## 桂律師專欄

編者按：本所桂齊恆律師，除在智慧財產權方面有其特有之論點與經驗外，其他民、刑法等各項問題亦鑽研深入。自本期開始台一雜誌特闢桂律師專欄，除對當期雜誌發行時所發生之各項法律行為加以探討外，亦歡迎讀者來信詢問各項法律問題。

# 行政命令與著作權談判

據報載，中美著作權談判中，美方代表要求我國政府以行政命令凍結著作權法部分條文。消息傳來，引起國內之強烈反彈。本刊忝為業界之一份子，自得對此事件作一法律上之分析，並表示吾人之觀點，以供工商業界之參考。

吾人均深知，今日民主法治國家，係依據立憲主義之精神，開展所謂民主法治之政治與生活。立憲主義之內涵，包括三大原則，此即：一、依法行政；二、公共意見；三、責任政治。其中，依法行政乃指行政權之行使，應依據法律，並受法律之監督。其概念應包含下列三大要素：㈠法律之法規創造力：凡規定有關人民自由、財產權等基本權利之法規，應受法律之支配；㈡法律之優位：亦即法律對於行政權之優越地位，以法律指導行政，行政作用與法律牴觸者無效；㈢法律保留：一切行政作用雖非必全部從屬於法律，但人民基本權利之限制則非以法律規定不可。

依法行政為近代民主法治國家之基本原則，其概念之形成，與近代西方政法思潮所倡導之三權分立理論息息相關。而關於依法行政之含義及其精神，因時代之變遷，由局部民主而全部民主，由間接民主而直接民主；及由消極的法治而積極的法治，由機械的法治而機動的法治，以致於依法行政之含義亦代有不同。初謂一切行政作用均須依據法律，始合於依法行政之本義；其後謂僅限制人民權利或使人民負擔義務之行政作用，必須有法律之依據，其餘則可聽由行政機關自由決定，其解釋已較前為寬泛；近年則謂依法行政僅有消極之界限，即在不違反法律範圍內，允許行政機關自由決定，非謂行政機關之一舉一動，均須有法律根據之意，其含義與前更不相同。依法行政之含義，雖由於上述法治之含義與精神，因時代之變遷而異其界說。惟依法行政之原理，其務求客觀的法之支配，避免主觀的人之統治；及以法之安定性保障行政之合目的性之法理基礎，則無二致。故所謂法律優位及法律保留之原則，始終有其適用。

按我國憲法第一百七十一條第一項規定：法律與憲法牴觸者無效。第一百七十二條規定：命令與憲法或法律牴觸者無效。中央法規標準法第十一條規定：法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律。此即在法律優位及法律保留原則下所表現的法之位階性。憲法為一國之最高法與根本法，並為萬法之母。法律應經立法機關三讀通過，並經總統公布。應以法律規定之事項不得以命令定之。而應以法律規定之事項有四，分別為：㈠憲法或法律有明文規定應以法律定之者；㈡關於人民之權利義務者；㈢關於國家各機關之組織者；㈣其他重要事項之應以法律定之者。命令則係行政機關依其法定職權或基於法律授權所制定之規則，以助法律之執行者。憲法、法律、命令，在整個法體系中，有其層層節制之位階，下級規範不得牴觸上級規範，否則即屬無效。至於憲法之修訂，應依憲法本身之規定。而憲法之存廢，則應取決於政治上之力的問題，此已不屬於法律層面之問題矣。

中美貿易談判，基本上係美國總統以其行政權授權美國貿易代表署與其他國家間之談判諮商，我國亦係以行政官員參與其事。在談判雙方間所達成之協議，僅能作成行政協定，而無條約之效力（在國內法上，條約與法律有同等之效力）。美方要求我方以行政命令凍結著作權法之部分條文，顯然違反法之位階性，根本就不生效力。據最新報載，美方頗能諒解我方之立場，不再堅持要求我方接受。本刊認為，此根本不是諒解與否之問題，而係國家體制的問題。美國無理干涉我國內政，顯然令人難以忍受。本刊願在此強調，即使遭受美國三〇一條款之報復行動，我國政府亦不可在此點上作任何讓步。否則，當年努力奮鬥擺脫次殖民地之地位，今天反而走向另一種悲慘地位，顯然愧對列祖列宗。

# 淺談香港商標部份核駁理由

林幸芸

依據本所承辦香港地區之商標申請案經驗，常會遭審查員以申請商標之文字為姓氏、地理名詞、含有說明商品性質及讚美申請商品意味等核駁理由而拒絕該商標申請。茲將上述於香港地區常發生之數項核駁理由析述如后：

一、申請之商標文字被審核為「姓氏」而拒絕該案之註冊：

根據一九八六年九月一日生效之香港商標修正條例，對於審核商標文字為姓氏之申請實務，再作了一番修正。修正後之情形如下：

(1)姓氏及含有其他特殊意義之商標文字

倘若申請之商標文字除本身為姓氏外，亦含有其他特殊意義，且於任何相關之電話簿上（註：請見下述(3)）皆未出現五十次以上，於此情況下，審查員將准許其於A部註冊；若出現於該電話簿五十次以上，但未超過一百次，審查員亦准許該件商標於B部註冊。

(2)僅為姓氏，未含有其他特殊意義之商標文字

倘若申請之商標文字本身僅為姓氏，並無任何特殊意義，只要符合下列情況，審查員亦准許其於A、B二部註冊。

得於A部註冊者：須該商標文字所代表之姓氏於香港地區之電話簿裡未出現超過五次以上，且於香港以外之相關地區電話簿裡亦未出現超過五次以上，始可獲准於A部註冊。

得於B部註冊者：須該商標文字所代表之姓氏於香港地區之電話簿裡未出現超過十五次以上，且於香港以外之相關地區電話簿裡亦未出現超過三十次以上，始可獲准於B部註冊。

(3)相關之電話簿

前述(1)及(2)所提及相關地區之電話簿，係指除香港外，審查員亦常常於下列地區如倫敦、曼哈坦島、昆士、洛杉磯、巴黎、羅馬及柏林等地之電話簿中尋找申請商標文字所代表姓氏出現之次數。再者，於審核特殊案件時，審查員亦可參酌該案申請人國籍當地之電話簿，以考慮是否准其於A部或B部註冊。如申請之商標含有日本姓氏之虞時，得採東京地區之電話簿。

(4)商標文字所代表之姓氏雖為少見，但卻為世界知名之姓氏（如 kipling 吉普林）。此等商標文字縱使已符合前文關於姓氏於A部申請註冊之要件，唯審查員通常並不會准許其於A部註冊，但可於B部接受其註冊之申請。

(5)倘若商標文字本身為姓氏，且於香港地區及相關地區電話簿中出現之次數皆超過前述所規定之次數，於此時，則須透過呈提香港地區之實際使用證明來克服此項有關姓氏之核駁理由。亦即，於A部爭取註冊時，須呈提早於申請日前五年之使用證明；於B部爭取註冊時，亦須呈提早於申請日前二年之使用證明。再者，不論於A部或B部，所呈提之使用證明須能證明該商標已在香港地區連續且廣泛地被使用達五年或二年之久，始足以克服審查員關於此項「姓氏」之核駁理由。

二、申請之商標文字被審核為「地理名詞」而拒絕該案之註冊：

所申請之商標文字若被視為「地理名詞」，而遭審查員核駁時，欲克服此項之核駁理由乃須呈提大量之使用證明來證明該商標已在香港地區長期且廣泛地被使用。若該案係於A部申請註冊，則所呈提之使用資料須能證明在該案申請日前五年已在香港地區連續且廣泛使用；若在B部申請註冊，則所呈提之使用資料亦須證明於該案申請日前二年亦在香港地區連續且廣泛使用，始能克服香港審查員有關「地理名詞」之核駁理由。

再者，依據香港之「de minimis rule」原則，商標文字雖為「地理名詞」，若符合下列二種情形之一，亦可准許該案之申請。茲將該原則簡析如后：

(1)地理名詞可於A部獲准註冊，倘該申請商標所代表之地理名詞對其所欲保護之商品，於任何合理之基準下（on any reasonable basis）皆不會使人產生該商品與該地理有關之聯想，亦即不會使人誤以為該商品係為該商標所代表之地方所產製者，始可被獲准於A部註冊。如以「NORTH POLE」（25極）商標申請於香蕉商品上；以「ARCTIC」（25極圈）申請於文具及煙草商品上等。

(2)除上所述，地理名詞或可於B部被准許註冊，唯須符合下列要件：

①商標文字所代表之地理名詞，倘(a)係屬香港某地，且該地人口不超過五百人或為香港以外地區，且人口不超過五千人(b)該地非為所欲保護商品之自然產地(c)該地對於該項商品而言並未享有聲譽(d)申請人非為當地之居民，或可於B部獲准註冊。

②再者，若申請商標文字所代表地理名詞之面積係屬中等大小，且該地理名詞若為香港某地區，人口亦不超過二千五百人或於香港以外地區，人口不超過二萬五千人，並且該地現在或將來皆不會作為產製該商標所欲保護並銷往香港商品之場所，或可於B部獲准註冊。

三、申請之商標文字被審核為「含有說明商品性質，不具顯著性」而拒絕該案之註冊：

倘若申請之商標，其文字或圖樣被視為含有說明商品性質，於此時須以呈提使用證明方式來克服該項核駁理由。亦即於A部爭取註冊，須呈提早於申請日前五年於香港地區大量之使用證明，於B部爭取註冊，亦須呈提早於申請日前二年於香港地區大量之使用證明，始有希望克服該項核駁理由。若該件商標尚未在香港地區使用達二年之久，則可以提答辯就商標本身並無說明商品之意來爭取註冊。唯此未佐以提使用證明之答辯方式，成功機率並不樂觀。

四、申請之商標文字被審核為「具有讚美（laudatory）商品性質意味」而拒絕該案之註冊：

前述之核駁理由，皆可以提使用證明之方式來克服，唯此項之核駁理由，縱使申請人提出大量使用資料來證明該商標已在香港地區連續且廣泛使用達數年之久，亦無法克服該項之核駁理由。

於此情況下，除提答辯就商標本身並無讚美商品之意來續爭該案外，最佳方式係修改原商標文字圖樣，以避免該項核駁理由。

香港商標當局對於審核商標註冊申請案，近年來也有逐漸放鬆之趨勢，亦即縱使所申請商標遭到上述如說明商品性質，不具顯著性等核駁理由，倘申請人同意將該案轉入B部，並佐以聲明放棄專用權方式，審查員或可接受該案註冊之申請。

此對於有心透過合法途徑於香港地區保護其商標及商品之國人而言，不啻是一大福音！

## 世界著名商標選集

顏裕洋

如果，「寧為女人」不是一句戲言或謔語，那麼，並非天生或註定身為模特兒的女性朋友們，應該感謝上帝的恩寵，因為尼米特集團（The Limited Group）讓妳驕傲地「寧為女人」。

早在一九六三年，尼米特集團的現任主席李斯里H．威諾先生（Leslie H. Wexner）便在俄亥俄州哥倫布郡市近郊之購物中心開始營業。他稱他的商店為〝尼米特〟（Limited 原意為〝限制〟），因為該店僅限於販賣中等價位之女性運動衣。而後他更成立了一個公共投資公司，借此，他更逐步吸收其他家之連鎖店，尼米特集團便成為美國〝快速流行〟（Fast Fashion）界之王國，所謂〝快速流行〟即意指簡便成衣但具有流行款式及合理價格。

事實上，尼米特集團旗下有七大子集團從事各種成衣製造及販賣，而七大子集團卻各有其特色及其主要風格：如特快車公司（Limited Express）便以年輕人為主要對象；尼米特百貨公司（The Limited Stores, Inc.）以連鎖店販賣女性流行服飾，更以女性運動服為主；朗納百貨公司（Lerner Stores, Inc.）乃是平價成衣連鎖店；連布朗公司（Lane Bryant）及細絲非限公司（Sizes Unlimited）以平價販賣流行之訂製成衣；亨利．班都斯（Henry Bendels）販賣高價位之華麗服飾；而維多利亞絲克瑞特公司（Victoria's Secxet, Inc.）便以女性內衣聞名。

霍伯（Forbe）在其所著「一九八六年美國工業年鑑」中指出尼米特集團在流行服飾界為群雄之冠，亦是成長最快及最有利潤之集團。美國著名服裝店分析師艾德弗（Edward Gaggenum）亦稱該集團為一九八〇年代服裝店最成功之佼佼者。

如是，有尼米特集團陪伴妳漂亮風采，妳也可以歡呼「寧為女人」了。

THE LIMITED

LIMITED EXPRESS

EXP

台一國際專利商標事務所服務項目：
1. 代理國內外專利、商標、著作權申請、保護及侵害排除。
2. 受任專利、商標、著作權顧問。

關係企業及服務項目：
台一國際投資顧問股份有限公司
台頤企業股份有限公司
各種進出口貿易