

论狭义传统知识保护的国家立法

——以贵州省地方实践为视角

李萍

(贵州大学法学院, 贵州贵阳 550025)

【摘要】传统知识对经济、文化发展具有重大意义。贵州少数民族聚居地区拥有丰富的传统知识,然而从其实践看,狭义传统知识保护的需求更为迫切。狭义传统知识与传统社区的生计紧密相关,但现行法律未能全面有力地保护狭义的传统知识,导致狭义传统知识持有人的利益得不到保障、不当获取与利用狭义传统知识的现象较为普遍、部分狭义传统知识面临失传风险等,但因受限于《立法法》规定的立法权限,仅通过地方立法并不能解决这些现实问题,必须推进狭义传统知识保护的国家立法。国家立法保护狭义的传统知识时,应准确定位其价值,并通过分类授权模式进行保护。

【关键词】狭义传统知识;立法;专门授权;分类保护

【中图分类号】D923.49 **【文献标识码】**A

【文章编号】1001-733X(2016)04-0145-09

知识社会里,知识是不可替代的生产要素与重要的经济资源。随着知识价值的凸显,要求保护知识的需求早已上升为法律。知识包括现代知识与传统知识。以保护现代知识为宗旨的知识产权制度,不能从根本上解决传统知识保护面临的现实问题。然而,传统知识的社会、经济和科学价值备受关注,甚至与国家利益紧密相连。国际社会在多种国际论坛中,就传统知识的保护,展开了激烈的讨论,如何保护传统知识已成为迫切需要解决的现实问题。从贵州省少数民族地区传统知识保护的现实需要看,因现行法律未能为传统知识提供全面的保护,导致狭义传统知识的保护需求更为迫切。

一、立法保护狭义传统知识的必要性——以贵州省地方实践为视角

依据世界知识产权组织的定义,传统知识可分为三类,即“严格意义上的传统知识(技术诀窍、做法、技能以及与生物多样性、农业或卫生等有关创新);传统文化表现形式/民间文学艺术表现形式(音乐、艺术、设计、符号和表演等文化表达);以及遗传资源(植物、动物和微生物中具有实际或潜在价值的遗传材料)”,本文所称狭义传统知识,是指严格意义上的传统知识与遗传资源。贵州少数民族地区拥有丰富的传统知识,从其使用与传承看,对狭义传统知识的保护更需要关注。

(一) 狭义的传统知识迫切需要保护

依据是否公开,狭义传统知识可分为未公开的传统知识与已公开的传统知识两种。贵州拥有丰富的少数民族医药知识,在各级政府主导之下,贵州省实施了民族医药“抢救”政策,高校及科研单位围绕民族医药展开了大量的研究工作,这使得绝大部分的传统民族医药知识已经文献化并公开,而剩余小部分传统医药知识只为少数个人或家庭掌握,处于保密状态。贵州的传统农业知识、传统生态知识基本处于公开状态,如锦屏造林习俗。传统T:艺知识的情况稍复杂,一些传统工艺在传统社区是公开的“秘密”,但对社区之外的公众而言,仍属于“技术诀窍”。属于秘密的传统知识可通过现有的商业秘密制度、专利法等进行保护,但已经公开的传统知识在现有法律框架下,几乎不能获得保护。随着对外交流的增多,再加上保密意识的缺乏,未公开的传统知识的范围日渐萎缩,“因而立法保护应关注的,是整体上处于公开状态的传统知识”。同时,狭义传统知识受到的,来自于现代文化与现代技术的冲击远甚于传统文化表现形式/民间文学艺术表现形式。大量传统工艺、传统农业知识、传统生态知识,面临后继无人的危机,但现行法律却不能从根本上解决这些问题。

(二) 狭义传统知识持有人的利益迫切需要保护

传统知识在保障传统社区民众生计方面发挥着重要作用。贵州少数民族地区,多数民众还靠种植地方稻种、名贵药材、黔地珍果、地方名茶,养殖家禽名种,制造传统纺织品、传统食

品、传统饰品工艺品等为生。可在现行法律框架之下，符合条件的狭义传统知识以知识产权方式获得保护，但因知识产权人往往并非传统知识持有人，此种保护并不能使传统知识持有人受益。从贵州省的实践看，基于传统知识的创新取得知识产权后，很可能与传统社区或其民众产生利益冲突，如东单甘的芦笙案。学者已经关注到国外企业利用我国遗传资源获取专利权后，对我产生的影响，却还未重视 N1 内单位或个人基于传统知识的创新成果取得知识产权后，对传统社区及其民众的影响。随着以传统知识为基础的知识产权的增加，知识产权人与传统社区或民众的利益冲突必然增多，为平衡两者利益，传统知识持有人的权益必须纳入法律的调整范围。

（三） 狭义传统知识的获取与利用迫切需要规范

首先，从贵州省地方实践看，传统知识被盗用现象严重。贵州大 M 的传统医药成为国外企业觊觎的对象，一些医药已经被国外企业申请并取得了专利权；而一些原本属于秘密的传统知识，因为缺乏保密意识，被不当公开，无法受到现有法律的保护。现有法律关于传统知识获取的规定极少，虽然《专利法》规定对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权，但“法律、行政法规”有哪些，却很难检索到。目前只有国务院 1998 年颁布的《人类遗传资源管理暂行办法》对获取人类遗传资源作了规定，而涉及其他种类遗传资源的规定却没有。传统知识的不当获取，不仅可能影响到我 N 相关产业的发展，还会影响传统社区民众的生计，因而需要从立法上防止传统知识的不当获取。其次，受功利主义的影响，不当开发利用传统知识的现象日趋严重。从贵州实践看，不当开发利用现象主要有两种：一是为追求短期利益，歪曲、篡改传统知识，破坏了传统知识的文化内涵，损害了传统社区群体的精神利益。如一些开发传统文化旅游的地方，为吸引游客，肆意更改传统节日的时间，或编造所谓的“传统故事”；二是对传统知识的过度商业化，导致传统资源匮乏，破坏了传统资源生长的生态环境，如因瑶族药浴的过度商业化，药浴药材的采集人不再遵守传统的采集规则，不仅导致药材匮乏，更破坏了药材生长的生态环境¹，故如何防止不当获取与利用传统知识是立法急需解决的问题。

二、国家立法保护狭义传统知识的可行性

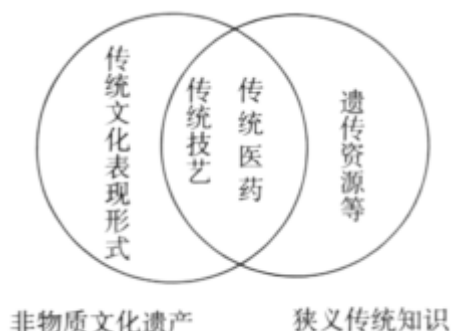
法源于社会现实，法律规范是对现实的回应，然而现行法律并未给予传统知识全面的保护，未解决传统知识使用与传承的所有现实问题，这为立法保护狭义的传统知识提供了可行性

（一） 现行法律未能有效地保护狭义的传统知识

非物质文化遗产保护法律法规不能全面地保护狭义的传统知识

2011 年我 1 司通过了《中华人民共和国非物质文化遗产法》（以下简称《非物质文化遗产法》），随后各地方也通过了本地区关于非物质文化遗产保护的地方法规，然则这鸣法律法规并不能为传统知识提供全面有力的保护。表现为：（1）调整对象未能涵盖所有传统知识。1998 年联合 N 教科文组织提出“非物质文化遗产”的概念，2003 年的《非物质文化遗产保护公约》将非物质文化遗产界定为：为各群体、团体，有时为个人视为其文化遗产组成部分的各种实践、表演、传统文化表现形式、知识和技能，及与之相关的实物、工具、工艺品和表演场所。

《非物质文化遗产法》第 2 条确定的非物质文化遗产包括：传统口头文学以及作为其载体的语言；传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；传统技艺、医药和历法；传统礼仪、节庆等民俗；传统体育和游艺；其他非物质文化遗产。可见，非物质文化遗产的外延与狭义传统知识的外延并不完全一样，两者存在交叉，即传统口头文学、传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技，不属于狭义的传统知识；传统技艺、医药等既属于非物质文化遗产，也属于狭义的传统知识；而遗传资源等狭义的传统知识则不属于非物质文化遗产。



然而，国际社会已开始将传统文化表现从传统知识中剥离，《WIPO 知识产权手册：政策、法律与运用》提到，传统知识越来越被视为知识的内容、实质或思想（诸如传统的某种植物药应用技术秘密，或者传统的生态管理实践），而非被视为传统文化/民间文艺表达、传统文化的形式、表达或表现（诸如传统歌曲、表演、描述或图案设计）。并且从国外立法实践看，针对狭义的传统知识进行了专门立法已经成为趋势，如泰国的《泰国传统医药智力法案》、秘鲁的《土著人生物资源集体知识保护制度引入法》等。（2）保护措施不能为狭义传统知识提供有力的保护。《非物质文化遗产法》规定的保护措施包括：一是采取认定、记录、建档等措施保存非物质文化遗产；二是禁止以歪曲、贬损等方式使用非物质文化遗产；三是将保护、保存经费列入本级财政预算；四是规定各级政府在非物质文化遗产保护、传播过程中的职责；五是境外组织或个人在我调查非物质文化遗产时，必须履行法定程序。前述措施主要是行政措施，其目的在于非物质文化遗产的保护与传承，并未关注传统社区基于传统知识应享有的权利，“在WIPO 确定的传统知识保护的政策目标之下，尊重居民的‘生活方式和习惯’是极其重要的一点，因而土著居民有权就代代相传的遗传材料所积累的知识和信息主张权利”³；然而这在非物质文化遗产法中并没有得到体现。

现有知识产权制度保护狭义传统知识存在不足

不可否认，现有知识产权制度以为部分传统知识提供保护：对具有新颖性、创造性和实用性的传统技术方案，以授权发明或实用新型专利权；对基于传统农业品种培育的新品种，可以授予植物新品种权；对仍属于秘密的传统知识，可适用商业秘密保护；对传统工艺品，具有新颖性的，可授权外观设计专利权；传统标记可通过集体商标或地理标志加以保护。但运用知识产权保护狭义传统知识，存在以下问题：（1）知识产权不能涵盖所有的狭义传统知识。因狭义传统知识的种类繁多，而知识产权的法定性决定了知识产权有严格的授权条件，就贵州省实践看，目前迫切需要保护的是已经公开的狭义传统知识，而它们往往不符合知识产权的授权条件，难以获得知识产权保护。单纯的遗传资源也不属于知识产权的对象，也难获得知识产权的保护。（2）知识产权不能实现传统知识持有人的利益。从贵州省实践看，大多数情况下，基于狭义传统知识产生的知识产权的权利人并非传统知识的持有人，加之知识产权是私权，即使通过授予知识产权的方式保护传统知识，能够获得直接经济利益的是知识产权人，而非传统知识持有人。

缺乏关于遗传资源及相关知识获取与使用的专门制度

发展中国家的遗传资源所具有的重大经济价值，使其成为发达国家觊觎的对象，发达国家企业可从中获取知识产权的材料，而后取得知识产权并获取巨额利益，更有甚者利用该知识产权限制遗传资源提供者对遗传资源的使用，实为赤裸裸的“海盗”行为³目前，我国直接调整遗传资源获取的法律是《人类遗传资源管理暂行办法》，该办法规范了在我国从事涉及我国人类遗传资源的采集、收集、研究、开发、买卖、出口、出境等活动，但其仅限于对人类遗传资源的管理，并未涉及植物、其他动物、微生物等的遗传资源，也未涉及惠益分享等，导致想合法使用遗传资源的公司无法可循，大举盗用行为产生。

可见，现有法律法规，不能为狭义传统知识提供充分的保护，这为狭义传统知识的专门立法提供了制度需求。

（二）仅靠地方立法保护狭义传统知识存在障碍

目前国际法和国内法关于传统知识的保护方法包括：注册登记和数据库；事前知情同意和

获取;惠益分享;合同制度;传统知识来源披露;习惯法;集体管理等。在没有国家立法的背景下,试图在地方立法中规定前述所有方法,存在立法权限的障碍。一方面,依据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第8条,关于民事基本制度的立法只能是法律,即只有由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定。关于传统知识的知情同意和获取惠益分享、传统知识来源披露、强制合同等,其本质是赋予传统知识持有人对传统知识的精神权利与财产权利,属于私权,也就是属于基本民事制度如果在国家法律没有规定的前提下,地方法规就直接认可这些保护方法显然违反《立法法》。

贵州省于2008年启动了《贵州省传统知识的知识产权保护条例(草案)》(以下简称《草案》)的起草工作,经过多次修改论证,最终定稿了《草案》文本,《草案》关注贵州省传统知识保护的现实问题,为解决现实问题,《草案》构建了一些很有价值的制度,如传统知识的集体管理制度、传统知识传承人的利益保护制度、传统知识开发利用制度等,但W受限于《立法法》的规定,某些条款超越了其立法权限。如《草案》第12条规定,“任何单位和个人获取传统知识,应当事先告知传统知识持有人或者传统知识管理组织并经其书面同意”。作为违反该条的后果,《草案》第20条规定,“传统知识持有人或管理组织可向知识产权管理部门要求处理,也可向人民法院起诉。如果知识产权管理部门处理时,认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为。当事人不服的,可以自收到处理决定之日起15H内向人民法院提起行政诉讼;侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的,知识产权管理部门可以申请人民法院强制执行。”通过第12条和第20条,《草案》实际上赋予了传统知识持有人对传统知识的财产权利,而这显然超出了地方政府的立法权限:依据《立法法》第64条,地方政府的立法权限包括两项:一是根据本行政区域的实际情况,规定执行法律、行政法规的事项;二是规定属于地方性的事务。为此,在当下,通过地方法规保护传统知识,其保护方法只能包括:(1)注册登记传统知识名录和建立传统知识数据库,这对防止传统知识失传极为重要,并且属于地方性事务。(2)建立传统知识的集体管理制度3如何管理本地传统知识属于地方性事务,地方法规可以作出规定,《草案》第4条设计了具体的管理方法:传统知识持有人可以成立传统知识管理组织;未成立传统知识管理组织的,传统知识持有人相对集中地的人民政府或者村(居)民委员会可以代为行使传统知识管理组织的相关职责。(3)遗传资源披露由于《专利法》已经规定,“对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源,并依赖该遗传资源完成的发明创造,不授予专利权”,在地方法规中要求发明创造人披露所使用的遗传资源,可以认为是对于《专利法》实施事项的规定,于地方法规的权限之内。(4)人类遗传资源的事前知情N意与获取由于《人类遗传资源管理暂行办法》第17条已经规定,“我N境内的人类遗传资源信息,包括重度遗传家系和特定地区遗传资源及其数据、资料、样本等,我国研究开发机构享有专属持有权,未经许可,不得向其他单位转让。获得上述信息的外方合作单位和个人未经许可不得公开、发表、申请专利或以其他方式向他人披露”,地方法规中规定获取人类遗传资源必须事前告知遗传资源的权利人并取得权利人的同意,属于地方法规的权限之内。(5)引导传统知识持有人通过合同实现对传统知识的权益。在国家法律未作规定前,地方立法仅能是引导性的,即告知传统知识持有人可与使用人签订合同,在合同中对惠益分享等事项作出约定。(6)引导传统知识持有人通过知识产权保护传统知识。对符合知识产权授权条件的传统知识,可以引导持有人通过知识产权进行保护。

综上所述,对传统知识的地方立法并不能从根本上解决传统知识保护的现实需要——不能保护狭义的传统知识;不能维护传统知识持有人的利益;不能防止传统知识的不当获取与利用,W而,需要推进关于狭义传统知识的国家立法。

三、保护狭义传统知识(国家立法的述议

基于对贵州少数民族地区传统知识保护的现实需求与地方立法困境的分析,为充分保护我同传统知识,发挥传统知识在经济与社会发展中的作用,我迫切需要针对传统知识进行国家立法。

(一)立法保护的對象

从地方实践需求看,目前迫切需要保护狭义传统知识的保护进行立法:

1 以狭义传统知识为保护对象是现有法律体系的:

在现有法律框架下,《非物质文化遗产法》已经对广义传统知识中的民间文学艺术进行了保护,体现在:明确了政府部门保护与传承民间文学艺术的职责;要求建立非物质文化遗产名录;规范民间文学艺术的使用方式,要求非物质文化遗产的使用者,必须尊重其形式和内涵,

禁止以歪曲、贬损等方式使用非物质文化遗产；开发利用民间文学艺术的，国家给予税收优惠。2014年 国家版权局就《民间文学艺术作品著作权保护条例（草案）》对外征求意见，该草案的目的在于保护民间文学艺术作品的著作权，保障民间文学艺术作品的有序使用，鼓励民间文学艺术的传承和发展。由于对民间文学艺术的保护已经立法或者正处于立法程序中，为避免重复立法，也为了方便执法，针对传统知识的国家立法应当以狭义传统知识为保护对象。

2 《非物质文化遗产法》为狭义传统知识的专门立法提供了可能

《非物质文化遗产法》第 44 条第 2 款规定，“对传统医药、传统 T. 艺美术等的保护，其他法律、行政法规另有规定的，依照其规定”。可见，立法者在制定《非物质文化遗产法》时已经考虑到，鉴于该法以“继承和弘扬中华民族优秀传统文化，促进社会主义精神文明建设，加强非物质文化遗产保护、保存 T：作”为立法宗旨，不能为传统医药、传统技艺等狭义的传统知识提供充分保护，为此，为专门立法保护狭义的传统知识留有缺口。

3 以狭义传统知识为保护对象也是地方实践的需要

基于贵州的实践，地方保护传统知识迫切需要解决的问题都以狭义传统知识为核心。狭义传统知识所具有的价值不同于民间文学艺术，它既具有巨大的经济价值，也包含着强大的文化内涵，1 对推动贵州的可持续发展，保障传统社区民众生计，解决健康、粮食、环境等问题都具有重大意义。然而，狭义的传统知识面临着被不正当获取与利用的风险，传统知识持有人利益未受保护，进而危及传统知识传承的风险等，使狭义传统知识岌岌可危。又因为，现有法律、法规不能有效地防止以上风险，故亟需针对狭义传统知识进行专门立法。

（二）立法模式的考量

专门授权模式

从现有研究成果看，关于传统知识的保护模式有：专门保护模式；知识产权保护模式；“知识产权保护+专门权利保护+反不正当竞争保护”模式等。在国家欲立法保护传统知识时，究竟应选择何种模式呢？基于贵州拆的实践分析，笔者认为，国家立法应从授予传统知识持有人专门权利的角度展开。理由如下：（1）知识产权模式与反不正当竞争模式不能涵盖所有传统知识，它们对传统知识的保护范围有限。众所周知，知识产权保护模式，就是将传统知识中能够独立出来，并能确定主体且符合知识产权授权条件的传统知识，在履行法定程序后受到知识产权保护。如将传统标记中请为集体商标或地理标志；将传统医药中符合专利授权条件的，申请专利权保护；然而并非所有的传统知识都符合知识产权的授权条件，同时知识产权制度建立于现代知识体系之上，也不太可能为了保护传统知识，而修改知识产权制度。如果强行将不符合知识产权条件的传统知识纳入知识产权范围，必然导致现有知识产权体制的分裂，其结果必然是知识产权制度既不能保护现代知识，也不能保护传统知识，最终使知识的生产与传播体系崩溃。反不正当竞争制度也是如此。既然知识产权制度与反不正当竞争都是现有制度，只要在执法与司法时，将符合条件的传统知识纳入其保护范围即可。（2）地方实践更多需要的是对处于公开状态的传统知识的保护，这只能通过专门权利制度才能实现：；结合贵州省实际看，对能够通过知识产权保护的传统知识，大部分已经取得知识产权并 R 商业化，m 更多需要保护的是传统知识持有人对传统知识的传承所做的努力与付出，这是现有知识产权制度所不能完成的。而保护传统知识并非最终目的，其目的在于传统知识能够为全人类所运用，同时传统知识持有人能因此运用而获取经济利益。因此，立法制定特殊制度专门保护传统知识势在必行。

分类型授权模式

但因狭义传统知识涉及范围广，并不限于某一具体的技术领域，包括工业、科学、农业、环境与医药等知识或技能，而且“保护”针对不同的客体，分别含有保护、维护、使其免受损害或侵犯等涵义，既包括对财产利益的保护，也包括对精神利益的保护。故笔者认为，如果对狭义的传统知识进行统一的授权，不仅不能使不同类型的传统知识获得应有的保护，而且会与现有法律体系形成冲突，因此对已公开的传统知识与保密的传统知识不能同等保护，应当将狭义传统知识分为公开的狭义传统知识、未公开的狭义传统知识与遗传资源三类，授予不同的专门权利。

（三）立法的价值定位

“法的价值是立法的思想先导，严格意义的立法活动都是在一定法的价值观指导之下的国

家行为。”保护狭义传统知识的立法所蕴含的价值应当是一个由多层次价值构成的有机系统，体现目的价值与工具价值的统一：目的性价值统率、整合着传统知识保护法的动态运作，反映出保护传统知识立法的本质特征；传统知识立法要实现其EJ的性价值，必须依靠工具性价值的支持与具体实施。

目的性价值

结合狭义传统知识的价值与地方实践的需求，立法保护传统知识的目的性价值在于保护传统知识持有人对传统知识享有的精神利益与物质利益，防止对狭义传统知识的不当获取与利用，从而促进狭义传统知识的传承、利用与发展。对狭义传统知识的保护并不是要赋予某人对传统知识的独占性权利，所以，保护狭义传统知识并不会与促进知识传播、利用形成明显冲突。

工具性价值

目的性价值的实现需要各项具体制度的建构，而每项具体制度都围绕工具性价值展开，立法保护狭义传统知识的工具性价值在于：（1）即不同传统社区都有发展本社区传统知识的自由，避免用现代知识的标准异化传统知识，如贵州“苗族医药常常讲究与巫术相结合，医生在治病用药之前，常用有一套神乎其神的仪式”⁶，这种“巫医结合”的传统医药已经庇护了世世代代苗族民众的健康，巫术已成为其文化的组成部分。当我们在考虑保护苗族医药时，必然面对巫术是“迷信”还是“文化”的选择，进而决定了不保护或保护。以“自由”为衡量标准，就应当将苗族医药中巫术部分作为文化。自由也意味着遵守传统社区的习惯法，世界知识产权组织确定的传统知识保护政策目标之中，尊重土著居民的“生活方式和习惯”是极其重要的一点。因此，在制定保护传统知识的法律时，应当尊重传统社区的习惯法，将习惯法的基本原则可以作为建构传统知识保护机制的依据。（2）秩序，即在国家的统一协调之下，才能有计划、有步骤地传承、发展和利用传统知识，才能避免对传统知识的过度商业利用，而导致传统资源匮乏或损害传统资源的生态环境：如前面提及的瑶族药浴过度商业化，造成4地药浴药材过度采伐，严重危及药浴药材生长的生态环境。因此，要真正发挥传统知识在可持续发展方面的作用，对传统知识的保护必须遵循秩序价值；（3）公平，即狭义传统知识是传统社区民众对长期共同生产、生活的心血结晶，狭义传统知识得以传承与发展离不开传统社区民众的脑力劳动与体力劳动，狭义传统知识也是传统社区民众日常生活的重要保障。在现有法律体系框架之下，国家允许通过知识产权保护传统知识。知识产权为私权，以知识产权保护传统知识，必然将社区民众享有共同利益的知识转化为某人或某个集体的私权，为平衡传统社区与私权人之间因传统知识而产生的利益冲突，立法必须赋予传统社区对狭义传统知识的特殊权利，这种权利产生的基础是基于公平价值，基于对传统社区创造、传承与发展传统知识的回报。

（四）制度的建构

综上，基于贵州省保护传统知识的实践，当前狭义传统知识保护迫切需要解决的问题是：如何保护狭义传统知识持有人的利益？如何防止狭义传统知识被不当获取与利用？如何保障狭义传统知识的传承？因此，在立法保护狭义传统知识时，至少应当包含以下制度：

专门权利制度

专门权利制度是指通过法律承认和保护传统知识持有人对传统知识享有专门的权利。[7]这种权利是集体性的私权，是传统知识持有人即传统社区享有的权利，而非个人权利。法律赋予传统知识持有人的专门权利可分为精神权利与财产权利。赋予狭义传统知识持有人精神权利的哲学基础在于传统知识是其文化的组成部分，是传统社区的灵魂，也是传统社区数辈民众体力与脑力劳动的结晶，出于对传统社区的尊重，当狭义传统知识使用人基于传统知识生产的产品上市销售或申请知识产权时，必须在其产品上标明所使用的狭义传统知识。并且，狭义传统知识的使用人不得歪曲、篡改、捏造传统知识，以免损害传统知识持有人的精神利益。狭义传统知识持有人的财产权利应包括防止盗用权、利用和发展权、惠益分享权等。

值得注意的是，针对狭义传统知识的专门授权，基于立法的可行性，必须考虑两个因素：一是对狭义传统知识的专门授权是否会与现有法律框架产生冲突，特别是知识产权中的公有领域制度冲突。由于对传统知识的授权将使部分原先处于公有领域的知识被划入私人权利范围之内，必然影响公众对知识的获取与利用，此时必须考虑如何平衡持有人与公众之间的利益冲突；二是对狭义传统知识的授权是否与国际条约的规定一致。就国际立法看，传统知识持有人就传统知识享有的防止盗用权与惠益分享权等财产权，仅限于与传统社区的生存和发展密切相关的遗传资源。因而笔者认为，目前针对狭义传统知识的国家立法，应当针对不同类型的传统知

识授予不同的权利：对已公开的狭义传统知识的授权应当只限于精神权利，即不得歪曲该传统知识；在利用该传统知识完成的产品上市销售或申请知识产权时，必须标识其所使用的传统知识。对于非公开的狭义传统知识与遗传资源，除了授予精神权利外，还应授予财产权利。

传统知识登记制度

保障传统知识得以传承的重要途径之一是依据传统知识登记制度，建立传统知识数据库。传统知识登记制度是对传统知识进行收集、整理、记录和注册的制度。除了有助于保存传统知识外，该制度还可以防止知识产权的不当授权。通过将传统知识数据库提供给主要的专利审查机构，作为专利审查时的新颖性与创造性的比较标准，从而有效地防止生物剽窃行为。由于有的传统知识已处于公开状态，有的传统知识尚处于保密之中，在登记制度上应当有所不同。已公开的传统知识登记后，应当允许公众查询；但对仍然属于秘密的传统知识，法律必须采取适当的措施加以保护，不得任意查询。

披露制度

披露制度是传统知识持有人精神权利的延伸，也是财产权利实现的基础，传统知识是传统社区民众数辈人的心血结晶，是脑力劳动与体力劳动的成果，出于对传统社区民众付出的回报，当依赖该狭义传统知识完成的成果申请知识产权或者上市销售时，必须披露其所使用的传统知识³。如果所使用的传统知识是保密的传统知识或者遗传资源，使用人还要提供来源证明和持有人知情同意的证明。同时，披露与知识产权的取得直接联系，不披露就不能取得知识产权。披露制度的意义体现为三点：一是便于主管机关确定狭义传统知识的获取是否违反有关法律的规定，确定狭义传统知识的使用是否歪曲、篡改了传统知识；二是体现对传统社区的尊重，实现传统知识持有人的精神利益；三是如果立法赋予了部分传统知识财产权利，披露制度有利于这部分权利人实现其财产权利。

法定合同制度

本质上，合同是通过法律得以实施的承诺或保证。通过合同保护传统知识，不仅能使传统知识为全人类所共同利用，传统知识持有人也能从中获得经济利益。然而，合同的订立以自愿为基础，如果不将缔结合同作为一项法定义务，传统知识持有人的利益实现成本将极高。因此，在立法保护传统知识时，法定合同制度是重要制度。所谓法定合同制度是指，传统知识使用者在获取和利用保密的传统知识或遗传资源时，在遵循事先知情同意原则的前提下，必须与传统知识持有人就传统知识的利用和惠益分享达成合同。安排贵州省的《草案》就对法定合同制度做了很好的设计。《草案》第13条规定，任何单位和个人以营利为目的，通过下列方式获取和开发利用传统知识的，应当与传统知识持有人或者传统知识管理组织订立传统知识开发利用合同：（1）利用传统科技知识开发医药、农业或者其他产业产品的；（2）复制、发行、出租、改编、广播、展览、放映、公开表演、通过信息网络传播传统文化表达的；（3）使用与传统文化表达有关的文字、标志、名称或者符号，作为企业名称、商号或者申请注册商标及其他知识产权的；（4）以建筑物的形式整体再现或者实质再现传统文化表达的；（5）其他开发利用方式。如果利用人是与传统知识管理组织订立合同，那么传统知识管理组织订立合同前，必要时应当征求传统知识持有人代表的意见，尊重多数传统知识持有人的意愿。就合同内容而言，《草案》第14条规定，传统知识开发利用合同应当包括开发利用传统知识的范围、方式、产生的结果及惠益分享方式等内容。惠益分享包括支付使用费、知识产权共享、无偿利用研究开发成果以及吸纳传统知识持有人参与传统知识的实施等方式。

结语

保护传统知识的现实意义不言而喻，但狭义传统知识未能在现行法律框架下获得全面有力保护，而其义是传统知识利用与传承、传统社区发展迫切需要解决的现实问题。在这种背景之下，贵州省曾尝试通过地方立法解决传统知识保护的现实问题，但受限《立法法》规定的立法权限，这种尝试未能转化为现实。希望借助地方立法解决狭义传统知识保护存在的问题已经不可能，必须通过国家立法，明确狭义传统知识保护的基本民事制度后，地方立法才可能进行执行性的细化了国家立法保护狭义传统知识的需求迫切需要解决。

参考文献：

- [1] WIPO(世界知识产权组织)·传统知识与知识产权[F.B/OL] · [2016 -01 - 26] · [http://www.wipo.int/pressroom/zh/briefs/tk_if\)_html](http://www.wipo.int/pressroom/zh/briefs/tk_if)_html).
- [2] 王宁. 借事法律之手保护千年智慧[N]. 贵州日报, 2008 -06-26.
- [3] 杨明. 传统知识的法律保护:模式选择与制度设计[J]·法商研究, 2006(1) : 116.
- [4] 华鹰. 传统知识的法律保护模式选择与立法建立[J]·河北法学, 2008(8):140 -144_
- [5] 卓泽渊·论法的价值[J]·中闻法学, 2000(6) :23.
- [6] 徐家力, 等. 松桃苗 K 药[C]//W 际行动援助中 W 办公室·保护创新的源泉——中 W 西南地 K 传统知识保护现状调研与行动案 例集. 北京: 知识产权出版社, 2007:101.
- [7] 秦天宝. 秘兽对遗传资源相关传统知识的保护及对我国的借鉴[J]·科技与法律 , 2005(4) :89 -93.