

[智慧財產法院 101 年度民商訴字第 28 號民事判決](#)

原 告 天義企業股份有限公司

法定代理人 邱謝俊

訴訟代理人 黃蕙芬律師

複代理人 藍弘仁律師

被 告 三大保健食品有限公司

兼法定代理人 林子正

訴訟代理人 張國璽律師

上列當事人間侵害商標權有關財產權爭議等事件，本院於 102 年 1 月 21 日言詞  
辯論終結，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、程序方面：

按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列情形之一者，不在此限：..二請求之基礎事實同一者。..」、「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部但被告已為本案言詞辯論者，應得其同意。」為民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款及第 262 條第 1 項分別定有明文。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者即屬之（最高法院 100 年度台抗字第 716 號裁定參照）。查本件原告於起訴時原亦對○○生物科技有限公司（下稱○○公司）起訴，嗣於訴訟進行中，具狀撤回對○○公司之訴，並追加被告林子正為共同被告（見本院卷一第 149 頁），依前揭規定及說明，應准許原告撤回及之追加之訴，合先敘明。

貳、實體方面：

一、原告起訴主張略以：

- (一)原告訴之聲明：1.被告等應停止使用並停止銷售「關固力」名稱之產品於營養補充品類商品。2.被告等應連帶給付原告新臺幣（下同）150 萬元暨自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之 5 計算之利息。3.願供擔保請准宣告假執行。
- (二)原告代理經銷各項醫藥保健用品數十年，在市場上已建立良好商譽，近年來原告自日本進口強化關節之保健食品，為與市場上諸多關節保健食品區隔，

原告特別將該營養補充品命名為「關立固」，並向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）註冊登記商標。然原告於民國（下同）101年3月間在新北市板橋區○○藥局內發現品名為「關固力」之產品，該產品亦顯示為關節保健產品，由○○公司為臺灣總代理，被告三大保健食品有限公司（下稱三大公司）為臺灣總經銷，而「關固力」與原告所有之註冊商標「關立固」商標完全相同，其中一字僅排列順序先後有異，不同之一字則與原告之商標文字同音，造成消費者混淆，嚴重侵害原告商標。又「關固力」三字先前未曾向智慧局註冊登記商標。

(三)原告得悉被告等侵害商標，於101年4月3日曾委請律師發函○○公司、被告三大公司，表彰「關立固」商標權，請被告等停止使用近似原告商標之「關固力」品名及停止以此名稱販賣商品，被告三大公司先回電表示自己為製造商，嗣委請律師回函表示「關固力」與「關立固」非近似商標，不認為有侵害原告「關立固」商標之惡意，並於101年4月11日向智慧局提出「關固力」商標之申請，其申請顯係為避免商標侵權責任，且已知悉原告之商標已先存在，並對消費者造成消費之混淆誤認，其申請商標時顯非善意。另原告於101年5、6月間陸續在新北市板橋區、汐止區、臺北市中正區查獲被告三大公司仍持續販售「關固力」產品。

(四)依最高法院21年上字第1073號判例：商標之近似，以將兩商標並置一處細為比對，雖有差別，然異時易地分別觀察，足認具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有混同誤認之處，即屬近似；同院49年台上字第2627號判例揭示：「可利痛」商標與「散利痛」商標之主要部分「利痛」二字相同，隔離觀察亦足以引起混同誤認之虞，不應准許等要旨，可知本件被告之「關固力」商標與原告「關立固」商標，較諸「可利痛」與「散利痛」之近似度更高，已造成消費者混同誤認之虞。又依智慧局制定之「混淆誤認之虞審查基準」列出判斷商標有無混淆誤認之八項因素，即1.商標識別性之強弱、2.商標是否近似暨其近似之程度、3.商品/服務是否類似暨其類似之程度、4.先權利人多角化經營之情形、5.實際混淆誤認之情事、6.相關消費者對各商標熟悉之程度、7.系爭商標之申請人是否善意、8.其他混淆認之因素等，依此參考因素，本件被告之商標與原告商標近似、雙方標示之商品相同、相關消費者對原告商標熟悉之程度遠遠超過被告使用「關固力」商品品名，並非善意及兩造商品行銷管道均在各藥局通路販售等因素，被告之商標有致消費者混淆誤認之虞。

(五)對被告抗辯之陳述：

1.被告質疑原告之商標無識別性，惟依智慧局發布之「商標識別性審查基準」第2.2.1點描述性標識規定，原告之「關立固」中文商標在最上方，且單獨陳列，顯為商品之商標，非為商品的說明，故非描述性之商標；縱認原告商標為暗示性標識，依同基準第2.1.3點暗示性描述規定，原告之「關

- 立固」不論係兩造或其他同業，沒有任何一種商品直接用此三字作為「必須或自然會選擇用以說明商品或服務特徵的標識」，被告所辯，顯不可採。
2. 被告抗辯雙方商品之外包裝、產品成份、商品來源、價格、內容量、膠囊狀態、代理商之不同，而主張無致消費者混淆誤認之虞云云；但依智慧局發布之「混淆誤認之虞審查基準」第 5.2.4 點所定之異時異地、隔離觀察原則，細微差異部分得無庸考量等語，則被告之主張不僅要消費者能熟記外包裝之所有標識，連專業成份及原料來源，甚至外表看不到之膠囊狀態都要能記憶用以區辨，其要求顯然與上開審查基準規定大相逕庭，與習慣及經驗法則有違。
  3. 被告又抗辯其商標為三個中文字「關固力」加上英文字 BUK-2 組合，與原告之商標不構成近似云云，惟依上開「混淆誤認之虞審查基準」第 5.2.3 點判斷商標近似仍應以整體觀察為依歸等意旨，本件被告商標之「關固力」三字為主要部分，BUK-2 為附屬部分，而被告之商品非進口產品，主要消費者為臺灣老年人，顯然中文為主要識別方法，被告係於原告對其主張侵權後，始附加英文，其稱因有英文字以整體圖樣觀察不相同云云，實欠缺合理性。
  4. 被告援引「混淆誤認之虞審查基準」第 5.2.2 點消費者對專業性商品注意程度與一般日常消費品不同等，謂本件商品購買者均為專業人士，且為高單價藥品或食品云云；但本件兩造之商品為營養補充品，而非藥品，於量販店、大賣場及美粧店均可買受，消費者多為老年人，售價為 1、2 千元，有此類退化性關節炎之消費者如有食用此類補充品習慣，即為其日常消費營養食品，故與汽車等高價產品不同。
  5. 被告稱其通路在各地小藥局，原告通路為各大醫院及連鎖藥局，故兩者通路不同云云；惟原告商品於各地小藥局亦有銷售，例如原告於 101 年 5 月 2 日向○○藥師藥局購得被告之商品，被告雖稱該藥局為小藥局，但也有銷售原告之「關立固」產品，被告所述，並不真實。
  6. 被告以原告之商品有標示 FLEX NOW 英文，主張原告「關立固」商標之觀念為關節「立刻」、「保固」之意，辯稱與被告商標關節保固後就有「力量」觀念不同云云；但 FLEX 是收縮、屈曲意思，無保固或站立意思，因此原告之中文商標非英文商標之意譯，FLEX NOW 著重在膝蓋可以彎曲自如概念，原告中文商標著重在改善關節強度可以有力量穩固的站立行動，被告之商標自稱訴諸關節保固後就有力量，與原告商標觀念相同。
  7. 被告稱最高法院 49 年台上字第 2627 號判例所示之「可利痛」與「散利痛」兩商標事件，與本件個案事實不同，不應援引他案事實作為判斷標準云云；然該案為民事判例，其法律上見解應有拘束力，如此判例不應援引，則被告另援引之「味香全及圖」、「味全及圖」與「TBC 信和及圖」、「和信」之本院行政判決，亦與本件個案事實不同，毫無援引參考價值，

被告所查詢之「立固」、「固立」、「關固」等商標註冊，就整體商標之比對觀察，更毫無參考價值。

8.被告列舉 10 多件智慧局核准通過之商標，主張依其判定標準，本件「關立固」與「關固力」不具混淆之虞云云；然經核准註冊之商標非均無混淆之虞，此有最高行政法院 61 年判字第 308 號判例、99 年判字第 1215 號判決所示之事實可參，商標法對於已註冊之商標分別規定有異議、評定、廢止等救濟制度，因此經核准註冊之商標非不可撤銷、廢止，故被告所附智慧局核准註冊商標，據以主張兩造商標無混淆之虞，實無理由。

(六)被告之「關固力」商標與原告之「關立固」商標近似並致相關消費者混淆誤認，為此依修正前商標法第 61 條第 1 項、第 2 項、第 29 條第 2 項第 3 款規定請求如聲明所示之判決。又商標為無體財產權，因為證明損害實有困難，因此修正前商標法第 63 條第 1 項乃規定，在權利人不能提供證據方法證明損害時，得就其使用註冊商標通常所可獲得之利益，減除受侵害後使用同一商標所得之利益，以其差額為所受損害，用以推定其損害之各項方法，由商標權利人擇一作為損害賠償之依據。又被告自承侵權商品件數為 1,500 件，「關固力」商品零售單價 1,600 元，依修正前商標法第 63 條第 1 項第 2 款：商標權人請求損害賠償，得依侵害商標權行為所得之利益，於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為其所得利益之規定，本件原告得請求 1,600 元×1,500 件=240 萬元，原告僅請求賠償 150 萬元，未超過前開數額。

(七)鈞院雖曾向智慧局函詢兩造商標近似問題，然該局先疏未檢索原告「關立固」近似商標而發給被告「關固力」商標註冊，後更違反其所訂定之「混淆誤認之虞審查基準」，將「商標識別性」之高低等同於有無「混淆誤認之虞」，該局覆函無參考價值。又智慧局覆函雖認為原告「關立固」商標識別性不高，屬於暗示性商標緣故，但暗示性商標若商標及商品的近似程度高，仍有致消費者混淆誤認之虞，此可參最高法院 49 年台上字第 2627 號判例。再智慧局函文所臚列登記在先之營養補充品如「固關解」、「關健固樂」、「關固節寧」、「固關鍵」、「固關能」、「固關達人」、「關健固立飲」由各個個案來比較，與原告「關立固」商標不論從外觀或讀音或唱讀次序相較，近似程度不高，消費者不易區辨，而本件兩造商標近似程度遠大於上開商標，該局以其他與本件無關之商標而認兩造商標無混淆誤之虞，實有違誤。再者，原告「關立固」商標遠較被告「關固力」商標，使用廣泛而為消費者所知悉，依「混淆誤認之虞審查基準」第 5.6.3 點規定，應受較大之保護等語。

二、被告抗辯略以：

(一)聲明：駁回原告之訴，如受不利判決願供擔保，請准宣告免為假執行。

(二)原告所使用之「關立固」識別性低，與「關固力」未構成近似，不致使消費者混淆誤認：

- 1.被告使用對外表彰之標識，乃係「關固力 BUK-2」，為被告所使用之整體不可分割標識，對被告而言有獨特性意義，非僅原告起訴所稱之「關固力」三個中文文字。原告逕自割裂，主張「關固力」與所註冊之「關立固」有致消費者混淆誤認之虞，已誤解被告之整體標識。
- 2.依智慧局於 98 年 1 月 1 日公告之「商標識別性審查基準」第 2.2.1 點對描述性標識說明，認係指對於商品或服務品質、功用或其他有關成分、產地等特性，作直接、明顯描述標識，消費者易將之視為商品或服務的說明，而非識別來源。本件原告之「關立固」商標，指定使用於「營養補充品」，惟原告自承該商標實際使用於「關節保健食品」，而將「關立固」用於關節保健食品時，即在於描述「立即」、「保固」其「關節」之功用，致消費者認為「關立固」係該商品功用之說明，應屬描述性商標，無識別性可言，可見原告所使用之「關立固」商標，與被告之「關固力」不會致使消費者混淆誤認。
- 3.依智慧局於 101 年 7 月 1 日公告之「混淆誤認之虞審查基準」第 5.1 點亦說明，創意性商標識別性最強，以習見事物為內容的任意性商標及以商品/服務相關暗示說明為內容的暗示性商標，其識別性較弱。本件原告之「關立固」商標，縱非「描述性商標」，然「關立固」之中文意涵，予人印象在於「關節立刻保固」之意，加之原告將商標使用於「關節保健食品」，顯然是就該商品之功效為暗示性說明，意指該商品具有「立即保固」消費者「關節」之意，況原告亦自承商標中之「立」，乃包含「站立」，並隱含「體力、力氣」之意，俱徵「關立固」商標顯然在說明該關節保健食品之功效。故依前揭標準，堪認「關立固」商標之識別性絕非獨創性商標，如認其非屬描述性商標，亦屬識別性既低且弱之暗示性商標，無致使消費者混淆誤認之虞。
- 4.前揭第 5.1 點亦說明，識別性越強商標，他人稍有攀附，即可能引起購買人產生誤認。被告初以「立固」、「固立」、「關固」、「固關」於智慧局檢索系統，查詢與「關立固」指定使用相同商品類別「0501」之已公告註冊商標，發現有諸多商標公告註冊日期早於或與「關立固」同時。其中以「立固」為名者，共 10 個商標，以「固立」為名者共有 15 個，以「關固」為名者如「關固節寧」早於「關立固」公告註冊，以「固關」為名者計有 8 個公告註冊。以上之「立固」、「固立」、「關固」、「固關」為商標名並指定使於「0501」之註冊商標，早於「關立固」公告註冊者有 22 位商標權人所註冊之 24 個商標，可證「關立固」無原創性、創新度，屬極低辨識度之商標。

(三)「關立固」與「關固力 BUK-2」二者並無近似：

- 1.依「混淆誤認之虞審查基準」第 5.2.5 點說明，商標予消費者印象，以商標整體外觀、觀念或讀音等觀察，判斷商標近似，中文多係源自萬物形象，著重其形意，比對中文商標應側重外觀及觀念之比對。原告之「關立固」

商標為三個中文文字組成，被告所用之「關固力 BUK-2」為三個中文文字加上英文文字組合，為整體不可分標識，單由外觀觀察，二者不同，又「關立固」商標予人觀念為關節立刻保固之意，且外包裝以字體標示「Flex Now」之中文音譯，原告自承由日本原裝進口，可見「關立固」商標重在「立刻」、「保固」，即「Flex Now」之療效；而被告之「關固力」商標予消費者印象在於關節保固後即可有力量之意，未類如原告「關『立』固」商標上特別強調「立刻」產生保固療效之意涵，二者觀念上不同。原告將其「立」字曲解為隱含「體力、力氣」之意，與其所使用之「FlexNow」相悖。

2. 「關立固」讀音與「關固力」比較，二者讀音順序、文字及文字順序不同，兩者不近似。被告查詢商標註冊資料，類如「康固力」與「固立康」、「優固立」與「優固立 Nature' Vita」與「優固立 S.B」、「舒力康」與「舒立康」、「保康力」與「保立康」、「康健力」與「康力建」、「益敏樂」與「樂亦敏」、「益敏康」與「敏易康」、「舒敏樂」與「樂舒敏」、「活力 333」與「活力 U」與「活力 VIGOROUS」與「活荔 ENEFUL」等商標，縱然讀音疑有近似之虞，且指定使用於同一類別之商品，惟智慧局仍准予各該商標註冊分屬不同之商標權人所有，可見智慧局亦認上揭商標無致使消費者混淆誤認之虞。另原告舉最高法院 49 年台上字第 2627 號判例主張「可利痛」與「散利痛」因「利痛」二字相同，比附本案事實，但商標個案事實不同，不應以他案之事實作為標準，且本件之「關立固」與「關固力 BUK-2」亦與上揭判例事實迥異，自不得將該判例逕適用於本件事實。
3. 依「混淆誤認之虞審查基準」第 5.2.3 點說明，判斷商標近似，應以商標圖樣整體為觀察，非割裂為各部分分別呈現。本件被告使用之「關固力 BUK-2」作為整體圖樣，與原告之「關立固」比較，後者無英文文字，且二者中文文字外觀、觀念及讀音不同，兩者不相同或近似，不生商標近似之疑慮。縱以「主要部分」觀察，兩者間在外觀、觀念或讀音亦迥然有別。
4. 依前揭審查基準第 5.2.2 點說明，商品性質如日常消費品，消費者注意程度低，專業性或單價較高商品，消費者多為專業人士，會施以較高注意。本件原告之「關立固」使用於「關節保健食品」上，而被告目前將「關固力 BUK -2」指定使用於「藥品」、「營養補充品」等類別上，其單價不低，購買者均為專業人士，會施以更高注意力區辨，不致使消費者混淆誤認。
5. 最高行政法院 98 年度行商訴字第 220 號判決就「味香全及圖」與「味全及圖」、「味全活」、「味全高鮮料理家」等商標認未構成商標近似，則本件原告雖主張「關固力」與其「關立固」近似云云，參酌前揭判決意旨，

被告以「關固力 BUK-2」為整體標識使用，兩者外觀、觀念及讀音不同，本件實未構成「商標近似」之侵權。

- (四)智慧局回覆鈞院函文，雖認「關立固」與「關固力 BUK-2」屬近似之商標，惟已斟酌原告之「關立固」之商標識別性屬弱勢，且指定使用於營養補充品之「關」、「立」、「固」等文字之相關商標甚多，且從未涉及爭議，可見市場交易實態上，消費者自得予以區辨而未發生混淆誤認之虞等語。

### 三、本件兩造不爭執事項：

- (一)原告「關立固」品名業由智慧局於99年月日以第01407414號商標註冊。
- (二)原告寄發請被告停止使用及販賣「關固力」商標之商品之律師函，被告於101年4月5日收受該函，於101年4月11日向智慧局申請「關固力 BUK-2」商標註冊（申請案號000000000號），智慧局於101年10月29日核准註冊。（本院卷二第133頁）。原告於102年1月2日商標公告期間提出商標異議。
- (三)原告銷售之「關立固」商標產品及被告銷售之「關固力」同為修正前商標法施行細則第13條第五類商品，屬關節營養補充品。（見本院卷二第169、173頁）

### 四、本院經整理並協議簡化兩造爭點如下：

- (一)被告於同一類商品使用「關固力」名稱，是否近似原告註冊登記之「關立固」商標？該二名稱是否致相關消費者混淆誤之虞？
- (二)原告請求被告停止使用及停止銷售「關固力」名稱產品是否有理由？
- (三)原告請求被告連帶給付150萬元是否有理由？

### 五、得心證之理由：

本件原告主張被告侵害原告商標行為之時點為100年3月14日，為現行商標法於101年7月1日施行前之事實，本件應依修正前當時有效之92年5月28日修正公布之商標法（下稱修正前商標法）規定為依據，此為兩造所不爭執（見本院卷二第132頁）。爰就前揭爭點，判斷如下：

- (一)兩商標是否近似，有無致相關消費者混淆誤認之虞：

1.按於同一或類似之商品未經商標權人同意，使用近似其註冊商標，有致相關消費者混淆誤認之虞，為侵害商標權，商標權人得請求損害賠償，並得請求排除其侵害，有侵害之虞者，得請求防止之，修正前商標法第29條第2項第3款、第61條第1、2項分別定有明文，故此之侵害商標權，須有使用近似他人註冊商標及兩商標有致相關消費者混淆誤認之虞，始符合上開規定要件。所謂近似，係指與已註冊商標異時異地隔離與通體觀察，兩者商標圖樣在外觀、觀念或讀音有一相仿，具備普通知識經驗之商品購買者，施以通常之辨別及注意，有引起混同誤認之虞而言（最高法院72年台上字第4409號判決參照）；所謂致相關消費者混淆誤認之虞，參酌智慧局發布之「混淆誤認之虞審查基準」第3點說明，係指兩商標因相同或構成近似，致使同一或類似商品或服務之相關消費者誤認二商標為

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或服務為同一來源或同一系列之商品或服務，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、其他類似關係營業服務之性質等情。

2. 商標近似之判斷，參諸智慧局發布之「混淆誤認之虞審查基準」第4點，應綜合參酌商標識別性之強弱、商標是否近似暨其近似之程度、商品或服務是否類似暨其類似程度、先權利人多角化經營之情形、實際混淆誤認之情事、相關消費者對各商標熟悉之程度、系爭商標之申請人是否善意、其他如行銷方式與行銷場所等混淆誤認等因素。又判斷相關消費者有無混淆誤認之虞，首應以具有普通知識經驗之相關消費者，於購買時施以普通之注意為準，惟因商品性質不同，消費者注意程度自有不同，就普通日常消費品而言，消費者注意程度較低，對兩商標間之差異辨識較弱，容易產生近似之印象；至於專業性商品如藥品、營養品等，或單價較高之商品如汽車，購買時會施以較高注意，對兩商標間之差異較能區辨。
3. 經查，原告於98年9月21日以「關立固」字樣，向智慧局申請註冊商標，經該局於99年5月1日核准註冊中華民國第01407414號商標，商標圖樣見本判決附圖一，指定使用於修正前商標法施行細則第13條第5類之營養補充品等，權利期間自99年5月1日起至109年4月30日止，有原告提出商標註冊證可按（見本院卷一第10頁）；被告於101年4月11日以「關固力 BUK-2」向智慧局申請註冊商標，經該局於101年12月1日核准註冊中華民國第01549942號商標，商標圖樣見本判決附圖二，亦指定使用於修正前商標法施行細則第13條第5類之營養補充品等，有智慧局檢附被告商標之註冊申請書及核准審定書可稽（見本院卷一第226-233頁）。茲比較兩商標，被告之商標引人注意主要部分為中文「關固力」，與原告之「關立固」商標，在外觀上，二者皆以「關」字起首，且均含「固」字，在讀音上亦僅「固力」與「立固」唱讀次序有別，應屬近似之商標。

#### 4. 兩商標商品使用情形：

##### (1) 外包裝標示部分：

原告之商標商品外包裝為直立式白色為底並以圖示人形手臂與足部各關節點為印刷之盒裝，其正面之「關立固」文字位於盒裝右上角較小字體，中間則以較大字體之英文字「Flex Now」、「SheaFlex75TM」及較大字體日文字、「曲伸元」等字標示，有產品實物與照片可按（見本院卷一第11頁、卷二第41頁）；而被告之商標商品外包裝主要部分以藍色與灰色為底，正面以英文字「BUK-2」較小字體為首行，次以較大字體中文字「關固力」及英文「UC-2 Lignisul MSM」，再以小字體中文「美國專利非變性第二型膠原蛋白」、「美國專利鯊魚軟骨萃取物」、「印度專利薑

黃萃取物」、「美國專利二甲」、「魔鬼爪萃取物」等文字，佐以膝關節圖樣為標示，有商品實物與照片可稽（本院卷二第 28 頁）。

(2)兩商標商品之成份標示部分：

原告之「關立固」商標商品標示成分在其外包裝側面標示為「Flex Now 是由乳油木果精萃 完全天然、有機認證、100%植物油」、

「SheaFlex75TM(活關素 75)」、「生產國：日本」等；而被告之「關固力」商標商品標示成份，除上述包裝正面之膠原蛋白等所述外，於其側面以中英文字為相同之記載，並註明其製造產地為臺灣，原料為美國與印度，並佐以美國與印度國旗。

(3)兩商標之價格部分：

原告之「關立固」商標商品 180 粒裝，每盒售價 2,300 元、300 粒裝每盒 3,400 元，有被告提出之展示照片可稽（見被證 4，本院卷二第 41 頁），惟原告另提出批發予新北市板橋區○○藥局出貨單與統一發票等件（見原證 7，本院卷二第 93-96 頁），顯示批發商出售 120 粒與 180 粒盒裝，每盒均為 1,428 元；被告「關固力」商標商品每盒價格為 1,600 元，有原告提出之收據可證（見原證 5，本院卷一第 20 頁）。

(4)代理商部分：

「關立固」商品由原告代理進口，而「關固力 BUK-2」由被告製造銷售。

5.次查，本件兩造商標是否致相關消費者混淆誤認之虞，本院曾函詢智慧局表示意見，該局以 102 年 1 月 4 日智商 20430 字第 10280001940 號函覆本院表示：「..依行政審查觀點判斷如下：然『關』字有『關節』之意涵，『立』字有『即刻』或『站立』等意，『固』字則有『穩固』之意，以『關立固』指定使用於『營養補充品』商品之商標不在少數，如註冊第 1133493 號『固關節』、第 1201366 號『關健固樂』、第 1257972 號『關固節寧』、第 1274178 號『固關健』、第 1297038 號『固關能』、第 1305453 號『固關達人』、第 1501351 號『關健固立飲』等商標，均併存註冊相當時間而未涉爭議，二者指定使用於營養補充品等商品，識別力不高並能加以區辨。經衡酌兩造商標間雖商品類似之程度高，惟據爭商標識別性不高，復有案情相仿之商標併存註冊情形，本件商標與註冊第 1470414 號『關立固』商標，依現有資料審酌，應無致相關消費者混淆誤認之虞。..」等語。

6.依被告提出「關固力」商品在各地藥局置放之實況照片，顯示各類藥品、營養補品等均列於展示架上，有達 10 數種之是類商品擺放（見本院卷二第 42-78 頁），因屬藥品或營養品，消費者於購買時必須加以區別，或經由專業人員建議推薦始能選購，因而與購買日常消耗用品與代替性較高之商品情形明顯不同，按諸社會常情，消費者購買是類商品，須區辨商品之成份、價格、來源地，始能符合自己身體之所需，否則支付千元以上價格，

卻不能補充自己身體之營養，難為一般消費者所接受，是故消費者對是項商品會施以較高之注意，而不會以普通之辨別及注意。本件依上述事證，兩造商標之商品雖均為營養品，彼此在市場上為競爭商品，且商標近似，然外包裝、成份、生產地、價格與代理商均有不同，再參諸智慧局覆函提出與原告商標近似並使用於營養補充品之其他註冊商標意見，本件被告之「關固力」商標之使用，不致使相關消費者誤認與原告之「關立固」商標為同一商標、或誤認二商品為同一來源或同一系列之商品或誤認二商標使用人間存在關係企業等關係。

- 7.原告雖以最高法院 49 年台上字第 2627 號判例意旨，主張本件兩造商標近似程度遠甚於該判例所示之「可利痛」與「散利痛」商標，故對其構成侵權等語；然查，上開判例要旨全文為：「上訴人曾經申請註冊之『可利痛』商標，其名稱中『利痛』二字，與業經核准被上訴人公司註冊之第 6448 號，『散利痛』商標名稱主要部分『利痛』二字既屬相同，而其英文商標 Coridon 與 Saridon 後五個字母完全相同，字型亦相若，此二商標極相近似，其『龍頭圖』形商標與『虎頭圖』形商標之佈局形狀亦屬相似，尤其裝盒圖樣文字排列構造均相倣效，如將兩造所用之商標在異地隔離觀察，均有足以引起混同誤認之虞，自在不應准許之列。」，是該判例判斷混淆誤認因素，除「利痛」兩字外，尚有英文商標「Coridon」與「Saridon」、「龍頭圖」形與「虎頭圖」形及文字排列構造相倣效等，故非單以比較商標中之兩中文文字相同一端即認構成混淆誤認之虞；而本件兩造商標雖有「關」、「固」兩字相同且為近似，但兩商標商品為營養補充品，消費者須施以較高之注意力選購，而兩商品之外包裝、成份、價格與生產地等均有不同，不致使相關消費者混淆誤認，已如前述，是故尚難依上開判例意旨認定被告之商標足以引起混淆誤認之虞。
- 8.原告另以其於 101 年 4 月 3 日委託律師發函被告停止使用「關固力」商標，詎被告於收受該函後即於同年月 11 日以「關固力」為名向智慧局申請註冊商標，不具善意，而符合「混淆誤之虞審查基準」所示判斷有無混淆誤認八項因素之一，故主張被告之商標致消費者混淆誤認之虞云云；然被告按程序申請取得商標註冊，要為其合法權利，其主觀認知無致相關消費者混淆之虞，即無法否定其申請權利，難認其應受原告律師函之拘束；且上述審查基準所示因素，互為消長，須依個案綜合判斷；又被告所申請之「關固力」商標，經智慧局與類似商標群組「賜固力」、「康固力」、「關有力」、「愛固力」、「固力」、「優固力 S.B」（均指定使用於第 5 類營養補充品等）、「維固力」（指定使用於第 30 類茶葉等）等比較後始核准註冊，有智慧局 101 年 11 月 14 日智商 00265 字第 10180596550 號覆本院函所附檢索結果註記詳表可按（見本院卷一第 230-231 頁），故原告此部分主張，尚不可採。

(二)原告請求被告停止使用及停止銷售「關固力」名稱產品及請求被告連帶給付 150 萬元是否有理由：

被告無侵害原告商標之侵權行為，原告訴請被告停止使用及銷售「關固力」商品，並非有據。又按侵權行為賠償損害請求，為填補被害人之實際損害，而非更予以利益，故損害賠償以受有實際損害為成立要件，若絕無損害亦即無賠償之可言（最高法院 19 年上字第 363 號判例意旨參照），修正前商標法第 63 條係商標權受侵害請求損害賠償之規定，為侵權行為賠償損害之請求權之一種，自仍有上開損害填補法則之適用。商標權人固得選擇該條第 1 項第 3 款但書規定以查獲仿冒商品總價定賠償金額，惟仍應審酌其賠償金額是否與被害人之實際損害相當，苟顯不相當，應依同條第 2 項規定予以酌減，始與侵權行為賠償損害請求權，乃在填補被害人之實際損害之立法目的相符（最高法院 97 年度台上字第 1552 號判決意旨參照）。本件原告就其實際上受有損害部分，僅稱其不能提供證據方法證明損害，而原告就其在醫藥事業近三年業績提出銷售報表及進口水單（見本院卷二第 201 頁），顯示自 99 年至 101 年共銷售 242,040 瓶，銷售額自 99 年 46,107,483 元、100 年 78,471,640 元、101 年 113,207,955 元，三年來銷售額共 237,787,078 元，101 年自日本進口錠數 23,160,900 錠，原告亦稱在其努力經營下，使「關固力」商標商品銷售量提高（見本院卷二第 224 頁），依此，原告之銷售業績量係逐年提高，應無被告在市場上推出「關固力」商標商品而致原告銷售量減少之事實，原告亦未證明其因被告之商品而減少銷售量間之因果關係，故原告主張依修正前商標法第 63 條第 1 項第 3 款規定，請求被告連帶賠償 150 萬元，並不可取。

六、綜上所述，兩造之商標文字外觀及讀音雖近似，然無致相關消費者混淆誤認之虞，是被告不構成對原告之系爭商標權之侵權。從而，原告依修正前商標法第 61 條第 1 項規定，請求被告停止使用及停止銷售「關固力」名稱產品，並請求被告連帶賠償 150 萬元及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，經本院斟酌後，認與判決結果不生影響，均毋庸再予論述，附此敘明。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依智慧財產案件審理法第 1 條，民事訴訟法第 78 條，判決如主文。

中 華 民 國 102 年 2 月 18 日

智慧財產法院第二庭

法 官 李 維 心

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後 20 日內向本院提出上訴狀。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 102 年 2 月 20 日

書記官 周其祥