

传统知识的知识产权化理论困境与反思

蔡晓东

(1. 中南财经政法大学知识产权学院, 湖北 武汉 430072; 2. 天津商业大学基础课部, 天津 300134)

摘要: 用激励创新、先占原则、劳动理论论证传统知识的知识产权保护难度较大, 鼓励商业化、侵占、不当得利、精神权利保护等理论则有一定的说服力, 而商标侵权和商标淡化只适用于极少数案例。传统知识虽与知识产权有较大区别, 但是它总体上属于知识产权、财产, 现有的财产权理论支持传统知识中性保护而不是强保护。

关键词: 传统知识; 传统知识的知识产权化; 土著人; 特别权; 防御性保护。

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 05-0060-09

个人和公司申请草药专利, 利用民歌和民间舞蹈创作新作, 甚至利用瑜伽获得了相关的专利、版权和商标, 传统知识体现了土著人特有的智慧、技术或者技能。以前传统知识主要由土著人的传统习惯和规则保护, 近年来, 世界知识产权组织、联合国人权理事会和其他国际组织积极从事传统知识保护方面的活动。现在主要的问题是: 法律是否应该保护传统知识? 如果是, 又怎样保护? 支持者认为: 持有人分享传统知识的利益或者传统知识是一种财产权, 保护传统知识的重要目的是尊重传统知识、阻止传统知识的不正当使用、改善被边缘化的土著人地位、保护以传统知识为基础的创新活动。不言而喻, 应该保护传统知识, 而现有的知识产权制度还不足以满足持有人的需要, 所以现在问题的重心是改革专利制度, 创立传统知识特别权, 建立全球性的传统知识数据库等等。怀疑者则认为: 几乎所有的知识产权都是政府授予的垄断权,^①而知识产权理论寻求在私人垄断与公共领域之间的平衡, 传统知识保护的扩张会压缩公共领域的范围, 而且, 传统知识持有人身份也难以确定。

一、传统知识与知识产权^②

有关典型知识产权的讨论主要是围绕其经济价值, 只是偶尔涉及到历史、种族或者民族问题, 有关传统知识的讨论则相反, 主要是围绕土著人权利和历史问题。与其他典型知识产权相比, 地理标志与传统知识更为相近, 但是, 地理标志使用者

收稿日期: 2013-08-13。

作者简介: 蔡晓东, 男, 中南财经政法大学知识产权学院博士生, 天津商业大学基础课部讲师, 研究方向: 民商法学(知识产权法学)。

^① 商业秘密则例外, 商业秘密所有人有权起诉不正当占有和利用商业秘密的第三方, 但这不是法律上的垄断权。

^② 有些土著人要求把传统知识当做知识产权, 例如1993年太平洋周边国家《保护土著人文化和知识产权马塔图宣言》和1992年《土著人地球宪章》的规定。

一般是特定区域工艺品的生产者（地理标志一般集中于经济发达的国家或者地区，例如：香槟酒。），传统知识持有人一般是土著人，处于主流社会的边缘地带。传统知识保护不仅可以改善土著人的经济地位，而且可以保护土著人的精神或者文化价值。

（一）传统知识概念^①

传统知识概念含糊不清，因为目前传统知识的持有人可以是土著人、当地社区^[1]和政府，但不是所有的持有人一定就是土著人，况且同一传统知识可以属于不同的族群，有时传统知识和其他类别的知识很难区分清楚。一般来说，传统知识的“传统”仅仅指传统知识的创造和使用是当地社区“传统”文化的一部分，并不是指知识的保守性和静止性；传统知识是一类人群文化的象征，具有集体性；传统知识不局限于任何特定领域的技术或者艺术；传统知识由特定区域族群或者民族“所有”。

（二）传统知识与知识产权比较

传统知识与知识产权的目的既有重合又有区别。

1. 两者的相似点 （1）排他性。与知识产权相似，持有人有权禁止他人未经同意使用传统知识，不过，与知识产权不同的是传统知识持有人难以确定，因为不是所有的土著人都是传统的，也不是所有传统的人都是土著，而且同一传统知识可能为多个土著社区持有，传统知识持有人权利行使的相对方——“他人”并不明确。

（2）商业价值。有些持有人认为传统知识是神圣的，反对传统知识和遗传资源的商业化利用。有些持有人则认为：保护传统知识并不意味着禁止传统知识进入商业渠道，只要持有人能够控制、分享传统知识的利用和收益。但是，传统知识商业化的目的与利益分享有关，而知识产权商业化的目的是收回成本和获取利润。保护知识产权目的是激励创新，而保护传统知识是为了利益分享，取得一个更为公平的结果。（3）创新。知识产权通过激励创新，推动新技术的发展，保护传统知识也可以推动创新，扩大传统知识在土著人和当地社区的传播。但是，对传统知识来说“创新”是渐进式的，是对周围自然环境和人文环境的适应，而知识产权的“创新”是跳跃式的，一种更具独立性的活动，而且传统知识一般达不到知识产权创新的高度。

2. 两者的区别 一般来说，传统知识持有人与知识产权权利人相比，在经济地位、教育背景和对知识产权制度的了解等方面处于弱势地位。知识产权作为一种自然权利、私权，优先于市场自由竞争原则，使用知识产权保护传统知识可能不符合利益平衡原则。传统知识保护可以保护文化遗产和提升传统文化的价值、地位，

^① 世界知识产权组织的《政府间委员会关于知识产权和遗传资源、传统知识、民间传说·传统知识的术语和定义》（2002年6月13~21日，日内瓦，第三次会议）对传统知识进行了简略的界定：包括以传统为基础的文学、艺术或者科学作品，表演，发明，科学发现，设计，标记、姓名和符号，未披露信息，以及其他所有的以传统为基础的、以及来自于工业、科学、文学或者艺术领域智慧活动的发明创造。也就是说，传统知识包括了传统医术，传统的与某些生物或者化学资源使用相关的耕作技术，传统舞蹈、歌曲或者仪式。宽泛地说，传统知识是代代相传的、由特定文化人群智慧创造的产物。

这也是知识产权保护所没有的：（1）保护文化遗产。知识产权不适于保护所有形式的传统知识，即使知识产权法能够间接地保护某些文化遗产，其直接目的却是通过文化遗产保护来推动创新，获得效益和促进商业化。而传统知识保护的直接目的是保护文化遗产。（2）提升传统知识的价值、地位。传统知识保护的目的是包括尊重持有人、确认传统知识的价值、提升传统知识的地位。知识产权保护的目的则是要阻止不公平竞争和外来者对传统知识不当利用，维护当地社区的发展。而且，最有价值的传统知识往往不需要知识产权保护。^①

二、传统知识保护的理论基础

传统知识保护涉及不同种类的知识产权，本文从道德、政治和法律（主要运用分析法学派霍菲尔德的理论）角度论述财产特别是知识产权的合理性，并以此为据探讨传统知识的保护。

（一）霍菲尔德的基本法律概念^[2]

传统知识应该受到法律保护还不足以说明持有人享有什么样的权利，还有必要了解传统知识法律保护的力度。

霍菲尔德理论从一些基本的法律概念出发，沿着相关关系和相对关系两个方面展开^[3]（参见下表）。

基本法律概念	相关概念	相对概念
权利	义务	非—权利
自由权（特权）	无权利	义务
能力（“权力”）	责任	无能力（“权力”）
豁免	无能力（“权力”）	责任

1. 相关关系 （1）典型的相关关系：债权—债务。典型的相关关系是围绕同一权利义务的双方主体展开，即与一方权利相对应的是另一方应履行的义务，例如，甲方的债权对应的是乙方债务。（2）非典型的相关关系。非典型相关关系的双方没有对应的权利义务关系：（A）自由权（特权）—无权利。自由权的相对方是没有权利，例如：甲方有权通过乙方土地，而乙方没有权利阻止之。（B）能力（“权力”）—责任。甲方有权改变乙方的法律地位，乙方得承受之，例如形成权、撤销权。（C）豁免—无能力（“权力”）。甲方的法律地位免受乙方改变，相对的是乙方无能力（“权力”），例如，甲方的土地免受乙方政府征购，乙方（政府）无权强迫乙方出卖其土地。

2. 相对关系 相对关系是围绕同一主体的权利和义务展开，例如乙方对甲方负有偿还债务的义务，其相对关系不是乙方有义务不偿还甲方，而是乙方没有义务

^① 例如：科学定理和数学原理不受专利保护。另外，2003年联合国教科文组织的《保护非物质文化遗产公约》对非物质文化遗产定义与传统知识定义相似，保护的主体也有重合。

偿还甲方,也就是说乙方有自由权(特权)偿还甲方债务。

传统知识持有人享有各种权利、自由权(特权)并有能力(“权力”)推翻或者否决其成员的某些行为;土著成员有权获取、分享传统知识及其利益;要是没有收到补偿或者未经其事前同意,土著成员有权利和能力(“权力”)获得补偿、损害赔偿和禁令救济;土著方政府也有相应的能力(“权力”)、义务惩罚侵害传统知识的人。^[4]

(二) 劳动理论

在某种程度上,洛克劳动理论能够有效论证土地、动产、发明、文学艺术作品财产权的合理性,劳动理论不排斥权利主体的团体性,但是传统知识的创造者一般已去世多年,很难论证他们遥远的后代为什么还需要保护。有人认为土地财产与传统知识一样也是代代相传的,但是劳动理论还不足以支持权利主体能(有能力或者“权力”)无限制地转让财产,财产上原有的负担(例如:担保物权或者用益物权)也不随财产转让而解除,财产无偿转让(例如:赠与、遗赠和遗赠继承)还面临重税。无论如何,很难用劳动理论论证传统知识属于知识产权。

公司有权阻止雇员向竞争对手披露有价值的秘密信息,同样,部落成员有自由权(特权)或者能力(“权力”)秘密地保护一个流传了几百年的部落舞蹈,持有人可以与外来者签订保密协议,只是允许外来者观看该舞蹈,不允许其模仿该舞蹈或者向他人表演。但是,事实上有些传统知识早已公开了,有些传统知识也不具有商业价值,它们都不适用商业秘密法保护。

(三) 先占原则

贝克尔《财产权的哲学基础》一书区分了一般财产权(例如各种财产权)、具体财产权(例如土地所有权)、特定财产权(例如甲或者乙的土地所有权),先占原则不太适合于论证一般财产权、具体财产权,但是适合于论证特定财产权,例如财产权应归首先抓住野兔的人或者首先占有土地、利用土地的人。“剥夺土著人”的说法并不准确,说外来者(殖民者)曾剥夺了土著人土地、金、银和古器物是正确的,因为这些有形财产是竞争性的,不能由多个主体同时占有和使用,但是传统知识作为一种知识或者技能是非竞争性的,多个主体可以同时占有和使用之。例如:土著人首先知道了仙人掌有抑制食欲的效果,外来者(现代制药企业)利用土著人的这些知识、技能研发了一种新的减肥药品,外来者的行为并没有“剥夺”土著或者影响土著人对仙人掌的利用。

有人以洛克先占原则论证知识产权合理性:我拥有我自己,因此也拥有我的劳动,也就拥有我的劳动成果;也就是说,如果我发明了某项技术或者写了一本小说,我就拥有该技术的专利和小说的版权。然而,洛克的理论面临3个方面的困境:第一,洛克理论推定知识产权是私权、自然权利,排他性地控制着知识产品的使用。“共有知识”分为共同所有和“开放存取的资源”(无主物)两种,多数传统知识

属于共同所有（原始共有），共同所有资源已是物有所主，不适用先占原则。只有“开放存取的资源”才适用先占原则。第二，传统知识持有人身份难以确定。传统知识具有宗族性和文化延续性两个方面的特点，传统知识的创造者是语言相同、风俗习惯、生活方式相似的族群。假设一种舞蹈是持有人祖先在300年前创作的，该舞蹈也可能吸收了其他部落舞蹈的元素，随着时间的推移，舞蹈自身也在不断演变，持有人不可能对整个舞蹈享有权利。第三，传统知识保护无期限不合理。虽说版权保护期间在不断延长，但版权还是有保护期限，作品最终会进入公共领域，以维护公共利益和私人财产权之间的平衡。传统知识保护无期限颠覆了公共领域对知识产权限制的理念。

（四）信托理论

财产“信托”理论认为，土著人的文化财产分为3类：有形财产、无形财产和不动产，无形文化财产大体与传统知识的知识产权相当。“信托”是指受托人按照委托人（所有者）的遗嘱或者法律的规定为第三人（或者委托人）利益利用、处分委托财产。土著人的“族群意识”使之适合做无形文化财产的受托人。问题是，土著人把自己作为传统知识的受托人，如果其他族群持有异议，法律该如何裁决？其他族群认可这种自我任命的信托吗？

（五）秩序

休谟、边沁等实用主义者认为，财产权有利于社会和经济的顺利运行，有利于稳定社会秩序和实现人们的安全预期。世界知识产权组织综合研究报告也认为，传统知识的知识产权保护是一种透明和有效的保护机制，增强了法律的安全性和预期性，减少包括信息成本（获取传统知识的成本）在内的交易成本，这不仅有利于传统知识持有人，而且有利于包括跨国企业和研究机构（跨国企业和研究机构是传统知识持有人潜在合作伙伴）在内的整个社会。问题是传统知识的非知识产权保护也可能消除不稳定性，减少交易成本。世界知识产权组织综合研究报告还认为，传统知识保护可以加快经济发展和减少贫困，知识产权作为一种无形资产可以为传统社区获取信贷提供担保。知识产权作为资本或者担保的金融价值是一回事，为传统知识提供知识产权保护则是另一回事。况且不仅仅是传统知识，而且是多数知识产权没有市场利用价值。

（六）精神权利

精神权利源自民法系的作者精神权利，精神权利一方面指创作者的“人格权”，^[5]另一方面指一系列具体权利：披露权、赎回权、署名权、保护作品完整权，其中一部分是霍费尔德所谓的权利，其他的则是霍费尔德所谓的自由权（特权）、能力（“权力”）、义务、责任、豁免、非权利。有两个问题值得注意：第一，精神权利的哲学基础值得探讨。人们一般把精神权利归之于康德、费希特、黑格尔自然权利传统的人格思想或者远至于古罗马、中世纪、文艺复兴、宗教改革思想家那

里,但是目前还没有证据表明这些思想就会导致传统知识的知识产权化。第二,精神权利在性质上是非经济权利,直到20世纪早期,精神权利还被理解为植根于人格的私权。20世纪20年代,在民法系国家精神权利概念开始发生变化,德国学者们注意到了作者身份的社会性,强调作者保护作品的义务,但是还没有发展到团体作者概念。土著社区能作为传统知识的作者吗?人类学家弗雷泽、泰勒“原型理论”的缺陷之一就是土著社区所有成员归结为一个“人格原型”。一些传统知识与原生植物有关,动植物生物多样性更多的是一种自然现象,原生植物本身与人类健康无关,但是利用原生植物的知识和技能却能治病。对于遗传材料、体液、身体组织人类不应该对之拥有财产权或者拥有与自己基因、细胞、身体组织相关的专利。如果说持有人对传统知识享有精神权利,那么在什么意义上传统社区具有“人格”呢?

有人从两个方面论证传统知识精神权利的无期限性:第一,土著社区性质特殊。土著人社区文化濒临灭绝,需要财产权的特殊保护,为了保护他们脆弱的身份,原居民有权控制他们的民间文学、符号、图案。第二,古老的民间舞蹈作者和创作时间虽难以确定,但只有特殊的知识产权才能保护之。上述两个理由有一定的道理,但是,也有问题。第一,整个人类历史就是文化和知识的融合的过程。要是有些土著人在相同的地方生活了千百年,其语言、文化和习俗也未曾改变,传统知识的精神权利保护还有一定的说服力;但是对另外一些土著人则事实不是如此。自从人类在地球上诞生之日起,不管是自愿还是被强迫,不同语言和文化群体的人们之间就相互通婚,彼此吸收对方的风俗,与传统知识相关的技能和实践也在不断地变化、适应、被分享、借鉴和重新发现。文化边界也是变动的,文化和民族身份日益融合,我们都是移民的后代。第二,文化融合减少了土著社区的“人格”色彩。第三,除了文化多样性问题,人格理论还面临一个难题,在整个人类历史上,每个文化群体都有传统知识,为什么土著人的传统知识受到了保护而其他人群的则没有受到保护?要是传统知识保护所有的民间传说,那么保护费用太高昂,也会给相关的行政管理、政治和法律带来混乱。尽管如此,传统知识(主要是民间文学)还存在某些方面的精神权利,例如,权利/自由权(特权):向公众披露传统知识、署名;能力(“权力”):阻止他人的随意使用,以免传统知识进入公共领域。

(七) 激励理论

1. 激励创新 传统知识历史悠久,一般不需要知识产权的激励,对土著人来说,传统知识保护的意义主要是避免外来者窃取。传统知识这方面的保护包括:有能力(“权力”)规范传统知识的复制或者反向工程;外来者获取、使用传统知识须经事前同意或者支付补偿;持有人有权利和有能力的(“权力”)获得广泛的法律救济;在某些情况下有能力(“权力”)修改专利法和版权法。传统知识保护的根据不是激励创新,因为创新与传统之间存在着冲突关系,更多的创新意味着更少的传统,况且版权、专利、商业秘密等现代知识产权制度对于激励创新就足够了。

2. 鼓励商业化 一些传统知识具有新颖性和实用性,可以鼓励其走向国内市

场和国际市场，但是，有几个问题必须指出。第一，有些传统知识涉及神圣仪式、古器物 and 土著人的身份意识，土著人不想让外来者知道。第二，任何法律保护都是有期限的。第三，传统知识保护范围不明确可能导致传统知识商业化的过度投资或者投资不足。虽说传统知识的商业化能够避免无序竞争，但是与知识产权相比，更难以准确评估传统知识商业化的效果，过度资产化也会浪费土著人有限的资源，导致“寻租行为”或者“租金消散竞赛”。

（八）不当得利、侵占

不当得利指一方获得经济上的利益而导致另一方受到损害，获利方主观上没有过错或者没有意识到他人受损。侵占指采用不正当手段或者无诚信地不当得利。世界知识产权组织综合研究报告提到了传统知识来源国生产商的不当得利，传统知识来源国具有丰富的生物资源和传统知识。与外国同类生产商相比较，本国生产商因知识产权保护水平较低，利用传统知识时不用向持有人支付补偿金就能获取利益（不当得利）。外来者不当得利是指外来者利用他国传统知识开发专利发明或者版权作品并从中受益，但没有向持有人支付补偿金，结果是外来者获利而致土著人损害。从理论上讲，土著人分享传统知识收益是没有问题的，但是如何计算收益？收益的权利和义务主体如何确定？这是比较棘手的问题。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》建立了共同基金和分配补偿金制度，该条约规定了遗传资源转让的标准协议，以便农民、社区获取遗传资源信息和提高植物种植技术。但是，该条约只适用于64种重要的农植物，其利益分享条款的实施效果还有待观察。传统知识利益分享机制在道德上具有合理性，但法律上是否应如此规定却是另外一回事，法律规范还应顾及市场自由竞争的价值，例如，许多情况下法律不保护新产品的开发，他人可以自由模仿之，也不用支付补偿金。

（九）商标侵权和淡化

商标侵权指消费者对产品的来源或者服务的提供者产生了混淆，而商标淡化则不需要消费者对产品的来源或者服务的提供者产生混淆，主要有两种形式：弱化和丑化。例如：“可口可乐”和“可乐”名称及其饮料的塑料瓶外形都是商标，如果其他公司销售的可乐饮料也用“可口可乐”商标，消费者就会对产品来源产生混淆（商标侵权）；如果其他公司销售的“含糖可乐”也使用“可口可乐”瓶身，就会弱化“可口可乐”弧形瓶身的第二含义（商标弱化）；如果其他公司销售“可口可乐洗发水”，就会玷污“可口可乐”商标（商标丑化）。传统知识商标淡化保护有两个条件：第一，传统知识商标化且并不仅仅为持有人所知。第二，外来者也意识到了弱化或者丑化。商标淡化要求（商标）标记“著名”或者“驰名”，为人们所广知，并具有第二含义，对于传统知识，事实上只有部落成员和少数民俗学者对其有所了解。持有人很难用商标法保护传统知识，多数传统标记、徽章不具有显著性，没有第二含义，多数与传统知识相关的产品商业化程度也不高，商标侵权造成的是消费者混淆而不是生产者（持有人）混淆。

三、传统知识的知识产权保护

传统知识保护与专利、版权、商标和特别权利有关,分为防御性保护和积极性保护两种方式,^[6]防御性保护传统知识是合理的,积极性保护传统知识则需要具体分析。

(一) 防御性保护: 传统知识与专利

“防御性保护”指持有人阻止外来者未经事前同意利用传统知识,主要是阻止外来者利用传统知识申请专利。防御性保护的方式是建立传统知识数据库(或者传统知识图书馆),一方面传统知识的公开可以作为现有技术阻止外来者利用传统知识申请相关的专利获取不正当利益,另一方面这些原本未公开、不能获取、处于秘密状态的传统知识,外来者通过传统知识数据库(图书馆)就能轻易获取和利用。防御性保护不能替代传统知识的积极性保护——专利保护,防御性保护不能像专利权人那样收取专利使用费,也不能阻止他人就相同技术申请专利。

持有人要防止传统知识披露造成的风险。第一,谨慎披露。第二,选择积极性保护——申请传统知识专利。第三,有选择性地披露。传统知识的保护不是无期限的,有些传统知识公开披露后就构成了专利申请的现有技术。未披露的传统知识也可能被他人独立发现或者开发出来。传统知识要获得无期限保护,持有人可以选择商业秘密保护。

(二) 积极性保护和防御性保护: 传统知识与版权、商标

“传统文化表达”、“民间文学艺术表达”、“民间文学”等3个概念之间可以互换,民间文学保护主要涉及版权和商标问题,而不是专利。

1. 版权 版权保护的理论基础包括劳动理论、先占原则、激励理论、作者的精神权利,但是,版权法不能机械地适用于民间文学,民间文学口耳相传,一般没有固定在有形载体上,劳动理论、先占原则不适用于民间文学,民间文学作品的精神权利问题也难以释清,一些土著人视民间文学为圣物。防御性保护可以阻止外来者对民间文学的滥用,外来者未经允许利用民间文学作品,持有人可以获得禁令、损害赔偿甚至刑事责任救济。即使民间文学作品没有版权保护,持有人也可以阻止外来者据之为己有。

2. 商标 许多传统知识特别是民间文学的名称或者符号即使没有第二含义,只要这些标记被持续性地使用,申请人还是可以申请、注册其为商标的,商标保护期限可以续展,理论上讲是无限的。商标保护的理论基础有不当得利、侵占、淡化、正当竞争。有些标记不适用于一般商标保护,却能注册为集体商标或者证明商标,特殊商标保护的理论有劳动理论、秩序、激励理论,至于精神权利保护则争议较大。证明商标表明某个产品达到了一定的质量标准,集体商标则表明某个产品的生产者或者服务提供者属于使用该标志的集体成员。为了避免消费者混淆,持有人可以采用防御性保护方法,阻止外来者把民间文学的名称或者符号当做商标使用。

至于外来者产品或者服务上使用了这些标记，却没有造成消费者混淆，或者是足球队、作家使用这些标记（例如：土著人的吉祥物、图腾）作为自己的队名或者笔名，问题就更加复杂了，因为这些涉及到传统知识保护与言论自由、公共文化领域平衡的问题。

（三）积极性保护和防御性保护：传统知识与特别权

特别权不是典型的知识产权，但属于知识产权、^①财产，劳动理论、侵占、先占原则、激励理论、不当得利理论适用于论证外观设计、半导体芯片掩模作品和数据库的特别权保护，正如前文所述传统知识与知识产权区别较大，选择特别权（例如：借鉴公共领域付费制度）来保护传统知识，^[7]其权利主体是团体作者（土著人社区），公共领域付费制度主要适用于：一方面知识产权保护期已满，另一方面知识产权的使用者还需要向权利人的代理人（例如：作品或者发明集体管理组织）支付补偿金。20世纪下半叶，为适应数字信息技术的发展和满足科学家生物资源共享的需要，特别权利概念越来越重要，在21世纪之交，公共领域付费概念开始被用来保护传统知识。^②

参考文献：

- [1] 管育鹰.传统知识及传统文化表达的法律保护问题[J].贵州师范大学学报(社科版), 2005,(2).
- [2] 沈宗灵.对霍菲尔德法律概念学说的比较研究[J].中国社会科学, 1996,(1).
- [3] 陈锐.对霍菲尔德法律概念论的逻辑分析[J].西南政法大学学报, 2003,(5).
- [4] 曹新明.非物质文化遗产保护模式研究[J].法商研究, 2009,(2).
- [5] 蔡晓东.知识产权人格论[J].广州大学学报, 2013,(1).
- [6] 严永和.论我国少数民族传统知识产权保护战略与制度框架[J].民族研究, 2006,(2).
- [7] 黄玉桦.我国民间文学艺术的特别权利保护模式[J].法学, 2009,(8).

Theoretical Reflection on the Dilemma of Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge

CAI Xiao-dong

Abstract: It is difficult to explain intellectual property protection of traditional knowledge through innovation incentive and occupatio. It is persuasive to encourage commercialization, embezzlement, unjust enrichment, spiritual rights protection. Trademark infringement and trademark dilution is only applicable to a very small number of cases. Although the traditional knowledge is different from intellectual property, it generally belongs to intellectual property rights and property. The current property right theory supports the neutral protection of traditional knowledge rather than aggressively strong protection.

Key words: traditional knowledge; intellectual property rights in traditional knowledge; indigenous groups; sui generis rights; defensive protection

（责任编辑：金孝柏）

① 传统知识的习惯法保护、文化遗产保护和人权保护不是知识产权保护。

② 例如：秘鲁法律规定“社区知识”之类的传统知识进入到公共领域的头20年，外来者利用该传统知识开发的产品，其销售总额的一定比例要支付给土著人发展基金。