



知识产权与经济发展系列丛书

Beyond the Intellectual Property Rights
Studies on the Legal Protection of Traditional
Knowledge and Sustainable Development

超越知识产权

传统知识法律保护与可持续发展研究

主 编 周 林 龙 文 韩 缨



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

013028000

D923.404

161

知识产权与经济

Beyond the Intellectual Property Rights
Studies on the Legal Protection of Traditional
Knowledge and Sustainable Development

超越知识产权

传统知识法律保护与可持续发展研究

主 编 周 林 龙 文 韩 缨

撰稿人 周 林 龙 文 韩 缨 艾怀森 王聪丛

杨立新 曾益群 郭占峰 宋 敏 和树荣



北航

C1634814



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

D923.404

161

图书在版编目 (CIP) 数据

超越知识产权：传统知识法律保护与可持续发展研究 / 周林等主编. —杭州：浙江大学出版社，2013.2
ISBN 978-7-308-11002-0

I. ①超… II. ①周… III. ①知识产权—法律保护—研究—中国②知识产权—可持续性发展—研究—中国
IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 009121 号

超越知识产权

——传统知识法律保护与可持续发展研究

主编 周 林 龙 文 韩 缨

丛书策划 朱 玲

责任编辑 朱 玲

封面设计 春天书装

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 德清县第二印刷厂

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 13.75

字 数 215 千

版 印 次 2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-11002-0

定 价 45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591



北航

C1634814

前 言

2012年7月,国家最高领导人在全国科学技术大会上提出,到2020年,我国要实现进入创新型国家行列的目标,使科技成为引领经济社会发展的有力支撑。自主创新需要从传统知识当中吸收营养。只有保护好创新的源泉,才会有可持续发展的可能。创新型国家的建设需要法律制度的保障,这既需要科技创新法律制度对创新能力的保障,也需要对创新源泉即传统知识和传统资源的保障。本书作者近年来获得中国社科院国情调研项目资助,深入云南、贵州等地,通过田野调查,扶助乡民,建立传统知识维权组织,订立乡规民约,针对侵权提出法律诉讼,积极参加各类官方和非官方的学术研讨活动,发表论文,提出立法建议,对传统知识和可持续发展这个课题做了一些初步研究。本书即为有关研究成果的一个阶段性总结。

国内对传统知识法律保护的研究最早可追溯到20世纪80年代制定版权法前后对民间文学艺术作品版权保护的讨论,当时,本课题主持人曾参与有关讨论和调研。1994—1995年,本课题主持人曾参加文化部资助的民间文学艺术作品法律保护课题研究。传统知识与科技创新问题在中国社科院2002年“遗传基因、传统知识和民间文学艺术表达研讨会”再次被提出。当时,本课题主持人提出了对传统知识的保护就是对创新的源泉加以保护,这种保护有利于改变发达国家与发展中国家在知识产权保护方面不平衡状况的观点。之后,包括本课题参加人在内的一些学者在相关研究和调研中发现,传统知识的法律保护无法完全在现有的知识产权制度框架下展开,因此,他们的目光转向新的权利体系和法律制度的探索,如对农业遗传资源权

利保护的专题研究、对传统知识保护现状的田野调查,在传承和保有传统知识丰富的云、贵山村开展社区实践,等等。

传统知识对于世界生物多样性和文化多样性的发展所具有的重大意义分别体现在 1992 年《生物多样性公约》、2003 年《保护非物质文化遗产公约》和 2005 年《保护和促进文化表现形式多样性公约》的相关条款中,而保护、促进和维护生物和文化多样性是当代人及其后代可持续发展的基本要求。目前,联合国教科文组织、世界知识产权组织、世界银行等国际组织均组织专家进行相关问题的研究,主要涉及非物质文化遗产保护、传统知识与穷人的生存和发展、TRIPS 协议与《生物多样性公约》的冲突、传统知识特殊权利保护与知识产权框架内保护的分歧等方方面面的问题,无论是发达国家还是发展中国家都对此极为关注。世界知识产权组织的知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会会议成为各方观点全面交锋的舞台。

国外学者已将传统知识与科技创新问题结合起来,形成了更深层面的传统资源权理论。按照格雷厄姆·杜特菲尔德教授的提法,传统资源权是一个综合的权利概念,它由人权原则所指导,认可文化和生物多样性之间无法分割的联系,包括:基本人权;自决权;集体权;土地和领土权;宗教自由;发展权;隐私和事先明确同意权;环境完整权;知识产权;邻接权;订立法律协议权;保护文化财产,民间文学艺术和文化遗产权;承认文化景观;承认习惯法和实践,以及农业遗传资源权。巴西、秘鲁等国已经按照特殊权利保护的原则对传统知识、特别是与生物多样性密切相关的传统知识制定了特别法加以保护。

关于对知识产权法律保护制度的反思与批判,以及对传统知识案例的收集、通过法律保护传统知识的经验总结,国外已经出版了多部专著。例如:彼德·德霍斯的《知识财产法哲学》(本课题主持人已将其翻译出版)、达里尔·波塞等著的《超越知识产权》、世界知识产权组织出版的《知识产权与传统文化表达案例研究》等。

随着自主创新成为“十二五”规划的着力点,知识产权保护受到中国领导层的高度重视。未来几年,中国将会进一步加大知识产权保护力度。专家指出,在制定我国的知识产权战略时,切不可忽视一大部分未列入国际知识产权保护框架内的信息财产,例如传统知识,它因存在时间久远,被排除在知识产权保护范围之外。而这些传统知识恰恰是我国的长项。我们应在强化地理标志保护的同时,在知识产权法律框架内,利用现有的规则对传统知识加以保护,防止某些侵占传统知识保有人利益的现象,并绝不囿于现有的法律框架,超越知识产权,在唤起传统知识保有人权利意识、建立维权组织、订立乡规民约等社区保护实践的基础上,不断总结经验,逐步把许多成功做法上升为法律,推动传统知识法律保护相关立法。

近年来,发达国家一再把知识产权保护水平拔高,而发展中国家则提出了保护现代文化及高新技术之源的问题。这两部分利益的分配并不均衡,前者发达国家占优,后者发展中国家占优。因此,利益不同的国家实际上分别处在知识产权保护的两端:一端是发达国家占优的“流”上的智力成果保护,比如发明专利、驰名商标等;一端是发展中国家占优的“源”上的智力成果保护,比如民间文艺、祖传技艺等传统知识。

按照世贸组织、世界知识产权组织及国外已有的立法中对传统知识的解释,传统知识主要包含“民间文学艺术”与“地方传统医药”两大部分。一些发达国家到发展中国家无报酬地拿走民间文学艺术去营利,无报酬地拿走地方传统医药去营利,这对传统知识来源地创造、传承、保有有关知识/智力成果的群体极不公平。“民间文学艺术”与“地方传统医药”这两部分,在中国都是长项。如果我们只是在发达国家推动下对他们的长项(版权、专利、商标等)给予保护,对自己的长项不保护,那么在国策上将是一个重大失误。我们需要充分利用现有的法律框架,防止传统知识被盗用,同时,我们也需要通过对社区保护的实践,将有关经验上升为法律,对传统知识给予特殊保护。

我国传统知识在一些科技发展和文化传承方面,也有很多优势。例如,

几百年来在云南纳西族民众中间及腾冲新庄村村民中间一直在生产、流通、使用的传统造纸技艺,在贵州一些苗族聚居区一直保留的传统蜡染工艺,对于源远流长的东巴文化、民间纸文化和蜡染艺术,都有着不可替代的重要作用。这样一些丰富多彩的传统知识,把它们妥善保存、保护起来,利用现代科技手段进行适当的市场开发,既可以体现国家对传统知识的尊重,为传统知识保有地区民众带来经济利益,也可以丰富我国科技创新的内容,确保我国科学技术与文学艺术的可持续发展。

应当强调,中国人在知识创新方面,并不比任何人差。我们应当做的是,一方面利用知识产权制度业已形成的高保护,推动个人和企业的高新技术与文化产品领域创新这个“流”;另一方面积极探索新的法律制度,来保护我们目前占优的传统知识及生物多样性这个“源”。这样,才更有利于我们参与国际竞争,确保国家在科技、文化等方面的可持续发展。

本课题研究将传统知识的法律保护置于如何使国家在科技、文化等方面可持续发展的大背景下,利用现有的法律框架,且不受其束缚,超越知识产权,力图从一个新的视角构建一个行之有效的对于创新源泉加以保护的、法律、法规体系。这是一项需要长时间的田野考察、民众动员、社区工作、资料翻译、分析比较的细致的研究工作。目前读者所看到的,只是课题组对近五六年来所进行的工作的一个总结。其中主要是学术上的探讨和比较研究,以及对我国西南地区传统知识几个重点项目的考察报告。本书初步地反映出课题组对传统知识法律保护与科技创新可持续发展的一个清晰的思路:

(1)传统知识法律保护应当首先反映和满足有关传统知识保有人和当地民众的需求,给有关社区带来实际好处;

(2)传统知识法律保护应当建立在传统知识保有人和当地民众积极参与和社区实践的基础之上,得到有关各方的理解和支持;

(3)传统知识法律保护有助于打破目前在知识产权制度中由发达国家主导、偏重于保护发达国家利益的不平衡状况;

(4)传统知识法律保护的根本目标是确保科技创新的“源泉”永不枯竭及人类社会的可持续发展。

收入本书的还有课题组在推动有关立法方面所开展的活动,其中包括与国际行动援助中国办公室合作,在云南发起的“传统资源和非物质文化遗产保护丽江宣言”和“确立社区传统资源民事权利,加快非物质文化遗产立法进程”倡议。本书作者持续地开展有关调研和社区工作,不断地获得新的信息和经验。但是,受时间限制,尚有一部分内容未能及时反映在本书当中。本书中的一些研究成果,包括对有关立法的意见,还存在一些需要进一步完善的地方。收入这些内容,是为了听取更多批评,修改不足,更新思路,以利下一步工作。

周 林

2012年9月

目 录

第一部分 学术观点

- 1 传统知识法律保护的几个问题 周 林/3
- 2 传统知识、知识财产与信息自由 龙 文/17
- 3 国际视野中传统知识的法律保护 韩 纓/24
- 4 论传统资源财产权利 龙 文/46
- 5 “非遗”保护迈出第一步 周 林/61

第二部分 个案研究:纳西族东巴纸

- 6 社区传统知识法律保护状况调查及制度建设探讨
..... 周 林 曾益群 龙 文/67
- 7 云南丽江市东巴纸调研报告 杨立新 曾益群 郭占锋/81
- 8 “一种纳西东巴纸及其制备方法”发明专利
无效案概述 105
附:无效宣告请求审查决定书(第 11491 号) /106

第三部分 个案研究:新庄村手工造纸

- 9 传统资源权的社区实践与理论探讨:新庄村手工造纸
..... 龙 文 艾怀森/117

- 10 高黎贡山自然保护区(保山段)及其周边社区传统资源利益分享
机制的框架及实施计划 龙 文 艾怀森/139
- 11 高黎贡手工造纸博物馆——古法造纸的今天 宋 敏/153

第四部分 实情真感

- 12 东巴文化学校十四载:薪火相传、根脉不绝 和树荣/165
- 13 从石头寨蜡染的兴衰引发的思考 王聪丛/186

第五部分 立法推动

- 14 传统资源和非物质文化遗产保护丽江宣言 /203
- 15 倡议:确立社区传统资源民事权利,加快非物质文化遗产
立法进程 /206
- 16 云南传统知识法律保护跟进计划及路线图 /210

第一部分

学术观点

1 传统知识法律保护的几个问题

周 林

1.1 传统知识议题的由来

人类社会一直一代代地创造、改进和传递知识。传统知识是保障发展中国家人民生存和健康所必不可少的。据《超越知识产权》一书中记载,有人估计 1985 年在发达国家出售的以植物为原料的药品价值高达 430 亿美元。然而,只有其中的极少部分(比 1% 还要少得多)返回到原料所来自的社区。^① 由于发展中国家很少或没有对传统知识予以系统的立法保护,于是,发展中国家只能眼睁睁地看着自己的传统知识被发达国家无偿拿走。例如,亚马逊流域众所周知的死藤水的药用功效就被美国科学家盗用,并曾非法成功申请专利(后经重审判定无效)。

近几十年来,国际社会一直致力于寻求认可和保护传统知识的途径。1981 年,世界知识产权组织和联合国教科文组织对民间文学艺术的法律保护制定了示范法。1989 年,农业遗传资源权(farmer's rights)的概念被联合国粮农组织引入其关于植物遗传资源的国际约定中。1992 年,《生物多样性公约》强调了促进和保存传统知识的需要。尽管这些努力已经持续了几十年,但是可以普遍接受的保护传统知识的方案至今仍未产生。

2001 年 WTO 多哈部长宣言之后启动的 TRIPS 协议新一轮谈判共包括 5

① 波塞·A. D., 杜特菲尔德·G. 超越知识产权——为原住民和当地社区争取传统资源权力. 许建初, 张兰英, 钱洁等译. 昆明: 云南科技出版社, 2003: 30.

个议题,其中一个议题是 TRIPS 协议下对传统知识和民间文艺的保护。这些议题不仅提出了知识产权方面的新观念,且多数与发展中国家的利益息息相关。

1.2 为什么在知识产权框架内 讨论传统知识产权保护问题

1.2.1 有关知识产权法律创设了一种利益平衡机制

一般来讲,知识产权法律制度是随着科技进步和经济、社会的发展而逐步发展起来的。为了鼓励创作和创作投入,鼓励对新发明新创作的使用和传播,使得全社会都可以从创作中获得好处,国家就有必要制定相关法律,来平衡创作者、传播者和公众之间的利益。知识产权法,无论专利法、商标法,还是版权法,比任何其他法律在利益平衡方面都规定得更加详尽、完备。而对传统知识的保护,根据各国经验和多数学者的观点,并不是要把它封闭起来,不许外人介入,也不是要把它赋予某些个人、团体或社区,让他们把传统知识垄断起来,高价出售。对传统知识的保护,就大多数人认可的观点是,尊重传统知识传承人的贡献,承认传统知识的价值,对传统知识加以合理利用以及与传承人的惠益分享,使全社会都能从传统知识的保护中得到好处。这种对传统知识的保护,处处体现的是有关各方利益的平衡。知识产权法律制度中一些利益平衡的理论、制度,在保护传统知识方面可以借鉴。

1.2.1.1 现有知识产权法律制度中个别条款的适用

虽然在知识产权法律框架内涉及传统知识保护的内容并不多见,但其中也确实有一些条款可以加以利用。例如,《伯尔尼公约》中对“不具名作品”的规定,^①就可以用来解决一些民间文学艺术表达保护在确认传承人的

① 《伯尔尼公约》第7条第3款规定:“对于不具名作品和具笔名作品,本公约给予的保护期为自其合法向公众发表之日起50年。但如作者采用的笔名不致引起对其身份发生任何怀疑时,该保护期则为第1款所规定的期限。如不具名作品或具笔名作品的作者在上述期间内披露其身份,则适用第1款所规定的保护期限。本联盟成员国没有义务保护不具名作品或具笔名作品,如果有充分理由假定其作者已死去50年。”

贡献方面的一些难题。

1.2.1.2 国际知识产权公约框架内的实施机构

在知识产权漫长的两百余年历史发展过程中,首先由少数国家采用,随后有更多国家借鉴。随着国际经济贸易的发展,先有国家双边条约,再到区域性条约,直至在整个知识产权法律框架内出现了国际性的条约和公约。为了确保有关国际知识产权条约、公约的履行,有关条约、公约内部,或者有关管理条约、公约的国际组织,还制定了非常详细、具体、可操作的规则,设立了确保条约、公约实施的机构。在这个方面,许多非知识产权的条约、公约,虽然条款详尽,但缺乏实施机构,因此,效果不理想(见表 1-1)。例如,在有关传统知识保护方面,国际上已经有了若干条约、公约,但大多因为没有具体的实施机构,而使得公约规定成为一纸空文。这或许是人们为什么热衷于在知识产权框架内讨论传统知识的一个原因。他们希望,借助知识产权国际条约、公约的实施机构,将纸面上对传统知识的保护变成现实。

表 1-1 知识产权在保护传统知识方面的局限

	知识产权	传统知识
权利产生	新近	古老、年代久远
权利人	有具体人	无法确认具体人
权利内容	明确	模糊、变化
保护期	固定	不固定
价值评估	可以评估	难以评估

从表 1-1 中可以清楚地看出,知识产权和传统知识虽然都属于人类智力成果范畴,都是具有一定价值、一定存在形式、可以进行某种形式流传的信息,但是以现有的被多数人接受的知识产权理论加以比较,二者之间又存在着明显的差异,尤其是在作为法律保护对象的具体要件方面,以至于如果不加偏见的话,很容易就能够得出一个初步结论:在现有知识产权法律框架内传统知识的保护将永远没有答案。我们也许永远无法知道某种民间文艺表现形式为何人创造、何时创造,所以我们也就难以确定可能被利用的那些民间文艺表现形式(权利,或者能表明其价值的东西)究竟归属于谁;我们也很

难想象,对某种传统知识可以赋予专利权,给它 10 年或者 20 年的专有保护。专利法有期限的垄断保护也许并不能给传统知识带来真正福音。

但这并不是说知识产权法律专家不能做出选择。事实上已经有人做出过部分选择,那就是在新的发明和创造时,对于其中来自传统知识的部分,采用披露信息来源,与传统知识提供者个人、群体或者国家惠益分享并给予特别尊重。为了人类持续不断的进步和发展,为了维持创新的动力和资源永远不会枯竭,需要创设一套能够被多数国家接受的切实可行的保护传统知识的新的法律制度。

1.3 关于农业遗传资源权的法律思考^①

1.3.1 农业遗传资源权的由来

“农业遗传资源权”^②一词是从英文 Farmer's Rights 翻译过来的。按照联合国粮农组织的定义,“农业遗传资源权”指的是那些长期以来为保存、改良和提供植物遗传资源作出贡献的农民,特别是那些生活在原产地和生物多样性中心的农民所享有的权利。其核心内容是植物遗传资源和相关传统知识的归属及其后续开发利益的分享。对“农业遗传资源权”广义理解,它还包括为动物等遗传资源作出贡献的人们所享有的权利。

近年来,“农业遗传资源权”不仅成为联合国粮农组织、《生物多样性公约》组织和世界知识产权组织的讨论对象,更是 WTO 新一轮全球多边贸易谈判中有关知识产权的内容之一。

① 本文涉及孟山都的案例部分使用了林燕梅女士提供的资料。

② 关于“Farmer's Rights”一词的翻译,笔者曾见到一台湾学者将它翻译为“农夫权”,国内学者多把它翻译为“农民权”,这是一种纯粹字面上的译法。在 2003 年中国社会科学院知识产权中心主持的一个研讨会上,与会者认为,“农民权”的译法容易与农民权益一词相混淆;作为一项新权利和新制度,在把它翻译成中文时,应当尽可能贴近原意;经过反复讨论,认为翻译为“农业遗传资源权”更贴近原意。

1.3.2 《植物遗传资源国际约定》与粮农组织三个决议

1983年11月,在联合国粮食和农业组织的召集下,130多个国家在意大利首都罗马通过了联合国粮农组织第21届大会第8号决议,即《植物遗传资源国际约定》。这是人类社会在植物遗传资源领域达成的第一个国际协议。该协议将植物遗传资源确定为全人类的共同遗产,“可无限限制地获取”。1989年粮农组织第25届大会通过第4号决议。该决议承认,各区域种植者(农民)在植物遗传资源保护与开发方面作出巨大贡献构成了全球植物生产的基础。1989年联合国粮农组织第25届大会通过第5号决议。该决议首次明白无误地确认了种植者的权利——农业遗传资源权(Farmer's Right)。

1.3.3 《生物多样性公约》

1992年6月5日,在巴西里约热内卢召开了由各国首脑参加的最大规模的联合国环境与发展大会,在此次“地球峰会”上,签署一系列有历史意义的协议,其中之一是《生物多样性公约》。该公约的目标是,“……从事保护生物多样性、持续利用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益;实施手段包括遗传资源的适当获取及有关技术的适当转让,但需顾及对这些资源和技术的一些权利,以及提供适当资金。”

1.3.4 《粮食与农业植物遗传资源国际条约》

2001年11月3日,联合国粮农组织第31届大会通过了《粮食与农业植物遗传资源国际条约》,该条约取代了运转18年的《植物遗传资源国际约定》,成为在植物遗传资源保护领域内具有国际法效力的规范。《粮食与农业植物遗传资源国际条约》第10条,同时也是条约的第三部分,即是关于“农业遗传资源权”的专门规定。该条首先申明:各缔约方承认,世界各地区的本地和土著社会农民,尤其是原产地和作物多样性中心的农民,对构成全世界粮食和农业生物基础的植物遗传资源的保护与开发已经并将继续作出巨大贡献。各缔约方同意,实现与粮食和农业植物遗传资源有关的农民权