擴大保護非傳統商標之介紹

高秀美*

壹、前言

我國商標法第 5 條規定，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，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。亦即，有關非傳統商標部分，目前我國僅受理包括立體、顏色、聲音商標等三種，由於非傳統商標對我國商標法制及商標權人與公眾的權益影響甚鉅，且關係促進經濟活動的多元與活潑化，現行條文以列舉方式規定之商標註冊保護範圍，也許有不能滿足目前多元活潑商業活動之要求，為順應國際潮流並保障業者營業上之努力成果，本次商標法修法方向爰參酌商標法新加坡條約規定，擴充各種態樣商標之註冊保護，即開放任何足以識別商品或服務來源之標誌皆能成為商標法保護之客體，草案中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、氣味（Scent marks）或其聯合式等標誌所組成，未來如經立法院三讀通過，商標保護之客體將不限於所例示之情形。

本文希藉由搜集各國對非傳統商標保護之情形，來探討開放保護動態、全像圖、氣味等非傳統商標之定義、申請要件、識別性認定及非功能性等相關問題。以下將逐一就擴大商標法保護客體之必

收稿日：98 年 5 月 15 日

* 作者現為經濟部智慧財產局商標權組法制科科長。

要性、擴大商標法保護客體可能帶來的問題、新類型非傳統商標之介紹、各國商標審查程序比較、新類型非傳統商標之後天識別性等加以說明。

貳、擴大商標法保護客體之必要性

民國 82 年修正之商標法[1]第 5 條明定商標之定義，係包含文字、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，並未包含顏色組合、立體容器之外觀或包裝造型、及聲音。惟西元 1994 年 10 月 27 日各國於瑞士日內瓦簽訂商標法條約（The Trademark Law Treaty）後，各國均依其規定，朝統合及協調商標行政程序而努力，嗣我國為加入世界貿易組織（World Trade Organization,以下簡稱 WTO）[2]而預為準備，配合與貿易有關之智慧財產權協定（Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下簡稱 TRIPS）之規定，於 87 年 11 月 1 日修正商標法，將商標法第 5 條規定修正為，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。將商標之構成要素，除了文字、圖形、記號或其聯合式外，另增加了「顏色組合」亦得單獨作為商標之本體，惟須足以使相關商品或服務之購買人認識其為表彰商品或服務來源之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別者。復因國內工商企業競爭激烈，各種企業活動推陳出新，且鑑於商標係隨著商品流通國際市場，基於保護國內企業之努力成果，爰參考國際立法趨勢，於 92 年 4 月 29 日再次修正商標法第 5 條規定為，商標得以文

[1] 中華民國 82 年 12 月 22 日總統令修正公布。
[2] 我國於 91 年 1 月 1 日加入世界貿易組織 (World Trade Organization,簡稱 WTO)。

字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成，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，增訂單一顏色、聲音及立體形狀亦得作為商標之構成要素，使商標法保護客體從平面商標正式擴大及於三度空間及聽覺的標誌。

現行商標法雖已擴大新增立體商標、聲音商標及單一顏色商標之註冊保護，惟參酌各國商標法規定各有不同，例如中國大陸及日本商標法對非傳統商標之保護，僅止於立體商標，尚無聲音商標之註冊保護，而美國、英國、澳洲等國除立體商標、聲音商標及單一顏色商標之保護外，並保護動態商標、手勢商標、氣味商標及味道商標，美國商標法(Lanham Act)甚至不排除觸感商標之註冊，法國、歐盟亦均受理全像圖商標之註冊，2006 年 3 月 27 日通過之商標法新加坡條約（Singapore Treaty on the Law of Trademarks，簡稱 STLT），其修正重點之一，刪除了商標法條約(The Trademark Law Treaty)第 2 條(1)之 b 款，本條約不適用於全像圖商標和非視覺性標識(non-visible signs)，尤其是聲音商標和氣味商標之規定，即已開放適用於各種特殊形式的標識(particular types of signs)，包括非視覺性標識，亦當然包括全像圖商標。商標法新加坡條約係 2006 年 3 月 13 至 28 日在新加坡舉行之外交會議通過修正，該條約於 10 個國家或跨政府組織寄送批准或加入文書的 3 個月後正式生效。去（2008）年 12 月 16 日澳洲通過批准簽訂新加坡條約的程式，成為第 10 個批准該條約的國家，使該條約在今（2009）年 3 月 16 日正式生效。

商標法新加坡條約修正通過之目的，係因應十餘年來的科技發

展，為商標註冊之行政程序調和化，建置一個強而有力國際架構，其修正商標涵蓋範圍包括全像圖及非視覺標識，換句話說，商標已無客觀形式上之限制，將放諸商標本質作為保護與否之準繩。目前多數國家已開放多種非傳統商標之保護，例如新加坡、英國、美國等，日本雖未簽署該條約，日本特許廳亦已積極研議開放保護非傳統商標之類型，中國大陸商標局亦在作相同之努力。

至於是否有必要對其他類型非傳統性商標進行保護，參考 2007 年日本特許廳審查業務部為引進新型態商標，對日本企業界所作之問卷調查[3]，日本企業已實際使用新型態商標者達 60%，希望全面開放新型態商標者達 82%，包括動態商標占 55%、全像圖商標占 58%、顏色商標（color mark without delineated contours）占 42%、位置商標（position mark）占 60%、聲音商標占 63%、氣味商標占 25%、味道及觸感商標（texture mark）占 20%等，由此高比例之需求意願，堪以推知日本除立體商標之保護外，再開放對其他類型非傳統商標之保護，已勢在必行。反觀我國對非傳統商標之保護，包括顏色、聲音及立體形狀商標，在類型上已超越日本僅限於立體商標之規定，我國業者亦因所投資之心血及創意可受商標法保護之激勵下，自然更加願意努力創新運用各式新型態商標去吸引消費者的目光[4]，以爭取交易機會。基於公平及禁止搭便車或仿襲之理由，所締造出來代表業者之識別標識，自應由法律來保障投資心力創新者

[3] 洪淑敏，98 年 3 月 9 日至 98 年 3 月 13 日赴日本會見「特許廳官員」並拜會「經濟產業調查會」、「特許廳情報機」、「發明協會」、「辯理士公會」及演講出國報告書。

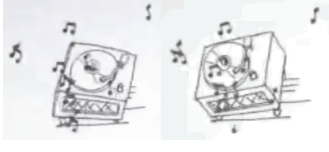
[4] 自 92 年 11 月 28 日開放申請註冊以來，截至 98 年 5 月 1 日止，智慧局受理之立體商標申請案合計 780 件(核准註冊者 301 件、核駁審定者 313 件)，顏色商標申請案合計 202 件(核准註冊者 31 件、核駁審定者 116 件)，聲音商標合計 88 件(核准註冊者 29 件、核駁審定者 41 件)。

之權益。現行有限之非傳統商標保護規定，恐難應付未來「創意無窮　創新無限」之商業活動，本次商標法修法爰參酌商標法新加坡條約規定，朝向擴充各種態樣商標之註冊保護，開放任何足以識別商品或服務來源之標誌皆能成為商標法保護之客體，草案並例示商標得由文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音、氣味或其聯合式等標誌所組成，以彈性立法方式，順應瞬息萬變之國際潮流，並保障業者營業上之努力成果。

參、動態商標、手勢商標、全像圖商標、位置商標、氣味及味道商標、觸感商標之介紹

一、動態商標

（一）定義

所謂動態商標，應係由二個以上之圖像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供服務之識別標誌。例如以一個會扭動跳出音符的留聲機「  」其連續過程構成之動畫，原本僅為單純之動畫作品，若經長期使用而與其表彰的商品或服務來源產生聯結時，該動畫始能成為商標。最有名的動態商標，首推美國哥倫比亞影業公司在美國註冊第 1975999 號「 」動態商標，該公司在出品的電影，片頭均使用手執火把徐徐出現的自由女神像，因其長久反覆使用結果，已

深入消費者心中，自然成為識別來源之標誌。動態的連續立體影像，有別於傳統平面之圖片商標，亦與靜態之立體商標有所不同，例如在電視、電腦畫面映出動態之平面商標或立體商標等等，均將以視覺可辨識的圖形連續產生可感知的變化。

（二）申請要件

動畫指由許多張靜止的畫面，以一定的速度（如每秒 16 張）連續播放時，肉眼因視覺殘象產生錯覺，而誤以為畫面活動的作品。為了得到活動的畫面，每個畫面之間都會有些微的改變。而畫面的製作方式，最常見的是手繪在紙張上，亦有以黏土、模型、紙偶、沙畫等作成動畫。由於電腦科技的進步，現在也有許多利用電腦動畫軟體，直接在電腦上繪製出來的動畫，或在動畫製作過程中使用電腦進行加工。這些動畫之製作必須以許多些微改變之靜止畫面連續播放而產生，若欲以動態商標申請註冊，自然不能將此無數張的畫面來申請註冊，應以少數足以代表其變化過程之畫面來作為圖樣申請註冊，輔以文字描述，惟若仍有不足，宜以檢附動畫樣本之方式為之。

英國及新加坡在動態商標描述上，要求(1)表明為動態商標；(2)以圖形描繪其內容及說明如何變化；(3)包含多少圖形；(4)圖畫之連續順序；(5)該順序必須為單一順序。

（三）識別性

動態商標其構成要素本身以靜止狀態呈現時，應得以認定其具識別性。惟若其構成要素本身，於靜止狀態呈現時，係由常見圖形所構成而無識別性之情形，若其動態狀態本身已具獨特之特徵，仍

可能被認定具識別性。進一步來說，在構成要素於靜止狀態或動態狀態皆無識別性之情形，即可能被認定該動態商標無識別性，例如：常見形狀之原子筆作上下移動敲擊。另動態時間的長短，亦為影響判斷是否足被消費者認識其為商標之判斷考量，例如一般卡通影片較難被認為係商標。又識別性之要求，必須不具功能性。

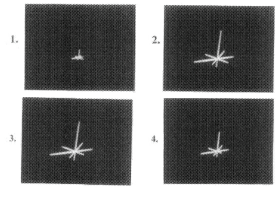
（四）核准案例介紹

◎案例 1.英商 Yell Limited 在紐西蘭註冊第 624855 號「

」

動畫商標，係由一個 8 張靜物攝影照片連續閃爍變動所組成，如圖所示，以圓角平方形狀，依序閃爍顯示；第 1、3、5、7 張，只有圓角方形形狀，第 2 張內含大寫字母"Y"，第 4 張內含大寫字母"E"，第 6 張及第 8 張內含大寫字母"L"。每張依序閃光持續不到一秒。其商標描述:「本件商標係由一個由 8 張靜物攝影照片連續閃爍變動所組成，如圖所示，以圓角平方形狀，依序閃爍顯示。第 1、3、5、7 張，只有圓角方形形狀，第 2 張內含大寫字母"Y"，第 4 張內含大寫字母"E"，第 6 張及第 8 張內含大寫字母"L"。每張依序閃光持續不到一秒。指定使用於第 4 類及第 9 類之「批電信貨物；數據通信貨物；衛星通信貨物；計算機軟體在錄音帶，光碟和卡片上記錄；光碟；CD-ROM；盒式錄像卡帶；盒式錄音卡帶；…」等商品，目前無人異議，也未舉行過聽證會。

◎案例 2. 紐西蘭註冊第 646935 號「 」動畫商標[5]，瑞士洛杉磯羅奇公司(F.HOFFMANN-LA ROCHE AG .)申請註冊，商標描述：「這件商標係由紅色向上快速掃過變成綠色，如圖示，由三個閃光快速掃過變換顏色」，指定使用於「醫藥和衛生調劑；醫學用的飲食物質」商品。本件商標係由紅色向上快速掃過變成綠色，如圖示，由三個閃光快速掃過變換顏色。

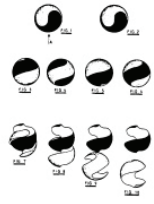
◎案例 3.澳洲註冊第 907230 號「 

」動畫商標[6]係由一個高音砰聲與一幅移動的星星圖像所構成之動畫。指定使用於「29 類-冷凍蔬菜及水果等；第 30 類-冷凍食品包括飯、披薩餅、餡餅、麵團和麵包產品等。」本件動態商標之聲音是由連續大約兩秒高音砰聲，伴隨一顆逐漸變大然後變小的星星影像。申請時，申請書附有星星的變化圖樣及錄製聲音及影像的錄影帶樣本。

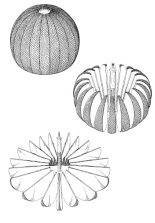
---

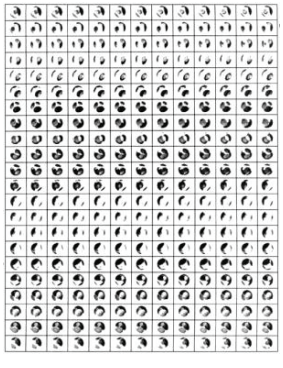
[5] 紐西蘭註冊第 646935 號動畫商標，資料來源：紐西蘭智慧財產局網站，2005/8/28 下載，http://www.iponz.govt.nz/pls/web/DBSSITEN.main?p_access_no=5C1EFAB41CE91637410C43047C740BC7&p_option=IPTM。

[6] 澳洲註冊第 907230 號動畫商標，資料來源：澳洲智慧財產局網站，2009/4/25 下載，http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss/Falcon.Result。

◎案例 4.英國註冊第 2199141 號「  」動畫商標[7]。

商標的描述：商標由包括兩連接的螺旋狀裝飾物組成一個立體球，每一個旋轉的普通軸，等於每個螺旋物向外拋出的直徑。指定使用於第 35 類之「創業；商品或服務的廣告；宣傳文宣的出版」服務。

◎案例 5.英國註冊第 2280003 號「  」動畫商標[8]，指定使用於第 30 類「巧克力」商品。

◎案例 6.英國電信註冊第 2235348 號「  」

[7] 英國註冊第 2199141 號動畫商標，資料來源：英國智慧財產局 2005/10/10 下載 http://webdb4.patent.gov.uk/tm/number。

[8] 英國註冊第 2280003 號動畫商標，資料來源：英國智慧財產局 2005/8/28 下載，http://webdb4.patent.gov.uk/tm/number。

動畫商標[9]，即以圖形及文字所構成旋轉式地球動畫之聯合式組成。指定使用於「第 9 類-電信儀器和儀器、數據通信儀器等；第 16 類-印刷品；賒賬卡，信用狀和借方卡片；支付卡片；資訊存儲器插件；智能卡；第 35 類-線上從電腦數據庫或透過全球電腦網際網路網頁提供商業訊息服務；數據處理服務等；第 36 類-線上從電腦數據庫或透過全球電腦網網頁提供有關係投資資訊服務；第 38 類電信服務等；第 39 類-線上從電腦數據庫或透過全球電腦網網頁提供有關係旅行資訊服務；第 41 類-線上從電腦數據庫或透過在全球電腦網際網路網頁提供娛樂，體育，時裝，時事，新聞，教育，娛樂和出版物訊息；第 42 類-訊息的編輯，貯存，分析，檢索等。」該申請案以 286 張圖片呈現出地球之旋轉動態，描述為：「該動畫分鏡主要係描述地球儀之旋轉；其上分別以紅、粉紅、紫、藍、綠、黃、橘等色代表各大陸陸塊，並如附圖按順序播放，依次為從左上角到右，再回到第二列由左至右，以此類推至最右下角附圖結束播放。」，其實際使用之彩色樣本為「 」。

二、手勢商標

（一）定義

所謂手勢商標係動態商標之另一種態樣，其與人體四肢之動作有關，係長期以手的動作或姿態作為表彰其商品或服務之標誌，並為消費者所知悉認識其為表彰某一特定來源之標誌者，稱為手勢商標。

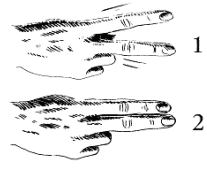
[9] 英國註冊第 2235348 號動畫商標。

（二）申請要件及識別性

因屬於動態商標之一種類型，可參考上述動態商標之說明。手勢商標原則上較動態商標取得識別性的困難度高，因為人類往往有有意識及無意識的肢體語言，有意識的肢體語言通常係為傳達某種信息，例如交通警察指揮交通之手勢，儀隊表演之手勢，發誓之手勢，擠眉弄眼暗示各種信息，佛教的各種手勢更代表佛像的不同身份，表示佛教的各種教義，含義極為豐富；若屬無意識的肢體語言，例如習慣性地在思考時手會插腰、或手抱胸前、或手指摸著鼻頭，不論是否為有意識或無意識的肢體語言，其均為人類通常可見之動作，如何與身外之物商品或服務相聯結，而得以作為指示及區別商品或服務來源之標誌，有賴經過使用而取得後天識別性。

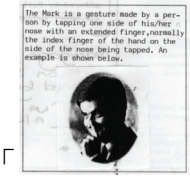
有意識的手勢，例如交通警察指揮交通之手勢或佛教的各種手勢，均代表某一特定之意義，甚或具有功能性，在提供交通安全商品時，以交通警察指揮交通之手勢作為商標，可能是商品之說明，亦不宜獨占使用，以佛教的各種教義手語作為商標，使用於提供色情服務者，將遭佛教徒抗議。另有為幫助聽障同胞之手語，他們有各慣用的手語（手勢），以手形、方向、位置、移動、表情等等，來傳達聽障者的喜、怒、哀、樂等情緒，若屬其通常使用易於溝通之各種手勢，其欲取得後天識別性，恐怕要有更大的努力。

（三）核准案例介紹

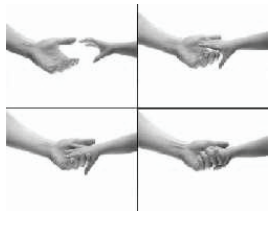


◎案例 1.荷比盧商標局註冊第 520574 號「　　」手

勢商標，Masterfoods Veghel B.V 於 1993 年 4 月申請，指定使用於第 29 類及第 30 類之可可粉、餅乾、巧克力、咖啡、焦糖等商品。本件商標係以食指及中指作剪刀狀開及合連續手勢之動態商標。

◎案例 2.英國註冊第 2012603 號「 

」手勢商標，指定使用於第 36 類「抵押，投資和養老金服務；提供社會建造服務」。本件商標係以一個將手指放在鼻子上的姿勢作為商標[10]。

◎新加坡註冊第 T0501368G、T0501369E、T0501370I 號「  」[11]三件手勢商標，係 NOKIA CORPORATION 於 2005 年 2 月 21 日申請，商標描述：本件商標係由男人的手與小孩的手連續出現的圖像，如圖所示，使男人的手與小孩的手作連續會合扣住的動作。指定使用於第 9、38、41 類商品。

[10] 英國註冊第 2012603 號，指定使用於第 36 類「抵押，投資和養老金服務；提供社會建造服務」。資料來源：英國智慧財產局，http://webdb4.patent.gov.uk/tm/number，2005/8/28 下載。

[11] 新加坡智慧財產局註冊第 T0501368G、T0501369E、T0501370I 號三件手勢商標，資料來源：新加坡智慧財產局，http://tmsearch.ipos.gov.sg/eTMSearch/eRegister_Servlet?Ops=GetMarkDetails&eRSrchType=MOV&eRTmNo=T0501368G，2005/10/19 下載。

三、全像圖商標

（一）定義

所謂全像圖商標或稱雷射圖商標、全息圖商標，係藉由雷射光線反射出來的影像，彷彿是立體之畫面，亦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，亦屬視覺商標，有謂[12]其非有固定之立體形狀，因此全像圖應非屬立體商標之態樣。除日本及美國[13]外，大多數國家多採取較為開放態度，法國、英國及歐盟均已接受全像圖商標之註冊保護。

（二）申請要件

新加坡商標審查手冊規定，全像圖商標在商標描述上之要求：(1)必須描述全像圖商標之每一視角之圖像；(2)簡單的雷射圖，其特徵不必然隨著視角有所變換，而帶有多重圖像，得以單一表達為之。例如依馬德里協定受理之二全像圖商標申請案，案例一 Nitya sarl 申請之「NITYA」全像圖商標，指定使用於第 3 類、第 24 類及第 25 類商品，最初商標描述為「其由雷射圖構成。」，經申請人確認該雷射圖係由簡單圖形構成，且特徵不隨視角改變，而修正商標描述為「該商標由簡單雷射圖所構成，如申請書表所示之圖

[12] 牛木理一作、蔡竹根譯，訂定立體商標制度衍生之諸問題(一)與意匠法牴觸及界限，工業財產權與標準，民國 87 年 2 月，第 49 頁。
[13] 請參後述一商標一申請之說明。

樣」；案例二 Alfred Pfenninggp 申請之「

」全像圖商標，指定使用於第 10 類商品，其商標描述為「該商標由雷射圖構成，其商標上之文字顏色由上而下改變，「Head」由藍色轉為綠色，「Balance」由綠色轉為藍色，破折號仍維持紅色，head 下底線仍為黃色。」惟後案因申請程序問題已遭核駁。

（三）識別性

原則上全像圖係依照其所存載之文字、圖形等識別性有無判斷之，且須考量是否有出於不正目的及同業是否經常於一般業務中使用相同或類似之圖像等情形，例如倒茶之圖像即不適用於表彰咖啡、茶等商品或服務。依目前美國審查實務，全像圖若以各種方式使用，在沒有證據證明消費者已視之為商標之情況下，是無法成為商標的。在 *See In re Upper Deck Co., 59 USPQ2d 1688 (TTAB 2001)*案例中，申請人將雷射設計圖作為商標指定使用在收藏卡(trading cards)商品。因申請人並未聲明其形狀、尺寸、內容及使用在收藏卡上的位置等商標特徵，且申請人實際使用係以各種不同的形狀、尺寸、內容及位置的方式，使用在收藏卡上，除了違反一件商標註冊申請案只能有一個註冊商標的原則外，同時因為資料顯示其他公司亦有使用全像圖在收藏卡及防止產品被仿冒的設計上之習慣，而且也沒有證據證明消費大眾已視申請人之全像圖為指示來源的標誌。美國商標審理及上訴委員會甚至指出，因全像圖以非作為商標目的之使用方式已被社會大眾所普遍使用，致消費者比較不可能把申請人全像圖的使用當作商標來看。因此，不足以證明消費者已將該全像圖當作商標，應依美國商標法(Lanham Act)第 1 條，第 2 條及第 45 條規定，因不具識別性予以核駁。

實務上全像圖被運用作為雷射防偽標籤之情形十分普遍，最常

見於紙鈔上，高價位精品之鑽石腰圍雷射證書編號與雷射防偽標籤，亦運用高科技的顯微印刷技術並使用特殊防護表面膠膜，這種膠膜在螢光照射下會出現 CHECK PROTECT 的英文字樣，讓偽造鑑定書的困難度提高，消費者也比較容易從鑑定書上判斷真偽。雷射防偽標籤運用之廣，除紙鈔、證照及證書外，尚有優良茶、酒、藥品、大閘蟹、手機電池、光碟、家電產品、信用卡及各種驗證商品，是若所使用全像圖係僅係作為防偽目的使用，非作為商標使用者，例如商品上除全像圖外，復無明顯作為表彰商品來源之商標，該全像圖則較難具有商標識別性。

至若其設計除作為防偽目的使用外，尚兼作為商標使用，消費者是否能將其視為商標，以作為區辨商品來源之識別標誌，可能須依個案判斷。例如著名的 NOKIA 手機電池，即使用雷射防偽標誌，並提供辨識之方法，其雷射防偽標誌構圖係以立體感「NOKIA」呈現，標誌的下半部分為大手與小手相交的圖案，上半部為立體的“傾斜的橢圓柱”，橢圓柱的頂端是橢圓形「NOKIA」logo，橢圓柱的左、右、下、上，分別有一、二、三、四個黑點，標誌左側有1 個黑點如「

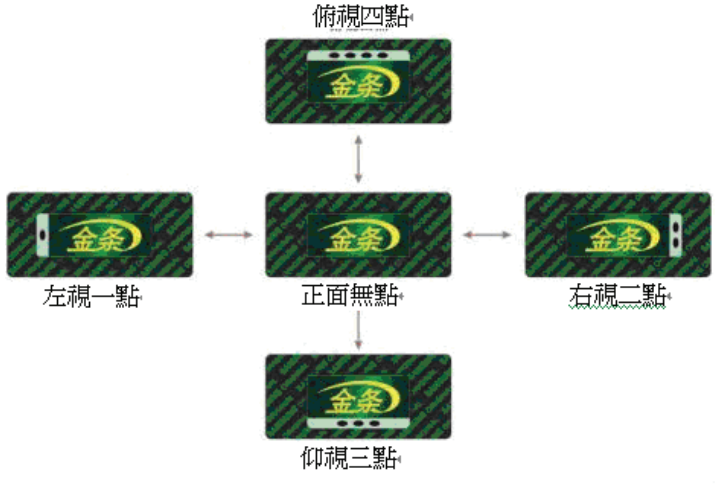
」所示，標誌右側有 2 個黑點如「

」所示，標誌下方有 3 個黑點如「

」所示，標誌上方有4 個黑點如「

」所示，這四個點不可能同時看到，而

且在「NOKIA」logo 的邊緣，有「NOKIA ORIGINAL ENHANCEMENT」英文。該雷射標籤不僅提供防偽辨識功能，復使用其著名之「NOKIA」商標，不待費言，它也是可以作為指示來源之標誌。類似使用情形，例如 Samsung 三星金條亦曾發布採用防偽技術的雷射標籤（如下圖所示），該標籤使用在三星金條的記憶體產品。諸此兼具商標功能之雷射標籤，其上之所揭示之文字或圖樣，可能作為申請註冊全像圖商標時，個案判斷是否具商標識別性之依據。又若如此，是否意味全像圖商標上之所揭示之文字或圖樣之識別性，即可能平移作為全像圖商標之識別性時，此種說法可能無法以偏概全，例如全像圖商標係由簡單幾何圖形變化構成，對消費者而言，可能仍僅視其為防偽功能之雷射標籤而已。



三星金條防偽雷射標籤

全像圖除作為防偽目的使用外，亦有作為裝飾目的使用，例如於包裝盒或商品上使用具雷射效果之設計，例如包括 Christian Dior

香水商品外觀「 」之雷射效果「 」設計部分，除是否具商標識別性外，可能也須考量到同業使用情形及是否會有不正競爭授予獨占使用問題，該案在德國申請註冊已遭核駁。

（四）案例介紹

◎案例 1.法國註冊第 3247616 號「

」全像圖商標，商標描述：本件商標，如圖所示，係由代表一個圖式人頭，在標誌內以雷射光描繪之黃色“Compill Mémoire ”所構成。

◎案例 2.歐盟註冊第 2117034 號「

」全像圖商標，係法國 GDS VIDEO (Société Anonyme)申請，指定使用於第 9 類、第 38 類及第 41 類之「 (除了醫學目的)科學，船舶和測量儀器和儀器；計算機；滅火儀器；卡式錄像卡帶，數字影碟，光碟；電信；透過電信提供的訊息和新聞；教育的提供；訓練；娛樂；娛樂和文化活動；書和雜誌的出版；電影，錄音；教育或娛樂的比賽的安排；光碟（僅用於讀的存儲器）的租賃；……等商品及服務」。商標描述：在黑色背景中出現藍色的“VIDEO FUTUR”。

四、位置商標（Position Mark）

（一）定義

所謂位置商標，係將圖形等標章附加於商品或物件之特定位置，作為指示使用人所產製商品或所提供服務之識別標誌。所使用之圖形等標章即使沒識別力，惟經使用人經常使用於商品的特定位置，而獲得識別力的商標。位置商標依變化，可分為(1)形狀的位置商標(2)花紋（圖案）的位置商標(3)顏色的位置商標，其可能以平面商標或立體商標申請註冊，惟所附著之商品形狀，須聲明不專用，以突顯該位置標誌。

（二）申請要件

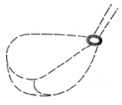
依申請平面商標或立體商標之規定，惟所附著之商品形狀，須以虛線表示並聲明不專用。

（三）識別性

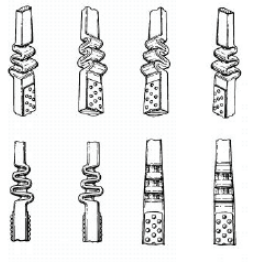
因位置商標之定義並非十分明確，有關其識別性之探討，應就位置商標本質之特徵-「將圖形等標章附加於商品或物件之特定位置，作為指示使用人所產製商品或所提供服務之識別標誌」進行判斷，是若位置具特別性乃至於獨創性，則可能被認為具識別性。又其所標示使用之位置，若為所謂之文字、圖形等傳統商標，其判斷方式依文字、圖形等傳統商標之判斷原則，加以認定其識別性之有無；惟若附著於該商品上之位置本身，係具較強之識別性者，則可補充「位置本身」識別性之不足，而形成全體具識別性之判斷。

（四）核准案例介紹

◎案例 1.關於形狀之位置商標，CALLAWAY GOLF COMPANY CORPORATION CALIFORNIA 之美國註冊第 1821477 號「



」商標，指定商品是高爾夫球球桿。高爾夫球球桿的拍桿和頭用虛線表示，接頭處之戒指形狀則以實線表示。在拍桿和頭間之戒指形狀即為主要部分。

◎案例 2. 關於形狀之位置商標，SmithKline Beecham Corporation 美國註冊第 2740946 號「 」商標，指定商品為牙刷，其商標為牙刷柄上重複之"S"設計形狀。申請人亦在日本註冊第 4501223 號「  」立體商標，指定商品為牙刷等商品，因日本目前尚無受理位置商標類型註冊之制度，無法以虛線畫出整隻牙刷圖形表現其商標之位置，所以，在日本只能以立體商標申請註冊。

◎案例 3.關於圖案之位置商標，ADIDAS AG JOINT STOCK COMPANY FED REP GERMANY 之美國註冊第 3236505 號「 」商標，指定商品為帽子。在帽子中央畫 3 條線

為主要部分，其他部分畫虛線者不是商標部分。

◎案例 4.關於顏色之位置商標，普拉達股份有限公司在智慧局註冊第 1041178 號「GET UP (VERSION 18) (Red colour) 」

商標「 」，係使用在 PRADA 鞋後跟位置的紅色。

五、氣味商標及味道商標

（一）定義

所謂氣味商標及味道商標，係以氣味或味道作為表彰商品或服務來源之識別標誌。具識別性之氣味或味道商標，必須非該商品或服務本質上之特性，且足以使大眾作為辨別商品或服務之來源。氣味或味道是分別以嗅覺及味覺來感知的，無法以視覺感知，不符合商標法第 17 條，商標應以視覺可感知之圖樣表示之申請要件規定，欲客觀地書寫或繪圖方式表述氣味商標顯然十分困難，而且不同人對氣味的感知程度不同，著實難以清楚、明確和客觀地描述某種氣味，因此，氣味商標不僅在審查技術上有許多困難，在專用與排他範圍的侵權認定更是難上加難，所以，目前各國商標法制多尚未納入商標的保護標的。巴黎上訴法院（PARIS COURT OF APPEALS）曾對法國一家藥廠的「草莓味道」商標申請案作出判決，上訴法庭最後仍維持法國工業財產局最初對於該味道商標的核駁決定。該藥廠為本商標申請案向法國工業財產局提出該商標之說明：「COMPOSED OF THE FOLLOWING TASTE: ARTIFICIAL STRAWBERRY FLAVOUR」。巴黎上訴法院認為商標應具備使大眾易於清楚辨識而不會與其他商標構成混淆的功能，但是該藥廠所提

出申請所謂「草莓味道」可能包含多種不同的草莓味道，致使該商標之描述說明不清楚、不明確，而且該味道商標申請人雖檢送樣本味道，惟該味道無法永久保存（LACK OF DURATION）。

（二）申請要件

氣味商標或味道商標應如何申請註冊，於 Sieckman 案中，歐洲法院即指出若有下列情形之一，將不符合申請要件，(1)以文字敘述化學方程式；(2)僅提供氣味樣本；(3)或綜合前述情形。例如英國和歐盟的法院曾分別裁定「與傢俱有關的肉桂的氣味、香味或香澤」及「含有香脂的水果味，並帶有少許肉桂味」的表述不符合申請要件，而駁回其申請之案例。惟就美國案例來看，因其申請時不須檢送圖樣及樣本，只須以文字適當描述氣味或味道及其使用方式即可，又氣味商標或味道商標若使用在商品或其包裝，亦得檢附該氣味或味道之商品或包裝，例如商品為網球時，可檢送網球商品；若係使用於服務項目上，則可檢送附有氣味之廣告宣傳檔、信封、信紙、價目表等。在澳洲之申請實務上，則要求申請人應以文字清楚地為商標描述，例如「蘋果花之氣味」，其描述傳遞之資訊必須使一般第三人得以辨識該商標；描述時，不宜使用高科技用語(例如真空分餾法)加以描述。

氣味商標或味道商標申請時，是否應檢送樣本，各國或無規定或無強制性規定，例如美國及澳洲之申請實務上，申請時不須提供樣本，惟有審查必要時，仍應檢送樣本。

（三）識別性

要作為商標，本身就必須具有商標識別性，氣味商標或味道商標亦無法例外，仍須遵守此要件。氣味商標或味道商標如同觸覺商標般，被判定具商標識別性之門檻通常高於其他類型之非傳統商標。在判斷上，尤應注意其使用與其商品間之關係，作為判斷商標識

別性之強弱或有無之依據，而且通常必須透過使用始能產生商標識別性。

氣味商標或味道商標與其商品間之關係極為緊密，若屬商品自然狀態下之氣味，該等氣味或為構成商品之本身或屬商品本身之特性，將無法作為指示及區別商品或服務來源，例如木材製品所散發之杉木氣味；若雖非自然天成之氣味或味道，然依商品特性必於製造過程添加氣味或味道者，於是類商品上，該氣味或味道亦不易具有商標識性，例如洗髮精、沐浴乳、化妝品等；又若商品添加氣味或味道具有其目的性作用者，例如為遮臭目的使用之氣味，製造商必須使用特定氣味來掩飾令人不悅之氣味，該氣味非但難以作為區分及指示商品來源之標誌，且該氣味或味道也許還將被判定具有功能性而不得註冊的可能；另為增加產品之魅力，是類商品往往會添加令人愉悅之氣味來吸引消費者購買，常見於例如家庭用漂白劑、洗碗精或乾洗劑中添加檸檬香味，該氣味亦非得以作為指示及區分商品來源之標誌。

反之，商品本身原本並無任何氣味或味道，如能長期使用某氣味或味道於其所附麗之商品，久而久之，消費者一聞到該氣味或味道，就想到是該商品，該氣味或味道就成為表彰該商品的商標，亦即該氣味或香味足以發揮於市場上識別商品及服務來源之功能，例如英國核准以剛割完青草氣味作為網球商品之商標註冊。美國企業亦有為了與其他企業相區別，而使用所謂獨有香味（signature scent），即於其全部商品附加一定特徵之香味，例如女性內衣連鎖店–維多利亞的秘密（VICTORIA’S SECRET）即使用甜味香草。

產品的氣味或味道必須非具有功能性之使用，始可獲准註冊，所謂功能性之使用，例如使用於香水或空氣芳香劑之氣味。另在美國 In re N.V. Organon, 79 USPQ2d 1639 (TTAB 2006)案中，拒絕橘子香味作為「抗抑鬱劑」之商標，因該橘子香味係令人愉快的口味，

具有功能性，而不准其註冊為商標。

（四）核准案例介紹

◎案例 1.美國註冊為第 1,639,128 號氣味商標[14]，美商 CLARKE, CELIA 自 1988 年 10 月 6 日在美國第一次作商業方面使用的香味商標，指定商品於第 23 類之「縫紉用線及刺繡用紗線」商品，1991 年 3 月 26 日核准，該商標的描述：「本氣味商標係種具有吸引力的、新鮮的似花香的氣味，會讓人聯想到雞蛋花開的香味」，該商標於 1997 年 9 月 29 日被撤銷。

◎案例 2.美國註冊為第 2,463,044 號氣味商標[15]，1990 年 1 月 24 日在美國第一次作商業方面使用的香味商標，指定商品於第 4 類之「競賽及娛樂用車輛用之合成潤滑油」商品，2001 年 6 月 26 日核准該商標的描述：「由櫻桃氣味所組成」，商標權人為美商 MANTEL, MIKE，目前商標權尚有效存在。

◎案例 3.荷比盧註冊第 625971 號[16]中藥甘草味之味道商標，商標權人為荷蘭商 Maurice H.A.G 於 1998 年 10 月申請註冊，指定使用於第 16 類之辦公室用紙、裝訂產品、列印論文；照片；教育工具和教育材料；紙牌等商品。

[14] 資料來源：美國專利商標局網站，
http://tess2.uspto.gov/bin/gate.exe?f=search&state=edulh6.1.1。
[15] 資料來源：美國專利商標局網站，
http://tess2.uspto.gov/bin/gate.exe?f=doc&state=raivuq.2.1。
[16] 資料來源：荷比盧商標局
http://register.bmb-bbm.org/PublishedDocumentMain.asp，2005/10/20 下載。

六、觸感商標

（一）定義

所謂觸感商標（Touch mark）係指透過觸摸傳遞予消費者之的感覺，作為表彰商品或服務來源之識別標誌。

（二）申請要件

由於透過觸摸傳遞予消費者之的感覺不易確定，在德國商標案例「

」[17]，申請人賓士公司（Mercedes-Benz）以圖式和描述，註明為其他商標型態（觸感商標），指定使用於第 9 和 12 類汽車零件，向德國專利商標局（German Patent and Trade Mark Office）提出申請註冊。德國專利商標局和德國專利法院（German Federal Patent Court）皆認為申請人並沒有以清楚、明確、完整、易於取閱、可理解、持久、客觀的圖文表示來呈現本案商標，不論是觸感商標視覺上的圖示或是描述，都沒有說明使用者和業者觸碰到本案商標時的感覺。本件商標以欠缺充分的圖文表示，因此不能准其註冊。申請人上訴至德國最高法院（German Federal Supreme Court），法院亦維持相同看法。因此，觸感商標欲獲得註冊保護，難在如何以明確、完整、清楚、客觀的方式，以視覺上的圖文呈現其特性。當然，如果德國商標實務可以接受申請註冊之圖

[17] 商標圖樣 (車門內側的座椅調整按鈕)，其商標描述：「本件申請商標為觸覺商標。從檢附的三面商標圖示，可以看見商標的觸覺設計。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」THE GERMAN FEDERAL SUPREME COURT, regarding I ZB 73/05, October 5, 2006。資料來源，參朱稚芬、鍾桂華，非傳統商標之「看不到」篇-以美國與歐洲案例為中心，收錄於 97.01 智慧財產權月刊第 109 期, p116。

樣，得以說明描述文字之方式來呈現，可能會有不同之結果。反觀美國對非傳統商標之申請要件，只須以文字描述來確定申請標的，因此美國核准註冊第 3155702 號「 」觸感商標[18]。

（三）識別性

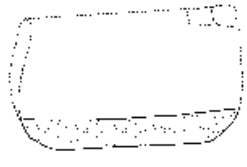
在觸感商標之情形，如同文字商標之獨創性商標，因為難以考量未曾存在之觸感，故將考量「其與使用該當商標之商品、服務間關係」及「其間之關聯性究竟如何特別」等觀點，以判斷識別性之有無。筆者認為觸感商標必須因使用而獲得後天識別性始有較高之獲准註冊機會。以美國註冊第 3155702 號「 」觸感商標案例來看，2005 年 American Wholesale Wine & Spirits Inc.將天鵝絨包覆在酒瓶外，指定使用於第 33 類酒商品。美國專利商標局審查員最初認為同業也有使用天鵝絨袋子來包裝酒商品，在酒商品使用特殊材

[18] 美國註冊第 3155702 號觸覺商標案例，商標描述為：「本件商標由天鵝絨織物包覆在酒瓶表面所構成。圖樣上之虛線不是表示商標的外觀，而是顯示本件商標在典型酒商品容器的位置，容器的黑色部分為本件商標所在。圖樣上的點刻（stippling）不是商標的外觀，而是天鵝絨包覆樣態如何以視覺形式呈現。本件為觸覺商標。指定使用於第 33 類酒商品。資料來源：美國專利商標局網頁，
http://tarr.uspto.gov/servlet/tarr?regser=serial&entry=76634174,2007/10/11 瀏覽。

料包覆並非前所未見，例如義大利吉安地 Chianti[19]酒「 」，即以麥稈包裹酒瓶，因此，認為本件商標不具先天識別性（inherent distinctiveness）。惟申請人抗辯本件商標是由天鵝絨瓶子構成的觸感商標，該玻璃瓶被天鵝絨織物緊緊裹住，該酒品上的天鵝絨感覺並非來自長方形的袋子，也不是未黏貼在瓶身的寬鬆袋子。黏貼於酒瓶上之天鵝絨厚度感與鬆垮袋子感覺是十分不同，其具有高度識別性，應可以註冊在主要註冊簿。本案酒瓶所裹著之天鵝絨不會因酒瓶任意鬆落，不同於皇冠威士忌（Crown Royal Whiskey）「

」[20]酒瓶寬鬆袋子般，呈現隨意滑落狀態。申請人的意見被採納後，該商標遂於 2006 年 10 月 17 日獲准註冊。

（四）核准案例介紹

◎美國註冊第 2944818 號「  」觸覺商標，

[19] Chianti Wine (吉安地酒)，圖片來源：http://www1.istockphoto.com/file_thumbview_approve/350374/2/istockphoto_350374_old_chianti_bottle.jpg，2007/10/11 下載。

[20] 皇冠威士忌（Crown Royal Whiskey）圖片來源：http://www.artofdrink.com/img/Crown_Royal.jpg，2007/10/11 下載。

係使用於騎馬用的馬鞍上，沿著馬鞍底部邊緣覆蓋皮毛面，如商標圖樣中之點點部分所示。

◎美國註冊第 2751476 號「 」觸覺商標（登記於輔助註冊簿），指定使用葡萄酒，於酒瓶上使用絨毛織物的葡萄酒標籤，如商標圖樣中之點點部分所示，該虛線之酒瓶不是商標部分。

肆、擴大商標法保護客體可能帶來的問題

一、圖文表示

國際智慧財產權保護協會[21]（AIPPI）國際大會，2004 年 6 月 19 日至 23 日在日內瓦召開，有來自世界 80 個國家和地區的各國家分會和地區分會的 2,100 多名會員參加盛會，會議中討論了與智慧財產權有關的熱門問題，最後大會通過的第 Q181 號決議「非傳統商標註冊的條件和保護範圍」內容臚列如後：

1. **非傳統商標原則上應該能夠構成註冊商標**。
2. **非傳統商標表示必須清晰、明確、易於接觸、易於理解、公眾必須能夠瞭解商標的性質**。

[21] 國際工業財產權保護協會（簡稱 AIPPI，為法文名稱 Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle 的縮寫，該協會的英文名稱是 International Association for the Protection of Intellectual Property）。

3. 顏色本身雖然可以作為商標註冊，但顏色必須在透過使用取得識別性後才可註冊，但不排除在某些情況下，顏色使用於特定商品或服務有先天識別性而獲准註冊之可能。

4. 關於商標法所欲保護之立體形狀，除須具有識別性外，該立體形狀亦不應具有功能性或為獲得某種技術效果，如僅由商品自身的性質產生的形狀，或為獲得技術效果而必須有的商品形狀；所要求的識別性標準在各國家或領域未必相同。立體形狀是否能被認為具有商標保護的先天識別性，或只能於經由使用取得識別性後始受商標法的保護，留待各國立法或法院決定。

5. **聲音可以作為商標註冊，但不應要求圖形表示，聲音商標可以透過音樂符號或其他描述或複製聲音的方法加以表示**。

6. **氣味可以作為商標註冊，但不應要求圖形表示。氣味商標可以透過準確描述或複製氣味的方法加以表示**。

7. 各國商標局應充分合作，以協調促進非傳統商標的有效表示方法[22]。

顯然保護業者努力經營之成果，是智慧財產權制度存在之目的，在此國際潮流帶動下，為促進我國經濟活動再活潑化，開放其他類型之非傳統商標之註冊保護，已是時勢所趨。

商標註冊後，對第三人有排他之效力，為此，商標註冊公告之商標圖樣必須能夠透過文字、圖形或符號等，非常清楚、明確、客觀及易於理解的方式呈現註冊商標，俾便任何人均可從商標註冊公告清楚了解註冊商標權利範圍之所在，故開放所有得以識別來源的標誌均可申請註冊商標時，在考量公示要求上，顯然必須能以圖文

[22] AIPPI-US,資料來源：http://www.aippi-us.org/images/Q181_usa.pdf.

表示，始得符合此目的。基此，動態之軌跡或全像圖應如何以圖文呈現，氣味或味道商標顯然無法以視覺感知之圖文呈現，申請人應如何申請動態商標、全像圖、氣味商標或味道商標？又以圖文表示申請註冊之標的，其究屬申請註冊之要件，即未附送以圖文表示申請標的者，應屬程序不准受理事項？抑或屬商標註冊之積極要件，即未能以圖文表示申請標的者，係屬否准註冊之事由？若屬後者，以歐洲共同體商標規則為例，其第 4 條規定，共同體商標包括任何足以區分事業之商品或服務之標章，其足以彰顯地理性，尤其是文字包括個人姓名，設計，字母，數字，商品之形狀或其包裝，皆得成為共同體商標。第 26 條規定，申請時共同體商標之申請應包括(a)註冊共同體商標之請求；(b)確認申請人之資料；(c)請求註冊之商品或服務之清單；(d)商標之描述等。另參歐洲共同體商標規則施行細則第 3 條規定，上述第 4 條規定之共同體商標必須以視覺可感知之圖形表示，若不符合該要件者，依第 7 條第 1 項第(a)款規定，該商標具有拒絕註冊之絕對事由，應不得准其註冊。又共同體商標之註冊違反第 7 條之規定者，即具有無效之絕對事由，依第 51 條第 1 項(a)款規定，經向官廳請求或於侵害程序中之反訴，該共同體商標應被宣告無效。亦即圖文表示係共同體商標之註冊要件，違反者係屬得主張其無效之事由。反觀我國商標法第 17 條第 1 項及第 2 項規定，申請商標註冊，由申請人備具申請書，載明商標、指定使用之商品或服務及其類別，向商標專責機關申請，又商標應以視覺可感知之圖樣表示之。在實務運作上如何以視覺可感知之圖樣表示，以聲音商標為例，依商標法施行細則第 10 條規定，申請註冊聲音商標者，應於申請書中聲明，並以五線譜、簡譜或文字描述表示，依一般社會通念，樂譜、簡譜或描述說明均為靜態文書，單純憑藉音符之跳動，如何完全正確地呈現申請受保護商標之內容，究屬男聲？女聲？老人聲？小孩聲？動物聲？樂器聲？機械聲？如以文字描述表示，同樣的男聲、女聲、老人聲、小孩聲、動物聲、樂器

聲、機械聲等，亦會有高低音及音質之差異性，商標法雖要求商標應以視覺可感知之圖樣表示，惟以文字描述顯然不足以達到「清楚、明確、客觀及易於理解的方式呈現註冊商標，俾便任何人均可從商標註冊公告清楚了解註冊商標權利範圍之所在」之要求，亦即無法符合重現商標「the reproduction（type-area）」之要件，以明確聲音商標本體及保護範圍，爰於商標法施行細則第 10 條中明訂，申請註冊聲音商標者，應檢附存載該聲音之光碟片，以解決聲音商標得以順利付審及明確完整公示註冊保護內容之問題。在我國施行細則有應檢附存載該聲音光碟片之規定後，歐洲共同體亦於 2005 年 7 月 5 日發布（EC）第 1041/2005 號規則，修正（EC）第 2868/95 號歐洲共同體商標規則施行細則[23]時，修正聲音商標之電子申請及公告等程序事項，增訂共同體商標之申請，得以清楚、明確、完整、易於感受、易於理解、持久且客觀的方式呈現標誌圖樣，聲音商標可以檢送聲音檔案方式付審，使得共同體商標之電子申請方式及電子出版物變得更容易方便。惟我國商標申請案若違反視覺可感知之圖樣表示及聲音檔案（光碟片）之規定，依現行規定之法律效果，僅屬程序不符，應依第 9 條規定駁回申請之事由，縱有第三人或利害關係人認為其未能滿足此要件，亦不得提起異議或申請評定其商標註冊應予撤銷。是該圖文表示究應屬申請註冊之程序事項抑或屬得以核駁、異議及評定之註冊要件，或可參考前述 2004 年 6 月 19 日至 23 日在日內瓦召開的 AIPPI 國際大會，通過的第 Q181 號決議第 6 點意見，氣味可以作為商標註冊，但不應要求圖形表示，在立法之初，確有審慎考量之必要。

二、動態商標、手勢商標或全像圖商標非系列商標

在商標法修正草案公聽會上，曾有與會者認為動態商標、手勢

[23] 參歐洲共同體 2005 年 7 月 5 日第 L172 號公報，最後瀏覽日：98 年 4 月 25 日，http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/R1041-2005.pdf.

商標或全像圖等可能會有檢送二張以上之圖樣，所以不符合一商標一申請案原則，其等類型商標為國外的系列商標。果真如此嗎？藉此機會說明一商標一申請原則及系列商標。

（一）一商標一申請原則

日本商標法第 6 條第 1 項明定一商標一申請原則，申請商標註冊時，每一個商標必須指定一種或二種以上的商品或服務作為商標的使用。美國商標審查程序手冊 TMEP § 807.01 亦揭示一商標一申請原則，一張圖形必須只表明一個標誌，申請亦僅限於 1 個商標，申請人必須提交“一個清楚明確的標誌”(a clear drawing of the mark)，始取得申請日。一個申請案，包含兩個或兩個以上實質不相同之標誌所構成之圖形者，將無法取得申請日。如何認定是實質不相同之標誌，原則上如果其中一個標誌替代另一個標誌，將造成該商標重要部分的改變，應被認為實質不相同的兩個標誌。因此，如果申請人提交兩個或兩個以上的圖形申請書，將拒絕給予申請日，因為申請人不符合“一個清楚明確的標誌”的要求。如果經認定商標構成要素為兩個或兩個以上的不同的標記時，該申請案將被拒絕註冊，其理由是申請人要求註冊不止一個標誌。經以非構成一個單一商標而遭拒絕註冊者，申請費不予退還。是以，一商標一申請原則在日本及美國規定十分明確，本次商標法修正草案亦明定，申請商標註冊，應以一商標一申請案之方式為之。此乃實務上，因申請人有將二件商標以一件申請案申請之情形，例如申請案號第 96041423 號及第 96041424 號「

」設計圖，其中有南轅北轍之「PRINCE 設計圖」及「PEACOCK 設計圖」，在概念上為完全

不同之二設計圖，即足以判定為二商標，其不僅違反一商標一申請案原則，於實際使用時，若分開成為二件商標使用，亦有被認定未使用註冊商標而有遭廢止其商標註冊之虞，嗣經申請人請求刪除其中一圖樣後核准其註冊，基此實務上之需要，爰參照日本商標法第6條第1項之規定加以明定。

（二）**系列商標**(series of trademarks)

相對於一商標一申請原則，為國外立法例有採行系列商標制度。所謂系列商標，係指以超過1個以上之商標申請註冊，該等商標具有在重要部分相似之共通性，且在商標本質上並無重大不同，其不同處必須無關識別性之差異。亦即凡屬一系列的商標者，必須符合下列條件：(1)具重要部分相似之共通性；(2)在無關識別性部分有所差異；(3)該等差異必須對有關商標本質並無重大影響。(4)必須同時從視覺上和音節上考慮該等商標，整體的觀念及印象也十分重要。可能構成系列商標之情形如下：

1. 以不同的字體或字型表達同一個字者，例如「GOOOG」及「GOOOG」；

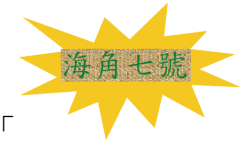
2. 表達同一個字時，僅加上或刪除簡單邊線、外框或下線者，例如「HooooH」與刪除外框之「HooooH」，或例如「HooooH」與刪除下線之「HooooH」；

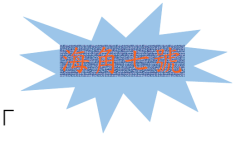
3. 以繁體或簡體字表達同一組中文字，例如「威爾斯」與「韦尔斯」；

4. 採用大寫體和小寫體，或不同書體字母，不會引致對該商標

合成字有不同看法或讀法者，例如：「HooooH」及「hOOOOh」，「hOOOOh」及「HooooH」；

5. 未改變該標記特性的標點符號變化，例如「HooooH」及「H.o.o.o.o.H」，「HooooH」及「H-o-o-o-o-H」；

6. 若顏色只是該標記的次要特徵，所發生顏色方面的變化，例如底色為墨綠色「 」與變為純墨色「 」，或黃色為底綠色字之「 

」與變換為水藍色為底橘色字之「 

」。

又如所申請之系列商標，已變動任何重要部分之形狀，且改變該商標識別性者，將會造成註冊為系列商標之妨礙，例如「HooD☼ooH」中有具識別性之「D☼」，經刪除該部分之

「HooooH」：「 」中有具識別性之文字「平、吉」內置立方型連結圈環設計圖「 」經刪除為單純人物設計圖「 」，類此均為第二個商標均缺乏其第一個商標的識別性特徵。

（三）動態商標、手勢商標或全像圖商標有別於系列商標

一般來說，動態商標、手勢商標或全像圖均有二個或多個圖像，該圖像多屬有重要識別部分之改變，顯然既不符合依日本或美國一商標一申請之規定，亦違反以上得以申請系列商標不得為重要部分識別性改變之原則。審酌動態商標、手勢商標或全像圖之本質，係以重要識別部分之變化所產生之整體影像(image)作為指示其商品或服務來源之標誌，亦即保護該等新型態商標之整體影像，與一般靜態圖形有別，其所欲保護者，乃是商標動作的本身，例如手勢商標；商標變化的過程，例如動態商標；或商標一至二個小動作的變化，例如全像圖商標。此如同依商標法施行細則第 11 條第 2 項規定，立體商標得檢送六張同比例視圖來確定其立體形狀之各角度形狀是一樣的道理，其所保護者仍為單一客體單一商標，並無違反一商標一申請原則。商標法新加坡條約第 2 條中，未對商標性質(Nature of marks)加以定義，而適用於各種特殊形式的標識，包括非

視覺性標識，亦即包括全像圖商標，為其修正重點之一，據此可推知未來各國將開放受理全像圖商標之註冊保護並形成趨勢。

三、識別性

擴大商標保護客體，從平面之文字、圖形記號及其聯合式之平面視覺商標，進化到原本消費者不會認為是商標之非傳統型態商標，由無聲到有聲，從平面到立體，由靜態轉成動態，從視覺感官轉成嗅覺或味覺感官，可謂得作為商標之型態已無所不能，基於保護使用人之努力成果及維護商標秩序之目的下，商標法制上自無須對構成要素加以限制。在法制面，是否可以作為商標使用及保護客體，只要客觀考量該客體有無具識別性，是否足以指示及區別商品或服務來源作為保護之要件即已足。因此，商標法亦朝向擴大保護各種新型態商標進行修正，復為明確各種新型態商標得申請保護之權利範圍，除了彈性規定例示新型態商標之構成要素，修正商標定義及識別性要件，明定商標係指任何具有識別性之標誌，包括文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音、氣味或其聯合式等所組成者，所稱之識別性，係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，另修正「商標應以視覺可感知之圖樣表示之」為「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」。配合商標法本法之修正，未來在商標法施行細則中，亦將明定有關動態、全像圖及氣味(味道)等新型態商標之申請要件等規定。至於該等新型態商標究應如何申請及其識別性應如何判斷？似有預先參考研究各國之規定及實務經驗來作為我國未來商標審查參考之必要。

伍、各國商標審查程序比較

一、動態商標

項目 \ 國家	新加坡	英國
動態商標描述之要求： A.表明為動態商標。 B.圖形描繪其內容，並說明如何變化。 C.包含多少圖形。 D.圖畫之連續順序。 E.該順序為單一順序。	○	○
識別性之要求：不得具功能性	X	○

○表有規定。X 表未明文規定。

二、全像圖商標

項目 \ 國家	美國	新加坡	英國
雷射商標描述之要求： 不同視角之圖像皆需描繪。	X	○	○
識別性之要求：不得具功能性	○	X	○
強調一商標一申請案原則	○	X	X

○表有規定。X 表未明文規定。

三、氣味商標

國家 項目	美國	新加坡	英國	澳洲	紐西蘭
圖表大小之限制	X	X	X	○	X
檢附樣本	◎	X	X	◎	X
電子申請系統處理之格式要求	○	X	X	X	X
商標描述之要求(一)：須表明為非視覺可感知之商標。	○	X	X	X	X
商標描述之要求(二)：須大眾易於理解、清楚、明確、客觀。	○	○	○	○	○
商標描述之要求(三)：具保存各商標特徵持續一定時間之品質且適合重製。	X	○	X	○	X

識別性之要求(一)：須非出於不正當之動機，且同業間無作為商業上之一般使用。	X	X	X	○	X
識別性之要求(二)：不得具功能性。	○	X	○	○	○

○表有規定。X 表未明文規定。◎表示原則無要求，例外有。

陸、新類型非傳統商標之後天識別性

相較於傳統商標識別性之認定或採證標準，非傳統商標識別性之採證較為嚴謹，動態商標、手勢商標、全像圖商標、氣味或味道商標等新型態商標尤其困難，其與一般傳統商標不同之處，係因一般消費者通常不會將其視為區別商品或服務來源的標誌，而將其視為商品之外的宣導短片、或傳遞某種信息之手勢、或裝飾或供辨識使用之雷射標籤，因此，要透過後天大量使用證據來證明其於原使用用途之外，已足以使大眾將其作為區辨商品或服務來源之識別標誌，舉證上相當地困難，相對地，對於審查機關如何判斷其識別性，亦往往成為審查實務最困難之工作。

這些特殊型態商標識別性的判斷，應考慮之因素包括消費者的認知、商品的特性及相關消費市場使用的情形等，客觀因素似與傳統平面商標識別性之考量點雖相同，惟必須證明消費者已從不會認為其為商標，變成會將其作為區別商品或服務來源的標識，換句話說，要證明從無變有，其間之採證標準，與傳統平面商標識別性之考量略有高低寬鬆之不同。

動態商標、手勢商標、全像圖商標等新型態商標，由於商標性質之故，實際使用時，係以電子媒體等廣告宣傳方式使用其商標，其商標往往無法附麗於其商品使用，其使用時，須以說明或反覆使用等方式來揭示其所表彰之商品或服務，進而使該商標與商品或服務間產生聯繫關係，否則，即有發生商標使用之認定困難。

取得後天識別力之證明方式，雖然多以廣告宣傳之多寡及特色、使用方式、產品或服務之行銷量、經營模式及規模等綜合考量，或以市場調查之方式，舉證在消費者心中所佔之地位，以確定是否已取得「第二意義」。惟美國第五巡迴上訴法院於 *Zatarains, Inc. V. Oak Grove Smokehouse, Inc.*[24]案中提醒我們應注意者，其重點並非使用人促銷努力之程度，而是該「標誌」(可能為說明性描述語、標語、口號、形狀、顏色、聲音等)對消費大眾所產生的影響。另外美國第九巡迴上訴法院於 *United States Jaycees V. San fancisco Junior Chamber of Commerce*[25]案判決中，特別強調，任何人不得花費千百萬美元作為電視廣告，冀求引起消費大眾聯想或購買，進而為其產品名稱取得一個專有而永久的普通名稱權，法院反對此種想藉由「私人獲取」(Private Acquisition)而「窄化語言」(Diminution of Language)之行為。亦即，使用人不應以花錢廣告宣傳，企圖獨占公

[24] ZATARAINS, INC. v. OAK GROVE SMOKEHOUSE, INC. ,No. 81-3573, UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT, 698 F.2d 786; 1983 U.S. App. LEXIS 30159; 217 U.S.P.Q. (BNA) 988, February 25, 1983. 資料來源：
http://www.law.uconn.edu/homes/swilf/ip/cases/zatarains.htm,2008/2/10 瀏覽。

[25] UNITED STATES JAYCEES, a Missouri Corporation, et al.,Plaintiffs-Appellees,v.SAN FRANCISCO JUNIOR CHAMBER OF COMMERCE, a CaliforniaCorporation, et al., Defendants-Appellants, United States Court of Appeals, Ninth Circuit. - 513 F.2d 1226， March 21, 1975.As Amended on Denial of Rehearing May 1,1975，
http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/513/1226/，2008/1/28 瀏覽。

共財或影響限制大眾或同業競爭者自由使用之權利，是以，透過廣告證明取得識別性，似有值得深思及謹慎認定之處。

另外，審查機關或侵權認定之法院，於認定一般商標是否已取得商標識別性時，可運用類似之“想像力辨識法”[26]，先查明文字於字典上所載明之意義是否即為商品品質、內容等，判斷該商標是否直接且明確傳達有關商品或服務的特性、功能、品質或成分，及消費者或商品購買者需要運用多少想像力，才能從商標直接獲得商品或服務品質、成分或特性之訊息，並須參酌同業間之使用程度與情形如何，及斟酌其他同業間是否也須要使用該用語來描述其商品等因素綜合客觀判斷外，對於使用人非善意合理地主觀想獨占特定大眾尤其同業競爭者所需使用之文字、詞語、顏色、形狀、聲音或其聯合式時，似不宜准許，例如流行用語「機車」、「Orz」、「KUSO」(惡搞之意)、養樂多瓶子形狀、傳統警鈴聲音、喔咿喔咿的救護車聲音等，即使業者使用人花了大筆金錢廣告宣傳，或以特別的手法強調其作為商標使用，因涉及識別性有無、公共利益及公平競爭等理由，亦不宜允許其獨占專用。而此等判斷公式，似乎難以運用在新類型之非傳統商標之識別性認定上，是否意謂將來會是對審查機關再一次的考驗，大家將可拭目以待其再次的突破。

柒、結語

自從網際網路發達以來，時代之進步一日千里，法律之立法及修法的腳步永遠跟不上時代進步的巨輪，對於社會事實上已存在的商標，仍必須等到法律立法或修法賦與其獨占排他權後，始成為法

[26] ZATARAINS, INC. v. OAK GROVE SMOKEHOUSE, INC. ,No. 81-3573, UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT, 698 F.2d 786; 1983 U.S. App. LEXIS 30159; 217 U.S.P.Q. (BNA) 988, February 25, 1983. 資料來源：
http://www.law.uconn.edu/homes/swilf/ip/cases/zatarains.htm,2008/2/10 瀏覽。

律上之商標，例如現行商標法開放保護聲音商標、立體商標及顏色商標之前，社會上早有「大同歌」、「綠油精歌」、「麥當勞叔叔」、「肯德基爺爺」、「紅白藍顏色指向中國石油」( )、「橘綠紅顏色指向 7/11」( )及「1/3 黃銅及 2/3 黑色指向金頂電池」( )，且在經濟交易過程中，早已具有指示及區別商品來源之功能，在被法律賦與註冊商標獨占排他權利之前，此等均屬社會事實上之商標。像這樣社會事實上存在的商標及法律賦與獨占排他權的商標，它們的範圍並不必然相等，端視實定法上的規定，是於立法之初，當然應掌握社會通念商標的本質及功能作為法律的價值判斷對象，並加以制定法律。蓋乃法律是不得背離社會事實而存在，游離社會事實的法律難以達成立法目的，制定有關商標的法律，自應依照當時經濟社會中的商標功能與態樣的變遷，合理制定所需之法律，若無視於活生生的社會事實，脫軌地制定法律，對社會的進步將無助力。法律上之商標概念，從原本僅承認表彰商品來源之商標，發展到承認提供服務來源者所使用之識別商標，商標之構成要素，亦由傳統之視覺平面商標到肯定非傳統之立體商標、顏色商標、動態商標、雷射商標，進化到保護聽覺之聲音商標、嗅覺的味道商標或氣味商標及觸覺的觸感商標，此等法律上商標概念之演化，亦是因應社會事實變遷的必然結果。

各種制度之建置，多數都是透過立法來達成，然而立法工作無法閉門造車，不問人間俗事，商標制度之建立及修正，若能參考借用他國之經驗，將可使制度建立的更完善周全。本文雖收集眾多之國外核准及核駁案例，惟是否得以作為商標受到未來商標法之保護，仍必須以國內消費者之認知，綜合業者實際所使用之樣態及程度

等，逐案加以認定。

我國未來在受理氣味商標或味道商標申請時，所要面對的問題相當的多，有關申請所需物件方面，氣味商標或味道商標之申請，單純描述說明恐難符合清楚、明確、完整、易於感受、易於理解、持久且客觀的方式呈現圖樣之要求，若謂以樣本送審，因氣味商標或味道商標亦難以持久不變，且商標自遞送申請書之日到審查員進行審理須經相當長的待審時間，申請人如何使其氣味或味道得以持久不變，又若俟審理時再檢送樣本，審理機關如何確認該氣味或味道與申請時檢送之氣味商標或味道商標相同，若有不同之疑義，其申請日是否應變更為後送之日期。其次是審理上的問題，每位審查員對氣味或味道之靈敏度不同，若無檢送氣味或味道之樣本付審，僅以描述說明其氣味或味道，是否足以明確審查標的之範圍，又若檢送樣本，實體審查時，何種程度之氣味或味道足以判定使用在其附麗之商品上具有特殊性，而得以作為識別之商標，看法上恐易生歧異。再者，於審查結束後，審查機關有無保存其氣味或味道之設備，不僅是十年專用期間須保持該氣味或味道，甚而在無限制地延展期間內，均能永久保存該氣味或味道，以供後案之氣味商標或味道商標是否有近似混淆之判斷依據，且商標審查員亦恐難以現行電腦設備進行前案資料檢索，而須以實物付審。除此之外，在註冊公告方面亦是十分棘手之問題，目前紙本商標公報或網路公告方式，均無法達成此目的，又侵害商標權者負有民刑事責任，對第三人之行為有很大的拘束力，其權利內容如何，必定要透過公示讓第三人明確知悉商標內容而得以警惕，以免發生不慎使用相近之氣味或味道之虞，惟如何公告註冊以使公眾知悉，亦非目前審查機關設備所及，又一旦有侵權訴訟時，審查機關能如何提供氣味商標或味道商標之權利保護範圍意見給法院，諸此種種均將對審查機關及法院產生挑戰。

即便未來商標修正通過任何標誌只要取得商標識別性，均得申請註冊為商標，惟若申請之標的，例如氣味商標或味道商標，無法滿足以清楚、明確、完整、易於感受、易於理解、持久且客觀的方式呈現商標之要求，及如何解決付審、保存及公示等問題，恐皆是將來該等型態商標難順利獲准註冊並推展的主要因素。