

专利法研究

国家知识产权局条法司 编

2005

知识产权出版社

专 利 法 研 究

2005

国家知识产权局条法司 编

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

专利法研究. 2005/国家知识产权局条法司编. —北京: 知识产权出版社, 2006. 1
ISBN 7-80198-362-9

I. 专… II. 国… III. 专利权法—研究—2005—
年刊 IV. D913.04—54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 146580 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

专利法研究 2005

国家知识产权局条法司 编

责任编辑: 李 琳

责任校对: 董志英

文字编辑: 张 静

责任出版: 杨宝林

装帧设计: 段维东

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

http: //www. cnipr. com

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

北京市兴怀印刷厂印刷

新华书店经销

2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

开本: 787mm × 1092mm 1/16 印张: 30.5 字数: 490 千字

印数: 1 ~ 1 200 册

ISBN 7-80198-362-9/D · 370

定价: 62.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

本期导读

《专利法研究》是原中国专利局专利法研究所编辑的学术性年刊，首期于1991年9月发行。《专利法研究》主要刊登专利等知识产权保护理论和实践方面的学术性论文和部分有关译文。自2002年起改由国家知识产权局条法司编辑。

随着科学技术的进步、知识经济的兴起以及经济全球化进程的日益加快，知识产权竞争在各国综合国力竞争中的地位日益凸现。2004年6月，温家宝总理在山东考察时指出：“未来世界的竞争就是知识产权的竞争”。这一高瞻远瞩的论断，既是对20世纪末全球竞争态势的高度概括和准确总结，更是对21世纪全球竞争态势的科学预测，具有重大的现实意义和深远的历史意义。

2005年1月，国务院成立了以吴仪副总理为组长、国家知识产权局等二十余个部门参加的国家知识产权战略制定工作领导小组。2005年6月，国家知识产权战略制定工作领导小组第一次会议召开，对制定和实施国家知识产权战略的必要性、重要性和紧迫性，制定国家知识产权战略的指导思想和主要原则等重大问题进行了初步审议，标志着国家知识产权战略制定工作正式启动。2005年8月召开的领导小组第二次会议审议通过了《制定国家知识产权战略工作方案》等文件，标志着国家知识产权战略制定工作进入实质性阶段。目前，国务院有关主管部门正在按照各自的职责分工紧锣密鼓地进行国家知识产权战略的制定工作。

国家知识产权战略涉及政治、经济、文化、科技、教育等各领域，贯穿于知识产权的创造、管理、运用和保护等各个环节。国家知识产权战略的重要内容之一就是完善我国的知识产权法律体系，为我国自主创新能力和知识产权竞争力的提高创造完善的法律环境。完善我国的知识产权法律体系，是我国知识产权法律工作者责无旁贷的历史重任。《专利法研究》无疑是我国知识产权法律工作者履行这一神圣职责和光荣使命的舞台之一。

本期《专利法研究》精选的 28 篇文章和作品反映了一年来国内外专利法和相关知识产权法理论和实践的最新发展情况。

近年来,一个现象逐渐引起人们的关注,即发展中国家拥有的宝贵的遗传资源和传统知识越来越多地被发达国家窃取、盗用或者被他们以低廉的价格利用,发达国家为此得到了高额的利润,而发展中国家却没有得到应有的回报和尊重。为此,发展中国家提出了“保护遗传资源和传统知识”的主张。这一主张引起了国际社会的广泛关注,并成为若干国际论坛讨论的焦点。

我国是世界上生物多样性最丰富的国家之一,并拥有悠久的历史和文化,遗传资源和传统知识保护的重要意义不言而喻。为此,相关部门已经着手从不同角度进行研究和解决。就国家知识产权局而言,几年前就已经在跟踪和研究相关的国际动态,近期更是加大了重视和解决力度。遗传资源、传统知识保护课题不仅列入了国家知识产权战略,成为专利法修改研究的课题之一,国家知识产权局还从 2004 年 10 月始在条法司设立了专门的处来负责相关工作。为引起国内遗传资源和传统知识保护的更多关注,也为了解国内的相关研究进展、汇集研究资源,2005 年初条法司举办了“遗传资源和传统知识保护”征文。该征文活动得到了积极响应,投稿者既有长期跟踪和研究相关问题或从事相关工作的专家,也有感觉敏锐的年轻学子。其中许多稿件立意新颖,论证充实,并有独特的视角,为我国参与国际谈判和国内立法提供了很好的参考。本期《专利法研究》“遗传资源与传统知识”专栏主要收录的就是此次活动的部分入选征文。由于篇幅所限,《专利法研究》不能将所有优秀的征文都收录进来,而只能选择其中具有代表性的一些征文,以期反映遗传资源、传统知识保护的不同侧面,例如生物多样性与知识产权保护、遗传资源的惠益分享、遗传资源的来源披露、传统知识的保护方式、传统知识的保护客体、中医药传统知识保护等等。需要特别说明的是,征文活动只是一个交流的平台,入选征文只代表作者的个人观点,并不体现国家知识产权局或编者的任何倾向。此外,国家知识产权局今年立法规划中将专利申请中的遗传资源来源披露问题作为重点之一。为此,条法司对相关问题进行了系统研究和分析,并完成了一份专题报告,本期《专利法研究》节选了其中内容,供读者参考。

专利制度与公共健康问题无疑是国际专利制度的重大问题之一。2003 年 8 月 30 日 WTO 总理事会决议的通过标志着发达国家与发展中国家在此

问题上的矛盾和斗争告一段落。但围绕着如何修改 TRIPS 协议的问题,斗争仍在继续甚至更为激烈和艰难。从不涉足知识产权问题的联合国秘书长安南在 2005 年 10 月会见世界卫生组织领导人时作出了知识产权保护不能成为解决流感问题的障碍的表示,可见公共健康与知识产权制度的问题对全人类的敏感性和重要性。“充分利用 WTO 谈判成果 解决公共健康问题”和“挪威为落实总理事会决议对专利法的修改”、“荷兰落实总理事会决议的有关规定”对我国如何利用专利强制许可制度解决公共健康问题提供了一些思路和可资借鉴的做法。

专利审查制度是不仅是决定专利申请人能够及时获得专利权的法律制度,而且也是代表公众的专利局确定专利权人的利益与公共利益的界限的法律制度。“论实质审查制度的改革”等文分别从一般和特殊领域两个层面对专利审查制度中的有关问题进行探讨,无论对专利申请人及其代理人还是对审查员,都具有重要的理论意义和实践意义。集成电路布图设计虽然不属于专利制度的范畴,鉴于其与专利制度同属于工业产权制度,并且同属于国家知识产权局主管,因此,我们选取了“集成电路布图设计专有权的撤销”一文,以对我国集成电路布图设计制度建立以来实践中遇到的第一个疑难问题进行探讨。

专利保护与诉讼是专利权人十分关心的问题,也是专利司法和行政执法人员最为关注的问题,更是专利制度实践中利益之争表现得最为充分的问题。“发明和实用新型专利侵权判定原则适用模型研究”等文分别对发明和实用新型专利侵权判定的一般原则、一种产品多项专利侵权案件中赔偿责任的确定、确认不确权之诉等问题进行探讨,其理论意义和现实意义是显而易见的。

我国专利制度从诞生之初就对外国专利制度进行了必要的借鉴和参考。在经济全球化的趋势和背景下,这种借鉴和参考显得尤为重要。“《实体专利法条约》谈判历程及其趋向评析”等文分别对国际专利保护的新动向、日本发明专利制度与实用新型制度的异同、美国专利滥用原则、美国外观设计侵权判定标准等问题进行了评述,其中一篇还对如何重构我国外观设计制度提出了建设性的建议。这些文章对开阔我们视野和思路的作用是毋庸置疑的。

和往常一样,需要特别说明的是,本刊所有文章提出的论点、意见和建议均是作者本人观点,不代表编者对这些观点、意见和建议的认同,更

不代表国家知识产权局条法司对这些观点、意见和建议的认同。刊登这些文章，旨在按照“百花齐放、百家争鸣”的方针活跃学术气氛，总结、探讨我国专利和其他知识产权制度的成功经验以及需要改进、完善之处，从而为完善适合我国国情的知识产权制度奠定坚实的基础。我们希望本刊为我国知识产权工作者提供一个交流、探讨和切磋的平台，一个拓宽视野、增长知识的平台，一个为我国知识产权事业贡献智慧和力量的平台。

我们诚恳地欢迎读者对本刊文章中的缺点和错误提出批评与建议，供作者和编者参考。我们也借此机会诚邀全国有志于专利法和其他知识产权法研究的前辈、专家、学者和同仁为本刊撰稿，使您的研究成果、工作体会以及其他各种真知灼见能够通过本刊得到关注、引起共鸣，让更多的力量汇入完善适合我国国情的知识产权制度、提高自主创新能力、构建社会主义和谐社会、全面建设小康社会的历史长河。

编 者
2005 年 10 月

目 录

遗传资源与传统知识

传统知识、民间文艺及遗传资源保护模式初探	张清奎 (1)
论生物多样性的知识产权保护	徐 伟 (17)
生物遗传资源产权理论与惠益分享制度	薛达元 林燕梅 (31)
生物剽窃背景下的知识产权利益分享机制	
——兼析中国的对策	史学瀛 杨新莹 (58)
社区传统资源利益分享机制研究	
——新庄村传统造纸的田野调查、社区实践与理论	
思考	龙 文 (79)
专利制度与遗传资源、传统知识的法律保护	杨 鸿 (99)
论专利申请中生物遗传资源来源的披露	牟 萍 (119)
怎样保护传统知识：客体的排除与选择	刘银良 (132)
论传统知识的保护方式	
——消极还是积极	孙 雷 (149)
防止传统知识的不当利用与知识产权保护的区别与	
联系	徐家力 (160)
医药传统知识和药材资源的知识产权保护	岳雪莲 (174)
中医药传统知识及其保护	张 韬 (187)
关于在专利申请中公开遗传资源来源问题的研究分析	
报告 (节选)	杨红菊 (200)

专利制度与公共健康问题

- 充分利用 WTO 谈判成果 解决公共健康问题 张永华 (228)
- 挪威为落实总理事会决议对专利法的
修改 张永华译 姜丹明校 (236)
- 荷兰落实总理事会决议的有关规定 张永华译 姜丹明校 (242)

专利审查与实践

- 论实质审查制度的改革 张志成 (249)
- 有益技术效果与说明书的充分公开
——从第 4697 号复审决定看效果实验数据对说明
书充分公开的重要性 张 沧 (262)
- 电学领域的装置权利要求及专利权的行使 施泽华 (270)
- 专利审批流程在专利申请和保护中的作用及相关
思考 张芍君 张 颖 (285)
- 集成电路布图设计专有权的撤销 何伦健 (297)

专利保护与诉讼

- 发明和实用新型专利侵权判定原则适用模型研究 张 利 (306)
- 也谈专利侵权纠纷判定中的适用原则 王 澄 (329)
- 构建我国专利权不侵权确认之诉制度
——以美国确认之诉为借鉴对象 邓宏光 (339)
- 谈一种产品多项专利侵权案件中赔偿责任的确定 姚兵兵 (351)
- 等同侵权、专利发明的“本质部分说”与开创型发明 刘立平 (362)

国际视窗

- 《实体专利法条约》谈判历程及其趋向评析 何越峰 (382)
- 专利国际保护的新动向
——兼评《实体专利法条约》对我国的影响 付明星 (401)
- 日本实用新型制度与发明专利制度的比较 韩晓春 (420)
- WTO 与我国外观设计制度之重构 康芳伟 刘家容 张小明 (431)

美国专利滥用原则评介	闫文军 (443)
美国外观设计专利侵权判定标准	张晓都 (459)
约稿通知	(476)

传统知识、民间文艺及遗传资源保护模式初探

张清奎

摘 要

本文从传统知识、民间文艺和遗传资源的类别和属性着手,对其保护模式进行了一些初步的探讨,提出了用《反不正当竞争法》保护保密信息,利用现行知识产权制度例如专利、商标、著作权和植物新品种权保护创新成果,制定追溯性行政法规保护社区知识和用《生物多样性公约》保护遗传资源的多层次全方位保护模式,重点分析了制定追溯性行政法规需要考虑的因素和原则,解剖了《中药品种保护条例》在保护传统中药方面所作的尝试和存在的问题并提出了修改建议。此外,还对各种保护模式的力度和期限进行了简要的讨论。

作者单位:国家知识产权局专利局医药生物审查部。

近年来,传统知识、民间文艺和遗传资源的保护问题已经成为 WIPO 乃至 CBD 和 WTO 等国际论坛的重要议题,甚至成为发展中国家与发达国家在知识产权保护问题上讨价还价和争论较量的焦点。本文拟从传统知识、民间文艺和遗传资源的属性和类别着手,对其保护模式进行一些初步的探讨。

一、传统知识、民间文艺及遗传资源保护的范围和性质

1. 定义

根据 WIPO 在一些官方文件中的界定,传统知识是指,基于传统产生的文学、艺术或科学作品,表演、发明、科学发现、外观设计,标志、名称及符号,未披露信息,以及一切其他工业、科学、文学或艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的革新与创造。

民间文学艺术意指在某一国家领土范围内可认定由该国国民或种族群落创作的、代代相传并构成其传统文化遗产之基本组成部分的全部文学、艺术与科学作品。

遗传资源意指具有现实或潜在价值的遗传物质,即植物、动物、微生物或者其他来源具备遗传机能单位的任何物质。^①

2. 背景

很长一段时间内,传统知识一直被简单地认为属于公有领域,可以由他人从中获取有价值的成分,而不必考虑其所有者的权益。^②

但是,随着经济全球化和知识经济时代的到来,知识产权与经济和贸易的关系越来越密切,经过发达国家与发展中国家多年的较量和谈判,WTO 框架内的 TRIPS 协议已经将知识产权保护与货物贸易、服务贸易紧密结合在一起,共同作为世界贸易组织的三大支柱,传统知识、民间文艺和遗传资源的价值才受到社会的重视。

近年来,随着现代生物技术的进步,传统知识,特别是与遗传资源相关的传统知识,在经济、科学和商业等方面都表现出了更加巨大的价值。传统知识不断增长的重要性,以及不断消失的文化及生物多样性,引发了复杂多变的伦理、法律及公共政策问题,传统知识保护问题更加引起了国际社会的关注。在有关人权、文化、贸易、粮农、土著权利、劳工标准、

可持续发展、土地、环境与生物多样性等问题的国际论坛中，对传统知识的保护都进行了广泛的讨论。作为负责在世界范围内促进知识产权保护的联合国专门机构，WIPO 也多次召开国际会议讨论知识产权与传统知识保护问题。由于传统知识保护与发展中国家利益息息相关，许多发展中国家都积极参与了有关的国际论坛，部分发展中国家甚至已经开始了相关的立法活动。^①

3. 属性

传统知识基于特定民族、社区传统的信仰、道德标准和实践活动，来源于世代承袭的文化传统，代代相传并不断发展。^②在一些重要领域，比如在食品安全、农业和医疗事业的发展中，传统知识一直起着并将继续起着重要的作用。^③首先，传统知识是发展中国家的许多人日常生活中不可缺少的一部分，例如在马来西亚，传统医药产品的人均消耗是现代药品的两倍以上。在一些偏远地区，传统医药是穷人惟一负担得起的治疗药品。其次，在发达国家，草药的需求近年来也不断增长，仅在欧盟国家市场上 1999 年就达 119 亿美元，而且，据世界卫生组织估计，世界市场上的草药产值已达到 430 亿美元，并且每年还在以 5%~15% 的速度增长；再者，传统知识是保持生物多样性和文化多样性的重要资源，世界上许多农作物的多样性都是由农民根据古老的耕作方法、品种选择和土地利用习惯而保持的，并为当地带来了其他利益，如食物多样性、增加收入、稳定产量、保护环境、减小虫害、疾病和风险，增加劳动力的有效利用等，同时，传统知识还是各种不同风格、不同体裁的文学艺术如音乐、舞蹈、手工艺制品等方面的创作源泉。另外，传统知识在解决粮食、健康和环境等 21 世纪重大问题方面还具有重要价值。随着生物技术的迅猛发展，利用传统知识和遗传资源有目的地改良动、植物的性状与品质，可以提高作物的产量、开发高效无毒的生物农药。尤其是现在不断出现的新型疾病和原来的病菌对化学合成药的抗药性不断增强，基于传统知识和遗传资源生产的天然药品具有巨大的市场需求，可用于治疗从细菌感染到癌症等一系列疾病。传统知识在解决粮食、健康和环境等重大问题方面正发挥着日益重要的作用。^④

同理，民间文艺也是许多现代文艺作品创作的源泉，例如好莱坞投资拍摄的动画片《花木兰》，就是基于我国的民间故事创作出来的。

此外，从利用了抗枯叶真菌基因的转基因玉米^⑤和植入苏云干菌晶体

蛋白基因的转基因棉花所获得的经济效益^⑨可知,遗传资源对于生物技术发明的重大贡献是不言而喻的。

由此可见,传统知识、民间文艺和遗传资源是人类智慧的结晶以及人类生活和与自然斗争的长期经验的总结和提炼,是不断改进的创新或实现技术创新的必不可少的信息资源,而且,这种无形资产在现实社会中具有显著的经济和社会效益或价值,符合“知识产权是一种财产权与人格利益并存的权利,该权利是一种客观实在,但是人们无法以感官触摸到它;知识产权的客体是人们看不见、摸不着的知识信息(或知识产品)”^⑩的属性,应当通过适当的方式给予保护。否则,传统知识、民间文艺创造者和遗传资源拥有人的利益就会受到损失,且无法避免和制止生物剽窃行为,甚至可能造成某些已经公知的传统知识在其他国家或地区被不当地授予专利权,在经济和道义上都显失公平;同时,还会影响传统知识、民间文艺和遗传资源的保存、开发和充分利用,造成某些人类宝贵遗产的流失。

然而,由于传统知识、民间文艺和遗传资源的特殊性,例如有的已经文献化,或者以其他方式为公众所知,从而被视为已进入公有领域,从而失去了通过现代知识产权制度进行保护的时机,有的是传统群体共同努力并代代相传的成果,难以确定归属和产生的时间,还有的是以严格保密的方式由直系亲属口传的,没有任何文字资料,所有这些,都给传统知识、民间文艺和遗传资源的保护以及保护模式的选取增加了不小的难度。

二、传统知识、民间文艺及遗传资源的种类和保护方式

1. 类别

由于传统知识、民间文艺和遗传资源所包括的内容极其繁杂而广泛,为了便于讨论和选取适当的保护模式,我们不得不对其进行一些必要的分类。

传统知识、民间文艺和遗传资源大致可以分为以下几类:

(1) 保密信息,例如传统医药如中药、藏药和苗药中的祖传秘方以及“云南白药”配方、“景泰蓝”工艺、川剧中的“变脸”绝技等商业秘密;

(2) 创新成果,例如基于中药古方开发的青蒿素抗疟药物和基于中国民间故事创作的动画片《花木兰》等;

(3) 社区知识,例如长期以来在印度一直使用 Neem 树油作为天然药品和杀虫剂、墨西哥农民历代相传一种黄豆品种、在印度的烹调中一直作为调味品的香料并作为药品、化妆品有效成分和彩色染料使用一种称为“姜黄”的生姜类植物以及在印度北方各州和巴基斯坦部分地区的农民许多世纪以来一直种植的一种传统香米——“Basmati 香米”等^①;

(4) 遗传资源,例如美国孟山都公司研发新的转基因大豆时所利用的中国野生大豆所携带的植物遗传信息和中国某些偏僻地区哮喘病家族血样中所包含的遗传信息等。

2. 保护方式

笔者认为,鉴于传统知识、民间文艺和遗传资源的广泛性和复杂性,不可能通过单一的模式给予有效的保护,但是可以考虑按照其所属类别的不同,分别采用不同的模式给予保护,即采取多层次全方位的保护策略。具体建议如下:

(1) 用《反不正当竞争法》保护保密信息。

我国《反不正当竞争法》第 10 条规定:

“经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密:

(一) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;

(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;

(三) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知前项所列违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密行为。

本条所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经济信息。”

由于上述第(1)类所列的传统知识采取了严格的保密措施,并没有向社会公开,因而没有进入公有领域,真正知晓其内容的人极少,可以作为商业秘密予以保护。另外,还可以作为 TRIPS 协议第 39 条所指的未公开信息予以保护。

然而,由于保密信息的持有人不同,可以将其权利归属于不同的主体,例如个人拥有或家庭祖传的秘方归个人或家庭所有,也可以动员企业购买相应的秘方,使之产业化并将其作为企业的技术秘密,属于国家保密范围的机密信息则应当归国家所有。

(2) 利用现行知识产权制度保护创新成果。

利用现行知识产权制度保护第(2)类传统知识中的创新成果主要有以下形式:

(i) 专利保护

专利制度是在市场经济条件下发展起来的最适合保护各种技术创新的制度,其中发明专利适用于保护基于传统知识的对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案,例如由传统医药提取的新的活性成分、由传统药物配制的新的制剂组合物或者新的提取方法或制备工艺以及根据传统知识开发的新的医疗器械或生活用具等,其中在少数国家例如美国还可以保护基于传统知识开发的新的疾病的诊断和治疗方法;实用新型保护的通常是基于传统知识的对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于应用的新的技术方案,例如上面提到的新的医疗器械或生活用具等,在少数国家例如德国还可以保护工艺方法;外观设计保护的则是基于传统知识的对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计,例如对传统的手工产品如家具、服装、皮革、木器、头巾和地毯等所作出的新设计。

由于传统医药如中药、藏药、苗药等来源于天然原料,且目前还没有测定手段能够确切地鉴定其产品的最终组成,不像西药那样可以确切地表达其结构,因此有人认为专利保护不适合中药等传统医药,因而不积极申请专利。

实际上,专利制度保护的并不是成熟的理论和产品结构的确切表达,而是能够重复再现的技术方案,化学结构或组成不清楚的产品可以采用性能或制备方法等方式定义。传统医药就属于这种情况,虽然不能通过产品的化学结构或组成来确切地表达,但是可以通过产品的性能如适应症或功能主治以及原料和制备方法来定义,从而也可以申请产品方式的专利保护。

另外,由于中药等复方是由多味中药材制成的产品,其中按照君、臣、佐、使划分,各味药的作用不同,但组合在一起综合起作用。因此,

有人认为,由于增加或减少一味药就有可能影响其总体药效,所以增减药味即不侵权,专利实际上保护不了中药复方。

其实,专利制度在几百年的发展过程中,已经从理论和实践上都解决了如何防止变相侵权的问题,这就是在专利审批时允许权利要求的合理概括和在专利侵权诉讼中可以采用等同原则进行判断。等同原则,是指被控侵权物中有一个或者一个以上技术特征经与专利独立权利要求保护的技术特征相比,从字面上看不相同,但经过分析可以认定两者是相等同的技术特征。这种情况下,应当认定被控侵权物落入了专利权的保护范围。等同特征或等同物与被控侵权物中,同时满足以下两个条件的技术特征,是专利权利要求中相应技术特征的等同物:①判断被控侵权客体中的技术特征与专利权利要求中的相应技术特征相比,以基本相同的方式,实现了基本上相同的功能,产生基本上相同的效果;②对该领域所属普通技术人员来说,通过阅读专利权利要求和说明书,无需经过创造性劳动就能够联想到该技术特征。因此,一方面,申请专利时可以对权利要求进行合理的概括,只将必不可少的药味即必要组分写入独立权利要求,并对药味和其含量进行上位概念和尽可能宽范围的概括,以便得到较宽的保护范围;另一方面,在侵权诉讼时遇到药味加减时,还可以通过等同原则的运用制止变相的侵权行为。何况,这种问题不仅仅存在于传统医药发明中,在其他所有组合物发明中都存在此问题,因而也适用该原则。

(ii) 商标保护

即通过保护含有传统知识的商品或服务而间接地保护传统知识。例如,“同仁堂”、“达仁堂”、“潘高寿”、“陈李济”、“桐君阁”、“云南白药”等中药、“盛锡福”帽子、“王麻子”剪刀、“张小泉”剪刀、“全聚德”烤鸭、“稻香村”糕点、“瑞蚨祥”绸缎、“六必居”酱菜、“一得阁”墨汁、“戴月轩”毛笔、“茅台”、“五粮液”、“汾酒”等中华老字号都在中国注册了商标。

此外,国外也有许多传统社区正在寻求注册集体商标和证明商标,使用这些标记的商品必须是来源于拥有该商标权的社区,或者是按照该社区特有的方法或标准生产的。如澳大利亚的土著人(Aboriginal)和托雷斯海峡岛上居民(Torres Strait Islander)在艺术品上取得了证明商标;加拿大的土著居民更是注册了从艺术品到食品、服装、旅游服务等类别上的商标,所使用的商标标识为其传统的标记或名称;在越南,其传统的止痛植