

智慧財產及商業法院行政判決

110年度行商訴字第25號

民國110年10月7日辯論終結

原告 虹宴餐飲股份有限公司

代表人 黃冠

訴訟代理人 陳生全律師

被告 經濟部智慧財產局

代表人 洪淑敏

訴訟代理人 陳泓儒

上列當事人間因商標註冊事件，原告不服經濟部中華民國110年1月28日經訴字第11006301040號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

原告前於民國109年2月19日以「肉劇場」商標（下稱本件商標，圖樣如本判決附圖1所示），指定使用於被告所公告商品及服務分類第43類之「餐廳；飯店；速食店；提供餐飲服務；複合式餐廳；飯店式公寓；觀光客住所；旅社」服務，向被告申請註冊。經被告審查，認本件商標與商標權人株式會社肉ゲキジョー所有之「肉劇場」商標（下稱據以核駁商標，圖樣如本判決附圖2所示），有商標法第30條第1項第12款規定之適用，應不准註冊，以109年10月21日商標核駁第409525號審定書為核駁之處分。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂向本院提起行政訴訟。

二、原告聲明請求訴願決定及原處分均撤銷、被告應就本件商標申請案為准予商標註冊之審定，並主張：

01 (一)原告無從知悉「肉劇場」商標之存在，自無意圖仿襲而申請
02 註冊之情事：

03 據以核駁商標權人株式會社肉ゲキジョー使用據駁商標時，
04 均未單獨使用「肉劇場」文字，反而於招牌上使用「道頓堀
05 肉劇場」、「難波肉劇場」、「池袋肉劇場」，一般人難以
06 分辨究竟「肉劇場」為商標，還是「道頓堀肉劇場」、「難
07 波肉劇場」、「池袋肉劇場」為商標，既然難以辨別何者為
08 商標，原告即無從知悉他人商標之存在，自無仿襲而申請之
09 情事。又據以核駁商標非著名商標，難認原告知悉據以核駁
10 商標之存在，而有意圖仿襲而申請註冊之情事。

11 (二)本件商標和據以核駁商標不近似亦非使用於和據以核駁商標
12 相同或類似之商品：

13 據以核駁商標之使用型態為○○肉劇場，而非僅有「肉劇
14 場」三字，據以核駁商標與本件商標之近似與否自應以○○
15 ○肉劇場和本件商標為比較。又據以核駁商標使用於肉丼和
16 本件商標使用於火鍋店，二者大不相同，故非使用於相同或
17 類似之商品。

18 (三)原告並未因「契約、業務往來或其他關係」而知悉他人商標
19 權之存在：

20 據以核駁商標之商標權人為日商，在我國內並無業務或營
21 業。據以核駁商標使用於肉丼，而原告是開火鍋店，二者根
22 本沒有同業競爭關係。原告並無因同業競爭關係而知悉他人
23 先使用之商標之存在。

24 (四)本件商標為原告配合所經營之火鍋店營業自行發想創造使
25 用，並無抄襲之情事：

26 原告經營火鍋店，取火鍋肉在火鍋湯頭中滾動有如演員和舞
27 台之關係，而發想創造出「肉劇場」一詞，本件商標和原告
28 經營之火鍋店有一定想像上的關聯性。反觀據以核駁商標之
29 商標權人經營肉丼生意，據以核駁商標和其營業項目有無關
30 聯，如有關聯，其關聯為何？又據以核駁商標之使用型態為
31 「○○肉劇場」，原告如何知悉據以核駁商標為「肉劇

01 場」?再者，原告和據以核駁商標權人並無業務競爭關係，
02 原告自無可能去搜集全部之「〇〇肉劇場」之使用型態，而
03 得出「肉劇場」為商標而「〇〇肉劇場」非商標之結論，原
04 告即無意圖仿襲而申請註冊之情事。

05 三、被告聲明求為判決原告之訴駁回，並抗辯：

06 (一)本案相關因素之審酌：

07 1.本件商標與據以核駁商標近似程度

08 本件商標圖樣上之文字「肉劇場」與日商株式會社肉ゲキジ
09 ヨ一先使用之文字相較，二者商標均以「肉劇場」文字為其
10 主要識別，雖二商標細加比對尚有字體大小設計之不同，惟
11 其主要「肉劇場」文字部份之外觀、讀音及觀念相仿，又因
12 一般消費者都是憑著對商標未必清晰完整的印象，在不同的
13 時間或地點，來作重覆選購的行為，而不是拿著商標以併列
14 比對的方式來選購，故以具有普通知識經驗之消費者，於購
15 買時施以普通之注意或交易唱呼之際，可能會有所混淆而誤
16 認二商品或服務來自同一來源或雖不相同但有關聯之來源，
17 應屬構成近似之商標，且其近似程度高。

18 2.他人先使用之事實：

19 經網路查詢，據以核駁商標權人株式會社肉ゲキジ ヨ一所有
20 之「肉劇場」商標，已於西元2016至2020年期間陸續在日本
21 取得商標註冊，目前於日本大阪市、兵庫縣、高槻市、東京
22 都、京都府共有12間分店，並確實已有以之使用於提供餐飲
23 等相關服務，該些資訊在網路皆可見，堪認在本件商標申請
24 註冊之前，擬據以核駁商標已有先使用於相同或類似服務之
25 事實。

26 3.原告知悉他人商標存在：

27 參酌最高行政法院103年度判字第710號判決及本院105年度
28 行商訴字第30號行政判決，「其他關係」，應指訴願人與他
29 人間因有「契約、地緣、業務往來」等類似關係而知悉他人
30 商標，並搶先註冊而言，雖無業務往來但在國內相關或競爭
31 同業之間因業務經營關係而知悉他人先使用商標存在者，亦

屬本條款所謂之「其他關係」。另考量日本為我國國人熱門旅遊地點之一，且網路資訊流通迅速，原告應不難藉由各種相關商情資訊傳遞管道調查所欲經營之所提供服務資訊，而得知該公司商標之存在，亦即原告縱非直接知悉該公司先使用商標，亦因具同業競爭關係而得間接知悉該商標，衡諸一般經驗法則，實難諉為巧合，顯有知悉日商株式會社肉ヱキジョ一商標存在之可能，且意圖仿襲而以不正競爭行為搶先申請註冊之虞。

(二)衡酌據以核駁商標「肉劇場」文字並非普遍習見，於本件商標申請日之前，已有先使用該商標多年之事實，本件原告於其後始以之作為商標申請註冊，顯有知悉據以核駁商標存在之可能，且指定使用於同一或類似之「餐廳；飯店；速食店；提供餐飲服務；複合式餐廳；飯店式公寓；觀光客住所；旅社」服務，而有意圖仿襲申請註冊之虞，而有商標法第30條第1項第12款之適用。

(三)原告雖提出其商標名稱、經營理念及實際使用照片等資料，主張兩者應無混淆誤認等語，惟經審酌相關資料，堪認據以核駁商標在本件商標109年2月19日申請註冊前已有先使用於餐廳等服務之事實，且原告應不難藉此各種相關商情資訊傳遞管道調查所欲經營之相關資訊，而得知該公司商標之存在，亦即原告縱非直接知悉該公司先使用商標之存在，亦因具同業競爭關係而得間接知悉該公司商標之存在，故原告此部分主張難認有理由。

四、本件爭點為：

本件商標有無商標法第30條第1項第12款規定之適用？

五、得心證之理由：

(一)按「相同或近似於他人先使用於同一或類似商品或服務之商標，而申請人因與該他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在，意圖仿襲而申請註冊者」不得註冊，商標法第30條第1項第12款本文所明定。核其規範意旨主要在避免剽竊他人創用之商標而搶先註冊，故倘能證明

有知悉他人商標存在，意圖仿襲而以相同或近似商標指定使用於同一或類似商品或服務者，即應認為有上開條款之適用。至於知悉他人商標存在的原因為何，法條除例示規定如「契約、地緣、業務往來」之關係外，並概括規定因「其他關係」。所謂「其他關係」，應指商標權人與他人間因有「契約、地緣、業務往來」等類似關係而知悉他人商標，並搶先註冊者而言；雖無業務往來但具有相關或競業關係而知悉他人先使用商標存在者，亦屬本條款所謂之「其他關係」（最高行政法院103年度判字第710號判決意旨）。準此，適用商標法第30條第1項第12款意圖仿襲而申請註冊於他人先使用之商標要件：1.相同或近似於他人先使用之商標。2.使用於同一或類似商品或服務。3.申請人因與他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在。4.未經他人同意申請註冊等要件外，前提事實必須要有他人先使用之商標，並應以意圖仿襲為本款解釋之中心（最高行政法院109年度判字第670號判決意旨）。

(二)經查：

1.據以核駁商標於本件商標申請日（109年2月19日）前有先使用之事實：

(1)依原處分卷附之Google搜尋網頁截圖等，可知2016年1月25日、2018年11月6日、2019年10月4日及11月5日即有我國網友於網路撰文分享其至日本「肉劇場」丼飯餐廳之消費經驗，如「**大阪美食** 道頓堀肉劇場~肉食系必吃堆的跟小山一樣的肉丼！！」、「**【京阪奈自由行・大阪】難波肉劇場◎肉丼專門店.大口吃肉的好去處**」、「**【大阪美食】道頓堀肉劇場免費加肉加飯的高CP值大份量肉丼飯推薦 | 道頓堀肉劇場菜單**」、「**【大阪道堀】肉劇場：瘋排隊超高CP值，加肉加飯免費美味大福利**」等文章，於該等文章上即可見網友消費之丼飯連鎖餐廳其招牌、菜單等處均標示有據以核駁商標。又網路查詢據以核駁商標權人株式會社肉ゲキジョー所有之「肉劇場」商

01 標，顯示已於 2016 至 2020 年期間陸續在日本取得商標
02 註冊，且於日本大阪市、兵庫縣、高槻市、東京都、京都
03 府共有 12 間分店，並確實已以之使用於提供餐飲等相關
04 服務。據此，堪認據以核駁商標在本件商標109年2月19日
05 申請註冊前已有先使用於餐廳等服務之事實。

06 (2)原告雖主張據以核駁商標未在我國使用，亦未臻著名云
07 云。然按商標法第30條第1項第12款規定所稱「先使用」
08 之商標，係指相對於本件商標使用在先之商標而言，主要
09 係用以確認據以核駁商標在本件商標申請註冊之前已有使
10 用於同一或類似商品/服務之事實，並不限於在國內先使
11 用之商標，亦包括已在國外先使用者，且其著名與否要非
12 所問，原告對於此有所誤解。

13 (3)又上揭日本餐廳於使用據以核駁商標時，雖有於中間一排
14 「肉劇場」加上不具識別性之地名「道頓堀」3字、「難
15 波」2字或「池袋」2字，惟整體觀察仍不妨礙據以核駁商
16 標之同一性。

17 2.兩商標是否近似:

18 本件商標與據以核駁商標相較，本件商標是由中文「肉劇
19 場」3字由左向右排列構成，其中「肉」字略為放大，且較
20 「劇場」2字字體略粗，據以核駁商標係由均為由左向右的
21 三組字上下排列而成，最上方中文「肉井專門店」5字以白
22 色字體置於黑色長方形內，中間係略經設計之中文「肉劇
23 場」3字，字體較上方為大，下方是略經設計的「肉劇場」
24 的英文「NIKU Geki jou」所構成，其整體圖樣以中間之中文
25 「肉劇場」最為突出，故兩商標於隔離、整體觀察，其外
26 觀、觀念及讀音予人寓目印象均極相彷彿，又因一般消費者
27 都是憑著對商標未必清晰完整的印象，在不同的時間或地
28 點，來作重覆選購的行為，而不是拿著商標以併列比對的方
29 式來選購，以具有普通知識經驗之消費者，於異時異地隔離
30 觀察或實際交易連貫唱呼之際，實不易區辨，可能會有所混

01 淆而誤認二商品或服務來自同一來源或雖不相同但有關聯之
02 來源，應屬構成近似程度高之商標。

03 3.服務是否同一或類似：

04 (1)本件商標指定使用之「餐廳；飯店；速食店；提供餐飲服
05 務；複合式餐廳；飯店式公寓；觀光客住所；旅社」服務
06 ，與據以核駁商標實際先使用之餐廳服務相較，二者同屬
07 被告編印之商品及服務分類暨相互檢索參考資料所列4302
08 「餐廳；旅館」組群，且均有提供消費者飲食等相關需
09 求，於功能、消費族群及行銷管道等因素上具有共同或關
10 聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬同一或高
11 度類似之服務。

12 (2)原告雖主張本件商標係使用於火鍋餐廳服務，據以核駁商
13 標則係提供肉丼飯之餐廳，二者餐點品項不同，非屬類似
14 服務云云。惟按註冊商標之權利範圍，係以其商標圖樣及
15 所指定使用之商品或服務為準。是本件商標既（申請）註
16 冊指定使用於餐廳等與據以核駁商標所先使用者同一或類
17 似服務，自應以其（申請）註冊之服務作比對，而非以其
18 實際上使用之服務內容或其營運情形為據。況實際交易市
19 場上提供服務之內容本可由權利人依其商業策略隨時調
20 整，是原告以兩商標服務實際提供之餐點品項內容不同，
21 主張兩商標服務非屬類似，並不足採。

22 4.原告是否因知悉據以核駁商標存在，意圖仿襲而申請本件商
23 標之註冊：

24 查依原告公司登記資料及其所提出之訴願附件3之網頁及照
25 片可知，原告所營事業項目包含「餐館業」及「其他餐飲
26 業」等，且原告實際上亦為經營餐廳之業者，與據以核駁商
27 標權人日商株式會社肉ゲキジョー一具競爭同業關係，對於相
28 關服務市場情形必然投入較多之關注。在本件商標申請註冊
29 前，據以核駁商標服務之相關訊息業經網友分享於網路上傳
30 播，原告不難透過業務經營及對相關資訊之關注及蒐集而知

悉據以核駁商標之存在。原告於其後以與據以核駁商標最為突出部分之「肉劇場」作為本件商標之圖樣並指定使用於同一或高度類似餐廳相關服務申請註冊，且該「肉劇場」非一般國人慣用之名詞，依一般社會通念及經驗法則判斷，實難謂為巧合，足認原告於本件商標申請註冊前，應已因競爭同業之間業務經營關係知悉據以核駁商標之存在，意圖仿襲而申請本件商標之註冊。

5. 綜上，本件商標有商標法第30條第1項第12款規定之適用，不應准許註冊。

6. 原告雖提出其商標名稱、經營理念及實際使用照片等資料，主張兩商標者應無混淆誤認等語。然查：

(1) 經審酌相關資料，足認兩商標主要識別文字「肉劇場」組合完全相同，僅字體大小設計些微不同，或於實際使用時是否有標明不具識別性之地名，故標示在同一或類似之商品或服務時，仍予人系列商標或合作關係之印象，又因一般消費者都是憑著對商標未必清晰完整的印象，在不同的時間或地點，來作重覆選購的行為，而不是拿著商標以併列比對的方式來選購，其細微差異之處難以在消費者心中產生深刻之印象，故以具有普通知識經驗之消費者，於購買時仍有可能混淆商品或服務之來源，應屬構成近似之商標，已如前述。

(2) 次查，判斷商標是否構成近似，最終仍應以商標整體於市場上呈現於相關消費者或業者之視覺感知加以判斷，其商標所有人或設計者主觀內心設計理念，尚無法作為判斷商標近似與否之主要參考依據。又商標完全相同，或然率可謂極低，所謂純屬巧合之說，有違經驗法則及自然科學法則，顯屬無稽，自非可採。

(3) 又查，衡酌日本為我國國人旅遊頻繁之處，經網頁檢索相關資料，於本件商標申請日之前已有據以核駁商標權人先使用該商標「肉劇場」多年之事實，如2016年1月25日、2018年11月6日、2019年10月4日及11月5日皆有我國國人於

01 網路撰寫文章分享至日本「肉劇場」丼飯餐廳之消費經驗
02 亦已如前述，於該等文章上亦可見網友消費之丼飯連鎖
03 餐廳其招牌、菜單等處均有標示據以核駁商標。

04 (4)承上，堪認據以核駁商標在本件商標109年2月19日申請
05 註冊前已有先使用於餐廳等服務之事實，且原告應不難藉
06 此各種相關商情資訊傳遞管道調查所欲經營之相關資訊，
07 而得知該公司商標之存在，亦即原告縱非直接知悉該公司
08 先使用商標之存在，亦因具同業競爭關係而得間接知悉該
09 公司商標之存在，是依原告所提供資料，皆尚難認定原告
10 無意圖仿襲申請註冊之虞，自不得執為本件商標亦應核准
11 註冊之論據。

12 六、綜上所述，本件商標確有商標法第30條第1 項第12款本文規
13 定之不得註冊事由，原處分所為本件商標不得註冊應予核駁
14 之處分，依法並無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤。原
15 告仍執前詞，訴請撤銷原處分及訴願決定，並命被告就本件
16 商標應為核准註冊之審定，為無理由，應予駁回。

17 七、本件事證已明，兩造其餘主張或答辯，已與本院判決結果無
18 影響，爰毋庸一一論述，併此敘明。

19 八、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依智慧財產案件審理
20 法第1 條，行政訴訟法第98條第1 項前段，判決如主文。

21 中 華 民 國 110 年 10 月 21 日

22 智慧財產第二庭

23 審判長法 官 汪漢卿

24 法 官 彭洪英

25 法 官 曾啓謀

26 以上正本係照原本作成。

27 如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上
28 訴理由，其未表明上訴理由者，應於提起上訴後20日內向本院補
29 提上訴理由書；如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決
30 送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第241條之1第1項前段），但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第1項但書、第2項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中 華 民 國 110 年 10 月 29 日

