最　高　行　政　法　院　判　決

109年度判字第668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12月26日智慧財產法院108年度行商訴字第69號行政判決關於其不利部分，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：上訴人於民國101年6月29日以「@cosme」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3類、第21類、第35類、第42類及第44類之商品或服

務，向被上訴人申請註冊，經被上訴人編為000000000號審查。嗣上訴人向被上訴人申請將前揭申請案分割為2件商標註冊申請案，經被上訴人核准並分別編為申請第103880414號商標及第103880415號商標。其中分割後之申請第103880415號商標，指定使用於第3類：香、牙膏、牙粉、漱口水、潔齒劑等商品；第21類：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等商品；第35類：廣告宣傳、為他人提供有關研究人員資歷之電腦資料庫檢索等服務；第42類：利用網際網路、電子郵件及其他通訊網路提供電腦軟體設計、電腦程式設計或電腦軟體維護之資訊、提供有關符合電腦操作所需準確度之電腦性能及操作之技術諮詢顧問等服務。經被上訴人審查，核准列為註冊第1694555號商標（下稱系爭商標），指定使用之商品與服務，詳如附圖之系爭商標圖樣有關商品名稱所示。嗣參加人以系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第11款規定，對之申請評定。案經被上訴人審查，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9月25日中台評字第1060077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）。上訴人不服原處分，提起訴願，經訴願決定駁回，上訴人猶未甘服，循序提起行政訴訟，訴請撤銷訴願決定與原處分。經原審法院108年度行商訴字第69號判決（下稱原判決）原處分及訴願決定關於註冊第1694555號「@cosme」商標指定使用於第35類、第42類商品部分撤銷、上訴人其餘之訴駁回。上訴人就對其不利部分仍不服，遂提起本件上訴（原處分及訴願決定撤銷部分，未據不服業已確定）。

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、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)系爭商標係由未經設計之符號「@」及外文「cosme」左右排列所構成，而據以評定之註冊第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(下稱據以評定各商標，詳判決附圖所示)不論外觀、讀音及觀念等項目，兩者相異甚微，而於異時異地隔離整體與主要部分觀察，實予人有同一或系列商標之聯想。以具有普通知識經驗之相關消費者，其於購買時施以普通之注意，應會誤認兩者來自同一來源或雖不相同而有關聯之來源。兩商標應構成高度近似之商標，致使相關消費者對兩商標表彰之商品來源或產製主體，發生混淆誤認之虞。系爭商標101年6月29日申請註冊時，據以評定各商標表彰於提供藥品、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，已為該等服務或商品特定市場相關事業及消費者所普遍知悉，均應已知悉據以評定各商標之存在。而原處分同時交互使用據以評定「COSMED」商標、據以評定「康是美COSMED」商標，且並無任何據以評定各商標中，何者非屬著名之論述。可知被上訴人於原處分即已認定據以評定各商標均為著名商標之意，經濟部亦認定據以評定各商標均為著名。益徵上訴人主張原處分僅認定據以評定之「康是美COSMED」商標為著名商標等等，不足為憑。

(二)據以評定各商標之外文「COSMED」，其英文中譯為化妝品，非指定使用之商品或服務相關說明。使用於其商品為商標使用時，其與商品並無關聯，未有描述或暗示商品或服務本身，其具有與其他商品或服務相區隔之識別性，為參加人自行設計之商標，為識別性強之隨意性商標。況據以評定各商標經參加人長期廣泛使用已達著名商標之程度，且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，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。益增參加人應用實體店面或網際網路行銷，有將據以評定各商標實際使用於多種不同商品或服務，符合多角化經營之情形。

上訴人所舉事證無法證明消費者較熟悉系爭商標，且據以評定各商標廣泛使用之事實，迄至系爭商標註冊時，其知名度極高，且較系爭商標為相關消費者所熟悉，故於判斷有無混淆誤認之虞時，應給予較大之保護。上訴人雖提出其他業者關於以「cosme」作為商標圖樣部分之其他商標，說明系爭商標應同樣獲准註冊。然該等商標個案事實、證據樣態及商標圖樣，均有差異性，故其於具體個案審認結果，自有不同，基於商標審查個案拘束原則，顯難比附援引。

(三)原審審酌據以評定各商標識別性強，並有多角化經營之情形。且兩商標圖樣近似性高，而相關消費者較熟悉據以評定各商標。然系爭商標與據以評定各商標指定使用之商品，僅第3類與第21類相同或有類似性，第35類與42類未構成類似之商品或服務。況據以評定各商標以藥妝店為相關消費者所知悉，參加人企業多角化經營未包含第35類與第42類商品或服務，未跨足廣告宣傳或電腦程式產業，其與系爭商標所指定使用之第35、第42類產品之商品性質、行銷管道及提供者，兩者市場並不相關。準此，系爭商標之註冊僅就第3類與第21類商品或服務部分，客觀應有致相關公眾或相關消費者，誤認兩商標之商品來自相同或相關聯之來源，或誤認兩商標使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係，而產生混淆誤認之虞。準此，系爭商標僅就第3類、第21類商品或服務部分之註冊，有違反商標法第30條第1項第11款前段規定，指定使用於第35類與第42類，未違反商標法第30條第1項第11款前段規定。

(四)由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原處分作成前，有行銷使用系爭商標圖樣「@cosme」事實。然其大多並非使用在其指定之商品或服務，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。自難認系爭商標評定時，相關消費者已因其行銷而足可認識兩商標指定之商品或服務，係來自不同來源，而無混淆誤認之虞。準此，系爭商標就指定使用於第3類、第21類

商品部分，其原有商標法第30條第1項第11款前段規定不得註冊之情形，仍然存在，自不適用商標法第60條但書規定。是系爭商標指定使用商品第3類、第12類部分違反商標法第30條第1項第11款前段規定，被上訴人所為系爭商標註冊應予撤銷之行政處分，其於法有據，應予維持。而就系爭商標指定使用商品第35類、第42類部分，原處分認定違反同條項第11款前段規定，而作成撤銷系爭商標註冊之行政處分，容有未洽。訴願決定予以維持，自有不當。職是，上訴人就系爭商標指定使用商品第35類、第42類部分，訴請撤銷原處分與訴願決定之行政處分，為有理由。

(五)本件原處分及訴願決定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，故原審審理之範圍應僅限於此部分之適法性。而上訴人於訴願程序不爭執系爭商標是否違反商標法第30條第1項第11款後段部分，於原審亦僅主張系爭商標並無減損據以評定各商標識別性或信譽之虞。經原審審酌認系爭商標是否違反商標法第30條第1項第11款後段規定與原判決不生影響。因原處分機關與訴願機關均未加以審查，系爭商標是否違反商標法第30條第1項第11款後段，原審基於尊重權力分立精神，未經行政機關審酌，應由被上訴人行使第一次判斷權。且原審就此部分逕予審理，無異剝奪上訴人之程序利益。故就系爭商標指定使用於第35類、第42類商品部分，是否違反商標法第30條第1項第11款後段部分，應由被上訴人就本件重為處分時予以審酌等由為據。

四、上訴意旨略以：

(一)英文字典上並查無「COSMED」之字義，「COSMED」並無化妝品之意，化妝品的英文應為「cosmetics」。原判決憑空認定據以評定各商標圖樣上之「COSMED」英文中譯為化妝品，進而判定其與系爭商標圖樣上之「cosme」觀念相同，二者觀念高度近似，顯然有誤認事實之違法，違背行政訴訟法第189條第1項之規定。且原判決既認定據以評定各商標圖樣上之「COSMED」英文中譯為化妝品，則「COSMED」外文自屬其

知名及指定使用之上開各項商品及服務之名稱、成分、品質、功用之直接說明文字，應屬不具識別性之描述性標識。惟原判決卻認為其屬識別性強之隨意性商標，顯然有誤認事實及違背上述商標識別性審查基準之違背法令。

(二)由原處分書的文字敘述可知，原處分僅認定據以評定之「康是美COSMED」商標為著名商標。原判決竟誤解原處分內容，認為原處分認定據以評定各商標均為著名商標，亦有誤認事實之違法，違背行政訴訟法第189條第1項之規定。況被上訴人曾對參加人申請之第107880003、107880131、107880133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並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。

(三)考量系爭商標與據以評定之「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，上訴人註冊第01217981號「@cosme」商標與據爭商標早已併存註冊多年，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，且認為在標示據爭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。本案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。

(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，並非據爭商標的識別性。原審法院在「商標識別性之強弱」的因素中，又強調了「參加人長期廣泛使用已達著名商標之程度」，顯然過度加

強了後天識別性的重要性，顯有不當。原判決並未判斷本案兩造商標相衝突的部分(即「cosme」)的識別性強弱，顯然違背「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。「cosme」係擷取自英文「cosmetic」（美容的）及「cosmetics」（化妝品）之前5個字母而來，而就日語而言，「cosme」即等同於「cosmetic」。以「cosme」使用於化妝品相關商品、服務，事實上其識別性相當低，不能因為兩造商標均有該「cosme」字樣，即遽認二者構成近似，或有使人產生混淆誤認之虞。且以「cosme」作為商標一部分使用於化妝品相關商品、服務之情形極為常見，單純的「cosme」外文並不會使人產生與特定單一來源聯結的高度識別力。「cosme」不應該由參加人獨占使用，且在其他許多商標含有「cosme」外文仍獲准與據爭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。原判決對於上訴人前開主張並未說明何以不足採，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。上開主張均涉及本案系爭商標有無致相關消費者產生混淆誤認之虞之爭點，惟原審法院於判決書中完全未加審酌，並未說明上訴人前開主張不可採之理由，應有行政訴訟法第243條第2項第6款判決不備理由之當然違背法令之情形。

(六)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商標，該等商標之使用並非本案據以評定商標之使用。原判決竟將該等商標與據以評定各商標混為一談，而以該等商標之註冊資料作為據以評定商標有多角化經營之證

據，顯有誤認事實之違法。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。但卻引用參加人註冊之單純外文「COSMED」，或結合中文「康是美」及一鳥形圖案，或結合外文「Nature Mart」、「Nature Collect」、「Dr.」、「Ms.」等之商標註冊資料作為據爭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。

(七)況參加人提供消費者手機APP，係便利消費者選購其藥妝店銷售之商品，乃銷售其藥妝店產品之方法。手機APP僅其行銷宣傳之媒體，在該手機APP上標示據爭商標，係用以表彰其藥妝店服務，應屬商標法第5條第1項第3款所稱「將商標用於與提供服務有關之物品」，仍屬藥妝店服務之使用。在手機APP上標示據爭商標並不是為了表彰其他商品或服務，僅是為了表彰其藥妝店服務，原審法院以此認為據爭商標有多角化經營之情形，實有違背商標法第5條第1項第3款之規定。

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)本件關於系爭商標與據以評定各商標近似程度高，據以評定各商標為我國之著名商標，其商標識別性強，參加人有多角化經營情形，相關消費者較熟悉據以評定各商標，兩商標於第3類與第21類商品，屬構成相同或高度類似之商品。系爭商標之註冊就第3類與第21類商品或服務部分，客觀應有致相關公眾或相關消費者，誤認兩商標之商品來自相同或相關聯之來源，或誤認兩商標使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係，而產生混淆誤認之虞等情，業據原審論

明(原判決第24頁第18行至第38頁第11行參見)。除據以評定各商標之「COSMED」，實際為化妝品(cosmetics)與藥品(medicine)之字首組合而來，有藥妝之意涵(評定卷第40頁背面參見)，原審認據以評定商標之「COSMED」，英文中譯之意亦為化妝品，兩商標觀念成立高度近似性部分，未說明觀念高度近似係在化妝品部分，而未臻妥適，惟因系爭商標與據以評定各商標在外觀、讀音與化妝品部分觀念高度近似，故就仍屬近似商標之結論無影響以外，其餘經核並無不合。

(三)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各商標，而非僅限於據以評定之「康是美COSMED」商標(原處分評定書第9頁2.及第10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「於系爭商標101年6月29日申請註冊時，據以評定「COSMED」、「康是美COSMED」、「康是美COSMED及圖」等商標表彰於提供藥品、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。」(訴願決定書第9頁至第10頁參照)則原審審認原處分同時交互使用據以評定「COSMED」商標、據以評定「康是美COSMED」商標，且並無任何關於以上系列商標中，何者非屬著名之論述，可知原處分之結論文字：據以評定「康是美COSMED」商標已廣為相關事業或消費者所普遍認知而達著名商標之程度等語，應係指被上訴人於原處分即已認定所有據以評定商標，均為著名商標之意，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，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。

(四)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，則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各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。

(五)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，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。

(六)從而原判決以據以評定各商標為著名商標，兩商標成立高度近似性，指定使用商品同一或類似，據以評定各商標有多角化經營情形，且具高度識別性，相關消費者較熟悉據以評定各商標，而有致相關消費者混淆誤認之虞，系爭商標指定使用商品或服務第3類與第12類為同一或成立類似，系爭商標指定使用商品第3類、第12類部分違反商標法第30條第1項第11款前段規定，而維持原處分及訴願決定，依上說明，應屬

合法。上訴論旨，指摘原判決不利上訴人部分違背法令，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