

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

第三十四届会议

2017年6月12日至16日，日内瓦

关于WIPO遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案
关键知识产权相关问题的技术审查
撰稿：詹姆斯·安纳亚教授

联合国土著问题常设论坛秘书处提交的信息文件

1. 联合国土著问题常设论坛（“常设论坛”）在其于2012年5月7日至18日举行的第十一届会议上，建议“WIPO委托一名土著专家，针对涉及传统知识、遗传资源和传统文化表现形式的各个案文草案，进行一次技术审查，并通过常设论坛向政府间委员会就这些案文提供评论意见。审查应在土著人权框架内进行。”¹
2. 经与常设论坛秘书处磋商后，美利坚合众国亚利桑那大学人权法和政策教授詹姆斯·安纳亚于2014年接受WIPO秘书处的委托，独立承担了进行技术审查的责任。安纳亚教授于2014年完成审查（题为“关于WIPO遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案关键知识产权相关问题的技术审查”），并将此审查提交给常设论坛的秘书处。
3. 2015年5月28日，WIPO秘书处收到常设论坛秘书处的请求，要求将安纳亚教授进行的技术审查作为信息文件提交给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（下称“IGC”）。
4. 常设论坛秘书处还要求将技术审查提交给IGC今后分别针对传统知识和传统文化表现形式的各届会议。

¹ 见常设论坛第十一届会议报告第50段，文件E/2012/43-E/C.19/2012/13。

5. 根据上述要求，技术审查被分别作为信息文件 WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10、WIPO/GRTKF/IC/30/INF/10、WIPO/GRTKF/IC/31/INF/9、WIPO/GRTKF/IC/32/INF/8 和 WIPO/GRTKF/IC/33/INF/9 提供给 IGC 第二十九届、第三十届、第三十一届、第三十二届和第三十三届会议。现将该技术审查作为附件附后。

6. 请 IGC 注意本文件附件中的技术审查。

[后接附件]

关于 WIPO 遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案 关键知识产权相关问题的技术审查

撰稿：詹姆斯·安纳亚教授

一、背景与导言

1. 联合国土著问题常设论坛在第十一届会议上，要求世界知识产权组织（WIPO）在土著人权框架内，就 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编拟的各个案文草案委托进行一项独立的技术审查。本报告载有所要求的审查。按照 WIPO 秘书处的指示，审查针对的是载于 WIPO 文件 WIPO/GRTKF/IC/28/4、WIPO/GRTKF/IC/28/5 和 WIPO/GRTKF/IC/28/6 中的现有案文草案。
2. 本报告由作者全权负责编拟，并不一定反映 WIPO、WIPO 成员国或 WIPO 观察员的观点。
3. 本报告的第一部分从案文草案中知识产权相关问题的角度，阐述了适用于土著人民的人权框架的基本轮廓和内容。随后，报告以人权框架为背景，审查了案文草案的多个关键内容。由于篇幅所限，未以穷尽的方式对案文草案进行更详细的审查，也未审查这些案文可能提出的人权方面的所有关切。

二、人权框架

4. 案文草案旨在推进用于承认和保护遗传资源（WIPO/GRTKF/IC/28/4）、传统知识（WIPO/GRTKF/IC/28/5）和传统文化表现形式（WIPO/GRTKF/IC/28/6）财产权及其他利益的国际标准。直接关系到这些案文中处理的知识产权相关问题的是《联合国土著人民权利宣言》第 31 条，其中指出：

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体现形式，以及其科学、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体现形式的知识产权¹。

5. 宣言的这条规定立足于一系列普世人权，其中包括根据非歧视的基本准则和土著人民的具体特性所理解的文化权、宗教权、财产权和自决权。

文化权和宗教权

6. 人所公认的是，在多项人权文书中确认的享受文化的权利，延伸至土著人民独特的文化特性，其中既包括土著人民从自己的观察模式和经验中产生的传统知识，也包括他们鲜明的艺术形式和其他文化表现形式²。土著人民对遗传资源以及对其他自然资源的使用，历来也是其文化认同的一部分，或者与文化认同相关。正如人权委员会对《公民权利和政治权利国际公约》第二十七条所保护的文化权所作的说明，“文化通过多种形式得以体现，包括与使用土地资源相关的特定生活方式，对土著人民而言尤其如此。”³在很多情况下，土著遗产的这些方面是土著宗教信仰体系的一部分，或与之相关，因此属于宗教权的范围。

¹ 《联合国土著人民权利宣言》，大会第 61/295 号决议（2007 年），第 31 条第 1 款（“土著宣言”）。

² 见经济、社会和文化权利委员会，第 21 号一般性意见，E/C.12/GC/21，第 37 段；《世界文化多样性宣言》第 4 条，联合国教科文组织，2001 年。

³ 人权委员会，第 23 号一般性意见，CCPR/C/Rev.1/Add.5，第 7 段。

财产权

7. 除了立足于文化权，上文引述的宣言第 31 条肯定了土著人民对其文化遗产所述各方面的财产权益。土著人民对自己造就和创造的传统知识和传统文化表现形式拥有财产权，这一观点遵循的总体思路是，智力创造赋予其创造者精神利益和物质利益，但这种观点在其他渊源中也得到重申，例如经济、社会和文化权利委员会对《经济、社会及文化权利国际公约》第十五条第一款（丙）项的解读⁴。若干个权威国际渊源⁵，和地区法院与国内法院以及人权机构产生的日益丰富的判例⁶，均确认土著人民对其传统上使用的土地和自然资源享有财产权，通过引申，这包括对他们传统上使用或拥有的遗传资源也享有财产权。

自决权

8. 此外，“有权保持、掌管、保护和发展”宣言第 31 条指明的文化遗产的各方面，是自决权的组成部分，多个国际人权公约⁷中均承认“所有人民”享有此种权利，宣言第 3 条还特别指出土著人民享有此种权利。人权委员会在对《公民权利和政治权利国际公约》中所载的自决权进行解释时，明确提及土著人民，强调此种权利“除其他外，要求所有的人民必须能够自由处置他们的自然财富和资源”⁸。

9. 作为其自决权的一部分，土著人民“在涉及其内部和地方事务的事项上，享有自主权或自治权”⁹。这种权利必然意味着，土著人民有权根据其习俗、法律和传统，管理和规范对其遗传资源、传统知识和文化表现形式的使用。土著人民在掌管其资源和文化遗产各方面时，一个重要的组成部分就是有权决定在何种程度上和什么条件下，他人可以获得并使用这些客体。

各国落实人权的义务

10. 对于所有国际上得到公认的人权而言，其必然结果就是各国有责任尊重、保护和落实人权。主要的联合国人权文书和区域人权文书以不同措辞认可了这种责任，包括《土著人民权利宣言》，其中对第 31 条所维护的有关文化遗产和遗传资源的权利作出如下规定：“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。”在采取此种有效措施时，必须按照宣言第 46 条的规定，充分考虑更广泛的社会利益和他人的人权；但是说到底，土著人民的具体权利必须得到承认和保护，并且要符合所有人的人权。

自由事先知情同意

11. 在各国保护土著人民权利的积极作为义务中，有一项义务是确保与土著人民进行协商，以便针对可能显著影响他们所享权利的任何措施，事先征得他们的自由知情同意¹⁰。包括遗传资源在内的土著人民的自然资源，通常只有征得他们同意时才能获取，举例而言，这点已经由消除种族歧视委员会

⁴ 见经济、社会和文化权利委员会，第 17 号一般性意见，E/C.12/GC/17，第 7 段和第 32 段。另见经济、社会和文化权利委员会，第 21 号一般性意见，E/C.12/GC/21。

⁵ 例见《土著宣言》第 26 条，E.R.D. 委员会，第 23 号一般性意见，以及多个国家的具体意见（如 CERD/C/SWE/CO/19-21，第 17 段）。

⁶ 例见 Saramaka People v. Suriname, 美洲人权法院，Ser(C) 第 172 号，2007 年 11 月 28 日判决；少数民族权力法院，Dev. v. Kenya, Comm. 276/2003 27th ACHRR AAR 附件（2009 年 6 月至 2009 年 11 月）（Endorois 案）。

⁷ 《经济、社会及文化权利国际公约》第一条；《公民权利和政治权利国际公约》第一条。

⁸ CCPR/C/79/Add.105，第 8 段。类似意见另见 CCPR/CO/82/FIN，第 17 段和 CCPR/CO/74/SWE，第 15 段。

⁹ 《土著宣言》第 4 条。

¹⁰ 见《土著宣言》第 19 条。

反复确认¹¹。关于传统知识和文化表现形式，经济、社会和文化权利委员会强调，各国“应当尊重土著作者的自由、事先知情同意原则”¹²。自由、事先知情同意原则在实践中也日益被人接受¹³。因此，作为一般原则，土著人民的遗传资源、传统知识和文化表现形式，如果没有按照与受影响的权利相符的条件征得同意，则不得由他人获取或使用。对于权威国际渊源所承认的权利，包括上文所述的那些权利，同意原则对这些权利的行使发挥着保护作用 and 推动作用。

三、遗传资源案文草案（WIPO/GRTKF/IC/28/4 的附件）

12. 保护遗传资源的案文草案旨在防止遗传资源的特性和相关传统知识，被那些未发现或创造出这些特性和传统知识的人盗用或将其申请专利。

公开：保护的关键机制

13. 草案中实现这一目标的关键机制，是要求专利申请人公开此种客体的原产国或原产地来源。这个条款以及案文草案中的相关执行条款明确地提供了某种程度的防御性保护，以防止土著人民的遗传资源和传统知识被滥用，从而推动落实相关的国际人权标准。然而，这种保护具体能到什么程度，案文中并未明确，因为案文从头到尾都是置于括号中的执行条款以及序言的替代性表述。

未承认土著人民是权利人

14. 无论如何，由于文书草案依赖于公开这一防御性机制，针对土著人民对于遗传资源或相关传统知识的权利，文书并未更进一步，对积极承认或具体的保护措施作出规定或提出要求。此种承认和保护在很大程度上留待原产国的国内法律制度来决定，各国除了要对专利申请人增加来源公开这一义务之外，在这方面并没有其他明确的义务。序言的确提到，确保土著人民对遗传资源和传统知识的权利是文书的一个目标，而且术语表中“盗用”的备选表述之一提及未得到遗传资源及相关传统知识持有人的同意，暗示土著人民属于这样的持有人。但是对这些权利的确认以及各国的相应义务并未被写入文书草案的执行条款。

15. 这种缺省令人担忧，因为它可能实际上导致不论是在国内交易中，还是在国际交易中，继续抵制或者潜在抵制将土著人民视为其正当拥有的遗传资源和相关知识的财产权持有人。另一方面，即便保留这种缺省，也不能理所当然地将其解读为暗示着这种对土著人民对其遗传资源的权利的否认存在法律依据，而这些权利可以在《土著人民权利宣言》和其他国际渊源中找到支持。

四、传统知识案文草案（WIPO/GRTKF/IC/28/5 的附件）和传统文化表现形式的案文草案（WIPO/GRTKF/IC/28/6 的附件）。

16. 另外两个文书分别以保护传统知识和传统文化表现形式为目标。

受益人

17. 与关于遗传资源的文书相比，这两个文书将土著人民确定为客体的权益持有人。创造传统知识或文化表现形式的土著人民是保护的直接受益人。然而，“人民”一词仍然放在括号内，这种做法与当代人权制度中对使用“人民”一词广为接受的做法格格不入。

¹¹ 例见上文第 23 号一般性意见，和 CERD/C/SWE/CO/19-21，第 17 段。

¹² 经济、社会和文化权利委员会，第 17 号一般性意见，第 32 段。

¹³ 作者在担任联合国人权理事会土著人民权利问题特别报告员期间，投入了大量精力对这一原则的范围进行研究。例见 A/HRC/12/34，第 36 段至 57 段；和 A/HRC/21/47，第 47 段至 53 段和第 62 段至 71 段。

保护范围

18. 尽管土著人民或社区是保护的受益人，由于案文中遍布括号，各国按照要求应予落实的保护的性质和保护程度在很大程度上仍未确定。然而，两个案文都明显存在某些共同的普通参数和问题。

19. 两项文书草案均在“保护范围”这个部分注明，不同的保护水平取决于在何种程度上能够确立受益人与有关传统知识或文化表现形式之间存在密切的文化关系或独有性。在保护范围的最高水平那端，是神圣的或仅为受益人所知的传统知识和文化表现形式。对于这些形式的知识和表现形式，各国应当确保受益人对客体的掌控，防止未经授权的使用或歪曲，还要确保对于任何获得授权的使用，说明归属并公平分配利益。

20. 在保护范围的另一端，是现在已经广为人知或可以公开获得，并且不再由原产地人民或社区密集使用的传统知识和文化表现形式。在这些情况下，保护是确保说明归属并以尊重的方式来使用；不要求对直接掌管、利益分享或使用实行更有力的保护。在保护范围的中段，则适用利益分享和某些其他类型的保护。

21. 随着保护范围的大小而相应增减的是公有领域的概念，这个概念在适用于土著人民时带来了一些问题。公有领域是传统知识产权制度的固有概念，这个制度致力于提供充分保护，以激励创新，但是所提供的保护只要能使他人最终在现有创造性基础上继续创造，从而有益于整个社会即可。总体而言，公有领域理论要求知识产权终将有个期限，而且进而言之，在较大范围内已经为人所知的东西不能成为知识产权的对象，除非与个人创造性相关的某些条件得到满足。

22. 然而，从人权的角度看，这种理念在确定土著人民传统知识和文化表现形式的保护范围时，并不完全讲得通。相反，人权制度要求承认，传统知识和文化表现形式，不论广大公众是否知晓，均构成土著人民文化和社会的组成部分。正如经济、社会和文化权利委员会所持观点：“虽然……知识产权……可能……在时间和范围上受限……人权却是对人的基本权利的永恒表达”；此外，人权保护保障“人民……及其集体文化遗产”之间的联系¹⁴。在人权制度内通过各种具体的项目和标准所体现的对于土著人民的当前国际关切，其主要目的是纠正过去以及现在对土著人民犯下的过错¹⁵，包括在非双方合意的情况下，取得或使用其传统知识和文化表现形式。因此，在这个背景下所适用的人权制度要求比传统知识产权理论更加宽泛的保护范围。

保护期限

23. 关于保护期限，两个案文都在备选表述中含有允许各国确定保护措施期限长短的段落，但这多少会受到文书所确定的保护范围的限制。在每个案文中，备选表述均在很大程度上远离人权准则的逻辑，这些准则要求承认并保护土著人民对于遗传资源和文化表现形式的权利。传统的知识产权理论以一定期限的保护作为促进传播和创造性的手段，其重点是所创造知识和创意作品的经济价值。然而，人权制度认为，不论传统知识，还是文化表现形式，均构成土著人民文化和社会的组成要素，正是这种超越其经济价值的特性，成为对它们进行保护的动机。这就意味着，只要土著传统知识和文化表现形式与土著人民的文化仍然相关，这些客体就应当受到保护¹⁶。

¹⁴ 经济、社会和文化权利委员会，第 17 号一般性意见，第 2 段。

¹⁵ 见 S. 詹姆斯·安纳亚，《国际法中的土著人民》（牛津大学出版社，第二版，2004 年）。

¹⁶ 应回顾上文经济、社会和文化权利委员会的意见，虽然知识产权受时间所限，人权却是“永恒的表达”，“知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式土著专家讲习班”在谈及土著人民权利时，也强调了这点。见报告，WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9，对保护期限的评论意见。

例外与限制

24. 与保护范围和保护期限密切相关的是两个案文草案中关于限制与例外的条款草案。这些条款含有若干个关于限制与例外的不同建议，其内容全面而宽泛，可能起到在表述上缩小保护范围的相同作用。上文已经解释过，为了符合人权标准，作为总体原则，保护范围应当延伸至土著人民本来可能被认为属于公有领域的传统知识和文化表现形式。这就必然意味着，这些人权标准也不接受在文书草案中出现的限制与例外方面各种宽泛的实质性建议。由国内法来确定保护范围中的限制与例外的建议尤其成问题，因为它让各国有余地自行决定，某些传统知识和文化表现形式根本不应该成为保护的對象。任何可能的例外或限制都应当在文书中进行界定并予以具体表述，还要确保符合人权法。

滥用的定义

25. 与限制与例外的条款草案类似，滥用条款也包括若干个提法，建议将传统知识或文化表现形式的滥用定义为违反国内法。同样，这样的建议很成问题，因为它们未能包括国际标准，并且留出一定的可能性，使传统知识和文化表现形式依旧不受保护。也就是说，如果国内法不保护传统知识和文化表现形式，那么根据定义，当文化遗产的这些内容被创造或产生这些内容的人之外的人使用时，就不算滥用。因而根据人权标准，应当将滥用定义为，当某人未经同意获取土著传统知识和文化表现形式时，即算滥用行为。

[附件和文件完]