

朱秋沅 著

知识产权边境保护制度 国际化与本土化研究

ZHISHICHANQUAN BIANJING BAOHU ZHIDU
GUOJIHUA YU BENTUHUA YANJIU



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

朱秋沅 著

知识产权边境保护制度 国际化与本土化研究

ZHISHICHANQUAN BIANJING BAOHU ZHIDU
GUOJIHUA YU BENTUHUA YANJIU

2013年度教育部人文社会科学青年基金项目「创新驱动发展中我国知识产权边境保护的新问题与法律机制重构」(13YJC820118)
2012年度上海市教委科研创新项目「长三角区域知识产权边境保护法律环境优化问题研究——以上海国际贸易中心建设为视角」(12YS194)
上海海关学院中青年教师与行业专家结对项目



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权边境保护制度国际化与本土化研究/朱秋沅著. —北京: 知识产权出版社, 2014. 8
ISBN 978-7-5130-2903-2

I. ①知… II. ①朱… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 188808 号

责任编辑: 李学军
装帧设计: 张 冀

责任出版: 刘译文



知识产权边境保护制度国际化与本土化研究

朱秋沅 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责任编辑: 15611868862

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2014 年 8 月第 1 版

字 数: 585 千字

ISBN 978-7-5130-2903-2

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: 752606025@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 24

印 次: 2014 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 研究的缘起	1
一、我国知识产权边境保护制度发展所面临的失衡现象	1
二、研究的目标	7
第二节 相关文献的研究综述	8
一、相关中文文献研究现状	8
二、相关英文文献研究现状	13
三、国内外研究的轨迹及评价	24
四、知识产权边境保护制度国际化与本土化研究的展望	27
第三节 研究的相关概念辨析	27
一、知识产权边境保护制度国际化与本土化的概念厘定	27
二、与本研究相关的近似概念辨析	35
第二章 原生型的美国知识产权边境保护制度及其国际化	42
第一节 美国本土知识产权边境保护制度的演进及其国际意义	43
一、美国本土知识产权边境保护制度发展强化的若干阶段	43
二、美国国内知识产权边境保护制度的具体演进过程	54
三、美国本土知识产权边境保护制度的强化对该制度国际化的影响	57
第二节 美国知识产权边境保护制度国际化的多维战略	64
一、美国知识产权边境保护制度国际化的路线图	64
二、美国知识产权边境保护制度国际化的单边措施	69
三、美国知识产权边境保护制度国际化的双边措施	71
四、美国知识产权边境保护制度国际化的区域性措施	77
五、美国知识产权边境保护制度国际化的全球性措施	88
第三章 欧盟知识产权边境保护制度的本土化与国际化	92
第一节 欧盟知识产权边境保护制度本土化与国际化双重演进的总体脉络	93
一、欧盟知识产权边境保护制度本土化与国际化双重演进的缘由	93
二、欧盟知识产权边境保护制度本土化与国际化演进阶段与规律	99
第二节 欧盟知识产权边境保护制度本土化与国际化交融发展的战略步骤纵览	111
一、2005年《海关对假冒与盗版最新趋势的应对措施》	111

二、2006年《全球化的欧洲：在世界中竞争》	112
三、2007年《海关蓝图》	113
四、2008年《海关同盟演进战略》	115
五、2008年《欧盟工业产权战略》	116
六、2008年《全面反假冒反盗版计划》	119
七、2009年《欧盟海关打击知识产权侵权行动计划》(2009—2012)	120
八、2011年《知识产权海关执法条例的提案》	122
九、2012年《转运货物知识产权海关执法指南》	124
十、2013年《欧盟海关打击知识产权侵权行动计划》(2013—2017)	129
第三节 欧盟本土知识产权边境保护立法内容的演进	131
一、欧共同体关于知识产权边境保护的第一次区域统一立法	131
二、欧共同体关于知识产权边境保护的第二次区域统一立法	133
三、欧共同体关于知识产权边境保护的第三次区域统一立法	136
四、欧盟关于知识产权边境保护的第四次区域统一立法	141
五、欧盟知识产权边境保护制度的司法性渊源——欧洲法院的先行裁决	147
六、欧盟知识产权边境保护制度的本土化发展特征	148
第四节 欧盟知识产权边境保护制度国际化的多维战略与措施	151
一、欧盟推行知识产权边境保护制度国际化的单边措施	152
二、欧盟推行知识产权边境保护制度国际化的双边与区域性措施	158
三、欧盟推行知识产权边境保护制度国际化的全球性措施	166
四、欧盟知识产权边境保护制度国际化的特点	168
第四章 日本知识产权边境保护制度的本土化与国际化	171
第一节 日本知识产权边境保护制度本土化与国际化的演进历程	171
一、知识产权边境保护制度的被动本土化阶段	171
二、知识产权边境保护制度的主动本土化与初步国际化阶段	173
三、知识产权边境保护制度的本土化与国际化并重发展阶段	179
第二节 日本知识产权边境保护制度本土化的具体措施	185
一、日本知识产权边境保护制度本土化的轨迹	185
二、日本符合国际规则兼具本土特色的知识产权边境保护程序	189
三、日本所特有的知识产权边境保护制度本土化设计	193
第三节 日本知识产权边境保护制度国际化的战略	196
一、日本知识产权边境保护制度国际化的特征	196
二、日本知识产权边境保护标准国际化的单边措施	198
三、日本知识产权边境保护标准国际化的双边或三方措施	199
四、日本知识产权边境保护标准国际化的多边措施	203
第五章 WCO与知识产权边境保护制度的国际化与本土化	207
第一节 WCO框架下知识产权边境保护制度国际化与本土化的总体进程	207

一、WCO 致力于知识产权边境保护制度国际化的过程	207
二、WCO 推动知识产权边境保护制度国际化与本土化的特征	218
第二节 WCO 关于知识产权边境保护制度国际化的立法性措施	222
一、世界海关组织法律文件体系概览	222
二、三部不同时期的 WCO 《知识产权边境保护国内立法示范法》	226
三、2005 年《在自由区内知识产权侵权的监管指南》—— 一部适用于特殊区域的高标准专业性国际规则	237
四、2007—2008 年《SECURE 标准》及其评价	240
第三节 WCO 关于知识产权边境保护制度国际化与本土化的实施性措施	244
一、WCO 知识产权边境执法的信息共享和行政互助	244
二、WCO 知识产权边境保护制度本土化的措施——能力建设	246
三、WCO 所推行的国际层面合作项目	248
第六章 全球视野下知识产权边境保护制度的国际化与本土化发展	250
第一节 构建知识产权边境保护制度的全球性博弈	250
一、早期寻求知识产权边境保护制度国际化的多种尝试	250
二、GATT/WTO 体系下东京回合与乌拉圭回合对知识产权边境 保护制度国际化的重要贡献	252
三、当前知识产权边境保护制度国际化的全面展开	257
第二节 当前全球性多边知识产权边境保护制度的两大标本	269
一、WTO 对于知识产权边境保护制度的贡献	269
二、《反假冒贸易协定》大幅提升了知识产权边境保护的标准	273
三、对《TPIRS 协议》与 ACTA 中有关边境保护规则的比较与评析	277
第三节 对当前知识产权边境制度国际化与本土化的法理认知	284
一、当前知识产权边境保护制度国际化与本土化的实质	284
二、当前知识产权边境保护制度国际化发展的特征	289
三、知识产权边境保护制度国际化与本土化之间的循环演进	298
四、发展中国家在知识产权边境保护制度国际化与本土化趋势下的困境及其破解	309
第七章 我国知识产权边境保护制度本土化问题研究	318
第一节 对我国知识产权边境制度本土化问题的基础性思考	318
一、我国外力回应型知识产权边境保护制度的发展路径及其评价	318
二、我国知识产权边境保护制度本土发展来路的问题分析	326
三、我国知识产权边境保护制度本土发展前路的探索	335
第二节 我国知识产权边境保护立法的发展建议	341
一、完善知识产权边境保护的 mode	341
二、设定知识产权边境保护制度体系中的反不正当竞争规则	342
三、调整知识产权边境保护制度的适用范围	345
四、平衡知识产权边境保护法律关系主体的权利与义务	349

五、从制度上提升对技术类知识产权的边境保护能力	352
六、将知识产权边境保护制度与企业分类管理制度结合运用	354
七、增强对自主知识产权的边境保护	357
参考文献	362
图表索引	375
后 记	377

第一章 绪论

第一节 研究的缘起

一、我国知识产权边境保护制度发展所面临的失衡现象

(一) 知识产权强保护国际趋势对发展中国家的不公平性

在知识产权强保护趋势下,《TRIPS 协议》施行未久,其中的边境措施已被视为“最低”国际标准^①。《反假冒贸易协定》(the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)虽因欧盟议会的否决而搁置,但其中高标准的边境保护措施通过各类区域性贸易与投资协定(如《环太平洋经济合作协定》等)中的知识产权边境保护条款得以变相回归,高标准的边境执法要求成为必不可少的条款^②。同时,世界海关组织(the World Customs Organization, WCO)屡出高标准的边境保护国际软法。此外,双边与诸边的知识产权边境保护条约(或条款)数量也迅速增长。

在知识产权边境保护(以下简称边境保护)制度国际化过程中已逐渐形成了国际圈层格局,即发达国家通过 G8 协调立场,设定共同目标,共同行动,成为边境保护国际调准不断推高的驱动内核。它们一方面运用 WCO、WTO、WIPO(世界知识产权组织)等既存机制继续推动边境保护规则的扩张化,另一方面又在现有多边体系外创设了更高的边境保护标准(如 ACTA)。与此同时,它们利用与边境保护相关的任何专业性组织,如与少量货运(small consignment)进出境相关的万国邮政联盟,与仿制药相关的国际卫生组织等,希望通过这些国际机构形成行业性、专项性的边境保护规则。此外,它们还利用公私部门共同参与的国际场合(如全球反假冒与盗版大会),谋求边境保护制度的国际话语霸权。同时,它们利用有关边境执法能力建设和技术援助项目,以援助之名,对发展中国家展开西方式的边境执法理念移植与执法技术改造。发达国家通过上述多元化、层次化、立体化的国际化战略,已在国际层面上形成了纯粹以权利人利益为本位的、复合式的边境保护国际体制。

在知识产权强保护趋势下,发达国家与发展中国家原基于《TRIPS 协议》所形成的国际弱平衡已被彻底打破。纵横交错、名义多样的边境保护国际制度束缚着包括我国在内的

^① See Monika Ermert, European Commission on ACTA: TRIPS Is Floor Not Ceiling, <http://www.ip-watch.org/2009/04/22/european-commission-on-acta-trips-is-floor-not-ceiling/>, Mar. 25. 2014.

^② 参见刘萍、冯帅:“ACTA 的‘变相’回归及中国对策研究”,载《时代法学》2013 年第 5 期,第 88、92-94 页。

发展中国家自主设计本土知识产权边境保护制度的弹性空间。在重重国际法义务与软法规则的约束下,发展中国家不得不按照发达国家知识产权权利人集团的高要求进行被动的制度移植,造成了移植标准与本土经济发展水平的脱节。

表面上,发展中国家移植高标准边境保护国际制度的过程是各国国内制度走向现代化,融入国际社会的过程。但实质上,这是发展中国家被迫将发达国家知识产权边境保护制度模本当地化的过程,是发展中国家国内知识产权边境保护制度走向全球协调、便利化、标准化、效率化,进而最终一体化的过程,是发展中国家的具体经济发展需求被漠视的过程,也是知识产权资本利益在全球得以实现的过程。其后果是进一步造成了对发展中国家的不公平性,使发展中国家在国际发展与竞争中被进一步边缘化。如果发展中国家不能引导其移植的知识产权边境保护制度走向有利于本国经济的方向,则其边境管理机关将成为为外国知识产权提供服务的机构。

(二) 我国国内边境保护发展速度与国际社会压力的不对称性

自1995年开始知识产权边境保护立法与执法起,我国的相关立法已超过了《TRIPS协议》中的国际义务,表现出高度的国际性。同时,我国的边境保护能力与执法成效在短短十数年提升明显(参见图1)。例如,由近200家在华投资的国际跨国公司组成的中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会(QBPC)2008年将海关总署评为“中国知识产权保护杰出贡献机关”,并且连续5年(2004—2008年)将中国海关评为“最有效率的执法机关”^①。全球反假冒组织(GACG)授予中国海关“全球反假冒2005年度政府机构嘉勉奖”^②。2007年5月,世界海关组织授予中国海关保护知识产权杰出贡献奖^③。2011年6月,全球反假冒组织向中国海关颁发了“全球反假冒最佳政府机构奖”,我国海关是该年度全球唯一获此奖项的政府机构^④。

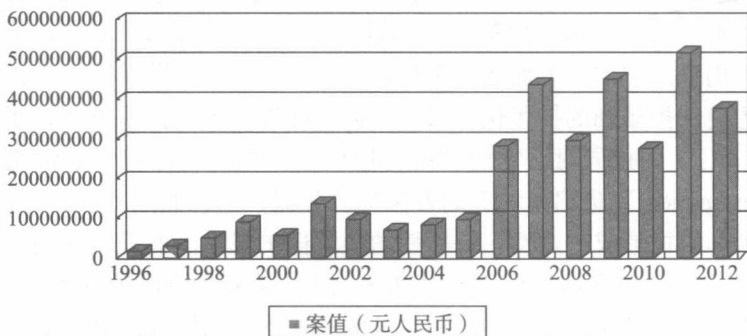


图1 1996—2012年中国海关执法案值图示^⑤

但无论是欧美日海关以及WCO所公布的知识产权边境执法年度报告(参见表1—2),

① 海关总署网站:“海关总署政法司司长孟杨谈知识产权海关保护加强执法,履行职责,迎接‘4·26’世界知识产权日”,<http://www1.customs.gov.cn/tabid/33424/Default.aspx>,访问日期:2014年3月25日。

② 中央政府门户网站:“中国海关获得全球反假冒2005年度政府机构嘉勉奖”,http://www.gov.cn/gzdt/2006-06/15/content_311201.htm,访问日期:2014年3月25日。

③ 海关总署政法司:“2007中国海关知识产权保护备忘录”,载《中国海关》2008年第5期,第17页。

④ 魏小毛:“中国海关总署获‘全球反假冒最佳政府机构奖’”,载《中国知识产权报》2011年6月22日双语版。

⑤ 根据中国海关历年公布的知识产权海关执法数据计算所得。

或是美国特别 301 报告中对于中国边境执法措施的关注，还是欧盟《在第三国知识产权执法的战略》^① 中“确定重点国家”的措施，以及美国通过 WTO 对中国所提起的“中美影响知识产权保护与执法措施案”^②，都对我国的知识产权边境保护制度及其实施产生了明显压力。对此我们不禁质疑：为什么中国边境执法能力大幅提升，且在国际社会认同中国边境执法成果的同时，仍然面临着“中国边境保护不足”的广泛压力，而这种压力何来呢？

表 1 WCO 2010—2011 年侵权货物起运地统计表^③
(按照案件数统计)

启运地	2010 年		2011 年	
	案件数	占比	案件数	占比
中国	17644	63.91%	10561	50.45%
中国香港	4383	15.88%	4954	23.67%
印度	881	3.19%	1045	4.99%
未知来源	1793	6.49%	1007	4.81%
泰国	196	0.71%	222	1.06%
来源不可获得 ^④	4	0.01%	209	1.01%
土耳其	199	0.72%	209	1.01%
阿联酋	333	1.21%	185	0.88%
新加坡	122	0.44%	181	0.86%
美国	191	0.69%	174	0.83%
希腊	97	0.35%	160	0.76%

表 2 WCO 2010—2011 年侵权货物起运地统计表^⑤
(按照查获货物件数统计)

启运地	2010 年		2011 年	
	件数	占比	件数	占比
中国	162899899	76.71%	66469814	46.43%
阿联酋	2188442	1.03%	22416175	15.66%
保加利亚	64952	0.03%	20217388	14.12%
未知来源	22744642	10.71%	11714020	8.18%

① Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries, OJ C129, 26. 5. 2005.

② DS362 China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights.

③ WCO, Customs and IPR Report 2010, 2011, http://www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/ep_intellectual_property_rights.aspx, Mar. 25. 2014.

④ “来源不可获得”(N/A, Not available)与未知来源(unknown)不同，是指由于某些原因，WCO 成员国海关未告知货物启运地或来源地的侵权货物。

⑤ WCO, Customs and IPR Report 2010, 2011, http://www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/ep_intellectual_property_rights.aspx, Mar. 25. 2014.

启运地	2010 年		2011 年	
	件数	占比	件数	占比
中国香港	6065328	2.86%	9127721	6.38%
印度	1149291	0.54%	1931905	1.35%
伊朗	48921	0.02%	1580191	1.10%
马来西亚	689384	0.32%	906327	0.63%
美国	180242	0.08%	870302	0.61%
土耳其	1321612	0.62%	857268	0.60%
匈牙利	2143		779944	0.54%

(三) 我国边境保护制度下受益主体与受限主体间利益分配的不平衡性

1. 受益的权利人少且主要来源于国外

在我国边境保护制度实施的 20 年间,从执法结果的受益主体分析:主要为国外权利人,少数为自主知识产权权利人。以我国海关保护的知识产权来源地为标准,2009 年来源于外国的知识产权约占当年受保护权利总项次的 95% (参见图 2)。2010 年与 2012 年的比例分别为 93.2% 和 93% (参见图 3 和表 21—22)。同时,从我国历年公布的知识产权海关保护十大案例中也可看出,受到保护的知识产权主要是国外的一些驰名或知名商标,也有少量国内企业的商标^①。同时,受到保护的商标主要集中于“LV”、“Close Up”、“Nike”等世界知名品牌。这一保护状况也与 WCO 的主要被假冒的品牌统计相吻合 (参见表 3)。此外,来源于国外的知识产权权利人已形成了联合组织,从而对我国的知识产权边境保护制度及其实施施加影响。例如,中国外商投资企业协会在 2000 年设立了优质品牌保护委员会 (以下简称品保委, QBPC)。目前,品保委已经积极深入地参与我国知识产权边境保护相关的立法建议、执法培训等多个领域。由此可见,目前我国知识产权边境保护主要受益主体是部分持有国际知名品牌的外国企业和少量的国内企业。

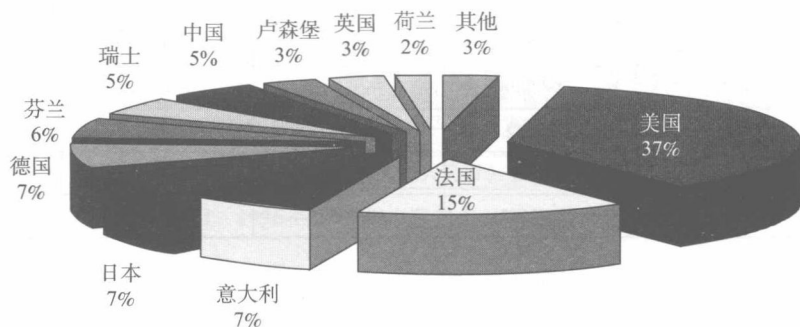
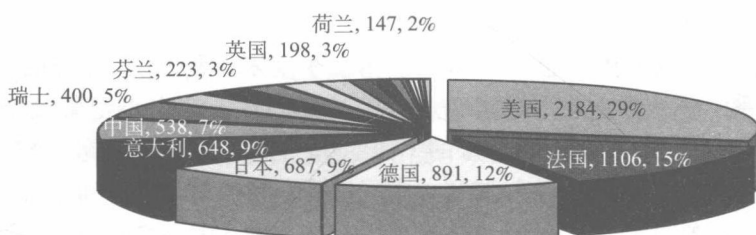


图 2 2009 年海关保护知识产权来源地图示^② (统计标准: 权利项次)

^① 2005 年海关保护十大案例中有 3 项属于自主商标权, 7 项属于来源于国外的商标权。参见“2005 年中国知识产权海关保护十大案例”, 载《中国海关》2006 年第 6 期, 第 42—45 页。

^② 海关总署政法司:“二〇〇九年中国海关知识产权保护状况”, <http://www.customs.gov.cn/publish/portal0/tab2559/module5491/info308452.htm>, 访问日期: 2014 年 3 月 25 日。

图3 2012年海关保护知识产权来源地统计表^① (统计标准: 权利项次)表3 2010—2011年全球边境执法中被假冒最多的品牌排名^②
(按照查获案件数量统计)

品牌	2010年	所占百分比	2011年	所占百分比
Apple	719	3.45%	685	3.55%
Mac	263	1.26%	540	2.80%
Viagra	430	2.07%	532	2.76%
Power Balance	375	1.80%	447	2.32%
Louis Vuitton	571	2.74%	409	2.12%
Sanrio Hello Kitty	420	2.02%	392	2.03%
Cialis	160	0.77%	321	1.66%
Chanel	356	1.71%	290	1.50%
Nike	687	3.30%	290	1.50%
Adidas	585	2.81%	266	1.38%
Calvin Klein	231	1.11%	247	1.28%
Blackberry	118	0.57%	245	1.27%
Rolex	304	1.46%	237	1.23%
Walt Disney	281	1.35%	230	1.19%
Nokia	607	2.92%	210	1.09%
Total	20815	100%	19298	100%

在执法程序便利化设计方面,受益主体也较为局限。以知识产权海关保护总担保制度为例:为了减轻权利人申请知识产权海关保护所需要提交的担保的经济负担,海关总署自2006年起实施了总担保制度。但是根据年度公布的总担保名单,其中大部分企业是国外商标权人或其代表,其余的则是具有一定经济实力的国内企业^③。在总担保企业名单中难以

① 参见海关总署政策法规司编:《2013年中国海关知识产权保护状况及备案名录》,中国海关出版社2013年版,第7-8页。

② WCO, Customs and IPR Report 2011, http://www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/ep_intellectual_property_rights.aspx, Mar. 25. 2014.

③ 参见海关总署政策法规司编:《2013年中国海关知识产权保护状况及备案名录》,中国海关出版社2013年版,第29-30页。

见到国内中小企业权利人。

我国目前企业的发展状况是：至 2013 年第三季度末，我国工商注册的中小企业总量超过 4200 万家^①，中小微企业占全国企业总数的 99.7%，其中小型微型企业占 97.3%。同时，中小企业也贡献了全国 58.5% 的 GDP、68.3% 的外贸出口额、52.2% 的税收和 80% 的城镇就业岗位，上缴利税占 50%。中国发明专利的 65%、企业技术创新的 75% 以上和新产品开发的 80% 以上，都是由中小企业完成的^②。中小企业已经成为国家经济的柱石。

因此，只有使我国的中小企业成为我国知识产权边境保护制度的主要受益主体，从而实质性地为我国企业的转型发展作出贡献，才能说知识产权边境保护法律机制适合本土经济发展与创新驱动的要求。但实际上，对于广大中小企业而言，其本身的经济状况、资金能力以及自主知识产权都存在着脆弱性。尤其是一些国内成长型的高新技术中小企业的知识产权管理意识与能力存在着明显不足，难以负担知识产权边境保护的成木，难以运用知识产权边境保护的手段保护自身本已显得脆弱的知识产权，难以享受到知识产权边境保护所带来的制度红利。

2. 受限的收发货人主体多而沉默

与享有知识产权边境保护利益的少数知识产权权利人相比，受到知识产权边境保护执法程序影响与限制的主体却显得十分广泛。任何正在通关的主体都是潜在的受限主体。这是因为，根据我国目前的知识产权海关保护中的依职权保护程序，任何口岸海关，无论是基于风险分析，还是随机查验，只要发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，都会要求进出口人进行补充申报，在补充申报不能确定货物的知识产权状况，海关仍然认为进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，将会书面通知知识产权权利人。海关会在通知送达后的 3 个工作日内等待权利人的答复（即权利人提出书面申请）。在海关发现货物存在嫌疑到海关等待权利人答复的这段时间内货物将滞留于口岸，即使权利人在收到海关通知后的 3 个工作日内不提出保护申请，进出口商的通关成本已产生，也将对进出口商产生经济负担和违约的风险，且只能由其自己承担。这是因为，海关具有查验权，且货物的查验和在通关中产生的暂时停留都是严格按照执法程序进行的，海关并无过错。而权利人根本就没有提出边境保护申请，因此海关与货物的延迟通关没有直接关系。

这种受限主体的广泛性不是一种假设，而是一种现实存在。因为在我国货运通关模式下，95% 以上的执法程序是依职权保护程序（参见表 4）。我国的 IPR 边境措施方面的查获率并未公布，但即使最先进的海关风险管理技术下的查获率也不会超过 10%^③。海关总署 2012 年确定了全国海关查率与查获率分别是 5% 和 13.5% 的目标，即使这样，许多直属海关在完成这个监管指标时也存在困难^④。假设我国在知识产权边境保护方面的查获率可高达 20%，那么实际在边境执法中查验的数量应是当年海关主动执法数据的五倍，而其中 4/5 的通关批次是受到通关延迟的影响但并无实际侵权的货物。

① 张昌：“中小企业 2013 成长备忘录”，载《投资北京》2014 年第 2 期，第 27 页。

② 王继承：“中小企业 2013 年度报告”，载《中国经济报告》2014 年第 2 期，第 61 页。

③ 陈振海：“风险管理在荷兰海关”，载《党政论坛》2008 年第 6 期，第 61 页。

④ 胡华：“改进海关监管与服务质量问题研究”，载《上海海关学院学报》2012 年第 5 期，第 54 页。

因知识产权原因而通关受限的主体可能负担以下几个方面的费用：第一，产生的保护、存储、处理、运输货物的相关费用（超期堆存费、超期箱租、出口改船费）；第二，即使查验结果正常也需缴付相关的查验费用（如开箱查验的开箱人工费、重新整理包装费）；第三，由于延迟出口而对境外买方所产生的民事违约赔偿；第四，由于查验延误造成无法及时装运出口或进口导致的间接损害，如失去商业机会与客户等。因此，边境执法潜在受限者的数量是巨大而沉默的。他们不仅丧失了贸易便利化下的利益，而且可能要对外方承担民事违约责任，而这些利益的损失，只能由他们自己买单。

表4 2011^①—2012年^②中国海关查扣侵权货物的执法模式统计表

批次单位：批；商品数量单位：件/双；价值单位：（人民币）元

年份	执法模式	批次	占比	商品数量	占比
2011	依申请	149	1%	5626258	5%
	依备案	18053	99%	97585009	95%
2012	依申请	70	0.45%	4584973	4.92%
	依备案	15646	99.55%	88532362	95.08%

二、研究的目标

（一）认清当前知识产权边境保护国际体制对发展中国家的束缚与压力

在知识资本集团与发达国家的竭力推动下，强化的、扩张性的知识产权边境保护立法与执法已成为国际趋势。知识产权边境保护措施已成为知识产权资本集团维护其国际垄断利益以及发达国家维护其国际竞争优势的主要工具之一。各发达国家纷纷颁行高标准的域内知识产权边境保护制度，并不断地通过各类国际机制将自身国内立法转化为国际规则。在国际话语权方面处于劣势的发展中国家应如何改变这种利益失衡的国际环境，从而可以公平地利用边境保护制度服务于本国经济发展，成为一个亟需破解的难题。

我国的知识产权边境保护制度是在20世纪80—90年代特定的历史背景下，作为一株“外来植物”空降而来的。但这“外来植物”在我国根基未稳之时，已一直承受着国内的关注与国际的压力。从国内视角看，自1995年开始知识产权边境保护立法与执法起，我国的相关立法早已超过了《TRIPS协议》中的国际义务。我国知识产权边境保护制度实施的20年间，执法成效显著，执法数值统计不断攀升（见图1）。从国际视角看，国际社会对我国知识产权边境执法可谓是毁誉并存。在这种国内执法力度愈增，国际压力越大的环境中生长与发展的我国知识产权边境保护制度存在着明显失衡。

从失衡的表象中可知，时至今日，知识产权边境制度与我国社会的磨合仍未完成。在知识产权强保护的舆论引导下，权利人仿佛处于道德与正义的高地。在知识产权权利人力促我国强效重典地进行边境执法的同时，进出口商的通关便利化权益仿佛退于一隅。我国的知识产权边境保护制度还不能使作为我国经济主体的本土中小企业的知识产权人从该制度中明显受益。同时，我国知识产权边境保护所涉及的执法者、国内外权利人与进出口商及其利益代

① 海关总署政策法规司编：《2012年中国海关知识产权保护状况及备案名录》，中国海关出版社2012年版，第5页。

② 海关总署政策法规司编：《2013年中国海关知识产权保护状况及备案名录》，中国海关出版社2013年版，第6页。

表以及相关学者,在“保护过度论”、“保护不足论”与“保护适当论”中徘徊,各有理论与数据支撑^①。如何在边境环节厘定权利人与进出口商的利益界分尚处于争论中。

(二) 在现有国际环境中重构我国自主知识产权边境保护制度

国内外经济与社会的迅速发展不会等待我国的知识产权边境保护制度慢慢地调整与自我发展。当前,我国正处于经济转型发展的关键时期,不同利益主体对知识产权边境保护的需求是复杂的,对执法效果的反应是敏感的。任何知识产权边境保护法制发展的方向性失误都会异化知识产权边境保护制度的性质,也可能会阻碍我国向知识经济与服务经济的及时转型,且会使我国处于艰难的国际环境中。因此,有必要将知识产权边境保护制度置于更宽泛的空间和更长的时间范畴内予以全面地审视,在全面考察知识产权边境保护制度国际化发展及其根源的前提下,尽快辨明我国知识产权边境保护制度未来发展的本土化路径,准确把握我国知识产权边境保护的现实需要与执法尺度。本书正是以发展中国家应如何改变这种利益失衡的国际环境,从而可以公平利用边境保护制度服务于本国经济发展作为主题,将知识产权边境保护制度置于国际化与本土化两个层面进行考量,以更宽更大的视野和更全面的视角进行审视:

第一,宏观地着眼于知识产权边境保护制度的源流演变,以归纳法发现该制度的利弊得失或发展格局,从而在客观判断我国所处情势的基础上,将已有的规律在我国相应制度中进行创新性的演绎。“法律是历史方面找出来的,是渐渐生长的,并不是几个人任意创设的”,萨维尼如是说。^② 虽然说,从全球范围来看,知识产权边境保护制度都是一个年轻的制度。但即使年轻,也有历史。本书希望从较早制定知识产权边境保护制度的国际法主体,如WCO、欧盟、美国等,从其相应立法、政策、思路几番变化中,探寻其内在实质、共性规律与特性设计,从而为我国的相应制度发展提供参考。

第二,从权利人、执法机关、边境执法相对人等多种视角予以考虑,最终回归到我国知识产权边境保护制度的本土化设计。本书将充分认识边境保护的根本目标与发展趋势,估量边境执法的社会实际需求与承受能力,衡量边境保护的立法与执法发展的国际与国内空间,突破发达国家对发展中国家所设置的压力与束缚,辨明我国知识产权边境执法制度的前行之路,重构我国自主的边境保护制度,设计出适合当前我国经济发展的边境保护机制,使其具有系统性、协同性、均衡性、便利(贸易)性、威慑性等特点,从而对我国创新发展与知识产权战略的实施起到有效支撑与保障的作用。

第二节 相关文献的研究综述

一、相关中文文献研究现状

虽然知识产权边境保护制度在我国相关学科体系中所处的地位并不显要,但我国不少的著述(包括书籍、刊物中的文献及硕博学位论文等)从便利权利人行使权利、强化边

^① 参见朱秋沅:“知识产权海关保护制度研究二十年发展综述”,载《上海海关学院学报》2011年第2期,第75页。

^② 么志龙:“通向文化之路——从历史法学派到法律人类学”,载《比较法研究》1991年第2期,第30页。

境机关执法的角度, 阐述或探讨着知识产权边境保护国际制度的前沿和国内制度的完善与国际化。当国际上发生有关知识产权边境保护的热点问题时 [如 ACTA 最终文本公布时, 中美知识产权执法措施案前后, 欧盟海关对印巴仿制药执法案前后, 以及中国自由贸易区 (Free Trade Zone) 建设初兴之时等], 对知识产权边境保护制度的研究就显得更为纷扬而流行。目前与知识产权边境保护制度国际化与本土化相关的中文文献主要分以下几类:

(一) 对主要关境区知识产权边境保护制度的评介与比较

国内相关研究早期起于对美欧相应制度与战略及其实施计划的评介、比较、借鉴。^① 如黄建华等的“欧美知识产权海关保护制度的特点及对我们的启示”一文对欧美的知识产权边境保护制度进行比较后提出, 我国知识产权边境保护制度应当扩大保护范围, 扩大海关主动执法的权力以及降低权利人的负担。近期研究则扩展到对韩^②、日^③等国的相应制度的译介与评析。如何力的“日本知识产权海关保护中的侵权认定制度”一文对日本的知识产权边境保护制度评价为: “由于日本海关对于知识产权侵权实行实质性认定, 所以还需征求专门委员、政府其他省厅的意见, 构成了日本知识产权侵权认定制度的鲜明的特色。”

(二) 对国际知识产权边境保护制度的评介与比较

我国早期较为关注《TRIPS 协议》边境保护条款^④与国内法的比较研究。而近期则集中于对过境货物执法以及 ACTA 相关条款的 (比较) 研究^⑤, 此外还包括对 WTO 相关案例的研究。相关研究主要有: 第一, 在国际知识产权边境保护制度全局性研究方面, 余敏友等在综合分析了世界贸易组织、世界海关组织、万国邮政联盟等多边场所的“知识产权边境保护现状、趋势与对策”后, 提出面对“发达国家强推超 TRIPS 知识产权边境保护的态势, 发展中国家只有联合抵制, 把握平衡, 推行符合自身利益的软法规则, 同时加强能

① 钟建华: “美国有关知识产权边境保护的法律规定”, 载《国际经济合作》1994年第4期, 第53-54页; 周培荣: “化繁为简知己彼——中欧海关知识产权保护比较”, 载《中国海关》2002年第3期, 第17页; 朱秋沅: “美国知识产权海关保护制度考察”, 载《上海海关高等专科学校学报》2002年第4期, 第46-51页; 聂毅、黄建华: “欧美知识产权海关保护制度的特点及对我们的启示”, 载《知识产权》2005年第1期, 第63-64页; 聂毅、黄建华: “美国、欧盟知识产权海关保护制度简介”, 载《电子知识产权》2005年第4期, 第36-38页; 谢凤燕: “美国知识产权海关保护的执法现状及对我国的影响”, 载《对外经贸实务》2012年第1期, 第24-27页。

② 参见马忠法、李昌范、李何伟: “韩国海关知识产权保护制度及其启示”, 载《海关法评论》(第3卷), 第271-294页; 李何伟: “韩国《为保护知识产权进出口海关事务处理的告示》”, 载《海关法评论》(第3卷), 第412-431页。

③ 参见何力: “日本知识产权海关保护中的侵权认定制度”, 载《上海海关学院学报》2010年第2期, 第85-89页; 何力: 《日本海关法原理与制度》, 法律出版社2010年版, 第206-230页。

④ 参见胡祖刚: “我国《知识产权海关保护条例》与 TRIPS 之比较研究”(上)(下), 载《世界贸易组织动态与研究》1996年第4-5期; 陈丽: “中国海关知识产权边境保护与 WTO 知识产权协议的比较及发展方向”, 载《南方经济》2002年第12期, 第53-56页; 张红: “我国知识产权海关保护制度与 TRIPS 协议”, 载《中国发明与专利》2004年第9期, 第57-60页。

⑤ 余敏友、廖丽: “简评 TRIPS-Plus 知识产权执法及其合法性”, 载《法学杂志》2011年第12期, 第29-33页; 薛坤: “后 TRIPs 知识产权边境保护制度的公共政策分析——《反假冒贸易协议》(ACTA) 与 TRIPs 协议比较研究”, 载《网络法律评论》2011年第2期, 第237-247页; 朱玛: “超 TRIPs 规则: ACTA 背景下我国知识产权的边境措施与应对”, 载《对外经贸实务》2012年第10期, 第46-49页; 孙益武: “论 ACTA 与知识产权边境执法规则”, 见《海关法评论》(第3卷), 法律出版社2013年版, 第221-245页; 张惠彬: “论商标权边境保护制度——兼评 ACTA 之相关规定”, 载《国际经贸探索》2013年第11期, 第90-100页。

力建设”^①。第二，2007年发生的中国在WTO知识产权第一案“中国影响知识产权保护与实施措施案”^②的争议之一是海关对没收的侵犯知识产权货物的处理。争议中的措施包括《知识产权海关保护条例》、《关于〈知识产权海关保护条例〉的实施办法》。它们与中国在《TRIPS协议》第46条和第59条规定下应承担的义务不一致。2007年—2009年1月26日（WTO专家组报告公布）前后的几年间，国际法领域、知识产权法领域的诸多作品都论述评析此案，此类论著一般都会论及海关执法后的侵权货物处理问题及其与国际法的吻合程度^③。第三，2008—2009年荷兰海关对19批仿制药进行了知识产权海关执法^④，因此引发了印度、巴西等国向WTO争端解决机制提起了针对欧委会和荷兰的请求启动磋商程序^⑤。我国部分文献对欧盟海关对过境货物执法的依据和理论进行阐述^⑥，部分文献以GATT1994第5条“Freedom of Transit”为依据，或以“《TRIPS协议》有关海关措施的要求”为依据，论证（欧盟）海关对转运货物执法的正当性或合法性^⑦。第四，在2011年ACTA最终文本面世前后，对ACTA中边境保护条款的研究是国际知识产权边境保护制度研究的热点之一。对此，有的文献认为ACTA中的边境措施超出了《TRIPS协议》的标准，将使我国在未来的知识产权谈判中面临更大的压力，也可能给我国企业带来消极影响。我国应在世界贸易组织多边体制中主张《反假冒贸易协定》违背《与贸易有关的知识产权协定》规则^⑧，并密切关注和研究知识产权边境保护政策的新标准，充分利用其中的灵活性条款，探寻与国际标准相协调而又适应自身经济发展状况的执法模式^⑨；有的文献通过对ACTA和《TRIPS协议》的比较，分析发达国家积极推进超TRIPS知识产权保护

① 余敏友、廖丽、褚童：“知识产权边境保护——现状、趋势与对策”，载《法学评论》2010年第1期，第20—28页。

② WT/DS362/R 26 January 2009.

③ 参见张乃根：“试析美国针对我国的TRIPS争端解决方案”，载《世界贸易组织动态与研究》2007年第7期，第14—21页；杨帆：“对中美知识产权海关处置措施的对比分析”，载《政法论坛》2008年第6期，第170—175页；胡建国：“《TRIPS协定》执行条款的解释和适用——以‘中美知识产权保护与执行案’为例”，载《法商研究》2009年第4期，第77—84页；余敏友、廖丽：“评美国向WTO诉中国‘影响知识产权保护和实施的措施案’”，载《国际贸易》2009年第9期，第59—66页；朱秋沅：“中美影响知识产权保护与执法措施案述评——兼谈WTO有关知识产权边境措施第一案对我国的启示”，见《海关法评论》（第2卷），法律出版社2011年版，第315—338页；赵丽：“《TRIPS协定》执法条款——由中美知识产权执法案谈起”，载《对外经贸实务》2012年第3期，第43—46页。

④ WT/DS408/1, European Union and Member State - Seizure of Generic Drugs in Transit, Request for Consultations by India.

⑤ See WTO DS408, DS409.

⑥ 张怀印、孔瑶、孙大龙：“欧盟过境货物知识产权保护最新态势——兼评欧洲法院‘NOKIA’案和‘PHILIPS’案”，载《知识产权》2012年第4期，第92—96页。

⑦ 参见吴雪燕：“从欧盟国家扣留过境仿制药品看过境货物的知识产权保护”，载《学术论坛》2010年第6期，第84—88页；孙益武：“论过境贸易的知识产权海关保护制度与实践”，见《海关法评论》（第2卷），法律出版社2011年版，第274—292页；张乃根：“略论过境贸易中的知识产权海关保护”，见《海关法评论》（第2卷），法律出版社2011年版，第259—273页；冯洁茵、李蔚然：“印度仿制药品过境运输争端案评析——以理事会1383/2003条例与TRIPS协议为视角”，载《法学杂志》2011年第12期，第39—42页；宋红松、于溯源：“过境货物的知识产权边境执法措施研究”，载《知识产权》2012年第9期，第95—102页；薛洁：“过境贸易的知识产权保护问题研究——从ACTA看转运环节的边境保护措施”，载《求索》2012年第11期，第187—189页；杨鸿、高田甜：“过境货物的知识产权边境措施：TRIPS协定下的合规性问题”，载《亚太经济》2013年第4期，第43—50页；孙益武：“自由贸易区过境货物的商标侵权”，载《中华商标》2014年第3期，第59—63页。

⑧ 参见杨鸿：“《反假冒贸易协定》的知识产权执法规则研究”，载《法商研究》2011年第6期，第108—116页。

⑨ 参见薛洁：“走近《反假冒贸易协议》（ACTA）知识产权边境执法部分初探”，载《电子知识产权》2012年第2期，第61—67页。