



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》

多謝你在本年七月十八日的來函。下文答覆來函所提出的問題和就你的意見作出評論。

你的著眼點在於“吸引顧客注意產品”而並非廣告宣傳本身(來函第二段)

你表示你的著眼點在於“吸引顧客注意產品”而並非廣告宣傳本身。我們察悉你的意見，不過我們希望指出，立法會CB(2)2406/05-06(01)號文件第 8 段的要點，是討論如全面禁止使用“禁用字眼”，則含有“禁用字眼”的註冊商標的擁有人，是否仍可使用其註冊商標作任何具意義的用途或有利可圖的經濟用途(以斷定是否發生任何受影響註冊商標事實上被徵用的情況)。在作出這項評估時，理應研究煙草廣告可能使用有關商標吸引顧客注意產品的問題。

我們亦知悉你似乎認為在廣告宣傳中使用商標是《商標條例》(第 559 章)及《巴黎公約》所給予的一項保障，但你所強調的是“吸引顧客注意產品”而並非廣告宣傳本身。不過，在廣告宣傳中使用商標吸引顧客的注意，原是在廣告中使用該商標本身的推廣和宣傳用途。正如我們上一封在二零零六年七月十四日的函件中解釋，按照《商標條例》第 18 條的規定，註冊商標權利

的保護範圍，包括針對第三者透過在廣告宣傳中使用相類似或相同的標誌等侵犯註冊商標的行為。

第 10(3)條(即《本條例草案》原先的第 11 條)是否構成“不必要的障礙”(來函第三及第四段)

我注意到你提及有關的歐洲法院判決、加拿大麥當勞個案的判決，以及澳洲競爭與消費者委員會的意見當中關於“不必要的障礙”的部分，並問及它們與是否有任何徵用知識產權的問題有何關聯。政府當局已在分別於二零零六年四月及六月提交、並於二零零六年六月十九日討論的立法會 CB(2)1897/05-06(01)號文件及立法會 CB(2)2456/05-06(01)號文件內，探討過這個問題。在有關的文件內，政府當局就歐洲法院個案、加拿大個案和澳洲競爭及消費者委員會的意見作出了評論。簡而言之，我們認為歐洲的相稱性驗證法，不應假定為適用於《基本法》第一百零五條下關於須就合法徵用作出補償的規定。加拿大個案所涉及的是以發表自由而非產權保護為理據提出憲法質疑。至於澳洲的有關安排，是澳洲帝國煙草有限公司自願作出的承諾，而並非遵照法庭命令作出的(亦即當時有關問題並無司法裁決)。因此澳洲該項安排與本條例草案是否違反《基本法》第一百零五條這項憲法問題並無直接關聯。

關於在擬議附表 5A 之下對含有“禁用字眼”的註冊商標採取不溯既往的做法，當局把截止日期設定為指定日期而非二零零六年三月，你要求澄清這項決定的政策原意(來函第六段(a)點)

《商標條例》第 11(4)條訂明，如任何商標違反廣為接受的道德原則或相當可能會欺騙公眾，則該商標不得註冊。商標註冊處處長在審查任何商標是否相當可能會欺騙公眾時，會考慮在申請註冊當日是否有真正欺騙的可能性出現，而並非想像中欺騙的可能性出現。使用“公眾”字眼，表示必須對有關行業的性質及其顧客作特別的考慮。《商標條例》第 84 條訂明，針對處處長根據該條例作出的決定的上訴可向法院提出。在對《吸煙(公眾衛生)條例》作出的任何禁止使用“禁用字眼”的修訂建議獲得通過之前，任何人可針對處處長所作的任何拒絕為含有“禁用字眼”的商標註冊的決定提出上訴。如上訴得直，則有關商標須予註冊。如不溯既往安排的截止日期設定於本條例草案生效前的一個日期，則可能出現下述情況：一方面含有“禁用字眼”的商標或會被法院裁定不大可能欺騙公眾，因而須予註冊；另一方面《吸煙(公眾衛生)條例》的擬議修訂(如獲得通過)則禁止使用“禁用字眼”。

當局建議透過擬議附表 5A 的不溯既往條文，對現時含有“禁用字眼”的註冊商標作出豁免，你要求澄清這項安排的政策原意(來函第六段(b)點)

在擬議附表 5A 下，現時含有“禁用字眼”的註冊商標並非簡單地獲得“不溯既往”的豁免。該等商標亦須符合下列條件－

- (a) 該等香煙的封包及(如封包是在零售盛器內的話)盛器以訂明的式樣及方式載有註明(擬議附表 5A 第 2(e)條)。如有關的煙草產品並非香煙，該等煙草產品的零售盛器以訂明的式樣及方式載有註明(擬議附表 5A 第 3(d)條)。
- (b) 在有關的煙草產品出售時，該商標仍然是在註冊紀錄冊內註冊的(擬議附表 5A 第 4(c)條)。

訂定“註明”這一條件，目的是盡可能解決“禁用字眼”可能產生任何誤導效果的問題。規定有關商標必須維持註冊，目的是確保任何先前註冊並含有“禁用字眼”商標，如已被撤銷或宣布為無效，不得繼續享有擬議附表 5A 的豁免安排。

你要求闡述所涉及的複雜法律問題(來函第十一段(a)(i)、(a)(ii)及(a)(iii)點)

關於(a)(i)點，正如先前已解釋過，知識產權的保護包括影響知識產權的效力、取得、範圍、維護和實施的事項，以及《與貿易有關的知識產權協定》(《協定》)專門處理有關影響知識產權的使用的事項，即未經註冊及馳名商標受到保護、經由取得而獲註冊、享有範圍廣闊的保護、維護所受到的保護，以及使用和執行有關權利的效力。有關規定載於《協定》中的第 3 及 4 條，亦附於該些條文的注釋。

至於(a)(ii)點，你質疑《協定》為“這類誤導性的商標”(即未經註冊的商標及馳名商標)提供保護所依據的法律基礎。我希望指出，建議對現有未經註冊的商標及馳名商標採取不溯既往的做法，並非因為《協定》規定香港特區須保護“誤導性”的未經註冊的商標及馳名商標；問題的關鍵在於香港特區對註冊商標採取不溯既往的安排(前提是須加入註明以消除禁用字眼所產生的任何誤導效果)但不給予未經註冊的商標及馳名商標同等的待遇，是否符合《協定》的要求。根據《協定》第 1(2)條，香港特區必須要適當的保護所有類別的知識產權，包括商標及商業名稱，不論是否已經註冊。

來函(a)(iii)點問及《協定》中有哪些確切條文容許香港特區禁止使用擬議第 10(3)條下的商標。《協定》並無確切條文明示處理含有禁用字眼的商標的事宜，但我們的判斷是擬議的附表 5A 已為所有類別的知識產權提供了足夠的保護，訂立擬議的附表 5A，可使擬議的第 10(3)條的規定穩妥。

你要求當局評估如不對未經註冊的商標或馳名商標採取不溯既往的安排可能引致的訴訟風險(來函第十一段(b)點)

基本的法律原則是，世貿成員須本着真誠實施《協定》的條文(第 1(1)條)。如通過本條例草案，在法律上一概禁止使用草案所列明的某些商標或商業名稱，而不就包含禁用字眼的現有的註冊商標、未經註冊而在使用中的商標、現有的馳名商標以及現有而在使用中的商業名稱，訂立全面的不溯既往條文，則有關法律會與《協定》有所抵觸。基本上，香港特區應採取一切可行措施，避免與《協定》背道而馳。

你認為，讓任何人自行決定他是否根據附表 5A 獲得豁免以及如被起訴的話，則透過證明已遵守含糊的規定，提出他可享豁免安排作為抗辯理由，這項政策是不適宜的(來函末二段)

任何人如欲獲豁免而不干犯在煙草產品封包上使用某些禁用字眼的罪行，必須符合擬議附表 5A 詳細訂明的條件。規定由尋求引用法定豁免的人，負責證明他已符合豁免的條件，本是跟一般刑事訴訟法原則一致的做法。擬議附表 5A 一方面可減低有關罪行條文遭法律質疑的風險，另一方面亦清楚訂立嚴格的規定，以防止不溯既往的豁免安排被濫用，因此我們認為，該附表是一套能達致兩者平衡的模式。

衛生福利及食物局局長
(區穎恩 代行)



二零零六年七月二十六日