



司法部“法治建设与法学理论研究”部级科研项目

传统知识保护的 权利设计与制度构建

——以知识产权为中心

丁丽瑛 著

*The Rights Design and Systems Construction
on the Traditional Knowledge Protection*

—— Focused on the Intellectual Property Rights

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



- ◆ 司法部：法治建设与法学理论研究部级科研项目（04SFB2034）成果
- ◆ 福建省新世纪优秀人才支持计划资助

传统知识保护的 权利设计与制度构建

——以知识产权为中心

丁丽瑛 著

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

传统知识保护的权利要求设计与制度构建:以知识产权为中心 / 丁丽瑛著. —北京:法律出版社,2009.5
(厦门大学法学学术文库)
ISBN 978-7-5036-9518-6

I. 传… II. 丁… III. 知识产权法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065179 号

厦门大学法学学术文库	传统知识保护的权利要求设计与制度 构建——以知识产权为中心	丁丽瑛 著	责任编辑	刘文科
			装帧设计	马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 11.625 字数 303千
版本 2009年8月第1版	印次 2009年8月第1次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9518-6

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

主要缩略语索引

- AHRA American Home Recording Act of 1992
(美国 1992 年《家庭录音法案》)
- CBD Convention on Biological Diversity
(《生物多样性公约》)
- CIPR Commission on Intellectual Property
Rights in UK
(英国知识产权委员会)
- FAO Food and Agriculture Organization
(世界粮农组织)
- IPC International Patent Classification
(国际专利分类)
- IPR Intellectual Property Right
(知识产权)
- PLR Public Lending Right
(公共借阅权)
- SPC South Pacific Commission
(南太平洋委员会, 1998 年更名为太平洋共同体)

TK	Traditional Knowledge (传统知识)
TKRC	Traditional Knowledge Resource Classification (传统知识来源分类)
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》)
UNEP	United Nations Environment Programme (联合国环境规划署)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (联合国教科文组织)
UPOV	International Union for the Protection of New Varieties of Plants (保护植物新品种联盟)
WHO	World Health Organization (世界卫生组织)
WIPO	World Intellectual Property Organization (世界知识产权组织)
WIPO – IGC	The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (世界知识产权组织“知识产权与传统知识、遗传资源、 民间文艺政府间委员会”)
WTO	World Trade Organization (世界贸易组织)

目 录

主要缩略语索引 / 1

导言 / 1

一、研究的背景和意义 / 1

二、研究的基本思路 / 10

三、研究的主要方法 / 17

四、本书结构及研究重点 / 21

第一章 作为法律保护对象的传统知识 / 23

第一节 传统知识的术语使用及其定义意义 / 23

一、传统知识术语使用及概念表述 / 23

二、定义传统知识的意义 / 27

三、本书“传统知识”指称对象的定位 / 30

第二节 传统知识的内涵定义和范围说明 / 35

一、传统知识的固有属性与法律特性 / 35

二、传统知识的存在形态和范围 / 44

第三节 传统知识保护对象的确定 / 46

- 一、传统知识保护对象确定上的分歧 / 46
- 二、作为法律保护对象的传统知识的多层性与特定化 / 49

第四节 传统知识文献化的意义 / 51

- 一、传统知识文献化的必要性 / 51
- 二、传统知识文献化的方式和范围 / 55
- 三、可能存在的相关问题 / 57

第二章 传统知识利益权利化的应然基础 / 62

第一节 与传统知识相关的利益分析 / 62

- 一、需要：传统知识利益的形成与根源 / 63
- 二、价值：传统知识利益的表现、冲突和选择 / 65
- 三、权利：传统知识利益的转化 / 68

第二节 传统知识利益向权利转化的正当性判断 / 70

- 一、共识：传统知识价值的普遍承认与在先权利保护的正当性 / 71
- 二、分歧：传统知识属性的不同诠释与财产权保护的正当性 / 76
- 三、妥协：传统知识衍生利用的惠益分享与解决现实问题的多样性 / 78

第三节 传统知识财产权的证成 / 83

- 一、证成传统知识财产权正当性的基本思路 / 83
- 二、财产、财产权概念对传统知识具有可适性 / 85
- 三、传统知识财产权配置符合私有财产权的价值和原则 / 94

第三章 传统知识利益权利化的实然条件 / 109

第一节 可实现性：传统知识与现行知识产权对象的契合与偏差 / 110

- 一、对象形式契合：知识产权提供了传统知识
 产权化的制度框架 / 110
- 二、对象特征偏差：现行知识产权制度无法
 完全兼容传统知识保护 / 114
- 第二节 可技术性：知识产权体系对传统知识
 保护要求的回应 / 120
- 一、利用：现行知识产权制度在传统知识保护上
 的延用 / 121
- 二、改造：使知识产权体系得以兼容传统知识
 保护需要 / 122
- 第三节 利益平衡：传统知识权利保护与权利
 限制 / 125
- 一、传统知识保护的利益平衡 / 125
- 二、传统知识的公共物品与私人物品划分 / 129
- 三、传统知识的权利主张与权利限制 / 138
- 第四节 权利体系：传统知识的权利确认与
 创设 / 141
- 一、传统知识保护的权利体系安排 / 141
- 二、传统知识财产权的创设与实现路径 / 144
- 三、传统知识权利确认中私权与公权的衡平逻辑 / 146
- 第四章 传统知识保护的目标、思路与模式 / 152**
- 第一节 传统知识保护的政策目标和核心
 原则 / 152
- 一、传统知识保护的政策目标 / 152
- 二、传统知识保护的核心原则 / 156
- 第二节 传统知识保护的基本思路及其实现
 模式 / 165
- 一、传统知识的防御性保护 / 166
- 二、传统知识的积极性保护 / 173

第三节 国际法治下的传统知识保护规则 / 183

一、传统知识保护的立场、态度和政策 / 183

二、后 TRIPS 时代知识产权保护国际格局的改变 / 186

三、国际组织对传统知识保护问题的讨论及其
进展 / 191

第五章 我国传统知识保护的立法和模式
选择 / 201

第一节 路径：传统知识保护的全球法律地方化
与地方法律全球化 / 201

一、知识产权保护：法律移植、条约引入与制度
创新 / 201

二、传统知识保护：国家立法先行抑或国际立法
先行 / 204

三、“反知识产权”：并不可取也无必要 / 206

第二节 背景：知识产权战略视野下的传统
知识保护 / 207

一、国内外知识产权战略制定与实施的一般性
考察 / 207

二、传统知识保护在我国国家知识产权战略中的
地位考察 / 209

三、我国传统知识开发、利用面临的主要现实
问题 / 213

第三节 决策：我国传统知识保护的立法思路
和模式选择 / 216

一、当前的立法现状 / 216

二、基本立法构架 / 218

三、未来的立法安排与步骤 / 219

四、具体模式选择的抽象把握 / 221

五、合同的补救作用 / 225

第六章 传统知识保护议题下的我国现行

知识产权法的利用和改造 / 228

第一节 专利法的利用和完善 / 228

一、强化资源获取或者利用的合法性 / 229

二、扩展社会公德和公共利益条款的适用 / 230

三、设置来源的披露要求与事先知情同意机制 / 233

四、授予传统知识集体性专利权 / 235

第二节 著作权保护的扩张适用 / 238

一、以著作权保护民间文学艺术的制度空间 / 238

二、著作权法对民间文学艺术保护的具体回应 / 248

第三节 商标权保护的延用 / 255

一、商标权保护对传统知识的可适性 / 256

二、以商标权保护传统知识面临的问题 / 261

三、利用和完善商标法保护传统知识的方案 / 268

第四节 反不正当竞争权利的运用 / 271

一、反不正当竞争法对传统知识保护可能发挥的作用 / 271

二、反不正当竞争法在传统知识保护上的适用情形 / 275

三、小结:传统知识局部性保护的补充工具 / 280

第五节 植物新品种权的利用及相关农民权的

强化 / 280

一、植物新品种权保护的演变及传统知识保护问题的提出 / 280

二、利用植物新品种权间接保护传统知识 / 285

三、以“农民免责”和“农民权”限制植物新品种权的行使 / 287

四、小结:以防御性保护为主,以积极性保护为辅,以权利限制为补充 / 289

**第七章 传统知识之上的特别权利保护制度
构架 / 291**

第一节 利益失衡下的例外制度补救 / 291

- 一、利益失衡现实与制度创新补救要求 / 291
- 二、制度创新思路下的各种特别权利概念 / 293
- 三、公共领域作品利益分享制度对传统知识特别权设计的启示与借鉴 / 299

第二节 传统知识特别权的客体 / 304

- 一、传统知识特别权客体的认定标准 / 305
- 二、传统知识特别权客体的认定方式 / 306

第三节 传统知识特别权的主体及行使 / 308

- 一、传统知识之上群体性权利和概括性主体的提出 / 308
- 二、传统知识特别权的权利主体 / 311
- 三、传统知识特别权的行使主体 / 314
- 四、传统知识传承主体的单列 / 321
- 五、小结：传统知识特别权主体制度的构成和条文表述 / 326

第四节 传统知识特别权的内容和限制 / 327

- 一、传统知识特别权规定的模式选择 / 327
- 二、传统知识特别权的内容 / 329
- 三、传统知识特别权的限制 / 331

结语 / 336

参考文献 / 339

后记 / 356

导 言

一、研究的背景和意义

(一)社会发展对传统知识^①保护提出现实的要求

人类社会的发展源于不断进行的知识创新,而这种知识创新又是不断地积累、沉淀和更新,从而代代相传和持续发展。从这一意义上说,传统知识是人类文明社会的一个重要组成部分,并在许多国家特别是包括中国在内的发展中国家已经并将继续发挥重要的作用。以传统医药为例,传统医药被认为是传统知识的一个重要组成部分,无论是在过去或者是在将来,它都与人类的生命健康息息相关,尤其在许多发展中国家民众的日常生活中更是扮演着十分重要的角色。在许多国家,特别是发展中国家,传统医药提供了贫穷人口唯一消费得起的

^① 本著作对“传统知识”概念的使用采用广义的定义,即包含狭义的传统知识和民间文学艺术。因而,本著作的研究领域包括狭义上的传统知识保护和民间文学艺术保护的权利设计与制度构建。

治疗方法,满足他们的健康需求。

在过去的相当长的时间内,传统知识普遍被纳入人人皆可自由接近、获取和利用的公共知识。但近年来,随着传统知识的价值被人们认识、挖掘和商业化利用的扩大,以及因之带来的生物多样性和文化多样性不断消失的危险,传统知识的保存与发展成为国际及各国普遍关注的问题,传统知识保护问题甚至被提升到与发展中国家和传统部族的公共健康以及健康权、发展权等基本人权相关的层面。^①与此同时,传统知识已经成为现代文学、艺术创作以及科学研究及产品开发的重要基础和来源。传统知识的共享、利用、传播和发展中产生的利益冲突和平衡成为现代立法必须面对和调整的新的社会关系。

将传统知识作为私权对象纳入私法保护,也是当前变革知识产权国际保护体制的需要。以《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》为代表的传统知识产权国际保护体制,以及以《与贸易有关的知识产权协议》(简称 TRIPS)为代表的新近知识产权国际保护体制,均是从发达国家的立场出发,体现和维护技术领先、经济发达的国家的利益,发展中国家在知识产权保护问题上一直处于被动应对的地位。变革知识产权理念,改造知识产权制度,使之不再仅是保护“正规创新对象”的规范,也是保护传统知识的工具,从而使传统知识持有人得以据此提出和实现利益分享之主张,这已成为许多发展中国家在国际舞台上多方争取和努力以及在国内进行制度创新的目标,也因此成为知识产权法学者研究的重要课题。

传统知识保护还是实施知识产权战略的一个重要组成部分。当今社会正处于知识经济时代,知识产权作为一种对包括创造性技术信息、文化信息及表彰性商业信息在内的知识信息的合法垄断权,正在越来越多地成为市场垄断的手段。垄断与反垄断,在知识产权“圈地运动”中隐藏的深层次的问题是知识产权保护问题被提升为国家的战略予以考虑、

^① 严永和:“论传统知识知识产权保护的正当性”,载《知识产权》2005年第2期。

制定和实施。因而,目前,无论是作为发达国家的美国、英国、日本,还是作为发展中国家的印度,都已经开始从战略的高度来运用知识产权制度,许多发展中国家也已将遗传资源、传统知识保护作为抵制发达国家及其跨国公司或外国公司的知识产权“圈地运动”的战略措施。

在我国,2005年1月国务院办公厅正式发文成立国家知识产权战略制定工作领导小组,开始着手制定国家知识产权战略。2008年6月5日国务院发布《国家知识产权战略纲要》,就全面提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力,建设创新型国家,实现全面建设小康社会目标进行了具体的部署。其中,在战略目标、战略重点及专项任务中,均提及“遗传资源、传统知识和民间文艺”。

(二) 传统知识保护的立场、方案未见统一

目前,与传统知识保护有关的规定已出现在一些零散的国际条约或宣言中,其中主要是1989年《国际劳工组织关于独立国家土著和部落民族的第169号公约》、1992年《生物多样性公约》、2001年《粮食和农业植物遗传资源国际条约》、2002年《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》、2002年《观点相同的生物多样性特别丰富国家关于遗传资源获取、传统知识和知识产权的库斯科宣言》、2003年《保护非物质文化遗产公约》、2006年《联合国土著民族权利宣言》。但是,国际社会尚未就传统知识保护问题达成一致的认识,也未缔结专门的国际条约。以美国为首的一些国家主张采用契约方式解决传统知识保护问题,而多数的发展中国家强调应当将传统知识保护准则纳入有约束力的国际条约中。

传统知识保护呼声不断高涨,其正当性也被重复强调和论证,2001年11月14日世界贸易组织(简称WTO)部长会议通过和发布的《多哈部长宣言》所列举的一系列谈判议题和应当优先考虑的问题包括《知识产权协议》与《生物多样性公约》、传统知识和民间文学艺术保护的关糸。据此,TRIPS理事会根据《多哈部长会议宣言》第12条、第19条,《知识产权协议》第27条第3款、第71条第1款的有关规定和授权,将