

# TRIPS 协议与《生物多样性公约》、 传统知识和民间文学的关系

李明德

(中国社会科学院 知识产权中心, 北京 100720)

**摘要:**“多哈宣言”列举的一系列新一轮多边贸易谈判的议题当中, TRIPS 协议与《生物多样性公约》、传统知识和民间文学保护的关系是其优先考虑的问题之一。对植物新品种提供一种不同于专利制度的保护方式, TRIPS 协议与《保护植物新品种国际公约》均考虑到了植物新品种保护上的特殊之处;在动植物基因资源的保护与利用方面, TRIPS 协议与《生物多样性公约》也应该不存在冲突;对传统知识和民间文学的保护, 仅从知识产权制度的角度分析, 存有一定障碍, 值得我们深入探讨。

**关键词:** TRIPS 协议; 传统知识; 民间文学; 《生物多样性公约》

**中图分类号:** DF523    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1001 - 733X(2005) 01 - 0020 - 04

## Relationship Between TRIPS Agreement and CBD, Traditional Knowledge and Folklore

LI Ming-de

(The Center for Intellectual Property Rights, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

**Abstract:** In a series of latest MTN topics for discussion enumerated in the Doha Declaration, the relationship between TRIPS Agreement and the protections of CBD, traditional knowledge and folklore becomes one of the most urgent problems. It presents a protective way for new plants which is different from the ways of patent system. Both TRIPS Agreement and International Convention for the Protection of New Varieties of Plants take the special aspects of new plants protection into account. As far as the protection and utilization of the gene resources of animals and plants are concerned, TRIPS Agreement and CBD shouldn't have any conflicts. As for the protection of traditional knowledge and folklore, there exist certain barriers if it is analyzed merely from intellectual property rights system, which is worth exploring and discussing.

**Key words:** TRIPS Agreement; traditional knowledge; folklore; CBD

### 一、“多哈宣言”与 TRIPS 协议

在关贸总协定的乌拉圭回合谈判中, 经过以美国为首的发达国家的坚持和努力, 将知识产权保护问题纳入谈判, 并最终形成了“与贸易有关的知识产权协议”(即 TRIPS 协议)。大体说来, TRIPS 协议是发达国家与发展中国家在国际贸易的框架之内所达成的一个交易(deal)。一方面, 发展中国家全面接受 TRIPS 协议所确立的知识产权保护规则, 对发达国家所关注的知识产权给予高水平的保护。这有利于维持发达国家在国际贸易中的优势地位。另一方面, 发达国家也向发展中国家和最不发达国家做出一系列让步, 包括市场准入、关税优惠等等。而且, 在执行 TRIPS 协议上, 发展中国家还享有自世界贸易组织成立之日起的 5 年的过渡期, 最不发达国家则享有 11 年的过渡期。这样, 就世界贸易组织的总体协议来说, 在某种程度上考虑了发达国家与发展中国家的不同利益要求, 达成了一种字面上的平衡。当然, 这仅仅是一种字面

收稿日期: 2004 - 12 - 02

作者简介: 李明德(1956 - ), 男, 甘肃武威人。中国社会科学院法学研究所研究员, 博士生导师。研究方向: 美国知识产权法, 反不正当竞争及版权法。

上的或表面上的平衡。因为,发展中国家在经济和科技发展方面落后于发达国家,不可能通过世界贸易组织“表面上”平衡的协议,在国际贸易中获得“事实上”平衡的利益。

如果说世界贸易组织的总体协议尚在某种程度上考虑了发达国家与发展中国家的利益平衡,那么就 TRIPS 协议本身来说,则是一边倒向了发达国家的利益。例如,将计算机软件作为文字作品予以保护,明确计算机软件、电影作品和录音制品的出租权,强化对于驰名商标的保护,把药品和农业化学物质纳入专利保护的范畴,以及将商业秘密纳入知识产权的范畴等等,都在很大程度上反映了发达国家在国际贸易中的利益。而在另一方面,对于发展中国家普遍关心,并且对发展中国家有利的民间文学的保护,在 TRIPS 协议中则没有丝毫的提及。这样,发展中国家和最不发达国家接受 TRIPS 协议的结果,只能是更多地保护发达国家的而不是自己的知识产权。

TRIPS 协议一边倒向发达国家的利益,引起了发展中国家的关注和不满。自 1996 年开始,发展中国家就在世界贸易组织的框架内,就知识产权的保护提出了一系列与自身利益密切相关的问题,如公共健康与药品的专利保护问题,白酒和葡萄酒以外的地理标志的保护问题,以及生物多样性保护与植物新品种保护的关系等等。除此之外,发展中国家还在世界知识产权组织的框架内继续推动对于民间文学和传统知识保护的讨论,在《生物多样性公约》的框架内推动对于生物多样性保护的讨论,以及在世界卫生组织和其他国际组织的框架内推动对于公共健康与知识产权保护关系的讨论。

正是由于发展中国家对一系列有关知识产权议题讨论的推动,以及发展中国家对自己在知识产权方面利益的积极争取,TRIPS 协议一边倒向发达国家的状况终于发生了一些变化。2001 年 11 月 9 日至 14 日,世界贸易组织第四次部长会议在卡塔尔首都多哈举行,决定了一系列重要事项,如接纳中国为世界贸易组织的第 143 个成员,启动新一轮的多边贸易谈判,等等。会议所通过的《部长宣言》(以下简称“多哈宣言”)列举了一系列新一轮多边贸易谈判的议题,以及各理事会应当优先考虑的问题。<sup>[1]</sup>其中有三个问题(第 17 条—第 19 条)与 TRIPS 协议有关:第一是知识产权与公共健康,第二是地理标志的保护,第三是 TRIPS 协议与《生物多样性公约》、传统知识和民间文学保护的关系。毫无疑问,这三个问题与发展中国家和最不发达国家的利益密切相关。至此,TRIPS 协议一边倒向发达国家的状况有了某种程度的改变。应该说,这是广大发展中国家取得的一个重要胜利。本文仅论及第三个问题。

## 二、TRIPS 协议与《生物多样性公约》的关系

“多哈宣言”第 19 条指示“TRIPS 协议理事会”,审查协议与《生物多样性公约》的关系,以及协议与传统知识和民间文学保护之间的关系。这里先说 TRIPS 协议与《生物多样性公约》的关系。

关于 TRIPS 协议与《生物多样性公约》的关系,还应当从协议的第 27 条第 3 款说起。TRIPS 协议第 27 条是关于“可获专利之发明”的规定。根据该条第 3 款的规定,成员可以将动植物新品种和生产动植物品种的生物方法排除在专利保护的范畴之外。但在同时,成员又应当对植物新品种给予保护。这种保护可以是专利制度的,也可以是专门制度的,还可以是上述二种制度的组合。事实上,协议的这一规定至少涉及了两个相关的国际公约,即《保护植物新品种国际公约》和《生物多样性公约》。

《保护植物新品种国际公约》(International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV)缔结于 1961 年,随后又在 1972 年、1978 年和 1991 年作了修订。现在大多数国家加入的都是 1991 年文本。制定《保护植物新品种国际公约》的初衷或主要目的,就是要对植物新品种提供一种不同于专利制度的保护方式。大体说来,这种方式主要有以下几点不同于专利制度。第一,在对植物新品种培育者提供充分保护的同时,还允许他人为了试验和进一步培育其他新品种的目的而自由使用受保护的植物品种,不必获得权利人的许可。专利制度中虽然也有为了科学实验而使用专利技术的例外,但那是指纯粹意义上的科学试验,不包括为了新发明的商业性使用。而在植物新品种保护制度中,他人为了培育其他新品种而使用受保护的品种,在绝大多数情况下都属于商业性使用。第二,当种植者经合法许可而种植受保护的植物品种后,还可以使用收获物作为种子连续种植。这叫做“种植者特权”。这与专利制度的保护也有很大的不同。很难想象在专利制度中会出现一个类似于“种植者特权”的东西。第三,严格说来,植物新品种制度保护的是植物新品种“培育者权”(breeder's right),而不是“新品种权”。根据有关的规定,权利人可以对新品种的可复制或可繁殖之材料享有排他性权利,可以控制这类材料的生产、繁殖、销售、进出口和储存。但是,权利人的排他性权利不及于植物新品种本身。也就是说,权利人是就新品种的可复制或可繁殖

之材料享有权利,而不是就新品种本身享有权利。这也可以解释为什么他人不经许可就可以使用受保护之品种而培育新的品种。这与专利制度规定的权利人就产品或方法享有权利大相径庭。第四,植物新品种的保护期有一些不同于专利保护期的特别规定。按照公约的规定,一般的植物新品种保护期为 20 年,而树种和葡萄藤种可以获得 25 年的保护,马铃薯等品种甚至可以获得 30 年的保护。

事实上,TRIPS 协议对于植物新品种保护的特别规定,包括允许成员采用专门制度的保护,就是考虑了植物新品种保护上的特殊之处。当中国在 2000 年修订专利法时,曾不断有人提出应当对植物新品种提供专利制度的保护,其理由之一就是中国已经加入《保护植物新品种国际公约》。殊不知《保护植物新品种国际公约》的制定就是要提供一种不同于专利制度的保护方式,就是因为植物新品种的保护有其自身的特殊之处。中国于 1997 年 10 月开始实施的《植物新品种保护条例》已经采取了专门制度的保护方式,并且达到了 TRIPS 协议的基本要求。在本文作者看来,植物新品种的保护不宜采取专利制度的方式。如果将植物新品种的保护纳入专利法,无异于是在专利法中加入了一个特别法律。

TRIPS 协议第 27 条第 3 款允许成员将动植物品种及其生物生产方法排除于专利保护的范畴,实际上又意味着成员可以对动植物品种及其生物生产方法提供专利制度的保护。而对于动植物新品种的种种保护,包括对于植物新品种的特别制度的保护,又涉及了对于动植物基因资源的利用。在动植物基因资源的保护和利用方面,世界各国于 1992 年在巴西缔结了一个《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)。根据公约,各缔约国可以自行决定基因资源的管理,可以将基因资源规定为财产,可以规定利用基因资源和与此相关的传统知识的条件。公约还特别规定,基因提供者享有知情权和利益共享权。如果他人利用有关基因资源做出发明时,基因提供者有权知悉;如果他人就该发明获得专利权或其他权利,则基因的提供者可以分享由此而产生的收益。自 1996 年世界贸易组织新加坡部长会议以来,印度等发展中国家不断提出,TRIPS 协议第 27 条第 3 款要求保护植物新品种,与《生物多样性公约》有冲突,甚至要求修改协议的相关条款。在这方面,欧盟经过研究认为,TRIPS 协议不但不与《生物多样性公约》相冲突,而且可以相辅相成。现在一般认为,知识产权的保护不妨碍各成员规范基因资源的保护和利用,而《生物多样性公约》也不禁止他人利用基因资源做出发明并获得专利或其他制度的保护。而且,合理利用基因资源,对有关的发明提供知识产权保护,又有利于实现基因提供者利益共享的目的。这样看来,在基因资源的保护上,核心的问题就不在于可否利用基因资源做出发明,获得专利制度或其他制度(诸如植物新品种制度)的保护,而在于如何让基因资源的提供者分享一定的由此而产生的利益。根据《生物多样性公约》,各个主权国家,包括发展中国家和最不发达国家,都有权利就利益分享做出法律上的规定。

### 三、TRIPS 协议与传统知识和民间文学的关系

“多哈宣言”的第 19 条,除了指示 TRIPS 协议理事会审查协议与《生物多样性公约》的关系,还要求审查 TRIPS 协议与传统知识和民间文学保护之间的关系。大体说来,民间文学是指某一民族或某一地区人民的传统艺术表述,如民间传说、民间诗歌、民间音乐、民间舞蹈、民间服饰、民间建筑和民间宗教仪式等等。传统知识则是一个更为广泛的概念,不仅可以包括民间文学,还包括一些特殊的技术知识、医药卫生知识、饮食习惯和养生知识等等。同时,独特的传统知识还与居民的基因特征、周围环境中的动植物基因特征相关。这样,传统知识又与基因资源的保护密切相关。民间文学和传统知识的基本特点都是集体创作或创造,并且世代相传和不断变化,为某一民族或某一地区的人民所共有。

从知识产权制度的角度来说,对民间文学和传统知识予以保护,最大的障碍就在于,它们是集体创作或创造,属于某一民族或某一地区的人民所共有,从一开始就处于公有领域之中。这样,民间文学和传统知识就很难与现代的知识产权保护制度联系起来。例如,加拿大产业部下属的知识产权政策局在 2002 年 3 月提出了一份“版权改革框架”的文件,<sup>[2]</sup>其中认为难以对民间文学提供版权保护。主要理由有以下四点。第一,版权保护系针对作者而言。就民间文学的保护来说,例如传统歌曲和舞蹈,通常难以确定谁是具体的作者。第二,版权保护只适用于已经固定于物质载体上的作品,而民间文学存在于口头传说中,通常并没有固定在物质载体上。第三,版权保护的期限通常是作者的有生之年加 50 年,而传统的歌曲、舞蹈和故事等等则是世代相传,早已进入了公有领域之中。第四,版权保护建立在财产权概念的基础之上。民间文学的创作者并没有把自己的创作当作私有物品,而是将之作为礼物,一旦创作出来就与社区的其他人共享。这样,就很难将民间文学与财产权的概念联系起来。

大体说来,反对或者认为难以对民间文学和传统知识提供知识产权保护的理由,主要集中在两个问题上。一是民间文学和传统知识处于公有领域中,二是民间文学和传统知识不属于知识产权保护的私有财产。

就第一个问题来说,按照现代知识产权理论,民间文学和传统知识确实处于公有领域之中。因为它们没有具体的创作者或创造者,它们由某一民族或群体集体创作或创造,从一开始就属于该民族或群体所共有。然而,当他人从处于公有领域的民间文学中提取文化素材而创作出新作品,获得了现代版权法的保护并由此而获得了相应收益的时候,当他人从传统知识中提取技术素材而做出发明,获得了现代专利法或其他法律的保护,并由此而获得了相应利益的时候,那么随之而产生的问题就必然是,那些创作了民间文学和创造了传统知识的群体,他们的权利和利益应当如何体现?他们的智力劳动应当如何得到补偿?例如,本文作者于2002年7月访问青海互助县的土族村落,观看了那里的民俗表演。表演活动除了音乐、集体舞蹈、个人舞蹈、杂技和服饰,还包括饮食、娱乐活动、手工艺品等。假如有人对表演活动录音录像并由此而发行和获得利益,假如有人利用其中的素材创作出新作品而获得利益,同样的问题也会产生,即创作了民俗表演的村民应当获得什么样的利益。确实,按照现代知识产权理论,民间文学和传统知识自始就处于公有领域中,不受知识产权法律的保护。然而,如果我们稍加推敲,就会发现这种理论是不合理的。同样是智力劳动成果,利用民间文学或传统知识产生的东西可以得到保护,而原创性的民间文学或传统知识的却得不到保护,这恰恰反映了现代知识产权制度的不公平,或者说现代知识产权制度遗漏了一个很重要的方面。合理的做法似乎是,创作民间文学或创造传统知识的群体,应当享有利益分成的权利,应当由此而补偿自己的创造性智力劳动。这与基因资源提供者享有利益分享的权利,是一样的道理。

事实上,即使是在西方的理论界,也有一些人提出,应当就公有领域中作品的使用支付报酬。例如,德国版权学家迪茨教授写过一篇文章“支付公有领域”。<sup>[3]</sup>根据文章,德国作家联盟和其他一些作家、艺术家和表演者组织提出了一个动议,推动德国政府或欧共体通过一项法律,由公有领域作品的使用者,诸如出版商、录音制品制作者、广播组织等,支付一定的金钱,通过社会公共基金的方式来支持社会的文化事业。由于公有领域的作品主要涉及作者和表演者,文章将这一权利称为“作者和表演者的共有权利”(the communal right of authors and performers)。仔细想来,“支付公有领域”也确有其道理。从理论上讲,公有领域中的作品是人人可得利用之,然而从事实上看,能够大量利用这些作品并获得丰厚利益的,只能是那些出版商、录音制品制作者和广播组织等。因此,让他们从所获利润中拿出一部分来支持社会文化事业,也就是合理的。

就第二个问题来说,现代知识产权制度所赖以建立的理论基础是财产权观念,或者说是西方私法意义上的财产权观念。这一观念在TRIPS协议的序言中得到了进一步的强比,即“承认知识产权为私权”。这样一来,借助于世界贸易组织的框架,“知识产权为私权”似乎成了放之四海而皆准的理论。与此相应,不明作者或创造者的民间文学或传统知识,属于某一群体所共有,处于公有领域中,因而打不上“私有财产权”的印记,也就不能纳入“知识产权”的范围。然而,面对得不到现代知识产权制度保护的民间文学和传统知识,“知识产权为私权”的理论就显得极为不合理了。同样是智力劳动成果的创造者,利用民间文学或传统知识的人可以获得保护,而创作或创造民间文学或传统知识的人却得不到任何保护,这同样反映了“知识产权为私权”这一理论的不公平,或者说这一理论遗漏了智力成果中一个很重要的方面。事实上,“知识产权为私权”的理论前提并非不能突破。迪茨教授等人所提出的“支付公有领域”,要求就使用公有领域中的作品而支付金钱,显然不符合“知识产权为私权”的定义。同样,迪茨教授等人所提出的“作者和表演者共有权利”也不符合“知识产权为私权”的定义。如果有一天德国政府或欧共体真的通过了这样一项法律,那么有关的法律和权利也不会符合“私有财产权”的概念。显然,由保护民间文学和传统知识的必要性,由“支付公有领域”理论和“作者和表演者共有权利”的提出,我们已经看到了突破或修改“知识产权为私权”理论的可能性。

#### 参考文献:

- [1] World Trade Organization. *Ministerial Declaration, Ministerial Conference, Fourth Session, Doha* [Z]. 9 - 14, November, 2001.
- [2] A Framework for Copyright Reform. *Intellectual Property Policy Directorate, Industrial Canada* [EB/LO]. <http://strategis.ic.gc.ca>
- [3] Adolf Deitz, *Paying Public Domain. New Initiative and Proposal of a Communal Right of Authors and Performers* [M]. Industrie- und Verlagswesen, 1998.

责任编辑 汤跃 英文审校 孟俊一