

智慧財產法院民事判決

107年度民商訴字第18號

原告 寰宇麵食館有限公司

法定代理人 伍鵬宇

訴訟代理人 桂齊恒律師（兼送達代收人）

複代理人 廖正多律師

被告 小南門食品有限公司

小南門餐飲有限公司

兼 上二人

法定代理人 張秋仁

共 同

訴訟代理人 賴文智律師

上列當事人間侵害商標權有關財產權爭議等事件，本院於民國108年2月13日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告應連帶給付原告新臺幣壹佰貳拾柒萬壹仟肆佰零壹元，及自民國一百零七年八月三十日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被告小南門食品有限公司、被告小南門餐飲有限公司均不得使用相同或近似於如附圖1、2、3所示註冊第00000000號商標、第00000000號商標、第00000000號商標於其指定之商品或服務名稱所示之內容。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告連帶負擔六分之一，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣肆拾萬為被告供擔保後，得假執行。但被告如以新臺幣壹佰貳拾柒萬壹仟肆佰零壹元為原告預供擔

保，得免為假執行。

本判決第二項於原告以新臺幣伍拾伍萬元為被告小南門食品有限公司、被告小南門餐飲有限公司供擔保後，得假執行。但被告小南門食品有限公司、被告小南門餐飲有限公司如以新臺幣壹佰陸拾伍萬元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實

壹、程序方面：

（一）按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但被告同意或擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；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255條第1項第1款、第3款、第256條分別定有明文。查原告起訴時以被告小南門食品有限公司（下稱：小南門食品公司）及其法定代理人張秋仁為請求對象，訴之聲明第1、2項分別為：「被告等應連帶給付原告新臺幣（下同）300萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。」、「被告等不得使用相同或近似於原告註冊第00000000號『小南門及圖』之商標（下稱：系爭商標1）於第042類『餐廳、水果店、飲食店、冷熱飲料店、小吃店、餐飲店』商品類別上；被告等不得使用相同或近似於原告註冊第00000000號『小南門及圖』之商標（下稱：系爭商標2）於第030類『便當、飯盒、雜醬麵、麻醬麵、肉臊麵、餛飩麵、麵條』商品類別上；被告等不得使用相同或近似於原告註冊第00000000號『小南門及圖』之商標（下稱：

01 系爭商標3)於第030類『乾麵、餛飩麵、速食麵、刀
02 削麵、排骨麵、牛肉麵、餛飩乾麵、麵條、拉麵、油麵
03 、意麵、水餃、冷凍水餃、冷凍餛飩』商品類別上。」
04 (見本院卷1第11頁)。嗣於訴狀送達後，先後為下述
05 將原訴變更或追加他訴：

- 06 1.民國107年7月12日具狀擴張訴之聲明第1項為：「
07 被告等應連帶給付原告6,984萬元，及自起訴狀繕本
08 送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算
09 之利息。」(見本院卷1第387頁)。
- 10 2.107年8月24日具狀追加被告小南門餐飲有限公司(下稱：小南門餐飲公司)(見本院卷2第475頁)。
- 11 3.本院107年9月3日言詞辯論期日，陳明訴之聲明第2
12 項之「被告等」為「被告小南門食品有限公司、小南
13 門餐飲有限公司」(見本院卷3第9頁)。
- 14 4.108年2月20日具狀將減縮訴之聲明第1項之利息起
15 算日為自107年8月30日起(見本院卷4第143、145
16 頁)。
- 17 5.經核原告上開1-3所為，分別係擴張應受判決事項之
18 聲明、追加被告、補充法律上之陳述，亦經被告之同
19 意(見本院卷1第461頁、本院卷3第9頁)，又原
20 告上開4所為，係減縮應受判決事項之聲明，揆諸上
21 揭規定，均無不合，應予准許。

22
23 (二)原告寰宇麵食館有限公司之法定代理人原為沈○○，於
24 訴訟繫屬中變更為伍鵬宇，且據其具狀聲明承受訴訟(見本院卷3第477頁)，有卷附原告之公司登記查詢資料及委任狀各1件在卷可稽(見本院卷3第481-483頁

01)，亦無不合，應予准許。

02 貳、實體方面：

03 一、原告主張：

04 （一）原告為系爭商標1、2、3（見附圖1、2、3，合稱
05 ：系爭商標）之商標權人，被告小南門食品公司為註冊
06 第00000000號「小南門及圖」商標（下稱：408號商標
07 ，見附圖4）之商標權人，又408號商標與系爭商標皆
08 由圖形及中文組成，系爭商標之圖形部分為舊城樓外型
09 ，具有傳統燕尾脊屋頂及城門等特徵，408號商標之圖
10 形部分亦為舊城樓外型，雖經過抽象化設計，惟仍具有
11 相同之燕尾脊屋頂及城門等顯著特徵；二者之中文皆為
12 無特別設計之「小南門」中文字，僅選用字體略有不同
13 ，應構成外觀近似，且讀音唱和完全一致，應構成讀音
14 相同，故408號商標顯與系爭商標構成商標近似，而408
15 號商標僅指定使用於第29類「豆花」商品類別，被告小
16 南門食品公司、小南門餐飲公司卻基於行銷之目的以「
17 小南門」文字圖案提供包含各式餅類、餃類、湯包、各
18 式飯麵商品及湯品、熱炒菜餚之商品（下稱：系爭商品
19 ），逾越其商標指定使用商品類別，而侵害系爭商標，
20 此外，張秋仁為被告二公司之負責人，自應負連帶賠償
21 責任。爰依商標法第69條第1項、第3項、第71條第1
22 項第2款，公司法第23條第2項，民法第185條等規定
23 ，提起本件訴訟。

24 （二）聲明：

25 1.被告應連帶給付原告6,984萬元，及自民事追加被告
26 暨準備狀（2）繕本送達之翌日起至清償日止，按週

01 年利率百分之5 計算之利息。

02 2.被告小南門食品公司與被告小南門餐飲公司不得使用
03 相同或近似於系爭商標於其指定之商品或服務名稱所
04 示之內容。

05 3.原告願以金融機構可轉讓定期存單或現金供擔保，請
06 准宣告假執行。

07 二、被告則以：

08 (一)被告(含其代表人即被告張秋仁以攤車、商號形式經營
09)自85年起即開始於臺北市著名地標小南門附近販售其
10 自行生產製造之小南門傳統豆花，迄今已逾30年，自88
11 年起受邀於小南門鄰近之遠東百貨寶慶店設點經營，開
12 始註冊、使用408 號商標圖樣，其後並積極在臺灣各大
13 重要指標性之交通據點及百貨商場建立銷售據點，已於
14 國內市場具有獨立之商標識別與信譽，被告小南門食品
15 公司除於第29類豆花商品註冊408 號商標外，另以小南
16 門圖樣於第29類、第30類及第43類商品取得商標註冊(見
17 附圖5-7)，可見「408 號商標」、「附圖5 之小南
18 門圖樣」、「小南門傳統豆花」等標示，早已成為臺灣
19 最著名的小吃代表廠商，多年來未曾有任何消費者對其
20 來源混淆，具有獨立之商標識別與信譽。又二商標相較
21 均係同樣源於在實體世界存在知名之臺北府城「小南門
22 」，小南門外觀及小南門字樣因屬於地名、地標，「消
23 費者通常只會將之視為商品或服務的相關說明，故不具
24 識別性」，故判斷系爭商標圖樣，與被告公司所經營之
25 小吃、餐飲服務所使用之標示是否構成「近似」時，須
26 將前開不具識別性之部分排除，故無須審究「小南門」

字樣，在去除「不具識別性」之文字及觀念之後，二者有極大差別，即不符合商標法第68條「近似」之要件，不構成商標權之侵害。再者，被告公司各分店或於招牌或於菜單或於廣告圖示，皆顯示、強調小南門圖樣（見附圖5-7），明顯說明其係由小南門傳統豆花著名之業者經營，並無任何影響原告所主張商標識別之行為，參諸原告長期未使用系爭商標，而係使用「小南門福州傻瓜乾麵」作為商品或服務之表徵，其為訴訟之目的始開始宣傳系爭商標，據以對其他使用「小南門」為名之業者行使商標權，屬於權利濫用之行為，且被告就其所有涉及小南門之表示，均結合其已註冊之小南門圖樣（見附圖5-7），可見被告係以使用自己商標之意思為利用，無任何攀附系爭商標之意圖，被告之使用行為顯然符合商標法「符合商業交易習慣之誠實信用方法」之合理使用規範，而非商標權效力所及，另被告長期經營而使用小南門設計圖（見附圖5-7）為主之商標識別，其知名度遠高於系爭商標，難謂被告及其代表人具有侵害系爭註冊商標之故意或過失。此外，原告就其主張商標權遭侵害之損害，以被告公司扣除豆花類30% 營收後作為侵害系爭商標權之營收，未針對不同行為或不同商品分別計算，企圖獲取超額之利益，顯有違商標法之立法目的及損害賠償之基本原理；縱被告應負損害賠償責任，同業利潤標準，係在納稅義務人未依規定提示帳簿或無法勾稽時之懲罰性標準，不適於作為本案計算損害賠償之基礎，仍應依被告實際報稅之資料為準，至於原告禁止侵害請求權，應限於「侵害其商標權」之情形，原告

主張既不符合商標法第69條第1項規定，未就其主張明確限制在侵害商標權之情形，即不應予以准許等語，資為抗辯。

(二) 聲明：

1. 原告之訴駁回。

2. 如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項（見本院卷1第373、375頁）：

下列事實為兩造所不爭執，並有相關證據在卷可稽，堪認為真實：

(一) 原告為系爭商標1之商標權人，指定使用於第042類「餐廳、冰果店、飲食店、冷熱飲料店、小吃店、餐飲店」商品類別。

(二) 原告為系爭商標2之商標權人，指定使用於第030類「便當、飯盒、雜醬麵、麻醬麵、肉臊麵、餛飩麵、麵條」商品類別。

(三) 原告為系爭商標3之商標權人，指定使用於第030類「乾麵、餛飩麵、速食麵、刀削麵、排骨麵、牛肉麵、餛飩乾麵、麵條、拉麵、油麵、意麵、水餃、冷凍水餃、冷凍餛飩」商品類別。

(四) 被告為408號商標之商標權人，指定使用於第029類「豆花」商品類別。

(五) 被告提供之商品包含系爭商品。

四、兩造爭執事項（見本院卷1第375頁）：

本件經依民事訴訟法第271條之1準用同法第270條之1第1項第3款、第3項規定，整理並協議簡化爭點如下：

(一) 被告公司在系爭商品上使用408號商標是否侵害系爭商

01 標之商標權？

02 (二) 被告有無侵害原告系爭商標之故意或過失？原告請求被
03 告連帶給付6,984萬元及法定遲延利息，是否有理由？

04 (三) 原告請求被告公司不得使用相同或近似於系爭商標之圖
05 樣於同一商品類別上，是否有理由？

06 五、兩造爭點及論斷：

07 (一) 法律適用基準：

08 原告主張被告之侵權時間為自105 年2 月間起（見本院
09 卷1 第391 頁），從而，依實體從舊程序從新原則（最
10 高法院98年度台上字第997 號、102 年度台上字第1986
11 號民事判決參照），應分別適用100 年6 月29日修正公
12 布，101 年7 月1 日施行之商標法（下稱：101 年施行
13 商標法）及105 年11月30日修正公布，105 年12月15日
14 施行之現行商標法，合先敘明。

15 (二) 被告公司在系爭商品上使用408 號商標，構成商標法第
16 68條第3 款之侵害商標權行為：

17 1.按未經商標權人同意，為行銷目的於類似之商品或服
18 務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混
19 淆誤認之虞，為侵害商標權，商標法第68條第3 款定
20 有明文。次按商標是否近似暨其近似程度之判斷，應
21 以商標圖樣整體為觀察，亦即以呈現在商品或服務之
22 消費者眼前之整體圖樣加以觀察。惟在整體觀察原則
23 上，尚有所謂主要部分，則係因商標雖以整體圖樣呈
24 現，但商品或服務之消費者較為關注或事後留存印象
25 作為其辨識來源者，則係商標圖樣中之顯著部分，此
26 顯著部分即屬主要部分。主要部分觀察與整體觀察並

01 非抵觸對立，由於商標近似之意義係指兩商標如標示
02 於相同或類似商品或服務時，具有普通知識經驗之消
03 費者，於購買時施以普通注意，有可能誤認兩商品或
04 服務來自同一來源或誤認不同來源間有所關聯，則於
05 判斷商標近似時，如先商標之先天識別性較強，抑或
06 因使用而為消費者所普遍知悉時，其主要部分極易成
07 為消費者於交易時辨識來源之重要依據，此時消費者
08 較易因兩商標之主要部分相同，而將兩者所提供之商
09 品或服務來源產生聯想，於此種情形，商標近似之比
10 對即著重於主要部分，並考量主要部分最終影響商標
11 給予商品或服務之消費者的整體寓目印象加以判斷，
12 故上開兩觀察法對判斷商標近似係屬相輔相成（最高
13 行政法院106 年度判字第609 號判決意旨參照）。

- 14 2.系爭商標為城門圖樣結合下方「小南門」3 字所組成
15 　，被告公司於系爭商品上使用之408 號商標，自左而
16 右依序由略經設計橢圓框內以「南」字設計之城門圖
17 樣及右側之「小南門」3 字所組成。二商標相較，雖
18 於城門圖樣設計及「小南門」3 字之字體上有些微差
19 異，惟由整體觀之，予人之寓目印象極為相仿，讀音
20 及觀念亦相同，於整體外觀、觀念及讀音，均極相仿
21 彿，而構成高度近似商標。又二商標指定使用之商品
22 相較，系爭商標2 、3 之便當、乾麵等商品與系爭商
23 品，二者商品原料、用途、功能大致相當，且常來自
24 相同之產製業者，如標示相同或近似的商標，依一般
25 社會通念及市場交易情形，易使一般商品消費者誤認
26 其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源；至於系爭

商標1 指定使用於餐廳、小吃店等服務部分，因二者商品、服務之行銷管道與場所相關聯，商品產製與服務提供者有其共同性，買受人與服務對象相重疊，亦足使一般商品消費者誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源，是故，系爭商品與系爭商標指定之商品或服務間應存在高度之類似關係。再者，系爭商標雖為城門圖樣結合下方「小南門」3 字所組成，而「小南門」一詞，乃表彰位於臺北市○○○路與愛國西路交會路口圓環上知名「小南門城」之地名，而系爭商標以城門圖樣結合下方「小南門」3 字，所傳達予消費者之觀念，亦為「小南門」地名及其代表性之「小南門城」地標特色，雖然單純由描述所指定商品或服務的產地名稱或標識所構成之商標，如未於市場上長期大量使用，而能夠使消費者認識為指示來源的證據資料，通常不具識別性，然而，「小南門」雖係地理名稱，惟該地名是否不具識別性，應考量其與指定使用之具體商品或服務間，有無表示商品的製造地、生產地，商品或服務的商業來源地，或服務的提供地等不具識別性之情事，來加以判斷，準此，系爭商標之小南門或其相應之「小南門城」與指定使用於餐廳、小吃店等服務或便當、乾麵等商品並不具關連性，佐以，系爭商標整體商標圖樣係經過設計，且經原告於市場上長期使用，就其商標圖樣整體或主要部分以觀，自予相關消費者深刻印象，而有高度識別性，被告公司於系爭商品上使用之408 號商標高度近似系爭商標圖樣，易使相關消費者產生與系爭商標相當關聯

之錯誤聯想，經審酌上開各項因素判斷後，應認相關消費者於購買時施以普通之注意，異時異地隔離觀察系爭商標與408 號商標，無法依憑408 號商標之整體圖樣，認識其非為表彰系爭商標商品或服務之標識，且無法藉以與系爭商標之商品或服務相區辨為不同來源，致有誤認兩商標之使用人間有關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，致相關消費者產生混淆誤認之虞。是以，原告主張被告公司使用近似系爭商標之408 號商標於類似之商品或服務，有致相關消費者混淆誤認之虞，侵害系爭商標，而違反商標法第68條第3 款規定，應為可採

3. 被告抗辯：原告將系爭商標圖樣與被告註冊於第29類之408 號商標圖樣進行比對，並非就被告於其經營小吃、餐飲服務時實際使用「服務標示」之實況進行比對，「事實」、「方法」是錯的，自然不可能推論出正確的結果云云（見本院卷4 第65-71 頁）。查408號商標僅指定使用於豆花商品，然被告公司使用於系爭商品一節，業據原告提出被告公司各分店經營使用事證為憑（原證6-23，見本院卷1 第87-257頁），此亦為被告所不爭執，又觀諸原證6-原證23中所揭示之照片，被告於各該分店之商標使用情形均可見408 號商標圖樣，並另搭配「點心世界」或「傳統美食」之字樣（詳如附表所示），惟「點心世界」與「傳統美食」無非係表明所販售產品之類型，屬描述性標識，欠缺識別性，消費者之寓目印象，自會為408 號商標所吸引；佐以，如被告公司之東興旗艦店、臺大微風店

01 　、信義誠品店、台北101 店、遠企購物商場、榮總店
02 　、三軍總醫院店等均存在單一店面中部分招牌以408
03 號商標搭配傳統美食或點心世界字樣，然部分招牌或
04 菜單或碗盤上僅標示408 號商標圖樣（見本院卷1 第
05 90、94、114 、115 、146 、148 、157 、159 、167
06 、169 、178-180 、198-200 頁）。是以，被告公司
07 使用408 號商標逾越指定之豆花商品而使用於系爭商
08 品上，則被告公司所為是否侵害系爭商標權時，以系
09 爭商標與408 號整體商標為比對基礎，自無不合。

10 4.被告抗辯：系爭商標與被告使用之「小南門」字樣，
11 同樣係表彰源自於臺北市著名之地標「小南門」，去
12 除此一著名地標之元素後，針對原告之小南門圖樣與
13 被告所使用之小南門圖樣進行比對，二者間並不構成
14 近似云云（見本院卷第73-79 頁）。惟查，「地理名
15 稱若與指定商品或服務間沒有任何關聯，且消費者不
16 會認為它是商品產地、服務提供地，或商品或服務與
17 該地點有關的說明，則屬地理名稱的任意使用，具有
18 識別性」（參商標識別性審查基準4.5.2 ），原告以
19 「小南門及圖」註冊於餐廳、便當、乾麵等商品或服
20 務上，「小南門」係臺北市○○○路與愛國西路交會
21 路口圓環處之城門古蹟重熙門之別稱，現屬地名而代
22 指「小南門」、「小南門捷運站」周遭一帶，惟「小
23 南門」與餐廳、便當、乾麵等商品服務毫無關連，不
24 會在二者間產生聯想，應屬地理名稱的任意使用，具
25 有識別性，被告抗辯「小南門」3 字並不具識別性云
26 云，尚有誤會。又系爭商標係以城門圖樣結合「小南

門」3 字所組成，因系爭商標之城門圖樣僅為一般具有燕尾脊屋頂及城門之舊城樓圖樣，而臺北舊城門亦非僅只小南門一處，自係因系爭商標結合「小南門」三字，方始消費者得以將城門圖樣與「小南門」相連結之觀念。依上，自難以「小南門」係屬知名地名等理由單獨割裂商標中「小南門」三字認定其不具識別性，故系爭商標圖樣，無論「城門」圖樣或「小南門」三字，均屬整體商標之一部分，於判斷是否有混淆誤認之虞時，自應將二者合併整體觀之，佐以，被告於系爭商品上係使用408 號商標，而非僅是408 號商標小南門圖樣（即附圖5-7 ），依一般社會通念，自易使接受商品或服務之相關消費者，誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源者，被告上開所辯，尚無可取。

5. 被告辯稱：原告長期「未使用」系爭商標，而係使用「小南門福州傻瓜乾麵」作為其商品或服務之表徵，並未針對本案系爭商標建立屬於原告獨立之商標識別，其為訴訟之目的始開始宣傳系爭商標，據以對其他使用「小南門」為名之業者行使商標權，已逾商標法之保護範圍，屬於權利濫用之行為云云（見本院卷4 第83-89 頁）。經查，被告上開所辯，固提出被證11 就網路部落客於102 年、103 年、104 年、107 年之食記摘錄影本（見本院卷2 第343-407 頁）為憑，惟原告業已提出原證30所示之碗盤照片（見本院卷2 第31頁），其上印有系爭商標之城門圖樣，雖改將「小南門」三字嵌於城門中，並於其下標有「福州傻瓜乾

麵」，然商標法並無禁止數商標併同使用，且原告雖將系爭商標之城門與文字以上述方式合併標示，然標示位置均在同一內容物上，實質上並未變更系爭商標主要識別之特徵影響，可認原告有使用系爭商標之事實，並未逾越同一性範圍，佐以，依碗盤照片所示，該碗盤已有相當長期使用之痕跡，應非臨訟偽造而成，被告辯稱原告主張系爭商標係權利濫用云云，尚無可採。

6. 被告辯稱：被告作為知名之小南門傳統豆花之經營者，就表彰其小吃、餐飲服務係源自於「小南門」此一事實，讓相關消費者知道此一餐飲服務，正是知名、源於小南門附近經營三十年，具有口碑、信譽的被告所經營之店面，正符合前開商標法第36條第1項第1款所定之「符合商業交易習慣之誠實信用方法」云云（見本院卷4第91-93頁）。惟查，被告公司各分店商標實際使用情形，係以408號商標作為商標使用，而非單純以408號商標之小南門圖樣（即附圖5-7）作為商標使用，其中「小南門」雖屬地名，然既非系爭商品或服務之產地，亦非作為商品本身之說明，自難認此非作為商標之使用，自與商標法第36條第1項第1款所定要件未合。又按，「商標須依法申請註冊後，始得主張商標權之保護（參商標法第2條規定），換言之，我國商標法係採『先申請註冊原則』，先申請註冊之商標縱使不具高度著名性或為相關消費者所普遍知悉，先商標權人仍得依法主張權利。原判決認為系爭商標雖申請註冊在後，惟因系爭商標藉由廣告行

銷等措施，較諸據以核駁商標廣為我國相關消費者熟悉，是以系爭商標更應獲得保護云云，明顯違反我國商標法先申請註冊原則之規定，適用法律自有不當。又原判決上開論述，學說稱之為『反向混淆誤認』，亦即後商標因較諸前商標廣為消費者所知悉，消費者反而誤以為前商標係仿冒後商標，或誤認為前商標與後商標係來自同一來源，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係。惟正因為前、後商標易使消費者誤以為兩者來自同一來源，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係，可知後商標之註冊確實有致消費者產生混淆誤認之虞，依商標法『先申請註冊原則』，自應保護註冊在先之前商標，而非後商標，此在其他比較法例皆然。此一制度之另一目的，在於維護市場之公平競爭，避免財力雄厚之企業藉由龐大之行銷能力，巧取豪奪先註冊之商標」（最高行政法院105 年度判字第465 號判決意旨參照）。可知，我國立法於價值選擇上，係優先保護註冊在前之商標而非較為著名之商標，故本件亦難僅憑被告為知名之小南門傳統豆花之經營者，即認定其逾越408 號商標指定之豆花商品而使用於系爭商品係「符合商業交易習慣之誠實信用方法」。

7. 被告有侵害系爭商標權之過失：

(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，是商標法第69條第3 項與民法第184 條第1 項前

段關於侵權行為之規定，均採過失責任主義，以行為人之侵害行為具有故意或過失，為其成立要件之一，而何謂故意或過失，民法並無明文，一般文獻於解釋上，常依刑法有關規定說明之。所謂故意者，係指行為人對於構成侵權之事實，明知並有意使其發生者，或預見其發生而其發生並不違背其本意。至於過失者，行為人雖非故意。但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，此為無認識之過失；或雖預見其能發生而確信其不發生者，此為有認識之過失。又過失依其所欠缺之程度為標準，雖可分為抽象輕過失（欠缺善良管理人注意義務）、具體輕過失（欠缺應與處理自己事務同一注意義務）及重大過失（顯然欠缺普通人之注意義務），然在侵權行為方面，過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意義務為斷，亦即行為人僅須有抽象輕過失，即可成立。蓋以，侵權行為制度，既以填補被害人經法律承認應受保護權利之損害為目的，並為維持人類社會共同生活而設，是以民法上構成侵權行為有責性之過失，當指未盡善良管理人之注意義務（抽象輕過失）而言。而善良管理人之注意義務，乃指有一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準，行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害代價，而有所不同（最高法院93年度台上字第851號

、104 年度台上字第782 號判決意旨參照）。至於商標侵權事件，法律雖無明文規定，惟製造商或競爭同業與單純之通路商、零售商、偶然之販賣人等，對能否預見或避免損害發生之注意程度，必不相同，應於個案事實，視行為人個別之營業項目、營業規模、侵害行為之實際內容、商標普遍程度等情形，以判斷行為人有無注意義務之違反。

(2)被告固抗辯：被告以使用其自行建立長達三十年之商標識別為目的，即欠缺侵害系爭商標權之主觀故意或過失之要件，自不構成商標權之侵害云云（見本院卷4 第95-97 頁）。惟查，商標註冊有其公示性及公告性，系爭商標早於85年12月16日、87年1月16日及94年1 月16日註冊公告（見本院卷1 第21、25、29頁），被告小南門食品公司固屬408 號商標之商標權人，然408 號商標既未指定使用於系爭商品上，其跨類使用於系爭商品或服務時，自應就是否有侵害商標作最低限度之商標查證，倘未查證者，自難謂無過失。

（三）損害賠償之計算：

1.按「未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：一、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」、「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

01 成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為
02 所得利益」商標權法第68條第3款、第69條第3項、
03 第71條第1項第2款分別定有明文。查被告未經授權
04 侵害系爭商標權之事實，已如前述，是原告依商標法
05 第69條第3項之規定，請求被告負損害賠償責任，洵
06 屬有據。再按，民事訴訟法第222條第1、2項規定
07 ：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之
08 結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，
09 不在此限。當事人已證明受有損害而不能證明其數額
10 或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所
11 得心證定其數額」。民事訴訟法第222條第2項規定
12 為89年2月9日修正增訂，該增訂含有證明責任規範
13 存在價值，損害額證明極度困難時，法院基於全辯論
14 意旨及調查證據結果，仍不能獲得損害賠償額確信時
15 ，俾使權利容易實現，減輕損害額證明之舉證責任（
16 最高法院93年度台上字第2213號民事裁判參見）。又
17 按，關於損害賠償之數額，固應視其實際所受損害之
18 程度以定其標準。惟倘在損害已經被證明，而損害額
19 有不能證明或證明顯有重大困難之情形，為避免被害
20 人因訴訟上舉證困難而使其實體法上損害賠償權利難
21 以實現，法院應審酌一切情況，依得心證定其數額
22 ，以兼顧當事人實體權利與程序利益之保護（最高法
23 院101年度台上字第1452號民事裁判參見）。本件損
24 害賠償數額之認定，確有不能證明其數額或證明顯有
25 重大困難之情形（詳下述），本院自得依民事訴訟法
26 第222條規定，審酌原告所提出之證據及一切情狀，

01 依所得心證定其數額。

02 2.原告主張：被告小南門食品公司105 年度損益及稅額
03 計算表所載營業收入總額為159,170,772 元；106 年
04 度損益及稅額計算表所載營業收入總額為155,927,486
05 元，合計315,098,258 元；被告小南門餐飲公司106年
06 度損益及稅額計算表所載營業收入總額為100,318,776
07 元，2 年之營業收入總額為200,637,552 元，被告小
08 南門食品公司與被告小南門餐飲公司於105 、106 年
09 間之營業收入總額為515,735,810 元，依前揭扣除30
10 %之豆花類餐飲收入，餘侵害商標權之營業收入為361
11 ,015,067元，依前揭同業利潤標準9 %計算，被告小
12 南門食品公司與被告小南門餐飲公司於105 、106 年
13 間因侵害商標權行為所得之利益即有32,491,356元（
14 見本院卷3 第395 頁）。原告復於本院108 年2 月13
15 日言詞辯論期日陳明：「起訴時是以所得的10% 作為
16 損害賠償的計算，事後以同業利潤標準9%作為計算標
17 準，如鈞院認為同業利潤標準不應該作為損害賠償的
18 依據，則原告請求依被告營業收入總額的9%作為損害
19 賠償的計算依據，如原告107 年11月26日言詞辯論意
20 旨補充2 狀之說明，原告和被告都是同業，由原告自
21 行計算所提供的報稅資料可以看出，原告逐月都還有
22 營業所得14% 、28% 、25% 的淨收益，因此原告請求
23 9%，係屬同業的合理利潤，也是合法的請求。」等語
24 （見本院卷4 第133 頁）。被告則抗辯：原告無法證
25 明其因被告等之行為而受有任何損害，又未證明其就
26 註冊商標所為任何廣告行銷之投入，即屬於無法舉證

證明其有任何損害之存在。又縱被告等應負損害賠償責任，財政部統計處所公告之同業利潤標準，係在納稅義務人未依規定提示帳簿或無法勾稽時之懲罰性標準，不適於作為本案計算損害賠償之基礎，倘本案鈞院認為以被告等之營業利益計算損害賠償額為適當者，仍應依被告等實際報稅之資料為準云云（見本院卷4第103-109頁）。

3. 本院於本件審理過程中函調被告公司「所得稅結算申報書損益表」、「資產負債表」、「進項憑證明細表」、「銷項憑證明細表」、「營業人進銷項交易對象匯加明細表」等稅務資料（見本院卷1第407頁、本院卷2第27頁），並函詢被告公司分別於各百貨商場開設分店或營業據點之銷售金額資料（見本院卷1第413頁）。惟鑑於各該百貨商場開立發票之含稅金額未扣除營業稅，且亦涉及百貨商場與被告間存有各異之拆帳比例之問題，則被告抗辯：「百貨商場提供的資料跟本案原告主張要去算純利中間沒有一定關聯性，這是百貨的營收不是被告公司實際的營收。」等語（見本院卷3第11頁），即非無憑。

4. 原告主張以損益及稅額計算表所載營業收入總額乘以同業利潤標準之淨利率計算損害賠償，被告固爭執同業利潤標準過高，惟亦主張以國稅局申報資料為準，是本院以下即審酌「損益及稅額計算表」（即被告公司營利所得稅之報稅資料）（見本院卷1第479、485頁，本院卷3第325頁）所載之營業收入總額。查被告小南門食品公司105年度營業收入總額為159,170,7

72元、106 年度營業收入總額為155,927,486 元（見
本院卷1 第479 、485 頁）；被告小南門餐飲公司106
年度之營業收入總額為100,318,776 元（見本院卷3
第325 頁）。是以，估計被告兩年之營業收入總額為5
15,735,810元【計算式：159,170,772+155,927,486+1
00,318,776*2=515,735,810】，得以此為損害賠償之
計算基礎。因被告亦不爭執豆花、點心類等不涉及侵
權之商品，佔其銷售金額之30%（見本院卷4 第109
頁），故核計被告公司兩年內銷售系爭商品之營業收
入為361,015,067 元【計算式：515,735,810*0.7=361
,015,067】。

5.原告固主張以上開營業收入總額乘以「麵店、小吃店
」之同業利潤標準之淨利率9 %計算損害賠償云云。
惟按，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），且依所得稅法第83條第
1 項規定：「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務
人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提
示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核
定其所得額。」可知，同業利潤標準，僅係營利事業
所得稅納稅義務人未依規定期限辦理結算申報，或於
稽徵機關進行調查或復查時，未提示有關各種證明所
得額之帳簿、文據，稅捐稽徵機關為達成稅捐稽徵之
行政目的，始得以之作為核定所得額之計算標準。然
由本件被告之損益及稅額計算表可知，被告於申報營
利事業所得稅時，並未適用以「同業利潤標準」之推

計課稅方式，惟鑒於商標法第71條第1項第2款規定所得扣除者之「成本及必要費用」，係專指侵害商標專用權者就「銷售該項商品」所支出之成本及必要費用而言，其他與「銷售該項商品」無關之公司營運成本或費用，並不屬之，因被告公司前開之損益及稅額計算表中均涵蓋利潤率不同之豆花類及飯麵類等，且所申報之科目包括顯與銷售系爭產品無關之交際費、捐贈等項目，自難認損益及稅額計算表中所列之營業淨利率即屬被告銷售系爭商品之淨利。

6.原告於本院108年2月13日言詞辯論期日主張：如本院認為同業利潤標準不應該作為損害賠償的依據，則原告請求依被告營業收入總額的9%作為損害賠償的計算依據云云（見本院卷4第133頁）。惟被告公司之分店或營業據點共計23處（見本院卷1第85頁），原告提出之侵權事證僅其中18間分店（見本院卷1第87-257頁），尚不得逕推論被告其餘5間分店亦有使用408號商標於系爭商品上；又侵權行為人所得之利益，不完全來自於商標之使用，亦包含自身之其他努力，自不得將被告營業收入總額的9%評價為「依侵害商標權行為所得之利益」；況且，被告公司各分店或營業據點並未廣泛使用系爭商標，其僅於店面門口以張貼小幅告示，並於部分碗盤上使用而已，其餘無論招牌、佐料上之標示、菜單之標示等均未使用系爭商標（見本院卷2第9-31、343-413頁）。是以，本院認原告因被告公司侵害系爭商標受有損害，然證明顯有重大困難，爰審酌上情及被告侵害系爭商標期間、侵

01 害之方法、原告舉證證明損害賠償額之困難程度等一
02 切情狀，原告得請求之損害賠償數額，本院審酌以被
03 告小南門食品公司及被告小南門餐飲公司於2 年內銷
04 售系爭商品之營業收入（即總收入之7 成，3 成為豆
05 花類商品）、一般合理利潤9%、原告已為舉證之各分
06 店或營業據點使用近似系爭商標比例：18/23，嗣再
07 以被告公司實際使用系爭商標之現狀而論，應以上開
08 金額之總額的5%計算為適當，故損害賠償數額即為1,
09 271,401 元【計算式：361,015,067 × 0.09× 18/23
10 × 0.05=1,271,400.89】。

11 7.按公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致
12 他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責，
13 公司法第23條第2 項定有明文。查被告張秋仁為被告
14 公司之負責人，有公司登記資料查詢在卷可稽（見本
15 院卷4 第139、141頁），其任職負責人期間，被告公
16 司侵害系爭商標，依前揭規定，被告張秋仁應與被告
17 公司負連帶賠償之責。

18 8.未按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付
19 時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責
20 任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達
21 支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之
22 效力。遲延之債務以支付金錢為標的者，債權人得請
23 求依法定利率計算之遲延利息。應付利息之債務，其
24 利率未經約定者，亦無法律可據者，週年利率為5%。
25 民法第229 條、第233 條第1 項及第203 條分別定有
26 明文。查原告依商標法第69條第3 項規定得請求小南

門食品公司、小南門餐飲公司賠償之金額，其給付無
確定期限，又以支付金錢為標的，自得請求被告給付
自受催告時起算之法定遲延利息，而原告起訴狀繕本
於107 年11月27日送達被告小南門食品公司及其法定
代理人張秋仁，有送達證書1 件在卷可憑（見本院卷
1 第275 頁）；又原告民事追加被告暨準備狀（2 ）
繕本則於107 年8 月29日送達被告小南門餐飲公司之
法定代理人張秋仁，亦有送達證書1 件在卷可憑（見
本院卷2 第483 頁），雖民事追加被告暨準備狀（2
）未送達至被告小南門餐飲公司，惟被告小南門餐飲
公司嗣後已合法委任代理人，且未對有收受追加狀為
爭執（見本院卷4 第9 、41頁），核認並未影響被告
小南門餐飲公司之訴訟上權利。是故，上揭起訴狀及
民事追加被告暨準備狀（2 ）自生催告給付之效力，
是原告請求被告給付自追加被告暨準備狀（2 ）繕本
送達之翌日即107 年8 月30日起至清償日止，按週年
利率5%計算之利息，即屬有據。

（四）原告得依商標第69條第1 項規定請求排除侵害：

- 1.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。查本件既已認定被告公司使用408 號商標於
非指定之系爭商品上而侵害系爭商標之商標權，則原
告依商標第69條第1 項規定請求被告不得使用系爭商
標於其指定之商品或服務名稱所示之內容（如附圖1-3
所示）為有理由，應予准許。
- 2.被告抗辯：「小南門」作為一著名地標，本質即具有

01 不易使他人識別為商標之特殊性，任何人看到「小南
02 門」，必然係聯想該商家與「小南門」之地標有關，
03 而非與「原告」有關，為避免著名地標「小南門」遭
04 原告以其商標註冊不當獨占，而致使小南門週邊商家
05 均喪失其於餐飲服務描述其等係位於或源於小南門週
06 邊之公共利益，原告之請求為無理由云云（見本院卷3
07 第419-421 頁）。惟查，使用地理名稱作為標識申請
08 商標註冊，固涉及商標是否具有識別性之判斷，然系
09 爭商標具有識別性，已如前述，且系爭商標仍為合法
10 註冊商標，原告自得享有商標權利中之排除侵害請求
11 權，無所謂不當獨佔著名地標之情形，被告上開抗辯
12 ，自無可採。

13 六、本件訴訟為選擇之訴合併：

14 （一）按所謂客觀選擇訴之合併，係指原告以單一之聲明，主
15 張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴
16 之判決者，原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判
17 決時，法院固得僅依該項訴訟標的而為判決，對於其他
18 訴訟標的無庸審酌；然各訴訟標的對於原告判決之結果
19 不同，法院自應擇對原告最為有利之訴訟標的而為裁判
20 （最高法院99年度台上字第1888號判決意旨參照）。

21 （二）本件原告起訴各項請求之單一聲明，合併主張商標法、
22 民法之規定為請求，核屬客觀選擇訴之合併，因原告依
23 商標法第68條第3 款、第69條第1 項、第3 項、第71條
24 第1 項第2 款等規定之請求為有理由，其起訴之目的已
25 達，關於其餘請求權部分，即毋庸審究，併此敘明。

26 七、綜上所述，原告依商標法第68條第3 款、第69條第1 項、

第3項、第71條第1項第2款等規定提起本件訴訟，訴請如主文第1項、第2項所示之請求，為有理由，應予准許。逾此範圍所為請求，為無理由，應予駁回。

八、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（即主文第1項、第2項）部分，合於法律規定，爰酌定相當之擔保金額宣告之；又主文第2項部分係屬禁止侵害請求，雖涉有3號商標，惟其商標圖樣同一，故訴訟標的價額係依民事訴訟法第77條之12規定核定為165萬，併予敘明。另依民事訴訟法第392條第2項之規定，宣告被告預供擔保得免為假執行。至原告敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應予駁回。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及未經援用之證據，經本院審酌後認對判決結果不生影響，爰不一一論列，附此敘明。

十、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中 華 民 國 108 年 3 月 22 日

智慧財產法院第三庭

法 官 張銘晃

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 3 月 25 日

書記官 葉倩如

附表

(續上頁)

被告分店	商標實際使用情形	出處
東興旗艦店	408號商標+點心世界	本院卷1第89-93頁
寶慶遠東	408號商標+傳統美食	本院卷1第101-105頁
台大醫院	408號商標+傳統美食	本院卷1第113-115頁
台北車站	408號商標+點心世界	本院卷1第120-124頁
台北車站捷運	408號商標+傳統美食	本院卷1第128-131頁
微風百貨	408號商標+點心世界	本院卷1第137-139頁
信義誠品	408號商標+傳統美食	本院卷1第146-149頁
台北101	408號商標+傳統美食	本院卷1第156-161頁
遠企購物商場	408號商標+傳統美食	本院卷1第166-167頁
榮總	408 號商標+ 傳統美食 / 點心世界	本院卷1第176-180頁
美麗華百貨	408號商標+傳統美食	本院卷1第189-190頁

(續上頁)

01	三軍總醫院	408 號商標+ 傳統美食	本院卷1第198-200頁
02		/點心世界	
03			
04	統一時代廣場	原告未提出	--
05			
06	SOGO百貨	408號商標+傳統美食	本院卷1第205-206頁
07			
08	微風南京	408號商標+點心世界	本院卷1第214-215頁
09			
10	微風松高	408 號商標+ 傳統美食	本院卷1第224-226頁
11		/ 點心世界	
12			
13	環球購物中心	408號商標+傳統美食	本院卷1第235-238頁
14			
15	板橋環球	408號商標+傳統美食	本院卷1第244頁
16			
17	板橋火車站	408號商標+傳統美食	本院卷1第254-255頁
18			
19	輔大店	原告未提出	--
20			
21	林口A9	原告未提出	--
22			
23	桃園機場	原告未提出	--
24			
25	台茂購物中心	原告未提出	--
26			