



老味道新修訂---氣味商標

季月刊號：No51 發刊日：2017/12/25 發行人：林志雄 撰文：石生瑩

商標得由文字、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，為商標法第 18 條所明定，因此商標保護之客體不再以列舉者為限。智慧財產局新修正「非傳統商標審查基準」於 106 年 9 月 12 日施行，增列「氣味商標」專章。

所謂「氣味商標」係指以特定氣味作為標識，且該氣味本身已具備商標指示商品或服務來源的功能。英國最早於 1996 年 4 月 9 日核准第 UK 2001416 號具有玫瑰花香氣味商標指定使用於汽車輪胎商品(The trade mark is a floral fragrance/smell reminiscent of roses as applied to tyres)，此為氣味首度申請註冊為商標之先例；而美國第一件氣味商標則係於 1988 提出申請，並於 1991 年核准註冊為第 1639128 號氣味商標，該商標表彰縫紉用紗、刺繡用紗等商品「具有雞蛋花開感受的強烈清新花香」(THE MARK IS A HIGH IMPACT, FRESH, FLORAL FRAGRANCE REMINISCENT OF PLUMERIA BLOSSOMS)。繼而有許多具有氣味的商標陸續被核准註冊。



我國白花油國際有限公司於 101 年 7 月 2 日 申請第 101037007 「 具有薰衣草氣味之氣味商標 」 指定使用於第 5 類西藥、藥油商品，繼而有多件氣味商標分別提出申請，舉如：申請第 101037008 號 「 含有紅花與桂皮混合氣味之氣味商標 」 指定使用於第 5 類西藥、藥油商品、第 101037009 號 「 含有葉綠素混合氣味之氣味商標 」 指定使用於第 5 類西藥、藥油商品、第 101037010 號 「 含有丁香混合氣味之氣味商標 」 指定使用於第 5 類西藥、藥油商品、第 101061108 「 具地瓜味道之茶葉 」 指定使用於第 30 類茶葉商品、第 102001840 「 蜂蜜芥茉醬氣味的花生油氣味商標 」 指定使用於 29 類花生油商品、第 102001841 號 「 爆米花氣味的麻油氣味商標 」 指定使用於第 39 類麻油商品。然而該等商標均直接明顯說明指定商品的味道為說明文字，而且無從知道該等商標氣味之真正味道為何，均遭到 「 不受理 」 認定。

日商久光製藥股份有限公司提出申請第 101041753 號 「 薄荷味之氣味商標 」 指定使用於第 5 類消炎鎮痛貼布商品，該商標圖樣描述：「 本商標為氣味商標。具薄荷味，此薄荷味乃藉由高濃縮甲基水楊酸（10 重量百分比）和薄荷（3 重量百分比）所混和而成」，雖然有明顯描述商標氣味成分及比重，仍遭到核駁。迄今，我國並無任何氣味商標取得註冊。其中白花油國際有限公司針對著名之 「 白花油 」 申請第 101037007 號 「 具有薰衣草氣味之氣味商標 」，商標圖



樣之描述文字為「本件為氣味商標，如所附樣本（萬應白花油），係一種含有白樹冬青油及薰衣草油混合特異氣味之中藥藥油，該薰衣草氣味非為功能性配方，不同於一般藥油僅為商品本身之氣味，具有其獨特性及識別性」，經智慧財產局審查，以「白花油公司檢附之商標樣本，主要成分包括薄荷腦、冬青油、桉葉油、樟腦、薰衣草油，其商標描述與商標樣本並非一致，無法相互參照。又以中藥製成之藥油其成分及比重不同，氣味迥異，若以多樣中藥成分所製成之藥油，其混合後之氣味更難為消費者所認知，是商標描述中『混合特異氣味』無法客觀上使消費者清楚、明確、完整地認知。再者，白花油公司所檢附商標樣本之氣味，有稍微刺鼻之薄荷味及其他無法辨識之氣味，商標描述雖然輔以樣品，仍無法使消費者清楚、明確的理解及認知該等氣味混合後所呈現之氣味為何，而無法確認所欲申請氣味之內涵及註冊商標之權利範圍，不符合商標法第 19 條第 3 項規定。經通知補正，補正仍不符合商標法第 19 條第 3 項規定之法定程式」而予以不受理處分。該申請案歷經訴願程序、行政訴訟程序仍遭「不受理」命運。惟智慧財產法院於該案以第 105 行商訴字第 41 號判決明確闡釋氣味商標究竟應檢附何種商標樣本才能符合商標法規定，值得參考。該判決指出：「為符合商標法第 19 條第 3 項所定『以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現商標圖樣』之程式要件，申請註冊氣



味商標時，申請人應提供**商標描述**，以第三人所能清楚理解之方式，直接、完整、客觀地說明氣味內容，以及商標使用於商品或服務之方式。另因氣味商標係利用嗅覺為感知，仍以直接嗅聞該氣味始得真實呈現商標，故申請人應檢附具有持久及再現可能性之**氣味商標樣品**，以輔助商標之審查。至於如何描述方可使第三人清楚理解氣味內容以符合上開程式要件，應視該氣味是否為既有或習知之氣味，如係既有或習知事物之氣味，尤其是單一氣味，例如：柑橘味、薰衣草味或薄荷味，因該等文字說明已足使第三人直接明顯聯想至特定氣味，如輔以商標樣本，應認足以表現申請人所欲取得保護之氣味商標內涵。反之，如非既有或習知事物之氣味，尤其是混合之氣味，因混合成分及比例之不同，其氣味即有所差異，而不易確定其商標之權利範圍，申請人至少應清楚完整說明其成分及比例，而使第三人得藉由相同成分及比例再現並理解該氣味之內容，始符合上開程式要件。至原告另主張依美國商標法所核准之氣味商標案例中，其商標描述『櫻桃氣味的機油』、『青草氣味的網球』已被認定清楚明確地表達該商標乙節，查上述氣味商標均屬單一氣味商標，而與系爭商標為混合氣味商標有別，況各國法制不同，自無從比附援引，據為系爭商標有利之佐證。」

由上可知，智慧財產局因應國外智慧財產法律規定保護潮流，雖然將氣味商標增列為商標保護客體之一，但因為氣味



並非像實際商標有視覺與觸覺，實際上申請人於申請氣味商標時，究竟應檢附何種文件證明「氣味」，實無確切標準可資依據。此由白花油公司申請氣味商標乙案，著實在商標申請時針對商標描述及商標樣本費盡功夫，窮盡力氣想要提出符合氣味商標規定要求之文件一再失敗，可見一斑。

惟現今智慧財產局新修正「非傳統商標審查基準」，增列氣味商標專章，並有詳細審查規定，針對氣味商標申請規定略為摘要說明：

氣味商標不同於一般視覺可感知商標或聲音商標，第三人並無法藉由商標公報、商標註冊簿，或是商標專責機關的網站，直接透過身體感官了解申請註冊的氣味。因此，如何透過商標描述之文字說明，使第三人清楚、明確、理解該氣味的內涵，進而滿足商標法第 19 條第 3 項規定之要求，具有相當的困難度，依申請註冊的氣味商標，予消費者之認知，可分為以下兩種呈現方式：

1. 以自然界存在的氣味描述

商標申請人申請註冊的氣味，如果為自然界所存在，且為具有普通知識的相關消費者所知悉，而有相類似的共通印象者；例如：柑橘味、薰衣草味或薄荷味等，即比較可能透過該等文字說明，使相關消費者直接、清楚地與記憶中的特定氣味相連結，若輔以商標樣本之審查，在感官上的認知達相互一致時，應已足以呈現申請人所欲取得保護之氣味商標內



涵，而符合商標法第 19 條第 3 項規定。

申請註冊的氣味若為複數自然界已存在的氣味所混合而成，但因混合成分及比例不同，所產生的氣味可能有所差異，導致難以清楚、明確或理解氣味商標的權利內涵及範圍，縱使申請人清楚說明組成混合氣味的各種成分及其比例，甚至詳列配方的化學式，輔助第三人藉由相同成分及比例再現並理解該氣味的內容。但最終仍應就商標描述的文字說明，客觀上是否足以表現予人感知的氣味為何；如果描述內容僅是呈現由哪些氣味所組成、調配氣味的成分、成分的比例、化學式等，卻無法讓人直接與記憶中的氣味有所連結，進而能夠大致識別、理解到該申請註冊的氣味，仍無法滿足商標圖樣應以清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現的要求。

2. 以市場上特有名稱或稱呼的氣味描述

申請註冊的氣味商標，無法以自然界存在的氣味清楚、明確表現時，如有具體事證，足資證明已與市場上存在且普遍為相關消費者所知悉的特有名稱或稱呼產生連結，多數消費者並有相類似的共通印象及經驗者，得以市場上該特有的名稱或稱呼加以描述。此時，申請人需要檢送市場上實際使用且相當程度的廣告或行銷證據，加以證明市場上該特定名稱或稱呼，已與申請註冊的氣味產生密切連結，且為具有普通知識的相關消費者所知悉者，即得以指向該氣味的特有名稱或



稱呼描述其使用於商品或服務等情形，作為氣味商標之文字說明，並輔以商標樣本後審查，以符合商標法第 19 條第 3 項規定之要求。氣味商標應以商標描述之文字說明作為商標圖樣，所以商標樣本必須與商標描述相互一致。申請人可檢送申請註冊的氣味商標實際使用的商品實物、商品包裝，或是提供服務有關的物品等，亦得檢送真實呈現含有該氣味的試紙等作為商標樣本加以審查。

~識別性~

依據商標法規定商標必須具有識別性方能取得註冊。例如：以巧克力或香草的氣味指定使用蛋糕、麵包等商品，則不具有識別性，因為是巧克力或香草蛋糕成分說明。氣味要單獨具有指示商品或服務來源的商標功能，一般需要能獨立於商品或服務的本質或被期待的商品或服務特徵之外，而屬於額外且特別附加的氣味，以作為與競爭同業類似商品或服務相互區別的一種標識。例如前述：玫瑰花香輪胎、雞蛋花香刺繡用紗線；櫻桃味的機油；苦澀啤酒味的飛鏢。

~功能性~

申請註冊的氣味對於指定商品或服務的用途或使用目的，為不可或缺，抑或是會影響商品或服務的成本或品質，便具有功能性，不得註冊。而在氣味商標是否具功能性之判斷上，商標所指定使用的商品或服務類型，是一個重要的影響因素。例如柑橘具有清潔效果，具有柑橘味道洗衣精即在於說



明氣味對於指定商品或服務的用途或使用目的，且柑橘氣味使用於洗衣精商品，亦為市場交易實務上所普遍習用，不僅不具有識別性，亦具有功能性而不得註冊。

白花油公司已於 105 年又針對「白花油」提出申請第 105036238 號氣味商標，商標圖樣描述為：「本件為氣味商標，如所附樣本（萬應白花油），係一種含有白樹冬青油及薰衣草油混合特異氣味之中藥藥油，該混合之特異氣味係由 30%的薄荷腦、40%的冬青油、18%的桉葉油、6%的樟腦及 6%的薰衣草油調配而成，其中薰衣草油非為功能性配方，不具主治療效，其獨特氣味具有其獨特性及識別性」，並檢附商標樣本。

白花油公司針對白花油氣味商標申請已身經百戰，希望這次提出申請之商標描述及樣本能夠符合商標法第 19 條第 3 項規定，成為我國氣味商標成功註冊的案例。