智慧財產及商業法院行政判決

111年度行商訴字第37號

民國111年10月5日辯論終結

原　　告　穀羽食業股份有限公司

代　表　人　林育漢

訴訟代理人　陳健律師

輔　佐　人　陳致浤

被　　告　經濟部智慧財產局

代　表　人　洪淑敏

訴訟代理人　黃彥禎

上列當事人間因商標註冊事件，原告不服經濟部中華民國111年3月8日經訴字第11106300680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

一、事實概要

原告於民國109年4月7日以「檸檬塔立體商標」，指定使用於被告所公告商品及服務分類第30類之「檸檬塔」商品(下稱系爭申請立體商標)，向被告申請註冊。經被告審查，認系爭申請立體商標有商標法第29條第1項第3款規定之情形，應不准註冊，以110年4月13日商標核駁第413739號審定書為核駁之處分。嗣於110年7月28日以（110）智商20874字第11080456930號函自行撤銷前揭處分，復以110年8月9日商標核駁第416379號審定書再為核駁之處分(下稱原處分)。原告不服，提起訴願，經經濟部以111年3月8日經訴字第11106300680號決定訴願駁回（下稱訴願決定）。原告不服，遂向本院提起本件訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.系爭申請立體商標係由玫瑰花造型的檸檬塔所構成，其立體造型係原告於103年所獨創，其特殊造型與當時業界通常採用傳統塔型或蛋白霜裝飾之檸檬塔造型有顯著不同，原告選擇以玫瑰花造型將檸檬餡填充於塔皮內，形成極其特別之玫瑰花造型，非一般擠花手法所可比擬，具有樣式特定及一致性，與現行市面上一般擠花成形的檸檬塔不同，其花瓣細緻多重、外觀花型在綻放中略有含苞之感，其淡黃色之色澤淡雅清爽亦與其他品牌所使用之顏色有明顯差異而得為消費者與其他業者所區辨分別。自原告於103年7月8日第一次公開「玫瑰花造型檸檬塔」即暢銷熱賣至今，受到許多雜誌媒體的報導，時至今日Cream Tea(現已改名為creammm.t)粉絲專頁的按讚人數已經達到70,895人，追蹤人數達到75,675人，足見此獨創造型已經廣為相關消費者所知悉，且主觀上已將「玫瑰檸檬塔」與原告的品牌「creammm.t」劃上等號，是系爭申請立體商標有指示商品來源之效果而具有先天識別性。

2.系爭申請立體商標之「玫瑰檸檬塔」商品，從103年起即開始有部落格、媒體、網路、社群媒體之報導，且原告自109年開始陸續投注經費在廣告宣傳以及網路行銷，包含有臉書廣告投放、網紅體驗分享、電視數位頻道、時尚雜誌專文廣告及知名藝人合作廣告，於投放之後為原告臉書粉絲專頁在半年內（2020年12月至2021年6月）新增了將近35萬的使用人數、觸及及按讚人數均有所成長。又原告於110年8月間以新名稱「creammm.t」進行對各媒體的公關與網路宣傳行銷活動，又於110年10月間，與第58屆金馬獎（金馬58)聯名合作進行宣傳行銷，期間獲有多家媒體報導、網路或社群露出，投資回報率甚高；復於111年至今已與長榮航空、VOGUE時尚雜誌以及LEXUS等知名品牌聯名合作，並持續於110年1月起至111年7月底，購買Google關鍵字廣告，增加曝光度，獲有大量點擊互動。再以原告自103年成立以來，即以網路訂購作為主要銷售管道，銷售客戶遍佈全台，且近年來訂購

後平均皆要等待2至3個月以上的時間才能收到商品；而系爭申請立體商標之「玫瑰檸檬塔」商品的銷售量和營業額遠高於同業平均年產值，光系爭申請立體商標「玫瑰檸檬塔」商品之109年銷售額即有將近新臺幣(下同)7,982萬元至8,864萬元，大幅超過一間西點麵包店的整年度營業收入，且以原告109年3月2日起至110年就「玫瑰檸檬塔」商品之銷售金額及數量，對比109、110年西點麵包業的營利事業家數及銷售額，可知109年、110年同時期銷售金額為同業平均之12.8倍、17.6倍，可見系爭申請立體商標「玫瑰檸檬塔」產品有極高之銷售量與營業額，足以證明眾多消費者已經接觸系爭申請立體商標。況由中華徵信所企業股份有限公司進行之商標識別認知度調查報告(下稱調查報告)，亦顯示在所有受訪的相關消費者當中，閱覽系爭申請立體商標之「外觀」後，不論有無提示，回答所屬廠商或品牌為「creammm.t(Cream tea)」的比例為21.3%，遠高於第二名「傳遞幸福手作坊」三倍以上，足證相關消費者能單憑閱覽系爭申請立體商標的「外觀」，直接辨識出該產品是屬於原告的產品，顯然此一造型已經足以成為消費者識別商品是否來源為原告之獨特識別標示，具有指示商品來源之功能，而具有後天識別性。

3.系爭申請立體商標註冊在第30類之檸檬塔商品，即便核准亦非能夠達到獨佔此一擠花手法或技巧之效果，而仍須依商標法相關規定行使權利，對於其他同業使用此一擠花手法或技巧在蛋糕裝飾等領域的情況也不會有任何影響；又原告所爭執者在於原告是首先將檸檬塔做成玫瑰花外觀造型而讓消費者所熟知，若因為大量、後進的模仿同業而不允許獨創此一商品、長期經營且獲得商業上成功之原告核准註冊系爭申請立體商標，反而有損於商標法中維護市場競爭秩序的立法目的與原則。

㈡聲明：

1.訴願決定及原處分均撤銷。

2.被告應就系爭申請立體商標為准予註冊之處分。

三、被告答辯要旨及聲明：

㈠主張要旨：

系爭申請立體商標係僅由淡黃色內餡擠成玫瑰花狀之檸檬塔實物圖所構成，而以擠花技巧擠出之立體玫瑰花造型係業界常見之糕點裝飾性擠花手法，業者或消費者多稱此種造型的檸檬塔為「玫瑰檸檬塔」，以之作為商標，並指定使用於「檸檬塔」商品，依相關消費者之認知，僅為商品之裝飾造型，不具識別性之標識，不足以使商品之相關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，依商標法第29條第1項第3款規定，應不得註冊。又早在103年4月間網路上即有與玫瑰花造型相同之擠花手法教學影片，且於網路搜尋「玫瑰檸檬塔」即可得大量同業使用情形，難認具有指示及區別商品來源之標識而不具識別性。由原告檢附之使用資料，實際上消費者仍是以原告先前品牌「Cream Tea」作為指示及區別商品來源之標識，就系爭申請立體商標商品多稱之為玫瑰檸檬塔或玫瑰造型檸檬塔。另原告提出之市場調查報告，其調查對象與區域未及於多數可能之消費者，自不足作為具有後天識別性之判斷依據，且相較於數百億元之烘焙甜點市場規模，尚難認原告此等玫瑰檸檬塔銷售額即足以取得後天識別性。況網路上有相當多除了原告以外的民眾或業者對於玫瑰造型檸檬塔之使用資料，顯見時至今日，玫瑰擠花造型之檸檬塔已成為檸檬塔之習見造型，依現有資料，尚不足以認定系爭申請立體商標在交易上已成為原告之識別標識而取得後天識別性。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：（本院卷第230頁）

系爭申請立體商標有無商標法第29條第1項第3款規定不具識別性之情形，而應依商標法第31條第1項規定不准註冊？

五、本院之判斷

㈠本件應適用之法規

按商標註冊申請案之法規基準時，須審究對申請人有利或不利，以決定應適用之法規，若行政法院事實審言詞辯論終結前之法規，得以滿足申請人申請事由之構成要件，自應以事實審法院言詞辯論程序終結前之法律狀態為準，而適用該有利申請人之法規。但若係對申請人不利之法規，基於申請人信賴處分時既得權利狀態不得剝奪，則應依審定時法律（最高行政法院103年度判字第688號、104年度判字第792號判決意旨參照）。查本件系爭申請立體商標係於109年4月7日申請註冊，被告於110年8月9日作成「應予核駁」之審定，本院於111年10月5日辯論終結。是無論依原告申請註冊時、被告審定時或本院言詞論終結時所應適用之法規，均為105年11月30日修正公布、同年12月15日施行之現行商標法，並無審究何基準時法規對申請人有利或不利之問題，故系爭申請立體商標應否准許註冊，自應以現行商標法為斷。

㈡系爭申請立體商標有商標法第29條第1項第3款規定不具先天識別性之情形

1.按商標為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；所謂識別性，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，商標法第18條定有明文。又商標僅由其他不具識別性之標識所構成者，不得註冊，商標法第29條第1項第3款亦有明定。

2.次按以立體形狀、顏色申請商標註冊，與以平面圖樣申請註冊者相同，皆須具識別性，始能獲准註冊；在相同之圖樣若以平面型態申請商標註冊，固具識別性，但以立體形狀、顏色申請註冊時，則因該立體形狀、顏色即為商品本身之形狀、顏色或商品包裝容器之形狀、顏色，常與商品密不可分，在消費者之認知中，通常亦將之視為提供商品實用或裝飾者，而非區別商品來源的標識，而不具先天識別性；是以，在判斷立體形狀、顏色商標先天識別性時，對於為商標

指示商品/服務來源，並與他人的商品/服務相區別識別性之證明力要求，應較平面圖樣嚴格。此係因立體商標形狀、顏色在消費者的認知上，易與商品本身之形狀或商品容器包裝二者相混之特性，依相關消費者之認知，通常將之視為提供商品功能之形狀或具裝飾性之設計，不會認為形狀傳遞商品來源之訊息（最高行政法院104年判字第792號判決意旨參照）。

3.本件系爭申請立體商標依申請書所載之描述內容，係指由「淡黃色奶油內餡」與「咖啡色圓形塔皮」所組合而成之檸檬塔，其中淡黃色內餡則係自塔皮內部中心處採用由下而上往外擴散堆疊的擠花手法，使塔面上呈現出一朵綻放著嫩黃花瓣的「立體玫瑰花朵」圖樣(原處分卷㈠第1頁)，先予敘明。則其淡黃色玫瑰花造型外觀縱予相關消費者特殊之感覺，亦僅屬商品本身之形狀、顏色，就相關消費者之認知，通常將之視為商品本身之裝飾性設計，難認有足資與他人商品區別之識別性。

4.由103年4月19日之【示範】動物性鮮奶油擠花玫瑰之網路教學影片、103年5月5日之【簡單甜點】鮮奶油玫瑰花-蛋糕裝飾教學影片（原處分卷㈡第104頁反面至105頁），其內容均係與系爭申請立體商標之玫瑰花造型相似之擠花手法教學；再觀諸相關網路資料及部落格文章，亦多有相關業者推出塔皮內由下往上往外擴散堆疊而形成玫瑰花造型內餡之塔類商品，例如星巴克推出之「香芋布蕾塔」、「【超商美食・7-11】起士公爵x聯名甜點・玫瑰檸檬起司塔＆輕檸起司泡芙x夏日最強起司大賞!」、「超美的小草堂玫瑰檸檬塔@小海豚的奇幻之旅」、「【媽咪愛吃喝】【瑞士屋*玫瑰檸檬塔】」、「夢幻的玫瑰檸檬塔6入｜AVOCAT手作甜點」、「ROSE檸檬塔-設計館Wex Do甜點咖啡工作室」、「台中檸檬塔推薦｜時境Deguster(含菜單)｜9入玫瑰檸檬塔小禮盒」等(原處分卷㈡第106至148頁)，可見於系爭申請立體商標109年4月7日申請前，甚至早於103年間，此等立體玫瑰花造型

即係業界在糕點商品上常見之裝飾性奶油擠花手法。而原告復在其Cream Tea臉書專頁中敘明其玫瑰花造型是「運用奶油擠花嘴的效果」（原處分卷㈠第37頁），益徵原告僅係將上開常見之奶油擠花手法運用在檸檬塔商品上，尚難認具有表彰商品來源之功能。

5.另由相關部落格文章或媒體報導介紹原告及其他業者所推出之玫瑰檸檬塔商品時，大多以「超美」、「夢幻」、「外觀細膩」、「優雅動人」、「美到冒泡」、「怎麼會這麼美」、「真的太美」、「美成這樣」、「美到不要不要」等來形容該款商品（原處分卷㈠第111頁及反面、第118頁、第128至129頁、第136頁、第149頁、第154頁，原處分卷㈡第109頁反面至第111頁反面、第117頁反面、第122頁、第125頁反面至126頁反面），可見相關消費者對於檸檬塔商品之選擇購買上，除以美味為基本要素外，多少仍有一定程度之美感考量，是業者為吸引相關消費者之目光，外觀上以玫瑰花造型作為設計或變化，在相關消費者之認知，通常將之視為提供商品本身具裝飾性之設計，而非將之作為識別商品來源之標識，自不具有先天識別性。

6.從而，衡酌系爭申請立體商標是業界在糕點商品上常見之裝飾性奶油擠花手法，且相關消費者在選擇檸檬塔商品對於外觀風格及美感考量之特性，可認以系爭申請立體商標作為商標，並指定使用於「檸檬塔」商品，因該商品本身之形狀即與商品密不可分，依相關消費者之認知，通常將之視為提供商品本身具裝飾性之設計，而非區別商品來源之標識，不具有先天識別性。

7.至原告雖主張其為最先將玫瑰花造型結合塔皮，組合成玫瑰檸檬塔，具有獨創性，而該造型係由我國第M599547號新型專利機器所形塑，花瓣細緻多重、外觀花型在綻放中略有含苞之感，非一般擠花手法可比擬，且其淡黃色之色澤淡雅清爽，亦與其他同業所使用之顏色有明顯差異，而得為相關消費者所區辨分別等語。而將以奶油擠花手法運用在塔皮商品

上，縱固為原告所最先發想，惟商標法所保護者，係消費者得以藉由商品上之標識，辨識出提供商品之來源，而系爭申請立體商標是業界在糕點商品上常見之裝飾性奶油擠花手法，係屬商品本身之裝飾性設計，並非原告所獨創，已如前述，自不具有先天識別性。又此等以奶油擠花手法而成之玫瑰花造型，不論係以人工手作或機器生產、外型是否細緻多重、是否有含苞之感，甚或色澤是否淡雅，均無礙其外觀整體所呈現者即為玫瑰花造型，縱非完全相同，亦極為近似，並無明顯區別，此觀原告所提附件1至6之同業產品照片即明（本院卷第263至273頁），自不能以原告所稱其系爭申請立體商標較其他同業之玫瑰花造型更為細緻、花型有含苞感或顏色更為淡雅即認其具有識別性而可與其他同業商品相區別。參以，由上開相關網路資料、部落格文章及原告所提附件1至6之同業產品照片（原處分卷㈡第106至148頁、本院卷第263至273頁），可知市面上除原告有推出系爭申請立體商標之玫瑰檸檬塔商品外，尚有諸多販賣相同玫瑰檸檬塔商品之業者，足見其他競爭同業仍有使用此等奶油擠花手法於塔皮類糕點作為商品本身裝飾性設計之需求，若核准本件商標註冊，恐有影響限制同業使用以慣常奶油擠花手法作為塔皮商品裝飾之自由，除有失公允之虞外，甚而有礙市場公平競爭，自不宜由原告一人獨占取得專屬權。

㈢系爭申請立體商標未取得後天識別性

1.按有商標法第29條第1項第3款之僅由其他不具識別性之標識所構成者，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示者，得註冊之，商標法第29條第2項定有明文。此即後天識別性之規定，亦即描述性或其他不具先天識別性之標識，如經申請人於市場使用後，相關消費者已經將其視為指示及區別一定來源的標識，則該標識取得後天識別性，而得准予註冊。判斷申請商標是否取得後天識別性，應就申請人提出之證據資料，審查是否作為指示商品或服務來源之使用，並衡酌個案實際交易市場的相關事實綜合審查，

是否已使我國消費者將商標與商品或服務產生來源之連結（最高行政法院108年度判字第566號判決要旨參照）。又此一後天識別性應由商標註冊申請人提出相關事證證明之，商標法施行細則第29條亦有明定。是以，本件原告主張系爭申請立體商標業已取得後天識別性，自應由原告舉證證明之。

2.由原告所提出之103年至今原告臉書粉絲專頁上相關貼文(證據1，原處分卷㈠第35至55頁反面)，可知原告主要係以其品牌名稱「Cream Tea」及商品名稱「家常檸檬塔」介紹其所推出之檸檬塔商品，並強調為特選卓蘭小農自家栽種無藥殘留四季檸檬與法國產區限定奶油熬煮成濃郁內餡，填入添加鹽之花的杏仁甜塔皮，最後要刨上一些檸檬皮作為主要行銷手法，並未特別強調其玫瑰花造型，實難謂相關消費者已得將之視為指示及區別一定來源的標識。再觀諸相關網路及部落格介紹文章（證據8至18，原處分卷㈠第101至156頁反面），大多係以Cream Tea家常檸檬塔、Cream Tea超強檸檬塔、Cream Tea玫瑰檸檬塔、檸檬塔界的愛馬仕Cream Tea、Cream Tea玫瑰花般檸檬塔、Cream Tea玫瑰造型家常檸檬塔、Cream Tea超夢幻玫瑰家常檸檬塔為標題；又由相關臉書廣告投放、網紅體驗分享、電視數位頻道、時尚雜誌專文廣告、知名藝人合作廣告、品牌新識別公關行銷活動結案報告、金馬聯名行銷活動結案報告及聯名合作統整資料等內容觀之（證據20至24、上證17至19，原處分卷㈠第163至193頁，本院卷第185至220頁），可知原告係以其「Cream Tea」或「creammm.t」品牌推出之各式商品為綜合行銷，並非僅限於系爭申請立體商標之玫瑰檸檬塔商品，且該等內容亦多以「玫瑰造型的家常檸檬塔」、「玫瑰花型檸檬塔原創」形容該款商品。綜上，足見相關消費者所據以區別商品來源者，仍為原告之品牌「Cream Tea」或「creammm.t」，而非系爭申請立體商標，且由上開「玫瑰檸檬塔」、「玫瑰花般」、「玫瑰造型」、「超夢幻玫瑰」、「玫瑰花型」等文

字，亦可證明相關消費者係將玫瑰花造型作為檸檬塔商品之裝飾性設計，而非區別商品來源之標識。

3.另原告所提出之Google關鍵字廣告投放發票和效益(證據19，原處分卷㈠第157至162頁)，僅有曝光次數及點擊率之曲線圖，實無從得知原告係投放何等關鍵字廣告；而由Google關鍵字廣告報告(上證20，本院卷第221頁)，亦僅能得知「台中檸檬塔」、「玫瑰檸檬塔」、「Cream Tea」、「creammm.t」等關鍵字，自難據以認定此係以系爭申請立體商標為投放或所得出之關鍵字廣告報告。再原告雖提出109年3月起至110年全年度有關玫瑰檸檬塔單一商品銷售統計數量(上證4、9，本院卷第149、181頁)，固可認其109年3月2日起之109年度銷售額有5600萬元，110年度銷售額有9009.3萬元，惟以經濟部統計處調查結果，可知台灣烘焙市場每年600億元市場規模，其中甜點蛋糕產值超過200億元（原處分卷㈡第257頁），以此比例計算，僅約占市場比例約0.28%至0.45%，尚難認該等銷售額已足以取得後天識別性。

4.又原告固提出商標識別認知度調查之市場調查報告（本院卷第153至179頁），欲證明相關消費者得藉由系爭申請立體商標外觀回答出所屬廠商或品牌為「creammm.t（Cream Tea）」之比例甚高；惟具後天識別性之申請商標，其認知之主體應為相關消費者，所謂相關消費者，係指曾購買或已使用指定使用商品之消費者，以及將來可能或意欲購買或使用之潛在消費者而言，而該市場調查報告之調查報告提問卷受訪者，僅限於針對年滿20歲之居住於雙北地區之民眾，且僅有400份成功完整之樣本(本院卷第157至158頁)，不僅樣本數略嫌不足，且排除其他縣市之消費者為母數統計，顯已影響本件市場調查報告的參考價值。況且，該市場調查報告中之400份樣本，僅有100份樣本認為自己知道系爭申請立體商標之品牌而正確回答品牌為「creammm.t（Cream Tea）」之比例為59%，其餘300份樣本認為不知道或忘了廠商品牌者，在經提示選項後僅有8.7%回答品牌為「creammm.t（Cr

eam Tea）」，足見該等有效樣本中能由系爭申請立體商標外觀即能正確區辨其商品來源者甚少（換算比例僅約不到90人），自難以該市場調查報告即認定系爭申請立體商標已取得後天識別性。

5.末審酌商標之使用固不限於單獨使用，搭配其他商標合併使用亦無不可，然承前所述，原告所舉上開事證，多係以原告品牌名稱（即「Cream Tea」或「creammm.t」）加上商品名稱（即「家常檸檬塔」）及其圖片(即系爭申請立體商標圖樣)之方式行銷，易使消費者認知此圖樣僅為商品之內容說明，非用以作為區別商品服務之來源。是以，原告所提上開事證，尚難證明系爭申請立體商標業經原告長期反覆廣泛使用，且在交易上已成為原告商品之識別標識者，使商標圖樣於原本意義外，亦產生表彰商品來源之意義而具有後天識別性，是本件自無商標法第29條第2項規定之適用。

六、綜上，本件系爭申請立體商標有商標法第29條第1項第3款規定不具識別性之情形，依商標法第31條第1項規定應不准註冊。從而，原處分所為系爭申請立體商標不得註冊，應予核駁之處分，依法自無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤。原告徒執前詞，訴請撤銷原處分及訴願決定，並命被告就系爭申請立體商標應為核准註冊之審定，並無理由，應予駁回。

七、本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無逐一論述之必要，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　9　　日

智慧財產第三庭

審判長法　官　蔡惠如

法　官　王碧瑩

法　官　林怡伸

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）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所	

示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　18　　日

書記官　鄭楚君

附圖：系爭申請立體商標
申請號：000000000 商標名稱：檸檬塔立體商標 申請日：109年4月7日 商標圖樣顏色：彩色 指定使用類別及名稱： 第30類：檸檬塔。 