

投资条约下知识产权保护争端 对投资者“公平公正待遇”标准的挑战与因应

朱 玥

内容提要: 数起投资条约下知识产权保护争端表明,投资条约及其仲裁机制是能为知识产权保护提供实际救济的另一种国际法律制度。知识产权投资者灵活运用公平公正待遇标准对抗东道国实施涉知识产权公共政策,甚至试图私人执行知识产权条约,导致公私矛盾一度激化。面对此种全新的、复合型的实践难题,仲裁庭尚未给出一致意见和充分说理,这一方面可能带来公平公正待遇标准的滥用,另一方面可能难以约束东道国恰当行使规制权。对此,可以通过相关制度设计引导仲裁庭合理把握公平公正待遇标准在跨领域交叉性议题下的适用尺度:在条约文本上,澄清公平公正待遇标准的要素及含义,同时辅以缔约国最终解释权,并划定东道国规制权的行使条件;在争端解决中,进一步发挥“法庭之友”制度的优势,合理分配争端方举证责任等,重塑公平公正待遇标准在兼顾投资者保护和东道国规制权问题上的应有弹性,努力在投资利益与社会公共利益保护之间实现再平衡。

关键词: 投资条约 知识产权保护 公平公正待遇标准 投资者—国家间争端解决机制 公共政策

朱玥,上海社会科学院法学研究所助理研究员。

一 问题的提出

知识产权作为一种适格投资受到投资条约保护已逾百年,与其他类型的投资在条约保护路径和方式方面并无实质性差异,因此没有引起学界的特别关注。直到晚近,以 Philip Morris v. Uruguay 案、^[1] Philip Morris Asia v. Australia 案^[2]和 Eli Lilly v.

[1] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of 8 July 2016.

[2] See Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility of 17 December 2015.

Canada 案^[3]为代表的一系列投资条约下知识产权保护争端一石激起千层浪,学界才发现国际投资条约的“沉睡”功能已经被唤醒。^[4]知识产权人扭转了在知识产权国际保护多边体制内不享有诉权的被动局面,“另辟蹊径”借助投资条约及其仲裁机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)对抗东道国实施涉知识产权公共政策,甚至私人执行知识产权条约。

在这些争端中,公平公正待遇标准(Fair and Equitable Treatment, FET)无一例外地成为了知识产权人的突破口和有力抓手。究其原因,公平公正待遇标准尚无统一的条文表述模式,定义模糊、保护范围宽泛,^[5]东道国最常在涉公平公正待遇争议事项上败诉。^[6]有学者评价称,国际投资法制为知识产权叠加了新一层保护,可能打破知识产权条约在私权保护和社会福祉间既已建立的平衡,^[7]继而侵蚀东道国公共政策的自主空间。^[8]而公平公正待遇标准相较于其他投资待遇标准更突出的“能深入东道国强势规制领域”的潜力也格外被激发出来。^[9]这无一不释放出再平衡投资者利益和东道国社会公共利益的“预警信号”。

进一步看,采取这种知识产权保护策略的国际投资仲裁案件量只会有增无减。当前,以国家的“回归”为主要趋势,^[10]国际投资法制正在经历体制调整和秩序重塑。东道国较之以往强化了对规制权的诉求与维护,试图恢复对私人的规制,进而更有效地为本国公众提供安全与福利,树立国家主权权威。在此过程中,由于知识产权具备较强的公共属性,将成为典型的受影响的投资类型。那么在案件量激增的同时,在本就极具争议的公平公正待遇标准适用问题上再叠加知识产权保护、不同领域法律跨域适用、公私利益冲突协调等问题,不仅增加了仲裁庭裁判难度,而且影响公平公正待遇标准这项外资待遇原则本应在平衡投资保护和东道国规制权间起到的弹性作用。

对此,本文试图结合系列代表性投资仲裁案例,分析知识产权投资者运用公平公正待遇标准主张知识产权绝对保护的主要方式,探讨跨学科、跨专业、跨条约体制议题下公平

[3] See *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award of 16 March 2017.

[4] See Bryan Mercurio, *Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements*, 15 *Journal of International Economic Law* 871, 914-915 (2012).

[5] 参见林燕萍、朱玥:《论国际投资协定中的公平公正待遇——以国际投资仲裁实践为视角》,《上海对外经贸大学学报》2020年第3期。

[6] See UNCTAD, *Review of ISDS Decisions in 2019: Selected IIA Reform Issues*, 27 Jan 2021, available at <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1241/review-of-isds-decisions-in-2019-selected-ii-a-reform-issues>, last accessed on 12 April 2021.

[7] 参见徐树:《国际投资条约下知识产权保护的困境及其应对》,《法学》2019年第5期,第88页。

[8] 参见田晓萍:《国际投资协定中知识产权保护的路径及法律效果——以“礼来药企案”为视角》,《政法论丛》2016年第1期,第103页。

[9] 参见何艳:《投资条约中的国际知识产权执法制度研究》,《江西社会科学》2018年第4期,第163-164页。See Rudolf Dolzer, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 953, 964 (2005); see also Simon Klopschinski, Christopher Gibson & Henning Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*, Oxford University Press, 2021, p. 319.

[10] 参见董静然:《投资规制权视野下东道国国家责任的构成与判定》,《环球法律评论》2023年第2期,第55页;蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,《国际法研究》2018年第4期,第3页;see also José E. Alvarez, *The Return of the State*, 20 *Minnesota Journal of International Law* 223, 260-264 (2011).

公正待遇标准的实践困境,冷静思考该条款的应然解释和适用路径,并提出相应条约修订方案、仲裁实践优化路线,力求使公平公正待遇标准在正确轨道上发挥外资保护作用,同时不致减损东道国公共利益。

二 运用公平公正待遇标准主张知识产权保护的主要方式

公平公正待遇标准是包含有自身义务内容的独立运行(standalone)条款。^[11]近二十年来,该条款的内涵和外延经历了“迅速扩张—逐步收紧”的发展历程。^[12]一般而言,公平公正待遇标准的要素包括:东道国不得实施任意专断行为、不得拒绝司法、不得挫败投资者合理期待,或需遵守透明度要求、提供稳定和可预见的法律框架。^[13]既有涉知识产权保护的已决投资仲裁案件显示,知识产权人从前述要素切入提出知识产权保护诉请主要有以下三种方式。

(一)违反非专断待遇

在 Philip Morris v. Uruguay 案中,为保护公共健康,乌拉圭先后颁布第 514 号法令(Ordinance 514)、287/009 号总统令(Decree 287/009),推行“单一外观要求”^[14]和“80/80 规则”^[15]两项控烟措施。Philip Morris 公司设在乌拉圭的全资子公司 Abal 无法正常展示、使用其合法注册商标,公司价值和知识产权投资利益受到极大影响。^[16]对此,Philip Morris 公司在仲裁请求中指出,两项控烟措施都是任意专断的,因为缺乏证明措施有效性的科学证据、相关职能部门未予以适当考虑、措施本身和政策目的之间缺乏合理联系。^[17]在 Eli Lilly v. Canada 案中,加拿大联邦法院均以缺乏实用性为由宣告 Eli Lilly 加拿大公司的两款药品专利无效。Eli Lilly 加拿大公司的上诉均被驳回。^[18]对此,Eli Lilly 在仲裁请求中指出,法院提出所谓的“承诺实用性原则”是专断的,因为这一概念不可预见、不同于以往做法、缺乏合理公共目的。^[19]结合来看,无论是东道国推行公共政策还是东道国法院作出知识产权案件判决,知识产权人都是基于东道国对知识产权的使用或持有施加限制或撤销

[11] See Bryan Mercurio, Keep Calm and Carry On: Lessons from the Jurisprudence on Fair and Equitable Treatment and Intellectual Property Rights, in Christophe Geiger ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 162.

[12] See Crystallex International Corporation v. Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/11/12, Award of 4 April 2016.

[13] 参见林燕萍、朱玥:《论国际投资协定中的公平公正待遇——以国际投资仲裁实践为视角》,《上海对外经贸大学学报》2020年第3期,第72-89页。See also Kenneth J. Vandeveld, A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, 43 *New York University Journal of International Law and Politics* 43, 53-104 (2010).

[14] 禁止烟草企业将同一商标品牌下投放市场销售的烟草制品有不同包装或外观变化。

[15] 烟草制品外包装的正面和背面“健康警告标识”的面积占比必须从 50%增加到 80%,剩下 20%用于展示商标、标识和其他信息。

[16] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 9-11.

[17] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para. 389.

[18] See Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Arbitration, 12 September 2013, paras. 20-21.

[19] See Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, para. 390.

的事实,提出有关做法构成任意专断行为,因而违反公平公正待遇要素之“非专断待遇”。

(二) 构成拒绝司法

在 Philip Morris v. Uruguay 案中, Abal 公司分别向乌拉圭最高法院和乌拉圭行政争议法庭质疑 80/80 规则的合法性。乌拉圭最高法院裁定,乌拉圭议会出台的第 18256 号法律没有授权公共卫生部可以对烟草制品外包装的健康警告标识面积占比提出高于 50% 的要求,因此该法不违宪,驳回起诉。而乌拉圭行政争议法庭裁定,根据第 18256 号法律,乌拉圭公共卫生部门可以提出 80% 的要求,驳回起诉。对此, Philip Morris 公司指出,两份判决自相矛盾,法院也没有全面审查 Abal 公司提出的证据、主张及观点,违反正当程序,构成拒绝司法。^[20] 可以发现,知识产权保护与东道国各类职能机关之间的密切关联正好契合了拒绝司法的特征。未来,知识产权人有很大可能主张在东道国国内用尽当地救济时遭受了不公平、不公正待遇,不符合正当程序,因而违反公平公正待遇要素之“不得拒绝司法”。

(三) 不符合投资者合理期待

在 Philip Morris v. Uruguay 案和 Philip Morris Asia v. Australia 案中,申请人都认为虽然东道国拥有规制权,可以基于公共健康目标调整本国法律框架,但这种改变必须是公平公正的。鉴于烟草平装系列法案违反东道国本应承担的《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) 和《巴黎公约》(Paris Convention for the Protection of Industrial Property) 项下知识产权保护义务,所以是不公平不公正的改变,不符合投资者合理期待。^[21] 在 Eli Lilly v. Canada 案中, Eli Lilly 公司认为其有理由期待东道国知识产权法符合知识产权条约义务,对专利取得实质要件的要求不会违背知识产权条约设定的标准,包括《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA) 知识产权章节、《专利合作条约》(Patent Cooperation Treaty)。法院提出的“承诺实用性原则”已经明显超出了投资者可以合理预期的、可接受的东道国法律变化幅度。^[22] 综合来看,知识产权人已额外挖掘出公平公正待遇标准与《与贸易有关的知识产权协定》等知识产权条约的“隐形”连结方法,即东道国违反知识产权条约义务或改变国内知识产权法律框架超出了投资者合理期待范畴,将导致违反公平公正待遇要素之“保护投资者合理期待”。

三 投资条约下知识产权保护争端 适用公平公正待遇标准的要点

顺着上文讨论的知识产权投资者的诉讼策略,适用公平公正待遇标准主张知识产权

[20] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 483-486.

[21] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Request for Arbitration, 19 February 2010, paras. 84-85; see also Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration, 21 November 2011, paras. 6.5 and 7.6-11.

[22] See Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, 29 September 2014, para. 279.

保护的的特殊性已显露出来。对于这一实践趋向所引发的重难点问题应予以特别关注,以此加深对知识产权法、投资法和贸易法三者交互关系的理解,打破公法与私法、投资法与其他法律二分的视野局限。

(一) 兼顾知识产权的排他性、公共性和地域性

知识产权是法律赋予知识产权人的一种排他性(exclusive)权利。这为知识产权人创设了一种垄断地位,使其能够在市场竞争中获得垄断利润。如果法律一味地保护知识产权,将带来权利滥用,影响社会公众接近并利用知识和信息,最终阻碍创新、减损社会福祉。故而针对知识产权兼具排他性和公共性的特点,知识产权的保护和限制本就相伴而生,东道国基于某种法定理由或社会公共利益对知识产权予以限制与撤销是普遍做法。因此,知识产权人反对东道国对知识产权实施撤销或限制措施,从投资者的角度来看无可厚非,但从东道国角度看,处理此类诉求时不能忽略知识产权独特属性。虽然公平公正待遇标准宽泛模糊,但在从权利人转换为投资者身份而得以适用公平公正待遇标准主张知识产权保护的过程中,知识产权的公共性不应被淡化。此外,知识产权自诞生伊始就受到当地知识产权法律的固有限制,这种地域性决定了知识产权作为国际经贸活动的关键要素时,东道国规制权必然时时“在场”。加之,知识产权属于公共产品,东道国出台公共政策波及知识产权人利益的情况并不少见,故而知识产权投资争端公私矛盾^[23]突出,需在公私领域法律及相关政策的适用问题上找到精妙的“平衡点”。

(二) 判断东道国主权行为的适度性

与其他投资待遇标准相比,公平公正待遇标准的宽泛内容更易被用于牵制东道国的主权行为,^[24]这在上文讨论的案件中已有所体现。其一,知识产权的确权、限制和撤销都与权利保护地法院有着紧密联系。各国不仅设立专门的知识产权法院,普通法系国家更是依赖判例法来解释和发展本国知识产权立法。其二,用尽当地救济是知识产权人指责东道国拒绝司法的前置条件。在国内诉讼程序终结之前,不会有拒绝司法的适用空间。^[25]其三,为了使知识产权保护强度适应日新月异的技术变革和时代需求,东道国制定或修改本国知识产权法律有其必要性和必然性。但公平公正待遇标准包含的稳定性、透明度、可预测性等内涵,会自然地促使知识产权人主张东道国知识产权制度的变化幅度已超过可接受的合理范围,从而违反公平公正待遇标准。前述主张都关涉东道国立法、司法、执法等主权行为的实施,那么东道国规制权应当在多大程度、多大范围、以何种方式行使就成了仲裁庭必须直面的难题。否则东道国不当适用公共政策损害知识产权投资利

[23] 本文将东道国公共利益与投资者私人利益的对立概括为“公私”矛盾或冲突。参见单文华、张生:《从“南北矛盾”到“公私冲突”:卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第1页。

[24] See Simon Klopschinski, Christopher Gibson & Henning Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*, Oxford University Press, 2021, p. 382.

[25] See Kathleen Liddell & Michael Waibel, Fair and Equitable Treatment and Judicial Patent Decisions, 19 *Journal of International Economic Law* 145, 173-174 (2016).

益,将难以实现对投资法制利益失衡的矫正,造成投资倒退。^[26]

(三) 纾解知识产权条约和投资条约竞合保护困境

传统上,知识产权法、投资法和贸易法遵循各自逻辑发展,形成了不同的条约体制(treaty regime)。^[27]随着国际投资条约对知识产权议题的广泛介入,知识产权投资开始受到投资条约体制的保护,而知识产权权利本身又受到以《与贸易有关的知识产权协定》为核心的贸易条约体制的保护。相较而言,在世界贸易组织体制外直接要求东道国履行《与贸易有关的知识产权协定》等知识产权条约义务对知识产权人有较强吸引力。他们既单方面掌握着启动“投资者—国家间争端解决机制”的主动权,也能够借由公平公正待遇标准主张东道国违反知识产权条约就是违反国际投资条约,与东道国竞争政策空间。^[28]这属于国际法碎片化发展的现实缩影。因此,在公平公正待遇标准改良性缔约实践进展缓慢的背景下,仲裁庭需要综合考量相互重叠的法律制度各自所追求的政策目标,再应用《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)体系解释方法进行条约解释和适用,以免视野过于单一、狭隘,破坏世界贸易组织体制内知识产权保护体系艰难维持的脆弱平衡。

上述要点都很考验仲裁庭是否具备解决跨专业、跨学科和跨条约体制问题的能力,当知识产权法、投资法、贸易法竞相要求对知识产权施加保护时,仲裁庭必须破除“结构性偏见”(structural bias),不能先入为主地一味倾向投资保护和促进,超越其职权将投资条约演化为执行知识产权条约的场所,也要深入剖析投资者是否根据东道国知识产权法律合法持有案涉知识产权、是否发生知识产权受侵害的事实、东道国行为或知识产权政策背后是否有更广泛的社会目的等,打破不同领域法律“跨域适用”时自然存在的专业壁垒,增强体系解释能力,统筹实现知识产权的经济价值和社会功能。

四 投资条约下知识产权保护争端 所涉公平公正待遇要素的分析

多年来,国际投资仲裁庭对公平公正待遇标准的解释和适用难以达成一致。^[29]在此基础上,投资条约下知识产权保护争端夹杂着公私利益冲突、国家主权强势介入、条约

[26] See Simon Klopschinski, Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration, in Christophe Geiger ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 248-249; See also Simon Klopschinski, Christopher Gibson & Henning Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*, Oxford University Press, 2021, pp. 505-507.

[27] See International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, paras. 255.

[28] 参见沈伟、张森:《国际投资协定中知识产权保护的“TRIPS-plus”难题及中国应对》,《东岳论丛》2021年第8期,第173-182页;褚童:《国际投资争端仲裁对东道国知识产权实施的影响与对策——以礼来公司诉加拿大仲裁案为例》,《兰州大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第186-195页。

[29] 参见林燕萍、朱玥:《论国际投资协定中的公平公正待遇——以国际投资仲裁实践为视角》,《上海对外经贸大学学报》2020年第3期,第72-89页。

体制碎片化等问题。可惜的是,前案件中的仲裁庭未能充分、恰当、有说服力地回应上述要点,仲裁员之间也存在意见分歧。如此一来,一方面可能带来公平公正待遇标准的滥用,另一方面可能难以约束东道国恰当行使规制权。对此,有必要深入分析此类争端所涉公平公正待遇要素的内涵与应然解释路径,以便把握现有条文、制度设计上的不足。

(一) 难以基于知识产权条约产生合理期待

对于知识产权人关于东道国遵守知识产权条约属于投资者合理期待范畴的主张是否具有正当性的问题,仲裁庭回避讨论,需要我们冷静分析。首先,世界贸易组织争端解决机构在关于药品和农用化学品专利保护的 *United States v. India* 案中的裁决可提供参考。专家组援引《维也纳条约法公约》第 31 条“应当根据条约用语和上下文并参照条约目的和宗旨所具有的通常含义,予以善意解释”,在解释《与贸易有关的知识产权协定》时指出,“善意解释”即要求保护基于《与贸易有关的知识产权协定》产生的合理期待。^[30] 对此,上诉机构认为专家组对《维也纳条约法公约》第 31 条理解有误,“合理期待”应首先订立在条约文本中,条约解释者的职责是审查条约措辞以确定缔约国的意图,而非任意增加或减少世界贸易组织协议项下的权利和义务。因此,专家组不应引入《与贸易有关的知识产权协定》无意反映的“合理期待”概念。^[31] 基于此,即便对《与贸易有关的知识产权协定》项下争端拥有专属管辖权的世界贸易组织争端解决机构,尚且不能根据主权国家的诉求认可其基于《与贸易有关的知识产权协定》产生了合理期待,更何况外国投资者要在国际投资仲裁中成功执行这一主张。

其次,从国际投资法的角度看,投资者的合理期待应当源于东道国国内法律框架和营商环境。^[32] 尤其对知识产权投资而言,知识产权具有地域性,投资者得依据东道国法律获得和维持知识产权。无论知识产权条约对权利保护范围、知识产权人所拥有的专有权利规定得如何细致,都不会脱离缔约国国内法创设知识产权。^[33] 大多数国家均未给予《与贸易有关的知识产权协定》《巴黎公约》和《伯尔尼公约》(*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*)等知识产权条约以直接效力,而是进行转化适用,为在其境内履行条约义务保留了自主空间。虽然有的国家在宪法中准许知识产权国际规则在国内直接适用,但也仅针对部分知识产权条约规定,如《巴黎公约》第 4 条,此类规则内容十分详尽,能够为知识产权人提供执行权利的确切依据。^[34] 而绝大多数知识产权条约规则,以及投资者在知识产权投资争端中援引的知识产权条约规则,都不能在国内司法程序

[30] See *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Panel, WT/DS50/R, para. 7.18.

[31] See *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS50/AB/R, paras. 45-48.

[32] See C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, paras. 7.101-7.129.

[33] See Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International and Municipal Law*, Kluwer Law International, 2010, p. 66.

[34] See G. H. C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property (BIRPI), 1969, pp. 10-16.

中被直接援引并适用。由此,外国投资者倘若主张其基于知识产权条约产生了合理期待,必须证明:其一,东道国直接适用该知识产权条约;其二,相关条约规则已经十分具体、明确,以至于无需再援引东道国法律加以补充说明。鉴于国际知识产权条约的措辞大多具有灵活性,为缔约国的具体执行留有实践空间,需要各国在国内法律框架内进行细化。加之,仲裁庭应当在保护投资者合理期待与尊重东道国合理监管权益之间寻求平衡,正如知识产权条约也允许缔约国在一定条件下对知识产权施加限制。因此,投资者基于知识产权条约产生合理期待的主张欠缺正当性基础。

申言之,知识产权投资者将执行知识产权条约的意图掩盖在执行投资条约的表象之下,通过扩张解释投资者合理期待的内涵将东道国的知识产权条约义务和投资条约义务糅合在一起,让可能缺失知识产权法、贸易法等领域专业知识的投资仲裁庭陷入裁判困境。事实上,这也已经背离公平公正待遇标准作为一项外资待遇原则而存在的初衷。但不可否认的是,恰恰是不同法律跨域适用时天然存在的“信息差”,成为知识产权人“投机”诉讼的原因,这从另一角度凸显出投资条约下知识产权保护争端复杂的辐射效应,牵动着整个知识产权国际规则网络。最终,公平公正待遇标准可能异化为增加东道国知识产权国际保护义务的工具。

(二) 有违司法适当性构成拒绝司法

在 Philip Morris v. Uruguay 案中,仲裁庭多数意见认为,要构成拒绝司法,必须有证据清晰表明东道国司法系统极度崩坏并且当事人已经用尽当地救济,乌拉圭最高法院和乌拉圭行政争议法庭作出相互矛盾的裁决还不足以构成拒绝司法。^[35] 仲裁员博恩(Gary Born)的反对意见认为,两起诉讼涉及相同当事人、相同事实、相同争讼法律条文却得出相反的法律解释结论,分别用于驳回 Abal 公司的起诉。正如抛掷硬币——“正面,我赢;反面,你输”,Abal 公司已没有机会诉诸司法维护自身权益,这是典型的拒绝司法。^[36] 笔者赞同后者。第一,矛盾判决导致投资者遭受不公平和不公正的对待。^[37] 乌拉圭最高法院和乌拉圭行政争议法庭是彼此独立的平行法庭,且在各自系统内属于最高一级。乌拉圭最高法院在先审理案件后,乌拉圭行政争议法庭选择中止诉讼程序等待最高院诉讼结果。但即便如此,乌拉圭行政争议法庭仍然未经充分说理就得出了与乌拉圭最高法院大相径庭的结论。这同时也是两法庭建立 60 余年以来第一次出现矛盾判决。尽管两法庭不受彼此裁判约束,当事人也已无法向乌拉圭任何法院上诉。第二,不得拒绝司法是法治的核心要求之一。^[38] 当同一当事人针对同一法律问题在同一法律体系内的不

[35] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 498–500.

[36] See Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion (Co-Arbitrator Gary Born), 8 July 2016, paras. 40–72.

[37] See Mondev International Ltd. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 91; See also Corona Materials LLC v. Dominican Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award, 31 May 2016, para. 248.

[38] See Ursula Kriebaum, Rule-of-Law Demands and the Domestic Judiciary: Denial of Justice, Judicial Expropriation, Effective Means, in August Reinisch & Stephan W. Schill eds., *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2023, pp. 145–181.

同法院得到截然相反的答案时,法治的可预测性、稳定性、中立性和客观性已经被破坏,当事人受到的不一致、不可预测和任意对待也已经挫败了其对法治的信心。^[39]任何公正的第三人都会因此对案件结果的司法适当性产生合理怀疑。^[40]上述两点都足以表明矛盾裁决是拒绝司法。

(三) 非任意专断行为应兼具合理性和相称性

在 Philip Morris v. Uruguay 案中,仲裁庭多数意见认为,应当充分尊重东道国自由判断余地(margin of appreciation)。乌拉圭实施的两项烟草平装措施与公共健康保护目的之间不存在不相称的问题,无论是否能达到预期效果,都不违反非专断待遇。^[41]博恩的反对意见认为,自由判断余地原则由欧洲人权法院判例发展而来,有特殊适用背景,不能被简单移植于国际投资法制中解释投资待遇条款。事实上,合理性(rationality)原则和相称性(proportionality)原则最常被用于解释公平公正待遇标准。判断烟草平装措施是否任意专断,应当从国家立法和规制外资活动的角度出发,考察措施和目的间是否有合理联系并且具有相称性。然而,单一外观要求与防止消费者因欺骗性商标产生误认的目的无关,不满足合理性、相称性要求,因此属于任意专断行为。^[42]笔者认为,非专断待遇的违反门槛在实践中尚无定论,仲裁庭采取哪种判断标准具有不确定性。但至少从目前来看,Philip Morris v. Uruguay 案和 Eli Lilly v. Canada 案的仲裁庭都对东道国出于公共目的的立法管制表现出充分的遵从(deference)。只要东道国为其规制措施提供合法的公共政策理由,仲裁庭倾向于尊重东道国的自主判断,却没有考虑到还可能发生东道国不当适用公共政策的情况,有必要引入合理性和相称性的分析判断。

综上,现有实践适用公平公正待遇要素的不足与分歧将带来三方面的影响。第一,公平公正待遇标准各个要素内涵不清加上违反门槛不定,公平公正待遇标准解释与适用的不确定性呈几何式递增。第二,对知识产权人而言,这种不确定性会成为其启动“投资者—国家间争端解决机制”的动力。东道国实施的知识产权限制或撤销行为是否违反公平公正待遇标准更多依赖于仲裁庭“开放”抑或“审慎”态度,既要在个案中付诸具象化“试验”,也可能在挑选仲裁员时着重考虑这一特点。第三,对东道国而言,仲裁庭遵从规制权传达出的有利信号会给东道国以信心。随之而来的是,越来越多基于公共目的而出台的公共政策会催生投资仲裁争端,反之规制权的不当行使也会影响投资自由化进程。从投资者角度看,质疑东道国公共政策的适当性是涉公平公正待遇标准仲裁申请的必然内容,公私矛盾更易被激化;从国家角度看,一旦疲于应诉产生“规制寒蝉”,东道国也可能采取在投资条约中直接删除公平公正待遇条款的偏激做法。

[39] See Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey, ECtHR Application No. 13279/05, Joint Dissenting Opinion, 20 October 2011, para. 17.

[40] See Mondev International Ltd. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 127.

[41] See Philip Morris Brands Sürü, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 404-409.

[42] See Philip Morris Brands Sürü, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion (Co-Arbitrator Gary Born), 8 July 2016, para. 172.

五 妥善应对涉公平公正待遇标准 知识产权保护争端的具体方案

投资条约下知识产权保护争端正在无形中模糊公平公正待遇标准的适用边界。摆在仲裁庭面前的不仅是投资保护问题,还附着着知识产权确权、知识产权资本化应用、知识产权法(条约)解释和发展、东道国社会公共利益保护等跨学科、跨专业、跨条约体制的问题,无一不在诘问裁判者如何恰当平衡公平公正待遇标准适用上的灵活性与东道国政策空间的弹性。为了协调公私冲突并且促进公平公正待遇标准在实践中形成更一致的做法,宜结合知识产权投资争端适用公平公正待遇标准的要点,及早在整体制度设计层面作出相应改革尝试。

(一) 相关条约文本的修订建议

第一,为预防知识产权人滥诉,有必要进一步澄清公平公正待遇标准及其要素含义。除美式投资条约外,晚近公平公正待遇条款不再与其他待遇标准相联系,逐渐成为一项独立的投资待遇标准,但缺乏必要定义。^[43] 出于对国家“回归”的预期,有部分条约直接列明了公平公正待遇标准核心要素以进一步明确内涵,^[44] 框定公平公正待遇标准的保护范围。其中合理期待这一要素在知识产权投资争端中有扩张解释的明显趋势,可能被用于执行知识产权条约,应予以特别注意。此外,投资仲裁先例不具有约束力,对后案只有说服的效力。因此仲裁庭需进行个案判断,结合申请人仲裁请求再经其自由裁量,最后认定的公平公正待遇标准要素内容具有明显的差异性。有的仲裁庭可能回避讨论申请人诉请里没有提及的公平公正待遇标准要素。^[45] 基于此,建议公平公正待遇条款明确以下几点内容:(1)公平公正待遇要求东道国不得在任何司法程序或行政程序中拒绝司法,或实行明显的歧视性或专断性措施;(2)东道国对国际投资条约其他条款的违反不构成对公平公正待遇的违反;^[46] (3)仲裁庭在判断东道国是否违反公平公正待遇义务时,应考虑东道国是否向投资者作出特定陈述以诱使投资者产生合理期待,并且投资者据此作出或维持其投资的决定;^[47] (4)一方采取或未采取某一行为且可能与投资者的期待不符,仅这一事实不构成对本条的违反,无论涵盖投资是否因此受到了损失或损害。^[48]

[43] See Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, 6 *Journal of World Investment & Trade* 357, 360-364 (2005).

[44] 例如《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement)第 8.10 条;《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)第 9.6 条;《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership)第 5 条。

[45] See Allard v. The Government of Barbados, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras. 192-194.

[46] 参考《北美自由贸易协定》自由贸易委员会对该协定第 1105 条第 1 款作出的解释。

[47] 用以澄清投资者的合理期待来源不包含《与贸易有关的知识产权协定》等知识产权条约。

[48] 参考 2017 年《内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排(投资协议)》、2018 年关于升级《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府自由贸易协定》的议定书、2019 年《中国—毛里求斯自由贸易协定》。

第二,为预防东道国滥施规制权,有必要进一步划定东道国规制权的行使条件。投资条约下涉公平公正待遇标准的知识产权保护争端往往聚焦于东道国规制权行使的方式方法和适当性问题。东道国针对知识产权实施的主权行为是否合理、是否具有相称性是争端解决的关键所在。各国知识产权立法、知识产权条约、投资条约的最终目标都是通过一定规制手段实现某种利益互换,以促进经济、社会、文化的进步。同时,东道国规制权不仅得到习惯国际法的承认,也是主权平等原则、自然资源永久经济主权原则等国际法基本原则的真实体现。^[49] 强调东道国规制权并不等同于破坏投资条约规定的外资待遇标准、限缩投资保护范围、不允许投资者利用投资者—国家间争端解决机制寻求救济等。^[50] 相反,重申东道国规制权的规范化行使,有利于指导仲裁庭在解释条约时兼顾投资者利益和东道国社会公共利益。^[51] 基于此,建议首先在条约序言中认可东道国监管权的重要性,提出:尊重各缔约国为实现国家政策目标、维护合法公共福利而进行监管的权利和灵活性。其次在公平公正待遇标准条款中进一步确认:(1)东道国出于安全、公共秩序、卫生、道德和环境保护等原因采取的措施不应被视为违反公平公正待遇标准;(2)东道国采取前述措施应秉持善意、非歧视、合理性和相称性原则。^[52]

第三,为预防仲裁庭任意解释公平公正待遇标准,有必要纳入申明缔约国拥有公平公正待遇标准最终解释权的兜底条款。从上文讨论的知识产权人诉讼策略可知,事先在条约中明确公平公正待遇标准要素还不足以应对投资条约下知识产权保护争端对公平公正待遇标准造成的挑战。国际投资仲裁实践尚未对拒绝司法和任意专断的检验标准达成一致意见,缔约国需要进一步介入公平公正待遇标准条款的解释和适用过程。因此,建议纳入申明缔约国拥有公平公正待遇标准最终解释权的兜底条款,即缔约国应定期或应一缔约方请求讨论、审查公平公正待遇标准的义务内容和适用条件。缔约双方可设立专门委员会就此发布联合解释,并提交仲裁庭作出决定。由此形成的联合解释文件,根据《维也纳条约法公约》第31条可以约束此后的仲裁实践,在一定程度上有助于提高仲裁结果的可预测性。

(二)“投资者—国家间争端解决机制”实践的完善路径

1. 进一步发挥“法庭之友”制度优势

投资条约下知识产权争端解决具有较高难度,案件通常关涉国际投资法、知识产权法、贸易法、人权法、卫生法等交叉性国际法律问题,不同法律发生了跨域适用的现象,竟相对同一争端实施管辖,带来了条约适用上的冲突。借鉴冲突法思维可见,^[53] 不同国家

[49] See Aikaterini Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Hart Publishing, 2014, pp. 33-34.

[50] See Stephan W. Schill, *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises: Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina*, 24 *Journal of International Arbitration* 265, 280 (2007).

[51] See Peter T Muchlinski, *Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate*, in Karl P. Sauvant ed., *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, 2009, p. 42.

[52] 这些原则属于国家的自愿承诺。参考2012年《美国—韩国自由贸易协定》(U.S.-Korea Free Trade Agreement)附件11B。

[53] 此处仅为借鉴,因为条约适用与国际私法中的法律适用仍然存在关键性的差异,即裁判者不再选择唯一的准据法予以适用,而是统筹兼顾所有相关的条约。

间的法律冲突与不同条约体制间的条约冲突存在共性,法律冲突的外观也从以国家领土为界到以国际法律部门为界。^[54] 国际投资法之于仲裁庭相当于“法院地法”,而国际知识产权法、贸易法等之于仲裁庭相当于“外国法”。在查明“外国法”时,能提供专家智慧的“法庭之友”制度,其价值和意义便凸显出来。在上文讨论的 Philip Morris v. Uruguay 案以及 Eli Lilly v. Canada 案中,已有政府间国际组织、非政府组织、行业协会、专家学者、非争端方实体等申请以“法庭之友”的身份参与案件审理,就案涉争议事项、对投资条约体制以外的条约解释问题、东道国国内法律框架、知识产权保护与限制等发表书面意见。

笔者认为,法庭之友制度在国际投资仲裁领域的应用有坚实的法律依据。为充分兼顾社会公共利益、补足仲裁庭解决非纯粹投资法争端能力方面的欠缺、提升仲裁程序透明度,建议仲裁庭在今后可能发生的涉知识产权保护投资仲裁争端中,进一步发挥法庭之友制度的优势,不仅允许“法庭之友”主动提交书面意见,也可主动寻求智力支持,^[55] 依职权查明“外国法”。特别是案涉知识产权条约的起草与管理机关或秘书处,以及具备知识产权法等特定学科领域专业知识的学者,邀请他们以专业的眼光和敏锐的洞察力,出具“法庭之友”意见书。比如,东道国政策背后的科学依据、东道国措施和目的之间的逻辑关系、东道国规制活动的效益与社会影响、东道国知识产权法治理论的流变与溯源等。这都能事半功倍地帮助仲裁庭理解除投资法以外的知识产权国际保护规则,一步步厘清不同法律跨域适用的法理逻辑。

此外,建议参考《国际投资争端解决中心仲裁规则》(ICSID Arbitration Rules)进一步明确:(1)“法庭之友”意见应当提供专业化视角、特定知识或中肯见解,有助于仲裁庭认定事实或法律问题;(2)“法庭之友”意见的内容限于案涉争议事项;(3)“法庭之友”之于案件审理有重大利益;(4)“法庭之友”不得扰乱仲裁程序,不得给任一争端方造成不适当的负担或不公正的损害,应确保争端方有机会对“法庭之友”意见阐明立场。^[56]

2. 合理分担证明责任

即使在公平公正待遇标准及其关联条款完成上述修订的情况下,最后依然需要仲裁庭来裁量如何取得合理平衡,既能保护投资者利益,满足其合法、正当诉求,也能保障东道国实现经济社会可持续发展的现实需求,做到两不偏废。换言之,尊重东道国规制权只是评估公平公正待遇标准索赔诉请的起点,而不是终点。基于此,为确保公平公正待遇标准在投资条约下知识产权保护争端中得到清楚释义,争端双方应各自承担相应举证责任,包括提交“法庭之友”意见书,证明以下内容:(1)国家是否以保护公共利益或履行国际义务为目的行使规制权,包括但不限于通过立法或作出司法、行政决定;(2)这些立法和决定是否是歧视性的、武断的、严重不公平的,是否对外国投资者造成了不相称的影响;(3)投

[54] 参见林燕萍、朱玥:《冲突法在条约冲突解决中的价值及实现路径——由澳大利亚烟草平装措施争端引发的思考》,载黄进等主编《中国国际私法与比较法年刊》(第 26 卷),法律出版社 2020 年版,第 149-163 页。

[55] 参考 2017 年《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》(Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)附件 III 第 4 条。

[56] See ICSID Arbitration Rules, ICSID/15/Rev. 3, July 2022, Article 67 (2).

资者在作出投资决定时是否因东道国对其知识产权投资的特定承诺而产生了合理期待；(4)投资者在实施投资前是否尽职调查过东道国知识产权法律框架、参加的知识产权国际公约等；(5)投资者在东道国的行为。^[57] 如此,仲裁庭可以更深入地剖析投资条约下知识产权争端中公平公正待遇标准适用要点,包括更有能力把握知识产权独特属性、判断东道国规制权行使的适度性。

(三)对我国的建议

截至2023年6月,我国对外签订的108个双边投资条约、19个自由贸易协定投资章节均将知识产权纳入投资范畴。其中,104个双边投资条约、9个自由贸易协定含有公平公正待遇条款。因此我国被卷入涉公平公正待遇标准知识产权投资争端风险较大。鉴于我国在投资条约中直接排除知识产权这一投资类型或删除公平公正待遇条款并不现实,除参考上述普适性调整外,建议我国分别从完成公平公正待遇条款更新迭代和做好涉诉准备两方面入手,既防止知识产权人滥用公平公正待遇标准挑战我国外资规制权和公共政策空间,也避免影响我国高水平双向投资。

1. 为概括式公平公正待遇条款补充必要内容

笔者梳理了现有含公平公正待遇条款的中国双边投资条约和自由贸易协定投资章节,截至2023年6月,共计有51个中国双边投资条约和1个中国自由贸易协定仍然用“缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资应始终享受公平与公正待遇”的概括式描述方法来制定公平公正待遇条款,落后于发达经济体的最新缔约实践。采用明确列举式的公平公正待遇条款中,各要素的出现情况如图1。

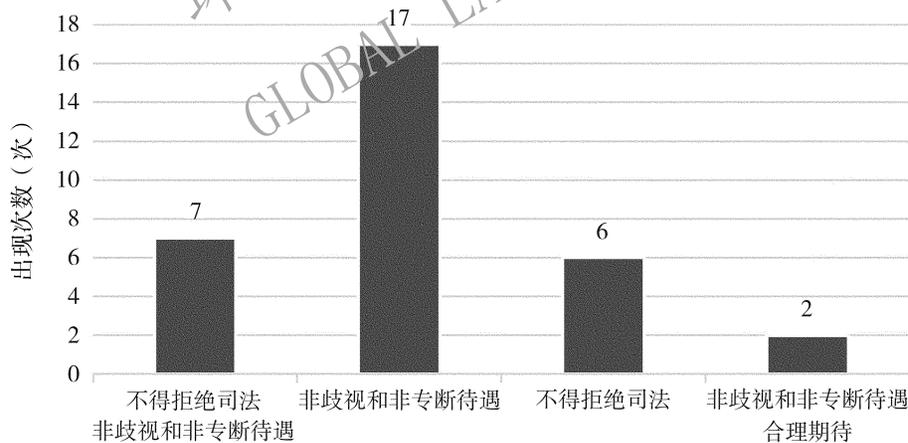


图1 明确列举式公平公正待遇条款制定情况

由此可知,我国投资条约主要承认“不得拒绝司法”“非歧视和非专断待遇”和“保护投资者合理期待”三种公平公正待遇标准的核心要素,并且以不同排列组合的形式出现。

[57] See Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, para. 285; See also EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 215; See also Peter Muchlinski, “Caveat Investor”? The Relevance of the Conduct of the Investor under Fair and Equitable Treatment, 55 *International and Comparative Law Quarterly* 527, 556-558 (2006).

基于此,建议根据另一缔约国国内法治情况,有针对性地概括式公平公正待遇条款补充以下内容。其一,列明“不得拒绝司法”“非歧视和非专断待遇”,这是受中国投资条约认可度最高的两大公平公正待遇标准要素。其二,清晰界定合理期待。比如,1986年《中国—英国双边投资条约》公平公正待遇标准条款存在明显阙漏,应进一步说明“缔约各方应遵守其对缔约另一方国民或公司的投资可能已同意的义务”的义务来源只能是东道国向投资者作出的特定承诺或表述,并且投资者据此作出投资决策。或者,今后中国商签双边投资条约时参照新近中国自由贸易协定的做法,补充说明如果东道国采取或未采取的某一行为不符合投资者期待,仅这一事实并不构成对公平公正待遇标准的违反。

2. 主动或被动涉诉时可采取的立场

依据上文提出的公平公正待遇标准最终解释权兜底条款,我国无论是作为东道国还是投资者母国涉诉,都可以在个案中表达官方立场,同时也可获得再次平衡、协调投资者权益和东道国社会公共利益的机会。

首先就“拒绝司法”而言,我国可以主张将“司法适当性”和“理性第三人”作为判断是否违反公平公正待遇标准的基准。仲裁实践表明,判断是否构成拒绝司法的关键不在于东道国司法系统是否在其最优状态下运转,而是是否足够糟糕到违背投资保护义务。^[58]对于这种“差”的定义分为主观和客观。在主观上,一部分仲裁庭以“惊人”“震惊”等主观感知作为判断标准,认为司法系统出现令人震惊的错漏则构成拒绝司法。^[59]一部分仲裁庭援引著名的 ELSI 案进一步限定到达何种程度属于“令人震惊”,他们指出拒绝司法是故意无视法律正当程序的行为,该行为冲击或至少有违司法适当性(judicial propriety)。^[60]比如,司法程序明显缺乏自然公正(natural justice)、行政程序完全缺乏透明度。^[61]在客观上,部分仲裁庭提出,如果没有任何一个诚信、能胜任的法院会给出如此判决结果,则构成拒绝司法。^[62]当然,用尽当地救济仍然是拒绝司法的前置条件。

其次就“任意专断”而言,我国可以主张“以相称性为主、辅以合理性”作为判断是否违反公平公正待遇标准的基准。相称性原则作为一般国际法原则已被仲裁庭广泛用于判断东道国措施是否属于任意专断,这不存在太大争议。但在评估手段和目的间是否相称时,仲裁庭需要平衡投资者利益和东道国利益才能得出结论,而投资条约也往往欠缺对解

[58] See *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF) 04/6, Award, 16 January 2013, para. 227.

[59] See *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 619; See also *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Award, 2 July 2018, para. 449.

[60] See *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award, 26 June 2003, para. 131; See also *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (“Number 2”)*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98.

[61] See Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 496–510.

[62] See *Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, Award, 16 May 2012, para. 277; See also *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, paras. 442, 453.

决此类利益冲突的明确指导。^[63] 对此,大多数仲裁庭针对相称性采取的审查标准是:(1)是否有任何比现有措施限制更少的替代办法;^[64] (2)东道国是否有事实证据证明其对投资采取的限制性措施能够达到预期目标。^[65] 笔者认为这两点都可以概括为:具体措施应当具备合理性。

六 结 语

知识产权投资不同于其他形式的投资,具有特殊的经济、政治和社会价值。百余年来,国际投资条约基本上无一例外地承认缔约一方投资者向缔约另一方境内投入的知识产权属于“适格投资”,将自有的保护框架一体地作用于“与投资有关”的知识产权,不断促进和保护知识产权资本化应用,既为母国维持国际竞争优势,也为东道国带去可观收益。基于此,知识产权的专有性在先天欠缺平衡关系的国际投资法制内被放大,成为知识产权人开启“投资—竞争—投资”国际竞争新格局的驱动之一。可是,伴随着内外部环境的不确定因素持续发酵,国家的“回归”呈明显态势,知识产权投资开始频繁受到东道国公共政策或规制活动的影响。此时,知识产权的公共性和地域性、东道国社会公共利益、东道国外资规制权对知识产权的专有性形成强烈冲击,知识产权人意识到投资条约及其仲裁机制是能为知识产权保护提供实际救济的另一种国际法制。以公平公正待遇标准为“矛”挑起数起投资条约下知识产权保护争端,导致国际投资争端解决被广为诟病的“公私冲突”突然出现在了新的应用场景中,并且矛盾更加尖锐。

质言之,在全球化的知识经济时代,投资条约投资定义条款囊括知识产权、投资待遇条款包含公平公正待遇标准都有其必然性和现实性。归根结底,投资条约下涉公平公正待遇标准知识产权保护争端带来的诸多负外部性,可归因于公平公正待遇标准是个宽泛、模糊的中性概念,公平公正待遇标准在知识产权人手中有了“千变万化”的外在表现形式,多角度掣肘东道国规制权。很显然东道国与仲裁庭对此都没有做好充分准备。若要从源头化解公私冲突,则需要在投资条约中高度重视公平公正待遇条款订立方式,采取逐步升级的缔约策略,先从为概括式公平公正待遇条款补充必要内容开始,到纳入缔约国拥有公平公正待遇标准最终解释权的兜底条款,并且有意识地引导仲裁庭合理解析国家主权行为、恰当分配举证责任、发挥法庭之友制度优势等,贯彻平衡和可持续发展的理念,重塑公平公正待遇标准在兼顾投资者保护和东道国规制权问题上的应有弹性,避免该条款被滥用为抢夺东道国公共政策空间的工具,努力在投资利益与社会公共利益保护之间实现再平衡。

[本文为作者参与的2019年度国家社会科学基金重大项目“中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究”(19ZDA167)的研究成果。]

[63] 这也反向印证了上文提出的在公平公正待遇条款中补充必要内容、重申东道国规制权的建议。

[64] See *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para. 181; See also *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, paras. 221, 255.

[65] See *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, UNCITRAL, Award, 24 October 2014, paras. 232, 243.

Intellectual Property Protection Disputes under International Investment Agreements: Challenges to Fair and Equitable Treatment and Their Solutions

[**Abstract**] With the emergence of the trend towards the return of states, the international investment law regime is undergoing systemic adjustments and reordering. Host states become more active in strengthening their claims and defending their right to regulate in fields of public interest, imposing increasing restrictions on intellectual property (IP)-based investments. Three disputes over the protection of intellectual property rights (IPRs) under international investment agreements (IIAs), namely Philip Morris v. Uruguay, Philip Morris Asia v. Australia and Eli Lilly v. Canada, indicate that IIAs and investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism constitute an appropriate forum for litigating IP disputes at the international level. Since the clause of fair and equitable treatment (FET) is vague and controversial and has the potential to reach further into the traditional *domaine réservé* of the host state or to implement IP treaties outside the multilateral trading regime, it is often invoked by IP owners against the public policies of a host state, leading to an imbalance between the protection of interests of investors and the regulatory right of the host state and resulting in a departure from the original legislative intent of FET. The application of FET in IP disputes has its distinct features, particularly the extra-territorial application of laws in different fields. In view of this situation, the arbitral tribunal should consider the exclusivity, publicity, and territoriality of IPRs, scrutinize and determine the appropriateness of the host state's act, and solve the dilemma of concurrent protection of IIAs and IP treaties. Unfortunately, the arbitral tribunal has failed to properly respond to the foregoing focal points when applying FET in IP disputes, thus either allowing FET to be abused as a tool to compress the public policy space of the host state or making it difficult to ensure that the host state exercises the right to regulate in a proper manner. In this regard, this paper provides the following advice regarding the overall system design. With respect to revising the treaty clauses, it is necessary to clarify the meaning of the elements of FET while reserving the right to interpret FET for contracting parties and to define the conditions for the exercise of the host state's right to regulate. With respect to optimizing ISDS practice, it is essential to give full play to the advantages of *amicus curiae* from the conflict-law perspective and reasonably allocate the burden of proof among disputing parties. In this way, we could make better use of the elasticity of FET to take into consideration both the protection of IP-based investments and the host state's right to regulate, guide the arbitral tribunal to rationalize the application of FET in cross-regime matters, and ultimately achieve a rebalancing between the interests of investors and public interest of the host state.

(责任编辑:余佳楠)