

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

第十八届会议

2011年5月9日至13日，日内瓦

第二届闭会期间工作组会议上
编拟的关于保护传统知识的条款草案

秘书处编拟的文件

导 言

1. 第二届闭会期间工作组（IWG 2）于2011年2月21日至25日举行会议，讨论传统知识问题。结合文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.（“保护传统知识：经修订的目标与原则”），IWG 2对其中所载的条款草案逐条进行了广泛的讨论。
2. IWG 2 的成果在该届会议的“简要报告”（WIPO/GRTKF/IC/IWG/2/2）中报告，并作为文件 WIPO/GRTKF/IC/18/6 提供给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）的本届会议。具体而言，在 IWG 2 全会进行广泛讨论之后，成立了六个不限成员名额非正式起草小组，以进一步讨论、交换和汇总全会上所发表的各种意见，争取提出整理后的案文，包括各种选项、意见和方案。成立各该起草小组的目的，在于审议一个或多个议题。在2011年2月23日（星期三）召开的夜会上，IWG 2 主席与各起草小组的召集人和报告员以及 IWG 2 各位副主席协调了起草小组的工作，之后，

2011 年 2 月 24 日(星期四)上午, 各起草小组又有机会对各自负责的一个或多个条款进行了审查。此后, 每一起草小组负责的一个或多个条款于 2011 年 2 月 24 日(星期四)下午和 2011 年 2 月 25 日(星期五)提交 IWG 2 全会所有专家讨论。IWG 2 已注意到这些条款草案和意见, 包括专家们建议的具体案文, 但并未予以通过。

3. IWG 2 请秘书处为政府间委员会本届会议编制一份文件(WIPO/GRTKF/IWG/2/3), 纳入各非正式起草小组编拟的条款草案, 以及上文第 2 段中提及的 2011 年 2 月 24 日和 25 日 IWG 2 全会上专家个人提出的意见和案文, 并说明来源, 包括代表观察员的专家所发表的意见。本文件即根据该要求写成。

本文件的编拟与结构

4. IWG 2 编拟的条款载于本文件附件。对于每条, 另有: (i) 相关起草小组报告员所作的介绍; (ii) 2011 年 2 月 24 日(星期四)下午和 2011 年 2 月 25 日(星期五)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替代性备选方案。其中第 1 条和第 12 条有替代性备选方案。

相关文件

5. 政府间委员会本届会议上提供的“第二届闭会期间工作组会议(IWG 2)简要报告”, 其中包括 IWG 2 的与会人员名单(WIPO/GRTKF/IC/18/6), 也与本文件直接有关。
 6. *请委员会对附件中所载的条款进行审查并发表评论意见, 以拟订这些条款的更新稿。*

[后接附件]

附件

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¹] 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 [土著人民和当地社区] 集体框架中的知识、技能、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。

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；

备选项

- (a) 与 [当地或传统社区] 有显著联系并习惯上公认属于该社区；
- (b) 其创造、保存和传播是 [一代代] 或 [以传统或世代相传的方式] 集体进行的。

¹ “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

- (b) 系 [一代代] 或 [以传统或世代相传的方式] 创造并被集体共享、保存和传播的；
- (c) 属于 [土著人民或当地社区] 文化认同的组成部分。

备选项

- (c) 属于被公认为所有人的 [当地、土著或传统人民或社区] 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

上文(a)至(c)，加上：

- (d) 系 [[土著人民和当地社区] 的财产] ；
- (e) [未在该社区以外以共同商定的条件经 [土著人民和当地社区] 的自由事先知情同意让人广泛知晓] ；
- (f) [传统知识可能有多种属性，被看作一个集合，是在社区内部共享的。它们在性质上是传统的，往往是神圣的或圣洁的，而且往往是秘密的。] ；
- (g) [这种知识是一族或多族 [土著和当地] 人民认同的一部分，因为有时这是一族以上的人民和/或社区的共享知识] ；
- (h) [这种传统知识为 [土著和当地人民和社区] 所承认，他们可以使用这种知识，可以对这种知识进行保管和保存。有得到习惯法和做法承认的文化责任。]

秘密传统知识

- 1.3 [受保护的秘密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。]

[后接第 1 条说明]

说 明

报告员的介绍

Kim Connolly-Stone 介绍了第 1 条起草小组的工作。该组决定把第 1 条的结构分为两部分，第一部分是传统知识的定义，第二部分处理资格标准。

传统知识定义有两个备选方案。第一个方案是一般性、概括性定义。第二个说明性更强，包括了传统知识方方面面的实例，并表达了土著人民和当地社区的愿望。两种定义反映了小组成员的不同起草风格：一些成员在定义上采用了法律性较强的途径，另一些成员认为严格的法律途径不适合传统知识这样的主题。Heng Gee Lim 准备了备选方案 2 的另一种版本(见下文)，但小组没有足够时间进行充分考虑和通过。

处理保护资格的备选方案实际上有三种。

所有三种均涉及到显著性、传统知识的集体性及其跨代传播和文化认同等核心概念。专家们为这些标准中的每一项找出了两种备选方案。在讨论传统知识属于文化认同一部分这一标准时，有人建议把这一标准扩大到文化遗产。

第一种备选方案仅含有在显著性、传统知识的集体性及文化认同方面的不同选项。

第二组选项与第一组选项相同，但含有两项额外的资格标准，规定传统知识在社区以外广为人知的，应当无资格受到任何保护。关于增加这些标准，并没有一致意见。一些专家认为，关于传统知识是否广为人知，是否易于发现的问题，最好在第 3 条保护范围中处理。

备选方案 3 也与备选方案 1 相同，但增加了一些标准。小组的一些成员认为，这些增加的标准中，其中一些重复了其他资格标准，或者偏离到传统知识的定义中去，而不是保护资格。但是，小组没有充分时间处理这些问题。

案文中还包括一项在该条增加第三项要素的建议，即受保护秘密知识的定义，原因是其他各条涉及到秘密传统知识，因此予以定义可能有用。遗憾的是，小组没有充分时间对定义进行详细讨论。

提到的土著人民和当地社区均用方括号括起。小组决定用该词来预留位置，理由是负责第 2 条的第二组正在考虑受益人问题。与以往 WIPO 会议上一样，也提出了是否写入民族、个人传统知识持有人以及是否提及单负数的问题。小组最后认为，无法在起草会议上解决这些问题。

由于时间限制，小组未能结束对所有问题的讨论。

专家的评论意见

Christopher Mapani 说，第 1 条基本上是要解决两个问题：(1) 本文书要保护什么？换言之，传统知识是什么？(2) 在各种传统知识中，哪些传统知识有资格受保护？他认为备选方案 1 和 2 可以很容易地合并起来。但是，备选方案 2 中提出的一些问题并没有真正地回答客体是什么的问题。它们的说明性很强。关于第 1 条第 2 款(a)项，他认为“显著”一词有问题：(1) 这个词的意图是什么？(2) 它将由不同群体拥有的传统知识置于何地？它是不是说，至少有一个具体群体可被确定为拥有传统知识？关于第 1 条第 2 款(c)项，他对“组成部分”一词有疑问：(1) 它是否是要把对社区最重要的和不重要的区分开？(2) 什么对社区重要，什么不重要，由谁决定？他还对“广泛知晓”一词发表意见。他想知道，某事怎样变得广泛知晓是否被纳入考虑。传统知识变得广泛知晓，可能是由于盗用，因为窃取，或者是被社区公开。他建议，相对于任何个人，应当是被持有人自己公开的传统知识。

Musa Usman Ndamba 询问，“土著人民和当地社区”为何要加括号。他也想知道“显著”是何意思。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 对“传统范围内”感到关注，这可能导致在法律解释中排除某些传统知识。为避免任何法律上的误解，她建议把“在传统范围内”改为“在具体的文化背景下”。这样不会排除可以在传统范围内发现的知识，例如与领土有关的传统知识。关于第 1 条第 1 款，她支持 Heng Gee Lim 建议 [秘书处注：见下文]。该建议还增加了“神圣”和“秘密”，这对土著人民具有根本意义，尽管并非所有传统知识都是神圣的，并非所有传统知识都是秘密的。关于脚注，既然“土著人民和当地社区”一词已经被第二组在第 2 条中核准，她建议在全文中使用相同的词。她不接受第 1 条第 2 款的备选方案 2，该款涉及未在社区外人广泛知晓的知识。她说，这可以作为一项例外。

Amadou Tankoano 支持 Yonah Ngalaba Seleti 的建议 [秘书处的建议：见下文]。他也赞同 Heng Gee Lim 的建议 [秘书处注：见下文]。

Arjun Vinodrai 强调了起草定义时确定性和清楚性对律师和法官的重要意义。特别是，问题涉及到弘扬文化多样性。由于这个原因，他认为第 1 条第 2 款备选方案 2 有肯定的价值。第 1 条第 2 款备选方案 2 写入并指出了两个不属于传统知识范围的项目。

Natacha Lenaerts 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1 和第 1 条第 2 款备选方案 2。关于第 1 条第 2 款备选方案 2，她倾向于第 1 条第 2 款(a)项、第 1 条第 2 款(b)项和第 1 条第 2 款(c)项的首选项。

Carla Michely Yamaguti Lemos 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 2，因为它更为完整，能解决传统知识是什么的复杂问题。她提到另外两种情况：(1) 传统知识可以在具体文化背景外获得，(2) 同一种传统知识由一个以上的人民或社区提供。她认为这些情况需要被纳入传统知识的定义。关于资格标准，她说，最佳的措词是“保护延及下列传统知识”。她不能接受备选方

案 2 和 3 中出现的“未让人广泛知晓”，因为它暗示社区和土著人民的权利存在区别。不必把秘密传统知识放在此条中。

Nabiollah Azami Sardoue 建议把“土著人民或当地社区”在案文的各个部分改为“受益人”。对于第 1 条第 2 款，他的倾向是备选方案 1 中的“保护延及下列传统知识”。他建议删除“集体”，或者用括号括起。因为传统知识可以由家族或个人发展、保存、传播。

杨红菊说，关于第 1 条，在实质上有许多不同意见，很难解决，要由政府间委员会处理。关于秘密传统知识，她指出，第 1 条第 3 款可能引起一些误解。“受保护的秘密传统知识”显示，一些秘密传统知识受保护，一些不受保护。她不理解该段的意图，如果“秘密”被视为保护的一个先决条件，应当写入第 1 条第 2 款。如果“秘密传统知识”被视作一种受保护的传统文化知识，那么要加上其他形式的受保护传统知识，例如第 3 条提到的“已披露传统知识”。

Justin Hughes 指出，第 1 条第 2 款(a)项备选项，第 1 条第 2 款(b)项首选项以及第 1 条第 2 款(c)项备选项实际上来自 Yonah Ngalaba Seleti [秘书处注：见下文]。关于 Heng Gee Lim 的建议 [秘书处注：见下文]，他建议将其记录在案，因为一些专家对其评价很高。关于秘密传统知识，他认为被一个土著社区或当地社区真正保密的任何传统知识，均应当受到保护。

Bala Moussa Coulibaly 赞同第 1 条第 1 款备选方案 2。他说，他的国家在使用药用植物进行医疗方面有大量经验。国家设有药典，在药店出售这些植物，需要取得许可。第 1 条第 1 款没有考虑对药用植物的这种使用，他认为对此应当予以明确处理。

Lorena Bolaños 说，总的做法应当是让定义忠实反映土著人民的愿望，不牺牲任何要素。她关注的是，定义没有在传统知识和科学知识之间作出区别。实际上，两类知识应当平等对待。她指出，政策目标(i)明确承认传统知识的科学价值。关于应使用的词语，她建议采用国际文书中承认的词语，例如“土著人民”一词，将该词改为受益人并不恰当。她支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 关于把“传统范围”改为“文化范围”的建议。这样做，将使政府间委员会不必给“传统范围”是什么下定义。关于第 1 条第 2 款，他的关注是，备选方案 2 提到了在社区以外广为人知的知识。

Xilonen Luna Ruiz 同意 Heng Gee Lim，需要把“神圣”和“秘密”两词写入。传统知识可以有许多特性，例如在社区内共享、传统、神圣或秘密。有必要在定义中解释传统知识的特性，但秘密不应当被视为一个资格标准。传统知识保密的原因，往往是由于土著人民和当地社区不希望其他人知道该知识。关于第 1 条第 2 款(a)项首选项，她认为使用“独有产物”一词有很大问题。

Krisztina Kovács 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1 和第 1 条第 2 款备选方案 2。关于第 1 条第 2 款备选方案 2，他倾向于第 1 条第 2 款(a)项和第 1 条第 2 款(c)项首选项。

N.S. Gopalakrishnan 说，采用的方法是给传统知识下宽泛的定义，并对将根据该文书受到保护的传统文化知识规定条件，限制范围。他认为这种方法有缺陷，因为它试图把传统文化知识分为两类：(1) 能得到保护的，和(2) 不能得到保护的。他认为，一切传统文化知识一旦被承认为传统文化知

识，就应当得到本文书的保护。采用的办法还包括用知识产权制度的标准来看待传统知识。这在文字上就有反映，例如“独有”、“显著”和“组成部分”。他认为，正是知识产权制度中所理解的公有领域思想，对通过确定定义规定传统知识保护标准起了主导作用。这是从根本上对传统知识持有人习惯权利的质疑。传统知识是社区的一部分，社区拥有它。资格条件把证明传统知识属于持有人的责任放到了传统知识持有人身上。这与传统知识属于社区的基本理解相悖。政策目标是防止有价值传统知识遭到盗用和滥用。这种做法将为盗用提供方便，把证明所有权的责任加给传统知识持有人，而不是让他们取得能力，保存并保护其文化与传统。他承认，各个选项中的一些要素可以拿出来从防止盗用的角度采用，但它们不够清楚，不够适当，无法保护和包括一切形式的有价值传统知识。

Daphné De Beco 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1 和第 1 条第 2 款备选方案 2。关于第 1 条第 2 款备选方案 2，他倾向于第 1 条第 2 款(a)项、第 1 条第 2 款(b)项和第 1 条第 2 款(c)项首选项。

Leila Garro Valverde 对 Yonah Ngalaba Seleti 的话表示赞成。她也支持 Heng Gee Lim 的建议。她对使用单数和复数的“人民”一词表示关注，指出两个词的含义上有重要区别。

Tim Roberts 支持 Arjun Vinodrai 的发言。让案文能够为法律工作者所用很重要。各起草小组实际上不是在起草法律，而是在起草元法律，是交给法律工作者改写成适合其具体国家的语言的。做到清楚是第一要务。如果同时还公正、合理，那最好不过。关于第 1 条第 3 款，他认为必须把秘密传统知识与其他形式的传统知识区别对待。他建议给它更大的保护。

Horacio Gabriel Usquiano Vargas 强调，就传统知识而言，第 1 条将产生所有其他各条的结果。关于第 1 条第 1 款备选方案 2，其主要结构是许多专家之间协调的结果。他支持备选方案 2，关于第 1 条第 2 款，称传统知识为产物不值得建议，而且“产物”一词未获得接受。传统知识有集体性。

Natalia Buzova 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1 和第 1 条第 2 款备选方案 2。

Hemachandra Leelanath Obeysekera 赞同 Bala Moussa Coulibaly 的意见。药用植物在斯里兰卡有相同问题。他建议在第 1 条第 2 款备选方案 2 “技能”后加上“能力”。

Ken-Ichiro Natsume 认为，让标准和定义具体、详细，将方便理解哪些有资格，哪些属于传统知识的范围，哪些无资格，哪些不属于传统知识的范围。如果定义含糊，将引发更多争议。因此，他倾向于第 1 条第 1 款备选方案 2，并认为第 1 条第 2 款备选方案 3 是一个好的起点。他同意 Arjun Vinodrai 的意见。说明哪些不在范围之内或者没有资格，将让范围更清楚。他认为这种做法有价值，例如备选方案 2(d)或备选方案 3(e)中所反映的那样。他建议写入备选方案 3(e)，因为他看不到已广为人知的传统知识必须得到保护有什么合理理由。

Debra Harry 总体上赞成第 1 条第 1 款备选方案 2。但是，她支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 和 Lorena Bolaños 关于用词的意见。她支持使用“文化范围”一词，不用“传统范围”。关于第 1 条第 2 款备选方案 1，她不支持某些词，例如“产物”和“显著”，因为这些

词可能被用来以非常窄的条件来定义传统知识，可能排除许多传统知识。关于第 1 条第 2 款(b)项备选项中使用的“创造”一词，她说土著人民可能产生新的知识。关于第 1 条第 2 款备选方案 2 中使用的“未广泛知晓”，她赞同 Carla Michely Yamaguti Lemos，即该词排除了可能被错误认为属于公有领域的传统知识。关于备选方案 2(e)，她不赞同“普遍广为人知”一词，该词把知识产权标准加给了传统知识。她支持第 1 条第 3 款并建议在“秘密”之后加上“和神圣”。不应排除对土著人民和当地社区尤其具有文化神圣性的知识。但是，她不同意“也不曾共享”，因为在许多情况下，秘密和/或神圣的传统知识被从土著社区拿走、盗用或者错误泄露，因此可能已经为别人所知。这种知识不应当排除在保护之外。关于受益人，她说，第 2 组完全同意采用“土著人民和当地社区”。

Edwina Lewis 支持 Arjun Vinodrai 和 Tim Roberts 关于需要法律明确性的意见。她提出，应当有灵活性，包容差异巨大的国内环境。并建议定义应当宽泛，有包容性。她认为，第 1 条第 1 款备选方案 1 提供了一个非常宽泛和有包容性的定义。第 1 条第 1 款备选方案 2 试图定义的是传统知识体系而非传统知识本身。

Vittorio Ragonesi 说，在传统知识的概念上，有一些不同的人类学看法。从法律性更强的角度看，他倾向于第 1 条第 1 款备选方案 2。在知识产权领域，有需要遵守的保护标准。要成为发明，必须满足具体标准。这也应当适用于传统知识。关于备选方案 2 的第 1 条第 1 款(c)项，他认为无时效性应当写入第 7 条，该条涉及保护期。关于第 1 条第 2 款(a)项，他回顾说，有一条不同的案文说“知识是……所独有或与其有显著联系的”，而他没有找到该段案文。他想知道它是否一开始就被排除在外，还是进行了修改。他倾向于第 1 条第 2 款备选方案 2。关于第 1 条第 2 款备选方案 2，他倾向于第 1 条第 2 款(a)项、第 1 条第 2 款(b)项和第 1 条第 2 款(c)项的首选项。

Kijoong Song 认为，传统知识的定义应当简短但准确。他倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1，因为备选方案 2 的(b)项、(c)项和(d)项更像是资格标准。他倾向于第 1 条第 2 款备选方案 2。关于第 1 条第 2 款备选方案 2，他倾向于第 1 条第 2 款(a)项备选项、第 1 条第 2 款(b)项备选项和第 1 条第 2 款(c)项备选项。

Irène-Mélanie Gwenang 倾向于第 1 条第 1 款备选方案 1。他建议把“传统范围”改为“传统和文化范围”，这样就不必二选一。关于第 1 条第 2 款，他倾向于备选方案 1。他还支持 Bala Moussa Coulibaly 和 Hemachandra Leelanath Obeysekera 对药用植物的关注。

Ronald Barnes 支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort、Debra Harry、Leila Garro Valverde 和 Lorena Bolaños 的意见。他指出，第 2 条使用的词语是“土著人民”，为复数形式。这需要得到标准化。关于资格标准，他倾向于第 1 条第 2 款(b)项备选项和第 1 条第 2 款(c)项备选项。

Weerawit Weeraworawit 赞同 Heng Gee Lim 的建议，因为它处理的是知识的内容以及知识得到保存、维持和使用的方式。关于资格标准，他认为并非所有知识都应被认为值得保护。小组未能就“广为人知”传统知识的效果拿出决定性的观点，让人遗憾。

Albert Deterville 赞同第 1 条第 1 款备选方案 2。关于标准，他赞同第 1 条第 2 款(a)项、第 1 条第 2 款(b)项和第 1 条第 2 款(c)项的备选项。他支持 Debra Harry 关于写入神圣和秘密传统知识的意见。他建议继续把“土著人民和当地社区”作为标准用语使用。

Miranda Risane Ayu 赞同第 1 条第 1 款备选方案 2，但认为一些新词需要明确，应当用法律方式解释。关于资格标准，她赞同备选方案 1，并赞同第 1 条第 2 款(a)项备选项、第 1 条第 2 款(b)项首选项和第 1 条第 2 款(c)项备选项。她支持 Yonah Ngalaba Seleti 的建议。她还对备选方案 3 表示了兴趣，但一些词语存在很多清楚性和法律确定性问题，例如“秘密”、“共享知识”。

专家提出的其他替代性的备选方案

Heng Gee Lim 提出了第 1 条第 1 款的替代案文：

“传统知识是各种传统范畴的智力活动的结果，其中包括 [土著人民和当地社区] 集体框架中的知识、技能、创新、做法和教导。它：

- (a) 充满活力，不断发展，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，
- (b) 代代相传，形式各异，不可剥夺，不可分割，没有时效，
- (c) 与生物多样性有天然联系，维持着传统生活方式所体现的文化、社会和人类多样性，并且
- (d) 往往是神圣的/或秘密的。”

Yonah Ngalaba Seleti 提出了第 1 条第 2 款的备选案文：

“保护应延及下列传统知识：

- (a) 一代代产生并集体共享、保存和传播，
- (b) 与 [当地或传统社区] 有显著联系并习惯上公认属于该社区，
- (c) 属于被公认为所有人的 [当地、土著或传统人民或社区] 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。”

第 2 条

保护的受益人

保护的受益人是 [以第 1 条所述方式] 以传统或世代相传的方式创造、保存和传播知识的传统知识持有人。传统知识持有人包括、但不限于土著人民、当地社区 [和民族]。

[后接第 2 条说明]

说 明

报告员的介绍

Marisella Ouma 介绍了第 2 条起草小组的工作。

起草小组的组员有 Leonilla Kishebuka、Nabiollah Azami Sardoue、Musa Usman、杨红菊、Richard Aching、Corleta Babb-Schaefer、Jens Gaster、Kristina Kovács、Marc Perlman、Debra Harry、Giancarlo Leon、Miguel Valbuena、Rodrigo Valencia、Hayat Mehadji、Dioniso Madureira、Xilonen Luna Ruiz 和 Joseph Olesarioyo。

报告员说，主要工作文件是 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.。小组还参考了 WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/1 Prov.和 WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2。从传统文化表现形式的文件可以看出，有必要拿出一份单一提案。

一些专家对 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.中使用“传统”和“保护”两词表示关注。重点是传统的活跃性以及保护不应当是授权条件的事实。经过一些讨论，提出了下列建议，被用作工作文件：

“成员国的相关立法或者法律与实践应当/应规定，须说明在传统或世代范围内产生、构成、发展、保存和传播的传统知识持有人为受益人，例如土著人民、当地和传统社区。”

从上述建议可以看出，有某些要素需要得到处理，尤其是关于《联合国土著人民权利宣言》所承认的土著人民地位。打算让最终建议确保传统知识持有人得到说明，但同时应避免任何限制性措词。

最后一句的措词是要给出一个开放式清单，其中包括土著人民、当地社区和民族。但是，专家们认为，在“民族”一词有清楚的定义之前，应当保留。该词有几种定义，可能产生不同解释。

“民族”一词被放入括号。小组认为该词有不同内涵，因此需要有准确定义。专家们的理解是，案文应当覆盖某些成员国既无土著人民也无当地社区，但作为一个民族享有传统知识的情况。

关于“保护”一词的问题进行了讨论。专家们建议删除“保护”一词。因为它预先假设要求成员国现在已经提供传统知识保护。专家们同意删除“构成”和“发展”两词。

有必要在保护范围方面提及第 1 条，因此“以第 1 条所述方式”被放入括号中。小组指出，“传统或世代相传的方式”应当在界定保护客体的第 1 条中处理。此外，小组认为第 2 条第 2 句中罗列传统知识持有人，是一份不完全的清单，仅仅举例。

一些专家建议删除整句，把开列传统知识持有人留给国家立法去做。关于相关立法规定注明受益人的条款被删除，专家们建议它应转移到文书的其他条文中去。

专家的意见

Carla Michely Yamaguti Lemos 说，除了土著人民和当地社区外没有受益人。她建议把第一行的“或”改为“和”。她建议把第二句改为“传统知识的持有人是土著人民和当地社区。”

Carmen Adriana Fernández Aroztegui 在看到小组取得的成果之后，建议删除“土著人民和当地社区”的括号。她希望检查一下其他语言中“当地”的含义以及“社区”的含义。她认为，没有任何土著人民或当地社区的民族不应当被排除在传统知识的保护之外。她认为，在西班牙文的“社区”一词中，民族的概念不明确。她的理解是，社区可以被解释为一个地区或一个国家的全体人民，或者是被共同特征或利益联系起来的一组全体人民。使用“当地社区”一词，民族的传统知识将被包括在内。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 支持 Carla Michely Yamaguti Lemos 关于除土著人民和当地社区以外没人可以成为传统知识持有人的意见。她建议把“传统范围”改为“具体文化范围”。她还建议在“持有人”之前增加“所有人”。《联合国土著人民权利宣言》第 31 条表述了传统知识的所有权。

Albert Deterville 说，从第 1 条中可以明显看出受益人是谁。他支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 和 Carla Michely Yamaguti Lemos 关于改写第 2 条的意见。他还支持从第二句中删除一些词，因为受益人是土著和当地社区。

Benny Müller 想知道，说“创造、保存和传播第 1 条定义的传统知识”是不是很清楚，这样可以避免提及传统和世代方式。他指出，土著人民和当地社区应当是其权利的持有人、受益人和管理人。换言之，保护不应当提供给民族或国家。因此，他建议删除括号中的“民族”。

Miranda Risane Ayu 说，“民族”在她的国家有时与“国家”加以区分。当政府或国家做了不公正的事时，民族可以予以纠正。因此民族是更宽的概念。印度尼西亚共和国宪法第 32 条说，政府应当发扬印度尼西亚的民族文化。她说，这不仅是政治上的解释，还是他们作为一个民族的立场。因此她认为，如果把“民族”排除在受益人之外，将被认为是对印度尼西亚统一的一种威胁。她坚持把“民族”一词保留在案文中。

Arjun Vinodrai 对最后一句提出了一个问题，即目的是不是要在受益人中包括个人。他想知道，在某处给“传统”是什么下个定义是不是有用。第 1 条的一些备选方案提供了一些参考，但进一步改进文件，用有可操作性的语言做一些规定，是否有用。关于“传统或世代相传的方式”，他想知道为什么使用“或”而不是“和”。他指出，大学，特别是在欧洲这样过去 500 年就有大学的较老的地区，可能可以被视为世代相传的，一代一代传递知识。

Khamis Al-Shamakhi 说，有一些土生人民，他们不一定是当地的或土著的。他赞同 Miranda Risane Ayu 的其他专家，支持使用“民族”一词。

Horacio Gabriel Usquiano Vargas 建议写入“民族”一词，他说，民族不仅仅是一个独有的单一国家。玻利维亚是一个多民族国。民族的多民族性应当在该条中得到考虑。他请所有专家读一下玻利维亚宪法第一条，该条中对多民族的概念有解释。

Lilyclaire Elaine Bellamy 建议删除“和民族”的括号。

Justin Hughes 不同意 Debra Harry 与第 1 条有关的对“创造”一词的意见。“创造”一词意在包括创造性。他指出，如果专家们对第 1 条中的该词感到关注，他们也必须对第 2 条中的该词感到关注。他同意 Benny Müller 关于与第 1 条中的条件保持直接联系、删除“传统或世代相传的方式”的意见。他赞同被括起的“以第 1 条所述方式”的措词。他个人支持不写入“民族”一词。他的理解是，许多民族是当地社区，尤其是，许多加勒比民族构成当地社区。

Musa Usman Ndamba 建议删除“民族”。他说，他来自非洲，民族与国家有时让人混淆。他认为“社区”实际上包括了“民族”。

Hayet Mehadji 说，起草小组选择的备选方案是灵活的解决办法。她强调，让拿出的文书反映所有成员国的现实非常重要。她支持保留“和民族”。

Xilonen Luna Ruiz 赞同“土著民族和当地社区”。他建议每个国家自行定义既是土著的也是当地的那些人民和社区。“包括土著人民和当地社区”一词可能在具体的国家和地区有不同的定义。

Lorena Bolaños 支持 Benny Müller 关于替换“传统或世代相传的方式”的建议，以便去除这两个词带来的模糊性。她还支持 Carla Michely Yamaguti Lemos 关于删除“包括、但不限于”的建议。这给人造成国际文书的目标也在于保护第三方的错误印象。

Weerawit Weeraworawit 说，草案很合理、很灵活。他支持 Miranda Risane Ayu 关于保留“民族”一词的意见，因为每个国家有不同的要求、不同的条件和不同的需要。例如，泰国的传统按摩知识不能归于泰国的任何一个当地社区。它是一代一代传下来的，并不断得到发展和完善。如果受益人的定义限制在土著人民和当地社区，将排除有资格从这种传统知识中获得利益的大量民族和文化社区。所以他赞同让定义保持灵活，写入“包括、但不限于”，并保留“民族”一词。

Joseph Kolegwi-Nzakpe 说，案文可能需要考虑非洲的所有现实。除土著人民和当地社区外，在他的国家，传统社区的个人也是传统知识的持有人。他们受到承认，在其社会中已有多多年。他建议增加属于传统知识持有人的个人。

Kijoong Song 认为，传统知识持有人应当限于土著人民和当地社区，因为第 1 条在定义传统知识时没有提到“民族”。每一条都应当一致。

Yonah Ngalaba Seleti 举出了莱索托的例子，莱索托是由一个叫做巴索托的民族构成的。斯威士人也是如此，他们居住在斯威士兰王国。他认为，“包括、但不限于”突出了土著人民

和当地社区，但并不排斥其他人证明他们是知识的持有人。因此它把责任从知识持有人转给了希望提出要求的人。

N.S. Gopalakrishnan 支持保留“包括、但不限于”，并去除“和民族”的括号。他说，案文很灵活，覆盖了不同国家的不同条件。“民族”一词将尤其有助于确认各国的代表性机构为受益人。这是知识从具体社区转移到国家范围内不同社区团体的情况。

Martha Evelyn Menjivar 对第 2 条的内容和措词表示满意。她支持 Horacio Gabriel Usquiano Vargas 关于使用“民族”一词的意见。

Robert Leslie Malezer 说，案文的宗旨不是具有排斥性，民族，也就是指政府，以传统和世代相传的方式创造、保存和传播知识，或许是可能的。例如，太平洋的土著人民形成了民族国家。但是，民族、国家或政府与人民或人口之间有区别。他赞同提及“人民，包括土著人民和当地社区”这样的语言。他认为，如果“民族”一词写入最终案文，必须对第一句进行检验，了解此类传统知识是怎样以世代相传的方式得到处理、维持和持续的。

John Asein 建议把“或”改为“和”。他猜测“传统”在这一上下文中的意思是“文化”。他还建议删除“包括、但不限于”。他提出对受益人进行不确定的、非穷尽性的罗列。他认为受益人的定义应当有确定性。关于 Arjun Vinodrai 提出的写入个人，他有同样的问题。人们对持有传统知识的个人或家族有关注，他认为他们应当能够成为受益人。关于“民族”问题，他认为，如果“民族”被理解为指国家，该条也必须考虑拥有可能希望被包括在内的各种文化社区的国家。

Rodrigo Valencia Castañeda 认为，“当地社区”可以被理解为是包括“民族”在内的概念。因此，他建议删除“和民族”。

Natalia Buzova 说，因为“包括、但不限于”在案文中，所以是否保留“民族”无关重要。因为不受限，所以可以包括民族、个人以及可以视为传统知识持有人的许多其他人。她认为定义应当加以明确。

Debra Harry 支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 写入“文化范围”的建议。她同意 Carla Michely Yamaguti Lemos 关于把“或”改为“和”。她建议把“创造”一词改为“发展”。她还支持关于删除“包括、但不限于”的建议。她不赞同写入“和民族”。

Nabiollah Azami Sardoue 说，传统知识可以由个人而且可以由家族来发展、保存、传播。因此他建议按现状保留“包括、但不限于”。他还建议删除“和民族”，因为“民族”一词有许多定义，可能让承认传统知识持有人变得很难。

Ulpiano Prado 认为，保护的受益人不应当仅是创造传统知识的人，还应当包括那些保护和传播的人。在他的国家，许多这种知识在年龄已经很大的人手中。因此政府正在进行保障工作。他建议除了土著人民和当地社区以外，也可以写入正在创造这种知识的人的群体、组织或个人。

Mohamed El Mhamdi 建议删除括号，在第 1 条增加“和民族”，以便做到一致。他说，“民族”一词非常重要。在摩洛哥的 Fez 古镇中有大量传统知识。传统知识随后被传播到各地，可以在摩洛哥多处城镇找到。如果“民族”一词被删除，只有 Fez 镇创造和传播知识的社区才能受益，所有其他社区将被排除在外，即使它们也在产生东西。

Heng Gee Lim 认为，不必把“创造、保存和传播”几个词带入第 2 条，因为传统知识已经在第 1 条中得到定义。他同意 Benny Müller，即受益人实际上应该是土著人民和当地社区。他同意关于删除“和民族”的括号的建议。

Salma Bashir 说，措词相当灵活，在不同受益人之间保证了平衡。他建议把它写入第 1 条或者与第 1 条联系起来。

Joseph Olesarioyo 支持保留“传统”和“世代相传”两词。例如，传统知识在马赛社区的传统文化做法或典礼上传播，是代代相传的。他认为这两个词在定义保护受益人方面有构成整体的作用。

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，应当/应在以下方面享有专有权：
- (a) 控制和利用其传统知识；
 - (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；
 - (e) 防止在对传统知识持有人及其原属国没有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、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 缔约各方应当/应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”一词，应当指下列任何行为：
- 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。

备选方案 2

- 3.1 受保护传统知识的受益人，应当/应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/应当制定措施，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其持有人的文化规范和做法。

备选方案 3

- 3.1 对于未被传统知识持有人在传统/文化范围以外披露的传统知识，受保护传统知识的受益人应当/应有充分而有效的法律手段/措施防止任何未经授权的披露、使用或其他利用。应当落实措施，确保使用传统知识获得事先知情同意，而且因这种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。
- 3.2 还应/应当落实措施，确保在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获得事先知情同意，而且确保因这种使用而产生的任何利益得到公正、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/应当制定措施，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其持有人的文化规范和做法。

[后接第 3 条说明]

说 明

报告员的介绍

Christopher Mapani 介绍了第 3 条起草小组的工作。该组的任务是拿出一套将由传统知识持有人享受的权利。一个附属问题是确保这些权利可以由持有人加以实现或行使。

小组讨论所依据的原理基本上是持有人对其传统知识拥有财产权。与该原理相一致，小组既提出了积极权利也提出了消极权利。这些权利分为两类：(1) 经济权利和(2) 精神权利。

备选方案 1 基本上概括了占主流的观点。这种观点是，只要传统知识按资格标准能够获得保护，持有人就应当享有权利。传统知识是否为公共所知或者可以为公共所用，不做进一步区分。

在第 3 条第 1 款中，小组在使用“受保护的”一词方面认真加以明确。根据该文书保护的傳統知识是指符合资格标准的传统知识。

第 3 条第 2 款试图给各国加上一项义务。但小组注意到，第 4 条中或多或少有类似规定。小组保留了第 3 条第 2 款，因为它不确定第 4 条会采用哪种备选方案。

第 3 条第 2 款的另一点是，小组尝试给什么构成“利用”下一个定义。关于“利用”本身的定义，小组提到“产品”，这是因为考虑传统知识的定义也包括可以是产品、方法或类似事物的创新。

备选方案 2 是备选方案 1 的简写版。备选方案 1 和备选方案 2 之间有小的概念差异。基本上或多或少是一种不同的表述方法。但与备选方案 1 相比，它也提供了更大的宽松度。

备选方案 3 是少数观点。备选方案 3 试图把有资格获得保护的傳統知识进行分类。给这种传统知识分类时使用了不同的词语。例如，从课本获得的传统知识不能与从社区获得的传统知识相同对待。另一个关注是药品公司正在越来越不愿意投资于研究。

为给这种传统知识分类，提出了不同术语。其中一个是属于公有领域的传统知识。但其他专家警告说，公有领域与公众可以获得并不一样。重点是，这是一种专门的保护形式。另一种术语是把其归类为秘密传统知识，但有观点指出，这给持有人加上了为传统知识保密的义务。另一件事是许多传统知识由社区所持有，而不是个人。这非常难以保密。关于秘密传统知识的问题是：(1) 什么是“秘密”？(2) 确定时使用哪些参数？小组还讨论了“广为人知”一词。问题是：(1) 怎样确定什么是广泛？(2) 谁来确定什么是广泛？(3) 如果广为人知，社区是否仍应享有某些权利？小组研究的最后一个词是“已披露传统知识”。小组想知道某物是否已被披露，要采用哪些参数。谁披露了传统知识也应当纳入考虑。

有人指出，可公开获得的传统知识的持有人应当享有权利，但事先知情同意可能除外。

专家的意见

Edwina Lewis 说，一个门槛问题是，对广为人知的传统知识，是否给予或者是否应当给予保护，第 1 组给出的一个备选方案是这种传统知识不应符合资格标准。她说，备选方案 3 尝试确定哪些权利，例如精神权利或经济权利，可以实际上被用于可能符合第 1 条较宽的资格标准的传统知识形式。备选方案 3 中的第 3 条第 1 款模仿了传统文化表现形式案文中的对应段落，其中给予秘密传统文化表现形式以很广的经济保护。备选方案 3 中的第 3 条第 3 款旨在满足这样的期望，即不论知识是否广为人知，承认知识本身与知识的创造者之间有关联是适当的。备选方案 3 中的第 3 条第 2 款可能不太清楚。但目的是适应这种情况，即可以想像，即使传统知识被传统范围以外的少数人所知，但是仍可能有一些情况，分享因使用该知识而得到的商业利益，仍然是公正、合理和可行的。

Mara Rozenblate preferred 赞同备选方案 2，因为它相当全面和灵活。

Heinjoerg Herrmann 建议在整个文件中把“缔约方”改为“成员国”。

Ken-Ichiro Natsume 说，考虑到自人类出现以来人类在全世界的迁移史，以及与之发生的文化和传统跨时代、跨地区的传播，一旦建立基于专有权的传统知识体系，理论上将在相关联的社区和地区之间出现权利持有人或权利范围上的模糊性。因此有一种担心是，在已经很强大的专有权之间可能出现复杂的冲突，可能妨碍传统知识的适当保护。因此，备选方案 2 或 3 比备选方案 1 可取，因为备选方案 1 采用了一种基于专有权的制度。他指出，备选方案 3 比备选方案 2 可取的原因是，备选方案 3 允许传统知识的保密范围或披露范围与基于事先知情同意或共同商定保护条款的保护水平相匹配，而且该备选方案的这种结构与不正当竞争的概念高度相仿。这在成员国之间已经培养起足够的共同认识。关于备选方案 1 第 3 条第 1 款(e)项，由于传统知识一般不是物质存在而仅是知识，用基于证据的做法追溯这种知识的来源基本上不可能。接下来如果在传统知识上采用来源一披露要求，将很难在实际的知识产权授权每个个案中是否符合该要求进行适当检查。理由有二，第一，因为在知识产权授权过程中从最开始就极难确定具体知识是否符合传统知识的定义，几乎不可能确定该知识是否要符合强制性要求。即使授予知识产权的客体看上去属于传统知识的范围，它也可能是完全独立发明、创造或发现的，与传统知识或传统知识持有人没有任何关系。因此，无法确定客体是否来自传统知识。第二，由于几乎无法追踪知识本身的来源，这种知识在授予知识产权的工作中将永远求助于追踪其来源。因此，备选方案 1 第 3 条第 1 款(e)项规定的公开要求，既不会被指望能发挥遏制盗用或滥用传统知识的适当作用，也不会成为一种有效或现实的措施。

Leonila Kalebo Kishebuka 赞同备选方案 1，备选方案 2 说明的不是传统知识持有人的责任而是缔约方的责任。

Andrew Jenner 赞同备选方案 3，因为其法律确定性更高。例如，第 3 条第 1 款(e)项在实务水平上极为困难，这是考虑到可以期望审查员得到的培训水平以及能否获取履行这些义务的证据。他认为，这一条导致了法律不确定性。考虑到总目标可能是让利益回到传统知识的持有

人，因此应当认识到，应当营造正确的环境，激励该领域的研究与开发。如果法律确定性未达到充分水平，那么可以分享的利益额将降到最低水平，因为商业产品将很少。

Justin Hughes 说，保护水平应当随着传统知识的性质而不同。他从根本上认为，土著人民或当地社区为其传统知识保密的，传统知识的保护水平应当提高。这就是为什么备选方案 3 中做出的区分相当重要的原因。他同意关于法律确定性的意见。他指出，标准应当尊重独立发明或独立发现。

Yonah Ngalaba Seleti 介绍了天竺葵专利案，作为土著社区有能力阻止向其知识授予专利的例子。他说，事先知情同意是土著人民可以使用的一种跟踪机制。他认为备选方案 1 给出了确定性，可以帮助政府间委员会。

Hemachandra Leelanath Obeysekera 指出，关于备选方案 1 第 3 条第 1 款(e)项，多数国家都在药品中使用草药植物，而数千年来创造的传统医学知识未经任何临床实践，现在可以用于土著医学。一些新的实践已被授予专利权。但多数专利权与土著人民无关。他认为，这些利益返回传统知识持有人是合理的。

Heng Gee Lim 认为界定秘密传统知识的备选方案 3 是恰当的。他建议在备选方案 3 中另设一项权利，方法是增加新的(g)款，处理秘密和/或神圣传统知识问题：“(g) 防止秘密的和/或神圣的传统知识受到未经授权的披露或利用”。他说，防止未经授权披露的具体权利非常重要，因为防止未经授权披露的权利在(a)项至(f)项中没有具体规定。

Amadou Tankoano 赞同备选方案 1，他建议以脚注形式增加“利用”一词的定义。这将澄清并解释整条。

Bala Moussa Coulibaly 赞同备选方案 2，但他建议在第 3 条第 1 款中增加“因对传统知识的科学、商业和其他使用而产生的好处”。他认为，根据备选方案 2，国家将被鼓励批准所有促进知识产权适当发展的文书。知识产权资产是经济的一个重要部分。要想取得良好绩效，要有可以为权利提供支持和捍卫的文书。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 说，第 3 条第 1 款(a)项中的“利用”可能无法实现法律确定性。她建议把“利用”改为“发展”，该词在《联合国土著人民权利宣言》中使用。她还建议在“控制”之后，增加“维持、保护”。根据《名古屋议定书》第 16 条，她建议在第 3 条第 1 款(c)项最后增加“根据土著人民和当地社区自由事先知情同意”。关于第 3 条第 1 款(f)项，她建议在“传统”之后增加“文化”。在备选方案 1 第 3 条第 2 款中，她建议在开始处增加“与土著人民和当地社区一同”，这可以在《名古屋议定书》第 12 条和《联合国土著人民权利宣言》第 31 条第 2 款中找到。同样的措词可以用于备选方案 2 的第 3 条第 1 款。她指出，国家有义务提供保护，但它们提供保护时必须与土著和当地社区一同进行。

Robert Nereo Samson 说，本条备选方案 1 的行文是为了确保向传统知识持有人授予积极权利。这对确保承认传统知识持有人的权利非常重要。“专有”一词被用于为本条中列举的权

利提供确定性。备选方案 1 第 3 条第 1 款(e)项提到传统知识持有人及其原属国，这是在处理此类创新时应当考虑的一项区别。

N.S. Gopalakrishnan 说，排他权的思想在所有三个备选方案中均存在。这三个备选方案之间的主要区别是权利的性质。他认为，传统知识一旦合格，则资格条件不应当是根据传统知识的进一步分类对保护的性质做任何进一步区别，因为这可能对社区不公平。关于被保密的知识根据商业秘密基本原则将得到更高保护，这是一项已广为接受的事实。他强调，应当明确，这是一部专门法，与知识产权文书不同。

Marisella Ouma 认为，关于备选方案 3，整个问题是秘密相对于驰名和为公众所知的传统知识。她想知道，做出这种不同区别是否适当。她建议把传统知识作为一个整体保护。

Lilyclaire Elaine Bellamy 说，备选方案 1 第 3 条第 1 款使用了“根据本文书保护的传统知识的受益人”。备选方案 2 和 3 使用了“受保护传统知识的受益人”。他要求对这些用词进行澄清。

Carla Michely Yamaguti Lemos 认为，备选方案 1 反映了本文书的真正意图。关于落实第 3 条第 1 款(e)项的有效性，她介绍了巴西在遗传资源相关传统知识公开要求方面的经验。一般而言，在巴西，为取得专利，申请人应当请求与导致发明或创新的相关传统知识来源有关的信息。他应该披露该信息，否则就不能获得权利。为核查信息真实与否，专利局把该信息在互联网上提供，知道该信息是虚假的社区或人民可以主张权利。在国际背景下，可以使用一种信息中心机制。关于未披露或可公开获取的传统知识，她重申，注意这些用语以及“公有领域的传统知识”之间的区别非常重要。在巴西，土著和当地社区的多数传统知识被在科学研究中公布，在一些情况中，研究人员会向社区询问其知识。社区不拒绝回答，显示他们知道并且谈论他们的传统知识，这是土著和当地社区的本性。此外，传统知识的性质是活跃的、跨代的，这意味着不为之保密。把广为人知或可公共获取的传统知识与秘密传统知识区别对待，与传统知识的持有人，即土著和当地社区的本性相背。她认为需要一种手段来制止盗用以及随后没有利益分享的使用，不论是货币利益还是非货币利益。

Kijoong Song 说，在一次有关遗传资源和传统知识的研讨会上，其中一个问题是公开要求，专利审查员几乎异口同声地说，在授予专利的过程中落实这项要求几乎不可能，因为无法证实或推翻申请人在申请表格中的声明，公开要求将从行政和财务上给专利局带来巨大的负担。此外，申请人将由于缺乏法律确定性而不愿意申请专利。

John Asein 同意 Justin Hughes 关于需要确定性的意见。他也同意一些传统知识，例如神圣/秘密传统知识，应当给以注意。他同意 N.S. Gopalakrishnan，即三个备选方案试图通过向传统知识持有人授予专有权而实现有效保护。但备选方案 1 在实现确定性方面做得最好。他认为，“利用”一词可能改为“发展”，这很难接受。关于周知传统知识和秘密传统知识的区别，他说，这可能在理解本文书追求的保护的清楚范围方面造成更多困难。

Albert Deterville 说，备选方案 1 准确解释了要实现的是什么。

Ronald Barnes 赞同备选方案 1，指出“共同商定的条件”一词被写入在内。各国义务落实其国际义务。他建议在第 3 条第 1 款(d)项最前边加上“根据保护土著人民和当地社区利益的国际标准”。他也同意把“利用”改为“发展”。

Martha Evelyn Menjivar 赞同备选方案 1。她感谢 Carla Michely Yamaguti Lemos，认为她清楚地解释了在涉及公开来源方面其国家局是如何处理的。她说，萨尔瓦多要实现相同标准有大量工作要做。

Xilonen Luna Ruiz 赞同备选方案 1。她建议在备选方案 1 第 3 条第 1 款(d)项中增加“根据对传统制度的承认”。她对“利用”的定义发表了意见。第 1 条谈及传统知识作为独有产物。这一定义给出了一定澄清，她同意该定义。她也说“受保护传统知识”一词不能接受。

Debra Harry 说，备选方案 1 含有许多关键要素，对土著人民非常重要。但其他备选方案中的一些要素也可能有价值 and 有用。她认同 Lucia Fernanda Inácio Belfort 关于“利用”的相同关注，而且她支持“发展”一词。她建议在案文中通篇使用“自由事先知情同意”一词，因为这是《联合国土著人民权利宣言》中的用词。关于备选方案 3 第 3 条第 2 款，她关注的是非商业使用，认为应当把非商业使用加入在内，因为非商业使用往往是进一步开发和商业使用的第一步。她建议把“acknowledge”改为“recognize”。关于“广为人知”，问题是：为谁所知，何时所知，何处所知。一些知识可能广为人知，但仍然属于土著或当地社区。即使广为人知，也不应排除在保护之外。如果本进程是为了防止和解决滥用与盗用问题，她认为缺少返还不正当取得的传统知识的要求。

Nabiollah Azami Sardoue 赞同备选方案 1。他同意 Yonah Ngalaba Seleti 和 Hemachandra Leelanath Obeysekera 关于备选方案 1 第 3 条第 1 款(e)项的意见。在他的国家，持有人面临同样的问题，尤其是在草药方面。

Mohamed El Mhamdi 赞同备选方案 1。他建议在第 3 条第 1 款中把“根据本文书保护的”改为“符合第 1 条所规定标准的”。在第 3 条第 2 款中，他建议在“适用”的后边加上“和保护”。

Miranda Risane Ayu 认为，备选方案 1 是最清楚的备选方案。她理解 Kijoong Song 提出的关注。她建议让第 3 条第 1 款(e)项的措词温和一些。但这取决于每个国家的政策。

Antonia Aurora Ortega Pillman 赞同备选方案 1。她介绍了本国在第 3 条第 1 款(e)项上的经验。知识不属于公有领域的，要求进行公开。这方便并减少了知识产权局的负担。传统知识仍然在社区内持有并且仍然属于社区的，需要满足事先知情同意和利益分享要求。

Benny Müller 说，瑞士已经在专利法中实行了传统知识和遗传资源的强制公开要求。他认为，这项要求在瑞士的制定和公开有助于提高传统知识贸易的透明度。但是，来源公开要求本身不足以解决获取和利益分享中出现的所有问题。在专利制度以外需要采取额外措施。关于瑞士的公开要求，没有经验证据显示这项要求给专利申请人增加了不必要的负担。

Heng Gee Lim 说，“利用”一词定义的表述方式基本上遵循了《英国专利法》和《TRIPS 协定》。他对定义中利用使用方法生产的产品存有疑问，因为按目前的表述方式，保护非常狭窄。他想知道传统知识持有人是否希望这样。一家英国法院曾裁定，就专利法而言，产品是使用方法的直接结果，这意味着在受保护的方法和最终产品之间不应当有任何中间物。他认为，为了给传统知识持有人以更公正的权利，这项规定应当改写为“对受保护的方法进行了不小的使用的产品进行第(i)项中所述的行为”。

Natalia Buzova 说，很难按 Ken-Ichiro Natsume 指出的那样落实第 3 条第 1 款(e)项。许多专利局不解决权利的实质问题，而是审查有无违反做法或程序。第 2 条第 1 款(e)项存在争议，需要加以修正，因为它谈到专利授予之后的权利。

Weerawit Weeraworawit 赞同备选方案 1。它明确规定了受益人的专有权。他根本不赞同备选方案 3，因为它对关于保护资格的第 1 组的未完成工作做了假设。公开要求一点也不新，已采取措施保护受益人的人应当很习惯它们。

Musa Usman Ndamba 赞同备选方案 1。他支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort、Debra Harry 和 Albert Deterville。他支持使用“控制、维持和发展”。关于第 3 条第 1 款(c)项，他建议把“共同商定的条件”改为“自由事先知情同意”。他还建议增加一项，处理“不当取得传统知识”。

第 4 条

制裁、救济和行使权利

4.1 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 缔约各方 [应当/应] 确保其法律中有足以遏制进一步侵权的适当执法措施，制止对受益人 [经济利益和/或精神利益] 的 [故意或因疏忽而造成的] 侵犯。

备选方案 2

4.2 在发生违反传统知识保护的情况下，应有容易获得、适当而充分的执法和争议解决机制、边境措施、制裁和救济，以便可以对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盗用或滥用的快速救济。

4.3. 这些程序应当容易获得、公正、公平、适当，不对传统知识持有人造成负担。它们还应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，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。

[后接第 4 条说明]

说 明

报告员的介绍

Margreet Groenenboom 介绍了第 4 条起草小组的工作。她说，讨论中小组未能就一些要素达成一致，这些要素因此被放在括号中。

小组以传统文化表现形式文件中关于制裁的条文为基础进行讨论。在小组召集人会议中，发现案文中的几条涉及制裁和执法问题。会上同意采用关于权利行使问题的第 5 组编拟的条文。

第二天，小组着手理清第 4 条的结构，决定把提到的一般概念分散在各款中。这些概念目前出现在第 1 款，涉及采取措施的必要性，第 3 款，涉及措施要容易获得，公正、公平，以及最后第 4 款，涉及争议解决。

第 2 款处理要采取的措施。小组决定写入两个备选方案：第一个是更一般性的；第二个是更具体的。在第一个备选方案中，一些专家希望删除“故意或因疏忽造成的”，另一些专家不同意。关于“经济和精神权利”的括号，讨论认为还可能还有其他利益，例如与环境有关的利益和文化利益。第二个备选方案是 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.中的传统文化案文和第 5 组提出的备选方案的组合。小组确定删除对制裁形式的提及，因为这已经被更广的“救济”概念所包括。

适用于两个备选方案的是，与关于范围的第 3 条均有联系。

第 4 条写入了关于法院外争议解决(ADR)机制的规定，参考了文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.中的案文。一些专家表示，所指的是哪个论坛并不清楚。一些说可以把 WIPO 仲裁与调解中心作为例子，因为这个例子已经在传统文化表现形式案文中作为脚注提到。有人说也可以有地区性机制，因此小组增加了“区域”，讨论中认为，是否承认机制由成员国决定。一些人对“独立”的一词的含义表示关注，要求将其括起。

专家的评论意见

Arjun Vinodrai 指出了与第 4 条第 2 款备选方案 2 有关的政策问题，该款提到了边境措施。他还指出有一条涉及跨边境问题。他强调，在对处于跨越国境的社区的传统知识或者位于一个或更多地点的传统知识的问题怎样得到处理有完全的政策理解之前，很难确定写入边境措施是否恰当。

Lorena Bolaños 对涉及法院外争议解决机制的第 4 条第 4 款发表意见。她认为给受益人使用这种机制的权利是个好主意，条件是这些机制要有效。提供的解决方案比通过正常法律渠道要迅速和有效。但土著人民不一定总是熟悉怎样使用这些法院外机制。她认为这是可以谈及技术援助和能力建设的几个适当地方之一。这些想法 Carla Michely Yamaguti Lemos 已经提到。

能力建设尤其应当着眼于政策目标(v)的实现。该目标是帮助传统知识持有人真正地对其权利行使权威。她希望在文书生效之前就能商定措施。她认为 WIPO 的作用至关重要。

Martha Evelyn Menjivar 赞同备选方案 2。因为它起草得非常清楚。她认为第 4 条第 4 款的可适用性不强。争议解决问题应当得到澄清。

Amadou Tankoano 说，小组非常清楚地表述了作为制裁和执法机制哪些能有效。他指出备选方案 2 基本上取自 TRIPS 的语言。他赞同备选方案 2。

John Asein 建议从第 4 条第 1 款中删除“酌情”。他指出，备选方案 2 与防止不正当使用传统知识的总体政策目标更加一致。他赞同备选方案 2。

Robert Nereo Samson 建议在第 4 条第 1 款中在“采取”之后增加“并向传统知识持有人提供”。他建议在备选方案 2 第 4 条第 2 款中在“滥用传统知识的任何行为”之后增加“和违反本文书规定的传统知识持有人权利的行为”，因为他认为该条不仅应当涉及传统知识的盗用和滥用，还应当包括对第 3 条规定权利的所有违反。

Edna Maria Da Costa E. Silva 建议在第 4 条第 2 款备选方案 1 中“精神利益”之后增加“文化利益”。她说保护其文化遗产，保证这些权利非常重要。

Ronald Barnes 支持 John Asein 关于从第 4 条第 1 款中删除“酌情”的建议。他建议把第 4 条第 1 款改为：“缔约各方承诺根据国际议定的标准确保法律保护制度采取适用本文书所需要的措施。”关于第 4 条第 2 款，他赞同备选方案 2。关于第 4 条第 3 款，他建议把“它们还应为第三方的合法利益以及公共利益提供保障”用括号括起。他还建议从第 4 条第 4 款中删除“独立的”的括号。

Debra Harry 赞同第 4 条第 2 款的备选方案 2，因为它含有制裁、救济、保护和权利行使所需要的许多重要元素。她认为，第 4 条第 3 款包括了对第三方利益和公共利益的保障，扩大了本文书的范围。她支持在第 4 条第 4 款中不用括号括起“独立的”。她认为，土著人民需要从人权机构和专家处获得帮助、监督和保护机制，因为传统文化表现形式、传统知识和遗传资源与他们的文化权利和文化遗产有关。

Danny Edwards 说，第 4 条第 2 款备选方案 1 措词很好、内容全面。他认为“故意或因疏忽而造成的”可以为传统知识的使用者和持有人提供正确水平的清晰度和确定性。去掉“故意或因疏忽造成的”的括号，还将有助于缓和他的关注，即执法程序被用于要么独立发现传统知识，要么因为其他理由不可能事先知道或合理地知道正在侵权的人身上。关于第 4 条第 4 款，他强调，争议解决机制应该是独立的。因此他建议删除“独立的”的括号。

Mara Rozenblat 赞同第 4 条第 2 款备选方案 1。她建议删除“故意或因疏忽而造成的”的括号，以便提供更大的可预测性和确定性。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 支持 John Asein 关于从第 4 条第 1 款中删除“酌情”的建议。她还建议在第 4 条第 1 款的最后增加“并考虑土著人民和当地社区的习惯法、社区规约和

程序”。这与《名古屋议定书》第 12 条第 1 款的措词一致。她支持 Edna Maria Da Costa E. Silva 关于在第 4 条第 2 款备选方案 1 中“精神利益”之后增加“文化利益”的建议。她还同意 Ronald Barnes，第 4 条第 3 款第二句应当要么用括号括起要么删除。她说，第三方利益和公共利益已经在其他法律文书中得到广泛保证。本文书的宗旨是保护传统知识。她同意 Lorena Bolaños 和 Martha Evelyn Menjivar，第 4 条第 4 款不够清楚，可能不适用于全世界许多国家许多土著人民或当地社区的情况。她认为，第 4 条中应当有一款涉及方便获得正义或者完善获得正义，因为，多数土著人民和当地社区为口头传统，与有书面传统的其他社区不能在相同水平上获得正义。让土著人民证明其权利受到侵犯非常困难。

Salma Bashi 认为第 4 条第 2 段备选方案 2 更为具体。她建议在第 4 条第 2 款备选方案 2 中，在各种行为中增加“复制”，因为技术进步使传统知识容易被复制。

Edwina Lewis 说，Danny Edwards 关于“故意或因疏忽而造成的”的意见存在重要政策问题。他还提出，在适用政策时有灵活性可能更好，例如指出法律和/或行政制度要考虑各国的不同情况。

Carla Michely Yamaguti Lemos 赞同第 4 条第 2 款备选方案 2，但建议在“应”前增加“应当/”，并在“违反传统知识保护”之后增加“及土著和当地社区的权利”。她还建议把“滥用传统知识”改为“未经取得事先知情同意和共同商定的条件”。关于第 4 条第 3 款，她建议在“应”之前增加“应当/”。关于第 4 条第 4 款，她支持 Lorena Bolaños 的意见，重申能力建设是关键。

Horacio Gabriel Usquiano Vargas 说，制裁、救济和权利行使是国际文书的关键。他同意关于删除“酌情”的建议，因为太过含糊。关于第 4 条第 2 款，他赞同备选方案 2。关于第 4 条第 4 款，他提醒各位专家说，有时有跨境问题，往往可能引发争议。他认为，该条需要与第 3 条保持一致，第 3 条他赞同备选方案 1。

Benny Müller 说，他认为第 4 条第 2 款备选方案 2 不清楚。他支持 Carla Michely Yamaguti Lemos，可以考虑能力建设措施，支持本条的落实。他想知道，是否应当有一些措词，承认国家法律制度和土著及当地社区习惯法之间的复杂关系。

Nabiollah Azami Sardoue 赞同第 4 条第 2 款备选方案 2，这是《TRIPS 协定》的语言。关于第 4 条第 3 款，他需要就“第三方利益”的含义取得一些澄清。他建议删除第 4 条第 3 款第二句。关于第 4 条第 4 款中的争议解决，他建议在受益人和使用者来自同一个国家时把受益人和使用者之间的争议解决机制完全留给国内法。如果争议是两个或更多国家的国民之间发生的，他对行文没有意见。

Leila Garro Valverde 赞同第 4 条第 2 款备选方案 2，因为它与保护土著人民和当地社区的权利更为一致。她对第 4 条第 3 款也有关注。建议把第二句用括号括起。她还建议从第 4 条第 4 款中删除“独立的”的括号，因为为了保证土著人民之间的争议和分歧有适当解决，应当有独立机制。她认为土著人民的习俗与做法应当得到承认。

Innocent Mawire 说，第 4 条第 2 款备选方案 1 中的“故意或因疏忽而造成的”限制了传统知识持有人权利的范围。明文提及经济权利和精神权利，也带来了大量挑战，因为它自动把文化和社会权利等其他权利排除在外。因此他赞同第 4 条第 2 款备选方案 2。

Bala Moussa Coulibaly 说，“第三方合法利益和公共利益”不是新的概念。这可以在公共卫生多哈宣言中找到。这是小组将其写入案文的原因。

Xilonen Luna Ruiz 赞同第 4 条第 2 款备选方案 2。听取了 Lorena Bolaños 和 Horacio Gabriel Usquiano Vargas 的意见之后，她建议写入促进能力建设相关措施以及促进允许进行文化仲裁的措施，使国家法律以及习惯法和规约集于一体。关于争议解决机制，她建议写入一条规定，提供土著语言的口译员和笔译员，并接受这些土著社区的专家意见或专家咨询，并取得人类学家的支持，这将允许对这种争议进行恰当而有效的解决。她同意 Horacio Gabriel Usquiano Vargas，许多社区采取口头形式，任何事情都是通过言语完成的。墨西哥有 340 多种语言或方言。当发生涉及土著人民或当地社区的法律问题时，国家法院接受文化专家的意见，并提供土著语言的口译员和笔译员，以确保公正。

第 5 条

权利的管理

- 5.1 缔约方可以与传统知识持有人协商，建立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：
- (a) 传播关于传统知识及其保护的信息；
 - (b) 确定是否已取得事先知情同意；
 - (c) 监督公正公平的利益分享；并
 - (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，
- 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，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 [应当/应] 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。

[后接第 5 条说明]

说 明

报告员的介绍

Danny Edwards 介绍了第 5 条起草小组的工作情况。

参加该起草小组工作的成员为：John Asein、Albert Deterville、Danny Edwards、Ewa Lisowska、Boryana Argirova、Lilyclaire Bellamy、Silke von Lewinski、S. P. Ashok、Miranda Risang Ayu Palar 和 Kijoong Song。

报告员指出，起草小组赞同在保留已删除清单中司法内容的基础上，应明确管理本条规定的主管机构的职能。因此，起草小组赞同从原来的第 5 条中删除第 1 款(ii)、(iii)、(v)项和第 2 款。

起草小组赞同如某一机构(诸如 WIPO)已具备某一现有职能，就无须在本案文中重复说明这一点。因此起草小组删除了提及 WIPO 广泛提供有关主管机构信息的内容，因为小组认为情况本来就是这样。

起草小组将该条命名为“权利的管理”。

起草小组还另外制定了第 5 条之 2，以确定依据缔约方的国内法制定适宜的执法程序。这一条款行文的部分内容源于 TRIPS 协定，其目的是为了涉及从第 5 条移过来的部分内容。在召集人举行会议期间，大家一致认为本条内容涵盖了第 4 小组所讨论的第 4 条项下提出的备选方案范畴，因此起草小组将本案文交由第 4 小组处理。

在召集人会后的第二天，起草小组对下述事项感到关注：如果传统知识(TK)不属于或不限于某一社区，那么就应由某个对口国家的主管机构享有本文书规定的保护。

起草小组成员讨论了这个问题，部分成员感到这样会使讨论走偏而变成公有领域/或可以公开获得的传统知识的问题。其他人则认为，此种权利不应属于某一机构。不属于某一特定社区但却符合保护标准的传统知识，应在某种意义上对其进行管理；有些组员对此感到担忧。起草小组还认为，若某一主管机构必须对这些权利进行管理，若有可能，就应就此进行磋商。为此，起草小组增加了第 2 款。

在召集人会议之后，提出的另一个关注的问题，涉及到要确保受益人应有权根据本文书管理自己的权利。起草小组讨论了这个问题，认为第 3 款的规定涉及了这一内容。

对第 5 条所作的最后一项修改，表述了这样一层意思，缔约方可以成立一个主管机构，但会有某一缔约方不采用这一规定的情况出现，比如当权利由适宜的土著人民和当地社区进行充分管理时就属于这种情况。

专家的评论意见

Martha Evelyn Menjivar 不了解成员国是否具有进行权利管理的经验。

Leonila Kalebo Kishebuka 认为因其“可以”这一措词的原故，所以第 5 条第 1 款就成为备选性的；但第 5 条第 3 款却对 WIPO 的通信具有强制性。出于统一的目的，因此他建议将第 5 条第 1 款的“可以”改为“应该”。

Weerawit Weeraworawit 建议在第 5 条第 1 款增加另外一项，其内容如下：“向传统知识持有人提供保护环境方面的援助”。他指出，经济发展使土著人民和当地社区的生计受到威胁。

Yonah Ngalaba Seleti 指出，权利的管理与保护范围是一致的。本条并未推定仅有一组受益人，但承诺为众多复杂的受益人群制定备选方案和条款。另一个复杂的问题就是孤儿传统知识。第 5 条第 4 款没有减损土著人民和当地社区建立其自己的主管机构的权利。

Benny Müller 重申，土著人民和当地社区应成为其权利的持有人、受益者和管理者。根据这一点及第一届闭会期间工作组会议的成果，他认为“协商”这一措词似乎不够明确和有力。如果权利的管理隶属于受益人和土著及当地社区，那么只有获得他们的事先知情同意才应允许一个国家的主管机构承担权利管理的任务。

Carla Michely Yamaguti Lemos 同意 Benny Müller 所作的评论。她建议在第 5 条第 1 款中增加另外两项：(1) “支持土著及当地社区和相应的利益攸关者的需求与优先考虑的事项”；以及(2) “监督传统知识的使用”。她建议删除第 5 条第 1 款(d)项中的“包括帮助维持传统知识数据库”。她还提议删除第 5 条第 2 款，她认为只有土著和当地社区才可以管理其传统知识的权利。

Musa Usman Ndamba 建议在第 5 条第 1 款“维护传统知识”之后增加“土著及当地社区”。他还建议在第 5 条第 1 款(d)项中增加有关土著及当地社区能力建设需求的内容。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 赞同 Carla Michely Yamaguti Lemos 和 Benny Müller 的评论意见。有关维护传统知识数据库的第 5 条第 1 款(d)项，她指出，在土著人民和当地社区的权利未得到保障之前，建立数据库是不可接受的。她曾听说有关国家试图拥有传统知识的权利，并想成为权利的受益人。但是受益人应当是那些创造、发展和保护传统知识的人。

Albert Deterville 同意 Benny Müller 所说的土著人民及当地社区应成为其权利的持有人和管理者。第 5 条第 4 款指出，即使某一国家或缔约方建立了一个主管机构或一些主管机构，也不能无视或阻止权利持有人行使他们的权利。有关数据库的问题，他指出作为一个人类学家，从研究的角度来说记录是必要的。但如果有些人不想参与这项工作，也不想让自己的相关信息被记录在数据库中，这也没有关系。但有不少土著人民在记录其有关信息的工作中，维持自己的数据库为并与其他组织和国家在这方面进行协作。作为一名圣卢西亚政府增强国家生物多样性项目的顾问，他说他们一定会开展数据录入的工作。

N.S. Gopalakrishnan 建议本条从第 5 条第 4 款、第 5 条第 2 款和第 5 条第 1 款开始，并以第 5 条第 3 款结束，因为他认为第 5 条第 4 款乃是第一项应予管理的权利。

Ronald Barnes 建议用第 5 条第 1 款“事先知情同意”取代原来的“进行协商”。他还建议以“制定标准并对地区和国家主管机构进行监督的国际主管机构”取代“一个适宜的国家或地区主管机构或一些主管机构”。有关第 5 条第 2 款，他建议把“第 1 条规定的标准”加上括号。他还提议在第 5 条第 2 款中用“事先知情同意”取代“进行协商”。他建议删除第 5 条第 2 款中的“如有可能”。他在谈到有关第 5 条第 4 款的内容时建议采用“一个国家或地区主管机构或一些主管机构”。

Miguel Valbuena Guariyu 建议用“参与”或“介入”取代第 5 条第 1 款的“协商”，因为以往虽与土著人民进行协商，但却并不总是让他们介入决策过程。他还建议强化第 5 条第 1 款(a)项的规定，以便在捍卫其权利的过程中与传统知识持有人共同建立标准工作组。他建议在第 5 条第 4 款“其习惯礼仪”之前增加“国际标准或准则以及”。

Justin Hughes 指出：“在案文中不应有“缔约方”一词。他不同意 Carla Michely Yamaguti Lemos 和 Benny Müller 的意见。他并不担心第 5 条第 1 款中的“协商”一词，因为第 5 条第 1 款的第一部分允许一个国家成立国家主管机构，而且该国可以在未经其境内每一个土著群体的事先知情同意的情况下就可以这样做。事先知情同意唯一成为问题的地方，就是第 5 条第 1 款(d)项。有关第 5 条第 2 款，他认为不会存在符合第 1 条规定的标准却不具体属于某一土著群体或当地社区的传统知识。他觉得第 5 条第 2 款只是无端地造成了一种空集。

Xilonen Luna Ruiz 认为，第 5 条第 1 款(d)项与 5 条第 4 款直接密切相关。她建议增加另外一款：“提供第 1 条与第 2 条规定的关于受益人和传统知识的专门信息”。她指出，有一些专门机构能够提供所有的这类信息，有些机构的专长是知识产权，另外一些机构则长于制定有关土著人民的公共政策。她赞同 Albert Deterville 的意见：土著社区在登记其自己的传统知识方面已经取得了很大进步。她支持在第 5 条第 1 款(d)项中增加“协调”或“参与”。有关第 5 条第 2 款，她感到文化仲裁十分重要，将会在传统知识持有人与主管机构之间作出决定或达成协议。

Miranda Risane Ayu 指出，有关数据库的讨论实际上是在涉及手续问题的第 8 条项下。但基于数据库的重要性，大家同意将它放在第 5 条内。她澄清说，第 5 条提及的建立一个数据库的问题，将有助于建立一种防范性的保护机制，而并非是要披露任何信息。某些传统知识可以一种限制性的方法纳入数据库。

Robert Leslie Malezer 认为第 5 条第 4 款应成为第 5 条第 1 款的一部分。第 5 条第 4 款不是要准许或授权土著人民建立一个国家主管机构，它仅仅是承认一种权利。他建议重新调整条款结构，将第 5 条第 1 款作为第 5 条第 1 款(A)项并把第 5 条第 4 款作为第 5 条第 1 款(B)项。他了解提及在地区和国家一级建立适宜的主管机构的第 5 条第 1 款，是否能够也承认土著人民的主管机构或正在建立的主管机构。有关第 5 条第 2 款，他赞同 Justin Hughes 的评论意见。

Debra Harry 注意到以前草案中的一些概念不见了，诸如确定是否发生了盗用行为。她对第 5 条第 1 款(c)项表示关注，该项使用了“对公平合理的利益分享进行监督”这样的措词。从土著人民的角度来看，监察获取和利益共享协议的监督工作并非主管国家机构的职能。她建议删除第 5 条(d)项中的“在可能和适宜的情况下”这一措词。各国有支持土著人民和当地社区保护其权利的义务，在确保切实执行自由、事前知情同意方面，他们尤其应承担这样的义务。土著人民和当地社区不需要一种国家主管机构来帮助他们使用其传统知识。她支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 所说在提及传统知识数据库时加上括号的建议，因为这仅仅是保护传统知识的一种机制。他赞同 Robert Leslie Malezer 提出的下述意见：国家主管机构的作用就是要承认传统知识持有人行使其权利的权利，而不仅仅是在保护其传统知识方面管理他们的权利。

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/应当：

- (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。

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 各方可以采用适当的限制或例外，条件是对传统知识的使用符合公正做法，可能时承认土著和当地社区，并且不冒犯土著或当地社区。

备选方案 2

6.2 各方可以采用适当的限制或例外，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利益，并同时考虑第三方的合法利益。

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。

[后接第 6 条说明]

说 明

报告员的介绍

Margreet Groenenboom 介绍了第 6 条起草小组的工作情况。

该小组在讨论期间，未能就一些内容达成一致意见，因此在出现这些内容时加注括号。

就第 1 款而言，起草小组系根据纳入传统文化表现形式(TCE)案文中的有关例外与限制的该条内容进行讨论的。起草小组同意应有两项备选方案。其一，这项备选方案是以传统文化表现形式的案文为依据的，该备选方案对社区内部的使用与传统范围之外的使用作出了区别。其二，就是在文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.(i)项下提及的备选方案。该备选方案的措词更为笼统。

起草小组同意纳入一项普遍性、规范性的例外，因为这种条款在实践中似乎更具灵活性。因此，起草小组决定不开列文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.中提及的具体情况，一些小组成员指出，保护范畴或客体应该可以涵盖该款提及的此种保护与现行规定之间的关系。

第 2 款提及的两种一般性的例外业已纳入 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.。备选方案 1 会是一种专门的模式，而备选方案 2 则是根据《伯尔尼公约》和 TRIPS 协定中提及的三步检验法。

在召集人会议期间，与会者同意秘密和神圣的传统知识可能不会或不应受到例外与限制的左右，应当在有关例外的该条内容中以单独一款的行式纳入这一内容。小组讨论了秘密和神圣传统知识是否应包括在内的问题。有些专家主张把这两项内容均纳入其中。其他人则认为，只应包括秘密传统知识，因为我们对哪些能够被看成是神圣的传统知识这一点并不是很清楚，而且秘密传统知识关系到商业秘密以及为保护某些信息的机密性所作出的努力。

最初起草小组将文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.有关可现成利用的传统知识与事先知情同意(PIC)之间关系的该款已纳入案文。鉴于起草小组召集人会议的讨论结果，起草小组又删除了这一款，因为这一标题已被客体和/保护的/范围所涵盖。

最后，起草小组讨论了是否应把“与权利持有人进行协商”这一措词纳入本条之中。有些小组成员赞成纳入，其他人则表示在有关权利管理的条款中处理这一问题会更有价值。起草小组最终决定不采用这项建议。

专家的评论意见

Justin Hughes 表示，他对涉及某一土著社区或当地群体的独立发明和独立发现的一些知识的内容中没有提及强制性例外这一点感到失望，同时对确保不会出现任何诉讼感到沮丧。他认为，在没有这种强制性例外的条件下，无法制定出这一领域具有可操作性的法律框架。

Salma Bashir 对第 6 条第 2 款的备选方案 2 发表了评论意见。她指出 TRIPS 协定宣布了三步检验法，这是一项强制性条款，她建议用“应该”取代“可以”，并用“在某种特殊情况下”取代“有限的”。

Christopher Mapani 指出，她对限制的理解就是要把在某一特定法律中不顺理成章合乎法律的东西想变成合法化。传统知识乃是那些传统社区的财产，他们实际上并不需要使用其财产的某种例外，他们完全有权使用它。在有关法律的适用问题上，他对该项法律适用的范围表示不解。他认为，第 6 条第 1 款(a)项是一个更加良好的基础。另外一项备选方案在使用、实践、交流和传播前增加了“习惯的”一词，看上去似乎是对这种例外的限制。但却给人造成这样一种印象：土著人民只有在进行其他习惯的实践、交流和使用时才属于例外情况，其他使用则都被排除在外。他建议在采用第 6 条第 1 款(a)项时，从备选方案 2 中吸取某些元素，在条文涉及到有损于继续获得这些资源的情况下，尤其要这样做。他建议在结尾时增加“以其他行式损害享有其权利”。他更倾向于选择第 6 条第 2 款的备选方案 2。在备选方案 1 中使用了“条件是此种使用”，而在备选方案 2 中则使用了“条件是此种例外”。他认为，第 2 种方案乃是比较适宜的措词。也可以采用替代性的措词“应尽可能确保准许所有应给予的例外。”他还建议在备选方案 2 “可以”之后增加“在紧迫的情况下”。他认为应在第 6 条第 2 款的备选方案 2 中增加应与本条约相符合的另外一项内容。其中有些内容可从备选方案 1 中借用，诸如“合理使用、告知土著及当地社区”。有关第 6 条第 3 款，他说自己并不赞同将传统知识进行分类的做法。认为第 6 条第 3 款不应存在任何例外。

Kim Connolly-Stone 发言指出，第 6 条第 2 款的备选方案 1 包括“冒犯”这一概念。她指出，第 3 条中以精神权利形式的保护是围绕着对文化规范的尊重。为保持各条间使用语汇的一致性，她建议用“与传统知识持有人的文化准则和实践不发生不合理的冲突”取代“非冒犯性的”，她表示她对备选方案没有任何倾向性。

Marisella Ouma 指出第 6 条与第 3 条存在着内在联系，因此在未对第 3 条作出决定时无论制定第 6 条。她说很难看出哪些例外与限制是可以接受的。

Weerawit Weeraworawit 发言说，起草小组已确定了一般性的原则，并未具体说明任何特定的例外情况。部分例外和限制可以依照保护资格和范畴的标准。

Carla Michely Yamaguti Lemos 更趋于选择第 6 条第 2 款的备选方案 2。她提出了新的一款规定：“传统知识的保护不应受例外与限制的支配”。有关第 6 条第 1 款的备选方案 2，她提出以下措词：“传统知识保护的适用和执行，不应损害持有传统知识的土著及当地社区本身之间以及为其自身利益而进行的交流或使用。”

Ewa Lisowska 偏于采用第 6 条第 1 款的备选方案 2。这一方案更具普遍性且更明确，她认为该方案较好地领会了本条的主要精神。

Natalia Buzova 指出该条应提供一份例外的清单。

Ronald Barnes 建议要么删除第 6 条第 1 款中的“符合成员国国内法”，要么以“符合国际法并与成员国国内法的原则一致”取代之。他建议删除第 6 条第 2 款备选方案 2 中的“在考虑第三方合法利益的情况下，不无故损害受益人的合法利益”。他指出，在土著人民能够切实确定什么才是各国希望保护的第三方利益之前，这一点是无法接受的。有关第 6 条第 3 款，他建议删除“可以”。

第 7 条

保 护 期

备选方案 1

传统知识的保护期，应以传统知识符合第 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。

[后接第 7 条说明]

说 明

报告员的介绍

Danny Edwards 介绍了第 7 条起草小组的工作情况。

参与该起草小组工作的成员为：John Asein、Albert Deterville、Danny Edwards、Ewa Lisowska、Boryana Argirova、Lilyclaire Bellamy、Silke von Lewinski、S. P. Ashok、Miranda Risang Ayu Palar 和 Kijoong Song。

在第一天的工作中，起草小组依据传统文化表现形式的相关文件，最初同意更改本条的标题——保护期。在这之后起草了备选方案 1。起草小组同意保留第 1 款，但该小组认为当然这要视第 1 条的情况而定。

起草小组同意去掉“盗用和滥用”以使该句更加简洁。

起草小组同意删除第 2 款，因其未给本条增加任何附加值。

一位专家认为，对传统知识的保护应是永久性的。

在会议召集人会议上，同意不提及第 1 条第(3)款，而仅提及第 1 条，因其内容尚未确定。

召集人会议在该起草小组审议第 7 条方面未提及任何具体领域。

在第二天，增加了备选方案 2。

一位起草小组的成员对传统知识的无限期保护的可能性感到关注，并因此希望插入第 2 项备选方案。根据这位小组成员的意见，其保护期可视传统知识的特点而有所不同。在某些情况下，应有具体的保护期限。他认为需要对这一期限的长短作进一步分析。

专家的评论意见

Tim Roberts 指出任何人都无权永久性地垄断公有知识。除了这一道德准则之外，也存在着一些实际情况。信息一经广泛公开，一般情况下信息就无法退出公有领域，我们不能使时光倒流。无论对土著人民所犯的错误有多大，都不能以这种方式改正。那些责任人的过失可能会成为一种民事乃至刑事责任的问题，但信息的公开仍然是一个不争的事实。对知识持有人而言，要想行使其权利绝非易事。在可能受到保护的传统知识客体方面，存在着一个连续性的问题，这涉及到哪些是明确不能和不当受到保护的客体，以及哪些是应明确享有受保护资格的客体。就后者的类别而言，人们可能会举出亚马逊地区印第安人对其当地一种植物的药用财产享有秘密知识的例子。就前者的类型而言，在第 1 组的讨论中人们承认车轮(可能还有渔网)是属于全人类的。但对于中间的一些案例，还会有永无休止的争论余地。我们无法让知识持有人说“根据我们的法律，你拿走了我们的财产”。他们必须向一位独立的法官提出令人满意的证

据。“*Nemo iudex in sua casa*”——任何人不得审判自己，这乃是一个毫无谈判余地的法律准则。

Yonah Ngalaba Seleti 发言说，备选方案 2 提出了“传统知识特征”的概念，这一概念并未在第 1 条或第 3 条的规定中进行讨论。因此他无法接受这一备选方案。

Robert Leslie Malezer 建议在“资格标准”之后增加“和范畴”。他考虑到第 3 条也有某些保护的成份。

Debra Harry 指出，这些权利是不可剥夺和永久延续的，因而保护应与这一点保持一致。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 指出，备选方案 2 可能会导致法律上的不确定性。备选方案 2 提及了其保护期限永远不会届满的传统知识的特点。之所以永远不会停止，是因为它们是具有土著或传统性。

Ronald Barnes 提出新的案文如下：“对土著知识的保护应永久延续。”他表明自己看不出有任何理由保留备选方案 2。

Arjun Vinodrai 说每当考虑保护期限的问题，就会有两个方面的考虑：(1)时间更长的保护期无疑保护了受益人的利益；以及(2)保护期限制了创造与创新，而这一点对于各个社区、个人等的经济与社会发展乃是有价值的因素。因此他认为重要的是要考虑兼顾这两个层面的因素。

Emil Žatkuliak 从明确和全面性考虑，比较倾向备选方案 1。

Horacio Gabriel Usquiano Vargas 发言说，如保护期的问题与我们正在讨论的知识产权或知识产权的管理机制直接相关，那么就必须对这一问题进行纵深探讨。然而，传统知识的特点具有集体属性。因而保护期必须是永久性的；具体原因是由于传统知识属于土著人民。在第 1 条中，列举的特点之一就是保护期不会届满。这是我们在审议本条时应当考虑的问题。

Carla Michely Yamaguti Lemos 比较推崇备选方案 1，但提出了一些修正意见。她提出以下措词：“传统知识的保护应延续到——但不限于——传统知识达到了第 1 条规定的保护资格的标准。”

Clara Inés Vargas Silva 偏于采用备选方案 1。

Leila Garro Valverde 倾向于采用备选方案 1。

Martha Evelyn Menjivar 则倾向采用备选方案 2，因为它符合保护目标。

第 8 条

手 续

备选方案 1

8.1 传统知识保护无须履行任何手续。

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 [应/应当] 设立传统知识登记簿或其他登记册。

[后接第 8 条说明]

说 明

报告员的介绍

Danny Edwards 介绍了第 8 条起草小组的工作情况。

参与该起草小组工作的成员为：John Asein、Albert Deterville、Danny Edwards、Ewa Lisowska、Boryana Argirova、Lilyclaire Bellamy、Silke von Lewinski, S. P. Ashok、Miranda Risang Ayu Palar 和 Kijoong Song。

在第 1 天起草了备选方案 1。

起草小组同意使用传统文化表现形式文件中的行文，简化第 1 款并去除第 2 款。起草小组一致同意数据库的使用是重要的，但不应作为保护的一项前提条件。小组把提及数据库的内容移至第 5 条。

召集人会议未提出任何有关第 8 条的建议。

在第 2 天增加了备选方案 2。

一位小组成员对未要求采取任何手续表示关注，并认为传统知识的保护将需要某些手续，例如数据库的情况就是这样。这一意见被作为备选方案 2 加以表述。

专家的评论意见

Lorena Bolaños 认为因传统知识的性质所决定并因其是属于土著人民的固有权利，故传统知识的保护不能履行任何手续。。因此她更倾向选择备选方案 1。有关第 8 条第 2 款，她认为提及传统知识的保存是有作用的，但如果将这项内容列入另外一条中或许更好。她还认为建立任何登记簿或数据库的工作，均应与相关社区进行协商和合作。

Agustin Saguier Abente 支持 Lorena Bolaños 发表的评论意见。他表示他本人赞成建立一个登记簿，但前提是它只是陈述性的，并且登记簿不会损害传统知识的保护。

Hemachandra Leelanath Obeysekera 倾向选择备选方案 2，特别是第 8 条第 2 款。多数国家拥有种质资源和灌溉系统，各种资源数量确实十分丰富。对于相关国家主管机构而言，确有维持这些纪录的必要。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 支持 Lorena Bolaños 的发言。有关第 8 条第 2 款的内容，她建议增加“根据事先知情同意的原则，与作为这些权利持有人的土著及当地社区”，这一段话可以放在“国家主管当局”的后面。她还提出了新的一条：“第 8 条第 3 款的登记簿将不会成为对传统知识提供保护的一项要求。”我们将会充分保障此种保护不会取决于任何手续，同时登记簿纯属声明性的，并不构成任何权利。

Ronald Barnes 愿意选择第 8 条第 1 款备选方案 2。他支持 Lucia Fernanda Inácio Belfort 有关第 8 条第 3 款的提案。

Miranda Risane Ayu 倾向采用备选方案 1。

Amadou Tankoano 发言说，备选方案 1 符合各项目标与原则，同时也符合下述事实：向多数传统社区提供保护是必要的，因为他们中间有很多人都文盲。对保护不设置任何程序是非常好的建议。有关第 8 条第 2 款，他建议按照将之作为一项义务这一思路来重新制定该款的规定。他建议用“可以/能够”取代“应该/应当”，并在最后增加“经持有人准许”。

Nabiollah Azami Sardoue 偏于选择备选方案 1。

Clara Inés Vargas Silva 倾向备选方案 1。有关第 8 条第 2 款，她赞同 Lorena Bolaños 发表的评论意见。

Albert Deterville 支持备选方案 1。

Carla Michely Yamaguti Lemos 支持 Lorena Bolaños 和 Lucia Fernanda Inácio Belfort 的评论意见。她也倾向备选方案 1。

Timothy Leatile Moalusi 愿意采用备选方案 1。有关第 8 条第 2 款，他建议用“可以”取代“应该/应当”。

Oswaldo Reques Oliveros 建议在序言部分纳入“传统知识保护无须任何手续”，以此作为一项总原则。

Mohamed El Mhamdi 建议保留两项备选方案：“传统知识保护无须任何强制性手续。然而，为了具有透明度和保存传统知识，缔约方可选择保持登记簿或其他手续以记录传统知识。”

Martha Evelyn Menjivar 倾向采用备选方案 1。她表示该备选方案可与第 8 条第 2 款结合起来。

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 国家应确保有必要措施，维护第三方已获得并且被国家 [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。

[后接第 9 条说明]

说 明

报告员的介绍

Violet Ford 介绍了第 9 条起草小组的工作情况。

作为一项整体评论意见，该起草小组认为本条的实质内容取决于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)所主持的有关“公有领域”问题的基本辩论。

有关第 9 条第 1 款的讨论，该小组认为此条的行文充分涉及了临时适用本文书相关准则或条款的问题。

有关第 9 条第 2 款，起草小组拿出了两项备选方案。这两项备选方案反映了组内在对传统知识相关规定适用规定生效前的事件上对立的观点。

备选方案 1 试图解决一些专家对准则批准前将这些准则适用于已发生或开始产生法律后果的事件时表达的关注(即追溯力)。因而，这项备选方案的行文寻求确保第三方权利的法律确定性(如在先使用者)。一些专家强调了确保通过善意在先使用获得这些权利的重要性。在这一方面，专家们意识到对“善意”这一术语缺乏共识，因此使这一标准的范畴更为清楚明确很有价值。在这样做的过程中，专家们建议要权衡一下保护传统知识所有人的合理预期和滥用权利的原则的轻重。

在这项备选方案中，以括号方式在“国家”与“国内”之间加了一个联接词“或”，以便可选择性地使用这两个名词。起草小组表示，鉴于 WIPO 成员国不同的法律制度，因此使用一个或另一个名词的范围和实际后果也不尽相同。此外，一位专家发言说，国际法(例如本项条约)的适用，可能会根据每一国家的实施方法而做出不同的解释。因此，起草小组考虑到在使用名词“国家”和“国内”时应提供一定的灵活性。

小组的部分专家认为，根据传统知识的特性及其被盗用的长期历史，应在这些条款中确认追溯力(在合理的期间内对近期的使用进行管理)，备选方案 2 反映了这一部分人的观点。此外，还有些专家觉得对于在未经授权使用时已经登记在册(列入清单、经分类)的传统知识的“以往未经授权的使用”以及对当时尚未登记的传统知识的使用，均应给予同等的保护。依据这一思路，部分专家建议政府间委员会可以考虑建立一种赔偿和承认精神权利的机制。

起草小组还认为，“合理的时间”这一表述具有不确定性，因此建议政府间委员会应对考虑的时限给予澄清，并在这样做的同时，还需考虑土著人民的能力和资源。

专家的评论意见

Lucia Fernanda Inácio Belfort 指出，在本文书生效之前，各国在这些权利受到侵害时通过归还或赔偿方式不仅应当保护第三方的权利，而且也应当保护土著人民的权利。第 9 条第 2 款的备选方案 1 应包括以下精神：各国应确保采取必要措施以便在本文书生效前在传统知识持有人的权利受到侵害时保障其权利。有关备选方案 2，她建议确定几年或几个月作为一个合理的期

限，以提供法律的确定性。从土著人民的法律观点来看，她认为善意是指满足了事先知情同意的要求并与这些权利的持有人共享利益。

Niels Holm Svendsen 支持第 9 条第 1 款的措词，因为它提供了法律的确定性和明确性，该款行文说明本文书不寻求具有追溯力。有关第三方的问题，他倾向于选择第 9 条第 2 款的备选方案 1。他感到备选方案 2 没有提供法律上的明确性。

Ronald Barnes 发言说，第 9 条第 2 款的备选方案 1 和 2 都是无法接受的。他对一项新的备选方案 3 提出下述案文：“土著人民和当地社区以及各国应制定符合国际人权法的国际指导方针，以处理第三方对传统知识的获取，并确定解决土著人民、当地社区和第三方行使权利问题的标准。”

Carla Michely Yamaguti Lemos 建议在“所有传统知识”之前增加“但不限于”，并删除第 9 条第 1 款“在规定生效之时”这一短语。在两项备选方案之间，她更倾向于备选方案 1，但尚需作某些修正。她建议在“应当”之前增加“应该/”，并删除“第三方以获得”这一最后的短语。有关备选方案 2，她认为它关系到继续使用的问题，这一点应由国内立法对此进行规约。

Leila Garro Valverde 倾向选择第 9 条第 2 款的备选方案 1。她重点阐述了 Lucia Fernanda Inácio Belfort 有关如土著人民的权利受到侵害时应增加赔偿规定的建议。

Yonah Ngalaba Seleti 倾向选择第 9 条第 2 款的备选方案 2，但他认为对其措词需进行整理。他十分推崇报告员就“或”一词所作的评论意见。他还表示不甚了解对第 9 条第 2 款备选方案 2 最后一行中的“尊重”一词应作何解释。

Oswaldo Reques Oliveros 发言说，他认为 Lucia Fernanda Inácio Belfort 前面提及了对这些人的赔偿却并没有提到追溯力的问题。他解释说，鉴于目前侵害权利的影响仍然存在，因此不存在追溯性适用权利的问题。

Preston Hardison 指出，追溯力的问题仅适用于传统知识的目前使用和继续使用。他认为这种行文会影响到目前未在使用或继续使用的传统知识和相关遗传资源的归还问题。

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，应当考虑其他国际和地区文书与程序，并与其保持一致。

备选方案 2

10.1 根据本文书所提供的保护，不应减损而且不应以任何方式影响各种国际法律文书规定的保护。

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现有或将来可能取得的权利。

[后接第 10 条说明]

说 明

报告员的介绍

Lorena Bolaños 汇报了第 10 条起草小组的工作进展和形成的结论。

该起草小组的主要目的是要保障本项法律文书与现行国际法律文书之间的一致性，当然前提是不损害其中每项文书特有的独立性。

起草小组注意到，如本条行文所表述的那样，该条专门侧重于与生物多样性相关的文书。

在这方面，起草小组认为重要的是要加入这样一句话，它可以更加广泛地涵盖在所有国际文书之间须保持的关系，并避免专门提及诸如知识产权、人权等这些具体的主题。

起草小组注意到各位专家在全体会议上建议列举不同的国际文书。不过起草小组认为，这样做的效果可能事倍功半。强调或特别提及某些国际文书这一事实，可能会损害到没有具体纳入的其他文书。

她进一步说明了该小组是怎样起草这一条款的。

正如大家可能会注意到的，第 10 款第 1 项考虑了两种备选方案。

备选方案 1 是从题为“尊重并与国际及地区规定和文书保持一致”的文书政策目标(ix)中借用的。鉴于这一主题的重要性，起草小组认为该案文可以借用或放在更适当位置作为本条的部分或整体内容。

备选方案 2 取自传统文化表现形式的案文(WIPO/GRTKF/IC/18/4)第 10 条，并请部分专家考虑使用“不应减损”这一短言，以使案文具有更大的确定性。

第 10 条第 2 款的案文取自《联合国土著人民权利宣言》第 45 条。其目的是为了保障对本文书任何内容的解释，均不会损害或妨碍土著人民目前拥有或今后将会取得的权利。起草小组认为，第 45 条是一项具有普遍性的条款，它应出现在涉及土著人民权利的任何国际文书中。

专家的评论意见

Amadou Tankoano 发言指出，第 10 条第 1 款备选方案 2 的“本文书规定的保护不应减损”这一术语过于强硬。瑞士已决定修改其立法，因此，如若有人申请应用于传统知识的专利，他们必须说明其出处和来源。说明出处和来源并不意味着减损（或触及）

Martha Evelyn Menjivar 感到这两个备选方案相互补充。她感到可以将这三个条款汇总起来，或至少把两项备选方案结合在一起。

Debra Harry 同意 Martha Evelyn Menjivar 所说的备选方案 1 与备选方案 2 的内容可以相互结合。她倾向于备选方案 2，但建议采用以下措词来简化第 10 条第 1 款：“本文书应与其他

国际法律文书保持一致”。她赞成第 10 条第 2 款。特别对于土著人民而言，它是一种必要的安全网，并且对土著人民十分重要。

Krisztina Kovács 说她倾向采用第 10 条第 1 款备选方案 2 中的“不应减损”这一措词。从法律确定性的角度来看，这一行文似乎更适宜。她指出在两项备选方案中使用的“国际和地区文书”或“国际文书”这几个名词可被理解为第 10 条第 2 款所提及的涵盖了土著人民目前所拥有或今后可能取得的各项权利。

Lucia Fernanda Inácio Belfort 赞同 Amadou Tankoano 就第 10 条第 1 款的备选方案 2 发表的意见。她建议加注括号以供政府间委员会进行审议。她赞成 Martha Evelyn Menjivar 将第 10 条第 1 款的备选方案 1 与 2 合并的建议。第 10 条第 2 款是与《联合国土著人民权利宣言》第 45 条相一致的。

Bala Moussa Coulibaly 指出，对于他的国家而言这是一条非常重要的条款。该国的主管机构正以巨大努力建立知识产权保护制度，并使之提高到更为普遍的水平上。这些努力旨在改进本国的法律并使之与 WIPO 目前正在进行的这方面的工作保持一致。该国打算根据本条内容确立国家立场。

Miranda Risane Ayu agreed 同意 Amadou Tankoano 关于第 10 条第 1 款备选方案 2 过于强硬的意见。她认为第 10 条第 2 款是一个不错的规定，因为该规定有助于使主管机构发挥其作为权利管理者的作用，并使之永远尊重土著人民。她相信这一规定不仅对土著人民，而且对拥有传统知识的当地社区和传统社区而言都是有利的。

Salma Bashir 指出备选方案 2 符合《维也纳条约法公约》第 6 条和第 59 条的规定。

Albert Deterville 建议合并第 10 条第 1 款的两项备选方案。他赞成第 10 条第 2 款的行文。

Ruth Deyanira Camacho Toral 认为第 10 条第 1 款的备选方案 1 和第 10 条第 2 款，都是值得保留的最佳条款。

Mohamed El Mhamdi 回顾说，作为一项原则，缔约方必须遵守每项协定，并且其他协定也仅能影响缔结这些协定的缔约方。依据这项原则，他建议把第 10 条第 1 款的两项备选方案与下述修改意见结合起来，修改意见如下：“本文书规定的保护不得以任何方式影响其他国际法律文书规定的保护”。

第 11 条

国民待遇和其他承认外国人权利与利益的措施

意 见

一个比较重要的基本问题，就是传统知识的国内权益是否应延及外国权利持有人或受益人。对承认外国权利持有人或受益人权利(包括互惠和相互承认)的现行决择，将作进一步审议(为进行更充分的讨论，请参见 WIPO/GRTKF/IC/8/6)。

第二个核心问题即保护传统知识的现行国内安排及其引发的相关权益，是否将延及外国权利持有人或受益人。正如本文书所规定的，其权利曾被滥用的传统知识持有人和受益人，无疑有权保护其权利。问题所在就是能在多大程度上获得依据国内制度所给予他们的权益。例如在某个国家，森林居民的特殊环境被认定可以适用专门的国内传统知识保护。鉴于此种特殊性的优惠政策并不适用于被指定给予保护的特殊群体以外的其他人群，那么这种待遇是否也应延及外国权利持有人？

该起草小组鼓励进行在传统文化表现形式案文(WIPO/GRTKF/IC/18/4)第 8 条第 3 款所涉及的有关法律冲突的讨论。

[后接第 11 条说明]

说 明

报告员的介绍

Kathy Hodgson-Smith 介绍了第 11 条起草小组的工作情况。

起草小组涉及了有关在国内法中承认传统知识的外国权利人的权益问题。在讨论时专家们意识到国民待遇问题乃是国际知识产权条约的基石。同样，专家们也认识到需要在成员国的国内司法中同样承认外国权利人，因此切望防止歧视外国人权益的现象出现。

然而，在审议国内制度执行国民待遇原则时，小组的专家们明确了在将公平待遇有效延及外国人时存在的实际困难。换言之，在涉及到使其他国内法律制度自动和无条件延及外国人时，起草小组提出了以下问题：(i) 传统知识固有的当地特点；(ii) 土著人民与其传统知识和遗传资源之间的整体关系；及(iii) 一些国内法系专门为适应相关国家的传统知识持有人特定的文化和历史背景(例如，关于环境管理的国家计划和土地法)。

因此，在处理这一问题时完全可能会涉及到国民待遇原则，但专家们决定还是向政府间委员会提出建议，希望该政府间委员会继续探讨承认外国权利人的权利与利益的其他现行选择。这些选择其中特别包括互惠原则和最惠国待遇。

专家的评论意见

Preston Hardison 不能确定这里是否是提出管理权利问题的适宜场合。已进行的一些讨论涉及到应如何处理源于传统知识发展和使用的原始环境的散居社区的问题。还有一些目前已从其原始社区剥离出来的生活在当地社区的外国土著人民的问题。

Ronald Barnes 建议案文应体现出制定一项国际监测或仲裁制度的需要，以便为土著人民和当地社区的利益开展监督工作。

第 12 条

跨境合作

传统知识处于不同缔约方领土上的，这些缔约方应当合作，采取有利于且不违背本文书目标的措施。这种合作应当在传统知识持有人的参与 [和同意] 下进行。

[后接第 12 条说明]

说 明

报告员的介绍

Krisztina Kovács 介绍了第 12 条起草小组的工作情况。

参与该起草小组工作的成员为 Leonilla Kishebuka、Nabiollah Azami Sardoue、Musa Usman、杨红菊、Richard Aching、Corleta Babb-Schaefer、Jens Gaster, Kristina Kovács、Marc Perlman、Debra Harry、Giancarlo Leon、Miguel Valbuena, Rodrigo Valencia、Hayat Mehadji、Dioniso Madureira、Xilonen Luna Ruiz 和 Joseph Olesarioyo。

起草小组指出，没有任何具体文件或在该项条文草案中也没有哪一条款涉及了这一问题。Ian Heath 主席提及了《关于“获取遗传资源以及公平和公正地分享其利用所产生惠益”的名古屋议定书》，并提出了一项用作工作文件的条款草案。

起草小组必须明确该条旨在处理什么问题。在诸如权利的管理以及国际和地区合作等若干条的讨论中，都提出了跨境合作的问题。大家感到关注的是哪一类合作才是必要的。专家们提出了理应征得土著人民和当地社区同意的问题，并就在这一意义上此条规定的相关性进行了讨论。考虑到其他条款已经涉及了征得土著人民和当地社区同意的问题，一些专家强调指出如在此处涉及这一问题，就可能与其他条款产生冲突。

在此之后，讨论侧重探讨了第四组编拟的备选方案 2。该组提出的最初建议是作为一项新的提案通过的，仅涉及了这一问题的部分内容，而原始提案则包含了另一项内容，因为它也规定了传统知识持有人本身的参与。该组提出的第 12 条规定了合作的义务，这一点必须有别于任何缔约方应普遍履行的义务。

专家的评论意见

Arjun Vinodrai 发言说，政府间委员会应考虑许多国家中散居和移民社区的意愿。他不了解本文书范畴所涉及的项目之一是否将包括用于传播传统知识的物质文化遗产。如果情况是这样，就这一特定条款而言，他想指出，成员国可能需要考虑他们实施 1970 年联合国教科文组织(UNESCO)《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》的方式。

Debra Harry 指出，土著人民和当地社区事先知情同意的权利，须在处理任何跨境传统知识时得到承认。因此，她建议去掉在“和同意”处所加的括号，并由标准的短语“自由、事先知情同意”取而代之。

Leonila Kalebo Kishebuka 曾在该起草小组参与工作，她阐述了起草小组审议的两种情况：(1) 如果传统知识来源地位于相邻的两个或甚至更多的国家；及(2) 因相关人群刚好是来自传统知识起源国的侨民而使传统知识处于不同的管辖区。起草小组认为，第一种情况应作为第 2 款

加以考虑。但在讨论期间，起草小组决定将这两款统一合并。她建议政府间委员会审议这一问题，因为它属于一种不同的情况。

Leila Garro Valverde 重点说明了《联合国土著人民权利宣言》提及的跨境人群的第 36 条规定。

Violet Ford 建议在“传统知识的情况下”之后增加“跨境土著人民的”。她指出，土著人民对待其传统知识的不同方式方法，取决于相关的土著人群，同时也取决于他们应用、共享、维持和创造其传统知识的方法。她还说在《名古屋议定书》中也体现了类似的理念。

Horacio Gabriel Usquiano Vargas 强调说明了跨境问题在传统知识中至关重要，其本国的情况尤其如此，因为传统知识是与其他邻国共享的。本条应体现出两种元素。其一，应该确定哪些传统知识是被从其发源地掠取并被盗用的。这是一个如何在跨境合作中处理这类型传统知识的问题。第二种元素涉及到根据其确定的领土共享传统知识的国家的合作机制。《玻利维亚多民族国宪法》明确规定了应返还从玻利维亚领土掠夺的传统和祖传知识。

Yonah Ngalaba Seleti 突出强调了 **Leonila Kalebo Kishebuka** 发表的意见。在南非与坦桑尼亚之间的一些国家就存在共享这种传统知识的情况。

Ronald Barnes 指出，土著人民是缔约方。他认为通过在一项在国际文书中作进一步探讨，跨境问题可以具有更广泛的视野。他同意 **Debra Harry** 有关事先知情同意问题的意见。

Miranda Risane Ayu 赞同在与遗传资源相关的传统知识方面存在许多问题的意见。印度尼西亚与马来西亚、文莱和澳大利亚在一定程度上也存在许多共享的与传统文化表现形式相关的传统知识。对之可以进行良好管理，从而可使各国彼此和睦生活。她赞同 **Debra Harry** 在有关知情同意问题上的意见

Bala Moussa Coulibaly 认为在第 12 条和第 14 条以及第 10 条之间存在着某种联系。当传统知识被散居在不同领土上的各种人群带到国外时，国家主管机构就可以出来主事。在整个协调和解的事务中，公共机构对传统知识持有人提供帮助，强调这一点十分重要。对于拥有与生物多样性和历史相关联的共同遗产人群的一体化而言，有些事情是我们必须考虑的。他强调说，国家作为仲裁员或调解员，在解决纠纷中的作用十分重要。

Lorena Bolaños 赞同 **Horacio Gabriel Usquiano Vargas** 提出的问题和表达的关注。

Albert Deterville 支持 **Carla Michely Yamaguti Lemos** 在具体问题上的提案。他指出，圣卢西亚有许多社区。有一个社区直接是由未与任何其他人类混居的非裔组成。还有些社区是由保持其文化的几内亚、加纳和尼日利亚人组成的。在加勒比地区拥有大量的印第安人口。这是一些我们需要考虑的问题。他期待着印度、加纳、尼日利亚和几内亚的专家与圣卢西亚国共同探讨这一问题，因为这个问题在当地是极为特殊的。

Mohamed El Mhamdi 建议用“采取必要的法律措施以确保本文书的各项目标”以简化第一句的第二部分。

专家提出的其他替代性的备选方案

Carla Michely Yamaguti Lemos 认为针对这些问题可以采用《名古屋议定书》使用的语言。她提出本条的替代性案文：

“缔约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平合理利益分享的问题。”

[附件和文件完]