

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

第三十七届会议

2018年8月27日至31日，日内瓦

保护传统知识：差距分析更新稿

秘书处编拟的文件

1. 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（“政府间委员会”，IGC）在2008年2月25日至29日于日内瓦举行的第十二届会议上决定，秘书处将考虑到政府间委员会以往的工作，编拟一份文件，作为政府间委员会第十三届会议的会议文件，该文件将：

- (a) 说明国际上在提供传统知识保护方面现有哪些义务、规定和可能性；
- (b) 说明国际上在这方面存在哪些差距，并尽量以具体例子予以说明；
- (c) 提出与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素；
- (d) 说明弥合任何所指明的差距现有哪些选项或可能需要制定哪些选项，包括法律及其他选项，以及应在国际、区域还是国家层面加以处理；
- (e) 提供一份附件，按上文（a）项至（d）项提及的各项内容列出矩阵表。

2. 根据要求，秘书处应“明确说明据以开展分析的实际定义或其他依据”。

3. 秘书处当时编拟了传统知识保护差距分析的第一份草案，并在政府间委员会成员中散发，以征集评论意见。考虑到所收到的评论意见¹，编拟了进一步的差距分析草案，作为文件WIPO/GRTKF/IC/13/5

(b) Rev. 提交给2008年10月13日至19日举行的政府间委员会第十三届会议。

¹ 当时收到的评论意见仍可在产权组织网站上查阅：<http://www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html>。

4. IGC 第十二届会议当时就传统文化表现形式 (TCE) 作出了相同决定, 因此政府间委员会第十三届会议上有两份差距分析草案供审议, 载于文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev. (传统文化表现形式) 和 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev. (传统知识)。

5. 在上述阶段之前, 政府间委员会已经广泛审查了传统知识保护的 legal 和政策可选方案。审查全面分析了现有的国家和地区法律机制, 对多种国家经验、传统知识保护的共同要素、案例研究、正在开展的国际政策和法律环境调查以及在委员会往届会议中获得支持的传统知识表现形式保护的关键原则和目标作了小组介绍。按照委员会的要求, 这些更早期的基础性工作总结载于文件 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (a), 随文件 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev. 的差距分析草案一并提交。

6. 2017 年, 产权组织大会要求秘书处“更新 2008 年关于传统知识和传统文化表现形式现有保护制度的差距分析”

7. 依照此决定, 本文件附件一载有更新后的 2008 年保护传统知识差距分析草案。之前差距分析的结构、格式和内容基本没有变化, 只是反映了更贴近现在的国际文书或者立法或政策的发展动向。因此, 现在这一版按照政府间委员会的要求, 主要是“更新”。具体而言, 变动过的段落是: 第 3-6、12-13、15、16-17、21-24、33、35、39、54、59-61、66、71-73、75、81-84、94、98、101、108、111-113、117、122、125-126、131、134、136、138、140、142 和 147 段。附件二载有与上文 (a) 项至 (d) 项提及的内容相对应的更新的矩阵表。

8. 2008 年举行的政府间委员会第十三届会议最终未对文件 WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev. 进行讨论², 而且该届会议的决定仅反映出委员会“注意到”该文件³。政府间委员会当时没有决定在以后会议中审议该文件。

9. 请委员会审议附件一和附件二所
载的更新后的差距分析草案。

[后接附件]

² WIPO/GRTKF/IC/13/11。

³ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS。

保护传统知识差距分析更新稿

目 录

一、导 言	3
二、据以进行分析的实际定义及其他依据.....	3
(a) 实际定义	3
(b) 据以进行分析的其他依据.....	4
(i) “保护”的概念.....	4
(ii) 与传统文化表现形式差距分析之间的关联.....	6
(iii) 传统知识的不同特点.....	7
(iv) 需查明的“差距”的性质.....	8
三、现有的保护义务、规定和可能性.....	8
(a) 现有知识产权国际文书提供的保护.....	9
(i) 积极的传统知识专利保护.....	9
(ii) 专利制度中对传统知识的防御性保护.....	10
(iii) 专门针对传统知识的公开要求.....	11
(iv) 未公开的传统知识.....	11
(v) 不正当竞争	12
(vi) 显著性标志	13
(vii) 工业品外观设计法.....	14
(viii) 版权及相关法律	14
(b) 国际公法其他领域.....	14
(i) 《生物多样性公约》.....	14
(ii) 名古屋议定书.....	15
(iii) 粮农组织国际条约.....	15
(iv) 《联合国防治荒漠化公约》.....	15
(c) 其他国际案文.....	15
(i) 《波恩准则》.....	16
(ii) 《土著人民权利宣言》.....	16
(iii) 《动物遗传资源因特拉肯宣言》.....	16
四、国际上存在的差距	17
(a) 要保护的传统的定义或确认上的差距.....	17
(b) 保护目标或政策原理上的差距.....	18
(c) 现行法律机制上的差距.....	19
(i) 客体未被现行知识产权法所包括.....	19
现有知识产权保护形式未包括的传统知识.....	19
一个社区内部世代累积的集体创新.....	19
(ii) 受益人或权利人未得到承认.....	20
承认传统知识体系中的集体权利、利益和应享权利.....	20
(iii) 澄清或确认现有原则对传统知识的适用	21
一项明确将专利原则适用于传统知识的准则.....	21
(iv) 现行国际标准未提供的保护形式.....	21
关于传统知识的具体公开要求.....	21
制止传统知识不当得利、盗用和滥用.....	22
事先知情同意.....	23
注明来源及保持完整性的权利.....	23
(v) 缺少获得报酬或其他利益的权利.....	23

五、与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素.....	24
(a) 实质性因素	24
(i) 国际法与政策.....	24
(ii) 社会、文化、政治与经济方面的考虑因素.....	25
(iii) 传统知识保护在更为广泛的决策与规范活动中的意义.....	26
(b) 进程或正式的考虑.....	26
(i) 特定进程或正式的考虑.....	26
(ii) 弥合差距中要特别权衡的各种因素.....	26
六、弥合任何已查明差距现有的选项或可能制定的选项.....	27
(a) 国际层面的法律与其他选项:	27
(i) 一项或多项国际文书.....	27
(ii) 对现有法律文书的解释或阐述.....	28
(iii) 一项不具约束力的准则性国际文书.....	28
(iv) 高级别政治决议、宣言或决定.....	29
(v) 通过指南或示范法加强协调.....	29
(vi) 协调国内立法发展.....	30
(vii) 在能力建设和实用举措方面进行协调与合作.....	31
为法律与政策进程提供能力建设和实质性材料.....	31
提高传统知识持有人的实际能力.....	31
进行机构建设和引导.....	31
机构之间的合作和联合国系统内的协调.....	32
面向广大公众的提高认识与能力建设活动.....	32
(b) 区域的法律与其他选项.....	32
(c) 国家层面的法律和其他选项.....	33

一、导 言

1. 以下文件中载有本简要导言和分别按委员会在第十二届会议上所作决定中要求的内容编写的四节，即：

- 第二节：据以进行分析的实际定义或其他依据；
- 第三节：国际上在提供传统知识（TK）保护方面现有哪些义务、规定和可能性（决定中的（a）项）；
- 第四节：国际上存在哪些差距，并尽量以具体例子予以说明（决定中的（b）项）；
- 第五节：与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素（决定中的（c）项）；
- 第六节：弥合任何所指明的差距现有哪些选项或可能需要制定哪些选项，包括法律及其他选项，以及应在国际、区域还是国家层面加以处理（决定中的（d）项）。

2. 附件二中按上述各节所提及的内容（即：委员会决定中的（a）至（d）项）列出了一个矩阵表。

二、据以进行分析的实际定义及其他依据

（a）实际定义

3. 对于“传统知识”本身，国际上并无任何已得到认可的定义。其他一些国际文书中提到了一些相关的概念，例如：

- 土著人和当地社区在有关养护和可持续使用生物多样性的传统生活方式方面的知识、创新和做法⁴
- 与遗传资源有关的传统知识⁵
- 与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识⁶
- 文化遗产、传统知识和传统文化体现方式，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⁷
- 与动物繁殖和生产有关的传统知识⁸

4. 本差距分析草案需要对“传统知识”本身进行分析，而不是对任何更加具体的概念，例如与生物多样性有关的传统知识、与动植物遗传资源相关的知识、或土著人民持有的传统知识（亦称“土著知识”）进行分析；这些更为精确的概念可以被认为属于更加广义的“传统知识”概念。然而，由于明确需要对“传统文化表现形式”进行差距分析，因此，这意味着分析的重点应当是严格意义上的传统知识（狭义

⁴ 《生物多样性公约》第8条（j）项。

⁵ 《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（《名古屋议定书》）第7条。

⁶ 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第9条第2款（a）项。

⁷ 《联合国土著人民权利宣言》第31条文件 WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6。

⁸ 《动物遗传资源因特拉肯宣言》第12段。

传统知识)，而不是有时被泛泛使用、更具有说明性质的广义传统知识。鉴此，仅为本分析的目的，“传统知识”一词用以一般性地指知识本身，特别是因传统范畴的知识活动而产生的知识，其中包括诀窍、做法、技能和创新。对传统知识的这一笼统说明是依据委员会自身已开展的工作作出的⁹。

5. 开展本差距分析的依据还有，有人认为，在分析法律保护方面的差距时，也许应当有更为准确的定义，因为如果只是笼统地加以说明，也许对于进行具有可操作性的差距分析而言，可能不够明确。多年以来，委员会提出了多个关于资格的标准，并进行了审议。从委员会已开展的工作中，已提炼出如下标准，以确定传统知识需具有哪些特点才符合法律保护的资格¹⁰：

- (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
- (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、礼议或法律中。还可以对传统知识的创新特点加以考虑。

6. 为本分析之目的，要符合保护资格，未必非要作为一般意义上的“传统知识”不可，而只要该知识具有世代相传的特点，与来源社区有客观联系，并在主观上与该社区相关联，以致于其成为该社区本身的自我特征的一部分即可。这一知识构成社区社会发展的一部分。

7. 传统知识的一些具体事例包括：

- 传统医药知识——关于某些遗传资源的医学使用知识，亦包括关于不涉及使用遗传资源的医疗方法（例如传统按摩）的知识
- 与生物多样性相关的知识，或“有关养护和可持续使用生物多样性的”的知识¹¹
- 与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识¹²
- 与动物繁殖和生产有关的传统知识¹³

(b) 据以进行分析的其他依据

(i) “保护”的概念

8. 进行本项差距分析，需要处理传统知识的“保护”问题。从一定程度上讲，分析保护差距自然而然地需要从概念上确定“保护”的含义。委员会在工作中以多种方式使用过保护的概念，包括提供法律保护，禁止未经许可使用传统知识和盗用传统知识的行为（即：知识产权法律和政策中通常考虑的保护类型），以及提供具体保障措施，防止传统知识的流失和丧失（例如：传统知识体系的文献化和记录方

⁹ 来源：《知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式重要词语汇编》，可见：<http://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html>。

¹⁰ 这些标准取自“保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标和原则”（文件 WIPO/GRTKF/IC/8/5）第4条：受保护的资格。考虑到尚未达成一致意见，并且这些标准仍是产权组织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正在进行的协商的一部分，该参考文献尚未作更新。尽管如此，欲查阅保护传统知识的最新条款草案，见：http://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=368218。

¹¹ 《生物多样性公约》第8条（j）项。

¹² 粮农组织，《国际植物遗传资源条约》第9条第2款（a）项。

¹³ 《动物遗传资源因特拉肯宣言》第12款。

面切实可行的倡议，以及关于保护传统知识防止流失的法律要求——实际上也就是保障和保存传统知识以及从社会、知识和文化上支持传统知识体系的义务）。

9. 一旦澄清了“保护”的概念，便有助于确定其他一些问题，例如：

- 相关保护的范围：
 - 目前保护的客体有哪些（例如可授予专利权的发明），
 - 提供保护加以禁止的行为有哪些（例如禁止第三方的某些使用），
 - 哪些行为不属于保护范围（例如，在许多国家中，不得因可授予专利权的发明受保护而禁止非商业性研究），
 - 以及如何加以保护（例如：是否规定保护期、是否需要履行手续、或者是否受其他条件的限制，例如要求对未披露信息的保护需以该信息具有商业价值而不是文化和精神价值为条件）；
- 另一方面，哪些客体不受保护（例如：许多国家不保护纯粹的发现或已公开的诀窍）。

10. 土著创新和传统知识体系中的创新，由于现有的法律保护形式和标准而有可能被忽视，因此了解其所具有的创新特质，也可能有助于我们查明法律保护方面的差距。

11. “保护”一词相对于传统知识而言，有着诸多不同的含义。原则上，可以包括对各种记录进行实物保护，以防变质或流失（例如恢复载有传统知识的古文），并包括要求或宣传传统知识保护计划的法律。为本差距分析草案的目的，“保护”用以指知识产权背景下最经常考虑的保护类型，即：采取法律措施，限制第三方使用受保护材料的可能性，这一点既可以通过授予权利完全禁止使用（专有权），也可以通过允许在一定条件下使用（例如：专利、商业秘密或商标的使用许可条件，或者公平报酬或承认作者身份的权利等更广泛的要求）来实现。此外，委员会中还有人指出，可以通过一些实际手段来保护传统知识，以及从一定的保护意义上讲，可以通过鼓励广泛使用来保护传统知识以免流失；而且认为，根据所要求的保护形式，这也许是最具成本效益而且最持久的一种保护方式。从这种保护意义上讲，对于某一传统创新，例如传统医术，可以通过鼓励许多人从事这一行为来加以“保护”，但这种概念的保护并不是知识产权决策中一般所涉及的保护。

12. 然而，鉴于国际上很难评估各种具体倡议中存在的差距，并鉴于委员会的工作是以知识产权为重点的，因此在本文件中，保护是指禁止未经授权的使用，或禁止对受保护的客体进行不公平的利用。更笼统地说，这种意义上的“保护”意味着，需采取措施，继续对所涉传统知识加以控制或拥有权限，甚至授予排他权，或以其他形式继续对该知识享有权利。这种控制权需由社区或代表社区的个人行使，从而与公有领域的地位有所不同，因为公有领域中的，使用者不负有任何责任追溯性地找出有关知识的提供者。

13. 这并不表明，这是唯一的或重要的一种保护形式，也不是迫在眉睫的，但这反映了委员会工作本身所具有的鲜明特征。因此，本差距分析将着重于一般属于知识产权法律和政策所关注的领域。其他一些国际法律制度，例如《生物多样性公约》和联合国教科文组织相关公约，根据其各自的具体政策背景，负责处理传统知识的保存、保留和保障问题。

- 例如，《生物多样性公约》第 8 条（j）项在“就地保护”一项中，规定缔约方必须“尊重、保存和维护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，有此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓

励公平地分享应利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。”《生物多样性公约》进一步对传统知识的传播和促进作了规定，要求保障及鼓励“那些按照传统文化惯例而且符合保护或持久使用要求的生物资源习惯使用方式”（第 10 条），“交流技术、科学和社会经济研究成果，以及培训和调查方案的信息、专门知识、当地和传统知识本身及连同第 16 条第 1 款中所指的技术。[以及]可行时，也应包括信息的归返。”（第 17 条）；并要求开展合作，开发和利用各种技术，包括土著和传统技术（第 18 条）。

- 《名古屋议定书》的目标是，为公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益，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（第 1 条）。议定书还适用于与遗传资源相关的传统知识以及利用此种知识所产生的惠益（第 3 条）。
- 2003 年联合国教科文组织《保护非物质文化遗产公约》注意到：“迄今尚无有约束力的保护非物质文化遗产的多边文件”，并认为必须“保护非物质文化遗产”，而且将这一工作界定为包括保护“被各社区、群体、有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种……实践……知识、技能……。”保护的定义是：“指确保非物质文化遗产生命力的各种措施，包括这种遗产各个方面的确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承（特别是通过正规和非正规教育）和振兴。”非物质文化遗产被界定为包括“各社区在与自然环境的互动中开发并创建的知识、诀窍、技能、实践和表现形式。……这一领域中包含传统生态智慧、土著知识、人种生物学、人类植物学、民族动物学、传统医疗体系和要点等无数领域……”¹⁴所提供的例子包括安第斯卡拉瓦亚的宇宙信仰的形式（玻利维亚），其中包括一部药典和一套传统医疗体系。
- 另外，在文化政策文书方面，联合国教科文组织《保护和促进文化表现形式多样性公约》（2005 年）将“保护”界定为：“指为保存、卫护和加强文化表现形式多样性而采取措施。”在说明传统知识的传播与传统文化表现形式保护的联系方面，《公约》认识到“文化表现形式，包括传统文化表现形式的多样性，是让个人和各民族能够表达并同他人分享自己的思想和价值观的重要因素。”

14. 鉴于这些现有国际文书的重要地位和地位，及其关于保护和保障方面的重要目标，本差距分析无意评估这些文书中可能存在的差距，这一任务属于另一项不同的任务授权。因此，如上所述，本差距分析将侧重于知识产权决策和知识产权法律中最经常考虑的问题。

15. 对本差距分析第一稿文件发表意见的人指出，对于本差距分析的这一侧重点，不应视为其已预先判断传统知识可以受知识产权制度的保护，同时还应注意，在适宜的保护概念方面，存在各种不同的意见和关注。据此，特采用说明的形式对差距进行分析——即：试图查明进行知识产权式“保护”方面存在哪些差距，并不意味着可以，或者应当，弥合这一差距；也不表明技术上的“差距”与其他差距（包括知识产权法律和政策领域以外的其他保护形式方面存在的差距）相比，应当优先弥合。因此，第四节试图实事求是地查明差距，第五节提出了一旦成员国单独审议是否弥合已查明的任何差距，以及如果弥合和应当怎样弥合这些差距时，可以考虑的一些问题。

(ii) 与传统文化表现形式差距分析之间的关联

16. 为使本差距分析清楚、明了，并根据委员会一贯采取的可操作性做法，特将传统知识与传统文化表现形式（TCE）区分开来。传统文化表现形式的某些保护形式将对传统知识保护产生间接影响——例

¹⁴ <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=56>

如，对用来在社区内部维持和传承传统知识的传统歌曲和记叙性作品的录制品，或者体现显著传统知识的具体方法或诀窍的手工艺品进行保护时，便是如此。上文提及的安第斯卡拉瓦亚宇宙信仰形式是一套医疗体系，但同时也被卡拉瓦亚妇女用作纺织品的主题。无论是传统文化的具体方面，还是知识体系，都明显需要加以关注——无论是社区所掌握的诀窍的实质或内容，还是社区所使用的表现形式，都是如此。关于传统文化表现形式和文化遗产的保护种类，已在传统文化表现形式差距分析更新草案（WIPO/GRTKF/IC/37/7）中加以适当处理，并在关于传统知识的本差距分析中简要提及。需要注意的是，这两种保护方式相互之间具有互补性。

(iii) 传统知识的不同特点

17. 关于传统知识的一般特点，有如下一些假定¹⁵：

- 传统知识中可能包括具体的知识内容，其中包括传统社区成员的创新，或者可以包括更广泛的知识体系。尚无人提出是否应将“传统知识”仅限于某些具体的知识内容或者一套知识体系中。
- 关于某些传统知识是否必须具有可专利性，或必须不具有可专利性，目前尚无定论；传统知识的内容可能会两者兼而有之。仅仅因为某一创新是在传统背景下作出的，其本身并不使它失去可专利性（只要专利被授予真正的发明人、传统发明人或其权利继受人即可）。换言之，光凭某些知识属于“传统的”这一点，并不能使其丧失可专利性。即便如此，在如何对申请发明专利的传统知识或传统知识派生物或传统知识体系中开发的知识适用新颖性、创造性和实用性标准方面，可能还存在一些法律不确定性。此外，在如何确定适当的申请人方面，例如当可授予专利的传统知识是由传统社区或其他集体开发的情况下，确定适当的申请人方面，可能也存在不确定性。
- 不一定非要将传统知识视为已公开的或未公开的不可，因为这两种情况都有可能存在。如果传统知识是在当地或土著社区内部公开的，能否被视为“未公开”，还是应视为已流入公有领域，在这一问题上，亦可能存在法律不确定性。
- 传统知识可以成为多种不同形式的拥有、保管、应享权利和公平利益涉及的对象。这些利益可能属于社区内的个人、属于社区集体（无论法律上是否承认该社区集体）、或属于国家（国家要么自动拥有，要么代为个人或社区托管）。传统知识的某些方面，也许可以与社区中的某一具体个人挂上钩，即使在传统知识本身总体上仍由社区所掌握和维持的情况下，亦是如此。一些传统知识还可以成为人类共同遗产的一部分，而不专属于任何一个特定的社区或国家。
- 土著知识作为一种知识体系，被认为比传统知识更加精确，是由土著人民自己开发、维护和传播的。传统知识有可能是由那些不被认为属于土著人民的其他当地和文化社区所持有。在进行差距分析时，在一定意义上可能需要考虑如何处理土著知识与概念更广的传统知识之间可能存在的区别，例如，应当注意到，土著人民对传统知识享有的权利已被写入国际声明中（参见下文讨论）。

¹⁵ 也可参见“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），可见：http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/zh/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf。

(iv) 需查明的“差距”的性质

18. 关于保护方面到底存在哪些真正的“差距”，人们可能持不同的观点，部分原因是，“保护”一词既可以有非常广泛的内涵，又可以在法律上讲十分精确的应用。本差距分析草案将通过何谓“差距”方面的各种可能性加以审查的方式，而从多种不同的视角进行处理；这些可能存在的不同假定情况已在第四部分中予以明确说明。本分析文件在第四部分（c）项中列出了各种可能的差距，并附有事例，但应当承认的是，本差距分析文件的一些读者认为属于重大“差距”的，也许在其他读者看来，根本不成为差距，或不属于重要差距。因此，本差距分析试图查明潜在的“差距”，以便于开展政策讨论，而不是对目前仍在继续讨论之中的问题下任何定论。

19. 尤其是，法律保护方面的某些差距也许可以被视为某些事务的一种宝贵的状态，而未必非要弥合不可——广而言之，维系一个健康的公有领域，需要依靠或者建立在法律保护中存在的某些具体“差距”之上。

20. 从最广义的角度上讲，“差距”是指保护知识方面缺乏任何法律机制。现有法律保护机制仅涉及知识的某些具体形式或具体方面，而且是有限度的，例如：未披露信息必须符合某些条件，才有资格作为商业秘密或通过保密法受到保护，而且保护是有限度的——例如，保护不延及独立推演出该知识的第三方。因此，查明保护中的“差距”，可能意味着需要明确受保护客体的范围，以及界定被保护所禁止的第三方行为，以便让第三方知道该怎么做。

保护范围分层法框架下的差距

21. IGC 第二十七届会议在讨论中采用了一种保护范围分层法，据此，可以向权利人提供不同种类或不同层面的权利或措施，视客体的性质和特点而定，并根据受益人所施行的控制水平和传播程度而定。这种分层法建议对一系列传统知识进行区别性保护，不论其是已向一般大众公开，还是秘密的、神圣的或不为社区外人员所知、仅由受益人掌握。例如，这种方法提出，专有经济权利可能适合某些形式的传统知识（例如，秘密的传统知识），而基于精神权利的模式可能更适合已可公开获得的、或广为人知但仍属于特定土著人民和当地社区的传统知识。

22. 应当注意的是，在传统知识保护范围分层法的框架下，国际层面可供确认的差距可能有所不同，这取决于对层级的确定，并考虑传统知识的性质和特点、受益人掌握的控制程度，以及传统知识的传播程度¹⁶。

三、现有的保护义务、规定和可能性

23. 本节的内容涉及“国际上在提供这些保护方面现有哪些义务、规定和可能性”。分析详细考虑了知识产权保护这一总领域中主要国际文书提供的保护形式，并较笼统地考虑了国际公法其他领域直接提及传统知识及其保护的文书。为简洁起见，未对各项具体法律文书进行直接分析或讨论（委员会以往文件中对此已有大量讨论）。此外，还注意了各种国际法律文书和新进发展，例如联合国《土著人民权利宣言》、《动物遗传资源因特拉肯宣言》和《名古屋议定书》。提及这些文书，仅是为了说明国际政策当前关注的领域。本文不对法律案文进行分析，也不对任何案文的法律地位进行评判。

¹⁶ 参见：IGC 主席伊恩·戈斯先生分别为 IGC 第三十一届会议和 IGC 第三十二届会议编拟的信息说明。

(a) 现有知识产权国际文书提供的保护

一般性意见

24. 关于传统知识产权对传统知识客体的一般性适用问题，对这一客体进行知识产权保护，包括在国际层面的保护，要想采取一般性做法，可能需要考虑国家层面需要哪些法律工具和手段，这些工具和手段如何发挥作用，以及国际层面在法律和操作上可以对国家层面的保护作出哪些贡献，这种意见认为知识产权制度不足以适应传统知识客体的总体性和独特性。一些措施在范围更大的保护框架中承认了这种习惯法的一些要素，传统知识产权法亦是如此。发展的经济方面要予以考虑，传统知识持有人的有效参与也很重要，这与持有人事先知情同意的原则相一致。尽管如此，现行知识产权法仍被成功地用于制止一些形式的传统知识滥用和盗用，包括借助专利法、商标法、地理标志法、工业品外观设计法和商业保密法¹⁷。

(i) 积极的传统知识专利保护

有关国际文书：世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)，《专利合作条约》(PCT)。

25. 尽管在解释和适用方面，国家层面存在着相当的灵活性和差异，但总体上，国际专利法标准允许将专利保护延伸到在传统环境中开发的具体创新，条件是这些创新：

- 有新颖性；
- 有创造性（非显而易见性）；
- 有有用性（工业适用性）；
- 并总体上符合“发明”的定义。

26. 这些标准在国际文书中均没有有法律约束力的正式定义。因此，这些标准是否适用于传统知识，国内法中有潜在的灵活性。

27. 在“发明”区别于发现的定义上，存在着灵活性，例如传统知识被认为是发现自然规律而非一项发明时。

28. 传统知识构成以下各项时，是否应被认为是具有内在可专利性的客体，存在着灵活性：

- 一项为保护公共秩序或道德，包括保护人类、动物或植物生命与健康，或避免对环境造成严重破坏，有必要制止其商业利用的发明，条件是不能仅因为该发明的利用为法律所禁止而作出这种排除；或
- 治疗人类或动物的诊断、治疗和外科方法；
- 微生物以外的植物或动物，不同于非生物和微生物方法的用于制造植物或动物的实质上的生物方法。

29. 灵活性也存在于如何在传统知识上解释传统的可专利性——尤其是新颖性（例如，在土著或当地社区内部相对隐秘地口头流传，在确定是否具有专利新颖性时，是否被认为是已公开的现有技术）和非

¹⁷ 参见：《保护并弘扬您的文化：土著人民和当地社区知识产权实用指南》（产权组织，2017年），可见：http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/zh/wipo_pub_1048.pdf。也可参见“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），可见：http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/zh/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf。

显而易见性（例如，一种传统知识体系的从业者，在评估显而易见性时，是否被认为是该领域的技术人员）。

30. 另外，说传统知识从业者开发出可能被认为具有专利性的创新，很明显并不意味着该从业者一定希望取得专利，或者拥有进行专利申请程序的必要资源；换言之，原则上具有可专利性，并不意味着传统知识事实上获得专利。对专利制度缺乏实际利用，或者由于保护形式不合传统知识持有人的要求而选择不加使用，也可视为保护上的一种“差距”，即使传统知识的某些要素在技术上可以获得专利。但是，在进行差距分析时，可能需要区别原则上可能的保护在法律范围上的形式差距，以及不为传统知识具体要素寻求可能保护意义上的实际差距——换言之，已经有资格在某些方面获得保护的传统知识，在实践中实际上受保护的程度。后一种形式的差距分析要进行大量现场实证工作，本文没有进行。尽管如此，委员会就此进行了广泛调查。¹⁸¹⁹

(ii) 专利制度中对传统知识的防御性保护

有关国际文书：PCT，国际专利分类

31. 防御性保护涉及到防止或逆转对传统知识要素非法授予专利的措施。传统知识在专利制度中的保护，更经常地是从防御角度考虑，而不是在为传统知识积极申请专利方面。国际层面现有的义务、规定和可能性，与防御性保护直接相关。这包括传统专利法中的法律和实际防御措施，以及有关修订国际专利法标准为传统知识（与遗传资源一同）建立具体公开措施的提案。

32. 现行国际专利法标准中对传统知识的防御性保护包括下列措施：

- 《巴黎公约》建立的发明人在专利中被记载为发明人的权利。
- 扩大 PCT 最低文献，收录多种传统知识出版物。其效果是确保大量已公开出版的传统知识将在许多专利的生命初期被有系统地纳入考虑，甚至在专利申请进入国家阶段之前就被写入公布的国际检索报告之中。
- 2006 年国际专利分类将范围扩大和集中到一种具体类型的传统知识相关物质上，即“含有来自藻类、苔藓、真菌或植物及其派生物，例如传统草药的未确定结构的药物制剂”（A61K 36/00）。这一修订承认了传统知识体系在知识和技术上的重要性。它提高了相关传统知识文件在专利检索程序中被发现的可能性，因此提高了传统知识防御性保护的实践基础。

33. 委员会制定了下列标准和方针，这些没有被正式纳入现行国际专利法标准，但仍与防御性保护有关：

- 委员会采用了传统知识文献标准，这些标准承认有必要记录和尊重获取和使用文献化传统知识的条件²⁰。
- 委员会内编拟了传统知识相关专利审查指南，指南的适用将大大提高不向传统知识授予非法专利的可能性。

¹⁸ 例如，参见文件 WIPO/GRTKF/IC/5/7 和 WIPO/GRTKF/IC/5/8，以及这两份文件采用的各项调查和问卷。

¹⁹ 产权组织的出版物《保护并弘扬您的文化：土著人民和当地社区知识产权实用指南》载有授予土著人民和当地社区利用传统知识开发的创新专利的两个实例。传统知识本身未被授予专利，被授予专利的是利用传统知识开发的具有新颖性和创造性的创新。

²⁰ 参见文件 WIPO/GRTKF/IC/4/14，可见：http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_14.pdf。

34. 另一种措施在一些国内法中有，但国际标准中没有，它要求专利申请人公开对发明的专利性有实质意义的信息，包括信息的来源。

35. 另有一些倡议目的是确保专利检索和审查程序能充分查询现有传统知识，确保在评估专利性时有更多资料，同时不违反传统知识原始提供者的愿望造成传统知识的意外公开和传播。

(iii) 专门针对传统知识的公开要求

36. 为加强传统知识的防御性保护，即避免利用传统知识的发明在没有新颖性或者缺少事先知情同意或公平分享利用传统知识所得利益的情况下获得专利，一些国家在国内法中采取措施，对提出权利要求的发明中使用的传统知识和遗传或生物资源提出具体形式的公开要求²¹。有若干提案在世贸组织和产权组织被提出，要求加强国际专利法标准，增加这种公开要求。这种机制代表了传统知识防御性保护的一种重要形式，因此与本分析有关。目前，尚无一种机制以有约束力的法律形式在国际上得到采用²²。但是，《波恩准则》鼓励《生物多样性公约》缔约方考虑以下措施。《波恩准则》尽管不具约束力，但可被认为是本分析任务规定中所说的“规定”或“可能性”：

- 采取措施，鼓励在申请知识产权时披露遗传资源的起源国和土著和地方社区传统知识、创新和做法的来源；

37. 在产权组织应生物多样性公约的邀请编写的两项研究中，对“规定”或“可能性”的范围作了一定程度的详细探讨²³。

38. 此外，有人指出，《波恩准则》在指出这项措施时，将其放在了一系列有关遗传资源使用者的法律、行政或政策措施的上下文中，尤其是：向潜在使用者提供信息的机制，使其了解获取遗传资源的有关义务；采取措施，防止使用没有得到提供此种资源的缔约方的事先知情同意而获得的遗传资源；各缔约方开展合作，处理据称违反获取和惠益分享协定的事件；各机构遵守有关获取和惠益分享的规则的自愿性认证制度；以及制止不公平贸易做法的措施²⁴。总的来看，这些并不直接与知识产权法律和实践有关，尽管不公平贸易做法在某种程度上为不正当竞争法所制止（本文另有讨论）。

39. 对于这种专门针对传统知识的公开要求的必要性和价值，以及引述这种规定是否是对其价值的评判，人们表达的观点有很大分歧，在对本差距分析较早一稿所提出的评论中即是如此。本差距分析未试图从政策角度对这种要求进行评价，但下文的讨论的确指出，国际标准客观、现实上的缺少，在形式意义上是一种“差距”，因为一些国家所采用的这种保护形式，在国际标准中并不存在。

(iv) 未公开的传统知识

有关国际文书：《保护工业产权巴黎公约》（《巴黎公约》），TRIPS

40. 传统知识未公开披露的，可以归入保护未披露信息或机密信息的现行国际标准中。国际通行最低标准由世贸组织 TRIPS 协定规定，要求信息要获得保护，应当：

- 作为整体或在其组成部分的精确配置和组合上，不为通常涉及该类信息的同行业中的人们所普遍了解或容易获得，在此意义上属于秘密；

²¹ 参见产权组织出版物《遗传资源和传统知识专利公开要求关键问题》（2017 年），可见：http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/zh/wipo_pub_1047.pdf。

²² 《名古屋议定书》中未纳入任何对于公开要求的参考信息。

²³ 这些研究可见：http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_32/wo_ga_32_8.pdf 和 http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/786/wipo_pub_786.pdf。

²⁴ 《波恩指南》第 16 条 (d) 项。

- 因其为秘密而具有商业价值；以及
- 由合法控制该信息的人根据情况已采取了合理的措施来保守秘密。

41. 保护的是“在未经其许可的情况下以违背诚实商业做法的方式，向他人泄露、被他人获得或为他人使用的”信息，被定义为“应至少指诸如违约、泄密和诱使人违约泄密等行为，并包括通过在获得信息时已知、或主要因疏忽而不知涉及了此种做法的第三方来获得未泄露的信息”。这与许多传统知识潜在相关，对于这些传统知识，实际对传统知识进行商业化的人，不一定是第一个获得信息的人，而是下游的商业或工业企业。

42. 这一国际标准被称为“确保为制止按《巴黎公约》（1967）第 10 条之二中规定的不正当竞争提供有效保护”的手段。只要条件仍然满足，保护期实际上无限（例如，知识持有人公开披露之后，不再享有保护）。

43. 这一国际标准明显适用于大量传统知识，但同样明显的是，大量传统知识不包括在内。在适用这一标准时可能出现的一些考虑有：

- 在给定传统社区内部披露的传统知识，在什么情况下仍被认为是“秘密”？
- 在确定保护条件是否适用时，一个社区的习惯法或习惯做法可能起到什么作用？（例如，在委员会中经常引用的 Foster 诉 Mountford 一案²⁵中，土著社区的习惯法被认为足以确定保密义务。）
- 知识对社区有精神价值和文化价值，但对社区没有商业价值，如果第三方自己从中实现商业利益，知识是否仍受保护？换言之，如果社区出于精神的和非商业的原因为传统知识保密，而且事实上主动拒绝应当评价该传统知识商业价值的想法，那么这种知识是否仍作为未披露信息受保护？

44. 由于这是最低标准，所以国内法中可能有更广的保护形式，例如，国内法可以确保仅在特定社区内部传播的传统知识仍被承认为未公开的知识，因此而受到保护。知识的精神价值与文化价值也可以被认为是一项相关因素（因此商业价值本身不一定是获得保护的必要条件），而且习惯法的作用可以得到承认（例如在确定“进行保护的合理步骤”时）。

(v) 不正当竞争

有关国际文书：《巴黎公约》，TRIPS

45. 《巴黎公约》要求“给予制止不正当竞争的有效保护”，规定“凡在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为构成不正当竞争的行为”。可以看出，这种不正当竞争的概念是笼统表述的，但对以下方面有具体侧重：

- 对竞争者的营业所、商品或工商业活动造成混淆的行为；
- 在经营商业中，损害竞争者的营业所、商品或工商业活动的信用的虚伪说法；
- 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示或说法。

²⁵ 如《传统知识持有人对知识产权的需求和期望：WIPO 知识产权与传统知识调查团的报告（1988—1999 年）》，产权组织，2001 年，第 75 页。

46. 这些对不正当竞争更详细的概括，举例来说，可能适用于下列情况：对传统知识相关产品进行商业化开发时错误或引人混淆地暗示是土著或当地社区的真实产品，或者错误或引人混淆地暗示产品得到了土著或当地社区的认可或授权²⁶。

47. 这些国际标准（这些标准的效力也得到 TRIPS 协定的承认）的一种可能解读是，这些标准可以涵盖范围更大的保护形式，不限于专门列出的混淆性、错误或误导性表示的具体行为。对该条的一项评论指出：

对“竞争”应作何理解，由每个国家依其自己的观念作出决定：各国可以将不正当竞争概念扩及到狭义地讲……不是竞争的行为……。任何竞争行为，如果它违反工业或商业事务中诚实的习惯做法，必须认为是不正当的竞争行为。这个标准不限于在被请求给予制止不正当竞争保护的国家的诚实的习惯做法。这个国家的司法机关或行政机关也必须考虑国际贸易中形成的诚实的习惯做法。如果被请求给予保护的国家的司法机关或行政机关断定被控诉行为违反了工业或商业事务中诚实的习惯做法，这些机关必须认定该行为是不正当竞争行为，并实施其本国法所规定的制裁和救济手段。许多行为都可能符合上述标准²⁷。

48. 由此，该规定可以解释为禁止被认为违反诚实做法的其他传统知识使用形式。国家层面可以认定，不正当竞争行为可以包括使用传统知识不当得利，以及从非法取得的传统知识中获取商业利益。

49. 除了造成混淆以及错误或误导性表述的行为以外，许多国家的不正当竞争法还制止其他形式的商业行为。这些法律涉及的不正当商业做法还有结成垄断，以及可能被认为诚实但不正当竞争的传统知识其他使用形式，例如掠夺性定价。

(vi) 显著性标志

有关国际文书：TRIPS，《马德里协定及议定书》，《保护原产地名称里斯本协定》，《巴黎公约》

50. 国际文书保护的显著性标志包括

- 传统商标（包括服务商标）；
- 证明商标和集体商标；
- 地理标志。

51. 这种保护不能保护知识本身。但是，它可以间接提供保护，为显著性标志、符号、图案和地理标志提供保护手段，如果这些标志应用于基于或采用传统知识的产品与服务，还可作为社区认可或真实性的证明。

52. 这些显著性标志也可借助这些法律机制进行防御性保护，尤其是对构成误导或欺骗性使用传统知识相关标志、符号或文字、或者土著知识相关地理指称的注册提出异议或法律行动²⁸。商标违反道德或公共秩序的，适用有关驳回或宣告无效的国际标准。在一些案件中，这些禁止性规定被用于驳回或撤销可能对土著社区造成文化或精神冒犯的商标。（关于商标制度对传统文化表现形式防御性保护的讨论，参见传统文化表现形式差距分析更新草案²⁹）。

²⁶ 参见产权组织《保护并弘扬您的文化：土著人民和当地社区知识产权实用指南》中的实例，第 57 页。

²⁷ 乔治·博登豪森，《〈保护工业产权巴黎公约〉适用指南》（1968 年），第 144 页（脚注略）。

²⁸ 新西兰和安第斯共同体通过了除非土著人民提出商标申请或经其同意，不得注册包含土著人民文化名称或表达形式的商标的具体规定。更多信息参见《保护并弘扬您的文化：土著人民和当地社区知识产权实用指南》中的实例，第 44 页。

²⁹ 文件 WIPO/GRTKF/IC/37/7，附件：第二部分“差距的含义”，第 34 段；第三部分 A“土著与传统名称、文字和符号”，第 58 段和第 59 段；第三部分 B“土著与传统名称、文字和符号”，第 71 至 75 段；第三部分 D“使用显著性标志和反

(vii) 工业品外观设计法

有关国际文书：TRIPS，《伯尔尼公约》，《工业品外观设计国际注册海牙协定》，《巴黎公约》

53. 工业品外观设计保护不涉及知识的内容本身，与传统文化表现形式保护的关系要强于与传统知识的关系（参见关于传统文化表现形式的配套差距分析更新草案）。尽管如此，外观设计保护的国际标准可以为某些传统知识提供一定的间接保护，在外观设计与特定传统知识体系，例如工具、乐器或手工艺品制作方法有密切关系的情况下尤为如此。工业品外观设计具有新颖性或原创性的可以获得保护，但是可以把本质上由技术或功能性考虑决定的外观设计排除在保护之外。

54. 一些成员国在《外观设计法条约》草案的框架下提出了一项提案，即是否有可能要求公开工业品外观设计中利用或纳入的传统文化表现形式、传统知识或遗传资源的来源或资源，作为申请中的一项要素³⁰。

(viii) 版权及相关法律

有关国际文书：TRIPS，《伯尔尼公约》，《产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）

55. 版权保护涉及表达形式，不涉及知识的内容本身，因此与传统文化表现形式保护的关系强于与传统知识的关系（参见关于传统文化表现形式的配套更新差距分析草案，WIPO/GRTKF/IC/37/7）。尽管如此，版权及相关权国际标准可被视为向传统知识提供间接保护的一种途径。尤其是，版权可以适用于数据库中收录的传统知识描述，以及“由于对其内容的选择和编排而构成智力创作”而可以作为汇编作品保护的传统知识汇编。但是，这种通过版权对传统知识的间接保护不能延伸到传统知识的内容本身；所以传统知识中的诀窍和实质内容可能被第三方取用，即使它们已收录在受版权保护的数据库中。

56. 总的说来，传统知识借助传统文化表现形式传播时，传统文化表现形式保护可被视作传统知识的一种间接保护（例如，一段用于在社区内部传播传统知识的传统表演录音，可以作为传统文化表现形式的记录得到保护；这将限制录音的传播和获取，从而间接限制通过传统文化表现形式传播的传统知识的获取与传播）；详情请参见关于传统文化表现形式的配套更新差距分析草案。

(b) 国际公法其他领域

57. 本差距分析的重点是具体涉及知识产权法及其与传统知识关系的国际标准。但是，国际公法的其他标准，例如环境保护、植物遗传资源和土著人民权利等，可被认为与国际法律和政策总框架相关。本文对这些标准进行简要回顾。

有关国际文书：《生物多样性公约》（CBD），粮农组织国际条约，《联合国防治荒漠化公约》（UNCCD）

(i) 《生物多样性公约》

58. 传统知识的一个具体领域，即与生物多样性保护和可持续使用有关的知识，受《生物多样性公约》约束，《公约》要求缔约方：

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使用，由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参

不公平原则打击盗用与传统文化表现形式相关声誉（‘风格’）的行为”，第 101 段；以及第三部分 D “土著与传统名称、文字和符号”，第 113 段。

³⁰ SCT/35/2。

与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。

(ii) 名古屋议定书

59. 《名古屋议定书》第 7 条规定如下：

“缔约方应根据国内法酌情采取措施，以期确保获取由土著和地方社区所持有的与遗传资源相关的传统知识，得到了这些土著和地方社区的事先知情同意或批准及参与，并订立了共同商定的条件。”

60. 第 5 条第 5 款亦与此相关：

“各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以确保同持有与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益。这种分享应该依照共同商定的条件进行。”

61. 此外，第 16 条规定如下：

“1. 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。

2. 缔约方应采取适当、有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第 1 款通过的措施的情事。

3. 缔约方应尽可能并酌情就据控违反本条第 1 款所指国内获取和惠益分享的立法规定或管制要求的情事给予合作。”

(iii) 粮农组织国际条约

62. 同样，粮农组织《粮食和农业植物遗传资源国际条约》（ITPGRFA）涉及传统知识的另一个领域，即与粮食和农业植物遗传资源有关的知识，《条约》规定：“各缔约方应酌情……依其国家法律，采取措施保护和加强农民的权利，其中包括：（a）保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识；（……）³¹”。

(iv) 《联合国防治荒漠化公约》

63. 《联合国防治荒漠化公约》（UNCCD）规定缔约方应保护、促进和利用有关的传统和当地技术、诀窍和做法，并为此承诺“请当地群众参加将这种技术、知识、诀窍和做法及其潜在用途登记造册，并酌情与有关政府间组织和非政府组织合作传播这方面的信息”（第 18 条第 2 款（a）项）。《公约》进一步规定，区域活动可以包括“编制技术、知识、诀窍和做法以及传统和当地技术和诀窍的清单并促进其传播和利用”（附件二第 6 条（b）项）。

(c) 其他国际案文

有关国际案文：《〈生物多样性公约〉波恩准则》，《土著人民权利宣言》，《动物遗传资源因特拉肯宣言》

³¹ 第 9 条：农民的权利，ITPGRFA。

(i) 《波恩准则》

64. 《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》在执行秘书的准则《序言》中被描述为“没有法律约束力…… [但为大约 180 个国家所一致通过,] 具有明确和无可争议的权威”, 它为传统知识规定了某种保护, 建议“提供者应: ……仅在其有权利这么做的时候提供遗传资源和/或传统知识”, 并且“在其管辖下拥有遗传资源使用者的缔约方……除其他外, 似可考虑……采取措施, 鼓励在申请知识产权时披露……土著和地方社区传统知识、创新和做法的来源”。

65. 《准则》的目标是“帮助建立承认保护传统知识的获取和惠益分享制度”(第 11 段(j)项), 《准则》并鼓励在传统知识相关方面“各缔约方开展合作, 处理据称违反获取和惠益分享协定的事件”。

(ii) 《土著人民权利宣言》

66. 土著人民持有的传统知识本身在《联合国土著人民权利宣言》³²中有所涉及, 作为一项宣言, 它可被认为是国际层面存在的一种“规定”或“可能性”, 尽管差距分析草案的一些评论者指出, 《宣言》不具法律约束力, 未经协商一致通过, 并称其为“反映土著人民期望的一项资料”。宣言第 31 条指出:

土著人民有权保持、掌管、保护和发展其……传统知识(……), 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(……)传统知识(……)的知识产权。

67. 《宣言》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”。

(iii) 《动物遗传资源因特拉肯宣言》

68. 2007 年 9 月 7 日粮食和农业动物遗传资源国际技术会议通过的《动物遗传资源因特拉肯宣言》“肯定酌情根据本国立法尊重、保护和保持与动物育种和生产相关的传统知识, 作为对可持续生计的一种贡献是可取的”。与《宣言》配套的“动物遗传资源全球行动计划”, 其目标之一是: “促进公正和公平地分享利用粮食和农业动物遗传资源所产生的利益, 承认与保护动物遗传资源及其可持续利用相关的传统知识、创新和方法的作用, 并酌情实施有效的政策和法律措施”。

³² WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (2008 年 2 月 15 日), 由联合国大会 2007 年通过。

四、国际上存在的差距

所存在的差距，可能时用具体例子说明：

69. 在考虑国际层面的传统知识保护时，可能的“差距”从两个层次来考虑：

- 国际上表述的保护目标上的差距
- 为实现这些目标而建立的国际法律机制上存在的差距

70. 但是，一项先决考虑是作为差距分析对象的“传统知识”这一概念的范围，下文对此先予考虑。

(a) 要保护的传统知识的定义或确认上的差距

71. 本差距分析所依据的工作假设是从委员会自己对这些问题的广泛审查中得出的，其中包括以下区别：

(i) 以下两者的区别：

- 作为客体一般性说明的“传统知识”，一般是传统社区包括土著和当地社区的知识遗产与无形文化遗产、做法和知识体系（广义的传统知识），和
- 作为权利和应享权利具体对象的“传统知识”，比较而言更突出知识的内容与实质本身（狭义的传统知识），例如，区别于传统文化表现形式（TCE）/民间文艺表现形式。

(ii) 以下两者的区别：

- 哪些可被笼统概括为传统知识，以及
- 传统知识中尤其受到或尤其应当受到法律保护的那些要素。

72. 与上述工作假设相一致，委员会的工作应用了这些区别。关于第一项区别（上文第（i）项），“传统知识”一词使用的是范围较窄的含义，是指

知识本身，特别是因传统范畴的知识活动而产生的知识，其中包括构成传统知识体系的诀窍、技能和创新³³。

73. 这种意义上的传统知识在范围上广于国际公法和国际公共政策其他领域所指的更具体的知识领域（药物、生物多样性相关、植物遗传资源相关）。

74. 关于第二项区别（上文第（ii）项），委员会用了很长时间考虑下列原则：为了经由具体法律机制得到保护，传统知识可能需要具有以下特点：

- (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
- (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

³³ 来源：关键术语词汇表。

关系可能已正式或非正式地体现在传统或习惯做法、规约或法律中³⁴。

75. 为本分析之目的，这可能意味着，要获得保护，知识不能仅被泛泛描述为“传统知识”，而应当具有世代相传的特点，应当与所来源的社区有客观联系，并且应当在社区内有主观联系，构成该社区自我认同的一部分。

(b) 保护目标或政策原理上的差距

76. 对任何法律制度进行分析，都要考虑制度的目标或原理。因此，进行差距分析，可能需要考虑可以在国际层面表述、但尚未在正式意义上表述的共同目标。关于知识产权与传统知识问题，尚未在国际层面得到正式表述或肯定的政策目标有：

- 承认传统知识体系的内在价值，及其对环境保护、粮食安全与可持续农业及科学技术进步所作的贡献；
- 承认传统知识体系是宝贵的创新形式；
- 增进人们对传统知识体系以及传统知识持有人文化与精神价值的尊重；
- 尊重传统知识持有人和保管人的权利；
- 促进对传统知识的保存和保护；
- 加强传统知识体系，其中包括为继续对传统知识进行习惯使用、发展、交流和传播提供支持；
- 支持传统知识体系内不断创新，鼓励从传统知识基础上开发创新；
- 为传统知识的保障和保存提供支持；
- 制止对传统知识的盗用和不正当、不公正的使用，促进公正的传统知识利益分享；
- 确保对传统知识的获取和使用经过事先知情同意³⁵；
- 促进以传统知识体系为基础的可持续社区发展及合法贸易活动；
- 禁止对传统知识授予或行使不适当的知识产权。

77. 以上概括了在国际辩论中，包括在委员会中提出的各种目标。这些目标尚未以任何正式形式得到通过，也可能无法取得协商一致。尽管如此，在这些一般性目标中，有多个在某种程度上为现行国际文书所涉及，尽管这些文书仅涉及全部传统知识中的一个子集——例如，《生物多样性公约》促进对生物多样性保护和可持续使用相关传统知识的尊重和保存，但没有明确涉及典籍化医学知识体系等其他形式的传统知识。粮农组织《植物遗传资源国际条约》承认“……当地社区和农民以及土著社区和农民……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作出并将继续作出的巨大贡献”。

78. 不具法律约束力的《土著人民权利宣言》可能给国际目标提出了政策方向。《宣言》叙述了土著人民的各项权利，尤其是（与传统知识其他持有人相比）有权“保持、掌管、保护和发展其……传统知识”，有权“保持、掌管、保护和发展自己对这些……传统知识……的知识产权”，所指的传统知识范围大于其他现有文书的范围。

³⁴ 注：文件 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev. 利用“保护传统知识：经修订的目标和原则”（文件 WIPO/GRTKF/IC/8/5）作为参考文件编拟。考虑到 IGC 正在进行的协商，这份参考文件尚未作更新。

³⁵ 在《联合国土著人民权利宣言》中也称“事先自由知情同意”。

(c) 现行法律机制上的差距

79. 知识产权保护在严格的法律意义上，包括界定权利人对他人使用受保护对象有何种提出反对的权利，或者至少有何种权利从其使用中获得公正的利益，以及对不说明来源或扭曲行为（丧失完整性）提出反对的权利。换言之，保护包括授权权利人制止不希望的知识使用或传播形式，制止对知识的非法获取，否则有权收取公正的报酬（包括赔偿责任制度）。这样，知识产权保护的重点是对第三方使用受保护对象的方式提出反对或加以防止的权利。

80. 因此，传统知识的保护在具体法律机制上的差距可概括如下：

- (i) 客体未被现行知识产权法所包括；
- (ii) 权利人未得到承认，其他受益人被从保护的好处中排除；
- (iii) 无法制止的使用形式和其他行为；
- (iv) 无权获取报酬或其他利益。

81. 但是，对这种潜在差距进行分析，必须对现行知识产权法保护传统知识的种种可能性进行全面调查。委员会对这些可能性进行了大量研究，包括在详细的成员国调查基础上进行的研究，还对若干实质性文件中列出的这些选项进行了审查（列在文件 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (a) 中）；这些在本文件中未予转录，但可以认为与本差距分析有关；例如，可参见：

- 政策选项与法律机制，见 WIPO/GRTKF/IC/7/6 和 WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5；
- 在国家、区域和国际各个层面有关传统知识保护的调查、报告和比较分析，见 WIPO/GRTKF/IC/3/7、WIPO/GRTKF/IC/3/8、WIPO/GRTKF/IC/3/9、WIPO/GRTKF/IC/4/7、WIPO/GRTKF/IC/4/8、WIPO/GRTKF/IC/5/7、WIPO/GRTKF/IC/5/8 和 WIPO/GRTKF/IC/6/4。

(i) 客体未被现行知识产权法所包括

现有知识产权保护形式未包括的传统知识。

82. 说明：在上文三 (a) 中所指明的传统知识产权形式中，有些传统知识被排除在外，从中可明显发现差距。在一些情况中，此种传统知识可以在国际知识产权法所规定的灵活范围内得到现行国内知识产权法的保护。但是，如果罗列此种不受保护的知识，自然包括：

- 由于已经以相关方式向公众公开而被认为不具新颖性的传统知识；
- 考虑到相关公众已可获得的其他知识，被认为显而易见的传统知识，包括相关领域的技术人员（可能包括传统知识的执业者或持有人）作为该领域的技术人员认为显而易见；
- 由于已经公开披露和其他情况，不符合机密信息、商业秘密或未披露信息保护标准的传统知识。

一个社区内部世代累积的集体创新

83. 说明：本分析中所定义的传统知识具有的一项特点是，是在一个社区内部世代代发展演变而成的。传统知识的某些要素是由社区内的个人发展的，他们可能在社区内拥有具体权利，并对社区负有责任。但在总体上，传统知识保护涉及到对集体持有的知识积累的保护，除非知识被认为是未披露信息或机密信息。

84. 此种知识可被认为被《生物多样性公约》（与生物多样性保护和可持续使用相关的传统知识）、《名古屋议定书》（与遗传资源有关的传统知识）和粮农组织（与植物遗传资源有关的传统知识）所包括，对其进行保护的义务是用笼统的语言表述的。这些规定并不覆盖较广义的传统知识，但在这些文书的具体政策目标方面对其作了定义。

85. 商标或地理标志形式的保护可由集体持有，可以有效地保护世代相传的传统知识，并且传统知识不必满足未披露信息或机密信息的标准。同样，这种机制可被认为适用于知识体系的保护，而且现行知识产权制度中也存在若干保持、促进和保护传统知识的机制，这些机制广泛延伸到传统知识的许多不同形式和表现。

86. 差距：保护未延伸到累积的、集体持有和世代相传的传统知识，除非知识满足未披露信息或机密信息的标准。不存在将这种传统知识作为保护对象本身的直接保护办法，尽管有多种形式的知识产权保护与传统知识有关，例如对传统上与知识相关的地理标志和显著性商标与标志的保护。

87. 差距：知识产权保护未延伸到传统知识体系整体，不制止对独立知识体系的占用。知识产权保护可以延伸到一个传统知识体系中特定、孤立的知识要素，可以保护与知识体系相关的显著性声誉、标志和商标，并可以针对知识体系的误导性说明提供保护，包括通过真实性认证。

88. 差距：多数知识产权保护形式所适用的保护期，与传统知识的世代发展相比，相对有限，可能不足以确保传统知识的适当保护。因此保护期有限可以被认为是一种差距。

89. 举例：一个社区为一种药用植物开发了一系列有用的应用，并对这种植物应当如何栽培、收获和用于治疗多种疾病（包括与其他植物萃取物配合使用）形成了系统的认识。这一知识体系与该社区有显著关联，并通过习惯做法在社区内部得到保持。国际标准不允许该社区制止他人在不说明来源和不提供公正利益回报的情况下占有这种知识的要素并将其用于工商业用途（除了该知识中已取得专利的要素或符合未披露信息标准的要素以外）。可用的保护形式，即使适用，有效期一般也与世代相传的情况以及保存传统知识体系的必要性不相适合。社区使用该药用植物的某些方面可以用相关办法保护，例如保护社区与该植物及其医药用途有关的名称，或者用认证制度证明该社区同意或参与其知识的商业化开发。

(ii) 受益人或权利人未得到承认

承认传统知识体系中的集体权利、利益和应享权利

90. 说明：现行法律机制通常以个人或一小组个人（例如被承认的发明人）作为知识产权权利的基础。在一定程度上，一些形式的知识产权可以承认一个集体有权行使对受保护客体的权利并从中受益——例如地理标志、集体商标和未披露信息保护，一个集体，包括受法律承认的土著或当地社区，在这种情况下可以作为拥有人或受益人。但总体上，不存在承认集体或社区所有权、保管权或对其知识或知识中具体要素的其他权利形式的制度。这种制度可能需要考虑一种现实情况，即多个社区可能是传统知识的权利人。

91. 这一差距部分为《联合国土著人民权利宣言》所涉及，《宣言》规定“土著人民有权保持、掌管、保护和发展其（……）传统知识（……）[而且]（……）有权保持、掌管、保护和发展自己对这些（……）传统知识的知识产权”。但是，由于《宣言》是不具约束力的国际文书，因此这是一种泛泛的声明，不是可在实践中直接用于弥合这一差距的具体法律机制。

92. 差距：承认土著和当地社区本身可以对与其显著相关的传统知识体系中的知识拥有权利、权威、保管权或其他权利。

93. 举例：在前例中，有关社区目前作为社区没有任何集体权利针对对其知识的滥用或盗用采取行动。

(iii) 澄清或确认现有原则对传统知识的适用

一项明确将专利原则适用于传统知识的准则

94. 说明：对于不具有新颖性的传统知识，或者对一组有关领域技术人员显而易见的传统知识（有关领域技术人员可能包括传统知识的执业者），原则上已经不可能取得合法专利。此外，提出权利要求的发明，如果申请人不是实际发明人，或者未从实际发明人直接取得申请权，也无法取得合法专利，这种情况例如专利权利要求延伸到从传统知识持有人取得的传统知识，或者传统知识持有人为提出权利要求的发明作出了发明性贡献。此外，真正的发明人有权在专利文件中被注明。这些大原则已经为国际专利法所接受，尽管它们在国际准则设定层面从未被明确适用于传统知识。

95. 这种明确原则的缺少，是否是一种“差距”，可以争论：将一般原则具体适用于传统知识，明确说明专利法和原则中已经隐含的内容，是否属于“弥合差距”？另一方面，在国际上明文达成谅解，专利一般原则怎样具体适用于传统知识，排除某些无效专利，例如试图声称从传统知识持有人取得的传统知识是另一方的发明，可以被认为是现有原则的有用澄清。这一期望已经隐含在现有原则中，是否更加明确地表述这些期望，是否是要弥合的一个真实差距，是一个问题。

96. 差距：没有正式的国际陈述将一般专利准则和原则直接适用于传统知识环境：例如，具体、明文地将直接要求保护下列传统知识的专利排除在外：（i）因为已为公众所知或可为公众所用而不具新颖性，（ii）对于作为有关领域技术人员的相关传统知识执业者显而易见，或者（iii）从传统知识持有人取得，但未将其注明为发明人，未得到其适当授权。

97. 举例：一个人在访问一个土著社区时得到了宝贵的传统知识。他原封不动地用这种知识提出了两项专利申请，自称发明人，未进行任何重大改进，也没有通知或提及向他提供传统知识的传统知识持有人。其中一项专利申请是一份具有真正专利性的发明：这时申请人无权申请专利，因为真正发明人是传统知识原始执业者，而且申请人提出申请，并未从真正发明人处取得合法权利。另一份专利申请要求保护的传统知识已经向公众披露，是一种已经为传统知识持有人社区所了解的方法：这时，专利也将由于缺少新颖性或缺少发明性而无效。

(iv) 现行国际标准未提供的保护形式

关于传统知识的具体公开要求

98. 说明：一些国家已经建立了有关传统知识（以及遗传资源，本差距分析未包括）的具体机制，在本国专利法中增加了公开要求。专利申请人被要求公开提出权利要求的发明中使用的传统知识的来源或起源，在有些情况下还要求提供证据证明事先知情同意和已达成公正分享利益的安排。国际法尚未建立这种要求，但是已经提出修订TRIPS协定增加这一要求的若干提案³⁶，并得到一些国家的支持，在产权组织也提出了有关这一要求的几份提案。有些方面反对这种要求，并对其价值提出疑问。除了国际标准中在这种要求方面技术上存在差距或缺这一客观事实以外，本文不对这些不同观点进行评估。弥合这一差距是否有必要，以及如何弥合，自然要由国家之间进行政策辩论。

99. 差距：国际上没有具体要求，规定专利申请应当公开提出权利要求的发明中使用的传统知识的来源或起源，或者公开关于事先知情同意和公正分享利益的信息。

³⁶ 参见提交给世贸组织贸易谈判委员会的提案：2008年7月19日的文件TN/C/W/52和2011年4月19日的文件TN/CW/59。

100. 差距：国际上没有具体要求，规定专利申请人应当公开与专利性有关的信息，例如所有相关已知现有技术。

制止传统知识不当得利、盗用和滥用

101. 说明：对《巴黎公约》中要求制止不正当竞争的现行国际标准，有多种不同的全面分析。这一标准所要求的应予制止的不正当行为的范围，可能至少包括某些形式的传统知识盗用或滥用，但同样可能不包括所有此种行为，包括可能被认为要么有悖于诚实商业做法，要么有悖于公正的所有商业和工业性传统知识使用。国际上，对传统知识的具体使用，哪些可以被认为是盗用、不当得利或其他非法使用，原始社区以外的人使用传统知识（包括商业性使用），哪些可以被认为是公平与合法的，各种观点分歧很大。第三方对传统知识的使用，并非都能被认为完全合法或者完全不合法，二者之间的界线在哪里，存在不同观点。这些不同的观点反映的差距是在这些问题上缺少国际指引。

102. 差距：国际上没有明确要求，规定要制止传统知识不当得利或传统知识的盗用或滥用，并且什么是传统知识的合法公平使用，怎样定义不当得利或盗用，没有国际指引。

103. 举例：在前例中，这一差距涉及一个社区的传统知识在被第三方使用时，例如生产“天然产品”药物，或者直接来自该知识，并直接使用该知识所用生物材料已知特点的药物，是否有权提出反对或获得救济。

104. 其他例子有：

- 直接依赖土著社区传统知识生产的药品或药物；
- 依赖已为公众所知的知识生产的药品或药物；
- 利用传统知识以外的知识生产的药品或药物。

105. 还应当考虑的情况是，传统知识为某项知识产权的客体作出了贡献，即使知识产权不是直接来自传统知识的。如果对一种新产品的这种贡献未得到考虑，可被认为是传统知识保护上的一项差距。

106. 在各种情况下，确定制止盗用或不当得利方面的差距，要回答以下这类问题：

- 对传统知识的这种使用，在什么情况下产生说明来自社区、与社区分享利益或者以其他方式对社区进行补偿或承认的义务，每种使用形式在什么情况下被认为是不当得利或者盗用行为？
- 在知识的获取形式及其下游后续使用之间，应当存在何种联系？
- 最初从社区取得知识的环境，对于此种使用是否被认为是盗用或不当得利有无影响，还是只考虑使用的方式？
- 盗用是否局限于对此种知识进行的广泛商业利用，还是延伸到非商业性使用或者有限规模商业性使用？

107. 一种评论意见表示关注，国际标准不允许社区制止他人在不说明来源和不提供公平利益回报的情况下制止他人占有传统知识的要素并将其用于工商业用途。另一项评论指出，缺少适当的制裁，将对赔偿盗用行为所造成的损失产生影响。

事先知情同意

108. 说明：《生物多样性公约》承认对遗传资源的事先知情同意权，而且《波恩准则》指出这也可以适用于与生物多样性有关的传统知识。《名古屋议定书》第 7 条作出下述规定：“缔约方应根据国内法酌情采取措施，以期确保获取由土著和地方社区所持有的与遗传资源相关的传统知识，得到了这些土著和地方社区的事先知情同意或批准及参与，并订立了共同商定的条件。”但是，国际上没有明确的准则明文承认对所有传统知识的事先知情同意权。

109. 差距：受承认的土著或当地社区拥有的传统知识适用自由事先知情同意的明确原则。

110. 差距：评论意见中指出的另一项差距涉及这种情况：一个国家的事先知情同意义务以及获取和利益分享（ABS）立法的适用，不一定适用于第三国，引出的问题是，第三国法院在对此种立法进行域外适用时，存在哪些障碍，包括在有或没有传统知识保护国际准则的情况下存在的障碍。

111. 举例：一位人类植物学者正在对某个社区的传统知识进行一项野外研究项目。学者可能没有义务在收集知识之前寻求社区的同意，这种知识将可由她任意与他人分享，他人也可对其进行商业或工业使用。

112. 在实践意义上也可能存在差距，因为为建立有效的认证和数据库系统，以及对事先知情同意，尤其是当地和土著社区的同意进行认证提供机构支持和立法，需要实务上的支持，这种援助在短期将有助于处理滥用和盗用问题。

注明来源及保持完整性的权利

113. 说明：传统知识的使用者通常没有义务注明知识的提供者或来源。此外，使用者也没有义务对知识予以尊重，例如某些使用造成文化冒犯，或者传统知识的使用损害了其真实性或完整性。在许多情况下，注明知识的所有来源可能很难或不可能，并且授予对传统知识某些用途表示反对的权利，可能不适当或者对社会无益。尽管如此，有人已经指出了这种机制的价值，例如，在传统知识具有特别神圣的意义或者与社区的集体认同尤其相关的情况下。形式上，国际标准中没有这种要求，在这种技术意义上可以说存在差距：这并不意味着这种差距需要得到弥合，也不暗示应当如何弥合以及在多大程度上弥合；这些都是深入的政策问题，需要认真思考。尽管如此，在形式意义上可以指出差距。

114. 差距：未明确注明知识真正所来源于的社区时，对传统知识的使用提出反对的权利。

115. 差距：当使用产生文化或精神冒犯，或者以其他方式损害其完整性时，对传统知识的使用提出反对的权利。

116. 举例：某一社区特有的传统知识被第三方用于商业产品；没有注明该社区是知识的来源、发展者或传统保管人。或者，这种产品的展示和分销方式是对原始社区的诬蔑或冒犯（后一种关注为《巴黎公约》第 10 条之二部分包括）。

(v) 缺少获得报酬或其他利益的权利

117. 说明：有意见建议，参照一些知识产权制度中获得公正报酬的权利，并根据“补偿责任”理论以及公正分享利益原则，对他人利用其知识取得的利益，尤其是这种使用产生金钱或商业收益时，传统知识持有人应当有权取得公正的份额。（但利益本身不一定是金钱，当这与有关社区的价值或明确希望相悖时尤其如此）。传统知识可能有许多不同的持有人：个人可能有权取得补偿或收取利益，传统知识也可能起源广泛，只有建立国家、全球或区域基金，才是分享利益的公正方式。因此，在考虑是否有权取得公正报酬的同时，本差距分析也可延伸到在管理和分享金钱或其他利益方面适当机构框架的欠缺。

118. 差距：除了为具体传统知识形式，例如《生物多样性公约》规定的生物多样性相关传统知识建立的权利以外，一项从一般性传统知识商业使用或传统知识的其他获利方式中取得公正报酬或其他公正利益分享的集体权利。

119. 差距：收取和公正分享利益（尤其是金钱利益）的适当机构框架。

120. 举例：某一社区的传统医学知识被成功用于开发一系列消费药品。除其他考虑之外（例如注明来源的权利），社区可能有权从这项商业活动中分得利益：不必是严格意义上的金钱利益（而且社区成员可能也不欢迎对其知识的这种货币化），也可能是非金钱利益，例如参与研究活动，文化上适当的社区级开发，以及对所用材料的可持续收获。

五、与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素

121. 与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素可归纳为：

- 针对机构/程序方面的因素，以及
- 实质性因素。

122. 机构/程序方面的考虑因素包括现有的国际程序是否已经弥合了某一具体差距，以及这一点对弥合同一差距的今后工作意味着什么。除有关这方面实质性问题的讨论之外，还涉及到哪一个或哪些是解决这一差距适宜论坛的有关程序方面的辩论。

123. 与之相对，实质性的考虑包括审议是否存在拟弥合某一具体差距的势在必行的政策理由。例如，在有关保护传统知识防止进行非商业性个人使用的原则中可能存在法律方面的“差距”，但这一点至少与对传统知识进行营利性的商业使用相比，可能不会被看作是一种政策上需优先考虑的问题。

124. 需要进一步考虑的因素，可能涉及到无须决定是否而是要决定怎样来弥合某种差距——例如，是否某种具有约束力的国际法、政治鼓励措施或采用某种示范法，可以更好地弥合某一查明的差距。这些都是差距分析的最后一部分广泛讨论的内容。

(a) 实质性因素

(i) 国际法与政策

125. 目前正在形成的触及传统知识的国际法与政策框架，可能会使人们产生一种企盼：对国际知识产权保护标准可能需要进行调整，以弥合查明的差距。换言之，国际公法领域的转变与成果可以被看作是决定是否应弥合这些差距的相关的“考虑”因素——有关领域的法律或政治成果，可能被视为更加详细地凸现了知识产权法律制度的差距。涵盖了具有约束力的国际法和其他政策指南（诸如宣言）的相关发展包括：

- 《生物多样性公约》（CBD）第 8 条（j）款的缔结与生效，该条款对与生物多样性相关的传统知识的尊重、保存和保持作出的规定；
- 通过《联合国土著人民权利宣言》，该宣言规定了一系列广泛的权利，这些权利对传统知识本身以及与传统知识相关的知识产权具有直接影响（作为一项国际宣言，这项文书被理解为是对现有标准的规范，而不是用来制定其本质上全然不同的法律义务）；
- 粮农组织（FAO）《关于粮食和农业植物遗传基因国际条约》（ITPGRFA）的缔结与生效，该

条约规定保护与粮食和农业植物遗传基因有关的传统知识；

- 不断深入认识传统知识是公共卫生政策的一项至关重要的政策因素（这一点突出体现在 2008 年 5 月世界卫生大会所通过的世界卫生组织知识产权、创新与公共卫生委员会的报告和公共卫生、创新与知识产权全球战略之中）；
- 《联合国防治沙漠化公约》（UNCCD）规定了保护、推广和使用相关的传统与当地技术、技术诀窍和做法的义务。鉴于传统知识与传统文化表现形式之间的联系，发展维护非物质文化遗产和促进文化多样性的更具强势的法律与政策成果，可能对传统知识的保护产生影响（尽管这些政策领域可能与传统文化表现形式保护本身具有更直接的关系——因而，在涉及本政策领域时，可参考有关传统文化表现形式保护的差距分析更新草案）；
- 通过了《动物遗传资源因特拉肯宣言》，此项宣言规定应尊重、保存和维持与动物育种和繁殖相关的传统知识。
- 通过了《名古屋议定书》，扩展了《生物多样性公约》中与传统知识相关的条款。

126. 在产权组织，有两方面的具体考虑可以被看作是弥合在这一进程中查明的某些差距相关的因素：

- 在产权组织发展议程的框架内，发展与知识产权委员会（CDIP）（参见文件 CDIP/1/3）所审议的建议 18 如下：

促进政府间委员会（IGC）在不妨碍取得任何成果，包括可能制定一项或多项国际文书的前提下，加快保护遗传资源、传统知识和民间文学艺术的进程。
- 2017 年 10 月举行的产权组织大会在重新确定该委员会的工作任务时还决定：“将继续加快其工作，争取就一部（或多部）确保（……）传统知识得到平衡和有效保护的知识产权国际法文书达成一致意见，但不预判成果的性质（……）”。

(ii) 社会、文化、政治与经济方面的考虑因素

127. 可能被认为相关的社会、文化、政治与经济方面的考虑因素包括：

- 许多社区代表和很多政府强调了因盗用和滥用传统知识所产生的不公平诉求；
- 传统知识在基层的可持续发展中的作用；
- 传统知识的保护与继续保持土著和当地社区的文化与社会特征之间的联系；
- 传统知识在大量的工业与商业的使用中呈上升态势；
- 在应对环境改变和气候变化中，传统知识的价值和实际应用与保护和可持续性利用生物多样性密切相关；
- 传统知识在一系列规范性活动中的作用日益凸显，例如在对环境的影响和对药品的安全性与有效性的评估方面都有所体现；
- 社会责任与道德理念，包括道德义务。

(iii) 传统知识保护在更为广泛的决策与规范活动中的意义

128. 正如在第 (i) 部分的内容中所列举的一系列法律和政策成果所证明的，在很多决策活动中都涉及并能动地运用了传统知识；这些活动包括：

- 保护生物多样性和公平利用其利益；
- 承认土著人民的权利；
- 加强粮食安全和推广粮食作物多样性；
- 确保文化上可适当享有卫生保健；
- 基层的可持续发展；
- 减少与缓解气候变化；
- 使传统知识本身与诸如生物技术和药理学这些正规科学学科之间的研发计划同步进行；
- 传统知识体系有助于创新与文化多样性。

(b) 进程或正式的考虑

(i) 特定进程或正式的考虑

129. 除更加广泛的政策问题之外，还有些更加具体的考虑因素，这些考虑因素被看作是与弥合查明的差距相关的；这些考虑因素包括：

- 许多国家和区域进程已形成了更加有力的对传统知识的保护：国际层面和共同平台的发展，可以减少不同的国家和区域传统知识保护制度中可能另外产生的实际的复杂性和法律上的不确定性；
- 尽管如此，仍需要继续管理的适度多样性，认识到传统知识体系和保护它们的具体措施应符合当地需求与文化标准；
- 因国际知识产权法在与传统知识相关领域和传统知识与创体系方面缺少明确规定而可能产生的系统性影响；
- 因减少了对传统知识可能的所有权或保管责任方面所关注的法律上的不确定性而产生的可能收益；
- 旨在解决传统知识保护问题的共同国际方法或创建一种新的知识产权保护形式（包括国家与区域管理以及对外国传统知识持有人保护的可获得性）所产生的成本和利益；
- 立法和确定总体期望值及标准的准则制定方法，与传统知识持有人和使用者规定了特定使用条件的双边契约方法之间的对比与相互作用。

(ii) 弥合差距中要特别权衡的各种因素

130. 该委员会的工作还注意到应予以特别考虑的可能会影响到弥合已查明差距的建议；其中包括：

- 鉴于需要积累和分享更多的国家经验以此作为更为明确的国际成果的前提条件，存在着在国际层面弥合某些差距的时机尚不成熟的可能，即使我们已经清楚地查明了这些差距；
- 传统知识和持有传统知识的社区千差万别，这些差异可能为国际层面标准制定的工作设限；

- 外国权利持有人的权利和权益存在着不确定性，例如生存在文化与社会环境存在巨大差异的掌握着传统知识的各个社区；
- 在为实现高标准的政治与法律成果之前，可能需要进行更加有力、更多元化的磋商程序，因为一旦形成，重新审视这些政治与法律成果将会十分困难，而且代价很大。

六、弥合任何已查明差距现有的选项或可能制定的选项

国际、区域或国家层面的法律及其他选项；

131. 在国际层面，文件 WIPO/GRTKF/IC/14/6 和在以前的一系列文件中已查明的选项包括：

- (i) 具有约束力的一项或多项国际文书；
- (ii) 对现有的法律文书进行的全面性或劝导性解释或阐述；
- (iii) 一项或多项不具约束力的准则性国际文书；
- (iv) 一项高级别的政治决议、宣言或决定，如一项国际政治声明；拥护核心原则；说明反对盗用和滥用的准则，并把传统文化表现形式/传统知识持有人的需求与期望列为政治上优先考虑的事项；
- (v) 通过指南或示范法加强国际间的协作；
- (vi) 协调国内立法的发展；
- (vii) 在能力建设与实际举措方面进行协调与合作。

下面将依次对这些内容进行讨论。

(a) 国际层面的法律与其他选项：

- (i) 一项或多项具有约束力的国际文书

132. 一项弥合保护中任何具体差距的具有约束力的文书，要求各缔约方在其国内法中适用规定的标准，以此作为一项国际法要求的义务。可能的途径包括独立的法律文书、现有文书的议定书，或根据现行协议的特别协议。过去的产权组织各项条约，通过有关缔约方选择加入这些条约，依据国际法已具有约束力；其他国家则不受该项条约本身的约束（在有些情况下，他们已选择适用某项条约所制定的标准，而没有正式加入这项条约，这种情况例如出现在工业产权的分类领域）。为通过谈判议定这样一项文书，需要进行专门的制定条约的程序（比较典型的情况就是一次外交会议）。条约对那些选择通过批准或加入的专门行动加入条约的国家具有约束力。

133. 多项约束性文书可能具有框架或决策性公约的特点，尽管也会在国内和区域层面为必要的各种不同方法留有适当的余地，但仍然为标准的进一步发展并为国家政策举措在更大程度上的趋同和透明度，提供了基础和政策平台。然后，在此基础上，将谈判议定具有更加明确义务的特定国际法律机制，以此作为原始框架协议的议定书。

政府间委员会进行的工作：许多代表团要求制定一项或多项具有约束力的国际文书，作为该委员会工作的最终成果。该委员会和产权组织大会本身不具备制定一项具有约束力国际法律的能力，因此需要进行专门的程序来订立这项文书的案文，并使案文生效，以便对那些加入这项文书的国家具有法律效力。

相关领域的事例：《生物多样性公约》、《保护非物质文化遗产公约》、粮农组织《粮食及农业植物遗传资源国际条约》、《禁止与防文物非法进出口和转移公约》、《国际劳工组织第 169 号公约》、《国际经济、社会和文化权利公约》。

知识产权领域的事例：《商标法新加坡条约》、《专利法条约》、《世界知识产权组织版权条约》、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》。

(ii) 对现有法律文书的解释或阐述

134. 对现有法律文书进行的权威性 or 劝导性的解释，可以要求、指导或鼓励对现有的义务进行解释，以部分弥合在传统知识保护中任何已查明的差距。选项的范围涉及到一项现有条约的法律议定书和不具约束力的劝导性声明。不过，这种方案对解释条约标准和依据议定的国际标准为国内立法者提供切实可行的指南方面可具有一定影响。对于如何执行国际标准，可给予更为明确的指导，但在进行这项工作时不要制定专门的义务。在不考虑这一案文的准确法律地位的情况下，可以指出除其他问题之外，《关于 TRIPS 协定和公共卫生的多哈宣言》包含了有关应如何解释 TRIPS 协定的指导意见³⁷。

政府间委员会进行的工作：委员会已审议了依据反不公平竞争法对现有的国际一般性规则进行解释或进行改编的可能性，以便明确纳入盗用的行为，可采用比照的方式，通过对《巴黎公约》第 10 条之二进行解释的方式或将这一规定延及上述内容的方式来实现这一目标。

相关领域的事例：一般性评论第 17 号（2005 年），每个人均享有从其作为作者的科学、文学或艺术作品的精神和物质利益保护中受益的权利（《国际经济、社会和文化权利公约》第 15 条第一款（c）项）。

知识产权领域的事例：《关于保护驰名商标的规定的联合建议》；《通过 WCT 和 WPPT 的外交会议议定声明》（产权组织关于某些版权及邻接权问题的外交会议）。

(iii) 一项不具约束力的准则性国际文书

135. 一项不具约束力的（“软法”）文书可向各国建议或鼓励他们在其国内法和其他行政以及非法律性程序与政策中实行某些标准；或为那些选择遵循议定方法的国家的协调统一工作直接提供一种框架。选项可以包括权威性的建议或某种软法性的文书，这些具有劝导性的影响或潜在的精神力量。其他国际组织已在与该委员会工作的相关领域制定了此类文书，参见下面列举的内容。这些文书中的部分内容其后发展为具有约束力的文书。《世界人权宣言》本身（该宣言包括了一些与知识产权政策相关的规定）最初是作为一项非约束性文书起草的。非约束性或软法文书的概念可能与政治宣言和其他形式的政治承诺相重合：换言之，一项政治宣言可能被看作是在作为软法文书编制文件时具有类似于劝导性作用和政策指南的功能。在很大程度上，一项非约束性文书与诸如示范法和示范规定的相关成果之间相互重合。不过，应当考虑现行软法在实际解决盗用问题方面的不足之处；而这种标准的非约束性质可以被看作是实际上的一种差距。

政府间委员会进行的工作：如前所述，委员会所提出或大会所通过的任何文书，都不可能具有约束性的法律效力。该委员会在下述领域进行了大量工作：保护传统知识的目标与原则；保护传统知识的选项与机制；与传统知识相关的专利审查指南以及知识产权的获取与利益分享指南，可能向产权组织大会和其他产权组织机构提交某种形式的材料，以便使上述机构通过或承认这些非约束性指南并将之作为进一步制定规范的基础。

³⁷ 第 5 款（a）项：在应用习惯规则对国际公法进行解释时，应根据本协议所表述的目标与目的、特别需要依据其各项目标与原则对 TRIPS 协定的每项规定进行理解。

在委员会工作中列举的事例：《世界人权宣言》、联合国教科文组织《生物伦理与人权宣言》、粮农组织的《植物种质采集和转让行为法》、《联合国土著人民权利宣言》、联合国教科文组织的《生物伦理与生物多样性宣言》、粮农组织的《关于植物遗传资源的国际承诺》和有关诸如《农民权利问题的决议》；《生物多样性公约》缔约方会议决议，包括《波恩指南》。

知识产权领域的事例：《土著人民文化权利和知识产权马塔阿图阿宣言》、WIPO-UNESCO《保护民间文学艺术表现形式禁止非法利用及其他有害行为国内法示范规定》³⁸。

(iv) 高级别政治决议、宣言或决定

136. 在早期文件中讨论的一种选项，即由相关的产权组织大会作出高级别的决议、宣言或联合宣言。此类宣言的主题可能需要反映出在委员会进行的协商，还会部分地涉及到在本分析中或在该委员会进行的其他工作中所查明的差距。例如，宣言可以承认传统知识作为“知识产权”的价值和意义；强调赋予传统持有人或保管人维护其与传统知识相关的利益并使用传统知识的权利，以此作为文化与经济可持续发展基础的必要性；确定保护的核心目标与原则；要求各成员国在其推动国内与国际保护的工作中实施这些目标和原则；制定今后工作的目标，包括更加具体的一项或多项文书。这种方法无须妨碍或延迟今后制定具有约束力的国际法的工作，在某种程度上，这些成果可以被用作议定具有约束力文书的谈判基础（这方面的一个事例即《粮农组织国际条约》，这项条约就是从过去的非约束性《国际承诺》发展而来的）。在商标领域，就曾广泛地应用和依据了以往的产权组织联合建议，并在其他法律文书中承认了这些建议并使之生效。

政府间委员会进行的工作：在委员会进行的一般性讨论中，已提出了这一成果的可能性。各项选项包括拟由产权组织大会（也可能由其他产权组织机构联合提出）作出决定的一项建议，这项建议的内容就是要发表一项高级别的政治声明，说明迄今为止取得的进展，并为产权组织在这些领域的今后工作制定议程。

相关领域的事例：《基本保健阿拉木图国际会议宣言》；粮农组织《粮食和农业植物遗传资源国际公约》、联合国教科文组织《文化多样性宣言》（2001 年）。

知识产权领域的事例：联合国大会关于国际贸易与发展的第 60/184 号决议；促进与保护人权小组委员会的有关知识产权与人权第 2000/7 号决议；关于商标使用许可的联合建议；《土著人民文化权利和知识产权马塔阿图阿宣言》。

(v) 通过指南或示范法加强协调

137. 过去，示范法或指南被用于表述某种共通的国际方法；帮助协调统一国内法和政策发展进程，特别是在不通过一项特定国际文书的条件下，弥合在本分析中查明的种种差距。这种办法可以为旨在保护传统知识的国内立法举措的合作、交汇和相互兼容提供基础；同时也可以为更加正式的国际文书和界定适宜的多样性方法的范围，奠定基础性工作。在实践中，可能很难以区别示范法或指南以及上文所讨论的软法标准的类型。在与该委员会的工作直接相关的领域中，已经存在着一些指南、框架和示范法。

138. 已制定了一系列有关传统知识保护的其他具有影响力的国际文书，以此作为对确立依国内法制定的法律责任具有潜在能力的非约束性文书（其中包括 2000 年制定的《非洲保护当地社区、农民和育种人权利和获取生物资源条例示范法》以及 2002 年制定的《太平洋传统知识和文化表现形式区域保护框架》）。这些示范法，反过来又有助于在该委员会的框架内对保护进行讨论和审查。我们在过去注意到，

³⁸ 其中的示范规定仅涉及传统文化表现形式。

“尽管对委员会成员而言，作出审议和决定是一件非常简单的事情，但在其他领域的经验却表明了采用一种循序渐进方法的可能性，即一种规范国际标准和推广国内标准保护的理想方法的机制。这种可能性会最终形成进一步精心打造或修订的机制，并对其履行抱有更高的期望值并具有增大的法律效力。”

政府间委员会进行的工作：2005 年根据该委员会的工作并在其指导下制定的保护传统知识的项目目标与原则，已被广泛用作区域性文书、国际进程与国家立法和政策进程层面上进行保护的基础。最近以来，保护传统知识条款草案中所载的各种版本、备选方案和观点都为区域性文书、国家立法和政策进程提供了启发。尽管在目前的论坛中尚未通过或议定相关的文书，但它们却为指南、示范法或其他“文书”提供了可资借鉴的内容。该委员会早些时候拒绝了一项提案，该提案建议为遗传资源和传统知识相关的专利公开机制编拟示范规定。

相关领域的事例：**Akwe**：进行文化环境和社会影响评估的 **Kon** 自愿准则；《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》；粮农组织《农药销售和使用国际行为守则》；联合国工业发展组织的《转基因生物环境释放的行为守则》；非洲联盟《非洲协调执行名古屋议定书实用指南》。

知识产权领域的事例：《突尼斯示范法》、WIPO-UNESCO《保护民间文学艺术表现形式禁止非法利用及其他有害行为国内法示范规定》、《太平洋传统知识和文化表现形式区域保护框架》、经合发组织的《遗传发明使用许可指导方针》。

(vi) 协调国内立法发展

139. 许多国家目前正致力于发展传统知识保护方面的新法律与新政策的工作（在有些情况下，这些法规还涉及到传统文化表现形式/民间文学艺术）³⁹。从事这项工作的国家都表示，它们对学习其他政府和区域机构在实行这些举措方面的抉择和经验具有浓厚兴趣。鉴于不同国内立法制度适当互动的需要，这种做法不仅可以确保运用“最佳做法”，而且还有助于推进各国内法之间的一致与协调。只要相关政府有这种的意愿，即使是起草有关保护的性质与政策方面内容的国际文书，也会产生一种作用，即鼓励和支持国内与区域性举措的此种协调工作。非正式反馈和对能力建设支助与投入需求的不断增加，说明许多政府已选择将发展对传统知识的国家保护作为一项优先考虑的工作，使之向前发展；但令它们感到关注的是，应采用一种可使各国政府以有序方式分享彼此经验的统一方法，确保合理的一致性并避免相互冲突。某种形式的非约束性文书可能成为对这一进程推波助澜的手段。尽管基本上是要利用国内法，但即使是国内法和相关案文的精髓内容，也可能在国际层面具有一种“软法”的影响，方法是加强各国国内法之间的连贯性与兼容性，并夯实在国际上进行集体保护的普遍基础。

政府间委员会进行的工作：传统知识保护条款草案中所载的各种版本、备选方案和意见，在很大程度上体现了各成员国通过知识产权和与知识产权相关的机制，借助立法活动保护传统知识方面的实践成果——许多文件提供了广泛说明成员国法律来源的参考材料。在文件 WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 中提供了有关成员国怎样实施这些原则和目标的广泛分析（传统知识保护）。为该委员会编制的其他资源，包括有关保护传统文化表现形式专门立法的比较性概要（WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3）；保护传统知识的现行国内专门措施和法律的比较性概要（WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4）；以及关于保护民间文学艺术/传统文化表现形式与传统知识的问卷。

相关领域的事例：根据《生物多样性公约》的国家报告 (<http://www.biodiv.org/reports/list.aspx>)；

³⁹ WIPO Lex（可见：<http://www.wipo.int/wipolex/zh/>）是一个全球数据库，可用于查找保护传统知识（及传统文化表现形式）方面通过的国家法律和区域性文书。

有关伦理的立法与指导方针，全球伦理观测台，联合国教科文组织。

知识产权领域的事例：有关生物技术发明领域做法的调查研究（WIPO/GRTKF/IC/1/6）。

(vii) 在能力建设和实用举措方面进行协调与合作

140. 差距分析需要涉及“法律和其他方面的选项”。鉴于对传统知识进行的行之有效的保护，须采取一系列的能力建设和实用举措，以实施或补充法律措施；如有必要，为满足这一需求应进行全面的差距分析，以便在国际层面采取行动进行协调、合作并切实地提供此类能力建设和实用举措。我们可以在以下类别的范畴中考虑可能的能力建设和实用举措：

为法律与政策进程提供能力建设和实质性材料

141. 目前正在进行编制相关材料的工作，以便为寻求弥合查明差距的决策者、谈判人员和立法者提供支持：

- 面向立法和政策发展的资源，包括示范规定、法律数据库和政策文书以及对政策选项与法律机制进行的分析，为决策和立法进程提供支助和援助；
- 就诸如知识产权法和做法对传统知识保护的影响之类的法律问题进行分析，并对习惯法有所认识，以便对立法者和决策者提供背景知识；以及
- 在制定选项、政策和法律时，对社区进行适当磋商的可能方法进行审查。

提高传统知识持有人的实际能力

142. 普遍的意见认为，无论是现有还是设想的法律文书和任何一套法律标准，都无法有效地满足传统知识持有人的需求，除非向传统知识持有人提供必要的能力和资源，以确保这些原则在实践中得到落实；编制相关材料的工作不断进行以向传统知识持有人提供支助，其中包括：

- 关于获取传统知识的规约、使用许可和协议的示范法和社区数据库，以提高传统知识持有人编制有关获取传统知识的规约、使用许可或其他协议的能力；
- 在将传统知识纳入相关文献的过程中，在查明和提高社区的兴趣方面对其提供支助⁴⁰；
- 关于公平分享获取传统知识和相关遗传资源利益的示范法、数据库和指南⁴¹；以及
- 提高认识的材料、案例研究报告和有关承认符合持有传统知识社区需求的习惯法等问题的法律分析。

进行机构建设和引导

143. 国家、科学和教育机构以及专利局等其他机构，经常被要求为传统知识持有人的利益在弥合传统知识保护中的实际差距工作中发挥积极作用。目前已着手为这些机构和机关开展了编写实用材料的工作，例如：

- 向负有收集或维持传统知识汇编责任的机关，提供示范规约、建议的政策和最佳做法指南，这些机构包括博物馆、民俗学机构、国家主管机构与研究和教育单位；

⁴⁰ 例如，参见产权组织《传统知识文献编制工具包》（2017年），可见：http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/zh/wipo_pub_1049.pdf。

⁴¹ 另一实例：产权组织《获取和惠益分享协议知识产权问题指南》（2018年），可见：<http://www.wipo.int/publications/zh/details.jsp?id=4329>

- 为审查与传统知识相关的专利提供指南和建议；
- 确保在传统知识纳入文献期间，社区可以查明并维护其利益的措施指南，包括采用传统知识文献工具包项目的形式；
- 将传统知识纳入文献的标准，其中包括确保传统知识持有人的身份和要求与传统知识本身一起纳入文献的措施；以及
- 关于政策与法律问题的研究报告，诸如专利公开机制和对传统知识产生影响的生物技术标准。

机构之间的合作和联合国系统内的协调

144. 在国际层面就能力建设和实用举措进行的协调与合作，包括机构间的合作，协调以及交流技术信息和其他材料，这些材料是由产权组织与其他国际机构（诸如生物多样性公约、联合国粮农组织、南部中心、联合国贸发会议、联合国环境规划署、联合国教科文组织和世界卫生组织）以及与非政府组织和涉及传统知识与相关问题的其他国际机构合作编制的。

面向广大公众的提高认识与能力建设活动

145. 一个明显的差距就是广大公众和国际决策者、商业代表以及民间社区组织，对传统知识、传统知识体系的认识与了解严重不足。弥合这一差距须采取如下举措：

- 进行案例研究、分析并举行情况介绍会；
- 派遣实地调查团并举行磋商；
- 开展教育与培训活动；
- 对国家经验进行调研；以及
- 全面审视法律与政策的选项。

(b) 区域的法律与其他选项

146. 弥合已查明差距的某些措施，可能特别适合于区域或次区域的情况；体现了建立共同标准的利益；机构和实用的措施体现的共有的或交汇的法律文化及传统知识体系。此外，一些区域组织为加强对传统知识的保护，已经在制定新的法律文书和开展切实可行的能力建设方面发挥了积极作用。以上说明的许多国际性举措也同样适用于区域层面。前面在对这些国际性举措进行审议时列举了若干事例。具有可能性举措的一般类别包括：

- 在区域、次区域或双边层面缔结法律文书，其中包括专门的文书和常规的知识产权法；
- 在区域、次区域或双边层面发表政治或政策宣言；
- 在区域层面通过示范法和其他形式的立法指南；
- 在区域或次区域层面通过示范规约、指南和最佳做法提案；
- 区域、次区域和双边性的支持社区与传统知识相关的能力建设活动的举措和计划。

(c) 国家层面的法律和其他选项

147. 许多国家及其这些国家的各个社区，已采用具体举措，制定并实施法律和其他选项，以弥合在传统知识的法律保护中存在的种种差距。在目前的差距分析中不打算进行全面的调研。然而，简单说来这些工作包括以下方面：

- 保护传统知识的立法，包括专门的文书或对常规的知识产权法进行的改编或修订；
- 推广和保护传统知识的政策框架和行政管理机制，其中包括在诸如医药与公共卫生、环境和农业这些具体领域的上述内容；
- 由国家主管机构或其他机关通过示范规约、指南和最佳做法提案；
- 支持社区与传统知识相关的能力建设的国家举措与计划。

[后接附件二]

差距分析矩阵表

本矩阵表根据产权组织政府间委员会第十二届会议的要求，与该决定中的（a）项至（d）项提及的内容相对应，并根据需要进行更新。在概要表之后，完整的矩阵表包括在上文差距分析中所涉及的材料。

附件内容

概要矩阵表

- A. 现有的措施
- B. 国际层面存在的差距
- C. 与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素
- D. 弥合任何已查明的差距现有的选项或可能制定的选项：

一、概要矩阵表

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
适用传统知识的知识产权保护的目标与原则	关于土著人民权利、环境（包括生物多样性和遗传资源）、农业方面的现有国际公法（非知识产权性质的）文书	<p>权威性的阐明在解决涉及传统知识的公共政策问题方面知识产权法和政策的作用。</p> <p>目标可包括：</p> <p>承认其价值并促进对传统知识体系的尊重；</p> <p>满足传统知识持有人的实际需求；</p> <p>防止对传统知识的滥用以及其他不公正和不公平的使用；</p> <p>保护以传统为基础的创造与创新；</p> <p>支持传统知识体系并为传统知识持有人赋予权利；</p> <p>促进源于传统知识使用的公平合理的利益分享；</p> <p>为适当发展推广传统知识的使用；</p> <p>对传统知识的维护与保存提供支持。</p>	<p>确立知识产权制度中传统知识保护框架的国际条约或宣言：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 说明保护的目标； - 规定总的保护原则。 <p>考虑因素：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 硬法与软法文书的作用； - 从问题的法律层面而言属于政治性的因素； - 根据自主的国家举措协调的国际方法； - 为今后法律保护工作奠定更加坚实的政策基础和普遍确立的原则的有利之处； - 进行积极和防御性保护的必要性； - 处理事先知情同意和利益分享的问题。
可保护的传统的定义	对现有的非知识产权法	传统知识的工作定义：	具有约束力的传统的法律定义：

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
	<p>律文书中涉及的传统知识未提供确切的法律定义。</p> <p>政府间委员会的工作定义。</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 一般定义； - 作为法律保护的确切客体。 <p>明确权利与影响利益的共有基础</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 法律的确切性与明确性，但不会涉及到所有不同的传统知识和知识体系，以及持有传统知识的各个社区； - 与保护范围和受益人范围的问题相关； <p>形成共识的传统知识的国际特征，但不具有法律上的约束力。</p> <ul style="list-style-type: none"> - 高度的明确性、更加坚实的工作基础； - 不对更深刻的法律与政策问题作出预先判断；
积极的专利保护	<p>已确立的专利制度，包括 TRIPS 协定和《专利合作条约》中规定的标准和程序。</p> <p>保护商标、与传统知识和传统知识体系相关的符号与名称。</p>	<p>对以下方面无直接保护：</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) 集体的、累积和世代相传的创新本身； (ii) 传统知识体系本身（与传统知识内部的特定创新相比照，以及证明真实性和保护显著标志与声誉的手段） 	<p>审查或改变可专利性的标准，承认传统知识体系和集体利益：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 在国际层面采取协调统一的方法，和/或； - 在国家/区域层面保持必要的灵活性。 <p>确立专门的保护（参见下文）</p> <p>认识到由于多数传统知识不在专利制度的范畴之内，更可取的做法是根据其本身的条件处理传统知识创新制度。</p>
基于传统知识的发明	<p>《专利合作条约》、《国际专利分类》、政府间委员会旨在承认传统知识的具体措施。</p>	<p>有关传统知识和相关遗传资源的具体公开机制，没有议定的国际标准</p> <p>有若干提案(CBD、世贸组织、产权组织)</p>	<p>介绍传统知识的公开机制：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 国际上采用的统一方法和/或； - 在国家/区域层面保持必要的灵活性； <p>加强依据国内法管理获取传统知识的契约义务框架，规定获取传统知识的公开和其他条件。</p>
未公开的传统知识	TRIPS 协定关于保护未	没有涉及以下内容的确切	明确或改编现有的标准以确保：

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
	披露信息的一般标准。	<p>标准：</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) 在某一指定社区内公开传统知识； (ii) 社区在文化/精神上比较重视、但在商业上并不看重的传统知识； (iii) 受习惯法制约的传统知识的公开。 	<ul style="list-style-type: none"> (i) 只在某一指定社区的有限传播不等同于向公众进行的充分公开； (ii) 即使来源地社区重视的理由属非商业性的，也应对传统知识进行保护； (iii) 习惯法的制约和实践应被视为足以保护机密性/“秘密”的属性。
与传统知识相关的标记和符号	商标法（集体商标和证明商标）和地理标志。	防止第三方盗用与传统知识相关标记和符号的防御性保护。	<p>与传统知识相关材料的特殊登记簿。</p> <p>防止商标注册违反伦理道德的强化措施（亦参见传统文化表现形式差距分析更新草案）。</p> <p>仅适用于防止商业性非法使用与传统知识相关的标记和符号，而不适用于传统知识本身。</p>
常规的知识产权制度涵盖的传统知识客体	<p>某些传统知识或传统知识的要素可能被下述产权涵盖：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 直接被专利、未披露信息、不公平竞争法所涵盖，以及 - 间接被版权及相关权、传统文化表现 	<p>不为现有知识产权保护所涵盖的传统知识，如：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 非原创性的传统知识； - 普遍公开的传统知识或不具有商业秘密/机密保护资格的传统知识； - 提供的保护期限不适合于传统知识体系发展与 	<p>未被涵盖客体的专门保护：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 国际层面上采用协调统一的方法； - 国家/区域层面保持最大限度的灵活性； <p>对现行知识产权措施的改造，例如：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 对现有的国际标准进行解释或改造以便更适宜地处理传统知识的客体； - 承认知识产权法律框架内独特的传统知识体系的国家

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
	形式的保护、商标和地理标志保护、外观设计保护以及不公平竞争法所涵盖。	保护的世代相传的元素。 承认传统知识对可专利发明的直接或并非立竿见影的贡献。	立法与行政管理举措（以及法律在司法方面的与时俱进）； 可能的实质性因素： 传统知识与传统知识集体权利的完整性； 传统知识持有人掌控其自然资源和管理知识的权利； 传统知识持有人的自主人权； 传统知识持有人的事先知情同意权； 承认习惯法和常规知识制度在传统知识保护与保存中的作用。
社区对其累积的、集体持有和代代相传的传统知识拥有的权利与利益，及其有机整体的传统知识体系	针对多为秘密信息的有限保护	直接承认累积、集体持有和代代相传的传统知识的集体权利与利益 保护传统知识体系本身的完整性 一些社区的潜在的所有权	对传统知识本身的集体权利与利益的专门保护（而不是单纯的可通过知识产权保护的客体）： - 国际上采用协调一致的方法； - 在国家/区域层面保持最大限度的灵活性。 对社区在传统知识体系本身的权利与利益进行专门保护： - 国际上采取协调一致的方法； - 在国家/区域层面保持最大限度的灵活性。
防止某些损害行为和盗用行为的具体传统知识保护机制	在常规知识产权法律中没有涉及 可部分通过合同与比较宽泛的不公平竞争与不正当得利的理念进行保	参见下文的详细内容	

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
	护		
		防止在有关传统知识方面的不正当得利、滥用或有悖于诚信商业行为的种种行径的标准	<p>在国际层面规定专门的标准以推广统一的方法：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 如及时制定国际标准，则为具有约束力的法律； - 如标准的法律核心内容仍在制定过程中，则为政治宣言。 <p>在国家/区域层面制定的专门标准可保持最大限度的灵活性并保持立法的与时俱进和多样性。</p>
		<p>对社区持有的传统知识明确说明事先知情同意的原则。</p> <p>第三国法院跨地域承认事先知情同意原则以及获取和利益分享安排。</p>	<p>在国际层面规定专门的标准以推广统一的方法：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 如及时制定国际标准，则为具有约束力的法律； - 如标准的法律核心内容仍在制定过程中，则为政治宣言； <p>在国家/区域层面制定的专门标准可保持最大限度的灵活性并保持立法的与时俱进和多样性。</p>
		在使用明显与某些社区相关的传统知识时，标准须明确告知传统知识来源地社区。	<p>在国际上规定专门的标准以推广统一的方法：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 如及时制定精确的国际标准则为具有约束力的法律； - 如标准的法律核心内容仍在制定过程中，则为政治宣言。 <p>在国家/区域层面制定的专门标准可保持最大限度的灵活性并保持立法的与时俱进和多样性。</p>
		防止产生有冒犯文化或精神之嫌的或破坏传统知识完整	在国际层面规定专门的标准以推广统一的方法：

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
		性的使用行为的标准。	<ul style="list-style-type: none"> - 如及时制定国际标准，则为具有约束力的法律； - 如标准的法律核心内容仍在制定过程中，则为政治宣言。 <p>在国家/区域层面制定的专门标准可保持最大限度的灵活性并保持立法的与时俱进和多样性。</p>
违反专利法原则的传统知识的专利授予	<p>现行专利法要求申请须根据真正的发明人和真实的发明。</p> <p>《巴黎公约》要求明确说明真正的发明人。</p>	<p>专利制度在确定传统知识持有人的发明贡献方面可能存在的模糊之处。</p> <p>防止下述行为的明确标准：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 在未经传统知识持有人同意和参与的情况下对传统知识本身授予专利； - 对因盗用传统知识而可能产生的发明授予专利。 	<p>在国际层面：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 国际上具有约束力的标准； - 对现行标准的权威性解释； - 政治宣言。 <p>在国家层面：</p> <p>对国内专利法所作的具体修正。</p>
	<p>传统知识公布的具体要求：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 国内/区域法律； - CBD、世贸组织、产权组织的提案。 	<p>在传统知识方面的事先知情同意。</p>	<p>在国际层面：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 国际上具有约束力的标准； - 对现行标准的权威性解释； - 政治宣言。 <p>在国家层面：</p>

传统知识保护工作的内容	(a) 现有措施	(b) 已查明的差距	(c) 和 (d) 考虑因素与选项
			对国内专利法所作的具体修正。

A: 现有措施

国际上在提供传统知识保护方面现有的义务、规定和可能性

保护形式	涵盖的范围	考虑因素
传统知识的积极专利保护。	<p>依据现行的专利原则而不是传统知识体系本身可能受到保护的某些传统知识元素。</p> <p>从真正的发明人（包括传统知识持有人）取得授权的需求。</p> <p>有效的保护需要可授予专利的传统知识的真正持有人采取积极步骤。</p>	<p>在与传统知识可专利性的国际标准中存在着巨大的灵活性，其中包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 对“发明”进行定义； - 在适用于传统知识时对保护标准（新颖性、创造性、实用性）进行解释； - 不涉及可授予专利主题的公共政策。
传统知识在专利制度内的防御性保护。	<p>原则上对传统知识的许多保护来源于对专利的非法权利主张，如专利申请人对其他人开发的传统知识提出权利诉求。</p> <p>具体措施包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 对在进行专利程序过程中将传统知识作为现有技术获取的做法进行改进，不给传统知识的盗用提供便利（如将传统知识纳入 PCT 最低文献中；传统知识文献标准；使国际专利分类涵盖传统知识）； - 与传统知识相关专利审查的指南； - 在专利程序中使用的传统知识和相关遗传资源的门户、网关和适宜的数据库。 	<p>因向传统知识提供专利程序可能招至第三方的不必要盗用这一情况已引起关注。</p>
	<p>国内法对传统知识与相关遗传资源的专门的专利公开机制包括：</p>	<p>就传统知识具体的公开要求进行了大量的国际讨论与分析，其中包括就其在防止滥用传统</p>

保护形式	涵盖的范围	考虑因素
	<ul style="list-style-type: none"> - 公开传统知识的来源或原始发源地； - 事先知情同意的公开； - 进行公平利益分享的公开。 国家获取与利益分享制度。	知识方面的有效性的讨论与分析： <ul style="list-style-type: none"> - CBD《波恩指南》； - 世贸组织、产权组织有关新要求的提案。
未公开的传统知识	对秘密传统知识提供的保护，因其是秘密的所以具有商业价值；须采取合理步骤以保守秘密。	具体问题涉及到： <ul style="list-style-type: none"> - 在社区内的公开何时被视为“秘密的”； - 习惯法或做法的作用； - 保护对社区具有精神和文化价值但对社区不具有商业价值的知识。
为防止不公平竞争进行的保护	防止下述行为的保护措施： <ul style="list-style-type: none"> - 造成混乱的行为； - 在贸易过程中的虚假指称； - 对负有误导公众责任的说明或指称。 	对防止不公平竞争措施进行解释方面的灵活性，已纳入防止不当得利和盗用的更加宽泛的规定。
对显著标志的保护	不适用传统知识本身但适用于与传统知识相关产品的显著标志和符号，特别是： <ul style="list-style-type: none"> - 与传统知识成份相关商品和服务的商标； - 集体商标或证明商标。 - 地理标志。 	
工业品外观设计法	新的或原创性的工业品外观设计。	将基本出于技术或功能性方面的考虑所指明

保护形式	涵盖的范围	考虑因素
		的外观设计排除在保护范围之外的可能性。
版权与相关权法(包括对数据库和民间文艺表现形式表演的保护)	对知识本身不存在任何保护措施,但对传统知识的记录及传播、特别是符合保护条件的传统文化表现形式存在着保护手段。	参见传统文化表现形式差距分析更新草案(WIPO/GRTKF/IC/37/7)
国际公法	<p>《生物多样性公约》:与生物多样性的保护和可持续性使用相关的涉及生物多样性的传统知识。</p> <p>粮农组织《粮食及农业作物遗传基因国际公约》:与粮食及农业作物遗传基因相关的传统知识。</p>	
其他国际案文	<p>《联合国土著人民权利宣言》:规定了土著人民与传统知识相关权利的非约束性宣言。</p> <p>《波恩指南》:与生物多样性的保护和可持续利用相关的涉及生物多样性的传统知识。</p>	

B. 国际层面存在的差距

保护工作的内容	查明保护中的差距	具体考虑因素
查明或界定具有受保护资格的传统知识	<p>尽管在若干国际文书中都提到传统知识，但尚没有应予保护的正式定义（在特定的传统知识领域内）。</p> <p>在政府间委员会的工作中，拟定了一项定义的要素。</p>	
在明确的保护目标方面存在的差距	<p>传统知识体系的内在价值；</p> <p>传统知识体系作为富有价值的创新形式；</p> <p>尊重传统知识体系和传统知识持有人的文化与精神价值；</p> <p>尊重传统知识持有人和保管人的权利；</p> <p>保护传统知识并加强传统知识体系；</p> <p>源远流长的传统生活方式；</p> <p>支持在传统知识体系内的知识创新；</p> <p>支持传统知识的维护与保存工作；</p> <p>打击盗用和不公平合理地使用传统知识的行为，并促进从传统知识的利用中进行公平的利益分享；</p> <p>确保传统知识的获取和使用遵守事先知情同意的原则；</p> <p>促进基于传统知识体系的社区的可持续发展与合法贸易活动；</p>	

保护工作的内容	查明保护中的差距	具体考虑因素
	减少针对传统知识授予或行使不适宜的知识产权的现象。	
在现有法律机制中存在的差距		
未涵盖的客体	未被现有的知识产权保护形式涵盖的传统知识，诸如： <ul style="list-style-type: none"> - 不具新颖性的传统知识； - 不具有创造性的传统知识； - 已广泛公开或不具备作为未披露信息保护资格的传统知识。 	参见上文 A 项
	不符合未披露信息或秘密信息保护标准的累积、集体持有和世代相传的传统知识。	
	本身作为有机整体的传统知识体系。	
受益人或权利持有人未得到承认	传统知识体系内的集体权利、利益与应享权利。	
依据现行法律无法避免的使用形式和其他行动	禁止为传统知识非法授予专利的明确标准。	
	与传统知识相关的专利公开的特定要求。	
	防止不当得利或对传统知识滥用行为的保护措施。	
知情和保持完整性的权利	防止在未明确告知来源地社区的情况下使用传统知识。	
	防止造成文化或精神冒犯或妨碍保持传统知识完整性的使用。	

保护工作的内容	查明保护中的差距	具体考虑因素
对传统知识的事先知情同意	<p>未明确承认传统知识持有人对获取某种传统知识形式享有事先知情权。</p> <p>明确对未披露信息的保护，以此作为实施事先知情权的一种手段。</p>	<p>明确与其他传统知识持有人分享和已经社区同意（隐性或显性）或未经社区同意而在社区范围之外已公开的知识的事先知情同意原则的必要性。</p>
对传统知识的事先知情同意与专利制度	<p>有关传统知识的事先知情权制度与对下述客体授予专利之间没有明确的法律联系</p> <ul style="list-style-type: none"> - 传统知识本身；和 - 基于传统知识的发明。 	<p>查明真正发明人并使专利给予发明人权利的现有义务。</p>
进行公平利益分享的权利	<p>获得合理报酬或其他利益的应享权益的缺失（包括文化方面适宜的以及其他非财务性利益）。</p>	<p>习惯法在确定何种利益属公平和适宜方面的潜在作用。</p>

C. 与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素

	考虑因素的性质	详细情况
实质性考虑	国际法与政策。	<p>包括与下述内容相关法律义务与决策：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 保护生物多样性和阻止荒漠化； - 土著人民的权利； - 可持续性的保健政策和获取医药。
	社会、文化、政治与经济方面的考虑因素。	<ul style="list-style-type: none"> - 侧重于应对因传统知识的盗用与滥用而产生的不公平的诉求； - 传统知识在可持续性发展和基层发展中的作用； - 保护传统知识与社区文化和社会特征之间的联系； - 传统知识在工业和商业方面的利用； - 传统知识在解决环境与气候变化问题方面的价值； - 在一系列管理框架内提及传统知识。
	传统知识保护在比较广泛的决策领域中的作用。	<ul style="list-style-type: none"> - 保护生物多样性和公平利用其利益； - 承认土著人民的权利； - 加强粮食安全并推广粮食作物的多样性； - 确保在文化上适宜的获取健康； - 基层的可持续发展； - 缓和并减少气候变化； - 传统知识本身与正规的生物技术学科之间日益增加的交汇。

	考虑因素的性质	详细情况
		<ul style="list-style-type: none"> - 传统知识体系对创新与文化多样性的贡献
	具体的法律与政策考虑	<ul style="list-style-type: none"> - 许多国家或区域进程已形成了对传统知识更加强有力的保护，如果在为其他形形色色的国家或区域传统知识保护体系提供普遍适用的平台方面，未在国际进程中取得任何进展，那么这一事实就说明可能存在着种种困难、障碍或其他掣肘的因素； - 由于国际知识产权法在与传统知识相关以及传统知识和创新体系方面缺少明确的规定而可能产生的系统性影响； - 减少与传统知识可能的所有权或保管责任相关的法律上的不确定性而可能产生的好处； - 针对传统知识保护问题采用共同的国际方法所产生的代价和利益。
	权衡弥合这些差距的专门考虑	<ul style="list-style-type: none"> - 鉴于需要发展并分享更多的国家经验来作为取得更加明确国际成果的先决条件，因此即使已清楚查明种种差距，仍然存在着在国际层面弥合某些差距的时机尚不成熟的可能性； - 传统知识和持有传统知识社区的多样性，可能对国际层面制定标准的工作造成掣肘； - 外国权利持有人的权利和应享权益的不确定性，例如，持有传统知识的各个社区在文化和社会环境方面存在着巨大差异； - 在实现更高标准的政治与法律成果之间，可能需要力度更大、更加多样性的协商进程，因为文书一旦缔结，如重新审视将会十分困难并要付出巨大代价。

D. 弥合任何已查明的差距现有的选项或可能制定的选项

不同层面的选项	适用的具体因素
国际层面	
(i) 一项具有约束力的国际文书或多项文书；	实质上及时充分地制定哪些具体标准，才可以将之表述为具有约束力的国际法 - 与传统知识直接相关的保护； - 在专利制度和其他知识产权法领域里对传统知识的承认。
(ii) 对现行法律文书进行权威性或劝导性的解释或阐述；	有哪些现行规定和法律原则适宜对传统知识进行权威性的解释？例如： - 不公平竞争； - 专利法标准和其他知识产权领域； - 未披露信息或保密法。
(iii) 一项不具有约束力的规范性国际文书或多项文书；	在国际层面可能就哪些准则、标准和政治优先考虑的事项以一种非约束性文书的方式达成协议？
(iv) 高标准的政治决议、宣言或决定；	在国际层面可能就哪些准则、标准和优先考虑的事项以政治决议的方式达成协议？
(v) 通过指南或示范法加强国际合作；	
(vi) 协调统一国内立法发展；	
(vii) 在实用措施方面进行的国际合作	现有的计划、材料和举措已旨在： - 为法律和政策进程编制能力建设与实质性材料； - 提高传统知识持有人的实际能力； - 进行机构建设与指导；

不同层面的选项	适用的具体因素
	<ul style="list-style-type: none"> - 联合国系统内的机构间合作与协调； - 为公众开展提高认识和能力建设活动。
区域层面	
<ul style="list-style-type: none"> - 在区域、次区域或双边层面订立法律文书，包括专门的文书和常规性知识产权法律； - 在区域、次区域或双边层面发表的政治或政策层面的宣言； - 在区域层面通过示范法和其他形式的立法指南； - 在区域或次区域层面通过示范规约、指南和最佳做法建议； - 支持社区进行与传统知识相关的能力建设的区域、次区域和双边举措与计划。 	

不同层面的选项	适用的具体因素
国家层面	
<ul style="list-style-type: none">- 保护传统知识的立法，包括专门的文书和常规的知识产权法律；- 推广和保护传统知识的政策框架和行政管理机制，包括在诸如医药和公共卫生、环境与农业这些具体领域；- 由国家主管当局或其他机构通过的示范规约、指南和最佳做法建议；- 支持社区进行与传统知识相关能力建设的国家举措和计划。	

[附件二和文件完]