

涉公共利益知识产权投资争端解决机制的反思与重构

何 艳

内容提要:尽管投资者—国家争端解决机制(ISDS 机制)和世界贸易组织(WTO)争端解决机制各自具备解决知识产权投资争端的比较优势,但是投资者与东道国之间涉公共利益知识产权投资争端解决的实践表明,这两种机制均非投资者寻求救济的最佳途径:ISDS 机制下的仲裁庭容易忽视知识产权投资的特殊性、弱化涉案知识产权国际条约的解释、缺乏对涉公共利益知识产权争端敏感性的公平考量,以及忽略知识产权争端的专业性;WTO 争端解决机制则只能解决涉公共利益知识产权投资争端的前提问题,且其对个案的司法解释和裁决不具普遍约束力,解决涉知识产权投资争端的实践和能力亦有限。我国投资者在“一带一路”沿线国家的知识产权投资面临着巨大的公共利益风险,基于涉公共利益知识产权的特殊性以及涉公共利益知识产权投资争端的敏感性和专业性,有必要针对涉公共利益知识产权投资争端构建专门的争端解决机构和机制。

关键词:公共利益 知识产权 投资争端 ISDS 机制 WTO 争端解决机制 SSDS 机制

何艳,中南财经政法大学《法商研究》编辑部副编审。

知识产权国际争端通常表现为以下三种形式:一国国民与另一国国民间的争端、一国国民与另一国家间的争端(投资者与东道国间争端),以及国家与国家之间的争端。对于上述争端,一般有三种机制可供选择,即国内司法机制、投资者—国家争端解决(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)机制,以及世界贸易组织(WTO)争端解决机制。其中,国民与国民间争端主要适用国内司法机制解决,国家间争端则主要适用WTO 争端解决机制解决。而对于投资者与东道国的知识产权投资争端,虽然国内司法机制适用的实践不在少数,但国内司法机制即当地救济机制的天然局限性使得投资者试图寻求后两种机制。

投资者与东道国间的知识产权投资争端又可以进一步分为两种,即涉公共利益知识

产权投资争端与非涉公共利益知识产权投资争端。“公共利益”这一概念具有模糊性,内容也十分广泛。^[1] 与知识产权有关的国际条约^[2]虽然未对公共利益加以界定,但一般都有条款阐述知识产权保护与公共利益的关系,只是使用的措辞有所不同。这些措辞集中表现为“社会经济(福利)和技术发展”“公共秩序或道德”“生命或健康”“环境”“重大安全”等。所谓涉公共利益知识产权投资争端,是指投资者和东道国中有任何一方将涉案知识产权与公共利益相关联的投资争端。如果双方均未将涉案知识产权与公共利益相关联,则可视为非涉公共利益知识产权投资争端。

ISDS 机制的实践显示,在非涉公共利益知识产权投资争端中,相比其他类型投资,知识产权投资的保护不具有特殊性。例如,“CEM 公司诉捷克案”^[3](以下简称“CEM 公司案”)的涉案投资除知识产权外,还包括其他类型的投资,且争议双方并未就知识产权投资提出不同于其他投资的额外诉求。而在涉公共利益知识产权投资争端中,知识产权投资往往是争端的焦点所在,如 2014 年“礼来制药公司诉加拿大案”^[4](以下简称“礼来公司案”)的涉案投资仅限于专利;即使争端还涉及其他投资,知识产权投资争端也占据绝对地位,如 2010 年“菲利普·莫里斯公司诉乌拉圭案”^[5](以下简称 2010 年“莫里斯公司案”)的涉案投资尽管包括三部分,即 Abal 公司本身、商标以及与商标有关的商誉,但双方的争议几乎全部集中在商标保护上。

不同于涉公共利益的其他投资争端,涉公共利益知识产权投资争端因知识产权投资对投资者在东道国的市场竞争产生重要影响而备受投资者关注;不同于非涉公共利益知识产权投资争端,涉公共利益知识产权投资争端关涉东道国公共利益和外资管制权、知识产权保护与公共利益,甚至人类可持续发展的冲突与协调,因而引起国际社会广泛关注。涉公共利益知识产权投资争端使得知识产权保护与公共利益较量的场域从国际贸易领域向国际投资领域、从投资者母国向东道国扩张。相应地,对投资者而言,其寻求救济所面临的风险也更大。对于涉公共利益知识产权投资争端而言,现行 ISDS 机制和 WTO 争端解决机制均不是投资者寻求救济的最佳路径。对于中国投资者而言,“一带一路”倡议虽然能促进知识产权的国际投资,但面临的公共利益风险也不容忽视,应当做好涉公共利益知识产权投资争端的应对。

一 涉公共利益知识产权投资争端解决的机制选择

(一) 直接路径:ISDS 机制

对于投资者而言,相比 WTO 争端解决机制,ISDS 机制既是其知识产权投资保护救济

[1] 关于公共利益的内容,参见马德善:《公共利益、政治制度化与政治文明》,《教学与研究》2004 年第 3 期,第 77-78 页。
 [2] 包括 TRIPs 协定、自由贸易协定的知识产权章节和投资章节以及投资条约。
 [3] CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. Czech Republic, Final Award, 14 March 2003.
 [4] Eli Lilly and Co. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.
 [5] Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Prouducts S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

的直接路径,也不失为上策。这主要是因为 ISDS 机制具有如下优势。

1. 投资者的控制力

根据投资条约的争端解决条款,投资者无需与东道国签订仲裁协议,只要在投资争端发生后书面将争端提交国际仲裁机构即可,东道国不能以不存在仲裁协议为由抗辩仲裁机构的管辖权。换言之,ISDS 机制的启动具有单方性。仲裁启动的单方性建立在东道国依据投资条约作出的将其与投资者的投资争端交由仲裁解决的“同意”前提之上,由此投资者掌握了启动仲裁程序的主动权,而东道国则不能因外国投资者违反义务而将其诉诸仲裁,除非与投资者在事前或事后另行达成仲裁协议。东道国一旦同意仲裁,其也就放弃了国家的管辖豁免;而外国投资者一旦启动仲裁程序,仲裁庭便可能享有对该争端的管辖权。

ISDS 机制启动的单方性赋予了投资者提起仲裁的主动权,从而投资者可以自主决定是否提交仲裁、提交哪些仲裁事项、仲裁过程中是否让步以及在多大程度上让步,等等。相比之下,WTO 争端解决程序机制是一种国家—国家争端解决(State-State Dispute Settlement, SSDS)机制,私人不能直接启动争端解决程序,仅能以许可参与方和法庭之友的身份参与争端解决。故而投资者要想启动 WTO 争端解决程序,就必须花费大量时间、精力和金钱游说母国或相关国家。而启动权一旦交由国家行使,国家就对该项请求具有控制权,采用何种手段、使用何种理由、寻求何种救济,皆由相关国家的政府决定。相关国家政府也可能出于双方国家关系的考虑而放弃请求或作出妥协,最终投资者的诉求可能无法实现。^[6]

2. 政治风险的规避

ISDS 机制能够有效避免国家与国家之间的冲突,从而避免对投资者的其他投资行为产生影响。1968 年《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)第 27 条规定:“对于已经书面同意提交中心仲裁的争端,投资者母国不得另外主张给予外交保护或提出国际索赔要求,除非东道国不遵守或不履行对此争端所作出的裁决。”这一规定的目的就在于避免投资者母国过于介入投资争端,确保投资争端解决的非政治化。^[7]

虽然根据 WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称《谅解》)和《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称“TRIPs 协定”)第 64 条的规定,成员方可以就因与 TRIPs 协定不相符的措施引起的争端提交 WTO 争端解决机制解决,但随着世界霸权的基础从资本向科学技术转移,^[8]知识产权保护问题不再仅仅是一个法律问题,同时也是一个政治问题。特别是涉及一国国民健康或公共利益的知识产权争端,其间更是不乏国家间的

[6] 参见辛章宪著:《国际投资争端解决机制研究》,东北财经大学出版社 2014 年版,第 145 页。

[7] 参见辛章宪著:《国际投资争端解决机制研究》,东北财经大学出版社 2014 年版,第 40 页。

[8] 参见斋藤优、李学英:《知识产权制度的国际政治经济学——霸权的基础从资本转向科学技术》,《世界研究与发展》1991 年第 2 期,第 35-41 页。

政治博弈。“南非《药品和有关物质管理法》第 15 条第 C 款争议案”〔9〕和“美国诉巴西影响专利保护措施案”〔10〕即为例证。这两个案件因相关知识产权保护问题涉及南非和巴西的公共健康,一度引发南非和巴西与相关投资者母国的紧张关系,最后相关国家不得不放弃在 WTO 提起申诉的打算,或者就相关 WTO 申诉达成和解。毕竟,WTO 争端解决机制是解决国家间争端的机制,且缺乏一套专门用于解决私人与国家间争端的法律制度。要将私人与国家间争端生搬硬套地用 WTO 争端解决机制来处理,一旦处理不当,可能引起两个国家在政治、经济上的对抗,严重的还可能引起军事对抗,使得原本的经济冲突演变升级为政治、军事冲突。〔11〕

3. 损害的金钱补偿

投资条约的主要目的在于保护投资者的财产和经济价值。尽管投资条约仅在征收条款中就征收补偿及其估算作出规定,但其争端解决条款所确立的 ISDS 机制并未限制仲裁庭对损害赔偿请求的管辖。因此,只要投资仲裁庭享有对争端的管辖权,其便可以对损害赔偿进行裁决,包括非征收性质的损害赔偿。不仅如此,国际投资争端解决中心(ICSID)的仲裁实践还表明,投资者的精神损害赔偿请求也有可能获得支持。例如,在“本韦努提和邦凡酒店诉刚果案”中,〔12〕投资者提出的精神损害赔偿请求就获得了仲裁庭的支持。《谅解》第 23 条的暗示性规定表明,《谅解》的根本目的在于尽量排除各成员方在贸易争端中诉诸单边措施,并且控制任何形式的单边措施;实施了不符合 TRIPs 协定的单边措施的成员方,应当承担的义务是排除单边措施使用。〔13〕很明显,这一义务并不是金钱补偿义务。

《谅解》第 3 条第 7 款和第 22 条第 1 款虽然涉及补偿措施,但并未要求直接对私营各方遭受的损失提供赔偿,而且这种补偿措施往往是作为报复措施的替代措施而临时采用。总之,WTO 争端解决机制下的补偿具有不溯及既往、不终止被诉方违法行为、自愿性等特点,〔14〕投资者很难从这类补偿措施中获得实质性补偿。ISDS 机制下的金钱补偿不仅具有溯及既往、终止被诉方违法行为、强制性等特点,还有明确的估算方式和补偿范围,除给予实际损失赔偿外,往往还给予利润损失补偿。对投资者进行精神损害赔偿的实践对于投资者的知识产权损失补偿更具有实际意义。这些在 WTO 争端解决机制之下都是不可能实现的。

(二) 间接路径:WTO 争端解决机制

WTO 争端解决机制对投资者而言是一种间接救济路径。投资者选择 WTO 争端解决

〔9〕 该案终止于国内救济阶段。参见林秀芹著:《TRIPS 体制下的专利强制许可制度研究》,法律出版社 2006 年版,第 108 - 109 页。

〔10〕 该案终止于 WTO 争端解决程序的磋商阶段。参见 United States- US Patents Code, Request for Consultations by Brazil, WT/DS224/1, G/L/437, IP/D/24, G/TRIMS/D/18, 7 February 2001。

〔11〕 参见辛章宪著:《国际投资争端解决机制研究》,东北财经大学出版社 2014 年版,第 70 页。

〔12〕 S. A. R. L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980.

〔13〕 参见李扬:《WTO/TRIPs 协议下知识产权国际争端解决机制特殊问题研究》,《法商研究》2004 年第 5 期,第 100 页。

〔14〕 参见胡加祥、李鑫:《世贸组织争端解决机制中的补偿问题研究——以发展中国家为视角》,《河南社会科学》2008 年第 1 期,第 118 页。

机制要满足两个前提要件:一是其游说启动 WTO 争端解决程序的国家或地区必须是 WTO 成员方,二是被诉方违反了 TRIPs 协定项下义务。投资者之所以选择 WTO 争端解决机制来寻求救济,是因为 WTO 争端解决机制相比 ISDS 机制而言也有其优势,具体表现如下。

1. 案件的审理

在知识产权争端的解决上,WTO 争端解决实践形成了较为丰富的经验。迄今为止,提交 WTO 争端解决机构(Dispute Settlement Body,DSB)解决的知识产权争端已达 39 起,其中裁决结案 13 起。DSB 审理案件的高效率和丰富经验,也使得 DSB 能较早地对东道国的相关行为是否违反 TRIPs 协定相关规定作出裁决。一旦 DSB 作出被诉方违反 TRIPs 协定的裁决,作为被诉方的东道国就必须对国内相关立法进行修正,投资者的未来利益可以获得保护,投资者在投资者—东道国仲裁中的胜算也高出一筹。就法律适用而言,WTO 争端解决机制有一整套实体法律体系,法律适用具有相对稳定性和可预测性,有助于同案同判。ISDS 机制缺乏实体法律的支撑,法律适用和法律解释往往取决于仲裁员对投资条约条款的理解和解释,而投资条约往往对某一问题缺乏具体和详细的规定,加之仲裁员往往具有很强的倾向性甚至有权自主选择公允善良的原则对案件进行裁判,使得案情相同、投资权利相同的仲裁案件出现仲裁裁决不一致的情形时有发生。此外,WTO 确立的上诉机制为 WTO 争端解决提供了监督机制,提高了 WTO 裁决的公正性。以规则而不是以权力为导向的 WTO 裁决的公正性是获得高度认可的。而在 ISDS 机制之下,仲裁往往为一局终裁,上诉机构的缺位降低了仲裁程序中的法律适用和法律解释的监督力度。

2. 裁决的执行

WTO 裁决的执行机制具有相当程度的互动性和灵活性。WTO 裁决执行机制的互动性在一定程度上是建立在上诉机制之上的。WTO 争端由专家组作出裁决后,争端方若有异议,可向上诉机构提出上诉,并由上诉机构作出最终裁决。而专家组和上诉机构裁决报告通过后 30 天内,败诉方应将执行裁决的意愿通知 DSB。如果不能立即执行裁决,则应通过协商或仲裁确定执行的合理期限。而就败诉方的执行产生争议的,可以通过专家组的执行审查程序解决;对于专家组就执行审查作出的裁决,败诉方也可向上诉机构提起上诉并由上诉机构作出终裁。WTO 裁决执行的互动性还表现在报复机制的实施,即胜诉方强制性地使败诉方失去某些贸易利益以维持双方之间的利益平衡,迫使败诉方执行 WTO 裁决。^[15]

WTO 裁决的执行机制比较灵活。针对不同类型的国家,专家组或上诉机构对败诉方的裁决执行措施可能根据国内法实施的状态做不同的解释。例如,在“美国诉印度药品和农用化学品的专利保护案”中,^[16]上诉机构就认为,如果善意实施 TRIPs 协定,成员方

[15] 参见贺小勇:《WTO 裁决执行与否的法理机理》,《法学》2015 年第 3 期,第 116-119 页。

[16] India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, 9 December 1997.

就可以享有一定的国家裁量余地。而在“欧共同体诉加拿大药品专利保护案”(以下简称“加拿大药品专利保护案”)中,^[17]特别工作组针对欧共同体“在给药品延长专利保护期的做法上 WTO 成员方存在一致性,从而该延长的保护期就是 TRIPs 协定第 30 条规定的合理利益”的主张则指出:“尽管为获得销售许可的等待期限缩短了实际的商业独占保护期,以专利权人的名义要求这一利益,并不是迫切的,也没有被广泛承认以至于可以被视为 TRIPs 协定第 30 条意义上的合理利益。”^[18]可见,对于发展中国家和发达国家,裁决执行措施审查的标准或解释是有差别的。虽然 WTO 裁决的执行不能保证投资者获得实质上的损害赔偿,但却能为投资者未来的投资利益提供保证。与 WTO 有一整套完备的裁决执行机制不同,ISDS 机制下的裁决执行主要依赖于败诉东道国的自觉履行。对于处于特例的“拒绝履行之 ICSID 裁决”,在申请强制执行的过程中还会遭遇“主权国家执行豁免”这一难以攻克的“最后碉堡”。^[19]

3. 裁决的影响力

WTO 裁决对国际投资法和国际投资仲裁的发展和影响有目共睹。不少 ISDS 仲裁裁决都采用了 WTO 裁决中使用的方法或结论。例如,在“大陆保险公司诉阿根廷案”中,^[20]仲裁庭就采纳了 WTO 案例中的“必要性”标准来判定经济紧急情况的存在与否。ISDS 仲裁裁决对 WTO 争端解决的影响力则尚不明显,ISDS 仲裁裁决的影响力也因其执行受制于国家主权豁免而大打折扣。《华盛顿公约》第 54 条第 1 款要求缔约方将 ICSID 仲裁裁决视同其国内法院的判决,承认裁决的拘束力并在其领土内履行裁决课予的金钱义务,以增强当事方对缔约方无条件执行 ICSID 仲裁裁决的信心。但在裁决的实际执行中,基于《华盛顿公约》第 55 条国家执行豁免条款的规定,许多国家在放弃承认豁免的同时却不放弃执行豁免,以此来免除对投资者的赔偿义务。由此,投资者即使在仲裁中获胜,也面临无法获得赔偿的风险。对于那些关涉东道国公共利益案件,东道国不执行裁决的风险更大。在一系列投资者诉阿根廷的仲裁案件中,除有 3 个案件被阿根廷法院以国家执行豁免条款为理由判决对东道国的不利裁决不能予以执行外,更多案件的结果是投资者与阿根廷达成和解或撤销申请以期重回阿根廷市场,从阿根廷真正获得损害赔偿的投资少之又少。^[21]

二 涉公共利益知识产权投资争端解决机制的实践审视

综上,对于投资者而言,ISDS 机制与 WTO 争端解决机制可谓优劣参半。而事实上,实践也表明,对于投资者而言,ISDS 机制和 WTO 争端解决机制均非解决涉公共利益知识

[17] Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products, the Report of the Panel, WT/DS114/13, 18 March 2000.

[18] 冯木杰:《试论 WTO 争端解决机制在 TRIPs 协议国内实施领域的局限性——对于发展中国家国内知识产权法实施阶段的争端考察》,《环球法律评论》2006 年第 3 期,第 368 页。

[19] 参见银红武:《拒绝履行之 ICSID 裁决的解决路径》,《国际经贸探索》2016 年第 5 期,第 73-86 页。

[20] Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

[21] 参见刘京莲:《国际投资条约根本安全例外条款研究》,载陈安主编:《国际经济法学刊》2010 年第 17 卷第 1 期,北京大学出版社 2010 年版,第 191-197 页。

产权投资争端的最佳选择。

(一) ISDS 机制的实践

据笔者不完全统计,目前投资者提交 ISDS 机制解决的知识产权投资争端案共 10 起,其中 5 起是涉公共利益知识产权投资争端案。在这 5 起涉公共利益知识产权投资争端案中,申诉方撤诉的 1 起;^[22] 仲裁庭无管辖权的 2 起;^[23] 仲裁庭作出投资者败诉裁决的 2 起,即 2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”。相比之下,在非涉公共利益知识产权的另外 5 起投资争端案中,虽然仅有 1 起案件即“CEM 公司案”的投资者诉求(包括知识产权诉求)获得仲裁庭支持,另有 3 起^[24] 案件的投资者诉求(包括知识产权诉求)未获得仲裁庭支持以及 1 起^[25] 因程序问题悬而未决,但这些案件均未引起广泛关注和讨论,涉案投资者和东道国也未就这些案件发起过任何舆论战。这表明,在涉案投资者、东道国、国际社会各界眼中,这 5 起非涉公共利益知识产权投资争端案件就是普通的投资争端案。相反,5 起涉公共利益知识产权投资争端案迅速引起了国际社会各界的关注和讨论,其中 2 起“莫里斯公司案”^[26] 更是掀起了讨论的高潮。^[27] 在一定意义上,正是这场讨论导致了投资者利用 ISDS 机制解决涉公共利益知识产权投资争端的巨大公共利益风险。相比通过国内司法机制寻求救济的案件,投资者利用 ISDS 机制解决涉公共利益知识产权投资争端的案件实属少数,仍处于投石问路的阶段。而投资者在 2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”中的败诉,可能会对投资者继续利用 ISDS 机制解决涉公共利益知识产权投资争端产生一定的阻吓效应。

尽管 2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”仲裁庭最终都作出了支持东道国的裁决,这其中也考虑了相关知识产权保护与公共利益的关系,但通过对这两起案件的考察,不难发现仲裁庭在解决涉公共利益知识产权投资争端方面存在如下问题。

1. 忽视知识产权投资的特殊性

知识产权的特殊性早就为人熟知。在一些研究者看来,随着知识产权保护不断发展,知识产权已发展成为特殊的侵犯他人自由的特权,也成为分裂社会的最危险的方

[22] Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S. A. v. Republic of Nicaragua, ICSID Case No. ARB/06/14.

[23] Apotex Inc. v. The Government of the United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Award, 14 June 2013; Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012 - 12.

[24] Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, 3 Sept. , 2001; F-W Oil Interests Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago, ICSID Case No. ARB/01/14, Award, 23 June, 2006; AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S. A. v. Republic of Niger, ICSID Case No. ARB/11/11, Award, 25 July 2013.

[25] Tembec Inc. , Tembec Investment Inc. , Tembec Industries Inc. v. The United States of America, available at <http://www.state.gov/s/l/c11070.htm>, 最近访问时间[2018 - 04 - 05]。

[26] 另一起是 2012 年“菲利普·莫里斯公司诉澳大利亚案”。该案仲裁庭裁决对双方争议无管辖权。参见 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012 - 12。

[27] Tania Voon and Andrew Mitchell, Implications of International Investment Law for Tobacco Flavouring Regulation, *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 12, Issue 1, 2011; Andrew Mitchell and Sebastian Wurzelberger, Boxed in? Australia's Plain Tobacco Packaging Initiative and International Investment Law, *The Arbitration International*, Vol. 27, 2011; Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: Striving for Coherence in National and International Law, *University of Melbourne Legal Studies Research Paper* No. 675, 27 November 2012, p. 7.

式。^[28]这也影响了知识产权的国内立法和国际立法,使得知识产权成为一种获得法律特殊关照的权利和投资。为了达成知识产权保护与公共利益保护的平衡,不少国家的国内立法对知识产权区别对待:或制定单独的知识产权法典,或在民法典中单设知识产权篇(章)。^[29]知识产权的国际立法几乎与现代知识产权法律同时起步。早在19世纪80年代,国际社会就达成了《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》,并基于这两个公约,于1976年成立了世界知识产权组织(WIPO)。在WIPO的主持之下,国际社会缔结了大量知识产权国际条约。

1995年WTO成立同时,WTO成员方缔结了TRIPs协定,专门对与贸易有关的知识产权保护作出规定。以《北美自由贸易协定》为代表的一系列自由贸易协定不仅专门设立知识产权章节,还在投资章节中确立了征收条款的知识产权例外。受此影响,一些投资条约还专门设立了知识产权条款,例如《中国、日本和韩国投资协定》第9条(知识产权)的规定。相对而言,其他类型的投资并未获得此类国内立法和国际立法的特殊关照。尽管“礼来公司案”涉案投资条约——《北美自由贸易协定》投资章节——征收条款明确以例外条款的形式将知识产权纳入其中,但该案仲裁庭并没有顾及这一规定,而是以一种寻常思维来判断涉案知识产权的征收问题。如此一来,就有违《北美自由贸易协定》第1110条第7款确立的征收条款知识产权例外的本意。

2. 弱化涉案知识产权国际条约的解释

知识产权国际条约对知识产权的国际保护具有重要影响。在2010年“莫里斯公司案”中,申诉人依据TRIPs协定第20条提出自己有使用商标之权利。对此仲裁庭认为,TRIPs协定第20条如果要暗含一项使用之权利以排除WTO成员方对使用商标的阻碍,那么TRIPs协定本应当增加一个使用权条款,而不是仅仅禁止成员方不正当地设置特殊要求而对商标的使用进行阻碍。仲裁庭在未就TRIPs协定第20条的宗旨和目的、关涉商标使用的“特殊要求”“特殊形式”等关键词语以及商标权人“使用商标的权利”与“排除他人妨害的权利”之间的区别与联系作出解释的情况下,作出这样的结论可谓牵强,也很难有说服力。事实上,对于“特殊形式”的使用,联合国贸易与发展会议、国际贸易可持续发展中心曾作如下解释:“‘特殊形式’使用的意思,则既可以指规定适用于所有商标权人的标准样式(比如,‘翻译’形式,或者以特定的尺寸或颜色),也可以指由商标机关作出的个案审查决定。如果要求商标所有权人把商标尺寸缩小到或放置到令消费者难以辨认的程度,或者要求其将商标与可能降低该商标对消费者影响力的信息或材料并列在一起,那么,就会出现这样的后果。”^[30]

DSB“礼来公司案”仲裁庭则完全回避了《北美自由贸易协定》知识产权章节相关规定的解释和适用问题。另外,在公平公正待遇的问题上,TRIPs协定或《北美自由贸易协定》知识产权章节是否构成公平公正待遇也应当是仲裁庭考虑的问题,但仲裁庭同样回

[28] 参见[澳]彼得·德霍斯著:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第15-19页。

[29] 参见何华著:《知识产权法典化基本问题研究》,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第1-2页。

[30] 联合国贸易和发展组织编:《世界投资报告2012:迈向新一代投资政策》,冼国明、葛顺奇总校译,经济出版社2012年版,第284页。

避了这一关键性问题。在仲裁庭之外,知识产权国际条约与间接征收或公平公正待遇的关系曾被学者们认为是这两起案件最关键、影响最广泛的问题。^[31]而恰恰是这两个关键性的问题,被仲裁庭回避了。在知识产权投资争端中,知识产权的解释和适用问题实质上是知识产权国际条约在投资条约框架下的地位问题。但对于这一问题,除了一些投资条约在征收条款中作出有限规定外,尚未有一个明确的答案。而这也某种程度上影响了仲裁庭对案件的裁判,至少仲裁庭对待这个问题必须是谨慎的。

3. 缺乏对涉公共利益知识产权争端敏感性的公平考量

2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”仲裁庭之所以不约而同地回避涉案知识产权国际条约的解释和适用问题,既是仲裁庭谨慎使然,同时也反映了涉公共利益知识产权投资争端的敏感性。这种敏感性在于:其一,这个问题若是处理不好,可能产生“多米诺骨牌”效应,出现投资者大量效仿而对东道国提起 ISDS 程序乃至滥诉的情况,对于东道国而言无异于灾难,甚至可能引发经济危机。迄今为止,已经出现了投资者利用当地救济机制起诉东道国的大量涉公共利益知识产权投资争端案件,但多以投资者败诉而告终;仲裁庭一旦裁判投资者胜诉,相信会有更多的投资者选择利用 ISDS 机制来寻求救济。其二,一旦仲裁庭裁决东道国采取的有关知识产权的措施违反相关知识产权国际条约,就可能进而引发投资者母国与东道国之间关于知识产权国际条约义务履行的争端,从而扩大投资者与国家间知识产权投资争端的影响。或许正是因为考虑到案件的敏感性,2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”仲裁庭均对重要问题采取了回避态度。尽管如此,不能因此而在案件裁决时作出欠缺公正性的考量,回避不应回避的问题。

4. 忽略知识产权争端的专业性

知识产权争端具有很强专业性,一般的裁判员往往难以胜任知识产权争端的解决。在这种情况下,要对一个知识产权问题作出专业、公允的裁决颇为困难。笔者通过考察 2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”各仲裁员的简历了解到,他们虽然有丰富的国际仲裁经验,但并无知识产权方面的专业背景和经验,其弱化乃至回避对涉案国际知识产权条约解释的行为也就不难理解。

就目前的 ISDS 机制实践而言,莫里斯公司和礼来公司的救济前景不容乐观,毕竟现有 ISDS 机制尚未建立上诉机制,两公司很难寻求进一步的救济。ISDS 机制源于 1968 年《华盛顿公约》,当时知识产权制度发展有限,知识产权投资的重要性尚未凸显;传统的国际直接投资主要由发达国家流向发展中国家,加之发展中国家在政治和经济上对发达国家多有依赖,对公共利益保护的意识较弱,因此 ISDS 机制的设计也以保护投资者为重,忽

[31] Sherman Kahn, Will Patents Be the Next Wave in Investor-State Arbitration, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, Spring 2014, Vol. 7. No. 1; Lukas Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investment: From Collision to Collaboration*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 37 - 116; Bryan Mercurio, Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Protection Rights in International Investment Agreements, *Journal of International Economic Law* 15 (3), 871 - 915; Freedom-Kai Phillips; Promise Utility Doctrine and Compatibility Doctrine Under NAFTA: Expropriation and Chapter 11 Considerations, *Canada-United States Law Journal*, Volume 40, Issue 1, 2016, pp. 84 - 105.

略了东道国的利益。20世纪90年代以来,美国等发达国家不断对投资条约进行改革,在日益提高投资者保护的同时也更加关注劳工、环境等涉及公共利益的议题,ISDS机制也有改革反映。但此类改革总体上是修补性的,而且出于对投资者利益的保护,改革力度并不大,很难适应国际经济发展的新趋势。

进入21世纪以后,国际直接投资流入呈现双向发展,发展中国家和发达国家的直接投资流入量都成比例增长。不仅如此,流入服务部门和制造部门的投资量所占总比例越来越大。^[32]这两个部门是知识产权投资最多的部门,极大地影响着这两个部门投资者的竞争和利益。此外,可持续发展日益受到国际社会的重视,以可持续发展为核心的新一代投资政策不断推出。如此一来,原有的国际投资机制的“理性”“平衡”被打破,面临前所未有的挑战。在新的理性国际投资机制建立之前,一切问题仍需依靠原有机制来解决。在以可持续发展为核心的国际投资政策背景下,2010年“莫里斯案”和“礼来公司案”的裁决无疑又是“理性”的。

(二) WTO 争端解决机制的实践

在2012年之前,DSB共受理知识产权争端29起,其中裁决结案共9起。在结案的9起案件中,被诉方败诉的占据绝大多数。^[33]而这也似乎给了莫里斯公司某种启示。莫里斯公司在利用ISDS机制寻求救济的同时,通过游说乌克兰^[34]、洪都拉斯^[35]、多明尼加共和国^[36]、古巴^[37]和印度尼西亚^[38]5国,分别于2012年和2013年在WTO提起了针对澳大利亚的诉讼(以下简称“澳大利亚简洁包装案”)。但结果并未如莫里斯公司预期的那样,通过在WTO争端解决机制下的胜诉来影响ISDS机制适用的结果。2015年5月乌克兰就“澳大利亚简洁包装案”提出搁置争议、寻求双方都同意的解决方法;2018年6月28日,另外4起“澳大利亚简洁包装案”专家组报告显示,洪都拉斯、多明尼加共和国、古巴和印度尼西亚4国的主张未获得专家组的支持和认可。

在知识产权保护政治化背景下,利用WTO争端解决机制解决知识产权争端可能产生政治风险。也正是基于这种考虑,莫里斯公司并未游说美国这样的知识产权保护水平最高的国家,而是通过游说乌克兰、洪都拉斯、多明尼加共和国、古巴、印度尼西亚等烟草生产和销售大国,就澳大利亚的控烟措施启动WTO争端解决程序。事实上,当时的美国

[32] 参见联合国贸易和发展组织编:《世界投资报告2012:迈向新一代投资政策》,冼国明、葛顺奇总校译,经济管理出版社2012年版,第53页。

[33] 数据来源于WTO官网,https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26#selected_agreement,最近访问时间[2018-06-23]。

[34] Australia-Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Communication from the Chairperson of the Panel, WT/DS434/17, 30 June 2016.

[35] Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Report of the Panel, WT/DS435/R, 28 June 2018.

[36] Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Report of the Panel, WT/DS441/R, 28 June 2018.

[37] Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Report of the Panel, WT/DS458/R, 28 June 2018.

[38] Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Report of the Panel, WT/DS467/R, 28 June 2018.

也不会同意在《跨太平洋伙伴关系协定》谈判之际,因知识产权问题而与澳大利亚在多边贸易体制下形成对峙之势,故而仅仅是作为第三方参与了诉讼。在 WTO 框架下,因知识产权问题引发的政治危机无不关涉公共健康。因此,争端双方对相关问题就可能因各种考虑而最终达成和解。

虽然 TRIPs 协定已经就知识产权保护与公共利益的关系作出协调,但 TRIPs 协定灵活的制度设计也在一定程度上增加了处理知识产权保护与公共利益保护冲突问题的难度。对于涉及公共利益的 TRIPs 协定的解释和适用问题,专家组也会格外谨慎。因此,尽管《澳大利亚简洁包装法》第 3 条明确指出该法的目标在于促进公共健康,但在 4 起“澳大利亚简洁包装案”中,专家组的报告仅结合商标和地理标志的具体规定,对《澳大利亚简洁包装法》是否违反 TRIPs 协定进行了分析,而这也正是专家组所擅长的。专家组的报告本身并未触及公共健康问题,也未明确涉案知识产权保护与公共健康的关系问题;世界卫生组织和《烟草控制框架公约》秘书处作为法庭之友,也仅出现在关于《技术性贸易壁垒协定》的争论环节,而并没有出现在关于 TRIPs 协定的争论环节。

莫里斯公司在“澳大利亚简洁包装案”中的败诉,表明其试图通过 WTO 裁决来影响相关投资仲裁裁决并获得经济赔偿的努力未获成功。在此之前,WTO 有 3 起涉公共利益的药品专利案基本上是申诉方胜诉。^[39] 与“澳大利亚简洁包装案”涉及商标权实施的限制不同的是,这 3 起案件涉及的是专利权的取得。相比权利的取得,权利的实施对公共利益的影响更直接,对投资者的利益影响也更大,因为其往往有违投资者的投资预期,而涉公共利益知识产权投资争端恰恰又多集中在后者。

事实上,对于投资者而言,无论作为其利益代表国的申诉方胜诉与否,将 WTO 争端解决机制作为寻求救济的间接路径除了考虑前面已经述及的风险之外,还有以下几点值得关注。

1. DSB 只能解决涉公共利益知识产权投资争端的前提问题

DSB 只能解决涉公共利益知识产权投资争端的前提问题,即东道国的知识产权规制措施是否违反 TRIPs 协定,这是由 WTO 协定及其争端解决机制的宗旨和目标所决定的。然而,这个前提问题的解决并不是决定涉公共利益知识产权投资争端胜负的关键。虽然目前已经有一些投资条约明确了知识产权国际条约与投资条约的关系,但判断东道国一项与知识产权有关的规制措施是否违反投资条约的规定特别是公平与公正待遇条款时,该规制措施符合相关知识产权国际条约与否并不构成必要前提。如美国 2012 年《双边投资条约范本》第 5 条(“公平公正待遇”)第 3 款即规定:“违反本条约其他条款或一单独国际协定的条款并不表明对条款的违反。”

2. DSB 对个案的司法解释和裁决不具普遍约束力

DSB 对个案的司法解释不具有普遍约束力,因为根据《马拉喀什建立 WTO 协定》(以

[39] *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, 9 December 1997; *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, WT/DS79/R.24 August 1998; *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products*, Report of the Panel, WT/DS114/13, 18 March 2000.

下简称《建立 WTO 协定》)第 9 条第 2 款的规定,只有部长会议和总理事会才拥有对《建立 WTO 协定》和多边贸易协定作出解释的专有权利,且须经 3/4 多数成员通过才具有法律效力。DSB 无权在个案之外通过澄清 TRIPs 协定的现有规定而进行“造法”。惟其如此,DSB 从未正面回应过知识产权保护与公共利益的关系问题,而是仅仅作出体现公共利益的解释。

例如,TRIPs 协定第 30 条所允许的授予专利的例外具有重要的经济和社会意义,但该条并未列举可以免责的具体行为,故而可允许之例外的种类和范围就取决于对该条所规定的三个累积性条件即“有限例外”“正常利用”“正当利益”的解释。^[40]对此,“加拿大药品专利保护案”专家组认为:“……TRIPs 协定第 30 条所附的三个限制条件也有力地证明了,TRIPs 协定的谈判各方并不打算让第 30 条所带来的结果等同于对 TRIPs 协定的基本平衡进行重新谈判。显然,第 30 条授权的确切范围将依赖于对其限制条件所赋予的特定含义。在这一点上,必须对这些条件的用语作特别仔细的审查。在作此审查时,必须牢记第 7 条和第 8 条第 1 款分别规定的目标和限制,以及 TRIPs 协定中表明了目标和宗旨的其他规定。”^[41]

到目前为止,WTO 正面回应知识产权保护与公共利益的关系问题的造法性文件,除 TRIPs 协定外,只有部长会议作出的 2001 年《TRIPs 协定与公共健康多哈宣言》和 2003 年《〈多哈宣言〉第 6 段的执行决议》,且其仅限于调整专利强制许可与公共健康的关系。WTO 的裁决有影响力不等于其具有普遍约束力,DSB 的裁决结果对 ISDS 的效力究竟有多大仍具有不确定性。

3. DSB 解决涉知识产权投资争端的实践和能力有限

到目前为止,在 WTO 框架下基于《与贸易有关的投资措施协定》(以下简称“TRIMs 协定”)提起的投资争端案件共 42 起,其中经专家组结案 3 起,和解结案 6 起,未决 33 起。^[42]在 WTO 框架下,基于 TRIPs 协定和 TRIMs 协定同时提起的争端案件仅有 2 起,其中裁决 1 起,未决 1 起。可见,WTO 在投资特别是涉知识产权投资争端解决方面的实践和经验相当有限,因此即使投资者游说有关国家对东道国同时提起 TRIMs 协定和 TRIPs 协定项下的争端案,结果也不容乐观。此外,在 WTO 框架之外,双边或区域贸易安排成为趋势,且在美国和欧盟的影响下,各种自由贸易协定中的知识产权规则不同程度地呈现超 TRIPs 标准,一旦出现关于超 TRIPs 标准的知识产权投资争端,WTO 争端解决机制将无用武之地。按照传统思路,此类争端将只有 ISDS 机制一条救济路径可寻。这也正是莫里斯公司可以同时寻求 ISDS 机制和 WTO 争端解决机制救济,而礼来公司只能寻求 ISDS 机制救济的原因所在。

当初国际社会在 WTO 争端解决机制之外专为 ISDS 设计争端解决机制有其合理性:

[40] 参见联合国贸易与发展会议、国际贸易和可持续发展中心编:《TRIPs 协定与发展:资料读本》,中华人民共和国商务部条约法律司译,中国商务出版社 2013 年版,第 500-511 页。

[41] *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products*, Report of the Panel, WT/DS114/13, 18 March 2000, p. 154.

[42] 数据来源于 WTO 官网,https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26#selected_agreement,最近访问时间[2018-06-23]。

贸易与投资虽有联系,但其行为的内容和性质不同,从而规制方式也有区别,这种区别也应体现在争端解决机制上。事实上,对于这一点,欧美等国家和地区缔结的自由贸易协定就有体现。这些包含了贸易和投资章节的自由贸易协定并未设立一个统一解决贸易和投资争端的机制,而往往是在投资章节下单独设立投资争端解决机制。这本身就表明,贸易争端解决机制并非解决投资争端的最好途径已是国际社会的一种共识。

三 涉公共利益知识产权投资争端解决机制的重构

中国作为新兴的国际投资大国,随着“一带一路”倡议的深入实施,将会有越来越多的拥有自主知识产权的企业走出去。如果说以前出于知识产权问题的敏感性以及我国知识产权保护意识的不断增强,我国对外国投资者的知识产权保护问题高度重视且在关系我国公共利益的外国知识产权投资保护问题上持谨慎态度,那么下一步要面临的则是我国投资者在海外的知识产权投资保护问题。ISDS 机制和 WTO 争端解决机制在涉公共利益知识产权投资争端解决方面的实践表明,这两种机制都无法成为涉公共利益知识产权投资争端解决的最恰当方式,中国投资者的知识产权投资利益需要通过制度创新来获得有效保护。我国应当未雨绸缪,适时提出中国方案——涉公共利益知识产权投资争端解决的专门化。

(一) 涉公共利益知识产权投资争端解决专门化的基础

1. 知识产权在全球价值链中的基础性地位

国际投资建立在各行各业的价值链基础之上。价值链概念的提出者美国学者迈克尔·波特(Michael Porter)认为,“每一个企业都是在设计、生产和销售、交货和辅助生产的过程中进行种种活动的集合体。所有这些活动可以用一个价值链表明。”^[43] 知识产权投资早已渗透入各企业和各行业价值链的各个环节,是企业间最有力的竞争工具。投资全球化导致全球价值链的形成,知识产权投资的影响范畴也从国内向全球扩展。知识产权在全球价值链中的基础性地位需要一种专门化的争端解决机制来保护。事实上,国际投资争端解决的专门化并非没有先例和实践。例如,对于关系国际经济基础的能源,一些国家出于能源安全考虑而在现有国际经贸投资体制之外达成《能源宪章条约》,专门解决能源投资者与东道国之间关于能源的投资争端。这一思路也可供涉公共利益知识产权投资争端解决专门化借鉴。

2. 知识产权争端解决专门化实践

在国际社会,知识产权争端解决的专门化有着丰富的国际实践且正在形成一种趋势,目前也为中国所认可和接受。在国际层面,WIPO 和 WTO 均确立了知识产权争端解决机制。为使知识产权争端解决机制得以充分有效地实施,WIPO 设置了一整套较为完善的组织机构。1993 年 9 月,WIPO 全体大会通过决议成立仲裁与调解中心。^[44] 为解决互联

[43] 参见[美]迈克尔·波特著:《竞争优势》,陈小悦译,华夏出版社 2005 年版,第 35 页。

[44] 参见左冰、刘家瑞:《试析世界知识产权组织的争端解决机制》,《知识产权》1999 年第 1 期,第 57 页。

网域名因恶意注册与使用引发的争议,WIPO 仲裁与调解中心颁布了《统一域名争议解决政策》,形成了一套专门的行政解决机制。^[45] 在 WTO 框架之下,虽然与贸易有关的知识产权争端没有形成一套专门的争端解决程序,但 TRIPs 协定第 5 部分仍对争端的防止和解决作了交待,并专门规定了 GATT1994 第 23 条第 1 款(B)项和(C)项不适用于 TRIPs 协定项下的知识产权争端的情形。

在国内层面,知识产权争端解决的专门化也已经具有一定的普遍性。美国、日本、韩国、德国、俄罗斯、泰国等国都设立了专门审理知识产权的法院,欧盟甚至专门设立了统一专利法院。自 1993 年起,我国陆续在各地法院设立知识产权审判庭。根据《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,自 2014 年 8 月起,我国已经陆续在若干城市设立专门的知识产权法院。为贯彻实施《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》,2017 年 3 月国家知识产权局发布《关于开展知识产权纠纷仲裁调解试点工作的通知》,决定开展知识产权纠纷仲裁调解试点工作。

(二) 涉公共利益知识产权投资争端解决专门化之中国方案

1. “一带一路”知识产权投资的公共利益风险

自“一带一路”倡议提出之后,中国企业加大了对“一带一路”沿线国的投资,其中很多企业拥有大量知识产权。然而,一个不可忽略的事实是,中国企业的投资面临严峻的知识产权风险。研究表明显示,“一带一路”沿线国家的知识产权国际保护水平参差不齐,^[46]一些国家甚至尚未建立起完备的知识产权保护体系。中国投资者在“一带一路”沿线国家的投资还面临较高的政治风险,如国有化或征收风险、战争或内战风险等。虽然我国与“一带一路”沿线 50 多个国家缔结了双边投资条约,^[47]但这些条约很少顾及知识产权投资的特殊性。在现有 ISDS 机制下,我国投资者很难获得一个相对公平的救济。尽管我国与“一带一路”沿线国家缔结的现有投资条约大多包含东道国救济措施,但由于一些国家腐败风险较高,投资者的知识产权利益也可能无法得到有效保护。更为重要的是,“一带一路”沿线国家以发展中国家为主,社会发展总体水平较低,且部分国家的公共健康受到传染病和匮乏的医疗卫生条件的严重威胁。^[48]出于发展的需要,这些国家也开始提升社会管理水平、加大公共管理的法治建设,且对技术等知识产品的需求度也不断扩大。如此一来,我国投资者的知识产权投资就面临巨大的公共利益风险。虽然在许多人看来,现代投资条约和投资仲裁机制存在正当性危机,不利于东道国公共利益,因而对投资条约和投资仲裁机制提出改革要求,但反过来看,这一背景也可能产生“道德绑架”或“弱者效应”,进一步加剧知识产权投资的公共利益风险。2010 年“莫里斯公司案”和“礼来公司案”就是典型反映。

[45] 参见世界知识产权组织编著:《世界知识产权组织知识产权指南——政策、法律及应用》,北京大学国际知识产权研究中心译,知识产权出版社 2012 年版,第 187 页。

[46] 参见郭琦、王颖:《文化企业在“一带一路”倡议下的知识产权战略》,载上海大学法学院编:《“一带一路”投资安全法律问题国际研讨会论文集》,2017 年 11 月 10 日,第 77 页。

[47] 参见北京大学“一带一路”五通指数研究课题组著:《“一带一路”沿线国家五通指数报告》,经济日报出版社 2017 年版,第 126 - 129 页。

[48] 参见刘梦雅:《“一带一路”国家社会发展》,《经济研究参考》2017 年第 15 期,第 120 - 148 页。

2. 中国国际经贸规则的创新能力

自 21 世纪以来,中国的软实力和国际影响力不断加强,已经具备国际经贸规则创新能力,并已取得一些成功经验。其中,最为典型的当属主导构建了亚洲基础设施投资银行(以下简称“亚投行”)。在国际投资机制的改革上,中国也有创新表现,作出了一系列制度创新尝试。例如,2012 年《中国和加拿大关于促进和相互保护投资的协定》第 20 条第 2 款将金融这一敏感议题的争端驱逐至 SSDS 机制,^[49]规定对于相关的金融争端,缔约双方的金融主管部门应当提出磋商,并将磋商报告提交至 ISDS 仲裁庭;若双方金融主管部门在规定时间内未能达成磋商决定,则缔约一方国家可以将相关问题提交国家与国家间仲裁解决。又如,2015 年《中国和澳大利亚自由贸易协定》第 9 章(投资章节)第 2 节(投资者—国家争端解决)通过第 11 条第 4—8 款,专门就涉及“非歧视的和出于公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共利益目标的措施”的争端作了排除 ISDS 机制适用的规定。

3. “一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机制的构建

严峻的知识产权公共利益风险,加上当前 ISDS 机制的缺陷,不利于我国投资者在“一带一路”沿线国的知识产权投资利益的保护。“政策沟通”和“民心相通”既是“一带一路”倡议实施的两个重要路径,也是其要达成的两个重要目标。知识产权既关系投资者利益也关系东道国的公共利益,涉公共利益知识产权争端既有敏感性也有专业性,在进一步对投资条约进行改革的同时,我们有责任也有能力将知识产权投资争端解决制度创新的步伐迈得更大一些。结合目前 ISDS 机制面临的问题以及“一带一路”倡议实施的实际情况,笔者认为可以尝试涉公共利益知识产权投资争端解决的专门化,建立专门的“一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机构和机制。

(1) 机构设置

虽然“一带一路”的理念是以倡议形式提出,目前的运行是以论坛形式开展,尚未形成固定机构或组织,但是作为“一带一路”倡议及其实施的重要机制之一,亚投行是具有执行力的。目前,大多数“一带一路”沿线国都加入了亚投行且该行已经于 2017 年启动了战略发展规划,将对“一带一路”倡议的实施形成巨大的助推力。故此笔者认为,依托亚投行设立“一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机构,具有一定可行性。在此方面,也有 ICSID 依托世界银行而设立的先例可循。“一带一路”涉公共利益知识产权争端解决机构应当定位为常设仲裁机构,建立可供争议方选择仲裁员的专家库。设立这样一个专门的涉公共利益知识产权投资争端解决机构,一方面符合知识产权争端解决专门化的趋势,另一方面也可在该机构内借助其特有的制度设计形成案件的先例裁决制度,避免出现仲裁裁决不一致的现象。此外,随着越来越多的投资条约开始关注东道国的规制权并赋予东道国对投资者的诉权,相信东道国诉投资者的争端也会开始出现。在此背景下,选择这样一个专门的涉公共利益知识产权投资争端解决机构,对于东道国而言也不失

[49] 参见联合国贸易和发展组织编:《世界投资报告 2015:重构国际投资机制》,沈国明、葛顺奇总校译,南开大学出版社 2015 年版,第 169 页。

为一条解决其与投资者之间涉公共利益知识产权投资争端的妥当路径。

(2) 制度构建

“一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机制应当考虑到此类知识产权投资争端的敏感性和专业性。

基于敏感性,需要解决的一个问题是 ISDS 机制与 SSDS 机制的抉择。笔者认为,在目前国际社会尚未拿出一个令各方满意的 ISDS 机制改革方案之前,SSDS 机制在涉公共利益知识产权投资争端解决方面具有一定的优势和可取性。一方面,SSDS 机制一直都是获得国际社会认可的投资争端解决机制之一;另一方面,目前国际社会已经在一定范畴内形成了敏感案件提交 SSDS 机制解决的趋势。更为重要的是,知识是全球公共物品,且公共物品最重要的公共政策影响在于国家必须在这种物品的提供方面发挥一些作用,这样的观念已经成为一种共识。^[50] 东道国基于公共利益而采取有关的知识产权措施即是这一共识的体现。由此,涉公共利益知识产权投资争端的解决也必然需要国家公权力的干预。

就具体的争端解决程序和规则而言,笔者认为可以适当借鉴 WTO 争端解决程序和规则,但其中以下几个方面应当基于投资争端本身的特点而与 WTO 争端解决机制有所区别。

其一,磋商机制的投资者参与。涉公共利益知识产权投资争端的解决以国家间磋商机制作为 SSDS 机制运行的前置程序,这一点必须坚持。在 WTO 争端解决机制之下,有约 38% 的知识产权争端是通过磋商而达成和解的,占已决案件的 53%。^[51] 这无疑反映出磋商机制的优势所在。磋商机制也符合“一带一路”倡议提出的争端解决的“共商共建共享”原则中的“共商”原则。但是,涉公共利益知识产权投资争端的磋商机制又应该与 WTO 争端解决机制下的磋商机制有所不同,应当将作为利益攸关方的投资者纳入其中。在由投资者及其母国共同参与的磋商中,投资者母国的参与一方面体现了国家公权力对知识产权保护的干预,另一方面也使其承担起促进和引导投资者与东道国进行磋商的责任。这种方式既能让投资争端的双方面对面地坐下来进行磋商,也能发挥投资者母国在投资者保护及争端解决上的积极作用,毕竟相关投资条约系由投资者母国与东道国谈判缔结,其作为直接谈判者比投资者更了解缔约背景以及相关条款的真实意图。而将投资者纳入磋商机制,则可以在一定程度上降低国家间磋商的政治敏感性。关于磋商,需要强调两点:一是在 WTO 下的磋商机制不仅限于专家组成立之前,在专家组成立之后的专家组审查阶段中争议双方也可进行磋商,这种做法可以引入投资争端仲裁程序。二是磋商报告(包括磋商达成的决定)应当由磋商方签字认可;若最终未达成磋商决定而进入 SSDS 程序,磋商报告也应提交仲裁庭。

其二,仲裁程序的参与者。若磋商不成而要通过 SSDS 机制来解决争端,投资者作为

[50] 参见[美]弗雷德里克·M.阿伯特、[瑞士]托马斯·科蒂尔、[澳]弗朗西斯·高锐著:《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》,王清译,商务印书馆2014年版,第175页。

[51] 数据来源于WTO官网,https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26#selected_agreement,最近访问时间[2018-06-23]。

投资争端的一方,应当成为投资仲裁程序的必然参与者,而非仅以许可参与方或法庭之友的身份参与仲裁。投资者作为争端的利益攸关方参与仲裁,应当在涉公共利益知识产权争端解决机构的仲裁程序规则中予以明确。此外,如上所述,涉公共利益知识产权投资争端往往涉及知识产权国际条约的解释和适用问题。除涉案双边知识产权国际条约外,其他知识产权国际条约多涉及 WIPO 的知识产权国际条约和 TRIPs 协定,故涉公共利益知识产权争端解决机构应当与 WIPO 以及 WTO 保持长期联系,邀请其设立联络站或办事处,并在相关案件中作为案件第三方或法庭之友参与仲裁程序,提供相关知识产权国际条约的解释和适用意见。

其三,上诉机制的取舍。在国际社会,目前包含上诉程序的 SSDS 机制并不多见,仅限于 WTO 争端解决机制。^[52] 上诉机制虽然能在一定程度上保证争端解决的公正性,但其设置对于争端任何一方而言都是一把双刃剑。自投资仲裁机制改革的问题提出以来,上诉机制就一直被学者们认为是最重要的一条改革路径。WTO 争端解决上诉机制的实践表明,上诉机制的设置具有可行性。

对于投资争端解决上诉机制的模式,国际社会分歧较大。美国提出在现有投资仲裁结构中设置上诉机构,是相对温和的改革措施;欧盟的改革设想则更为激进,提出设置具有上诉机制的常设投资法庭。这两种上诉机制模式虽然是针对 ISDS 机制设置,但对于“一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机制下的上诉机制构建也具有参考意义。不过,无论是美式还是欧式上诉机制,均不是现时最理想的投资仲裁上诉机制模式。相反,WTO 的上诉机制可以提供某种借鉴:设立“一带一路”涉公共利益知识产权争端解决机构下的常设上诉机构。其机构设置可以在一定程度上借鉴 WTO 争端解决上诉机构的设置,既可避美式上诉机制因不成熟而产生的不确定性,也可避免欧式上诉机制因司法化而产生的法律和政治问题。当然,也可以在 WTO 式上诉机制的基础上进行制度和机构设置的优化,毕竟中国对 WTO 上诉机制的利弊也已深有体会。

其四,金钱救济机制。在 WTO 机制之下,争端解决的结果是败诉的被告方要修正自己的不合规行为,但没有金钱赔付的义务。但解决投资争端的 SSDS 机制应该设置金钱救济机制:如果东道国的规制行为最终被裁定为违反投资条约,那么东道国应当给予涉案投资者金钱赔偿。这不仅是投资争端解决机制与 WTO 争端解决机制的价值功能区别所在,也是投资条约与 WTO 协定的价值功能区别所在。

此外,基于专业性考虑,“一带一路”涉公共利益知识产权投资争端解决机构专家库的专家应当在知识产权法律和实践方面具有专业知识和经验。由于知识产权涉及的权利类型较多,因此不同权利类型争端的仲裁员应当具有该类型权利法律(包括知识产权国际条约)和实践方面的专业知识或经验。这种专业知识或经验包括但不限于对知识产权国际条约的理解和解释。不仅如此,进入专家库的专家选拔要求应当更高,不仅应具备知识产权法律或经验,还应当具备一定的国际投资争端解决的经验或相关知识背景以及更

[52] Stanley Hoffman *Obstinate or Obsolete? The Fate of the Nation-state and the Case of Western Europe*, *Daedalus*, Vol. 95, No. 3, Summer 1996, pp. 862 - 915.

高的道德水准。他们以个人身份任职,不接受任何政府的指示进行斡旋、调解或调停,因为其将面对的是投资者、投资者母国和东道国三者乃至全人类可持续发展利益抉择的考验和挑战。

四 结 语

知识产权作为一种投资工具,在坚持以可持续发展原则治理的国际社会体制之下,其特殊性和影响力早已突破原有边界。传统的 ISDS 机制难以胜任兼具敏感性和专业性的涉公共利益知识产权投资争端的解决。就我国而言,一方面,知识产权强国这一国家战略目标的提出,将极大地促进我国信息技术和知识产权制度的发展,推动我国信息技术和知识产权的海外投资;另一方面,可持续发展作为一项国际治理和发展的基本原则,将影响国际社会的制度变革,我国的知识产权保护也将面临巨大挑战。因此,关注和探索涉公共利益知识产权投资争端解决机制,符合新时代的新需求。借助“一带一路”倡议的实施,推出涉公共利益知识产权投资争端解决机制的中国方案,可谓正当其时。

[本文为国家社会科学基金项目“‘健康中国’背景下的药品专利期限补偿制度研究”(18BFX164)的研究成果。]

[**Abstract**] Although the ISDS and DSM of the WTO have their respective institutional advantages for the purpose of dispute settlement of IP investment, neither of the two approaches can be taken as the best choice for the investors to settle those IP investment disputes related to the public interest, indicated by such kind of practice between investors and host states. The arbitration of ISDS is prone to ignore the particularity of IP investment, downplay the interpretation of related IP international treaty, lack the equitable consideration of sensitivity of IP investment dispute related to public interest and neglect the speciality of disputes in this field. The dispute settlement mechanism of the WTO can only deal with the preliminary problems of IP investment disputes, and its judicial interpretation decision is not binding universally. What's more, the practice and competence of WTO mechanism are limited. Chinese investors will face great risk in the public interest for their IP investment along the B&R countries. Due to the particularity of the intellectual property related to the public interest as well as the sensitivity and professionalism of the disputes in this field, it is necessary and advisable that independent dispute settlement bureaus and mechanisms should be established for the dispute settlement of IP investment related to the public interest.

(责任编辑:廖 凡)