智慧財產及商業法院行政判決

111年度行商訴字第81號
民國112年6月15日辯論終結

原　　告　紐西蘭商a2牛奶公司
（The a2 Milk Company Limited）

代　表　人　傑倫・詹姆斯・麥克維卡爾(Jaron James McVicar)

訴訟代理人　郭建中律師
許綾殷律師
吳霈栩律師

被　　告　經濟部智慧財產局

代　表　人　廖承威

訴訟代理人　廖宴冬

參　加　人　瑞士商雀巢製品股份有限公司

代　表　人　伊莎貝拉德 畢莉-哈蒙(Isabelle de Blic-Hamon)

訴訟代理人　陳長文律師
複 代理 人　廖瑋婷律師
訴訟代理人　蔡瑞森律師

上列當事人間因商標評定事件，原告不服經濟部中華民國111年9月7日經訴字第11106307330號訴願決定，提起行政訴訟，並經本院命參加人獨立參加訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原處分及訴願決定均撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、程序事項：被告代表人洪淑敏於民國112年3月13日退休，由副局長廖承威陞任局長並於同年4月11日聲明承受訴訟，此有經濟部函文及聲明承受訴訟狀可稽(本院卷一第177至181頁)，核無不合，應予准許。

二、爭訟概要：

(一)原告前於102年12月24日以「A2」商標，指定使用於當時被告公告商品及服務分類第5類之「嬰兒食用乳狀麵粉；嬰兒食用乳粉；嬰兒營養補充用奶粉；嬰兒奶粉；嬰兒食品。」及第29類之「獸乳；乳製品；酸乳酪；乳清；乳酪；乾酪；牛油；奶油；乳脂；奶精。」商品，向被告申請註冊，經被告核准列為註冊第01648000號商標(如商標附圖，下稱系爭商標)。

(二)參加人以系爭商標之註冊有違商標法第29條第1項第1款及第3款規定之情形，申請評定。案經被告審查，認系爭商標之註冊有商標法第29條第1項第1款規定之適用(第3款部分未予審酌)，而以111年3月31日中台評字第1080067號商標評定書為系爭商標註冊應予撤銷之處分(下稱原處分)。原告不服提起訴願，經經濟部以111年9月7日經訴字第11106307330號訴願決定駁回(下稱訴願決定)後，遂向本院提起行政訴訟。又本院認本件判決結果，倘認應撤銷訴願決定及原處分，參加人之權利或法律上利益將受損害，爰依職權命參加人獨立參加本件訴訟。

三、原告之主張及聲明：

(一)原告成立於西元（下同）2000年並創立「A2」、「a2」、「ATWO」等系列品牌(下稱「A2」系列品牌)，是全球第一家販售百分之百無乳糖牛乳的公司，自2007年起並陸續向被告申請註冊「A2 MILK」、「a2 MILK」、「A2」、「a2」等24件商標(下稱「A2」系列商標)，被告直至2020年9月24日，

竟以超越一般普通知識水準及專業人士之觀點，認「A2」、「a2」系列元素使用於乳製品不具識別性，惟相關消費者依照一般社會通念或普通知識，並不知牛乳之組成成分，更遑論知悉牛奶蛋白質種類之學名，故「A2」為典型的暗示性商標，同業競爭業者(包含參加人在內)欲惡意攀附使用，一方面向被告申請商標註冊，另一方面以系爭商標欠缺識別性向被告申請評定，顯然以不公平競爭之方式，打擊原告所有系爭商標於國際市場上之領先地位。

(二)系爭商標具有先天識別性：

1.「A2」並非字典中存在之既有詞彙，亦非日常生活所使用之用語，消費者必須經過查詢或研究，進一步解讀聯想始可能猜測該文字所欲暗示之「A2-β酪蛋白」乳製品概念，如未經查詢或研究，幾乎所有消費者都不知道「A2」文字所可能代表之意義，亦即消費者必須透過聯想、猜測「A2」文字可能與「A2」系列品牌有關，因此，系爭商標以隱含譬喻方式傳達其意義，屬暗示性商標而具有識別性。

2.系爭商標所指定使用第5、29類之嬰兒奶粉、食品、乳製品、奶粉或食用油脂等商品，依該等商品之交易實務，從未以規格、型號來用以表示其內容，故系爭商標具有先天識別性。又在奶粉、優酪乳及乳酸飲料市場上，我國消費者習慣眾多商品是由「英文字母」或「數字」組成之方式呈現，由相關文字、數字之組合文字獲准註冊商標者所在多有，即可得知消費者對於類似形式商標，並沒有識別其為表彰商品來源之困難。

3.在以英語、拉丁語系為主的國家都認為「A2」並非一般大眾知悉的詞彙，則使用中文之我國消費者更不可能知悉「A2」涵義，只會將其作為指示商品或服務來源之標識。

(三)競爭同業得使用「A2-β酪蛋白」或「A2蛋白質」，並無使用系爭商標文字之需求：

1.國內乳製品主要品牌皆無使用「A2」作為商標，亦無使用「A2 beta-casein proteins」或「A2 protein」作為其商

品成分之說明；雖有少數同業如鮮乳坊使用「A2-β酪蛋白」描述其商品，惟係於系爭商標註冊日後，即109年4月22日起才開始使用，不影響先前核准系爭商標註冊之合法性。更何況鮮乳坊僅使用「A2-β酪蛋白」描述商品，並無使用「A2」作為商標，亦可受商標法第36條第1項第1款規定之保障。

2.國際市場上非所有國家皆有出現與「A2」相關之牛乳產品，顯然其非相關業界所必須使用或描述之通用辭彙。實則由原告帶起健康乳品市場風潮後，部分同業為榨取原告所建立「A2」系列品牌之成果，聲稱「A2」系列商標為同業須使用名詞，以攀附原告辛苦建立之商譽。

(四)依原告使用方式與實際交易情況，已足使相關消費者知悉系爭商標為原告之品牌及來源標識：

1.原告專營販售百分之百無乳糖之「A2」系列品牌牛乳及嬰幼兒奶粉，相關產品於原告公司官方網站(包括美洲、歐洲、亞洲)及各地區零售商或購物網站均可購得，因原告大量推廣宣傳及多樣化之使用，「A2」系列品牌知名度已達全球多國，若以「A2 Milk」進行搜尋可見所有搜尋結果皆指向原告之「A2」系列品牌乳製品，且原告在使用「A2」系列品牌宣傳時，亦會於其後加註適當之商標標識，使競爭同業或相關消費者於接觸「A2」同時，亦知悉係原告公司之品牌及指示商標來源之標識。

2.原告大量使用「A2」系列商標於生產販售之牛奶、奶粉產品之外包裝及廣告宣傳上，作為表彰原告商品來源之商標使用，相關消費者見到該等文字或組合圖樣之商標，皆會聯想到原告。又因原告「A2」系列商標商品於紐西蘭、澳洲、美國、中國等，已為家喻戶曉之知名品牌，且臺灣消費者可透過原告官方網站或其他網路購物平台購買系爭商標之商品，足見系爭商標商品已為相關消費者熟悉，系爭商標亦具有高知名度及識別性。

(五)聲明：

1.原處分及訴願決定均撤銷。

2.訴訟費用由被告負擔。

三、被告之答辯及聲明：

(一)系爭商標指定使用於第5及29類商品，有商標法第29條第1項第1款規定之適用：

1.依參加人所提證據如附表之證11，載有在動物研究和人類生態學研究中評估β-酪蛋白A1、A2和B的致糖尿病性，西方牛品種中最常見的β-酪蛋白變體是A1、A2和B等相關內容；證12載有牛奶含有六種主要蛋白質，其中四種是酪蛋白，β-酪蛋白是最常見的酪蛋白，A1β-酪蛋白含量高的牛奶被稱為A1牛奶，A2β-酪蛋白含量高的牛奶被稱為A2牛奶等相關內容；證63、64關於A2牛奶及β-酪蛋白對人體健康影響相關文章，載有牛奶中的主要蛋白質β-酪蛋白，最常見的遺傳變異是A1、A2β-酪蛋白，BCM-7是通過牛奶β-酪蛋白變體 A1和B的連續胃腸蛋白水解消化產生的，BCM-7可能在人類疾病的病因學中發揮作用，食用β-酪蛋白A1與較高的全國缺血性心臟病死亡率有關，似乎飲用含有高水平β-酪蛋白A2的牛奶的人群心血管疾病和第1型糖尿病的發病率較低等內容；證65之比較A1與A2β-酪蛋白影響人體胃腸相關文章，介紹牛奶中蛋白質約80%是酪蛋白，約20%是乳清，其中β-酪蛋白是含量第二高的酪蛋白類型，有A1和A2β-酪蛋白二種類型或變體，在擁有北歐血統奶牛國家，奶牛中共同顯性A1與A2β-酪蛋白等位基因相對比例通常1：1，然後在牛奶中產生相同比例的A1與A2β-酪蛋白，一旦攝入牛奶或奶製品，腸胃道消化酶對A1β-酪蛋白作用或放出具有生物活性的β-casomorphin-7(BCM-7)，在正常腸道條件下，A2β-酪蛋白釋放的BCM-7量要少得多等內容。顯示A2β-酪蛋白為牛奶中蛋白質β-酪蛋白變異體之一，或將A2-β酪蛋白含量高之牛奶稱為A2牛奶，並以「A2」作為簡稱使用，於系爭商標註冊日(103年6月1日)時，「A2」為與牛奶商品相關之說明文字。

2.又依參加人所提證66、67之網路文章，載有「A2牛奶(A2-milk)…不含對身體有害的特殊酪蛋白(β-casomorphin-7，BCM-7)成分」、「牛品種所含酪蛋白基因多性(polymorphismm)不同，似乎有的比較會致病…酪蛋白A1與B會被腸道分解成casomorphin-7(BCM-7)，…A1對健康比較不好」等內容，顯示於系爭商標註冊時，我國消費者可經由前述文章或相關研究知悉「A2」表示與「A1」不同型態之牛奶酪蛋白，或表示與牛奶商品成分有關說明。因此，系爭商標指定使用於第5、29類商品，給予相關消費者之印象為其指定商品品質、成分有關之說明，非作為識別來源之標識，不足藉以與他人商品相區別，自有商標法第29條第1項第1款規定之適用。

(二)原告雖提出答證1至6、14、16至18、26、27等證據，其中商標註冊資料（答證6、14、16），僅可得知原告以含有外文「a2」、「A2」等文字於巴西、中國大陸、澳門、墨西哥、菲律賓、新加坡、阿根廷、日本、馬來西亞、美國、烏拉圭等國家及地區取得商標註冊之情形，惟部分晚於系爭商標註冊日，且系爭商標是否因使用而成為原告商品之識別標識，仍需有實際之使用事證始得判斷；至其他網路資料或實際使用事證，或無日期可供勾稽，或日期晚於系爭商標註冊日，或係原告公司之介紹，或僅得知原告有產製A2牛奶或合作發展A2乳品市場之「A2乳品」商品相關報導，且可見將產出A2β-酪蛋白而不含A1β-酪蛋白的奶牛，稱為A2奶牛，或於商品購物資訊網頁載有「全球獨一無二的100%只含A2蛋白質的嬰兒配方牛奶粉」、「A2型蛋白質自然而珍貴」等商品說明文字(答證3、5、26)，相關消費者並不會認為「A2」為表示特定來源之標識，自無從證明系爭商標於註冊時業經原告使用而取得識別性，並無商標法第29條第2項規定之適用。

(三)至原告所提答證15之中國大陸國家知識產權局「A2」商標異議決定書、答證28至33之歐盟、英國、澳洲智慧財權局「a2」商標異議決定書及商標權人產品授權新聞稿等資料，因在各國或地區商標使用情形及消費者認知未盡相同，案情並

非相當，均不得援引為本案有利之論據。又原告主張另案註冊第14117號「S-26」、第1261512號「LP33」、第1062044號「AB」、第1068025號「敏兒HA」商標(答證19、20、22、23)，雖其他廠商有以「英文字母」或「數字」組合獲准註冊之案例(答證21、24)，惟皆非前開商標註冊時之事證，且與本案所根據事證所審認之不得註冊事由，非必然相同或類似，無法據此指摘原處分認事用法有誤。

(四)聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

四、參加人之答辯及聲明：

(一)系爭商標為「A2-β酪蛋白」之簡稱，屬商品本身說明，並非暗示性商標，亦非由原告創用：

1.從參加人所提呈如附表各項有關「A2牛」、「A2牛奶」之研究文章、媒體報導、網路文章、消費者「A2牛奶」使用心得評論、全球競爭同業使用「A2」等事證，足以證明「A1」或「A2」係源自「A1酪蛋白」、「A2酪蛋白」，為牛奶商品成分特性之直接說明，或與商品本身之說明有密切關連，故系爭商標「A2」自當為商品本身之說明，應屬「描述性標識」。

2.「A2」及「a2」係表明商品含有A2-β酪蛋白(A2-β-casein)成分，乃直接描述牛奶商品品質及成分的說明性文字，「A2牛奶」如同低脂牛奶、有機牛奶、高蛋白質牛奶一樣，是牛奶的種類之一。「A2」、「a2」與「A2-β酪蛋白(A2-β-casein)」的主要認讀部分「A2」完全相同，相關消費者根本無須任何聯想，即可理解「A2」及其所代表之牛奶種類意涵，為商品之直接描述，並非暗示性商標。

3.又相關消費者從媒體報導、雜誌介紹、專家評述等文章(參證3、4、10、28、29、60、61、66、67、73、75、76之「A2牛奶」相關中文報導)，可輕易認識並知悉「A2」、「A2牛奶」係標榜僅含有「A2-β酪蛋白」，而不含有「A1-β酪蛋

白成分」之商品，對消費者而言，「A2」僅為商品種類或成分之說明。另有諸多中文媒體報導及我國消費者對「A2牛奶」使用心得(參證1至11，證9、10、64)、消費者國外代購網頁(訴證19)、諸多市場調查報告(參證12至17)等，可證明消費者認知「A2」為產品成分說明性文字，並非原告所創用。

4.「A1」或「A2」牛奶係一既有之商品說明，消費者得透過各類消費資訊、媒體報導等知悉並認識，「A2」商品係標榜僅含有「A2-β酪蛋白」成分，而不含有「A1-β酪蛋白」。又原告僅為較早開始商業化產製「A2牛奶」之業者，而非「A2」名稱之創用者，縱係原告首先以「A2」作為商標，亦無法改變「A2」仍為指定商品之直接說明。

(二)諸多國外業者已使用「A2」作為商品描述，而國內競爭同業亦有使用「A2」之可能性，不能由原告取得專用權：

1.全球各地乳品市場已有大量業者使用「A2」於商品包裝及網站之產品介紹，以描述產品含有「A2-β酪蛋白」，至國內乳品業者過去未曾使用「A2」或「A2-β酪蛋白」名稱，係因所產製之牛奶商品並非A2牛奶，目前國內業者，最早有鮮乳坊開始商業化產製並銷售A2牛奶產品，現另有美強生、禾香鮮乳亦分別註冊「AⅡ」或開始使用「A2」文字作為商品標示(參證24至31)。因鮮乳坊或其他同業為降低遭控告商標侵權之風險，而避免使用「A2」文字，無疑證明系爭商標註冊，已造成其他同業無法於乳製品上使用「A2-β酪蛋白」之縮寫與簡稱。況鮮乳坊亦為另案註冊第01991254號「a2」商標之異議人，顯見鮮乳坊或其他同業確有使用「A2」或其他相關說明文字之必要。

2.縱認現階段尚未有國內競爭業者使用「A2」作為商品說明，然是否屬於描述性標識，不須其他同業已有使用，而僅需競爭同業有需要使用的可能性即可。又國內酪農及乳製品市場已有探討A2牛奶是否為乳業之未來相關呼聲，可見國內市場

同業有使用說明性文字「A2」、「a2」之必要及可能性，不應由原告專用。

3.「A2」既為「A2-β酪蛋白」之簡稱，指僅含有「A2-β酪蛋白」之A2牛乳，如原告針對「A2」註冊商標而有獨占權，同業因故只能使用「A2-β酪蛋白」於行銷A2牛奶商品，而不能使用「A2牛奶」、「A2」，故系爭商標之註冊顯然不利於市場公平競爭及工商正常發展，有違商標法第1條之立法目的。

(三)原告並未於我國市場使用系爭商標，更無可能於我國取得後天識別性或為著名商標：

1.依原告所提之使用證據(訴證18、19)，均不足以證明原告於我國曾實際使用系爭商標於指定商品。又原告於該官網說明「a2鮮牛奶」、「a2全脂鮮牛奶」、「A2-β酪蛋白」、「純淨A2型蛋白質」(訴證18)，顯見原告亦將「A2」作為描述牛奶商品含有「A2-β酪蛋白」之說明性文字，依一般社會通念及消費者認知，其不具表彰商品來源的功能，非屬商標使用。

2.原告另案註冊第01362638號「A2 MILK」商標(圖樣中「MILK」聲明不專用，指定於第29類「乳製品，不包括冰淇淋、冰牛奶及冷凍優酪；食用油、食用油脂」商品)，因原告超過3年未使用商標，已於110年10月29日處分廢止，並於111年1月16日公告廢止註冊。

3.由於原告未曾針對國內消費者宣傳行銷系爭商標商品，衡以我國消費者就乳品類消費習慣，不可能從國外網站購買寄送回國，原告亦未有提出系爭商標商品銷售至我國之數據佐證。由於系爭商標商品未正式在我國市場上銷售，自無從佐證消費者的認識程度，更遑論於臺灣已構成著名商標，故原告無法證明系爭商標已有後天識別性。

(四)大多數國家之商標主管機關皆認定「A2」、「a2」等系列商標不具有識別性，縱有少數國家或少數單一個案中有不同之認定，然均存在個別案件不同之案情或特殊背景緣由，自無

從比附援引。從而，原處分及訴願決定認定系爭商標不具識別性而不得註冊，並無違誤。

(五)聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

五、本件爭點：系爭商標註冊有無違反商標法第29條第1項第1款規定之情形？

六、本院判斷：

(一)應適用之法令：

1.按評定商標之註冊有無違法事由，除商標法第106條第1項及第3項規定外，依其註冊公告時之規定，同法第50條、第62條定有明文。系爭商標係於民國（下同）102年12月24日申請註冊，經被告於103年6月1日核准註冊公告，故系爭商標有無違法事由，自應以100年6月29日修正公布、101年7月1日施行之商標法(下稱註冊時商標法)為斷。

2.註冊時商標法第29條第1、2項規定：「（第1項）商標有下列不具識別性情形之一，不得註冊：一、僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者。二、僅由所指定商品或服務之通用標章或名稱所構成者。三、僅由其他不具識別性之標識所構成者。（第2項）有前項第一款或第三款規定之情形，如經申請人使用且在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識者，不適用之」。

(二)系爭商標指定使用於如附圖所示商品，具有識別性：

1.按商標法第29條第1項第1款所謂商品或服務之說明，係指依一般社會通念，該標識為對於商品或服務本身的形狀、品質、功用或其他有關的成分、性質等特性之直接且明顯描述，因消費者容易將之視為商品或服務本身的說明，而不具識別來源之功能。惟如有使用證據證明該描述性標識在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識者，而取得後天識別性，依同法第29條第2項規定即不適用之。又商品或服務之標識倘非商品或服務本身之明顯直接描述，而係以隱含譬喻

方式間接暗示商品或服務形狀、品質、功用或其他有關成分、性質等特性，仍具有先天識別性而得註冊（最高行政法院99年度判字第1163號判決意旨參照）。至應如何判斷商品或服務之標識究係「直接說明」或「暗示性描述」，可參酌下列因素予以判斷：⑴參酌字典、報章雜誌對該文字之定義，俾以瞭解該文字於公眾心目中之一般意義，且隨著時間之經過或社會之演變，某特定文字於公眾心目中之一般意義，亦將隨之變化，自應以商標申請註冊時，該文字於消費者心中普遍性認知之意義為準；⑵消費者欲瞭解該文字與商品或服務之性質所須之想像力，倘所須想像力越高，即較傾向為暗示性文字；⑶相同或類似商品或服務競爭者之需求，倘競爭者需要使用該文字以表彰其商品或服務特性之需求越高，則較傾向為描述性文字。

2.系爭商標並非商品本身之明顯直接說明或描述，為具暗示性之商標：

⑴按商標識別性之判斷，以商標與指定商品或服務間之關係為依歸，如屬一般日常生活性質之用品或服務，即應以社會大眾相關消費者之觀點加以判斷，對消費者而言，該標識如具有指示商品或服務來源的功能，而非僅傳達商品或服務本身或其內容之相關資訊，應認具有識別性。查原告係全球第一家無乳糖牛乳之生產製造公司，其專營販售百分之百無乳糖之「A2」系列品牌牛乳及嬰幼兒奶粉，而系爭商標由英文字母「A」、數字「2」組成，非屬字典中存在之既有詞彙，亦無定義或可直接對應之中文詞彙，相關消費者並無法直接由該字樣得知所代表之意涵為何，當然不會認為「A2」與其所指定使用第5類嬰兒食品、第29類乳粉等商品間有何直接關聯性，非不得作為指示其商品來源之標識。

⑵被告及參加人雖均辯稱：因牛奶之蛋白質有乳清白和酪蛋白，其中β酪蛋白有兩種主要變異型，即A1-β酪蛋白、A2-β酪蛋白，而原告所產製之「A2」品牌牛奶，是源自含

有純A2-β酪蛋白的奶牛，依前揭網路文章資料及相關報導，將產出A2-β酪蛋白而不含A1-β酪蛋白之奶牛，稱為A2奶牛；A2奶牛生產的牛奶，則稱為A2牛奶，是「A2」為牛奶商品本身之說明，並提出相關之研究文章、網誌文章、媒體報導、網路文章、消費者「A2牛奶」使用心得評論、全球競爭同業使用「A2」事證。

⑶惟查：

①依參加人所提如附表證11之歐洲食品安全局報告、證63至65之科學期刊，性質上均屬國外專業之研究報告或論文，以及證73之「台灣光泉廠農通訊」(無標註發表時間)標題為「A2牛乳是基因學的一時風潮還是乳業未來？」文章，固提及牛乳之乳蛋白質中約78%是酪蛋白，β-酪蛋白約占牛乳30%蛋白質量，可分為純A1型β-酪蛋白牛乳、混合A1、A2型β-酪蛋白牛乳及純A2型β-酪蛋白牛乳，並以「A1牛乳」、「A2牛乳」分別代稱純A1型β-酪蛋白牛乳、純A2型β-酪蛋白牛乳等語，惟該文章僅係針對酪農業者發表之專業通訊，並非供一般消費者閱覽，我國相關消費者在選購商品前難以輕易接觸此種資料而獲悉「A2牛乳」有代稱「純A2型β-酪蛋白牛乳」之意。

②依參加人所提證4之網路文章，固提及「酪蛋白和乳清蛋白是牛奶中的兩種主要蛋白質…其中β-酪蛋白是一種主要的酪蛋白，A2-β酪蛋白是牛奶中β-酪蛋白的天然原型。…現在純A2型牛隻占全世界奶牛的30%，它們產出的牛奶含A2β-酪蛋白，這種牛奶就被稱為A2牛奶，而其製成的奶粉也被稱為A2奶粉」，惟其發表日期係西元2019年5月，晚於系爭商標註冊公告（103年6月1日）後，難以作為相關消費者在系爭商標申請註冊時均熟悉含有A2-β酪蛋白之牛奶即為A2牛奶，而致系爭商標不具識別性。

③依參加人所提證66之西元2009年「腹瀉的簡介」網路文章，提到A2牛奶，內容為「至於日常飲用的牛奶，不妨選擇A2牛奶(A2-milk)，因為其不含對身體有害的特殊酪蛋

白(Beta-casomorphin-7，BCM-7)成份，比較容易消化和吸收。BCM-7可能是引起人體過敏反應與慢性發炎的潛在因子。如果想多了解一點牛奶的差別與好壞，請參閱：https://authoritynutrition.com/a1-vs-a2-milk/…」；及證67之西元2011年1月7日「醫楊曉萍之網路部落格-救命飲食一書，說了什麼真相？」文章內容，提及「…cattle牛種產的酪蛋白A2、A1對健康比較不好，可是吃酪蛋白A2的人比吃到A1的健康…」等語，均為醫師就腹瀉、營養學所發表之專業醫療文章，內容雖提及「A2牛奶」乙詞，然其文章重點並非在介紹「A2牛奶」即為含有A2β-酪蛋白之牛奶，相關消費者實難於接觸此種論文後即獲悉系爭商標等同於A2牛奶(A2-milk)之觀念及印象。

④又參酌參加人所提證3之西元2017年8月18日網路文章「黃瑽寧：A2牛奶真的比較厲害？」，提及「最近在門診從一些住在國外的媽媽口中，聽到一個特別的名詞：A2牛奶。她們告訴我，A2牛奶在美國、紐澳、英國等地，幾乎席捲了各大超市，很多媽媽甚至是『非A2牛奶就不買』的極端擁護者。孤陋寡聞如我，只知道A4是紙張大小，A2牛奶是聞所未聞，請教媽媽們那是什麼東西？…趕緊上網查資料做做功課」等語。可見系爭商標註冊公告時，國內相關消費者對於「A2牛奶」所代表意涵，即牛奶中含有不同於「A1」型態的「A2-β酪蛋白」成分並不知悉，實無從認為國內相關消費者已熟悉牛乳之組成成分酪蛋白可分為「A1-β酪蛋白」、「A2-β酪蛋白」、「混合A1A2型-β酪蛋白」，而得輕易理解「A2」即為代表牛奶成份中「A2-β酪蛋白」之意。

⑤因此，在國內相關消費者尚未熟悉一般牛乳之組成成分酪蛋白，分成「A1-β酪蛋白」、「A2-β酪蛋白」情況下，則必須自行透過資料查詢或研究，以及運用一定程度的想像、思考或推理(即「A2」⇒「A2-β酪蛋白(A2-β-

casein)」⇒「純A2型β-酪蛋白牛乳」⇒「A2牛奶」)，才能理解系爭商標與其所指定之牛奶或奶粉等商品特性之關聯性，顯係以隱含方式間接指出商品有關成分、性質等特性，應為「暗示性描述」，故系爭商標仍具有先天識別性。再參以系爭商標所指定使用第5類嬰兒食品、第29類乳粉等商品，並不必然皆會有或僅含有「A2-β酪蛋白」之成分，故被告或參加人所辯國內相關消費者，可直接將系爭商標，無須思考即可輕易理解其為所指定商品含有「A2-β酪蛋白」成分之說明意涵，為描述性之標識，並無法作為商品來源之識別，尚屬無據，並不足採。

3.參加人所提證據均無法作為系爭商標不具識別性之證明：

⑴參加人評定階段提出附表所示之證據，其中證5至9、11至17、38至50、59、63至65之網路文章、研究報告、國外競爭同業商品頁面；證68之西元2010年美國愛達荷州亞太區辦事處網頁關於Kimberly's Best公司介紹及證69之該公司中文宣傳品等資料，或為簡體字或為外文資料，均非國內關於A2牛奶之資料，且亦無我國相關消費者實際接觸前開資料之人數及情形。至於本件行政訴訟提出之參證1至21、25至29、31、32之網路文章、研究報告、國內外競爭同業商品頁面等，其資料或為外文資料，或無日期顯示，或其發表日期均在系爭商標103年6月1日註冊公告日之後，均無從作為系爭商標不具先天識別性之證明。

⑵參加人所提證19、37、51至54、57、58等原告之官網資料，雖有介紹「A2-β酪蛋白」與「A1-β酪蛋白」之不同，然均屬原告在國外行銷之說明，並非為我國相關消費者所能輕易接觸或熟悉；至證28之民視新聞網鮮乳報導、證29之A2牛奶網路文章、證60之蘋果日報引用美聯社A2牛奶報導、證61之A2牛奶網路文章等資料，均為針對美國或中國、紐澳或歐洲之業者推出A2牛奶商品相關報導，並非國內發生之新聞消息，亦無從以該等資料遽認國內消費者

已熟悉「A2」即為含有「A2-β酪蛋白」成分牛奶之說明文字，而認系爭商標「A2」不具識別性。

⑶參照證10之西元2017年11月18日「A2牛奶真的很好嗎？澳新、歐盟早已駁斥，A2奶粉包裝概念美、英不認可！」網路文章，指出「因為A2蛋白是最近幾年才開始在紐西蘭、澳洲風靡的產品，A2奶也是最近『不明就裡』地開始占據高端奶製品市場，要知道A2奶究竟怎麼好，當然要看看A2蛋白和傳統A1蛋白(或者混合體)究竟有什麼不同吧！」、「A2牛奶公司的出現，從而挑起A1和A2蛋白的爭端」、「首先這個區別是由於奶牛的基因不同造成的，不同品種/基因的奶牛，是會生產出含有不同蛋白質類型的牛奶。所以牛奶裡含A1還是A2的β酪蛋白是與奶牛本身的基因有關係…大部分主流奶牛都是生產A1β酪蛋白，而由於消化酶君喜歡切A1β酪蛋白的67號位點，於是產生了一種7個胺基酸的肽鏈名稱簡稱叫做BCM-7的東西，而這個肽鏈被紐西蘭一家乳製品公司(當然是A2公司啦)認為是對人體有負面作用的！」等語，可知市場上認為自原告推出「A2」系列品牌後，A2牛奶商品與原告間即具有緊密關聯性，益徵參加人以上開證據認系爭商標不具識別性，並非可採。

4.從而，依國內相關消費者之認知及一般社會通念，因系爭商標尚非其指定商品本身之明顯直接描述，為具暗示性描述之商標，具有識別性，且參加人所提證據均無法作為系爭商標不具識別性之證明，自無商標法第29條第1項第1款規定之適用。

(三)系爭商標之註冊不影響同業使用「A2-β酪蛋白」作為商品之說明文字：

1.參加人雖以全球乳品市場已有大量業者使用「A2」於商品包裝及網站之產品介紹，用以描述含有「A2-β酪蛋白」商品，自不能由原告取得系爭商標專用權，並提出前述競爭同業之商品資料及證18之全球新產品數據庫(GNPD)商品查詢結

果等資料。惟觀諸參加人所提證13至17、證38至50、證59、68、69之競爭同業商品等資料、參證18至21之競爭同業商品頁面，均為國外相關業者，並非國內競爭同業所使用之名稱。況其等所使用之名稱為「A2 MILK」、「A2 platinum」「MLK A2」、「TRUE A2」、「ONLY A2」、「A2(A1 Free)」、「A1 & A2 Protein」等，可知業界對於「含有A2-β酪蛋白之牛奶」標示有多種方式，並非僅使用系爭商標「A2」用以描述或說明含有「A2-β酪蛋白」之牛奶商品。

2.至於國內市場上，「鮮乳坊」業者則是使用「A2β酪蛋白」、「美強生」業者是使用略小比例之「AⅡ A2β酪蛋白」做為商品標示(證75、參證23、24)。亦即國內競爭同業得選擇以「A2」結合其他文字，如「β酪蛋白」等作為描述商品成分特徵之說明文字，依商標法第36條第1項自可不受系爭商標權之效力所拘束。因此，不致於在原告取得系爭商標專用權之後，即會造成國內其他競爭同業無法使用「A2-β酪蛋白」作為含有該成分之商品說明文字，而影響市場公平競爭或商業之正常發展。故參加人前揭所辯，並非可採。

(四)國外認定「A2」系列商標不具識別性之個案，無從作為系爭商標不具識別性之證據：

1.按世界各國對商標是否具有識別性之判斷，會隨其產業發達狀況、人民消費習慣、教育普及程度乃至於對各類文字之熟悉程度而有所不同，同一商標於一國註冊後，未必即能於他國註冊，仍有因國情或相關消費者認知不同而致個案審查上之差異，基於商標註冊之屬地原則，仍應以我國相關消費者對於系爭商標圖樣之理解與認知作為識別性有無之判斷標準，不得僅因系爭商標於其他國家未能獲准註冊，即逕認於我國亦不應獲准註冊或不具有識別性。

2.依參加人所提「A2」、「a2」系列商標於歐盟、墨西哥、韓國、新加坡、美國、泰國、澳洲商標核駁決定書或商標異議決定書（證20至26、證30至36、證55至56、證62、證70至72、證74、77)，雖有認「A2」、「a2」系列商標不具識別性

為由而駁回商標註冊之個案，惟依原告提出答證6、14之全球多國註冊資料等資料，亦有在紐西蘭、巴西、中國等其他國家取得商標註冊之事證。堪認在各國對於「A2」、「a2」系列商標之使用情形及消費者認知未盡相同，案情並非相當，自不得援引執為本案有利之論據。至於參加人所舉原告另案註冊第01362638號「A2 MILK」商標，業經被告以逾3年未使用為由，於111年1月16日公告廢止註冊（參證33），核與系爭商標是否具有識別性無涉，附此敘明。

七、綜上所述，本件系爭商標之註冊並無註冊時商標法第29條第1項第1款所定不准註冊之事由，被告所為系爭商標註冊應予撤銷之原處分，核有違誤，訴願決定予以維持，亦有未合。從而，原告訴請撤銷原處分及訴願決定，為有理由，應予准許。

八、本件判決基礎已經明確，當事人其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無再逐一論述之必要。

九、結論：本件原告之訴為有理由，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　20　　日

智慧財產第一庭

審判長法　官　蔡惠如

法　官　陳端宜

法　官　吳俊龍

以上正本證明與原本無異。

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
㈠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。
㈡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㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　28　　日

書記官　蔣淑君