

[智慧財產法院 101 年度行商訴字第 155 號行政判決](#)

原 告 陳思翰

送達代收人 謝顯榮

被 告 經濟部智慧財產局

代 表 人 王美花

訴訟代理人 劉淑芳

上列當事人間因商標註冊事件，原告不服經濟部中華民國 101 年 8 月 9 日經訴字第 10106110440 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、事實概要：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。

貳、原告主張：

一、按最高行政法院 93 年度判字第 432 號判決援引最高行政法院 49 年度判字第 127 號及 60 年度判字第 374 號判例意旨，認商標註冊事件，行政法院之任務既在於審查行政處分是否以其發布之法律狀態為據，並進而判斷有無違法與損害人民權益，在行政處分發布後法律狀態變更，既非原處分機關作成處分時所能斟酌，自不能以其後出現法律狀態而認定原處分違法。故判斷行政處分是否合法之基準時，為原處分發布時。本案系爭商標前於 99 年 6 月 29 日申請註冊，被告於 101 年 3 月 23 日作成「應予核駁」之審定，故系

爭商標之申請，應否准許註冊，應以 92 年 5 月 28 日修正公布之商標法（下稱修正前商標法）為斷。

- 二、次按「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」，為修正前商標法第 5 條第 2 項所明定。又，「商標不符合第 5 條規定者，不得註冊」為修正前商標法第 23 條第 1 項第 1 款所明定，觀諸該等條款之立法意旨，係為確保商品或服務之識別功能，惟商標識別性有無之判斷，係指商標應就指定使用之商品或服務、消費者之認知、實際交易情況及其使用方式，判斷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或服務相區別，合先陳明。
- 三、復依修正前商標法第 23 條第 4 項之規定，有商標法第 23 條第 1 項第 2 款規定之情形或有不符合第 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。亦即，縱商標不具先天之識別性，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，即已取得後天之識別性，應准予註冊，併予敘明。
- 四、系爭商標之授權使用關係：系爭商標暨其所表彰之商品與服務，皆係原告之父陳塗墻老師所研發創用。嗣後，陳塗墻老師即將系爭商標讓與予原告，惟為便利系爭商標之推廣使用，原告爰再授權原告之父母陳塗墻老師與林麗華女士及吾等共同經營的「大唐盛世國際股份有限公司」（下簡稱大唐盛世公司）使用，據此，被授權人陳塗墻老師與林麗華女士及大唐盛世公司對於系爭商標之使用，亦應視為原告的使用。

五、系爭商標具先天識別性

- (一)「無痕刮痧板」及「無痕刮痧法」是原告之父陳塗墻老師集一生經驗，整合中、西、民俗刮痧理論，精心鑽研後所創，亦係五千年來首創之民俗療法。蓋傳統刮痧，乃是用邊緣鈍滑的器具，如銅錢、瓷匙、水牛角、檀香木板等，於塗抹水、香油或其他潤滑劑後，在人體局部皮膚上進行刮磨，使其出現痧斑或痧痕的一種外治法。刮痧療法，是我國古代人民在與疾病鬥爭的長期醫療護理實踐中創造出來的一種中醫外治法，用於患有「痧」一類疾病的病人。「世醫得效方」又名痧氣或痧脹，痧症，是指夏秋之間，因感受風、寒、暑、濕之氣，或因感受疫氣、穢濁之氣而見身體寒熱、頭眩、胸悶、噁心、腹脹、腹痛、或神昏喉痛、或上吐下瀉，或腰如帶束，或指甲青黑，或手足直硬麻木等一類病症。臨床根據不同的病因或辨證又可分為暑痧、斑痧、絞腸痧、吊腳痧、疫痧等，對於該病證的論述見清代郭志邃撰於 1675 年的「痧脹玉衡」，例如該書指出：「痧毒在氣分者刮之；在血分者刺之（放血）；在皮膚者淬之；入臟腑者宜蕩滌攻逐之」。由於痧症的出現，隨之產生刮痧這種方法。刮痧療法，創始於我國古代何時，目前仍未確知，然於春秋戰國時期即有與刮痧相關之敘述，「扁鵲傳」中記載，扁鵲使弟子子陽礪針砥石，以

- 取外三陽五會。有間，太子蘇．．．。其中的礪針就是指針刺，而砥石就是表面光滑的石塊。這說明當時是利用石器作為刮痧器具，進行刮痧治病的。
- (二)明清兩代，該法已引起醫藥學家們的普遍重視。根據湖南李金庸教授的初步考證，認為痧症的開始記載當在元代，明代時有了運用刮痧療法治療痧症的記載。該法開始只用於痧症，後來發展成為治療各種病證的自然療法。長期以來，它以簡便、經濟、快捷、安全可靠，作用廣泛等優點，故在我國民間廣為流傳，是一種既可治病又可保健的自然療法。據前揭文獻敘述，傳統刮痧法必有痧斑或痧痕的出現。
- (三)然，由原告之父陳塗墻老師所研發設計的「無痕刮痧板」，卻可以在不留痧斑或痧痕之情況下，仍收刮痧療法之效，是所謂「無痕刮痧」乃是違反常理，本不可能達成的，係在陳塗墻老師殫思極慮之下，始設計出創新的「無痕刮痧板」及研發出「無痕刮痧療法」，職此，所謂「無痕刮痧」乃是陳塗墻老師所首創，具有獨創性，並非業界習知習用或慣用之技術療法或用語，蓋依常理及一般消費者之認知，「無痕」與「刮痧」間洵無關聯性，亦即，「無痕刮痧」一詞大大顛覆了一般消費者對於既有事務之瞭解與邏輯，消費者需要運用一定程度的想像、思考、感受或推理，才能領會標識與商品或服務間的關聯性，是以系爭商標充其量僅是「暗示性標識」，仍具先天識別性。況且，在原告之父陳塗墻老師開創系爭商標商品或服務之前，坊間並無名為「無痕」之刮痧商品或服務，亦非業界慣用之稱呼，更非相關消費者用以直接說明本案任一指定商品或服務之詞彙，職此，系爭商標並非所指定商品或服務之描述性文字。
- (四)次查，被告於修正前「商標識別性審查基準 2.2.1」復自承「暗示性商標為具有先天識別性的標識，描述性標識則屬於不具先天識別性的標識，除非證明取得後天識別性，否則不得註冊。兩者的區分具有法律上的重要意義，但「直接說明」與「暗示性描述」的區別並不容易，判斷的關鍵在於：無須證明取得後天識別性，即直接准予註冊，是否對競爭同業不公平。在個案判斷時得參酌(1)消費者需要運用想像力的程度而言，「無痕」的刮痧方式實徹底顛覆傳統「有痕」的刮痧療法，是以消費者絕對需要運用想像力才能將「無痕」與「刮痧」相結合；就(2)辭典定義而言，「無痕」向與刮痧無涉；就(3)報紙、雜誌或網路的使用而言，試以「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之父陳塗墻老師或原告與父母所共同經營的大唐盛世公司；就(4)競爭者可能需要使用的程度而言，業界皆知「無痕刮痧」係陳塗墻老師所創用，且在陳塗墻老師創用之前，並無其他競爭同業使用「無痕」作為商標，而在陳塗墻老師創用之後，多數同業於尊重智慧財產權之前提下，亦未使用「無痕刮痧」以表彰與刮痧板相關之商品或服務，此有中華民國傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會所出具的聲明書以資佐證，足堪證明業界皆知系爭「無痕刮痧」商標係原告之父陳塗墻老師所創之商標，並非一般的描述性文字。準此，參酌前述四項判斷因素後，益證系

爭商標為仍具先天識別性之暗示性商標，並非描述性標識，則被告未詳究審查基準及上開證據，率為核駁之原處分，即顯與法未洽。

(五)進言之，被告一再指稱系爭商標為描述性標識或一般廣告敘述用語，然，類似本案案情而准予註冊者，所在多有，例如：(1)註冊於第 25 類「襪子、絲襪、男裝、女裝……」等商品上的第 01360525 號「無痕」商標；(2)註冊於第 21 類「肥皂盤架、牙膏及牙刷架……」等商品上的第 01158653 號「無痕」商標；(3)註冊於第 16 類「雙面膠片(帶)；便條夾」商品上的第 01129340 號「無痕」商標；(4)註冊於第 20 類「非金屬製掛鉤」商品上的第 01127450 號「無痕」商標；(5)註冊於第 5 類「中藥材、草藥……」等商品上的第 01122887 號「無痕」商標；(6)註冊於第 5 類「營養補充品、人體用藥品」商品上的第 01463863 號「無暇平衡錠」商標；(7)註冊於第 35 類「超級市場、量販店……」等服務上的第 01420115 號「無毒的家」商標；(8)註冊於第 5 類「滅蟲用製劑、衣服和紡織品用除臭劑……」等商品上的第 01383335 號「無塵家」商標；(9)註冊於第 3 類「化妝品」商品上的第 01328056 號「無齡肌密」商標；(10)註冊於第 3 類「洗浴泡劑、洗潔精……」等商品上的第 01281466 號「無毒生活」商標；(11)註冊於第 38 類「電視播送服務、電視節目之衛星傳送服務……」等服務上的第 01217622 號「無線」商標；(12)註冊於第 21 類「非人體清潔用刷、毛刷……」等商品上的第 01344196 號「無痕大師」商標；(13)註冊於第 3 類「洗衣粉、潔領精……」等商品上的第 01341201 號「洗無痕」商標；(14)註冊於第 25 類「內衣褲、襪子……」等商品上的第 01139082 號「無痕肌」商標……等等，凡此案例，不勝枚舉，在在證明系爭商標實無識別性之疑義。至被告雖於原處分理由中表示原告所舉核准案例，經查所指定之商品／服務與本件不同，或商標之設計樣態與本件有異，或屬另案問題，基於商標個案審查拘束原則，尚難執為本件商標亦應核准註冊之論據；惟，「相同事物性質應為相同之處理，非有正當理由，自不得為差別待遇。故行政機關非有正當理由，作成行政行為時，對行為所規制之對象，不得為差別待遇，此稱行政自我拘束原則。申言之，經濟部智慧財產局作成商標之行政處分後，亦與相對人相同，應受該行政處分之拘束，倘無正當理由，自應保障人民在法律上地位之實質平等。」為鈞院 101 年度行商訴字第 9 號判決要旨載明，本案中，上開註冊前案與本案案情雷同，則被告即應保障原告在法律上地位之實質平等，遵守行政自我拘束原則，核准系爭商標之註冊申請，始與法相符！

六、縱認系爭商標不具識別性，業經原告大量且長期使用而取得後天之識別性，應准予註冊

(一)原告之父陳塗墻老師長期從事民俗療法之研究，並已蓄積逾 30 年之實務經驗，其中，系爭「無痕刮痧」商標及其所表彰之商品，即是陳塗墻老師畢其三十載之心血於 93 年所開創，而自陳塗墻老師開創「無痕刮痧」商標後，即與原告及原告之母共同大力推廣，除廣受邀參與電視節目訪談外，並常

為報章雜誌採訪報導，且在消費市場上普獲消費者好評，迄今熱銷不墜，茲為證明系爭商標暨其所表彰商品已為業界及相關消費者所周知：

1. 檢附「無痕刮痧」、「大唐盛世國際股份有限公司」招牌照片，益證系爭商標「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的聲明書影本及系爭「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，證明業界皆知系爭「無痕刮痧」商標係原告之父陳塗墻老師所創之商標。
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，其中，商貿旅遊大黃頁是全台觀光飯店皆有，供觀光客瀏覽查閱之工具書，則以飯店、百貨公司皆是人潮聚集之處而言，足資佐證系爭商標已廣為消費者知悉。
4. 各電視節目與報章雜誌訪談資料，僅就 98 年 2 月至 100 年 7 月期間，單以民視頻道而言，原告之父母陳塗墻老師與林麗華女士即頻繁上遍「消費高手」、「美鳳有約」、「台灣好厝邊」、「香榭大道」、「元氣加油站」……等訪談節目，暢談系爭「無痕刮痧」商標商品及其功效；又，前述「消費高手」、「美鳳有約」等節目，乃製播多年的節目，早已累積眾多收視群眾，則在前述節目推波助瀾之下，系爭「無痕刮痧」商標業已為眾多相關消費者所認識，茲謹先檢附前述節目之部分訪談內容，共 19 頁，咸信渠等足證系爭「無痕刮痧」商標暨所表彰的商品與服務已為眾多相關消費者所熟知，並業有令譽。
5. 系爭商標商品的熱銷，電視購物台乃多方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，由於電視購物台對於所錄製的購物節目擁有著作權，所以原告並無法取得全部節目之錄影片段，謹先檢附 97 年 3 月 18 日及 5 至 6 月間東森購物台所播出之片段影像，共 24 頁，洵足證系爭「無痕刮痧」商標商品熱銷之情，以及廣為相關消費者周知之事。
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，此有 23 頁之網頁搜尋結果資料可證，且從前述資料，亦可得見系爭商標商品與服務已廣泛於 Pchome 線上購物、Pchome 商店街、Pchome Online 分紅網、民視購物網、Yahoo！拍賣、Yahoo！購物中心、Yahoo！奇摩超級商城、GoMy 網路購物、LOOK！購物中心、YesGoGoGo.com 購物網、日本原裝生活美容保健購物網、momo 富邦購物網、統一購物便、ihergo 愛合購、GOHAPPY 線上快樂購、生活購物工坊……等通路銷售，此眾多之銷售通路復足證業有眾多消費者使用過系爭商標商品，系爭商標商品已廣泛銷售，是以系爭商標確實足資區辨商品來源，得註冊為商標無疑！

7. 此外，按原處分書所陳，商品、簡介型錄、電視節目介紹畫面、雜誌廣告、網路搜尋結果等僅證明行銷「無痕刮痧板」之事實，且該商品與消費者的識別標示應為「大唐盛世」云云。惟，依被告向來之實務見解，商品或其包裝上之商標標示並未限制僅能標示一個，亦即多個商標是可以同時標示於商品或其包裝上，則被告以系爭商標商品上已標示「大唐盛世」，逕排除「無痕刮痧」作為商標標示之作用，洵屬率斷與無據！況且，參上開原告登載之廣告內容所示，除揭示提供商品主體「大唐盛世公司」之中英文名稱外，亦包括系爭「無痕刮痧」商標，而廣告除呈現該商品獨家設計外，並無將系爭商標作為產品或服務說明之用，益證系爭商標確非產品性質說明之文字。
8. 再者，陳塗墻老師畢其逾 30 年臨床經驗所著述「神奇的無痕刮痧」一書，上市自出版日 100 年 12 月 7 日起至 101 年 9 月 20 日止，銷售數量即約 24,000 本，且在博客來、新絲路、金石堂、TAAZE 讀冊、華文網、三民．．．等多個網路書店或 GOHAPPY 快樂購等線上購物通路，皆可購得，業已有近 30 個電視或廣播節目邀請陳塗墻老師暢談其所首創的系爭商標暨其商品與服務，為使鈞院更了解系爭商標，爰祈卓參原卷之「神奇的無痕刮痧」一書及陳塗墻老師受邀訪問節目的整理表供參（其中不乏 57 同學會等知名節目）。另據「大唐盛世公司」98、99 年度營利事業所得稅結算申報書影本，其營業額分別為新臺幣（下同）10,599,917 元、5,071,123 元，數額不低！
9. 自從媒體大量訪問，「神奇的無痕刮痧」書的出版，及到各全省各地舉辦講座以後，一般大眾對無痕刮痧的識別性，實際上已經超越傳統整復推拿職業工會，以及大唐公司的名號，從每次原告之父「陳塗墻老師」在電話中或親自拜訪各基層工會和客戶時，自我介紹其是新北市傳統整復推拿職業工會的理事「陳塗墻」，或介紹是大唐盛世氣身館的館長「陳塗墻」時，得到的反應就是一臉茫然，搞不清楚「陳塗墻」是誰？但當「陳塗墻老師」提到無痕刮痧時，馬上會說喔！我知道「就是無痕刮痧的陳老師」。因此證明無痕刮痧不但已取得廣泛的後天識別性，而且已經超過對大唐盛世商標和新北市職業工會的識別認知。同時也說明民眾對無痕刮痧的聽覺識別性遠大於視覺識別性，因此不適用於因字體沒有經過設計，所以不具視覺識別性的法條規範，且民眾對無痕刮痧的深刻識別印象，是直接聯想到陳老師，以及陳老師所設計的無痕刮痧板，和無痕刮痧手法，所以無痕刮痧應該通過專用商標之申請，始合商標法旨。
10. 綜上，系爭商標於其使用上業已累積一定之知名度，所出版之書籍已引起廣大讀者支持，另原告對於系爭商標的推廣不遺餘力，除由陳塗墻老師於新北市傳統整復推拿職業工會開設課程外，多家知名企業例如華邦電，亦廣邀陳塗墻老師講授系爭商標暨其商品與服務，渠等均在在證明系爭商標之使用事實暨其高知名度，且消費者對系爭商品業已有相當之品牌信賴感

與忠誠度，亦已廣為業界及相關消費者所周知。是以，被告及訴願機關指稱系爭商標之使用證據不足以取得後天識別性之見解，洵與事實不符！

(二)再者，稽上開理由之註冊第 01360525 號「無痕」商標與註冊第 01127450 號「無痕」商標，皆係依據修正前商標法第 23 條第 4 條規定，於取得後天識別性後予以核准註冊。準此，本於相同之商標法旨與審查基準，不論審酌先天或後天識別性，本件系爭商標皆應核准註冊為是。

七、此外，原告擬再強調重伸，無痕刮痧療法是陳塗墻老師所創，並因應新的理論和手法，設計發明了「無痕刮痧板」，更把他的經驗和手法編寫成書，取名為「神奇的無痕刮痧」，這是一種全新的技術手法，理應專法專用，系爭商標無違修正前商標法第 23 條第 1 項第 1 款之規定，縱使系爭商標不具識別性，但在原告與原告父母及所營「大唐盛世公司」等被授權人大力推廣與使用下，業已取得後天識別性，符合修正前商標法第 23 條第 4 項之規定，原告爰聲明求為判決：1. 訴願決定及原處分均撤銷。2. 被告就申請案號第 099031269 號「無痕刮痧」商標註冊申請事件，應作成核准審定之處分。

參、被告抗辯：

一、按「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」，固為本件商標修正前商標法第 19 條所明定。惟商標整體不具識別性時，表示商標圖樣整體無法作為識別商品或服務來源的標識，即使請求聲明整體圖樣或圖樣中之某一部分不專用，商標整體仍不具識別來源之功能，故屬不得為聲明不專用的情形。（被告公告 99 年 1 月 1 日生效之「聲明不專用審查基準」5.1 商標整體不具識別性）。經核本件商標圖樣上之「刮痧」雖經原告聲明不專用，惟商標圖樣是否得准予註冊，仍應以其整體圖樣為準，合先敘明。

二、次按「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」、「商標不符合第 5 條規定者，不得註冊」，為修正前商標法第 5 條第 2 項、第 23 條第 1 項第 1 款所明定。描述性標識指對於商品或服務的品質、功用或其他有關的成分、產地等特性，作直接、明顯描述的標識，消費者容易將之視為商品或服務的說明，而非識別來源的標識（被告公告 98 年 1 月 1 日生效之「商標識別性審查基準」2.2.1 參照）（下稱「商標識別性審查基準」）。又文字作為指示及區別商品或服務來源的標識，是否具有識別性，取決於文字的意義及其與指定商品或服務之間的關係。當文字完全沒有商品或服務品質、功用或其他特性的說明含義，或含義極低時，為識別性較強的文字商標。至於指定商品或服務的通用名稱，或其品質、功用或其他特性的直接明顯說明性文字，則不具識別性。市場上新開發之產品或服務，開發廠商所賦予之產品或服務名稱，雖為首創，惟若為商品或服務的直接明顯說明，因其容易讓人明瞭所指商品、服務為何或其技術內容，其他同業也需要使用該等簡單、明顯、直接的

表述，則不宜由一人取得排他專屬權，雖為申請人所首創，仍應認為其屬商品或服務的相關說明，不具識別性。當文字的意義為商品或服務的說明，即使同業無使用相同文字做為商品或服務說明的事實，仍不能改變其為商品或服務說明的本質，而不能作為該文字具有識別性的證據。

- 三、經核系爭商標為單純未經設計之中文商標，經查詢網路資料，「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，指定使用於「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」等服務，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，依消費者的認知，通常不會將其視為指示來源之標識，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，自有前揭法條之適用，原告聲明「刮痧」不專用除無修正前商標法第19條規定之適用外，爰依修法前商標法第23條第1項第1款規定，應予核駁。
- 四、原告雖主張由原告之父陳塗墻老師開創設計出「無痕刮痧板」及研發出「無痕刮痧療法」，故「無痕」與「刮痧」間洵無關聯性，消費者絕對需要運用想像力才能將「無痕」與「刮痧」相結合，以「無痕刮痧」搜尋網頁，幾乎指向陳塗墻老師或大唐盛世公司，且在陳塗墻老師創用之後，多數同業亦未使用「無痕刮痧療法」以表彰與刮痧板相關之商品或服務，足堪證明系爭商標非一般描述性文字，具先天識別性等語。經查，「刮痧」是用邊緣光滑的湯匙、銅錢、硬幣或較專業牛角骨刮痧板，在病人身體的施治部位上順序重複刮動的治療方法，是民間流傳已久且為國人熟知習用的傳統療法。而刮痧會有痧點和酸脹感，「痧」，其實是人體內疾病在身體表面的特殊表現。而「無痕刮痧」係指以圓珠設計之刮痧板進行刮痧，避免因刮痧器具不當或刮痧時過度施力造成皮膚破皮流血，係強調具有刮痧後不傷害皮膚且不留傷痕之功效，依一般社能理解其係標榜該商品／服務，並不會造成皮膚之傷害，亦即直接明顯說明該刮痧器具／刮痧手法之功能、性質說明，自不具識別性。凡此尚有原告前案獲准之註冊第01320203號「無痕刮痧及圖」商標，係以「無痕刮痧」經原告聲明不專用後核准註冊得證，足見原告之主張不足採。
- 五、原告所舉獲准註冊案例，核其或為依修正前商標法第23條第4項規定獲准註冊，或為其圖樣文字經特殊設計或為係由「無痕」另結合其他文字，其文字組合已跳脫原有意涵，或為其指定之商品／服務性質與本案不同，均難比附援引。況本件商標圖樣係以「無痕」結合其指定服務內容說明性或不具識別性之文字「刮痧」，二者文字組合更容易使相關消費者直接聯想，並明瞭其指定之服務為何或其技術內容，並影響其他競爭同業自由使用該等描述性文字，自不宜核准其註冊。
- 六、原告於行政訴訟階段檢送之證據資料與申請註冊及訴願階段檢附之證據資料大致相同，其中證據4網路搜尋結果僅證明行銷「無痕刮痧板」之事實；證

據 5（新增證據）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，惟並無其他資料佐證，證據力薄弱；證據 8 名片 2 紙與招牌上標示之「無痕刮痧」係以較大字體直書之「無痕」與較小字體橫書之「無痕刮痧」結合，與系爭商標尚屬有別，且名片上記載之經營項目為無痕刮痧板等商品與本件指定之醫療等服務顯然不同；證據 9、10 之廣告僅得證明大唐盛世國際股份有限公司有宣傳行銷無痕刮痧板商品之事實；證據 11 電視節目訪談內容、證據 12 東森購物台播出影像亦以介紹刮痧之方法推銷「無痕刮痧板」商品；證據 13「神奇的無痕刮痧」一書為介紹居家刮痧 DIY；證據 14 銷售數據證明書僅私人電子郵件中之文句，證據力薄弱；證據 15（新增證據）網路線上銷售資料係為「神奇的無痕刮痧」一書內容簡介；證據 16、18 為陳塗牆介紹「無痕刮痧」之活動時間表；證據 17 為 98、99 年度營利事業所得稅結算申報書影本，係大唐盛世公司於該年度之營業收入總額，除數量有限外，並無載明特定服務之營業額，尚難執為本件商標有使用於指定服務之證明。綜合原告檢附之證據資料觀之，無法以此遽認系爭商標圖樣自前案註冊第 01320203 號「無痕刮痧及圖」商標後，業經原告長期廣泛使用於指定服務，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，併予陳明。是被告依法核駁其註冊之申請，並無不合。並聲明駁回原告之訴。

肆、兩造之爭點為：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？

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，是以前其識別性較強；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（參原告起訴狀第 6 頁），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牆老師與林麗華女士，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)陳塗牆老師所著述「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，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。

伍、綜上所述，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。

六、本件事證已明，兩造其餘主張或答辯，已與本院判決結果無影響，爰毋庸一一論列，併此敘明。

七、又本件原告經合法通知無正當理由未到場，經核並無民事訴訟法第 386 條各款所列情形，爰依被告之聲請，由其為一造辯論判決，併為說明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依智慧財產案件審理法第 1 條、行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 218 條，民事訴訟法第 385 條，判決如主文。

中 華 民 國 102 年 5 月 2 日

智慧財產法院第三庭

審判長法 官 汪漢卿

法 官 蔡惠如

法 官 陳容正

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，其未表明上訴理由者，應於提起上訴後 20 日內向本院補提上訴理由書；如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第 241 條之 1 第 1 項前段），但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第 1 項但書、第 2 項）。

中 華 民 國 102 年 5 月 7 日

書記官 邱于婷