

(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

傳真(2840 0467)及郵遞函件

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)

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8月29日的來函，本人有以下意見：

關於你就根據《商標條例》(第559章)(下稱“該條例”)註冊的商標(下稱“註冊商標”)、已在香港使用的未經註冊商標及商業名稱，以及該條例所界定的馳名商標可獲不溯既往的豁免所提出的法律理據

基於本人在過往函件中所述的理由，本人不同意你提出的法律理據。

擬議的“不溯既往暨註釋”做法——向所有在指定日期前已在香港使用或馳名的誤導性商標及商業名稱給予豁免

根據附表 5A 所載的“不溯既往暨註釋”做法，似乎如果煙草的包裝載有訂明的註明，則：

- (1) 所有在指定日期前已在香港使用的商標及商業名稱；及
- (2) 所有在指定日期前已在其他國家使用並馳名於香港的商標及商業名稱

均可獲豁免，不論：

- (1) 它們是否具誤導性；或
- (2) 它們是否已經根據該條例註冊。

在此等情況下：

- (1) 請澄清根據附表5A可獲豁免的商業名稱範圍，因為按照你在來函中第2頁(b)段所言，政府當局認為香港在《與貿易有關的知識產權協定》(下稱“《知識產權協定》”)和《巴黎公約》下有責任保護“所有類別的知識產權”：

“任何標記或標記的組合，只要能夠將一企業的貨物或服務區別於其他企業的貨物或服務，即能夠構成商標。此種標記，特別是單詞，包括人名、字母、數位、圖案的成分和顏色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。”

由於附表5A並無界定“商業名稱”的定義，請修訂政府當局建議的委員會審議階段修正案，以反映豁免範圍。

- (2) 雖然政府當局已確認“所有在2006年3月或之後提交並包含“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。**”，但該等誤導性商標似乎可基於本身是在指定日期前已在香港使用的未經註冊商標或商業名稱，或在指定日期前已在香港馳名的商標，在附表5A下獲得豁免。請澄清。
- (3) 倘若政府當局的政策是要豁免所有在指定日期前已在香港使用或馳名的商標及商業名稱，不論它們是否具誤導性和是否已經註冊，則當局作出下列規定所持的理據為何：
 - (a) 有關的商標或商業名稱不受法庭基於普通法中的欺詐或其他類似理由而頒發的、禁止該商標或商業名稱的使用的永久禁制令所規限；及
 - (b) 該商標或商業名稱並非曾屬以下任何一種情況的註冊商標——
 - (i) 該註冊商標的註冊因易於誤導公眾而根據該條例第52(2)(c)條遭撤銷；或
 - (ii) 該註冊商標的註冊因該註冊商標是在因該註冊商標相當可能會欺騙公眾而屬違反該條例第11條的情況下註冊，而根據該條例第53(3)條被宣布為無效。

對於政府當局認為香港在《知識產權協定》和《巴黎公約》下有責任保護的誤導性商標或商業名稱而言，上述規定會否在此等商標或商業名稱之間構成歧視？

完全禁止在煙草包裝上使用“light”、“lights”、“mild”、“milds”、“low tar”、“醇”、“焦油含量低”、“低焦油”、“淡味”或“柔和”字樣(下稱“受

禁字眼”)——倘若條例草案不設這項禁制，會對香港在《基本法》和《知識產權協定》下的責任構成何種法律影響？

本人察悉：

- (1) 政府當局及其法律顧問認為，《煙草控制框架公約》(下稱“《控煙框架公約》”)第11 1(a)條(下稱“該條”)並無規定為實施該條而制定的本地法例須訂明指定字眼，且在條例草案中訂明受禁字眼超越了《控煙框架公約》的規定：
 - (a) 在政府當局覆函(立法會CB(2)1897/05-06(01)號文件)的第9段，律政司法律政策科表示“不過，條例草案第11條進一步完全禁止使用“light”、“lights”、“mild”、“milds”、“low tar”、“醇”及“焦油含量低”或其他任何默示或暗示有關香煙的害處較其他香煙為少的字眼。換言之，條例草案第11條不論在某宗個案中該等字眼實際上是否有誤導成分均完全禁止使用“mild”等字眼。這與歐盟指令第7條或世衛《控煙框架公約》第11(a)條有所不同。”；及
 - (b) 政府當局覆函(立法會CB(2)1897/05-06(01)號文件)的第12段指出，“由於所涉的法律問題複雜，我們注意到如草案第11條以目前建議的內容通過，可能會引致訴訟風險。”。
- (2) 實施該條的其他國家並無完全禁止使用指定字眼，但卻沒有因而引起《知識產權協定》下的責任不獲履行的關注。

在此等情況下，如參照其他國家的做法草擬為實施該條而制定的條文，即整體上禁止在煙草包裝上使用具誤導性的字眼，但不完全禁止使用受禁字眼，可否釋除可能違反《基本法》和不履行香港在《知識產權協定》下的責任的疑慮，因而無須採用“不溯既往暨註釋”的做法？

請在2006年9月18日辦公時間結束前以中英文作覆。

助理法律顧問

黎順和

副本送：律政司(經辦人：高級政府律師廖穎雯女士)
知識產權署(經辦人：知識產權署副署長張錦輝先生)

2006年9月13日