

知识产权保护的安全例外研究

由《TRIPs 协定》第 73 条展开

何 华^{*}

摘 要 《TRIPs 协定》第 73 条对知识产权保护的安全例外进行了规定。在传统的国家安全观下,《TRIPs 协定》第 73 条并无太大的适用空间。但随着国家安全范畴的扩大,对《TRIPs 协定》第 73 条的理解也需进行调整。对于国家安全例外,《TRIPs 协定》从一般原则到具体制度均有适用的空间。“卡塔尔案”引起了国际社会就知识产权与国家安全关系问题的激烈讨论,其中就包括安全例外条款的援引问题,还涉及到是否适用 WTO 争端解决机制、《TRIPs 协定》第 73 条的性质、争端的具体性质等问题。《TRIPs 协定》第 73 条的适用应当遵循自裁决原则,但同时也要对其进行限制。在总体国家安全观的背景下,我国应当从国家战略层面关注知识产权与国家安全之间的关系,并进行相应的法律和政策调整。

关键词 知识产权 国家安全 安全例外 《TRIPs 协定》

技术的不断发展对国家安全产生了不可估量的影响,首先能想到的是技术在军事领域的应用对国家军事安全产生的重大影响,并由此发散至国家安全的各个领域。知识产权作为激励技术创新的关键性制度安排,也必然对国家安全产生重要影响。一方面,知识产权保护会促进国家安全:知识产权将知识产品也即智力成果的产权界定为私权,可以给予知识产品的生产者以法律上的保护,不断激励科技创新,从而促进国家安全尤其

^{*} 中南财经政法大学知识产权研究中心副教授。本文系国家自然科学基金项目“健康中国背景下的药品专利期限补偿制度研究”(项目编号:18BFX164)的阶段性成果。

是经济安全、科技安全和文化安全的发展。^{〔1〕}另外一方面,过度的知识产权保护也会对国家安全产生不利影响:知识产权是一种垄断性权利,过度的知识产权保护会形成对知识产品的垄断状态,从而损害公共利益,进而对国家安全形成威胁。基于此种考虑,世界贸易组织(WTO)在缔结《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPs 协定》)时就引入了安全例外条款即第 73 条。但《TRIPs 协定》生效 20 多年来,其第 73 条一直处于休眠状态,从未被正式启用过,几乎被人遗忘。近年来,国家安全的范畴不断扩大,逐步由传统的军事安全和政治安全领域扩大至经济安全、科技安全、文化安全、网络安全等非传统安全领域。与此同时,我国在知识产权保护方面也开始面临一些与国家安全有关的纷争。我国开始高度重视网络安全,并将网络安全政策与自主知识产权政策予以紧密结合,这引起了一些国家尤其是美国的不满与指责。此外,卡塔尔于 2017 年针对巴林、沙特阿拉伯、阿联酋三国在 WTO 提起涉《TRIPs 协定》第 3 条和第 4 条的争端(即“卡塔尔诉巴林案”^{〔2〕}“卡塔尔诉沙特阿拉伯案”^{〔3〕}和“卡塔尔诉阿联酋案”,^{〔4〕}以下统称“卡塔尔案”)也涉及到《TRIPs 协定》第 73 条,并引起了国际社会对知识产权与国家安全之间关系这一问题的关注。而且,从 WTO 的发展前景来看,《TRIPs 协定》经过 20 多年的发展,其对知识产权保护的“最低标准”已经成为成员难以否认的国际法义务,成员们争论的战场也由《TRIPs 协定》的存废移转到《TRIPs 协定》的例外条款上。^{〔5〕}在上述背景之下,《TRIPs 协定》第 73 条适用的潜在性和必要性也日趋增强。

一、知识产权保护安全例外的缘起:安全的范畴与制度的回应

过度的知识产权保护会对公共利益造成不利影响。因此,各国法律在保护知识产权的前提下均规定了知识产权保护的例外情形,安全例外即属于这类情形。由于知识产权在确保国家安全方面扮演着核心角色,各国均将知识产权纳入本国的安全战略体系,国家安全也成为各国知识产权政策和立法中的重要考虑因素。但知识产权的客体即知识产品或智力成果具有非物质性和地域性的特点,这使得人们既无法利用国界这样的物理空间限制来阻断知识产品的流动,也无法单纯依靠一国的国内法对这种跨国界的知识产品流动进行保护和限制。因此,知

〔1〕 参见张志成:“知识产权制度与国家利益、国家安全的关系及对策”,《知识产权》2004 年第 6 期,第 12 页。

〔2〕 Bahrain-Measures Related to Trade in Goods and Services, and Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Request for Consultations by Qatar, WT/DS527/1, 4 August 2017.

〔3〕 Saudi Arabia-Measures Related to Trade in Goods and Services, and Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Request for Consultations by Qatar, WT/DS528/1, 4 August 2017.

〔4〕 United Arab Emirates-Measures Related to Trade in Goods and Services, and Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Request for Establishment of a Panel by Qatar, WT/DS526/2, 12 October 2017.

〔5〕 参见王立达:“TRIPs 协定之例外条款——以概括型例外条款为中心”,《政大法学评论》2009 年第 1 期,第 85 页。

知识产权保护的安全例外也必须依托国际条约来进行规定。

(一)传统安全与安全例外条款的诞生

国家安全是国际法的阿喀琉斯之踵。国际法创制之初,国家安全就成为了前者不可避免的某种漏洞,并且多是以明确的国家安全例外形式出现。任何国家有权在遭遇严重危机时通过其他情况下不可得的手段进行自我保护,这已经成为国际法律制度的基础特征。^{〔6〕}现代国际贸易体系建立在自由贸易的基础之上,各国一直在寻求自由贸易与国家安全之间的平衡。基于此,安全例外条款作为平衡器被纳入各类贸易和投资协定之中,其中以《关税与贸易总协定》(GATT)第21条最为典型。该条规定:“本协定的任何规定不得解释为:1. 要求一缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;或2. 阻止一缔约方采取其认为对保护其基本安全利益所必需的任何行动:①与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;②与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物质有关的行动;③在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;或3. 阻止一缔约方为履行《联合国宪章》项下的维持国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”GATT诞生于1947年,此时第二次世界大战刚刚结束,国际社会开始进入美苏冷战状态。在这一时期,国际社会对安全的理解局限于传统安全范畴,这从《联合国宪章》的相关规定可见一斑。在《联合国宪章》的语境下,影响国际和平与安全的主要是武力、战争和侵略等情形,联合国及联合国安全理事会所要维持的主要是传统安全,即“在指涉对象上强调国家安全,在主导价值上强调军事与政治安全”。^{〔7〕}

但此后,随着国际经贸活动与知识产权之间的关系日益密切,与知识产权有关的国际贸易活动在一定程度上强化了知识产权与国家安全之间的联动关系。例如,一项可用于军事用途的产品和技术如果落入不友好国家,可能危害到国家安全。为此,各国往往通过相关的技术出口管制措施来控制其关键技术、核心技术以及具有核心竞争力的高技术流向其他国家。美国早在第二次世界大战时期就开始实施技术出口管制,随后陆续制定了《出口管制法》《武器控制法》《原子能法》和《物资管制法》等法律对技术出口进行管制。一直以来,严格的技术措施和严密的技术封锁被认为是确保美国本土涉国家安全的技术和知识产权获得保护的重要路径。在国际层面,各国将安全例外条款引入《TRIPs协定》第73条,《TRIPs协定》也成为第一个纳入安全例外条款的知识产权国际条约。1994年通过的《TRIPs协定》第73条完全沿袭了GATT第21条关于安全例外的规定,^{〔8〕}由此确立了《TRIPs协定》在国家安全信息、核材料、军事物质和服务、战争和国际紧急情况以及《联合国宪章》义务等方面的国家安全例外。不过,出于对安全范畴的狭隘理解,有研究者认为,“此种例外对于发展中国家来说,其重要性是有限的。这

〔6〕 See Hannes L. Schloemann & Stefan Ohlhoff, “Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2, 1999, pp. 424—451.

〔7〕 李开盛、薛力:“非传统安全理论:概念、流派与特征”,《国际政治研究》2012年第2期,第96页。

〔8〕 《TRIPs协定》第73条与GATT第21条的区别仅仅在于,用“成员”(member)代替了“缔约方”(contracting party)。

些国家在知识产权领域所面临的难题,往往是在经济和社会方面,而不是涉及国家安全方面”。〔9〕

(二)非传统安全与安全例外条款的发展

冷战结束特别是进入21世纪之后,非传统安全问题开始出现。非传统安全更加侧重于经济、文化、信息、能源、环境、社会安全等这些不同于军事和政治安全的领域。传统安全与非传统安全虽然在指涉对象和主导价值上有所不同,但因二者之间联系紧密,相互作用、相互转化,〔10〕故而均被各国纳入安全体系和国家战略的范畴。随着非传统安全问题日益突出并在国家和国际安全议程中占据着越来越重要的地位,基于以军事安全和政治安全为中心的传统安全观而起草的安全例外条款正面临着如何适应冷战结束后非传统安全事项兴起带来的挑战这一问题。〔11〕

2001年“9.11事件”之后,恐怖主义被认为是美国国家安全面临的最重要的威胁,这也标志着美国国家安全观发生了重大转变。作为回应,美国逐步对其缔结的自由贸易协定和双边投资协定中的安全例外条款进行了调整。2003年缔结的《美国和新加坡自由贸易协定》(以下简称《美新自贸协定》)第21.2条规定:“本协定任何规定不应被解释为:①要求一缔约方提供或允许获得其认为一经披露将会违背其基本安全利益的任何信息;或②阻止一缔约方适用其认为与维持和恢复国际和平或安全或保护其基本安全利益有关的义务所要采取的必要措施。”此后,美国缔结的10个自由贸易协定中有9个采取了这种规定。此外,自2004年《美国双边投资协定范本》开始,美国签订的双边投资协定也均效仿《美新自贸协定》第21.2条的做法,将国家安全例外单独作为一条进行规定。与《TRIPs协定》第73条相比,《美新自贸协定》第21.2条的规定一方面坚持了安全例外条款的自裁决性,另一方面则摒弃了某些安全例外条款适用的限制性规定,形成了在国家安全信息以及维持和恢复国际和平或安全方面的国家安全例外。与此相似,2005年生效的《专利法条约》(Patent Law Treaty, PLT)第4条对安全例外条款的规定也更为简洁,该条规定:“本条约和实施细则的任何内容均不得限制缔约方为保护基本安全利益所必需采取的任何行动的自由。”这种看似精简的安全例外条款规定的内容更为笼统,在适用上也更具灵活性。

需要注意的是,无论是《TRIPs协定》第73条还是《美新自贸协定》第21.2条,二者虽然被冠名为“安全例外”(Security Exception),但在具体条款中却对“安全”进行了一定限制,即将“安全”限定为“基本安全”(essential security)。根据《布莱克法律词典》的释义,“essential”有

〔9〕 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927页。

〔10〕 参见李承:“应对传统安全与非传统安全威胁的统一——新时期军队历史使命的延伸”,《军事历史研究》2007年第4期,第18页。

〔11〕 参见黄志雄:“WTO安全例外条款面临的挑战与我国的对策——以网络安全问题为主要背景”,载陈安主编:《国际经济法学刊》(2014年第21卷第4期),北京大学出版社2015年版,第151页。

“涉及某事物的本质或内在本质；最重要的，基本的和必要的；有真实存在；实际存在”的意思，^[12]但由于这些安全例外条款为“基本安全利益”戴上了“其认为”(it considers)的帽子，因此可以被理解为，由成员方来决定哪些构成基本安全利益。^[13]在早期，曾有人认为，《TRIPs 协定》第 73 条(以及 GATT 第 21 条和 GATS 第 14 条之二)对各成员在行使该权利时施加了限制目标，其中之一是，该条款不得用来保护经济安全利益。例如，GATT1947 第 21 条的一位起草人就曾指出：“我们必须采取一些例外。我们不可能规定得过严，因为我们不能禁止纯粹出于安全原因而采取的措施。另一方面，我们也不能规定得过于宽松，以致于让各国假安全之名，实出于保护商业利益之目的而采取措施。”^[14]在 GATT 实践中，基本安全利益必须是“真正的”安全利益，同时也包括“潜在的”安全威胁。例如，葡萄牙于 1961 年申请加入 GATT，加纳依据 GATT 第 21 条第 2 款第 2 项禁止葡萄牙货物的进口。加纳主张：“在第 21 条项下，各成员方对于基本安全利益的认定系唯一判断者。一个国家之安全利益，可能受实际或潜在的危險之威胁。”加纳的这一主张后被 GATT 大会所引述。^[15]后来有研究指出：“在某些情况下，要在商业目的与安全原则之间明确划定一道界线也是非常困难的。正如在知识产权与基本药物获取之间所发生的争论所表明的，艾滋病之类的流行病可能就会对脆弱的社会存在造成根本性威胁。在此类情况下，就可能适用《TRIPs 协定》第 73 条的安全例外来保护一国的基本安全利益。”^[16]这种观点表明，对于包括《TRIPs 协定》第 73 条在内的 WTO 安全例外条款，人们已经不再僵化地将其局限于传统安全(军事安全和政治安全)的范畴来理解。而事实上，一些人们眼中的非传统安全也已经被纳入了基本安全利益的范畴。例如，世界经济论坛公布的《2018 年全球风险报告》显示，新西兰面临的首要威胁是自然灾害和极端天气。^[17]新西兰国防军也于 2018 年表示，气候变化是新西兰面临的最大的安全挑战之一，应对全球变暖问题将逐步消耗新西兰的资源。^[18]可见，将基本安全利益完全局限于传统的军事和政治安全利益很难适应安全范畴的发展和安全的时代需求，对《TRIPs 协定》第 73 条的理解也须作出与时俱进的调适。

[12] Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 10th Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 663.

[13] See Justin Malbon, Charles Lawson, Mark Davison, *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary*, Edward Elgar, 2014, p.786.

[14] 联合国贸易与发展会议等编，见前注[9]，第 922 页。

[15] 参见洪德钦：《WTO 法律与政策专题研究》，台湾新学林出版股份有限公司 1993 年版，第 337 页。

[16] 联合国贸易与发展会议等编，见前注[9]，第 922 页。

[17] See World Economic Forum, "Global Risks 2018: Fractures, Fears and Failures", <http://reports.weforum.org/global-risks-2018/global-risks-2018-fractures-fears-and-failures/>, 最后访问日期:2019 年 4 月 20 日。

[18] 参见中国新闻网：“新西兰国防军：气候变化对国家安全构成挑战”，<http://mil.chinanews.com/gj/2018/12-06/8694420.shtml>, 最后访问日期:2019 年 1 月 25 日。

二、知识产权保护安全例外的内涵:《TRIPs 协定》的基本原则与具体制度

《TRIPs 协定》规定 WTO 成员方在履行知识产权国际保护义务的过程中可以被合理地豁免保护义务,这种义务的例外包括制度性例外、功能例外和安全例外等情形。其中,制度性例外是指各知识产权国际保护中的具体例外,如在版权与相关权利、专利权、商标权等权利中规定的具体例外。功能性例外是指关于各类国家在过渡期内的保护免责,如《TRIPs 协定》第 65 条和第 66 条的规定。与 GATT 和 GATS 不同,《TRIPs 协定》没有明确规定对知识产权保护具有普遍意义的一般例外,而是为《TRIPs 协定》规定的制度性例外所涵盖。安全例外则作为一种对各类知识产权保护具有普遍意义的例外被单独列出,适用于《TRIPs 协定》调整的所有类型知识产权保护。因此,可以从《TRIPs 协定》的基本原则和具体制度出发对知识产权保护的安全例外进行探究。

(一)基本原则

1. 非歧视原则

《TRIPs 协定》规定了严格的非歧视原则,即国民待遇原则和最惠国待遇原则。这两项原则赋予外国知识产权权利人享有等同于或不低于本国或者第三国知识产权权利人的待遇。《TRIPs 协定》第 73 条实际上也构成了国民待遇和最惠国待遇等非歧视原则的例外。在实践中,出于维护国家安全的需要,一些国家会采取一些限制或禁止措施对特定国家的知识产权持有人的知识产权进行干预,从而形成与《TRIPs 协定》国民待遇和最惠国待遇不相符的情形。前述“卡塔尔案”即为典型例子。这种措施对互联网领域的影响尤为重大。因为,在互联网中,知识产权具有诸如帮助识别和营销产品和服务的商标,与网站和应用程序有关的软件版权、音乐或电影文件下载涉及的使用权交易(许可)等作用,其重要性已明显超出了知识产权在线下贸易中对于构建商业信息及所有权所发挥的作用。^[19]此外,当前互联网已成为恐怖集团实施犯罪活动、洗钱获得资金的重要平台。一旦有组织的犯罪网络加入利润丰厚的假冒和盗版计划,则针对商标、版权和专利产品的假冒行为将越来越多地与国家安全联系在一起。^[20]对于恐怖集团与网络犯罪份子合作贩卖假冒商品以及知识产权的行为,美国前总检察长阿尔伯特就指出,这“不仅仅是一个保护知识产权的问题,它是一个有关国家安全的问题”。^[21]

2. 透明度原则

透明度原则是 WTO 的基本原则之一,它不仅蕴含在多边贸易体制之中,也贯穿于成员的

[19] 参见世界贸易组织编:《世界贸易的未来:数字技术如何改变全球商务》,中国世界贸易组织研究会译,上海人民出版社 2018 年版,第 126 页。

[20] See Ronald K. Noble, “The Links between Intellectual Property Crime and Terrorist Finance”, <https://pdfs.semanticscholar.org/6951/d0a0dd6fb61e7549992a13f1a466df7ca246.pdf>, 最后访问日期:2019 年 4 月 20 日。

[21] (美)Franklin D. Kramer, Stuart H. Starr, Larry K. Wentz 编著:《赛博力量与国家安全》,赵刚、况晓辉、方兰等译,国防工业出版社 2017 年版,第 391 页。

承诺之中,它强调贸易措施的及时公开与可以获得。^[22]《TRIPs 协定》第 63 条在确立透明度原则的同时,也规定了透明度原则适用的例外,即“如果披露有关秘密信息将妨害法律的执行或违反公共利益,或损害特定的公有或私有企业的合法商业利益,则本条第 1 款至第 3 款均不要求成员披露该信息”。关于“公共利益”的例外,这是一个非常宽泛的概念,其给予 WTO 成员实质性的自由裁量权,决定哪些事项在它们看来落入了此术语的范围。^[23]《TRIPs 协定》第 73 条第 1 款关于“不得解释为:……要求一成员提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息”的规定则在第 63 条的基础上进一步了强化透明度原则的例外。

(二)具体制度

一般认为,知识产权中的版权、专利、商业秘密等与国家安全具有更强的关联性。^[24]安全例外条款也将对这些知识产权权利持有人的权利行使形成限制。

1. 版权领域的安全例外

《TRIPs 协定》确立了 WTO 成员方在版权方面的保护义务。受版权保护的文化产品如图书、报刊、影视作品和音乐等反映了制作者所属国和民族的特性,具有精神和价值内涵,^[25]具有公共产品的属性。但版权制度则在一定程度上改变了文化产品的公共产品属性。例如,版权保护了对卖座大片、畅销书和文化明星的投资,同时也将大量文化产品挤出了人们的视野。^[26]因此,版权对文化产品的保护会对一国文化安全形成重要影响。全球化和国际经济治理促进了各国之间文化交流,但也给文化多样性造成危害。文化产品的贸易导致文化同质甚至文化霸权。^[27]为了避免国际贸易或投资对本国文化的冲击、影响甚至威胁,以法国和加拿大为首的一些国家明确声明“文化例外”是其确保文化安全的国策,并认为文化产品体现人类的精神价值,事关一个国家的形象和民族身份,不能等同于一般商品,无法完全由市场进行调控,而是需要国家公共权力的干预和国家文化政策的引导。^[28]虽然在 WTO 框架下,文化产品被归属于 GATS 调整,但由于文化产品与版权保护对象高度重合,其仍可能对版权人在《TRIPs 协定》下的权利产生影响。《TRIPs 协定》并未就版权保护的一般例外进行规定,因此若以发展的眼光来看待国家根本安全,文化安全是国家根本安全的应有内涵之一。加拿大和欧盟在相关自由贸易协定和投资协定中单列文化例外条款的实践也表明,在一些国家和地区,

[22] 参见胡加祥、彭德雷:“WTO 贸易政策的透明度要求:法律原则和中国实践”,《时代法学》2012 年第 1 期,第 99 页。

[23] 参见联合国贸易与发展会议等编,见前注[9],第 743 页。

[24] See Marta Iljadica, Paul F. Scott, “Intellectual Property and National Security”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol. 12, No.1, 2017, pp. 49-61.

[25] 参见韩立余:“文化产品、版权保护与贸易规则”,《政法论坛》2008 年第 3 期,第 152-153 页。

[26] 参见(荷)约斯特·斯密尔斯、玛丽克·范·斯海恩德尔:《抛弃版权:文化产业的未来》,刘金海译,知识产权出版社 2010 年版,“前言”第 1-2 页。

[27] See Valentina Vadi and Bruno de Witte (ed.), *Culture and International Economic Law*, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2015, p.1.

[28] 参见王吉英、刘赵晶:“基于文化例外理论的法国图书统一定价制度”,《出版科学》2017 年第 1 期,第 111 页。

文化安全例外早已不属于一般例外的范畴。基于文化安全例外的国家公权力干预措施如电影进口配额制度和图书统一定价制度等将对文化产品和服务版权的行使形成限制,影响相关版权价值的增值,从而损害权利人的经济利益。此外,一些国家或地区还确立了版权保护基于公共安全的例外和限制。例如,《欧盟信息社会版权法》第5条就规定,为了公共安全目的或为了保证行政、议会或司法程序的正常履行或报告而使用,成员国可以对作者、表演者、录音制品制作者、首次电影的固定制作者以及广播组织的版权规定例外和限制。

《TRIPs 协定》第10条将版权的保护延及计算机程序和数据库,而这将会对国家安全形成重要影响。互联网上有一些计算机软件以窃取信息为目的,不仅威胁到个人权利,而且往往被某些国家政府或恐怖主义组织利用来监控或收集各国政府、政要和网络用户信息,严重威胁到国家安全。此类计算机软件虽然按照法律规定应当享有著作权,但仍受制于国家安全的例外和限制。^[29] 例如,《伯尔尼公约》第17条规定,“任何本联盟成员国的主管当局认为必要时,本公约的规定不能以任何方式影响成员国政府通过法律或条例行使权力,以批准、控制或禁止任何作品或者制品的流通、表演或展览”,从而赋予公约成员以国内法律规定来限制此类窃取信息软件利用与传播的权利。^[30]

此外,在当今数字时代,数据跨境转移问题也开始引人关注。个人信息资料汇成的数据蕴藏着最新科技、社会动态、市场变化、国家安全威胁征兆、战场态势和军事行动等各种政治、经济、文化、安全等信息,数据的安全与否已关乎社会稳定和国家安全。^[31] 而这些数据往往以数据库的形式被汇编在一起。一般来说,数据库的作者享有从事或授权他人从事数据库的复制、改编、向公众传播等专有权。但数据库作者享有的此类权利仍然受到基于国家安全例外的限制,如《欧盟数据库法律保护的指令》第6条第2款c项规定:“成员国可就下列情况对第5条所列举的各项权利作出限制规定……(c)使用是为了公共安全或者出于行政或司法程序所要求的情况。”其中,数据出境安全早已成为各国国家安全的一项核心内容。即使在美国这样一个采取较为宽松的数据跨境流动政策的国家,也留有了一定的政策回转空间,在针对外国投资的安全审查中,企业应当与外国投资者签订包括相关的数据本地化要求的安全协议;关于数据本地化要求的执行落地也通常会由美国外资投资委员会指定的特定政府部门来负责监督执

[29] 参见陈星:“云计算时代制约窃取个人信息软件著作权的法律机制”,《知识产权》2014年第5期,第67—68页。

[30] 我国《著作权法》和《网络安全法》的相关规定也可以适用于此种情形。我国《著作权法》第4条规定:“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”《网络安全法》第27条规定:“任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、干扰他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网络安全的活动;不得提供专门用于从事侵入网络、干扰网络正常功能及防护措施、窃取网络数据等危害网络安全活动的程序、工具;明知他人从事危害网络安全的活动的,不得为其提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助。”

[31] 参见蔡翠红:“国际关系中的大数据变革及其挑战”,《世界经济与政治》2014年第5期,第131页;杜雁芸:“大数据时代国家数据主权问题研究”,《国际观察》2016年第3期,第4页。

行。^[32]这无疑也是基于国家安全的理由对数据库权利进行限制。

2. 专利领域的安全例外

(1) 专利的授予。《TRIPs 协定》第 27 条就专利授予的对象进行了规定。按照此条规定,可能对国家安全产生严重威胁的核方法和产品的发明并没有被排除在不授予专利的发明之外。但从各国专利法的规定来看,大多数国家均禁止给这类发明授予专利。例如,一些国家的立法已经从可专利性中排除了影响国家安全的发明,如涉及核方法和产品的发明;^[33]还有一些国家的立法则从专利保护主题中排除被认为对国家安全利益敏感的事项,如核裂变材料。^[34]这些都是基于《TRIPs 协定》第 73 条中“与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动”这一安全例外具体情形而采取的规定。

(2) 专利的披露与审查。《TRIPs 协定》第 29 条要求成员方应要求专利申请人以足够清楚与完整的方式披露其发明,以使同一技术领域的技术人员能够实施该发明。对于成员方而言,这种专利披露义务是强制性义务。而事实上,随着对国家安全的重视,越来越多的国家开始对专利申请进行国家安全审查。例如,《英国专利法》第 22 条规定,在专利局提出专利申请时,如果国务大臣向审查人员提出该申请所含信息的披露可能有损于国家安全,则审查人员可以禁止或限制将该信息或其通信向任何指定人员进行披露。2004 年 5 月 9 日英国知识产权局发布的通知进一步要求,将专利申请的国家安全审查从满足《英国专利法》第 22 条要求的专利申请扩大到所有的专利申请。^[35]《美国专利法》(35 U.S.C)的 122(d)条也规定:“如果发明的公开或披露有害国家安全,则专利申请不能进行 b 款第 1 项的公开。专利商标局局长应该设定适当的程序,确保能够及时确定这些申请,并按照本法第 17 章的规定对这些申请进行保密。”

(3) 专利权的行使。依照《TRIPs 协定》第 28 条的规定,专利权人享有制造、使用、许诺销售、销售、进口等权利。但这些权利可能因为国家安全的原因受到某些限制,从而导致专利权人的利益尤其是经济利益受损。首先,基于国家安全目的,专利信息披露存在限制性规定,这不仅意味着对专利申请审查的拖延,而且还意味着将所有权转让的义务——特别是将经济权利转让给政府机构,同时可能得不到足够的补偿。^[36]其次,基于国家安全的考虑,一些国家往往会实施一些监管措施,限制或禁止一些外国公司在本国开展业务。例如,美国近年来就依据《外资与国家安全法案》等法律,以威胁国家安全为由,先后对我国的华为和中兴等公司在美

[32] 参见王融:“数据跨境流动政策认知与建议——从欧美政策比较及反思视角”,《信息安全与通信保密》2018 年第 3 期,第 44—45 页。

[33] See WIPO, “Exclusions from Patentable Subject Matter and Exceptions and Limitations to the Rights”, p. 42, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_13/scp_13_3.pdf, 最后访问日期:2019 年 4 月 20 日。

[34] See WIPO, “Future Work on Patent-Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework”, p. 18, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/zh/cdip_10/cdip_10_11.pdf, 最后访问日期:2019 年 4 月 20 日。

[35] See UK Intellectual Property Office, “National Security Checks on Patent Applications”, <https://www.gov.uk/guidance/national-security-checks-on-patent-applications>, 最后访问日期:2018 年 12 月 24 日。

[36] See WIPO, *supra* note 34, p. 18.

国开展业务进行审查并予以限制。由于这些公司已经在美国获得各种专利权,这些限制措施会影响这些公司专利权的行使,从而影响到其知识产权市场价值的实现。^[37] 再次,《TRIPs 协定》第 31 条确立了未经专利持有人授权的其他使用制度即强制许可制度。在国际实践中,强制许可多集中在药品专利,其目的在于维护公共健康。但公共健康对国家安全也会产生重大影响。公共健康安全也是同国防安全一样的国家安全,一种社会制度能否保证这种安全关系到这一社会制度的生死存亡。^[38] 因此,《TRIPs 协定》第 73 条实际上在某种程度上强化了《TRIPs 协定》第 31 条的规定。最后,在某些国家,知识产权也可以因为国家安全的原因而成为财产征收的对象,这种情况一旦发生,无疑会对专利权人的利益造成损失。因为一项被外国人独占或控制的专利极可能对一个国家的国家防御和安全形成威胁,所以绝大多数或几乎所有国家的法律也都允许政府为国家安全目的而使用任何专利。^[39] 以美国为例,凡是对宪法财产权条款意义上的任何财产权益的剥夺,都可构成征收。知识产权毫无疑问也属于美国宪法征收条款所保护的财产权范围。因此,对专利权、商标权、著作权以及商业秘密等知识产权的剥夺都完全可能构成征收。^[40] 在第一次世界大战中,美国就根据 1917 年《与敌对国家贸易法案》没收了所有敌对国民的专利,并通过签发许可证将这些专利转让给本国工业生产者。^[41]

3. 未披露信息领域的安全例外

《TRIPs 协定》第 39 条确立了对未披露信息的保护,这里的未披露信息涵盖了任何具有商业价值的秘密信息,包括技术诀窍、具有商业价值的数据、为获得药品和农用化学品的批准而提交的试验数据或其他数据。《TRIPs 协定》第 39 条并没有对未披露信息的保护规定一般性例外,只是在第 3 款规定了对于药品或者农业化学产品相关测试数据的披露例外,即“除非是为保护公众所必需,或者除非已经采取措施来确保防止对这样数据的不正当商业性使用,否则缔约方应禁止公开这样的数据”。在上述情形中,披露是可以被允许的。例如,该披露是允许强制许可的被许可人为获得销售批准,特别是在该许可旨在针对妨碍竞争的行为而提供救济或者为了满足公共健康需要情况下。^[42] 但事实上,国家安全也可以成为信息披露的理由。早在第二次世界大战时,美国法院就确认基于公共利益或国家安全而排除对未披露信息保护。当时,美国的发动机生产商休斯机械公司曾请求美国法院发布禁止向政府披露发动机图纸的

[37] 参见世界贸易组织编,见前注[19],第 122 页。

[38] 参见肖巍:“关于公共健康伦理的思考”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2004 年第 5 期,第 59 页。

[39] 参见联合国贸易与发展会议等编,见前注[9],第 536 页。

[40] 参见房绍坤、王洪平:“以美、德法上的征收类型看我国的征收立法选择——以公共利益概念的界定为核心”,《清华法学》2010 年第 1 期,第 87—88 页。

[41] See Zack Struver, “History of Compulsory Licensing Statutes and Legislation in the United States”, <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/Struver-CL-History.pdf>, 最后访问日期:2018 年 12 月 24 日。

[42] 参见联合国贸易与发展会议等编,见前注[9],第 614 页。

禁令,但受理法院美国南加州法院拒绝了这一请求并指出:“本院认为发布禁令是没有道理的,因为成千上万的人们正在牺牲他们的生命,我们的国家才得以生存。”^[43]随着信息和网络技术的发展,企业的信息安全早已与国家的信息安全融为一体,各国均将信息安全上升至国家安全战略的高度,国家基于国家安全拥有披露相关信息的权力。以互联网领域为例,由于网络产品和服务大多以计算机软件为基础,而很多企业均对计算机软件源代码采取了保密措施,因此网络国家安全审查就必然需要将这些源代码向国家机关进行披露。而区块链则被认为是未来几年对国家安全的最大威胁。因为区块链上“持续存在着不可追踪、匿名交易的可能性”,而这些无法追踪的匿名交易会构成国家安全威胁。不仅如此,在区块链上还存在“伪造”数据的可能性,如果将虚假信息录入不可变的区块链中,会产生更大的危害。因此,在发展区块链的同时,基于国家安全为目的信息披露也成为必要。^[44]

三、知识产权保护安全例外条款的援引:“卡塔尔案”的争论和思考

虽然《TRIPs 协定》就知识产权保护确立了基于国家安全的例外,但相关的争端仍不可避免。在 WTO 框架下,早在 2000 年,即发生了“欧共同体诉美国 1998 年《综合拨款法》第 211 条款”^[45](以下简称“欧共同体案 I”)。该案源于佩尔诺加里公司在美国申请注册的商标因美国 1998 年《综合拨款法》第 211 条的规定遭到拒绝,后佩尔诺加里公司通过欧共同体将此案诉诸 WTO 争端解决机构(Dispute Settlement Body,以下简称 DSB)。美国 1998 年《综合拨款法》第 211 条的立法实际上有打击古巴政府的目的,但因对美国的相关措施提出申诉的是欧共同体而非古巴,故当时并没有引起国际社会就知识产权与国家安全的讨论。而在 2017 年又发生了“卡塔尔案”,该案引起了国际社会的重点关注。目前,涉案各方未能磋商达成一致,卡塔尔已提出设立专家组的请求。

(一)“卡塔尔案”引发的安全例外争议

2017 年 6 月 5 日,沙特阿拉伯、阿联酋、巴林等国以卡塔尔支持并资助恐怖组织为由与卡塔尔断交,并对其实施禁运和贸易封锁,包括封锁港口贸易、限制互联网等数字业务、关闭海上边界及禁飞卡塔尔航班等措施。2017 年 8 月,卡塔尔针对沙特、巴林和阿联酋采取的贸易封锁措施向世界贸易组织提出申诉。就与贸易有关的知识产权方面,卡塔尔指出:巴林、沙特阿拉伯和阿联酋三国采取的措施具有经济隔离方面的胁迫性,企图对卡塔尔国民享有的知识产权进行干预,包括禁止或限制显示和访问卡塔尔国民持有版权和相关广播权利的电视内容,使卡塔尔国民拥有的版权、商标和其他形式的知识产权的许可证持有人无法履行其在许可协议

[43] 参见孔祥俊:《反不正当竞争法的适用与完善》,法律出版社 1998 年版,第 228—236 页,转引自周克放:“欧盟商业秘密保护例外问题研究”,《电子知识产权》2018 年第 7 期,第 23 页。

[44] 参见火星财经:“美国中央情报局前官员:区块链将对美国国家安全构成威胁”,<https://www.huoxing24.com/newsdetail/20181225192203299732.html>,最后访问日期:2019 年 1 月 14 日。

[45] United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, Appellate Body Reports, WT/DS176/ABR/R, 2 January 2002.

下的义务,使卡塔尔拥有版权、商标和其他形式的知识产权及其许可证持有人无法在上述3国境内使用这些知识产权,这些措施违反了《TRIPs 协定》第3条(国民待遇原则)和第4条(最惠国待遇原则)。一时间,国际社会就这三起贸易争端究竟是知识产权问题还是国家安全问题开展了讨论。

其中,阿联酋认为,其是被迫采取措施应对卡塔尔为恐怖组织提供资金的行为,这不是商业纠纷;采取措施保护阿联酋的基本安全利益,完全符合WTO规则。巴林、沙特阿拉伯、也门和埃及支持阿联酋的声明,称WTO成员有权决定是否有必要采取措施保护其基本安全利益,并且WTO争端解决机制无法解决这些类型的争端。卡塔尔表示,所涵盖协议中的安全例外情况需要进行多边审查;而阿联酋则回应说,国家安全问题是WTO争端解决机制无法审查的政治问题,成员有权自行确定他们认为对其基本安全利益必要的事项,并有广泛的自由裁量权。美国则指出,这一争端具有政治性质,不适合利用WTO争端解决机制来解决,并敦促各方就解决这一争端进行建设性讨论,此外还可能需要总干事的斡旋。加拿大表示,仍然可以通过谈判达成政治解决方案,并鼓励双方在进入下一阶段争端之前积极主动地进行建设性地互动,同时也支持各方寻求总干事斡旋的想法。韩国表示,政治途径是解决这一争端的最有效和最快捷的途径,这一争端不属于WTO的职权范围,必须在有关各方之间找到双边政治协议来解决这一争端,寻求WTO争端解决程序完全是多余的。中国表示,如果援引安全例外,WTO成员应首先确定争议解决是否可以通过WTO争端解决机制来实现;与此同时,成员国应履行其WTO义务。^[46]

(二)安全例外条款的援引

从前述国际社会关于“卡塔尔案”的讨论可以得知,“卡塔尔案”引发了安全例外条款的援引问题。因为根据GATT/WTO的实践,采取争议措施的一方在该争议被提交争端解决机构后往往会援引安全例外条款作为管辖权的抗辩。

在GATT时期,共出现了7起涉及安全例外的案件,其中4起案件依据GATT1947第23条进入正式争端解决程序。这表明,GATT时期的争端解决机构对此类争端具有管辖权。但在这些案件中,美国对GATT1947第21条的态度则有所不同。例如,在1949年“捷克斯洛伐克诉美国案”^[47]中,美国引用GATT1947第21条进行实质性抗辩而非程序性抗辩,虽然最终捷克斯洛伐克的代表团的请求被驳回,但缔约各方并没有将其根据GATT1947第23条而对涉及第21条的问题所享有形式上的管辖权也一并否定。在1984年“尼加拉瓜诉美国案”^[48]中,美国没有阻止专家组的成立,在抗辩中也没有援引任何例外条款,也没有妨碍专家

[46] See WTO, “WTO Sets up Panel to Review UAE Measures on Goods, Services IP Rights”, https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/dsb_22nov17_e.htm, 最后访问日期:2019年1月15日。

[47] United States Export Restrictions, II/28, Decision of 8 June 1949.

[48] United States-Imports of Sugar From Nicaragua, Report of the Panel, L/5607-31S/67, 13 March 1984.

组报告的通过。在 1985 年“尼加拉瓜诉美国案”^[49]中,美国以同意设立专家组的策略而成功地将专家组“对美国援引第 21 条的有效性或动机进行审查或判断”的事项从专家组的职权范围排除出去。1991 年“南斯拉夫诉欧共体案”^[50]中,虽然一开始设立了专家组,但后来因 1992 年南斯拉夫解体而塞尔维亚和黑山两共和国作为 GATT 缔约方的地位不确定,该案最终基于 1993 年的一项理事会决议而终止。由此可见,在 GATT 时期,尽管在有些案件中争议一方是有条件地同意管辖权,但 GATT 争端解决机构对涉及安全例外事项的争端拥有管辖权是获得争议双方认可的。对于涉及美国的 3 个案件,最终 GATT 的争端解决机构都作出了结论。值得注意的是,在 1982 年 GATT 大会就 GATT 第 21 条做出的一项决定指出,受第 21 条行动影响的成员,保有其在 GATT 的相关权利;GATT 理事会得被请求,就安全例外条款作进一步的评估。^[51]

而自 WTO 成立以来,除“欧共体案 I”和“卡塔尔案”外,还出现过 12 起涉及安全例外的案件。其中,在“欧共体诉美国古巴自由民主团结法案”^[52](以下简称“欧共体案 II”)中,美国曾援引 GATT1994 第 21 条作实体抗辩和管辖权抗辩以挑战 WTO 专家组的管辖权,不过该案仍进入了专家组阶段,最后欧共体与美国达成和解协议中止了专家组的工作,专家组未作出裁决报告。“洪都拉斯和哥伦比亚诉尼加拉瓜影响进口措施案”则仍处于磋商未决阶段。2019 年 4 月 5 日,WTO 发布了“乌克兰诉俄罗斯过境限制案”^[53]的专家组报告,在 GATT/WTO 历史上首次对国家安全例外问题进行了解读。另外几起案件则已进入专家组阶段。在“美国、欧盟和墨西哥诉中国稀土出口措施案”^[54]中,中国虽然曾提出对稀土的限制措施是以国家安全为目标的,但双方并未援引 GATT 第 21 条作为实体抗辩和管辖权抗辩的理由。可以肯定的是,在 WTO 的历史上,对于涉及安全例外事项的贸易争端,无论被告方是否对争端解决机构的管辖权持有异议,只要双方没有达成磋商协议,案件就可能进行专家组程序,形成争端解决机构事实上的管辖权。

但是,与其他案件相比,“卡塔尔案”具有一定的特殊之处:首先,“卡塔尔案”不仅涉及 GATT、GATS 项下的货物和服务贸易争端,还涉及《TRIPs 协定》项下的知识产权争端。其次,《TRIPs 协定》第 73 条在整个协定中所处的位置不同于 GATT1947 第 21 条和 GATS 第 14 条之二所处的位置,其位于协定的最后一条,已在争端解决条款之后。最后,知识产权争端

[49] United States-Trade Measures Affecting Nicaragua, Report by the Panel, L/6053, 13 October 1986.

[50] GATT, “Analytical Index of The GATT”, pp.603 – 605, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf, 最后访问日期:2018 年 9 月 22 日。

[51] See Contracting Parties to the GATT, Basic Instruments and Selected Documents Supp. No.29, at 23, 1981–1982.

[52] See Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlhoff, *supra* note 6, p.426.

[53] Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019.

[54] China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, Panel Report, WT/DS431/R, 26 March 2014.

与货物或服务贸易争端相比,往往受政治因素的影响更大,同时知识产权本身与国家安全的联系也更密切。因此,有必要针对《TRIPs 协定》涉及安全例外事项的知识产权争端的管辖权作进一步探讨。笔者试从以下几个方面进行探讨:

1. 关于 WTO 争端解决机制的规定

(1)《谅解》第 1 条。WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称《谅解》)第 1 条(范围和适用)规定:“本谅解的规则和程序应适用于按照本谅解附录 1 所列各项协定的磋商和争端解决规定所提出的争端……本谅解的规则和程序的适用应遵守本谅解附录 2 所确定的适用协定所含特殊或附加规则和程序。”含有安全例外条款的《TRIPs 协定》与 GATT1994、GATS 一同被列于《谅解》附录 1(本谅解的适用协定)中。《谅解》附录 2 所列举的特殊规则与程序中并没有提到任何专门适用于安全例外的争端解决规定,更没有提及《TRIPs 协定》。这主要是因为,在缔结乌拉圭回合的协定时,各成员方一定已经意识到此类争端可能对《谅解》下的专家组和上诉机构的管辖权产生威胁。因此,并没有达成排除《谅解》适用于一成员援引安全例外的规定或明确具体的审查标准的规定以及专门用于解决此类争端的其他规定。对于此类争端,各成员方似乎决定原则上不应该与协定所涵盖的其他争端作不同对待。^[55]

(2)《谅解》第 3 条。《谅解》第 3 条第 2、3 款规定:“……各成员认识到该机制(即 WTO 争端解决机制)适用于保护各成员在适用协定项下的权利和义务,及依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定……在一成员认为其根据适用协定直接或间接获得的利益正在因另一成员采取的措施而减损的情况下,迅速解决此类情况对 WTO 的有效运转及保持各成员权利和义务的适当平衡是必要的。”由此可知,“在 WTO 的情形中,只要一成员认为 WTO 诸协定带给它的任何利益正在受到另一成员所采取措施的损害时,就产生了解决争端的必要”。^[56]从这一点看来,在作为 WTO 协定重要组成部分的《TRIPs 协定》中,只要一成员采取的相关措施影响了另一成员在《TRIPs 协定》项下的权利即源于《TRIPs 协定》第 3 条和第 4 条的国民待遇和最惠国待遇,则另一成员就可寻求 WTO 争端解决机制的救济。

(3)《谅解》第 23 条。《谅解》第 23 条要求“成员寻求纠正违反义务情形,或寻求纠正其他造成适用协定项下利益丧失或减损的情形,或寻求纠正妨碍适用协定任何目标的实现的情形,它们应援引并遵守本谅解的规则和程序”。基于这一规定,如果成员仅仅通过援引 GATT1994、GATS 和《TRIPs 协定》中的安全例外条款就能规避《谅解》的适用,那么就不可能达到加强多边体制的目标。对管辖权的直接抗辩会将原本实体性的安全例外变为程序性的安全例外。而这将增加成员在 WTO 阻碍争端解决程序的权力。这一结果直接违背了加强多边体制的目标以及反向一致程序。^[57]

2.《TRIPs 协定》第 73 条的位置和性质

《TRIPs 协定》第 73 条是该协定的最后一个条款,位于争端解决条款之后。这是否表明

[55] See Hannes L.Schloemann and Stefan Ohlhoff, *supra* note 6, p.441.

[56] 联合国贸易与发展会议等编,见前注[9],第 749 页。

[57] See Hannes L.Schloemann and Stefan Ohlhoff, *supra* note 6, pp.439—440.

DSB 对于与知识产权有关的安全例外纠纷不具有管辖权呢? 与此相对应, GATT 第 21 条在条约中处于一般例外与争端解决条款之间。有学者认为, 根据上下文的理解, GATT 第 21 条的援引与对 GATT 第 20 条的援引不应区别对待。^[58] 事实上, 如前所述, GATT 第 21 条在形式上也是经过多次调整, 最终才实现了与一般例外条款的分离, 位置也从协定的最后调整至实体部分, 并位于一般例外条款(第 20 条)和争端解决条款(第 22 条和第 23 条)之间。这一变化在日内瓦会议上曾引起了谈判方对争端解决机制对安全例外的适用性的关注, 不过最终各方形成了一个共识, 即这种位置上的变化并不影响争端解决机制的适用。^[59] 从 GATT 第 21 条的缔约史来看, 安全例外条款在条约中的不同位置似乎并不会影响争端解决机制对其的适用。关于《TRIPs 协定》第 73 条, “有一种解释是, 不仅将该条款看作是一种正当理由, 而且把它看作是一种程序性的在管辖权上的抗辩, 使得一项争端若单纯适用该条款, 则根据事实本身即不可受理。不过, 无论从该条款的谈判经过, 还是其本文解释或上下文解释中, 都无法找到支持上述观点的依据”。^[60]

有学者则基于安全例外条款的内容认为, GATT 第 21 条因使用了“其认为”(it considers) 这种表述而具有自裁决性, 而基于自裁决性, DSB 也就失去了对相关争议的管辖权。^[61] 以此类推, 《TRIPs 协定》第 73 条因使用了“其认为”的表述而具有自裁决性, 继而 DSB 也就失去了对相关争议的管辖权。不过, 与 GATT 第 21 条一样, 《TRIPs 协定》第 73 条也仅仅在前两款的规定中使用了“其认为”的表述, 最后一款并没有使用此表述。如此一来, 就可能出现一种令人难以理解和接受的局面, 即 DSB 对涉及前两款的争端具有管辖权而对涉及后一款的争端没有管辖权。^[62] 在一些涉及安全例外的投资争端中, 仲裁庭也曾面临过安全例外条款的自裁决性对仲裁管辖权的影响问题。例如, 在“森普拉能源公司案撤销案”^[63] 中, 涉案《美国和阿根廷双边投资协定》第 11 条(安全例外)没有明确的“其认为”的表述, 因此需要由仲裁庭裁决, 在争议各方之间形成的该条款是否为自裁决条款。根据“森普拉能源公司案撤销案”的实践, 自裁决条款只能影响到争端解决机制的权能, 即只能对争议措施的适用进行善意评审而非实质评审。^[64]

3. 争端的性质

从《谅解》第 3 条第 2 款和第 3 款的规定来看, DSB 解决的应是典型的与贸易有关的法律

[58] See Hannes L.Schloemann and Stefan Ohlhoff, *supra* note 6, p.440.

[59] See Hannes L.Schloemann and Stefan Ohlhoff, *supra* note 6, p.440.

[60] 联合国贸易与发展会议等编, 见前注[9], 第 921 页。

[61] 参见李巍: “新的安全形势下 WTO 安全例外规则的适用”, 《山西大学学报(哲学社会科学版)》2015 年第 6 期, 第 106 页。

[62] See Peter Lindsay, “The Ambiguity of GATT article XXI: Subtle Success of Rampant Failure”, *Duke Law Journal*, Vol. 52, No. 6, 2003, p. 1286.

[63] The Argentine Republic’s Request for Annulment of the Award for Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, 29 June 2010.

[64] 参见韩秀丽: “双边投资协定中的自裁决条款研究——由森普拉能源公司撤销案引发的思考”, 《法商研究》2011 年第 2 期, 第 19 页。

性争端。但被申诉成员方采取的措施一旦具有政治性,争端就被打上了政治烙印,如果被申诉方再援引安全例外条款进行抗辩,争端的政治性就更加明显,由此法律性争端发展成为政治性争端。对于法律性争端,诉诸国际司法或仲裁机构裁判,已在国际社会形成共识。但政治性争端是否具有裁决性,国际社会曾经存在分歧。不过,国际法院、联合国海洋法法庭、国际投资仲裁庭均已受理为数不少的具有政治性的国际争端并作出了裁决。GATT/WTO争端解决机构也从未拒绝承认对此类涉及国家基本安全利益的具有政治性的争端享有管辖权。在“欧共体案 II”中,美国曾对 GATT1994 第 21 条第 2 款 2 项提出抗辩,认为《赫尔姆斯——伯法》不是贸易问题而是一个政治问题,关涉国家安全和外交政策,因此已经不在 WTO 的管辖范围。而欧共体则认为,应当对安全例外的适用范围进行审查,这是防止安全例外滥用的唯一可行的方法。但最终,WTO 仍成立专家组,表示其对该案享有管辖权。

从“卡塔尔案”本身出发,其与其他案件相比具有一定的特殊性。其他案件影响范围较小,往往仅涉及当事双方国家或地区;而“卡塔尔案”则涉及到恐怖组织,且中东是全球反恐怖主义的重心地带,加之联合国已将反恐怖主义列为全球治理的重要任务,这些因素无疑都增加了案件的敏感性。在 GATT/WTO 框架下,美国涉及安全例外的案件有多起,但美国最终都是认可并接受了争端解决机构的管辖权。其之所以对“卡塔尔案”提出异议,既事关反恐怖主义,也可能与知识产权有关,因为在互联网发达时代,著作权和相邻权的实施对于恐怖主义宣传的影响巨大。而对于此类案件,WTO 尚是初次遭遇,没有先例可循。

一方面,《TRIPs 协定》既然明确规定了安全例外条款即表明其缔结之初就已经考虑了可能会出现政治因素;另一方面,《TRIPs 协定》和《谅解》又均未对此类具有政治性的贸易争端作类似加拿大相关协定的限制性规定。这似乎表明,《TRIPs 协定》以及《谅解》都并不反对将此类具有政治性的贸易争端提交 DSB。对此类政治性的贸易争端,也有学者不主张寻求国际司法,而主张寻求政治解决。^[65] 政治解决的方式无外乎磋商(包括斡旋、调解),这与 WTO 争端解决机制并不冲突,因为 WTO 不仅设置了磋商这一争端解决的前置机制,而且即使在专家组阶段和上诉机构阶段,也不排斥磋商。无论是双方之间的磋商,还是由第三方主持的斡旋和调解都是可在 WTO 框架下得以解决的。事实上,WTO 中涉及安全例外的案件几乎都选择了磋商;就 WTO 知识产权争端解决而言,有 38% 的知识产权案件是通过磋商解决的,占已决案件的 53%。^[66] 如果在 WTO 框架下无法通过磋商解决,相信在 WTO 框架外也很难解决。而在 WTO 框架下,悬而未决的案件也为数不少。同时,DSB 对此类案件的管辖权也并非表明 DSB 对此类案件的实质问题进行裁决。由于安全例外条款特别是处于实体条款范畴之外的《TRIPs 协定》第 73 条具有一定的自裁决性,加之此类安全例外条款的灵活性,DSB 对此类案件的管辖应该仅限于审查采取争议措施成员方是否具有程序上的合法性与合理性。

[65] 参见徐崇利:“国际争端的政治性与法律解决方法”,《国际政治研究》2018年第2期,第12页。

[66] 参见何艳:“涉公共利益知识产权投资争端解决机制的反思与重构”,《环球法律评论》2018年第5期,第167页。

四、知识产权保护安全例外条款的适用:自裁决原则及其限制

如同 GATT 第 21 条一样,《TRIPs 协定》第 73 条特别是其第 1、2 款虽然是一个自裁决条款,赋予了成员界定其基本安全利益的自由裁量权,但它绝不是一项绝对的自由裁量权。事实上,《TRIPs 协定》第 73 条在制定之初就曾被认为是发达国家为了向发展中国家封锁技术而设置的,^[67]是发达国家对发展中国家进行干涉的工具、经济侵略的机制和殖民主义的一个新变种,^[68]存在被发达国家滥用的可能。^[69]对于 GATT 第 21 条,有学者认为其适用应当遵循一定的原则,以避免滥用安全例外。^[70]笔者认为,这些原则同样适用于《TRIPs 协定》第 73 条。因为《TRIPs 协定》虽然与 GATT 并列作为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的附件,但《TRIPs 协定》序言明确指出,《TRIPs 协定》应当认识到 GATT1994 基本原则的可适用性。在当前逆全球化和贸易保护主义的背景之下,重申和强调这些原则对于维护 WTO 多边贸易体制下的知识产权秩序具有重要的意义。

(一)自裁决原则

与 GATT 第 21 条和 GATS 第 14 条之二一样,《TRIPs 协定》第 73 条是一个自裁决条款。一般认为,《TRIPs 协定》第 73 条是灵活条款,其灵活性主要体现在一些所谓的关键术语如“基本安全”“必要”“战时”“作战物资”“国际关系中的紧急情况”等的解释。但这些所谓关键术语的解释在“其认为”这个帽子下早已变得没有意义。因为“其认为”在赋予安全例外条款自裁决性的同时,也就将这些关键术语的解释交权给了成员方。这也是安全例外条款与一般例外条款的最大不同之处。

不过,《TRIPs 协定》第 73 条的自裁决性仅限于第 1 款和第 2 款,并不适用于第 3 款“阻止一成员为履行《联合国宪章》项下的维持国际和平与安全的义务而采取的任何行动”。这是因为,第 3 款涉及联合国安全理事会(以下简称安理会)根据《联合国宪章》(以下简称《宪章》)第 7 章(第 39—51 条)或第 8 章(第 52—54 条)而采取的旨在维持国际和平与安全的多边措施。而《宪章》第 103 条规定,《宪章》规定的义务应优先于另一项国际协定规定的任何其他义务。因此,安理会根据《宪章》第 7 章实施的各种贸易禁运或其他联合国授权的经济制裁虽然不符合《TRIPs 协定》项下的实质性条款和承诺但却是合理的,因为它们属于安全例外规定。^[71]

[67] 参见陈卫东:《WTO 例外条款解读》,对外经济贸易大学出版社 2002 年版,第 361 页。

[68] See Wesley A. Cann Jr., “Creating Standards and Accountability for the Use of WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism”, *Yale Journal of International at Law*, Vol. 26, No. 4, 2001, pp. 413—485.

[69] See Michael J. Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 1991, pp. 599—607.

[70] 参见张志成,见前注[1],第 14 页。

[71] See Tomas Cottier, Panagiotis Delimatsis, “Article VIX bis Security Exception”, p. 9, <http://ssrn.com/abstract=1280218>, 最后访问日期:2019 年 4 月 20 日。

但安全理事会的决定意味着成员的基本安全利益(如WTO所理解的)受到影响,成员面临实际或潜在的威胁,可以对其采取行动。截至2018年10月,安理会根据《宪章》已经通过了12个关于打击恐怖主义的决议。这也为巴林、沙特阿拉伯和阿联酋对卡塔尔采取经济制裁提供了国际法依据。不过,根据《宪章》第39条的规定,只有安理会在第39条下负有断定采取集体强制行动的前提情况是否存在的专属职责,并享有决定采取武力的或非武力的制裁措施的专属权力。根据《宪章》第41条规定,安理会得采取武力以外的办法包括经济关系等的局部或全部停止等实施其决议。到目前为止,联合国适用《宪章》第41条对南罗得西亚、南非、伊拉克、前南斯拉夫、利比亚、海地、利比里亚、卢旺达、索马里等国进行了经济制裁。但卡塔尔并非联合国及其安理会的制裁对象,巴林、沙特阿拉伯和阿联酋对卡塔尔的经济制裁,也并非相关区域机构实施的制裁,在某种程度上可视为单边制裁。那么,此类单边制裁是否为履行《宪章》项下维护和平与安全的义务而采取的行动?

在WTO体制之下,这一问题将引发出另一个问题,即DSB是否有权对这个问题进行裁断?根据《宪章》第39条的规定,安理会享有作出断定和平之威胁、和平之破坏或侵略行为是否存在的专属权力,但《宪章》并未对断定的对象(即和平之威胁、和平之破坏、侵略行为)作任何定义或提供断定的指导原则。因此,自联合国成立以来,对于何种行为构成《宪章》第39条下的和平之威胁、和平之破坏或侵略行为,一直是集体安全体制中一个重要而又颇有争议的问题。有学者认为,专家组和上诉机构虽然无权审查联合国安全理事会或区域决定,也无权评估这些决定所涉及的安全风险和威胁以及采取行动的必要性,但有权审查成员采取的措施是否超过根据《宪章》第7章和第8章作出的多边决定所核准的措施的严厉程度,并且应审查与“确信成员有权继续进行”有关的要素。^[72]

(二) 自裁决原则的限制

《TRIPs协定》第73条第1款和第2款的自裁决性并非表明成员方在采取相关措施时以不受任何限制。事实上,《TRIPs协定》第73条的规定及国际实践表明,其在采取相关措施时仍需受到善意原则、不干涉原则、比例原则和正当程序原则的限制。

1. 善意原则

正是由于使用了“其认为”这一表述,《TRIPs协定》第73条第1款和第2款成为了一种不证自明的自裁决条款。从本质上说,“其认为”体现了对国家主权的尊重,但“其认为”在赋予国家自裁决权利的同时,也产生了一种风险,即国家滥用自裁决条款的风险。在国际司法和仲裁实践中,针对法官或仲裁员的自由裁量,国际社会提出了善意原则,以限制法官或仲裁员的主观解释权和裁量权。事实上,在国际司法和仲裁过程中,善意原则不仅仅是对裁判者的要求,也是对涉及诉讼的一切当事人的要求。对于“善意”(good faith)一词,《布莱克法律词典》指出,其有4个方面的内涵:诚实,即信念和目的上的诚实;忠实,即对其职责或义务的忠实;合理,即在特定贸易或生意中遵守有关公平交易的合理商业准则;真实,即没有欺诈或寻求过分

[72] Ibid.

益处的意图。^{〔73〕} 概而言之,“善意”是指行为主体在行使权利和履行义务时的主观上的积极态度,它强调的是诚实信用、公平客观、不损人利己。在国际法各个领域内要求“善意”是一项业已确立的国际法原则,甚至是最基本的原则之一。^{〔74〕} 在乌拉圭回合谈判期间,尼加拉瓜曾提议对 GATT 第 21 条作解释性说明,要求各成员在援引安全例外时本着诚意行事。根据尼加拉瓜的提议,任何成员都不得诉诸 GATT 第 21 条,除非它首先与另一成员进行双边谈判。在谈判不成功的情况下,在实施安全例外措施之前,同样需要诉诸联合国或处理国际关系中的战争或其他紧急情况的另一个适当的政府间组织可以援引条款作为 GATT 限制性措施的理由。尽管这一提议没有获得最终通过,但它表明在涉及援引例外的情况下,按照诚信原则行事确实是一个重要的概念。^{〔75〕} 基于善意原则,安全例外措施的实施应当是非武断的,非歧视性的,不构成对贸易的变相限制。^{〔76〕} 而且在“乌克兰诉俄罗斯过境限制案”中,专家组认为应将“基本安全利益”解释为与国家典型功能相关的利益,因此实际上成员确定“基本安全利益”的权利仍被控制在一定范围内,且善意原则的运用在具体案件中的审查也将是相当客观的。在该案中,专家组将审查成员“为保护其基本安全利益”而采取措施的善意标准具体化为两个方面:一是成员应当说明因国际关系中的紧急情况而导致其基本安全利益受到影响,二是成员应说明其采取的措施与保护该等利益满足最低程度的联系。涉案《TRIPs 协定》成员方在行使自裁决权采取涉及国家基本安全利益的相关知识产权限制措施时也应遵循善意原则,且由争端解决机构根据善意原则对争议措施进行裁定。违反善意原则采取的相关措施,可以被视为对《TRIPs 协定》义务的违反。

2. 不干涉原则

安全例外援引的不干涉原则,一般是指行为意图的非干涉性,即成员方实施的安全例外措施不得构成对对方国家内政、经济等的干涉,应当尊重目标国的国家主权。在 1986 年国际法院受理的“尼加拉瓜诉美国案”^{〔77〕}中,国际法院就裁定美国采取的经济制裁实为一种对尼加拉瓜内部事务的间接干涉。对于美国的《古巴自由民主团结法》,欧盟、加拿大和一些拉丁美洲国家均认为其是美国法律的域外适用,明显侵犯了这些国家的主权。^{〔78〕} 不干涉原则对于非经联合国安理会授权的单边经济制裁措施的 WTO 合法性判断具有重要意义。除此之外,不干涉原则应还有另一层内涵,即意思表示的独立。也即《TRIPs 协定》成员方自裁决权利的行使不受任何外来势力的干涉,是一种意思表示独立要求的体现。美国一贯对别国采取单边制

〔73〕 See Bryan A. Garner, *supra* note 12, p.808.

〔74〕 参见(法)M.维拉利:“国际法上的善意原则”,刘昕生译,《国外法学》1984年第4期,第54页。

〔75〕 See Tomas Cottier, Panagiotis Delimatsis, *supra* note 71.

〔76〕 See United Nations Conference on Trade and Development, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2009, pp. 81-83.

〔77〕 *The Republic of Nicaragua v. The United States of America*, I.C.J. Report, June 27, 1986, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20085_en.pdf, 最后访问日期:2019年4月20日。

〔78〕 See Wesley A. Cann Jr., *supra* note 68, pp. 440-441.

裁,除直接对相关国家进行制裁外,还往往对与被制裁国家进行贸易的外国企业进行制裁,即二级制裁。二级制裁形成的一种效果是,迫使遭受二级制裁的外国企业的母国限制与被制裁国家的贸易或经济往来,从而形成一种隐性的制裁或者三级制裁。这种制裁就是一种受到外界干涉的制裁。依据不干涉原则,成员应根据本国的实际情势来确定其基本安全利益以及采取措施和行动。

3. 比例原则

为限制成员的自裁决权,《TRIPs 协定》第 73 条第 2 款还使用了“必需的”表述。“必需的”这一表述对成员采取的措施和行动提出符合国际法的比例原则的要求。“必需的”内涵了比例原则的三项子原则的要求,即适当性原则、必要性原则、均衡性原则。^[79] 适当性原则要求成员合理地行使权利。国际法院曾在 1986 年“尼加拉瓜诉美国案”中指出:“基本安全利益这个概念当然比武力攻击的概念外延更宽,并且在过去曾受到非常宽泛的解释。因此,本法院必须就这些基本安全利益所承担的风险是否合理做出评估。”必要性原则要求成员在众多可能采取的措施中选择侵害最小的措施。在 1986 年“尼加拉瓜诉美国案”中,国际法院同样强调必要性原则:“必须评估为保护这些利益所采取的措施是否不仅有用而且是必需的。”均衡性原则要求成员采取的措施在保护的利益与侵害的利益之间达成平衡。比例原则的适用对于《TRIPs 协定》第 73 条的适用意义更为明显。因为,《TRIPs 协定》并没有像 GATT 那样在安全例外条款之外还设置了一般例外条款。由此,一些原本可以纳入一般例外条款的事项(如环境、公共健康等)一旦发生,就极有可能被成员方纳入安全例外条款适用的范畴。传统上,比例原则的适用还体现在争议双方的综合实力比上。有学者认为,一个综合实力明显较弱的国家(如不发达国家甲)不可能对另一个综合实力明显较强的国家(如发达国家乙)形成基本安全利益的威胁,如果甲对乙以安全例外为由采取贸易限制措施,则属于违反比例原则。^[80] 但是,恐怖主义和网络的出现可能会彻底颠覆这种传统认知,对比例原则的理解也会随之改变。但无论如何,比例原则要求涉案成员在《TRIPs 协定》赋予或施加的权利与义务之间达成协调与平衡。基于比例原则,成员方在采取例外安全措施时应当至少考虑对方国家的发展水平、对第三国的影响、对其基本安全利益的量化等。^[81] 尽管在“乌克兰诉俄罗斯过境限制案”中,专家组认为措施是否“必需”,应留给援引方自行决定,但根据专家组对善意标准的理解,措施是否“必需”仍应受到专家组的客观审查。

4. 正当程序原则

正当程序原则是 GATT/WTO 争端解决机制中的一项重要原则,而争端当事方的知悉权则是该原则的重要内容之一,由此也衍生出当事方的通知义务。在 GATT 早期,成员方在采取安全例外措施之前往往不会通知对方,也不会通知 GATT 以获得同意。这是因为,一方面,当时采取 GATT 第 21 条措施的国家基本上都是欧美经济大国,他们认为 GATT 本身不是解

[79] 参见韩秀丽:“寻找 WTO 法中的比例原则”,《现代法学》2005 年第 4 期,第 180 页。

[80] See Wesley A. Cann Jr., *supra* note 68, pp.413-485.

[81] See Wesley A. Cann Jr., *supra* note 68, pp.413-485.

决有关安全例外纠纷的适当场所;另一方面,受制裁国家一般较为弱势,往往本身也无力影响相关案件的程序及裁决报告的做出。^[82] 在 1982 年 GATT 理事会讨论欧共体对阿根廷基于非经济原因采取的贸易限制措施时,阿根廷提出,当成员方诉诸 GATT 第 21 条时,为使其限制措施具有正当性,应当对其基本安全进行说明,且贸易限制措施的采取必须通知、讨论及陈述理由。而欧共体等成员方则认为,GATT 第 21 条本身并没有规定通知程序,在以往 GATT 成员方援引 GATT 第 21 条时也未通知 GATT。^[83] 为此,GATT 大会于 1982 年通过了一项关于 GATT 第 21 条的决议,规定除了第 21 条第 1 款,会员必须就其所采取的与 GATT 第 21 条有关的措施尽可能完整地通知 GATT,^[84] 从而确立了成员在安全例外措施采取的通知义务。这一通知义务已获得相关国家的认可,如尼加拉瓜在对洪都拉斯和哥伦比亚采取贸易限制措施时,就分别通知了 WTO 货物贸易理事会和服务贸易理事会。尽管 GATT 确立的这一通知义务仅涉及通知 GATT/WTO,并不涉及通知受制裁的其他成员;但可将其理解为,通知了 GATT/WTO 也就间接视为通知了受制裁的其他成员。大多数国家认为,如果目标国是一个发展中国家,则实施安全例外措施的成员方应当发出特别警示。^[85] 这一通知义务也为 GATS 第 14 条之二第 2 款所采纳,从而明确了在成员方在 GATS 项下采取安全例外措施的通知义务。《TRIPs 协定》第 73 条并未就成员方的通知义务进行明确规定,但这并不表明通知义务是一项可以排除的义务。事实上,通知义务是一种事前义务,该义务也是前述善意原则和比例原则的要求,更是多边条约下成员方的透明度义务的要求。^[86]

五、结 语

从历史的角度来看,将安全例外引入国际经贸条约原本是美国制度霸权的体现。在 1997 年到 2006 年不到 10 年的时间里,美国就基于国家安全理由对 90 多个国家实施过贸易制裁,涉及 2/3 的 WTO 成员方。^[87] 但并不能因此就否定安全例外条款的制度价值。西方学者将

[82] See John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes Jr., *Legal Problem of International Economic Relation*, West Publication, 1995, pp.985-986.

[83] See GATT Council, Minutes of Meeting Held on May 7, 1982, GATT Doc. C/M/157, June 22, 1982.

[84] See GATT Council, Decision Concerning Article XXI of the General Agreement, Decision of 30 November 1982, BISD 29S/9, 2 December 1982.

[85] See GATT Council, Minutes of Meeting Held on May 29, 1985, GATT Doc. C/M/188, June 28, 1985.

[86] See Brian V. Kennedy, "Law and Its Limitation in the GATT Multilateral Trade System, by Oliver Long", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 1987, p. 127.

[87] 参见孔庆江:“国家经济安全与 WTO 例外规则的应用”,《社会科学辑刊》2018 年第 5 期,第 137 页。

安全例外条款定位为“君子协定”^[88]或“逃避条款”^[89],这很难反映出该条款在WTO协定下应有的真实制度价值。

在WTO协定之下,安全例外条款真实的制度价值在于其反映出对国家主权及成员方自我保护权利的尊重。^[90]一方面,安全例外是自由贸易体制不可或缺的“安全阀”。自进入21世纪以来,世界各国面对越来越多的具有普遍性的安全问题,如气候变暖、金融危机、恐怖主义、传染病、网络攻击等问题。这些问题都不是某一个国家单独面临的问题,也不是某一个国家能独自解决的问题,需要世界各国的普遍参与。^[91]时代的变迁和国家安全观的发展会促进WTO安全例外条款制度价值的体现和作用的发挥。另一方面,安全例外条款还具有威慑功能。因为,一旦安全例外这个“安全阀”被不恰当地启动,国际关系的平衡就极可能被打破,出现事与愿违的现象。近年来美国以所谓“国家安全例外”为借口实施的一系列贸易制裁措施而引发的世界贸易纠纷即为例证。安全例外条款的存在事实上也在向成员方和WTO争端解决机制表明,对安全例外的援引和裁断均要审慎。

知识产权保护的安全例外已为许多国际条约和各国国内法所认可和接受。除《TRIPs协定》第73条外,一些双边、区域和多边协定也纳入了与国家安全相关的专利相关问题的条款。^[92]安全例外被认为是知识产权制度灵活性最重要的方面之一。《TRIPs协定》第73条的灵活性最主要表现于国家的自裁决性。这种灵活性某种程度形成了与贸易有关知识产权政策与安全目标之间的紧张关系。一方面,基于知识产权的单边贸易制裁并不是一个达到安全目标的工具。^[93]另一方面,WTO成员方的国家主权及自我保护权利应当得到尊重。《TRIPs协定》本身并不排斥国家安全,因为知识产权本身就涵盖了安全利益。可以想象,随着技术的发展,国家安全将越来越依赖于知识产权的保护,同时过度的知识产权保护带给国家安全的风险也会越来越严峻。如此看来,国家安全这个知识产权的保护与限制的“安全阀”何时以及如何启动至关重要,稍有不慎则可能适得其反。《TRIPs协定》第73条的适用如不能在基于主权的安全目标和基于发展目标的贸易投资自由化之间达成平衡并克服其灵活性而带来的滥用风险,就可能出现世界贸易秩序的混乱和失范,并最终影响WTO成员方的国家安全。因此,在WTO框架下对《TRIPs协定》第73条的援引和适用进行规范有必要且刻不容缓。

习近平同志于2014年提出了总体国家安全观,我国在此基础上制定和实施了《国家安全

[88] See Nathaniel Ahrens, *National Security and China's Information Security Standards: of Shoes, Buttons, and Routers*, Center for Strategic & International Studies, 2012, p. 10.

[89] See Tomas Cottier, Panagiotis Delimatsis, *supra* note 71.

[90] 参见孙南翔:“国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开”,《河北法学》2017年第6期,第66页。

[91] 参见《总体国家安全观干部读本》编委会:《总体国家安全观干部读本》,人民出版社2016年版,第64—65页。

[92] See WIPO, *supra* note 34, p. 18.

[93] 参见(美)道格拉斯·A·欧文:《备受非议的自由贸易》,陈树文等译,中信出版社、辽宁教育出版社2003年版,第221页。

战略纲要》，构建了集政治安全、国土安全、军事安全、经济安全、文化安全、社会安全、科技安全、信息安全、生态安全、资源安全、核安全等于一体的国家安全体系。目前，我国对于知识产权的保护力度不断加强，这无疑可以激励创新从而有利于保护国家安全。与此同时，我国也面临着一系列与国家安全密切相关的知识产权争端。以信息产业和互联网领域为例，由于我国对互联网安全的重视，《中华人民共和国网络安全法》规定了针对关键信息基础设施的国家安全审查制度（第 35 条）和数据出境安全评估制度（第 37 条），从而被美国“特别 301 报告”指责，认为这导致了对美国知识产权人事实上的差别待遇，形成了市场准入壁垒。^[94] 与此同时，随着我国企业“走出去”战略的深入实施，我国的华为和中兴等高科技企业在海外申请了大量的知识产权，但由于美国等国家多次以国家安全为理由禁止这些企业开展相关业务，它们的知识产权利益的实现受到了严重的限制。可以预见，以后中国政府及企业遭遇的类似问题将越来越多。但当前我国对知识产权保护与国家安全之间的关系认识尚不全面，知识产权工作的重点仍然是不断强化知识产权保护，而相对忽视了知识产权保护的安全例外问题。因此，我国要从国家战略层面对知识产权和国家安全之间的关系进行全面认识，在《国家知识产权战略纲要》中增强和深化总体国家安全观意识，并付诸具体的行动规划和制度安排，从而达到保护知识产权与维护国家安全之间的平衡。

Abstract: Article 73 of TRIPs regulates the security exceptions of intellectual property protection. Under the traditional concept of national security, there is not much room for the application of Article 73 on security exceptions. However, with the scope of national security expanding, the understanding of the provision needs to be adjusted. According to national security exceptions, TRIPs can be applied from general principles to specific systems. The "Qatar case" has caused a heated discussion among the international community on intellectual property rights and national security, including the reference to the security exception clause, the application of the WTO dispute settlement mechanism, the nature of Article 73 of TRIPs, and the specific nature of the dispute. The application of Article 73 of TRIPs shall follow the principle of self-adjudication, which should also be limited at the same time. Against the background of overall national security, China should also pay attention to the relationship between intellectual property rights and national security, and make corresponding adjustments in law and policy.

Key Words: Intellectual Property Rights; National Security; Security Exception; TRIPs

(学术编辑: 杨 明)

(技术编辑: 王泓之)

[94] See United States Trade Representative, "2015 Special 301 Report", <https://ustr.gov/sites/default/files/2015-Special-301-Report-FINAL.pdf>, 最后访问日期: 2018 年 11 月 20 日。