

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

保护传统知识：条款草案

秘书处编拟的文件

导 言

1. 在 2011 年 2 月 21 日至 25 日举行的第二届闭会期间工作组(IWG 2)会议上，六个非正式、不限成员名额的起草小组编拟了关于传统知识的条款草案。2011 年 2 月 24 日和 25 日 IWG 2 全会对这些条款草案作了评论，专家们提出了一些备选方案。
2. 按 IWG 2 的要求，秘书处编拟了一份文件，纳入 IWG 2 编拟的条款草案，作为文件 WIPO/GRTKF/IC/18/7 在 2011 年 5 月 9 日至 13 日举行的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”)举行的第十八届会议上提供。除条款草案本身以外，该文件还包括：(i) 相关起草小组报告员所作的介绍；(ii) 在 2011 年 2 月 24 日星期四下午和 2011 年 2 月 25 日星期五的 IWG 2 全会上专家对拟议条款所作的评论；以及(iii) 专家在同一天提出的其他备选方案。
3. 在委员会第十八届会议上，对载于文件 WIPO/GRTKF/IC/18/7 中的条款草案进行了讨论，委员会还成立了一个非正式、不限名额的起草小组，对条款作进一步完善。

4. 委员会“注意到由委员会所建立的非正式、不限名额的起草小组根据文件 WIPO/GRTKF/IC/18/7 编拟的关于传统知识的条款草案。委员会要求把该案文作为本委员会下届会议的一份工作文件提供。”¹该案文作为本文件的附件。

本文件的编拟和结构

5. 为使本文件尽量简短、清楚，根据委员会第十八届会议的决定，在附件中，成员国提出的修正被写入案文。建议的增补用下划线表示，成员国建议删除或提出疑问的文字加方括号。观察员的文字，凡得到成员国支持的也一并写入。备选方案用斜线隔开。脚注中的文字均非来自秘书处。

6. *请委员会对载于附件的条款进行审查并发表评论意见，以拟定这些条款的修订和更新稿。*

[后接附件]

¹ 委员会第十八届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/18/11 Prov.)

第 1 条

保护的客体

传统知识的定义

备选方案 1

- 1.1 传统知识是指一个土著或当地社区内部以 [传统] 和世代相传的 [方式] 集体创造、保存和传播的知识，其中包括诀窍、技能、创新、做法和学问。 [因传统范畴的智力活动而产生的知识，其中包括构成 [土著人民或当地社区²] 传统知识体系一部分的诀窍、技能、创新、做法和学问。]

备选方案 2

- 1.1 (a) 传统知识充满活力，不断发展。它是 [各种传统范畴内] [智力活动] 的结果，其中包括 [[土著人民或 [和] 当地社区] 的] 集体框架，包括经整理的知识体系中随着环境、地理条件和其他因素的任何变化不断得到发展、演变和广泛使用的知识、技能、能力、创新、做法和教导；
- (b) 传统知识属于集体性、祖传性、地域性、精神性、文化性、智力性和物质性遗产的一部分；
- (c) 传统知识代代相传，形式各异，不可剥夺，不可分割，没有时效；
- (d) 传统知识与生物多样性 [自然资源] 有天然联系，维持着传统生活方式所体现的文化、社会和人类多样性。

备选方案 3

- 1.1 本条款中，传统知识是指因传统范畴的智力活动而产生的诀窍、技能、创新、做法和学问。

资格标准

备选方案 1

- 1.2 [受保护的传统知识是下列知识：] / [保护延及下列传统知识：]

- (a) 系 [土著人民或当地社区] 的 [独有产物或者与之有 [显著]] 联系；并且

² “土著人民和当地社区”一词是为了预留位置。该词将由考虑保护的受益人的小组处理。

备选项

- (a) 与一个土著人民或当地社区 [当地或传统社区] 有显著联系 [并习惯上公认属于 [该社区] 或民族]；并且
- (b) [其创造、保存和传播是 [一代代] [以传统方式] 集体进行的；并且]

备选项

- (b) 系 [一代代] 或 [以传统和世代相传的方式] 创造并被集体共享、保存和传播的；并且/或者
- (c) [属于 [土著人民或当地社区] 或民族、家族或个人文化认同的组成部分]。

备选项

- (c) 被等同于 [属于] 被公认为所有人的 [当地、土著或传统人民或社区或民族] 文化认同 [的组成部分]，而该 [当地、土著或传统人民或社区] 是通过一种保管人责任或集体与文化所有权责任被公认为所有人的。这种关系可以正式或非正式地由习惯做法、法律或规约所建立。

备选方案 2

[上文(a)至(c)，加上；

- (d) [未在该社区以外让人广泛知晓；]
- (e) 不是对通常并普遍广为人知的原则、规则、技能的应用]

备选方案 3

保护应延及下列传统知识：

- (a) 系一个土著或当地社区的独有产物或者与之有显著联系；
- (b) 属于一个土著或当地社区文化认同的组成部分；
- (c) 在一段合理时期内未在该土著或当地社区以外经事先知情同意为人广泛所知；并且
- (d) 不是对通常并普遍广为人知的原则、规则、技能、诀窍、做法和学问的应用。

[秘密传统知识

- 1.3 [受保护的] 秘密或神圣传统知识是受益人群体为之保密的知识，不向也不曾向受益人群体以外的人共享。]

第 2 条

保护的受益人

保护的受益人是 [以传统和 [或] 世代相传的方式创造、促进、保护、保存和传播知识的] 传统知识持有人 [。传统知识持有人] 包括、但不限于土著 [和] [人民、] 当地社区 [[和民族] [家族或个人。]] 和各方国内立法中所记载的其它具体名称 [，传统知识持有人不为人所知的，作为其法定代表的国家]。

备选项

[传统知识的保护措施应当使发展、表达、持有和维持传统知识的土著人民和当地社区受益。]

保护的受益人是作为 [创造、保存和传播] 第 1 条所述传统知识的持有人的土著和当地社区。

保护的受益人是根据第 1 条创造、保存和传播知识的土著和当地社区。

第 3 条

保护范围

备选方案 1

- 3.1 根据本文书保护的传统知识的受益人，应 [/应当] 在以下方面享有集体专有权：
- (a) 享有并排他性地控制和 [利用] 利用*其传统知识；
 - (b) 授权或拒绝对其传统知识进行获取和使用；
 - (c) 公正公平地分享因基于共同商定的条件使用其传统知识而产生的利益；
 - (d) 防止在未经其事先知情同意和制定共同商定的条件的情况下发生的盗用和滥用，其中包括对其传统知识的任何获得、占用、使用或 [利用] 利用；
 - [(e) [防止] 对涉及到使用其传统知识的情况授予知识产权时， [在] 要求对传统知识持有人及其原属国 [没有] 进行强制性披露以及 [没有] 遵守事先知情同意和利益分享要求的证据 [的情况下对涉及到使用其传统知识的情况授予知识产权]；]
 - (f) 防止在未承认传统知识的来源和起源、承认并注明已知的传统知识持有人并尊重其持有人文化规范和做法的情况下 [在其传统范围以外] 使用传统知识。
- 3.2 [缔约各方] 成员国应 [/应当] 考虑相关习惯法和做法，提供适当而有效的法律手段/措施，确保这些权利的适用。
- 3.3 本文书中，用于传统知识的“利用” [“利用”] 一词，应指下列任何行为：
- i. 传统知识是产品的：
 - (a) 在传统范围以外生产、进口、许诺销售、销售、存储或使用产品；或
 - (b) 为在传统范围以外许诺销售、销售或使用产品而占有产品；
 - ii. 传统知识是方法的：
 - (a) 在传统范围以外使用方法；
 - (b) 对使用方法直接产生的产品进行第(i)项中所述的行为；
 - iii. 导致营利或商业目的的研究与开发。

* 英文由 “exploit” 改为 “utilize”，下同。——译注

[备选方案 2]

- 3.1 [受保护] 传统知识的受益人，应/应当有适当而有效的法律手段/措施，对其传统知识进行控制和利用，授权获取和使用其传统知识，公正公平地分享因使用其传统知识而产生的利益 [，并防止不符合传统知识持有人事先知情同意或违反共同商定的条件的未授权披露、使用或其他利用，尤其是任何获得、占有或使用。]
- 3.2 对于传统知识，应当/应制定措施，要求在传统范围以外使用传统知识者：
- (a) 承认传统知识的来源，注明已知的传统知识持有人，但传统知识持有人另有决定的除外；并且
 - (b) 使用传统知识的方式应尊重传统知识的声誉和完整性。 [其持有人的文化规范和做法。]]

[备选方案 3]

- 3.1 未被传统知识持有人在传统/文化范围以外披露的受保护传统知识，应当予以适当保护，制止未经授权的披露、使用或其他利用。使用传统知识应当获得事先知情同意，而且因这种使用而产生的任何利益应当根据共同商定的条件以公正公平的方式与相关传统知识持有人分享。
- 3.2 使用者不被合理地期望知道传统知识事先已被披露时，传统知识的商业或工业使用应当获得事先知情同意，而且因这种使用而产生的任何利益应当得到公正、公平的分享。
- 3.3 对于受保护传统知识，包括已在传统范围外披露的知识，应当酌情要求在传统范围以外使用这种传统知识者：
- (a) 承认传统知识的来源，注明已知的传统知识持有人，但传统知识持有人另有决定的除外；并且
 - (b) 使用传统知识的方式应尊重其持有人的文化规范和做法。]

备选项

[应当酌情并根据国内立法提供适当而有效的法律、政策或行政措施，

- (1) 防止公开、使用秘密传统知识或对其进行其他利用
- (2) 在传统范围以外明知情况下使用传统知识的
 - (a) 承认传统知识的来源，注明已知的传统知识持有人，但传统知识持有人另有决定的除外
 - (b) 鼓励在使用传统知识时不对其持有人的规范和做法造成不尊重

- (3) 传统知识是秘密的或者不广为人知时，确保取得事先知情同意，而且因商业使用而产生的任何利益根据共同商定的条件以公正公平的方式与相关传统知识持有人分享。

备选项

- (3) 传统知识是秘密的或者不广为人知时，鼓励传统知识持有人和使用者制定关于分享因商业性使用而产生的利益的共同商定的条件。]

第 4 条

制裁、救济和行使权利

- 4.1 各国应当/成员国 [缔约各方 [承诺] 根据其法律制度 [酌情]] 采取必要的措施，确保本文书的适用。

[备选方案 1]

- 4.2 成员国应 [/应当] 确保其法律中有足以遏制进一步侵权的执法措施，制止对本文书对传统知识提供的保护 [故意或因疏忽而造成的] 侵犯。

备选方案 2

- 4.2 缔约方承诺实施机制。

在发生违反传统知识保护的情况下，应 [应当] 有容易获得、适当而充分的刑事、民事和行政执法程序和争议解决机制、边境措施、制裁和救济，以便可以对侵犯 [盗用或滥用] 传统知识的任何行为采取有效行动，其中包括可以遏制进一步侵犯 [盗用或滥用] 的快速救济。

- 4.3 这些程序应当容易获得、有效、公正、公平、充分 [适当]，不对传统知识持有人造成负担。 [它们还应当为第三方的合法利益以及公共利益提供保障。]

- 4.4 传统知识受益人之间或者受益人和使用者之间发生争议的，双方可商定 [每一方均可以有权] 将问题提交给一个受国际、区域或国家法律承认的最适合传统知识持有人的 [独立的] 法院外争议解决机制。受益人和使用者属于同一个国家的，受益人和使用者之间的争议解决机制应当由国内法决定。

- 4.5 促进有关措施，发挥文化专长，考虑习惯法、规约和社区程序，以解决争议。

备选方案 3

- 4.1 应当提供适当的法律、政策和/或行政措施，确保本文书的适用，包括足以构成遏制的防止对受益人经济利益和/或精神利益造成故意或因疏忽而造成损害的措施。适当时，制裁与救济应当反映土著人民和当地社区会使用的制裁与救济。

- 4.2 维护本文书所给予的保护的补救办法，应当受提出保护诉求国家的国内法制约。

- 4.3 传统知识受益人之间或者受益人和使用者之间发生争议的，每一方均有权将问题提交给一个受国际、区域或国家法律承认的 [独立的] 法院外争议解决机制。]

第 5 条

权利的管理

根据本条建立国家或区域主管机构，不损害国内法和传统知识持有人按照其习惯规约、协议、法律和做法管理其权利的权利。

如成员国决定这样做，则他们应当建立这一主管机构：

- 5.1 成员国〔缔约方〕应〔可以〕根据其国内法〔与〕传统知识持有人的自由事先知情同意〔协商〕，可以建立或指定一个或多个适当的国家或区域性主管机构。职能可以包括、但不必限于下列各项：

备选项

传统知识持有人提出要求的，主管机构（区域性、国家性或地方性）可以在持有人授权的范围内：

- (a) 传播关于传统知识及其保护的信息，推广有关做法，以保护其受益人；
- (b) 确定是否已取得自由事先知情同意；
- [(c) 监督公正公平的利益分享；并]

备选项

(b) 就制定共同商定的条件向传统知识持有人和使用人提供咨询。

- (d) 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，包括协助维护传统知识数据库。

(e) 确定与传统知识有关的某行为是否构成对该知识的侵犯或其他不正当竞争行为。

- 5.2 传统知识符合第 1 条规定的标准，但未具体归属于一个社区或者不限于一个社区的，主管机构可以在可能时与传统知识持有人协商，征得其同意，对该传统知识的权利进行管理。

- 5.3 国家或区域〔主管〕机构的身份应〔/应当〕通知世界知识产权组织。

- 5.4 根据本条建立国家或区域主管机构，不损害国内法和传统知识持有人按照其习惯规约、协议、法律和做法管理其权利的权利。

- 5.5 建立的主管机构应包括原由土著人民设立的那些主管机构，使之成为该主管机构的组成部分。

第 6 条

例外与限制

备选方案 1

6.1 传统知识的保护措施应当 [/应] :

- (a) 不限制 [按习惯法和做法确定的] 受益人以符合成员国国内法的方式在传统和习惯范围内在社区内部和社区之间进行传统知识的创造、创作、习惯使用、传播、交流和发展; 并且
- (b) 仅适用于 [在受益社区成员范围以外或者] 在传统或习惯范围以外对传统知识进行的利用。
- (c) 解释本条时, 第 3 条第 1 款(e)项和(d)项中关于事先知情同意的规定应比照适用。

6.2 不得对秘密的和神圣的传统知识规定例外和限制。

备选方案 2

6.1 适用和实施传统知识保护时, 不得对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 [产生不利影响] 造成损害。

备选方案 1

6.2 是否允许 [各方可以采用] 适当的限制或例外应由国内法决定, 条件是对传统知识的使用符合自由事先知情同意 [公正做法], 可能时承认土著和当地社区, 并且不与传统知识持有人的文化准则和做法发生不合理的冲突。 [并且不冒犯土著或当地社区。]

[备选方案 2

6.2 是否允许 [各方可以采用] 适当的限制或例外应由国内法决定, 条件是此种例外受到限制, 不与受益人对传统知识的正常使用相抵触, 也不无理地损害受益人的合法权益 [, 并同时考虑第三方的合法权益] 。]

[6.3 不得/不应对秘密的和神圣的传统知识规定例外和限制。]

[成员国应确保传统知识保护既不妨碍也不阻碍对相同知识的独立发现或独立发明。]

第 7 条

保 护 期

[备选方案 1

传统知识的保护期，应 [应当] 以传统知识符合第 1 条规定的关于保护资格的标准为限。]

[备选方案 2

传统知识的保护期视传统知识的特点而不同。]

第 8 条

手 续

备选方案 1

8.1 传统知识保护无须 [不得] 履行任何手续。

备选方案 2

8.1 传统知识保护需要某些手续。

[8.2 为了做到透明、确定和保护传统知识，相关的国家机构可以 [应当/应] 设立传统知识登记簿或其他登记册。]

[第 9 条

过渡措施

9.1 本规定适用于在本规定生效时符合第 1 条所列标准的一切传统知识。

备选方案 1

9.2 国家应当确保有必要措施，维护第三方根据其国内法及其国际法义务已获得 [并且被国家 [或] 国内法律承认] 的权利。

备选方案 2

9.2 对传统知识进行在本规定生效之前已经开始的但为本规定所不允许或以其他方式受本规定管制的持续行为，应当在本规定生效之后的一段合理期限内，使这些行为符合本规定 [，但须尊重第三方已事先善意获得的权利] 。

第 10 条

与总法律框架的一致性

备选方案 1

[10.1 根据本文书提供的保护，应考虑其他国际 [和地区及国家] 文书 [与程序]，并与其保持一致 [，尤其是《关于获取遗传资源和分享惠益的名古屋议定书》]。]

备选方案 2

[10.1 [根据本文书所提供的保护，不应当减损] 而且不应当以任何方式影响各种国际法律文书 [，尤其是《关于获取遗传资源和分享惠益的名古屋议定书》] 规定的权利或保护。]

[10.2 本文书的任何内容，均不得解释为缩小或消灭土著人民或当地社区 [或民族] /受益人现有或将来可能取得的权利。]

第 11 条

国民待遇和其他承认外国人权利与利益的措施

[依据实施本国际条款的国家/国内措施或法律，对传统知识实行保护所产生的权利和利益，应当提供给按国际义务或约定中的定义属于某一成员国 [规定国家] 的国民或居民的所有符合资格的受益人。凡符合资格的外国受益人，均应当享受与作为保护国国民的受益人相同的权利和利益，并享受本国际条款所专门授予的权利和利益。]

在所有国内法上给予国民待遇或者在被具体认定符合这些原则的法律上给予国民待遇；或者

互惠；或者

一种承认外国权利人的适当方式。

第 12 条

跨境合作

传统知识处于不同国家/成员国 [缔约方] 领土上的，这些国家/成员国 [缔约方] 应当 [应] 合作，采取有利于且不违背本文书目标的措施。这种合作应当 [应] 在传统知识所有人 [持有人] 的参与 [和同意] / [及事先知情同意] 下进行。

缔约各方应审议制定全球共同利益分享机制模式的必要性，以解决在无法准许或取得事先知情同意的跨界情况下出现的因使用传统知识而进行公正公平利益分享的问题。

[附件和文件完]