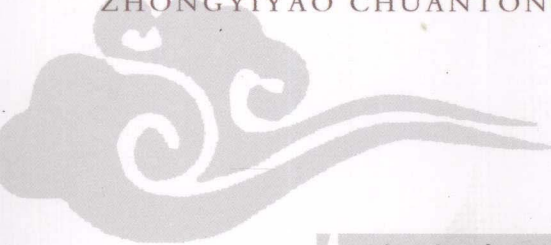




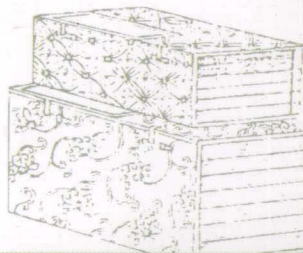
# 中医药

## 传统知识的法律保护

ZHONGYIYAO CHUANTONGZHISHI DE FALÜBAOHU



宋晓亭◎主编



知识产权出版社

An illustration at the bottom of the cover depicts several figures in traditional Chinese attire. They appear to be engaged in a scholarly or medical activity, possibly a lecture or a discussion. The style is a dark, stylized line drawing.

# 中医药传统知识的法律保护

主编：宋晓亭

编委：黄武双 刘春辉 姚 苗

白玉金 冯秀云 胡惠平

汤然之

知识产权出版社

## 内容提要

本书选取中医药传统知识作为突破口,来研究建立我国传统知识法律保护制度的必要性和可行性,并在我国中医药传统知识立法保护上作了有益的探索和建议。本书还收集了第二届中国传统医药法律保护学术论坛上有关专家的精彩发言以及国内传统医药领域发生的典型案例,增加了本书的可读性。

本书可作为中医药高等院校知识产权课程的辅助教材或其他高等院校知识产权法专业的参考书。同时,也是中医药界从业人员和中医药行政管理人员的培训教材和参考读物。

责任编辑:宋云

## 图书在版编目(CIP)数据

中医药传统知识的法律保护/宋晓亭主编. —北京:

知识产权出版社, 2009. 7

ISBN 978-7-80247-768-1

I. 中… II. 宋… III. 中国医药学—知识产权—保护—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第129632号

## 中医药传统知识的法律保护

宋晓亭 主编

---

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2009年8月第1版

字 数: 300千字

ISBN 978-7-80247-768-1/D · 835

邮 编: 100088

邮 箱: [bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

传 真: 010-82000893

责编邮箱: [hnsongyun@163.com](mailto:hnsongyun@163.com)

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 11.25

印 次: 2009年8月第1次印刷

定 价: 28.00元

---

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 序 一

当今世界，资源已成为世界强国在市场竞争中竞相争夺的目标，建立和利用国际规则来达到资源占有的目的，是当今世界的一大特征。

知识产权制度的建立是生物医药行业的一场新的革命，它极大地刺激了科学家和投资者的热情，产生了一大批富有时代意义的科技成果，推动了人类社会的进步和健康产业的发展。但是，我们也应当同时看到，知识产权制度本身所具有的功利性和对技术保护的人为选择，使得弱势群体由于医疗费用恶性膨胀而在医疗服务可及性和传统医药领域技术保护上都产生了不可忽视的障碍，不得不使我们重新审视知识产权制度对医药行业 and 人民健康的影响，努力探索我国在当前国际形势下医药行业法律制度的调适措施。由宋晓亭主编的《中医药传统知识的法律保护》就是以我国传统医药为视点，系统分析研究了我国中医药传统知识所面临的窘境和知识产权上的法律问题，并在国内立法上提出了具有建设性的建议。

中国传统医药是我国人民历经几千年的努力所创造的伟大的科学宝库，它既是我国具有优势地位的重要资源，又是我国医药卫生事业的一大特色，是最能在国际上产生出原创成果的技术领域之一。2005年，我国在制定国家知识产权战略时，高瞻远瞩地把中医药传统知识纳入到制定知识产权发展战略的考虑范畴，提出了我国中医药知识产权领域的战略目标与发展思路，为我国中医药事业的健康发展指明了方向。

知识产权制度不但对中医药行业的生存和发展提出了挑战，也为中医药行业的科技创新提供了一个难得的机遇。我们应当充分利

## 2 | 中医药传统知识的法律保护

用现行知识产权制度对中医药行业有利的一面，同时也要研究如何规避知识产权制度对中医药行业的负面影响，积极探索建立有利于中医药传统知识保护的专门制度。瞄准国家需求，落实重大专项，在重大新药创制以及重大传染病防治等方面率先突破，并创造出具有自主知识产权的科技成果，促使中医药产业成为新世纪的支柱产业和我国新的经济增长点。

中国科学院院士、上海中医药大学校长  
陈凯先教授 2009 年 6 月于上海

## 序 二

为什么要保护传统知识？是一个重要的、尚未得到普遍关注的问题；如何保护传统知识？传统知识保护能给我们带来什么好处？是一个需要深入研究并正确认识的问题。

传统知识保护不应该也不可能与知识产权意义上的“保护”一词划等号。传统知识保护并非仅仅消极地着眼于“受保护对象不致消亡”，或是被动地去防止“他人的不当占有和使用”，而是要立足发展，将保护作为促进实现“可持续利用”这一更长远目标的一种手段来看待。WIPO 指出，传统知识乃是“多样与可持续未来的关键”，“土著和地方社区应真正将传统知识作为他们文化特征的一部分来珍视和爱护。保持那些产生了 TK 的独特知识体系，对于其未来的健康和可持续发展及其智力和文化活力，都是至关重要的”。在提到传统知识的价值时指出“其传统性及与自然环境之间常见的、紧密的联系，意味着 TK 能够形成当地可持续的、适宜的发展工具的基础，它也为发展中国家（特别是为最不发达国家）提供了一条能从知识经济获益的、有潜力的道路”。

国际上的一些组织正在讨论传统知识保护的问题，一些国家也相继出台了保护本国传统知识的政策和法律。但是，这些讨论离国际准则的制定还有相当的距离。只有当国家和地区对保护传统知识有了更深入的理解和更多的实践经验之后，国际制度的制定才是现实的。因此，我国应该采取积极的态度来推进对传统知识的保护，制定本国的专门保护法乃为上策。

然而，这样一个保护体系又应当如何建立呢？首先面临的一个问题就是政策选择。是应从建立国家层面的法律开始，然后逐渐发

展成为国际规则呢？还是由后者为建立国家层面的规则提供框架？Carlos Correa 教授的回答是：“一般而言，在知识产权领域，国际规则建立在国家法律基础之上，旨在协调已有的规则或使某些示范性立法国际化。”

鉴于国际上有关传统知识保护的讨论短期内尚难取得实质性进展，国家采取主动立法来保护中医药传统知识应是较为现实和有效的选择。郑成思先生在谈到我国的传统知识保护时，也特别举出中医药作为例子，他说：“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（专利、驰名商标等等）加强保护，对自己的长项则根本不保护，那么在国策上将是一个重大失误。即使传统知识的这两部分不能完全像专利、商标一样受到保护，也应受一定的保护。我们认为中国在这个问题上，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。更何况国际（乃至国内）市场上，外国公司对中医药提出的挑战，已使我们不可能对这种保护再不闻不问或一拖再拖了。”

应该像宣传非物质文化遗产保护一样，向社会公众宣传保护传统知识的重要意义，使更多的人能够了解这种需求，进而学会主动地利用相关制度来维护自己的正当权益，最终在全社会形成尊重、爱护中医药传统知识的良好风尚和氛围。

2004年，我与宋晓亭教授等有缘携手开展中医药传统知识保护研究，他在其中曾做出重要贡献，此后则锲而不舍，巍然独秀，遂成一家之言。书成之际，嘱余作序，因不揣简陋，略述片语是为序。

中国传统医药申请非物质文化遗产委员会专家组秘书长  
中国中医科学院医史文献研究所所长  
柳长华教授  
公历 2009 年仲夏于北京

## 前 言

本研究是2007年6月全国哲学社会科学规划领导小组立项的国家社会科学基金项目。主要意图是选取中医药作为我国传统知识法律保护工作的突破口,来探索建立我国传统知识法律保护制度的必要性、可行性和具体策略。

在市场经济已逐步成为全球主要经济模式的今天,资源加速消耗和生态环境不断恶化已成为以获取最大商业利益为主要目的的市场经济所难以避免的副作用。这些都催促着知识经济的到来,因而,在当今社会,知识已成为社会进步和经济发展的重要资源。

经济与文化的全球化趋势与现代工业文明的负面作用,又迫使人们把目光投回到传统之中,期望找回逐渐失落的传统文明。一些发达国家利用资金和技术上的优势大肆研究开发传统知识,这使得经济技术落后的发展中国家在肩负保护发达国家知识产权义务的同时,又被发达国家无偿利用并占有他们世代传承的知识资源而得不到实质意义上的利益回报。一些国家由此而提出对本国传统知识要求保护的主张。这种主张从提出到现在短短的十几年时间,已经在国际上得到了普遍的关注与认可。

我国有着系统、博大的中医药传统知识,是我国重要的卫生、科技、产业和文化资源。作为我国典型传统知识之一的中医药传统知识是我国人民在长期的生产和劳动过程中创造的智力成果,是一种既有的、不断扩大的智力成果。随着社会经济和法律制度的发展,传统知识的自身价值和商业利用价值不断凸现,同时出现了传统知识被边缘化和不当占有的事实,给予传统知识在法律上的保护成为一种需求和可能。



## 2 | 中医药传统知识的法律保护

本项目的研究主要基于以下基本认识：

第一，中医药属于传统医药，属于传统知识的范畴。中医药由中华民族创造并长期传承，是整个民族集体智慧的结晶。就整体而言，无论从其自身特征还是其自身发展规律，以及从人类学的角度来看，中医药均属于传统医药的范畴。依据世界知识产权组织（WIPO）的定义，传统医药属于传统知识范畴。

第二，选取中医药传统知识作为突破口，探索建立我国传统知识法律保护制度具有实际意义。由于我国对传统知识保护方面的理论研究目前尚存在很多不同的观点，大多数学者认为应当对传统知识予以保护，但也有学者认为对传统知识的保护缺乏“正当性”和“可操作性”。即使在传统知识法律保护问题上，也存在着不同的观点，有人认为可以在现行知识产权制度下寻求保护措施；有人则认为应当建立专门保护制度。因而，在目前还难以对我国传统知识进行普适性的法律规定之前，选取我国的中医药传统知识进行研究，是非常必要和可行的。

第三，中医药传统知识具有特殊性与复杂性。在《国家知识产权战略纲要》提纲中，作为前瞻性问题的传统知识纳入知识产权范畴进行研究。但中医药无论从传统知识的角度，还是从现有知识产权制度的角度，均有其自身的特殊性。中医药不仅学术体系、存续状态、适用范围、传承要求、文献化程度等十分复杂，而且其技术方案的表现形式、权利要求的实质内容、价值的体现方式等也具有特殊的要求。因而，研究中医药传统知识的法律保护必须摸清并尊重中医药自身发展规律。

我国已经建立起了相当完备的知识产权制度和医药管理制度，但是，我国在传统知识法律保护方面的研究总体上还落后于国内外经济形势的发展需求。在发展中国家积极采取适应本国国情的法律保护措施促进本国经济和社会发展的形势下，在国际层面上还没有形成（在短期内也难以形成）通行规则之前，为了我国的整体利益和民族利益，我国应当积极探索在优势资源的保护上有一些自身

的思想和法律措施。本项目研究表明，中医药传统知识的法律保护具有理论和事实上的正当性与合理性，从中医药传统知识本身看，可以区分不同的内容和范围，从行政保护和知识产权保护两个角度来进行设置。

本研究后期得到国家中医药管理局“中医药知识产权保护法律制度研究”项目资助。

# 目 录

<b>第一章 概念及内涵</b> .....	1
一、传统知识 .....	1
二、中医药传统知识 .....	4
三、中医药传统知识的法律保护 .....	8
<b>第二章 我国中医药传统知识法律保护问题的提出</b> .....	11
一、国际上传统知识保护运动的兴起 .....	11
二、中医药传统知识法律保护问题的提出 .....	18
三、中医药面临的法律保护问题 .....	21
<b>第三章 给予传统知识法律保护的基本理念</b> .....	27
一、基于文化的考虑——文化多样性 .....	28
二、基于经济的考虑——民族产业、分享获益 .....	30
三、基于政治的考虑——国家安全、社会稳定 .....	32
四、对传统知识赋予权利的法理基础 .....	33
五、传统知识产权的法律特征 .....	37
<b>第四章 中医药自身发展规律及在法律规制上的     特殊性</b> .....	41
一、中医药自身发展的规律 .....	41
二、中医药在法律上的特殊性 .....	53
三、中医药在法律规制上的基本需求 .....	59

<b>第五章 中医药传统知识法律保护的基本原则</b> .....	65
一、主体地位合法、平等原则 .....	65
二、持续发展与有序发展原则 .....	66
三、医主药辅、文化依附原则 .....	67
四、合理体现财产属性原则 .....	68
五、以用为纲与实证扬弃原则 .....	69
<b>第六章 中医药传统知识的权利客体</b> .....	70
一、中医药传统知识权利客体的构成要件 .....	70
二、中医药传统知识保护的主要对象 .....	73
<b>第七章 中医药传统知识的权利主体</b> .....	80
一、中医药传统知识的形成是集体活动 .....	80
二、中医药传统知识的创造与发展是连续性活动 .....	81
三、中华民族集体是中医药传统知识的权利主体 .....	81
四、关于权利主体资格的认定 .....	84
<b>第八章 中医药传统知识的权利种类</b> .....	86
一、非财产权 .....	86
二、财产权 .....	89
<b>第九章 中医药传统知识的行政法律保护</b> .....	91
一、中医药传统知识行政法律保护概述 .....	91
二、中医药传统知识行政法律保护的目标及范围 .....	92
三、中医药传统知识被损害的方式及行政保护的思路 .....	93
四、行政法律保护的可行性 .....	99
五、行政法律保护的局限性 .....	113

六、行政法律保护的运作模式·····	116
<b>第十章 中医药传统知识的知识产权法律保护·····</b>	<b>117</b>
一、传统知识应否纳入知识产权法律保护客体中·····	117
二、为什么要给中医药传统知识以知识产权制度 保护·····	122
三、对中医药传统知识予以知识产权保护的可行性 探讨·····	129
四、现行主要知识产权制度保护中医药的状况分析·····	137
<b>第十一章 中医药传统知识法律保护的策略与         制度设想 ·····</b>	<b>143</b>
一、知识产权特殊保护制度的产生与发展·····	143
二、信息产权的产生及对中医药传统知识保护专门 制度的影响·····	145
三、策略选择·····	148
四、制度设想·····	149
<b>第十二章 建立有利于中医药传统知识法律保护的         专门制度 ·····</b>	<b>154</b>
一、中医药传统知识保护专门制度的特殊性·····	154
二、构建中医药传统知识专门保护制度的宗旨·····	156
三、专门保护制度与现行知识产权制度之间的关系·····	157
四、中医药传统知识专门保护制度的组成·····	159
五、中医药传统知识专门保护制度的法律框架·····	164
六、专门法解决的主要问题和内容·····	165
七、建立中医药传统知识发展基金·····	180
八、建立专门保护制度的具体实践·····	197

附录一 “中国传统医药法律保护学术论坛” 专家发言集锦 .....	204
一、杜瑞芳（云南高级人民法院法官进修学院副院长） .....	205
二、余海洋（国家中医药管理局法监司政策法规处处长） .....	209
三、Mr. David（Haseltine Lake 欧洲知识产权事务所） .....	211
四、宋晓亭（上海市中医药知识产权研究中心主任） .....	214
五、刘延淮（北京东方灵盾科技发展有限公司总裁） .....	217
六、柳长华（中国中医科学院医史文献研究所所长） .....	222
七、刘更生（山东中医药大学教授） .....	225
八、王凤兰（中国中医科学院副教授） .....	228
九、马治国（西安交通大学法学院副院长） .....	230
十、徐家力（中国政法大学知识产权中心主任） .....	235
十一、孙国瑞（北京航空航天大学法学院教授） .....	239
十二、刘春辉（上海市中医药知识产权研究中心律师） .....	242
十三、严永和（暨南大学知识产权学院副院长） .....	247
十四、姚苗（上海市中医药知识产权研究中心助理研究员、律师） .....	250
十五、李军德（中国中医科学院副研究员、律师） .....	254
十六、赵献红（北京同仁堂科技部部长） .....	258

<b>附录二 相关案例精选</b> .....	262
一、仙人掌案 .....	262
二、死藤水案 .....	266
三、天花粉案 .....	269
四、牛黄清心丸案 .....	273
五、蟑螂案 .....	277
六、黄芩汤案 .....	281
<b>附录三 相关知识介绍</b> .....	298
一、从保护人权开始的国际传统知识保护运动 .....	299
二、对传统知识的保护在多个层面的讨论 .....	302
三、传统知识保护工作的国际进程 .....	310
四、历次 WIPO - IGC 会议及重大内容 .....	313
五、各国对传统知识保护的措施和经验 .....	315
六、《泰国传统医药保护与促进法》 .....	320
七、我国台湾地区“原住民族基本法” .....	337

## 第一章 概念及内涵

概念是反映事物本质属性的思维产物，是人类对一个复杂的过程或事物的理解。我们在研究探讨一个问题的时候，首先应当对讨论问题所涉及的概念作一个比较客观的定义和解释，以免引起误解和歧义，也有利于我们在同一个平台上对相关问题进行讨论。本课题涉及的基本概念主要有：传统知识、中医药传统知识、中医药传统知识的法律保护。

### 一、传统知识

市场经济顺应人类对舒适的追求，使得经济的发展成为许多自然人和法人的奋斗目标，而经济快速的发展，促使生产国际化、贸易自由化、科技和金融全球化，世界经济活动超越国界，通过对外贸易、资本流动、技术转移、提供服务、相互依存、相互联系而逐步形成了全球范围的有机经济体，这就是所谓的经济全球化。近年来，世界经济全球化的进程大大加快，它有利于资源和生产要素在全球的合理配置，有利于资本和产品的全球性流动，有利于科技全球性的扩张，有利于促进不发达地区经济的发展，这是人类发展进步的表现，是世界经济在市场经济条件下发展的必然结果。但它对每个国家来说，都是一柄“双刃剑”，给各国经贸带来了诸多不确定因素，使其出现许多新的特点和新的矛盾。特别是对经济实力薄弱和科学技术比较落后的发展中国家，面对全球性的激烈竞争，遇到的风险、挑战将更加严峻。

经济全球化需要相对应的贸易规则一体化，在以技术和资本为



## 2 | 中医药传统知识的法律保护

主导的竞争体制下，创新的技术和知识成为核心竞争力，同时，传统技术和知识被大量商业化使用，世界出现贫富极度分化，具有标志意义的各国传统知识面临失落，维系相对“落后”民族的基本医疗、生产和娱乐方式的传统知识遭到破坏。在当前经济全球化的浪潮中，传统知识成为世界经济论坛上的一个新的议题，急需解决的问题是建立公平合理的新的经济秩序，以保证竞争的公平性和有效性。

对于传统知识的概念问题，国内外学者对此已经讨论了很多，我国刘银良先生和严永和先生等都有专著对该问题进行了深入的讨论。目前，比较统一的意见是按照世界知识产权组织（WIPO）秘书处所使用的“传统知识”概念。<sup>①</sup> WIPO 在使用术语“传统知识”时是这样表示的：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，以及其他一切基于传统的，由工业、科学和文学艺术领域中的智力活动所产生的革新和创造。基于传统是指知识体系、创造、革新和文化表达具有如下特征：通常是世代相传的，通常被视为属于一个特定人群及所在地域且随着环境的变化经常在发展。传统知识的类别可以包括：农业知识；科学知识；技术知识；生态知识；医学知识，包括相关的药物和疗法；与生物多样性相关的知识；以音乐、舞蹈、歌曲、手工艺、设计、传说和艺术品的形式存在的民间文艺表达；语言要素，诸如名称、地理标志和符号及活动的文化财富。

此外，知识产权与传统知识、遗传资源及民间文化政府间委员会（WIPO - IGC）在《传统知识保护的政策目标及核心原则》的“主题的一般范围”中，对“传统知识”提出了一个较为严格而简明的定义，其定义为：“术语‘传统知识’仅指传统背景下作为智力活动成果的的知识的内容或实质，包括作为传统知识系统组成部分

---

<sup>①</sup> WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 - 1999), <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html>.