

## 102020302「巫記青蛙下蛋」商標評定事件(修正前商標法§230113) ([智慧財產法院 101 年度行商訴字第 43 號行政判決](#))

爭議標的：文字與圖形間是否構成近似？

系爭商標：「巫記青蛙下蛋」商標（註冊第 190754 號）

系爭服務：第 43 類之「冷熱飲料店，飲食店，小吃店，冰果店，餐廳，咖啡廳，啤酒屋，酒吧」服務

據爭商標：「王木火標章」商標（註冊第 62740 號）

相關法條：修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款

### 判決要旨

原告系爭商標乃係將「巫記青蛙下蛋」等文字以鏤空方式呈現，意即僅呈現文字外部線條，而內部則為空心。而參加人系爭商標則係以青蛙之圖形，下方佐以數十個大小不等之圓圈所構成。就外觀而言，系爭商標係以文字直接表達「青蛙下蛋」，而在「青蛙下蛋」文字之前所加諸之「巫記」文字，應係表達「巫」或「巫」家姓之意，故整體而言，系爭商標所表達者乃「巫家人的青蛙下蛋」。反觀據以評定商標因係單純以圖畫構成，未有任何文字，因此望圖生義之結果，據以評定商標得被解釋為「青蛙下蛋」，至於究係何家或何者之產品，無法單從圖形得知。然不論系爭商標抑或據以評定商標，一採明示，一採暗示，給予消費者之寓目印象均與「青蛙下蛋」有關，此應無何疑義。是以，系爭商標與據以評定商標二者外觀雖然不同，亦不近似，然就二者所表彰之意義而言，仍應認為構成近似，且其近似程度不低。

### 【判決摘錄】

#### 一、本案事實

原告於民國 91 年 10 月 7 日以「巫記青蛙下蛋」商標，指定使用於當時商標法施行細則第 49 條所定商品及服務分類表第 43 類之冷熱飲料店，飲食店，小吃店，冰果店，餐廳，咖啡廳，啤酒屋，酒吧服務，向被告申請註冊，經被告審查，准列為註冊第 190754 號商標（下稱系爭商標）。嗣參加人提出據以評定之註冊第 62740 號「王木火標章」商標（下稱據以評定商標），主張系爭商標之註冊有違商標法第 23 條第 1 項第 12、13、14 款之規定，對之申請評定，並於 96 年 6 月 1 日追加主張系爭商標之註冊有違商標法第 5 條第 2 項之規定。經被告審查，以 98 年 9 月 29 日中台評字第 950415 號商標評定書為「本件主張商標法第 23 條第 1 項第 12、13、14 款規定部分申請不

成立，主張商標法第 5 條第 2 項規定部分申請駁回」之處分。參加人不服提起訴願與行政訴訟，經本院以 99 年度行商訴字第 88 號判決將訴願決定及原處分均撤銷，被告乃依本院 99 年度行商訴字第 88 號判決意旨，以 100 年 10 月 24 日中台評字第 1000254 號商標評定書為系爭商標之註冊應予撤銷之處分。原告不服，提起訴願，經訴願機關決定駁回，原告猶未甘服，遂向本院提起行政訴訟。

## 二、本案爭點

文字與圖形間是否構成近似？

## 三、判決理由

- (一)按商標相同或近似於他人同一或類似商品或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，不得註冊，商標法第 23 條第 1 項第 13 款定有明文。上開規定所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞」者，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之系列商品或服務，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、商標之近似及商品或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)本件原告前於 91 年 10 月 7 日以「巫記青蛙下蛋」商標，指定使用於當時商標法施行細則第 49 條所定商品及服務分類表第 43 類之冷熱飲料店，飲食店，小吃店，冰果店，餐廳，咖啡廳，啤酒屋，酒吧服務，向被告申請註冊，經被告審查，准列為註冊第 190754 號商標。經查，原告系爭商標乃係將「巫記青蛙下蛋」等文字以鏤空方式呈現，意即僅呈現文字外部線條，而內部則為空心。而參加人系爭商標則係以青蛙之圖形，下方佐以數十個大小不等之圓圈所構成。就外觀而言，系爭商標係以文字直接表達「青蛙下蛋」，而在「青蛙下蛋」文字之前所加諸之「巫記」文字，應係表達「巫」或「巫」家姓之意，故整體而言，系爭商標所表達者乃「巫家人的青蛙下蛋」。反觀據以評定商標因係單純以圖畫構成，未有任何文字，因此望圖生義之結果，據以評定商標得被解釋為「青蛙下蛋」，至於究係何家或何者之產品，無法單從圖形得知。然不論系爭商標抑或據以評定商標，一採明示，一採暗示，給予消費者之寓目印象均與「青蛙下蛋」有關，此應無何疑義。是以，系爭商

標與據以評定商標二者外觀雖然不同，亦不近似，然就二者所表彰之意義而言，仍應認為構成近似，且其近似程度不低。

(三)系爭商標係指定使用於註冊當時商標法施行細則第 49 條所定商品及服務分類表第 43 類之冷熱飲料店，飲食店，小吃店，冰果店，餐廳，咖啡廳，啤酒屋，酒吧服務等，而據以評定商標則係指定使用於小吃服務，與系爭商標相同或高度類似，再依原告自承其與參加人之主要士林營業攤位僅相隔 50 公尺以內等情，益證本件原告系爭商標與參加人據以評定商標二者所指定使用之商品或服務高度類似，且所訴求之對象或消費者均相同，二者間實際上更存在某種競爭關係。是以，對消費者而言，當有產生混淆誤認之可能。而縱使認為系爭商標與據以評定商標外觀並非高度近似，尚不致使同一或類似商品或服務之相關消費者單純就外觀圖形觀察即誤認二商標為同一商標，但仍極有可能藉由二商標所明示或暗示之意涵而誤認二商標之商品或服務為同一來源之系列商品或服務，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係。

(四)原告雖主張其創用「青蛙下蛋」及「青蛙圖」在先，且較據以評定商標及其商品與服務更具知名度，並提出鄰居及里長出具之營業證明書，以證明原告於 67 年起即經營「青蛙下蛋」販售冷熱粉圓並另案申准註冊第 579093 號及第 579094 號商標等情事。惟查，不論「青蛙下蛋」及「青蛙圖」是否為原告所首創使用，據以評定商標乃依法註冊在先之商標，且其商標權仍有效存在，自有拘束他人不得以相同或近似之商標指定使用於同一或類似之商品或服務申請註冊之效力。況由原告提出之證據資料，仍無法證明原告早已使用系爭商標於指定使用之冷熱飲料店、飲食店等服務上。至原告所提出之戶籍登記簿及戶籍謄本僅在證明原告與參加人間有姻親關係，與系爭商標之使用無涉。另依原告所提出之營利事業登記證及營利事業所得稅稅單僅能顯示原告所登記之青蛙下蛋行營業項目為「各種粉類（麵粉、粉圓、澱粉）買賣」及其營業額，仍無法證明原告所登記之商號確有以系爭商標使用於當時商標法施行細則第 49 條所定商品及服務分類表第 43 類之冷熱飲料店，飲食店，小吃店，冰果店，餐廳，咖啡廳，啤酒屋，酒吧服務等商品或服務。至「HERE」、「TaipeiWalker」雜誌雖有報導「巫記青蛙下蛋」字樣，然該報導中實際使用之圖樣不清晰，且其數量亦屬有限，尚不足以證明原告使用系爭商標之態樣。另有關原告所提獲獎之相關證書、照片及報導等資料，僅係原告參與選拔活動之結果，該等活動評選之標準或其目的為何，與系爭商標及據以評定商標二者間是否有致消費者混淆誤認之虞，並無直接必然之關係。至原告所提出之網頁搜尋資料係 101 年 4 月 26 日搜尋下載列印之網頁資料，上開證

據均難認為系爭商標業經原告廣泛使用，足使相關消費者得以區辨二商標之異同，而無與據以評定商標混淆誤認之虞。本院審酌參加人以青蛙下蛋圖註冊使用在先，且其實際使用上另有以「王記青蛙下蛋」（參本院 99 年行商訴字第 88 號判決）等識別文字用以促銷，消費者對據以評定商標認識較早，其識別性較強、而系爭商標與據以評定商標間就其所示意涵復極為近似、指定使用之商品或服務亦屬高度類似等相關因素綜合判斷，認為系爭商標確有達有致相關消費者產生混淆誤認之虞，依商標法第 23 條第 1 項第 13 款規定，自應不許其註冊。

#### 四、判決結果

被告依首揭規定，為系爭商標之註冊應予撤銷之處分，並無不合。訴願決定予駁回，亦無違誤，均應予以維持。本件原告訴請撤銷原處分及訴願決定，為無理由，應予駁回。

#### 五、兩造商標

系爭商標

王記青蛙下蛋

據爭商標

