最　高　行　政　法　院　裁　定

111年度上字第840號

上　訴　人　元家企業股份有限公司

代　表　人　顏元博

訴訟代理人　鍾亦琳　律師

被 上訴 人　經濟部智慧財產局

代　表　人　洪淑敏

上列當事人間商標註冊事件，上訴人對於中華民國111年9月7日智慧財產及商業法院111年度行商訴字第8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及商業法院行政判決上訴，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，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院大法官解釋、憲法法庭裁判意旨，則應揭示該解釋、裁判之字號或其內容。如以行政訴訟法第243條第2項所列各款情形為理由時，其上訴狀

或理由書，應揭示合於該條項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其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，其上訴自難認為合法。

二、上訴人於民國108年5月23日以「藍鑽蝦」商標，指定使用於商品及服務分類第29類之「蝦仁；蝦捲；蝦仁丸；非活體蝦子；非活體水產；非活體水產製品；非活體小龍蝦；非活體甲殼類動物；非活體明蝦；非活體蝦；非活體龍蝦；海鮮沙拉；海鮮速食調理包；冷凍海鮮速食調理包；水產速食調理包；冷凍水產速食調理包；速食海鮮湯」商品（下稱系爭申請商標，如原判決附圖所示），向被上訴人申請註冊。經被上訴人審查，認系爭申請商標有商標法第29條第1項第1款規定「僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者」之情形，應不准註冊，以110年8月12日商標核駁第416464號審定書為核駁之處分（下稱原處分）。上訴人不服，提起訴願遭駁回，循序提起行政訴訟，聲明：「㈠原處分及訴願決定均撤銷。㈡被上訴人應對系爭申請商標之商標註冊申請案作成核准審定之處分。」經原判決駁回。

三、上訴人對原判決提起上訴，主張略以：

㈠原判決僅由「藍鑽蝦」行銷前的市調推測其識別性強弱，惟就「藍鑽」之性質及「藍鑽」與蝦的關係為何？又若「藍鑽」係具識別性文字，其與不具識別性之「蝦」組合後之識別性為何？原判決均未說明。實則，原判決肯認「藍鑽」由其字面上意思為藍色鑽石之意，且係價值極高之珠寶，顯見藍鑽本身與蝦屬完全無關之詞彙，兩者之結合，屬由現有詞彙或事物所構成，但與指定使用商品或服務本身或其品質、功用或其他特性全然無關之任意性商標。原判決僅說明「蝦」與「藍鑽蝦」之性質，漏未說明「藍鑽」文字之定位，有判決不備理由之違法。

㈡商標在進行推廣行銷前的市調與進行推廣行銷後的認知印象本有差異，原判決以推廣行銷前所調查之「高價買到的藍鑽蝦是真的假的，是不是有被其他品種混合充數」、「覺得藍鑽蝦聽起來好像是很貴的食材」等內容，推論消費者現時對系爭申請商標仍僅認知到表達所販售之商品名稱、成分、品質、原料或相關特性有關之印象，即以宣傳前之用語，作為宣傳後有無識別性之判斷標準，顯與論理法則有違。

㈢依系爭申請商標註冊之類別可知，其註冊之商品屬非活體之蝦類製品，與仍為活體之觀賞蝦非屬同一產業類別。且「藍鑽蝦」並未標示其商品之內容，其他同業顯然不會有需要使用該等表述之必要，在非活體蝦類市場上，除上訴人外，並無其他競爭同業使用此詞彙作為商品或服務之說明。顯見，「藍鑽蝦」一詞未與成分或相關特性有直接、明顯關連，且其他同業或民眾無使用該詞之可能及需要，由上訴人取得排他專屬權並無影響市場公平之可能，原判決之推論存在嚴重謬誤，所為結論自不可採。

㈣原判決就上訴人所提出之「將軍鮑魚」、「藍領虱目魚」、「蠻果魚」等商標，僅回應「該等註冊商標之海產魚類所結合之其他文字均與本件結合之文字『藍鑽』不同，個別實際使用之情形自有所不同」，卻未就其有何不同附有理由。況指定於水產製品之註冊商標中，將魚與其他文字結合，且字尾為魚之商標所在多有，顯見將魚、蝦等物種名詞結合其他文字，如非物種名稱，仍可作為商標，並無原判決所稱被上訴人不予註冊之情形。原判決對於商標應為個案獨立判斷，或是受自我前案之拘束，又其判斷標準為何，不但所為論述前後矛盾，且完全欠缺合理理由。

㈤系爭申請商標整體圖樣「藍鑽蝦」，經上訴人長期大量使用，已具相當識別性，得以指示及區別商品或服務之來源。原判決肯認系爭申請商標在各大賣場已有相當宣傳，卻仍謂就其市場占有率，相關消費者所得直接接觸之廣告數量，尚未證明系爭申請商標業已取得後天識別性云云。然原判決對

於系爭申請商標指定使用商品或服務特性的差異為何？個案實際交易市場的相關事實為何？又如綜合審查後的結果為何？各項因素間綜合審查時的判斷基準為何？有無先後排列之因素？均未附具理由予以說明，有判決不備理由之違法。

四、本院按：

㈠上訴人雖以原判決違背法令為由提起本件上訴，惟查原判決已論明：

1. 系爭申請商標係由未經設計之中文字「藍鑽蝦」所構成，而「藍鑽」及「蝦」均為既有之中文詞彙，其中「蝦」即為商品本身之說明，不具識別性，「藍鑽」由其字面上之意思即為藍色鑽石之意，而鑽石一般因硬度極高且折射率高，被認為係價值極高之珠寶。又由上訴人之行銷廣告記載，其所販售之蝦子外觀具有「碧藍色澤閃閃發亮有如閃耀的鑽石」，且宣傳廣告內文稱「『藍鑽蝦』係指生長於沙烏地阿拉伯紅海海域，該地區高溫少雨，促使紅海海域成為全世界鹽度最高的海域（鹽度達4.1%），造就藍鑽蝦肉質鮮甜無腥味、口感Q彈，甜度更優於明蝦，可謂海洋之鑽、蝦中極品」，可知上訴人將「藍鑽」及「蝦」結合之用意，不僅係因該等生長於沙烏地阿拉伯紅海海域之蝦子具有「碧藍色澤閃閃發亮」之外觀，更寓指其品質係屬海洋之鑽、蝦中極品之意，則以「藍鑽蝦」即系爭申請商標作為商品名稱除有直接描述其蝦子外觀略呈藍色之特性外，亦有直接描述其品質極高、為蝦類商品中等級最高之說明。再觀諸上訴人所出具之SGS檢驗報告及網路商品銷售平台所載之「產品名稱」亦均為「藍鑽蝦」、「紅海藍鑽蝦」，其中更有標示商品之「主成分」為藍鑽蝦，且以藍鑽蝦於Yahoo圖片搜尋之結果，除有將「藍鑽蝦」與「天使紅蝦」並列顯示之結果外，亦有顯示「阿拉伯天使藍蝦」，以及上訴人所提供之廣告促銷相關資料，其中「元家企業藍鑽蝦宣傳操作 October,2018 Bybyclicks」簡報之碎石子調查，即有消費者認為「高價買到的藍鑽蝦是真的假的，是不是有被其他品種混合充數」、「覺得

藍鑽蝦聽起來好像是很貴的食材」，可知相關消費者係認知「藍鑽蝦」為蝦類品種之一，且價格高昂，益徵相關消費者係將「藍鑽蝦」視為商品成分、品質、原料及其相關特性本身之說明，而非識別來源之功能。因此，以「藍鑽蝦」作為商標之全部，並指定使用於如事實概要所示之第29類商品，依一般社會通念，當會使消費者認知到僅為表達所販售之商品名稱、成分、品質、原料或相關特性有關之印象，消費者容易將之視為商品的說明，而不具識別來源之功能，不足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務來源之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，自不具有先天識別性。

2. 行政院農業委員會漁業署111年6月14日漁四字第1111208953號函固稱「生物之名稱只有學名係世界通用，其他名稱均為俗名，受各地文化、習慣等因素而異。『藍鑽蝦』應為元家企業股份有限公司對其產品之稱呼，並非業界習慣使用之普遍名稱。」惟系爭申請商標係屬商品之成分、品質、原料或相關特性之說明，均如前述，是縱使現僅有上訴人使用系爭申請商標，其後仍可能因各地文化、習慣之因素而有以「藍鑽蝦」作為俗名之可能。參以，行政院農業委員會水產試驗所111年5月30日農水試漁字第1112308757號函稱「我國水產市場販售的尖額對蝦（Penaeus stylirostris），市場俗稱包括：藍蝦、藍鑽蝦、南美藍對蝦等。另淡水觀賞蝦市場流通有多齒新米蝦（Neocaridina denticulata）其體色呈藍色的品種，水族玩家亦稱藍鑽石蝦。」且經以網路搜尋「藍鑽蝦」之結果，亦可於網站上查得販售「藍鑽蝦」商品、「藍鑽蝦」為觀賞蝦系列之賞析簡介、「藍鑽蝦外型特徵_寵物魚餵養」之頁面，而廣義之水產生物亦包含有觀賞用蝦，足見其他水產業者於市場上交易過程中仍有使用「藍鑽蝦」文字，作為商品名稱、成分、品質、原料或相關特性說明之可能性，尚不宜由上訴人獨占取得專屬權。另商標申請准否，係採商標個案審查原則，在具體個案審究是否合法與

適當，商標專責機關應視不同具體個案，就商標與指定使用商品或服務關係、競爭同業使用情形及使用方式與實際交易情況等客觀參酌因素，綜合判斷之，並正確認定事實與適用法律，不受他案之拘束；是個案具體事實涵攝於各種判斷因素時，因個案事實及證據樣態差異，於個案中調查審認結果，當然會有不同。上訴人所稱「將軍鮑魚」、「藍領虱目魚」、「蠻果魚」商標等雖經被上訴人核准註冊，然該等註冊商標之海產魚類所結合之其他文字均與本件結合之文字「藍鑽」不同，個別實際使用之情形自有所不同，尚不得比附援引。反觀海產魚、蝦、蟹類與本件結合之文字「藍鑽」相同者，除就該等文字聲明不專用者外，均經被上訴人審查後予以核駁（如藍鑽蟹、太食記藍鑽蟹），自難認被上訴人有何違反平等原則及行政自我拘束原則之情事。

3. 另依上訴人所提出之系爭申請商標使用事證之資料，就相關網路電商通路廣告行銷部分，大多將「藍鑽蝦」作為商品名稱而以之販售，可知相關消費者係將「藍鑽蝦」視為商品成分、原料及其相關特性本身之說明，而非識別來源之功能，已如前述；另就銷售量及銷售額統計資料，僅為上訴人所自行統計製作，並無相關銷售實績可互相勾稽，且該等銷售額是否已足以使相關消費者認識系爭申請商標為一指示及區別一定來源之標識，尚有賴市場上之具體使用狀況加以判斷；就銷售通路之部分，上訴人雖有提出其在家樂福、喜互惠生鮮超市、PChome24h購物、PChomeOnline、 Rakuten樂天市場、臺北市農會網路商城、台糖健康易購網、元家企業宅配鮮購物網、松果購物、蝦到家泰國蝦等實體及網路通路販售系爭申請商標商品，惟就其市場佔有率、相關消費者所得直接接觸商品之廣告數量等，僅有提出1紙總結案報告供原審審認，尚難證明系爭申請商標業經上訴人長期反覆廣泛使用，且在交易上已成為上訴人商品或服務之識別標識者，使商標圖樣於原本意義外，亦產生表彰商品或服務來源之意義，而具有後天識別性，是本件自無商標法第29條第2項規

定「如經申請人使用且在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識者」之適用等語。

㈡經核其上訴理由，無非係重述其在原審提出而為原審所不採之主張，或重申其一己之法律見解，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷或論斷違法，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或行政訴訟法第243條第2項所列各款之情形，難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。

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條、行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　22　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　帥　嘉　寶

法官　林　玫　君

法官　李　玉　卿

法官　洪　慕　芳

法官　鄭　小　康

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　22　　日

書記官　徐　子　嵐