

106120102 有關「TutorABC」商標權侵害事件(商標法§68③、§69 I、§70①②)(智慧財產法院 106 年度民商訴字第 3 號民事判決)

爭點：

1. 網路上點擊超連結遭轉址連結至他人網站之轉址行為，非屬商標使用行為。
2. 轉址行為應可由公平交易法之不正競爭規定，給予適當規範，無須以美國商標法上之初始興趣混淆予以適用。
3. 網路瀏覽流量是網路經濟之重要商機，具欺罔性質之超連結或轉址行為，得認定影響交易秩序之欺罔或顯失公平。

系爭商標



TutorABC

第 9、16、35、41、42 類等 34
件商標
知名使用於線上美語教學等服
務



TutorGlass

TutorGroup

iTutorGroup

相關法條：商標法第 68、69、70 條；公平交易法第 25 條；民法第 184 條

案情說明

原告起訴主張 TutorABC 等 Tutor 系列商標已經我國智慧財產法院認定為著名商標，並經智慧財產局選錄於「著名商標名錄」。被告英宇科技股份有限公司(下稱英宇公司)未經原告同意冒用 TutorABC 等 Tutor 系列商標，大幅刊登惡意轉址廣告，侵害原

告商標；並將該網址 214 篇文章中的「前往 TutorABC」超連結，連結至被告英宇公司網站 [https:// engoo.com.tw](https://engoo.com.tw)；其餘惡意轉址廣告亦以相同之方式刊登有 TutorABC 商標之廣告連結，卻連結至被告英宇公司之網站以欺騙消費者，被告之行為已屬違反商標法、著作權法、公平交易法及民法。復主張本案商業交易模式，係由被告英宇公司「委託」被告富創藍圖公司(以下稱富創公司)刊登廣告，由富創公司再「委託」網站站長即被告蔡○政，履行富創公司與英宇公司間之廣告刊登契約，故富創公司應為廣告業者非僅網路平台。又縱使被告富創公司為網路平台業者，亦與違法購買關鍵字廣告之廣告主構成共同侵權行為。而被告蔡○政為被告英宇公司與富創公司刊登廣告合約之「履行輔助人」，應與被告等負共同侵權責任，提出本件排除侵害及損害賠償之訴訟。

判決主文

被告富創藍圖有限公司應給付原告新台幣陸拾萬元，及自民國一百零五年十二月三十日起至清償日止，以周年利率百分之五計算之利息。

被告蔡○政應給付原告新台幣肆萬元，及自民國一百零六年三月二十七日起至清償日止，以周年利率百分之五計算之利息。

被告富創藍圖有限公司應負擔費用將本件判決書之案號、當事人欄、案由欄及主文，以新細明體十號字體刊載於蘋果日報、自由時報、中國時報、聯合報全國第十版前之適當版面下半頁壹日。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告富創藍圖有限公司負擔百分之十二，被告蔡○政負擔百分之一，餘由原告負擔。

本判決第一項，於原告以新台幣貳拾萬元為被告富創藍圖有限公司供擔保，得為假執行；於被告富創藍圖有限公司以新台幣陸拾萬元為原告供擔保，得免假執行。

本判決第二項得為假執行，但被告蔡○政以第二項所示金額預供擔保，得免假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

〈判決意旨〉：

一、兩造爭點分析

- (一)本案最先開始是因為原告發現在網路上的網頁內容，有很多標示連結 TutorABC 網站之超連結，經點擊後，卻前往被告英宇公司之線上英語教學網站（下稱系爭轉址行為），原告乃先對英宇公司及其負責人提告，然後根據英宇公司之抗辯，再對可能參與造成系爭轉址行為之富創公司及其負責人以及蔡○政追加提告。其中富創公司是廣告平台業者，接受英宇公司廣告委託；蔡○政則是參與富創公司所提供廣告平台之站長，實際進行廣告行為。
- (二)根據以上說明，以下判決理由將先釐清系爭轉址行為之形成原因，再針對形成原因進行法律評價，接著再逐一檢視判斷原告請求是否有理由。

二、系爭轉址行為之形成原因

兩造對於系爭轉址行為之形成原因，其實並沒有太大之爭執，所爭執者，僅在於富創公司或蔡○政應否對於系爭轉址行為負責而已。以下即為富創公司自己所分析，且應可採信之系爭轉址行為之形成原因：

- (一)富創公司經營之「聯盟網」，是為網路聯盟行銷平台。此廣告平台可媒介廣告主（如本案原告），與部落客（即站長）（按：蔡○政即屬站長之一）。由站長努力經營其部落格、臉書、社交媒體群組，並撰寫推薦介紹廣告主之文章，放上廣告主之廣告素材，該廣告素材含有推廣網址。網友有興趣或需求，就會去點擊該廣告素材，頁面即轉跳至廣告主之網站，廣告主再依約定方式，支付報酬給聯盟網，聯盟網再依約定方式，與各別站長結算報酬。
- (二)富創公司有提供廣告素材及推廣連結給站長，站長依個人需求，或者二者都拿，也可只拿其一。廣告素材是一個圖檔，附有站長的推廣網址，本身還有素材網址連結到富創公司後

台，其圖案中可能包括廣告主的商標、商品照片等等，站長
拿取廣告素材後，可以將圖案當成貼紙一樣貼在其網頁上供
網友點擊。當廣告主停止與富創公司合作後，富創公司後台
就會取消廣告素材的網址，此時廣告素材就消失了。所以如
果站長是拿廣告素材，就不會發生 TutorABC 的超連結卻轉
址至英宇公司網站之情形。

(三)但如果站長拿的是推廣連結，這就可能發生轉址的情形。在
某特定時點之前，富創公司有使用自動轉址功能，站長的推
廣連結會被自動轉址。但在自動轉址生效前，富創公司均有
通知站長應更換廣告內容，若站長不更換，就會發生原先是
連結原告網站之超連結，卻遭轉址至英宇公司網站之系爭轉
址行為。在特定時點富創公司關閉自動轉址功能後，則有保
留備用轉址功能，可供站長自願繼續為已停止合作之廣告主
推廣，或在轉址也不會產生侵權疑慮之情況下使用，例如：
站長的網頁上僅寫著：「你想不想利用暑假練習英語會話？」
之連結，此時即使予以轉址，也沒有侵權疑慮。但如站長將
原先連結原告網站之超連結，使用備用轉址功能，以轉址至
英宇公司網站，就會產生系爭轉址行為。

(四)如本判決附表所示網址之網頁，其上有關 TutorABC 之超連
結，經點取後，均遭系爭轉址行為轉址至英宇公司之
engoo.com.tw 之網站。其中編號 3 部分，經原告請求富創
公司開示該站長後，富創公司已指出經營該網頁之站長即為
蔡○政。另外，蔡○政在遭原告提告後，也具狀表明：「...
獲悉 TutorABC 之連結遭移花接木的訊息後，隨即將本人在
網頁之（超）連結，再行設定回原 TutorABC 的網頁。」並
就該修正超連結過程，以錄影存證提出。就此修正超連結過
程，原告於觀看過該存證錄影後表示：蔡○政所修正超連結
之網頁，正是本判決附表編號 3、4、5、6 所示網址之
網頁。蔡○政其後對此並未有所爭執。從而，可以認定本判
決附表編號 3、4、5、6 所示網址之網頁，即為蔡○政所
經營，且他既然可以將遭轉址之超連結，設定回原 TutorABC

的網頁，對照前述系爭轉址行為之形成原因說明，這表示各該網頁中遭轉址設定之超連結原先應是使用「備用轉址功能」，也就是係由蔡○政自行所設定，否則如是富創公司之自動轉址功能所致，蔡○政應該沒有辦法自行「隨即」、「再行設定回原 TutorABC 的網頁」。也因此，蔡○政說他自己是不知情的受害者，並不可採信。

- (五)至於本判決附表編號 3、4、5、6 以外所示網址之網頁，其上 TutorABC 之超連結發生系爭轉址行為，則不能確定其形成原因是富創公司自動轉址所造成，還是各該站長使用備用轉址功能所造成，但既然都是轉址至與富創公司有廣告合作關係之英宇公司，各該超連結應可以確定是富創公司自動轉址或其站長使用備用轉址功能所造成。但即使是因為站長使用備用轉址功能所造成，最後還是因為富創公司以其技術執行該轉址行為而完成。

三、系爭轉址行為之法律評價

(一)系爭轉址行為是否構成侵害商標權或視為侵害商標權？

1. 網際網路上之超連結，其意義為使用者點擊後瀏覽器將連結該超連結所指示之網站內容，亦即是在指示服務於網際網路所在位址，而非直接與商標所指示之商品或服務相連結，應認為並不符合商標使用之意義。如以實體世界比喻，超連結比較像在交叉路口處指示欲選購特定商品或使用服務之方向，消費者此時不會認為該方向指示就是在連結商品或服務本身，也就是說並不認識其為商標。因此，系爭轉址行為，應不構成侵害原告商標權。
2. 商標法第 70 條第 1、2 款所列視為侵害商標之行為態樣，第 1 款部分，仍須「使用商標」，第 2 款部分則須以商標作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱，此亦與本案中超連結僅用以指示服務於網際網路所在位址不同。因此，系爭轉址行為，亦不構成視為侵害原告商標權。

3. 原告雖另主張系爭轉址行為，將構成美國法上之「初始興趣混淆」，而此應為我國法所應承認採用，以合理保護商標權人之利益。然而，合理保護商標權人利益，並非必以商標法保護不可，依其行為之性質，如有相關法律適當機制，足以保護，又何必強求將不合法文義之規定勉強套用？尤其商標權為無體財產權，其權利本體本來就是由法律所創設，除非因欠缺適當法律機制處理，將造成極度不合理而傷害司法正義之結果，否則還是應該優先選擇固守法律文義，以作為商標權之權利界限。由於系爭轉址行為，仍可由公平交易法上之不正競爭規定，給予適當規範，所以自無須在此處勉強以商標法套用。

(二)系爭轉址行為是否構成不正競爭？

1. 除公平交易法另有規定，事業不得為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，公平交易法第 25 條有明文規定。系爭轉址行為將網頁上標示有 TutorABC(或改為全小寫)之超連結，予以轉址至英宇公司網址為 engoo.com.tw 之網站，將使原先看到 TutorABC 且有瀏覽與 TutorABC 相關資訊意向之網路使用者，卻遭到強制導向至 engoo.com.tw 之網站。這樣使得外觀看起來是 TutorABC 之超連結，但實際連結內容卻非如此，這首先已有「欺罔」的性質。且在當今電子商務已經蓬勃發展之市場競爭秩序中，網路瀏覽流量(即連結網站造訪內容之數量)已是網路經濟中之重要商機，自可認為具有欺罔性質之超連結，已足以影響交易秩序。
2. 在實體世界之商業秩序中，有句話說：「人潮就是錢潮」，這表示銷售商品接觸消費者之重要性。因為要成功將商品或服務銷售出去，必須首先讓潛在消費者接觸到商品或服務(或其資訊)，再來才是怎麼讓接觸到商品或服務的消費者有購買意願。如果消費者沒有辦法接觸到商品或服務(或其資訊)，商品或服務本身再怎麼有競爭性，也沒有辦法銷售出去。所以說讓消費者接觸商品或服務(或其資訊)之方法，應是市場競爭秩序中之重要事項，也應該是公平交易法所應該規範之事項。系爭

轉址行為如果以實體世界中之事物比擬，除了像前面所提到在交叉路口給予錯誤之方向指示外，也很類似強行攔截有意前往特定店家瀏覽選購之消費者，要求其先到別家看看。這些行為在實體世界中，都不是正當該有的競爭手段，都應該認為是足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。在網路世界中自然應該為相同之評價。

3. 如果法院放任這樣的行為，甚或給予這樣行為正當的評價，這將使得事業在競爭過程中，除了想辦法提升品質、降低售價之正當競爭外，還必須分神在如何不擇手段地讓潛在消費者接觸到商品或服務資訊；另一方面，消費者也沒有辦法按照自己的意願，好好地接觸商品或服務資訊（在網路世界中，就會鼓勵研發諸如此類干擾影響網路使用者正常使用網路之技術）。無論如何，都是違反消費者利益，也妨害市場經濟秩序正常發展。
4. 要特別說明的是，以上認定構成不正競爭的是系爭轉址行為，而不是單純的轉址行為。有關轉址行為存在有其正當使用方法，這在前面已經有所說明。所以不能認為判定系爭轉址行為構成不正競爭就是在扼殺像富創公司這樣的網路廣告平台業者。這樣的認定，只是在確認將特定網路技術商業化時，其與傳統智慧財產保護之界限。
5. 據上，系爭轉址行為可認為違反公平交易法第 25 條之規定，構成不正競爭。

(三) 系爭轉址行為是否為民法上之侵權行為？

前述公平交易法第 25 條之規定，旨在維護公平競爭秩序，但也應有保護在市場上其他同為競爭事業之意。所以該條規定，可認為是民法第 184 條第 2 項之保護他人之法律。系爭轉址行為，違反公平交易法第 25 條之規定，已經認定如前，而其行為亦將導致原告原本在正常競爭下，所應該獲得的網路瀏覽流量，而此等網路瀏覽流量在當今網路經濟環境中，應肯定其財產價值，所以這應該認為原告已經有所損害。從而，

系爭轉址行為，亦屬民法第 184 條第 2 項違反保護他人法律致生損害於他人之侵權行為。

四、關於原告請求之判斷

- (一)系爭轉址行為，係屬違反公平交易法第 25 條之行為，且造成原告損害。原告本得根據公平交易法第 29 條之規定，請求禁制令，但其所得請求之範圍，應僅限於不得為系爭轉址行為，惟原告請求被告不得使用 TutorABC 名稱及 <http://tutorabcreviews.blogspot.tw/> 網域名稱及其他內含 Tutor 之名稱及網域名稱，被告應移除如本判決附表所示之超連結並不得使用標示內含 TutorABC 名稱之超連結，已經逾越其所能請求之範圍。這是因為使用 TutorABC 名稱及上述域名，未必為系爭轉址行為；又本判決附表所示之網頁及含有 TutorABC 名稱之超連結，只要不為系爭轉址行為，並不會違反公平交易法，從而原告此部分請求自屬無據（僅能請求不得從事系爭轉址行為）。
- (二)事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任，公平交易法第 30 條有明文規定。且依此規定，違反公平交易法之事業，並無須有故意、過失，只要其違反公平交易法規定，造成他人權益受損，即應負損害賠償責任。推其立法目的及正當性基礎應在於公平交易法規範之核心，即在於維護市場競爭秩序，以保障廣大消費者之公共利益，故如違反公平交易法規定，造成他人權益受損者，必將影響競爭秩序，而於公益有害，透過損害賠償可以重新調整當事人間之財貨利害，以回復應有之競爭秩序，故其行為人須負無過失賠償責任，而不得以欠缺故意或過失而免責。系爭轉址行為，係屬違反公平交易法第 25 條之行為，且造成原告損害，已經認定如前。又系爭轉址行為之形成原因，無論是富創公司自動轉址或其站長使用備用轉址功能所造成，最後都是因為富創公司以其技術執行該轉址行為而完成。富創公司自應該就系爭轉址行為，所造成原告之權益損害負賠償之責。
- (三)蔡○政對於本判決附表編號 3 ~6 所示網址之網頁，使用富創公司所提供之備用轉址功能，將標示為 TutorABC 之超連結，予以轉址至英宇公司之網站，已經本判決詳細認定如前。因

此，可以認定蔡○政已有參與系爭轉址行為，而同有違反公平交易法第 25 條規定，造成原告損害之行為，亦應依同法第 30 條負損害賠償責任。

(四) 依照前述系爭轉址行為形成原因之認定，英宇公司並未參與其中，僅對於系爭轉址行為所帶來之網路瀏覽量受益，且併同其他合法廣告結果，支付相關報酬給富創公司。但由於系爭轉址行為，涉及相當之網路專業技術，在現今社會分工之常態下，難以苛責僅是採購網路行銷服務之英宇公司，必須對於富創公司所採取之廣告方式進行完整之法律風險分析。再者，在英宇公司與富創公司間之行銷服務合約第四條第二項「乙方應負之責任」（即富創公司應負之責任）亦載明：「乙方保證乙方聯盟平台所設置之相關連結、版面配置及行銷內容刊登所需之相關系統機制及網路頻寬並無侵害第三人之智慧財產權及其他權利等情事。」從而，應認為英宇公司對於系爭轉址行為所造成之原告損害，應不負賠償之責。

(五) 原告因系爭轉址行為所受之損害，應是原本有意瀏覽原告網站之網路流量所可能帶來之營收收益。這需要精確掌握系爭轉址行為之網路流量，並要進一步正確評估此等網路流量能夠實質轉換成多少交易營收，以及此等交易營受所能真正創造之收益。但關於網路流量之部分，經原告聲請保全證據，並由我裁准命富創公司提出相關證據後，富創公司已表示其僅能提出網友點擊推廣連結之相關資訊（與其收費有關），無法提出所有系爭轉址行為之相關資料。然而，如因此認為系爭轉址行為所帶來之網路流量為零，原告沒有任何損害，這顯然違反一般生活經驗，且也等於間接鼓勵可能違法之事業，僅保留與自己營利有關之事項，其他資料儘量不要生成與留存，所以此種情形，應該認為符合民事訴訟法第 222 條所規定：原告已證明受有損害，而不能證明其數額，或證明顯有重大困難，由法院審酌一切情況，依所得心證，定其數額。原告亦已為此項主張，自應認為有理由。審酌富創公司配合原告保全證據所提出之英宇公司之商品報表總結、商品報表總結、每月總結、蔡○政就英宇公司之廣告所得報酬每月總結表、本判決附表所示各網頁所列 TutorABC 超連結之數

量情形及案內一切情況，原告之損害，以 60 萬元為適當；其中蔡○政所造成之損害部分，以 4 萬元為適當。另原告主張被告富創公司應依公平交易法第 31 條之故意加倍賠償規定，加計賠償額，但本案依富創公司之情形，應認為僅止於未事先進行適當法律風險評估，並設置有效監測警示機制之過失而已，是此部分主張應無理由。

(六)原告另請求吳○慶、蔡○政應與富創公司負連帶賠償責任，惟就吳○慶部分，原告並未敘明吳○慶應與富創公司負連帶賠償責任及其請求權基礎，且吳○慶已抗辯不應連帶負責，應認其此部分請求為無理由。就蔡○政部分，其應僅就自己參與部分負損害賠償責任，且因為違反公平交易法及違反保護他人法律之損害賠償，應屬利益受損害之損害賠償，而非權利受損害之損害賠償，並無民法第 185 條共同過失行為連帶損害賠償之適用。但因富創公司之損害賠償責任，在 4 萬元範圍內，與蔡○政之損害賠償責任，其經濟目的及原因同一，兩者應屬不真正連帶，於其一清償之範圍內，另一同免責任。

(七)原告另又依民法第 195 條之規定，請求被告應連帶負擔費用，將本件判決書之案號、當事人欄、案由欄及主文，以新細明體十號字體刊載於蘋果日報、自由時報、中國時報、聯合報全國頭版下半頁壹日。而公平交易法第 33 條亦規定被害人依本法之規定，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙。且兩項請求權經交互影響，僅得依公平交易法第 33 條規定判准，並僅限於對於事業部分之請求，其餘個人連帶負擔部分，即屬無據。並為顧及比例原則，將所應刊登之版面調整為如主文所列四大報之全國版第十版前之適當版。