最　高　行　政　法　院　判　決

111年度上字第776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
複 代理 人　吳宗樺　律師
被 上訴 人　經濟部智慧財產局

代　表　人　廖承威
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　王乃中　律師
　　吳霈栩　律師

上列當事人間商標評定事件，上訴人對於中華民國111年8月3日智慧財產及商業法院110年度行商訴字第74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、被上訴人代表人原為洪淑敏，嗣變更為廖承威，茲據新任代表人聲明承受訴訟，核無不合。

二、上訴人前於民國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/服務，向被上訴人申請註冊，嗣上訴人申請將之分割為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0000000號商標（下稱系爭商標）。嗣參加人於106年4月25日認系爭商標之註冊有違商標法第30條第1項第11款規定，以註冊第00000號、第000000號、第0000000號、第0000000號商標（下稱據爭商標1至4，合稱據爭諸商標）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，而於107年9月25日為系爭商標之註冊應予撤銷之處分。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審於108年12月26日以108年度行商訴字第69號判決「原處分及訴願決定關於系爭商標指定使用於第35類、第42類商品部分撤銷。上訴人其餘之訴駁回。」上訴人就不利部分即系爭商標指定使用於第3類、第21類商品部分提起上訴，經本院於109年12月24日以109年度判字第668號判決駁回上訴確定。嗣被上訴人依原審108年度行商訴字第69號判決撤銷意旨重為審查，認系爭商標指定使用於第35類、第42類服務部分有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用，以110年3月16日中台評字第1090015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，循序提起行政訴訟，聲明請求撤銷訴願決定及原處分，經原審判決駁回上訴人之訴，遂提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張及被上訴人暨參加人於原審之答辯，均引用原判決之記載。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

㈠依參加人所檢送之證據，堪認據爭諸商標於101年6月29日系爭商標申請註冊時，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，亦均已知悉據爭諸商標之存在，其著名程度已超越相關消費者而臻一般消費者均普遍知悉之程度，符合商標法第30條第1項第11款後段之著名商標。

㈡系爭商標與據爭諸商標近似程度高，據爭諸商標為高度著名商標，具有相當識別性，並較系爭商標更為消費者所熟悉，且有多角化經營之情形，又據爭諸商標中之外文「COSMED」並未普遍為第三人廣泛使用，排他使用程度亦較高，故縱系爭商標指定使用於第35類、第42類服務之註冊，與據爭諸商標所著名或多角化經營之商品/服務雖不具關聯性，然衡酌據爭諸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，則系爭商標之註冊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，而有減損據爭諸商標之識別性之虞，自有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用。被上訴人所為系爭商標之註冊應予撤銷之處分，並無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤等語，判決駁回上訴人在原審之訴。

五、本院查：

㈠按評定商標之註冊有無違法事由，除商標法第106條第1項及第3項規定外，依其註冊公告時之規定，商標法第62條準用第50條定有明文。系爭商標註冊公告日為104年2月16日，參加人於106年4月25日對系爭商標申請評定，被上訴人於110年3月16日作成原處分，是本件並無商標法第106條第1項及第3項規定之適用，則系爭商標是否有評定事由，應以其註冊公告時之商標法為斷。

㈡再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，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，為商標法第30條第1項第11款本文所規定。而有關「商標法第30條第1項第11款後段所稱之『著名商標』，其著名程度應否解釋為超越相關消費者而達一般消費者普遍知悉之程度，始有該後段規定之適用？」之法律爭議，依本院111年度大字第1號裁定統一見解，認商標法第30條第1項第11款後段規定所稱「著名商標」，係指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知之商標，無須達一般消費者普遍知悉之程度，始有該款後段規定之適用。至於是否有減損著名商標之識別性或信譽之虞，則應參酌商標著名之程度、商標近似之程度、商標被普遍使用於其他商品/服務之程度、著名商標先天或後天識別性之程度及系爭商標權人是否有使人將其商標與著名商標產生聯想的意圖之其他等因素綜合判斷。上訴意旨主張商標權人必須證明商標著名程度跨越不同商品/服務範圍而達一般消費者均普遍知悉之程度，方有商標法第30條第1項第11款後段規定之適用云云，自無可採。

㈢依商標法第30條第2項規定，該條第1項第11款所稱「著名」之認定，以申請時為準。著名商標之認定應就個案情況，考量商標識別性之強弱；相關事業或消費者知悉或認識商標之程度；商標使用期間、範圍及地域；商標宣傳之期間、範圍及地域；商標是否申請或取得註冊及其註冊、申請註冊之期間、範圍及地域；商標成功執行其權利的紀錄，特別指曾經行政或司法機關認定為著名之情形；商標之價值；其他足以認定著名商標之因素等，綜合判斷之。又取捨證據、認定事實屬於事實審法院之職權，若其取證、認事未違背經驗法則、論理法則或證據法則，縱其證據之取捨與當事人所希冀者不同，致認定的事實異於當事人之主張，亦不得謂原判決有違背法令之情形。原審本於認事、採證之職權行使，審酌參加人所提證據資料，綜合其他相關事證，認定據爭諸商標

於101年6月29日系爭商標申請註冊時，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，亦均已知悉據爭諸商標之存在，而臻一般消費者均普遍知悉之著名程度，原判決並論明：據爭諸商標均有外文「COSMED」，且以該等商標中之外文「COSMED」或結合之中文「康是美」為其主要予消費者寓目印象較深及用以唱呼辨識之部分，而依參加人所提出自84年創用該等商標迄今之使用證據資料，均包含外文「COSMED」字樣，並非限於據爭商標4，經核並無違誤，亦與著名商標認定時點無違。至原判決認商標法第30條第1項第11款後段就著名商標之著名程度，應解釋為不僅止於相關消費者，而須達一般消費者均知悉之商標之法律見解，雖與本院前揭大法庭見解不符而有未洽，及原判決將部分101年6月29日後之照片、部落格文章、博客來購物網站網頁、樂天市場購物網站廣告影片納入審酌，亦有未合，然仍不影響前開著名之認定。另被上訴人雖就參加人前所提第107880003號「COSMED」商標申請案、第107880131號「COSMED及圖」商標申請案、第107880133號「COSMED」商標申請案為核駁註冊之處分，然該案所涉者乃該等申請商標相較於他人先註冊商標是否違反商標法第30條第1項第10款規定、參加人於該案所檢送之事證可否證明該案申請商標與他人先註冊商標已有併存之事實，實難以之推論被上訴人在該等申請案中已認定本件據爭商標1、2、3不具著名性。至上訴人所提本院107年度裁字第561號裁定之案例事實，乃涉及商標廢止案中商標使用證據之判斷，與本件係有關著名商標之判斷不同，自無從比附援引。上訴意旨主張原判決以系爭商標申請註冊日後證物判斷據爭諸商標為著名商標，且不察參加人提出之證據多為據爭商標4之使用證據，逕認據爭商標1、2、3已達著名商標，有適用

法規不當、判決不備理由及理由矛盾之違背法令云云，無非以一己主觀見解，就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項為指摘，並無足取。

㈣判斷商標是否構成近似，原則上以商標註冊申請之商標圖樣為準據，就商標整體外觀、讀音及觀念方面，判斷是否已達到可能誤認的近似程度，而非單純機械性比對。商標給予商品/服務之消費者的印象，可以就商標整體的外觀、觀念或讀音等來觀察。原判決認系爭商標和據爭諸商標相較，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」，且其外文部分僅有大小寫或字尾是否結合字母「D」之些微差異，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，其比對方式核與前開說明並無不合。至於系爭商標「@」符號縱可唱呼為「at」，亦無礙於兩者在商標整體外觀、讀音及觀念方面構成近似之認定。上訴意旨主張：系爭商標使用特殊符號「@」且整體讀音唱呼與據爭諸商標不同，原判決逕認系爭商標與據爭諸商標外觀近似、實際交易唱呼之際不易區別，有判決適用法規不當之違背法令云云，自不足取。

㈤再按「商標被普遍使用於其他商品/服務之程度」為判斷有無減損商標識別性或信譽之虞的參酌因素之一，商標若為第三人廣泛使用於不同商品/服務，則該商標排他使用之程度較低，其識別性或信譽較不可能遭受減損。又判斷是否有減損著名商標之識別性或信譽之虞，並非以「商標被普遍使用於其他商品/服務之程度」為唯一因素，尚須就相關因素綜合審酌。依布林檢索資料，可知據爭諸商標之外文「COSMED」作為商標或商標之一部分於我國獲准註冊且目前有效存在者，僅有第三人註冊第000000號「Cosmed康士美牙醫診所」商標等情，為原審依調查證據之辯論結果所認定之事

實，核與卷內證據資料相符。原判決因認據爭諸商標之外文「COSMED」尚未經他人廣泛使用於不同之商品/服務，則該商標排他使用之程度較高，並就上訴人於原審主張有180幾個註冊商標使用「cosme」作為商標圖樣，故不宜使據爭諸商標之「cosme」取得壟斷或排他權乙節，論明：上訴人提出眾多含有「cosme」之註冊商標，多係將商標當中之外文任意擷取「cosme」，而不論是否仍為完整之單詞，或忽視該等商標尚有結合其他繁複圖案或單詞，可見上訴人係任意擷取其他註冊商標部分特徵而為前開主張；再者，據爭諸商標於系爭商標申請註冊時即101年6月29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，均已知悉據爭諸商標之存在，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；另是否會減損商標識別性或信譽之虞，參酌因素包含商標著名之程度、商標近似之程度、商標被普遍使用於其他商品/服務之程度、著名商標先天或後天識別性之程度及其他因素等，自無從僅憑包含外文「cosme」之註冊商標眾多即認據爭諸商標未臻著名或不會使一般消費者聯想到據爭諸商標。核與經驗法則、證據法則或論理法則均無違背，對於上訴人之主張如何不足採取之論證取捨等事項，亦已詳為論斷，核無違誤。上訴意旨主張：在「cosme」廣泛使用於各種商品服務的狀況下，據爭諸商標保護範圍及排他使用程度本應受限而不及於「cosme」，原判決就「商標被普遍使用於其他商品/服務之程度」之判斷不採上訴人於原審之主張，有判決適用法規不當、判決理由矛盾之違背法令云云，無非就原審已詳為論斷之事項，執其主觀意見再為爭執，自不足採。又上訴人所提本院107年度裁字第561號裁定乃涉及商標廢止案中商標使用證據

之判斷，已如前述，上訴意旨援引該裁定指摘原判決未就參加人是否以據爭諸商標為多角化經營而使用之情形為判斷，有適用法規不當之違背法令云云，亦無足取。

㈥綜上所述，原判決並無上訴人所指有違背法令之情形，上訴意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　　112　　年　　3　　月　　31　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　陳　國　成

法官　王　碧　芳

法官　簡　慧　娟

法官　蔡　紹　良

法官　蔡　如　琪

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　林　郁　芳