



论传统知识的 国际法律保护

On the Protection of Traditional
Knowledge in International Law

陈杨著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

本书在作者博士论文基础上修改而成，该论文获评湖南师范大学优秀博士论文。

本书获长沙理工大学出版资助。

论传统知识的 国际法律保护

陈杨 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

论传统知识的国际法律保护/陈杨著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 12
ISBN 978 - 7 - 5130 - 6034 - 9

I. ①论… II. ①陈… III. ①知识产权保护—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 293597 号

责任编辑: 刘 睿 刘 江

封面设计: 张国仓

责任校对: 谷 洋

责任印制: 刘译文

论传统知识的国际法律保护

陈 杨 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责任编辑电话: 010 - 82000860 转 8344

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2018 年 12 月第 1 版

字 数: 245 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 6034 - 9

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责任编辑邮箱: liujiang@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 17

印 次: 2018 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内容提要

传统知识是指土著人民、传统社区或其他传统知识持有人的诀窍、技能、创新、做法、教导和学问。它是一种对人类社会生存与发展具有重要价值的资源。其价值主要表现为：保护生态环境、促进经济发展和保障土著人权这三个方面。近几十年来，随着现代科技的发展，原本只在传统社区造福一代又一代土著人民的传统知识越来越频繁地突破原有地域，成为现代科技的重要创新源泉，在涉及不同国家和不同地区的范围内被复制、传播和利用。传统知识在传统社区内外的巨大价值也因此日益彰显。然而，问题也随之而来：传统知识面临存续危机；发达国家无偿掠夺和跨国盗用传统知识的现象频频发生；传统知识持有者与使用者的利益诉求冲突；现有国际法律保护制度不能满足传统知识保护的需求等。如何解决这些问题，在利益平衡的基础上实现对传统知识的国际法律保护，成为当前备受关注的焦点议题。

传统知识的国际法律保护已经取得了一定的进展。《生物多样性公约》是最早对传统知识作出规定的国际公约。此后，一些重要国际平台围绕传统知识保护的讨论持续展开，并取得了一些成果：生态环境视角下涉及传统知识的国际法律文书主要有《生物多样性公约》《名古屋议定书》和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》；知识产权视角下，世界知识产权组织围绕传统知识的谈判已持续进行了十多年，WTO《多哈部长宣言》已将传统知识列入优先审议的议题；人权视角下有多个国际法律文书直接或间接涉及传统知识保护。

当前的传统知识国际法律保护体系并不能实现传统知识的充分保护，存在的主要问题有：三个视角下有关传统知识保护的规定零散且简单，缺少纲领性的传统知识国际法律保护公约；在传统知识保护方式的选取上，国际社会存在较大分歧；传统知识的自身特点阻碍其获得充分的知识产权国际法律保护等。针对这些问题，可以考虑以下解决方案：第一，依托 WIPO 缔结和管理纲领性的《传统知识保护公约》，可从 WIPO 的最新谈判成果《保护传统知识：条款与草案》发展而成。第二，构建传统知识国际法律保护的多元保护方式体系。该保护方式体系主要由知识产权保护方式和非知识产权保护方式构成。第三，对于传统知识的自身特点与知识产权制度的冲突，应当通过加强理论研究和寻求制度突破等途径来予以协调。

中国在保护传统知识方面取得了一些成果，但仍然存在诸多不足。基于建立有效的传统知识国际法律保护体系任重而道远的客观事实，中国应当采取相应的对策与措施。具体地说，我国在应对传统知识国际法律保护问题上可采用“高度重视”和“两条腿走路”的策略。“高度重视”是指中国应当在认识层面高度重视传统知识保护问题。“两条腿走路”是指在国内层面，积极制定传统知识保护国家战略，完善国内法；在国际层面，积极参与和推动传统知识国际法律保护谈判。

Abstract

Traditional knowledge refers to the know-how, skills, innovations, practice, teaching and learning of indigenous peoples, local communities and other traditional knowledge holders. It is a kind of important value resources for the survival and development of the human society. Its value mainly shows: protecting the ecological environment, promoting native economic development and safeguarding human rights of indigenous peoples. In recent decades, with the development of modern science and technology, traditional knowledge which originally only benefits generations of indigenous peoples in the traditional community more and more frequently breaks through original geographical boundaries, becomes an important innovation source of modern science and technology, and is to be copied, spread and used in different countries and different districts. The great value of traditional knowledge both inside and outside the traditional community is increasingly remarkable. However, the problems come: traditional knowledge facing survival crisis; the phenomenon of free plunder in the developed countries and multinational piggybacking on traditional knowledge occurred frequently; the interests appealing of traditional knowledge holders conflicting with the traditional knowledge users, and existing international legal protection system dissatisfying the demand of the protection of traditional knowledge, etc. At present, any countries establishing a system for traditional knowledge protection at the national level have no barrier. However, there are major differences on the way how to realize the

international protection of traditional knowledge on the basis of balancing interests in the international community. Thus, the protection of traditional knowledge in international law becomes the focus of attention.

The protection of traditional knowledge in international law has made some progresses. CBD is the first International Convention related to traditional knowledge. Since then, some important international platforms have discussed this issue and achieved some results: from the perspective of the ecological environment, CBD, *Nagoya Protocol* and *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* are the main results; from the IP perspective, the negotiations around TK have lasted more than 10 years and TK has been included in the priority of issues under WTO *Doha declaration*; from the perspective of human rights, there are a number of international legal instruments directly or indirectly related to the protection of traditional knowledge.

Current, the protection of traditional knowledge in international law can't fully realize the protection of traditional knowledge. The problems mainly displays as follows: First, it lacks a guiding international convention to protect traditional knowledge. Second, there are major differences of opinion in the selection of traditional knowledge protection ways in the international community. Third, the characteristics of traditional knowledge hinder itself to obtain sufficient international legal protection of intellectual property rights. To solve these existed problems of the protection of traditional knowledge in international law, it can consider the following solution. First of all, it can rely on WIPO to conclude and manage the *Convention on Protection of Traditional Knowledge*. This Convention is available from the latest negotiation results of WIPO which is *The Protection of Traditional Knowledge: The Draft Articles*. Besides, it should build a multiple protection mode of the protection of traditional knowledge by international law system. The system mainly consists of the intellectual property protec-

tion and other ways besides intellectual property protection. At last, for the conflict between characteristics of traditional knowledge and intellectual property system, it should coordinate through strengthening the system of theoretical research and seeking breakthrough way.

China should adopt the corresponding countermeasures for reason that establishing an effective international law system to protect the traditional knowledge is a long way. Specifically, China can adopt the strategy of “attaching great importance to” and “walking on two legs” when deals with the problem of the protection of traditional knowledge in international law. “Attaching great importance to” refers that China shall attach great importance to traditional knowledge protection in the epistemological level. “Walking on two legs” refers that at the domestic level China shall actively develop national strategy of traditional knowledge protection and perfect domestic law. At the international level, it shall actively participate in and promote the negotiations about the protection of traditional knowledge in international law.

前 言

随着现代科技的发展，传统知识已然成为现代科技的重要创新源泉，在传统社区内外的巨大价值日益彰显。然而问题随之而来：传统知识面临存续危机；发达国家无偿掠夺和跨国盗用传统知识的现象频频发生；传统知识持有者与使用者的利益诉求冲突；现有国际法律保护制度不能满足传统知识保护的需求等。如何解决这些问题，在利益平衡的基础上实现对传统知识的国际法律保护，成为当前备受关注的焦点议题。当前的传统知识国际保护现状对传统知识丰富的发展中国家是不利的。中国拥有极其丰富的传统知识资源，举世闻名的传统中医药、传统手工艺、传统技能等不计其数。作为世界上最大的发展中国家，又是传统知识最丰富的国家之一，我国需要尽快研究传统知识的国际法律保护，积极应对，在将来的国际谈判中争取规则制定的话语权、最大限度地维护我国的国家利益。

本书的研究具有较强的学术价值，有利于丰富传统知识国际法律保护理论。目前的传统知识国际法律保护理论和制度都很不完善，难以满足传统知识国际法律保护的需求。本书在对与传统知识保护相关的国际法律文书进行系统研究的基础上，就传统知识国际保护方式体系、纲领性的传统知识国际保护公约以及其他理论问题进行全面深入的研究，丰富了传统知识国际法律保护理论。本书同时具有较强的应用价值，有利于加强传统知识的国际法律保护建设，能够为包括中国在内拥有丰富传统知识的发展中国家谋利益，并最终惠及整个社会。传统知识是发展中国家（包括部分发达国家）的土著人民日常生活的重要组成部分。保存、传承、保护、开

发和利用传统知识，有利于帮助传统社区最大限度地实现其利益，帮助发展中国家在国际舞台上争取合理权利，推动广大发展中国家经济的发展和软实力的不断提升。

总之，本书作为国内首部系统研究传统知识国际法律保护的著作，具有较大的创新性和较强的理论与实践意义。其可为研究国际法、知识产权法和传统知识相关法律的人士提供参考，也可为广大对传统知识保护、非物质文化遗产保护有兴趣的社会各界人士提供参考。

目 录

绪 论	(1)
一、研究背景与意义	(1)
二、研究现状	(7)
三、研究方法	(21)
四、结构安排	(22)
五、创新之处	(23)
第一章 传统知识国际法律保护概述	(25)
第一节 传统知识的界定	(25)
一、学界对传统知识的界定	(26)
二、相关国际机构对传统知识的界定	(28)
三、本书的界定	(43)
四、传统知识的特征	(44)
第二节 传统知识国际法律保护的涵义	(49)
一、与传统知识相关的“保护”的涵义	(49)
二、国际法律文书对与传统知识相关的“保护”的 规定	(50)
三、WIPO 对与传统知识相关的“保护”的理解	(52)
四、传统知识国际法律保护的涵义	(54)
第三节 传统知识国际法律保护的必要性与可行性	(54)
一、传统知识国际法律保护的必要性	(54)

二、传统知识国际法律保护的可行性·····	(56)
第二章 生态环境视角下的传统知识国际法律保护 ·····	(63)
第一节 传统知识的生态环境价值与国际环境法律 保护历程·····	(63)
第二节 《生物多样性公约》(CBD) 体系对传统 知识的保护·····	(65)
一、CBD 关于传统知识的主要规定及评析·····	(66)
二、《名古屋议定书》对传统知识保护的规定·····	(68)
三、CBD 体系下的传统知识保护模式·····	(71)
四、CBD 体系下传统知识保护模式评析·····	(83)
五、对我国的启示·····	(88)
第三节 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》对传统 知识的保护·····	(91)
一、ITPGRFA 关于传统知识的规定·····	(92)
二、ITPGRFA 框架下传统知识的农民权利保护 模式·····	(93)
三、ITPGRFA 框架下传统知识的农民权利保护模式 评析·····	(104)
四、对我国的启示·····	(108)
第四节 ITPGRFA 与 CBD 体系保护传统知识之比较···	(109)
一、ITPGRFA 与 CBD 体系保护传统知识的联系···	(110)
二、ITPGRFA 与 CBD 体系保护传统知识的区别···	(113)
第三章 知识产权视角下的传统知识国际法律保护 ·····	(117)
第一节 传统知识的经济价值与国际知识产权法律保护 历程·····	(117)
第二节 世界贸易组织(WTO) 对传统知识的保护·····	(120)
一、TRIPS 协议对传统知识保护的缺位·····	(120)

二、WTO《多哈部长宣言》的规定	(121)
三、TRIPS 框架下围绕传统知识保护的谈判焦点 ..	(122)
四、对 WTO 关于传统知识保护的评析	(131)
第三节 世界知识产权组织 (WIPO) 对传统知识的 保护	(134)
一、WIPO 框架下传统知识保护的发展历程	(135)
二、WIPO 框架下传统知识的保护成果及谈判 进展	(143)
三、WIPO《保护传统知识：条款草案》的规定与谈判 焦点	(146)
四、对 WIPO 关于传统知识保护的评析	(156)
第四节 完善知识产权视角下传统知识国际法律保护的 建议	(160)
一、尽快缔结《传统知识保护公约》	(160)
二、完善传统知识的国际知识产权法律保护的 建议 ——以 TRIPS 为例	(164)
三、完善传统知识的国际知识产权法律保护的 建议 ——以地理标志保护为例	(177)
第四章 人权视角下的传统知识国际法律保护	(192)
第一节 传统知识的人权价值与国际人权法律保护的 历程	(192)
第二节 《联合国土著人民权利宣言》对传统知识的 保护	(194)
一、《宣言》对传统知识的规定	(195)
二、对《宣言》关于传统知识规定的评析	(196)
第三节 《保护非物质文化遗产公约》对传统知识的 保护	(200)
一、《非遗公约》对传统知识的规定	(200)

二、对《非遗公约》关于传统知识规定的评析	(201)
第四节 其他国际人权法律文书对传统知识的保护	(203)
一、《保护和促进文化表现形式多样性公约》 对传统知识的保护	(203)
二、《土著和部落人民公约》对传统知识的保护 ..	(205)
第五章 中国应对传统知识国际法律保护的对策	(208)
第一节 中国传统知识保护的现状	(208)
一、理论现状	(209)
二、立法现状	(210)
第二节 中国传统知识保护的问题	(214)
一、传统知识保护方式的选取存在分歧	(215)
二、缺少纲领性的传统知识法律	(217)
三、现行法律对传统知识保护存在不足	(217)
第三节 中国的具体因应之策	(219)
一、中国应当重视传统知识保护	(220)
二、制定传统知识保护国家战略	(221)
三、完善国内法	(224)
四、积极参与和推动传统知识国际法律保护 谈判	(237)
结 语	(239)
参考文献	(241)
后 记	(254)

绪 论

一、研究背景与意义

(一) 研究背景

近几十年来,随着现代科技的发展,原本只在传统社区造福一代又一代土著人民的传统知识越来越频繁地突破原有地域,成为现代科技的重要创新源泉,在涉及不同国家和不同地区的范围内进行复制、利用和传播。传统知识在传统社区内外的巨大价值也因此日益彰显。由此,国际社会对传统知识价值的认识由以前的“保存”进一步发展为“开发与利用”。^①在保存、开发和利用传统知识的过程中,各方主体存在不同的利益诉求,传统知识的存在与发展面临严重危机,因此,如何在利益平衡的基础上实现对传统知识的国际法律保护,成为当前备受关注的焦点问题。具体来说,本书探讨传统知识国际法律保护问题,主要基于以下几个方面的研究背景。

1. 传统知识面临存续危机

近几十年来,世界各地的传统知识面临加速灭绝的存续危机。^②该危机的出现与现代化过程的推进相伴而随。^③也就是说,工业化、

① 胡丽君. 传统知识与知识产权 [J]. 中华商标, 2003 (9).

② 联合国贸易和发展会议新闻发布会. 传统知识在不断丧失, 必须立即采取行动. (2004-11-16). 转引自: [美] Bryan Bachner. 知识产权与中医药: 传统知识的现代化 [M]. 张美成, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 6-7.

③ 严永和. 论传统知识的知识产权保护 [M]. 北京: 法律出版社, 2006: 4.

城市化与市场化等现代化潮流的推进使得传统知识逐渐边缘化,面临生存危机。该危机主要表现为两个方面:一方面,在现代化潮流的影响下,传统知识因缺乏时尚性而受到年轻人的冷落与抵制,他们不愿意承袭传统知识;另一方面,在现行知识产权制度及社会价值观的影响下,整个社会都呈现出轻视和不尊重传统知识的主流态度,传统知识被他人利用后并不能获得应有的承认与回报,因而保存和发展传统知识因缺少投入而难以为继。^①

传统知识的加速灭绝不仅是传统社区的重大损失,也是整个人类社会的巨大损失。传统知识原本是传统社区人民生活的重要组成部分,“被当地社区认为是现在和将来几代人维持健康和完整生活方式的保证”。^②显然,在某些土著人民或传统社区里,传统知识作为维系其可持续发展的重要资源,其价值甚至比现代科技更重要,因此,传统知识的存续危机有可能给该土著人民或传统社区以毁灭性的打击。在传统社区之外,即使是在依赖现代科技的发达都市,由于传统知识成为现代科技创新的重要源泉,^③对现代科技发展的贡献也越来越大,传统知识的衰绝不仅导致现代科技成本增加,而且可能在一定程度上使现代科技的发展成为无源之水,进而对整个人类发展造成巨大损失。

2. 跨国盗用传统知识频频发生

鉴于传统知识对现代科技发展的巨大潜在价值,发展中国家所拥有的丰富传统知识常常被发达国家科技先进的跨国公司盗用,并在进一步技术研发的基础上获得巨额利润,而传统知识持有人对整个过程中可能全然不知,更谈不上能够获得经济回报。对于这一现

① 唐广良,董炳和. 知识产权的国际保护(修订版)[M]. 北京:知识产权出版社,2007:545.

② [美]达里尔·A.波塞,格雷厄姆·杜特费尔德. 超越知识产权——为原住民和当地社区争取传统资源权利[M]. 许建初,等译. 云南:云南科技出版社,2003:7-8.

③ 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集[C]. 北京:知识产权出版社,2007. 该书的书名即表明传统知识是现代创新的源泉这一观点。

象,已有学者做过许多描述。^①例如,有学者是这样描述的:“发达国家的生物技术公司常常以非正当渠道从发展中国家获得遗传资源及相关传统知识,并利用其生物技术优势开发成专利产品,再回到提供遗传资源及相关传统知识的国家牟取暴利。这已引起发展中国家以及土著或地方社区的强烈不满,他们认为发达国家政府有责任采取立法、行政或政策措施,要求这些生物技术公司与遗传资源提供方公平分享惠益。”^②另外,近几十年来出现的相关案例也很好地说明了这一事实。比较著名的案例有:亚马孙盆地原住民组织等机构要求美国专利商标局撤销利用其医用植物阿亚胡斯卡(又称死藤水、亚马孙灵蔓)的专利权案,美国某医疗中心利用印度医用植物“姜黄”获得专利案,美国格雷斯科公司以印度苦楝树油为基础生产出杀真菌剂和杀虫剂,并因此而获得欧洲专利局授予专利的印度苦楝树案^③等。近几十年来,跨国公司无偿使用或盗用土著民族传统知识的案例频频出现,这些传统知识使用者能够借此获得巨额利润,而为此提供传统知识的土著人民或传统社区连基本的尊重都难以获得,得到相应经济利益更是一种奢望。这一现状不公平、不合理,应当予以改变。

3. 传统知识国际法律保护制度不完善

面对传统知识的存续危机和跨国盗用现状,一些国际组织做出

^① Damodaran A. Traditional knowledge, intellectual property rights and biodiversity conservation: critical issues and key challenges [J]. *Journal of Intellectual Property*, 2008 (13): 509-513; Schüklenk U, Kleinsmidt A. North-south benefit sharing arrangements in bioprospecting and genetic research: a critical ethical and legal analysis [J]. *Developing World Bio-ethics*, 2006 (6): 122-134; Siebenhuner B, Dedeurwaerdere T, Brousseau E. Introduction and overview to the special issue on biodiversity conservation, access and benefit-sharing and traditional knowledge [J]. *Ecological Economics*, 2005 (53): 439-444; 薛达元.《名古屋议定书》的主要内容及其潜在影响 [J]. *生物多样性*, 2011 (1).

^② 薛达元.《名古屋议定书》的主要内容及其潜在影响 [J]. *生物多样性*, 2011 (1).

^③ [美] Bryan Bachner. 知识产权与中医药:传统知识的现代化 [M]. 张美成,译.北京:法律出版社,2010:8-10.