

智慧財產及商業法院行政判決

111年度行商訴字第93號

民國112年6月29日辯論終結

原告 德商卡爾蔡司醫技股份有限公司
(CARL ZEISS MEDITEC AG)

上一人共同

代表人 賀格·詹斯曼特爾(Holger Gensmantel)
沙夏·費柏(Sascha Faber)

訴訟代理人 何愛文律師(兼送達代收人)
葉家宇律師

複代理人 劉彥玲律師

訴訟代理人 洪振盛律師

被告 經濟部智慧財產局

代表人 廖承威

訴訟代理人 孫重銘

參加人 濰視科技股份有限公司

代表人 黃瑞屏

訴訟代理人 李易撰律師
許家華律師

劉誠夫律師(兼送達代收人)

上列當事人間因商標異議事件，原告不服經濟部中華民國111年1月3日經訴字第11106308540號訴願決定，提起行政訴訟，並經本院命參加人獨立參加本件訴訟，本院判決如下：

主 文

原處分及訴願決定均撤銷。

被告應就註冊第2086620號「濰視全飛秒smile及圖」商標作成撤銷註冊之處分。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

01 本件被告代表人原為洪淑敏，於民國112年3月20日變更為廖
02 承威，並於同年5月29日具狀聲明承受訴訟(本院卷第421至4
03 25頁)，核無不合，應予准許。

04 貳、實體事項：

05 一、事實概要：

06 參加人於109年3月4日以「濰視全飛秒標章（一）」（嗣修正
07 為「濰視全飛秒smile及圖」）商標，指定使用於被告所公
08 告商品及服務分類第35類之「廣告；廣告企劃；廣告設計；
09 廣告概念開發；報章廣告設計；雜誌廣告設計；網路廣告設
10 計；各種廣告招牌設計；廣告美術設計；型錄設計；商標設
11 計；產品簡介設計；企業識別體系設計；廣告模型設計；為
12 企業企劃折扣卡以促銷其商品或服務為目的之服務；廣告版
13 面設計；戶外廣告；電視廣告；電台廣告；郵購型錄廣告；
14 廣告製作；廣告促銷模型製作；廣告資料更新；各種廣告招
15 牌製作；廣告稿撰寫；廣告劇本編寫；廣告代理；傳播媒體
16 廣告時段租賃；廣告宣傳；樣品分發；張貼廣告；廣告宣傳
17 品遞送；為他人促銷產品服務；電腦網路線上廣告；商品現
18 場示範；廣告宣傳本出版；為他人提供促銷活動；為零售目
19 的在通訊媒體上展示商品；商店櫥窗裝飾；商店擺設設計；
20 廣告片製作；市場行銷；電話行銷服務；為促銷的搜尋引擎
21 最佳化；網站訪問量最佳化；每點擊付費廣告；為商業或廣
22 告目的編網頁索引；為商業或廣告目的彙編資訊索引；飛行
23 常客方案的管理；消費者忠誠度方案的管理；電視購物節目
24 製作；廣告傳播策略諮詢；經由贊助體育賽事宣傳商品及服
25 務；目標行銷；為軟體發行業者提供行銷服務；為商業或廣
26 告目的提供使用者評論；為商業或廣告目的提供使用者排
27 名；為商業或廣告目的提供使用者評分；代理進出口服務；
28 代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品
29 之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；代理國內外廠商
30 各種產品之報價投標經銷；為其他企業採購商品及服務；協
31 助企業對外採購服務；開發票服務；代理彩券經銷；提供商

品行情；成本價格分析；提供各種產品之價格比較及評估；價格比較服務；百貨公司；超級市場；便利商店；購物中心；郵購；電視購物；網路購物；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；量販店；百貨商店；醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用輔助品零售批發」（嗣減縮其中「醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用輔助品零售批發」）服務，向被告申請註冊，並聲明不就商標圖樣中之「全飛秒」文字主張商標權，經被告核准列為註冊第2086620號商標（下稱系爭商標，圖樣如本判決附圖1所示）。嗣原告之前手卡爾蔡司股份有限公司以系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第11款及第12款規定，檢具申請第109031026號「全飛秒」商標、申請第109031030號「SMILE全飛秒」商標、申請第109031038號「Smile全飛秒及圖」商標、申請第109031034號「微笑全飛秒」商標（下分別稱據以異議商標1、2、3、4，合稱據以異議商標，圖樣如本判決附圖2所示），對之提起異議，復由原告聲明承受異議，原告並僅就主張系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第11款規定部分提出異議理由，至於第12款規定部分則未補正異議理由。案經被告審查，以111年7月26日中台異字第1090740號商標異議審定書為「主張商標法第30條第1項第11款規定部分，異議不成立」、「主張商標法第30條第1項第12款規定部分，異議不受理」之處分。原告對前揭異議不成立部分處分不服，提起訴願，復遭經濟部為訴願駁回之決定，原告仍未甘服，遂依法提起本件行政訴訟。本院因認本件判決結果，倘認為訴願決定及原處分應予撤銷，參加人之權利或法律上利益恐將受有損害，爰依職權裁定命參加人獨立參加本件訴訟。

二、原告聲明請求撤銷原處分與訴願決定，被告應就系爭商標作成撤銷註冊之處分。並主張：

原告提出諸多證據證明據以異議商標在系爭商標於西元2020年3月4日申請註冊前已成為著名商標，其中，全臺灣近視雷

射市占率超過50%之大學眼科診所及據點遍佈全臺的諾貝爾眼科診所，皆已大量宣傳，且經營據以異議商標所使用商品或服務之相關業者便是眼科診所及眼科醫師，相關消費者知悉據以異議商標「SMILE全飛秒」是由原告所提供之眼科雷射手術儀器及服務。再經由網紅及眼科診所業者利用YouTube網路平台傳播吸引觀看及分享，在參加人申請系爭商標註冊前，據以異議商標已在臺灣廣泛使用，成為眼科雷射手術業界之著名商標，並為相關業者及消費者所知悉。參加人經營眼科診所且為雷射手術儀器之經銷商，代理與原告相競爭廠牌之眼科雷射手術儀器，所選用之雷射手術儀器為與原告居於競爭地位之「Smart transPRK」雷射手術，對於在眼科雷射手術業界高度知名之據以異議商標實難諉為不知，卻以經被告定為近似程度不低之系爭商標申請註冊於第35類服務上，主觀上難辭攀附據以異議商標著名信譽之不法意圖，客觀上亦使相關消費者或業者誤認其所表彰之服務亦係原告所提供，或誤認其與原告間存在關係企業、授權關係或其他類似關係，參加人雖將系爭商標減縮「醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發」服務，減縮後之服務仍有可能使相關消費者產生混淆誤認，並有減損據以異議商標之識別性之虞。依商標法第30條第1項第11款前段及後段之規定，系爭商標均不得註冊。

三、被告聲明求為判決原告之訴駁回，並抗辯：

(一)系爭商標之註冊應無商標法第30條第1項第11款所定之適用，審酌如下：

1.商標識別性之強弱：

兩商標上之中文「全飛秒」係將醫學界及學術界屬商品或服務通用名稱「飛秒雷射」之「飛秒」二字與「全」字相結合，使用於眼科雷射手術儀器商品及服務，或於系爭商標指定使用之服務，為「手術過程中全程使用飛秒雷射」之意，為該等商品或服務之說明，不具識別性。而外文「SMILE」或「Smile」，為「Small Incision Lenticule Extractio

n」(微創角膜透鏡萃取)之縮寫，概念上並未直接傳達據以異議商標所使用之商品/服務本身或與其內容有關之相關資訊，具相當識別性；另據以異議商標4其上之中文「微笑」，概念上並未直接傳達所使用商品/服務本身或與其內容有關之相關資訊，相關消費者會直接將之視為據以異議商標中指示及區別來源之重要部分，亦具相當識別性。至系爭商標之中文「濊視」為參加人之公司名稱特取部分，是以「濊視」與「smile及圖」為系爭商標中指示及區別來源之重要部分，具相當識別性。

2. 商標是否近似暨其近似之程度：

系爭商標與據以異議商標1相較，系爭商標有中文「濊視」、兩商標皆有「全飛秒」，惟全飛秒部分不具識別性，系爭商標與據以異議商標1近似程度低；而系爭商標與據以異議商標2、3相較，均有外文「SMILE」，或有相似之微笑形狀弧形設計，予消費者外觀印象、設計概念上均有相似之處，依一般社會通念及市場交易情形，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二者來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯，應屬構成近似程度不低之商標；另系爭商標與據以異議商標4相較，據以異議商標4「微笑」字樣後接於眼科雷射手術儀器商品及服務之說明中文「全飛秒」，二者文字組合設計予消費者外觀印象、設計概念上均有相似之處，依一般社會通念及市場交易情形，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二者來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯，應屬構成近似程度不低之商標。

3. 據以異議商標是否為著名商標：

審諸原告所附資料可知原告係眼科雷射手術儀器之製造公司，網路搜尋2014年、2016年影片檢索資料頁面，得知我國業者業於影音網站介紹標有據以異議「SMILE全飛秒」商標之眼科雷射手術情形。惟多數證據資料，或無日期可稽，或為晚於系爭商標申請註冊日之事證，或未見據以異議商標1

至4於其上，或為中國大陸或香港之診所使用情形或心得分享，無法作為據以異議商標於系爭商標申請註冊前已為我國相關事業或消費者所熟知之事證。雖有部分事證可見於醫療院所網站及張貼之影片、媒體之報導資料及影片、消費者心得分享影片截圖及網頁內容簡介，有據以異議商標1、2、3之使用情形，該等診所所有將接受標有據以異議諸商標之眼科雷射手術之消費者心得張貼於其網站或相關影片之情形，然數量亦屬有限，且媒體報導資料亦不多，消費者心得分享之情形亦不廣，尚難憑該等有限之報導或診所使用情形，認據以異議商標1、2、3於系爭商標申請註冊日前所表彰之信譽已為我國相關事業或消費者所熟知而達著名商標之程度。另原告並未提出據以異議商標4之相關使用事證，尚無法認定該商標是否經原告使用已達相關消費者熟悉之程度。

(二)甲證6至8報導日期晚於系爭商標申請註冊日外，由甲證7可知大學眼科診所亦提供LASIK、transPRK、植入式微型鏡片等屈光矯正術式，尚無從由該等資料得知相關事業或消費者知悉之情形；另商標法第30條第1項第11款規定之適用，係以據以異議商標於系爭商標申請時已臻著名為前提要件，若據以異議商標並非著名，系爭商標即無本款規定之適用，依現有證據資料，尚難認定據以異議商標業經原告使用於系爭商標申請時已臻著名，已如前述，自無庸論究系爭商標註冊申請是否出於善意。

四、參加人聲明求為判決原告之訴駁回，並主張：

「全飛秒」僅為手術所涉及的雷射技術之說明，並非指向單一商品或服務的提供者，不應由任何人所獨佔。又甲證6顯示「smile全飛秒」等文字或描述係指涉特定醫療行為中的手術名稱或手術方式，並非用以表彰商品或服務之來源，而甲證9通篇未敘及據以異議商標，僅介紹大學光、大學眼科，所列舉之數字僅為片面之一方說詞，無從檢證查核其統計數據之正確性，甲證9所記載有關大學眼科市占率之相關數據並無任何代表性與可信性，無法做為據以異議商標已臻

著名之依據，原告並未提出使用據以異議商標4之具體事證，無從證明據以異議商標4已經原告使用，達於廣為相關消費者熟悉之程度。據以異議商標採用「飛秒」之文字，僅為說明或指涉醫療行為中的手術名稱或方式，並非表彰商品及服務來源，不具有識別性。而系爭商標係以「濫視」中文搭配不具識別性之「全飛秒」中文以及「smile」英文，無論整體或割裂觀之，主要識別部分均為參加人所欲表彰之「濫視」2字，若以不具識別性之「全飛秒」以及「smile」比對即認定兩商標構成近似，不符商標法之規範。又參加人已聲明不就系爭商標中「全飛秒」文字主張商標權，並減縮「醫療器材零售批發；醫療用材料；醫療用補助品零售批發」服務，並無惡意申請註冊商標之情事。

五、本件法官依行政訴訟法第132條準用民事訴訟法第270條之1第1項第3款、第3項規定，整理兩造及參加人不爭執事項並協議簡化爭點如下：

(一)不爭執事項：

如事實及理由欄貳、一、事實概要所示。

□(二)本件爭點：

系爭商標之註冊是否有違反商標法第30條第1項第11款規定？

六、得心證之理由：

(一)商標法第30條第1項第11款前段：

1.按商標「相同或近似於他人著名商標，有致相關公眾混淆誤認之虞者」，不得註冊，商標法第30條第1項第11款前段定有明文。此一規定是為保護在先著名商標，防止該著名商標所表彰的來源遭受混淆誤認之虞，有被告之「商標法第30條第1項第11款著名商標保護」審查基準前言第二段可參。又本條款之適用以申請註冊商標有致相關公眾與他人著名商標產生混淆誤認之虞為前提。綜觀被告之上開基準及「混淆誤認之虞」審查基準，判斷兩商標有無本條款所定可能使人產生混淆誤認，應綜合參考：1、據以異議商標是否已著名；2、商標近似程度；3、商品/服務類似之程度；4、商標識別

性強弱；5、系爭商標之註冊申請是否善意；6、相關消費者對各商標熟悉之程度等因素。

2. 據以異議商標與系爭商標高度近似：

參加人稱系爭商標圖樣「」係以「濰視」中文搭配不具識別性之中文「全飛秒」中文以及英文「smile」，無論整體或割裂觀之，主要識別部分均為參加人所欲表彰之「濰視」2字，故不應以不具識別性之「全飛秒」以及「smile」比對即認定與據以異議商標構成近似云云。然查，原處分已認定系爭商標與據以異議商標2、3相較，均有相同之外文「SMILE」，且或有相似之微笑形狀弧形，予消費者外觀印象、設計概念上均有相似之處，依一般社會通念及市場交易情形，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二者來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯，應屬構成近似程度不低之商標。又在被告另案核駁第T0409313號核駁審定書(甲證17，見本院卷第293至294頁)中，被告認定與系爭商標圖樣完全相同之該案商標圖樣，係由中外文「濰視」、「全飛秒」、「smile」與弧線圖構成，而原告所有之據駁商標「SMILE」圖樣，則由外文「SMILE」構成，經相較兩商標皆有相同之識別外文「SMILE」，兩者圖樣相彷彿，且消費者會直接將原告所有之「SMILE」商標視為指示及區別來源之標識，具有相當之識別性，故具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會有所混淆而誤認二商品來自同一或有關聯之來源，屬構成高度近似之商標。承上，足認本件據以異議商標與系爭商標高度近似。

3. 據以異議商標與系爭商標指定之服務相同或高度類似：

據以異議商標包括指定使用於第35類之「代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢」與系爭商標指定者相同，且與系爭商標指定使用於第35類之「為其他企業採購商品及服務；協

助企業對外採購服務；提供商品行情；成本價格分析；提供各種產品之價格比較及評估；價格比較服務」等服務相較，在滿足消費者的需求上以及服務提供者、消費族群等因素上，具有共同或關聯之處，屬高度類似關係。是以，據以異議商標與系爭商標指定之服務相同或高度類似。

4. 據以異議商標具有相當識別性：

據以異議商標或由單純中文「全飛秒」所構成，或由中文及外文「SMILE全飛秒」所組成，或由字體較大「SMILE」置於中央，字體較小中文「全飛秒」置於上方，下方有微笑形狀之弧線設計所聯合構成，或係由單純中文「微笑全飛秒」所構成。商標圖樣之中文「全飛秒」係將依醫學界及學術界屬於商品或服務通用名稱「飛秒雷射」之「飛秒」，與有「全部的、整個的」意思的字首「全」字結合，使用於眼科雷射手術儀器商品及服務，或於系爭商標指定使用之服務，予相關消費者之觀念、印象僅為形容手術或治療過程中全程使用飛秒雷射之意，為該商品或服務之說明，難認具有識別性或其識別性甚低，至於據以異議商標2、3外文「SMILE」或「Smile」，及據以異議商標4中文「微笑」，予消費者有微笑、笑容之意，與「全飛秒」結合，並未直接傳達據以異議商標所使用之商品或服務本身或與其內容有關之相關資訊，相關消費者會直接將「SMILE/「smile及圖」、「微笑全飛秒」視為指示及區別來源之重要部分，具有相當識別性。

5. 系爭商標之註冊申請難認為善意：

本件原處分及訴願決定雖皆未審酌系爭商標之註冊申請是否為善意，惟參加人經營醫療器材批發零售業（參異議申證4，即甲證10），在晚於據以異議商標「SMILE全飛秒」商品及服務在台上市後數年始引進與原告及據以異議商標毫無任何關係且處於競爭地位之「Smart transPRK」眼科雷射儀器，並於其「濰視眼科」診所促銷（參異議申證5，即甲證11）。此外，參加人早在106年間即註冊不含「SMILE全飛秒」之「 濰視眼科」商標於第9、10、35、37及44類商品及服務

(參異議申證8，即甲證12)，卻於109年間再申請高度近似於據以異議商標2、3圖樣之系爭商標，其申請顯難認為善意。又被告於系爭商標之核駁先行通知書已敘明：「本案申請人指定使用於第35類之『醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發』服務，與德商Zeiss公司生產、製作、販售醫療用雷射等醫療儀器類商品係屬類似之商品或服務，兩者為同業關係，衡酌各國間貿易往來頻繁且網路資訊流通迅速，不難藉由各種相關商情資訊傳遞管道調查所欲經營之產品資訊，而得知該公司商標之存在，衡諸一般經驗法則，實難諉為巧合，顯有知悉德商Zeiss公司先使用「SMILE」商標之存在且意圖仿襲而以不正競爭行為搶先申請註冊之情事」(參甲證5)，參加人雖然捨棄「醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發」服務之註冊，並聲明「全飛秒」不專用，但系爭商標圖樣仍有原告先使用之「SMILE」圖樣。承上，參加人申請註冊系爭商標難認為出於善意。

6. 據以異議商標2、3於系爭商標申請註冊前已成為相關事業及消費者所普遍知悉之著名商標：

(1) 經查，原告已提出甲證8、9、16、18、19、20、22、23、訴願證2至11、異議申證三、六、十、十二、十三、十四等證據，其中甲證22影片之觀看次數高達10多萬次，甲證23及申證12影片之觀看次數更高達100多萬次，足以證明據以異議商標於系爭商標109年3月4日申請註冊前已成為著名商標。茲整理說明如下：

① 甲證8：微笑眼科診所(2019年4月15日)、諾貝爾眼科診所(2020年1月11日)、大愛眼科診所(2017年引進)、「醫美時尚雜誌」(2020年1月31日)於109年3月4日前介紹原告之SMILE全飛秒近視雷射，皆顯示據以異議商標2或據以異議商標3之圖樣。

② 甲證9、甲證9-1：2020年3月17日甲證9係引用2020年3月4日甲證9-1之新聞報導「大學眼科診所」在全臺灣近視雷

射的市占率即占5成，在全臺各地擁有22家診所，每年診
治人次（包括近視雷射）超過70萬。

③甲證16：參加人於2019年10月24日在其官網張貼消費者分
享其接受參加人之近視雷射手術之心得，其中記載該消費
者在手術前經由GOOGLE搜尋便可得知當時的雷射手術有四
種，包括原告2011年之「SMILE全飛秒」雷射。

④甲證18：大學眼科於2020年1月15日上傳YouTube的「SMIL
E全飛秒」近視雷射介紹影片，說明原告所提供之「SMILE
全飛秒」眼科雷射手術儀器及服務是結合原告之精密光學
技術與諾貝爾獲獎之雷射技術，有顯示據以異議商標2、3
圖樣。

⑤甲證19：大學光學集團之2019年年報節本記載大學眼科診
所在2019年全臺灣近視雷射的市占率即占5成，飛秒無刀
雷射手術的市占率更超過75%以上。

⑥甲證20：大學眼科於2020年2月25日上傳YouTube的「SMIL
E全飛秒」近視雷射的衛教影片，說明當時全球已有超過2
00萬名近視患者接受由原告所提供之「SMILE全飛秒」眼
科雷射手術儀器及服務。

⑦甲證22：網紅天菜小姐於2020年2月13日上傳YouTube介紹
其在諾貝爾眼科診所接受「SMILE全飛秒」近視雷射手術
的影片，有超過11萬觀看次數，影片中隨處可見據以異議
商標2及3。

⑧甲證23：網紅路路LULU於2019年8月20日上傳YouTube介紹
其接受「SMILE全飛秒」近視雷射手術的影片，有超過100
萬觀看次數。

⑨訴願證2：2017年5月9日患者在「痞客邦」發表之「【高
雄近視雷射推薦】高雄近視權威醫師也是有啦!但有全無
刀Smile全飛秒雷射儀器」之術後分享文章，文章中顯示
據以異議商標2及據以異議商標3。

⑩訴願證3：2018年9月20日患者在「ptt部落格」發表其在
新竹「遠見眼科」接受「SMILE全飛秒」近視雷射手術之

01 分享文章，文章中顯示據以異議商標3。

02 ⑪訴願證4：2019年4月15日陳永煌醫師發表之「眼科醫師兒
03 子收到最好的畢業禮物-SMILE全飛秒近視雷射-陳X豪」分
04 享文章，文章中顯示據以異議商標2及據以異議商標3。

05 ⑫訴願證5：2019年11月6日劉醫師發表之「公立醫學中心主
06 治醫師的最佳選擇-SMILE全飛秒近視雷射-劉X霖」之術後
07 分享文章。

08 ⑬訴願證6：2020年1月11日張小姐發表之「SMILE全飛秒近
09 視雷射秘書張○婷小姐」之術後分享文章，文章中顯示據
10 以異議商標2及據以異議商標3。

11 ⑭訴願證7：摘自大愛眼科官網、顯示該連鎖診所於2016年
12 即啟用德國蔡司SMILE全飛秒近視雷射之網頁資料，點擊
13 並開啟該網頁最下方之YouTube影片，顯示影片上傳日期
14 為2020年1月17日，影片中顯示據以異議商標3。

15 ⑮訴願證8：刊於2020年1月31日「醫美時尚雜誌」，介紹諾
16 貝爾眼科引進德國蔡司Smile全飛秒近視雷射手術一文，
17 文章中顯示據以異議商標2及據以異議商標3。

18 ⑯訴願證9：刊於2020年2月20日「2020年2月份柯夢波丹雜
19 誌」，介紹張朝凱醫師引進德國蔡司Smile全飛秒近視雷
20 射手術一文，文章中顯示據以異議商標2及據以異議商標
21 3。

22 ⑰訴願證10：YouTube列表顯示在系爭商標申請註冊前已有
23 許多消費者（包含各界人士或訂閱／點閱量甚高之網紅或
24 YouTuber）接受據以異議商標2「SMILE全飛秒」之眼科雷
25 射手術後之例示心得分享影片資料。

26 ⑱訴願證11：與甲證9同。

27 ⑲異議申證三：在Google以「蔡司SMILE全飛秒」為關鍵字
28 搜尋2020年3月4日前資料所得到的大量搜尋結果。

29 ⑳異議申證六：2017年9月29日文章顯示至2017年全球已有
30 超過百萬患者接受原告之「SMILE全飛秒」近視雷射手術
31 ，及國內已廣泛使用據以異議商標「SMILE全飛秒」之眼

科雷射手術儀器及服務之資料。

⑳異議申證十：至2020年底，全球逾四百萬位患者受惠於據以異議商標「SMILE全飛秒」之眼科雷射手術之報導。

㉑異議申證十二：2020年3月4日前消費者接受「SMILE全飛秒」眼科雷射手術之心得分享影片及在YouTube之例示查詢結果，其中店1異議卷第112頁反面更顯示據以異議商標3。

㉒異議申證十三：2019年12月18日發表之「【國標舞老師】5000字熱血大分享－SMILE全飛秒近視雷射」經驗分享文章。

㉓異議申證十四：2020年2月21日「馬來西亞演員劉倩妏SMILE全飛秒近視雷射|成功經驗」分享文章，文章中顯示據以異議商標2及據以異議商標3。

(2)次查，原告提出以Google搜尋引擎以「SMILE全飛秒」為關鍵字查詢，所得結果會出現據以異議商標2「SMILE全飛秒」（參甲證6、異議申證三），又異議申證十四之文章介紹原告之「SMILE全飛秒」雷射，文章所附照片中亦出現據異議商標3，足以使消費者知悉二者皆指向原告所提供之眼科雷射儀器及服務。上開證據已顯示原告於系爭商標申請日前已大量使用據以異議商標2及據以異議商標3。

(3)被告辯稱大學眼科診所亦提供LASIK、transPRK等近視雷射手術，尚無從由甲證9得知相關事業或消費者知悉據以異議商標所表彰之服務之情形云云。參加人亦陳稱原告並未說明如何由甲證9推論原告之商品服務於是時已為相關事業或消費者知悉云云。然查，2020年3月17日甲證9係引用2020年3月4日甲證9-1之新聞報導，已如前所述，可知甲證9-1之新聞報導日期與系爭商標申請日相同，應於系爭商標申請日前已存在，原處分已認定大學眼科在系爭商標申請註冊前便已使用標有據以異議商標之眼科雷射手術，故被告及參加人上開主張顯與原處分前後矛盾。又由大學眼科於2020年1月15日上傳的YouTube影片(甲證18)可知，大學眼科診所在系爭

商標申請註冊前，便已向相關消費者說明「SMILE全飛秒」是由原告所提供之眼科雷射手術儀器及服務。大學眼科亦於2020年2月25日（早於系爭商標申請日）上傳「SMILE全飛秒」近視雷射的衛教影片（網址：www.youtube.com/watch?v=6ZX51tfFJTA；甲證20），使相關消費者得知在系爭商標申請註冊前，全球已有超過200萬名近視患者接受由原告所提供之「SMILE全飛秒」眼科雷射手術儀器及服務。再者，由大學眼科提供「衛教影片」亦可知，大學眼科在系爭商標申請註冊前確實已為消費者提供原告之「SMILE全飛秒」眼科雷射手術儀器及服務。此外，被告在核駁第T0409313號核駁審定書（甲證17）中亦說明當眼科診所在向相關消費者介紹近視雷射手術時，會說明「SMILE」雷射手術是使用原告蔡司（ZEISS）公司之手術儀器進行。因此，即便大學眼科診所亦提供LASIK、transPRK等近視雷射手術，從大學眼科所有宣傳活動主要均是針對「SMILE全飛秒」，鮮少針對「LASIK」及「transPRK」，頂多是在介紹「SMILE全飛秒」雷射手術服務時，順帶提出比較，顯見其主要宣傳及施行的是原告之「SMILE全飛秒」雷射手術，故上開證據亦足以證明在系爭商標申請註冊前，大學眼科診所之大量宣傳已使相關消費者知悉據以異議商標「SMILE全飛秒」是由原告蔡司（ZEISS）公司所提供之眼科雷射手術儀器及服務，據以異議商標2、3確已廣為相關消費者所普遍知悉。

(4)在系爭商標申請註冊前，據以異議商標2、3亦已為相關事業所普遍知悉：

按「商標法上之消費者應指足以適切反應商品或服務交易流通之人，從市場運作角度亦即供給、需求雙方，應指需求者而言。商標法所謂消費者，就是在交易過程中之商品或服務需求方，並不以最終消費者為限，交易型態亦不僅只於購買者而已。是以在解釋我國商標法所謂之消費者，不能望文生義，否則無法達成商標制度之功能及市場競爭之目的，亦不能與消費者保護法之『消費者』作相同解釋，亦無從作其他

對商標法上消費者限縮之定義。我國經濟部頒布之『商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準』，對於商標法施行細則第31條著名商標規定之『廣為相關事業或消費者所普遍認知者而言』，解釋『所稱之相關事業或消費者，係以商標所使用商品/服務交易範圍為準，包括下列三種情形，但不以此為限：1. 商標所使用商品或服務之實際或可能消費者。2. 涉及商標所使用商品或服務經銷管道之人。3. 經營商標所使用商品或服務之相關業者。』係就事業或消費者一併定義，故所列3款情形均可解釋消費者及事業，不應區分消費者或事業，且不以3款情形為限，則其範圍甚廣，應採廣義解釋，與本判決上開解釋並不衝突，自不因上開基準僅第1款提及消費者，而其他兩款未提及消費者而有異。」（最高行政法院103年度判字第712號行政判決意旨參照），由此可知，若商標為涉及商標所使用商品或服務經銷管道之人或經營商標所使用商品或服務之相關業者所普遍認知，則亦應認定為著名商標。就本件而言，經營據以異議商標所使用商品或服務之相關業者便是眼科診所及眼科醫師，而由以下說明可知，上述業者在系爭商標申請註冊前便已普遍知悉據以異議商標2、3：

①原處分已認定在系爭商標申請註冊前，使用標有據以異議商標之眼科雷射手術之診所有5家診所（即大學眼科、諾貝爾眼科、微笑眼科、台北大愛眼科、優爾視眼科），其中大學眼科診所全臺灣近視雷射市占率超過50%、諾貝爾眼科診所為大型連鎖眼科診所，已如前述。此外，被告於系爭商標之核駁先行通知書中亦說明：「德商卡爾·蔡司 Carl Zeiss Meditec AG（以下簡稱Zeiss公司）研發出的一款近視雷射手術儀器名稱，以『smile全飛秒』作為商標使用，在網路搜尋引擎Google及Yahoo網站搜尋『全飛秒』，可查出眾多眼科診所（例如大愛眼科…等）介紹『全飛秒』、『smile全飛秒』近視雷射的相關資訊，此等提供消費者『全飛秒』、『smile全飛秒』近視雷射醫療服

務的眼科診所，皆為據駁商標權人之客戶」(參甲證5)。

②由前開證據資料可知，在系爭商標申請前，我國數家眼科醫療院所及大型連鎖診所已提供「SMILE全飛秒」眼科雷射手術儀器及服務，就據以異議商標2、3知之甚詳。

(5)綜上可知，據以異議商標2、3於系爭商標申請註冊前已成為相關事業及消費者所普遍知悉之著名商標。至於據以異議商標4，因原告並未提出相關使用事證，尚無法認定該商標是否經原告使用已達相關消費者熟悉之程度。

7.相關消費者對異議商標較為熟悉，給予較大之保護：

被告之「混淆誤認之虞」審查基準5.6.2闡明：「相關消費者對衝突之二商標如僅熟悉其中之一者，則就該較為被熟悉之商標，應給予較大之保護」。如前所述，於系爭商標申請註冊前，據以異議商標2、3已成為相關事業或消費者所普遍知悉之著名商標，已如上述，相較於參加人之系爭商標，消費者對系爭商標較不熟悉，據以異議商標2、3自應受到較大之保護。

8.承上，據以異議商標2、3於系爭商標申請註冊前已成為相關事業及消費者所普遍知悉之著名商標，據以異議商標2、3與系爭商標高度近似，據以異議商標與系爭商標指定之服務具有關聯性，據以異議商標具有相當識別性，系爭商標之註冊申請難認為善意，且相關消費者對據以異議商標較為熟悉，應給予較大之保護，系爭商標之註冊足以使相關公眾產生混淆誤認之虞。因此，依商標法第30條第1項第11款前段規定，系爭商標不應獲准註冊。。

(二)商標法第30條第1項第11款後段：

1.按商標「相同或近似於他人著名商標，有減損著名商標之識別性或信譽之虞者」，不得註冊，商標法第30條第1項第11款後段定有明文。被告之「商標法第30條第1項第11款著名商標保護」審查基準第3.1.1節亦闡明：「所謂減損著名商標識別性之虞係指著名商標之識別性有可能遭受減弱，亦即當著名商標使用於特定之商品或服務，原本僅會使人產生某

一特定來源之聯想，但當未取得授權之第三人之使用行為，逐漸減弱或分散該商標曾經強烈指示單一來源的特徵及吸引力時，最後該曾經強烈指示單一來源的商標很有可能將會變成指示二種或二種以上來源的商標，或使該商標在社會大眾的心中不會留下單一聯想或獨特性的印象。」

2. 據以異議商標2「SMILE全飛秒」及據以異議商標3「
- 」係指示原告所提供之眼科雷射手術儀器及服務，及相關的進出口、經銷等服務。參加人將系爭商標指定使用於第35類之服務，將減弱或分散據以異議商標2、3強烈指示單一來源的特徵及吸引力，使據以異議商標2、3在社會大眾的心中不會留下單一聯想或獨特性的印象，顯然會稀釋或弱化據以異議商標2、3的識別性。
3. 最高行政法院大法庭111年度大字第1號裁定（下稱「系爭裁定」）認定：「商標法第30條第1項第11款後段規定所稱『著名商標』，係指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知之商標，無須達一般消費者普遍知悉之程度，始有該款後段規定之適用。」而原告已證明據以異議商標之知名度在系爭商標申請註冊日前至少已達相關事業或消費者所普遍認知的著名程度。因此，依系爭裁定見解，據以異議商標顯然適用商標法第30條第1項第11款後段規定。系爭裁定另記載：「至於是否有減損著名商標之識別性或信譽之虞，則應參酌商標著名之程度、商標近似之程度、商標被普遍使用於其他商品/服務之程度、著名商標先天或後天識別性之程度及系爭商標權人是否有使人將其商標與著名商標產生聯想的意圖之其他等因素綜合判斷。」據以異議商標著名之程度已如前述，此外，原處分已認定據以異議商標與系爭商標構成近似程度不低之商標，再者，原處分亦認定據以異議商標具相當識別性，且被告亦已核准與據以異議商標2及據以異議商標3相同之圖樣於第10類、第44類之註冊，有被告商標註冊資料3紙可資證明（見本院卷第513、515、517頁），其識別性實無庸置疑。原告亦已證明參加人作為進口

與原告相競爭之眼科雷射手術儀器之代理商，參加人註冊系爭商標易使相關事業或消費者與著名之據以異議商標產生聯想，其註冊之行為難認為係善意。

4.參加人雖陳稱：「參加人申請系爭商標，於該商品服務類別中有實際使用之需求」（參加人112年5月29日準備程序簡報第17頁，見本院卷第437頁）。惟若參加人真有實際使用於第35類服務之需求，參加人作為進口與原告相競爭之眼科雷射手術儀器廠商之代理商，理應申請與其實際採用之「Smart transPRK」雷射技術相關的商標，例如「濰視Smart transPRK」，而不應申請與「Smart transPRK」毫無關係，且居於競爭地位之「全飛秒smile」作為商標之主要部分。參加人此舉顯然是意圖攀附據以異議商標之著名信譽，不但會使相關公眾產生混淆誤認，且當參加人將系爭商標實際使用於所指定之第35類服務後，消費者會誤以為「SMILE全飛秒」不僅是指原告公司所提供之眼科雷射手術儀器及服務，還可能是指參加人所指定之該等第35類服務，因而減損據以異議商標之識別性。

5.承上可知，系爭商標之註冊及使用顯有稀釋/弱化已廣為相關事業或消費者所認知之據以異議商標2、3強烈指示單一來源之識別性之虞。因此，依商標法第30條第1項第11款後段規定，系爭商標亦不應獲准註冊。

七、綜上所述，在參加人申請系爭商標註冊前，據以異議商標2、3已在臺灣廣泛使用，成為眼科雷射手術業界之著名商標，並為相關業者及消費者所知悉，系爭商標與據以異議商標2、3近似程度不低，使用於具有關聯性之服務，兩商標均具有識別性，且相關消費者對據以異議商標2、3較為熟悉，而系爭商標之註冊申請無法認定為善意，且有致相關公眾混淆誤認之虞，依商標法第30條第1項第11款前段規定，系爭商標不應獲准註冊。又參加人將系爭商標申請註冊於第35類服務上，顯有稀釋/弱化已廣為相關事業或消費者所認知之據以異議商標2、3所強烈指示單一來源之識別性之虞，因

此，依商標法第30條第1項第11款後段規定，系爭商標亦不應獲准註冊。被告認系爭商標之註冊並無商標法前開規定情形，所為系爭商標之異議不成立之處分，顯有違誤；訴願決定予以維持，亦有未合。原告訴請撤銷原處分及訴願決定，並命被告應作成系爭商標之註冊應予撤銷之處分，為有理由，應予准許。

八、本件事證已明，兩造及參加人其餘主張或答辯有無理由，已與本件判決結果無涉，爰毋庸一一論列，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為有理由，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，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 7 月 27 日

智慧財產第二庭

審判長法 官 彭洪英

法 官 汪漢卿

法 官 曾啓謀

以上正本係照原本作成。

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
（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 112 年 8 月 7 日
書記官 丘若瑤

02
03
04

附圖1 系爭商標

註冊第2086620 號

申請日：民國109年3月4日

註冊日：民國109年9月16日

註冊公告日：民國109年9月16日

指定使用類別：

(第035類)

廣告；廣告企劃；廣告設計；廣告概念開發；報章廣告設計；雜誌廣告設計；網路廣告設計；各種廣告招牌設計；廣告美術設計；型錄設計；商標設計；產品簡介設計；企業識別體系設計；廣告模型設計；為企業企劃折扣卡以促銷其商品或服務為目的之

服務；廣告版面設計；戶外廣告；電視廣告；電台廣告；郵購型錄廣告；廣告製作；廣告促銷模型製作；廣告資料更新；各種廣告招牌製作；廣告稿撰寫；廣告劇本編寫；廣告代理；傳播媒體廣告時段租賃；廣告宣傳；樣品分發；張貼廣告；廣告宣傳品遞送；為他人促銷產品服務；電腦網路線上廣告；商品現場示範；廣告宣傳本出版；為他人提供促銷活動；為零售目的在通訊媒體上展示商品；商店櫥窗裝飾；商店擺設設計；廣告片製作；市場行銷；電話行銷服務；為促銷的搜尋引擎最佳化；網站訪問量最佳化；每點擊付費廣告；為商業或廣告目的編網頁索引；為商業或廣告目的彙編資訊索引；飛行常客方案的管理；消費者忠誠度方案的管理；電視購物節目製作；廣告傳播策略諮詢；經由贊助體育賽事宣傳商品及服務；目標行銷；為軟體發行業者提供行銷服務；為商業或廣告目的提供使用者評論；為商業或廣告目的提供使用者排名；為商業或廣告目的提供使用者評分；代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；代理國內外廠商各種產品之報價投標經銷；為其他企業採購商品及服務；協助企業對外採購服務；開發票服務；代理彩券經銷；提供商品行情；成本價格分析；提供各種產品之價格比較及評估；價格比較服務；百貨公司；超級市場；便利商店；購物中心；郵購；電視購物；網路購物；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；量販店；百貨商店。

聲明不專用： 本件商標不就「全飛秒」文字主張商標權。

維視全飛秒smile

附圖2 據以異議商標

申請號： 000000000(據以異議商標1)

申請日：民國109年5月14日

指定使用類別：

(第035類)

代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；西藥零售批發；營養補充品零售批發；醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發。

全飛秒

申請號:000000000(據以異議商標2)

申請日：民國109年5月14日

指定使用類別：

(第035類)

代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；西藥零售批發；營養補充品零售批發；醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發。

SMILE全飛秒

申請號:000000000(據以異議商標3)

申請日：民國109年5月14日

指定使用類別：

(第035類)

代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；西藥零售批發；營養補充品零

售批發；醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發。



申請號:000000000(據以異議商標4)

申請日：民國109年5月14日

指定使用類別：

(第035類)

代理進出口服務；代理國內外廠商各種產品之報價；代理國內外廠商各種產品之投標；代理國內外廠商各種產品之經銷；為消費者選擇商品服務提供資訊和諮詢；西藥零售批發；營養補充品零售批發；醫療器材零售批發；醫療用材料零售批發；醫療用補助品零售批發。

微笑全飛秒