

# 不同意見--「勝利保肝寧 POLIMIX」 和「敏肝寧 MINCONLIN」 是否為近似商標

李茂堂 撰

有不同的意見，應該說出來，讓大家共同檢討，這樣才會有進步。

史記李斯列傳有一條記載，說趙高自知權重，要做一測驗，於是獻給秦二世一頭鹿，卻說是馬。秦二世向左右，都說是馬。因為大家都怕趙高，所以沒人敢說實話。

商標是用在商品上，供商品購買人選擇區別商品的符號，沒有政府和權力的考量，只要依照自己觀察所得的結果，說出自己對於某個商標的印象，以及和另外一個商標會不會產生混淆就夠了。問題是「商品購買人」太多，每個人都覺得自己的看法是對的，到底，誰說的才算是正確呢。

## 「勝利保肝寧 POLIMIX」和「敏肝寧 MINCONLIN」是否為近似商標案情概要

甲公司於民國八十三年五月，以「勝利保肝寧 POLIMIX」圖樣，指定使用於申請時適用之商標法施行細則第二十四條第一類之「動物用藥

品」商品申請註冊。經主管機關審查核准審定，列為審定第〇〇〇號審定商標。

請審定商標公告後，乙公司立即提出異議。主張其早在民國七十九年，即已申請「敏肝寧 MINCON-LIN」商標，指定使用於和上述商標同屬一類之「各種藥品及衛生醫療補助品」商品，該商標已經核准，列為註冊第〇〇〇號商標。因此前述商標之審定，應已違反了商標法第三十七條第一項第七款及同條項第十二款之規定，依法應予撤銷。

主管機關審查後，採信了乙公司的主張，認為異議應成立，因而將該商標之核准審定予以撤銷。甲公司不服，提起訴願、再訴願皆被駁回，遂提起行政訴訟。行政法院以八十五年度判字第一一四七號判決，將再訴願決定，訴願決定及原處分，均予以撤銷。

原處分機關重為審查的結果，改變了原先的見解。認為該兩件商標

「尚無使一般商品購買人產生混同誤認之虞，非屬近似之商標」，而改爲異議不成立之審定。這次輪到乙公司表示不服，循序提起訴願、再訴願及行政訴訟，結果均被駁回，此項爭訟到此將告一段落。下面就是雙方所提的理由以及本文作者的「不同意見」。

#### 異議的理由

乙公司提起異議，其所持理由，大致可分爲三點：

- 一、甲公司申請註冊的「勝利保肝寧」字樣，其中的「保肝寧」，實際上是抄襲了乙公司早已奉准註冊的「敏肝寧」商標而來的。因此違反了商標法第三十七條第一項第七款的規定。
- 二、「保肝寧」和「敏肝寧」，都是從左到右橫式的寫法，字數都是三個，而且都是中文在上外文在下，排列組合相同，尤其是「肝寧」二字完全相同，三個字當中，僅僅「保」字和「敏」字的差別而已。而且這兩個商標，雖然一個指定使用於「動物用藥」。另一個指定使用於「人體用藥」，但是在註冊的當時，這兩種商品是屬於同一類別。從客觀上來說，自然有使一般消費者，對於其商品之來源及產製主體，發生混淆誤認之虞。此部分

係違反了商標法第三十七條第一項第十二款之規定。

- 三、乙公司使用「敏肝寧」商標，不惜鉅資，通過電視及新聞紙類，大量廣告促銷，已具有相當之知名度。甲公司不自己創作，而抄襲別人的商標，只是企圖依附別人的商標的知名度以圖利罷了。

#### 答辯的理由

- 一、甲公司早在民國六十七年，就已經取得「保肝寧」的製造動物用藥品的許可證。其時間遠在乙公司於民國七十九年才申請的「敏肝寧」之前，怎能說使用在先的商標是襲用申請在後的商標呢。
- 二、其他廠商在藥品類商品中，使用「肝、寧」作爲商標圖樣一部分的很多。例如「力佛肝寧」、「富旺復肝寧」、「光維肝寧」、「三敏賜肝寧」等等，足以證明，在商標圖樣中有「肝、寧」兩個字相同，是不會被認爲兩個商標是相同或近似的。
- 三、「敏肝寧」係指定使用於「各種藥品及衛生醫療補助品」商品，而「保肝寧」則係指定使用於「動物用藥品」商品，應該沒有使一般商品購買人發生混同誤認之虞。

乙公司對於甲公司辯稱其於民國六十七年，就已經取得衛生署核發

的「保肝寧」動物用藥品許可證乙事，另外提出反駁。指出他的前手丙公司，更早在民國六十六年，就已經得到衛生署發給的「敏肝寧」藥品許可證。所以「保肝寧」的確是抄襲「敏肝寧」而來的。至於其他廠商也有使用「肝、寧」等字樣作為商標一部分的情形，因為字數有多有少，排列的方式也不一樣，不能拿來與本案的情形相比。

判決的理由（八十六年度判字第2756號）

「按商標圖樣襲用他人之商標或標章，有致公眾誤信之虞者，或相同或近似於他人同一商品或類似商品之註冊商標者，不得申請註冊。因為商標法第三十七條第一項第七款及第十二款所規定。惟商標法第一項第七款之適用，係指以不公平競爭之目的，非出於自創而抄襲他人已使用之商標或標章申請註冊，並有致公眾誤信之虞者，所襲用者不以著名商標或標章而使用於同一商品或類似商品為限，復為同法施行細則第三十一條所規定。又判斷商標近似與否，應隔離觀察有無引起混同誤認之虞以為斷。查關係人××股份有限公司（甲公司），於八十三年五月十八日，以「勝利保肝寧 POLIMIX」商標，指定使用於當時商標法施行細則第二十四條第一類之動物用藥品商

品申請註冊。經被告機關審查核准，嗣原告以該商標有違商標法第三十七條第一項第七款及第十二款之規定，對之提起異議。被告機關認為關係人之前揭商標，以中文保肝寧作為系爭商標圖樣之一部分，尚無使一般商品購買人產生混同誤認之虞，非屬近似之商標，無商標法第三十七條第一項第十二款之適用，為異議不成立之審定，揆諸首揭規定及說明，洵無不合。

原告訴稱：「敏肝寧」乃其前手○○製藥有限公司（丙公司），於六十六年四月十四日，即取得藥品許可證，早於關係人六十七年取得之許可證，系爭商標確非自創而係抄襲據以異議之商標。又系爭商標圖樣上之中文勝利及保肝寧係上下分列，其主要部分之保肝寧，與據以異議商標圖樣上之中文敏肝寧皆為橫書，且由左至右排列，而肝寧二字相同，僅首字保與敏之不同，應屬近似之商標等語。惟查系爭第六七三五〇五號「勝利保肝寧 POLIMIX」商標圖樣如附圖一，據以異議之註冊第五〇九四一八號「敏肝寧 MINCONLIN」商標圖樣如附圖二，依關係人所檢送六十七年之製造動物用藥品許可證影本，可證關係人已於六十七年自創使用保肝寧名稱，早在據以異議商標之前。況以中文「肝、寧」作為商標之一部

分申請註冊者，亦不乏其例。此有商標電腦查名報告單可稽。原告所舉證註冊第九〇七二六號「力佛肝寧」等商標，謂其與原告據以異議商標無造成混淆之虞云云，亦難據為本件系爭商標與之近似之論據。從而，被告以關係人以中文保肝寧作為系爭商標圖樣之一部分，指定使用於動物用藥品商品申請註冊，尚無使一般商品購買者發生混同誤認之虞，非屬近似之商標。且難謂有使一般消費者對其商品來源或產製者發生混同誤認之虞，乃為異議不成立之審定，核無違誤。一再訴願決定遞予維持，俱屬妥適。原告仍執前詞爭訟，其訴為無理由，應予駁回。」

作者對本案的分析及意見

#### 一、何謂襲用

按本案異議理由計有兩項，第一、指出「保肝寧」乃襲用「敏肝寧」而來。此點違反了商標法第三十七條第一項第七款之規定。第二、「保肝寧」與「敏肝寧」近似，將此二者使用於同屬一類之商品上，有致一般商品購買人產生混同誤認之虞。此處違反了商標法第三十七條第一項第十二款之規定。

#### 先分析第一項理由

依據當時的商標法第三十七條第一項第七款規定：「襲用他人之商

標或標章，有致公眾誤信之虞者」，不得申請註冊。按此款條文乃是從舊法（民國八十二年十二月修正前商標法）的第三十七條第一項第六款分出來的。舊法的條文是：「有欺罔公眾或致公眾誤信之虞者」，因為該條文的意義過於概括，適用時常發生不同見解。於是就參照行政院歷年判決意者，將其分別定為兩款，一是第六款：「有使公眾誤信誤認其商品之性質，品質或產地之虞者」。另一款即為：「襲用他人之商標或標章有致公眾誤信之虞者」。顯然的，修正後之商標法，乃是把意義較為含混概括的「欺罔公眾」，具體地分為「襲用他人標章」、及「使公眾誤認誤信其商品之性質，品質或產地之虞」等兩種情節。

#### 然則什麼叫做襲用

「襲」字有許多意義，它可以做為一個量詞，例如「一襲衣衫」。不過使用最多的，則是表示傳承、繼承，例如因襲，世襲等。另外還有一個意義為表示「掩其不備」。左傳有一段記載說：「師有鐘鼓曰伐、無曰侵，輕曰襲」。意思是說，國家的軍隊在出擊的時候，既鳴鐘又擊鼓，這叫做「伐」；不鳴鐘也不擊鼓的，叫做「侵」；輕手輕腳讓敵人神不知鬼不覺的，就叫做「襲」。這種情形，

現在的說法叫做偷襲。至於抄錄別人的作品冒充是自己所作的，叫做抄襲，模仿別人的做事方法則叫做「襲人故智」。因此，所謂襲用就是不告訴別人而偷偷地拿來用。

把別人的商標或標章，偷偷地拿來當作是自己的商標申請註冊，當然是一種不道德的行為。但卻不一定是違法的行為。例如有許多商品用「櫻花」作商標，像是「櫻花」軟片、「櫻花牌」熱水器等等。假若有人申請櫻花牌商標，使用於襪子商品，或者電話機，或帽子、領帶等，只要在該類商品中，尚無他人使用櫻花商標申請註冊，就不能算是違法。因為「櫻花」是一個很普通的名詞，而且在各種不同的商品中，都有櫻花商標，按常情推論，應該不會產生誤認的情形。

但是，如果有人「襲用」了「宏碁 Acer」商標申請註冊，雖然不是用在電腦商品上，也不能認為符合商標法的規定。因為「宏碁 Acer」是一件創作商標，有它很特別的，獨有的識別性。而且別的商品視無人使用此一商標，同時它本身又具有相當高的知名度。如果將它使用在他人的商品上，很容易使一般人誤信該商品為宏碁的產品。這就是所謂的「有致公眾誤信之虞」。以上情形就構成了「襲用他人之商標或標章，有致公眾誤信

之虞」的法定要件。

現在回到本題，本件申請註冊的商標圖樣為「勝利保肝寧 POLIMIX」，而據以異議的商標圖樣，則為「敏肝寧 MINCONLIN」，如果說前者是襲用後者，或者抄襲後者，客觀地說，似乎有些勉強。因為襲用或抄襲，最厲害的情況，是二者絲毫不差，原版重現。有的雖然不是原樣照用，但至少也要達到讓人不容易分辨的程度。可是本案的兩件商標圖樣，中文和外文都不相同。雖然整體圖樣中都有「肝寧」兩個字，不過這兩個字並不具有與眾不同的特色，例如特殊的寫法或者特有的意義。因此，從直覺上似乎看不出有襲用或抄襲的意味來。

## 二、動物用藥品與人體用藥品

除以上所述圖樣的分別以外，「勝利保肝寧 POLIMIX」商標，是指定使用於動物用藥品商品，而「敏肝寧 MINCONLIN」商標，則是指定使用於人體用藥品商品。這兩種商品的銷售通路是有很大差別的。人體用藥品一般是在藥房、藥局，中、西藥店，甚至在便利商店中，也能買到感冒藥。而動物用藥品，則只有在寵物店、動物醫院或診所，或者農藥行、肥料店等處所才能買得到。對於一般普通商品購買人而言，這兩種商品似乎不太容易發生誤認的情形。假

設有人要為自家養的狗買「勝利保肝寧」餵食，不料卻到西藥店去買了「敏肝寧」回來，這實在是很難想像的事。何況治療動物疾病的藥品，通常都是由獸醫師處方及調劑，很少有由飼主自行到商店去購買。而獸醫師對於各種動物用藥品，應該具有很高的專業識別能力，更不至於發生誤認或誤購的情形。

敘述至此，我們必須討論另一項與此有關的問題。那就是商標法施行細則第三十一條的規定。此一條文是民國八十三年修正時所增訂。條文是：「本法第三十七條第一項第七款之適用，據以不公平競爭之目的，非出於自創而抄襲他人已使用之商標或標章申請註冊，並有致公眾誤信之虞者；所襲用者不以著名商標或標章而使用於同一或類似商品為限」。

既然法令有明文規定「不以使用於同一或類似的商品為限」，而本案兩件商標根本就使用於同一類的商品，那麼前段論述所謂一個使用於動物用藥品，另一個使用於人體用藥品，應不致產生混同誤認之虞，豈不是顯然違反了法令的規定嗎。

對於此一質疑，有兩點說明。第一、此條規定乃是用以解釋及說明商標法第三十七條第一項第七款所謂「襲用」的意義，也是適用該款法律規定的條件。它所謂的「以不公平競

爭之目的，非出於自創而抄襲他人已使用之商標或標章……」，其中「以不公平競爭之目的」，乃是一種主觀的企圖，必須有客觀的事實加以佐證才行。「非出於自創而抄襲」……，則是一種客觀的事實。而所襲用者並不以著名的商標或標章為限，也不以使用於同一或類似的商品為限。不過，無論是什麼情形，都必須「有致公眾誤信之虞者」，才能構成適用該條文的要件。

第二、此一施行細則條文的增訂，其目的是為了扼阻任意抄襲他人商標的不良作風和習慣。具體地說，凡是對於他人已經具有相當知名度的商標或標章；或者是具有特殊創意，很容易引起人們注意的商標或標章，任意的抄襲，作為自己的商標而申請註冊的，只要判斷它有致公眾誤信之虞的，則不問被襲用的商標或標章其知名度如何，以及其是否使用於同一或類似商品，都可以適用該法令之規定而予以核駁。

從反面推論，本案的兩件商標圖樣，既然沒有「致公眾誤信之虞」，自然不符合該等法令所規定的條件。三、「公眾」與「一般消費者」

本案判決書指稱「……尚無使一般商品購買者發生混同誤認之虞，非屬近似之商標」。這一段應該是對於原告指稱本案商標之審定，違反了商

標法第三十七條第一項第十二款規定所作的判斷。下面接續指出：「且難謂有使一般消費者對其商品來源或產製者發生混淆誤認之虞，乃為異議不成立之審定」，這一段似乎是對於原告指稱本件商標有商標法第三十七條第一項第七款所定情事，而作出的判斷。不過該款條文所規定的是「有致公眾誤信之虞」，其所謂的「公眾」和判決書所稱的「一般消費者」有無區別？

凡是經常處理商標事務的人，在許多商標文獻中，包括判決書、審定書、決定書等等，常常會見到「一般商品購買人」、「一般商品消費者」、及「一般公眾」等等的用語，這些用語的意義有沒有不同之處？如有，其不同之處何在。作者認為，法律條文所規定的用語有其一定的意義，似乎不可以任意的加以變換。而法院的判決書，乃是國家司法機關所作的意思表示，似乎也不應該像寫小說一樣，隨著「意之所至」，愛怎麼寫就怎麼寫。

#### 四、「同類商品」與「類似商品」

現在回到本題，繼續分析本案異議的第二項理由。

第二項理由是，原告指稱本件商標之審定，違反了商標法第三十七條第一項第十二款的規定。

商標法第三十七條第一項第十二款規定：「相同或近似於他人同一商品或類似商品之註冊商標，及其註冊商標期滿失效後未滿二年者。但其註冊失效前已有三年以上不使用時，不在此限」。條文的後段和但書，不但是很囉嗦，而且和本文主題無關，所以不去管它。本案原告是指稱「勝利保肝寧」商標，與他申請註冊在先的「敏肝寧」商標圖樣近似，而且指定使用於「同類商品」，因此而違反了本條款法律的規定。

對於這一部分，首先要討論的是，「敏肝寧」商標，是民國七十九年提出申請註冊，指定使用於當時的商標法施行細則第二十四條第一類的動物用藥品商品，獲准註冊。依據當時的商標法第二十一條第二項規定：「商標專用權以請准註冊之圖樣及所指定之同一商品或同類商品為限」。而當時的商標法第三十七條第一項第十二款也規定：「相同或近似於他人同一商品或同類商品之註冊商標」者，不得申請註冊。既然商標專用權的範圍，包括了「同類商品」在內，而排除他人註冊的範圍，也包含了「同類商品」在內，那麼既然當時的商品分類法，將人體用藥品商品和動物用藥品商品，都歸屬於第一類商品，只要這兩件商標圖樣被認定為相同或近似，當然就可以適用上開法

條的規定，而審定為異議成立。

不過，現行的商標法施行細則第四十條規定：「商標異議、評定及撤銷案件之處理，適用本法新舊規定之原則如下：

#### 一、商標異議案件適用異議審定時之規定。

而本案異議審定時的商標法（即現行商標法），商標專用權的範圍，已經修正為：「以請准註冊之商標及所指定之商品為限」。不再包括「同類商品」在內。同時排除他人註冊的範圍。也已經修正為：「相同或近似於他人同一商品或類似商品之註冊商標」了。同時依據主管機關訂定的「商品類似組群」內容，人體用藥品商品和動物用藥品商品，也並不屬於「類似商品」。如此一來，審查本案，基本上就用不著去比較其圖樣是否構成相同或近似，僅以其指定使用之商品並非同一或類似，就足以作為審定異議不成立的充分理由了。

其次要討論的是，本案的兩件商標圖樣，究竟是否構成近似。

#### 五、商標圖樣近似的認定

按照原告的說法：「敏肝寧」商標，經過大量的廣告促銷，已經具有高知名度。而「勝利保肝寧」商標，其圖樣係將「勝利」和「保肝寧」分開排列，即分別為上下兩排。上排的

「勝利」兩個字，蓄意的予以縮小，「保肝寧」三個字，則刻意的放大。「保肝寧」和「敏肝寧」都是三個字，從左到右橫排，外文在下面，排列組合相同，字數也相同。兩個商標僅有字首的「保」和「敏」的不同而已，異時異地隔離觀察，難謂無使一般消費者產生混同誤認之虞。而兩商標都使用在同一類商品，其違反商標法第三十七條第一項第十二款規定，實已勿庸置疑」云云。

判決理由對此點並未作較多的論述。僅指出：以中文「肝、寧」作為商標圖樣之一部分申請註冊者，不乏其例，此有商標電腦查名報告單可稽」等等，簡單數語而已。

按本案有關此一部分的爭點，主要乃在被異議商標有無違反商標法第三十七條第一項第十二款的規定。也就是系爭商標圖樣是否與據以異議的商標圖樣構成近似，以及此二商標指定使用的商品，是否屬於同一或類似。

所謂商標圖樣近似，依據商標法施行細則第十五條第一項規定，乃指：「以具有普通知識經驗之一般商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，有無混同誤認之虞判斷之」。而所謂類似商品，則指：「應依一般社會通念，市場交易情形，並參酌該

商品之產製、原料、用途，功能或銷售場所等各種相關因素判斷之」(同條第二項)。

本案判決理由所稱：「尚無使一般商品購買者發生混同誤認之虞，非屬近似之商標」，乃是一項結論，亦即為基於主觀認識所作出之判斷。而「以中文肝、寧作為商標圖樣之一部分申請註冊者，不乏其例」，則是事實的敘述。至於根據什麼來認定「保肝寧」與「敏肝寧」兩者不近似，「尚無使一般商品購買者發生混同誤認之虞」；以及為什麼僅僅指出「以中文肝、寧作為商標圖樣之一部分申請註冊者不乏其例」的事實，就可以認定此兩件商標為不近似；以及本案二商標分別指定使用於人體用藥品商品，及動物用藥品商品，此二商品究竟是否同一或類似……，以上各項疑問，在判決理由中統通找不到答案。

按判斷及辯識商標是否構成近似的所謂「具有普通知識經驗的商品購買人」，乃是法律所擬制的一種狀況。如同民法上所謂的「善良管理人」一樣，實際上並沒有一個這樣的具體的「人」存在。而且這個「具有普通知識經驗的商品購買人」，還會隨著時間、空間，甚至於商品的不同，而有所不同。例如，購買一般婦女常用的化粧品，如面霜、口紅等商品的購

買人，和購買高級化粧品如香水、眼影膏等商品的購買人，對於某一特定商標的識別力就有不同。而購買女用化粧品的一般購買人，和化學試劑商品的一般購買人，或農藥，環境衛生藥劑等等的一般購買人，對於某一特定商標的識別力，也是有所差異的，這一點必須首先敘明。

本案的保肝寧商標，乃指定使用於動物用藥品商品，而動物用藥品，通常是在寵物店，動物醫院、診所，或農藥行、肥料行等處所銷售。一般購買此類商品者，不外為農場、牧場，獸醫師及養寵物的人等等。至於人體用藥品，其購買者，除醫院、診所等專業人員外，一般人買藥，通常須要醫師處方。只有如維他命、感冒藥水、頭痛藥，或香港腳藥膏等成藥，才會到藥房，超市或便利店去購買。

從以上說明，可知人體用藥品和動物用藥品，其「一般購買人」，基本上是屬於不同的族群。尤其動物用藥品商品的購買人，通常都是具有較高識別力的專業人士，而人體藥品商品的購買人，除非是成藥，一般尚須要醫師處方。在販賣場所及購買人所屬族群皆有明顯不同的情況下，產生混同誤認的可能性，應該是很低的。

那麼，如果是單單從圖樣來比

較，這兩件商標是否有使人產生混同誤認之虞呢。

首先要說明的是，認定商標圖樣是否構成近似，必須要依據各種因素綜合判斷之。這些因素包括了商品的性質，購買人的特質，商品行銷的地域，商標圖樣的創意，使用商標的方式，時間，商品的品質，廣告量、銷售量、企業形象，以及商標知名度等等，並不是僅僅將商標圖樣放在一處，一點一滴一筆一劃的來比較。這是非常重要的概念，凡是從事商標事務者，都應該有這種認識和素養。有人認為判斷商標是否近似，應該只比較其圖樣，不應受其他因素的影響。這是一個錯誤而且危險的做法，根本違反了商標的基本理論。

#### 六、商標圖樣的比較

現在就以本案的兩件商標圖樣做比較，圖樣如下：

勝利  
保肝寧  
POLIMIX

附圖一、

敏肝寧  
MINCONLIN

附圖二、

正如原告所稱，這兩件商標圖

樣，都是三個中文字從左到右橫式排列。而且都是中文在上排、外文在下排。被異議商標雖然多了「勝利」二字，但卻被縮小到使人不注意的程度，而且另外排一行。

不過，在藥品類的商標圖樣中，使用三個中文字從左到右橫排，而且是中文在上，外文在下的排列組合方式的，簡直可以說是數不計其數，如果不比較其他因素，單單以這種排列組合方式為準，根本就不可能產生令人心服的結論。

被異議人及判決理由都曾提到，以中文「肝、寧」作用商標圖樣之一部分申請註冊者不乏其例。被異議人並且具體地舉出「力佛肝寧」、「富旺復肝寧」、「光維肝寧」、及「三維賜肝寧」等等註冊商標為證。按上述例證而論，「肝、寧」在藥品類商品的商標，已經因為沖淡作用而失去了它原有的顯著性。所謂沖淡，也稱作減弱，或者弱化、淡化。意思是指特定的商標圖樣，因為同時有許多人使用，甚至使用在各種不同的商品上，結果使得其原有的識別、區分功能，也就是它的顯著性，逐漸地被淡化，甚至會消失。像是本來是「商標」，卻因為淡化的結果而變成了商品的通用名稱，例如在我國註冊的「壓克力」、「保力龍」、「吉甫」車等，

就是明顯的例子。

本案兩件商標圖樣中的「肝、寧」字樣，雖然尚未達到普通名稱的地步，但是其顯著性顯然已被沖淡。換言之，此類商品的商標圖樣，已經不能因為其當中有「肝、寧」字樣，就可以逕行認定其為相同或近似。不過，須要注意的是，雖然「肝、寧」字樣已被沖淡，但在比較「保肝寧」和「敏肝寧」是否近似時，仍然須要以兩個商標的整體圖樣為準，而不是僅僅以「保」、「敏」作比較，這是判斷商標近似的另一個十分重要的基本原則，卻不幸常常受到忽視。

現在就以本案的判決為例，判決理由稱：「以中文肝、寧作為商標圖樣之一部分申請註冊者，亦不乏其例」。「以中文「保肝寧」作為系爭商標圖樣之一部分，指定使用於動物用藥品商品申請註冊」，後面的一段沒有問題，因「勝利保肝寧 POLIMIX」商標的整體圖樣，是將勝利二字縮小，列在圖樣的左上角，「保肝寧」三個字最大，列在中間一排，POLIMIX 則列在最下面一排。就這個圖樣而論，說「保肝寧」是它的一部分，是沒有問題的。可是如果說「肝寧」是商標圖樣的一部分，就有討論的餘地了。因為這涉及了商標「通體觀察」的理論，以及為什麼必須以通

體觀察所得的印象為準，才能獲得商標是否近似的正確結論的原因。

#### 七、通體觀察原則

事實上，本案商標圖樣中的「肝寧」字樣，祇是構成整體圖樣的「分子」而已，並不是它的「部分」。

觀察商標圖樣是否近似，必須從它的整體圖樣使用在特定商品上的情況，用普通的注意力，所獲致的一個短暫的印象，再與以前所留下的印象，兩相比較。而不是將構成該商標整體圖樣的各個分子，割裂為一塊一塊地來相互比對。也不是將兩件商標並排在一起，一點一點地加以比對。至於所謂「異時異地、隔離觀察」，所指的乃是一種虛擬的、想像的狀況。就是想像中一位具有普通知識經驗的商品購買人，在選購商品時，用普通的注意力挑選一件自己想要的商品，而不致發生混淆誤認的情況。譬如一位家庭主婦，到超級市場去購買洗髮精或牛肉罐頭。她僅憑著上次使用該產品所留下的印象，或在電視、報紙、雜誌等所刊載廣告上得到的印象，在許多不同廠牌的相同商品中，找出她想要的那一種。在這樣的情況之下，如果有兩種商品的商標使她產生了混淆誤認，就是所謂的近似商標。

有人誤解了法律的真意，在審查

商標的時候，只顧在商標圖樣的比對上下功夫。又基於要求「公平、公正」的心態，而產生了一些只求在形式上一律的「公平標準」出來。例如三個中文字排列，只要其中有兩個字相同，就認定是近似。結果就發生了以「中國時報」標章、來核駁「中國郵報 CHINA POST」標章的超級笑話。當事者渾然不知其荒謬，反而強調其「公平」性。因為三個字當中有兩個字相同者就是近似，為何四個字當中有三字相同卻不認近似？！遺憾的是居然有相當多數的人，認為這樣的「標準」很「公平」而奉行不渝。

現在回歸本題。在本案中，想像

一個身體不適的人，看了電視廣告，或者拿了醫師處方去買「敏肝寧」，他有無可能走進寵物店或者農藥店去買了「勝利保肝寧」回家？由此可知，判斷這兩件商標是否有使一般商品購買人產生混同誤認之虞，並不是一件十分複雜或者非常困難的事。然而本案卻從民國八十三年就開始爭訟，一直到八十六年十一月始告確定，在此漫長期間內，不但兩造當事人陷入訟累而苦不堪言，各個有關政府機關，同樣也爲了此類案件而忙得疲於奔命。有沒有改進的途徑呢，似乎是一個很值得思考的題目。

(本文作者現爲本局顧問)