

(譯文)

來函檔號：  
本函檔號：LS/B/24/04-05  
電話：2869 9370  
圖文傳真：2877 5029

香港  
花園道  
美利大廈19樓  
衛生福利及食物局  
衛生福利及食物局局長  
(經辦人：衛生福利及食物局副秘書長(衛生)2)  
楊何蓓茵女士)

傳真(2840 0467)及郵遞函件

楊太：

**《2005年吸煙(公眾衛生)(修訂)條例草案》(下稱“條例草案”)**

關於你在2006年7月26日的來函，本人有以下意見：

**對包含禁用字眼的未經註冊商標及馳名商標作出不溯既往的豁免，似乎有違香港在《與貿易有關的知識產權協定》(下稱“《協定》”)下的責任**

---

本人察悉你的意見如下：

- (a) 相關的規定載於《協定》第3及4條和該等條款的附註；及
- (b) 倘若條例草案獲得通過，若干在草案中載列的商標或商業名稱將在法律上全面被禁用，但草案卻沒有就載有禁用字眼的現有註冊商標、已在使用的未經註冊商標、現有馳名商標及已在使用的現有商業名稱訂定全面的不溯既往條文，則有關法例將抵觸《協定》。

然而，本人就《協定》第3及4條的基本原則作更深入的研究後，對下列各點存有疑問：

- (a) 關於註冊商標的不溯既往安排，《協定》並無規定有關安排必須如同第10(3)條和委員會審議階段修正案中的附表5A所建議，擴展至涵蓋未經註冊商標及馳名商標；及
- (b) 擬議的不溯既往安排有違香港在《協定》下的責任。

本函夾附摘錄自世界貿易組織(下稱“世貿”)信息及傳媒關係部(Information and Media Relations Division)所撰寫和出版的文件《瞭解世貿》(“Understanding the WTO”)(下稱“世貿文件”)，當中載述世貿協議的基本原則，以供參考。根據世貿文件，《協定》第3及4條背

後的基本原則是“在不存在歧視的情況下進行貿易”。這項原則體現於以下兩方面：

- (a) 稱為“最惠國待遇”(第4條)的原則，即各成員國須平等對待其他成員國，把他們全部視為“待遇最為優惠”的貿易夥伴。倘若某國增加對某一貿易夥伴提供的優惠，該國必須同時給予所有其他世貿成員國相同的“最佳”待遇，使他們全都得以保持“最惠國”地位；及
- (b) 稱為“國民待遇”(第3條)的原則，即進口和本地生產的貨物應得到平等對待。

《協定》只規定最惠國待遇及國民待遇須應用於“同類產品”。由於註冊商標與未經註冊商標及馳名商標並非“同類產品”，《協定》並無規定註冊商標的不溯既往安排須擴展至涵蓋未經註冊商標及馳名商標

政府當局建議加入條例草案第10(3)條，以“禁止所有煙草產品的封包上出現‘醇’、‘焦油含量低’或其他可能造成類似誤導效果的字眼”，從而“配合國際做法”(立法會參考資料摘要第14段)。政府當局其後告知法案委員會，基於存在“重大的訴訟風險”，“包含禁用字眼(‘相當可能會欺騙公眾’的字眼)的註冊商標”須豁免受到禁制。之後，政府當局告知法案委員會，“因為須確保中國香港繼續完全符合世貿《協定》”，故包含“禁用字眼”的未經註冊商標及馳名商標亦須豁免受到禁制。

政府當局已告知法案委員會，關乎未經註冊商標及馳名商標的“訴訟風險”較低，所以註冊商標與未經註冊商標及馳名商標並非“同類產品”。根據《協定》，就本地“註冊商標”作出的不溯既往安排，似乎無須應用於未經註冊商標及馳名商標。

世貿文件清楚訂明“國民待遇由產品、服務或知識產權項目進入市場的一刻起才開始適用”。《協定》並無規定本地註冊商標的不溯既往安排須擴展至涵蓋馳名商標

由於馳名商標並無進入本地市場，就註冊商標作出的安排似乎無須擴展至涵蓋馳名商標。

#### 《協定》和《巴黎公約》下的例外情況

對於你指“《協定》並無確切條文明示處理含有禁用字眼的商標的事宜”，本人並不認同你的看法。《協定》及《巴黎公約》均有多項條文處理誤導性商標的事宜。基本上，此等條約的締約方有權不保護“誤導或欺騙公眾”的商標：

- (a) 《巴黎公約》第六條之七B訂明，除下列情況外，對本條所適用的商標既不得拒絕註冊也不得使註冊無效：
  - 商標違反道德或公共秩序，尤其是具有欺騙公眾的性質。

(b) 《巴黎公約》第十條之二第3(3)款訂明，下列各項特別應予以禁止：

- 在經營商業中使用會使公眾對商品的性質、製造方法、特點、用途或數量易於產生誤解的表示或說法。

(c) 《協定》第17條訂明，成員可對商標權施加諸如對說明性詞匯的合理使用的有限例外，但此種例外應考慮商標所有人和第三方的合法利益。

此外，《關稅及貿易總協定》第20條訂明，如下列措施的實施在條件相同各國間不會構成任意的或無端的歧視手段，或者不會形成偽裝起來的對國際貿易的限制，則不得將本協定解釋為妨礙任何締約方採取或實行如下這些措施：

(b) 為保護人類及動植物的生命或健康所必需者。

#### 擬議的不溯既往安排有違香港在《協定》下的責任

雖然香港似乎無須把不溯既往的豁免應用於未經註冊商標及馳名商標(因為未經註冊商標及馳名商標與註冊商標並非“同類產品”)，又或可聲稱該等未經註冊商標及馳名商標屬於《協定》及《關稅及貿易總協定》下的例外情況(基於該等商標的誤導或欺騙性質)，但政府當局的政策是向包含“禁用字眼”但在指定日期前已在使用或已經馳名的未經註冊商標及馳名商標作出豁免。請解釋：

- (a) 為何只豁免包含“禁用字眼”的未經註冊商標及馳名商標，但卻不豁免其他同樣可能誤導或欺騙公眾的商標(暗喻或意指有關產品的害處較其他煙草產品少的商標)。
- (b) 為何只豁免在指定日期前已在使用或已經馳名的未經註冊商標及馳名商標，但卻不豁免新商標。
- (c) 為何這項政策在條件相同各國間不會構成任意的或無端的歧視手段，或者不會形成偽裝起來的對國際貿易的限制。

#### 《商標條例》(第559章)(下稱“該條例”)和《巴黎公約》均沒有就煙草廣告中的商標使用提供保障

正如現時關於煙草包裝禁用誤導性／欺騙性商標是否如同煙草公司所指稱侵犯其多項權利的問題一樣，多間煙草公司曾向多個禁制煙草廣告的政府提出法律程序。然而，據本人所知，煙草公司從未在這些個案中勝訴。禁制煙草廣告是國際慣例，不少司法管轄區對煙草廣告的禁制更已擴展至非煙草產品。在香港，該條例明文禁制煙草廣告和限制非煙草廣告。現時有委員建議在條例草案中擴大對非煙草廣告的限制，政府當局已向法案委員會承諾考慮禁制非煙草廣告。在2006年6月

19日發出的函件中，本人就此事所作的分析題為“煙草廣告 —— 不受商標的註冊保護”。本人不明白你如何“知悉本人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》所給予的一種保障”，亦不明白你為何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。

### **相稱原則**

你提到“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”。

對於本人就《基本法》第一百零五條訂明的產權保障和“相稱原則”所作的分析，你似乎有所混淆。請注意，它們是兩個截然不同的法律問題。本人分析“相稱原則”及歐洲法院判詞、McDonald一案和澳洲委員會的意見的相關性，是為了回應貴局提交的立法會CB(2)1897/05-06(01)號文件的第6段：“即使無發生徵用情況，如本地法庭採用歐洲法理學發展出來的‘公正平衡’驗證法，亦應審慎考慮能否在保障公眾健康的大前提和保障有關商標擁有人的產權兩者之間，取得公正的平衡。”。

本人在分析《基本法》第一百零五條訂明的產權保障時，從未應用“相稱原則”，不明白何以你會認為“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”。本人對你的觀點並無意見。

請在2006年7月31日正午前以中英文作覆。

助理法律顧問

黎順和

2006年7月28日

m7157