

[最高行政法院 102 年度判字第 562 號行政判決](#)

上訴人 明達實業股份有限公司

代表人 ○○○

訴訟代理人 ○○○律師

上訴人 經濟部智慧財產局

代表人 ○○○

被上訴人 愛力根公司 (ALLERGAN, INC.)

代表人 ○○○

訴訟代理人 ○○○律師

○○○律師

複代理人 ○○○律師

上列當事人間商標異議事件，上訴人對於中華民國 102 年 1 月 31 日智慧財產法院 101 年度行商訴字第 131 號行政判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、本件上訴人明達實業股份有限公司（下稱明達公司）於原審訴訟程序為本件上訴人經濟部智慧財產局（下稱智慧局）之獨立參加人，因本件被上訴人提起本件行政訴訟，係在請求原審法院撤銷智慧局所作成「異議不成立」之行政處分，訴訟當事人一方應為作成該審定行政處分之機關即智慧局，是以雖明達公司於上訴狀列為上訴人，仍應認係為智慧局提起本件上訴，本院爰逕列智慧局為上訴人，並列明達公司為上訴人（本院 97 年 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議參照），先予敘明。
- 二、上訴人明達公司前於民國（下同）98 年 8 月 19 日以「Botulax 及圖」商標（下稱系爭商標），如原判決附圖 1 所示，指定使用於當時商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 5 類之治療神經疾病藥品、治療肌張力障礙用藥品、治療自主神經疾病用藥品、治療皺紋用藥品、治療多汗症用藥品、治療運動傷害用藥品、治療腦麻痺用藥品、治療顫抖用藥品、治療疼痛用藥品、治療眼部肌肉鬆弛用藥品、治療神經失調用藥品、人體用藥品、西藥、抗老化用藥品、治療肌肉緊繃用藥品、抗痙攣藥及癲癇藥、外科植入活組織、外科及整型外科用藥劑、醫療檢驗用製藥等商品，向智慧局申請註冊，經其核准列為註冊第 1421040 號商標。被上訴人嗣以系爭商標有違 100 年 6 月 29 日修正公布，101 年 7 月 1 日施行前之商標法（下稱修正前商標法）第 23 條第 1 項第 12 款、第 13 款及第 14 款之規定，對之提起異議。經智慧局審查，並於 101 年 2 月 29 日以中臺異字第 990823 號商標異議審定書為「異議

不成立」之處分。被上訴人不服，提起訴願，經決定駁回，被上訴人不服，遂向原審法院提起行政訴訟。因原審法院認本件判決之結果，將影響明達公司之權利或法律上之利益，爰依職權命其獨立參加訴訟。嗣經原審法院判決撤銷訴願決定及原處分，並命智慧局就系爭商標異議事件應依原判決之意旨另為適法之處分，暨駁回被上訴人其餘之訴。上訴人明達公司仍不服，乃提起本件上訴。

三、被上訴人起訴主張：其「BOTOX」商標（下稱據爭商標，註冊第 1103859 號），如原判決附圖 2 所示，已在 127 個國家取得註冊，「BOTOX」產品自 88 年間取得行政院衛生署（下稱衛生署）許可，就市場佔有率而言，其於 2009 年輸入我國之「BOTOX」商品，計 49,557 劑，與另一品牌「DYSPORT」於 2009 年之 11,358 劑相比，被上訴人「BOTOX」商品市場佔有率高達八成，準此，臺灣地區之相關消費者對「BOTOX」商標已達耳熟能詳之程度，其應屬著名商標。比較據爭商標與系爭商標，兩者在外觀、讀音上為近似，且被上訴人註冊有一系列之「BOTOX」商標，除單純文字商標「BOTOX」外，另有搭配圖形或公司名稱特取部分「ALLERGAN」等，被上訴人使用最多、最著名之商標亦為「BOTOX」，相關消費者接觸系爭商標時，可能誤認該商標為被上訴人系列商標之一，而產生混淆誤認之情形。系爭商標指定使用商品，與據爭商標所指定使用商品，均屬與肉毒桿菌相關醫療之「神經疾病藥品、治療肌張力障礙藥品、治療自主神經疾病、皺紋、腦麻痺、顫抖、疼痛用藥劑」等相同或高度近似之商品。原處分機關亦認定兩商標商品間存在高程度類似關係。被上訴人與明達公司同屬醫療商品之經營者，以明達公司經營企業所應具備之學識及同一業界經營之經驗知識，必然知悉此事實，顯有意藉註冊使用極為近似之「Botulax」而攀附被上訴人之名譽。準此，系爭商標註冊有違修正前商標法第 23 條第 12 款、第 13 款之規定等語，求為判決撤銷原處分與訴願決定，暨命智慧局就系爭第 1421040 號商標異議案為異議成立之處分。

四、上訴人智慧局則以：兩造商標相較，外文長短明顯不同，予人寓目印象明顯有別，而系爭商標與據爭商標之發音各為三音節、二音節，且第二音節之母音發音明顯不同。系爭商標與據爭諸商標之商品均為限由醫師使用之藥品，縱使有美容需求之相關消費者，其可透過網際網路或傳單等宣傳資料取得商品相關資訊，仍需經由具有專業知識之醫師開立處方簽，無法自行取得並使用，故相關消費者應屬具有專業知識之人士，倘將其標示在相同或類似之商品或服務，足以區辨兩者來自不同之來源或產製主體，其近似程度極低。兩造商標固指定使用於高度或類似程度不低之商品，惟考量兩造商標各具有識別性，各有其主要設計意匠與表現之重點所在，兩者整體構成之近似程度極低，尚難認為相關消費者有混淆誤認之虞，故本件系爭商標之註冊，並無適用修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款本文。據爭諸商標雖為著名商標，且系爭商標指定使用之商品，其與據爭商標指定使用之商品間具有共同或關聯

之處，然因系爭商標與據爭諸商標近似程度極低，且兩造商標各具識別性，足使相關公眾於購買時施以普通之注意，異時異地隔離觀察時，得依憑系爭商標之整體圖樣認識其為表彰商品之標識，並得藉以與據爭商標商品相區辨為不同來源，而無致相關公眾產生混淆誤認之情事，亦無減損據爭商標之識別性或信譽之虞，自無修正前商標法第 23 條第 1 項第 12 款規定之適用等語，資為抗辯，求為判決駁回被上訴人之訴。

五、上訴人明達公司於原審援引智慧局之答辯及所提證據，資為抗辯，求為判決駁回被上訴人之訴。

六、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）本件為課予義務之訴，其訴訟之判斷基準時點，應以原審言詞辯論程序終結前之事實及法律狀態為準；因系爭商標之申請日為 98 年 8 月 19 日，註冊公告日為 99 年 8 月 1 日，故本件關於系爭商標是否有異議事由，是否應作成異議成立處分之判斷，應依修正前商標法為斷，本件爭點厥為系爭商標是否有違反修正前商標法第 23 條第 1 項第 12 款、第 13 款規定之不得註冊事由，惟其與商標法第 30 條第 1 項第 10 款、第 11 款規定之成立要件，僅為文字之修正，兩者內容大致相同，故本件以現行商標法之規定作為判斷基準。（二）系爭商標與據爭商標有無混淆誤認之虞：1. 「BOTOX」係擷取肉毒桿菌「BOTULISM YOXIN TYPE A」前三個英文字母，在拼字上有甚大差異，無從認為「BOTOX」商標本身為說明或暗示性商標，且「BOTULISM YOXIN TYPE A」為醫學名詞，對於以中文為母語之臺灣普通經驗知識之相關消費者而言，無從知悉其意義，準此，據爭商標「BOTOX」，非既有之英文字彙，其為無特殊意義之外文構成，其指定商品之功能、用途及品質，均與商標名稱無關，屬創意性商標，具有甚強之識別性；審視兩商標圖樣，英文字母僅有「ula」之差別，自外觀、讀音而言，均有相當近似之程度；系爭商標與據爭商標兩者商品均屬於與肉毒桿菌相關醫療之「神經疾病藥品、治療肌張力障礙藥品、治療自主神經疾病、皺紋、腦麻痺、顫抖、疼痛用藥劑」等相同或高度近似之商品，客觀上足認系爭商標有攀附據爭商標之事實，而有不正之商業競爭利益，準此，自兩商標圖樣與其指定使用之商品以觀，致相關消費者就兩商標間，有產生混淆誤認之情事。2. 系爭商標由外文「Botulax」所構成，而據爭諸商標由外文「BOTOX」，或由外文「BOTOX」結合外文「ALLERGAN」、或結合圖形或其他文字「It's not magic, it's」所構成，相較系爭商標與據爭商標可知，據爭商標以外文「BOTOX」為其引人注目之主要構成部分，其與系爭商標「Botulax」，均以相同之外文「BOT」為其起首，外文「X」為其結尾，外觀上甚為近似；再者，系爭商標「Botulax」之發音類似「波圖拉克斯」，據爭商標「BOTOX」則類似「波塔克斯」，讀音上亦甚類似，倘以較快之速度發音時，「BOTULAX」之發音易變成「BOTOX」，足認據爭商標與系爭商標在外觀、讀音上之近似程度高；兩商標圖樣近似程度高，指定使用之商品，均與西藥、人體用藥、臉部除皺、美觀等商品有關，故就醫學美容行業之專

業醫師而言，仍有可能誤認系爭商標為被上訴人之據爭商標，致誤認係同一來源或存在關係企業、授權關係、加盟關係，或其他類似關係，而有混淆誤認之虞。3. 系爭商標指定使用於治療神經疾病藥品、治療肌張力障礙用藥品、治療自主神經疾病用藥品、治療皺紋用藥品、治療多汗症用藥品、治療運動傷害用藥品、治療腦麻痺用藥品、治療顫抖用藥品、治療疼痛用藥品、治療眼部肌肉鬆弛用藥品、治療神經失調用藥品、人體用藥品、西藥、抗老化用藥品、治療肌肉緊繃用藥品、抗痙攣藥及癲癇藥、外科植入活組織、外科及整型外科用藥劑、醫療檢驗用製藥等商品；據爭註冊第 00984053 號「BOTOX & SWOOSH」、第 01018617 號「BOTOX Slogan」、第 01103859 號「BOTOX」等商標，指定使用於治療神經疾病、肌張力障礙、平滑肌疾病、自主神經疾病、頭痛、皺紋、多汗症、運動傷害、腦麻痺、痙攣、顫抖及疼痛用藥劑等商品，第 00542894 號「ALLERGAN BOTOX」商標指定使用於治療神經失調及肌肉緊繃用藥品、眼部肌肉鬆弛劑、中西藥品、藥劑、人體用藥等商品，第 00648895 號「BOTOX LOGO」商標指定使用於醫藥箱商品，第 01094928 號「BOTOX」商標指定使用於「化妝品，含藥化妝品等商品。相較兩商標指定使用商品之類型，可知兩者均為西藥、人體用藥等相關產品，或為用於臉部除皺、美觀之商品，其在用途、功能、產製者、行銷管道、銷售場所及消費族群等因素，具有共同或關聯之處，倘標上相同或近似之商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使商品之相關消費者誤認其為來自相同或雖不相同而有關聯之來源，應屬構成高度或類似程度不低之商品，此亦為原處分書所肯認。4. 被上訴人陸續於 80 年、83 年、91 年、93 年間在我國取得含「BOTOX」字樣之據爭諸商標，指定使用於化妝品、治療神經疾病用藥劑、醫藥箱等商品；我國於 2009 年輸入「BOTOX」商品計 49,557 劑，市佔率高達八成，且為行銷「BOTOX」產品，印製眾多說明海報、解說冊及其他行銷物品，提供予設有整形外科、神經科及其他專科診療之醫院及診所使用，而「BOTOX」品牌商品每年於我國之廣告費用達千萬；自 2000 年起即有聯合報等多家媒體報導關於「BOTOX」商標之商品，並於網路搜尋引擎可查得有關「BOTOX」商標、相關部落格討論等事實，準此，堪認據爭諸商標所表彰之信譽，早於系爭商標 98 年 8 月 19 日申請註冊前，已為相關業者及消費者所熟知之著名商標，此亦為原處分書所肯認。上訴人僅提出系爭商標曾在韓國使用之證據，並未提出在我國使用之證據，故原審無法判斷系爭商標是否已為我國相關消費者熟悉，其應受較大之保護。據爭商標經被上訴人自 1948 年間起持續使用於含肉毒桿菌素商品，主觀上有作為商標使用之意思，客觀上有使相關消費者認識其為商標使用，並為我國相關消費者所熟悉，故據爭商標較為相關消費者所熟悉之商標，自應給予較大之保護。5. 兩商標指定使用商品均為西藥、人體用藥等相關產品，或為用於脸部除皺、美觀之商品，其在用途、功能、產製者、行銷管道、銷售場所及消費族群等因素，具有共同或關聯之處，且系爭商標及據爭商標使用之商品，均限由醫師指定使用，準此，相較

兩商標指定使用之商品之行銷管道或提供場所重疊性高，相關消費者同時接觸之機會亦大，故易使相關消費者可能誤認兩商標所表彰商品係來自同一來源，或誤認不同來源間有所關連。6. 據爭商標經過被上訴人多年廣泛大量使用下，於我國成為著名商標，系爭商標之商標權人屬同一行業之醫療商品經營者，以其經營企業所應具備之知識及經驗，並無諉為不知之理，而以近似「Botulax」商標申請註冊，顯有意攀附據爭商標之聲譽，從事搭便車之不正競爭，其申請商標難謂為善意。綜上，審酌據爭商標有最強之識別性、系爭商標與據爭商標之近似程度高、兩商標指定商品之類似程度高、據爭商標較為我國相關消費者熟悉、商品之行銷管道或提供場所重疊性高，暨系爭商標申請註冊有意攀附據爭商標聲譽等因素，認系爭商標有商標法第 30 條第 1 項第 10 款規定之商標異議事由。(三) 有無適用商標法第 30 條第 1 項第 11 款之規定，成立撤銷系爭商標之事由：1. 被上訴人長期積極推廣據爭商標，推廣範圍及地域遍及世界各處，故據爭商標之使用期間甚長，其範圍及地域廣泛；被上訴人除大量使用據爭商標外，業經原處分機關認定為著名商標，故據爭商標為相關事業或消費者所熟悉，其表彰之信譽廣為相關公眾所共知，著名商標程度甚明。2. 系爭商標與據爭商標之近似程度高、兩商標指定商品之類似程度高、據爭商標較為我國相關消費者熟悉、商品之行銷管道或提供場所重疊性高等事實，業如前言，職是，可認系爭商標近似於據爭商標，有致相關公眾混淆誤之虞，違反商標法第 30 條第 1 項第 11 款前段之不得註冊規定，而有商標異議事由存在。3. 相關消費者接觸系爭商標後，易聯想據爭商標指定之商品，致據爭商標指定之商品，可能指定使用在系爭商標之商品，使指示單一來源之據爭商標，極有可能會變成指示系爭商標商品來源之商標，故系爭商標稀釋或弱化據爭商標之識別性，準此，因系爭商標與據爭商標使用於有競爭關係或類似之商品，使系爭商標經普遍使用於其指定商品結果，將減損據爭商標之識別性。相較兩者指定之商品，並無價值較低廉或具有負面評價之劣質商品，使相關消費者將原本優質之商品而與欠缺品質之商品產生聯想，是系爭商標之使用結果，不致發生降低據爭商標商品所代表之品質或信譽之虞。綜上，訴願決定與原處分認系爭商標與據爭商標不構成近似，無致相關公眾混淆誤之虞，亦無損據爭商標之識別性之虞云云，容有誤會，智慧局除有審酌據爭商標是否為著名商標、商標識別性之強弱、商標近似及商品類似程度外，漏未審酌其餘混淆誤認與減損著名商標識別性等因素，遽認系爭商標未違反修正前商標法第 23 條第 1 項第 12 款、第 13 款規定，於法尚有未洽，訴願決定未加指摘而予維持，亦非妥適，是被上訴人據此請求撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許；因系爭商標是否與據爭商標間，有致相關消費者混淆誤認之虞，或有無其他不應准予註冊之理由，仍待審查，而未達原審可為特定行政處分內容之裁判程度，故本件事證未臻明確，有待發回審查，俟智慧局依上揭之法律見解，再為審查裁量，原審不得遽予為之，準此，被上訴人請求智慧局應就系爭商標作成異議成立審

定部分，為無理由，應予駁回等語，因而撤銷訴願決定及原處分，並命智慧局就系爭商標異議事件應依原判決之意旨另為適法之處分，暨駁回被上訴人其餘之訴。

七、本院按：

- (一)異議商標之註冊有無違法事由，除第 106 條第 1 項及第 3 項規定外，依其註冊公告時之規定，商標法第 50 條定有明文。系爭商標之申請日為 98 年 8 月 19 日，註冊公告日為 99 年 8 月 1 日，被上訴人嗣以系爭商標有違修正前商標法第 23 條第 1 項第 12 款、第 13 款及第 14 款等規定，對之提起異議。經上訴人智慧局審查結果，並於 101 年 2 月 29 日以中臺異字第 990823 號商標異議審定書為異議不成立之處分。本件註冊及異議審定均在現行商標法 101 年 7 月 1 日施行前，無現行法第 106 條第 1 項及第 3 項規定之適用，故本件關於系爭商標是否有異議事由，是否應作成異議成立處分之判斷，應依系爭商標註冊公告時即 92 年 5 月 28 日修正公布同年 11 月 28 日施行之商標法(即修正前商標法)為斷，前後條文雖僅為文字修正，但因條次款項均有變更，所以仍應適用正確之法規條文而為判決。原判決徒以僅為文字之修正，兩者內容大致相同，即認本件以現行商標法之規定作為判斷基準等語，尚有誤解，以下在適用法條條文時，本判決即逕予更正，先此說明。
- (二)再按商標「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，為修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款本文所規定。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，誤認兩商標為同一商標；或雖不致誤認兩商標為同一商標，而極有可能誤認兩商標之商品或服務為同一來源之系列商品或服務；或誤認兩商標之使用人間有關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係而言。簡言之，商標有使相關消費者對其表彰之商品或服務之來源或產製主體，發生混淆誤認之虞而言(參照本院 98 年度判字第 455 號判決)。故判斷有無混淆誤認之虞，應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與其類似之程度、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，暨其他混淆誤認之因素等綜合判斷，是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞。
- (三)原判決關於審酌據爭商標有最強之識別性、系爭商標與據爭商標之近似程度高、兩商標指定商品之類似程度高、據爭商標較為我國相關消費者熟悉、商品之行銷管道或提供場所重疊性高，暨系爭商標申請註冊有意攀附據爭商標聲譽等因素，認系爭商標有修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款本文事由之事實，以及上訴人所主張如何不足採等事項均詳予以論述，是原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無抵觸，並無所謂原判決有違背法令之情形；上訴意旨略以：據爭商標依其設計理念與讀音可拆解為 BO+TOX，顯係擷取其重要成分肉毒桿菌之學名 Botulinumtoxin，

則據爭商標僅係暗示其商品之主要成分，甚至僅為描述性商品成分之簡稱而已，並無創造性，惟原判決逕認據爭商標屬於創意性商標，顯係因拼字錯誤所導致，而有判決理由不備、理由矛盾之違法；就讀音部分，經以電腦設備為不同播放速度測試後，其結果並未如原判決所認系爭商標以較快速度發音易變成據爭商標之情形，原判決此一認定已逾越經驗法則，且原判決就智慧局所認兩造商標讀音不同之答辯未予採納，亦未說明不採之理由，同時忽略智慧局之判斷餘地，實有判決不備理由及不適用法規之違法云云，無非就原審取捨證據、認定事實之職權行使，任意指摘原判決有違背法令情事，並非可採。

- (四)另按判斷混淆誤認之虞之各因素均係以混淆誤認之虞為中心，任何一因素均不能偏廢，也就是在適用任何一因素時，均應以混淆誤認之虞為基本考量，運用在實際案件時，就各因素綜合斟酌，其目的無非藉由愈多考量因素，期能就混淆誤認之虞判斷能愈精確。經查，在本件混淆誤認之虞之判斷最主要係在於據爭商標之高度識別性，其「BOTOX」係擷取肉毒桿菌「BOTULISM YOXIN TYPE A」前三個英文字母，在拼字上有甚大差異，無從認為「BO-TOX」商標本身為說明或暗示性商標，且「BOTULISM YOXIN TYPE A」為醫學名詞，對於以中文為母語之臺灣普通經驗知識之相關消費者而言，無從知悉其意義。準此，據爭商標圖樣「BOTOX」，非既有之英文字彙，其為無特殊意義之外文構成，其指定商品之功能、用途及品質，均與商標名稱無關，屬創意性商標，具有甚強之先天識別性。另在後天識別性方面，據爭商標早於系爭商標98年8月19日申請註冊前，已為相關業者及消費者所熟知之著名商標，此外，相較兩商標指定使用商品之類型，可知兩者均為西藥、人體用藥等相關產品，或為用於臉部除皺、美觀之商品，其在用途、功能、產製者、行銷管道、銷售場所及消費族群等因素，具有共同或關聯之處，倘標上相同或近似之商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使商品之相關消費者誤認其為來自相同或雖不相同而有關聯之來源，應屬構成高度或類似程度不低之商品，並參酌其他輔助因素，而認定據爭商標與系爭商標有致相關消費者混淆誤認之虞等情，原判決業已就以各點詳述其事實認定之依據及得心證之理由，核與卷內事證並無不符；經核並無違背論理法則或經驗法則，亦無判決不適用法規或適用不當、不備理由等違背法令情事。上訴意旨以：誤認之虞審查基準5.2.4之異時異地隔離觀察原則，兩造商標並不近似，縱經指定商品近似，是否可使具有專業知識之醫師產生混淆，原判決並未說明，亦未調查，顯有重要攻擊防禦方法漏未斟酌，有違論理法則，而有判決理由不備、不適用行政訴訟法第133條之違法云云；係就原審所為論斷或駁斥其主張之理由，泛言原判決不適用法規或適用不當，亦非可採。
- (五)至於據爭商標所指定使用之商品屬專業性藥品，其消費者多為專業人士即醫師所使用，其因商標近似致混淆誤認之虞判斷固應降低，但原判決已綜合各項因素判斷致混淆誤認之虞，而認此一單一因素並不足以影響整體判斷因素

就混淆誤認之虞之判斷，經核並無不合。上訴意旨以：原判決就「致相關公眾混淆誤認之虞」之認定，未調查專業醫療人員、醫療美容產業從業人員對於兩造商標之區辨能力，即以主觀臆測醫學美容行業之專業醫師仍有可能認為系爭商標為被上訴人之據爭商標而有混淆誤認之虞，或系爭商標近似於據爭商標，有致相關公眾混淆誤認之虞，顯有違行政訴訟法第 133 條職權調查法則之違誤；另依混淆誤認之虞審查基準 5.2.2 及原處分書，即明示據爭商標所指定使用之商品屬專業性藥品，其消費者多為專業人士即限由醫師所使用，一般人無法自行取用，故近似標準應高於一般日常消費品之消費者，而認本件近似度極低，惟原判決逕認應以一般消費者判斷近似度，顯然有違經驗法則，並有漏未斟酌重要攻擊防禦方法之違法云云；無非就原審取捨證據、認定事實之職權行使，任意指摘原判決有違背法令情事，並非可採。

(六)復按相對於商標是自由競爭不可或缺之設計，但商標也會成為阻礙競爭之力量。因為消費者仰賴商標表彰商品或服務來源，經過商標權人長年密集廣告技術以及消費者反覆購買之踐行後，就該商標形成固定的品牌忠誠，此忠誠度即足以阻礙後進入市場的即使帶來新穎或更好商品亦難以打破。該品牌優勢可以使該商標權人免於價格與品質的競爭力，給予競爭者極大不利，反而阻礙競爭，所以如何平衡商標在競爭市場中之競爭與反競爭，係屬立法裁量之問題，乃在立法政策上有各條款之不准註冊事由。其中如先註冊商標保護或著名商標保護之消費者「混淆誤認之虞」判斷，即係商標法制當中為平衡商標權人、消費者及商標使用彼此間之利益狀態的最高測試方式。所以未具各條款之不准註冊事由，而准予註冊之商標，即應合於商標保護與自由競爭之平衡。上訴意旨以：為維護市場自由競爭、避免壟斷文字之觀點而言，若准許據爭商標可專斷使用肉毒桿菌之學名簡稱，將造成其他肉毒桿菌製劑、藥品製造商之公平競爭利益遭受過度侵害，顯有違反公平交易法第 5 條、第 10 條規範意旨而影響法秩序之和平性云云；經查，本件既已合於上開法條之混淆誤認之虞，而不應予以註冊，即合於商標法與公平交易之平衡，上訴意旨，核屬其一己主觀之見，要難謂原判決有違背法令之情事。

(七)另查，原判決就關於「BOTOX」及「DYSPORT」為全世界肉毒桿菌素產品最具知名度之品牌，且據爭商標「BOTOX」已於美國、歐盟、香港、南韓、英國等逾 100 個國家或地區獲得註冊，在我國自 80 年間起陸續取得註冊，且在我國之市佔率已達八成。據爭商標經過被上訴人多年廣泛大量使用下，於我國成為著名商標，系爭商標之商標權人屬同一行業之醫療商品經營者，以其經營企業所應具備之知識及經驗，並無諉為不知之理，而以近似「Botulax」商標申請註冊，顯有意攀附據爭商標之聲譽，從事搭便車之不正競爭，其申請商標難謂為善意等情，詳予論斷，將判斷而得心證之理由記明於判決，經核並無違背論理法則或經驗法則，亦無判決不適用法規或適用不當、不備理由等違背法令情事。上訴人另以：上訴人曾主張系爭 Botulax 商標原於韓國銷售，上訴人於註冊申請時僅是延續在韓國之原商品名稱，並無惡意攀附據

爭商標，原判決未論及此，即撤銷原處分及訴願決定，顯有重要攻擊防禦方法漏未斟酌，而有判決理由不備之違法；另由本院 102 年度判字第 255 號判決駁回被上訴人以據爭商標主張上訴人另一註冊商標「ZENTOX」係非合法乙節及本件所有相關卷證，可知被上訴人無論於本案或另案中，皆無證據證明系爭商標及「ZENTOX」商標與據爭商標間，因實際使用而致相關消費者或公眾發生混淆誤認其來源之事實，且由被上訴人於本案及另案皆使用相同之證據，亦可推知被上訴人無具體證據得證明商標間有混淆一事，則原判決稱上訴人以近似「Botulax」商標申請註冊，從事搭便車之不正競爭，難謂為善意等語，係非正確云云；係重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，殊非可採。

(八)綜上所述，本件既因系爭商標有違修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款本文之規定，已足以作成原判決諭知主文第 1 項「訴願決定及原處分均撤銷」及主文第 2 項之結論。則原判決對於原處分及訴願決定是否有違修正前商標法第 23 條第 1 項第 12 款本文前段、後段之論述，即屬贅述，本院自無加以審究之必要，則上訴人及被上訴人所提關於此部分之攻擊防禦方法即無庸再一一審究。至於原判決所諭知之其餘之訴駁回部分，未據上訴，本院亦無從審酌，附此敘明。從而，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

八、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段、第 104 條，民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 102 年 9 月 5 日

最高行政法院第五庭

審判長法官 黃 合 文

法官 鄭 忠 仁

法官 帥 嘉 寶

法官 林 惠 瑜

法官 劉 介 中

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 102 年 9 月 5 日

書記官 張 雅 琴