



易波·试论《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）中的非违法之诉



来源方式：原创

发布时间：2012-05-22

试论《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）中的非违法之诉

易波*

摘要：在WTO法律体系中，非违法之诉是一项保护合法预期利益的程序救济制度，传统上GATT1947和多边货物贸易协议中非违法之诉保护的是基于货物关税减让而获得改善的市场准入和更佳的竞争条件的合法预期利益。《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）是一知识产权最低保护标准的协议，没有关税减让的概念，非违法之诉在TRIPS中能否适用、如何适用（成立要件判定标准）、救济方式等问题在理论和实务界存在争议。

关键词：非违法之诉；TRIPS；中止适用期；公共健康

一、TRIPS协议中的相关规定

知识产权是私法中一种十分重要的权利，是人们对智力成果所享有的民事权利，具有专有性，地域性和时间性三大特征。知识产权是国际贸易的重要组成部分。由于国际贸易中知识产权的含量增加，知识产权的国际贸易极大地影响着世界各国。知识产权的国际保护问题在1986年以前一直是在世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization, WIPO）的范围内讨论，在乌拉圭回合谈判中，以美国为首的发达国家倡议将知识产权问题列为三大议题之一，最终达成《与贸易有关的知识产权协议》（Agreement on Trade Related Aspects of Property Rights, TRIPS），首次将知识产权纳入多边贸易保护体制中。TRIPS协议包括了七个主要知识产权领域。TRIPS协议包含7个部分，共73条。第一部分是总则和基本原则规定了WTO成员的一些普遍义务和国民待遇、最惠国待遇等基本原则，明确了该协议与《巴黎公约》、《伯尔尼公约》等被列明的知识产权公约之间的关系；第二部分是有关各类知识产权的取得、范围和使用的WTO成员方的国内法最低保护标准；第三部分是有关知识产权执法的规定，规定了为执行知识产权各成员方应提供的程序和救济手段，分为普遍义务、民事和行政程序与救济、临时措施、边境措施和刑事程序等五部分；第四部分是有关知识产权获得与维持及有关当事人之间程序的规定；第五部分是关于争端解决的规定；第六部分是过渡性规定；第七部分是机构安排与最后条款。

（一）中止适用条款概述

为了有效和及时地解决WTO成员方在履行TRIPS协议时所发生的与贸易有关的知识产权保护争议，建立起一套比较健全、富有效率和执行力的争端解决机制，乌拉圭回合谈判重要成果之一便是将TRIPS协议纳入WTO的争端解决机制管辖范围之内，处理像WIPO等有关国际组织管理的多数知识产权国际公约因为缺乏完善和健全的争端解决方法，只能依靠双方协商解决的困境与难题。

TRIPS协议第64条规定“1.《争端解决谅解》详述和实施的GATT 1994第22条和第23条的规定适用于本协议项下产生的磋商和争端解决，除非本协议中另有具体规定。2.自WTO相关协议生效之日起5年内，GATT 1994第23条第1款(b)项和(c)项不得适用于本协议项下的争端解决。3.在第2款所指的时限内，TRIPS理事会应审查根据本协议提出的、属GATT 1994第23条第1款(b)项和(c)项规定类型的起诉的范围和模式。并将其建议提交部长级会议批准。部长级会议关于批准此类建议或延长第2款中时限的任何决定只能经协商一致作出，且经批准的建议应对所有成员方生效，无需进一步的正式接受程序。”依据该条第2款的规定，非违法之诉在TRI

PS协议中应延缓五年至2000年1月1日后适用，但是第3款紧接着规定，在第2款规定的五年中止适用期限内，TRIPS理事会应审议非违法之诉的范围与模式，并作出建议提交部长会议以协商一致的方式通过该建议或是作出否延长中止适用期的决议。

对于TRIPS协议第64条既规定不排除非违法之诉的适用，又规定一个中止适用期的妥协做法，可以窥见对于非违法之诉能否适用于TRIPS协议，至少在乌拉圭回合谈判时期是GATT缔约方所争议较为激烈的问题之一。非违法之诉在TRIPS协议中的适用问题一开始并没有在争端解决条款中提出。在1991年12月20日所达成的TRIPS协议最终草案文本中，争端解决条款的规定仅包含了现行协议第64条第1款，并没有包含第2款和第3款。只是在脚注中说明，从设立多边贸易组织协议下的关于建立整体争端解决谅解的工作角度看，该条款有待进一步修订。相反，TRIPS协议谈判方却在讨论第8条草案（即现行协议第8条）关于公共健康利益问题涉及的弹性条款时，一同提出了非违法之诉能否适用的问题。一些发达国家的谈判代表认为，TRIPS协议第8条在今后可能被用来证明那些虽没有违反协议义务但可能损害其他成员方，根据协议合法期待的利益的措施的合法性问题，他们提出了一个建议，在“obligations”一词之前加上“or otherwise undermine”，之后加上一个词组“or impair the benefits”，很显然这两处添加将使第8条在用语上与GATT1947第23条第1款（b）项高度关联，为TRIPS协议中适用非违法之诉救济开起可诉之门，实质为在TRIPS协议中明确引入非违法之诉。来自发展中国家的代表则表示反对，认为依据TRIPS协议规定享有的利益只能以他们所见到的规定（observation of its provisions）为限，对于依据TRIPS协议而采取的维护公共健康的合法措施是没有实质性被诉空间的。最终发达国家代表的建议没有被采纳。发达国家代表随即又提出某些没有被TRIPS协议特别规制的合法措施如高额征收专利权登记费或者非正式的行政指导（Informal Administrative Guidance）必须确保不能被用来规避TRIPS协议项下的义务，各方最终妥协的结果便是在TRIPS协议第64条争端解决条款纳入GATT的非违法之诉，因为担心非违法之诉在TRIPS协议中保护的利益过于宽泛，欧共体和印度等缔约方代表建议一并规定5年的中止适用期，将此难题交由TRIPS理事会及部长会议继续谈论。

（二）WTO部长会议关于延长中止适用期的讨论

TRIPS协议将非违法之诉适用的难题抛给了TRIPS理事会及部长会议。从1995年WTO成立至今，部长会议已经召开了六届，分别是1996年的第一届新加坡部长会议，1998年第二届瑞士日内瓦部长会议，1999年第三届美国西雅图部长会议，2001第四届卡塔尔多哈部长会议，2003年第五届墨西哥坎昆部长会议和2005年第六届中国香港部长会议。依据《马拉喀什建立世界贸易组织协议》第4条1款的规定，部长会议应该至少两年举办一次，但是WTO部长会议自香港会议结束以后时至今日（截止日期2008年12月31日）没有再次召开。在已经召开的六届部长会议中，四届部长会议均涉及到了延长非违法之诉中止适用的话题。按照时间划分，可分为中止适用期之内的部长会议和中止适用期届满之后的部长会议。在中止适用期之内的部长会议中，唯有1999年第三届西雅图会议中，曾有WTO成员方提议部长会议应当决议是否延长非违法之诉中止适用期，但因为美国的强烈反对而作罢。在中止适用期届满之后的三届部长会议中，2001年的WTO第四届卡塔尔多哈部长会议全体成员方在通过的《与实施有关的问题和关注》决议中（Implementation—Related Issues and Concerns）第11.1段作出延长非违法之诉在TRIPS协议中中止适用期的决定：“部长会议指示TRIPS理事会继续其对GATT1994第23条第1款（b）项和（c）项下规定类型起诉的范围和模式，并向第五届部长级会议提出建议。同时，各方同意成员方将不依据TRIPS协议发起此类起诉。”2003年的WTO第五届坎昆部长会议中，部长会议宣言草案第22段规定，再度延期适用非违法之诉并交由TRIPS理事会继续讨论，然而因发达国家成员方与发展中国家成员方之间的利益冲突，分歧严重，没能达成任何共识，最终对此问题没有作出规定。2005年的WTO第六届香港部长会议中，部长会议宣言规定在TRIPS理事会作出非违法之诉的范围及模式的有关建议前，各成员方不得提出非违法之诉，仍是继续延长了中止适用的效力。

仔细研究WTO部长会议召开的时间可以发现一个问题，即如果在中止适用期届满之后的WTO部长会议没有就是否延长中止适用期作出决议，那么非违法之诉能否在TRIPS协议的适用便会出现一个真空期，此时非违法之诉在TRIPS协议中的效力如何？这种情况在实际中发生过两次，第一次是2000年12月31日中止适用届满之日起至2001年11月14日WTO多哈部长会议宣言发布时止，第二次是2003年9月14日坎昆部长会议因分歧巨大没有达成决议之日起至2005年12月18日香港部长会议达成继续延长非违法之诉中止适用期时止。在上述两个期间，如果依据TRIPS协议第64条第2款WTO成立后5年内非违法之诉不在TRIPS协议中适用的文义意思的反对解释，那么五年期限届满之后，即自2000年1月1日起，非违法之诉可以在TRIPS协议中适用。由于西雅图会议和坎昆会议均没有作出延期决议，是否能够认为TRIPS协议第64条第2款在上述期间实质上已不存在，非违法之诉在与知识产权有关的贸易纠纷中可以被WTO成员方作为诉因起诉其他成员方。

（三）中止适用期届满之后的效力问题

对于中止适用期届满之后的效力问题，美国就认为只要部长会议没有作出延长非违法之诉在TRIPS协议中中止适用的决议，则中止适用非违法之诉的第64条第2款的效力就已过期，应立即依据TRIPS协议第64条第1款的规定，在TRIPS协议中全面适用非违法之诉。澳大利亚认为虽然中止适用期的规定已失效，但是否必然导致TRIPS协议中无条件适用非违法之诉，仍应视具体个案而定，澳大利亚的建议是想通过类似争端解决机构在涉及货物贸易争端解决中已发生的涉及非违法之诉的具体案件的司法裁决方式，澄清非违法之诉概念的模糊之处并建立通行标准的做法，而在与贸易有关的知识产权的具体案件涉及非违法之诉是否适用的问题上也采取个案裁决方式加以澄清。

对于中止适用期届满之后的非违法之诉在TRIPS协议中的适用效力问题的理解本质上是对于WTO相关协议的解释，不应脱离DSU第3条第2款“依照解释国际公法的惯例澄清这些协议的现有规定”的规定，上诉机构在美国精炼与普通汽油标准一案中认为，1969

年《维也纳条约法公约》第31条的条约解释通则（General Rules Of Interpretation）已获得习惯或一般国际法的法律地位，因此它已是解释国际公法的惯例，这就是说，DSU第3条第2款表明上诉机构要适用它，用以阐明总协议和WTO相关协议中其他各协议的各种规定。这个指示还表明如下认识，不可把总协议与国际公法隔离开来理解。从上诉机构的这段报告中可以看出，不仅点明“解释国际公法的惯例”就是指1969年《维也纳条约法公约》第31条和第32条，更进一步引申并宣布要把WTO法与国际公法联系起来，从而“打开了WTO法是国际公法的一个组成部分的全新局面”。依据1969年《维也纳条约法公约》第31条“解释通则”的规定，对于条约的解释虽以文义解释为基础，但应在诚信原则（Good Faith）的指引下，综合考虑条约的目的和宗旨，条文上下文的联系、以及缔约国嗣后相关的协议与实践。从TRIPS协议第64条第2款中止适用期规定的条款的上下文分析，可以发现第3款规定TRIPS理事会应研究非违法之诉的适用范围和模式，并建议提交部长会议以一致通过方式采纳。从有关中止适用期条款的嗣后实践来看，其在1999年12月31日第一次期限届满之后，在2001年的WTO第四届部长会议中被再度延续至WTO第五届部长会议。在第五届部长会议宣言的草案中，各成员方仍然预计中止适用期将被再度延长且对此没有异议，只是因为第五届部长会议失败，才未能达成任何共识。但在WTO第六届香港部长会议上中止适用期规定再度被延长适用以及每次延长中止适用期时也一并要求TRIPS理事会审议非违法之诉的适用范围和模式并提交下届部长会议讨论的实践表明，非违法之诉最终能否在TRIPS协议中得以适用的前提是它的适用范围和模式在WTO成员方中协商达成一致，在没有达成一致意见前应善意地避免在因TRIPS协议所产生的纠纷中适用非违法之诉。

既然WTO上诉机构已经将依据诚信原则善意解释条约的原则等同于“解释国际公法的惯例”而纳入WTO相关协议解释中，美国在2000年时的观点显然与善意解释WTO相关协议相悖。澳大利亚想让WTO争端解决机构以司法判例的形式决定非违法之诉在TRIPS协议中适用的问题，笔者认为，这明显是越俎代庖，此种想法理论中或许可行，但现实中绝不可行。从规定中止适用期而将非违法之诉在TRIPS协议中的最终地位问题交由TRIPS理事会审议并由部长会议决定的事实可以看出GATT缔约方在当初缔结TRIPS协议时，是不想让拟建中的争端解决机构插手TRIPS协议中的非违法之诉的适用问题，究其原因可能为知识产权的私权属性以及TRIPS协议只是要求WTO成员方建立一保护知识产权的最低标准，这与来源于货物贸易中保护关税减让所获得市场准入和竞争关系的合法预期利益而构建的非违法之诉有本质冲突，如果将此问题交由争端解决机构审理，一来GATT中有关非违法之诉判决中所形成的相关规则无法适用；二来如果让专家组和上诉机构依据TRIPS协议创造出一种全新类型的非违法之诉，实际上是让争端解决机构勉为其难，而且也可能触及“DSB的建议和裁决不能增减或减少适用协议所规定的权利或义务”的底线。

二、非违法之诉在TRIPS协议中能否适用的各方观点

依据TRIPS协议第64条第3款的规定，TRIPS理事会应在WTO成立后的五年之内，审议非违法之诉的范围和模式问题，并将建议向WTO部长会议报告。从某种意义上而言，TRIPS理事会的建议对于非违法之诉是否在TRIPS协议中适用问题的解决起着至关重要的作用。1998年TRIPS理事会开始组织WTO成员方讨论处理TRIPS协议中的非违法之诉问题，WTO发达国家成员方与发展中国家成员方以及发达国家成员方之间在支持或反对非违法之诉适用于TRIPS协议以及适用的范围与模式的问题上观点分歧严重。时至今日，TRIPS理事会也没有就此问题取得任何实质性结果。

（一）WTO成员方对于非违法之诉是否适用于TRIPS协议的争议

目前WTO大多数成员方，包括多数发展中国家成员方和发达国家成员方中的加拿大、日本、欧共体、新西兰等皆反对非违法之诉适用于TRIPS协议中，他们反对的主要观点有：

1. 从TRIPS协议自成一体的性质来看，TRIPS协议的目的是建立对知识产权保护的最低标准，而不是保障因关税减让而产生的市场准入的利益。TRIPS协议中规定的最低保护标准含有间接对知识产权拥有者给予奖励的理念，与非违法之诉保障市场准入和竞争关系的理念相悖。如果最低保护标准被滥用，反而会造成市场准入限制。
2. 从WTO成员方国内保护知识产权的诉讼制度来看，TRIPS协议的实施要求WTO成员方本国法制定保护知识产权的最低标准，确保知识产权所有人的权益遭受侵害时可诉诸成员方自身法院系统从而获得救济。
3. 从有约必守的原则来看，国际条约法的有约必守原则已足以维护TRIPS协议的履行。有关TRIPS协议项下的权利和义务的履行与遵守，最好能通过上诉机构所确立的有约必守的国际法原则来实现，而不是通过法律上并不精确的非违法之诉来实现。
4. 从WTO涵盖协议适用的一致性来看，由于与贸易有关的知识产权往往以商品或服务为载体，因此WTO成员方实施的影响到货物或服务贸易的措施，蕴含于其中的知识产权也自然会遭受影响。如果争议措施因符合GATT和GATS的“一般例外”条款规定而造成没有违反GATT和GATS的情形，是否可以依据TRIPS协议提起非违法之诉？由于一项措施可能同时涉及包含TRIPS协议在内的WTO多个涵盖协议，如果依据TRIPS协议提出非违法之诉，此时可能会在各协议之间产生冲突。在此种情形下，不能再依据TRIPS协议提起非违法之诉。
5. 从TRIPS协议所产生的利益来看，TRIPS协议产生的利益与货物贸易协议的市场准入所产生的利益有着本质的不同。首先，TRIPS协议第1条规定WTO成员方应实施本协议的规定，并没有实施保护本协议规定的知识产权以外的其他权利的义务。因此，TRIPS协议没有创造超越对知识产权有效保障的合法预期利益；其次，TRIPS协议的利益应充分考虑相当重要的经济与社会目标并存的发展格局。因此，TRIPS协议的利益与货物贸易协议项下的非违法之诉所确保的利益是不同的。
6. 从TRIPS协议的弹性条款和非违法之诉在TRIPS协议中的成立要件看，TRIPS协议包含了大量的公共利益条款，在保护知识这一

私权的同时更应考虑私权以外的政策目标与公共利益，而不是绝对保障权利人的利益，TRIPS协议也赋予成员方采取必要措施的权利，确保关于公共卫生、环境、技术转移以及在经济、社会与科技发展领域中极其重要的公共利益，防止知识产权持有人滥用权利，不合理限制贸易或技术转移。这些弹性条款的存在使得TRIPS协议的义务与GATT协议中禁止违背关税减让承诺的义务还是有显著不同的。由于TRIPS协议没有明文规定非违法之诉的成立要件，故政府“措施”一词可能在TRIPS协议中被理解为广泛的包含各种为促进社会或经济发展或卫生、环境及文化目标的政府措施，如果上述措施也可能面临非违法之诉的指控，则会损害WTO成员方的主权和TRIPS协议特有的弹性条款。

明确主张非违法之诉应当适用于TRIPS协议的只有美国和瑞士，其观点为：

1. 从TRIPS协议的宗旨来看，TRIPS的宗旨为降低和减低国际贸易的扭曲和阻碍，确保实施知识产权程序及保护措施，不会构成对自由贸易的障碍。如果有关知识产权保护措施和实施的法律制度不健全，意味着对特定产品关税减让谈判所获得的市场准入的期待可能性无法实现。
2. 从维持WTO相关协议的统一性来看，TRIPS协议与GATT、GATS之间没有实质性区别，都是WTO法律体系的基石和支柱，非违法之诉的原则显然可一并适用，否则无法维持WTO相关协议的统一性。
3. 从为保护知识产权提供安全和可预测的环境来看，如果非违法之诉不能适用于TRIPS协议，则知识产权保障的安全性与可预测性便无从谈起，为规避正当义务而滥用TRIPS协议的弹性条款的现象会出现，WTO成员方会制定和实施表面上与TRIPS协议相符而实质上与TRIPS协议不符的国内措施以规避自身义务的履行。
4. 从WTO相关协议适用的一致性来看，就WTO整体法律体系而言，TRIPS协议中的非违法之诉规定，不会有损WTO其它协议适用的一致性。并且WTO相关协议是一个整体承诺（single undertaking），WTO争端解决机构的专家组或上诉机构不可能认定WTO成员方在一整体承诺协议中，同意其中一部分事项而抵销或减损另一部分事项的利益。如果某种措施已经被乌拉圭回合所达成的WTO涵盖协议所允许（例如GATT第20条的“一般例外”规定），由于其措施应该已被预见，故而在此情况下，不能依据TRIPS协议提起非违法之诉。

（二）WTO成员方关于非违法之诉是否适用于TRIPS协议的建议

对于非违法之诉是否适用于TRIPS协议以及范围和模式的建议，WTO成员方向TRIPS理事会提出四种观点。

1. TRIPS协议中适用非违法之诉

美国和瑞士强烈建议非违法之诉应该适用于TRIPS协议中，从而防止成员方滥用TRIPS协议中的包含公共卫生政策的弹性条款所认可的正当化措施，采取打擦边球的做法巧妙实施有关管理知识产权的行政措施（如专利权的强制许可），导致其他成员方的利益遭受损害。

2. TRIPS协议中不适用非违法之诉

大多数WTO成员方不赞成在TRIPS协议中适用非违法之诉。首先，他们认为TRIPS协议是区别于有形货物贸易议而自成一体协议的，因为TRIPS协议反映出的是保护知识产权的最低要求，所以不会产生类似GATT1994中因关税减让而获得改善的市场准入和由此而来的更佳的竞争机会的合法预期利益，因而非违法之诉在TRIPS协议中不应采用；其次，如果把非违法之诉纳入TRIPS协议中，将会影响TRIPS协议中权利与义务的平衡性，损害公共行政决策权和限制TRIPS协议中包含的弹性条款进而会危及公共利益；最后，TRIPS协议明确规定了成员方应享有的利益，善意履行TRIPS协议的规定既是WTO成员方的权利也是其义务，并且成员方内部司法体制也有权处理与贸易有关的知识产权纠纷案件，故大可不必在WTO争端解决机制中就TRIPS协议履行产生的纠纷提起非违法之诉。

3. TRIPS协议在特定模式下适用非违法之诉

该观点主张在对非违法之诉的范围和模式方面采取一些额外的指导方针，在特定情形下，可以在TRIPS协议中适用非违法之诉。TRIPS理事会在2002年9月的会议上，决议让WTO成员方在2003年2月的TRIPS理事会会议上讨论这方面任何具体建议。然而时至今日，TRIPS理事会仍然没有收到任何能够构成这种指导方针基础的建议，表明WTO成员方似乎对此建议不感兴趣。

4. 延长TRIPS协议中非违法之诉的中止适用期

对于是否赞成或反对在TRIPS协议中适用非违法之诉而一时半会拿捏不准的WTO成员方而言，他们大多倾向于继续延长TRIPS协议中非违法之诉的中止适用期的观点，这是WTO成员方在非违法之诉是否适用于TRIPS协议没有形成统一意见以前的权宜之计和最为现实的选择。

三、TRIPS协议中适用非违法之诉的难点

（一）TRIPS协议没有“关税减让”和“市场准入”的概念

卡蒂尔教授认为，非违法之诉的创设源于对关税减让的救济已成为其在TRIPS协议中能否适用的极为重要的争议（significant controversies）。斯皮策博士认为，GATT1994中的非违法之诉的一个重要核心方面（one core aspect）的价值是保护通过关税减让建立的一种竞争关系。艾德里安·蔡教授认为GATT1994第2条的规定已表明通过价格竞争产生的竞争关系的存在是更好的市场准入的保证（assurance of better market access）。上述学者的观点反映出GATT1994体现的核心之一是“关税减让”和“市场准入”。

在规范多边货物贸易自由化的WTO多边货物贸易协议中，“关税减让”和“市场准入”的概念应综合理解为WTO成员方在GATT1994

第2条关税义务的规定下，相互协商，承诺降低对商品货物的关税幅度，以及由此而产生的一种权利与义务交换，并进而基于GATT第1条最惠国待遇规定和第3条国民待遇规定等非歧视性原则的保障而使WTO成员方享受关税减让的产品顺利进入其他成员方市场。简言之，WTO成员方之间通过给予特定商品货物的关税减让所获得的市场准入条件。然而通览TRIPS协议，并没有“关税减让”和“市场准入”规定。那么两个概念能否可转换的（transferable）体现在TRIPS协议中？如果TRIPS协议与关税减让和市场准入没有关联，那么基于GATT1994产生的非违法之诉是无法在TRIPS协议中适用的。

有一种观点认为：“尽管TRIPS协议没有包含互惠减让规则（rules of reciprocal concession），但是其被用来作为一种在WTO其他协议中给予减让的讨价还价的筹码（bargaining chip）。”因而TRIPS协议间接含有市场准入的概念，因为TRIPS协议是乌拉圭回合谈判时，谈判方在商谈其他协议时对蕴含知识产权的商品货物作出的关税减让，开放市场的一种助推工具。针对上诉观点，彼得斯曼教授以专利药品为例指出，TRIPS协议的内容可以保证WTO成员方的国民在其他成员方内部便利地取得、维护和有效地行使某种药品的专利权，然而知识产权属于私权的性质和TRIPS协议并无积极市场开放的义务和互惠的市场开放承诺的事实并不能保证因药品专利所制成的药品可以顺利得进入WTO成员方市场，因而将非违法之诉适用于TRIPS协议中是充满质疑的。

美国主张TRIPS协议中包含关税减让概念，美国认为《马拉喀什建立世界贸易组织协议》应作为一个整体的“谈判减让”（negotiated concession）来理解，美国强调乌拉圭回合谈判是一揽子交易（package deal），WTO成员方必须是《马拉喀什建立世界贸易组织协议》及其附件一所附各种协议的缔约方。TRIPS协议不能在真空中谈判，它是乌拉圭回合多边贸易谈判的组成部分之一，TRIPS协议规定的义务是与依据《马拉喀什建立世界贸易组织协议》及其附件所产生的所有减让（all of the concessions）联系在一起，美国认为TRIPS协议中承诺对知识产权保护标准的规定是依据《马拉喀什建立世界贸易组织协议》及其附件一所达成“减让”的回报（paid for），其他协议中“减让”的达成是因为《马拉喀什建立世界贸易组织协议》附件一中包含了TRIPS协议，因此对于保护知识产权最低标准的承诺也是一种减让。笔者认为，美国的主张很难具有说服力，如果依据美国的逻辑思维，当WTO成员方就降低特定列举商品关税所举行谈判时，任何协议中只要包含某种形式的承诺就可被视为是一种减让。美国的观点与GATT1994条第2条关税减让的含义相去甚远。斯皮策博士指出，承诺的一般概念不能通常被固定于一项国际协议的特定文本，承诺不能和减让划上等号。

就TRIPS协议与关税减让的关系而言，笔者认为，WTO成员方在TRIPS协议中的义务只是为知识产权制定一个最低保护标准，TRIPS协议由于缺乏多边货物贸易中的关税减让承诺。非违法之诉体现出的一个重要功能是维护WTO成员方因关税减让承诺而产生的权利与义务的平衡，但是TRIPS协议无法体现WTO成员方在GATT体制中所追求的关税减让平衡理念。

TRIPS协议中有没有包含市场准入的概念？笔者认为，TRIPS协议没有完全排除市场准入的概念。依据TRIPS协议前言，其开宗明义地规定“各成员，期望减少对国际贸易的扭曲和阻碍，并考虑到需要促进对知识产权的有效和充分保护，并保证实施知识产权的措施和程序本身不成为合法贸易的障碍”暗示如果对于保障知识产权的规定缺乏或者执法措施及程序不严，会造成国际贸易扭曲及障碍，进而会影响对知识产权为载体的货物的市场准入。知识产权最低标准的建立可以减轻先前存在的市场扭曲，消除对国际贸易的障碍。但是产品的市场准入流通问题并非TRIPS协议关注的重点。此外，知识产权的一个特征是其具有排他性，TRIPS协议基于该特点规定了对排除知识产权不法侵害的保护标准（实际上是一种消极权利），而没有规定知识产权持有人享有进一步销售货物的权利。如果认为TRIPS协议具有市场准入特点，得出非违法之诉能够适用于TRIPS协议中，结果会使权利人在TRIPS协议中的排他性消极权利转变为获得市场准入的积极性权利，改变了TRIPS协议的法律秩序。与此同时，一些非市场经济因素也会使市场准入概念与TRIPS协议格格不入。具体而言，因各国言论自由的规定标准不同将会致使一些出版品在特定国家被禁止发行；例如为了维护国家安全，教人如何实行恐怖活动的书籍和一些与主旋律思想价值观念不符的图书可能会被一些国家禁止出版发行；此外政府的一些管制措施也会影响含有知识产权货物的销售。在上述情形中，如果依据市场准入概念主张依据TRIPS协议享有的利益遭受抵销或减损是有疑问的。

综上，笔者认为，TRIPS协议并不与关税减让有直接关联，同时也没有包含明确的市场准入概念，旨在为保护WTO成员方因关税减让所获得市场准入利益以及因为市场准入所产生的竞争关系被破坏时，提供程序救济的非违法之诉无法在TRIPS协议中适用。

（二）非违法之诉的成立要件无法在TRIPS协议中建立

非违法之诉的成立要件因为缺乏WTO相关协议的明确规定，而由日本影响消费胶卷和相纸措施案的专家组以司法造法的方式系统性提出了“WTO成员方实施一项措施”；“依据相关协议所获得的利益”和“由于措施的实施致使利益遭受抵销或减损”认定非违法之诉成立要件的三项标准，并被韩国影响政府采购措施案、欧共体影响石棉及石棉产品措施案和美国2000年持续反倾销与反补贴法案的专家组所认可和采用，构成事实上的司法先例并将成为今后WTO争端解决机构中个案专家组和上诉机构审理涉及非违法之诉的案件的指导依据。但是非违法之诉的三项成立要件如何在TRIPS协议中适用？

首先，从第一项成立要件——“WTO成员方实施一项措施”看，该项成立要件表明GATT1994第23条第1款（b）项的非违法之诉所规范的是政府措施，性质是WTO成员方政府妨碍市场准入，扰乱竞争关系所实施的政府贸易管理措施，实施的主体是行政主体。但是侵犯或影响知识产权的主体除了行政主体之外还包括自然人或法人等私人主体，并且大多数侵害知识产权的案件是私人主体所为。TRIPS协议要求WTO成员方对私人主体知识产权的取得，维持和执行建立一种合理程序（只要不低于TRIPS协议规定的最低标准即可，如果低于此标准将会引起的也是TRIPS协议中的违法之诉而不是非违法之诉）。TRIPS协议同时规定对权利取得之后所发生

的侵害知识产权的行为提供民事、行政和刑事法律程序和救济措施，司法机关（一般指法院）必然在TRIPS协议的履行中起到重要的作用。由此而来，将会产生法院的判决能否也被视为是“措施”的问题，例如某成员方的终审法院在判决中推翻了一项成员方在谈判TRIPS协议正在按照法定程序即将通过的或者是已经存在的与知识产权保护有关的法律（但是不会产生低于最低保护标准的情形），那么其他成员方是不是可以享有该法律将会通过或仍然有效的合法预期而对法院的判决提起非违法之诉？或者分别属于WTO不同成员方的国民因TRIPS协议实施中的知识产权保护问题发生争议，原告向被告所属国的国内法院提起诉讼但被判决败诉，那么原告所属国的政府能否以成员方内部被告所属国的国内法院的判决也应当被视为是“WTO成员方政府实施的一项措施”为由而针对该成员方提起非违法之诉指控？如果此种观点成立，必然涉及DSB的专家组和上述机构必须解释“措施”在TRIPS协议中的含义，而这并不是争端解决机构的任务。并且过宽地解释“措施”涵盖的领域也将使WTO争端解决机构成为凌驾于成员方内部司法程序之上的终审机构，显然会侵害作为国家主权重要象征的内国司法权，违反了尊重司法主权完整的国际法原则。

其次，从第二项成立要件——“依据相关协议所获得的利益”看，依据多边货物贸易协议所产生的利益是通过相互关税减让承诺，而使WTO成员方的货物享有进入他方市场的更好的市场准入和竞争机会的预期利益，即WTO成员方能够期待其产品在其他成员方市场中自由地流通和销售。为了确保该合法预期不被WTO成员方的国内政府措施破坏，非违法之诉得以产生。由此看来，非违法之诉应该适用于以规范货物竞争关系为主的多边货物贸易协议中。由于知识产权的私权属性，知识产权的所有者一般为私人主体，即依据TRIPS协议所获利益的主体为私人主体而非WTO成员方政府，私人依据TRIPS协议所产生的利益，应为其在取得、维持和执行其知识产权方面所获得增进保护的利益，即其所期待的知识产权在其他成员方境内不被非法侵权，如果权利被侵害可以依据该成员方的国内法律维护自身权益和排除侵害，而不是依据TRIPS协议的规定获得保证其基于知识产权而产生的产品进入WTO成员方市场销售的利益，即私人依据TRIPS协议所享有的利益不能自动延伸到通过知识产权所进一步获得经济利益领域中。因此在WTO争端解决机制中，与多边货物协议中可以确认WTO成员方的利益相比，依据TRIPS协议所产生的私人主体的利益在争端解决实践中很难被确认和具体化。在印度药品和农业化学产品专利案中，上诉机构认为，WTO成员方及其知识产权所有人关于竞争条件的合法预期，不是在解释TRIPS协议时应当予以考虑的因素。WTO成员方对TRIPS协议所享有的合法预期必须以在TRIPS协议中条文的字面意思被反映出为限。WTO上诉机构的逻辑为：因为GATT协议性质上为具有互惠关税减让的协议，因此基于关税减让可以产生货物在WTO成员方之间的流通竞争关系，于是便会产生利益的合理预期。然而TRIPS协议的功能在于建立知识产权保护的最低国际标准，无法产生产品的竞争关系，因此非违法之诉的利益必须具备合法预期该成立要素在根源上无法存在于TRIPS协议中。

最后，由于前述两项非违法之诉的成立要件皆无法在TRIPS协议中成立，故第三项成立要件——“由于措施的实施致使利益遭受抵销或减损”自然是无根之木，无源之水。

（三）TRIPS协议中的非违法之诉成立之后的救济方式的困难

依据DSU第26条第1款（b）项的规定：“如一措施被认定造成有关适用协议项下的利益抵销或减损，或此种措施妨碍该协议目标的实现，但并未违反该协议，则无义务撤销该措施。”据此，如果被申诉方的某项符合WTO涵盖协议或者是在WTO涵盖协议没有规定领域的与贸易有关的知识产权行政执法措施被专家组或上诉机构认定成立非违法之诉，被申诉方并没有义务撤回该项措施。至于申诉方可以获得救济方式，DSU第26条第1款（b）项只是规定“在此情况下，专家组或上诉机构应建议有关成员方作出令双方满意的调整。”然而DSU第26条并没有明确规定令双方满意调整的内容是什么，只是在第1款（d）项规定了补偿可以成为作为争端最后解决办法的令双方满意的调整的一部分。依据上述规定，补偿是非违法之诉救济方式中一种行之有效的办法，也能体现出非违法之诉救济效果的根本在于双方之间的协商。但是补偿在TRIPS协议中是否仍然可以被视为是一种有效的救济手段？由于依据GATT1994所获得的利益源于市场准入，所以非违法之诉中申诉方的利益所遭受的抵销或减损程度是比较容易量化的（feasible）。但是TRIPS协议并非是一个市场准入的协议，因此如何量化TRIPS协议项下的利益的抵销或减损的程度还是有所困难的。例如，某WTO成员方将有关知识产权的执法措施加以修订，规定知识产权持有人在法院诉讼时承担比原先更高的举证责任标准，产生了不利于知识产权持有人的效果，在这种情形之下如何量化该项措施所造成的抵销或减损的效果，难道用金钱可以衡量TRIPS协议规定的获得法院救济的利益吗？既然补偿并不是救济依据TRIPS协议所产生的利益的可行方式，那最后救济的方法只有申诉方申请DSB授权实施报复（中止减让）。依据DSU第22条第3款（a）-（c）项的规定，申诉方可以采取的报复手段有3种，分别为平行报复（parallel retaliation）和交叉报复中的跨部门报复（cross-sector retaliation）与跨协议报复（cross-agreement retaliation）。平行报复和交叉报复能否适用于TRIPS协议？彼得斯曼教授认为，由于没有任何类型的可撤回互惠减让存在于TRIPS协议中，因此一项致使利益抵销或减损的合法政府措施（lawful government measure）不能要求争端解决机构的授权，采用不遵守TRIPS协议义务的方式实施报复。罗斯勒教授认为履行TRIPS协议的义务是不能单方面修改或撤回的，并且也不存在申诉方与被申诉方重新协商TRIPS协议义务的情形。由此可知，平行报复和跨部门报复在TRIPS协议中是无法实施的。既然补偿和平行报复和跨部门报复皆不可行，似乎只有跨协议报复是唯一的可行之举。但是将被争端解决机构视为原本属于例外和最后手段（ultima ratio）的跨协议报复此种救济方式适用于与TRIPS协议有关的非违法之诉案件中将会使例外变为常态。此种做法是否适当，令人质疑。

四、因保护公共健康而采取的的必要措施不能引起非违法之诉的指控

TRIPS协议的一大特点是规定了众多公共利益条款，如TRIPS协议前言规定，TRIPS协议除了保护知识产权之外，也会考虑知识产权

之外的其他政策目标或公共利益。第8条第1款的规定更加具体，“在制定或修改其法律和法规时，各成员可采用对保护公共健康和营养，促进对其社会经济和技术发展至关重要部门的公共利益所必需的措施，只要此类措施与本协议的规定相一致。”该条强调知识产权的保护和权利行使，在原则上首先就不得违反社会公共利益，应保持公共利益和权利人利益之间的平衡。又如TRIPS协议第31条的“强制许可”条款规定，赋予成员方控制知识产权滥用权是维持私权与国内公共利益平衡的重要手段。由于这些体现公共利益的条款包含弹性空间，因此又被称之为“弹性条款”。然而WTO成员方如果依据TRIPS协议的“弹性条款”规定，而实施没有与TRIPS协议不一致的某些必要的行政措施（例如专利强制许可）能否成立TRIPS协议中的非违法之诉？在乌拉圭回合TRIPS协议缔结时，此项问题的争议便已产生。基于TRIPS协议第64条2款非违法之诉条款中止适用仍然有效，现阶段尚不会出现与此有关的案例，但仍不失学术讨论的意义，因为这是最有可能在TRIPS协议中提起非违法之诉的地方。

假设一虚拟案例。一般认为，瑞士罗氏制药有限公司研发的人用药物达菲治疗A-H1N1流感（甲型流感）有显著疗效。如果WTO某发展中国家成员方政府T国因本国A-H1N1流感疫情大规模暴发，大众生命健康面临威胁，为了维护公共健康，该国政府决定依据TRIPS协议第8条的规定，修改相关药品和专利法令，对达菲实施专利强制许可，依据药品专利，生产达菲以缓解因为采购达菲经费不足所可能造成的公共卫生危机。如果同为WTO成员方的瑞士政府因T国虽然符合TRIPS协议的规定强制许可侵害了本国罗氏公司依据TRIPS协议所享有的专利保护权，而依据GATT第23条第1款（b）项向WTO争端解决机构提出起诉，主张即使T国政府的措施没有违反TRIPS协议，但是已经对瑞士依据TRIPS协议所享有的权利及利益造成抵销或减损。而T国政府可以依据TRIPS协议第8条第1款的规定，抗辩实施达菲专利强制许可是为了保护公共卫生健康和营养的公共利益所采取的必要措施，同时T国也会主张其行政许可措施是符合TRIPS协议第31条的国家基于突发卫生公共事件而采取的非营利性强制授权。那么在这个假设的案件中，因保护公共健康采取的必要措施能否导致非违法之诉在TRIPS协议中成立？笔者认为答案是否定的。

首先，WTO成员方政府在面临突发公共卫生事件所引发的公共卫生危机下为保障国民健康及生命所采取行政应急权也将会因非违法之诉而受到限制。其次，WTO成员方依据TRIPS协议第8条为保障公共卫生而采取的必要措施如果受到限制或禁止，实际上将会致使第8条的效用丧失，甚至引发该条款是否有必要存在的质疑。如此对于条约条文的理解与适用，导致条文没有效力或没有意义，也违反“与其使其无效，毋宁使其有效”的条约有效解释原则。再次，非违法之诉在案例实践中发展的一条规则是对被申诉方实施行政措施不能合理预见，如果在协议制定时依据客观情势能预测被申诉方今后将会实施某项行政措施，非违法之诉不能成立。由于TRIPS协议在谈判时，加入了第8条弹性条款的规定，允许WTO成员方政府今后为公共利益实施某些措施，实际上表明在协议制定时上述措施是能被预见的。据此，因保护公共健康采取的必要措施引起非违法之诉无法成立。概言之，由于TRIPS协议的特殊性，涉及与贸易有关的知识产权管理的政府措施不会引起非违法之诉的产生，其在TRIPS协议中没有适用的基础。