



中華人民共和國香港特別行政區政府總部衛生福利及食物局
Health, Welfare and Food Bureau
Government Secretariat, Government of the Hong Kong Special Administrative Region
The People's Republic of China

本函檔號： () in HWF CR(H) 52/581/89(05)

電話：2973 8240

傳真：2840 0467

2869 4376

香港中區
昃臣道 8 號
立法會大樓
立法會秘書處
助理法律顧問
黎順和女士

傳真：2877 5029

黎女士：

《2005年吸煙(公眾衛生)(修訂)條例草案》(條例草案)

你曾於二零零六年六月十九日和二十四日來函，就立法會 CB(2)2406/05-06(01)號文件，以及有關條例草案擬議第10(3)條的擬議委員會審議階段修正案作進一步查詢。此信會就上述兩封來函綜合律政司、衛生福利及食物局及知識產權署的回覆。

二零零六年六月十九日的來函

你認為《商標條例》或《巴黎公約》並不保障在廣告中使用商標吸引顧客注意香煙產品的情況(第3頁(a)點)

《巴黎公約》第1(2)條訂明知識產權的保護範圍涵蓋的對象有商標和制止不正當競爭。(詳情載於第10條之二)。

商標除了用以識別不同企業的商品外，還可以有其他關乎原產地、質素和市場推廣的功能。因此，無論是貨品或其出售時的容器或包裝物料，都可以顯示商標。此外，商標也可以同樣使用於在廣告(報章或電視等)上或售賣有關貨品的店鋪櫥窗裏。

《商標條例》第18(1)條(註冊商標的侵犯)訂明，凡某商標已就某些貨品或服務而註冊，如任何人在營商過程或業務運作中，就與該等貨品或服務相同的貨品或服務而使用與該商標相同的標誌，該人即屬侵犯該註冊商標。根據《商標條例》第18(5)(g)條的定義，“標誌”包括在商用紙張上或廣告宣傳中使用標誌。

你認為如果香港採納歐洲共同體法院的裁決，可能不會構成徵用知識產權或註冊商標和未經註冊商標的商譽。(第5頁末段)

在英美烟草(投資)有限公司和帝國烟草公司一案([2002] EUECJ C-491/01)中，日本烟草產業株式會社聲稱，指令第7條禁止它在歐洲共同體使用其“MILD SEVEN”的商標，以及剝奪它藉該商標的專用特許帶來的經濟利益，致令它無法行使其知識產權。歐洲法庭在因應《與貿易有關的知識產權協定》(《協定》)第20條裁定有關指令是否有效時，曾明確指出由於歐洲共同體無意履行世界貿易組織(世貿)的義務或明確提述任何世貿協定的確實條款，所以不會因應《協定》評審歐洲共同體的措施是否合法。因此，歐洲法庭認為無須因應《協定》第20條研究指令是否有效。(請參閱判決書第54至56段)。這附文的重要性是該歐洲體制是否符合《協定》的問題有待商榷。

二零零六年六月二十四日的來函

來信(A)點中你的問題

CB(2)1897/05-06(01)號文件附件 II 第 9 段確實指出，禁止使用“low tar”、“light”、“ultra-light”或“mild”等字眼，超逾了《煙草控制框架公約》(《控煙框架公約》)第 11(a)條的規定。正如我們在先前的法案委員會會議上解釋，《控煙框架公約》的締約方有義務遵守該公約的規定，但該公約並不禁止他們採取超逾該公約規定的措施。在禁制範圍內加入特定字眼，可為煙草產品生產商或其代理人或煙草產品的批發經銷商及社會人士提供更清晰和明確的指引，知道哪些字眼用於煙草產品的封包及零售盛器上會有問題。在修正案中加入的字眼乃是《控煙框架公約》第 11(a)條所引述的字眼。

有關你在第 2 頁倒數第二段所提出的問題

我們已告知法案委員會成員，所有在二零零六年三月期間或之後提交並包含“禁用字眼”的商標註冊申請，已根據《商標條例》第 11(4)(b)條被反對，理由是有關商標相當可能會欺騙公眾。這些個案仍在處理當中，現階段不宜就該些個案中細節作出任何評論。

任何人均可透過向法院或處長提出申請，根據《商標條例》第 52(1)條撤銷某項商標的註冊，或根據該條例第 53(1)條宣布某項商標的註冊無效。

你在第 5 頁(a)最後一部分“未經註冊的商標”標題下表達的意見，即附表 5A 的草擬內容並未反映政策原意(第 5 頁(b)點)

你提出下述觀點：

“即使某企業的擁有人被禁止使用其未經註冊的商標，其商譽亦不大可能受到損害。第 10(3)條的禁制條文不大可能被指為構成《基本法》第 105 條所述的“徵用”財產或“deprivation of property”的情況。

我們希望重申，對於包含禁用字眼的未經註冊商標或馳名商標，如符合相應的條件，應准予使用的建議，是因為我們須確保中國香港繼續完全符合世界貿易組織《協定》。根據《協定》，“知識產權”一詞指所有類別的知識產權，例如可保護商標¹。商標(包括馳名商標²、未經註冊但正在使用的商標及商業名稱³)屬於知識產權⁴的類別。中國香港作為世貿組織成員，須根據《協定》對該等類別的知識產權提供保護。知識產權的保護包括影響知識產權的效力、取得、範圍、維持和實施

¹ 《協定》第 1(2)條。第 2 節：第 15(1)條(可保護客體)訂明：“任何標記或標記的組合，只要能夠將一企業的貨物和服務區別於其他企業的貨物或服務，即能夠構成商標。此類標記，特別是單詞，包括人名、字母、數位、圖案的成分和顏色的組合以及任何此類標記的組合，均應符合註冊為商標的條件。”《協定》並無對商標和商業名稱作出區別。在任何情況下，《巴黎公約》第 8 條[商號](即“商業名稱”)訂明：“商號應在本同盟一切成員國內受到保護，無須申請或註冊，也不論其是否為商標的組成部分。”在某宗世貿組織爭端解決個案中：美國—《1998 年綜合撥款法令》第 211 條，上訴機構裁定“世貿組織成員確實在《協定》下有義務對商業名稱提供保護。”WT/DS176/AB/R 第 273(g)段。

² 馳名商標擁有人享有特定權利。《巴黎公約》第 6 條之二[馳名商標]訂明：“商標註冊國或使用國主管機關認為一項商標在該國已成為馳名商標，已經成為有權享有本公約利益的人所有，而另一商標構成對此馳名商標的複製、仿造或翻譯，用於相同或類似商品上，易於造成混亂時，本同盟各國應……禁止使用該另一商標”。

³ 未註冊的商業名稱(如未註冊商標一樣)如能體現業務的商譽，便可根據《巴黎公約》第 10 條之二[不正當競爭] 在國際上受到保護，並可憑藉普通法的假冒訴訟條文在本地受到保護。

⁴ 《巴黎公約》第 1(2)條〔知識產權的範圍〕訂明，“工業產權的保護對象有……商標……和制止不正當競爭”。《與貿易有關的知識產權協定》第 1 條規定，“……‘知識產權’一詞指作為第二部分第 1 節(第 2 節：商標)至第 7 節主題的所有類別的知識產權”。根據該協定第 15(2)條，成員除了以該協定及《巴黎公約》明文規定的理由外，還可以其他理由拒絕商標的註冊。如以“其他理由”拒絕商標的註冊，則只有在有關理由與《巴黎公約》的條文相抵觸時，才會背離該公約的規定。《上訴機構有關美國撥款法令第 211 條的報告》第 171、177 及 178 段。

的事項，以及《協定》專門處理有關影響知識產權的使用的事項。

立法會 CB(2)1897/05-06(01)號文件第 11 段指出未經註冊的商標在香港可獲得某種形式的保護。該段所提及的保護，源自《協定》內訂明須保護所有種類的知識產權的規定。該種形式的保護，亦顯示所牽涉的法律問題相當複雜。該文件第 12 段接着解釋這些複雜的問題可引致訴訟風險。這裏的所謂“訴訟”，既指本地法院亦指國際場合／層面的訴訟。在制訂有關未經註冊的商標(包括商業名稱)及馳名商標的修正案時，《基本法》第 105 條既非唯一亦非最重要的考慮因素。

正如以上兩段所解釋，政策原意是讓中國香港可繼續充分遵守《協定》，而並非狹窄地局限於“豁免有權採取有關假冒的法律行動的人士”。擬議附表 5A 的現行草擬內容適當地反映我們的政策原意，就是保護商標(包括商業名稱)及馳名商標，以達致《協定》對世貿成員要求的程度。

你認為根據附表 5A 第 5 條獲豁免人士的類別不明確(第 6 頁第 (ii) 段)

你指出任何人士在指定日期之前的某一時間有權採取有關假冒的法律行動以保護其商譽，不一定表示他在指定日期之前的另一時間有權採取有關假冒的法律行動，假如當時商譽已不存在的話。正如上段解釋，政策原意並非狹窄地局限於豁免有權採取有關假冒的法律行動的人士。因此，附表 5A 第 5 條的現行草擬內容，並無提及任何人士有權採取有關假冒的法律行動，因為這並非擬議豁免安排的決定條件。

你認為附表 5A 第 5 條下獲豁免人士的身分不明確(第 6 頁第 (iii) 點)，並要求政府當局澄清有關豁免某人受第 10(3) 條規限的機制(第 6-7 頁第 (iii) 點下末段)

任何煙草產品生產商或其代理人或煙草產品的批發經銷商，均可決定是否在其煙草產品的封包或零售盛器上使用／繼續使用某些字眼。如他認為能夠符合附表 5A 所載的條件，則可在其產品的封包或零售盛器上繼續使用／開始使用其商標。假如他被控違反第 10(3) 條，則他必須通過證明已遵守附表 5A 的規定，提出獲豁免受第 10(3) 條規限作為抗辯理由。

你認為如任何人士在指定日期之前獲豁免受第 10(3)條規限，則他有權在指定日期之後任何時間使用其未經註冊的商標(第 7 頁第 (iv) 點)

我們的政策原意並不是如某人在“指定日期之前”獲豁免受第 10(3)條規限，則他應被視為有權“在指定日期之後的任何時間”使用其未經註冊的商標。擬議附表 5A 第 5(a)條所載的規定是，指明人士須在香港的煙草產品零售過程中真誠地連續使用該未經註冊的商標或商業名稱，而該使用須在指定日期之前已開始。

你認為難以確定某項商標是否馳名商標，除非由處長或法院作出裁定(第 9 頁“馳名商標”這一標題下(a)(iv)點)

如某一馳名商標的擁有人認為他能夠符合附表 5A 所載的條件，他則可在其產品的封包或零售盛器上開始使用其商標。假如他被控違反第 10(3)條，則他必須通過證明已遵守附表 5A 的規定，提出獲豁免受第 10(3)條規限作為抗辯理由。最直接證明遵守有關條文的方式，是在法院證明其商標是根據《商標條例》附表 2 的規定馳名於香港。

你認為如某商標未被法院或處長裁定為馳名商標，該商標擁有人的權利是否構成可獲得《基本法》第 105 條保護的“財產”，以及第 10(3)條下的擬議禁制條文是否構成《基本法》第 105 條所述的“徵用”財產或“deprivation of property”的情況，令人存疑。

正如本函第 3 頁的尾段所解釋，根據《協定》的規定，馳名商標是知識產權的其中一個類別，中國香港有義務保護該等商標。此外，又如第 4 頁的第 2 段所解釋，在制訂修正案時，有關馳名商標方面，《基本法》第 105 條既非唯一亦非最重要的考慮因素。

你認為難以確定那類人士可作為馳名商標的擁有人而獲得豁免(第 11 頁“馳名商標”標題下的(c)點)

你認為在指定日期之前的某一時間馳名於香港的商標，未必在指定日期之前的另一時間馳名於香港。觀乎商標擁有人為使商標可馳名所付出的努力，這情況出現的可能性不高。不過，我們的政策原意是在指定日期之前，有關商標已開始就煙草產品而馳名於香港，有關商標亦同時須在緊接指定日期之前馳名於香港。

你認為難以確定哪些是可根據附表 5A 下第 10(3)條獲豁免的馳名商標(第 11 頁“馳名商標”這一標題下(d)點)

正如本函第 5 頁中段解釋，假如馳名商標的擁有人認為他能夠符合附表 5A 所載的條件，可在其產品的封包或零售盛器上開始使用其商標。假如他被控違反第 10(3)條，則他必須通過證明已遵守附表 5A 的規定，提出獲豁免受第 10(3)條規限作為抗辯理由。最直接證明遵守有關條文的方式，是在法院證明其商標是根據《商標條例》附表 2 的規定而馳名於香港。

你認為證明遵守附表 5A 的規定是有困難的(第 11 頁“馳名商標”標題下(e)點)

擬議的附表 5A 清楚訂明，舉證責任在於指明人士。他必須自行決定應保存那些證據及如何保存這些證據以證明有關的規定已被遵守。

另外，希望你能提供先前發給我們的所有函件的中文譯本，以供參考和備存記錄。謹此致謝。

衛生福利及食物局局長
(區穎恩 代行)



二零零六年七月十四日