

途，以及生產部門，銷售管道、商品交易習慣等作出判斷，因此，我們如能從上述幾方面去考慮，則對兩岸適用之差異性應能有所依循。

二相同之處：（一）近似之判定主要皆從外觀、讀音、含意（觀念）去判斷。如皇妹與皇妹為外觀近似，黃冠與皇冠為讀音近似，太陽與小太陽為含意近似。（二）在大陸方面還要根據商品在交易過程中的不同情況和消費者依商標購物的習慣而有所不同。此與我國以具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意力

為準，亦屬相符。

從海峽兩岸商標法的沿革與實務而論，我國商標立法較早，且由於制度的不同，我國對商標相同近似的鑽研時間與實務經驗較為豐富，例如我國商標主管機關中央標準局所採行之商標審查要點係就商標圖樣總括其各部分，通體觀察判定，並對購買人、商品、地域、時間、使用、創意、客觀等因素加以考量，因此，國人如能將我國的實務經驗運用到大陸商標之審查判定上，相信不中亦不遠矣！

淺談香港商標侵害及其救濟

林幸芸

依據香港商標申請實務，註冊商標所有人就其註冊商標之指定商品享有專用權。職故，倘若

他人以相同或近似該註冊商標之商標使用於該註冊商品上，致有欺瞞社會大眾或引起混淆誤認者，

即可視為侵害該商標註冊人之商標專用權，而該註冊人亦可提起侵害（infringement）之訴，尋求法律上之救濟。惟依照香港商標法規定，僅有商標註冊人（the owner of a registration）及註冊使用人（registered user）可提起侵害之訴，且無論A部或B部商標註冊人，對於該商標專用權之侵害，均得主張法律上之救濟。惟二者尋求法律救濟時所受到之保護略有不同；即對A部註冊商標之侵害，無須論究現實有無引起詐欺或混淆之情事，法律所賦與A部註冊人之保護係絕對的，而對B部註冊商標之侵害，倘第三人能證明其使用商標不致引起詐欺或混淆，且在交易上不致使人誤認其商品與商標權人或註冊使用人間存有任何關連者，則可以免責，故法律所賦與B部註冊人之保護係為相對的。

再者，註冊商標所有人或註冊使用者，亦得依據香港商標法第32條規定，與其商品之經銷商訂立書面契約，就商標之使用方式等作明確之規範。嗣後倘該經銷商或知曉該商標使用限制條件之第三人，為第32條第2項所列舉行為之一者，即可被視為侵害商標註冊人或註冊使用人之商標專用權，商標註冊人或註冊使用人即據此請求法

律上之救濟。至所謂第32條第2項所列舉之行為如下：

- (一) 使用或包裝於商品之外觀或包裝上違反契約約定而使用商標；
- (二) 使用經變造、部份刪除之商標於其商品上；
- (三) 於應標示商標所有人或註冊使用人與該物品有商業關連之商品上，將商標部份或全部刪除；
- (四) 將其他商標附加於已標有商標之商品上；
- (五) 將其他足以損及商品信譽之文字附加於該商標之商品上。

除上所述，香港商業標示法（Trade Descriptions Ordinance）亦明定下列行為構成「違法」——侵害商標專用權：

「根據該法令第7條第1項之規定，倘任何人於商業貿易過程中（在任何商品上）為錯誤之商業標示，或供應或企圖供應標有錯誤商業標示之商品，或雖非於商業貿易過程中，而因意圖販賣或有其他商業上之目的而持有或製造標有錯誤商業標示之商品者，皆可構成犯罪。再者，倘任何人因供應目的而陳列或持有標有錯誤商業標示之商品者應被視為「企圖供應」，亦犯有本條款之罪行。除此之外，倘若任何人因意

圖製作錯誤商業標示或意圖黏貼錯誤商業標示於商品上而處置或持有任何之鑄模、印板、機器或其他工具者，亦構成罪行，除非該人能證明其行為為無欺詐之意圖。

二該法令第9條第1項亦明定任何人如有下列行為之一者係構成犯罪，除非其能證明其行為為無欺詐之意圖。

- (1) 偽造任何商標；
- (2) 惡意標示商標或近似他商標之商標於商品上，致有詐欺之虞者；
- (3) 意圖偽造商標而製作任何鑄模、印板、機器及其他工具者；
- (4) 意圖偽造商標而處置或持有任何鑄模、印板、機器及其他工具者；
- (5) 與上述(1)、(2)、(3)或(4)相關之其他任何行為。

再者，倘任何人因意圖販賣或因其他商業上之目的而銷售、陳列、持有或製造任何標有偽造商標之商品或任何標有致詐欺之虞商標之商品者，皆可構成犯罪。

除此之外，任何人若未經商標所有人之同意而製造該商標或製造近似該商標致有詐欺之虞之商標者，及藉變造、附加、塗抹或其他方式來改

造任何真正商標者，皆可視為犯有本條款「偽造商標」之罪行。至未經商標所有人之同意而惡意將該商標標示於商品上亦可被視為犯有本條款「惡意標示商標於商品上」之罪行，除非該人能證明其未侵害到商標所有人之權益，始可免責。再者，倘其抗辯該行為已經商標所有人同意時，則抗辯者亦須負舉證責任。

於侵害訴訟案件裡，被告亦可以提出某些抗辯來反駁原告有關其商標專用權被侵害之控訴。如根據香港商標法第28條之規定，在原告為B部註冊商標之所有人或註冊使用者之情況下，被告若能證明其使用商標不致引起詐欺或混淆，且在交易上不致使人誤認其商品與商標權人或註冊使用人間存有任何關連者，即可以免責。再如根據香港商標法第33條之規定，倘被告能證明其使用商標係早於註冊人之使用其商標或早於該商標之取得註冊前已連續使用，則亦可以免責。

至有關商標侵害救濟之訴訟程序如下：

請求民事損害賠償之訴訟程序係由香港高等法院 (High Court of Hong Kong) 開始。若倘損害賠償金額較小時，則從地方法院 (District Court) 開始；訴訟雙方若不服該高等法院之判

決，亦可上訴至香港上訴法院 (Court of Appeals in Hong Kong)，若再不服，最後可上訴至英國樞密院 (the Privy Counsel of the United Kingdom)。

再者，商標註冊人亦可基於上述之商業標示法 (Trade Descriptions Ordinance) 向治安法庭 (Magistrates Court) 之治安推事提出商標專用權被侵害之控訴。該治安推事審核所呈提之侵害控訴後，認為必要時即會發予警方搜索及扣押狀。警方則依據該令狀，搜索被告之住所、扣押所有侵害物品及相關文件。至所扣押後之物品、相關證據則會伴隨著控訴狀轉至檢察總長 (Attorney General) 處，由其決定該侵害案件係應提起公訴抑或自訴。

除此之外，商標註冊人亦可向工商及關稅部 (Department of Trade, Industry and Customs) 提出控訴。而該部門收到控訴後，即會對控訴之侵害事實提出調查，若有必要時，則會基於商品記號法 (Merchandise Marks Ordinance) 提起訴訟。

至判斷侵害案件中商標、商品近似之準則係採取英國法律判斷近似之原則，倘二商標近似，

構成侵害時，原告即可據此請求損害賠償。惟該原告必須證明所受損害之額度，並可以以市場上之損失，商譽上之損失，或其他任何能顯示之損失來請求損害賠償。

受侵害之一方於提起侵害之訴時，亦可請求「禁止命令」來對抗防止侵害人進一步之侵害行為及移交所有侵害物品。

綜上所述，可知商標於香港取得註冊後，不論於A部或B部，其所有人及註冊使用者均得據法提出「infringement」之訴，排除商標專用權之侵害及請求損害賠償。不獨如此，於香港地區未取得註冊但擁有較早使用日期之商標所有人，於其商標權利被侵害時，亦可以「passing off」之訴尋求救濟。職故，香港地區對於註冊商標所有人，註冊使用者及擁有較早使用日期之商標所有人保護相當完備，不啻為國內於香港地區從事商業活動者之一大福音！