

最 高 行 政 法 院 裁 定

109年度上字第1142號

上 訴 人 富怡康生物科技有限公司

代 表 人 周淑梅

複 代 理 人 江郁仁 律師

被 上 訴 人 經濟部智慧財產局

代 表 人 洪淑敏

參 加 人 天義企業股份有限公司

代 表 人 邱謝俊

上列當事人間商標異議事件，上訴人對於中華民國109年8月20日智慧財產法院109年度行商訴字第26號行政判決，提起上訴，本院裁定如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、依智慧財產案件審理法第32條規定提起上訴者，除有特別規定外，依同法第1條規定，應適用行政訴訟法關於上訴審程序相關規定。又對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第242條定有明文。依同法第243條第1項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第2項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於智慧財產法院行政判決上訴，如依行政訴訟法第243條第1項規定，以判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭

01 示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示
02 該法則之旨趣；倘為司法院大法官解釋，則應揭示該解釋之
03 字號或其內容。如以行政訴訟法第243條第2項所列各款情形
04 為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條項各款之事
05 實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者與
06 上開法條規定不合時，即難認為已對智慧財產法院行政判決
07 之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

08 二、上訴人於民國106年3月15日以「顧立關」商標，指定使用於
09 商標法施行細則第19條附表第5類之「西藥」商品，向被上
10 訴人申請註冊。被上訴人審查後，准列註冊第1888890號
11 「顧立關」商標（下稱系爭商標，如原判決附圖一所示）。
12 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
13 規定，對之提起異議。被上訴人審查後，以108年10月28日
14 中台異字第G01070079號商標異議審定書為系爭商標之註冊
15 應予撤銷之處分。上訴人不服，循序提起行政訴訟，請求判
16 決訴願決定及原處分均撤銷，經原審法院判決駁回。

17 三、上訴人對原判決上訴，主張：上訴人所提之經銷授權書簽訂
18 日期為105年8月29日，「顧立關」商品亦於106年3月11日即
19 已參加臺北復健科醫學會展覽，且上訴人所提銷售系爭商標
20 商品之發票，其開立日期多在系爭商標註冊日（107年1月1
21 日）之前，非原判決所認「晚於系爭商標註冊日」。而從發
22 票內容亦可知，系爭商標商品於註冊日前已大量銷售，為相
23 關消費者所熟知，與據爭商標並無產生混淆誤認之情事，原
24 審對此未詳加調查，亦未對上訴人攻擊防禦方法敘明其法律
25 上意見，有未依職權調查及判決不備理由之違法。系爭商標
26 商品「顧立關關節內注射劑」屬「植入性第三級醫療器
27 材」，銷售通路僅限於醫院及診所，不得於藥局或網路上販
28 售，其消費者均為具醫藥知識之醫師及藥師等專業人士。據
29 爭商標商品則屬一般保健食品，無銷售通路限制，其相關消
30 費者為一般民眾，兩者為不同之消費群體，原判決對此漏未
31 審酌，對於「商品是否類似暨其類似之程度」之認定，顯違

經驗法則。系爭商標係基於「關懷、眷顧商品使用者」之理念所創設，以「顧」字起首結合「立（即）關（心）」，整體具高度識別性，與據爭商標不僅文字外觀不同，讀音及觀念亦屬有別。兼以現今橫式閱讀由左至右已為一般人所熟知，且依藥事法第75條第1項第2款規定，藥物必須記載品名，並須經衛生福利部食品藥物管理署許可販售，其商品包裝上不得單獨標識系爭商標，消費者連貫唱呼顯無誤讀系爭商標文字方向之可能，原判決理由顯違經驗法則。另包含相同中文「固立」、「顧立」、「立固」或「立顧」之中文字組合商標，縱指定使用於同一或類似商品，經被上訴人核准註冊者不乏其例，足證常見商標文字之偶同，並非判斷是否構成近似之唯一依據，原審未附具體事證，即率斷系爭商標有混淆誤認之可能，顯有違誤。系爭商標與據爭商標所使用商品之性質、主要成分、使用方式、實施對象及適應症均不同，類似程度極低。且商品外觀及外包裝，係消費者購買商品之重要判斷因素，原判決對此完全未予審酌，顯有判決理由不備之缺失。再者，系爭商標商品於105年8月29日取得「西藥、醫療器材、化妝品許可證」及「衛生福利部醫療器材許可證」後，至今已行銷3年多，期間並無聽聞相關消費者有誤認混淆之情事，顯見兩商標在市場併存之事實已為相關消費者所認識，應尊重此併存之事實，況被上訴人及參加人均未提出有實際發生混淆誤認之事證，可證系爭商標確未構成違背法令情事。至上訴人所設計之問卷，係針對系爭商標商品銷售對象之屬性所為，原判決未探究及此，更未函詢專業單位或公會了解兩商標商品之市場狀況，逕認定上訴人所設計之問卷難謂客觀公正、不符市場交易實際狀況，顯有違誤等語。雖以原判決違背法令為理由，惟查原判決已論明系爭商標係由中文「顧立關」所組成，據爭商標係由中文「關立固」所組成，二商標均由3個橫書中文字所組成，其中「立」、「關」2字相同，且橫列式中文無固定意義者，其唱呼可能自左至右，也可能自右至左，故二商標之讀音為

01 相同或順序相反，二商標文字均隱含有照顧關節、使關節穩
02 固之意，故二商標之外觀、觀念及讀音均極為相近，應構成
03 高度近似之商標。註冊商標之權利範圍係以「註冊之商標圖
04 樣」及「指定使用之商品或服務」為依據，從而判斷二商標
05 是否構成近似，應以商標之圖樣為判斷，與上訴人依藥事法
06 規定應如何標示及商品之包裝設計與商標圖樣是否近似之判
07 斷無關。系爭商標指定使用之「西藥」商品，與據爭商標指
08 定使用之「人體用藥品；醫療檢驗用製劑；營養補充品」商
09 品相較，二者均屬西藥或營養補充品等商品，且兩者商標實
10 際使用之關節內注射劑、活關素軟膠囊商品，皆屬就人體關
11 節進行治療、保健或滋補之藥品或營養補充品，其適應症皆
12 為「退化性膝關節炎」，功能雷同。二商標指定使用之商
13 品，其功能、用途相近，於滿足消費者之需求上具有共同或
14 關聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬構成同一
15 或高度類似之商品。我國商標法採註冊保護主義，是否有致
16 相關消費者發生混淆誤認之虞判斷上，係以二商標指定使用
17 之商品為判斷基準，系爭商標指定使用於「西藥」，據爭商
18 標指定使用於「人體用藥品；醫療檢驗用製劑；營養補充
19 品」等商品，均未限定於何種用途之藥品或營養補充品。上
20 訴人以系爭商標使用於「顧立關關節內注射劑」，屬於「植
21 入性第三級醫療器材」，需由醫師開立處方籤，並親手操作
22 使用，而據爭商標使用於「關立固軟膠囊」係保健食品，一
23 般消費者在藥局或其他通路可輕易購買為由，主張二商標商
24 品之功用、使用方式、銷售對象、銷售管道有別云云，顯不
25 足採。據爭商標「關立固」指定使用於「人體用藥品；醫療
26 檢驗用製劑；營養補充品」等商品，並未特定其用途，縱然
27 使用於關節保健之營養補充品時，有暗示「使關節穩固」之
28 意，惟仍非直接描述商品或服務的品質、功用、成分、產地
29 等之說明，相關消費者會將其視為指示及區辨來源之標識，
30 具有相當之識別性。上訴人雖提出其他包含「顧立○／固立
31 ○」或「○立顧／○立固」文字之核准註冊商標，惟該等商

01 標圖樣與系爭商標不同，且各別文字或與其他圖樣結合後所
02 產生之特定意義或整體圖樣亦有所差異，該等商標是否具有
03 先天或後天之識別性，應就個案之事實分別予以判斷，基於
04 商標審查個案拘束原則，尚不得要求比附援引，執為系爭商
05 標應准予註冊之理由。另依參加人所提出據爭商標指定使用
06 商品，先使用於天然植物萃取之關節保健食品起家，取得美
07 國FDA核准GRAS安全等級之新膳食成分認證，及臺灣、澳
08 洲、日本及丹麥多家醫學中心研究實證，有效緩和關節發炎
09 反應，減少軟骨及骨質流失。並在健康講座、報章雜誌及相
10 關叢書引薦，及於自由時報、聯合報、常春月刊等報章雜誌
11 刊登廣告及銷售據爭商標商品，可知參加人確有長期持續行
12 銷據爭商標商品之事實，堪認據爭商標表彰之商品，已在市
13 場上行銷相當期間，較為相關消費者所熟悉，應給予較大之
14 保護。上訴人雖提出其銷售系爭商標商品予佑立康藥業生技
15 有限公司之統一發票、系爭商標商品107年4月14日之參展照
16 片，主張系爭商標經上訴人實際使用及宣傳，足使消費者辨
17 知商品來源云云。惟上訴人提出上開證據，有部分資料之日
18 期晚於系爭商標註冊日（107年1月1日），且其銷售之數量
19 尚屬有限，不足以證明系爭商標於申請時已廣泛行銷，為相
20 關消費者所熟悉，得與據爭商標相區辨，上訴人之主張，不
21 足採信。另上訴人所檢送之調查問卷係其自行設計及調查製
22 作，且上訴人並未敘明其調查方式、母體選擇及抽樣方法
23 等，再就該問卷內容觀之，上訴人僅以醫師、護理師、採購
24 人員、醫療院所行政人員等相關專業人員為調查對象，而未
25 及於對西藥、營養補充品等有實際需求之相關消費者，該調
26 查對象之選擇難謂公正客觀，不符合市場交易之實際情況，
27 該市場調查結果之正確性，自有疑義，尚不得以該市場調查
28 報告為對上訴人有利之論據等語。經核上訴意旨無非重述其
29 在原審主張，對原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘
30 為不當，並執其一己之法律見解，就原判決已論斷者，泛言
31 其未論斷或論斷違法，而非具體表明合於不適用法規、適用

01 法規不當、或行政訴訟法第243條第2項所列各款之事實，難
02 認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及
03 說明，應認其上訴為不合法。

04 四、據上論結，本件上訴為不合法。依智慧財產案件審理法第1
05 條、行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法
06 第95條、第78條，裁定如主文。

07 中 華 民 國 110 年 2 月 4 日

08 最高行政法院第二庭

09 審判長法官 吳 東 都

10 法官 胡 方 新

11 法官 王 俊 雄

12 法官 林 妙 黛

13 法官 陳 秀 嫻

14 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

15 中 華 民 國 110 年 2 月 4 日

16 書記官 陳 映 羽