



隆安律师实务与学术丛书

原住民与社区传统资源 法律保护研究

徐家力 著

一方面，发达国家打着各种慈善旗号，肆意侵夺我国边远地区宝贵的遗传资源和传统知识；另一方面，许多传统资源出现后继乏人的境况。在这种背景下，如何有效地保护传统资源，创造性地使用传统资源，已经成为一个摆在知识产权学界面前的一个重要课题。



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

隆安律师实务与学术丛书

原住民与社区传统资源 法律保护研究

——以西南地区(贵州)为重点

徐家力 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书对以贵州为主的包括遗传资源、传统知识、民间文艺等传统资源的范围、基本概况以及保护现状等问题进行了大量的调查研究。同时,本研究在立足国内传统资源保护的基础上,对包括巴西、印度在内的传统资源较为丰富的国家在传统资源法律保护方面的宝贵经验和成功案例进行有益的借鉴。

本书适合律师、法律专业师生以及民族事务工作者参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

原住民与社区传统资源法律保护研究 / 徐家力著.
—上海:上海交通大学出版社,2012
(隆安律师实务与学术丛书)
ISBN 978-7-313-09158-1

I. ①原… II. ①徐… III. ①文化遗产—知识产权
保护—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 251288 号

原住民与社区传统资源法律保护研究

——以西南地区(贵州)为重点

徐家力 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

昆山市亭林印刷有限责任公司印刷 全国新华书店经销
开本: 787mm×960mm 1/16 印张: 19.5 字数: 335 千字

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-09158-1/D 定价: 48.00 元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系
联系电话: 0512-57751097

总 序

前些日子，一位律师同行请我帮他联系原来司法部的一位老领导，我问他什么事，他说隆安律师事务所要搞二十年所庆，想把原来的老领导请来庆祝一番。随着时间的飞逝，改革开放以来建立的合伙制律师事务所陆续进入了十年、二十年，甚至是三十年的发展阶段。隆安所今年建所二十周年整，对于在隆安名下执业的律师们来讲，二十年是个重要的时间节点，如何庆祝我们隆安所建所二十周年，是我们每一名隆安人都很关心、也很在意的事情。在几年之前，我提议：为纪念隆安成立二十周年，我们组织隆安律师撰写二十本理论与实务专著，编辑成一套《隆安律师实务与学术丛书》，以庆祝隆安建所二十周年。

我们不仅要组织隆重的庆祝仪式，还要邀请以往关切我们的老领导、老同事、老客户来参加庆祝活动。更重要的是能够成功编辑出版这么一套二十本的《隆安律师实务与学术丛书》，我认为这是献给隆安二十周年最好的生日礼物。开庆祝大会也好，盛情宴请也好，随着时间的推移，都可能被人遗忘，但出版了这套二十本的丛书却能成为我们隆安人的永久纪念。

现在网络很发达，网上阅读也成为人们读书的一个重要习惯。但是作为律师，把自己办过的案件进行梳理提高，撰写成书籍还是很有价值的。网络在线阅读在大多数时间只能提供信息。而知识的传播主要靠纸质书本，就是在网络信息发达的社会，纸质书本上所记载的知识也是很重要的。况且很多网上的知识或信息就是对纸质书本的电子化而已。所以，无论网络如何方便，纸质书本始终是我的偏爱。纸质书本还有一个好处，就是随时可以拿来翻阅，可以永久保存，任何时候都不过时。

律师在办理大量案件的同时，也积累了大量的案卷资料，但很少有律师有能力、有精力把自己办过的案件资料总结上升到理论层面，更难撰写成书。但我认为：一个好的律师一定是一个善于总结经验的律师，能够写出自己的办案体会、能够进行理论分析是一个律师的基本功。这二十本书就是隆安律师执业水平的一个展示，也是隆安人办理了成千上万个案件后的职业经验的总结和归纳，是隆安集体智慧的结晶，是隆安二十年的优秀成果。

这套丛书从无到有,从选稿到出版,可以说是历尽了千辛万苦。律师是十分繁忙的行业,每个律师手中都有大量的案件需要办理,日常工作都排得满满当当,在这种工作状况下让律师写出一本书,谈何容易?功夫不负有心人,在本套丛书作者的共同努力下,每位作者都克服了千难万险,终于完成了本套丛书的撰写,使之能够最后顺利出版。在此期间,我作为本套丛书的主编,像黄世仁逼债一样,“威逼”每一位律师作者,使他们饱受压力和煎熬,在此向参加本套丛书撰写的每一位作者深表谢意和十分诚挚的致歉。没有你们的辛勤劳作就不会有今天的这二十本丛书,你们的执业成就为隆安增添了很多光彩,同时,你们的大作更为隆安增加了光芒。

在本书的收集和编辑过程中,除了我本人作为主编应尽责任以外,隆安的很多同仁都为本套丛书作出了巨大贡献,他们是:宋宇博、智丽虹、石珊珊、杨奇虎、赵金一等。我指导的博士研究生王立梅、徐春成、于雯雯、王娜等,也为本套丛书做出了贡献。

感谢隆安寿步律师,没有他的“牵线搭桥”就没有此套丛书的出版,还要感谢提文静等编辑十分敬业的工作,感谢上海交通大学出版社出版此套丛书。

《隆安律师实务与学术丛书》主编

徐家力

2012年8月

序

我是一个双栖作战的战士。近几年来,这种双栖作战的优势更是发展到了一个极致的程度。所谓的双栖作战,一栖是作为律师,从事执业律师活动;另一栖作为学者,从事学术研究活动。单从时间长短来看,我已从事了二十年的律师活动,可以算是一个老律师了。从1996年的“北京首届十佳律师”到2011年的“全国优秀律师”,基本上对我的律师生涯做了客观的评价,作为第一线的执业战士,我自认为还是合格和称职的。作为学者在进入博士后研究阶段,就应该算做入门了。经过十几年的积累和努力,我从贵州师范大学法学院院长到中国政法大学知识产权中心主任、博士生导师,也基本上对我的学者生涯做了客观的评价,作为象牙塔内的学者,我也自认为是及格和可以毕业的。

这本书就是我在繁忙的执业律师生涯的同时,担任贵州师范大学法学院院长期间的一个项目成果。这个项目是国家社科基金项目,是我主持完成的第一个国家社科项目,也是我对法学院院长一职的一个交代。当初,我到任法学院院长时,贵州师范大学法学院只不过是六百多家法学院中的一员,如何发挥自己的特色?超常规发展?短期内形成自己的特点?这都是我当时任法学院院长时的思考。根据中国法学教育的现状和贵州师大法学院的状况,我提出以知识产权为突破口,以传统知识、遗传资源及民间文学艺术为方向,集中力量建设具有自己特色的法学院。在这个理念指导下,我主持组织召开了十几次高水平的知识产权学术会议,既有国际性的,也有全国性的,目标锁定在传统知识产权等知识产权方向的学术研究。除了召开各种学术会议,我甚至主持召开了全国法学院长(系)主任会议。同时,我们组织教师申报各种学术项目,这本书就是我主持的一个国家社科项目的结题成果。

社会传统资源保护问题近些年来在国内外知识产权法学研究界正受到越来越多的重视,传统资源所蕴含的巨大的社会效益正逐渐突显出来。与西方发达国家相比,我们国家由于保护意识不强、研究资金缺乏等情况致使传统资源保护始终存在诸多问题,在许多传统资源保护领域还存在空白。一方面,发达国家趁中国传统资源保护不力之便,打着各种慈善旗号肆意侵夺我国边远地区宝贵的

遗传资源和传统知识;另一方面,随着社会工业化进程加快,许多传统资源出现后继乏人的境况。在这种背景下,如何有效地保护传统资源,创造性地使用传统资源已经成为一个摆在知识产权学界面前的一个重要课题。正是在这个大背景下,我主持了这个项目的研究工作。

贵州位于中国西南部,境内山峦起伏,地貌类型复杂,气候类型多样,自然景观独特。贵州境内多山、交通不便,境内世居的少数民族,以其独特的生活习俗、建筑艺术、节日歌舞、手工艺品,构成了贵州古朴多彩的民族风情。正是这种独特的人文地理环境造就了贵州省独特的生物资源和人文艺术瑰宝。因此,贵州当然成为传统资源保护研究对象的不二之选。以乡野调查的方式对西南地区以贵州省为主的传统资源进行统计是本研究所采取的基础研究方法,本研究对以贵州为主的包括遗传资源、传统知识、民间文艺等传统资源的范围、基本概况以及保护现状等问题进行了大量的调查研究。同时,本研究在立足国内传统资源保护的基础上,对包括巴西、印度在内的传统资源较为丰富的国家在传统资源法律保护方面的宝贵经验和成功案例进行有益的借鉴。

通过对传统资源保护大量实证性研究和国外相关保护问题进行比较分析的基础上,本课题对中国传统资源保护的现状、范围、重要性以及对中国传统资源保护问题法律建议方面都取得了预期的研究成果。中国传统资源法律保护研究是对中国传统资源保护方面法律研究的有益尝试,也是对中国知识产权保护法律问题研究的有益尝试,它对于中国传统资源保护以及开发和利用相信都会产生重要的影响。希望本书的出版能对中国传统资源保护以及更好地开发利用起到抛砖引玉之用。

徐家力

2012年8月

目 录

第一章 导论	1
第一节 国内外研究现状述评	1
第二节 本研究的意义和价值	5
第三节 本研究的框架及创新	14
第四节 基本研究方法	15
第二章 原住民族与社区传统资源的界定	16
第一节 原住民族与社区的界定	16
第二节 传统资源的界定	26
第三章 西南地区传统资源概况	38
第一节 贵州的历史	38
第二节 贵州的传统资源现状及特征	46
第三节 西南地区其他特色传统资源及其保护	58
第四章 遗传资源法律保护概述	65
第一节 遗传资源的范围	65
第二节 遗传资源保护的研究现状	71
第三节 遗传资源受保护的既有进路	99
第五章 西南地区(贵州)遗传资源法律保护	105
第一节 西南地区的遗传资源概况	105
第二节 西南地区遗传资源保护的重要性	108
第三节 遗传资源在法律保护方面的尝试	113
第四节 西南地区遗传资源在法律保护上的原则	117

第五节 西南地区遗传资源在法律保护上的建议	123
第六章 民间文艺法律保护概述	130
第一节 民间文艺的范围	130
第二节 民间文艺保护的重要性	147
第三节 民间文艺保护的研究现状	149
第四节 民间文艺受保护的既有进路	157
第七章 西南地区(贵州)民间文艺法律保护	167
第一节 西南地区(贵州)民间文艺的现状	167
第二节 保护西南地区(贵州)民间文艺的重要性	170
第三节 西南地区(贵州)民间文艺法律保护的尝试	173
第四节 西南地区(贵州)民间文艺法律保护的进路	176
第八章 传统知识法律保护概述	188
第一节 传统知识的界定和范围	188
第二节 传统知识保护的研究现状与面临的问题	214
第三节 传统知识保护的既有进路	239
第四节 防止滥用传统知识与知识产权保护的界限	246
第九章 西南地区(贵州)传统知识法律保护	256
第一节 西南地区(贵州)传统知识的现状	256
第二节 保护西南地区(贵州)传统知识的重要性	262
第三节 西南地区(贵州)传统知识法律保护的尝试和机遇	265
第四节 西南地区(贵州)传统知识法律保护的进路	268
参考文献	287
后记	301

第一章 导 论

第一节 国内外研究现状述评

发展中国家原住民族与社区拥有重要的生物多样性遗传资源、传统知识和民间文艺(国内学者统称之为“传统资源”),这在世界知识产权组织(简称 WIPO)新的国际关注内容当中已经成为讨论的一个侧重方面。2005 年 5 月 WIPO 对传统资源之中的民间文艺保护问题达成了一个有约束力的国际性文件,之后对传统资源问题做出了新的政策性和法律性制度考量。WIPO 本身对传统资源的态度是影响学术研究的重要方面,而发展中国家在此问题上的学术成果更是 WIPO 框架内形成对传统资源保护国际条约的影响因子。印度和巴西作为发展中国家在传统资源保护研究方面已经有所作为,特别是在成功案例的对策性研究方面甚至领先于我国。

国内学者对于传统资源保护研究存有分歧,主要表现在以下几个方面:第一,从地域上看,北京以中国社会科学院知识产权中心为基地和湖北以中南财经政法大学为中心展开的地缘之争。第二,从流派上看,传统资源保护首先是由知识产权界倡导的,因而绝大多数专家学者强调传统资源知识产权保护之开发价值,但仍然是由知识产权界学者专家提出了对传统资源应采用知识产权以外甚至不应该考虑知识产权保护更为合理的强烈呼吁,出现了同一学界明显的不同流派之争。第三,从内容上看,传统资源本身体系庞杂、涵盖领域宽泛,不同学界所持观点和立场有别,其中科技界和文化界对传统资源法律保护研究的影响尤为重要,但学界之争仍然存在。

与此同时,2003 年 10 月,联合国教育、科学及文化组织大会在第三十二届会议上,正式通过了《保护非物质文化遗产公约》。2005 年 3 月 26 日,国务院办公厅发文《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》,要求建立“中国非物质文化遗产代表名录”,认真开展非物质文化遗产普查,鼓励和支持各种媒体对非物质文化遗产及其保护工作进行宣传和展示。国务院在 2006 年 5 月 20 日下发的《国

务院关于公布第一批国家级非物质文化遗产名录的通知》中,公布了第一批 518 项国家非物质文化遗产名录。非物质文化遗产保护法已经列入国务院法制办和全国人大的立法计划,目前正在实施过程中,从 2008 年草案征求意见稿的内容来看,持有人权利保护是立法专家与社会学者共同关注的一个焦点,该项内容的提出与实施预示着非物质文化遗产保护的转向与调整。这个转向就是从原有的单一行政保护到重视法律保护,这个调整就是从强调传承保存到同时重视资源权益。从背景来看,非物质文化遗产保护的这一变化应该是受到《生物多样性公约》和《文化多样性公约》精神的深刻影响。

传统资源涵盖了三个大的方面,即遗传资源、民间文学艺术以及传统知识,三者之间纯粹从概念上去分析,还没有定论,也没有必要去深究。反倒是普遍一致地认为,为了表达上的方便,也是从三者之间不可分割的内在联系出发,学界基本上认同以“传统资源”涵盖这三个大的方面。仅以立法跟进的要求和呼声为例,可以说明这一点。专利法在第三次修改后,已将《中药品种保护条例》列入国务院法制办的修改计划。根据科技部、国家计委、国家经贸委、卫生部、药品监督管理局、国家知识产权局、中医药局、中国社会科学院联合推出的《中药现代化发展纲要》,其中就提出要结合中药现代发展的新形势,将《中药资源保护管理条例》和《中药品种保护管理条例》合并,制订统一的《中医药传统知识保护条例》,这已经引起了立法界的高度重视和认同。仅此一点说明,只有在职能部门共同关注的前提下,才有可能在立法当中使多学科、多部门达到衔接和协调。首先,对国家和社会公众有重大意义,非少数民族持有并且还未广为人知的传统资源,应认定为国家所有,由中央政府有关部门代表国家行使权力。第二,对明显具有少数民族特色的传统资源,由民族自治机关或者其他组织行使权力。第三,对尚未公开的传统资源,由其持有者行使权力,对这类知识的使用要经过持有者同意。第四,对广为流传实际上已经处于公有领域的传统资源,在其上设定任何权利都存在很大的难度,而且在实践中由任何组织行使这种权利也不切实际。所以,对此类传统资源任何人都可以无偿地使用。对这类知识保护的出发点主要是防止他人尤其是外国人将其申请为专利或者在其上获得知识产权。以上两种观点,我们可以明显地感觉到后一种观点强调的保护带有更多的控制色彩,并极大地对利用传统资源发挥经济效益感兴趣。我们很难去评定这两种观点的发展优势,但我们确实感受到了这种争鸣所带来的学术氛围。

保护传统资源中所体现的知识财产日益受到各国的关注,尤其是发展中国家。从当前学术界的探讨及各国的实践来看,对传统资源的保护主要倾向于采用

防御性保护和积极性保护两种模式。防御性保护旨在防止传统意义上的管理者之外的人在传统资源上获得以知识产权为目的的方法,使传统资源远离现代知识产权制度的威胁。然而,这种保护方式无法推动传统资源在现代社会中的应用,也无法使持有者利用其传统资源获得利益。为了阻止防御性保护方式之副作用的扩大,一些国家逐渐采用积极性保护模式。这一实践也得到学术界的理论认同。该保护模式是建立在“授权”理论基础之上,主要表现为责任机制和财产权机制两种形式。学者们认为广为流传的传统资源实际上已经处于公有领域,在其上设定任何权利都存在很大的难度,而且在实践中由任何组织行使这种权利也不切实际。所以,对此类传统资源任何人都可以无偿地使用。对这类知识的“保护”的出发点主要是防止他人尤其是外国人将其申请为专利或者在其上获得知识产权。实质上,此类知识因其存在“长期性”已经排除在现行知识产权制度保护之外。因此,只要严格地执行现有知识产权制度,在实践中就可以达到保护此类传统资源的目的。

传统资源的传承意味着传统资源的可持续发展。对于传统资源的可持续性发展问题直到《世界文化多样性宣言》才首次被提出,对于自然界而言,文化多样性与生物多样性是一样重要的观念。此份宣言为传承传统资源起到历史性的指导作用。对于传统资源的传承问题多数学者较为一致的态度是推广,这与宣言的主基调有着异曲同工之处。传统资源的保护目的在于传承,而传承最好、最有效的方法是推广使用,即让更多的人掌握此类技术。然而这一推广的度仅仅限于自给自足,而非为了垄断式的商业目的。关于保护模式、方法和制度设计的讨论,有学者提出应该建立私权与国家力量相结合的传统资源保护模式。持该观点的学者认为,在传统资源保护制度的设计中,除顾及到传统资源所有者的权利之外,还应该考虑到其他利益相关者。在传统资源市场的管理中,传统资源的保护不应只限于私权领域,因为传统资源持有者往往经济地位处于弱势群体,而传统资源的利用者往往是经济实力雄厚的跨国公司,在传统资源市场中买卖双方处于不平等地位,因此,需要国家力量即公权的介入。当然,在传统资源持有者与利用者利益的平衡之间,国家公权的介入应当以中间人的身份出现,政府应定位在媒介的地位,除非基于公共利益的考虑,或者基于国际合作的需要,政府权力才能考虑强制介入。此外,还应当建立一种传统资源的管理机制,这一机制应该协调三方面的主体,农民组织、传统资源保护和管理机构、传统资源研究及利用机构。其中,保护和管理机构的性质是行政机构,以保证一定的权威性和强制性,同时建立起相应的制约权利介入的防线,以防政府垄断和文化垄断。

关于传统资源保护的制度设计当中,已经认识到传统资源复杂性,难于对具体的传统资源内容展开模式的定性,只能提出在不论设计何种保护模式时,比如知识产权的保护模式或是针对特殊传统资源构建的专门保护制度,均必须考虑如下因素:

关于如何具体确定传统资源的持有人,是一个人,多个人,还是全体,这是一个难点。以传统社区的习惯法作为对传统资源持有人进行判断的依据,例如:传统资源可以被一个拥有也可能被某些成员所掌握,也可能被全体成员所掌握,如苗族群体当中关于草本植物的家庭疗法。习惯法在社区的认同当中可以起到重要判断作用,当然,这是又存在不同社区相同技能掌握者的判断问题。获得权利的方式有两种:一种是传统资源的新颖性作为权利获取当中,首次公开的新颖性判断,应该以商业新颖性为依据——即未曾投入商业作用,《植物新品种保护公约》已经得到体现;一种是对采用专门制度保护的传统资源,应以可文献化和非文献化作为获权利判断标准,传统资源可文献化并履行登记手续,这是取得权利的条件,对于无法文献化的传统资源,应该以习惯法所承认的条件作为判断是否给予保护的条件。授予的权利内容应该包括:第一,精神权利。传统资源中的绝大部分具有公共属性,因此,说明来源,知情同意是利用传统资源的前提,WIPO所确定的传统资源保护目标中新特殊强调促进尊重。第二,财产权利。一些国家如菲律宾、泰国已经按《生物多样公约》制定获得传统资源的法律,赋予传统知识持有人以排他权,取得报酬权以及防止盗用的权利。

关于资料库,在中国和印度均有关于中草药方面的数据库,如果已经属于公有领域的传统知识置入资料库,作为既有技术不可争议,但有一些传统知识具有秘密性,纳入资料库可能容易被盗用。将传统知识置入资料库本身,不会给原住民带来对传统知识的所有权,反而可能为其他私人取得传统知识提供机会。如果进入资料库的传统知识可以由公众使用,向大众开放,这势必会违背知情同意的原则。如果进入资料库的传统知识属于现有技术,那么,资料库并不能保证传统知识拥有者得以分享使用该知识所产生的利益。

关于注册登记制度,分为两种:一种是宣示性注册登记,一种是创设性注册登记。宣示性登记所认同的传统知识是原已存在积极性权利,如祖传秘方,并非用注册登记而产生。创设性注册登记是通过登记创设出排他的传统知识权利。两种注册登记也面临一些困难,宣示性登记显然是一种不论是否登记都已存在的权利,因此可能会造成怠于注册登记。创设性登记面临的重大难题是谁作为权利主体去进行登记。

台湾学界在分析传统资源之上建立财产权的问题时提出了不同的思路。主要表现为:首先,对既有学术文献关于“传统资源”与“保护传统资源”的概念做出了不同的分析,认为既有文献的论点的应用范围基本上只限于保护传统资源而非保护传统传承者,保护“知识”与保护“人”是有区别的,如果保护知识与保护原住民利益发生冲突时,如何进行法律取舍,如何进行价值判断,需要进一步深入研究。其次,从经济效率的角度分析了建立传统资源财产权的可能性,与既有学术观点不同的是:人们普遍的误解是,一提到保护传统资源,都会认为所有传统资源都具有财产权的意义,否则不能谈及法律上或知识产权意义上的保护。然而笔者却认为:第一,在鼓励基于传统资源进行创新方面,现行知识产权制度已经能提供一定程度的保护,因此不需要为了鼓励创新而赋予传统资源财产权。第二,在维护传统资源的延续或传承方面,传统资源财产权应限于尚未公开的部门,已公开的部门失传或灭绝的危险较低,因此也不需提供财产权作为诱因。第三,在鼓励维护传统资源的价值方面,从交易成本和经济效率的角度考虑,应该支持建立传统资源财产权。第四,为了鼓励交易,对原住民社区虽非秘密,但对外尚未普遍公开的传统资源,可通过赋予财产权鼓励知识交易,至于已经对外公开的传统资源,为了保护传统资源的象征意义与精神价值,可针对语文、符合或仪式等具有象征意义的传统资源赋予财产权。

第二节 本研究的意义和价值

西南地区尤其是贵州有着非常丰富的传统资源。比如,众多的少数民族人种、民俗、建筑、民间文学艺术、地方中草药配方、苗医、苗药等等都是传统资源的典型代表。在对传统资源保护进行研究的同时,如何将其上升为知识产权成果也是一个全新的内容,将西南地区尤其是贵州省的地方资源优势转化为具有巨大经济价值的知识产权产品是本课题研究目标之一。这一目标的实现将对西南地区尤其是贵州省传统资源的价值应用起到极大的促进作用。本研究将建立起西南地区尤其是贵州省传统资源的体系,并提出将其升华为品牌向市场推出的可能性,这将会引来大量的资金和技术进行合作共同开发,使丰富的历史资源和文化知识成为商品进入市场而带来巨大的经济效益。这是西南地区尤其是贵州省重要的优势,也是最快地将资源转化为生产力的重要途径。

为什么要保护传统资源?笔者认为在当前形势下,理由主要表现在以下三个方面。

一、承认并合理补偿,以示公平

在这一大的框架下,国内许多专家、学者是从当前存在的体现对传统资源不当利用的被炒得很热的案例开始的。大概的状况就是:发达国家免费或者只付极低的代价使用了发展中国家的传统资源,由此制成的产品或获得的技术能够通过现有知识产权体系得到保护,并因此获得了高昂的利润,而传统资源来源的国家却不能因此而获得相应的回报,自己对原有传统资源的使用受到不同程度的限制,甚至完全不知道自己的传统资源已被外人开发使用。

(一) 遗传资源、传统医药和民间文学艺术表达的不当使用情况分析

1. 遗传资源的不当使用

“Basmati 香米”案^①、“孟山都事件”^②、墨西哥农民历代相传的黄豆品种被美国 POD-NERS 公司于 1999 年取得美国专利并使墨西哥的黄豆出口美国受阻的案件^③,都是目前已被广泛认识的关于植物遗传资源的业界知名案例。在动物遗传资源上,特殊品种被拿去研究进而获得相关专利,但不向来源地人民承认并做经济赔偿的事例也不在少数。

在人类遗传资源方面,在发展中国家的一些特定偏远山区,由于交通、生活习惯等原因,某一地域范围内的人们的遗传资源相对比较纯正,呈现出家族式或部落式的特点,从而使一些遗传基因得以受较少干扰而一代代地传了下来,或者由于近亲结婚、地缘因素而出现的群体基因变异等,都是遗传资源研究的宝贵财富。许多医疗国外机构以免费或低价治疗为诱饵,直接便捷的获取了丰富的特殊人体基因,为他们的研究提供了丰富的材料,以及后续的研发留下了富足的潜能。在印度医药的研发成本比在美国国内减半,主要的原因之一就是临床试验成本显著

① 1997 年 9 月,美国专利商标局授予美国 Rice Tec 公司有关“Basmati”香米的有 20 项权利要求的第 4663484 号专利,引起印度政府的关注并提出了异议。“Basmati”这一名称特指印度北方各州和巴基斯坦部分地区的农民许多世纪以来所种植的一种传统香米,1998/99 年印度的出口额达 4.25 亿美元。印度认为美国 Rice Tec 公司对“Basmati”香米申请专利是对其遗传资源和传统知识的侵犯。在受到印度政府的压力下,2000 年 6 月美国 Rice Tec 公司撤回了 4 项权利要求;美国专利局经过重新审查,2001 年 5 月驳回了剩下的 16 条权利要求中的 13 条。参见:USPTO knocks out basmati patent (p8) [J]. Managing Intellectual Property, June 2001.

② 参见:常州知识产权网 <http://hskj.3322.net/0332.htm>.

③ Gonzalo Oviedo, Aim Gonzales and Luisa Maffi. The Importance of and Ways to Conserve and Protect Traditional Ecological Knowledge [R]. Paper presented at the UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices. 30Oct - 1 Nov 2000.

降低,而且有更多可提供的进入临床试验阶段的病人。外国一些著名医药企业,常以“赞助”、“送健康”、“偏远山乡健康爱心工程”等等类似的大而化之的慈善项目,通过小恩小惠收买朴实贫困乡村的民心,进而在未被察觉中或病人以为“雪中送炭”的满怀感激中,掠走了他们的基因资源,由此研发获得的成果,一般情况下当然不会有这些曾经“受助”的病人的份。也许这里不能简单认为是“不当使用”,而是伪善的境外机构及其代理人的直接“盗用”。

2. 传统医药的不当使用

“姜黄”案^①这类例子在中国是屡见不鲜。我国的传统医药,被邻近的韩国、日本及西方国家大肆开采,并获得许多专利,这些专利药品直接转化为了他们丰厚的利润;我国作为中药药材和药理的主要来源国,中药的出口额远远不及别的国家,甚至有外国研制的中药大量“出口”到中国的情况,也没有因为属于“中药资源”的来源国而得到相应的报偿。我国许多丰富的民族药、民间药(即草药)依然深藏山野,是当地人世代借以维护健康和族群延续的重要保障;现在许多医药研究机构(国内外),都有一些专门人员通过各种渠道收集民间秘方、带回研究机构后开发,民间医生及掌握该医药的群体并未得到任何形式的成果回报——也正因为类似的情况发生得多了,使掌握绝技的民间医生或族群更倾向于用“不信任的眼光看外界外来人”,使传统医药更主要地局限于“传统”的区域,得不到有效的开发利用,其价值没能被充分的发挥,不能给掌握该技艺的族群带来额外的经济利益。

3. 民间文学艺术表达的不当使用

在国际上,西方发达国家利用其先进的科学技术和雄厚的经济实力,大肆掠夺发展中国家丰富的民间文学艺术表达资源,在商业上大量地滥用、歪曲或者篡改,而没有给创作群体或者相关国家任何的文化或者经济回报。有的外国机构在我国一些少数民族地区拍摄少数民族的服饰、歌舞等制作录音录像制品,并在国际市场上销售并声称享有版权,而并未获得这些少数民族及其表演者的知情同意和给付相应的经济利益。甘肃陇东的皮影剪纸,临夏的木雕砖雕,回族的刺绣,藏

^① 姜黄(Turmeric)是一种生姜类植物,在印度的烹调中作为调味品的香料;同时,它还作为药品、化妆品的有效成分并作为彩色染料;作为药品,传统上用于治疗伤口和皮疹。1995年,两位在美国密西西比大学医疗中心的印度人取得“利用姜黄治疗伤口”的美国第5401504号专利。印度政府为美国重审该专利花费了1万美元,美国专利商标局还是同意印度科学与工业研究部的异议理由并宣告该专利无效。参见: The Commission on Intellectual Property Rights. Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy (p84) [R]. London: September 2002.

族的服饰,苗族的银饰,布依蜡染等具有代表性的民间文化作品大量流向海外。许多商业企业的“间谍”,以民俗旅游为借口,深入山野,通过交谈、录音录像等方式,获取了最宝贵的民俗资源,如前几年日本的祖孙二人以高价购买大量蜡染布面为借口,住进贵州安顺某蜡染农户家近一个星期,录制了布依蜡染的完整的制作过程;2005年两“游客”在贵州凯里乡下购买了用于染制衣饰的原料靛蓝,恰被调查得知此事的贵州省国安厅人员在车站拦截;贵州紫云县呵护了“中国最后的穴居部落”的中洞,2005年8月份专程到此旅行并停留长达两周的外籍摄影家,回国后半个月就在商业网站上展出了其拍摄的全部照片(清晰的洞中人物肖像画面及整个中洞的图景照)及相关文字资料解说,在笔者与其旅行社的导游的交流中了解到,摄影家拍摄之时并未表明自己的身份及征求照片中人物的同意,但在照片的相关位置却显著地标明了其享有“完全”的版权。

在国内,民间文学艺术表达被商业机构、团体无偿直接使用或改编后利用的事例也随处可见。某些服装制作企业将少数民族服饰中的图案运用到本企业的产品中;电台、电视台为制作广播电视节目,到民族地区拍摄民族歌舞、民族风俗等;有些地方建立民族村或者民族园,将某些地区或者某个民族的民居集中建造、表演民族歌舞、从事经营活动,却从未有过获取相关民族的同意、获得可观的经济收益后向相关群体支付报酬的想法。

这些在国内外侵犯享有民间文学艺术表达权利的群体、个人的事件,在侵害了少数民族精神利益和财产利益的同时,更是伤害了民族感情,甚至可能导致对少数民族优秀传统文化的毁灭性破坏。

(二) 保护传统资源以解决不当使用造成的严重不公平现象

我国(或发展中国家)传统资源被无偿盗用的大量事实充分地揭露了目前知识产权界存在的严重问题:不承认并保护传统资源,就必然造成传统资源持有的个人、社区、民族和国家得不到公平合理的赔付,权利得不到保障,没有精神上的认可与尊重,更没有经济上的相应回报;在传统资源社区的精神与物质日益被边缘化的同时,世界的贫富差距将被进一步拉大——本来就处于经济弱势的传统资源持有人,所能掌握和控制的传统资源的范围日渐缩小(相应的收益也在减少),而却要为了日益扩张的商标、专利、版权支付更多的费用;而发达国家呢,在出售的产品上可以更加便捷地贴上“商标、专利、版权”的标签(以及收取随之而增加的利润),在发展中国家尚处于“共地”的传统资源领域免费捞取更多的资源,以其资金技术优势迅速实现原始资源的开发利用并在现有知识产权保护的框架下以产品形式高价出售,从而带来了一个恶性循环或良性循环(取决于站在哪一边)。