

TRIPs 下日本及兩岸有關侵害「智慧財產權」邊境管制措施之研究：以權利人申請保護為中心

易建明*

摘要

在世界貿易組織（WTO）體系下，TRIPs 協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, TRIPs）第 51 條等條文明文規範「仿冒」及「盜版」兩項侵害智慧財產權的「邊境管制措施（border measure）」。此為強制規定，WTO 會員應遵守，有關侵害智慧財產權「邊境管制措施」之規範，亦已為各國所重視。日本、中國及我國為 WTO 重要會員，除分別參考 TRIPs 等相關公約修改「邊境管制措施」規範外，近幾年來更有強化規範範圍之趨勢。本文就日本 2004 年「關稅定率法」、中國 2003 年「知識產權海關保護條例」、我國 2003 年「商標法」、「著作權法」及相關法規作一比較，以供政府決策，以及國內

* 南台科技大學財經法律研究所副教授。在此對審查委員表示感謝。科技法學評論主編、副主編以及交大科法所教授、同學等在本論文審查過程中給予鞭策與指正，使本論文更具公信力更要表示感謝之意。我國係以中小企業為主的產業體系，有關邊境管制措施之研究，越來越重要。希望我國此方面的研究，能超越我國產業競爭對手國日本及韓國。本文為《2006 年全國科技法律研討會》論文修改而來。

投稿日：2007 年 3 月 12 日；採用日：2008 年 1 月 8 日

企業從事跨國貿易、智慧財產管理之參考。本文共分五章，包括：一、前言；二、侵害智慧財產權「邊境管制措施」之規範範圍等之比較；三、權利人申請之程序；四、邊境管制措施異同之分析；五、結語。在規範範圍方面，TRIPs 僅規範仿冒、盜版之「邊境管制措施」，且以進口為主，不包括出口。我國符合 TRIPs 的基本要求。中國將進出口皆納入規範，較 TRIPs 為嚴格。而日本除侵害商標權、著作權、著作鄰接權、專利權、新式樣之進口品外，自 2006 年起違反不公平競爭之物品，如冒用著名標示、外觀模仿等亦納入「邊境管制措施」規範。至於「權利人申請」邊境管制措施相關程序，日本、中國及我國大致符合 TRIPs 協定第 51 條的規定，但擔保方面，差異較大。

關鍵字：TRIPs 協定、NAFTA、自由貿易協定、商品仿冒、邊境管制措施、刑事責任、救濟措施

Cite as: 5 Tech. L. Rev., Apr. 2008, at 1.

A Study of Border Measures Provisions against IPR Infringement among Japan, China and Taiwan: An Application of a Right Holder

Jiann-Ming Yih

Abstract

Under the World Trade Organization (WTO) system, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) provides for border measures under Article 51 and thereafter, which mandates the introduction of such measures specifically for the protection of trademarks and copyrights. In the case of counterfeiting, additional procedures and remedies, including border measure, must be made available. Special requirements related to border measures are contained in Section 4 (Article 51-Article 60) of the enforcement part of the TRIPs Agreement. According to Article 51, Parties must provide border enforcement procedures for goods bearing a counterfeit. This paper tries to compare the regulations of border measures among Japan, China and Taiwan. This article explains the history of the Customs Tariff Law in Japan, Customs Law of the People's Republic of China, and attempts to examine how the border measures provisions of IPR might be incorporated into the existing custom regulations of the three countries. This article also explains the relationship between border measures provisions and Trade Policy.

Keywords: border measures, IPR, TRIPs, FTA, trademark law

1. 前言

1.1 研究背景

「仿冒 (counterfeiting)」以及「盜版 (piracy)」為侵害智慧財產權的兩種型態，也是智慧財產權重要議題之一，於 1986 年納入烏拉圭回合談判議題後，已經納為 1995 年 TRIPs 協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, TRIPs) 所規範之範圍。TRIPs 更明文「仿冒」及「盜版」兩項侵害智慧財產權的「邊境管制措施 (border measure or border enforcement)¹」。TRIPs「邊境管制措

¹ TRIPs 使用 “border measure” 一詞，為多邊體系規範「邊境管制措施」最重要公約。日本、中國及我國皆為漢字文化圈，由於歷史淵源不同，所用翻譯差異頗大，用詞包括：「邊境防護」、「邊境保護」、「邊境措施」、「國境措置」、「海關智慧財產保護」。另其他相關英文名稱包括：“border enforcement”、“border control”、“border protection”。本文中文使用「邊境管制措施」，英文使用“border measure”一詞之定義，現綜合說明如下：

- (1) TRIPs 及 NAFTA 採用 “border measure” 一詞。具有邊境方法、手段，本義為海關「邊境執法」之意（主要以海關為主管機關為多）。TRIPs「邊境管制措施 (border measure)」主要包括仿冒品、盜版進口之管制措施，此為強制規定，但不包括專利之「邊境管制措施」。由於 TRIPs 為引進侵害智慧財產權「邊境管制措施」體系最重要的公約，對相關權利人申請的程序，有完整的規範，故涉及 TRIPs「邊境管制措施」用語，本文認為應使用 “border measure” 一詞。
- (2) “border enforcement” 為美國官方及學術界之用語，其具有「邊境執行」、「邊境執法」之意，有偏向海關「邊境執行」之意。See RAJ BHALA & KEVIN KENNEDY, *WORLD TRADE LAW: THE GATT-WTO SYSTEM, REGIONAL ARRANGEMENTS, AND U.S. LAW* 1128 (1998). 而在美國有關智慧財產權之邊境管制及執行，以使用 “border enforcement” 為主流，see TIMOTHY P. TRAINER, *BORDER ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY* (2000).
- (3) “border control” 為歐洲使用較多，語意較接近美國所使用的 “border enforcement”。See MICHAEL BLAKENEY, *BORDER CONTROL OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* (2d ed. 2003). 另 “border protection” 較 “border enforcement”、“border

施」可區分為：權利人申請及主管機關依據職權兩類。在 TRIPs 下，權利人申請「邊境管制措施」為強制性規範，而依據職權「邊境管制措施」為任意性規範²。此為最低標準³，美國更透過自由貿易協定（Free Trade Agree-

control”寬廣許多，具有「邊境防護」之意，包括人員及貨品過境的邊境防護，其定義更較“border measure”廣。TRIPs 下邊境管制措施使用此「邊境防護」翻譯並不恰當，若單純使用“border enforcement”則有偏向國內執法之意。各國國內法使用“border enforcement”一詞，並無不妥。

(4)中國學者使用「邊境保護」翻譯者，參見張曉芬，「淺析我國知識產權的邊境保護」，北京工商大學學報（社會科學版），2005 年第 1 期，頁 110（2005）。

(5)有關本文「邊境管制措施（border measure）」，中國使用「邊境防護」、「邊境保護」、「邊境措施」、「海關智慧財產保護」等為多。中國學者使用「邊境措施」者，參見鄭成思，WTO 知識產權協議逐條詳解，頁 162（2001）；陳宗波，「論知識產權保護的邊境措施」，學術論壇，2002 年第 5 期，頁 141（2002）。使用「邊境保護」者，參見張治國，「WTO 中知識產權執法的邊境措施」，商業時代，2002 年第 5 期，頁 56（2002）；謝紅霞，「論我國的知識產權邊境保護法律制度」，政治與法律，2005 年第 2 期，頁 49-50（2005）。

(6)另日本就「邊境管制措施」並未作統一，有譯為「國境措置」，參見尾島明，逐條解說 TRIPs 協定：WTO 知的財產權協定のコンメンタール，頁 231-233（1999）；氏家輝雄，「APEC・TRIPs 協定国境措置の実施に関する東京コンファレンスについて」，CIPIC ジャーナル，第 72 卷，頁 53-65（1998）。而日本傳統上以翻譯為「水際取締制度」為主，參見知的財產情報センター，新・知的財產權侵害物品の水際取締制度の解説，頁 5（2004）。

² 日本及我國均未明文規定主管機關依據職權「邊境管制措施」。本文若未特別提起，「邊境管制措施」係指權利人申請保護的「邊境管制措施」。另有關於依據職權「邊境管制措施」，日本在實務上，乃靠海關執法人員之經驗，如發現眾所皆知之侵權物品，會通知權利人及進口商等，並依據現行法規處理，參見齋藤和久，「知的財產權侵害物品の水際取締り制度の日中比較」，知財ぶりずむ，第 3 卷第 34 号，頁 2（2005）。

³ TRIPs 之特徵為最低標準之確立，智慧財產之執行、爭端解決等，參見蔡明誠，「從 WTO 貿易智慧權協定觀點看國際智慧權保護標準之發展」，律師雜誌，第 243 期，頁 20-22（1999）。另有關於最低標準之初探，參見吳漢東主編，知識產權年刊，頁 23-24（2005）。

ment, FTA) 之簽署制定「邊境管制措施」條款⁴，以強化智慧財產之保護，而各國因為經濟上之差異，「邊境管制措施」可能在程序、國內法規規範有所不同。日本、中國及我國（以下簡稱「兩岸」）皆為 WTO 會員，且為重要貿易大國，因此研究日本、兩岸「邊境管制措施」之差異，可提供政府及廠商參考。

日本於 1995 年配合 TRIPs，修改「關稅定率法」後，亦分別於 2000 年、2004 年修正「關稅定率法」，擴大侵害智慧財產權「邊境管制措施」的範圍。最近幾年來，更有強化侵害智慧財產權之「邊境管制措施」。根據日本海關有關侵害智慧財產權國別統計（表一）⁵，來自韓國、中國、香港之侵權貨品分居前三名，以 2004 年作分析，就件數分析，韓國占 50.3%（4,598 件），居取締貨品來源國第 1 位，而中國居第 2 位占 36.7%（3,358 件）、香港為第 3 位占 4.6%（423 件）⁶。台灣與美國輸日被取締之侵權貨品，大致相當，分別為 33 件及 30 件，分占 0.9% 及 0.3%。而就 2005 年、2006 年侵權貨

⁴ 「海關依職權主動採取邊境管制措施」之仿品轉運相關規範，美國與新加坡於 2003 年 5 月簽署自由貿易協定（United States-Singapore Free Trade Agreement, 美新 FTA）第 16.9(19) 較 TRIPs、NAFTA 更為明確。有關 TRIPs 公約、NAFTA、我國商標法「邊境管制措施」之比較研究及轉運問題，參見易建明，「TRIPs 公約、NAFTA、我國『商標法』有關『仿品進口』邊境管制措施之比較研究」，科技法學評論，第 2 卷第 1 期，頁 63-109（2005）。美國相關政策與法之變遷，參見易建明，「TRIPs 協定、自由貿易協定有關『仿品進口』相關救濟措施之研究：以美國為例」，貿易救濟相關議題之實務探討與廠商觀點，頁 33-85（2004）。另美國 FTA 與轉運問題，see The World Bank Group, *Tightening TRIPs: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*, 20 TRADE NOTE 1-11 (2005). 至於 TRIPs、NAFTA 商標、仿品規範之比較，see Daniel R. Bereskin, *A Comparison of the Trademark Provisions of NAFTA and TRIPs*, 83 TRADEMARK REP. 1-17 (1993).

⁵ 鶴卷嘉一，「知的財産権侵害物品等の水際取締りに関する平成 17 年度関稅定率法改正について」，知財ぶりずむ，第 3 卷第 32 号，頁 5（2005）。

⁶ 件數及點數包括一般商業貨品進口申報數及國際郵件統計件數；又一件案件中可能涉及二個以上的侵權案，故個別侵權案件合計並不一致。又點數之計算，海關並未提出說明，故在此以件數為準提出說明。

品來源國作一分析，仍以中國、韓國分居前二名（表一續）。中國 2005 年被日本海關取締的件數為 6,278 件，佔所有被取締件數的 46.6%；韓國被取締件數為 6,045 件，佔所有被取締件數的 44.9%。二國合計佔所有被取締件數比率已超過 91.5%。2006 年，中國、韓國二國被日本海關所取締的件數分別為 9,440 件、8,720 件，件數更大幅增加；所佔比率分別為 48.2%、44.5%，合計已超過 92.7%。而台灣被取締件數為減少之趨勢，2005 年、2006 年為 21 件、20 件，所佔比率分別為 0.2%、0.3%。另就侵權物品別作分析，2004 年以商標侵權為主，佔 97.4%（表二）。2005 年、2006 年仍以商標侵權為主，分別為 13,228 件、19,363 件；所佔比率分別為 97.9%、98.6%（表二續）。未來我國開放兩岸三通時，中國仿冒品等侵害智慧財產權的貨品流入國內可能更為嚴重。如何透過 TRIPs 機制保障我國產業、企業利益成爲一大課題。

另 2003 年 11 月 26 日，中國國務院通過了新的「知識產權海關保護條例」（以下簡稱 2003 年「海關保護條例」）以符合 TRIPs 的規範。而我國「商標法」配合 TRIPs，已於 2003 年 5 月作修正。中國海關於 2004 年 9 月依據商標法第 68 條，頒訂「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」。日本及兩岸皆爲貿易大國，且侵害智慧財產權「邊境管制措施」主管機關爲海關，其執法值得重視。

1.2 研究目的及重點

有關侵害智慧財產權「邊境管制措施」之規範，已爲各國所重視。日本、兩岸爲 WTO 重要會員，除分別參考 TRIPs 等相關公約，引進仿冒品及盜版品的「邊境管制措施」規範外，近幾年來，各國更有強化此規範之趨勢。本研究就日本 2004 年「關稅定率法」、中國 2003 年「海關保護條例」、我國 2003 年「商標法⁷」、「著作權法」及相關法規作一比較，以供

⁷ 我國 2004 年 9 月 15 日公布「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」。

政府政策，以及國內企業從事跨國貿易、智慧財產管理之參考。本文共分五章，包括：1.前言；2.權利人申請「邊境管制措施」保護範圍等之比較；3.權利人申請「邊境管制措施」保護程序之比較；4.邊境管制措施異同之分析；5.結語。本文之研究重點如下：

1.權利人申請「邊境管制措施」保護範圍等之比較方面，擬就 TRIPs 下日本及兩岸之規範範圍差異作一分析。又從比較法觀點，分析歐盟、日本先進國家擴大「邊境管制措施」之趨勢，以瞭解其演變與擴大之趨勢。

2.權利人申請「邊境管制措施」保護程序之比較方面，主要擬就權利人的「暫緩放行（Suspension of Release）⁸」相關規範作一分析，其內容包括：

⁸ “Suspension of Release” 一詞，在 TRIPs 「邊境管制措施」規範上，國內外文獻有譯為：「中止放行」、「暫不放行」、「暫緩放行」等，現說明如下：

(1) 中國學者譯為「中止放行」為多。

「中止放行」多為中國學者所採用，參見鄭成思，前揭註 1，頁 163；孔祥俊，WTO 知識產權協定及其國內適用，頁 411（2002）；陳宗波，前揭註 1，頁 138-141；丁蘭、王天紅，「論 TRIPs 的知識產權實施程序」，山西財經大學學報，第 22 卷第 6 期，頁 104-105（2000）。另中國少數學者使用「邊境保護措施」一詞，參見張治國，前揭註 1，頁 56（2002）。中國翻譯為「中止放行」為多，參見鄭成思，前揭註 1，頁 162。

(2) 我國早期官方文獻使用「暫不放行」一詞為多，現以使用「暫緩放行」為主流。

「暫不放行」一詞，為我國早期國際貿易局所採用，參見經濟部國際貿易局編，第五次 GATT 烏拉圭回合談判研討會會議資料（下），頁 125（1994）；經濟部國際貿易局編，美國關稅法三三七條款與智慧財產權的邊境保護，頁 15（1996）。「暫緩放行」一詞，為智慧財產局、財政部關稅總局等採用，另著作權法上亦採用「暫緩放行」一詞，參見中華民國全國工業總會，智慧財產權簡訊（IPPC），第 12 卷第 9 期，新著作權法有助台美洽簽自由貿易協定：http://www.cnfi.org.tw/cnfi/IPR-VOL_12-9.pdf（最後點閱時間：2007 年 2 月 10 日）。

(3) 「暫不放行」、「暫緩放行」較「中止放行」為佳，因為「中止放行」語氣強烈，且有主動之義。而「暫緩放行」語氣最弱，且有被動之義。由權利人申請「邊境管制措施」保護程序作一分析，應以「暫緩放行」為佳。另“Suspension”一詞，具有「權利終止」、「職權終止」、「資格終止」等之涵義，參見薛波主編，元照英美法辭典，頁 1320（2003）。

- (1)採行備案制暨申請制、登錄制之差異；
- (2)暫緩放行的主管機關；
- (3)權利人要求海關暫緩放行的申請、證據提出等；
- (4)權利人提供足夠之保證金或相當之擔保；
- (5)進口商和貨物所有人等提供反擔保；
- (6)暫緩放行的通知；
- (7)暫緩放行的期限；
- (8)對進口商和貨物所有人等的損害賠償；
- (9)權利人及進口商檢視貨品之權利及通知；
- (10)侵害「智慧財產權」貨品的處理等作詳盡的分析。

3. TRIPs 下日本及兩岸規範之異同及相關問題之探討，擬就日本及兩岸規範是否符合 TRIPs 最低標準要求及現行法可能衍生問題作一初步分析。

表一 日本海關有關侵害智慧財產權國別統計表

年度 國別	2000 年	2001 年	2002 年	2003 年	2004 年	與前年比 (%)	比 率 (%)
韓 國	1,103	2,177	5,334	4,505	4,598	102.1	50.3
	117,103	128,609	231,149	240,393	381,371	158.6	36.8
中 國	234	202	552	1,630	3,358	206.0	36.7
	433,731	383,332	534,495	395,265	434,980	110.0	41.9
香 港	108	231	476	625	423	67.7	4.6
	379,911	426,582	77,587	58,997	142,414	241.4	13.7
菲律賓	21	48	140	299	387	129.4	4.2
	32,385	16,186	54,503	28,402	37,840	133.2	3.6
泰 國	53	68	242	199	220	110.6	2.4
	11,962	6,077	33,825	9,823	13,939	141.9	1.3
台 灣	37	16	40	31	33	106.5	0.4
	45,057	6,972	19,254	15,871	5,846	36.8	0.6
美 國	4	9	23	25	30	120.0	0.3
	2,452	315	1,695	1,009	3,702	366.9	0.4
義大利	0	37	110	24	16	66.7	0.2
	0	17,643	17,019	592	743	125.5	0.1
越 南	6	2	13	24	15	62.5	0.2
	15,444	11,000	4,190	1,780	1,316	73.9	0.1
其 他	23	22	48	50	63	126.0	0.7
	60,956	13,242	19,191	19,174	14,846	77.4	1.4
合 計	1,589	2,812	6,978	7,412	9,143	123.4	100.0
	1,099,001	1,009,958	992,908	771,306	1,036,997	134.4	100.0

註：上段為件數、下段為點數。件數及點數包括一般商業貨品進口申報數及國際郵件統計件數；又國別係指來源國或出口國，並非指原產國（地）。

資料來源：鶴卷嘉一，「知的財產權侵害物品等の水際取締りに関する平成 17 年度関稅定率法改正について」，知財ぶりずむ，第 3 卷第 32 号，頁 6（2005）；易建明，「TRIPs 下日本及兩岸有關侵害『智慧財產權』邊境管制措施之研究：以權利人申請保護為中心」，2006 年全國科技法律研討會論文集，頁 523（2006）。

表一（續） 日本海關有關侵害智慧財產權國別統計表

年度 國別	2005 年	2006 年	與前年比 (%)	比 率 (%)	備 註
韓 國	6,045	8,720	144.3	44.5	
	458,143	384,173	83.9	39.2	
中 國	6,278	9,440	150.4	48.2	2005 年起已超越韓國
	448,680	452,216	100.8	46.2	
香 港	369	424	114.9	2.2	
	91,223	68,727	75.3	7.0	
菲律賓	365	445	121.9	2.3	
	40,974	33,187	81.0	3.4	
泰 國	272	343	108.3	1.8	
	25,663	27,789	136.8	2.8	
台 灣	21	20	95.2	0.1	件數為減少之趨勢
	3,380	587	17.4	0.1	
美 國	38	52	136.8	0.3	
	2,057	2,987	142.2	0.3	
土耳其	2	35	1,750	0.2	
	14	208	1,485.7	0	
越 南	15	44	293.3	0.6	
	1,316	5,693	924.2	0.2	
其 他	54	54	100.0	0.3	
	26,234	3,581	13.7	0.4	
合 計	13,467	19,591	145.5	100.0	
	1,097,400	979,224	89.2	100.0	

註：土耳其、泰國、越南的件數為增加之趨勢。

資料來源：日本財務省，平成 18 年の知的財産侵害物品の差止状況等：<http://www.mof.go.jp/jouhou/kanzei/ka190301.htm>（最後點閱時間：2007 年 8 月 21 日）。

表二 日本海關有關侵害智慧財產權侵權物品別統計表

年度 項目	2000 年	2001 年	2002 年	2003 年	2004 年	與前年比 (%)	比 率 (%)
專 利	2	1	7	1	80	80.0 倍	0.9
	1,036	5,000	39,200	550	107,600	195.6 倍	10.4
實用新案專利	0	0	0	1	1	100.0	0.0
	0	0	0	960	400	41.7	0.0
新式樣專利	15	14	13	12	39	325.0	0.4
	13,289	74,445	41,693	42,641	62,794	147.3	6.1
商標權	1,478	2,727	6,859	7,332	8,922	121.7	97.4
	484,731	239,879	611,100	591,061	690,749	116.9	66.6
著作權及 著作鄰接權	108	76	108	80	119	148.8	1.3
	602,830	690,654	318,751	136,094	174,594	128.3	16.8
品種權	0	0	0	0	1	全增	0.0
	0	0	0	0	860	全增	0.1
合 計	1,589	2,812	6,978	7,412	9,143	123.4	100.0
	1,099,001	1,009,958	992,908	771,306	1,036,997	134.4	100.0

註：上段為件數、下段為點數。件數及點數包括一般商業貨品進口申報數及國際郵件統計件數；又一件案件中可能涉及二個以上的侵權案，故個別侵權案件合計並不一致。

資料來源：鶴卷嘉一，「知的財產權侵害物品等の水際取締りに関する平成 17 年度関稅定率法改正について」，知財ぷりずむ，第 3 卷第 32 号，頁 7 (2005)。

表二（續） 日本海關有關侵害智慧財產權侵權物品別統計表

年度 項目	2005 年	2006 年	與前年比 (%)	比率 (%)
專 利	66	26	39.4	0.1
	46,906	67,211	143.3	6.9
實用新案專利	2	1	50.0	0.0
	5,304	4,896	92.3	0.5
新式樣專利	42	54	128.6	0.3
	107,294	58,977	55.0	6.0
商標權	13,228	19,363	146.4	98.6
	816,845	784,591	96.1	80.1
著作權	174	198	113.8	1.0
	120,991	63,540	52.5	6.5
著作權及 著作鄰接權	1	1	100.0	0.0
	60	9	15.0	0.0
品種權	0	0	0.0	0.0
	0	0	0.0	0.0
合 計	13,467	19,591	145.5	100.0
	1,097,400	979,224	89.2	100.0

資料來源：日本財務省，平成 18 年の知的財産侵害物品の差止状況等：<http://www.mof.go.jp/jouhou/kanzei/ka190301.htm>（最後點閱時間：2007 年 8 月 21 日）。

2. 權利人申請「邊境管制措施」保護範圍等之比較

2.1 邊境管制措施規範之歷史回顧及法理之初探

就「邊境管制措施」之規範歷史而言，智慧財產權「邊境管制措施」在巴黎公約便有所論及⁹，主要就不公平競爭作一規範。巴黎公約規範僅及違反

⁹ 巴黎公約引進「邊境管制措施」之立法與各國之關係，日本及國內期刊論文較少提及。有關巴黎公約「邊境管制措施」之概要，參見劉孔中，「世界貿易組織與貿易有關智

商標法物品之「邊境管制措施」，相當狹窄，非強制規定，且並未明文規範相關程序，故其成效並不彰顯。在 GATT 東京回合談判期間，美國與歐洲共同體（EC）聯合於 1979 年 7 月 31 日提出「關於制止仿冒商品進口措施的協議」草案。該草案主要著重於在邊界上對仿冒商品的制止。此為智慧財產權問題引入 GATT/WTO 的開端。雖然該草案得到了日本、加拿大及瑞士等國家的支持，但許多發展中國家對於在 GATT 中包括仿冒商品內容持反對態度，尤其是巴西及印度認為，GATT 管轄限於有形貿易，缺乏處理智慧財產權領域問題的法律權力，仿冒商品應由 WIPO 專屬管轄。因此，美國與 EC 共同提出的草案未獲通過。在 GATT 烏拉圭回合談判初期，EC 於 1986 年提案引進仿冒之侵權行為。經過多年談判，引進盜版及仿冒的「邊境管制措施」，此為強制性規定。與巴黎公約比較，TRIPs 明文規定，民事、刑事程序與救濟、邊境管制措施及刑事程序之特別要件¹⁰。而 TRIPs 下更有明確爭端解決機制。TRIPs 雖明文盜版及仿冒的「邊境管制措施」，但是 TRIPs 為各國協商結果，且為包裹公約之一，因此條文、程序上未如各國內國法明確，協商結果下的 TRIPs 邊境管制措施及刑事程序相關條文容易造成爭端，卻是不容忽視。又 TRIPs 之前，各國內國法已明文規範仿冒等之邊境管制措施，但規範體系各國差異頗大。而仿冒之規範為先進國家及開發中國家產業發展上所經歷的必然過程之一；美國、日本等亦如此。

如上所述，「邊境管制措施」規範，其主要源於仿冒品之邊境管制措施。由於仿冒品進口，易對產業造成損害，各國為保護其產業皆禁止仿冒品之進口。回顧歷史，仿冒在美國 1930 年代便相當的盛行，日本在 1950 年代也盛行，曾受到國際社會責難。中國改革開放後，最近幾年仿冒也盛行。由於仿冒無須研發，成本最低，為各國產業發展上所出現的問題。而仿冒品

慧財產協定權利落實規定之研究」，全國律師，第 9 卷第 1 期，頁 37-47（2005）。

¹⁰ 易建明，前揭註 4，頁 89-95。

「邊境管制措施」規範為先進國家保護其產業之必然趨勢。其規範之法理與不公平競爭、一般產業保護有關。而盜版之「邊境管制措施」規範則與文化產業、軟體產業、電影產業之保護有關連；美國經貿政策上，強調著作權之保護，主要與上述產業有關。另在植物種苗權（plant breeders right）保護上，則與農業品種之保護有關。智慧財產權之法理與產業創新及保護有關。在智慧財產權的「邊境管制措施」規範方面，各國大致以海關為主管機關，其法律涉及智慧財產權、國際貿易法、海關法等相關法規。「邊境管制措施」規範範圍，各國內國法對「邊境管制措施」之範圍有擴大之趨勢，如專利在美國、德國、日本等先進國家皆明文規定。專利的「邊境管制措施」並非 TRIPs 規範的範圍。但最近幾年，日本更有擴大至其他智慧財產權範圍之趨勢。

日本已將「邊境管制措施」規範提升為其國家重要智慧財產權策略之一。最近幾年，日本更是大幅地修改「邊境管制措施」相關之法規。日本於 2006 年 3 月修改「關稅法」，明文規定侵害「專利權、實用新案法、新式樣專利法、著作權及鄰接權、育種權」等之物品不得進口（原規定於「關稅定率法」之進口違禁品，移至「關稅法」）。此立法目的除為實現國家重要智慧財產權策略，產業保護外，亦為維持社會秩序等公益¹¹。又「邊境管制措施」規範之立法亦和建構「安全、安心的社會」有關¹²。日本於 2007 年 3 月修改「關稅定率法」，規定侵害著作權及鄰接權之物品不得出口。此立法目的，除與上述建構「安全、安心的社會」、國內產業保護有關外，「維持社會秩序等公益」亦為其主要目的之一¹³。另日本 2006 年 3 月修改「關稅定率法」，規定違反「不正競爭防止法」之物品，如型態模仿物品等亦納入「邊

¹¹ 福田敏行，「關稅定率法等の一部を改正する法律——平成 18 年度の關稅改正について」，時の時令，第 1765 号，頁 31-43（2006）。

¹² 福田敏行，「關稅定率法等の一部を改正する法律——平成 19 年度の關稅改正について」，時の時令，第 1790 号，頁 36-57（2007）。

¹³ 同前註，頁 47。

境管制措施」範圍，不得進口¹⁴。此與維持國內外企業「公平交易」有關。有關此「邊境管制措施」之法理，日本學界較少討論。

就智慧財產權「邊境管制措施」之理論而言，與不公平交易法、國際經貿法、智慧財產法之基礎理論有關¹⁵。智慧財產權「邊境管制措施」之理論較智慧財產權之理論略為複雜，除主關機關不同外，商標、專利、著作權等之基本理論因其屬性不同，而有所差異。如仿冒品如涉及食品之進口，便與消費者保護有關。一般而言，食品安全之「邊境管制措施」與消費者保護有密切關連。另一方面，智慧財產權之法理與食品安全之「邊境管制措施」有所不同，較不著重消費者保護。至於是否與「經濟安全」有關，國內外論文似乎更少論及。另「邊境管制措施」仿冒品處分及刑事規範之立法史，以美國為例，1946 年美國聯邦商標法規定，仿冒商品如進口至美國，得查扣之。而美國財政部部長在無須商標所有權人同意下，仿冒商品可能被海關沒入。一旦查扣仿冒商品，美國財政部部長應通知商標所有權人，在沒入仿冒商品後銷毀。若該沒入仿冒商品並非不具安全性，對健康不具有威脅時，財政部得在商標所有權人同意下，除去商標後，作相關之處置¹⁶。1995 年 TRIPs 與 1992 年「北美自由貿易協定」（North American Free Trade Agreement，簡稱 NAFTA），明文規定銷毀侵權物。與美國內國法作一比較，TRIPs 規範較無彈性。至於「邊境管制措施」刑事處罰之法理，有待研究。美國於 2007 年 4

¹⁴ 波田野晴，「不正競争防止法等の一部を改正する法律——営業秘密の保護と模造品・海賊版対策の強化」，時の法令，第 1758 号，頁 34-51（2006）。

¹⁵ 有關智慧財產權之性質，如無形性、專屬性、重複性、公開性、地域性、時間性、經濟性，參見吳嘉生，智慧財產權之理論與應用，頁 88-96（1999）；鄭成思，知識產權論，頁 53-65（2007）。

¹⁶ 其規定如下：

- 一、將此查扣仿冒商品出售給財政部認為需要此類貨物之聯邦、州或者地方政府機構。
- 二、將此查扣仿冒商品贈送給財政部認為需要此類貨物之慈善機構。
- 三、在沒入仿冒商品 90 天後，依據財政部所規定之細則，由海關拍賣。

月 10 日對中國提出「中國影響智財權保護與執行措施」案（China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, DS362）。此為美國就中國對於著作權及商標權保護不力，例如，針對盜版品展開刑事程序與處罰之門檻問題等，主張中國違反 TRIPs 之規定。日本、歐盟與加拿大亦要求加入本案諮商。「邊境管制措施」刑事處罰與執行已經成為美國及中國爭端議題之一。

2.2 TRIPs 的規範範圍

如前所述，巴黎公約、TRIPs 為智慧財產權重要國際公約。巴黎公約就侵害智慧財產權「邊境管制措施」並未明文規範相關程序。侵害智慧財產權之邊境管制措施在 GATT 東京回合談判時，漸受到先進國家之重視，但並未正式提出討論。在 TRIPs 談判期間，日本、美國、EC、瑞士等國主張，不僅侵害商標、著作權，侵害到專利權時，亦應制定相關程序保護措施¹⁷。而開發中國家主張：侵害商標之仿冒品以及侵害著作權之盜版品較容易認定，故應僅限於此兩類。最後，先進國家亦接受此主張。

有關侵害智慧財產權「邊境管制措施」規範，主要規定於 TRIPs 第 51 條，該條文規定：「會員應訂定程序，使有正當理由懷疑進口物品有仿冒商標或侵害著作權之權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對於此類物品暫緩放行。會員得將此種申請程序適用於涉及智慧財產權其他行為之物品，但應符合本節之規定。會員亦可提供類似程序，由海關對於自其領域出口之侵權物品暫緩放行¹⁸。」準此，TRIPs 第 51 條規範有以下幾個重點：

¹⁷ 尾島明，前揭註 1，頁 233。

¹⁸ TRIPs 第 51 條規定，參見經濟部國際貿易局編，烏拉圭回合多邊貿易談判協定，頁 16-27（1996）。

1. 權利人申請「邊境管制措施」保護為強制性義務，WTO 所有會員應履行。權利人對於進口物品有商標仿冒或侵害著作權之正當懷疑便可向海關提出申請，要求海關對該項貨品暫緩放行，其商標侵權之界定在於任何物品（包括包裝）附有與有效註冊於該類物品之相同商標，或者與該註冊商標主要部分無法區別，而未經過授權，使得依據該進口國法律對合法商標專用權人權利造成損害者，即為侵權。著作權侵害則是指任何物品於生產國未經權利人或合法授權人同意而製造，且係直接或間接自某項物品製造，而其製造依進口國法律已構成侵害著作權或相關權利者¹⁹。「仿冒商標物品」係指商標侵權之界定在於任何物品（包括包裝）附有與有效註冊於該類物品之相同商標，或者與該註冊商標主要部分無法區別，而未經過授權，故較一般商標法侵權物品為窄；又「侵害著作權貨品」係指複製品而言，故較各國著作權法所規範的侵權物品為窄²⁰。

2. 會員得將上述申請保護程序適用於涉及智慧財產權其他行為之物品，如侵害專利、新式樣、新型等。但會員並無義務對權利人本人或經許可而到另一國家市場的貨品進口或商品的運輸，適用邊境管制措施。而對於制止侵權貨品出口的措施和程序，則由會員選擇適用。

3. 另依據本條註解 13，對於由權利人自行或經其同意已在外國市場販售之物品進口，及轉運中之物品，會員無義務採取「邊境管制措施」。

依據該條款規定，權利人申請司法或者行政主管機關採取暫緩放行措施時，應當履行特定的程序。在 TRIPs 協定生效前，許多 WTO 的會員並

¹⁹ 此為 TRIPs 第 51 條註解 14 之定義，同前註。另根據美國聯邦商標法第 34 條第 4 項第 1 款(A)之規定，所謂仿冒是指「在銷售、提供銷售或者在物品批發或服務過程」對某種註冊標示或標記（包括商標、服務標章、團體標章、證明標章）的偽造和使用，包括：(1)一種已註冊標示的偽造品；(2)一種具有欺騙性的標示。經濟部智慧財產局，美國商標法：http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/美國商標法.pdf（最後點閱時間：2007 年 2 月 10 日）。

²⁰ 例如，日本著作權法第 113 條第 1 項第 1 款便較「侵害著作權貨品」之定義寬廣。

未制定此類程序，因而談判者特意規定詳細的程序條款，以及實施暫緩放行的方式。

總之，海關採取「邊境管制措施」的目的在於暫緩放行進口侵權貨品，以制止侵權貨品的進口。其中，暫緩放行進口侵權貨品（仿冒品及盜版），會員得將權利人申請「邊境管制措施」保護，擴大至侵害專利、新式樣、新型等。值得注意者，TRIPs 所保護之「智慧財產權」，依據 TRIPs 第 58 條規範，包括：著作權及鄰接權、商標、地理標示、專利、工業設計、積體電路布局、營業秘密等。至於品種權並非 TRIPs 所保護之「智慧財產權」範圍。

2.3 日本「關稅定率法」之規範範圍

日本有關「邊境管制措施」之立法已經超過百年。1897 年（明治 30 年），日本政府制定舊「關稅定率法」，並於 1899 年正式施行。依據該法附表，區分為「課稅品」、「免稅品」及「違禁品」（日文為禁制品）等三類。在違禁品與「邊境管制措施」有關者，「違反專利、商標及版權等帝國法律的物品」，列為違禁品，在進口受到限制。日本「邊境管制措施」由此推算已超過百年²¹。1906 年侵害新式樣的貨物列為「邊境管制措施」規範範圍。1954 年對於侵害智慧財產權貨品的處理，包括：沒收、廢棄及退回等。1970 年，侵害著作鄰接權之貨品，列為違禁品。事實上，在 1995 年 TRIPs 之前，日本智慧財產權「邊境管制措施」的保護並不完整，體系上與 TRIPs 完全不相同，例如，大藏省依據「關稅定率法」第 21 條（平成 6 年，1992 年法律第 128 號），制定「智慧財產權侵害物品之取締」命令（平成 4 年 6

²¹ 三島憲二郎，「知的財産権侵害物品に係る水際取締り」，JMC ジャーナル，2005 年 6 月号，頁 52（2005）；內藤敏雄，「知的財産情報センター（CIPIC）と知的財産侵害物品の水際取締り」，パテント，第 59 卷第 7 号，頁 10-11（2006）。另有關日本海關變遷之概要，參見河野泰一，「税関における知的財産侵害物品の水際取締制度の現状」，パテント，第 59 卷第 7 号，頁 3-4（2006）。

月 5 日藏關第 519 號），將侵害專利權、新型、新式樣、商標權、著作權及著作鄰接權等物品列為「進口禁制品」，海關首長得命令沒收、廢棄或退回上述侵權物²²。又，在實務上，海關首長接受權利人的申請而行使職權，依據該項申請權利人所提供的資訊，促使海關首長依職權作調查；由於並非法律上之「申請」，海關首長並無義務答覆權利人之申請，甚至處分之結果無須通知當事人²³。

由於 1995 年 TRIPs 體系與日本制度有相當大地差異，故曾有建議從制度上作整體之修法。但最後僅在當時「關稅定率法」體系下作修正。1995 年配合 TRIPs，「關稅定率法」部分修正，其內容包括：1. 引進商標、著作權權利人申請之「邊境管制措施」制度，即日本海關所稱「輸入差止申立制度」，另採行認定嫌疑侵害智慧財產權的認定制度；2. 侵害積體電路布局權人權利的貨品列為違禁品；3. 在主管海關的直屬部會大藏省設立「智慧財產權專門官」，在東京海關設立「智慧財產權綜合調查官」，其他海關設立「智慧財產權調查官」以強化取締體系。此為日本邊境管制措施體系與 WTO 接軌之調整。爾後，日本將強化邊境管制措施體系列為國家重要戰略之一，而有所調整。2003 年日本政府制定「智慧財產權戰略大綱」，將專利、新型及新式樣等引進「輸入差止申立制度」，並引進照會特許廳意見制度、通關放行制度等。而侵害品種權人之貨品列為違禁品。在 2004 年修法後，侵害品種權人物品列為「邊境管制措施」的範圍。此範圍為兩岸所未規範者。對於涉嫌進口侵害智慧財產權貨物者，依據日本現行「關稅定率法」第 2 條之 2 規定，對於專利權（包括發明、新型、新式樣專利）、商標權、著作權（包括著作鄰接權）及品種權人，賦予其向日本海關禁止侵害自己權利貨物之進口，並採認定程序之規定。至於積體電路布局權人對於涉嫌侵害其權利之貨物進口，並不適用上述進口申請程序。但有所謂「情報提供制

²² 尾島明，前揭註 1，頁 234。

²³ 同前註，頁 235。

度」，由權利人向海關提供侵害資訊，由海關在岸邊進行取締。

2.4 中國「知識產權海關保護條例」之規範範圍

爲使智慧財產權邊境管制措施法律化，中國國務院曾於 1995 年 7 月頒布「中華人民共和國知識產權海關保護條例」（以下簡稱 1995 年「海關保護條例」），該條例於 1995 年 10 月 1 日起施行，其借鑑先進國海關的經驗和 TRIPs 作法，結合中國國情，與國際慣例基本銜接²⁴。該條例的頒布實施，表示中國海關對智慧財產權的邊境管制保護工作進入法制化和制度化的階段。但 1995 年「海關保護條例」在施行中也暴露出諸如程序複雜、效率低與擔保金有關費用的規定不盡合理等問題。爲適應中國加入 WTO 後出現的新情況，2003 年 11 月 26 日，國務院通過新的「知識產權海關保護條例」（2003 年「海關保護條例」或者「海關保護條例」），對智慧財產權邊境管制保護程序作出重大調整，進一步提高了智慧財產邊境管制保護的標準。2004 年 5 月 25 日，爲配合新「海關保護條例」的實施，海關總署頒布「關於『中華人民共和國知識產權海關保護條例』的實施辦法」。

中國 2003 年「海關保護條例」第 2 條規定：「本條例所稱知識產權海關保護，是指海關對與進出口貨物有關並受中華人民共和國法律、行政法規保護的商標專用權、著作權和與著作權有關的權利、專利權（以下統稱知識產權）實施的保護。」準此，保護的範圍包括：商標專用權、著作權和與著作權有關的權利、專利權。其中，侵犯商標法專用權的行爲按照「商標法」的規定包括仿冒商標和使用可以造成消費者混淆商品近似商標的行爲；著作權係指包括複製權在內的所有著作權的內容，包括著作權中的人身權的內容和財產權的內容。與著作權有關的權利是指著作權以外的作品傳播者和出版者享有的權利，也有稱其爲著作權的鄰接權；專利權包括中國專利權規定的三種形式的專利。可以看出中國對智慧財產權邊境管制保護範圍的界定，與

²⁴ 謝紅霞，前揭註 1，頁 49-50。

TRIPs 的要求相比較，寬於 TRIPs 要求各國採用邊境管制措施的範圍，窄於 TRIPs 要求各國採用的貿易領域內的智慧財產權保護範圍。

2003 年中國智慧財產權海關保護條例修訂過程中，爭論頗多的是有關專利權保護問題²⁵。由於 TRIPs 並未強制要求各國提供對專利權的「邊境管制措施」保護，因此，多數國家在實施邊境管制措施中，並未規定涉及侵害專利權產品的暫緩放行規範。另外，中國在 1995 年以來的海關邊境執法實踐中，涉及智慧財產權嫌疑貨物的暫緩放行，也遇到了有些專利權的權利基礎不很穩固，特別是涉及到新型和外觀設計，出現有權利人濫用權利情況，如利用海關暫緩放行貨物損害競爭對手權益的情況。另一方面，從向海關備案的智慧財產權的情況看，至 2003 年止的備案數字統計，有關專利權的備案占備案總數的 30%。此說明專利權的保護已經受到各界越來越多的重視。因此對中國已經確定的保護範圍，不應當因為實踐中出現了一些問題而輕易的、簡單的通過縮小範圍解決。而應當經由對具體實施程序等的調整，針對不同類型的智慧財產權採取不同程序，如對那些權利基礎不很穩固的專利權，規定只能通過被動保護的模式，要求權利人提供更為確切的證據資料方式等解決。

中國並未採用地理標示、積體電路設計之邊境管制措施。地理標示是指表示出某商品來源於某成員地域內，或來源於該地域中的某地區或某地方，該商品的特定質量、信譽或者其他特徵，主要與該地理來源相關連。目前中國這部分智慧財產權保護是按照商標保護的模式，由商標管理部門依照中國商標法提供保護。2003 年「海關保護條例」第 2 條並未納入此類保護，僅限於域內保護的狀況。而積體電路設計是一個新的智慧財產權保護領域。但目前中國擁有這類權利的人數有限，且基礎不穩定，不同於在積體電路設計領域居於領先地位的美、日等先進國家；且中國在這方面的國內保護的立法也

²⁵ 張紅，「我國知識產權邊境保護範圍探析——兼論知識產權貨物的平行進口問題」，政法論壇，第 22 卷第 6 期，頁 131-132（2004）。

只是處於起步階段。因此積體電路設計若採邊境管制措施，相對於地理標示的保護，更不具有實質的意義。

另中國 2003 年「海關保護條例」第 2 條所規範的範圍，包括進出口貨物，此與 TRIPs 所要求的仿冒及盜版的進口，寬廣許多。中國採取出口保護似乎不利於中國外貿出口。但從中國對外貿易出口的現狀、成分等情況分析，目前中國出口產品中侵權情況比較嚴重，2001 年海關查處的侵權案件 330 件，其中仿冒商標中的 297 件，全部為出口。而 2002 年查處案件 573 件，只有 4 件為進口。2003 年查處案件總計有 756 件，商標案件高達 741 件。而最近幾年來專利案件亦有增加之趨勢，但侵害著作權之案件並不多（表三）。另有關備案案件仍以商標權為多，自 1995 年起商標權備案案件均占合計備案案件半數以上，而專利權備案最近幾年有增加之趨勢，於 2004 年專利備案案件已近合計案件之一半（表四）。

表三 中國海關查處商標權、專利權、著作權侵權案件統計表

年 度	商標權		專利權		著作權		合 計	
	案 件	案 值	案 件	案 值	案 件	案 值	案 件	案 值
1996	38	1,140	8	116	659	324	705	1,580
1997	92	2,164	16	316	85	741	193	3,321
1998	139	2,981	27	2,196	67	92	233	5,269
1999	178	6,198	5	75	42	2,929	225	9,202
2000	235	4,136	57	1,534	3	0	295	5,670
2001	308	13,092	21	398	1	0	330	13,490
2002	557	9,057	14	497	2	0	573	9,554
2003	741	6,693	14	104	1	0	756	6,797
合 計	2,288	45,461	162	5,236	860	4,086	3,310	54,783

註：案值以人民幣萬元計算。

資料來源：賈小寧、周豔，知識產權海關保護，頁 27（2005）。

表四 中國智慧財產權備案統計表

年 度	商標權	專利權	著作權	合 計
1995	5	0	0	5
1996	91	0	0	91
1997	93	14	20	127
1998	238	37	70	345
1999	139	85	4	228
2000	236	175	4	415
2001	347	220	2	569
2002	374	299	117	790
2003	762	515	51	1,328
2004	286	263	5	554
合 計	2,571	1,608	273	4,452

資料來源：賈小寧、周豔，知識產權海關保護，頁 26-27（2005）。

2.5 我國「商標法」、「著作權法」及海關「查扣辦法」之規範

1978 年台美雙邊貿易談判首次將仿冒納入議題。此為僅次於台美貿易逆差問題，為美方所重視。而美國為因應製造或銷售侵害智慧財產權之商品浮濫問題，在其國內貿易法制定 301 條款，以貿易手段制裁侵害其國內智慧財產權之國家，許多國家皆曾遭受過其貿易制裁，承受相當壓力。而為解決此問題，我國與美國簽訂「北美事務協調委員會與美國在台協會間關於保護智慧財產權之瞭解書」，承諾就我國著作權法、商標法、專利法、營業秘密保護法等相關法律儘速修正，並建制海關與相關之執行措施²⁶。該瞭解書雖名義上是行政機關間之協議而非條約，但基於我國仰賴對美貿易甚深，一旦受其貿易制裁對國內產經將產生重大不利影響，此協議書具備事實上強大之拘

²⁶ 宋元明，海關查緝「不法經濟活動」相關問題之研究——以查緝走私為主，中原大學財經法律研究所碩士論文，頁 166-167（2004）。

束力，因而成爲我國重視邊境管制措施之始。

我國「商標法」配合 TRIPs，已於 2003 年 5 月作修正。另海關於 2004 年 9 月依據商標法第 68 條，頒訂「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」。有關「著作權法」相關邊境管制措施部分，我國著作權法已於 2004 年 9 月修正，增訂第 90 條之 1 第 11 項至第 13 項。另依據著作權法第 90 條之 2 對主管機關之授權，經濟部及財政部會同制定「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」，使海關實施著作權相關邊境措施時有所依據。我國海關配合執行智慧財產權邊境管制保護主要防止仿冒侵權貨品出口，包括防止電腦程式相關產品出口侵害著作權與一般貨品出口侵害商標權。對於電腦程式相關產品及出口貨物商標侵權出口，訂有出口監視制度，採「登錄保護」原則，權利人必須向經濟部智慧財產局委託之財團法人資訊工業策進會或經濟部國際貿易局申請核准登錄，海關始執行保護，對於光碟片、光罩式唯讀記憶體晶片出口，則訂有必須壓印來源識別碼之規定。涉及仿冒商標案件，權利人應提供進口貨物涉嫌仿冒侵權之具體證據及進口報單號碼、或運輸工具名稱、航次等之詳細資料，並向法院申請假扣押後，海關始配合執行邊境管制保護²⁷。

另我國「植物種苗法」自 1988 年 12 月 5 日經總統公告發布施行迄今，經公告適用該法新品種登記制度之植物種類共有 94 種，累計受理申請案件已達 448 件。近年來，由於種苗國際交流日益增加，尤以「植物新品種保護國際聯盟（UPOV）」1991 年公約已爲多數先進國家採用，相較之下我國對於植物品種權之保護及國內作物品種更新頻度略顯不足，爲因應國內植物種苗產業發展需要及國際間對植物品種保護趨勢，農委會爰於 1998 年重新檢討相關條文及現行法規與行政命令，參酌 UPOV 1991 年公約及歐美日等國之相關法規，邀集產、官、學及業者代表召開研修會議，擬具「植物種苗法」相關條文修正案，報奉行政院審議通過並經立法院 2004 年 3 月 30 日第 5 屆第 5

²⁷ 李茂，「談兩岸智慧財產權海關保護」，今日海關，第 36 期，頁 16（2005）。

會期第 9 次會議三讀通過，嗣奉總統 2004 年 4 月 21 日華總一義字第 09300074811 號令公布，為利新法之施行，包括「植物種苗法施行細則」等 8 項子法必須配合修訂，本法之施行日期亦須由行政院定之。經一年來之研訂，各項子法已分別完成法制作業等配合措施，並報請行政院核定公告自 2005 年 6 月 30 日起施行。至於品種權之「邊境管制措施」，我國並未規範，此與日本有所差異²⁸。

2.6 小結

如上所述，TRIPs 僅規範仿冒、盜版之「邊境管制措施」，且以進口為主，不包括出口。中國將進出口皆納入規範，較 TRIPs 為嚴格。而日本除侵害商標權、著作權、著作鄰接權、專利權、新式樣之進口品外，自 2006 年起違反不公平競爭之物品如冒用著名標示、外觀模仿（型態模仿）等亦納入「邊境管制措施」規範。日本已大幅超越 TRIPs「邊境管制措施」規範範圍，此為先進國家之趨勢，歐盟亦有擴大此範圍之趨勢，我國應注意此潮流。我國及中國所保護智慧財產權之範圍相同，包括商標專用權、專利權及著作權。在中國方面，反不正當競爭法中規定予以保護之商號名稱、商業秘密及產地名稱等，中國「海關保護條例」並未納入規範範圍。中國規範範圍較歐盟、日本等之規範狹窄。而我國最狹窄，對於著作鄰接權並未納入，與日本、中國並不相同。日本在 2004 年修法後，侵害育種權物品列為「邊境管

²⁸ 新修正法案為全文修正，內容包括植物品種權利保護及種苗管理兩部分，為使本法名稱更為精準，爰修正名稱為「植物品種及種苗法」，全部法條共計 65 條，內分 7 章。相關之子法計有「植物品種及種苗法施行細則」、「植物品種審議委員會組織及審查辦法」、「植物品種性狀檢定及追蹤檢定之委任或委託辦法」、「種苗業者應具備條件及設備標準」、「植物品種及種苗管理收費標準」、「基因轉殖植物輸出入許可辦法」、「基因轉殖植物田間試驗管理辦法」及「基因轉殖植物之標示及包裝準則」等 8 項。有關相關規範之概要，參見行政院農委會農糧署（張鴻仁、張明郎、吳宜蓉、顏雯玲），我國「植物品種及種苗法」之施行與展望：<http://www.coa.gov.tw/view.php?showtype=pda&catid=9393>（最後點閱時間：2007 年 2 月 25 日）。

制措施」的範圍，此範圍為兩岸所未規範者。另日本、兩岸現行法並未將地理標示、營業秘密、真品平行輸入等納為「邊境管制措施」的規範²⁹。

3. 權利人申請「邊境管制措施」保護程序之比較

巴黎公約就「仿品」邊境管制措施並未明文規範相關程序，而 TRIPs 有關「仿品」邊境管制措施皆作明文規定。如上所述，TRIPs 有關在智慧財產權執行列舉一般義務以及行政、民事程序等規定，較巴黎公約條文完整。TRIPs 有關在智慧財產權執行列舉一般義務以及行政、民事程序等規定，並闡明智慧財產權保護應在公平合理的基準上執行，其執行範圍更拓展到涵蓋進出口相關的「與邊境措施有關之特殊規定」上，相關條款包括：「海關之暫緩放行措施（Suspension of Release by Customs Authorities）」（第 51 條）以及「申請（Application）」（第 52 條）、「保證金或相當之擔保（Security or Equivalent Assurance）」（第 53 條）、「暫緩放行通知（Notice of Suspension）」（第 54 條）、「暫緩放行的期限（Duration of Suspension）」（第 55 條）與錯誤扣留時「對進口商以及貨物所有人之賠償（Indemnification of the Importer and of the Owner of the Goods）」（第 56 條）。另外，對於智慧財產權權利人，給予「檢視權利及通知（Right of In-

²⁹ 由於真品平行輸入的商品是在一個地域範圍內，獲得了合法許可製造、銷售的商品，生產、銷售行為在一國境內是完全合法的，因此真品平行輸入並非明確地侵犯智慧財產權；同時由於進出口貿易涉及貨物需要跨越國界進入不同法域，而智慧財產權又有著地域性特點的權利。當合法生產銷售的產品再進入另一國家，是否仍然合法就受到質疑，這也就是所謂的「灰色市場」問題。該爭論的關鍵在於是否要將智慧財產權的真品平行輸入納入智慧財產權的保護範圍。而是否應當將智慧財產權的真品平行輸入納入保護範圍，涉及到智慧財產權理論中的權利耗盡原則和地域原則的衝突，對智慧財產權貿易各方的權利保護的平衡，各國對真品平行輸入的認可和反對，還涉及到各國的貿易政策等。

formation and Inspection)」（第 57 條）。另海關行政當局更可扮演積極的角色，主動「依職權之行爲 (Ex officio Action)」（第 58 條）進行智慧財產權的保護，並對貨物採取如沒收、銷毀、排除在商業管道外之「救濟 (Remedy) 措施」（第 59 條），僅有在少數例外情形下可以不採用上述條款處理，如個人攜帶或託運之「微量進口 (De minimis Imports) 」且非用於商業用途之物品方可（第 60 條）。就上述 TRIPs、日本及兩岸有關申請人申請「邊境管制措施」保護程序條款作一分析，其程序保護包括：1.採行備案制暨申請制、登錄制之差異；2.暫緩放行的主管機關；3.權利人要求海關暫緩放行的申請、證據提出等；4.權利人提供足夠之保證金或相當之擔保；5.進口商和貨物所有人等提供反擔保；6.暫緩放行的通知；7.暫緩放行的期限；8.對進口商和貨物所有人等的損害賠償；9.權利人及進口商檢視貨品之權利及通知；10.侵害「智慧財產權」貨品的處理等。此為強制性規定。以下根據上述程序就 TRIPs、日本及兩岸有關申請人申請「邊境管制措施」保護程序條款作一比較，除檢視相互間差異外，並就是否符合 TRIPs 規範作更詳盡的分析。

3.1 採行備案制暨申請制、登錄制之差異

TRIPs 協定第 51 條規定：「會員應訂定程序，使有正當理由懷疑進口物品有仿冒商標或侵害著作權之權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對於此類物品暫緩放行。」另 TRIPs 第 58 條規定：「倘會員要求其主管機關主動採取措施，在此情況下，主管機關得隨時要求權利人提供資料，以協助其行使職權，並於採取暫緩放行措施時，應立即通知進口商及權利人。」依據上述兩條條文之文義，TRIPs 並未強制規範相關行政管理制，故各國行政管理上有所差異。

如上所述，TRIPs 協定第 51 條規定：「……權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對於此類物品暫緩放行。」準此，行政或司法主管機關採申請制接受權利人申請，並要求海關對於此類物品暫緩放

行；依據此條文文義，申請制並非強制性規定。WTO 會員海關所採行此類的行政管理方式有所差異，如中國「海關保護條例」採行備案制暨申請制。其採行備案制的目的有二：一為初步瞭解要求保護的智慧財產權基本狀況，使進出口地海關得以準確地對於智慧財產權進行保護；二為建立海關與權利人的連繫管道，以使海關在扣留嫌疑貨物時，能與權利人取得連繫。權利人向海關總署申請海關保護備案申請。海關總署就此作一審查，於收到申請日起三十日內審查完畢並通知申請人。若審查通過准予備案者，由海關總署向權利人頒發「知識產權海關保護備案證書」。備案有效期間為自准予備案日起七年。此備案制度源於美國³⁰。美國與中國於 1995 年 2 月達成強化智慧財產權的協議，並要求海關在同年 12 月底建立智慧財產權備案制度。2003 年「海關保護條例」將上述備案有效期間改為十年（第 10 條第 1 項）；另不再強迫權利人向海關總署備案（第 7 條第 1 項）³¹。智慧財產權權利人即使事先沒有進行智慧財產權備案，仍然可以要求各海關扣留其認為侵權的進出口貨物。但是，對這種情形扣留的侵權嫌疑貨物海關不再進行調查處理，而是要求權利人在規定時間內向人民法院申請訴前停止侵權行為或者財產保全裁定；但是對已經備案的智慧財產權，海關不僅有責任對侵權嫌疑貨物進行監控，而且還應當進行調查處理。在實務上，向海關備案以商標為多³²。所

³⁰ 美國實行智慧財產權備案制度旨在加強打擊國際貿易領域的侵犯美國智慧財產權的活動。長期以來，來自境外的侵犯商標、版權和專利權的不正當競爭行為，不但使美國公司遭受嚴重經濟損失，還大大削弱了美國產品的國際競爭力。根據美國國際貿易委員會 1986 年估計，美國公司因此遭受的損失每年在 430 億美元至 630 億美元之間。因而為防止來自境外的侵犯貨物的不正當競爭，美國授權海關通過積極的邊境執法，有效阻止侵權貨物進口。其中智慧財產權備案制度為海關執法提供了充足訊息。參見李群英，「商標權海關保護備案的作用和申請要求」，工商行政管理，2004 年第 5 期，頁 49（2004）。

³¹ 第 7 條第 1 項前段規定：「知識產權權利人可以依照本條例的規定，將其知識產權向海關總署申請備案；申請備案的，應當提交申請書」。

³² 截至 2003 年 12 月 31 日，已經海關總署核准的智慧財產權備案申請有 5,070 件，其

以，2003 年「海關保護條例」更加突顯智慧財產權備案的作用，且具彈性。

日本法方面，日本於 1995 年配合 TRIPs，「關稅定率法」部分修正，引進商標、著作權權利人申請之「邊境管制措施」制度，即日本海關所稱「輸入差止申立制度」，另採行認定嫌疑侵害智慧財產權的認定制度。日本「關稅定率法」第 21 條之 2 前段規定：「專利權人、新型權利人、新式樣權利人、商標權利人、著作權權利人、著作權鄰接權權利人以及育種權人，認為有侵害其專利權、新型權、新式樣權、商標權、著作權、著作鄰接權及育種權之時，應依據政令之規定，向海關首長提出申請，提出證據，並說明其受侵害之事實。」準此，日本採取申請制。另依「關稅定率法」施行令第 61 條之 4 規定³³，上述權利人應將記載下列事項的申請書，連同證據，向海關首長提出申請，申請書內容包括：侵害內容、認為侵害的品名、侵害理由、申請認定有效期間（最長二年）、其他參考事項。而我國除商標出口監視系統採登錄制外，均採申請制。

總之，TRIPs 協定第 51 條規定：「……權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對於此類物品暫緩放行。」準此，行政或司法主管機關採申請制接受權利人申請，並要求海關對於此類物品暫緩放行；依據此條文文義，申請制並非強制性規定。中國「海關保護條例」採行備案制暨申請制，其制度上與日本及我國採「申請制」有所差異，但符合 TRIPs 協定第 51 條之規範。但就日本及兩岸規範作一比較，仍有以下差異：

1. 中國 2003 年「海關保護條例」將上述備案有效期間改為十年（第 10 條第 1 項）；另不再強迫權利人向海關總署備案（第 7 條第 1 項）。而日本採申請制，申請認定有效期間最長二年。在時效上，兩者規範並不相同。

2. 日本除採行海關所稱「輸入差止申立制度」，另採行認定嫌疑侵害智慧財產權的認定制度。其制度上相當地複雜，應有相關電腦系統配合協助，

中商標權備案申請 3,196 件，占全部備案的 63%。參見李群英，前揭註 30，頁 50。

³³ 知的財産情報センター，前揭註 1，頁 256。

否則較難達成。

3.2 暫緩放行的主管機關

採取邊境管制措施的目的之一在於暫緩放行侵權貨品的入境。關於「邊境管制措施」的執行工作，TRIPs 協定第 51 條規定：「會員應訂定程序，使有正當理由懷疑進口物品有仿冒商標或侵害著作權之權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對於此類物品暫緩放行³⁴。」由於各國「邊境管制措施」行政主管機關或司法主管機關有所差異，接受申請的單位可能是行政主管機關，亦可能是司法機關，故 TRIPs 並不強制一定向行政主管機關申請。一般而言，國家進出境貨物監管業務是由海關執行，所以智慧財產權邊境保護措施通常由海關負責。日本及兩岸之「暫緩放行」主管機關均為海關，皆規定權利人向海關申請³⁵；日本及兩岸皆符合上述 TRIPs 協定第 51 條的規定。另依 TRIPs 第 58 條規定：「倘會員要求其主管機關主動採取措施，在此情況下，主管機關得隨時要求權利人提供資料，以協助其行使職權，並於採取暫緩放行措施時，應立即通知進口商及權利人³⁶。」基本上，TRIPs 允許由會員國之司法機關或者行政機關來從事，而行動的執行方式可以由行政或司法主管機關應權利人之要求，或該機關基於職權而採取。

3.3 權利人要求海關暫緩放行的申請、證據提出等

「權利人要求海關暫緩放行」的申請主要規定於 TRIPs 第 52 條。TRIPs 第 52 條規定³⁷：「會員應要求權利人於依第 51 條規定提出申請時，需向主

³⁴ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-27。

³⁵ 中國「海關保護條例」第 4 條規定：「知識產權權利人請求海關實施知識產權保護的，應當向海關提出採取保護措施的申請。」日本「關稅定率法」第 21 條之 2、「關稅定率法」施行令第 61 條之 4 等皆明文向海關申請。

³⁶ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-29。

³⁷ 同前註，頁 16-27。

管機關提出足以推定在進口國法律之下有侵害權利人智慧財產權之『表面證據 (prima facie)³⁸』，並就有關物品提供詳細說明，俾使海關易於辨認。主管機關應於合理期間內通知申請人是否已受理申請，主管機關如對海關執行措施期間作成決定，並應將之通知申請人。」準此，權利人在證據提出方面，TRIPs 強調侵害權利人智慧財產權之「表面證據」。有關「權利人」之定義，TRIPs 第 52 條並未作定義，在此主要係指商標權利人及著作權人。至於非專屬被授權人是否為權利人，條文並未明文規定。而如上所述，日本及兩岸保護範圍有差異，日本「關稅定率法」第 21 條之 2 前段所保護範圍擴大許多，故依據該條文「權利人」包括：專利權人、新型權利人、新式樣權利人、商標權利人、著作權權利人、著作權鄰接權權利人以及育種權人；而我國保護範圍僅商標、著作權，故權利人包括商標權利人、著作權權利人。

如上所述，TRIPs 第 52 條強調侵害權利人智慧財產權之「表面證據」。「表面證據」相關用語，包括：“prima facie evidence”、“prima facie obviousness”。TRIPs 第 52 條所提及之“prima facie”，原係拉丁文，國內外文獻有譯為「表面證據」、「初步證據」；現以「表面證據」為主流³⁹。依美國判例常提及之「表面證據」案件，依照 Black's Law Dictionary 第 6 版之解釋，係原告所提出之證據從外觀上就可合理達到原告所尋求之結論，而且如被告未提出反證可直接判決原告勝訴。“prima facie”亦有譯為「初步證據」，為國內早期「烏拉圭回合與貿易相關之智慧財產權協定」相關文獻或報告所使用為多，另“prima facie evidence”一詞，係指：「表面上充分有

³⁸ 尾島明，前揭註 1，頁 238。

³⁹ “prima facie”原係拉丁文，可作為形容詞或副詞，其涵義為「一目瞭然地」(at first sight)之義。在 80 年代末期 GATT 的談判期間，以使用“prima facie evidence”一詞為多；現行 TRIPs 第 52 條使用“prima facie”一詞，其涵義即為「表面證據」。See DANIEL J. GERVAIS, THE TRIPs AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS 221-222 (1998).

效的證據，在法律上足以證明當事人的請求或答辯所依據的事實⁴⁰。」在現行 WTO 談判上已經甚少使用。日本法方面，日本「關稅定率法」第 21 條之 2 第 2 項規定，海關首長就第 1 項權利人提出申請，若未有「足以釋明侵害事實的證據⁴¹」，得不受理申請。而日本「關稅定率法」施行令規定，在申請書上應說明商標權內容、受侵害物品、理由等⁴²。而我國「商標法」第 65 條第 2 項前段、「著作權法」第 90 條之 1 第 2 項前段規定：「申請應以書面為之，並釋明侵害之事實。」而中國「海關保護條例」第 20 條規定：「知識產權權利人請求海關扣留侵權嫌疑貨物的，應當提交申請書及相關證明文件，並提供足以證明侵權事實明顯存在的證據。」

在申請方面，「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 2 條規定應向關稅總局或輸出入地關稅局申請。「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」第 2 條第 1 項規定：「向貨物輸入或輸出地海關申請之」。另中國「海關保護條例」第 4 條規定：「知識產權權利人請求海關實施知識產權保護的，應當向海關提出採取保護措施的申請。」

總之，就日本及兩岸有關「權利人要求海關暫緩放行」的申請及證據提出方面，初步結論如下：

1. TRIPs 第 52 條強調「表面證據」。日本規定，未有「足以釋明侵害事實的證據」，得不受理申請。而中國規定，提供足以證明侵權事實明顯存在的證據。而我國商標法等規定，釋明侵害之事實。我國「商標法」第 65 條第 2 項前段、「著作權法」第 90 條之 1 第 2 項前段，若修正為：「申請人應以書面向海關申請，並提出『釋明侵害事實』之證據。」較符合證據法用詞。

2. 由於權利人「要求海關暫緩放行」的申請，在保護其權利，其證據提出與擔保相當重要，權利人提出擔保金在於保護進口商等，故證據提出不應

⁴⁰ 薛波主編，前揭註 8，頁 1088。

⁴¹ 原文為：侵害の事實を疎明するに足りる証拠がない。

⁴² 尾島明，前揭註 1，頁 238。

過於嚴苛。

3.4 權利人提供足夠之保證金或相當之擔保

TRIPs 第 53 條第 1 項規定：「主管機關應有權要求申請人提供足夠之保證金或相當之擔保，以保護被告及主管機關，並防止申請人濫用權利。但該保證金或相當之擔保不得無理地阻礙申請人對該等程序之行使。」準此，海關等主管機關應要求申請人提供足夠之保證金或相當之擔保，此為強制規定。其主要目的在防止申請人（權利人）濫用權利，此對保護被告及主管機關有其效果。至於申請人應提供多少保證金或相當之擔保，TRIPs 第 53 條第 1 項並未要求會員就申請人所提供保證金或相當之擔保制定統一標準，故由會員依國內法作一規範⁴³。

日本法方面，在認定程序進行中，因權利人及進口者等雙方之主張完全對立，有難以認定輸入貨物是否有侵權之情事時，海關認有可能對輸入者造成損害而提供擔保之必要者，即得命申請人（權利人）提供擔保（日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 1 項）⁴⁴。若涉嫌侵權之輸入品為生鮮貨物時，因容易腐爛，海關原則上均應命申請人提供擔保。海關首長認為申請人所提供金錢等擔保不足以清償損失時，得命令申請人在所規定期限內補足擔保金（日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 2 項）。上述日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 1 項之「申請人提出擔保金」及同法第 21 條之 3 第 2 項所規定之「補足擔保」，皆得以政府公債、地方政府公債及其他有價證券替代。又得以契約替代，即申請人（權利人）與本國銀行、信用金庫、保險公司、海關首長所認可之機構等簽訂契約得替代擔保金（日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 3 項、「關稅定率法」施行令第 61 條之 7 第 1 項）。而海關擔保命令

⁴³ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-28。此條文國貿局並未將「不合理地」譯出，稍有不妥。

⁴⁴ 有關日本制度的概要，參見范瑞華，「申請日本海關執行禁止輸入違反智慧財產權貨物之規定」，萬國法律，第 143 期，頁 58-59（2005）。

應以交付「擔保命令書」的方式為之，而提供擔保的期限以命令書記載期日之翌日起十日內為之，但生鮮貨物的提供期限為三日。

在擔保額方面，為預期在認定程序期間內輸入者因涉嫌貨物無法通關所失利益數額（以申報輸入時之課稅價格之 20% 為基準）⁴⁵。另日本「關稅定率法」第 21 條之 3 規定，申請人得以政府公債、地方政府或者海關長官所認可之有價證券皆可取代現金。海關長官所認可之有價證券包括：證券交易所上市股票以及債券⁴⁶。而金融機構所締結支付保證相關契約亦可能被接受⁴⁷。我國規範方面，「商標法」第 65 條第 2 項後段規定：「提供相當於海關核估該進口貨物完稅價格或出口貨物離岸價格之保證金或相當之擔保。」另「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 3 條規定：「提供關稅法所稱相當於海關核估該進口貨物完稅價格或出口貨物離岸價格之保證金或相當之擔保。」且明文規定擔保之種類。其內容包括如下：

1. 政府發行之公債。
2. 銀行定期存單。
3. 信用合作社定期存單。
4. 信託投資公司一年以上普通信託憑證。
5. 授信機構之保證。

另我國「著作權法」第 90 條之 1 第 2 項後段：「提供相當於海關核估該進口貨物完稅價格或出口貨物離岸價格之保證金，作為被查扣人因查扣所受損害之賠償擔保。」；「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」第 2 條第 1 項規定：「應提供相當於海關核估該進口貨物完稅價格或出口貨物離岸價格之保證金，作為被查扣人因查扣所受損害之賠償擔保。」亦明文規定其種類。

⁴⁵ 同前註，頁 59。

⁴⁶ 齋藤和久，前揭註 2，頁 8。

⁴⁷ 同前註，頁 5。

中國規範方面，「海關保護條例」第 14 條規定：「知識產權權利人請求海關扣留侵權嫌疑貨物的，應當向海關提供不超過貨物等值的擔保，用於賠償可能因申請不當給予收貨人、發貨人造成的損失，以及支付貨物由海關扣留後的倉儲、保管和處置等費用，從擔保中扣除。具體辦法由海關總署制定。」準此，中國規定較嚴苛，應當向海關提供不超過貨物等值的擔保。本條文能提供之擔保係指擔保金、銀行或者非銀行金融機構保函⁴⁸。至於房屋、交通運輸工具等因估價困難，市場變化大，故並未納入。

另有關提供保證金或相當之擔保，TRIPs 第 50 條第 3 項⁴⁹有關民事訴訟臨時措施上亦有明文規定，其立法要旨與 TRIPs 第 53 條第 1 項相同，皆與保護被告及主管機關有關⁵⁰。就日本及兩岸規範作比較，初步分析如下：

1. 日本法在海關執行上，海關認有為輸入者提供損害擔保之必要者，即得命申請人提供擔保（日本「關稅定率法」第 21 條）。此與 TRIPs 第 53 條第 1 項直接由申請人提出擔保後，海關採暫緩放行措施方式不同。

2. 日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 1 項之申請人提出擔保金及第 21 條之 3 第 2 項所規定之補足擔保，皆得以政府公債、地方政府公債及其他有價證券替代。又得以契約替代。此較兩岸規範嚴謹且具彈性。

3.5 進口商和貨物所有人等提供反擔保

TRIPs 第 53 條第 2 項規定：「依據本節規定提出申請而由海關暫緩放行之貨品，其內容涉及工業設計、專利、電路布局及未公開之資訊，海關係基

⁴⁸ 賈小寧、周豔，知識產權海關保護，頁 96（2005）。

⁴⁹ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-28。

⁵⁰ 但此處規定的「保證金或者相當之擔保」還適用於主管機關的保護，如貨物所有人或者進口商因暫緩放行而遭受損害，事後證明該措施是錯誤的，為「保護被告」而提出的擔保，暗示著存在著被告。因此，在海關僅僅是尋找侵權的情況下，如一無所獲，似乎就沒有必要提供擔保。但是，實際上主管機關往往為了自保，而要求先提供擔保。孔祥俊，前揭註 8，頁 413。

於非司法或其他非獨立機關所作之決定而暫不予放行，且依第 55 條規定之期間已屆滿而未獲得法律授權給予暫時救濟措施，並符合其他有關進口之規定者，貨主、進口商或收貨人應有權於繳交足夠之保證金，以保護權利人免於受侵害後，要求該批貨物予以放行。保證金之繳納不得損及權利人之其他救濟措施，權利人未於合理期間內行使訴訟時，保證金應發還。」本條文為 GATT 在 1991 年談判時，美國所重視之項目而希望納入之條款。美國主張⁵¹：「未聽取貨主、進口商或收貨人辯解，而單方面依據權利人所提出之證據作判定時，在某種情況下，貨品可能被留置多年。若未制訂相關程序，給予貨主、進口商或收貨人等之救濟措施時，被濫用時，可能構成非關稅障礙。」此項主張為包括開發中國家在內多數國家所贊成。

未獲得法律授權給予暫時救濟措施下，可能被濫用，而符合其他有關進口之規定者，貨主、進口商或收貨人應有權於繳交足夠之保證金，以保護權利人免於受侵害後，要求該批貨物予以放行。滿足以上這些條件，貨主、進口商或者收貨人有權使其貨物得到放行，並不損害權利人的權利。我國「商標法」第 65 條第 4 項規定：「被查扣人得提供與第 2 項保證金二倍之保證金或相當之擔保，請求海關廢止查扣，並依有關進出口貨物通關規定辦理。」另「海關查扣辦法」第 6 條規定：「提供與第 3 條核估價格二倍之保證金或相當之擔保」。

在反擔保及相關程序方面，日本及兩岸皆明文規範。在程序上，日本法規定：「輸入者於收到認定程序開始通知日起經過十個工作日後（期限延長時，以二十個工作日後），得提出通關放行之申請。」又在海關進行前述照會特許廳長官表示意見之情形下，輸入者收到前述長官之回答意見後，經過十個工作日，亦得提出通關放行的申請。在反擔保期限方面，通關放行金之擔保命令應以交付「通關放行金擔保命令書」的方式為之，而提供擔保的期限以命令書記載日之翌日起十日內為之。另在反擔保額方面，以下列任一方

⁵¹ 尾島明，前揭註 1，頁 241。

式計算數額：1.相當於專利權授權金額（例如有法院判決對同一權利或類似權利所認定之授權金額，或過去一年間實際上締結的授權契約所約定的金額）；2.輸入者因販賣該等貨物所得利益（以申報輸入之課稅價格的 20% 為基準）。

中國「海關保護條例」第 19 條前段規定：「嫌疑侵犯專利權貨物的收貨人或者發貨人認為其進出口未侵犯專利權的，可以在向海關提供貨物等值的擔保金後，請求海關放行其貨物。」另第 19 條後段規定：「知識產權權利人未能在合理期限內向人民法院起訴的，海關應退還擔保金。」就上述日本、兩岸規範作一比較，初步分析如下：

1.中國「海關保護條例」對權利人所提供擔保，收貨人或者發貨人提供反擔保皆明文規範；但該條例規範以貨物等值的擔保金為主，在實務操縱上可能不利於權利人。

2.日本以政府公債、地方政府或者海關長官所認可之有價證券皆可取代現金；此規範值得參考。

3.6 暫緩放行的通知

TRIPs 協定第 54 條規定⁵²：「海關接受權利人申請對於疑似侵權物品不予放行後，應立即通知進口商和申請人⁵³」，「立即」的涵義應依據 TRIPs 第 41 條第 1 項⁵⁴、第 2 項⁵⁵（公平且合理）和第 5 項⁵⁶進行解釋，其涵義類

⁵² TRIPs Article 54: The importer and the applicant shall be promptly notified of the suspension of the release of goods according to Article 51.

⁵³ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-28。

⁵⁴ TRIPs Article 41(1): Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.（會員應確

似於「沒有不適當的延遲（without undue delay）」⁵⁷。

日本法方面，日本「關稅定率法」第 21 條第 4 項前段規定：「海關首長認為有侵害專利權、新型權、新式樣、商標權、著作權、著作權鄰接權以及育種權，應採取認定程序。」同法第 21 條第 4 項後段規定：「海關首長應將此認定程序通知專利權人、新型權利人、新式樣權利人、商標權利人、著作權權利人、著作權鄰接權權利人以及育種權人，以及擬進口業者。」另依據「關稅定率法」第 21 條之 3 第 3 項、第 4 項，海關首長分別通知權利人及進口者，應就其內容重點作說明。與 TRIPs 作一比較，日本「關稅定率法」第 21 條第 4 項並未明文規定立即通知。

中國「海關保護條例」第 15 條前段規定：「知識產權權利人申請扣留侵權嫌疑貨物，符合本條例第 13 條的規定，並依照本條例第 14 條的規定提

保本篇所定之執行政序於其國內法律有所規定，以便對本協定所定之侵害智慧財產權行為，採行有效之行動，包括迅速救濟措施以防止侵害行為及對進一步之侵害行為產生嚇阻之救濟措施。前述程序執行應避免對合法貿易造成障礙，並應提供防護措施以防止其濫用。）同前註，頁 16-22。

⁵⁵ TRIPs Article 41(2): Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays. (有關智慧財產權之執行政序應公平且合理。其程序不應無謂的繁瑣或過於耗費，或予以不合理之時限或任意的遲延。) 同前註，頁 16-22。

⁵⁶ TRIPs Article 41(5): It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general. (會員瞭解，本篇所規定之執行，並不強制要求會員於其現有之司法執行系統之外，另行建立一套有關智慧財產權之執行政序；亦不影響會員執行其一般國內法律之能力。本篇對會員而言，並不構成執行智慧財產權與執行其他國內法之人力及資源分配之義務。) 同前註，頁 16-22。

⁵⁷ GERVAIS, *supra* note 39, at 225.

供擔保的，海關應當扣留侵權嫌疑貨物，書面通知知識產權權利人，並將海關扣留憑單送達收貨人或者發貨人。」

海關扣留侵權嫌疑貨品應同時通知貨物收發貨人和權利人，而且必須是書面通知。我國「商標法」第 65 條第 3 項：「海關受理查扣之申請，應即通知申請人；如認符合第 65 條第 2 項規定而實施查扣時，應以書面通知申請人及被查扣人。」另「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 4 條規定：「海關就查扣之申請，經審核符合商標法第 65 條規定者，應即為查扣。」「著作權法」第 90 條之 1 第 3 項規定：「海關受理查扣之申請，應即通知申請人。如認符合前項規定而實施查扣時，應以書面通知申請人及被查扣人。」「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」第 3 條規定：「海關就查扣之申請，經審核符合本法第 90 條之 1 第 2 項及前條規定者，應即為查扣。查扣之申請須補正者，海關應即通知申請人補正。」

我國「商標法」第 65 條第 3 項、「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 4 條、「著作權法」第 90 條之 1 第 3 項已符合 TRIPs 協定第 54 條之規範。但在海關執行上，「立即」的涵義可能在各國海關執行上產生窒礙難行。此為經貿談判上，世界海關組織若未積極參與，可能產生海關邊境措施執行上各國仍會有所差異的問題。

3.7 暫緩放行的期限

TRIPs 第 55 條規定在時限上，自申請人受海關暫緩放行通知送達後十個工作日內，如果沒有下列兩種情形發生，而受不予放行通知的貨品已經符合其他進出口規定者，海關應該予以放行：

1. 海關未被告知該案已經由被告外之一方，就實體部分提起訴訟，或
2. 該案已經由法律授權機關採取臨時措施，延長留置時間；但暫緩放行的留置通知在某些情況下則可再延長十個工作日。

若導致案件是非正當裁決的程序而已啟動，在被告請求時，應當在合理期限內進行審查，包括舉行聽證，決定這些措施是否應當進行修改、撤銷或

者重新確認。儘管有上述規定，如果暫緩放行是按照臨時司法措施進行的，就應適用第 50 條第 6 項的規定⁵⁸。

在日本制度方面，受理前述禁止輸入申請後，若於檢查申報輸入貨物時發覺前述申請涉嫌侵害智慧財產權之物品者，即須進行以下之認定程序：

1. 首先應確認是否屬於走私物品，若為走私物品，即直接移送犯罪調查，反之非屬走私物品，則開始所謂認定程序。

2. 認定程序開始時，海關將先向權利人及輸入者交付「認定程序開始通知書」。

3. 雙方皆得於「認定程序開始通知書」所載日起十個工作日（生鮮貨物則為三個工作日）內，對該涉嫌貨物提出意見與證據，亦得申請檢視貨物。

4. 另涉及專利權的侵害時，專利權人得請求海關照會特許廳長官表示意見，並且特許廳就技術範圍部分的意見，海關應予尊重。此種照會申請，申請人應於收到認定程序開始通知日起十個工作日內，期限延長時，以二十個工作日以內為限。

如上所述，TRIPs 規定，自申請人受海關暫緩放行通知送達後十個工作日內，如未有特別事項如訴訟等，海關應予以放行；而日本係以「認定程序開始通知書」起算，時間超過 TRIPs 之規範，但基本上海關維持中立。

⁵⁸ TRIPs Article 50(6): Without prejudice to paragraph 4, provisional measures taken on the basis of paragraphs 1 and 2 shall, upon request by the defendant, be revoked or otherwise cease to have effect, if proceedings leading to a decision on the merits of the case are not initiated within a reasonable period, to be determined by the judicial authority ordering the measures where a Member's law so permits or, in the absence of such a determination, not to exceed 20 working days or 31 calendar days, whichever is the longer. (於不影響 TRIPs 第 50 條第 4 項規定之前提下，依第 1 項及第 2 項實施之暫時性措施，如未於原作成暫時性措施之司法機關，在該會員法律允許情況下所指定之合理期限內訴請就實體部分進行審理，應依被各之請求而予以撤銷或停止效力。如無司法機關之此種對期限之決定，則應在未逾 20 個工作日或 31 個曆日之內提起，但以較長者為準。) 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-23。

中國「海關保護條例」第 16 條規定，權利人要求海關扣留侵權嫌疑貨品的，當應在收到海關書面通知三日內，依照第 13 條規定向海關提出書面申請，並依據第 14 條規定提出擔保。此嚴格時間限制對權利人不利。若貨物收發貨人和權利人有爭議時，權利人應當在海關扣留侵權嫌疑貨品後十五日內，向人民法院起訴，或者提請知識產權主管機關解決。有關海關應廢止查扣，我國「商標法」第 66 條第 1 項第 1 款前段規定：「申請人於海關通知受理查扣之日起十二日內。」我國此條款係參酌 TRIPs 第 55 條規定意旨，明定我國商標法第 66 條第 1 項第 1 款規定之期限，海關得視需要延長。至於 TRIPs 第 55 條規定之期限為十日，係採工作日，為求我國海關實務上執行明確計算，乃不區分工作日或例假日，明定其期限為十二日⁵⁹。另「商標法」第 66 條第 2 項規定：「前項第 1 款規定之期限，海關得視需要延長十二日。」另有關「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」對於暫緩放行之期限未明文規定。「著作權法」第 90 條之 1 第 7 項第 2 款規定：「海關於通知申請人受理查扣之日起十二日內。」；「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」對於暫緩放行之期限亦未明文規定。

就日本及兩岸有關「暫緩放行」期限作一分析，TRIPs 規定自申請人受海關暫緩放行通知送達後十個工作日內，我國商標法及著作權法規定以「申請人於海關通知受理查扣之日起十二日內。」已經符合 TRIPs 的規定。

3.8 對進口商和貨物所有人等的損害賠償

TRIPs 第 56 條規定：「因錯誤查扣或查扣後依據第 55 條規定放行，對進口商、收貨人、貨主造成損害者，相關機關應令申請人給付適當的賠償⁶⁰。」準此，倘若主管機關對於疑似侵權貨品實施邊境保護措施，卻因錯

⁵⁹ 經濟部智慧財產局編，商標法，頁 140-141（2003）。

⁶⁰ TRIPs Article 56: Relevant authorities shall have the authority to order the applicant to pay the importer, the consignee and the owner of the goods appropriate compensation for any injury caused to them through the wrongful detention of goods or through the detention of

誤查扣造成貨主、收貨人及進口商受損害，或如上述於查扣（detention）後，因該案未於十日內提起訴訟，抑或未經其他授權機關採取延長留置時間之臨時措施而復予放行，且亦對貨主、收貨人及進口商造成損害者，相關機關應令申請人給付適當之賠償（appropriate compensation）。本條文所稱「相關機關」（relevant authorities），在解釋上可以是海關、其他行政機關和司法機關，日本執行本條文之權限為法院⁶¹。又 TRIPs 第 56 條和第 50 條第 7 項之損害賠償是否採無過失責任，雖有所議論，但最後各國決定委由各國國內立法作決定。該條款分別對應於 TRIPs 第 48 條條文⁶²和第 50 條第 7 項⁶³，主管機關可以是海關、其他行政機關和司法機關。故該條文亦規定適當的賠償，並未提及費用支出或者律師費，但也未將其完全排除。依據第 41 條第 5 項確定的標準⁶⁴，此類問題由各國國內法作明文規定⁶⁵。

另中國「海關保護條例」第 31 條規定：「海關工作人員在實施知識產

goods released pursuant to Article 55. “detention” 在此應翻譯為查扣，國內有專書翻譯為扣押，似有不妥，參見經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-29；經濟部智慧財產局，與貿易有關之智慧財產權協定：http://www.tipo.gov.tw/trademark/trademark_law/trademark_law_6_1_3.asp（最後點閱時間：2007 年 2 月 10 日）。

⁶¹ GERVAIS, *supra* note 39, at 228；尾島明，前揭註 1，頁 245。

⁶² (1)對於濫用保護執程序，並要求採取措施，致造成他方當事人之行為受到限制或禁制者，司法機關應命前者賠償後者所受到之損害；司法機關亦應命其賠償被告所支出之費用，該費用並得包括適當的律師費。(2)關於各種保護智慧財產權法律之執行，會員僅得於主管機關及公務員基於善意而採行或意圖採行適切救濟措施時，始得免除其法律責任。經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-25。

⁶³ 如暫時性措施遭到撤銷，或因聲請人之作為或不作為而未生效，或於事後發現並無智慧財產權受侵害之虞之情事，司法機關應依被告之請求，命聲請人賠償被告因暫時性措施所受之損害。同前註，頁 16-27。

⁶⁴ 會員瞭解，本篇所規定之執行，並不強制要求會員於其現有之司法執行系統之外，另行建立一套有關智慧財產權之執程序；亦不影響會員執行其一般國內法律之能力。本篇對會員而言，並不構成執行智慧財產權與執行其他國內法之人力及資源分配之義務。同前註，頁 16-23。

⁶⁵ 孔祥俊，前揭註 8，頁 415。

權保護時，玩忽職守、濫用職權、徇私舞弊，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，依法給予行政處分。」有關海關因錯誤查扣造成貨主、收貨人及進口商受損害之責任，中國「海關保護條例」並未作規範。海關之責任，中國「海關保護條例」對此並未做明文規範，有違 TRIPs 第 56 條規範之虞。在我國規範方面，「商標法」第 67 條第 1 項規定：「查扣物經法院確定判決不屬侵害商標權之物者，申請人應賠償被查扣人因查扣或提供第 65 條第 4 項規定保證金所受之損害。」另「海關查扣辦法」未明文規定損害賠償相關條款。而我國「著作權法」第 90 條之 1 亦有類似規定。

3.9 權利人及進口商檢視貨品之權利及通知

TRIPs 第 57 條規定⁶⁶：「會員應授權主管機關，於不損及保護機密資料之情況下，給予權利人充分之機會，對海關所查扣之物品進行檢視，俾證實其指控。主管機關亦應有權給予進口商同等檢視物品之機會。倘就案件實體部分已作成肯定之裁決時，會員得授權主管機關，將發貨人、進口商及收貨人之姓名及地址，以及有關物品之數量通知權利人。」準此，在不損及機密資料保護之情況下應給予權利人充分機會（equivalent opportunity）檢視海關查扣（detained）之物品，並同樣給予該物品進口商檢視之機會⁶⁷。關於第 57 條之規定，值得注意是有一說法為不應該給進口商「親自」檢視該物品之機

⁶⁶ TRIPs Article 57: Without prejudice to the protection of confidential information, Members shall provide the competent authorities the authority to give the right holder sufficient opportunity to have any goods detained by the customs authorities inspected in order to substantiate the right holder's claims. The competent authorities shall also have authority to give the importer an equivalent opportunity to have any such goods inspected. Where a positive determination has been made on the merits of a case, Members may provide the competent authorities the authority to inform the right holder of the names and addresses of the consignor, the importer and the consignee and of the quantity of the goods in question.

⁶⁷ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-29。

會，而僅可找第三者去鑑定，以避免對疑似侵權物品作手腳⁶⁸。日本「關稅定率法」第 21 條之 2 第 4 項規定，經海關同意，權利人得查看貨物樣本⁶⁹。又權利人發現樣本受到侵害時，認為樣本恢復原狀有所困難時，在符合一定條件下，海關得同意其檢視。日本法規定似乎採取此見解。而日本 2005 年修法時，專利權利人得請求分解樣本⁷⁰，對僅是資料審查之保護，更為周全。中國「海關保護條例」第 15 條前段規定：「知識產權權利人申請扣留侵權嫌疑貨物，符合本條例第 13 條的規定，並依照本條例第 14 條的規定提供擔保的，海關應當扣留侵權嫌疑貨物，書面通知知識產權權利人，並將海關扣留憑單送達收貨人或者發貨人。」而「海關保護條例」實施辦法第 18 條規定：「海關扣留侵權嫌疑貨物，應當將扣留書面通知及扣留憑單送達收發貨人。經海關同意，收發貨人可以查看貨物⁷¹。」

另我國「商標法」、「著作權法」皆明文規定：「海關在不損及查扣物機密資料保護之情形下，得依申請人或被查扣人之申請，准其檢視查扣物。」（商標法第 65 條第 5 項、著作權法第 90 條之 1 第 4 項）。中國、我國與日本在規範上、貨品檢視上，日本以樣品為主，與兩岸有差異。而「海關保護條例」實施辦法第 18 條所規範「查看」，是否與我國商標法第 65 條第 5 項所規範「檢視」有所差異？實務上，其差異為何？有待實務上考察方得知其差異。另有關商業機密上，TRIPs 強調不損及機密資料保護之情況下提供權利人及進口者雙方檢視之機會。日本及我國皆明文規範，而中國未規

⁶⁸ 參見鄭成思，關貿總協定與世界貿易組織中的知識產權——關貿總協定烏拉圭回合最後文件「與貿易有關的知識產權協議」詳解，頁 154（1994）。

⁶⁹ 齊藤和久，前揭註 2，頁 5。

⁷⁰ 郡山清武，「關稅定率法等の一部を改正する法律——平成 17 年度の關稅改正について知的財産權侵害物品やテロ対策等に係る水際取締りの強化及び通關手續の適正化・迅速化」，時の時令，第 1744 号，頁 41-42（2005）。

⁷¹ 賈小寧、周豔，前揭註 48，頁 220。

範權利人檢視相關權利⁷²。

3.10 侵害「智慧財產權」貨品的處理

TRIPs 第 59 條⁷³規定：「在不損及權利人採取其他訴訟之權利，以及被告尋求司法機關審查之權利前提下，主管機關有權依 TRIPs 協定第 46 條⁷⁴所

⁷² 我國「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 5 條第 3 項規定：「海關為第 5 條第 2 項指定時，應注意不損及被查扣物機密資料之保護。」我國「商標法」第 65 條第 5 項、「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」第 5 條第 3 項已符合 TRIPs 協定第 57 條之規範。另我國「著作權法」第 90 條之 1 第 4 項規定：「申請人或被查扣人，得向海關申請檢視被查扣之物。」而「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」第 5 條第 3 項規定：「海關為第 5 條第 2 項指定時，應注意不損及被查扣物機密資料之保護」。

⁷³ TRIPs Article 59: Without prejudice to other rights of action open to the right holder and subject to the right of the defendant to seek review by a judicial authority, competent authorities shall have the authority to order the destruction or disposal of infringing goods in accordance with the principles set out in Article 46. In regard to counterfeit trademark goods, the authorities shall not allow the re-exportation of the infringing goods in an unaltered state or subject them to a different customs procedure, other than in exceptional circumstances.

⁷⁴ TRIPs Article 46: In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce.

揭發之原則，銷燬或處置侵害智慧財產權之物品。對於仿冒商標物品，主管機關除特殊情況下，不得允許該侵權物品未作改變狀態下，或適用不同之海關程序再出口⁷⁵。」準此，主管機關對於認定為侵權之物品，應有權在商業管道外，以避免對權利人造成任何損害之方式處罰之，並無須任何形式的補償；或者在不違反憲法規定下，將侵權商品加以銷毀。對於用在製造之原料器具，主管機關亦有權將其再侵害之危險性減至最低，惟該措施應該考量比例原則，衡量侵害行為之嚴重性、救濟方式與第三人利益為之。至於侵犯商標權的商品，除特殊情形外，主管機關不得允許該商品在未作任何改變情況下或以不同之海關程序通關後再行出口⁷⁶；且該種商品除特殊情形外，不得以單獨去除商品上侵害商標權之商標後，重新使其進入商業通路。日本法規範方面，日本「關稅定率法」第 21 條第 2 項規定，海關長官得沒收或者廢棄侵害智慧財產權的貨品，又得命令侵害智慧財產權貨品的進口人退回該貨品⁷⁷。中國「海關保護條例」第 27 條第 1 項規定：「被扣留的侵權嫌疑貨物，經海關調查後認定侵犯知識產權的，由海關予以沒收。」另我國「商標法」相關商標權利侵害之救濟規定於第 61 條第 3 項，對於侵害商標權之物品或從事侵害行為之原料或器具，得請求銷毀或為其他必要處置。而「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」未明文規範。又「著作權法」第 90 條之 1 第 5 項，亦得對於侵害商標權之物品或從事侵害行為之原料或器具，請求銷毀或為其他必要處置。而「海關查扣著作權或製版權侵害物實施辦法」未作明文。日本、兩岸皆明文規定沒收，已符合 TRIPs 最低標準。而中國「海關保護條例」明文規定「有關公共利益之目的」，此為日本及我國所未規範者。

⁷⁵ 經濟部國際貿易局編，前揭註 18，頁 16-30。

⁷⁶ 儘管這種規定與第 46 條的規定存在差異，但可以認定，取消仿冒商標之後還是可以出口的。權利人可能認為這種再出口是不能接受的，因為該貨物還可能在第三國被用作侵權行為。如果還能獲得這種證據或者能夠證明再利用可能，應當適用第 41 條第 1 項規定的條件。孔祥俊，前揭註 8，頁 416。

⁷⁷ 知的財產情報センター，前揭註 1，頁 5。

中國「海關保護條例」第 27 條第 3 項規定：「被沒收的侵犯知識產權貨物可用於社會公益事業的，海關應當轉交給有關公益機構用於社會公益事業；知識產權權利人有收購意願的，海關可以有償轉讓給知識產權權利人。」本條文與美國 1946 年美國聯邦商標法規定較為類似。仿冒商品如進口至美國，得查扣之。而美國財政部部長在無須商標所有權人同意下，仿冒商品可能被海關沒入。一旦查扣仿冒商品，美國財政部部長應通知商標所有權人，在沒入仿冒商品後銷毀。若該沒入仿冒商品並非不具安全性，對健康不具有威脅時，財政部得在商標所有權人同意下，除去商標後，作以下之處置⁷⁸：

1. 將此查扣仿冒商品出售給財政部認為需要此類貨物之聯邦、州或者地方政府機構。

2. 將此查扣仿冒商品贈送給財政部認為需要此類貨物之慈善機構。

3. 在沒入仿冒商品九十天后，依據財政部所規定之細則，由海關拍賣。

在提供資訊方面，仿冒商品被查扣後，海關應自發出查扣三十日起，將相關資訊通知商標所有權人⁷⁹。

如上所述，TRIPs 明文規定不得以單獨去除商品上侵害商標權之商標後，重新使其進入商業管道。上述用於公共益之目的，應符合 TRIPs 之規範。但海關轉交給有關公益機構用於社會公益事業後，再重新進入商業通路，可能有違反 TRIPs 規範之虞。被沒收的侵犯智慧財產權貨物無法用於社會公益事業且智慧財產權權利人無收購意願的，海關可以在消除侵權特徵後依法拍賣；侵權特徵無法消除的，海關應當予以銷毀。

3.11 小結

巴黎公約並未規範侵害智慧財產權的「邊境管制措施」相關程序。而

⁷⁸ 姜偉主編，知識產權刑事保護研究，頁 454（2004）。

⁷⁹ 同前註。

TRIPs 就仿冒商標行為之規範更為完整。TRIPs「邊境管制措施」程序保護的內容包括：1.採行備案制暨申請制、登錄制之差異；2.暫緩放行的主管機關；3.權利人要求海關暫緩放行的申請、證據提出等；4.權利人提供足夠之保證金或相當之擔保；5.進口商和貨物所有人等提供反擔保；6.暫緩放行的通知；7.暫緩放行的期限；8.對進口商和貨物所有人等的損害賠償；9.權利人及進口商檢視貨品之權利及通知；10.侵害「智慧財產權」貨品的處理。就 TRIPs、日本及兩岸有關「權利人的申請」邊境管制措施，作一比較，初步結論如下：

1.日本及兩岸之「暫緩放行」主管機關為海關，皆規定權利人向海關申請；日本及兩岸皆符合上述 TRIPs 協定第 51 條的規定。另依據 TRIPs 協定第 51 條條文文義，申請制並非強制性規定。中國「海關保護條例」採行備案制暨申請制，其制度上與日本及我國採「申請制」有所差異。至於中國 2003 年「海關保護條例」將備案有效期間改為十年（第 10 條第 1 項）；另不再強迫權利人向海關總署備案（第 7 條第 1 項）。而日本採申請制，申請認定有效期間最長二年。在時效上，兩者規範並不相同。

2.有關「海關暫緩放行」申請方面，TRIPs、兩岸皆規定以書面申請之。有關「權利人要求海關暫緩放行」的申請及證據提出方面，TRIPs 第 52 條強調「表面證據」。日本規定，未有「足以釋明侵害事實的證據」，得不受理申請。而中國規定，提供足以證明侵權事實明顯存在的證據。而我國商標法等規定，釋明侵害之事實。我國和日本規定完全相同。另就法條文義，中國規範似乎已經超過 TRIPs 的規範，而較日本及我國規定嚴苛。

3.為防止濫用權利，申請人等應提出「保證金或相當之擔保」，此為保護被告及主管機關之措施，TRIPs 明文規定。另中國「海關保護條例」對權利人所提供擔保，收貨人或者發貨人提供反擔保皆明文規範；但該條例規範以貨物等值的擔保金為主，在實務操縱上可能不利於權利人。

4.日本法在海關執行上，海關認有為輸入者提供損害擔保之必要者，即得命申請人提供擔保（日本「關稅定率法」第 21 條）。此與 TRIPs 第 53 條第 1 項直接由申請人提出擔保後，海關採暫緩放行措施方式不同。

5.有關「海關暫緩放行」的通知，TRIPs 與我國「商標法」均明文規定。至於「海關暫緩放行」的通知期限方面，TRIPs 明文規定十日，可再延長十日。我國「商標法」明文規定十二日，可再延長十二日。

6.我國「商標法」第 65 條第 2 項規定，申請，應以書面為之。另日本「關稅定率法」第 21 條之 2 第 1 項、第 2 項規定應提出足以釋明之證據。而日本「關稅定率法」施行令規定，在申請書上應說明商標權內容、受侵害物品、理由等。日本之立法值得我國參考。

7.暫緩放行的通知規範方面，與 TRIPs 作一比較，日本「關稅定率法」第 21 條第 4 項並未明文規定立即通知。

8.有關對進口商和貨物所有人等的損害賠償，TRIPs 第 56 條所稱「相關機關」(relevant authorities)，在解釋上可以是海關、其他行政機關和司法機關，日本執行本條文之權限為法院。又 TRIPs 第 56 條和第 50 條第 7 項之損害賠償是否採無過失責任，雖有所議論，但最後各國決定委由各國國內立法作決定。有關對進口商和貨物所有人的損害賠償方面，TRIPs 規定應給付適當之賠償。中國「海關保護條例」並未作規範。

9.中國、台灣與日本在規範上，貨品檢視上，日本以樣品為主，與兩岸有差異。而中國「海關保護條例」實施辦法第 18 條所規範「查看」，是否與我國商標法第 65 條第 5 項所規範「檢視」有所差異？實務上，其差異為何？有待實務上考察方得知其差異。

10.依 TRIPs 協定第 60 條規定，微量進口得予以免除上述「邊境管制措施」條款之適用。至於攜帶仿冒品入境，一般國家均未制定免責條款。我國商標法亦未作規範。中國「海關保護條例」第 28 條規定，海關對於個人攜帶和郵寄進出境的侵權物品，若未超出自用、合理數量，可以不按侵權貨物處理。由於「自用、合理數量」為一抽象概念，未有具體的數量標準，故中國海關難以掌握。

另就日本及兩岸相關程序作一比較，日本「暫緩放行」擔保體系較完整，值得兩岸作為未來修法之參考，例如，日本「關稅定率法」第 21 條之 3

第 1 項之「申請人提出擔保金」及同法第 21 條之 3 第 2 項所規定之「補足擔保」，皆得以政府公債、地方政府公債及其他有價證券替代。又得以契約替代，即申請人（權利人）與本國銀行、信用金庫、保險公司、海關首長所認可之機構等簽訂契約得替代擔保金（日本「關稅定率法」第 21 條之 3 第 3 項、「關稅定率法」施行令第 61 條之 7 第 1 項）。

4. 邊境管制措施異同之分析

4.1 規範範圍之差異

TRIPs 僅規範仿冒、盜版之「邊境管制措施」，且以進口為主，並不包括出口。中國將進出口皆納入規範，超出 TRIPs 所規範的範圍。而日本除侵害商標權、著作權、著作鄰接權、專利權、新式樣之進口品外，自 2006 年起違反不公平競爭之物品如冒用著名標示、外觀模仿（型態模仿）等亦納入「邊境管制措施」規範。日本已大幅超越 TRIPs「邊境管制措施」規範範圍。此為先進國家之趨勢。歐盟亦有擴大此範圍之趨勢⁸⁰。我國應注意此潮流。而日本與中國皆規範專利的邊境管制措施，我國並未納入。我國應研擬引進專利的邊境管制措施，並就美國、EU、中國等之規範作一比較分析以供企業作參考⁸¹。

4.2 申請制等之差異

日本及兩岸之「暫緩放行」主管機關為海關，皆規定權利人向海關申

⁸⁰ 根據歐盟的統計，侵害智慧財產權之貿易額，約占全球貿易額的 5% 至 7%；每年約造成 2,000 億歐元至 3,000 億歐元之損失。

⁸¹ 例如，由於專利與外觀模仿不同，日本規定樣品得分解；中國並未作規範。另日本政府已於 2004 年修改「種苗法」及「關稅定率法」對侵害「育種權」（品種權）者除強化刑罰外，並規範相關「邊境管制措施」。而違反不公平競爭之物品，如冒用著名標示等亦納入規範。我國業者於輸日時應特別注意上述規範。各國相關刑事規範差異頗大。

請；日本及兩岸皆符合上述 TRIPs 協定第 51 條的規定。另依據 TRIPs 協定第 51 條條文文義，申請制並非強制性規定。中國「海關保護條例」採行備案制暨申請制，其制度上與日本及我國採「申請制」有所差異。至於中國 2003 年「海關保護條例」將備案有效期間改為十年（第 10 條第 1 項）；另不再強迫權利人向海關總署備案（第 7 條第 1 項）。而日本採申請制，申請認定有效期間最長二年。在時效上，日本、中國規範並不相同。有關「海關暫緩放行」申請方面，TRIPs、兩岸皆規定以書面申請之。有關「權利人要求海關暫緩放行」的申請及證據提出方面，TRIPs 第 52 條強調「表面證據」。日本規定，未有「足以釋明侵害事實的證據」，得不受理申請。而中國規定，提供足以證明侵權事實明顯存在的證據。而我國商標法等規定，釋明侵害之事實。我國和日本規定完全相同。另就法條文義，中國規範似乎已經超過 TRIPs 的規範，而較日本及我國規定嚴苛。有關對進口商和貨物所有人等的損害賠償，TRIPs 第 56 條所稱「相關機關」（relevant authorities），在解釋上可以是海關、其他行政機關和司法機關，日本執行本條文之權限為法院。又 TRIPs 第 56 條和第 50 條第 7 項之損害賠償是否採無過失責任，雖有所議論，但最後各國決定委由各國國內立法作決定。有關對進口商和貨物所有人的損害賠償方面，TRIPs 規定應給付適當之賠償。中國「海關保護條例」並未作規範。至於有關「海關暫緩放行」的通知，TRIPs 與我國「商標法」均明文規定。至於「海關暫緩放行」的通知期限方面，TRIPs 明文規定十日，可再延長十日。我國「商標法」明文規定十二日，可再延長十二日。

4.3 其他相關問題之初探

中國、我國與日本在規範上、貨品檢視上，日本以樣品為主，與兩岸有差異。而中國「海關保護條例」實施辦法第 18 條所規範「查看」，是否與我國商標法第 65 條第 5 項所規範「檢視」有所差異？實務上，其差異為何？有待實務上考察方得知其差異。依 TRIPs 協定第 60 條規定，微量進口得予以免除上述「邊境管制措施」條款之適用。至於攜帶仿冒品入境，一般國家均

未制定免責條款。我國商標法亦未作規範。中國「海關保護條例」第 28 條規定，海關對於個人攜帶和郵寄進出境的侵權物品，若未超出自用、合理數量，可以不按侵權貨物處理。由於「自用、合理數量」為一抽象概念，未有具體的數量標準，故中國海關難以掌握。另在擔保方面，為防止濫用權利，申請人等應提出「保證金或相當之擔保」，此為保護被告及主管機關之措施，TRIPs 明文規定。另中國「海關保護條例」對權利人所提供擔保，收貨人或者發貨人提供反擔保皆明文規範；但該條例規範以貨物等值的擔保金為主，在實務操縱上可能不利於權利人。日本法在海關執行上，海關認為有輸入者提供損害擔保之必要者，即得命申請人提供擔保（日本「關稅定率法」第 21 條）。

5. 結論

根據日本海關有關侵害智慧財產權國別 2004 年統計，來自韓國、中國大陸、香港之侵權貨品分居前三名。有關侵害智慧財產權「邊境管制措施」之規範，已為各國所重視。日本、兩岸為 WTO 重要會員，除分別參考 TRIPs 等相關公約修改「邊境管制措施」規範外，日本近幾年來更有強化此規範之趨勢。本文就各章節作一比較，初步結論如下：

1. TRIPs 僅規範仿冒、盜版之「邊境管制措施」，且以進口為主，不包括出口。中國進出口皆納入規範，較 TRIPs 為寬。而日本除侵害商標權、著作權、著作鄰接權、專利權、新式樣之進口品外，自 2006 年起違反不公平競爭之物品如冒用著名標示、型態模仿（外觀模仿）等亦納入「邊境管制措施」規範。日本已大幅超越 TRIPs「邊境管制措施」規範範圍。

2. 有關「權利人的申請」邊境管制措施程序保護，就 TRIPs、日本 2004 年「關稅定率法」、中國 2003 年「海關保護條例」、我國「商標法」及相關「海關查扣侵害商標權物品實施辦法」作一比較，結論如下：

(1) 日本及兩岸之「暫緩放行」主管機關為海關，皆規定權利人向海關申

請；日本及兩岸皆符合上述 TRIPs 協定第 51 條的規定。另依據 TRIPs 協定第 51 條條文文義，申請制並非強制性規定。中國「海關保護條例」採行備案制暨申請制，其制度上與日本及我國採「申請制」有所差異。

(2)有關「海關暫緩放行」的通知，TRIPs 與我國「商標法」均明文規定。至於「海關暫緩放行」的通知期限方面，TRIPs 有明文規定十日，可再延長十日。我國「商標法」明文規定十二日，可再延長十二日。另有關於進口商和貨物所有人的損害賠償方面，TRIPs 規定應給付適當之賠償。

(3)依 TRIPs 協定第 60 條規定，微量進口得予以免除上述「邊境措施」條款之適用。至於攜帶仿冒品入境，一般國家均未制定免責條款。我國商標法亦未作規範。

3.我國主要規範於「商標法」、「著作權法」等個別單行法規。隨著「邊境管制措施」之多樣化，如育種權人相關權利之「邊境管制措施」已有強化之趨勢。又「邊境管制措施」的取締、執行涉及各部會協調與整合，另更涉及「智慧財產權」相關專業知識，日本在主管海關的直屬部會設立「智慧財產權專門官」等之作法值得參考。而日本「暫緩放行」擔保體系較完整，值得兩岸作為未來修法之參考。

4.中國「海關保護條例」對權利人所提供擔保，收貨人或者發貨人提供反擔保皆明文規範；但該條例規範以貨物等值的擔保金為主，在實務操縱上可能不利於權利人。

5.中國 2003 年「知識產權海關保護條例」所規範包括：權利人申請之程序及主管依據職權主動調查之規範，包括出口及進口之侵權產品。其法規相當的完備，但其海關執行成效，有待觀察。又日本及兩岸皆為漢字文化圈，邊境管制措施之主管機關皆為海關，在實務上，是否有行政指導（日本常用）、海關執行是否中立、透明化等，有待實務上考察及相關案例方得知。

參考文獻

中文書籍

- 孔祥俊，《WTO 知識產權協定及其國內適用》，法律出版社出版，北京（2002）。
- 吳嘉生，《智慧財產權之理論與應用》，五南出版，台北（1999）。
- 吳漢東主編，《知識產權年刊》，北京大學出版社出版，北京（2005）。
- 姜偉主編，《知識產權刑事保護研究》，法律出版社出版，北京（2004）。
- 賈小寧、周豔，《知識產權海關保護》，中國海關出版社出版，北京（2005）。
- 薛波主編，元照英美法辭典，元照出版，台北（2003）。
- 鄭成思，《關貿總協定與世界貿易組織中的知識產權——關貿總協定烏拉圭回合最後文件「與貿易有關的知識產權協議」詳解》，北京出版社出版，北京（1994）。
- 鄭成思，《WTO 知識產權協議逐條詳解》，中國方正出版社出版，北京（2001）。
- 鄭成思，《知識產權論》，社會科學文獻出版社，北京（2007）。

中文期刊

- 丁蘭、王天紅，〈論 TRIPs 的知識產權實施程序〉，《山西財經大學學報》，第 22 卷第 6 期，頁 101-105，2000 年 6 月。
- 李茂，〈談兩岸智慧財產權海關保護〉，《今日海關》，第 36 期，頁 11-17，2005 年 4 月。
- 李群英，〈商標權海關保護備案的作用和申請要求〉，《工商行政管理》，2004 年第 5 期，頁 49-52，2004 年 3 月。
- 易建明，〈TRIPs 公約、NAFTA、我國「商標法」有關「仿品進口」邊境管制措施之比較研究〉，《科技法學評論》，第 2 卷第 1 期，頁 63-109，2005 年 4 月。
- 范瑞華，〈申請日本海關執行禁止輸入違反智慧財產權貨物之規定〉，《萬國法律》，第 143 期，頁 57-60，2005 年 10 月。
- 陳宗波，〈論知識產權保護的邊境措施〉，《學術論壇》，2002 年第 5 期，頁 138-141，2002 年 5 月。
- 張治國，〈WTO 中知識產權執法的邊境措施〉，《商業時代》，2002 年第 5 期，頁 56-58，2002 年 5 月。

- 張紅，〈我國知識產權邊境保護範圍探析——兼論知識產權貨物的平行進口問題〉，《政法論壇》，第 22 卷第 6 期，頁 130-134，2004 年 12 月。
- 張曉芬，〈淺析我國知識產權的邊境保護〉，《北京工商大學學報（社會科學版）》，2005 年第 1 期，頁 110-114，2005 年 2 月。
- 經濟部智慧財產局編，《商標法》，經濟部智慧財產局出版，台北（2003）。
- 經濟部國際貿易局編，《第五次 GATT 烏拉圭回合談判研討會會議資料（下）》，經濟部國際貿易局出版，台北（1994）。
- 經濟部國際貿易局編，《烏拉圭回合多邊貿易談判協定》，經濟部國際貿易局出版，台北（1996）。
- 經濟部國際貿易局編，《美國關稅法三三七條款與智慧財產權的邊境保護》，經濟部國際貿易局出版，台北（1996）。
- 蔡明誠，〈從 WTO 貿易智慧權協定觀點看國際智慧權保護標準之發展〉，《律師雜誌》，第 243 期，頁 19-30，1999 年 12 月。
- 劉孔中，〈世界貿易組織與貿易有關智慧財產協定權利落實規定之研究〉，《全國律師》，第 9 卷第 1 期，頁 37-47，2005 年 1 月。
- 謝紅霞，〈論我國的知識產權邊境保護法律制度〉，《政治與法律》，2005 年第 2 期，頁 49-54，2005 年 4 月。

中文論文

- 宋元明，《海關查緝「不法經濟活動」相關問題之研究——以查緝走私為主》，中原大學財經法律研究所碩士論文，2004 年 7 月。

中文論文集

- 易建明，〈TRIPs 協定、自由貿易協定有關「仿品進口」相關救濟措施之研究：以美國為例〉，收於《貿易救濟相關議題之實務探討與廠商觀點》，頁 33-85，財團法人亞太綜合研究院出版，台北（2004）。
- 易建明，〈TRIPs 下日本及兩岸有關侵害「智慧財產權」邊境管制措施之研究：以權利人申請保護為中心〉，《2006 年全國科技法律研討會論文集》，頁 517-549，交通大學科技法律研究所主辦，新竹（2006）。

其他中文參考文獻

中華民國全國工業總會，智慧財產權簡訊（IPPC），第 12 卷第 9 期，新著作權法有助台美洽簽自由貿易協定：http://www.cnfi.org.tw/cnfi/IPR-VOL_12-9.pdf（最後點閱時間：2007 年 2 月 10 日）。

行政院農委會農糧署（張鴻仁、張明郎、吳宜蓉、顏雯玲），我國「植物品種及種苗法」之施行與展望：<http://www.coa.gov.tw/view.php?showtype=pda&catid=9393>（最後點閱時間：2007 年 2 月 25 日）。

日文書籍

知的財産情報センター，《新・知的財産権侵害物品の水際取締制度の解説》，2004 年改訂版，日本関税協会知的財産情報センター出版，東京（2004）。

尾島明，《逐条解説 TRIPs 協定：WTO 知的財産権協定のコンメンタール》，日本機械輸出組合出版，東京（1999）。

日文期刊

三島憲二郎，〈知的財産権侵害物品に係る水際取締り〉，《JMC ジャーナル》，2005 年 6 月号，頁 52-62，2005 年 6 月。

氏家輝雄，〈APEC・TRIPs 協定国境措置の実施に関する東京コンファレンスについて〉，《CIPIC ジャーナル》，第 72 巻，頁 53-65，1998 年 1 月。

内藤敏雄，〈知的財産情報センター（CIPIC）と知的財産侵害物品の水際取締り〉，《パテント》，第 59 巻第 7 号，頁 10-16，2006 年 7 月。

波田野晴，〈不正競争防止法等の一部を改正する法律——営業秘密の保護と模造品・海賊版対策の強化〉，《時の法令》，第 1758 号，頁 34-51，2006 年 3 月。

河野泰一，〈税関における知的財産侵害物品の水際取締制度の現状〉，《パテント》，第 59 巻第 7 号，頁 3-9，2006 年 7 月。

郡山清武，〈関税定率法等の一部を改正する法律——平成 17 年度の関税改正について 知的財産権侵害物品やテロ対策等に係る水際取締りの強化及び通関手続の適正化・迅速化〉，《時の時令》，第 1744 号，頁 41-42，2005 年 8 月。

福田敏行，〈関税定率法等の一部を改正する法律——平成 18 年度の関税改正について〉，《時の時令》，第 1765 号，頁 31-43，2006 年 7 月。

福田敏行，〈関税込率法等の一部を改正する法律——平成 19 年度の関税改正について〉，《時の時令》，第 1790 号，頁 36-57，2007 年 7 月。

齋藤和久，〈知的財産権侵害物品の水際取締り制度の日中比較〉，《知財ぶりずむ》，第 3 巻第 34 号，頁 1-12，2005 年 7 月。

鶴巻嘉一，〈知的財産権侵害物品等の水際取締りに関する平成 17 年度関税込率法改正について〉，《知財ぶりずむ》，第 3 巻第 32 号，頁 1-8，2005 年 5 月。

其他日文参考文献

日本財務省，平成 18 年の知的財産侵害物品の差止状況等：<http://www.mof.go.jp/jouhou/kanzei/ka190301.htm>（最後点閱時間：2007 年 8 月 21 日）。

英文書籍

BHALA, RAJ & KENNEDY, KEVIN, *WORLD TRADE LAW: THE GATT-WTO SYSTEM, REGIONAL ARRANGEMENTS, AND U.S. LAW* (1998).

BLAKENEY, MICHAEL, *BORDER CONTROL OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* (2003).

GERVAIS, DANIEL J., *THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* (1998).

TRAINER, TIMOTHY P., *BORDER ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY* (2000).

英文期刊

Bereskin, Daniel R., *A Comparison of the Trademark Provisions of NAFTA and TRIPs*, 83 TRADEMARK REP. 1-17 (1993).

The World Bank Group, *Tightening TRIPs: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*, 20 TRADE NOTE 1-11 (2005).

附錄二：日本「關稅定率法」所規範之「邊境管制措施」

