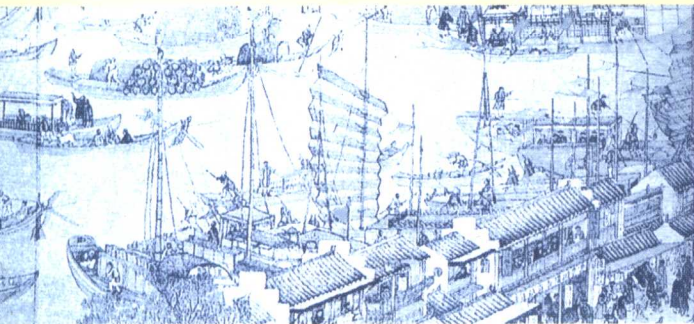




中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

# 论传统知识的 知识产权保护



严永和 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

# 论传统知识的 知识产权保护

严永和 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

论传统知识的知识产权保护 / 严永和著. - 北京: 法律出版社, 2005. 11

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 7-5036-5913-0

I. 论... II. 严... III. 传统文化—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(2005)第 124600 号

© 法律出版社·中国

中国民商法  
专题研究丛书

论传统知识的知识产权保护

梁慧星 主编  
严永和 著

责任编辑 徐雨衡  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.5

字数 278千

印次 2006年1月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-5913-0/D·5630 定价: 28.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介:

严永和,男,1965年12月生,湖南省溆浦县人。1986年毕业于湖南文理学院;2000年、2005年毕业于中南财经政法大学,分别获法学硕士学位和博士学位。2000年以来公开发表论文二十余篇,出版著作一部,主持国际合作项目一项、省级项目两项。2000年7月入贵州,后任贵州大学法学院副教授、经济法硕士研究生导师、知识产权研究中心主任,现系暨南大学知识产权学院副教授、中南财经政法大学知识产权研究中心兼职研究员。

## 《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为惟一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧、更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

## 序

从狭义和严格意义上说,传统知识是传统部族和传统社区在其长期的生产生活中所创造的知识、技术、诀窍、经验的总和。这些智力成果,从技术发展的历程来看,大多处于一种初始阶段,因而显得不成熟,创造性不够。从技术形成的时间来看,通常存在年代久远,且具体形成时间往往已不可考。从技术开创的主体来看,传统知识大多是集体创造的产物,具体的生产者和创作者也不详。这些原因使传统知识的一些技术特征和技术内容不符合现行知识产权法规,导致传统知识上的大部分知识产权利益不可能得到现行知识产权法间接或直接的保护。但是,传统知识作为人类精神生产的产物和结晶,在精神和知识链条中的价值是毋庸置疑的。发达国家的科技专家们,对传统知识稍加改进,就可推出新的发明创造;或者以传统知识为基础,在较短的时间里就可取得重大的技术创新成果;或者利用现行知识产权制度的缺陷,对有的传统知识本身在他国获得知识产权授权。种种情形,

导致传统部族和传统社区在其传统知识上的知识产权利益,不断流失,不断为发达国家所不当占有。这使得传统知识极为丰富的发展中国家极为愤怒。一些发达国家也觉得不公平。为此,世界知识产权组织成立了传统知识以及与此相关的两个主题(遗传资源与民间文学艺术)的政府间委员会,以讨论和研究它们与知识产权的关系问题。但目前世界知识产权组织对此尚未形成共识。

这样,传统知识与知识产权问题,成为目前各国政府和国际知识产权法学界急需研究的紧迫课题。但各国政府立场分歧较大;学术界也尚未形成有代表性的意见。我国有着丰富的传统知识,是一个传统知识大国。创设和建构合理恰当的法律制度,对实现我国在传统知识上的财产利益,无疑甚有帮助。我国学者对这个问题的研究,起步较迟,学理挖掘和制度构建的深层次文章,尚不多见。

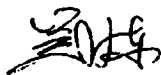
严永和是我指导的博士。他的博士论文以传统知识的知识产权保护为题,扭住现代知识产权制度所遇到的“历史挑战”这一时代课题。在博士论文写作过程中,他搜集了大量的外文资料,又到贵州、云南等地进行实地调研,获得了不少第一手材料。这为其博士论文的成功写作打下了基础。他的博士论文,首先对“传统知识”这一术语本身,从术语的精确化到传统知识的学理特征和法律特征,进行了缜密的分析,并首次创造性地提出了在其上存在的、由衍生知识产权利益、消极知识产权利益和积极知识产权利益组成的知识产权利益结构。接着,他又从人权、文化多样性和经济学视角分析了传统知识知识产权保护的正当性和合理性。随后,他根据传统知识的知识产权利益结构,提出了传统知识的知识产权保护的战略目标和战略步骤,分析建构了传统知识的知识产权保护的制度框架。在制度框架上,他主张先用现行知识产权制度保护传统知识上的衍生知识产权利益和消极知识产权利益,然后对现行知识产权制度的程序规则和实体规则进行变革,或创设传统知识保护专门规则,以间接或直接保护传统知识上的积极知识产权利益。他率先提出的这个传统知识知识产权保护框架,逻辑严谨、论述充分,应具有相当的理论



意义和现实意义。正鉴于此,他的博士论文被中南财经政法大学 2005 届民商法博士论文答辩委员会(梁慧星研究员任主席)评为该校 2005 届民商法专业优秀博士学位论文。

现在,他的博士论文经过修改和补充研究,即要付梓出版了。作为他的指导老师,我颇感欣慰;并希望他在科研的道路上继续攀登,取得更大的成绩。

是为序。



2005 年 11 月 18 日

## 自 序

我们所寄身的世界,无非是由人造之物和天造之物所组成。制度即属人造之物;而生活事实则属天造之物。从历史的角度看,制度与生活事实难免要发生冲撞;要么“先进”于生活事实;要么“落后”于生活事实。我国上世纪五十至七十年代的(经济)制度即大体“先进”于生活事实;而我国清代的制度则落后于生活事实。“先进”与“落后”均属正常。关键要看这种“先进”与“落后”状态所持续的时间:适长是正常;过长系异常。由是,制度革新变得分外重要:毛泽东要打破旧世界,建设新世界;邓小平则把改革作为基本国策,无非皆为寻求一个适应生活事实的制度。

现行知识产权制度是技术进步和产业发 展的激励机制。五百年前发轫于欧美,惠益于欧美,是西方世界为人类作出的诸多重大制度贡献之一。在其促动下,西方发生并完成了五次科技和产业革命,从而使西方在技术和产业基础上真正实现了现代化。现行知识产权制度构成西方世界兴起的决定性力量,也构成西方经济史结构中的耐嚼坚果,

引起了国内外一大批经济学精英如道格拉斯·诺斯们的学术兴趣。五百年后,伴随 TRIPs 协议的签订,现行知识产权制度扩布于发展中国家。现行知识产权制度能否惠益于发展中国家?能否促成发展中国家的发展与繁荣,从而实现世界“大同”?诸多问题尚待时日的检验。

目下,为西方世界的兴起作出了历史性贡献的现行知识产权制度却演为推动欧美国家生物殖民、技术殖民、损害发展中国家传统知识利益的合法性工具。传统知识是广泛存在于发展中国家的原住民等传统部族在其悠久漫长的精神生产和知识活动历史过程中由非西方的知识规则所孕育和传承的产物和结晶。由于制度和文化因素等影响,传统部族对其传统知识的知识产权利益未能得以实现,却可以为西方世界的生物海盗在现行知识产权制度下堂而皇之地截取。传统知识的保护已是迫在眉睫的问题。我国民族众多、历史悠久,传统知识十分丰富。如何进行制度创新,保护我国传统知识,实现我国传统知识利益,是国人急需研究的重大课题。但对此一问题的关注,国人起步较迟。我博士论文选此作题,以期能对我国传统知识保护作出点滴贡献。

现行知识产权制度不能为传统知识提供起码的保护。于此而言,该制度已落后于生活事实。现行知识产权制度的变革与传统知识的保护已摆上国际精英们的案头。但近代以降,发展中国家受尽西方列强政治和军事殖民的苦果。历史的折磨和情感的伤痛,发展中国家记忆犹新。而晚近现行知识产权制度对西方世界生物海盗现象的助力,加上现行知识产权的保护水平高于自身技术发展阶段以及其他因素的影响,使有的发展中国家把现行知识产权制度视为新殖民主义的工具,从而对该制度产生某种抵制情绪。因而在传统知识保护制度上,不少发展中国家似乎意欲“超越知识产权”,在现行知识产权制度之外发展一套规则来保护自身的传统知识。这种思潮在发达国家学术界也有一定影响。我认为,现行知识产权制度在激励技术创新和促进产业发展方面的制度功能和制度价值是毋庸置疑的,这一点也适用发展中国家及其传统社区。在传统知识的保护规则上,在传统知识的知识产权利益的实现机制上,亦宜在现行知识产权制度模式下利用现行知识

产权制度规则保护传统知识的相应技术特征及其知识产权利益;对于现行知识产权制度不能保护的相应技术特征及其知识产权利益,则可对现行知识产权制度的某些部分进行适度修改或者以现行知识产权制度理念和原则为指导创设传统知识专门权制度,以保护这些技术特征及知识产权利益。这是本书对传统知识保护及其制度设计的基本考量。

志此为序。

严永和

2005年12月8日于贵阳寓所

## 中文摘要

现行知识产权法从 15 世纪萌芽到现时代,遇到了来自高科技领域和“历史”领域的两大挑战。传统知识是现行知识产权法在新旧世纪之交遇到的来自“历史”的“古老”的挑战。传统知识产生年代久远,并且大多已经公开,权利主体不明确,从而基本不符合现行知识产权法规定的知识产权要件,难以得到现行知识产权法的保护。但如果硬性地不承认传统部族对传统知识的知识产权,在道义上和自然法上确然是不公平的。为此,国际社会给予了高度的重视。本书的研究,即是为了论证传统知识的知识产权保护的正当性,确定传统知识的知识产权保护战略,探讨传统知识的知识产权保护的制度组分,从而为传统部族实现其传统知识上的知识产权利益服务。

鉴于研究的需要,本书从传统知识的内涵界定展开分析。第一节,讨论传统知识的术语使用和术语的精确化问题。传统知识是传统部族千百年来博大精深的历史和文化体系的组成部分。科学意义上精确的“传统知识”术语和概念的出现和形成,

经历了一个探索的过程。首先是在人权领域,人们使用了“传统或土著遗产”这个术语。“(传统或土著)遗产”可以分为文化遗产和自然遗产两大类。另外,全球文化—生物多样性联盟主席达里尔·A.波塞和格雷厄姆·杜特费尔德提出了“传统资源”概念。“文化遗产”和“传统资源”两个术语都包含了传统知识,是传统知识的上位概念。民间文学艺术这一概念,最初是在广义上使用,其包括传统部族的全部文化产物和文化结晶,涵盖传统部族在长期的历史过程中所创造的全部精神成果,包括传统知识;后来则在狭义上使用,仅指传统部族文化和精神产品中的文学艺术及其表达部分。这样,民间文学艺术这一术语走向精确化。就传统知识而言,世界知识产权组织曾经在广义上使用。广义的传统知识涵盖传统社区的全部知识活动和精神生产的产物,包括狭义民间文学艺术。同时,不少国际公约和国际机构在狭义上使用“传统知识”这一概念,即把传统知识界定为传统部族在千百年来的生产生活实践中创造出来的知识、技术、诀窍和经验的总和,如《生物多样性公约》使用“传统知识、创新与实践”。后来WIPO也在严格意义上使用传统知识这一概念,此即狭义的传统知识。这样,传统知识和民间文学艺术两个概念渐渐精确化、明确化,并具有了较为稳定的含义。本书即在狭义上使用传统知识这一概念。第二节,对传统知识的特征进行讨论。关于传统知识的特征,笔者主要从学理和法律两个视角展开分析。从学理上看,传统知识具有宇宙观上的“圣境性”、创作方式的经验性、科学方法的整体性、描述形式的“另类性”、知识单元的通延性等。从法律上看,传统知识具有权利主体结构的群体性、权利客体控制状态的公开性、权利利益的未实现性等特征。第三节,具体划定本书的研究对象。即直接传统知识、传统知识衍生物、非宗教性传统知识、公开性传统知识。以上构成了本书的第一章。综合本章的分析,我们可对传统知识作出如下界定。在学理意义上,传统知识是传统部族在其长期的生产生活历史过程中所创造的知识、技术、诀窍的总和,一般具有“圣境”性、“经验”性、“整体”性、与环境要素的兼容性、另类的科学性及其描述形式等特征。在法理意义上,传

统知识涉及思想内容、该等思想内容的体现物或附着物及其传播和利用过程中的衍生物,一般具有权利主体的群体性、权利客体的公开性及其经济利益的未实现性等特征。本书主要研究不具有“圣境”性、相对公开、经济利益尚未实现的传统知识思想内容、该等思想内容的体现物或附着物和衍生物的知识产权保护。

以第一章为基础,本书第二章对传统知识的知识产权保护的正当性展开讨论。本章首先从人权视角分析传统知识的知识产权保护的正当性。人权经历了“三代”的发展。“三代”人权构成了包括知识产权、生存权、健康权、发展权在内的完整体系。而生存权、健康权、发展权等构成了人之生存与发展的必需条件,是具有“优”位价值的基本人权。从公共健康和健康权角度看,进入21世纪以来,发展中国家和传统部族的公共健康和健康权面临严峻的挑战。而传统知识的知识产权保护则是维护和实现发展中国家和传统部族公共健康和健康权的重要途径。从发展权角度看,发展的实质是发展中国家和传统部族的发展;发展权的核心是发展中国家和传统部族的发展权。传统知识的发展是发展权的基本内容。传统知识的知识产权保护是实现发展中国家和传统部族发展权的重要途径。其次,本书从文化多样性角度分析了传统知识的知识产权保护的正当性。传统知识是文化多样性的有机组成部分。由于作为现代社会主流文化的现代欧美文化的不足,使传统部族文化和文化多样性具有不可估量的价值。目前,传统部族文化和文化多样性正在快速地消失,因而传统知识的保护十分紧迫和必要。可以对文化多样性提供一定保护的现有机制主要是文化自决权和少数者文化权,但它们类似一种“政治宣言”,具有自身难以克服的缺陷。而知识产权机制则能较好地弥补这一不足。再次,本书从经济学理论角度分析了传统知识的知识产权保护的正当性。虽然激励理论对论证传统知识保护合理性的功能和作用很有限,但是,明晰和确定传统部族对传统知识的财产权利,至少对传统知识及其有关资源的保存和维持具有较强的激励作用。另外,现在对传统知识提供的知识产权保护,主要是“向历史还债”,是对传统部族的

知识创新成果提供一种补偿。探矿理论认为,在资源耗费于有关技术研发之前的适当阶段,分配或拍卖技术研发机会的排他权,就可能阻止这种资源的浪费。就传统知识而言,如果传统部族对其传统知识的知识产权利益得到认可,探矿理论中蕴涵的、认可的专利制度利益就仍然得到存续。在发明和专利领域,涉及不同层次和不同方面的多余劳动和由此导致的租金耗散。就传统知识而言,如果对传统知识不给予专利保护,也将增加有关租金耗散量。因此,无论从基本人权角度,还是从文化多样性保护或经济学角度,对传统知识提供知识产权保护都是正当的、合理的。

在论证了传统知识的知识产权保护的正当性后,本书转入第三章全球视野中传统知识法律保护的探索与实践。本章第一节介绍了传统知识法律保护国际探索简况,涉及 WIPO、CBD、FAO 等国际组织,菲律宾、哥斯达黎加等国家以及一些传统部族致力于传统知识法律保护的实践。然后,第二节以 CBD 事先知情同意机制和 FAO 农民权机制为例,分析了目前遗传资源和传统知识法律保护国际探索的成就与不足。CBD 事先知情同意机制主要涉及主权和所有权、事先知情同意和许可、利益分享等问题。其成就在于 CBD 为遗传资源和传统知识的积极知识产权利益的间接保护提供了制度空间。FAO 农民权机制主要涉及保护与粮农植物遗传资源有关的传统知识、农民源于粮农植物遗传资源的利益分享权和相关事项的参与决策权。其成就在于承认了农民在保存和发展粮农植物遗传资源过程中的贡献和作用,承认农民在粮农植物资源改进中所享有的利益分享权和有关的特权。但二者也存在诸多不足。第三节以传统知识的知识产权利益结构为视角,探讨了传统知识的知识产权保护的步骤和制度框架。本书认为,传统知识上存在衍生知识产权利益、消极知识产权利益和积极知识产权利益三种知识产权利益。在传统知识的这些知识产权利益中,只有衍生知识产权利益、消极知识产权利益与现行知识产权法没有冲突,可以得到现行知识产权法如地理标志制度和专利法在先技术制度等保护。但这两种知识产权利益在传统知识的知识产权利益总量中是很少的;占“大头”的则是积极知识产权利益。



但积极知识产权利益与现行知识产权制度存在严重的冲突,现行知识产权制度无法保护传统知识的积极知识产权利益。要为传统知识提供充分的保护,就需要对上述三种知识产权利益都给予保护。对积极知识产权利益的保护,涉及突破现行知识产权法,进行一定的制度创新,这具有相当大的难度。因此,传统知识的知识产权保护应实施“三步走”战略步骤。第一步是在现行知识产权法框架下保护传统知识的衍生知识产权利益和消极知识产权利益;第二步是吸收 CBD 事先同意机制,对现行知识产权法程序规则进行一定的调整,以间接保护传统知识的积极知识产权利益;第三步是对现行知识产权实体规则进行一定的创新,以直接保护传统知识的积极知识产权利益。以上构成传统知识的知识产权保护战略和制度框架。

在第三章基础上,本书第四章讨论了传统知识在现行知识产权法框架下的保护问题。首先讨论了利用现行专利制度对传统知识的保护。传统知识一般产生年代久远。但按照一些国家如美国等国现行专利法关于在先技术的规定,传统知识在这些国家不构成在先技术,从而使他人可以对传统部族使用了多年的传统知识获得知识产权授权,从而损害传统知识的消极知识产权利益。按照专利法的规定,使传统知识具备在先技术的形式条件,从而排除外部社会对传统知识获得专利授权,这可以使传统部族实现其在传统知识上的消极知识产权利益。专利法对传统知识的消极知识产权利益的保护就是按美国专利法在先技术规则的规定,把传统知识在先技术化,从而在法律制度上排除他人就传统知识获得知识产权。但是,这种保护存在很多固有缺陷。为此,传统知识的在先技术化仅得视为一种保存或保护传统知识的行为。商业标志知识产权制度可以对传统知识衍生知识产权利益的保护提供制度支持。本书探讨了传统知识的地理标志保护。传统知识与地理标志二者存在内在的契合性。这种契合性,使传统知识的地理标志保护具有相当的妥当性。为此,本书提出了传统知识的地理标志保护制度框架,如保护对象、保护标准、保护模式、权利主体等。现行知识产权法与传统知识积极