

TRIPS 协定视角下澳大利亚烟草制品 包装措施争端研究

孙益武

(同济大学 经济与管理学院, 上海 200092)

摘要: 2012年3月以来, 乌克兰、洪都拉斯、多米尼加、古巴和印度尼西亚政府根据某些对烟草制品和包装实施商标限制的澳大利亚法律和条例(简称“措施”)向澳大利亚政府请求磋商。澳方措施并没有对烟草制品商标的注册和保护构成歧视。澳方措施对于贸易过程中的商标使用是否构成不合理妨碍是专家组裁定澳方措施是否违反TRIPS协定的关键点。对烟草制品实施简单包装的措施是为了保护公共健康, 履行世界卫生组织《烟草控制框架公约》条约义务的一部分。根据TRIPS协定的条文解释以及《公共健康多哈宣言》确立的基本原则, 澳方可在争端解决中坚持“措施”的正当性。本案裁决将影响WTO成员方的控烟立法和政策。

关键词: 世界贸易组织; TRIPS协定; 烟草制品; 商标权; 公共健康

中图分类号: F740.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 02-0043-10

一、案件梗概

澳大利亚是世界卫生组织(WHO)及《烟草控制框架公约》(FCTC)的成员方, 处在控烟运动的前沿, 对于烟草制品进行简单包装(plain packaging)^①的立法意图早已有之, 澳大利亚政府的预防医学工作组为烟草制品简单包装法案的颁布做了许多调研和立法准备。^②2011年4月, 时任澳大利亚健康与老年部部长罗克森(Nicola Roxon)公布的“烟草制品简单包装”立法草案规定: 不得在烟盒上印刷烟草制品的商标标识; 烟草公司的名称、品牌以及法律允许的其他标志若出现在香烟包装上, 必须满足对印刷字体大小、颜色和位置等特定要求; 烟盒上大部分区域应由健康警示图像和标识占据。2011年7月6日, 罗克森部长向国会提出立法草案; 法案于2011年11月21日由澳大利亚国会通过, 并于2012年12月1日起实施。2012年3月13日, 乌克兰政府根据某些影响对烟草制品包装实施限制及简单包装要求的澳大利亚法律和条例(简称“措施”)向澳大利亚政府请求磋商。2012年4月4日, 洪都

收稿日期: 2013-11-19。

基金项目: 欧盟委员会伊拉斯谟计划“欧亚交流项目”(项目编号: EMEA FIIR2012-25)。

作者简介: 孙益武, 男, 博士, 同济大学经济与管理学院博士后, 研究方向: 国际经济法、知识产权法。

① 英文“plain packaging”对应的中文翻译有“简明包装”、“平装”和“简单包装”等, 本文采用“简单包装”的翻译。

② National Preventive Health Taskforce. Australia: the Healthiest Country by 2020[EB/OL]. [http://www.health.gov.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/discussion-healthiest.\[2009-07-24\]\(2013-11-15\)](http://www.health.gov.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/discussion-healthiest.[2009-07-24](2013-11-15)).

拉斯就相同措施向澳方提出磋商请求；2012年7月18日、2013年5月3日和2013年9月20日，多米尼加、古巴和印度尼西亚分别就澳方的相同措施提出挑战。^①目前，乌克兰和洪都拉斯诉澳大利亚的争端已经成立专家组，多米尼加、古巴和印度尼西亚提起的争端仍处于双方磋商阶段。5个WTO成员方对同一成员方相同措施分别提起争端解决申请，这在WTO争端解决历史上尚属首次。许多WTO成员对此系列争端保持高度关注，包括中国在内的近40个WTO成员申请作为第三方参与澳大利亚烟草制品包装措施争端解决。

澳大利亚强调其措施是为了减少对烟草制品的供应和需求，是履行《烟草控制框架公约》（FCTC）的条约义务。FCTC是世界卫生组织于2003年5月在第56届世界卫生大会上获192个成员一致通过的第一个限制烟草多边公约，它为各国控制烟草危害、共同维护人类健康提供基本法律框架。FCTC及其议定书对烟草及其制品的成分、包装、广告、促销、赞助、价格和税收等问题均做出明确规定。虽然FCTC并没有直接规定成员方禁止烟草制品商标权的要求，但成员方有禁止烟草广告和赞助以及标识健康警示语和图片的义务，这些对烟草商标的使用与标记都有间接影响。此外，2008年11月，FCTC决策机构成员方会议通过《FCTC第11条实施指南》，其中第46段规定：成员方应当考虑限制或禁止在包装上使用品牌标识、颜色和图像等促销信息，品牌和产品名称应以标准颜色或字体呈现（简单包装）；这会增强健康警示语和信息的显著性和效果。^②虽然该条规定并不是强制性的条约义务，但也表明世界卫生组织支持简单包装、呼吁成员方采纳相关措施的积极态度。因此，澳大利亚的措施得到世界卫生组织及总干事陈冯富珍的肯定与支持。^③

在本案进入WTO争端解决程序之前，涉案措施在TRIPS协定理事会引起激烈争论。2011年6月7日举行的TRIPS协定理事会上，WTO成员方就澳大利亚的简单包装烟法案问题首次进行讨论。^④多米尼加、洪都拉斯、尼加拉瓜、乌克兰、菲律宾、赞比亚、墨西哥、古巴和乌干达等国反对澳大利亚的立法措施，认为其违反TRIPS协定和《巴黎公约》，具体理由是：涉案措施中关于商标使用的特别要求会阻碍烟草商标的使用，导致无法区别烟草制品的来源，并且影响特别是在经济规模较小和较为脆弱的经济体中烟草生产商的利益；此外，涉案措施对于减少烟草使用的作用令人怀疑，因为包装的低成本和价格竞争优势促使烟草制品降低价格，可能反而刺

① WTO. Dispute settlement [EB/OL]. [\(http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26\)](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26). (2013-11-15).

② Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (decision FCTC/COP3(10)).

③ 烟草业欲推翻“丑包装”法。陈冯富珍声援澳大利亚政府[EB/OL]. <http://www.un.org/chinese/News/fullstorynews.asp?newsID=17445>. [2012-03-22] (2013-11-14).

④ WTO. Members Debate Cigarette Plain-packaging's Impact on Trademark Rights[EB/OL]. http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_07jun11_e.htm. [2011-06-07] (2013-11-14).

激更多的消费,甚至助长烟草假冒。澳大利亚认为,本国立法是为应对烟草制品这一主要且致命的健康风险,法案严格包装义务促使烟草制品价格上涨,防止烟草制品走私。新西兰、乌拉圭和挪威等国认定澳大利亚的法律措施具有正当性。印度、巴西和古巴同时强调,国家有权执行公共健康政策,知识产权不应成为障碍,他们均提及2001年WTO《公共健康多哈宣言》。巴西、智利和中国还认为,该问题非常复杂,需要慎重平衡和进一步审查。瑞士表示理解争辩的双方,并期待澳大利亚遵守TRIPS协定。世界卫生组织作为TRIPS协定理事会的观察员提供了FCTC相关政策信息。

2011年10月24日^①和2012年2月28日^②,TRIPS协定理事会对此议题又进行两次讨论。澳大利亚坚持认为涉案措施是国家控烟运动的一部分。乌拉圭、新西兰和挪威继续支持澳大利亚,并认为,吸烟问题非常严重,澳方政策经过仔细研究,确保不会违反TRIPS协定。乌克兰和一些发展中国家(多米尼加、墨西哥、尼日利亚、古巴、尼加拉瓜、洪都拉斯、萨尔瓦多、津巴布韦)再次表达对涉案措施违反TRIPS协定的担忧。智利、中国、瑞士、印度和欧盟认为,国家有权使用TRIPS协定的弹性条款,特别是为公共健康目的而实施烟草控制,应当考虑知识产权保护和公共健康之间重要的一般原则。

从上述介绍中可知,WTO成员方对本案的关注和立场差异较大。烟草制品大国往往反对澳方法案的生效和实施;注重公共健康的发达成员则更加注重国内的公共健康政策,因而支持控烟法律的颁布和实施。有些国家则态度不明朗,一方面希望国际社会尊重公共健康政策,期待发达成员在基本药品的专利强制许可方面做出更大让步和妥协;另一方面,迫于国内烟草产业的压力,并不希望越来越严的控烟措施进一步挤压烟草产业的生存空间,进而影响本国经济发展。

二、争论焦点及评析

(一) 涉案措施与条款

2012年3月13日,WTO成员乌克兰依据《争端解决的规则和程序谅解》(DSU)第4条、《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)第64条第1款,《技术贸易壁垒协定》(TBT协定)第14条第1款和《关税与贸易总协定》(GATT)第22条,就某些对烟草制品和包装实施商标限制和其他简单包装要求的澳大利亚法律和条例(措施)向澳大利亚政府请求磋商。所谓“措施”是指澳大利亚就烟草制品的外观和包装实施重要的商标限制,以及其他“简单包装”要求的相

^① WTO. Intellectual Property Council Talks Health, Tobacco Packaging and Enforcement [EB/OL]. http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_24oct11_e.htm. [2011-11-25](2013-11-14).

^② WTO. Intellectual Property Council Discusses Anti-counterfeiting Pact, Tobacco Packaging [EB/OL]. http://www.wto.org/english/news_e/news12_e/trip_28feb12_e.htm. [2012-02-28](2013-11-14).

关法律,包括《2011年烟草简单包装法案(简单包装法)》、《实施烟草包装条例2011(条例)》及《2011商标修正法案(烟草简单包装)》等。^①

申诉方乌克兰认为澳大利亚的措施违反GATT第20条、TBT协定第2条和TRIPS协定诸多条款。^②申诉方提起磋商的主要法律依据是TRIPS协定的相关规则,包括TRIPS协定第1条第1款、第2条第1款、第3条第1款、第15条、第16条、第20条、第27条,还包括已经纳入TRIPS条约中的《巴黎公约》第6条之五、第7条和第10条之二。

本案涉及知识产权相关国际条约的条文众多,其核心争议点主要有3个方面:一是措施对烟草(基于产品的性质)相关商标是否构成歧视,措施对于原属国商标在本国是否给予有效的“按原样保护”?二是措施是否给予商标权利人的合法权利有效保护?三是措施是否对企业、商品、工商业活动或竞争者造成混淆?^③综合起来看,争议点主要涉及到《巴黎公约》和TRIPS协定中商标保护实体义务的相关条款,WTO专家组将结合案情对澳方措施与TRIPS协定条款的一致性做出分析和解释。由于《巴黎公约》的主要实体内容已经被TRIPS协定纳入,下面结合TRIPS协定的相关条款规定,就澳大利亚烟草制品简单包装法案争议焦点进行探讨。

(二) 商标注册的商品性质与原样保护原则

根据TRIPS协定第15条第4款规定,在任何情况下,使用任一商标的商品或服务之性质不应成为该商品注册的障碍。从条文用语的表述可看出,该条款源自《巴黎公约》第7条。根据《巴黎公约》第7条规定,使用商标的商品的性质决不应成为该商标注册的障碍。本条的目的在于使工业产权的保护不以这种保护所适用的商品在给予保护的国家是否可以出售为转移。^④然而,案件争议焦点是烟草制品的商标使用限制问题,并非商标注册问题。国际条约规定商品的性质不得成为商标注册的障碍,但并不排除可以因商品的性质而对注册商标的使用加以限制。所以,从商标注册的角度看,涉案措施并没有因产品性质而歧视烟草制品。

同理,《巴黎公约》第6条之五确立的“原样保护”原则规定:在原属国取得注册的商标,如果没有侵犯第三人在先权利,具备显著性,且不违反所在国公共道德和公共秩序,则应在世界知识产权组织(WIPO)其他成员国同样受到注册和保护。关键是如何理解“原样保护”中的“保护”,如果是狭义的“注册保护”,那么澳大利亚的措施并不拒绝国外相同烟草商标在澳大利亚的原样注册;如果将“保护”

① The Tobacco Plain Packaging Act 2011, the Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 and the Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011.

② 由于讨论主题聚焦TRIPS协定,本文并不涉及澳方措施与GATT和TBT协定一致性的讨论。澳方措施与TBT协定的一致性分析可参见:胡加祥,彭德雷.TBT视角下澳大利亚《香烟简明包装法》的法律争议与分析[J].比较法研究,2013,(3):72~82.

③ Australia—Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS434/1.

④ 参见:[奥]博登浩森,汤宗舜,段瑞林译.保护工业产权巴黎公约指南[M].北京:中国人民大学出版社,2003:85~86.

理解为后来注册所在国要提供和原属国相同的“执法和司法保护”，那么，澳方措施的正当性值得进一步探究。但如果要求所有注册国都提供相同的执法和司法保护，那是违背TRIPS协定要求的，因为WTO成员方有权在其各自的法律制度和实践中确定实施TRIPS协定规定的适当方法。

对于已经在原属国注册的烟草商标，这一原则实际排除了其他成员国以其他理由拒绝注册的可能，以便该商标在各国的进一步注册和保护，对节约营销成本和品牌的全球化有积极意义。从商标使用的角度看，商标使用的限制与烟草制品的性质和原样保护义务并没有直接关系。

（三）商标权的行使与限制

TRIPS协定第16条第1款规定了赋予商标权人的权利，这种权利是一种专有权利，即排他性的使用，包括禁止他人未经许可使用商标；但TRIPS协定第16条并没有从正面赋予商标权人的使用权。澳大利亚简单包装法案影响权利人自己的排他性使用权，而非禁止权的行使；争议主要体现在对权利人的商标标识权或商标使用权的限制。

从TRIPS协定第16条的条文中并不能解读出商标权利人的权利不能损抑或限制。同时，TRIPS协定第17条规定了商标权的例外，即WTO成员可以规定商标赋予权利的有限例外，只要这种例外考虑到商标所有人和第三方的合法利益。TRIPS协定第17条和TRIPS协定第13条、第26条第2款和第30条的规范模式如出一辙，均包含3方面内容：（1）例外的有限性；（2）例外的合理性；（3）与权利正常利用的非抵触性（张乃根，2006）。^①然而，TRIPS协定第17条的商标例外和著作权例外等有着本质的区别。首先，第17条文本中并没有出现“与正常利用不抵触或不冲突”的字样，商标例外中是否存在“与正常利用的非抵触性”受到质疑；知识产权的排他性决定了任何“例外”都与正常利用存在一定抵触，其“非抵触性”是因为例外的“有限性”和“合理性”而与权利人的商业获利并不存在较大冲突；所谓“正常利用”体现在通过知识产权获得商业利益的利用过程。例如，著作权的合理使用制度对著作权人的复制权、发行权和传播权等经济性权利的利用并不存在较大冲突。在典型的商标例外中，如果只是把商标当“说明性术语”使用，这种使用并不是商标法意义上的使用商标，并不构成与商标权正常利用的任何冲突。其次，商标不同于其他知识产权客体。商标权的“人身性”较之于著作权和专利权而言非常独特，著作权和专利权的人身性体现在作品或发明的创作过程中，传播和使用过程中的人身性却被淡化；以著作权为例，在作品的传播过程中，邻接权人的“人身性”却得到突显。对于专利产品的使用，消费者更多地将专利为基础的产品品质与商标为基础的品牌联系在一起，人们很少会关注IPAD®平板电脑到底有多少专利、专利权人分别是谁，但

^① 张乃根.论TRIPS协议的例外条款[J].浙江社会科学,2006,(3):85-90,140.

却会将产品和苹果公司的商标建立直接联系。这种独特性造成第三方任何商标法意义上的使用都会对权利人造成严重的经济损失,商标原本具有的、将不同厂商提供的相同(相似)商品加以区分的识别功能就会荡然无存。正因为如此,假冒商标这种干扰商标识别功能的侵权行为是商标法所首先要预防和打击的。^①

然而, Mitchell (2010) 认为, 由于澳方的措施没有考虑到对烟草商标权利人和消费者的利益, 因此, 并不符合例外的“有限性”原则。^②诚然, 烟草制品消费者的权利应该得到尊重, 特别是他们对烟草制品的知情权和选择权的正常行使。因为, 烟草制品毕竟不同于毒品, 虽然烟草消费本身受到限制, 但并非法律明文禁止和完全取缔的对象。虽然主要国际疾病分类中将“烟草依赖”单独分类为一种疾病, 但对于普通个体在不影响他人情况下吸烟的权利还应当予以尊重和保护。所以, FCTC只是涉及烟草“控制”而非烟草“禁止”。如今, 烟草制品通过贸易自由化和外国直接投资等种形式得以迅速扩散; 另外, 全球营销、跨国烟草广告、促销和赞助等其他因素也是造成烟草使用增长的原因。因此, 烟草控制应当是一个全方位的系统工程, 限制烟草制品商标的使用意在切断烟草制品包装盒作为烟草广告的媒介, 但是这种方式不仅涉及到商标的限制和例外, 还事关技术法规等贸易壁垒, 因此需要审慎地研究和评估。此外, 烟草制品的消费会带来一种“负外部性”, “二手烟”会影响到其他公民的健康。所以, 对TRIPS协定第17条例外条款中的“第三方”的理解不应局限于烟草制品消费者, 应包括普通公众的健康福利。

(四) 贸易过程中商标使用的保护

澳大利亚烟草制品简单包装法案争端中最具辩驳性的条款是TRIPS协定第20条, 对这一条的解释将会影响本案最终的走向。申诉方认为, 由于澳大利亚没有遵守TRIPS协定第20条, 因此违反了TRIPS协定第1条所规定的成员方应有效实施本协定的条约义务。TRIPS协定第20条规定, 在贸易过程中的一商标使用不应受到特殊要求的不合理妨碍, 比如要求与另一商标共同使用, 以特殊形式使用, 或以不利于将一企业的商品或服务与其他企业的商品或服务相区别的方式使用。申请磋商的乌克兰等国依据TRIPS协定第20条指出, 澳大利亚的立法措施构成对商标使用的不合理妨碍。

本案争议焦点为澳方措施是否“构成不利于将一企业的商品或服务与其他企业的商品或服务相区别的方式而使用商标”。申诉方可能紧紧围绕澳大利亚简单包装法案中禁止商标标识的相关条款, 认为该种做法不利于将不同企业的商品或服务相区别, 弱化了商标最主要的区别功能, 没有发挥商标的真正价值, 从而让权利人的

^① 王迁. 知识产权法教程(第三版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 348.

^② Mitchell, Andrew D. Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and Its WTO Compatibility [J]. Asian Journal of WTO and Internal Health Law and Policy, 2010, 5(2): 405-426.

商标权在实质上形同虚设。澳方则强调商标权的限制与例外以及TRIPS协定序言、第7条和第8条。TRIPS协定序言规定在实施与贸易有关的知识产权的有效和合适的方式规定的同时考虑各国法律制度的差异,而且要认识到各国知识产权保护制度所含公共政策目标。根据TRIPS协定第8条,只要国内措施与TRIPS协定相一致,成员方可在制定和修改法律时采取必要措施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的各领域公共利益。Alemanno和 Bonadio (2011)认为,应将TRIPS协定第20条理解为禁止成员国规定商标如何使用(how)措施,但不禁止成员国规定商标在何时、何种领域(when and where)使用的措施;如此理解,本案中澳方对于烟草制品商标的特别要求构成一种合法的市场或营销限制措施。^①而且,TRIPS协定第20条承认对贸易过程中的商标使用可以进行干预,关键是什么是“不合理”(unjustifiably)的妨碍或干扰。^②在WTO专家组审议阶段,这个模糊词语的解释非常重要;除了依照条约解释的惯例,本案还应当考虑到贸易过程的特点、公共利益和公共政策等。

三、《公共健康多哈宣言》对本案争端解决的意义

2001年11月14日,经过多方艰苦谈判达成的《公共健康多哈宣言》(下称《宣言》)确认WTO成员对公共健康相关的专利药品使用强制实施许可和平行进口等措施的权利,并从政治上和法律上增强了发展中国家获得药物的能力。在该《宣言》支持下,发展中国家有必要为促进公共健康最大限度地利用TRIPS协定的灵活性;虽然《宣言》主要是为了解决专利药品的可获得性及强制实施问题而产生,但《宣言》对公共健康的保障有助于解决商标权与控烟措施的冲突问题。

《宣言》重申知识产权保护有利于解决发展中国家与最不发达国家的公共健康问题,然而烟草问题对公共健康的影响却是全世界的,不仅在发展中国家,在发达国家引起的负面影响也十分严重。而且,最早开始在WHO下进行FCTC协调的却是发达国家,这并不是说发展中国家没有意识到烟草危害的重要性,而是由于公民的意识、法律环境、烟草对本国经济和就业的刺激作用等所牵制而导致控烟乏力。有趣的是,发展中国家倾力打造的《宣言》如今却要发达国家的公共健康政策服务;例如,在TRIPS协定理事会上,中国、印度等成员方表示对烟草包装法案的关注,并重申遵守《宣言》规定的公共健康政策。相关成员方的立场是微妙的,一方面希望《宣言》在专利药品的强制实施和相关技术转让和专利许可方面扮演重要的作用,希望澳方的做法得到WTO的承认,有利于进一步推动其他公共健康或公共利

① Alemanno, Alberto, Bonadio, Enrico. Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes under the TRIPS Agreement[J]. John Marshall Review of Intellectual Property Law, 2011,10(3):450~475.

② McGrady, Benn. TRIPs and Trademarks: the Case of Tobacco [J]. World Trade Review, 2004, 3(1):53~82.

益优先的制度设计；同时担心对商标权的减损在短期会损害国内烟草产业的利益，从长期来说，也会影响本国产品的国际贸易，特别是担心发达国家合理利用这种知识产权例外，对不同商品采取区别保护和执法时，对国民待遇原则和产品在世界范围内的自由流通产生负面影响。此外，国际贸易对包装有关技术性要求日趋严格，也可能造成新的非关税壁垒。

WTO成员方在《宣言》中明确同意，TRIPS协定没有也不应阻碍WTO成员方采取措施保护公共健康。在强调对TRIPS协定的义务承诺的同时，成员方确认该协议可以且应以支持WTO成员享有保护公共健康，特别是促进所有人可获得药品的权利这样的方式来加以解释和实施。此外，成员方重申WTO成员有权在保护公共健康方面根据TRIPS协定诸条款为此目的所提供的灵活性为所有人而加以运用。其中，灵活性包括：在适用国际公法的解释惯例时，TRIPS协定诸条款应依据该协定所明确规定的目标与目的，特别是各项目标与原则，加以解读。

综上所述，《宣言》明确目标的重要性和措施的灵活性。《宣言》将“公共健康”这一目标置于重要的优先级；虽然没有直接提及“公共健康政策优于知识产权保护”，但从字里行间还是能解读出：国际社会已形成共识，国际合作对维护公共健康的重要性包括必要的对专利权的限制和强制许可。公共健康权就是一种由团体提出，甚至是社会或国家作为一个整体提出的人权，和民族自决权、发展权、和平权与健康环境权一样。公共健康权既涉及到《公民及政治权利国际公约》的生命权等基本权利，还关系到《经济、社会、文化权利国际公约》中的健康权。公共卫生事件会产生跨国界的影响，对国家主权体系也构成了挑战。因此，公共健康更需要国家间的国际合作，更加需要得到优先重视。一般情况下，政府会尊重和确保人权的充分行使，但为公共利益(公共健康)而进行限制某些人权也是正当的。集体权利是社会作为整体要求的价值，是高于个人或少数人的要求。所以，在人权法的视角下，国家为了公共健康而限制商标权行使的公共政策是符合人权条约和规范的制度设计。

措施的灵活性是《宣言》的另一重要特点，即在目标明确和坚定的基础上，为达成目标有必要实施灵活的措施，措施灵活方能确保其针对性和有效性，包括每个成员有权决定什么是构成公共健康危机的国家紧急状态或其他极端情况，每个成员有权授予强制许可，并自行决定授予此类许可的根据。以此类推，国家有权界定控烟行动中限制商标标识的行为是保证公共健康的灵活措施之一。所以，《宣言》中的原则和措施可以在本案的争端解决中得到适用。

四、本案的潜在影响

(一) 涉案争议复杂，WTO争端裁决值得期待

尽管澳方措施有违反TRIPS协定相关条款之嫌，但是根据《宣言》申明的条约解释中的目标与目的的解释原则，争端的胜负还难以确定。人权保障与知识产权保

护的关系错综复杂。首先,二者之间具有相互促进的作用,知识产权通过人权来实现扩张,人权的目标也可以通过知识产权作为手段来实现。^①其次,二者之间是否存在相互制约的作用?通过人权来限制知识产权已经得到《宣言》的佐证,限制人权来保护知识产权是否成为可能?因此,本案中的公共健康所代表的人权与作为财产的商标权之间的矛盾与协调值得持续关注和研究。另外,新西兰和英国等放慢本国烟草制品简单包装法案的立法进程,都在等待WTO争端解决报告对涉案措施的是非曲直做出裁定,避免盲目跟进立法导致争议层出不穷。

(二) 国际贸易争端与国际投资争端的竞合

烟草企业已在澳大利亚本土进行法律诉讼以维护烟草业的市场地位和经济利益;澳大利亚最高法院驳回烟草企业的诉请,认定澳方的立法措施并没有违反澳大利亚《宪法》,不构成剥夺烟草企业的商标权,也不构成非法征收或征用财产。^②除了WTO烟草包装措施争端之外,2011年6月,总部位于中国香港的菲利普·莫里斯亚洲集团公司向澳大利亚政府发去仲裁通知,认为澳方的立法措施违反香港和澳大利亚1993年达成的双边投资协议,依据联合国国际贸易法委员会仲裁规则,向国际常设仲裁法庭(PCA)寻求仲裁解决。^③目前,PCA投资争端还在仲裁进程中,将于2014年2月在新加坡举行听证会。在WTO国际贸易和投资仲裁领域的争端案件,无论哪一个争端裁决率先做出,必将对另一个争端管辖机关的裁决产生影响。^④一旦WTO或PCA出现结果不一致的争端裁决,执行问题将会变得更加扑朔迷离。

(三) 中国控烟立法何去何从

中国是世界卫生组织和FCTC的成员方,已于2009年1月1日实施与FCTC条约义务相一致的《中华人民共和国境内卷烟包装标识的规定》。对比FCTC第11条有关卷烟包装标识的条约义务,中国已经履行烟草包装的强制性义务;但对于FCTC所倡导使用的图形警示和警语区域所占面积大于50%的措施,中国并没有采纳执行。根据《中华人民共和国境内卷烟包装标识的规定》,中国境内销售的卷烟包装体上应轮流使用规范中文汉字和英文印刷的两组健康警语,警语区域所占面积不应小于其所在面的30%;健康警语应明确、清晰和醒目,易于识别;还规定中文字体采用黑体字,英文采用“Arial Narrow”字体,中文字体高度不得小于2.0mm等类似简单包装法案的要求。从《中国烟草控制规划(2012~2015年)》确定的控烟进程来看,中国尚不可能实施类似澳大利亚的烟草简单包装法案,但从国家保障公共健康和有效实施FCTC的角度,我国应当考虑类似控烟措施实施的必要性和可行性。因此,国际烟草

① Laurence, R. Helfer. Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property [J]. U.C. Davis Law Review, 2007, (40):971-1020.

② JT Int'l SA v Commonwealth (Tobacco Plain Packaging Case) [2012] HCA 43.

③ Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12.

④ Voon, Tania. Time to Quit? Assessing International Investment Claims against Plain Tobacco Packaging in Australia [J]. Journal of International Economic Law, 2011,14(3):515-552.

制品包装措施争端的裁决亦将对我国控烟立法和烟草包装实践产生重要影响。

On WTO Disputes about Australia Measures on Marks of Cigarette Packaging from the Perspective of the TRIPS Agreement

SUN Yi-wu

Abstract: Since March 2012, the Ukraine, Honduras, Dominican Republic, Cuba and Indonesia initiated formal trade disputes with Australia through the WTO's Dispute Settlement Body, concerning certain Australian laws and regulations that impose trademark restrictions and other plain packaging requirements on tobacco products and packaging (the "Measures"). The Measures don't discriminate the registration and protection of tobacco products related trademark. Whether the Measures unjustifiably encumber the use of trademark in the course of trade is the key point to adjudicate whether the Measures are consistent with the TRIPS Agreement by the WTO panel. The Measures are for protection of public health and part of the implementation of the Framework Convention on Tobacco Control. In terms of the provisions interpretation of the TRIPS Agreement and the basic principle stipulated in the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Australia can assert the justification of the Measures during the consultation and WTO panel procedures. The ruling decisions will affect tobacco control laws and policies of WTO members.

Key words: WTO; TRIPS Agreement; tobacco products; trademark right; public health

(责任编辑: 金孝柏)

(上接第23页)

Identification Method of IP Risk (Factors) in Outbound Patent Purchases

HUANG Qing-hua

Abstract: Risk identification is the basis of risk management. Studying identification method of IP risk (factors) in outbound purchasing patents is necessary for good practice in the IP risk management, which must be of great significance for successful patents acquisition. Based on the practice in IP risk management, this article discusses the identification rationale and principle, submits a set of systematic identification methods, including business objectives, system methods, identification tools and evidence-based practice, in order to prevent a major omission in IP risk (factors) identification of the patents of the target company, and safeguard outbound patents investment safety.

Key words: outbound purchasing patents; IP Risk (factors); risk identification; risk perception, systematic identification

(责任编辑: 张建华)