

台商在大陸處理仿冒難題之分析

前言

在政府逐漸開放台商赴大陸後，隨著台商的商品在大陸漸受歡迎及流通的同時，相關的智慧財產之糾紛亦隨之擴大。由於，智慧財產權之取得具有屬地性，而每一地區或國家對於仿冒或盜版因其社會背景而有其發生的原因，台商為保護自身的權利，也積極查處仿冒產品。然而；大陸仿冒之氾濫也使得台商却步，中國大陸相關部門雖然強調嚴厲打擊假冒，結果是成效不彰，在北京秀水街、上海襄陽市場、深圳羅浮，甚至到處可見仿冒品，因此，對於大陸仿冒之產生原因，除必須從法制面加以觀察外，更必須從其社會基本面加以分析，尤其台商所遭遇處理仿冒的難題也有異於其他外商。在大陸處理仿冒也是近年來台商比較常發生的問題；因此，就一些難題及現象加以介紹，希望知己知彼，期望對大陸台商有所助益。

一、 地方保護主義的盛行

多數的台商在大陸為捍衛自身的智慧財產，不惜相繼投入取締仿冒的工作，或提起司法或行政查處手段，但在執行一段時間後，經常感慨大陸司法或行政單位的偏袒，而心灰意冷；面對此現象均以「地方保護」稱之。而多數人的也附和稱之，但是，如

果進一步追問「地方保護」怎麼產生，相信大多數的台商很難回答此一問題。大陸〈法官法〉第五章規定法官任免相關條文¹，法官法第十一條：「法官職務的任免，依照憲法和法律規定的任免權限和程序辦理。最高人民法院院長由全國人民代表大會選舉和罷免，副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長和審判員由最高人民法院院長提請全國人民代表大會常務委員會任免。地方各級人民法院院長由地方各級人民代表大會選舉和罷免，副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長和審判員由本院院長提請本級人民代表大會常務委員會任免。在省、自治區內按地區設立的和在直轄市內設立的中級人民法院院長，由省、自治區、直轄市人民代表大會常務委員會根據主任會議的提名決定任免，副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長和審判員由高級人民法院院長提請省、自治區、直轄市的人民代表大會常務委員會任免。在民族自治地方設立的地方各級人民法院院長，由民族自治地方各級人民代表大會選舉或罷免，副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長和審判員由本院院長提請本級人民代表大會常務委員會任免。人民法院的助理審判員由本院院長任免。軍事法院等專門人民法院院長、副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長和審判員的任免辦法，

¹ 註：〈法官法〉1995年2月28日第八屆全國人大常務委員會第十二次會議通過，2001年6月3日修正。

由全國人民代表大會常務委員會另行規定。」

由此可知，各級人民法院院長係由各級人民代表大會選舉產生，基本上為政治任命而非職務任命，而副院長及所有庭長、副庭長和審判員由院長提請本級人大常務委員會任命，助理審判員之任免權也操之於法院院長；換言之，大陸法官之任免途徑及程序與台灣大不相同，在此情形，隨著任免關係其地方保護勢力必然發生。大陸有句順口溜「你有你的獨立審判權，我有我的人事調動權」乃是最佳的寫照。

二、 刑事政策的適宜性、有得商權

在台灣如果發生有商標、專利或著作權遭受侵害時，許多權利人，除積極保護其權利外，大多會以刑事手段為後盾，也就是俗稱的「以刑逼民」。大陸就智慧財產之保護在商標法、專利法、著作權法均有相關的規定，但是基本上對上述侵權行為只認為是一種民事權利的侵害，侵害人只負擔民事侵權的責任，負擔民事的賠償，在特定的行為態樣上才有刑事追究的問題。例如「未經商標註冊人的許可，在同一種商品或類似商品上使用與其註冊商標相同或者近似的商標的」為屬於侵犯註冊商標專用權只負擔民事責任²。如果要進一步追究其刑事責任的必須是「在同一種商品

² 註：大陸商標法第五十二條
有下列行為之一的，均屬侵犯註冊商標專用權：

上使用與其註冊商標相同的商標」，換言之，仿冒之商標必須與他人註冊之商標完全一致，才有刑事追究的可能，所以，導致大量的近似商標侵權行爲，至於，商標完全一樣的侵權行爲也不一定構成刑事立案。大陸於一九九七年三月十四日頒布新修正的〈刑法〉，在第二篇第三章第七節以八個條文對智慧財產權的各種犯罪行爲訂出七個罪名，但必須在情節嚴重或特別嚴重者，始成立訴追的條件，在大陸刑事立法以「定性又定量」的政策考量，導致立案追訴刑事的困難性。例如；二〇〇一年大陸全體版權行政機關受理行政查處案爲 4416 件，但認爲構成犯罪而主動移送司法機關僅 66 件，二〇〇一年大陸各級工商行政管理機關查處假冒商標侵權案爲 22813 件，但認爲構成犯罪而追究刑事責任者僅 88 人³。大陸的刑事立法政策與台灣的「定性不定量」刑事政策，確實存有極大差異；權利人如果要以刑事遏止仿冒之氾濫，猶如緣木求魚。

三、大陸幅員遼闊，權利人力有未逮

大陸 2001 年有關版權查處受理量前五名地區爲廣西、湖南、

-
- ①未經商標註冊人的許可，在同一種商品或者類似商品上使用與其註冊商標相同或者近似的商標的；
 - ②銷售侵犯註冊商標專用權的商品的；
 - ③偽造、擅自製造他人註冊商標標識或者銷售偽造、擅自製造的註冊商標標識的；
 - ④未經商標註冊人同意，更換其註冊商標並將該更換商標的商品又投入市場的；
 - ⑤給他人的註冊商標專用權造成其他損害的。

³ 註：2002.1 商標通訊

江蘇、遼寧、四川，而在收交盜版數量最多的五個地區是廣東、河南、北京、福建、山東。所涉及的共有十個省份，2001 年在查處涉外商標侵權假冒案件中，前六位的地區依次為廣東（1066 件）、浙江（514 件）、福建（469 件）、江蘇（198 件）、上海（124 件）、北京（46 件）。由上述資料統計可知，當一件商標或專利達到某一知名程度時，在大陸各地都可能發生仿冒侵權行為。而大陸幅員遼闊，即使是跨國大公司在查處仿冒上也顯得吃力，遑論中小企業的台商，尤其；大陸的仿冒窩點是到處流竄，換言之，大陸仿冒者打著「以空間換取時間」的手段⁴。

四、 法律服務費用高居不下

據統計，截至 2002 年上半年，大陸共有一萬餘家法律事務所，其中有 6300 多家合伙所，有 1500 多家合作所，有 2000 多家國資所。取得律師資格者截至 2001 年 6 月底雖達 114892 人，但其中專職律師僅達 70147 人，其律師占全國總人口的萬分之 0.8、比美國的萬分之 30、英國萬分之 15、紐西蘭萬分之 15、香港萬分之 8.5、台灣萬分之 2、澳門萬分之 1.5，還要低。尤其；具有高學歷及熟練辦理涉外法律業務的律師人才更屬鳳毛麟角，因此

⁴ 註：粵港信息日報 2002 年 8 月 5 日：「法國著名品牌夢特嬌於 2002 年 5 月 23 日在中國大陸 24 個城市同時展開統一的打假行動中，工商局或夢特嬌的代表發現侵權行為的一種共同現象，就是先到香港或台灣註冊成立為“夢特嬌”名稱相同或相近的公司，然後以這些公司的名義授權各地生產企業和商家進行定牌加工假冒名牌的服裝。」

在法律服務收取的費用不遜於國際大型法律事務所的費用。對於台商在聘請律師從事仿冒查處時，大陸經常將台商視為外商，狠狠的敲一筆。尤其在辦案過程中又臨時提出一些莫名的費用，對台商而言，在金錢或精神是一項相當大的負擔，也導致台商在經濟壓力下，面對仿冒取締也顯得裹足不前。

五、 損害賠償過低、「得不償失」

權利人面對仿冒品，決定其是否進行法律行動，除了有宣示作用以遏止仿冒盛行外，大多數冀望由查處行動獲得高額度的損害賠償，以填補其進行查處時的費用支出。如果，所獲得的損害賠償大於支出時，一般權利人會積極進行仿冒之取締，反之，損害賠償遠低於支出時，權利人則睜一眼閉一眼，隨他而去。中國大陸在商標法、專利法、版權法雖然都有明文規定賠償數額的計算方法，但在侵權人因侵權期間所得的利益，或者被侵權人在被侵權期間因被侵權所受的損失，難於舉證的情形下，其賠償數額往往不高⁵。以 2001 年為例，大陸各級工商管理機關查處商標侵權假冒案件，侵權人被處行政罰款約一億三千萬元，這些行

⁵ 註：著作權法第四十八條規定：「侵犯著作權或者與著作權有關的權利的，侵權人應當按照權利人的實際損失給予賠償；實際損失難以計算的，可以按照侵權人的違法所得給予賠償。賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支。權利人的實際損失或者侵權人的違法所得不能確定的，由人民法院根據侵權行為的情節，判決給予五十萬元以下的賠償。」即侵權人應當按照權利人的「實際損失」給予賠償，「實際損失」難以計算的，再按照侵權人的「違法所得」給予賠償。換言之「實際損失」與「違法所得」是有先後次序，而非任意選擇。如果無「實際損失」或「違法所得」小，而「違法所得」比較大時，也沒有選擇的權利。

政罰款都是要上交給政府，但是責令賠償權利人的經濟損失僅三百二十萬元。在損害賠償低、法律事務支出費用高的情形下，權利人望著仿冒品之盛行，而徒呼無奈。

六、 中央政策與地方政策的差異

1949 年以後的中國大陸，由於特定歷史條件與意識型態的制約，尤其在長期實行高度集中的計劃經濟體制排斥財產私有權下，先後頒有〈商標註冊暫行條例〉、〈商標管理條例〉、〈保障發明權與專利暫行條例〉、〈有關生產的發明、技術改進及合理化建議的獎勵條例〉、〈發明獎勵條例〉、〈技術改進條例〉、〈關於改進和發展出版工作的決議〉、〈關於糾正任意翻印圖書現象的規定〉、〈關於文學和社會科學書籍的暫行規定草案〉等智慧財產權相關法制。

大陸雖至 1966 年已初步建立了智慧財產權法律制度，但是；由於其長期鎖國政策，嚴格的計劃經濟制度及 1966 年後的十年文化大革命，大陸的法制建設及智慧財產權法制均被破壞殆盡。1978 年 12 月中國大陸第十一屆三中全會以後，開始實行「對內搞活經濟、對外開放」的政策，爲了符合吸引外人投資的政策，1979 年的〈中外合資經營企業法〉首次提出了大陸對於工業財產權保護的問題。接著先後於 1982 年頒布〈商標法〉、1984 年〈專利

法〉、1984 年〈科學技術進步獎勵條例〉、1984 年〈圖書、期刊版權保護試行條例〉、1986 年〈錄音錄像出版物版權保護暫行條例〉、1990 年〈著作權法〉、1991 年〈計算機軟件保護條例〉、1995 年〈關於進一步加強知識產權保護工作的決定〉、1995 年〈知識產權海關保護條例〉。

自 19 世紀以來，以英法兩國爲主的西方工業國家傾向於自由貿易政策，隨著國際貿易蓬勃發展的背景下，智慧財產權保護的協調越來越引起各個國家的重視。因此；通過全球性（或區域性）的多邊協商或者是通過兩國政府的雙邊協商，以期對某些智慧財產權的實體性保護，得到國際共同認知的標準，或是取得某些智慧財產權程序性統一的規範制度。1883 年〈保護工業財產權巴黎公約〉的簽訂，開啓了國際多邊協調保護智慧財產權之先河；及國際間共同認可的標準。而這些標準或最低要求，是智慧財產權國際公約或締結的成員國必須履行的而且是義務性的。因此；這些標準或最低要求經常是用來丈量一個國家的智慧財產權法制，是否已達國際化或文明化，捨此，別無它法。

大陸於 1980 年加入 WIPO，1985 年 3 月 19 日正式成爲巴黎公約的會員國，並相繼成爲〈伯爾尼公約〉〈世界版權公約〉的成員國；及多項多邊或雙邊的締結國。中國大陸有義務履行各公

約所訂的標準，也是檢視其國際化的唯一方法。因此；就大陸現有智慧財產權法制各項領域與國際新經濟秩序加以比較，更能窺知大陸在智慧財產權保護國際化的努力。尤其為加入世界貿易組織遵循 TRIPS 相關之規定，自 2000 年相繼修改了〈商標法〉、〈專利法〉〈著作權法〉。

大陸為加入 WTO 而進行的一連串智慧財產權法制的修改，也顯示中央政府保護智慧財產權的決心；但是，上述政策及宣示到了地方而大打折扣。大陸經濟發展雖然快速，但是在經濟改革中，有些企業仍經營困難，大量員工下崗對當地政府形成很大的壓力。為解決勞工生產、勞工就業的問題，對某些企業採取放任的態度，以解決勞工下崗所帶來的政治問題。尤其一些地方為了經濟利益，明知生產製造假冒商品，認為是「假冒得利」、「假冒出效益」，對假冒行為視而不見，或採取「打而不死」的政策，大陸戲稱此現象為「打假比打仗還難」。

七、 仿冒品工藝精良、物美價廉

商品質良的優劣關係到仿冒品是否能存在於市場，一項仿冒商品如果其質量達到一定的水準，而其價格又遠低於真正商品時，該商品自然能流通於市場經濟。眾所周知，早期大陸所生產的仿冒品，無論其標籤或材質，均無法與真品相比，一般人非常

容易的辨識其為假冒品。但隨著大陸經濟的起飛、外商大量的投入、技術的移轉，以致大陸成為「世界的工廠」。換言之，國際知名品牌亦大量在大陸委託生產，此一現象使得大陸技術者或生產廠家得以窺知相關生產「Know-How」，所以，仿冒者要生產維妙維肖的商品已不是難事，加上大陸百姓崇尚外國品牌的心態，因此，很難抗拒工藝精良物美價廉的仿冒品，此一風氣也直接鼓勵仿冒品在市場的地位。這也是北京秀水街屢杜不絕，一到假日人山人海的原因，更諷刺的是外國遊客居多。

八、 商標近似審查基準過於寬鬆

判斷商標是否近似，應以通體觀察、隔離觀察、主要部分觀察，並就商標之外貌、顏色、構圖、排列、文字、圖形、記號、讀音、名稱、觀念等，有無發生誤認或混同之虞為判斷之標準。因此認定兩商標是否近似之基礎，以具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通之注意，仍發生誤認混淆之虞者，即構成近似。故將兩商標並置一處，細為比對，雖有差別，而異時異地、分別觀察，足認具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有誤認之虞者，仍不得謂非近似。商標近似與否之問題為整部商標法重點之所在，除涉及商標專用權之範圍也涉及排他權之範圍。商標近似基準如果採用較嚴格判

斷標準，雖可充分保護在先註冊之商標，但相對的也使得在後申請的商標不易註冊。如果採用較寬鬆的判斷標準，則對於後申請的商標比較容易獲准註冊，但是相對的該商標也可能在投入市場後與註冊在先的知名商標混淆。每一個國家就此也從自身的社會背景加以判斷歸納並無一定的絕對標準。就大陸目前實務的審查基準加以觀察，很明顯的其近似之判斷採用較寬鬆的態度，也容易造成搭便車的不正當競爭行爲。

九、 侵害智慧財產權被認爲違害社會主義市場經濟不大

大陸〈刑事訴訟法〉就犯罪行爲之追訴程序有明文的規定，該法第三條規定：「對刑事案件的偵查、拘留、執行逮捕、預審，由公安機關審理。檢查、批准逮捕、檢察機關直接受理的案件的偵查，提起公訴，由人民檢察院負責。審判由人民法院負責。除法律特別規定的以外，其他任何機關、團體和個人都無權行使這些權利。」由此可知，大陸的公安乃負責第一線的犯罪偵查機關。智慧財產權利人認爲其權利已遭侵害，且有犯罪者，得以報案、控告、舉報向地方公安機關提出。但是，此一程序中最令台商詬病的在於所謂「立案」程序。大陸〈刑事訴訟法〉第八十六條規定：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於報案、控告、舉報和自首的材料，應當按照管轄範圍，迅速進行審查，

認為有犯罪事實需要追究刑事責任的時候，應當立案，認為沒有犯罪事實，或者犯罪事實顯著輕微，不需要追究刑事責任的時候，不予立案，並且將不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申請復議。」

在大陸上公安執行機關在認知上，認為假冒商品對於他人之生命或財產的危害性不大，對消費者也沒有任何害處，尤其，消費者已明知其為假冒品又故意買之，乃兩廂情願，因此；在立案偵查上有明顯被動，除非假冒商品嚴重危害人身安全。例如：假酒、假藥，否則在立案程序上非常困難。台商在外地追究仿冒刑事時，事先花費不貲，事後在立案上又橫遭阻撓，當然意願不高。

十、 台商沒有適當組織可以奧援

台商在大陸各地雖有台商協會各種組織，以協助台商，但是這種組織或協會侷限於地方性、聯誼性，對於仿冒這種跨區性、專業性有時也幫不上忙。中國外商在大陸也有相同的問題，如何突破此一艱困確實不易。據了解，在大陸的外商為積極保護商標，突破區域性，成立「中國外商投資企業協會優質品牌保護委員會」

（簡稱QBPC），以團體力量進行交涉、聯誼。例如，QBPC於2001年分別在廣東和深圳舉辦海關保護執法交流活動，2002年與海關總署合作打擊假冒產品進出口簽訂備忘錄，2002年頒發“打擊獲

優突出貢獻獎”給義烏市工商局、公安部治安局、國家質檢總局執法監督司等 13 個政府執法單位⁶。反觀台商並無類似的專業、跨區的組織，如何將台商予以組織，或以團體名義對外交涉，值得台商及政府深思的問題。

結語

針對上述難題，台商可以採用下列方法以維護自身利益：

- （一）對於地級以上之中大型城市的各級人民代表大會，相關人士背景應有所著墨。
- （二）以多次行政查處的手段，讓公安機關或行政執法機關認為情節嚴重，已符合犯罪而予以追究刑事責任。
- （三）利用抽獎或其他獎勵方法，鼓勵大陸人民主動提供查緝仿冒的線索。
- （四）台商可聘用具有律師資格者在企業內從事法律工作，可以針對企業本身的需求，對外又可以執行追查仿冒工作，可以節省大量經費。
- （五）聘請具有商標法律專業工作者為企業顧問，可提供最妥適的法律意見及人脈關係。

⁶ 註：<http://www.custom.gov.cn> 2001.10.21,中證網 2002.01.26,中國工商報 2002.03.21

(六) 鼓勵台幹前往各地大學攻讀法律課程或攻讀研究所，可以學以致用也可以加深人際的廣度。

(七) 委託大陸企業加工時，必須加強掌握原料與成品的比例，對於殘缺不良品的出處必須嚴格管制。

(八) 很多仿冒品流入市面，最大的問題點是行銷通路為他人所掌握，容易讓有心人士在行銷的過程中滲入假貨，讓真假貨混在一起，所以台商如何建立自己的通路，也是重要的課題。

(九) 各地台商協會或台商本身應加強交流，如果能組織類似保護商標的協會，對於處理仿冒是有絕對的成效。

綜觀中國大陸雖然強調具有中國特色的社會主義市場經濟，形式上有國際化但內涵又朝向民族主義保護及民族工業保護，加上法律基礎教育的不足、執法者欠缺法律意識，法律反而是阻撓進步最好的藉口。智慧財產的保護是衡量社會文明的程度，台商在中國大陸取締仿冒的同時，是否也要捫心自問，我們是站在權利捍衛者的角色？還是犯罪行爲中的一環？當然的；當台商表現出對智慧財產權的尊重時，相信大陸也會投以相同的回報。