

传统知识产权保护立法取向刍议

——以中药国际化问题为例

张冬

内容提要：如何在知识产权中确立传统知识的法律地位，释解以中药为代表的传统优势产业的国际化保护问题，关系我国实施知识产权战略的重大问题。研究发现，传统知识是对知识产权外延的扩张性补充，其面对立法困惑，可以将传统知识作为知识产权的一种特别专有权，以合理实现中药产业国际化进程中公权与私权的互利共融，突出本土文化整体优势，强化传统知识在知识产权立法中的独特取向。诚然，中药的国际化不是西药化，除专利等一般知识产权的保护之外，我国传统知识的立法保护将成为必要补充。

关键词：知识产权 传统知识 立法取向 中药国际化

一、问题由来：中药国际化的忧思

知识经济时代，中国国际化取向一度存在舆论误导，就是言必称美国。高科技产业竞争不是我国的优势，传统优势产业才是本土的珍贵财富。在借鉴和创新科技的博弈进程中，如何真正实现传统优势产业的国际化发展，颇具重要意义。

以我国传统产业的代表——中药为例，如果中药的国际化就是要吸收西药学，诸如系统学、信息学、复杂性科学等一系列理论标准改造中药学，仅以提取单体活性成分为传统科研导向，自然会使得以辩证论为基础、整体治疗为药理的中药产业陷入内容与形式的自我矛盾之中。事实上，已有愈来愈多的中药产品的市场份额及中药新技术专利被跨国及国外企业所掌控，目前我国中药贸易仅占国际中药市场3%至5%的份额，并且附加值高的中成药出口只占其中的21%。随着中药市场潜力和治病理念在世界范围内得到重视，以中药为代表的传统医药产业的国际竞争在全球范围

内加剧。美国有26个医疗中心从事针灸研究，有关针灸研究项目达200多项。目前来自中国的中药药品在欧盟仍然是零注册，但欧盟《传统植物药指令》已于2011年5月1日起全面实施，届时未经注册的中药将不得在欧盟市场上作为药品销售和使用。^①德国联邦卫生部在拨专款支持针灸疗效的研究。英国在皇家植物园中建立了专门的中药引种和质量鉴定中心。荷兰在利用系统生物学模型评价中药疗效。丹麦开始采用包括分子生物学在内的技术研究中药。日本学者也已经提出通过再次吸收中药学理论，创造“中医汉方医药学”，实现“第三医学”。韩国制定了韩药国家发展纲要。印度等新兴发展中国家也在加速推进本国传统医药的国际竞争战略。

中药国际化的竞争，凸显了我国中药技术发展导向的问题的严重性，直接影响着以中药为代表的传统产业的立法保护取向。无疑，中药研究创新是实施国家知识产权战略的重要内容之一，

作者简介：张冬，哈尔滨工程大学教授，法学博士。

基金项目：国家软科学研究计划（2010GXS5D201）；国家社科基金一般项目（09BFX032）；黑龙江省普通高校人文社会科学重点研究基地项目（HEURS0910）；2010黑龙江省人力资源和社会保障厅留学回国人员科技项目择优资助优秀课题。

^① 2011年4月29日欧盟发布新闻公报，宣布欧盟《传统植物药指令》从2011年5月1日起全面实施，届时未经注册的中药将不得在欧盟市场上作为药品销售和使用。据欧盟官员透露，截至目前没有一例中药通过注册。参见中国网http://www.china.com.cn/economic/txt/2011-05/03/content_22479047.htm（2011-5-15）。

但是如果该创新是以西方药品一般专利审查为唯一指南和研发动力,而无视中药作为传统知识本身的应得财产价值,那么不但会将中药学推到保护的边缘,更会阻碍我国传统优势产业国际化战略的具体实施。

二、传统知识保护的立法定位

对传统知识进行立法定位是探究其立法取向的基石,涉及到的关键问题体现在传统知识保护的立法外延、立法困惑及其立法定位这三个渐次认识的层面。

首先,传统知识属于知识产权保护范围,是对知识产权外延的扩张性补充。追根溯源,传统知识保护范围经历了一个从宽泛到精微的探索阶段,现已成为对知识产权外延的扩张性补充。对此,世界各国、世界知识产权组织(WIPO)等国际机构及《TRIPS协议》、《生物多样性公约》(CBD)等国际条约均作了探索性释解。具有代表性的为,WIPO明确传统知识专指基于传统,在千百年来生产生活实践中创造出来的知识、技术、诀窍和经验之总和。^②其中,“基于传统”是指知识体系、创造、改良和文化的表达,通常是世代相传的,被视为属于一个特定人群及所在地域,且随着环境的变化经常在进化。譬如传统药物方剂及疗法等中药知识。虽然在该传统知识的定义中并未体现财产价值性,但可以理解为,正是基于WIPO承认价值性在知识中的普遍存在而并没有将其作为传统知识区别于其他知识产权的特征这一理念。^③而CBD进一步明确该财产价值体现在遗传资源主权、获取和利用遗传资源的事先知情同意及利益分享权等。^④

其次,如果给予传统知识一般知识产权保护,存在着理论困惑。对此,印度、土耳其、纳米比亚、厄瓜多尔等发展中国家提出了一般知识产权制度不适于保护传统知识的说法,主要囿于

四点障碍:其一,知识产权以保护个人的财产权为基础,而传统知识通常是集体创造、改进和传授的;其二,传统知识通常在一段时期内所形成,或经文献化,或通过世代口传保留下来,对于以专利为代表的新颖性和创造性等要件,难以满足其要求;其三,传统知识通常由不同的原住民族或传统社区所共同持有,往往难以解决申请知识产权时须以确定的个人或团体为权利人的问题;其四,知识产权制度仅提供一段有限的保护期限,而传统知识却是世代相传,知识产权制度提供的保护实为不足。^⑤现行知识产权的一般制度旨在鼓励革命性的创新成果,这与中药等传统知识具有的代代相传之渐次特色迥然不同。如果以专利、商标、著作权等制度来保护传统知识,将造成传统知识的割裂,对传统知识的发展适得其反。由此,各国以专利权保护中药传统知识的通过率甚低,我国也不例外。可见,一般知识产权制度与传统知识的保护范围及形式特点大相径庭,对传统知识的切实保护也不适合。

再次,传统知识的权属应当定位为知识产权的一种特别专有权。笔者以为,传统知识即便兼顾了知识产权的专有性、时间性、地域性等性质,但是基于上文提及的理论障碍,倾向于把传统知识列为一种特别专有权,包括传统资源利益分享权等。也就是将传统知识列为知识产权整体保护范围内的一种特别形式而已。^⑥

虽然传统知识的获取和惠益分享权的执行方式与知识产权不能完全相同,毕竟这种特别权利的内容具有知识产权的基础特征,也是人类创造性劳动产生的具有财产价值的特别群体的成果,理应获得知识产品的价值尊重。同时,由于这一特别权利对知识产权的一般理念和规则构成了一定冲击,似宜超越知识产权的一般范畴,可以作特别的释解:即与一般知识产权和有形财产权都不同,但又具有相似之处的新的财产权类型。其相

^② 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第8~7页。

^③ 张韬:《论中医药传统知识的概念及范畴》,载《世界科学技术》2009年第7期,第79页。

^④ CBD第15条。See John Barton, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Chapter 4 Traditional Knowledge and Geographical indications, London, Sep., 2002.

^⑤ CBD, Report on The role of intellectual property rights in access and benefit-sharing arrangements, AD HOC Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, 1st Meeting, Agenda Item 5, pp. 6-7, UNEP/CBD/WG-ABS/1/4, <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-01/official/abswg-01-04-en.doc>.

^⑥ 崔国斌博士认为传统知识与现代技术本质上是一样的,但是在法律上却要人为地选择两种不同的保护模式。对此,笔者赞同其将传统知识与现代技术一样,列为同类保护体系的观点。载于吴汉东主编:《中国知识产权蓝皮书(2005—2006)》,北京大学出版社2007年版,第306~311页。

似之处是均为某种专有性、排他性等权利；其不同之处是特别权利的某些客体物，如中药传统知识不具备现代专利意义上的绝对新颖性，某些客体物，如传统中药数据库等不具有现代专利意义上的显而易见之创造性等。^⑦

由此，中药等传统产业急待知识产权予以立法保护的竞争需求，与中药作为传统知识不同于一般知识产权的理论困惑形成的冲突之解决问题，凸显出传统知识保护立法取向之探求的必要。

三、传统知识保护的立法取向

纵览传统知识的立法框架，国际公约主旨保护而我国立法畸弱。CBD明确了传统知识的财产性，虽然尚缺乏知识产权的实质保护，但哥斯达黎加、印度、南非等国也已据此在国内立法中分别予以确认。对知识产权一般制度之外的传统知识，采取以形式保护为主的特别措施，这毕竟是广大发展中国家取得的一个重要胜利。^⑧然而，中药虽是我国传统知识的典型代表，但我国至今尚未出台任何有关中药传统知识保护及至传统知识保护的专门立法规定。^⑨

我国《专利审查指南》（2010）规定对传统知识财产权实行有条件的间接保护机制，譬如第26条第5款规定“依赖传统知识完成的发明创造，申请人应当在专利申请文件中说明该传统知识的直接来源和原始来源；申请人无法说明原始来源的，应当陈述理由。”但是，如果“依赖传统知识完成的发明创造”并不申请专利，则该机制对传统知识财产权保护就失去了实际意义。

那么，比较目前有关传统知识保护的立法取向，主要存在三类说法：一是“公权保护”说。即基于公权力对传统知识实施统一保护。^⑩“公权保护”说并没有回答特别群体对传统知识享有何种权益，简言之，主体的财产权利在这里受到不应有的忽略。二是“一般私权保护”说。即采

用一般的知识产权法律规范来调整传统知识在其利用和传播中所发生的社会关系，旨在保障相关知识产权人精神权利和财产权利的实现。^⑪与前说不同，该主张明确了传统知识保护所采用的权利形态，但一般私权与传统知识产权有何区别，并由此应采取何种特别保护措施，却予以了混淆。三是“特别私权保护”说。传统知识属于知识产权作为私权的一种特别形式，是多种保护手段相配合的综合性法律制度。^⑫对此，笔者相对倾向于最后一种说法，同意传统知识的复杂性决定了对它的保护需要复合型的保护路径，但是并不认为传统知识是一种纯粹的私权，而主张传统知识对公权与私权的互利共融性。

因为传统知识具有群体创造维系和个体传承表现的二位一体性，不可能无瑕疵地界定对传统知识保护是对公权的保护，或是对私权的保护，实际应是对公权和私权利益的同步保护。就中药家族“个体传承”来说，任何传统知识保护模式如果没有得到该中药传统知识持有者的认可，其实施将是侵犯弱势群体乃至人权的。^⑬但是就中药“群体创造维系”而言，其群体性或集体性可能表现为一个特定的族群（如藏药、苗药、侗药、彝药、傣药、蒙药）、传统社区，甚至以国家为代表主体，此时中药传统知识的权利就体现为集体权利或国家权利。所以，对中药传统知识传承主体应当进行知识产权的私权和或公权的完整保护。

由此，在国内立法上，建议保护范围扩张中的知识产权制度应更为弹性灵活，审慎完善知识产权内传统知识的特别保护理论。目前，可以对现行知识产权制度进行细微调整，譬如：在整个知识产权及传统知识产品的行政审批程序中，均加入要求事先知情同意及惠益分享协议等确认CBD有关传统知识财产权的相关具体规定。

同时，积极参与有关中药传统知识的国际条

^⑦ 世界知识产权组织仲裁与调停中心主任、法律顾问弗朗西斯·格瑞(Francis Gurry) 1996年指出，科学技术的快速发展对知识产权制度适应这种发展的能力构成了挑战。为了因应这种挑战，知识产权制度不断发展和创新，从而出现一些特别权利类型。

^⑧ 李明德：《TRIPS协议与〈生物多样性公约〉、传统知识和民间文学的关系》，载《贵州师范大学学报》（社会科学版）2005年第1期，第12页。

^⑨ 据悉，我国首部地方中药保护法规《上海传统医药知识产权办法》已完成第三稿，“十二五”期间将公布施行。

^⑩ 参见王鹤云、高绍安：《中国非物质文化遗产保护法律机制研究》，知识产权出版社2008年版，第194页。

^⑪ 也有学者泛称“私权说”，参见同上王鹤云、高绍安书，第194页。

^⑫ 也有学者提出综合说，与第三种说法有相似之处。参见韦之、凌华：《传统知识保护的若干基本思路》，载于郑成思主编：《知识产权文丛》第8节，中国方正出版社2002年版，第163~165页。

^⑬ 陈志成：《传统知识法律保护》，中国政法大学2009年博士学位论文，第79页。

约谈判及修改,突出本土化的国际影响力。我国在《TRIPS协定》第27条第3款b项、遗传资源、传统知识该议题谈判上,一直没有单独提案。

《TRIPS协议》已同意专利申请中传统知识的来源披露为强制要求,只有披露后才可继续专利申请。但对事先知情同意、利益分享的披露还尚未达成一致。对此,我国应当提出强制全面披露的主张。在后TRIPS时代,推进传统知识的强保护,通过促进新公约的制定、现行协议的重新解

释以及非约束性宣言的产生,以“软法”规则弥补《TRIPS协议》等“硬法”规则创建之初偏倚技术发达国家的不公平局面。

诚然,在全球新技术竞争情势下,我国的中药为代表的传统知识保护绝不是将“传统”与“国际”对立起来。在突出中药文化及其药理中,强化传统知识在知识产权立法中的独特取向,无疑是对我国传统优势产业国际化的合理推进。■

(上接第69页)

制度设计者所引用的Selle v. Gibb案中可能出现的法院并没有采纳专家意见的情况。

再次,制度设计者对于“三分法”理论如何具体实践的问题没有详细论述。虽然制度设计者一再强调制度设计的可操作性问题,但是在如何具体实践其理论方面却没有为我们提供足够的指引。“三分法理论”看似一种非常完美的理论,但是笔者认为在实践中却存在许多不确定性。制度设计者将作品中所体现出的独创性程度分为三个等级,并据此给予作品及其作者相应的保护。然而在司法审判实践中,对作品独创性程度的判断难度要远远超过这种近乎“纸上谈兵”式的理想化划分。如果说“高度独创性”作品和“较低程度独创性”或者“无独创性”作品之间的差别是明显的并且易于判断的话,那么当某一作品的独创性程度介于“高度独创性”与“中等程度独创性”之间时,或者介于“中等程度独创性”与“较低程度独创性”之间时,如何进行准确判断

就会成为一项棘手的难题,而且是一个“必须准确”处理的问题,因为按照制度设计者的设计,对作品最终的不同定性分类,将会对原告作者和被告作者的权利和义务分配产生“质”的影响,并会因此直接关系到制度设计者所极力倡导的版权法的社会公平正义价值能否最终实现。

另外,“三分法”理论对其与现有版权法中的合理使用制度之间的联系与区别的分析尤为不足。^⑫合理使用制度是世界各国现行版权法中的一项非常重要的制度,其作用之一就是可以使他人对版权作品的合理借鉴、引用、摘抄等行为免于承担版权侵权责任,这与“三分法理论”制度设计的初衷之一——免于作者举证责任以及侵权责任的承担方面是具有一致性的。“三分法”理论的实践是否排除合理使用制度的存在,抑或可以与合理使用制度进行恰当契合,这都是制度设计者没有具体论及的问题,还需要进一步研究。■

^⑫ Shyamkrishna Balganes: “Tiered Originality And The Dualism Of Copyright Incentives”, Virginia Law Review In Brief, November 30, 2009.