

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：許曉芬 博士



新型態商標之研究  
—以歐洲及我國實務判決為中心

The Study on New Types of Marks  
—Focus on the Court Decisions in Europe and Taiwan

研究生：陳俞均

中華民國一〇二年一月

## 摘要

隨著科技迅速發展以及商業活動多元化，業者們行銷商品或服務的方式不斷推陳出新，為吸引消費者的注意，漸漸地發展出立體、聲音、顏色等不同於以往的新商標型態，而時至今日，不只立體、聲音或顏色商標，氣味、觸感、動態影像與全像圖，亦可能成為商品或服務的識別標識。為此，我國於一百年即修正商標法以擴大保護新型態商標。

這些新型態商標要註冊成為商標，亦須通過功能性、公共使用需求、公平競爭、識別性、符合圖文表示等要素之審查，而因為歐洲國家對於新型態商標之保護意識比我國早，有關新型態商標保護議題之討論以及法院實務判決較為豐富，判斷基準也較完善嚴謹，因此本文即先就在程序上，商標申請註冊所必須要符合之圖文表示要件進行研究，再以是否進入商標識別性要件討論為分水嶺，試圖釐清歐洲與我國哪些情況是從一開始即因公益而應排除給予新型態商標保護之類型，接下來則就商標本身判斷是否符合先天識別性、或是經長期使用而取得後天識別性給予商標保護所需具備之要件進行介紹。又本文以是否可以視覺感知作為分類標準，將新型態商標分為視覺可感知之新型態商標及非視覺可感知之新型態商標，分別透過歐洲豐富的案例中，研究歐洲實務對圖文表示、先天識別性及後天識別性所建立之標準為何，再從我國相關實務案例進行對照比較。透過分析歐洲新型態商標案例，研究歐洲對於擴大保護新型態商標之發展趨勢，並回歸我國法律規範面和審查及司法實務面，探討目前我國對於新型態商標保護所碰到之難題。

我國未來將會有越來越多新型態商標申請註冊的實務案例，雖對於審查機關、相關業者及消費者都是新的挑戰，但對於我國商標制度的發展也是不同的契機，希冀我們能從其中找尋並建立一套屬適合我國新型態商標完整的審查基準。

**關鍵字：**新型態商標、特殊型態商標、非傳統商標、功能性、先天識別性、後天識別性、圖文表示、保持公共使用需求、立體商標、顏色商標、聲音商標、氣味商標、味道商標、動態商標、全像圖商標、觸摸商標、位置商標

## 謝辭

終於到了進入研究所後就開始期盼的寫謝辭的時刻，心情是如此雀躍卻又十分不捨，因為論文的完成也代表著我即將結束研究所的生活。

首先，真心感謝我的兩位口試委員熊誦梅法官和沈宗倫老師，針對論文的實質內容和形式格式上給予我許多珍貴的意見，在口試過程中也提供我許多未來可以思考、學習的方向，且兩位老師十分和藹親切，讓我緊張的心情和緩許多，謝謝老師們！接著我要特別感謝我的指導教授許曉芬老師，從 2012 年農曆過年期間，老師十分煞風景得寄了封名為開春論文進度的 mail 給我開始，幾乎是每個月就和老師咪聽一次，這樣的壓力讓我再寫不出來也得擠出點東西，使我不敢太怠惰。寫作期間因為碰到國考，老師也包容我，同意我中斷 4 個月念書，從 11 月再開始繼續寫，到最後論文收尾時，因為時間太緊迫，老師兒曾晚上 11 點把我帶到家中討論，還抽空到我家附近 MOS 看我的論文，現在都成為我特別的回憶呢！能在東海遇到一個如此有能力又美麗，幾乎是我想成為的模樣的老師，真的很幸運！謝謝妳！

東海法研的老師們各個都對學生很關心，在大學時只上過蕭淑芬老師一門課，謝謝蕭淑芬老師到研究所時還記得我的名字，修蕭老師的法學日文及基本人權課程，受益良多；林恩璋老師的法學寫作方法課程，對於寫論文的幫助很大；從大學到研究所總是不吝鼓勵的曾品傑老師所開的財產法專題，督促著我要上進；而曉芬老師兒的智慧財產權比較法和法學法文課程，讓我第一次覺得歐洲法制和商標法似乎有點有趣，現在想想可能是我會寫這本論文的契機吧！另外，在研究所期間，因為在系辦幫忙東海法學研究期刊的編輯，特別感謝美蘭學姊的指導，也感謝陳運財老師、溫豐文老師、高金桂老師每次在系辦碰到我時，對我的關心。還有系辦耀州學長、鐘範、禾里助教平時的幫忙。真的很感謝老師們和助教們。

接著，我要感謝我的直屬學長小江和直屬學姊瑩玲，在大學你們就給我許多課業上的指導，之後你們都考上了研究所，讓我有追隨的模範，才能順利進入東海法研所就讀。也要感謝東海法研的有朋學長、讚鵬學長、易芬學姊，給予我鼓勵和幫助。在東海法研所，認識了給我安定力量的曉蓆、一起

寫論文的嘉微、可愛貼心的鈴育、美麗大方的于禎、聰明風趣的韋仁、多才多藝的國仁、哈韓的偉成，還有晨賢和懋銓，我們一起去韓國旅遊、喝咖啡、看花海、去九族玩、清境二日遊、念書、考試、聊天、抱怨...，度過許許多多的時光，回憶滿載，很高興能認識你們。其中，我要特別感謝曉蓄和嘉微，曉蓄總是能給我正面的力量和看法，可靠又認真的態度是我要學習的，而嘉微和我一起勇度許多次的研討會，一起分享快樂、抱怨苦水，和你們還有怡慧室友的住宿時光亦是充滿歡笑。

研究所期間總是有許多大大小小的研討會要舉辦，除了嘉微之外，也要感謝子琦、侑妮、文柔、芊荷、奕彰學弟、和其他學弟妹的幫忙，才能一起完成每次的研討會。另外，還要感謝熱心貼給我歐洲法院網址的大學同學嘉彥，在口試前給我加油打氣的維麟、懿庭、瑋婷，還有優秀的高中同學千鶴、大喔、小喔、小黑，妳們是我往前進的動力。

當然，還要特別感謝從大學準備研究所開始就陪伴在我身邊一起努力的政憲，謝謝你平時對我的鼓勵、忍耐我的暴躁脾氣，更特別從學校快遞資料到家裡，真心感謝！最後，也是最感謝的我的家人，謝謝我的阿嬤爺爺非常關心、照顧我，我的爸爸和媽媽總是不顧一切給予我所需，讓我完成碩士學位，接下來我一定會好好努力，報答你們！而我兩個聰明可愛的妹妹玟臻和玟霖，我們無話不說到處搞笑，是我生活中的開心果和好夥伴，還有我們家最最可愛的小 Kobe，每每露出無辜的表情，似懂非懂的傾聽，惹人憐愛，你們都是幫助我度過論文寫作痛苦日子的力量，我真的很愛你們！謝謝你們！

俞均 謹誌于台中

2013/2/18

# 【目 錄】

## 簡 目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	5
第一項 研究範圍.....	5
第二項 研究方法.....	6
第三節 論文架構概述.....	7
第二章 歐洲與台灣商標制度沿革及商標型態發展.....	9
第一節 商標制度沿革.....	9
第一項 歐洲.....	9
第二項 台灣.....	13
第二節 商標型態發展.....	17
第一項 歐洲.....	17
第二項 台灣.....	19
第三節 國際條約、歐洲與台灣商標保護客體比較.....	22
第三章 形式要件：新型態商標關於圖文表示申請註冊要件之判斷.....	28
第一節 視覺可感知新型態商標.....	28
第一項 歐洲.....	28
第二項 台灣.....	32
第三項 視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較.....	34
第二節 非視覺可感知新型態商標.....	36
第一項 歐洲.....	36
第二項 台灣.....	48
第三項 非視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較.....	52
第四章 實質要件：新型態商標與功能性及保持公共使用需求之關係.....	55
第一節 保持公共使用需求之意義.....	55
第二節 歐洲.....	57
第一項 基於功能性.....	57
第二項 基於公共利益.....	62
第三節 台灣.....	64
第一項 基於功能性.....	65
第二項 基於公共利益.....	70
第四節 歐洲與台灣關於功能性及保持公共使用需求之比較.....	71
第五章 實質要件：新型態商標先天識別性與後天識別性之判斷.....	75
第一節 視覺可感知新型態商標.....	75

第一項 視覺可感知新型態商標之定義與種類.....	75
第二項 視覺可感知新型態商標之先天識別性.....	104
第三項 視覺可感知新型態商標之後天識別性.....	121
第四項 視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較.....	134
第二節 非視覺可感知新型態商標.....	139
第一項 非視覺可感知新型態商標之定義與種類.....	139
第二項 非視覺可感知新型態商標之先天識別性.....	149
第三項 非視覺可感知新型態商標之後天識別性.....	158
第四項 非視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較.....	164
第六章 結論.....	168
參考文獻.....	176



## 【表目錄】

表 1 我國商標法保護商標態樣的沿革表.....	21
表 2 國際條約、歐洲與台灣商標保護客體比較表.....	24
表 3 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷因素比較表.....	35
表 4 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷因素比較表.....	53
表 5-1 我國立體商標（商品本身的形狀）註冊案例表 .....	79
表 5-2 我國立體商標（商品包裝容器之形狀）註冊案例表 .....	80
表 5-3 我國立體商標（立體形狀標識）註冊案例表 .....	81
表 5-4 我國立體商標（聯合式）註冊案例表 .....	81
表 6 歐洲立體商標註冊案例表.....	82
表 7 我國顏色商標註冊案例表.....	86
表 8-1 歐洲顏色商標（顏色組合）註冊案例表 .....	87
表 8-2 歐洲顏色商標（單一顏色）註冊案例表 .....	90
表 9-1 歐洲動態商標（移動影像）註冊案例表 .....	93
表 9-2 歐洲動態商標（商品本身外觀形狀或商品產生特定動作）註冊案例表 .....	96
表 9-3 歐洲動態商標（手勢商標）註冊案例表 .....	98
表 10 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷因素比較表.....	136
表 11 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷因素比較表.....	138
表 12 我國聲音商標註冊案例表.....	141
表 13 歐洲聲音商標註冊案例表.....	142
表 14 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷因素比較表.....	165
表 15 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷因素比較表.....	167

## 【圖目錄】

圖 1 本論文研究架構圖.....	8
圖 2 新型態商標審查流程圖.....	172

# 【目 錄】

## 詳 目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	5
第一項 研究範圍.....	5
第二項 研究方法.....	6
第三節 論文架構概述.....	7
第二章 歐洲與台灣商標制度沿革及商標型態發展.....	9
第一節 商標制度沿革.....	9
第一項 歐洲.....	9
第二項 台灣.....	13
第二節 商標型態發展.....	17
第一項 歐洲.....	17
第二項 台灣.....	19
第三節 國際條約、歐洲與台灣商標保護客體比較.....	22
第三章 形式要件：新型態商標關於圖文表示申請註冊要件之判斷.....	28
第一節 視覺可感知新型態商標.....	28
第一項 歐洲.....	28
第二項 台灣.....	32
第三項 視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較.....	34
第二節 非視覺可感知新型態商標.....	36
第一項 歐洲.....	36
第一款 聲音商標.....	36
第二款 氣味與味道商標.....	40
第三款 觸摸商標.....	47
第二項 台灣.....	48
第一款 聲音商標.....	48
第二款 氣味與味道商標.....	49
第三款 觸摸商標.....	52
第三項 非視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較.....	52
第四章 實質要件：新型態商標與功能性及保持公共使用需求之關係.....	55
第一節 保持公共使用需求之意義.....	55
第二節 歐洲.....	57
第一項 基於功能性.....	57
第一款 立體商標.....	57

第二款 其他新型態商標.....	62
第二項 基於公共利益.....	62
第三節 台灣.....	64
第一項 基於功能性.....	65
第二項 基於公共利益.....	70
第四節 歐洲與台灣關於功能性及保持公共使用需求之比較.....	71
第五章 實質要件：新型態商標先天識別性與後天識別性之判斷.....	75
第一節 視覺可感知新型態商標.....	75
第一項 視覺可感知新型態商標之定義與種類.....	75
第一款 視覺可感知新型態商標之定義.....	75
第二款 視覺可感知新型態商標之種類.....	77
第一目 立體商標.....	77
第二目 顏色商標.....	85
第三目 廣義動態商標.....	91
第四目 位置商標.....	101
第五目 全像圖商標.....	102
第二項 視覺可感知新型態商標之先天識別性.....	104
第一款 立體商標.....	105
第一目 歐洲.....	105
第二目 台灣.....	110
第二款 顏色商標.....	113
第一目 歐洲.....	113
第二目 台灣.....	115
第三款 廣義動態商標.....	118
第一目 歐洲.....	118
第二目 台灣.....	120
第三項 視覺可感知新型態商標之後天識別性.....	121
第一款 立體商標.....	122
第一目 歐洲.....	122
第二目 台灣.....	123
第二款 顏色商標.....	127
第一目 歐洲.....	127
第二目 台灣.....	129
第三款 廣義動態商標.....	133
第一目 歐洲.....	133
第二目 台灣.....	133
第四項 視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較.....	134
第一款 視覺可感知新型態商標先天識別性之判斷因素比較.....	134

第二款 視覺可感知新型態商標後天識別性之判斷因素比較.....	136
第二節 非視覺可感知新型態商標.....	139
第一項 非視覺可感知新型態商標之定義與種類.....	139
第一款 非視覺可感知新型態商標之定義.....	139
第二款 非視覺可感知新型態商標之種類.....	140
第一目 聲音商標.....	140
第二目 氣味與味道商標.....	145
第三目 觸摸商標.....	148
第二項 非視覺可感知新型態商標之先天識別性.....	149
第一款 聲音商標.....	149
第一目 歐洲.....	149
第二目 台灣.....	151
第二款 氣味與味道商標.....	153
第一目 歐洲.....	153
第二目 台灣.....	156
第三款 觸摸商標.....	157
第一目 歐洲.....	157
第二目 台灣.....	157
第三項 非視覺可感知新型態商標之後天識別性.....	158
第一款 聲音商標.....	158
第一目 歐洲.....	158
第二目 台灣.....	159
第二款 氣味與味道商標.....	161
第一目 歐洲.....	161
第二目 台灣.....	161
第三款 觸摸商標.....	163
第一目 歐洲.....	163
第二目 台灣.....	164
第四項 非視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較.....	164
第一款 非視覺可感知新型態商標先天識別性之判斷因素比較..	164
第二款 非視覺可感知新型態商標後天識別性之判斷因素比較..	166
第六章 結論.....	168
參考文獻.....	176

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

商標為表彰商品或服務之標識，是人類展開商業活動下的產物，隨著近年來工商企業發展快速，商業交易型態活潑多元，貿易自由化、國際化的今日，使得越來越多的商標出現，而商標背後所代表的商品或服務價值及商業信譽之經濟價值與社會價值無窮，是需要藉由法律加以保障的。正因如此，我國商標法所保護商標之註冊客體，已非傳統單純文字、圖形型態之商標所能涵蓋。

為了活絡產業的發展及適應當今產業交易型態的活潑多元，我國乃於民國九十二年五月二十八日修正商標法第五條第一項為，商標係得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。而於民國一百年又再次修正商標法第十八條第一項為，商標係指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。這次修法開放了任何足以識別商品或服務來源之標識皆可成為商標註冊之保護客體，例如動態（Motion）、全像圖（Hologram）等標識，均可以作為商標註冊，以鼓勵工商企業界，發揮其商業創意，靈活創造商標價值及信譽<sup>1</sup>。

所以現在我們熟悉的 007 系列電影片頭，英國情報員詹姆斯龐德手持槍枝、以及美女身形的活動影像、大手牽小手的手機開機動態影片、獅子吼或手持火炬自由女神的電影片頭、信用卡上的飛鳥或世界地圖雷射圖<sup>2</sup>，都可望

---

<sup>1</sup> 「商標法」修正重點簡介，經濟部智慧財產局，  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw)，最後瀏覽日：2012/12/30。

<sup>2</sup> 申請註冊非傳統商標，停、看、聽！經濟部智慧財產局，  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/News\\_NewsContent.aspx?NewsID=6041](http://www.tipo.gov.tw/ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=6041)，最後瀏覽日：2012/11/30。

可望成為合法註冊的新型態商標<sup>3</sup>。又雖然新修正商標法第十八條並未如原先修正草案一樣將氣味商標例示於條文中，但因採取開放式之規定，即商標保護之客體並不限於所例示之情形。故不只是此次修法引起熱烈討論之氣味商標，亦或是國外已有之商標類型如味覺、觸覺或其他態樣之商標，在符合一定要件下，仍得申請註冊商標保護。

從經濟部智慧財產局（本文以下簡稱智財局）商標檢索系統查詢可知，自民國九十二年，開放單一顏色、聲音及立體商標註冊，截至民國 101 年 5 月底，顏色商標申請量為 308 件、聲音商標申請量為 98 件及立體商標的申請量為 1186 件，而從民國 101 年 7 月 1 日起，更是因應國際潮流，擴大商標保護客體至動態影像、全像圖或其他非以視覺感知的氣味或觸覺商標等任何可喚起消費者產生特定品牌印象的標識，都可以向智財局申請商標註冊取得商標權。至民國 101 年 12 月止在短短的五個月間，全像圖商標申請量為 3 件、動態商標申請案為 1 件、觸摸商標申請量為 1 件，而氣味商標申請量則有 6 件。這些新型態商標可以使商品或服務型態更活潑多元，吸引消費者更多目光，而業者們在智財局及新聞媒體的宣導之下，對於利用商標註冊制度保護自身權益及創意亦顯得躍躍欲試<sup>4</sup>。

#### 「與貿易有關之智慧財產權協定」(Trade Related Aspects of Intellectual

<sup>3</sup> 一般而言，傳統商標係指已能廣為消費者所認知以文字、圖形、記號等組合而成之商標，惟隨著科技發展，消費者認知亦隨之漸漸改變，較為新穎、創新的立體商標、聲音商標、顏色商標、聲音商標、氣味商標、味道商標、位置商標、動態商標、全像圖商標、觸摸商標及手勢商標等商標型態也可能成為區辨商品或服務來源之標識，對於這類型態商標並沒有一個統一的名字，我國審查基準稱為非傳統商標，即排除傳統類型之商標，其他商標型態皆可稱之為非傳統商標；我國智財局檢索系統則稱為特殊型態商標；而 WIPO 內部文件則以歸納的方式將上述之商標歸納稱之為新型態商標 (New Types of Marks)，本文統一以新型態商標稱之，惟在引用我國非傳統商標審查基準及特殊型態商標檢索系統時，則維持以非傳統商標、特殊型態商標之名稱。

<sup>4</sup> 經濟部智慧財產局，同註 2；氣味或觸覺等喚起消費品牌印象商標 7 月 1 日起可申請註冊，<http://tw.news.yahoo.com/%E6%B0%A3%E5%91%B3%E6%88%96%E8%A7%B8%E8%A6%BA%E7%AD%89%E5%96%9A%E8%B5%B7%E6%B6%88%E8%B2%BB%E5%93%81%E7%89%8C%E5%8D%B0%E8%B1%A1%E5%95%86%E6%A8%99-7%E6%9C%881%E6%97%A5%E8%B5%B7%E5%8F%AF%E7%94%B3%E8%AB%8B%E8%A8%BB%E5%86%8A-100451259.html>，最後瀏覽日：2012/11/30；氣味、觸覺 下月起都能註冊商標，自由電子報，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jun/19/today-life12.htm>，最後瀏覽日：2012/11/30。

Property Rights，簡稱 TRIPS）在第十五條<sup>5</sup>規定商標保護客體之條文中，明文會員國可以限定只以視覺可感知（visually perceptible）之商標作為該國商標註冊之要件。在世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization，簡稱 WIPO）的文件中亦有以此為分類<sup>6</sup>。因此在這些新型態商標中，我們可以「可否以視覺感知」作為分類的標準，將新型態商標分為兩類：

一、視覺可感知之新型態商標

- （一）立體商標（Three-dimensional trademarks）
- （二）顏色商標（Color marks）
- （三）動態商標（Motion or multimedia signs）
- （四）位置商標（Position marks）

二、非視覺可感之新型態商標

- （一）聲音商標（Sound marks）
- （二）氣味商標（Olfactory or scent marks）
- （三）味道商標（Taste marks or gustatory signs）
- （四）觸摸商標（Tactile、Texture or feel marks）

雖然這些新型態商標類型的審查與一般傳統商標並無不同，皆須不具有功能性、有識別性、符合圖文表示且不致使相關消費者產生混淆之虞，但是新型態的商標因較傳統商標來得新穎、變化多端，因此較不易為消費者所習慣、認知，一般消費者大多不會一開始就將它們視為表彰商品或服務來源的商標，而是需要被告知、教導和說明，才會有所認知<sup>7</sup>。又人類的視覺一直以來是最主要用來辨識商品或服務來源的感官，故新型態商標類型中之非視覺

---

<sup>5</sup> Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights *Article 15* “Protectable Subject Matter 1. Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademarks. Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services, Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use. Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.”

<sup>6</sup> WIPO Secretariat, *METHODS OF REPRESENTATION AND DESCRIPTION OF NEW TYPES OF MARKS*, SCT/17/2, March 29, 2007.

<sup>7</sup> 朱稚芬、鍾桂華，非傳統商標之「看不到」篇—以美國與歐洲案例為中心，智慧財產權月刊第 109 期，經濟部智慧財產局，2008 年 1 月，頁 94。

可感知新型態商標因為無法用眼睛看到，又較視覺可感知之新型態商標難以被消費者視為表彰商品或服務來源的商標。因此，在商標保護客體越擴大、多樣化的今日，對審查實務的考驗就越大，如何維護權益和執行審查都是挑戰<sup>8</sup>。

我國商標法之立法例不只參考歐洲，也曾參考英國、澳洲、美國、德國及日本等國<sup>9</sup>，惟歐洲為國際商標制度的搖籃，如一八五七年法國制定世界第一部商標法、歐洲各國於一八八三年成立保護產業財產權之巴黎公約，承認商標為工業財產權、歐洲經濟共同體之建立更進一步在歐洲建立統一的商標制度等，對於商標保護制度較為完善。而由我國幾次修正商標法及修正審查基準內容，可以看出譬如像我國商標法改採例示規定，不再限制商標法對新型態商標保護之類型、對於立體商標功能性判斷開始偏向不必再考慮是否有其他立體形狀可以達成相同技術等，有向歐洲制度靠攏之趨勢，且歐洲法院對於新型態商標之功能性、圖文表示要件係採取較嚴格的態度，再針對不同類型之新型態商標所遇之困難作調整，譬如歐洲法院曾對聲音商標之圖文表示立下只能以五線譜呈現之嚴格標準，惟因非音樂性質之聲音商標無法以五線譜呈現，所以歐洲即針對聲音商標圖文表示的方法作出放寬，申請人可以附上聲音電子檔作為申請附件，歐洲審查機關並不會因此而駁回申請案。了解歐洲商標制度及新型態商標保護之規定與發展為何，將有助我們更全面性地了解新型態商標之發展趨勢以及如何突破審查上所遇之困境，格外值得我們參考。因此，本文撰寫的目的即在藉由分析目前我國實務對於各項新型態商標之審查運作方式，針對法律規定面及實務審查面提出說明，並比較歐洲之相關法律規定與實務判決，提出檢討，期望能對我國未來就新型態商標之相關法制及審查思考有所助益。

---

<sup>8</sup> 王美花，非傳統商標之審查及檢討與改進，智慧財產權月刊第 84 期，經濟部智慧財產局，2005 年 12 月，頁 47。

<sup>9</sup> 智慧財產局商標法修法專區，

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw)，最後瀏覽日：2012/11/30。

## 第二節 研究範圍與方法

### 第一項 研究範圍

近年來因為商業的蓬勃和科技的發展，文字、圖形或記號等組成之平面商標已不足以吸引消費者的注意，業者想從激烈的商業競爭中脫穎而出，使得商標的設計更活潑多元，漸漸有由平面轉向立體，由靜態變成動態，由視覺跨足非視覺之發展趨勢，只為藉此與其他相關業者區別，以吸引消費者更多的注意<sup>10</sup>。

因此本文主要探討之內容便是可以視覺感知之新型態商標，如立體商標、顏色商標、動態商標及位置商標等，以及非視覺可感知之新型態商標，如聲音商標、氣味商標、味道商標及觸感商標等，這些新型態之商標與傳統型態商標有何不同，及新型態商標就保持公共使用需求、先天識別性、後天識別性應如何判斷以及如何以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現圖文表示，作法律面和實務面的探討。

又因為我國於民國九十二年五月二十八日修正商標法時將單一顏色、立體形狀、聲音納入商標保護客體，而動態、全像圖、氣味、觸覺及其他具有識別性之標識則於民國一百年六月二十九日修正商標法時始納入商標保護之客體，對於新型態商標，尤其是動態、全像圖、氣味、觸覺等商標之保護規定及審查標準之輪廓似較為不清楚，故本文參考對於商標保護有一定歷史發展之歐洲商標法及歐洲法院對於新型態商標之識別性、功能性、圖文表示，以及保持公共使用需求等所作出之規定及判決，作比較及論述。

---

<sup>10</sup> 高秀美，擴大保護非傳統商標之介紹，智慧財產權月刊第 127 期，經濟部智慧財產局，2009 年 7 月，頁 53。

## 第二項 研究方法

本文主要係探討歐洲與我國就新型態商標保護之法制規範及實務審查作比較，因此除了參酌我國相關文獻及法院判決外，亦需查詢歐洲法院之判決及相關外國文獻、網站，故本文寫作方式採用文獻分析法、比較分析法以及實證研究法作為研究之方法。

### 一、文獻分析法：

本文參考我國及外國學者之期刊文章、我國學位論文、我國法院實務判決、歐洲法院實務判決、我國智財局相關資料及商標檢索系統等，就歐洲與我國之商標法制度發展及新型態商標保護之法制規定以及保護審查要件，進行分析與歸納。

### 二、比較分析法：

本文以歐洲第一指令（First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks）<sup>11</sup>和歐洲商標規則（(EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Marks，英文簡稱 CTMR）<sup>12</sup>與我國商標法就歷史沿革及商標保護客體進行比較，並且從 OHIM（The Office for the Harmonization in the Internal Market，簡稱 OHIM）<sup>13</sup>、歐洲法院 CURIA（Court of Justice of the European Union，簡稱 CURIA）<sup>14</sup>網站查詢、選取有關新型態商標之判決案例或申請案例，分析歐洲實務對於新型態商標保護要件之審查態度，再從我國司法院法學資料檢索系統、智財局商標檢索系統查詢、選取我國有關各種新型態商標之申請案或法院判決案例，就智財局和我國法院之見解進行歸納分析，接著比較分析歐洲與我國對於新型態商標申請註冊保護要件之態度相異之處為何。

---

<sup>11</sup> 西元 2008 年修正後現為 DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008.

<sup>12</sup> 西元 2009 年修正後現為 COUNCIL REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark.

<sup>13</sup> OHIM 網址：<http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.en.do>，最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>14</sup> CURIA 網址：[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)，最後瀏覽日：2013/1/30。

### 三、實證研究法：

本文從歐洲 OHIM、CURIA 網站及我國司法院法學資料檢索系統、智慧財產局商標檢索系統查詢並統計截至本文撰寫之時，各種新型態商標申請案數量多寡，並就成功註冊商標之案例為何進行介紹。再由歐洲法院判決及我國法院判決之內容以及相關審查基準之規定，分析歐洲與我國在法律面及實務面對於新型態商標註冊審查要件及態度為何。

## 第三節 論文架構概述

本文共有六章，說明如下：

第一章緒論，除了指出本文研究動機與目的，點出問題概況外，亦說明研究採用之方法與研究範圍，並簡要介紹本文架構。

第二章歐洲與台灣商標制度沿革及商標型態發展，分別介紹歐洲與我國商標制度歷史與商標保護、新型態商標法律規範之發展。

第三章形式要件：新型態商標關於圖文表示申請註冊要件之判斷，則針對歐洲與我國視覺及非視覺可感知新型態商標之圖文表示方法，從法院判決及相關審查基準中進行比較與分析。

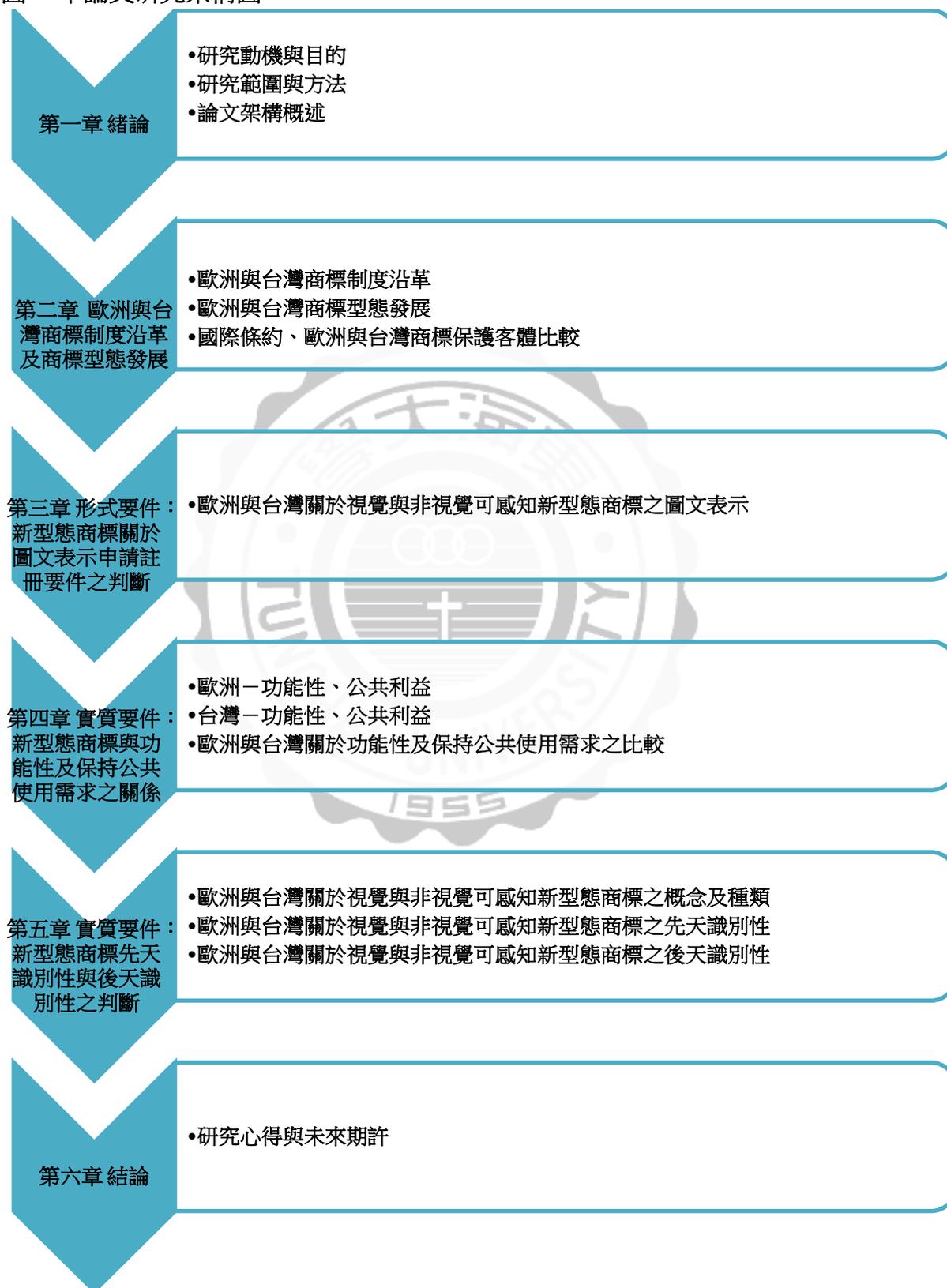
第四章實質要件：新型態商標與功能性及保持公共使用需求之關係，本文就歐洲與我國在進入商標識別性要件有無之審查前，因考量保持公共使用需求而應先排除商標註冊可能性之商標態樣和考量因素作歸納並比較、分析、檢討。

第五章實質要件：新型態商標先天識別性與後天識別性之判斷，針對歐洲與我國視覺及非視覺可感知新型態商標種類、申請案進行介紹，且就歐洲與我國有關先天識別性、後天識別性之商標保護審查要件，從法院判決及相關審查基準中進行比較與分析。

第六章結論，歸納本文研究心得，期許對未來我國新型態商標之發展有所裨益。

本文研究架構圖如下：

圖 1 本論文研究架構圖



## 第二章 歐洲與台灣商標制度沿革及商標型態發展

歐洲為國際商標制度的搖籃，不遺餘力在建立健全的商標制度，促進歐洲共同體經濟法發展，也使商標保護之國際化更加明顯，此一新趨勢於我國之商標法影響為何，值得討論。因此本章分別就歐洲及台灣商標制度之沿革與商標型態之發展，個別加以探討。

### 第一節 商標制度沿革

#### 第一項 歐洲

商標，係指任何得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成之標誌，而足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者。現行之商標法將商品與服務合為商標使用之範圍，與遠古時期之所有權標記<sup>15</sup>、團體標記<sup>16</sup>及個人標記<sup>17</sup>在功能上有所不同。商標的英文是「Trade mark」，「Trade」即指交易或貿易而言，「mark」則是一種標記，商標「Trade mark」是交易上使用的標記<sup>18</sup>，可知不論是現行之商標或是遠古的各種標記，都與各時期之商業活動緊密結合，一方面保障商標權人之正當利益，使經濟活動得以順利進行，另一方面保障消費大眾之利益，使經濟活動之秩序得以維持，商標扮演著對經濟發展與維護工商秩序舉足輕重的角色。

<sup>15</sup> 在有文字前，人類在自己的所有物上烙印標記，如石器時代的石器上之記號大部分可能是姓名及年份、各家農場的牛羊均烙印各自的標記，到了買賣交易時，此標記即代表出賣人的商業標記。詳見鄭中人，智慧財產權法導讀，增訂三版，五南圖書出版，2007年3月，頁141。

<sup>16</sup> 中古時期歐洲大陸各個行業均有類似公會的組織，掌管該行業的經濟活動，為防止別的組織的產品入侵，而使用標記以便辨識。詳見鄭中人，同前註，頁142。

<sup>17</sup> 古早時候的歐洲家庭，當小孩成年時，會傳承給小孩一些東西，以代表這個家庭的記號，若該家庭從事商業買賣時，該記號即成為商業之標記。詳見鄭中人，同前註。

<sup>18</sup> 鄭中人，同前註，頁141。

歐洲商標制度之所以特殊是在於，其在歐洲共同體內建立一個統一之商標制度，而與其他透過國際間雙邊或多邊條約促進商標保護國際化之方式不同。以多邊或雙邊條約保護商標，雖可使商標申請人除在其本國外，亦能較方便地取得他國之商標註冊，並使其在他國之地位得到相當之保障，惟基本上申請人所取得者乃各個締約國之商標權，且一締約國對於是否給予其商標權之保護，仍有相當之決定權<sup>19</sup>。是以在一國可取得商標註冊，在他締約國卻未必能取得，而縱使能取得他國之商標註冊，仍須遵守各締約國國內之商標註冊規定，同一之商標在每一締約國受保護之內容與範圍並不一致，如此不僅會造成商標權人之困擾，亦會妨礙國際間商品與服務之流通<sup>20</sup>。為了促進歐洲共同體內經濟成長與安定，使商品在歐洲市場內自由流通而得不受各國商標保護範圍之限制，歐洲共同體即朝單一註冊與超國家性之方向建立一統一之商標法。

歐洲早在中世紀以前就有標記、符號等的使用，當時在自己之器物、家禽家畜、家園上寫下自己的名字或代表之圖樣，以彰顯所有權之歸屬。到了中世紀行會的興起，商標之使用更為發達，當時除了商品之製造人在自己製造之物品上（如陶器、金銀、鐵器、布、乳酪、奶油、酒等）標誌紋章，使人知該商品來自特定店以外，行會（**Guide**，又稱基爾特組織）亦會要求其所屬之成員應將所製之物品通過檢查後，標上行會的標誌。除了製造業，當時在商業上，商人<sup>21</sup>亦使用徽章標誌在所售之商品上名譽上，以便於被搶奪、竊

---

<sup>19</sup> Trademark Registration Treaty *Article 11* “**Filing Date and Effects of the International Application** (2)(a) If the receiving Office finds that the international application did not, at the time of receipt, fulfill the requirements listed in paragraph (1), it shall, as provided in the Regulations, invite the applicant to file the required correction. (b) If the applicant complies with the invitation, as provided in the Regulations, the receiving Office shall accord as the international filing date the date of receipt of the required correction..”

<sup>20</sup> 謝銘洋，歐洲商標制度之最新發展趨勢，收錄於智慧財產權之制度與實務，翰蘆圖書出版，2004年10月，頁168。

<sup>21</sup> 美第奇家族（Medici），或譯為梅第奇家族、梅迪奇家族、梅迪契家族、麥地奇家族，是佛羅倫斯13世紀至17世紀時期在歐洲擁有強大勢力的名門望族。美第奇家族的財富、勢力和影響源於經商、從事羊毛加工和在毛紡同業公會中的活動。



取或沈船時，能確認自己之物品所有權<sup>22</sup>。

在歐洲建立共同體單一商標制度的想法，在西元一九五七年三月二十五日組成歐洲經濟共同體（European Economic Community，簡稱 EEC）<sup>23</sup>之羅馬條約（Treaty Establishing the European Community）第八十五條<sup>24</sup>及八十六條<sup>25</sup>中即可看出，其揭櫫共同市場內競爭原則，以及表張商品或服務之標章，宜以一次性之申請註冊取得共同體內單一排他使用權，已達商品得在共同市

<sup>22</sup> 謝銘洋，同前註 20，頁 169。

<sup>23</sup> 歐洲經濟共同體，歐洲共同體中最重要的組成部分；法國、聯邦德國、意大利、荷蘭、比利時和盧森堡六國於 1957 年 3 月在羅馬簽訂了《建立歐洲經濟共同體條約》，1958 年 1 月 1 日成立，總部設在布魯塞爾。根據 1992 年建立歐洲聯盟的《馬斯特里赫特條約》，歐洲經濟共同體更名為「歐洲共同體」（《歐共體條約》第一條）。

<sup>24</sup> Treaty Establishing the European Community *Article 85* “The following shall be prohibited as incompatible with the common market; all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:  
(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;  
(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;  
(c) share markets or sources of supply;  
(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;  
(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

any agreement or category of agreements between undertakings;

any decision or category of decisions by associations of undertakings;

any concerted practice or category of concerted practices;

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

<sup>25</sup> Treaty Establishing the European Community *Article 86* “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

場內自由流通促進共同體經濟發展與整合之目的。共同體商標制度（Community Trade Mark System）之籌備工作小組於西元一九六四年成立，研擬一份「歐洲商標法公約草案」，共計一百九十二個條文。西元一九七六年歐洲共同體執行委員會先提出一份「建立歐洲經濟共同體商標備忘錄」，再於西元一九七八年提出「共同體商標規程草案」。經過廣泛討論之後，執行委員會於西元一九八〇年提出「共同體商標規程建議」，再經多次討論、修改，西元一九八八年年底歐洲執行委員會提出一份共同體商標法（European Community Trademark Regulation）修正建議案，共計一百二十七個條文，對商標權之取得、效力、使用、處分、無效及救濟程序等有詳盡的規定，並且同時通過歐洲第一指令，責付各會員國最遲應於西元一九九二年十二月三十一日前施行，主要目的在於摒除商品在各會員國流通之障礙<sup>26</sup>。

西元一九九三年十月二十九日經由歐盟理事會正式通過將內部市場協調局（OHIM）設於西班牙阿利坎特市（Alicante），且於西元一九九六年一月二日開始依據歐洲商標規則受理歐洲商標（CTM）和新式樣（RCD）之註冊事宜<sup>27</sup>。而向 OHIM 申請註冊之歐洲商標則取得單一性，即商標申請人係取得一個商標權，具有全歐體註冊之效力，並非擁有二十七個<sup>28</sup>商標權。換言之，歐洲商標之註冊、讓與及撤銷，均及於整個歐洲。惟歐洲商標規則並不取代會員國內國商標法，亦與國際間之商標條約並存<sup>29</sup>，三者間密切結合、互相補

<sup>26</sup> 謝銘洋，同前註 20，頁 170。曾陳明汝著、蔡明誠續著，商標法原理，修訂三版，新學林出版，2007 年 4 月，頁 335-336；Katerina Shaw, *Likelihood of coexistence: a comparative analysis of the interplay between European trademark law and free competition*, Fall, 2009, 18 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 51, page4-5.

<sup>27</sup> OHIM - About OHIM, at <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/OHIM/index.en.do> (last visited on 2012/12/16)

<sup>28</sup> 目前歐盟 27 個會員國為：奧地利、比利時、保加利亞、塞浦路斯、捷克共和國、丹麥、愛沙尼亞、芬蘭、法國、馬耳他、盧森堡、立陶宛、英國、瑞典、西班牙、斯洛維尼亞、斯洛伐克、羅尼西亞、葡萄牙、波蘭、荷蘭、德國、希臘、匈牙利、愛爾蘭、義大利、拉脫維亞。而歐盟候選國則為：克羅埃西亞、馬其頓、土耳其、冰島。歐洲經貿辦事處，[http://eeas.europa.eu/delegations/taiwan/what\\_eu/eu\\_memberstates/index\\_zt.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/taiwan/what_eu/eu_memberstates/index_zt.htm)，最後瀏覽日：2012/11/25。

<sup>29</sup> 尤其在歐盟各國於西元 2004 年正式加入「馬德里協定」（Madrid Arrangement），馬德里協定將在西元 2004 年 10 月 1 日自動在歐盟內生效，已獲歐盟境內市場協調局承認的商標廠商，可透過該局申請，要求世界智慧財產權組織的保護，世界智慧財產權組織就會將該廠商的註冊商標發表於正式公告中；同時，第三國廠商已獲世界智慧財產權組織承認的保護商標，

充，商標所有人得享有在一國註冊、多國註冊或超國家註冊間之選擇權，而使商標之保護更為便利、周延，實現商品與服務得在歐盟市場中自由流通、促進歐洲經濟發展之目的<sup>30</sup>。

## 第二項 台灣

中國係以農立國，古代人民習性又重義輕利，重農輕商，其結果影響了商標法制的發展，直到清末開放海禁，歐美商人來華拓展貿易，促銷商品，為防止假冒，遂有以註冊取得商標保護之必要。在外商要求下，乃於光緒三十年即西元一九〇四年六月二十三日頒布施行「商標註冊試辦章程」，此為我國商標制度之嚆矢<sup>31</sup>。

我國第一部商標法始於中華民國十九年五月六日，由國民政府制定公布。民國二十四年十一月二十三國民政府修正商標法，以解決行政與司法院對於商標是否包含讀音之歧見。民國二十九年十月十九日，為解決商標爭議之管轄權，商標局認為普通法院受理商標爭議案件將會混亂其行政體系，遂修法規定於商標爭議之評決確定後，才可以進行民刑之追訴<sup>32</sup>。

政府播遷來台之後，於民國四十七年十月二十四日修正公布商標法全文三十八條。民國六〇年代我國之經濟情況，雖尚未及先進國家之發達，但已較往昔進步甚多，於是商標在「量」<sup>33</sup>與「質」<sup>34</sup>兩方面均發生重大之變化，

---

亦可據此向歐盟申請保護，Members of the Madrid Union，<http://www.wipo.int/madrid/en/members> (last visited on 2013/2/10)

<sup>30</sup> 曾陳明汝著、蔡明誠續著，同前註 26，頁 337-338；謝銘洋，同前註 20，頁 199。

<sup>31</sup> 曾陳明汝著、蔡明誠續著，同前註 26，頁 4。

<sup>32</sup> 鄭中人，同前註 15，頁 145。

<sup>33</sup> 民國五四年到五八年註冊之商標約有兩萬餘件，較前五年註冊之商標（約八千餘件）增加近一倍半之多，同樣商標糾紛案件亦比例增加，因之在處理程序上必須再作簡化、迅速、確實、公正之規定。參智財局民國 61 年商標法修正總說明。

<sup>34</sup> 自「質」言之，儘量使商標具有獨創性，顯著性與創新性，亦即使二人使用之商標，儘量使其相異，一方面為保護專用權人不被他人仿冒，一方面為保護消費者，不使受欺罔之虞，例如：採先申請主義、採防護商標制度、商標移轉之限制、採用賠償制度。參智財局民國 61 年商標法修正總說明。

而國際間商標之關係亦日趨複雜，且為配合工商發展的需要，以及加強商標之行政管理，更於民國六十一年做了大幅度的修正，於七月四日修正公布全文六十九條。我國近三十年之經濟型態漸漸轉為出口導向，與國際貿易已密不可分，惟仿冒之風仍未根絕，不僅無以保護消費者利益，甚至構成工商業成長及國際貿易之障礙，在外商施壓加強商標權的保護之下，我國商標法歷經了民國七十二年一月二十六日、民國七十四年十一月二十九日，以及民國七十八年五月二十六日等多次之修正。

而為消弭早自八〇年代起，被批評對智慧財產權保護不周而引發與歐美貿易國之經貿衝突，亦為善盡國際社會一員之責任，我國行政主管機關以及立法機關即參酌國際相關條約，並評估相關規定對業界之影響後<sup>35</sup>，先於民國八十二年十二月二十二日大幅修正商標法全文七十九條，主要進行以下之修正：一、刪除本國人申請註冊之商標圖樣須以中文為主之規定；二、增訂申請商標註冊得主張優先權；三、簡化商標註冊申請規費；四、明定商標註冊日；五、延展註冊申請期間提前；六、刪除提出異議須為利害關係人之限制；七、商標專用權規定之合理化；八、提昇商標專用權之效用；九、撤銷商標專用權規定之補充；十、明列商標專用權當然消滅原因；十一、提高罰金額度並改採新臺幣做為貨幣單位；十二、明定服務標章之定義及使用方式，並增訂證明標章及團體標章<sup>36</sup>。我國基於經貿發展需要與國家整體利益之考量，申請加入世界貿易組織，以期確保與各貿易對手國間互享自由貿易之利益與地位之平等。在世界貿易組織架構下，有各會員國均需遵守之規範<sup>37</sup>，又依世界貿易組織設立協定第十六條第四項之規定，所有會員均應其國內法規與世界貿易組織下之國際規範相一致。我國既申請加盟世界貿易組織，則國內現

<sup>35</sup> 趙晉牧、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，智慧財產權入門，元照出版，2005年5月，頁83。

<sup>36</sup> 參智財局民國82年商標法修正總說明。

<sup>37</sup> 各國必須遵守之實體規範有：一、商品貿易之相關協定，包括一九九四年關稅暨貿易總協定、農業協定、動植物衛生檢疫協定、紡織品及成衣協定、關稅估價協定、反傾銷協定、補貼暨平衡措施協定、原產地規則協定、裝船前檢驗協定、防衛協定、技術性貿易障礙協定、輸入許可程序協定、與貿易有關之投資措施協定；二、規範國際間服務貿易之「服務貿易總協定」；三、針對保護智慧財產權之「與貿易有關之智慧財產權協定」等。參智財局民國86年商標法修正總說明。

行規定若與國際規範不一致時，均須予以修正，俾以履行成為世界貿易組織會員之基本義務，故於民國八十六年五月七日，再次修正商標法。

至民國九十二年時，為配合行政程序法於九十年一月一日施行，且因國內工商企業競爭激烈，各種企業活動推陳出新，我國之商標法若干規定未能與時俱進，又鑑於商標流通具國際性，為因應國內企業發展需要、國際立法趨勢，遂將商標制度作全盤修正，此次商標法之修正要點如下：一、擴張商標所表彰之範圍；二、法規鬆綁；三、增訂聲音及立體形狀亦得作為商標之構成要素；四、修正商標使用定義；五、配合行政程序法之規定，修正部分條文；六、採行審定書應由審查人員具名之制度；七、增訂商標不准註冊之事由；八、採行一申請案可指定多種類別之制度；九、引進分割制度；十、增訂商標註冊費及註冊費得分期繳納；十一、明定商標權之效力範圍；十二、採行註冊後異議制度，縮短申請商標註冊之時間；十三、廢除聯合商標制度及逐步廢除防護商標制度；十四、廢除延展註冊申請之實體審查；十五、商標權移轉不影響授權關係之存續；十六、移轉商標權後使用之限制；十七、刪除申請廢止案之利害關係人資格限制；十八、明定視為侵害商標權之態樣；十九、明定侵害商標權物品之邊境管制措施；二十、增訂產地證明標章；二十一、增訂團體商標；二十二、明列證明標章、團體標章及團體商標不當使用之態樣；二十三、過渡期間之規定<sup>38</sup>。

而由於國際積極推動經濟發展與貿易自由化過程中，智慧財產權競爭帶來之商機與經濟利益十分龐大，也導致許多國際與國內訴訟糾紛，雖然加入國際組織，簽訂國際條約，有助使與國際上智慧財產權之實體或程序法律規範上達成某種程度之一致性，但法律規範之實踐，仍有賴司法機關作為最後之仲裁者與執行者，因此，世界各國對於智慧財產保護與相關訴訟制度之建立都相當重視。我國在評估智慧財產權需要特別專業的訴訟審判環境、已累積有相當的案件量及國家經濟發展需要後，於民國九十七年七月一日成立智

---

<sup>38</sup> 參智財局民國 92 年商標法修正總說明。

慧財產法院，使智慧財產權案件能有效積極審理，透過專業法院審理案件也有助於法院見解的統一。民國一百年我國商標法修法擴大保護新型態商標，未來可以期待藉由智慧財產法院案例累積而能使新型態商標保護之要件更加明確清晰<sup>39</sup>。

又八十六年為因應我國申請加入世界貿易組織，商標法第四條增列「在與中華民國有相互承認優先權之國家」依法申請註冊之商標，亦得主張優先權，俾履行與貿易有關之智慧財產權協定(Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)<sup>40</sup>第二條規定之義務。惟鑒於其文義及有關主張世界貿易組織會員優先權之程序規定未盡周延，復為配合民國九十九年六月二十九日「海峽兩岸智慧財產權保護合作協議」之簽署，爰擬具「商標法」第四條、第九十四條修正草案，增列在「世界貿易組織會員」依法申請註冊之商標，向我國申請註冊者，得主張優先權；其主張優先權者，應於申請書中載明原受理申請之「世界貿易組織會員」，並應檢送該會員證明受理之申請文件。此部份之修正條文，於民國九十九年八月二十五日修正公布，於民國九十九年九月十二日施行<sup>41</sup>。

民國一百年六月二十九日，我國商標法最近一次大規模的修正，有鑑於工商企業發展快速，商業交易型態活潑多元，商標法若干規定已不敷適用，另商標侵權部分規定亦造成司法實務適用之疑義，而統合及協調各國商標申請程序之商標法新加坡條約(The Singapore Treaty on the Law of Trademarks，

<sup>39</sup> 熊誦梅，設立智慧財產法院之評估研究、從外在因素與內在需求談台灣成立智慧財產法院之契機與必要，均收錄於當公法遇上私法—台灣智慧財產訴訟制度之今昔，元照出版，2011年5月，頁49-77、頁79-102。關於我國設立智慧財產法院詳細之內外在評估要件及草案演進亦可參閱之；另參智慧財產法院網站，

[http://ipc.judicial.gov.tw/ipr\\_internet/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12&Itemid=100054](http://ipc.judicial.gov.tw/ipr_internet/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=100054)，最後瀏覽日：2013/1/4。

<sup>40</sup> 世界貿易組織(World Trade Organization, 簡稱WTO)的前身是關稅與貿易總協定(General Agreement on Tariff and Trade, 簡稱GATT)，西元一九九四年會員國簽訂烏拉圭回合(Uruguay Round)多邊貿易談判結果之最終法案，其中包括「與貿易有關之智慧財產權協定」(Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱TRIPS)，自西元一九九五年一月一日生效，會員國超過150個，我國係於西元二零零二年一月一日加入。

<sup>41</sup> 參智財局民國99年商標法修正總說明。

簡稱 STLT)<sup>42</sup>已於九十五年三月在新加坡舉行之外交會議通過，並於九十八年三月正式生效，為與國際趨勢相調和，應調整我國商標法之相關規定，以使商標權保護更加周延，爰擬具「商標法」修正草案，並已於民國一百年五月三十一日經立法院三讀通過，於同年六月二十九日經總統修正公布，且於民國一〇一年七月一日開始施行。此次修正之重點為：一、擴大商標之保護客體；二、明確規範商標使用行為之樣態；三、廢除註冊費分二期繳納之制度；四、明定並存同意申請註冊，須無顯屬不當之情形；五、明定遲誤繳納註冊費，得加倍繳納註冊費申請復權；六、修正申請分割或減縮指定使用商品或服務之時點；七、增訂據以評定或廢止商標應檢送申請前三年之使用證據；八、強化商標權保護，修正商標侵權相關規定；九、有減損「著名商標」的識別性或信譽之虞者，視為侵權行為；刪除單純以他人「註冊商標」作為自己公司名稱、商號名稱、網域名稱等視為侵權之規定；十、邊境保護措施周延化；十一、強化我國著名產地名稱保護政策<sup>43</sup>。

## 第二節 商標型態發展

### 第一項 歐洲

根據國際商標協會（International Trademark Association，簡稱 INTA）網站資料顯示<sup>44</sup>，若要回答何謂「新型態商標」，就必須先建立「傳統商標」之共識，雖然各國商標保護客體之定義或許未盡相同，但大致而言，商標包括

---

<sup>42</sup> 商標法新加坡條約（The Singapore Treaty on the Law of Trademarks）是在 1994 年商標法條約（Trademark Law Treaty，簡稱 TLT）的基礎上制定的，2006 年 3 月 28 日在由 WIPO 主辦、新加坡政府承辦的大會上通過，STLT 對 TLT 的修訂主要涉及四個方面：一是擴展了條約的適用範圍，使條約不僅適用於含視覺標誌的商標，還可適用於由嗅覺及聽覺標誌構成的商標；二是進一步規範了通過電子方式向商標局提交或傳送文件的規則；三是增加了商標申請人、註冊持有人或其他利害關係人未遵守期限時的救濟措施；四是增加了商標使用許可的備案規則，[http://www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore/summary\\_singapore.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore/summary_singapore.html)，最後瀏覽日：2013/2/5。

<sup>43</sup> 參智財局民國 100 年商標法修正總說明。

<sup>44</sup> International Trademark Association（INTA），Nontraditional Trademarks，at <http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/NontraditionalTrademarksFactSheet.aspx>（last visited on 2013/2/16）

文字、圖樣或其聯合式，最重要的是，一般消費者會將上述型態之商標視為商標，此種即可認定為「傳統商標」，反之，有一些商標型態可能是商品本身、提供商品之實用功能或裝飾性之圖樣或樣式，一般消費者並不太容易在一開始就將其視為商標，此種類型即可認定為是「新型態商標」，此種型態之商標類型主要有：顏色、動態、立體形狀、聲音、氣味、味道、觸覺等。在某國被歸於新型態商標所保護之商標，未必在他國會受到同等地位之保護，且隨著時間和要素的變化，現在被歸類於新型態商標進而保護之商標，或許會因消費者已廣為熟悉習慣，其分野亦會不同<sup>45</sup>。

西元一九八八年十二月二十一日發布之歐洲第一指令第二條<sup>46</sup>規定，任何能以圖文表示之標誌，尤其是文字（包括姓名）、圖樣、字母、數字、商品形狀或商品包裝，而足以使自己之商品或服務與他人之商品或服務相區別者，都可成為構成歐體商標。接著，根據西元一九九三年十二月二十日發布之歐洲商標規則第四條<sup>47</sup>則規定，歐洲商標圖樣包括可以圖文表示之文字、人之姓名、圖樣、字母、數字、商品形狀或商品包裝，而足以使自己之商品或服務與他人之商品或服務相區別者。

歐洲第一指令與歐洲商標規則雖未明文規定顏色、聲音、氣味、味道、動態等其他新型態商標得為歐洲共同體商標，惟依歐洲第一指令第二條及歐洲商標規則第四條法條之文意係採開放式之立法，只要是能以圖文表示並

<sup>45</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註7，頁94-134。

<sup>46</sup> First Council Directive (89/104/EEC) *Article 2* “**Signs of which a trade mark may consist** A trade mark may consist of any sign capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.”

現為 DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008, *Article 2*.

<sup>47</sup> Council Regulation ((EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Marks) *Article 4* “**Signs of which a Community trade mark may consist** A Community trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.”

現為 COUNCIL REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, *Article 4*.

能區別他人與自己之商品或服務的任何標誌，都可以做為歐洲商標<sup>48</sup>。因此，歐洲有關新型態商標之圖文應如何表示以及其識別性判斷等商標註冊要件即相當具重要性而值得深入探討。

## 第二項 台灣

就文義來說，非「傳統」之商標即為「非傳統」之商標（本文稱新型態商標），依民國八十二年時商標法第五條之規定，商標保護之客體只包括文字、圖形、記號或其聯合式，是商標僅及於二度空間平面上之文字圖樣，並未包含顏色、氣味、立體容器、全像圖或聲音。惟我國為申請加入世界貿易組織（WTO），配合其有關貿易之智慧財產權協定之規定<sup>49</sup>，於民國八十六年五月七號將商標法第五條第一項修正為，商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，應足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。並將「顏色組合」增列為商標保護之客體<sup>50</sup>。

因自西元一九九四年十月二十七日各國於瑞士日內瓦簽訂商標法條約（Trademark Law Treaty，簡稱 TLT）<sup>51</sup>，爾後各國均依其規定，朝整合商標行政程序方向努力，我國基於經貿發展需要與國家整體利益之考量，以及國際商業活動發達，傳銷媒體及廣告設計日新月異，傳統商標表現之型態已不敷所需，為加強當事人權益之保障，爰增訂聲音及立體形狀亦得作為商標申請註冊，乃於民國九十二年五月二十八日修正商標法第五條第一項為，商標為得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。且修

<sup>48</sup> 洪淑敏，國外非傳統商標之審查，智慧財產權月刊第 84 期，經濟部智慧財產局，2005 年 12 月，頁 22-23。

<sup>49</sup> TRIPS §15.1“Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademarks.”

<sup>50</sup> 高秀美，同前註 10，頁 19-61。

<sup>51</sup> 目的在整合整個商標制度，簡化各國複雜而不一的註冊程序，於西元一九九四年四月二十七日在日內瓦簽署，[http://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/summary\\_tlt.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/summary_tlt.html)，最後瀏覽日：2012/12/10。

正顏色商標不以由顏色組合者為限，單一顏色亦得申請註冊成商標，惟單一顏色若已成為申請人營業上商品或服務之識別標識者，亦具備商標之識別性，始得納入商標法之保護。

我國於民國一百年六月二十九日將商標法再次作一大幅度修正，其中擴大商標之保護客體為修正之重點，因隨著工商企業快速發展，商業交易型態活潑多元，商標法所保護商標之註冊客體，已非修正前之商標法以列舉方式規定，商標保護之客體僅限於由文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成之商標等可以涵蓋。參酌商標法新加坡條約（STLT）之精神，國際間已開放各種新型態商標得作為註冊保護之態樣，為順應國際潮流，並保障業者營業上之努力成果，爰開放任何足以識別商品或服務來源之標識，皆能成為商標法保護之客體，並例示商標得由文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態（motion marks）、全像圖（hologram marks）、聲音等之標識，或其聯合式標識所組成，即商標保護之客體不限於所例示之情形，均可以作為商標註冊，以鼓勵工商企業界，發揮其商業創意，靈活創造商標價值及信譽<sup>52</sup>。修正後之商標法第十八條第一項為，商標係指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。

值得注意者為，民國一百年六月二十九日商標法大幅度之修正，自九十五年，開始積極檢討現行本法相關規定，並自九十七年起，陸續召開六場商標法修正草案公聽會及六場專家學者諮詢委員會議，而到九十九年三月四日之商標法修正草案為止，皆有將新型態商標中之氣味商標包含於本次修正商標法商標之保護客體，但如於九十九年三月四日商標法修正草案總說明送院審查版中提到：「因衡酌氣味商標如何符合清楚、明確、完整、客觀、持久及以易於理解方式呈現之要求仍具爭議，於本法生效施行後，主管機關尚須有足夠時間規劃相關配套作業流程及對外宣導，爰規定其施行日期另訂之」，

---

<sup>52</sup> 參智財局民國 100 年商標法修正總說明。

由此可見，氣味商標如何符合新法第十九條規定「商標圖樣應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現」，確實造成實務及立法上之困擾<sup>53</sup>，因此，最後修正公布之商標法第十八條所明文規定之商標保護客體，並不包括歐洲所承認之氣味商標。惟為避免氣味商標在未來技術層面成熟時再度修法之困擾，這次修法係採取開放式之規定，即商標保護之客體並不限於所例示之情形。故不只是此次修法引起熱烈討論之氣味商標，亦或是國外之商標類型如味覺、觸覺或其他態樣之商標，在符合一定要件下，得申請註冊商標保護。而這些新型態商標得申請註冊商標必須符合之要件為何，則必須參考國外已形成之案例以及我國申請案件之累積而成。

表 1 我國商標法保護商標態樣的沿革表

商標法保護商標態樣的沿革	
92.11.27 以前	文字、圖形、記號及顏色組合
92.11.28-101.6.30	文字、圖形、記號、 <u>顏色(包括單一顏色及顏色組合)</u> 、 <u>聲音及立體形狀</u>
101.7.1 以後	文字、圖形、記號、顏色、聲音、 <u>立體形狀、動態、全像圖、氣味、觸覺及其他具有識別性之標識</u>

來源：經濟部智慧財產局

<sup>53</sup> 觀諸經濟部智慧財產局「商標審查品質諮詢委員會」98年第1次會議議程，亦可看出委員會對於氣味商標是否應列舉之疑問：「在草擬商標施行細則修正草案時，對於如何訂定氣味商標之申請要件有其困難度，本想刪除商標法修正草案中條文所例示「氣味」的文字，惟參考各國對於商標保護客體都採開放式規定，即便在商標法修正草案中，刪除氣味商標之文字，於理論上，申請人仍可以提出申請。因此，目前仍保留氣味商標在草案條文中，且申請程序已要求商標須以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解方式呈現(修正草案第17條第3項)，至於申請人如何提出申請才能符合此項要求，商標法施行細則擬留待未來科技及各國有較清楚明確的作法後，再為申請程序之相關規定。」

### 第三節 國際條約、歐洲與台灣商標保護客體比較

商標法是相應於各個不同時期社會經濟變遷的產物，各個國家以法律明文規定商標所必須之要件以及註冊之程序，然而由於十九世紀以來，國際交通發達致國際貿易興盛，商品及服務的流通從國內擴展到世界，商標又具有獨佔排他的權利以保護其功能，致使商標制度之發展除了配合國內之需求外，尚需考量國際經濟之發展，因此商標法之國際保護，包括最古老且最重要之母公約，即巴黎工業財產保護公約（Paris Convention for the Protection of Industrial property）<sup>54</sup>、馬德里商標國際註冊（Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks and Protocol Relating to the Madrid Agreement concerning the International Registration of Marks）<sup>55</sup>、商標法條約（TLT）<sup>56</sup>、世界貿易組織（WTO）下有關貿易之智慧財產權協定（TRIPS）<sup>57</sup>、歐洲共同體商標規則（European Community Trade Mark Regulation）、北美自由貿易協定（The North American Free Trade Agreement）<sup>58</sup>、WIPO 之商標

<sup>54</sup> 於 1883 年 3 月 20 日在巴黎簽訂，1884 年 7 月 6 日生效。1900 年 12 月 14 日在布魯塞爾修訂；1911 年 6 月 2 日在華盛頓修訂；1925 年 11 月 6 日在海牙修訂；1934 年 6 月 2 日在倫敦修訂；1958 年 10 月 31 日在里斯本修訂；1967 年 7 月 14 日在斯德哥爾摩修訂；1979 年 10 月 2 日修正。目前有 172 個締約國，<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris>，最後瀏覽日：2012/12/30。

<sup>55</sup> 馬德里國際商標註冊是由兩個條約所組成，分別為 the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks (1891) and the Protocol Relating to that Agreement (1989)，為簡化商標之取得程序，使權利人在其本國已經註冊之商標，經向設於日內瓦之 WIPO 國際事務局辦理國際註冊後，在其他被指定之締約國即可受到保護，如同在各該國直接註冊一般，故其目的是為簡化國際間商標申請、註冊及維護商標權利，並可節省申請等待的時間，具有迅速、經濟的好處，[http://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid/summary\\_madrid.html](http://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid/summary_madrid.html)，最後瀏覽日：2012/12/30。

<sup>56</sup> See *supra* note 51.

<sup>57</sup> See *supra* note 40.

<sup>58</sup> 北美自由貿易協定（The North American Free Trade Agreement，簡稱 NAFTA），由美國、加拿大和墨西哥所組成，三國於 1992 年 8 月 12 日就《北美自由貿易協定》達成共識，宣佈成立一個橫跨北美洲的自由貿易區，於同年 12 月 17 日由三國領袖分別在各自國家正式簽署，並自 1994 年 1 月 1 日起協定正式生效，北美自由貿易區宣佈成立。該協定之宗旨為：取消貿易壁壘；創造公平的條件，增加投資機會；保護知識產權；建立執行協定和解決貿易爭端的有效機制，促進三邊和多邊合作。該協定使自由貿易區內國家的貨物可以相互流通並免除關稅，並規定三國須在 15 年內撤除所有貿易障礙，包括非關稅貿易障礙，如配額（quota）、進口許可證（import license）、進口保證金（import deposit）、外匯管制（foreign exchange control）等。但是，對於區域外的國家，則可以繼續維持關稅等貿易障礙，

法新加坡條約（The Singapore Treaty on the Law of Trademarks）<sup>59</sup>等超越國家之國際條約或區域組織相繼孕育而生。

而在日新月異的今日，隨著商業活動的多元化，人類接受資訊的方式更為多樣化，以往由文字、圖形、記號或其聯合式所組成之平面商標較為大家所熟悉，然而廠商在面對競爭激烈的市場，如何加深消費者對商標的熟悉度及忠誠度已成為其重要之行銷策略，從而依使用取得識別性之商標或立體形狀、聲音及顏色等新型態商標應運而生。這些商標如果在交易上能夠成為表彰申請人商品之標識，並可以藉之與他人之商品相區別，且無違反商標法其他註冊之要件，即可獲准註冊，取得商標權<sup>60</sup>。又目前國際上新型態商標類型的發展已跨入嗅覺、味覺、手勢、雷射圖，甚至觸覺可感知的範疇，國際條約與各國商標法保護之客體有其不同之處，傳統商標與新型態商標之保護要件判斷方式及呈現方式亦有相異之處，而歐洲為國際商標制度的搖籃，如一八五七年法國制定世界第一部商標法、歐洲各國於一八八三年成立保護產業財產權之巴黎公約，承認商標為工業財產權、歐洲經濟共同體之建立更進一步在歐洲建立統一的商標制度等，歐洲商標制度及傳統與新型態商標保護之規定與發展為何，值得重視並加以研究。

本文以下就國際條約、歐洲第一指令、歐洲商標規則以及我國商標法中有關商標保護客體範圍之規定，以表格方式呈現。

---

[http://www.wtocomer.org.tw/SmartKMS/do/www/readDoc?document\\_id=17187](http://www.wtocomer.org.tw/SmartKMS/do/www/readDoc?document_id=17187)，最後瀏覽日：2013/1/22。

<sup>59</sup> See *supra* note 42.

<sup>60</sup> 非傳統商標介紹，經濟部智慧財產局，

[http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml\\_Show.aspx?ID=a77f55d9-b155-4fdd-bbcc-dce457902a65&path=2553](http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=a77f55d9-b155-4fdd-bbcc-dce457902a65&path=2553)，最後瀏覽日：2013/2/6。

表 2 國際條約、歐洲與台灣商標保護客體比較表

	法規名稱	制定時間	條號	原文	保護客體
WIPO	商標法條約 (The Trademark Law Treaty)	1994年10月27日	§2(1)	<p><b>Article 2 Marks to Which the Treaty Applies</b></p> <p>(1) [ <i>Nature of Marks</i> ] (a) This Treaty shall apply to marks consisting of visible signs, provided that only those Contracting Parties which accept for registration three-dimensional marks shall be obliged to apply this Treaty to such marks. (b) This Treaty shall not apply to hologram marks and to marks not consisting of visible signs, in particular, sound marks and olfactory marks.</p>	限視覺可感知標識及立體商標，不包括全像圖、聲音和嗅覺商標。
	商標法新加坡條約 (The Singapore Treaty on the Law of Trademarks)	2006年3月27日	§2	<p><b>Article 2 Marks to Which the Treaty Applies</b></p> <p>(1) [ <i>Nature of Marks</i> ] Any Contracting Party shall apply this Treaty to marks consisting of signs that can be registered as marks under its law. (2) [ <i>Kinds of Marks</i> ] (a) This Treaty shall apply to marks relating to goods (trademarks) or services (service marks) or both goods and services. (b) This Treaty shall not apply to collective marks, certification marks and guarantee marks.</p>	包括視覺可感知與非視覺可感知商標 <sup>61</sup> 。

<sup>61</sup> 2006年通過之商標法新加坡條約 (The Singapore Treaty on the Law of Trademarks) 中修正刪除了商標法條約 (The Trademark Law Treaty) 第二條(1)(b)不適用於全像圖商標和非視覺可感知商標之規定。另參閱新加坡商標法條約施行細則第三條 (REGULATIONS UNDER THE SINGAPORE TREATY ON THE LAW OF TRADEMARKS)，WIPO 網站，<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore/regulations.html>，最後瀏覽日：2012/12/23。

<p><b>TRIPS</b></p>	<p>與有關貿易之智慧財產權協定 (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)</p>	<p>1994 年 4 月 15 日</p>	<p>§15</p>	<p><b>Article 15</b> <b>Protectable Subject Matter</b> 1. Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademarks. Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services, Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use. Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible. 2. Paragraph 1 shall not be understood to prevent a Member from denying registration of a trademark on other grounds, provided that they do not derogate from the provisions of the Paris Convention (1967). 3. Members may make registrability depend on use. However, actual use of a trademark shall not be a condition for filing an application for registration. An application shall not be refused solely on the ground that intended use has not taken place before the expiry of a period of three years from the date of application.</p>	<p>任何足以區別商不同企業品服務之標識或其組合，但會員國可以規定以視覺可感知作為註冊要件。</p>
---------------------	--	--	------------	---	--

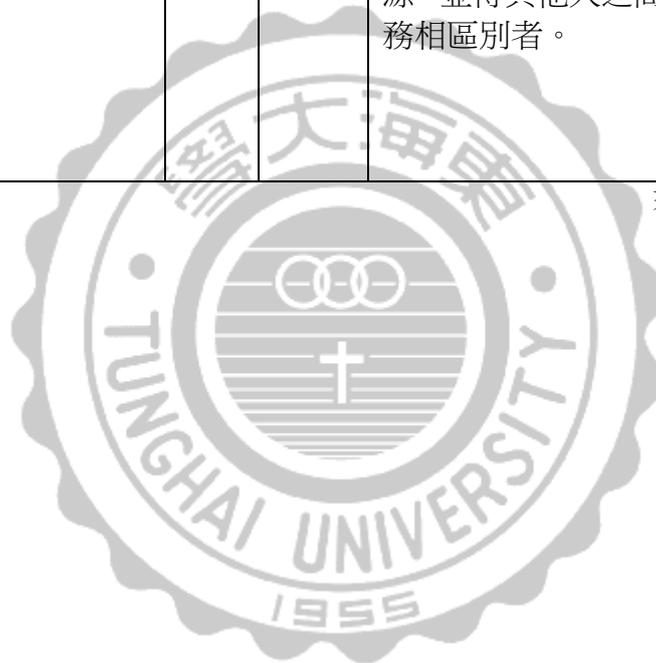
				<p>4. The nature of the goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to registration of the trademark.</p> <p>5. Members shall publish each trademark either before it is registered or promptly after it is registered and shall afford a reasonable opportunity for petitions to cancel the registration. In addition, Members may afford an opportunity for the registration of a trademark to be opposed.</p>	
歐盟	歐洲第一指令 First Council Directive ( 89/104/EEC ) <sup>62</sup>	1988 年 12 月 21 日	§2	<p><b>Article 2</b> <b>Signs of which a trade mark may consist</b> A trade mark may consist of any sign capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.</p>	任何得以圖文表示之標識。
	歐洲商標規則 Council Regulation ( (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Marks ) <sup>63</sup>	1993 年 12 月 20 日	§4	<p><b>Article 4</b> <b>Signs of which a Community trade mark may consist</b> A Community trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging,</p>	任何得以圖文表示之標識。

<sup>62</sup> 現為 DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008, *Article 2*.

<sup>63</sup> 現為 COUNCIL REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, *Article 4*.

				provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.	
台灣	商標法	2011年6月29日	§18	<p><b>第十八條</b></p> <p>商標，指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。</p> <p>前項所稱識別性，指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者。</p>	文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成之標識。

來源：本文自行整理



### 第三章 形式要件：新型態商標關於圖文表示申請註冊要件之判斷

所謂的圖文表示（represented graphically）係指商標需以視覺可感知的方式，特別是透過文字、圖形、線條或特徵來呈現<sup>64</sup>。歐洲商標規則第四條與歐洲第一指令第二條均要求商標註冊須能以圖文表示呈現為前提，至於圖文表示之呈現方式為何，以及需達到何種程度始稱為明確表達，法條中並未規定<sup>65</sup>，惟歐洲法院 2002 年 12 月 12 日作成之 C-273/00 Sieckmann 一案<sup>66</sup>中，就商標之圖文表示建立了明確的標準，只要能符合標準之商標，就算是非視覺可感知類型，亦得作為商標<sup>67</sup>。此一見解成為了歐洲法院就圖文表示之審查時參考之依據<sup>68</sup>。我國商標法則於第十九條第三項<sup>69</sup>規定：「商標圖樣應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現。」以下本文即以案例方式說明歐洲及我國各式各樣的新型態商標，應如何呈現始符合圖文表示之要求。

#### 第一節 視覺可感知新型態商標

##### 第一項 歐洲

歐洲法院認為，圖文表示一方面是為了使審查機關可以適當準確的審查

<sup>64</sup> C-273/00, *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt*, Judgment of the Court of 12 December 2002, para.46. “That graphic representation must enable the sign to be represented visually, particularly by means of images, lines or characters, so that it can be precisely identified.”

<sup>65</sup> 蘇文萱，圖文表示要件於新型態商標下之檢討，成大法學第 20 期，2010 年 12 月，頁 39。

<sup>66</sup> See *supra* note 64.

<sup>67</sup> *Id.* at para.73.

<sup>68</sup> 蘇文萱，同前註 65，頁 40。

<sup>69</sup> 立法理由中亦提到：「有關商標應以視覺可感知之圖樣表示之規定，其目的在於要求申請人應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現其所欲申請註冊之商標，俾便商標專責機關審查，並於註冊公告時，能使第三人清楚知悉註冊商標之權利範圍。至於以聲音、動態、全像圖等非傳統商標申請商標註冊之情形，宥於商標圖樣本身為平面條件之限制，僅以商標圖樣即無法清楚、完整表現商標，為明確註冊商標之權利範圍，必須輔以商標描述或客觀上足以使第三人易於理解且具有持久及再現可能性之樣本，以作為商標圖樣之補充，例如申請註冊動態商標，除以商標圖樣表示外，尚須提出商標描述及檢附存載該動態影像之光碟片。」

且清楚的登記註冊，另一方面則提供商標權人明確的保護內容，也使得目前或潛在的競爭對手可以獲悉訊息<sup>70</sup>。

一般來說圖文表示必須符合 C-273/00 *Sieckmann* 一案<sup>71</sup>建立之標準，即商標之圖文表示必須是明確及客觀的，且必須達到清楚的（clear）、精確的（precise）、完整獨立的（self-contained）、容易取得的（easily accessible）、可理解的（intelligible）、持久的（durable）、客觀的（objective）等要件<sup>72</sup>，而立體商標通常可以用圖形或透視圖的方式呈現，再輔以文字說明，因此較無爭議。例如歐洲法院在 2007 年 10 月 25 日所作出之 C-238/06 *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG v. OHIM* 一案<sup>73</sup>中，原告 *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG* 對於其申請註冊立體商標之描述為「瓶身平坦的部分、表面彎曲的曲線、成為一拱形、創造出一入口的意象」<sup>74</sup>。然若只以文字描述通常會失其精準性，故審查機關多要求附加圖示表示之，且圖示必須與文字描述相符<sup>75</sup>。

而歐洲有關顏色商標中單一顏色之圖文表示，我們可以參考 2003 年 5 月 6 日歐洲法院所作出之 C-104/01 *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* 一案<sup>76</sup>，歐洲法院認為，要符合歐洲第一指令第三條第一項第 b 款具有先天識別性或是依第三條第三項取得後天識別性，該顏色也要能以清楚的、精確的、

---

<sup>70</sup> C-49/02, *Heidelberger Bauchemie GmbH*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 24 June 2004, para.29-30. “On the one hand, the competent authorities must know with clarity and precision the nature of the signs of which a mark consists in order to be able to fulfil their obligations in relation to the prior examination of applications for registration and the publication and maintenance of an appropriate and precise register of trade marks. On the other hand, economic operators must be able to acquaint themselves, with clarity and precision, with registrations or applications for registration made by their actual or potential competitors, and thus to obtain relevant information about the rights of third parties.”

<sup>71</sup> See *supra* note 64.

<sup>72</sup> *Id.* at para.55. 中文翻譯參考蘇文萱，同前註 65，頁 40。

<sup>73</sup> C-238/06, *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 25 October 2007.

<sup>74</sup> *Id.* at para.76. 惟本案之爭點係識別性的判斷，系爭商標被認為不具有特定且清楚的表彰來源的特性，因此無法藉由形狀而區別市場上的商品而表示其來源。

<sup>75</sup> 蘇文萱，同前註 65，頁 43。其他立體商標圖文表示亦可參本文表 6。

<sup>76</sup> C-104/01, *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau*, Judgment of the Court of 6 May 2003.

完整獨立的、可理解的、持久的、客觀的圖文表示呈現<sup>77</sup>。本案中之申請人以橘色申請註冊顏色商標，其僅附上橘色的樣本，且在說明欄中只有填上「orange」的文字，歐洲法院認為太過模糊不清，而提供顏色的樣本也會因為時間流逝而退色，不符合持久性要件，歐洲法院認為應該加上國際顏色分類碼，因為此類的顏色辨識碼至少是精確穩定的，因此，歐洲法院一般要求以交存樣本或指明公認的顏色分類碼（如在歐洲多用 PANTONE）的方式來識別顏色，有時也可提供文字說明<sup>78</sup>。又在 2004 年 6 月 24 日歐洲法院所作之 C-49/02 一案<sup>79</sup>中認為，對於圖文表示的要件，除了提出國際顏色分類碼以外，如果是抽象的或是沒有輪廓的顏色或顏色組合，則必須要表明其如何將標誌使用於商品或服務，並且以系統的排列方式，以預先確定的、統一的方式把各個顏色結合起來，才有可能符合歐洲商標規則第二條之規定<sup>80</sup>。有關顏色組合的顏色商標之圖文表示，歐洲商標審查基準中有提到，如果顏色不只一個的時候，必須說明每種顏色的使用比例以及如何呈現<sup>81</sup>，至於歐洲法院所要求之顏色分類碼，歐洲商標審查基準中規定，雖然建議申請人提供此種代碼，但若申請人未提供，並不會構成申請案被核駁之理由<sup>82</sup>，有放寬表示方法之趨勢。

又如動態商標之圖文表示，因隨著科技的發展，動態的標誌越來越多，選擇接受何種方式呈現動態商標的圖文表示，由各主管單位決定，可能的方式包括一系列靜態的圖像、以電子方式表示的動態影像、商標文字說明或是結合上述全部要件，在申請時審查機關通常會要求申請人以審查機關指定的數位格式提交一份完整動態商標的樣本，典型情況下使用的是 CD-ROM 或

---

<sup>77</sup> *Id.* at para.65-68.

<sup>78</sup> WIPO Secretariat, NEW TYPES OF MARKS, SCT/16/2, September 1, 2006, para.18.

<sup>79</sup> *See supra* note 70.

<sup>80</sup> C-49/02, *supra* note 70, para.42. “the answer to the questions must be that colours or combinations of colours which are the subject of an application for registration as a trade mark, claimed in the abstract, without contours, and in shades which are named in words by reference to a colour sample and specified according to an internationally recognised colour classification system may constitute a trade mark for the purposes of Article 2 of the Directive where: it has been established that, in the context in which they are used, those colours or combinations of colours in fact represent a sign, and the application for registration includes a systematic arrangement associating the colours concerned in a predetermined and uniform way.”SCT/16/2, *supra* note 78, para.18.

<sup>81</sup> 歐洲商標審查基準 PART B EXAMINATION 2.7.1 (a) .

<sup>82</sup> 同前註。

DVD 格式<sup>83</sup>。在 OHIM，動態商標被以不符合歐洲商標規則第七條第一項第 a 款，而拒絕給予註冊商標者亦不在少數<sup>84</sup>，例如申請以浣熊家庭主婦打掃後呼吸一口空氣的動態商標或以牙刷靠近番茄並在不破壞番茄表皮的情況下按壓番茄，之後再離開的動態商標，皆被認為不符合動態商標圖文表示要求。全像圖商標之圖文表示則採用多面向的畫面提供全像圖的各種視覺面向，並搭配角度和外觀的說明，由於若僅說明視覺效果可能不會被接受，所以可以提供高清晰度的畫面以避免圖像重疊的現象<sup>85</sup>。而位置商標，其圖文表示可使用一幅圖片或圖形，顯示商標相對於商品的特殊位置，並附上文字說明<sup>86</sup>。

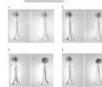
<sup>83</sup> SCT/16/2, *supra* note 78, para.35-36.



<sup>84</sup> 例如第 005083514 號「」, Description of the mark: The trade mark consists a moving image of an animated raccoon housewife character illustrated in the first frame of the sequence who is depicted in frames 2-7 in a family home, sniffing the air before tidying up and dusting as



represented in the sequence of still pictures attached.第 009742974 號「」, Description of the mark: The mark comprises a moving image consisting of a toothbrush moving towards a tomato, pressing onto the tomato without breaking the skin, and moving away from the



tomato.第 009333923 號「」, Description of the mark:The trade mark consists of the moving image of two flowers. Each of the flowers is in a vase. In frame 1 both flowers are alive, upright and appear healthy. Flies surround the flowers. In frame 2 one of the flowers remains alive, upright and healthy. However, the head of the other flower is beginning to droop. In frame 3, one of the flowers is still alive, upright and healthy. However, the head of the other flower has drooped even more. One of the flowers is noticeably less healthy in appearance than the other. In frame 4 one of the flowers is still alive, upright and healthy. However, the other is now noticeably drooped and the head appears wilted and dying. In frame 5 one of the flowers is still alive, upright and healthy. The flies surrounding this flower now appear dead or dying. The other flower is wilted with its head hanging down. The fly around this flower is still alive. In the final frame one of the flowers is still alive, upright and healthy. The other flower is wilted and appears dead. The fly



around this flower is still alive.第 008884447 號「」, Description of the mark:the sign consists in a series of 4 pictures showing a movement whereby the main character is removing a layer of grey veil from the clothes that said character is wearing。

<sup>85</sup> SCT/16/2, *supra* note 78, para.24.

<sup>86</sup> *Id.* at para.37.

## 第二項 台灣

我國商標法施行細則第十五條規定：「申請註冊立體商標者，商標圖樣為表現立體形狀之視圖；該視圖以六個為限。前項商標圖樣得以虛線表現立體形狀使用於指定商品或服務之方式、位置或內容態樣。申請人應提供商標描述，說明立體形狀；商標包含立體形狀以外之組成部分者，亦應說明。」在我國，立體商標之圖文表示必須檢附立體形狀的圖樣以及以文字輔助說明。而非傳統商標審查基準亦有規定，立體商標之商標圖樣為表現立體形狀之視圖，立體形狀為六面體，在簡單立體形狀的情形，可能一個角度的視圖即足以呈現立體形狀所有的特徵，此時，商標圖樣即為該單一視圖；若各角度的外觀特徵不同時，為使商標圖樣得以完整呈現該立體商標，商標圖樣可為多個不同角度的視圖，但至多為 6 個視圖<sup>87</sup>。而且商標描述與各視圖所構成之商標圖樣須相互一致，且彼此之間應可以互相參照，例如：我國註冊第 01370724 號老牌雅馬邑白蘭地之雅馬邑桑瑪蓮公司註冊的酒瓶容器，即以「本件商標圖樣之瓶子形狀係以扁橢圓形為瓶身之基底，於扁橢圓形之中央部位為向內凹陷之八邊形，在八邊形的四端向外延伸有四條外凸之長條狀弧形扣環並向外延伸包覆瓶身之四角，另有浮雕狀之字母「S」標示於瓶身正中央」清楚描述該立體形狀，並且附上六個不同角度的視圖「」、「」、「」、「」、「」、「」，符合我國商標法第十九條第三項規定清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之呈現方式。

我國顏色商標之圖文表示，商標法施行細則第十四條規定：「申請註冊顏色商標者，商標圖樣應呈現商標之顏色，並得以虛線表現顏色使用於指定商品或服務之方式、位置或內容態樣。申請人應提供商標描述，說明顏色及其使用於指定商品或服務之情形。」申請人應提供商標描述，以一般公眾指稱該顏色之名稱指明顏色，並說明其使用於指定商品或服務之情形。為更精確定義所欲註冊保護的顏色，申請人還可以額外於商標描述中以國際通用的顏色辨識系統來定義該顏色，例如：「本件為顏色商標，如商標圖樣所示之綠色，

<sup>87</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.1。

顏色碼為 Pantone 348C，使用於指定商品的盒蓋上，虛線部分的盒子形狀不屬於商標之一部份」，俾便具體認定申請註冊顏色商標是否具識別性及其主張權利之範圍<sup>88</sup>。我國並未強制申請人一定要提供國際分類碼，與歐洲商標審查基準之認定一樣，使表示方法較為有彈性。又在我國申請顏色組合時並未如歐洲法院嚴格要求必須表明其如何將標誌使用於商品或服務，並且以系統的排列方式，以預先確定的、統一的方式把各個顏色結合起來，但實務案例亦多會以比例來表示各顏色如何組成。例如：我國註冊第 01420212 號渣打股份有限公司就其註冊之顏色商標「」，即以「本件圖樣所使用之實際顏色為兩組綠色及三組藍色之色帶組合，由左至右依序為淺綠、色碼(P362C)綠、深藍、淺藍、色碼(P3015C)藍等 5 組顏色所組成，其實際之使用比例為 20%、10%、15%、5%、50%，並維持一貫之順序與比例，依據商品之尺寸及使用空間而有圖樣大小之變化」之文字清楚描述顏色的色碼和顏色組成的比例，符合顏色商標之圖文表示。

我國動態商標圖文表示之認定，在非傳統商標審查基準 6.2.1 規定認為，動態商標係由連續性影像所構成，商標圖樣為呈現動態影像變化過程之靜止圖像，隨該影像變化複雜程度之不同，用來清楚、完整呈現該動態影像之靜態圖樣的數量即不一樣，較為單純的動態影像可能以 2 至 4 個靜止圖像即足以完整呈現，變化複雜的動態商標則需要更多的靜止圖像才能完整呈現，惟為配合智財局的資訊系統及審查上的便利，申請人應以 6 個以下的靜止圖像作為商標圖樣，以表現其影像的變化過程<sup>89</sup>。又我國參考了外國的案例<sup>90</sup>認為，申請人應提供商標描述，依序說明動態影像連續性的變化過程，該描述必須

<sup>88</sup> 非傳統商標審查基準 4.2.2。

<sup>89</sup> 非傳統商標審查基準 6.2.1。

<sup>90</sup> 例如「」之商標描述：「本件為動態商標，如商標圖樣所示，由一隻大人的手及一隻小孩的手的動態影像所構成，包含 4 個圖像，自第一個至第二個圖像，大人的手與小孩的手逐漸靠近，自第三個至第四個圖像，大人的手與小孩的手接觸並握住。」以及「」之商標描述：「本件為動態商標，如商標圖樣所示，包含 2 個圖像，係以食指及中指作剪刀狀連續開合之動作。」為非傳統商標審查基準 6.2.2 所舉之國外案例。

清楚、詳細，以補充商標圖樣無法表現的連續性動作，此外，並應指明構成該動態影像的靜止圖像個數<sup>91</sup>。

其他新型態之商標如全像圖商標，因全像圖商標圖樣為表現全像圖之視圖，在全像圖只有單一圖像的情形，應檢附一個視圖，在全像圖因視角差異產生不同圖像變化時，則應檢附 4 個以下表現不同圖像變化的視圖，以完整呈現該全像圖商標<sup>92</sup>。由於全像圖商標圖樣僅呈現全像圖的圖像特徵，往往無法完全表現出其全像效果，故申請人應提供商標描述，說明該全像圖，例如參考 OHIM 註冊第 2117034 號<sup>93</sup>以「本件為全像圖商標，黑色的背景上有藍色的 VIDEO FUTURE 外文，其上並有標示白色 VF 字母的 3 個浮出藍色球體，球體間並有藍色波狀條紋相連」來說明註冊之全像圖商標，且若全像圖因視角差異產生圖像變化，應說明各視圖的變化情形，俾能清楚認定申請註冊全像圖商標主張權利的範圍<sup>94</sup>。

### 第三項 視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較

立體商標因為通常可以用圖形或透視圖的方式呈現，較無困難或爭議。而在顏色商標部分，我國並未強制要求申請人須以國際顏色分類碼方式提出，依目前之歐洲商標審查基準亦認為雖然建議申請人提供國際顏色分類碼，但若申請人未提供，並不會構成申請案被核駁之理由。而歐洲法院就顏色組合之顏色商標還要求必須說明顏色組合的系統排列方式，我國雖無這樣的規定，但實務上申請人亦多會以比例來表示各顏色如何組成。

<sup>91</sup> 非傳統商標審查基準 6.2.2。

<sup>92</sup> 非傳統商標審查基準 7.2.1。



<sup>93</sup> OHIM 註冊第 2117034 號，「」, Description of the mark: The letters VF in white on blue spheres, the name VIDEO FUTUR in blue on a black background.

<sup>94</sup> 非傳統商標審查基準 7.2.2。

本文以下就歐洲與台灣實務案例對於視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷要件，簡單以表格方式呈現。

表 3 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷因素比較表

		歐洲	台灣
立體商標		除文字描述外，圖文表示符合之 C-273/00 Sieckmann 一案 <sup>95</sup> 建立之標準，即商標之圖文表示必須是明確及客觀的，且必須達到清楚的 (clear)、精確的 (precise)、完整獨立的 (self-contained)、容易取得的 (easily accessible)、可理解的 (intelligible)、持久的 (durable)、客觀的 (objective) 等要件。	必須檢附立體形狀的圖樣以及以文字輔助說明，並須符合商標法第十九條第三項「商標圖樣應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現。」之規定。
顏色商標	單一	須符合 C-273/00 Sieckmann 一案 <sup>96</sup> 建立之標準，並加上國際顏色分類碼。	以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現。
	組合	歐洲法院對於顏色組合除要求上述要件外，還要說明顏色組合的系統排列方式。	同上，若顏色組合較為複雜，除須清楚描述顏色位置及內容外，實務上多會以比例來表示各顏色如何組成。
動態商標		亦必須是以明確及客觀的，且必須達到 C-273/00 Sieckmann 一案 <sup>97</sup> 建立之其他標準外，申請時審查機關通常會要求申請人以審查機關指定的數位格式提交一份完整動態商標的樣本。	同上，且申請人應提供商標描述，依序說明動態影像連續性的變化過程，而描述必須清楚、詳細，以補充商標圖樣無法表現的連續性動作，此外，並應指明構成該動態影像的靜止圖像個數。

來源：本文自行整理

<sup>95</sup> See supra note 64.

<sup>96</sup> Id.

<sup>97</sup> Id.

## 第二節 非視覺可感知新型態商標

非視覺可感知新型態之圖文表示在實務上產生極大的困擾，因為非視覺可感知之新型態商標「看不到」，在審查上必須透過摸的、聞的、嚐的、聽的來感受，比起視覺可感知之新型態商標更具有難度，恐怕無法符合清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現其圖文，使得註冊之困難度大幅提高。如何建立非視覺可感知新型態商標之圖文表示審查基準，成為未來非視覺可感知新型態商標發展所急需解決之事。以下本文即就非視覺可感知新型態商標，以歐洲與我國案例方式加以說明各種非視覺可感知新型態之圖文表示標準為何。

### 第一項 歐洲

#### 第一款 聲音商標

有關聲音商標之圖文表示最著名之案例為 2003 年 11 月 27 日歐洲法院所作出之 *C-283/01 Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex* 一案<sup>98</sup>，原告 Shield Mark 在荷比盧商標局（Benelux Trademark Office）註冊擁有 14 個聲音商標，指定使用於尼斯國際分類第 9（電腦軟體等）、16（雜誌、報紙等）、35（宣傳、事業管理等）、41（教育、培訓、研討組織、行銷、智慧財產及商業通信）、42（法律服務）等商品與服務<sup>99</sup>。在 14 個註冊的聲音商標中，有 11 個是以貝多芬的給愛麗絲（Für Elise）的前九個音符旋律註冊聲音商標，而分別以「五線譜」和「E, D#, E, D#, E, B, D, C, A」作為聲音商標之圖文表示。另有 2 個聲音商標以荷蘭公雞叫聲擬聲語「Kukelekuuuuu」來描述該商標，還有 1 個也是以文字「公雞的叫聲」（a cockcrow）來描述註冊之聲音商標<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> *C-283/01, Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 November 2003.

<sup>99</sup> *Id.* at para.14.

<sup>100</sup> *Id.* at para.15-19.

1992年10月Shield Mark在廣播中開始廣告的活動，每個廣告都是以貝多芬的給愛麗絲（Für Elise）的前九個音符作為開始的信號。而且從1993年2月，Shield Mark開始發行介紹其所提供之服務的報紙，這些報紙陳列在書店和書報攤架上，若是從架上拿走報紙，就會響起招牌旋律。最後，Shield Mark還發行了提供給律師和行銷人員的軟體，在開啟使用軟體時，會發出公雞的叫聲<sup>101</sup>。而本案之被告Mr. Kist為從事傳播顧問工作，Mr. Kist自1995年起，使用了給愛麗絲的前九個音符進行廣告活動，同時也販賣了開啟時會有公雞叫聲的電腦程式<sup>102</sup>。

原告Shield Mark於是對Mr. Kist提起侵害商標權和不公平競爭的訴訟，荷蘭第一審法院（the Gerechtshof te's Gravenhage）駁回了商標權侵害的部分，因為荷比盧政府已經決定拒絕聲音註冊成為商標，Shield Mark遂提起上訴，荷蘭上訴法院（the Hoge Raad der Nederlanden）決定向歐洲法院提出先行裁決，提出以下之問題：一、歐洲第一指令第二條規定，是否禁止聲音作為該條所謂之商標？如否，歐洲第一指令規定聲音商標應具備之要件為何<sup>103</sup>？二、如果歐洲第一指令未禁止聲音作為商標，則依第一指令第二條規定，應如何加以圖文表示？如果以音符、擬聲語、其他形式的文字描述、如聲波圖等圖示、附在申請案中的錄音、網路上的數位錄音、或結合上述方式，是否符合圖文表示之要求<sup>104</sup>？

---

<sup>101</sup> *Id.* at para.20.

<sup>102</sup> *Id.* at para.21-22.

<sup>103</sup> *Id.* at para.25. “1.(a) Must Article 2 of the Directive be interpreted as precluding sounds or noises from being regarded as trade marks?(b) If the answer to question 1(a) is in the negative, does the system established by the Directive require that sounds or noises must be capable of being regarded as trade marks?”中文翻譯參考自國外商標判決案例與分析，經濟部智慧財產局編印，民國98年4月，頁93。

<sup>104</sup> *Id.* “2.(a) If the answer to question 1(a) is in the negative, what requirements does the Directive lay down for sound marks as regards the reference in Article 2 to the need for the sign to be capable of being represented graphically and, in conjunction therewith, as regards the way in which the registration of such a trade mark must take place?(b) In particular, are the requirements referred to in (a) satisfied if the sound or the noise is registered in one of the following forms:

- musical notes;
- a written description in the form of an onomatopoeia;
- a written description in some other form;
- a graphical representation such as a sonogram;
- a sound recording annexed to the registration form;
- a digital recording accessible via the internet;

對於第一個問題，歐洲法院認為歐洲第一指令第二條規範之目的為界定構成商標的型態，雖提及以視覺可感知的平面或立體的標誌，且以字母、文字、圖形表示者，然觀諸其前言第七點( Article 2 of the Directive and the seventh recital in the preamble thereto )「舉例說明」( list [of] examples )<sup>105</sup>之用語可知，歐洲第一指令第二條之規定並非以此為限，歐洲法院因此認為聲音商標只要能夠以圖文表示，且能夠用來區別自己和他人的商品和服務，即可被視為歐洲第一指令第二條之商標型態，可註冊成為商標<sup>106</sup>。而既然非視覺可感知之商標可被視為歐洲第一指令第二條規範內之商標類型，則聲音商標之圖文表示應援用 C-273/00 Sieckmann 案<sup>107</sup>有關氣味商標的判決標準，即以圖形 ( images )、線條 ( lines )、或特徵 ( character ) 表示，且必須是可以被清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的呈現<sup>108</sup>。

而聲音商標該如何圖文表示，在本案中歐洲法院認為，聲音商標尚未有得預先排除以文字描述呈現 ( written language ) 圖文表示之規定，所以仍須以圖文表示之，而以「給愛麗絲前九個音符」、「公雞之叫聲」來描述呈現聲音商標，並不符合圖文表示應清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的呈現方式。且擬聲字和實際的聲音間未必一致，主管機關和交易者及一般大眾無法藉由擬聲字之描述，而了解實際上要保護之聲音為何，擬聲字之表達也會因人、因國家不同而有所不同，本案中以荷蘭擬聲字「Kukelekuuuuu」來描述之聲音商標，仍必須要加入其它說明之文字才有可能符合圖文表示之要件。聲音商標中，最常以音符來表示，但是本案中以「E, D#, E, D#, E, B, D, C, A」作為聲音商標之圖文表示，歐洲法院認為並不符合歐洲第一指令第二條之規範，因為這樣的圖文表示方法，既不清楚、

- 
- a combination of those methods;
  - some other form and, if so, which?"

中文翻譯參考自國外商標判決案例與分析，同前註。

<sup>105</sup> *Id.* at para.35.現為於 2008 年 10 月 22 日修正後 DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, *Whereas* ( 8 ) .

<sup>106</sup> *Id.* at para.34-41.

<sup>107</sup> *See supra* note 64.

<sup>108</sup> C-283/01, *supra* note 98, para.55.

精確，也不獨立完整，無法知道音調、長短或旋律為何<sup>109</sup>。

以「五線譜」作為聲音商標圖文表示之呈現方式，是本案歐洲法院確立符合圖文表示要件之方法<sup>110</sup>，因為歐洲法院認為，五線譜分成小節，以譜號（高音譜記號、低音譜記號或中音譜記號）、音符和休止符（全音符、二分音符、四分音符、八分音符、十六分音符、全休止符、二分休止符、四分休止符、八分休止符等）表示，這些符號可以了解聲音的音調、長短，可以表現出申請註冊聲音商標的旋律。這種圖文表示方式符合歐洲法院案例法所建立的標準，即圖文表示必須清晰、準確、獨立完整、易於取閱、可理解、持久、客觀的要件。這種圖文表示方式，即使可能還是有人不能立即瞭解，但事實上仍屬容易被主管機關、公眾、業者所理解之方式<sup>111</sup>。

其後，Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation（米高梅電影公司）所申請之「獅吼聲」(The trade mark is constituted by the sound produced by the roar of a lion and is represented by the spectrogram abovementioned)，亦因申請之「獅吼聲」係以聲像<sup>112</sup>方式呈現，無法以樂譜方式呈現，OHIM上訴委員會認為樂譜是呈現聲音最好的方式，且聲像沒有水平的時間表和垂直的頻率範圍，無法明確解讀聲音之旋律，故認為不符合圖文表示，拒絕將米高梅電影公司著名

<sup>109</sup> *Id.* at para.59-61.

<sup>110</sup> 本家中聲音商標的圖文表示方式，五線譜構成歐洲第一指令第二條所謂的圖文表示，是Shield Mark、法國、奧地利、英國、審查委員會的意見一致。其他圖文表示如「給愛麗絲的前九個音符」，Shield Mark和法國認為構成圖文表示，英國和審查委員會反對；「E, D#, E, D#, E, B, D, C, A」描述曲調的音符，Shield Mark和審查委員會主張應可視為相關旋律的圖文表示，法國和英國不贊同；聲波圖部分，Shield Mark、法國、奧地利和審查委員會同意，英國則反對；擬聲語，Shield Mark贊成，英國、審查委員會認為若描述清楚、不模糊之特殊情形下可同意，法國和奧地利持相反意見。至於申請時檢附的錄音，法國認為可以附加聲波圖或頻譜圖，奧地利則認為必須附加聲波圖。對於聲波圖、錄音、數位錄音或這些方式的結合作為圖文表示，是否符合歐洲第一指令第二條所謂的圖文表示，歐洲法院以Shield Mark未以這些方式申請註冊，這是假設性的問題，拒絕表示意見。詳可參閱C-283/01；朱稚芬、鍾桂華，同前註7，頁111-112。

<sup>111</sup> C-283/01, *supra* note 98, para.62.

<sup>112</sup> OHIM, the Fourth Board of Appeal of 25 August 2003, *Metro-Goldwyn-Mayer Lion*

之「獅吼聲」註冊成為聲音商標<sup>113</sup>。對於圖文表示之審查方法，歐洲法院顯然採取了較嚴格的標準，依歐洲法院之見解，圖文表示一方面是為了使審查機關可以適當準確的審查且清楚的登記註冊，另一方面則提供商標權人明確的保護內容，也使得目前已有的或潛在的競爭對手可以獲悉訊息<sup>114</sup>，惟還是有人看不懂五線譜，歐洲法院雖然為非視覺可感知之聲音商標註冊開了一扇窗，卻是一扇不易開啟的門窗。因為聲音商標若要嚴格以五線譜作為圖文表示唯一方式有其困難之處，所以在歐洲2012年3月12日修正之商標審查基準中說到，雖然Shield Mark一案對聲音商標之圖文表示立下嚴格之標準，惟若申請人附上聲音之電子檔案作為申請附件，OHIM仍會接受予以審查<sup>115</sup>。

## 第二款 氣味與味道商標

非視覺可感知之氣味與味道商標在歐洲雖承認可為商標保護之客體，惟如何以圖文表示使審查機關可以適當準確的審查且提供商標權人明確的保護內容，仍十分困難。甚至在國際上亦有認為氣味或聲音商標不應以圖文表示加以限制，而應以透過準確描述或複製氣味的方法加以表示的聲浪<sup>116</sup>。惟歐洲法院對於圖文表示之要求仍係採較嚴格的標準，認為氣味和味道商標目前是很難符合圖文表示的<sup>117</sup>。氣味商標和味道商標申請在 OHIM 註冊之案例並

<sup>113</sup> *Id.* at para.27-28.

<sup>114</sup> C-49/02, *supra* note 70, para.29-30.“On the one hand, the competent authorities must know with clarity and precision the nature of the signs of which a mark consists in order to be able to fulfil their obligations in relation to the prior examination of applications for registration and the publication and maintenance of an appropriate and precise register of trade marks. On the other hand, economic operators must be able to acquaint themselves, with clarity and precision, with registrations or applications for registration made by their actual or potential competitors, and thus to obtain relevant information about the rights of third parties.”

<sup>115</sup> 歐洲商標審查基準 Examination Part B 7.6.1.“Presently the Office accepts as a graphic representation which is sufficient in particular to comply with the criterion of the ECJ judgement “Shield mark”, only traditional musical notations, not frequency oscilograms or sonograms. However, the Office accepts non traditional (non musical) sounds if the graphic representation by means of an oscilogram or sonogram is accompanied by the sound file, through electronic filing.”

<sup>116</sup> 國際智慧財產權保護協會 (Association Internationale pour la Protection de la propriété Intellectuelle, 簡稱 AIPPI, 英文名稱為 The International Association for the Protection of Intellectual Property), 於 2004 年 6 月 19 日至 23 日對 Q181 號問題作出決議中之第 6 點及第 7 點, <http://www.aippi.org.sg/reports.html>, 最後瀏覽日: 2013/2/15。

<sup>117</sup> 歐洲商標審查基準 Examination Part B 2.7.1 (b) .

不多，在 C-273/00 Sieckmann<sup>118</sup>作出之前，氣味商標有兩件被認為符合圖文表示，其中一件為成功註冊成為氣味商標之「剛割過新鮮草地味」(the smell of fresh cut grass)，另一件最後仍因不具有識別性而無法註冊成為氣味商標之「覆盆子氣味」(the scent of raspberries)。

在「剛割過新鮮草地味」(the smell of fresh cut grass) 氣味商標一案<sup>119</sup>，OHIM 審查委員認為申請人雖以提出文字的方式呈現商標，但系爭商標為何仍不清楚，無法確定商標保護的範圍，比如新鮮草味 (fresh cut grass) 和剛除過的草味 (just cut grass) 有何不同，保護的範圍是否限於文字本身，申請人缺乏對氣味商標本身的定義，因此認為不得註冊<sup>120</sup>。而上訴委員會提到聲音商標也會碰到審查委員提出之問題，歐洲商標審查基準第 8.2 條<sup>121</sup>中表示，音樂樂譜是可以作為聲音商標之圖文表示，但其實樂譜也是描述聲音商標而無法描述聲音本身，卻已被認可作為圖文表示之方法，而歐洲法律對於氣味商標並沒有特別不同的審查標準<sup>122</sup>。對於以「剛割過新鮮草地味」的文字作為對氣味之描述，是否可以給予看到描述之人充足之資訊，而立即且清楚與網球商品作連結，OHIM 上訴委員會認為，該文字描述是明確適當的，「剛割過新鮮草地味」氣味是非常特別，任何人從經驗中都可以立即認知，剛割下的草的氣味或香味令人們記起春天或夏天、修剪整齊的草坪或操場，或其他類似的愉快經驗<sup>123</sup>，已符合圖文表示<sup>124</sup>。

OHIM 上訴委員會在「覆盆子氣味」(the scent of raspberries) 案<sup>125</sup>中，

---

<sup>118</sup> See supra note 64.

<sup>119</sup> OHIM, the Second Board of Appeal of 11 February 1999, *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing v. OHIM*, R 0156/1998-2.

<sup>120</sup> *Id.* at para.4.

<sup>121</sup> 現為歐洲商標審查基準 Examination Part B 7.6.1.

<sup>122</sup> R 0156/1998-2, supra note 119, para.6 (g) .

<sup>123</sup> *Id.* at para.14. “The smell of freshly cut grass is a distinct smell which everyone immediately recognizes from experience. For many, the scent or fragrance of freshly cut grass reminds them of spring, or summer, manicured lawns or playing fields, or other such pleasant experiences.”

<sup>124</sup> 惟有學者認為本案之上訴委員會對於圖文表示給了一個很廣義的解釋，卻也很模糊。Peter Turner-Kerr, *Trade mark tangles: recent twists and turns in EC trade mark law*, E.L. Rev. 2004, 29(3), 345-365; E.L. Rev. 2004, 29(3), 345-365, at 347.

<sup>125</sup> OHIM, the Third Board of Appeal of 5 December 2001, *MYLES LIMITED v. OHIM*, R 0711/1999-3.

認為圖文表示的內容必須要是完整的，也要包含商標整體，除此之外，也必須要是清楚明確，使 OHIM 在審查時能夠判斷有無絕對或相對不得註冊之理由，並利於公告和註冊，亦使競爭對手知悉商標保護之權力範圍，同時法院和訴訟當事人也能適當地判斷商標侵權的範圍<sup>126</sup>。雖然氣味通常由許多化學成分組成，容易揮發，且主觀認知亦有不同，很難符合完整、清楚、精確、客觀圖文表示之要求，但在特殊的情形下還是有可能符合的<sup>127</sup>。「覆盆子氣味」就是這種情形，因為這種氣味來自自古以來就有種植和採集的莓果類的紅色水果，「覆盆子氣味」是明白且精確的，故以該文字描述應足以清除傳遞該味道，故符合圖文表示<sup>128</sup>。上訴委員會另有提到，圖文表示尚無明確之定義前，必須考量圖文表示之目的，無須作超過該目的的限縮解釋<sup>129</sup>。TRIPS 第十五條第一項規定會員國得以視覺可感知為商標之要件，但非排除非視覺可感知型態之標誌成為商標，歐洲商標規則第四條亦未排除非視覺可感知之標誌成為商標的可能性，法律並未要求任何商標都要和文字或圖形商標一樣必須直接以圖文表示呈現該商標，而若一開始就無禁止非視覺可感知商標註冊的話，例如聲音和氣味商標之本質就無法以文字或圖樣表示，若是以間接的方式呈現足以精確描述該商標，即為已足<sup>130</sup>。

在氣味商標出現之後，C-273/00 *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt* 一案<sup>131</sup>為歐洲氣味商標發展上十分重要的案例，歐洲法院於 2002

---

<sup>126</sup> *Id.* at para.11.

<sup>127</sup> *Id.* at para.14.

<sup>128</sup> *Id.* at para.15-16.

<sup>129</sup> *Id.* at para.29.

<sup>130</sup> *Id.* at para.31.

<sup>131</sup> *See supra* note 64. Ralf Sieckmann 向 Deutsches Patent- und Markenamt (德國專利商標局 German Patent and Trade Mark Office) 申請註冊「帶有淡淡肉桂的水果香」(balsamically fruity with a slight hint of cinnamon) 為氣味商標，指定使用於尼斯商品分類第 35 (advertising, business management, business administration and office functions)、41 (education, providing of training, entertainment and sporting and cultural activities)、42 (providing of food and drink, temporary accommodation, medical, hygienic and beauty care, veterinary and agricultural services, legal services, scientific and industrial research, computer programming and services that cannot be placed in other classes) 項之商品，Sieckmann 為了符合圖文表示之規定，申請書除以「帶有淡淡肉桂的水果香」(balsamically fruity with a slight hint of cinnamon) 作描述外，亦以該氣味之化學物質 methyl cinnamate (= cinnamic acid methyl ester) 的化學式「C<sub>6</sub>H<sub>5</sub>-CH = CHCOOCH<sub>3</sub>」及氣味樣本呈現。德國專利商標局以不符合圖文表示拒絕 Sieckmann 的申請，Sieckmann 遂上訴至德國聯邦專利法院 (the Bundespatentgericht)，德國聯邦專利法院認為氣

年 12 月 12 日對此案作出先決裁定，對於後來 OHIM 審查氣味商標以及其他新型態商標圖文表示，有深遠的影響。德國聯邦專利法院（the Bundespatentgericht）向歐洲法院提出兩個問題，第一，歐洲第一指令第二條<sup>132</sup>規定能夠以圖文表示之標識是否只限於可直接以視覺感知表達之標識，或者可以包括雖無法以視覺感知表達，但可以間接方式輔助表達之非視覺可感知標識，例如聲音和氣味商標<sup>133</sup>？第二，如果第一個問題採取廣義的解釋，那氣味商標以下列方式呈現可否滿足圖文表示之要件：一、化學式；二、文字描述；三、提出氣味樣本；四、結合以上三種方式呈現<sup>134</sup>？

歐洲法院針對第一個問題認為，歐洲第一指令第二條對於商標保護之客體並非列舉規定而是例示規定，因此並不排除非視覺可感知商標作為其保護之客體，只要該非視覺可感知商標能以圖文表示標識之內容，特別是藉由圖形、線條或符號來表示，仍為歐洲第一指令第二條保護之客體<sup>135</sup>。而圖文表示之目的是為了使審查機關可以適當準確的審查且清楚的登記註冊，另一方面則提供商標權人明確的保護內容，也使得目前或潛在的競爭對手可以獲悉訊息，因此為使大眾在查詢商標註冊系統時可以清楚理解商標保護之內容，

---

味商標是有可能具有辨識商品來源的能力，但對於能否滿足圖文表示之要件有疑義，於是向歐洲法院（ECJ）請求解釋。參閱朱稚芬、鍾桂華，同前註7，頁99。

<sup>132</sup> 現為 DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

of 22 October 2008 Article 2 “**Signs of which a trade mark may consist** A trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.”

<sup>133</sup> C-273/00, *supra* note 64, para.19.“(1) Is Article 2 of the First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (89/104/EEC) to be interpreted as meaning that the expression "signs capable of being represented graphically" covers only those signs which can be reproduced directly in their visible form or is it also to be construed as meaning signs — such as odours or sounds — which cannot be perceived visually *per se* but can be reproduced indirectly using certain aids?”中文翻譯參考黃堅貞，氣味商標之研究—以實務申請探討為中心，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，民國 96 年 2 月 27 日，頁 83-84。

<sup>134</sup> *Id.* at para.19.“(2) If the first question is answered in terms of a broad interpretation, are the requirements of graphic representability set out in Article 2 satisfied where an odour is reproduced: (a) by a chemical formula; (b) by a description (to be published);(c) by means of a deposit; or (d) by a combination of the abovementioned surrogate reproductions?”中文翻譯參考黃堅貞，同前註，頁 84。

<sup>135</sup> *Id.* at para.43-46.

商標必須是清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的的方式圖文表示之。商標一段期間後可申請延展，因此商標的圖文表示還須具有持久性，又商標的審查或商標的感知容易受個人主觀因素的影響，商標之圖文表示也要能明確的和客觀的<sup>136</sup>。

對於第二個問題，歐洲法院認為無法以化學式作為氣味商標之圖文表示方法，因為很少人能了解化學式<sup>137</sup>，不符可理解之要件，化學式尚不滿足清楚和精確的要件<sup>138</sup>。雖然文字可以作為圖文表示，但是卻不夠清楚、精確和客觀<sup>139</sup>。歐洲法院認為提交氣味樣本也不符合圖文表示之要件，因為氣味樣本缺乏穩定性和持久性<sup>140</sup>。而因為單以化學式、文字描述或提出氣味樣本均無法滿足圖文表示之要件，因此結合上述三種方法也是一樣無法滿足歐洲第一指令第二條圖文表示之規定<sup>141</sup>。Sieckmann 案作成後，歐洲法院對於新型態商標之圖文表示即依據 Sieckmann 案所建立之標準為審查<sup>142</sup>，味道商標也不例外，如在 Eli Lilly 案<sup>143</sup>中所申請之「人工草莓味道」，歐洲法院即依據 Sieckmann 案認為氣味商標無法以文字滿足其圖文表示之標準亦適用於味道商標<sup>144</sup>。

<sup>136</sup> *Id.* at para.47-55.

<sup>137</sup> 有對歐洲法院之看法提出反對之見解，其認為雖然一般人或許無法理解化學式代表什麼，也不法理解化學式所代表之氣味，但是化學式客觀上來說確實能清楚描述氣味物質的結構，應能滿足圖文表示之要求，其實，有很多法律問題一般人也是不那麼容易理解的。Coarsen Schaal, *The Registration of Smell Trademarks in Europe: another EU Harmonisation Challenge*, LEX e-SCRIPTA Online Legal Journal, (2003), at [http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#\\_ftn9](http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#_ftn9) (last visited on 2012/10/20)

<sup>138</sup> C-273/00, *supra* note 64, para.69.

<sup>139</sup> *Id.* at para.70.

<sup>140</sup> *Id.* at para.71.

<sup>141</sup> *Id.* at para.72.

<sup>142</sup> 例如在 Libertel 一案中歐洲法院認為以文字描述並不必然滿足 Sieckmann 案之標準，應視個案判斷而定，若提出的顏色樣本和文字描述無法滿足圖文表示之要件時，可以附上被認為是精確(precise)、持久性(durable)的國際辨識色碼輔助。C-104/01, *supra* note 64, para.35-38. 而在 Shield Mark 案中，聲音商標可藉由樂譜來滿足圖文表示，這種圖文表示方式符合歐洲法院案例法所建立的，圖文表示必須清晰、準確、獨立完整、易於取閱、可理解、持久、客觀的要件。這種圖文表示方式，即使不能立即瞭解，但事實上仍屬容易被主管機關、公眾、業者所理解。C-283/01, *supra* note 98, para.62-63.

<sup>143</sup> OHIM, the Second Board of Appeal of 4 August 2003, *Eli Lilly and Company v.OHIM*, R 0120/2001-2.

<sup>144</sup> *Id.* at para.12.

接著歐洲法院於2005年10月27日作出T-305/04 *Eden SARL v. OHIM* 案<sup>145</sup>，就本案原申請人Laboratoires France Parfum SA (LFP公司)所申請之「成熟草莓之氣味」(smell of ripe strawberries)之文字描述、草莓圖樣或其組合是否為有效之圖文表示，作出否定的判決。歐洲第一審法院引用Sieckmann案之標準，認為商標保護之客體為無論是非視覺可感知或視覺可感知之標識，只要能以圖文表示清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久性、明確的和客觀的表示，特別是以線條、圖樣、文字加以表示者<sup>146</sup>。不同草莓種類會散發不同的氣味，要清楚、精確、明確的以文字描述草莓氣味是很困難的，根據研究不同草莓種類的「成熟草莓之氣味」也不一樣，以「成熟草莓之氣味」文字描述商標並非客觀、清楚、精確，並不符合圖文表示之要件<sup>147</sup>。關於以草莓圖樣表示氣味的部分，在Sieckmann案中，歐洲法院認為完整的氣味商標圖文表示必須能呈現所註冊的氣味，而不是商品所散發出的氣味，是以在化學式中所呈現的氣味，不能視為有效的圖文表示。本案之草莓圖樣同樣也只是描述草莓所散發的氣味，而非描述氣味商標本身之氣味，並非有效的圖文表示方法。並且正如「成熟草莓之氣味」文字描述的問題，草莓可能因種類不同而有不同的氣味，本案中之草莓圖樣未標示種類，無法清楚明確地表達其商標為何<sup>148</sup>。因為本案「成熟草莓之氣味」文字的描述與成熟草莓的圖示皆不符合圖文表示的呈現，結合上述兩者亦不能構成有效的

<sup>145</sup> Laboratoires France Parfum SA (LFP 公司) 於 1999 年 3 月 26 日向 OHIM 提出以文字之描述為「成熟草莓之氣味」(smell of ripe strawberries) 的氣味商標申請案，並附有以下彩色



之圖示「」，指定使用於根據尼斯商品分類第第 3 類化妝品類、第 16 類文具用品、第 18 類皮革製品、第 25 類衣物之商品。OHIM 審查員於 2003 年 8 月 7 日以本件申請案未具有有效之圖文表示，也欠缺識別性，而不准與註冊。LFP 公司遂於 2003 年 10 月 6 日向 OHIM 提起訴願，2004 年 5 月 24 日 OHIM 上訴委員會 (the First Board of Appeal of OHIM) 認為該氣味商標不符合 CTMR 第四條規定之圖文表示要件，而依 CTMR 第七條第一項 (a) 款駁回訴願，其間 LFP 公司於 2000 年 12 月 21 日移轉給 Eden 公司 (Eden SARL)，Eden 公司於 2004 年 7 月 26 日向歐洲第一審法院 (the Court of First Instance) 提起告訴。T-305/04, *Eden SARL v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber) of 27 October 2005, para.1-7.

<sup>146</sup> *Id.* at para.24-25.

<sup>147</sup> *Id.* at para.27-33.

<sup>148</sup> *Id.* at para.39-41.

圖文表示<sup>149</sup>。

相較於聲音商標和顏色商標在國際間已有通用、穩定、客觀的五線譜和國際色碼可以輔助，氣味和味道商標目前尚未有國際標準或分類方法，在歐洲法院認為化學式、文字描述、提出氣味樣本或結合三種方法都無法滿足圖文表示的情況下，氣味商標和味道商標在採嚴格標準的歐洲已很難申請註冊了<sup>150</sup>。其他如 R 0445/2003-4<sup>151</sup>，申請人 PIKOLINO'S INTERCONTINENTAL, S.A.以「檸檬氣味」(EL OLOR A LIMÓN)，註冊使用於尼斯分類第 25 類<sup>152</sup>之商品及 R 0186/2000-4 一案<sup>153</sup>，申請人 Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.)欲申請註冊的氣味商標之圖樣描述為「在綠色草坪上散發柑橘（佛手柑、檸檬）、粉紅花香（橙花、風信子）及麝香的香氣」（The trade mark is a graphic representation of a particular fragrance.A lawn green note, citrus (bergamot, lemon), pink floral (orange blossom, hyacinth), musky.）<sup>154</sup>，指定使用於尼斯分類第 5<sup>155</sup>、16<sup>156</sup>、18<sup>157</sup>、24<sup>158</sup>之商品，皆被 OHIM 認為不符合圖文

<sup>149</sup> *Id.* at para.45.

<sup>150</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 103。

<sup>151</sup> OHIM, RESOLUCIÓN de la Cuarta Sala de Recurso de 12 de diciembre de 2005, *PIKOLINO'S INTERCONTINENTAL, S.A. v. OHIM*, Case R 0445/2003-4, Trade mark No :001254861.

<sup>152</sup> List of goods and services : Soles for shoes; footwear.

<sup>153</sup> OHIM, DÉCISION de la Quatrième Chambre de Recours du 19 janvier 2004, *Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.) v. OHIM*, Case R 0186/2000-4, Trade mark No :000521914,



<sup>154</sup> *Id.* at para.2. “A la demande de l’appelante, la phrase suivante : « Une note verte gazon, hespéridée (bergamote, citron), florale (fleur d’oranger, jacinthe) rosée, musquée » y a ensuite été ajoutée.”

<sup>155</sup> List of goods and services : Dietetic foods adapted for medical purposes.

<sup>156</sup> List of goods and services : Printed matter, instructional and teaching material (except apparatus); folders and envelopes made of cardboard, files, writing or drawing books, stationery, office requisites (except furniture), catalogues, calendars, drawing materials, pencils, fountain pens, pencil holders, rubber erasers, writing materials, wrapping paper, index cards, forms, newspapers, books, magazines, publications, sheets of paper, envelopes, postcards, graphic reproductions, paper table napkins, paper table linen, statuettes of papier mâché, theatre sets, drawing sets, pencil sets.

<sup>157</sup> List of goods and services : Goods of leather or imitation leather (except cases adapted for the goods they are designed to carry, gloves and belts), handbags, travelling bags, school bags, harness for animals, trunks and travelling bags, carrying bags adaptable for bicycles, coverings of skins or hides;harness for animals, riding saddles, umbrellas, walking-sticks.

表示要件，不得註冊為氣味商標之案例。

### 第三款 觸摸商標

在德國賓士車案<sup>159</sup>中，申請人賓士公司（Mercedes-Benz）以「本案申請商標為觸摸商標，從檢附的三面商標圖是可以看見觸感的設計。最左邊的圖顯示商標是在從前面看的側邊，中間的圖是商標的正面圖，右邊的圖顯示商標是在從後面看的側邊。商標的外觀形狀不主張權利。」<sup>160</sup>作為商標之描述。德國法院認為，依歐洲法院在 *Sieckmann* 案<sup>161</sup>與 *Shield Mark* 案<sup>162</sup>判決，圖文表示必須符合以圖形（images）、線條（lines）、或特徵（character）表示，且必須是可以被清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的呈現。本案之商標描述僅是重新描述標識，商標觸感的特性並未透過視覺上的圖文表示精確、清楚、完整、客觀的呈現出來，故不足以符合圖文表示要件，申請人應就細節部分如觸感要件、輪廓、質地、形狀、表面、比例或如何安排上多作詳盡之描述<sup>163</sup>。德國法院認為觸摸商標是可以註冊成為商標的，但是必須符合歐洲法院判決所建立之圖文表示要件，始有機會註冊成為觸摸商標。

<sup>158</sup> List of goods and services : Household linen, bath linen, table linen, bed linen.

<sup>159</sup> Case I ZB 73/05, 該觸摸商標申請人為賓士公司 (Mercedes-Benz), 指定使用於汽車零件。



左圖「」、中圖「」、右圖「」。

<sup>160</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 117。

<sup>161</sup> C-273/00, *supra* note 64, para.55.

<sup>162</sup> C-283/01, *supra* note 98, para.55.

<sup>163</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 118；Florian Traub, *German Federal Supreme Court decides on registrability of tactile marks*, The Bardehle Pagenberg IP Report, 2007/II, p9-10, at [http://www.bardehle.com/uploads/files/IP\\_Report\\_2007\\_II.pdf](http://www.bardehle.com/uploads/files/IP_Report_2007_II.pdf) (last visited on 2012/8/28)

## 第二項 台灣

### 第一款 聲音商標

我國商標法施行細則第十八條規定：「申請註冊聲音商標者，商標圖樣為表現該聲音之五線譜或簡譜；無法以五線譜或簡譜表現該聲音者，商標圖樣為該聲音之文字說明。前項商標圖樣為五線譜或簡譜者，申請人應提供商標描述。申請註冊聲音商標應檢附符合商標專責機關公告格式之電子載體。」因此，我國之聲音商標之商標圖樣應以五線譜或簡譜表現，並為說明，若無法以五線譜或簡譜呈現的聲音，亦得以文字描述聲音，同時均須檢附該聲音商標之光碟片。在我國非傳統商標審查基準中更清楚與 WIPO 內部文件一樣<sup>164</sup>將聲音商標區分為音樂性質和非音樂性質，在聲音商標為音樂性質的情形，商標圖樣應以五線譜或簡譜表現，而非音樂性質的聲音商標，因無法以五線譜或簡譜表現，應以文字就該聲音為清楚、完整的說明，以涵蓋聲音商標所有的特徵，並以之作為商標圖樣，至於音樂性質與非音樂性質兼具的聲音商標，則應於商標圖樣表現音樂性質的部分，並於商標描述就穿插其間的口白或其他非音樂性質的部分為說明<sup>165</sup>。

在我國申請註冊為聲音商標之案例中，例如「Nokia Tune」商標<sup>166</sup>，該聲音商標為單純的樂音，商標圖樣本身已足以清楚、完整表現商標，則對於聲音商標之描述僅須簡單說明「本件為聲音商標，其聲音由商標圖樣所示之樂譜所構成」，即可符合圖文表示，而英特爾公司之商標<sup>167</sup>，亦屬較單純之樂音，以「本商標為一聲音商標，係由五個連續音調 D（降半音）、D（降半音）、G、D（降半音）、A（降半音）所組合而成。」之文字說明，亦已符合圖文表示。若商標除樂音及歌詞外，尚有口白或其他特徵，亦應予以說明，以「Enrich your

<sup>164</sup> SCT/16/2, *supra* note 78, para.39. “Sounds may be both musical and non-musical. Musical sounds may be either purposely created (i.e. specially commissioned) or taken from the range of existing musical scores. Non-musical sounds may also be created or simply reproduce sounds found in nature (e.g., thunder or a lion’s roar).”

<sup>165</sup> 非傳統商標審查基準 5.2.1。

<sup>166</sup> 我國商標註冊第 01228260 號。

<sup>167</sup> 我國商標註冊第 01236199 號。

life 國泰世華銀行」商標<sup>168</sup>為例，以樂譜呈現該聲音商標，而商標描述為「本件為聲音商標，由男聲以重唱方式表達共鳴的感覺以及豐富感，利用商標圖樣所示音符唱出『ENRICH YOUR LIFE』」。而我國商標註冊第 01210980 號以「本件商標係由口語說出『福氣啦』之人類聲音」的文字作為聲音之描述，僅附上聲音電子檔而並沒有附上五線譜，我國智財局亦認為以清楚、完整描述該聲音，符合圖文表示，得註冊成為商標<sup>169</sup>。

而聲音商標利用聽覺作為感知，即便音樂性質的商標得以樂譜或簡譜清楚、完整表現商標，仍以直接聽聞該聲音較易於審查，在非音樂性質商標的情形，更有賴聲音樣本加以補充，故申請人應檢附存載聲音的電子檔案，以利審查<sup>170</sup>。我國對於聲音商標之註冊標準，似未如歐洲十分著重於判斷是否達清楚、精確、獨立、完整、可被理解、持久性、客觀性等圖文表示之要件，而是以確定商標權利範圍為最主要的考量，因此強調商標描述及樣本須與商標圖樣一致，申請人於申請時宜注意其商標圖樣與商標描述的正确性，以準確表現其所欲取得保護的商標內涵。

## 第二款 氣味與味道商標

氣味商標或味道商標因我國商標法第十八條採例示規定，故可為我國商標法保護之客體。惟在修法之前，拒絕氣味商標註冊之理由有許多，考量圖文表示之可能性、識別性判斷不易、或根本不承認氣味得表彰商品或服務來源等等<sup>171</sup>。氣味商標是否列入商標法第十八條作為保護客體，在我國商標法修正過程中經歷一番討論<sup>172</sup>，如何符合圖文表示更是討論之重點，因為要客觀地描述或書寫非視覺可感知之氣味商標亦或是味道商標十分困難，惟為因

<sup>168</sup> 我國商標註冊第 01280813 號。

<sup>169</sup> 同前註 165。

<sup>170</sup> 我國非傳統商標審查基準 5.2.2。

<sup>171</sup> 蘇文萱，同前註 65，頁 67。

<sup>172</sup> 參閱商標法修正草案第 5 次公聽會會議紀錄，經濟部智慧財產局網站，

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2549&guid=7a08dc77-26b9-4ea1-9345-bf9c4abec9ba&lang=zh-tw)，最後瀏覽日：2012/11/15。

應國際間已開放各種新型態之商標得作為註冊保護之態樣，順應國際潮流，並保障相關業者營業上之努力成果，我國新修正商標法已開放任何足以識別商品或服務來源之標誌，皆能成為本法保護之客體，氣味或味道商標若符合法定要件，即可受商標保護，惟如何使氣味或味道商標註冊滿足楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現，仍存有爭議<sup>173</sup>。

為配合我國一百年之修法，智財局將立體、顏色及聲音商標審查基準修正為納入更多新型態商標之非傳統商標審查基準，期訂立一套審查之基準，非傳統商標審查基準中<sup>174</sup>提到「氣味、味覺等非視覺可感知的商標，其商標圖樣如何能以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現，或藉由文字說明，並輔以商標樣本之補充，以清楚、完整表現商標，在審查及公告作業技術方面，尚有其困難性，縱不排除其單純以文字描述作為商標圖樣之可行性，但該等以氣味、味道可感知的標識作為區別商品或服務的來源，審查時如何要求檢附商標樣本，使其與商標圖樣間可以互相參照，以確認所欲請求保護的標的，在本局未公告審理程序之細節規定前，審查時應就個案中所檢送的商標圖樣、商標描述及商標樣本等相關資料，準用本基準之相關規定進行審查。」惟目前我國尚無氣味及味道商標註冊成功之案例。

以在歐洲通過氣味及味道商標圖文表示之「剛割過新鮮草地味」案<sup>175</sup>及「覆盆子氣味」<sup>176</sup>案為例，係分別以生活經驗可以感知之氣味、自古印象已有之氣味說服歐洲法院，我國可以參考判斷方式，但不應全盤移植，因為各國生活經驗、歷史文化不同<sup>177</sup>，譬如本文即認為，「覆盆子氣味」和「成熟草莓之氣味」皆可能因不同種類而產生不同氣味，「覆盆子氣味」對於我國人民來說，並非自古印象已有之氣味、生活經驗可以感知之氣味。本文認為或許「樟腦丸之氣味」在我國時空背景下，可以稱得上是自古印象已有之氣

<sup>173</sup> 許曉芬，從法國法院幾則判決談我國以著作權保護香水之可能，智慧財產權月刊 167 期，經濟部智慧財產局，2012 年 11 月，頁 76。

<sup>174</sup> 我國非傳統商標審查基準 8。

<sup>175</sup> See *supra* note 119.

<sup>176</sup> See *supra* note 125.

<sup>177</sup> 黃堅貞，同前註 133，頁 99。

味、生活經驗可以感知之氣味，但在歐洲可能不是如此。在智財局尚未公告氣味及味道商標審查細節之情況下，我國實務運作情形為何，有待進一步觀察，有學者提出可以氣象色層分析法（gas chromatography）和高解析液相色層分析法（high-performance liquid chromatography）分析紀錄氣味本身的揮發性質，再輔以質量光譜儀（mass spectrometry）、紅外線（infra-red）紫外線（ultraviolet）光譜分析機器等，應可分析混和物之化學組成<sup>178</sup>。本文認為，不能完全依賴技術分析或化學式，申請人也必須以清楚明確的字句描述氣味或味道，使其他消費者或相關競爭業者也能夠了解，惟以上述之方法或化學式呈現，都是可以使氣味商標更加清楚、明確、完整、客觀、持久，且至少是有助於審查人員理解並加以判斷的方式，應可適度的開放使圖文表示方式更多元化。

本文以目前正在我國智財局審理中之申請案號第 101061108 號「具地瓜味道的茶葉氣味」一案為例，嘗試判斷其對氣味之描述是否符合圖文表示要件，申請人以「不同一般茶葉的清香，而略具土味及地瓜味」作為氣味之描述，而申請人亦附上茶葉樣本，則我國智財局應可依是否以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現加以審查，本文認為，本件似與歐洲「剛割過新鮮草地味」一案<sup>179</sup>有相類似之處，皆為生活經驗可以感知之氣味，歐洲法院認為「剛割過新鮮草地味」是非常特別，任何人從經驗中都可以立即認知，剛割下的草的氣味或香味令人們記起春天或夏天、修剪整齊的草坪或操場，或其他類似的愉快經驗，而符合圖文表示，惟本文與歐洲法院採不同之看法，因為氣味夾雜著主觀看法，從小生活在都市的人與從小生活在鄉下的人對於土味所產生的聯想可能不同，不同品種或不同產地的地瓜氣味也會不同，申請人以「不同一般茶葉的清香，而略具土味及地瓜味」作為氣味之描述，似尚無法符合客觀、完整的圖文表示要件。

<sup>178</sup> Debrett Lyons, *Sounds, smells and signs*, E.I.P.R. 1994, 16(12), 540-543 E.I.P.R. 1994, 16(12), 540-543, at 541-542. 黃堅貞，同前註，頁 126-127。

<sup>179</sup> See *supra* note 119.

### 第三款 觸摸商標

觸摸商標如上述之氣味商標與味道商標，係屬於非視覺可感知之新型態商標，又是此類型商標中相較新穎之商標類型，觸摸商標在國際間受理之情形不多，因此我國非傳統商標審查基準 8 提到，在我國審查及公告作業技術方面，尚有其困難性，在智財局未公告如何審查之前，應就個案中所檢送的商標圖樣、商標描述及商標樣本等相關資料，準用非傳統商標審查基準，就商標本身為清楚、詳細的說明，並附上觸摸商標之樣本，以供審查。

本文以我國目前正在申請中之白花油瓶為例進行檢驗，申請人以「將之握在手中，擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感，尤其雙側邊弧狀設計及中央凸起之階部設計，使人一握（觸摸）即知係白花油瓶」作為商標描述，並附上白花油瓶樣式，智財局應加以審查，本文認為擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感似可以理解與想像，惟似尚不清楚、明確，或可參考歐洲 Case I ZB 73/05 一案<sup>180</sup>認為申請人應就細節部分如觸感要件、輪廓、質地、形狀、表面、比例或如何安排上多作詳盡描述之看法，本案申請人若再加上說明是何種雕刻感（譬如對於商標凸起的白花油國字雕刻之觸感多說明）、質地與大約幾公分厚度等，較可能符合我國圖文表示要件。

### 第三項 非視覺可感知新型態商標圖文表示判斷因素比較

由於聲音商標可分為可由五線譜表示之有音樂性質之聲音商標與無法由五線譜表示之非音樂性質之聲音商標，歐洲法院所立下須以五線譜作為聲音商標圖文表示方式明顯過於嚴格，因此後來在歐洲商標審查基準中認為，雖然 *Shield Mark* 一案<sup>181</sup>對聲音商標之圖文表示立下嚴格之標準，惟若申請人附上聲音之電子檔案作為申請附件，OHIM 仍會接受予以審查。我國對於聲音商標之註冊標準，似未如歐洲十分著重於判斷是否達清楚、精確、獨立、完整、可被理解、持久性、客觀性等圖文表示之要件，而是以確定商標權利範

<sup>180</sup> See *supra* note 159.

<sup>181</sup> See *supra* note 98.

圍為最主要的考量，因此強調商標描述及樣本須與商標圖樣一致，申請人於申請時宜注意其商標圖樣與商標描述的正確性，以準確表現其所欲取得保護的商標內涵。

另外，在氣味與味道商標部分，歐洲法院認為化學式、文字描述、提出氣味樣本或結合三種方法都無法滿足圖文表示的情況下，氣味商標和味道商標在採嚴格標準的歐洲已很難符合圖文表示要件。而我國目前尚無註冊成功之案例可循，惟原則上要求以清楚、明確、完整、客觀、持久即易於理解之方式呈現，以確定商標權利範圍為最主要的考量。

本文以下就歐洲與台灣實務案例對於非視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷要件，以表格之方式說明。

**表 4 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之圖文表示判斷因素比較表**

		歐洲	台灣
聲音商標		歐洲法院認為必須以「五線譜」作為聲音商標圖文表示之呈現方式始符合歐洲法院案例法所建立的，圖文表示必須清晰、準確、獨立完整、易於取閱、可理解、持久、客觀的要件。	在聲音商標為音樂性質的情形，商標圖樣應以五線譜或簡譜表現，而非音樂性質的聲音商標，因無法以五線譜或簡譜表現，應以文字就該聲音為清楚、完整的說明，以涵蓋聲音商標所有的特徵。並應附上電子檔案。
氣味與味道商標	氣味商標	圖文表示之目的是為了使審查機關可以適當準確的審查且清楚的登記註冊，另一方面則提供商標權人明確的保護內容，也使得目前或潛在的競爭對手可以獲悉訊息，因此為使大眾在查詢商標註冊系統時可以清楚理解商標保護之內容，以圖文表示之商標必須是清楚的（clear）、精確的（precise）、完整獨立的（self-contained）、容易取得的（easily accessible）、可理解的（intelligible），根據指令的規定，商標一段期間後可申請延展，因此商標的圖文表示還須具有持久性	原則上應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現。

		(durable), 又商標的審查或商標的感知容易受個人主觀因素的影響, 商標之圖文表示也要能明確的 (unequivocal) 和客觀的 (objective)。歐洲法院採取了十分嚴格之判斷標準。	
	味道商標	同上。	同上。
觸摸商標		觸摸商標圖文表示必須符合以圖形 (images)、線條 (lines)、或特徵 (character) 表示, 且必須是可以被清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的呈現。	仍須盡可能以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現。

來源：本文自行整理



## 第四章 實質要件：新型態商標與功能性及保持公共使用需求之關係

取得商標之商標權人，具有排除他人使用或申請註冊相同或近似於其註冊商標於同一商品或類似商品或服務之權利<sup>182</sup>。然在有些情況下，必須考量保持公共使用需求之公益因素，而不予註冊成為商標。新型態商標往往無法一眼即使一般消費者將其直接地視為區別商品或服務來源之標誌，而是將其視為商品本身、提供商品之實用功能或裝飾性之形狀或圖樣<sup>183</sup>，比起一般商標更需要考慮是否具公益性。本章即就歐洲與我國關於新型態商標因考量保持公共使用需求之公益因素，而排除給予註冊成新型態商標之態樣，進行介紹，希冀能作為我國實務運作之參考。

### 第一節 保持公共使用需求之意義

一個標識是否能註冊成為商標，受商標法規的保護，須要考慮的要件有很多。例如歐洲商標規則第七條<sup>184</sup>和第八條<sup>185</sup>將商標不得註冊事由分成兩類，一種是絕對不得註冊事由，不具有識別性之商標<sup>186</sup>、描述性商標<sup>187</sup>、通用性商標<sup>188</sup>、功能性商標<sup>189</sup>、違反公序良俗之商標<sup>190</sup>皆為此類型，另一種為相對

<sup>182</sup> 曾陳明汝著、蔡明誠續著，同前註 26，頁 81。

<sup>183</sup> 林洲富，商標法案例式，五南圖書出版，出版一刷，2008 年 8 月，頁 19。

<sup>184</sup> **Article 7 Absolute grounds for refusal.**

<sup>185</sup> **Article 8 Relative grounds for refusal.**

<sup>186</sup> *Article 7 Absolute grounds for refusal* “1. The following shall not be registered: (b) trade marks which are devoid of any distinctive character.”

<sup>187</sup> *Article 7 Absolute grounds for refusal* “1. The following shall not be registered: (c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin or the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service.”

<sup>188</sup> *Article 7 Absolute grounds for refusal* “1. The following shall not be registered: (d) trade marks which consist exclusively of signs or indications which have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade.”

<sup>189</sup> *Article 7 Absolute grounds for refusal* “1. The following shall not be registered: (e) signs which consist exclusively of: (i) the shape which results from the nature of the goods themselves; (ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result; (iii) the shape which gives substantial value to the goods.”

不予註冊事由<sup>191</sup>，我國則將不得註冊因素規定於商標法第二十九條和三十條。但本文僅就新型態商標實質審查中最容易有爭議及適用疑義之要件進行分析，即本文本章以及接下來之第五章將分別就商標保持公共使用需求、先天識別性、後天識別性等要件進行探討。

新型態之商標通常無法一眼即使一般消費者將其直接地視為區別商品或服務來源之標誌，反而容易將其視為商品本身、提供商品之實用功能或裝飾性之形狀或圖樣<sup>192</sup>，因此，新型態商標在判斷得否註冊成為商標而受商標權排他效力之保護時，格外需要考量保持自由使用之公益需求，兼顧商標權利人、同業競爭者和消費者利益之平衡，即若新型態商標是具有保持公共領域使用需求之性質者，應認為不得由特定人取得商標註冊而長期壟斷為宜，故應將之排除在給予新型態商標保護之外。

所謂保持公共使用需求，係指當同業競爭者對於某一標識在交易中有必要加以使用，而對之有保持自由使用狀態之公共利益需求，而保持公共使用需求之概念不論在大陸法系或是英美法系皆是貫穿整部商標法之基本原理，只是法律體現之規範位置可能不盡相同<sup>193</sup>。而功能性之商標和通用性之商標則是須考量保持公共使用需求程度較高的類型<sup>194</sup>，具有功能性的商品形狀或

---

<sup>190</sup> *Article 7 Absolute grounds for refusal* “1. The following shall not be registered: (f) trade marks which are contrary to public policy or to accepted principles of morality.”

<sup>191</sup> 有關歐洲絕對與相對不予註冊各項事由已有許多文獻介紹，本文在此不深入討論，相關文獻可參閱謝銘洋，同前註 20，頁 176-179；黃堅貞，同前註 133，頁 72-78；曾陳明汝著、蔡明誠續著，同前註 26，頁 342-344。

<sup>192</sup> 林洲富，同前註 183，頁 19。

<sup>193</sup> 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範我國商標法上之保持公共使用需求—從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第 67 期，2008 年 9 月，頁 8-9，且文章中亦提到，在巴黎公約第六條之四第 B 項規定「缺乏任何識別性」、「完全屬於商品或服務之特徵」及「完全屬於習慣使用」皆為不得註冊商標之理由，此一基礎原理在英美法上被稱為顯著性(即識別性)，在德國則區分為識別性及保持公共使用需求兩者。本文認為其實不論是德國法將描述性質之商標及通用性質之商標歸類於保持公共使用需求，而與識別性分開判斷，亦或是如英美法將描述性質之商標及通用性質之商標亦歸類於識別性下作判斷，其背後法理都是基於公益之考量。

<sup>194</sup> 我國商標法第二十九條第一項第一款及第二款規定描述性商標、通用商標不具有識別性，不得註冊成為商標，而在同條第二項規定描述性商標在如經申請人使用且在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識，是可能依後天識別性註冊成為商標。我國商標法排除通用性商標藉由取得後天識別性而註冊成為商標之可能，亦在非傳統商標識別性中有關通用的新型態

包裝可以提升產業整體技術進步，也能促進社會便利，如果將具有功能性之技術設計歸由一人獨佔，將不利於市場的公平競爭和技術創新進步，因此應排除其註冊成為商標之可能，而由專利法賦予功能性商品有限的保護期間已足保護發明人<sup>195</sup>。而通用性之商標則係指指業者就特定商品或服務普遍使用的標識，而已為社會大眾所習慣，成為業界通用且廣為人知，不僅消費者無法藉以識別來源，亦應避免由一人取得排他專屬權而影響公平競爭，不准其註冊。

本文以下即就歐洲與我國關於具有功能性之商標及具有保持公共使用需求考量之商標的運作模式，進行研究分析。



## 第二節 歐洲

以下透過整理歐洲相關案例，就基於功能性與公共利益排除給予新型態商標保護進行分析。

### 第一項 基於功能性

#### 第一款 立體商標

功能性之考量係貫穿商標權之成立與效力限制，歐洲商標規則第七條第

---

商標規定皆強調「若由一人所專用，將嚴重影響公平競爭，故無法藉由證明後天識別性的方式取得註冊」，其實有隱含認為通用性之商標是比描述說明性之商標更具有高度保持公眾使用之需求。

<sup>195</sup> 判斷功能性之目的係在於平衡商標法與專利法以保障合法競爭者，商標法立意並非以掌握產品有用的特性，而是以保護廠商的生育來促進競爭，如果要以控制產品特性來促進競爭，就應以專利法來保護。如果一項具功能性的特性可以藉由商標法來保護，而商標是可以永久延展，代表這具功能性的特性將會永遠被一家廠商所獨佔，商標法並不是用來獎勵廠商的創新發明，這是專利法的立法意旨，同時專利法僅會賦予這壟斷的權力一段期間，在一定期間過去後，這些創新發明、具有功能性的特質都將能被自由地運用。朱稚芬、鍾桂華，同前註7，頁124。

一項第 e 款<sup>196</sup>以及經修正之歐洲第一指令第三條第一項第 e 款<sup>197</sup>規定可以看出，源自於商品本身性質之形狀、為達到某技術效果所必要之形狀、賦予商品實際價值之形狀之立體商標皆屬於功能性而有不給予註冊之情形<sup>198</sup>。美國法之功能性較為廣義，包含實用功能性（Utilitarian Functionality）<sup>199</sup>和美感功能性（Aesthetic Functionality）<sup>200</sup>，而在歐洲法上，立體商標所需考量之功能性，並不包括美國法上之美感功能性（Aesthetic Functionality），因此即稱歐洲法係採狹義之功能性。

而為了避免申請人就商品之功能性特徵，迴避專利要件要求而藉由取得商標 權達到長久獨佔的地位，以致妨礙同業競爭者之自由競爭，為達商品功能之必要所造成的形狀，不得註冊取得商標。有關功能性認定問題，在歐洲法院(The European Court of Justice, 簡稱 ECJ)2002 年 6 月 18 日作出 C-299/99 一案<sup>201</sup>，針對英國上訴法院（Court of Appeal of England and Wales）審理 *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd* 一案時，透過先行裁決（preliminary ruling）請求解釋。西元 1966 年 Koninklijke Philips

<sup>196</sup> Article 7 “Absolute grounds for refusal 1. The following shall not be registered:(e) signs which consist exclusively of: (i) the shape which results from the nature of the goods themselves; or (ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result; or (iii) the shape which gives substantial value to the goods.”

現為 Council Regulation (EC) No. 207/2009 Article 7.

<sup>197</sup> Directive 2008/95/EC Article 3 “Grounds for refusal or invalidity 1. The following shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid: (e) signs which consist exclusively of: (i) the shape which results from the nature of the goods themselves; (ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result; (iii) the shape which gives substantial value to the goods.”

<sup>198</sup> 許忠信，立體形狀功能性之介紹，智慧財產權月刊第 127 期，經濟部智慧財產局，2009 年 7 月，頁 5。

<sup>199</sup> 實用功能性係指商品或其包裝容器之形狀或設計，具有實用上的效益（為商品使用或目的上所不可或缺）或製造上的經濟效益（降低製造成本或簡化流程），致在市場上占有競爭的優勢。參洪淑敏，同前註 48，頁 15。

<sup>200</sup> 美感功能性係指商品或其包裝容器之形狀或設計，藉由美的創作來吸引消費者購買，進而提升商品價值，並成為在商場上成功的重要原因。參洪淑敏，同前註。

<sup>201</sup> C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd*, Judgment of the Court of 18 June 2002. 西元 2002 年 6 月 18 日歐洲法院對於著名的飛利浦 V.S 雷明頓案（*Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd*）作出判決，此一判決確立了外觀設計或商品外型可以在多大程度受到商標法保護的法律標準，因而被歐洲法界認為是該領域的一個里程碑式的判例。參閱宋紅松，商品外型與立體商標－飛利浦 v.s 雷明頓案評述，智慧財產權月刊第 54 期，經濟部智慧財產局，2003 年 6 月，頁 53。

Electronics NV（下稱飛利浦公司）開發了一種具有三個能轉的圓形刀頭的新型電動刮鬍刀，申請專利獲准，在專利權保護期到期後，另於 1985 年申請商標並獲准註冊（下稱三刀頭商標）。1995 年，飛利浦公司的競爭對手 Remington Consumer Products Ltd（下稱雷明頓公司）也開始製造販售也有類似於三個能轉動的圓形刀頭的電動刮鬍刀，飛利浦公司即對雷明頓公司提起商標侵權訴訟，而雷明頓公司則反訴請求撤銷飛利浦公司商標之註冊。案經英國高等法院(The High Court of Justice of England and Wales)以及英國上訴法院審理後，英國上訴法院認為當事人爭點與歐洲第一指令部分條文解釋有關，因此向歐洲法院提出七個問題尋求先行裁決<sup>202</sup>。

本案在英國高等法院審理時，法官對於飛利浦之三刀頭商標是否屬於英國 1994 年商標法第三條第二項<sup>203</sup>規定不得作為商標註冊之標識，進行了以下考慮：

一、是否為英國 1994 年商標法第三條第二項 a 款「由商品自身的性質產生的形狀」而不得註冊為商標之情形，英國高等法院 Jacob 法官認為因為電動刮鬍刀本身之性質並不致產生任何特定形狀，因此並不符合「由商品自身的性質產生的形狀」而不得註冊商標之情形<sup>204</sup>。

二、是否為英國 1994 年商標法第三條第二項 b 款「為獲得技術效果而需要的商品之形狀」而不得註冊為商標之情形，Jacob 法官認為很少有什麼物品是只有某一種形狀才能實現某種功能，如果商標法僅對唯一可以實現某種功能的形狀禁止註冊，那麼許多功能性外觀設計都將被壟斷，這種結果決不是指令立法者所希望的，因此認為如果某一商品形狀實質上僅僅達到某種技術效果，

---

<sup>202</sup> 洪燕嫩，論立體商標之註冊須具備非功能性要件，聖島國際智慧財產權實務報導，2006 年 6 月，8 卷 6 期，亦可參聖島國際專利商標聯合事務所網站，[http://www.saint-island.com.tw/ch/b\\_maint\\_04.asp](http://www.saint-island.com.tw/ch/b_maint_04.asp)。

<sup>203</sup> 英國商標法 3. -“(2) A sign shall not be registered as a trade mark if it consists exclusively of- (a) the shape which results from the nature of the goods themselves, (b) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result, or (c) the shape which gives substantial value to the goods.”

Intellectual Property Office, <http://www.ipo.gov.uk/pro-types/pro-tm/t-law.htm> (last visited on 2012/12/30)

<sup>204</sup> 宋紅松，同前註 201，頁 62；鐘一晟，我國非傳統性商標保護之研究-以立體、顏色與聲音商標為中心，輔仁大學財經法律系，93 碩士，頁 47-49。

則應認為屬於為獲得技術效果而需有的商品形狀，是否存在其他形狀可以實現同樣的功能不影響這一判斷。故認定飛利浦商標屬於「為獲得技術效果而需有的商品之形狀」，其註冊無效<sup>205</sup>。

三、是否為英國 1994 年商標法第三條第二項 c 款「使商品具有實質性價值的形狀」而不得註冊為商標之情形，Jacob 法官則認為，飛利浦公司多年來對於其三頭剃鬚刀的大規模廣告宣傳已經使公眾相信該外形的剃鬚刀具有技術上的優勢，這已經賦予該外形實質性價值。因此，飛利浦商標也屬於「使商品具有實質性價值的形狀」，其註冊無效<sup>206</sup>。

英國上訴法院對於英國高等法院之見解對於前兩項表示贊同，並裁定飛利浦商標無非是「為實現良好的實用效果而設計的各種技術特徵的組合」，但裁定英國高等法院判決認定飛利浦商標屬於「使商品具有實質性價值的形狀」是錯誤的<sup>207</sup>。英國上訴法院認為當事人之爭點與歐洲第一指令部分條文之解釋有關，因此向歐洲法院提出七個問題尋求先行裁決，而歐洲法院認為英國上訴法院所提出的七個問題中之第四個問題<sup>208</sup>與本案商標功能性是有關的，其疑問為：歐洲第一指令第三條第一項第 e 款是否係指，某一完全由產品外型構成的標識，如果該外形的功能性特徵實質上僅僅是為了獲得技術效果，則該標識是否不應被註冊？如果還有其他外型可以達到同樣技術效果，是否就不構成該條款規定的因具功能性而拒絕註冊或註冊無效的原因？

歐洲法院對此問題在先行裁決中回答重申歐洲商第一指令第三條第一項

---

<sup>205</sup> 宋紅松，同前註，頁 63；鐘一晟，同前註，頁 47-49。

<sup>206</sup> 同前註。

<sup>207</sup> 英國上訴法院（Court of Appeal of England and Wales）法官 Aldous 認為，英國高等法院（The High Court of Justice of England and Wales）Jacob 法官在分析涉案外形是否為商品增添了實質性價值時，錯誤地將涉案商品的技術功能和飛利浦商標通過廣告宣傳獲得的聲譽考慮進來，而這些因素屬於外來因素，因此，飛利浦商標不屬於「使商品具有實質性價值的形狀」之態樣。參宋紅松，同前註。

<sup>208</sup> C-299/99, supra note 201, para.16. “4.(a) Can the restriction imposed by the words if it consists exclusively of the shape of goods which is necessary to achieve a technical result appearing in Article 3(1)(e)(ii) be overcome by establishing that there are other shapes which can obtain the same technical result or (b) is the shape unregistrable by virtue thereof if it is shown that the essential features of the shape are attributable only to the technical result or (c) is some other and, if so, what test appropriate for determining whether the restriction applies?”

第 e 款之規範目的係為若一旦使具有功能性之形狀能獲准給予商標註冊，將造成壟斷獨佔該技術之結果，基於公平競爭、自由使用之考量，應拒絕給予商標註冊。另外，歐洲法院更認為，「由商品自身的性質產生的形狀」、「為獲得技術效果而需要的商品之形狀」或「使商品具有實質性價值的形狀」的形狀均不能獲得識別性，因此，考慮這類形狀能否獲得識別性完全是多餘的。而對於歐洲第一指令中規定的「為獲得技術效果而需有的商品之形狀」，歐洲法院則認為應當作較嚴格的解釋為「主要功能特徵僅僅是為了實現某種技術效果的形狀，而不必再考慮是否還有其他形狀能夠實現相同的技術效果」。如此才不至於使應由專利保護之有限權利變成無限權利<sup>209</sup>。此一判決被歐洲法界認為是確立功能性標準的一個里程碑式的判例。

另外，我們亦可以從歐洲法院於 2010 年 9 月 14 日，對於 *Lego Juris A/S (樂高積木) v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)* 所作成之 C-48/09P 一案<sup>210</sup>中，歐洲法院仍維持下級法院 (The General Court) 之見解，認為樂高積木原本註冊之有兩行螺柱狀突起物的紅色積木<sup>211</sup>係屬歐洲商標規則第七條第一項第 e 款 (ii) 規定為獲得技術效果而需要的商品之形狀，因為積木上有突起之處和可嵌入的孔，才能使得積木塊可互相合併，樂高積木有兩行螺柱狀突起物即具有功能性，因此不能

<sup>209</sup> *Id.* at para.73-85.

<sup>210</sup> C-48/09P, *Lego Juris A/S v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 September 2010, 本案之爭議商



標為「」，1996 年 4 月 1 日丹麥的玩具商 Lego 向 OHIM 申請註冊此一商標使用於遊戲玩具類商品 (Games and playthings)，並於 1999 年 10 月 19 日註冊成功，惟其競爭對手加拿大 Mega Brands Inc. 遂於 1999 年 10 月 21 日提出該樂高所註冊之商標有違反歐洲商標規則 ((EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Marks) 第七條 (1) (e)(ii) 之規定，爭議商標屬 “the shape of goods which is necessary to obtain a technical result”，應廢除其商標註冊，OHIM 經考量 C-299/99 Philips 一案法院之見解，於 2004 年 7 月 30 日作出取消該商標註冊的決定 (the Cancellation Division’s decision)，丹麥的玩具商 Lego 即於 2004 年 9 月 20 日提出上訴，而 OHIM 內部的上訴委員會 (the Grand Board of Appeal of OHIM) 亦支持廢除該商標。丹麥的玩具商 Lego 只好向歐洲法院第一審 (The General Court) 提起上訴，但仍以失敗收場，之後 Lego 再向歐洲法院 (ECJ) 上訴，但歐洲法院 (ECJ) 仍駁回其上訴。丹麥 Lego 及加拿大 Mega Brands 長期的爭訟終於告一段落。

<sup>211</sup> *Id.* at para.73. “...the Lego brick consists in the two rows of studs on the upper surface of that brick.”

註冊成為立體商標。Lego 雖主張，仍有其它樣子的積木構造可以達到相同功能，但歐洲法院仍採上述 Philips 案中所採對「為獲得技術效果而需有的商品之形狀，應當較嚴格的解釋為主要功能特徵僅僅是為了實現某種技術效果的形狀，而不必再考慮是否還有其他形狀能夠實現相同的技術效果」之見解。另外本案也重申若保護一種具有功能性的商品，會限制其競爭對手對公平使用，尤其更不能藉商標法取得無限期獨佔壟斷的權利。

## 第二款 其他新型態商標

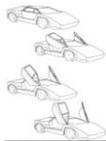
例如知名 Automobili Lamborghini S.p.A. 欲在 OHIM 註冊車門開啟關合移動方式之動態商標，但 OHIM 上訴委員會作出 R 0772/2001-1，仍認為此一產品其特殊之動作或形態變化具有功能性，而駁回其申請<sup>212</sup>。

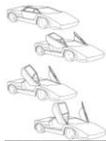
## 第二項 基於公共利益

由於歐洲商標規則第七條第一項第 e 款以及歐洲第一指令第三條第一項第 e 款，僅係就立體形狀之功能性加以規範排除商標保護，歐洲法院實務上在其他如顏色、聲音、氣味等類型之新型態商標之功能性審查甚少著墨。但我們由歐洲法院於 2004 年 2 月 12 日作成之 C-363/99 *Koninklijke KPN Nederland NV v. Benelux Merkenbureau* 一案<sup>213</sup>中可探知歐洲商標法律將公共利益納入規範，而由歐洲法院 C-104/01 *Libertei Groep BV v.*

---

<sup>212</sup> OHIM, ENTSCHEIDUNG der Ersten Beschwerdekammer vom 23. September 2003, *Automobili Lamborghini Holding S.p.A. v. OHIM*, R 0772/2001-1, Trade mark No: 001400092,



「」, Description of the mark: The trademark refers to a typical and characteristic arrangement of the doors of a vehicle. For opening the doors are "turned upwardly", namely around a swivelling axis which is essentially arranged horizontal and transverse to the driving direction.

<sup>213</sup> C-363/99, *Koninklijke KPN Nederland NV v. Benelux-Merkenbureau*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 12 February 2004. 此案中認為，歐洲第一指令第三條第一項第 C 款之規定，乃為追求說明性標識不被某一事業獨佔為其商標而應保持自由與大眾之公共利益。參國外商標判決案例與分析，同前註 103，頁 17-18。

*Benelux-Merkenbureau* 一案<sup>214</sup>，能看出除了功能性以外，公共利益亦是新型態商標是否排除給予商標註冊所考量因素之一。

*Libertei Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* 一案之原告為荷蘭的電信業者，於 1996 年 8 月 27 日向被告荷比盧商標局(Benelux-Merkenbureau)申請以「橘色」註冊為商標，使用於電信商品和服務，在商標申請表格中，該電信業者僅附上橘色的長方型樣本，說明欄則填上「Orange」字樣，並無參考顏色分類碼(Colour Code)。荷比盧法院於 1997 年先以暫時性駁回通知原告其商標不具有識別性，不符合荷比盧商標法第六條之二(1)(a)<sup>215</sup>之規定，因此拒絕其註冊商標之申請。原告雖表示異議，但荷比盧商標局仍駁回其申請。原告則對此提起上訴，並上訴至荷蘭最高法院(the Hoge Raad der Nederlanden)。在荷蘭最高法院審理此案時，對於荷比盧商標法第六條之二(1)(a)，也就是關於歐洲第一指令第三條第一項第 b 款<sup>216</sup>之規定，向歐洲法院(ECJ)提出若干問題，請求先行裁決<sup>217</sup>。

其中荷蘭最高法院向歐洲法院提出的第三個問題，即為在判斷單一顏色之識別性時，是否應如地理來源標誌一樣，應考量公眾使用之公共利益<sup>218</sup>?對此，歐洲法院認為，在判斷特定顏色是否具備商標識別性時，必須考慮其是否具有一般的利益而必須保留給公眾使用。以現今的技術雖然可以辨識出很廣的顏色色度，但是在判斷顏色本身可否作為註冊商標時，仍應站在大眾之立場下來考量。在本案所指之相關大眾，一般而言係指具有合理認知與注意之一般消費者。顏色對於一般大眾而言，因為很少有以顏色直接作為商品區

---

<sup>214</sup> See *supra* note 76.

<sup>215</sup> Article 6bis of the UBL provides as follows “1.The Benelux Trade Mark Office shall refuse registration where it considers that:(a) the sign filed does not constitute a trade mark within the meaning of Article 1, in particular because it is devoid of any distinctive character, as provided for in Article 6quinquies B(2) of the Paris Convention;...”

<sup>216</sup> Article 3 “Grounds for refusal or invalidity 1.The following shall not be registered or if registered shall be liable to be declared invalid:... (b) trade marks which are devoid of any distinctive character;...”

<sup>217</sup> C-104/01, *supra* note 76, para.3-11.

<sup>218</sup> *Id.* at para.20.“(3)In the assessment of the distinctive character of a specific colour as a trade mark, must account be taken of whether, with regard to that colour, there is a general interest in availability, such as can exist in respect of signs which denote a geographical origin?”

別的情形，因此顏色能具備辨識的能力是有限的，應該受到一定程度之限制。大多數的獨佔壟斷行為與公平競爭制度是相違背的，不論是對經濟發展或是企業精神而言，若使顏色註冊商標僅是提供註冊者單獨擁有利益而將損及他競爭者或公眾之利益時，以公共利益作為限制顏色商標註冊，並無不當之處<sup>219</sup>。

另外在歐洲法院於2003年7月9日作出的T-234/01 *Andreas Stihl AG & Co. KG v. OHIM* 一案<sup>220</sup>，判決中有提到申請人所申請註冊橘色和灰色顏色組合為商標中的橘色具有指示機器商品具有危險性的功能<sup>221</sup>，但本案仍是以不具識別性而不得註冊成為商標。由上述之判決可知，歐洲在判斷顏色是否具有識別性而可否作為商標時，會考量到對於其他提供相同型態商品或服務的競爭者以及一般大眾之利益是否會受到不當的使用限制，若該新型態商標具有強烈保持自由使用之需要，則應排除給予商標註冊之保護為宜。惟歐洲法院在本案中似將顏色商標之功能性放在不具識別性下考量，作為識別性之下位概念<sup>222</sup>。

### 第三節 台灣

在商標法於民國一百年六月二十九日修正前，功能性之考量在商標法中著重於立體商標，而將亦隱含功能性考量之顏色和聲音商標，在舊立體、顏色及聲音商標審查基準中規定通用的顏色標章以及通用的聲音標章。惟因國際間開放受理更多新型態商標註冊，我國於民國一百年六月二十九日修正公布之商標法，開放任何足以識別商品或服務來源之標識，皆能成為我國商標法註冊保護之客體，也修正「立體、顏色及聲音商標審查基準」名稱為「非

<sup>219</sup> *Id.* at para.44-71.

<sup>220</sup> T-234/01, *Andreas Stihl AG & Co. KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 9 July 2003.

<sup>221</sup> *Id.* at para.33.

<sup>222</sup> 洪淑敏，同前註48，頁37。

傳統商標審查基準」，在「非傳統商標審查基準」中規定，不只立體商標有功能性問題，其他新型態之商標種類亦有規定各自功能性之判斷標準。但仍在新型態商標之識別性判斷保留通用性商標排除給予商標保護之規定。以下就台灣有關功能性商標與通用性商標等排除給予新型態商標保護之要素，整理並進行分析。

### 第一項 基於功能性

所謂功能性，係指特定的商品或服務之設計或特徵（例如商品形狀、商品包裝、聲音、顏色或氣味等），就商品或服務的用途或使用目的來說，為不可或缺，或會影響商品或服務的成本或品質者而言。商標法第三十條第一項<sup>223</sup>第一款規定：「僅為發揮商品或服務之功能者所必要」，不得註冊。修正理由中說明，是否具有功能性應就商標整體判斷，若商標具有識別性，縱使商標某一部分具有功能性之特徵，仍可就該部份聲明不在專用之列後取得註冊。例如，某種有輪子的燈塔狀的移動式垃圾筒，雖然該移動式垃圾桶具有功能性的特徵，但該功能並不是主要的，且申請人很明顯地並無取得該具有功能性部分獨佔權的意圖，同時此種燈塔的形狀，並非垃圾筒之一般代表性的基本形狀，考量該燈塔狀垃圾筒整體所具有的識別性與其功能性特徵之非主要性，仍得准其註冊，只不過申請人於註冊時無法就該容器的功能性部分（輪子的部分）取得獨佔權<sup>224</sup>。

而我國非傳統商標審查基準中指出，具有功能性的商品形狀或包裝可以提升產業整體技術進步，並帶給社會便利，若該功能性的設計歸屬於一人所有，將造成市場的永久獨佔，不利於市場的公平競爭與技術進步，但若完全不加保護，也可能損及創新的動機。為在鼓勵創新與維護公共利益間取得平衡，由專利法賦予功能性商品有限的保護期間，時間經過後，該發明即成為

---

<sup>223</sup> 舊商標法第二十三條第一項第四款規定：「商品或包裝之立體形狀係為發揮其功能性所必要者」，不得註冊。

<sup>224</sup> 案例來自舊「立體、顏色及聲音商標審查基準」2.5.2。

公共財，任何人均能自由使用。商標法主要目的在保護具有指示商品或服務來源功能的標識，而該標識並得藉由延展取得永久保護，為無期間的限制，若具有功能性的商品設計或特徵能取得商標註冊，則該永久性的保護即有礙於同業的公平競爭及社會的進步，為避免此種情形發生，商標若僅僅是為發揮商品或服務之功能所必要者，則不能取得註冊<sup>225</sup>。

我國非傳統商標審查基準參考美國法認為功能性包括實用功能性及美感功能性，前者包括達成商品使用目的或技術效果所必要的特徵，以及由較便宜或簡單的製造方式所產生的產品特徵。在後者，則指該特徵雖不具實用功能性，不能增加商品或服務的效能或降低其成本，但是明顯具有其他的競爭優勢，而該競爭優勢應保留給同業使用，而不宜由一人所獨占。例如黑色的船尾外掛馬達，黑色雖不能增強馬達的效能，但是黑色容易與任何的船隻顏色搭配，同時還可以使馬達看起來比較小，仍具有功能性；又如柳橙口味的藥物，雖不會使藥物在治療疾病上達到更好的效果，但是可以遮蓋藥物的味道，皆屬美感功能性的情形<sup>226</sup>。

在立體商標功能性之部分，非傳統商標審查基準規定立體形狀若就商品或服務的用途或使用目的來說，為不可或缺的存在，或者是會影響商品或服務的成本、品質者，即具有功能性。立體形狀若具功能性，因在相同業者間具有競爭優勢，為使一般業者都可以自由使用以利公平競爭，首創者應是循專利法取得一定期限之保護，不得由特定人取得商標註冊長期專用<sup>227</sup>。

立體商標功能性之具體考量有幾個因素如下：

一、該形狀是否為達到該商品之使用或目的所必須

所謂「該形狀為達到該商品之使用或目的所必須」，係指該形狀無其他的替代形狀，可供其他競爭者選擇，而為發揮其商品之使用目的所必要。例如輪胎

---

<sup>225</sup> 非傳統商標審查基準 2.3。

<sup>226</sup> 同前註。

<sup>227</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.4。

的形狀除了圓形以外，不可能以其他形狀作為設計，故圓形外觀不可註冊為輪胎商標，而由特定人獨佔使用；又縫衣針必須一邊是尖的，另一邊是能將線穿進去的橢圓形孔所組成，才能達到其縫製衣服的使用目的，若以該形狀申請註冊，因該形狀為達成其縫製或修補衣服之目的所必須，也因其屬於為發揮其功能所必要者，若由特定人獨佔使用，將嚴重影響公平競爭，因此不准其註冊<sup>228</sup>。

## 二、該形狀是否為達到某種技術效果所必要

所謂「為達到某種技術效果所必要」，係指該形狀主要的功能特徵僅係用以達到特定的技術效果。例如電風扇葉片之形狀係為達到特定空氣流動型態效果所必要的形狀，故不得以電風扇葉片之形狀指定使用於電風扇商品申請註冊。若使為達到某種技術效果的立體形狀取得商標權，將限制競爭同業選擇運用該形狀的自由，而妨礙公平競爭者，即便有其他的替代形狀可達到相同的技術效果，亦無法克服該形狀具有功能性的核駁事由<sup>229</sup>。

## 三、該形狀的製作成本或方法是否比較簡單、便宜或較好

若某種形狀的製作成本或方法若係比較簡單、便宜或較好，一旦允許申請人就該形狀註冊為立體商標，取得商標專用獨佔後，其他業者必須小心避免侵害該商標權，勢必增加製造成本或使用較困難或較差的製造方式製造其他形狀，這麼一來既浪費社會經濟資源，也嚴重影響公益，則該形狀即具功能性而不得註冊。例如餅乾製造過程中簡單擠壓或切割的形狀，如圓形或長方形<sup>230</sup>。

觀諸我國著名的「金莎巧克力」立體商標註冊案<sup>231</sup>，台北高等行政法院

<sup>228</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.4 (1)。

<sup>229</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.4 (2)。

<sup>230</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.4 (3)。



<sup>231</sup> 註冊第 01200293 號，「金莎巧克力」係由義大利費列羅公司(FERRERO S.P.A.)註冊指定使用於「巧克力糖、巧克力糖果、巧克力杏仁糖、糖果」，專用期限至民國 105 年

97 年訴字第 1205 號判決<sup>232</sup>中對於原告（弘大昌貿易有限公司）主張「圓球巧克力產品而言，壓克力盒裝、錫箔紙外包本係最符合經濟效益之設計。透明外盒可使消費者容易看到商品內容，方形外盒更有易排列、不易滾動、方便攜帶之功能性；此點從市面上有多種產品均以此種方式設計可得而知。巧克力遇光、遇熱便易產生質變，而錫箔紙阻絕光熱且穩定的特性，正是巧克力最好的包裝材料。而且巧克力製成圓球狀，為避免開封後巧克力四處滾動，以錫箔紙包裝增加摩擦力，便於消費者取用，又不易沾手。換言之，壓克力長方形盒裝、巧克力做成圓球狀，以錫箔紙包裹外部，均有其功能性」，應撤銷金莎巧克力立體商標註冊。但台北高等行政法院認為：

- 一、正因為系爭商標因無法僅憑其非獨特之產品造型方式架構其先天識別性，故市場上可選擇之造型仍有多樣化，不至於因此而受限制，可以為方形、心形、塊狀、橢圓形、長條形等，也可以為圓球形，至於選擇圓球形而考量其包裝時，在包裝紙色系之選擇上還是多樣化的，僅受限於系爭商標金黃色之限制，以及紙碟顏色咖啡色之限制，故所要釐清的是這樣的色系之立體包裝（包括單一及 16 顆結合）是否為「商品之立體形狀為達到某種技術效果所必要」，換言之，係指該形狀無其他的替代形狀，可供其他競爭者選擇，而為達到某種技術效果所必要。
- 二、系爭商標圖樣，單一個體為圓球形狀、金色、咖啡色包裝等多種要素組成（文字「FERRERO ROCHER」較不突出），**其整體並非製作巧克力商品時的唯一選擇**，即使為圓球形巧克力商品之包裝，就色系選擇

3 月 15 日。

<sup>232</sup> 裁判日期為 97 年 10 月 30 日，本案之原因事實為：金莎巧克力係由義大利費列羅公司設計並生產之巧克力糖、巧克力糖果、巧克力杏仁糖、糖果等商品，於民國 95 年 3 月 16 日准許註冊為立體商標，而我國國內進口巧克力的業者弘大昌貿易有限公司，亦在台灣市場銷售一種圓形金色包裝的巧克力，且於民國 86 年 3 月 16 號取得平面商標註冊，註冊號為 00754262



「」，註冊使用於糖果、餅乾、米果、巧克力糖商品，專用期限至民國 106 年 3 月 16 日，弘大昌貿易有限公司認為金莎巧克力不具先天及後天識別性，也因圓球巧克力產品而言，壓克力盒裝、錫箔紙外包具有功能性，而主張應撤銷金莎巧克力立體商標的註冊，即先向智慧財產局聲請異議遭駁回，於民國 96 年 8 月 3 號作成中台異字第 G00950784 號，遂向台北高行政等法院提起上訴，台北高等行政法院作成 97 年訴字第 1205 號判決，判定駁回原告之訴，當事人不服再提起上訴仍遭最高法院裁定駁回。

上也非達到某種技術效果所必要，而 16 顆球體之結合，是穿過透明壓克力外盒，所透視之 16 顆金黃色包裝圓球造型之集體呈現，重點不在單純之透明壓克力外盒，而是 16 顆球體之結合構圖，足見本件系爭立體商標於色系選擇，並非巧克力商品之包裝的特殊技術，或包裝目的所必要，該立體形狀並非發揮功能性所必要者，故不違反「商品之立體形狀為達到某種技術效果所必要」的規定。

關於顏色商標功能性，我國非傳統商標審查基準規定，所謂具功能性之顏色，係指在指定使用的商品或服務上，是達成其使用目的或技術效果所必要的顏色，或會影響商品或服務的成本或品質者而言。例如以黑色指定使用於太陽能收集器商品或以銀色使用於建築物隔熱板商品，因黑色易吸熱，銀色可以反射太陽光，降低物體本身能量吸收率，分別為太陽能收集器商品或建築物隔熱板商品發揮功能所必要的顏色，基於公益性的考量，應不得註冊。另顏色依一般社會通念，代表了特定的意涵，也屬具有功能性之情形，例如紅色或橘色一般被當作為危險或警告的訊息，於交通警示器具商品等，具有功能性而不准註冊<sup>233</sup>。

有關聲音商標之功能性，聲音若就商品或服務的用途或使用目的來說，為不可或缺，或會影響商品或服務的成本、品質者，即具功能性，不得註冊。功能性的聲音包括機器設備正常操作時自然產生的聲音，例如摩托車的引擎聲於摩托車或摩托車引擎商品，照相機快門卡喳聲於照相機商品，均具有功能性。此外，救護車發出「ㄊ—ㄊ—」的警笛聲，於救護車運輸、救難援助運輸服務，具有警示的功能；為提醒駕駛人，於車輛倒退時，發出頻率不同的嗶嗶聲，於車輛運輸商品，亦屬具功能性的聲音，不得給予註冊成為商標<sup>234</sup>。新型態商標中之動態商標亦有功能性問題，動態影像所表現的內容，若就商品或服務的用途或使用目的為不可或缺或會影響商品或服務的成本或品質者，即具功能性，例如鐘擺來回擺動動作，於時鐘商品；車門開啟關合

<sup>233</sup> 非傳統商標審查基準 4.2.4。

<sup>234</sup> 非傳統商標審查基準 5.2.4。

移動方式，於汽車商品等，該等動態影像，基於公益考量，無法藉由取得後天識別性核准註冊<sup>235</sup>。還有如氣味商標中用以遮蓋商品本身難聞或刺鼻氣味者，例如掩蓋漂白水刺鼻氣味的檸檬或薰衣草氣味，則具有功能性，均不能取得商標註冊<sup>236</sup>。

## 第二項 基於公共利益

通用的立體形狀，指業者就特定商品或服務普遍使用的立體形狀，而已為社會大眾所習知習見，成為業界通用且廣為人知，不僅消費者無法藉以識別來源，且應避免由一人取得排他專屬權而影響公平競爭，應不准其註冊。例如普通細頸圓身的瓶子形狀使用於葡萄酒商品，普通的圓筒瓶子形狀使用於果醬或醬菜商品，長方形的菸盒形狀使用於香菸商品，心形使用於巧克力或糖果商品，均屬業界通常使用的立體形狀。通用的立體形狀若為一人所專用，將嚴重影響公平競爭，故無法藉由證明後天識別性的方式取得註冊<sup>237</sup>。

通用的顏色，包括業者就特定商品或服務普遍使用的顏色，而已為社會大眾所習以為常，以及商品本身的自然顏色，均應不准其註冊。例如「紅色」為滅火器商品的通用顏色，指定使用於滅火器商品；白色為牛奶商品本身的自然顏色，指定使用於牛奶商品；淺褐色為麻繩或草蓆的自然顏色，指定使用於繩索或草蓆商品，均不應准予註冊<sup>238</sup>。又如「黃色」為計程車通用之顏色，不能享有獨佔權。蓋顏色有限，若通用且廣為人知的顏色由某特定人所獨佔，將產生不公平競爭及嚴重影響交易秩序的後果，因此不准通用的顏色標章註冊。

通用的聲音，指業者就特定商品或服務普遍使用的聲音，而已為社會大眾所習知習見，不僅消費者無法藉以識別來源，且應避免由一人取得排他專

<sup>235</sup> 非傳統商標審查基準 6.2.4。

<sup>236</sup> 非傳統商標審查基準 8。

<sup>237</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.3.2。

<sup>238</sup> 非傳統商標審查基準 4.2.3.2。

屬權而影響公平競爭，應不准其註冊。例如：百貨公司常以「費玉清先生所唱之晚安曲」提醒顧客營業時間即將結束，於百貨公司服務，為通用的聲音；「少女的祈禱」為垃圾車播放，以告知刻正進行收集垃圾的聲音，於清潔服務，為通用的聲音；「結婚進行曲」為舉行結婚典禮通常使用之聲音，於婚禮安排服務或喜餅商品，為通用的聲音<sup>239</sup>。

#### 第四節 歐洲與台灣關於功能性及保持公共使用需求之比較

由 C-299/99 *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd* 一案<sup>240</sup>可以看出，歐洲第一指令第三條第一項第 e 款的規定禁止純粹功能性形狀或賦予商品實質性價值的形狀註冊為商標的立法目的是，確立商標與專利保護的界線，以免商標權之無限期的獨佔保護過於擴張。法律通過專利權給予創新者一定的保障，同時為鼓勵產業進步又對專利權保護規定了期限，一旦期限屆滿人們就可以自由利用這些商品或外觀設計，在商標與專利保護之間實現了利益平衡。而對於其他新型態商標之註冊，歐洲法院通常會考量到公共利益之因素，考慮若允許其註冊，是否將影響其他使用者競爭自由和使用自由<sup>241</sup>。而依 C-104/01 *Libertei Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* 一案<sup>242</sup>，歐洲法院似將顏色商標之公共利益考量擺在識別性之下位概念，即可能某一商標具有識別性，惟考量大眾使用需要之公共利益，而排除給予註冊商標。因為英國和德國法系的不同，英美法就不予註冊商標事由著重於識別性的判斷，而德國法則區分為識別性及保持公共使用需求加以判斷，為求不同法系間之平衡，雖按照目前歐洲商標規則第七條和歐洲第一指令第三條只規定立體商標有功能性之考量，其餘具有功能性之新型態商標<sup>243</sup>或具有保持公共使用需求考量之情形似仍放在識別性下判斷，但

<sup>239</sup> 非傳統商標審查基準 5.2.3.2。

<sup>240</sup> *See supra* note 201.

<sup>241</sup> 國外商標判決案例與分析，同前註 103，頁 111。

<sup>242</sup> *See supra* note 76.

<sup>243</sup> 歐洲馬普報告建議，歐洲商標規則第七條第一項第 e 款及歐洲第一指令第三條第一項第 e 款僅適用於形狀太過狹隘，應擴及至其他新型態商標為宜。馬普報告為馬普智慧財產及競

歐洲法院通常亦會基於公共利益考量而認為不應註冊成為商標。我國非傳統商標審查基準規定認為各種新型態商標皆須考慮其功能性有無，而率先排除給予註冊商標，但未考量其他保持公共使用需求之可能性。本文認為在新型態商標之審查下，因為新型態商標通常具有不易使消費者能一眼辨識商品或服務來源之性質，須特別考慮是否有保持公共使用之需求，若仍將如同功能性一樣具有保持公共使用需求之通用性商標置於識別性要件下判斷，並不妥當，因為有公共利益、自由使用需求及公平競爭之類型，而不允許註冊商標，應如同功能性一樣，必須與識別性分開判斷，以維持商標權利人權利和公共領域需求之平衡。

觀諸歐洲第一指令第三條規定立體商標功能性類別為：一、因商品本身性質所造成之形狀；二、為獲得技術效果而需有之商品形狀；三、賦予該商品實質重大價值之形狀，而我國在商標法第三十條第一項第一款規定「僅為發揮商品或服務之功能者所必要」，不得註冊，並在非傳統商標審查基準中提到考量之因素有：一、該形狀是否為達到該商品之使用或目的所必須；二、該形狀是否為達到某種技術效果所必要；三、該形狀的製作成本或方法是否比較簡單、便宜或較好。其中我國與歐洲針對商品本身即為其精華，譬如輪胎必須是圓形，所規定的第一類，以及譬如為使空氣流通之效果而電風扇必須使用扇形形狀，即該形狀是為達到某種技術效果所必要而規定的第二類，其內涵是相同的。本文認為歐洲第一指令第三條所規定之第三類「賦予該商品實質重大價值之形狀」之功能性立體商標，何謂實質重大價值並不清楚，難以捉摸，相較於此，我國第三類採比較的方式反向思考，規定「形狀的製作成本或方法是否比較簡單、便宜或較好」作為考量因素，較為清楚明確。

我國功能性考量依舊的立體、顏色及聲音商標審查基準 2.5.2 (1) 規定所謂「該形狀為達到該商品之使用或目的所必須」，係指該形狀無其他的替代

---

爭法研究所 (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law) 就歐盟商標制度，包括歐洲共同體商標及各會員國國內商標法運作的情形進行分析，以作為未來歐洲商標規則 (CTMR) 及商標第一指令修正的參考。參閱董延茜，歐盟商標制度檢討—馬普報告重點介紹，智慧財產權月刊第 163 期，101 年 7 月，頁 29。

形狀，可供其他競爭者選擇，而為發揮其商品之使用目的所必要。2.5.2 (2) 亦有「立體形狀為達到某種技術效果所必要，...，且尚無其他替代的形狀可達到相同的效果。」之規定，較偏向美國法院<sup>244</sup>以是否有其他可替代形狀存在列入是否具有功能性之考量因素。惟修正後之非傳統商標審查基準 3.2.4(2) 規定「另若就可達特定技術效果的立體形狀取得商標權，將限制競爭同業以該形狀作為技術解決方案的選擇自由，而妨礙公平競爭者，即便有其他的替代形狀可達到相同的技術效果，亦無法克服該形狀具有功能性的核駁事由。」與歐洲法院認為僅僅需是為了實現某種技術效果之形狀即可，不必再考慮是否還有其他形狀能夠實現相同的技術的看法較為接近。本文認為，歐洲法院之見解效果雖嚴格一點，但我國在修法中有向歐洲見解靠攏之趨勢，因為只能以一種方式達到某一特定效果的情形在科技發達的今日並不常見，而且即便是有其他方式可以達成特定的效果，其成本可能較高或者製造出來的形狀可能較不討喜，無形中仍造成排擠使用的效應，因此，考量避免不公平競爭及給予一般公眾自由使用之權利，判斷商標是否具有功能性而排除給予註冊商標保護，應就該商標本身審查，無需再考量有無其他替代方式為妥。惟依目前我國台北高等行政法院 97 年訴字第 1205 號金莎巧克力一案，仍考量立體形狀整體是否有其他可代替形狀，在非傳統商標審查基準於一〇一年七月一日生效後對我國實務上之影響值得研究。

在上述之案例中除了可以看到新型態商標具有保持公共使用需求之考量外，也可看到公平競爭之法理，因為智慧財產權法與競爭法有共同的目的，在於維持商業競爭的秩序並避免公眾受到混淆誤認<sup>245</sup>，如何有效尋找智慧財

<sup>244</sup> In re Morton-Norwich Products, Inc., 671 F.2d 1332, 1340-1341, 213 USPQ 9, 15-16 (C.C.P.A.1982)。此一案例提出四個判斷實用功能性需考量之因素：一、是否已取得實用專利 (utility patent) 之商品或設計，揭露該形狀或設計功能性之優點 (utilitarian advantages)；二、是否有任何廣告媒體 (advertising) 強調該形狀或設計功能性之優點；三、是否尚有其他替代 (alternative) 形狀或設計可以達到相同之實用功能；四、是否該形狀或設計係起因於一個比較簡單 (comparatively simple) 或便宜 (inexpensive) 的製造方法。參閱侯啟麟，從我國實物判決探討立體商標與表徵之保護，中原大學財金法律研究所，98 碩士，頁 20-21。

<sup>245</sup> 劉孔中，公平交易法，出版二刷，元照出版公司，2005 年，頁 275。關於混淆誤認之判斷，可參沈宗倫，商標侵害法理在數位時代的質變？—以「商標使用」與「初始興趣混淆」為基點的反省與檢討，政大法學評論第 123 期，民國 100 年 10 月，頁 343-405。

產權保護和自由競爭間的平衡點是當前很重要的課題<sup>246</sup>。又商標之功能性會隨著科技的進步、時間的變遷、市場的改變而有所不同，可能目前因具有功能性而不得註冊之商標，在未來有機會脫離功能性考量，此時，准予他人獨佔該新型態商標將有害公平競爭、自由使用及公益性之情形，將會有所轉變，而可能因取得依後天識別性，得以註冊成為商標。有關新型態商標之先天識別性及後天識別性等要件，本文於下一章節進行探討。



---

<sup>246</sup> Ansgar Ohly, *The freedom of imitation and its limits - a European perspective*, IIC 2010, 41(5), 506-524, at 509-510.

## 第五章 實質要件：新型態商標先天識別性與後天識別性之判斷

「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)第十五條有以「視覺可感知」和「非視覺可感知」作為新型態商標的分類標準，明文會員國可以限定只以「視覺可感知」之商標作為該國商標保護註冊要件，因此，本文亦以此作為新型態商標之分類依據，分別介紹和檢討「視覺可感知」新型態商標及「非視覺可感知」新型態商標註冊要件及相關問題。

### 第一節 視覺可感知新型態商標

本節透過歐洲和我國法院判決及商標註冊案例介紹，探討視覺可感知新型態商標之類型及其識別性、後天識別性要件應如何判斷。

#### 第一項 視覺可感知新型態商標之定義與種類

##### 第一款 視覺可感知新型態商標之定義

所謂的視覺是指通過視覺系統的外周感覺器官（眼）接受外界環境中一定波長範圍內的電磁波刺激，經中樞有關部分進行編碼加工和分析後獲得的主觀感覺。人所感知的外界信息有 95% 來自視覺，我們透過視覺來認識這個世界<sup>247</sup>。從商標的歷史來看，視覺亦是擔任最主要辨識商品及服務來源的憑藉<sup>248</sup>。傳統的商標型態如文字（例如註冊第 00003278 號「**IBM**」<sup>249</sup>）、圖

<sup>247</sup> 維基百科，<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E8%A7%86%E8%A7%89>，最後瀏覽日：2013/1/10。

<sup>248</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 95。

<sup>249</sup> 美國萬國商業機器公司（INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION）註冊指定使用於「電腦磁碟機、磁帶機、控制器、印表機、鍵盤、電腦處理機、中央處理器、伺服器、錄有程式之磁片、磁帶及磁碟」之商品，專用期限至民國 104 年 5 月 31 日，智慧財產局商標檢索系統，

形（例如註冊第 01123452 號「」<sup>250</sup>、）、記號（例如註冊第 01447909 號「」<sup>251</sup>）或其聯合式（例如註冊第 00988537 號「」<sup>252</sup>係文字

[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=000003278](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=000003278)，  
最後瀏覽日：2013/1/10。

<sup>250</sup> 美國迪士尼企業公司（DISNEY ENTERPRISES, INC.）註冊指定使用於「書寫紙；信封；禮物包裝紙；紙製禮物包裝蝴蝶結；紙製蛋糕裝飾品；紙製宴會帽；紙桌巾；紙餐巾；紙墊；印刷出版品；刊物；照片；海報；明信片；交易卡片；禮卡；祝賀卡；卡通書；漫畫書；連載漫畫；報紙；雜誌；期刊；書；嬰兒書；兒童遊戲書；著色簿；地址簿；行事曆；相簿；簽名簿；文具或家庭用黏著劑；畫筆；打字機；列印機色帶；印刷用鉛字；凸板印刷用塊狀印板；轉印貼紙；文件裝訂機（事務用）；書架；書籤；月曆；筆及鉛筆盒；粉筆；日記簿；筆；鉛筆；筆記本；留言本；橡皮擦；削鉛筆機；訂書機；紙鎮；紙餐墊；無刻度之尺；橡皮章；紙盒、卡片、小冊子、地圖、紙製垃圾袋、信箋、型錄、計劃表、信紙、公報、素描簿、水彩盒、調色盤、油畫、筆套、日誌、圖畫、轉印紙、程式卡片、工商日誌、麥克筆、廣告筆、素描筆、螢光筆、美術碳筆、筆袋、油畫筆、蠟筆、彩色鉛筆、粉筆、原子筆、紙製旗幟、紙製標語旗、紙旗、色紙、壁報紙、紙巾、面紙、衛生紙、紙手帕、水彩、故事書、集郵冊、集幣冊、人名地址索引卡、雷射影畫、紙箱、塑膠袋、膠紙、膠水、膠帶、漿糊、印泥、黑板、筆架、圖章、書套、畫板、書檔、卷宗夾、訂書針、大頭針、橡皮筋、迴紋針、修正液、拆信刀、印章箱、墨水、商標吊牌、商標紙標貼、地球儀、紙尿片（褲）、膠帶台、印泥台、針筆、紙夾、畫具箱」，專用期限至民國 103 年 10 月 15 日，智慧財產局商標檢索系統，

[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=092055734](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=092055734)，  
最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>251</sup> 日本新力電腦娛樂股份有限公司（KABUSHIKI KAISHA SONY COMPUTER ENTERTAINMENT (ALSO TRADING AS SONY COMPUTER ENTERTAINMENT INC.)）註冊指定使用於「誘殺昆蟲電力裝置；潛水用具；防火衣；耳塞；電子黑板；電子佈告牌；影印機及其組件；電腦硬體、電腦軟體；電腦液晶顯示器；電腦記憶體；電腦用介面卡；磁光碟；電子辭典；滑鼠墊；電視遊樂器用之程式卡帶；錄有電腦遊戲程式之磁片；錄有電腦遊戲程式之磁性資料載體；錄有電腦遊戲程式之光碟；錄有電腦遊戲程式之光學資料載體；錄有遊戲程式之僅讀記憶體匣；電視遊樂器軟體；計算機、收銀機；照相機、攝錄放影機、幻燈機、電影機、照相機背帶、照相器材箱；錄放影機、電視機、音響；實驗室用儀器；眼鏡及其組件；門眼、透鏡、稜鏡、放大鏡、望遠鏡；電視遊樂器；電池、電瓶、蓄電器；電線、電纜；電影片、錄影帶、唱片、錄音帶；消防器材；交通安全及警示器具；電擊棒、防身呼救器；電話機、傳真機；映像管；電視遊樂器之轉發器；晶片、半導體、積體電路；電鍍設備、電弧切割設備；電捲髮器、電燙髮器；整流器；連接器；電池扣；販賣機；電鎖、電子鎖；直尺、圓規；衡器；步數計；溫度計；信用卡、電話卡、金融卡；時間記錄器具；（家庭用）電視遊樂器用程式；附液晶顯示器之攜帶型電子遊戲機用程式；可藉由網際網路下載之音樂；可藉由網際網路下載之圖片；可藉由網際網路下載之電子出版品」，專用期限至民國 109 年 12 月 31 日。智慧財產局商標檢索系統，

[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=098053274](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=098053274)，  
最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>252</sup> 美國瑪斯公司（MARS, INCORPORATED）註冊指定使用於「米，麵，麥片，穀製餅乾片，早餐即時穀製乾點，速食麥片；茶葉，茶葉製成之飲料，咖啡，可可；咖啡精，咖啡濃縮液，混合咖啡，代用咖啡；無添加物之糖果及餅乾；糕餅，蛋糕，餅乾，冰，冰淇淋，刨冰，冰棒，雪糕，冰淇淋粉，果汁冰糕；雪泥，外覆圓錐杯之冰淇淋；雪泥，外覆圓錐杯之冰淇淋，聖代冰淇淋，霜酪冰淇淋；奶油凍蛋糕，綿綿冰；麵包；麵團；甜味醬，鹹辣味醬，速食飯麵，甜味派餅，巧克力糖，巧克力粒，巧克力醬，淋於冰淇及甜點上之甜醬；義大利脆餅，義大利脆餅皮；義大利脆餅用之醬料；米飯及麵食調味醬；沙拉醬；蛋黃醬；調味用沾醬」，專用期限至民國 105 年 2 月 29 日，智慧財產局商標檢索系統，

與圖樣結合之商標)等，均為可以用眼「看得見」的商標，而因近代社會經濟發展趨向多元化而產生之新型態商標中，亦有得以視覺作辨識的類型，如立體商標、顏色商標、動態商標和全像圖商標等。

## 第二款 視覺可感知新型態商標之種類

### 第一目 立體商標

所謂立體商標係指凡以三度空間具有長、寬、高所形成之立體形狀，並能使相關消費者藉以區別不同之商品或服務來源之商標<sup>253</sup>。其與傳統平面商標最大的不同，即在於商標表現的型態具有三維特質，而非僅單純的平面，如果只是在平面的物品上有高低不平的紋路或圖樣，不能算是立體<sup>254</sup>。立體商標在國外早已行之有年，大家所熟悉的「麥當勞叔叔」、「肯德基上校」等，都是受到註冊保護的立體商標<sup>255</sup>，而 SK-II 化妝品瓶罐、香菸盒、藥丸等立體形狀也在歐洲有註冊為立體商標之案例<sup>256</sup>。又依據非傳統商標審查基準 3.1 規定，我國之立體商標可能之申請態樣有以下四種：

- 一、商品本身的形狀，例如笑臉馬鈴薯片及 101 大樓<sup>257</sup>。
- 二、商品包裝容器之形狀，例如牙膏包裝盒及可口可樂曲線瓶<sup>258</sup>。
- 三、立體形狀標識（商品或商品包裝容器以外之立體形狀），例如爭鮮壽司娃娃及大同寶寶<sup>259</sup>。
- 四、服務場所之裝潢設計。

---

[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=090008597](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=090008597)，最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>253</sup> 參非傳統商標審查基準 3.1。因考量傳統商標表現之型態已不敷實際交易市場所需，為保護當事人權益，避免不公平競爭情事的發生，我國於民國九十二年十一月二十八日施行之商標法增訂將立體商標納入保護。

<sup>254</sup> 李茂堂，商標新論，元照出版，2006 年初版，頁 34。

<sup>255</sup> 特殊商標介紹，經濟部智慧財產局，

[http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml\\_Show.aspx?ID=a77f55d9-b155-4fdd-bbcc-dce457902a65&path=2553](http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=a77f55d9-b155-4fdd-bbcc-dce457902a65&path=2553)，最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>256</sup> 參本文表 6。

<sup>257</sup> 參本文表 5-1。

<sup>258</sup> 參本文表 5-2。

<sup>259</sup> 參本文表 5-3。

我國在立體商標之爭議，為殊值注意之我國立體商標可能之申請態樣中之第四種「服務場所之裝潢設計」，因為我國商標法中並未出現「營業包裝」<sup>260</sup>之名稱，則「服務場所之裝潢設計」所指之意義等同於「營業包裝」？或者「營業包裝」的範圍大於「服務場所之裝潢設計」？本文認為，應採後者的看法，因為「營業包裝」不僅得以立體形狀為主之「服務場所之裝潢設計」呈現，亦得以顏色、聲音甚至氣味、味道等方式呈現，只是因為「服務場所之裝潢設計」一般認為較多以立體方式表現，所以納入立體商標之範疇，至於其它態樣的營業包裝或外觀，則依各態樣之商標申請保護之<sup>261</sup>。除了營業包裝（trade dress）一詞之來源地美國<sup>262</sup>外，歐洲<sup>263</sup>、法國<sup>264</sup>亦均有准許商業

<sup>260</sup> 營業包裝（trade dress）係由美國而來，在英國稱為外觀（get-up）。蓋因美國對於立體商標之保護並未有單獨的規範，而是將立體商標納入營業包裝（trade dress）中，營業包裝是一個比商標廣的概念，是指商品或服務的整個外型，不論顏色、式樣或圖形等，只要包含於整體形象中，均屬於營業包裝（trade dress）的範疇。參閱蘇文萱，服務場所裝潢設計之保護，成大法學第 21 期，2011 年 6 月，頁 148-150。

<sup>261</sup> 蘇文萱，同前註，頁 151。

<sup>262</sup> 美國商標法（Lanham Act）1988 年修正案第 43 條 a 款（Section 43(a）將營業包裝（trade dress）加入保護，目前規定於美國商標法（Lanham Act）§1125 “False designations of origin and false descriptions forbidden (a) Civil action.

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

(2) As used in this subsection, the term "any person" includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this Act in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.

(3) In a civil action for trade dress infringement under this Act for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.”

另參閱 Robert J. Yarbrough, *Protection of Trade Dress*, June, 2001, <http://www.yarbroughlaw.com/Publications/pubs%20patent%20Recent%20Developments%20in%20Trade%20Dress.htm> (last visited on 2013/2/5)

<sup>263</sup> 歐洲第一指令第三條第一項第 e 款及歐洲商標規則第四條。

<sup>264</sup> Code de la Propriété Intellectuelle Art. L. 711-1. “La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Peuvent notamment constituer un tel signe :

a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;

外觀註冊成為商標之規定。雖目前我國商標法第十八條有關商標保護客體之立法係採例示而非列舉，「服務場所之裝潢設計」得為商標保護客體之一，但我國公平交易法第二十條中目前仍規範有「商品容器」、「包裝」與「外觀」等字樣<sup>265</sup>，在我國商標法立法擴大各種新型態商標保護，尤其是將立體商標納入為商標保護客體之後，似乎可以思考將應由商標法規範之立體形狀回歸由商標法保護即已足夠，避免法條規範過於混亂且重疊，惟如何修法仍有待參考國外立法例及累積我國實務案例進一步釐清<sup>266</sup>。

本文搜尋智財局特殊型態商標查詢系統，自民國92年至民國101年12月28日為止，註冊之立體商標共有479件，以下就不同類型之立體商標註冊案例，以表格方式舉例介紹。

表 5-1 我國立體商標（商品本身的形狀）註冊案例表

商品本身的形	商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
		01326587	如圖所示，本立體商標係笑臉圖之馬鈴薯製品，主要呈現由鏤空的兩個圓形與一個彎月形構成之笑臉圖。	冷凍之加工成型的馬鈴薯片。

b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;

c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs.”

<sup>265</sup> 公平交易法第二十條第一項：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：

一、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。

二、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

三、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項商標之商品者。」

<sup>266</sup> 本文主要係討論我國與歐洲商標法之新型態商標，對此不深入探究，如欲深入研究者得參閱侯啟麟，同前註 244；王敏銓、黃皓陽，美國商標法對營業包裝與非傳統商標之保護—兼論我國對立體商標的保護，中原財經法學第二十二期，2008 年 6 月，頁 95-128；蘇文萱，同前註 260，頁 144-174；黃銘傑，公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義及其與新式樣專利保護之關係—評最高行政法院九十二年判字第 1649 號判決、「春水堂」表徵之普遍認知性及混淆之有無—台北高等行政法院九十四年訴更一字第 00009 號判決評析，收錄於競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，元照出版，2009 年 04 月。

狀		01166088	<p>本商標係由一多節式一〇一層世界第一高摩天大樓及群樓所構成，其中多節式摩天大樓自第27層開始至第90層，每八層為一節，一共8節，以每節頂樓外斜7°、花蕊式的造型向上開展，大樓的外觀類似竹節的形狀，每節的四個角有「祥雲」形狀的金屬突起物裝飾，而每節的四個面的中間有一個「如意」裝飾。為了符合「金融中心」的主題，於第24至27層的位置則有直徑近4層樓的「方孔古錢幣」裝飾大樓四面。而群樓頂樓的採光罩，外型即是中國的「如意」。</p>	<p>電蚊拍；眼鏡布；滑鼠墊；電子黑板；電子廣告牌；萬花筒；望遠鏡；電視遊樂器；信用卡；磁鐵；直尺；電腦程式、計算機；眼鏡；汽車點煙器；影碟及其收納盒；行動電話機、行動電話護套；溫度計。</p>
---	---	----------	--	---

來源：本文自行整理

表 5-2 我國立體商標（商品包裝容器之形狀）註冊案例表

商品包裝容器之形狀	商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
		01351460	<p>如申請書中之立體圖所示，本件係長方形牙膏盒之立體商標。</p>	<p>牙膏、牙粉、漱口水。</p>
		01455946	<p>可口可樂曲線瓶（2008）（3D）立體圖樣，瓶身上半段有一環狀帶圍繞瓶身；瓶身下半段則為一有如腰身之曲線形，腰身上佈有規則之凸點及英文Coca-Cola以及彩帶圖；底座為五個倒三角支撐而起，底部鳥瞰圖為一個大圓形周邊緣內均勻佈有五個半圓形，中間尚有一小圓點所組可口可樂曲線瓶（2008）（3D）立體圖樣，瓶身上半段有一環狀帶圍繞瓶身；瓶身下半段則為一有如腰身之曲線形，腰身上佈有規則之凸點及英文Coca-Cola以及彩帶圖；底座為五</p>	<p>飲料，意即飲用水、調味水、礦泉水及碳酸水；及其他不含酒精之飲料，意即汽水、清涼飲料及運動飲料；水果飲料及果汁；製前述飲料用之糖漿，濃縮液及粉。</p>

			個倒三角支撐而起，底部鳥瞰圖為一個大圓形周邊緣內均勻佈有五個半圓形，中間尚有一小圓點所組成。成。	
--	--	--	--	--

來源：本文自行整理

表 5-3 我國立體商標（立體形狀標識）註冊案例表

立體形狀標識 （商品或商品包裝容器以外之立體形狀）	商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
		01512220(申請人另有註冊01512219、01509634、01511476、01511475、01511474、01511473、01511472、01511471、01511470)	本件為立體商標，如申請書之圖樣所示，為蝦握壽司造型之壽司娃娃形狀之外型所構成。	日本料理店、飲食店、火鍋店、飯店、自助餐廳、點心吧、餐廳、涮涮鍋店、提供餐飲服務、備辦餐飲。
		01191815	本件商標如申請書所附之商標圖樣所示，係由一頭帶球帽，身穿球衣、球鞋，手拿橄欖球的小男孩之立體形狀所構成。	電腦液晶顯示器，電腦螢幕顯示器，電腦鍵盤，磁碟機，軟式磁碟機，電腦主機，電腦滑鼠，個人電腦主機，電腦，家用電腦，筆記型電腦，電腦工作站，個人電腦，電視機，電視機及其器材。

來源：本文自行整理

表 5-4 我國立體商標（聯合式）註冊案例表

文字、圖形、記號或顏色與立體形狀之聯合式	商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
		01361140	如申請書中之立體圖所示，本立體聯合式商標係以紅色、深藍色、淺藍色、黃色等幾何圖與以黃色花瓣、橘白色花蕊之	遊覽車客運、汽車貨運、快遞、車輛出租、提供運輸資訊、提供

			向日葵花朵塗裝在客運車體上，其車身以虛線描繪。	司機駕駛服務。
		01430203	本件商標為上方帶有絲般波浪紋路之曲線設計及一經個設計之「D」字母所聯合組成之立體商標。	糖果、巧克力糖、巧克力粒。

來源：本文自行整理

而由於歐洲每年註冊立體商標之件數很多<sup>267</sup>，本文僅就2012年註冊之348件立體商標案例中選取5件列於圖表6中。

表 6 歐洲立體商標註冊案列表

Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services
	010385921	The mark consists of a three dimensional shape of a bottle with the words, "SK-II" and "FACIAL TREATMENT ESSENCE", appearing thereon.	Beauty care products and preparations; skin care preparations and products [cosmetic and non-medicated]; facial care products [cosmetic]; body care preparations and products [non-medicated]; natural body care products [non-medicated] for the face and the skin; cosmetics; cosmetic preparations; exfoliants for the care and cleansing of the skin; non-medicated preparations for moisturising, nourishing, toning and the care of the skin; preparations in the form of emulsions for the care of the skin [non-medicated]; make-up preparations; facial packs [cosmetic]; beauty masks; facial wipes impregnated with cosmetics;

<sup>267</sup> 2007 年有 284 件、2008 年有 308 件、2009 年有 342 件、2010 年有 444 件、2011 年有 402 件、2012 年有 348 件。本文自 OAMI, CTM-ONLINE - Trade mark consultation service – Basic 自行統計，[http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en\\_SearchBasic](http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic)，最後瀏覽日：2013/1/5。

		<p>masks for the face [cosmetic]; cleansing masks; creams for wrinkles; creams for firming the skin; lipsticks; lip moisturizers and conditioners; liquid and powder foundation; make-up base; skin moisturizing creams, lotions and gels; skin whitening preparations; skin toners; skin cleansers and astringents; eye masks; eye creams, lotions and gels; skin and body massage creams; soaps; perfumeries; essential oils; dentifrices; shampoos; conditioners; hair styling preparations; hair care preparations; hair coloring preparations; all included in Class 3.</p>
	<p>010300739</p>	<p>Small robot in the form of various kinds of battery.</p> <p>Hand tools and implements (hand-operated), Cutlery, Forks and Spoons, razors./ Photographic, cinematographic, checking (supervision) apparatus; Apparatus and instruments for conducting, Switching, Converting, Storing, Controlling and monitoring electricity; Apparatus for recording, Transmission or reproduction of sound or images./ Apparatus for lighting, heating, steam generating, cooking, refrigerating, drying, ventilating and water supply./ Household or kitchen utensils and containers./ Games; Toys; Gymnastic and sporting articles, not included in other classes; Decorations for Christmas trees</p>

	010299411	<p>The trademark consists of an elongated shape with rounded ends, having a stylish ridge in the centre. The text DIA is etched onto the left-hand part and the number 60 onto the right-hand part.</p>	<p>Pharmaceutical preparations; Dietetic preparations adapted for medical use.</p>
	009328501	<p>The three dimensional representation of a banana with a green coating applied to the end remote from the stalk of the banana and extending towards the stalk for a distance of not more than one half of the overall length of the banana, the Trade Mark incorporating an indicium as shown in the attached representation.</p>	<p>Bananas.</p>
	010426815	<p>Tobacco, whether manufactured or unmanufactured; smoking tobacco, pipe tobacco, hand rolling tobacco, chewing tobacco, snus tobacco; cigarettes, cigars, cigarillos; substances for smoking sold separately or blended with tobacco, none being for medicinal or curative purposes; snuff; smokers' articles included in Class 34; cigarette papers, cigarette tubes and matches.</p>	<p>The mark consists the 3-dimensional shape depicted.</p>

來源：本文自行整理

## 第二目 顏色商標

顏色商標指單純以顏色本身作為標識的情形，可以是單一顏色或數顏色的組合，而且該單一顏色或顏色組合本身已具備指示商品或服務來源的功能。至於文字、圖形或記號與顏色之聯合式商標，並非單純以顏色識別商品或服務的來源，屬圖形或文字商標而非顏色商標<sup>268</sup>。我國與歐洲商標規則一樣均承認單一顏色或顏色組合商標為商標之保護客體<sup>269</sup>。惟目前我國僅有美商瑪斯公司於民國 98 年 12 月 3 日申請註冊使用於寵物飼料之包裝及容器外觀表面之紫色（PANTONE NO. 248C）單一顏色商標，然經濟部智慧財產局已於民國 101 年 4 月 30 日發文作成核駁第 0338582 號<sup>270</sup>，不核准其註冊，故我國尚無單一顏色註冊成為商標之案例。歐洲則有些許單一顏色商標註冊，譬如像上述之美商瑪斯公司成功在歐洲取得註冊單一紫色為顏色商標<sup>271</sup>。而顏色組合在我國有大榮貨運橘白綠相間的貨車、銅黑色相間的電池註冊顏色商標<sup>272</sup>，在歐洲則有紅銀、藍銀、巧克力色金色灰色等組合顏色之商標註冊案<sup>273</sup>。

本文以下就我國顏色組合商標註冊案例與歐洲顏色組合及單一顏色註冊案例，以表格方式舉例介紹。

<sup>268</sup> 非傳統商標審查基準 4.1。

<sup>269</sup> 我國為申請加入世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO），配合其有關貿易之智慧財產權協定（Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPS）之規定，於民國八十六年五月七號將商標法第五條（現商標法第十八條）第一項修正為，商標所用之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，應足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別。將「顏色組合」（combinations of colours）增列為商標保護之客體。西元一九九四年十月二十七日各國於瑞士日內瓦簽訂商標法條約（The Trademark Law Treaty），我國基於經貿發展需要與國家整體利益之考量，以及國際商業活動發達，乃於民國九十二年五月二十八日修正商標法第五條（現商標法第十八條）第一項為，商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。修正顏色商標不由顏色組合者為限，單一顏色亦得申請註冊成商標，惟單一顏色若已成為申請人營業上商品或服務之識別標識者，亦具備商標之識別性，爰納入保護之。

<sup>270</sup> 駁回理由於本文於本章第一節第二項第二款第二目及本章第一節第三項第二款第二目說明之。

<sup>271</sup> 歐洲商標註冊號為 003793361，參本文表 8-2。

<sup>272</sup> 參本文表 7。

<sup>273</sup> 參本文表 8-1。

表 7 我國顏色商標註冊案列表<sup>274</sup>

顏色組合	商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
顏色組合		00992276	本件係以顏色組合商標申請；商標圖樣上虛線部分之形狀不屬於圖樣之一部分；本件圖樣所使用實際顏色為銅、黑二色組合置於圓柱體上，銅色於上，黑色位於其下。	電化學電池、蓄電池、電瓶、一級及可充電式電化學電池包括水銀電池、電解電池、鹼性電池、氧化銀電池、電鍍電池。
		01032467	本件係以顏色組合商標申請；商標圖樣上容器之形狀不屬於商標之一部份；本件商標圖樣所使用之實際顏色為一塊金黃與橘紅相間的布裹著瓶身，並用靛藍色繩子加以繫縛。	香水、化粧水、香精油、化粧品、頭髮及身體用乳液、香皂、牙膏、牙粉、個人用除臭劑、沐浴乳、洗髮精。
		01162487	如申請中所示之顏色，本件顏色商標上虛線部分不屬於商標之一部分；如所附商標圖樣，本件顏色為半弧形之橘、白、綠三色組合置於服務包裝、旗幟、招牌、車輛車體上。	汽車運輸。
		01014242	本件顏色組合商標圖樣上容器之形狀不屬於商標之一部分；圖樣實際使用顏色為紅、白、藍三色由上而下，水平式律動性條紋，並採固定比例6：4：15分布於商品容器表面。	天然氣、液化石油氣、汽油、煤油、柴油、燃料油、鍋爐用油、漁船用油、航空用汽油、航空用燃油、二甲苯、切削油、石油醚、紡織用油、溶劑油、工業用油及油脂、潤滑油、潤滑脂、蠟、蠟燭。

<sup>274</sup> 我國從民國 86 年至民國 101 年 12 月 28 日為止，顏色商標之申請案有 96 件，成功註冊之顏色商標共有 36 件。

	00165884	<p>本標章係以顏色組合申請註冊，其圖樣為白底之橘、綠、紅上下依序排列呈 1 : 2 : 1 之比例，虛線部分表彰營業相關物品之形狀非屬標章圖樣之一部分。</p>	<p>超級市場、百貨公司、便利商店之服務。</p>
---	----------	---	---------------------------

來源：本文自行整理

表 8-1 歐洲顏色商標（顏色組合）註冊案例表<sup>275</sup>

combinations of colours	Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services	Indication of colour
		006358758	<p>Colour combination schwarz/Pantone 804/chrome-silver, characterised by rectangular or square coloured areas, each joined to the other without spaces and at least 20% of the total area being in black, Pantone 804, with chrome-silver elements in these coloured areas.</p>	<p>MP3 players, computer hard discs, multimedia hard discs for connecting to television sets, set-top boxes, USB memory sticks.</p>	<p>Black Pantone 804, chrome-silver.</p>

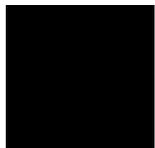
<sup>275</sup> 歐洲近幾年顏色商標之註冊案件量 2007 年有 11 件、2008 年有 46 件、2009 年有 48 件、2010 年有 46 件、2011 年有 24 件、2012 年有 18 件。本文自 OAMI，CTM-ONLINE - Trade mark consultation service – Basic 自行統計，  
[http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en\\_SearchBasic](http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic)，最後瀏覽日：2013/1/5。

	0090975 69	Protected rights are claimed for the colours silver (Pantone 877) and red (Pantone 200 C) as shown in the representation of the coloured trademark, arranged alternately next to one another, on edge and on a slight diagonal. The ratio of the two colours is 50% silver (Pantone 877) and 50% red (Pantone 200 C).	Energy drinks, non-alcoholic beverages, including soft drinks, energy drinks.	Silver (Pantone 877), red (Pantone 200).
	0083736 49	Bebe2Lux is a trademark for washable babies' diapers .	Washable nappies for babies.	Chocolate brown, gold, grey.
	0068643 42	It is a matter of illumination- and principle of function for indicating instruments like watches and speedometer. The therefore required colours "green", "orange/red" and "blue" can take place by using different illuminations, e.g. H3-tritium gas tubes (Trigalights),	Vehicles; apparatus for locomotion by land, air or water./ Precious metals and their alloys, not included in other classes; precious stones./ Clothing, footwear, headgear.	Blue, orange/red, green.

			<p>fluorescent colour, luminous colour, LED-illumination systems, etc. The 12 o'clock respectively zero point of the turning bezel, equipped with a green illumination concern to the green illuminated minute hand. The 12 o'clock respectively zero point of the dial, equipped with a orange/red illumination concern to the orange/red illuminated hour hand. The hour indices of the dial (1-11), equipped with a blue illumination concern to the blue illuminated second hand.</p>		
		009417668	The two colours will be applied in equal proportion and juxtaposed to each other.	Energy drinks.	blue (Pantone 2747C), silver (Pantone 877C).

來源：本文自行整理

表 8-2 歐洲顏色商標（單一顏色）註冊案例表

Single color	Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services	Indication of colour
		003793361		Foodstuffs for cats; milk for cats.	Colour purple: Pantone 248C.
		003425311		Drill hammers for construction industry professionals; cases, in particular of metal or plastic, for transporting and storing drill hammers for construction industry professionals.	Red RAL 3020.
		007114011		Pipe end protectors (not of metal), namely caps and stoppers.	Traffic purple, RAL 4006.
		005298989		Fittings for milking installations, namely long and short milking/milk hoses.	Yellow (RAL-1021).
		004899233	The trademark consists exclusively of the colour black; the colour itself is a characteristic of the trademark.	Toilet paper, handkerchiefs, face towels, napkins, kitchen rolls.	Black.

來源：本文自行整理

### 第三目 廣義動態商標

我國一〇一年六月二十九日修正公布之商標法第十八條第一項將動態商標 (Motion marks)<sup>276</sup>納為我國商標保護之客體。我國目前有一件動態商標之申請案<sup>277</sup>。在歐洲，動態商標亦是歐洲商標規則第四條所保護之商標客體。動態商標的出現與電腦資訊產業的快速發展還有多媒體影像處理科技的進步普及化有關，動態商標的多元和活潑成為行銷商品的利器之一。一個商標的「動態」，係指商標構成要素狀態的變動 (change of condition)<sup>278</sup>，且由兩個以上的圖象以周期性連續變化過程，作為指示使用人所產製商品或所提共服務之識別標誌<sup>279</sup>。

動態商標沒有確切的定義<sup>280</sup>，本文參考學者文章<sup>281</sup>，認為可以將動態商標分成以下三種類型，分述如下：

#### 一、移動影像之動態商標 (moving image marks)<sup>282</sup>

這是含有以電腦生成短暫連續動畫之一般動態商標類型，屬於最普遍的動態商標類型，也最常被電影、電視或電腦公司利用於表彰他們的商品或服

<sup>276</sup> 我國立法理由中將動態商標稱為 (Motion marks)，惟各國動態商標的名稱和定義並不一致，有稱為「animated marks」、有稱為「moving marks」、「moving images」、「movement marks」、「multimedia marks」等。

<sup>277</sup> 至民國 101 年 11 月 10 日為止，我國智財局審理中之動態商標申請案為申請案號第

101041745 號，久光製藥股份有限公司欲申請註冊「」、「」、「

「」、「」，商標圖樣描述為「本件為動態商標，如商標圖樣所示，包含 5 個圖像；文字及圖形部分為藍色。由一個「無限大符號」(∞) 之連續流動畫圖像開始出現於觀看者之視覺，如第一個至第二個圖像。然後，一藍色直立長條出現於「無限大符號」中間，向「無限大符號」左右二方快速移動，而「無限大符號」迅速轉換為經設計之「Hisamitsu 字樣，同時間背景之較大「無限大符號」之游離影像，亦移動消失不見。如第三個至第五個圖像。灰色部分僅係表示背景，不屬於商標之一部分」。

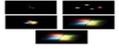
<sup>278</sup> 周柏岳，論動態商標之法律保護—以我國審查實務與國際案例為核心(上)，智慧廣流傳，2011 年 12 月 1 日，<http://www.wipo.com.tw/wio/?p=2256>，最後瀏覽日：2013/1/25。

<sup>279</sup> 高秀美，同前註 10，頁 23。

<sup>280</sup> SCT/16/2, *supra* note 78.

<sup>281</sup> Lesley Matty, *Rock, Paper, Scissors, Trademark? A comparative analysis of motion as a feature of trademarks in the United States and Europe*, 14 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 557, Fall, 2006, at 566-569.

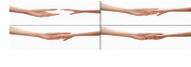
<sup>282</sup> 參本文表 9-1。

務。例如歐洲註冊第 008553133 號「」，是 MICROSOFT 註冊使用於電腦軟體系統之動態商標。此類移動影像之動態商標通常是在以前的文字或圖形商標上加入連續的動畫，有些也伴隨著音樂或其他聲音，有些甚至結合了顏色於其中。這類的動態商標容易出現在電子看板、電影預告、電視廣告、線上廣告等<sup>283</sup>。

二、商品本身外觀形狀或商品產生特定動作之動態商標 (moving aspects of the product itself, or a defined motion produced by the goods)<sup>284</sup>

此類之動態商標係指以商品本身的外型或是商品之特殊動作或形態變化來表徵商品或服務特別之處。例如歐洲註冊第 009596289 號「」，The Procter & Gamble 公司所註冊的商標為盤子洗滌劑上下清洗鍋盤所造成龍捲風狀的動作。惟此類型之動態商標往往得經過詳細的審查，且多會因考量到功能性而不給予註冊商標，但是以商品本身的外型或是商品之特殊動作或形態變化作為商標確實是一種非常獨特的商標且象徵無限創造力<sup>285</sup>。

三、手勢商標 (gesture mark)<sup>286</sup>

手勢商標亦是動態商標的一種類型，包含了特定手部動作或是肢體動作的集合，作為表彰商品或服務之標誌。手勢是人類表達溝通最基本的方式，保護手勢商標會不會妨礙一般大眾的使用，其識別性判斷亦生問題。惟在歐洲仍有註冊成功之案例可循，例如歐洲商標註冊第 005952999 號「」，即以大拇指和食指之間夾有硬幣，浸入液體再移出之手勢動作做為商標、歐洲商標註冊第 003429909 號「」，則以雙手從分離到握在一起的過程，由四個圖從上而下由左至右呈現手勢動作。而更因為手勢是人類肢體語言最基本的部分，或許經由消費大眾模仿商標權人之手勢商標比起經由廣告更有辨識度<sup>287</sup>。

<sup>283</sup> Lesley Matty, *supra* note 281, at 566.

<sup>284</sup> 參本文表 9-2。

<sup>285</sup> Lesley Matty, *supra* note 281, at 567.

<sup>286</sup> 參本文表 9-3。

<sup>287</sup> Lesley Matty, *supra* note 281, at 568-569.

本文以下就歐洲在上述三種不同類型之動態商標註冊成功之案例，整理介紹<sup>288</sup>。

表 9-1 歐洲動態商標（移動影像）註冊案例表

移動影像之動態商標	Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services
		008553133	<p>The mark consists of an animated sequence that begins with four objects of colored light (one each in the color red, green, yellow and blue) that appear in a staggered sequence and swirl around one another in distinct arcs, expanding in size and illumination intensity until they converge and form a four paneled flag image with a circular white light in the center that oscillates with varying illumination intensity. The total length of the animated sequence is approximately seven seconds.</p>	Computer software, namely, operating system software.
		010143105	<p>This is a motion mark in colour. The trademark consists in an animated sequence of a human hand's touch</p>	Bleaching preparations and other substances for laundry use; cleaning, polishing, scouring and abrasive preparations; soaps; perfumery,

<sup>288</sup> 歐洲近幾年動態商標之註冊案件量 2007 年有 4 件、2008 年有 6 件、2009 年有 2 件、2010 年有 10 件、2011 年有 11 件、2012 年有 5 件。本文自 OAMI，CTM-ONLINE - Trade mark consultation service – Basic 自行統計，  
[http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en\\_SearchBasic](http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic)，最後瀏覽日：2013/1/5。

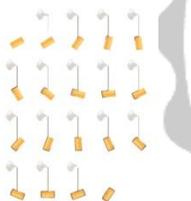
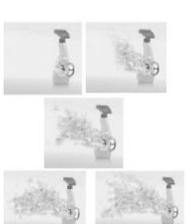
			<p>of clothes hanging in a closet generating an irregular number of coloured sparkles in the form of various sized circles. The duration of the movement is approximately 2 seconds. The 11 stills in the sequence are spaced approximately 0.18 seconds apart. The 1st still is the upper left still. The last still (11th) is on the bottom right. The precise sequence of the stills is as follows: from the 1st still to the 11th still, the movement of the hand is from right to left in a horizontal line creating ripples in the hanging clothing while the coloured circled sparkles move, in the opposite direction, from left to right, increasing in quantity as the movement moves forward.</p>	<p>essential oils, cosmetics, hair lotions; dentifrices.</p>
	<p>008846453</p>	<p>The mark consists of an animated sequence of two images featuring a background containing the ALPINE logo with the words Mobile Media Solutions and two boxes in the foreground. The larger box contains</p>	<p>Audio tape players and recorders; digital audio tape players; video cassette players and recorders; compact disc players and recorders; video disc players and recorders; mini disc players and recorders; compact disc changers; mini disc changers; television monitors, video</p>	

			<p>the word  <b>AUTHORIZED</b> in  the first image  which changes to  the words  <b>INTERNET  RETAILER</b> in the  second image.</p>	<p>monitors for automobile navigation systems; radio receivers; amplifiers; equalizers; sound processors including surround-sound processors; digital signal processors; channel dividers; digital/analogue converters and frequency processors for audio and visual apparatus; audio speakers; television receivers; telephone antennas; CD-ROMs containing map information for vehicle navigation systems; DVDs containing map information for vehicle navigation systems; IC memory cards containing computer programs for map data; blank IC memory cards; hardware for mounting audio and video equipment in vehicles sold as a unit with the aforementioned audio and video equipment for vehicles; remote controls for car audio apparatus or navigation apparatus or television apparatus; electrical extension cables; electrical communication cables; navigation apparatus for determining or signalling the auto location, the location of sites, and travel routers, time, traffic conditions, and other information; magazines for holding multiple discs for use with compact disc changers or mini disc changers; electrical interconnectors; batteries</p>
--	--	--	--	---

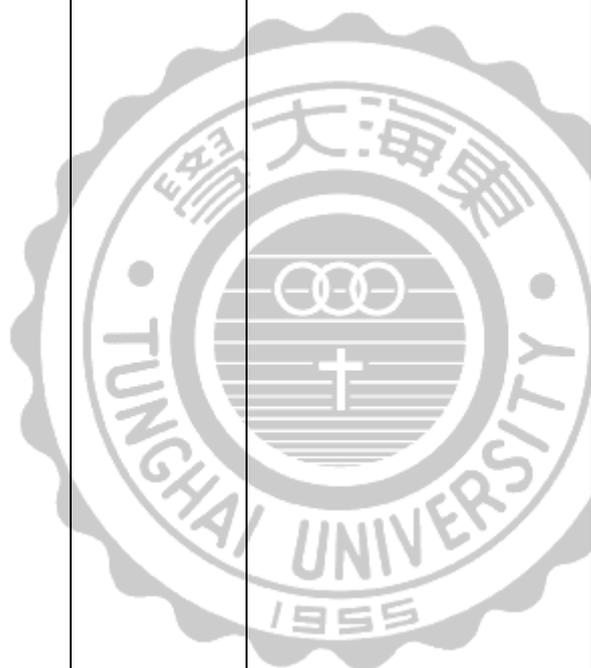
				and battery chargers; digital television receivers; digital television tuners; television monitors; video monitors for automobile navigation systems; overhead monitors for automobiles; overhead monitors with DVD for automobiles; mobile wireless headphones; wireless technology interfaces; mobile cameras.
--	--	--	--	--

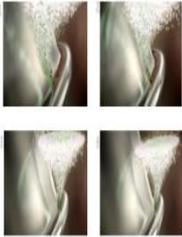
來源：本文自行整理

表 9-2 歐洲動態商標（商品本身外觀形狀或商品產生特定動作）註冊案例表

商 品 本 身 外 觀 形 狀 或 商 品 產 生 特 定 動 作 之 動 態 商 標	Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services
		009784431	The trademark consists of an animated sequence depicting a jug out of which a chocolate mass is being poured out onto a rectangular pastry product which performs a 360 degree turn until it is fully covered in the chocolate mass .	Coffee, tea, cocoa, sugar, rice, tapioca, sago, artificial coffee; Flour and preparations made from cereals, bread, pastry and confectionery, ices; Honey, treacle./ Advertising, promotion, commercial services in the field of sponsoring.
		008361727	The sign consists in a series of 5 (five) pictures showing a bottle bearing the window of a washing machine out of which a water flow springs energetically in a right-to-left movement.	Washing and bleaching preparations; soaps; preparations for the treatment and beautification of fabrics; incense; oils for perfumes and scents; scented water for household use and for use on fabrics;

				<p>scented wood; aromatics; essential oils; fumigation preparations to be emitted into the air, atmosphere or on fabrics in the form of smoke, vapour or gas; preparations for perfuming or fragancing the air and fabrics./ Air fresheners, air purifying preparations; room air fresheners; deodorants for fabrics and air; preparations for neutralizing odors./ Household or kitchen utensils and containers (not of precious metal or coated therewith); oils and fragrances burners; apparatus for heating oils for perfumes and for releasing fragrance into the ambient atmosphere; dispensers and dispensing apparatus for perfumery products; apparatus and containers for scenting the atmosphere or for dispensing perfumes, air freshening or air purifying preparations into the ambient atmosphere; glassware; porcelain and earthenware.</p>
--	--	--	--	--



		009596289	<p>The sequence shows the motion of a tornado caused by the action of a dish detergent cleaning out the dirt of a pan turned upside down. The tornado motion starts on the picture „1“, where the detergent (represented in green) is still pure. In the pictures that follow the dirt (represented in brown) mixes up with the detergent and the tornado is seen moving around the border of the pan from the left to the right (anti-clockwise). It is possible to notice that while funnel of the tornado gets thinner, the cloud becomes more concentrated. From one picture to the other it is also possible to notice the gradual removal of the dirt from the border of the pan. The tornado motion sequence (from picture 1 to 4) happens very fast and lasts less than 3 seconds.</p>	<p>Washing, bleaching preparations and other substances for household use; cleaning, polishing, scouring and abrasive preparations; soaps; perfumery, essential oils, cosmetics, hair lotions; dentifrices.</p>
--	---	-----------	--	---

來源：本文自行整理

表 9-3 歐洲動態商標（手勢商標）註冊案例表

手勢商標	Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services
		005952999	<p>The trade mark consists of a moving image of a hand with a coin between forefinger and thumb being dipped into a liquid and removed.</p>	<p>Cleaning, scouring and abrasive preparations; bleaching preparations; detergents; preparations for laundry use; soaps; perfuming preparations for the atmosphere;</p>

			essential oils; wipes and tissues impregnated with cleaning preparations.
	002818334	<p>Two hands form a "T", in which, from the position of the viewer, the right hand, stretched out flat with fingertips pointing upwards (so that only the narrow edge of the hand is visible) moves from the upper left of the image to the centre, while the left hand, also stretched out flat with fingertips pointing upwards and viewed from the side, moves from the upper right of the image to the centre; both hands then meet in the centre of the image with the upwards-pointing fingertips of the right hand touching the surface of the left hand roughly in the centre; the viewer therefore sees a side view of the descending left hand coming to rest on the fingertips of the ascending right hand; as a result of this movement, the viewer is able at this point to recognise the letter "T".</p>	<p>Electric, electronic, optical, measuring, signalling, checking (supervision), or teaching apparatus and instruments (included in class 9); apparatus for recording, transmission, processing or reproduction of sound, images or data; machine-readable data carriers, automatic vending machines and mechanisms for coin-operated apparatus; data processing equipment and computers./ Printed matter, in particular printed and/or embossed cards of cardboard or plastic; teaching materials (except apparatus); office requisites, except furniture./ Compilation and systemization of data and information into computer databases./ Telecommunications; provision and rental of telecommunications equipment, in particular for radio and television; database services, namely leasing access time to databases; transmission of information in the field of culture, sport, economics, education and training, and recreation and entertainment by electronic means./ Creation of programs for data processing; rental of data processing equipment and</p>

			computers; design and planning of telecommunications equipment.
	003429909	The mark comprises an animation which consists of four images depicting hands coming together, shown in succession from left to right and from top to bottom.	<p>Scientific, nautical, surveying, photographic, cinematographic, optical, weighing, measuring, signalling, checking (supervision), life saving and teaching apparatus and instruments; apparatus and instruments for conducting, switching, transforming, accumulating, regulating or controlling electricity; apparatus for recording, transmission or reproduction of sound and images; magnetic data carriers, recording discs; automatic vending machines and mechanisms for coin-operated apparatus; cash registers, calculating machines, data processing equipment and computers; fire-extinguishing apparatus./ Games and playthings; gymnastic and sporting articles not included in other classes; decorations for Christmas trees./ Telecommunications./ Education; providing of training; entertainment; sporting and cultural activities.</p>

來源：本文自行整理

#### 第四目 位置商標

國際上商業活動活潑且變化快速，激烈的競爭使得商品不斷推陳出新，特殊、創新的商品才能成功吸引消費者的眼光，又商標係隨著商品流通於商業市場上，特殊的新型態商標亦瞬息萬變地出現。位置商標即為新型態商標中較為新穎且較為不確定性的商標類型之一。所謂的位置商標，係指將圖形等標誌放置在商品的特定位置，作為表徵商品或服務之標誌。且位置商標可以在平面或立體的商標上作形狀、顏色、花紋的變化<sup>289</sup>。在我國尚無直接以位置商標註冊的例子，仍多以其顏色或圖樣等樣子註冊商標，而將所附著之商品形狀聲明不專用，以突顯該位置標誌。例如：我國註冊第 01041178 號「」<sup>290</sup>係盧森堡普拉達股份有限公司 (PRADA S.A.) 於民國 92 年 4 月 16 日註冊，指定使用於鞋靴商品，將商標圖樣內之「鞋後跟底面輪廓線條」不在專用之列，即將紅色放置在 PRADA 鞋後跟特定位置，但在我國仍以平面商標註冊。不過因為我國對於商標保護之客體現已採開放式的立法，以上述之 PRADA 紅色鞋後跟為例，若該紅色鞋跟的位置為 PRADA 商標識別很重要的特徵，若 PRADA 不在特定位置放上紅色的線條，就可能會喪失其只是商品或服務來源之功能時，即可認為具有位置商標的特性，可申請註冊為位置商標。又如我國註冊第 00912939 號「」<sup>291</sup>係美國利惠公司於民國 89 年 11 月 1 日註冊使用於牛仔褲等衣褲商品，在口袋的位置設計有曲線圖樣之特徵，應亦具有位置商標之特性。

在歐洲則已有不少位置商標之註冊案例，例如：歐洲註冊第 004718037「」<sup>292</sup>係沿著鞋頭位置設計有 2mm 寬之紅色帶特徵、第 010100675

<sup>289</sup> 高秀美，同前註 10，頁 36。

<sup>290</sup> 專用期限至民國 102 年 4 月 15 日，智慧財產局商標檢索系統，[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=090031786](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=090031786)，最後瀏覽日：2012/12/28。

<sup>291</sup> 專用期限至民國 111 年 1 月 31 日，智慧財產局商標檢索系統，[http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO\\_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=088036280](http://tmsearch.tipo.gov.tw/TIPO_DR/servlet/InitLogoPictureWordDetail?sKeyNO=088036280)，最後瀏覽日：2012/12/28。

<sup>292</sup> Description of the mark: Position mark: red edge band 2mm wide running along the open edges of the shoe tongue.

「」係將標幟綁在玩偶腳的特定位置上<sup>293</sup>、第 004828851 「」<sup>294</sup>係在牛仔褲上硬幣口袋之偏左上特定位置有浮雕之扣鈕標誌，在口袋偏右邊位置還縫上一個較大的扣鈕標誌、第 008586489 「」<sup>295</sup>則係以在鞋子表面特定位置畫上一條到中間鞋底、一條除到中間鞋底外更延伸到鞋跟底部之兩條線作為其商標特徵、第 008650129 「」<sup>296</sup>為在廚房用具之特定位置尚設計有 S 曲線之特徵作為商標、第 009374364 「」<sup>297</sup>則是加油站之特定位置以紅色、灰色和老虎之組合作為商標特徵、第 008837502 「」<sup>298</sup>則係電視屏幕右上角的位置上置有一個有 PP 字樣的圓角長方形標誌作為位置商標等等。

## 第五目 全像圖商標

所謂的全像圖商標 (Hologram mark)<sup>299</sup>係指藉由雷射光線反射出來的影

<sup>293</sup> Description of the mark: The trademark is a position mark. Protection is claimed for the displayed symbol which is attached to the leg of a game piece. The dotted line used to represent the attachment site is not a component of the trademark.

<sup>294</sup> Description of the mark: Position mark: trademark protection is claimed for the so-called coin-pocket-button with embossed logo, which is attached to the upper left-hand outer edge of the coin pocket and which has a clearly larger diameter in comparison with the button on the outer seam on the top right-hand side of the front trouser pocket. Other design features visible on the image do not constitute part of the trademark.

<sup>295</sup> Description of the mark: The trademark is a position mark. The mark consists of two parallel lines positioned on the outside surface of the upper part of a shoe. The first line runs from the middle of the sole edge of a shoe and slopes backwards towards the instep of a shoe. The second line runs parallel with the first line and continues in a curve backwards along the counter of a shoe to the heel of a shoe and ends at the sole edge of a shoe. The dotted line marks the position of the trademark and does not form part of the mark.

<sup>296</sup> Description of the mark: The mark consists of a three-dimensional configuration of the S-curve design incorporated within the handle of the kitchen utensil. The dotted lines outlining the kitchen utensil are intended to show the position of the mark on the goods and are not part of the mark.

<sup>297</sup> Description of the mark: The trade mark consists of the colours red (Pantone 485) and grey (Pantone 422 c), the word ESSO in red, together with a device of a tiger, all of the aforesaid elements applied to a vehicle service station fuel pump as depicted in the illustrative representation attached to the application; the fuel lines and physical components of the fuel pump depicted (including those elements shown in broken lines) do not form part of the trade mark and are included only to show the positioning of the elements of the trade mark.

<sup>298</sup> Description of the mark: The positional trademark consists of a logo comprising a rectangle with rounded corners with an encircling light-coloured border and the two light-coloured letters PP arranged next to one another on a dark background. The logo is displayed on a screen during the broadcasting of a television programme or other programme in the upper right-hand corner of the screen.

<sup>299</sup> 或有稱雷射圖商標、全息圖商標。

像，彷彿是立體之畫面，其是以角度變化映出全像圖形，作為指示使用人產製商品或所提供服務之識別標誌<sup>300</sup>。全像術最早發明於一九四八年，直到一九六〇年代雷射發明以後，才使得全像技術得以普遍地應用。其原理主要是記錄兩道同調性（coherent）很高的光干涉條紋於感光底片上。此底片不僅記錄了光強度，也載有相位的資訊，所以全像技術是以平面材料記錄含三度空間的影像資訊。並且理論上可以藉由任一局部的材料所記錄的資訊來重建原始物件的本體，所以只要有適當的重建光，便可看到與實物完全一樣的立體全像<sup>301</sup>。在商標型態發展上，曾有全像圖商標（Hologram mark）是否屬於立體商標範疇的問題。學者認為，全像圖形並非固定的立體形狀，因此，全像圖商標並非立體商標之態樣<sup>302</sup>。我國商標法第十八條亦例示全像圖<sup>303</sup>、立體商標分別為商標保護之客體，故應認為全像圖商標並非屬於立體商標之態樣。全像圖普遍地被利用作成防偽標籤，我國紙鈔、身分證上亦有使用。全像圖商標在歐洲<sup>304</sup>、法國<sup>305</sup>皆有註冊案。我國至民國 101 年 12 月 28 日止，目前

<sup>300</sup> 高秀美，同前註 10，頁 31。

<sup>301</sup> 鄒永祥，新應用刺激雷射全像市場發展，光連雙月刊第 36 期，2001 年 11 月，頁 28。

<sup>302</sup> 牛木理一著、蔡竹根譯，訂定立體商標制度衍生之諸問題（一）與意匠法抵觸及界線，工業財產權與標準第 59 期，1998 年 2 月，頁 49。

<sup>303</sup> 我國 100 年 6 月 29 日修正公布之商標法第十八條第一項例示全像圖（Hologram mark）為我國商標保護之客體。

<sup>304</sup> 例如：由 Eve Holdings Inc. 所擁有，在歐洲註冊第 002559144 號「」，指定使用於第 34 類有關香菸（Cigarettes）的商品或服務，專用期限至 2022 年 2 月 1 日，該商標描述：The mark as shown in the attachment consists of holographic paper that reflects the spectrum of colour in a pattern of oblique, parallel lines applied to the surface of a package; the dotted lines shown in the drawing form no part of the mark, and are for 3-d illustrative purposes only；由

Bioclin B.V. 所擁有，在歐洲註冊第 001787456 號「」，指定使用於第 3 類（Cosmetic preparations）和第 5 類（Medicinal and pharmaceutical preparations, including for treating gynaecological complaints, homeopathic and phytotherapeutic medicines; sanitary and disinfectant preparations）的商品或服務，專用期限至 2020 年 8 月 1 日，該商標描述：The trade mark is a circular hologram, placed on the top of the packaging.

<sup>305</sup> 例如法國註冊第 3247616 號「」。WIPO, SCT 17 - Contribution de la France sur les nouveaux types de marques, at [http://www.wipo.int/export/sites/www/sct/en/comments/pdf/sct17/fr\\_1.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sct/en/comments/pdf/sct17/fr_1.pdf) (last visited on 2012/7/15)

亦有三件<sup>306</sup>申請註冊之全像圖商標，是否取得註冊值得觀察。

## 第二項 視覺可感知新型態商標之先天識別性

商標的主要功能在於識別商品或服務來源，若一標識無法指示及區別商品或服務的來源，即不具商標功能，自不得核准註冊。識別性為商標指示商品或服務來源，並與他人的商品或服務相區別的特性，故識別性的判斷必須以商標與指定商品或服務間的關係為依據，不能脫離指定商品或服務單獨為之<sup>307</sup>。準此，商標應該具有識別性（或稱顯著性）（distinctiveness，或 distinct and particular），若是商標本身欠缺識別性，就無法發揮其表彰商品或服務之功能，也無法引起與商品或服務有關之消費大眾之客觀認識與注意，自無法發生區別自己與他人之商品或服務之作用。無識別性之商標，歐洲<sup>308</sup>與我國<sup>309</sup>商標法均規定不得申請註冊。<sup>310</sup>新型態商標如欲申請註冊商標，亦須如同傳統文字、圖形等商標經過識別性之判斷，本文以下分別就立體商標、顏色商

<sup>306</sup> 分別為申請案號第 101060450 號，主圖為「」，商標圖樣描述為「本件為全像圖商標，以黑色蔓延遞減的粗細線條拉花圖騰，由下往左、右對稱向上延伸。托承包圍住二排

黑色字體”ANGEL 美麗心肌 BEAUTY SECRET”」，申請第 101040538 號，主圖為「」，商標圖樣描述為「本件為全像圖商標，中間圓圈底色藍色字樣為 TEAM Model 智慧教室，圓環圖外圈有紅色、黃色、綠色、藍色，紅色字樣為 e-assEssing 評量 e 化，黃色字樣為 e-diAgnosing 診斷 e 化，綠色字樣為 e-reMediation 補救教學 e 化，藍色字樣為 e-Teaching 課

堂教學 e 化」以及申請第 101070891 號，四面圖為「」、「」、「」、「」。

<sup>307</sup> 我國商標識別性審查基準 1 及 2。

<sup>308</sup> CTMR (now COUNCIL REGULATION (EC) No 207/2009)

Article 7 “**Absolute grounds for refusal** 1. The following shall not be registered: (b) trade marks which are devoid of any distinctive character; (c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin or the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service.”

<sup>309</sup> 我國商標法第十八條之規定。

<sup>310</sup> 曾陳明汝著、蔡明誠續著，同前註 26，頁 28-29。

標和動態商標等視覺可感知新型態商標，以案例方式加以說明其識別性。

## 第一款 立體商標

### 第一目 歐洲

#### 一、立體商標識別性之判斷標準與其它類型的商標並無不同<sup>311</sup>

有關立體商標識別性之審查，德國法院（the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice)）在歐洲法院2003年4月8日作出C-53/01 *Linde AG, Winward Industries Inc. and Rado Uhren AG* 一案<sup>312</sup>中，向歐洲法院提出先行裁決，在提出的第一個問題即請求歐洲法院解釋立體商標識別性的審查是否比其他一般商標更嚴格<sup>313</sup>。對此，法院指摘判斷商標識別性必須要以商標整體印象作考量，並依一般合理注意力的消費者為判斷標準，對於立體商標識別性的審查與一般商標並無不同，只是一般文字或圖形之商標消費者較能辨識區分商品與服務來源，而立體商標較難，也因此致立體商標常不具識別性而不得註冊成為商標<sup>314</sup>。

#### 二、該商標必須可以直接聯想到商品或服務，且商品或服務之一般消費大眾能夠區分商品或服務來源<sup>315</sup>

在上述之Linde案<sup>316</sup>中，歐洲法院認為，具有識別性必須是，第一，該商標可以直接聯想到商品或服務，第二，商品或服務之一般消費大眾能夠區分

<sup>311</sup> C-238/06, *supra* note 73, para.80 ; C-173/04P, *Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (First Chamber) of 12 January 2006, para.27-28.C-473/01 P, *Procter & Gamble Company v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 29 April 2004, para.36.等案件亦採此判斷標準。

<sup>312</sup> C-53/01, *Linde AG, Winward Industries Inc.*, Judgment of the Court of 8 April 2003.

<sup>313</sup> *Id.* at para.26.“(1)In determining whether a three-dimensional trade mark which depicts the shape of a product has a distinctive character within the meaning of Article 3(1)(b) of the Directive is there a stricter test for distinctive character than in the case of other forms of trade marks?”

<sup>314</sup> *Id.* at para.42-49.

<sup>315</sup> 還有 C-238/06 *supra* note 73, para.79 ; C-173/04 P *supra* note 311, para.45 ; C-473/01 P *supra* note 311, para.33.等案件亦採此判斷標準。

<sup>316</sup> *See supra* note 312.

商品或服務來源<sup>317</sup>。

立體形狀之運用常出現在糖果以及糖果包裝上，歐洲第一審法院（the General Court）2003年4月30日作出T-110/02 *Axion SA v. OHIM* 一案<sup>318</sup>，申請人以顛倒的黃金磚（an upside-down gold ingot）作為巧克力的商品外包裝申請註冊，歐洲第一審法院認為申請人所申請的形狀無法在市場上使消費者區分辨識其商品或服務來源，且市場上已有很多類似的包裝<sup>319</sup>，因此維持OHIM以及OHIM上訴委員會因識別性不足而不給予註冊的看法。另在歐洲法院2006年6月22日作出的C-24/05 *August Storck KG v. OHIM* 一案<sup>320</sup>，申請人August Storck KG以中間有凹陷的巧克力色圓形糖果形狀（a three-dimensional mark in the form of a light-brown sweet）申請註冊為立體商標，歐洲第一審法院認為雖然申請人的圖樣中間有一個凹洞，但是這是糖果商品普遍使用的圖形，並沒有大幅改變糖果整體形狀，尚不足吸引消費者而使其留下印象以分辨商品的來源，故認定不具識別性，而歐洲法院也維持這樣的看法<sup>321</sup>。歐洲第一審法院2009年7月8日作出之T-28/08 *Mars, Inc. v. OHIM* 一案<sup>322</sup>，申請人Mars, Inc.以巧克力形狀上有山形設計申請將巧克力形狀註冊成為立體商標，歐洲第一審法院認為，消費者容易認為該形狀是裝飾，又大多數消費者會特別注意包裝或商品上的商標，而不是商品簡單的形狀，甚至當該巧克力商品裝入不透明的包裝裡，消費者通常要拆開包裝盒才會看到商品的形狀，且該巧克力山形設計並未脫離巧克力商品的標準模式或形狀，並不足以使消費者區別來源，應不具識別性<sup>323</sup>。

<sup>317</sup> *Id.* at para.41.

<sup>318</sup> T-110/02, *Axions and Belce v. OHIM (Forme de lingot doré)*, JUDGMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE (Fourth Chamber) of 30 April 2003.

<sup>319</sup> *Id.* at para.44-45.

<sup>320</sup> C-24/05, *August Storck KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 June 2006

<sup>321</sup> *Id.* at para.29.

<sup>322</sup> T-28/08, *Mars, Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 8 July 2009.



<sup>323</sup> *Id.* at para.26-34.

### 三、越脫離同業領域一般標準模式，越可能產生識別性<sup>324</sup>

歐洲法院在2004年4月29日作出C-456/01 *Henkel KGaA v. OHIM* 一案<sup>325</sup>中，申請人Henkel KGaA向OHIM申請以紅色和白色兩層之圓形很像藥錠形狀註冊使用在洗衣及洗碗清潔錠商品，OHIM、OHIM上訴委員會和歐洲第一審法院均認為，在洗衣及洗碗等清潔錠產品使用類似藥錠狀形狀的很多，此類商品之一般消費者無法從申請人申請之形狀即分辨商品來源，又雖然申請人申請之商品有紅白兩層顏色，但是消費者已經很習慣此類顏色出現在洗衣及洗碗清潔錠產品，且有色的顆粒通常被認為具有不同成分，因此在立體形狀上有兩層顏色並無法作為只是商品來源的作用，而認為本案申請之形狀並不具有識別性<sup>326</sup>。歐洲法院亦維持歐洲第一審法院的看法，駁回申請人Henkel KGaA的上訴。另外在本案中有提到，若是要取得識別性，越偏離同業領域標準模式，越可能取得識別性，反之，越是接近本來商品形狀，則該形狀越有可能欠缺識別性<sup>327</sup>。

然歐洲第一審法院有關清潔用品註冊立體商標成功之案例如在2004年11月24日作出T-393/02 *Henkel KGaA v. OHIM* 一案<sup>328</sup>，申請人Henkel KGaA以透明和白色的且有「V」形作為瓶身邊線延展的容器申請註冊使用於清潔劑和包裝容器之商品類型上，OHIM和OHIM上訴委員會原本認定該容器形狀在清潔用品市場屬於普遍，結合的顏色亦不具有辨別商品來源的作用，認定不具識別性而不給予商標註冊，惟歐洲第一審法院認為清潔劑市場高度競爭，廠商

<sup>324</sup> C-473/01 P, *supra* note 311, para.37 ; T-393/02, *Henkel KGaA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 24 November 2004, para.31. 亦採此判斷標準。

<sup>325</sup> C-456/01 P, *Henkel KGaA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 29 April 2004. 申請人 Henkel KGaA 分別註冊一件為白紅分層和另一件為白綠分層的立體形狀註冊使用於洗衣或洗碗清潔錠。

<sup>326</sup> *Id.* at para.10.

<sup>327</sup> *Id.* at para.39. “In those circumstances, the more closely the shape for which registration is sought resembles the shape most likely to be taken by the product in question, the greater the likelihood of the shape being devoid of any distinctive character for the purposes of Article 7(1)(b) of Regulation No 40/94. Only a trade mark which departs significantly from the norm or customs of the sector and thereby fulfils its essential function of indicating origin, is not devoid of any distinctive character for the purposes of that provision.”

<sup>328</sup> *See supra* note 324.

以設計整體外觀來吸引消費者注意，申請人以多邊、多角、多表面的透明白色結合如水晶之容器，在市面上並不一般，足以吸引此類商品之一般消費者注意，應具有最低限度之識別性，而得註冊成為立體商標<sup>329</sup>。

#### 四、審查機關在考量立體商標之整體印象時，可以先審查組成該立體商標的要素

在歐洲法院2004年4月29日作出C-473/01 *Procter & Gamble Company v. OHIM* 一案中，申請人申請一為正方形，一為長方形，邊邊有切面，在切面或沿著角落有嵌入式的斑點，註冊使用於洗衣和漂白等清潔劑；清潔、拋光、去漬及研磨劑；盤子清潔劑、肥皂、香水、精油、化妝品、洗髮精、牙膏等商品，歐洲法院在判決中重申識別性的判斷要件為，第一，該商標可以直接聯想到商品或服務，第二，商品或服務之一般消費大眾能夠區分商品或服務來源<sup>330</sup>。亦贊同歐洲第一審法院引用判例認為，立體商標和其他商標的識別性審查基準並無不同，只是消費者仍習慣以圖形、文字之態樣辨識商品或服務來源，而立體商標與一般傳統商標不同之處在於一般消費者通常不會將其視為區別商品或服務來源的標識，而將其視為商品的本身、提供商品實用的功能或裝飾性的形狀或圖樣，使得立體形狀較難註冊成為商標<sup>331</sup>，且亦認為立體形狀若是要取得識別性，形狀越偏離同業領域標準模式，越可能取得識別性，越是接近本來商品形狀，則該形狀越有可能欠缺識別性<sup>332</sup>。本案歐洲法院維持歐洲第一審法院之見解，認為本案不具有識別性，不得註冊成為立體商標。另外本案亦提到，就立體商標識別性應考量商標之整體印象，因為商品之一般消費者所接受的多是商標的整體印象，而非一步步檢查商標的外觀組合，但這並不表示審查機關在考量商標整體印象之前，不能審查商標之組成要件<sup>333</sup>。

<sup>329</sup> *Id.* at para.40-42.

<sup>330</sup> C-473/01 P, *supra* note 311, para.33.

<sup>331</sup> *Id.* at para.36.

<sup>332</sup> *Id.* at para.37.

<sup>333</sup> *Id.* at para.44-46.

近期在歐洲法院於 2012 年 5 月 24 日作出 C-98/11 P 復活節巧克力兔一案<sup>334</sup>，歐洲法院維持了歐洲法院第一審對於系爭立體商標之識別性判定認為，在判斷商標是否缺乏識別性，雖應以其所呈現的整體外觀判斷之，但此並不代表審查機關不得先就其個別構成的部分予以考量判斷。本案中，申請人 **Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG** 所申請的商標係由採坐姿蹲踞狀的兔子、用以包裝巧克力兔的金色箔紙以及繫有小鈴鐺之紅色帶子三個部分所組成，法院認為在以整體外觀進行判斷前，應先就個別組成部分觀察之。第一，採坐姿的兔子形狀部份，兔子的形狀在巧克力商品市場算普通常見的形狀，尤其是在復活節的時候，此不僅適用於德國或是奧地利，其它歐盟的成員國亦復如是，歐盟區內也有巧克力製造商生產類似的採坐姿或蹲踞狀的巧克力兔，雖採坐姿的兔子形狀可能不盡相同，但並無太大的差別。因此，該種形狀可視為巧克力兔一般普通的形狀，不具有識別性。第二，就金色箔紙包裝部分，法院認為在巧克力市場上還有其他家廠商生產以金色箔紙包裝的復活節巧克力兔，系爭巧克力兔並非市場上唯一以金色箔紙包裝的商品。第三，繫著小鈴鐺的紅色帶子，**OHIM** 認為紅色以及小鈴鐺對於天主教徒而言與復活節有直接的關聯性，因為許多復活節巧克力兔的廠商一直以來都有採用繫上小鈴鐺的紅帶子，因此認定是其為巧克力兔常見的裝飾，歐洲第一審法院也維持相同之看法。最後就本件申請商標之整體外觀來判斷，歐洲法院和歐洲第一審法院、**OHIM** 上訴委員會的看法一致，認為申請人申請的立體形狀巧克力兔，為達到區別辨識商品來源的作用，並不具有識別性<sup>335</sup>。



<sup>334</sup> 「」歐洲法院第一審 T-336/08 於 2010 年 12 月 17 日判決 *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG* 敗訴，全案上訴至歐洲法院 C-98/11P, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 24 May 2012 審理，並於 2012 年 5 月 24 日判決駁回上訴確定。

<sup>335</sup> 淺介歐盟復活節巧克力兔立體商標判決，台一國際專利商標事務所，[http://www.taie.com.tw/tc/p4-publications-detail.asp?article\\_code=03&article\\_classify\\_sn=65&sn=485](http://www.taie.com.tw/tc/p4-publications-detail.asp?article_code=03&article_classify_sn=65&sn=485)，最後瀏覽日：2013/1/30。

## 第二目 台灣

### 一、立體商標之識別性與其他型態商標並無不同

依我國之規定，立體商標要能註冊，如同其他型態的商標一樣，相較於傳統平面商標，立體形狀要具有識別性較為不易，尤其當立體形狀為商品本身的形狀或商品包裝容器的形狀，因其與商品密不可分或有緊密的關聯，依消費者的認知，通常將之視為提供商品功能的形狀或具裝飾性的設計，較不會認為該形狀傳遞了商品來源的訊息，因此證明立體形狀之識別性，較平面商標為困難<sup>336</sup>。

我國最高行政法院 98 年度判字第 902 號<sup>337</sup>，台灣高速鐵路股份有限公司欲申請註冊「700T 型列車車頭(彩色)」立體商標一案中(以下簡稱高鐵案)，最高行政法院認為，相同之創作圖樣倘以平面型態申請商標註冊，或許具有識別性，然以立體形狀申請註冊時，則可能因該立體形狀即為商品本身之形狀或商品包裝容器之形狀，與商品密不可分，在消費者之認知中，通常係將之視為提供商品實用或裝飾功能者，而非區別商品來源的標識，而不具識別性。從而，立體形狀識別性之證據要求，實較平面圖樣嚴格。而本件商標之立體形狀作為商標，消費者易將之視為一般高速鐵路列車車頭，而非區別商品或服務來源之標識，不具有先天識別性。

立體商標之識別性與其他新型態商標之識別性判斷並無不同，惟立體商標較難取得識別性常係因為消費者亦將立體商標視為提供商品功能的形狀或具裝飾性的設計之判斷標準，在我國最高行政法院 99 年度判字第 681 號<sup>338</sup>，德商·阿迪達斯公司(adidas AG)向我國智財局申請註冊「Trousers with 3stripes」為立體商標指定使用「褲子」商品一案(以下簡稱 adidas 案)中，再次體現。而我國最高行政法院則認為，本件上訴人(adidas AG)申請註冊之系爭立體商標，實係由使用於褲子側邊之腰部至腳裸處之「三條線圖樣」所構成，依

<sup>336</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.3。

<sup>337</sup> 裁判日期為 98 年 8 月 6 日。

<sup>338</sup> 裁判日期為 99 年 7 月 8 日。

一般社會通念，系爭「三條線圖樣」予人寓目印象者，實為褲子側邊之裝飾圖案，與商品本身具有不可分割性之關係，且相關運動服飾交易市場，業者常習以各色複數線條設計，作為運動褲等商品側邊之裝飾圖案，增加商品之美學視覺，吸引相關消費注意，達到引起相關消費者購買運動服飾之慾望功能<sup>339</sup>。是依據相關消費者之認知，將其視為提供商品之美學功能之形狀，即無法區別商品來源，尚未具特殊性，故不具有商標識別性。

## 二、必須該立體商標足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別

所謂表彰商品或服務之標識，指一般消費者一見即知其為代表商品或服務之品牌，具有標誌性，而所謂得藉以與他人之商品或服務相區別，係指一般消費者一見即知其為代表特定主體之商品或服務，具有辨識性，故判斷商標或服務標章是否具備「識別性」，應立於一般消費者之立場，依一般生活經驗就商標或標章之整體加以觀察，並綜合其使用方式、實際交易情況及其所

<sup>339</sup> 本文認為，本案最高行政法院將美國法上美感功能性納入識別性判斷，並不妥適。且有混淆美感功能性與商品裝飾之虞。美感功能性的概念與商品或服務的裝飾二者為不同概念，必須加以區別：在前者，使用該設計特徵係為達到一定功能上的目的；在後者，則純粹只用以裝飾美化，而沒有其他的作用。前者情形，應該該商標係發揮商品或服務功能所必要核駁其註冊；後者情形，則以該商標僅由其他不具識別性之標識所構成，予以核駁。同時，在前者情形，基於公益考量，並不因經申請人使用且在交易上已成為其識別標識，而得主張有後天識別性之適用，且縱使其註冊已超過5年，若確實為發揮商品或服務之功能所必要者，仍有被撤銷註冊之可能；而在後者情形，則可以經使用取得後天識別性，准予註冊。應如本案在台北高等行政法院97年訴字第1237號之見解認為：系爭立體商標係由使用於褲子側邊腰部至腳踝處之三條線圖樣所構成，依一般社會通念，予人寓目印象為褲子側邊部分之裝飾圖案。我國交易市場情形，相關業者習以各色複數線條設計，作為運動褲等商品褲子側邊部分之裝飾圖案，消費者認知上，其為常見標示於運動服裝之線條，為運動褲商品之普通形狀，未具特殊性。況且，消費者亦多將標示該等線條之衣服通稱為運動褲，是該三條線圖樣之設計，從消費者之觀點，僅屬裝飾性功能，且為運動褲商品之代表標記，無法具有指示商品來源，即難謂具有商標識別性。即正確的將有關裝飾圖樣之立體商標，以無法使消費者區別商品或服務來源，不具有識別性，作為不給予註冊商標之理由，不應再論及美感功能性了。另參非傳統商標審查基準2.3。我國非傳統商標審查基準將美感功能性納入商標功能性考量，成為排除給予商標註冊之一種功能性態樣，美感功能性為美國法上之概念，第一次出現於案例中為1952年的 *Pagliari v. Wallace China Co.* 一案，惟在美國有很多法院判決認為美感功能性會抹煞具有創造力的美感特徵商品受商標保護之權利，而且美感功能性之商品對於市場競爭並不會造成不公平。故我國非傳統商標審查基準將美感功能性納入商標功能性考量，仍有探討其必要性之疑慮。有關美國不贊成美感功能性之案例，可參閱洪淑敏，同前註48，頁19-21。

指定使用之商品或服務等加以審酌<sup>340</sup>。

在智慧財產法院 99 年度行商訴字第 147 號<sup>341</sup>有關「Minute Maid Bottle(MINUTE MAID)(2008)(3D)」立體商標(美粒果飲料瓶)申請註冊一案，法院認為本件商標圖案之瓶身上半段顯然已具相當識別性，其辨識度並不低，但其瓶身下半段是否與一般瓶身沒有兩樣，智財局應進一步加以查證，檢視與其他第三人同類產品特色是否顯有不同，足以與他人提供之商品相區別，及本件商標使用於果汁是否為其商標之說明，而認定本件商標是否具有識別性。又如我國智慧財產法院 100 年度行商訴字第 108 號判決（以下簡稱國安三角瓶案）<sup>342</sup>，法院認為本案系爭「國安三角瓶」立體商標，係由具有旋蓋之瓶子外型所構成，從上往下看瓶身為「△」形狀，由側面觀之，整體圖樣為略呈三角形之瓶身者，指定使用於口服藥液、感冒液商品，依一般社會通念為單純之包裝容器形狀，消費者通常不會以之作為指示與區別商品來源之標誌，應不具先天識別性。

### 三、須考量消費者對不同商標可能有不同之注意程度

商品的特性會影響消費者選擇該類商品時，對於商標之注意程度，一般來說，消費者對愈昂貴、專業或耐久財的商品，例如高科技、醫藥產品等，其注意程度愈高，因此對這些產品立體形狀的注意程度亦相對的提高，其可作

<sup>340</sup> 智慧財產法院 99 年度行商訴字第 147 號行政判決。

<sup>341</sup> 裁判日期為 99 年 12 月 23 日。

<sup>342</sup> 裁判日期為 101 年 1 月 12 日。本案事實概要：原告（三洋藥品工業股份有限公司）於民



國 96 年 5 月 8 日以「國安三角瓶」立體商標「」，指定使用於「口服藥液、感冒液」商品，向原處分機關智慧財產局申請註冊，經該局審查，准列為註冊第 1316258 號商標。嗣本件參加人國安製藥股份有限公司、台灣陽生製藥工業股份有限公司等以系爭商標有違商標法第 23 條第 1 項第 1 款及第 14 款規定，共同對之提起異議。案經原處分機關審查，核認系爭商標並未違反前揭規定，於 99 年 11 月 19 日以中台異字第 970752 號商標異議審定書為「異議不成立」之處分。國安公司、台灣陽生公司等不服前揭處分，提起訴願，後經被告（經濟部）認為原處分機關認定系爭商標之註冊符合商標法第 23 條第 4 項規定而無同法第 23 條第 1 項第 1 款規定之適用顯有未洽，而以 100 年 6 月 13 日經訴字第 10006100120 號決定「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」，原告不服，遂向智慧財產法院提起行政訴訟。

為區別來源標識的可能性較大；反之，消費者對價格低廉、日常用品或非耐久財的商品，例如肥皂等商品，其注意程度較低，除非這些商品的立體形狀極為獨特、引人注目，使得消費者容易於其腦海中留下印象，並依其認知，已將之作為區別商品或服務來源的標識，否則不具識別性<sup>343</sup>。

#### 四、是否為業界通常採用

業界使用的情形亦是重要的考慮因素，如果該立體形狀，為相關業者所通常採用，則該立體形狀便不具有區別來源的功能，而不具有識別性。在上述最高行政法院 98 年度判字第 902 號之高鐵案中，法院亦認為須考量依相關消費市場使用的情形，若立體形狀為相關業者所通常採用，該立體形狀即不具有區別來源的功能，而不具有識別性，在高鐵案中法院即採取了智財局提出之主張，認為依消費者的認知，商標圖形為列車本身的形狀，常將其視為相關高速鐵路車輛上普通的形狀，沒有特殊性，且此等火車頭造型與日本新幹線 E2-1000 系、400 系、500 系、700 系等列車車頭大同小異，且該各車系車身亦裝飾有不同顏色之線條，又如德國、法國、中國等磁浮列車仍不脫此設計概念，消費者易將之視為一般高速鐵路列車車頭，非區別商品或服務來源之標識，而認為系爭商標不具有先天識別性。

### 第二款 顏色商標

#### 第一目 歐洲

##### 一、單一顏色

就單一顏色部分，在歐洲法院於 2003 年 5 月 6 日所作出 C-104/01 *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* 一案<sup>344</sup>，法院提到一般而言，顏色本身並沒有指示來源的功能，大眾並不習慣在缺乏圖樣或文字的情況下只單由顏色來區別商品的來源，尤其是單一顏色若不是非常獨特而經取得後天識別性後

<sup>343</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.3。

<sup>344</sup> *See supra* note 76.

註冊成為商標，通常無法成為商標<sup>345</sup>。又歐洲法院於 2004 年 10 月 21 日作出 C-447/02 P *KWS Saat AG v. OHIM* 一案<sup>346</sup>，申請人 KWS Saat AG 欲申請註冊橘色為顏色商標，歐洲法院亦強調，單一顏色一般來說不具有先天識別性<sup>347</sup>，且顏色商標的識別性判斷和其他文字、圖樣等商標並無不同，也沒有變得特別嚴格，只是大眾對於顏色商標的認知比起文字或圖樣商標的認知較不容易<sup>348</sup>。

例如歐洲法院於 2006 年 6 月 22 日作出 C-25/05 P *August Storck KG v. OHIM* 一案<sup>349</sup>，申請人 August Storck KG 於 1998 年 3 月 30 日向 OHIM 申請以兩端扭緊的金色的糖果包裝紙（a two-dimensional representation in perspective of a sweet in a gold-coloured wrapper with twisted ends）註冊使用於糖果商品，OHIM 和 OHIM 上訴委員會都認定金色是常用於糖果包裝紙的顏色，且申請人提出的證據亦不足以證明該商標經常其使用後已取得識別性，均拒絕准予註冊。本案商標申請人 August Storck KG 遂上訴歐洲第一審法院，惟歐洲第一審法院仍維持 OHIM 的看法，認為系爭商標在同樣的糖果市場並沒有特別不一樣的地方，申請人 August Storck KG 於是又上訴至歐洲法院，歐洲法院認為申請人所申請之包裝紙顏色為金色，對糖果包裝而言是普遍的，其本身也無特殊之處，在市場上可以找到大量這樣的糖果包裝，一般消費者只會把它看成是糖果包裝而無法辨識商品之來源，因此同樣認為此一金色包裝紙不具有識別性<sup>350</sup>。

## 二、顏色組合

而顏色組合之部分，例如歐洲第一審法院於 2002 年 9 月 25 日作出之

<sup>345</sup> 洪淑敏，同前註 48，頁 35。

<sup>346</sup> C-447/02 P, *KWS Saat AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 October 2004.

<sup>347</sup> *Id.* at para.47.

<sup>348</sup> *Id.* at para.76-78.

<sup>349</sup> C-25/05 P, *August Storck KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 June 2006.

<sup>350</sup> *Id.* at para.32.

T-316/00 *Viking-Umwelttechnik GmbH v. OHIM* 一案<sup>351</sup>，申請人 Viking-Umwelttechnik GmbH 以綠色和灰色的顏色組合申請註冊成為顏色商標，OHIM 認為申請人所申請的顏色組合，消費者通常會把它當成是商品的裝飾，或會認定是商品本身的品質，不會和特定業者聯想在一起，因此不具有識別性<sup>352</sup>。而歐洲第一審法院則維持 OHIM 的看法，認為識別性的判斷要件為，第一，該商標可以直接聯想到商品或服務，第二，商品或服務之一般消費大眾能夠區分商品或服務來源，且雖然歐洲第一指令第七條第一項第 b 款沒有就商標類型作區分，但是相關商品消費大眾對於顏色商標的認知和一般文字或圖樣商標的認知是不同的<sup>353</sup>。又本案申請人申請註冊之綠色已廣泛使用在申請人指定之園藝等商品，雖然加入灰色作為組合顏色，但灰色並不特別，無法吸引消費者注意，通常還會被當成是商品物質的顏色或是塗料而已<sup>354</sup>，故不具有識別性。又如 2003 年 7 月 9 日歐洲第一審法院所作出之 T-234/01 *Andreas Stihl AG & Co. KG v. OHIM* 一案<sup>355</sup>，申請人 Andreas Stihl AG & Co. KG 以橘色和灰色的組合申請註冊顏色商標使用於機械器具等商品，歐洲第一審法院維持 OHIM 的看法認為，灰色和橘色使用於機械商品並沒有特殊性，橘色有暗示危險的功能，不具有識別性，又灰色通常是機械材料本身的顏色，亦不具有識別性，兩個顏色組合亦難使消費者產生商品來源自特定業者的印象，因此仍不准與註冊成為顏色商標<sup>356</sup>。

## 第二目 台灣

依我國非傳統商標審查基準之規定，顏色商標要能註冊，如同其他型態的商標一樣，必須該顏色商標足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別。顏色商標，尤其是單一顏色，在消費者的認知多

<sup>351</sup> T-316/00, *Viking-Umwelttechnik GmbH v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 25 September 2002.

<sup>352</sup> *Id.* at para.20.

<sup>353</sup> *Id.* at para.26-27.

<sup>354</sup> *Id.* at para.29-30.

<sup>355</sup> *See supra* note 220.

<sup>356</sup> *Id.* at para.33-35.

屬裝飾性質，因此通常不具先天識別性，至顏色組合商標，因其為二種以上顏色的組合，如在顏色之選擇或比例之分配等有獨特性，具先天識別性的可能性較單一顏色為高，若顏色組合具有先天識別性，足使消費者辨別商品或服務來源者，則不待舉證取得後天識別性，即可獲准註冊。但不可諱言的，顏色組合商標仍較一般圖形設計商標不易具備先天識別性，通常仍須舉證取得後天識別性，始得註冊<sup>357</sup>。

## 一、單一顏色

我國最高行政法院 98 年度判字第 704 號判決<sup>358</sup>中（以下簡稱耐落案），最高行政法院對於美商·耐落公司（Nyllok Corporation）欲向我國智財局申請註冊「藍色耐落內螺紋扣件顏色」之顏色商標認為，將單一顏色作為商標指定使用於商品，消費者一般而言均將之作為外裝圖飾，尚難認具先天識別性。而且人類所能識別之單一顏色有限，所能使用之單一顏色亦有限，若輕易賦予商標獨佔權利，將限制人類色彩選擇之自由，自更難認單一顏色具有先天識別性<sup>359</sup>。

有關單一顏色之案例，又如智財局核駁第 0338582 號認為，以單一顏色紫色（Purple Colour Device）註冊為顏色商標，並不具有識別性，因為紫色是

<sup>357</sup> 非傳統商標審查基準 4.2.3。

<sup>358</sup> 本案裁判日期為 98 年 7 月 5 日。美商·耐落公司（Nyllok Corporation）欲向我國智財局申請註冊「藍色耐落內螺紋扣件顏色」之顏色商標，指定使用於於舊商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 6 類之金屬扣件，即指螺帽、金屬內螺紋扣件、金屬製自動內螺紋扣件、防鬆脫內螺紋扣件商品及第 40 類之內螺紋扣件之加工服務，智財局認系爭顏色商標圖樣上之藍色，不具先天識別性，且依其所提供之使用證據，亦不足以證明已為相關消費者認識其為表彰內螺紋扣件及其加工服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，應不准註冊，美商·耐落公司（Nyllok Corporation）即主張其刊登廣告或對外說明時絕大多數皆以彩色影本出示，應已證明，該顏色業經上訴人使用於其商品，並且「有能力」成為其商品之識別標識。智財局則主張，系爭顏色商標圖樣上之藍色，為一般消費者所習見之顏色，並無特殊性，不具先天識別性。

<sup>359</sup> 法院亦認為除非申請人提供相當之證據證明該單一顏色業經申請人使用且在交易上已成為表彰申請人商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，始得例外地准其註冊之申請，否則應以其缺乏識別性而核駁其註冊之申請。維持原審法院認為系爭商標圖樣上之藍色為自然界色彩之基本色，其予相關消費者之認知，僅為普通之顏色，並不具特殊性，是以系爭藍色商標指定使用於「金屬扣件，即指螺帽、金屬內螺紋扣件、金屬製自動內螺紋扣件、防鬆脫內螺紋扣件」商品及內螺紋扣件之加工服務，尚不足以使相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，應不具先天識別性。

日常生活中常見的顏色，且商品本身或者包裝上運用各種不同的顏色來增加美觀，本是業界的習慣，以本件之紫色使用於寵物飼料之包裝及容器外觀表面，給予消費者的認知，是美化商品包裝及外觀的裝飾顏色，而不是指示和區別商品來源的識別標識。且依商標法第一條：「為保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展，特制定本法。」規定之意旨，本件商標既為單一紫色，自不應保留給特定人專用，為不影響同業的公平競爭，亦不宜由一人獨佔使用，而使其他競爭同業無法自由地使用該顏色。

## 二、顏色組合

我國臺北高等行政法院判決 97 年度訴字第 1117 號<sup>360</sup>判決中（以下簡稱金統立案），高等法院認為本案系爭商標不具識別性係因為，一、系爭商標指定使用於「手動操作手工具之套筒」商品，而手工具市場習以電鍍亮銀色之為產品外觀之常態；二、「電鍍亮銀色」與「一般自然金屬之銀色」都是銀色，二者間的差異度並不明顯，也很難加以區辨，銀色本身使用於電鍍亮銀色之商品，該銀色難以呈現其特殊性及差異度，自難以架構顏色商標之識別性；三、系爭商標為銀、紅、銀三平行色帶之組合，而上下銀色使用於電鍍亮銀色之商品難以呈現其特殊性及差異度，讓消費者對系爭商標圖樣整體形成核心印象者，就是紅色色帶，再考量單一顏色紅色之外觀給予人們的印象是商品之美化或裝飾，系爭商標就無形成足以使消費者能藉以區辨之差異度，故

<sup>360</sup> 本案裁判日期為 97 年 10 月 9 日。金統立工業股份有限公司申請註冊「金統立紅帶標章圖」為顏色商標，其為呈現「銀-紅-銀」之顏色組合，指定使用於手動操作手工具之套筒商品，惟嗣後遭智財局評定書為商標之註冊應予撤銷，金統立工業股份有限公司提起訴願遭駁回後遂提起上訴，其主張系爭商標呈現「銀-紅-銀」之顏色組合，具顯著之識別性，智財局則主張顏色商標先天識別性之程度較低，蓋因消費者對顏色，尤其是單一顏色之認知多屬裝飾性，因此顏色商標要能註冊為商標，如同其他型態的商標一樣，必須該顏色商標能使消費者足以辨別商品或服務來源，本件系爭顏色組合商標，係以「圖樣實際使用顏色為銀、紅、銀三平行色帶，分別佔 1：3：1 比例面積，橫向環設於商品軸向中段腹側」，表彰使用於手動操作手工具之套筒商品，其中銀色為套筒商品本身之顏色，是系爭商標以「銀-紅-銀」顏色組合標示在套筒商品上，其中上、下銀色環帶與套筒商品本身顏色相同，不易分辨，予人寓目印象較為顯著者為紅色，況依原告提出世界各地展售活動照片、實物樣品、照片及雜誌廣告等證據資料觀之，亦未見有關係系爭商標單純之「銀-紅-銀」顏色組合記載，從而本件原告以之指定使用於手動操作手工具之套筒商品，先天上即不具識別性，自無法使商品之相關消費者認識其為表彰商品或服務之來源、品質、信譽之標識外，並得藉以與他人之商品或服務相區別，應不具先天識別性。

系爭商標圖樣不足以架構顏色商標之識別性，而不具備先天之識別性，不得註冊成為商標。

其他顏色組合案例，如臺北高等行政法院判決 95 年度訴字第 2136 號<sup>361</sup>，法院認為以「美而美公司紅底黃斜線條標章」申請註冊顏色商標，其整體圖樣設計客觀上予人寓目印象為商店招牌、廣告看板、包裝容器或宣傳單之背景裝飾圖案，以之作為顏色商標指定使用於「冷熱飲料店、小吃店、餐廳」等服務，尚不足以使相關消費者認識其為表彰服務之標識，並得藉以與他人之服務相區別。<sup>362</sup>另在智慧財產法院行政判決 98 年度行商訴字第 27 號<sup>363</sup>中認為，引擎市場習以紅、黑、白之色系為產品外觀之常態，紅、白、黑三色本身使用於引擎顏色之商品，該紅、白、黑三色難以呈現其特殊性及差異度，自難以架構顏色商標之識別性，是系爭商標不具備先天之識別性。

### 第三款 廣義動態商標

#### 第一目 歐洲

識別性的判斷亦是動態商標需具備的積極要件，因此亦需依歐洲商標規

<sup>361</sup> 裁判日期為 96 年 3 月 29 日。

<sup>362</sup> 法院亦認為從申請註冊及訴願階段所檢附之證據資料觀之，多附有中文「瑞麟美又美 & 美而美」或「美而美」置於本件「紅底黃斜線條」商標圖樣上，而非本件商標圖樣，是以之作為商標指定使用於「冷熱飲料店、飲食店、小吃店」等服務，難謂有使相關消費者認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人相區別，尚難認具有識別性。

<sup>363</sup> 本案裁判日期為 98 年 6 月 4 日。本件中法院指出所謂「顏色商標」，係指單純以單一顏色或顏色組合作為商標申請註冊，而該單一顏色或顏色組合本身已足資表彰商品或服務來源者而言，不包括以文字、圖形或記號與顏色之聯合式商標。又顏色組比比單一顏色可能具有較高程度的先天識別性...，但較一般圖形設計商標不易取得先天識別性...有關顏色之識別性，申請人於廣告或行銷時，特別強調顏色為商標，...較易證明商標之識別性。此外，顏色使用於指定商品或服務之使用量、使用期間之長短、銷售情況、廣告支出、消費者調查報告等，亦是判斷系爭顏色是否具識別性的考量因素。一般人對顏色之區辨，截然不同顏色之區辨較易，相同或類似顏色間色差之區辨較難，現實上截然不同顏色並非多種，所以單純由顏色所組成之商標，其先天識別性必然較低，尤其顏色外觀給予人們的第一印象是商品之美化或裝飾，而非商標之使用，因此顏色商標要能註冊為商標，如同其他型態的商標一樣，必須該顏色商標所呈現之印象，足以使消費者能藉以區辨此商品或服務與其他商品或服務之差異，換言之顏色商標要呈現其特殊性及差異度，始足以架構顏色商標之識別性。

則第七條第一項第 b 款的規定，若不具有識別性，則不得註冊成為商標。動態商標之構成要素通常會以靜態的方式藉由切割成多張圖片呈現，若以靜態方式呈現時已具有識別性，則可准許註冊成為動態商標，但是若其構成要素在靜態呈現時，是由常見的圖形所構成，則應認為無法使該商品或服務之一般消費者辨識該商品或服務由特定業者而來，應不具有識別性<sup>364</sup>。又若在靜態呈現時仍被判斷為不具識別性，惟該商標以動態畫面呈現時又具有其特殊性，是否可以就由以動態畫面之呈現來輔助補強識別性<sup>365</sup>？本文認為，若依據其他新型態商標如本章所介紹之歐洲立體商標 C-98/11P<sup>366</sup>及 C-473/01<sup>367</sup> 案例，歐洲法院就識別性之判斷係以整體印象來判斷，又考量立體商標之整體印象時，可以先審查組成該立體商標的要素，故應可以認為在審查動態商標時，審查機關可以先就靜態畫面和動態畫面審查，最後在就整個動態商標之整體印象審查，因此若以動態呈現時達到特殊性而足以使一般大眾辨認商品或服務之來源時，則具有識別性。也就是說，當動態商標在靜態呈現和動態呈現皆不具有識別性時，即應依歐洲商標規則第七條第一項第 b 款的規定，不得註冊成為商標。

例如 SUCCESS-MARKETING Unternehmensberatungsgesellschaft m.b.H. 向 OHIM 申請註冊第 002241982 號<sup>368</sup>，欲註冊一系列影像是以本來看見麵包上部後來用手從旁邊翻轉使麵包露出下部，然後再把麵包轉回原來的樣子後放下，手從影像中消失的動作<sup>369</sup>，使用於分類第 30 號中之麵粉、穀類調製品、

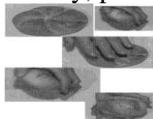
<sup>364</sup> 高秀美，同前註 10，頁 24。

<sup>365</sup> 周柏岳，論動態商標之法律保護—以我國審查實務與國際案例為核心(下)，智慧廣流傳，2012 年 2 月 1 日，<http://www.wipo.com.tw/wio/?p=2580>，最後瀏覽日：2013/1/30。

<sup>366</sup> See *supra* note 334.

<sup>367</sup> See *supra* note 311.

<sup>368</sup> List of goods and services : Flour and preparations made from cereals, bread, pastry and confectionery; pastry; bread rolls.



<sup>369</sup> 「」 Description of the mark: The trademark consists of a series of images depicting the movement of a bread roll, whereby the bread roll, seen from the top, is picked up and turned over by a hand moving from the edge of the upper image so that the bottom of the bread roll becomes visible; the bread roll is then returned to its original position and put down; the hand disappears in the direction of the edge of the upper image, and the image is staggered slightly to the left.

麵包、麵糰、小圓麵包等商品。惟 OHIM 認為此一動作不具有足以使相關商品或服務之消費者區別辨識商品或服務的來源，因此依歐洲商標規則第七條第一項第 b 款不具識別性不得註冊為商標之規定，拒絕給予動態商標之註冊。

## 第二目 台灣

動態商標要能註冊，如同其他型態的商標一樣，必須該動態商標足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別。在傳統商標的情形，單純的幾何圖案或裝飾性圖樣通常以不具識別性核駁註冊，但在動態商標的情形，只要該動態變化過程本身傳達出一定之商業印象，且已為消費者認識其為商標者，仍可認定具有識別性。例如由一個光環的動態變化過程構成的動態商標，隨著該光環出現，其亮度由暗至明，於光環完整展現後又再趨暗，雖然該光環只是一個單純的圓環，在該動態變化過程已被消費者認知為識別來源之標識時，即可取得註冊。關於動態商標識別性的判斷，得考慮動態影像時間長短及其複雜度等，一般而言，時間過長或包含過多商業效果或內容的影片，較難認為具有商標識別性。此外，指定使用商品或服務相關業者運用動態影像作為商標推廣的情形，亦可作為消費者是否認識其為商標之考量因素。動態影像僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者，例如商品清潔效果展示影片、商品組裝的動態影片、運動技藝示範影片等，或為業者就特定商品或服務所共同使用的動態影像，例如牛奶的沖泡影片、單純表現茶園或咖啡園的影片等，並不足以使相關消費者認識其為商品或服務之識別標識，故不得註冊<sup>370</sup>。

我國在民國一百年六月二十九日修正公布之商標法第十八條第一項例示動態商標為我國商標保護之客體，本文查詢我國智財局相關資料，我國目前尚無以動態商標註冊成功之案例。不過，非傳統商標審查基準則以微軟公司

---

<sup>370</sup> 非傳統商標審查基準 6.2.3。

的圖形商標為例，認為因該商標廣泛使用於該公司的電腦相關商品，具有高度的識別性，當微軟公司以動態方式呈現該圖形商標作為開啟電腦軟體商品時的簡短動態畫面，消費者接觸時，會直接意識到該動態影像表達了特定的來源，且會視其為指示商品或服務來源的標識，故具先天識別性<sup>371</sup>。

### 第三項 視覺可感知新型態商標之後天識別性

不具先天識別性的標識，未必不能取得商標註冊，如果申請人可以證明該標識於市場使用後，相關消費者已經將其視為指示及區別一定來源的標識，此時，該標識具有商標功能，故可以核准註冊。此種識別性係經使用而取得，非標識本身所固有，故稱之為後天識別性，又稱為第二意義或次要意義（secondary meaning）。「第二」並非次要或從屬的意思，只是表示該意義出現的時間，是在原來固有的意義之後，當原來不具識別性的標識取得後天識別性，對消費者而言，該標識的主要意義已轉變為來源的指示，而成為消費者對該標識的主要認知。商標為描述性或其他不具先天識別性的標識，如經申請人使用且在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識者，即為標識取得「後天識別性」，得准予註冊<sup>372</sup>。新型態的商標，與一般傳統商標不同之處在於一般消費者通常不會將其視為區別商品或服務來源的標識，而將其視為商品的本身、提供商品實用的功能或裝飾性的形狀或圖樣，因此藉由取得後天識別性成了新型態類型商標註冊成為商標之另一途徑。



<sup>371</sup> 同前註「」。

<sup>372</sup> 我國商標識別性審查基準 2.3。

## 第一款 立體商標

### 第一目 歐洲

#### 一、在整個歐盟成員國內皆未取得先天識別性，須證明於所有歐盟成員國內皆因使用而取得後天識別性，方能獲准註冊

而在前述之歐洲法院 C-98/11P 復活節巧克力兔一案<sup>373</sup>，歐洲法院對於系爭商標是否得以取得後天識別性而註冊成為商標，採取了和歐洲第一審法院一樣之看法，即表示根據法院以往的見解，就後天識別性的取得，必須有相當數量的相關消費者認識其為識別商品來源的標識。而商標取得後天識別性的地域範圍，倘商標係在部分成員國內不具先天識別性，則必須證明其在該些成員國內業經申請人使用而取得識別性。申請的新型態商標，在沒有具體反證的情形下，可以推定是否具有識別性的判斷標準，應是放諸歐盟各個成員國皆準。原告雖主張復活節巧克力兔在德國以外地區並不常見，故在其它成員國應具有先天識別性。惟此項主張並不為法院所採信，法院指出在復活節時販售的巧克力兔，即使在德國以外地區亦屬常見，本件立體形狀給予消費者的印象在全體歐盟區內並無地域上的差異，因此其在全體歐盟成員國內皆不具先天識別性。基於此，原告必須證明本件立體形狀於所有歐盟成員國內皆因使用而取得後天識別性，方能得獲准註冊，原告所提出的使用證據僅限於德國、奧地利以及英國，並不足以證明本件立體形狀於申請日時於歐盟所有會員國業經使用而取得後天識別性<sup>374</sup>。

#### 二、主要考量歐洲市場佔有率，再輔以投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等標準

又如 T-28/08 *Mars, Inc. v. OHIM* 一案<sup>375</sup>，商標申請人 Mars, Inc. 主張只要在歐洲單一市場內大多數的商品或服務相關消費者可辨識巧克力的來源是來自申請人，就不應因為其未逐一檢送歐盟成員國的使用證據，而不給予註冊商標，況且申請人 Mars, Inc. 檢送其在英國、比利時、法國、德國、意大利和

<sup>373</sup> See supra note 334.

<sup>374</sup> 淺介歐盟復活節巧克力兔立體商標判決，同前註 335。

<sup>375</sup> See supra note 322.

荷蘭六個國家的長期使用證據，已經代表了歐洲 85%的市場了，應足以證明取得後天識別性。惟歐洲第一審法院認為，要取得後天識別性，必須使絕大部份的商品或服務之相關消費者可以區別該商品係來自於申請人，但本案申請人所提供之證據僅為抽象的百分比數據，並不足以證明<sup>376</sup>。又雖申請人亦提供其以「BOUNTY」為商標之商品在上述六個國家的市占率為 3.8%，和在歐洲整個市場的市占率 3.57%是接近的，主張其長期使用該商標可以英國、比利時、法國、德國、意大利和荷蘭六個國家來推估整個歐洲的市場佔有率<sup>377</sup>。但是歐洲第一審法院認為，除了市場佔有率以外，還有其他應考量的因素，例如投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等<sup>378</sup>。且申請人提供的資料是以「BOUNTY」為商標，和以巧克力為立體商標註冊之本案並無關係，不足以證明巧克力形狀本身在其他歐盟國家已取得後天識別性<sup>379</sup>。

另外在歐洲法院 C-24/05 *August Storck KG v. OHIM* 一案<sup>380</sup>，商標申請人 August Storck KG 提出廣告費用等證明其商標取得後天識別性，惟歐洲法院認為本件申請人所欲申請之立體商標即巧克力本身係包裝在裡面，消費者不直接看到該商品，而可能是經由包裝上平面的文字或圖形辨識該商品，這樣無法證明是巧克力本身立體形狀經常久使用而使消費者得以區辨商品來源，因此維持歐洲法院第一審判決，不得以取得後天識別性而註冊為立體商標<sup>381</sup>。

## 第二目 台灣

一般而言，以商品本身的形狀作為立體商標常是為達成商品功能性的設計，而特殊的商品形狀往往也只是為了使商品更具有吸引力的裝飾設計，所以消費者通常不會將之視為商品來源的識別標識，不具先天識別性，必須證

---

<sup>376</sup> *Id.* at para.44.

<sup>377</sup> *Id.* at para.51.

<sup>378</sup> *Id.* at para.54.

<sup>379</sup> *Id.* at para.67.

<sup>380</sup> *See supra* note 320.

<sup>381</sup> *Id.* at para.59-62.

明該商標已經使用取得後天識別性，始能核准註冊。又當立體形狀與商品或服務的提供並非緊密關聯，例如單純用以促銷商品或服務的立體玩偶或公仔玩具，其人偶造型設計五花八門，經常推陳出新，依指定商品或服務的屬性，消費者通常不會以之作為來源的識別標識者，此時，亦須舉證取得後天識別性始能取得註冊<sup>382</sup>。

判斷申請商標是否取得後天識別性，應將申請人提出的證據資料，就指定使用商品或服務特性的差異，及其各項可能影響判斷結果的因素，衡酌個案實際交易市場的相關事實加以綜合審查。若證據顯示申請商標確實作為指示及區別商品或服務來源的標識使用，且應有相當數量的相關消費者以該商標作為識別商品或服務來源的標識，則可核准註冊<sup>383</sup>。商標識別性審查基準明確地列出得證明取得後天識別性的相關證據有：一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場占有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據<sup>384</sup>。

在最高行政法院 99 年度判字第 681 號 adidas 案中<sup>385</sup>，我國最高行政法院認為針對未具識別性之商標，因經申請人長時間之反覆使用，且在交易上已

<sup>382</sup> 非傳統商標審查基準 3.2.4。

<sup>383</sup> 商標識別性審查基準 5.2。

<sup>384</sup> 商標識別性審查基準 5.1。

<sup>385</sup> 德商·阿迪達斯公司(adidas AG)主張其因長期廣泛使用而取得第二層意義而具識別性，因在臺灣市場調查過程中，高達 83.3%之消費者可辨識出含有「3 stripes logo」(三線圖)商標之運動衣、褲為上訴人所出品。且每年在臺灣花費新臺幣(下同)5 千萬廣告費促銷該商標，每年在臺灣約 370 個據點銷售之營業額高達 3、4 億元，足證含有「3 stripes logo」(三線圖)之系爭商標經由上訴人長期廣泛使用已非僅為裝飾性功能，而具識別性。又在全球其他國家所作之市場調查報告已足證「3 stripes」(三線圖)商標已具商標識別性；歐美眾多法院對於上訴人對第三人製造標有雙線、三線、四線等線條標誌衣服、褲子、鞋子提出之商標侵權訴訟判決中，已明白肯認「3 stripes logo」(三線圖)商標為著名商標，識別性高；「3 stripes logo」(三線圖)商標並非運動衣褲產品本身產製過程自然產生或經濟考量所必須採用之線條，而係源自上訴人所獨創之設計概念，國外多數法院判決第三人使用標有雙線、三線、四線等線條於衣服、褲子、鞋子等商品係抄襲上訴人之「3 stripes logo」(三線圖)商標可證其已具識別性。

成為申請人之商品識別標識者，使該商標圖樣於原本意義之外，另產生表彰商品來源之意義（第二層意義），而得視為有識別性，一般稱為後天識別性。本案原審法院已就上訴人（adidas 公司）所主張系爭商標已有後天識別性部分，經審酌：一、商標法之立法目的尚包含維護交易市場之公平競爭及促進工商企業正常發展，並考量相關運動服商品業者，已習以複數線條作為運動褲商品之裝飾圖案或基本裝飾線條；二、衡酌系爭商標固有在國外獲准註冊取得商標權之情形，但要在我國註冊，仍應提出在我國長期使用之證據；三、考慮系爭三條線圖樣多搭配其外文「adidas」商標或及其三葉設計圖形商標使用，系爭商標尚非單獨使用；四、另外，市場調查報告僅部分採樣，欠缺客觀性，難逕予認定相關消費者得以認知其為表彰商品來源之識別標識；五、國內外運動服廠商多將單一或複數線條作為運動褲服飾之裝飾圖案，因此認為本案之係系爭立體商標並未取得後天識別性，不得註冊成為商標<sup>386</sup>。

又如在最高行政法院 99 年度判字第 468 號<sup>387</sup>金莎巧克力一案，最高行政法院與本案原審台北高等行政法院<sup>388</sup>皆採取智財局之主張，認為關於系爭商標<sup>389</sup>是否具後天識別性部分，參酌參加人（義大利商·費列羅公司）檢送之證據資料觀之，商品自 77 年起引進臺灣後，透過報章雜誌及電視媒體等廣泛宣傳，參加人為促銷「FERRERO ROCHER」（金莎巧克力）產品，另產製不同盒裝商品來配合聖誕節、情人節及新年節慶活動，並於全台之大型百貨

<sup>386</sup> 又在判決中，最高行政法院認為台北高等行政法院以一、商標法之立法目的；二、相關運動服商品業者之習慣；三、系爭商標在國外獲准註冊取得商標權情形，與我商標法係採商標註冊屬地主義之比較；四、上訴人商品型錄之呈現，系爭商標尚非單獨使用，相關消費者客觀上係以該外文「adidas」及三葉設計圖形，資為區辨商品來源之識別標識；五、上訴人市場調查報告僅係部分採樣，乏客觀性；六網路資料顯示國內外運動服廠商已諸多在服飾褲將單一或複數線條作為運動服飾褲之裝飾圖案；七、核准系爭商標之註冊與交易市場公平競爭自由之關係等綜合觀察因素，始認定上訴人所提相關證據無法證明系爭商標具備後天識別性，符合我國商標識別性審查基準 5.1 所列之用來判斷是否具備後天識別性之七大因素。

<sup>387</sup> 裁判日期為 99 年 5 月 6 日。

<sup>388</sup> 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1265 號判決，裁判日期為 97 年 9 月 10 日。

<sup>389</sup> 本件系爭商標，其立體商標之設計係一個裝有 24 粒金黃色球狀糖果之長方形且盒頂透明並有金黃色、紅色、白色及金黃色條紋環繞之包裝容器，條紋上有白色滾有金黃色及紅色邊及含外文「FERRERORocher」字樣之橢圓形標籤，外文「ROCHER」下方是一個裹有金黃色包裝紙之球狀糖果為主，糖果左半部是未包裝之咖啡色球狀糖果及右半部則是一個咖啡色榛果粒及綠葉。

公司、便利超商、各大賣場及超級市場長期陳列販售，行銷迄今已長達 10 餘年，自西元 1993 年至 2004 年，每年之臺灣行銷費用均達千萬元以上，應足以認定系爭商標所表彰獨特包裝設計之巧克力糖商品於 93 年 12 月 28 日申請註冊時應為我國消費者所熟知。是系爭商標之立體包裝形狀已經由長期使用且在交易上已成為參加人商品之識別標識，即具有後天識別性，法院認為得註冊為立體商標。

最高行政法院 98 年度判字第 902 號之高鐵案中，台灣高速鐵路股份有限公司在後天識別性判斷部分主張，其為行銷推廣，投入大量資金製作各種平面文宣、光碟片、高鐵列車模型紀念品、高鐵列車 Q 版手機吊飾、高鐵列車摺紙模型等，並斥資 2 億元興建「高鐵探索館」展出包括由日本原廠打造之 700T 型車廂實體模型，截至 94 年底參展人數已破百萬人。由於高速鐵路為我國近年來之重大基礎建設，載車試車成功等消息，均常經國內外各平面及電子媒體報導，國人對我國唯一之 700T 型高速鐵路列車車頭自有特殊印象，以此作為商標，應具有後天識別性。我國智財局則主張台灣高速鐵路股份有限公司欠缺該等商品發行時間、數量、地區等相關數據資料供參，無法證明本件立體商標已透過廣泛行銷使用，在交易上已成為表彰台灣高鐵公司之商品或服務之識別標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，是本件應不具後天識別性。而最高行政法院則採智財局之見解，認為依台灣高鐵所提使用證據，不足以證明「700T 型列車車頭（彩色）」立體商標已經上訴人廣泛行銷使用且在交易上已成為表彰上訴人商品或服務之識別標識，且他國註冊之案例因各國法律、國情不同，也不能在我國比附援引，故不取得後天識別性，不得註冊成為立體商標。

在前述之我國智慧財產法院 100 年度行商訴字第 108 號國安三角瓶一案，則是立體商標申請人（即本案原告三洋藥品工業股份有限公司）原本經我國智財局認定已取得後天識別性而註冊成為立體商標後，因相關業者提出在原告註冊商標之前，該三角瓶裝之立體商標形狀早已為藥商界普遍使用於感冒

液商品之包裝容器之具體證據，為智財法院所採，因此，因三角形狀之立體容器已長期為相關製藥者所通用，本案原告也就無依取得後天識別性而得註冊成為立體商標之可能。

## 第二款 顏色商標

### 第一目 歐洲

通常單一顏色透過使用取得後天識別性較顏色組合困難，除非申請人可以證明該單一顏色用於特定商品或服務是非常例外或非比尋常的情形<sup>390</sup>。且通常很難想像顏色一開始即具有先天識別性，因此須經由證明已取得後天識別性<sup>391</sup>，始有可能成為顏色商標。而本文先前於單一顏色在歐洲註冊成為顏色商標之案例舉例表中<sup>392</sup>，所舉之歐洲商標註冊第 003793361 號及 003425311 號，都是原本 OHIM 認為單一顏色不具有先天識別性，但申請人經由舉證證明已經長期使用而在歐洲具有後天識別性，成功註冊之案例<sup>393</sup>，但這樣的情況並不多。但是在歐洲要證明顏色商標已經長期使用而取得後天識別性所需要之證明程度，似乎較立體商標來得更高，因為下述兩個歐洲判決皆認為必須提出證據證明已在歐洲所有會員國經常用而後使相關商品消費者足以辨識該顏色商標才行。

在歐洲法院 C-25/05 P *August Storck KG v.OHIM* 一案，申請人 August Storck KG 申請以單一金色的糖果包裝為商標，遭 OHIM、OHIM 上訴委員會以及歐洲法院第一審認定金色為糖果包裝常見的顏色，不具先天識別性。而申請人 August Storck KG 主張其所提供在歐洲的銷售數字還有廣告費用足以證明其已在歐洲取得後天識別性，惟歐洲法院對後天識別性的見解仍維持先

<sup>390</sup> 歐洲商標審查基準 Part B Examination 7.6.4.2 Single colours.

<sup>391</sup> C-447/02 P, *supra* note 346, para.68.

<sup>392</sup> 參本文表 8-2。

<sup>393</sup> OHIM, the Second Board of Appeal of 4 May 2007, *Mars U.K. Limited v. OHIM*, Case R 1620/2006-2; OHIM, der Ersten Beschwerdekammer vom 28. Mai 2008, *Hilti Aktiengesellschaft v. OHIM*, Case R 550/2005-1.

前歐洲第一審法院的見解認為，即判斷商標是否已取得後天識別性，應考量市場佔有率、使用密度、使用期間、使用地理範圍、廣告費用、相關商品消費者認識該商標來自特定公司的比例、專業機構的證明等，且廣告費用占同類商品廣告總額的比例也很重要<sup>394</sup>。歐洲法院認為申請人只提供其銷售額和廣告費用，應該還要提供糖果市場的銷售總額及糖果市場的廣告總額，以計算使用系爭商標之商品在整個市場和整個廣告市場的比例為何，而且本案的商標一開始在歐盟所有會員國就缺少識別性，不得僅以已在某些會員國取得後天識別性來主張在整個歐洲市場已取得後天識別性，申請人應該提供該商標在所有會員國的市場佔有率和廣告費用比例等資料來證明在每個會員國是否皆已取得後天識別性<sup>395</sup>。

又如歐洲法院 2010 年 9 月 29 日作出之 T-378/07 一案<sup>396</sup>，申請人 CNH Global NV 欲以紅黑灰的顏色組合註冊使用於拖拉機商品，OHIM 審查員以雖申請人提出其商品在西歐相當優秀的銷售數字，但無法證明其在較新加入歐盟的會員國，取得後天識別性，尤其這些新加入的會員國多以務農為主，故尚不能說在歐洲共同體取得後天識別性。而 OHIM 上訴委員會亦採相同的看法<sup>397</sup>。在 T-378/07 判決中提出五個標準，第一，通過使用而取得後天識別性至少要有顯著比例的社會大眾能將該商品或服務聯想自特定的業者，這已成為判例<sup>398</sup>；第二，若想依歐洲商標規則第七條第三項註冊，申請人必須證明已在沒有識別性的會員國取得後天識別性<sup>399</sup>；而第三，可供考量的因素有該

<sup>394</sup> C-25/05 P, *supra* note 349, para.75-77. 中文翻譯參考陳宏杰、楊子儉、顧秋香、朱稚芬、鍾桂華，歐盟及美國商標識別性案例介紹，智慧財產權月刊 103 期，經濟部智慧財產局，2007 年 7 月，頁 44。

<sup>395</sup> *Id.* at para.85-86.

<sup>396</sup> T-378/07, *CNH Global NV v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 29 September 2010,



<sup>397</sup> *Id.* at para.1-7.

<sup>398</sup> *Id.* at para.28. “In that regard, first, it must be pointed out that it is apparent from the case-law that the acquisition of distinctive character through use of a mark requires that at least a significant proportion of the relevant section of the public identifies the goods or services concerned as originating from a particular undertaking because of the mark.”

<sup>399</sup> *Id.* at para.30. “Secondly, to have the registration of a mark accepted under Article 7(3) of Regulation No 40/94, it must be established that it has acquired distinctive character through use

商標在市場的佔有率有多高、地域廣度、使用時間多久、推廣商標所投資的比例、可區辨該商標來源的比例及相關工商機構或專業人士的報告等等<sup>400</sup>；第四，須假定是對於該商品有一般合理注意之相關消費者為判斷標準<sup>401</sup>；第五，該商標必須在申請前已通過使用而取得後天識別性<sup>402</sup>。本案申請人主張將一般消費大眾定義在目前已擁有拖拉機的業主和預購買拖拉機的人，而 OHIM 將之擴張到所有農民，法院贊同 OHIM 的看法，認為潛在的消費者亦為一般大眾<sup>403</sup>。法院否認 OHIM 所持就在歐洲就是否取得後天識別性僅需提出顯著的比例的觀點，而係應採嚴格的判斷，即在歐洲全部會員國皆取得識別性才可以<sup>404</sup>。又本案之申請人並未提出全體會員國之相關資料佐證，且雖然銷量和廣告在相關證據中很重要，但也不能僅以此為證據，申請人提出之其他資料亦有相矛盾之處無法作為證據，因此駁回申請人之上訴<sup>405</sup>。

## 第二目 台灣

顏色商標，尤其是單一顏色，在消費者的認知多屬裝飾性質，故通常不具先天識別性，必須證明其取得後天識別性，始能註冊成為商標。惟單一顏色透過使用取得後天識別性較顏色組合來得困難，除非申請人可以證明該單一顏色用於特定商品或服務是非常例外或非比尋常的情形。關於後天識別性的舉證，若申請人於廣告或行銷時，特別強調特定的顏色，例如：「請認明這

---

throughout the territory in which it did not, *ab initio*, have such character.”

<sup>400</sup> *Id.* at para.32. “For the purposes of assessing whether a mark has acquired distinctive character through use, the following items may be taken into consideration: the market share held by the mark; how intensive, geographically widespread and long-standing use of the mark has been; the amount invested by the undertaking in promoting the mark; the proportion of the relevant class of persons who, because of the mark, identify goods or services as originating from a particular undertaking; and statements from chambers of commerce and industry or other trade and professional associations.”

<sup>401</sup> *Id.* at para.33. “Fourthly, the distinctive character of a sign, including that acquired through use, must be assessed in relation, first, to the goods or services in respect of which registration of the mark is applied for and, secondly, to the presumed perception of an average consumer of the category of goods or services in question, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect.”

<sup>402</sup> *Id.* at para.34. “Lastly, a mark must have become distinctive through use before the application was filed.”

<sup>403</sup> *Id.* at para.40-43.

<sup>404</sup> *Id.* at para.48-49.

<sup>405</sup> *Id.* at para.50-57.

個特殊的顏色」、「請尋找這個迷人的顏色」、「尋找橘色的盒子」或「特殊的顏色」等，即是教育消費者將該特定顏色作為指示商品或服務來源的標識，較易證明商標之識別性，此外，顏色使用於指定商品或服務之使用量、使用期間之長短、銷售情況、廣告支出、消費者調查報告等，亦是判斷顏色是否具識別性的考量因素<sup>406</sup>。

而前述之我國最高行政法院 98 年度判字 704 號耐落案中，在後天識別性判斷部分<sup>407</sup>，最高行政法院維持原審法院<sup>408</sup>見解，認為申請人（美商耐落）提供證明系爭「藍色耐落內螺絲紋扣件顏色」商標業經使用且在交易上已成為其商品或服務之識別標識之證據，尚不足以證明系爭顏色商標業經其長期使用而取得後天識別性，例如其檢送之歷年銷售量紀錄、銷售產業分佈紀錄，為該公司總體銷售量或預估資料，無法認定多少為使用系爭商標之產品銷售資料。單一顏色商標難認具有先天識別性，申請人應提供相當之證據證明該單一顏色業經申請人使用且在交易上已成為表彰申請人商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，始得例外地依取得後天識別性而准其註冊之申請。是否具後天識別性，應依其使用之證據與其他因素綜合判斷，應綜合審查事項列有七點：一、使用該商標於指定商品或服務之時間長短、使用方式及同業使用情形；二、使用該商標於指定商品或服務之營業額或廣告數量；三、使用商標於指定商品或服務之市場分布、銷售網路、販賣陳列之處所等；四、廣告業者、傳播業者出具之證明；五、具公信力機構出具之證明；六、各國註冊之證明；七、其他得據為認定有識別性之證據等等，可

<sup>406</sup> 非傳統商標審查基準 4.2.3。

<sup>407</sup> 美商·耐落公司（Nyllok Corporation）主張其所提出之螺絲世界雙月刊與由聯合知識庫搜尋而得自西元 1996 年至 2001 年之經濟日報內容證明確實在交易及行銷上持續地使用及強調其顏色（藍色）標識，由經驗法則推論，對於所持續使用、持續強調之顏色（藍色），消費者應有深刻的印象，系爭商標應已取得後天識別性。智財局則認為申請人所產製之各式塗料除藍色之外亦有綠、白、紅、橘、黃等多色塗覆於螺絲扣件上，是為作為區辨其高效能的預塗式防鬆、防漏、防沾粘、防鎖死、潤滑以及預裝配等不同功能，因此系爭藍色顏色商標僅為該公司對商品或服務之用途之表明，不足證明已為相關消費者認識其為「表彰內螺紋扣件及其加工之標識」，並得藉以與他人之商品或服務相區別，尚不足以證明有長期使用系爭顏色商標而取得識別性之事實。

<sup>408</sup> 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 3501 號判決，裁判日期為 96 年 7 月 25 日。

資參照<sup>409</sup>。

而在我國臺北高等行政法院 97 年度訴字 1117 號之金統立一案<sup>410</sup>，台北高等行政法院認定原告（金統立工業股份有限公司）之營業額及廣告費用是整體的，無法呈現關於系爭商標「銀紅銀」之實際使用情形。至於國外代理商證明、刊登廣告雜誌名單列表、世界各地展售活動照片、實物樣品、照片及雜誌廣告資料均較為片斷，僅足以證明原告確實有將相關於系爭商標「銀紅銀」色帶標示之商品行銷廣告於世界各地，但無法確認系爭商標使用商品，於消費者究竟形成何種程度的印象，關於臺灣區手工具工業同業公會證明書僅足以證實原告確實將「銀紅銀」色帶使用於指定商品長達 10 年，但該部分無法確認系爭商標使用商品給予消費者之印象，是「銀紅銀」色帶，還是其他顏色，或其他標誌，因此無法由該證明書釐清系爭商標實際使用所發生之影響，就此認定系爭商標已成為表彰原告商品或服務之標識，而得藉以與他人之商品或服務相區別，故認為不具後天識別性，不得註冊成為顏色商標。

其他顏色後天識別性之判斷案例，如智慧財產法院行政判決 98 年度行商訴字第 27 號<sup>411</sup>，法院認為依原告（日商・本田技研工業股份有限公司）所檢

<sup>409</sup> 另外，在本案有趣的是申請人美商・耐落公司（Nyllok Corporation）提到有另一間 L R G 螺栓公司以「紫色」註冊使用於嵌有非金屬內圈之螺母在我國註冊顏色商標成功，LSG 螺栓公司與本件商標均為顏色商標且均指定使用於商標法施行細則第 13 條所示之第 6 類商品，即螺絲或螺帽，唯一不相同之處僅在於顏色，對此最高法院認為，單一顏色商標難認先天識別性，其申請人應提供相當之證據證明該單一顏色業經申請人使用且在交易上已成為表彰申請人商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別，始得例外地依前引商標法第 23 條第 4 項之規定准其註冊之申請，是否具後天識別性，應依其使用之證據與其他因素綜合判斷。則個案具體事實涵攝於各種判斷因素時，因個案事實或證據樣態差異，調查審認結果，當然會有不同，實務常用之所謂商標「個案審查原則」，即指各別商標案件因調查事實、適用法規之結果造成之差異而言。本件商標專責機關於審查本件商標案件時業已參酌上開各項因素加以論述，縱與另案審定結果有差異，亦與行政自我拘束原則及禁止差別待遇原則無違。

<sup>410</sup> 金統立工業股份有限公司就後天識別性之主張其提出之臺灣區手工具工業同業公會證明書，足以證明系爭商標確實已經原告於套筒商品使用 10 年以上，為專屬原告所生產套筒商品營業上之識別標識。智財局則主張原告提出之營利事業所得結算申報暨核定書資料及刊登廣告雜誌名單列表、國外代理商證明、世界各地展售活動照片、實物樣品、照片及雜誌廣告等證據資料，尚不足以證明系爭商標業經其使用且在交易上已成為表彰其商品之識別標識。

<sup>411</sup> 本案裁判日期為 98 年 6 月 4 日。本案事實概要為原告（日商・本田技研工業股份有限公

送證據資料觀之，其中相關網站商品拍賣照片、商品簡介、商品型錄、宣傳單等資料，乃至於台灣經銷商金帝股份有限公司網站、型錄、宣傳單展示各式引擎實體商品照片上均有外文「HONDA」標示，又未見強調以顏色作為區辨商品之任何文字敘述，客觀上使人印象深刻者反而是外文「HONDA」字樣，故一般消費者應係以該外文認其為識別商品來源之商標。另原告所檢送西元 1999 至 2007 年全球銷售量統計、商品行銷至我國及東南亞等國之銷售表及西元 2001 至 2006 年台灣地區銷售量統計表相關資料，為原告自行製作之統計資料，並未特別標示以顏色作為區辨商品之任何敘述文字，且其各項銷售統計表上之金額均無發票等其他具有公信力之輔助證據以佐其實，況該原告之營業額及廣告費用是整體的，無法呈現關於系爭商標之實際使用情形，故無法經由取得後天識別性而註冊成為顏色商標。

又如智財局核駁第 0338582 號認為，以單一顏色紫色（Purple Colour Device）註冊為顏色商標，雖申請人美商瑪斯公司主張本件商標為申請人與 Pantone, Inc.（顏色辨識系統公司）所共同調製出 Pantone248C 紫色，故取名該顏色為「WHISKAS Purple（偉嘉的紫色）」，「WHISKAS 偉嘉」產品於我國寵物貓食市占率為 31%，乃為著名商標，2002 年至 2009 年年銷售金額達 6 億多，銷售通路廣泛，平面廣告和電視廣告所費不貲等情事，但智財局認為其使用之商標均為「偉嘉」及「WHISKAS」，與本件商標單一顏色紫色（Purple Colour Device）之案情無必然之關聯。



司)於民國 96 年 6 月 15 日以「」顏色商標，指定使用於商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 7 類之商品，向被告智慧財產局申請註冊。經被告審查，認系爭商標圖樣為黑色、白色及紅色所組合，以之作為顏色商標指定使用於前揭商品，不具識別性，且依所提供使用證據尚無法證明本件系爭商標足以使消費者認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，應不准註冊，以 97 年 7 月 16 日商標核駁第 308251 號審定書為核駁之處分。原告不服，提起訴願，經遭駁回，遂向法院提起行政訴訟。

### 第三款 廣義動態商標

#### 第一目 歐洲

就動態商標後天識別性之取得，應與其他新型態商標無異，判斷商標是否已取得後天識別性，應如上述本文舉例之立體商標和顏色商標歐洲法院會考量市場佔有率、使用密度、使用期間、使用地理範圍、廣告費用、相關商品的消費者認識該商標來自特定公司的比例、專業機構的證明等，且必須是要提供使用該商標之商品在同種類商品中之市場佔有率和以使用該商標之商品作廣告之費用占同類商品廣告總額的比例，來證明已取得後天識別性，才可以依歐洲商標規則第七條第三項准予註冊成為商標。又動態商標通常是用於電子媒介、數位影音、網際網路、廣告等，相較於一般傳統商標，以及其他類型之新型態商標，動態商標流傳之速度和散播之廣度，似乎比較快速能為人所知悉<sup>412</sup>。

#### 第二目 台灣

動態商標或為電子產品開機、開啟特定軟體或功能時填補等待時間的動態畫面，或為利用多媒體的動態廣告，消費者通常不會直接將該等動態影像視為指示商品或服務來源的標識，故原則上不具先天識別性，須透過使用，消費者才可能將該動態影像與特定商品或服務來源作連結，此時該動態影像始產生商標指示來源的功能，而取得後天識別性<sup>413</sup>。就動態商標後天識別性之取得，雖目前我國尚未有註冊成功之案例可循，惟仍應如同其他型態之商標，在主張取得後天識別性時所提出之證據，主要有：一、使用該商標於指定商品或服務之時間長短、使用方式及同業使用情形；二、使用該商標於指定商品或服務之營業額或廣告數量；三、使用商標於指定商品或服務之市場分布、銷售網路、販賣陳列之處所等；四、廣告業者、傳播業者出具之證明；五、具公信力機構出具之證明；六、各國註冊之證明；七、其他得據為認定

<sup>412</sup> 周柏岳，同前註 365。

<sup>413</sup> 非傳統商標審查基準 6.2.3。

有識別性之證據等七項，並應個案認定之。

在舉證方面，消費者調查報告為最直接之證據，但因調查公司之公信力、實施調查之內容、抽樣之方法、問卷內容之設計、內容與結論之關連性等是否公正客觀，均影響該消費者調查報告之正確性，而較難認定其證明力，故實務上多係就申請人長期排他使用該商標之證據、銷售量多寡、廣告量及相關促銷活動（且在廣告媒體上係以之作為商標使用）等情況證據加以判斷，而申請人最常提出的事證資料，如標示商標之商品實際態樣圖片、商品吊牌、商品包裝盒、該商品在購物網上之銷售網頁、在各種報章雜誌上之報導或廣告內頁、銷售地點及銷售量之發票，其他國家之商標註冊證影本等，但是其中標示商標之商品實際態樣圖片、商品吊牌、商品包裝盒等資料，因僅係商標如何使用之情形，無法提供長期使用或使用結果之證明；又購物網所列印的資料，僅證明已經在販售之事實，無法得知其有長期刊登之事實；還有申請人若僅提出已於其他國家取得商標註冊，但是卻完全沒有在國內之使用資料，實務上仍無法認定國內消費者已可認識其為表彰商品或服務來源之標識，均無法作為已取得後天識別性之有效證據<sup>414</sup>。

#### 第四項 視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較

##### 第一款 視覺可感知新型態商標先天識別性之判斷因素比較

本文觀察上述歐洲與我國之案例，我國法院和歐洲法院都認為立體商標之識別性判斷與其他型態商標一樣，只是一般消費者對於該立體形狀的認知尚顯不足，要證明立體商標的識別性，較文字商標或圖形商標來的困難。而歐洲法院認為「越偏離同業領域標準模式，越有可能取得識別性」，與我國法院依「是否為業界所通常採用」，應屬相同之內涵。另外，歐洲法院認為雖然消費者所接受的多是商標整體印象所帶來的刺激，但不表示審查機關不能審

<sup>414</sup> 呂妹賢、張雅惠、劉沿汝，商標識別性我國案例之介紹，智慧財產權月刊第 103 期，經濟部智慧財產局，2007 年 7 月，頁 15-16。

查商標之組成要件，而我國法院尚未對此有清楚的表示，惟依我國商標法第二十九條立法理由<sup>415</sup>觀之，商標之識別性似仍應就商標整體判斷。

由上述歐洲與我國法院就顏色商標之識別性判斷，相同之處在於，歐洲與我國法院皆認為單一顏色通常考量顏色有限，不具有先天識別性，而顏色組合商標雖較單一顏色商標可能取得識別性，但就 T-316/00<sup>416</sup>和 T-234/01<sup>417</sup>兩件案例來看，以兩個或三個顏色組合成的顏色商標，也很難取得識別性。又雖顏色商標識別性的判斷與其他文字和圖樣等商標之判斷基準並無不同，但消費者對於以顏色商標來區辨商品或服務來源並不習慣，對於消費者來說以顏色來區辨商品來源和一般以文字或圖樣來區辨所產生之印象強度，一定是不同的。我國法院亦認為顏色組合比起單一顏色較有可能取得先天識別性，但較一般圖形設計商標不易取得先天識別性。歐洲與我國法院見解有些許不同之處在於，我國法院認為單一顏色使用於商品，消費者易將之作為「外裝圖飾」，難認具先天識別性，而歐洲法院則認定單一顏色為商品「包裝」常用之顏色，而不具先天識別性。另外，我國法院提出對顏色之區辨，提出以顏色呈現之「特殊性」及「差異度」來判斷顏色商標之識別性，即截然不同顏色之區辨較易，相同或類似顏色間色差之區辨較難，惟本文認為如何才能符合法院認定之具「特殊性」及具「差異度」，概念仍屬模糊。

本文以下就歐洲與台灣實務案例對於視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷要件，簡單以表格方式呈現。

---

<sup>415</sup> 民國 100 年 6 月 29 日第 29 條立法理由：「商標識別性應整體判斷，故縱使商標圖樣中包含說明性、通用標章或通用名稱或其他不具識別性之部分，倘整體觀之，並無礙其作為識別來源之標識，則仍可取得商標註冊，實務上之運作亦是如此。為期適用明確，爰參考日本、歐盟等國外相關立法例，於第一項各款增加「僅由」二字。」

<sup>416</sup> See *supra* note 351.

<sup>417</sup> See *supra* note 220.

表 10 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷因素比較表

		歐洲	台灣
立體商標		一、立體商標之識別性與其他型態商標並無不同。 二、該商標必須可以直接聯想到商品或服務，且商品或服務之一般消費大眾能夠區分商品或服務來源。 三、越脫離同業領域一般標準模式，越可能產生識別性。 四、審查機關在考量立體商標之整體印象時，可以先審查組成該立體商標的要素。	一、立體商標之識別性與其他型態商標並無不同。 二、必須該立體商標足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別。 三、須考量消費者對不同商標可能有不同之注意程度。 四、是否為業界通常採用。
顏色商標	單一	通常不具識別性。	通常不具識別性。
	組合	較單一顏色商標可能取得識別性，識別性之判斷與上述立體商標之判斷並無不同。	比起單一顏色較有可能取得先天識別性，以顏色所造成之差異度及特殊性來判斷。
動態商標		未有特別認定方式，應參立體商標之判斷標準。	動態商標識別性的判斷，得考慮動態影像時間長短及其複雜度、運用動態影像作為商標推廣的情形等。

來源：本文自行整理

## 第二款 視覺可感知新型態商標後天識別性之判斷因素比較

從上述我國法院有關立體商標後天識別性判斷案例可以見得，申請人常常援引在他國取得後天識別性而註冊成功之事實或是他國相關案例作為後天識別性之證據，惟若要依證明已取得後天識別性而在我國註冊商標，必須是提出在我國地區經長期使用之證據，在他國取得後天識別性而註冊成功當然不代表在我國已經長期使用而使消費者能辨識商品服務來源。又縱商標申請人已在其他國家<sup>418</sup>取得後天識別性，惟依商標註冊個案審查原則，尚難執他國法院依其內國法律所為之判斷拘束我國法院之論斷<sup>419</sup>。尚非以無文字圖樣

<sup>418</sup> 因歐洲共同體商標法與各會員國內商標法並存，故在歐洲可能會有需參考其他會員國相關資料之情形，在我國則僅須依我國情形考量即可。

<sup>419</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 681 號。

之系爭立體商標作為辨識來源之依據，亦不足以識別不同來源，而得以取得後天識別性<sup>420</sup>。而在歐洲，雖然歐洲法院 T-28/08 一案<sup>421</sup>認為可納入歐洲市場之考量，以佔歐洲整個市場所占的比率或其他相關證據，來證明該商標在全歐洲已取得後天識別性，似不要求申請人就每一會員國皆須提出證據歐洲，惟 C-98/11P 一案<sup>422</sup>仍認為在整個歐盟成員國內皆未取得先天識別性時，須證明於所有歐盟成員國內皆因使用而取得後天識別性。若無法提出證明申請註冊之立體商標本身對於絕大多數商品或服務相關消費者已產生得區別商品來源之印象，例如是立體商標本身是在包裝裡面，消費者無法一眼看見，或是申請人附送的證明資料是立體商標結合其他文字或圖樣商標時<sup>423</sup>，則不得以該立體商標後天識別性之取得來註冊成為商標。

關於顏色商標之後天識別性，歐洲法院就顏色商標似乎亦有要求申請人證明在所有會員國皆取得後天識別性之意味。我國法院認為單一顏色透過使用取得後天識別性較顏色組合來得困難，除非申請人可以證明該單一顏色用於特定商品或服務是非常例外或非比尋常的情形，又所提出之證據必須是單指該顏色商標圖樣，而不包括文字圖樣。

本文以下就歐洲與我國實務案例有關視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷因素，以表格方式說明。

<sup>420</sup> 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 108 號行政判決。

<sup>421</sup> See *supra* note 322.

<sup>422</sup> See *supra* note 334.

<sup>423</sup> 例如 OHIM, the Fourth Board of Appeal of 2 July 2009, *Vita-Mix Corporation v. OHIM*, R 1607/2008-4 案中即認為申請人在實際使用申請註冊之立體商標時，結合了「Vita-Mix」、「barboss」的字樣使用，不足以證明該單純立體形狀已為消費者認識而取得後天識別性

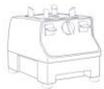
」。亦可參閱劉真伶、鄭淑芬，歐盟商標識別性案例介紹，智慧財產權月刊第 139 期，經濟部智慧財產局，2010 年 7 月，頁 72-73。

表 11 歐洲與台灣視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷因素比較表

	歐洲	台灣
立體商標	判斷商標是否已取得後天識別性，應考量市場佔有率、使用密度、使用期間、使用地理範圍、廣告費用、相關商品的消費者認識該商標來自特定公司的比例、專業機構的證明等，且廣告費用占同類商品廣告總額的比例也很重要。另外 C-98/11P 一案 <sup>424</sup> 認為在整個歐盟成員國內皆未取得先天識別性時，須證明於所有歐盟成員國內皆因使用而取得後天識別性，方能得獲准註冊。	一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場佔有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據。
顏色商標	歐洲法院 C-25/05 P 一案 <sup>425</sup> 和 T-378/07 一案 <sup>426</sup> 皆認為不得僅以已在某些會員國取得後天識別性來主張在整個歐洲市場已取得後天識別性，申請人應該提供該商標在所有會員國的市場佔有率和廣告費用比例等資料來證明在每個會員國是否取得後天識別性。	同上。
動態商標	如同立體商標和顏色商標歐洲法院會考量市場佔有率、使用密度、使用期間、使用地理範圍、廣告費用、相關商品的消費者認識該商標來自特定公司的比例、專業機構的證明等，且必須是要提供使用該商標之商品在同種類商品中之市場佔有率和以使用該商標之商品作廣告之費用占同類商品廣告總額的比例，來證明已取得後天識別性。	同上。

來源：本文自行整理

<sup>424</sup> See supra note 334.

<sup>425</sup> See supra note 349.

<sup>426</sup> See supra note 396.

## 第二節 非視覺可感知新型態商標

本節即接續上節，同樣依「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)以及 WIPO 文件以「視覺可感知」和「非視覺可感知」作為新型態商標的分類標準，透過歐洲法院及我國實務案例，介紹和檢討「非視覺可感知」新型態商標之類型及如何判斷其識別性、後天識別性要件。

### 第一項 非視覺可感知新型態商標之定義與種類

#### 第一款 非視覺可感知新型態商標之定義

人類的感官除了有用眼的視覺外，還有用耳的聽覺<sup>427</sup>、用鼻的嗅覺<sup>428</sup>、用舌的味覺<sup>429</sup>和用身的觸覺<sup>430</sup>。因此，在追求創新的現代，廠商為了成功吸引消費者的注意，發展出各式各樣新穎的新型態商標，當然也少不了刺激人類聽覺、嗅覺、味覺或觸覺的商標類型。而因為「非視覺可感知」新型態商標不同於「視覺可感知」新型態商標可以將審查資料用眼睛看著審查，「非視覺可感知」新型態商標需用聽的、聞的、嚐的或摸的來辨識商品或服務的來

<sup>427</sup> 聽覺指的是聲源振動引起空氣產生疏密波(聲波)，通過外耳和中耳組成的傳音系統傳遞到內耳，經內耳的環能作用將聲波的機械能轉變為聽覺神經上的神經衝動，後者傳送到大腦皮層聽覺中樞而產生的主觀感覺，維基百科，

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%90%AC%E8%A7%89>，最後瀏覽日：2012/9/30。

<sup>428</sup> 嗅覺是一種由感官感受的知覺。它由兩感覺系統參與，即嗅神經系統和鼻三叉神經系統。嗅覺和味覺會整合和互相作用，維基百科，

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%97%85%E8%A7%89>，最後瀏覽日：2012/9/30。

<sup>429</sup> 味覺是一種受到直接化學刺激產生的感覺，它由五種傳統認可的味道——甜、鹹、苦、酸和鮮組成，其中最後一種味道是近期才予以承認的。味覺指的是能夠感受物質味道的能力，包括食物、某些礦物質以及有毒物質的味道，與同屬於化學誘發感覺的嗅覺相比是一種近覺，維基百科，<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%91%B3%E8%A7%89>，最後瀏覽日：2012/9/30。

<sup>430</sup> 觸覺是指分布于全身皮膚上的神經細胞接受來自外界的溫度、濕度、疼痛、壓力、振動等方面的感覺。多數動物的觸覺器是遍布全身的，像人的皮膚位于人的體表，依靠表皮的游離神經末梢能感受溫度。痛覺、觸覺等多種感覺。狹義的觸覺，指刺激輕輕接觸皮膚觸覺感受器所引起的膚覺。廣義的觸覺，還包括增加壓力使皮膚部分變形所引起的膚覺，即壓覺，一般統稱為「觸壓覺」，

<http://psychologicalcounselingpsychotherapy.com/%e8%a7%b8%e8%a6%ba/>，最後瀏覽日：2012/9/30。

源，無論是對實務審查技術或是消費者辨識，都增加了難度<sup>431</sup>，「非視覺可感知」新型態商標如何符合圖文表示之申請要件更是一樣考驗。

## 第二款 非視覺可感知新型態商標之種類

### 第一目 聲音商標

依我國非傳統商標審查基準 5.1 對於聲音商標的定義為「聲音商標指單純以聲音本身作為標識的情形，係以聽覺作為區別商品或服務來源的方法，聲音商標可以是音樂性質的商標，例如一段樂曲或一段歌曲，也可能是非音樂性質的聲音，例如人聲所為的口白或獅子的吼叫聲，而且該聲音本身已具備指示商品或服務來源的功能。」亦即，若是消費者可以由聽到該聲音來區分商品或服務的來源，就可以作為聲音商標<sup>432</sup>。自從民國 92 年我國修正商標法將聲音商標納入保護後，至 101 年 12 月 28 日止，共有 46 件聲音商標申請案，有 39 件註冊成功，例如「MR.BROWN 咖啡」、「綠油精」等<sup>433</sup>。而歐洲 OHIM 自 1996 年開始受理歐洲商標註冊開始，即包括受理聲音商標註冊<sup>434</sup>，至 2012 年 12 月 31 日為止，歐洲註冊之聲音商標共有 145 件，例如日本久光製藥分別以唱有「HISAMITSU」字母的旋律和簡單以「e, a, e, and f」音符組成的旋律註冊歐洲聲音商標<sup>435</sup>。

本文搜尋我國特殊型態商標檢索系統以及 OHIM 網站，以下以表格方式介紹我國及歐洲聲音商標註冊案例。

<sup>431</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 96。

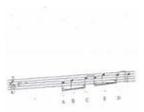
<sup>432</sup> 洪淑敏，顏色、聲音、立體形狀商標之申請，科技法律透析 16 卷 10 期，2004 年 10 月，頁 42。

<sup>433</sup> 參本文表 12。

<sup>434</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 105。

<sup>435</sup> 參本文表 13。

表 12 我國聲音商標註冊案例表

商標圖樣	註冊號	商標圖樣描述	指定使用商品名稱
	01230329	<p>本件聲音商標如申請書所附之光碟片所載，係由童音唱出申請書上所附之音符，配合唸唱所構成。本件聲音商標之歌詞為「我有一位好朋友，隨時隨地關心我，啦啦啦啦萬應白花油；提神醒腦頭不痛，〈唸：被蚊蟲咬一口，不怕腫〉，啦啦啦啦萬應白花油」。</p>	<p>中藥、西藥、防蚊藥膏、人體用防蚊液、藥用精油、中藥材、人體用疫苗、止痛劑、消炎劑、解毒片、薄荷油、薄荷腦、提神藥劑、治燙傷油膏、解熱退燒劑、凡士林藥膏、防疫用藥劑、人體用驅蚊貼片、消炎鎮痛貼布、醫療用冷敷貼布。</p>
	01152021	<p>1.本件「MR.BROWN咖啡」聲音商標係家喻戶曉之旋律，無論男女老幼均能琅琅上口，且其歌詞亦能充分代表商品之特色。2.本件申請人係以合唱出「MR.BROWN咖啡」同時搭配C調以MI一拍，DO一拍，SO二拍，SO三拍，SI一拍，DO一拍組合而成廣告歌曲作為聲音商標圖樣之設計。</p>	<p>咖啡、炭燒咖啡、咖啡豆、咖啡包、咖啡精、咖啡粉、代用咖啡、咖啡醬、速食即溶咖啡、用作咖啡代用品的植物製劑、菊苣(咖啡代用品)、咖啡飲料、加奶咖啡飲料、咖啡及其製成之飲料。</p>
	01150436	<p>這是一個聲音商標，如申請書所附光碟片中之聲音，本件聲音商標係由音符ㄐ一、ㄌㄚ、ㄌㄛ、ㄘㄚ、ㄐ一、ㄌㄚ、ㄌㄛ、ㄘㄚ、ㄐ一、ㄌㄚ、ㄌㄛ等旋律組合而成，歌詞為「新一點靈B12」。</p>	<p>各種中西藥品、眼藥水、眼藥膏、營養補充劑、隱形眼鏡保存液、隱形眼鏡清潔液、隱形眼鏡酵素清潔片、隱形眼鏡用洗淨劑、隱形眼鏡用溶液。</p>
	01176529	<p>本商標為聲音商標，由五個音符ABCED的連續聲音所構成；而且本弦律將以不同樂器、音調呈現，可搭配或不搭配人聲。</p>	<p>餐廳服務。</p>

	01135554	<p>一、本『綠油精』聲音商標係家喻戶曉之旋律，其早在50年代即於市面上發行，無論男女老幼均能琅琅上口，且其歌詞亦能充分代表商品之特色。二、本件聲音商標之歌詞為「綠油精綠油精爸爸愛用綠油精哥哥姐姐妹妹都愛綠油精氣味清香綠油精綠油精」。</p>	<p>化妝品、燙髮液、染髮劑、人體用清潔劑。/各種中藥、西藥、臨床試驗用製劑、農業用藥劑、環境衛生用藥、營養補充品、藥用營養品、敷藥用材料。/糖果、米果、餅乾、穀製點心片、冰、冰淇淋、土司、蛋糕、麵包、漢堡。</p>
---	----------	---	--

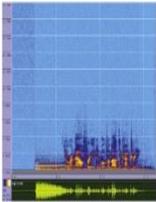
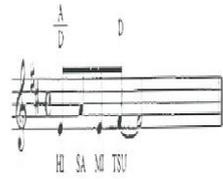
來源：本文自行整理

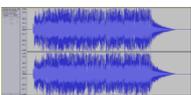
表 13 歐洲聲音商標註冊案例表<sup>436</sup>

Graphic representation	Trade mark No	Description of the mark	List of goods and services
	004555553	<p>The sound mark consists of a melody with accompaniment. A sound comprising several elements sounds simultaneously with the last note of the melody, namely a bass sound and a triangle sound, which is perceived as a single, vibratory sound. The</p>	<p>Insurance; financial affairs; monetary affairs; real estate affairs.</p>

<sup>436</sup> 歐洲近幾年聲音商標之註冊案件量 2007 年有 9 件、2008 年有 23 件、2009 年有 19 件、2010 年有 26 件、2011 年有 16 件、2012 年有 15 件。本文自 OAMI, CTM-ONLINE - Trade mark consultation service – Basic 自行統計，  
[http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en\\_SearchBasic](http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic)，最後瀏覽日：2012/5/10。

		<p>triangle sound has a base of 1760 Hz and upper harmonic vibrations in the range of 7040 Hz. The bass sound is comprised of two synthetic bass sounds, namely 55 Hz and 110 Hz. The composition of the melody and the sound can be identified from the attached notation. A further description of the sound mark can be found in the attached electronic sound document (sound file) "CD wab", containing the melody and the accompaniment played on the piano. This however is only an example; the instrumentation is open. The total duration of the sound mark is 8 sec.</p>	
--	--	---	--

	<p>00812942 1</p>	<p>The mark consists of the sound of four musical tones, e, a, e, and f sharp; the first three notes being eighth notes and the final note being a tied eighth note and half note.</p>	<p>Pharmaceutical, veterinary and sanitary preparations; dietetic substances adapted for medical use, food for babies; plasters, materials for dressings; material for stopping teeth, dental wax; disinfectants; preparations for destroying vermin; fungicides, herbicides.</p>
	<p>00923409 7</p>	<p>"DING You are now free to move about the country."</p>	<p>Computer software, namely software that delivers personalized travel information via the Internet./ Transportation services, namely, transportation of cargo and passengers by air; travel arrangement; travel planning; travel ticketing; reservations and bookings of ground transport, air transport, water transport; rental of aircrafts and motor vehicles; providing personalized travel transportation services via the Internet; information and consultancy regarding all aforementioned services./ Services for providing food and drink; temporary accommodation; arranging meals; reservations and bookings regarding temporary accommodation and meals; information and consultancy regarding all aforementioned services.</p>
	<p>01076283 9</p>	<p>The mark consists of the word "HISAMITSU" sung over the sound of four musical tones, "E", "A", "E", and "F" sharp. The first three</p>	<p>Bleaching preparations and other substances for laundry use; cleaning, polishing, scouring and abrasive preparations; soaps; perfumery; essential oils, cosmetics, hair lotions; dentifrices./ Surgical, medical, dental and veterinary apparatus and instruments, artificial limbs, eyes and teeth; orthopaedic articles;</p>

		notes being eighth notes and the final note being a tied eighth note and half note.	suture materials; gel-type cooling pads or patches for absorbing and radiating sudden heat in human body./ Advertising; business management; business administration; office functions; the bringing together, for the benefit of others, of a variety of goods [excluding the transport thereof], enabling customers to conveniently view and purchase those goods in the field of cosmetics, toiletries, pharmaceutical products, surgical and medical dressing and plasters, medical apparatus and instruments, nutritional supplements, and dietary foods and substances; retail services and wholesale services all related to cosmetics, toiletries, pharmaceutical products, surgical and medical dressing and plasters, medical apparatus and instruments, nutritional supplements, and dietary foods and substances.
	00946040 3		Confectionery./Advertising;Retailing, wholesaling and online sale of confectionery.

來源：本文自行整理

## 第二目 氣味與味道商標

### 一、氣味商標

在德國作家徐四金(Patrick Suskind)的小說「香水」一書中，有段對氣味生動又真切的描述：「人可以閉上眼睛，可以不傾聽美妙的旋律或誘騙的言語，卻不能逃避氣味，因為氣味與呼吸同在，人呼吸的時候，氣味就同時滲透進去，人若是要活下去就無法拒絕它，氣味直接滲入人心，鮮明地決定了人的癖好、藐視與討厭之事務，決定欲、愛、恨，主宰了氣味就主宰了人的內心。」氣味據說能對人類造成最強烈的印象，現在的製造商有的會在產品加入令人歡喜的氣味，但要獲得註冊成為氣味商標，仍必須該氣味可以直接的顯示，

而且必須足以區別辨識商品或服務的來源<sup>437</sup>。

我國目前尚無以氣味商標註冊成功的案例，惟有 6 件申請案正在智財局審理中<sup>438</sup>，而在歐洲到目前為止申請註冊氣味商標有 7 例<sup>439</sup>，只有一件通過，是由 Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing 在 1996 年 12 月 11 日向 OHIM 申請將「剛割過新鮮草地味」(the smell of fresh cut grass)<sup>440</sup>註冊氣味商標，指定使用於網球商品，本件註冊過程並非容易，直到 OHIM 上訴委員會 (The Board of Appeal) 認為「剛割過新鮮草地味」(the smell of fresh cut grass) 是具有識別性的氣味，而且每個人都可以從經驗中立刻辨識，對於許多人來說，剛割下的草的氣味或香味令他們記起春天或夏天、修剪整齊的草坪或操場，或其他類似的愉快經驗<sup>441</sup>。OHIM 上訴委員會對此案之圖文表示說明感到滿意，認為符合歐洲商標規則第四條之要求，而核准給予氣味商標之註冊<sup>442</sup>。惟此一 OHIM 唯一通過之氣味商標的專用期限已於 2006 年 12 月 11 日屆至。歐洲法院在 C-273/00 Sieckmann 一案<sup>443</sup>中建立了氣味商標圖文表示的審查要件標準，對後續歐洲新型態商標，尤其是「非視覺可感知」之新型態商標，有深遠的影響。

## 二、味道商標

味蕾就是味覺感受器。人吃東西能品嚐出酸、甜、苦、辣等味道，是因

<sup>437</sup> V.K. Ahuja, *Non-traditional trade marks: new dimension of trade marks law*, E.I.P.R. 2010, 32(11), 575-581, at 575.

<sup>438</sup> 至 2012 年 11 月 18 日止，目前我國有申請以地瓜氣味的茶葉、薄荷味、含有葉綠素混合氣味之西藥藥油、含有丁香混合氣味之西藥藥油、含有紅花與桂皮混合氣味之中藥藥油、含有白樹冬青油及薰衣草油混合特異氣味之中藥藥油等 6 件申請註冊氣味商標之申請案尚在審理中。

<sup>439</sup> 至 2012 年 11 月 18 日止，共有七件分別為歐洲商標第 003132404 號、第 001807353 號、第 001254861 號、第 001122118 號、第 000566596 號、第 000521914 號、第 000428870 號。

<sup>440</sup> 歐洲商標第 000428870 號。

<sup>441</sup> R 0156/1998-2, *supra* note 119, para.14. "The smell of freshly cut grass is a distinct smell which everyone immediately recognizes from experience. For many, the scent or fragrance of freshly cut grass reminds them of spring, or summer, manicured lawns or playing fields, or other such pleasant experiences."

<sup>442</sup> *Id.* at para.15. "The Board is satisfied that the description provided for the olfactory mark sought to be registered for tennis balls is appropriate and complies with the graphical representation requirement of Article 4 CTMR."

<sup>443</sup> *See supra* note 64.

為舌頭上有味蕾。正常成年人約有一萬多個味蕾，絕大多數分布在舌頭背面，尤其是舌尖部分和舌側面，口腔的腭、咽等部位也有少量的味蕾。我們吃東西時，通過咀嚼及舌、唾液的攪拌，味蕾受到不同味物質的刺激，將資訊由味神經傳送到大腦味覺中樞，便產生味覺，品嚐出飯菜的滋味<sup>444</sup>。所謂的味道商標，即是以味道作為表彰商品來源的識別標識。而由於味道只能經由味覺來感受，因此味道的標識僅可能適用到商品，而不及於服務<sup>445</sup>。

味道商標和氣味商標一樣，在我國尚無註冊成功的案例。在歐洲則有一件申請案，是由美國一間藥商 Eli Lilly and Company 在 2000 年 1 月 7 日向 OHIM 申請將「人工草莓味道」(the taste of artificial strawberry flavour)<sup>446</sup>註冊使用於藥品上，於 2000 年 2 月 21 日 OHIM 第一次駁回其申請，認為「人工草莓味道」(the taste of artificial strawberry flavour) 不符合圖文表示要件，因為草莓的味道可以有很多種變化，草莓味道也不足以辨識藥商商品來源，而且草莓常被用來把不好聞的味道蓋掉，所以不給予註冊味道商標<sup>447</sup>。雖藥商不斷上訴，但 OHIM 上訴委員會仍是維持這樣的看法，而認為「人工草莓味道」不能註冊成為味道商標。在歐洲法院 C-273/00 Sieckmann 一案對外公告後，法院所建立的標準除了適用於氣味商標外，亦適用於味道商標<sup>448</sup>。

<sup>444</sup> <http://psychologicalcounselingpsychotherapy.com/%E5%91%B3%E8%95%BE/>，最後瀏覽日：2012/5/9。

<sup>445</sup> 曾淑婷，氣味商標問題之研究，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 95 年 6 月，頁 175。

<sup>446</sup> 歐洲商標申請第 001452853 號。

<sup>447</sup> R 0120/2001-2, *supra* note 143, para.2 “The mark is not capable of being represented graphically. The vague description ‘artificial strawberry flavour’ does not allow for comprehension of the actual taste being referred to; since a strawberry taste may be simulated in many different ways with variable results.” “The mark is devoid of distinctive character because, in relation to pharmaceutical preparations, the taste of strawberry is one of many common tastes used as a flavouring to mask the otherwise unpleasant taste of the products. In relation to sanitary products which are not for buccal hygiene, the mark will be wholly overlooked because there is no reason for the consumer to taste these products.”

<sup>448</sup> *Id.* at para.12. “The Board notes that at the time when the examiner waived the objection under Article 7(1)(a) CTMR in conjunction with Article 4 CTMR the Court of Justice had not yet given its judgment in C-273/00 *Sieckmann* (judgment of 12 December 2002, not yet published). In that judgment the Court held that in respect of an olfactory sign the requirement of graphic representability is not satisfied by a description in written words. Logically the same would appear to apply to gustatory signs.”

### 第三目 觸摸商標

觸摸商標的發展比起氣味商標要來得更慢一些<sup>449</sup>。所謂的觸摸商標係指以消費者透過觸摸所接受到的感覺，作為表彰商品或服務來源的識別標識<sup>450</sup>。歐洲目前尚無觸摸商標成功註冊之案例，尤其在歐洲法院作出 C-273/00 Sieckmann 判決後，觸摸商標通常會不符合以清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的方式呈現圖文表示要件<sup>451</sup>。我國目前亦無註冊觸摸商標成功之案例，但有一例申請案正在智財局審理中，結果如何值得觀察<sup>452</sup>。在德國，第 301607192 號以粗糙的砂紙的觸感註冊使用於酒瓶和其他飲料<sup>453</sup>，被認為缺乏顯著特徵（Fehlende Unterscheidungskraft）而不准許註冊，另外在德國 Case I ZB 73/05 一案<sup>454</sup>，德國法院即依循歐洲法院 C-273/00 Sieckmann 案<sup>455</sup>和 C-283/01 Shield Mark/Kist 案<sup>456</sup>，認為非視覺可感知商標在符合註冊要件，可以註冊成為商標。因此，若觸摸商標能清楚明確使消費者辨識商品或服務的來源，沒有任何混淆之虞，則可給予註冊。但在此案中，德國法院認為系爭商標欠缺明確、清楚且充分的圖文表示，而拒絕給予註冊<sup>457</sup>。由此可以了解「非視覺可感知」新型態商標之圖文表示問題，非常值得研究。附言者是，在美國則有極少的觸摸商標註冊成功之案例<sup>458</sup>。

<sup>449</sup> Anne Gilson LaLonde、Jerome Gilson, *Getting real with nontraditional trademarks : What's next after red oven knobs, the sound of burning methamphetamine, and goats on a grass roof?*, 101 TMR 186, page8.

<sup>450</sup> 高秀美，同前註 10，頁 42。

<sup>451</sup> V.K. Ahuja, *supra* note 437, at 580.

<sup>452</sup> 至 2012 年 11 月 18 日止，有一件由白花油國際有限公司申請以擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感，尤其雙側邊弧狀設計及中央凸起之階部設計，使人一握（觸摸）即知之白花油瓶申請註冊觸摸商標，此一申請案為我國第一件申請觸摸商標案，在我國新型態商標發展上具有重要的影響。

<sup>453</sup> Anne Gilson LaLonde、Jerome Gilson, *supra* note 449；Deutsches Patent-und Markenamt, at [http://www.dpma.de/english/trade\\_marks/search/index.html](http://www.dpma.de/english/trade_marks/search/index.html) (last visited on 2012/5/10)

<sup>454</sup> *See supra* note 159.朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 116-117。

<sup>455</sup> *See supra* note 64.

<sup>456</sup> *See supra* note 98.

<sup>457</sup> Florian Traub, *supra* note 163, p9-10.

<sup>458</sup> 美國註冊第 3896100 號於 2010 年 12 月 28 日將中間有皮革觸感的酒瓶(The mark consists of a leather texture wrapping around the middle surface of a bottle of wine.)註冊成為觸摸商標，另一件為美國註冊第 3155702 號於 2006 年 10 月 17 日將表面有天鵝絨觸感的酒瓶(The mark consists of a velvet textured covering on the surface of a bottle of wine.)註冊成為觸摸商標。The United States Patent and Trademark Office, <http://www.uspto.gov/> (last visited on 2012/10/15) Anne Gilson LaLonde、Jerome Gilson, *supra* note 449, p8.

## 第二項 非視覺可感知新型態商標之先天識別性

所謂的識別性是指，該商標可使與該商品或服務有關之消費大眾能夠認識該商品服務之來源，並且與他人之商品或服務作出區分。新型態的商標，與一般傳統商標不同之處在於一般消費者通常不會將其視為區別商品或服務來源的標識，而是將其視為商品的本身、提供商品實用的功能或裝飾性的形狀或圖樣，其中非視覺可感知新型態商標，因為無法以視覺辨識，更難使消費者將其視為區別商品或服務來源的標識，如何判斷其識別性，就成為實務審查上非常重要的一環。本文以下即就聲音商標、氣味與味道商標以及觸摸商標等非視覺可感知之新型態商標，以案例方式加以說明其識別性。

### 第一款 聲音商標

#### 第一目 歐洲

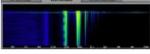
聲音商標識別性之判斷係依歐洲商標規則第七條第一項第b款之規定，與其他型態之商標並無不同。在歐洲，單一的音調或是瑣碎的聲音並不認為具有識別性，而過長的音樂或持續播放的音樂，就算有搭配著文字，通常亦不具有識別性。若是該聲音一般會被認定是某種行業，或者是其他業者需要使用該聲音，此類聲音也不具有識別性，不得註冊成為商標，例如，玻璃破掉的聲音常和門窗修理服務有關，又例如知名的古典音樂也會被聯想和舞蹈教學有關，這些都不能註冊成為聲音商標。即便如此，仍有很多聲音並不代表特定的商品或服務，而有機會成為聲音商標，例如，狼叫聲註冊使用於酒類商品<sup>459</sup>。

OHIM 自 1996 年 4 月 1 日開始受理歐洲商標申請案時，即包括受理聲音商標的申請<sup>460</sup>。截至目前為止<sup>461</sup>，在 OHIM 以聲音商標申請註冊的案例共有

<sup>459</sup> Jacob Jaconiah, *The requirements for registration and protection of non-traditional marks in the European Union and in Tanzania*, IIC 2009, 40(7), 756-781 IIC 2009, 40(7), 756-781, at 765.

<sup>460</sup> 朱稚芬、鍾桂華，同前註 7，頁 105。

<sup>461</sup> CTM-ONLINE - Trade mark consultation service - Basic，

165 件，成功註冊成為聲音商標者有 132 件，註冊率高達百分之八十，被拒絕給予註冊之案例並不多。OHIM 在審查聲音商標識別性時，依歐洲商標規則第七條第一項第 b 款而拒絕給予註冊聲音商標之案例共有 10 件<sup>462</sup>，其中例如歐洲商標第 004010336 號「」，Tellme Networks, Inc. 欲以由 F 和 C 兩個音符組成的 C 調音<sup>463</sup>，註冊使用於尼斯分類第 35<sup>464</sup>、36<sup>465</sup>、38<sup>466</sup>、39<sup>467</sup>、41<sup>468</sup>、42<sup>469</sup>等商品，即因為僅由兩個音符組成的簡單音樂，是不具有識別性的。又如歐洲商標第 009980731 號「」，GRUND & Moble Verwaltungs AG 欲以兩個勃根地玻璃酒碰撞在一起的聲音<sup>470</sup>，申請註冊使用於尼斯分類第 21<sup>471</sup>類之商品，由於是業者通常會產生的聲音，OHIM 亦認為不具有識別性，不得註冊成為商標。

---

[http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en\\_SearchBasic](http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic) (last visited on 2012/11/30)

<sup>462</sup> 歐洲註冊第 009980731 號、第 09980632 號、第 009199225 號、第 009199183 號、第 009199175 號、第 009199167 號、第 009199092 號、第 005652888 號、第 004010336 號及第 000214726 號。

<sup>463</sup> Description of the mark: The mark consists of a musical jingle in the key of C, comprised of two notes in sequence of F, C, and any relative equivalent thereof.

<sup>464</sup> Online and telephone provision of business information, namely, business news, electronic commerce information and directory services; providing business news and information at the specific request of end-users by means of telephone or global computer networks; advertising services, namely, the presentation of advertising via electronic communication networks; preparation, placement, and dissemination of advertising for others via electronic communication networks; and providing consulting services related thereto.

<sup>465</sup> Financial information services, namely, providing information via electronic communications networks relating to finance, investments, insurance, banking, estate management and planning, sale of property, property and financial brokerage and/or valuations; providing credit or loan information, loan rates, stock exchange price quotations, stock exchange price goods, company financial reports and consulting services related thereto.

<sup>466</sup> Providing multiple-user access to telephone and global computer networks which feature information relating to news, weather, sports, travel, arts, leisure, recreation, entertainment, business, finance, education, current events, personal data, reference materials, trade and individual directories; computer services, namely providing search engines for obtaining data on global computer and telephone networks; consulting services relating to telecommunications.

<sup>467</sup> Information services, namely, providing information via telephone and global computer networks relating to travel; consulting services relating to travel.

<sup>468</sup> Interactive television and radio show production.

<sup>469</sup> Computer services, namely, remote monitoring of computer systems; database development services; database development services; creating indexes of information, sites, and other resources available on computer and telecommunications networks; application services provider, namely, hosting voice-enabled software for use in obtaining information and data on global computer and telephone networks; consulting services relating computer networks.

<sup>470</sup> Description of the mark: tonal sound when two burgundy wine glasses clash together .

<sup>471</sup> glassware for the household, for kitchen and for the hotel and restaurant industry; artificial objects and decorative objects of glass; sheet-glassware; pieces of cutted and uncutted crystal-glass; hollow glassware as goblets, cups, decantors, pots, bowls and vases (all before mentioned goods as far as they are not contained in other classes).

## 第二目 台灣

聲音商標要能註冊，如同其他型態的商標一樣，必須該聲音本身足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別。通常單純的旋律或將標語、口號以唱呼的方式申請註冊，往往須透過使用取得後天識別性，始能核准註冊，例如我國註冊第 01295550 號利用簡單的音符唱出「通信的好鄰居」指定使用於手機商品，或一般的歌曲或冗長的樂曲，原則上必須證明後天識別性始准予註冊。但含有高度識別性商標的簡短聲音，可能認為具有先天識別性，例如我國註冊第 01184407 號由女高聲唱出「Hi life, Hi life 萊爾富」、第 01255299 號以男聲唱出「YAHOO」等，因為「Hi life」、「萊爾富」及「YAHOO」為具有高度識別性的文字，消費者接觸這些聲音旋律時，能夠直接意識到該聲音旋律表達了特定的來源，而具有指示商品或服務來源的功能，故可認定為具有先天識別性<sup>472</sup>。

我國最高行政法院 99 年度判字第 1096 號（以下簡稱為大金案）<sup>473</sup>，法院認為聲音商標是以聽覺的而非視覺的方法，作為區別商品或服務的交易來源，惟其商標識別性的判斷標準與其他商標態樣並無二致，須系爭聲音具有足以使消費者認識其為表彰商品或服務來源，並藉以與他人之商品或服務相區別的標識，是以例如整首歌曲或冗長的樂譜，如管弦樂或鋼琴曲的完整樂譜，因一般消費者不易將其視為區別來源的聲音，故不具識別性。

<sup>472</sup> 我國非傳統商標審查基準 5.2.3。

<sup>473</sup> 本案裁判日期為 99 年 10 月 21 日。和泰興業股份有限公司上訴主張「和泰興業股份有限公司標章曲(一)」聲音商標因長期使用系爭商標，並於電視廣告播送時，皆搭配有代表性玩偶「相撲娃娃」，且作成公仔等相關產品，於消費者購買上訴人之相關商品時隨機附送，更推出以「相撲娃娃」為主角之廣告，並以系爭商標作為廣告歌曲之最後一句，於各大電視媒體強力放送，而官方網站亦提供系爭商標之 MP3 手機鈴聲予消費者下載。是系爭商標於廣告中所推銷之商品為冷氣機等商品，然就給予消費者的印象，則因為歌曲所搭配之玩偶「相撲娃娃」的畫面密集播送及於宣傳手法上將二者緊密結合，當聽聞系爭商標時，不僅只聯想到冷氣等商品，更會直接想到廣告畫面中的玩偶「相撲娃娃」。故消費者視覺上看見玩偶「相撲娃娃」圖樣，聽覺上會有系爭商標旋律，當消費者於其他場合聽見系爭商標旋律，自會聯想到該玩偶「相撲娃娃」圖樣。則系爭商標指定使用於「玩偶、木偶、布偶」等商品，應具有識別性，應可獲准註冊。惟我國智財局主張系爭商標係整首約 30 秒左右完整之歌曲，由女性及兒童之合唱所組成，樂曲長度與歌詞均較為冗長，予人聽覺印象似僅為廣告片之背景音樂，尚不足以使相關消費者作為區別商品或服務來源之聲音，不具識別性。

另外在最高行政法院 98 年度判字第 670 號（下簡稱為國泰案）<sup>474</sup>，最高行政法院認為，聲音固為新型態之商標，但其識別性與其他樣態之文字圖形商標等之識別性判斷標準並無二致，採認聲音商標之所以困難，是在於如何將其固定在書面，以達公示周知而為註冊保護之標的，並非聲音之識別性標準較嚴格。原審<sup>475</sup>就系爭商標之是否具先天識別性自應詳加調查，但卻未能就此詳予審究，僅以「新型態之商標要被視為具先天識別性較傳統商標為難」即為不利上訴人之認定，亦嫌速斷<sup>476</sup>。因此，回到智慧財產法院 98 年度行商更(一)字第 5 號更審<sup>477</sup>，更審法院就是否具有識別性之判斷認為：

應依相關消費者之認知，該商標與商品或服務之結合，實際使用該商標之交易狀況等，始足以判斷該商標是否足以使相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品相區別。此等判斷標準於聲音商標並無不同。惟按聲音商標通常係旋律音調及語言聲音之結合，因此在聲音商標識別性之判斷上，必須整體觀之，如其旋律音調過於簡單，切缺獨特性，其配合之語言聲音亦係一般及廣泛性之用語，則該聲音商標之表現，即欠缺使相關消費者識別其商品或服務來

<sup>474</sup> 本案裁判日期為 98 年 6 月 18 日。上訴人國泰金融控股股份有限公司主張其所申請註冊之「Enrich your life 國泰世華銀行」聲音商標，係由 4 個音符所組成之簡短旋律，填上外文「Enrich your life」，本身為一組簡短的廣告樂句、旋律，該旋律非日常大眾所習知習見之聲音，具有獨創性。與經濟部所頒「立體、顏色及聲音商標審查基準」所載 AT&T 案例之樂譜並無不同，都以簡單的旋律組成。即使搭以外文「Enrich your life」，更能突顯該旋律之含義，應具有識別性。被上訴人智財局則認為，本件上訴人申請註冊之聲音商標，所呈現男生重唱之曲調聲音，並非屬令人一聽即能深刻腦海或印象鮮明之曲聲，而外文「Enrich your life」有「豐富你的人生」之意，亦屬祝福或立志之一般描述性用語，二者之組合，易使消費者將其視為廣告歌曲，而不易將之作為區別服務來源之依據，上訴人以之作為聲音商標指定使用於「廣告宣傳及宣傳品遞送、電腦網路線上廣告、廣告之企劃設計製作代理宣傳之宣傳品遞送、企業買收之仲介及有關之諮詢顧問、行銷研究諮詢顧問、企業管理顧問、工管理協助、市場研究及分析...」等服務，尚難認具先天上識別性。

<sup>475</sup> 本案在我國臺北高等行政法院 95 年度訴字第 3325 號判決(裁判日期為 96 年 7 月 11 日)認為，上開申請註冊之聲音商標，依申請書所示簡譜及所附.wav 光碟片所呈現男生重唱之曲調聲音，並非屬令人一聽即能深刻腦海或印象鮮明之曲聲，而外文「Enrich your life」有「豐富你的人生」之意，亦屬祝福或立志之一般描述性用語，二者之組合，易使消費者將其視為廣告歌曲，而不易將之作為區別服務來源之依據，難認具先天上識別性。

<sup>476</sup> 最高行政法院認為原審復按聲音之所以作為商標，係因該聲音足以使一般商品購買人認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，進而具有廣告促銷之功能，所以具識別性之廣告曲、旋律，當然係聲音商標，詎原判決竟以系爭商標「易使消費者將其視為廣告歌曲」，進而推論「不易將之作為區別服務來源之依據」云云，不合於聲音商標識別性之判斷，於法不合。

<sup>477</sup> 裁判日期為 98 年 11 月 12 日。

源之識別性。本件「Enrich your life 國泰世華銀行」聲音商標，係欲以男聲代表企業穩重厚實的形象，再以重唱方式表達共鳴的感覺以及豐富感，音樂逐漸上揚，代表正面、向上的形象，利用簡單的音符唱出「Enrich your life」，作為商標指定使用於第 35 類服務上，其旋律僅一音節四拍四音階，係「利用簡單之音符」，而依其所附之光碟聲音，係由無法辨識之男聲以重唱方式唱出，其旋律因過於簡單而顯得普通，其聲音之表現，亦因辨識度不夠，而顯得平凡，均無法使消費者意識到該旋律聲音係為用以作為區別商品或服務之商標。又系爭聲音商標所搭配之語言聲音為「Enrich your life」，即「豐富你的人生」，係一通常性流行用語，與其所指定之服務相結合，可作為對其所表彰服務之目的性描述，而企圖達成該目的之服務業何其多，故該語言聲音亦欠缺先天識別性。

## 第二款 氣味與味道商標

### 第一目 歐洲

由歐洲商標第 000428870 號，Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing 申請註冊「剛割過新鮮草地味」(the smell of fresh cut grass) 註冊氣味商標，指定使用於網球商品，經 OHIM 上訴委員會認為是具有識別性的氣味，亦符合圖文表示而得註冊成為氣味商標一案<sup>478</sup>，可以知道氣味商標在歐洲是具有識別的功能的，惟在每一個案中，必須實際斟酌氣味與所指定使用之商品或服務間之關係，來判斷氣味商標是否具有識別性，此與其他類型之商標並無二致<sup>479</sup>。

R 0711/1999-3 一案<sup>480</sup>中申請人 MYLES LIMITED 向 OHIM 所申請「覆盆

<sup>478</sup> See supra note 119.

<sup>479</sup> 曾淑婷，同前註 445，頁 98。

<sup>480</sup> See supra note 125. Class 4 - Fuels, including motor fuels, particularly diesel as heating fuel, fuel and engine fuel.

子氣味」(the scent of raspberries) 註冊使用於商品分類第 4 類馬達和燃料等商品，OHIM 上訴委員會指出氣味商標有無識別性之標準和其他類型商標並無不同，馬達和燃料是廣為銷售的商品，從汽車司機到家庭消費者都有，須考量知識廣博 (well-informed)、觀察力 (observant)、謹慎 (circumspect) 的一般消費者的預期，不過考量此商品的性質，一般消費者之注意程度並不高<sup>481</sup>。也要審查相關商品之消費大眾是否把標誌和該商品聯想在一起，或未來可合理預期會聯想在一起。對氣味商標的感知和對文字商標感知並非相同，新型態的商標亦必須能獨立於它們所代表的商品而被感知，且商品與商標間是穩定而持久的關係，一般消費者在決定購買時才有可能維持相同狀態把商標視為辨識商品來源之標識<sup>482</sup>。本案的燃料商品，在市場上已經有香味蠟燭和煤油，在燃燒時也會產生香氣，「覆盆子氣味」對於這些香料商品而言，並不具有識別性<sup>483</sup>。且由於燃料商品通常有不好聞的氣味，將「覆盆子氣味」加入其中，消費者對於燃料整體氣味之印象並不會改變，進而產生新的感知，反倒會因此看作是為使氣味更好聞的方法，類似於裝飾的效果，因此認為「覆盆子氣味」無法作為表彰及識別商品來源之標誌，不具有識別性<sup>484</sup>。

R 0120/2001-2 一案<sup>485</sup>為美國一間藥商 Eli Lilly and Company 向 OHIM 申請將「人工草莓味道」(the taste of artificial strawberry flavour) 註冊使用於藥品上，OHIM 上訴委員會認為「人工草莓味道」使用於藥品上並不具有識別性，理由為藥品的業者有權填加「人工草莓味道」至藥品中，以掩蓋藥物不好的味道或使藥物更好入口，這樣的味道是無法被單一業者壟斷、獨享，應該考量公平競爭之法理<sup>486</sup>，一個任何相關業者可以使用的味道，無法具有區辨商品來源之功能，上訴委員會亦參考上述之「覆盆子氣味」案，認為消費者會把這樣的味道看作是為使味道更美味的方法，因此認為「人工草莓味道」

---

<sup>481</sup> *Id.* at para.38.

<sup>482</sup> *Id.* at para.39-40.

<sup>483</sup> *Id.* at para.41.

<sup>484</sup> *Id.* at para.42-43.

<sup>485</sup> *See supra* note 143.

<sup>486</sup> *Id.* at para.14 ; Also in C-104/01, *supra* note 76, para.49-51.

無法作為表彰及識別商品來源之標誌，而不具有識別性<sup>487</sup>。

商標除了表彰商品或服務來源外，近來在歐洲商標判決上亦常強調商標具有傳達訊息、廣告與強調形象之作用。透過商標，消費者或一般大眾，除了能夠確認其購買之商品或服務為其所認知之來源外，更可藉由購買該商標所表彰之商品或服務，認可一種形象、訊息或者價值。消費者透過該商標試圖投射之形象，與自身產生連結，形成一種價值認同<sup>488</sup>。惟氣味商標和味道商標相較於視覺可感知之商標或非視覺可感知商標中之聲音商標，更會面臨主觀性的問題，因為每個人的嗅覺和味覺因人而異，年齡、溫度、濕度、疾病、心情等都會影響嗅覺和味覺的敏銳度，不同消費者透過該商標試圖投射之形象，與自身產生連結，往往形成不同種價值之認定，這使得氣味和味道商標在註冊審查上更加地困難，商標發展迅速的歐洲，有關氣味及味道商標之註冊申請案相較其他新型態商標來得要少，註冊成功之案例更是微乎其微。而味道商標必須透過味覺來感知，消費者必須要實際購買消費該商品之後，才有可能嚐到商品之味道，因此味道商標相較於氣味商標，更不容易使消費者產生區辨商品來源之功能，應不具有先天識別性<sup>489</sup>。如同本文本章有關立體商標識別性判斷中提及之 T-110/02 *Axion SA v. OHIM* 案<sup>490</sup>，法院認為系爭立體商標不具有識別性之理由中有提到，消費者通常要拆開包裝盒才會看到系爭立體形狀之巧克力商品，無法使消費者產生該商標可以直接聯想到商品或服務及商品或服務之一般消費大眾能夠區分商品或服務來源之功能，味道商標即如同此理，必須嚐到該商品才能感知味道，故認為味道商標應無法具有先天識別性。

<sup>487</sup> R 0120/2001-2, *id.* at para.15-16.

<sup>488</sup> 許曉芬，從比較法觀點論妨害公共秩序或善良風俗之商標—評智慧財產權法院九十七年度行商訴字第八十五號判決，*高大法學論叢*第七卷第一期，頁 137。

<sup>489</sup> 曾淑婷，同前註 445，頁 175-176。

<sup>490</sup> *See supra* note 318.

## 第二目 台灣

我國商標法第十八條第一項有關商標保護之客體係採例示規定，具有識別性之商標即可作為商標之客體。因此，商標必須具備指示商品或服務來源的功能，始能取得註冊保護，新型態之商標也不例外，氣味商標與味道商標之識別性判斷的標準與其他型態之商標並無不同。只是氣味和味道等新型態之商標，在我國發展較為新穎，相關消費者較不會在一開始接觸時立即將之視為指示商品或服務來源的標識，要取得識別性格外困難，在我國目前亦無氣味商標或味道商標註冊成功之實務案例。氣味商標或味道商標與其商品間之關係極為緊密，如果是屬商品自然狀態下所產生之氣味或味道，該等氣味或味道為構成商品之本身或者是屬商品本身之特性，將無法作為消費者區辨商品來源<sup>491</sup>，以氣味為例，商品本身的氣味，例如木材製品所散發之杉木氣味、花香味指定使用於香水商品、香草植物的氣味指定使用於調味品或花草茶，或經常使用於商品的氣味，例如常添加於洗碗精或洗衣劑的檸檬或柑橘氣味、或者是洗髮精或沐浴乳或化妝品必然必須添加的香氣等，均不具識別性<sup>492</sup>。

本文以目前申請氣味商標之申請案號第 101061108 號為例，依上述之判斷方式進行檢視，本件欲以「具地瓜味道的茶葉氣味」申請註冊成為氣味商標，使用於茶葉、茶包等商品，一般茶葉在自然狀況下不會產生地瓜的氣味，地瓜氣味也不是茶葉本身特性所會散發的氣味，更不是經常添加於茶葉的香氣，亦非為業界通常採用之氣味，因此，本文認為若以「具地瓜味道的茶葉氣味」申請註冊成為氣味商標，使消費者區辨商品之來源，具有識別性的機會是有的。

---

<sup>491</sup> 高秀美，同前註 10，頁 40。

<sup>492</sup> 我國非傳統商標審查基準 8。

### 第三款 觸摸商標

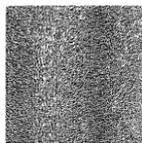
#### 第一目 歐洲

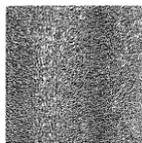
在歐洲法院於 2008 年 10 月 17 日所作出之 C-513/07 P 一案<sup>493</sup>，申請人 AGC Flat Glass Europe SA 以「有紋理的玻璃表面」(Texture of a glass surface) 欲申請註冊商標，為歐洲法院有關觸摸商標的案例。OHIM 審理委員以及 OHIM 上訴委員會皆認為系爭商標無法達到最低度的辨識區別要求，以不符歐洲商標規則第七條第一項第 b 款駁回申請<sup>494</sup>。惟在本案之歐洲第一審法院所作出的 T-141/06<sup>495</sup>判決及上訴歐洲法院所作出的 C-513/07 P<sup>496</sup>判決，重點皆在處理後天識別性之部分，並未就識別性多加著墨。

#### 第二目 台灣

商標型態之發展從平面轉向立體、無聲轉向有聲、靜態轉向動態、視覺可感知轉向非視覺可感知<sup>497</sup>，觸摸商標在國際間屬於非視覺可感知之新型態商標中較新穎之部分，案例較少，在我國僅有一例申請之案例，仍在審查中<sup>498</sup>。

<sup>493</sup> C-513/07 P, *AGC Flat Glass Europe SA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Order of the Court (Sixth Chamber) of 17 October 2008,



「」。

<sup>494</sup> *Id.* at para.7.

<sup>495</sup> T-141/06, *Glaverbel SA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 September 2007.

<sup>496</sup> *See supra* note 493.

<sup>497</sup> 高秀美，同前註 10，頁 53。

<sup>498</sup> 申請案號第 101037011 號，商標圖樣描述為「本件為觸覺商標，如所附樣本(白花油瓶)，將之握在手中，擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感，尤其雙側邊弧狀設計及中央凸起之階部

設計，使人一握(觸摸)即知係白花油瓶，具有其獨特性及識別性」。



「」，圖片取自白花油國際有限公司網站，

惟若在我國要申請註冊，仍須符合商標必須具備指示商品或服務來源的功能，始能取得註冊保護之要件。觸摸商標本身與商品本身關係是否緊密、特別，應為觀察之要點，若是商品本身即有的觸感，例如羊毛毯註冊使用於毛料的商品，即應認為不具有識別性。

本文以目前正在我國智財局審理中之白花油瓶申請案為例，檢驗是否可能具有先天識別性，白花油瓶自 1960 年即引進台灣銷售，商品所謂「擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感，尤其雙側邊弧狀設計及中央凸起之階部設計」並非具功能性之觸感，不至於造成若歸屬特定人獨佔之不利市場公平競爭情況產生，故應可進入識別性之審查，且通常新型態商標很容易被消費者認為是商品的裝飾或包裝，尤其是以觸感作為區辨商品來源之標識，對我國一般消費者而言是非常創新之舉，應不具有先天識別性，惟本件白花油瓶因在台灣銷售已久，應有極高的機會使「擁有雕刻觸感及一手掌握之厚實感，尤其雙側邊弧狀設計及中央凸起之階部設計」之瓶身可因已經長久使用，形成具有指示商品及服務來源之功能，而可能可依取得後天識別性註冊成為觸摸商標。

### 第三項 非視覺可感知新型態商標之後天識別性

#### 第一款 聲音商標

##### 第一目 歐洲

歐洲對於聲音商標的後天識別性之取得，並沒有特別給予定義或解釋，因此一般仍依歐洲第一指令第三條第三項來判斷<sup>499</sup>，即指原本欠缺識別性的商標，經由使用而足以使相關消費的大眾認識該標誌為商標。參考歐洲法院對於後天識別性的判斷，聲音商標若欲取得後天識別性與其他商標應無不同，

---

[http://www.whiteflower.com.tw/products/product\\_01.html](http://www.whiteflower.com.tw/products/product_01.html)，最後瀏覽日：2012/11/19。

<sup>499</sup> Kevin K. McCormick, "Ding" You are now free to register that sound, WORLD-JLR, 96 TMR 1101, p7.

應考量的因素除了有市場佔有率以外，還有例如投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等等<sup>500</sup>。

## 第二目 台灣

聲音商標取得先天識別性而註冊成為商標似乎難以想像，因為聲音商標必須能夠表達業者的經營理念或商品、服務的特色，或作為廣告的背景音樂，以吸引消費者注意，故通常是經使用，消費者才會將該聲音與特定的來源相連結，此時該聲音始產生商標指示來源的功能，而得以註冊<sup>501</sup>。例如在我國註冊的第 01150436 號「新一點靈 B12」、第 01135554 號「綠油精」、第 01152021 號「MR.BROWN 咖啡」等，都是藉由作為知名廠牌的廣告背景音樂，經過長期使用使消費者將該音樂旋律與特定業者連結有印象，而取得後天識別性，成為聲音商標<sup>502</sup>。

在上述之最高行政法院 99 年度判字第 1096 號大金案中，就系爭聲音商標是否取得後天識別性，最高行政法院認為，依商標識別性審查基準之規定，原則上，越是直接明顯的描述性文字或不具識別性的標識，消費者越不會把它當作是識別來源的商標，申請人越需要藉由更多的相關物件或媒介物的使用，讓相關消費者認識該標識為商標，所以提出證據數量的多寡，依個案情形而有不同。法院認為應依商標識別性審查基準所規定之七大證據<sup>503</sup>判斷，且判斷申請商標是否取得後天識別性，應將申請人提出的證據資料，就指定使用商品或服務特性的差異，及其各項可能影響判斷結果的因素，衡酌個案

<sup>500</sup> 參本文本章第一節第三項 C-25/05、T-28/08 等案例。

<sup>501</sup> 非傳統商標審查基準 5.2.3。

<sup>502</sup> 張澤平，顏色、聲音、立體商標之識別性—從實務審查案例談起，智慧財產權月刊第 105 期，經濟部智慧財產局，2007 年 9 月，頁 66。

<sup>503</sup> 法院判決指出下列資料可以作為申請商標已取得識別性的證據：一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形...；二、銷售量、營業額與市場占有率...；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料...廣告內容包括非申請商標或非指定商品或服務時，因該資料無益於取得後天識別性的判斷，應請申請人修正為僅有申請商標使用於指定商品或服務的廣告量或廣告金額；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍...；五、各國註冊的證明...；六、市場調查報告...；七、其他得據為認定有後天識別性的證據...。與我國商標識別性審查基準 5.1 同。

實際交易市場相關事實加以綜合審查。若證據顯示申請商標確實作為指示及區別商品或服務來源的標識使用，且已有相當數量的相關消費者以該商標作為識別商品或服務來源的標識，則可依取得後天識別性而註冊成為商標。而在本案中，法院認為上訴人（和泰興業股份有限公司）為證明系爭商標已取得商標後天識別性所提出之證據資料，即「相撲娃娃」人偶、人偶專區網站、YAHOO 奇摩與 GOOGLE 搜尋網頁資料、視訊短片 3 則、廣告費發票影本、96 年 2 月至 9 月間之電視媒體頻道播放檔次表、電視廣告費清單及檔次明細表等資料，均無法顯示系爭商標確實作為指示及區別商品來源的標識使用，且有相當數量的相關消費者以系爭商標作為識別商品來源的標識，是系爭商標不具商標後天識別性。

而前述之最高行政法院 98 年度判字第 670 號國泰案<sup>504</sup>，因為最高行政法院認為原審法院在判斷識別性時有疑義，認為上訴人（國泰金融控股股份有

<sup>504</sup> 上訴人國泰金融控股股份有限公司主張其於申請時已檢附該聲音商標於各電視媒體託播之資料，以及於全國各大賣場、超商、百貨公司、捷運站、機場、飯店、醫院等消費者出入頻繁之場所設置可 24 小時播放該聲音商標之 ATM，台鐵 23 個車站電視牆播放節目中亦有該聲音商標之廣告，除此之外尚有設置於全國各地國泰世華銀行分行所提供消費者之服務，上列眾多廣告之播放再加上金融監督管理委員會西元 2004 年 12 月金融統計輯要所公布國內銀行業排名：國泰世華銀行淨值排名第 4 名，總資產排名第 10 名觀之，以證明其具有後天識別性，得註冊成為商標。被上訴人智財局則主張，上訴人檢送之電視頻道播放「Enrich your life」音樂歌唱聲音播放之計費單、廣告排期表、上訴人自動提款機設置點及台鐵電視牆廣告排期表等證據資料，內容均與上訴人經營之銀行業務有關，無可見與系爭聲音商標指定使用「廣告宣傳及宣傳品遞送、電腦網路線上廣告、廣告之企劃設計製作代理宣傳之宣傳品遞送...」等服務之使用證據資料，難認經其長期廣泛使用於前述指定服務，已成為其營業上服務之識別標識，並得藉以與他人之服務相區別，進而取得核准註冊。原告所舉以相同系爭聲音商標而獲准註冊商標一案，查註冊指定使用於第 9 類之信用卡交易處理機、自動兌款機、信用卡、金融卡等商品，與本件指定服務有別，自應就商標個案依證據資料及指定商品服務判斷是否取得第二層意義；另原告所舉其他國內外核准之諸聲音商標案例，與系爭聲音商標之聲音迥然不同，尚屬另案問題，基於商標審查個案拘束原則，不得比附援引，執為本件亦應准註冊之論據。對此，原審台北高等行政法院認為，上訴人倘欲另依商標法尋求商標註冊之保護，就上開不具先天識別性之商標，欲取得第二層意義，自應提出在該申請註冊商標所指定使用之商品或服務之使用證據資料，乃屬當然。觀諸上訴人檢送之電視頻道播放「Enrich your life」音樂歌唱聲音播放之計費單、廣告排期表、上訴人自動提款機設置點及台鐵電視牆廣告排期表等證據資料，內容均與上訴人經營之銀行業務有關，無可見與系爭聲音商標指定使用「廣告宣傳及宣傳品遞送、電腦網路線上廣告、廣告之企劃設計製作代理宣傳之宣傳品遞送...」等服務之使用證據資料，難認經其長期廣泛使用於前述指定服務，已成為其營業上服務之識別標識，並得藉以與他人之服務相區別，進而取得核准註冊。又上訴人之他案雖取得第二層意義，具後天識別性，另其他國內外核准之諸聲音商標案例，均與系爭聲音商標之聲音有別，且屬另案問題，基於商標審查採個案拘束原則，尚不得比附援引，執為本件有利之論據。

限公司) 上訴有理由後，更審法院就是否具有後天識別性認為，原告所提之使用證據，包括其於無線及有線頻道中播放之廣告片、其於各分行營業場所及於各自動提款機內播放系爭聲音商標，並於車站等地播放廣告中等等，均為銀行相關業務之提供，非與系爭商標指定使用之第 35 類服務有關，雖原告因商標之使用取得後天識別性，而擁有經核准聲音商標之註冊，指定使用於第 9 類服務，然無論如何，原告並未就其所營該第 35 類服務上使用系爭聲音商標，故仍不能認其已因上揭有關第 9 類服務之使用證據，而取得後天識別性。原告另主張其於國泰金融月刊封面上有「國泰世華銀行 Enrich Your Life 演唱會」及相關演唱會之報導，亦不能證明原告有於上揭第 35 類之服務上使用系爭商標，而使其取得後天識別性。

## 第二款 氣味與味道商標

### 第一目 歐洲

氣味和味道商標在歐洲之申請註冊案例並不多，惟氣味商標和味道商標通常不具有識別性，尤其是味道商標必須消費該商品後，嚐到該商品才能感知味道，故味道商標應無法具有先天識別性，申請人如欲獲准註冊，必須要提更足夠的證據證明該氣味或味道已經使用而符合歐洲商標規則第七條第三項而取得後天識別性。歐洲法院對於後天識別性的判斷應考量的因素有商品之市場佔有率、投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等等，與其他類型商標相同。

### 第二目 台灣

我國目前尚無有關氣味與味道商標註冊成功之實務案例，惟氣味商標與味道商標後天識別性之判斷應與其他類型之商標並無不同，參考上述同為非視覺可感知類型之聲音商標最高行政法院 98 年度判字第 670 號的國泰案，且依據我國商標識別性審查基準 5.1 之規定，證明取得後天識別性的相關證據

有：一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場占有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據。

在證據方面之審查，主張取得後天識別性所應提出相關事證之多寡，應個案認定之。在舉證方面，最直接之證據為消費者調查報告，但因調查公司之公信力、實施調查之內容、問卷內容之設計、內容與結論之密切性等，均會影響該消費者調查報告之正確性，故實務上多其他如申請人長期排他使用該商標之證據、銷售量多寡、廣告量及相關促銷活動成果等證據加以判斷，又所謂「長期」排他使用該商標之證據，在數位媒體時代，資訊傳遞非常迅速，故在某些案例極有可能於短時間內取得後天識別性。而如本文之前所介紹之案例，實務在審查時常碰到的難題是，申請人所提出的事證資料，往往不足以證明，例如標示商標之商品圖片、商品包裝盒等資料，僅係商標如何使用之情形，無法提供長期使用或使用結果之證明；購物網所列印的資料，僅證明已經在販售之事實，無法得知其有長期刊登之事實；報章雜誌上之報導或廣告內頁，亦不足證明有長期刊登之事實；申請人若僅提出已於其他國家取得商標註冊，但是卻完全沒有在國內之使用資料，實務上亦無法認定國內消費者已可認識其為表彰商品或服務來源之標識<sup>505</sup>。

本文以目前我國智財局申請案號第 101037007 號為例，嘗試判斷是否可能經使用而取得後天識別性，白花油國際有限公司欲申請以「一種含有白樹冬青油及薰衣草油混合特異氣味之中藥藥油」註冊為氣味商標，若該薰衣草氣味是用來遮蓋中藥材不好聞之藥味或是刺鼻氣味，則具有功能性而不能取得商標註冊，惟若並非為某項不能或缺的用途或目的而使用，則可進入識別性之探討，而藥品氣味對於一般消費者而言大多相似，消費者較不能在一開始接觸時，即立刻將「一種含有白樹冬青油及薰衣草油混合特異氣味之中藥

---

<sup>505</sup> 呂妹賢、張雅惠、劉沿汝，同前註 414，頁 15-16。

藥油」指示為白花油國際有限公司商品或服務來源的標識，惟因白花油自 1960 年即開始在台灣販售，已有其普及性，若申請人能提供明確此一中藥藥油氣味之商標在台灣的使用方式、時間長短及同業使用情形、銷售量、營業額、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料、市場調查等證據，是很有機會藉由後天識別性之證明來取得註冊成為氣味商標。

### 第三款 觸摸商標

#### 第一目 歐洲

在前述 C-513/07 P 一案<sup>506</sup>，申請人 AGC Flat Glass Europe SA 以「有紋理的玻璃表面」(Texture of a glass surface) 欲申請註冊商標。OHIM 審理委員以及 OHIM 上訴委員會認為雖然申請人提出玻璃行業的專業人士（行業記者、玻璃加工業者、批發商和製造商等）在看到系爭商標設計時，能立即識別出特定的玻璃設計來源，且亦提出銷售部門的說明和廣告<sup>507</sup>，惟其所提出之證據僅限於特定的專門人士，而非銷售目標市場的消費一般大眾，且 OHIM 上訴委員會認為，歐洲商標具有一體性，申請人所提出之證據無法證明在會員國通過使用後之情形，並不符歐洲商標規則第七條第三項之規定，故無法取得後天識別性<sup>508</sup>。本案之歐洲第一審法院所作出的 T-141/06<sup>509</sup>判決認為申請人主張因僅銷售給專業人士所以提供資料限於專業人士並無道理，仍須以玻璃商品之一般消費大眾是否因長時間使用而能辨識為證據，且申請人並未提出在丹麥、芬蘭、瑞典、希臘或愛爾蘭等會員國使用的相關證據，因此不得僅以提出 15 個會員國中之 10 個會員國中相關專業人士之說明資料來證明也在剩下的 5 個會員國經使用取得後天識別性，又銷售額和廣告並不足以證明消費者感受該商標時可區辨商品的來源，且申請人亦未提供相關市佔率等資料<sup>510</sup>，因此法院一審駁回訴訟。而上訴法院所作出的判決亦贊同歐洲第一審

<sup>506</sup> See *supra* note 493.

<sup>507</sup> *Id.* at para.4.

<sup>508</sup> *Id.* at para.8-10.

<sup>509</sup> See *supra* note 495.

<sup>510</sup> C-513/07 P, *supra* note 493, para.10-14.

法院之見解，認為申請人僅提出就專業人士能區辨其商品來源作為已取得在市場上之後天識別性之證據並不足夠，不符歐洲商標規則第七條第三項之規定<sup>511</sup>。

## 第二目 台灣

大部分消費者不會一開始就將新型態商標視為具有區別辨識商品來源之功能，觸摸商標亦是如此，需要被告知、宣傳教導或經長期使用才能漸漸產生認知，因此觸摸商標較有可能以取得後天識別性之方式註冊商標，申請人應盡可能舉出：一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場占有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據，向智財局證明已取得後天識別性。

本文以上述之白花油瓶申請案為例，若認為白花油瓶不具有先天識別性，則白花油自 1960 年即引進台灣銷售，在台灣已經長時間的使用，而廣為消費者所知，白花油瓶之觸感應有機會依後天識別性之證明，即若白花油公司可以提出越多證明資料，越可能註冊成為觸摸商標。

## 第四項 非視覺可感知新型態商標識別性之判斷因素比較

### 第一款 非視覺可感知新型態商標先天識別性之判斷因素比較

歐洲與我國實務上皆認為過於簡單、瑣碎，或是旋律過長的聲音，應不具有識別性，就聲音商標先天識別性之判斷與其他類型之商標並無不同。聲音商標包含語言部分，通常不具有先天識別性，但若請知名歌手發聲、或是

---

<sup>511</sup> *Id.* at para.29-40.

相對鮮明的旋律，搭配語言，其實仍可能使聲音商標具有先天識別性<sup>512</sup>。而就氣味與味道商標部分，因為氣味或味道商標有無識別性之標準和其他類型商標並無不同，本文認為應可參考本文本章<sup>513</sup>介紹立體商標識別性判斷標準認為越脫離同業領域一般標準模式，越可能產生識別性，故在歐洲若想註冊為氣味或味道商標，必須要不同於相同業者之氣味或味道，才較有可能使消費者會將氣味視為區別商品或服務的來源，在我國亦是如此。觸摸商標不論在國際上抑或是我國國內，均為十分新穎的新型態商標類型，是否有其獨特之判斷標準仍待案例累積，始能探知。惟目前與其他類型商標識別性判斷並無不同之處。

本文以下就歐洲與台灣實務案例對於非視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷要件，簡單以表格方式呈現。

表 14 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之先天識別性判斷因素比較表

		歐洲	台灣
聲音商標		與其他型態商標並無不同，又單一的音調、瑣碎的聲音、其他相關業者需要使用的聲音，應不具識別性。過長的音樂或持續播放的音樂，就算有搭配著文字，通常亦不具有識別性。	與其他型態的商標一樣，必須該聲音本身足以指示商品或服務來源，使消費者能以之與他人的商品或服務相區別。聲音商標必須整體觀察，如其旋律音調過於簡單，切缺獨特性，其配合之語言聲音亦係一般及廣泛性之用語，則該聲音商標之表現，即欠缺使相關消費者識別其商品或服務來源之識別性。
氣味與味道商標	氣味商標	氣味商標有無識別性之標準和其他類型商標並無不同，惟消費者容易將其對於氣味之感受看作是為使氣味更好聞的方法，即類似於裝飾的效果，故在歐洲實務上很難認為消費者會將氣味視為區別商品或服務的來源而具有識別性。	氣味商標之識別性判斷的標準與其他型態之商標並無不同。如果是屬商品自然狀態所產生下之氣味、該等氣味為構成商品之本身或者是屬商品本身之特性，將無法作為消費者區辨商品來源。

<sup>512</sup> 熊誦梅，聲音商標之先天識別性，TIPA 智慧財產培訓學院，2010 年 2 月 11 日，[http://www.tipa.org.tw/p3\\_1-1.asp?nno=77](http://www.tipa.org.tw/p3_1-1.asp?nno=77)，最後瀏覽日：2013/1/28。

<sup>513</sup> 參閱本文本章第一節第二項第一款。

	味道商標	同上	同上
	觸摸商標	與其他型態商標並無不同。歐洲法院所作出的 C-513/07 P 一案 <sup>514</sup> 須以玻璃商品之一般消費大眾是否因長時間使用而能辨識為證據，且必須提出在所有會員國經使用取得後天識別性之證據。	與其他型態商標並無不同。

來源：本文自行整理

## 第二款 非視覺可感知新型態商標後天識別性之判斷因素比較

在歐洲，非視覺可感知新型態商標若欲透過取得後天識別性而註冊成為新型態商標，其應判斷之因素如同其他型態之商標，除了應考量市場佔有率以外，還有例如投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等。而我國則依商標識別性審查基準規定，應考量：一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場佔有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據。

本文以下就歐洲與台灣實務案例對於非視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷要件，簡單以表格方式呈現。

<sup>514</sup> See *supra* note 493.

表 15 歐洲與台灣非視覺可感知新型態商標之後天識別性判斷因素比較表

		歐洲	台灣
聲音商標		聲音商標若欲取得後天識別性與其他商標應無不同，	一、商標的使用方式、時間長短及同業使用情形；二、銷售量、營業額與市場占有率；三、廣告量、廣告費用、促銷活動的資料；四、銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所的範圍；五、各國註冊的證明；六、市場調查報告；七、其他得據為認定有後天識別性的證據。
氣味與味道商標	氣味商標	同上	同上
	味道商標	同上	同上
觸摸商標		同上	同上

來源：本文自行整理



## 第六章 結論

現今商業活動發展多元化，廣告及傳播媒體日新月異，商業的多元化帶動了商標類型的多樣化，單純的文字、圖形、記號等傳統型態的商標已不敷現在交易市場需求。為吸引消費者購買，行銷商品或服務的方式不斷推陳出新，例如商人運用有特色的商品形狀、包裝容器外觀、聲音、顏色等，在激烈的競爭市場中吸引消費者，使消費者認識並購買其產品，因此逐漸發展出立體、聲音、顏色商標，而時至今日，不只立體、聲音或顏色商標，氣味、觸感、動態影像與全像圖，亦可能成為商品或服務的識別標識。因此我國於民國一百年六月二十九日所修正商標法之一大重點即為擴大商標之保護客體，新修正之商標法第十八條例示商標得由文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等之標識或其聯立式標識組成，立法理由中亦指出商標保護之客體不以法條例示為限，亦可包括氣味、味道和觸摸。我國經濟部智慧財產局網站在商標檢索系統中之特殊型態商標查詢亦配合增列了「全像圖」、「動態」和「其他」的選項可供查詢，而原本的「立體、顏色及聲音商標審查基準」則修正名稱並增修其內容為「非傳統商標審查基準」，以茲因應國際間開放受理更多新型態商標之國際潮流。

本文以下即整理前述之歐洲有關要符合新型態商標所要通過之審查要件法律規範和案例見解，與我國作比較<sup>515</sup>，就法律規範面及審查和司法實務面，提出一些建議。

### 一、法律規範面

#### (一) 應在能確定商標內容及範圍之前提下，使圖文表示的方法更多樣化

顏色、立體、聲音、全像圖、動態、氣味、味道、觸摸等晚近發展出來的新型態商標，不僅型態上與傳統商標有異，申請註冊時除檢附商標圖樣外，通常尚須輔以商標描述及商標樣本，始能將消費者實際接觸的商標真實呈現，

<sup>515</sup> 可參本文圖表 2、3、4、10、11、14、15。

故國際間對於此類型商標應如何提出清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之圖文表示多有爭議。從歐洲法院相關判決可以看出歐洲法院對於新型態商標之圖文表示十分重視且採較嚴格的標準。因為依歐洲商標規則第四條或歐洲第一指令第二條都規定，商標必須是得以圖文表示之標識，而圖文表示必須符合清楚的、精確的、完整獨立的、容易取得的、可理解的、持久的、客觀的等要件，始可能予以註冊。又新型態商標在本質上未如傳統商標能具有較明確的說明，因此在對於新型態商標之註冊上，法院更要求其圖文表示之要件。例如歐洲法院在審理聲音商標時認為，必須以五線譜的方式呈現，且包括譜號、音符、休止符、長度、臨時符號等節拍；在審查顏色商標時則認為，除須以國際顏色分類碼說明外，在顏色組合亦要求說明顏色之比例配置；而在氣味商標的部分，化學式、文字描述、提出氣味樣本或結合三種方法都無法滿足圖文表示，所提出之文字描述和象徵性圖形說明，仍須達到 C-273/00 Sieckmann 一案<sup>516</sup>之標準<sup>517</sup>。

惟從歐洲商標審查基準規定在申請顏色商標時，雖然仍建議申請人提供國際分類碼，但若申請人未提供，並不會構成申請案被核駁之理由，而聲音商標之申請，則准許申請人附上聲音電子檔，不再限於五線譜，可以看出歐洲對於圖文表示方式有更加多樣化的趨勢。此種趨勢也可以從歐洲馬普報告<sup>518</sup>中看出端倪，馬普報告研究中指出有相當多的社會團體認為圖文表示是過時的要求，並認為法律規定應予以修正，即歐洲商標規則第四條或歐洲第一指令第二條所規定，商標必須得以圖文表示之標識的規定應予刪除，以識別性作為註冊商標保護之基本要件，使新型態商標在實務操作上可以更加自由有彈性，但該等團體也強調，圖文表示的放寬不應損及 Sieckmann 案<sup>519</sup>關於法律確定性的要求（指商標權確切範圍得由商標註冊本身予以界定）<sup>520</sup>。

---

<sup>516</sup> See supra note 64.

<sup>517</sup> 蘇文萱，同前註 65，頁 71。

<sup>518</sup> 董延茜，同前註 243，頁 5。

<sup>519</sup> See supra note 64.

<sup>520</sup> 董延茜，同前註 243，頁 8。

而我國關於圖文表示之規定，在民國一百年六月二十九日所修正商標法第十九條前，是必須要以視覺可感知之圖樣表示呈現，修法後已採類似歐洲法院 *Sieckmann* 案<sup>521</sup>所立下之標準，即應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現商標圖樣，惟在新型態商標的情形，申請人即便已窮盡其力使商標圖樣符合本法規定之呈現方式，該商標圖樣與真實的商標之間仍不免有所差距，例如音樂性質的聲音商標，以五線譜作為商標圖樣，雖已符合清楚、完整及客觀呈現方式之規定，但與以聽覺辨識的聲音商標本身仍有差距，而須輔以商標的描述說明及存載該聲音的樣本<sup>522</sup>。故在申請註冊新型態商標的情形，囿於新型態商標之性質，應是在能確定申請商標之權利主體的範圍下，讓商標圖樣或輔助之商標描述、商標樣本能以更多元多樣的方式呈現，使新型態商標在實務操作上可以更加自由有彈性。

## （二）應在公平競爭與保持公共使用需求之考量下，使具功能性或通用性之商標，獨立於識別性判斷

依歐洲判決顯示，歐洲第一指令第三條第一項第 e 款項禁止純粹功能性形狀或賦予商品實質性價值的形狀註冊為商標的規定僅適用於新型態商標中之立體商標，相較於我國非傳統商標審查基準之規定認為各種新型態商標皆須考慮其功能性有無，而先行排除給予註冊商標，歐洲法院僅在立體形狀之審查上有考慮功能性，其他新型態商標則無似太過狹隘，因為每種新型態商標應都須考慮若使具有功能性的商品歸屬於一人所有，將造成市場的永久獨佔，不利於市場的公平競爭與技術進步之可能，在鼓勵創新與維護公共利益間取得衡平，應由專利法賦予功能性商品有限的保護期間應足以保護，就不該由商標法取得永久保護。又於其他新型態商標之註冊時，歐洲法院通常會考量若允許其註冊，是否將影響其他使用者之權利，譬如依 *C104-01 Libertel* 一案<sup>523</sup>，歐洲法院似將顏色商標之公共利益考量擺在識別性之下位概念，即可能某一商標具有識別性，惟考量大眾使用之公共利益，而排除給予註冊商

<sup>521</sup> See *supra* note 64.

<sup>522</sup> 非傳統商標審查基準 2.1。

<sup>523</sup> See *supra* note 74.

標。一般而言，商標法應容許於最大可能性上，使申請人得以自由運用巧思選擇適合表彰其商品或服務之標識作為商標，惟為維持公眾秩序與利益，自由選擇之界限必須受商標法或相關審查基準之限制<sup>524</sup>。我國亦有類似之規定，我國商標法第二十九條規定通用商標不具有識別性，我國非傳統商標審查基準亦規定通用商標若為一人所專用，將嚴重影響公平競爭，故無法藉由證明後天識別性的方式取得註冊。本文以為，在考量公平競爭與保持公共使用需求而不允許註冊商標之情形，應如同功能性一樣，必須與判斷商標本身識別性分開，非識別性之下位概念而於識別性判斷時予以審查，應於識別性判斷前即排除給予註冊商標之可能性，因為此類商標就算具有識別性也因公益考量而無法註冊成為商標，若再考量識別性似有些多餘。因此我國非傳統商標審查基準中放在識別性考量下之通用性新型態商標部分，應該修正移除。至於除了本文提及之案例外，哪些商標類型亦須考量公共利益與公平競爭、該如何分類，在這社會變遷、科技日新月異的時代，實為一難題有待解決。

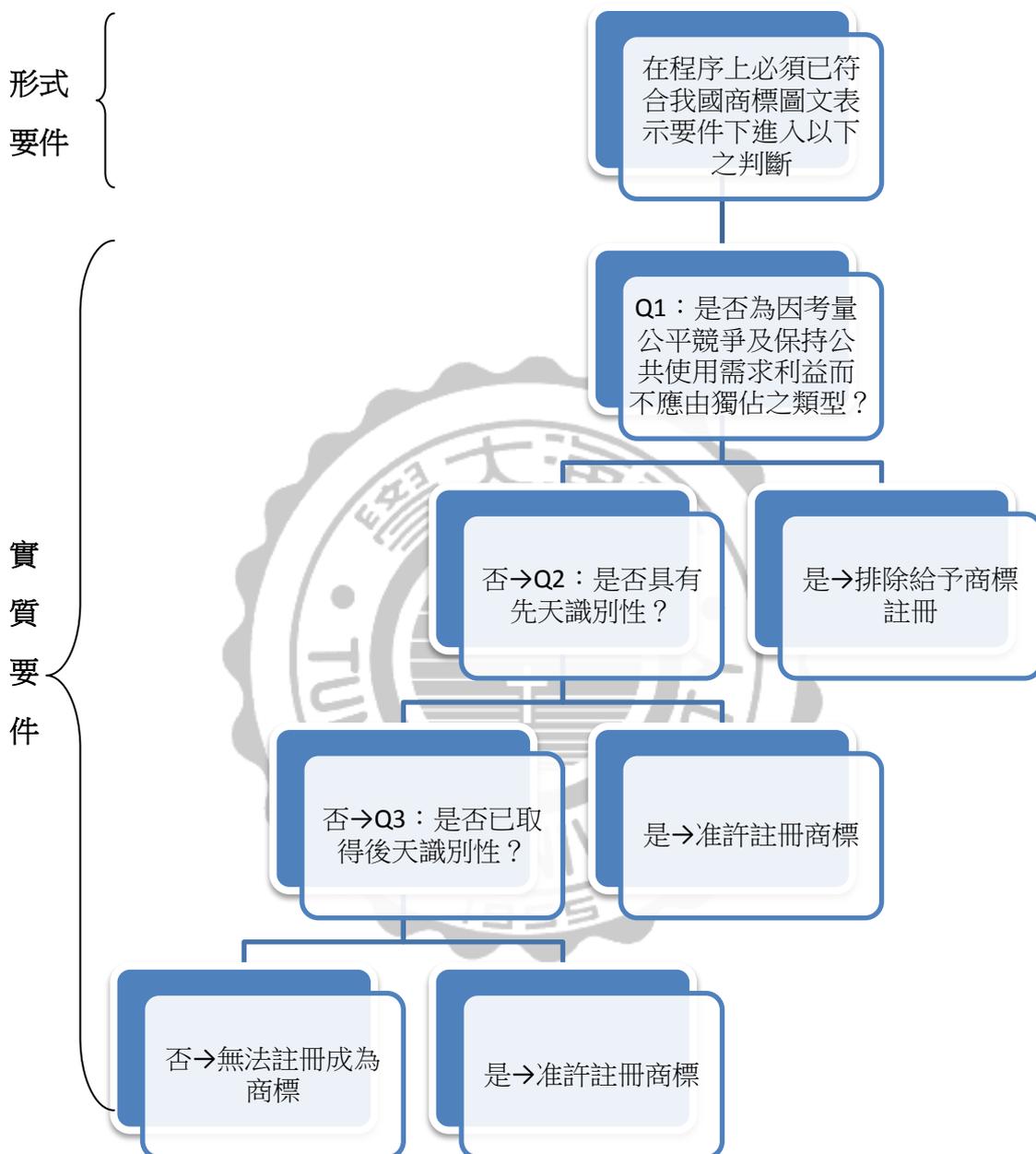
## 二、審查及司法實務面

### （一）本文建議在新型態商標之審查應採以下之流程

因為本文認為，如本文於第四章所舉之因有保持公共使用需求之類型，而不允許註冊商標，因具有公益之考量，應與商標本身之識別性分開判斷，非識別性之下位概念，在商標本身之識別性判斷前即應排除給予註冊商標之可能性，無須再進入識別性判斷。因此在新型態商標審查流程一開始為考量程序上是否以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現商標之圖樣，而在符合我國新型態商標之圖文表示方式後，即為判斷系爭新型態商標是否為因考量公平競爭或其他保持公共使用需求情況而不應由一人獨佔之類型，若是，則不須判斷其是否具有識別性而直接排除給予註冊商標之可能，若否，則可進入先天識別性之審查，而不具有先天識別性之新型態商標，仍有機會因系爭新型態商標已經長期使用，消費者可以聯想該商品或服務之特定來源，進而註冊成為商標。

<sup>524</sup> 許曉芬，使公眾誤認誤信商標之探討—評最高行政法院九十九年度判字第一九二四號判決，月旦法學雜誌第 202 期，2012 年 3 月，頁 207。

圖 2 新型態商標審查流程圖



來源：本文自行整理

## （二）在保持公眾需求之考量下，功能性應取較嚴格之判斷標準

如本文第四章所述，我國功能性考量依修正後之非傳統商標審查基準 3.2.4（2）規定「另若就可達特定技術效果的立體形狀取得商標權，將限制競爭同業以該形狀作為技術解決方案的選擇自由，而妨礙公平競爭者，即便有其他的替代形狀可達到相同的技術效果，亦無法克服該形狀具有功能性的核駁事由。」比起就審查基準規定「立體形狀為達到某種技術效果所必要，...，且尚無其他替代的形狀可達到相同的效果」，似轉向與歐洲法院認為僅僅需是為了實現某種技術效果之形狀即可，不必再考慮是否還有其他形狀能夠實現相同的技術的看法較為接近。本文認為，歐洲法院之見解效果雖嚴格一點，但我國在修法中有向歐洲見解靠攏之趨勢，因為只能以一種方式達到某一特定效果的情形在科技發達的今日並不常見，即使有其他方式可以達成同樣的效果，但或許成本比較高、形狀比較不討喜而未必是最好的方式，仍有可能造成排擠使用的效應，考量避免不公平競爭及給予一般公眾自由使用之權利，判斷商標是否具有功能性而排除給予註冊商標保護，無須再考量有無其他替代方式為妥。

## （三）在後天識別性要件之考量，申請人必須精確且明確提出系爭新型態商標已在我國經長期使用之證據

歐洲法院在判斷新型態商標是否因具識別性或因取得後天識別性而得註冊成為商標，與我國並無太大的不同。新型態商標與傳統型態商標之識別性並無不同，只是一般消費者尚較不熟悉新型態商標呈現之方式，而不易彰顯其識別性，使得大眾難免有新型態商標很難取得識別性之印象。新型態商標與日俱增，消費者對於立體、聲音、顏色、氣味、觸摸等之感官刺激將越來越敏銳，而不須被告知、被教導即能知道辨識其為一種商標，則認定新型態商標具有先天識別性之機會應會增加<sup>525</sup>。惟由於目前新型態商標要取得先天識別性仍較為困難，因此申請人多透過證據證明其已經長期大量使用而例外取得後天識別性。歐洲法院對於後天識別性的判斷應考量的因素有商品之市

<sup>525</sup> 張澤平，同前註 502，頁 67。

場佔有率、投資的金額、使用密度、使用期間、使用地理範圍、工會的證明或民意調查報告等，且歐洲法院判決多認為所謂經使用取得識別性，必須是證明共同體商標在所有原本不具識別性的會員國，經使用後都取得識別性，才能與共同體商標為單一權利的原則相符合<sup>526</sup>，十分嚴苛。觀諸我國法院實務判決，對於新型態商標後天識別性證據之認定亦十分嚴格，惟在一百年六月二十九日修正商標法，開放更多種類商標得申請註冊後，已有許多新的商標申請案，新聞媒體的傳播<sup>527</sup>及智財局的宣導，也可能使原來不具識別性的標識，轉變為來源的指示，而成為消費者對該標識的主要認知，申請人提出相關證據證明因後天識別性之取得而得註冊商標之機會也就增加了。

在後天識別性之證據審查，主張取得後天識別性所應提出相關事證之多寡，應個案認定之。在舉證方面，如本文之前所介紹之案例，實務在審查時常碰到的難題是，申請人所提出的事證資料無法證明是否為「系爭新型態商標」已「長期」在「台灣」已經長期使用，例如提供商標之商品圖片、商品包裝盒等資料，僅係商標如何使用之情形，無法提供長期使用或使用結果之證明，申請人也常以提出已於其他國家取得商標註冊為證據，但是卻完全沒有在我國國內之使用資料，實務上亦無法認定我國國內消費者已可認識其為表彰商品或服務來源之標識，又商品銷售量多寡、廣告量及相關促銷活動成果等都須係針對系爭新型態商標本身才行。

開放受理多樣化之新型態商標為國際間勢不可擋的潮流，未來可以期待的是，我國會有越來越多新型態商標註冊的實務案例，對於我國商標制度的發展將有不同的契機。在採擴大新型態商標申請審查之立場的同時，審核時則應更加謹慎，隨時考慮是否有公共利益、競爭自由與交易自由之必要，及

---

<sup>526</sup> 採用這樣的原則，可能會造成實務上根本不可能有商標能夠證明取得後天識別性的情形。因此馬普報告建議，若能證明商標於該等原先不具識別性地區的大多數市場具有識別性，則應認為該商標取得後天識別性。董延苗，同前註 243，頁 18。

<sup>527</sup> 例如 2012 年 6 月 19 日之自由時報電子報即以「氣味、觸覺 下月起都能註冊商標」為題作報導，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jun/19/today-life12.htm>，最後瀏覽日：2012/11/27。

是否具識別性、圖文表示要件，明確確定商標權利範圍，也可以避免商標獨佔權過度擴張。本文雖僅就歐洲與我國目前新型態商標實務案例作初淺的整理，惟在未來我國實務案例的累積，希冀我們能從其中找尋並建立一套屬於新型態商標完整的審查基準。



## 參考文獻

### 一、中文資料

#### (一) 專書

1. 李茂堂，商標新論，元照出版，2006年9月。
2. 林洲富，商標法案例式，五南圖書出版，出版一刷，2008年8月。
3. 國外商標判決案例與分析，經濟部智慧財產局編印，民國98年4月。
4. 黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會－相生與相剋之間，元照出版，2009年04月。
5. 曾陳明汝著、蔡明誠續著，商標法原理，修訂三版，新學林出版，2007年4月。
6. 趙晉牧、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，智慧財產權入門，元照出版，2005年5月。
7. 熊誦梅，當公法遇上私法－台灣智慧財產訴訟制度之今昔，元照出版，2011年5月。
8. 劉孔中，公平交易法，出版二刷，元照出版公司，2005年1月。
9. 鄭中人，智慧財產權法導讀，增訂三版，五南圖書出版，2007年3月。
10. 謝銘洋，智慧財產權之制度與實務，翰蘆圖書出版，2004年10月。

#### (二) 期刊論文

1. 牛木理一著、蔡竹根譯，訂立立體商標制度衍生之諸問題（一）與意匠法牴觸及界線，工業財產權與標準第59期，1998年2月，頁48-54。
2. 王美花，非傳統商標之審查及檢討與改進，智慧財產權月刊第84期，經濟部智慧財產局，2005年12月，頁47-57。
3. 王敏銓、黃皓陽，美國商標法對營業包裝與非傳統商標之保護－兼論我國對立體商標的保護，中原財經法學第二十二期，2008年6月，頁95-128。
4. 朱稚芬、鍾桂華，非傳統商標之「看不到」篇－以美國與歐洲案例為中心，智慧財產權月刊第109期，經濟部智慧財產局，2008年1月，頁94-134。
5. 沈宗倫，商標侵害法理在數位時代的質變？－以「商標使用」與「初始興趣混淆」為基點的反省與檢討，政大法學評論第123期，民國100年10月，頁343-405。
6. 宋紅松，商品外型與立體商標－飛利浦 v.s 雷明頓案評述，智慧財產權月刊第54期，經濟部智慧財產局，2003年6月，頁53-68。
7. 呂姝賢、張雅惠、劉沿汝，商標識別性我國案例之介紹，智慧財產權月刊第103期，經濟部智慧財產局，2007年7月，頁5-29。
8. 周柏岳，論動態商標之法律保護－以我國審查實務與國際案例為核心（上），智慧廣流傳，<http://www.wipo.com.tw/wio/?p=2256>。

9. 周柏岳，論動態商標之法律保護－以我國審查實務與國際案例為核心（下），智慧廣流傳，<http://www.wipo.com.tw/wio/?p=2580>。
10. 侯啟麟，從我國實物判決探討立體商標與表徵之保護，中原大學財金法律研究所，98 碩士。
11. 高秀美，擴大保護非傳統商標之介紹，智慧財產權月刊第 127 期，經濟部智慧財產局，2009 年 7 月，頁 19-61。
12. 洪燕嫩，論立體商標之註冊須具備非功能性要件，聖島國際智慧財產權實務報導，2006 年 6 月，8 卷 6 期；亦可參閱聖島國際專利商標聯合事務所網站，[http://www.saint-island.com.tw/ch/b\\_maint\\_04.asp](http://www.saint-island.com.tw/ch/b_maint_04.asp)。
13. 洪淑敏，國外非傳統商標之審查，智慧財產權月刊第 84 期，經濟部智慧財產局，2005 年 12 月，頁 5-46。
14. 洪淑敏，顏色、聲音、立體形狀商標之申請，科技法律透析 16 卷 10 期，2004 年 10 月，頁 41-45。
15. 許曉芬，從法國法院幾則判決談我國以著作權保護香水之可能，智慧財產權月刊 167 期，經濟部智慧財產局，2012 年 11 月，頁 74-90。
16. 許曉芬，使公眾誤認誤信商標之探討－評最高行政法院九十九年度判字第一九二四號判決，月旦法學雜誌第 202 期，2012 年 3 月，頁 202-217。
17. 許曉芬，從比較法觀點論妨害公共秩序或善良風俗之商標－評智慧財產權法院九十七年度行商訴字第八十五號判決，高大法學論叢第七卷第一期，頁 123-156。
18. 許忠信，立體形狀功能性之介紹，智慧財產權月刊第 127 期，經濟部智慧財產局，2009 年 7 月，頁 5-18。
19. 許忠信，由 TRIPs 與巴黎公約等國際規範我國商標法上之保持公共使用需求－從廣告名句「鑽石恆久遠一顆永流傳」之商標註冊爭議談起，臺北大學法學論叢第 67 期，2008 年 9 月，頁 43-114。
20. 張澤平，顏色、聲音、立體商標之識別性－從實務審查案例談起，智慧財產權月刊第 105 期，經濟部智慧財產局，2007 年 9 月，頁 59-67。
21. 黃堅貞，氣味商標之研究－以實務申請探討為中心，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，民國 96 年 2 月 27 日。
22. 曾淑婷，氣味商標問題之研究，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 95 年 6 月。
23. 董延茜，歐盟商標制度檢討－馬普報告重點介紹，智慧財產權月刊第 163 期，經濟部智慧財產局，101 年 7 月，頁 5-47。
24. 劉真伶、鄭淑芬，歐盟商標識別性案例介紹，智慧財產權月刊第 139 期，經濟部智慧財產局，2010 年 7 月，頁 29-80。
25. 陳宏杰、楊子儉、顧秋香、朱稚芬、鍾桂華，歐盟及美國商標識別性案例介紹，智慧財產權月刊 103 期，經濟部智慧財產局，2007 年 7 月，頁 30-66。
26. 鄒永祥，新應用刺激雷射全像市場發展，光連雙月刊第 36 期，2001 年 11 月，頁 28-36。
27. 熊誦梅，聲音商標之先天識別性，TIPA 智慧財產培訓學院，2010 年 2 月 11 日，[http://www.tipa.org.tw/p3\\_1-1.asp?nno=77](http://www.tipa.org.tw/p3_1-1.asp?nno=77)。

28. 鐘一晟,我國非傳統性商標保護之研究-以立體、顏色與聲音商標為中心,輔仁大學財經法律系,93 碩士。
29. 蘇文萱,服務場所裝潢設計之保護,成大法學第 21 期,2011 年 6 月,頁 143-174。
30. 蘇文萱,圖文表示要件於新型態商標下之檢討,成大法學第 20 期,2010 年 12 月,頁 31-73。

## 二、外文資料

1. AHUJA, V.K., Non-traditional trade marks : new dimension of trade marks law, E.I.P.R. 2010, 32(11), 575-581.
2. GILSON LALONDE, Anne & GILSON, Jerome, Getting real with nontraditional trademarks : What's next after red oven knobs, the sound of burning methamphetamine, and goats on a grass roof?, 101 TMR 186.
3. JACONIAH, Jacob, The requirements for registration and protection of non-traditional marks in the European Union and in Tanzania, IIC 2009, 40(7), 756-781.
4. LYONS, Debrett, Sounds, smells and signs, E.I.P.R. 1994, 16(12), 540-543.
5. MATTY, Lesley, Rock, Paper, Scissors, Trademark? A comparative analysis of motion as a feature of trademarks in the United States and Europe, 14 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 557, Fall, 2006.
6. MCCORMICK, Kevin K., "Ding" You are now free to register that sound, WORLD-JLR, 96 TMR 1101.
7. OHLY, Ansgar, The freedom of imitation and its limits - a European perspective, IIC 2010, 41(5), 506-524.
8. SCHAAL, Coarsen, The Registration of Smell Trademarks in Europe: another EU Harmonisation Challenge, LEX e-SCRIPTA Online Legal Journal, 2003, at [http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#\\_ftn9](http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm#_ftn9).
9. SHAW, Katerina, Likelihood of coexistence : a comparative analysis of the interplay between European trademark law and free competition, Fall, 2009, 18 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 51.
10. TRAUB, Florian, The Bardehle Pagenberg IP Report, 2007/II ; [http://www.bardehle.com/uploads/files/IP\\_Report\\_2007\\_II.pdf](http://www.bardehle.com/uploads/files/IP_Report_2007_II.pdf).
11. TURNER-KERR, Peter, Trade mark tangles: recent twists and turns in EC trade mark law, E.L. Rev. 2004, 29(3), 345-365.
12. YARBROUGH, Robert J. Prptection of Trade Dress, June, 2001 : <http://www.yarbroughlaw.com/Publications/pubs%20patent2%20Recent%20Developments%20in%20Trade%20Dress.htm>

### 三、網路資料

#### (一) 中文

1. 我國經濟部智慧財產局：<http://www.tipo.gov.tw/>
2. 我國智慧財產法院網站：[http://ipc.judicial.gov.tw/ipr\\_internet/](http://ipc.judicial.gov.tw/ipr_internet/)
3. 中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)：  
<http://taiwan.wtocenter.org.tw/centerIntro.asp>
4. 歐洲經貿辦事處：[http://eeas.europa.eu/delegations/taiwan/index\\_zt.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/taiwan/index_zt.htm)
5. 台一國際專利商標事務所：<http://www.taie.com.tw/tc/index.asp>
6. 維基百科：  
<http://zh.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:%E9%A6%96%E9%A1%B5>
7. 自由時報電子報：<http://www.libertytimes.com.tw/>
8. Yahoo 新聞：<http://tw.news.yahoo.com/>
9. 大紀元新聞網：<http://www.epochtimes.com/>
10. 白花油國際有限公司網站，  
[http://www.whiteflower.com.tw/products/product\\_01.html](http://www.whiteflower.com.tw/products/product_01.html)

#### (二) 外文

1. World Intellectual Property Organization：  
<http://www.wipo.int/portal/index.html.en>
2. Intellectual Property Office：  
<http://www.ipo.gov.uk/pro-types/pro-tm/t-law.htm>
3. Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM)：  
<http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.en.do>
4. Deutsche Patent-und Markenamt，  
[http://www.dpma.de/english/trade\\_marks/search/index.html](http://www.dpma.de/english/trade_marks/search/index.html)
5. The United States Patent and Trademark Office：<http://www.uspto.gov/>
6. International Trademark Association (INTA)：  
<http://www.inta.org/Pages/Home.aspx>
7. Association Internationale pour la Protection de la propriété Intellectuelle：  
<http://www.aippi.org.sg/reports.html>
8. Court of Justice of the European Union：[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)

### 四、案例

#### (一) 外國

1. Case C-98/11 P, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (4th Chamber) of 24 May 2012.
2. Case C-48/09P, *Lego Juris A/S v. Office for Harmonisation in the Internal*

- Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 September 2010.
3. Case C-513/07 P, *AGC Flat Glass Europe SA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Order of the Court (6th Chamber) of 17 October 2008.
  4. Case C-238/06, *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (8th Chamber) of 25 October 2007.
  5. Case C-24/05, *August Storck KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (1st Chamber) of 22 June 2006.
  6. Case C-25/05, *August Storck KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (1st Chamber) of 22 June 2006.
  7. Case C-173/04P, *Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (1st Chamber) of 12 January 2006.
  8. Case C-447/02 P, *KWS Saat AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (2nd Chamber) of 21 October 2004.
  9. Case C-49/02, *Heidelberger Bauchemie GmbH*, Judgment of the Court (2nd Chamber) of 24 June 2004.
  10. Case C-473/01P, *Procter & Gamble Company v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (6th Chamber) of 29 April 2004.
  11. Case C-456/01, *Henkel KGaA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court (6th Chamber) of 29 April 2004.
  12. Case C-363/99, *Koninklijke KPN Nederland NV v. Benelux-Merkenbureau*, Judgment of the Court (6th Chamber) of 12 February 2004.
  13. Case C-283/01, *Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex*, Judgment of the Court (6th Chamber) of 27 November 2003.
  14. Case C-104/01, *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau*, Judgment of the Court of 6 May 2003.
  15. Case C-53/01, *Linde AG, Winward Industries Inc.*, Judgment of the Court of 8 April 2003.
  16. Case C-273/00, *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt*, Judgment of the Court of 12 December 2002.
  17. Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd*, Judgment of the Court of 18 June 2002.
  18. Case T-336/08, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the General Court (1st Chamber) of 17 December 2010.
  19. Case T-378/07, *CNH Global NV v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the General Court (2nd Chamber) of 29 September 2010.
  20. Case T-28/08, *Mars, Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance

- (4th Chamber) of 8 July 2009.
21. T-141/06, *Glaverbel SA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 September 2007.
  22. Case T-305/04, *Eden SARL v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (3rd Chamber) of 27 October 2005.
  23. Case T-393/02, *Henkel KGaA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (4th Chamber) of 24 November 2004.
  24. Case T-234/01, *Andreas Stihl AG & Co. KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (4th Chamber) of 9 July 2003.
  25. Case T-110/02, *Axions and Belce v. OHIM (Forme de lingot doré)*, JUDGMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE (4th Chamber) of 30 April 2003.
  26. Case T-316/00, *Viking-Umwelttechnik GmbH v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Judgment of the Court of First Instance (4th Chamber) of 25 September 2002.
  27. OHIM, the Fourth Board of Appeal of 2 July 2009, *Vita-Mix Corporation v. OHIM*, R 1607/2008-4.
  28. OHIM, der Ersten Beschwerdekammer vom 28. Mai 2008, *Hilti Aktiengesellschaft v. OHIM*, Case R 550/2005-1.
  29. OHIM, the Second Board of Appeal of 4 May 2007, *Mars U.K. Limited v. OHIM*, Case R 1620/2006-2.
  30. OHIM, RESOLUCIÓN de la Cuarta Sala de Recurso de 12 de diciembre de 2005, *PIKOLINO'S INTERCONTINENTAL, S.A. v. OHIM*, Case R 0445/2003-4.
  31. OHIM, DÉCISION de la Quatrième Chambre de Recours du 19 janvier 2004, *Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.) v. OHIM*, Case R 0186/2000-4.
  32. OHIM, ENTSCHEIDUNG der Ersten Beschwerdekammer vom 23. September 2003, *Automobili Lamborghini Holding S.p.A. v. OHIM*, Case R 0772/2001-1.
  33. OHIM, the Fourth Board of Appeal of 25 August 2003, *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation v. OHIM*, Case R 0781/1999-4.
  34. OHIM, the Second Board of Appeal of 4 August 2003, *Eli Lilly and Company v. OHIM*, Case R 0120/2001-2.
  35. OHIM, the Third Board of Appeal of 5 December 2001, *MYLES LIMITED v. OHIM*, Case R 0711/1999-3.
  36. OHIM, the Second Board of Appeal of 11 February 1999, *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing v. OHIM*, Case R 0156/1998-2.
  37. Case I ZB 73/05, BGH, 05.10.2006.
  38. *In re Morton-Norwich Products, Inc.*, 671 F.2d 1332, 1340-1341, 213 USPQ 9, 15-16(C.C.P.A.1982).

## (二) 我國

1. 最高行政法院 99 年度判字第 1096 號。
2. 最高行政法院 99 年度判字第 681 號。
3. 最高行政法院 99 年度判字第 468 號。
4. 最高行政法院 99 年度判字第 28 號。
5. 最高行政法院 98 年度判字第 902 號。
6. 最高行政法院 98 年度判字第 704 號。
7. 最高行政法院 98 年度判字第 670 號。
8. 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 108 號。
9. 智慧財產法院 99 年度行商訴字第 147 號。
10. 智慧財產法院 98 年度行商更(一)字第 5 號。
11. 智慧財產法院 98 年度行商訴字第 27 號。
12. 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1265 號。
13. 臺北高等行政法院 97 年訴字第 1237 號。
14. 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1205 號。
15. 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1117 號。
16. 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 3501 號。
17. 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 3325 號。
18. 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2136 號。

