

最 高 行 政 法 院 裁 定

114年度上字第771號

上 訴 人 綠洲道德股份有限公司（原名：綠洲道德有限公司）

代 表 人 謝彥柔

訴訟代理人 林煜騰 律師

被 上 訴 人 經濟部智慧財產局

代 表 人 廖承威

上列當事人間商標註冊事件，上訴人對於中華民國114年8月14日智慧財產及商業法院113年度行商訴字第36號行政判決，提起上訴，本院裁定如下：

主 文

一、上訴駁回。

二、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69條規定對行政判決提起上訴者，除法律有特別規定外，依同法第2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或憲法法庭之裁判，則應揭示該解釋或該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

01 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
02 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
03 之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

04 二、上訴人前於民國111年6月20日以「百靈果」商標，指定使用
05 於被上訴人所公告商品及服務分類第35類之服務【圖樣及所
06 指定使用之服務如智慧財產及商業法院（下稱原審）113年
07 度行商訴字第36號行政判決（下稱原判決）附圖所示，下稱
08 系爭申請商標】，向被上訴人申請註冊。經被上訴人審查，
09 認系爭申請商標有商標法第30條第1項第10款規定之情形，
10 應不准註冊，以112年9月23日商標核駁第432376號審定書為
11 核駁之處分（下稱原處分）。上訴人不服，循序提起行政訴
12 訟，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷，被上訴人應就系爭
13 申請商標為核准註冊之處分。

14 三、上訴人對原判決提起上訴，主張略以：(一)系爭申請商標係由
15 「百靈」與「果」複合而成，其中「百靈」為現代人所陌
16 生，而「果」字更易使人產生水果之印象，使「百靈果」形
17 成一個獨立且具水果概念之整體字義，故「百靈」並非「百
18 靈果」之主要識別部分。又系爭申請商標係發想自英文「Bi
19 lingual」，且二者於音節與聲調上高度近似，相關消費者
20 通常不難由此產生諧音或外文語感之聯想。原判決既已敘明
21 「果」字使人產生水果之印象，且「百靈」為少見辭彙，卻
22 仍逕認「百靈」為主要識別部分，而將其割裂觀察是否近
23 似，復未審酌「百靈果」與「Bilingual」在音節及聲調上
24 高度相近，逕以一般人非經他人提醒即無法由「百靈果」聯
25 想到「Bilingual」，此不僅與實務見解不符，亦使其理由
26 前後扞格，且將多重聯想誤作相互排斥，有違背經驗法則、
27 適用法規不當及判決理由矛盾之違法；(二)系爭申請商標除傳
28 統媒體行銷外，尚涵蓋數位廣告服務，此與傳統媒體廣告有
29 顯著不同，難認僅係傳統廣告之當然延伸或下位型態。原判
30 決未就交易差異作具體審酌，即逕以抽象概念涵攝而認定服
31 務類似，顯有以形式涵攝取代實質判斷之違誤，而有判決違

01 背經驗法則、論理法則及商標法第38條規定之違背法令；(三)
02 依系爭申請商標使用於YouTube、Apple Podcast、Spotif
03 y、Instagram、Facebook等平台，並受海內外廣大閱聽人瀏
04 覽、觀看、收聽之情形，足證相關消費者熟悉系爭申請商標
05 甚明，是系爭申請商標及據以核駁註冊第00000000號之「百
06 靈」商標（原服務標章，下稱據爭商標）已併存於市場而為
07 相關消費者所認識，且足資辨別為不同來源，理當應尊重2
08 商標併存之事實。原判決以據爭商標有生產電器產品，即推
09 論消費者對之甚為熟悉，而未就系爭申請商標及據爭商標於
10 第35類服務領域之實際使用及相關消費者熟悉程度詳加調查
11 與說明，且就上訴人所提出之YouTube談話節目「The KK Sh
12 ow」訂閱畫面、系爭申請商標活動頁面「百靈果News」、西
13 元2024年11月19日Apple分享2024年最熱門Podcast頁面截圖
14 （甲證7至9）等證據，為無法證明相關消費者（廣告需求
15 者）熟悉程度之相反認定，並就上訴人於原審提出「百靈
16 果」以及「百靈」品牌名稱印象與辨識經驗問卷調查結果分
17 析資料（樣本數2,320份，即甲證21號，下稱系爭市場調查
18 報告），完全未曉諭兩造為完全之辯論，復未於審理中闡明
19 尚欠缺之調查方向或方法，以供上訴人補正或追加，逕為不
20 利於上訴人之判斷，已有違背證據法則、經驗法則、論理法
21 則，及判決不適用法規、不備理由暨突襲性裁判之違法云
22 云。

23 四、惟查，原判決業已論明：(一)系爭申請商標中之「百靈」為
24 「百神」或「百姓」之意，然該詞彙於現代社會中較為少
25 見，至於「果」則有「果實」之意，對一般消費者而言，系
26 爭申請商標給予人整體印象可能為某種水果，故系爭申請商
27 標之主要識別部分為「百靈」2字，與據爭商標文字相較，
28 二者在主要識別部分的外觀、讀音、觀念上均屬相同。而系
29 爭申請商標發想過程既為上訴人主觀上之構思，故若非經由
30 他人提醒，一般消費者亦難得直接由該中文字之諧音聯想而
31 知係由英文「Bilingual」一詞發想而來，故難以「百靈

01 果」的諧音等同於「Bilingual」，即認與據爭商標圖樣具
02 有顯著差異，是2商標應屬構成近似之商標，且近似程度
03 高；(二)服務類似與否應以2商標（申請）註冊所指定之服務
04 作比對，而非以實際上使用之服務為據，系爭申請商標指定
05 使用於第35類如附圖所示之服務，與據爭商標所指定於第35
06 類之「廣告之企劃、宣傳、設計、製作、宣傳品之遞送」部
07 分服務相較，其性質、內容或目的，在滿足消費者的需求上
08 以及服務提供者、行銷管道或場所、消費族群等因素上，具
09 有共同或關聯之處。又上訴人所稱系爭申請商標指定服務中
10 「廣告設計；網路廣告設計；網路行銷；網站訪問量最佳
11 化；每點擊付費廣告；為商業或廣告目的編網頁索引；為商
12 業或廣告目的彙編資訊索引；經由贊助宣傳商品及服務；目
13 標行銷；為商業或廣告目的提供使用者評論；為商業或廣告
14 目的提供使用者排名；為商業或廣告目的提供使用者評分；
15 創造品牌識別度的廣告服務；影響者行銷」等部分服務，核
16 與據爭商標所指定之「廣告之企劃、宣傳、設計、製作、宣
17 傳品之遞送」等提供廣告服務內容為相同或為下位概念，或
18 為特定之操作手法，依目前一般社會通念及交易情形，仍屬
19 廣告服務或廣告之操作模式之一種，且所謂實體通路或傳統
20 媒體廣告行銷，或上訴人所稱透過Podcast、YouTube網路或
21 新媒體廣告服務，對於廣告服務需求者而言均為可能之選
22 項，難認有何服務客群上之差異或注意力之不同。準此，系
23 爭申請商標所指定使用之服務，與據爭商標所指定於第35類
24 之「廣告之企劃、宣傳、設計、製作、宣傳品之遞送」部分
25 服務間應屬存在高度類似關係；(三)據爭商標所有人德國百靈
26 公司之產品即電動刮鬍刀、除毛器、耳溫槍等，均為日常家
27 居常見之產品，是相關消費者對於「百靈」為該公司所有之
28 商標乙節，應為熟悉。而觀諸上訴人所提出之甲證7至9等證
29 據資料，至多僅能證明上訴人確有將系爭申請商標使用於其
30 所經營線上Podcast節目、YouTube頻道，且節目頻道播送內
31 容受到消費大眾之歡迎，進而吸引許多用戶收聽訂閱之事

實，但對於未收聽或觀看上開節目或頻道之其餘消費者而言，其等是否清楚認識到「百靈果」係上訴人作為商標使用，或對於系爭申請商標之熟悉程度如何，上開資料顯然不足以說明，而無法據為相關消費者已將「百靈果」視為指示及區別其服務來源之證明。另上訴人所提出之系爭市場調查報告，係於何處投放問卷進行調查？調查之對象為何人？因係匿名均無真實資料可以查證，又其調查所得2,320份樣本多少比例為隨機取樣？且所採用社群滾雪球法（又稱滾雪球抽樣，是一種非概率抽樣方法，用於在難以觸及特定群體時，通過現有樣本逐步擴大樣本規模，如同滾雪球般）因非屬隨機抽樣，是否有考量調查社群其受眾特性和偏好之影響，造成調查結果偏差，或有無進行修正等，均未詳予說明，故系爭市場調查報告尚不足以證明系爭申請商標與據爭商標於市場併存結果不致導致消費者有混淆誤認之虞，或系爭申請商標經上訴人長期經營已為相關消費者所熟悉，故較據爭商標為消費者所熟悉之程度。是以，就本件而言，註冊較先之據爭商標應賦予較大之保護等語。上訴意旨雖以原判決違背法令為由提起上訴，惟核其上訴理由，無非係就原審取捨證據、認定事實之職權行使為指摘，並重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，泛言原判決有不適用法規或適用不當之違背法令情事，而非具體表明原判決究竟有如何合於不適用法規或適用不當，或有行政訴訟法第243條第2項所列各款之情形，尚難認為已對原判決之如何違背法令有具體之指摘。依首開規定及說明，其上訴為不合法，應予駁回。

五、本院為法律審，依智慧財產案件審理法第69條、行政訴訟法第254條第1項規定，原則上應以原判決確定之事實為判決基礎，故當事人不得主張新事實或提出新證據方法以資為向本院提起上訴之理由。本件上訴人提起上訴後，另提出「惡魔」、「惡魔果實」圖片搜尋紀錄（甲證22）及上訴人YouTube頻道廣告內容截圖（甲證24）為證，據以佐證系爭申請

01 商標之「果」字確實能引導消費者留下完全不同之識別印象
02 及系爭申請商標確為相關消費者所熟悉。然而，前開證據核
03 屬上訴人於上訴審中始提出之新證據，尚非本院所能審酌，
04 併予指明。

05 六、據上論結，本件上訴為不合法。依智慧財產案件審理法第2
06 條、行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法
07 第95條第1項、第78條，裁定如主文。

08 中 華 民 國 115 年 5 月 14 日

09 最高行政法院第二庭

10 審判長法官 陳 國 成

11 法官 高 愈 杰

12 法官 楊 坤 樵

13 法官 李 明 益

14 法官 林 秀 圓

15 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

16 中 華 民 國 115 年 5 月 14 日

17 書記官 蕭 君 卉