

5、各項參酌因素之內涵

5.1 商標識別性之強弱

商標之文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式，對於商品/服務之相關消費者所呈現識別商品/服務來源之功能，因其商標特徵的不同而有強弱之別。原則上創意性的商標識別性最強，而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，其識別性即較弱。聯合式或組合性商標之一部分，在類似商品/服務中已為多數不同人使用為商標之一部分而註冊在案者，得認為該部分為弱勢部分，例如在美容相關商品，「佳人」或「元氣」經常被作為商標文字之一部，又如在餐飲服務上，「皇家」、「garden」等亦同，均屬較為弱勢。識別性越強的商標，商品/服務之消費者的印象越深，他人稍有攀附，即可能引起購買人產生誤認。

5.2 商標是否近似暨其近似之程度

5.2.1 商標近似之意義係指二商標予人之整體印象有其相近之處，若其標示在相同或類似的商品/服務上時，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二商品/服務來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯。

5.2.2 判斷商標是否近似，首先應確立的是應以誰的角度來觀察。由於商標最主要的功能在提供商品/服務之消費者藉以區辨商品/服務來源，因此，是否近似，即應以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意為準。又商品性質的不同會影響其消費者的注意程度，例如就普通日常消費品而言，消費者的注意程度較低，對二商標間之差異辨

識較弱，容易產生近似之印象；至於專業性商品如藥品，或單價較高之商品如汽車，其消費者多為專業人士，或購買時會施以較高注意，對二商標間之差異較能區辨，判斷近似的標準自然高於一般日常消費品之消費者。

5.2.3 判斷商標近似，應以商標圖樣整體為觀察。此乃係由於商標呈現在商品/服務之消費者眼前的是整體圖樣，而非割裂為各部分分別呈現。至於另有所謂「主要部分」觀察，則係認為商標雖然係以整體圖樣呈現，然而商品/服務之消費者關注或者事後留在其印象中的，可能是其中較為顯著的部分，此一顯著的部分即屬主要部分。所以，主要部分觀察與整體觀察並非兩相對立，主要部分最終仍是影響商標給予商品/服務之消費者的整體印象。是以，判斷商標近似，仍應以整體觀察為依歸。

5.2.4 判斷近似另一重要原則為異時異地，隔離觀察原則。要注意的是這一個原則乃是在提醒審查人員，應注意去設想一般實際購買行為態樣，而非要求審查人員須以異時異地，隔離觀察之審查方式來審查商標近似問題，因為那是不可能也沒有必要的。所謂一般實際購買行為態樣，係指一般消費者都是憑著對商標未必清晰完整的印象，在不同的時間或地點，來作重覆選購的行為，而不是拿著商標以併列比對的方式來選購，所以細微部分的差異，在消費者的印象中難以發揮區辨的功能，判斷商標是否近似時，得無庸納入考量。這樣一個設身處地的思考原則，在判斷商標近似時，應注意切實掌握。

5.2.5 商標給予商品/服務之消費者的印象，可以就商標整體的外觀、觀念或讀音等來觀察，因此判斷商標近似，亦得就此三者來觀察是否已達到可能誤認的近似程度。特別要再

強調，外觀、觀念或讀音其中之一的相近，雖可能導致商標整體印象的近似，但卻非絕對必然，例如「第一」與「帝衣」，雖然讀音相同，但外觀及觀念截然不同，就二商標之整體印象而言，引起商品/服務消費者誤認的可能性極低，應認為非屬近似之商標。是以，二商標外觀、觀念或讀音其中之一的近似，並非即可推論商標之整體印象即當然近似，仍應以其是否達到可能引起商品/服務之消費者誤認的程度為判斷近似之依歸。

5.2.6 文字商標判斷近似時之相關原則：

5.2.6.1 商標予以消費者的第一印象在於外觀，所以當二文字商標之外觀構成近似時，雖然觀念與讀音未必近似，仍可認為該二商標為近似。

例：「**Pchbcl**」與「**Pentel**」

5.2.6.2 二文字商標之外觀雖然不近似，例如一為楷書體，一為篆書體，或一為繁體字，一為簡體字，但其字義近似，則仍會因觀念及讀音近似而認為近似。

例：「女介寶」與「

5.2.6.3 我國使用之中文多係源自萬物形象，故著重於其形意，因此在比對中文商標時，應可較側重外觀及觀念之比對。惟若使用之商品/服務係以唱呼為主要行銷方式者，則應提升其讀音比對之比重。反之，拼音性之外文如英法德日語等，予消費者之印象重在於其讀音，在比對時自應以讀音比對為重。但若該外文有特殊設計者，則又應回歸於外觀之比對如 5.2.6.1 之例。再者，外文字詞之商標，若其字義非我國一般民眾所普遍熟悉，應著重於

文字讀音及外觀之比對。若該字詞已為我國一般民眾所普遍熟悉，則可加重其觀念比對之比重。

5.2.6.4 橫列式中文，意義不明確者，其唱呼雖可能自左至右，也可能自右至左，然判斷時仍應儘可能參酌相關因素，例如其並列有英文，而為英文之音譯者，則可參酌英文之讀音，以確定中文之唱呼方式。再者，應儘可能尊重申請人主張之唱呼方式，因為其使用該商標時必然只有一種唱呼方式，不可能忽左忽右。是以除非二商標中文之外觀也極為近似，例如「味王」與「玉味」，以致後者左右方向對調可能與前者構成近似外，不宜僅因左右方向對調後讀音近似而逕認定整體商標近似，例如「元鄉」與「香圓」。

5.2.6.5 拼音性之外文例如英法德日語，其起首字母在外觀與讀音上，對於整體字詞給予消費者之印象有極重要之影響，判斷近似時應賦予比重較重之考量。

5.2.6.6 組合或複合字詞之間以及與單一字詞之間，觀察時應先探求組合或複合字詞中，是否有主要字詞與形容字詞之分，若有，原則上應以主要字詞為比對客體。例：「泰山」與「小泰山」，主要字詞均為「泰山」，至於「小」僅屬形容字詞，尚非商品/服務消費者辨識的主要依據，可減低其考量之比重。又例如「LA VITA」與「VITA」亦同。市面上常見的「大、小、真、正、老、新」以及外文如「pro-、new-、multi-、the、a、one」等類字詞均屬此種形容字詞。組合或複合字詞中若有部分字詞為商品/服務消費者所熟知者，該部分字詞應可認為係主要字詞。惟應注意除非係惡意襲用他人商標，否則若字詞經組合或複合後，已形成一獨立之字義或構成一標語者

，則不宜再將其割裂而取其中一二字詞為比對。

5.2.6.7 在比對文字商標之外觀、觀念或讀音時，應特別注意的是要考慮個案之不同，不可將機械式的比對，套用於所有案件，例如英文字詞間，五個字母有四個字母相同，構成近似的可能性固然較高，但仍應視個案而定，例如在「house」與「horse」間或有其適用，但在「house」與「mouse」間，則顯然不適用。

5.2.7 圖形、顏色、全像圖或立體商標則著重於外觀的比對，是以圖形、顏色、全像圖或立體商標雖在觀念上相同仍應以外觀比對為原則，例如在觀念上雖均為貓，然由於外觀設計的不同，「凱蒂貓」與「咖菲貓」均可註冊在案。又外觀之比對主要在比對其構圖意匠，是若構圖意匠近似，縱使設色稍有不同或方向相反亦不影響其近似。

5.2.8 立體商標應以其整體立體形狀為比對，惟若有予購買人印象特別深刻之主要面者，得以該主要面作為外觀比對之依據，若其他各面亦有其特殊設計而具識別性者，則該各面均得作為外觀比對之依據。其次立體商標與平面商標之間也可能構成近似，例如立體造形的凱蒂貓商標與平面的凱蒂貓圖商標，應構成觀念與外觀近似。

5.2.9 聲音商標應著重於聲音的比對；動態商標則應著重於連續動態變化過程影像所產生整體商業印象的比對。惟聲音商標或動態商標與平面商標之間也可能構成近似，例如得以聲音或影像中予人主要印象的文字或圖形作為外觀或觀念比對之依據加以判斷。

5.2.10 商標的近似除了上述外觀、觀念及讀音的近似外，尚包括在類型上的近似，尤其是主張先權利的一方，已經註冊或使用多數個相同類型的商標，而形成一種系列商品

的形象時，則類型的近似也將成為商標近似應考量的重要因素之一。例如「日日安」與「月月安」，在外觀、觀念及讀音方面，「日日」與「月月」，固有所不同，然而由於在類型上均為時間單位的重覆，再加上同一「安」字，則當其使用在相同或極為類似之商品時，消費者誤以為同一廠商系列商品的可能性極高，自亦應屬近似態樣之一種。為免類型近似可能過度擴張近似之概念，類型近似應限於具有相當程度創意的創意性或暗示性商標，且在商品/服務類似程度的要求上亦應較高。

5.2.11 商標依一般商業習慣如何標示，也是影響商標近似判斷的重要因素之一。商標標示的方式較為細微不顯著者，商品/服務之消費者不易辨識其內容，而僅能辨識其外觀，則外觀的近似與否，將成為比重較重的考量因素。

5.2.12 商標圖樣中不具識別性之部分，不論是否有不專用之聲明，在與其他商標間判斷近似時，仍應就包括聲明不專用之部分為整體比對，此乃為前述整體觀察原則之必然體現。惟亦應注意，聲明不專用部分雖列入商標整體為比對，然而不具識別性部分並非作為識別商品或服務來源之標識，所以在比對時，該不具識別性的部分會施以較少的注意。

5.2.13 由於混淆誤認各相關因素的強弱都可能影響對其他因素的要求程度，因此對商標近似之判斷，除了判斷是否近似外，若能進一步論述其近似的程度，在判斷混淆誤認上更為有用且有其必要性。按雖同為構成近似，然二商標僅讀音近似，與二商標讀音、外觀及觀念均近似，其近似之程度即有不同。此一近似程度之探討及論述，一方面有助於衡量對於其他混淆誤認因素的要求程度，再

者，也可以在個案的爭議處理上，讓當事人更清楚瞭解個別案件的審酌理由，使商標主管機關的處分，除了符合一致性的原則外，也能兼及個案的妥當性。

5.3 商品或服務是否類似暨其類似之程度

5.3.1 商品類似之意義係指二個不同的商品，在功能、材料、產製者或其他因素上具有共同或關聯之處，如果標上相同或近似的商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使商品消費者誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源，則此二個商品間即存在類似的關係。同理，服務類似係指服務在滿足消費者的需求上以及服務提供者或其他因素上，具有共同或關聯之處，如果標上相同或近似的商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使接受服務者誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源者而言。

5.3.2 商品或服務分類係為便於行政管理及檢索之用，商品或服務類似與否之認定，尚非絕對受該分類之限制，是以本法第 19 條第 6 項規定：「類似商品或服務之認定，不受前項商品或服務分類之限制。」因此，同一類商品或服務不一定是類似商品或服務，例如第 9 類之安全頭盔與電話機。而不同一類的商品或服務也可能是類似商品或服務，例如第 5 類之嬰兒麥粉與第 30 類之綜合穀物纖維粉。

5.3.3 為便於規範在商標相同或近似時，需相互檢索之商品或服務範圍，雖以類似組群的概念編訂有「商品及服務分類暨相互檢索參考資料」，為實務上判斷商品或服務類似與否極為重要之參考資料，但仍應注意該參考資料之編纂主要目的係在供檢索之用，至於在個案仍應參酌一般社會通念及市場交易情形，就商品或服務之各種相關因素為斟酌。

- 5.3.4 商品類似之判斷，應綜合該商品之各相關因素，以一般社會通念及市場交易情形為依據。一般而言，類似商品間通常具有相同或相近之功能，或者具有相同或相近之材質。因此，原則上在判斷商品類似問題時，可先從商品功能考量，其次就材質而後再就產製者等其他相關素考量。但如果某些商品重在其材質，例如貴金屬，則得以材質之相近程度為優先考量。
- 5.3.5 商品之功能有下列二種情形者，均屬類似商品：
- 5.3.5.1 相同功能：例如原子筆、鉛筆及鋼筆，主要功能均在書寫，可滿足消費者相同之書寫需求。功能的相同可能在概括性的功能相同，也可能在特定的功能相同，功能相同越特定，商品的類似程度越高。
- 5.3.5.2 相輔功能：例如鋼筆、鋼筆水及鋼筆盒，功能間具有相輔之作用，可共同完成滿足消費者特定之需求。商品在功能上相輔的關係越緊密，類似的程度即越高。
- 5.3.6 商品本身與其零組件或半成品之間，若後者的用途係配合前者的使用功能，前者欠缺後者即無法達成或嚴重減損其經濟上之使用目的，則被認定為類似商品之可能性較高。否則，二者原則上並不類似。
- 5.3.7 商品來自相同之產製業者，被認定為類似商品之可能性較高。例如：地毯與壁毯。
- 5.3.8 服務之目的在於滿足消費者特定之需求，因此，其所能滿足消費者的需求越相近，服務的類似程度就越高。例如英文補習班與數理補習班。
- 5.3.9 服務經常由同一業者提供者，被認定為類似服務之可能性較高。例如：指壓按摩與三溫暖。
- 5.3.10 商品的功能為何以及服務滿足的需求為何，應以一般社

會通念為主。例如拖鞋，依一般社會通念，其主要功能在保護足部，協助步行，自應以此功能進行比對，尚不得因偶有以拖鞋擊殺蟑螂者，即認為拖鞋與捕蟑器具有類似功能。

5.3.11 商品與服務間亦存在有類似的情形，例如服務之目的若在提供特定商品之銷售、裝置或修繕等，則該服務與該特定商品間即存在有類似之關係。

5.3.12 如同商標近似之判斷（參 5.2.13），商品或服務類似之判斷，除了判斷是否類似外，若能進一步論述其類似之程度，在判斷混淆誤認上更為有用且有其必要性。例如「潤膚乳液」與「清潔乳液」實務上屬類似商品，同樣「潤膚乳液」與「除腳臭劑」實務上亦屬類似商品，然而很明顯前後二種類似程度並不相同。因此，在個案判斷上，若就類似程度亦能有所論述，應較為周延。

5.4 先權利人多角化經營之情形

先權利人如有多角化經營，而將其商標使用或註冊在多類商品/服務者，在考量與系爭商標間有無混淆誤認之虞時，不應僅就各類商品/服務分別比對，而應將該多角化經營情形總括的納入考量。尤其如有事證顯示可能跨入同一商品/服務市場經營者，更應予以考量。反之，若先權利人長期以來僅經營特定商品/服務，無任何跨越其他行業之跡象者，則其保護範圍應可較為限縮。

5.5 實際混淆誤認之情事

指實際發生有相關商品/服務之消費誤認後案商標之商品係源自先權利人之情形。此事實應由先權利人提出相關事

證證明之。又當事人有提出市場調查報告，經依法踐行答辯攻防程序，可認定具公信力者，該調查結果報告應可認為具有等同實際混淆誤認情事之地位。再者，商標自註冊至第三人提出評定，可能已有相當時日，註冊人若已使用其商標行銷市場者，則消費者是否有因其使用商標而發生混淆誤認情事，自亦得列入考量。

5.6 相關消費者對各商標熟悉之程度

- 5.6.1 相關消費者對衝突之二商標如均為相當熟悉者，亦即二商標在市場併存之事實已為相關消費者所認識，且足以區辨為不同來源者，則應儘量尊重此一併存之事實。
- 5.6.2 相關消費者對衝突之二商標如僅熟悉其中之一者，則就該較為被熟悉之商標，應給予較大之保護。
- 5.6.3 相關消費者對商標之熟悉程度，繫於該商標使用之廣泛程度，原則上應由主張者提出相關使用事證證明之。但眾所周知之事實，不在此限。又商標使用之廣泛程度的證明與商標著名的證明類似，故其相關事證之提出可參考「商標法第30條第1項第11款著名商標保護審查基準」相關規定。

5.7 系爭商標之註冊申請是否善意

按商標之主要功能在表彰自己之商品，俾以與他人之商品相區別，申請註冊商標或使用商標，其目的亦應在發揮商標此一識別功能。惟若明知可能引起相關消費者混淆誤認其來源，甚或原本即企圖引起相關消費者混淆誤認其來源，而為申請註冊商標者，其申請即非屬善意，例如：

- 5.7.1 申請人原有商標因合意移轉予他人，或者因強制執行

或破產程序而移轉予他人後，又以相同或近似之商標申請註冊。

5.7.2 申請人經他商標權人授權使用一中文商標，而後逕以該中文之英譯作為商標申請註冊。

5.8 其他混淆誤認之因素

除了前述因素外，在某些特殊情形也可能存在一些影響混淆誤認判斷之因素，例如商品之行銷管道或服務提供場所相同，相關消費者同時接觸之機會較大，引起混淆誤認之可能性較高。反之，如透過直銷、電子購物、郵購等行銷管道者，則其與一般行銷管道行銷者，是否會發生混淆誤認則尚有斟酌之餘地。又如雖均屬餐飲服務，有可能係以大飯店的形式提供，也有可能以路邊攤的形式提供，二者未必即會引起混淆誤認。因此，在個案上若存在有這些其他相關因素，亦應一併予以考量。