# 智慧財產法院民事判決

109年度民商訴字第3號

原　　告　扶陞貿易有限公司
法定　代理人　蘇柏夫
訴訟　代理人　練家雄律師
　　廖宏文律師
複　代理　人　陳婕妤律師
被　　告　天承生活事業股份有限公司
兼法定代理人　蔡懷德
共　　同
訴訟　代理人　施宣旭律師
　　溫育禎律師
　　施佳鑽律師
複　代 理 人　許庭禎律師

上列當事人間排除侵害商標權行為等事件，本院於民國109 年5月6 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告天承生活事業股份有限公司與被告蔡懷德應連帶給付原告新臺幣貳拾玖萬貳仟伍佰元，及自民國一〇八年十月三十一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

被告天承生活事業股份有限公司不得使用含有相同或近似於「循利寧」字樣之廣告、網頁或其他行銷物件，或從事其他為行銷目的而使用相同或近似於「循利寧」字樣之行為。

被告天承生活事業股份有限公司應將使用相同或近似於「循利寧」之文字或圖樣於同一或類似「錠狀」之健康食品及其實體或電子之廣告、招牌、宣傳品、仿單、外盒銷毀或刪除。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告連帶負擔百分之十八，餘由原告負擔。

本判決第一項得假執行，但被告如以新臺幣貳拾玖萬貳仟伍佰元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序事項：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但被告同意者，不在此限。民事訴訟法第255 條第1 項第1 款定有明文。原告起訴聲明第1 項原為「被告天承生活事業股份有限公司與被告蔡懷德應連帶給付原告新台幣（下同）1,6500,000 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息」（本院卷第11頁），其後於民國109 年1 月16日更正上開聲明之請求金額為「165 萬元」（本院卷第273 頁），並經被告同意（本院卷第331 頁）。依上說明，原告所為訴之變更，應予准許。

貳、實體方面：

一、原告主張：

㈠本件背景事實：

1.原告係成立於67年，主要業務為總代理國外知名藥廠之藥品，在台灣醫院、藥房、診所進行推廣及銷售等工作，其中最具代表性為Schwabe Pharmaceutical（許偉伯藥廠）位於德國，係全世界最大「天然植物藥」藥廠，其自行研發之產品有4 種：Cerenin （銀杏葉抽取物）之針劑、滴劑、片劑、Neuroplant（聖約翰草抽取物）之片劑、Crataegutt（歐、山渣抽取物）之滴劑、片劑、Venoplant （七葉樹抽取物）

之片劑，尤其以「銀杏葉」日產量75,000,000錠而言，堪稱為全世界最成功之植物性藥物，業經原告代理引進台灣銷售多年，並在台建立品牌「循利寧膜衣錠」（英文品名：CERENIN FILM-COATED TABLETS ，衛署藥輸字第016451號，原證1 ，下稱原告產品），而成為在台灣地區治療末梢血行障礙之指標性產品（原證2 ）。原告並為商標註冊號00000000「循利寧」文及圖文商標（原證3 ，下稱據爭商標，如本判決附圖一所示）之商標權人，前經原告於94年8 月1 日向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）核准註冊取得商標專用權，權利期間為自94年8 月1 日起至114 年7 月31日止，指定使用於「西藥、血液循環改善藥劑」。

2.原告為行銷據爭商標之產品，聘請知名藝人為「循利寧」及原告旗下其他產品拍攝廣告（網址https ://www .youtube . com/channel/UCSWBbcz6jXSdEpoItoMggGQ/ ），並於各大網路平台通路開設賣場進行行銷與販售，且於各大藥局及公車、電視均有原告為行銷據爭商標之產品廣告。又據爭商標已成為智慧局所編列為「近5 年著名商標名錄及案件彙編」之名冊中（詳參智慧局網址：https :/ /www .tipo .gov . tw/ct.asp?xItem=569025&ctNode=7746&mp=1）。

㈡被告天承生活事業股份有限公司（下稱天承公司，法定代理人為被告蔡懷德）公開販售其生產製造之「循易寧錠」（下稱系爭產品），不法侵害原告之商標權：

1.經查，本件據爭商標係由「循利寧」等3 個中文字所組成，為原告所自創，並無特定之字義，可知據爭商標為原告運用智慧獨創所得，非沿用既有詞彙或事物之獨創性標識，予消費者之印象深刻，其商標識別性極強，應堪予認定。

2.原告日前於網路平台「Yahoo 奇摩拍賣」上發現，被告天承公司所生產製造之系爭產品，竟由帳號為「Z0000000000 」（原證4 ）、「Z0000000000 」（原證5 ）之網友，分別架設「˚☆ Beauty網路藥妝☆˚」、「小喬健康管理站」等網路賣場，刊登系爭產品之實物照片，前者並以「【循易寧錠100 顆】2 盒免運費」為標題，後者則以「循易寧錠100s送清寶EPA .DHA膠囊30粒」為標題，公開銷售予一般瀏覽該網路賣場之不特定消費大眾外，被告天承公司亦於台北市士林區、北投區、桃園市蘆竹區、新北市淡水區等地，以「天康連鎖藥局」為名義，開設實體藥局，販售系爭產品及其他各類藥品，顯見被告公司係以行銷為目的，於公開購物網站，使不特定消費者得以瀏覽上開網頁而購買取得系爭產品，亦堪為認定。

3.嗣後，經消費者分別於上開兩個網路賣場購得系爭產品後，發現被告天承公司對外以「循易寧錠（銀杏）食品」（下稱據爭標識）為系爭產品之標識品名（原證6 、7 ），並為顯著使用，除陳列於上開被告蔡懷德開設之「天康連鎖藥局」而對外公開販售外，亦於各大網路購物平台發現有開設網路賣場，刊登系爭標識圖樣之產品包裝及實物照片，販售予瀏覽該網頁之不特定第三人。是被告天承公司所販售之系爭產品，使用系爭標識確實用於商品、包裝及廣告上，均足以使消費者認識其為表彰商品服務來源之標示，且係出於行銷目的為之，自構成商標法所稱商標之使用無誤。

4.又查，被告天承公司對外販售有「循易寧錠（銀杏）食品」標識（下稱系爭標識）之系爭產品，與據爭商標「循利寧」相較，均含中文第1 字「循」、第3 字「寧」等2 字，且據

爭標識第2 字「易」字與據爭商標「循利寧」第2 字「利」字，二者發音相彷且均列為第2 字之處；又系爭產品「循易寧錠」亦有「錠」字列於字尾，亦與原告合法代理之藥品「循利寧膜衣錠」將「錠」列於字尾相彷，故上開二者整體外觀予人印象極為相彷，應屬構成近似之商標。

5.再者，原告產品係指定使用於西藥、血液循環改善藥劑，及末梢血行障礙輔助治療之藥品，與系爭產品，其在外包裝上載明「（銀杏）食品」等，成份亦顯示為：「銀杏果，…」等文字，亦係具有達到改善末梢血行障礙及腦血管循環不良等問題之功能，二者商品性質同一或高度類似，一般消費者極可能會誤認二商標之商品來自同一來源，或誤認二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，足認系爭產品之系爭標識與據爭商標間，有使相關消費者發生混淆誤認之虞。

6.從而，被告天承公司未經原告同意或授權下，以行銷為目的，於性質上為高度類似之藥品，使用近似於據爭商標，有致一般消費大眾混淆誤認之虞，已侵害原告之商標權，且侵害原告受公平交易法所保障之表徵，已違反商標法第68條第3款、公平交易法第22條第1 項第1 款之規定，應堪予認定。

㈢據爭商標是否為商標法第70條第1 款所定著名商標，被告行為有致減損據爭商標之識別性或信譽之虞：

1.經查，原告為行銷所代理之「循利寧膜衣錠」、「循利寧滴劑」等產品，自102 年間起，於各大電視媒體刊登廣告，分別有循利寧聚餐篇、問題篇、孫子篇、火災篇，甚至於107年1 月亦邀請臺灣本土知名男演員、金鐘獎得主陳慕義擔綱廣告主角（循利寧煮水篇）（原證8 ），故原告為行銷系爭

商標之上開產品，邀請知名演員配合演出，而投入大量廣告行銷費用；原告更自101 年間起，即於各大電視媒體刊登廣告；亦於大台北地區各大主要公車路線，於公車車身上刊登廣告；亦於台北大眾捷運刊登燈箱廣告；並於主要各大電視媒體如台視、中視、華視三台、三立台灣台、三立都會台、FOX 體育台、衛視中文台、TVBS、東森電影台、東森綜合台、民視新聞台、GTV 、緯來綜合台、中天新聞台、國家地理頻道等媒體，刊登播放大量電視廣告，近三年即自105 年1月起至107 年12月止，播放檔次高達5 萬8 千檔以上，總共投入亦有近億上千萬元之廣告費用；且尚有知名綜藝電視節目「全民最大黨」以據爭商標及前述原告所託播之廣告內容，模仿據爭商標及廣告內容（原證9 ），顯見原告所註冊「循利寧」據爭商標及其相關原告產品，均廣為一般消費大眾所熟知，且原告刊登之廣告亦深入人心，令大眾深刻印象，以致於當年以模仿戲劇為名之電視節目，亦挑選原告相關廣告作為其模仿之主題；再者，據爭商標亦為智慧局所編列之「近5 年著名商標名錄及案件彙編」之名冊中（原證10，本院卷第189 頁）（網址：https ://www .tipo .gov .tw/lp .asp?CtNode=7866&CtUnit=3810&BaseDSD=7&mp=1 ）。準此，堪認據爭商標屬著名商標無疑。

2.而系爭產品所使用之系爭標識，與據爭商標屬構成近似之商標，業如前述，雖系爭產品其在外包裝上載明「（銀杏）食品」文字，而與原告產品為藥品不同，惟查，被告公司之系爭產品為「錠」狀，亦與原告產品之藥品類型為「錠狀」（原證1 ）相仿，且此二者產品均為消費者口服之產品，顯見二者性質上均為「高度類似之商品」。況且，被告蔡懷德所

經營之天康連鎖藥局亦陳列系爭產品於公開架上，顯見向藥局購買此二者產品之消費者亦有重疊，故渠等產品間之性質、外型均極為相似，且購買之對象、場所亦多所重疊，堪認一般消費者極可能會誤認上開二者產品來自同一來源，或誤認上開商品之銷售人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，足認系爭產品與原告產品間，有使相關消費者發生混淆誤認之虞；又系爭產品與原告產品均為內服藥品或食品，對人體健康有重大影響，倘若一般消費者誤認被告公司所生產製造之系爭產品為原告授權生產，且嗣後發生一般消費者食用系爭產品後，而有任何不適之情形，亦有減損原告公司信譽之虞。

㈣原告依商標法第69條第3 項、公平交易法第30條、民法第184 條、公司法第23條第2 項等規定，請求被告連帶給付165萬元及法定遲延利息，並依商標法第69條第1 、2 項、公平交易法第29條及第33條等規定，請求排除侵害、銷毀及登報道歉，為有理由：

1.損害賠償部分：

查原告為據爭商標之商標權人，且據爭商標為著名商標，被告天承公司未經原告之同意或授權，以行銷為目的使用近似於據爭商標之系爭標識為其食品名稱，屬商標使用，並有致相關消費者混淆誤認之虞及減損據爭商標之識別性及信譽之虞，而侵害據爭商標之商標權，已如前述，原告自受有損害；又經原告向主管機關查詢，並無被告天承公司以系爭產品申請審核通過為健康食品或膠囊錠狀食品之資料（原證11），顯見被告天承公司於取得相關健康食品許可證以前，原告業已取得據爭商標之專屬權利，故被告天承公司於使用「循

易寧」字樣為其食品名稱以前，顯未盡其查證義務，即向一般消費大眾銷售系爭產品，除有違反健康食品管理法之相關規定外，亦堪認被告天承公司有侵害原告商標權之故意存在。是被告天承公司上開行為已違反商標法68條第3 款、第70條第1 款規定，而被告蔡懷德為被告天承公司之負責人，對於被告公司業務上之執行有侵害原告之商標權，則原告依商標法第69條第3 項、公平交易法第30條、民法第184 條、公司法第23條第2 項規定請求被告連帶負損害賠償責任，即屬有據。又依原證7 之公證書可知，系爭產品3 件之售價總計為3,300 元，故每盒單價即為1,100 元，依上開商標法第71條第3 款規定，就本件系爭產品之零售單價為1,100 元，則原告自得向被告請求連帶給付該單價之1,500 倍，即165 萬元（計算式：1,100 元x 1,500 倍＝165 萬元）之損害賠償。

2.排除侵害、銷毀及登報道歉部分：

被告天承公司確有侵害原告之商標權，業如前述，又原告係於106 年10月間發現被告天承公司有上開侵害據爭商標權之行為，有原證4 至7 之公證書可佐，顯見被告天承公司持續侵害原告商標權，且亦有繼續侵害之可能性存在。從而，原告依商標法第69條第1 項、公平交易法第29條及第33條規定，請求被告天承公司不得使用含有相同或類似於「循利寧」字樣之廣告、網頁或或其他行銷物件，或從事其他為行銷目的而使用相同或近似於「循利寧」字樣之請求，及請求被告將本件判決書案號、當事人欄、案由欄及判決主文內文，以新細明體10號字體刊載於蘋果日報全國頭版下半頁1 日；另依商標法第69條第2 項規定，請求被告天承公司應將使用相

同或近似於「循利寧」之文字或圖樣於同一或類似「錠狀」之健康食品及其實體或電子之廣告、招牌、宣傳品、仿單、外盒銷毀或刪除，均屬有據，應予准許。

㈤並聲明：

1.被告天承公司與被告蔡懷德應連帶給付原告165 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

2.被告天承公司不得使用含有相同或近似於「循利寧」字樣之廣告、網頁或其他行銷物件，或從事其他為行銷目的而使用相同或近似於「循利寧」字樣之行為。

3.被告天承公司應將使用相同或近似於「循利寧」之文字或圖樣於同一或類似「錠狀」之健康食品及其實體或電子之廣告、招牌、宣傳品、仿單、外盒銷毀或刪除。

4.被告天承公司應將本件判決書案號、當事人欄、案由欄及判決主文內文，以新細明體10號字體刊載於蘋果日報全國頭版下半頁1 日。

5.第一項聲明原告願供擔保請准宣告假執行。

6.訴訟費用由被告連帶負擔。

二、被告抗辯：

㈠本件系爭標識之標示非屬「商標」，無商標法之適用：

1.本件系爭標識之標示僅係作為說明產品內容之品名標示，用以符合食品相關法規之試驗標準，故應無商標法之適用。說明如下：

①查被告將系爭標識標示於商品外包裝，係為說明系爭產品為銀杏食品，並符合食品衛生管理法第17條以及食品器具容器包裝衛生標準第6 條規定，食品於包裝外盒應載明內容始得

以符合試驗標準，準此，被告以系爭標識標示於商品外包裝，非為用以指示商品或服務之來源，故非屬商標使用。

㈡次查，本件系爭產品雖將系爭標識標示於外包裝，然僅係作為說明商品內容為銀杏食品之標示，並未用以表徵商品或服務之來源，且被告亦未強調系爭標識之顯著性，並未超出一般商業習慣的容許範圍，是系爭標識非屬商標使用。復參系爭產品外包裝正面之葉子圖樣與「GINKGO TABLET 」英文字樣，於整體包裝上佔有之面積比例顯然高於系爭標識之標示，該葉子圖樣與英文字樣能使消費者一望即知，故即使該圖樣與英文字樣未經向智慧財產權申請註冊取得商標權，然客觀上系爭產品真正用於指示、辨識商品之來源，並與競爭市場上其他產品為區別者，應為系爭產品外包裝正面之葉子圖樣與英文字樣。

2.本件被告標示系爭標識之行為，不構成商標法第5 條第1 項之商標使用。說明如下：

查商標法是以保護消費者免於混淆為基礎，達到區別產品、識別產品之目的，而非在防止商標本身被複製，故商標法之適用應以具有行銷之目的為前提。則本件被告之所以系爭標識標示於商品外包裝，是為符合食品衛生管理法第17條以及食品器具容器包裝衛生標準第6 條規定，即食品應於包裝上載明品名始得以符合試驗標準，已如前述，故被告將系爭標識標示於商品外包裝，並無用以行銷商品之目的，自非屬商標使用。

㈡被告不構成商標法第68條第3 款規定之侵害商標權：

1.查系爭產品是具實質保健功效之「健康食品」（被證2 ），成分內容含有銀杏果、山楂、大豆卵磷脂等等，而原告產品

則是屬治療、矯正人類疾病而具醫療功效之「藥品」，適應症為末梢血型障礙之輔助治療，成分內容僅有銀杏萃取物（被證3 ），二者明顯有別。復參酌原告產品屬醫師藥師藥劑生指示藥品（被證1 ），消費者需經藥師或藥劑生之專業性指示下始可取得，自與消費者得自行任意購買、食用之食品不同。而就商標近似性之判斷，應以具有普通知識經驗之消費者，施以普通所用之注意為標準，本於客觀事實判斷，衡酌商標在外觀或觀念上有無混淆誤認之虞。則本件原告產品是屬具醫療功效之藥品，對應之消費族群應為具適應症患者，縱與系爭產品之消費族群部分重疊，然僅需稍加注意即可區別藥品與食品，故顯然無混淆誤認之可能。

2.又查被告使用系爭標識作為標示商品內容為銀杏食品，與系爭商標之字型、外觀整體上相差甚鉅，原告僅以「易」字與「利」字讀音相近，即認為被告故意侵害據爭商標權，已有未洽。況據爭商標亦僅為外文讀音直譯，非屬獨創性標識，識別性應較為薄弱，不應僅因系爭產品內容之說明標示讀音與據爭商標相近，遽認構成侵害原告商標權。

3.再查本件被告因涉犯違反商標法而另繫屬於臺灣士林地方法院刑事庭之案件中（案號：109 年度智易字第4 號），檢察官起訴書中雖提出智慧局107 年7 月16日（107 ）智商00438 字第10780372110 號函，欲證明系爭標識之註記與據爭商標有近似混淆誤認之虞，但該函文係由司法警察函詢智慧局作成，並非由檢察官送請鑑定，其證據能力已非無疑。且觀該函文內容仍認為實際是否構成侵害商標權或有其他抗辨事由，宜由司法權責機關參酌認定，故並未指被告系爭標識之標示與據爭商標構成近似性。況前開智慧局函文作成日期為

107 年7 月16日，而據爭商標後於108 年8 月30日經本院107 年度民商訴字第51號判決認定非屬著名商標（被告所提附件1 ），故亦無造成混淆誤認或減損據爭商標識別性之情形。

㈢被告不構成商標法第70條第1 款規定之視為侵害商標權：

1.查原告雖自101 年間起迄今長期、不間斷地於我國投入龐大廣告費用，透過許多平面、電子媒體行銷，惟是否構成著名商標，應以商標是否已廣為相關事業或消費者所普遍認知，即該商標必須為一般消費者均認識其強烈指示之商品或服務來源，而不應已投廣告成本之多寡而定。況原告提出之刊登廣告及電視節目模仿等相關資料，達到普遍知悉者應為廣告內容之創意，而非據爭商標本身，故不應以曾經知名綜藝節目模仿而認構成著名商標。

2.次查智慧局彙整編列之「近五年著名商標名錄即案件彙編」，雖將據爭商標列入其中，惟該彙編係智慧局收集近五年內各級法院、公平會、財團法人台灣網路資訊中心、智慧局認定屬著名商標之案例，並加以彙整成冊，準此，實際認定原商標為著名商標者，應係臺灣南投地方法院102 年度智易字第1 號刑事判決，惟另案判決之理由並無拘束本件訴訟之效力，故不應據以認為構成著名商標。

3.再查，原告產品是屬具醫療功效之藥品，而系爭產品則為保健功效之食品，二者間之差異已如前述。食品與藥品乃消費者可輕易區辨，又據爭商標之著名程度僅於特定市場及特定消費族群間具著名性，即未達一般消費者普遍認知之程度，從而據爭商標並無因系爭產品而遭減弱或分散之可能，亦不會削弱據爭商標之獨特印象或單一來源之聯想，據爭商標並

無被稀釋或弱化之危險，自無減損商標識別性之虞。而因系爭商標之著名程度尚未達一般消費者普遍認知之程度，故無商標淡化理論之適用，併此敘明。

㈣原告依商標法第69條第3 項、公平交易法第30條、民法第184 條、公司法第23條第2 項規定，請求被告連帶給付165 萬元及法定利息，均為無理由：

1.查本件被告以系爭標識作為說明、敘述、標示系爭商品內容為富含銀杏果之食品，並非屬傳遞、行銷於市場或即將行銷於市場的商品或服務之商業訊息，也非以達到商標指示商品或服務來源為功能或目的，故本件系爭產品並無造成致消費者產生混淆誤認之虞，亦未減損據爭商標之識別性或信譽等情，業如前述，是本件被告不構成商標使用，自無商標法第69條第3 項所定故意或過失侵害據爭商標權之情事。

2.本件被告之行為既不構成商標使用，即無據以認定系爭產品使用系爭標識而標示於產品外包裝有致與據爭商標混淆誤認之可能，故被告自始無從判斷其是否侵害據爭商標權。準此，原告依公平交易法第30條規定請求被告連帶賠償，亦無理由。

3.又本件被告既不構成商標使用，自亦無致消費者混淆誤認之可能，更無減損據爭商標之識別性或信譽，故無從認為被告有不法侵害原告權利或違反保護他人之法律等情事，亦無違反法令之虞，更無損害結果發生。則原告依民法第184 條、公司法第23條第2 項等規定，請求被告連帶負損害賠償責任，洵無足採。

㈤原告依商標法第69條第1 、2 項、公平交易法第29條、33條，請求被告排除侵害、銷毀及登報道歉，為無理由：

查本件被告無侵害據爭商標之情事可言，業如前述，是原告請求被告排除侵害、銷毀及登報道歉即屬無據。且被告產品並未以媒體廣告宣傳，自無要求本件以登報方式道歉之理，況系爭產品早已下架停售，縱然原告認為可能構成侵害，亦已無侵害之虞，原告此際要求登報道歉，顯然不符比例原則，而係欲以此為手段達到商業宣傳之目的，實無足取。退萬步言，縱認為被告以系爭標識作為敘述商品內容之註記業已侵害原告商標權，然商標法並非為使被侵權人成為不當得利之受益人，而免除對於計算基礎之實際損害額之舉證責任，是以，本件原告請求損害賠償，即仍就損害賠償額負舉證責任，以達損害賠償目的在於填補損失之功能，並杜絕商標權人有不當得利或變相懲罰侵權人之疑。

㈥並聲明：1.原告之訴駁回。2.訴訟費用由原告負擔。3.若受不利判決，願供擔保免予假執行。

三、法官整理兩造爭執事項（本院卷第333 至335 、385 頁）：

㈠被告行為是否屬商標使用？兩造商品是否同一或類似？

㈡據爭商標是否為商標法第70條第1 款所定著名商標？被告行為有無致減損據爭商標之識別性或信譽之虞？

㈢原告依商標法第68條第3 款、第70條第1 款、第69條第3 項、公平交易法第30條、民法第184 條、公司法第23條第2 項，請求被告連帶給付165 萬元及法定利息，有無理由？

㈣原告依商標法第69條第1 、2 項、公平交易法第29、33條，請求排除侵害、銷毀及登報道歉，有無理由？

四、本院得心證之理由：

㈠商標法部分：

1.本件適用現行商標法之規定：

本件原告主張被告侵害其商標權之起始日係106 年10間，是本件有關侵害據爭商標權之權利義務本體之發生及其內容否侵害據爭商標權，自應適用105 年11月30日修正、105 年12月15日施行之現行商標法為斷。

2.被告行為構成商標使用：

①按「商標法第5 條規定：『（第1 項）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。（第2 項）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。』上開規定所稱之『行銷』，應指向市場銷售作為商業交易之意，而行銷之地域參酌商標法係國內法及採屬地主義之精神，應指我國領域內之地域而言。商標最主要功能即在於識別商品或服務來源，故商標之真實使用，係指使用人基於行銷之目的，於客觀上在國內有積極使用商標於指定商品或服務之行為（例如商標法第5 條規定之使用情形），足使相關消費者認識為指示商品或服務之來源，而得與他人之商品或服務相區別」，有最高行政法院107 年度判字第442 號判決意旨可參。

②查原告向我國露天拍賣網站賣家訂購系爭產品，經該賣家以7-11超商交貨便店到店寄件，且原告收受之系爭產品外包裝盒上顯示系爭標識，並載明總經銷為被告天承公司等情，有原證6 公證書附件照片可佐（本院卷第113 、117 頁），被告雖辯稱上開網路販售或刊登並非其所為（本院卷第335 頁），本件亦確查無證據證明上開網站賣家即為被告天承公司

，惟由該賣家之所在地及販售系爭產品之地點均在臺灣、系爭產品載明係由被告天承公司為總經銷等事證相互勾稽，已足證明被告天承公司確有於我國境內以行銷之目的，而在系爭產品外包裝上使用系爭標識予以販售之事實，此等與商品結合之包裝容器，能立即滿足消費者之需求，並足以使消費者認識該商標之商品，依前揭規定與說明，堪認已構成商標使用。

③被告雖另辯稱本件系爭標識之標示僅係作為說明產品內容之品名標示，用以符合食品相關法規之試驗標準，非屬商標使用云云。惟查，系爭標識並非僅載明「銀杏食品」，而尚包含「循易寧」等與「銀杏食品」中英文固有字義無涉之字樣，顯非為符合食品衛生試驗標準所需，且縱系爭產品外包裝盒正面另有葉子圖樣與「GINKGO TABLET 」英文字樣，然產品外盒背面即以字型較大之粗體字樣標明「循易寧錠」字樣（本院卷第117 頁），參以一般消費者於念讀時，仍以我國慣用之中文文字為主，而非無從或難以念讀之圖樣或英文字，可知系爭產品主要用於指示、辨識商品來源部分仍為「循易寧」中文字樣，自仍屬商標使用無疑，難認被告所辯可採。

3.被告天承公司使用系爭標識於系爭商品上，構成商標法第68條第1 項第3 款之侵害商標權：

①按商標法第35條第1 、2 項規定：「商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。除本法第36條另有規定外，下列情形，應經商標權人之同意：三、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」；又按同法第68條第3 款規定：「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：三、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」。復按商標是否近似暨其近似程度之判斷，應以商標圖樣整體為觀察，亦即以呈現在商品或服務之消費者眼前之整體圖樣加以觀察。惟在整體觀察原則上，尚有所謂主要部分，則係因商標雖以整體圖樣呈現，但商品或服務之消費者較為關注或事後留存印象作為其辨識來源者，則係商標圖樣中之顯著部分，此顯著部分即屬主要部分。主要部分觀察與整體觀察並非牴觸對立，由於商標近似之意義係指兩商標如標示於相同或類似商品或服務時，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通注意，有可能誤認兩商品或服務來自同一來源或誤認不同來源間有所關聯，則於判斷商標近似時，如先商標之先天識別性較強，抑或因使用而為消費者所普遍知悉時，其主要部分極易成為消費者於交易時辨識來源之重要依據，此時消費者較易因兩商標之主要部分相同，而將兩者所提供之商品或服務來源產生聯想，於此種情形，商標近似之比對即著重於主要部分，並考量主要部分最終影響商標給予商品或服務之消費者的整體寓目印象加以判斷，故上開兩觀察法對判斷商標近似係屬相輔相成（最高行政法院106 年度判字第609 號判決意旨參照）。

㈡經查，據爭商標為未經設計之墨色「循利寧」單純橫書中文字所組成；系爭產品上則亦標示有「循易寧」較大粗體中文字，其上另有字體較小、墨色較淺之「（銀杏）食品」字樣，整體觀之，予消費者之寓目印象乃明顯較醒目之「循易寧」字樣，而以此為主要識別部分，與前述系爭商標主要識別

部分相較，因二者均係使用未經設計之字體，又均為3 字且以「循」開頭、「寧」結尾，中間字「利」及「易」之讀音亦相仿，二者予人之整體寓目印象極為相似，以整體觀之，應屬構成近似之商標，且近似程度非低。

③又據爭商標實際使用之「循利寧膜衣錠」乃適應症為「末梢血行障礙之輔助治療」之「醫師藥師藥劑生指示藥品」（本院卷第303 頁），消費者固須經專業性業者之指示方可獲取，然系爭產品則屬一般民眾可自行隨意購買之食品，而原告自101 年起即持續廣告行銷據爭商標，甚有知名綜藝電視節目「全民最大黨」以據爭商標及相關廣告內容為拍攝題材，有相關廣告、節目之截圖在卷可佐（本院卷第179 至187 頁），足認一般民眾就據爭商標已有相當程度之熟悉，而系爭產品所使用之系爭標識與據爭商標近似程度非低，且多數國人對藥品及營養補充品之觀念並非截然二分，被告亦自承二造之消費族群有部分重疊（本院卷第395 頁），參以智慧局於本件相關刑事案件中以107 年7 月16日（107 ）智商00438 字第10780372110 號函文說明系爭產品包裝盒上標註之「Ginkgo Semen」、「成分：銀杏果、大豆卵磷脂・・・」、「食用方法：每天1-2 次，每次1-2 粒（依個人需要量增減次數，多食無益）」等字樣，該商品屬「營養補充品」商品性質，與據爭商標指定使用之西藥、血液循環改善藥劑、營養補充品等商品為類似之商品（臺灣士林地方法院108 年度偵字第6439號卷第353 頁）等情，足認二造為類似之商品，是相關消費者於自行購買系爭產品時施以普通之注意，異時異地隔離觀察下，確可能誤認系爭標識與據爭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，而致

生混淆誤認之虞，已構成商標法第68條第1 項第3 款之侵害商標權之行為。

4.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。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：三、就查獲侵害商標權商品之零售單價1,500 倍以下之金額。但所查獲商品超過1,500 件時，以其總價定賠償金額。」，商標法第71條第1 項第3 款定有明文。又判斷侵害商標權之損害賠償範圍，應以加害人之侵害情節及權利人所受損害為主，是以有關加害人之經營規模、仿冒商標商品之數量、侵害行為之期間、仿冒商標之相同或近似程度，及註冊商標商品真品之性質與特色、在市場上流通情形、加害人所可能對商標權人所創造並維護之商標權所生之損害範圍及程度等均為審酌之因素。次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 項亦有明定。

②另有關商標法第71條第1 項第3 款之商品單價加倍計算說，向侵權行為人請求損害賠償時，法院應以各項商品單價之平均數，作為計算零售單價之基礎，再乘以倍數，作為損害賠償之金額？抑是就各項侵害商品單價分別乘以倍數後，再加總數額，作為損害賠償之金額？關於各該損害賠償計算方法，採平均數作為計算零售單價基礎者，無非係基於「以各項侵害商品單價分別乘以倍數後，再加總數額，作為損害賠償金額之計算方法，易使被害人獲取遠逾其所受損害之賠償，反而致商標權人有不當得利之情事，已違損害賠償之目的，

係在於填補被害人實際損害之立法目的不符，已非立法者之本意。」；至於採以各項商品單價之平均數，作為計算零售單價之基礎者，則考量「侵害商標權之商品品項不同，為各別之商品，商標權人本得各別起訴請求各項侵害商品之損害賠償」（司法院104 年度「智慧財產法律座談會」「民事訴訟類相關議題」提案及研討結果第1 號參照）。雖依前揭本院法律座談會之研討結果，以平均數作為計算零售單價基礎者為多數意見，惟商標法於100 年修法後，業將最低損害賠償即單價500 倍部分予以刪除，法官自得斟酌個案侵權情事定賠償之倍數，已不至於「使被害人獲取遠逾其所受損害之賠償」，相反的，若以平均數作為零售單價之基礎，於存在極端價格之情形，將導致整體損害賠償之估算偏離實際情形，舉例言之，如查獲之各侵權品項商品之價格與數量，分別為10,000元100 件、10元各1 件，零售單價即因存在明顯較低價格之商品而幾乎降為原本之半數，可知，在個別極端價格商品，將輕易動搖損害賠償核定之基礎，此種情形固可仰賴法官從倍數調整予以衡平，然此際損害賠償之計算已與商品單價關連甚微，難謂與商標法第71條第1 項第3 款規定之目的相符。是以，本院衡酌前揭平均數作為零售單價計算基礎之疑慮，及商標權人本得各別起訴請求各項侵害商品之損害賠償，認為應以就各項侵害商品單價分別乘以倍數後，再加總數額，作為損害賠償之金額，合先敘明。

③查被告天承公司所銷售之系爭產品確有侵害原告商標權之事實，已如前述，原告依商標法第69條第3 項之規定，請求被告負損害賠償責任，並因無法證明實際損害，而擇定依商標法第71條第1 項第3 款請求損害賠償（本院卷第35頁），即

屬有據。又被告蔡懷德為被告天承公司之負責人，有經濟部商工登記公示資料查詢可佐（本院卷第379 頁），自應依公司法第23條之規定，與被告天承公司負連帶損害賠償之責。再查本件網路上販售之系爭產品每盒零售單價分別為850 元、1,100 元，有相關網路販售資料可佐（本院卷第69、173 頁），並為兩造所不爭執（本院卷第335 、337 頁），被告亦未再提出其餘有關實際售價之主張，自應以上開售價為計算損害賠償之標準。爰審酌被告販售系爭產品之侵權期間長短、系爭商品與據爭商標近似程度高、銷售之通路及客群仍稍有不同，原告亦未舉證證明系爭產品之實際銷售情形等一切情狀，認原告請求按零售價格之1,500 倍計算損害賠償，倍數尚屬過高，應以各項產品零售價格之150 倍計算損害賠償為適當。準此，原告得請求之損害賠償金額，合計為292,500 元（計算式：850x150+1,100x150=292,500 ），其逾上開金額之請求均無理由。

④另按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程式送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力，民法第229 條第2 項定有明文。而遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應負利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5 %，亦為民法第233 條第1 項、第203 條所明定。查原告請求被告連帶賠償之金額，並未定有給付期限，則本件應以被告收受起訴狀繕本翌日即108 年10月31日（本院卷第211 、213 頁）起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息。

5.原告對被告之其餘請求權：

①原告對被告有禁止侵害請求權：

按商標法規定商標專用權人對於侵害其商標專用權者，得請求排除侵害，有侵害之虞者，得請求防止之。所謂侵害，乃第三人不法妨礙商標專用權之圓滿行使，而商標專用權人無忍受之義務。侵害須已現實發生，且繼續存在。如為過去之侵害，則屬損害賠償之問題。所謂有侵害之虞，係侵害雖未發生，就現在既存之危險狀況加以判斷，其商標專用權有被侵害之可能，而有事先加以防範之必要，但不以侵害曾一度發生，而有繼續被侵害之虞為必要。又因得請求排除之侵害，須現尚存在；有無侵害之虞，須就現在既存之危險狀況加以判斷，是其認定自應依現行有效之商標法規定（最高法院87年度台上字第2319號判決可供參照）。商標法之禁止侵害請求權，具有事先迅速制止侵害行為及防範侵害行為於未然之功能，對於商標權人或被害人之保護較為周密，可減免其損害之發生或擴大。因排除侵害及防止侵害請求權，僅要有侵害或侵害之虞等事實發生，即可主張之，故不考慮其主觀可歸責之要素，不以商標侵權行為人或事業有故意或過失為要件。查據爭商標於94年8 月1 日即經註冊，專用期限至114 年7 月31日止（本院卷第53頁），且經原告長期廣告行銷，消費者已有相當程度之熟悉，業如前述，然被告天承公司於106 年10月間起仍於系爭產品上使用與據爭商標近似之系爭標識，侵害據爭商標，且被告天承公司所營事業包含西藥批發業、西藥零售業（本院卷第325 頁），是被告天承公司仍不無繼續於類似商品使用系爭標識之可能，依現存之危險狀況加以判斷，原告之商標權確有再被侵害之虞，而有事先

加以防範之必要，是原告依商標法第69條第1 項規定，請求被告不得使用含有相同或近似於「循利寧」字樣之廣告、網頁或其他行銷物件，或從事其他為行銷目的而使用相同或近似於「循利寧」字樣之行為，為有理由，應予准許。

②原告對被告有銷毀請求權：

按商標權人依前項之禁止侵害規定為請求時，得請求銷毀侵害商標權之物品及從事侵害行為之原料或器具。但法院審酌侵害之程度及第三人利益後，得為其他必要之處置。商標法第69條第2 項定有明文。商標權人之銷毀請求權為有效排除及防止商標侵害之手段，商標權人行使銷毀請求權，並不以行為人或持有人有故意或過失為限，其類似民法第767 條第1 項之所有權妨害除去請求權。將侵害物品及製造侵害物品之原料、器具銷毀之，使其不流入市場，得將侵權之損害或危險降至最低限度。經查，原告對被告天承公司有商標法第69條第1 項之禁止侵害請求權，業如前述，是原告依商標法第69條第2 項之規定，請求被告天承公司應將使用相同或近似於「循利寧」之文字或圖樣於同一或類似「錠狀」之健康食品及其實體或電子之廣告、招牌、宣傳品、仿單、外盒銷毀或刪除，為有理由，應予准許。

㈡公平交易法部分：

1.按「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：一、以著名之他人姓名、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（第1 項）。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（第2 項）。」，公平交易法第22條第1 項第1 款、第2 項定有明文。

2.本件原告雖主張被告於系爭產品使用與據爭商標近似之系爭標識，亦違反公平交易法第22條第1 項第1 款規定，故原告得依同法第30條規定請求被告損害賠償，亦得依同法第33條規定，請求被告天承公司應將本件判決書案號、當事人欄、案由欄及判決主文內文，以新細明體10號字體刊載於蘋果日報全國頭版下半頁1 日云云。惟查原告就據爭商標已依法註冊取得商標權，依公平交易法第22條第2 項規定，即不適用同法第22條第1 項第1 款，是原告此部分主張，自屬無據。此外，原告復無其他舉證證明被告有違反公平交易法之其餘規定，則原告依公平交易法第30條請求被告損害賠償，及依同法第33條規定，請求被告天承公司將本件判決書刊載於蘋果日報，自均屬無據，應予駁回。

㈢至原告雖另主張被告違反商標法第70條第1 款、民法第184條等規定，惟查原告以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決者，乃所謂選擇訴之合併，原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判決時，法院固得僅依該項訴訟標的而為判決，對於其他訴訟標的無庸審酌；惟如各訴訟標的對於原告判決之結果不同，法院自應擇對原告最為有利之訴訟標的而為裁判（參照最高法院99年度臺上字第1888號判決）。本件原告主張依商標法第70條第1 款或第2 款之法律關係，請求本院判決，核屬請求權競合之選擇訴之合併，因原告對被告以商標法第70條第2 款規定請求為有理由，其起訴之目的已達，自無庸再事審究其餘

商標法、民法相關主張是否有理由，併此敘明。

五、綜上，被告之系爭產品侵害原告商標權，是原告依商標法第68條第3 款、69條第3 項、第71條第1 項第3 款規定，請求被告損害賠償，於如主文第一項所示範圍內為有理由，應予准許；其逾此範圍之請求，則無理由，應予駁回。又本判決主文第1 項所命給付金額未逾50萬元，依民事訴訟法第389條第1 項第5 款規定，應依職權宣告假執行。另被告陳明願供擔保，聲請免為假執行，並無不合，爰酌定相當之擔保金額宣告之。至於原告敗訴部分，其假執行之聲請已失其依據，應併予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其他未經審酌之證據，均與本判決所為前揭判斷，不生影響，無庸逐一述論，併予敘明。

據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依智慧財產案件審理法第1 條，民事訴訟法第79條、第389 條第1 項第5款、第392 條第2 項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　29　　日

智慧財產法院第三庭

法　官　黃珮茹

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日之不變期間內，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　　109　　年　　6　　月　　5　　日

書記官　鄭楚君