

102060302「無痕刮痧」商標申請註冊事件(商標法§230101) ([智慧財產法院 101 年度行商訴字第 155 號行政判決](#))

爭議標的：商標識別性、商標後天識別性

系爭商標：無痕刮痧（申請第 100031632 號）

系爭服務：第 44 類：醫療；診所；中醫醫療；民俗療法之診療；經絡推拿；脊椎按摩治療；醫藥諮詢；物理治療；減肥塑身；美容諮詢顧問；按摩；芳香療法服務

相關法條：修正前商標法第 23 條第 1 項第 1 款、第 23 條第 4 項

判決要旨

1. 申請註冊之商標必須具有使相關消費者認識或區別其為商標之識別性，且商標不得為商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明。未具有先天識別性之商標，經申請人使用，在交易上已成為其商品或服務之識別標識者，即具有後天識別性，而得申請註冊。惟該商標是否具有後天識別性，仍應由申請人提出具體使用證據證明之。
2. 系爭商標既係單純之文字商標，且未經任何特殊設計，而所謂「刮痧」二字復為國人習知習用之民俗療法，原告亦聲明不專用，是就未經任何設計之單純文字商標而言，其所欲賦予消費者之寓目印象，應即為其所使用之文字表面意義。當消費者目睹「無痕刮痧」一詞時，主觀上係用以與傳統「留痕刮痧」療法對比，消費者所產生之聯想乃此係一種新式療法，不會在被刮痧者身上留下痕跡，消費者著重者在於其所傳達之一種「技術」，而非將其當作毫無意義之圖騰文字。系爭商標「無痕刮痧」並非指哪一家或哪一門派之療法，而係一種相對於「留痕刮痧」之通稱，系爭商標就商品或服務之說明性程度極高，就服務或商品來源之指向性極低，換言之，識別性不高。
3. 被告所提傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會之聲明書影本雖聲明「無痕刮痧」為陳塗牆所創，業界皆知為其商標。然此所謂「均知」一節並無任何客觀資料佐證，且該聲明書僅係泛稱「業界」，至於其範圍究竟多廣，亦無客觀資料可參，而一般判斷識別性之有無，乃係以相關消費者或普通消費者之認識為其依據，此一民俗療法之消費者，應指一般普羅大眾，消費者是否已在系爭商標與大唐盛世公司或陳塗牆之間建立不易動搖之指向關係，並未獲得證明。另外，有關陳塗牆先生至購物頻道說明產品，性質上乃係推銷自己委託銷售之商品，僅能作為原告推廣產品之證明，不能作為系爭商標已具後天識別性之堅強證據。況原告於上開頻道中推廣商品，仍以大唐盛世公司名義為主，並非以「無痕刮痧」作為商標推廣產品（例如：「無痕刮痧牌」刮痧板），自亦不能作為系爭商標已獲得後天識別性之證明。另有關書籍銷售、招牌、訪談等，主要均係在說明「無痕刮痧」之療法，並非在說明「無痕刮痧」商標之設計意匠，是縱使有關無痕刮痧之書籍、訪談等如何成功，僅能證明消費者對此一療法之興

趣，而非將該「療法」視為「商標」。如何可以做到「無痕刮痧」，各家各派民俗療法有其千秋之處，此猶如太極拳其源雖一，卻各有門派之別，難謂「無痕刮痧」即指原告一家，是原告上開證據資料，僅能證明消費者對「無痕刮痧」一詞與民俗療法間認知之關聯性，系爭商標與原告間亦未產生單一來源指向性之聯結關係，益證系爭商標並未取得後天識別性。至原告銷售商品金額若干，與其促銷方式有關，尚難執為系爭商標是否具有後天識別性之依據。綜觀上開證據資料，無法證明系爭商標業經原告長期廣泛使用於指定商品或服務，且在交易上已成為國內相關事業或消費者所知悉，並得藉以與他人服務相區別，進而取得商標第二層意義。

【判決摘錄】

一、本案事實

原告於民國 99 年 6 月 29 日以「無痕刮痧」商標（下稱系爭商標），指定使用於當時商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 44 類之「醫療；診所；中醫醫療；民俗療法之診療；經絡推拿；脊椎按摩治療；醫藥諮詢；物理治療；減肥塑身；美容諮詢顧問；按摩；芳香療法服務」服務，向被告申請註冊，並聲明商標圖樣中之「刮痧」不得單獨主張專用權。經被告審查，認本件商標圖樣上之「無痕刮痧」有指刮痧後不會傷到皮膚表皮，癒後不會留下痕跡之意涵，以之指定使用於上揭服務，給予消費者有標榜刮痧後不傷皮膚不留痕跡之刮痧手法的印象，為服務的說明，無法使服務之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，不具識別性；雖原告聲明中文「刮痧」不在專用之列，惟因其整體商標圖樣欠缺識別性，並無系爭商標核駁處分時商標法第 19 條聲明不專用規定之適用；又原告所舉證據資料無法證明系爭商標在我國已具後天識別性，應不准註冊，以 101 年 3 月 23 日商標核駁第 337032 號審定書為核駁之處分。原告不服，提起訴願，經訴願機關決定駁回，原告猶未甘服，遂向本院提起行政訴訟。

二、本案爭點

系爭商標之註冊聲明「刮痧」不專用後是否仍有核駁處分時商標法第 19 條、第 23 條第 1 項第 1 款、第 24 條第 1 項規定之適用？

三、判決理由

（一）按「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。

前項商標，應足以使商品或服務之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。」為本件商標核駁處分時商標法

第 5 條所規定。又「商標包含說明性或不具識別性之文字、圖形、記號、顏色或立體形狀，若刪除該部分則失其商標之完整性，而經申請人聲明該部分不在專用之列者，得以該商標申請註冊」、「商標有下列情形之一者，不得註冊：一、不符合第 5 條規定者。．．．。二、表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明者。」復為同法第 19 條及第 23 條第 1 項第 1 款、第二款所規定，亦即申請註冊之商標必須具有使相關消費者認識或區別其為商標之識別性，且商標不得為商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明。而「．．．有不符合第 5 條第 2 項規定之情形，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，不適用之。」同法第 23 條第 4 項亦有明文。亦即，未具有先天識別性之商標，經申請人使用，在交易上已成為其商品或服務之識別標識者，即具有後天識別性，而得申請註冊。惟該商標是否具有後天識別性，仍應由申請人提出具體使用證據證明之。

- (二)本件原告前於 99 年 6 月 29 日以未經任何特殊設計，單純以文字構成之「無痕刮痧」商標（下稱系爭商標，參附表所示），指定使用於當時商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 44 類之「醫療；診所；中醫醫療；民俗療法之診療；經絡推拿；脊椎按摩治療；醫藥諮詢；物理治療；減肥塑身；美容諮詢顧問；按摩；芳香療法服務」服務，向被告申請註冊，並聲明商標圖樣中之「刮痧」不得單獨主張專用權。經查，系爭商標既係單純之文字商標，且未經任何特殊設計，而所謂「刮痧」二字復為國人習知習用之民俗療法，原告亦聲明不專用，是就未經任何設計之單純文字商標而言，其所欲賦予消費者之寓目印象，應即為其所使用之文字表面意義。又當文字商標所具有之表面意義與其所指定使用之商品或服務無必然關聯性時，則其識別性較強，例如「統一」、「蘋果」等文字均有其固有之字面意義，但當「統一」指定使用在食品、飲料或連鎖餐飲服務時，因其間並無必然關聯性，是以其識別性較強；同理，「蘋果」商標若指定使用在蘋果水果商品，因其僅係產品品質之說明，故不具識別性，惟若其指定使用在電腦產品或網路服務，因商標與商品或服務間並無關聯性，則其識別性較強。本件原告系爭商標係在國人習知習用、且原告聲明不專用之「刮痧」二字前，加上「無痕」二字，指定使用在商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 44 類之「醫療；診所；中醫醫療；民俗療法之診療；經絡推拿；脊椎按摩治療；醫藥諮詢；物理治療；減肥塑身；美容諮詢顧問；按摩；芳香療法服務」服務，由於所謂「刮痧」一詞即指中醫醫療或民俗療法、經絡推拿或物理療法之一種，因此就系爭商標整體文字觀察，與其所指定使用之商品或服務兩者間具有極

高程度之關連性，換言之，系爭商標欲使消費者聯想之商品或服務，與民眾實際上會聯想之商品或服務殆無差異，亦即「民俗療法」。

(三)承前所述，原告系爭商標與其所指定使用之商品或服務間之關連性極高，消費者幾乎無須特別聯想，即可知道系爭商標是指一種民俗療法，此與上揭「統一」與「蘋果」二商標與渠等所指定使用之商品或服務間毫無關聯不同。而一般民眾所認知之刮痧療法於實施後通常會在患者身上留下「刮」後之紅斑，嚴重者尚會在皮膚表層出現微血管破裂之刮痕，換言之，傳統民眾認知之「刮痧」療法乃「有痕刮痧」或「留痕刮痧」。是以，當消費者目睹「無痕刮痧」一詞時，主觀上係用以與傳統「留痕刮痧」療法對比，心中所產生之寓目印象乃此種刮痧「方法」異於傳統，換言之，消費者所產生之聯想乃此係一種新式療法，不會在被刮痧者身上留下痕跡，消費者著重者在於其所傳達之一種「技術」，而非將其當作毫無意義之圖騰文字。是以，系爭商標「無痕刮痧」並非指哪一家或哪一門派之療法，而係一種相對於「留痕刮痧」之通稱，系爭商標就商品或服務之說明性程度極高，就服務或商品來源之指向性極低，換言之，識別性不高。此在另一種民俗療法「拔罐」亦相仿，蓋傳統拔罐均會在患者身上留下大小不一之圓形（通常而言）紅斑，此為一般消費者普遍之認知，若有所謂「無痕拔罐」，消費者之寓目印象亦會立即與所謂之「留痕拔罐」產生對比性之聯想，認為其係指一種異於以往之療法，乃一種技術或服務之說明，其識別性自然不高。況本件原告亦不否認所謂「無痕刮痧」者，乃指不會在患者身上留下痕跡而言，益證系爭商標顯然係商品或服務之說明，不具先天識別性。

(四)原告稱縱認系爭商標不具先天識別性，亦因原告大量且長期使用而取得後天之識別性，具體事證包括：(1)「無痕刮痧」之招牌照片，可證「無痕刮痧」確實被當作商標在使用；(2)中華民國傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會所出具之聲明書影本及系爭「無痕刮痧」商標分別在 97 年、100 年於前揭工會總會會員代表大會手冊上；(3)100 年至 101 年商貿旅遊大黃頁、新月廣場的商品 DM 內頁所登載之廣告；(4)各電視節目與報章雜誌訪談資料；(5)電視購物台邀請原告之父母陳塗墻老師與林麗華女士，親上節目介紹銷售「無痕刮痧」商標商品；(6)以「無痕刮痧」作為關鍵字搜尋相關網頁，所得網頁幾乎皆是指向原告與父母所共同經營的大唐盛世公司；(7)陳塗墻老師所著述「神奇的無痕刮痧」一書，上市一年間銷售數量達 24,000 本；(8)每次原告之父「陳塗墻老師」在電話中或親自拜訪各基層工會和客戶時，自我介紹其為新北市傳統整復推拿職業工會理事「陳塗墻」、或介紹其為大唐盛世氣身館館長「陳塗墻」時，對方均一臉茫然，搞不清楚「陳塗墻」是

誰？但當「陳塗牆老師」提到無痕刮痧時，對方馬上會說喔！我知道「就是無痕刮痧的陳老師」等，由是足見系爭商標縱使未取得先天識別性，亦已取得後天識別性云云。惟查，被告所提傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會之聲明書影本雖聲明「無痕刮痧」為陳塗牆所創，業界皆知為其商標云云，然上開證明書並無法證明系爭商標是否具有先天識別性，而非商品或服務之說明。至後天識別性部分，上開聲明書雖載業界均知「無痕刮痧」為陳塗牆之商標云云，然此所謂「均知」一節並無任何客觀資料佐證，且該聲明書僅係泛稱「業界」，至於其範圍究竟多廣，亦無客觀資料可參，而一般判斷識別性之有無，乃係以相關消費者或普通消費者之認識為其依據，此一民俗療法之消費者，應指一般普羅大眾，而一般普羅大眾之消費者是否均已認知系爭商標即指大唐盛世公司或陳塗牆，換言之，消費者是否已在系爭商標與大唐盛世公司或陳塗牆之間建立不易動搖之指向關係，並未獲得證明。另外，有關陳塗牆先生至購物頻道說明產品，性質上乃係推銷自己委託銷售之商品，僅能作為原告推廣產品之證明，不能作為系爭商標已具後天識別性之堅強證據。況原告於上開頻道中推廣商品，仍以大唐盛世公司名義為主，並非以「無痕刮痧」作為商標推廣產品（例如：「無痕刮痧牌」刮痧板），自亦不能作為系爭商標已獲得後天識別性之證明。另有關書籍銷售、招牌、訪談等，主要均係在說明「無痕刮痧」之療法，亦即係在說明此種療法之實際實施方式為何，例如如何可以不留痕跡，具有何種療效等等，並非在說明「無痕刮痧」商標之設計意匠，是縱使有關無痕刮痧之書籍、訪談等如何成功，僅能證明消費者對此一療法之興趣，而非將該「療法」視為「商標」。事實上，如何可以做到「無痕刮痧」，各家各派民俗療法有其千秋之處，此猶如太極拳其源雖一，卻各有門派之別，難謂「無痕刮痧」即指原告一家，是原告上開證據資料，僅能證明消費者對「無痕刮痧」一詞與民俗療法間認知之關聯性，無法證明系爭商標已獲得後天識別性。況原告亦自承每次原告之父「陳塗牆老師」在電話中或親自拜訪各基層工會和客戶時，自我介紹其為新北市傳統整復推拿職業工會理事「陳塗牆」、或介紹其為大唐盛世氣身館館長「陳塗牆」時，對方均一臉茫然，搞不清楚「陳塗牆」是誰？但當「陳塗牆老師」提到無痕刮痧時，對方馬上會說喔！我知道「就是無痕刮痧的陳老師」等，足徵系爭商標無法使消費者一望即知係大唐盛世公司或陳塗牆，換言之，系爭商標與原告間並未產生單一來源指向性之聯結關係，益證系爭商標並未取得後天識別性。至原告銷售商品金額若干，與其促銷方式有關，尚難執為系爭商標是否具有後天識別性之依據。而其他經准許之案例，與本件案情有別，或該案例中之商標另有文字或圖樣之設計變化，尚難比附援引。

是綜觀上開證據資料，無法證明系爭商標業經原告長期廣泛使用於指定商品或服務，且在交易上已成為國內相關事業或消費者所知悉，並得藉以與他人服務相區別，進而取得商標第二層意義，原告所言並不足採。

四、判決結果

被告依首揭規定，為否准系爭商標註冊之處分，並無不合。訴願決定予以駁回，亦無違誤，均應予以維持。本件原告訴請撤銷原處分及訴願決定，並命被告為准許系爭商標註冊之處分，為無理由，應予駁回。

五、系爭商標

無痕刮痧

●[回首頁目錄](#)

●[延伸閱讀判決全文](#)