

WIPO



WIPO/GRTKF/IC/16/5

原文：英文

日期：2010年3月22日

世 界 知 识 产 权 组 织  
日 内 瓦

## 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

第十六届会议  
2010年5月3日至7日，日内瓦

### 保护传统知识： 经修订的目标与原则

秘书处编拟的文件

#### 导 言

1. 在 2009 年 12 月 7 日至 11 日举行的第十五届会议上，知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会(“委员会”)决定，秘书处应当“在 2010 年 1 月底之前，编拟和印发工作文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的修订稿，反映委员会本届会议对该文件建议的修正、作出的评论和提出的问题。观察员的修正、评论和问题，应当予以记录，供成员国考虑。秘书处将邀请委员会参与者在 2010 年 2 月底之前就该修订稿提出书面评论。委员会请秘书处接下来编拟和印发该文件的进一步修订稿，反映所提出的书面评论，作为委员会下届会议的一份工作文件。”<sup>1</sup>

2. 据此，2010 年 1 月 22 日编拟印发了工作文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的修订稿——文件 WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.，并邀请委员会参与者在 2010 年 2 月 28 日之前对该修订稿提出书面评论。

---

<sup>1</sup> 第十五届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/15/7 Prov.)。

3. 本工作文件即是工作文件 WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.的修订稿，反映了根据上述邀请进行的闭会期间书面评论过程中收到的关于该文件的书面评论。发来书面评论的有以下成员国：澳大利亚、中国、德国、墨西哥、瑞士和乌拉圭；和以下经认可的观察员：国际商会 (ICC)。各项书面评论原样刊登在下列网址：[http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft\\_provisions/comments-3.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-3.html)。

### 本文件的编拟与结构

4. 文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 包括文件正文和附件。文件正文由秘书处编拟，提供了文件编拟时(2006 年 1 月)文件的历史、结构和内容信息；附件载有文件的“实质”，即经修订的目标和原则草案。

5. 附件分为目标和原则本身及“说明”。“说明”包括对每项目标和原则的实质说明，并指出和讨论了各方就委员会第七届会议用文件(WIPO/GRTKF/IC/7/5)中每项目标和原则原稿所发表的意见。这些意见已写入文件WIPO/GRTKF/IC/9/5。<sup>2</sup>

6. 在这种情况下，同时为了让本文件尽量简短、保持最新：

- a) WIPO/GRTKF/IC/9/5 的文件正文在本修订稿中未予保留。但是，正如文件正文指出的那样，目标和原则草案经过了广泛的事实调查、讨论分析和案例研究，并直接吸收了委员会参与者提出的意见和建议，这些意见和建议以更早的形式于 2004 年 8 月首次公布。目标和原则草案的完整历史，特别是以往对其提出的意见，可在网上查阅。<sup>3</sup>目标和原则草案还有其他资源作为补充，例如议定“问题清单”评论意见的汇编和事实摘要<sup>4</sup>以及“差距分析”草案。<sup>5</sup>所有这些资料均可在网上查阅；<sup>6</sup>
- b) 附件中保留了对每项目标和原则的实质说明。各方对文件WIPO/GRTKF/IC/9/5 原稿的评论意见没有收入，这些信息实际上已被第十五届会议上和闭会期间书面评论过程中作出的评论和提出的问题所取代。为避免较

---

<sup>2</sup> WIPO/GRTKF/IC/9/5 “说明”部分中记录的意见，是在委员会 2004 年 11 月第七届会议上建立的闭会期间提意见程序中，对 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的原稿——文件 WIPO/GRTKF/IC/7/5 提出的。提意见程序从 2004 年 11 月至 2005 年 2 月进行，该期间提出的意见被收入 WIPO/GRTKF/IC/7/5 的修订稿，作为 2005 年 6 月委员会第八届会议的一份工作文件印发(WIPO/GRTKF/IC/8/5)。文件 WIPO/GRTKF/IC/8/5 后来作为文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 再次印发，附件未作任何修正。换言之，文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 中记录的意见，在编拟本文件时已经得到考虑。

<sup>3</sup> [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_5.pdf)

<sup>4</sup> 工作文件 WIPO/GRTKF/IC/11/5(A)关于“问题清单书面评论意见汇编”，WIPO/GRTKF/IC/12/5(B)关于“事实摘要”。

<sup>5</sup> 工作文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.。

<sup>6</sup> <http://www.wipo.int/tk/en/igc>

早的意见与第十五届会议上和闭会期间书面评论过程中的意见之间发生混淆，提及较早意见的脚注也已被删除。各方以前对“原”文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 提出的意见，仍然可以在网上查阅：<sup>7</sup>

- c) 根据委员会在第十五届会议上作出的决定，成员国在该届会议上和闭会期间书面评论过程中建议的具体修正被写入附件的目标和原则中。建议的增补用下划线表示，成员国建议删除的文字用删除线表示。建议有一个以上的，各项建议之间用双斜线(//)隔开。附件还记录了第十五届会议上和闭会期间书面评论过程中作出的其他评论和提出的问题，并记录了观察员的文字建议、评论和问题，供成员国考虑。评论和问题尽可能按问题归组。闭会期间书面评论过程中作出的评论，有几项与整个文件整体相关；这些一般性评论列在本文件最后。

*7. 请委员会继续就附件中所载的条款草案进行审查和发表评论意见，以拟定条款草案的修订更新稿。*

[后接附件]

---

<sup>7</sup> [http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft\\_provisions/comments-1.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html)

附 件

保护传统知识经修订的规定

政策目标和核心原则

目 录

一、政策目标

- (i) 承认价值
- (ii) 增进尊重
- (iii) 满足传统知识持有人的实际需求
- (iv) 促进对传统知识的保存和维护
- (v) 对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点
- (vi) 维护传统知识体系
- (vii) 有助于保障传统知识
- (viii) 制止不正当和不公平的使用
- (ix) 尊重相关国际协定和程序并与之开展合作
- (x) 鼓励创新与创造
- (xi) 确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换
- (xii) 促进公平分享利益
- (xiii) 鼓励社区发展及合法贸易活动
- (xiv) 预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权
- (xv) 增强透明度和相互信任
- (xvi) 与保护传统文化表现形式互补

## 二、总指导原则

- (a) 反映传统知识持有人的需求和希望的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与之开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

## 三、实质性条款

- 1. 提供保护，禁止盗用
- 2. 保护的法律形式
- 3. 受保护客体的一般范围
- 4. 受保护的资格
- 5. 保护的受益人
- 6. 对知识持有人的公正和公平地分享利益以及承认
- 7. 事先知情同意的原则
- 8. 例外与限制
- 9. 保护期
- 10. 过渡措施
- 11. 手续
- 12. 与总法律框架的一致性
- 13. 对保护的行政管理及执法
- 14. 国际和地区保护

## 一、政策目标

保护传统知识，应以如下各项所述内容为目标：

### 承认价值

(i) 承认传统知识的整体性及其固有价值，包括其社会、精神、经济、智力、科学、生态、技术、商业、教育和文化价值，并肯定传统知识体系是进行不断创新及鲜明的智力和创造性生活的框架，对于土著和当地社区具有根本的重要意义，并具有与其他知识体系同等的科学价值；

### 增进尊重

(ii) 增进人们对传统知识体系的尊重，对保存并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值的尊重，对传统知识在保持传统知识持有人的生计和身份方面所做贡献的尊重，对传统知识持有人为保护环境、粮食安全与可持续农业以及科学技术进步所做贡献的尊重；

### 满足传统知识持有人的实际需求

(iii) 以传统知识持有人直接表示的愿望和希望为指引，尊重其作为传统知识持有人和保管人的权利，为实现传统知识持有人的福利以及经济、文化和社会利益做贡献，并奖励他们对本社区和科学进步以及有利于社会的技术作出的贡献；

### 促进对传统知识的保存和维护

(iv) 通过尊重、维护、保护和维持传统知识体系，并为这些知识体系的保管人维持和保障其知识体系提供奖励，促进并支持保存和维护传统知识的工作；

### 对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点

(v) 这种保护应做到赋予传统知识持有人以保护其知识的能力，充分承认传统知识体系的显著特点，以及寻求与此种体系的显著特点相符的解决办法的必要性，并牢记此种解决办法应当公平、兼顾各方利益，并确保传统的知识产权制度在运作中能对保护传统知识以免被盗用起到支持作用，而且应当对传统知识持有人赋予能力，以便对自身的知识行使各项权利和适当的权力；

维护传统知识体系

(vi) 尊重并方便传统知识持有人自身和相互之间继续以其习惯的方式使用、发展、交流和传播传统知识；维护并增强对传统知识及相关遗传资源的这种习惯的保管关系，鼓励继续发展传统知识体系；

有助于保障传统知识

(vii) 在承认活跃的公有领域具有价值的同时，有助于保存和保障传统知识以及用以发展、保存和传播传统知识的习惯手段及其他手段的适当平衡，鼓励人们根据传统知识持有人的相关习惯做法、规范、法律和协议，保护、维持、应用、更广泛地使用传统知识，主要并直接造福于传统知识持有人，并造福于全人类；

制止不正当和不公平的使用

(viii) 制止盗用传统知识及其他不正当的商业和非商业活动，并承认有必要根据国家和当地的需求调整制止盗用传统知识的途径；

尊重相关国际协定和程序并与之开展合作

(ix) 注意到其他国际和地区文书和程序，并始终如一地与之共同开展工作，尤其是用以规范与传统知识相关的遗传资源的获取和利益分享的文书和程序；

鼓励创新与创造

(x) 鼓励、奖赏和保护基于传统的创造与创新，并加强传统知识在土著和传统社区的内部传播，其中包括在征得传统知识持有人同意的情况下，将此种知识纳入各社区的教育倡议中，以造福于传统知识的持有人和保管人；

确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换

(xi) 确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换，并与关于获取遗传资源方面的现有国际和国家制度协调；

促进公平分享利益

(xii) 促进公正、公平地分享和分配因使用传统知识而带来的货币和非货币利益，并做到符合其他可适用的国际制度、事先知情同意的原则，以及在无法确认持有人个人或知识已被公开等特殊情况下，作出公正和公平的补偿；

鼓励社区发展及合法贸易活动

(xiii) 在传统知识持有人有此希望时，鼓励利用传统知识进行社区发展，承认传统和当地社区对其知识享有的各项权利；鼓励发展名副其实的传统知识创作成果及相关的社区产业，并扩大其营销的机会，但条件是传统知识持有人须按照其自由追求经济发展的权利来寻求此种发展和机会；

预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权

(xiv) 尤其通过作为专利授权的条件之一，要求为公众知晓的传统知识和相关遗传资源建立数字图书馆，~~凡涉及传统知识和相关遗传资源的发明专利申请必须公开这些资源的来源和起源国，并提供关于事先知情同意和利益分享条件已在起源国得到满足的证据，禁止对传统知识及相关遗传资源授予或行使不适当的知识产权；~~

增强透明度和相互信任

(xv) 通过提倡遵守道德行为守则以及自由和事先知情同意的原则等方式，增强传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识的其他使用者之间的关系中的确定性、透明度以及相互尊重和理解；

与保护传统文化表现形式互补

(xvi) 始终如一地与保护传统文化表现形式和民间文学艺术表现形式同时开展工作，尊重传统知识和文化表现形式是许多传统社区整体特征的一个不可分割的部分这一事实。

[后接关于目标的说明]



## 关于政策目标的

## 说 明

背 景

传统知识保护方面的大多数措施、法律制度和政策辩论都明确表明其通过保护传统知识试图实现哪些政策目标，而且有些目标往往是共同的。这些目标常常都是在法律和法律文书的前言中加以表述，以清楚表明政策和法律的背景。本政策目标草案中所列的共同目标借鉴了委员会在讨论进行国际保护时确定的共同目标。

A 部分列出了委员会认为传统知识(TK)保护方面的应当具有政策目标。这些目标为 B 部分所规定的各项保护原则指明了共同的方向。这些目标一般都可以成为法律或其他文书的前言内容。列出的各项目标非但不相互排斥，而且还具有相互补充的作用。所列的目标并不完全，鉴于具体条款仍在不断发展，委员会成员还可以提出额外的目标补充现有的清单，也可以决定将该清单中凡概念相关的现有目标予以合并。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由美利坚合众国提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的是澳大利亚和美利坚合众国。

一个代表团提出下列问题：(1) 总的说来，给予知识产权保护(经济权利、精神权利)，要实现什么目标？历史上，除了有限的情况，和有限的期间以外，信息是自由共享的。而且，即使是在版权和专利等知识产权这样的有限情况中，这些法律制度也有内在的正当使用或研究使用的概念。如果给传统知识新的专有权，这些准则怎样与之平衡？此外，就专利而言，规定了专利的国家，并非都规定在技术的所有领域都有专利。一些国家把“诊治人类或动物的诊断方法、治疗方法及外科手术方法”排除于可获专利之外，因为它们认为没有人应当对这些发明拥有专有权。各国是否应当能够把涉及诊治人类或动物的诊断方法、治疗方法及外科手术方法的传统知识排除在保护之外？保护传统知识，谁应当受益？可受保护的傳統知识，权利应当属于谁？居住在传统知识传统起源地的传统知识持有人，与不再居住于同一地区的传统知识持有人，是否应当同等对待？保护传统知识的新制度，将对传统知识持

有人继续使用其传统知识的权利有何改变？国际上的非歧视性概念怎样适用？如果传统知识可以受专利、版权或其他传统知识产权的保护，传统知识是否也应当可以受到其他手段，即新国内法的保护？(2) 关于政策目标(iv)，一部国际法律文书，除了积极争取在档案馆、数据库和其他记录手段中维持和维护传统知识以外，还能怎样支持传统知识的维持和维护？(3) 关于政策目标(viii)，什么是盗用传统知识？通过完全符合国内法的渠道获取这种知识，在具体情况中能否被认为是盗用？如果能，是什么样的情况？关于政策目标(viii)，什么是不正当和不公平的传统知识使用？应当提供一些传统知识正当使用的例子，还有传统知识不正当使用的例子。(4) 关于政策目标(x)，限制使用传统知识的能力，怎么鼓励创新与创造？(5) 关于政策目标(xiv)，成员国要求凡涉及传统知识的发明专利申请公开传统资源的来源和起源国和/或事先知情同意和/或双方议定的条款的证据，在专利制度以外，什么规定确保传统知识的商业使用是按事先知情同意和双方议定的条款进行的？成员国要求涉及传统知识的发明专利申请公开传统知识的来源和起源国和/或事先知情同意和/或双方议定的条款的证据，在哪些情况下必须符合该要求，应当加以解释。与传统知识有关的发明，应当举例说明必须符合要求的情况，和不必符合要求的其他情况。例如，如果传统知识为许多人所熟知，而且发明是在该传统知识基础上的一项改进，是否仍然要求符合公开要求？成员国有专利公开要求的，相比对专利性至关重要的信息公开要求，为何这一要求更为适当？

一个代表团说，总的来说，“目标”应当概述文书要实现什么，不是怎样实现。在这种情况下，它不支持为落实政策目标(xiv)而在该目标下指出具体机制。

## 二、总指导原则

本总原则必须得到遵守，以确保有关保护问题的各项具体的实质性规定公平、兼顾各方利益、有效并始终如一，而且能适当地帮助实现保护目标：

- (a) 反映传统知识持有人的需求和希望的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享的原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并为之开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认的原则
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

[后接总指导原则说明]

## 关于总指导原则的

## 说 明

背 景

下文所列的实质性规定是以某些总指导原则为指导的，并设法从法律的角度对这些指导原则进行表述。这些原则强化了委员会自成立以来进行的大量讨论和委员会成立之前国际上进行的辩论和磋商。

阐述和讨论这些原则，对于为就更详细的保护细节达成一致奠定坚实的基础而言，是关键的一步。在此领域，法律和政策方面仍在快速地向前发展，国家和地区层面如此，国际上亦如此。同样，人们极其重视与社区磋商和请社区参与其事的必要性。各方就核心原则达成广泛的一致意见，可以让国际合作具有更加明确、更加稳固的基础，而且还可以澄清哪些细节仍应由国内法律和政策管辖，从而为进一步演变和发展提供适当的空间。这样做有助于求同存异，鼓励各国内法之间协调一致，而不强加任何单一而具体的立法模式。

*(a) 反映传统知识持有人的愿望和希望的原则*

保护传统知识应该反映土著人民和传统知识持有人的实际愿望和希望，并应尤其尽量适当地承认和适用土著和习惯的做法、礼仪和法律，从文化和经济两个方面处理发展问题，防止侮辱、诋毁和冒犯行为，让所有传统知识持有人都能够完全有效地参与工作，并承认许多社区的传统知识与文化表现形式之间具有不可分割的特点。另外，传统知识的法律保护措施，从土著人民及其他社区的观点来看，应被认为具有自愿执行的性质，土著人民及其他传统社区将始终有权完全依靠他们自己的习惯和传统保护形式来制止不受欢迎者获取和利用其传统知识，或采用其他措施作为这一保护形式的补充。

*(b) 承认权利的原则*

应当承认传统知识持有人享有使其所持有的知识得到有效保护，以免被盗用的权利。

*(c) 保护的有效性和可获得性原则*

传统知识的保护措施，应做到能有效地实现保护目标，应能被人理解、支付得起、易于获得、不致成为预期受益人的负担，而且还应考虑传统知识持有人的文化、社会和经济背景。一旦实行传统知识保护措施，应当建立适当的执法机制，以

便采取有效行动，制止盗用传统知识的行为，支持实现事先知情同意这一更广泛的原则。

(d) 灵活性和综合性原则

保护应尊重各不同民族和社区在不同领域持有的传统知识的多样性，应承认各国国情以及各国家管辖区的法律背景和遗产的不同，并应为国家主管单位留有足够的灵活性，以便其确定在现有的具体立法机制中实现这些原则的适当途径，根据具体的部门政策目标和国际法对保护作出必要的调整，并承认：可以通过多种法律机制获得有效和恰当的保护，而且，如果在原则方面太窄或太严厉，势必使得与传统知识持有人之间进行必要的磋商产生先发制人的效果。

保护可结合专有权和非专有权措施，利用现有的知识产权(其中包括帮助人们更好地应用和实际获得知识产权的措施)、延伸或调整知识产权的专门制度以及特别制定的专门法律。保护中应包括防御措施，以遏制他人非法获得传统知识或相关遗传资源的工业产权，并应包括确立传统知识持有人法律权利的实证措施。

(e) 公平和利益分享的原则

保护应反映公平兼顾传统知识的发展、保存和维持者(即传统知识持有人)的权益与传统知识的使用和受益者的权益这一需求，调和各方所关注的不同政治问题的需求，以及确保具体保护措施与保护目标及公平兼顾各方利益之间相称的需求。为反映这些需求，传统知识保护应尊重传统知识持有人对获取其传统知识表示同意或不同意的权利，并应兼顾事先知情同意的原则。

传统知识持有人对其知识享有的权利，应得到承认和保障。应确保尊重事先知情同意。传统知识持有人应有权公正、公平地分享因使用其传统知识而产生的利益。对于涉及遗传资源的传统知识，利益的分配应符合根据《生物多样性公约》规定所制定的有关分享因利用遗传资源而产生的利益的各项措施。

按公平原则实行的保护，不应仅限于利益分享，而应当确保传统知识持有人的权益得到适当的承认，而且尤其应尊重传统知识持有人对他人获取其传统知识是否表示同意的权利。

(f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则

确定如何获取遗传资源(无论其与传统知识相关与否)的权力归各国政府所有，并应由各国立法加以规定。对与遗传资源相关的传统知识的保护，应符合有关获得这些资源以及分享因使用这些资源而产生的利益方面可适用的法律(如有的话)。本原则中的任何内容均不得被解释为限制各国对其自然资源拥有的主权，以

及各国政府确定如何获取遗传资源（无论其与受保护的传统知识相关与否）的权力。

(g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与其开展合作的原则

对传统知识的保护，应与其他相关的国际和地区文书和程序的目标保持一致，而且不得损害具有约束力的法律文书中现已编纂或规定的具体权利和义务。

本原则中的任何内容均不得被解释为会影响有关传统知识在相关政策领域中作用问题的其他文书或其他程序的工作，其中包括有关传统知识在保护生物多样性方面的作用、防治旱灾和荒漠化、或实施得到相关国际文书的承认而且国家立法已作出规定的农民权利。

(h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则

对传统知识的保护，应尽量酌情并根据国家法律和政策，对习惯使用、做法和准则予以尊重并加以适当考虑。超出传统意义的保护，不得与传统知识的习惯获取、使用和传播方式相抵触，而应尊重并支持这一习惯框架。如果传统知识持有人有此愿望，保护应鼓励有关社区根据其习惯法和惯例，并兼顾各国不同的经验，使用、发展、交流、传播和推广传统知识。对于发展和维护某传统知识的社区在本社区内以新的方式使用该知识或改变其使用方式的行为，只要该社区认同对该传统知识的这种使用以及因此而产生的任何变化，即不得视为冒犯性使用。

(i) 对传统知识的具体特性予以承认的原则

对传统知识的保护，应反映传统知识的传统背景、集体或社区背景，及其在发展、保存和传播过程中代代相传的特点，并应反映其与社区的文化和社会特征与完整、信仰、精神和价值之间的关系，及其在社区中不断发展的特点。

(j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

应为传统知识持有人提供援助，帮助其进行法律和技术能力建设，以建立起有效利用和享受按这些原则规定的保护所需要的机构基础设施，其中包括，例如建立权利集体管理制度、进行传统知识登记，及其他此类需求。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、中国和观察员国际商会(ICC)。

一个代表团认为，保护传统知识的政策目标与核心原则文件是在各成员和秘书处的共同努力下形成的一项阶段性成果，为今后的工作奠定了良好基础，应当加以充分利用。

一个代表团认为，在不影响关于具体要素立场的情况下，第一部分和第二部分中的目标与原则应当为第三部分中提供的任何建议的工作案文提供支持和指引。对第三部分建议任何修正，必须提及作为其支持的目标与原则，以便向成员国提供充分信息，说明有关该文件任何建议的目的或宗旨。它指出，在目标与原则要素上缺乏一致意见或协商一致，使关于第三部分的讨论非常困难。保护的目标应是什么，以及指导委员会实现这些目标的原则，如果没有一致意见，那么讨论将缺少实质。关于第三部分，总体上，它认为“第……条”的说法像条约案文草案，在可以确保传统知识保护的任何国际法律文书的形式与地位上先入为主地影响了讨论。它注意到在是否需要具有法律约束力的文书问题上缺少协商一致，并呼吁根据核心总指导原则(g)“尊重其他国际和地区文书和程序并为之开展合作的原则”，适时就通过关于授予法律上可执行的权利的规定性原则开展进一步一般性讨论。

一个观察员指出，所声明的谈判原则中，有两项要得到更多强调：效率与平衡。在关于传统文化表现形式的对应文件 WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.中，知识用户与持有人之间的平衡，被专门列为一项原则。WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.没有此段。平衡在两种情况下同样重要。

[后接实质性条款]

### 三、实质性条款

#### 第 1 条

##### 提供保护，禁止盗用和滥用

1. 传统知识应受保护，下列行为有商业目的，或者在传统知识的习惯或传统使用环境以外发生的，应予制止以免被盗用//以免被盗用和滥用。

2. 凡以不正当或非法手段获得、占用、披露或利用传统知识的行为，均构成应构成盗用和滥用行为。盗用和滥用行为亦可包括亦包括//应包括传统知识的使用者明知或因疏忽而不知该知识是通过不正当手段获得或占用的，仍通过获得、占用或利用传统知识而获得商业利益的行为/凡构成传统知识的使用者明知或不知该知识是通过不正当手段获得或占用的，仍通过获得、占用或利用传统知识而获得商业利益的行为的以不正当或非法手段获得、占用或利用传统知识的行为，均构成盗用行为。盗用行为亦可包括传统知识的使用者明知或因疏忽而不知该知识是通过不正当手段获得或占用的，仍通过获得、占用或利用传统知识而获得商业利益的行为，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。

3. 应尤其提供法律手段，以防止以下行为：

(i) 通过盗窃、贿赂、胁迫、欺诈、侵占、违约或诱使违约、失信或诱使失信、违背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求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，获得传统知识的行为；

(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，以及违反双方商定的作为获取传统知识的事先知情同意条件的条款，使用该传统知识的行为；

(iii) 关于传统知识的归属或控制权的虚假主张或宣称，其中包括鉴于传统知识以及获取传统知识方面的任何条件，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传统知识进行商业或工业使用的，凡有营利目的，并能为用户带来技术或商业优势，而且根据使用者获得传统知识的具体情形以及，适用时，根据国内与国际制度//制度立法，侵犯传统知识持有人受承认的权利，有营利目的，并能为用户带来技术或商业优势本应给予传统知识持有人以公正、公平



~~的补偿的，却未给予该传统知识的公认的持有人以合理、适当的补偿//利益分享的行为；以及~~

~~(v) 第三方以超出习惯范围以外并明显构成篡改、歪曲或诋毁性修改该知识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人具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为。；~~

~~(vi) 对涉及传统知识和相关遗传资源，但未公开这些知识和/或资源的起源国并提供关于事先知情同意和利益分享条件已在起源国得到满足的证据的发明授予专利权的行为。~~

4. 传统知识持有人亦应得到有效保护，以制止其他不正当竞争行为，包括《巴黎公约》第 10 条之二所规定的各种行为。其中还包括关于某产品或服务是在传统知识持有人的参与下或经其同意制作或提供的，或关于对有关产品或服务进行商业性利用有利于传统知识持有人的虚假或误导性陈述；而且还包括具有与传统知识持有人的产品或服务产生混淆性质的各种行为，以及在经营商业中损害传统知识持有人的产品或服务信用的虚伪说法。

5. 在适用、解释和实施制止盗用和滥用传统知识行为的保护及其他受承认权利时，其中包括确定公平分享和分配利益时，应尽量酌情以尊重传统知识持有人的习惯做法、准则、法律和协议为指引，其中包括该知识的传统起源所具有的精神、神圣或礼仪特点。

## 关于第 1 条的

## 说 明

提出本条规定的依据是，国际上一致认为不得盗用传统知识，为此必须提供某种形式的保护。现有国际和国内法律中已载有一些关于禁止盗用商誉、名声、诀窍和商业秘密等相关无形资产的准则。对于这些准则，可以将其视为属于更广泛的反不正当竞争法和民事责任的一部分，而未必需要像现代知识产权法的几个主要分支那样，明确规定不同的专有权利。本条规定将现有做法集中起来，并以现有法律框架为依据，为禁止盗用传统知识规定了一条普遍的原则，可以成为提供保护的共同参考点。

禁止盗用这一普遍性准则是分三个累积步骤阐述的。规定中首先提出了禁止盗用行为这一基本准则；其次，本条规定通过对盗用行为加以一般性、不完全的描述，进而阐述了“盗用”的性质；最后，条款中规定了应予制止的具体盗用行为。条款在行文结构(而非法律内容)上套用了《巴黎公约》一条规定(第 10 条之二)的结构，该条规定已被证明适用范围广，而且可以加以调整，因而催生了多种新形式的保护，例如地理标志保护和未披露信息的保护。对于传统知识保护具有重要意义的是，该条规定并未对无形物品规定专有产权。相反，该条规定对人类智力活动若干领域中的一些不正当行为加以禁止，但没有对为制止这些非法行为而保护的知识创建不同的私有产权。同样，本条规定的第 1 款中将盗用界定为不正当行为，应当加以禁止，但没有对传统知识规定垄断性财产权。

第 2 款以笼统而且不完全的方式描述了盗用的性质。该款中通过突出 *不正当手段* 获取等字眼暗示其与反不正当竞争法之间的关联。同第 10 条之二一样，对于“不正当手段”一词，可以视国内法的具体法律环境，作出不同的定义。这样一来，各国在确定何以构成盗用行为时，便可以对各种国内和当地的因素加以考虑，尤其是土著和当地社区的观点和关注问题。由于对“盗用”的这种描述具有不完全的性质，因此“盗用”一词便可以成为一个总纲性词语和结构，将各类应予制止的不正当、非法和不公平行为均归于其下。

第 3 款完整地列出了凡对这些原则所保护的传统知识从事的所有具体行为，这些行为一旦出现，起码应视为属于盗用的行为。本款允许采取诸多措施，作为国内法中的适当“法律手段”，禁止所列的各种行为，其主旨在于适用灵活性和综合性的指导原则。第 1 条第 3 款中的各不同项中列出了具体的盗用行为，其中包括：(i) 通过盗窃、贿赂、胁迫、欺诈、违约等手段获取知识产权的非法行为；(ii) 违反国家或地区措施中所要求的获取传统知识必须征得事先知情同意的原则；(iii) 违反传统知识防御性保护的措施；(iv) 在可以合理希望传统知识持有人分享利益的情况

下，盗用传统知识的价值进行商业或工业使用的行为；以及(v) 故意冒犯性地使用对传统知识持有人具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为。本条规定为各国采用各种不同的法律手段制止所列出的各种行为，提供了广泛的灵活性。在承认存在这一可能性的国家，其司法和行政机关也许只要直接借用这些原则即可，而无须颁布具体立法。“尤其”二字，让各国政策制定者可以自由选择将其他行为规定为盗用行为，并制定本国的盗用行为清单。举例而言，其中可以包括假冒、误传传统知识来源或未注明传统知识来源等行为。

第 4 款通过澄清第 10 条之二所列出的各种具体不正当竞争行为亦可直接适用于传统知识主题，而对关于盗用行为的基本准则加以补充。根据发表意见的各方的请求，现已将本款扩充，以澄清反盗用行为的保护与《巴黎公约》第 10 条之二规定的保护之间的关系，并明确规定，传统知识持有人还可以额外受到保护，以制止对其制作或提供的产品或服务制造混淆和提出虚伪说法等误导性陈述的行为。

由于盗用的概念将需要在国内法中作出更详尽的解释，因此，第 5 款表明，“不正当手段”、“公平利益”和“盗用”等概念，在特定情况下，应受传统背景和习惯理解的指导。传统背景和习惯理解既可以明显存在于社区的传统礼仪或惯例中，也可以已经编纂在习惯法律制度中。

#### *第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由巴西、喀麦隆、印度、印度尼西亚、墨西哥、摩洛哥、秘鲁和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)提出。

#### *作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、布隆迪、喀麦隆、中国、德国、意大利、日本、肯尼亚、摩洛哥、尼泊尔、新西兰、尼日利亚、挪威、俄罗斯联邦、西班牙、南非、瑞典代表欧洲联盟、瑞士、美利坚合众国和观察员非洲地区知识产权组织(ARIPO)、生物殖民主义问题土著人民委员会(IPCB)、巴西土著人知识产权学会(InBraPi)、国际商会(ICC)、玛雅图奥尼克协会、萨米委员会、华盛顿 Tulalip 部落及“图帕赫·阿马鲁”。

#### 与政策目标和原则要素的关系

一个代表团指出，本条与工作文件中若干政策目标和原则的要素具体相关，特别是政策目标(v)和(viii)及原则(b)和(c)。这些政策目标和原则中有些要素值得进一步讨论，这将有助于对此种性质的任何案文如何发挥作用进行彻底分析。例如，与现

行知识产权制度的关系或连接是什么，与国家和地方落实的灵活性有多大程度的一致，将对公有领域知识有何种影响，以及此种保护的哪些要素与知识产权制度具体相关，哪些要素无关。另外，案文非常复杂，或许可以对实际发挥作用的要素进行提炼，并分开考虑。此外，它指出，该规定现有案文过于详细，规定性也过强，不符合第 2 条以及灵活与全面的原则。此条也包含意义宽泛的主观用语，如“不正当手段”和“违反诚实做法”，需要进一步审议和定义。原始工作文件中本条所阐述的一般性准则，反映了政策目标(viii)“制止不正当和不公平的使用”。该目标还指出有必要根据国家和当地的需求调整制止盗用传统知识的途径。关于此条的说明建立了若干要点。说明第二段指出，该部分的原始行文结构套用了《巴黎公约》第 10 条之二的结构。它质疑《巴黎公约》第 10 条之二对传统知识保护的适用性，要求就此要素进行进一步讨论。此外，如果政策目标(viii)是要为一部法律文书的一部分提供基础，那么可以指出，盗用的性质应当“以笼统而且不完全的方式”描述，使其成为一个兜底词语，可以放入各种不正当行为。与第 10 条之二相似，“不正当手段”可以根据国内法给出不同定义。但是，它指出，委员会第十五届会议上对本工作文件提出的许多建议，看上去似乎限制了成员国根据国家和当地需求调整途径的能力。因此，委员会可以进一步讨论政策目标(viii)，为该目标适当的案文形式提供指引。关于第 2 款删除“因疏忽而不知”的修正建议，这把“制止不正当和不公平的使用”扩大到无过错行为上。这在何种程度上满足了政策目标(viii)，或者《巴黎公约》“诚实商业做法”的概念？关于第 3 款第(vi)项，它注意到与政策目标(xi)“确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换”的关系。传统知识保护方面的事先知情同意问题，就其所知，在成员国之间没有协商一致。它要求就此方面一项有约束力的义务的适用性进行进一步讨论。

三个代表团提出，对政策目标和原则进行深入审查，是讨论实质规定的前提。

一个代表团指出，本文件中的保护目标过少。防止盗用不应是唯一的目標。传统知识保护应当扩大到其他领域，例如可持续发展、创新与研究促进以及保护精神权利。

一个代表团强调，防止传统知识盗用不应是传统知识保护的唯一方向。因此，其他政策目标对传统知识保护很重要，应当在传统知识保护的任何规定中有所反映。

一个代表团要求通过第 1 条进一步澄清传统知识保护的目標与客体实际上应当是什么。它保留在这一上游问题得到足够澄清之后就其他实质性规定发表进一步评论的权利。这并不意味着它接受本文件附件中所载的实质条款是进一步讨论的唯一基础。

一个观察员指出，要对目标进行讨论。

一个观察员指出，土著人民和当地社区是保护对象。

### 词汇表

一个代表团要求增加词汇表。

一个代表团指出，所有条文中的定义要明确，以便在所有问题和客体上保持清楚视角，因为有人注意到，一些代表团根据自己的感觉、解释和利益赋予某些词语自己的含义。

一个观察员要求增加词汇表。词汇表应当根据土著人民的视角或世界观来编写，并考虑获取、盗用、所有权等概念在土著人民的文化世界观中，尤其是在玛雅文化中有其他所指。

一个观察员指出，清楚的重要性在于，企业需要知道哪些能做，哪些不能做。

### 盗用的定义

四个代表团提出，应当给“盗用”下定义。

一个代表团指出，第 1 条第 3 款中列出可能的盗用情况不必要。

一个代表团指出，第 1 条具有限制性，因为传统知识保护不应仅基于盗用行为。应当对该条整条进行审查，以增加应当彻底保护的传统知识所有权利，包括经济权与精神权。

一个观察员指出，盗用的概念看上去存在很大差异。盗用的概念，作为一个基本事项，应当通过遵守国家获取及利益分享法律，与适当的获取及利益分享思想联系起来。换言之，如果没有违反国家获取和利益分享法律，就没有“盗用”。在考虑国内法如何定义“盗用”的具体情况时，可以考虑下列情形：(1) 相关传统知识由传统持有人直接交给使用者；(2) 相关传统知识是否在别处未被人所知、披露或使用；(3) 使用相关传统知识的许可是否是至少从某些真正持有人处取得的；以及(4) 相互议定的利益分享条款是否存在，是否得到遵守。其他情形也可以考虑，但需要明确规则来确定哪些条件是基本的。有许多悬而未决的问题各国政府需要考虑。对传统知识的研究或非商业使用或出版，是否应当有特别条件？如果声称是传统知识的信息已为公众所知或者正被其他——可能是无关的——土著人民使用，那么获取及利益分享法律是否仍然适用？怎样设计一套制度，让使用者知道已公布的信息可以自由使用(如同专利制度)？如果相关传统知识未被公开，是否应当与其他未公开专有信息一视同仁——例如，如果其是独立发展的，不能在使用上受到限制？

### 传统知识的定义

两个代表团指出，传统知识的定义绝对必要。第 3 条第 2 款那样的定义不充分。

四个代表团指出，对于基本术语“传统知识”，成员之间没有清楚的认识，传统知识包括些什么不清楚。进入各条的实质讨论之前应当先处理定义。

一个代表团指出，保护的客体到底是什么，要进一步澄清，也就是应当如何定义传统知识。

一个代表团对删除“获取传统知识”的具体文字修正作出评论。该句的目的是要表明，如果有人独立创造出相同的知识，将有权使用自己的独立创造。此外，它提出如何处理传统知识不断发展概念的问题。

一个代表团指出，第(iv)项的规定性尤其很强，需要在传统知识的背景中进一步考虑，还要在遗传资源与传统知识关系的背景中更广泛地考虑。

### 持有人和公认的持有人的定义

一个代表团提出，“持有人”和“公认的持有人”要有定义：(a) 这些概念是同义词吗？(b) 如果不是，“公认的持有人”中包括持有人，有何理由？

一个观察员说，文件全文都提到传统知识持有人，但只在第 4 条中才明确表明土著人民和当地社区是这种传统知识的持有人。她建议，根据第 4 条第(iii)项，把“土著人民和当地社区”放在“持有人”一词之前。

### 持有人的权利

一个代表团提出，首先要做的，是对将承认持有人具有的权利进行定义，因为盗用意味着侵犯权利。

一个代表团认为，第 1 条未说出给传统知识持有人什么权利，让持有人能够在权利遭到滥用时寻求法律救济。

### 执 法

一个代表团询问，什么机构应当负责处罚。它还指出，第 1 条第 3 款中看不出法律手段应当由谁提供，向谁提供。

### 补偿的概念

一个代表团对“补偿”的概念应当在第 1 条第 3 款第(iv)项中予以保留的具体文字修正作了评论。

### 商业与非商业问题

一个代表团提出，关于传统知识的利用，第 1 条包括的问题应当范围更大，不仅是传统知识的商业利用。

一个代表团提出商业与非商业盗用潜在区别的问题。它指出，第 1 条为非商业盗用设置了比商业盗用更高的门槛。但是，政策目标(viii)力求“制止盗用传统知识及其他不正当的商业和非商业活动”。使用的效果具有冒犯性即应足够。

一个观察员指出，保护的法律形式应当扩大到传统知识的商业和非商业使用，因为传统知识非商业使用经常导致滥用，而且在非商业条件下取得的传统知识可以轻易地转为商业使用。

### 公共秩序或道德

一个代表团指出，公共秩序或道德，国与国不同，“公共秩序或道德”的定义不清楚。

一个代表团想知道，对公共秩序或道德概念的看法可能有很大不同，建立国际制度，在涉及道德时，怎么执行另一个国家的法律。

### 公有领域

一个代表团指出，在受保护的傳統知識與已成為公有領域一部分的知識之間找到恰當平衡尤為重要。公有領域的概念到底指什麼，沒有一致的說法。

一个代表团询问：(1) 期望的传统知识保护与已属于公有领域的知识之间有何关系？传统知识具有不固定于一个地方的性质，在何处确定有关的获取点？(2) 成员国怎样规划数据库中所含传统知识的保护？

一个观察员指出，公有领域的概念不能应用于传统知识。可以公开获得的传统知识应当与公有领域中的传统知识区别开。

### 公开要求

一个代表团认为，已经被传统环境之外的第三方获得的传统知识，对其开发利用应当符合事先知情同意和惠益分享原则，对其来源应以适当方式如实说明，尤其不得隐瞒、歪曲和篡改，以体现对于传统知识来源的尊重。

一个观察员反对要求在专利中公开生物材料来源的具体文字修正。但是，欢迎专家对此提案进行充分讨论。

### “滥用”的概念

关于增加“滥用”概念，与“盗用”并列的修改建议，一个代表团指出，“滥用”是《生物多样性公约》背景下使用的术语，在关于遗传资源和相关传统知识获取及惠益分享国际制度的谈判案文草案中。它用以指那些违反相互议定条件的行为，而“盗用”特指无事先知情同意的获取。它呼吁在本委员会的背景中对这些术语的含义作进一步讨论，而且是从与知识产权关系的角度，不是从获取遗传资源相关传统知识的角度。

### 与《差距分析》的关系

一个代表团说，《差距分析》（WIPO/GRTKF/IC/13/5(B)）显示，第 3 款中的法律手段已经具有，尽管不完全（注意 3(iv)）。它想知道，这部国际文书在何种程度上填补了该分析中所指出的差距。

### *观察员提出的文字建议*

一个观察员建议在第 1 条第 2 款第四行“商业”一词后增加“或非商业”。

一个观察员建议在第 1 条第 3 款第(ii)项第一行“事先知情同意”前边增加“土著人民及当地社区、传统知识持有人的”。

一个观察员建议，关于第 1 条第 2 款，删除“以不正当或非法手段”，改为“未经发展传统知识的土著人民或社区的自由、事先知情同意”。他还建议，将“获得、占用或利用传统知识”改为“未经发展传统知识的土著人民或社区同意，利用已进入公有领域的传统知识”。

一个观察员建议，在第 1 条第 3 款第(v)项中，在“公共秩序或道德”前增加“土著人民和当地社区的”。

一个观察员建议，第 1 条第 1 款英文版中的“shall”应当改为“should”。关于第 1 条第 2 款，他建议将“可包括”改为“亦包括”。将英文版第三行“from”改为“through”，并将该款第二行“传统知识的使用者明知”改为“传统知识的使用者或各使用者明知或应当知道”。关于第 1 条第 3 款，他建议在“防止”一词后增加“并制裁”。关于第 1 条第 3 款第(i)项，他也建议在最后一行“获得”后增加“和非法占用”，并在“盗窃”一词后增加“包括诉诸暴力”。第(ii)项中，他建议在“获得”后增加“占有”，并在“违反”后增加“现有立法”。在第(iii)项中，他建议将措词改为“没有法律基础的主张”。他指出第(v)项应当重写，因为西班牙文案文不明确。他建议应当用“违反土著人民传统权利”来取代“道德”的概念。他建议在第 1 条第 4 款中增加“土著人民和当地社区”，并在第 5 段增加“土著人民和当地社区的习惯法”。



*观察员的其他提案*

一个观察员提交了《非洲地区知识产权组织传统知识议定书》的相关规定，内容如下：

“授予传统知识持有人的权利

7.1 本议定书向第 6 条所称权利人授予授权利用其传统知识的专有权。

7.2 此外，权利人应当有权防止任何人未经其事先知情同意利用其受保护的  
传统知识。

7.3 本《议定书》中，提及受保护的  
传统知识时，“利用”一词是指下列任何行为：

(a) 传统知识为产品的：

(i) 在传统范围以外生产、进口、许诺销售、销售或使用产品；

(ii) 为在传统范围以外许诺销售、销售或使用产品而占有产品；

(b) 传统知识是方法的：

(i) 在传统范围以外使用方法；

(ii) 对使用方法直接产生的产品进行本款(a)项中所指的行为。”

## 第 2 条

### 保护的法律形式

1. 保护传统知识以防被盗用和滥用，可以应当通过多种法律措施进行，其中除其他外，包括：关于传统知识的特殊法律，知识产权法，包括有关不正当竞争和不正当得利的法律，合同法，包括民事侵权和赔偿责任在内的民事义务法，刑法，土著人民利益法，渔业法和环境法，关于获取和利益分享的制度，或任何其他法律，或上述法律的任何组合。本款受第 11 条第(1)款的约束。

2. 此种保护不必采用专有产权的形式，但亦可酌情为传统知识持有人个人和集体提供此种权利，包括通过现有的或经调整的知识产权制度，根据传统知识持有人的需求和选择、国内法律和政策以及国际义务，来提供此种权利。

## 关于第 2 条的

## 说 明

从国内法层面上现有的传统知识专门保护措施，就已经可以看到，这方面存在着大量不同的法律形式和机制。如果本条款无意取代或替代各国家和地区在传统知识保护方面的现有选择，那么就必須将法律机制的这种多样性统统纳入这些国际标准中。同样，在采用国际标准时采取这一做法并不是什么新鲜事物。与本条类似的规定，在涉及各种不同保护领域的现有国际文书中，比比皆是。前面已举过的例子包括《华盛顿条约》、<sup>1</sup>《巴黎公约》和《罗马公约》。<sup>2</sup>本条规定适用了灵活性指导原则，以确保留有足够的余地让各国在传统知识持有人全面、有效参与的情况下进行磋商，并确保逐渐依法建立和实施保护机制。

据此，为了全面纳入现有的各种做法，并确保为国内政策发展留出适当余地，第 1 款适用了灵活性和综合性的指导原则，并反映了已经实行传统知识专门保护形式的各国的实际做法。该款对各管辖区，尤其是非洲联盟、巴西、中国、印度、秘鲁、葡萄牙和美利坚合众国，目前所采用的大量法律保护办法予以承认，并让各国主管单位拥有最大限度的灵活性，以确定哪些适当的法律机制能最好地反映本国当地和土著社区的具体需求，而且与保护所适用的国家法律制度配套。该款套用了一项具有约束力的国际文书中的一条规定，即：《华盛顿条约》第 4 条。

第 2 款明确表示，根据这些原则，并不需要为传统知识规定专有产权，因为许多传统知识持有人都认为对传统知识规定专有产权不合适(参见关于第 1 条的说明)。许多传统知识持有人关切地表示，为禁止盗用传统知识而采用的新的传统知识保护形式，不应对其所拥有的传统知识规定私有产权。相反，这些原则所提出的根本准则是，禁止第三方的盗用行为，从而禁止非法将传统知识私有化或商品化，其中包括以不当主张非法私有产权的方式来进行私有化或商品化。不过，正如委员会对一些参与者所建议的，对于利用其他法律原理制订有关这些问题的政策，这些原则未对其具体范围作出硬性规定。然而，由于若干国家已经专门规定可以对传统知识享有专有产权，因此该款亦为这些专有产权留出余地，但条件是，这些专有产权必须符合传统知识持有人的需求和选择以及国家法律和政策及国际义务。

---

<sup>1</sup> 《集成电路知识产权条约》(1989年)(下称《华盛顿条约》)。

<sup>2</sup> 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约》(1961年)(下称《罗马公约》)。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由印度尼西亚和墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、中国、厄瓜多尔、俄罗斯联邦、委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)和观察员非洲地区知识产权组织。

### “个人”的含义

两个代表团建议，关于第 2 条第 2 款知识持有人的权利，由于传统知识的集体性质，应当对“个人”一词进行审查。

### “本款受第 11 条第(1)款的约束”的含义

一个代表团注意到第 2 条第 1 款称：“本款受第 11 条第(1)款的约束”。但是，上述第 2 条第 1 款中列出的所有法律措施，并非都可以根据第 11 条第(1)款的规定适用，也即无须手续。例如，第 2 条第 1 款提到的知识产权立法，就个人知识产权客体而言，为向此类客体提供法律保护，要履行具体手续，尤其是注册。

### 法律形式或措施

一个代表团建议，对于不可接受/违法的行为的制裁或处罚，应当包括与知识产权制度有关的法律后果，例如专利申请的驳回、无效等，还应包括民事、刑事等多种惩罚措施。制裁或处罚的设立既要充分满足对受损害方的补偿，对合法行为不致造成不合理的负担，也应当能够对违法行为产生足够的威慑力。

一个观察员指出，第 2 条规定了可以用于保护传统知识的一系列法律形式或措施。但是，第 2 条第 1 款中说明的这些措施，主要涉及各种形式的现有知识产权法律工具，依据的也是该文书所要实现目标的理念，其目的是要防止盗用，这一目标已被指出并不充分或者过于有限。

### 专有权

一个代表团注意到一个观察员对专有权的下列评论，并希望对于关于集体权利相对于个人权利的各种具体问题作进一步讨论，作为在传统知识保护方面需要进一步讨论一个关键问题。

一个观察员说，第 2 条的说明暗示，传统知识持有人不要求为其传统知识建立专有权。这种理解与其在非洲传统知识持有人方面取得的经验不一致。多数持有人

要求的是对其传统知识拥有集体权利，而不是第 2 条第 2 款所称的私有权或个人权。不授予权利，就无法采取有力措施。因此，他建议应当对本条进行大改，反映传统知识持有人的愿望，他们要求的是一种保护其传统知识的新型专有制度，而不是许多法律选项的集合。

#### 与原则(d)的关系

一个代表团说，该条规定的前提是原则(d)“灵活性和综合性”。曾有人指出，在保护传统知识上采取灵活做法，有助于确保有适当机制来满足土著人民的各种需求，并确保在这些需求与维持稳定的投资框架之间实现适当平衡。这种灵活性也应扩展到对成员国法律制度多样性的尊重。

### 第 3 条

#### 受保护客体的一般范围

1. 本原则涉及的是保护传统知识以免其在传统范围之外被盗用和滥用的问题，不得被解释为将传统知识中的各种不同的整体概念限制于或试图从外部界定于传统范围中。应根据传统知识所具有的能动、不断发展的世代相传特点，以及传统知识体系作为持续创新框架的特点，来解释和适用本原则。

2. 仅为本原则的目的，“传统知识”一词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，或存在于经整理的世代相传的知识体系中的知识。该术语不局限于任何具体技术领域，可以包括农业、环境和医学知识，也可以包括与遗传资源相关的任何传统知识。

## 关于第 3 条的

## 说 明

制订本条规定有两个目的：一是澄清本条款中所述传统知识的一般性质，二是界定受保护主题的范围。因此，本条不仅体现了人们对传统知识国际保护规定应当反映传统知识的特质所表示的关注，而且也回应了人们关注的保护传统知识以免被盗用的规定不应干涉传统背景，而且不得对传统知识持有人如何看待、管理或界定其存在于习惯或传统背景下的知识，规定任何外部限制或强加外部解释。

国际知识产权标准的典型做法是，把如何确定受保护主题的准确范围这一工作留给各国自己负责。国际层面把握的尺度，在于一般性地描述那些符合保护资格的主题，为确定哪些主题符合保护资格规定具体标准，抑或根本不下任何定义。例如，《巴黎公约》和《TRIPS 协定》便未对“发明”作出定义。《巴黎公约》对“工业产权”作了宽泛、可以扩展的定义。本条规定采取了类似做法，承认传统知识不仅存在各种不同的定义和范围，而且这些不同的定义和范围已在关于传统知识的现有国家法律中使用，因此无意提出一个单一的、详尽的定义。然而，在现有国内法的指导下，本条规定描述性地澄清了传统知识的范围。其措词借鉴了委员会所提出并一贯使用的标准说法，而这一说法本身又是基于委员会对保护传统知识方面的现有国内法进行分析的基础上提出的。从根本上讲，无形主题要构成本规定中所指的传统知识，应当是“传统的”，即：属于世代相传的传统，而且应当是“知识”，或者说智力活动的产品。

第 2 款要澄清的是，本条款涵盖传统知识本身。这意味着，其不适用于传统文化表现形式/民间文艺表现形式，后者由另一项具有互补性质的平行条款(WIPO/GRTKF/IC/8/4)加以规定。从整体结构(而非内容)上，本款套用了《伯尔尼公约》第 2 条第(1)款的规定，该款界定了受《公约》保护的主题的范围，首先提出了一条一般性说明，然后具体地列出了符合其保护范围的内容。本款采取了类似做法，无意对该词作出绝对的定义。鉴于传统知识本身具有多样性和能动性，而且传统知识方面的现有国内法之间存在差异，因此似不宜作出单一的、穷尽的定义。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥和南非提出。

### *作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、萨尔瓦多、意大利、摩洛哥、阿曼、俄罗斯联邦、南非、瑞士、委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)和观察员非洲地区知识产权组织、国际商会及巴西土著人知识产权学会。

### 与第 1 条的关系

三个代表团建议，第 3 条应当与第 1 条合并，或者移至第 1 条之前。

### 土著和当地社区的含义

一个代表团指出，第 4 条与其他规定之间的不一致，第 4 条未考虑“当地社区”。此外，它建议使用的语言和定义应当在文件中首尾相同。

一个代表团指出，第 3 条第 2 款中“土著和当地社区”应当放在与“社区”一词一样广泛、有包容性的含义中理解，就像传统文化表现形式条款草案附件脚注 23 中说明的那样。

### 传统知识的定义

一个代表团表示，第 3 条第 2 款的规定充分定义了本文件所要保护的范围。

一个代表团提出，第 3 条应当更清楚、更明确。

一个代表团指出，为传统知识制定工作定义，被认为是实质讨论的先决条件之一。第 3 条第 2 款中的传统知识定义是一个很好的工作定义。委员会可以而且应当在谈判过程中再次考虑该定义，必要时对其进行修正和修改。并指出，传统知识的定义应当包括所有传统知识，既包括发展中国家的传统知识，也包括发达国家的传统知识。

一个观察员指出，“传统知识”因为具有整体、离不开环境、有活力以及代代相传的特点，所以其概念很难定义。但是，要尊重传统知识，一个标准清楚的定义是必需的。目前的定义极为含糊，因此非常难以适用。清楚的标准，对于帮助成员国区分要根据国内法保护的传统知识和每个人都可以使用的一般知识具有根本意义。

### 文化特征的定义

一个代表团建议对“文化特征”的定义加以澄清。

### 传统艺术和工艺品

一个代表团建议，在第 3 条中增加传统艺术和工艺品。



### 与政策目标的关系

一个代表团指出政策目标(vi)“维护传统知识体系”的关联性以及第一款增加“世代相传”一词的修正建议，要求进一步讨论这一修正的目的，以及目前的工作定义对所有成员国需求的满足程度。这一问题很复杂，需要进一步审议。它尤其指出关于“增进尊重”的政策目标(ii)以及政策目标(iii)“满足传统知识持有人的实际需求”。定义太严格，在何种程度上能增进对传统知识体系的尊重和传统知识持有人的文化完整性，并不清楚。可以指出，“开放”的定义更能满足多种多样的传统知识持有人的实际需求。

### *观察员提出的文字建议*

一个观察员建议，在第 3 条第 2 款之后增加一句：“表示传统知识受保护客体的具体用语，可以在国家一级决定”。

一个代表团建议，在第 3 条第 2 款第 1 行“范畴”后增加“发展”一词。

## 第 4 条

### 受保护的资格

应至少对下述传统知识给予保护：

(i) 其产生、保存、构成和传播具有传统和世代相传的特点；或者

(ii) 与世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区、或人民或民族有显著联系 // 习惯上公认属于与世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区、或人民或民族有显著联系；或者以及

(iii) 属于被公认持有该知识的土著或传统社区的文化特征，或通过保管、监护、集体拥有或文化责任等方式被公认持有该知识的人民或民族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。//属于被公认持有该知识的代表土著或传统社区，或通过保管、监护、集体拥有或文化责任等方式被公认持有该知识的人民或民族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。//属于被公认持有该知识的土著或传统社区，或通过保管、监护、集体拥有或文化责任等方式被公认持有该知识的人民或民族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、礼仪或可适用的国内法律中。

## 关于第 4 条的

## 说 明

本条规定澄清，传统知识要具有根据本规定制止盗用的保护资格，应至少具有哪些特点。同样，本条规定不干涉传统领域，而只是帮助确定传统知识应当符合哪些标准，才能确保受到保护，禁止外部环境中的第三方以超出传统背景的方式加以盗用的行为。本条为各国根据本国具体选择和需求规定更宽泛的保护资格提供了可能性。

本条规定是在现有国家传统知识专门保护法中所适用标准的指导下，并经委员会就传统知识保护应适用什么样的标准进行长时间讨论之后制订的。各国的国内法以及委员会进行的讨论涉及到多项不同的标准，其中也存在一些共同点。本条规定便提取了这些共同点：从根本上讲，传统知识应当(i) 具有传统和世代相传的特点，(ii) 与其传统持有人有显著联系，以及(iii) 与负责传统知识传承的社区(比一般认为的“所有权”形式要宽泛，并包括保管等概念)的身份有认同感。举例而言，传统知识可能与某土著或传统社区的身份密不可分，因为其中存在一种对该知识进行保存、利用和在本社区成员或人民之间传承的义务，或有一种如果允许对传统知识进行盗用或冒犯性使用将有危害这种感觉。关于这些概念的一些指南可以在现有国内法中找到。例如，美利坚合众国《印第安人艺术与手工艺法》规定，如果“某一产品的起源被认为来自于某一特定的印第安部落或特定的印第安艺术和手工艺组织”<sup>3</sup> 时，该产品便是属于某一特定部落的产品。这可以成为第(ii)款中所称“显著联系”的一种形式。

本条规定是建立在第 3 条关于传统知识的一般性说明的基础上的，并从概念上与第 5 条所具体规定的保护的受益人相互联系。该三条规定合在一起对传统知识与传统知识持有人之间规定了起码的传统联系，以确保其受本条款规定的禁止盗用的保护。这些规定并不排除提供范围更广的保护，因为其所规定的只是“起码”(这正是引语中“至少”二字的用意)。然而，在本条引语中提及“至少”，还表明政策制订者可以选择更具有包容性的标准，以符合国内需求和国情。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由中国、印度、印度尼西亚、摩洛哥、苏丹、乌拉圭和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)提出。

<sup>3</sup> 第 309.2 条(f)项，25 CFR 第二章，309(保护印第安艺术和手工艺产品)。

### *作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、巴西、喀麦隆、中国、萨尔瓦多、意大利、摩洛哥、尼日利亚、美利坚合众国、乌拉圭和观察员澳大利亚艺术法中心和圣卢西亚土著人民(Bethechilokono)理事会。

### 标 准

一个代表团指出，第 4 条中包括的标准不应当是综合性的。第 4 条第(iii)项是唯一需要的保护标准。

一个代表团提出保护应当更宽。

一个代表团询问，个人创造的传统知识是否有资格获得保护，这种资格有何依据。它还询问，为什么有些创新用传统知识保护制度保护，另一些创新用专利制度保护。

一个代表团注意到增加的“或者”一词，但是，在受保护的资格上采用非叠加标准，在何种程度上照顾了传统知识持有人的需求或利益，仍有些问题。国际传统知识中的一个一贯主题认为，总的说来，如第 5 条反映的那样，传统知识(i) 由社区持有，(ii) 与社区有关，(iii) 与社区文化认同有关。对受保护资格的非叠加理解提供的范围更大，而且这提出了原则(i)所概述的承认传统知识具体特征的原则。这种非叠加理解还提出了严格的“定义”是否符合传统知识持有人多样性的问题。它要求就受保护的资格问题对该原则进行进一步讨论。

### 传统知识的定义

一个代表团提出，定义需要进一步考虑，当地条件所要求的灵活性也需要进一步考虑。具体而言，例如，它想知道第 4 条的措词与当代人创造的传统知识可能得到的保护有何关系。

### 与第 3 条的关系

一个代表团建议，第 4 条第(i)项的措词，应当包括在第 3 条第 2 款中。

### 第 4 条使用的术语

一个代表团提出，文件中的词语应当相同。例如，第 3 条第 2 款使用的“土著和当地社区”也应当在第 4 条中使用。它还指出，“当地社区”要有范围。

一个代表团指出，传统知识在中国有时属各民族所有。因此，它建议第 4 条第(ii)项中应当增加对不同民族的提及。

一个代表团提出澄清“土著或传统社区或人民”和“文化特征”这些词语。

一个代表团指出，关于第(iii)款的建议，把第 4 条该部分的重点放到了持有人而非知识本身之上。它要求进一步讨论，受保护的资格是放在知识本身的性质上，还是放在知识持有人的性质上。与资格有关的另一个问题涉及到传统知识持有人之间存在竞争关系的权利要求，这些持有人可能符合标准，但有不同的文化认同。这一关键问题需要进一步讨论。

一个观察员指出，第 4 条第(ii)项中的“土著或传统社区或人民”让人糊涂。应当在委员会外部磋商，对术语进行研究，然后给出解释。

### 传统医学

一个代表团指出，应当书面提交更多法律案文。它还指出，传统医学知识并不总是与社区有联系。

一个代表团提出，第 4 条第(iii)项应当提及传统医学的所有权性质，特别是在其世代相传的使用、产生、保存和交易的动态之中。

### *观察员提出的文字建议*

一个观察员建议从第 4 条第(ii)项中删除“显著”。她还建议，英文版“indigenous”一词应当使用大写字母“I”。

## 第 5 条

### 保护的受益人

*对传统知识的保护，应使以传统和世代相传的方式创造、保存和传播该知识并与其相关联和根据第 4 条认同自己身份的社区受益。保护应相应地使以此种方式持有传统知识的土著和传统社区本身受益，并使被承认属于这些社区和人民的个人受益。从保护中受益的权利，应尽量酌情考虑这些社区和人民的习惯礼仪、协议、法律和做法。*

## 关于第 5 条的

## 说 明

前文的各项原则侧重于受保护的主体。本条则试图澄清谁应当是传统知识保护的主要受益者。本条提出的原则是，受益者应当是传统知识的传统持有人。这一原则的提出借鉴了现有国家制度的既定做法以及国际传统知识辩论中的一贯主张。有关国际保护框架的现有提案也提出了同样的做法。

由于传统知识一般都是由一个社区所持有、与之相关联并关系到其文化特征，因此基本原则是，必须规定传统知识的保护应让该社区集体受益。然而，研究和现有案例表明，在某些情况下，某一社区的特定个人可能在受益于因使用传统知识而产生的利益方面享有特别的权利，例如：在社区工作的某些传统医者或农民个人。因此，本条规定澄清，受益者亦可以包括社区中得到承认的个人。通常，这种承认将来源于习惯认识、习俗或习惯法则。

社区中哪些人有权受益以及如何分配利益(包括承认个人的应享权利)，可以按习惯法和社区自身的习惯做法办。这一领域十分关键，因此，传统知识保护方面的外部法律机制可能需要承认并尊重习惯法、礼仪或惯理。判例法表明，对知识产权侵权所作的罚款可以根据习惯法来分配。双方商定的获取条款和利益分享协议，也可以通过允许各社区根据其自身法律、惯理和认识指定传统知识保护的内部受益人，来落实习惯法和礼仪。本条第三句中规定了选项。

本条规定反映出国家和社区层面同时存在着各式各样传统知识保管形式的情况，因此有必要为确定保护的受益人提供指导，这便要求妥善安排好灵活性和包容性这一方面与准确性和简洁性这另一方面之间的关系。现有的国家和社区法律中也许已经确定哪些社区有资格受到保护。(参见文件WIPO/GRTKF/IC/8/6 关于这一问题的进一步详细讨论情况)。本条无意从头开始创建一套确认土著及其他当地社区身份的新法律，而是在此留出参考余地，由起源国的国内法来确定这些事项。国家或地方各级的相关法律可以对相关的社区和/或个人加以界定。<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> 例如，美利坚合众国《印第安人艺术与手工艺法》(见 WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6)规定：“印第安人部落”是指“任何印第安人部落、团体、民族、阿拉斯加本地村落，或……美国承认享有资格的任何有组织的团体或社区……；或(2)任何已由国家立法机构或国家委员会或者由国家部落认定机构依法授权的类似组织正式承认的印第安人团体”。(第 309.2 条(e)项 25 CFR 第二章 309)。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚和中国。

#### 与第 4 条的关系

与关于第 4 条的意见相联系，一个代表团认为，在受益人的确认中，还需要考虑民族等传承主体的存在。另外，传统知识的传播不应影响其最初来源的唯一性，最初的创造者和来源应得到尊重和保护。

一个代表团指出，关于第 4 条受保护资格的建议，考虑时要结合这部分中的保护受益人。

#### 国内法

一个代表团指出，说明似乎显示，确定各种事项时有参照国内法的余地。它要求讨论这一点在这部分中得到反映的程度。

#### 传统环境

一个代表团指出，要讨论的一个关键问题是，将传统环境与资格联系起来。它还指出，最后一句的措辞显示，传统保管人资格和受益人的辨认之间存在联系，这值得进一步讨论。



## 第 6 条

### 公正和公平地分享利益以及对知识持有人的承认

1. 保护传统知识为传统知识持有人或保管人带来的应享利益，应包括公平和公正地分享因对传统知识进行商业和工业使用而产生的利益。
2. 为非商业性目的而使用传统知识，应只产生非货币性利益，例如获得研究成果以及让传统知识的来源社区知识的持有人或保管人参与研究和教育活动。
3. 对传统知识进行超出其传统范围的使用者，应说明来源，注明持有人，并以尊重和承认持有人的文化价值的方式使用该知识。
4. 应提供法律手段，在出现未按第 1 款和第 2 款的规定公正和公平地分享利益的情况时，或在知识持有人未按第 3 款的规定得到承认的情况时，为传统知识持有人提供补救办法。
5. 在分享因利用传统知识而可能产生的利益中，当地社区内部的习惯法和持有人或保管人的规范体系可以发挥重要的作用。

## 关于第 6 条的

## 说 明

盗用传统知识的行为，可以包括通过使用传统知识而获利，特别是获得商业利益，而未给予传统知识持有人以公平待遇的行为。这基本符合人们所表达的关于传统知识不应成为他人以不正当手段致富的来源，或不应让第三方获得不公平的利益这一关注。因此，要认真制订保护传统知识以免其被盗用的制度，就可能需要为公平分享因使用传统知识而获得的利益规定绝对的标准。通过此种公平的利益分享，也可以实现“承认传统知识的价值”、“确保尊重传统知识和传统知识持有人”以及“促进公平的利益分享”(上文第(i)、(ii)和(xi)项目标)等政策目标。

因此，本条规定是对一般性地介绍盗用行为(上文第 1 条)时笼统提及公平利益分享的一种补充，并涵盖商业性或非商业性使用。按照国际上议定的与生物多样性相关的传统知识方面的指导方针，利益分享的基本原则可以：(i) 涉及货币性和非货币性利益，以及(ii) 为不同使用作出不同的合同安排。<sup>5</sup> 因此，本条规定对商业性和非商业性使用传统知识之间加以区分，并为这些使用规定了不同的利益分享原则。

第 1 款规定了传统知识持有人应有权分享因对其传统知识进行商业和工业使用而产生的利益。本款在措词上争取做到让传统知识持有人，即传统和当地社区，能直接分享利益。

对比第 1 款来看，第 2 款涉及的是以非商业方式使用传统知识的情况，并承认，对于此种使用，可以仅通过非货币性方式进行利益分享。本款说明性地列举了可以分享的非货币性利益，即：获得研究成果以及让传统知识的来源社区参与研究和教育活动。其他一些例子还有：机构能力建设、获取科技信息以及因签订获取和利益分享协议以及随后开展的合作活动而产生的机构和职业联系。

第 3 款涉及对传统知识持有人的承认问题，并具体规定，使用者应说明传统知识的来源，并注明持有人。本款还规定，使用传统知识时应尊重和承认传统知识持有人的文化价值。

最后一款明确规定，出现未遵守第 1 款和第 2 款规定的情况时，应向传统知识持有人提供民事司法程序，以确保其获得公平的补偿。其中还具体规定了习惯法和礼仪在利益分享中可能发挥的作用，即：“在分享”因获取传统知识“而可能产生的利益中，当地社区内部的习惯法可以发挥重要的作用”。

---

<sup>5</sup> 参见第四.D.3 条(“利益分享”)，《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》(第六/24A 号决定，附件)。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚和美利坚合众国。

传统知识的来源

一个代表团询问，关于第 3 款，传统知识超出原始范围使用，然后又用其他方式进一步使用，如果第一次使用注明了传统知识的来源，那么第二步和以后的使用是否提及上一步来源即可。它还询问，注明来源时，为避免错误标注实际来源，后面各步需要进行何种研究。

与政策目标的关系

一个代表团指出，该条规定引出了若干重要问题。政策目标(xii)显示，保护传统知识，应当促进公平分享利益。尽管就这项政策目标的适用性没有达成协商一致，但引出了若干问题。具体问题包括政策目标(xii)与总指导原则(g)“尊重其他国际和地区文书和程序并与之开展合作的原则”及原则(e)所说“公平兼顾传统知识的发展、保存和维持者的权益与传统知识的使用和受益者的权益”之间的关系。具体而言，考虑到知识产权制度在公有领域方面的重要平衡，该条规定对传统知识保护提出了一个关键问题。这种平衡是一个关键问题，需要进一步审议。

与第 8 条的关系

一个代表团指出，第 8 条中的排除允许国家主管机关从事先知情同意原则中排除对已经可以为公众方便获得的传统知识的公平使用，条件是传统知识的使用者为该传统知识的工商业使用提供公平补偿。在国内情况下这怎样在现实中实现，值得进一步讨论。欢迎与那些已经实行处理这一问题的专门保护制度国家交流经验。

## 第 7 条

### 事先知情同意的原则

1. 在遵守本原则及相关可适用的国家法律的前提下，事先知情同意的原则应适用于一切从传统知识的传统持有人手中获取传统知识的行为。

2. 传统知识持有人应享有对传统知识的获取给予事先知情同意的权利，或按可适用的国家立法的规定核准适当的国家主管单位给予此种同意的权利。

3. 用于执行事先知情同意原则的措施和机制，应当易懂、适当而且对所有相关的利益攸关者尤其是传统知识持有人都不造成负担；应确保清楚、具有法律确定性；并应规定经双方议定的关于公平分享因征得同意后使用此种知识所产生的利益的条款。

## 关于第 7 条的

## 说 明

适用事先知情同意的原则，是关于传统知识保护的政策辩论和现有措施中的一个中心议题。第 1 条中关于盗用传统知识的扩大概念中将违反需要获得事先知情同意的法律措施的行为亦包括在内。事先知情同意，在委员会某些成员看来，是一项重要的法律原则，另一些成员认为是一种“宝贵的做法”。从根本上讲，这一原则要求，在获取之前，即外部人员首次获取某社区持有的传统知识之时，需要征得持有该知识的社区的正式同意。国内法规定，传统知识的使用者和提供者之间需要订立合同或使用许可协议，其中载有双方同意的条款；在此基础上，才允许获取传统知识。这一原则已被广泛地通过使用许可、合同制度或专门法规来落实。

第 1 款中所提出的一般性原则规定，在有可能使用传统知识时，不仅应当通知传统知识持有人，而且还应征得其对拟议使用的同意，以此作为首次获取其传统知识的条件。第 2 款提出了事先知情同意原则的作用和责任，但在如何根据国内法律制度、利益攸关者的需求和保管结构适用该原则方面，却留有灵活余地。第 3 款规定了适用事先知情同意原则的各种机制的基本特点，并将“保护应当有效而且易于获取”这一指导原则适用于事先知情同意机制，以确保此种机制在法律上的确定性和适当的均衡性。该款要求，事先知情同意亦应包括规定经双方议定的关于使用和分享因这一使用而产生的利益，从而将该款与公平利益分享明确挂起钩来。

本条规定承认并顾及对事先知情同意采取的各种不同的现有做法，而且仅规定应当适用这一原则。在实践中，事先知情同意制度可能需要遵循国际上已经提出并议定的一些基本原则，<sup>6</sup> 例如，必须具有法律上的确定性和明确性；尽量减少获取程序中的手续费；确保对获取所规定的限制必须透明，而且有法律依据。然而，从这些原则来看，只要适用了基本原则，对于究竟采取何种准确办法加以适用的问题，鉴于现有传统知识法律数量很多而且互不相同，传统知识持有人的需求以及保管结构也不相同，因此本款规定将其留给传统知识所在国的国内法去解决。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

---

<sup>6</sup> 参见第六.C.1 条(“事先知情同意制度的基本原则”)，《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 VI/24A 号决定，附件)。

### 与原则(e)的关系

与第 6 条中所述的各项原则一样，一个代表团指出，该条规定具体关系到总指导原则(e)“公平和利益分享原则”，指出该原则要求保护应当尤其尊重传统知识持有人对获取其传统知识表示同意或不同意的权利。它还指出，这是一项与遗传资源相关传统知识具体有关的 CBD 义务。它不支持在任何情形下无约束的自由与事先知情同意原则，但确实承认在影响土著人民的决定上应当尽可能与他们协商。它支持就自由、事先和知情同意可能是现实、可能与可取的各种环境开展进一步讨论，以及与那些有这种制度的成员国交流在其实际效果和落实方面的经验。

## 第 8 条

### 例外与限制

1. 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人使用，以便其以习惯的方式实践、交流、使用和传播传统知识；

(ii) 在家庭、政府医院、尤其是由附属于这些医院的传统知识持有人、或为其他公共卫生目的使用传统医药。

2. 尤其对于业已存在并可随时向公众提供的对传统知识的正当使用，国家主管单位可以将其排除在事先知情同意原则之外，但条件是，该传统知识的使用者进行工业和商业使用时，必须作出公平的补偿。

## 关于第 8 条的

## 说 明

与其他领域的法律保护所授予的权利和应享权利一样，传统知识的权利也可以加以限制或限定，以避免出现无理损害全社会的利益、传统知识体系自身的习惯传承及其他合法权益的情况。本条规定对前文各条所规定的应享权利规定了例外与限制，以确保对传统知识进行的专门保护不至于干涉传统知识持有人使用、交流、传播和实践传统知识的习惯做法，从而不对传统知识以习惯的方式为传统知识持有人自己所用产生负面影响。本条还规定，传统知识保护不得干涉家庭使用以及为公共卫生之目的使用传统医药。除第 1 款笼统地规定适用于所有盗用行为的排除情况外，又专门为事先知情同意的要求作出了一条任择性排除规定，具体涉及业已存在并可以随时向公众提供的知识；而这一排除规定前提条件是，使用者在进行工业和商业使用时必须给予公平的补偿。

*第十五届会议(2009 年 12 月 7 日至 11 日)上和闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚、中国、挪威和观察员国际商会。

一个代表团指出，关于限制与例外问题，传统知识不妨碍正当使用，尤其是私人使用，十分重要。

一个代表团认为，对传统知识的保护应当有适当的例外或者限制，以确保传统环境下的日常生活使用和合理的开发利用不受影响。

一个代表团说，这里列出的例外具体关系到保护范围。一个关键问题是，在现行知识产权保护阻止传统使用上，存在何种程度的差距。第二款所表述的原则引出了一个关键问题，就是这可以如何实现。它询问，就已经可以为公众方便获取的传统知识而言，在何种程序上可能找出应当向谁支付公平补偿。

一个观察员指出，传统知识使用者和持有人利益之间的平衡至关重要。对于明显的盗用情况——即某一实体已被证明违反国家获取及利益分享法律的情况，要有救济。但是，同样，对于合法使用的情况，不能规定责任。除其他外，这些情况包括：(1)在公有领域使用信息；(2)经有权许可的机关许可使用受保护传统知识；(3)为纯粹私人目的使用信息；以及(4)使用可被证明是独立开发的信息。该领域的任何立法必须承认公共知识有特殊地位。控制其使用在意识形态和实务上都存在困难。规定对此的例外时应当非常小心。未考虑这一点的国际文书不能成功。



## 第 9 条

### 保 护 期

1. 保护传统知识以免被盗用和滥用的期限，应以该传统知识符合第 4 条规定的关于保护资格的标准为限。

2. 如果主管单位通过国家或地区法律或措施为传统知识提供额外的或宽于本原则所规定的保护，这些法律或措施应规定具体的保护期。

**关于第 9 条的****说 明**

对于任何保护措施而言，其所规定的权利或应享权利的期限多长，都是一项重要的内容。在传统知识保护领域，这一内容一直特别棘手，而大多数传统的知识产权权利的保护期都是有限的，因此被认为不适合于这一领域。传统知识保护方面的现有专门制度中，利用大量选项来确定保护期：单一、有限期的保护期；有限但可以不断续展的保护期；或无限期的保护期。鉴于传统知识的传承和创造具有代代相传的性质，传统知识持有人要求规定长期或无限期的保护期。

本条规定并未将保护期限限制于某一具体期限。之所以这样做，是因为依本原则进行的传统知识保护，与规定在限期内享有专有产权的知识产权权利(例如专利权或商标权)，是不可比的，而更类似于对保护的受益者与受保护的主体之间所存在的显著联系提供的保护形式：此种保护只要该联系依然存在，便一直有效(例如对商誉、人格、名声、机密和一般性的反不正当竞争保护)。因此，按一个代表团的说法，传统知识持有人对保护传统知识以免被盗用应享的权利，属于“一种不可剥夺、不可放弃、不受时间限制的权利”。比照根据这一显著联系规定的其他反不正当竞争法律形式，并根据“支持通过禁止不正当竞争行为保护传统知识”，本条规定，保护传统知识以免被盗用的期限，只要该显著联系仍然未变，即：只要该知识仍然构成“传统知识”，即应延续下去。在显著联系方面，只要该知识仍然由传统知识持有人所持有，仍然与其具有显著联系，而且仍然属于其集体身份的组成部分(参见第 4 条和第 5 条)，即表明存在此种显著联系。因此只要满足关于保护资格方面的标准，依本原则规定的传统知识保护便可以无限期地提供。

由于众多国家已通过其国内或地区法律提供本原则所要求的更宽泛的传统知识保护，因此第 2 款明确规定，更宽泛或额外的保护期限应由相关的法律或措施加以具体规定。本条并未明确规定这种额外的权利是否应该有固定期限，而只是要求应规定具体的期限，因此有关该具体期限究竟多长的问题，便留给了国内政策制订者来决定。这样做便为现有的所有国家专门保护法律留出空间，而无论其是否规定了有限期的保护期。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

### 与政策目标的关系

一个代表团指出，一般意义上的知识产权有一个关键问题，就是任何垄断权利附有的交换物。这具体关系到授予时间上有限的垄断权利，通过扩大公有领域换取最终的公共利益。这是一个关键问题，关系到政策目标(i)，特别是关系到现行创新与科学知识体系的各种框架，关系到政策目标(v)，涉及赋予保护知识的能力，牢记可能解决办法的平衡与公平，并关系到政策目标(vii)，即承认活跃的公有领域具有价值。

### 两款的关系

一个代表团指出，区分第 1 款和第 2 款，引出了与此部分其他规定的平衡问题。这一规定最终包含了两种基本的保护模型。一种是制止盗用的防御性保护，另一种是对传统知识本身的积极保护。第 2 款的影响是，这些规定整体上具体关系到第一种保护模型。有鉴于此，值得进一步审议作为一个整体的适当讨论范围。

## 第 10 条

### 过渡措施

*根据本原则新实行的传统知识保护，应适用于获得、占用和使用传统知识的新行为。对于在正式实行传统知识保护之前获得、占用或使用传统知识的行为，应在正式实行该保护之后的一段合理时期内加以规范。但对于第三方善意获得的权利，应予以公平对待。*

## 关于第 10 条的

### 说 明

凡是为提供法律保护而适用新要求的，均可以规定追溯效力，也可以排除追溯力，或者可以采取诸多中庸做法，规定程度不等的追溯力。对保护适用追溯效力可能会带来麻烦，因为第三方有可能已经善意地使用过受保护的材料，认为其不属于法律保护的范围。在某些法律和政策背景下，第三方的此种善意的权益通过实行某些措施而得到承认并受到尊重，举例而言，这些措施包括允许继续有权使用受保护的材料(可能需要给予公平的补偿)，或规定在限期内结束任何此种继续善意使用的行为(例如销售已有的商品，如果没有这些措施，这样做将属于侵犯新权利的行为)。另一方面，传统知识的传统背景意味着，提议实行保护的人试图要求适用一定程度的追溯力。

本条规定在一定范围内规定追溯力和根本不规定追溯力这两个极端之间，试图寻求一种中间路线，即：不久前已开始的一些使用虽然依据有关法律或任何其他保护措施需要获得许可才使用，但由于是在这些法律或措施生效前已经开始未经许可使用的，因此在需求其符合规范之前应当尽量给予合理的期限。然而，提出使其符合规范的这一要求，前提是应当对第三方善意获得的权利予以公平对待。在这一安排下，本条规定大致符合其他保护制度所采用的做法，并与上文第 8 条中规定的例外与限制相一致。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

#### 一般性评论

一个代表团指出，说明显示，这一规定大体上与其他保护体系所采取的办法相符合。尽管如此，该条是否需要适当的细节，在商定文书的范围与法律效果之前无法确定。但总体上，任何知识产权的一项关键政策目标是权利的确定性。最终可能出现的任何保护制度必须符合这一基本原则。

#### 公有领域

一个代表团指出，这一部分也涉及到已进入公有领域的传统知识问题。观察员和成员国在不同时间均就此问题发表过观点，考虑到知识产权制度在发明、创造、发现、知识和丰富、可利用的公有领域之间的平衡，这似乎是一项关键讨论。

## 第 11 条

### 手 续

1. 保护传统知识以免被盗用或滥用的资格，不需履行任何手续即可取得。
2. 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。

## 关于第 11 条的

## 说 明

现有的传统知识保护制度在是否需要履行手续作为获得保护的要求方面，采取了多种不同的做法：有的可能明确要求以进行传统知识登记作为保护的条件；有的可能建立了登记簿或数据库，但并未要求与获得权利挂钩；有的可能规定保护并不要求履行任何手续。在对技术诀窍和创新的法律保护方面，有必要在法律的可预见性和明确性这一方面与灵活性和简便性这另一方面之间进行权衡决策。登记制度能够提供更大的可预见性，并让实践当中更容易行使权利。但这可能会意味着，传统知识持有人需要采取具体的法律步骤，有可能还需要在规定期限内采取这些步骤，否则可能有丧失保护利益的危险；这可能会对缺乏资源或无能力开展必要的法律程序的社区造成负担。无须履行手续的制度好处是可以自动获得保护，因此无须额外的资源或能力就能获得权利。

本条规定明确表示，为禁止盗用而提供的一般性保障不以传统知识在数据库、登记簿中登记或任何其他手续为条件。这反映了一些国家和社区对登记簿和数据库制度所表示的关注和怀疑。

然而，一些国家已建立起专门保护制度，规定必须以登记作为对登记的传统知识享有专有权的条件。所以，第 2 款澄清，此种按国内法律和政策规定的额外保护，可以要求履行此种手续。这样一来，本条规定便对现有保护制度的多样性予以承认，其中包括登记制度，但并未规定必须履行任何手续。此外，本条还澄清，要求进行适当的登记或登录，不应损害或削弱传统知识持有人对其尚未公开的知识内容享有的权益。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

与政策目标和原则的关系

一个代表团要求就传统知识登记簿或其他登记册的适当性进行进一步讨论，因为这看上去预先排除了关于传统知识保护资格要求的讨论。这尤其涉及到政策目标(ii)“增进尊重”，(iii)“满足传统知识持有人的实际需求”，(vi)“维护传统知识体系”，以及(x)“鼓励创新与创造”。与这一规定有关的还有总指导原则(a)“反映传

统知识持有人的需求和希望”，(c)“保护的有效性和可获得性”，(h)“尊重习惯使用和传播方式的原则”，以及(i)“对传统知识的具体特性予以承认的原则”。最让人关注的是，国家主管机构在是否设立传统知识登记簿或其他登记册上享有的灵活性需要澄清。

#### 与第 9 条的关系

一个代表团指出，这一部分也涉及在第 9 条中所讨论的防御性保护或积极权利问题。



**第 12 条**

**与总法律框架的一致性**

*对于涉及生物多样性内容的传统知识，获取或使用该传统知识应与关于获取该生物多样性内容的国家法律规定相一致。允许获取和/或使用传统知识，并不意味着允许获取和/或使用相关的遗传资源，反之亦然。*

## 关于第 12 条的

### 说 明

传统知识保护不可避免地会与其他法律系统相互影响，尤其是有关获取与受保护的傳統知识有关联的传统知识法律体系。本条规定确保与这些法律框架相一致，同时允许两个不同的法规制度保持适当的独立性。本条第一句直接来自于《波恩准则》第 37 款，该款对获取遗传资源同获取与这些遗传资源相关的传统知识二者的事先知情同意程序相互独立的问题作了规定。本条的该句规定套用了这一说法，规定其独立于为获取与生物多样性内容相关的传统知识所需的事先知情同意。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

#### 与政策目标和原则的关系

一个代表团指出，这一规定具体关系到政策目标(ix)“尊重相关国际协定和程序并与之开展合作”和总指导原则(g)。它要求进一步讨论该规定在何种程度上体现了目标与原则中的这些要素。

### 第 13 条

#### 对保护的行政管理与执法

1. (a) 应由一个或多个适当的国家或地区主管单位负责:

(i) 传播关于传统知识保护的信息, 并开展公共宣传和广告活动, 让传统知识持有人及其他利益攸关者了解传统知识保护的有效性、范围、使用和执法;

(ii) 确定与传统知识有关的某行为是否构成盗用或滥用传统知识的行为, 或与该知识相关的其他不正当竞争行为;

(iii) 确定获取和使用传统知识是否已征得事先知情同意;

(iv) 确定监督有效、公正和公平的利益分享;

(v) 确定对传统知识享有的权利是否被侵权, 并确定补救办法和损害赔偿金;

(vi) 可能时酌情协助传统知识持有人使用、行使和实施其对传统知识享有的权利。

(b) 应将一个或多个国家或地区主管单位的身份通知国际机构世界知识产权组织, 并予以广泛宣传, 为开展保护传统知识和公平分享利益方面的合作和信息交流提供便利。

2. 国家和地区主管单位根据本原则所制定的实行传统知识保护的措施和程序, 应做到公正、公平, 应易于传统知识持有人使用、适当而且不造成负担, 并应保障第三方的合法利益以及公共利益。

## 关于第 13 条的

## 说 明

对传统知识保护进行的行政管理和执法可以有多种不同的方式。一般而言，传统知识保护措施都要明确规定某些具体的程序，并指定国家主管单位，以确保知识产权保护有效、简明。本条规定中明确规定了主管单位应担负的重要“任务和职能”，但未试图对该单位的构架应采取何种具体形式作出规定，因为在机构和行政上的安排上，国与国之间可能会有很大的不同。

主管单位可能还负有总体上帮助提高人们对传统知识的认识以及负责全面行政管理工作的职责。这一职责可能意味着，举例而言，提供有关传统知识保护的信息，以提高传统知识持有人和普通公众对传统知识的认识；在认定盗用行为、事先知情同意和公平利益分享方面发挥作用；以及成为国家或地区传统知识保护事务的联络点。

在传统知识保护的执法方面，可以规定主管单位发挥特殊的作用。多数现有专门保护法都规定，一切违反行为均应受到处罚、给予警告、罚款、没收来源于传统知识的产品、取消/吊销获取遗传资源的许可等制裁措施。传统知识持有人可能在执行其权利方面面临实际困难，因此集体管理制度或政府机构在监督和追诉侵权行为方面便可以发挥具体的作用。

引语中规定，“适当的主管单位”可以是国家层面的，也可以是地区层面的。事实上，多个地区性机构和单位都已决定对这一可能性加以审查，例如非洲地区知识产权组织(ARIPO)、非洲知识产权组织(OAPI)、南亚区域合作协会(SAARC)和太平洋社区。这反映了通过适当的区域和次区域机构安排，尤其是通过指定主管单位，来处理区域传统知识保护问题，是完全有可能的。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

### 国家或地区主管单位的作用

一个代表团说，总体上并且在不损害任何立场的情况下讲，这一规定本质上对国家或地区主管单位在管理和执行任何可能保护上的作用是规定性的。关于这些单位可能的责任，没有充分讨论。

### 与原则的关系

一个代表团指出，联系到总指导原则(c)“保护的有效性和可获得性”，即保护应能被人理解、支付得起、易于获得、不致成为预期受益人（或国家）的负担，这一规定的适用性值得进一步讨论，它要求有这种单位的成员国提供关于这些原则运作情况的信息。

## 第 14 条

### 国际和地区保护

各国依照落实本国际标准的国内措施或法律向传统知识持有人提供的保护、利益和好处，应提供给按国际义务或约定中的定义属于规定国家的国民或惯常居民的一切符合资格的传统知识持有人。符合资格的外国传统知识持有人，应享有与系保护国国民的传统知识持有人至少相同的保护利益。本原则仅允许在基本属于行政性的事项方面有例外，例如指定法律代表或送达地址，或者为了与有关不直接涉及防止盗用传统知识行为的问题的国内计划保持合理的一致性。

## 关于第 14 条的

## 说 明

大会责成委员会“重点就国际层面开展工作”。解决国际层面问题的一项基本内容是，为适用于外国国民的传统知识产权保护待遇确立标准。在一国的国民在外国管辖区受到法律保护的问题上，现有制度中采用了多种标准，其中包括：国民待遇、视同、公正和公平待遇、最惠国原则、互惠以及相互承认等标准。关于各该项标准的摘要及其对国际传统知识产权保护可能产生的影响，参见文件 WIPO/GRTKF/IC/8/6。

迄今为止，委员会成员就应当如何从技术上处理国际层面的问题提供的指导意见很少。因此，本条规定中提出的国民待遇，在形式上是灵活的，以确保符合保护资格的外国传统知识持有人享有受到保护的权利，以免其传统知识被盗用和滥用，但条件是，他们必须位于符合规定保护资格的国家境内。“国民待遇”原则要求东道国为外国传统知识持有人提供至少与其在类似情形下向本国传统知识持有人所提供的一样优惠的待遇。这样一来，国民待遇标准试图确保外国和本国传统知识持有人在法律上具有平等的地位。必须指出的是，国民待遇标准是具有相对性的，其内容取决于所涉国家对本国传统知识持有人提供的待遇。

本条规定草案中采用了说明性措词，其作用不在于规定任何具体的做法，而是帮助确定并强调在这一领域制订一项或多项国际文书时必须作出的几个重要政策抉择，并请委员会成员提供进一步的指导。

虽然按照知识产权领域的先例和过去的经验，国民待遇的做法似乎为一个恰当的起点，但传统知识的特殊性质以及委员会有许多参与者要求的专门保护形式意味着，国民待遇原则应由某些例外与限制或相互承认、互惠和视同等其他原则加以补充，尤其是涉及到保护的受益人的法律地位和习惯法时，更是如此。按照严格的国民待遇概念，提供保护的外国法庭在确定外国社区是否符合受益人资格时，将诉诸本国的法律，包括本国的习惯法。从该外国社区的观点来看，这可能不是令人满意的解决办法，该社区当然希望参考其本社区的习惯法。按照相互承认和视同原则，提供保护的外国的法庭可以认可的是，传统知识起源国的社区，凡在甲国享有诉讼法律地位的，即可以作为保护的受益人，因为其在起源国享有此种法律地位。因此，虽然国民待遇也许作为一般原则是合适的，但也许相互承认等做法也可以成为解决法律地位等一些问题的适当原则。

然而，传统知识的外国权利人保护问题是一个错综复杂的问题。鉴于这一问题的复杂性，委员会的讨论迄今为止尚未对这一技术问题提出太多具体的指导意见，现有的国内传统知识专门保护法要么根本不保护外国权利人，要么采取综合的做法。

*闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

本条草案中反映的具体文字修正由墨西哥提出。

*作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有澳大利亚。

#### 国际层面

一个代表团注意到关于委员会就应当如何从技术上处理国际层面的问题提供的指导意见很少的说明，要求那些有传统知识知识产权制度的国家在国民待遇以及在其管辖区对此如何加以处理方面分享其经验。



## 一般性评论

### *闭会期间书面评论过程中建议的修正、作出的评论和提出的问题*

作出评论和提出问题的有中国、德国、墨西哥、瑞士和观察员国际商会(ICC)。

一个代表团建议，案文通篇应当增加“传统知识持有人和保管人”这一词组，原因要么是两个术语在全文中不加区别地使用，要么是在某些情况下仅提及其中一个；“持有人”和“保管人”两词有不同含义，从受益主体、权利或者保护方面可以区别。

一个代表团建议，参照文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 对条款顺序进行调整。例如首先明确传统知识受保护的客体范围和资格。

一个代表团说，今后基于文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 和 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的未来讨论不应是未来工作的唯一基础。正如欧洲联盟在委员会第十四届会议上所说，讨论应当以委员会进行的全部工作为基础，不排除任何一份或多份文件。它还建议应当参考文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4(B)和 WIPO/GRTKF/IC/13/5(B) Rev.中所载的“差距分析”，因为它们分别含有关于传统文化表现形式和传统知识一般特征的宝贵信息。

一个代表团说，三项实质问题，遗传资源、传统知识和传统文化表现形式，应当同等对待。所以，所有三项问题应当在委员会每届会议上得到处理，分配相当的注意力和时间。它回顾了其在委员会往届会议上关于文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的发言，尤其是在第十五届会议上所作的发言。延长后的任务规定指出，“委员会将……继续进行工作并开展基于案文的谈判，目标是议定一部(或多部)确保遗传资源、传统知识和传统文化表现形式得到有效保护的国际法律文书”。它希望澄清，修订后的文件 WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.中没有方括号，不代表已就案文的任何部分，包括未使用方括号的案文，有协商一致。所以，文件整体仍然开放供讨论。

一个观察员承认一些成员国所表达的关注，即委员会尚未产生充分成果，包括例如一部关于传统知识的国际文书。但是，在降低不当颁发传统知识专利的风险上已有真正进展。例如，WIPO 在 PCT 最低文献中增加传统知识资源，以及传统知识数据库的开发，尤为宝贵。由印度编辑、向欧洲专利局和美国专利局提供的传统知识数字图书馆是有用进展的另一例子。该观察员对延长任务授权表示欢迎。但是，在今后两年商定如何“确保遗传资源、传统知识和传统文化表现形式得到有效保护”的目标充满挑战，因为现在仅就原则有有限的一致意见。一部有效保护传统知识的国际文书，必须是一部可交裁决的文书——也就是说，可以由一名公正的法官适用和解释一套清楚的原则加以解决。不提供这种制度的文书，将不能得到尊重或

获得拥护。目前，在传统知识的本质，即将保护什么，以及如何定义盗用上清晰度不足，不足以提供一个可交裁决的制度。在达到这种清晰度之前，一部有效的国际文书产生的机会很小。为完成实现任务授权的目标，委员会不应尝试做许多工作。试图照顾每一种可能的情况，可能让最终形成的制度根本没用。从有限范围开始，随着经验加以扩大，发现哪些有用哪些没有，可能更容易。建议委员会应当争取：

- (1) 对传统知识的定义进行限定和澄清；
- (2) 对盗用的定义进行限定；
- (3) 对允许行为和例外的范围进行澄清；
- (4) 避免麻烦但用处不大的新要求，例如“公开来源”。

[附件和文件完]