

国际投资协定中知识产权保护的 “TRIPS-plus”难题及中国应对

沈 伟 张 焱

【摘要】1994年签订的《北美自由贸易协定》将知识产权规则引入国际投资的征收与补偿条款,从而开辟了知识产权征收问题上的国家管制权例外。这类条款使国际投资协定与《TRIPS协定》发生了紧密关联,并发展成为“TRIPS-plus”标准。在近期的国际仲裁实践中,仲裁庭虽然回避了对此类条款的适用,但其仍值得进一步研究。因为BIT中的“TRIPS-plus”现象会打破《TRIPS协定》所构建的知识产权保护与公共利益间的平衡,增加知识产权国际保护义务,对广大发展中国家的知识产权保护形成新的压力。本文考察我国BIT的公平公正待遇对“TRIPS-plus”难题的适用问题,为今后新签、重签、修订BIT及完善知识产权投资保护环境奠定基础。

【关键词】知识产权国际保护;双边投资协定;公平公正待遇;TRIPS-Plus

【作者简介】沈伟(1972-),上海交通大学法学院教授,博士生导师,研究方向:国际经济法、金融法;张焱(1988-),上海交通大学法学院博士研究生,研究方向:国际经济法(上海 200240)。

【原文出处】《东岳论丛》(济南),2021.8.173~182

1995年《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS协定》)是知识产权领域重要的国际法律协议,为世贸组织体系制定了知识产权保护的基本标准。该协议的签署标志着全球知识产权法律制定和治理在一定程度上从世界知识产权组织(WIPO)向世贸组织(WTO)转移。但实际上,《TRIPS协定》是一种“一刀切”式的知识产权保护方式,以美国国内的知识产权标准为基础,几乎将知识产权保护延伸到创新和创造的所有领域,缩小了发展中国家利用知识产权促进国家发展的回旋余地^①。《TRIPS协定》所强加的霸权知识产权秩序可能引发社会经济和道德危机,造成发展中国家当地知识资源的浪费,扩大与发达国家之间的差距。

贸易自由化和全球化有助于增加国际贸易量,吸引海外投资,促进国民经济增长。这是各国寻求自由贸易协定以扩大出口和吸引外资的重要原因。

但是,在知识经济时代,如果没有技术、人力资本等内部因素的发展,没有对知识产权的充分保护,仅靠出口刺激政策的贸易和投资增长将无法持续^②。作为应对,国家应通过技术创新来改革国内经济结构,发展以知识和创新为驱动力的制造业,从国际市场上的附加值产品中获得更多经济利益。正因如此,国家应积极参与构建更加公平公正的国际知识产权规则体系,营造更有吸引力的知识产权投资法治环境。

一、从例外条款到“TRIPS-plus”

世界上首个双边投资协定(以下简称BIT),即1959年德国和巴基斯坦的双边投资协定,将知识产权纳入投资保护范围,指出“专利和技术知识以及由此所获得的收益”可以作为投资^③。尽管范围较窄,但知识产权在国际投资协定(以下简称IIA)初期便占有一席之地。在随后订立的双边、多边或区域性投

资协定中,知识产权已成为一项被普遍保护的国际投资。而1994年的《北美自由贸易协定》(以下简称NAFTA)则将知识产权规则引入IIA的征收与补偿条款,确立了二者间的交叉保护。NAFTA第1110条第7款对征收与补偿作出了例外规定,即符合国际知识产权规则的强制许可、创设、限制或撤销知识产权不适用第1110条的征收与补偿条款。该例外把国家对知识产权的某些干预措施排除于征收的范围之外,而被排除的国家干预措施则完全依据WTO-TRIPS和/或自由贸易协定知识产权保护章节中的规定加以识别和剔除^④。

探寻知识产权征收例外条款的产生根源,必须理解知识产权作为国际投资的特殊性。首先,知识产权的国际保护关涉公共健康、遗传资源、人权保护等问题,与全人类的命运休戚相关。因此,知识产权的国际立法引入了公共利益原则,并在《TRIPS协定》中得到体现^⑤。但由于商标、专利等知识产权需通过行政程序加以确认,国家公权力就必须深入到知识产权的取得、行使以及权利救济各环节。当一项知识产权投资遭遇东道国国家管制,引发利益冲突时,如何界定公权力的介入界限,能否将管制措施认定为对知识产权投资的征收?作为投资的知识产权不可能脱离东道国管控,而征收恰恰是具有强烈国家规制色彩的措施。因此,知识产权投资可能引发投资征收的争端。其次,知识产权国际保护的另一大特点是地域性。不同国家对知识产权的申请条件、授权范围、限制性规定与例外、保护水平等规定各不相同。在双边或多边投资协定签订或适用的过程中,东道国内法与投资协定对知识产权保护的规定或解释不一致,导致投资协定国际性与知识产权保护地域性之间的矛盾冲突,增加了知识产权在投资过程中的争端可能性。

近些年,发达国家将矛头指向了《TRIPS协定》规定的“最低保护标准”。在近期一系列FTA和BIT中,美国等发达国家利用自身强大的经济实力和国际话语权将知识产权的国际保护义务拉高到“TRIPS-plus”标准,超出《TRIPS协定》所确立的义

务:(1)增加知识产权保护客体;(2)扩大知识产权保护范围;(3)延长知识产权保护期限;(4)加强知识产权保护措施;(5)强化知识产权限制的反限制;(6)要求缔约方承担加入知识产权国际条约的义务,涉及WIPO管辖的所有条约、某些地区条约如《欧洲专利公约》,时间横跨TRIPS缔结之前的既存条约与缔约之后的新签条约等等^⑥。美欧正在进行“超TRIPS”的造法运动^⑦。一场旨在谋求更高标准和更广范围的知识产权保护国际立法活动正在酝酿和发展之中^⑧。

《美国双边投资保护协定范本(2012年版)》(以下简称《2012范本》)第6条(征收和补偿)第5款规定:“本条规定不适用于符合《TRIPS协定》规定的知识产权强制许可,或与《TRIPS协定》相一致的知识产权的废止、限制或设立”。此处的“不适用”有两层含义:(1)一项符合《TRIPS协定》规定的知识产权强制许可或与《TRIPS协定》相一致的知识产权的废止、限制或设立可能构成征收,只不过这种征收被认为是合法的,排除第6条的适用;(2)如果一项知识产权的强制许可或知识产权的废止、限制或设立违反了《TRIPS协定》,则构成非法征收,第6条便可适用。而《TRIPS协定》规定的知识产权强制许可,是指:(1)《TRIPS协定》第31条规定的专利强制许可;(2)根据《关于实施TRIPS与公共健康的多哈宣言》第6段的规定由WTO总理事会通过的《关于实施TRIPS与公共健康第6段的决议》(以下简称《总理事会决议》)规定的药品专利强制许可;以及(3)《TRIPS协定》有限度肯定的《伯尔尼公约》有关著作权的强制许可^⑨。《TRIPS协定》第31条规定了成员国可以颁发强制许可的三种情形^⑩,还规定了成员批准强制许可的十二项严格限制条件。因此,根据《2012年范本》第6条第5款的规定,只有不满足上述所有规定的知识产权强制许可才可以纳入征收与补偿条款的适用范围。实践中,专利投资者很难证明这一事实,无法指控东道国的非法征收行为。但相关事实一旦得到证明,投资者便可就非法征收行为向东道国要求赔偿。假设投资者就此与东道国产生分歧,寻求国际投资仲裁庭的帮助,仲裁庭作为裁决机构有权对东道国颁布的强

制许可是否与上述规定相一致做出判断。

自2006年以来,共有五起知识产权投资争端案件被诉至国际仲裁机构^⑩,投资者与国家争端解决机制(ISDS)由此介入知识产权领域。鉴于知识产权征收例外条款与《TRIPS协定》的密切联系,投资仲裁庭在适用此条款时面临的首要问题是:判断并解释东道国的被诉措施与《TRIPS协定》之间的一致性。实践中,“Eli Lilly公司诉加拿大案”涉及这一问题。该案争议焦点是专利无效判决是否等于对专利权的投资征收。Eli Lilly公司认为加拿大法院的判决导致专利权彻底灭失,与“公开地、蓄意地和公认地夺取财产”没有实质区别,并且这一判决带来的后续影响产生了“实质剥夺的效果”,严重侵犯其依据NAFTA本应获得的投资权益,加拿大的被诉行为构成对其知识产权投资的征收。而加政府认为,专利是国家授权的产物,以满足该国法律规定的条件为前提,当一项专利不符合授权条件和程序时,对其作出无效宣告是国家管制权的正当行使,不应认定为征收。加政府还援引NAFTA第1110条第7款,指出此案属于征收的例外。仲裁庭最终裁决驳回申诉,依据是仲裁庭不具备审理某国法院判决的职能^⑪,且征收行为与公平公正待遇间的关系过于敏感,仲裁庭不宜审查^⑫。可见,仲裁庭既未对加拿大援引NAFTA的知识产权投资征收例外条款作出任何回应,也回避了对《TRIPS协定》作出解释,没有正面回应“征收行为”。除上述案件外,“奥贝泰克诉美国案”“莫里斯诉澳大利亚案”及“莫里斯诉乌拉圭案”三起知识产权投资争端仲裁案件都曾引发国际关注,仲裁庭否认对前两起案件的管辖权。在“莫里斯诉乌拉圭案”中,乌拉圭颁布的禁烟法律要求健康警示语图片覆盖80%的烟盒,莫里斯公司认为这一措施损害其商标权作为投资的价值,依据“瑞士-乌拉圭BIT”将此案提请国际投资仲裁庭。仲裁庭肯定了对此案管辖权,并在最终裁决中裁定乌拉圭的被诉措施不构成对投资条约义务的违反。

二、中国面临的“TRIPS-plus”难题

外国投资者通过ISDS机制寻求保护知识产权的

路径是,东道国因不遵守《TRIPS协定》中的义务,违反了投资条约中的公平与公正待遇规定^⑬。而中国反对超越TRIPS知识产权保护标准的多边自由贸易协定,尤其是那些由一小部分技术先进的发达国家在WTO和联合国框架之外推动的贸易优惠安排,比如《反假冒协定》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)^⑭。中国在TRIPS理事会2010年6月的辩论中^⑮批评在TRIPS上加强知识产权保护标准的趋势,认为发达国家对TRIPS-plus条款与协议的追求,限制了TRIPS协议的灵活性,破坏了TRIPS协议下知识产权与其他公共利益之间的平衡^⑯。TRIPS-plus条款在发达国家主导的多边自由贸易协定中扩散,试图阻止发展中国家使用TRIPS灵活性机制、多哈宣言和《TRIPS修正议定书》。TRIPS-plus规则对发展中国家的经济利益、人权发展和文化多样性产生消极影响^⑰。发展中国家更希望在利用国际经济体系的同时,维持国内社会经济的稳定发展^⑱。

然而,在2013年,中国与瑞士签订的《中国-瑞士自由贸易协定》(以下简称“中瑞自贸协定”)中第一次增加了具有强制约束力的硬性保护条款,出现了一些超越TRIPS保护水平及内容与《TRIPS协定》不同的“超TRIPS”条款。中国和澳大利亚、韩国签订的自由贸易协定也出现了“超TRIPS”条款。这些自贸协定不仅吸收了数字时代的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》《建立世界知识产权组织版权条约》,而且“中瑞自贸协定”还要求双方尽合理努力批准或加入《视听表演北京条约》。“超TRIPS”还表现在扩大知识产权保护类型,即从专利和工业品外观设计扩展到实用新型、原产地名称^⑲;提高邻接权保护水平,将表演者的权利扩大到“视听表演”,即录音制品和录像制品所固定的表演^⑳;体现电子技术、数字技术的发展,制止故意规避技术措施行为,保护版权和邻接权的电子权利管理信息^㉑方面。

中国在晚近的自贸协定中吸收“超TRIPS”标准既有来自谈判对方国家的压力,也有中国提高自身知识产权保护水平以促进经济发展的需要,还有增强国际经贸规则制定话语权的制度性要求。自1984

年加入《巴黎公约》以来,我国对国际知识产权条约的研究主要侧重于理解、阐释知识产权国际法律规范的内容与适用,以及如何使国内法律与国际规则接轨。随着经济发展、综合实力和创新能力的提升,我国正在改变作为国际知识产权体系被动接受方的局面。2017年7月8日,国务院《关于印发新一代人工智能发展规划的通知》中提出,建立人工智能技术标准和知识产权体系,“以技术标准‘走出去’带动人工智能产品和服务在海外推广应用。”我国应该以此为契机,在国际知识产权领域积极、主动地发挥大国作用,谋求新技术背景下的国际话语权。BIT作为保障国际投资秩序的重要规则形式之一,应当成为我国力争构建全新知识产权国际保护制度的重要工具。据统计,当前全球范围内BIT数量多达2901个,已生效的有2334个^③。作为海外投资大国,制定合理的知识产权战略、借由BIT抢占国际投资先机已成为不可错过的机遇。

在美国等发达国家加大知识产权保护力度的背景下,知识产权的国际保护开始进入后TRIPS时代^④,BIT、FTA等诸多协定都出现了“超TRIPS”规则^⑤。这些规则增加了发展中国家知识产权保护的压力。虽然近年来我国在人工智能、5G等领域的科技水平和自主创新能力有了较大发展,但数据显示(见表1)我国知识产权使用费仍处于贸易逆差阶段,仍然是一个以知识产权输入为主的发展中国家^⑥。目前,我国与美国、欧盟之间的BIT还在谈判中,未来还面临一系列BIT重新签订的问题,比如如何有效控制TRIPS协议下的知识产权保护义务进入投资仲裁机制,保护我国企业海外投资利益。

当前,一些投资协定在某些条款中包含与TRIPS重叠^⑦或排除^⑧的部分。由此导致的难点是,在没有明确提及《TRIPS协定》时,《TRIPS协定》是否应被理

解为被包含于投资条约之中,进而可在投资争端中被仲裁庭予以适用?

反对观点认为,《TRIPS协定》对知识产权保护有排他管辖权,因为WTO规则适用排他性的争端解决程序。因此,投资仲裁庭无权适用《TRIPS协定》。加拿大政府在“礼来案”中就主张违反《TRIPS协定》的争端应由成员国提交至WTO争端解决机制解决,而非ISDS解决。这是因为:第一,《TRIPS协定》适用于投资争端,实质是赋予投资者在仲裁庭上根据TRIPS的规则主张权利,但在TRIPS的争端解决机制下,只有国家才能主张TRIPS项下的权利,投资者没有该权利^⑨;第二,《TRIPS协定》下成员国在缔约时,没有将投资者可以通过仲裁的方式解决与东道国的知识产权纠纷写入《TRIPS协定》,可以推定这些国家没有意图让其公民参与TRIPS的争端解决机制。

赞成观点认为,仲裁庭在投资争端中适用《TRIPS协定》有利于保护投资者,因为投资者可以对东道国提起仲裁请求,而《TRIPS协定》只允许受害国利用WTO争端解决机制对东道国政府违反《TRIPS协定》获得救济。但是,这一观点仅从投资者保护视角分析两种机制的差别,而没有从条约角度进行法律分析,扩张了《TRIPS协定》的适用范围。

现有IIA中的一般例外条款在形式上有集中式和分散式两种基本范式。集中式指专门设有条款集中规定多种公共利益,分款项具体列举相应的保护目标;分散式是指分别在环境保护、劳工标准、金融审慎等部分规定例外情形。两种范式分别以加拿大的BIT范本和美国的BIT范本为典型^⑩。中国签订的BIT由于立法技术的局限和促成谈判成功的现实需要,均采用“欧洲立法模式”,较为简约^⑪,含有非常少的例外条款(见表2),无法有效避免“TRIPS-plus”问题。

表1 2016-2019年我国货物和服务贸易年平均差额和知识产权使用费年平均差额 (单位:亿元人民币)

项目	2016年	2017年	2018年	2019年
货物和服务贸易年平均差额	1373	1243	644	1394
知识产权使用费年平均差额	-126	-134	-165	-159

表2 中国BIT例外条款

条款类型	具体条文
一般例外条款	中国—新加坡BIT第11条 ^③
	中国—斯里兰卡BIT第11条 ^③
	中国—印度BIT第14条 ^③
	中国—加拿大BIT第33条中国—芬兰BIT第3条(投资待遇)第5款 ^③ 、第6款 ^③ 中日韩BIT第18条
知识产权征收例外条款	中国—东盟投资协定第8条(征收)第6项 ^④
	中国—哥伦比亚BIT第6条(征收与补偿)第6项
	中国—加拿大BIT第10条(征收)第2项 ^④

三、《TRIPS协定》的适用路径分析

晚近投资协定都会赋予投资者公平公正待遇,但内容不尽相同,可分为以下几类:第一类BIT在规定公平公正待遇时不附条件,不将其与国际法、国际习惯法等法律渊源相联系^③。这种规定赋予仲裁庭较大解释自由,对于公平公正待遇限制较少。第二类BIT相较于第一类BIT而言,仲裁庭在解释公平公正待遇时将国际法作为参照系^④,自由裁量权有所限缩。第三类BIT将公平公正待遇与习惯国际法相联系,并将其细化为符合习惯国际法最低待遇标准。相较于第二类BIT而言,由于将国际法的范围直接与习惯国际法相联系,仲裁庭的裁量权受到更大限制。鉴于上述三类条约在仲裁实践中的宽泛性和不确定性,近来投资条约中出现了将公平公正待遇细化为具体义务的做法^⑤。第四类BIT采用开放式或封闭式的列举方式,将公平公正待遇与具体的规定或要求相结合,比如将公平公正待遇限定在不得实行明显的歧视性或专断性措施、不得粗暴地拒绝公正审理等^⑥,一定程度上弥补了公平公正待遇的宽泛性和模糊性。

不同类型的公平公正待遇条款在仲裁庭处理知识产权投资争端仲裁案件时会起到不同作用。

第一类BIT规定的公平公正待遇,扩大了投资者的合理期待,同时提供了条约解释的一种路径。在国际投资仲裁实践中,多个仲裁庭支持将“保护投资

者的合理期待”视为“公平公正待遇”条款下东道国的义务^⑦。在最早援引公平公正条款的“Metalclad诉墨西哥案”中,仲裁庭肯定了投资者依赖政府作出的承诺而进行建设的行为应该受到保护^⑧。因此,投资者可以主张东道国遵守《TRIPS协定》是在合理期待的范围之中。“Tecmed案”的裁定首次阐明投资者的合理期待概念,并且指出公平公正待遇标准应该包括投资者的合理期待^⑨。之后,一系列的投资仲裁案件将合理期待解读成为公平公正待遇的重要内容。例如,在“Saluka诉捷克案”中,仲裁庭主张投资者合理期待是公平公正待遇标准的决定性因素^⑩;在“Duke Energy诉厄瓜多尔案”中,仲裁庭认为合理期待是公平公正待遇的关键元素^⑪;在“Bayindir诉巴基斯坦案”中,仲裁庭认为合理期待属于公平公正待遇的组成部分^⑫;在“Alpha诉乌克兰案”中,仲裁庭认为公平公正待遇应当包含不违背投资者合理期待的义务^⑬。另一条路径是用条约解释的方法对不加限制的公平公正待遇条款作出解释。《条约法公约》(VCLT)第31条第3款规定,在对条约进行解释时可参考缔约方之间可适用的任何相关国际法规则。《TRIPS协定》作为投资条约缔约方之间的条约,能为与知识产权相关的公平公正待遇的解释提供足够的国际法渊源^⑭。在“菲利普·莫里斯诉乌拉圭案”中,仲裁庭结合VCLT第31条第3款c项对条约进行解释,引入有关的习惯国际法规则,解释不受任何限定的公平公正待遇^⑮。虽然直接根据VCLT第31条第1款^⑯,结合具体个案事实情形,足以解释公平公正待遇的含义,不必纠缠于公平公正待遇与《TRIPS协定》之间关系,但是公平公正待遇本身抽象模糊,依据文字表面和通常含义并不能确定具体明确的内容。因此,VCLT第31条第1款提供的条约解释路径并无太大帮助。对此,应当结合一系列权威学说和投资条约仲裁判例,通过《TRIPS协定》的视角解释公平公正待遇,以避免不合理地“限制”公平公正待遇的范围和内容^⑰。

第二类及第三类投资条约在规规定公平公正待遇时,试图建立起与国际法尤其是习惯国际法之间的

联系。第二类投资条约中的公平公正待遇通过指引国际法的方式,明确了国际法在公平公正待遇中的内容和来源,从而《TRIPS 协定》作为国际法可被用作仲裁庭解释公平公正待遇的基础。此外,《国际法院规约》第 38 条第一条(寅)规定的“一般法律原则”^④和第二条规定的“公允及善良”原则^⑤,作为国际法的渊源之一也可以适用于国际投资仲裁。在第三类投资条约中,将对国际法的适用进一步限制为只参照习惯国际法。“Waste Management 诉墨西哥案”的仲裁庭总结东道国的下列行为违反了习惯国际法的最低标准:严重不公平、不公正的行为;具有歧视性或者种族偏见的行为;违反司法公正的行为;完全缺乏透明度和公正性的行政程序^⑥。《TRIPS 协定》能否基于参照习惯国际法而被仲裁庭适用,存有一定的争议。争议之一是《TRIPS 协定》能否被视为习惯国际法。《国际法院规约》第 38 条(丑)的规定,国际习惯被定义为,“作为通例之证明而经接受为法律者”。肯定意见认为,主要大国均加入《TRIPS 协定》或者正在努力加入,《TRIPS 协定》至今已生效 22 年,在国际领域被广泛地尊重和践行。但否定者指出,事实上仍有大量国家未加入,没有证据表明这些国家普遍性的遵守。因此,《TRIPS 协定》还不是习惯国际法的观点被普遍接受。如果认可《TRIPS 协定》构成习惯国际法,则意味着在国际投资仲裁中,未加入《TRIPS 协定》的国家也会受到《TRIPS 协定》的约束,这不合理。争议之二为遵守《TRIPS 协定》是否属于习惯国际法。肯定者认为,《TRIPS 协定》虽然不是习惯国际法,但是基于条约必须信守原则的要求,《TRIPS 协定》的成员方遵守《TRIPS 协定》构成习惯国际法。就如同“Canfer 案”申请人指出的那样,WTO 中的条款不会自动成为国际习惯法,但遵守 WTO 协议是习惯国际法^⑦。未加入《TRIPS 协定》的国家无须承担《TRIPS 协定》的义务,但在《TRIPS 协定》成员国之间,违反《TRIPS 协定》会构成违反公平公正待遇。这一肯定的观点值得商榷。首先该观点扩大了习惯国际法的适用范围,混淆了抽象法律原则和具体实践之间的界限。条约必须信守是条约法基本原则。《维

也纳条约法公约》在第 26 条要求条约对当事国有约束力且应当被善意履行^⑧。这对所有国家有约束力,是公认的习惯国际法原则。《TRIPS 协定》的成员方遵守《TRIPS 协定》是这一习惯国际法原则的具体体现。然而,不遵守《TRIPS 协定》并不意味着违反习惯国际法。判定习惯国际法,依然应当以相当数量的国家在相当长时间内反复和前后一致地实践以及这些国家将其作为法律确信而实践为准。成员国之间遵守的《TRIPS 协定》不满足上述要件,因而不能将其作为习惯国际法。其次,肯定观点也不符合投资条约缔约之目的。投资条约条款应当优于“条约必须信守”这一原则在投资仲裁中适用。例如 NAFTA 自由贸易委员会对 NAFTA 第 1105 条第 1 款的解释将“国际法”范围缩小到“习惯国际法”,要求依照“习惯国际法最低待遇标准”的要求提供“公平公正待遇”,“认定违反 NAFTA 其他条款或其他独立国际协议的规定,并不构成对 1105 条第 1 款的违反”。“公平公正待遇”和习惯国际法相联系的目的旨在限制仲裁庭对公平公正待遇进行解释的范围。仲裁庭对公平公正待遇条款的解释应当尊重缔约国缔约条款之目的。如果投资协定并没有约定适用《TRIPS 协定》,按照“条约必须信守”的基本原则,《TRIPS 协定》应当不在公平公正待遇适用范围之内。依据国际习惯法,《TRIPS 协定》作为条约,不能被用作适用公正公平待遇原则的法律基础。

第四类条约将公平公正待遇细化为具体内容的表达方式仍在发展,在当前投资条约中所占比重仍然较小^⑨。仲裁庭在争端中应当在条款规定的具体义务之下进行解释,具体义务之规定中未提及《TRIPS 协定》的相关内容,《TRIPS 协定》自然不能在投资仲裁中予以适用,并作为东道国义务与责任的来源,这被判例和学说所接受,争议较小。

综上所述,公平公正待遇与投资者合理期待、国际法、习惯国际法之间的相互关系存在争议,是理论界及投资争端当事人的争议焦点。第一类条约不对公平公正待遇条款进行限定,可能被宽泛解释,因而,《TRIPS 协定》有在投资仲裁中被适用解释的可能

性,有利于保护外国投资者权益。第二类条约将公平公正待遇与国际法相联系,《TRIPS 协定》亦可以被作为解释公平公正条款的直接依据。第三类条约将公平公正待遇限定于习惯国际法下的待遇,基于条约的特点,《TRIPS 协定》的适用应当被限制。第四类条约则对于仲裁庭适用《TRIPS 协定》进行了更为严格的限制,体现了对于公平公正待遇涵义的限缩趋势。总之,在投资仲裁中,《TRIPS 协定》确实有基于公平公正待遇条款的路径而被仲裁庭予以适用之可能。

根据商务部公布的我国业已生效的 104 份 BIT^⑥,BIT 条款中的公平公正条款规定依据不同的内容可作类型化处理(见表 3)。从我国 BIT 的具体条文看,公平公正待遇条款大多以第一类和第二类为主。鉴于投资者合理期待在投资仲裁中的“纸牌屋效应”^⑦,这一特征为仲裁庭在知识产权案件中引入《TRIPS 协定》提供了可能性,提高了我国知识产权保护的标准,造成了知识产权保护的巨大压力。

四、结语

《TRIPS 协定》作为 WTO 体系下重要的多边条约,旨在加强国际贸易领域的知识产权保护。在投资争端中,投资者利用 TRIPS 挑战东道国针对知识产权的管理措施,原因在于 ISDS 相较于 WTO 在知识产权争端解决方面存在机制性优势。WTO 争端解决机制的适用主体是成员国,投资者不能直接启动针对东道国的争端解决程序。ISDS 机制的启动具有单方性,投资者在将争议提交仲裁过程中掌握更多主动权。在 WTO 争端解决机制下,违反《TRIPS 协定》的成员方仅承担排除单边措施的义务,不对私人提供经济赔偿,而在 ISDS 机制下,如果东道国未履行投资条约的义务,损害了投资者的投资利益,投资者将有权申请获得赔偿。因而,当东道国实施不符合《TRIPS 协定》的规制措施损害投资者利益时,相较于劝说母国启动 WTO 争端解决机制,投资者试图通过公平公正待遇解释的路径,将《TRIPS 协定》适用于投资争端以维护自身权益,其本质是借投资之壳扩张

表 3 我国 BIT 中公平公正条款的类型统计

规定类型	典型表述举例	BIT 数量	百分比	
仅规定公平公正待遇原则	缔约一方的投资者及其收益,在另一缔约方的领土范围内,在任何情况下,应获得公平公正待遇,并获得完全的安全和保护。 ^⑧	49	47.115%	
与国际法相联系	任一缔约方,依据广为接受的国际法原则,应当给予另一缔约方的投资者在本国境内或海域内的投资以公平公正待遇。 ^⑨	4	3.846%	46.154%
	缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资和与投资有关的活动应受到公平的待遇和保护。本条第一款所述的待遇和保护,应不低于给予第三国投资者的投资和与投资有关的活动的待遇和保护。 ^⑩	44	42.308%	
与习惯国际法相联系	无	0	0%	
开放式或封闭式的列举方式	缔约一方应该确保给予缔约另一方的投资者及在其境内的投资以公正与公平待遇,提供充分保护与保障。“公正与公平待遇”要求缔约一方不得对缔约另一方投资者粗暴地拒绝公正审理,或实行明显的歧视性或专断性措施。 ^⑪	2	1.923%	
无公平公正待遇条款	我国与意大利、保加利亚、捷克斯洛伐克、白俄罗斯、日本五国签订的 BIT 中未规定公平公正待遇条款。	5	4.808%	
总计		104	100%	

国际知识产权保护制度。

投资仲裁庭适用《TRIPS 协定》的难题起源于知识产权投资者对于知识产权保护更高标准的需要,通过公平公正待遇的解释路径使投资者可以在投资者—东道国投资争端解决机制中利用《TRIPS 协定》,起到更高水平保护的作用。由于众多投资协定对公平公正待遇条款规定的内容差异,依据公平公正条款适用《TRIPS 协定》的可能性也有所不同。但是可以肯定的是,仲裁庭适用《TRIPS 协定》会增加东道国知识产权保护的义务,对东道国的规制权和公共利益产生约束效果^⑥。

各国在 BIT 框架下是“点对点”的投资谈判。这一点体现在知识产权保护领域上,使得发展中国家在多边谈判机制下累积的集团优势进一步被削弱,被迫承受超出 TRIPS 规定的义务,产生“TRIPS-plus”风险。在发展中国家的知识产权自主创新能力还处于弱势的情况下,打破 TRIPS 体制利益平衡所达到的知识产权保护最低标准,对我国构成潜在风险。

我国的对外投资虽然呈蓬勃发展之态,但总体上仍处于资本输入国地位,尤其在与美国、欧盟等进行 BIT 谈判时,应维系当前多边知识产权协定的灵活性和最低标准,在 BIT 的签订中明确 BIT 中公平公正条款的内涵、协调强制许可与征收补偿的关系以及对 ISDS 附以恰当的限制,进而在不损害国家利益的情况下,建立更有吸引力的知识产权投资法治环境。

注释:

① Oguamanam, "Beyond Theories: Intellectual Property Dynamics in the Global Knowledge Economy", *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, 2009(9), pp. 104-154.

② Apinya Bunditwithisagul, "Toward a Knowledge-Based Economy: TPP and Thailand's Experience and Concerns", *SMU Science and Technology Law Review*, 2017(20), pp. 249-258.

③ 贾丽娜:《国际“投资”定义中的知识产权范畴探究》,《私法》,2018年第1期。

④ 张建邦:《国际投资条约知识产权保护制度的现代转型研究》,《中国法学》,2013年第4期。

⑤《TRIPS 协定》的序言规定,“承认保护知识产权的诸国内制度中被强调的保护公共利益的目的,包括发展的目的与技术目的”;其第7条规定,“知识产权的保护与权利行使,目的应在于促进技术的革新、技术的转让和技术的传播,以有利于社会经济福利的方式促进技术知识的生产者与使用者互利,并促进权利与义务的平衡”;其第8条更进一步规定,“成员可以采取必要措施保护公共利益,并防止权利人滥用知识产权”。

⑥ 古祖雪,揭捷:《“TRIPS-plus”协定:特征、影响与我国的对策》,《求索》,2008年第8期。

⑦ Anselm Kamperman Sanders, "Intellectual Property, Free Trade Agreements and Economic Development", *Georgia State University Law Review*, 2007(23), pp. 893-912.

⑧ 刘劭君:《知识产权国际规则的内在逻辑、发展趋势与中国应对》,《河北法学》,2019年第4期。

⑨ 何艳:《美国投资协定中的知识产权保护问题研究》,《知识产权》,2013年第9期。

⑩《TRIPS 协定》第31条(b)款规定,成员国可在以下三种情况下颁发专利强制许可:(1)进入国家紧急状态或在其他特别紧急的情况下;(2)为了公共利益的需要;(3)意图使用人已经努力向专利权人要求合理的商业条款及条件获得许可,但在合理的期限内未获许可。

⑪ 五起涉及知识产权的投资仲裁中,2006年“壳牌国际股份有限公司和壳牌尼加拉瓜公司诉尼加拉瓜案”以原告撤诉结案,2008年“奥普泰克制药公司诉美国案”和2012年“菲利普·莫里斯公司诉澳大利亚案”以仲裁庭裁定无管辖权终结,2010年“菲利普·莫里斯诉乌拉圭案”和2014年“礼来制药公司诉加拿大案”已经裁决。

⑫⑬ See *Eli Lilly and Company v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, para. 221, para. 225.

⑭ 礼来制药公司依据《北美自由贸易协定》第1105条第1款:每一缔约方承诺“给予另一缔约方投资者的投资依据国际法的待遇,包括公平公正待遇和充分的保护与安全”和第1110条:“任何成员方都不能直接或间接地国有化或对投资采取相当于国有化或征收的措施,除非:(1)为了公共目的;(2)在非歧视的基础上;(3)符合法律程序;(4)支付补偿。”提起仲裁。礼来公司认为加拿大法院宣告专利无效相当于征收,并且违反了公司对于加拿大专利法的合理期待,违背了公平公正待遇标准,最终向加拿大政府提出5亿加元的损害赔偿请求。

⑮ ACTA 协议的文本于2011年4月通过,但至今并未生效,仅有日本批准此条约,后来被 TPP 和美墨加协议的知识产权章节更新替代。

⑩中国在2010年6月8-9日在世贸组织TRIPS理事会上分发的提案, <https://keionline.org/node/833>。

⑪"Enforcement Trends, Council Debates Anti-Counterfeiting Talks, Patents on Life", WTO News, https://www.wto.org/english/news_e/news10_e/trip_08jun10_e.htm, 2010-06-08。

⑫Ferris K. Neshweiat, "The Adoption of Intellectual Property Standards Beyond TRIPS—Is It a Misguided Legal and Economic Obsession by Developing Countries", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2010(32), pp. 361-394。

⑬孙伊然:《发展中国家对抗内嵌的自由主义?——以联合国发展议程为例》,《外交评论(外交学院学报)》,2012年第5期。

⑭⑮⑯参见中国—瑞士自贸协定,第11.2条,第11.6条,第15.8条。

⑰数据来源于贸发会议投资政策中心网站, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, 2020年3月1日。

⑱关于“后TRIPS时代”的界定学界尚无定论,主要观点有:(1)以1994年WTO取代GATT为标志,TRIPS协议在各缔约方的普遍实施、实施过程中知识产权和人权的冲突、传统资源保护三个主要问题引发的知识产权制度变革时期。参见吴汉东:《后TRIPS时代知识产权制度的变革与中国的应对方略》,《法商研究》,2005年第5期。(2)以2001年WTO“多哈宣言”为标志,该宣言第17-19段列举的TRIPS与公共健康的关系、地理标志的保护、TRIPS与《生物多样性公约》、传统知识及民间文学保护的关系三个主题引发的知识产权国际保护制度的变革时期。参见古祖雪:《后TRIPS时代的国际知识产权制度变革与国际关系的演变——以WTO多哈回合谈判为中心》,《中国社会科学》,2007年第2期。本文主要以TRIPS协议的保护标准作为比较对象,关注我国BIT中超出TRIPS保护标准的知识产权条款,因此从研究对象来看,本文的“后TRIPS时代”采第一种观点,即1994年TRIPS协议缔结之后,国际知识产权保护制度的发展、冲突和协调为法律特征的国际知识产权制度变革时期。

⑲“超TRIPS”(TRIPS-plus)规则主要包括以下情形:(1)针对TRIPS未涉及问题进行规定;(2)针对TRIPS已有规定,设定高于TRIPS的义务;(3)针对TRIPS允许选择的授权性条款,取消其灵活性将其转为强制性义务。参见张平:《知识产权法》,北京:北京大学出版社,2015年版,第25页。

⑳国家外汇管理局:《中国国际货物和服务贸易数据》, <http://www.safe.gov.cn/safe/2018/0427/8886.html>, 2020年3月1日。

㉑例如《美国—秘鲁自由贸易协定》第10章(投资)第10条

第7款5项参考了《TRIPS协定》中关于征用的定义。

㉒例如《东盟—中国投资条约》第7款第3款:违反本协定其他规定或单独的国际协定,并不构成对本条公平公正待遇的违反。

㉓Eli Lilly and Company v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Statement of Defence.

㉔吴智,钟韵漪:《中外双边投资协定中的“一般例外”条款研究——以“一带一路”倡议为视角》,《中南大学学报(社会科学版)》,2017年第4期。

㉕李玲:《中国双边投资保护协定缔约实践和面临的挑战》,《国际经济法学刊》,2010年第4期。

㉖本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益,或为保障公共健康,或为预防动、植物的病虫害,而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利。

㉗本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其国家利益,或为保障公共健康,或为预防动、植物的病虫害,而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利。

㉘本协定不妨碍东道国缔约方根据其正常、合理和非歧视地适用的法律,采取保护其基本安全利益的措施或极端紧急情况下的措施。

㉙本协定不得解释为阻止缔约一方在战争、武装冲突或其他在国际关系紧急情况下为保护本国基本安全利益所采取的任何必要行动。

㉚只要缔约一方采取的上述措施的适用不构成一种武断或不公正的歧视措施,或一种变相的投资限制。本协定不得解释为阻止缔约方为维持公共秩序所采取的任何必要措施。

㉛本条不适用于根据WTO协定附件1C《与贸易有关的知识产权协定》给予的与知识产权相关的强制许可。

㉜本条不适用于有关知识产权强制许可的颁发,亦不适用于与知识产权相关的其他措施,只要该措施符合缔约双方均为成员方的与知识产权有关的国际协定。

㉝例如,2009年的《中华人民共和国政府和瑞士联邦委员会关于促进和相互保护投资条约及其议定书》第四条规定:“缔约一方的投资者及其收益,在另一缔约方的领土范围内,在任何情况下,应获得公平公正待遇,并获得完全的安全和保护。”

㉞例如,2007年的《中华人民共和国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》第三条第一款规定:“任一缔约方依据广为接受的国际法原则应当给予另一缔约方的投资者在本国境内或海域内的投资以公平公正待遇。”

④邓婷婷:《国际投资协定中的公平与公正待遇研究》,北京:法律出版社,2017年版,第42页。

④例如2014年欧盟—加拿大全面经济贸易协定(CETA)第8章投资专章第8.10条“投资者及涵盖的投资的待遇”规定:一方违反公平公正待遇是指构成以下情形的一项或一系列措施:(a)在刑事、民事或行政程序中拒绝司法;(b)在司法和行政程序中根本违反正当程序,包括根本违反透明度;(c)明显的专断;(d)基于性别、种族或宗教信仰等明显错误的理由的有针对性的歧视;(e)滥权对待投资者,例如强制、威胁和骚扰;或者(f)违反了缔约方根据本条第3款所通过的任何其他义务要素。

④徐崇利:《公平公正待遇:真义之解读》,《法商研究》,2010年第3期。

④Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

④Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States, Award, 29 May 2003, para. 154.

④Saluka Investments B. V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 302.

④Duke Energy Eletroquil Partners & Electroquil S. A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 340.

④Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 178.

④Alpha Projektholding GmbH. V. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 Nov 2010, para. 420.

④都毫:《国际投资协定中知识产权保护机制对WTO法律体系的挑战》,《国际商务(对外经济贸易大学学报)》,2017年第5期。

④Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/1/7.

④《维也纳条约法》第31条第1款规定:条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。

④王彦志:《国际投资仲裁中公共健康保护的条约解释路径——以Philip Morris v. Uruguay案中VCLT第31条第3款c项的适用为视角》,《当代法学》,2017年第6期。

④Total S. A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 Dec 2010, paras. 128-140.

④El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Award, 31 October 2011, para. 339.

④Waste Management, Inc. v. United Mexican States(No. 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98.

④Charles Owen Verril, "Are WTO Violations Also Contrary to the Fair and Equitable Treatment Obligations in Investor Agreements?", ILSA Journal of International & Comparative Law, 2005(11)p. 287.

④武俐斌:《从条约必须信守原则分析(中英联合声明)的履行》,《南京大学法律评论》,2017年春季卷。

④邓婷婷:《国际投资协定中的公平与公正待遇研究》,北京:法律出版社,2017年版,第45页。

④以1995年生效的TRIPS为标准,我国在此之后缔结的BIT目前生效的有53个,其他51个BIT虽然在TRIPS之前签订,但因其仍然有效,若其内容规定不完善,仍有可能引致TRIPS-plus风险,有待我国在重签与修订中加以关照,所以本文选取全部104份我国对外有效的BIT作为分析样本进行研究。

④《中华人民共和国政府和瑞士联邦政府关于相互促进和保护投资协定》,1986年11月12日签署,1987年3月18日生效;2009年1月27日重新签订,并于2010年4月13日生效。

④《中华人民共和国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》,1984年5月30日签署,1985年3月19日生效;2007年11月26日重新签订,并于2010年8月20日生效。

④《中华人民共和国政府和波兰人民共和国政府关于相互鼓励和保护投资协定》,1988年6月7日签署,1989年1月8日生效。

④《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》,1992年3月13日签署,1994年4月12日生效;2011年4月19日重新签订,并于2011年9月1日生效。

④Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", American Journal of International Law, 2010(2), pp. 179-225.

④贾丽娜:《知识产权投资争端问题探究——以“Eli Lilly v. Canada案”为视角》,《武大国际法评论》,2017年第4期。