

# 粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接研究 ——基於深港反假冒司法裁判規則的比較

鍾小凱

**摘要：**粵港澳大灣區要建設國際創新科技中心，面臨“一國兩制三法域”帶來的知識產權法律保護衝突問題，亟需通過創新探索推進粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接。文章以司法裁判個案分析的視角對香港反假冒侵權的普通法保護與深圳反假冒混淆不正當競爭司法保護進行比較研究，明晰內地與香港兩地知識產權法律保護裁判規則的異同，並進行差異性分析。在此基礎上，提出推進粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接的“大灣區方案”，包括推進粵港澳大灣區知識產權法律保護制度互聯互通、保護規則有效銜接，建立起匹配粵港澳大灣區的知識產權協同保護規則體系，並考慮到內地與香港均為《TRIPs協議》《巴黎公約》成員，兩地可以在遵循國際公約規定的基礎上構建與國際高標準銜接的高水平跨域知識產權保護規則，為共建國際化、法治化、便利化的一流灣區提供高水平知識產權法律保護。

**關鍵詞：**粵港澳大灣區 知識產權 規則銜接

## Research on the Intellectual Property Rule of Law Links up with the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area

ZHONG Xiaokai

(Shenzhen Intermediate People's Court)

**Abstract:** The construction of an international innovation and technology center in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area (GBA) faces the issue of intellectual property legal protection conflicts brought about by the “One Country, Two Systems, and Three Legal Domains.” It is urgent to promote the connection of intellectual property legal protection rules in the GBA through innovative exploration. The article compares the common law protection of anti-counterfeiting infringement in Hong Kong and the judicial protection of unfair competition in Shenzhen from a case study perspective, clarifying the similarities and differences in the judicial rules for intellectual property protection in Shenzhen and Hong Kong, and conducting a differential analysis. On this basis, a “Greater Bay Area Plan” is proposed to promote the connection of intellectual property legal protection rules in the GBA, including promoting the interconnection and effective connection of intellectual property legal protection systems and protection rules in the GBA, establishing a collaborative intellectual property protection rule system that matches the GBA, and considering that both mainland and Hong Kong are members of the *TRIPs Agreement* and the *Paris Convention*. On the basis of complying with international conventions, the two regions can establish high-level cross regional intellectual property protection rules that connect with international high standards, providing high-level intellectual property legal protection for the joint construction of an internationalized, legalized, and convenient first-class bay area.

**Keywords:** Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, intellectual property, rule of law links up

收稿日期：2023年9月4日

作者简介：鍾小凱，廣東省深圳市中級人民法院法官

## 一、引言

習近平總書記在深圳經濟特區建立40周年慶祝大會上的重要講話中指出：“要抓住粵港澳大灣區建設重大歷史機遇，推動三地經濟運行的規則銜接、機制對接。”知識產權法律制度作為促進創新發展的核心制度，是確保粵港澳大灣區成為世界創新中心的關鍵所在。<sup>1</sup>中國內地主要通過制定《商標法》《專利法》《著作權法》以及《反不正當競爭法》等法律體系提供知識產權法律保護規則，澳門主要通過制定《工業產權法律制度》等法律保護知識產權，香港知識產權法律保護規則則通常體現為法院判例中形成的規則，三地在法源、法律體系上存在重大差別，相應地，在知識產權法律概念、法律效力構成要件、法律適用規則等方面都有較大差異。粵港澳大灣區三地法律制度“三法域”在知識產權法律保護規則上存在衝突，成為粵港澳大灣區建設國際創新科技中心面臨的重大挑戰。<sup>2</sup>《粵港澳大灣區發展規劃綱要》明確提出全面加強粵港澳大灣區在知識產權保護的合作：一方面，要求充分發揮香港在知識產權保護方面具有的優勢；另一方面，要求深圳合理運用經濟特區立法權，實行嚴格的知識產權保護，更好發揮知識產權法庭作用，加強深港司法合作交流。<sup>3</sup>

目前，粵港澳大灣區主要是通過民商事法律協助安排推動知識產權法律保護規則銜接。<sup>4</sup>最高人民法院於2019年1月18日與香港簽署《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》，將《與貿易有關的知識產權協定》第1條第2款規定的商標、集成電路布圖設計、未披露信息的保護等知識產權案件的判決納入了相互認可和執行的範圍，同時明確前述規定之外的存在較大差異的知識產權案件不適用相互認可和執行民商事案件判決的安排，其中包括中國內地《反不正當競爭法》第6條規定的擅自使用與他人有一定影響的商品名稱、包裝、裝潢、企業名稱、域名等

<sup>1</sup> 見尹怡然：《淺談粵港澳大灣區建設中的知識產權定位》，《中國發明與專利》2018年第5期。該文提出，粵港澳大灣區的發展離不開創新和知識產權的有力支撐。

<sup>2</sup> 2023年3月15日，內地與香港簽署《內地與香港關於加快建設香港國際創新科技中心的安排》，對內地與香港科技合作訂下具體策略。

<sup>3</sup> 深圳作為經濟特區，擁有經濟特區立法權，可以先行先試、靈活變通與創新立法。比如深圳於2018年制定《深圳經濟特區知識產權保護條例》，建立最嚴格的知識產權保護制度，促進粵港澳大灣區知識產權保護高地建設。

<sup>4</sup> 關於規則銜接的具體定義，司艷麗認為，銜接是指尊重彼此差異的銜接，見司艷麗：《粵港澳大灣區法律規則銜接疑難問題研究——以多元化糾紛解決機制為切入點》，《中國法律評論》2022年第1期；鄒平學認為，銜接是通過趨同模式，轉換、嫁接模式，疊加、再造模式把不同規則有機銜接起來，見鄒平學《粵港澳大灣區法治合作和規則銜接的路徑探討》，《青年探索》2022年第4期；伍俐斌認為，銜接是在尊重差異的基礎上內地有條件地適用香港或澳門規則，見伍俐斌：《論橫琴粵港深度合作區的民商事規則銜接》，《港澳研究》2023年第2期；陳欣新認為，目前可行且有效的規則銜接路徑是推動各法域協同立法，陳欣新：《大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法》，《港澳研究》2020年第1期。本文認為規則銜接應採最廣義的概念，包括規則相互吸收、相互滲透，以協調、趨同直至一致的方式進行銜接，也包括通過衝突法、司法協助的方式互相承認規則的域外效力或判決的域外效力，在保持大灣區三地規則獨特性的基礎上最終實現規則的協調一致。規則銜接的具體路徑包括單獨立法、司法判例、示範法、統一實體法和統一立法等。基於香港作為普通法地區適用判例法的現實，本文認為立足於司法判例的路徑探討大灣區知識產權法律保護規則銜接，更具有現實可行性。同時考慮到深圳毗鄰香港的特殊地理位置以及深圳與香港規則銜接的先行示範區地位，以深圳法院裁判個案與香港裁判案例進行比較研究，有助於更有針對性地分析理解粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接問題研究。

產生市場混淆的不正當競爭糾紛民事案件，對應的是香港法院審理的假冒糾紛案件。<sup>5</sup>

鑑於中國內地反假冒混淆不正當競爭司法保護與香港反假冒侵權的普通法保護在法律保護路徑上存在顯著的不同，在當前大灣區三地不同的法律框架下，對照內地的深圳法院與香港兩地反假冒司法裁判規則及其規則差異後面的法律含義，對於我們探索推進粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接具有典型價值。

據此，本文以深港兩地反假冒司法案例為切入點展開比較研究，以司法裁判個案分析的視角明晰中國內地與香港兩地反假冒知識產權法律保護規則的異同，形成對粵港澳大灣區知識產權法律保護存在差異的客觀性認識，並進一步着重考察粵港澳大灣區知識產權法律保護差異背後的原因，採用趨同轉換的模式和創新思維，提出粵港澳大灣區知識產權法律保護的“大灣區方案”，助力粵港澳大灣區國際創新科技中心建設。

## 二、香港反假冒法律保護

### (一)情況介紹

香港反假冒法來源於英美判例法，主要是指侵權人把自己的產品、服務及相關業務虛假陳述為權利人的或者是與權利人的商品、服務及相關業務有密切聯繫，從而導致權利人的商譽實際受損或者存在受損的可能性，權利人據此控告侵權人假冒。<sup>6</sup>在香港的知識產權案件中，假冒之訴比較常見，是一種普通法上控告他人商譽侵權的訴訟形式，主要用來保護未註冊商標，但還可以涵蓋其他表明商品來源的標誌。

### (二)香港判例實踐

香港終審法院在審理的屯斯溫（香港）有限公司訴體克有限公司案中明確了香港反假冒之訴需要滿足普通法上的三要件，即：商譽、虛假陳述、損害。<sup>7</sup>具體來說：

首先，關於商譽。原告一般必須證明其在本司法管轄區擁有實際商譽，而這種商譽涉及客戶或客戶在該司法管轄區存在有關產品或服務。但是，香港法院對商譽的地域性要求較低，包括企業的客戶不一定是香港人，只要他們在購買原告的產品或服務時在香港即可。香港法院一般都願意承認國際商譽，在海外產生的商譽可以在香港被認定為假冒行為所需的商譽要件。<sup>8</sup>在“輝瑞訴超聲案”中，法官認為：將產品推向市場前的廣告足以建立商譽。當時“偉哥”尚未在香港正式推出，但經廣泛宣傳其功效已廣為人知。在這種情況下，被告以“偉哥”的中文名稱推出一份雜誌，構成假冒。<sup>9</sup>

<sup>5</sup> 2022年3月17日，最高人民法院發佈《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國反不正當競爭法〉若干問題的解釋》，重點對仿冒混淆不正當競爭等問題作出細化規定，引導經營者通過技術創新等方式形成良性競爭。

<sup>6</sup> 見張慧彬：《規制不正當競爭的普通法經驗——以假冒之訴為例》，《競爭政策研究》2017年第4期。

<sup>7</sup> 見判例Tsit Wing (HongKong) Co Ltd v twg Co Pte Ltd(2016)19 HKCFAR20, [2016] 4 HKC 486 (CFA).

<sup>8</sup> 見判例Capital Dynamics Sdn Bhd v Capital Dynamics Holding AG [2015] HKCFI 946, [2015] HKCU 1267 (CFI).在Au Yeung J in International Hotel Investments Inc v Jet Union Development Ltd [2015] HKCFI 1979, [2015] HKCU 2593 (CFI)中的裁判決定認可國際商譽。在Wienerwald Holdings AG訴Kwan Wong Tan & Fong一案中，裁判結論認定在香港以外產生的商譽可以被認定為假冒行為所需的商譽要件。

<sup>9</sup> 見判例Pfizer v Ultrasound [1999] HKCU 314, [1999] HKCFI 219 (CFI).

其次，關於虛假陳述。在假冒案中，檢驗標準並不是是否存在混淆或混淆的可能性，這是商標法中在考慮商標是否相似或曾在類似商品或服務上使用的檢驗標準，但“混淆”的可能性與虛假陳述二者在實踐中很難區分。與註冊商標保護不同，香港反假冒法並不授予類似註冊商標的專有權，反假冒保護的是商譽，而不是保護名稱、財產或裝潢本身，認定假冒必需被告對原告與被告之間的某種聯繫作出有可能誤導他人的虛假陳述。在認定虛假陳述中，原告不必證明被告有欺騙的意圖，但如果證明存在欺騙意圖，則更容易認定虛假陳述。另外，原告和被告不需要屬同行業競爭者，而是適用所謂的“欺騙工具”原則。只要商品有可能欺騙消費者，即使是通過沒有被欺騙的中間商將商品銷售到市場上也構成了假冒，而不是到了零售商環節才產生假冒責任。在“*Aqua Leisure*訴 *Impag Toys BV*案”中，法官認為：根據欺騙工具的原則，當欺騙貨物在香港出口或處置時，即使該貨物可能銷往國外市場，假冒侵權行為也成立，但必須證明該等貨物足以欺騙該市場的最終購買者，被告是故意欺騙。<sup>10</sup> 在“*惠氏有限責任公司 & Anor*訴*惠氏（中國）有限公司*案”中，法官認為：被告一直在銷售和廣告活動中使用帶有與惠氏相同標誌的產品，被告的名稱被用作欺騙工具，在公眾中造成混淆，使其認為被告是惠氏集團的一部分。因此，原告的商譽已經受到損害，法院據此對被告下達了禁令。<sup>11</sup>

最後，關於損害。損害是假冒侵權行為的基本要件，損害可以是已經發生損害或可能遭受損害。在審判中，這種損害可能很難證明。香港法院在實踐中往往假定可能存在損害，或根據非常有限的證據或理由認定損害。在“*ABG*訴*Bella*案”中，法官認為：被告故意誤導公眾，使其認為*Juicy Girl*品牌是*Juicy Couture*品牌的關聯品牌，法官並沒有對損害做出任何具體裁定，但認為假冒的主張已經成立，基於對故意虛假陳述的認定，原告邏輯上必然遭受了某種類型的損害，比如銷售額減少。<sup>12</sup> 在“*輝瑞*訴超聲案”中，法官認為：原告證明自己是一個負責任的藥品製造商，而“偉哥”在香港只有在處方上才能被原告出售。如果公眾被引導相信或認為原告通過被訴人的雜誌在宣傳娛樂用途，甚至在某種程度上不負責任地使用這種藥物，那麼這可能會對原告的商譽造成嚴重損害。<sup>13</sup>

### 三、內地反假冒法律保護

#### （一）情況介紹

反假冒法律保護在內地法律體系的不正當競爭領域被稱為仿冒混淆行為，是指經營者為了爭奪市場競爭優勢，通過不正當地使用他人的標識、名稱等手段，使自己的商品或者服務與他人的商品或者服務相混淆，導致相關消費者誤認為是他人的商品或者服務，牟取不正當利益的行為。仿冒混淆行為案件數量占不正當競爭案件的比例較大，典型的類型包括基於商品和商事主體的商業標識的

<sup>10</sup> 見判例*Aqua Leisure V Impag Toys BV* [2006] HKCU 730, [2006] HKCFI 453 (CFI).

<sup>11</sup> 見判例*Wyeth LLC & Anor v Wyeth (China) Limited* [2012] HKCFI 518, [2012] HKCU 795 (CFI).

<sup>12</sup> 見判例*ABG Juicy Couture Ltd v Bella International Ltd TA Juicy Girl* [2014] HKCFI 1623, [2014] HKCU 2094 (CFI).

<sup>13</sup> 見判例*Capital Dynamics Sdn Bhd v Capital Dynamics Holding AG* [2015] HKCFI 946, [2015] HKCU 1267 (CFI).在*Au Yeung J in International Hotel Investments Inc v Jet Union Development Ltd* [2015] HKCFI 1979, [2015] HKCU 2593 (CFI)中的裁判決定認可國際商譽。在*Wienerwald Holdings AG*訴*Kwan Wong Tan & Fong*一案中，裁判結論認定在香港以外產生的商譽可以被認定為假冒行為所需的商譽要件。

市場混淆行為。仿冒混淆不正當競爭主要對使用商標以外的商業標識所導致的混淆行為進行規制，為商標保護提供有限補充保護。當標識使用行為不屬商標侵權，且為相關商業標識利益提供保護不與商標法律保護相抵觸時，納入仿冒混淆不正當競爭規制範圍。

## （二）假冒混淆案例實踐

深圳法院在審理的深圳三九大健康藥業有限公司與華潤三九醫藥股份有限公司擅自使用他人企業名稱、姓名糾紛案件中<sup>14</sup>，首先確定原被告屬同行業競爭者展開市場競爭，即第一個要件；其次認定原告“三九”字號具有一定的經濟價值及較高的市場知名度，並為公眾所知悉，具有識別商品來源的作用，即第二個要件；再次認定被告使用字號“三九”具有攀附涉案標識商譽的主觀故意，即第三個要件；最後認為被告對“三九”字號的使用造成了相關公眾的混淆或誤認，即第四個要件。根據這四個要件的分析，深圳法院據此認定被告該行為構成仿冒混淆的不正當競爭行為。具體來說：

（1）原、被告展開市場競爭，這一構成要件相對比較容易滿足。深圳法院在審理的深圳市廣安消防裝飾工程有限公司與深圳市和贊建設有限公司擅自使用他人企業名稱、姓名糾紛案件中認為<sup>15</sup>：不正當競爭行為是一種動態的市場競爭行為，沒有市場競爭就談不上不正當競爭，被訴行為人必須首先通過擅自使用他人企業名稱從事生產經營活動。而在本案中，被告從他人處受讓企業名稱本身不屬不正當競爭，受讓該企業名稱之後被告沒有開展相關經營活動，故被告不構成不正當競爭。

（2）有一定影響，具有識別來源的功能。這主要是指該商品或服務的某種標識要能夠與原告相聯繫，在境內具有一定的市場知名度，為相關公眾所知悉，具有商品或服務來源的識別性，與原告形成長期的、穩定的或唯一的聯繫，相關公眾一提到該標識就會聯想到原告。這一構成要件是關鍵問題。深圳法院在審理的深圳大龍翻印餐飲管理有限公司與成都小龍翻大江餐飲管理有限公司擅自使用他人有一定影響的裝潢糾紛案中認為<sup>16</sup>：能夠受到法律保護的商品裝潢，需要具有“一定影響”，具有區分商品來源的功能。深圳法院在審理的（香港公司）啟勝管理服務有限公司訴深圳市盛平實業有限公司、中原地產代理（深圳）有限公司擅自使用他人企業名稱權糾紛案件中認為<sup>17</sup>：原告進入國內市場後，已在深圳、廣州、上海、東莞等城市開展業務，並與多家知名地產公司有過合作，具有較高的知名度，為相關公眾所知悉。被告未經原告許可在宣傳推廣涉案項目的過程中使用的“香港啟勝”，明顯指向原告。

（3）被告擅自使用了被訴侵權標識，意在攀附原告商譽，存在主觀惡意。由於主觀意圖很難直接認定，一般採取反推認定的方法。比如，若在開始使用時，涉嫌侵權人已明確知曉權利人標識已享有較高知名度，但仍然擅自使用相同或近似的字號，則會被反推認定被告存在惡意。深圳法院在審理的珠海格力電器股份有限公司與佛山市順德區超智電器實業有限公司、東方世紀格力電器有限公司、林錦新侵害商標權及擅自使用他人企業名稱糾紛案件中認為<sup>18</sup>：行業內已經形成了“格力”與

<sup>14</sup> 見中國裁判文書網（2019）粵03民終24587號案件。

<sup>15</sup> 見中國裁判文書網（2020）粵03民初6133號案件。

<sup>16</sup> 見中國裁判文書網（2022）粵03民終3388號案件。

<sup>17</sup> 見中國裁判文書網（2019）粵0305民初2455號案件。

<sup>18</sup> 見中國裁判文書網（2018）粵03民終836號案件。

原告固定的指向關係，被告作為同業競爭者理應對“格力”品牌知曉，並且未能就使用“格力”作為字號的理由作出合理解釋，屬故意攀附格力公司的知名度及市場影響力。

(4) 被告的欺騙行為造成消費者將被告商品誤認為是原告商品的市場混淆後果，通常是仿冒商品有着與原告商品極度相似的外包裝、裝潢、名稱等標識，消費者誤以為購買的是原告商品。這一構成要件是經常發生的爭議焦點。根據《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國反不正當競爭法〉若干問題的解釋》第12條第2款的規定，混淆、誤認包括“引人誤以為是他人商品或者與他人存在特定聯繫”、“誤認為與他人具有商業聯合、許可使用、商業冠名、廣告代言等特定聯繫”。深圳法院在審理的深圳市精英商標事務所訴重慶豬八戒網絡有限公司、北京百度網訊科技有限公司侵害註冊商標專用權、擅自使用他人企業名稱糾紛案件中認為<sup>19</sup>：被告擅自使用原告企業名稱的行為，會造成其與原告存在商業合作或者許可使用等特定聯繫的誤認，據此認定構成不正當競爭。

## 四、內地與香港反假冒法律保護規則比較分析

### (一)兩地反假冒法律保護的可比性

反假冒法律保護是英美法上的一項重要的商標法律保護制度。《美國商標法》第1125條“禁止虛假的原產地標示、虛假的描述和淡化”中明確規定，禁止在商品或服務上使用任何文字、術語、名稱、符號或圖形或其組合等進行虛假事實或誤導性描述，禁止對可能引起對該人與他人的附屬、聯合或結合關係的混淆、誤認或欺騙，或者對其商品或服務或商業活動來源於他人、由他人贊助或認可的混淆、誤認或欺騙，在任何人認為這種行為已經或可能使其蒙受損害而提起的民事訴訟中，該行為人應承擔責任。從美國商標法上規定的反假冒內容來看，其主要目的在於禁止在市場競爭中進行虛假事實或誤導性描述行為，以避免出現商品或服務混淆、誤認或欺騙。<sup>20</sup> 由此可以看出，美國商標法上這一規定，與中國內地《反不正當競爭法》第6條規定的仿冒混淆不正當競爭的內容基本相似。

香港反假冒法律保護採用的是普通法保護方式，雖然沒有像美國在商標法上進行明確規定的做法，但也基本採用與美國類似的反假冒法律保護概念。

《巴黎公約》第10條之二不正當競爭條款的第(3)中規定，不擇手段地對競爭者的營業所、商品或工商業活動造成混亂性質的一切行為應予禁止，並列規定在經營商業中具有損害競爭者的營業所、商品或工商業活動商譽性質的虛偽說法，應予以禁止。這個不正當競爭條款，實際上就是對中國內地仿冒混淆不正當競爭和香港反假冒法律保護兩種法律保護路徑的規定，也足以說明中國內地仿冒混淆不正當競爭和香港反假冒法律保護是並列關係，具有可比性。

### (二)兩地反假冒法律保護的差異性分析

香港反假冒是英美法系普通法上商譽侵權概念，是來源於英國判例形成的一種商譽保護模式，

<sup>19</sup> 見中國裁判文書網（2017）粵03民初890號案件。

<sup>20</sup> 見鄭友德、劉平：《試論假冒與不正當競爭》，《法學評論》1998年第1期。該文對英美假冒的概念及其發展做了具體介紹，提出反假冒是英美法系國家制止欺騙性的模仿他人商標、商號、裝飾等類似的顯著性特徵，從而保護誠信的經營者的一種重要手段。作為一種典型的不正當競爭行為，在各國的反不正當競爭法中予以明確禁止。

作為商標法律保護制度的重要組成部分。中國內地採取仿冒混淆不正當競爭的保護模式，並且作為一項獨立的反不正當競爭法律保護制度。具體來說，二者差異在於：

首先，法律保護對象存在差異。香港反假冒法律保護着眼於對標識所承載的商譽的保護，是一種私權保護。原告一般必須證明其在香港司法管轄區擁有實際商譽，但香港法院有將商譽延伸保護的傾向立場，比如在香港沒有實際業務的公司可以直接通過向香港客戶營銷和接受香港客戶預訂等方式在香港產生商譽。在香港法院審理的“星河灣案”中，法官認為標識只在內地實際使用，並未在香港實際使用，僅是通過在香港的宣傳、推廣，使其在香港亦享有一定的知名度，具有商譽，應予法律保護。另外，香港法院一般都願意承認國際商譽，在海外產生的商譽可以在香港被認定為假冒行為所需的商譽要件。

中國內地仿冒混淆不正當競爭是對註冊商標法律保護等工業產權法保護的必要補充保護，是在這些專門法不能保護的情形下給予的補充保護、兜底保護，法律保護具有較大的自由裁量空間，且反不正當競爭保護脫胎於侵權法，性質仍屬侵權法的範疇，是通過行為譴責式的路徑維護公平競爭。這與判例形成的香港反假冒普通法保護，通過反假冒侵權的譴責式路徑維護市場商譽，在價值取向上和保護路徑上具有一定的相似性。但因為仿冒混淆不正當競爭是立足於反不正當競爭保護的視角，保護的對象指向的是維護中國內地市場的公平競爭秩序，一般不涉及境外市場。並且，保護的是中國內地市場經營者和消費者合法權益，是以競爭法的思維和方式實現其補充保護“正當競爭秩序”的功能和目標，具有公私法混同的性質。

香港反假冒採用普通法救濟保護，普通法的邏輯原點是尊重市場自由競爭，信奉以合同方式解決商事糾紛，對通過反不正當競爭法的方式規制市場競爭持排斥立場，故反假冒普通法保護在性質上被認定為假冒侵權行為。這與中國內地採用的通過法律干預市場以維護市場公平競爭秩序的仿冒混淆不正當競爭的保護方式在制度內核上存在嚴格分野，也是英美法系與大陸法系的一個極其明顯的制度差異。

另外，香港反假冒遵循“欺騙工具”原則，標識等其他任何元素僅作為一種實施市場欺騙行為的工具，反假冒並不指向這些欺騙工具本身，被告實施欺騙行為即成立假冒侵權。中國內地假冒混淆的認定一般指向商品名稱、包裝、裝潢等標識和企業名稱、社會組織名稱、姓名以及域名主體部分、網站名稱、網頁等，是對這些標識等的保護，與香港反假冒保護存在顯著的區別。

其次，法律構成要件存在差異。香港反假冒源自英美法上的反欺詐制度，因此構成要件側重於虛假陳述。在認定虛假陳述中，原告不必證明被告在主觀上具有欺騙的意圖，檢驗標準並不是是否存在混淆或混淆的可能性，但要求原告的標識具有市場知名度，承載商譽。另外，原告和被告不需要屬同行業競爭者在市場上實施競爭行為。

中國內地認定仿冒混淆的不正當競爭的法律構成要件，包括二者存在競爭關係、有攀附商譽的主觀故意等方面。內地反不正當競爭法要求主觀故意的要件與香港反假冒法律保護存在顯著不同。即使被告主觀上並無假冒原告商品的故意，只要客觀上產生了公眾將被告的商品當作原告的商品而購買的效果，香港法院亦認定構成假冒。另外，內地反不正當競爭法要求的是動態的市場競爭，只有進入內地市場領域中的被訴行為才能認定構成仿冒混淆不正當競爭。但香港反假冒並不要求商品

進入到了市場流通環節，而且即使該貨物可能銷往香港以外的市場亦可能構成假冒，不要求實際對香港市場秩序造成損害。

最後，法律保護路徑存在差異。香港假冒訴訟通常與商標侵權訴訟相結合，一審在香港高等法院原訟法庭審理，救濟的主要形式是禁令和損害賠償，大多數假冒案件不會開庭審理，在中間審理階段通過臨時禁令等方式即已經得到有效裁決。香港假冒訴訟中認定構成假冒後的禁令救濟和確定損害賠償金額一般分開審理。在法院未定損害賠償金之前，可以在簡易判決時申請臨時支付款項。在刑事案件認定侵權人的無罪不能作為對假冒侵權損害賠償責任的抗辯。中國內地司法實踐中通常也是商標侵權及不正當競爭糾紛合併審理，一審可以在基層法院審理，並可以得到禁令和損害賠償救濟。眾多案件通過調解結案，但也不少需要經過完整的法院審理程序才能得到解決。仿冒混淆不正當競爭認定後的停止侵權和損害賠償同時審理，一般不會通過小額訴訟程序審理，而是按照訴訟法上的普通程序審理，刑民交叉案件亦分開適用不同的審理程序。

## 五、推進高質量粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接

粵港澳大灣區建設國際創新科技中心，必然要求知識產權法律保護規則銜接。為此，應積極探索在“一國兩制三法域”框架下，推進高質量大灣區知識產權法律保護規則銜接。

### (一) 粵港澳大灣區知識產權法律保護制度互聯互通

要實現高質量粵港澳大灣區知識產權法律保護規則銜接，有效開展知識產權法律保護合作交流對話，首先應當實現粵港澳大灣區知識產權法律保護制度互聯互通。

以本文討論的反假冒法律保護制度為例。中國內地雖然不存在名為反假冒的專門制度，但仿冒混淆不正當競爭與香港反假冒普通法保護在法律功能定位上具有可比性。這一點與作為大陸法系國家的德國、日本相同。德國、日本雖然沒有反假冒制度，但反假冒救濟卻體現在商標法、反不正當競爭法的制度中，並且可以與英美法上的反假冒制度打通聯繫，參與相關的國際討論。無論是否採用反假冒一詞，無論相關制度規定在反不正當競爭法還是商標法中，只要以禁止商品來源“誤認”為制度目標的，都是一種實質上的反假冒制度。

中國內地1993年《反不正當競爭法》第5條將假冒他人的註冊商標與其他假冒混淆行為一起作為不正當競爭行為類型，在2016年《反不正當競爭法（修訂草案送審稿）》第5條明確規定禁止利用商業標識實施市場混淆的不正當競爭行為，實際上是將不正當競爭歸入商標法律制度的範疇，但是在2017年頒佈實施的《反不正當競爭法》中將假冒註冊商標的內容刪除，理由是該內容屬《商標法》規制的範疇，為避免在《商標法》和《反不正當競爭法》中重複規定而予以刪除。<sup>21</sup> 該條在2019年修正的《反不正當競爭法》中未進行修改。從其內容來看，是將反不正當競爭行為的認定和註冊商

<sup>21</sup> 見1993年《反不正當競爭法》第5條：“經營者不得採用下列不正當手段從事市場交易，損害競爭對手；（一）假冒他人的註冊商標……。2016年2月《送審稿》第5條：“經營者不得利用商業標識實施下列市場混淆行為：（二）突出使用自己的商業標識，與他人知名的商業標識相同或者近似，誤導公眾，導致市場混淆……。2017年修訂的《反不正當競爭法》第6條：“經營者不得實施下列混淆行為，引人誤認為是他人商品或者與他人存在特定聯繫：（一）擅自使用與他人有一定影響的商品名稱、包裝、裝潢等相同或者近似的標識……（四）其他足以引人誤認為是他人商品或者與他人存在特定聯繫的混淆行為。

標侵權的認定作了區分，第4項兜底條款的規定解決的是列舉不周全的問題。結合立法修改過程來看，可以確定該條是對商業活動中出現的仿冒商業標識進行反假冒保護，是與註冊商標保護並行的一種商業標識保護制度，這也是其他商標註冊制國家的通行做法。在採用註冊商標制的大陸法系國家（如德國、日本），未註冊商標保護的法理基礎也是反假冒。比如，日本商標法規定商標權經設定註冊後生效，他人不得侵犯該註冊商標權，同時日本在防止不正當競爭法上規定應當制止使用相同或類似於眾所周知的他人的姓名、商號、商標等以致發生混淆的行為和陳述虛假事實、妨害有競爭關係的他人在營業上的信用或者散佈這種虛假事實的行為。又比如，《德國商標法》規定註冊商標制，明確不得非法使用他人姓名、商號或商標，同時在《德國反不正當競爭法》中規定不得實施包含虛假說明或者使人誤解的說明的誤導性交易行為。因為對商業標識的保護不能解決市場公平問題，必須同時以公平競爭規則對之進行規制，這也是專家學者以反仿冒總結中國內地《反不正當競爭法》第6條目的的原因所在。<sup>22</sup>

## （二）粵港澳大灣區知識產權法律保護規則有效銜接

粵港澳大灣區知識產權法律保護規則的有效銜接，協同打造知識產權法律保護高地，是實現高質量粵港澳大灣區知識產權法律保護的具體路徑。<sup>23</sup>

就反假冒法律保護規則中的商譽要件來說，香港與中國內地的規則趨同，能實現有效的協同保護。香港假冒認定的法律規則着重於商譽和虛假陳述的審查。香港法院認定在香港以外產生的商譽可以被認定為假冒行為所需的商譽要件，對境外產生的商譽亦提供反假冒保護。同樣地，深圳法院在辦理仿冒混淆不正當競爭案件中對深港兩地的跨境商譽亦持認可和保護立場。在香港黃道益活絡油訴深圳黃道益不正當競爭案中，深圳法院認為香港黃道益公司的市場知名度、影響力雖然產生並形成於香港地區，但“黃道益”字號的商譽就已經跨境流動到廣東地區，影響力、市場知名度在深圳尤甚，應當受到法律的保護。深港兩地對涉及商譽保護規則趨於一致，為兩地辦理“劫持公司名稱”的案件，為深港兩地的企業字號提供反假冒協同保護提供了規則基礎。

比如，位於中國內地的侵權者在香港使用知名外國公司的名稱註冊一家香港公司，被稱為“影子公司”，然後侵權者在內地從事活動，虛假陳述稱與該知名外國公司有關聯或獲得該知名外國公司的許可。<sup>24</sup>香港法院遵循“欺騙工具”原則，認定“影子公司”是欺騙工具，在香港以外的內地從事活動，亦認定侵害了知名外國公司的商譽，對這種跨境商譽侵害以構成假冒進行處理。同樣地，如果中國內地企業將香港企業的字號在內地市場突出使用，與其他第三方在先企業名稱、知名商業標誌權益足以導致混淆誤認，深圳法院也以構成仿冒混淆不正當競爭進行保護。

就香港反假冒法律保護規則中的虛假陳述要件來說，不要求被告主觀上具有故意，但被告主觀

<sup>22</sup> 見孔祥俊：《商標與反不正當競爭法》，北京：法律出版社，2009年，第703頁。

<sup>23</sup> 2023年2月23日，深圳市前海管理局和香港特別行政區政府商務及經濟發展局共同制定的《關於協同打造前海深港知識產權創新高地的十六條措施》於兩地同時發佈實施，深港首次攜手推動知識產權領域的規則銜接、機制對接，即是這方面的最新探索。

<sup>24</sup> 見案例Power Dekor (Hong Kong) Ltd v Power Dekor Group Co Ltd [2014] 1 HKLRD 845, [2014] HKCU 64 (CFI) and Hugo Boss Trademark v The Britain Boss International Co Ltd [2015] 3 HKLRD 4, [2015] HKCU 842 (CFI); [2018] HKCA 381. 在Hugo Boss提起的案件中，上訴法院駁回上訴的案件背景是：（1）被告的活動不以香港為目標；（2）被告的活動在中國內地是合法的。

故意的證據能夠強有力地支持假冒的認定。內地仿冒混淆不正當競爭的認定要求被告有攀附原告商譽的主觀惡意。兩地就這一規則存在差異。但是，從制度溯源進行法理分析，反假冒源自反欺詐制度，最初也要求被告主觀上具有假冒的故意。在後來的制度發展中，才逐漸不再要求被告主觀上具有故意，而只要求客觀上產生了公眾將被告的商品當做原告的商品而購買的效果即構成假冒，主要是對市場上一種不公平後果的禁止。<sup>25</sup> 從這個角度來看，中國內地《反不正當競爭法》第6條法律文本採用“誤認”一詞，強調的也是一種導致誤認後果的行為。內地法院實踐中，對被告有攀附原告商譽主觀惡意的認定一般是從商業標識的知名度以及誤認的行為後果反推被告的主觀惡意，而且主要是將被告主觀惡意作為損害賠償的參考因素。結合第6條的兜底性條款對誤認範圍的擴張性保護，亦有不再關注是否具有主觀惡意，轉而關注是否導致誤認後果的法律規則傾向，這就為兩地反假冒法律保護規則有效銜接，提供了法理導向和實踐基礎。

### （三）在與國際高標準銜接的基礎上推行高水平跨域知識產權保護規則

中國內地與香港均為《TRIPs協議》、《巴黎公約》成員，兩地可以在遵循國際公約規定的基礎上實現協同保護，實現高質量的大灣區知識產權法律保護規則銜接。<sup>26</sup> 兩地可以探索在遵循國際公約規則的基礎之上對知識產權進行嚴格、全面、規範的法律保護，實現兩地知識產權法律保護規則銜接。<sup>27</sup> 尤其是深圳，需要發揮經濟特區立法權、國家創新型城市優勢，通過制度創新推動與國際高標準銜接的規則體系，率先實現粵港澳知識產權法律保護規則銜接。

比如，《TRIPs協議》明確知識產權屬私權，為此中國內地可以借鑑香港反假冒私權保護的做法，在提供反假冒法律保護的司法活動中傾向於私權保護的立場，實現兩地保護理念的銜接。比如，《巴黎公約》規定，仿冒混淆行為不應當限於商業標識。中國內地在認定仿冒混淆不正當競爭時，不應理解為僅限於商業標識保護。只要是商品或服務上具有發揮商品或服務的來源、經營主體或經營活動的識別功能的元素均應納入規制範疇，這樣也可以逐步與香港法院遵循的“欺騙工具”規則銜接，而不再局限於對列舉的商業標識進行法律保護。

## 六、結語：知識產權法律保護規則銜接的“大灣區方案”

目前，粵港澳大灣區孵化器、眾創空間數量全國最多，發明專利的有效量、PCT國際專利有效申請量居全國首位。粵港澳大灣區肩負中國科技自立自強的重大使命，目標直指全球頂級科創灣區，亟需構建知識產權法律保護的“大灣區方案”，建設最優的粵港澳協同創新環境。

<sup>25</sup> 見劉麗娟：《確立反假冒為商標保護的第二支柱——〈反不正當競爭法〉第6條之目的解析》，《知識產權》2018年第2期。該文提出對中國內地反不正當競爭法第6條進行改造，以該條款為基礎銜接英美法上的反假冒制度。

<sup>26</sup> 見袁媛：《我國內地與港澳知識產權衝突解決路徑探析》，暨南大學碩士論文庫。該文提出，可以優先適用內地與港澳地區共同參加的知識產權國際條約為基礎來協調解決三地之間的知識產權法律衝突問題。比如三地都是巴黎公約、TRIPs協議的成員，借助這些國際公約解決三地之間的知識產權法律衝突的重要突破口，具有實踐的可操作性。

<sup>27</sup> 見李猛：《“一帶一路”背景下制定高標準粵港澳大灣區自由經貿協定研究》，《亞太經濟》2018年第2期。該文提出，建設粵港澳大灣區應當對接高標準國際經貿規則，為大灣區長久建設發展提供堅實有效的法治保障。

首先，要推動粵港澳全面合作。認識到大灣區三地雖然法律制度存在差異，但依然能夠在差異的基礎上開展有效對話，實現法律制度互聯互通。差異不是合作的障礙，而應該採用趨同再造的模式，創新的思維，具體問題具體分析，解決好粵港澳大灣區規則衝突的問題。<sup>28</sup> 比如，中國內地與香港的反假冒雖然存在顯著差異，但依然具有可比性，具有法律保護功能上的相似性，可以實現知識產權的協同保護。

其次，要立足灣區、協同港澳，實現大灣區知識產權保護規則有效銜接。比如，在三地均缺乏具體規則的情形下可以對標國際高標準的規則填補規則空白，建立趨同的規則。也可以基於港澳規則法治化較成熟、國際化程度較高的實際，中國內地規則標準以就高不就低的原則單向認可港澳規則。還可以通過邀請港澳籍陪審員參加內地法院案件審理、認可港澳專家證人出庭等案件審理機制，逐步促進港澳法律專業人士對內地知識產權法律保護的認可，逐步實現互轉互認，暢通“法律要素”流動，把不同的規則有機銜接起來，解決大灣區知識產權保護的實際問題。還比如，深圳前海法院試行高科技法庭，港澳人士出庭作證、公證認證或者當事人授權可以不用親身到深圳，通過遠程視頻、由法庭見證就可以，大幅降低司法成本，打破了傳統的規則限制、制度邊界，突破屬地管理的思維，強化大灣區思維，弱化行政區劃思維。

最後，要面向世界，立足全球視野，加快建立起國際高標準的跨域知識產權法律保護規則體系。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》提出了“全面對接國際高標準市場規則體系”，粵港澳大灣區三地的知識產權法律保護規則應當與《TRIPs協議》《巴黎公約》和《CPTPP 協定》等高標準知識產權保護規則相符合。通過對標這些高水平的知識產權保護制度，同時也積極參與和部分引導國際規則和標準體系建設，協同配合“一帶一路”建設，推動知識產權保護的全球治理進程。

〔編輯 何志輝〕

<sup>28</sup> 見鄒平學：《粵港澳大灣區法治合作和規則銜接的路徑探討》，《青年探索》2022年第4期；文雅靖、王萬里：《論粵港澳大灣區的規則銜接》，《開放導報》2021年第2期。兩文中均明確提出法制差異不是合作的根本性障礙，應當採用趨同、轉換、再造等模式破解粵港澳大灣區法治合作與規則銜接的難題。