

双边投资协定对知识产权国际保护制度的影响及对策

□王立武 杨柳 [山东政法学院 济南 250014]

[摘要] 晚近,欧美等发达国家利用知识产权和对外投资之间的关联性,借助于双边投资协定的形式,采取各种策略,在国际范围内主导了知识产权国际保护制度向高标准、宽范围、强制约的方向发展,使当代知识产权国际保护制度产生了重要变革。我国最近缔结的双边投资协定因应了这种变革,但是应当注意这种变革的负面效应,完善相关制度和措施。

[关键词] 双边投资协定; 知识产权; 国际保护

[中图分类号] DF96

[文献标识码] A

[文章编号] 1008-8105(2013)06-0047-08

以世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)^①为代表,知识产权的国际保护制度已经相对完善。然而,作为国际条约,TRIPs毕竟是一种发达国家和发展中国家妥协的产物。以欧美国家为代表的发达国家并不满足于TRIPs协定所确定的知识产权国际保护水平和体制。晚近,欧美等发达国家利用知识产权和对外投资之间的关联性,借助于双边投资协定(bilateral investment treaties, BITs)的形式,采取各种策略,在国际范围内主导了知识产权国际保护制度向高标准、宽范围、强制约的方向发展,使当代知识产权国际保护制度产生了重要变革。

一、知识产权国际保护制度发展的背景

国际贸易的发展催生了知识产权国际保护制度的形成。由于知识产权保护的地域限制,各国知识产权法只能保护在本国取得的权利,而对本国知识产权在他国被侵权的行为常常无能为力。于是,19世纪后半叶,在当时比较发达的资本主义国家(主要是欧洲国家)的推动下,各国先后签订了一些保护知识产权的国际条约,成立了一些全球性或者地域性的国际组织,例如,1883年的《保护工业产权的巴黎公约》(简称《巴黎公约》)和保护工业产权巴黎联盟,1886年《保护文学艺术作品的伯尔尼公

约》(简称《伯尔尼公约》)和伯尔尼联盟;其后又出现了1952年的《世界版权公约》,1961年的《保护表演者、音像制品制作者和广播组织者的公约》及世界知识产权组织等,从而在世界范围内初步构建了一个相对完善的国际知识产权保护制度体系。

进入20世纪60年代以来,随着科技的发展和世界产业结构的调整,技术知识在国家经济贸易中的作用越来越突出,知识产权及其保护与国际贸易之间的关系日趋紧密,许多发达国家直接把知识产权保护与贸易甚至与对发展中国家的特惠贸易待遇挂钩^[1]。例如,美国在其1988年的贸易法中,把1974年贸易法中的“301条款”扩大到知识产权领域(即特别301条款),矛头指向没有对美国知识产权提供有效保护的国家。鉴于发展中国家知识产权保护机制落后的现状,发达国家已经不满足于世界知识产权组织所管辖的多边国际知识产权公约的保护体系。早在关税与贸易总协定(GATT)的东京回合之时,美国和欧共体就曾经积极试图把知识产权保护问题纳入谈判,遭到了发展中国家的反对。1986年9月,虽然遭到发展中国家的强烈反对,埃斯特角城部长级会议还是确认了美国的提议,把知识产权保护作为三项议题之一列入了乌拉圭回合的谈判议程。1993年12月,以当时的总干事邓克尔提出的文本为基础,发达国家和发展中国家经过艰苦谈判终

[收稿日期] 2013-06-06

[基金项目] 2012年度山东省软科学研究计划项目“企业技术创新与知识产权的管理、利用和保护”(2012RKB01161);山东省“十二五”省级重点学科——经济法建设项目(356)。

[作者简介] 王立武(1966-)男,法学博士,山东政法学院教授;杨柳(1964-)女,山东政法学院讲师。

于达成了《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)。

TRIPs协定是一个利益交换的结果,因为乌拉圭回合采取了“一揽子”解决问题的方式。一方面发达国家实现了建立多边知识产权保护体制的目标,另一方面发展中国家从其他议题如《农业协定》、《纺织品与服装协定》中获得了收益,同时,发展中国家也可以借助于多边争端解决机制遏制美国、欧共体国家采取的单边贸易措施。但是,TRIPs协定毕竟是一种妥协的产物,就发达国家对知识产权保护的需求而言,TRIPs远远不能满足其目的。例如,TRIPs协定规定各成员方的国内立法不得低于协定的保护水平,即各成员方立法可以提供高于协定的保护水平,但没有义务一定高于该水平,同时,各成员方可以在各自的法律制度和实践中确定实施TRIPs协定关于知识产权保护的适当方式。这就是TRIPs的最低保护标准原则。根据该原则,美国的版权保护期是作者终生加死后70年,TRIPs规定的是50年,那么美国就没有理由要求其他成员方必须像它一样规定版权的保护期延长至70年。在这种背景下,发达国家就转移谈判阵地(forum shift),通过双边条约,特别是双边投资协定的方式,“离间(alienate)”发展中国家,逐步推高知识产权的国际保护水平^[2]。

二、双边投资协定对知识产权国际保护制度的发展

双边投资条约最早是采用“友好、通商、航海条约”形式,如美国与法国于1778年签订的第一个友好通商航海条约,条约的内容主要是通商贸易,对于投资一般只涉及外国人的财产保护、征收补偿和待遇问题^[38]。二战后国际投资迅猛发展,以投资保护和促进为主要内容的双边投资保证协定和双边促进与保护投资协定随之产生。1959年诞生了世界第一个双边投资协定,即联邦德国和巴基斯坦签订的《促进和保护投资条约》。20世纪90年代以来,双边投资条约的数量急剧上升,而尤以发达国家和发展中国家之间缔结的为多。据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)统计,截至2004年底,全球约40%(不包括发达国家与东南欧国家及独联体国家缔结的双边投资条约)的双边投资条约属于此类条约。作为发达国家的代表,从历史上看,欧美国家所缔结的双边投资条约对国际投资法的影响最大。根据美国2004年双边投资协定范本和法国、德国、英国

签订的双边投资条约以及欧共体与墨西哥签订的自由贸易协定关于投资的定义,投资包括知识产权,因此,知识产权的保护应当纳入双边投资条约对投资的保护体制范围内。双边投资条约体制已经成为晚近知识产权保护的一种重要趋势^[2],它在TRIPs协定和其他国际条约确定的知识产权保护义务的基础上提升了知识产权的保护水平^[4],被称为“超TRIPs”(TRIPs-plus)措施^[5]。

(一) 知识产权国际保护范围的扩大

在国际投资条约中,国际投资往往被界定为一系列资产。以资产为基础界定投资,投资可以包括任何种类的资产,无论是有形资产还是无形资产,投资的范围相对比较宽泛,能够体现缔约国对投资保护的追求。例如,加拿大1998年和委内瑞拉、1999年和哥斯达黎加签订的双边投资协定规定知识产权包括著作权及其邻接权、商标权、专利权、半导体集成电路布图设计权、商业秘密权、植物育种者权、地理标志权和工业设计权。美国1998年和玻利维亚签订的双边投资协定关于知识产权的规定则采取了开放式的定义方式,企业或者国民的投资包括但不限于列举的知识产权类别,甚至包括知识产权的许可使用。

由于对投资界定的范围比较宽泛,导致在传统知识产权国际保护条约中没有达成的保护客体被涵盖在双边投资协定的保护范围内,从而扩大了知识产权的国际保护范围。根据TRIPs协定的规定,WTO体制保护的知识产权范围限于版权及相关权利、商标、地理标志、工业设计、专利、集成电路的外观设计、未公开的信息以及反不正当竞争行为,并不包括植物新品种权,然而,1995年美国 and 尼加拉瓜签订的双边投资协定却以尼加拉瓜加入国际植物新品种保护联盟为条件(尼加拉瓜是WTO成员方),这样,尼加拉瓜就承担了保护植物新品种权的国际义务。同样,在2000年美国 and 约旦王国签订的双边自由贸易协定中,约旦也被要求加入国际植物新品种保护联盟,并且放宽可授予专利的客体范围,使得动植物品种可以通过专利进行保护。而这种要求不是TRIPs第27条施加给成员方(约旦)的义务。世界知识产权组织的“互联网条约”以同样的方式成为约旦必须履行的国际知识产权保护义务。欧共体和墨西哥签订的双边自由贸易协定中也采取了类似举措,例如欧共体对第12条知识产权国际条约的声明就强调了国际植物新品种保护联盟。同时,在具体的知识产权客体项下,知识产权保护的范围也

被逐渐扩充。例如,美国和韩国签订的自由贸易协定规定,对于商标注册,任何一方不得要求标识以“视觉可感知”作为注册条件,或者仅仅基于标识由声音或气味组成而拒绝给与商标注册。这种规定实际就是典型的美国知识产权法规定的翻版。

多边条约是众多国家意志协调、互相让步的结果,但在双边体制下,由于发展中国家对发达国家贸易、资金和技术的依赖性,不得不在发达国家的压力下服从对方提出的知识产权保护要求,从而形成了大于多边知识产权条约保护范围的结果。

(二) 知识产权国际保护水平的提高

国际双边投资条约对投资的保护水平,从微观上理解主要表现为各种具体的保护措施;从整体上理解,主要表现为两个方面的待遇:一是国民待遇和最惠国待遇,二是公平公正待遇,前者称为相对待遇标准,后者称为绝对待遇标准。

在微观上,双边投资协定采取了各种提升知识产权保护水平的方式。在TRIPs体制下,发展中国家享有各种过渡安排,可以延缓履行协定规定的各种义务,但是美欧主导的双边体制把发展中国家在TRIPs协议过渡期之前履行该协议项下的义务,以接受高于或超出TRIPs最低标准的知识产权保护承诺作为技术援助的交换,使知识产权领域有限的特殊和差别待遇形同虚设^[6]。前述美国和尼加拉瓜的双边投资协定就使尼加拉瓜提前履行了TRIPs协定给予发展中国家的特殊义务。再如,关于著作权保护的期限,TRIPs协定规定的最低保护期限是50年,但在美国和许多国家签署的双边投资协定中却规定对方必须像美国一样对著作权予以70年的保护期。

征收和国有化条款是双边投资协定的重要内容,其目的是禁止东道国对外国投资实施征收及类似措施和国有化,现在它们也成为知识产权保护的主要措施。根据TRIPs协定第31条的规定,缔约方政府可以在一定条件下不经专利权持有人授权而实施强制许可,例如在全国紧急状态下或者为了公共的非商业性目的使用。2001年WTO第四次部长会议正式发布了“TRIPs与公共健康”的宣言,重申了发展中国家基于公共健康的需要可以对药品专利实施强制许可。但是,基于公共利益的强制许可是否违背了禁止征收的约定呢?显然,如果认定强制许可就是一种征收措施,那么东道国实施知识产权的强制许可措施就受到了限制,东道国需要对权利人给予“充分、及时、有效”的赔偿,并且可能面临诉讼或者国际仲裁,同时,它却提高了对投资者的知识

产权保护水平。这是发展中国家在引进外国直接投资时必须解决的一个难题。为此,许多TRIPs协定之后签订的双边投资协定回避了该矛盾,把符合TRIPs协定的强制许可措施从征收条款的范围中排除出去。例如,美国2004年的双边投资协定示范文本第6(5)条规定该条(征收)不适用于符合TRIPs协定的强制许可措施。美国的规定一方面没有否认强制许可是一种征收措施,另一方面也隐含着:如果强制许可违背了TRIPs协定的精神或者双边投资协定的规定,东道国就可能承担违背征收的责任;不过,美国和新加坡、澳大利亚的双边投资协定却规定在强制许可的情况下,东道国必须给予权利人“合理的完全赔偿”,这种赔偿不同于TRIPs协定第31(h)规定的“适当经济补偿”,从而在实质上限制了东道国履行TRIPs协定的能力和实施公共健康政策的水平^[7]。

国民待遇和最惠国待遇被誉为双边投资条约的“标志”(hallmark)^[8]。根据国民待遇的规定,每个缔约方给另一缔约方投资者和投资的待遇不应低于它给本国投资者和投资的待遇;而根据最惠国待遇的规定,每个缔约方给任何其他国家投资者和投资的待遇应当立即无条件地给予另一缔约方的投资者和投资。对此,TRIPs协定的第3条和第4条也有相关规定。不过,结合WTO《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)的规定,TRIPs协定在适用国民待遇和最惠国待遇保护知识产权时,仅适用于作为知识产权的投资进入东道国之后。但是,在许多双边投资条约中,国民待遇和最惠国待遇却从经营阶段延伸适用于准入阶段,由此使得许多知识产权的客体比较容易地以投资的形式进入东道国。美国2004年双边投资协定范本第3条以及美国的多数双边投资协定和加拿大2004年的范本第3条均规定国民待遇和最惠国待遇适用于投资的全部过程(the full life-cycle of investment),包括设立(establishment)、获准(acquisition)等准入阶段,泰国和澳大利亚的双边自由贸易协定第904条的标题就是“设立前的国民待遇”(Pre-establishment National Treatment)^{[9][20]}。

国民待遇和最惠国待遇能够产生多边效应,或者说“棘轮效应”(ratchet)。双边投资协定为缔约国,特别是发展中国家,设定的知识产权保护水平“只进不退”,任何缔约方一旦在该协定生效之前或之后为动植物提供了专利保护,则应当继续维持这种保护,而不得使该保护发生倒退。根据最惠国待遇的要求,如果缔约国在和其他任何国家的双边或

多边投资协定设定了最惠国待遇条款,那么这种保护水平就自动传导给其他国家,其他国家就享有该知识产权保护标准产生的利益。在Emilio Augustin Maffezini诉西班牙案中,阿根廷和西班牙的双边投资协定规定最惠国待遇条款适用于协定涵盖的所有事项,而在智利和西班牙的双边投资协定中规定双方的投资争议可以提交世界银行的“解决投资争端国际中心”管辖。阿根廷的投资者要求根据最惠国待遇援引智利和西班牙双边投资协定规定的争端解决机制,最终获得了仲裁机构的支持。如果各国在双边投资协定中就知识产权的保护广泛推行国民待遇和最惠国待遇,其结果不但促进了知识产权国际保护水平的提高,而且加速了在该领域“法律确信”的形成,为习惯国际法和国际条约的形成奠定了基础^[10]。这是以欧美为代表的发达国家所期望的,也是发展中国家所警惕的。

在国际投资条约实践中,一般规定对外国投资及其投资者给予公平和公正待遇,如美国BIT范本中规定,投资在任何时候给予公平和公正待遇,须享有充分的保护和安全的,不得给予低于国际法要求的待遇;比利时、卢森堡和马来西亚缔结的协定的措辞和美国的示范文本相同,即公平公正待遇不得低于国际法要求的待遇。法国同斯里兰卡、巴基斯坦、尼泊尔和以色列等国家缔结的双边投资条约也试图参考国际法的一般原则规定公平与公正待遇的标准。但也有一些国家,特别是发展中国家,拒绝订入所谓公平和公正待遇。罗马尼亚同我国缔结的双边条约,卢旺达、巴基斯坦、沙特阿拉伯和新加坡的双边投资协定均没有提及该待遇^{[3]223}。同时,发达国家和发展中国家对该待遇含义的理解也不完全相同。发达国家在实践上把公平公正待遇同国际法的要求联系起来,他们要求东道国政府采取必要措施保证投资者享有充分的保护与安全,不允许东道国援引自己的国内法背离此种义务。而且如果东道国没有遵守正当的法律程序,没有尽到适当的注意义务,拒绝司法,专断,对外国投资者及其财产有任何其他的不当行为,就被认定为没有给予外资以充分保护与安全,从而违反了公平与公正待遇。而许多发展中国家却不愿把此两者相联系,因为他们认为发达国家所主张的国际法最低标准是19世纪至20世纪初形成的所谓西方文明国家的一般法律原则,并没有发展成习惯国际法的规则,不能作为公平与公正待遇的判断标准^[11]。由于TRIPs协定没有规定公平与公正待遇,发展中国家完全可以通过国内

法控制给予本国或第三国国民的待遇来维持相对较低的知识产权保护标准,但是BITs中的公平与公正待遇却缩减了发展中国家利用TRIPs协定变通性规定的自由选择空间,这样投资者就可能以东道国违反公平与公正待遇提起国际投资仲裁。其结果是,公平公正待遇在无形中提高了发展中国家的知识产权保护水平。

(三) 知识产权争议解决机制约束力的增强

双边投资条约的投资争端解决机制是对知识产权争议解决机制的一种创新,也是知识产权国际保护水平提高的一种表现。根据《解决国家与他国国民之间投资争议公约》成立的解决投资争端国际中心(ICSID)通常是双边投资协定约定的争议解决机构。

在TRIPs协定之前,知识产权的国际保护缺乏一种有效的争议解决机制。无论是此前的《伯尔尼公约》还是《巴黎公约》,均没有涉及正式的知识产权国际争议解决机制,后来成立的世界知识产权组织也仅是一个政策制定和协调机构,而不是一个执行机构,它同样没有构建知识产权的争议解决机制。虽然在理论上,关于《伯尔尼公约》和《巴黎公约》的争议可以提交国际法院管辖,但是在实际上,一方面成员方可以在加入公约时声明拒绝国际法院的管辖,使国际法院的争议管辖权虚设,另一方面即使争议提交国际法院管辖,败诉方也可以通过退出公约方式逃避制裁^[12]。WTO的争端解决机制为知识产权的国际保护提供了“武装保护机制”,因为,如果成员方违背了TRIPs协定下的义务,其他成员方可以向WTO专家组提起“诉讼”,专家组或者上诉机构可以裁决败诉方中止违反义务的行为、赔偿,甚至可以授权胜诉方实施报复措施。应当说,这种措施是比较有效的。美国曾经就印度和巴基斯坦没有提供药品和农药专利申请的“信箱”措施而提起诉讼。但是,WTO的争端解决机制对知识产权的权利人来说也是不利的,因为它是面向于成员方政府的一种机制,知识产权的投资主体并不能获得及时的救济,权利人不能直接利用这种机制对抗国家的各种管制措施。

相比较而言,双边投资条约的争端解决机制则比较符合知识产权的投资主体的利益。首先,知识产权的投资主体在保护其投资利益和知识产权方面具有直接的法律地位。他可以根据自己的判断决定是否对违反知识产权行为提起救济,提起何种程度的救济,或者利用当地救济,或者利用投资争端解

决中心的仲裁机制。其次,知识产权的投资主体可以借助于双边投资协定的安排,绕过自己不熟悉的当地救济,直接利用投资争端解决中心的仲裁机制。因为许多投资者对当地救济的法律机制不信任,认为东道国偏向本国公司或者当事人,歧视外国投资者^[2],担心自己的合法权益得不到有效的保障,而母国的外交保护又不及时,在这种情况下,处于第三方位的国际投资仲裁机制就成为最佳选择。最后,由于担心外国投资者在国际投资争端解决中心提起诉讼以及可能面临的巨额赔偿,东道国不得不改善知识产权保护的法律环境^[13],提高知识产权的保护水平,从而潜在地为外国投资者的知识产权提供了有效保障。同时,双边投资协定的投资争端解决机制对东道国而言也是一种促使其履行条约义务的激励机制,因为如果东道国不当履行条约义务而涉诉则可能使其国际声望以及对外政策面临风险;对投资者的母国而言,则可以避免因为投资者的利益保护而影响和东道国的合作关系。

总之,双边投资协定把ISCID作为投资争议解决的一种通常选择,使知识产权的国际保护增加了另一重保障,在实质上为知识产权国际保护水平的提高增添了砝码。

三、我国的应对策略

我国是发展中国家,自20世纪70年代末实行改革开放以来,我国在全球投资中主要是资本输入国的角色。但是,随着“走出去”战略的实施,我国的对外投资迅猛发展,我国企业的对外投资能力与潜力正在受到越来越多的国家,不仅是发展中国家,也包括发达国家的重视,许多国家把中国视为重要,至少是潜在重要的投资来源地^{[9]428}。从数量上看,2012年,我国境内投资者共对全球141个国家和地区的4425家境外企业进行了直接投资,累计实现非金融类直接投资772.2亿美元,同比增长28.6%。截止2009年底,我国12000家境外投资者在国(境)外设立对外直接投资企业1.3万家,分布在全球177个国家(地区)。为此,我国政府对外投资的政策也从早期的侧重于管制逐渐发展到通过参与国际法实践,例如双边投资协定和自由贸易协定,鼓励和保护对外投资。从1982年与瑞典签订第一个双边投资保护协定,到目前为止我国与130个国家签订了双边投资保护协定,与东盟、智利等8个国家和地区签署了自贸协定,与香港、澳门签署了《更紧密经贸关系安排》,与台湾签署了《海峡两岸经济合作框架协议》,

初步构建了我国保护对外投资的法律体系,成为国际投资法律制度中的重要组成部分。

纵观我国签署的双边投资协定关于知识产权保护条款的规定,可以看出我国在对外知识产权投资和保护方面与国际通行的做法基本一致,只是在具体内容上略有差别。其一,明确了知识产权可以作为对外投资的一个类别,但与不同国家签订的双边投资协定对知识产权范围的界定不完全一致。如我国与朝鲜(2005年)、塞拉利昂(2001年)、芬兰(2004年)规定的知识产权投资范围包括但不限于依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的“知识产权,特别是著作权,专利、商标、商名、工艺流程、专有技术和商誉”,而与也门签订的双边投资协定则没有列举商誉;其二是规定了国民待遇和最惠国待遇,并且晚近出现了扩大国民待遇适用范围的趋势,如在我国与波黑(2002年)、芬兰(2004年)、德国(2003年)的双边投资协定中,对国民待遇不再限制性地规定“依据缔约各方的法律法规”,而仅在议定书中规定了“冻结条款”,即缔约相对方承担更多的国民待遇义务^{[9]443}。其三,如同其他国家的双边投资协定实践,我国缔结的多数双边投资协定也没有规定公平与公正待遇的内涵,但少数协定规定了最低判断标准,包括不低于国民待遇标准,不低于最惠国待遇标准,或者不低于两者之中更惠者,如我国与也门(1998年)签订的双边投资协定。其四,自从1998年我国与巴巴多斯缔结的双边投资条约第9条首次规定外国投资者可以把所有投资争端提交国际投资仲裁以来,其后我国缔结的一系列双边投资协定也采取了类似做法,关于知识产权的投资争议事实上成为了ISCID的管辖事项。

晚近,我国双边投资协定涉及知识产权保护的规定发生了一些变化,对于这些变化,笔者以为,在双边投资协定对国际知识产权保护制度施加了重要影响的背景下,可以从我国对外投资的实际情况和目前我国科技发展状况的角度考虑完善我国双边投资协定对知识产权保护条款的规定。

第一,合理确定知识产权的投资范围。在我国缔结的双边投资协定关于知识产权投资的范围上,基本上采取了两种策略:一种策略是,如前所述,采取根据缔约另一方的法律和法规确定投资的知识产权范围,换言之,知识产权作为投资资产必须符合东道国的法律。这种策略可以有效避免发达国家在投资协定中扩大知识产权保护范围的企图,但是不符合我国对某些发展中国家的知识产权投资。不

过,笔者以为,在目前我国自主创新能力不强、知识产权对外投资比较薄弱的情况下,这种策略应当是比较合适的。另一种策略是,如我国和德国(2003年)、法国(2007年)、瑞士(2010年)缔结的投资协定那样,笼统规定投资是指缔约一方投资者在缔约另一方领土或海域内所投入的各种财产,包括但不限于“知识产权,商业或工业产权”这样就避免了对知识产权客体的限制性规定,使仲裁庭可以根据《维也纳条约法公约》(第31条第3款第3项)以及《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、TRIPs协定对所涉概念进行解释,涵盖某一缔约国国内法律不予保护的知识产权客体,从而提高了知识产权的保护水平^[14]。这种策略正好因应了欧美国家推高知识产权国际保护水平的目标,对我国施加了更多的知识产权保护义务。

第二,在知识产权投资的保护待遇上,除了前述三种确定公平与公正待遇的标准外,一个值得注意的变化是我国与法国(2007年)、墨西哥(2008年)缔结的投资协定。前者在一个单独条文里,规定“任一缔约方应当根据普遍接受的国际法原则给予缔约另一方的投资者在其境内或海域内所作的投资公平和公正待遇”(第三条);后者也是在一个单独的条文里规定“任一缔约方应根据国际法给予缔约另一方投资者的投资包括公正和公平待遇以及完全的保护和安全的待遇”(第五条)。而其他双边投资协定的措辞则是“缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资应始终享受公平与公正的待遇”,且和国民待遇、最惠国待遇规定在同一个条文中。这种规定方式不同于我国1984年与法国签订的双边投资协定,而与《北美自由贸易协定》第1105条规定的“每一缔约方得依据国际法给予缔约他方投资者以待遇”如出一辙。如果在投资争议实践中,仲裁庭根据国际法原则解释公平与公正待遇的具体内含,特别是参照《北美自由贸易协定》^②的解释及仲裁实践,难免出现不利于我国对外国知识产权投资管制的裁断,使我国处于一种被动境地,从而为提升知识产权的保护水平创造了空间。另一个是征收和强制许可问题。根据我国与法国(第五条第二款)、德国(第四条第二款)缔结的双边投资协定的规定,国家有义务对其相当于征收的行为对投资者予以补偿。因此,如果知识产权的强制许可行为使知识产权彻底丧失了经济价值,则可以认为财产权被间接征收,缔约国就应当给予相当于该财产的真正价值

并且应当根据征收之前的正常的经济条件加以确定的补偿,且补偿应当包括至支付日为止,按照适当的商业利率计算的利息。而TRIPs协定第31条第8款规定的补偿义务似乎轻得多,补偿仅须“充分”(adequate),且“考虑到”(take into account)财产的经济价值即可^[14]。可以看出,在知识产权的强制许可的补偿问题上,BIT比TRIPs协定第31条规定的补偿标准更高。

第三,关于知识产权投资争议解决机制的管辖问题。虽然在我国与巴巴多斯缔结的双边投资协定接受了ISCID的管辖之后,许多双边投资协定也采纳了类似做法,但是国际仲裁管辖的具体前置条件却不相同,大体包括三种情况:第一种情况,要求作为投资争议一方的投资者用尽当地救济,例如我国与特立尼达和多巴哥共和国(2002年)、科特迪瓦(2002年)、马里(2009年)的相关规定。第二种情况是,我国单方面要求外国投资者在一定期限内先提交国内行政复议程序再向ISCID提起仲裁。如我国与德国、荷兰和比利时—卢森堡经济联盟(2005年)的相关规定。第三种情况是,对某些争议不要求用尽当地救济,可以直接选择ISCID管辖。如我国和沙特阿拉伯(1996年)双边投资协定第8条规定,因国有化和征收补偿款额产生的争议将根据1965年3月18日开放签字的“关于解决国家和他国国民间投资争端公约”提交仲裁^{[9][214]}。三种情况以第二种为多。第二种方式可以使我国在知识产权投资的保护上拥有一个缓冲空间,但是,把所有的争议(包括知识产权的投资保护)提交ISCID管辖仍然对我国构成压力。

鉴于知识产权投资保护的这些发展,笔者以为,我国应当加以防范。在双边投资协定已经生效的情况下,可以考虑通过双边声明或者谅解备忘录或者附加议定书的方式,各方共同确认TRIPs协定规定的知识产权保护制度,或者如学者们建议的,采取利益锁定机制,即限制最惠国待遇的适用范围^③,防止“棘轮效应”的多边传导,最终使双边投资协定确定的知识产权保护水平符合我国的国情和对外投资的需要。

四、结束语

欧美国家主导的双边投资协定对国际知识产权保护机制的影响是确定无疑的,他们采取各个击破的方法,通过向发展中国家施压或者利用其急需发

展资金及技术的心理,借助最惠国待遇原则的多边传导效应推升了知识产权的国际保护水平。我国双边投资协定关于知识产权投资(以及其他投资)保护的变化只是因应了这种趋势的一个反映而已,但是却被外国学者不恰当地放大了它的影响力,称这些变化符合该领域普遍的国际标准,是经济全球化时代品评发展中国家国际投资法保护水平的“重要标杆(important indicator)”^[15]。对此,我国必须注意反思这些变化可能导致的负面效应,警惕美国等发达国家把“超TRIPs”标准变为新的多边保护标准。毕竟,知识产权的保护水平是和一个国家的社会发展阶段、经济和科技发展水平相适应的,背离或超越一国国情的知识产权保护制度,非但不会为该国带来预期的收益,反而影响该国参与国际竞争。我国和许多发展中国家一样处于经济转型时期,知识产权的国际保护应当定位于自己的发展程度和发展目标,因此,在现阶段,我国必须坚持和完善发展中国家的特殊和差别待遇,反对一体适用的知识产权全球保护水平,反对知识产权霸权主义^[16],在不完全颠覆现行的知识产权保护制度的前提下,通过制度创新实现自己的发展目标和发展诉求。

注释

①TRIPs协定不但建立了关于知识产权保护的国际标准争端解决机制,而且通过纳入方式把已有的国际条约,如《巴黎条约》、《伯尔尼条约》、《罗马公约》和《华盛顿公约》的相关内容统一起来,应当说在知识产权的国际保护体制上是比较具有代表性的。

②2001年《北美自由贸易协定》的缔约国第一次发布了,也是到目前为止的唯一一次关于第11章的解释,认为该条的“国际法”就是“习惯国际法”。笔者以为,随着双边投资条约的国际法公平与公正待遇条款被普遍接受以及《北美自由贸易协定》仲裁实践的影响,关于习惯国际法的解释可能逐渐成为“法律确信”而对相关国家产生约束力。

③我国和德国(2003年)双边投资协定的第四条第三款、和意大利(1985年)的第四条第四款的规定比较富有特色,专门规定了最惠国待遇的特定范围。

参考文献

- [1] 曹建明,贺小勇.世界贸易组织[M].2版.北京:法律出版社,2004:269.
- [2] ANDERSON A M, RAZAVI B. The globalization of intellectual property rights: Trips, Bits, and the search for uniform protection[J]. Georgia Journal of International and Comparative Law, 2010, 38: 265.
- [3] 余劲松.国际投资法[M].3版.北京:法律出版社,2007.
- [4] OKEDIJI R L. Back to bilateralism? Pendulum swings in international intellectual property protection[J]. University of Ottawa Law and Technology Journal, 2003-2004, 1: 144-145.
- [5] SMITH S R. Intellectual property in free trade agreements[M]. Malaysia: Third World Network, 2008: 1.
- [6] 张建邦.“TRIPs-递增”协定的发展与后TRIPs时代的知识产权国际保护秩序[J].西南政法大学学报,2008(2): 17-25.
- [7] BERNIERI R C. Intellectual property rights in bilateral investment treaties and access to medicines: The case of Latin America[J]. Journal of World Intellectual Property, 2006, 9: 548-572.
- [8] MALIK M. Report on bilateral investment treaties between European Union member states and Pacific countries (2006)[EB/OL]. [2010-12-19]. <http://www.thecommonwealth.org>.
- [9] 陈安.国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海:复旦大学出版社,2007.
- [10] ROBBINS J. The emergence of positive obligations in bilateral investment treaties[J]. University of Miami International and Comparative Law Review, 2005-2006, 13: 403.
- [11] 李凤琴.双边投资协定中的TRIPs-plus标准研究[J].世界贸易组织动态与研究,2009(3): 12-18.
- [12] CHEEK M L. The limits of informal regulatory cooperation in international affairs: A review of the global intellectual property regime[J]. George Washington International Law Review, 2000-2001, 33: 277.
- [13] GROSS S G. Inordinate chill: Bit's, Non-NAFTA MITs, and host state regulatory freedom—An Indonesian case study[J]. Michigan Journal of International Law, 2003, 24: 893.
- [14] 提尔曼·鲁道夫·布朗,帕斯卡尔·松纳德,纪焱.德国与中国的新双边投资条约:以国际公法中投资保护制度的发展为背景的述评[J].国际经济法学刊,2010,16(4): 103-108.
- [15] SCHILL S W. Tearing down the Great Wall: The new generation investment treaties of the People's Republic of China[J]. Cardozo Journal of International and Comparative Law, 2007, 15: 73.
- [16] 李扬.知识产权霸权主义与本土化应对[J].法商研究,2005(5): 17-19.

Influences of Bilateral Investment Treaties on the International Protection Institution of Intellectual Property Rights and the Countermeasures

WANG Li-wu YANG Liu

(Shandong University of Political Science and Law Jinan 250014 China)

Abstract Recently, some European developed countries and the United States of America made use of the connection between the intellectual property rights and foreign investment, and adopted various strategies to lead the development of the international protection institution of intellectual property rights which had higher standards, wider objects and stronger enforcement by the form of bilateral investment agreements in the worldwide. What they did made the contemporary international intellectual property rights protection system being in an important transformation. The bilateral investment agreements that China recently concluded corresponded with these changes, but the negative effects of the changes should be paid attention and the relevant systems and measures be perfected.

Key words bilateral investment treaties; intellectual property rights; international protection

编辑 张 莉

(上接第46页)

Research on the Impact of Unconventional Emergencies on the Yield of Stock Returns and Bond Markets Returns

——Empirically study based on ARIMA model

LI Xiao-lin, LI Shi-ming

(University of Electronic Science and Technology of China Chengdu 610054 China)

LI Cheng-gang

(Guizhou University of Finance and Economics Guiyang 550004 China)

LUO Cong

(Southwestern University of Finance and Economics China 610074)

Abstract In last several years, unconventional emergencies occur frequently, which engendered a huge impact on financial markets. The study of unconventional emergencies impacting on financial markets is conducive to raise awareness of the risk of investors and avoid the risks of unconventional emergencies. This paper uses the ARIMA model to study the impact of SARS incident on the stock market return and bond market return. Through the establishment of ARIMA model, and by using the model to forecast the rate of return on the stock market and bond market during the SARS event, it is found that, during the SARS event, the difference between the actual values and predicted values of the Shanghai stock index are mostly negative, and the difference between the actual values and predicted values of Shanghai bond index are mostly positive. The empirical results show that due to security transfer behaviors of investors, SARS has had a negative impact on Chinese stock markets, and a positive impact on bond markets.

Key words unconventional emergencies; stock market; bond market; ARIMA model

编辑 何 婧