

《反假冒贸易协议》研究

——基于人权视阈的分析

FANJIAMAO MAOYI XIEYI YANJIU
JINYU RENQUAN SHIYU DE FENXI

高立英 著



中国政法大学出版社

《反假冒贸易协议》研究

——基于人权视阈的分析

FANJIAO MAOYI XIEYI YANJIU
JYU RENQUAN SHIYU DE FENXI

高兰英 著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

《反假冒贸易协议》研究/高兰英著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 4
ISBN 978-7-5620-8230-9

I. ①反… II. ①高… III. ①国际法—知识产权法—研究
IV. ①D997. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第071699号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 寄 地 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 11.75
- 字 数 290 千字
- 版 次 2018 年 4 月第 1 版
- 印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 46.00 元



目 录

CONTENTS

绪 论	001
第一章 《反假冒贸易协议》的制订背景	013
第二章 《反假冒贸易协议》的制订过程	036
第三章 《反假冒贸易协议》的主要内容	072
第四章 《反假冒贸易协议》的扩张与超越	100
第五章 《反假冒贸易协议》的人权之争	125
第六章 《反假冒贸易协议》与发展中国家的人权	144
第七章 《反假冒贸易协议》与发达国家的人权	200
第八章 《反假冒贸易协议》的演进与未来	246
第九章 《反假冒贸易协议》对中国的启示	276
附录:《反假冒贸易协议》中译本	
Anti-Counterfeit Trade Agreement 2010.12.3 (final text) ...	321
主要参考文献	346
后 记	370

绪 论

《反假冒贸易协议》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 以下简称 ACTA) 是近年来国际知识产权法领域引人关注且备受争议的一个协议。从它产生到“死亡”, 在国际知识产权法领域不过“昙花一现”, 但是它的命运却显示着国际知识产权的强保护趋势完全无视对基本人权的保护, 而人权的保护需求将会制约知识产权的“单向棘齿”继续向前推进。国际知识产权法正处于发展的十字路口和关键时期。

一、选题原因

随着知识经济时代的到来, 各国都日益重视对知识产权的保护。互联网的发达一方面促进了知识产品在世界范围内的流动与交易, 另一方面也使侵犯知识产权的行为更加便捷与快速。在全球假冒和盗版产品日益猖獗的背景下, 为确保在知识经济中的宰制地位, 经过由美国主导的少数发达国家的多轮谈判与秘密酝酿, 2010 年 12 月, ACTA 文本最终公布并开放签署。ACTA 涵盖了知识产权民事执法、刑事执法、边境执法、网络执法措施以及执法实践与国际合作等各个方面, 强化了知识产权有效执法的行为框架, 旨在以更高的执法标准保护知识产权。

但是, ACTA 这一充满争议的协议, 从酝酿至签署、从形式到内容都饱受诟病。一方面, 美国倡导脱离世界贸易组织

(World Trade Organization, 以下简称 WTO) 和世界知识产权组织 (World Intellectual Property Organization, 以下简称 WIPO) 的框架另起炉灶, 并在此过程中以秘密谈判的形式将发展中国家排斥于立法过程之外, 招致发展中国家的集体反对。另一方面, 欧盟的参与迅速加剧了发达国家之间在知识产权保护方面的分歧, 虽然在谈判的过程中因利益交换而互有妥协, 但欧盟公众却因担心为保护知识产权而牺牲网络自由和侵犯公民人权, 从而爆发了大规模的反 ACTA 抗议游行。最终, 欧洲议会于 2012 年 7 月 4 日以 478 票反对、39 票赞成、165 票弃权的表决结果, 否决了 2012 年 1 月 26 日欧盟委员会及欧盟 22 个成员国签署的 ACTA。这是欧洲议会首次运用《里斯本条约》赋予的权力否决一项国际贸易协议。直到如今, ACTA 仍未生效。根据协议中的生效条款, ACTA 的生效恐已遥遥无期。

ACTA 所遭遇的“滑铁卢”深刻地反映了知识产权在全球化进程中与人权的冲突。从其形式与内容来看, 它超越了现行的知识产权平衡体系——《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS), 无视 WIPO 在知识产权全球视阈下对发展中国家的特殊考虑, 将知识产权的保护重点从立法转向执法, 通过知识产权的跨境执法合作机制大大加强了对知识产权权利人的保护, 成了后 WTO 时代 TRIPS-Plus 协议的典范。它对人权的忽视与威胁, 正是它遭受多方反对的根源与症结所在。因此, 必须从人权的角度来分析 ACTA 的制订过程以及相关条款与内容, 特别强调国际知识产权保护制度必须以国际人权公约的价值取向为指导, 在保护知识产权的同时实现与保护基本人权的协调。

不管 ACTA 的效力如何, 它是否还存在未来前景, 甚至参与 ACTA 谈判的各方是否有意把发展中国家排除在外, 这均不表示该协议对非签署国没有影响, 或者该协议对国际知识产权

法律制度的未来走向没有影响。实际上,由于 ACTA 主要针对假冒盗版产品的跨境贸易,它将会产生一套新的非关税贸易壁垒,即知识产权壁垒,从而严重阻碍发展中国家的货物出口。中国、印度、巴西等国虽未参与 ACTA 的谈判,但却对 ACTA 表示了高度的关注。虽然 ACTA 表面上已死,但其理念与内容却深深地嵌入了后续蕴含知识产权内容的有关国际协议之中。

中国是世界制造大国,但同时,我国的知识产权保护一直被美欧、日韩等国攻击。ACTA 本身即为“欧美舞剑,意在中国”。虽然中国不会加入 ACTA,甚至对 ACTA 持反对与批评态度,但我们应该庆幸 ACTA 已经不太可能发生法律效力,否则中国企业的出口货物将可能面临更加强硬且严格的知识产权执法和监管体系。为了更好地融入国际知识产权法律制度发展的潮流,中国应抓住目前国内修订知识产权法的契机,作出立法上的应对。同时以更严格的知识产权执法来确保中国产品假冒和盗版率的降低,在国际上也要联合发展中国家,提高在国际知识产权规则制订过程中的话语权。

在此语境下,本书主要基于人权的视阈来研究《反假冒贸易协议》。其理论价值在于从人权的理论维度来梳理 ACTA 的形式和条款,分析 ACTA 目前遭遇如此尴尬境地的根源所在,并由此思考知识产权与人权之间未来的发展关系。其实际应用价值在于通过研究 ACTA 的内容与最新发展动向,为我国知识产权法的修改与完善以及知识产权执法提供借鉴与启示,并为我国积极参与国际知识产权立法提供建议。

二、国内外研究现状和趋势

1. 国内研究现状

国内学者较早地关注了知识产权与人权之间的冲突与协调

问题,但多以 TRIPS 协议作为基准,研究发达国家的知识产权在全球扩张的进程中与发展中国家的基本人权的冲突与协调问题。一些重要的研究成果包括:吴汉东的《知识产权的私权与人权属性——以〈知识产权协议〉与〈世界人权公约〉为对象》、张乃根的《论 TRIPS 协议框架下知识产权与人权的关系》、衣淑玲的博士论文《国际人权法视角下〈TRIPS 协定〉的变革研究》等。

ACTA 自始于今,2011 年至 2014 年是中国国际法学界与知识产权法学界的研究热点,2015 年之后由于 ACTA 无法生效而慢慢淡出学者的视线。目前,国内的研究成果主要集中在以下几个方面:第一,研究 ACTA 的谈判进程、文本内容,对 ACTA 做出整体述评,如衣淑玲的《〈反假冒贸易协议〉谈判述评》;衣淑玲、朱秋沅等各自翻译的 ACTA 文本;陈福利的《〈反假冒贸易协定〉述评》则从整体上对 ACTA 进行了介绍与评价;张猛的博士论文《〈反假冒贸易协议〉(ACTA)解析:标准之变与体制之争》较为全面地分析了 ACTA 的过程、内容、“复活和升级”以及对国际知识产权法的影响。第二,具体研究 ACTA 中所规定的知识产权执法措施,如杨鸿的《〈反假冒贸易协定〉的知识产权执法规则研究》;薛洁的系列论文《走近〈反假冒贸易协议〉(ACTA)知识产权民事执法部分初探》《走近〈反假冒贸易协议〉(ACTA)知识产权边境执法部分初探》《对数字环境下的知识产权执法分析——基于〈反假冒贸易协议〉(ACTA)》等。第三,对 ACTA 进行比较研究,比较的对象为 TRIPS 协议、欧盟、美国与中国的相关知识产权规定,如左玉茹系列论文《ACTA 的飞跃:基于 ACTA 与 TRIPS 协定的比较研究》《〈反假冒贸易协定〉与欧盟知识产权法比较研究》《2010.10.2ACTA 文本与美国法律不一致之处》;崔国斌的《〈反假冒贸易协议〉

与中国知识产权法的比较研究》等。第四,研究 ACTA 对中国所可能产生的影响以及中国的应对之策,如徐慧的《〈反假冒贸易协议〉对我国经济贸易的潜在影响分析》、彭振的《〈反假冒贸易协定〉对我国企业商标的影响及对策研究》以及蒋燕的《〈反假冒贸易协定〉对中国加工贸易的潜在影响分析》等。

上述成果或研究 TRIPS 协议背景下的知识产权与人权之关系,或单纯研究 ACTA 的内容与意义。目前,国内鲜有论文涉及 ACTA 中的人权问题,ACTA 中诸多与人权保护产生冲突的条款并未引起国内学者的重视,ACTA 深层次的问题根源尚未触及。

2. 国外研究现状

由于《反假冒贸易协议》源于欧美,因此,国外对其研究相对而言比较充分。有两部有关 ACTA 的专著:一是迈克尔·布莱克尼(Michael Blakeney)的《知识产权执法:ACTA 评论》(*Intellectual Property Enforcement: A Commentary on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*),另一部是彼得·罗弗和泽维尔·苏巴(Pedro Roffe and Xavier Seuba)的《ACTA 和诸边执法议程:起源与未来》(*The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda: Genesis and Aftermath*),均对 ACTA 的起源、过程和内容进行了分析,但并未从人权的角度来探讨 ACTA 遭受反对的原因。当然,有较多国外学者公开反对 ACTA 中所隐含的人权危机,并以不同的人权基础理论研究了 ACTA 的相关条款。一些重要的研究论文包括:彼得·K. 余(Peter K. Yu)的论文“Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA”分析了 ACTA 条款对多种基本人权包括民主立法权、言论与新闻自由权、个人隐私权等的侵犯;大卫·S. 莱文(David S. Levine)的论文“Transparency Soup: the ACTA Negotiating Process and ‘Black Box’ Lawmaking”

具体分析了 ACTA 的秘密谈判、黑箱立法过程,指出其既排除了发展中国家,也排除了发达国家广大公众的民主参与权;阿尔贝托·塞尔当·席尔瓦 (Alberto J. Cerda Silva) 的论文 “Enforcing Intellectual Property Rights by Diminishing Privacy: How the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy” 专门分析了 ACTA 中的执法措施对个人隐私权与个人数据资料保护的潜在危害;肖恩·弗林和毕扬·迈德哈尼 (Sean Flynn and Bijan Madhani) 的论文 “ACTA and Access to Medicines” 详尽分析了 ACTA 中边境措施条款、禁令与临时措施条款、第三方责任条款、损害赔偿条款等对公众获得基本药品的权利的影响,从而有损于公众的生命健康权。

国外这些研究成果从人权的视角分析了 ACTA 遭遇反对的必然性,对我国的研究具有借鉴意义。但其存在的不足之处在于:目前未有学者从整体上分析 ACTA 与人权的冲突问题,从人权角度来研究 ACTA 还未出现相关专著。

3. 研究趋势

ACTA 作为技术发达国家高扬的知识产权保护大旗,代表了国际知识产权保护的新动向。虽然已经遭遇挫折,暗云重重,但其对国际经济贸易和国际知识产权法律制度的影响绝不容小觑。目前,对人权的潜在妨害是 ACTA 所遭遇的最大难题,西方学者已对此进行了一定程度的分析,关于这方面的研究还在继续。与 ACTA 类似的其他双边、诸边 (TTP、TTIP) 协议依然无视基本人权的保护,仍在单方面地推进知识产权的高标准保护。因此,从人权的角度来研究 ACTA 或其它国际知识产权协议,探究其相互之间的关系,提供解决双方冲突的方案,将是未来国际知识产权法领域研究的一大趋势。

三、研究的主要目标与内容

(一) 研究目标

(1) 对《反假冒贸易协议》的制订背景和制订过程进行考察,分析其在新世纪的背景下将面临哪些新的挑战,而其在制订的过程中是否很好地应对了这些挑战,包括对现有国际条约义务的尊重、对时代背景的关注等。

(2) 对《反假冒贸易协议》的内容进行系统梳理,结合人权理论对其相关条款进行分析,指出目前它在人权保护方面的缺陷,从而思考知识产权与人权的关系。

(3) 分析《反假冒贸易协议》对中国的启示,根据其所应吸取的教训,为中国目前正在修订和完善的知识产权法提供参考,为中国加强知识产权执法提供借鉴,为中国参与国际知识产权立法提供建议。

(二) 主要内容

(1) 《反假冒贸易协议》的制订背景与过程研究。从世界贸易组织体系下的 TRIPS 协议到发达国家双边协议中的 TRIPS-Plus 条款,知识产权制度的深入发展是否在消极地影响人权的充分实现逐渐引起国际社会的强烈关注。因此,必须首先结合全球化、网络化的知识经济时代背景,对 ACTA 的制订过程进行宏观把握,才能为分析 ACTA 的内容、意义与经验教训奠定基础。

(2) 以 ACTA 的不同版本为依据,探究 ACTA 在其谈判过程中内容的变化,并以《反假冒贸易协议》与其它国际知识产权公约进行比较研究。以世界贸易组织体系下的 TRIPS 协议为核心的现代国际知识产权保护体系,基本实现了发达国家与发展中国家、知识产权权利人与使用人、知识产权与公共权益之

间的平衡。对 ACTA 在谈判过程中的内容变化进行考察,并将 ACTA 与 TRIPS 协议及其它国际知识产权公约如 WIPO 因特网公约进行对比,指出 ACTA 在提高知识产权执法标准、忽视人权的保护方面不断往前推进。由此破解 ACTA 失败的难题,即过高地保护知识产权权利人的权利,妨碍了其他公众与群体人权的实现。

(3)《反假冒贸易协议》的内容与基本人权的对立和冲突分析。首先对 ACTA 的内容进行介绍与梳理,然后重点从制度设计的层面来看《反假冒贸易协议》的许多内容与人权的保护存在严重分歧。

第一,《反假冒贸易协议》对发展中国家集体人权的忽视。其一,发展权。发达国家以诸边协议、秘密谈判的方式,将所有的发展中国家排斥在外,希冀从知识产权执法的角度来提高国际知识产权的保护标准,这种单边立法的过程本身就侵犯了发展中国家的发展权。其二,文化权。ACTA 影响了发展中国家对文化权的尊重、保护与实现义务。其三,公共健康权。ACTA 中的边境措施条款授权成员方海关可以在不同情况下直接没收、扣留、销毁或遣返涉嫌侵权的产品,包括中转的仿制药物,这阻断了广大的发展中国家获得廉价仿制药的途径,势必影响其公共健康权。其四,经济独立自主权。ACTA 主要针对发展中国家的假冒与盗版现象,但过于夸大假冒与盗版所造成的危害,不顾假冒与仿冒的区别,可能要求发展中国家采取与本国实际情况不相符合的执法措施,这会影响发展中国家行使经济独立自主权。

第二,《反假冒贸易协议》对发达国家个人人权的威胁。其一,公众民主参与立法权。ACTA 因偏向知识产权权利人而对其他利益群体与普通公众产生重大影响,其秘密谈判缺乏开放性

和透明性，严重排斥了公众的民主参与立法权。其二，表达自由权。ACTA 关于网络知识产权执法的措施要求互联网服务提供商（ISP）对其网络上所传递的内容实施监控，同时大大降低了网络知识产权刑事犯罪的门槛，必将妨碍公众借助网络获得信息、形成自由的观点与见解，以及利用网络表达自己的权利。其三，公民隐私权与个人数据保护。ACTA 在其民事执法、刑事执法和网络执法措施条款中，均要求在必要时必须迅速披露涉嫌侵权者的身份和相关隐私信息，这会极大地危害公民的个人隐私权和数据保护权。

（4）《反假冒贸易协议》对中国的启示。尽管 ACTA 在人权问题上遭受了挫折，并且由于其已不可能生效而对中国的出口企业或中国的法律不会产生大的影响，但是从 ACTA 的失败中，中国应有所启示。本书将分析 ACTA 对我国修订和完善知识产权立法、加强知识产权执法所提供的借鉴与启示，并对中国积极参与国际知识产权立法的方法和策略提供思考与建议。

四、重点和难点

1. 重点

《反假冒贸易协议》虽然引起了国内外学者的普遍关注，但基于人权视阈来进行研究在国内尚处于初始阶段。在国外研究相对较为充分的情况下，本书拟突破国内对这一问题研究的不足，具体体现如下：

（1）以发展和联系的观点对《反假冒贸易协议》中与基本人权相冲突的条款进行精密的梳理和分析。不将视角局限于某类或某种人权的范围，在全面系统把握 ACTA 主旨和精神的基础上，对 ACTA 所可能威胁的人权进行分类，以人权之线贯穿 ACTA 的整个框架。这是本书的重中之重。基于此，才能真正厘

清 ACTA 的问题之源。

(2) 以比较的方法对《反假冒贸易协议》的自我发展以及与其它世界知识产权公约的不同进行分析与研究。比较的基础是 ACTA 在谈判过程中的不同版本, ACTA 与 TRIPS 协议及 WIPO 因特网条约。通过此种比较和分析, 本书将指出 ACTA 在原来的基础上如何更进一步地提高了知识产权的执法标准, 并预测其对未来国际知识产权保护体系以及国际人权保护体系所产生的影响。

(3) 以中国的利益为基石提出《反假冒贸易协议》的启示。虽然中国被视为 ACTA 的“假想敌人”而被排斥在谈判过程之外, 但作为一个出口大国和发展中国家, 中国应采取何种态度对待、实施何种策略回应、应安排何种措施反制以 ACTA 为代表的新一轮国际知识产权立法活动, 中国的国际立场与国内立法、执法改革将显得尤为重要。因此, 研究中国的应对策略和措施亦是本书的重点之一。

2. 难点

(1) 协调《反假冒贸易协议》与人权冲突所涉及的利益平衡问题。发达国家与发展中国家之间、知识产权权利人与社会公众之间的利益冲突, 知识产权制度本身的二元价值目标, 信息技术特别是网络的迅猛发展, ACTA 相关条款的拟定等导致了 ACTA 与国际人权保护在制度层面出现了许多不协调。因此, 探寻如何在 ACTA 的框架下调适知识产权与人权之间的关系, 应以利益平衡原则作为解决问题的关键, 这也是本书的最大难点。在知识技术成为世界经济贸易制高点的情况下, 围绕知识产权和人权的冲突, 真正实现利益平衡, 将是一个永远的话题。

(2) 关于国际知识产权制度的人权危机如何破解的问题。ACTA 的诸多规定完全超越了目前现有的国际知识产权保护体

系,其知识产权保护的天平向知识产权权利人高度倾斜。参与谈判的少数发达国家在多轮谈判中就人权的问题已经做出了一定的妥协。另外,ACTA 所开启的“论坛转移”和“关门立法”的方式,本身就剥夺了发展中国家以及发达国家普通公众进行讨论、辩论和提供参考、建议的机会。虽然 ACTA 的生效历程出现了波折,但其谈判已成既定事实,文本已最终确定,具体内容似乎已难以改变。因此,本书从发展中国家、普通公众的人权和利益角度出发,希冀破解国际知识产权制度现在面临的人权危机,特别是发展议程下知识产权的发展权危机、网络环境下知识产权的隐私权危机。

五、研究思路与方法

(一) 研究思路

本书首先从《反假冒贸易协议》的制订背景入手,分析国际知识产权在全球化、网络化与知识经济时代的扩张进程,从而与人权发生交集与冲突,但由于国际法领域的碎片化现象而无法达成协调。这将奠定本书研究的基石,指出现代国际知识产权和基本人权的交融与冲突背景。然后考察 ACTA 的制订过程与现状,介绍其基本内容,将 ACTA 本身发展过程中的版本内容变化以及 ACTA 与其它国际知识产权公约特别是世界贸易组织体系下的 TRIPS 协议进行对比研究。其次,结合 ACTA 的具体条款,从发展中国家的集体人权和发达国家的个人人权的角度来进行精细的人权解读,指出其与人权保护之间的冲突与紧张关系,论证 ACTA 在目前遭遇困境的症结所在。最后,落脚点回到中国,基于中国是 ACTA 指向的潜在对象,分析该协议可能对中国带来的启示。根据 ACTA 在人权保护方面所出现的经验与教训,对中国应该如何修订和完善相关的知识产权立

法、加强知识产权执法、参与国际知识产权立法提出建议。

（二）研究方法

（1）价值分析法。协调知识产权与人权的冲突，必须运用价值分析方法。在论证 ACTA 的相关条款与人权保护的冲突时，应基于发达国家与发展中国家、知识产权权利人与普通公众之间的利益冲突，分析不同群体的不同价值诉求，寻求利益平衡的模式。

（2）比较分析法。对 ACTA 的条款与其它国际知识产权公约进行比较研究具有重要的意义。在比较的基础上，从人权的维度对 ACTA 进行评价与思考就更有根据。

《反假冒贸易协议》的制订背景

《反假冒贸易协议》从酝酿、谈判、产生到“死亡”的整个过程，都发生在 21 世纪，所以它是存在于新世纪的一个国际协议。它的出现是必然，因为它顺合了知识产权保护的“棘齿理论”，反映了国际知识产权法律制度发展的“强保护”趋势，体现了国际知识产权制度一意孤行的勃勃野心。但它未能理解好它所面临的时代背景特别是国际法碎片化发展的背景，未能正确面对在国际扩张中所遭遇的种种困难与挑战，未能正确处理好与国际人权体系的互动关系，这导致它的“死亡”成了必然。

一、时代背景

正如二百多年前英国小说家狄更斯曾经所说的名言：“这是一个最好的时代，也是一个最坏的时代……”21 世纪开启了人类历史的新进程。信息技术作为该时代的核心关键技术，悄然改变了人类生活的一切。全球化进程日益深入，整个世界都成了真正的地球村；交通更加便利，加剧了知识产品的跨境流动，降低了在世界范围进行交易的成本；网络成了人类政治参与、经济交易、文化交流、生活联系所必不可少的工具。

（一）知识经济时代

进入 21 世纪，人类历史的车轮从工业经济时代迈入知识经