最　高　行　政　法　院　判　決

109年度判字第667號

上　訴　人　日商艾世泰股份有限公司

代　表　人　吉松徹郎

訴訟代理人　林志剛　律師
　　楊憲祖　律師
　　黃闡億　律師

被 上訴 人　經濟部智慧財產局

代　表　人　洪淑敏

參　加　人　統一生活事業股份有限公司

代　表　人　高秀玲

訴訟代理人　陳絲倩　律師
　　郭建中　律師
　　王乃中　律師

上列當事人間商標評定事件，上訴人對於中華民國108年10月31日智慧財產法院108年度行商訴字第68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

一、事實概要：上訴人前於民國101年8月31日以「@cosme store」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3類、第21類、第35類、第42類及第45類之商品/服務，向被上訴人申請註冊。復於104年2月9日申准將

之分割為申請第104880045號及第104880046號商標，其中申請第104880046號商標指定使用於第3類之家庭用靜電防止劑等商品及服務（詳如系爭商標註冊證所載），經被上訴人審查，准列為註冊第1706496號商標（下稱系爭商標，詳判決附圖所示）。嗣參加人於106年4月25日以系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第11款之規定，對之申請評定。經被上訴人審查，核認系爭商標之註冊有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用，以107年10月17日中台評字第1060076號商標評定書為系爭商標之註冊應予撤銷之處分（下稱原處分）。上訴人不服，提起訴願經駁回仍未甘服，循序提起行政訴訟，訴請撤銷訴願決定及原處分。經原審法院108年度行商訴字第68號判決（下稱原判決）駁回其訴後，提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之答辯，均引用原判決之記載。

三、原判決駁回上訴人之訴，係略以：

(一)註冊第85378號「COSMED」、第109913號「COSMED及圖」、第1169894號「康是美COSMED及圖」、第1431390號「COSMED及圖」等4件商標（下稱據以評定各商標，詳判決附圖所示），為參加人西元1995年所成立之連鎖藥妝店品牌。主要提供藥品、營養補充品、化粧保養品、健康美容器材、女性衛生用品、清潔沐浴用品及居家生活日用品等相關商品之零售服務，及提供健康與美容諮詢等服務。不僅已為該等服務特定市場相關事業及消費者所普遍知悉，包括非屬前揭服務消費族群之其他消費者或公眾，亦均已知悉據以評定各商標之存在，而為高度著名之商標。而系爭商標係由「@」符號結合外文「cosme store」所組成，其中「store」為商店之意，為所指定商品/服務之說明性文字，消費者會施以較少之注意。據以評定各商標則或由單純外文「COSMED」所構成，或由中文「康是美」及外文「COSMED」所組成，或再另結合一彩色鳥圖形所組成，其中「康是美」與「COSMED」之

讀音相近。兩造商標相較，予消費者寓目印象較深及用以唱呼辨識之部分均有外觀、讀音相仿之外文「cosme」/「COSMED」或與其讀音相近之中文「康是美」，二者於外觀及讀音均極相彷彿。以具有普通知識經驗之消費者於購買時施以普通注意，異時異地隔離觀察，或實際交易唱呼之際，實不易區辨，應屬構成近似之商標，且近似程度高。又依現有證據資料，尚難遽認系爭商標於註冊時已為我國消費者所熟悉，堪認據以評定各商標較系爭商標為我國消費者所熟悉，而應受較大之保護。

(二)由參加人所提評定附件5之商標註冊檢索資料，可知參加人有將據以評定各商標註冊及實際使用於多種不同商品或服務，而有多角化經營之情形。又系爭商標指定使用之第3類之「家庭用靜電防止劑；……；拋光布」（全部）、第21類之「非建築用未加工玻璃，非建築用半加工玻璃；……；室內水族箱用陶瓷製及玻璃製裝飾品」（全部）等商品與第35類之「牙膏、牙粉、漱口水、潔齒劑之零售批發服務；……；新聞剪報服務」（全部）、第42類之「藥品、化粧品或食品之品質檢驗測試研究；電腦軟體設計，電腦程式設計，電腦軟體維護；為他人建置或維護網站；提供電腦程式；電腦硬體、電腦系統及通訊網路系統設計；有關電腦、汽車及其他機械性能、操作等（操作者需具備高度個人知識、技術或經驗以符合其操作所需準確度）之技術諮詢顧問；電腦租賃」（共8項）及第45類之「提供流行時尚資訊；服裝租賃；個人服飾裝飾品租賃」（共3項）等服務（下稱A商品/服務）部分與據以評定各商標所著名或多角化經營之商品/服務具關聯性等因素綜合判斷。系爭商標指定使用於A商品/服務之註冊應有使相關公眾混淆誤認之虞，而有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用。

(三)至於系爭商標指定使用於第42類之「機械品質檢驗測試，機械研究；建築物建築或都市計劃之研究；環境污染防治之研究，環境污染物質分析；電學研究；提供有關土木建築工程

技術之研究，土木建築工程品質測試；提供有關農業、畜牧業或漁業之研究，農業、畜牧業或漁業產品品質檢驗測試；機械、設備、儀器（包含其零組件）或由此等機械、設備及儀器所組成系統之設計；建築設計；測量；地質調查，地質研究；提供氣象資訊；測量儀器租賃；製圖器具租賃；實驗設備及儀器租賃」及第45類之「婚友介紹，交友服務；提供婚禮（包含儀式後宴會）設施；喪葬服務；提供墓地或納骨所；各種場所之安全保護；人身之安全維護；個人背景調查；算命；寵物臨時照護；嬰兒臨時照護；管家服務；火災警報器出租；滅火器出租」等服務（下稱B服務）之註冊部分。衡酌據以評定各商標於系爭商標申請註冊時已達一般公眾普遍知悉之高度著名程度，系爭商標指定使用於B服務與據以評定各商標所著名或多角化經營之商品/服務雖不具關聯性，而無致相關公眾混淆誤認之虞。但仍可能會減弱或分散據以評定各商標所表彰單一來源的特徵或吸引力，而有減損據以評定各商標之識別性之虞，自有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用。

(四)上訴人於系爭商標註冊後至本件處分作成前，雖有行銷使用系爭商標圖樣之「@cosme store」之事實。然其大多並非使用在其指定之商品或服務上，且時間尚短，整體資料亦屬有限。上訴人復未提供相關行銷數據以供審酌，自難認本件評定時消費者已因其行銷而足可認識兩造商標商品或服務係來自不同來源，而無混淆誤認之虞。且亦難認系爭商標可因其行銷使用，而無減損據以評定各商標之識別性之虞。則系爭商標不得註冊之情事既仍存在，即無商標法第60條但書規定之適用等由為據。

四、上訴意旨略以：

(一)本件參加人雖前於系爭商標評定申請書有主張系爭商標違反商標法第30條第1項第11款後段部分，然原處分僅就系爭商標是否違反商標法第30條第1項第11款前段加以審查，原審法院審理之範圍應僅限於此部分之適法性。基於尊重權力分

立精神，關於系爭商標是否有違反商標法第30條第1項第11款後段部分，應由被上訴人行使第一次判斷權。原審法院就此部分逕予審理，無異剝奪上訴人之程序利益。是以，原判決逕自判定其所稱之B服務部分有第30條第1項第11款後段規定之適用，而駁回上訴人全部之訴，應有不尊重行政機關第一次判斷權及剝奪上訴人程序利益之違法。

(二)參加人提出之使用證據大多僅標示中文與外文結合之「康是美COSMED」，關於「據以評定各商標是否為著名之商標或標章」，被上訴人於評定書理由欄三之(一)，依據參加人提出之使用證據僅認定中文與外文結合之「康是美COSMED」商標達著名商標之程度，並未承認單純之外文「COSMED」已為著名。況被上訴人曾對參加人申請之第107880003、000000000、000000000號等由單純外文「COSMED」組成的商標申請案作出核駁註冊申請之處分，並認定參加人檢送之事證，不足以證明單純外文組成的「COSMED」商標業經其廣泛行銷使用而為相關消費者所熟悉。原審法院竟以極少數單獨標示「COSMED」商標的證據資料，擴大認定單純外文之「COSMED」商標屬著名商標，顯有不依證據認定事實之違背法令。

(三)據以評定各商標中充其量僅中文與外文結合的「康是美COSMED」商標達到著名商標的程度，本案參加人僅能援引「康是美COSMED」商標據以主張商標法第30條第1項第11款之不得註冊事由。考量系爭商標與「康是美COSMED」商標間另有「@」符號及中文「康是美」可資區辨，「cosme」的識別性相當低，且上訴人已長期廣泛使用系爭商標，與據以評定各商標早已併存註冊多年。況參加人所開設的康是美藥妝店中亦大量陳列「@cosme」或「UrCosme@cosme TAIWAN」認證標章貼紙之商品，參加人也曾在102年間與上訴人進行業務合作協商。顯然參加人早已知悉系爭商標存在，並認同系爭商標之高知名度，且認為在標示據以評定各商標之藥妝店中販售標示「@cosme」之商品並不會造成消費者混淆。原判決認為系爭商標應有商標法第30條第1項第11款規定之適用，已

有違誤。復未審酌上訴人前開主張，且未說明不可採之理由，亦有判決不備理由之違法。

(四)「混淆誤認之虞」的判斷因素之一「商標識別性之強弱」所應探討者為相衝突商標的相同部分，並非據以評定各商標的識別性。原審法院在「商標識別性之強弱」的因素中，又強調了「參加人長期廣泛行銷使用已為著名商標」，顯然過度加強了後天識別性的重要性，顯有不當，且違背「混淆誤認之虞」審查基準5.1之規定及前述「混淆誤認之虞」的判斷原則。就日語而言，「cosme」即等同於「cosmetic」，「Cosme Tech」及「COSME TOKYO」展覽、歐盟有機化粧保養品認證機構「COSME BIO」直接以英語「cosme」表示化妝品，可見含有「cosme」字樣的註冊商標及實際市場上使用之商標所在多有。上訴人於原審已詳加說明兩造商標相衝突部分「cosme」的識別性相當低，二者並無產生混淆之可能，原審法院並未說明何以不採之理由，應有判決不備理由之違背法令。

(五)臺灣消費者已大量接觸上訴人經營的電子商務服務，且傳播媒體亦高度評價系爭商標服務。原判決漏未審酌上訴人早已設置臺灣@cosme網站及併購urcome網站，臺灣消費者瀏覽該二網站人數極多，且傳播媒體高度評價系爭商標服務等事實，即以上訴人在我國設立實際店舖的時間尚短，作為系爭商標尚未為我國消費者熟悉之論據，應有漏未審酌證據之違法。原判決未說明上訴人前開主張何以不足採之理由，遽為不利上訴人之判斷，亦有判決不備理由之違背法令。況原判決於判斷系爭商標的知名度時，認為評定答辯附件9之系爭商標各國商標註冊資料僅為靜態權利取得之證明，而排斥其得作為系爭商標是否已為我國消費者認識之證據資料。但卻引用參加人之商標註冊資料，作為據以評定各商標有多角化經營之證據。原審法院對於商標註冊資料可否作為商標使用之證據，前後見解不一，應有判決理由矛盾之違背法令。

(六)況參加人在手機APP上標示據以評定各商標，係用以表彰參加人之藥妝店服務，並非為了表彰「利用電腦提供資訊查詢及廣告」服務。原審法院以此認為據以評定各商標有多角化經營之情形，以及與系爭商標指定使用之電腦軟硬體設計等服務具有關聯性，實有不依證據認定事實及違反商標法第5條第1項第3款規定之違法。原審法院忽視許多判斷因素，遽認系爭商標指定使用於B服務有減損據以評定各商標之識別性之虞，已違背「商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準」之規定及「減損識別性之虞」的判斷原則，亦有判決理由不備之違法。

五、本院查：

(一)按商標相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞者，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者，不得註冊。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限。商標法第30條第1項第11款定有明文。

(二)本件關於據以評定各商標為一般消費者普遍知悉之高度著名商標，兩造商標構成近似，且近似程度高，據以評定各商標具有相當之識別性，據以評定各商標較系爭商標為我國消費者所熟悉，而應受較大之保護，參加人有多角化經營情形。系爭商標所指定使用A商品/服務部分，與據以評定各商標所著名之提供藥品、營養補充品、化粧保養品、健康美容器材、女性衛生用品、清潔沐浴用品及居家生活日用品等相關商品之零售服務，及提供健康與美容諮詢等服務，以及其多角化經營之商品/服務相較，或均為人體用清潔劑、藥品、化粧品、食品、居家生活日用品、書刊出版品等相關商品/服務，或均為利用電腦提供資訊查詢及廣告等之相關服務，其商品／服務間應具有關連性。系爭商標指定之A商品/服務與據以評定各商標所著名或多角化經營之商品/服務具關聯性等因素綜合判斷，系爭商標指定使用於A商品/服務之註冊應有使相關公眾混淆誤認之虞，而有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用；至於系爭商標指定於B服務之註冊部

分，衡酌據以評定各商標於系爭商標申請註冊時已達一般公眾普遍知悉之高度著名程度，系爭商標指定使用於B服務與據以評定各商標所著名或多角化經營之商品/服務雖不具關聯性，而無致相關公眾混淆誤認之虞，但仍可能會減弱或分散據爭諸商標所表彰單一來源的特徵或吸引力，而有減損據以評定各商標之識別性之虞，而有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用等情，業據原審論明(原判決第31頁第9行至第37頁第21行參見)，經核於法並無不合。

(三)原處分雖以系爭商標違反商標法第30條第1項第11款前段而為撤銷系爭商標之註冊，就系爭商標是否有違商標法第30條第1項第11款後段規定認毋庸審究而未予論述。但查，本件參加人於系爭商標評定申請書業已主張系爭商標違反商標法第30條第1項第11款後段規定(評定卷第34頁至第35頁參見)。原處分雖僅就系爭商標是否違反商標法第30條第1項第11款前段加以審查，惟關於商標法第30條第1項第11款後段部分，已據訴願決定說明系爭商標指定於B服務之註冊部分，衡酌據以評定各商標於系爭商標申請註冊時已達一般公眾普遍知悉之高度著名程度，系爭商標指定使用於B服務與據以評定各商標所著名或多角化經營之商品/服務雖不具關聯性，而無致相關公眾混淆誤認之虞，但仍可能會減弱或分散據以評定各商標所表彰單一來源的特徵或吸引力，而有減損據以評定各商標之識別性之虞，自有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用。並以原處分機關認系爭商標指定使用於B服務之註冊有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用部分，其理由固有未妥，惟於本件依訴願決定之理由，仍應撤銷系爭商標註冊之結果並無二致，而依訴願法第79條第2項「原行政處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由認為正當者，應以訴願為無理由」之規定，而維持原處分等語(訴願決定第16頁至第17頁參見)。因此，關於原處分所未審究之系爭商標指定使用於B服務之註冊是否有違商標法第30條第1項第11款後段規定部分，業經訴願決定機關依訴願法第7

9條第2項規定予以論究。被上訴人訴訟代理人於原審言詞辯論時亦陳明，原處分階段是認為違反商標法第30條第1項第11款前段，但訴願決定亦將商標法第30條第1項第11款後段一併適用，所以被上訴人亦同此主張(原審卷第353頁參見)，故尚無不尊重行政機關第一次判斷權問題。而上訴人於起訴狀及補充理由狀亦就系爭商標並無減損據以評定各商標識別性或信譽之虞之爭點，分別提出攻防主張(原審卷第117頁至第118頁、第274頁參見)，則原審就系爭商標指定使用於B服務之註冊是否有違商標法第30條第1項第11款後段規定部分，依兩造攻防之訴訟資料加以審理判斷，並不影響上訴人於訴訟程序中所可提出證據或主張之程序利益。上訴人主張原判決逕自判定其所稱之B服務部分有第30條第1項第11款後段規定之適用，而駁回上訴人全部之訴，有剝奪上訴人程序利益之違法部分，非為可採。

(四)原處分記載據以評定「COSMED」商標自84年創用迄今已有20年歷史，又原處分認定據以評定各商標已達著名之程度，並不限於據以評定之「康是美COSMED」商標之使用資料，其認定已臻著名係據以評定商標，而非僅限於據以評定之「康是美COSMED」商標(原處分評定書第8頁2.及第8頁四、均記載據爭商標已臻著名，而非限於據爭「康是美COSMED」，評定卷所附商標使用證據，也非限於據爭「康是美COSMED」商標圖樣)。訴願決定亦認據以評定各商標於系爭商標申請註冊時(101年8月31日)，表彰於提供藥品、營養補充品、化粧保養品、健康美容器材、女性衛生用品、清潔沐浴用品及居家生活日用品等相關商品之零售服務，及提供健康與美容諮詢等服務之信譽，不僅已為該等服務特定市場相關事業及消費者所普遍知悉，包括非屬前揭服務消費族群之其他消費者或公眾，亦均應已知悉據以評定各商標之存在，即其著名程度應已超越相關消費者而臻一般消費者普遍知悉之程度，而為高度著名之商標等情(訴願決定書第8頁至第10頁參照)。原審據該等卷內資料，審認據以評定各商標為一般消費者普遍

知悉之高度著名商標，經核尚無不合。上訴人主張原判決此部分違背行政訴訟法第189條第1項之規定一節，非為可採。至於被上訴人曾對參加人申請之第107880003申請案號、第107880131申請案號、第107880133申請案號核駁商標申請部分。經查，申請之第107880003申請案號係註冊使用於藥劑調配等，第107880131申請案號係使用於醫療、藥劑調配等，第107880133申請案號係指定使用於醫療、藥劑調配等。該等商標申請案指定使用服務與據以評定各商標指定使用之商品或服務不同，案情有異，尚不能以該等商標申請案遭核駁，即執為本件據以評定各商標未臻著名之論據。上訴人據而主張原判決以參加人極少數單獨標示「COSMED」商標的證據資料，認定單純外文的「COSMED」商標為著名商標，顯有不依證據認定事實之違背法令，自非可採。

(五)本件據以評定各商標包括註冊第109913號「COSMED及圖」、第85378號「COSMED」、第1169894號「康是美COSMED及圖」、第1431390號「COSMED及圖」等4商標。原審參酌據以評定各商標中，具有「COSMED」之外文，而說明參加人註冊多件之其他「COSMED」商標，結合外文「Nature Mart」、「Nature Collect」、「Dr.」或「Ms.」等作為商標圖樣，以有註冊及實際使用於多種不同商品或服務之資料，而認參加人有多角化經營之事實，並無違經驗或論理法則。又證明多角化經營事實與商標已臻著名所依憑證據資料及證明程度，依各該待證事實差異，兩者自未盡一致。上訴人主張參加人註冊之其他「COSMED」結合外文「Nature Mart」、「Nature Collect」、「Dr.」或「Ms.」之商標並非本案據以評定之各商標，該等商標之使用並非本案據以評定各商標之使用，原判決以該等商標之註冊資料作為據以評定各商標有多角化經營之證據，顯有誤認事實之違法；原審法院對於商標註冊資料可否作為商標使用之證據，前後見解不一，應有判決理由矛盾之違背法令等等，仍非可採。又原審已說明參加人並有提供與據以評定各商標同名之手機APP軟體程式，

使相關消費者可隨時查詢商品資訊、門市據點及優惠活動，並可作為行動電子會員卡累積點數等情。故參加人在手機APP上標示據以評定商標並非僅限於表彰其藥妝店服務，亦包括商品行銷資訊。上訴人主張參加人在手機APP上標示據以評定商標並不是為了表彰其他商品或服務，原判決以此認為據以評定商標有多角化經營之情形，有違背商標法第5條第1項第3款之規定部分，亦不足採。

(六)本件其餘上訴人指摘原判決認其屬識別性強之隨意性商標，有誤認事實及違背商標識別性審查基準之違背法令；兩造商標在實際交易市場上並無產生混淆誤認之虞，原判決認為系爭商標應有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用，顯有違誤；「cosme」不應該由參加人獨占使用，且在其他許多商標含有「cosme」外文仍獲准與據以評定各商標並存註冊的情形下，如不准許系爭商標註冊，將違反行政法上平等原則及行政自我拘束原則；以上訴人在我國設立實際店舖的時間尚短，作為系爭商標尚未為我國消費者熟悉之論據，有漏未審酌證據之違法等節；原審法院忽視許多判斷因素，遽認系爭商標指定使用於B服務有減損據以評定各商標之識別性之虞，已違背「商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準」之規定及「減損識別性之虞」的判斷原則，均係就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項予以爭執，或係就原審論駁不採見解續予爭執，核屬不同論點之法律歧異見解問題，原判決之認定縱不符當事人期望或主張，尚不能據此指原判決有違背法令之情形。而所謂判決不備理由係指判決全然未記載理由，或雖有判決理由，但其所載理由不明瞭或不完備，不足使人知其主文所由成立之依據而言。上訴人所指原判決有未說明之處，經核並不影響判決認定之結果，亦難謂有理由不備之違法。

(七)關於上訴人主張本件應有商標法第60條但書規定之適用一節。訴願決定已說明，商標法第60條但書之適用，係以原處分機關評決時應撤銷系爭商標註冊之情形已不存在為前提。

上訴人所提出之證據資料，固可見上訴人於系爭商標註冊後至本件處分作成前，有行銷使用系爭商標圖樣之「@cosmestore」之事實，然其大多並非使用在其指定之商品/服務上，且時間尚短，整體資料亦屬有限，上訴人復未提供相關行銷數據以供審酌，自難認本件評定時消費者已因其行銷而足可認識兩造商標商品／服務係來自不同來源，而無混淆誤認之虞，且亦難認系爭商標可因其行銷使用而無減損據以評定各商標之識別性之虞。則系爭商標不得註冊之情事既仍存在，即無前開規定之適用等情。原審亦據此審認系爭商標不得註冊之情事既仍存在，即無商標法第60條但書規定之適用，經核均無不合。從而原判決以系爭商標之註冊應有商標法第30條第1項第11款前段或後段規定之適用，依法應撤銷其註冊。雖原處分認系爭商標指定使用於B服務之註冊有商標法第30條第1項第11款前段規定之適用，亦未審酌是否有商標法第60條但書規定之適用，其理由雖有未妥，惟訴願決定已補正其理由，且本件依前述理由，仍應撤銷系爭商標註冊之結果並無二致，而維持原處分及訴願決定。依上說明，應屬合法。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

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

中　華　民　國　109　年　12　月　24　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　吳　明　鴻

法官　蕭　惠　芳

法官　曹　瑞　卿

法官　高　愈　杰

法官　陳　國　成

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　24　　日

書記官　蔡　宜　婷