

经贸法律评论 4

- 评析美国音乐作品播放许可案——兼论我国贸易壁垒调查制度的完善
- 双重国籍人的外交保护问题研究
- 论美国股东派生诉讼的前置程序
- 论如何破解公司僵局
- 反垄断法下消费者利益保护
- 诚实信用原则比较研究

沈四宝 主编

张馨龄 赵栋 副主编

International Business
Law Review (IV)



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

经贸法律评论 (4)

International Business Law Review (Ⅳ)

主 编 沈四宝
副 主 编 张馨龄 赵 栋
编委会成员 曹雅璠 樊幸幸 郭 薇 马 驰
石 鹏 杨 帆 杨文婧 杨 志
尹路远 张馨龄 张 羽 赵 栋
(以姓名拼音字母为序)

对外经济贸易大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经贸法律评论. 4/沈四宝主编. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009

ISBN 978-7-81134-371-7

I. 经… II. 沈… III. ①经济法-研究-中国②贸易法-研究-中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 066583 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

经贸法律评论 (4)

International Business Law Review (IV)

沈四宝 主编

责任编辑: 王文君

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm×230mm 16.75 印张 282 千字

2009 年 5 月北京第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-371-7

印数: 0 001—2 000 册 定价: 26.00 元

序

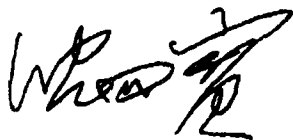
中国已经迈进经济发展的新时代，市场经济法律体制的完善是中国现阶段发展的关键，对此进行研究是法律人肩上的重任。

对外经济贸易大学法学院在做好法律基础教学的同时，始终注意形成自己独特的教学体系和教学风格。我们强调为两个市场，即国际市场和国内市场培养“三会”人才，即懂法律、懂经贸和会外语的实践人才；在教学方法上，我们坚持案例教学和双语教学；我们注意在教学、科研和实践之间形成良性循环。

对我院学生尤其是研究生来说，为适应新世纪的挑战和法治国家的需要，应该加强其理论素养、扎实其法律功底、提高其科研能力。我很欣喜地看到，我们的学生日益重视理论研究，积极开展学术活动。《经贸法律评论》的推出就是其佐证之一。

本书一方面反映了我院研究生最新的科研活动和学术成果，另一方面也刊载了具有较高理论性和较强实践性的国际商事法律及涉外经贸法律的研究成果。其作用并不局限于外经贸的校园内，同时也为所有国际商法的研究人员提供了一个交流学习的平台。我衷心希望本书能为我院的学术发展注入新的活力，为我国国际商法和经贸法律研究的繁荣发展作出贡献。

对外经济贸易大学法学院院长



前 言

经过《经贸法律评论》编委会成员一年多的共同努力,《经贸法律评论(4)》如约又和大家见面了。从更名前的《贸大法律评论》到更名后的《经贸法律评论》,我们已经走过了四年的岁月。我们摸索着,前行着,也欣喜地收获着。

《经贸法律评论》是一本由对外经济贸易大学法学院法学研究会主办的,着重于贸易、商事和国际法领域的研究的出版物,旨在反映和探索中国和国际经济发展过程中出现的前沿法律问题。本书的研究涵盖商法、经济法、国际经济法等法学领域,具体包括“国际法前沿”、“商法、经济法研究”、“民商法专题”和“域外法学”四个板块。

其中,本期“国际法前沿”主要是对国际贸易领域的法律问题的专题讨论,如多边贸易自由化与一国公共道德的关系、贸易壁垒调查制度的完善等;在“商法、经济法研究”板块中,所选取的文章主要关注美国公司法、证券法、反托拉斯法等领域的制度研究,如派生诉讼的前置程序、公司财务信息披露、SIPA体制等,为我国有关制度的建立与完善提供了宝贵的借鉴意义;“民商法专题”中的文章就精神损害赔偿、征收补偿等传统民法问题提出了独树一帜的见解;在“域外法学”板块,我们选取了一位交流学者对美国威斯康星大学(麦迪逊)法学院的调研报告,该报告详细介绍了美国法学院的教育模式和培养方法,对有意于出国留学的同学具有很好的参考价值。

本书自成体系,不拘泥于某一法学领域或者法学领域的单一问题,涉及有关市场经济法律体制的不同方面,并力求研究法律问题的理论根基。

在明确定位和注重稿件质量的前提下,本刊亦十分重视稿件的形式和来源的多样化。我们征到的稿件以博士和优秀的硕

士为主,还包括高校的老师,稿件来自北京、上海、南京等城市,还有来自英国等国家和地区的稿件。

《经贸法律评论》由在学术界和实务界皆硕果累累的法学专家担任主编,编辑由法学院成绩优异、对学术充满热情的研究生、博士生组成。本刊的出版,既融入了法学专家的悉心指导,也散发出了新时代法学研究后备力量的学术热诚,同时得到了对外经济贸易大学法学院的大力资助。我们衷心希望国内外各界学者踊跃参与,支持《经贸法律评论》。我们也将继续努力,把《经贸法律评论》办得更好。

《经贸法律评论》编委会

2009年3月于对外经济贸易大学

目 录

国际法前沿

评析美国音乐作品播放许可案——兼论我国贸易壁垒调查

制度的完善	武长海 (3)
论多边贸易自由化与公共道德的冲突	彭 景 (19)
双重国籍人的外交保护问题研究	李逸男 (37)
欧盟消费者合同的法律适用规则之演进	王秀转 (55)
浅谈强行法对国际法不成体系状况可能具有的影响	左古月 (66)

商法、经济法研究

濒危企业托管制度何去何从	周 亮 (81)
论美国股东派生诉讼的前置程序	郇燕冰 (93)
论如何破解公司僵局	赵 栋 (106)
论 ISP 版权侵权责任之主观认定——以“过错认定一元化”的 反思为中心	楼 颖 (114)
反垄断法下消费者利益保护	路延君 (126)
论美国反托拉斯法的域外适用	程文婷 (135)

民商法专题

从案例看英国合同自体法理论的发展	刘丽园 (151)
版权管理信息的法律保护	李 艳 (165)
SOA 法案关于公众公司财务信息披露的新思路	尹 飞 (173)
论精神损害赔偿范围	韩苏冬 (185)
物权法视野中的内外资征收补偿标准一致性分析	林 玲 (196)

诚实信用原则比较研究	冀 莹 (210)
新论物权法定原则——以其必要性及局限性之克服为视角	杨 芳 (220)
乡土之惑：农村土地法律问题的几个思考	邹启钊 (231)

域外法学

特定背景下的关系性契约——读 Jay M. Feinman 之 Relational Contract Theory in Context 有感	彭媛媛 (243)
对美国威斯康星大学（麦迪逊）法学院的调研报告	林其敏 (254)

国际法前沿

评析美国音乐作品播放许可案

——兼论我国贸易壁垒调查制度的完善

武长海^①

内容摘要

本文通过分析和梳理“美国音乐作品许可案”，透析了欧盟中介组织（爱尔兰音乐权利组织，IMRO）利用欧盟贸易壁垒调查规则应对美国知识产权壁垒的动态过程，提出了该案对完善和丰富我国对外贸易壁垒调查制度的理论和实践意义，并阐述了具体建议。本文分为三部分：一、美国音乐作品许可案案情及分析；二、贸易壁垒对相关产业的影响；三、该案对我国的借鉴意义。

关键词

美国音乐作品许可案 欧盟贸易壁垒调查规则 我国对外贸易壁垒调查制度完善

一、案情及分析

（一）案件背景

1997年4月21日，爱尔兰音乐权利组织（IMRO），在GESAC成员的一致支持下，依据（EC）3286/94规则即贸易壁垒规则（TBR）第4条向欧盟委员会申诉，请求取消美国对跨界音乐作品许可产生不利影响

^① 国际法学博士、博士后，中国政法大学法和经济学研究中心。此案例为商务部委托课题，本人独立完成。

的相关贸易做法。

这些障碍主要源于 1976《美国版权法》的第 110 (5) 节。《美国版权法》授予“版权所有人”独家使用音乐作品的权利,但版权法第 110 (5) 节却允许商店、酒吧、餐馆等在一定的条件下有权不必获得许可而通过广播或电视播放音乐作品,因而其不必为版权所有人支付任何报酬。

申诉人认为,美国的这些做法构成了 TBR 意义上的贸易障碍,因为它违背了建立世界贸易组织 (WTO) 协议下多边协议中的一些条款,尤其是与贸易有关的知识产权协议 (TRIPs)。

并且,IMRO 宣称它的成员,连同一些来自欧共体的其他成员,正在遭受或者正面临遭受 TBR 第 2 条第 (4) 项意义上不利贸易影响的威胁。申诉者提供了初步证据证明那些障碍对成员国造成的损失是重大的。此外,美国的这种做法被认为已经对欧共体境内所有版权所有人,而不仅仅是申诉组织成员产生了影响。

欧盟委员会经初步分析认为,申诉人对有关美国贸易做法构成贸易障碍和不利贸易影响的申诉有充足证据支持,足以开始调查程序进行调查。同时,由于 GESAC 成员的一致支持,以及美国贸易做法对第三国造成危险的事实,为欧共体利益启动一个委员会调查程序变得更为必要。

在 TBR 委员会的建议下 (在成员国一致支持启动程序的情况下),欧盟委员会认为有充分的证据支持启动调查程序的合法性。启动调查程序的通告于 1997 年 6 月 11 日登载在第 C177 号文摘中。

(二) 申诉人基本情况

申诉人爱尔兰音乐权利组织 (IMRO),是一个管理、授权和实施其成员音乐作品播放权的组织。它的成员由三类拥有播放权利的所有人构成:音乐作品作曲家、作词家和音乐作品出版商。IMRO 是代表其成员利益提出申诉的。

IMRO 的申诉得到了 GESAC 联合会议的一致支持。GESAC 实际上聚集了欧盟所有大的创作协会,代表了近 480 000 个音乐、书画、制作模型艺术、文学戏剧作品版权所有人和音像制品出版商。GESAC 代表了欧共体境内所有音乐作品播放权利所有人 (即作曲家、作词家和音乐作品出版者) 对 IMRO 提起的申诉表示支持。

(三) 被调查措施

美国音乐作品传播案的被调查措施是:《美国版权法》第 110 (5) 节有关允许商店、酒吧、餐馆等在一定的条件下有权不必获得许可而通过广播或电视播放音乐作品,因而不必为版权所有人支付任何报酬的立法

规定。

(四) 调查程序

1. 调查程序启动的通知

欧盟委员会将调查程序启动的通知公布在 1997 年 6 月 11 日欧共体官方公报 (O.J. C77) 上。

2. 问卷调查

执委会还于 1998 年 2 月正式通知与审查对象美国有关的成员国并进行问卷调查。

(1) 欧盟委员会对欧共体 14 个涉及音乐作品传播权的团体进行了问卷调查, 14 个团体都填写了问卷。在调查期间, 为核实问卷调查的真实性, 委员会拜访了其中的两个社团。

(2) 欧盟委员会也对三家美国音乐作品传播权组织进行了调查, 分别是: 美国作曲家、作家和出版者协会 (ASVAP), 美国音乐广播公司 (BMI) 和欧洲戏剧作家和作曲家协会 (SESAC)。他们代表了音乐作品的所有者比如作词家、作曲家和出版者。三个组织全部上交了调查表。然而, 基于美国音乐授权复杂的政治环境, 他们对调查表的答复, 尤其是有关 ASCAP 的问题, 相当谨慎。

(3) 为了核查欧盟委员会其他贸易伙伴是否也存在类似《美国版权法》第 110 (5) 节规定的免税行为, 欧盟亦向澳大利亚、加拿大和巴西等国的音乐作品传播权利许可代理组织送达了获取相关信息的征询函。

(4) 调查期间, 欧盟委员会也向美国当局送达了三份普通照会, 并随函附有调查表。然而美国当局既没有回复调查表也没有就调查作出官方反应。因此欧盟委员会不可能在调查期间会见美国当局并且与他们讨论。

(5) 鉴于目前立法议案还在众议院和参议院待决, 因此欧盟委员会派出了一个代表团与三位美国参议院议员会面, 并积极参与了在华盛顿正在进行的美国参议院司法部委员会讨论会。与会代表有知识产权委员会主席兼司法部委员会主席、参议员 Orrin Hatch, 参议院立法委员会助理 Craig Thomas 及 Strom Thurmond。

(五) 调查机关立场的确定

1. 《美国版权法》第 110 (5) 节违反了《伯尔尼公约》的规定

欧盟委员会认为, 《伯尔尼公约》第 11 条第 (1) 款赋予文学艺术作品 (包括音乐作品) 所有权人拥有授权他人通过广播或其他无线通讯设备传播作品的专有权利, 以及通过有线或再广播或通过扬声器等类似设

备向公众广播的专有权利。

世界知识产权组织 (WIPO) 曾对《伯尔尼公约》第 11 条作出过立法理由解释,“问题是作者对广播电台授予的许可是否允许广播电台随便使用,不论该使用是商业的还是非商业的。”“公约的回答是否定的。正如通过有线电台来转播的情况,因为随着带来更多的听众,这种情况下只要经过授权,听众没有经过作者本身许可就欣赏了音乐作品……作者认为他所授权广播电台的许可所覆盖的听众仅仅是包括家庭式范围内能够接收信号的直接听众。当这种接收大范围地用于取悦观众,其常常是为了获利,这样更多的人能够欣赏这个音乐作品,这种行为就不仅仅是广播行为,作者就可以在这个新领域重新授权以控制音乐作品的播放。”^①

《伯尔尼公约》第 11 条第 1 (iii) 款的适用必须满足两个条件:

(1) 必须向公众传播;

(2) 必须通过扩音器,或任何类似的工具,借助符号、声音和图像来传播音乐作品。

关于第二个条件,收音机和电视机 (即使他们没有使用单独的扬声器),也明确属于借助符号、声音和图像来传播作品的类似设备。

就第一个条件而言,属于向公众传播的具体情形并没有在第 11 条第 (1) 款中做具体规定。究竟何种情形属于面向公众的广播由国内立法来决定。然而,这种权利不是任意的,因为《伯尔尼公约》布鲁塞尔修订版对判断什么是公众传播提供了指南性规定,“最重要的是在人们会见的场所,如电影院、餐馆、茶楼……”。^②

《美国版权法》第 101 条^③对什么是音乐作品的公共播放和展示给予了具体定义。显而易见,第 110 (5) 节所述的那些情况属于这一定义。第 110 (5) 节的措辞明确地证实了这一点 (“通过公共接收电台来传播音乐作品……”),这种措辞表明了第 110 (5) 节的明确目的是对一定的公

① “*Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works (Paris Act, 1971)*” World Intellectual Property Organization, Geneva, 1978, p. 68.

② Comments in program for the Brussels Conference; Documents 1948, 266 ff.

③ “在公共场所播放音乐作品是指:

(1) 在公共场所或社会人士聚集的场所播放音乐作品;或

(2) 在第一条中所述的场所中通过任何装置或程序,向公众播放音乐作品,不管收听音乐的人在一个地方还是在不同的地方,在同一时间还是不同的时间。”

共播放音乐作品免于保护。该节的措辞表明在商店、酒馆或餐馆中收音机或电视的大众传播被视为是《美国版权法》意义上的公众传播。

向公众广播播放作品需要经过作品所有权人的许可。《伯尔尼公约》第 11 条第 (1) 款并没有规定这一原则有任何例外。因此,可以得出结论,《美国版权法》第 110 (5) 节的规定违反了《伯尔尼公约》,因为它违反了《伯尔尼公约》第 11 条第 (1) 款对作品所有权人所赋予的权利保护。

《伯尔尼公约》在给予版权所有人版权保护的同时,还存在限制版权绝对保护的条款。这些条款赋予了在一定条件下可以不需获得版权所有人的授权且在大多数情况下不用付费而使用被保护作品的权利。但是因为版权所有人对版权享有专有权利,因此这种权利的例外应当是非常狭义的。《伯尔尼公约》规定了三类豁免行为^①:

一是特殊作品不予保护,例如具有立法或行政性质的官方文本(第 2 条第 (4) 款)。

二是特定使用免于侵权,例如用于教育、情报或管理目的而使用版权作品。

三是强制许可制度。^② 强制许可制度下,版权所有人的权利缩小了,但并没有完全地取消。作品的使用(在满足例外条件的前提下)将不再受制于版权所有人的授权,但是版权所有人仍然有权取得酬金。

《伯尔尼公约》第 11 条第 (2) 款规定了对第 11 条第 (1) 款的例外。该款规定,国家可以制定限制第 11 条第 (1) 款所规定的版权所有人享有专有权的条件,然而这些条件并不妨碍作者获得公平酬报的权利。

显然,《美国版权法》的第 110 (5) 节并不是一个强制许可的规定。相反地,它不仅剥夺了权利所有人授权使用他们音乐作品的权利,而且也剥夺了他们获得在上述情况下使用他们音乐作品所应该支付酬金的权利。因此,第 110 (5) 节的内容并不属于《伯尔尼公约》第 11 条第 (2) 款规定的情形。

上述豁免规定属于《伯尔尼公约》的明示规定的例外,还有一类属于《伯尔尼公约》没有明确规定的所谓的“默示的”或“微不足道的”例外。

① Ricketson, o. c. p. 478.

② 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第 11 条第 (2) 款及第 13 条第 (1) 款。

《伯尔尼公约》第 11 条第 (1) 款默示的有关家庭式传播作品的例外即是“默示的例外”、“微不足道的例外”，主要基于法律不计较琐事的解释原则。《伯尔尼公约》的相关条款规定了作者享有专有权利的例外涉及微不足道的使用，或对作者不产生影响。

因此必须以忽略小的方面为前提，在这样的前提下，例外情况才不被认为违背了《伯尔尼公约》，只要这些例外是微小的和不重要的，对版权所有人利益的影响将是微不足道的。

《伯尔尼公约》第 9 条第 (2) 款对如何确定“微不足道的”例外规定了标准。《伯尔尼公约》第 9 条第 (1) 款给予作者可以许可复制自己作品的专有权利。第 (2) 款给予公约签字国可以减损有关复制专有权利：“允许在特定情况下对作品进行复制，只要这种复制不与作品的一般利用相冲突，且没有不合理地损害作者的合法利益”。这一标准体现了两个显著特点：第一，它意味着更宽泛的例外情形不被认为是合法的。第二，它意味着必须服务于特殊的目的，即必须存在公共政策的特殊原因，或一些特殊的情形。

《美国版权法》第 110 (5) 节规定的例外情形看起来并不局限于特殊的情形。相反地，它显得相当宽广。法令语言太含糊，而且只存在一个重要的使用标准（家庭式收音机的使用），这种标准有待进一步的澄清。当然人们也可以说使用“适用于私人住处的单一接收装置”也可能被视为一种相当特殊的情形，但是事实上，“一种普遍应用于私人住处”的表达，根据第 9 条第 (2) 款所设立的标准，似乎并不能充分地使这种情形符合“特殊情形”的要求。由于它的含糊和错误的法令语言，第 110 (5) 节并不只适用于小的“家庭式”的商店，其还在更广的范围内使用，如酒馆、等候室、银行大厅、集市的货摊上、餐馆甚至一些大的拥有 8 个或更多货存周转连锁商店。而且第 110 (5) 节并没有关于特殊目的和公共利益的规定，因此，第 110 (5) 节的规定家庭式豁免情形是否属于《伯尔尼公约》第 9 条第 (2) 款规定的“特殊情形”是有疑问的。

同时，第 110 (5) 节规定的通常在私人家庭范围内通过收音机或电视向公众传播作品，从其性质上来看，属于作品的一般利用。类似这种豁免在欧共体成员国或者欧共体主要贸易伙伴中并不存在。

另外，第 110 (5) 节规定的豁免情形已经损害了权利所有人的合法收益，《美国版权法》第 110 (5) 节旨在剥夺权利所有人对作品的控制权利和因他人使用作品获得酬报的权利。这种使用作品的控制权利不仅仅是被限制，或须遵循一定条件，而是完全被剥夺。

因此,《美国版权法》第 110 (5) 节有关家庭式豁免的规定不是“微不足道的”例外,构成了对《伯尔尼公约》的违反。

2. 《美国版权法》第 110 (5) 节违反了 TRIPs 协议的规定

TRIPs 协议第 9 条第 (1) 项规定, WTO 成员有遵守《伯尔尼公约》第 1 至第 21 条及其附件规定的强制性义务。因此, WTO 成员如未能遵守《伯尔尼公约》的规定,则该成员就违反了 TRIPs 协议下的义务。

《美国版权法》第 110 (5) 节违反了《伯尔尼公约》,尤其是其中第 11 条第 (1) (iii) 款的规定,因此,第 110 (5) 节违反了 TRIPs 协议第 9 条第 (1) 款。

但是,美国仍然极力证明其家庭式豁免行为适用于 TRIPs 协议第 13 条,并以此来表明这种豁免是与 TRIPs 协议相一致的。

TRIPs 协议第 13 条规定,“各成员对专有权作出的任何限制或例外规定仅限于某些特殊情况,且与作品的正常利用不相冲突,也不得无理损害权利所有人的合法权益。”

第 13 条适用于 TRIPs 协议第二部分第一节所涉及的所有权利(版权及其邻接权利),换句话说,也就是《伯尔尼公约》第 1 条至第 21 条规定的权利(这些权利通过 TRIPs 第 9 条转化成 TRIPs 协议的一部分),以及那些包含在 TRIPs 协议第 10 条、第 11 条及第 14 条中的权利。

问题是《美国版权法》第 110 (5) 节有关对权利行使设定条件并剥夺权利人获取酬金的做法是否适用 TRIPs 协议第 13 条的规定。

《伯尔尼公约》第 11 条第 (2) 款规定,国内法律可以对权利所有人对作品享有的专有权利设定限制条件,但是这种条件的限制不得损害权利所有人获得公平报酬的权利。因此,TRIPs 协议第 13 条不适用于《美国版权法》第 110 节第 (5) 项有关家庭式豁免的规定,因为这种家庭式豁免否定了权利所有人公平获得报酬的权利。

综上所述,《美国版权法》第 110 (5) 节的规定违反了《伯尔尼公约》,进而违反了 TRIPs 协议。

3. 《美国版权法》第 110 (5) 节对欧盟造成了不利贸易影响

(1) 第 110 (5) 节剥夺了欧盟权利所有者的收入。《美国版权法》第 110 (5) 节的实施,使得欧共体音乐作品权利所有者被剥夺了许可播放他们音乐作品以及取得酬金的权利。而且这种酬金的减少造成了欧共体权利所有者的巨大损失。

在计算损失的程度时,欧盟委员会采用了申诉人测算方法中的一种,即,通过推算美国经销商因免税行为的获利来计算损失。这种估计损失