

TRIPS 框架下 保护传统知识的制度建构

古祖雪*

内容提要: 基于 TRIPS 规定的利益平衡目标, 可以将传统知识保护领域的利益关系区分为不同的形态, 其利益平衡可以通过承认和保护传统知识的在先权利和知识产权等途径实现。新的机制可以通过对现有 TRIPS 规则的利用、改造和更新来建立。按照 TRIPS 的修正机制, 积累在传统知识保护方面可能导致 TRIPS 改变或修正的新发展, 是国际社会当前必须做出的努力。

关键词: TRIPS 框架 传统知识保护 制度建构 知识产权法

《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 简称 TRIPS) 和传统知识保护的关系, 是世界贸易组织 (WTO) 多哈回合谈判中 TRIPS 理事会优先审议的议题之一。^[1] 虽然该理事会围绕该议题的谈判至今尚未取得实质性进展, 但学界就此展开的深入研究, 必将为该议题的谈判提供有益的理论支持。

TRIPS 与传统知识保护的关系包括两个方面的问题: 一是基于 TRIPS 框架保护传统知识的正当性和相容性, 涉及的是保护传统知识的学理基础; 二是基于 TRIPS 框架保护传统知识的路径、规则和步骤, 涉及的是保护传统知识的制度建构。笔者此前曾就第一个方面作过一些探讨。^[2] 本文将在已作研究的基础上, 就第二个方面发表一些看法, 以求教于学界同仁。

本文所讨论的“传统知识”是相对于现代知识而言的。按照世界知识产权组织 (WIPO) 的界定: 传统知识是指基于传统产生的文学、艺术和科学作品, 表演, 发明, 科学发现, 外观设计, 标志、名称和符号, 未披露信息, 以及其他一切在工业、科学、文学或艺术领域由智力活动产生的基于传统的创新和创造。^[3] 按照该定义, 传统知识的范围几乎囊括了《建立世界知识产权组织公约》第 2 (8) 条所规定的一切知识财产形式, 包括知识产权法所保护的作品、发明、标

* 浙江工商大学法学院教授。

本文是司法部 2004 年度法治建设与法学理论研究项目“TRIPS 协议框架下的传统知识保护研究”(04SFB204) 的成果。

[1] 2001 年 11 月 9 日至 14 日, 世界贸易组织在卡塔尔首都多哈举行第 4 次部长级会议。会议通过的《多哈部长宣言》列举了一系列新一轮多边贸易谈判以及各分理事会应当优先审议的议题。其中包括三个与知识产权保护有关的问题: (1) TRIPS 与公共健康的关系; (2) 地理标志的保护; (3) TRIPS 与《生物多样性公约》、传统知识和民间文学保护的关系, 要求 TRIPS 理事会进行优先审议。See paras 17-19 of the Doha Ministerial Declaration, <http://www.wto.org/English/>, 2009/7/12.

[2] 参见拙作:《论传统知识的可知识产权性》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版) 2006 年第 2 期;《基于 TRIPS 框架下保护传统知识的正当性》,《现代法学》2006 年第 4 期。

[3] *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), WIPO, Geneva, April 2001, p. 25.

记等各种类型。

本文所讨论的“TRIPS 框架”，不仅指 TRIPS 的具体规则，而是包括 TRIPS 的制度目标、规则体系、修正机制、实施措施等方面内容的统称。所谓“基于 TRIPS 框架的传统知识保护”，指的是按照 TRIPS 的制度目标、规则体系和修正机制建构传统知识保护制度，并将该制度纳入 WTO 体制内予以实施。

一、基于 TRIPS 的制度目标：传统知识保护的基本思路

法律的制度目标是法律的立法旨和价值取向。它为法律确定的恒定标准，不仅提示着对现行法律进行批判的尺度，也指引着未来法律的调整和构成。TRIPS 作为当今知识产权领域最重要的法律制度之一，它所确立的制度目标，无疑也具有这种“恒定标准”的功能。

TRIPS 的制度目标是由该协定第 7 条表述的：“知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播，有助于技术知识的创造者和使用者之间的互利，并在一定程度上有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡。”这一目标包括以下三个层次上的平衡：

第一，“激励创新”与“促进使用”之间的平衡，即知识产权保护应有助于促进技术革新及技术转让和传播，推动社会和经济福利的发展。这是对国家知识产权制度公共政策目标的承认，也是对西方国家片面追求知识产权制度“激励创新”功能做法的否定。

第二，创造者利益与使用者利益之间的平衡，即知识产权保护应有助于创造者与使用者之间的互利。这是实现知识产权制度公共政策目标的具体方式，是法律的公平精神在知识产权制度中的具体体现。只有实现了创造者利益与使用者利益之间的平衡，知识的创造和知识的使用才各自获得了力量源泉。

第三，权利与义务之间的平衡，即知识产权制度必须依公平原则设置创造者与使用者各自的权利和义务，既授予知识产品专有权利并提供相应的法律保护，以使知识产品生产者获得一定的利益回报，又对这种专有权利施以必要的限制，赋予使用知识产品的一定自由，以保证社会公众对知识产品的合理利用。这是平衡创造者利益与使用者利益的制度安排，在法律上具体表现为权利效力与权利限制的统一。

在上述三种平衡中，利益平衡是核心：对“上”，它是激励创新、促进使用的基础和动力；对“下”，它是权利义务平衡的指向和内容。从这个意义上说，TRIPS 的制度目标，集中到一点，就是利益平衡的目标。^{〔4〕}

应当说，TRIPS 在其规定的客体范围内，是按照利益平衡目标做出制度安排的。它通过对其规定客体专有权利的保护与必要限制，体现了法律对其规定客体所涉的权利人与作为使用者的其他平等主体和社会公众之间利益关系的认识和协调。但是，TRIPS 并没有将其确立的平衡目标坚持到底，它的制度安排将传统知识的保护排除在外，适用范围主要限于基于现代科学技术和文化所产生的知识。其结果是：那些使用传统知识的现代商业机构和个人，只要从传统知识中提取出所需要的文化或技术素材，就可以创造出为 TRIPS 所保护的作品或发明，并从中获得相当可观的经济利益，而那些为之提供传统知识的传统社区或传统族群，却因为其持有的传统知识长期被视为一种任何人可自由获取、免费使用的公共资源而得不到任何的利益补偿。

这种因制度缺失而导致的传统知识持有人与使用人之间的利益失衡与冲突，不仅导致了一种

〔4〕 我国知识产权法学者冯晓青教授认为：“在几百年的知识产权立法设计和司法实践中，人们逐渐发现，利益平衡原则作为一项根本的指导原则起着实质性的作用。”参见冯晓青：《利益平衡论：知识产权法的理论基础》，《知识产权》2003年第6期。但是，以国际条约的形式将利益平衡明确规定为知识产权制度的目标，TRIPS 是首次。

新的不公平贸易秩序的形成,也给发达国家与发展中国家、现代社会与传统社会之间的关系增加了一个新的紧张因素。WTO将“TRIPS与传统知识保护的关系”列为多哈回合TRIPS理事会优先审议的议题之一,意味着国际社会对TRIPS制度缺失的承认和将TRIPS已确立的制度目标贯彻到传统知识保护领域的努力。尽管这种努力至今并未取得实质性的进展,但这并不妨碍国际社会对传统知识保护的探索,因为TRIPS确立的制度目标,已经为这种探索指明了方向、提供了路标。

基于TRIPS的制度目标,并结合国际社会目前的探索成果和立法尝试,笔者认为,构建传统知识保护制度的基本思路是:

1. 分析传统知识保护领域的利益关系

TRIPS确立的制度目标表明,知识产权制度是知识产品领域利益关系的调节器,它的创制前提和起点是认识和分析知识产品领域存在的各种利益及其关系。因此,将TRIPS的利益平衡目标贯彻到传统知识领域,首先必须认识和分析其中存在的利益关系。

传统知识领域的利益主体包括两类:一类是传统知识的持有者,他们是创造和传承传统知识的传统社区或传统族群,另一类是传统知识的利用者,他们是传播和使用传统知识的现代公民和机构。二者因传统知识的创造、传承、传播和使用所产生的利益关系,就是传统知识保护制度所调整的利益关系。这种利益关系因其主体定位的不同,可以区分为以下两种不同的形态:

(1)当传统知识的利用者以现代知识产权主体的身份出现时,传统知识利用者与传统知识持有者之间的利益关系,是一种作为现代知识产权主体的传统知识利用者与作为传统知识提供者的其他平等主体和社会公众之间的利益关系。就其产权链接来说,这种利益关系中的传统知识持有者的权利是一种现代知识产权的在先权利。

(2)当传统知识的持有者以现代知识产权主体的身份出现时,传统知识持有者与传统知识利用者之间的利益关系,是一种作为现代知识产权主体的传统知识持有者与作为传统知识利用者的其他平等主体和社会公众之间的利益关系。在这种利益关系中,传统知识持有者的权利是一种现代意义上的知识产权。

2. 构建传统知识保护领域的利益平衡机制

认识和分析知识产品领域的利益关系,是知识产权制度的创制起点,但不是它的创制目的。构建利益平衡机制才是知识产权制度的创制关键和核心。依据上述分析的利益关系,传统知识保护领域的利益平衡,可以通过以下途径获得实现:

第一个途径,承认和保护传统知识的在先权利,防止他人以现代知识产权的形式对传统知识的不当占有和利用。具体来说,这种途径包括两种不同的模式:

一是消极模式。这种模式所承认和保护的在先权利是一种消极权利,即排斥他人获得知识产权的权利,其目的在于防止他人对传统知识主张知识产权,方法是将传统知识纳入在先知识对比源中,依现行知识产权制度规定的可知识产权条件,对他人就传统知识提出的知识产权主张进行过滤审查。如果审查确认该主张未能满足法定的可知识产权条件,则可判定该主张无效。为了减少和防止对传统知识的不当授权,国际社会讨论和提出的措施包括:建立供知识产权主管机关审查使用的传统知识数据库,实现传统知识的文献化;要求权利主张人披露其使用的传统知识来源,以供知识产权主管机关对其权利主张与传统知识的关系进行判断。在上述两项措施所需要的条件不具备的情况下,传统知识持有人可依照法律规定,对他人未经其许可而就其传统知识提出的权利主张或获得的授权提出异议。但由于信息的不对称,传统知识持有人要在世界范围内监视对传统知识的知识产权盗用,实际上是很困难的,需要付出高昂的成本。

传统知识在先权利保护的消极模式,虽然可以制止他人就传统知识获得知识产权,使传统知识远离现代知识产权制度的威胁,但这种模式既无法使持有者利用其传统知识获得利益,也无法

制止他人对传统知识的非知识产权盗用。在这种模式下,传统知识对于其持有人来说只是祖先遗留下来要求他们持续保存下去的“遗迹”,而对于以非知识产权形式使用传统知识的人来说则是具有巨大开发利用价值的“资源”。因此,这种模式并非将 TRIPS 确立的利益平衡目标贯彻到传统知识保护领域的最佳选择。

二是积极模式。这种模式所承认和保护的在先权利是一种积极权利,即许可他人获得知识产权的权利,其目的在于确保传统知识持有者公平地分享在其许可和参与下利用其传统知识所产生的知识产权惠益。目前国际社会提出和讨论的采用这种方法保护传统知识的措施是:通过在现行知识产权制度中引入获得知识产权的承认和公开义务,建立传统知识持有人事先知情同意和惠益分享机制。这种措施要求申请人在主张传统知识的衍生知识产权时,公开披露以下内容:衍生知识产权所涉传统知识的内容及持有人、传统知识持有人的知情同意或许可使用文件、与传统知识持有人签署的惠益分享协议或合同等。

采用积极模式保护传统知识的在先权利,可以较好地解决现实存在的传统知识利用中的利益平衡问题,在一定程度上实现传统知识持有人与使用人之间的互利。但由于传统知识持有者的不确定性、传统知识持有者与使用者之间的信息不对称以及传统知识交易渠道和规则的缺乏,这种方法要求的利益分享,事实上是难以实现的。而且,即使这种利益分享能够实现,它也不能制止知识产权权利人之外的任何其他人对传统知识的不当获取和利用,因此,无法从根本上解决传统知识持有人与使用者之间的利益矛盾。

第二个途径,承认和保护传统知识的知识产权,防止任何第三方对传统知识的不当占有和利用。这个途径也有两种不同的方法:

一是对于那些满足现行知识产权保护条件的传统知识,按现行知识产权制度提供保护。“知识产权法通常对原住民社区是不友善的,但也有办法使这些法律为原住民社区的利益服务。”〔5〕根据 WIPO 的调查,目前许多国家,包括北美和欧洲的一些发达国家,已经采用现行知识产权机制来积极保护传统知识,采用的知识产权形式包括著作权及邻接权、专利权、商标权、地理标志权、外观设计权以及商业秘密权。〔6〕但是,满足现行知识产权保护条件的传统知识,毕竟不是传统知识的全部,有大量的传统知识都与现行知识产权制度保护的对象不同,因此,采用现行知识产权制度对传统知识提供的保护并不充分,也不具有周延性。

二是在现行知识产权制度之外为适应传统知识的本质和特点而创制一种专门的特别权利制度,并依此对传统知识提供知识产权的特别保护。现行知识产权制度框架内的传统知识保护虽然在一定程度上缓和了传统知识领域的利益冲突,但不能根本性地矫正已经失衡的利益关系。特别保护制度的提出和设计,作为补救现行知识产权制度不足的一种新的制度安排,无疑可以为传统知识提供更加全面和直接的保护,使失衡的利益关系重新获得平衡。因此,正如丁丽瑛教授所指出的那样,它虽尚未成熟,但代表着知识产权制度的一种变革趋势,值得研究和探索。〔7〕

二、基于 TRIPS 的规则体系:传统知识保护的制度安排

WTO 将“TRIPS 与传统知识保护的关系”列为多哈回合 TRIPS 理事会优先审议的议题之

〔5〕 [美] 达里尔·A·波塞、格雷厄姆·杜特费尔德:《超越知识产权——为原住民和当地社区争取传统资源权利》,许建初等译,云南科技出版社 2003 年版,第 55 页。

〔6〕 WIPO, *Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO/GRTKF/IC/5/8, Geneva, 2003, pp. 30-31.

〔7〕 丁丽瑛:《传统知识保护的制度设计与构建——以知识产权为中心》,法律出版社 2009 年版,第 293 页。

一，其意图是通过对 TRIPS 规则体系的重新审查，确立在 TRIPS 框架内处理传统知识保护问题的可能程度和具体途径。在笔者看来，这种审查的内容主要包括三个方面：（1）TRIPS 的哪些规则可直接用于传统知识的保护？（2）TRIPS 的哪些规则可经过改造后用于传统知识的保护？（3）需要建立哪些新的规则以补救 TRIPS 现行规则保护传统知识的不足？尽管 TRIPS 理事会对上述问题尚未进行实质性的审议，但从国际社会探索提出并有一定立法尝试的传统知识保护思路来看，传统知识保护领域的利益平衡是可以通过 TRIPS 规则体系的利用、改造和创新实现的。

1. TRIPS 规则的利用

当国际社会意图在 TRIPS 框架下处理传统知识保护问题时，人们首先想到的是如何利用 TRIPS 的现行规则，而不是将其推倒重来。传统知识保护对 TRIPS 现行规则的利用，主要表现在以下两个方面：

首先，TRIPS 关于知识产权获得条件和程序的规定，是防止传统知识持有人之外的他人对传统知识主张知识产权的制度屏障。防止他人对传统知识主张知识产权，必须有使传统知识作为在先知识约束其衍生知识获得知识产权的制度安排，也就是说，不仅在实体上，而且在程序上，法律必须提供传统知识排斥后续知识获得知识产权的根据和保障。TRIPS 关于知识产权获得条件和程序的规定，在一定程度上满足了传统知识保护的这种需要。

以专利制度为例。TRIPS 第 27 条规定：“专利应授予所有技术领域的任何发明，不论是产品还是方法，只要它们具有新颖性、包含发明性步骤并可供工业应用。”在这里，新颖性、创造性（“包含发明性步骤”）是相对于在先知识或公开知识而言的，对它们的判断通过与在先知识的对比来实现。将传统知识纳入在先知识的对比源中，就能防止或减少对传统知识不当授予专利权。

TRIPS 第 62 条还规定：作为取得或维持知识产权的条件，应遵守合理的程序和手续，这些程序和手续包括但不仅仅包括法律规定的行政撤销以及异议、撤销和无效等当事方之间的程序。依此规定，专利机关有权基于传统知识数据库对涉及传统知识的专利申请进行实质性审查，传统知识持有人也有权就他人对其传统知识提出的专利申请或获得的专利授权提出异议。而审查或异议的结果，可能导致源于传统知识的专利申请被驳回或源于传统知识的专利授权被撤销。

TRIPS 还对著作权、商标权、地理标志权、外观设计权等知识产权获得的条件和程序做出了规定。利用这些规定，可以实现传统知识对其衍生知识获得和行使上述知识产权的约束。

其次，TRIPS 的现行知识产权机制，是传统知识持有人就其传统知识主张知识产权的重要机制。例如，第一，TRIPS 的著作权及与著作权相关的权利可用于保护传统知识中的民间文学艺术作品，使传统社区或传统族群的艺术家的艺术作品不受未经许可的复制和使用的侵害；第二，TRIPS 的发明专利权可以用于保护传统知识中的可专利性主题，将专利权授予基于传统知识从生物资源中分离、合成或开发的产品以及与这些资源的利用和开发有关的方法，其中包括传统知识持有者培育的植物新品种；第三，TRIPS 的工业设计权可用于保护家具、服装、陶瓷等传统实用制品的设计和形状；第四，TRIPS 的商标权可用于保护区别传统社区或传统族群的工匠、艺匠、技师、商贩以及代表他们的团体所制造的产品或提供的服务的标识；第五，TRIPS 的地理标志权可以用于保护识别产品地理来源的特定传统社区标记；第六，TRIPS 的未披露信息权可以用于保护传统社区或传统族群拥有的传统秘密。^{〔8〕}

2. TRIPS 规则的改造

披露或公开传统知识的来源，是在《生物多样性公约》（简称 CBD）基础上发展起来的保护

〔8〕 参见 [阿根廷] Carlos M. Correa:《传统知识与知识产权——与传统知识保护有关的问题与意见》，国家知识产权局译，<http://www.biodiv-ip.gov.cn/zsjs/ctzs/ctzsyzscq/default.htm>，2008 年 12 月 26 日访问。

传统知识的重要机制,^{〔9〕}也是国际社会在WTO体制内相对容易达成妥协的保护传统知识的重要措施。因为这种措施的建立只需要对TRIPS的现行规则作适当的改造,即可解决当前传统知识保护中最突出的利益冲突——传统知识的知识产权盗用问题。

就TRIPS与传统知识保护的关系来说,披露或公开传统知识来源的要求就像一根纽带,它一头联结着传统知识保护的利益平衡要求,另一头联结着TRIPS关于知识产权获取的规则。将两头联结起来的制度安排,是将披露或公开传统知识来源的要求转化为就传统知识及其利用主张知识产权的义务。然而,TRIPS关于知识产权获取的现行规则并未规定这样的义务,因此,这种转化需要通过改造TRIPS关于知识产权获取的现行规则方能实现。

以TRIPS的专利申请规则为例。该协定第29条第1款规定:“各成员应要求专利申请人以足够清晰和完整的方式披露其发明,使该专业的技术人员能够实施该发明,并可要求申请人在申请之日,或在主张优先权的情况下在申请的优先权日,指明发明人所知的实施该发明的最佳方式。”第2款还规定:“各成员可要求专利申请人提供关于申请人相应的国外申请和授予情况的信息。”在这里,“以足够清晰和完整的方式披露其发明,使该专业的技术人员能够实施该发明”是TRIPS规定专利申请人必须履行的义务,也是发明人获得专利授权的必要条件,而是否将披露“发明人所知的实施该发明的最佳方式”和“申请人相应的国外申请和授予情况的信息”作为专利申请人的义务,TRIPS则授权各成员自行决定。可见,TRIPS关于专利申请的现行披露规则,不论是它的义务性规定还是它的授权性规定,都未涉及发明的传统知识来源披露问题。因此,为了满足传统知识保护的需要,可对TRIPS的上述专利申请规则改造如下:

在保护传统知识在先权利的消极模式下,可在TRIPS原第29条中增加如下一款,作为第3款:“对于基于或依赖于传统知识的发明,各成员应要求专利申请人披露该传统知识的持有人及内容,使专利机关可以对该发明与传统知识的关系做出判断。”

在保护传统知识在先权利的积极模式下,可在TRIPS原第29条中增加如下一款,作为第4款:“对于基于或依赖于传统知识的发明,各成员应要求专利申请人披露该传统知识的持有人及内容、传统知识持有人的知情同意或许可使用文件以及与传统知识持有人签署的惠益分享协议或合同。”

依传统知识保护的披露来源要求对TRIPS知识产权获取规则的改造,同样也可以在著作权、商标权等领域进行。不过,国际社会对披露传统知识来源要求的立法尝试,目前主要限于TRIPS保护的专利权领域。

3. TRIPS规则的创新

专门或特别的知识产权机制作为补救现行知识产权机制不足的一种制度安排,被认为是最有效的传统知识保护机制。这种机制因在传统知识之上设置了一种新的专门或特别权利而与现行知识产权制度不同,因此,依此对传统知识提供的保护不是利用和改造TRIPS现行规则的问题,而是需要在TRIPS现行规则的基础上进行制度创新。

首先,设立新的权利类型。知识产权是一种类型化的权利体系,其外延呈现出随社会需要的发展而不断扩张的趋势。TRIPS目前规定的专利权、著作权、商标权、工业产权、地理标识权、集成电路布图设计权、未披露信息权、合同许可中反竞争行为的控制权等7种知识产权类型,只是知识产权扩张的结果,而不是这种扩张的终结。因此,可以在传统知识之上设置一种不

〔9〕 传统知识包括“与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践”。因此,CBD确立的三项原则,即遗传资源归属的国家主权原则、遗传资源获取的事先知情同意原则以及遗传资源利用的利益分享原则,也在一定程度上适用于传统知识的保护。

同于现有知识产权类型的新的权利类型，我将这种新的权利类型称为“传统知识产权”。^{〔10〕}

“传统知识产权”是传统知识持有者对传统知识的获取、利用及传播所依法享有的权利，是与 TRIPS 目前规范的知识产权类型并行的特殊权利类型。根据该权利，传统知识持有者可以控制以超出传统习惯范围的方式获取、利用、传播特定的或符合条件的传统知识的行为，并以此为基础分享相应的经济利益。因此，“传统知识产权”的创设不会产生对 TRIPS 现行规则体系的颠覆作用，也不会影响传统知识依 TRIPS 现有的知识产权类型所获得的保护。相反，它可以扩展 TRIPS 知识产权概念的适用空间，解决传统知识保护中制度资源供给不足的问题。

其次，确立权利受保护的资格和期限。传统知识产权是区别于现行知识产权的权利类型，有着自己特定的权利对象。建构传统知识产权特别保护制度，首先必须规定可授予传统知识产权的条件。按照 WIPO 的研究结果，可授予传统知识产权的客体须同时符合以下条件：（1）传统性，即可授予传统知识产权的客体应当是基于传统的创新，并与产生它们的传统社区或传统族群保持了固有联系。经过工业化等程序而失去这种固有联系的传统知识，则不再是传统知识产权保护的客体。（2）本土性，即可授予传统知识产权的客体应当是只在本土范围内公开的传统知识，具有特定的区域性。对于那些在本土范围之外已被广泛知晓和采用的传统知识，则不宜纳入传统知识产权的对象范围。（3）实用性，即可授予传统知识产权的客体应当是适合于商业性利用和实施的傳統知识，具有现实的或潜在的商业利用价值和商业利用的可行性。不具有实用性的传统知识不会产生需要调整的利益关系，没有必要将其作为传统知识产权的客体而纳入被保护的客体范围。^{〔11〕}因此，当传统知识不能同时满足上述三项条件的要求时，它就丧失了获得法律保护的资格。易言之，传统知识产权的保护期间可以持续到该传统知识符合上述受保护的标准之时。

再次，建立以集体主义主体观为认识基础的权利主体制度。传统知识是在保存和传承中适应新的环境而不断变异和改进的，其创造和传承的主体通常是某个（些）特定的传统社区或传统族群。构建私法意义上的传统知识产权特别保护制度，必须突破现行知识产权制度框架中个人主义主体观的羁绊，建立传统知识集体主义权利主体制度，即将传统知识产权归属于传统群体。基于集体主义主体观的制度安排，目前有两种做法：一是按照国家所有权的模式处理传统知识产权的归属，规定国家为传统知识产权的主体。采取这种做法的，一般是那些民族单一、人口较少、领土较小的国家，如非洲的埃及、突尼斯等。^{〔12〕}二是按照集体所有权的模式处理传统知识产权的归属，规定传统社区或传统族群为传统知识产权的主体。例如，“1998 年厄瓜多尔宪法的 84 条（8）特别要求保护集体知识产权。巴拿马法律的第 2 条是关于登记土著人的集体权利的特殊制度，对他们的文化特征和传统知识的保护与防护，与其他法律条款一起，为保护包括‘信仰、精神、宗教和宇宙观’在内的土著人传统知识提供了很好的路径。相类似的保护也存在于几个拉丁美洲国家，即玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、墨西哥、尼加拉瓜。”^{〔13〕}

〔10〕 国际社会目前用来表述这种权利类型的概念，主要有“传统资源权”、“传统文化权”、“社区知识产权”等。厦门大学法学院丁丽瑛教授在对上述表述做出比较分析后，主张用“传统知识特别权”的概念来表述这种新的权利类型。参见前引〔7〕，丁丽瑛书，第 293 页。但笔者认为，将传统知识之上设定的权利类型表述为“传统知识产权”，可能更简单和直接，还能与现有的知识产权类型相对应。虽然如此，丁丽瑛教授关于传统知识特别权保护制度的设计思路，仍然对笔者具有重要的启示价值。

〔11〕 WIPO, *Revised Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy, Objectives and Core Principles*, Feb. 25, 2008, WIPO/GRTKF/IC/12/5.

〔12〕 这些国家的法律规定，传统知识是国家资源，基于此所生之权益属于国家，由政府代表国家行使权利。详细介绍请参见唐广良、董炳和：《知识产权的国际保护》，知识产权出版社 2002 年版，第 549 页。

〔13〕 Daniel Gervais, *Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 *Cardozo J. of Int'l L. & Com. Law* 490-491 (2003).

但是,上述做法所确定的权利主体,只是一种抽象的概括主体,它们在实践中是无法主张权利的。所以,在建构传统知识产权特别保护制度时,还必须有关于传统知识产权行使主体的规定。根据丁丽瑛教授的概括,其代表性的立法思路有三种:一是由官方机构或半官方机构代表传统知识产权的主体行使权利,例如孟加拉、巴西;二是由具有传统知识集体管理性质的协会或团体代表传统知识产权的主体行使权利,例如哥斯达黎加;三是由具备一定资质和法律人格的信托公司或基金会获取和分配基于传统知识所生的利益。^[14]

最后,规定权利的内容及限制。传统知识产权是一种知识产权,与其他知识产权类型一样,其内容也可以概括为财产权利和精神权利两类。但是,它又是一种特殊的知识产权,有着不同于其他知识产权类型的具体权利内容。因此,构建传统知识产权特别保护制度,既要考虑传统知识产权的特殊性,也要兼顾各种知识产权类型的普遍性。根据世界知识产权组织的研究结果,传统知识产权的内容应当包括:(1)标明来源权,即传统知识的持有者有权要求在其传统习惯之外使用传统知识的人标明该传统知识的来源和起源;(2)保持完整权,即传统知识持有者有权防止其传统知识受到歪曲、篡改和贬损;(3)知情同意权,即传统知识持有者有权授予获取、传播和利用传统知识的知情同意许可;(4)分享利益权,即传统知识持有者有权公平公正地分享传统知识商业或工业利用所获的利益,公平公正地获得参与传统知识非商业利用的机会并分享其成果。^[15]

但是,传统知识产权的保护不应当对传统知识的合理利用产生负面影响。在这里,“合理利用”作为侵犯传统知识产权的抗辩事由,主要包括两种情形:一是传统知识持有者按照其传统习惯对传统知识进行的交换、利用和传播;二是传统知识持有者之外的其他人对传统知识进行的非商业性合理利用。传统知识产权特别保护制度可以将这两种情形规定为传统知识产权保护的例外,以体现法律对传统知识产权的必要限制,实现传统知识保护领域中本权与他权、私益与公益之间的平衡。

从上可见,传统知识产权特别保护制度在学理基础和规范方法方面,的确与TRIPS的现行知识产权制度不同,但这种不同只是TRIPS现行规则体系的发展,它的创设在理论上不存在任何障碍。知识产权制度的发展历史已经告诉我们,知识产权制度从来就是一种解决利益冲突、实现利益需要的工具,不存在固定不变的制度模式和保护范围。TRIPS虽然是迄今为止保护范围最广、保护水平最高、保护效力最强的知识产权制度,但它也只是国际社会利益博弈的结果,而不是知识产权制度发展的终点。因此,传统知识产权特别保护制度的创设并将其作为TRIPS的例外规则纳入WTO体制内予以实施,虽然不可能在近期内实现,但却是国际知识产权制度发展中值得期待的重要变革。

三、基于TRIPS的修正机制:传统知识保护的实现步骤

作为国际法渊源之一的条约,一般都有关于审议和修正机制的规定,以便为其日后的发展留下空间。TRIPS作为知识产权领域的重要条约,也有关于审议和修正机制的规定。按照协定的第71条,TRIPS理事会可根据“任何可能导致TRIPS改变或修正的新发展”进行审议,并在理事会协商一致的基础上,依据《WTO协定》第10条的规定,将修正TRIPS的提案提交WTO部长级会议,部长级会议在规定的期限内经协商一致作出有关将拟议的修正提交各成员接受的决定。^[16]可以说,WTO将“TRIPS与传统知识保护的关系”纳入多哈回合TRIPS理事会优先审议的范围,正是基于上述规定做出的谈判安排。

[14] 转引自前引〔7〕,丁丽瑛书,第318页。

[15] 同前引〔11〕,WIPO文件。

[16] 参见TRIPS第71条、《WTO协定》第10条。

但是, 仅有程序上的进入是不够的。传统知识保护的制度安排, 特别是涉及改造和创新 TRIPS 规则体系的制度安排, 能否在 WTO 体制内实现, 仍然是一个具有不确定性的问题。因为 2001 年多哈会议以来, 各成员方除向 TRIPS 理事会提交了表达各自立场的意见文本外, 至今并未就上述议题展开面对面的专门讨论。在这种情况下, 国际社会, 特别是一些传统知识相对丰富的国家, 既要在战略上坚定目标, 又要在战术上策略应对, 采取循序渐进的合理步骤, 积累“可能导致 TRIPS 改变或修正的新发展”, 最终实现基于 TRIPS 框架保护传统知识的目标。

1. 从建立国家或地区层面的法律制度开始

在 TRIPS 框架下处理传统知识保护问题, 目的是为了协调各 WTO 成员方的传统知识保护制度, 建构 TRIPS 框架下的传统知识保护规则, 必须以国家或地区立法为基础。

建立国家或地区层面的传统知识保护制度, 是不存在任何法律障碍的。第一, 传统知识作为传统群体的一种集体创造, 是该群体所在的国家或地区所拥有的重要资源。对本国或本地区的传统知识提供保护, 既是一个国家或地区的应有权利, 又是一个国家或地区的必尽义务, 属于一个国家或地区的内部法律所管辖的事项。第二, 建立国家或地区层面的传统知识保护制度, 不违反 TRIPS 的规则要求, 相反, 它是 TRIPS 赋予各 WTO 成员方的一项权利。TRIPS 第 1 条规定: “各成员可以但并无义务在其法律中实施比本协定要求更广泛的保护, 只要此种保护不违反本协定的规定。”按照该规定, 对于不被 TRIPS 保护的傳統知识, 各成员有权通过立法或其他的方式对其提供保护。

因此, 在 TRIPS 框架下的传统知识保护规则建立起来之前, 首先通过国家或地区层面的立法将传统知识保护起来, 不仅是正当的, 而且也是合法的。

事实上, 目前已有不少国家的宪法和法律开始对传统知识提供保护。其中, 澳大利亚、加拿大、法国、新西兰、意大利、墨西哥、韩国、匈牙利、葡萄牙、哥斯达黎加、印度尼西亚、卡塔尔、乌拉圭、土耳其、越南、欧洲共同体等国家和地区, 运用现有知识产权机制为传统知识提供积极的或防御性的保护; 巴西、巴拿马、葡萄牙和秘鲁等国则建立了专门的传统知识保护体制。^[17]

正是上述国家或地区的传统知识保护运动, 促使了 WTO 将“TRIPS 与传统知识保护的关系”列入多哈回合 TRIPS 理事会优先审议的范围。不过, 从目前传统知识保护的國際协调实践来看, 仅凭现有的这些“发展”还不足以“导致 TRIPS 的改变或修正”。扩大传统知识保护的立法成果, 凝聚传统知识保护的更多共识, 仍然是多哈回合及其之后 WTO 成员努力的方向。

2. 以世界知识产权组织 (WIPO) 的工作成果为基础

对传统知识的保护, 仅仅以国家或地区层面的法律为其设置一些权利是不够的, 它必须和其他国家或地区的保护机制形成互动。理由是: 一方面, 在国家或地区层面上对传统知识实施的保护具有地域性, 本国或本地区的传统知识不可能在他国或其他地区主张这种权利并获得保护; 另一方面, 传统知识作为一种无形资产, 它可以从其传统环境中剥离出来被传播和复制。没有国家或地区间的法律协调, 它可以毫无障碍地跨越国界而被其他国家所利用, 并且其利用的成果可能在国外获得知识产权保护。因此, 如何使国内法为传统知识设置的特别权利得到国际认同, 如何使保护传统知识的国内法在国际法中得到有效表达, 就不是国内法所能够解决的问题, 而必须在国家法律的基础上, 通过国家之间的平等协商, 达成传统知识保护的國際规则, 实现从国内保护到國際保护的跨越。

传统知识保护作为一个新的全球性议题, 已经引起国际社会的广泛关注。继 1992 年国际社会缔结的 CBD 涉及传统知识的保护以来, 世界粮农组织在 1994 年开始谈判缔结一项粮食和植物遗传资源方面的國際条约时, 提出了传统知识的定义与保护问题, 并在 2001 年 11 月通过的《粮

[17] 详细情况参见前引 [6], WIPO 文件, 第 30 页以下。

食和农业植物遗传资源国际条约》第9条第2款第1项中要求制定保护传统知识的措施。联合国贸发会议在2000年10月30日至11月1日召开了一个“保护传统知识、革新和实践的制度和国家经验专家会”，作为成果，会议对政府、国际社会和联合国贸发会议提出了如下建议：提高对传统知识保护的关注程度、支持当地和土著社会的创新潜力、方便传统知识的文献化、促进以传统知识为基础的产品的商业化。联合国人权高官委员会认识到现行的知识产权保护与土著及本土社区知识保护之间的紧张关系，要求对现行的知识产权制度进行修改、改变和补充，并授权联合国土著人工作组制定土著人权利国际标准，将传统知识保护作为实践和复兴土著文化传统和风俗习惯这个更广义权利的一个组成部分包括其中。^{〔18〕}

在关注传统知识保护的众多国际组织和论坛中，WIPO和WTO是主导传统知识保护国际协调的两个重要国际组织。前者作为联合国负责知识产权制度国际协调的专门机构，一直起着在知识产权领域发展国际法的作用；后者作为“经济联合国”，以其TRIPS推动知识产权制度的国际协调进入到了一个新的阶段。二者在传统知识保护国际协调中的作用是其他国际组织和论坛所无法代替的。正因为如此，国际社会对传统知识保护国际框架的选择，归根到底是对WIPO与WTO两种体制的比较和选择。

毋庸置疑，知识产权保护的WTO体制，是目前保护水平最高、实施机制最全、执行效力最强的国际体制。相比之下，知识产权保护的WIPO体制只是单纯讨论知识产权问题的国际论坛，它所管辖的所有知识产权条约（包括后TRIPS时代缔结的条约）迄今都缺乏有效的机构和措施保证其实施。因此，正如非洲国家集团所认为的那样，除非建立TRIPS框架内的国际体制，否则任何有关遗传资源和传统知识的保护措施都是无效的。^{〔19〕}只有建立TRIPS框架下的传统知识保护规则，才能真正实现对传统知识的有效保护。

但是，WIPO也有其自身的优势。首先，它是联合国负责在知识产权保护领域发展国际法的专门机构，职能单一，精力集中；其次，它是知识产权制度国际协调领域的“老兵”，具有足够的经验、专家和消息；再次，它所管理的条约不与贸易机制直接挂钩，其成员的利益不会因为条约的实施状况而受到实质性的影响，保护传统知识的国际规则相对容易形成。正因为如此，欧盟认为，WIPO是现阶段谈判解决传统知识保护问题的最合适场所，WTO关于传统知识保护问题的处理方案最好建立在WIPO工作成果的基础上，因而建议由世界知识产权组织与CBD缔约国大会合作来处理这个新议题，一旦模式形成后，注意力再集中到怎样和在何种程度上把传统知识的保护纳入TRIPS之中。^{〔20〕}

事实上，早在多哈回合启动前，即2000年8月，WIPO就已批准设立专门的“知识产权与传统知识、遗传资源、民间文艺政府间委员会”，着手传统知识保护国际体制的研究。至2009年8月，该委员会已举行14次会议，形成了《传统知识的保护：政策目标和核心原则（草案）》等一系列工作成果和文件。目前的进展表明，国际社会正努力在WIPO体制内就传统知识保护的政策目标、核心原则、实体条款以及传统知识保护与现行知识产权制度的关系等问题达成共识和形成有法律约束力的国际文书。虽然这种努力因为受到美国、日本等发达国家的阻扰而至今收效甚微，但有理由相信，随着国际社会共识的扩大和国际协调机制的有效运作，必定会在不久的将来

〔18〕 参见前引〔8〕，Carlos M. Correa文。

〔19〕 Joint Communication from the African Group, *Taking forward the Review of Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement*, WTO, IP/C/W/404, Geneva, 2003, p. 3.

〔20〕 Communication from the European Communities and their Member States, *Review of Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement, and the Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore*, WTO, IP/C/W/383, Geneva, 2002, pp. 13-14.

形成 WIPO 框架下的传统知识保护规则。到那时, WTO 即可采用关贸总协定乌拉圭回合中 TRIPS 的造法模式和技术^[21], 将 WIPO 框架下的传统知识保护规则适当地“并入”其新的知识产权制度之中。

3. 在多哈回合背景下可能推进的方法

国际社会致力于在 WIPO 体制内构建传统知识保护的规则并不意味着放弃在 WTO 体制内的努力, 即使在 WIPO 体制内达成了保护传统知识的相关协议, 它也只是“可能导致 TRIPS 改变或修正的新发展”, 其本身不可能代替后者的制度安排。但是, 从目前的情况来看, 国际社会意图通过改变或修正 TRIPS 的做法来达成一个保护传统知识的法律文本, 在近期内几乎是不可能的。因为: 第一, 国家或地区层面的传统知识保护立法还处于不统一、不确定的阶段; 第二, 在 WIPO 框架内构建传统知识保护规则的工作正在进行, 预计在多哈回合结束前难有实质性的进展; 第三, TRIPS 只是 WTO 一揽子协定中的一个协定, 对它的改变或修正必然经历一个复杂而漫长的谈判过程, 即使是谈判成功地达成了保护传统知识的有效方案, 也不可能满足传统知识持有者的所有需求。

鉴于此, 笔者同意加拿大学者丹尼尔·芝瓦士 (Daniel Gervais) 提出的建议, 即在多哈回合中通过一个关于保护传统知识的部长宣言, 以作为落实 2001 年 11 月 14 日通过的《多哈部长宣言》第 19 段要求的成果和通向未来构建基于 TRIPS 框架下保护传统知识规则的桥梁。^[22] 根据该学者的建议, 并结合本文第一、第二部分的讨论, 这个拟议中的部长宣言, 可以包括但不限于以下几个方面的内容:

(1) 承认 WTO 成员保护传统知识的需要和 TRIPS 在保护传统知识方面的不充分性, 指示 TRIPS 理事会继续与 WIPO 和 CBD 等国际组织或论坛合作, 探究在 WTO 体制下保护传统知识的有效方法和形式;

(2) 强调解释和实施 TRIPS 及保护现有知识产权的重要性, 优先支持充分利用现有知识产权机制为传统知识提供消极的或积极的保护;

(3) 承认 TRIPS 第 1 条赋予 WTO 成员的权利, 各成员可在不违反 TRIPS 现有规定的前提下, 自由地为传统知识提供高于或超出 TRIPS 标准的保护;

(4) 支持传统知识数据库的建设和开发利用, 按照 TRIPS 第 39 条第 3 款的规定为此种数据库提供保护, 并鼓励在相关专利审查中以此作为工具, 阻止不当专利的授权;^[23]

(5) 注意到 CBD 确立的目标和原则, 同意在适当的论坛中就传统知识利益分享义务的执行展开协商。

上述建议虽然没有给 WTO 成员施加严格的义务, 但它充实了 2001 年《多哈部长宣言》第 19 段的内容, 进一步强调了保护传统知识的重要性, 指出了在 WTO 体制下将传统知识保护向前推进的可能方面, 从而可以为形成 TRIPS 框架下的传统知识保护规则铺平道路, 并在解决涉及传统知识保护的争端时为 WTO 争端解决机构提供解释 TRIPS 的参照。在意图改变或修正 TRIPS 来为传统知识提供保护的难以在近期内取得成效的情况下, 上述建议是一个各方可

[21] 参见郭寿康:《TRIPS 协议与国际知识产权四公约》, 载陶鑫良主编:《上海知识产权论坛》, 上海大学出版社 2002 年版, 第 3 页。

[22] See Daniel Gervais, *Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach*, Mich. St. L. Rev. Spring 137-166 (Spring, 2005).

[23] TRIPS 第 39 条第 3 款规定:“当成员要求提交未披露的实验数据或其他数据, 作为批准使用新化学成分的药物或农用化学产品上市的条件时, 如果这些数据的创造付出了巨大的努力, 则各成员应保护该数据, 以防止不正当的商业使用。此外, 除非有保护公众的需要, 或者已经采取措施保证该数据不被不正当地商业使用, 否则, 各成员应保护这些数据不被披露。”

以接受的中间方案。

四、结 语

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!

我国是一个传统知识相对丰富的发展中大国。在 TRIPS 的知识产权保护水平不可能降低并同时面临着美欧发达国家通过区域或双边自由贸易协定推行“TRIPS-plus”标准的情况下,^[24]我国作为 WTO 成员,应当与其他发展中成员一道,积极推动 WTO 体制下传统知识保护的国际协调,并加快保护传统知识的国内立法。

Abstract: To protect traditional knowledge in the TRIPS framework is an important topic for the change and development of international intellectual property system in the post-TRIPS era. Although TRIPS council has not discussed this topic materially, intensive and detailed research on this topic in academics will promote the discussion and provide it with relevant theoretical basis.

The regime of TRIPS regulations is an important systematic resource to protect traditional knowledge. Therein to, provisions concerning to condition and procedure to get intellectual property can be used to avoid claims of intellectual property on traditional knowledge by others besides its holders. And provisions relating to the type of intellectual properties can make the holders of traditional knowledge claim intellectual property on it. However, it should be admitted that the regime of TRIPS regulations is still not sufficient to protect traditional knowledge. It is still a difficult task to explore effective methods and forms to protect traditional knowledge in WTO. Although introducing new obligation to disclose the source of traditional knowledge in the existing TRIPS rules is of some help, it would provide more comprehensive and direct protection for traditional knowledge to construct a special system suitable for its characteristics.

It's still an uncertain issue whether system arrangement to protect traditional knowledge, especially the system arrangement related to change and innovation of TRIPS, will come true or not in WTO. Therefore, international society should exert to accumulate new developments that can lead to change or correction of TRIPS for traditional knowledge on the basis of correcting mechanism of TRIPS. Such efforts may include expanding domestic legislation on protection of traditional knowledge, concluding a legal document on protection of traditional knowledge in WIPO as soon as possible, and adopting a Ministerial Declaration on protection of traditional knowledge as soft law in the Doha Round of WTO.

Key Words: TRIPS framework, protection of traditional knowledge, system construction

[24] “TRIPS-plus”标准是高于或超出 TRIPS 标准的知识产权保护标准。