

论传统知识法律保护之不足及革新

曾 炜,曲佳文

(贵州民族大学 法学院 贵州 贵阳 550025)

摘 要: 现行的知识产权制度在保护传统知识方面存在种种弊端和不足,为加强和完善传统知识的保护,从国内层面,在利用现行知识产权制度的基础上,需要制定关于传统知识保护的专门制度;从国际层面,需要各国共同努力,借助联合国科教文组织、世界知识产权组织,尤其是世界贸易组织在内的各种国际组织,推动传统知识保护的国内立法与协调。

关键词: 传统知识; 知识产权; 专门制度; 法律保护

中图分类号: D996.1 文献标识码: A 文章编号: 1006-0448(2015)01-0104-08

DOI:10.13764/j.cnki.ncds.2015.01.017

传统知识的存在和使用已经历了漫长的岁月,与发展中国家许多人民的生活息息相关。如传统医药满足了发展中国家尤其是最不发达国家不少民众的健康需求,甚至往往也是他们唯一负担得起的医疗方式。此外,传统知识还是各种民族风俗的表达形式,如音乐和手工艺品的源泉。传统知识对于发达国家也具有重要意义,通过与现代科技的结合,传统知识具有更多的医药或技术价值,基于传统知识的研发成果为发达国家带来了无限的商机^{[1][P3]}。

但是发达国家往往不承认对传统知识的使用承担任何义务,这可能对传统知识拥有者的生活和文化价值带来破坏,加速了传统知识的流失。近年来,越来越多的民众认识到传统知识的重要价值,但在西方社会中传统知识仍被视为已经置于“公共领域”的知识,换言之,这种知识任何人都可以免费使用,更有甚者,有些传统知识居然被西方的研究者或企业以知识产权的形式盗用享有,但却没有对该知识的创造者或拥有者给予任何补偿。这种对传统知识的剽窃行为,更凸显出传统知识的保护迫在眉睫。有些发展中国家奋而拿起法律武器捍卫自己对传统知识的权益,成功地撤销了西方公司以传统知识所申请的专利权^{[2][P69]},从而使发展中国家与发达国家关于传统知识的争议浮出水面,并引起包括

联合国、世界知识产权组织(WIPO)、世界贸易组织(WTO)等在内的许多国际组织的关注。因此,传统知识的保护已经成为一个重要的议题。

传统知识的保护具有重要意义,一方面,可以保护和保存传统文化及生物多样性;另一方面,可以促进传统知识的创新、开发利用传统知识,避免未经许可的开发使用。在学者的众多讨论中,知识产权制度与专门制度在传统知识保护中的价值与作用及其局限性莫不得到学者们的广泛关注,并对传统知识保护的国家以及国际立法产生重要的影响。

一 传统知识的界定与特征

(一) 传统知识的界定

由于传统知识涉及范围非常广泛,包含信息不同本质和不同表达方式,要对传统知识下一个从法律和科学的角度均能被接受的定义十分困难^[3]。一些国际组织如WIPO、生物多样性公约(CBD)出于对传统知识保护的目不同,对传统知识的界定存在种种差异。不同的学者基于立场与角度的差异,对传统知识的认识也往往是“横看成岭侧成峰”,不一而足。

1. 世界知识产权组织

WIPO的“遗传资源、传统知识与民俗文化知识

收稿日期: 2014-12-09

基金项目: 国家社科基金青年项目“世界贸易组织与区域贸易协定争端解决机制管辖权冲突与调和研究”(13CFX116)。

作者简介: 曾炜(1976-),男,湖南邵阳人,教授,法学博士,从事国际经济法研究;曲佳文(1988-),女,河北承德人,2013级国际经济法专业硕士研究生。

产权的政府间委员会”将传统知识定义为“基于传统而产生的文学、艺术或科学的作品、表演、发明、科学发现、设计、标记、名称或符号、未公开的信息,以及其他一切基于传统在工业、科学、文学或艺术领域内的知识活动所产生的创新与创作”^{[3] (P3)}。

可见,传统知识涉及的范围包括农业知识、科学知识、技术知识、生态知识、医药知识等等,其方式包括音乐、舞蹈、歌曲、手工艺、设计、传说、艺术品及语言。另外,传统知识不必然是古老的,可以是随着时间的演进而为个人或社区接受其社会与环境挑战的日常创作,即传统知识事实上为现代知识^{[4] (P23)}。

2. 生物多样性公约

CBD与传统知识最相关的莫过于第8条j款^①,该款没有对传统知识作明确定义,而是宽泛地描述为“体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法”。并进一步把传统知识解释为以实践为本,经过数世纪所得,适应当地文化和环境,经代代口耳相传的知识。由此可见,CBD关于传统知识的阐述反映出传统知识多样化的特性,只要具备上述条款所描述的传统知识的要素,就可能以各种形式呈现,或涉及不同领域,并非限于特定形式或领域。

3. 联合国科教文组织

由于传统知识是集体生产、保存和所有,与土著或原住民社区的生活有非常密切的联系,传统知识的保护与土著或原住民的人权保护产生交集。联合国在过去几十年来关于土著或原住民权益的承认及保护方面作了诸多努力,而对传统知识概念本身没有太多表述,其主要聚焦于如何保护土著或原住民的权益。

4. 学者

阿根廷学者 Carlos Correa 对传统知识的定义基本上与 WIPO 的定义类似,认为传统知识包括为医疗或农业使用的生物或其他材料的信息、生产方法、设计、文学、音乐、宗教仪式、其他技术和工艺。多数情况下,传统知识是由过去已发展的知识所构成,但因其仍会为适应社会变迁而不断演变,所以会产生新信息。在传统知识中,有些已经被公开于所持有的传统或原住民社区之外,而另外则还流传于所在的社区之中。此外,有些传统知识已经被文献化,而

其他部分的传统知识则没有被文献化^{[1] (P4)}。

Nuno Pires de Carvalho 认为传统知识有狭义与广义的两种。狭义的传统知识是传统本身,是由传统社区及土著或原住民所发展出来的思想,以传统或不拘形式的方式,适应物理和文化环境的需求而产生的一种反应,是文化识别的一种手段。而广义的传统知识除包括狭义传统知识之外,还包括传统知识的表达。传统知识的表达又称为民俗表达方式或传统文化的表达。

Graham Dutfield 则认为传统知识难以定义,过于空泛,而借用人类学家 Marth Johnson 对传统知识的子类“传统生态知识”的定义,即一群人通过与自然密切接触的世代生活而构建的知识体系^{[5] (P240)}。

5. 简要评析

从传统知识的来源来看,WIPO、CBD 以及 Carlos Correa 都认为传统知识来自于某特定的传统或原住民社区,而且该社区与地域有密切关系;在内容、特色方面没有太多差异,都认为传统知识的内容包括代代相传的原有部分和后来的创新部分,具有进步性、变动性或适应性;在表现形式方面,Carlos Correa 指出包括已文献化和未文献化两种;在传播范围方面,只有 Carlos Correa 提及公开或未公开的知识。

与之不同,Nuno Pires 将传统知识分为广义和狭义两种,将民俗表达形式排除在严格的传统知识定义之外,着重强调传统知识的传统性,反对将已文献化的知识纳入传统知识的范畴。Graham Dutfield 则另辟蹊径,以生态社会学的观点来界定传统知识,强调传统知识与环境息息相关以及着重口头传述的特征。

虽然国际组织以及学者提出了各种关于传统知识的定义,但由于传统知识动态多变,内容复杂,很难对其作准确的定义,迄今仍没有哪一种定义被各界所广泛接受。WIPO 秘书处甚至拒绝给予传统知识最终确定的定义,认为为了使传统知识得以获得更完善的保护,倾向应该根据各法规的特性而采取更具实用性的定义方式。就如大多数国家的专利法,并未对“发明”加以定义,而是针对发明申请专利的必要要件加以规范,如新颖性、创造性和实用性。秘书处倾向于将这种方法同样适用于传统知识

^①生物多样性公约第8条j款:依照国家立法、尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用,由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。

上,即无须对传统知识的概念作精确界定,而只要对其重要要素加以规范即可。事实上,对传统知识作确切定义不仅在实践上不可行,在效果上也没有必要。

(二) 传统知识的特征

尽管关于传统知识的定义各种观点莫衷一是,尚无定论,但综合上述各种定义,传统知识应具有如下基本特征:

1. 传统知识具有整体性

传统知识的起源,是原住民或传统社区居民基于日常生活上与环境的互动所产生的观念,这样所形成的知识是整体的,并且经常是经由观念的传递,集体演绎而成。传统知识大多是由非系统化方法(non-systematic manner)所产生,是对环境所造成挑战的响应,并经过不断尝试的方法所产生,因此传统知识不是一种由实验室系统化所产生出的发明^{[6] (P31)}。

2. 传统知识具有多样性

该特征反映的是传统知识传承方式和表现形式的特质,即先辈往往采取口头或亲身示范等方式把自己掌握的传统知识传授给后辈,其表现形式既有固化的,也有非固化的,如口头表达等。

3. 传统知识具有适应性,

传统知识具有适应性,传统知识是人类为适应环境所产生,因此在环境的变迁下,传统知识并非静止的,而是动态的;因此所谓传统,并非一定指过去的知识,而是指该知识产生的方式是“传统的”。

4. 传统知识的创作者经常无法考证

许多传统知识由于是长期集体的创作所产生,而且其过程缺乏文字记载,因此常无法认定知识的创作者。

5. 传统知识常归属于某个特定居住地域的居民

特定的传统知识经常是创新、保存于较为封闭的社会,为特定地区的居民所共有,或者某地区的人或少数人所拥有。

二 传统知识的知识产权保护制度及其不足

各国之所以考虑采取知识产权制度来保护传统知识,是因为传统知识首先面临的困境是他人以传统知识申请知识产权的传统知识剽窃问题。比如在传统医药方面,许多西方医药公司以传统医药申请专利,获得巨大利益,不仅未回馈该传统知识持有的原住民族或传统社区,甚至通过专利制度排除了他

们原本的使用权,因此,为了要让传统知识拥有者获得应有的权利,许多国际组织及国家都主张应赋予传统知识拥有者知识产权。

(一) 著作权

在国际上,通过著作权制度来保障原住民或是传统社区的无形文化表达起源于20世纪60年代。1967年在斯德哥尔摩举行的关于修改伯尔尼公约相关条文的外交会议上,首先提出通过著作权法制度来保护文学与艺术创作的想法。

但是著作权在保护传统知识方面存在许多障碍。首先,保护主体为特定权利人与传统知识集体性特色存在冲突。著作权制度的保护主体为特定的作者,这一概念的适用在许多传统社会体系中便产生问题。在传统社会体系中虽有承认个人成为保护主体的可能,但多数社区仍相当重视传统知识创作过程中的集体性特色,这和现代社会重视个人创作的价值观背道而驰。

其次,传统知识的来源很难追溯,其原因可能是因为该知识是多人所创造的,还有可能不知道作者究竟是谁,在这样的情形下若适用知识产权制度就有可能面临找不出保护主体的困境。

再次,保护主体若非自然人一般需具备法人资格,而多数土著或原住民社区难以具备。在美国著作权法制度中,被保护的主体如果不是自然人,则必须具备法人资格。根据我国著作权法,法人和其他组织被视为作者需要符合必要的条件,如创作作品的活动是由其组织的,所创作的作品代表的是组织的意志,应当由该组织承担责任等。对原住民社区而言,这是一个相当大的限制,也为多数社区想要利用知识产权制度保护自身权益时会面临到的障碍,而被排除于保护主体之外^{[7] (P92)}。

另外,有些国家的知识产权法要求著作权保护客体必须是“固定的”。但多数原住民社群的文化创作都是口耳相传代代传承下来,也因此常常无法符合保护客体的要求,进而被排除于著作权法保护范畴之外。要解决这一问题需要在国内立法直接将文化表达列入保护范畴,而目前只有少数国家如突尼斯、玻利维亚和肯尼亚等国采取了类似的做法^{[7] (P96)}。

最后,一定的保护期限与某些类型的传统知识需要永久不公开的保护需要之间产业冲突,即著作权制度在保护上存在一定的期限。而有些传统知识是这些原住民文化认同上的重要要素,原住民社区可能不愿意因为第三人使用该知识并从中获益而将其公诸于世。针对此类型的传统知识则较适合给予

永久无限期的保护,且保护方式为不公开于公共领域中供大众所利用。在权衡原住民族群与大众利益后,若仍要公开,则至少在一定范围内不能让大众任意的利用。但现行的各国著作权法制度并无这种规定,只要期限经过后一公开,大众便可任意使用。从这个角度来看,著作权法制度似乎并不适合用来保护传统知识。

(二) 专利

专利的优点在于可提供传统知识所持有的原住民族或传统社区享有排他的销售、使用、生产等权利,及潜在的利益;此外,根据专利合作条约的规定,在该条约缔约国中申请专利,该单一申请即可适用于其他缔约国;但其缺点在于其申请程序费时又昂贵,并要求充分的披露,保护期间也有限,且一旦申请专利后,该传统知识将被置于公共领域中,可能与原住民族或传统社区的习惯法中对于某些传统知识有限制使用的情形相违背。除此之外,专利权人还必须承担对抗侵害专利的责任。对于某些直接将传统知识视为既有技术的国家,传统知识要申请专利更是难于上青天。最后,传统知识的持有者通常为一个或数个原住民族或传统社区,申请专利的主体有时难以确定。

(三) 商标

传统标记如果与原住民族或传统社区基于传统知识所提供的产品或服务相结合时,则符合商标的要件,应为商标法所保护的客体。此外,对于具有商业利益的传统知识,原住民族或传统社区可将商标使用于传统知识所生产出的产品上。目前采用商标制度保护传统知识的国家有澳大利亚和新西兰。如新西兰商标法规定:若申请的商标包含或使用原住民团体的文字,名字或符号有丑化或不道德的情形,依商标法规定,应不予以注册或使之无效。

商标制度的优点在于保护期限可无限延长、可使大众容易识别依靠传统知识生产的产品;但其缺点在于商标仅能阻止对受保护商标的使用,并不保护传统知识本身以及包含该知识的技术。

(四) 地理标志

根据 TRIPS 协定第 22 条的规定,地理标记是指识别一货物来源于一成员领土或该领土内一地区或地方的标识,该货物的特定质量、声誉或其他特性本要归因于其地理来源。地理标志权人可禁止非出自某地区的产品在未经准许的情况下使用该地区受保护的地理标志。

当传统知识所生产的产品因某特别的地理区域

而具有特定质量和声誉时,传统知识即与地理标志产生了联系。地理标志保护的优点在于不需要续展,也不需要费用,就可带来特别的经济利益;但其缺点在于地理标志仅可用来保护部分传统知识,而且地理标志所保护的并不是传统知识本身,对使用传统知识但却没有使用该地理标志的情况无能为力^{[8] (P15)}。

(五) 营业秘密

营业秘密旨在保护未经披露的信息,第三人只能通过保密及授权契约给付授权金而使用。符合营业秘密的保护者须具备下列三项要件:具有商业价值、非置于公共领域,以及秘密拥有者具有尽力去维持其保密性的行为^{[8] (P12)}。

如果持有传统知识的原住民族或传统社区主观上不愿公开,或客观上该传统知识仅为该民族或社区所知晓,就满足营业秘密的要件而受到保护。但该信息一旦进入公共领域,就不再受营业秘密的保护,但若该秘密是被他人以恶意违反保密或其他不正当行为泄漏的,秘密持有人可向该违反者请求因泄漏该秘密而产生的损害赔偿。此外,营业秘密的保护常与授权协议合并使用以获得更完整的保护。

营业秘密机制保护的优点在于可保护未经披露的传统知识,并可通过授权他人使用该传统知识而获得利益;但其缺点在于该保密传统知识一旦被泄漏,将不再获得该制度的保护。

(六) 植物新品种权

除了植物专利外,对于植物品种的另一项保护措施就是植物新品种权。植物新品种权与育种家权利事实上为一体两面。与植物新品种权相关的国际条约有《保护植物新品种国际公约》,其目标是采用知识产权来保护植物新品种,因此该公约提供了一种特别的知识产权保护机制,保护有性及无性繁殖的育种成果,以达到鼓励育种家培育新植物品种的目的。

如果用植物新品种权来保护传统知识,则该制度有其优缺点,优点在于其可提供一定期间内排他权利及潜在的利益;但是缺点在于完全披露的要求,并使该植物品种置于公共领域中、仅提供暂时的保护、申请耗时昂贵及对于他人以研究为目的的使用无法授权。事实上原住民的长期民间培育行为,是否可以获得植物品种保护法中育种家权利的保护呢?因为原住民与地方社区的传统品种恰好是具有异质性的,亦即具有生物多样性,因此无法使用传统的植物育种家权来保障地方品种;此外,地方品种都

是由农民长年累月根据环境的变迁而自行筛选的,因此无法符合所谓的新颖性。

综上所述,知识产权制度中的各种制度对于保护传统知识方面皆有其不足之处:首先,用著作权来保护传统知识在主体、客体方面很难满足法律要求,而且著作权一定的保护期限与传统知识需要永久不公开的保护要求相冲突。其次,专利制度的缺点在于其申请程序费时又昂贵,并要求充足的披露,保护期间也有限,且一旦申请专利后,该传统知识将被置于公共领域中;而且专利权人还要承担对抗侵害专利的责任,对于某些直接将传统知识视为既有技术的国家,传统知识无法满足新颖性及创造性的要件,要申请专利确非易事。再次,商标制度与地理标志的缺点在于仅能阻止使用受保护商标或地理标志,并不保护传统知识本身以及包含该知识的技术。另外,商业秘密机制的缺点在于一旦持有保密传统知识的原住民族或传统社区疏于保密,将不再获得该项机制的保护。最后,以植物新品种权来保护传统知识,其缺点在于完全披露的要求,并使该植物品种置于公共领域中、仅提供暂时性的保护、申请耗时昂贵及对于他人以研究为目的的使用无法授权。

三 传统知识的专门保护制度及其不足

现行知识产权制度由于存在上述各种缺陷,对传统知识无法提供完善的保护,而且许多发展中国家的学者认为现存的知识产权制度是依据西方社会的需求发展所设立,与传统社区并不兼容,他们认为只要赋予传统知识专属的排他权利,即便不是利用既存的知识产权制度,也可达到保护的作用。因此,除以现行的知识产权制度作为传统知识的保护方式^{[9] (P197)}。所谓专门保护制度,是指针对某类特别客体而设立自成体系的一种制度或法律,相应的权利称为特别权利。一般而言,特别权利或特殊制度是针对现有法律不能完善解决的客体而设立,例如,在现行知识产权体系中,植物新品种权、集成电路和电路布局设计权即分别是针对这两类特殊客体而设立的特别权利。对于传统知识的保护而言,专门保护制度即在针对传统知识提供现行知识产权制度外的特别保护,目前国际组织及各国提出的传统知识特殊保护制度包括注册登记及数据库、事先告知同意及利益分享、授权协议及来源地披露等,有些国家已经将这些制度引进至知识产权制度中,成为知识

产权制度中的特殊保护措施,也有国家以单独立法实现单一或多种特殊保护制度。

(一) 数据库与注册登记

数据库(database)与注册登记(register)是两个不同的概念,其区别在于数据库是对信息进行系统的收集与编排,其结果不一定要公开,可以为公众使用或仅为私人使用,信息提供者不会因为将信息置于数据库中而被授与任何法律上的权利,但对于信息的编排和数据的收集受著作权法的保护;而注册登记是信息提供者为了取得相关信息在法律上的权利而将信息注册登记于数据库中,同时告知大众其所登记主张的权利,注册登记通常公开置于公众监督之下。

建立以传统知识为既有技术的数据库作为各国专利专责机关审查专利新颖性和创造性的参考,在一定程度上可以避免不当专利的授与,这已得到许多国际组织和国家的认可。如中国和印度就分别建立了中国传统中药专利数据库和印度传统知识数字图书馆。

数据库的主要功能在于可防止不当专利的授与,但该制度却同时可能带来其他的问题。首先,传统知识具有秘密性,将其纳入数据库而又未采取充分措施加以保护,则可能助长对该知识的盗用。其次,防御性数据库并不会赋予原住民族对于传统知识的所有权,著作权归属于数据库的建设者,且该数据库反而为私人取得传统知识提供更多的机会,不但无法增加原住民族在传统知识上的权利,无形中更损害了传统知识拥有者潜在的知识产权。最后,很多传统知识客观上通常不易或无法文献化,而无法通过数据库有效成为既有技术,不能阻止对传统知识的剽窃。

过去都将讨论重点放在数据库的防御性保护方面,最近几年学者和各国则将焦点转移到注册登记得以提供传统知识积极性保护方面。注册登记,可分为宣示性注册登记和创设性注册登记。宣示性注册登记指该制度所承认的传统知识权利是一种祖传的而非政府所授予的权利,即传统知识权并非因该宣示性注册登记制度而产生。秘鲁的传统知识保护制度即为宣示性。创设性注册登记为通过该注册登记制度创设出排他的传统知识财产权,这方面的例子有巴拿马的登记注册制度^{[10] (P105)}。

宣示性注册登记可能引发的争议在于该制度赋予国家机关有义务去保护原住民族的传统知识权利,传统知识不论注册登记与否都应受到保护,因此

可能会造成怠于注册登记的情形。创设性注册登记则面临具体实施的难题,比如,何人具有法律上的权利去注册登记传统知识呢?是整个原住民社区还是其族长或代表,而该代表是国家层级、地区层级、或地方层级者?另外不论宣示性或创设性注册登记,同样面临如何保护保密性的传统知识的问题。

(二) 事先告知同意与利益分享制度

事先告知同意与利益分享指对于第三人取得或使用传统知识前,第三人应完全告知该传统知识的拥有者关于其取得或使用的结果和范围;如果签有同意使用范围内的授权协议,则应确实表明取得或使用传统知识的利益分享^{[11] (P18)}。事先告知同意原则及公平公正的分享使用遗传资源产生的利益为CBD主要目标及核心规定之一。2002年的缔约方大会通过的《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》,更进一步将事先告知同意及利益分享原则和与遗传资源相关的传统知识联系起来,赋予传统知识的用户应获得该知识持有者事先告知同意并应分享因使用该知识所产生利益的义务。

有些传统知识由某些个人或家族所拥有,在此情况下即不适合取得整个社区的事先告知同意。另外,如果传统知识由若干不同原住民和地方社区所拥有,则可能发生在取得事先告知同意时各社区间意见不一致的情形。在上述情况下如何适用事先告知同意制度就存在困难。另外,许多传统知识的持有者尚未完全融入现代文明社会,不能明白或者理解很多条款的涵义或者不能完全理解他们所做出的“同意”的法律和现实后果,在一些研究机构或组织的“引导”下作出了这样“同意”的意思表示^{[12] (P114)},这不能不说是事先告知同意制度仍存在的漏洞。

利益分享制度也面临“立法机制”和“契约机制”之争。立法机制是指基于通过谈判将相关各方的权利和义务明确化,并纳入有关国际法中的一种利益分享解决方案,该方式着重其公法的性质。契约机制是以契约的形式确定利益分享的方案,在契约中规定当事人的权利和义务,侧重私法性质,旨在通过相关主体的意思自治来实现利益分享的目的。目前各国就利益分享机制仍未达成共识,甚至对其性质还处在争议之中^{[11] (P12)}。

(三) 授权契约

授权契约是指通过当事方公平协商,由传统知识持有人将传统知识转移给第三人使用,双方按约定的推荐分享使用传统知识所获得的利益。在授权

契约中一般对传统知识使用的范围与限制以及保密要求作出规定。如2000年1月巴西大学与3个Kraho族部落签署采集与其传统知识相关的植物样本的契约,该大学、医药实验室及原住民协会共同拥有任何对医药发现的专利及授权的权利^{[13] (P65)}。

授权契约的双方往往由于多年的合作而互相信赖,由于该契约较为各界所熟悉,政府也很少介入,因此从实践来看,是一种比较容易实行的方式。但这项机制实施时可能遇到的困难在于:该契约对于契约以外的第三人无约束力,而且如果需要授权的传统知识所有人涉及多个传统社区时,如何与每个社区谈判并取得授权也非易事。

(四) 来源地披露制度

来源地披露指在专利申请过程中,申请人应披露传统知识的来源地^{[14] (P73)},并提供证据表明该知识的取得获得该来源国或持有者事先告知同意。该制度旨在扩展既有专利制度中的信息披露制度,更进一步赋予专利申请人特殊的披露义务,以预防滥用专利法及避免传统知识的盗用^{[15] (P90)}。

由于专利的授与具有地域性,来源地披露仅仅适用于已将其纳入内国立法的特定国家或地区,对于其他外国并不适用,造成无法杜绝全球性不当专利授与及传统知识剽窃的问题。另外,TRIPS协定禁止给予专利申请人其他不合理的程序及负担,上述关于传统知识来源地披露的制度可能违反了TRIPS协定。

与知识产权保护的模式相比较,不少学者肯定专门制度对传统知识的保障,更加直接,更能基于传统知识持有者的立场、角度来认识问题,所以此种方式受到具有丰富传统资源的众多发展中国家所青睐。但无法否认的是,此类保护方式仍有其不足,因为创造一个制度并不容易,因此许多制度还处于构想、发展阶段,尚未成熟、完善,也有些制度缺乏配套的措施,或者受到当地部落、地区的经济、文化条件的制约,实行上非常困难,这些都是亟待克服和解决的问题。以专门制度的保护方式,立意虽然良好,却仍有其待解决的问题,毕竟一个保护制度的建立显然有其困难之处,尤其是传统知识这一复杂且处于发展中的议题。

四 传统知识保护的“并存”模式及国际合作

(一) 传统知识保护的并存模式

不论是既存的知识产权制度还是专门制度的建

立, 均有其盲点, 未能全面、周全地保护传统知识, 但却也有各自的优点。所以, 学者及国际间开始出现应以并存的方式保护民俗文化及传统知识。

例如, WIPO 的传统知识和民间文学艺术政府间委员会就考虑以并存的方式进一步保护传统知识, 甚至为此成立一非正式的“为保护传统知识现存特殊措施的经验小组”(Panel on Experiences with Existing Sui Generis Measures for the Protection of Traditional Knowledge)^{[16] (P1)}。传统知识和民间文学艺术政府间委员会在研究现存的保护制度后, 开始思考以传统知识产权制度或以专门制度择一地保护传统知识是否是最好的方式? 而由成员国的经验中, 可看出现有的知识产权制度和专门的保护机制间, 并非互斥, 反而有互补的作用。

因此, 传统知识和民间文学艺术政府间委员第六次会议便认为, 保护传统知识的全面、综合方式, 包括联合利用现有的知识产权制度、防止不公平竞争、给予专有的特殊权利, 和(或)运用事先知情或同意的制度, 以获取全面的制度性保障。换言之, 保护传统知识, 应是以结合的方式, 包括利用任何或所有的法律工具, 如此将确保必要的弹性, 方能适应传统知识保护的需要、传统知识持有人、习惯使用、保管方式和每一个国家或社区法律环境。第七次会议中, 再度表示对传统知识的保护, 可结合专有权和非专有权的措施, 利用现有的知识产权制度, 延伸或调整知识产权制度及特别制订专门制度。为保护传统知识, 国际间试图在既存的知识产权制度中作变化, 其中, 在专利制度中建立事先告知同意与利益分享的管理原则即是一例^{[12] (P4)}。

(二) 传统知识保护的国际合作与协调

综上所述, 无论是现行知识产权制度还是上述各种专门的保护制度, 都存在种种不足, 无法给予传统知识完善的保护, 而且由于各国知识产权法的差异性, 通过国际合作与协调应是保护传统知识的必然趋势。

WIPO 对如何制定传统知识的保护机制作了广泛讨论, 从其针对《通过既有的知识产权制度来保护传统知识》的一份调查文件中可以窥知各成员国的态度, 同时该文件也为诸多学术上的讨论提供了实证的基础。多数成员国都认为不管是通过新权利的创设或是修正既有的知识产权制度都是可行的方式。除 WIPO 之外, CBD 在专利制度和传统知识的互动关系上也多有建树。但是 WIPO 由于执行不彰而广为各国所诟病, CBD 更是一种松散的国际文

件, 难以保障公约的实施。与之不同, TRIPS 协定可以借助 WTO 强有力的争端解决机制, 在保护传统知识方面应大有所为。因此, 只有在 TRIPS 框架内建立国际体制, 才可能真正有效的保护传统知识。

CBD 在伯昂准则中提出纳入披露要件以保护传统知识, 即传统知识来源的披露做为取得专利的要件。当与自然资源相关的传统知识遭受到不当取得时, 发展中国家认为修改既有的专利制度是避免传统知识遭受剽窃的重要举措, 而在 TRIPS 中纳入传统知识来源的披露是确保 TRIPS 成员方履行此义务最简单的方式。通过 TRIPS 的修订来拘束各国, 在 TRIPS 中纳入披露传统知识来源的要件以加强对传统知识的保护, 这样的方式才能真正落实 CBD 提出的公平、合理的惠益分享机制, 让传统知识的取得不仅能够符合传统知识所有国国内的相关法制, 同时也能落实 CBD 第八条 j 款的立法宗旨。虽然发展中国家普遍要求在 TRIPS 中增加来源披露要求, 但围绕着生命形式的专利保护问题, 发展中国家之间也有不同意见, TRIPS 理事会对传统知识保护的审议, 至今也没有取得任何具有实质意义的成果^{[18] (P145)}。

基于 TRIPS 框架的传统知识保护, 是后 TRIPS 时代国际知识产权制度变革和发展的重要议题。对该议题的解决, 既要突破现有制度在学理基础和规范方法方面的羁绊, 更要涉及既定秩序中的重大利益关系调整, 因此在近期内难以取得实质性的进展。但是, 这并不意味着基于 TRIPS 框架的传统知识保护是一个不可实现的构想, 因为这种构想的根据事实上已经存在于 TRIPS 的制度目标、规则体系和修正机制中^{[19] (P208)}。当前, 参照 WTO 在乌拉圭回合中 TRIPS 协定的造法模式和技术, 当在 TRIPS 框架下保护传统知识的时机成熟时, 可以将 WIPO 框架下的“传统知识国际知识产权保护公约”纳入《TRIPS 协定》当中^{[20] (P95)}, 不失为一条可行之路。

五 结语

我国地大物博, 拥有充足的多样性生物资源; 五千年的文明和众多的民族分支, 更是为我国培育出非常丰富的传统知识和文化。但是, 当前国际社会对具有重要地位的传统知识的保护仍没有一个完整的国际机制, 同时我国关于传统知识保护的国内立法也严重滞后, 这使得我国在传统知识保护的国际行动中还不具有足够的话语权, 大量的中华传统知识财富被侵占和掠夺。作为传统知识具有比较优势

的发展中大国,我国应当与其他发展中国家一道,积极推动传统知识保护的国内立法与协调,并加快保护传统知识的国内立法,构建我国的传统知识法律保护体系。

参考文献:

- [1] Carlos Correa. Traditional Knowledge and Intellectual Property—Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge [Z]. QUNO 2001.
- [2] 李芳芳. 关于民间传统知识的国际法律保护研究——以 1994 年印度楝树案为例 [J]. 社科纵横 2013(4).
- [3] Secretariat. Composite Study on Protection of Traditional Knowledge [Z]. WIPO 2003.
- [4] Secretariat. Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore [Z]. WIPO 2012.
- [5] Graham Dutfield. TRIPS – related Aspects of Traditional Knowledge, Case W. Res. J. Int'l L [J]. 2001(33).
- [6] Nuno Pires de Carvalho. The TRIPS Regime of Patent Rights [M]. The Netherlands: Kluwer Law international 2002.
- [7] Graham Dutfield. Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge [M]. London: Routledge 2004.
- [8] Stephen A. Hansen & Justin W. VanFleet. Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity, Washington [M]. Washington, DC: American Association for the Advancement of Science 2003.
- [9] Carlos M. Correa. Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options [M]. London: Zed Books Ltd 2000.
- [10] 曹阳. 知识产权制度下保护传统知识的局限性 [J]. 理论界 2007(8).
- [11] 严永和. “遗传资源利益分享权”的法律性质诠释 [J]. 知识产权 2010(5).
- [12] 杨新莹. 论知识产权制度下如何规制“生物剽窃”行为——以国际法和国内法为视角 [J]. 河北法学 2010(11).
- [13] Eliana Torelly de Carvalho. Protection of Traditional Biodiversity – Related Knowledge: Analysis of Proposals for the Adoption of a Sui Generis System, Mo. Env'tl. L. & Pol'y Rev [J]. 2003(38).
- [14] 薛达元 蔡蕾. 《生物多样性公约》新热点: 传统知识保护 [J]. 环境保护 2006(24).
- [15] 魏艳茹. 晚近美式自由贸易协定中的传统知识保护研究 [J]. 世界知识产权 2007(2).
- [16] Secretariat. Comparative Summary of Existing National Sui Generis Measures and Laws for the Protection of Traditional Knowledge [Z]. WIPO 2003.
- [17] Secretariat. Recognition of Traditional Knowledge within the Patent System: Interim Draft [Z]. WIPO 2006.
- [18] 古祖雪. 后 TRIPS 时代的国际知识产权制度变革与国际关系的演变——以 WTO 多哈回合谈判为中心 [J]. 中国社会科学 2007(2).
- [19] 古祖雪. TRIPS 框架下保护传统知识的制度建构 [J]. 法学研究 2010(1).
- [20] 胡超. 传统知识国际知识产权保护路径探析 [J]. 知识产权 2013(8).

Defects and Reform in Legal Protection of Traditional Knowledge

ZENG Wei, QU Jia-wen

(School of Law, Guizhou University for Nationalities, Guiyang 550025, China)

Abstract: Since the existing intellectual property system in the protection of traditional knowledge exists drawbacks and shortcomings, in order to strengthen and improve the protection of traditional knowledge, this paper discusses the following two aspects. From the national level, based on the use of existing intellectual property system, countries need to develop special systems to protect traditional knowledge. From the international level, countries must work together with the United Nations, UNESCO, WIPO, especially the WTO, including the various international organizations, to promote the protection of traditional knowledge and coordination of international legislation.

Key words: traditional knowledge; intellectual property; special system; legal protection

(责任编辑 刘雪斌)