

传统知识保护的
权利设计与制度构建

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12020051402817

UDC_____

厦 门 大 学

博 士 学 位 论 文

传统知识保护的
权利设计与制度构建
——以知识产权为中心

The Rights Design and Systems Construction on the
Traditional Knowledge Protection:
Focused on the Intellectual Property Rights

丁 丽 瑛

丁
丽
瑛

指
导
教
师
:
柳
经
纬
教
授

指导教师姓名: 柳经纬 教授

专业名称: 民商法学

论文提交日期: 2008 年 10 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

厦
门
大
学

2008 年 10 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):
年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

当前的国内、国际形势及实践已经表明，变革现行的知识产权制度，探索和创设传统知识私权保护机制具有十分重要的理论和现实意义。本论文从传统知识保护对象界定入手，以传统知识保护的正当性基础、制度条件、权利体系分析为过渡，以利益平衡为主轴，加入传统知识保护与知识产权制度的融合这一润滑剂，最终落脚于传统知识保护的制度构架。

本论文对传统知识的研究采用广义的定义方法。论文在尊重传统知识多样性、多层性、开放性的同时，探寻可能影响权利设计及制度构建的传统知识特性，并认为这些特性不是根本性导致知识产权制度无法提供保护的因素，而是将影响知识产权制度变革和拓展的多样性文化构成。传统知识的文献化对于传统知识保护具有重要的意义，它是防止传统知识被不当利用特别是被盗用的有效措施，但也可能带来相应的副作用，因而应当与传统知识保护整体制度相协调和配套，才能发挥其应有的积极作用。

传统知识保护的权利要求设计涉及传统知识利益权利化的应然基础和实然条件。从应然基础分析，各方对传统知识的需要是传统知识利益及相互冲突形成的根源，对各种利益的价值判断和选择结果导致了利益向权利的转化。传统知识利益向权利的转化，其正当性在于对在先知识价值、尊严的承认和尊重，财产、财产权概念对传统知识具有可适性，传统知识财产权配置符合私有财产权的价值和原则。从实然条件分析，传统知识与现行知识产权对象之间存在形式契合与特征偏差的关系，这使以知识、信息为对象的现行知识产权在为传统知识保护提供制度框架的同时，无法完全兼容传统知识保护需求。从利益平衡出发，应当谋求一种兼顾各方利益的妥协方案——弱化许可权，强化利益分享。

传统知识保护应当以承认和尊重传统知识固有价值，维护文化多样性，制止不当利用，保护传统知识持有者正当利益为政策目标；以灵活、全面、多样保护，尊重并协调其他现有规范，平衡各方利益为原则；兼顾防御性保护和积极性保护；国际法治与国家立法并重结合。具体至我国传统知识保护的立法和模式选择，在传统知识保护全球法律地方化短期内存在困难的现实下，应当谋求地方法律全球

化的解决路径，国家立法先行更有利于我国传统知识产权保护工作。国际上知识产权战略与经济发展政策的结合以及国内《国家知识产权战略纲要》的颁布为我国传统知识产权保护立法提供了很好的契机。在具体的立法构架和模式选择的抽象把握上，应当注重防御性保护与积极性保护相结合；公权保障与私权保护相结合；国家立法保护与地方立法保护相结合；知识产权保护方案与非知识产权保护方案相结合；精神利益保护与经济利益保护相结合；国家权利、集体权利与个人权利相结合；特定化的在先权保护与公共资源正当共享相结合；同时，还应当注重合同的补救作用。

在传统知识产权保护议题下，现行知识产权制度可以直接利用于或者经过改造、完善后利用于保护传统知识。在专利法领域，可以扩展社会公德和公共利益条款，将它适用于保护传统知识；增设发明创造来源的披露要求和事先知情同意机制；兼容传统知识集体性专利权的申请和授予。在著作权法领域，应当扩张以著作权及与著作权相关的权利保护民间文学艺术的制度空间，主要是在著作权框架下，正确调整民间文学艺术作品与衍生作品之间在作品传承、创作、利用、传播活动中所形成的权利义务关系。在商标法领域，应当挖掘商标、地理标志在保护传统知识方面的积极潜能，完善以商标权、地理标志权保护传统知识代表性可视要素的机制。在反不正当竞争法领域，反不正当竞争法可以被适用于制止对传统知识进行不正当市场交易行为，也可以将传统知识纳入商业秘密保护范畴。此外，经过完善的植物新品种权保护也可以为传统知识提供保护，特别是“农民免责”和“农民权”可以限制植物品种权的行使，为传统知识提供间接的防御性保护。

传统知识之上的特别权利保护是在利益失衡现实下所采取的例外补救，也是对现行知识产权制度的创新和发展。作为一种例外保护制度，传统知识特别权是针对特定化的传统知识而创设的以利益分享为核心的特殊权利，其权利归属体现了传统知识群体维系和个体传承的二位一体特性。在这个权利体系内，国家、传统社区或传统族群及其代表机构或组织、传承人都具有相应的主体地位，并且，对这些权利者的利益分享保障不应当设置保护期限，但存在例外与限制情形。

总之，传统知识私法保护具有正当性，应当构建一个多元化、多层性的传统

知识保护体系，根据传统知识对象的不同，提供可以利用的多种权利保护模式，并在同一种权利保护模式中配置多层次的保护措施。

关键词：传统知识；知识产权；权利设计；制度构建

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

In recent years, there have been increasing theoretical and practical significances in the subject that how to change the existing intellectual property systems, and how to probe and create the new systems to protect traditional knowledge. Beginning from the definition of traditional knowledge, this article revolves round the core of interest-balancing, analyzes justifiability, conditions and right systems of traditional knowledge protection, adding up the lubricant of how to reconcile between traditional knowledge protection and intellectual property systems. Finally, this article presents the choices for the legislations on traditional knowledge protection.

In this article, the method used in research of traditional knowledge is generalized definition. At the moment of respecting diversity, multi-level and open traditional knowledge, this article discusses the common characters which influence on traditional knowledge rights protection and related systems construction. In light of the author's opinion, there are not those factors which make the intellectual property systems can not be utilized to protect traditional knowledge, the only existing factor is the changes and expansion of the current intellectual property systems. The documentarism of traditional knowledge is significant to protect traditional knowledge, and it prevents traditional knowledge from being utilized improperly, especially effectively avoid being misappropriated. However, it may bring some side-effects. So we should correspond and assort it with the whole systems of traditional knowledge protection.

The rights design on the protection of traditional knowledge is concerned with two issues, one is the ideal foundation and the other is the practical conditions for the traditional knowledge rights. On the ideal foundation side, the need of various parts to traditional knowledge is the rootstock which forms different interests and leads to conflict with each other. At the same time, the judgment of all kinds of value and choices bring on the transformation from interests to the rights. Regarding to the transformation of traditional knowledge interests, the justifiability is the acknowledgement and respect to the value and dignity of prior knowledge. The concept of property is applicable to traditional knowledge in the sense of its values

and protecting principles. On the practical conditions side, there are formal conformity and different characters windage between traditional knowledge and the object of intellectual property rights. It results in that the existing intellectual property systems focusing on knowledge and information, could not be wholly consistent with the need of protecting traditional knowledge, though it can provide a frame for the traditional knowledge protection. From the vision of interest-balancing, it comes to compromise which can be made to give attention to the interests of different parties, to weaken the license right, and to intensify the benefit-sharing arrangements.

The protection of traditional knowledge shall aim at recognizing and respecting the intrinsic values, maintaining cultural diversity, preventing improper usage and protecting traditional intellectual property holder's interest. The protection of traditional knowledge shall be based on flexible, comprehensive and diversified protection, respect and cooperation with other existing criterions, balance the interests of related parties, combine defensive protection with positive protection and pay equal attention to international and national legislation. In so far as the legislation of traditional knowledge protection, in the case of the global protection systems which are difficult to be localized in short term, globalizing the national law should be put in force. The national legislation performed in advance more advantageous to protect traditional knowledge in our country. It is good chance for our legislation on traditional knowledge protection that the intellectual property stratagems have been combined with the economic development policy in the world, and that the state stratagem program of intellectual property has been promulgated in our country.

This article points out that the legislation of traditional knowledge protection and relevant choice should focus not only on the aspect of defensive protection, but also on the role of positive protection, and which should combine public power and private rights, national legislation and international legislation, intellectual property rights and non-intellectual property rights, spiritual interests and the economic interests, state interests, collective interests and personal interests, protecting prior rights and benefit-sharing of public resource. At the same time, this article emphasizes that the remedial effect contract plays in protection of traditional knowledge.

The existing intellectual property systems can be utilized directly and be modified to protect the traditional knowledge. In the field of patent law, the terms of

ABSTRACT

public morals and public interests can be expanded to the protection of traditional knowledge. Meanwhile, we shall set up disclosure requirements on source of invention and the system of prior informed consent, with awarding collective patent rights of traditional knowledge to the holders. In the field of copyright law, we shall expand the space of the systems of copyright and relative rights to protect the folklore, particularly adjusting the relations which are formed in the process of transmission, creation, and usage of folklore and its derivatives. In the field of trademark law, we shall seek the positive potential of trademarks and geographical indications concerning traditional knowledge protection, and promote the protection on representative elements and visual indications of traditional knowledge. In the field of anti-unfair competition law, it can be applied to repress unfair and inequitable uses of traditional knowledge, and can bring the traditional knowledge into domain of undisclosed protected information. Furthermore, the protection of plant breeders' rights should be applied to traditional knowledge, especially restricting plant breeders' rights with "fair use" and "farmer rights" to protect the traditional knowledge indirectly.

The *sui generis* protection system of traditional knowledge is the exceptional remedy to the situation of unbalanced interests. And it is an innovation and creativity of the existing intellectual property systems. It is a special right concerning traditional knowledge. And its core is benefit-sharing, embodying its characters combining the maintenance of community and the transmission of individual. In this system, state, indigenous and local communities and their representative organizations or transmitters have their dominant position correspondingly. Furthermore, there should not be a term for the protection of their benefit-sharing rights, but there still are exceptions and limitations existing.

In one word, making use of private law to protect traditional knowledge has justifiability. This article discusses several pattern of private law to protect the traditional knowledge. According to different objects, we shall construct diverse rights protection systems, and provide multi-level measures of protection on the same right.

Key Words: traditional knowledge; intellectual property rights;
rights design; systems construction

厦门大学博硕士学位论文摘要库

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

导 言	1
一、研究的背景和意义	1
二、研究的基本思路	8
三、研究的主要方法	14
四、本文结构及研究重点	17
第一章 作为法律保护对象的传统知识	19
第一节 传统知识的术语使用及其定义意义	19
一、传统知识术语使用及概念表述	19
二、定义传统知识的意义	22
三、本文“传统知识”指称对象的定位	24
第二节 传统知识的内涵定义和范围说明	28
一、传统知识的固有属性与法律特性	28
二、传统知识的存在形态和范围	35
第三节 传统知识保护对象的确定	36
一、传统知识保护对象确定上的分歧	36
二、作为法律保护对象的传统知识的多层性与特定化	39
第四节 传统知识文献化的意义	41
一、传统知识文献化的必要性	41
二、传统知识文献化的方式和范围	44
三、可能存在的相关问题	46
第二章 传统知识利益权利化的应然基础	50
第一节 与传统知识相关的利益分析	50
一、需要：传统知识利益的形成与根源	50
二、价值：传统知识利益的表现、冲突和选择	53
三、权利：传统知识利益的转化	55

第二节 传统知识利益向权益转化的正当性判断	56
一、共识：传统知识价值的普遍承认与在先权益保护的正当性	57
二、分歧：传统知识属性的不同诠释与财产权保护的正当性	61
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	63
第三节 传统知识财产权的证成	67
一、证成传统知识财产权正当性的基本思路	67
二、财产、财产权概念对传统知识具有可适性	69
三、传统知识财产权配置符合私有财产权的价值和原则	76
第三章 传统知识利益权益化的实然条件	88
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	88
一、对象形式契合：知识产权提供了传统知识权益化的制度框架	88
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	92
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	97
一、利用：现行知识产权制度在传统知识保护上的延用	98
二、改造：使知识产权体系得以兼容传统知识保护需要	98
第三节 利益平衡：传统知识权益保护与权益限制	101
一、传统知识保护的利益平衡	101
二、传统知识的公共物品与私人物品划分	105
三、传统知识的权益主张与权益限制	112
第四节 权益体系：传统知识的权益确认与创设	114
一、传统知识保护的权益体系安排	114
二、传统知识财产权的创设与实现路径	117
三、传统知识权益确认中私权与公权的衡平逻辑	118
第四章 传统知识保护的目 标、思路与模式	123
第一节 传统知识保护的目 标政策和核心原则	123
一、传统知识保护的目 标政策	123
二、传统知识保护的核 心原则	126
第二节 传统知识保护的基 本思路及其实现模式	133

一、传统知识的防御性保护	134
二、传统知识的积极性保护	140
第三节 国际法治下的传统知识保护规则	148
一、传统知识保护的立场、态度和政策	148
二、后 TRIPS 时代知识产权保护国际格局的改变	150
三、国际组织对传统知识保护问题的讨论及其进展	155
第五章 我国传统知识保护的立法和模式选择	163
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	163
一、知识产权保护：法律移植、条约引入与制度创新	163
二、传统知识保护：国家立法先行抑或国际立法先行	165
三、“反知识产权”：并不可取也无必要	167
第二节 背景：知识产权战略视野下的传统知识保护	168
一、国内外知识产权战略制定与实施的一般性考察	168
二、传统知识保护在我国国家知识产权战略中的地位考察	170
三、我国传统知识开发、利用面临的主要现实问题	173
第三节 决策：我国传统知识保护的立法思路和模式选择	175
一、当前的立法现状	175
二、基本立法构架	177
三、未来的立法安排与步骤	178
四、具体模式选择的抽象把握	180
五、合同的补救作用	183
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	186
第一节 专利法的利用和完善	186
一、强化资源获取或者利用的合法性	186
二、扩展社会公德和公共利益条款的适用	187
三、设置来源的披露要求与事先知情同意机制	190
四、授予传统知识集体性专利权	192

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库