

浅析中国传统知识的知识产权保护

王小军, 郑 静

(宁波大学 法学院, 浙江 宁波 315211)

摘要: 当今我国传统知识的知识产权遭受了十分严峻的侵害, 而传统知识的特性又决定了其基本得不到现行知识产权制度的有效保护, 因此寻求有效的法律保护途径显得尤其迫切。加强传统知识的法律保护应从建立传统知识数据库以防止不当授予专利; 确立利益分享权及事先知情同意权以保护传统知识持有人的各项利益; 适时、适度的介入国家公权力等方面入手, 最大化的保障传统知识持有群体的合法权益。

关键词: 传统知识; 知识产权; 传统中医药; 专利

中图分类号: D923.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001 - 5124 (2012) 05 - 0098 - 05

自改革开放以来中国优良的传统文化遭受着前所未有的外界挑战, 其中包括国人对传统文化的淡忘及诸多外国机构的觊觎。这既伤害了民族情感, 又损害了民族经济利益。傣家蜡染的不幸遭遇深刻揭示了我国传统知识所面临的困境。蜡染是我国一种古老的传统工艺, 其中以黔东南州黄平、凯里一带的“重安江型”傣家蜡染最为典型。随着民族地区旅游业的迅速发展, 区域性经济文化交流合作、工艺示范表演、学术研究收藏与转手贩卖等使得傣家蜡染工艺扩散流失, 甚至出现了一些所谓的“专家”, 滥用该项工艺牟取私利。如何加强传统知识的法律保护, 已成为我国法学研究工作的重要课题。

一、传统知识的界定

“传统知识”这一术语最早出现在《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity, 简称 CBD), 目前已有众多国际组织和学者给出过各自的定义, 但还没有任何一种获得国际上的广泛认同, 究其原因有以下两个方面:

一是对传统知识的范围仍有争议。对此可从广义和狭义两个方面来进行分析。狭义角度的传统知识将传统知识、民间文学艺术及遗传资源视为三个相平行的概念。CBD 给出的定义在狭义上使用这一概念, 其对传统知识的定义侧重与生

物资源相关, 指与原住民和地方性社区保持和可持续利用生物多样性资源有关的、体现其传统方式的知识、创新和实践。广义角度的传统知识则囊括民间文艺、遗传资源和传统医药知识。比较典型的是 WIPO2001 年发布的《传统知识持有者的知识产权需要和期望: WIPO 知识产权和传统知识事实调查团报告》将传统知识的定义分为六类。中国政法大学刘银良教授的观点与上述观点一致, 并在此基础上进行了进一步的归类: 将民间文学艺术表达、有形文化财产及传统生活方式及其要素归入民间文学艺术表达; 传统科技知识生活知识公共性特征明显, 主要是指传统医药知识; 传统知识相关的生物资源则指遗传资源。广义上的定义将传统知识的范围在合理的基础上最大化, 有利于对其进行全面保护。基于此, 本文传统知识指广义的传统知识。

二是对传统知识的保护目的与手段仍有争论。CBD 在保持生物多样性的视角下提出的定义主要强调与生物多样性相关的土著和社区知识的保护。而 WIPO 的定义不单指生物多样性, 而且还包括文化多样性, 突破了将传统知识与土著居民或者传统社区相联系的限制。下文通过对传统知识特征的分析来加深对传统知识的认识。

收稿日期: 2012 - 02 - 23

基金项目: 国家社科基金项目(06BFX039); 浙江省高校人文社会科学重点研究基地——宁波大学民商经济法研究中心资助 (Jed111)。

第一作者简介: 王小军 (1973-), 男, 陕西西安人, 副教授, 博士, 主要研究方向: 环境法学、经济法学。E-mail: wangxiaojun@nbu.edu.cn

（一）传统知识具有特定的群体性

此系从传统知识的主体来考虑。相比现代知识，传统知识的形成受相关群体的文化、观念、信仰等因素的影响，具有地方化的特征。绝大多数传统知识的产生与发展都依赖于整个社区群体成员甚至几代人的生活与劳动的实践，任何个体都不能对该知识主张“创造者的权利”，^[1]说明了传统知识的群体性。老艺人阿莽奴^①虽精于蜡染，但个革家蜡染工艺并不为她一人独有。

（二）传统知识具有相对公开性^②

从权利客体的控制状态观察，享有知识产权保护的现代知识有特定所有权人对该现代知识采取各种保密手段。而传统知识是与特定群体的日常生活息息相关，处于公共领域，很难采取有效的保密手段。

（三）传统知识具有动态性

从知识产生的过程来看，相对于现代知识的“断裂性”，传统知识具有“通延性”，^[2]它的形成是一个世代延续、不停积累的动态过程。过去相对现在是历史，而现在相对未来也是历史，用传统来修饰知识，实际就暗示了这种知识的形成是一个历史的过程。只要掌握传统知识的群体存在，对它的发展及完善就不会停止。

除了以上三点之外，传统知识还具有传统性、非文字性、整体性和综合性等特征。综合以上特点分析，结合现代知识产权的三性，传统知识在被投入工业应用领域后仍想得到法律保护应符合以下“三性”：传统性，指经过工业化等程序仍保有传统的创新；本土性，指只在本土范围内公开，具有特定的区域性；实用性，指具有商业性利益和实施价值。^[3]传统知识受法律保护需满足特定的“三性”，这启示法学者对传统知识的保护亦可采取专利申请的形式。

二、传统知识的法律保护现状

能否利用现有法律对传统知识进行有效保护，学界有关争议可概括为两种不同的观点：

一是肯定说，认为利用现行知识产权制度可以很好的保护传统知识。此观点存在巨大的缺陷，因为传统知识并不满足专利所要求的“三性”。现行专利法要求技术方案在技术特征上具有可再现性和可复制性，但传统知识需要在特定的地点和环境下方可复制；专利法的“新颖性”

一词在日常生活中意思为“刚出现的”，这与传统知识的“传统性”相矛盾。二是否定说，主张知识产权制度的任何扩张都不足以保护传统知识。这是基于现有知识产权概念与传统部族的实践和文化存在根本性的冲突和不相容。较肯定说此观点更有可取之处。它首先承认现有知识产权制度可以通过调整对部分传统知识进行保护，随后指出现有知识产权制度的扩张是不足以完全保护传统知识的，需要进行新的立法，这也符合国际趋势。

在实践中，国际及国内的通行做法是采用否定说。这种趋势利于保护传统知识，但还缺乏力度。下文则通过国际和国内的实践角度来呈现传统知识产权保护现状。

（一）国际条约对传统知识的保护状况

涉及传统知识的主要组织有 WIPO、WTO、TRIPS（与贸易有关的知识产权协议）理事会、FAO（世界粮农组织的简称）和 CBD 等。

1. WIPO 的“知识产权和遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会”（IGC）第十次会议所提出的问题清单和不当利用传统知识所提出的实质性条款成为近年来较为重大的进展。对问题清单的回答可以为保护传统知识所用。

2. WTO 及 TRIPS 理事会虽然在传统知识保护中的态度较为消极，但在 2001 年也将传统知识保护问题列入了其工作日程。^[4]此外 WTO 还将“TRIPS 与传统知识保护的关系”列为多哈回合 TRIPS 理事会优先审议的议题之一，意味着国际社会将 TRIPS 已确立的制度目标贯彻到传统知识保护领域的努力。

3. FAO 在 1994 年开始谈判缔结一项粮食和植物遗传资源方面的国际条约时，就提出了传统知识的定义与保护问题。其在 2001 年通过的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 9 条第 2 款第 1 项中要求制定保护传统知识的措施，并且直接促成了农民权^③进一步确认。为传统知识的保存及开发已经做出并继续做出巨大的贡献。类似的有 CBD 确立了遗传资源主体、获取和利用遗传资源的事先知情权。

问题清单详细的列举了传统知识保护应注意的问题，诸如：应得到保护的传统知识（TKs）的定义；谁应从 TKs 的保护中获益、应得到保

护的 TKs 的所有人是谁等。实质性条款制定法律措施的建议促进了各国国内立法。CBD 工作组以第 8 条(j)款为基础,努力推进人们对传统知识和生物多样性在人类可持续发展中的重要作用的认识,以实现人文和自然的可持续发展,都为传统知识保护的推进做出了巨大的贡献。

(二) 我国传统知识的法律保护现状

我国缺乏对传统知识的有效法律保护,由此造成大量传统知识被外国厂商不合理利用。在传统中医药领域,以日本和韩国尤为典型。日本在 1980 年以我国 210 个中药古方为基础开发新药,使其“汉方制药”产业迅速发展,1994 年在其国内的销售额达 1500 亿日元。

值得欣慰的是,1993 年专利法修改后,药品专利保护从方法扩展到药品专利和用途专利,从而使符合专利条件的中药药品能够得到较全面的专利保护。2003 年我国还颁布了《中医药条例》。虽然我国现有大多数中药技术方案与在先中药技术相比创造性偏低,即不具有突出的实质性特点和显著的进步,但相比这些法律出台之前,对中医药传统知识的保护已取得重大突破。

三、我国传统知识的法律保护存在的问题

以贵州省从江县的瑶族药浴为例,瑶族药浴主要提供药浴服务和把传统药浴配方开发成浴药产品两种利用模式。但由于缺乏有效的法律保护,开发市场混乱,浴药的核心技术易被剽窃、盗用,导致无法发挥瑶族药浴的真正价值。结合理论分析,传统知识的法律保护存在以下两大突出问题。

(一) 对传统知识保护的缺陷性

随着现代科学技术的发展,传统知识有着更为广泛的应用空间,现行的知识产权制度却很难对其进行全面的保护。这造成虽然传统知识多存在于发展中国家,但对其进行利用的却多为发达国家的现状。在 1998 年,印度学者发现了某些发达国家的医药、化工公司,对印度的传统药品几乎未多加改进,就对其申请了专利。^[5]中国亦不乏此类事件。1947 年,美国育种专家在中国收集了一棵野生大豆带回美国并存入美国农业部,孟山都公司利用分子生物技术对这株大豆进行检测和分析后,向美国专利局提交了一项名为“高产大豆及其栽培和检测方法”的专利申请。

2000 年 4 月 6 日 WIPO 公开了孟山都要求 101 个指定保护国、共 64 项权利要求的专利申请书。因此,为避免事后救济所需巨额的金钱及时间成本,国家应着重防范于未然。

目前,中国已经形成了较为完备的现代知识产权保护制度,但对“传统知识”的保护的相关规定却十分有限,使得对传统知识的保护处于被动的境地。“传统知识”是中国的长项,如果我们一味对发达国家的长项(专利、驰名商标等)加强保护,而忽视自己的长项,那么这将会是国策上的一个重大失误。

(二) 对传统知识保护的局限性

结合传统知识的特点来看,利用现行知识产权制度对传统知识进行保护的局限性主要体现在:

1. 就主体而言,传统知识的主体根本无法具体到一个人或几个人。知识产权是私权,知识产权中的人身权利和财产权利由确定的个体享有。而传统知识的群体虽是特定的,但具体的人却是随着时间不断更换的。

2. 从时间上看,无法确定传统知识的产生时间。著作权所保护的是已完成的作品,保护期从作品完成之日开始计算;专利保护的一般也只是发明的最先完成人。而传统知识既没有确定的产生日期,也可能是未完成的作品。因此,从时间上传统知识不可能被划入著作权或专利权的保护范围。

3. 在保护期限上,知识产权保护期的限制使得对传统知识的保护失去意义。我国现行专利法规定:发明专利权的期限为 20 年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年,均自申请日起计算。而传统知识的动态性要求对传统知识的保护应当是个长期的不间断的过程。

4. 在存在形式上,传统知识没有固定的文字记述。表达信息方式的多样性导致其本身的内容与知识产权所保护对象范围的确定性相矛盾,难以评价其是否满足著作权制度中的独创性和专利制度的新颖性、创造性的要求。

四、传统知识法律保护应注意的问题

2008 年 6 月 5 日,国务院颁布了《国家知识产权战略纲要》。《纲要》在第六部分“特定领域知识产权”中明确提出建立健全传统知识保护

制度,扶持传统知识的整理和传承,促进传统知识发展。完善传统医药知识产权管理、保护和利用协调机制,加强对传统工艺的保护、开发和利用。本文从以下三方面入手探讨传统知识法律保护应注意的几个问题。

(一) 考虑相关特征

立法者在立法时不能将现有知识受到知识产权制度保护应满足的条件硬套于传统知识,而是要充分考虑传统知识的特征。

1. 传统知识所有权归属。现行专利制度应在专利申请中强行要求申请人披露有关信息,原因在于传统知识有关发明的基础性或背景技术由传统知识构成。我国重构传统知识专利申请披露制度的首要问题是:确定传统知识所有权归属。可分两种情形:其一,若有足够证据能够证明该传统知识归特定私主体所有,那么其所有权由该特定私主体享有,并依法到相关部门进行登记。其中登记为对抗要件,不登记不失去权利主体资格。其二,我国传统知识存在年代久远,大部分的原始权利主体已无法确认,所以把这部分的所有权划为归国家所有可以避免许多不必要的纷争。在操作上,可设相应的国家机构作为传统知识权利所有代表者。如传统中医药知识的代表者可为国家中医药管理局。

2. 权利期限的设定。除了商标权保护期可以不断续展,现行知识产权制度对其保护的客体设定的法定权利期限都较短,不符合传统知识延续性的特点。要实现传统知识有效保护,就不应对传统知识的保护期限设定限制。但应注意的是,当传统知识不再具有传统知识的特性,它就丧失了获得相关法律保护的资格,保护期间可以持续到该传统知识具备传统知识权的特征之时。

(二) 明确构成要件

以下三项可构成传统知识的专利申请得以批准的必要构成要件,若不满足其中任何一项,专利部门就可不授予其专利。

1. 传统知识来源地披露。对基于或依赖于我国传统知识的发明,应在专利申请文件中对传统知识的来源地进行披露。这是对我国传统知识创作者的尊重,实现创作者精神利益的一种表现。还应指出,传统知识来源地披露的实现还有赖于完备的传统知识数据库。这就要求实现传统

知识的文献化及同步更新,建立可供知识产权主管机关审查使用的传统知识文献数据库。

2. 事先知情同意权。^④指传统社区的遗传资源和传统知识在被外部社会利用前应将有关事项事先通知有关国家和传统部族,并获得其同意。非所有权人任意、无偿地利用传统知识的情况广泛存在,确立事先知情同意权,利于原本就不发达的少数民族地区经济和社会的发展,实现社会平衡。^⑤外国的申请专利涉及我国传统知识,就应在申请专利时提交由中国相关的国家机构出具的事先知情同意证明,才可以获得专利授权,否则专利部门可拒绝该专利申请。

3. 利益分享权。此权主要是基于公平原则的考虑,防止他人以现代知识产权的形式对传统知识进行不当占有和利用。外国对我国传统知识的商业化利用,应确保我国的利益分享权,以维护传统知识所有权人的合法权益,实现创造者与使用者间利益的相对平衡。

(三) 完善行政管理体制

传统知识持有者与传统知识利用者在信息不对称及司法途径狭窄的情况下进行市场交易的后果对持有者十分不利。这就需要行政机关制定相应的行政法规,以便在市场主体自身不能解决问题时,公权力能及时、适度的介入。^⑥对相应行政管理体制的完善主要应从增加相应立法及加强预见性保护入手。

国务院1993年发布的《中药品种保护条例》表明行政权已经介入了对传统知识的保护。但至今在民族医药保护上基本只能依靠《中药品种保护条例》《国家医药管理局专利管理办法》《中医药条例》等规范,除了数目少之外还存在缺乏预见性保护的问题。邓建志教授提出的对知识产权行政保护的最终路径为以提供优质行政服务为基本理念和重心,该基本理念实际指的就是预见性保护。^⑦目前,保护传统中医药品的专门法规在性质上基本上都是对过去开发并已公开使用的传统中药给予的追溯弥补性行政保护,缺乏预见性的保护。^⑧所以预见性专门法规的制定是立法机关的当务之急。

五、结语

回望历史,我国拥有引以为傲的四大发明,那个时期的中国无论科技或是管理领域都领先

于整个欧洲。但随后我们逐渐被甩在后面,于是就“理所当然”的大力发展现代科技,而忽视了“落后中的精华”——传统知识。我国传统知识的大量流失给国民带来的不仅是可计算的经济损失,更重要的是无法估量的精神损失。郑成思教授将现有知识产权保护的知识成果称为“流”,而将传统知识保护称为“源”,“源”远才能“流”长。由此可见对传统知识的知识产权保护不容小觑。深刻的历史教训,而且这种教训还在继续上演,告诉我们:我们迫切需要建立一个健全、健康的有利环境,扩大对传统知识的保护。

注释:

- ① 阿莽姒,黄平县黄飘哈龙寨的一位精于蜡染剪纸的老艺人,于2005年6月去世。参见国际行动援助中国办公室编:《保护创新的源泉——中国西南地区传统知识保护现状调研与社区行动案例》,知识产权出版社2007年版。
- ② 此处“相对公开”并非指人人皆知,而是在特定群体范围内为公开状态,且不是每个群体内部成员都能掌握。如苗族的蜡染、纺纱等手工艺,也只有一些成年妇女才有较高的技巧。
- ③ 农民权包括:保护与粮农遗传资源有关的传统知识;对起源于粮农植物遗传资源的利益的公平分享权;对本国粮农植物遗传

资源保存和可持续利用事项的参与决策权。

- ④ 该词与下文的“利益分享权”均源于CBD的事先知情同意机制。

参考文献:

- [1] 唐广良. 遗传资源、传统知识及民间文学艺术国际保护概述[C]//郑成思. 知识产权文丛. 北京:中国方正出版社,2002(8):54-57.
- [2] 严永和. 论传统知识的知识产权保护[M]. 北京:法律出版社,2006.
- [3] 古祖雪. TRIPS 框架下保护传统知识的制度建构[J]. 法学评论,2010(1):197-208.
- [4] 宋晓婷. 国际传统知识保护的兴起及发展趋势分析[C]//王立民,黄武双. 知识产权法研究. 北京:北京大学出版社,2008(5):38-43.
- [5] 郑成思. 传统知识与两类知识产权保护[J]. 知识产权,2002(4):3-5.
- [6] 郑颖捷,王瑞龙. 论少数民族传统知识的知识产权法保护[J]. 中南民族大学学报:人文社科版,2010(3):49-53.
- [7] 徐家力. 传统知识的利用与知识产权的保护[J]. 中国法学,2005(6):113-120.
- [8] 邓建志. WTO 框架下中国知识产权行政保护[M]. 北京:知识产权出版社,2009.
- [9] 张清奎. 传统知识、民间文艺及遗传资源保护模式初探[J]. 知识产权,2006,16(2):3-9.

About the Protection of the Intellectual Property of Traditional Knowledge of China

WANG Xiao-jun, ZHENG Jing

(School of Law, Ningbo University, Ningbo 315211, China)

Abstract: The intellectual property rights of traditional knowledge of China have suffered from severe infringement. However, owing to the unique features of traditional knowledge, such rights are not effectively protected by the current intellectual property system. Therefore, it is urgent to find a way for legal protection for the intellectual property rights of traditional knowledge of China. To do so, a database of traditional knowledge should be set up to prevent the illegal grant of patent rights; the rights to share profits and rights of prior informed consent should be prescribed to protect various interests of the traditional knowledge's holders; timely and appropriate interference of the public power should be made to safeguard the legitimate rights and interests of the infringed group.

Keywords: traditional knowledge; intellectual property; traditional Chinese medicine; patent

(责任编辑 王 抒)