

最 高 行 政 法 院 裁 定

111年度上字第238號

上 訴 人 日商優比股份有限公司 KEWPIE KABUSHIKI KAISHA
(ALSO TRADING AS KEWPIE CORPORATION)

代 表 人 長南 収 □

訴訟代理人 李文傑 律師

劉倫仕 律師

施穎弘 律師

被 上 訴 人 經濟部智慧財產局

代 表 人 洪淑敏

參 加 人 羅絲歐尼爾丘比國際智權有限公司

代 表 人 楊進雄

訴訟代理人 張東揚 律師

賴蘇民 律師

上列當事人間商標評定事件，上訴人對於中華民國110年12月30日智慧財產及商業法院110年度行商訴字第42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

01 同法第243條第1項規定，判決不適用法規或適用不當者，為
02 違背法令；而判決有同條第2項所列各款情形之一者，為當
03 然違背法令。是當事人對於智慧財產及商業法院行政判決上
04 訴，如依行政訴訟法第243條第1項規定，以判決有不適用法
05 規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指
06 摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法
07 則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院大法官解釋，則應揭
08 示該解釋之字號或其內容。如以行政訴訟法第243條第2項所
09 列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條
10 項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其
11 所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已對智慧財產及
12 商業法院行政判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認
13 為合法。

14 二、上訴人於民國105年6月14日以智慧財產及商業法院（下稱原
15 審）110年度行商訴字第42號行政判決（下稱原判決）附圖
16 一之「logo」商標（下稱系爭商標），指定使用於原判決附
17 圖一A、B部分所示商品，向被上訴人申請准予註冊。嗣參加
18 人以系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第10款規定申
19 請評定，經被上訴人以109年11月24日中台評字第H01080050
20 號商標評定書（下稱原處分）為系爭商標指定使用於原判決
21 附圖一A部分商品之註冊應予撤銷，其餘指定使用商品部分
22 評定不成立之處分。上訴人就原處分關於評定成立部分不
23 服，循序提起行政訴訟，聲明：原處分關於撤銷系爭商標指
24 定使用於原判決附圖一A部分商品之註冊及其訴願決定部分
25 均撤銷。經原判決駁回後，提起上訴。

26 三、上訴人對原判決提起上訴，主張略以：(一)參加人於評定申請
27 時所提出108年3月12日開立之發票4張，係為同日不中斷之
28 連號號碼，該4項商品無重複，代表其間未銷售其他商品予
29 他人，極有可能屬人為刻意製作；其檢附原判決附圖二編號
30 3商標圖樣商品陳列販售之3項商品照片上，並無拍攝日期、
31 製造商或委製者之公司名稱或住址，更完全未顯示參加人之

名稱；參加人就他商標廢止案提出貨架照片，無拍攝日期，未標示或說明拍攝地點或通路業者名稱，未如一般開架商品標示價格，又參加人提出網頁時光機查詢結果之可信度值得懷疑，不能僅以該查詢結果作為真實商品使用之證據，上開證據皆不足以證明本件評定開始前該商品即已被銷售，原判決認定事實與證據不符。上訴人於原審已針對上開證據不符交易習慣作為主要攻擊及防禦方法，且原審就該使用證據依經驗法則、論理法則及自由心證判斷其真偽，不需上訴人再積極提出證據證明其屬虛偽，惟原審就此未加以調查，不依職權認定，亦未於原判決說明何以不採上訴人主張之理由，有違背法令及不備理由之違誤。(二)原判決僅憑系爭商標與原判決附圖二所示編號1至5商標（下合稱據爭諸商標）之圖樣近似程度不低，且系爭商標與據爭諸商標指定使用於商品同一或多屬高度類似，認定有混淆誤認之虞，卻未根據「營業主體對商標善意而廣泛使用推廣」「相關消費者對商標熟悉程度」之原則，審酌上訴人於原審所提諸多可以證明上訴人有使用系爭商標於相同商品上，已為我國相關消費者周知之證據資料，原判決顯有判決違背法令及不依證據之違法。(三)系爭商標於106年4月16日在我國獲註冊後，截至應以評定時即109年11月24日為止3年多，透過上訴人代理人在我國廣泛宣傳、消費者前往日本旅遊購買及平行輸入之大量銷售，較之默默無聞之據爭諸商標，已廣為我國相關消費者，尤其是關注幼兒食品之年輕夫婦所熟悉，經斟酌公益及當事人利益衡平，顯見系爭商標不得註冊情事已不存在，原判決仍否定本件有商標法第60條但書規定適用之餘地，已有違背法令之違誤等語。

四、惟查，原判決已敘明：(一)據爭諸商標距108年5月6日申請評定時皆已逾3年，由參加人檢附據爭諸商標於申請評定前3年符合一般商業交易習慣的使用事證，可認參加人於申請評定日前3年內，有將據爭諸商標使用於以錠劑、粉末狀等形式供人體攝取特定營養素之「營養補充品」商品，而其指定使

01 用於各該指定使用類別A部分商品與實際使用商品之成分、
02 用途及性質相當，亦得認有使用。上訴人雖質疑參加人提出
03 之發票連號且非營業人為開立對象之二聯式發票收執聯，商
04 品包裝不符參加人產品行銷慣習，可能為臨時製作，不足以
05 證明各該商標之真實使用，然並未提出確有虛偽不實之具體
06 事證，參加人復提出原判決附圖二編號3商標商品陳列販售
07 照片及網頁時光機查詢結果，顯示108年4月11日參加人網頁
08 有據爭諸商標商品之相關資訊，用以佐證據爭諸商標之真實
09 使用情形，實難以上訴人空言質疑而為不利參加人之認定。

10 (二)系爭商標及據爭諸商標均為娃娃設計圖所構成，且二者娃
11 娃圖均以大而圓的眼睛、微笑的表情、豎立尖形頭髮、圓胖
12 肚子、背後小翅膀等為構圖元素，僅娃娃動作或數量等細節
13 設計稍有不同，外觀及整體意匠極相彷彿，可能誤認二者商
14 品為來自同一來源之系列商品，或雖不相同但有關聯之來
15 源，應屬近似之商標，且近似程度不低。上訴人雖主張系爭
16 商標相關消費者為醫師、藥師等專業人士及嬰兒父母，會施
17 以較高之注意，可區辨二者商標云云，然嬰兒食品屬一般日
18 常生活消費用品，並非需具備一定專業知識始能購買之專業
19 性商品；且系爭商標與據爭諸商標指定使用之商品相較，或
20 於用途、產製者、消費族群、行銷管道及場所等因素上，均
21 具有共同或關聯之處，依一般社會通念及市場交易情形，應
22 屬同一或高度類似之商品、或在功能上具有相輔作用，於產
23 製者、消費族群、行銷管道及場所等因素上亦有共同或關聯
24 之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬中度類似之商
25 品、或常來自相同之產製者，亦常透過同一銷售管道販售，
26 於功能、產製者及行銷管道等因素均具有共同或關聯之處，
27 依一般社會通念及市場交易情形，應屬高度類似之商品。系
28 爭商標及據爭諸商標於各自指定使用類別A部分之商品間，
29 尚無直接明顯的關聯，相關消費者會直接將二者商標視為指
30 示及區別商品來源之標識，均有相當識別性；綜合雙方所提
31 證據資料，雖可認系爭商標於註冊日前已經上訴人使用而為

01 國內相關消費者所知悉，惟數量有限，尚不足證明系爭商標
02 已達相關消費者熟悉之程度；上訴人主張系爭商標已於日本
03 取得註冊，以實際使用於產製之嬰兒食品上，並無攀附據爭
04 諸商標之意圖，衡酌系爭商標與據爭諸商標均具有相當識別
05 性，系爭商標之註冊申請應無惡意，惟系爭商標與據爭諸商
06 標之圖樣近似程度不低，使用商品屬同一或多屬高度類似，
07 系爭商標於註冊時尚非相關消費者熟悉之商標，故系爭商標
08 有商標法第30條第1項第10款本文規定不得註冊之情形。(三)
09 雖上訴人在我國有行銷使用系爭商標之事實，然在參加人尚
10 持續使用據爭諸商標行銷兒童營養補充品之情況下，上訴人
11 單方使用事證仍無法證明系爭商標於註冊後至評定時，相關
12 消費者已因上訴人之行銷使用而足以區別二者商標表彰商品
13 來自不同來源，故相關消費者仍有可能誤認二者商標係來自
14 同一來源或雖不相同但有關聯之來源，而有混淆誤認之虞，
15 系爭商標不得註冊之情事依然存在，本件當無商標法第60條
16 但書規定之適用等語甚詳。核諸上訴理由，無非重述其在原
17 審提出而為原審所不採之主張，就原審取捨證據、認定事實
18 之職權行使事項，指摘其為不當，並就原審已論斷或指駁不
19 採者，泛言原判決違背法令或理由不備，而非具體表明合於
20 不適用法規、適用法規不當、或行政訴訟法第243條第2項所
21 列各款之情形，難認對原判決之如何違背法令已有具體之指
22 摘。依首揭規定及說明，應認其上訴為不合法。

23 五、據上論結，本件上訴為不合法。依智慧財產案件審理法第1
24 條、行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法
25 第95條、第78條，裁定如主文。

26 中 華 民 國 111 年 5 月 12 日

27 最高行政法院第三庭

28 審判長法官 胡 方 新

29 法官 林 妙 黛

30 法官 蕭 惠 芳

31 法官 林 惠 瑜

01

法官 曹 瑞 卿

02

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

03

中 華 民 國 111 年 5 月 12 日

04

書記官 莊 子 誼