

我国少数民族传统医药知识特别权利 保护制度构建的几个问题

严永和 王 晓

我国少数民族传统医药知识是指少数民族一个或者多个村寨或者代表性传承人在长期的生产生活过程中创造和传承的、仅在村寨内部或者村寨间公开的传统医药产品与方法；这些传统医药知识十分丰富，具有重要的经济社会价值，是民族地区防治疾病与保健的重要医疗资源，也是研发新药的重要途径。少数民族传统医药知识遭到大量不合理使用或者盗用，面临着广泛的失去知识产权的风险。现行知识产权制度与我国少数民族传统医药知识保护存在抵触。构建特别权利制度，是我国少数民族传统医药知识产权保护的重要制度选择。我国少数民族传统医药知识产权保护条件，包括新颖性、创造性、实用性、集体性、传统性；其权利内容包括积极权利与消极权利；其权利限制主要表现为合理使用、强制许可使用、传统性与习惯性使用、保护期限限制；其特别权利保护制度主要涵盖权利客体、权利主体、保护条件、权利内容、权利限制等制度要素。

关键词：少数民族 传统医药知识 知识产权 特别权利

作者严永和，中南民族大学法学院教授；王晓，中南民族大学法学院 2017 级博士研究生。地址：湖北省武汉市洪山区民族大道 82 号，邮编 430074。

我国少数民族传统医药知识，是指少数民族在历史上创造和沿用的传统医药知识的总称，包括医药理论、诊疗方法、秘方、配方、药材栽培技术、药材加工技术等，藏、蒙古、维吾尔、傣、苗、彝等少数民族拥有丰富的传统医药知识。^① 经过长期临床实践，我国少数民族传统医药知识具有独特的疗效，被广泛应用，并有部分药材和成方制剂被收入《中华人民共和国药典》；^② 一些少数民族传统医药知识在国际上具有较大影响，如英、法、德、瑞士、奥地利等二十多个国家设立了藏医研究机构，研究和开发藏药。^③

目前，非、亚、拉各国广泛运用传统医药知识解决疾病防治及保健等问题，发达国家也日益重视传统医药知识在健康领域的运用。^④ 但是，按照现行知识产权国际条约及主要国家国内

① 参见黄旭东：《贵州民族民间医药知识产权保护研究》，《贵州社会科学》2006 年第 2 期；乔世明主编：《传统民族医药法律保护研究》，法律出版社 2015 年版，第 57 页。

② 参见陈仁寿：《中国少数民族药物的研究现状和前景》，《南京中医药大学学报》2006 年第 2 期。

③ 参见陈晓林、尚群：《当代中国藏医药知识产权保护的现实困境与出路》，《宁夏社会科学》2016 年第 4 期。

④ 参见世界卫生组织：《传统医学战略》（2002—2005），WHO/EDM2002.1（第 9—11 页），https://www.who.int/publications/list/who_edm_trm_2001_1/zh/。

法,大多数传统医药知识被划入公共领域,从而引发了大量“生物海盗”或者“知识海盗”行为。在印度,估计每年有2000项不正当利用传统医药知识研发的产品或者方法获得专利授权。^①而我国汉族传统医药知识,对发达国家早已不是秘密,被发达国家机构或者公司盗用、不合理利用乃是常态;^②同时,外国机构或者公司,以合作的名义获取我国少数民族民间流传的传统古方、验方或者祖传秘方等,研发新药、申请专利后进行产业化及占领国际市场,甚至返销我国的事例并不鲜见。^③更严峻的问题是,随着我国与多国签订多项中医药等卫生事务合作协定,跨国药品企业大量进入我国传统医药领域,在我国开展本地化研发,从而必将对我国少数民族传统医药知识进行大规模商业化使用并转化为所谓“创新产品”而受到知识产权保护;^④同时,在保护、传承非物质文化遗产的名义下,我国一些尚处于保密或者半公开状态、发达国家尚感到神秘的少数民族传统医药知识,正在被或者已经被有关部门或者学界整理、出版或者建立有关电子数据库而公开,^⑤面临着丧失知识产权的巨大风险。故有的民族医药学者十几年前就提出要对少数民族传统医药知识授予广泛的产权,维护当地少数民族和国家的利益。^⑥因此,我国需要尽快开展传统少数民族传统医药知识的产权保护立法。世界卫生组织把源于传统医药知识的产品利益合理分配,确定为各国政策与法律需要完善的重要内容,并把保护原住民与当地社区对其传统医药知识的知识产权作为世界卫生组织2014—2023年传统医药战略的重要内容之一。^⑦我国有关法律与政策文件均认可对少数民族传统医药知识提供知识产权保护,只是尚未构建具体的、具有较强操作性的知识产权规则。^⑧对如何确定包括我国少数民族传统医药在内的传统中医药知识产权保护的制度路径,学界存在“综合论”与“单一论”的争鸣。“综合论”认为,传统医药知识产权保护,涉及专利法、著作权法、商标法、商业秘密制度等,如有的学者提出要“以专利保护强化权利基础”“以商标权保护树立企业形象”“以商业秘密保护拾遗补缺”;^⑨有的学者认为中药知识产权保护涵盖专利法律制度、商标法律制度、著作权法律制度、商业秘密法律制度、中药品种保护法律制度、原产地标记保护制度等,应当逐步废止中药品

① 参见 Seemantani Sharma, “Traditional Knowledge Digital Library: a Silver Bullet in the War Against Biopiracy?” *John. Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 17, 2017.

② 如日本的“汉方制剂”产业、美国国立卫生研究院新药筛选中心每天安排机器人筛选中草药中的新成分并申请专利等,即是明证。参见张小明:《用法律保护中医药》,《经济参考报》2005年7月2日。

③ 如我国藏药“25味珍珠丸”处方,被外国医药公司利用,研发新药并抢注专利。参见杨长海:《法社会学视角下的藏医药保护》,《榆林学院学报》2016年第1期。

④ 参见张伯礼:《扶持民族医药产业,保障我国医药安全的建议》,《中国食品药品监管》2013年第3期。

⑤ 如我国“藏彝走廊”地区藏族、羌族、彝族的传统医药均不同程度地被整理出版。参见张丹等:《“藏彝走廊”民族医药保护与传承现状及对策研究》,《中南民族大学学报》2016年第4期。有侗族自治地方(湖南省通道侗族自治县)领导,要求通过奖励等措施,挖掘侗族民间单方验方、秘方,编撰《侗族医药志》,把各种药物名称、功能、用法、炮制等进行规范和说明。参见杨秀涛:《侗民族传统医药产业发展的战略取向分析》,《民族论坛》2007年第9期。

⑥ 例如,裴盛基指出:“要重视我国民族药传统知识产权的保护工作;在民族药调查中,对当地民族要赋予参与权、著作权和出版权;在民族药资源利用中,当地民族社区应当是最大的利益获得者;在进行生物活性筛选时,从当地采集样品,应让当地人获益;国家对药物资源的出口和商业合同应进行有效管理,保护国家利益和当地民族利益。”参见裴盛基:《传统医药现代化与民族医药的传承》,《中国民族民间医药杂志》2000年第1期。

⑦ 参见世界卫生组织:《传统医学战略:2002—2005》(2002年)、《传统医学战略:2014—2023》(2013年),http://www.who.int/publications/list/traditional_medicine_strategy/zh/。

⑧ 参见《中医药法》(2016)、《国家知识产权战略纲要》(2008)、《中医药发展战略规划纲要(2016—2030)》、《关于加强新时代少数民族医药工作的若干意见》(2018)等法律与政策文件。

⑨ 参见乔世明主编:《传统民族医药法律保护研究》,第150—152页。

种保护,整合现有针对中药知识产权保护的各种法规、规则,“制定一部以知识产权基本法律及《中华人民共和国药品管理法》为上位法,适合中药特点、与国际惯例接轨的中药知识产权法规”;^①有的学者认为,中医药传统知识保护制度是一个综合体系,应由前提制度、数据库保护制度、现行制度与专门制度组成;而该专门制度,又由中医药传统知识所有制度、使用制度、管理制度、传承制度组成。^②“单一论”一般主张构建知识产权特别权利制度或者特别制度安排(sui generis arrangements),以保护包括传统医药在内的传统知识的产权。^③世界知识产权组织“知识产权与遗传资源、传统知识、民间文学艺术”政府间委员会(以下简称WIPO-IGC)近年来正在讨论的“传统知识法律保护条款草案”体现了“单一论”思路,^④即构建传统知识特别权利保护制度。我国少数民族传统医药知识,属于上述所谓传统知识的范畴,故宜构建少数民族传统医药知识特别权利保护制度。笔者认为,作为一种技术知识,我国少数民族传统医药知识涉及专利法;而传统医药知识有关著作或者口头传统医药知识经过整理所形成的书籍涉及著作权法,传统医药知识的商誉及承载该商誉的商业标识涉及商标法与反不正当竞争法。但是,传统医药知识,其本身是一种技术性知识,故其主要与专利法等技术性知识产权法相关联。因而我国少数民族传统医药知识特别权利制度的构建,主要应吸收专利法相关精神与养分,重点是解决权利客体、权利主体、保护条件、权利内容、权利限制五个问题。本文拟就上述问题进行探讨,敬请学界批评指正。

一、知识产权语境下我国少数民族传统医药知识的内涵界定

在知识产权语境下界定我国少数民族传统医药知识的内涵,即是明确我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体或者保护对象。我国少数民族传统医药知识,属于传统中医药知识的范畴。故学界有关传统中医药知识的研究成果,也涵盖少数民族传统医药。对应纳入知识产权制度保护范围的传统中医药知识,学界主要有广义论和狭义论两种观点。广义论把传统中医药知识区分为四个部分:一是中医药理论知识;二是中医药技术知识,包括中医诊断技术、中医治疗技术、中医组方技术、中药材培养采收技术、中药材加工炮制技术等;三是中药材物种资源和基因资源;四是中医药特有的标记、符号,包括特有的人名、药名、方剂名、经络图、传统中药材商铺名等。^⑤狭义论一方面把知识产权视野下的中医药知识限定为中药知识,同时主要从技术角度对中药的范围进行界定:如有的学者将中药区分为中药材、中药饮片、中药提取物、中成药、中药制剂、中药制药工程技术、中药处方、中医药古籍等信息资源;^⑥有的学者认为,中药包括中药产品、中药方法、已有中药产品新用途;其中,中药产品包括中药材、中药提取物、中药复方制剂、中药材的人工制品、新发现的中药材、中药材的药用部位、以人工方

① 袁红梅编著:《中药知识产权法律制度的反思与构建》,北京师范大学出版社2011年版,第3—4、117页。

② 参见宋晓亭:《中医药传统知识的法律保护》,知识产权出版社2009年版,第149—153、159—164页。

③ 参见Paul Kuruk, “Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: a Reappraisal for the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States,” *American University Law Review* Vol. 4, 1999; P. Bhatia, A. Chugh, “Role of Marine Bioprospecting Contracts in Developing Access and Benefit Sharing Mechanism for Marine Traditional Knowledge Holders in The Pharmaceutical Industry,” *Global Ecology and Conservation*, Vol. 3, 2015。

④ 参见WIPO/GRTKF/IC/37/4, Annex, https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=46445。

⑤ 参见宋晓亭:《中医药传统知识的法律保护》,第73—79、168页。

⑥ 参见洪净主编:《中药知识产权保护》,中国中医药出版社2003年版,第75—92页。

法在动物体内的制取物、从国外引进的习用药材、国内异地引种和野生变家养的动植物药材；中药方法，包括活性成分提取方法、中药制剂的制备方法、中药材的加工方法、中药材种植培育方法、中药产品鉴定方法、储藏方法等。^① 对上述观点，笔者认为主要存在以下不足：第一，没有对知识产权语境下传统医药知识进行比较精细的分类，也没有对传统医药知识的内涵进行比较准确的界定；第二，没有区分原生性传统医药知识与衍生性传统医药知识；^②第三，有的观点有违现代专利制度客体限制的基本原则。笔者认为，对知识产权语境下我国少数民族传统医药知识内涵的界定，应弥补上述不足，明确以下要点：

第一，用尽现行专利法制度空间，把衍生性传统医药知识排出我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围。传统医药知识，由于产生与传承历史颇为久远，特别是发展到现代社会，某些传统医药知识借助于西方现代医药科技，衍生、转化为现代医药知识，即“衍生性”传统医药知识。以汉族传统医药为例，屠呦呦团队研发的“青蒿素”等中药新药以及各种中药提取物及其提取方法等，均为“衍生性”传统中药知识。藏药新药“红花如意丸”“仁青芒觉胶囊”“五味甘露颗粒”等，也属于“衍生性”传统藏药。如果其符合专利法要求，就构成发明或者实用新型，可以申请并享有专利权，如“五味甘露颗粒”就获得了美国专利授权。^③ 衍生性传统医药知识，可能构成发明创造，从而可能申请并获得专利权；如同衍生性民族民间文艺，可能构成作品，从而享有著作权。^④ 只有作为“衍生性”传统医药知识之来源的少数民族“原生性”传统医药知识，因与现代专利法相冲突，不能得到其保护，从而构成我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的适用对象。

第二，参照现行知识产权客体分类规则，把传统医药知识的表达形式与传统医药标识排出我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围。为了便于制度建构，现行知识产权国际条约及主要国家知识产权立法把知识产权的客体，区分为创造性智力成果（如发明创造、植物新品种、集成电路布图设计、作品）与创造性智力成果衍生的商誉及其有形载体（如商标、地理标志等）。我国少数民族传统医药知识也可以区分为作为创造性成果的传统医药知识本身与传统医药知识衍生的商誉及其有形载体。传统医药知识的书面或者音像表达形式，在性质上近似于著作权意义上的作品，如藏药经典著作《四部医典》等；传统医药知识衍生的商誉及其有形载体，如“从江瑶族浴药”等，应称为传统医药标识，构成商标法意义上的地理标志等商业标识。由于我国少数民族传统医药知识在技术性质上接近于专利法上的发明，故我们应参酌专利制度构建传统医药知识特别权利保护制度，并把传统医药知识界定为作为传统医药知识本身的传统医药技术知识，而不涵盖传统医药知识的表达形式和传统医药标识。传统医药知识的表达形式可能属于著作权法的保护范围，传统医药标识可能属于商标法等商业标识法或者反不正当竞争法的保护范围。

第三，参照专利客体限制规则，把我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体限定为特定范围的传统医药技术知识。在现代专利法上，其权利客体受到一定的限制。该限制主要有三种情形：一是把专利权限定于“实用技术”领域。非实用技术的、理论性的或者抽象的

① 参见张冬：《中药国际化的专利法研究》，知识产权出版社2012年版，第84页。

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32—33页；张冬：《中药国际化的专利法研究》，第86页。

③ 参见索朗加布：《藏医药发展的思考》，《中医管理杂志》2017年第8期。

④ 参见严永和：《民族民间文艺知识产权保护的制度设计：反思与评价》，《民族研究》2010年第3期。

艺术、社会科学、理论数学、商业方法和管理方法等智力成果,虽然具有重大价值,但不属于可以授予专利权的主体或者客体。^①二是基础知识、抽象思想与自然法则、自然现象、自然物质等科学发现性智力成果,“必须保持可自由使用的状态”,不能享有专利权。^②三是为保护人类、动物或者植物的生命与健康,排除对某些发明授予专利权,如对人类或者动物的疾病进行诊断或者治疗的方法,包括外科手术方法等。按照上述原则,我国少数民族传统医药知识中的基础理论^③、疾病诊断与治疗技术或者方法^④等,不应纳入我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围,只有传统医药知识中的应用性技术内容才属于该特别权利保护制度的适用对象。

第四,发挥商业秘密制度效用,把秘密性传统医药知识排除我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围。对我国少数民族传统医药知识,根据保密与公开状态的不同,可以区分为秘密性传统医药知识、半公开传统医药知识与公开性传统医药知识。秘密性传统医药知识,一般在本家族内部按照习惯代代相传,或者由师傅传授给徒弟,由徒弟代代传承,大致处于保密状态。半公开传统医药知识,是指在一个或者多个少数民族村寨内或者村寨间公开,从而使本村寨多数成员或者邻村部分人员所知晓的传统医药知识。这种传统医药知识,属于相对公开的传统医药知识,如一些土家族传统医药知识,在家族内部传承或者师徒间传承;而一些传统医药知识则在民间长期流传。^⑤在上述传统医药知识中,前者属于秘密性传统医药知识,后者属于半公开传统医药知识。公开性传统医药知识,是指已经有意无意地在外部社会公开出版,甚至翻译为外文在外国公开出版的传统医药知识,如国家中医药管理局编纂《中华本草·傣药卷》,“老傣医们积极主动地献方献药,毫不保守地将自己多年积累总结的经验秘方无偿奉献”,导致了诸多傣族传统医药知识在全国范围甚至世界范围公开;^⑥我国学者编辑出版大量民族药志、验方集、验方选编、用药标准等少数民族传统医药著作,导致很多少数民族传统医药知识公开。^⑦秘密性传统医药知识,基本可以采用现行商业秘密制度进行保护,不存在制度障碍,不属于我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围;而公开性传统医药知识,是否授予知识产权,目前争议很大,本文不予讨论。

综上,在知识产权语境下,对我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的客体范围,应当界定为原生性传统医药知识中的技术成果内容本身。这种技术成果,按照现代专利制度的客体区分逻辑,可以区分为传统医药产品与传统医药方法。前者主要包括药材、饮片、成药等;后者主要包括药材培植方法、药材炮制加工方法、饮片加工方法、方剂等。本文主要研究我

① 参见 Donald S. Chism, *Chism on Patents*, Vol. 1, Washington: LexisNexis, 2009。

② [德]鲁道夫·克拉瑟著、单晓光等译:《专利法——德国专利和实用新型法、欧洲和国际专利法》,知识产权出版社 2016 年版,第 148 页;[美]谢尔登·W·哈尔彭等著、宋慧献译:《美国知识产权法原理》,商务印书馆 2013 年版,第 249 页。

③ 如我国藏医药学的“五元学说”“三因素学说”(青海省藏医药研究院编:《藏医药学精要述评》,民族出版社 2015 年版,第 251—278 页)、傣族医药学的“四塔”“五蕴”学说(《中华本草》编委会:《中华本草·傣药卷》,上海科学技术出版社 2005 年版,第 4 页)等。

④ 如藏医常用的尿诊法、蒙古族的酸马奶疗法、维吾尔族的埋沙疗法等,参见庞宗然:《中国少数民族特色医疗技法》,中央民族大学出版社 2009 年版,第 16、61、80、163 页。

⑤ 参见《中国民俗志·湖北宜昌市卷·长阳卷》编纂委员会编:《中国民俗志·湖北宜昌市卷·长阳卷》,中国文联出版社 2014 年版,第 324—325 页。

⑥ 参见国家中医药管理局《中华本草》编委会:《中华本草·傣药卷》(前言),第 2 页。

⑦ 参见陈仁寿:《中国少数民族药物的研究现状和前景》,《南京中医药大学学报》2006 年第 2 期。

国少数民族半公开传统医药知识的特别权利保护问题。

二、我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的权利主体

权利主体,是所有法律制度必须解决的基本问题。我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的权利主体,意指享有传统医药知识特别权利的个人或者组织。我国学术界很少对少数民族传统医药的权利主体进行专门研究,但有关传统知识权利主体或者中(医)药权利主体问题的探讨,涵盖少数民族传统医药知识。我国有的学者把社区、民族、国家,确定为传统知识的权利主体。^①有的学者把一个或者几个传统社区或者传统族群作为传统知识的权利主体。^②有的学者把创造、发展、持有或者保存传统知识的村落、部落、民族或者国家确定为权利主体。^③有的学者认为,中华民族与各民族均是中医药传统知识的权利主体,而企事业单位或者自然人可以是部分(中医药)传统知识的持有人(使用权人),并经过申请、登记、公告而享有相关权利。^④有的学者认为(中药)传统知识的持有者、传承者与利用者应当“平等对待”,均为权利主体。^⑤

在立法上,1992年《生物多样性公约》把原住民社区和地方性社区确定为与生物多样性保护与利用有关的传统知识的权利主体。^⑥2001年《粮食与农业植物遗传资源条约》把农民规定为有关传统知识的权利主体。^⑦2002年秘鲁《保护原住民之与生物资源有关的集体知识的第27811号法》(以下简称秘鲁《第27811号法》)把原住民社区确定为权利主体。^⑧2010年非洲地区知识产权组织《关于保护传统知识与民间文艺表达斯瓦科普蒙德议定书》(以下简称《斯瓦科普蒙德议定书》)把在传统与代际背景下创造、保存、传播传统知识的当地社区和传统社区,包括为该社区认可的个人作为传统知识的权利主体(第6条)。2016年赞比亚、肯尼亚有关传统知识与文化表达保护立法对传统知识的权利主体做出了与《斯瓦科普蒙德议定书》基本一致的规定。^⑨WIPO-IGC把持有传统知识的原住民社区、当地社区或者国家、民族作为权利主体。^⑩上述国际公约、地区层面国际条约和有关国家立法,确定的传统知识的权利主体,有原住民社区或者地方性社区、个人、国家等,但是没有根据有关传统知识的公开状态,确定具体的权利主体,其科学性与合理性尚存在疑问。

笔者在研究传统文化资源特别权利保护制度的权利主体时,曾经把技术性传统知识的权利主体界定为有关传统部族或者传统社区;把民族民间文艺的权利主体概括为个人主义作者

① 参见古祖雪:《论传统知识的可知识产权性》,《厦门大学学报》2006年第2期。

② 参见丁丽瑛:《传统知识保护的权益设计与制度构建》,法律出版社2009年版,第314页。

③ 参见周方:《传统知识法律保护研究》,知识产权出版社2011年版,第217页。

④ 参见宋晓亭:《中医药传统知识的法律保护》,第80—85、133页。

⑤ 参见张冬:《中药国际化的专利法研究》,第86—87页。

⑥ 参见《生物多样性公约》第8条(j)款。

⑦ 参见《粮食与农业植物遗传资源国际条约》第9条。

⑧ 参见秘鲁2002年《保护原住民之与生物资源有关的集体知识的第27811号法》第10条。

⑨ 参见2016年赞比亚《保护传统知识、遗传资源和民间文艺表达法》第2、9条;肯尼亚《传统知识与文化表达保护法》第2、9条。

⑩ 参见WIPO/GRTKF/IC/37/4, Annex。

观、集体主义作者观与“二元论”作者观。^① 对我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度的权利主体,根据有关传统医药知识的公开状态,可以采纳集体主体观与个人主体观相结合的立法模式。集体主体观即把某种集体组织作为有关传统医药知识的权利主体,如有关行政村或者自然村;个人主体是把有关传承人个人作为传统医药知识的权利主体。对我国少数民族半公开传统医药知识,其权利主体应确定为创造、传承该传统医药知识的少数民族行政村或者自然村;对多个少数民族行政村或者自然村共同保有的传统医药知识,则有关少数民族行政村或者自然村共同作为权利主体。在少数民族行政村或者自然村,不少村民习得半公开传统医药知识,均为有关传统医药知识的传承人。但是,有的传承人对传统医药知识掌握得比较好,长期以来在少数民族村寨从事医疗实践,治病救人,是“传统治疗者”(traditional healers)或者民间草医师。^② “传统治疗者”是传统医药知识的代表性传承人。有的传承人对传统医药知识掌握得较差或者较少,可以称之为普通传承人。在我国少数民族传统医药知识的利益分配中,代表性传承人掌握着较多的传统医药知识,应分享更多的权利与利益;普通传承人享有较少权利与利益。而对代表性传承人所掌握的少数民族独特传统医药知识,则归其个人所有,其个人成为该传统医药知识的权利主体。

三、我国少数民族传统医药知识特别权利的授权条件

在现代专利法上,对技术发明授予专利权的条件,可以概括为经济标准与技术标准。经济标准,即申请专利的发明在经济上具有实用性与可产业性;技术标准即申请专利的发明在技术上具有新颖性与创造性。我国少数民族传统医药知识特别权利的授权条件,与专利授权条件具有一定的共性。国际社会立法实践与学术界对包括传统医药知识在内的传统知识授权条件进行了一定的探索,可资参考与借鉴。

《斯瓦科普蒙德议定书》把传统知识的授权条件确定为:第一,传统知识在传统和代际背景下创作、存续和传承;第二,传统知识与当地社区或传统社区密切关联;第三,传统知识构成当地社区或者传统社区文化身份不可分割的一部分,该当地社区或者传统社区通过当地的习惯法或者惯例,正式或者非正式地对传统知识负有监督、监管的职责或者作为一个集体对传统知识享有所有权从而持有有关传统知识。肯尼亚《传统知识与文化表达保护法》规定传统知识应满足的条件为:第一,传统知识在一个社区里为了经济、仪式、叙事、装饰或者娱乐等目的而创造,并代代相传;第二,传统知识的创造可能由个人或集体共同完成;第三,传统知识与一个社区密不可分或者属于一个社区;第四,传统知识构成当地社区或者传统社区文化身份不可分割的一部分,该当地社区或者传统社区通过当地的习惯法或者惯例,正式或者非正式地对传统知识负有监督、监管的职责或者作为一个集体对传统知识享有所有权从而持有有关传统知识。2017年WIPO-IGC《传统知识法律保护条款草案》对传统知识保护的条件的概括起来主要有:第一,传统知识由集体创造、维持、发展、共享;第二,传统知识与原住民、当地社区、民族的社会认同或者文化遗产有直接关联;第三,传统知识代代相传(无论是否连续),不少于50年或者5

^① 参见严永和:《民族民间文艺知识产权保护的制度设计:评价与反思》,《民族研究》2010年第3期。

^② 参见WIPO-IGC, The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles, Commentary on Article 2, WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov。

代人的实践;第四,传统知识存在于经过整理的书面的、口头的或其他形式中。^① 在学术界,有的学者把传统知识的授权条件概括为传统性、本土性、实用性;^②有的学者将其概括为价值性、区域性、传统性、集合性;^③有的学者提出了商业新颖性及“文献化和固定化”的要求;^④有的学者论证包括传统知识在内的非物质传统资源具有无体性、信息性、可共享性、无消耗性、活性、群体性、独特性、生态性、积累性等特征,间接涉及传统知识的保护条件或者标准。^⑤ 国际社会与学界的探索,为我国少数民族传统医药知识特别权利授权条件的确定,提供了较多的素材和立法经验。

笔者认为,我国少数民族传统医药知识特别权利保护,是对传统医药知识这一独特的传统文化智力成果,授予一种特殊的知识产权。该特别权利具有知识产权的共同品质;在法权品性上,接近于专利权。为此,需要吸收专利授权条件的制度精神;同时,结合我国少数民族传统医药知识的“传统文化内涵”,以确定传统医药知识的授权条件。笔者曾经把传统知识可知识产权性的实质要件,概括为可知识产权主题性、实用性、新颖性、非显著性四项条件。^⑥ 这一框架,也适用于我国少数民族传统医药知识,只是其内涵有所不同。同时,传统医药知识作为一种传统文化智力成果,主要表现为“传统性”与“集体性”两大特性(其内涵参见下文)。为此,笔者把我国少数民族传统医药知识特别权利的授权条件,概括为以下五项:

第一,新颖性条件。现代专利法上,新颖性是指申请专利的技术知识与技术方案,除法律另有规定外,没有以任何形式进行公开,包括不抵触申请。传统医药知识在欧洲现代科学技术产生之前就已经发展起来,一些传统医药还形成复杂的理论与体系。^⑦ 我国少数民族传统医药知识大多存续久远,且在一定区域内具有公开性,不符合现代专利法新颖性规则的要求。我国少数民族半公开传统医药知识,在有关少数民族村寨已经公开,为多数村民所知。但是,少数民族传统医药知识作为智力成果,尚未以营利为目的,如实质性推向市场、参与竞争和谋求经济价值,如不授予专利权或者近似的知识产权,则有违法律的公平原则。故我们可以仿效植物新品种权保护制度,按照商业新颖性的标准,界定少数民族传统医药知识的新颖性。只要少数民族传统医药知识尚未被权利主体以营利为目的进行生产、许诺销售、销售、出口或者转让他人,就应认定其具有新颖性。

第二,创造性条件。专利法上的创造性,是指技术知识、技术方案比现有技术先进,不是对现有技术的简单重复或者对现有技术进行一般演绎推理所得,而必须在技术品性上与现有技术存在本质的不同,对同一技术领域、具有一般技术水平的人员来说,具有非显而易见性。我国少数民族传统医药知识的创造性,亦即要求传统医药知识与在先技术相比较,具有实质性进步。但是,我国少数民族传统医药知识产生于距今遥远的历史上的某一时间点,而比有关传统医药知识更早出现的在先技术也不可能确定,因而判断传统医药知识出现时是否具有创造性,

① 参见 WIPO/GRTKF/IC/37/4, Annex。

② 古祖雪:《TRIPS 框架下保护传统知识的制度建构》,《法学研究》2010 年第 1 期。

③ 参见丁丽瑛:《传统知识保护的权利要求设计与制度构建》,第 305—307 页。

④ 参见李墨丝:《非物质文化遗产保护国际法制研究》,法律出版社 2010 年版,第 243—245 页。

⑤ 参见杨建斌:《知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究》,法律出版社 2011 年版,第 71—78 页。

⑥ 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,第 218—239 页。

⑦ 参见 Gerard Bodeker, “Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights & Benefit Sharing,” *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, No. 2, 2003.

不具有可行性。从便于操作的角度来看,对我国少数民族传统医药知识的创造性,可以采纳美国专利法判例确定的格拉汉姆要素中的辅助性要素(如商业性成功、商业性默认等)进行认定。如果有关传统医药知识,取得了商业性成功或者商业默认,或者经过了长期的传承,应认定有关传统医药知识具有创造性。^①

第三,实用性条件。实用性,是技术知识和技术方案,在技术机理上所具有、由技术可重复性所决定的经济效用性。这种效用,是指可以大规模地,特别是可以机械化地生产、制造,从而大幅提高生产力和生产效率,实现产业化,促进经济增长。我国少数民族传统医药知识作为一种经验知识体系,在技术机理上不具有广泛的可重复性与经济效用性,不能采用机器进行大规模生产或者制造。但传统医药知识具有一种“另类”的实用性和效用性,即可以一定程度地满足少数民族村寨的治病防病与保健的需要,可以作为进一步研发新药的基础。从知识产权保护角度看,对传统医药知识的实用性,无论其本身是否在技术上具有可重复性,无论是否具有规模上的经济性,只要能够满足有关少数民族村寨的治病防病与保健的需要,能够为新的药品的研发提供智力帮助,就应当认可其具有实用性。

第四,集体性条件。集体性条件,是指我国少数民族传统医药知识在客观方面与主观方面须体现有关集体性因素。在客观方面,传统医药知识由我国有关少数民族集体创造、维持、传承、发展或者持有。在主观方面,传统医药知识,是我国少数民族集体智慧的结晶,反映了我国有关少数民族集体的科学意识和科学观,体现他们的集体文化特征和集体文化身份;同时,传统医药知识与权利主体的民族认同、社会认同或者文化遗产有联系,或者构成文化遗产的组成部分。

第五,传统性条件。传统性条件,是指我国少数民族传统医药知识在客观方面与主观方面须体现有关传统性因素。在客观方面,传统医药知识的传统性主要表现为传统医药知识自产生以来,经过我国少数民族长期的使用与传承,其表现形式与思想内容几乎没有多少变化。在主观方面,传统医药知识的传统性,主要表现为其反映了我国有关少数民族长期传承的传统的科学意识和科学观,甚至包括少数民族有关信仰。

四、我国少数民族传统医药知识特别权利的内容

根据上述,本文仅对我国少数民族半公开传统医药知识特别权利的内容进行探讨。我国少数民族半公开传统医药知识特别权利的内容,可以区分为积极权利和消极权利两类。

(一)积极权利

2017年WIPO-IGC制定的《传统知识法律保护条款草案》为半公开传统知识规定了两项权利:第一,利益分享权,即原住民、当地社区、其他传统文化社区对这种传统知识的利用所产生的利益,应当公平公正地参与利益分享。第二,署名权和“保护完整权”。署名权,即原住民、当地社区、其他传统文化社区对在社区范围内公开的传统知识,享有标明自己身份的权利,包括标明该传统知识的来源社区或者来源族群的权利。“保护完整权”,是指在利用传统知识时,利用者应当尊重传统知识的完整性,包括尊重传统知识相关文化准则和习惯性做法。这两项权利,前者为经济权利,后者为精神权利。可以认为,对半公开传统知识赋予上述权利,存在

^① 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,第218—239页。

一些不足:第一,笼统地授予利益分享权这种经济权利,不利于传统知识权利的实现与保护。第二,“保护完整权”属于著作人身权的范畴,而半公开传统知识近似于专利法上的发明,传统知识特别权利近似于专利权,故不宜设置“保护完整权”这一精神权利。

半公开传统知识,仅在有关社区或者有关族群范围内公开,不能简单地等同于公共领域或者公共知识。在知识产权法上,由知识产权的地域性所决定,一般把主权国家的疆界,作为界定公共领域边界的范围。在一个国家合法公开的知识财产,视为进入公共领域,属于公共知识。对该知识,该国国民可以自由获取、使用;他国国民一般享有国民待遇,也可以在该国自由获取并使用,但离开该国,则不一定可以自由获取与使用。^①按照这一标准,如果仅在该国某一原住民社区或者当地社区公开而在该国其他地区不容易获得的知识或者技术,则不构成公共知识。有的学者试图根据外部人员进入有关社区可以很容易地获得有关传统知识从而把传统社区“视为一个社会”、把有关传统知识视为公共知识。^②这种观点是难以成立的。公共知识应当在有关国家内部任何区域已经公开,并且容易获得,比如有关著作经权利主体同意而在该国出版发行等。原住民社区、当地社区及其他传统文化社区近似于专利法上的商业机构或者技术知识创造机构或者一个公司。故我国少数民族半公开传统医药知识不构成公共知识,没有进入公共领域,应当对半公开传统医药知识授予近似于专利权的经济权利。

这种经济权利的内容,应参照专利法进行设定。笔者认为,对我国少数民族半公开传统医药知识,应当授予转让权、许可权、获酬权、专有实施权等。在民法或者财产法意义上,专利权是一种特殊的知识财产所有权,其权利内容可按照所有权之占有、使用、收益、处分的权能框架进行解读。专利权人通过专利法控制其专利技术。这种控制,即构成一种合法占有,一种对专利技术的合法占有。这种占有与控制,是专利权人享有和实施后续权利的基础。基于这种占有与控制,专利权人可以通过协商转让获取收益,也可以通过许可他人实施其专利技术而获得许可使用费以实现专利技术的经济价值。这些权利或者权能,涵盖了所有权的占有、处分、收益三项权能。但专利技术的使用权能,表现为专利法所规定的专有实施权,包括制造、使用、许诺销售、销售、进口有关专利产品,或者使用有关专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品的权利。故半公开传统医药知识特别权利的内容,可以界定为占有权、转让权及其获酬权、许可权及其获酬权、专有实施权等权利。占有权,即我国少数民族传统医药知识的权利主体对半公开传统医药知识进行占有与控制的权力。转让权与许可权及其获酬权,即权利主体将有关传统医药知识,根据共同商定的价款等条件转让给受让人或者许可他人实施,并获得报酬的权利。就我国少数民族传统医药知识的专有实施权而言,如果传统医药知识表现为某种传统药品或者药物,则实施权包括生产、进口、许诺销售、销售、存储、占有或者使用该药品或者药物的权利;如果传统医药知识表现为某种生产或者制作药品或者药物的传统方法,则包括在传统范围外使用该方法生产有关传统药品或者药物以及对使用该方法直接产生的药品或者药物进行进口、许诺销售、销售、存储、占有或者使用该药品或者药物的权利。在精神权利方面,对我国少数民族半公开传统医药知识,应授予署名权、传统医药知识特别权利之标识使用权等。署名权,是指我国少数民族有关村寨等在传统医药知识上标明自己

^① 参见崔国斌:《传统知识保护的困境》,国家知识产权局条法司编:《专利法研究(2002)》,知识产权出版社2002年版,第234—235页。

^② 参见崔国斌:《传统知识保护的困境》,国家知识产权局条法司编:《专利法研究(2002)》,第235页。

身份的权利。这里的署名权,可以理解为标明来源权,即标明有关传统医药知识来源于我国少数民族某村寨或者某几个村寨。传统医药知识特别权利之标识使用权,即我国有关少数民族村寨有权在有关传统医药产品或者服务或者其包装等商业外观上或者在广告活动中,使用该特别权利之名称、编号等标识。

(二)消极权利

对传统知识的权利内容,WIPO-IGC 还为其构建了一些间接保护制度,如建立传统知识数据库,使传统知识转化为专利审查员易于获取、查询的在先技术,从而防止对提出知识产权要求的传统知识,错误授予知识产权;另外,对涉及传统知识的知识产权申请,要求披露有关传统知识的来源等。从权利的角度看,这种保护制度实际上为传统知识授予了一种消极权利。我国少数民族传统医药知识也可以享有这种消极性权利。

1. 防止他人对我国少数民族传统医药知识提出知识产权申请被主管部门错误授权。包括我国少数民族村民在内的原住民或者当地社区居民,诚实朴素,缺乏保密意识,故有关公司或者个人很容易获取半公开传统医药知识,并直接或者对所获传统医药知识进行适当技术修改或者改头换面,进而申请专利权或者其他知识产权。由于专利审查员可以查阅和知晓的在先技术与在先知识范围有限,故在专利等知识产权审查与授权实践中,很容易发生错误授权。这方面的案例已经很多。例如,秘鲁反生物海盗委员会通过美国、欧盟、日本专利局网站发布的公开数据库,检索到有理由怀疑非法获取或者利用秘鲁传统医药知识、尚未授权的专利申请案为数颇多,一旦授权可能构成生物海盗。^① 防止对与我国少数民族传统医药知识有关的智力成果错误授予专利权、植物新品种权或者其他知识产权,对传统医药知识特别权利保护及其价值实现具有重要影响。

如果他人对我国少数民族传统医药知识提出知识产权申请,如何防止有关主管部门错误授权? 目前各界的共识,是在各国建立有关传统知识数据库,并与世界主要专利审查与授权机构建立网络链接,便于专利审查员使用传统知识数据库,更准确、更全面地搜寻在先技术,从而尽量减少或者排除错误授权。这即是英国知识产权法学者格雷汉姆·杜特费尔德(Graham Dutfield)提出的传统知识防御性保护机制之一。^② 对我国少数民族半公开传统医药知识数据库,应由仅在一个或者多个少数民族村寨公开的传统医药知识组成。这种少数民族半公开传统医药知识数据库,只能由国家知识产权主管部门访问,用于防止错误授予专利权等知识产权。国家知识产权主管部门应当对该数据库内容保密,但在证明有关专利或者其他知识产权申请是否符合法定要件或者证明其构成对有关传统医药知识的盗用等问题时,允许知识产权主管部门引用该数据库有关传统医药知识的相关信息。但是,这种引用应当保持在最低限度,

^① 其中,涉及秘鲁原住民六种传统草药——hercampuri、camu camu、雪莲果(yacon)、小雀瓜(caigua)、印加果(sacha inchi)、chancapiedra——的专利申请案,就存在多起:涉及 hercampuri 的专利案,美国 1 件(US 20040202638)、日本 11 件;涉及 camu camu 的专利案,美国 2 件、日本 16 件;涉及雪莲果的专利案,美国 15 件、日本 50 件;涉及小雀瓜的专利案,美国 1 件;涉及印加果的专利案,美国 13 件;涉及 chancapiedra(Phyllanthus niruri)的专利案,用 Phyllanthus urinaria, debilis and fraternus 作路径进行检索,相关专利申请案为:美国 4 件、欧洲 6 件、日本 1 件;以 Phyllanthus niruri 和 Phyllanthus amarus 为路径进行检索,相关专利申请案,美国为 22 件、欧洲为 6 件、日本为药用配制品 4 件、化妆品用配制品 11 件。参见 WIPO/GRTKF/IC/8/12, Annex。

^② 参见 Graham Dutfield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*, ICTSD & UNCTAD Issue Paper, No. 1, 2003, p27. <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Dutfield%20-%20Protecting%20TK%20and%20Folklore%20-%20Blue%201.pdf>。

以尽量降低该传统医药知识泄密的可能性。

2. 与我国少数民族传统医药知识有关的发明在申请知识产权时须披露该传统医药知识的来源。与我国少数民族传统医药知识有关的发明或者其他智力成果,即以我国少数民族传统医药知识为基础做出的新智力成果,主要包括新的化学药、新的药用植物品种或者生产药品的新方法。这种发明与植物新品种,可能涉嫌抄袭、剽窃我国少数民族有关传统医药知识。故其在申请专利时,如果法律要求其披露有关传统医药知识的来源,可以为传统医药知识特别权利保护,提供一定的信息与方便,如该发明人没有尊重受益人对其传统医药知识依法享有的权利,受益人就可以根据这里披露的信息向发明人主张相关权利。这一制度设想,目的是为传统医药知识特别权利在专利法以及植物新品种保护制度上提供一种间接保护机制。该制度源于《生物多样性公约》提出的遗传资源及有关传统知识的利益分享政策目标及其确认的遗传资源利益分享权原则。在地区与国家层面的知识产权立法中,一般要求传统知识利用者提供合法的传统知识获取文件,否则可能导致专利申请被驳回或者导致已经获得授权的专利权无效。该领域比较早的立法,是2000年安第斯共同体发布《关于知识产权共同制度的第486号决议》。该决议以遗传资源及传统知识获取制度为基础,要求披露有关获取合同副本,从而为遗传资源及传统知识提供间接保护。该决议第75条规定:如果申请专利的产品或者方法,是从原产于某一成员国的遗传资源或者其副产品中获得或者开发而来,如果申请者无法提供获取该遗传资源材料的合同副本,国家主管部门可以依职权或者依利害关系相关者的请求,宣布该专利无效;如果申请专利的产品或者方法,从原产于任何一个成员国的原住民、非洲裔美洲人或者当地社区的传统知识的基础上获得或者开发而来,而申请者无法提供可证明其获得许可或者授权的文件副本,国家主管部门可以依职权或者利害关系人的请求,宣布该专利无效。印度2002年、2005年专利法修正案均设置了类似的规则。在知识产权法中,要求利用我国少数民族传统医药知识的公司或者个人,提供其所利用的传统医药知识的获取文件或者合同等材料,对传统医药知识特别权利的保护力度更大;当然,其与上文所述对传统医药知识的直接授权存在重复。故既然已经对不同传统医药知识授予了不同的精神权利与经济权利,就不再需要专利申请等知识产权申请人披露有关传统医药知识获取文件;但是,要求其披露有关传统医药知识的来源,是必要的,可以为我国少数民族传统医药知识特别权利保护提供便利;在跨国使用的场合,披露传统医药知识的原产国,有利于我国少数民族传统医药知识的跨国保护,也有利于在世界范围内维持我国少数民族传统医药知识和传统文化的“国别记忆”和正确来源,有利于文化多样性的识别与保护。

这种做法,将为知识产权申请人在提出知识产权申请时增加一定的负担,也会对专利申请等知识产权申请信息披露制度产生一定的影响。为此,WIPO-IGC在讨论过程中仍然存在肯定与否定两种意见。但是,如果提出知识产权申请之智力成果的新颖性、创造性、可实施性等专利授权实质要素与传统知识有关,就应强制要求其披露这种传统知识之来源。笔者赞同设置强制披露条款。与传统知识有关或者使用传统知识的任何方法或者产品,在申请知识产权(包括专利和植物新品种)时,应当披露发明者或者育种者收集或者获得传统知识的国别信息和来源社区的信息。如果提供国不是有关传统知识的原属国(the country of origin)、提供者不是有关传统知识的来源社区或者村寨,则还需要提供原属国和直接提供者的信息,说明其获得有关传统医药知识的直接来源。知识产权主管部门可以规定知识产权申请人提供有关传统知识原属国或者提供国或者直接来源的合理期限。超过规定期限不能提供相关信息的,知

识产权主管部门可以驳回有关知识产权申请。就我国少数民族传统医药知识而言,如果利用我国少数民族传统医药知识的知识产权申请人未遵守上述强制公开义务或者提供错误或者虚假的传统医药知识来源信息,应撤销已经授予的专利权或者植物新品种权或者使其无效。

五、我国少数民族传统医药知识特别权利的限制

权利限制制度是知识产权制度的重要组成部分,是为确保知识产权权利主体与知识产品使用者及社会公众之间的利益平衡而设计的规则。我国少数民族传统医药特别权利保护制度亦不能例外。

国际社会对传统知识权利限制进行了长期的探索。2001 年南太平洋地区《传统生态知识、创新和实践保护示范法》在权利限制方面,允许本族群或者族群成员按照习俗或者惯例对传统生态知识进行非商业性利用。^① 该示范法把习惯性使用作为传统知识权利限制制度之一。2002 年,太平洋地区《保护传统知识及文化表现形式示范法》第 5 条规定:“根据习惯使用传统知识,不承担本法规定的任何刑事或者民事责任。”该示范法同样把传统知识的习惯性使用,设计为传统知识的权利限制规则。2002 年秘鲁《第 27811 号法》第 4 条规定,本制度不影响持有集体知识的原住民之间的传统交流。这同样体现了上述规则。《斯瓦科普蒙德议定书》对传统知识权利主要设置了以下限制:第一,对传统知识的保护不得影响其权利主体为了在传统背景下或者传统环境下实践、交流、使用、传播该知识而持续获得该知识的权利。第二,缔约国为了本国公共安全或者公共健康,可以发布强制许可以满足本国需要。这时,如果被许可人与传统知识权利主体没有达成有关使用费协定,主管法院就应当判予适当的补偿。肯尼亚《传统知识与文化表达保护法》对传统知识权利限制规定了以下三种情形:第一,强制许可使用。该法第 12 条规定,如果传统知识所有者或者权利持有人未能充分利用受保护的传统知识,或者拒绝许可他人利用,内阁大臣在取得传统知识所有人或者持有人的事先知情同意后,可以发布强制许可。如果传统知识所有者或者权利持有人与传统知识利用者就补偿费没有达成相关协定,有管辖权的法院将决定该补偿额。第二,传统性使用或者习惯性使用。该法第 19 条规定,传统知识的保护,不得限制或者阻碍特定社区的成员按照社区传统或者社区习惯法日常使用、发展、交换、传播有关传统知识。第三,合理使用。合理使用主要限于以下情形:为教学、研究目的、个人使用或者私人使用的目的、为了评论或者批评的目的、为了报道时事新闻的目的而使用有关传统知识;在法律诉讼过程中使用有关传统知识;为了保存传统知识的目的在档案或者目录清单中复制有关传统知识以及附带性使用传统知识等。赞比亚《传统知识、遗产资源和民间文学艺术表达形式保护法》构建了与肯尼亚类似的传统知识权利限制制度。^② 2017 年 WIPO-IGC《传统知识法律保护条款草案》提供了传统知识权利限制的三个参考方案,对具体的制度设计尚在讨论中。^③ 《斯瓦科普蒙德议定书》及肯尼亚法、赞比亚法对传统知识权利限制制度的构建做出了很有价值的尝试,提出了习惯性使用、强制许可使用、合理使用等权利限

^① 参见南太平洋地区《传统生态知识、创新和实践保护示范法》第 11 条。

^② 参见 The Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Expressions of Folklore Act, Article 22 and 23, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/zm/zm056en.pdf>。

^③ 参见 WIPO/GRTKF/IC/37/4, Annex。

制规则。我国学者在研究传统知识、非物质文化遗产或者非物质传统资源的知识产权保护问题时,涉及对传统知识权利限制制度的探讨。有的学者提出了族群内部成员习惯性使用与外部人员的非商业性合理使用两种权利限制情形;^①有的学者提出了族群内部成员原生境使用、合理使用、法定许可使用三种权利限制情形。^②有的学者提出了两种情形:一是有关社区遵照传统和习惯进行使用、传播、交流、开发;二是出于公共目的进行非商业性使用。^③有的学者概括为合理使用、法定许可、强制许可、权利穷竭、公共秩序保留等。^④

笔者认为,我国少数民族传统医药知识属于传统知识的范畴。在技术属性上,其与专利法所保护的技术方案,具有相似性。我国少数民族传统医药知识特别权利,也与专利权具有较多共性,以至于可以称为“特别专利权”,故其权利限制制度,主要应参考和吸收专利法相关规则进行构建。同时,由于传统知识具有不同于现代技术知识的特殊性,因而其权利限制制度也应反映这种特殊性,从而应当设计某些独特的权利限制制度。在专利法上,专利权限制制度体系,涵括合理使用、强制许可使用、保护期限限制制度。而体现传统医药知识特殊性的权利限制制度,主要有习惯性使用制度。因此,我国少数民族传统医药知识特别权利限制制度,主要有合理使用、强制许可使用、传统性及习惯性使用、保护期限制度。

就合理使用限制制度而言,其主要是从著作权法上发展起来的知识产权限制制度。专利法把在先使用、临时过境使用、权利穷竭后之使用、教学科研与实验性使用、为履行行政程序或者司法程序而使用等纳入专利技术合理使用范畴,从而对专利权构成一定制约。对我国少数民族传统医药知识合理使用制度,可以吸收著作权法合理使用制度的立法技术,先设计一般性条款,然后再确定合理使用的若干具体情形。对我国少数民族传统医药知识的使用,只要不与受益人的利益相抵触,不妨碍受益人对传统医药知识的利用,在特定情况下,法律可以对受保护的传统医药知识规定适当的例外与限制。具体情形包括:(1)为了教学、学习或者研究的目的,获取、复制、使用传统医药知识;(2)档案馆、图书馆、博物馆或者其他文化机构为了非商业性的文化保护目的,保存、展览、研究、展示有关传统医药知识;(3)为了评论或者批评的目的、为了报道时事新闻的目的而获取、使用有关传统医药知识;(4)在实施行政行为或者在法律诉讼过程中,使用有关传统医药知识。

就强制许可使用限制制度而言,专利法设置了不实施或者不充分实施专利之强制许可、从属专利之强制许可、公共利益之强制许可等。我国少数民族传统医药知识的强制许可使用,主要限于在国家出现紧急状况或者其他极端状况下,为保护公共利益的目的,如为了公共健康、公众营养或者为了保护环境而对有关传统医药知识发布强制许可使用等。

就传统性或者习惯性使用而言,我国少数民族村寨成员,按照习惯法或者惯例,在传统背景下或者在习惯性背景下对有关传统医药知识进行复制、使用,不受传统医药知识特别权利的约束。

就保护期限而言,主要存在两种观点:一种观点主张无限期保护,一种观点主张要设置一定的保护期限。2017年WIPO-IGC《传统知识法律保护条款草案》第10条规定,缔约方可以

① 参见丁丽瑛:《传统知识保护的权利要求设计与制度构建》,第332—335页。

② 参见李墨丝:《非物质文化遗产班吉国际法制研究》,第269—270页。

③ 李秀娜:《非物质文化遗产的知识产权保护》,法律出版社2010年版,第159页。

④ 参见杨建斌:《知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究》,第191—193页。

给传统知识确定一定的保护期,但以传统知识符合受保护的标准或者条件为限。即只要传统知识符合保护条件,就可以得到法律的保护。对此,可以称为有条件的无期限保护。笔者认为,由于我国少数民族传统医药知识特别权利是一种近似于专利权的知识产权,其经济权利,应设定保护期限,如20年或者15年等,从获得权利之日起计算。对我国少数民族传统医药知识特别权利中的精神权利与消极权利,应当给予无期限的保护。

六、结 论

我国少数民族传统医药知识,是民族地区防治疾病与保健的重要医疗资源,也是研发新药的重要途径。少数民族传统医药知识遭到广泛的不合理使用或者盗用,并且面临着广泛的失去知识产权的风险。世界知识产权组织长期以来一直在研究传统知识法律保护的文本,构建相关制度。对我国少数民族传统医药知识提供知识产权保护,具有合理性与正当性,符合国际趋势;同时,知识产权保护是促进我国少数民族传统医药知识传承延续的基本途径,也有助于民族地区经济社会发展。而构建我国少数民族传统医药知识特别权利制度,是我国少数民族传统医药知识产权保护的重要制度选择。我国少数民族传统医药知识特别权利保护制度,主要涉及权利客体、权利主体、保护条件、权利内容、权利限制等制度要素。对权利客体,可以将我国少数民族传统医药知识界定为我国各少数民族在生产生活过程中所创造、传承、使用,仅在本村寨内或者村寨间公开的药材、饮片、成药等传统医药产品与药材培植方法、药材炮制加工方法、饮片加工方法、方剂等传统医药方法,不包括“衍生性”传统医药知识、传统医药知识的表达形式、传统医药标识、传统医药基础理论、传统疾病诊治方法与技术以及在全国公开的或者仍处于保密状态的传统医药知识。对我国少数民族传统医药知识的权利主体,应根据有关传统医药知识创造、传承与持有的实际情况,界定为有关少数民族行政村或者自然村或者代表性传承人。对保护条件,涉及新颖性、创造性、实用性、集体性、传统性五个条件。我国少数民族传统医药知识的特别权利的内容,可以区分为积极权利与消极权利,前者包括占有权、转让权及其获酬权、许可权及其获酬权、专有实施权等;后者包括防止错误授权及强制来源披露等权益。对我国少数民族传统医药知识特别权利的限制,主要有合理使用、强制许可使用、传统性及习惯性使用、保护期限限制等规则。

〔责任编辑 马俊毅〕