

智慧財產及商業法院行政判決

110年度行商訴字第42號

民國110年12月15日辯論終結

原告 日商優比股份有限公司 KEWPIE KABUSHIKI KAISHA
(ALSO TRADING AS KEWPIE CORPORATION)

代表人 長南 収 □

訴訟代理人 李文傑律師

劉倫仕律師

被告 經濟部智慧財產局

代表人 洪淑敏

訴訟代理人 彭清波

參加人 羅絲歐尼爾丘比國際智權有限公司

代表人 楊進雄

訴訟代理人 張東揚律師

複代理人 林宜靜律師

訴訟代理人 賴蘇民律師

複代理人 廖嘉成律師

上列當事人間因商標評定事件，原告不服經濟部中華民國110年5月6日經訴字第11006302960號訴願決定，提起行政訴訟，並經本院命參加人獨立參加被告之訴訟，本院判決如下：

主 文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

甲、程序方面

原告起訴聲明：□就註冊第01834166號「logo」商標（下稱系爭商標，如附圖一所示）指定使用於「營養補充品；維他命製劑；醫療用食療飲品；咀嚼及吞嚥困難者用醫療用食療食品；嬰兒及病患用醫療用食療品；醫療用食療食品及食療品；醫療用蛋白質食品；醫療用營養品；病患專用營養補充品；藥劑；殺菌劑；殺菌消毒劑；滅菌劑；消毒劑；藥用空膠囊；醫藥用膠囊；嬰兒乳狀麵粉；嬰兒配方奶粉；嬰兒奶粉；嬰兒飲品；嬰兒食品」部分（下稱附圖一A部分）商品之註冊所為撤銷之評定處分及駁回訴願之決定均撤銷。□命被告為評定不成立之處分（卷一第16至17頁），嗣於民國110年12月15日言詞辯論期日撤回上開聲明□部分，被告及參加人均表示同意（卷六第56頁），且無礙於公益之維護，應予准許。

乙、實體方面

壹、爭訟概要：

原告於105年6月14日以「logo」商標，指定使用於附圖一A、B部分所示商品，向被告申請准予註冊為系爭商標。嗣參加人以系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第10款規定申請評定，經被告以109年11月24日中台評字第H01080050號商標評定書為系爭商標指定使用於附圖一A部分商品之註冊應予撤銷，其餘指定使用商品部分評定不成立之處分（下稱原處分）。原告就原處分關於評定成立部分不服，提起訴願，經濟部於110年5月6日以經訴字第11006302960號為訴願駁回之決定，原告不服提起本件訴訟。本院認本件判決之結果將影響參加人之權利或法律上利益，依職權命參加人獨立參加被告之訴訟（卷四第79至81頁）。

貳、原告主張及聲明：

一、主張要旨：

- (一)參加人就附圖二商標（下稱據以評定諸商標）所提申證2使用證據（即甲證2），其中4張發票開立日相同、編號連續，均只交易單一數量之單一品項商品，未記載買受人資訊，且

01 為二聯式發票，買受人為終端消費者，此外參加人未曾開立
02 並提出其他發票，不符合一般商業交易習慣，顯係臨時製
03 作，且參加人就不同容量的相同商品，向來採用相同之商品
04 包裝，然卷附包裝照片之「天天好健康（綜合補給錠）」、
05 「滋補強身成長素」之150G及300G商品包裝有別，不符參加
06 人商品行銷之慣習，亦悖於一般市場交易常態，不足以證明
07 據以評定諸商標曾推出市場而使消費者認識其為商標，評定
08 申請應不予受理。

09 (二)二者商標雖觀念上有若干近似之處，但未達使消費者混淆誤
10 認程度，系爭商標所指定嬰兒食品係專業性商品，相關消費
11 者為醫師、藥局藥師及嬰幼兒之父母，會施以較高之注意。
12 且系爭商標經原告長期大量廣泛使用，為我國相關消費者所
13 熟知之著名商標，消費者熟悉程度較高，應受較大保護。又
14 系爭商標之申請基於善意，識別性較高，不存在實際混淆誤
15 認情事，先權利人無多角化經營情形，原告註冊第1636517
16 號商標與據以評定諸商標併存多年，系爭商標為前揭原告商
17 標之系列商標，均為代表原告商品之標識，可輕易與據以評
18 定諸商標相區別，本件無商標法第30條第1項第10款之適
19 用。

20 (三)系爭商標於註冊後、原處分作成前，因持續大量廣泛行銷宣
21 傳使用，而為相關消費者所熟知，相較據以評定諸商標並非
22 相關消費者所知悉，依商標法第60條但書規定，應無商標法
23 第30條第1項第10款規定之適用。

24 二、聲明如甲之起訴聲明□所示。

25 參、被告答辯及聲明：

26 一、答辯要旨：

27 (一)據以評定諸商標以申證2載有相關商品名稱用途及據以評定
28 諸商標圖樣等相互勾稽佐證，堪認有實際使用於提供特殊營
29 養素或具特定保健功效，以錠劑、粉末狀等形式供人體攝取
30 之「兒童營養補充品」商品，而屬據以評定諸商標所指定
31 「營養補充品」商品範圍。又據以評定諸商標指定使用之附

01 圖二A部分商品與實際使用商品，在成分、用途、功能等項
02 目上具有包含、重疊或相當關係，亦得認有使用，可一併據
03 以進行實體審查。原告並未提出申證2發票係修改加工或虛
04 偽不實之證據參佐，難認該等商品交易事實不存在。

05 (二)據以評定諸商標之「娃娃圖」整體造型極為獨特，未傳達相
06 關商品之訊息，具有相當識別性。而二者商標之娃娃圖均以
07 大而圓的眼睛、微笑表情、豎立尖形頭髮、圓胖肚子等構圖
08 組成，整體意匠極相彷彿，近似程度不低。系爭商標指定使
09 用於附圖一A部分商品與據以評定諸商標指定使用於附圖二A
10 部分商品相較，在功能、材料、產製者、行銷管道或其他因
11 素上具有共同或關聯之處，屬同一或類似商品。原告與參加
12 人所提證據，不足以證明二者商標有於相同領域市場併存使
13 用，或相關消費者僅熟悉系爭商標而應給予較大保護之情
14 形，至於系爭商標申請是否善意僅係判斷輔助因素之一。綜
15 合前揭因素判斷，系爭商標指定使用於附圖一A部分商品之
16 註冊，有商標法第30條第1項第10款規定之適用。本件原告
17 提出之證據至多僅能補強證明於系爭商標註冊前有使用之事
18 實，仍不足以證明所表彰之商譽已為相關消費者所熟悉，並
19 無商標法第60條但書規定之適用。

20 二、聲明：駁回原告之訴。

21 肆、參加人陳述及聲明：

22 一、陳述要旨：

23 (一)參加人已提出據以評定諸商標於申請評定日前3年內，使用
24 於指定商品之證據，參加人兼營零售業務，參照財政部賦稅
25 署75年4月24日台稅二發字第7542888號函釋，若買受人屬個
26 人，免填其姓名及地址，所提發票之形式並無違法或不合理
27 之處。參加人有經銷商與將商品銷售予終端消費者之間並不
28 衝突，原告空言質疑參加人之證據不適格，並不可採。

29 (二)二者商標均由小天使圖形構成，構圖意匠、設計手法及展現
30 予消費者之寓目觀感極為相似，屬高度近似之商標，且二者
31 商標指定使用之部分商品屬同一或類似，有混淆誤認之虞，

已違商標法第30條第1項第10款規定，其他判斷因素並不足以動搖此判斷。原告於103年後大幅更改使用之娃娃圖形，不具同一性，是否為善意有待商榷。原告所提證據僅能證明申請註冊時有使用系爭商標於嬰兒相關食品情形，不足以證明使用於營養補充品、嬰兒食品等相關領域，已廣為相關消費者所熟知，原告有關商標法第60條但書之主張不可採。

二、聲明：駁回原告之訴。

伍、爭點（卷五第438頁）：

系爭商標是否有商標法第30條第1項第10款本文規定不得註冊之情形？

陸、本院之判斷：

一、依商標法第62條準用第50條規定，評定商標之註冊有無違法事由，除第106條第1項及第3項規定外，依其註冊公告時之規定。查系爭商標註冊公告日為106年4月16日（申請卷第15頁），參加人於108年5月6日對系爭商標申請評定，經被告於109年11月24日作成評定書，則系爭商標之註冊及評定，均在105年11月30日修正公布、同年12月15日施行之現行商標法施行後，無同法第106條第1項及第3項規定之適用，是系爭商標是否具有評定事由，應依系爭商標註冊公告時之現行商標法為斷。

二、據以評定諸商標之使用符合現行商標法第57條第2項、第3項規定：

（一）商標法第57條第2、3項規定：（第2項）以商標之註冊違反第30條第1項第10款規定，向商標專責機關申請評定，其據以評定商標之註冊已滿3年者，應檢附於申請評定前3年有使用於據以主張商品或服務之證據，或其未使用有正當事由之事證。（第3項）依前項規定提出之使用證據，應足以證明商標之真實使用，並符合一般商業交易習慣。據以評定諸商標如附圖二所示註冊日距本件108年5月6日申請評定時皆已逾3年，依前揭規定，參加人應檢附據以評定諸商標於申請評定前3年符合一般商業交易習慣的使用事證。

01 (二)參加人檢送附表二評定申證2資料內容如下：

- 02 1.附圖二編號1、5商標圖樣使用於「丘比 滋補強身成長素」
03 商品包裝上，有效日期標示為「2021.11.24」，該商品主要
04 成分包含礦物質、維生素、乳鐵蛋白、微藻元素（評定卷1
05 第58頁反面、第60頁、第62頁）。
- 06 2.附圖二編號1、2商標圖樣使用於「丘比 天天好健康錠（綜
07 合補給錠）」商品包裝上，有效日期標示為「2021.01.0
08 4」，該商品主要成分有維生素、礦物質（評定卷1第58頁、
09 第60頁、第62頁）。
- 10 3.附圖二編號1、4商標圖樣使用於「丘比 天天好視麗錠」，
11 有效日期標示為「2021.08.21」，該商品主要成分是維生素
12 （評定卷1第59頁、第61頁）。
- 13 4.附圖二編號1、3商標圖樣使用於「丘比 護衛補體粉」商品
14 包裝上，該商品主要成分為乳鐵蛋白、乳酸菌、螺旋藻萃取
15 元素（評定卷1第57頁反面、第60頁反面）。
- 16 5.前揭網頁及商品外包裝照片載有商品名稱用途，確有據以評
17 定諸商標圖樣使用於兒童營養補充商品包裝上，而網頁所示
18 商品保存期限為4年（評定卷1第57頁反面、第58頁、第59
19 頁），對照前揭商品有效日期之標示，應係在106年間製
20 造，再佐以銷售前揭4項商品於108年3月12日開立之發票
21 （評定卷1第63頁），可認參加人於申請評定日前3年內，有
22 將據以評定諸商標使用於以錠劑、粉末狀等形式供人體攝取
23 特定營養素之「營養補充品」商品，而附圖二編號1至5商標
24 指定使用於各該A部分商品與前揭實際使用商品之成分、用
25 途及性質相當，亦得認有使用，故本件應就附圖二據以評定
26 諸商標指定使用於各該商標A部分商品，作為參加人主張之
27 商品進行實體審查。至於附圖二各該商標B部分商品，與前
28 揭實際使用商品之性質相異，參加人亦未提出具體使用事
29 證，非本件審查範圍。
- 30 6.原告雖質疑參加人提出之發票連號且非營業人為開立對象之
31 二聯式發票收執聯，商品包裝不符參加人產品行銷慣習，可

01 能為臨時製作，不足以證明各該商標之真實使用，然並未提
02 出確有虛偽不實之具體事證，參加人復提出參證4標示附圖
03 二編號3商標圖樣之商品陳列販售之照片；參證5Wayback
04 Machine網頁時光機查詢結果，顯示108年4月11日參加人網
05 頁上有據以評定諸商標商品之相關資訊，用以佐證據以評定
06 諸商標之真實使用情形（卷五第509、529、549頁，第551至
07 553頁），實難僅以原告空言質疑而為不利參加人之認定。

08 三、系爭商標之註冊有商標法第30條第1項第10款本文規定之適
09 用：

10 (一)商標法第30條第1項第10款本文規定：「商標有下列情形之
11 一，不得註冊：……十、相同或近似於他人同一或類似商品
12 或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆
13 誤認之虞者」。所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞者」，
14 係指商標有使相關消費者對其表彰之商品來源或產製主體，
15 發生混淆誤認之虞而言，亦即商標給予商品之消費者的印
16 象，可能致使相關消費者誤認來自不同來源的商品為同一來
17 源之系列商品，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授
18 權、加盟或其他類似關係。而判斷二商標有無混淆誤認之
19 虞，應參酌：1. 商標識別性之強弱；2. 商標是否近似暨其近
20 似之程度；3. 商品或服務是否類似暨其類似之程度；4. 先權
21 利人多角化經營之情形；5. 實際混淆誤認之情事；6. 相關消
22 費者對各商標熟悉之程度；7. 系爭商標之申請人是否善意；
23 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
24 者產生混淆誤認之虞。又本條款規定之適用，其事實狀態基
25 準時，應以系爭商標核准註冊審定時即106年4月16日為基
26 準。

27 (二)茲就本件卷內存在之相關證據，依上開因素審酌如下：

28 1. 系爭商標與據以評定諸商標近似程度不低：

29 (1)系爭商標及據以評定諸商標圖樣如附圖一、二所示均為娃娃
30 設計圖所構成，且二者娃娃圖均以大而圓的眼睛、微笑的表
31 情、豎立尖形頭髮、圓胖肚子、背後小翅膀等為構圖元素，

01 僅娃娃動作或數量等細節設計稍有不同，外觀及整體意匠極
02 相彷彿，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通
03 之注意，異時異地隔離整體觀察，可能誤認二者商品為來自
04 同一來源之系列商品，或雖不相同但有關聯之來源，應屬近
05 似之商標，且近似程度不低。

06 (2)原告雖主張系爭商標指定使用之嬰兒食品等係專業性商品，
07 相關消費者為醫師、藥師等專業人士及嬰兒父母，會施以較
08 高之注意，可區辨二者商標云云（卷四第110頁），然嬰兒
09 食品屬一般日常生活消費用品，並非需具備一定專業知識始
10 能購買之專業性商品，原告主張不可採。

11 2.系爭商標與據以評定諸商標指定使用於附圖一、二A部分商
12 品屬同一或類似：

13 (1)系爭商標指定使用之「營養補充品；維他命製劑；醫療用食
14 療飲品；咀嚼及吞嚥困難者用醫療用食療食品；嬰兒及病患
15 用醫療用食療品；醫療用食療食品及食療品；醫療用蛋白質
16 食品；醫療用營養品；病患專用營養補充品」商品部分，與
17 據以評定諸商標指定使用之營養補充品、蛋白質營養補充
18 品、維生素、乳酸菌錠、蛋白質片、礦物質營養補充品、含
19 維他命及礦物質營養補充品、乳酸菌營養補充品、綠藻營養
20 補充品、維他命製劑、藍藻營養補充品等商品相較，於用
21 途、產製者、消費族群、行銷管道及場所等因素上，均具有
22 共同或關聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬同
23 一或高度類似之商品。

24 (2)系爭商標指定使用之「藥劑；殺菌劑；殺菌消毒劑；滅菌
25 劑；消毒劑；藥用空膠囊；醫藥用膠囊」商品部分，與據以
26 評定諸商標指定使用之上述商品相較，前者為原料藥經加工
27 調製成一定劑型劑量之人體用藥、膠囊或殺菌消毒製劑，後
28 者為提供人體攝取特定營養素之錠劑或粉末狀商品，用途雖
29 有不同，然二者在功能上具有相輔作用，於產製者、消費族
30 群、行銷管道及場所等因素上亦有共同或關聯之處，依一般
31 社會通念及市場交易情形，應屬中度類似之商品。

01 (3)系爭商標指定使用之「嬰兒乳狀麵粉；嬰兒配方奶粉；嬰兒
02 奶粉；嬰兒飲品；嬰兒食品」商品部分，與據以評定諸商標
03 指定使用之上述商品相較，均有維持身體健康、調整體質或
04 補充人體所需營養素之功效，嬰兒奶粉及食品亦常添加嬰兒
05 所需之營養補充元素，二者常來自相同之產製者，亦常透過
06 同一銷售管道販售，於功能、產製者及行銷管道等因素均具
07 有共同或關聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬
08 高度類似之商品。

09 3.商標識別性之強弱：

10 系爭商標及據以評定諸商標與附圖一、二A部分指定使用之
11 商品間，尚無直接明顯的關聯，相關消費者會直接將二者商
12 標視為指示及區別商品來源之標識，均有相當識別性。

13 4.相關消費者對各商標之熟悉程度：

14 (1)據以評定諸商標部分：

15 參加人提出如附表二所示證據中，評定申證1、申證3、申證
16 4、申證7至9，參證1至3並非商標使用證據。而申證2、申證
17 5、申證6網頁列印時間，申證2發票所示銷售日期均晚於系
18 爭商標註冊日（106年4月16日），申證6活動照片均未見據
19 以評定諸商標用以行銷附圖二A部分商品，參證4、5資料所
20 示日期亦在系爭商標註冊日之後，參加人所提證據不足以認
21 定據以評定諸商標於系爭商標註冊日前已為相關消費者所熟
22 悉。

23 (2)系爭商標部分：

24 原告提出系爭商標註冊前如附表一所示證據中：A、評定附
25 件1至3、5至7、10至12、18；甲證7①、8、11③、13至14、
26 17、20至21未見系爭商標、非商標使用證據，或與日本國相
27 關而非於我國行銷使用之證據。B、評定附件8、16②、18銷
28 售統計無系爭商標使用於指定商品資料可資勾稽。C、評定
29 附件9無日期可稽。D、評定附件15①至④；訴願附件6、8、
30 9；甲證11⑤至⑧、⑩至⑪、22、24至26僅有少量系爭商標

01 註冊前之資料，或僅可知在系爭商標註冊前有銷售商品事
02 實，而無法確認使用商標情形或實際銷售情形。

03 (3)綜合前述證據資料，雖可認系爭商標於註冊日前已經原告使
04 用而為國內相關消費者所知悉，惟數量有限，尚不足以證明
05 系爭商標已達相關消費者熟悉之程度。

06 5.系爭商標之註冊申請是否善意：

07 原告主張系爭商標已於日本取得註冊，以實際使用於所產製
08 之嬰兒食品上，並無攀附據以評定諸商標之意圖，雖參加人
09 以原告自103年後始變更為系爭商標圖樣，與一貫使用之圖
10 樣不具同一性而質疑其非善意（卷五第392頁），然原告已
11 陳明其以立體化丘比娃娃為設計變更圖樣之始末（卷一第27
12 頁），尚難認系爭商標之註冊係出於惡意。

13 (三)衡酌系爭商標與據以評定諸商標均具有相當識別性，系爭商
14 標之註冊申請應無惡意，惟系爭商標與據以評定諸商標之圖
15 樣近似程度不低，且系爭商標與據以評定諸商標指定使用於
16 附圖一、二A部分商品屬同一或多屬高度類似，且系爭商標
17 於註冊時尚非相關消費者熟悉之商標，綜合上開相關因素認
18 客觀上系爭商標指定使用於附圖一A部分商品，有使相關消
19 費者誤認系爭商標之前揭商品與據以評定諸商標之商品為同
20 一來源之系列商品或服務，或誤認其使用人間存在關係企
21 業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，而產生混淆誤認
22 之虞，是系爭商標指定使用於附圖一A部分商品之註冊，有
23 商標法第30條第1項第10款本文規定不得註冊之情形。

24 四、本件並無商標法第60條但書規定之適用：

25 (一)商標法第60條規定：評定案件經評定成立者，應撤銷其註
26 冊。但不得註冊之情形已不存在者，經斟酌公益及當事人利
27 益之衡平，得為不成立之評定。本條但書之事實狀態基準
28 時，應在評決時定之，此為情事變更原則及當事人既得權利
29 之信賴保護當然解釋。所謂不得註冊之情形已不存在，包括
30 兩商標得併存而無混淆誤認之虞之情事（最高行政法院97年
31 度判字第224號、99年度判字第1310號行政判決參照）。原

告主張本件有評定時之商標法第60條但書規定之適用，依上開說明，此部分應以評定時即109年11月24日之事實狀態為基準時。

(二)原告提出系爭商標註冊後至評定時如附表一所示證據中：1. 評定附件4、12至14、18至19、21；訴願附件4至5；甲證11②、12未見系爭商標、非商標使用證據，或與日本國相關而非於我國行銷使用之證據。2. 評定附件17①無日期可稽。3. 評定附件15⑤至⑥、16、17②、20；訴願附件7、8、10至13；甲證15-2②、16、18、19、22、23雖可佐證於本件評定前，原告在我國有行銷使用系爭商標之事實，然在參加人尚持續使用據以評定諸商標行銷兒童營養補充商品之情況下，前揭原告單方使用事證仍無法證明系爭商標於註冊後至評定時，在附圖一A部分商品類別，相關消費者已因原告之行銷使用而足以區別二者商標表彰之商品來自不同來源，故相關消費者仍有可能誤認二者商標係來自同一來源或雖不相同但有關聯之來源，而有混淆誤認之虞，系爭商標不得註冊之情事依然存在，本件當無商標法第60條但書規定之適用。

柒、結論：

系爭商標指定使用於附圖一A部分商品有商標法第30條第1項第10款本文規定不得註冊情形，且無同法第60條但書之適用。原處分合法，訴願決定予以維持，亦無不合。原告訴請撤銷，為無理由，應予駁回。爰依智慧財產案件審理法第1條，行政訴訟法第98條第1項前段規定，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 12 月 30 日

智慧財產第三庭

審判長法 官 蔡惠如

法 官 王碧瑩

法 官 陳端宜

上為正本係照原本作成。

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

01 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
 02 送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。
 03 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
 04 241 條之1 第1 項前段），但符合下列情形者，得例外不委任律
 05 師為訴訟代理人（同條第1 項但書、第2 項）。
 06

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。	

07 中 華 民 國 111 年 1 月 10 日
 08 書記官 吳祉瑩