



天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第二卷

主编 梁津明

中国检察出版社



天津师范大学法学院主办

天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第二卷

主编 梁津明

本卷执行主编 孙立文

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

天津滨海法学. 第2卷/梁津明主编. —北京: 中国检察出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5102-0594-1

I. ①天… II. ①梁… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 250084 号

天津滨海法学

第二卷

主编 梁津明 本卷执行主编 孙立文

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720mm×960mm 16 开

印 张: 23 印张 插页 4

字 数: 364 千字

版 次: 2011 年 12 月第一版 2011 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0594-1

定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编辑委员会

学术顾问 (按姓氏笔画排序)

尹 田 从希斌 张卫平

沈四宝 吴志攀 应松年

赵秉志 徐大同 贾邦俊

韩大元 韩志红 彭炳金

委 员 孙立文 刘东辉 郝 磊

郭庆珠 梁津明

主 编 梁津明

主 编 助 理 刘东辉

卷首语

《天津滨海法学》第二卷即将出版。感谢各位专家和法学教育工作者、法律实践工作者的赐稿。

这一卷编辑出版的过程正是世界经济经历动荡的时期。世界经济体制面临各种新的挑战。世界贸易组织多哈回合谈判在旧有的障碍的基础上又遇到了新的困难,保护主义在世界经济危机的压力下开始盛行。发达国家试图将经济危机带来的压力转嫁于发展中国家,通过制定更高更严的知识产权和环境保护标准来保护本国的贸易利益;并通过进一步推进知识产权和环境保护制度领域的新变化影响世界贸易组织规则。

本卷特别关注世界贸易组织的新动态。世界主要发达国家签订的《反假冒贸易协定》尽管并非世界贸易组织本身的产物,但鉴于它在知识产权保护执法领域的潜在影响,必然对世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》的未来发展产生重要影响。余敏友和廖丽的《〈反假冒贸易协议〉的出台及其对国际知识产权执法的影响》对此作了详细地分析。而李雪平的《WTO、碳关税与中国企业的环境责任》则对碳关税作为一种环境保护措施纳入世界贸易组织法律体制的方式和合理性、可行性及其对公平贸易的影响进行了分析,并探讨中国企业在多边贸易体制与环境保护措施协调的压力不断增加的情况下,应当采取什么样的策略和措施迎接环境保护措施纳入世界贸易组织规则后所带来的挑战。

融入国际社会的中国,面对当前充满危机的世界经济形势,国内经济和民生也不可避免地经受着严峻的考验。面对这种考验,我们的制度和政策能够提供什么样的条件,在某种程度上决定了中国是否能够顺利渡过经济危机,并成为保持良好的经济发展方向的关键因素之一。

本卷的各科专论栏目选用的文章从民事和经济法律制度的理论和规则的角度对我国现行法律改革的方向和实践进行了探讨。中国的产权制度在现行规则的基础上,如何针对实践中出现的矛盾和问题不断改革和

完善？我们的法律在城市化的过程中如何保护农民的权益？在经济发展遭遇困难的情况下，如何通过征税制度的合理化调节收入的分配，以求实现国内经济的平衡发展？同时，如何采取更有效的法律手段对抗国外的贸易保护主义措施？上述问题都是这一卷刊物在选择刊登的文章时所关注的重点。希望这一卷《天津滨海法学》能对关注中国法律改革和政策制定的法学研究者有所裨益。

作为天津师范大学法学院创办的学术期刊，《天津滨海法学》也希望在培养法学专业研究生方面做一些工作，因此，在这一卷我们特地开辟了研究生习作栏目，为法学专业研究生在研习过程中所获得的学业上、学术上的成果创造一个展示的平台。

目 录

【WTO 法动态】

- 《反假冒贸易协定》的出台及其对国际知识产权执
法的影响 余敏友 廖 丽 (1)
- WTO、碳关税与中国企业的环境责任 李雪平 (18)

【各科专论】

- 民事执行监督机制初探 郭小冬 (31)
- 《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》相关规定的
协调及完善 郝晓敏 于 阳 (45)
- 交通肇事逃逸行为的独立可罚性问题研究 赵 波 (59)
- 传统与现代的刑法体系之争
——以刑法功能化发展为视角 张 晶 (71)
- 基于身份的物权：农民集体土地使用权取得制度的
弊端及完善 李炼军 (79)
- 论法律方法的法治立场 李 鑫 (90)
- 农业雇佣市场习惯规范研究
——基于民国时期华北地区的资料 尚海涛 (106)
- 侵权损害赔偿的经济分析 李运杨 (123)
- 司法规则：含义、功能与效力分析 王杏飞 (135)
- 论立法民主化视野下人大立法决策体制结构的
完善 杨福忠 (151)
- 政府采购合同履行保障制度研究 杨猛宗 (165)
- 劳动立法的发展对农民工市民化的影响评估 吴文芳 (179)
- 城市房屋征收补偿的实体完善
——以《国有土地上房屋征收与补偿条例》为研究
对象 杨 会 (190)
- 我国个税起征点调整的困境与出路 沈理平 (201)

行业协会在应对国际贸易摩擦中的“中观功能”	张丽英 (208)
-----------------------------	-----------

【研究生习作】

我国派生诉讼阻却机制之反思与重塑	汪媛媛 (220)
试论我国股东派生诉讼的激励机制与约束机制的建立 ——从利益平衡的视角分析	赵 欣 (233)
清末狱制改良初探 ——以天津罪犯习艺所为视角	董明珠 (244)
试论国际货币基金组织决策机制的改革 ——以发展中国家为视角	王彩虹 (252)
从“中国诉美对华双反案”看公共机构的认定 标准	刘振安 (269)

【名家演讲】

中国司法改革三十年	朱苏力 (281)
侵权责任的解释	张新宝 (299)

【学术动态】

天津师范大学法学院圆满完成地方性法规清理工作	刘东辉 王 洋 (332)
天津师范大学法学院参与天津滨海新区条例的修订 工作	郭春明 (336)
天津市法学会经济法学分会 2011 年年会综述	朱沛智 (340)
天津市法学会民法学分会 2011 年年会暨侵权责任 法学术研讨会综述	郝 磊 梁静娴 (346)
天津市法学会诉讼法分会 2011 年年会综述	赵正群 (349)

【附录】

《天津滨海法学》稿约	(354)
------------------	-------

CONTENTS

【TRENDS of WTO】

- The introduction of Anti—Counterfeiting Trade Agreement and its impact on international intellectual property enforcement Yu Minyou Liaoli (1)
- WTO Carbon tariffs and environmental responsibility of Chinese enterprises Li Xueping (18)

【ESSAYS】

- Supervisory mechanism of civil execution Guo Xiaodong (31)
- The coherence and coordination of The Law of Criminal Procedure and the relevant provisions of the United Nations anti—corruption agreement Hao Xiaomin Yu Yang (45)
- Study on the independent essence of being punished of the escape behaviour of traffic accident Zhao Bo (59)
- The dispute of criminal justice system between and tradition and modern——on the perspective of the functional development of criminal law Zhang Jing (71)
- Identity—based property rights: The disadvantages and perfection of right to use collective landthe collective land system Li Lianjun (79)
- On the stand of rule of law in Legal method Li Xin (90)
- Research on Customary Norms of Agricultural Employment Market——based on Information of North Chi-

na in the Republic of China	Shang Haitao (106)
Economic analysis of tort damages	Li Yunyang (123)
Judicial rules; meaning, function and effect	Wang Xingfei (135)
The improvement of the structure of the NPC's legisla- tive decision-making system on the legislative dem- ocratic Perspective	Yang Fuzhong (151)
Study on Ensurance System of the Implementation of the Government Procurement Contract	Yang Mengzong (165)
The Impact Evaluation of the development of labor leg- islation on the urbanization of peasant workers	Wu Wenfang (179)
The Physical Improvement of Urban Housing Levy Compensation—Stateowned land on the housing levy and Compensation Ordinance as a research object	Yang Hui (190)
The Problems and Solutions of the adjustments in China 's personal income tax exemption	Shen Liping (201)
The “middle function” of Trade associations in response to friction in international trade	Zhang Liying (208)

【GRADUATE STUDENT ASSIGNMENTS】

The Reflection and Remodeling of Chinese descendent legal action negation mechanism	Wang Yuanyuan (220)
The Construction of Incentive and Tied Mechanism of China's shareholder derivative action—from the perspective of the balance of interests	Zhao Xin (233)
The Refinement of Prison system at the end of Qing Dynasty—on the perspective of Tianjin criminals workhouse	Dong Mingzhu (244)

- The Reform of IMF decision mechanism——on the perspective of the developing countries Wang Caihong (252)
- Criterion of Ascertaining of Institution from the Case of Anti — dumping and Anti — subsidy between China and U. S. Liu Zhenan (269)

【FAMOUS SPEECH】

- Thirty years of Chinese Reform of Judicial Affairs Zhu Suli (281)
- The Explanation of Liability for Tort Zhang Xinbao (299)

【ACADEMIC TRENDS】

- Law school of Tianjin normal university satisfactorily finished the work of the local laws and regulations cleaning Liu Donghui Wang Yang (332)
- Law school of Tianjin normal university participate in the Regulations revision of Tianjin Binhai New Area Guo Chunming (336)
- Overview of economic jurisprudence branch of Tianjin jurisprudence society in 2011 Zhu Peizhi (340)
- Overview of civil law branch of Tianjin jurisprudence society and academic seminar of tort liability law in 2011 Hao Lei Liang Jingxian (346)
- Overview of procedural law branch of Tianjin jurisprudence society in 2011 Zhao Zhengqun (349)

【APPENDIX】

- Notice of Tianjin Binhai Law Journal to contributors (354)

【WTO 法动态】

《反假冒贸易协定》的出台及其对国际知识产权执法的影响*

余敏友** 廖 丽***

摘要：《反假冒贸易协定》(ACTA)本质上是发达国家撇开 WTO 和 WIPO 多边体制，在“十国俱乐部和 27 个欧盟成员国”内以反假冒盗版为幌子，建立新的国际规范，创设超 TRIPs 知识产权执法标准，以保障自己利益的工具。在核心内容上，ACTA 最新文本不仅延续了发达国家近几年来推行超 TRIPs 知识产权执法的精髓，而且带有明显的新殖民主义色彩。围绕协定的争议，不仅折射出发达国家之间的利益纠葛，而且反映了广大发展中国家的强烈抗议。

关键词：《反假冒贸易协定》(ACTA) 超 TRIPs 国际知识产权执法

被戏称为“反中国贸易联盟”、“反加拿大贸易协定”、“反消费者贸易协定”^①的《反假冒贸易协定》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)于 2010 年 9 月 23 日至 10 月 1 日在日本东京举行第 11

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所 2001 年重大项目“WTO 协议在我国实施中的重大法律问题”(01JAZJD820003)与武汉大学 70 后“中国知识产权战略实施”团队的阶段性成果之一，感谢该项目的资助。

** 武汉大学国际法研究所副所长、教授、博士生导师，武汉大学 WTO 学院院长。

*** 武汉大学国际法研究所博士研究生。

① 转自 Peter K. Yu, Six Secret (and now open) Fears of ACTA, Southern Methodist University Law Review, Vol. 63, 2010, at 16。

次会谈^①。参加谈判的各方代表,包括美国、欧盟、日本、新加坡、墨西哥、澳大利亚、加拿大、新西兰、韩国、瑞士和摩洛哥。此前,ACTA 谈判一直秘密进行,2007 年 10 月,美国贸易代表办公室 (USTR) 公布了有关 ACTA 的新闻稿^②及“情况说明书”^③;2008 年 5 月 22 日,一份题为“关于可能的反假冒贸易协定的备忘录”的文件被上传到了 Wikileaks,^④至此,对有关该秘密协定的报告才开始受到公众关注。2010 年 4 月第八回合谈判之后,在各方压力之下,参与谈判国于 4 月 21 日公布了 ACTA 最新文本。2010 年 10 月 2 日东京谈判之后,谈判方再次公布最新文本作为第 11 次谈判的结果。^⑤ 文本一经公布,立刻引起了全球关注。

ACTA 出台的过程及原因如何? ACTA 的出台有哪些特点? ACTA 和 TRIPs 协定相比,在哪些方面存在超 TRIPs 特征? 对国际知识产权执法会造成什么影响? 上述疑问均是本文拟重点分析的问题。

一、ACTA 的出台

(一) ACTA 出台的过程

《反假冒贸易协定》最先由日本在 2005 年 6 月召开的 G8 峰会上介绍给其他成员。2005 年 11 月和 2007 年 1 月,《反假冒贸易协定》在日内瓦世界知识产权组织 (WIPO) 举办的第二届和第三届全球反假冒会议上被重新介绍。2007 年 10 月 23 日,即在 9 月 28 日 WIPO 通过《发展议程》不到一个月之后,美国、欧盟、日本和瑞士这些有着巨大知识产权利益的 WTO 成员即宣称要制定一项全新的全球知识产权执法标准

① ACTA Negotiations, Round 11 Draft Agenda — Tokyo 23 September — 1 October 2010, <http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Trade-Relationships-and-Agreements/Anti-Counterfeiting/0-acta-negotiations11.php>.

② USTR Press Release of 23 October 2007 “Ambassador Schwab Announces US Will Seek New Trade Agreement to Fight Fakes”.

③ USTR “Fact Sheet” on Anti-Counterfeiting Treaty (Oct. 2007) .

④ “Proposed US ACTA multi-lateral intellectual property trade agreement (2007)”, Wikileaks.

⑤ Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2 October 2010, Consolidated Text, Reflects Changes Made During September 2010 Tokyo Round, http://www.ustr.gov/webfm_send/2338.

协定——《反假冒贸易协定》(ACTA)。协定的目标是制定新而高的知识产权执法标准,并允许各国自愿加入。欧盟贸易委员曼德尔森指出,“新的国际反假冒协定将加强全球合作,建立新的国际规范,帮助创设新的全球知识产权执法的黄金标准(gold standard)。”^①2008年2月,在第四届全球反假冒会议上,参加者呼吁在其组织内相互或与其他利益相关方共同鼓励政府间国际组织和各国政府在谈判和修改与假冒和盗版有关的国际公约和协定方面采取积极的策略。^②至此,有关 ACTA 的谈判正式分阶段展开。迄今为止,围绕 ACTA,有关各方共举行了 11 次正式谈判。即:2008 年 6 月日内瓦、2008 年 7 月华盛顿、2008 年 10 月东京、2008 年 12 月巴黎、2009 年 7 月(摩洛哥)拉巴特、2009 年 11 月首尔、2010 年 1 月(墨西哥)瓜达拉哈拉、2010 年 4 月惠灵顿、2010 年 6 月(瑞士)卢塞恩、2010 年 8 月华盛顿及 2010 年 9 月东京谈判。

(二) ACTA 出台的原因

ACTA 出台的内在原因来自于经济利益,虽然各国或国际组织讨论并制定有打击和制止假冒产品的相关法律(特别是 TRIPs 协定,对打击假冒盗版已有相当完善的规定),但是发达国家一些产业(如医药、音像、影视、软件)利益团体要求进一步控制和制止假冒盗版,希望说服本国政府和一些国际组织提高知识产权执法标准,以维护自身经济利益。

ACTA 出台的外在原因则是发达国家在 WTO 和 WIPO 内推行超 TRIPs 知识产权执法努力的失败,从而转向其他场所的一种策略。这种场所转移(forum shifting)的基本方式主要有三种:一是由一个组织转向另一个组织;二是放弃某个组织;三是在多个组织中追求同样的议题。^③ ACTA 即是发达国家撇开 WIPO 和 WTO 等相关国际组织,放弃多边机制,自行制定相关法律规范的“范例”。发达国家在多边体制

^① European Commission seeks mandate to negotiate major new international anti-counterfeiting pact, IP/07/1573, Brussels, 23 October 2007.

^② Fourth Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy, Dubai Declaration 4, Mar. 30, 2008.

^③ Peter Drahos, Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting, Study Paper 8, Commission on Intellectual Property Rights, at 44.

内曾试图加大知识产权执法力度,但都以失败告终。

WTO 框架内,在 2006 年 6 月及 10 月的两次 TRIPs 理事会会议上,欧共同体曾有意深入讨论加强执法问题,但都遭到发展中国家(如阿根廷、巴西、中国和印度)的反对。美国则在 2007 年 1 月的 TRIPs 理事会会议上提交了另一份文件,呼吁 TRIPs 理事会应通过交流建设性的观点和经验在解决知识产权执法问题上作出积极的贡献。不过发展中国家仍然坚持其之前的观点,即执法问题不应由 TRIPs 理事会管辖。瑞士和日本也分别于 2007 年 5 月和 10 月提交了有关执法的文件,分享其知识产权边境执法措施与经验。发达国家在 WTO 体制内的上述努力最终都因遭到发展中国家的反对而以失败告终。

发达国家也在 WIPO 体制内推行其超 TRIPs 知识产权执法。2007 年 10 月, WIPO 成员国通过了《发展议程》有关提案临时委员会(PCDA)提出的 45 项建议。其中第 45 条建议指出,根据 TRIPs 协定第 7 条的规定,从更广泛的社会利益以及与发展有关的问题入手,处理知识产权执法问题,以便知识产权的保护和执法有助于促进技术创新和技术的转让与推广,使技术知识的生产者和使用者共同受益,有利于社会和经济福利,并有助于权利和义务的平衡。面对 WIPO 此种“亲发展”趋势,发达国家逐步丧失了 WIPO 内讨论提高知识产权执法标准的兴趣。

因此,面对内在利益需求和外在环境不利的双重压力,发达国家自然转向一项新的协定——ACTA——的谈判。

(三) ACTA 出台的特点

1. 保密性

ACTA 自一开始谈判即采取秘密方式,美国政府则一直将 ACTA 谈判内容作为外国政府信息(foreign government information)即国家秘密对待。^①即使在 2010 年 8 月第 10 轮谈判中,有报道称“在华盛顿,部分国家的政府官员进行了有关《反假冒贸易协定》(ACTA)的谈判……然而,无论是社会公众还是议会,都被排除在谈判之外”。“谈判内

^① 2003 年,布什总统在克林顿政府时期颁布的第 12958 号总统行政命令基础上修订的第 13292 号总统行政命令(Executive Order 13292)规定美国的国家秘密主要指有关国家领土安全、战略安全等利益的信息,包括外国政府信息。

容开放的方式目前不能令欧洲议员们满意, 尽管他们被允许看到草案文本, 但是只能在一间屏蔽的房间里阅读, 不允许拷贝, 也不能谈论其内容。”^① 另外, 美国贸易代表办公室 (USTR) 在 2009 年 4 月的文件中曾主张, 主权国家在贸易谈判过程中不与公众分享谈判文件是可以接受的, 特别是在谈判的最初阶段。这使谈判代表能秘密交换观点从而推动谈判的进程, 最终达成妥协, 签订协定。^② 欧共体对此的解释也基本与美国相似。欧盟部长理事会在回复欧洲巡视官 (European Ombudsman) 的信函中声称, 公开这些文件 “将对进行中的谈判的保密造成消极影响, 并且会阻碍成员国之间具有开放性和建设性的合作, 这对于谈判的进程非常重要”, “如果欧盟的谈判伙伴有理由相信他们在秘密谈判中所表达的立场可能会被欧盟单方面公开, 这必将影响到今后的谈判。”^③ 事实上, 从技术角度而言, 谈判采取保密的方式的确会使整个谈判过程更顺利, 也更容易获得成功。秘密方式也能促使谈判不受外界影响, 对各谈判方的立场保密也能减轻各谈判方的压力, 并能推动各方之间长期的友好谈判关系。但美国国会一些议员对公开 ACTA 的基本信息会给美国带来国家安全风险的主张提出质疑, 并认为不公开 ACTA 建议稿是为了避免对协定中有争议的条款予以评判。^④ 在一些非政府组织和市民团体的压力下, 欧盟议会于 2010 年 3 月 10 日以 633 票的多数票通过了关于 ACTA 的一项跨党派决议。^⑤ 该决议提醒欧盟委员会, 自 12 月 1 日《里斯本条约》生效起, 欧盟委员会就有责任让议会立刻并完全得到有关国际谈判各个阶段的信息。欧盟委员会被要求向当选的代表及公众人士提供查阅谈判文本和摘要的机会, 今后不得举行秘

① 《反假冒贸易协议》: 有争议的协议, 被保密的未来。2010 年 8 月 18 日, 中国保护知识产权网。

② USTR, the Anti-Counterfeiting Trade Agreement—Summary of Key Elements under Discussion1, Nov. 6, 2009.

③ Draft Letter from Pierre de Boissieu, EU Council of Ministers, to Nikiforos Diamandouros, European Ombudsman 3, Apr. 17, 2009.

④ Letter for the Honorable Bernard Sanders, U. S. Senator, and the Honorable Sherrod Brown, U. S. Senator, to the Honorable Ron Kirk, U. S. Trade Representative, November 23, 2009.

⑤ European Parliament resolution of 10 March 2010 on the transparency and state of play of the ACTA negotiations, Strasbourg.

密会谈。此外,欧盟在今年4月新西兰举办的下一轮谈判之前必须与议会协调立场问题。决议强调如果议员无法充分地参与谈判过程,他们将采取法律行动,直至上诉到欧洲法院以保护自己新的共同决策权。在2010年8月的华盛顿会议之后,欧盟曾试图公开ACTA的最新谈判内容,却遭到美国官员阻止。^①因此,在ACTA谈判的保密性方面,欧盟相比美国要开放。

2. 以美式自由贸易协定为模板

ACTA条款很大程度上都依赖美式自由贸易协定(FTAs)。美国追求超TRIPs知识产权保护和执法标准的第一个工具即是双边协定。美国政府明确承认通过双边协定来影响区域和多边协定,并被前美国贸易代表佐立克称为“竞争自由化”(competitive liberalization)策略。佐立克宣称:“在最为基础的层面,竞争自由化策略仅仅意味着美国扩大和加强其选择。如果自由贸易步伐在全球受阻,那么,我们将以区域和多边的形式前进。我们的半球对话正分阶段前进,我们可能指向更具野心的行动,即通过与个别国家和子区域签订自由贸易协定,这将有助于激励我们在谈判中取得更大的进展。最近,坎昆谈判令人失望,一些阻碍多哈‘能做’精神的‘不做’的国家现在得重新考虑其后果,因为美国正强有力地在全世界推行其自由贸易协定。”^②美国之前声称其试图以与澳大利亚、摩洛哥、新加坡签订的FTA中所涵盖的知识产权执法条款作为ACTA的模板。这些协定包括对具商业规模的蓄意假冒商标和盗版产品的刑事处罚措施、对商标和版权的边境措施、对所有知识产权(如专利、商标、版权)的民事救济措施以及适当的限制性规定,从而保证与美国国内法一致。^③

3. 新殖民主义(neo-colonism)

新殖民主义采用经济方式的一个重要手段即是建立国际贸易法律框架,授予合法的强制执行权以支持和保障经济渗透和控制,类似殖民主义时期在依赖国确保对外国财产权的保护。21世纪,最重要的财产权

① US told EU to hide ACTA from public, 2 September, 2010. <http://www.euractiv.com/en/infosociety/us-told-eu-hide-acta-public-news-497373>.

② www.ustr.gov/releases/2003/12/2003-12-03-letter-gao.pdf.

③ Letter from the Honorable Ron Kirk, U.S. Trade Representative, to the Honorable Ron Wyden, U.S. Senator, January 28, 2009.