

论传统知识寻求知识产权保护的正当性^{*}

符颖¹, 冯晓青²

(1. 上海交通大学 科技处, 上海 200030; 2. 湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105)

摘要: 传统知识与知识产权客体存在深刻联系, 传统知识纳入知识产权保护具有正当性。对传统知识进行知识产权保护是公平原则的要求, 是尊重人格权的需要, 是促进传统知识使用和提高其在发展中的重要性的措施, 对传统知识进行知识产权保护符合平衡激励机制, 是社会契约理论在国际层面的发展。

关键词: 传统知识; 知识产权; 正当性

中图分类号: DF523 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-5981(2005)02-0113-05

传统知识与现代技术结合创造出的巨大价值, 使传统知识的开发、利用越来越多地受到现代社会的关注。但许多传统知识面临不当利用、毁坏及失传的危险, 急待有效地加以保护。本文拟从法哲学的层面探讨将传统知识纳入知识产权保护的合理可行性。

目前学界对传统知识的提法比较混乱, 有的将传统知识作为上位概念使用, 是指传统科技、民间文学艺术、生物多样性等传统文化; 有的则将传统知识与民间文学艺术、生物多样性等相提并论。本文在探讨知识传统时, 采用世界知识产权组织的提法, 从广义的角度界定传统知识, 即包括传统的或基于传统的文学、艺术和科学作品, 表演, 发明, 科学发现, 外观设计, 商标、商号及标记, 未公开的信息, 以及其他一切来自于产业、科学、文学艺术领域里的智力活动, 传统的或在传统基础上的革新和创造。

与现代知识相比, 传统知识具有以下特征:

1. 传统知识是集体创造的结晶。

传统知识是特定群体因生存和发展的需要, 逐步积累、总结, 并发展起来的自然科学和社会科学。这种创作与发展往往不依靠单个社会成员的个人奋斗而完成, 而由某个群体甚至相关联的多个群体在长期的生产与生活中共同完成。传统知识有可能为群体中的所有成员获及, 也有可能被群体中的某些成员掌握, 但无论如何, 它是特定区域的群体通过持续的生活方式, 共同创造和发展起来的, 是世代连续

努力、共同开发、创造和培育的结果。

2. 传统知识是连续发展的过程。

传统知识并非静止不动的, 从产生之日起它就不断的改进适应不断变化的情况, 以滚雪球式的创作和存在方式经历了较长的历史跨度, 并不断演变产生新的信息。传统知识中的传统并不意味着过去和僵化, 仅仅只是作为现代知识对称而言。事实上, 传统知识只是知识的类型, 在许多重要领域比如在食品安全、农业和医疗事业中, 传统知识一直发挥并将继续发挥重要作用。

3. 传统知识具有明显的地域性。

传统知识是特定群体在应对生存环境的过程中逐渐产生和发展起来的知识, 这种知识的产生、发展与特定的自然环境和人文环境密切相联, 已经成为当地生活不可分割的组成部分, 离开其产生发展的土壤, 传统知识可能会褪色甚至消亡。

由此可见, 传统知识是特定群体在其所生活的特定地域内, 由于生存和发展的需要, 逐步积累、总结, 代代相传并不断改进的自然科学和社会科学的总和。传统知识的客体是智慧知识, 并且是特定群体创造并不断改进的智慧知识, 这与知识产权的客体存在同一性。因此, 运用知识产权保护传统知识具有正当性。

(一) 对传统知识进行知识产权保护符合公平原则

“公平是法的逻辑前提, 法因公平社会之需要

* 收稿日期: 2004-10-09

作者简介: 符颖 (1976-), 女, 湖南花垣人, 上海交通大学科技处助理研究员。

冯晓青 (1966-), 男, 湖南望城人, 湘潭大学法学院教授, 博士生导师, 主要从事知识产权法研究。

而产生”^{[1] (P494)}。但公平又往往难以琢磨,不同的人站在不同的角度,处于不同的阶层有不同的回答。其实公平与正义一样具有一张普洛透斯的脸,变化无常、随时可呈现不同形状,并具有极不相同的面貌。公平不是某一个自身存在的东西,而是存在于人们的相互交往中,它是一种契约,是每一次行为为了不损害他人和不受他人损害而制定的契约。公平最基本的要求是将权利和义务配置为能最大限度地扩大社会财富机制,满足个人的合理需要与要求,并以此促进生产进步和社会的内聚力。

公平的表现方式有很多种,但只有实质的公平才是真正的公平。形式的公平看似提供了公平的机会,但事实上由于经济、历史、政治等多种原因,在机会的利用和获得上往往是不平等的,这就造成优势群体凭借自身优势能获得更多机会,占有并享用更多社会财富,而弱势群体在劣势环境下一步步走向恶性循环。实质的公平应承认不同的群体具有不同的特点,宽容这种不同性,并提供一种机制使不同群体能够获得平等发展的机会。

从现代法律体系来看,传统知识的价值没有得到应有的尊重和补偿,特别是当传统知识导致商业受益时,现行知识产权法只保护了挖掘和改编者的利益,而传统知识的真正创造者没有得到合理的回报。如由农民培育和保存的品种后来被收集起来用于科研和育种,并通过种子公司进入销售渠道来销售。后者可依据植物育种者的权利保护其改进的品种并且因此受益,而农民们却没有因为他们所贡献的种子和创造的价值得到任何补偿。一些法学家认为农民的种子已经种植了几代甚至更长时间,早已成为众所周知的事实,已经是进入公有领域的知识,因此不需要付费使用。但农民却面临这样的处境,一方面自身群体经过几代人甚至更多人努力创造的成就免费为他人所享用,另一方面却要为自己拥有的品种改造而来的高产种子付费,而农民从未因自己的劳动得到任何尊重和报酬,这是公平的吗?

一些人可能会这样争辩,将公有领域的东西划入专有领域将会阻碍知识的传播和获得,不利于社会的整体发展和进步,从社会效益的角度讲应该把权利配置给能再生产出更多财富的人。这种效用最大化的牺牲虽然可以导致财富的积累,在一定程度上促进社会进步,但只是一种短期效应,从长期来看将危害社会的持续发展。不公平意味着制度缺乏正义的基石,因不公正的制度导致的财富分配将导致

人们对法律和社会制度的不信任,此其一。其二,效用不能代替公平,个人是目的而不仅仅是手段,他们若非愿意,不能够被牺牲或被使用来达到其它的目的。当传统知识导致商业受益时,传统知识的创造群体应该获得合理的经济补偿。其三,知识产权是一种私权,有地域性的特征,何谓公有何谓专有受国家法律政策的调整,并非一成不变。其四,传统知识概念中的所谓“传统”仅仅意味着该知识的创造和使用属于群体文化传统的一部分,传统群体或其成员在应对社会环境变化的挑战过程中,每天都在创造着传统知识。从使用的角度看,传统知识也是当代知识^[2]。传统知识是传承人类文明的重要符号,创造它的群体依然在不断地更新和发展它,其所付出的努力必须得到承认和尊重。

(二) 对传统知识进行知识产权保护是尊重人格权的需要

传统知识是特定群体在漫长的生产生活过程中创造出来的社会科学和自然科学,是集体智慧的结晶,带有鲜明的群体、民族特色和地域特点。传统知识是一代又一代创作者对自身生存环境的观察和理解,并将这种对生活方式的独特感受溶入到自己的创造中。传统知识既是创作者自己人格存在的实现,又是群体人格实现的方式。尊重传统知识对个体而言是识别自己身份的一种重要手段,对群体而言是这个群体、民族自我认同和尊严的基础,同时也是外界对这个创造群体和他们生存方式的尊重。正如黑格尔指出的:“人格的要义在于,我作为这个人,在一切方面都完全是被规定的和有限的,毕竟我全然是纯自我关系;因此我是在有限性中知道自己是某种无限的,普通的,自由的东西”。所以在人格中认识是以它本身为对象的认识,这种对象通过思维被提升为简单无限性,因而是与自己纯粹同一的对象。个人和民族如果没有达到这种对自己的纯思维和纯认识,就未具有人格^{[3] (P45)}。

在传统知识蕴藏巨大商机时,外界对传统知识的不当占有和滥用行为频频发生。除给传统知识创造群体造成经济损失外,还往往造成其人格贬低,带来巨大的精神伤害。如许多音乐公司将一些民歌、宗教性质的歌曲进行改编后制成流行歌曲到处发行,在不适当的场合演唱。一些民歌、宗教性质的歌曲是一个民族或群体基于特定场合如进行祭祀、丧葬、宗教等活动时演唱的。这种不恰当的使用,对民族精神和感情造成了极大的伤害。再如近年来,中国人开发并使用了千百年的中药乃至中成药被日

本、韩国一些公司引入国际市场销售,甚至在国外申请专利获得专有权保护,让人误以为是日药、韩药。撇开经济利益不说,这种行为本身就是对原创群体的极不尊重和知识掠夺。

给予传统知识人格权保护是阻止滥用、掠夺传统知识,尊重原创群体的最佳保护手段。通过人格权保护,权利人可以在脱离了对创造物的直接控制时,主张权利,维护人格尊严。同时知识产权人格权是基于创造发明的法律事实产生的,不是以自然人的生命现象为保护前提,因此保护期限不受限制,在创作者去世或经济权利期限届满之后,法律依然保护其人格权不受侵犯和被歪曲。

(三) 对传统知识进行知识产权保护是促进传统知识使用和提高其在发展中的重要性的要求

对传统知识进行知识产权保护,为传统知识提供了一种机制,使其获得某种尊重和肯定,有助于传统知识的保存,促进传统知识的使用及创新功能。“传统知识的保存不仅是自我身份权的关键构成部分及土著和居住人持续生存下去的条件,而且是人类文化遗产的核心要素。”^[4]对传统知识提供知识产权保护将在法律上肯定传统知识的价值,提高该知识的形象,并有助于在拥有该知识的群体内外形成对知识的尊重。

在实践中,很多时候人们将传统知识视作一种落后文化或者是消失的符号,毫无价值。但事实上传统知识已经并且仍在许多领域发挥着重要作用。以药物市场为例,全球有 119 种中药是从植物提炼出来的,当中七成半来自传统草药,越来越多的生化技术、药物和身体护理品的研究,是在传统知识的基础上进行的,并取得了可观的利润。世界卫生组织估算,1999 年,传统医学为中国从国际市场带来 50 亿美元的收入,从国内市场带来 10 亿美元的收入。

在人类改造自然界和自身的时候已经意识到保护传统知识、维护知识结构的多样性是保持社会发展的重要动力。单一性的知识结构和结构带给人类的将是一场灾难。对不同文化保存,可以为世界提供多种价值观和不同的技术结构,这将为人类社会的进步带来活力,在社会遇到危机时,我们有不同的策略应对这些危机。在联合国教科文组织发表的《世界文化多样性宣言》中已指出,“文化多样性增加了每个人的选择机会;它是发展的源泉之一,它不仅是促进经济增长的因素,而且还是享有令人满意的智力、情感、道德精神生活的手段。”“保持文化

多样性是交流、革新和创作的源泉,对人类来讲就象生物多样性对维持生物平衡那样必不可少,从这个意义上讲,文化多样性是人类共同遗产,应当从当代人和子孙后代的利益考虑予以承认和肯定。”

外界对传统知识的使用带来的经济回报,可以为传统知识的存续和创新创造更好的经济基础。例如纳西族手工制造的东巴纸,这种纸不仅具有书写的功能,而且承载了一定的文化涵义,但由于制作成本、销售等种种原因,造纸技术中断了。又如在中国有着两千多年历史的皮影戏由于现代影视业的冲击正面临着失传的危险,没有年轻人愿意学习继承它。对传统制造方式和文化生活方式保护带来的收益可以维持那些本来可能被放弃的活动。对传统知识保存做出贡献的人进行补偿可以改善他们的生活条件,减少经济发展不平衡。

传统知识的保存没有创新因素的加入也是不充分的,发明创造对于巩固传统文化也是非常重要的。对传统知识的保护将有助于吸引该群体的青年学习和发展传统知识,激发其利用和继续实践这种知识的热情,并在实践中改进和创新传统知识,从而促进传统知识永久存续。

(四) 对传统知识进行知识产权保护符合平衡激励机制

现代知识产权制度的设计非常注重利益平衡,在这个机制里强调知识产权的专有性与社会对智力产品的合法需求这对矛盾的平衡。在这对矛盾中专有和公有是矛盾的两极,具有彼长此消的关系。专有成分太多势必会给知识接近造成障碍,从而影响到公众对知识的获取,以及知识的自由流动,最终将妨碍知识产权制度目的的实现,公有成分太多,则会形成知识产权的弱保护,可能导致对知识生产的原动力不足,从而造成知识稀缺,最终也不利于社会效益最大化的实现。因此知识产权制度通过具体制度的构建来满足这种动态平衡,通过对知识接近的有限抑制,扩张知识的总量,更大程度为自由接近知识提供保障。最突出的一点是知识产权制度为新的创造发明提供知识产权保护,并且这种保护是以公开为代价所换取的有期限的专有权利。

相比之下,传统知识很多已经处于公有领域之中,要将已经进入公有领域的知识再纳入私有领域进行保护似乎违反了知识产权设立的初衷。但稍加留意就能发现,何谓公有何谓专有是一种法律的划分,知识产权作为私权,具有地域性的特征。在某个地域公知公用的技术并不代表在另一地域也是公知

公用的,不能阻止他人在另一地获得专利,作品在一地的发表使用并不能阻止他人在另一地获得著作权。例如美国著名的灵藤水案,灵藤水是用 *Banisteriopsis caapi* 树皮制作的一种饮品,整个亚马逊流域的当地部落的巫医们世代都用它来诊断和治疗疾病。一个美国科学家 1986 年在对该植物进行研究后,对该植物的一个品种 *Da Vine* 在美国申请专利并获得授权。一个代表超过 400 个当地群体的综合组织于 1994 年听说了该专利并提出异议。国际环保法中心 (CIEL) 代表他们对该专利提出了再申请。CIEL 指出,通过对现有技术的检索,表明 *Da Vine* 既不是新的也不是独特的。他们还指出,由于 *Banisteriopsis caapi* 在整个亚马逊流域的神圣地位,批准该专利有悖于专利法的社会和道德原则。CIEL 提交了详尽的现有技术证据,美国专利局于 1999 年 11 月指出 *Da Vine* 与 CIEL 提交的现有技术没有区别,因此该专利不应当被批准。然而,专利权人进一步申辩说服美国专利局改变了立场,在 2001 年初宣布该专利有效^[5]。这表明知识产权作为私权,具有明显的地域性特征,是否享有权利是一国主权范围的事,受到国家法律政策的影响。

此外,判断新颖性标准的方法,也决定了传统知识是属于公有领域还是专有领域。采用的标准不同,得出的结论可能会大相径庭。若适用严格新颖性标准,则可能得出传统知识处于公有领域的结论,若采用相对新颖性标准,则可能得出相反结论。由于多方面的原因,采用绝对标准,在实践上是很难实现的。例如在专利法中,目前许多国家就采用的是相对新颖性标准。因为一些技术特别是传统技术是以实践或众口相传的方式传播、延续,没有书面的记载,采用绝对新颖性标准,专利审查员很难查到相关对比文件,无法准确做出新颖性的判断。

探讨知识产权制度的专有和公有时,我们需认识到专有公有的矛盾是一对动态矛盾,绝对不是静止的。在对待这对动态矛盾上,必须在制度安排偏向上做适当选择,政策取向上有所侧重有所倾斜。基于传统知识不同于现代知识的特点,对传统知识的保护可以采取不同于一般知识产权保护的策略。一方面在进行制度设计时需要考虑传统知识在何种范围之内可以以原有方式继续使用,在何种领域外必须进行许可使用。同时有选择性地建立传统知识信息数据库,使其他国家在授予某项知识产权时能查询到相关知识,避免错误授权。

(五) 对传统知识进行知识产权保护是社会契

约理论在国际层面的发展

知识产权是依法确定的私权,属于国内知识产权制度调整的范围,只在其依法产生的地域内有效。但作为知识产权标的智力成果的传播却具有流动性、不受地域限制等特征。知识产权作为一种私权所具有的地域性与人类智力创造成果流动性之间的矛盾,促使国际知识产权法律制度的建立。各国为了加强对本国知识产权保护,拓宽保护的空間范围,不得不寻求国际合作。但事实上,考察任何一国知识产权制度的发展历史和立法侧重,又可以看出一国的知识产权制度首先服务于本国的政治、经济、文化目标。

目前在知识产品的生产创新领域,发达国家由于经济和科技的领先优势,在国际层面上是知识产品的生产国和卖方,而发展中国家则是知识产权的消费者和买方,所以发达国家力图在最大可能的范围内推行知识产权的强保护,淡化知识产权地域性特征,要求发展中国家放弃从国情出发自主选择知识产权保护标准的权力,向高标准看齐。但从发展中国家的国情和历史现状来衡量,选择知识产权弱保护则更为有利。知识产权的强保护会打击一批仿制企业,虽然实施强保护可以吸引外国技术,促进本国技术的更新和发展,但在现有技术基础上的创新是需要人力和物力资本支持的,发展中国家基于历史经济等多方面的原因,创新能力相当有限,相比发达国家而言,其知识创新能力存在严重不足。同时事实已经证明,在一些对知识产权提供强保护的发展中国家,外国企业通过技术垄断形成对市场的垄断,严重打击了发展中国家的民族企业,对发展中国家的经济造成严重影响。

社会契约论为利益存在差别的国家进行合作提供了解决途径。“契约就是独立、自由、平等的个体自愿地自我约束,通过协商而不是逼迫,达成兼顾性协议。”^{[6] (P30)} 国家在此情况下也可被看作是个人一样,他们存在个体、能力的差别,拥有的社会条件不同,但任何一个国家都有权在平等和意思自治的基础上找到双方交易的平衡点,由各个国家让渡自己的一部分权利,建立一个符合彼此发展需要的共同体,获得双赢。

发达国家在强调自身利益的同时,必须重视发展中国家的利益,对传统知识给予足够保护。“利益冲突是人类社会的基本事实,学会妥协、宽容与合作而不是企图用暴力消灭‘异端’或鲁莽牺牲自己,缓解冲突,走向秩序,代表着人类的进步和文明社会

的出现。”^{[6] (P33)} 如果发达国家既想在积极推行知识产权高标准保护政策、力图淡化地域差异时, 另一方面又利用自己对知识产权游戏规则熟知的便利以及知识产权制度本身设置上的漏洞, 不正当地占有和掠夺发展中国家的传统知识, 必将引发对知识产权制度合理性的怀疑, 破坏和摧毁知识产权保护国际合作的基础。如在美国发生的印度姜黄案^①、HOODIA 仙人掌案^②等, 侵权人就在未加改动的情况下在国外申请了有关知识产权保护, 虽然有关国家和群体在发现之后提出了异议, 但冗长的复议程序, 巨大的经济压力, 及维权结局的不确定性都给有关国家和群体的维权之路带来了巨大的困难和压力。而在更多的不当占有中, 侵权人略做改动或变化, 就可以轻而易举地获得相关知识产权保护的案例更是屡见不鲜。这些对发展中国家传统知识的掠夺正在加剧国际层面知识产权利益分配的不平衡, 国际知识产权保护领域再不改变这种发达国家单方

受益的局面, 必将破坏知识产权的国际合作。发达国家已意识到这一点, 在许多发展中国家的要求下, 在国际知识产权合作会议上已将传统知识的保护问题纳入讨论议题, 但广大发展中国家必须自己积极行动, 才有可能提出切实可行的行动, 并建立有效法律保护机制。

参考文献:

- [1] 吕世伦. 法哲学论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [2] P. V. Valsala G. Kuttu. *Traditional Knowledge and Cultural Expressions* [OL]. <http://www.wipo.int>
- [3] 黑格尔. 法哲学原理 [M]. 北京: 商务印书馆, 1995
- [4] Carlos M Correa 传统知识与知识产权——与传统知识有关的问题和意见 [OL]. 国家知识产权局条法司译. <http://www.biodiv-ip.gov.cn>.
- [5] 英国知识产权委员会. 知识产权与发展政策相结合 [OL]. <http://www.ipcommission.org>
- [6] 包利民. 社会契约: 现实和理想 [J]. 哲学研究, 2001 (8).

责任编辑: 饶娣清

Justification of Protecting Traditional Knowledge by Intellectual Property Law

FU Ying¹, FENG Xiao-qing²

(1. Department of Science & Technology, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030;

2. Faculty of Law, Xiangtan University, Xiangtan, Hunan 411105 China)

Abstract It is justified to introduce traditional knowledge into intellectual property system because of profound relation between traditional knowledge and intellectual property. There are five reasons for protecting traditional knowledge. That is: requirement of keeping fair principle; requirement of personal rights; good to promote using and developing traditional knowledge; suitable for balancing encouragement principle; good for development of social contract theory in international level.

Keywords traditional knowledge; intellectual property; justification

① 姜黄 (*Curcuma longa*) 是一种姜类植物, 印度人在香料、医药、化妆品以及染料中使用。作为药品, 一般用于愈合伤口和皮疹。1995年密西西比医学中心的两位印度公民被授予名称为“姜黄在伤口愈合中的应用”的美国专利; 印度科学与工业研究委员会 (CSIR) 要求美国专利和商标局 (USPTO) 重新审查该专利; CSIR 指出姜黄被用于愈合伤口和皮疹已经有数千年了, 因此其医药用途并不是新的; 他们的主张得到传统知识书面证据的支持, 包括一份古代梵文文本和 1953 年印度医学协会出版的一份文献; 尽管专利权人反对, USPTO 支持了 CSIR 的异议并撤销了该专利。据印度政府计算, 印度在此案中负担的诉讼费用是大约 10000 美元。

② 南非喀拉哈里沙漠周围, 生长着一种名为 Hoodia 仙人掌, 原居民用于消除饥饿和口渴。1995 年南非科学与工业研究委员会 (CSIR) 获得了 Hoodia 抑制食欲成分的专利。1997 年他们将专利许可给英国生物技术公司 Phytopham。1998 年, 美国辉瑞制药公司以高达 3200 万美元的使用费得到了开发和销售该专利的权利, 并打算将其开发成减肥药和治疗肥胖症的药品, 预计市场价值超过 60 亿英镑。CSIR 在开发之前, 没有遵守生物多样性公约的规则, 事先征得到桑人群体的知情同意。桑人提出要对中国 CSIR 的“生物海盗”行为进行诉讼。2002 年 3 月, CSIR 和桑人达成谅解, 与桑人分享开发 Hoodia 植物的利润。