智慧財產法院行政判決

108年度行商訴字第12號

原　　告　鄭宇恩
訴訟代理人　陳家輝　律師
複代理人　　鄭羽秀　律師
被　　告　經濟部智慧財產局
代　表　人　洪淑敏
訴訟代理人　孫重銘
參　加　人　榮泰健康科技股份有限公司
代　表　人　鄒劍寒

上列當事人間因商標評定事件，原告不服經濟部中華民國107年12月14日經訴字第10706310980號訴願決定，提起行政訴訟，並經本院裁定命參加人獨立參加被告之訴訟，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：

參加人前於民國102年2月8日以「溫揉」商標，指定使用於當時商標法施行細則第19條所定商品及服務分類表第10類「醫療器具、醫療儀器、按摩器、電氣美容儀器、電子針灸器、物理治療器具、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品，向被告申請註冊。經被告審查，核准列為註冊第0000000號商標，權利期間自102

年10月1日至112年9月30日止（下稱系爭商標）。原告嗣於105年3月30日以系爭商標之註冊，有違商標法第29條第1項第1款及第30條第1項第12款規定，對之申請評定。案經被告審查，核認系爭商標之註冊，未違反前揭商標法規定，以107年5月28日中台評字第1050040號商標評定書為「評定不成立」處分。原告不服處分而提起訴願，經濟部嗣以107年12月14日經訴字第10706310980號訴願決定，將原處分關於系爭商標指定使用於「按摩器、電氣美容儀器、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機」商品註冊，所為評定不成立部分，予以撤銷，由被告於4個月內另為適法之處分；其餘部分訴願駁回，原告不服訴願決定駁回部分，向本院提起行政訴訟。因本院認本件判決結果，倘認原告不服原處分及訴願決定部分，應予撤銷時，將影響參加人權利或法律上之利益，爰依職權命參加人獨立參加本件被告之訴訟（見本院卷第173至180頁）。

貳、原告聲明請求撤銷訴願決定及原處分關於系爭商標指定使用於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品之評定不成立部分，被告並應就系爭商標指定使用前開商品部分，作成評定成立，註冊應予撤銷之審定，其主張略以：

一、系爭商標違反商標法第29條第1項第1款：

(一)系爭商標不具先天識別性：

1.溫揉為商品功能之描述：

「溫」字有加溫、發熱之意，「揉」字有加壓、按摩、揉捏

之意，兩者合併使用，係傳達溫熱、揉捏之意。系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品，通常具有加溫、發熱、加壓、揉捏及按摩之功能。將「溫揉」二字使用於系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品，關聯程度極高，當僅為商品功能之描述，而非暗示性標識。系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品，因通常具有溫熱與揉捏之功能，故將「溫揉」字樣使用於該等商品，當可明顯解讀該標識係直接描述該等商品，具有溫熱、揉捏之功能或用途，為不具先天識別性之標識。

2.不具識別性：

「溫揉」二字為「溫熱、揉捏」之意，相關消費者實無需運用任何想像、思考、感受或推理，即能認識「溫揉」二字與系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品之關聯性。「溫揉」二字使用於系爭商標所指定使用之相關醫療器材等10項商品，不僅密切程度及關聯度極高，且可明顯解讀該標識，係直接描述所指定使用商品具有溫熱、揉捏之功能，而相關消費者亦無需運用任何想像、思考、推理或感受，即可直接領會該標識與商品服務間之關聯性，應認系爭商標除能彰顯其文字本身之特定意義外，並無法使系爭商標指定商品之相關消費者，經由想像空間產生商品與商標圖樣之聯想，繼而認識其為表彰商品之標識，且得藉以與他人之商品相區別，應不具識別性，自不得准予商標註冊。

(二)系爭商標不具後天識別性：

參加人所提出之參加人品牌故事及門市資訊，無法證明參加人開始使用「溫揉按摩機」作為商品名稱之時間。參加人所提出之銷售明細表及銷售明細統計表等資料，均為參加人可

任意自行製作之文書，自難據此證明系爭商標業經反覆長期使用而取得第二意義。參加人所提出之官方網站網路回溯器之查詢結果及海報、宣傳單、DM，幾乎均在明顯處標示有「FUJI」、「富士」等商標圖樣，而僅將「溫揉」一詞與產品名稱「按摩機（枕）」連用。相較於「溫揉」等具有既有意義詞彙所組成之標識，不具特定意義之獨創性商標「FUJI富士」識別性較強，相關消費者自然會以「FUJI富士」商標作為指示商品來源之標識，而不會將「溫揉」圖樣，認識為參加人所使用之商標，參加人據該等資料，謂系爭商標取得後天識別性，要難採信。準此，依參加人所提前揭「富士」、「FUJI」商標之使用證據，要難證明已改變「溫」、「揉」二字之固有意義，相關消費者仍會將「溫揉」認為描述系爭商標使用於醫療器材等10項商品，具有加溫、溫熱、加壓、揉捏及按摩之功能，仍不具後天識別性。

二、系爭商標違反商標法第30條第1項第12款：

原告於參加人所稱於100年4月間有使用系爭商標前，原告已有使用「溫揉」字樣商標（下稱據以評定商標，如附圖所示）。原告所使用「溫揉搥打」標識，其與系爭商標均有相同「溫揉」字樣，在外觀、讀音及觀念等因素，均有高度近似，應認構成近似商標。系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品與按摩枕產品類似，均係透過「加溫」、「揉捏」方式，達成舒緩肌肉、減輕疼痛之功能，且均非以藥理、免疫或代謝方法作用於人體，應可認為系爭商標所指定使用之醫療器材等10項商品與按摩枕產品，具有相同或相近之功能，屬於類似商品。參加人與原告所經營之○○國際企業有限公司（下稱○○公司），同為按摩器材及醫療器材銷售商，均

有透過網路及量販店等管道銷售其商品，而競爭同業為商標法第30條第1項第12款所概括規定之其他關係。且參加人亦曾以原告以「溫揉」字樣使用於按摩器材，侵害其商標權，而對原告主動提起刑事告訴，堪認參加人係因其他關係，而知悉系爭商標之存在。準此，原告曾使用「溫揉搥打」而與「溫揉」文字構成高度近似，倘參加人非曾有見聞知悉，並意圖仿襲而申請註冊，客觀上實難以想像有如此巧合之情況。職是，縱認系爭商標具有識別性，仍屬參加人意圖仿襲而申請註冊者，依商標法第30條第1項第12款規定，自應不予註冊。

參、被告聲明請求駁回原告之訴，並答辯略以：

一、系爭商標未違反商標法第29條第1項第1款：

系爭商標由單純文字「溫揉」所構成。而依教育部重編國語辭典修訂本查詢結果，雖無「溫揉」一詞，且「溫」字除用以表達「冷熱程度」以外，尚有「柔和」、「複習」等不同字義；「揉」字除有「反覆摩擦、搓動」之意以外，尚有「安服」、「使彎曲」等多種字義；由「溫」、「揉」組合而成「溫揉」，雖其詞義或可能有多種不同解讀，惟不能否認在一般社會及消費大眾之觀念，「溫」字多半直接指向為「溫熱」、「加溫」之意，「揉」字係明顯表達「加壓」、「按摩」、「揉捏」等動作。以「溫揉」作為商標，指定使用於醫療器具等10件相關商品，該等商品屬醫療器材或醫療用補助品商品，用於診斷、治療、減輕、直接預防人類疾病、調節生育，或足以影響人類身體結構及機能，且非以藥理、免疫或代謝方法作用於人體，以達成其主要功能之儀器、器械、用具、物質、軟體、體外試劑及其相關物品，或相關之

醫療輔助用品，縱部分商品於銷售時，可能以保暖或發熱為其訴求，然並無強調「加壓」、「按摩」、「揉捏」等動作之情形，且原告於評定及訴願階段所檢送之事證，均係與本件訴訟無關之按摩器材相關商品，尚難認「溫揉」屬直接明顯用以表示，本件爭議商品之形狀、品質、功用或其他說明，或與該等商品之品質、用途、原料、產地或相關特性有密切關聯之直接、明顯之描述性說明文字。職是，系爭商標之註冊，不適用商標法第29條第1 項第1 款規定。

二、系爭商標未違反商標法第30條第1項第12款：

原告雖於評定與訴願階段檢送證據，主張其於系爭商標102年2月8日申請註冊前，已先使用「溫揉搥打」於按摩枕云云。惟原告所提證據，除所記載或標示之產品名稱外，客觀上是否足以使相關消費者將「溫揉搥打」認識其為識別商品來源之標識，不無疑義。且原告已自承其使用「溫揉搥打」文字，係表示產品名稱及用以描述產品功能。另由臺灣臺北地方檢察署不起訴處分書第2 頁倒數第5 行記載可知，足見原告將「溫揉搥打」標示於按摩枕商品上，其主觀上係表示產品特性及功能，並無將其作為商標使用之意甚明。至原告所提其餘資料，亦無法作為原告有將據以評定「溫揉搥打」作為商標使用之證據。職是，依原告所提現有證據資料，無法證明其於系爭商標102 年2 月8 日申請註冊前，已有將「溫揉搥打」作為商標使用之事實，系爭商標自無本款規定之適用。

肆、參加人於準備程序與言詞辯論期日均未到庭，以書狀聲明請求駁回原告之訴，並答辯略以：

一、系爭商標未違反商標法第29條第1項第1款規定：

(一)系爭商標非直接表示產品用途：

1.系爭商標為暗示性商標：

系爭商標由單純橫書中文由左至右組成，參照教育部重編國語辭典修訂本解釋，「溫揉」無特定字義；「溫」、「揉」分別有「不冷不熱」、「柔和」、「做事不爽快」、「使暖和」、「複習」、「冷熱之程度」、「姓」；「反覆摩擦、搓動」、「搓成團狀」、「使彎曲」、「安服」、「雜亂」等意涵，故溫揉文字相互結合後，相關消費者仍需運用一定程度之思考，始能領會標識與所指定使用於上開商品間之關聯。系爭商標以「溫柔」相同讀音發想而創用，系爭商標之權利人已申請獲准註冊0000000號「溫柔」商標，相關消費者欲瞭解該文字與商品或服務之性質，所需之想像力較高。

2.第三人於大陸地區有註冊溫揉商標：

大陸地區有「溫揉」商標指定使用於第10類「按摩器械；按摩用手套；健美按摩設備；矯形用物品；理療設備；熱氣醫療裝置；醫療器械和儀器；醫用氣墊；振動按摩器」商品獲准註冊。準此，顯見原告將「溫」、「揉」各解為「加溫」、「揉捏」之意或稱「溫揉」係指為商品提供具有「加溫」及「揉捏」之按摩或物理治療行為功能云云。純屬主觀臆測之詞，不足為憑。

(二)系爭商標具有識別性：

以「溫揉」為關鍵字，查詢被告之商標檢索資料，可知以「溫揉」為商標之全部或一部申請註冊者，僅有參加人及另一訴外人，故「溫揉」並非為相關業者，所通常必需使用之詞彙。系爭商標具有識別性，指定使用於第10類商品，非屬直接明顯用以表示，該等商品之形狀、品質、功用或其他說明

之文字，或與商品之品質、用途、原料、產地或相關特性間有密切關聯之文字。系爭商標之中文不具特定意義，且縱依原告拆解「溫」、「揉」所解釋之特定意義，亦與系爭商標所指定使用之商品，無直接關聯，或須經相關消費者運用推理及想像，始能產生聯想，是系爭商標所指定使用商品，其所表徵之標識，得藉以與他人之商品相區別。

(三)經濟部撤銷原處分之評定不成立部分為無理由：

原告於評定及訴願階段所檢送所謂事證，有不經查證混淆視聽之嫌，原訴願決定機關經濟部未予詳查，引據作成對參加人不利之決定，就「按摩器、電氣美容儀器、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機」10項商品，被告評定不成立之部分，作成撤銷決定，其認定明顯過於率斷。因參加人以「溫揉」作為商標申請註冊，指定使用於上開商品，非屬直接明顯用以表示，該等商品之形狀、品質、功用或其他說明之文字，或與商品之品質、用途、原料、產地或相關特性間有密切關聯之文字，且系爭商標整體，足使相關消費者認知指向特定來源，具識別商品來源之特性，自無商標法第29條第1項第1款規定之適用。況系爭商標有關商品自100年起至105年間之銷售數量及金額，經統計100至103年時銷售數量已為6萬餘台，金額約為新臺幣（下同）8,400萬元，因參加人極力行銷宣傳之故，至104至105年銷售數量近8萬台，金額更逾1億元，系爭商標有關商品銷售數量及金額持續成長中，堪稱業界翹楚。職是，縱認系爭商標未具有先天識別性之標識，惟系爭商標經反覆長期使用，在交易上已成為其商品之識別標識，使相關消費者產生與指定商品之聯想，已

取得第二意義而具有識別性。

二、系爭商標未違反商標法第30條第1項第12款規定：

原告雖不承認系爭商標具識別性，仍以先使用商標者之身份主張參加人搶註系爭商標，其邏輯有謬誤不當。原告所提現有證據資料，無法證明其於系爭商標102年2月8日申請註冊前，已有將「溫揉」作為商標使用之事實，系爭商標自無本款規定之適用。再者，系爭商標為參加人所創用，參加人於系爭商標申請註冊前，即100年4月間已有使用系爭商標之事實，系爭商標之使用，早於原告所謂先使用商標，並無仿襲據以評定商標之意圖，原告所謂先使用商標，未早於系爭商標之使用，並非屬先使用之商標，系爭商標不適用商標法第30條第1 項第12款規定。

三、系爭商標適用商標法第60條後段規定：

縱認系爭商標於申請時有不得註冊情形，然系爭商標仍應有商標法第60條後段規定之適用。系爭商標經參加人使用，且在交易上已成為商標權人商品之識別標識，倘認系爭商標於申請時，有不得註冊情形，因既存之客觀事實，促使構成違法事由不存在，應斟酌考量公益與當事人利益之衡平為評定不成立之裁量。

伍、本院得心證之理由：

一、程序事項：

(一)參加人經合法通知未到庭：

按訴訟代理人除受送達之權限受有限制者外，送達應向代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人。送達，而於應受送達人之住居所、事務所或營業所行之。但在他處會晤應受送達人時，得於會晤處所行之。應受送達人有

就業處所者，亦得向該處所為送達。行政訴訟法第66條及第71條第1 項、第3 項分別定有明文。查參加人經合法通知，此有本院送達證書回證附卷可稽（見本院卷第199、341頁）。而參加人於108年5月24日之準備程序與108年6月13日之言詞辯論程序，均未到庭，此有行政報到單可證（見本院卷第293、367頁）。準此，參加人經本院合法通知，無正當理由不到庭。

(二)本件為一造辯論程序：

按訴訟當事人謂原告、被告及依第41條與第42條參加訴訟之人。言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，倘無民事訴訟法第386條規定不得一造辯論判決之事由，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決，行政訴訟法第23條、第218條準用民事訴訟法第385條第1項前段與第386條分別定有明文。參加人受合法通知，無正當理由，其分別於準備程序與言詞辯論期日，均無理由未到庭。準此，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決（見本院卷第369頁）。

(三)當事人於言詞辯論終結前得提出補強證據：

1.新證據與補強證據性質不同：

按關於撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟中，當事人於言詞辯論終結前，就同一撤銷或廢止理由提出之新證據，智慧財產法院仍應審酌之，智慧財產案件審理法（下稱審理法）第33條第1項定有明文。因就同一商標或專利權之有效性爭議，得發生多次之行政爭訟，難以終局確定，甚而影響其他相關民刑事訴訟之終結。而於智慧財產法院成立後，審理關於舉發、評定及異議事件等行政訴訟事件之法官，其智慧財產專業知識得以強化，並有技術審查官之輔助，應

有充分之能力在訴訟中就新證據為斟酌判斷，容許在行政訴訟仍得補提關於撤銷、廢止理由之新證據，以期減少就同一商標或專利權有效性之爭執，因循環發生行政爭訟，而拖延未決之情形。是審理法第33條制定之目的，就是在處理此類問題，避免異議人或評定人另外聲請異議、評定而衍生另一種行政爭訟程序，故容許在行政訴訟中，仍得補提該等新證據，以解決循環發生行政爭訟之情形。準此，審理法第33條所稱之新證據，並非所有在原處分階段未提出，而行政訴訟階段，始提出之證據，均為新證據，而是針對專利權或商標權應否撤銷之獨立證據。倘非證明商標權具有撤銷或廢止理由之獨立證據，則屬為發現真實，用以增強主要證據證明力之補強證據，當事人於行政訴訟之言詞辯論終結前，均得提出該等補強證據，作為攻擊防禦方法。

2.原告於本院訴訟程序提出補強證據：

原告雖於本院訴訟程序進行中，始提出甲證4、5、6、7、13及14，並主張可證明系爭商標為直接說明商品性質之文字，違反商標法第29條第1項第1款規定云云（見本院卷第373頁）。然原告自評定程序、訴願程序及本院訴訟程序，均主張系爭商標違反商標法第29條第1項第1款規定，而該等證據均非針對系爭商標是否有違反商標法第29條第1項第1款規定以外，具有撤銷事由之獨立證據，均為原告欲證明系爭商標為商品之說明，核其性質屬補強證據，本院自應加以審酌，並依各爭點之事實基準時，認定各證據可否作為補強證據，以證明原告主張之待證事項。

(四)本件無庸審酌部分說明：

本件原告於提起行政訴訟時，僅就訴願決定核認系爭商標指

定使用於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」部分註冊，評定不成立之處分部分爭執，主張違反商標法第29條第1項第1款與第30條第1項第12款規定。且經本院於108年5月24日準備程序期日整理爭執事項，當庭諭知本院僅就系爭商標於上開項目為審究，原告與被告均表示無意見，參加人雖未到場，然該次準備程序筆錄嗣於108年5月28日送達至參加人處（見本院卷第331至332、341頁）。參加人雖就系爭商標指定使用於「按摩器、電氣美容儀器、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機」部分，固有所爭執，然參加人於收受本院筆錄後，迄未表示意見。職是，本院僅審酌系爭商標指定使用於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」部分，併此敘明。

二、整理當事人爭執與不爭執事項：

按受命法官為闡明訴訟關係，得整理並協議簡化爭點，民事訴訟法第270條之1第1項第3款、第463條分別定有明文，行政訴訟法第132條準用之。職是，法院於言詞辯論期日，依據兩造主張之事實與證據，經簡化爭點協議，作為本件訴訟中攻擊與防禦之範圍（見本院卷第295至310頁之108年5月24日之準備程序筆錄）。

(一)不爭執事項：

參加人前於102年2月8日以「溫揉」商標，指定使用於當時商標法施行細則第19條所定商品及服務分類表第10類「醫療

器具、醫療儀器、按摩器、電氣美容儀器、電子針灸器、物理治療器具、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品，向被告申請註冊。經被告審查，核准列為系爭商標，權利期間自102年10月1日至112年9月30日止。原告嗣於105年3月30日以系爭商標之註冊有違商標法第29條第1項第1款及第30條第1項第12款規定，對之申請評定。案經被告審查，核認系爭商標之註冊並未違反前揭商標法規定，於107年5月28日為「評定不成立」處分。原告不服處分，提起訴願，經濟部嗣於107年12月14日，以訴願決定將原處分關於系爭商標指定使用於「按摩器、電氣美容儀器、腳底按摩器、電子按摩減肥器、電動按摩椅、電動按摩椅墊、電動按摩床、搖擺機、氣血循環機、揉捏機」商品之註冊評定不成立之部分撤銷，由被告於4個月內另為適法之處分；其餘部分訴願駁回。原告不服訴願決定之遭駁回部分，遂向本院提起行政訴訟，起訴聲明撤銷原處分與訴願決定不利於原告部分之審定，並應作成評定成立之審定（見本院卷第371頁）。

(二)主要爭執事項：

本件當事人主張爭點，厥為系爭商標關於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品部分有無違反商標法第29條第1 項第1 款與第30條第1項第12款規定，申言之：1.商標法第29條第1項第1款部分，涉及系爭商標是否具先天識別性？系爭商標是否已取得後

天識別性？2.商標法第30條第1項第12款部分：－原告有無先使用據以評定商標之事實？—系爭商標與據以評定商標間，是否構成近似？· 兩商標是否使用於同一或類似商品？j參加人是否因契約、地緣、業務往來或其他關係，而知悉據以評定商標之存在？LL參加人有無意圖仿襲而申請註冊系爭商標？

三、系爭商標未違反商標法第29條第1項第1款規定：

按商標係表示商品或服務之形狀、品質、功用或其他說明者，不得註冊；商標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，不具識別性，不得註冊。商標法第29條第1項第1款定有明文。商標有無識別性，應就商標與指定使用商品或服務之關係、競爭同業使用情形、申請人使用方式與實際交易情況等因素，綜合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。商標圖樣之文字、圖形、記號、顏色組合或其聯合式，依社會一般通念，倘為商品之說明或與商品之說明有密切關連者，即有該條款不得申請註冊之適用（參照最高行政法院90年度判字第1846號、90年度判字第724號行政判決）。原告主張系爭商標就其所指定之商品，有意涵及功能之直接明顯說明云云。被告與參加人均抗辯稱系爭商標須經相關消費者進一步想像，始能領會系爭商標與其所指定商品之關連性，故非為直接明顯之描述等語。職是，本院應審究系爭商標是否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，而有不具識別性，有不得註冊事由（參照本院整理當事人爭執事項1）。

(一)審酌描述性標識之因素：

判斷商品或服務之標識，究係直接說明或暗示性描述，可參酌如後因素，予以判斷：1.參酌字典、報章雜誌對該文字之定義，俾以瞭解該文字於公眾認知之一般意義，且隨時間之經過或社會之演變，某特定文字於公眾理解之一般意義，亦將隨之變化，自應以商標申請註冊時，該文字於相關消費者心中屍遍性認知之意義為準。2.相關消費者欲瞭解該文字與商品或服務之性質所需之想像力，想像力越低者，則傾向為直接說明文字；反之，想像力越高者，即傾向為暗示性描述文字。3.就相同或類似商品或服務競爭者而言，倘競爭者需要使用該文字以表彰其商品或服務特性之需求越高，則傾向為描述性文字。4.描述性商標或說明性商標，用於直接描述商品或服務之性質、功能、品質、用途、特點或其他有密切關聯者。商標圖樣本身有其固有涵義，其涵義與使用該圖樣商品有關，社會大眾均得使用，用以描述其所生產之商品或提供之服務。簡言之，暗示性商標以隱含、譬喻方式，暗示說明其所指定之商品或服務之相關特性，具有識別性。而描述性商標為直接明顯之說明，相關消費者易將之視為商品或服務之說明，並非識別來源之標識。

(二)系爭商標就醫療器具等10項商品屬暗示性商標：

1.系爭商標為暗示性商標：

－暗示性商標有先天識別性：

所謂描述性或說明性商標，係指用於直接描述商品或服務之性質、功能、品質、用途或其他特點者。所謂暗示性商標，係指以間接之方式描述商品或服務之性質、功能、品質、用途或其他特點，使相關消費者經由想像之空間產生商品或服

務與商標圖樣之聯想。暗示性商標與隨意性、創造性商標相較，其識別性較弱，雖屬於弱勢商標，然具有商標註冊之積極要件，不須證明具有第二意義，即可為商標註冊。準此，暗示性商標為具有先天識別性之標識，而描述性商標為不具先天識別性之標識，除非證明取得後天識別性，否則不得註冊。

—溫揉詞義具有不同解釋之可能性：

經本院審酌系爭商標之文義，認系爭商標單純由文字「溫揉」所構成，依教育部重編國語辭典修訂本查詢結果，「溫揉」一詞本身雖無意義（參照評定卷第41頁）。然區分觀察「溫」、「揉」二字，「溫」字除用以表達「冷熱程度」以外，亦有「柔和」、「複習」等不同字義（參照評定卷第42頁）。而「揉」字除有「反覆摩擦、搓動」含意外，尚有「安服」、「使彎曲」等多種字義（參照評定卷第43頁）。準此，由「溫」、「揉」組合而成「溫揉」，其詞義可能有多種不同解讀，一般民眾固可能直接以諧音「溫柔」辨識之，惟衡諸我國為中文語系國家，依我國屶遍之識字率與教育程度，應可輕易分辨「揉」與「柔」差異，故在一般社會及消費大眾觀念中，「溫」字多半直接指向為「溫熱」、「加溫」意義，「揉」字有明顯表達「加壓」、「按摩」、「揉捏」等動作。

．相關消費者不會將系爭商標視為指示及區別商品來源標識：

系爭商標指定使用於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」10項商品部分，相關消費者通常不會將系爭商標視為指示及區別商品來源之標

識，經由「溫揉」字義予相關消費者獨特印象，相關消費者尚需運用一定程度之想像、思考、感受或推理，始能領會系爭商標與指定使用於上揭商品之關聯性。準此，系爭商標就醫療器具等10項商品，應屬暗示性商標，具有先天識別性，系爭商標足以使上揭商品之相關消費者認識其為表彰商品之來源，並得藉以與他人之商品相區別，符合商標註冊之積極要件。

2.溫揉詞彙非直接說明本件之商品功能：

－溫揉非醫療器材或醫療補助用品之直接描述說明：

原屬提供商品或服務者，在交易上通常所必須加以描述者。倘准說明性商標申請註冊，無異於允許該商標申請人壟斷說明性商標，致相關市場交易上其他競爭者對其所提供之商品或服務，不能據之加以說明，將造成自由競爭市場不公平情事。是否為說明性商標，應依社會交易市場之一般通念與客觀證據認定之（參照最高行政法院99年度判字第241 號、第637 號行政判決）。查系爭商標以「溫揉」作為商標，指定使用於醫療器具等10項商品，審核該等商品，均屬醫療器材或醫療補助用品，係用於診斷、治療、減輕、直接預防人類疾病、調節生育，或足以影響人類身體結構及機能，且非以藥理、免疫或代謝方法作用於人體，以達成其主要功能之儀器、器械、用具、物質、軟體、體外試劑及其相關物品，或相關之醫療輔助用品。衡諸社會交易市場之一般通念與客觀證據以觀，本院認系爭商標在通常之醫療交易市場，並非醫療器材或醫療補助用品之描述性說明。職是，准予系爭商標註冊，不致壟斷醫療相關市場交易之其他競爭者對所提供之商品或服務，未造成自由競爭市場不公平情事。

㈠原告所提證據均不足證明溫揉為本件商品之直接描述說明：

原告雖提出常春月刊「善用護腰輔具，生活好品質」網頁資料、露天拍賣網頁資料、PChome24h購物網頁資料、富美健發展有限公司商品介紹網頁資料、富康世界醫療器材用品中心商品介紹網頁資料、中山醫學大學附設醫院「束腹帶的妙用」網頁資料列印、momo購物網網頁資料等件為憑（見本院卷第99至116頁之甲證3至7、277至288頁之甲證13至14），並主張上開資料說明醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶與熱氣治療器具等商品，均有加溫加壓功能，故系爭商標直接說明商品之功能云云。

本院認該等部分商品於銷售時，雖可能以保暖或發熱為其訴求，然未強調「加壓」、「按摩」、「揉捏」等動作之情形。甲證13之說明固提及藉由局部壓力幫助傷口減輕，並加速傷口復原速度，似有表達加壓之意思。惟本件「溫揉」，係指藉由加壓達到揉捏之效果，其與束腹帶單純僅有加壓功能，兩者顯有不同。至於甲證14固強調通風、排汗、不悶熱之機能，然顯與「溫揉」字義相歧異。職是，原告所檢送之事證，均與本件訴訟無關之按摩器材相關商品，難以認定「溫揉」屬直接明顯用以表示本件商品之形狀、品質、功用或其他說明，或與該等商品之品質、用途、原料、產地或相關特性有密切關聯之直接、明顯之描述性說明文字。準此，益徵系爭商標之註冊，不致影響市場公平競爭，應無商標法第29條第1項第1款規定之適用。

四、系爭商標未違反商標法第30條第1項第12款規定：

按相同或近似於他人先使用於同一或類似商品或服務之商標，而申請人因與該他人間具有契約、地緣、業務往來或其他

關係，知悉他人商標存在，意圖仿襲而申請註冊者，不得註冊。但經其同意申請註冊者，不在此限。商標法第30條第1項第12款定有明文。其要件有四： 相同或近似於他人先使用之商標。 使用於同一或類似商品或服務。 申請人因與他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在。ŋ未經他人同意申請註冊。原告雖主張其於我國使用據以評定商標圖樣，參加人因業務關係知悉據以評定商標，繼而搶先註冊云云。惟被告與參加人均抗辯稱原告未先使用據以評定商標等語。職是，本院應審酌系爭商標之註冊，是否有商標法第30條第1項第12款規定（參照本院整理當事人爭執事項2）。

(一)據以評定商標無先使用於醫療器具等商品之事實：

商標法第23條第1項第14款前於86年5月7日修正公布，87年11月1日施行，其為現行商標法第30條第1項第12款規定。本款增訂之立法理由，係因與他人有特定關係，知悉係他人先使用之商標，而加以抄襲，倘持之註冊者，有違商業交易秩序，應列為不得註冊之事由。故本款規定旨在避免剽竊他人創用之商標而搶先註冊，防止不公平競爭行為或投機者，利用特定關係，知悉他人未於國內註冊商標，進而搶先申請註冊，以阻撓他人使用該商標，以維護交易秩序與商業道德，故賦予先使用商標者遭他人搶先註冊其商標時，有權利救濟機會（參照最高行政法院99年度判字第938號、第1012號行政判決）。原告雖主張其先使用據以評定商標，參加人已違反商標法第30條第1項第12款規定云云。然被告與參加人主張參加人於申請註冊系爭商標前，原告並未使用據以評定商標圖樣等語。職是，本院自應審酌原告使用據以評定商標，

是否有先於系爭商標使用之事實。

1.商標法第30條第1項第12款採先使用主義：

我國商標法採取註冊主義，而非使用主義，先使用而未註冊之商標，原則上雖不予保護。然因商標之使用，為商標存在之意義及其價值所在，為避免過度僵化產生流弊。本款對於未註冊而於國內外先使用之商標，應酌予以保護，此為商標註冊主義及屬地主義之例外。所謂先使用之商標，係指在他商標申請註冊前，有使用商標以表彰商品來源之事實，並非商標註冊在先或商標註冊狀態之存續而言。職是，不論是否為著名商標，不分國內外，亦不問註冊與否，僅要因契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人先使用商標存在而搶註者，均有本款之適用。知悉他人商標存在的原因為何，法條除例示規定如契約、地緣、業務往來之關係外，並概括規定其他關係。所謂其他關係，係指商標權人與他人間因有契約、地緣、業務往來等類似關係而知悉他人商標，並搶先註冊而言；或者雖無業務往來，然在國內外相關或競爭同業間，因地緣或業務經營關係而知悉他人先使用商標存在者，均屬其他關係之範圍（參照最高行政法院101年度判字第286號、103年度判字第710號行政判決）。準此，原告應證明其先使用據以評定商標，參加人因與原告間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉據以評定商標存在，意圖仿襲而申請系爭商標註冊。

2.原告未先使用據以評定商標：

－原告檢送之證據：

原告雖主張其於系爭商標102年2月8日申請註冊前，已先使用「溫揉搥打」於按摩枕云云。原告先於評定階段檢送如後

事證：　廈門興翔天電子有限公司2011年9月15日估價發票(PROFORMA INVOICE)；　網路時光回溯器查詢2012年12月11日PChome Online網路商店街販售「輝葉第四代溫柔搥打按摩枕、商品圖上為揉字」商品網頁資料；　「溫揉搥打按摩枕」產品包裝外盒照片；　翔天電子實業有限公司聲明書與利士多國際有限公司2010年9月23日銷貨單（見評定卷第25至29、76至77、148至149頁；本院卷第123至132頁）。嗣於訴願階段檢送訴願證13臺灣臺北地方檢察署檢察官105年度偵字第3231號不起訴處分書（見評定卷第292至294頁；訴願卷第98至102頁；本院卷第117至121頁）。

—原告所提證據不足證明其先使用據以評定商標：

本院審究上開證據所記載或標示之產品名可知，其圖示為溫揉搥打按摩枕，敘述文字記載輝葉第四代溫柔搥打按摩枕；溫揉槌打按摩枕，旁標註輝葉商標；輝葉溫揉搥打按摩枕HY-8852T等情。客觀上是否足以使相關消費者將「溫揉搥打」認識其為識別商品來源之標識，容有疑義。參諸原告已自承其使用「溫揉搥打」文字，係表示產品名稱及用以描述產品功能（見訴願卷第31頁）。職是，原告未將據以評定商標作為識別商品來源，不足證明其先使用據以評定商標。

參照臺灣臺北地方檢察署不起訴處分書第2頁倒數第5行記載：訊據原告固坦承參加人所指訴侵害商標權「溫揉搥打」按摩枕，係由其所經營之○○公司販售，惟辯稱：其公司之商標是「輝葉」不是溫揉，其將「溫揉」2字使用於產品包裝上，係為表示該產品之特性，按摩枕產品有「溫熱」、「揉捏」及「搥打」之功能，所以稱為「溫揉搥打按摩枕」，並非作為商標使用等語。準此，益徵原告將「溫揉搥打」標示

於按摩枕商品，其主觀意思係表示產品特性與功能，並無將其作為商標使用之意甚明。是原告所提現有證據資料，無法證明其於系爭商標102年2月8日申請註冊前，已有將「溫揉」作為商標使用之事實，自無商標法第30條第1項第12款規定之適用。

(二)兩商標圖樣成立高度近似性：

1.判斷商標圖樣近似之基準：

所謂商標圖樣近似者，係指異時異地隔離與通體觀察，兩商標圖樣在外觀、觀念或讀音方面有相似處，具備屘通知識經驗之相關消費者，施以通常之辨識與注意，有致混淆誤認之虞，此為不准商標註冊之消極要件。申言之，兩商標予人之整體印象有其相近之處，倘其標示在相同或類似之商品或服務上時，具有屘通知識經驗之相關消費者，在購買時施以屘通之注意，可能會有所混淆而誤認兩者商品或服務，來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯，應構成近似。職是，本院應審究系爭商標與據以評定商標是否近似？兩商標之近似程度為何。

2.兩商標構成高度近似商標：

系爭商標單純由中文「溫揉」構成，其與據以評定商標相較，兩者文字組合完全相同，是兩商標圖樣之整體外觀、觀念及讀音等項目，均有相仿處，倘標示在相同或類似之商品以具有屘通知識經驗之相關消費者，而於相關消費時施以屘通之注意，可能會誤認兩者來自同一來源，或雖不相同而有關聯之來源，應屬構成近似之商標，且近似程度高。準此，系爭商標與據以評定商標，兩者構成高度近似之商標。

(三)兩商標指定使用商品同一或類似：

1.判斷商品類似之基準：

因社會及產業分工之常態及細緻，無法以抽象概念就商品類似與否作適切之判斷，應依各產業別性質及具體個案判斷之（參照最高行政法院105年度判字第614號行政判決）。所謂商品類似者，係指兩個不同之商品，在功能、材料、產製者或其他因素，具有共同或關聯處，倘標示相同或近似商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使商品之相關消費者誤認其為來自相同或雖不相同而有關聯之來源。職是，本院應審究系爭商標與據以評定商標指定之商品，是否類似及其類似之程度。

2.兩商標指定使用商品未構成同一或類似：

系爭商標指定使用於「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品，原告將據以評定商標用於搥打按摩枕商品。參諸系爭商標指定商品可知，其指定使用於醫療器材或醫療補助用品；而據以評定商標用於搥打按摩枕商品，其指定使用於按摩枕商品。準此，本院審酌產業性質、一般社會通念及市場交易情形等因素，相關消費者應可識別兩商標指定之商品不同或無關聯性，是系爭商標與據以評定商標指定使用商品不構成同一或類似性。

(四)參加人並未惡意搶註原告先使用之系爭商標：

商標法第30條第1項第12款之立法目的，在於防止投機者，利用特定關係而知悉他人未於國內註冊商標，進而搶先申請註冊，以阻撓他人使用該商標，以維護交易秩序與商業道德，故賦與原商標權人得以制止商標申請人取得商標註冊（參照最高行政法院105年度判字第545號行政判決）。先使用人

應舉證證明申請人具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉先使用商標之存在等事實。原告雖主張據以評定商標為先使用商標云云。惟被告與參加人抗辯稱原告於系爭商標102年2月8日申請註冊前，並無將「溫揉」作為商標使用之事實。本院審酌卷內事證可知，原告未舉證證明參加人因契約、地緣、業務往來或其他業務，知悉據以評定商標之存在。準此，參加人自無惡意搶註系爭商標之事實，原告上揭主張，為無理由。

五、本判決結論：

綜上所述，經本院斟酌全辯論意旨及調查證據結果，雖認兩商標有高度近似性，然系爭商標「溫揉」字樣，並未直接說明其所指定使用之商品用途或相關特性，且原告未先使用據以評定商標，兩商標指定使用之商品不成立同一或類似性，而參加人並無惡意搶註原告先使用之據以評定商標等事實，足證系爭商標之註冊並未違反商標法第29條第1項第1款、第30條第1項第12款規定。職是，原處分就「醫療器具、醫療儀器、電子針灸器、物理治療器具、電位治療器、醫療用電刺激帶、醫療用護具、醫療用護腰、束腹帶、熱氣治療器具」商品部分，所為系爭商標評定不成立之處分，其於法有據，訴願決定予以維持，洵屬無誤。原告仍執前詞訴請撤銷該部分原處分與訴願決定，為無理由，應予駁回。

六、本件無庸審酌部分說明：

原告雖提出富美健發展有限公司商品介紹網頁資料、富康世界醫療器材用品中心商品介紹網頁資料，主張系爭商標直接說明電子針灸器、電位治療器與醫療用電刺激帶商品之功能云云（見本院卷第113至116頁之甲證6、7）。然甲證6之網

頁資料，其網址位於香港，無法得知該商品是否已為我國衛生福利部核准之醫療器材。至甲證7之商品，並無醫療器材證號，無法得知該商品，是否已為我國衛生福利部核准之醫療器材，故無法證明系爭商標違反商標法第29條第1項第1款規定。參諸本件事證已明確，當事人其餘攻擊防禦方法，均與本件判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　27　　日

智慧財產法院第一庭

審判長法　官　李維心

法　官　蔡如琪

法　官　林洲富

以上正本證明與原本無異。

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
符合右列情形之一	1.上訴人或其法定代理人具備律師資

者，得不委任律師為訴訟代理人	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。
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　、　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　所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　27　　日

書記官　蔡文揚