聯席會議決議，認商標法第30條第1 項第11款後段所述著名商標之淡化，其著名程度應解釋為超越相關消費者而臻「一般消費者」普遍認知之程度，與同款前段混淆誤認之虞規定僅限於「相關消費者」不同。本院認，在同一部法令中，基於同一用語同一內涵之法理，於商標侵權爭議事件中，亦應為相同之解釋，是商標法第70條第1 、2 款減損著名商標識別性或信譽之虞的視為侵害商標權行為，所保護之著名商標，亦應達到一般消費者所普遍認知之高度著名程度，始足當之。查，系爭「TutorABC」商標雖在線上英語教學領域為該領域相關消費者所熟知而已達著名程度，然其著名性尚未達到我國一般消費者均普遍認知之程度，已如前述，因此，本件並無商標法第70條第1 、2 款減損著名商標識別性或信譽之虞規定的適

用。

2.致相關消費者產生混淆誤認之虞部分：

⑴系爭「TutorABC」商標為著名商標且為註冊商標，麥奇公司並已註冊「www .tutorabc .com」、「www .tutorjr .com」、「www .tutorming .com 」網域名稱，然空中美語公司網域名稱「www .tutor4u .com .tw 」使用系爭「TutorABC」著名註冊商標中之「tutor 」文字，將會使相關消費者誤認為其與麥奇公司有關，自有致相關消費者產生混淆誤認之虞，自構成商標法第70條第2 款之視為侵害商標權。

⑵空中美語公司雖辯稱：其在101 年使用系爭網域名稱時，無法得知系爭「TutorABC」商標日後在102 年間有可能被法院認定為著名商標，難謂有直接故意，且其是使用自己註冊商標「Tutor4U 」作為網域名稱，非使用他人商標「TutorABC」云云。然，本款是保護混淆誤認「之虞」，若必須使用完全相同於他人商標之文字才會構成，則應是直接造成混淆誤認而無規範「之虞」的必要。又該款規定並非須先有法院前例判定為著名商標時才能認定侵權人為「明知」，若如此解釋，則尚未經法院判定為著名商標者，均無法依第70條主張權利，並不合理，是該款之「明知」，仍應以侵權人實際主觀認知而定，不以先經法院判定著名商標為必要。查，空中美語公司於101 年間使用系爭網域名稱時，系爭「TutorABC」商標業經麥奇公司廣泛大量行銷使用，不僅已有多個「Tutor 」系列商標，且早已在線上英語教學領域之相關消費者間建立起高度知名度，已如前述，空中美語公司為競爭同業，對系爭「TutorABC」商標已達高度知名度之事實應知之甚詳，是其辯稱使用系爭網域名稱時不知系爭「TutorABC」商

標為著名商標，顯不足採。據上，其使用系爭網域名稱構成視為侵害商標權，應堪認定。

㈥損害賠償之計算：

1.按「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69條第3 項定有明文。空中美語公司使用「Tutor4U 」商標及系爭網域名稱，構成侵害及視為侵害麥奇公司系爭「TutorABC」商標權之行為，已如前述，則麥奇公司依上開規定請求空中美語公司負損害賠償責任，即屬有據。空中美語公司雖辯稱：在未有法院判定「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標有致相關消費者混淆誤認之虞前，空中美語公司使用自己註冊商標及網域名稱並無任何侵權故意過失可言云云，然使用自己註冊商標或網域名稱無法作為無侵害商標權故意過失之免責事由，是其此部分主張，並無理由。

2.再按「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。三、就查獲侵害商標權商品之零售單價一千五百倍以下之金額。但所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額。」商標法第71條第1 項第2 、3 款定有明文。再按，民事訴訟法第222 條第1 、2 項規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。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。」該條第2 項規定為89年2 月9 日修正增訂，該增訂含有證明責任規範存在價值，

損害額證明極度困難時，法院基於全辯論意旨及調查證據結果，仍不能獲得損害賠償額確信時，俾使權利容易實現，減輕損害額證明之舉證責任（最高法院93年度台上字第2213號民事裁判參見）。關於損害賠償之數額，固應視其實際所受損害之程度以定其標準。惟倘在損害已經被證明，而損害額有不能證明或證明顯有重大困難之情形，為避免被害人因訴訟上舉證困難而使其實體法上損害賠償權利難以實現，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，以兼顧當事人實體權利與程序利益之保護（最高法院101 年度台上字第1452號民事裁判參見）。麥奇公司主張依商標法第71條第1 項第2、3 款規定計算損害，茲就其主張審酌如後。

3.有關第2款部分，麥奇公司主張，空中美語公司101年11月至106 年12月Tutor4U 發票共457,061,489 元，因空中美語公司至今未舉證成本及費用，故以上開全部收入作為所得利益，若適用民事訴訟法第222 條第2 項規定酌定賠償額，亦請求以同業利潤標準之毛利率62% 或淨利率23% 推估其成本及必要費用，無論以何者計算均已超出麥奇公司本件請求71,310,600元等語。然查，損害賠償之債，旨在填補損害，麥奇公司上開計算方式，無論是採何種方式，均是將空中美語公司「Tutor4U 」全部營運收入都當作是「侵害麥奇公司商標權」所得利益，只不過是用毛利率或淨利率來作為成本或必要費用之扣除標準而已，然而這樣的計算方式有違上開損害填補原則。首先，麥奇公司雖提出事證證明確有消費者產生混淆誤認，但麥奇公司並未證明其所舉的實際混淆誤認情事對麥奇公司所造成的損害為多少，又空中美語公司使用「Tutor4U 」商標或系爭網域名稱，雖會使相關消費者產生混淆

誤認之虞，這樣的「混淆誤認之虞」固然也會對麥奇公司造成損害，但也未見麥奇公司對此種「侵害之虞」的損害額提出證明，是其以空中美語公司之「Tutor4U 」營業收入當作是侵害其商標權所得利益，尚嫌速斷。再者，空中美語公司所使用之商標僅與麥奇公司商標構成近似，而非完全相同，是空中美語公司學員因為「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標構成相同或近似，進而產生混淆誤認而使得本應向麥奇公司購買課程者轉而向空中美語公司購買課程者，數量為何，亦屬有疑。此外，本件所涉之服務性質與一般仿冒商標商品性質不同，就一般商品而言，因為商標代表品質，所以消費者會以商標決定是否購買商品，因此若因為混淆誤認而購買到仿冒商標商品或近似商標商品，通常是在買回來使用後品質不佳才發現誤購，此時，將仿冒商品之銷售額作為是商標權人之損害額，這是合理的。然而，就線上語言教學服務而言，其經營模式與一般商品消費模式不同，業者多會提供試聽服務，且在提供試聽機會之前或之後，各家業者之業務人員均會盡可能詳細地說明自家業者所提供服務之特色及優勢，以爭取消費者之認同，各家業務人員此段行銷期間所需花費之時間與精力，有長有短，而於此段行銷期間內，消費者即有充分之時間去了解該業者之特色，進而更可比較區別該業者與他家業者之不同優缺點，經過比較後，才會決定是否向該業者購買，依上開模式觀之，縱使相關消費者因為對商標之混淆誤認而增加接觸空中美語公司課程之機會，然在申請試聽、與業務人員接觸、洽談課程規劃階段，應可了解其所表彰之服務並非來自於麥奇公司，又縱使確實有消費者第一次購買課程是因為誤認為空中美語公司所提供之服

務是來自於「TutorABC」，但此線上語言教學課程多會提供退費機制，消費者發現品質不若其對「TutorABC」商標品質之認知時，就會退費，又消費者在課程屆滿後是否會繼續購買，更是取決於消費者對服務過程的滿意度，此時商標品牌所占之因素又更微乎其微。此外，空中美語公司就其線上語言教學業務，須建置其線上教學系統、設計課程、臨聘教師、客服人員、教育訓練等等，以完善之服務來吸引消費者購買及繼續購買課程，其營業額多寡，絕大多數是取決於教材、師資、客服等軟實力，而不是單純僅靠其商標與系爭「TutorABC」商標近似，即可直接獲得營業收入。基於上開理由，本院認為，麥奇公司無法證明空中美語公司就「Tutor4U」發票計算所得之收入，都是因為其「Tutor4U 」商標與系爭「TutorABC」商標相似而來，麥奇公司上開計算方式，顯然認為「商標」對空中美語公司營業收入之貢獻度為百分之百，此與本件所涉線上語言教學服務之性質不符，自不可採。

4.有關第3 款規定，麥奇公司主張Tutor4U 學員超過1,500 人，故請求以「總價」即101 年11月至106 年12月Tutor4U 發票計算為457,061,489 元，且此款不必扣除成本與必要費用等語。然查，該款規定，係因冒用他人商標之商品，通常不循正常商業機制銷售，其銷售之數量或被害人之損害難以計算或證明，為減輕被害人之舉證責任，乃以侵害商標權商品之零售單價倍數，作為損害賠償之計算基礎。本件「Tutor4U 」商標是使用在線上語言教學服務上，其表彰之客體並非特定商品之零售單價，與本款冒用他人商標商品之態樣不同，麥奇公司以本款計算損害賠償，亦不可採。

5.據上，本院認麥奇公司已證明受有損害，但無法證明其損害額，自應由本院依民事訴訟法第222 條第2 項規定酌定其賠償額。爰審酌空中美語公司本件侵權行為，將可能導致有相關消費者因商標混淆誤認而誤購課程；相關消費者誤認「Tutor4U 」與「TutorABC」有關，而增加相關消費者向空中美語公司接洽課程之機會，使得麥奇公司之潛在客戶流失成為空中美語公司客戶；至於尚未向兩造公司購買課程之潛在相關消費者，也會因為對商標有混淆誤認之虞而使得麥奇公司著名商標造成損害，空中美語公司亦因攀附麥奇公司商標而獲得利益，然本件兩公司所提供之服務性質為線上語言教學服務，依該產業之經營模式，商標所占消費者最終是否決定購買課程之因素不高，且空中美語公司係正當經營業務，並無以故意標榜為麥奇公司Tutor 集團方式欺騙消費者，復參酌空中美語公司101 年11月至106 年12月Tutor4U 發票共457,061,489 元，此為兩造所不否認，若以麥奇公司主張之同業利潤標準淨利23% 計算空中家教之利潤，計算所得為105,124,142 元，但財政部公佈之同業利潤標準，僅為其課稅之參考，其所訂利潤通常均偏高（最高法院107 年度台上字第1038號判決意旨參照），然若以空中美語公司主張之「Tutor4U 」占集團比例計算其利潤，計算結果為虧損，與其所提之空中家教「102 年-105年成本費用統計總表」顯示空中家教有獲利之情形不符（見本院二第131 至139 頁），又若以空中美語公司之「全公司」營業所得稅申報書所載淨利率0.33% 計算其「空中家教」之利潤，亦屬過低，是本院認「空中家教」合理的利潤，應介於兩造所主張之間，然再考量商標所占本件損害賠償額之貢獻，參酌兩公司之營業規模、營

業收入、系爭「TutorABC」商標在線上語言教學領域之著名程度、空中美語公司侵權時間、侵害態樣等，經綜合審酌後，本院認本件空中美語公司侵害麥奇公司商標權之損害賠償金額，以300 萬元為適當，麥奇公司逾此範圍之請求為無理由，應予駁回。

6.按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，公司法第23條第2 項定有明文。查胥宏達為空中美語公司之法定代理人，代表公司對外為意思表示，其對空中美語公司使用「Tutor4U 」商標及系爭網域名稱於線上英語教學服務，自屬公司業務之執行，對於空中美語公司侵害他人商標權致其受有損害，應與空中美語公司負連帶賠償責任。而此一公司負責人對於第三人之責任，係基於法律特別規定所生，不以公司負責人有故意、過失為要件，是胥宏達縱使未實際參與空中美語公司行銷「Tutor4U 」線上教學服務事宜，亦不能解免其前開損害賠償責任（最高法院100 年度台上字第1548號判決參照）。

㈦排除、防止侵害部分：

按商標權人對於侵害其商標權者，得請求除去之；有侵害之虞者，得請求防止之。商標法第69條第1 項定有明文。其排他態樣有二，一為排除侵害請求權，旨在排除現實已發生之侵害；另一為防止侵害請求權，旨在對現實尚未發生之侵害，就現有既存危險狀況加以判斷後，認權利人在客觀上日後被侵害之可能性極大，而有遭侵害之虞者，予以事先加以防範者，且不以侵害人主觀上有故意或過失為要件。空中美語公司使用「Tutor4U 」商標及系爭網域名稱侵害麥奇公司系

爭「TutorABC」商標，已如前述，雖空中美語公司於106 年12月起已停止上開侵害行為，但其與麥奇公司既經營相同業務，日後仍有再次侵害之虞，本院認仍有依上開規定防止其侵害之必要，因此，麥奇公司依上開規定，請求空中美語公司不得使用「Tutor4U 」名稱及系爭網域名稱，為有理由，應予准許。至麥奇公司請求空中美語公司「不得使用其他相同或近似於TutorABC、TutorABCjr著名商標之名稱或網域名稱」部分，首先，麥奇公司於本院已減縮不主張其「TutorABCjr」商標遭侵害，故此部分請求自屬無據。再者，本件所認定侵害、視為侵害麥奇公司商標權者僅為附圖二「Tutor4U 」商標圖樣、名稱及「http ://www .tutor4u .com .tw」網域名稱，故防止侵害之範圍應僅限於此，至於空中美語公司現在或日後所使用之其他商標圖樣或網域名稱是否相同或近似於系爭「TutorABC」商標而侵害麥奇公司商標權，核屬另案問題，既不在本件審理範圍內，自不得在本件請求排除侵害，以免日後麥奇公司就空中美語公司其他商標圖樣提起商標侵權訴訟請求排除侵害時，會產生後訴的排除侵害請求權是否為本案既判力效力所及之疑義，因此，麥奇公司此部分請求即不應准許。

㈧請求將判決書部分內容登報部分：

1.按民法第195條第1項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」而上開條文均屬被害人請求為回復信譽之處分，其方法及範圍如何方為適當，法院應參酌被害人之請求及其身分、地

位、被害程度等各種情事而為裁量。且所謂適當之處分，應係指該處分在客觀上足以回復被害人之信譽且屬必要者而言（司法院釋字第656號解釋參照）。

2.麥奇公司主張系爭「TutorABC」商標為著名商標在市場上有極高評價，空中美語公司以高度近似商標使用於相同服務，且在網路上刊登惡意轉址廣告，復有多起空中美語公司之消費者向麥奇公司申訴，甚至向台北市政府檢舉之實例，此等嚴重混淆誤認情形非命刊登報紙無從回復其信譽云云。然查，空中美語公司長期從事廣播英語雜誌與教學事業，在一般學習英語消費者間亦存有相當信譽，雖空中美語公司自101年間起始跨足線上英語教學等業務，其使用「Tutor4U 」商標行為，不無攀附系爭「TutorABC」商標之商譽，獲得經營線上英語英學課程之商業利益，但麥奇公司與空中美語公司就本件各自經營線上英語教學業務，二者所從事英語教學課程服務之事業形象相同，亦無證據證明空中美語公司將「Tutor4U 」商標使用在有損麥奇公司事業形象之其餘業務上，在此情形下，實難認麥奇公司有何信譽受損可言。至於麥奇公司上開所舉實際混淆誤認案例，相較於兩造會員人數來說，比例實在甚低，而消費糾紛在各個產業均有，依空中美語公司所提證據，亦可知也有消費者對「TutorABC」之推銷方式或線上英語教學服務不滿意（見本院卷二第31至49頁），此均為消費市場之常態，自難僅以單一之市政府檢舉、零星之客訴個案，即認空中美語公司所提供之品質極差，嚴重影響麥奇公司信譽。又依麥奇公司所提之公證書及影片雖可證網路廣告有將「TutorABC」廣告不當連結至空中美語公司之情形（見原審卷二第144 至164 頁），此亦為空中美語公司

所不爭執，但上開廣告係空中美語公司廣告代理商富創藍圖股份有限公司（下稱富創公司）旗下站長所為，空中美語公司並未指示、亦不知情，此有富創公司執行長之聲明書附卷可參（見本院卷二第21頁），而空中美語公司於得知前開不當轉址情事後，即以傳真方式要求富創公司於2016年12月20日前完成修正（見原審卷三第25頁），嗣因富創公司未完成修正，又於2017年1 月24日email 予富創公司請其儘快處理，並經富創公司回覆修正完成（見本院卷二第23頁），顯見其於發現該等情事後已積極要求富創公司改正，考量在現代商業分工細緻情形下，空中美語公司將廣告委由廣告商處理，自信任廣告商會妥善履行其契約義務，該不當轉址情事之發生顯不可歸責於空中美語公司，自無法依此即認空中美語公司有故意損害麥奇公司信譽之行為。據上，本院認麥奇公司對於其信譽受有損害而有登報回復其信譽之必要乙節，舉證尚有不足，其此部分之請求於法無據，不應准許。

六、綜上所述，麥奇公司依商標法相關規定及公司法第23條第2項規定，請求空中美語公司、胥宏達連帶給付300 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起即105 年9 月1 日起（見原審卷一第280 頁送達證書）至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，並請求命空中美語公司不得使用「Tutor4U 」名稱、「http ://www .tutor4u .com . tw」網域名稱，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求為無理由，應予駁回。原審就超過上開應予准許部分，為空中美語公司、胥宏達敗訴之判決，並為准免假執行之宣告，容有未合，空中美語公司、胥宏達上訴意旨指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院廢棄原判決主文第1 、2 項部分，改判如主文第2

項所示。至上開應予准許部分，原審為空中美語公司、胥宏達敗訴之判決，核無不合，其等上訴請求廢棄改判，為無理由，應予駁回。而上開不應准許部分，原審為麥奇公司敗訴之判決，核無不合，麥奇公司指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又麥奇公司追加之訴部分，亦無理由，應予駁回。末查，空中美語公司主張，若准許麥奇公司對於排除防止侵害之請求可假執行，將使空中美語公司受有不能回復之損害云云，然空中美語公司自承於本件一審判決後即改以「空中家教」經營線上英語教學服務，網域名稱亦改為「www . 空中家教.com」（見本院卷四第16頁），顯見其不使用「Tutor4U 」商標及系爭網域名稱，仍可順利經營業務，並未受有無法回復之損害，是其上開主張，並不足採。

七、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。另空中美語公司、胥宏達請求本院送鑑定機關鑑定兩商標是否有致相關消費者產生混淆誤認之虞（見本院卷四第411 至413 頁）、請求本院囑託進行市場調查以判斷兩商標是否有致相關消費者產生混淆誤認之虞（見本院卷五第25至29頁）等語，然市場調查係調查相關消費者是否會實際產生混淆誤認，此僅為判斷混淆誤認之虞的8 項審酌因素之一，又送鑑定僅能鑑定兩商標圖樣是否近似，對於其餘審酌因素並無法以鑑定方式為之，而本院經綜合各項因素審酌後，業已認定兩商標有致相關消費者產生混淆誤認之虞，已如前述，故上開證據均無調查之必要，附此敘明。

八、據上論結，本件空中美語公司、胥宏達之上訴為一部有理由

，一部無理由，麥奇公司之上訴及追加之訴為無理由，爰依智慧財產案件審理法第1 條，民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第79條、第85條第2 項規定，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　25　　日

智慧財產法院第一庭

審判長法　官　李維心

法　官　陳忠行

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　　108　　年　　4　　月　　26　　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。