

兼論「金琵琶」與琵琶圖形



「有無構成近似

當我們在購物辨識商標之際，不外以視覺、聽覺與印象三方面觀察，故商標圖樣近似之態樣有外觀、讀音與觀念之別。今筆者僅針就商標觀念探討之：

觀念之近似，乃兩商標之意義相同或近似，致有混同誤認之虞也。所謂意義相同或近似，當以兩商標表現相同之構想及概念以為斷。故商標圖樣之構想及概念相同，縱其外觀或讀音不相似，仍屬近似之商標，因為一般消費者選購商品，常以往昔對商標由視察或聽覺所得之心理印象為基礎，故商標之構想或概念有所相似，即足以惹起混淆誤認也。茲可證諸行政院七十六年判字第一八〇四號判決意旨益明：「按商標在外觀、觀念或讀音方面有一近似者，即為近似之商標；又，所謂商標『觀念近似』，係指商標文字或圖形、記號表現之意義或

概念，在一般人之視覺或聽覺等感官作用所得之心理印象，有引起混同之言」。茲列舉國內不同案例，藉以探知商標觀念近似之基準：

1. 「正金」商標與「真金」商標，「正」與「真」字，均具有真正之意，二者意義並無不同（行政院七十七年判字第一二二七號判決）。

2. 「白鵝 WHITE SWAN」商標圖樣之中文「白鵝」，外文「WHITE SWAN」與「天鵝及圖 YG」商標圖樣上之黑底白色鵝圖形「」意義相同（行政院七十六年判字第八六九號判決）。

3. 「大象」與「ELEPHANT」觀念混同（行政院七十七年判字第一六九號判決）。

4. 「DORCAS 及圖」商標圖樣上之羚羊圖形「」與已註冊之「羚羊牌 ANTELOPE

及圖「商標圖樣之中文「羚羊」及外文「AN-TELOPE」相同，觀念上構成近似，有引起混淆誤認之虞（行政法院七十一年判字第一四四六號判決）。

5. 「品泰及圖」與「海鷗牌」均為鳥圖形，觀念近似（行政法院七十三年判字第二十三號判決）。

6. 「FIFTH AVENUE」與「5TH STREET」觀念近似（行政法院七十六年判字第一九〇號判決）。

再進一步言，決定兩商標之觀念相似與否，學者或實務多主張依其主要部份定之，惟商標觀念，並非皆於主要部份表現之，其亦有因主要部份與附屬部份或顏色等其他情形互相配合呼應，而表現一完整商標觀念，故辨別商標近似與否，於實務上既有採通體觀察以及主要部份為之，則決定觀念之近似，自不應除外，仍應以二者兼採為妥。

在討論有關標題所示之「金琵琶」與琵琶圖形「」是否構成近似前，先藉由兩案例認識「金」字在一般商標圖樣中之含意：

1. 「金印」應為「金質印章」之意，其主要部份係「印」（名詞）而非「金」（在此乃為形容詞之用），與單一「金」字之觀念，不構成近似（行

政法院七十五年判字第八〇二號判決）。

2. 「金」為一般習慣上通用之形容詞，為「純」、「上等」、「好」之意，故「金高雄」之主要部份乃係「高雄」為院轄市之名稱，營業所在地之說明（經濟部經（七三）訴二二五七二號訴願決定書）。

由上案例可知「金」字若置於名詞之前，多被視為形容詞之用，不具商標標示性，在審查實務上亦多因其非主要部份而被除外，是依前揭二案例所示，「金琵琶」商標因「金」為一般習慣上通用之「好」或「金色」等形容詞之用，其主要部份係「琵琶」樂器名詞，故與琵琶圖形「」予人心理印象相同，均指同一種樂器，似屬觀念近似無疑；惟經查閱資料得知，「金琵琶」係一昆蟲名稱，又名「松蟲」，與蟋蟀同類，如圖：，顯然「金」字在此非形容詞之用，是否可同前揭案例之解釋，不無疑義，蓋其與「琵琶」二字連用時有其特定意義，應就商標圖樣整體觀察，不得分割，故就「金琵琶」整體文字之意義概念，與琵琶圖形「」截然不同，即前者係昆蟲名，後者則係樂器圖形，予人印象南轅北轍，應作觀念不近似為宜。此係筆者之見解，僅供諸君參考。