

ZHISHI CHANQUAN
ZIBENHUA YANJIU

知识产权资本化研究

王吉法 等著

山东大学出版社

知识产权资本化研究

王吉法 等著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权资本化研究/王吉法等著.

—济南:山东大学出版社,2010.3

ISBN 978-7-5607-4057-7

I. ①知…

II. ①王…

III. ①知识产权—研究

IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 041658 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东华鑫天成印刷有限公司印刷

720×1000 毫米 1/16 17.5 印张 324 千字

2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

定价: 35.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

序

“知识产权资本化研究”是2006年山东省社会科学重点研究项目。知识产权资本化就是将知识产权作为生产要素直接参与到生产、经营活动中并量化为资本,从而作为一种资本进行价值增值的过程。将智力成果法权化是法学家们的重大贡献,而将知识产权资本化则应是经济学家、管理学家的时代使命。这一课题的研究过程困难重重,除了课题组负责人理论功底、知识结构等方面的缺欠外,还有两个不容忽视的原因:一是该课题涉及法学、经济学、管理学等多个学科,同时还需要研究者具有民法基本理论、知识产权法、公司法、经济学、金融、证券等多方面的专业知识融会贯通;二是知识产权资本化,无论是国外还是国内其实践层面进展缓慢,成功案例鲜见。但尽管如此,在课题组成员的勤奋努力下,终于完成了课题的研究任务,理论上取得一些突破,研究内容和方法上也有多方面的创新。

知识产权价值决定问题是知识产权资本化的理论基石,也是资本化评估的基本前提和依据。此前,专家、学者围绕此类问题经历了长时间的艰辛研究,取得了诸多研究成果,但总体来说,仍然是众说纷纭、莫衷一是,既缺乏严谨的逻辑体系,又缺乏思辨的一贯性。本研究课题在借鉴前人研究成果的基础上,也提出了自己的观点和见解。知识产权资本化是知识产权利用战略的一个重要的组成部分,也是实现知识产权价值放大效用的有效途径。2008年6月,《国家知识产权战略纲要》的发布,为知识产权资本化作出了宏观视角、制度层面的谋划,也有力地推动了知识产权资本化的实践步伐,特别是作为企业融资方式的知识产权质押已在全国较广泛地展开。今天,当韩国的国家

知识产权强国实现战略把创意资本作为其六大战略要点之首的时候,我们更深切地感受到了中国国家知识产权战略纲要把知识产权利用作为五大战略重点的前瞻性与战略意义。

本课题研究共有六个部分,具体分工如下:导言、第一章,王吉法(烟台大学、山东省知识产权研究院教授、博士)、徐超丽(山东大学经济学院副教授、博士);第二章,荣梅(山东轻工业学院讲师、山东大学在读博士);第三章、第四章,李阁霞(烟台大学、山东省知识产权研究院讲师、硕士);第五章,赵文经(烟台大学、山东省知识产权研究院副教授、硕士)、王吉法;第六章,张伟(山东科技大学讲师、南京大学在读博士)。全书由王吉法通稿。

鉴于我国知识产权制度设计和实施时间较短,许多方面尚待进一步完善,知识产权资本化的研究既需要理论层面的深化与推演,也需要实践层面的总结与提炼。本课题已提出的有些理论尚待进一步丰富和验证,有些观点尚需进一步探讨和推敲。借本书出版之机,恳请专家、学者、社会各界人士予以批评指正。

王吉法

2010年1月23日

目 录

导 言	(1)
第1章 知识产权资本化理论探析	(6)
1.1 智力成果的知识产权化	(6)
1.2 知识产权商品化	(14)
1.3 知识产权资本化的若干理论与实践	(25)
1.4 知识产权资本化与知识产权市场	(46)
1.5 创意资本与创意产业	(59)
第2章 知识产权出资研究	(70)
2.1 知识产权出资理论考察	(70)
2.2 知识产权出资的法律依据	(78)
2.3 知识产权出资的实务操作	(81)
2.4 知识产权出资存在的问题及对策	(97)
第3章 知识产权信托	(120)
3.1 信托的一般理论	(120)
3.2 知识产权信托的可行性与必要性	(128)
3.3 知识产权信托法律关系	(132)
3.4 知识产权信托存在的问题	(141)
3.5 知识产权信托的完善	(147)

第4章 知识产权证券化	(153)
4.1 知识产权证券化的理论概述	(153)
4.2 知识产权证券化的运作方式	(156)
4.3 我国知识产权证券化的必要性与可行性	(162)
4.4 我国知识产权证券化中资产池的构建	(165)
4.5 我国知识产权证券化的建议与设想	(172)
第5章 知识产权质押研究	(178)
5.1 知识产权质押的可行性分析	(178)
5.2 知识产权质押的必要性分析	(194)
5.3 知识产权质押需要研究的问题	(198)
5.4 知识产权质押的完善	(211)
5.5 知识产权质押实践	(213)
第6章 知识产权价值评估研究	(225)
6.1 知识产权价值评估的理论依据	(228)
6.2 知识产权价值评估的经验总结	(234)
6.3 知识产权价值评估途径和方法探讨	(241)
6.4 知识产权价值评估案例分析	(254)
6.5 知识产权价值评估中的问题及对策	(262)
6.6 本章小结	(268)
主要参考资料	(269)

导 言

伴随着经济全球化步伐的不断加快,知识经济的特征日益凸显。作为重要生产要素的知识产权已成为企业乃至一个经济体的核心竞争力。如何运用知识产权,谋求竞争优势,越来越成为企业家、理论工作者的追求与探索。

知识产权资本化的研究具有重要的理论价值。一方面可以丰富和完善已有的理论研究成果;另一方面又可以给予制度和实践层面的具体指导。知识产权制度的设立,使得人们的智力劳动成果借助法权化进入商品化成为可能,而作为知识产权商品,既可与其他生产要素结合,又可独立成为一般商品,其资本化也就顺理成章。

知识产权资本化就是将知识产权作为生产要素直接参与到生产、经营活动中,并量化为资本,从而作为一种资本进行价值增值的过程。知识产权的资本化是一种权利而非知识的资本化,它基于权利的专有性与排他性,而这种权利来自法律。应该说,知识产权是一种比知识更为稀缺的资源,它将权利形式的资本置于法律的保护伞下,并且赋予这种资本对市场一定的独占特权,使其他形式的资本望而兴叹。知识只有产权清晰,才利于资源配置,才利于市场行为的界定和规范。

中国早在 20 世纪 80 年代就建立了商品制度和专利制度,但由于计划经济的原因,知识产权却一直不能商品化。直到 20 世纪 90 年代以后,我国开始实行计划经济向市场经济体制转轨,智力成果在法律化之后,才真正实现了商品化。知识产权的商品化为知识产权的资本化提供了前提和基本条件。

知识产权的资本化是在市场条件下完成的,也要遵循市场经济的规律,接受市场机制的调节。由科斯定律可知,交易费用会对市场效率和总产出有巨大影响,市场行为要充分考虑交易成本。当交易成本过高时,市场会由于交易的困难而难以充分配置资源。知识产权的确权与保护由国家机关来保证,所以在这里要求国家提供高效与灵活的调节机制,努力降低交易成本,包括知识产权的审批

和争端解决。当知识产权的所有人能合理预期并能承受交易成本时,市场调节才会真正发挥作用。幸运的是,近年来法制建设的突出成就为通过法律渠道保护知识产权提供了高效与低成本的契机。

知识产权资本化研究的现实意义突出。知识产权资本化是大势所趋,而且必将成为企业获取竞争优势的利器。从微观层面讲,知识产权的资本化对于企业的影响最大,同时企业也是这种资本化过程的主要推动者与受益者,因为拥有知识产权特别是自主知识产权是一种强有力的竞争优势。知识产权与知识不同,企业拥有知识产权不仅掌握了具体的专利技术、商标或其他形式的权利,而且法律还赋予了这种权利的专有性和排他性,进而可以形成对市场的合法、有限垄断。在市场经济条件下,拥有对含有某项专利或标志的产品的市场独占是企业非常难得的竞争优势。无论企业大小、实力如何,只要掌握了知识产权,在该领域内,企业就在可预见的几年里成为市场的主角,并受到法律的保护。特别是对于一些中小企业而言,这是谋求对大公司取得优势地位的有力武器。

从宏观层面看,知识产权资本化研究可为《国家知识产权战略纲要》,特别是知识产权运用战略的实施提供理论、法律制度、相关政策及操作方面的指导和参考。2008年6月5日,国务院发布了《国家知识产权战略纲要》(以下简称《纲要》),《纲要》既将知识产权运用作为其五大战略措施之一,又将知识产权运用作为知识产权工作的四大环节之一,其地位和作用十分重要。所谓知识产权运用是指通过对知识产权的有效利用,包括实施、许可贸易、资本化等手段,使之转化为现实的社会生产力,从而实现经济效益并提升竞争力。当前,中国的知识产权资源不够丰富,特别是企业的自主知识产权数量少,质量不高。因此,当前和今后一个时期,强化知识产权创造乃是当务之急;同时,中国当前虽然知识产权资源有一定数量的积累,但知识产权运用方面的法律、政策以及方式滞后,难以及时有效地转化为生产力,知识产权制度优势、资源优势不能充分释放。《纲要》在知识产权运用方面,明确提出企业既是知识产权创造的主体,也是知识产权运用的主体,并提出要促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化,引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方式实现知识产权的市场价值。

知识产权资本化的实践在国外已有若干年的历史,但其理论研究和制度设计则较为滞后。中国知识产权资本化的理论研究与实践探索同步。罗伯特·考特、托马斯·尤伦合著的《法和经济学》^①是开启知识产权资本化理论的金钥匙。受其影响,国内专家、学者们在20世纪末开始从经济学视角研究知识产权制度。

^① [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,施少华、姜建强等译,上海三联书店1994年版。

这一阶段的研究成果主要有:谭忠东等的《知识产权保护的经济学分析》^①,张和先的《知识经济学》^②,袁志刚的《论知识的生产与消费》^③,吴汉东的《关于知识产权基本制度的经济学思考》^④,刘茂林的《知识产权法经济分析》^⑤,张志成的《论知识产权的合理性问题——一种法理学形式上的保护》^⑥,李扬主编的《知识产权的合理性、危机及其未来模式》^⑦等。

随着知识产权经济学理论研究的突破和深入,知识产权资本化的具体方式和各种类型知识产权的资本化问题研究也广泛开展起来。这一时期的相关研究成果主要有:刘春霖的《知识产权出资主体适格研究》^⑧、《工业产权资本化的法律规制》^⑨、《知识产权资本化的法律缺陷及完善》^⑩、《关于专利权投资的法律思考》^⑪、《论知识产权的出资方式》^⑫、《知识产权资产证券化》,蒋珊芬、程良友的《美国专利证券化的实践与前景》,袁晓东的《日本专利资产证券化研究》、《专利权的资本化》、《商标权的资本化》,董涛的《知识产权证券化制度研究》^⑬等。

近年来,随着知识产权资本化的国内外实践的丰富和发展,资本化理论研究开始系统化和体系化。这些成果既注重理论与实践的结合,也注重知识产权化理论的系统性,同时又注重将知识产权法律制度与经济学理论的结合。其成果主要有:郑成思的《知识产权价值评估中的法律问题》^⑭,冯晓青的《企业知识产权投资之理论思考》^⑮,金春卿的《国际技术贸易与资本化法律的理论与制度研究》^⑯,葛秋萍的《创新知识的资本化》^⑰,杨延超的《知识产权资本化》^⑱,马希良的

① 谭忠东等:《知识产权保护的经济学分析》,载《知识产权》1999年第4期。

② 张和先:《知识经济学》,辽宁人民出版社1992年版。

③ 袁志刚:《论知识的生产与消费》,载《经济研究》1999年第6期。

④ 吴汉东:《关于知识产权基本制度的经济学思考》,载《法学》2000年第4期。

⑤ 刘茂林:《知识产权法经济分析》,法律出版社1996年版。

⑥ 张志成:《论知识产权的合理性问题——一种法理学形式上的保护》,载《私法》第3辑第1卷/总第5卷(2003年上半年刊),北京大学出版社2003年版。

⑦ 李扬主编:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,法律出版社2003年版。

⑧ 刘春霖:《知识产权出资主体适格研究》,载《河北法学》2007年第3期。

⑨ 刘春霖:《工业产权资本化的法律规制》,载《法学评论》2000年第3期。

⑩ 刘春霖:《知识产权资本化的法律缺陷及完善》,载《河北法学》2005年第8期。

⑪ 刘春霖:《关于专利权投资的法律思考》,载《知识产权》1999年第6期。

⑫ 刘春霖:《论知识产权的出资方式》,载《河北经贸大学学报》2006年第5期。

⑬ 董涛:《知识产权证券化制度研究》,清华大学出版社2009年版。

⑭ 郑成思:《知识产权价值评估中的法律问题》,法律出版社1999年版。

⑮ 冯晓青:《企业知识产权投资之理论思考》,载《科技与法律》2008年第2期。

⑯ 金春卿:《国际技术贸易与资本化法律的理论与制度研究》,苏州大学出版社2005年版。

⑰ 葛秋萍:《创新知识的资本化》,中国社会科学出版社2007年版。

⑱ 杨延超:《知识产权资本化》,法律出版社2008年版。

《对知识产权资本化的思考》^①等。

知识产权资本化研究理论如火如荼,百家争鸣。期间,知识产权资本化的法律制度及相关政策也在不断完善。目前,我国虽然没有系统的和专门的知识产权资本化的立法,但与知识产权资本化有关的法律制度还是可以从《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《合伙企业法》、《担保企业法》、《公司法》等相关法律中找到依据。而相关法规、规章及政策主要有:国务院国有资产监督管理委员会发布的《关于加强中央企业知识产权工作的指导意见》,财政部、国家知识产权局联合发布的《关于加强知识产权资产评估管理工作的若干问题的通知》,国务院发布的《国有资产评估管理办法》,国务院国有资产监督管理委员会发布的《国有资产评估管理办法实施细则》等。

随着知识产权资本化理论研究的深入,知识产权资本化实践也在不断丰富和发展。

美国和日本是较早从事知识产权资本化实践活动的国家。美国陶氏化学公司于1992年开创了知识产权证券化先河。美国摇滚歌星大卫·波威通过出售其创作的300首歌曲的出版权和录制权,闯出了著作权证券化的路子。目前,在美国,知识产权资本化的范围已经从电子游戏、音乐、电影、主题公园等与之关联的著作权发展到与服装品牌相关联的商标权,再到与药品技术相关联的专利权,形成了一种新的企业竞争战略。日本则是较早开展知识产权信托实践活动的国家。日本经济产业省早在2002年就声明要对信息技术和生物、光学等技术领域的专利权进行证券化运作。

中国的知识产权资本化虽然起步较晚,困难重重,但无论是在知识产权出资入股方面还是知识产权质押融资方面,甚至是在知识产权证券、信托等方面都进行了有益的尝试和积极的推进。

综观已有的研究成果,虽然内容丰富,数量繁多,但其缺憾也不容忽视。一是知识产权资本化理论的系统性、体系的完整方面尚缺分量;二是知识产权作为智力劳动成果,转化为商品的质变过程的理论分析不足;三是知识产权自身作为商品和一般商品的区别及其转化条件阐述不充分;四是知识产权商品的特殊性及其价值决定与有形商品的区别研究没有亮点;五是知识产权资本化的前提条件、涉及知识产权价值评估及其相关的评估依据、标准体系等缺乏科学的、定量的研究;六是知识产权资本化的特征、风险、途径以及具体操作方式和运作机制的实证研究有待丰富。

本课题力图在学习、借鉴已有理论研究成果和知识产权资本化实践经验的

^① 马希良:《对知识产权资本化的思考》,载《发明与创新》2004年第1期。

基础上有所创新。一是在知识产权资本化理论系统性与一贯性方面作出努力；二是力图在知识产权商品的特殊性及其价值决定等方面进行探索性研究；三是在智力成果产权化环节上作出详尽阐述；四是在知识产权资本化的法律制度及其相关政策的完善方面提出建议；五是结合实践对知识产权资本化的特点、具体方式、程序等方面进行规范性研究并就如何规范知识产权资本化提出相应的对策。

鉴于知识产权资本化理论研究突破的任务艰巨，实践活动及其案例相对缺乏，加之开展此类研究需要经济学、法学以及管理学方面的知识交叉与融合，所以本课题的研究能在某些方面有所推进、有所突破已是宽慰。科学性、完整性、系统性、操作性强的知识产权资本化的研究成果，尚需企业界、学界更多的付出。

第 0 章 知识产权资本化理论探析

知识产权资本化是国家知识产权战略纲要中运用战略的热点,也是理论上的难点。知识产权资本化不仅是资本的一场革命,而且也是知识产权理论的推演和创新。

1.1 智力成果的知识产权化

智力成果能否知识产权化,既是对智力成果条件的规范,更是法律制度设置的产物。人类社会发展的历史进程中,每时每刻都在传播和弘扬着已有智力成果,同时,也在创造着智力成果。然而,智力成果的知识产权化则是人类社会经济文化、科学技术、法律制度发展到一定历史阶段的产物。

1.1.1 智力成果知识产权化的基本条件

人们的智力劳动凝结成智力成果,但对知识产权化的客体,学者们的认识并不完全一致。中国社会科学院法学所研究员、中国社会科学院知识产权中心副主任李顺德教授认为:“知识产权是指自然人或法人对自然人通过智力劳动所创造的智力成果,依法确认并享有的权利。”^①中国人民大学刘春田教授则认为:“知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。”^②而西南政法大学的张玉敏教授认为:“知识产权是民事主体所享有的支配创造性智力成果、商业标记以及其他具有商业价值的信息,并排斥他人干涉的权利。”^③

在笔者看来,智力成果是一种高度抽象、可以涵盖“其他具有商业价值信息”

① 李顺德:《知识产权概论》,知识产权出版社 2006 年版,第 3 页。

② 刘春田主编:《知识产权法》,法律出版社 1999 年版,第 3 页。

③ 张玉敏:《知识产权的概念和法律特征》,载《现代法学》2001 年第 5 期。

和“商业标记”的表现形式。无论是“商业标记”还是“其他具有商业价值信息”都是智力成果的具体表现形式。同时,从智力劳动到智力成果,再到知识产权客体的无形性,既方便理解,又可坚持理论上的彻底性。一般说来,任何劳动成果都是脑力劳动与体力劳动的共同凝结。实际上,人们也很难将二者决然分开。因此这里所作的区分,一是强调形成智力成果劳动的主要特征,二是方便我们的理论研究。众所周知,并非所有智力成果都可以知识产权化。可以知识产权化的智力成果必须具备以下三个条件:

(1)智力成果的“新”与“旧”。知识产权制度本质上是保护和鼓励创新的制度设计。知识产权化就是对创新性知识的权利归属的法律界定。一个国家或一个地域甚至是一个社会达成契约,付出代价,赋予某项智力成果以垄断特权,首先考虑的就是这项智力成果是“新”的。这个“新”,是智力成果知识产权化的基本前提,也是其逻辑起点。关于传统知识、民间文化、遗传资源的知识产权化问题将在本节最后涉及。

(2)智力成果创造水平的“高”与“低”。并非所有新的智力成果均可以转化为知识产权。只有那些同时具备了一定创造水平的智力成果才可以为社会的经济、文化发展起到积极影响和推动作用,只有形成具有创造性智力成果的创造性智力劳动最终才能为社会所承认。这种创造性的智力劳动是形成知识产权商品价值的真正来源。

(3)智力成果的合法性。现代完善的知识产权制度是建立在商品经济高度发达、科学技术迅猛发展、法律制度不断完善的基础上的。然而,人类社会初始就有智力成果,而这些智力成果不断为后人所分享和惠益。同时,这些智力成果又成为后人创造新的智力成果的阶梯和奠基石。如果没有知识产权法律制度,无论创造性多高的新的智力成果,都不能发生质变,不能成为法权。这是智力劳动成果不同于其他劳动成果的关键所在,也是理解知识产权商品化、价值决定特殊性及其垄断价格形成的钥匙。

1.1.2 智力成果知识产权化的历史进程与逻辑推演

西方知识产权法律制度从雏形到今天比较完善的制度体系,已经经历了三百多年的历史。人们对知识产权法律制度在智力成果质变为知识产权过程的神奇作用体会深刻。但在中国,对于经历了改革开放三十年发展变化的人们来说,对知识产权制度简直是顶礼膜拜。昨天还是分文不值的技术方案或者一件作品,仅仅因为某项知识产权制度的设立,摇身一变,身价倍增。人们不禁大惑不解,为什么同样的智力成果差距会如此之大?为了方便理解智力成果的知识产权化过程,笔者设计了一个图形,并就相关内容加以文字性说明(见图1-1)。

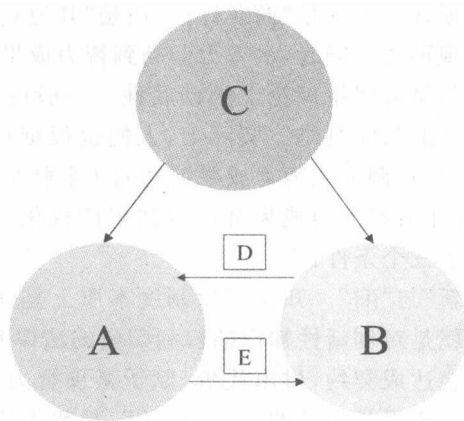


图 1-1 智力成果知识产权化示意图

图中所表示的英文字母分别代表如下含义：A 指代公共领域的智力成果；B 指代专有领域的智力成果（即知识产权）；C 指代知识创新（管理创新、制度创新、理论创新）与技术创新；D 指代智力成果由专有变公有；E 指代智力成果由公有变专有。

1.1.2.1 公共领域的智力资源是公共资源的一部分，其特征是，资源的获取不以他人的许可为先决条件。换言之，没有人对这些智力成果享有财产权，即决定资源是否向他人公开的排他权。经济学和法学的研究已表明，公共资源的衡量标准并不是简单的竞争性，而是资源的特点以及资源与公众的关系。因为在社会实践中，必须面对的问题是：哪些资源应是公有的，它们公有的形式又当如何？^① 主要包括以下智力成果：原专利技术和专利方法等，如放弃、过期、宣告无效等；未注册商标、未申请续展的商标等；已经进入公有领域的作品，如已过保护期的作品；不能取得专利权的技术，如专利法规定的五种情况；布图设计（集成电路）未经登记；其他公知公用的知识技术，如传统知识等。

1.1.2.2 专有领域的知识产权主要包括：专利权；商标权（地理标志、商号等）；著作权（软件等）；商业秘密权；科学发现权；植物新品种权；集成电路布图设计权；其他知识产权等。

1.1.2.3 当知识产权法律制度建立以后，人们将有一定创新性的智力成果在管理创新、制度创新、理论创新和技术创新过程中形成。人们通过以下途径实现知识产权化：一是以事实产生的知识产权，主要包括著作权（软件权）、商业秘密权、发现权、发明权；二是行政登记（审批）转化的知识产权，主要包括专利权、商标权（地理标志、商号）、集成电路布图设计权、植物新品种权等。

^① 参见[美]劳伦斯·莱茨格《思想的未来》，李旭译，中信出版社 2004 年版，第 20～21 页。

1.1.2.4 智力成果由专有变公有主要包括两大部分:一是英文字母“B”中所列的知识产权由专有变为公有;二是其他方面。

1.1.2.5 智力成果由公有变专有主要包括以下几个过程:一是原公有的作品返回著作权保护领域;二是未注册商标获准注册;三是符合地理标志保护条件的获准注册;四是经营信息或技术信息采取保密措施;五是传统知识返回领域;六是其他方面。

1.1.3 传统知识与知识产权

传统知识可否知识产权化,如何转化为知识产权以及如何保护的问题不仅是我国也是国际社会极为关注和长期协调而无果的难题。鉴于遗传资源、民间文艺与传统知识本质特征一致,为研究方便,这里重点分析传统知识的知识产权化问题。

1.1.3.1 传统知识的定义和类别

根据世界知识产权组织的定义,“传统知识”是指基于传统的文学艺术或科学作品、表演、发明、科学发现、设计、标志、名称和符号、未公开信息以及其他一切来源于工业、科学、文学或艺术领域智力活动、基于传统的革新和创造成果。

“基于传统”是指代代相传,被视为隶属于特定人群或地域,并不断随环境变化而发展的知识体系、创造、革新和文化表达。传统知识的类别主要有:农业知识、科学知识、技术知识、生态学知识、医药知识,包括相关的医药治疗方法、生物多样性相关的知识、地理标志和符号以及活动的文化财富等。

1.1.3.2 传统知识的特点

传统知识发源于远古时代,顺应时代而发展,具有一定的变动性;它以各种文献和非文献形式表现出来,但大多表现为口头流传性;它属于集体智慧的结晶,为传统群体所有,具有群体性;它也并非处于绝对的公开状态;根据其潜在或实际的用途而可能具备商业价值。一般说来,传统知识应具有如下特征:

传统知识是人类智力活动创生的并以现代知识形态表达的知识存在;传统知识是一种基于群体传统创生的“活体”而非“死体”知识;传统知识具有凝聚群体智慧的原创性与群体身份的归属感;传统知识的承继与发展依赖于其群体的言传身教;传统知识具有鲜明的地域性与相对保密性;传统知识具有生成过程的历史久远性与价值实现的不确定性。

1.1.3.3 传统知识保护的历史沿革

传统知识的保护从 20 世纪 50 年代起就进入国际社会的视野,相关的国际组织先后作出一定的努力,但始终未能形成共识从而实现发达国家与发展中国家传统知识持有方与使用方的利益平衡。

《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)生效以后,国际社会围绕着传统知识保护,特别是在知识产权制度框架内保护的争论更趋激烈。缘由之一:TRIPS以知识产权保护水平之高,知识产权种类之齐全,保护体系之全面更加突出了发达国家的知识产权优势,同时,也更加强化了发达国家在科学技术方面遥遥领先的的优势。缘由之二:TRIPS许诺的对发展中国家的优惠也随着发达国家与发展中国家若干知识产权争端在世界贸易组织框架内解决结果而化为泡影。由于保护失衡而导致利益失衡,令所有发展中国家沮丧和愤懑不平。缘由之三:经济全球化来势汹汹,知识经济的特征日益凸显,这在战略上对发展中国家构成了新的经济发展和科技发展方面的威胁。为了对抗发达国家在知识产权方面的强势,发展中国家提出了保护传统知识等方面的正当主张,提出了对传统知识利用要符合主权国家及其权利知情同意并实现利益共享方面的条件。

1.1.3.4 传统知识保护的国际协调

目前,针对传统知识产权保护国际层面协调主要是三大国际组织:一是世界知识产权组织(WIPO);二是生物多样性公约(CBD);三是世界贸易组织(WTO)。

(1)2000年10月,WIPO成立了“知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会”(简称“WIPO-IGC”),专门研究以下问题:遗传资源的获取和惠益分享;传统知识的保护(无论是否与遗传资源相关);民间文学艺术的表达的保护等问题。

目前,世界知识产权组织“知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会”经过10多次会议,取得了一系列阶段性成果。在2007年9月24日至10月3日举行的世界知识产权组织大会上,知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会的工作期限得到了为期两年的再次延长,成员国对知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会目前完成的工作表示认可,同时,同意以国际层面为重点,推动知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术方面的工作,从而就各项议题实现更大的协调。

2008年2月25日至29日,WIPO-IGC第12次会议在日内瓦召开,84个国家、18个政府间组织和47个非政府组织派代表参会。本次会议就传统知识、民间文艺等议题的讨论仍无突破。

(2)2001年11月,世界贸易组织(WTO)第4次部长会议《关于TRIPS与公共健康的多哈宣言》(《多哈部长宣言》),明确要求TRIPS理事会审查TRIPS与《生物多样性公约》、传统知识、民间文学保护的关系。欧共体受TRIPS理事会委托就此问题进行研究后,于2002年9月提交了题为《TRIPS与〈生物多样性公约〉和传统知识》的研究报告,表示愿意以一种开放的态度来遵从《多哈部长宣