

110040301 有關「BARRIGEL+logo」商標異議事件(商標法  
§30I(11)(12))(智慧財產法院 109 年度行商訴字第 81 號行政判決)

爭點：商標法第 30 條第 1 項第 12 款所規定之仿襲意圖如何認定？

### 系爭商標



註冊第 01918906 號

第 05 類：前列腺癌放射療法時用以  
保護直腸之凝膠，醫療用凝膠；人  
體用藥品及藥劑。

第 10 類：醫療器具及儀器。

### 據以異議商標



### 判決附圖三



註冊第 01629306 號

第 10 類：醫療器具及儀器。

第 5 類(3 年未使用廢止註冊)

相關法條：商標法第 30 條第 1 項第 11 款、第 12 款

案情說明

參加人（民國 109 年 8 月更名前公司名稱為「瑞士商雀巢肌膚健康公司」）於 106 年 11 月 17 日以「BARRIGEL+logo」商標，指定使用於當時商標法施行細則第 19 條所定商品及服務分類表第 5 類「前列腺癌放射療法時用以保護直腸之凝膠，醫療用凝膠；人體用藥品及藥劑」及第 10 類「醫療器具及儀器」商品，向被告申請註冊。經被告審查，於 107 年 6 月 1 日核准列為註冊第 01918906 號商標（下稱系爭商標，如附圖 1 所示）。嗣原告於 107 年 6 月 26 日以「HANBIO BarriGel」商標（下稱據以異議商標，如附圖 2 所示）主張系爭商標有違商標法第 30 條第 1 項第 11 款及第 12 款之規定，對之提起異議，經被告審查後，以 109 年 3 月 12 日中台異字第 G01070393 號商標異議審定書為「異議不成立」之處分（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，經決定駁回，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。因本院認本件判決之結果，倘認原處分及訴願決定應予撤銷，將影響參加人之權利或法律上之利益，爰依職權命參加人獨立參加本件被告之訴訟。

## 判決主文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

### <判決意旨>

一、系爭商標是否違反商標法第 30 條第 1 項第 11 款本文規定，法院判斷如下：

（一）系爭商標係由大小不同之藍、白、橘三色交疊之圓形設計圖及外文「BARRIGEL」左右並列所組成，據以異議商標，則係由外文「HANBIO」及「BarriGel」組成，其中「HANBIO」字體較小，而「BarriGel」部分不僅字體較大，且字型係粗體加黑，而較為顯著，且引人注意。兩造商標相較，均有予人寓目印象深刻之外文「BARRIGEL」、「BarriGel」，雖有字母大小寫之差異，惟

讀音相同，且外觀近似，且上開外文均非既有詞彙，而無特定字義，亦有劍橋線上詞典查詢資料可參，則以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，異時異地隔離整體觀察及連貫唱呼之際，尚難區辨其差異，是兩者應構成高度近似商標。又系爭商標指定使用之第 5 類「前列腺癌放射療法時用以保護直腸之凝膠，醫療用凝膠；人體用藥品及藥劑」及第 10 類之「醫療器具及儀器」商品，與據以異議商標實際先使用之醫療用防粘連可吸收凝膠商品相較，二者均屬醫療用凝膠或與醫療相關之人體用藥品及藥劑、器具、儀器等商品，且於醫療院所經常共同使用，相關消費者亦可能同時接觸該等商品，於性質、功能、用途、原料、產製者或行銷場所等因素上均具有共同或關連之處，依一般社會通念及市場交易情形，應屬構成同一或類似之商品。

(二) 查系爭商標係於 106 年 11 月 17 日申請，據以異議商標是否為著名商標，應以 106 年 11 月 17 日為判斷之基準時點：

1. 原證 13 為原告於 102 年 7 月 3 日向食藥署申請「瀚醫生技防粘連可吸收膠 BarriGEL (品名暫訂)」醫療器材免除國內臨床實驗之文件，固得證明原告最早係於 102 年 7 月 3 日將「BarriGel」作為防粘連可吸收膠醫療器材之暫訂品名。然依藥事法第 40 條第 1 項規定：「製造、輸入醫療器材，應向中央衛生主管機關申請查驗登記並繳納費用，經核准發給醫療器材許可證後，始得製造或輸入。」原證 1 為衛生福利部於 105 年 2 月 15 日核發予原告之醫療器材許可證，其上記載醫療器材之英文名稱為「HANBIOBarriGel」，中文名稱為「瀚醫生技防粘連可吸收膠」，足見原告於 105 年 2 月 15 日取得醫療器材許可證前，依法不得使用據以異議商標行銷防粘連可吸收膠商品，故上開資料不得作為原告使用據以異議商標之使用證據。

2. 原證 11 為 105 年 11 月至 106 年 11 月統一發票，經審視上開發票之部分商品為「瀚醫生技潤滑劑」商品，且有部分發票日期在 106 年 11 月 17 日之後，均不得採用作為據以異議商標於系爭商標申請日前之使用證據。此外，上開發票有關「HANBIOBarriGel」商品部分，除中國醫藥大學附設醫院於 105 年 11 月 17 日購買 57 個、同年 12 月 19 日購買 52 個、26 個、106 年 2 月 16 日購買 26 個、52 個、106 年 4 月 18 日購買 57 個、106 年 5 月 16 日購買 56 個、106 年 6 月 19 日購買 32 個、56 個、106 年 9 月 15 日購買 60 個、33 個、106 年 10 月 16 日購買 58 個，臺中榮民總醫院於 106 年 5 月 2 日購買 55 個、106 年 6 月 1 日購買 30 個、106 年 8 月 1 日購買 60 個外，其他醫療機構之購買數量僅為 1 至 20 幾個不等，且醫療機構亦多有重複，而我國醫療機構數量眾多，尚難僅憑上開證據認定據以異議商標於系爭商標申請日（106 年 11 月 17 日）前使用於防粘連可吸收膠商品已為我國相關事業或消費者所普遍認知。

(三) 兩造商標雖屬高度近似，且系爭商標指定使用之商品與據以異議商標先使用之商品構成同一或類似，惟依原告所提出之證據資料，僅足以證明據以異議商標自 105 年起有於我國行銷使用之事實，尚難認定據以異議商標於系爭商標申請前使用於防粘連可吸收凝膠商品，已為我國相關事業或消費者所普遍認知而達著名商標之程度，據以異議商標既非著名商標，則原告主張系爭商標違反商標法第 30 條第 1 項第 11 款本文規定，即非有據。

**二、系爭商標是否違反商標法第 30 條第 1 項第 12 款本文規定，法院判斷如下：**

(一) 原告於系爭商標申請日（106 年 11 月 17 日）前之 105 年間確有於我國先使用據以異議商標於防粘連可吸收凝膠商品之事實，已如前述。原告雖提出原證 13 主張其早於 102 年 7 月 3 日即有

使用據以異議商標，然查，原證 13 為原告於 102 年向食藥署申請「瀚醫生技防粘連可吸收膠 BarriGEL (品名暫訂)」醫療器材免除國內臨床實驗之文件，上開資料並非用以行銷使用據以異議商標，自難認於 102 年 7 月 3 日即已先使用據以異議商標。

(二) 另查，參加人於 102 年 6 月 14 日即向歐盟智慧財產局申請註冊「BARRIGEL」商標指定使用於第 10 類商品，於同年 11 月 6 日公告註冊，於 102 年 7 月 16 日向歐盟智慧財產局申請「BARRIGEL+logo」商標指定使用於第 5 類商品，於同年 12 月 11 日公告註冊，102 年 6 月 16 日向日本特許廳申請註冊「BARRIGEL+logo」指定使用於第 10 類商品，102 年 11 月 8 日公告註冊，102 年 7 月 17 日向澳洲申請註冊「BARRIGEL+logo」商標指定使用於第 5 類及第 10 類商品，102 年 9 月 8 日向香港知識產權署取得「BARRIGEL+logo」商標指定使用於第 10 類商品之註冊，此有歐盟商標註冊資料、日本、澳洲及香港商標註冊資料附卷可參。此外，參加人另於 102 年 8 月 9 日在我國申請註冊「BARRIGEL」商標指定使用於第 5 類及第 10 類商品，並於 103 年 2 月 16 日公告註冊第 01629306 號商標（如附圖 3 所示），惟上開商標指定使用於第 5 類商品部分，經被告作成廢止處分，亦有處分書附卷可按，由上足見參加人至遲於 102 年 6 月 14 日即以外文「BARRIGEL」在各國申請註冊商標，且因原告於 106 年 9 月 4 日申請廢止參加人之註冊第 01629306 號商標，則參加人主張為防止註冊第 01629306 號商標因未使用而遭廢止，乃於 106 年 11 月 17 日以同一商標圖樣申請註冊系爭商標，尚非無據。而外文「BARRIGEL」並非既有詞彙，而無特定字義，已如前述，顯為具有獨創性之語詞，由上開事證觀之，尚難認參加人註冊系爭商標有何仿襲據以異議商標之意圖。

(三) 原告雖主張參加人於歐盟所取得之「BARRIGEL」商標已於 2018 年 11 月 7 日遭撤銷，並提出原證 12 之資料為佐證，然上開資料僅得證明參加人於歐盟智慧財產局註冊之「BARRIGEL」商標

因未使用而遭撤銷，不足以證明參加人已知悉據以異議商標之存在，而基於仿襲意圖申請註冊系爭商標。至原告有無依法向我國主管機關申請使用系爭商標於第5類或第10類商品之醫療器材許可，僅係參加人得否製造、輸入該醫療器材之問題，核與系爭商標是否違反商標法第30條第1項第12款規定無涉。

三、綜上，系爭商標之註冊並未違反商標法第30條第1項第11款本文及第12款本文規定，被告以原處分為「異議不成立」之處分，並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。