

智慧財產法院 99 年度行商訴字第 232 號行政判決

原告 唐寶蓮

被告 經濟部智慧財產局

代 表 人 王美花（局長）住同上

訴訟代理人 黃妙娟

上列當事人間因商標註冊事件，原告不服經濟部中華民國 99 年 10 月 20 日經訴字第 09906064180 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

- 一、原告經合法通知，無正當理由未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條各款所列情形，爰依被告聲請由其一造辯論而為判決。
- 二、按「行政訴訟應以律師為訴訟代理人。非律師具有下列情形之一者，亦得為訴訟代理人：一、稅務行政事件，具備會計師資格者。二、專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。三、當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。」，行政訴訟法第 49 條第 2 項定有明文。本件原告選任辛紹祺為訴訟代理人，惟查辛紹祺不具備律師資格，本件為商標事件，亦無行政訴訟法第 49 條第 2 項後段得為訴訟代理人之情形，是其聲請辛紹祺為本件訴訟代理人不能准許。
- 三、次按「當事人或訴訟代理人經行政法院之許可，得於期日偕同輔佐人到場。」，行政訴訟法第 55 條第 1 項亦有明文。本件原告雖選任其配偶辛紹祺為輔佐人，但因原告本人未到場，即無所謂於期日偕同輔佐人到場，及輔佐人輔佐原告本人陳述之原因存在，自與上開法條規定不符，其聲請依法不應准許。
- 四、又按「多數有共同利益之人得由其中選定一人至五人為全體起訴或被訴。」，「訴訟標的對於多數有共同利益之人，必須合一確定而未為前項選定者，行政法院得限期命為選定，逾期未選定者，行政法院得依職權指定之。」，固為行政訴訟法第 29 條第 1、2 項所明定。然查，因辛紹祺原非本件當事人，且就本件訴訟標的亦無享有共同利益且必須合一確定之情形，本件自無所謂另選定辛紹祺為原告之情事，故原告及辛紹祺聲請選定增加辛紹祺為原告為不合法，亦不應准許。

五、原告以其與被告繫屬於本院之本件行政訴訟、另案 99 年度行商訴字第 246 號、100 年度行商訴字第 2 號訴訟，與第三人醫立赦管理顧問有限公司（下稱醫立赦公司，代表人為本件原告）與被告間確認無效與課以義務訴訟（民國 100 年 5 月 11 日赦著商訴字第 1000511001 號），均係關於本件商標與韓國 MBC 電視台著名之「大長今」戲劇名稱相同，是否有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定適用之同一事由，依行政訴訟法第 37 條規定聲請合併提起共同訴訟，惟查原告及第三人醫立赦公司於 100 年 5 月 16 日提出聲請時，本件行政訴訟已於同年 5 月 12 日辯論終結（另案 100 年度行商訴字第 2 號訴訟已於 100 年 5 月 4 日辯論終結），實無從與另案 99 年度行商訴字第 246 號、100 年度行商訴字第 2 號訴訟及上揭醫立赦公司與被告間確認無效與課以義務訴訟合併審判，是以原告及醫立赦公司之聲請合併提起共同訴訟，不應准許，附此敘明。

貳、實體事項：

一、事實概要：原告前於 93 年 8 月 6 日以「大長今」商標（下稱本件商標，如附圖一所示），指定使用於商標法施行細則第 13 條所定修正前商品及服務分類表第 35 類之「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭日常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物」服務，向被告申請註冊，經被告審查認本件商標圖樣「大長今」與韓國 Munhwa Broad-casting Corp.（下稱韓國 MBC 電視台）所製播著名之「大長今」戲劇名稱相同，指定使用於前揭藥膳零售等服務，有致相關公眾對其表彰服務之來源，產生混淆誤認之虞，自有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定之適用，應不准註冊，以 94 年 7 月 15 日商標核駁第 286476 號審定書為核駁之處分。原告不服，訴經經濟部於 94 年 11 月 30 日以經訴字第 09406141220 號訴願決定書駁回訴願後，再向臺北高等行政法院提起行政訴訟，經該院以本件被告所提事證，尚難推認據以核駁商標於本件商標申請時已屬廣為相關事業或消費者所普遍認知之著名商標，以 96 年 2 月 15 日 95 年度訴字第 429 號判決為「訴願決定及原處分均撤銷；被告對於原告 93 年 8 月 6 日『大長今』商標註冊申請案（申請案號：000000000），應依本判決之法律見解另為處分。原告其餘之訴駁回。訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。」，經被告依該院前揭判決意旨，補強證據後重為審查，認本件商標仍有前揭法條規定之適用，於 99 年 7 月 7 日以商標核駁第 324485 號審定書為本件商標之申請註冊應予核駁之處分。原告不服，提起訴願，經經濟部

99 年 10 月 20 日經訴字第 09906064180 號訴願決定駁回，原告仍不服，遂向本院提起行政訴訟。

二、原告聲明求為判決：

(一)撤銷訴願決定及原處分，並撤銷「經濟部智慧財產局核准列為註冊第 01235531 號之商標（如附圖二所示）；智慧財產局商標核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書。」之處分。

(二)請求損害賠償或其他財產上給付：

1. 被告應賠償原告自 93 年 8 月 6 日起迄今因其違憲違法所為之行政處分所造成之所有收入損失，每月新臺幣（下同）800 萬元。
2. 被告應負擔：(1)行政訴願額外所生費用 60 萬元。(2)行政訴訟額外所生費用 180 萬元。

(三)確認之訴部份：

1. 請求確認「韓國 MBC 電視台」於中華民國尚未申請登記註冊，並且尚未合法取得「大長今」中文商標所有權；「大長今」中文商標於中華民國尚非中華民國法令所稱使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人著名商標」；「大長今」中文商標於中華民國尚非被告認定「韓國 MBC 電視台」所有，且已使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人著名商標」。
- (1)請求確認大韓民國政府於 93 年 8 月 6 日尚未公告「韓國 MBC 電視台」於大韓民國已合法取得「大長今」使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之中文商標所有權，「韓國 MBC 電視台」於大韓民國尚未合法取得「大長今」使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之中文商標所有權。
- (2)請求確認「韓國 MBC 電視台」於 93 年 8 月 6 日在中華民國尚未申請登記註冊並且尚未合法取得「大長今」中文商標所有權。
- (3)請求確認「韓國 MBC 電視台」於 93 年 8 月 6 日在中華民國尚未親自使用「大長今」中文商標於「智慧財產權以外之商品或服務」，「韓國 MBC 電視台」亦無可能依法成為「他人著名商標」之所有權人之「他人」。
- (4)請求確認「韓國 MBC 電視台」於 93 年 8 月 6 日在中華民國授權「第三人」使用「大長今」中文商標於「智慧財產權以外之商品或服務」之行為皆屬無權處分，「韓國 MBC 電視台」尚未於任何地區或國家合法取得「大長今」中文商標所有權，不得排斥其他人於中華民國依法申請並取得「大長今」中文商標所有權。

- (5)請求確認「韓國 MBC 電視台」於 93 年 8 月 6 日在中華民國授權「第三人」使用「大長今」中文商標於「智慧財產權以外之商品或服務」之行為皆屬無權處分，「韓國 MBC 電視台」尚未於任何地區或國家合法取得「大長今」中文商標所有權，「第三人」若未依法申請登記註冊並且尚未合法取得「大長今」中文商標所有權，不論是否獲得「無權處分」之授權，任何在中華民國使用「大長今」中文商標於「智慧財產權以外之商品或服務」之「第三人」皆無可能依法成為「他人著名商標」之所有權人之「他人」。
- (6)請求確認於 93 年 8 月 6 日因為尚無任何「他人」合法取得「大長今」使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之中文商標所有權，「大長今」中文商標於中華民國尚非中華民國法令所稱使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人商標」，亦無可能成為「他人著名商標」或「韓國 MBC 電視台」之「著名商標」。
- (7)請求確認於 93 年 8 月 6 日「大長今」中文商標在中華民國尚非中華民國法令所稱使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「著名商標」，亦無可能成為「他人著名商標」或「韓國 MBC 電視台」之「著名商標」。
- (8)請求確認於 93 年 8 月 6 日「大長今」中文商標在中華民國尚非中華民國法令所稱使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人著名商標」，亦無可能成為「他人著名商標」或「韓國 MBC 電視台」之「著名商標」。

2. 請求確認被告商標核駁審定書之處分與訴願決定書所為之決定所依據之以下現行行政法規與命令，違法且無效，應立即禁止被告違法引用：

- (1)93 年 4 月 28 日經濟部經授智字第 0932003036-0 號令修正發布「著名商標或標章認定要點」，其中第 7 點規定：「本要點著名商標或標章之認定，不以在我國註冊、申請註冊或使用為前提要件。」與中華民國 96 年 11 月 9 日經濟部經授智字第 09620031170 號令修正發布「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」違法且無效。
- (2)被告核駁原告商標申請之行政處分違法認定「不以在他國註冊、申請註冊或使用為前提要件」，得為「著名商標或標章」，因「欠缺法律之明確授權」與「違反法律保留原則」而根本發生合法性問題，違法且無效。
- (3)被告核駁原告商標申請之行政處分違法認定「未在我國申請註冊登記之商標或標章使用人」得為「著名商標或標章」之「商標或標章所有權人」，因「欠缺法律之明確授權」與「違反法律保留原則」而根本發生合法性問題，應屬無效。

- (4)被告核駁原告商標申請之行政處分認定「僅在我國或他國使用作為商品商標之人」，得為「著名商標或標章」之「商標或標章所有權人」，因「欠缺法律之明確授權」與「違反法律保留原則」而根本發生合法性問題，違法且無效。
- (5)被告核駁原告商標申請之行政處分認定「僅在我國或他國作為著作權授權使用之人」，得為「著名商標或標章」之「商標或標章所有權人」，因「欠缺法律之明確授權」與「違反法律保留原則」而根本發生合法性問題，違法且無效。
3. 請求確認被告上揭商標核駁審定書行政處分與訴願決定書決定違反臺北高等行政法院判決（95 年度訴字第 429 號判決《申請商標案號第 093036545 號》、95 年度訴字第 430 號判決《申請商標案號第 093036547 號》、95 年度訴字第 431 號判決《申請商標案號第 093036543 號》、95 年度訴字第 539 號判決《申請商標案號第 093036546 號》、95 年度訴字第 540 號判決《申請商標案號第 093036542 號》）之意旨；被告罔顧法院判決，一再違法核駁原告商標申請登記，係故意之違法行為，所以違憲違法且無效。被告應將一千嫌犯移送公務員懲戒委員會，並主動向檢方提出刑事告訴進行調查刑責。
4. 請求確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書所載「事證」係罔顧大院判決意旨並違法引用「已遭臺北高等行政法院判決駁棄之理由、事實與證據」作為再度違法核駁「大長今」商標申請之違法「理由與證據」，所以違憲違法且無效。
5. 請求確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書係「違法解釋」「他人著名商標」之法規命令，此等「違法解釋」並且違反商標法關於「他人著名商標」構成要件包括「商標」、「商標申請」、「商標登記」、「商標公示」、「商標所有權」、「商標所有權人」與「著名程度認定」等法令規定，所以違憲違法且無效。
6. 請求確認被告 99 年 7 月 7 日商標核駁第 0324474 號審定書(99)智商 0482 字第 09980315540 號函之處分與經濟部 99 年 11 月 4 日經訴字第 09906064610 號訴願決定皆為被告與所屬或受其委託之公務員之故意違法行為。
7. 請求確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序已侵害原告依法申請登記並合法取得「大長今」商標之權利。

8. 請求確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序侵害原告依法申請登記並取得「大長今」商標之權利而造成原告重大經濟權利遭受損害。
 9. 請求確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序涉有以下刑責：
 - (1) 被告代表人罔顧法政制度與行政專業，縱容所屬以低落素質與輕率態度隨意作出商標核駁第 0324485 號審定書（即原處分）內容，並且王美花顯然竟未親自審理此案即輕率發出商標核駁第 0324485 號審定書，涉嫌圖利特定他人（韓國 MBC 電視台），被告上揭涉案公務員之違法行為已符合刑法第 131 條瀆職圖利罪之構成要件，並應依民法、行政程序法、國家賠償法對原告負連帶賠償責任。
 - (2) 經濟部訴願審議委員會以低落素質與輕率態度隨意作出經訴字第 09906064180 號訴願決定書（即本件訴願決定）內容，並且經濟部代表人施顏祥顯然竟未親自審理此案即輕率發出經訴字第 09906064180 號訴願決定書，顯然輕忽應付人民重大訴願權利，被告經濟部代表人陳瑞隆與代行職務之施顏祥與訴願審議委員會等上揭涉案公務員之違法行為已符合刑法第 124 條瀆職枉法裁判或仲裁罪之構成要件並應依民法、行政程序法、國家賠償法對原告負連帶賠償責任。
- (四) 課予義務之訴（原告載為「課與義務之訴」）：
1. 被告應依法核准第 093936543 號「大長今」商標標章指定使用於商標法施行細則第 13 條第 35 類商品／服務之登記：
 - (1) 原告主張條款：商標法第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 17 條、第 23 條第 2 項、第 27 條、第 29 條、第 30 條、第 32 條、第 33 條、第 35 條、第 37 條、第 38 條、第 39 條、第 40 條、第 50 條、第 52 條、第 69 條、第 72 條、第 80 條。
 - (2) 原告據以訴訟商標／標章：①中華民國第 093036544 號「大長今」商標之註冊申請案，第 093036546 號「大長今」商標之註冊申請案；②申請商標案號第 093036548 號（第 13 條第 003 類之商品）、第 094005171 號（第 13 條第 003 類之商品）、第 093036542 號（第 13 條第 005 類之商品）、第 093036546 號（第 13 條第 029 類之商品）、第 093036544 號（第 13 條第 030 類之商品）、第 093036547 號（第 13 條第 032 類之商品）、第 093036545 號（第 13 條第 035 類之商品）、第 093036543 號（第 13 條第 044 類之商品）、第 093936542 號（第 13 條第 005 類

之商品)、第 093936546 號(第 13 條第 029 類之商品)、第 093936547 號(第 13 條第 032 類之商品)「大長今」商標之註冊。

(3)原告據以訴訟之被告違憲違法行政函釋已提申請監察院糾正彈劾：

99 年 3 月 19 日智商字第 09900021930 號函，全文並無引據任何法律條文明確依據或直接授權被告得逕行：①違憲違法擴張解釋「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標或標章」應包括「未註冊之著名商標或標章」；②違憲違法訂定「著名商標或標章認定審查要點第 7 點」與「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」。

(4)原告據以訴訟對被告具有憲法保障之終局判決拘束力之 5 件臺北高等行政法院行政訴訟判決(95 年度訴字第 429 號判決《申請商標案號第 093036545 號》、95 年度訴字第 430 號判決《申請商標案號第 093036547 號》、95 年度訴字第 431 號判決《申請商標案號第 093036543 號》、95 年度訴字第 539 號判決《申請商標案號第 093036546 號》、95 年度訴字第 540 號判決《申請商標案號第 093036542 號》)內容已明確排除被告據以裁量「大長今」為「著名商標」之事證。

2. 被告應核准原告所申請商標案號第 093036548 號(第 13 條第 003 類之商品)、第 094005171 號(第 13 條第 003 類之商品)、第 093036542 號(第 13 條第 005 類之商品)、第 093036546 號(第 13 條第 029 類之商品)、第 093036544 號(第 13 條第 030 類之商品)、第 093036547 號(第 13 條第 032 類之商品)、第 093036545 號(第 13 條第 035 類之商品)、第 093036545 號(第 13 條第 035 類之商品)、第 093936542 號(第 13 條第 005 類之商品)、第 093936546 號(第 13 條第 029 類之商品)、第 093936547 號(第 13 條第 032 類之商品)「大長今」商標之註冊。

3. 被告應廢止商標核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之處分所依據之本件相關智慧局現行違憲違法之行政法規與命令；並應依據憲法由行政院經濟部提出商標法修正案經立法院訂定法律條文，明確規範智慧局對「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」條文所謂「相同或近似」、「他人著名商標或標章」、「有致相關公眾混淆誤認之虞」、「有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞」之個別客觀認定標準，以避免不斷侵犯人民基本權利，惡化全民經濟。

4. 被告應對於原處分（商標核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299 528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之處分）權責相關之合法合格公務人員進行憲法、行政法、商標法法規再教育，對於未經高、普、特考合法選任之相關非法公務人員進行調查及調職，對於委託行政之相關法規諮詢委員依其對本案之個人錯誤見解與非專長部分重新調查選任，並將本案相關失職人員移送監察院與公務人員懲戒委員會。
5. 被告應全面調查檢討其一再迴避行政法院判決之陋習，懲處相關人員反覆引用在臺北高等行政法院判決已遭駁廢之無關事實，在無商標法第 23 條第 1 項與第 59 條第 4 項成立之事實前提下，違法引用商標法第 24 條第 1 項作為商標核駁第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之處分依據再次違法行政核駁第 093936542 號（第 13 條第 005 類之商品）、第 093936546 號（第 13 條第 029 類之商品）、第 093936547 號（第 13 條第 032 類之商品）「大長今」商標申請案件。
6. 商標法第 24 條第 1 項規定內容與同法第 23 條第 1 項、第 59 條第 4 項規定內容相同重複，被告機關違憲違法慣以此法條規避行政法院判決拘束，經濟部應予立即禁止適用並修法廢止。

（五）訴訟費用由被告負擔。

（六）並主張：

1. 被告 99 年 7 月 7 日商標核駁第 0324474 號審定書(99)智商 0482 字第 09980315540 號函之事實、理由、法規皆屬誤謬，此行政處分違法且無效：
 - （1）被告違法將「商標法施行細則第 16 條規定」所授權行政機關之「著名商標或標章」之「著名程度」之認定權限，擴張為「『未註冊商標權』之承認權限、裁量權限與法律解釋權限」。
 - （2）被告 99 年 3 月 19 日智商字第 09900021930 號函，全文並無引據任何法律條文明確依據或直接授權「經濟部智慧財產局」得逕行：①違憲違法擴張解釋；②違憲違法訂定「著名商標或標章認定審查要點第 7 點」與「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」。
 - （3）被告將知名韓劇劇名「大長今」與中文商標「大長今」混為一談，又以「知名韓劇劇名『大長今』」之收視率作為「商標『大長今』」知名程度之認定參考標準，毫無智慧財產權之行政專業可言。
 - （4）被告誤將「韓國 MBC 電視台於 2003 年 10 月 15 日向韓國專利商標局首次提出『大長今』商標申請註冊，2004 年 12 月 4 日公告，2005 年 3 月

29 日為註冊日。」，在韓國仍在申請登記程序進行中，連韓國都尚未視為「商標」的「大長今」，裁量認定視為 2004 年 8 月 6 日已在臺灣地區成為「著名商標」。

2. 經濟部 99 年 11 月 4 日經訴字第 09906064610 號決定違法且無效：

- (1) 經濟部既能引據行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定，卻未能引據其「解釋法規」違反「商標法第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 17 條、第 23 條第 2 項、第 27 條、第 29 條、第 30 條、第 32 條、第 33 條、第 35 條、第 37 條、第 38 條、第 39 條、第 40 條、第 50 條、第 52 條、第 69 條、第 72 條、第 80 條」等法律明文規定意旨之明確直接授權法律條文，且未能引據其「解釋法規」得「因此『解除』法律『原有』之限制與負擔」之明確直接授權法律條文。
- (2) 經濟部既能引據行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定稱其為「解釋法規」，卻未就「著名商標或標章認定審查要點第 7 點」與「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」之「解釋法規」明顯違反「商標法第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 17 條、第 23 條第 2 項、第 27 條、第 29 條、第 30 條、第 32 條、第 33 條、第 35 條、第 37 條、第 38 條、第 39 條、第 40 條、第 50 條、第 52 條、第 69 條、第 72 條、第 80 條」等法律明文規定，依法說明論處。
- (3) 經濟部亦未就被告商標核駁第 0324474 號審定書行政行為所依據之法規命令解釋與所為之行政處分皆已明顯違反行政法「法律優位原則」。
- (4) 經濟部竟亦將「著作權」與「商標權」送作堆，又以「知名韓劇劇名『大長今』」之收視率作為「商標『大長今』」之「知名程度」認定參考標準，毫無智慧財產權之行政專業可言。
- (5) 經濟部竟誤將「韓國 MBC 電視台於 2003 年 10 月 15 日向韓國專利商標局首次提出『大長今』商標申請註冊，2004 年 12 月 4 日公告，2005 年 3 月 29 日為註冊日。」，在韓國仍在申請登記程序進行中，連韓國都尚未視為「商標」的「大長今」，裁量認定視為 2004 年 8 月 6 日已在臺灣地區成為「著名商標」。
- (6) 經濟部將「韓國 MBC 電視台已有將『大長今』以商標之型態，使用於該電視劇商品之意圖及事實」與「『大長今』是否已為『商標』」之認定參考標準混為一談。

3. 觀諸 99 年 3 月 19 日智商字第 09900021930 號函文：

- (1)函文說明三所引據商標法第 1 條規定其中條文根本未明確規定或直接授權被告得逕行：①擴張解釋「商標制度…並不以註冊商標之保護為限。」、②擴張解釋推論商標法第 23 條第 1 項各款規定不得註冊事由中，除第 13 款明文排除相同或近似於人「『註冊』商標或『申請在先』之商標」之用語外，其餘條款未見「註冊」商標之文字，故第 12 款得排除相同或近似於他人「著名商標或標章」之商標，從整個商標法體系或文義上解釋，即包括註冊及未註冊之著名商標或標章，「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」對此，當亦應作相同之解釋及適用。
- (2)有關函文說明四(一)，試問：①. 細察 99 年 3 月 19 日智商字第 09900021930 號函文，全文通篇有何「法律自得授權主管機關以命令定之」法律條文？②將「著名商標或標章」之「著名程度」認定權限，擴張至「註冊與未註冊」之「商標權」承認權限，是否屬於「細節性、技術性、解釋性之事項」？
- (3)有關函文說明四(二)，其中大謬誤者：①「商標法施行細則」並非法律，其條文規定不能視為法律明確或直接授權行政機關之法律依據。②「商標法施行細則第 16 條規定」所授權行政機關之內容為「著名商標或標章」之「著名程度」之認定權限，而非「未註冊商標權」之承認權限、裁量權限或法律解釋權限。
- (4)有關函文說明四(三)，試問經濟部與被告：「『商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準』其中 2.1.2 規定：『…第 23 條第 1 項第 12 款前段規定所保護之著名商標，應包括註冊及未註冊之著名商標』」之「未註冊商標權」承認權限、裁量權限或法律解釋權限，其法律條文明確依據或直接授權之母法條文為何？
- (5)有關函文說明五，行政院大陸委員會、立法院與監察院豈能坐視？
4. 原告據以訴願之臺北高等行政法院行政訴訟判決書對被告具有憲法保障之終局判決拘束力：
- 被告(99)智商 0482 字第 09980315540 號函商標核駁第 0324474 號審定書之再處分竟迴避臺北高等行政法院判決。相關人員仍違憲違法反覆引用在臺北高等行政法院判決已遭駁廢之無關證據事實，甚而在無商標法第 23 條第 1 項與第 59 條第 4 項成立之事實前提下違法引用商標法第 24 條第 1 項，作成商標核駁第 0324474 號審定書之處分再次核駁第 093936543 號「大長今」商標申請案件，而重為同一違憲違法之處分。
5. 被告違法非專業之自答自問內容有以下明顯謬誤：

(1)被告提出所謂「二商標構成近似且近似程度極高」之說，卻根本無另一合法「大長今」商標於93年8月6日之前存在於中華民國之合法公告公示或證據事實。

(2)被告提出所謂「據以核駁商標為著名商標」之說，卻根本無另一合法「大長今」著名商標於93年8月6日之前存在於中華民國之合法著名證據事實，且被告審查人員重審審定書故意隱匿以下遭法院判決書棄用之原因事實：

①法院判決書認定周邊商品販賣廣告者皆非智慧財產局所稱「著名商標」所有權人韓國 MBC 電視台且皆未獲合法授權；

②周邊商品販賣廣告日期極接近93年8月6日之前僅一、二日，法院判決書認定銷售市場上尚非「著名商標」之商品；

③周邊商品授權熱賣上市報導係發生於韓國不在中華民國，法院判決書認定中華民國銷售市場上尚非「著名商標」之商品；

④被告竟又再提出因事實發生晚於93年8月6日之後遭臺北高等行政法院判決書棄用之資料證據混淆視聽，例如「香港屈臣氏」、「我國群英社」與「2005服務業跨業整合商機系列研討會」等舉證資料。

(3)被告提出所謂「相關消費者對據駁商標之熟悉程度高」之說，卻根本無法提出另一合法公告公示之「大長今」商標其著名商品於93年8月6日之前存在於中華民國之合法著名證據事實。更在無法規依據下隨意認定商標法第23條第1項第12款所稱「他人著名商標」之「大長今」商標權所有權人為韓國 MBC 電視台，並以「大長今」電視劇創作提供人認定為商標法第23條第1項第12款所稱「他人著名商標」之「大長今」中華民國商標權所有權人，於法何據？

6. 被告據「著名商標或標章認定要點」所公告之「第7點：不以在我國註冊、申請註冊或使用為前提要件」，相關行政與司法單位應盡速矯廢此要點，更不可據此違法要點為判決理由；

(1)倘被告認為商標法第23條第1項第12款「他人著名商標」為「商標登記原則」與商標法第2條之例外，應依職權請立法院將商標法第23條第1項第12款原條文修法加列「前項不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標或標章」為商標法第2條之例外條文，並於商標法第2條原條文修法加列「他人著名商標之商標權取得，不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用」條文，不可逕由行政機關未經法律明文授權而違法以行政命令或行政處分行之。之。

- (2)「著名商標或標章認定要點」第7點規定「本要點著名商標或標章之認定，不以在我國註冊、申請註冊或使用為前提要件」，明顯違反商標法第4條之規定，此行政法規完全無法律明確授權依據。倘認為商標法第23條第1項第12款「他人著名商標」為「商標登記原則」、「平等互惠原則」與商標法第4條之例外，應依職權請立法院將商標法第23條第1項第12款原條文修法加列「前項不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標或標章為商標法第4條之例外」條文，並於商標法第4條原條文修法加列「不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標或標章之商標權取得不須依前項規定，並不得排除無相互承認優先權之國家或外國人」條文，不可逕由行政機關未經法律明文授權而違法以行政命令或行政處分行之。
- (3)系爭商標「大長今」既使符合違法的「著名商標」卻非合法的「他人著名商標」，也無商標法第23條第1項第12款之規定適用之可能。
- (4)「不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標或標章」之「他人」、「著名」、「商標或標章」的起始時日之認定標準各該如何認定、如何取得商標權、商標權期間、商標權期間得否申請延展、每次延展專用期間、商標權人得否就其註冊商標指定使用商品或服務之全部或一部授權他人使用其商標、授權應否向商標專責機關登記、授權未經登記者是否得對抗第三人、再授權他人使用、商標權人得否設定質權及質權之變更或消滅、應否向商標專責機關登記、未經登記者是否得對抗第三人、商標權人得否為擔保數債權就商標權設定數質權、其次序先後如何定之、質權存續期間質權人非經商標權人授權得否使用該商標、商標權人得否拋棄商標權、有授權登記或質權登記者應否經被授權人或質權人同意、拋棄應否以書面向商標專責機關為之等相關規定等規定亦應另以法律條文明定之。不可逕由行政機關未經法律明文授權而違法以行政命令或行政處分行之。
- (5)倘被告認為商標法第23條第1項第12款「他人著名商標」為「商標登記原則」與商標法第72、80條之例外，應依職權請立法院將商標法第23條第1項第12款原條文修法加列「前項不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標或標章為商標法第72、80條之例外」條文，並於商標法第2條原條文修法加列「他人著名商標之商標權取得，不須依本法於我國註冊、申請註冊或使用」條文，不可逕由行政機關未經法律明文授權而違法以行政命令或行政處分行之。

7. 「大長今」之廣為人知實為歷史戲劇書籍之著名，而非商標所彰顯之商品或服務已達著名程度，至今消費者僅存對「大長今」歷史戲劇知曉，對於被告所認定「著名商標」之廣告商品之內容根本不復記憶。原告前以「大長今」商標指定使用於商標法施行細則第 13 條第 35 類之「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物」服務商品申請註冊，與韓劇「大長今」所描述之古代朝鮮宮廷劇情內容完全無涉，根本無「有致公眾混淆誤認之虞者」。
8. 被告錯誤解釋引用法規命令，不但將「大長今」歷史戲劇書籍之著作權與「他人著名商標」之商標權混淆，更在無法律明確授權之下，擅自擴張「混淆誤認」之解釋，完全禁止並排除「大長今」商標其他所有項目之依法登記權利。其行政處分因為「欠缺法律之明確授權」與「違反法律保留原則」而根本發生合法性問題，並嚴重侵害了「人民基本權」。
9. 系爭商標「大長今」既使符合違法的「著名商標」、卻非合法的「他人著名商標」，也無商標法第 23 條第 1 項第 12 款之規定適用之可能：
- (1) 被告認定「著名」標準期間過短：
須知韓劇「大長今」係 93 年 5 月之後才在臺灣地區播出，如何於短短 3 個月期間即符合「他人著名商標」之認定標準。
- (2) 93 年 8 月 6 日當時「大長今」之廣為人知，實為歷史戲劇書籍，而非未申請登記註冊中文商標「大長今」、亦非其所彰顯之商品或服務已達著名程度。至今公眾僅存對「大長今」歷史戲劇知曉，甚至連代表被告出庭之專業人員對於被告所認定「著名商標」之表彰商品或服務之內容根本無法當庭舉證說明之可為佐證。
- (3) 被告舉證之「授權」係「著作權」非「商標權」：
被告僅舉證韓國 MBC 電視台在中華民國之「授權」商業活動，並僅能提出韓國 MBC 電視台係中華民國「著作權」之所有權人，可見被告所謂韓國 MBC 電視台在臺灣地區之「授權」行為係「著作權」而非「商標權」。被告亦無法舉證韓國 MBC 電視台在中華民國關於中文商標「大長今」申請登記「商標權」、親自使用「商標權」、依法授權「商標權」之直接證據。
10. 被告係我國商標審查主管機關，關於人民重大權利之審查標準，竟草率引用僅差一日的網路新聞與廣告、晚於原告註冊申請日的學術研究機構對

於行銷範例之研討會議…等小眾活動作為涵攝商標法第23條第1項第12款規定之構成要件「著名」與「公眾」之佐證。不看電視劇、不使用網路或不參加學術活動之公眾如何知悉且信服政府對於「他人著名商標」之評斷標準？法之安定性與明確性遭破壞無遺。

11. 韓國 MBC 電視公司 92 年 11 月出品，93 年 5 月 24 日、93 年 6 月 7 日、93 年 7 月 22 日、93 年 8 月 2 日、94 年 12 月 19 日、95 年 6 月 13 日、95 年 7 月 17 日、95 年 8 月 4 日陸續於我國行政院新聞局送審核准之中文片名「大長今」連續劇（其外文片名分別為「JEWEL IN THE PALACE」或「JANGGEUM'S DREAM」），係於 93 年 7 月間在臺灣地區之 GTV 戲劇台首次播出，有被告訴訟代理人於臺北高等行政法院 95 年 11 月 30 日言詞辯論期日當庭提出之錄影節目影片資料查詢、錄影節目影片明細、維基百科網路資料等附卷可稽，則原告於 93 年 8 月 6 日以「大長今」商標，指定使用於商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 5 類之中藥材、草藥、四物丸、枇杷膏、酸痛跌打損傷敷藥、藥用酒、人蔘、胃藥、藥用喉糖、調經丸、中藥藥膳包、魚肝油、人蔘精、大蒜精膠囊、靈芝膠囊、胎盤素膠囊、營養補充劑、含維他命及礦物質之營養補充品、甲殼質膠囊、糖尿病患者用之營養物商品，向被告申請註冊當時，該連續劇僅在臺灣播放月餘，中文「大長今」圖樣在客觀上是否已廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知，並非無疑。原處分雖認定該連續劇在日本、香港、美國等地播放時均廣受歡迎云云，惟依被告訴訟代理人所提維基百科網路資料所示，該連續劇在日本、香港播放之時間，分別為 93 年 10 月、94 年 1 月（至該連續劇在美國播放之時間，並未見被告提出相關證據資料），均晚於原告申請註冊商標之日，且該連續劇在日本、香港、美國等地播放時，是否使用中文「大長今」圖樣？亦未見被告提出相關證據資料，尚不得遽認中文「大長今」圖樣在客觀上已廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知。再者，依被告訴訟代理人所提維基百科網路資料所示，韓國播出該連續劇之日期為 92 年 9 月 15 日至 93 年 3 月 30 日（其首播日期《92 年 9 月 15 日》早於我國行政院新聞局「錄影節目影片明細」所載該連續劇之出品日期《92 年 11 月》，而該出品日期如為韓國 MBC 電視公司製作之日期，則豈有先播出後製作之理？），雖早於原告申請註冊商標之日，然依上開認定要點第 9 點之規定，被告亦須提出在韓國使用中文「大長今」圖樣及日期之標示或得以辨識其使用之圖樣及日期的佐證資料而為國內連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者得以知悉者，否則，無從得出據以核駁之「未依商標法

於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」在客觀上已廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知之結論。何況被告所提之證物皆為著作之著作權，如「DVD 影片、原聲帶、養生食譜」，並非商品或服務之商標權使用與授權。試問，書籍、連續劇、DVD 影片、原聲帶、養生食譜之著作權人何時已法定成為「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」商標權之所有權人？被告顯然明知且故意違反商標法第 2 條規定：「凡因表彰自己之商品或服務，欲取得商標權者，應依本法申請註冊。」。

12. 另被告訴訟代理人於臺北高等行政法院 95 年 11 月 30 日言詞辯論期日當庭提出「大長今」於韓國登記之商標註冊資料，並表示「申請日據猜測應為 2004 年 10 月 25 日（即歸檔日期），獲准註冊日則確定為 2005 年 11 月 28 日」等語；又韓國版權擁有人 Heewon Entertainment Inc.，Munhwa Broadcasting Corporation（MBC）及 SonoKong Company Limited 等 3 家公司，係於 95 年 1 月 8 日共同授權 Heewon Entertainment Inc. 出具授權書，再授權我國群英社國際股份有限公司（下稱群英社公司）於 95 年 1 月 9 日向被告申請「大長今」之商標註冊，而於 95 年 11 月 1 日獲准公告註冊（見被告訴訟代理人於言詞辯論期日當庭所提被告商標註冊簿及韓國公司授權商標註冊證明）；則上開於韓國及我國註冊之「大長今」商標，既均晚於原告申請註冊日 93 年 8 月 6 日，如何能得出據爭「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」在客觀上已廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知之結論？亦非無疑。被告顯然明知且故意違反商標法第 27 條規定：「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標權，商標權期間為十年。商標權期間得申請延展，每次延展專用期間為十年。」。

13. 原處分另稱連續劇中所介紹之藥材、食材、烹調方式、養生方法，已成為時下熱門話題云云，而被告訴訟代理人於言詞辯論期日當庭表示「系爭商標在國內尚有使用於市售 DVD 影片、原聲帶及養生食譜等商品」等語，依被告訴訟代理人所提奇摩拍賣網頁商品資料，以及原處分卷附自由時報電子新聞網、其他網路下載相關資料，均未見其實際使用日期之佐證資料，對此被告訴訟代理人亦不表爭執，經記明於言詞筆錄在卷可按，則上開網路資料自均不足作為證明據爭「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」於原告申請註冊當時已臻著名之證據，何況被告所提之證物皆為著作權之使用對象，如「DVD 影片、原聲帶、養生食譜」，並非商品或服務之商標權使用與授權。試問，在書籍、連續劇、DVD 影片、

原聲帶、養生食譜中公開介紹藥材、食材、烹調方式、養生方法，著作權人何時已法定成為「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」商標權之所有權人？

14. 被告稱我國全國商業總會及財團法人臺灣智庫等機構在西元 2005 年服務業跨業整合商機系列研討會中，以據以核駁商標作為我國產業未來行銷創意之範例加以探討云云。然該研討會係於 94 年召開（晚於原告申請註冊商標日），依原處分卷附該研討會網路報導內容，顯未明揭據以核駁商標之使用證據，自不能以之作為據以核駁商標於原告申請註冊當時已臻著名之證據。
15. 被告復稱韓國 MBC 電視台自播出「大長今」連續劇之後，進而發展周邊衍生商品，並授權使用「大長今」商標於食補商品等云云，然被告並未提出韓國 MBC 電視台係如何使用據爭「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」之圖樣及日期之標示或得以辨識其使用之圖樣及日期等佐證資料，被告亦無法說明韓國 MBC 電視台如何使用「未依法於我國及他國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」之無主商標權，被告更無法說明韓國 MBC 電視台如何可能授權「未依法於我國及他國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」之商標權供他人使用，則據以核駁之「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用之他人著名商標」是否廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知，尚待被告進一步調查事證加以檢驗。
16. 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 472 號、第 474 號、第 475 號之承審法官竟違反以上法律之條文，在未經查證或故意輕忽之下，錯誤採用被告所提出以下之違法或非法證據，並在判決書理由四(三)（第 13 頁以下）內直接引為判決理由：
 - (1) 日本、香港、美國之「大長今」戲劇播出皆晚於原告在中華民國之申請註冊日。
 - (2) 韓國 MBC 電視台在中華民國「未依商標法於我國註冊、申請註冊或使用商標」，既沒有「大長今」商標權、僅有「大長今」著作權，如何能「授權」「大長今」商標權？
 - (3) 香港「大長今」商標權所有人為中華民國國民，與韓國 MBC 電視台毫無瓜葛。韓國 MBC 電視台在香港根本無「大長今」商標權可授。
 - (4) 韓國 MBC 電視台在韓國申請註冊取得「大長今」商標權，晚於原告在中華民國之申請註冊日。

(5)群英社公司在中華民國申請註冊「大長今」商標權，晚於原告在中華民國之申請註冊日。

(6)中華民國全國商業總會及財團法人臺灣智庫等機構在西元 2005 年服務業跨業整合商機系列研討會，晚於原告在中華民國之申請註冊日。

以上證據及理由判決本文皆不敢標明日期，顯見其判決不備理由且理由矛盾。因此其判決當然違背法令。

17. 被告雖以商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定：「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。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限。」，認原告於 93 年 8 月 6 日以「大長今」商標，指定使用於商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 35 類之「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物」服務商品「有致公眾混淆誤認之虞者」，依據經濟部訴願決定書所稱，係指消費大眾「對商品之來源或產製主體發生混淆誤認」，因此核駁原告於 93 年 8 月 6 日之「大長今」商標註冊申請。但是被告根本從未能確實舉證其所違法認定之「他人著名商標」「大長今」之「商標權所有權人」韓國 MBC 電視台，實際使用或授與商標權之商品名稱、相關廠商、銷售數量及發票…等等確切證據，在原告向中華民國申請註冊日之前確實使中文「大長今」圖樣在客觀上已廣為連續劇與書籍等著作權以外相關事業或消費者所普遍認知。原告根本無從得知確實與韓國 MBC 電視台有關之「大長今」商品與服務內容而無從辯駁，智慧財產局又如何能憑空裁定原告前以「大長今」商標指定使用於商標法施行細則第 13 條第 35 類之「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物」服務商品申請註冊，與韓劇「大長今」所描述之古代朝鮮宮廷劇情內容或所謂韓國 MBC 電視台之授權商標商品，「有致公眾混淆誤認之虞者」？

18. 被告(99)智商 0482 字第 09980315540 號審定書（經濟部智慧財產局商標核駁第 0324474 號審定書）、本件(99)智商 0482 字第 09980315540 號審定書（經濟部智慧財產局商標核駁第 0324485 號審定書）與 96 年 4 月

27 日商標核駁第 299528 號審定書、第 299543 號審定書、第 299588 號審定書之處分，皆係依據商標法第 24 條第 1 項規定。然而，商標法第 24 條第 1 項規定內容與商標法第 23 條第 1 項及商標法第 59 條第 4 項規定內容完全相同重複，被告違憲違法慣以此法條規避行政法院判決拘束，經濟部應予立即禁止適用並修法廢止。

19. 核駁審定書所稱案外人辛紹祺係原告之夫，案外人 2005 年於香港與中國申請登記之中文商標「大長今」目前皆已獲准取得商標所有權，究其差異產生並非本件之核駁審定書所稱之商標地域性、法制或審查基準等原因，主要原因係政府行政效能品質不同，中華民國政府考試監察權停廢造成公務人員考選訓體制破壞。

三、被告聲明求為判決駁回原告之訴，並抗辯：

(一) 本件存在之相關因素之審酌：

1. 據以核駁商標為著名商標：

「大長今」一劇內容係敘述韓國（朝鮮時代）第一個女御醫奮鬥成功之故事，首先於 2003 年 9 月在韓國播出，此有韓國 MBC 電視月刊有關該劇內容相關報導影本資料附卷（即附件 3），且以 57.8% 的高收視率歡喜落幕；我國則於 93 年 5 月 18 日由八大電視台（GTV-D 台）首播，此有國際知名尼爾森 AC Nielsen 電視調查公司—電視收視率調查報告；93 年 5 月 27 日星報內容：「大長今」開播不到 1 星期，收視率從首集 0.5 到現在飆高至 1.5（即附件 4），93 年 8 月 29 日蘋果日報報導：「大長今」在 8 月 27 日風光下檔，據廣電人收視調查約 190 萬人收看，平均收視率高達 5.79% 僅次於另一戲劇「台灣龍捲風」，其間劇中女主角李英愛小姐（有韓國收視天后之稱）特於 2004 年 5 月 26 來台訪等連續報導影本資料可稽（即附件 5）。「大長今」雖為戲劇名稱，惟其劇中介紹之許多藥材、食材、烹調方式等食療、養生方法、醫理等東方文化以長篇幅、鉅細靡遺唯妙唯肖方式，教人如何做藥膳、如何用中藥調理身體及治病救人，自開播以來已蔚為時下熱門話題，電視台進而發展「大長今」一劇之周邊商品，從電視劇相關影音產品、食譜、漫畫、小說、飲食到觀光服務等不勝枚舉，且早於本件商標申請日 93 年 8 月 6 日前，華亞國際傳播股份有限公司自 93 年 5 月 12 日起即陸續向新聞局辦理登錄「大長今」戲劇第 1-70 及錄影節目影片，8 月 4 日 GTV 八大電視台網頁即已有銷售大長今之相關商品「大長今御用保健飲品」、「大長今電視劇 DVD 上下兩部共 70 片」；8 月 5 日自由新聞網亦報導該劇在韓國播放時，周邊商品熱賣到不行，其中以紅蔘釀造養身酒及以玄米茶為主之「大長今御用飲品」

最受觀眾青睞，熱賣到 10 萬組以上之新聞；「大長今」熱賣後，韓國專利商標集團 The Korea Licensing Group 已向韓國 MBC 電視台買下「大長今」專利商標權，並與上百家業者簽約，將 250 種大長今相關商品，從貼紙、手機吊飾、泡麵、餅乾、牙膏、香皂、人蔘米、冬蟲夏草米、紅蔘抽出液、長腦山蔘等養生食品均標上「大長今」商標，在韓國全國百貨公司（網站）及超市上市（即附件 6、6 之 1），在香港地區則授權屈臣氏透過其通路販賣「大長今」藥膳護膚系列商品，使得電視台藉由版權外銷及商品授權即獲利甚鉅；在我國則由群英社公司取得商標之授權，註冊為第 1235531 號商標（如附圖二所示）；另我國全國商業總會及財團法人臺灣智庫等機構，在 2005 年服務業跨業整合商機系列研討會中，甚至將「大長今」戲劇所衍生之經濟效益，即由電視劇延伸至其周邊商品之熱賣等，作為我國產業未來行銷創意之範例加以探討（即附件 7）；復證諸以「大長今」、「大長今人蔘」透過知名 Google 網路搜尋引擎查詢，所得相關資料即有數萬筆之多，網頁資料查得「大長今硫磺鴨補湯」、「大長今人蔘牛奶汁」、「大長今御用飲品禮盒」等商品相關資料，以上種種事實，堪認該「大長今」商標於本件「大長今」商標 93 年 8 月 6 日申請註冊時，已廣為商標所使用商品或服務之實際或可能消費者、及經營該商標所使用商品或服務之相關業者所普遍認知而臻著名之程度。

2. 二商標構成近似且近似程度極高：

本件商標圖樣整體係以單純橫書且未經設計之中文印刷體「大長今」3 字所構成，與韓國 MBC 電視台改編自歷史人物而製播之宮廷劇名稱「大長今」完全相同，韓國 MBC 電視台於 2003 年 10 月 15 日向韓國專利商標局首次提出「大長今」商標申請註冊，指定使用於 3、5、10、20、33 類之商品，2004 年 12 月 04 日公告，註冊日為 2005 年 3 月 29 日，嗣後又取得第 44 類服務之商標註冊，有韓國註冊資料附卷可稽（即附件 1）。此外，我國群英社公司已於 2006 年 8 月 1 日取得 MBC 電視台之商標授權，向被告提出申請「大長今」商標註冊，指定使用於 16、18、24、25、28、29、30 類之商品，並於 95 年 11 月 1 日獲准註冊公告為第 1235531 號商標（即附件 2）。又據八大電視台 93 年 8 月 4 日網頁資料說明，八大電視台已有推出大長今之相關商品「大長今御用保健飲品」、「大長今電視劇 DVD 上下兩部共 70 片」兩項。綜前所述，基於我國與韓國均採用先申請先保護原則，韓國 MBC 電視台確實早於原告已在其母國提出商標註冊之申請，且在本件商標提出申請（93 年 8 月 6 日）之前，韓國 MBC 電視台已有將「大長今」以商標之型態，使用於該電視劇周邊商品上之意圖及事實，

顯見「大長今」已非僅為單純的韓國電視劇名稱，足以使相關消費者認識其為表彰商品來源之識別標識，且二者商標中文完全相同，近似程度極高，異時異地隔離觀察，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會有所混淆而誤認二者來自同一來源或誤認不同來源之間有關聯性，應屬構成高度近似之商標。

3. 相關消費者對據駁商標之熟悉程度高：

八大電視台自 1999 年引進播出「藍色生死戀」、「火花」韓劇之後，引爆一陣哈韓劇風，隨後相繼引進「浪漫滿屋」、「大長今」、「巴黎戀人」等劇，而緯來電視台也跟進播放「愛上女主播」、「情定大飯店」、「明成皇后」、「愛在哈佛」等韓劇，都造成我國觀眾的熱烈迴響，因此舉凡食衣住行和韓國文化相關的商品，也都搭上韓劇的順風車，尤其是韓劇影音產品、韓國旅遊團及韓國料理（如泡菜、拌飯、烤肉、蔘雞湯等）等（即附件 8），為一探韓劇著名拍攝地的好奇心，使得韓國旅遊蔚為一時熱門之選，我國觀眾或消費者對韓劇衍生之相關產業與商品，因而產生相對較高的注意力；再者，「大長今」一劇在我國播出距離本件商標申請日雖僅約 3 個月左右，但電視台這種特殊傳播媒體性質，慣例上在戲劇未播出之前，均會在其姐妹台強力宣傳告知觀眾即將上檔戲劇之劇情大綱及播映日，況八大電視台尚屬國內知名電視台之一，所播出的「大長今」戲劇贏得廣大觀眾注目與歡迎，更引發對戲劇內容（如食材、藥膳及養生等）的廣泛討論，消費者已有強烈印象認為「大長今」係由韓國 MBC 電視台所創作提供，而非由臺灣本地其他任何人所產製，至於原告則未檢送相關事證，是據以核駁商標顯較本件商標為我國消費者所熟知，應給予較大之保護。

（二）綜合二商標圖樣高度近似、據以核駁商標之著名程度及相關消費者對二者商標熟悉之程度等各項因素，客觀上判斷本件商標應有使相關公眾對其所表彰之商品來源或產製主體發生混淆誤認而予購買之虞，本件原告以完全相同的中文「大長今」作為商標圖樣，指定使用於「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭日常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物。」等服務，自有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定之適用。此亦有相同案情經被告列為核駁第 286095、286557 號以及臺北高等行政法院 95 年度訴字第 472 號、第 474 號、第 475 號判決確定在案（即附件 9）。

(三)至原告所舉以其他韓劇名稱作為商標而獲准註冊案例，如「情定大飯店」、「冬季戀歌」、「商道」、「火花」等，其圖樣及案情與本件並不相當，前述商標文字雖均為我國消費者或觀眾所熟悉之韓劇劇名，惟就其涵義而言，僅為一般名詞或描述用語，並無使人產生商標與商品有特殊涵義之聯想，與本件商標之「大長今」特指某醫藥護理養生專家之情形迥異，案情自屬有別，況基於商標審查個案拘束原則，亦不得比附援引執為本件應准註冊之有利論據。另原告陳稱案外人辛紹祺已取得香港地區「大長今」商標註冊一節，惟核商標之註冊係採屬地原則，且各國法制及審查基準互異，實難以香港地區註冊執為我國應准註冊之依據，併予敘明。

四、本院得心證之理由：

- (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，不得註冊，商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段定有明文。
1. 現代科技的發達促進商品之流通與資訊之交換，國與國之界線逐漸消弭，商品之跨國交易日漸興盛，而表彰商品來源之商標即使尚未於本國註冊，惟由於其高知名度已廣為本國相關事業或消費者所知悉，不乏藉機搶先註冊或搭便車之人，由於相關事業或消費者對於著名商標具有深刻之印象，如他人恣意於商品上使用相同或近似於該著名商標，相關事業或消費者難免誤以為該商品與著名商標指定使用之商品出自同源，甚而如該商品品質低劣，導致相關事業或消費者對著名商標之商品產生不滿或抱怨，反而損及著名商標所有人之營業信譽，有悖於商標法保障商標權及消費者利益、維護市場公平競爭、促進工商企業正常發展之立法目的。除保障著名商標之所有人或商標本身外，為保護相關事業或消費者免於受混淆誤認，我國商標法、各國立法例及相關國際公約均重視著名商標之保護。
 2. 商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定所稱著名，係指有客觀證據足以認定該商標或標章已廣為相關事業或消費者所普遍認知者，商標法施行細則第 16 條定有明文。著名商標之認定時點，商標法第 23 條第 2 項明定以申請時為準，亦即據以核駁商標是否著名，應以系爭商標申請時點作為判斷基準。至著名之區域，係指於中華民國境內，廣為相關事業或消費者所普遍認知（司法院釋字第 104 號解釋參照）。
 3. 原告主張經濟部所訂頒之「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」將著名商標之保護範圍擴及未註冊之著名商標，明顯違反法律優位原則並欠缺法律之明確授權云云。惟按上級機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，可訂頒之解釋性規定及裁量基準，行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定甚明。經濟部為認定商標

法第 23 條第 1 項第 12 款所稱之著名商標或標章，前於 89 年 8 月 10 日公告，並於 93 年 4 月 28 日修正發布有「著名商標或標章認定要點」，嗣經經濟部於 96 年 11 月 9 日以經授智字第 09620031172 號令廢止，並於同日以經授智字第 09620031170 號令訂頒「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」以供遵循，其中第 2.1.2 節規定：「…第 23 條第 1 項第 12 款前段規定所保護之著名商標，應包括註冊及未註冊之著名商標…」並無違反商標法第 23 條第 1 項第 12 款之規定意旨，且未因此增加法律所無之限制或負擔，行政機關辦理相關案件時，亦可加以援用。又依該審查基準尚規定，「…即使據爭商標為未註冊的著名商標，仍可成為第 23 條第 1 項第 12 款前段規定保護之客體。」、「…商標之使用證據，應有其圖樣及日期之標示或得以辨識其使用之圖樣及日期的佐證資料，且不以國內為限。但國外之證據資料，仍須以國內相關事業或消費者得否知悉該商標為斷。」，則被告辦理相關案件時，自可加以援用。

4. 著名商標之認定標準，並不以在我國註冊、申請註冊或已使用為前提，其保護範圍亦較一般商標為廣。原告主張商標法第 23 條第 1 項第 12 款之適用限於在我國合法註冊之商標云云。惟按，欲取得商標權者，固應依商標法之規定申請註冊，同法第 2 條定有明文，取得商標權之人於商標權期間內，具有排除他人使用或申請註冊相同或近似於其註冊商標於同一或類似商品之權利，如無法律上權源而擅自使用其註冊商標者，應負侵害商標權之民事責任（包含除去侵害及損害賠償）及刑事責任。然著名商標之保護，重在保護相關事業或消費者免於混淆誤認之虞，惟僅止於消極之保護（即排除他人申請註冊），而未及於積極之保護。倘著名商標未經註冊，其所有人並未享有商標權，即使遭受他人侵害，並不能依商標法之規定，享有侵害除去請求權或損害賠償請求權，亦無刑事救濟之可言。易言之，同法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標之規範目的及保護範圍，與商標註冊制度賦予權利人取得商標權迥然有別。再者，綜觀我國商標法全文，所規定「註冊商標」，意指經核准商標註冊者，始取得商標權而受各該條文之權利保護。而第 23 條第 1 項第 12 款規定使用「著名商標」一詞，並非「著名『註冊』商標」，立法者顯然有意區別之，故為保護相關事業或消費者免於對著名商標之商品來源及出處發生混淆誤認之情事，著名商標是否已為註冊，並非所問。是以原告此部分主張委無足取。
5. 原告另主張著名商標或標章認定要點第 7 點規定欠缺法律之明確授權，違反法律保留原則，應屬無效。更違反商標法「登記主義」、「平等互惠」、「公示」、「公信」等原則，同法第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 10 條、

第 12 條、第 13 條、第 17 條、第 23 條第 2 項、第 27 條、第 29 條、第 30 條、第 32 條、第 33 條、第 35 條、第 37 條、第 38 條、第 39 條、第 40 條、第 50 條、第 52 條、第 69 條、第 72 條、第 80 條等規定，以及行政程序法第 4 條、第 5 條、第 119 條等規定云云。惟查：

(1)按國家對人民自由權利之限制，應以法律定之且不得逾越必要程度，憲法第 23 條固定有明文，惟法律內容不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬細節性、技術性、解釋性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾利法律之實施。

(2)商標法施行細則第 16 條規定：「本法所稱之著名，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者。」即係主管機關經濟部依據上開規定授權所訂定之解釋性之行政規則。其為行政機關辦理商標註冊所必要，並未逾越商標法之授權範圍及目的，且未增加法律所無之限制或負擔，行政機關辦理相關案件時，自可加以適用。

(3)另上級機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，可訂頒之解釋性規定及裁量基準，此經行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定甚明。經濟部為協助下級機關認定商標法第 23 條第 1 項第 12 款所稱之著名商標或標章，特訂頒「著名商標或標章認定要點」以供遵循，其中第 7 點規定：「本要點著名商標或標章之認定，不以在我國註冊、申請註冊或使用為前提要件。」並無違反商標法第 23 條第 1 項第 12 款之規定意旨，符合保護著名商標之立法精神，且未因此增加法律所無之限制或負擔，行政機關辦理相關案件時，亦可加以援用。故原告此部分主張，即非可採。

6. 又按所謂「有致相關公眾混淆誤認之虞者」，係指兩商標因相同或構成近似，致使相關消費者對其所表彰之商品來源或產製主體發生混淆誤認之虞，包含誤認為同一商標，或雖不致誤認二商標為同一商標，但極有可能誤認二商標之商品／服務為同一來源之系列商品／服務，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係而言。而判斷有無混淆誤認之虞，則應參酌商標識別性之強弱、商標之近似及商品／服務類似等相關因素之強弱程度、相互影響關係及各因素等綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞。

(二)本件商標圖樣與據以核駁商標圖樣高度近似：

1. 查韓國 Heewon Entertainment Inc., Munhwa Broadcast-ing Corporation（即韓國 MBC 電視台）以歷史人物「長今」即韓國朝鮮時代第一位女性御醫的一生為藍本，將其奮鬥成功的故事改編成「大長今」之

長篇古裝宮廷連續劇，自 92 年 9 月 19 日起至 93 年 3 月 23 日止，在韓國播映共 54 集，收視率高達 57.8%。嗣於 93 年 5 月 18 日，由我國八大電視台（GTV-D 台）直接取用其韓文漢字劇名「大長今」於我國首播，平均收視率高達 5.79%，此有群英社公司 95 年 12 月 27 日函、國際知名尼爾森 AC Nielsen 電視調查公司電視收視率調查報告、宣傳資料、各期刊報紙新聞報導附卷可稽（見商標核駁卷第 45 至 65 頁）。

2. 次查韓國 MBC 電視台於 92 年 10 月 15 日，以「大長今」漢字及其韓文之商標圖樣，向韓國專利商標局申請註冊，並指定使用於國際分類第 3、5、10、20、33 類之商品，於 93 年 12 月 4 日公告，於 94 年 3 月 29 日註冊，註冊號數為 0000000000000 號。嗣韓國 MBC 電視台並授權 NEP 公司、Natural Korea 公司，分別於日本、中國大陸申請「大長今」之商標註冊，且於 95 年 8 月 1 日，授權群英社公司以中文「大長今」（如附圖二）申請商標註冊，指定使用於第 16、18、24、25、28、29、30 類商品，註冊號數為第 01235531 號。此有群英社公司 95 年 8 月 10 日函、同年 11 月 14 日函、同年 12 月 5 日函、據以核駁商標於韓國之商標註冊資料、韓文暨英文服務標章註冊證、經濟部智慧財產局商標註冊簿、商標註冊同意書暨中譯文附卷可稽（見商標核駁卷第 26 至 44 頁）。
3. 本件商標係以未經設計、單純自左至右橫書之墨色中文印刷體「大長今」3 字所構成（如附圖一所示，亦見於商標核駁卷第 10 頁），此非屬我國國人習知習見之普通中文詞彙，識別性較強。惟此與韓國 MBC 電視台於 92 年 9 月 19 日在韓國製播、我國八大電視台於 93 年 5 月 18 日在我國首播之「大長今」歷史宮廷劇之中文名稱完全相同，在外觀及讀音上，具普通知識之消費者施以普通之注意，於異時異地隔離觀察及交易連貫唱呼之際，會造成混淆誤認之虞，應屬高度近似之商標。
4. 至原告主張韓國 MBC 電視台就中文商標圖樣「大長今」，並未在我國授權商標權云云。惟韓國 MBC 電視台於 95 年 8 月 1 日，授權群英社公司以中文「大長今」（如附圖二所示）申請商標註冊，指定使用於第 16、18、24、25、28、29、30 類商品，註冊號數為第 01235531 號，此據群英社公司於 95 年 8 月 10 日函陳述明確，且群英社公司隨函檢附之商標註冊同意書（Certificate of Trademark Registration）暨中譯文（見商標核駁卷第 41 至 44 頁）明確記載韓國 MBC 電視台對群英社公司授與「大長今」一劇之節目名稱、圖誌象徵、商標權、設計、劇中人物之視覺形象等所有相關智慧財產權，並授權群英社公司得於我國辦理商標註冊之申請。是原告此部分主張顯有誤解，附此敘明。

(三)據以核駁商標為著名商標：

1. 據以核駁商標確為商標之使用：

- (1)如前所述，「大長今」一劇在韓國及我國播映期間，均有極高之收視率，收視觀眾眾多，成為韓國及我國新聞媒體報導之焦點。劇中介紹諸多藥材、食材、烹調方式等食療、養生方法、醫理等東方文化，鉅細靡遺地教導如何製作藥膳、用中藥調理身體及治病救人，無論於韓國或我國，自開播以來，已蔚為時下熱門話題，韓國 MBC 電視台及我國八大電視台莫不把握良機，開發電視劇相關影音產品、食譜、漫畫、小說、飲食、觀光服務等眾多周邊商品。
- (2)韓國 MBC 電視台於「大長今」一劇播放期間，廣泛販售使用「大長今」圖樣之周邊商品，包含紅蔘釀造之養身酒、玄米飲品、人蔘米等。而韓國 The Korea Licensing Group 向韓國 MBC 電視台取得據以核駁商標授權後，即將之使用於米、醬油、水餃、圍裙、裝飾品等商品，此有 The Korea Licensing Group 網站內多種大長今相關商品型錄可證（見商標核駁卷第 192 至 197 頁）。其中「大長今安全米」外包裝上緣更印有日期「03.12.30」（見商標核駁卷第 193 頁），足見據以核駁商標圖樣中「大長今」之韓文及漢字，於 92 年 12 月 30 日以前，即已基於行銷商品之目的，將之表彰其商品之標識，作為商標之使用。此外，93 年 8 月 5 日自由新聞網、大紀元動態網均報導「大長今」一劇在韓國播放時，周邊商品熱賣暢銷，其中以紅蔘釀造養身酒及以玄米茶為主之「大長今御用飲品」最受觀眾青睞，銷售數量逾 10 萬組，此有網路新聞報導附卷可稽（見商標核駁卷第 212 至 220 頁）。
- (3)早於本件商標申請日 93 年 8 月 6 日前，華亞國際傳播股份有限公司自 93 年 5 月 12 日起至同年 7 月 27 日止，陸續向新聞局辦理登錄「大長今」戲劇第 1 至 70 集之臺灣地區家用錄影節目影片，至遲於同年 7 月 9 日，在博客來 DVD 館網站銷售「大長今」VCD、DVD，此有錄影節目影片明細資料在卷可證（見商標核駁卷第 163 至 172 頁）。另八大電視台於同年 8 月 4 日，為紀念「大長今」韓劇之真實故事，經由韓國 MBC 電視台之授權，在臺推出「大長今」相關產品，包含「大長今御用保健飲品」及「大長今電視劇 DVD 上下兩部共 70 片」，出貨日期為同年 10 月 10 日，該飲品、DVD 及其包裝盒上均印有據以核駁商標之圖樣，此有群英社公司 95 年 12 月 27 日函、八大電視台網頁資料附卷可稽（見商標核駁卷第 45、154 至 162 頁）。

- (4)綜上所述，「大長今」3 字起初雖作為戲劇節目名稱使用，惟由於備受韓國與我國的觀眾歡迎，韓國 MBC 電視台及我國八大電視台、華亞國際傳播股份有限公司均將據以核駁商標圖樣中「大長今」之韓文及漢字廣泛使用於眾多周邊商品，並積極促銷，藉此吸引喜愛「大長今」韓劇的消費者樂於購買。

2. 我國相關業者與消費者對據以核駁商標之熟悉程度高：

- (1)查我國各電視台自 88 年起引進播出「藍色生死戀」、「火花」、「浪漫滿屋」、「大長今」、「巴黎戀人」、「愛上女主播」、「情定大飯店」、「明成皇后」、「愛在哈佛」等多部韓劇，均造成我國觀眾的熱烈迴響，引發哈韓劇風，因韓劇所帶動的「韓流」，舉凡與韓國相關商品亦因此搭上韓劇的順風車，尤其是韓劇影音產品、韓國旅遊（如以參觀韓劇拍攝地點為宣傳重點）及韓國料理（如泡菜、拌飯、烤肉、蔘雞湯）等，極度吸引我國相關消費者的注意。而由於商機無限，相關產業亦對韓劇衍生之相關產業與商品，施以高度的注意力。此有 93 年 11 月 1 日銘報新聞、90 年 9 月 23 日今週刊報導在卷可稽（見商標核駁卷第 59 至 62 頁）。

- (2)本件商標申請日（93 年 8 月 6 日）雖距「大長今」一劇在我國開播時間（同年 5 月 18 日）約 3 個月，姑不論通常電視台推出新戲劇節目上檔之前，為加深觀眾的印象，均多會在所屬頻道強力宣傳新劇的劇情大綱及開始播映日，甚或於新聞媒體上發布相關新聞稿，八大電視台密集播放「大長今」韓劇，獲得廣大公眾的高度注目，更引發大眾對其中劇情的廣泛討論，以其知名度，足使相關消費者明確知悉該劇乃韓國 MBC 電視台所製作，加以其劇情內容強調食材、藥膳、養生之特殊風格，搭配相關周邊商品之販售，輔以韓國 MBC 電視台及我國八大電視台廣泛行銷與各傳播媒體之強力報導，致我國消費者信賴「大長今」相關食材、藥膳、養生商品之品質優良，業已建立其信譽，故據以核駁商標顯較本件商標為我國相關事業與消費者所熟知。至原告主張「大長今」在臺播出僅 3 個月，並不符合著名商標之認定標準云云，顯無可採。

- (3)原告主張「大長今」實因歷史戲劇書籍而著名，並非商標所表彰之商品或服務已達著名程度云云。惟查：

①按商標乃人類智慧所創用之表彰商品之圖樣，藉其附麗於商品上而流通市面，具有象徵營業信譽之作用，其原始功能在於表示商品之來源或出處，以資識別自己與他人商品，且強調商品所具有之一定品質，並作為廣告及促銷商品之工具。易言之，商標具有表彰營業信譽、追

蹤商品來源、品質保證及廣告之功能，進而保護消費者免於對商品之來源或出處產生混淆誤認，保障廠商之信譽，維護交易安全與公平競爭之秩序，使工商企業得以正常發展。為達成上開商標目的，商標圖樣與商品相互結合，商標藉由使用而發揮其功能。

②「大長今」一詞起初確因韓國 MBC 電視台改編歷史人物「長今」的人生故事，拍攝成古裝宮廷連續劇而為韓國及我國觀眾耳熟能詳，惟由於廣受歡迎，韓國 MBC 電視台、The Korea Licensing Group 及我國八大電視台、華亞國際傳播股份有限公司相繼於韓國及我國將之使用於各式周邊商品，並大力促銷，促使我國相關事業及消費者一見「大長今」3 字，立即可聯想到「大長今」韓劇、參與演員及其周邊商品，彼此間密不可分。故「大長今」中文及韓文之商標圖樣，不僅因歷史人物及韓國藝人之名氣，更因廣泛使用於各式商品而使相關事業及消費者認明其標誌，已達著名之程度。原告此部分主張，即無可採。

3. 綜上所述，據以核駁商標於本件商標於 93 年 8 月 6 日申請註冊時，其所表彰之信譽及品質，已廣為據以核駁商標所使用商品之實際或可能消費者、及經營該商品之相關業者所普遍認知而臻著名之程度，係屬著名商標。

(四)本件商標有致相關公眾混淆誤認之虞：

1. 審酌據以核駁商標與本件商標之圖樣高度近似、據以核駁商標之著名程度，原告以完全相同的中文「大長今」作為本件商標圖樣，指定使用於商標法施行細則第 13 條所定修正前商品及服務分類表第 35 類之「藥膳零售、化妝品零售、農產品零售、食品及飲料零售、五金及家庭日常用品零售、化學製品零售、藥物零售、文教用品零售、布疋及衣服及服飾配件零售、畜產品零售、水產品零售、販賣機租賃、百貨公司、超級市場、便利商店、超級商店、購物中心、郵購、電視購物、網路購物」服務等與韓國享有國際盛譽之人蔘相關商品，有致藥材、養生、藥膳之相關公眾對其表彰之商品來源或產製主體，產生混淆誤認之虞。

2. 至原告主張其所申請使用之商品與「大長今」韓劇所描述之古代朝鮮宮廷劇情內容無涉，並無致公眾混淆誤認之虞云云。惟按著名商標之認定，應考量以商品或服務之相關公眾之認識。如前所述，「大長今」韓劇固以朝鮮時代發生於皇宮中權力鬥爭、權謀心機與「長今」醫女的人生起伏為主軸，惟劇中有關宮中傳統飲食文化及藥草學、婦女病、針灸等醫學常識，介紹諸多藥材、食材、烹調方式等食療、養生方法、醫理等東方文化，鉅細靡遺地教導如何製作藥膳、用中藥調理身體及治病救人，足使觀眾認知「大長今」一詞與藥材、養生、藥膳高度相關之鮮明印象，與原告申請指

定使用於第 35 類之服務，具有相當共同或關聯之處。故原告此部分主張，尚有未洽。

(五)衡酌本件商標與據以核駁商標之近似程度極高，據以核駁商標於系爭商標 93 年 6 月 8 日申請註冊前，所表彰之信譽及品質，已廣為我國相關事業及消費者所普遍認知而達著名商標之程度，且二者指定商品間復具有關聯性等因素，本件商標之註冊，有可能使相關公眾誤認二商標之商品為源自相同或雖不同但有關聯之系列商品，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，而產生混淆誤認之情事，自有商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段規定之適用。至於據以核駁商標於本件商標提出申請日之前，尚未在我國申請註冊或經核准註冊，並不影響其依前揭規定所得享受之保護。

(六)至原告主張其他韓劇劇名「情定大飯店」、「冬季戀歌」、「商道」、「火花」等獲准註冊商標云云，觀諸「火花」、「冬季戀歌」、「商道」之商標圖樣單純取用各劇劇名之文字，惟就其涵義而言，僅為一般名詞或描述性說明用語，並無使人產生商標與商品有何特殊涵義之聯想。而「情定大飯店 GING DING 及圖」商標係由中文「情定大飯店」、外文「GING DING」及於結合一圓形與二心形之圖案內置外文「Love」藝術字所構成，並非單純以韓劇劇名為其圖樣。是以上開註冊商標及案情均與本件商標「大長今」專指韓國朝鮮時代具醫藥護理養生背景的「大長今」醫女迥然有別，且屬另案妥適與否之問題，要難比附援引，執為本件有利原告之論據。

(七)原告另主張訴外人辛紹祺已取得香港地區「大長今」商標註冊云云。惟按我國採商標註冊主義及屬地主義，而各國法制及審查基準各不相同，自無從以香港地區之商標註冊遽認系爭商標亦得獲准註冊。

(八)本件商標既有商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段規定之適用，其商標之申請自不應准許，原處分及訴願決定即無違誤，則原告以本件原處分及訴願決定違誤，應予撤銷為前提要件，而併同請求撤銷被告另案核准列為註冊第 01235531 號之商標（即據以核駁商標）、被告另案核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之行政處分，自為無理由，亦不應准許。

(九)關於合併請求損害賠償部分：

1. 按行政訴訟法第 7 條所以規定得合併請求損害賠償或其他財產上給付，乃因此等請求與其所合併提起之行政訴訟間，有一定之前提或因果關係，基於訴訟資料之共通，為避免二裁判之衝突及訴訟手續重複之勞費而為之

規範。故於當事人有依行政訴訟法第 7 條規定併為請求時，必其所據以合併之行政訴訟，已經行政法院實體審究且為勝訴之判決，其合併之請求始有獲得實體勝訴判決可言（最高行政法院 97 年度判字第 988 號判決意旨參照）。

2. 查本件商標有商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段規定之適用，原處分及訴願決定並無違法、構成應予撤銷或無效之法定事由，已如前述，則原告以原處分及訴願決定違法為基礎事實，主張其因此受有行政處分所造成之所有收入損失 800 萬元、行政訴願額外所生費用 60 萬元、行政訴訟額外所生費用 180 萬元之財產上損害，而合併請求判命被告賠償該損害金額，於法無據，不能准許，應併予駁回。

(十)關於確認之訴部分：

1. 原告請求確認「韓國 MBC 電視台」於我國尚未申請登記註冊，並且尚未合法取得「大長今」中文商標（即據以核駁商標）所有權；「大長今」中文商標於我國尚非法令所稱使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人著名商標」；「大長今」中文商標於中華民國尚非被告認定「韓國 MBC 電視台」所有，且已使用於「智慧財產權以外之商品或服務」之「他人著名商標」；確認被告商標核駁審定書之處分與訴願決定書所為之決定所依據之 93 年 4 月 28 日經濟部經授智字第 0932003036-0 號令修正發布「著名商標或標章認定要點」、96 年 11 月 9 日經濟部經授智字第 09620031170 號令修正發布「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」違法且無效，應立即禁止被告違法引用等語，惟查本院於上揭本院得心證理由已就據以核駁商標為著名商標，且韓國 MBC 電視台於我國已申請登記註冊如附圖二所示之據以核駁商標，「著名商標或標章認定要點」第 7 點並無違反商標法第 23 條第 1 項第 12 款之規定意旨，符合保護著名商標之立法精神，且未因此增加法律所無之限制或負擔，行政機關辦理相關案件時，亦可加以援用詳為論述，故原告此部分之請求，為無理由，應予駁回。
2. 原告固請求確認被告上揭商標核駁審定書行政處分與訴願決定書決定違反臺北高等行政法院判決（95 年度訴字第 429 號判決《申請商標案號第 093036545 號》、95 年度訴字第 430 號判決《申請商標案號第 093036547 號》、95 年度訴字第 431 號判決《申請商標案號第 093036543 號》、95 年度訴字第 539 號判決《申請商標案號第 093036546 號》、95 年度訴字第 540 號判決《申請商標案號第 093036542 號》）之意旨云云。惟查，被告依上開臺北高等行政法院 95 年度訴字第 430 號、95 年度訴字第 539

號、95 年度訴字第 540 號判決意旨，補強證據後重為審查，於 96 年 4 月 27 日分別作成商標核駁第 299588 號、第 299543 號、第 299528 號審定書，仍認為原告所申請之商標均有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定之適用，而為核駁之處分，原告不服，均提起訴願，經經濟部經訴字第 09606073870 號、第 09606073810 號、第 09606073860 號訴願決定駁回，原告仍不服，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟，經該院以 97 年 4 月 10 日 96 年度訴字第 3705 號判決，駁回原告之訴，原告仍不服，提起上訴，嗣經最高行政法院以 98 年 11 月 19 日 98 年度裁字第 2831 號裁定駁回上訴而告確定，此有經濟部訴願決定 3 份、臺北高等行政法院判決 1 份及最高行政法院裁定 1 份在卷足稽（見本院卷第 71 頁反面至第 80 頁反面、第 88 頁至第 95 頁反面），足見被告商標核駁第 299588 號、第 299543 號、第 299528 號審定書及經濟部經訴字第 09606073870 號、第 09606073810 號、第 09606073860 號訴願決定，均係依臺北高等行政法院 95 年度訴字第 430 號、95 年度訴字第 539 號、95 年度訴字第 540 號判決意旨重為審查，且其見解並獲得上揭臺北高等行政法院判決及最高行政法院裁定之肯認，並無違反臺北高等行政法院 95 年度訴字第 430 號、95 年度訴字第 539 號意旨之情形。基於同一理由，之後，被告依據臺北高等行政法院 95 年度訴字第 429 號、95 年度訴字第 431 號判決意旨，補強證據後重為審查，並採酌經最高行政法院 98 年度裁字第 2831 號裁定駁回原告上訴而告確定之臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3705 號判決意旨，於 97 年 7 月 7 日分別作成商標核駁第 324485 號、第 324474 號審定書，仍認為原告所申請之商標均有商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定之適用，而為核駁之處分，原告不服，均提起訴願，經經濟部經訴字第 09906064180 號、第 09906064610 號訴願決定駁回（註：原告仍不服，遂向本院提起行政訴訟，分別繫屬於本院案號 99 年度行商訴字第 232 號《即本件》及 100 年度行商訴字第 2 號），亦難謂有何違反臺北高等行政法院 95 年度訴字第 429 號、95 年度訴字第 431 號判決意旨。是以，原告此部分主張被告罔顧上開判決意旨，所為之商標核駁審定書行政處分與訴願決定係故意之違法行為，被告應將一干嫌犯移送公務員懲戒委員會，並主動向檢方提出刑事告訴進行調查刑責云云，為無理由，應予駁回。

3. 又原告請求確認被告上揭商標核駁審定書與訴願決定書所載事證違法引用上開已遭臺北高等行政法院判決駁棄之理由、事實與證據違法核駁「大長今」商標申請，係違憲違法且無效；確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書係違法解釋他人著名商標之法規命令，係違憲違法且無效；確認被告

99 年 7 月 7 日商標核駁第 0324474 號審定書(99)智商 0482 字第 0998 0315540 號函之處分與經濟部 99 年 11 月 4 日經訴字第 09906064610 號訴願決定皆為被告與所屬或受其委託之公務員之故意違法行為；確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序已侵害原告依法申請登記並合法取得「大長今」商標之權利；確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序侵害原告依法申請登記並取得「大長今」商標之權利而造成原告重大經濟權利遭受損害；確認上揭商標核駁審定書與訴願決定書之涉案公務員以違憲違法的行政處分與行政程序涉有刑法第 131 條瀆職圖利罪、第 124 條瀆職枉法裁判或仲裁罪刑責云云，均係以本件原處分及訴願決定違法，並應撤銷另案核准列為註冊第 01235531 號之商標（即據以核駁商標）、被告另案核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之行政處分為前提，但查本件原處分及訴願決定並無違法，且原告請求撤銷上揭另案行政處分亦已遭駁回，是以原告此部分確認之訴之請求，亦無理由，應予駁回。

(十一)關於課予義務之訴部分：

1. 原告請求被告應依法核准第 093936543 號「大長今」商標標章指定使用於商標法施行細則第 13 條第 35 類商品／服務、第 093036544 號「大長今」商標、第 093036546 號「大長今」商標、第 093036548 號（第 13 條第 003 類之商品）、第 094005171 號（第 13 條第 003 類之商品）、第 093036542 號（第 13 條第 005 類之商品）、第 093036546 號（第 13 條第 029 類之商品）、第 093036544 號（第 13 條第 030 類之商品）、第 093036547 號（第 13 條第 032 類之商品）、第 093036545 號（第 13 條第 035 類之商品）、第 093036543 號（第 13 條第 044 類之商品）、第 093936542 號（第 13 條第 005 類之商品）、第 093936546 號（第 13 條第 029 類之商品）、第 093936547 號（第 13 條第 032 類之商品）「大長今」商標之註冊申請案；被告應對於原處分（商標核駁第 0286985 號、第 0288405 號、第 0287258 號、第 0287260 號、第 0287256 號、第 0287257 號、第 0286476 號、第 0286485 號、第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之處分）權責相關之合法合格公務人員進行憲法、行政法、商標法法規再教育，對於未經高、普、特考合法選任之相關非法公務人員進行調查及調職，對於委託行政之相關法規諮詢委員依其對本案之個

人錯誤見解與非專長部分重新調查選任，並將本案相關失職人員移送監察院與公務人員懲戒委員會；被告應全面調查檢討其一再迴避行政法院判決之陋習，懲處相關人員反覆引用在臺北高等行政法院判決已遭駁廢之無關事實，在無商標法第 23 條第 1 項與第 59 條第 4 項成立之事實前提下，違法引用商標法第 24 條第 1 項作為商標核駁第 0299528 號、第 0299543 號、第 0299588 號審定書之處分依據再次違法行政核駁第 093936542 號（第 13 條第 005 類之商品）、第 093936546 號（第 13 條第 029 類之商品）、第 093936547 號（第 13 條第 032 類之商品）「大長今」商標申請案件；經濟部應予立即禁止被告適用商標法第 24 條第 1 項規定內容與同法第 23 條第 1 項、第 59 條第 4 項規定相同重複之內容，並修法廢止。但查，原告關於上開課予義務之訴之聲明是否有理由，其所繫之前提要件為本件原處分及訴願決定係違法，然而本件商標既有違商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段規定，則原處分及訴願決定既無違誤，已如前述，則原告上開課予義務之訴之請求，即為無理由，應予駁回。

2. 至於原告主張其據以訴訟之被告違憲違法行政函釋「著名商標或標章認定審查要點第 7 點」與「商標法第 23 條第 1 項第 12 款著名商標保護審查基準」已提申請監察院糾正彈劾等語，非屬本院審理範圍，附此敘明。

五、從而，被告以本件商標之註冊申請有違商標法第 23 條第 1 項第 12 款前段規定而為申請核駁之處分，參照首揭法條規定及說明，於法並無不合。訴願決定予以維持，亦無違誤。原告主張前詞，請求撤銷訴願決定及原處分，並命被告應就本件商標為准予註冊之審定，並合併請求判令被告賠償上開損害金額，及請求撤銷另案行政處分、如訴之聲明所示之確認之訴、課予義務之訴，俱為無理由，均應予駁回。

六、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘陳述及舉證，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併予敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依智慧財產案件審理法第 1 條，行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 218 條，民事訴訟法第 385 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 6 月 2 日

智慧財產法院第二庭

審判長法 官 陳忠行

法 官 熊誦梅

法 官 曾啟謀

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中 華 民 國 100 年 6 月 2 日

書記官 王月伶