

《2005年吸煙(公眾衛生)(修訂)條例草案》  
政府當局就助理法律顧問於二零零六年六月六日來信的補充答覆

關於助理法律顧問於二零零六年六月六日給衛生福利及食物局局長的信件所提出的事宜，政府當局已於二零零六年六月十五日的法案委員會會議席上作出答覆，現再作補充答覆。

在 R 訴 Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd (Japan Tobacco Inc. and JT International SA) 案中的 ECJ 個案 [2003] 1 CMLR 14

2. 來信(第 8 至 10 頁)提述 ECJ 一案。信中(第 10 頁)指出，“如果本地法院採納 ECJ 案的裁決，很可能將第 10(3)條的擬議禁制裁定為僅是對註冊商標的限制，不會構成徵用擁有人的知識產權。由於擁有人的財產或權利不會因實施第 10(3)條而被徵用，故不會引致《基本法》第一百零五條所指的事實徵用財產情況。”

3. 為斷定《2005年吸煙(公眾衛生)(修訂)條例草案》(《條例草案》)第 11 條會否造成徵用有關商標的產權的情況，我們已參考有關《歐洲人權公約》第 1 號議定書第 1 條(“歐洲條文”)的法理學論說(並於二零零六年四月衛生福利及食物局提交的立法會 CB(2)1897/05-06(01)號文件中摘要論述。)不過，《基本法》第一百零五條的用語獨特，與歐洲條文和英聯邦各國憲法中有關保障財產條文的各種版本有顯著差異。因此，關鍵問題在於《基本法》第一百零五條的用語究竟有何涵義。

4. 《基本法》第一百零五條的規定，包括香港特別行政區須依法保護依法徵用財產時被徵用財產的私人 and 法人得到補償的權利(“補償規則”)，而有關補償必須相當於該財產當時的實際價值，可自由兌換，而且不得無故遲延支付。換言之，每當國家徵用私人財產時，便須作出相當於該財產實際價值的補償。因此，藉立法或行政手段導致徵用財產而不作出相當於該財產實際價值的補償，是違反憲法的。

5. 這規則類似以下美國憲法第五條修正案條文的第二部分：“未經適當法律程序，不得剝奪任何人的私有財產；如無公平補償，也不得將私有財產徵為公用”。以下的憲法條文也可供參照：“國會有權就以公平條件獲取財產制定法例。”(澳洲憲法第 51(xxxi)條)；“法例不得容許在無合理補償下強制獲取或使用財產”(馬來西亞憲法第 13(2)條)；“除非按照規定有合理補償的法例行事，否則不得強行接管任何財產。”(尼日利亞憲法第 31(1)條)<sup>1</sup>。

6. 從上文可見，很多聯邦國家的憲法只是規定就“獲取”財產作出補償，而《基本法》第一百零五條卻是規定就“徵用”作出補償。不過，有

<sup>1</sup> See generally 一般參考 Allen, *The Right to Property in Commonwealth Constitutions* (Cambridge University Press 2000) 第 3 章。

些聯邦國家的現行憲法條文中也提述就“徵用”財產作出補償，而有關係文通常載於憲法下人權法案的引言條文內，並明確訂明是受制於限制條件的，以確保任何個人在享有權利和自由時，不會妨害他人的權利和自由或公眾利益。毛里求斯的憲法便有如此條文，並經英國樞密院在 *Societe United Docks 訴 Government of Mauritius*<sup>2</sup>案中裁定，這條文“不僅只是序言”，而是賦予實質權利的。<sup>3</sup>

7. 在應用《基本法》第一百零五條的補償規則(定義如上文第 4 段所述)時，主要的問題在於該干擾產權的作為會否構成徵用財產的情況。就這方面而言，正如立法會 CB(2) 1897/05-06(01)號文件所述，香港法院有頗大空間就事實徵用或監管取用等課題發展一套原則。不過，從英聯邦國家的判例法來看，法院一直可以根據英聯邦憲法的用語解讀“獲取”或“徵用”的涵義，無須引用相稱或公正平衡準則。事實上，正如 Allen 指出，“至今為止，儘管有很多個案的裁決明顯是經過平衡過程，但相稱性準則在關於財產的英聯邦法理學中仍是不甚重要。”<sup>4</sup>

8. Allen 繼續指出：“英聯邦法院對於某些觀點通常採取較嚴謹的詮釋，而且看來會排除應用全面相稱性驗證準則，尤其是大部分法庭和制定憲法人士都假設憲法保證給予物業的十足市值。因此，因利益受國家影響而獲取補償的人數相對較少，但獲發放的補償額卻頗為慷慨。現時沒有部分補償原則；個人不是有權獲得十足補償，便是不獲任何補償。作為一般原則，相稱性準則只規定個人的損失應該與公眾利益相稱。因此，公眾利益的重要性和金額是釐定補償額時要考慮的部分因素。在英聯邦地區內，大部分法庭甚至不會提述提供低於十足補償以求達致平衡的觀點。”(重點後加)<sup>5</sup>

9. Allen 進一步指出，如英聯邦的憲法法理學採納某種相稱性原則，“產權原則便會適用於更多情況，但所提供的保證卻少於目前……只要不必規定就每宗獲取(或徵用)財產(或產權)的個案作出十足補償，可把重點轉移至較一般性的問題—即是否已取得適當的平衡。”(重點後加)<sup>6</sup>由於《基本法》第一百零五條堅持要為所徵用財產作出十足補償(相等於財產的“實際價值”)，上述引文(上文第 8 段)便具參考價值，可解釋把歐洲的相稱性準則應用於《基本法》第一百零五條的補償規則的困難。有一點要注意的是，歐洲條文甚至沒有提述如被合法徵用土地可獲補償的權利。

10. 在沒有相稱性驗證準則的情況下，香港的法庭完全可採用補償規則，只考慮某宗個案的情況是否構成徵用財產(有關財產的擁有人享有獲相當於該財產的實際價值的補償)。美國的法庭正是這樣應用美國憲法第五條修正案的相關條文，考慮是否曾發生無給予合理補償而“徵用”私有財產的情

<sup>2</sup> [1985] 1 AC 585。

<sup>3</sup> 也可參閱 *La Compagnie Sucriere de Bel Qmbre Ltee v The Government of Mauritius* [1995] 3 LRC 494 (PC); *Grape Bay Ltd v Attorney-General of Bermuda* 案 [2000] 1 WLR 574 (樞密院在該案中沒有裁定憲法中相關條文只是弁言而已或具有獨立法律效力)。

<sup>4</sup> Allen, 參考上文備註 1, 第 194 頁。

<sup>5</sup> 同上, 第 194-195 頁。

<sup>6</sup> 同上, 第 198 頁。

況。英聯邦國家的法庭也是如此應用上文第 5 段所述這類有關保障財產的憲法條文。

11. 我們可藉以下案例說明上述方法。在經常援引的 *Grape Bay Ltd 訴 Attorney-General of Bermuda*<sup>7</sup>案中，樞密院裁定，就有關情況而言，並無發生《百慕達憲法》(Bermuda Constitution)第 1(c)條所指的沒有給予補償而徵用財產的情況。該案並沒有應用歐洲法理學採用的相稱性分析。根據賀輔明勳爵的判詞：“基於公眾利益以一般規管性法律對財產的用途施加限制，不構成徵用財產而無須作出補償，這已有定論。……究竟一條法例或行使行政權力是否構成徵用財產，當然取決於實際情況而不是草擬有關法例的方式。……主審法官認為本案顯然是符合基於公眾利益而施加一般規管的原則。”<sup>8</sup>

12. 因此，目前的問題是(a)究竟在本案中被質疑的干擾產權作為是否構成徵用財產，而不是(b)該干擾是否不能通過相稱性驗證法。如法庭強調的是問題(a)，則會裁定該干擾屬徵用財產(如不給予補償即違反憲法)或不構成徵用財產的財產權規管(即沒有憲法訂明的補償)。另一方面，《歐洲人權公約》第 1 號議定書第 1 條的法理學概念則強調問題(b)：不論干擾是否構成徵用財產，相稱性原則一律適用於所有對產權的干擾，而任何不能通過相稱性驗證的干擾均違反《歐洲人權公約》第 1 號議定書第 1 條。<sup>9</sup>

13. 與 *Grape Bay* 案一樣，在以下香港案例中，法庭沒有採用相稱性原則，而只考慮有關產權限制是否構成《基本法》第一百零五條所指的徵用財產情況：*九龍雞鴨欄同業商會訴漁農自然護理署署長*[2002] 4 HKC 277 (CA)；*玉堂電器行有限公司訴運輸署署長*(高院憲法及行政訴訟 2002 年第 94 號)(原訟法庭 2003 年 2 月 7 日)；*Kaisilk Development Limited 訴市區重建局*[2004] 1 HKLRD 907 (CA) (法庭強調在該案中，原告人的財產並無被“徵用”<sup>10</sup>)；*Fine Tower Associates Ltd 訴城市規劃委員會*(高院憲法及行政訴訟 2004 年第 5 號)(原訟法庭)(曾就該案討論事實徵用的概念)。

14. 因此，我們不能假定歐洲版本的相稱性驗證準則適用於《基本法》第一百零五條的補償規則。

15. 從以上分析來說，需要考慮的問題，是《條例草案》第 11(b)條擬議的禁制條文會否構成(事實)徵用財產的情況，而並非有關的禁制會否不能通過相稱性驗證準則。正如政府當局於二零零六年六月十五日向法案委員會提交的文件所解釋，《條例草案》第 11 條及其他條文(特別是有關煙草廣告的條文)以及《條例》所載現行法例的整體效力，就包含第 11 條所述字眼的註冊商標而言，實有構成上述徵用情況的重大風險。這個觀點在某程度上亦適用於在《條例草案》於憲報刊登後及獲得通過和實施之前已妥為註冊的商標。

<sup>7</sup> [2000] 1 WLR 574。

<sup>8</sup> 同前，第 583 至 584 頁。

<sup>9</sup> 見 Tom Allen 的《財產與人權法案 1998》(*Property and the Human Rights Act 1998*) (2005 年)第 124 頁，以及作廣泛論述的第四章和第五章。

<sup>10</sup> 見 Lord Hoffman 在 *Grape Bay* 案中的判詞第 40 段。有關判詞在本案中亦被廣泛援引。

## 澳洲競爭及消費者委員會

16. 來函(第 12 至 14 頁)亦提及帝國煙草澳洲有限公司(“帝國煙草”)於二零零五年十一月三日，為《澳洲營商法》第 87B 條的施行而作出的承諾。請注意的是有關承諾並非因應一項法庭命令而作出。這項承諾背後的原因是(正如來函第 13 頁所述)，澳洲競爭及消費者委員會曾作出調查，結論是帝國煙草曾經：

- (a) 參與具有誤導性或欺騙成分或可能會產生誤導或欺騙的行為，違反《澳洲營商法》第 52(1)條；<sup>11</sup>
- (b) 虛假地表示低焦油或尼古丁量的香煙屬某一標準、質素、價值、等級、成分、式樣或模式，違反《澳洲營商法》第 53(a)條；
- (c) 表示低焦油或尼古丁量的香煙擁有某些表現特質或好處而實際上不然，違反《澳洲營商法》第 53(c)條；<sup>12</sup>
- (d) 誤導公眾人士有關低焦油或尼古丁量的香煙的特質，違反《澳洲營商法》第 55 條。<sup>13</sup>

17. 在香港，對於擁有有關商標的香煙製造商或分銷商，至今並無類似的指稱或調查結果，而有關商標的擁有人亦無作出任何違反香港法例的行為，因此，在考慮《條例草案》是否違反《基本法》第一百零五條這項憲制問題時，澳洲事件是否有關聯，實在令人存疑。

18. 正如政府當局在二零零六年六月十五日提交的文件第 11 段指出，現行香港法例特別訂明如有關香煙的焦油量符合現行《條例》第 10(3)條的規定，則商標可使用草案第 11 條所列的受禁制字眼。此外，正如該文件第 10 段(特別參閱註 1)指出，在香港，商標註冊處處長須根據法例規定，拒絕可能欺騙公眾的商標註冊。因此，有關商標的註冊，暗示商標註冊處處長不認為該等商標會欺騙公眾。再者，即使某項商標已經註冊，亦有可能因其使用可能會誤導公眾而根據《商標條例》(第 559 章)第 52 條被撤銷。有關商標未被撤銷，似乎意味着該商標並無被證明可能會誤導公眾。

<sup>11</sup> [我們的註釋：] 第 52(1)條訂明：“任何機構均不得在貿易或商業方面，參與任何具有誤導性或欺騙成分或可能產生誤導或欺騙的行為。”

<sup>12</sup> [我們的註釋：] 第 53(a)及(c)段訂明：“任何機構均不得在貿易或商業方面，就供應或可能供應貨品或服務或就透過任何方式推廣貨品或服務的供應或使用而言：(a) 虛假地表示貨品屬某一標準、質素、價值、等級、成分、式樣或模式，或曾有某段歷史或先前的用途；... (c) 表示貨品或服務有某項贊助、准許、表現特質、配件、用途或好處而實際上不然。”

<sup>13</sup> [我們的註釋：] 第 55 條訂明：“任何人均不得在貿易或商業方面，參與任何可能誤導公眾有關任何貨品的性質、產生過程、特質、作其用途的合適程度或數量的行為。”

## Macdonald 個案

19. 來函(第 17 至 19 頁)述及一宗加拿大個案：*J.T.I. MacDonald Corporation* 訴 *The Attorney General of Canada and the Canadian Cancer Society* (魁北克最高法院，個案編號：500-05-031299-975，二零零二年十二月)。有關方面以表達自由為理由，對煙草廣告的禁制提出憲法挑戰，最終敗訴。關於根據《基本法》第一百零五條徵用商標產權的問題，該宗個案是否有關聯，實為疑問，特別是考慮到政府當局於二零零六年六月十五日所提交文件的第 10 至 11 段(以及該文件的附件，亦即由知識產權署擬備的“《2005 年吸煙(公眾衛生)(修訂)條例草案》及香港特區的國際知識產權法律責任”一文)載述關於商標的特殊考慮因素。

20. 來函(第 19 頁)表示，“如本地法院採納 ECJ 及 Macdonald 個案的立場，對公眾健康亦有利。第 10(3)條建議對商標所作的禁制，不大可能會被認為未能符合“公正平衡驗證法”的準則。”這個論點與政府當局二零零六年六月十五日的文件中所持的論據相反。正如該文件指出，有強大的理據可以證明，《條例草案》和《條例》的整體效力，是使有關商標擁有人和特許持有人無法再用其商標作具意義或可行經濟用途，因此，草案第 11 條實有構成(事實)徵用的重大風險。

## 結論

21. 總括而言，我們確認有強大的論據證明現行草案第 11 條符合憲法。不過，考慮到本地憲政法理學根據《基本法》第一百零五條的發展，並顧及其他普通法司法管轄區的比較憲政法理學，我們認為《條例草案》第 11 條及其他條文(特別是有關煙草廣告的條文)以及《條例》所載現行法例的整體效力，就包含第 11 條所述字眼的註冊商標而言，實有構成(事實)徵用情況的重大風險。這個觀點在某程度上亦適用於在《條例草案》於憲報刊登後及獲得通過和實施之前已妥為註冊的商標。

律政司  
法律政策科  
二零零六年六月