

智慧財產及商業法院行政判決

112年度行商訴字第41號

民國113年04月25日辯論終結

原告 祐民生物科技有限公司

代表人 黃沈素蓮

訴訟代理人 蔡坤旺律師

訴訟代理人 黃書好律師

被告 經濟部智慧財產局

代表人 廖承威

訴訟代理人 彭清波

參加人 新月集管理顧問股份有限公司

代表人 黃惠

訴訟代理人 林鳳秋律師

複代理人 張家琦律師

上列當事人間因商標廢止註冊事件，原告不服經濟部中華民國112年5月15日經訴字第11217302830號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

訴願決定及原處分關於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」廢止成立部分撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、事實概要：

原告之代表人黃沈素蓮於104年5月11日以「新月」商標，指定使用於當時商標法施行細則第19條所定商品及服務分類表第44類之「醫療；醫院；遠距醫療服務；治療服務；診所；物理治療；護理；健康諮詢；醫療諮詢；動物醫療；獸醫服務」服務，向被告申請註冊，經被告審查，准列為註冊第1742634號商標（下稱系爭商標，如附圖1所示），嗣系爭商標經被告核准移轉登記予原告，並於109年3月16日公告。109

年9月30日參加人以系爭商標有商標法第63條第1項第2款規定情形申請廢止其註冊，嗣追加主張同條項第4款規定。案經被告審查，認系爭商標指定使用於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢；動物醫療；獸醫服務」部分服務有商標法第63條第1項第2款規定之情形，以111年11月30日中台廢字第1090623號商標廢止處分書為系爭商標指定使用於上開服務部分之註冊應予廢止（是否尚有違反商標法第63條第1項第4款規定已無庸審究），其餘指定使用於「醫療；遠距醫療服務；治療服務；醫療諮詢」服務部分廢止不成立。原告對於原處分關於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」服務廢止成立部分不服，提起訴願，經經濟部112年5月15日經訴字第00000000000號決定駁回，遂向本院提起行政訴訟。本院因認本件判決結果，倘認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，爰依職權命參加人獨立參加本件訴訟。

貳、原告主張：

一、原告之代表人黃沈素蓮將系爭商標權移轉登記予原告前，即已授權其子即黃銓樂使用系爭商標，有授權書2件可憑，授權期間係自104年12月2日起至114年11月30日，而原告受讓後繼續讓黃銓樂使用，系爭商標實際使用者為黃銓樂，依商標法第39條第3項之規定，黃銓樂應可視為商標權人。

二、被告與訴願機關皆肯認系爭商標之被授權人黃銓樂(下稱黃銓樂)於申請廢止日前3年內有使用系爭商標於「醫療；治療服務」上；至「遠距醫療服務；醫療諮詢」之部分，依被告公告之註冊商標使用之注意事項3.2.2規定，認與「醫療、治療服務」服務有包含、重疊之關係，兩者服務性質、內容大致相同，可同時滿足消費者相同之需求，應屬性質相同或相當之服務，故未廢止指定服務於「醫療；治療服務；遠距醫療服務；醫療諮詢」該部分之註冊。

三、惟依註冊商標使用之注意事項第3.2.1.2點規定：「商品或服務上同時標示數個商標或與其他標識合併使用，為交易市

場常見情形，商標法並未加以限制，然以該等合併使用商標資料證明原註冊商標有使用時，必須未改變原註冊商標的主要識別特徵，始得認為有使用。」，黃鐙樂為骨科醫師，伊將系爭商標冠於其獨創的手術方式前進行使用，即「新月」（形/型，非主要識別部分）加上「手術名稱或方式」（如人工關節置換手術、微創人工膝關節重建、微創人工膝關節手術等，見原證11、12，本院卷一第225至261頁）。此類手術與一般外科手術無異，術前必然經過門診觀察，術後亦須留院觀察，且行為地亦必然為醫院、診所，在使用方式上具有繼續性，黃鐙樂將系爭商標及與之相繩之人工關節置換手術使用於醫院、門診相關服務，並與醫院之商標或標識合併使用（見原證2、3，本院卷一第57至59頁），揭槩於醫療院所之宣傳，原告更與仁愛醫療財團法人大里仁愛醫院（下稱大里仁愛醫院）訂定手術器械租借合約（見原證14，本院卷一第267至273頁），顯見原告有將系爭商標使用於「醫院；診所」之服務。

四、再依註冊商標使用之注意事項第3.2.2點規定：「二商品或服務具有上下位、包含、重疊或相當之關係者，得認為其商標實際使用的商品或服務與其指定使用的商品或服務符合」。審酌衛福部對醫療行為之定義，所謂「醫療；治療服務」涵蓋範圍甚廣，並無特定對象、方式或場域，屬上位概念，而「物理治療；護理；健康諮詢；醫療諮詢」為醫療（或治療）處置之特定方式或過程、「醫院；診所」為實施醫療或治療行為之場域，均屬下位概念；且根據醫療相關法規，醫師執行業務非法定之例外情形，原則上均必須於醫療院所內實施，反之所謂醫療院所能提供之服務，必然包含醫療及治療服務。顯見「物理治療；護理；健康諮詢；醫療諮詢」與「醫療；治療服務」間為上下位、包含、重疊之關係甚明。兩者性質既屬相同或相當，則原告或黃鐙樂既有將系爭商標使用於「醫療、治療服務」上，則相當於有使用於上述指定服務，並應免於逐一舉證之負擔。

01 五、又系爭商標「新月」係由黃鐙樂命名，用於黃鐙樂獨創之微
02 創人工膝關節手術，因該手術後之縫合傷口有新月形狀特
03 徵，故將之命名為新月，然無論是新月形抑或新月型，均與
04 「新月」具有同一性，「形」或「型」字僅做輔助描述所
05 用。

06 六、綜上所述，醫療行為不僅與醫院、診所具密不可分關係，進
07 行手術前後之護理照護、健康醫療諮詢與術後物理治療復
08 健，均為系爭新月商標提供商品與服務之方式，係新月醫療
09 手術不可分割的一部分。故而，依據卷內證據，應足資認定
10 系爭商標確實於申請廢止日前3年內經使用於「醫院；診
11 所；物理治療；護理；健康諮詢」服務（下合稱系爭5項服
12 務）。

13 七、並聲明：1.訴願決定及原處分關於「醫院；診所；物理治
14 療；護理；健康諮詢」廢止成立部分撤銷。2.訴訟費用由被
15 告負擔。

16 參、被告答辯：

17 一、大里仁愛醫院病歷資料中「醫療告知說明紀錄」、「手術同
18 意書」、「自費特殊項目說明暨同意書」等文件，為系爭商
19 標被授權人黃鐙樂向病患解說骨科手術醫療過程之各項文
20 件，並經病患審閱確認，審酌其上標示有「新月 微創手
21 術」字樣，且伴隨醫療過程各項文件重複出現，可資證明系
22 爭商標之被授權人黃鐙樂有以行銷之目的，將系爭商標使用
23 於人工膝關節置換微創手術服務之相關文件，且客觀上相關
24 消費者亦能認識該系爭商標表彰之服務，基此，系爭商標確
25 有真實使用於人工膝關節置換微創手術醫療服務，應足認黃
26 鐙樂於申請廢止前3年內有使用系爭商標於「醫療、治療服
27 務」服務上。

28 二、原告所提證據雖足認系爭商標有實際使用之「醫療、治療服
29 務」服務，且與所指定使用之「遠距醫療服務；醫療諮
30 詢」，彼此間具有包含、重疊等關係，且二者服務性質、內
31 容大致相同，可同時滿足消費者相同之需求，應屬性質相同

01 或相當之服務，而足堪認系爭商標亦有使用於所指定之「遠
02 距醫療服務；醫療諮詢」等服務上。惟系爭商標所指定之
03 「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」與「醫療、治
04 療服務」，彼此間不具有包含、重疊等關係，服務性質、內
05 容不同，無法同時滿足消費者相同之需求，非屬性質相當服
06 務，無法認定系爭商標有使用於系爭5項服務。

07 三、中央健康保險署函覆內容均為醫療特材，與系爭商標註冊使
08 用之服務無涉。大里仁愛醫院所函覆之病歷資料中有出現系
09 爭商標，乃黃鐙樂為病患解說使用，足證系爭商標確有真實
10 使用於人工膝關節置換微創手術醫療服務之情事。

11 四、系爭商標實際使用證據僅限於「人工膝關節置換微創手術醫
12 療服務」，而黃鐙樂係任職於大里仁愛醫院之骨科醫師，本
13 身並未經營醫院、診所。其所提供之專業服務如人工膝關節
14 置換微創手術等僅是在骨外科侵入性治療領域中之一環。而
15 「醫院」和「診所」在醫療法中有明確的定義，前者需要病
16 房收治病人，後者僅提供門診服務，並需取得開業執照，故
17 醫師固須於醫療機構執行其醫療業務，然醫院、診所之服務
18 性質屬機構、處所，與醫師從事醫療、治療服務，二者性質
19 上並非相當。另外，「物理治療、護理、健康諮詢」屬專業
20 服務，卻與人工膝關節置換微創手術醫療服務的性質和專業
21 領域不同。基此，系爭5項服務與前揭實際使用之「人工膝
22 關節置換微創手術醫療服務」，在專業技術領域、提供的內
23 容、滿足消費者需求、商標權人實際提供之服務型態等方面
24 均有區別，應屬不同性質之服務。

25 五、原告指稱醫療法第81條涉及健康諮詢，並聲稱系爭商標涉及
26 物理治療、護理和健康諮詢服務。然醫療法第81條旨在加強
27 醫師的說明義務，以保障患者及其家屬的知情權利，使其更
28 了解病情和醫療計畫，進而配合治療以達到預期效果。這與
29 一般民眾所需的健康諮詢服務有所不同。再觀諸大里仁愛醫
30 院「醫療告知說明紀錄」、「手術同意書」、「自費特殊項
31 目說明暨同意書」等內容均針對膝關節手術治療相關事項，

而非物理治療、護理或健康諮詢服務。又參酌住院診療計劃說明書之內容，除未見系爭商標外，亦載明「經評估需要，也會照會其他專科醫師、護理師、醫檢師、復健師、營養師及社工師等」，可知被授權人並未以系爭商標提供物理治療等服務。

六、並聲明：(一)原告之訴駁回。(二)訴訟費用由原告負擔。

肆、參加人陳述：

一、原告所提出之2份系爭商標授權契約相隔5年之久，然所使用之契約書格式完全一樣，復由同一人完全相同之筆跡填寫，顯見為臨訟所製作，內容係虛假，依民法第87條規定，通謀虛偽之意思表示應屬無效。

二、原告提出標有「新月形微創人工膝關節手術」之看板或標籤，其文字整體予人印象係在描述一種「新月形」之「微創人工膝關節手術」，與系爭商標圖樣為單純「新月」二字明顯不同，不具同一性，已難認屬系爭商標之使用。且經濟部依職權查詢黃鐙樂臉書專頁貼文下方標有「#新月#微創人工關節置換#黃鐙樂醫師」粉絲專頁，其「編輯紀錄」顯示該等貼文均曾於「2021年1月18日」編輯，而於西元2019年10月24日、12月5日發布當下之貼文則為「#新月形微創人工關節置換#黃鐙樂醫師」，顯見前揭貼文下方之「#新月#」標籤係於申請廢止日後始加以編輯修改，足見黃鐙樂於申請廢止日前3年內均係使用「新月形(或型)」，而非系爭商標「新月」。

三、原證11、12病歷資料所載之「新月」圖樣，與系爭商標圖樣不符，顯係原告自行變換圖樣，違反商標法第23條及商標法第63條第1項第1款之規定。又手術同意書等病歷資料，屬於個人資料保護法第6條規定之特種個人資料不得對外使用，縱使原告於訴訟中始提出之病歷資料蓋有「新月」字樣，亦不符合商標法第5條關於商標使用之規定。

四、並聲明：(一)原告之訴駁回。(二)訴訟費用由原告負擔。

伍、本件之爭點：

01 一、黃鐙樂與黃沈素蓮所提出104年12月2日商標授權使用契約書
02 是否屬於通謀虛偽意思表示而無效？

03 二、系爭商標於參加人申請廢止日（109年9月30日）前三年內，
04 有無將系爭商標使用於「醫院；診所；物理治療；護理；健
05 康諮詢」部分服務？是否違反商標法第63條第1項第2款規
06 定？

07 陸、得心證之理由：

08 一、本件審理之範圍：

09 (一)本件原處分認為系爭商標指定使用於「醫院；診所；物理治
10 療；護理；健康諮詢；動物醫療；獸醫服務」服務部分，違
11 反商標法第63條第1項第2款規定，應予廢止（有無違反同條
12 項第4款規定未予審究）；系爭商標指定使用於「醫療；遠
13 距醫療服務；治療服務；醫療諮詢」服務部分，並無違反商
14 標法第63條第1項第2款、第4款之規定，廢止不成立。原告
15 僅就系爭商標指定使用於「醫院；診所；物理治療；護理；
16 健康諮詢」服務廢止成立部分提起訴願及行政訴訟。參加人
17 則未對原處分廢止不成立部分聲明不服。故本件僅就原處分
18 關於系爭商標指定使用於「醫院；診所；物理治療；護理；
19 健康諮詢」服務，是否有商標法第63條第1項第2款規定之廢
20 止事由，予以審究。

21 (二)參加人於本院審理中，雖主張系爭商標違反商標法第63條第
22 1項第1款規定云云。惟查，參加人於原處分階段未主張商標
23 法第63條第1項第1款之廢止事由，此部分亦未經原處分及訴
24 願決定加以判斷，且上開事由與參加人申請廢止之商標法第
25 63條第1項第2款、第4款規定，非屬同一廢止事由，本院就
26 系爭商標有無違反商標法第63條第1項第1款規定，無庸審
27 酌。

28 二、黃鐙樂與黃沈素蓮所提出104年12月2日商標授權契約是否屬
29 於通謀虛偽意思表示而無效？

30 (一)系爭商標係由原告之代表人黃沈素蓮以個人名義於104年5月
31 11日申請註冊，於同年12月1日獲准註冊，嗣原告於109年1

01 月20日持黃沈素蓮於000年00月0日生效之商標權移轉契約
02 書，申請辦理系爭商標移轉登記予原告，經被告於109年3月
03 16日辦畢移轉登記並公告，有商標權移轉登記申請書、商標
04 權移轉契約書、系爭商標註冊簿、商標檢索資料在卷可稽
05 （見商標申請卷第7、10頁、原處分卷第79頁、訴願卷第76
06 頁）。黃沈素蓮於104年12月2日與其子即黃鐙樂訂立商標授
07 權契約，將系爭商標專屬授權予黃鐙樂使用，授權期間自10
08 4年12月2日至114年11月30日止，原告另於109年2月22日與
09 黃鐙樂訂立商標授權契約，將系爭商標專屬授權予黃鐙樂使
10 用，授權期間自109年2月22日至114年11月30日止，有系爭
11 商標授權契約2份在卷可稽（見訴願卷第51-52頁）。

12 (二)參加人雖否認黃鐙樂與黃沈素蓮104年12月2日商標授權契約
13 之真正，惟經本院於112年12月7日準備程序傳訊證人黃沈素
14 蓮、黃鐙樂二人到庭。黃鐙樂證稱：「我從104年初有成立
15 原告祐民生物科技有限公司，本來就想說商標權就由公司來
16 申請，但是因為當時原告公司與外面幾家生技公司在談技術
17 移轉，都是用原告公司，所以想說給一個區別性，不然原告
18 公司要談技術移轉，一下要談商標，所以就暫時用我母親黃
19 沈素蓮的名字去申請，因為這是醫療的過程，想必是醫療從
20 業人員才會使用到，所以我就跟我母親說，你申請完就給我
21 用，然後就申請出來就寫授權書給我使用」；「…說實在因
22 為我媽媽也搞不清楚我在幹嘛，她就說名字就借我去申請商
23 標，實際上都是我在用這個商標」；「新月這個商標來自於
24 手術傷口像初七、初八的月亮，所以我叫他新月，這個商標
25 的名字是我取的，所以新月代表我手術傷口的形狀，病人一
26 回來我看到手術傷口的形狀就知道是我開刀的」。證人黃沈
27 素蓮證稱：「黃鐙樂很忙，就是晚上開車回去，我拿到商標
28 以後，很快就授權給黃鐙樂使用，使用都是黃鐙樂在使用。
29 」、「我是用我的名義申請，因為黃鐙樂有在用醫療方
30 面的，我只是用我的名字申請而已，我兒子在醫院就是有遠
31 距醫療、病人服務這些，我只是用我名義申請，所以我拿到

01 商標以後就馬上授權給他使用」。證人黃鐙樂並當庭提出其
02 與黃沈素蓮、原告公司簽立之商標授權契約原本2份（彩色
03 影本附本院卷一第323、325頁，原本閱後發還）。經查該二
04 人上開所述大致相符，並無矛盾之處，且系爭商標「新月」
05 係來自於黃鐙樂所獨創之微創人工關節手術，術後縫合處有
06 新月形狀特徵而來，黃鐙樂為避免發生商標權歸屬糾紛，故
07 以其母黃沈素蓮之名義申請商標註冊，於核准後授權黃鐙樂
08 使用，衡情並無違反經驗法則或其他不可信之處，應認原告
09 主張系爭商標係黃沈素蓮之名義提出申請，實際上係授權其
10 子黃鐙樂使用，堪信為真實。

11 (三)參加人雖主張證人黃鐙樂先證稱104年12月2日回去簽商標授
12 權契約之後就準備就寢，另又稱黃沈素蓮簽名後其即趕回台
13 中，前後矛盾，且黃沈素蓮既係借名登記之人，而黃鐙樂始
14 為實質所有人，黃鐙樂又何須由借名登記之黃沈素蓮授權之
15 必要，豈非多此一舉，亦與經驗法則不符，足見104年12月2
16 日商標授權契約為通謀虛偽意思表示云云。惟查，關於104
17 年12月2日系爭商標授權契約簽訂之時間及地點，證人黃沈
18 素蓮與黃鐙樂均證稱，黃沈素蓮簽立系爭商標授權契約之時
19 間為晚上，黃鐙樂工作完開車回到其母親黃沈素蓮新竹市住
20 處請其簽名，並無矛盾，黃鐙樂證稱，其當時在中國醫藥大
21 學服務，一個人要跑臺北、臺中、臺南，其開車回到黃沈素
22 蓮住處時大概8、9點，所稱準備要就寢，應指其母黃沈素蓮
23 而非其本人準備要就寢，又系爭商標授權契約簽訂之時間為
24 104年12月2日，距今已8年多，當事人自不可能記得所有細
25 節，且系爭商標「新月」係來自於黃鐙樂所獨創之微創人工
26 關節手術之縫合處具有新月形狀而來，黃鐙樂為避免商標權
27 歸屬糾紛，以其母黃沈素蓮之名義提出申請，並於商標核准
28 後交由黃鐙樂使用，並無違反經驗法則之處，已如前述，參
29 加人主張黃沈素蓮、黃鐙樂二人間並無商標授權之真意而係
30 通謀虛偽意思表示云云，不足採信。

01 (四)綜上，原告提出黃銓樂與黃沈素蓮於104年12月2日簽立之系
02 爭商標授權契約應屬真正。

03 三、系爭商標於參加人申請廢止日（109年9月30日）前三年內，
04 有無將系爭商標使用於「醫院；診所；物理治療；護理；健
05 康諮詢」服務？是否違反商標法第63條第1項第2款規定？

06 (一)按「商標註冊後有下列情形之一，商標專責機關應依職權或
07 據申請廢止其註冊：……二、無正當事由迄未使用或繼續停
08 止使用已滿三年者。但被授權人有使用者，不在此限。」為
09 商標法第63條第1項第2款所明定。商標之使用，指為行銷之
10 目的，將商標用於商品或其包裝容器；或持有、陳列、販
11 賣、輸出或輸入附有商標之商品；或將商標用於與提供服務
12 有關之物品；或將商標用於與商品或服務有關之商業文書或
13 廣告；或利用數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式
14 有使用商標之情形，並足以使相關消費者認識其為商標，復
15 為同法第5條所明定。商標權人提出之使用證據，應足以證
16 明商標之真實使用，並符合一般商業交易習慣，同法第67條
17 第3項準用第57條第3項亦有明文。商標權人有將商標授權他
18 人，被授權人有使用者，可以視為是商標權人之使用。

19 (二)經查，原告於廢止階段提出之答證4黃銓樂醫師【樂見膝
20 望】臉書粉絲專頁於西元2019年10月24日、12月5日發布之
21 臉書貼文（見原處分卷第86頁正、反面），載有「黃銓樂醫
22 師『義診』活動來囉」、「2019臺灣醫療科技展樂見膝望-
23 人工關節中心也有一同參展喔」，其貼文日期雖在本件申請
24 廢止日（109年9月30日）前三年內，且貼文下方標有「#新
25 月#微創人工關節置換#黃銓樂醫師」字樣，惟經訴願機關依
26 職權查詢上開臉書粉絲專頁，其「編輯紀錄」顯示該2篇貼
27 文均曾於「2021年1月18日」編輯，且於西元2019年10月24
28 日、12月5日發布當時之貼文為「#新月形微創人工關節置換
29 #黃銓樂醫師」（見訴願卷第84至85頁、87至88頁），顯見
30 前揭貼文下方之「#新月#」標籤係申請廢止日後始加以編輯
31 修改，自難採為系爭商標於申請廢止日前3年內有使用之證

據。此外，2019臺灣醫療科技展（見原處分卷第87頁）之照片中標有「新月形微創人工膝關節手術」之看板，及原告提出之原證2黃鐙樂醫師名片、原證3大里仁愛醫院宣傳網頁亦係記載「新月形」（見本院卷一第57、59頁），其文字整體予人印象係在描述一種「新月形」之「微創人工膝關節手術」，與系爭商標圖樣為單純「新月」二字不同，不具同一性，難認係系爭商標之使用。證人黃鐙樂於112年12月7日準備程序期日提出之原告與大里仁愛醫院訂立之手術器械租借合約3份（日期107年7月1日、109年6月22日、109年1月）（見本院卷一第327-349頁），第1條上雖有載明：「乙方（即原告）配合新式「新月」微創人工關節手術以及關節鏡手術，提供器械予甲方（即大里仁愛醫院）」之文字，惟該文件係手術器械之租借合約，並非黃鐙樂基於行銷之目的，向相關消費者提供「醫療、治療服務」之文書，難認為係使用商標之行為。又本院依參加人之聲請，向中央健康保險署調閱原證11、12病患於大里仁愛醫院進行膝關節置換手術申報之醫材資料，中央健保署函覆內容均為兩位病患申報之醫療特材資料（見本院病歷資料卷第277至311頁），其上並未標示系爭商標，故亦非系爭商標使用之證據。是上開事證均不足證明系爭商標在申請廢止日前3年內有實際使用之事實。

(三)原告於訴訟中提出原證11、12之大里仁愛醫院鄭姓、林姓病歷資料2份（日期分別為108年5月20日、109年1月6日），主張病歷資料中有標示「新月 微創手術」字樣，足以證明系爭商標於申請廢止前3年內有實際使用之事實，被告對於上開資料可證明黃鐙樂有將系爭商標使用於人工膝關節置換微創手術服務之事實並無爭執，參加人則否認之。經本院依參加人之聲請，向大里仁愛醫院調閱該二位病患之病歷資料，大里仁愛醫院113年1月3日仁愛院里字第0000000000號函檢送該2份病歷資料（見病歷資料卷第3至275頁），經比對與原告所提出之原證11、12資料（見本院卷一第225至261頁）

相符。上開病歷資料中之醫療告知說明紀錄、手術同意書、自費特材項目說明書暨同意書上均有「新月 微創手術」字樣（見本院卷一第227、229、237、243、245、247、249、251頁），其中「微創手術」為通用手術名稱，「新月」則非屬於醫療服務本身之品質、功用、性質之直接描述或說明，足以使相關消費者作為區別商品或服務來源之標識，應屬商標之使用。上開病歷資料記載病人因膝關節病變，由黃鐙樂醫師進行術前檢查、評估、施行手術，並進行術後衛教指導（包含傷口照護、疼痛控制、復健輔具建議以及復健運動、指導居家護理等），顯示除了「醫療、治療服務」之外，「物理治療、護理、健康諮詢」亦包含在黃鐙樂醫師之醫療處置中，而屬於醫師治療專業之一環。該兩份病歷足以證明系爭商標之被授權人黃鐙樂在申請廢止日前3年內，有使用系爭商標於指定之「物理治療、護理、健康諮詢」服務。

(四)按「個案上認定商標實際使用的商品或服務是否為註冊指定商品或服務範圍相符合時，為免於商標權人逐一舉證之負擔，對於註冊指定範圍內與實際使用的部分商品或服務『性質相當』或『同性質』的商品或服務，可在此合理範圍內認定有使用。其判斷標準應就商標實際使用的商品或服務，就其內容、專業技術、用途、功能等是否相同，在商業交易習慣上，一般公眾能否認定係相同商品或服務而定。有關註冊商標指定商品或服務或與其性質相當與否之認定，得依其性質參考行政審查上之分類情形加以判斷。二商品或服務具有上下位、包含、重疊或相當之關係者，得認為其商標實際使用的商品或服務與其指定使用的商品或服務符合」（註冊商標使用之注意事項3.2.2參見）。退步言之，縱認原證11、12病歷僅能證明系爭商標實際使用於「醫療、治療服務」及與其同性質之「遠距醫療服務、醫療諮詢」服務（此部分已為原處分所肯認，參加人並未聲明不服），惟上開服務與「物理治療、護理、健康諮詢」等服務，與醫師提供之醫療專業服務具有密切關係，彼此間具有包含、重疊等關係，且

二者服務性質、功能可滿足消費者相同之需求，應屬性質相同或相當之服務。又醫師提供醫療服務之地點受政府之管制，只能在醫院與診所進行，故系爭商標指定使用之「醫院、診所」與「醫療、治療服務」之間具有密不可分之關係，亦應認為屬於同性質或性質相當之商品或服務。綜上，堪認系爭商標於申請廢止日前3年內，有使用於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」服務。

(五)被告雖主張，系爭商標被授權人黃鐙樂僅提供人工膝關節置換微創手術醫療服務，其本身並未經營醫院、診所等醫療機構，醫院、診所屬於機構、處所，與醫生從事醫療、治療服務，性質上並非相當，物理治療、護理、健康諮詢與醫療服務之性質和專業領域不同，應屬不同性質之服務云云。惟按，醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱（行政院衛生署民國81年8月11日衛署醫字第8156514號函參見）。醫師執行醫療行為的範圍相當廣泛，醫師在醫療機構會提供完整醫療訊息，明確告知病患病情、診斷、檢驗、檢查、病況發展、治療計畫、疾病照護等，並提供病患與其家屬藥物諮詢、飲食生活衛教等資訊。除此之外，醫師還會藉由實證醫學之非藥物以及非侵入性治療，來提供物理治療用以預防傷害、治療及處理因疾病或傷害所帶來的動作以及疼痛問題，此均涉及醫師治療專業。依本院向大里仁愛醫院調閱二位病患之病歷資料，黃鐙樂醫師於病患手術前會詢問病人之症狀、過去病史、並進行手術前之檢查評估、並指導術後疼痛控制、傷口照護、應儘早下床活動、輔具使用，病患出院時並指示傷口換藥、回家後復健運動、行走應注意事項等（詳見原告行政訴訟準備三狀整理之表格，見本院卷二第7至19頁），顯示物理治療、護理、健康諮詢亦屬黃鐙樂醫師提供之醫療、治療服務所不可分割之一部分，應屬註冊商標使用之注意事項3.2.2所指

性質相當、同性質之商品或服務範圍。又醫院、診所為醫生從事醫療、治療服務之處所，與醫療、治療服務有密切之關係，醫師除了受醫院或診所聘僱執行醫療行為外，亦可能自行設立醫院、診所來執行醫療業務，故「醫院、診所」應屬註冊商標使用之注意事項3.2.2所指與醫療、治療服務性質相當、同性質之服務，被告認為「醫院、診所、物理治療、護理、健康諮詢」與醫生從事之「醫療、治療服務」，非屬性質相當或同性質之範圍，認定過於狹隘，尚不足採。

(六)參加人主張，原證11、12上所載之「新月」圖樣，與系爭商標圖樣不符，原告自行變換圖樣，違反商標法第23條及商標法第63條第1項第1款之規定。又原告所提之手術同意書等病歷資料，屬於個人資料保護法第6條規定之特種個人資料，不得對外使用，縱使原告於訴訟中提出上開病歷資料，亦不符合商標法第5條商標使用之規定。惟按，參加人於本件訴訟中始主張商標法第63條第1項第1款之廢止事由，本院不予審究，業如前述陸、一、(二)。又按，商標權人實際使用之商標與註冊商標不同，而依社會一般通念並不失其同一性者，應認為有使用其註冊商標，商標法第64條定有明文。原證11、12病歷資料上「新月」圖樣與系爭商標圖樣相較，均為純文字之中文楷書，僅字體粗細及筆劃勾勒之細節稍有不同，依一般社會通念，不失其同一性，應認黃鐙樂有使用系爭商標。再者，個人資料保護法第6條之立法目的與商標法不同，個人資料保護法之立法目的係為了規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用（見該法第1條規定），而商標法之立法目的則在保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展（見商標法第1條規定），黃鐙樂提供醫療、治療服務之對象為病患及其家屬，病患及其家屬即屬於治療服務之相關消費者，黃鐙樂醫師在病歷資料之醫療告知說明紀錄、手術同意書、自費特材項目說明書暨同意書等文件上標示系爭商標「新月」圖樣，並將上開文件交由病患本人或其

家屬閱覽後簽名交回，屬於商標法第5條第1項第3款「將商標用於與提供服務有關之物品」之行為，應屬商標之使用。至於病歷資料之蒐集、處理或利用行為，是否符合個人資料保護法第6條規定，與本件判斷黃鐙樂是否有使用系爭商標之行為無關，參加人上開主張，不足採信。

(七)參加人又主張，縱認依原告提出之病歷資料，黃鐙樂於108年5月間有使用系爭商標，亦已超過商標核准日後3年，依商標法第63條第1項第2款應予廢止云云。惟按，商標法第63條第3項規定：「有同條第1項第2款規定之情形，於申請廢止時該註冊商標已為使用者，除因知悉他人將申請廢止，於申請廢止前三個月內開始使用者外，不予廢止其註冊」。由上開規定可知，商標權人於申請廢止日前已使用商標者，除因知悉將遭他人申請廢止而於申請廢止前才開始使用者外，原則上即不得廢止註冊，故商標權人於申請廢止日前，須有無正當理由迄未使用或停止使用滿3年之情形，始得廢止，若在申請廢止日前已開始使用，該3年之期間即未完成，因此，依商標法第63條第1項第2款廢止商標註冊，必須商標權人於申請廢止日前3年無正當理由未使用該商標者，始足當之，司法實務上均以商標權人是否於「申請廢止日前三年內」，無正當理由迄未使用或停止使用系爭商標於指定之商品或服務，作為判斷之要件，本院依原證11、12之病歷資料認定原告於申請廢止日前3年內之108年5月20日、109年1月6日有使用系爭商標之事實，業如前述，故參加人上開主張，尚不足採信。

(八)參加人又主張，大里仁愛醫院兩名病患之病歷，其手術同意書之「新月 微創手術」印戳，其中「新月」二字特別鮮明，顯係近期才加蓋，故有調閱原本之必要，且兩名病患之住院紀錄、手術紀錄、護理紀錄均記載所接受之手術名稱為「TKA」，而無一處有「MIS TKA」（微創手術）之記載，顯與手術同意書之「新月 微創手術」印戳不符，足見係事後加蓋云云。惟查，本院向大里仁愛醫院調閱原證11、12病

01 患之病歷資料影本，經核對其內容與原告提出之病歷資料相
02 符，已如前述，堪認大里仁愛醫院所保存之病歷資料確有
03 「新月 微創手術」之印戳，縱使「新月」2字較「微創手
04 術」字體鮮明，仍無法推認二者係不同時間加蓋，更無法推
05 認「新月」二字係近期才加蓋之事實，參加人主張「新月」
06 二字係近期加蓋無非其主觀上的臆測，並未提出任何證據可
07 佐，尚難採信，本院認為並無再向大里仁愛醫院調閱原證1
08 1、12病歷原本之必要。又本件所爭執者，係黃鐙樂有無使
09 用系爭「新月」商標之行為，而非「微創手術」中文與病歷
10 記載之英文名稱是否相符，參加人以大里仁愛醫院2名病患
11 接受之手術名稱為「TKA」，而非「MIS TKA」（微創手
12 術），據以推認黃鐙樂並無使用系爭商標，顯有誤會而不足
13 採。

14 四、綜上所述，本院認為由原告於起訴後提出之大里仁愛醫院病
15 歷資料，足認原告於參加人申請廢止日前三年內，有使用系
16 爭商標於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」服
17 務，系爭商標指定使用於上開服務部分，並無商標法第63條
18 第1項第2款規定之情形，原處分關於系爭商標指定使用於
19 「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」服務之註冊，
20 應予廢止之處分，尚有未洽，訴願決定就此部分予以維持，
21 亦非適法，原告起訴請求撤銷訴願決定及原處分關於系爭商
22 標使用於「醫院；診所；物理治療；護理；健康諮詢」服務
23 應予廢止之處分，為有理由，爰撤銷改判如主文第一項所
24 示。

25 五、本件事證已明，兩造其餘主張及援引之證據，經本院審酌後
26 認與判決結果不生影響，爰毋庸一一論列，併此敘明。

27 據上論結，本件原告之訴為有理由，依修正前智慧財產案件審理
28 法第1條、行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

29 中 華 民 國 113 年 5 月 23 日

30 智慧財產第二庭

31 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。

一、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；如於本判決宣示或公告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）。

二、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

三、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49條之1第1項第3款）。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3項、第4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. 上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、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，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、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	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。

為適當者，
亦得為上訴
審訴訟代理
人

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。

02 中 華 民 國 113 年 5 月 29 日
03 書記官 洪雅蔓

附圖1：

系爭商標

註冊第01742634號

申請日：民國104年5月11日

註冊公告日：民國104年12月1日

指定使用類別：

(第044類) 醫療；醫院；遠距醫療服務；治療服務；診所；物理治療；護理；健康諮詢；醫療諮詢；動物醫療；獸醫服務。

新月