

最 高 行 政 法 院 判 決

108年度上字第720號

上 訴 人 蔡合旺事業股份有限公司

代 表 人 彭玉滿

訴訟代理人 洪瑞燦 律師

被 上 訴 人 經濟部智慧財產局

代 表 人 洪淑敏

參 加 人 青山生物科技股份有限公司

代 表 人 林杰

上列當事人間商標廢止註冊事件，上訴人對於中華民國108年5月30日智慧財產法院108年度行商訴字第5號行政判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

壹、上訴人前於民國99年11月16日以「旺旺」商標指定使用於當時商標法施行細則第13條所定商品及服務分類表第35類之「廣告之企劃設計製作代理宣傳及宣傳品遞送、……化粧品零售批發……、加水站服務」等服務，向被上訴人申請註冊，經被上訴人審查，准為註冊第1515970號商標（下稱系爭商標）。嗣參加人於106年9月5日以系爭商標指定使用於「化粧品零售批發」部分服務之註冊有商標法第63條第1項第2款所定廢止事由，向被上訴人申請廢止其註冊。經被上訴人審查，以107年6月28日中台廢字第1060434號商標廢止

處分書為系爭商標指定使用於「化粧品零售批發」部分服務之註冊應予廢止之審定。上訴人不服，提起訴願，經經濟部決定駁回，上訴人仍未甘服，遂向智慧財產法院（下稱原審）提起行政訴訟，聲明求為判決撤銷訴願決定及原處分。原審因認本件訴訟之結果，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將受損害，乃依行政訴訟法第42條第1、3項之規定，依參加人聲請准其獨立參加本件被上訴人之訴訟，經原審判決駁回後，上訴人不服，提起上訴。

貳、上訴人起訴主張及被上訴人在原審答辯及聲明，均引用原判決所載。參加人未於準備程序及言詞辯論期日到場，亦未提出書狀為陳述。

參、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：□依商標法第63條第1項第2款、第5條、第67條第3項準用第57條第3項規定，系爭商標係指定使用於「廣告之企劃設計製作代理宣傳及宣傳品遞送、……化粧品零售批發、……手工藝品零售批發、販賣機租賃、為他人安排電訊服務預約、加水站服務」，而上訴人所提使用照片多為浴巾、少數旅行組及品項不明等瓶裝商品於上訴人自陳之展售地點陳列，其上亦無顯示拍攝日期可供判斷。又上訴人於106年6月30日、106年8月31日所開立之4張發票，品項均與化粧品零售批發服務無關。另上訴人所提出之美樂活企業行為買受人之發票，品項除模糊不清外，僅可辨識於106年5月31日開立之品名蘆薈產品，或手工皂、芳香精油、精油等，然因福朋美樂活SPA芳療中心有提供芳療、按摩、SPA等服務，故提供上開買受發票並無法直接證明美樂活企業行確實有提供化粧品零售服務，且由上開購入品項之品名及寶草園本草國際有限公司所提供之出貨單顯示買受人多為少量不到10瓶之訂貨，以一般經驗法則及合理之商業交易習慣，倘若為一零售服務提供者，應不至於僅進貨如此少量之商品以供零售使用，故上訴人所舉之事證難認其使用係符合一般交易情形，具有使消費

者辨識其為使用於指定服務之具有商標功能之使用。□按不能僅以事業有於營業項目事項登記化粧品零售業或化粧品批發業，即可推論該事業確實有為所營項目之行為，仍須就客觀銷售事證而為判斷。上訴人所提出與美樂活企業行、佳朋開發股份有限公司（下稱佳朋公司）之合作協議書其上並未顯示簽約日期，且所記載之合作期間剛好距離參加人本件申請廢止日約3個月，而合作協議書主要內容亦僅為上訴人與佳朋公司及美樂活企業行共同於澎湖之芳療中心開設「旺～旺美樂精采生活芳療課程」。再者，該協議書內容亦顯示美樂活企業行係主要銷售芳療課程，並非如上訴人所稱僅銷售化粧品類商品，故上訴人所稱美樂活企業行、佳朋公司之營業項目登記有化粧品零售業，且確實僅銷售化粧品類商品之主張，並不可採。□另案即經濟部107年11月26日經訴字第10706310460號訴願決定，係本件參加人於另案主張上訴人所提之使用證據之真實性及上訴人並未真實使用系爭商標於美容服務上，與本件上訴人是否有真實使用於化粧品零售服務之爭點並非直接相關。又藥粧店依其字義可知，藥粧店本身即為提供消費者選購化粧品與非處方用藥品，消費者可知悉其於藥粧店可獲得化粧品及非處方用藥之零售服務，而本件上訴人係於芳療中心為芳療服務課程時附加提供，並推銷加購旅行組商品，尚難足使相關消費者認識其係為提供化粧品零售服務，二者使用情形，尚屬有別，因此上訴人所提藥粧店擺設照片並不足以作為上訴人合作廠商有為化粧品零售服務之有利證據。□綜上所述，上訴人所提證據，均無法證明其於系爭商標申請廢止日前3年有符合交易習慣而真實使用於所指定之「化粧品零售批發」服務類別，故被上訴人廢止其註冊，依法並無不合，訴願決定予以駁回，亦無違誤等語，因將訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

肆、本院按：

一、商標法第66條規定：「商標註冊後有無廢止之事由，適用申請廢止時之規定。」其立法理由載稱：「明定商標廢止案件

法規適用之基準時點，以申請廢止時之規定為準。」查參加人係於106年9月5日以系爭商標指定使用於「化粧品零售批發」部分服務之註冊有違商標法第63條第1項第2款規定，向被上訴人申請廢止其註冊，故本件系爭商標註冊後有無廢止事由之判斷，應適用申請廢止時之商標法，即100年6月29日修正公布，101年7月1日施行之商標法（下稱商標法）為斷。

- 二、次按商標法第63條第1項第2款規定：「商標註冊後有下列情形之一，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊：……
- 二、無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿3年者。但被授權人有使用者，不在此限。」又同法第5條第1項、第2項規定：「（第1項）商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。（第2項）前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。」另同法第57條第3項規定：「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。」並經廢止章之第67條準用之。蓋商標因使用而使商標與指定商品或服務產生聯結，商標本質上，使用乃屬必要，惟我國商標法係採註冊主義，不以商標已使用為註冊之要件，是以已註冊之商標，應有使用始得保有其商標權，方能繼續維護其商標權利，此之使用稱為商標之維權使用。商標之維權使用必足使一般消費者識別標識與商品或服務表彰商標權人來源或信譽，如何判斷商標權人自己真正使用，依同法第57條第3項規定商標之使用應符合商業交易習慣，除考量同法第5條商標使用之總則性規定外，並應符合商標對其指定商品或服務範圍內而為使用之客觀判斷標準。是可知認定為商標使用，應符合下列要件：
- ①使用人係在從事行銷等商業交易過程而使用；②需有使用

01 商標之行為，即前揭法條所列之4款行為態樣，有一即足；

02 ③需足以使相關消費者認識其為商標，其使用並應符合一般
03 商業交易習慣。經查，本件爭執要點在於：系爭商標指定使
04 用於「化粧品零售批發」部分服務之註冊是否有商標法第63
05 條第1項第2款所定廢止事由？

06 三、原判決業已詳述上訴人於原處分及訴願階段所檢送、以及原
07 審審理時所提出之證據資料，均無法證明具有使消費者辨識
08 其為使用於指定「化粧品零售批發」服務等情，其事實認定
09 之依據及得心證之理由，核與卷內事證並無不符；經核並無
10 違背論理法則或經驗法則，亦無判決不適用法規或適用不
11 當、不備理由等違背法令情事。上訴意旨以：上訴人所檢附
12 之進項發票、截圖照片及美樂活企業行所提供之照片等，互
13 相勾稽串聯後，足以認定美樂活企業行有使用系爭商標於
14 「化粧品零售批發」服務之事實，而原判決卻未就各使用證
15 據分別說明其無法勾稽或不可採之理由，自有判決理由不備
16 之違法云云，無非就原審取捨證據、認定事實之職權行使，
17 任意指摘原判決有違背法令情事，並非可採。

18 四、再者，使用之商品或服務是否同一，固不受商品及服務分類
19 表拘束，但仍得為解釋之重要參考。依尼斯分類於第35類之
20 註釋定義，所謂零售服務，係指將各種商品匯集以方便消費
21 者瀏覽與選購之服務，不包括因此所需之運輸服務。該等零
22 售服務可經由零售商店、批發商行，或藉由郵購、網際網路
23 路、電視購物頻道等電子媒介方式來提供。此意謂零售服務
24 的特色，即業者將各種不同商品匯集於同一場所（不論實體
25 賣場或虛擬店鋪），至於所匯集之商品，是自己所生產或其
26 他眾多生產者之商品皆可，藉由便捷之購物環境及其附屬服
27 務之提供，以吸引廣大消費族群，激發其購買意願。對消費
28 者而言，由於產品的多樣性，可滿足其「一次購足」或「便
29 利選購」之消費需求（參照經濟部發布零售服務審查基準2.
30 1）。關於上訴人提供之購入品項之品名及寶草園本草國際
31 有限公司所提供之出貨單，僅能證明有購貨之事實，並無法

證明該商品匯集於同一場所，藉由便捷之購物環境及其附屬服務之提供，以吸引廣大消費族群，激發其購買意願，難認合於「化粧品零售批發」服務之使用。原判決以上述證據顯示買受人多為少量不到10瓶之訂貨，乃認定不符合「化粧品零售批發」，尚有不合，惟尚不影響於判決之結果，與所謂判決不備理由之違法情形不相當，附此敘明。

五、另查，原判決業已敘述：上訴人所提出之銷售單據及拍攝照片已難認為係真實使用於其所指定之商品服務類別，且不能僅以事業有於營業項目事項登記化粧品零售業或化粧品批發業，即可推論該事業確實有為所營項目之行為，仍須就客觀銷售事證而為判斷；合作協議書主要內容亦僅為上訴人與佳朋公司及美樂活企業行共同於澎湖之芳療中心開設「旺～旺美樂精采生活芳療課程」之內容（見原審卷第116至124頁）；另該協議書亦清楚載明須購買上開芳療課程始可加購上訴人所提供之旅行組商品，亦顯示美樂活企業行係主要銷售芳療課程，並非僅銷售化粧品類商品，相關消費者亦會將美樂活企業行所提供之服務認定為芳療服務，並非銷售化粧品之零售服務等情，此經原判決斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，詳予論斷，將判斷而得心證之理由記明於判決，並敘明上訴人所主張合作廠商美樂活企業行、佳朋公司之營業項目登記有化粧品零售業，且確實僅銷售化粧品類商品，並提出上開單據及合作協議書佐證云云，尚不得執為其有利之論據，業如上述，經核並無違背論理法則或經驗法則，亦無判決不適用法規或適用不當、不備理由等違背法令情事。則上開協議書既載明須購買上開芳療課程始可加購上訴人所提供之旅行組商品，足見美樂活企業行係主要銷售芳療課程，並非僅銷售化粧品類商品，相關消費者亦會將美樂活企業行所提供之服務認定為芳療服務，並非銷售化粧品之零售服務，本件上訴人提出之使用證據尚難認定已就本件商標指定之「化粧品零售」服務使用。上訴意旨復以前詞為主張，指摘原判決之認定違反經驗法則云云，係就原審所為論斷或駁

01 斥其主張之理由，泛言原判決不適用法規或適用不當，自非
02 可採。

03 六、此外，原判決係以上訴人所提證據，均無法證明其於系爭商
04 標申請廢止日前3年有符合交易習慣而真實使用於所指定之
05 「化粧品零售批發」服務類別為由，駁回上訴人於原審之
06 訴，並非受商品及服務分類表拘束而為上訴人不利之判決，
07 原判決未就無關之商品或服務分類表敘述，事屬當然。上訴
08 意旨以：依化粧品衛生安全管理法第3條第1項第1款規定可
09 知，洗髮精與沐浴乳均屬該法所稱之化粧品。系爭旅行包中
10 之洗髮精與沐浴乳既屬於化粧品，縱與被上訴人所公告之商
11 品及服務分類表不同，並不受商品及服務分類表拘束，原判
12 決對上訴人此重要之主張，未於判決中交代其不採納之理
13 由，有判決不備理由之違誤云云，殊非可採。

14 七、復按前引商標法第63條第1項第2款規定所指商標有無使用或
15 其使用是否構成廢止事由，是針對註冊的商標及其指定的商
16 品或服務而言。從法條規定之文義解釋上，上開規定並無申
17 請註冊（或有效性爭議之異議評定事由相同）之第30條第1
18 項第10款或商標權侵害之構成要件上有「類似」商品或服務
19 （商標法第68條第2、3款）之字句，該商標法第63條規定既
20 無「類似」商品之文字，其認定實際使用的商品或服務範
21 圍，應特別留意實際使用的商品或服務範圍是否與註冊指定
22 的商品或服務相符合，而非誤引「類似」商品或服務之字
23 句。另從商標侵權與維權使用之本質上而言，商標的使用同
24 一性，是屬於商標維權使用的概念範疇，必須按照社會一般
25 通念還是認為兩者為相同商標，而維持商標與指定使用的商
26 品或服務間的同一連結關係，才能認為具有使用同一性；但
27 商品或服務類似致混淆誤認之虞，屬於商標侵權使用的概念
28 範疇，不限同一商品或服務，包括類似商品或服務；此在侵
29 權保護商標權人方面，不得不採商標的權利範圍有所擴張方
30 式，以求周全保護，若在商標維權使用同一性的概念加以擴
31 張，將使商標權利大幅擴大，不僅缺乏法律依據，也將不當

01 排擠他人的運用未經註冊商標而為商業競爭的自由。總之，
02 商品或服務是否類似是混淆誤認之虞因素之一，與商標法第
03 63條規定之真正實際使用並非相同，經濟部頒註冊商標使用
04 之注意事項3.2.2在舉例中誤引類似商品之文字，將導致觀念
05 混淆，自非恰當。同一性使用判斷標準應就商標實際使用
06 時，二者商品或服務之內容、專業技術、用途、功能等等是
07 否相同，在商業交易習慣上，一般公眾能否認定係相同商品
08 或服務而定，此有本院108年度判字第133號判決可資參照。
09 上訴意旨以：依上訴人所舉澎湖縣農會所生產之蘆薈淨潔禮
10 盒、知名藥粧店有將洗面乳與化粧水擺設在相同櫃位銷售等
11 情，均可認上訴人所指摘之洗髮精與沐浴乳屬於化粧品或同
12 性質之商品云云，無非就混淆誤認之虞之事項予以爭執，已
13 非可採。況原判決亦已說明：藥粧店依其字義可知，藥粧店
14 本身即為提供消費者選購化粧品與非處方用藥品，消費者可
15 知悉其於藥粧店可獲得化粧品及非處方用藥之零售服務，而
16 本件上訴人係於芳療中心為芳療服務課程時附加提供，並推
17 銷加購旅行組商品，尚難足使相關消費者認識其係為提供化
18 粧品零售服務，二者使用情形，尚屬有別等情，核無不合，
19 上開上訴意旨更不可採信。

20 八、從而，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢
21 棄，為無理由，應予駁回。

22 伍、據上論結，本件上訴為無理由。依智慧財產案件審理法第1
23 條及行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如
24 主文。

25 中 華 民 國 110 年 2 月 4 日

26 最高行政法院第三庭

27 審判長法官 鄭 小 康

28 法官 帥 嘉 寶

29 法官 林 玫 君

30 法官 李 玉 卿

31 法官 劉 介 中

01 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
02 中 華 民 國 110 年 2 月 4 日
03 書記官 劉 柏 君