

# 7号

## 习惯法与传统知识\*

习惯法规定了土著人民和当地社区成员在其生活、文化和世界观等重要方面的权利、义务与责任，对土著人民和当地社区的根本认同至关重要。习惯法可以涉及自然资源的使用和获取、有关土地、继承和财产的权利与义务、精神生活的进行、文化遗产和知识系统的保持以及许多其他事务。

为使土著人民和当地社区在知识、文化和精神方面的生活和遗产保持活力，习惯法的保持可能至关重要。土著人民和当地社区也要求在其社区的范围之外，对习惯法予以各种形式的尊重和承认，例如，在对土地和自然资源提出的主张中尊重和承认习惯法。这可能在国家宪法中带来极为复杂的问题。

在思考习惯法及惯例与传统知识产权法之间的关系时以及确定适当的传统知识保护形式防止滥用和盗用时，也会出现类似问题。

本简介将探讨与习惯法、传统知识和知识产权相关的问题。本简介中的“传统知识”指的是一般概念，包括知识本身的内容以及传统文化表现形式。

\* 本背景简介借鉴了以前出版的材料，尤其是 WIPO 秘书处编拟的议题文件以及 Brendan Tobin 博士和 Rodrigo de la Cruz 先生的研究成果（参见下文的“阅读材料”）。

### 什么是习惯法？

习惯法系指土著人民和当地社区认可为强制性行为准则的习俗、惯例和信仰的集合，是其社会经济制度和生活方式的内在组成部分。

习惯法的特点正是它包含了一组习惯，这些习惯得到社区、人民、部落、民族或宗教群体的集体认可和共享。与之形成对比的是成文法，后者来自人为建立的政治权威，它的适用由权威（通常是国家）来掌控。

### 习惯法如何保护传统知识？

知识之所以“传统”，可能正是因为它是在习惯和世代相传的背景下得以发展、维护和传播，而这种背景通常要受习惯法的界定和影响。所以在讨论传统知识的保护时，即便要回答“何为传统知识”这个基本问题，也需要对习惯法有所了解。这也是为什么土著人民和当地社区一直坚称保护传统知识不被滥用或盗用的措施应基于其习惯法并支持其习惯法的执行。

因此，习惯法是一种整体性做法的一项潜在因素，这种做法可以包括习惯法、土著法律和规约——这些是更广泛的传统知识保护工具的一部分。这些工具可能包括现有知识产权制度、加入专门因素调整过的知识产权制度、新的独立的专门制度以及非知识产权类的可选方法，如贸易惯例和标签法、责任规则、合同的使用、对遗传资源获取的管制以及基于不当得利、公开权和亵渎行为等侵权行为（违法行为）的救济。

习惯法的主要特点包括合法性、灵活性和适应性。在一些国家，习惯法被认作法律渊源，在另一些国家，习惯法的作用被限制为仅供土著人民和当地社区进行内部自治或自我管理，还有很多国家尚未正式承认习惯法。

一般而言，习惯法可以：

- 作为社区对传统知识享有的法律权利的根本法律基础或法律渊源；
- 在确立社区对传统知识的集体权利时，作为一项事实性因素；
- 作为定义传统知识的一项因素，或者可以确立对“传统知识”概念具有核心意义的知识与社区之间的关系；
- 在为获取和 / 或使用传统知识而争取社区的“自由事先知情同意”时，用作决定或指导应采用程序的方法；
- 作为特定用户权利或例外的基础，使社区的持续性习惯使用和惯例免于传统知识使用所受的法律限制；
- 在评估因不当使用传统知识所导致的文化或精神冒犯或所造成的破坏时，用作指南；
- 在决定如何在社区内部合理分享传统知识的使用所带来的惠益时，用作决定因素或指南；
- 在传统知识方面的权利受到侵犯后，用作决定适当救济、制裁或赔偿的方法；
- 为传统知识所有权或其他形式保管权方面的争议提供解决途径；
- 用作指导传统知识权利世代相传的指南。

## 习惯法与传统知识的知识产权保护

习惯法与传统知识的知识产权保护之间关系非常复杂。土著人民和当地社区作为独特的团体，已经发展出多元的治理准则，这些准则与其他方面一起，可以对知识和创新的流动进行调整，且其方式反映了土著人民和当地社区的知识价值。尽管不同于知识产权制度，但通常认为这些调整在保护当地创新者时同样有效。

正式的知识产权制度依赖文件众多、规章化和由政府管理的结构和程序，传统知识的持有人利用这种制度时常常遇到困难。许多土著人民和当地社区缺乏便于管控其传统知识资源、书面记录和受外界承认的有代表性的治理结构，这使得知识持有人无法有效地防止盗用，也无法寻求积极的知识产权保护。

不仅如此，举个例子，习惯法和惯例可能要求对传统知识保密，而公开则是专利法的核心理念之一。除非将发明完全公开，否则有关该发明的专利无效。此外，以传统知识为基础的专利即便获得授权，也只能在有限的时期内提供保护，对于代代相传的知识而言，这样的保护可能并不足够。

但是，习惯法可以与正式的知识产权制度一起联合使用，来弥补传统知识保护中的空白。例如，与继承相关的习惯法可以决定知识产权的权属，或者决定社区作为权利持有人的法律身份；要求履行保密义务的习惯法可以有效扩展，以防止传统范围以外的公开；而管理神圣符号使用的习惯法则可以用来制止第三方为符号取得商标注册。

从程序的角度，习惯法可以管理协商的进行、争议的解决、对抗性主张的调解以及适用处罚或救济的选择。从原则上说，这些程序问题可以适用于不属于习惯法传统范围的客体——例如，决定传统知识商业性利用所得惠益的合理分享，或在出现知识产权侵权时决定损害赔偿金的分配。

知识产权以外的领域在对习惯法的认可上有着更为丰富的经验，这也许能为发掘知识产权法的潜力提供借鉴。这样的例子包括资源和环境法、物权法、继承法；习惯法在争议解决和刑法中的适用；合同、信托和股权法；普通的民法和家庭法。

## 专门法与习惯法

土著人民和当地社区的代表一直在积极参与 WIPO 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会 (IGC) 以及《生物多样性公约》(CBD) 的各种会议 (如第 8 条 (j) 款和相关条款问题不限成员名额特设工作组、《名古屋议定书》之前的各种获取与惠益分享问题会议以及与《名古屋议定书》相关的多个会议), 并在这些会议上要求建立符合其实际、价值和习惯法的传统知识相关机制。在这两个论坛中, 相关工作侧重于建立传统知识保护 (尤其是防止盗用) 的专门机制。土著人民和当地社区的实例常常表明, 他们的习惯法和惯例实质上是特别为保护其传统知识而制定的专门制度。

在国家或地区层面, 现有的传统知识保护专门法已经采取了多种积极做法承认习惯法。

### 国家和地区层面的传统知识保护专门法对习惯法的认可

- 1997 年《菲律宾土著人民权利法案》确立了“归还的权利”, 尤其是“归还以违反 [土著人民的] 法律、传统和习惯的方式”所获得的“文化、智慧、宗教和精神财产的权利”。获取土著知识必须按照习惯法获得事先知情同意。如果出现争议, “应使用习惯法和惯例来解决争议”。
- 2002 年 7 月 24 日秘鲁第 27811 号法引入了土著人民生物资源集体知识保护制度, 该法的目的是“促进对源自 [……] 集体知识使用的惠益的公平合理的分配”。该法在惠益分享的背景下承认习惯法和规约, 指出“土著人民 [……] 可以为惠益分配的目的求助于他们的传统制度”。该法还规定“土著人民之间进行集体知识的传统交流”应不受影响。
- 非洲地区知识产权组织 (ARIPO) 框架内的《保护传统知识和民间艺术表现形式斯瓦科普蒙德议定书》在某几项条款中承认了习惯法和惯例的作用。其中还有对习惯法和惯例的定义。

在国际层面, 政府间委员会 (IGC) 目前正在进行谈判, 以期制定一项或多项有效保护传统知识的国际法律文书。许多参与政府间委员会工作的人员, 包括 WIPO 成员国以及土著人民和当地社区的代表, 一直强调习惯法在该领域的作用。

## 结论

仅仅是国际层面, 还不足以确保对传统知识的有效保护。各国决策者承诺在国际层面促进此种保护, 必须通过采用相关的传统知识国内法和政策来体现。对于由多个国家的土著人民和当地社区所持有的共有传统知识, 为保护对其享有的权利, 地区性法律和政策极为重要。土著人民和当地社区对传统知识的持续使用、传统知识管理政策的制定以及由社区管理的传统知识数据库的建立, 都是对传统知识进行长期保护所需要的。通过相关立法和发展政策, 赋予土著人民和当地社区权力来按习惯法对其传统知识进行控制, 对于传统知识的保护至关重要。

### 在习惯法和知识产权法方面可予考虑的议题

- 习惯法与知识产权法之间何种形式的关系在实际中已经遇到过? 可以由此摸索出怎样的模式?
- 从其他 (但潜在相关的) 法律领域对习惯法的承认中可以得到什么启示? 这些法律领域有例如家庭法、继承法、土地权属和自然资源法、宪法、人权法和刑法以及一般性的争议解决。
- 关于习惯法在非物质财产方面以及在传统知识相关权利义务方面的作用, 曾报告过什么样的经验?
- 习惯法的哪些作用得到了现有和拟议的传统知识保护专门法的认可?
- 传统知识的持有人更希望看到习惯法和规约所发挥的作用是:
  - 作为社区可持续发展的基础, 加强社区认同、推动文化的多样性?
  - 作为自身具有法律约束力的特殊的法律渊源, 既约束原住民社区的成员, 也约束包括外国司法管辖区在内的社区范围以外的个人?
  - 作为一种手段, 在习惯法和规约传统涉及的领域之外, 为适用的法律和原则解释提供事实性指导?
  - 作为文化上适当的庭外争议解决形式的其中一个组成部分?
  - 作为获取传统知识的条件之一?
  - 作为持续使用的基础, 承认作为授予传统知识或相关衍生主题的任何其他权利的例外或限制?



## 阅读材料

《1998-1999 年 WIPO 知识产权和传统知识实地考察团报告》，[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo\\_pub\\_768.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf)。

《知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式：概览》(WIPO 出版物第 933 号)，[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf)。

WIPO 编拟的《背景简介》系列，[www.wipo.int/tk/en/resources/publications.html](http://www.wipo.int/tk/en/resources/publications.html)。

《习惯法、传统知识和知识产权：议题纲要》，WIPO 秘书处，2013 年，[www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview\\_customary\\_law.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf)。

《习惯法在获取和惠益分享以及传统知识管理中的作用：安第斯和太平洋岛国的视角》，联合国大学和 WIPO 联合制作，Brendan Tobin 博士，2008 年。[www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary\\_law\\_abs\\_tk.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary_law_abs_tk.pdf)。

《安第斯地区习惯法 WIPO 研究》，Rodrigo de la Cruz，2006 年，[www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study\\_cruz.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf)。

关于传统知识和传统文化表现形式保护的法律案文数据库以及遗传资源相关案文，[www.wipo.int/tk/en/legal\\_texts/](http://www.wipo.int/tk/en/legal_texts/)。

WIPO 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会 (IGC)，[www.wipo.int/tk/en/igc/index.html](http://www.wipo.int/tk/en/igc/index.html)。

世界知识产权组织  
34, chemin des Colombettes  
P.O. Box 18  
CH-1211 Geneva 20  
Switzerland  
瑞士

电话: +4122 338 91 11  
传真: +4122 733 54 28

WIPO 驻外办事处联系方式请见：  
[www.wipo.int/about-wipo/zh/offices/](http://www.wipo.int/about-wipo/zh/offices/)

© WIPO, 2016 年



署名3.0政府间组织许可  
(CC BY 3.0 IGO)

CC 许可不适用于本出版物中的非WIPO内容。

封面饰图取自 Susan Wanji Wanji 的作品“Munupi Mural” /  
© Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts