

郑成思 主 编

唐广良 执行主编

知识产权文丛

第 8 卷

中国方正出版社

093.04
Z1723 第八卷

INTELLECTUAL PROPERTY COLLECTIONS

2002 年

11 月

知识产权文丛 (八)

郑成思 / 主 编
唐广良 / 执行主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权文丛. 第 8 卷/郑成思, 唐广良主编. —北京: 中国方正出版社, 2002

ISBN 7-80107-605-2

I. 知… II. ①郑… ②唐… III. 知识产权—文集 IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 087295 号

知识产权文丛 (八)

郑成思 唐广良主编

责任编辑: 郭 治

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 83085204 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: GZ@FZPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 850×1168 毫米 1/32 开

印 张: 13.875

字 数: 325 千字

版 次: 2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-605-2

定价: 22.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

关于传统知识与两类 知识产权的保护（代前言）

郑成思*

21 世纪将是中国逐步完成工业化、进而从工业经济向知识经济转变的时期。党的十五届五中全会提出的“以信息化促工业”，是促进这一转变尽早完成的正确途径。

美国从 1996 年开始，版权产业中的核心产业软件业、影视业等的产品出口额已经超过了农业、机器制造业飞机制造业、汽车制造业等的产品出口额。美国知识产权协会将此作为美国已进入“知识经济”发展时期的重要标志。我国自 2000 年起，信息产业已经成为第一支柱产业。这一方面说明我国确实在向知识经济迈进，另一方面也说明我们的差距还相当大。

在中国“入世”前后，关于如何转变政府职能、如何修改与世贸组织的要求有差距的国内法、如何使行政裁决均能受到司法审查等，立法机构与行政机关围绕这些问题采取的相应措施较多。但现实需要我們思考更深一步的问题。例如，以有形商品贸易为支柱的原《关税及贸易总协定》（简称《关贸总协定》）已经

* 中国社会科学院知识产权中心主任研究员。

演化成“世界贸易组织”，最明显的变化就是增加了“服务贸易”与“知识产权保护”两个支柱。这种变化的实质是什么？如何在立法方面跟上这种变化？“知识经济”、“信息网络化”与国际贸易活动及规范的发展趋势有何内在联系？等，都是我们应当思考的问题。

通过分析，我们看到：第一，“世界贸易组织”时代与《关贸总协定》时代相比，无形财产的重要性大大提高，规范无形服务、无形知识产权的国际规则显得十分重要。第二，知识经济与工业经济乃至农业经济时代相比，知识成果的投入开始取代土地、厂房、机器等有形财产的投入起到关键作用，规范知识成果的知识产权法开始取代有形财产法，在市场规范中起关键作用。第三，信息网络化的时代与公路、铁路乃至航空网络时代相比，无形市场网络市场开始在促进有形市场的发展上起关键作用，电子商务法将取代货物买卖保管、租赁等合同法起关键作用。这并不是说有形财产法、传统合同法等不再需要，也不是说人类可以不再依赖有形财产去生存，只是说重点转移了，有形财产的积累和有形市场的发展，在当代要靠无形财产的积累和无形市场的发展去推动。

目前，中国在知识产权、特别是“自主知识产权”的拥有及利用方面，总体上看并不占优势。这主要是因为发明专利、驰名商标、软件与视听作品的版权等知识产权，主要掌握在少数发达国家手中。要增强我们的地位有两条路可走：一是力争在国际上降低现有专利、商标、版权的知识产权保护水平；二是力争把中国占优势而国际上还不保护或者多数国家尚不保护的有关客体纳入国际知识产权保护的范围，提高那些现有知识产权制度仅仅给予弱保护、而中国占优势的某些客体的保护水平。从1967年到1970年“伯尔尼公约”的修订和世界贸易组织《与贸易有关的

知识产权协议》形成的历史看，走第一条路几乎是不可能的。就第二条路来说，至少在三个方面我们可以做必要的争取工作：强化地理标志的保护；把“生物多样性”纳入知识产权保护；把“传统知识”纳入知识产权保护。

现有知识产权制度对生物技术等高新技术成果的专利、商业秘密等保护，促进了发明创造；对计算机软件、文学作品的版权保护，促进了工业与文化领域的智力创作。但它在保护各种智力创作与创造之“流”时，在相当长的时间里忽视了对“源”的知识产权保护。这不能不说是一个缺陷。而传统知识、尤其是民间文学的表达成果，正是这个“源”的重要组成部分。

关于“传统知识”的保护。世贸组织成立时，印度等国就提出应在世贸框架中保护“传统知识”，近年世界知识产权组织已召开多次国际会议讨论这一问题，并于2000年成立了专门委员会进行研究。世贸组织在2001年11月多哈会议的“部长声明”第18—19条已列为下一次多边谈判应考虑的议题。发展中国家的安第斯组织在其2000年的《知识产权共同规范》中已要求该组织成员在国内法中予以保护。“传统知识”按世贸组织、世界知识产权组织及国外已有的立法中的解释，主要包含“民间文学艺术”与“地方传统医药”两大部分。其中“民间文学”部分已经暗示保护或明文保护的条约与外国法很多。如《伯尔尼公约》第15条，英国1988年《版权法》第169条，是“暗示”性规定的典型。实际上，世界知识产权组织在给《伯尔尼公约》第15条加标题时，已明文加上“民间文学艺术”。目前，世界上明文以知识产权法保护民间文学艺术的国家已有50个左右，还有一些国家如澳大利亚等已经在判例法中确认了民间文学艺术的知识产权保护。

关于“地方传统医药”的保护。关于“地方传统医药”的保

护虽然亚、非一些发展中国家早就提出，但 1998 年印度学者还是发现某些发达国家的医药、化工公司把印度的传统药品拿去，几乎未加更多改进就申请了专利。这在发展中国家引起普遍关注。发展中国家的安第斯组织已在其《知识产权共同规范》总则第 3 条中，把“传统知识”明文列为知识产权保护客体。地方传统医药在我国是长项。目前在国际乃至国内市场，外国公司已对中医药提出挑战。因此，在这个问题上我国与印度等发展中国家的利益是一致的，应在立法中表现出支持对传统知识的保护。

关于“生物多样化”的保护。“生物多样化”保护主要是保护基因资源。基因资源与传统知识相似，可能是我国的又一个长项。许多发展中国家以及基因资源较丰富的发达国家，已经开始重视这方面的保护。我国仅仅在《种子法》等法律中开始有限的行政管理。把基因作为一种民事权利，特别是作为知识产权来保护，我国与一些国家相比，做得还非常不够。

传统知识与生物多样化两种受保护客体与世界贸易组织中已经保护的地理标志，有许多相似之处。例如，它们的权利主体均不是特定的自然人。同时，传统知识与生物多样化两种受保护客体又与人们熟悉的专利、商标、版权受保护客体有很大不同。为此，有人主张把它们另外作为知识产权的新客体，而不是与其他客体一样并列在一起。总之，给予其一定的保护是必须的，要力争本国的立法与执法先将它们保护起来。

目前，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，推动国民在高新技术与文化产品领域搞创造与创作这个“流”；另一方面，积极促成以新的知识产权制度保护我国处于优势的传统知识及生物多样化这个“源”。这样，才更有利于加快向“知识经济”发展的进程。

目 录

【遗传资源与传统知识保护】	(1)
遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达	
国际保护概述	唐广良 (3)
论民间文学艺术的法律保护	张 辰 (73)
对传统知识、民间文学艺术、生物多样性等	
知识产权保护问题的探讨	李顺德 (133)
民俗表达及其客体问题	龙 文 (153)
传统知识保护的若干基本思路	韦 之 凌 桦 (161)
论人类基因提供者分享基因专利利益的法律	
基础及模式	董炳和 (167)
保护民族民间文化 (folklore) 的立法模式	
思索	王鹤云 (178)
试论民间文学艺术的知识产权保护	马秀山 (186)
(日本) 关于振兴传统工艺品产业的法律	
.....	杨和义 译 (191)

【专题研究】	(207)
TRIPS 协议争端解决机制研究	刘丽娟 (209)
技术措施版权保护：立法现状、制度冲突与 解决	梁志文 (278)
知识产权犯罪研究	周 详 (358)
基因专利分析	王沂刚 (411)

知识产权文丛 第八卷

遗传资源与
传统知识保护

遗传资源、传统知识及 民间文学艺术表达国际保护概述

唐广良

一、问题的由来与背景知识

（一）问题的由来

从可能获得的各种有关知识产权的著述中可知，知识产权保护是与科学技术的发展与进步密切相关的，是由科学技术相对发达的国家作领头羊，其他国家以不同的速度跟进的一种政策与法律机制的形成和发展过程。尽管到目前为止，各国、各地区的知识产权保护政策与法律还存在着相互的差异，但“保护创新”应当是现代意义的知识产权保护制度共有的特征。这一特征意味着，知识产权保护是一种至少在一定程度上否定传统、推崇新奇的机制。这种机制运作的直接结果就是使处于现代文明前沿的发达国家及其国民永远享有更多的优势。相比之下，那些生活在由传统文化支配的氛围中的不发达国家及其国民则只能处于被要求尊重他人知识产权的地位。然而事实上，任何一种“现代”的科技与文化成果都有其发展的根基，都离不开传统文明的铺垫。即

使从表面上看，大部分现代科技与文化成果已经完全摆脱了传统的束缚，甚至不再有丝毫传统的痕迹，其依然不是人类生存与发展的全部。尤其对那些千百年来未离开故土的民族而言，传统的自然与人文财产仍然在其生产与生活中发挥着巨大而不可替代的作用。

在许许多多重要的传统财产中，首先受到重视的是“民间文学艺术表达 (expressions of folklore)”。这是因为，许多发达国家的人们在充分享受现代科学技术成果之余，再次感受到了传统文化的可贵，或者至少可以成为他们茶余饭后消遣的“零食”，于是利用他们手中掌握的现代技术，通过录音、照相、拍摄电影与电视片等方式记录甚至根据他们自己的理解与好恶“改造”其他民族的传统形式，并最终借助各种商业化的大众传播媒体向公众传播，为他们自己赚取了大量的金钱和财富。但与此同时，传统文化发源地的人们不但没有获得任何回报，反而经常会因使用者的随意“改造”、“渲染”与曲解而被误解，甚至受到讽刺、嘲弄与诬蔑。

按照发达国家确立的知识产权保护规则，没有特定权利主体的文化现象，以及存在超过一定时间的文化成果都被视为“公有领域”的东西，任何人均可随意使用而无需征得他人的许可，更不必向他人支付使用费。据此，那些自古以来就有的文化成果，以及在传统文化现象基础上自然发展的民间文学艺术表达都将属于公有资源，人人得根据自己之需取而用之。

自 20 世纪 50 年代起，非洲、南美等地的一些不发达国家首先提出了保护民间文学艺术表达的主张，要求在国家及国际层面上建立一种特殊制度，以对抗对民间文学艺术表达的任何不适当的利用，尤其对抗那些由域外人士实施的、利用民间文学艺术赚钱但却不给予其发源地人民任何回报的利用。从 20 世纪 60 年代

末至 80 年代初,一些不发达国家先后通过国内立法和区域性国际条约的形式确立了对民间文学艺术表达的保护。^① 根据这些国家立法及国际条约的规定,民间文学艺术表达将被作为一个国家或民族的“文化遗产 (cultural heritage/cultural patrimony)”、“传统遗产 (traditional heritage)”或“公共文化资源 (cultural public domain)”而加以保护。任何人欲使用此种财产时,必须支付费用。

根据联合国教科文组织 (UNESCO) 与世界知识产权组织 (WIPO) 提出的《保护民间文学艺术表达,防止不正当利用及其他损害性行为国内示范法条 (Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions)》中背景资料的介绍,在不同国家的立法及国际条约中,对“民间文学艺术表达”这一概念的解释并不相同,但大致的共同之处在于,一般都在定义中规定,所谓的民间文学艺术表达必须不知作者是谁,但可认定系该国国民的表达。班吉协定则将民间文学艺术表达界定为由“群体 (communities)”而非“作者 (authors)”完成的东西,从而排除了可通过常规版权法保护了民间“作品”。突尼斯提供的示范法条则规定,民间文学艺术表达包括可认定由一国国民或者该国之部族群体完成的创作。摩洛哥版权法规定,民间文学艺术表达仅指符合创作条件的未出版的作品;阿尔及利亚与突尼斯两国的版权法则未限定民间文学艺术表达必须是未出版的作品。塞内

^① 这一时期通过版权法保护民间文学艺术表达的国家包括:突尼斯,1967年;玻利维亚 (仅涉及民间音乐),1968年;智利,1970年;摩洛哥,1970年;阿尔及利亚,1973年;塞内加尔,1973年;肯尼亚,1975年;马里,1977年;布隆迪,1978年;象牙海岸 (即今布基纳法索),1978年;几内亚,1980年。1976年,突尼斯提出了一份《发展中国家示范版权法》也包括了相应的规则。1977年签订的《非洲知识产权组织班吉协定》则是与此有关的第一个区域性国际条约。

加尔版权法明确规定,民间文学艺术表达仅涉及文学与艺术领域的创作;班吉协定与突尼斯提出的示范法法则认为,民间文学艺术表达也包括科学领域的作品。大多数此类立法都规定,凡基于民间文学艺术而完成的创作属于特殊的一类作品,其商业性利用必须经过主管机关的批准。

1967年的斯德哥尔摩外交会议在讨论修订《保护文学艺术作品伯尔尼公约》期间,也曾就民间文学艺术表达的保护进行过讨论。修订委员会曾成立一个特别工作组,以便研究相关的建议,并就在伯尔尼公约的哪一部分加入相应规定最为合适作出决定。该工作组的建议获得了外交会议的一致通过,从而修订了伯尔尼公约第15条第(4)款。该款规定,涉及作者不明的未出版作品时,如果有充分的依据认定作者为本联盟某一成员国的国民,那么由何种主管机关代表作者在本联盟所有成员国保护并行使其权利,将由各该国国内立法来确定。然而正如 UNESCO 与 WIPO 在文件中所分析的那样,伯尔尼公约的这一条款并未提及“民间文学艺术表达”,而且其显然也包括不属于民间文学艺术表达的、未出版的、作者不明的其他作品。但到目前为止,这一规定的确又是国际层面上可能被解释应用于民间文学艺术表达保护的惟一法律规范。

除版权法保护之外,邻接权保护模式也曾被视为可用于民间文学艺术表达保护的一种选择。这是因为,相当一部分民间文学艺术表达是通过相关民族或部落的各种“仪式”上的“表演”加以实现和正常利用的。为此,有关保护表演者权利的邻接权规范就有可能在保护民间文学艺术表达方面发挥一定的作用。但这种保护至多也只能是一种“间接保护”,因为它只能为少数特定的人提供保护,而不可能保护一个民族或部落的整体利益。更重要的是,保护民间文学艺术表达的原意是要保护民间文学艺术本身

及其发源地人民的利益；而邻接权保护的主体则恰恰是民间文学艺术表达的使用者，且有可能获得并主张这种保护的大多又都是发达国家的表演者、唱片制作者与广播组织等，因而无法实现保护民间文学艺术表达的真正目的。此外，邻接权保护的时间限制也使其可能发挥的作用非常有限。

1973年4月24日，玻利维亚政府向联合国教科文组织总干事提交了一份备忘录，要求 UNESCO 研究起草一份以保护民间文学艺术表达为目标国际文件的附加议定书加以实施。应此要求，世界版权公约下的政府间委员会于1973年12月作出决议，责成 UNESCO 秘书处对在国际层面上保护民间文学艺术表达的必要性加以研究，并向政府间委员会及伯尔尼联盟的执行委员会提交一份报告。1977年，联合国教科文组织总干事就民间文学艺术表达的法律保护问题成立并召集了一次专家委员会会议，就全面研究有关民间文学艺术表达保护的所有问题达成一致意见。

经过一段时间的共同工作，联合国教科文组织秘书处与世界知识产权组织国际局共同成立的工作组于1980年1月在日内瓦召开会议，研究起草一份有关民间文学艺术表达保护而供国内与国际立法参考的示范法条。通过会议讨论，工作组就以下几点达成一致：（1）为民间文学艺术表达提供适当保护是必要的；（2）此种法律保护应通过示范法条的形式在国内立法层面上加以推动；（3）此种示范法条应既适合于尚无任何相关立法的国家采用，又适合于已经存在相关立法的国家在完善其立法时参考；（4）此种示范法条应允许采用版权或邻接权模式保护民间文学艺术表达；（5）该示范法条应为下一步民间文学艺术表达的次区域、区域及国际保护铺平道路。

1982年6月28日至7月2日，联合国教科文组织与世界知

识产权组织总干事联合召集了题为“民间文学艺术表达保护知识产权问题政府专家委员会”的会议，讨论了由工作组提交的示范法条草案及相关的意见和建议，最终通过了《保护民间文学艺术表达免被滥用国内立法示范法条》（以下简称《示范法条》）。

20年过去了，《示范法条》并没有获得世界上大多数国家的采纳，其中确立的保护民间文学艺术表达的规则尤其未能在发达国家的立法中见到踪影。与此同时，类似的新问题又被提了出来。遗传资源的利用与利益分享、传统知识的保护等，都可被视为民间文学艺术表达保护思想的延伸。

（二）术语与基本概念的界定

由于本章所讨论的问题目前还属于国际社会正在寻求解决方案的“新”问题；其中涉及的众多术语与概念均未成为社会公众熟知的东西，因而有必要专门对其加以介绍和讨论。但从现有的国际文件上看，除与遗传资源相关的一些概念已经因《生物多样性公约》及《农业和粮食植物遗传资源保护条约》缔约而基本上获得共识之外，与传统知识及民间文学艺术表达相关的几乎所有概念与术语均属待定的要素。为此，本部分将基于有关的国际文件，结合具体问题对几个重要的概念进行讨论。

1. 《生物多样性公约》使用并界定的几个术语

1992年缔结的《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity，简称CBD）是目前已经生效的有关生物资源可持续利用与保护的惟一一个国际法律文件。该公约第2条对16个术语作出了明确的界定，从而为国际社会后来在相关领域的讨论奠定了基础。根据该条规定，并结合2001年底签订的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的规定，以下几个重要概念的含义分别是：

（1）生物多样性（Biological Diversity）