

知识产权与遗传资源、传统知识和 民间文学艺术政府间委员会

第十九届会议

2011年7月18日至22日，日内瓦

知识产权与传统知识重要词语汇编

秘书处编拟的文件

1. 在2010年12月6日至10日举行的第十七届会议上，知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会(“委员会”)决定，秘书处应按照第一届闭会期间工作组会议摘要报告(WIPO/GRTKF/IC/17/8)的建议，为第二届闭会期间工作组会议编拟和提供“一份信息文件，即知识产权与传统知识重要词语汇编”。¹
2. 第二届闭会期间工作组会议(IWG 2)于2011年2月21日至25日举行，“注意到‘知识产权与传统知识重要词语汇编’(WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2)，并请求将其转为IGC下届会议的一份信息文件。”²

¹ 第十七届委员会报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12)

² 第二届闭会期间工作组会议简要报告(WIPO/GRTKF/IWG/2/2)

3. 在 2011 年 5 月 9 日至 13 日举行的第十八届会议上，委员会请秘书处重新印发知识产权与传统知识词语汇编(WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8)，作为委员会下届会议的一份信息文件。³
4. 目前这个文件尽量吸取以前委员会词语汇编中的词语和联合国及其他国际文献已有的词语。文件也考虑了从国家和地区法律及法律草案、多边文献、其他组织和程序以及词典中可以找到的定义和词语。此外，各种定义基于委员会的工作文件、其他 WIPO 文件和其他 WIPO 工作计划的文件。因此，经提议的定义并未列举穷尽。其他词语也可能与知识产权和传统知识相关，所选词语也可以有其他的注释。
5. 重要词语的选择基于工作文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 和其他相关文件最常使用的词语。附件中所选择和提议的定义不妨碍其他汇编或该委员会以前文件中包含的或其他国际、地区和国家文献或论坛中所包含的重要词语的定义。重要用词的选择和所提议的定义无意表明词语的选择或其所提议的定义已经委员会参与者一致同意。这是一份信息文件，因此，既不要求委员会批准采纳所选词语，也不要求其批准或采纳所提议的定义。
6. 根据委员会在第十六届和第十七届会议上作出的决定，编拟了一份“知识产权与遗传资源重要词语汇编”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13)。这些其它术语也再次印发给本届会议。遗传资源词语汇编中所包含的一些词语亦囊括在本文件中，因为它们与传统知识相关。鉴于一些词语与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式相关，因此委员会或许希望考虑是否最终将该三个汇编合而为一。

7. *请委员会注意本文件及其附件。*

[后接附件]

³ 第十八届委员会报告草案(WIPO/GRTKF/IC/18/11 Prov.)

知识产权与传统知识重要词语汇编

获取和惠益分享(ABS)¹

《生物多样性公约》(CBD)的目标是“公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益；实施手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金”。

《生物多样性公约关于“获取遗传资源以及公平平等分享由利用遗传资源所产生的惠益”名古屋议定书》旨在“公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益；实施手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金，以促进保护生物多样性并持续利用其组成部分。”依据第3条，《议定书》“也应适用于《公约》范围内与遗传资源有关的传统知识以及由利用此种知识所产生的惠益”。

关于粮食和农业植物的遗传资源，粮食及农业组织(FAO)的《粮食和农业作物遗传资源国际条约》(ITPGRFA)第一条要求“为可持续地利用粮食和农业植物遗传资源以及公平公正地分享利用这些资源而产生的利益，与《生物多样性公约》保持一致”。

“获取”在《安第斯共同体第391号决定》第一条中的定义是“以研究、生物勘探、保存、工业用途和商业运用等为目的，获取和使用原地和移地保存的遗传资源、其副产品以及(如有可能)其无形组成部分”。

《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)的第4条第(2)款规定：“(a) 传统知识持有者因保护传统知识而享有的惠益，包括公平公正地分享由商业和产业利用传统知识而产生的惠益。(b) 非商业目的性利用传统知识，只会产生非货币惠益，如获取研究结果和传统知识来源社区参与研究和教育活动。(c) 凡超出背景利用传统知识者应该说明确其来源。感谢其持有者，并以一种尊重其持有者文化价值的方式利用该知识。(d) 在出现未按第一、二段所规定的公平平等分享惠益情况时，或在知识持有者未按第三段规定的被认可的情况下，应随时提供补救传统知识持有者的法律手段。(e) 当地社区内的习惯法在分享由利用遗传资源而产生的惠益中能够发挥重要作用。”

受益者

许多利益攸关者都强调传统知识一般被看作源于集体并为集体所持有。因此这一实体的任何权利和利益都应属社区而不是个体所有。然而，在一些情况下，个体如传统医治者，可被视为传统知识的持有者和知识保护的受益者。

一些国家和地区的保护传统知识法律直接规定有关民族和社区的权利。

¹ 《知识产权与遗传资源重要词语汇编》(WIPO/GRTKF/IC/18/INF/9)，附件第1页。

许多国家和地区则原意将权利归属于政府管理机构，经常规定授予传统知识权利所得应适用于教育、持续发展、民族遗产、社会福利或与文化有关方案。

《保护传统知识：经修改的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 2 条规定“保护传统知识必须使在传统及代际间背景下制造、保留和传播知识的社区，使与传统知识有关的社区以及依照第 1 条第(3)款称传统知识为其所有的社区惠益。同样，保护必须使以此方式持有传统知识的土著居民和传统社区本身以及该社区中得到认可的个人和人民享有保护惠益权。获取保护利益的权利应尽可能和在适当情况下考虑到这些社区和人民的习惯议定书、协议、法律和惯例。”

生物多样性²

CBD 第 2 条将“生物多样性”(biological diversity 常缩写为 biodiversity)这一用语定义为“所有来源的形形色色生物体，这些来源除其他包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体；这包括物种内、物种之间和生态系统的多样性”。

《关于获得遗传资源和公正公平分享其利用所产生的惠益的波恩准则》(《波恩准则》)³

《波恩准则》于 2002 年由 CBD 缔约方会议通过，其目的是根据 CBD 获取遗传资源和惠益分享相关的第 8(j)、10(c)、15、16 和 19 条，为落实相关条款提供指导。准则的性质是自愿的，也是对一系列利益攸关者⁴提出的。准则涉及了程序和监管方面的问题，尤其是涉及事前知情同意，以及确定货币形式和非货币形式的惠益分享。⁵

编纂的传统知识

“编纂的传统知识”指“已形成某一体系和结构形式的传统知识，并已以某种方式排序、组织、分类、分目”。⁶

《保护传统知识：经修改的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 1 条第(2)款规定传统知识“包括世代相传已成体系的传统知识中所含有的诀窍、技能、创新、做法和学问[……]。”

“例如，在传统医学领域内，世界卫生组织(WHO)的传统医学组区别两种体系：(a)已编纂的传统医学体系，即已以古代书写方式公开并完全在公众领域中公开，如在古代的梵文经书

² 同上。

³ 同上，附件第 3 页。

⁴ 见《波恩准则》第 1.7(a)和 17 至 21 条。

⁵ 见《波恩准则》第 24 至 50 条和附录二。

⁶ 《关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释》(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)，附件第 16 段。

中公开的阿育吠陀医学⁷或古代中文医学著作中公开的中国传统医学(TCM);⁸(b)尚未以文字形式固定下来的非编纂成体系的传统医学知识,经常处于未被传统知识持有者公开的状况,并以口头传统方式世代相传。例如在南亚,编纂的知识体系包括阿育吠陀医学体系,它是编纂的 54 本阿育吠陀医学体系权威著作,悉达体系编纂 29 本权威著作,尤纳尼蒂布传统编纂了 13 本权威著作⁹。”¹⁰

还有另一点区别,即(i)已编纂的传统知识,也就是说,以文字形式出现或在公众领域中的传统知识;及(ii)尚未编纂的且构成土著社区部分口头传统的传统知识。¹¹

《关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释》(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)进一步讨论传统知识和非编纂的传统知识。

生物多样性公约(CBD)¹²

1992 年 6 月联合国环境与发展会议在巴西里约热内卢召开的会议期间通过的一项国际公约。根据 CBD 第 1 条,该公约的宗旨是“从事保护生物多样性、持续利用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益;实施手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让,但需顾及对这些资源和技术的一切权利,以及提供适当资金。”公约 1993 年 12 月 29 日生效。

保管人

《布莱克法律词典》定义“保管人”为“负责或管理(儿童、财产、文件,或其他贵重物品)的人或机构”。牛津英语词典给“保管人”定义为“管理人或物的人,卫士,保管。”

⁷ 阿育吠陀医学是已编纂成体系的传统医学,它是在吠陀梵语时期阿利安人编写的附有大量参考资料 4 部吠陀本集(公元前 1500-1800)的梨俱吠陀和阿闳的婆吠陀中以书面形式公开。

⁸ 中国传统医学最初编纂和以文字形式公开于建立中国传统医学首部不朽经典《黄帝的内经》中。此《内经》的编著历经几百年,问世于公元前 300 年至 100 年间。

⁹ 印度《药物和化妆品法》第一个目录,1940 年第 23 号法案,《药物和化妆品法修订草案》,1986 年第 71 号法案(修正),具体说明阿育吠陀、悉达和尤纳尼蒂布体系权威著作。

¹⁰ 《包含传统知识文件数据的已有在线数据库清单》(WIPO/GRTKF/IC/3/6)第 8 段。还见科林·蒂莫曼斯和托吉·胡塔纠鲁,《TRIPs 协定和药品》《关于 TRIPs 协定及其对药物影响》亚洲研讨会的报告,第 45 页。

¹¹ 《加拿大代表团发言》。见第二届会议报告(WIPO/GRTKF/IC/2/16),第 131 段。

¹² 见以上注 6,附件第 3 页。

“保管人”一词在传统知识背景中指那些依照习惯法和其他做法，保持、利用和发展传统知识的社区，民族，个人和其他实体。它表达一个不同于“所有制”就其本身而论的理念，因为它传递一种责任感以确保能以一种与社区价值观和习惯法相符合的方式利用传统知识。

习惯法和议定书

《布莱克法律词典》给“习惯法”的定义是“由被接受的作为合法要求或强制性行为准则的习惯构成的法律；是社会经济系统内的一部分至关重要和固有的被当作法律一样对待的做法和信仰。”

习惯法还被定义为“当地承认的原则及较具体的准则和规则，它们以口头形式存在和传播，而且由社区机构用来管控指导生活的方方面面。”¹³

习惯法的体现方式多种多样。例如，法律可以以书面或口头形式编纂，在传统做法中清楚地表达或实施。另一重要因素是这些法律实际上是否得到社区所在国国家法律制度的“正式”认同或与其相关联。决定某些习惯是否具有法律地位的决定性因素取决于社区是否认为它们有约束效力还是仅仅能单纯描述实际做法。

《保护传统知识：经修改的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC1/8/5)第 1 条第(3)款(iii)项规定“保护必须至少延伸到传统知识是：(iii)通过管理、护卫、集体所有制或文化责任的形式被认可为持有知识的土著或传统社区或人民的文化身份是不可缺少的。这种关系可以正式或非正式地由习惯或传统做法、议定书或法律表示。”第 2 条规定“获得保护惠益的权利必须尽可能并合适地考虑到这些社区和民族的习惯议定书、协议、法律和惯例。”第 4 条第(2)款(e)项规定“当地社区内的习惯法可能在分享利用传统知识获得的惠益中发挥重要作用。”

公开的传统知识

“公开的传统知识”指的是“被当作[传统知识]‘持有人’的土著或当地社区以外的人们能得到的[传统知识]。这样的[传统知识]或可被广大公众获得并能通过实际文件，因特网以及其他电子通讯或录音获取。[传统知识]可以在经或未经土著和当地社区授权的情况下向第三方或向[传统知识]来源的土著和当地社区以外的非成员公开。”¹⁴

《保护传统知识：经修改的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC1/8/5)第 8 条

阐明传统知识的注册“不应该损害未公开的传统知识或传统知识持有者在其未公开知识要素方面的利益。”

¹³ 《对传统知识的保护权：习惯法及惯例的含义》，研究计划研讨会，2005 年 5 月 20 日，秘鲁的库斯科。

¹⁴ 见以上注 6，附件第 4 段。

关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)进一步讨论公开的传统知识和未公开的传统知识。

公开要求¹⁵

公开要求是专利法的核心理念部分¹⁶。根据《专利合作条约》(PCT)第 5 条, 专利法对专利申请人规定了一项一般性义务, “应对发明做出清楚和完整的说明, 足以使本技术领域的技术人员能实施该项发明”。但是, “公开要求”近来作为一种一般用语用于地区或国家层面的专利法改革和国际专利法改革的建议, 特别要求专利申请人根据一项专利或专利申请的在发明开发过程中使用涉及传统知识和/或遗传资源时, 公开与之相关的多种信息。¹⁷

考虑了遗传资源和传统知识公开方法的三大功能。

- 公开在发明开发过程中实际使用的遗传资源/传统知识(关于遗传资源/传统知识本身以及其与发明关系的说明性或透明性功能);
- 公开遗传资源/传统知识的实际来源(关于遗传资源/传统知识在何处获得的公开功能)——可能涉及到来源国(讲明原材料是在那个管辖区取得的), 或更具体的地点(例如, 为确保可以获取遗传资源, 为此以确保发明可得以复制); 以及,
- 提供事先知情同意的承诺或证据(于获取遗传资源/传统知识原材料行为合法性的守法功能)——可能需要显示发明中使用的遗传资源/传统知识是遵守来源国适用的法律的方式取得和使用的, 或遵守记录事先知情同意的任何协议条件取得和使用的; 或者需要显示申请专利的行为本身是按照事先知情同意进行的。¹⁸

在CBD缔约方大会(COP)的邀请下, WIPO知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会(IGC)就这一问题撰写了一项技术调查报告, 并对有关获取遗传资源与知识产权申请中的公开要求相互关系问题进行了审查, 这些情况已提供给CBD。¹⁹

向 WIPO 的 IGC 提交了多项涉及国际层面的议案。

¹⁵ 见以上注 1, 附件第 4 至 5 页。

¹⁶ 见文件 WIPO/GA/32/8,附件第 32 页

¹⁷ 更多信息见文件(WIPO/GRTKF/IC/16/6),附件 1, 第 7 至 11 页和WIPO, TK分部, 以下网址 <http://www.wipo.int/tk/en/laws/genetic.html> 提供关于国家和地区专利法合法措施数据库。

¹⁸ 见《WIPO 关于涉及遗传资源和传统知识专利公开要求的技术调查》WIPO 出版物第 786 号(E)65 页

¹⁹ 见《WIPO 关于涉及遗传资源和传统知识专利公开要求的技术调查》WIPO 出版物第 786 号(E);WIPO/GA/32/8《关于审查在知识产权申请中获取遗传资源和公开要求相互关系的问题》, 2005。

瑞士提交的议案介绍PCT的公开要求既适应国际和国家申请，又需要专利申请人公开遗传资源和/或传统知识的来源。²⁰

欧洲联盟及其成员国提交的议案包括一项应当实施强制性要求的责任，以便公开所有国际、地区和国家专利申请中的来源国或遗传资源的来源。²¹

提交了关于公开要求选择性机制的议案。²²

当前另一个有关公开要求的国际性倡议是一些国家提议的WTO的TRIPS协定第 29 条之二。²³

文 献

编制传统知识文献包括记录时用录音、摄像或摄影——包括能够把传统知识保存下来并能提供给其他人学习的任何记录方式。它有别于社区保存和传承知识的方式。文献尤其重要，因为它往往是传统圈子外人们获取传统知识的方式。²⁴

《关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)》进一步讨论经编拟的传统知识和未经编拟的传统知识。

相关词语：传统知识数字图书馆(TKDL)，传统知识资源分类(TKRC),传统知识注册，WIPO 传统知识管理工具包。

农民的权利

粮农组织的《粮食和农业植物遗传资源公约》第 9.1 条承认“*世界各地的当地社区和农民以及土著社区和农民，尤其是原产地中心和作物多样性中心的农民，对构成全世界粮食和农业生产基础的植物遗传资源的保存及开发已经并将继续作出的巨大贡献。*”

第 9.2 条给“农民权利”下定义为“(a)保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识；(b)公平参与分享因利用粮食和农业植物资源而产生的利益的权利；和(c)参与在国家一级就粮食和农业植物遗传资源保存及可持续利用有关事项决策的权利”。

粮农组织的《植物种质采集和转让行为法》第 2 条给(农民权利)词语的定义是“*由农民过去、现在和未来在保持、改进、并及能随时提供遗传资源的贡献而产生的，尤其是那些在原/多样性中心的贡献。这些权利归属国际社会，作为当代和后代农民受托人为了确保农民的全*

²⁰ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/11/10(瑞士提案)和文件 WIPO/GRTKF/IC/16/6 附件第 13 页。

²¹ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/8/11(欧联盟提案)和文件 WIPO/GRTKF/IC/16/6 附件第 14 页。

²² 见文件 WIPO/GRTKF/IC/9/13(选择性提案)。

²³ 见文件 TN/C/W/52。

²⁴ 《关于记录传统知识和遗传资源时知识产权管理工具包的报告》(WIPO/GRTKF/IC/5/5)，附件第 4 页。

部利益之目的，并支持他们贡献的继续，以及达到 FAO 植物遗传资源国际进展的所有目的。”

粮食和农业组织(FAO)²⁵

致力于在国际层面上战胜饥饿和贫困的联合国专门机构。该组织的任务包括“提高营养水平、增加农业产量、改善农村人口的生活水平以及为世界经济发展作出贡献”。²⁶

土著和当地社区

词语“土著和当地社区”一直是审议研讨的主题。“土著和当地社区”没有普遍标准的定义。

词语“土著和当地社区”用于《生物多样性公约》中。例如第 8 条(j)项阐述“每一缔约方必须尽可能和适当地：……(j)依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用，由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平的分享因利用次等知识、创新和做法而获得的惠益；……。”同样的词语也用在了附属于《生物多样性公约》的《关于“获取遗传资源以及公平和公正地分享其利用所产生的惠益”的名古屋议定书》中。

《生物多样性公约》在承认与其传统依靠生存和利用的地域和水域关系久远的社区时也使用了“土著和地方社区”这个词语。²⁷

这个词语还在 FAO《国际粮食和农业植物遗传资源公约》中被使用。第 5.1 条阐明“每一缔约方……尤其应酌情。……(d)尤其通过支持土著和地方社区的努力，促进用于粮食生产的作物野生近缘种和野生植物的原生境保存，包括在保护区内的作物野生近缘种和野生植物的原生境保存……。”

其他法律文书使用不同的词语：

“土著和地方社区”在《保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书》使用。第 2.1 条阐述“在背景许可的情况下，‘社区’包含当地的和传统的社区。”

“土著和地方社区”被用在 FAO《国际粮食和农业植物遗传资源公约》第 9.1 条中“缔约方认识世界各个地区土著和地方社区以及农民的巨大贡献……。”

²⁵ 见以上注 1，附件第 6 页。

²⁶ <http://www.fao.org/about/mission-gov/en/>。

²⁷ 《地方社区的概念、背景》，常设土著问题论坛秘书处为数据细分专家研讨会编拟的文件(PFII/2004/WS.1/3/Add.1)，也可见 UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5。

“地方社区”被用在 FAO《国际粮食和农业植物遗传资源公约》中被使用。第 5.1 条阐明“每一缔约方……应依法并酌情：……(c)酌情促进或支持农民和地方社区努力经营管理和保存他们农场里的粮食和农业植物遗传资源……。”

《关于获取安第斯社区遗传资源第 391 号决定》第 1 条定义“本族、非美或和当地社区”为其“社会、文化、经济条件使其不同于国家社区其他部分的人类群体。这些群体全面或部分地有其自己的传统或习惯或受特定的法规控管，并且不管法律地位如何他们保留着自身的社会、经济、文化和政治机构或部分这些机构。”

2001 年 8 月 23 日 2186-16 号《巴西临时法案》第 7.III 条定义“地方社区”为“人类群体，包括奎罗姆伯社区的后裔，因文化环境而异，他们传统地世代按照自身的习惯而组成群体，并保留其社会和经济机构。”

不同的词语被用在《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)中。例如，“土著和当地社区”(第 1 条第 2 款)，“传统和土著社区或人民”(第 1 条第 3 款)，“土著和传统社区”(第 2 条)以及“当地社区”(第 4 条第 2 款)。

土著知识

“土著知识”是用来描述“土著社区、人民和国家所持有和使用的知识”。²⁸在此意义上，“土著知识”就是土著人民的传统知识。因此，土著知识是传统知识目录中的一部分，但是传统知识没必要是土著的。²⁹

土著人民

词语“土著人民”一直是相当多的讨论和研究的主题。没有一个普遍适用和标准的对“土著人民”的定义。

《联合国土著人民权利宣言》承认土著人民的平等人权，反对文化歧视并努力促进土著人民和国家间的相互尊重及和谐关系。然而，没有一个“土著人民”的定义。

联合国防止歧视和保护少数小组委员会特别报告员 J.马丁内斯·科博先生在其编拟的“关于对土著人民歧视问题的研究报告”中对“土著”概念的描述被许多土著人民及其代表组织认为是

²⁸ 也有人说“土著知识”也用于指其本身是“土著”的知识。在此意义上“传统知识”和“土著知识”可以互换。见 WIPO 关于知识产权和传统知识调查团的报告(1998-1999)《知识产权需要和传统知识期待》第 23-24 页。还可见关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)，附件第 41 段。

²⁹ 见 WIPO 关于知识产权和传统知识调查团的报告(1998-1999)《知识产权需要审查传统知识》第 23 页。还可见关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)，附件第 41 段。

可接受的工作定义。该研究报告将土著社区、人民和民族理解为“那些在其领土上发展起来与先前被侵占和被殖民的社会具有历史连续性社区，自认为与这些国家或部分领土上占优势的社会其他部分不同。他们构成现行社会的非主宰性部分并决心依其自己的文化模式、社会组织 and 法律制度保护、发展和向其后代传承他们祖先的领土、和民族文化认同并以此作为民族继续存在的基础。”

《联合国环境规划署生物多样性词语汇编》将“土著人民”定义为“祖先居住在一个地方或农村的民族，³⁰ 这个民族因其他源于另一文化或民族背景的人们的到来而受着这些人通过征服、定居或其他手段对他们的主宰，当今其生活与他们自己的社会、经济，及文化习惯和传统更相符合，胜过他们作为其居住国的一部分。(亦：‘本地人民’或‘部落民族’。)”³⁰

2002 年 7 月 24 日的秘鲁第 27811 号法案，是一项《关于对源于生物资源的土著人民集体知识实行保护制度法》，其中将“土著人民”定义为“先于秘鲁国家成立而存在，保留了其所属的文化、占有特定的领土区域并承认如此的持有权利的土著人民。这些人民包括自愿与外界隔绝或不再有联系，并亦可是农村和本地社区的居民。词语‘土著’应允许纳入，同时也可用作‘土著’、‘传统’、‘民族’、‘古老的’、‘本地’或其他单词形式的同义词。”

“土著人民”是个相关词语。《牛津词典》给出的“土著”的定义为(1) “[.....]最早居住或存在于某一土地上的人民、植物和动物；严格意义上讲本土，土生土长的”；(2) “[.....]在欧洲殖民主义及其介绍的人到来之前居住和占领某一国家的”；以及(3) “[.....]属于、关于澳大利亚土著人民或其语言的或为其所特有的”。

加拿大《宪法》第 35 条规定 “[.....]加拿大土著民族包括加拿大的印第安族、因纽特族和混血民族。”加拿大土著民族皇家委员会自我定义其集中群体为“.....历史上来源于北美原有民族的有组织的政治和文化实体.....。”

获取和惠益分享的知识产权指导方针³¹

委员会从第一届会议开始就支持一项导致制定WIPO获取和惠益分享知识产权指导方针的任务。人们建议这种指导方针应当以系统考察各种实际和示范合同协议为基础，采取《WIPO有关生物多样性获取和惠益分享协议数据库》的形式。³²

³⁰ 《联合国环境规划署生物多样性词语汇编》。可查阅以下网址<http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>。

³¹ 见以上注 1，附件第 7—8 页。

³² 见文件 WIPO/GRTKF/IC/2/3, 第 133 页，亦见《关于知识产权和遗传资源重要词语汇编》(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), 附件第 4 页。

第一份草案³³已经拟制，考虑到委员会为制定这种指导方针确定的操作原则³⁴。该草案后来为委员会第十七届会议的目的作了修订³⁵。

获取和惠益分享知识产权指导方针的目的是，当遗传资源的提供者和接受者就获取遗传资源和惠益分享所共同商定的条件的知识产权要素进行谈判、制定和起草工作时，向他们提供服务。这种指导方针说明了提供者和接受者在一项协议、合同或使用许可进行谈判过程中很可能遇到的实际知识产权问题。在实际条款进行谈判和起草的过程中，国家法律的差异以及提供者和接受者实际利益的差异很可能会导致范围广泛的选择。因此，这些指导方针可能支持提供者和接受者确保获取和惠益共享建立在平等和相互商定的条件基础之上，但并未规定某一种模式或一整套选择。

此外，指导方针中任何内容均不应解释为可以影响各国对自然资源所享有的主权，包括它们对获取和惠益分享制定条款和条件所享有的权利。指导方针仅仅是自愿的和说明性的，不能取代有关的国际、地区和国家法律。³⁶

传统知识经常与遗传资源有关，而且这可对如何为人类利益保护、保存及使用遗传资源提供有价值的洞解。³⁷此指导方针也适用于与遗传资源有关的传统知识。

国际专利分类(IPC)

国际专利分类(IPC)被定义为“所有技术领域被分为部、大类、小类及组等不同层次的系统。分类是对于‘现有技术’检索中检索专利文件不可缺少的一个语言独立的工具”。³⁸

IPC 为 1971 年关于《国际专利分类斯特拉斯堡协定》第 2 条第(1)款(a)项规定“本分类法包括：(i) 依据 1954 年 12 月 19 日的发明专利国际分类欧洲公约(以下简称“欧洲公约”)的规定而制订的，1968 年 9 月 1 日生效由欧洲理事会秘书长公布的分类法正文；(ii) 在本协定生效之前依据欧洲公约第 2 条第 2 款生效的修正案；(iii) 此后依据本协定第 5 条制订并依据本协定第 6 条生效的修正案。”

³³ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/7/9(遗传资源：获取和公平惠益分享知识产权指导方针草案)。

³⁴ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/2/3 中的操作原则，第 50 页 V.B 节。

³⁵ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12(获取和公平惠益分享知识产权指导方针草案：最新版本)。

³⁶ 同上。

³⁷ 同上，附件第 4 页。

³⁸ WIPO 专利范围汇编。

创造性³⁹

创造性(也指“非显而易见性”)是专利性的标准之一,涉及一项发明对一般技术人员是否显而易见的问题。⁴⁰

根据 PCT 第 33 条,“如果按细则所定义的现有技术考虑”,请求保护的发明“在规定的相
关日期对所属领域的技术人员不是显而易见的,”就应被认为具有创造性。

《欧洲专利公约》第 56 条和美国法典第 103 章第 35 条提供了类似定义。美国法典第 103
章第 35 条使用了相同词语“非显而易见的主题”。

许可协议⁴¹

许可协议被描述为陈述提供者有权允许的材料或权利的某种许可使用的协议,例如:将
遗传资源作为研究手段使用的许可协议,或使用相关传统知识或其他知识产权的许可协议。⁴²

材料转让协议(MTAs)⁴³

材料转让协议是商业和学术研究合作伙伴关系的协议,涉及诸如种质、微生物和细胞培
养等生物材料的转让,以使提供者和接受者能交换材料,同时为获得公共种质收藏、种子库
或原地遗传资源规定条件。⁴⁴

WIPO 已经开发了与生物多样性相关的获取和惠益分享协议数据库,包括涉及遗传资源的
转让和使用的合同条款。⁴⁵

2006 年 FAO 已经制定和通过了一项标准材料转让协议(SMTA)以满足落实《粮食和农业植
物遗传资源国际条约》⁴⁶的要求。《波恩准则》附录提出了材料转让协议的各种要素。

³⁹ 见上文注 1, 附件第 8 页。

⁴⁰ 见 WIPO 知识产权手册, WIPO 出版物第 489 号(E), 2008 年, 第 20 页。

⁴¹ 见上文注 1, 附件第 9 页。

⁴² 见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12。

⁴³ 见上文注 1, 附件第 9 页。

⁴⁴ 见上文注 35。

⁴⁵ 可在以下网址查询: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html>。

⁴⁶ 可在以下网址查询: <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/SMTAe.pdf>。

PCT最低限度文献⁴⁷

根据WIPO《专利合作条约词汇表》，最低限度文献可以描述为“国际检索机构必须用于检索相关现有技术的文献。这一用语也适用国际初审机构用于审查目的。文献包括某些已公布的专利文献和载于国际局公布的一份清单中的非专利文献。最低限度文献是根据《专利合作条约》实施细则第 34 条制定的”。⁴⁸

在《专利合作条约国际检索指南》中，国际检索最低限度文献定义为“为检索目的根据文件主题内容系列编制的文件汇编，主要是专利文件，并以许多刊物文章及其他非专利文献项目作为补充”。⁴⁹

在 2003 年 2 月PCT国际权威会议第七届会议上原则上达成的一致意见:传统知识文献应该包括在PCT最低限度文献非专利文献部分⁵⁰。例如，《印度传统知识杂志》、《韩国传统知识杂志》在“PCT最低限度文献——期刊清单：用于检索和审查的期刊”中定为非专利文献。

盗 用

在知识产权领域中，《布莱克法律词典》将“盗用”定义为“普通法民事侵权行为，利用一个组织为获利收集和传播的非版权信息和思想，以进行针对该组织的不公平竞争，或复制其创作者尚未要求或取得作品独有权利的著作。[.....]盗用的要素是：(1)原告必须为获取该信息投入时间、金钱或努力，(2)被告需为获取该信息而未作同样的投入，及(3)原告需因为此类占有而遭受竞争性损害。”

盗用民事侵权行为在普通法体系中是不公平竞争法的一部分。

因此，盗用需要有对某人财产的违法或不诚实的使用或借用，并经常用于指产权未受侵犯的情况下的行为。盗用还可指违法借用或欺骗性占用委托给某人看管但实际为其他人所拥有的资金或财产。

2009 年《斯里兰卡保护传统知识法律框架》法律草案的 3 条将“盗用”定义为“(i)违背此法案条款而获取、占用和利用传统知识，(ii)获取、占用和利用传统知识的人明知或不可能不知道或因忽略知道了传统知识是使用不正当手段而获取、占用或利用的事实时，从获取、占

⁴⁷ 见上文注 1，附件第 9 页。

⁴⁸ 可在以下网址查询：<http://www.wipo.int/pct/en/texts/glossary.html#M>。

⁴⁹ PCT 国际检索指南 IX-2.1 段(1998 年 9 月 18 日开始生效)。

⁵⁰ PCT 最低限度文献，文件 PCT/MIA/9/4。

用和利用的传统知识获取利益，(iii) 任何不公平不公正从传统知识获取利益的违背诚实做法的商业行为。”⁵¹

《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)将“盗用行为”定义为“凡以不正当或非法手段获得、占有或利用传统知识的行为均构成盗用行为。盗用行为亦包括传统知识的使用者明知或因忽略而不知该知识是通过不正当手段获得、占有或利用的情况仍通过获得或占用传统知识获得商业利益的行为；以及其他以违背诚实做法的方式从传统知识中获得不公平利益的商业活动。”该条还规定“特别应该提供合法手段以防止：(i)以偷盗、贿赂、胁迫、欺诈、侵入、违约或诱使违约、失信或诱使失信或、违反受托义务或其他信托关系、欺骗、误传、在为获取传统知识而征得事先知情同意时提供误导信息或其他不正当或不诚实的手段；(ii) 违反关于获取传统知识须以征得事先知情同意为条件的法律措施而获得或控制传统知识的行为，以及违反共同商定的作为获取传统知识的事先知情同意条件的条款；(iii) 关于传统知识归属或控制权的虚假主张或宣称，其中包括鉴于传统知识及获取传统知识的任何条件，对该传统知识相关的客体应有的知识产权无效时，仍获得、主张或宣称拥有知识产权的行为；(iv) 获取传统知识并对其进行商业或工业使用，凡有赢利目的，并能为使用者带来技术或商业利益，而且根据使用者获得传统知识的具体情况，本应给予传统知识公认的持有者以公正和公平的补偿，却未给予该传统知识公认的持有者以合理、适当补偿的行为；以及(v) 第三方以超出习惯背景之外并明显构成对传统知识的篡改、歪曲或诋毁性修改而且违反公共秩序或道德的方式，故意冒犯性地使用对持有者具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为。”

滥 用⁵²

在专利领域中，布莱克法律词典将“滥用”定义为“使用专利，或不恰当地将获得的垄断扩展到非专利物品，或违背反托拉斯法。”

各种字典将滥用定义为错误、不正确或不恰当地使用，或适用不当。滥用也可指不恰当和过渡使用，或然指改变事情固有目的和功能的行为。

⁵¹ 2009 年 1 月工作文件-01 版本《斯里兰卡保护传统知识法律框架》，可在以下网址查询：
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7425>。

⁵² 一些代表团，如印度尼西亚代表团和墨西哥代表团，建议将词语“滥用”补充放进《保护传统知识：经修订的目标和原则》内(WIPO/GRTKF/IC/18/5)。然而，澳大利亚代表团提出，滥用已在 CBD 关于获取和惠益分享遗传资源并与传统知识有关的国际制度的谈判文本草案内使用。它被用来指与共同商定条件相反的行为，而盗用特别指未事先知情同意的获得。该代表团呼吁进一步讨论这些词语在委员会和与知识产权相关的语境中而不是在获取与遗传资源有关的传统知识的语境中的含意。

共同商定的条件(MAT) ⁵³

除承认国家政府机关有权决定获得遗传资源外，CBD 第 15 条规定“获取批准之后，应依照共同商定的条件并遵照本条的规定进行”。⁵⁴ CBD 总干事指出“合同是记录‘共同商定的条件’的最佳方式”。⁵⁵《波恩准则》为 41 条至 44 条中为共同商定的条件提出了一些基本要求。

《生物多样性公约关于获取遗传资源及公平公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》第 18 条具体讨论了遵守共同商定的条件的问题，规定“1. 在执行第 6 条第 3 款第(g)(一)项和第 7 条时，缔约方应鼓励遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识的提供者和使用者在共同商定条件中酌情写入涵盖争议的规定，包括(a) 提供者和使用者争议解决程序提交的司法管辖权；(b) 适用的法律；和/或(c) 变通性解决争议的选择办法，例如调解或仲裁。2. 缔约方应确保在共同商定的条件引起争议时，能够根据适用的管辖权规定拥有其法律制度进行追索的机会。3. 缔约方应酌情就以下内容采取有效措施：(a) 诉讼司法；以及(b) 促进利用相互承认和执行外国的判决及仲裁裁决提供便利的机制。4. 本条的有效性应由作为议定书缔约方会议的缔约方大会依照本议定书第 31 条进行审议。”

《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)的第 4 条第(1)款(c)项规定“落实事先知情同意原则的措施和机制应对所有利益攸关者，特别是传统知识持有者来说是可以理解的、恰当的，和无负担的；应确保明晰性和法律的确定性；以及应为公平分享由对该知识任何商定的利用所产生的惠益规定共同商定条件。”

《生物多样性公约关于获取遗传资源及公平公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》在日本名古屋举行的缔约方会议第十次会议(COP 10)于 2010 年 10 月通过了一项议定书。根据第 1 条，本议定书旨在“为公正和公平地分享利用遗传资源，包括通过适当获取遗传资源和适当转让相关的技术，所产生的惠益，同时亦顾及对于这些资源和技术的所有权利，并提供适当的资金，从而对保护生物多样性和可持续地利用其组成部分做出贡献。”联合国秘书长为议定书保存人并将于 2011 年 2 月 2 日至 2012 年 2 月 1 日在纽约联合国总部将其开放供签字。

有几个条款具体涉及有关遗传资源的传统知识，例如第 3 条(获得有关遗传资源的传统知识)，第 12 条(与遗传资源相关的传统知识)，和第 16 条(遵守有关遗传资源相关的传统知识的获取与惠益分享的国家立法或管制要求)。

⁵³ 见上文注 1，附件第 10 页。

⁵⁴ CBD 第 15.4 条。

⁵⁵ 见文件 UNEP/CBD/COP/4/22，第 32 段。

新颖性⁵⁶

新颖性⁵⁶是任何实质审查中专利性的标准之一。一项发明只要不被现有技术抢先，就具有新颖性。⁵⁷

根据 PCT 第 33 条，新颖性的定义是，“为国际初步审查的目的，请求保护的发明如果是细则所规定的现有技术中所没有的，应认为具有新颖性”。PCT 实施细则第 64 条第 1 款 (a) 项将“现有技术”定义为“在全世界范围内以(包括附图和有关说明)披露的形式向公众公开任何的技术应视为现有技术，如果这种公开是发生在相关日期之前”。

EPC 第 54 条将“新颖性”定义如下：“不属于现有技术的发明应视为新发明。现有技术应包括在欧洲专利申请日前，以书面或口头叙述的方式，以使用或任何其他方式使公众能获得的东西。”

美国法典第 102 章第 35 条[专利性的条件；新颖性和专利权的丧失]将新颖性这一概念定义如下：“如果没有下列任何一种情况，专利权人有权取得专利权：在专利申请人完成发明以前，该项发明在本国为他人所知或使用的，或者在本国或国外已经取得专利或在印刷的出版物上已有叙述的，……”。

专 利

专利被定义为“一个描述经过专利所有者授权可以生产、利用和出售的一项发明的文件。发明是对一个特定技术问题的解决。专利文件一般至少包括要求、描述发明的整个文本，以及自传信息例如申请人的姓名等。一项专利给予的保护时间是有限制的(一般自归档或授予开始 15 - 20 年)。对国家或有关国家亦有领土限制。一项专利是一位发明者和一个国家之间的协议。该协议允许所有者排除其他人制造、利用或出售已宣布的发明。”⁵⁸

与贸易有关的知识产权协议(TRIPS)第 27 条第 1 款规定“[……]所有技术领域的任何发明，无论是产品还是方法，均应能够获得专利，只要它们是新的，适合一个发明性的步骤，工业上能够适用。[……]专利的取得和专利权的享受应不分发明地点、技术领域以及产品是进口的还是当地生产的。”

⁵⁶ 见上文注 1，附件第 10 页。

⁵⁷ WIPO 知识产权手册，WIPO 第 489(E)号出版物，2008 年，第 9 页。

⁵⁸ WIPO 专利范围汇编。

现有技术⁵⁹

一般而言，现有技术是一项专利申请相关的申请日或优先权日之前已存在的所有知识，无论是以书面公开方式还是以口头公开方式存在。在一些法律文件中，印刷出版物、口头公开和在先使用以及出版或公开发生地之间有一定的区别。⁶⁰

为 PCT 的目的，PCT 实施细则第 33 条第 1 款将现有技术定义为“有关的现有技术应包括世界上任何地方公众通过书面(包括附图和其他图解)公开可以得到，并能有助于确定要求保护的发明是否是新的和是否具有创造性(即是否是显而易见的)的一切事物，但以该公众可以得到发生在国际申请日以前为限”。

在欧洲的事例中，EPC 第 54 条第 2 款将“现有技术”同一词语定义为包括“在递交欧洲专利申请之前，依以书面或口头叙述的方式，依使用或任何其他方法使公众能获得的东西。”按照 EPC 的这一规定，欧洲专利局(EPO)的审查指南强调“应当注意这一定义的宽度。就向公众提供的相关信息而言，无论是其地理位置、或语言或方式均没有限制；对这一信息的文件或其他来源也没有年龄的限制，但是，存在某些特定的例外(参见第四部分第 8 条)”。⁶¹

《美国法典》第 102 章第 35 条将现有技术间接通过新颖性概念定义为“专利申请对其发明之前，在本国已为他人所知或使用的，或者在本国或外国已经取得专利或在印刷出版物上已有叙述的……”任何事物。

《日本专利法》第 29 条间接将“现有技术”定义为“(i) 申请专利之前在日本国内或外国已公开的发明；(ii) 专利申请提出之前在日本国内或外国已被公开实施的发明；或(iii) 专利申请提出之前在日本国内或在外国发行刊物上已有描述的发明，或在专利申请提出之前在日本或外国通过电讯方式向公众公开的发明”。

事先知情同意(PIC)⁶²

若干国际文书中，特别是在环境领域，例如 1989 年《控制危险废料越境转移及其处置巴塞爾公约》第 6 条第 4 款和 CBD 涉及或隐含谈到一种“事先知情同意”(PIC)或有时称为“自由事先知情同意”(FPIC)的权利或原则。

关于获取遗传资源的问题，CBD 第 15 条第 5 款指出“需经提供这种资源的缔约方事先知情同意，除非该缔约方另有决定”。

⁵⁹ 见以上注 1，附件第 10-11 页。

⁶⁰ WIPO 知识产权手册，WIPO 第 489(E)号出版物，2008 年，第 19 页。

⁶¹ 见《欧洲专利办事处审查指导方针》第四章，C 部分，第 5.1 段。

⁶² 见以上注 1，附件第 11 页。

《生物多样性公约关于获取遗传资源及公平公正地分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》第 16 条第 1 款规定“缔约方应酌情采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，以便规定，其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识，须遵照土著和地方社区的事先知情同意或批准和在其参与下予以获取，同时规定，须依照此种土著和地方社区所在其他缔约方的国内获取和惠益分享立法或管制要求订立共同商定的条件。”

这一概念起源于医疗伦理，就此而言，病人在完全了解特定治疗的利弊之后，有权决定是否接受这种治疗。例如，1997 年《世界人类基因组与人权宣言》第 5 条称，在所有给个人基因组带来影响的研究、治疗或诊断的情况下，应该对其潜在的危险和好处进行评估，并且“应得到有关人员的事先、自愿和明确同意”。2005 年 UNESCO《生物伦理和人权宣言》第 6 条要求，当涉及“预防、诊断和治疗的医疗行为”或“科学研究”的时候，“应取得当事人的事先、自愿和知情同意”。

《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 4 条第(1)款规定“(a) 在遵守这些原则有关国家法律的情况下，任何从传统持有者获取传统知识均需服从事先知情同意原则。(b) 传统知识持有者应对获取传统知识有权给予事先知情同意，或按照适用国家立法规定，赞同有关国家当局给予此类同意。(c) 落实事先知情同意原则的措施和机制应对所有利益攸关者，特别是传统知识持有者来说是可以理解的、恰当的，和无负担的；应确保明晰性和法律的确定性；以及应为公平分享由对该知识任何商定的利用所产生的惠益规定共同商定条件。”

保 护

在委员会的工作中“保护”意指保护传统知识反对第三方未经授权使用的某些形式⁶³。已经制定并运用了两种保护形式。

积极保护

探讨了知识产权对传统知识积极保护的两个方面，一个涉及防止未经授权的使用，另一则涉及其起源社区对传统知识的积极利用。另外，利用非知识产权方法对传统知识进行积极保护可以补充对知识产权的利用并与知识产权保护共同使用。⁶⁴例如，积极保护传统知识可以防止他人非法获取传统知识或用其获得商业利益而不公平分享惠益，但也可被传统知识持有者用来在其传统知识基础上建立自己的企业。⁶⁵

⁶³ 政府间委员会活动和结果概述(WIPO/GRTKF/IC/5/12)，第 20 段。

⁶⁴ 同上，第 21 和 22 段。

⁶⁵ 同上，第 21 段。

防范性保护

防范性保护指一套战略，用以确保第三方不能对传统知识客体和有关遗传资源获得非法或无根据的知识产权。⁶⁶传统知识防范性保护包括采取措施，事先阻止非法宣称先在传统知识为发明的专利或使之失效。

保 存

保存有两个广义要素——第一，保存传统知识的现有文化和社会背景，以使发展、传承和管控获取传统知识的习惯框架得到保留；第二，以固定形式保存传统知识，例如，将传统技术诀窍或医学知识编拟成文件。保存可能具有以下目标：为原社区后代，帮助将传统知识存活下去并在必要的传统或习惯框架内确保其持续性，或将传统知识向更广泛的公众提供(包括学者及研究人员)，承认其作为人类集体文化遗产一部分的重要性。⁶⁷

公有领域⁶⁸

一般而言，如果公众在无法律限制的情况下使用一部作品，该作品就视为已进入公有领域。⁶⁹

《布莱克法律词典》将公有领域定义为“不受知识产权保护的所有发明和创造性作品，因此可供任何人免费使用。当版权、商标、专利或商业秘密权丧失或到期时，它们所保护的知识产权已成为公有领域的一部分，任何人都可以占用，不负侵权责任。”

在版权和相关权领域里公有领域被定义为“那些作品和相关权利客体的范围，它们可以被任何人使用或利用而无需取得授权和向有关版权和相关权所有人支付报酬(通常是因为保护期限届满或特定国家未加入可提供保护的*国际条约*)。”⁷⁰

一般而言，与专利法相关的公有领域包括任何人或组织均不能享有财产权的知识、创意和发明。在专利期限届满(通常是 20 年)后没有续展的情况下，在专利失效之后和宣告无效之后，如果使用无法律限制，那么知识、创意和发明便处于公有领域。⁷¹

⁶⁶ 同上，第 28 段。

⁶⁷ 同上，第 19 段。

⁶⁸ 见以上注 1，附件第 12 页。

⁶⁹ 见文件 SCP/13/5。

⁷⁰ WIPO 出版物《WIPO 版权和有关权利条约及版权和有关权利词语汇编指南》。

⁷¹ 见上文注 69。

好几个论坛都正在热烈讨论“公有领域”的作用、要点和范围，包括WIPO和本委员会的论坛。文件WIPO/GRTKF/IC/7/INF/8 进一步讨论了涉及传统知识和传统文化表现形式中“公有领域”的含义。⁷²

可为公众获得

“涉及遗传资源的传统知识在获取与利益分享的国际机制方面的技术和法律专家小组会议”的专家们讨论了“公有领域”与“可为公众获得”，特别是涉及遗传资源的传统知识时：“用于指可自由获取的词语“公有领域”现已脱离原来背景，用于指可为公众获得的与遗传资源有关的[传统知识]。对可为公众获取的普遍理解不是免费自由获取，而是要有共同商定的条件，例如获取需要付费。[传统知识]经常被认为是处于公有领域，一旦被获取，脱离原来背景并得到传播，就是可以自由获取的。但不能认为，与传统资源有关的[传统知识]一旦可为公众获取便不属于任何人。就为公众获得性而言，仍需要可查明的[传统知识]持有者的事先知情同意，包括对较早提供的事先知情同意的使用有所改变。当持有者不能查明是，仍可由例如国家确定受益人。”⁷³

“可现成利用”一语由于《保护传统知识：经修订的目标与原则》第 6 条第(2)款，该条款为“特别是，国家权力机构可以将广大公众可现成利用的传统知识的合理使用排除在事先知情同意原则之外，但传统知识使用者要为该传统知识在工业或商业范围的使用提供公平补偿。”

“关于知识产权制度中‘公有领域’这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式时的含义的说明”(WIPO/GRTK/IC/17/INF/8)进一步联系传统知识和传统文化表现形式对“公有领域”这一词语的意义进行了讨论。⁷⁴

传统知识注册

注册可从许多不同角度进行分析。依其法律性质，注册可根据其建立的体系定义为声明性的或是法律性的。⁷⁵

关于传统知识的声明性制度承认对传统知识的权利并不来自于任何政府的行为，而是基于包括祖传、习惯、道德和人权等权利的先在权利。关于声明性注册，虽然注册并不影响此

⁷² 见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 《关于知识产权制度中“公有领域”这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式、民间文艺表现形式保护时的含义的说明》。

⁷³ 见 UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, 获取和惠益分享国际制度背景下与遗传资源有关传统知识技术法律专家组会议报告。

⁷⁴ 见“关于知识产权制度中‘公有领域’这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式时的含义的说明”(WIPO/GRTK/IC/17/INF/8)。

⁷⁵ 保护传统知识中注册和数据库的作用。《一项比较分析》UNU-IAS Report, 2004 年 1 月，第 32 页。

类权利的存在，但可用来协助专利官员分析现有技术，支持对直接或间接利用传统知识得到的专利进行挑战。在注册以电子形式出现并可通过互联网查询时，重要的是建立机制确保在进行关于新颖性和发明性查询时输入日期的有效性。这些注册的第三个作用是促进使用者和提供者之间的惠益分享。⁷⁶

法律性注册是授予传统知识权利的法律制度的一部分。法律注册将记录对传统知识持有者的权利授予，以确保其道德、经济和法律利益得到保护和承认。多数示范性法律性注册被认为本质上是公有的，由国家实体管理并遵守一定法律或规则。这些法律规则明确确定传统知识如何有效地注册并被正式承认和接受。但这些可能会有较多的分歧，更难于设计，而且将概念付诸实践中会面临一些重大挑战和问题。⁷⁷

作为国家立法的示范，秘鲁为土著人民来源于生物资源的集体知识建立保护制度的第 27811 号法令规定，“土著人民集体知识注册的目的视情况分别为：(a) 保存好保护土著人民的集体知识及其权利；(b) 为 INDECOPI 提供信息，使其在涉及集体知识时能偶保护土著人民的权利。”⁷⁸ 第 15 条也规定，“土著人民集体知识可进行三类注册：(a) 土著人民集体知识国家注册；(b) 土著人民集体知识国家机密注册；(c) 土著人民集体知识地方注册。”

《保护传统知识：经修订的目标与原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 8 条第 2 款指出，“本着透明、确定和保护传统知识的精神，相关的国家主管单位可以酌情并根据相关的政策、法律和程序以及传统知识持有人的需求和愿望，建立传统知识登记簿或其他登记册。此种登记簿可以联系具体的保护形式，但不得削弱尚未公开的传统知识的地位或损害传统知识持有人对其尚未公开的知识内容享有的利益。”

专门保护

《布莱克法律词典》将“专门”定义为[拉丁语“自成一格”]自成一格或一类；独特，特殊。这一用语在知识产权法中用来描述旨在保护传统专利、商标、版权和行业机密理论之外的权利。例如，一个数据库如其内容不为独创则可能不受版权法的保护，但却可以受到专为此目的设计的专门保护规章所保护。

专门保护制度是专为解决某一特殊问题的需要和关切而设计的。现在不断有呼吁要求建立保护传统知识和传统文化表现形式的专门保护制度。这可能意味着一个完全不同于现有知识产权体制的体系，例如基于习惯法的体系，或新知识产权体系，或类知识产权体系。

⁷⁶ 同上。

⁷⁷ 同上。

⁷⁸ 为土著人民来源于遗传资源的集体知识建立保护制度的第 27811 号法令第 16 条。法令可在下列网站查阅：<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420>。

已经有几个*专门保护*知识产权的例子，如反映在 1991 年《国际植物新品种保护公约》中的植物培育者权利和反映在 1989 年《集成线路方面知识产权条约》（《华盛顿条约》）中的集成线路知识产权保护等。2002 年 7 月 24 日秘鲁为土著人民来源于遗传资源的集体知识建立保护制度的第 27811 号法令也是一项保护土著人民与生物资源有联系的集体知识的*专门保护*制度。

《保护传统知识：经修订的目标与原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)也体现了*专门保护*途径。

保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书

非洲地区知识产权组织一些成员国于 2010 年 8 月在斯瓦科普蒙德举行的一次外交会议上通过了一项议定书。根据其第 1 条第 1 款，该《议定书》的目的是：“(a) 保护传统知识持有者使其本《议定书》承认的权利免遭侵犯；和 (b) 保护文艺表现形式在其传统背景之外免受盗用、滥用和非法使用”。在非洲区域知识产权组织 6 个成员国或交存批准书或交存加入书之后该议定书即可生效。

传统生态知识/传统环境知识(TEK)

迪恩文化学院将“传统环境知识”定义为“通过口头传统和直接观测传播的知识和信仰体系。它包括一个分类系统、一套对当地环境的实证观测以及控制资源利用的自我管理体系。生态方面与知识系统的社会和精神方面紧密相连。传统生态知识因社区成员的性别、年龄、社会地位、智力和职业(猎人、精神领袖、医师等)的不同而不相同。环境生态知识植根于过去，具有积累性和动态性，因先辈的经验而发展，按现在新的技术和社会经济变化而变化。”⁷⁹

环境生态知识又被定义为“关于生物(包括人)相互之间及与其环境关系世代文化相传的知识和信仰的积累性体系。环境生态知识是具有资源利用实践历史传承的社会的一个属性；这些社会大部分是非工业社会和技术较不先进的社会，其中大部分为土著社会或部落社会。”⁸⁰

⁷⁹ 又见 Marc G. Stevenson. “Indigenous Knowledge in Environmental Assessments”(环境评估中土著知识), 49 ARCTIC 278 (1996), page 281.

⁸⁰ Fikret Berkes, 《正确看待传统生态知识》。载于《传统生态知识：概念与案例》。传统生态知识与国际发展研究中心国际计划，渥太华。

传统背景

“传统”指按照某一社会的规则、礼仪和习惯发展的传统知识，而并不是老的知识。换句话说，“传统的”这一形容词指的是创作传统知识的方法，而不是知识本身。⁸¹

如《保护知识产权专门制度的要素》(WIPO/GRTKF/IC/4/8)所指出，传统知识所以传统是因为其创造的方式反映社区传统，因此，“传统的”不一定与知识的性质相联系，而是与知识创造、保护和传播的方法相联系。⁸²

《保护传统知识：经修订的目标与原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 1 条第 3 款规定，“保护应至少扩大到保护这样的传统知识：(i) 在传统和代际之间背景下产生、保存和传播的；(ii) 明显与各代之间保存和传播传统知识的传统或土著社区或人民相联系；以及(iii) 属于传统或土著社区或人民文化认同的组成部分，这些社区或人民被承认为通过某种形式的保管、看管、集体拥有或文化责任持有该知识。”⁸³

传统知识(TK)⁸⁴

在委员会的范围内，“传统知识”是从狭义的角度来使用的(严格意义的传统知识)，它尤其指“因传统范畴的知识活动而产生的知识内容或实质性要素，其中包括构成传统知识体系的诀窍、技能、创新、做法和学问，并[包括]体现土著和当地社区的传统生活方式的知识，或存在于经编纂的世代相传的知识体系中”的知识。它不局限于任何特定技术领域，可包括农业、环境和医学知识以及与遗传资源有关的知识。”⁸⁵有资格受保护的传统知识的范围被定义为对下述传统知识给予保护：

- “(i) 其产生、保存和传播具有传统和世代相传的特点；
- (ii) 与世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区或人民有显著联系；以及

⁸¹ Nino Pires de Carvalho, 《从巫医室到专利局：建设中的道路》。《生物多样性与法律》第 18 章，第 244 页。

⁸² 保护知识产权特殊制度的要素(WIPO/GRTKF/IC/4/8)，第 27 段。

⁸³ 《保护传统知识：经修订的目标与原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 1 条第 3 款。

⁸⁴ “传统知识广义地讲，一般包括知识和无形遗产以及包括土著和地方社区的传统社区的做法和知识系统(一般意义上的传统知识)。换句话说，一般意义上的传统知识包括知识本身内容以及传统文化表现形式，包括与传统知识有关的符号与象征。

⁸⁵ 《保护传统知识：经修订的目标与原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5)第 1 条第 1 款和第 1 条第 2 款。

- (iii) 属于被公认持有该知识的土著或传统社区或人民的文化特征的组成部分，而这些传统社区或人民是通过保管、监护、集体拥有或文化责任，而被公认持有该传统知识的。这种关系可能已正式或非正式地体现在习惯或传统做法、礼仪或法律中。”⁸⁶

与遗传资源有关的传统知识

与遗传资源有关的传统知识用于《生物多样性公约》。

与遗传资源相关的传统知识在获取与利益分享的国际机制方面的技术与法律专家小组会议的一些专家们建议，“与遗传资源有关的传统知识”指“与遗传资源有特定或一般关系的传统知识”。⁸⁷

遗传资源的一些分子/特性/活跃成分无需借助传统知识即可在遗产物质中查出，另外一些则需要借助传统知识。⁸⁸虽然多数情况下，遗传资源似乎具有相关的传统知识，但人们也承认并非所有的都有。⁸⁹《关于获取遗传资源以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的利益波恩指导原则》第 37 条规定，“允许获得遗传资源并不一定意味着允许获得有关知识的利用，反之亦然。”

传统知识数字图书馆(TKDL)

传统知识数字图书馆是印度科学与工业研究理事会、科学技术部、印度传统医学部以及卫生和福利部之间的一个合作项目，由科学与工业研究理事会实施。一个由传统医学(阿育吠陀医学、尤那尼医学、悉达和瑜伽)专家、专利检查员、信息技术专家以及科技官员组成的跨学科团队参与了印度医学体系传统知识数字图书馆的创立。这一项目涉及阿育吠陀医学、尤那尼医学、悉达和瑜伽有关的现存文献，它们是公有领域中可利用的传统知识的文献，以及英语、德语、法语、日语和西班牙语等五种国际语言的数码形式文献。这一数字图书馆以国际专利办事处专利检查员理解的语言和方式提供国内存在的传统知识的信息，以避免发放错误专利。⁹⁰

传统知识数字图书馆有着双重目的。首先是努力防止为发明性如果有也是很少的传统知识制造的产品发放专利。第二是努力在现代科学与传统知识之间建立一座桥梁，加速用传统知识信息制作新药物的先进研究。图书馆意在古代梵文输洛迦与全球范围的专利检查员之间

⁸⁶ 见以上注 83。

⁸⁷ 见 UNEP/CBD/WG-ABS/8/2，与遗传资源相关的传统知识在获取与利益分享的国际机制方面的技术与法律专家小组会议报告。

⁸⁸ 同上，附件第 8 段。

⁸⁹ 同上，附件第 7 段。

⁹⁰ 更多信息可查阅：<http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>。

建立桥梁，因为数据库可用专利检查员理解的语言和形式提供关于现代和地方名称的信息。预期可最大限度缩小现有技术知识缺乏的缺口。数据库有充足的关于定义、原则和概念的详细信息，从而将为只具有微小/不重要改进的“发明”发放专利的可能性减到最低程度。⁹¹

传统知识资源分类(TKRC)

传统知识资源分类是一个创新性的结构分类系统，用于系统的整理、散布和检索，已鉴定 5000 个传统知识子系统，而国际专利分类只有一个系统。⁹²传统知识资源分类为印度医学(阿育吠陀医学、尤那尼医学、悉达和瑜伽)而制定，已获得国际承认并已与国际专利分类链接。它可能利用现代传播技术，即信息技术，特别是互联网和网络技术，促进对传统知识系统的认识。对那些关心防止为与传统知识系统有关的非原始发现发放错误专利的国家来说，预期这一分类的结构和详细内容会引起他们的兴趣。⁹³

相关用语：国际专利分类(IPC)

传统知识持有者

《布莱克法律词典》将“持有者”定义为“合法持有可商议手段并有权因其获取支付的人。”

知识产权组织用此词语指所有在传统背景和范围内创造、创始、发展和保存传统知识的人。土著社区、人民和国家为传统知识持有者，但并非所有传统知识持有者都是土著的。⁹⁴因此，“传统知识”既指严格意义上的传统知识又指传统文化表现形式。

如“关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)中所指出，“一般来说，[传统知识]是由土著或地方社区或此类社区内个人群体所集体发展并为其所拥有。[……]但社区特定个人，如某传统医师或农民，可持有具体知识。”⁹⁵

“关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)进一步讨论集体传统知识和个人传统知识。

⁹¹ 见以上注 75，第 18 页。

⁹² 同上。

⁹³ 更多信息可查阅：<http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>。

⁹⁴ 知识产权组织《关于知识产权和传统知识调查团报告(1998-1999)》，“传统知识的知识产权需要和预期”，第 28 页。

⁹⁵ 见以上注 6，附件第 43 和 44 段。

传统医学

世界卫生组织将这一词语定义为“基于不同文化土产的理论、信念和经验的知识、技能和做法的总和，不论是否能够加以解释，用于维护健康和预防、诊断、改善和治疗身体和精神疾病。”⁹⁶

世界卫生组织还将“传统医学”定义为“包括使用基于植物、动物及/或矿物的药物的各种医疗做法、方法、知识和信仰、精神疗法、手工技术和做法、单个或联合用于维护健康、治疗、诊断和预防疾病。”⁹⁷

基于传统知识的创造或创新/传统知识“派生物”

这一用语指“在传统背景之外完成和创制的基于传统知识本身的创新和创造。”⁹⁸

“传统知识‘派生物’”指“通常为世代相传的知识体系、创造和创新；通常被视为属于特定的人民或其地区；同时为适应正在变化的环境而不断发展。”⁹⁹

“关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)进一步讨论了传统知识“派生物”和基于传统知识的创造和创新。

不公平竞争

《布莱克法律词典》将“不公平竞争”定义为“贸易和商业不诚实或欺骗性的竞争，特别是在市场上将自己的货物或产品为冒充别人的货物或产品而仿制或伪造别人货物或产品或其包装的名称、商标、大小、形状或其他突出特征的做法。”

《保护工业产权巴黎公约》第 10 条之 2 第 2 款规定，“在工业和商业活动中，任何违反诚实习惯做法的竞争行为都构成不正当竞争行为”。第 10 条之 2 第 3 款进一步规定，“下列各项特别应予禁止：(i) 采用任何手段对竞争对手的营业场所、商品或工商业活动造成混乱的一切行为；(ii) 在经营商业中，利用谎言损害竞争者营业场所、商品或工商业活动的信誉的；(iii) 在经营商业中，使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表达或说法。”

⁹⁶ 世界卫生组织《传统医学研究和评估方法总指导方针》(WHO/EDM/TRM/2000.1)，第 1 页。

⁹⁷ 世界卫生组织传统医学战略，2002-2005，第 7 页。

⁹⁸ 见以上注 6，附件第 37 段。

⁹⁹ 见以上注 94。

联合国土著人民权利宣言

联合国大会于 2007 年通过了《联合国土著人民权利宣言》。《宣言》承认土著人民的平等人权，反对文化歧视，并寻求促进土著人民与国家间的相互尊重与和谐关系。

关于传统知识、传统文化表现形式和遗传资源，第 31.1 条阐明，“土著人民有权保持、掌管、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化表现形式及其科学、技术和文化表现形式，包括人类和遗传资源、种子、医药、关于动植物群特性的知识、口述传统、文学作品、设计、体育和传统游戏、视觉和表演艺术。他们还有权保持、掌管、保护和发展自己对这些文化遗产、传统知识和传统文化表现形式的知识产权。”第 31.2 条进一步规定，“各国应与土著人民共同采取有效措施，确认和保护这些权利的行使。”

关于传统医学，第 24 条规定，“土著人民有权使用自己的传统医学，并保持自己的传统卫生做法，包括保护自己重要的医用植物、动物和矿物。”

传统知识的利用

传统知识可以用于不同的目的。传统知识的利用包括商业或工业的利用、习惯利用、合理利用、家庭利用和传统医学公共卫生的利用，以及研究和教育的利用。

商业利用

《布莱克法律词典》定义“商业利用”为[a]“与正在获取利润有关的或促进获取利润的活动”。“非商业利用”被定义为[a]为个人愉悦或工作之目的而不含收入的产生或给予奖赏或其他补偿的利用。

习惯利用

太平洋区域框架定义“习惯利用”为“传统知识或文化表现形式依照习惯法或传统拥有者的做法的利用。”

保护传统知识：经修订的目标和与原则(WIPO/GRTKF/IC/18/5)的“一般指导方针”(h)项和传统文化表现形式、民间艺术表现形式；经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/4)指出，习惯利用应得到尊重。“继续习惯利用”这一词语指土著社区依照其拥有的习惯法和做法利用其传统知识和/或传统文化表现形式的持之以恒和具有生命特征的本质。

合理利用

《布莱克法律词典》在版权领域中定义“合理利用”为“[a]未经其作者允许，合理有限地利用授予版权的著作，例如在文献回顾中引用一本书的引语或在滑稽模仿中使用一些词语。”

合理利用是依据以下法定因素对侵权要求的防御：(1) 利用的目的和特性，(2) 版权著作的性质，(3) 著作被利用量的大小，以及(4) 利用的经济影响。”

家庭利用和公共卫生利用

布莱克法律词典定义“家庭”为“房屋或家庭所属；家庭的”。

《关于 TRIPS 协议和多哈公共卫生宣言》的第 1 段承认“使许多发展中国家和最不发达国家苦恼的公共卫生问题的严重性，尤其是那些由艾滋病毒/艾滋病、结核病、疟疾和其他流行病引起的问题”。第 5 段(c)项进一步阐明“成员国有权决定国家紧急状况或其他极端紧急状况的构成因素，可理解为公共卫生危机，其中包括那些与艾滋病毒/艾滋病、结核病、疟疾和其他流行病相关的情况，能代表国家紧急状况或其他极端紧急状况。”

研究和教育利用

《布莱克法律词典》专利领域中，给“实验利用辩护”定义为“[a]为仅为科学目的建立和利用有专利的发明时引发的专利侵权要求进行辩护。同时还被认可，该种辩护是狭义的解释，而今日仅适用于检测发明者要求的研究。”

需要指出的是，尽管知识产权是专属权利，但规定了对此专属权利的某些特定的例外和限制。例如，在专利范畴内，一些国家在其本国内的法律中规定了某些例外和限制的专属权利，包括但不限于以下内容：

- a) 为私人和非商业性利用的行为；
- b) 仅为实验或研究之目的的行为；

保护传统知识：经修订的目标和原则第 6 条规定“适用和实施传统知识保护时，不得对以下方面产生负面影响：(i) 传统知识继续可供传统知识持有者使用，以使其以习惯的方式实践、互换、利用和传播传统知识；(ii) 在家庭利用；政府医院，尤其是由附属于这些医院的传统知识持有者利用；或为其他公共卫生目的利用的传统医学。2.特别是国家权利机构可以将已可随时向一般大众提供的合理利用的传统知识排除在事先知情同意原则之外，前提是该传统知识的利用者在为工业和商业之目的使用时，必须给予公平的补偿。

关于合理和公平惠益分享，保护传统知识：经修订的目标和原则第 6.2 条规定“为非商业目的的传统知识的利用只能带来非货币惠益，例如获取研究成果和让传统知识来源的社区参加研究和教育活动。”

WIPO 传统知识管理工具包

文献编纂项目可对传统知识持有者和遗传资源保管人员带来知识产权问题。有意识地考虑知识产权的利用在文献编纂程序中尤为重要。¹⁰⁰ WIPO传统知识管理工具包在文献编纂程序中，重点放在知识产权关注的管理上，同时把文献编纂程序当作社区知识和文化价值的传统知识更好的管理的新起点。¹⁰¹ WIPO传统知识管理工具包依照文献三个方面构建的，即文献编纂前、文献编纂中和文献编纂后，以更清晰地展示文献编纂各阶段出现的各式各样的知识产权问题。¹⁰²

该管理工具包是为知识产权持有者或生物资源管理人员，尤其土著和当地社区以及其代表们的使用而专门设计的。其他人或许也会发现工具包有用，例如从事传统知识和生物资源文献编纂的机构(博物馆、档案馆、基因库、植物园，等)；类似生物资源保管人员和传统知识持有者的法律和政策顾问们；研究院(大学、参加育种项目等)；从事文献编纂工程的政府或公共部门机构；或私营部门合作伙伴。¹⁰³

一经编拟成文献，知识产权和其他法律工具可被提供用以保护知识，但只有在编纂程序中采用的步骤正确。¹⁰⁴管理工具包在编拟传统知识或生物资源文献时，将帮助获取知识产权的选项、计划以及实施知识产权选择和策略。

[附件和文件完]

¹⁰⁰ 见上文注 24，第 1 段。

¹⁰¹ 同上，第 2 段。

¹⁰² 关于传统知识文献知识产权管理工具包草案大纲(WIPO/GRTKF/IC/4/5),附件第 4 页。

¹⁰³ 同上，附件第 5 页。

¹⁰⁴ 同上，附件第 5 页。