

# WIPO



# E

WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

ORIGINAL: английский

DATE: 11 октября 2008

**ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**  
ЖЕНЕВА

## **МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ФОЛЬКЛОРУ**

**Тринадцатая сессия  
Женева, 13 – 17 октября 2008 г.**

**ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ЗНАНИЙ:**

**ПРОЕКТ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ: ПЕРЕСМОТРЕННЫЙ ВАРИАНТ**

*Документ подготовлен Секретариатом*

1. На своей двенадцатой сессии Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (Комитет) принял решение о том то, чтобы Секретариат подготовил с учетом результатов предшествующей работы [Комитета] в качестве рабочего документа для [тринадцатой] сессии [Комитета] документ, в котором будет:

- (a) описываться, какие обязательства, положения и возможности для обеспечения охраны ТЗ уже существуют на международном уровне;
- (b) описываться, какие пробелы существуют на международном уровне с иллюстрацией этих пробелов, по мере возможности, на конкретных примерах;
- (c) излагаться соображения, касающиеся определения того, есть ли необходимость в устранении этих пробелов;
- (d) описываться, какие варианты существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне;
- (e) содержаться приложение в виде таблицы, отражающей те положения, которые упомянуты в подпунктах (a) - (d), выше.

2. Секретариату было предложено «четко изложить рабочие определения или другие базовые принципы, на основе которых был проведен его анализ». Документ должен был быть «представлен Секретариатом в форме проекта к 31 мая 2008 г.». Сторонам, участвующим в работе Комитета должна была быть «предоставлена возможность высказать свои комментарии

по проекту до 30 июня 2008 г.», после чего окончательный вариант проекта документа должен был быть «опубликован к 15 августа 2008 г. для его дальнейшего рассмотрения Комитетом на его тринадцатой сессии».

3. Во исполнение этого решения Секретариат подготовил первый вариант проекта анализа пробелов в области охраны традиционных знаний (ТЗ) и распространил его для представления по нему комментариев. По состоянию на 11 октября 2008 г. комментарии были получены от Африканской группы, Австралии, Бразилии, Эфиопии, Европейского сообщества и его государств-членов, Японии, Мексики, Палау, Швейцарии, Таиланда и Соединенных Штатов Америки, а также от таких неправительственных организаций-наблюдателей, как Центр права в области искусств, Организация биотехнической индустрии (БИО) и Международная торговая палата (МТП).

4. В Приложении I к настоящему документу содержится новый проект анализа пробелов в области охраны традиционных знаний (ТЗ), который представляется Комитету на рассмотрение на его тринадцатой сессии. Этот пересмотренный вариант включает комментарии, которые не были отражены в предыдущем варианте, а именно в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(b). Как и было предусмотрено в решении Комитета, в нем содержатся следующие элементы:

- (a) обязательства, положения и возможности в области обеспечения охраны ТЗ, которые уже существуют на международном уровне;
- (b) пробелы, которые существуют на международном уровне, с иллюстрацией этих пробелов, по мере возможности, на конкретных примерах;
- (c) соображения, касающиеся определения того, есть ли необходимость в устранении этих пробелов;
- (d) варианты, которые существуют или могут быть разработаны для устранения выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне.

5. В Приложении II представлена таблица, отражающая те положения, которые упомянуты в подпунктах (a) - (d), выше. В этом проекте анализа пробелов также излагаются рабочие определения и другие базовые принципы, на основе которых был проведен анализ.

*6. Межправительственному комитету предлагается рассмотреть проект анализа пробелов, содержащийся в Приложениях I и II, и дать, если это уместно, свои дальнейшие указания.*

[Приложения следуют]

## ПРИЛОЖЕНИЕ I

ПРОЕКТ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ  
ТРАДИЦИОННЫХ ЗНАНИЙ

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>I. ВВЕДЕНИЕ .....</b>	<b>3</b>
<b>II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ БАЗОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ДЛЯ ПРОВЕДЕНИЯ АНАЛИЗА .....</b>	<b>3</b>
(A) РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ .....	3
(B) ДРУГИЕ БАЗОВЫЕ ПРИНЦИПЫ, НА КОТОРЫХ ОСНОВАН АНАЛИЗ .....	5
(i) Понятие «охрана» .....	5
(ii) Связь с анализом пробелов в области ТВК .....	8
(iii) Различные характерные особенности ТЗ .....	9
(iv) Характер «пробелов», которые предполагается выявить .....	10
<b>III. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ПОЛОЖЕНИЯ И ВОЗМОЖНОСТИ В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ .....</b>	<b>11</b>
(A) ОХРАНА В СООТВЕТСТВИИ С СУЩЕСТВУЮЩИМИ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ДОКУМЕНТАМИ В ОБЛАСТИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ .....	11
(i) Позитивная патентная охрана ТЗ .....	11
(ii) Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы .....	13
(iii) Требования в отношении раскрытия, касающиеся только ТЗ .....	14
(iv) Нераскрытые ТЗ .....	15
(v) Недобросовестная конкуренция .....	17
(vi) Отличительные знаки .....	18
(vii) Право промышленных образцов .....	19
(viii) Авторское право и смежные права .....	19
(B) ПОЛОЖЕНИЕ ДЕЛ В ДРУГИХ ОБЛАСТЯХ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА .....	20
(i) Конвенция о биологическом разнообразии .....	20
(ii) Международный договор ФАО .....	20
(iii) Конвенция Организации Объединенных Наций по опустыниванию .....	21
(C) ДРУГИЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОКУМЕНТЫ .....	21
(i) Боннские руководящие принципы .....	21
(ii) Декларация о правах коренных народов .....	21
(iii) Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных .....	22
<b>IV. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ПРОБЕЛЫ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ .....</b>	<b>23</b>
(A) ПРОБЕЛЫ В ОПРЕДЕЛЕНИИ И ИДЕНТИФИКАЦИИ ТЗ, ПОДЛЕЖАЩИХ ОХРАНЕ .....	23
(B) ПРОБЕЛЫ В ЦЕЛЯХ И ОСНОВОПОЛАГАЮЩИХ ПРИНЦИПАХ ОХРАНЫ .....	24
(C) ПРОБЕЛЫ В СУЩЕСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ МЕХАНИЗМАХ .....	26
(i) Объекты, не охватываемые существующими нормами права ИС .....	26
ТЗ, не охватываемые существующими формами охраны ИС .....	26
Инновации, которые накапливаются и приобретают коллективный характер на протяжении поколений в рамках одной общины .....	27
(ii) Непризнанные бенефициары и правообладатели .....	28
Признание коллективных прав, интересов и правомочий в рамках системы ТЗ .....	28
(iii) Пояснение или подтверждение применения существующих принципов к ТЗ .....	29
Норма, четко обеспечивающая применение принципов патентования в контексте ТЗ .....	29

(iv) <i>Формы охраны, не предусматриваемые существующими международными стандартами</i> .....	30
<i>Конкретное требование о раскрытии применительно к ТЗ</i> .....	30
<i>Охрана от несправедливого обогащения, незаконного присвоения и неправомерного использования ТЗ</i> .....	31
<i>Предварительное информированное согласие</i> .....	32
<i>Право на признание права и целостность</i> .....	33
(v) <i>Отсутствие правомочия на получение вознаграждения и извлечение других выгод</i> .....	33
<b>V. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТОГО, СЛЕДУЕТ ЛИ УСТРАНИТЬ ЭТИ ПРОБЕЛЫ</b> .....	<b>34</b>
(A) <i>СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ СУЩЕСТВА</i> .....	35
(i) <i>Международное право и политика</i> .....	35
(ii) <i>Соображения социального, культурного, политического и экономического характера</i> .....	36
(iii) <i>Значение охраны ТЗ для разработки политики и регулирования в более общем контексте</i> .....	36
(B) <i>СООБРАЖЕНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО И ФОРМАЛЬНОГО ХАРАКТЕРА</i> .....	37
(i) <i>Конкретные соображения процессуального и формального характера</i> .....	37
(ii) <i>Соображения, имеющие особое значение для устранения пробелов</i> .....	38
<b>VI. ВАРИАНТЫ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГЛИ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ</b> .....	<b>39</b>
(A) <i>ПРАВОВЫЕ И ДРУГИЕ ВАРИАНТЫ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ</i> .....	39
(i) <i>Имеющий обязательную силу международный документ или документы</i> .....	39
(ii) <i>Толкование и развитие существующих правовых документов</i> .....	40
(iii) <i>Не имеющий обязательной силы нормативный международный документ</i> .....	41
(iv) <i>Принятая на высоком уровне резолюция, декларация или решение</i> .....	42
(v) <i>Руководящие принципы или типовые законы, призванные укрепить международное сотрудничество</i> .....	43
(vi) <i>Координация усилий по усовершенствованию национального законодательства</i> .....	44
(vii) <i>Координация и сотрудничество в области реализации инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив</i> .....	45
<i>Материалы по вопросам укрепления потенциала и по основным вопросам для правовых и политических процессов</i> .....	45
<i>Укрепление практического потенциала носителей ТЗ</i> .....	45
<i>Создание учреждений и выработка для них соответствующих рекомендаций</i> .....	46
<i>Межучрежденческое сотрудничество и координация усилий в рамках системы ООН</i> .....	46
<i>Повышение информированности и укрепление потенциала в интересах широкой публики</i> .....	46
(B) <i>ПРАВОВЫЕ И ДРУГИЕ ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ НА РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ</i> .....	47
(C) <i>ПРАВОВЫЕ И ДРУГИЕ ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ НА НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ</i> .....	47

## ПРИЛОЖЕНИЕ II: ТАБЛИЦА РЕЗУЛЬТАТОВ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ

### КРАТКОЕ ОПИСАНИЕ ТАБЛИЦЫ

- A. ДЕЙСТВУЮЩИЕ МЕХАНИЗМЫ
- B. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ
- C. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТОГО, СУЩЕСТВУЕТ ЛИ НЕОБХОДИМОСТЬ В УСТРАНЕНИИ ЭТИХ ПРОБЕЛОВ
- D. ВАРИАНТЫ, КОТОРЫЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ ДЛЯ УСТРАНЕНИЯ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ

## I. ВВЕДЕНИЕ

1. В нижеследующем документе содержится настоящее краткое введение и четыре раздела, соответствующие четырем элементам, которые были оговорены в решении Комитета, принятом на его двенадцатой сессии, а именно:

Раздел II: рабочие определения и другие базовые принципы, на основе которых был проведен анализ;

Раздел III: обязательства, положения и возможности в области обеспечения охраны традиционных знаний («ТЗ»), которые уже существуют на международном уровне (подпункт (а) решения);

Раздел III: пробелы, которые существуют на международном уровне, с иллюстрацией этих пробелов, по мере возможности, на конкретных примерах (подпункт (b) решения);

Раздел IV: соображения, касающиеся определения того, существует ли необходимость в устранении этих пробелов (подпункт (c) решения);

Раздел V: какие варианты существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне (подпункт (d) решения).

2. В Приложении II содержится таблица, отражающая те положения, которые упомянуты в этих разделах (а именно в подпунктах (a)-(d) решения Комитета).

## II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ БАЗОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ДЛЯ ПРОВЕДЕНИЯ АНАЛИЗА

### (a) Рабочие определения

3. Как такового международно-признанного определения «традиционных знаний» не существует. В ряде международных документов содержатся смежные понятия, такие, как:

- знания, нововведения и практика коренных и местных общин, отражающие традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия<sup>1</sup>;
- традиционные знания, имеющие отношение к генетическим ресурсам растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства<sup>2</sup>;
- культурное наследие, традиционные знания и традиционные формы культурного выражения, а также проявления их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и генетические ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны

<sup>1</sup> Статья 8(j), Конвенция о биологическом разнообразии.

<sup>2</sup> Статья 9.2(a), Международный договор о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

и флоры, традиции устного творчества, литературные произведения, рисунки, спорт и традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство<sup>3</sup>;

- традиционные знания, имеющие отношение к селекции животных и животноводству<sup>4</sup>.

4. Данный проект анализа пробелов был запрошен в отношении «традиционных знаний» как таковых, а не каких-либо других более конкретных понятий, таких, как биоразнообразие, знания, имеющие отношение к ресурсам растений и животных, или ТЗ, носителями которых являются коренные народы (или просто «коренные знания»); эти более конкретные понятия, как представляется, охватываются более общим понятием «традиционных знаний» как таковых. Однако, поскольку был запрошен отдельный анализ пробелов в отношении «традиционных выражений культуры», это означает, что анализ должен быть посвящен традиционным знаниям в узком смысле слова (ТЗ *stricto sensu*), а не более широкому понятию традиционных знаний, которое иногда используется в качестве общего термина описательного характера. Поэтому для целей только данного исследования термин «традиционные знания» означает содержание и существо знаний, являющихся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, и охватывает ноу-хау, инновации, практику и познания, составляющие часть системы традиционных знаний, и знания, воплощающие традиционные уклады жизни коренных и местных общин или содержащиеся в кодифицированных системах знаний, передаваемых из поколения в поколение. Они не ограничены какой-либо конкретной областью техники и могут включать сельскохозяйственные, природные и медицинские знания и знания, связанные с генетическими ресурсами. Это общее описание ТЗ основывается на результатах работы самого Комитета<sup>5</sup>.

5. В основу анализа пробелов положено также предположение о том, что при рассмотрении пробелов в области правовой охраны может потребоваться более точное определение традиционных знаний, поскольку весьма пространного описания может оказаться недостаточно для придания должной ясности, требуемой «жизнеспособному» анализу пробелов. В ходе работы Комитета в качестве характерных особенностей ТЗ были выделены следующие признаки, которые могут обеспечить ТЗ право на правовую охрану. В соответствии с проектом подхода, обсуждавшимся в рамках Комитета, правовая охрана должна распространяться, по меньшей мере, на традиционные знания, которые:

- (i) создаются, сохраняются и передаются из поколения в поколение в традиционном контексте;
- (ii) явно связаны с традиционной и коренной общиной или народом, которые сохраняют или передают эти знания из поколения в поколение; и
- (iii) являются частью культурной самобытности коренной или традиционной общины или народа, которые признаются обладающими этими знаниями в форме их хранения, охраны, коллективного владения или несения за них культурной ответственности. Эта взаимосвязь может быть выражена формально или неформально в виде обычной или традиционной практики, правил или законов.

---

<sup>3</sup> Статья 31, Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, документ WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

<sup>4</sup> Пункт 12, Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных.

<sup>5</sup> Источник: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

Такая характеристика ТЗ, которые должны подпадать под правовую охрану, также вытекает непосредственно из результатов работы<sup>6</sup>. Можно было бы также принять во внимание инновационные качества традиционных знаний.

6. Иными словами, для того, чтобы знания подпадали под охрану, не следует пытаться подогнать их под такие общие термины, как «традиционные знания»: просто необходимо, чтобы они являлись межпоколенческими по своему характеру, имели объективную связь с общиной происхождения и субъективно ассоциировались с этой общиной, причем таким образом, чтобы они составляли часть самобытности общины. Знания являются частью социального развития общины.

7. Ряд конкретных примеров ТЗ включает следующее:

- традиционные медицинские знания – знания о способах медицинского использования определенных генетических ресурсов, а также знания о методах лечения, которые не связаны с использованием генетических ресурсов (в частности, традиционный массаж);
- знания, связанные с биоразнообразием, или знания, которые «имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия»<sup>7</sup>;
- традиционные знания, имеющие отношение к генетическим ресурсам растений для целей производства продовольствия и ведения сельского хозяйства<sup>8</sup>;
- традиционные знания, имеющие отношение к селекции животных и животноводству<sup>9</sup>.

*(b) Другие базовые принципы, на которых основан анализ*

(i) Понятие «охрана»

8. В рамках анализа пробелов необходимо рассмотреть вопрос об «охране» ТЗ. В определенной степени при анализе пробелов в области охраны, несомненно, необходимо определить, что именно понимается под «охраной». В своей работе Комитет использует это понятие в самом разном контексте, начиная от правовой охраны от несанкционированных видов использования и присвоения ТЗ (в качестве охраны, которая обычно рассматривается в рамках законодательства и политики, касающихся интеллектуальной собственности) и кончая практическими формами защиты от причинения вреда ТЗ и их размывания (такими, как практические инициативы по документированию и регистрации систем традиционных знаний, а также правовые требования в отношении охраны ТЗ от причинения ущерба, а фактически – обязательство защищать и сберегать ТЗ, а также социальный, интеллектуальный и культурный контекст, который обеспечивает поддержку систем ТЗ).

9. Уточнению понятия «охраны» могут способствовать ответы на такие вопросы, как:

- объем соответствующей охраны:
  - какие объекты охраняются в настоящее время (например, патентоспособное изобретение);

<sup>6</sup> Источник: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

<sup>7</sup> КБР, статья 8(j).

<sup>8</sup> ФАО, МДГРРПС, статья 9.2(a).

<sup>9</sup> Пункт 12, Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных.

- от чего охраняются эти объекты (например, от определенных видов использования третьими лицами);
- от чего они *не* охраняются (например, во многих странах патентоспособные изобретения не охраняются от использования для исследований в некоммерческих целях);
- и *как* они охраняются (например, ограничена ли охрана во времени, оговорена ли она выполнением каких-либо формальностей и подпадает ли она под действие каких-либо других условий, таких, как требование о том, чтобы нераскрытая информация, в отношении которой испрашивается охрана, имела коммерческую, а не культурную или духовную ценность);
- и, с другой стороны, какие объекты *не* подпадают под охрану (например, во многих странах не охраняются просто открытия и публично раскрытые ноу-хау).

10. Поскольку существующие формы и стандарты правовой охраны в некоторых случаях обходят молчанием инновационную деятельность в этом контексте, выявлению пробелов в области правовой охраны может также способствовать изучение характера инновационной деятельности коренных общин и инновационной «составляющей» систем традиционных знаний.

11. Применительно к ТЗ «охрана» имеет множество различных значений. В принципе, она должна охватывать физическую охрану источников от ухудшения их состояния или утраты (например, реставрация древних текстов, содержащих ТЗ) и законодательство, предписывающее или поощряющее осуществление программ сохранения ТЗ. Для целей настоящего проекта анализа пробелов «охрана» означает такую охрану, которая чаще всего рассматривается в контексте интеллектуальной собственности, а именно правовые меры, которые ограничивают потенциальное использование охраняемого материала третьими лицами либо посредством предоставления права препятствовать любому их использованию (исключительные права), либо посредством установления условий для их разрешенного использования (например, условия, оговоренные в лицензии на использование патента, коммерческой тайны или товарного знака, или более общие требования в отношении справедливого вознаграждения или признания права). Кроме того, в Комитете подчеркивалось, что ТЗ могут охраняться с помощью физических средств и – в определенных значениях слова «охрана» - могут охраняться от исчезновения путем поощрения их широкого использования и что, в зависимости от требуемой формы охраны, это может являться самым экономичным и долговечным средством охраны. Согласно такому понятию охраны, традиционные инновации, в частности традиционная медицина, «охранялись бы» посредством поощрения их широкого практического использования, однако это не согласуется с концепцией охраны, на которой обычно основывается политика в области интеллектуальной собственности.

12. Вместе с тем, ввиду сложности оценки пробелов в практических инициативах на международном уровне и ввиду того, что работа Комитета ориентирована на проблематику интеллектуальной собственности, для целей настоящего документа под охраной понимается охрана от несанкционированного или неравноправного использования охраняемых объектов. В более общем плане, «охрана» в этом смысле означает меру постоянного контроля или власти над соответствующими традиционными знаниями, возможно, с правом исключения, или иные формы постоянно действующего правомочия по отношению к этим знаниями. Этот контроль должен осуществляться общиной или каким-либо лицом, действующим от ее имени. Он отличается от режима общественного достояния, при котором пользователь не несет ни материальной, ни моральной ответственности за прослеживание связи с носителем знаний. В одном из комментариев была высказана мысль о том, что коренные и местные общины сами должны решать, можно ли переqualифицировать ТЗ, которые относятся к общественному достоянию, в их охраняемую собственность.

13. Это отнюдь не означает, что вышеописанное является единственной законной или значимой, или настоятельно необходимой формой охраны, а просто отражает различные аспекты самой работы Комитета. Поэтому анализ пробелов касается областей, которым обычно уделяется повышенное внимание в рамках законодательства и политики, имеющих отношение к интеллектуальной собственности. В других международно-правовых системах, таких, как Конвенция о биологическом разнообразии и ЮНЕСКО, регулируются различные аспекты сбережения, сохранения и защиты традиционных знаний в конкретном политическом контексте этих систем.

- Так, статья 8(j) КБР, озаглавленная «Сохранение *in situ*», гласит, что каждая сторона «обеспечивает уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, который имеет значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, способствует их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощряет совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики». В КБР содержатся и другие положения, касающиеся распространения и поощрения использования традиционных знаний: например, в ней говорится об охране и поощрении «использования биологических ресурсов в соответствии со сложившимися культурными обычаями, которые совместимы с требованиями сохранения или устойчивого использования» (статья 10), об «обмен[е] результатами технических, научных и социально-экономических исследований, а также информацией о программах профессиональной подготовки и обследований, специальными знаниями, местными и традиционными знаниями как таковыми и в сочетании с технологиями, упомянутыми в пункте 1 статьи 16», и о том, что «он включает, когда это возможно, репатриацию информации» (статья 17), а также о сотрудничестве в области развития и использования технологий, включая технологии коренных и традиционных общин (статья 18).
- В Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. об охране нематериального культурного наследия отмечается, что «в настоящее время не существует никакого имеющего обязательную силу многостороннего правового акта, касающегося охраны нематериального культурного наследия», и указывается на то, что она заключается с целью «охраны нематериального культурного наследия», которое определяется в ней как включающее «обычаи, ... знания и навыки, ... признанные сообществами, группами и, в некоторых случаях, отдельными лицами в качестве части их культурного наследия». Охрана определяется как «принятие мер с целью обеспечения жизнеспособности нематериального культурного наследия, включая его идентификацию, документирование, исследование, сохранение, защиту, популяризацию, повышение его роли, его передачу, главным образом с помощью формального и неформального образования, а также возрождение различных аспектов такого наследия». Нематериальное культурное наследие описывается как включающее «знания, ноу-хау, навыки, обычаи и представления, создаваемые и сохраняемые общинами во взаимодействии с окружающей их средой ... [Э]та сфера охватывает множество областей, таких, как традиционная экологическая мудрость, традиционные знания, этнобиология, этноботаника, этнозоология, традиционные целебные системы и фармакопея...»<sup>10</sup>. В качестве одного из примеров приведена Андская система космовидения Каллавайя (Боливия), которая включает фармакопею и систему традиционной медицины.

---

<sup>10</sup> <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=56>

- Еще в одном из международно-правовых документов, касающихся культуры, а именно в Конвенции ЮНЕСКО 2005 г. об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения, «охрана» определяется «как принятие мер, направленных на сохранение, защиту и увеличением разнообразия форм культурного самовыражения». Связь между распространением ТЗ и охраной ТВК в этой Конвенции проиллюстрирована путем признания того, что «разнообразие форм культурного самовыражения, включая традиционные формы, является важным фактором, дающим людям и народам возможность выражать свои идеи и ценности и обмениваться ими с другими».

14. Несмотря на признание важности и роли таких уже существующих международно-правовых документов и выполняемых ими важных задач в области сбережения и защиты, настоящий анализ пробелов посвящен не оценке возможных пробелов в этих документах, которые осуществляются на основе самостоятельных мандатов, а, как уже упоминалось, тому аспекту правовой охраны, который чаще всего рассматривается в рамках политики и законодательства в области ИС.

15. В комментариях к первому проекту подчеркивалось, что такую направленность анализа пробелов не следует расценивать как признание того, что традиционные знания могут охраняться в рамках системы ИС, и при этом отмечалось, что существуют различные мнения и озабоченности относительно того, какая именно концепция охраны является подходящей. Поэтому анализ пробелов носит описательный характер: выявление того или иного пробела в «охране» в данном контексте ИС отнюдь не означает, что такой пробел может или должен быть устранен. Это также не означает того, что технически представляется одним «пробелом», должно быть устранено в приоритетном порядке по отношению к другим пробелам (включая пробелы в других формах охраны, выходящих за рамки законодательства и политики в области интеллектуальной собственности). Поэтому в Разделе IV пробелы определяются в порядке фактологического наблюдения, а в разделе V, ниже, излагаются соображения, которыми могут руководствоваться государства-члены при рассмотрении отдельно вопроса о том, следует ли или не следует – и если следует, то каким образом – устранять те или иные из выявленных пробелов.

16. В комментариях также указывалось на то, что «охрана в более широком смысле касается физической охраны этих ресурсов, а также их дальнейшего развития» и что «это общее понимание охраны следует изучить более подробно и что оно вполне вписывается в мандат ВОИС в целом и мандат МКГР в частности». В этом отношении установлены связи с Повесткой дня ВОИС в области развития.

*(ii) Связь с анализом пробелов в области ТВК*

17. Для придания большей ясности данному анализу пробелов и в соответствии с общим оперативным подходом, выработанным Комитетом, между ТЗ и традиционными выражениями культуры (ТВК) проведено разграничение. Некоторые формы охраны ТВК будут также оказывать косвенное влияние на охрану ТЗ: например, при охране записей традиционных песен и сказаний, с помощью которых сохраняются и передаются ТЗ в рамках общины, или изделий кустарного промысла, воплощающих в себе характерные методы или ноу-хау в области ТЗ. Упомянутая выше Андская система космовидения Каллавайя является системой медицинских знаний, которые также воплощаются женщинами каллавайя в текстильных изделиях в форме соответствующих мотивов. Несомненно, внимание следует уделить обоим аспектам систем традиционной культуры и знаний, а именно как существу или содержанию ноу-хау, носителями которых являются общины, так и используемым общинами формам выражения. Эти виды охраны форм традиционных выражений культуры и культурного

наследия надлежащим образом рассмотрены в рамках анализа пробелов в области ТВК (WIPO/GRTKF/IC/13/4(b)), и о них лишь кратко упоминается в данном анализе пробелов в области ТЗ в знак признания взаимодополняемости этих двух граней охраны.

(iii) *Различные характерные особенности ТЗ*

18. Общие характерные особенности ТЗ определены исходя из следующих предположений:

- ТЗ могут включать конкретные элементы знаний, в том числе инновации, автором которых является один из членов традиционной общины, или они могут включать более широкий комплекс систематизированных знаний. Не устанавливается никаких условий относительно того, должны ли «традиционные знания» быть ограничены конкретными элементами знаний или системой знаний.
- Не устанавливается никаких условий относительно того, являются ли определенные ТЗ обязательно патентоспособными или обязательно непатентоспособными; элементы ТЗ могут быть как патентоспособными, так и непатентоспособными. Само по себе то, что инновация возникла в традиционном контексте, не делает ее непатентоспособной (при условии, что патент выдается подлинному изобретателю, новатору/новаторам, представляющим традиционную общину, или их подлинным правопреемникам). Иными словами, простой факт, что определенные знания являются «традиционными», отнюдь не лишает их патентоспособности. Однако даже при этом может существовать правовая неопределенность в отношении того, каким образом применять стандарты новизны, изобретательского уровня и полезности к заявленным изобретениям, которые представляют собой ТЗ как таковые или выведены из них, или созданы в рамках системы традиционных знаний. Кроме того, может существовать неопределенность в отношении того, каким образом определить соответствующего заявителя, например в случае, когда патентоспособные ТЗ созданы в рамках традиционной общины или другого коллектива.
- ТЗ необязательно следует рассматривать в качестве публично раскрытых или нераскрытых: они могут быть как раскрытыми, так и нераскрытыми. Кроме того, может существовать правовая неопределенность в отношении того, можно ли ТЗ, раскрытые в рамках местной или коренной общины, считать «нераскрытыми» или не относящимися к общественному достоянию.
- В отношении ТЗ могут применяться различные формы собственности, хранения, правомочий и справедливых интересов. Этими интересами может обладать отдельный член общины, община в целом (независимо от того, признана ли она юридически в качестве таковой или нет) или государство (либо независимо, либо по поручению отдельных лиц или общин). Определенные аспекты ТЗ могут быть ассоциированы с каким-либо отдельным членом общины, даже если носителем всего комплекса ТЗ является община как таковая и если она поддерживает комплекс таких знаний. Определенные ТЗ могут также являться частью общего наследия человечества и не ассоциироваться только с какой-либо конкретной общиной или государством.
- *Коренные знания* определяются как комплекс знаний, очерченный более четко, чем ТЗ, создаваемые, поддерживаемые и распространяемые коренными народами, признанными в качестве таковых. Носителями ТЗ могут также являться другие местные и культурные общины, которые не признаются в качестве коренных. В ряде подходов к анализу пробелов, как представляется, потребуется отразить возможные различия между режимами коренных знаний и традиционных знаний в более общем

смысле слова; при этом следует отметить, что недавно права коренных народов применительно к традиционным знаниям были определены в принятой международной декларации (рассматривается ниже).

*(iv) Характер «пробелов», которые предполагается выявить*

19. Как представляется, существуют различные мнения относительно того, что именно является реальным «пробелом» в области охраны: отчасти это обусловлено тем, что термин «охрана» может иметь весьма широкую коннотацию или четко очерченную сферу правового применения. В проекте анализа пробелов рассмотрены самые разные аспекты и отражены различные возможные варианты решения вопроса о том, что следует понимать под «пробелом»; эти различные возможные предположения разъясняются в Части IV. В Части IV (с) анализа перечислены возможные пробелы, проиллюстрированные на соответствующих примерах, однако следует признать, что если для одних аналитиков тот или иной «пробел» может представляться существенным, то другие могут вообще не расценивать его в качестве пробела или относить его к категории несущественных. Поэтому данный анализ пробелов преследует цель определить потенциальные «пробелы» для облегчения политической дискуссии, а не вынесения окончательного решения по вопросам, находящимся в стадии непрерывного обсуждения.

20. Так, пробел в области правовой охраны можно рассматривать в качестве позитивного момента, а не в качестве недостатка, который следует немедленно устранить: иными словами, конкретные «пробелы» в правовой охране могут обеспечить эффективное функционирование сферы общественного достояния и ее структурирование.

21. В более широком плане, одним из «пробелов» является отсутствие какого-либо правового механизма охраны знаний как таковых. Действующие механизмы обеспечивают правовую охрану конкретных форм или аспектов знаний, причем ограниченными способами: так, для того, чтобы подпадать под охрану с применением принципов коммерческой тайны или конфиденциальности, а затем охраняться ограниченным способом (например, без распространения на третьих лиц, которые выводят соответствующие знания независимо), нераскрытая информация должна отвечать определенным условиям. Поэтому определение «пробела» в области охраны может означать уточнение перечня объектов, подлежащих охране, и перечня действий третьих лиц, которые исключены из сферы охраны, с тем чтобы эти лица знали, какие именно действия им нельзя совершать.

### III. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ПОЛОЖЕНИЯ И ВОЗМОЖНОСТИ В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ

22. Этот раздел посвящен «обязательствам, положениям и возможностям в области обеспечения охраны, которые уже существуют на международном уровне». В рамках анализа детально рассматривается форма охраны, обеспечиваемой основными международно-правовыми документами в общей области охраны интеллектуальной собственности, а также – менее детально – международно-правовыми документами в других областях международного публичного права, которые касаются непосредственно традиционных знаний и их охраны. Для краткости и ясности в рамках анализа не рассматриваются непосредственно конкретные правовые документы (они всесторонне освещены в опубликованных ранее материалах Комитета). Кроме того, в анализе нашли свое отражение различные международно-правовые документы и недавние изменения, такие, как Декларация ООН о правах коренных народов и Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных. Они цитируются исключительно для целей иллюстрации областей, представляющих в настоящее время интерес с точки зрения международной политики. Авторы не пытаются анализировать правовые тексты или присваивать им какой-либо правовой статус.

#### (a) Охрана в соответствии с существующими международными документами в области интеллектуальной собственности

##### *Общие замечания*

23. В отношении общей применимости конвенционного права ИС к объектам ТЗ в одном из комментариев было отмечено, что любой общий подход к охране ИС применительно к данным объектам, включая ее международный аспект, неизбежно повлечет за собой рассмотрение вопроса о том, какие правовые инструменты и механизмы требуются на национальном уровне, каким образом они должны функционировать и какой правовой и функциональный вклад может внести международный аспект в охрану на национальном уровне; при этом было отмечено, что систем охраны прав ИС недостаточно для отражения всеохватного и уникального характера объектов ТЗ. В ряде мер, а также положений конвенционного права в области ИС учтены элементы такого обычного права в более широких рамках охраны. Необходимо отразить экономические аспекты развития, а также важность эффективного участия носителей ТЗ в соответствии с принципом предварительного информированного согласия со стороны носителей таких знаний. Однако даже при этом существующее законодательство в области ИС с успехом обеспечивает охрану от неправомерного использования и незаконного присвоения ТЗ, в том числе через посредство законов о патентах, товарных знаках, географических указаниях, промышленных образцах и коммерческой тайне.

#### (i) Позитивная патентная охрана ТЗ

Взяты за основу международные документы: Соглашение Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), Договор о патентной кооперации (РСТ).

24. Несмотря на существенную гибкость и различия в интерпретации и применении на национальном уровне в целом международные стандарты в области патентного права позволяют распространить действие патентной охраны на конкретные инновации, созданные в традиционном контексте, при условии, что они:

- не существовали ранее или являются новыми;
  - обладают изобретательским уровнем или не являются очевидными;
  - являются полезными и промышленно применимыми;
- и в целом соответствуют определению «изобретения».

25. Ни один из этих критериев формально не определен в международных документах юридически обязывающим образом. Поэтому их применение к традиционным знаниям – это вопрос использования потенциальных гибких возможностей в рамках национального законодательства.

26. Гибкие возможности существуют в отношении определения «изобретения» против открытия, что, например, может быть актуально для ТЗ, которые рассматриваются в качестве открытия того или иного принципа природы, а не изобретения как такового.

27. Гибкие возможности существуют в отношении того, следует ли рассматривать ТЗ в качестве патентоспособного объекта по своей природе в том случае, если традиционные знания представляют собой:

- изобретение, препятствование коммерческому использованию которого обусловлено необходимостью охраны общественного порядка (*ordre public*) или нравственности, в том числе охраны жизни или здоровья людей, животных или растений, или недопущения причинения серьезного вреда окружающей среде, при условии, что это исключение не предусматривается просто в силу того, что использование изобретения запрещается соответствующим законодательством; или
- диагностический, терапевтический или хирургический метод лечения людей или животных;
- растение или животное, иное, чем микроорганизмы, и преимущественно биологические процессы возделывания растений или разведения животных, иные, чем небиологические и микробиологические процессы.

28. Существуют также гибкие возможности в отношении того, каким образом обычные критерии патентоспособности толкуются применительно к традиционным знаниям: в частности, новизна (например, следует ли устные традиции, передаваемые сравнительно конфиденциальным образом в рамках коренной или местной общины, считать раскрытым уровнем техники при определении патентоспособной новизны) и неочевидность (например, следует ли лицо, практикующее систему традиционных знаний, рассматривать в качестве специалиста в соответствующей области техники для целей оценки очевидности).

29. Кроме того, замечание о том, что лицо, практикующее систему традиционных знаний, создает инновацию, которая будет считаться патентоспособной, отнюдь не означает, что это лицо обязательно пожелает ее запатентовать или что у него найдется достаточно средств для прохождения процедуры патентования; иными словами, несмотря на то, что в принципе ТЗ являются патентоспособными, это не означает, что ТЗ реально *запатентованы*. Неприменение на практике патентной системы или решение не использовать ее по причине того, что обеспечиваемая ею форма охраны не отвечает требованиям носителей ТЗ, также можно рассматривать в качестве «пробела» в охране, даже если некоторые элементы ТЗ технически являются патентоспособными. Однако при анализе пробелов, по всей видимости, потребуется провести разграничение между формальным пробелом в объеме возможной правовой охраны в принципе и реальным пробелом в смысле отказа от попытки возможного получения охраны в отношении конкретного элемента ТЗ: а именно, в какой степени ТЗ, в отношении которых уже *может быть* получена охрана, тем или иным образом *реально* охраняются в настоящее время. Поскольку последняя форма анализа пробелов связана с большим объемом

эмпирической работы, в рамках настоящего проекта анализа пробелов такой подход не применялся. Вместе с тем Комитет провел обширные исследования в этой области<sup>11</sup>.

(ii) Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы

Взяты за основу международные документы: РСТ, Международная патентная классификация

30. Защитная охрана касается мер по недопущению незаконной выдачи патентов на элементы ТЗ и отмене соответствующих решений. Охрана ТЗ в рамках патентной системы чаще рассматривается с точки зрения защиты, а не позитивных действий по получению патентов на ТЗ. Существующие обязательства, положения и возможности на международном уровне имеют непосредственное отношение к защитной охране. Они включают правовые и практические защитные меры, основанные на конвенционном патентном праве, а также предложения по пересмотру стандартов международного патентного права в целях установления специальных процедур раскрытия применительно к ТЗ (в сочетании с генетическими ресурсами).

31. Защитная охрана ТЗ на основе существующих стандартов международного патентного права включает следующие меры:

- право изобретателя на упоминание в качестве такового в патенте, как это предусматривается Парижской конвенцией;
- увеличение минимума документации РСТ посредством включения в него ряда публикаций, посвященных традиционным знаниям. Цель этого обеспечить системный учет значительного объема уже опубликованных традиционных знаний на ранней стадии жизненного цикла многих патентов и включения таких знаний в публикуемые отчеты о международном поиске еще до перехода патентной заявки на национальную фазу;
- пересмотр Международной патентной классификации в 2006 г. в целях расширения ее охвата и уделения повышенного внимания конкретному виду материалов, связанных с традиционными знаниями, а именно «лекарственным препаратам неопределенного строения, содержащим материалы из морских водорослей, лишайников, грибов или растений или их производных, например традиционным растительным средствам» (А61К 36/00). Таким образом обеспечено признание интеллектуальной и технической значимости систем традиционных знаний. Это повышает вероятность того, что при проведении патентного поиска будут выявляться соответствующие документы, касающиеся ТЗ, и благодаря этому будет укрепляться практическая основа для защитной охраны ТЗ.

32. Согласно комментариям, не существует никаких эмпирических данных о том, что РСТ и МПК обеспечат необходимую защитную патентную охрану ТЗ, и не все страны используют механизм РСТ.

33. Комитет разработал следующие стандарты, руководящие принципы и портал, которые формально не отражены в существующих стандартах международного патентного права, но которые, тем не менее, касаются защитной охраны:

<sup>11</sup> См., например, документы WIPO/GRTKF/IC/5/7 и WIPO/GRTKF/IC/5/8, а также положенные в их основу обследования и вопросники.

- принятие Комитетом стандартов для документации по традиционным знаниям, а именно стандартов, отражающих необходимость регистрации и соблюдения условий доступа к задокументированным традиционным знаниям и их использования;
- разработка в рамках Комитета руководящих принципов проведения экспертизы патентов, связанных с ТЗ, - принципов, применение которых существенно повысит вероятность недопущения случаев выдачи незаконных патентов на традиционные знания<sup>12</sup>;
- разработка под эгидой Комитета портала для размещения на нем информации о традиционных знаниях, зарегистрированных при осуществлении патентных процедур, и повышение благодаря этому вероятности обеспечения учета традиционных знаний при осуществлении патентных процедур.

34. Еще одна мера, которая предусматривается национальным законодательством ряда стран, но не международными стандартами, заключается в том, что в патентной заявке заявитель обязан раскрыть информацию, включая ее источник, которая имеет существенное значение для патентоспособности изобретения.

35. Новые инициативы, подобные созданию портала по ТЗ, которые реализуются во исполнение указания Комитета, направлены на обеспечение того, чтобы при осуществлении патентного поиска и экспертизы эксперты имели полный доступ к существующим ТЗ, а также создание более прочной базы для оценки патентоспособности без нежелательного раскрытия и распространения ТЗ вопреки желанию первоначальных носителей ТЗ.

(iii) Требования в отношении раскрытия, касающиеся только ТЗ

36. Для укрепления защитной охраны ТЗ, а именно недопущения случаев выдачи патентов на основанные на ТЗ изобретения, которые не обладают новизной или в отношении которых не получено предварительного информированного согласия или не обеспечено равноправного совместного пользования выгодами от использования ТЗ, ряд стран предусмотрели в своем национальном законодательстве специальные формы раскрытия, касающиеся традиционных знаний и генетических или биологических ресурсов, использованных в заявленном изобретении. В рамках ВТО и ВОИС был высказан целый ряд предложений относительно укрепления стандартов международного патентного права путем включения таких требований о раскрытии. Эти механизмы представляют собой важную форму защитной охраны ТЗ и поэтому актуальны для данного анализа. На сегодняшний день ни один из них не был принят на международном уровне в форме юридически обязывающего документа. Однако Боннские руководящие принципы, которые не имеют обязательной силы, но могут рассматриваться в качестве «положений» или «возможностей» для целей настоящего анализа, побудили Договаривающиеся стороны КБР рассмотреть:

меры по поощрению раскрытия страны происхождения генетических ресурсов и происхождения традиционных знаний, нововведений и практики коренных и местных общин при осуществлении прав интеллектуальной собственности.

<sup>12</sup>

В одном из комментариев отмечается, что руководящие принципы Комитета в области экспертизы патентов, касающихся традиционных знаний, призваны оказать патентным экспертам помощь в определении, в частности, уровня техники для целей недопущения выдачи незаконных патентов.

37. Различные «положения» и «возможности» были достаточно детально изучены в рамках двух исследований, проведенных ВОИС по инициативе КБР<sup>13</sup>.

38. Кроме того, было отмечено, что в Боннских руководящих принципах эта категория мер определяется в контексте целого ряда других правовых, административных и политических мер, касающихся пользователей генетических ресурсов, в частности механизмов предоставления потенциальным пользователям информации об их обязанностях в отношении доступа к генетическим ресурсам; мер, направленных на препятствование использованию генетических ресурсов, полученных без предварительного информированного согласия Договаривающей стороны, предоставляющей такие ресурсы; сотрудничество между Договаривающимися сторонами в решении проблем, связанных с предполагаемыми нарушениями соглашений о доступе и совместном пользовании выгодами; систем добровольной сертификации для учреждений, соблюдающих правила доступа и совместного пользования выгодами; и мер по пресечению недобросовестной торговой практики<sup>14</sup>. По большей части эти меры не имеют прямого отношения к праву и практике в области интеллектуальной собственности, хотя недобросовестная торговая практика в определенной степени пресекается законодательством о недобросовестной конкуренции (этот вопрос рассмотрен в настоящем анализе пробелов отдельно).

39. В комментариях к предыдущему варианту проекта настоящего анализа пробелов были высказаны существенно расходящиеся мнения относительно необходимости и значения таких требований о раскрытии, которые касаются только ТЗ, а также относительно того, не является ли цитирование такого рода положения вынесением решения относительно его значения. В анализе пробелов не предпринимается никаких попыток оценить такие требования с точки зрения политики, однако в приводимом ниже исследовании объективное, фактическое отсутствие международного стандарта определяется в качестве «пробела» в формальном смысле слова, поскольку эта форма охраны, используемая в ряде стран, отсутствует в международных стандартах. В комментариях было также выражено мнение о том, что любые механизмы раскрытия должны быть согласованы с предложением, представленным развивающимися странами Совету ВТО по ТРИПС, и что это позволит решить проблемы, связанные со странами-пользователями.

(iv) Нераскрытые ТЗ

Взятые за основу международные документы: Парижская конвенция по охране промышленной собственности (Парижская конвенция), Соглашение ТРИПС

40. Если ТЗ не были публично раскрыты, они могут подпадать под действие существующих международных стандартов, регулирующих охрану нераскрытой или конфиденциальной информации. Согласно общим международным минимальным стандартам, установленным Соглашением ВТО по ТРИПС, для того чтобы подпадать под действие охраны, информация должна:

быть секретной в том смысле, что она как единое целое или в определенной конфигурации и подборе ее компонентов не является общеизвестной или

<sup>13</sup> <http://www.wipo.int/tk/en/genetic/proposals/index.html>

<sup>14</sup> Боннские руководящие принципы, пункт 16(d).

легкодоступной для лиц в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией;

представлять коммерческую ценность ввиду своей секретности; и

являться объектом применения лицом, правомерно контролирующим эту информацию, надлежащих при данных обстоятельствах мер, направленных на сохранение ее секретности.

41. Она распространяется на информацию, «раскрытую, полученную или использованную другими лицами без [их] согласия способом, противоречащим честной коммерческой практике», которая определяется как означающая «как минимум такую практику, как расторжение договора, подрыв доверия или содействие подрыву доверия, и [включая] приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не было известно в результате грубой небрежности, что приобретение такой информации подразумевает такую практику». Это потенциально важно для большинства традиционных знаний, поскольку фактическую коммерциализацию ТЗ чаще всего осуществляет не лицо, которое первым получило доступ к информации, а вторичные коммерческие и промышленные компании.

42. Этот международный стандарт характеризуется как средство «обеспечения эффективной охраны от недобросовестной конкуренции, как это предусматривается статьей 10*bis* Парижской конвенции (1967 г.)». Срок охраны является практически неограниченным, если продолжают сохраняться соответствующие условия (например, охрана прекращает свое действие после публичного раскрытия знаний их носителем).

43. Этот международный стандарт, несомненно, применялся бы к значительному объему традиционных знаний, равно как значительный их объем не подпадал бы под его действие. Вопросы, которые могли бы возникнуть при применении этого стандарта, включают, в частности, следующее:

- в каких случаях ТЗ, раскрытые в рамках определенной традиционной общины, по-прежнему будут рассматриваться в качестве «тайных»?
- какова возможная роль обычного права или обычной практики общины в определении того, действует ли режим охраны или нет? (Например, в решении по делу «Foster v Mountford»<sup>15</sup>, которое часто цитируется в Комитете, обычное право коренной общины было признано достаточным для установления обязательства о соблюдении конфиденциальности.);
- будут ли знания, которые представляют для общины не коммерческую, а духовную и культурную ценность, по-прежнему охраняться в том случае, если третье лицо начнет извлекать из этих знаний коммерческую выгоду? Иными словами, если община будет хранить ТЗ в тайне по духовным и некоммерческим причинам и будет решительно отвергать идею их коммерциализации, будут ли они по-прежнему охраняться в качестве нераскрытой информации?

44. Поскольку этот стандарт является минимальным, в рамках национального законодательства существуют возможности для применения более широких форм охраны, обеспечивающих, например, признание в качестве нераскрытых и, как следствие, в качестве подпадающих под охрану ТЗ, которые распространяются только среди членов конкретной общины. В качестве соответствующего фактора можно также рассматривать духовную и

---

<sup>15</sup> Например, *IP Needs And Expectations Of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, WIPO, 2001. p 75.

культурную ценность знаний (в том смысле, что для получения охраны ТЗ необязательно должны обладать только одной коммерческой ценностью), и можно было бы признать роль обычного права (например, при определении «надлежащих при данных обстоятельствах мер для охраны»).

(v) Недобросовестная конкуренция

Взяты за основу международные документы: Парижская конвенция, Соглашение ТРИПС

45. Парижская конвенция обязывает обеспечить «эффективную защиту от недобросовестной конкуренции», оговаривая, что «[a]ктом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах». Таким образом, данная концепция недобросовестной конкуренции сформулирована в общих выражениях, однако при этом особо выделено следующее:

- действия, вызывающие смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;
- ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, дискредитирующие предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;
- указания или утверждения, которые могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

46. Эти более точные характерные признаки недобросовестной конкуренции могли бы применяться, например, к актам коммерциализации связанных с ТЗ продуктов, которые посредством обмана или смешения создают впечатление того, что они являются подлинными продуктами коренной или местной общины, хотя они таковыми не являются, или которые посредством обмана или смешения создают впечатление того, что они одобрены или их изготовление санкционировано такой общиной.

47. Одно из возможных прочтений этих международных стандартов (которое применяется также через посредство Соглашения по ТРИПС) состоит того, что они могли бы охватывать более широкие формы охраны, выходящие за рамки, в частности, вышеуказанных конкретных действий, вызывающих смешение, и ложных или вводящих в заблуждение утверждений. В одном из комментариев к этому положению говорится следующее:

Каждая страна определяет, согласно своим собственным концепциям, что следует понимать под «конкуренцией». Страны могут распространять понятие недобросовестной конкуренции на действия, которые не являются конкуренцией в узком смысле слова. ... Всякий акт конкуренции следует рассматривать как недобросовестный, если он противоречит честным обычаям в промышленных или торговых делах. Подобный критерий не ограничивается честными обычаями, существующими в стране, где испрашивается охрана против недобросовестной конкуренции. Судебные и административные органы такой страны должны учитывать и честные обычаи международной торговли. Если судебные или административные органы страны, где испрашивается охрана, констатируют, что обжалуемый акт противоречит честным обычаям в промышленных или торговых делах, эти органы обязаны считать данный акт недобросовестной конкуренцией и применить санкции и

средства, предусмотренные в их национальном законодательстве. Под упомянутый критерий могут подпадать самые разнообразные действия<sup>16</sup>.

48. Таким образом, данное положение можно толковать как охватывающее охрану от других форм использования традиционных знаний, которые считаются противоречащими честной практике. Остается возможность определения на национальном уровне того, что акты недобросовестной конкуренции могут включать неправомерное обогащение за счет использования традиционных знаний и извлечение коммерческой выгоды из незаконно приобретенных ТЗ.

49. Во многих национальных законах о недобросовестной конкуренции предусматриваются меры по борьбе с другими формами коммерческого поведения помимо актов, которые вызывают смешение, или ложных или вводящих в заблуждение утверждений. Они также касаются недобросовестной деловой практики, такой, как установление монополий или другие формы использования традиционных знаний, которые можно рассматривать как честную, но не справедливую конкуренцию, как, например, хищническая практика ценообразования.

(vi) Отличительные знаки

Взяты за основу международные документы: Соглашения по ТРИПС, Мадридское соглашение и Протокол, Лиссабонское соглашение о защите указаний места происхождения, Парижская конвенция

50. Охрана отличительных знаков в соответствии с международными документами распространяется на:

- обычные товарные знаки (включая знаки обслуживания);
- сертификационные и коллективные знаки;
- географические указания.

51. С помощью такой охраны нельзя обеспечить охрану знаний как таковых. Однако она может обеспечить ее косвенно с помощью средств охраны отличительных знаков, символов, мотивов и географических указаний, а также в форме сертификации одобрения со стороны общины или подлинности ассоциации с общиной, когда перечисленные знаки применяются в отношении продуктов и услуг, основанных на традиционных знаниях или их использовании.

52. С помощью этих правовых механизмов в отношении таких отличительных знаков может быть также установлена защитная охрана, в частности через посредство возражения или юридического оспаривания регистраций, которые равнозначны вводящему в заблуждение или обманному использованию связанных с ТЗ знаков, символов или слов или связанных с ТЗ географических указаний. Международные стандарты используются для отказа в регистрации или признания недействительными знаков, которые противоречат морали или нарушают общественный порядок. В ряде случаев эти запреты используются для отказа в регистрации или

<sup>16</sup> Г.Боденхаузен, Руководство по применению Парижской конвенции по охране промышленной собственности (1968 г.), стр.144 (сноски опущены).

аннулирования товарных знаков, которые могут оскорбить культуру или духовность коренных общин. (Исследование вопроса о защитной охране ТВК в рамках системы товарных знаков см. в анализе пробелов в области ТВК<sup>17</sup>.)

(vii) Право промышленных образцов

Взятые за основу международные документы: Соглашение ТРИПС, Бернская конвенция, Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов, Парижская конвенция

53. Охрана образцов не распространяется на содержание знаний как таковых и в большей степени касается охраны традиционных культурных выражений, чем ТЗ (см. анализ пробелов в области ТВК). Тем не менее с помощью международных стандартов в области охраны образцов можно обеспечить некоторую косвенную охрану части ТЗ, особенно в тех случаях, когда образцы тесно связаны с какой-либо конкретной системой ТЗ, например со способом изготовления орудий труда, музыкальных инструментов и кустарных изделий. Охрана распространяется на промышленные образцы, которые являются новыми или оригинальными, однако из сферы ее действия можно исключить образцы, создание которых обусловлено главным образом техническими или функциональными соображениями.

(viii) Авторское право и смежные права

Взятые за основу международные документы: Соглашение ТРИПС, Бернская конвенция, Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ)

54. Авторско-правовая охрана касается формы выражения и не затрагивает содержания знаний как таковых, и поэтому она имеет большее значение для охраны традиционных выражений культуры, чем ТЗ (см. анализ пробелов в области ТВК в документе WIPO/GRTKF/IC/13/4(b)). Тем не менее международные стандарты в области авторского права и смежных прав можно рассматривать в качестве одного из способов обеспечения косвенной охраны ТЗ. В частности, авторское право может применяться в отношении описаний ТЗ, включенных в базу данных, а также компиляций ТЗ, которые охраняются в качестве компиляций в том случае, если они представляют собой «по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества». Однако такая косвенная охрана ТЗ с помощью авторского права не распространялась бы на содержание ТЗ как таковых; поэтому третьи лица могли бы использовать ноу-хау и основное содержание ТЗ, даже если бы они были включены в базу данных, охраняемую авторским правом.

55. В целом, если ТЗ сообщаются с помощью ТВК, охрану ТВК можно рассматривать в качестве косвенной охраны ТЗ (например, звукозапись традиционного исполнения,

<sup>17</sup> Документ WIPO/GRTKF/IC/13/4(a), Приложение: Часть III «Смысловое наполнение пробелов», пункт 33; Часть IV А «Коренные и традиционные названия, слова и символы», пункт 51; Часть IV В «Коренные и традиционные названия, слова и символы», пункты 64-67; и Часть IV D «Использование принципов, касающихся недобросовестной конкуренции, для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК («стиль»)), пункт 94; и Часть IV D «Коренные и традиционные названия, слова и символы», пункт 107.

используемая для передачи ТЗ в рамках общины, может охраняться в качестве записи ТВК; это ограничило бы распространение записи и доступ к ней, что косвенно ограничило бы доступ к ТЗ, сообщаемым с помощью ТВК, и их распространение); более подробную информацию см. в анализе пробелов в области ТВК.

*(b) Положение дел в других областях международного публичного права*

56. В рамках настоящего анализа пробелов основное внимание сосредоточено на международных стандартах, касающихся конкретно права интеллектуальной собственности и его связи с ТЗ. Однако определенное значение для общей международно-правовой и политической базы могут представлять и более общие стандарты международного публичного права, такие, как стандарты в области охраны окружающей среды, генетических ресурсов растений и прав коренных народов. Краткий анализ таких стандартов приводится ниже.

Взяты за основу международные документы: Конвенция о биологическом разнообразии (КБР), Международный договор ФАО, Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием (КООНБО)

(i) Конвенция о биологическом разнообразии

57. Конкретная область традиционных знаний, а именно знания, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, регулируется Конвенцией о биологическом разнообразии, в которой предусматривается, что Договаривающаяся сторона:

в соответствии со своим национальным законодательством обеспечивает уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, способствует их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощряет совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики.

(ii) Международный договор ФАО

58. Еще одна конкретная область традиционных знаний, а именно знания, имеющие отношение к генетическим ресурсам растений для целей производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, регулируется Международным договором ФАО о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (МДГРРПС), который предусматривает, что «каждая Договаривающаяся сторона должна в надлежащих случаях и с учетом своего национального законодательства принимать меры для защиты и поощрения прав фермеров, включая: (а) охрану традиционных знаний, касающихся генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства....».

(iii) Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием

59. Согласно Конвенции Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием (КООНБО), Стороны защищают, поощряют и используют соответствующие традиционные и местные технологии, знания, ноу-хау и практику и с этой целью обязуются «составлять сводную информацию о таких технологиях, знаниях, ноу-хау и практике и возможностях их использования с участием местного населения и должным образом распространять такую информацию в сотрудничестве с соответствующими межправительственными и неправительственными организациями» (статья 18.2(a)). Кроме того, в ней предусматривается, что региональные мероприятия могут включать «подготовку перечней технологий, знаний, ноу-хау и практических методов, а также традиционных и местных технологий и ноу-хау и поощрение их распространения и использования» (статья 6(b) Приложения II).

*c) Другие международные документы*

Взяты за основу международные документы: Боннские руководящие принципы по КБР, Декларация о правах коренных народов, Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных

(i) Боннские руководящие принципы

60. Во Введении к Боннским руководящим принципам по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения, составленном Исполнительным секретарем, указывается, что, хотя Руководящие принципы «не носят юридически обязательного характера, сам факт их единогласного принятия 180 странами наделяет их четким и непререкаемым авторитетом», они обеспечивают определенную охрану традиционным знаниям в виде следующей рекомендации: «поставщики должны: ... предоставлять генетические ресурсы и/или традиционные знания лишь в том случае, если они имеют на это соответствующее право» и «Договаривающиеся стороны, под юрисдикцию которых подпадают пользователи генетических ресурсов, ... могли бы рассмотреть, в частности, ... осуществление мер по поощрению предоставления информации о стране происхождения ... традиционных знаний, нововведений и практики коренных народов и местных общин в заявках на предоставление прав интеллектуальной собственности».

61. Цель указанных Руководящих принципов состоит в «содействии разработке механизмов и порядка доступа и совместного использования выгод, в которых признается защита традиционных знаний» (пункт 11(j)), и они поощряют «сотрудничество между Договаривающимися сторонами для урегулирования вопросов, связанных с предполагаемыми нарушениями соглашений о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод», что может иметь определенное отношение к ТЗ.

(ii) Декларация о правах коренных народов

62. Традиционные знания, носителями которых являются коренные народы как таковые, подпадают под действие недавно принятой Декларации Организации Объединенных Наций о

правах коренных народов<sup>18</sup>, которую – поскольку это декларация – можно рассматривать в качестве «положения» или «возможности», существующих на международном уровне, хотя в ряде комментариев к проекту анализа пробелов подчеркивается, что эта Декларация не носит юридически обязательного характера, что она не была принята консенсусом и что она характеризуется «как источник, отражающий чаяния коренных народов». Декларация гласит, что:

[к]оренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своих ... традиционных знаний ..., а также проявлений их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и генетические ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны и флоры, традиции устного творчества, литературные произведения, рисунки, спорт и традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство. Они имеют также право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие ... традиционные знания...

63. В ней также предусматривается, что «[с]овместно с коренными народами государства принимают действенные меры в целях признания и защиты осуществления этих прав».

(iii) Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных

64. В Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных, принятой на Международной технической конференции по вопросам генетических ресурсов животных для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства 7 сентября 2007 г., говорится о «целесообразности, в необходимых случаях, при соблюдении национального законодательства, учитывать, использовать, сохранять и поддерживать традиционные знания, актуальные для селекционного животноводства и животноводческого производства, в качестве вклада в ... создание устойчивых источников средств к существованию...». С этой Декларацией связан Глобальный план действий в области генетических ресурсов животных, направленный, в частности, на «содействие справедливому и равноправному распределению выгод от использования генетических ресурсов животных для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства и признание роли традиционных знаний, инновационных разработок и методов, касающихся сохранения генетических ресурсов животных и их устойчивого использования, а также, в необходимых случаях, введение в действие эффективных политических и законодательных мер».

---

<sup>18</sup> Принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в 2007 г., документ WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (15 февраля 2008 г.).

#### IV. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ПРОБЕЛЫ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ

*По мере возможности, эти пробелы проиллюстрированы конкретными примерами*

65. При анализе охраны ТЗ на международном уровне возможные пробелы рассматриваются на двух уровнях:

- пробелы в *целях* охраны, выявленные на международном уровне;
- пробелы в *международно-правовых механизмах*, созданных для достижения таких целей.

66. Однако перед этим было сочтено целесообразным рассмотреть прежде всего сферу охвата концепции «традиционных знаний», которые являются предметом анализа пробелов.

##### (a) Пробелы в определении и идентификации ТЗ, подлежащих охране

67. Рабочие предположения, положенные в основу настоящего анализа пробелов, который в свою очередь опирается на проведенный самим Комитетом широкий обзор данной проблематики, отражают следующие различия:

(i) различие между:

- «традиционными знаниями» как общим описанием объектов охраны, как правило, интеллектуального и нематериального культурного наследия, практики и систем знаний традиционных общин, включая коренные и местные общины (ТЗ в широком смысле слова, или *lato sensu*), и
- «традиционными знаниями» как конкретным объектом применения прав и правомочий с большим акцентом на содержании и существовании знаний как таковых (ТЗ в узком смысле слова, или *stricto sensu*), которые необходимо отличать, например, от традиционных выражений культуры (ТВК)/выражений фольклора (так, Комитет поручил провести раздельные, но дополняющие друг друга аналитические исследования пробелов в области ТЗ в узком смысле слова и в области ТВК);

(ii) различие между:

- тем, что в общем можно охарактеризовать в качестве ТЗ, и
- теми элементами ТЗ, которые являются или должны являться особыми объектами правовой охраны.

68. В своей работе Комитет исходил из вышеизложенных рабочих предположений, отражающих эти различия. Что касается первого различия (см. (i), выше), то термин «традиционные знания» используется в более узком смысле слова применительно к:

содержанию или существованию знаний, являющихся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, и охватывает ноу-хау, навыки, инновации, практику и познания, составляющие часть системы традиционных знаний, и знания, воплощающие традиционный уклад жизни коренных и местных общин или содержащиеся в кодифицированных системах знаний, передаваемых из поколения в

поколение. Традиционные знания не ограничены какой-либо конкретной областью техники и могут включать сельскохозяйственные, природные и медицинские знания и знания, связанные с генетическими ресурсами<sup>19</sup>.

69. ТЗ в этом смысле являются шире, чем более конкретные области знаний (медицинские знания, связанные с биоразнообразием, или знания, касающиеся генетических ресурсов растений), которые существуют в других областях международного публичного права и политики.

70. Что касается второго различия (см. (ii), выше), то Комитет всесторонне рассмотрел принцип, согласно которому для того, чтобы подпадать под *охрану* с использованием конкретных правовых механизмов, ТЗ, возможно, должны представлять собой знания, которые:

(i) создаются, сохраняются и передаются из поколения в поколение в традиционном контексте;

(ii) явно связаны с традиционной или коренной общиной или народом, которые сохраняют и передают эти знания из поколения в поколение; и

(iii) являются частью культурной самобытности коренной или традиционной общины или народа, которые признаются обладающими этими знаниями в форме их хранения, охраны, коллективного владения или несения за них культурной ответственности. Эта взаимосвязь может быть выражена формально или неформально в виде обычной или традиционной практики, правил или законов<sup>20</sup>.

71. Это означает, что для того, чтобы подпадать под охрану, знания не просто должны описываться в общих выражениях как «традиционные знания», а должны также носить межпоколенческий характер, иметь объективную связь с общиной происхождения и должны субъективно ассоциироваться с этой общиной, с тем чтобы являться частью ее самобытности. В одном из комментариев было отмечено, что определение, содержащееся в статье 3 в документе WIPO/GRTKF/IC/12/5 (c), служит прочной основой для работы и что Комитету следует изучить его глубже. В частности, в документе следует всесторонне рассмотреть концепцию «общественного достояния» и попытаться определить, что именно не является традиционными знаниями, с тем чтобы лучше понять, что может быть к ним отнесено.

(b) Пробелы в целях и основополагающих принципах охраны

72. Частью анализа любой правовой системы является рассмотрение целей и принципов системы. Поэтому в рамках анализа пробелов, как представляется, необходимо изучить такие общие принципы, которые могут быть сформулированы на международном уровне, но которые пока не имеют формального выражения. Политические цели, которые формально не выражены и не закреплены на международном уровне применительно к интеллектуальной собственности и ТЗ, включают следующее:

- признание имманентной ценности систем традиционных знаний и их вклада в сохранение окружающей среды, продовольственную безопасность и устойчивое ведение сельского хозяйства, а также в развитие науки и техники;
- признание того, что системы традиционных знаний представляют собой значимые формы инновационной деятельности:

<sup>19</sup> Источник: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

<sup>20</sup> Источник: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

- поощрение уважения систем традиционных знаний и культурных и духовных ценностей носителей традиционных знаний ;
- уважение прав носителей и хранителей традиционных знаний;
- поощрение сбережения и сохранения традиционных знаний;
- укрепление систем традиционных знаний, включая поддержку обычных способов использования традиционных знаний, их развития, обмена ими и их передачи;
- поддержка непрерывной инновационной деятельности, осуществляемой в рамках систем традиционных знаний, и поощрение инноваций, создаваемых на основе традиционных знаний;
- поддержка усилий по защите и сохранению традиционных знаний;
- пресечение незаконного присвоения и несправедливого и неравноправного использования традиционных знаний и поощрение равноправного совместного пользования выгодами, получаемыми от традиционных знаний;
- обеспечение того, чтобы доступ к традиционным знаниям и их использование осуществлялись на основе предварительного информированного согласия<sup>21</sup>;
- поощрение устойчивого развития общин и законной торговой деятельности, основанной на системах традиционных знаний;
- препятствование предоставлению и осуществлению ненадлежащих прав интеллектуальной собственности на традиционные знания.

73. Такова квинтэссенция целей, которые были сформулированы в ходе международных дебатов, в том числе в Комитете. Эти цели не были приняты ни в каком формальном виде и, возможно, не пользуются консенсусом. Тем не менее несколько из вышеперечисленных общих принципов в той или иной степени рассматриваются в существующих международных документах, даже несмотря на то, что эти документы посвящены какому-либо отдельному элементу традиционных знаний: например, КБР предусматривает поощрение уважения и сохранения ТЗ, которые имеют значение для сбережения и устойчивого использования биологического разнообразия, но в прямой форме не затрагивают другие элементы ТЗ, такие, как системы кодифицированных медицинских знаний. В МДГРПС признается «тот огромный вклад, которые местные и коренные общины и фермеры... вносят и будут впредь вносить в сохранение и развитие генетических ресурсов растений, которые составляют основу производства продовольственной и сельскохозяйственной продукции во всем мире».

74. Общие политические ориентиры, касающиеся международных целей, как представляется, определяются и в не являющейся юридически обязательной Декларации о правах коренных народов. В Декларации говорится о правах коренных народов (в отличие от других носителей традиционных знаний), в частности, на «сохранение, контроль, охрану и развитие своих... традиционных знаний» и на «сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие... традиционные знания», при этом упомянутые традиционные знания толкуются здесь в более широком смысле, чем в других существующих документах.

---

<sup>21</sup> Или «предварительное, свободное и осознанное согласие», как это указано в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов.

(c) Пробелы в существующих правовых механизмах

75. Охрана интеллектуальной собственности в узко юридическом смысле состоит в определении правомочия правовладельца на возращение против использования третьими лицами охраняемого материала или, по крайней мере, на получение справедливого вознаграждения за его использование, а также прав на возращение против непризнания прав или искажения (нарушение целостности). Иными словами, охрана заключается в наделении правообладателя правомочием препятствовать нежелательным формам использования или распространения знаний или незаконному доступу к ним или же правом получать справедливое вознаграждение (включая режим компенсационных обязательств). Поэтому охрана интеллектуальной собственности касается в первую очередь прав возращения против тех или иных способов использования третьими лицами охраняемого материала или препятствования такому использованию.

76. Таким образом, пробелы в области охраны ТЗ в рамках специальных правовых механизмов можно охарактеризовать с точки зрения:

- (i) объектов, не охватываемых существующим правом в области ИС;
- (ii) правообладателей, не признанных в качестве таковых, и других бенефициаров, исключенных из сферы действия охраны;
- (iii) форм использования и других действий, которые не могут быть предотвращены;
- (iv) отсутствия правомочия на получение вознаграждения или извлечение любой другой пользы.

77. Однако анализ подобных потенциальных пробелов обязательно должен опираться на результаты полного исследования возможностей обеспечения охраны ТЗ с помощью действующих норм права ИС. Комитет всесторонне изучил эти возможности, в том числе на основе детальных исследований, проведенных государствами-членами, и проанализировал возможные варианты, что отражено в целом ряде документов по вопросам существа (они перечислены в дополнительном документе, подготовленном для тринадцатой сессии, а именно в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(a)); они не воспроизводятся в настоящем документе, однако их можно рассматривать в качестве источника информации для целей настоящего анализа пробелов; см., например:

- варианты политики и правовые механизмы: документы WIPO/GRTKF/IC/7/6 и WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5;
- исследования, отчеты и сопоставительный анализ охраны ТЗ на национальном, региональном и международном уровнях: документы 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 и WIPO/GRTKF/IC/6/4.

(i) Объекты, не охватываемые существующими нормами права ИС

*ТЗ, не охватываемые существующими формами охраны ИС.*

78. Комментарий: Можно четко указать на пробел в отношении тех традиционных знаний, которые исключены из обычных форм охраны ИС, перечисленных в разделе III(a), выше. В ряде случаев такие ТЗ могут охраняться в соответствии с существующим национальным законодательством в области ИС с использованием гибких возможностей, предусматриваемых международным правом ИС. Однако ориентировочный перечень таких неохраняемых знаний, по логике, включал бы следующее:

- ТЗ, которые лишены новизны в силу того, что они соответствующим образом раскрыты широкой публике;
- ТЗ, которые считаются очевидными, в том числе для специалистов в определенной области техники, которые могут включать лиц, практикующих традиционные знания, или их носителей, с учетом других знаний, уже доступных широкой публике;
- ТЗ, которые по причине их раскрытия публике или по какой-либо иной причине не отвечают критериям предоставления охраны в качестве конфиденциальной информации, коммерческой тайны или нераскрытой информации.

*Инновации, которые накапливаются и приобретают коллективный характер на протяжении поколений в рамках одной общины*

79. Комментарий: Одной из характерных особенностей традиционных знаний, которая определена для целей настоящего анализа, является то, что они создаются и развиваются на протяжении поколений в рамках одной общины. Некоторые элементы ТЗ создаются отдельными членами общины, которые могут быть наделены конкретными полномочиями в рамках общины, а также обязанностями по отношению к той же общине. Однако в целом охрана ТЗ касается охраны накопленных знаний, которыми община обладает коллективно, если только они не рассматриваются в качестве нераскрытой или конфиденциальной информации.

80. Такие знания могут считаться подпадающими под действие КБР (ТЗ, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биоразнообразия) и Договора ФАО (ТЗ, касающиеся генетических ресурсов растений), которые предусматривают сформулированное в общих выражениях обязательство осуществлять охрану. Эти положения не охватывают ТЗ в широком смысле слова, однако определяют их применительно к конкретным политическим целям, сформулированным в этих документах.

81. Охрана в форме товарных знаков и географических указаний может осуществляться в отношении общины коллективно, и товарные знаки и географические указания могут обеспечивать эффективную охрану передающихся из поколения в поколение традиционных знаний, которые не отвечают критериям, установленным для нераскрытой или конфиденциальной информации. Кроме того, такие механизмы можно рассматривать в качестве применимых к охране систем знаний, и в рамках нынешней системы ИС существует целый ряд механизмов сохранения, поощрения и охраны ТЗ, действие которых распространяется на многие различные формы и выражения этих знаний.

82. Пробел: Охрана не распространяется на накопленные традиционные знания, которыми община обладает коллективно и которые передаются из поколения в поколение, если они не отвечают критериям нераскрытой или конфиденциальной информации. Прямых средств охраны таких традиционных знаний в качестве самостоятельного объекта охраны не существует, хотя некоторые формы охраны ИС имеют отношение к ТЗ, например охрана с помощью географических указаний и отличительных знаков и обозначений, традиционно ассоциируемых с такими знаниями.

83. Пробел: Охрана интеллектуальной собственности не распространяется на комплексные системы традиционных знаний как таковые в смысле предотвращения присвоения отдельных систем знаний. Охрана ИС может распространяться на определенные, отдельные элементы знаний в рамках какой-либо системы ТЗ и может обеспечивать охрану конкретной репутации, обозначений и знаков, ассоциируемых с системами знаний, а также охрану от вводящих в заблуждение ссылок на системы знаний, в том числе посредством удостоверения подлинности.

84. Пробел: Срок охраны, применимый к большинству форм охраны ИС, является сравнительно небольшим по сравнению с межпоколенческими временными рамками, в которых создаются ТЗ, и он может оказаться недостаточным для обеспечения надлежащего сохранения ТЗ. Поэтому ограниченный срок охраны можно расценивать в качестве пробела.

85. Пример: Община выработала целый ряд способов полезного применения лекарственного растения, а также сформировала систему знаний о том, каким образом это растение следует выращивать, собирать, а затем использовать (в том числе в сочетании с другими растительными экстрактами) для лечения различных заболеваний. Такая система знаний явно ассоциируется с этой общиной и поддерживается в рамках этой общины с помощью обычной практики. Международные стандарты не позволяют общине препятствовать присвоению и использованию третьими лицами элементов этих знаний в промышленных и коммерческих целях без какого бы то ни было признания прав общины на эти знания и без выплаты за такое использование справедливой компенсации (помимо элементов этих знаний, которые запатентованы или отвечают критериям нераскрытой информации). Имеющиеся формы охраны – если таковые вообще применяются, - как правило, действуют меньший срок, чем это необходимо для передачи систем традиционных знаний из поколения в поколение и, тем самым, их сохранения. Охрана отдельных аспектов использования общиной лекарственного растения может быть обеспечена с помощью таких средств, как охрана названия общины в связи с растением и видами его использования в медицинских целях или системы сертификации согласия со стороны общины или участия в коммерциализации ее знаний.

(ii) Непризнанные бенефициары и правообладатели

*Признание коллективных прав, интересов и правомочий в рамках системы ТЗ*

86. Комментарий: В соответствии с нынешними правовыми механизмами права ИС, как правило, предоставляются отдельному лицу или небольшой группе лиц (например, признанному изобретателю или изобретателям). В определенной степени в некоторых формах ИС право на осуществление прав на охраняемый объект – например, на географические указания, коллективные знаки и нераскрытую информацию - и извлечение из них выгоды, если коллективное образование, в том числе юридически признанная коренная или местная община, является его владельцем или бенефициаром. Однако в целом не существует никаких систем, признающих коллективное или общинное владение, хранение или другие формы правомочий в отношении знаний общины или их отдельных элементов. В рамках таких систем, как представляется, необходимо будет учитывать тот факт, что владельцами прав на ТЗ могут являться сразу несколько общин.

87. Отчасти этот пробел устранен в ДПКНООН, которая гласит, что «коренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своих ... традиционных знаний ... [и] ... право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие ... традиционные знания». Однако ввиду его статуса международного документа, не имеющего обязательной силы, это положение носит общий характер и не

является конкретным правовым механизмом, пригодным для устранения этого пробела на практике.

88. Пробел: Признание того, что коренная или местная община как таковая может обладать правами на знания в рамках системы традиционных знаний, которая явно с нею ассоциируется, хранить такие знания или осуществлять в отношении их знаний другие правомочия.

89. Пример: В вышеприведенном примере община в настоящее время не обладает в качестве таковой никаким коллективным правом на принятие мер по противодействию тем или иным формам противоправного использования ее знаний или их незаконного присвоения.

(iii) Пояснение или подтверждение применения существующих принципов к ТЗ

*Норма, четко обеспечивающая применение принципов патентования в контексте ТЗ*

90. Комментарий: В принципе уже невозможно получить законный патент на традиционные знания, которые не обладают новизной или являются очевидными для специалистов в соответствующей области техники (в группу специалистов могут входить лица, практикующие системы традиционных знаний). Кроме того, нельзя получить законный патент на заявленное изобретение, если заявитель не является фактическим изобретателем или если право на подачу заявки ему было предоставлено непосредственно фактическим изобретателем, например если патентная заявка включает в себя традиционные знания, полученные от носителя ТЗ, или если носитель ТЗ внес изобретательский вклад в заявленное изобретение. К тому же подлинный изобретатель или изобретатели имеют право на то, чтобы быть упомянутыми в качестве таковых в патентном документе. Эти общие принципы закреплены в международном патентном праве, хотя они никогда четко не применялись в отношении традиционных знаний на уровне международного нормотворчества.

91. Можно спорить о том, является ли такое отсутствие четко сформулированного принципа вообще «пробелом»: является ли «заполнением пробела» применение общих принципов конкретно к ТЗ и четкое формулирование того, что уже имплицитно отражено в патентном праве и соответствующих принципах? Вместе с тем представляется полезным уточнить существующие принципы посредством улучшения понимания на международном уровне того, каким образом общие принципы патентования применяются конкретно к традиционным знаниям в целях предотвращения выдачи определенных недействительных патентов, например пресечения любых попыток добиться признания того, что традиционные знания, полученные от носителя ТЗ, представляют собой изобретение некоего третьего лица. Эта возможность имплицитно отражена в существующих принципах, и вопрос состоит в том, является ли ее более четкое оформление устранением подлинного пробела.

92. Пробел: Не существует никаких официальных международных заявлений о применении общих норм и принципов патентования непосредственно к традиционным знаниям, например четкого и ясного исключения возможности выдачи патентов с формулой, касающейся непосредственно ТЗ, (i) которые не обладают новизной, поскольку они известны или доступны широкой публике, (ii) которые являются очевидными для лица, практикующего систему своих традиционных знаний, в качестве специалиста в соответствующей области техники или (iii) которые получены от носителя ТЗ, который не признан в качестве изобретателя и у которого не было получено надлежащего правового титула.

93. Пример: Некое лицо получает представляющие ценность традиционные знания во время посещения коренной общины. Оно подает две патентные заявки на эти полученные знания, и

при этом оно указывает себя в качестве изобретателя, не внося в них никаких дополнительных существенных улучшений и не информировав и не упомянув носителя ТЗ, от которого оно получило соответствующие знания. Одна из патентных заявок представляет собой действительно патентоспособное изобретение. В этом случае заявитель не имеет права испрашивать патентную охрану, поскольку подлинным изобретателем является лицо, изначально практиковавшее ТЗ, и поскольку заявитель не получил от подлинного изобретателя соответствующего правового титула. Другая патентная заявка касается ТЗ, которые раскрыты публике и которые представляют собой метод, уже известный общине носителя ТЗ: в этом случае патент также будет недействительным по причине отсутствия новизны или изобретательского уровня.

(iv) Формы охраны, не предусматриваемые существующими международными стандартами

*Конкретное требование о раскрытии применительно к ТЗ*

94. Комментарий: В ряде стран установлены специальные механизмы, касающиеся ТЗ (а также генетических ресурсов, которые не являются предметом рассмотрения в настоящем анализе пробелов), в форме включения в их национальные патентные законы дополнительных требований о раскрытии. Они обязывают заявителя раскрывать источник или происхождение ТЗ, используемых в заявленном изобретении, и в ряде случаев также представлять доказательства получения предварительного информированного согласия и заключения соглашений о справедливом совместном пользовании выгодами. Такое требование не предусматривается международным правом, хотя было внесено предложение – которое поддержал целый ряд стран – пересмотреть Соглашение ТРИПС, включив в него подобное требование, причем несколько предложений такого рода были внесены в ВОИС. Другие страны выступили против включения этого требования и поставили под сомнение его целесообразность. Никакой оценки этих противоположных мнений не проводилось; был только констатирован объективный факт того, что технически существует пробел в виде отсутствия в международных стандартах какого бы то ни было подобного требования. Вопрос о необходимости устранения этого пробела и того, каким образом это делать, разумеется, должен служить предметом политических дебатов между государствами. В одном из комментариев было выражено мнение о том, что один из «пробелов» - это «отсутствие доказательств того, что предлагаемые средства защиты (такие, как «раскрытие происхождения») окажутся эффективными без устранения существующих недостатков (или вообще)», и что такие доказательства могут «появиться в ближайшие годы в странах, которые ввели в действие требование о «раскрытии происхождения»». В другом комментарии в связи с этим пробелом было отмечено внесенное Европейским союзом для обсуждения в Комитете предложение по вопросу о раскрытии происхождения или источника генетических ресурсов и связанных с ними традиционных знаний в патентных заявках.

95. Пробел: В международном праве не существует никаких конкретных требований относительно того, чтобы заявитель раскрывал источник или происхождение ТЗ, используемых в заявленном изобретении, или раскрывал информацию, касающуюся предварительного информированного согласия и равноправного совместного пользования выгодами.

Пробел: В международном праве не существует никакого конкретного требования относительно того, чтобы заявитель, испрашивающий патент, раскрывал информацию, имеющую отношение к патентоспособности, такую, как соответствующий известный уровень техники.

*Охрана от несправедливого обогащения, незаконного присвоения и неправомерного использования ТЗ*

96. Комментарий: Существуют различные аналитические исследования всей сферы действия закрепленного в Парижской конвенции международного стандарта, обязывающего пресекать недобросовестную конкуренцию. Недобросовестные действия, которые должны пресекаться в соответствии с этим стандартом, как представляется, с одной стороны, охватывают по крайней мере некоторые формы незаконного присвоения и противоправного использования ТЗ, а, с другой, охватывают не все такие действия, включая использование ТЗ в коммерческих и промышленных целях, которые могут считаться противоречащими либо честной коммерческой практике, либо принципу равноправия. На международном уровне существуют диаметрально противоположные мнения относительно того, какие именно виды использования ТЗ можно квалифицировать в качестве незаконного присвоения, несправедливого обогащения или иного противоправного использования и какие виды использования ТЗ лицами, не являющимися членами общины происхождения (включая коммерческое использование), можно квалифицировать в качестве добросовестных и законных. Однако не все виды использования ТЗ третьими лицами можно рассматривать в качестве либо полностью законных, либо полностью противоправных, и поэтому высказываются различные мнения относительно того, как их разграничить. Эти несовпадающие мнения свидетельствуют о наличии пробела, заключающегося в отсутствии международных руководящих принципов в данной области.

97. Пробел: В международном праве не существует никакого требования относительно пресечения несправедливого обогащения за счет ТЗ или незаконного присвоения или неправомерного использования ТЗ и не существует никаких международных руководящих принципов относительно того, что собой представляет законное и добросовестное использование ТЗ и как следует определять несправедливое обогащение или незаконное присвоение.

98. Пример: Применительно к вышеприведенному примеру этот пробел касается права на возражение или на применение средств правовой защиты, если третье лицо использует общинные ТЗ, например, для производства лечебных средств из «натуральных продуктов» или лекарственных препаратов, которые основываются непосредственно на этих знаниях и в которых прямо использованы известные свойства биологических материалов, являющихся элементом этих знаний.

99. Другие примеры включают следующее:

- лечебное средство или лекарственный препарат, изготовленные непосредственно с использованием ТЗ коренной общины;
- лечебное средство или лекарственный препарат, изготовленные с использованием части знаний, известных широкой публике;
- лечебное средство или лекарственный препарат, изготовленные с использованием части знаний в дополнение к ТЗ.

Следует также более детально рассмотреть случаи, когда ТЗ вносят свой вклад в объект соответствующего ПИС, даже если последнее и не вытекает непосредственно из ТЗ. Если такого рода вклад в новый продукт не учитывается, то это можно рассматривать в качестве пробела в охране ТЗ.

100. В каждом случае при определении пробела в охране от незаконного приобретения или несправедливого обогащения необходимо дать ответ на такие вопросы, как:

- когда такое использование ТЗ порождает обязательство признать соответствующее право, поделиться выгодами или, в противном случае, выплатить компенсацию, указать общину и когда любая из форм использования считается актом несправедливого обогащения или незаконного приобретения?
- какая связь должна существовать между формой доступа к знаниям и их последующим использованием?
- влияют ли обстоятельства, при которых знания были первоначально получены от общины, на то, является ли их соответствующее использование незаконным приобретением или несправедливым обогащением, или это зависит только от способа использования?
- ограничено ли незаконное приобретение только масштабным использованием таких знаний в коммерческих целях или под него подпадают некоммерческие виды использования или использование в ограниченных коммерческих масштабах?

101. В одном из комментариев была высказана озабоченность по поводу того, что международные стандарты не позволяют общинам препятствовать использованию третьими лицами элементов ТЗ в промышленных и коммерческих целях без какого бы то ни было признания права и без обеспечения в обмен на такое использование равноправных выгод. В другом комментарии было указано на последствия, которые отсутствие надлежащих санкций имело бы для возмещения ущерба, причиненного в результате совершения актов незаконного приобретения.

#### *Предварительное информированное согласие*

102. Комментарий: В КБР признается право предварительного информированного согласия в отношении генетических ресурсов, а в Боннских руководящих принципах отмечается, что оно может также применяться в отношении ТЗ, связанных с биоразнообразием. Однако не существует никакой четко сформулированной международной нормы, в которой признавалось бы право предварительного информированного согласия применительно ко всем традиционным знаниям.

103. Пробел: Четко сформулированный принцип свободного предварительного информированного согласия на использование ТЗ, носителем которых является признанная коренная или местная община.

104. Пробел: В комментариях указывалось на еще один пробел, касающийся сценария, когда обязательство относительно получения предварительного информированного согласия и законодательное положение о доступе и совместном пользовании выгодами в одной стране могут не применяться в другой стране, в связи с чем встает вопрос о том, какие препятствия существуют на пути экстерриториального применения таких законодательных положений судами в таких других странах, в том числе в условиях наличия или отсутствия международной нормы об охране ТЗ.

105. Пример: Ученый-этноботаник проводит на месте исследование, посвященное традиционным знаниям определенной общины. Он не обязан заручаться согласием общины на сбор знаний, которыми впоследствии он может свободно поделиться с другими и которые эти другие могут использовать в коммерческих или промышленных целях.

106. В комментариях также указывалось на существование пробела с практической точки зрения, поскольку для создания эффективной системы сертификации и систематизации данных необходима практическая поддержка, а для сертификации предварительно информированного согласия, особенно согласия со стороны местных и коренных общин, требуется институциональная поддержка и поддержка в разработке законодательства; такая помощь в краткосрочном плане способствовала бы решению проблем противоправного использования и незаконного присвоения.

*Право на признание права и целостность*

107. Комментарий: Пользователь традиционных знаний, как правило, обязан признать право носителя или источника знаний. Кроме того, он обязан относиться к знаниям с уважением, поскольку определенные виды использования традиционных знаний оскорбляют отражаемую ими культуру или подрывают подлинность или целостность самих знаний. Во многих случаях сложно или невозможно определить все источники знаний, что делает предоставление права возражения против определенных видов использования ТЗ неуместным или социально контрпродуктивным. Тем не менее была подчеркнута значимость установления подобного механизма, по крайней мере в отношении таких ТЗ, которые носят особый священный характер или имеют особую связь с коллективной самобытностью общины. Формально в международных стандартах такое требование отсутствует, и в этом техническом смысле можно говорить о существовании пробела: это не означает, что такой пробел нужно вообще устранять, равно как и не указывает на то, как устранять и в какой степени; это глубоко политические вопросы, нуждающиеся во взвешенном изучении. Вместе с тем с формальной точки зрения можно указать на этот пробел.

108. Пробел: Право на возражение против использования ТЗ без явного признания права общины, которая является фактическим источником знаний.

109. Пробел: Право на возражение против использования ТЗ, когда использование оскорбляет культуру или духовность общины или иным образом нарушает целостность таких знаний.

110. Пример: Традиционные знания, которые являются характерным признаком определенной общины, используются третьим лицом в коммерческом продукте; община не признана в качестве источника, создателя или традиционного хранителя знаний. Или же, такой продукт предлагается и распространяется таким образом, который унижает или оскорбляет общину, являющуюся источником ТЗ (второй вариант частично покрывается статьей 10bis Парижской конвенции).

(v) Отсутствие правомочия на получение вознаграждения и извлечение других выгод

111. Комментарий: По аналогии с правом на справедливое вознаграждение, предусматриваемым в некоторых системах ИС, и в соответствии с теориями «компенсационной ответственности» и принципом равноправного пользования выгодами было предложено наделить носителей ТЗ правом на справедливую долю участия в выгодах, которую другие извлекают из использования их знаний, особенно когда речь идет о финансовой или коммерческой выгоде. (Однако выгоды сами по себе не должны носить финансового или денежного характера, особенно если это противоречит ценностям или явно выраженному желанию соответствующей общины. У традиционных знаний может быть сразу несколько носителей: отдельное лицо может иметь право на компенсацию или получение выгод или источник ТЗ может быть настолько «распылен», что справедливым средством распределения

выгод может являться только национальный, глобальный или региональный фонд. Поэтому наряду с изучением возможности предоставления права на справедливое вознаграждение в рамках анализа пробелов можно было бы также рассмотреть вопрос об отсутствии надлежащих институциональных рамок, обеспечивающих управление финансовыми или иными выгодами и их распределение.

112. Пробел: Коллективное право на справедливое вознаграждение или другое равноправное участие в выгодах от коммерческого использования ТЗ в целом или извлечение выгоды из ТЗ в ином виде помимо прав, установленных для конкретных форм ТЗ, таких, как ТЗ, связанные с биоразнообразием (в соответствии с КБР).

113. Пробел: Надлежащие институциональные рамки, обеспечивающие сбор и справедливое распределение выгод (особенно тогда, когда эти выгоды носят финансовый характер).

114. Пример: Традиционные медицинские знания некой общины использованы для разработки успешной линейки потребительских медицинских продуктов. Помимо других прав (таких, как право на признание права) община может быть наделена правом на участие в выгодах от этой коммерческой деятельности: эти выгоды необязательно должны носить финансовый характер (и члены общины могут не приветствовать такую монетизацию их знаний), а могут реализовываться в нефинансовой форме, например в форме участия в научно-исследовательской деятельности, общинного развития в надлежащем культурном контексте и устойчивого возделывания растений, используемых в качестве материала.

#### V. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТОГО, СЛЕДУЕТ ЛИ УСТРАНЯТЬ ЭТИ ПРОБЕЛЫ

115. Нуждающиеся в рассмотрении соображения, касающиеся определения того, следует ли устранять пробелы, можно классифицировать следующим образом:

- соображения, касающиеся институциональных/процессуальных механизмов; и
- соображения, касающиеся существа.

116. Соображения, касающиеся институциональных/процессуальных механизмов, включают такое, как устраняется ли уже в рамках существующего международного процесса тот или иной конкретный пробел и что это означает для будущей работы, посвященной тому же пробелу. Примером этого служит вопрос об ужесточении требований раскрытия информации о ТЗ в патентной системе, который в настоящее время рассматривается на нескольких форумах. Помимо обсуждения вопроса существа ведется также дискуссия по такому «процессуальному» вопросу, как какой форум или форумы следует считать надлежащими для решения упомянутого вопроса существа.

117. В отличие от этого, соображения существа включают, в частности, соображение о том, существуют ли убедительные политические основания для устранения того или иного конкретного пробела. Например, в принципе, может существовать правовой «пробел» в охране ТЗ от некоммерческого использования в личных целях, однако его устранение может быть сочтено недостаточно приоритетной политической задачей, в отличие, по крайней мере, от пробела в отношении коммерческих видов использования знаний с целью извлечения прибыли.

118. Другие соображения могут касаться определения не того, следует ли устранять пробел, а того, каким образом его можно устранить: например, что позволит наиболее эффективно устранить выявленный пробел – обязательная норма международного права, стимулирование на политическом уровне или типовой закон? Эти соображения более детально рассматриваются в заключительном разделе настоящего анализа пробелов.

(a) Соображения, касающиеся существа

(i) Международное право и политика

119. Формирующаяся международно-правовая и политическая база в области ТЗ может породить надежду на то, что выявленные пробелы можно устранить путем корректировки стандартов охраны интеллектуальной собственности. Иными словами, сдвиги и процессы в области международного публичного права можно рассматривать в качестве «соображения», имеющего отношение к определению того, следует ли устранять пробелы, а именно тот или иной правовой или политический процесс в смежной области потенциально можно охарактеризовать как «высвечивающий» конкретный пробел в системе права ИС с высокой степенью детализации. Соответствующие процессы – которые охватывают как императивные нормы международного права, так и другие общеполитические руководящие принципы, такие, как декларации - включают:

- заключение и вступление в силу статьи 8(j) КБР, которая предусматривает обеспечение уважения, сохранения и поддержания традиционных знаний, касающихся биоразнообразия;
- принятие Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, в которой сформулированы различные права, непосредственным образом затрагивающие как собственно традиционные знания, так и ИС, связанные с ТЗ (являясь международной декларацией, этот документ, естественно, отражает уже существующие нормы и сам по себе не создает конкретных правовых обязательств);
- заключение и вступление в силу МДГРРПС ФАО, который требует обеспечения охраны традиционных знаний, касающихся генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства;
- растущее признание традиционных знаний в качестве одного из важнейших соображений в политике общественного здравоохранения (в частности, в докладе Комиссии Всемирной организации здравоохранения по правам интеллектуальной собственности, инновациям и общественном здравоохранении и глобальной стратегии в области общественного здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности, принятой Всемирной ассамблеей здравоохранения в мае 2008 г.);
- в КООНБО предусматриваются обязательства в отношении охраны, поощрения и использования соответствующих традиционных и местных технологий, ноу-хау и практики;
- ввиду существующей взаимосвязи между ТЗ и ТВК разработка более эффективных правовых и политических документов, касающихся сохранения нематериального культурного наследия и поощрения культурного разнообразия, может оказать влияние на охрану ТЗ (хотя эти области политики в большей степени затрагивают охрану ТВК как таковую: поэтому при рассмотрении этой области политики следует опираться на анализ пробелов в охране ТВК);
- принятие Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных, которая предусматривает обеспечение учета, сохранения и поддержания традиционных знаний, актуальных для селекционного животноводства и животноводческого производства.

120. Применительно к ВОИС можно проанализировать следующие два конкретных соображения, имеющие отношение к устранению некоторых из вышеперечисленных пробелов:

- в контексте Повестки дня в области развития, находящейся на рассмотрении Комитета по развитию и интеллектуальной собственности (КРИС) (см., например, документ CDIP/1/3), было сформулировано предложение 18 следующего содержания:

настоятельно призвать МКГР ускорить процесс установления охраны генетических ресурсов, традиционных знаний и фольклора, без ущерба для любых результатов, включая возможную разработку международного документа или документов;

- при продлении мандата Комитета на сессии в сентябре 2007 г. Генеральная Ассамблея ВОИС также постановила, чтобы «он сосредоточил свою работу в новом периоде, в частности, на рассмотрении международного аспекта этих вопросов, без ущерба для работы, проводимой в рамках других форумов ... и чтобы не были исключены никакие результаты его работы, в том числе возможная выработка международного документа или документов», а также настоятельно призвала МКГР «ускорить свою работу».

(ii) Соображения социального, культурного, политического и экономического характера

121. В качестве потенциально актуальных можно проанализировать следующие соображения социального, культурного, политического и экономического характера:

- внимание, которое многие представители общин и многие правительства придают жалобам на несправедливость в связи с незаконным присвоением и неправомерным использованием ТЗ;
- роль ТЗ в устойчивом развитии на низовом уровне;
- взаимосвязь между охраной ТЗ и сохранением культурной и социальной самобытности коренных и местных общин;
- все более широкое использование ТЗ для целей реализации многочисленных промышленных и коммерческих задач;
- ценность и практическое применение ТЗ, имеющих отношение к сохранению и устойчивому использованию биологического разнообразия в условиях изменения окружающей среды и климата;
- все более широкое использование ТЗ в различных областях регулирования, например таких, как анализ воздействия на окружающую среду и оценка безопасности и эффективности лекарственных препаратов;
- понятия социальной ответственности и морали, включая этические обязательства.

(iii) Значение охраны ТЗ для разработки политики и регулирования в более общем контексте

122. Как свидетельствует целый ряд правовых и политических документов, перечисленных выше, в разделе (i), ТЗ упоминаются и активно используются в рамках многих политических процессов; они включают следующее:

- охрана биоразнообразия и справедливое использование связанных с ним выгод;
- признание прав коренных народов;
- укрепление продовольственной безопасности и поощрение разнообразия продовольственных культур;
- обеспечение надлежащего с точки зрения культуры доступа к здравоохранению;
- устойчивое развитие на низовом уровне;
- смягчение последствий изменения климата;
- параллелизм НИОКР, касающихся собственно традиционных знаний, и формальных научных дисциплин, таких, как биотехнология и фармакология;
- вклад систем традиционных знаний в инновационную деятельность и культурное разнообразие.

(b) Соображения процессуального и формального характера

(i) Конкретные соображения процессуального и формального характера

123. Помимо этих общих политических вопросов существует целый ряд более конкретных соображений, которые можно было бы рассмотреть в рамках анализа существующих пробелов; они включают следующее:

- тот факт, что в рамках многих национальных или региональных процессов уже формируются принципы более жесткой охраны ТЗ: развитие международного аспекта и создание общей платформы могут способствовать преодолению практических сложностей и правовой неопределенности, которые в противном случае могли бы быть порождены разнообразием национальных и региональных систем охраны;
- необходимость, несмотря на это, в дальнейшем сохранении надлежащего разнообразия регулирующих систем, обусловленная тем, что системы традиционных знаний и специальные средства их охраны должны отвечать местным потребностям и культурным нормам;
- возможные системные последствия неясности норм международного права ИС в областях, в которых оно имеет отношение к ТЗ и традиционным знаниям и системам традиционных знаний и инноваций;
- возможный выигрыш от снижения степени правовой неопределенности, обусловленной озабоченностями по поводу возможных связанных с ТЗ обязанностей по владению или хранению;
- издержки и выгоды, связанные с применением общего международного подхода к решению вопросов охраны ТЗ или созданию новой формы охраны интеллектуальной собственности, включая последствия для выполнения административных функций на национальном и региональном уровнях и доступности охраны для иностранных носителей ТЗ;
- различия и взаимосвязи между законодательно-нормотворческим подходом, с помощью которого определяются общие потребности и стандарты, и двусторонним договорным подходом, с помощью которого носители и пользователи знаний ставят конкретные условия использования.

(ii) Соображения, имеющие особое значение для устранения пробелов

124. В отношении работы Комитета также высказывались определенные соображения, которые могут иметь особое значение для устранения выявленных пробелов; они включают следующее:

- возможная преждевременность усилий по устранению определенных пробелов на международном уровне, даже несмотря на явное наличие этих пробелов, ввиду необходимости наработки и распространения большего опыта на национальном уровне в качестве одного из условий выработки более ясных международных документов;
- разнообразие ТЗ и являющихся их носителями общин, что может ограничить международные рамки нормотворчества;
- неопределенность относительно прав и возможностей иностранных правообладателей, таких, как общины, являющиеся носителями ТЗ, в совершенно ином культурном и социальном контексте;
- возможная необходимость укрепления и диверсификации консультационных процессов на этапе до начала выработки важных политических и правовых документов, пересмотр которых после их заключения будет сопряжен с трудностями и большими расходами.

## VI. ВАРИАНТЫ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГЛИ БЫ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ

*Правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне*

125. Что касается международного уровня, то в документе WIPO/GRTKF/IC/12/6 и предшествующих документах этой серии были определены следующие возможные варианты:

- (i) имеющий обязательную силу международный документ или документы;
- (ii) авторитетное или аргументированное толкование и развитие существующих правовых документов;
- (iii) не имеющий обязательной силы нормативный международный документ или документы;
- (iv) принятая на высоком уровне политическая резолюция, декларация или решение, например международная политическая декларация, закрепляющая основные принципы, устанавливающая норму против незаконного присвоения и противоправного использования и определяющая нужды и чаяния носителей ТВК/ТЗ в качестве политического приоритета;
- (v) руководящие принципы или типовые законы, призванные укрепить международное сотрудничество;
- (vi) координация усилий по усовершенствованию национального законодательства;
- (vii) координация и сотрудничество в осуществлении инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив.

Все эти варианты рассматриваются ниже в порядке их перечисления.

### (a) Правовые и другие варианты на международном уровне

- (i) Имеющий обязательную силу международный документ или документы

126. Имеющий обязательную силу международный документ, направленный на устранение любых конкретных пробелов в области охраны, будет обязывать договаривающиеся стороны применять стандарты, установленные в их национальном законодательстве, в качестве международно-правового обязательства. Такого рода документы могут иметь форму самостоятельных правовых документов, протоколов к уже существующим документам или специальных соглашений, заключенных в рамках действующих механизмов. Заключенные ранее международные договоры ВОИС обрели силу императивных норм международного права благодаря присоединению к ним заинтересованных сторон; государства, не присоединившиеся к этим договорам, не связаны их положениями как таковыми (в ряде случаев они предпочли применять стандарты, закрепленные в договоре, без официального присоединения к договору, например в области классификаций промышленной собственности). Для согласования такого документа потребуется организовать самостоятельный договорный процесс (как правило, дипломатическую конференцию). Международный договор приобретет обязательную силу только для тех стран, которые присоединятся к нему посредством специального акта ратификации или присоединения.

127. Имеющие обязательную силу документы могут носить характер рамочных или стратегически важных конвенций, обеспечивающих основу или политическую платформу для дальнейшей нормотворческой деятельности и для сближения и придания транспарентности национальным политическим инициативам и при этом предоставляющих достаточную свободу для применения различных подходов на национальном и региональном уровнях. После этого в форме протоколов к первоначальным рамочным соглашениям могут согласовываться

специальные международно-правовые механизмы, конкретизирующие обязательства сторон.

Контекст МКГР: Многие делегации призывают к разработке имеющего обязательную силу международного документа или документов в качестве конечного результата работы Комитета, и одна из региональных групп вынесла на обсуждение проект элементов такого документа (WIPO/GRTKF/IC/6/12). Сами по себе Комитет и Генеральная Ассамблея ВОИС не наделены полномочиями на выработку императивных международных норм, и для заключения такого договора и обеспечения вступления его в силу для тех стран, которые к нему присоединятся, необходимо будет инициировать отдельный процесс.

Примеры в смежных областях: Конвенция о биологическом разнообразии, Конвенция об охране нематериального культурного наследия, Международный договор ФАО о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности, Конвенция МОТ 169, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Сингапурский договор о законах по товарным знакам, Договор о патентном праве, Договор ВОИС по авторскому праву, Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам.

(ii) Толкование и развитие существующих правовых документов

128. В качестве основы и стимула для толкования существующих обязательств в интересах частичного устранения любых выявленных пробелов в области охраны ТЗ может потребоваться авторитетное или аргументированное толкование уже существующих правовых документов. Возможные варианты варьируются от протокола к уже существующему международному договору до не имеющего обязательной силы аргументированного заявления. Не являясь обязательными по своему характеру, они могут служить источником установления императивных норм права. Они могут влиять на толкование договорных положений и служить практическим руководством для политиков на национальном уровне. Они могут содержать более конкретные рекомендации относительно применения международных стандартов, не устанавливая при этом конкретных обязательств. Без уточнения правового статуса Дохинской декларации по ТРИПС и общественному здравоохранению можно отметить, что, среди прочего, этот документ содержит рекомендации относительно того, каким образом следует толковать положения Соглашения ТРИПС<sup>22</sup>.

Контекст МКГР: Комитет рассмотрел возможность толкования или адаптации существующих международных общих норм борьбы с недобросовестной конкуренцией таким образом, чтобы однозначно охватить ими акты незаконного присвоения, что может быть сделано в форме толкования или распространения действия статьи 10bis Парижской конвенции по аналогии.

Примеры в смежных областях: Общий комментарий № 17 (2005), Право каждого человека на пользование защитой моральных и материальных интересов, возникающих в связи с любыми научными, литературными или художественными трудами, автором которых он является

<sup>22</sup> Пункт 5(a): В соответствии с обычными правилами толкования норм международного публичного права каждое положение Соглашения ТРИПС следует рассматривать в свете предмета и замысла Соглашения, которые отражены, в частности, в его целях и принципах.

(пункт 1 (с) статьи 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах).

Примеры в области интеллектуальной собственности: Совместная рекомендация о положениях в отношении охраны общеизвестных знаков; Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву (Дипломатическая конференция ВОИС по некоторым вопросам авторского права и смежных прав).

(iii) Не имеющий обязательной силы нормативный международный документ

129. В не имеющем обязательной силы документе (документ «мягкого права») можно было бы рекомендовать государствам установить определенные стандарты в рамках их национального законодательства и других административных и неправовых процессов и политики или просто предусмотреть механизм для координации усилий тех стран, которые решили бы придерживаться согласованного подхода. Такой документ мог бы быть оформлен в виде авторитетной рекомендации или документа «мягкого права», которые имеют в своей основе убедительную аргументацию или обладают мощным моральным потенциалом. Другие международные организации уже выработали подобные документы в областях, касающихся работы Комитета (они перечислены ниже). Несколько из этих документов впоследствии были преобразованы в документы, имеющие обязательную силу. Сама по себе Всемирная декларация прав человека (в которой содержится ряд положений, касающихся политики в области ИС) была разработана в качестве документа, не имеющего обязательной силы. Функции документа, не имеющего обязательной силы, или документа «мягкого права» могут частично совпадать с функциями политических деклараций и других форм политических обязательств. Иными словами, политическая декларация может иметь такое же пропагандистское и направляющее действие, что и документ «мягкого права». Существует много общего между не имеющим обязательной силы документом и смежными документами, такими, как типовые законы и положения. Однако не следует забывать и о недостатках существующих норм «мягкого права» с точки зрения эффективности решения проблем незаконного присвоения; необязательный характер таких норм можно рассматривать в качестве пробела как такового.

Контекст МКГР: Как уже отмечалось, никакой документ, выработанный в рамках Комитета или принятый Генеральной Ассамблеей, сам по себе не может иметь обязательной юридической силы. Комитет проделал большую работу над целями и принципами охраны ТЗ, возможными вариантами и механизмами охраны ТЗ, руководящими принципами проведения экспертизы патентов, касающихся ТЗ, и руководящими принципами обеспечения доступа и совместного пользования выгодами в контексте ИС; все эти материалы могут быть в определенной форме препровождены Генеральной Ассамблее ВОИС и другим органам ВОИС для принятия или одобрения в качестве не имеющих обязательной силы рекомендаций, а также в качестве основы для дальнейшей нормотворческой деятельности.

Примеры, использованные в ходе работы в Комитете: Всеобщая декларация прав человека, Декларация ЮНЕСКО о биоэтике и правах человека, Международный кодекс поведения в области сбора и передачи генетического материала растений ФАО, Декларация о правах коренных народов, декларации ЮНЕСКО по биоэтике и культурному разнообразию; Международное обязательство ФАО по генетическим ресурсам растений и резолюции по таким вопросам, как права фермеров; решения Конференции Сторон КБР, включая Боннские руководящие принципы.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Декларация Матаатуа по культурным правам и правам интеллектуальной собственности коренных народов, Типовые положения ВОИС-ЮНЕСКО для национального законодательства по охране выражений фольклора от незаконного использования и других причиняющих ущерб действий.

(iv) Принятая на высоком уровне политическая резолюция, декларация или решение

130. Одним из возможных вариантов, обсуждавшихся в более ранних документах, является резолюция, декларация или совместная декларация, принятые на высоком уровне соответствующими Ассамблеями ВОИС. Тема такой декларации может отражать нынешнюю стадию работы над целями и принципами, а также отчасти может быть посвящена пробелам, выявленным в рамках настоящего анализа или в других исследованиях Комитета; так, в ней могла бы быть признана ценность и значимость ТЗ; могла бы быть подчеркнута необходимость наделения носителей или хранителей традиционных знаний правами и возможностями по защите своих интересов применительно к ТЗ и использованию ТЗ в качестве основы для устойчивого культурного и экономического развития; могли бы быть определены основные цели и принципы охраны; мог бы содержаться призыв к государствам-членам активно применять эти цели и принципы в рамках их усилий по укреплению национальной и международной охраны; и могли бы быть намечены задачи на будущее, включая выработку более конкретного документа или документов. Такой подход не должен исключать саму возможность последующей разработки имеющего обязательную силу международно-правового документа или отсрочивать его разработку, и в ряде случаев такого рода принятые на высоком уровне политические документы служат основой для проведения переговоров по документам, имеющим обязательную силу (одним из примеров является преобразование не имевшего обязательную силу Международного обязательства в Международный договор ФАО). Выработанные в прошлом совместные рекомендации ВОИС применяются и выполняются множеством стран, например в области товарных знаков, и они признаны и закреплены в других правовых документах.

Контекст МКГР: Возможность выработки такого документа широко обсуждалась в Комитете. Возможные варианты включают рекомендацию о принятии Генеральной Ассамблеей ВОИС (возможно, совместно с другими органами ВОИС) решения о том, чтобы выступить с политическим заявлением высокого уровня, в котором был бы признан прогресс, достигнутый к настоящему времени, и в котором определялась бы повестка дня для будущей работы ВОИС в этих областях.

Примеры в смежных областях: Декларация Алма-атинской международной конференции по первичной медико-санитарной помощи; Международное обязательство ФАО по генетическим ресурсам растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Резолюция Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций 60/184 по международной торговле и развитию; Резолюция 2000/7 Подкомитета по поощрению и защите прав человека по вопросу о правах интеллектуальной собственности и правах человека; Совместная рекомендация, касающаяся лицензий на использование товарных знаков; Декларация Матаатуа по культурным правам и правам интеллектуальной собственности коренных народов.

(v) Руководящие принципы или типовые законы, призванные укрепить международное сотрудничество

131. В прошлом типовые законы и руководящие принципы использовались для выражения общего международного подхода, оказания помощи в координации разработки национального законодательства и политики и, в частности, устранения пробелов, подобных тем, которые выявлены в рамках настоящего анализа, без принятия какого-либо конкретного международного документа. Они могут послужить основой для сотрудничества, сближения позиций и взаимного согласования национальных законодательных инициатив в интересах охраны ТЗ, а также заложить фундамент для более формальных международных документов и определения сферы охвата для обеспечения надлежащего разнообразия в подходах. На практике может оказаться сложным провести различие между типовыми законами и руководящими принципами, с одной стороны, и нормами «мягкого права», рассмотренными выше, с другой. В ряде областей, имеющих непосредственное отношение к работе Комитета, уже действуют те или иные руководящие принципы, положения и типовые законы.

132. В качестве не имеющих обязательной силы документов, которые потенциально способны помочь определить правовые обязательства в рамках национальных законов, был выработан целый ряд других значимых международных документов по охране ТЗ (они включают Африканский типовой закон 2000 г. об охране прав местных общин, фермеров и селекционеров и о регулировании доступа к биологическим ресурсам и Тихоокеанские региональные положения 2002 г. об охране традиционных знаний и выражений культуры). В свою очередь эти типовые нормы стимулировали обсуждение и анализ проблемы охраны в Комитете и, соответственно, разработку проекта целей и принципов, находящегося в настоящее время на рассмотрении. В прошлом было отмечено, что, «хотя не вызывает сомнений то, что этот вопрос должен быть обсужден и решен членами Комитета, опыт в других областях свидетельствует о возможности применения поэтапного подхода, когда один механизм, предназначенный для формулирования международных стандартов и поощрения применения желаемого подхода к охране в рамках национальных стандартов, стимулирует создание или пересмотр других механизмов, вселяющих большую надежду на соблюдение норм и усиливающих их правовое действие».

Контекст МКГР: Выработанные по результатам работы Комитета и по его усмотрению цели и принципы в области охраны ТЗ уже широко применяются в качестве ориентировочных норм в области охраны на уровне региональных документов, международных процессов и процессов развития национального законодательства и политики. Несмотря на то, что в своей нынешней форме они не являются ни принятыми, ни одобренными, они могут служить основой для любых руководящих принципов и типовых законов. Ранее Комитет отклонил предложение о подготовке типовых положений, касающихся механизмов раскрытия патентной информации применительно к генетическим ресурсам и ТЗ. Комитет достиг договоренности относительно принципов разработки руководящих принципов обеспечения доступа и равноправного совместного пользования выгодами от генетических ресурсов в контексте ИС и рассмотрел несколько проектов таких руководящих принципов. Комитет также рассмотрел несколько проектов руководящих принципов проведения экспертизы патентов, связанных с ТЗ.

Примеры в смежных областях: Применяемые на добровольной основе Руководящие принципы проведения оценки культурных, экологических и социальных последствий «*Akwe: Kon*», Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения; Африканский типовой закон об охране прав местных общин, фермеров и селекционеров и о регулировании доступа к биологическим ресурсам; Международный кодекс поведения ФАО в

области распространения и использования пестицидов; Кодекс поведения ЮНИДО в области выброса ГМО в окружающую среду.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Тунисский типовой закон, Типовые положения ВОИС-ЮНЕСКО для национальных законов по охране выражений фольклора от незаконного использования и других причиняющих ущерб действий, Тихоокеанские региональные рамки в области охраны традиционных знаний и выражений культуры; Руководящие принципы ОЭСР в области лицензирования генетических изобретений.

(vi) Координация усилий по усовершенствованию национального законодательства

133. Многие страны в настоящее время предпринимают усилия по разработке новых законов и политики в области охраны ТЗ (в ряде случаев также в области охраны ТВК/фольклора). Они проявляют большой интерес к информации о решениях, принимаемых другими правительствами и региональными органами, а также их опыте в реализации мер такого рода. При этом они преследуют цель обеспечить применение «передовых методов», а также достичь согласованности и единства в национальном законодательстве, с тем чтобы различные национальные правовые системы надлежащим образом взаимодействовали друг с другом. Одним из следствий разработки сбалансированных проектов международных материалов, посвященных характеру и политическому контексту охраны, может являться стимулирование и поддержка такой координации национальных и региональных инициатив в том случае, если этого желают соответствующие правительства. Неформальные отклики и увеличение числа просьб об оказании поддержки в области создания потенциала указывают на то, что многие правительства определили в качестве своего приоритета развитие национальной системы охраны ТЗ, но что они заинтересованы в обеспечении согласованного подхода, позволяющего им обмениваться опытом структурированным образом, обеспечивающим разумную согласованность и исключаяющим вероятность применения коллидирующих подходов. Одним из средств оказания им содействия в этом процессе может служить тот или иной документ, не имеющий обязательной силы. Взвешенные обобщенные элементы национального законодательства и смежные тексты, несмотря на то, что их источником являются внутренние законы, могут играть роль «мягкого права» на международном уровне посредством обеспечения согласованности и сопоставимости национальных законов и укрепления общей базы для коллективной охраны на международном уровне.

Контекст МКГР: Цели и принципы охраны ТЗ в значительной степени представляют собой квинтэссенцию фактической практики государств-членов по выработке законодательства об охране ТЗ в различных аспектах с помощью ИС и механизмов, связанных с ИС; соответствующие документы служат обширной справочной базой об источниках законов государств-членов. Обширный анализ того, каким образом государства-члены реализуют эти принципы и цели, представлен в документе WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (охрана традиционных знаний). Другие материалы, подготовленные для Комитета, включают краткий сопоставительный анализ законодательства *sui generis* в области охраны традиционных выражений культуры (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3); краткий сопоставительный анализ существующих национальных мер и законов *sui generis* в области охраны традиционных знаний (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4); первое исследование, подготовленное для КБР по вопросу о механизмах раскрытия патентной информации, имеющей отношение к генетическим ресурсам и ТЗ, на основе обширного обследования практики государств-членов; и вопросники по охране фольклора/ТВК и ТЗ.

Примеры в смежных областях: Национальные доклады в рамках КБР

(<http://www.biodiv.org/reports/list.aspx>); и руководящие принципы, касающиеся этических норм, Глобальная этическая обсерватория, ЮНЕСКО.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Обзор практики, касающейся биотехнических изобретений (WIPO/GRTKF/IC/1/6).

(vii) Координация и сотрудничество в области реализации инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив

134. Необходимо, чтобы анализ пробелов охватывал «правовые и другие возможные варианты». Поскольку эффективная охрана ТЗ требует принятия целого ряда мер по укреплению потенциала и практических мер для обеспечения реализации правовых мер или в дополнение к таким мерам, в рамках всестороннего анализа пробелов, как представляется, необходимо рассмотреть потребность, если таковая существует, в международных усилиях, направленных на координацию, сотрудничество и практическое осуществление мер по укреплению потенциала и практических мер. На совещании за круглым столом, созванном ВОИС в декабре 2007 г., были рассмотрены потребности в укреплении потенциала общин и соответствующие стратегии по их удовлетворению. Такие меры по укреплению потенциала и практические меры можно было бы подразделить на следующие категории:

*Материалы по вопросам укрепления потенциала и по основным вопросам для правовых и политических процессов*

135. Продолжается работа над материалами для оказания поддержки директивным, переговорным и законодательным органам в поиске решений для устранения выявленных пробелов, включая следующие материалы:

- материалы для целей разработки законодательства и политики, включая типовые положения, базы данных о законах и политических документах, и анализ возможных вариантов политических решений и правовых механизмов, для оказания помощи и поддержки политическим и законодательным процессам;
- анализ правовых вопросов, таких, как законодательство и практика в области ИС в контексте охраны ТЗ и официальное признание норм обычного права, для формирования массива справочной информации, предназначенной для законодателей и политиков;
- обзор возможных подходов к организации надлежащих консультаций с общинами в процессе разработки вариантов решений, политики и законодательства.

*Укрепление практического потенциала носителей ТЗ*

136. В свете общего замечания о том, что никакой правовой документ или свод правовых норм, будь то существующий или планируемый, не обеспечит удовлетворения потребностей носителей ТЗ, если они не будут иметь в своем распоряжении необходимый потенциал и ресурсы, позволяющие реализовать принципы на практике, продолжается работа над материалами для оказания поддержки носителям ТЗ, включая следующие материалы:

- образцы и базы данных об общинных протоколах, лицензиях и соглашениях, касающихся доступа к ТЗ, призванные расширить возможности носителей ТЗ по

- разработке протоколов, лицензий или других соглашений, регулирующих доступ к их ТЗ;
- поддержка общин в определении и отстаивании их интересов в процессе документирования ТЗ, в том числе в форме разработки инструментария для документирования ТЗ;
  - образцы, базы данных и руководящие принципы, касающиеся равноправного совместного пользования выгодами от доступа к ТЗ и связанными с ними генетическими ресурсами;
  - информационно-просветительские материалы, тематические исследования и правовой анализ по таким вопросам, как официальное признание норм обычного права с учетом потребностей общин, являющихся носителями ТЗ.

*Создание учреждений и выработка для них соответствующих рекомендаций*

137. Нередко в адрес национальных научных и учебных учреждений и других компетентных органов, таких, как патентные ведомства, звучат призывы повысить роль в обеспечении того, чтобы практические меры по устранению пробелов в охране ТЗ принимались в интересах носителей ТЗ. Поэтому продолжается работа над практическими материалами для таких учреждений и компетентных органов, включая следующие материалы;

- типовые протоколы, рекомендуемые стратегии и передовые методы для учреждений, отвечающих за сбор или ведение сборников ТЗ, таких, как музеи, этнографические учреждения, национальные компетентные органы и научные и учебные заведения;
- руководящие принципы и рекомендации в отношении экспертизы патентов, касающихся ТЗ;
- рекомендации относительно мер, направленных на обеспечение того, чтобы общины могли определять и отстаивать интересы в процессе документирования ТЗ, в том числе в форме разработки инструментария для документирования ТЗ;
- стандарты в области документирования ТЗ, включая меры по обеспечению документирования вместе с ТЗ идентичности и потребностей носителей ТЗ;
- исследования по вопросам политики и правовым вопросам, таким, как механизмы раскрытия патентной информации и стандарты в области биоэтики, имеющие отношение к ТЗ.

*Межучрежденческое сотрудничество и координация усилий в рамках системы ООН*

138. Координация и сотрудничество в области реализации на международном уровне инициатив, направленных на укрепление потенциала, и практических инициатив предполагает такое межучрежденческое сотрудничество, координацию и обмен технической информацией и другими материалами, которые ВОИС осуществляет с другими международными учреждениями, включая КБР, ФАО, Центр Юга, ЮНКТАД, ЮНЕП, ЮНЕСКО и ВОЗ, а также НПО и другими международными организациями, занимающимися ТЗ и смежными вопросами.

*Повышение информированности и укрепление потенциала в интересах широкой публики*

139. Одним из явных пробелов является отсутствие в значительных масштабах информированности и понимания ТЗ, систем ТЗ и их культурного и интеллектуального контекста со стороны широкой публики и международных директивных органов,

представителей деловых кругов и организаций гражданского общества. Устранение этого пробела предполагает реализацию таких инициатив, как:

- тематические исследования, анализ и брифинги;
- миссии по установлению фактов и консультациям;
- просветительская и учебная деятельность;
- обзоры национального опыта;
- анализ правовых и политических возможных вариантов.

(b) Правовые и другие возможные варианты на региональном уровне

140. Ряд мер по устранению выявленных пробелов наиболее целесообразно реализовать на региональном или субрегиональном уровне исходя из соображений выработки общих норм, создания общих учреждений и принятия общих практических мер, отражающих единые или схожие правовые системы и системы традиционных знаний. Кроме того, ряд региональных организаций уже играют активную роль как в разработке новых правовых документов, так и в практическом наращивании потенциала в интересах укрепления охраны ТЗ. Многие из вышеперечисленных международных мер можно также эффективно реализовать на региональном уровне. Несколько примеров приведены в обзоре международных мер, выше. Возможные меры можно подразделить на следующие общие категории:

- правовые документы, заключаемые на региональном, субрегиональном и двустороннем уровнях, включая документы *suí generis* и нормы конвенционного права в области ИС;
- политические декларации или декларации политического уровня, принимаемые на региональном, субрегиональном или двустороннем уровнях;
- типовые законы и другие законодательные акты, принимаемые на региональном уровне;
- типовые протоколы, руководящие принципы и рекомендации относительно применения передовых методов, принимаемые на региональном и субрегиональном уровнях;
- региональные, субрегиональные и двусторонние инициативы и программы в поддержку усилий по укреплению потенциала общин в области ТЗ.

(c) Правовые и другие возможные варианты на национальном уровне

141. Многие государства, а также общины в этих государствах предпринимают конкретные инициативы, направленные на разработку и реализацию правовых и других возможных вариантов устранения пробелов в области правовой охраны ТЗ. Полного обзора таких инициатив в рамках настоящего анализа пробелов не приводится. Однако схематически их можно охарактеризовать следующим образом:

- законодательство в области охраны ТЗ, включая документы *suí generis* и адаптацию или пересмотр норм конвенционного права в области ИС;
- политические рамки и административные механизмы поощрения и охраны ТЗ, в том числе в конкретных областях, таких, как медицина и общественное здравоохранение, окружающая среда и сельское хозяйство;

- типовые протоколы, руководящие принципы и рекомендации относительно применения передовых методов, принимаемые либо национальными компетентными органами, либо другими учреждениями;
- национальные инициативы и программы в поддержку укрепления потенциала общин в области ТЗ.

Более подробная информация об этих возможных вариантах содержится, например, в документе WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5.

[Приложение II следует]

ПРИЛОЖЕНИЕ II

ТАБЛИЦА РЕЗУЛЬТАТОВ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ

Данная таблица построена на основе положений, отраженных в подпунктах (a)-(d) решения, принятого на двенадцатой сессии Межправительственного комитета ВОИС, как это и предусматривалось в указанном решении. После сводных данных приводятся полные результаты вышеописанного анализа пробелов.

СОДЕРЖАНИЕ ПРИЛОЖЕНИЯ

СВОДНЫЕ ДАННЫЕ

- A. ДЕЙСТВУЮЩИЕ МЕРЫ
- B. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ
- C. СООБРАЖЕНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТОГО, СЛЕДУЕТ ЛИ УСТРАНЯТЬ ЭТИ ПРОБЕЛЫ
- D. ВАРИАНТЫ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ ДЛЯ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ

## I. СВОДНЫЕ ДАННЫЕ

Аспекты охраны ТЗ	(а) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
Цели и принципы охраны ИС применительно к ТЗ	Существующие документы международного публичного права (не связанного с ИС), посвященные правам коренных народов, окружающей среде (включая биоразнообразие генетические ресурсы) и сельскому хозяйству.	<p>Авторитетное заявление о роли права и политики в области ИС в решении общегосударственных проблем, касающихся ТЗ.</p> <p>Цели могут включать:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- признание ценности и поощрение уважения систем ТЗ;</li> <li>- удовлетворение реальных потребностей носителей ТЗ;</li> <li>- охрану от незаконного присвоения и другого недобросовестного и неправомерного использования;</li> <li>- охрану творчества и инновационной деятельности, основанных на традициях;</li> <li>- поддержку систем ТЗ и расширение прав и возможностей носителей ТЗ;</li> <li>- поощрение использования ТЗ в интересах надлежащего развития;</li> <li>- поддержку усилий по защите и сохранению ТЗ.</li> </ul>	<p>Международный договор или декларация, устанавливающие рамки для охраны ТЗ в системе ИС, в которых:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- определяются цели охраны;</li> <li>- излагаются общие принципы охраны.</li> </ul> <p>Соображения:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- роль документов, устанавливающих императивные и диспозитивные нормы права;</li> <li>- политические, в отличие от правовых, аспекты проблем;</li> <li>- согласованный международный подход, в отличие от самостоятельных национальных инициатив;</li> <li>- польза от укрепления политической основы и установление общих принципов для будущей работы в области правовой охраны;</li> <li>- необходимость рассмотрения таких вопросов, как позитивная и защитная охрана;</li> <li>- рассмотрение таких вопросов, как предварительное информированное согласие и совместное пользование выгодами.</li> </ul>

Аспекты охраны ТЗ	(а) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
<p>Определение охраноспособных ТЗ</p>	<p>ТЗ, охватываемые существующими правовыми документами, не связанными с ИС, без точного правового определения</p> <p>Рабочее определение МКГР</p>	<p>Рабочее определение ТЗ:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- в целом;</li> <li>- в качестве четкого объекта правовой охраны.</li> </ul> <p>Уточнение общинной основы прав и правомочий</p>	<p>Правовое определение ТЗ, имеющее обязательную силу:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- правовая определенность и ясность, но, возможно, неполное отражение всего разнообразия ТЗ и систем знаний и общин, являющихся носителями ТЗ;</li> <li>- увязка с вопросом об объеме охраны и круге бенефициаров.</li> </ul> <p>Согласованная международная характеристика ТЗ, не имеющая обязательной юридической силы:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- большая ясность, более прочная основа для работы; <ul style="list-style-type: none"> <li>– без предрешения более глубоких правовых и политических вопросов.</li> <li>–</li> </ul> </li> </ul>
<p>Позитивная патентная охрана</p>	<p>Установленная патентная система, включая стандарты и процедуры ТРИПС и РСТ</p> <p>Охрана знаков, символов и названий, связанных с ТЗ и системами ТЗ</p>	<p>Отсутствие прямой охраны:</p> <p>(i) коллективных, кумулятивных и межпоколенческих инноваций <i>как таковых</i>;</p> <p>(ii) системы ТЗ <i>как таковых</i> (в отличие от конкретных инноваций в рамках систем ТЗ и средств удостоверения подлинности и охраны отличительных обозначений и репутации).</p>	<p>Пересмотр или адаптация критериев и стандартов патентоспособности для признания систем ТЗ и коллективных интересов:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- на международном уровне – в целях выработки согласованного подхода и/или</li> <li>- на национальном/региональном уровне – в целях сохранения необходимой гибкости.</li> </ul> <p>Установление охраны <i>sui generis</i> (см. ниже)</p> <p>Признание того, что, поскольку многие ТЗ выходят за рамки патентной системы, возможно, будет предпочтительней рассматривать системы инноваций, основанных на ТЗ, как самостоятельную сферу.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
Изобретения, основанные на ТЗ	Конкретные меры по признанию ТЗ, предусматриваемые РСТ, МПК и МКГР	Отсутствие принятой международной нормы, касающейся конкретного механизма раскрытия информации о ТЗ и связанных с ними генетических ресурсах: - несколько предложений (КБР, ВТО, ВОИС)	Введение в действие механизмов раскрытия информации о ТЗ: - на международном уровне – в целях выработки согласованного подхода и/или - на национальном/региональном уровне – в целях сохранения необходимой гибкости  Укрепление национальной нормативной базы договорных обязательств, регулирующих доступ к ТЗ, посредством установления требования о раскрытии и других условий доступа к ТЗ.
Нераскрытые ТЗ	Стандарты ТРИПС в области охраны нераскрытой информации в целом	Отсутствие четких стандартов в отношении: (i) ТЗ, раскрытых в рамках определенной общины; (ii) ТЗ, которые представляют для общины не коммерческую, а культурную/духовную ценность; (iii) раскрытия ТЗ предписываемого нормами обычного права	Уточнение или адаптация существующих стандартов для обеспечения того, чтобы: (i) ограниченное распространение в рамках четко определенной общины не считалось полным раскрытием для широкой публики; (ii) ТЗ охранялись даже в том случае, если они представляют для общины, являющейся их источником, только некоммерческую ценность; (iii) для сохранения конфиденциальности/ «секретности» было бы достаточно ограничений, налагаемых нормами обычного права и обычной практикой.
Знаки и символы, связанные с ТЗ	Право товарных знаков (включая коллективные и сертификационные знаки) и географических указаний	Защитная охрана знаков и символов, связанных с ТЗ, от присвоения третьими лицами	Специальные реестры материалов, связанных с ТЗ. Усиление мер, направленных против регистрации товарных знаков, противоречащих нормам морали (см. также анализ пробелов в области ТВК). Охрана только от незаконных видов использования знаков и символов, связанных с ТЗ, а не самих ТЗ.

Аспекты охраны ТЗ	(a) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
<p>Объекты ТЗ, охватываемые конвенционной системой ИС</p>	<p>Определенные ТЗ или элементы ТЗ потенциально охватываются:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>напрямую</i> нормами права, касающимися патентов, нераскрытой информации и недобросовестной конкуренции; и</li> <li>- <i>косвенно</i> авторским правом и смежными правами, охраной ТВК, охраной товарных знаков и географических указаний, охраной образцов и нормами права, касающимися недобросовестной конкуренции.</li> </ul>	<p>ТЗ, не охватываемые существующей охраной в области ИС, например:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ТЗ, не обладающие новизной;</li> <li>- ТЗ, не обладающие патентоспособным изобретательским уровнем;</li> <li>- публично раскрытые ТЗ или ТЗ, по иным причинам не подпадающие под действие правовых норм о коммерческой тайне/конфиденциальности.</li> </ul> <p>Срок действия предоставляемой охраны не согласуется с межпоколенческим аспектом развития и сохранения систем ТЗ.</p> <p>Признание прямого или определенного косвенного вклада ТЗ в патентоспособные изобретения.</p>	<p>Охрана <i>sui generis</i> еще не охваченных объектов:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- на международном уровне – в целях выработки согласованного подхода;</li> <li>- на национальном/региональном уровне – в целях максимизации гибкости.</li> </ul> <p>Адаптация существующих мер в области ИС, например:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- толкование или адаптация существующих международных стандартов таким образом, чтобы надлежащим образом охватить объекты ТЗ;</li> <li>- национальные законодательные и административные инициативы (и развитие прецедентного права), направленные на обеспечение признания отдельных систем ТЗ в рамках права ИС.</li> </ul> <p>Возможные материально-правовые соображения:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- всеохватный характер ТЗ и коллективных прав на ТЗ;</li> <li>- права носителей ТЗ на контроль над их природными ресурсами и управление их знаниями;</li> <li>- право носителей ТЗ на самоопределение;</li> <li>- право носителей ТЗ на предварительное информированное согласие;</li> <li>- признание роли норм обычного права и основанных на обычаях систем знаний в области охраны и сохранения ТЗ.</li> </ul>

Аспекты охраны ТЗ	(a) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
<p>Интересы и права общин на их кумулятивные, коллективные и межпоколенческие ТЗ и их комплексные системы традиционных знаний как таковые</p>	<p>Ограниченная охрана, преимущественно в качестве конфиденциальной информации</p>	<p>Прямое признание коллективных интересов и прав на кумулятивные, коллективные и межпоколенческие ТЗ</p> <p>Охрана целостности систем традиционных знаний как таковых</p> <p>Потенциальное владение сразу несколькими общинами</p>	<p>Специальная охрана коллективных интересов и прав на традиционные знания как таковые (а не как отдельные элементы, охраняемые ПИС):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- на международном уровне – в целях выработки согласованного подхода;</li> <li>- на национальном/региональном уровне – в целях максимизации гибкости.</li> </ul> <p>Специальная охрана интересов и прав общин на системы традиционных знаний как таковые:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- на международном уровне – в целях выработки согласованного подхода;</li> <li>- на национальном/региональном уровне – в целях максимизации гибкости.</li> </ul>
<p>Специальные механизмы охраны ТЗ от некоторых действий, наносящих ущерб, и действий по незаконному присвоению</p>	<p>В компенсационном праве ИС отсутствуют.</p> <p>Могут охраняться частично с помощью договоров и более общей доктрины недобросовестной конкуренции и несправедливого обогащения.</p>	<p>Отдельные элементы см. ниже</p>	

Аспекты охраны ТЗ	(a) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
		<p>Норма против несправедливого обогащения, незаконного присвоения или действий, противоречащих честному коммерческому поведению в отношении ТЗ</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне и направленная на поощрение применения согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющий обязательную силу правовой документ, если сложатся условия для принятия международной нормы;</li> <li>- политическая декларация, если правовая суть нормы не будет окончательно сформулирована.</li> </ul> <p>Конкретная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, в целях обеспечения максимальной гибкости и развития права, а также разнообразия.</p>
		<p>Четкое заявление о применении принципа предварительного информированного согласия в отношении ТЗ, носителями которых является община</p> <p>Экстерриториальное признание права на предварительное информированное согласие и соглашений о доступе и совместном пользовании выгод в судах третьих стран.</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне и направленная на поощрение применения согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющий обязательную силу правовой документ, если сложатся условия для принятия международной нормы;</li> <li>- политическая декларация, если правовая суть нормы не будет окончательно сформулирована.</li> </ul> <p>Конкретная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, в целях обеспечения максимальной гибкости и развития права, а также разнообразия.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
		<p>Нормы, требующие четкого признания общины, являющейся источником ТЗ, при использовании ТЗ, однозначно ассоциируемых с этой общиной.</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне и направленная на поощрение применения согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющий обязательную силу правовой документ, если сложатся условия для принятия международной нормы;</li> <li>- политическая декларация, если правовая суть нормы не будет окончательно сформулирована.</li> </ul> <p>Конкретная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, в целях обеспечения максимальной гибкости и развития права, а также разнообразия.</p>
		<p>Норма против использования, которое оскорбляет культуру или духовность общины или нарушает целостность ТЗ.</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне и направленная на поощрение применения согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющий обязательную силу правовой документ, если сложатся условия для принятия международной нормы;</li> <li>- политическая декларация, если правовая суть нормы не будет окончательно сформулирована.</li> </ul> <p>Конкретная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, в целях обеспечения максимальной гибкости и развития права, а также разнообразия.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(а) действующие меры	(b) выявленные пробелы	(c) и (d) соображения и варианты
<p>Патентование ТЗ в нарушение принципов патентного права</p>	<p>Существующее патентное право требует применения, основанного на принципах подлинности изобретателя (изобретателей) и изобретения.</p> <p>Парижская конвенция требует четкого упоминания подлинного изобретателя.</p>	<p>Возможная неясность в патентной системе в области определения изобретательского вклада носителя ТЗ.</p> <p>Явная норма против:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- патентования ТЗ в качестве таковых без согласия и участия носителя ТЗ;</li> <li>- патентование изобретения, сделанного благодаря незаконному присвоению ТЗ.</li> </ul>	<p>На международном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющая обязательную силу международная норма;</li> <li>- авторитетное толкование существующих норм;</li> <li>- политическая декларация.</li> </ul> <p>На национальном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- специальные поправки к национальному патентному законодательству.</li> </ul>
	<p>Специальные требования о раскрытии информации применительно к ТЗ:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- национальные/ региональные нормативные акты;</li> <li>- предложения в рамках КБР, ВТО, ВОИС.</li> </ul>	<p>Предварительное информированное согласие на использование ТЗ</p>	<p>На международном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- имеющая обязательную силу международная норма;</li> <li>- авторитетное толкование существующих норм;</li> <li>- политическая декларация.</li> </ul> <p>На национальном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- специальные поправки к национальному патентному законодательству</li> </ul>

## А. ДЕЙСТВУЮЩИЕ МЕРЫ

*Обязательства, положения и возможности в области обеспечения охраны ТЗ, которые уже существуют на международном уровне*

Форма охраны	Сфера охраны	Учитываемые факторы
Позитивная патентная охрана ТЗ	<p>В соответствии с действующими патентными принципами потенциально охраняются некоторые элементы ТЗ, но не системы ТЗ как таковые.</p> <p>Право должно быть передано третьему лицу самим подлинным изобретателем (изобретателями), включая носителя (носителей) ТЗ.</p> <p>Для получения охраны носители патентоспособных ТЗ должны предпринять активные шаги.</p>	<p>Международные стандарты предусматривают значительную гибкость в отношении патентоспособности ТЗ, включая:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- определение «изобретения»;</li> <li>- толкование критериев охраны (новизна, изобретательский уровень, полезность) применительно к ТЗ;</li> <li>- исключение из сферы охраны патентоспособных объектов в общегосударственных интересах.</li> </ul>
Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы	<p>Многие ТЗ, в принципе, охраняются от незаконного использования в патентах, например когда заявитель пытается получить права на ТЗ, созданные третьими лицами.</p> <p>Конкретные меры включают:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- улучшение доступа к ТЗ в качестве известного уровня при осуществлении патентных процедур без создания возможностей для незаконного присвоения ТЗ (например, включение ТЗ в минимум документации по РСТ, стандарты документирования ТЗ, охват ТЗ МПК);</li> <li>- руководящие принципы проведения экспертизы патентов, связанных с ТЗ;</li> <li>- порталы, сетевые интерфейсы и надлежащие базы данных по ТЗ и связанным с ними генетическим</li> </ul>	<p>Опасения относительно того, что открытие доступа к ТЗ для целей патентных процедур может спровоцировать нежелательный рост числа случаев незаконного присвоения ТЗ третьими сторонами.</p> <p>Широкомасштабное международное обсуждение и анализ конкретных требований раскрытия информации о ТЗ, в том числе их эффективности с точки зрения предотвращения актов незаконного присвоения ТЗ.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Боннские руководящие принципы (КБР)</li> </ul>

	<p>ресурсам для использования в патентных процедурах.</p> <p>Специальные механизмы раскрытия в патентах информации о ТЗ и связанных с ними ГР, предусматриваемые национальным законодательством включают:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- раскрытие источника или происхождения;</li> <li>- раскрытие информации о предварительном информированном согласии;</li> <li>- раскрытие информации о равноправном совместном пользовании выгодами.</li> </ul> <p>Национальные системы обеспечения доступа и совместного пользования выгодами</p>	<p>- предложения, касающиеся новых требований, в рамках ВТО, ВОИС.</p>
Нераскрытые ТЗ	<p>Предусматривается охрана ТЗ, которые сохраняются в тайне, которые имеют коммерческую ценность по причине их сохранения в тайне и в отношении которых приняты разумные меры по сохранению их в тайне.</p>	<p>Конкретные вопросы касаются следующего:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- когда раскрытие в рамках общины считается сохранением в «тайне»;</li> <li>- роль обычного права и практики;</li> <li>- охрана знаний, которые имеют духовную и культурную ценность для общины, но не представляют для нее коммерческой ценности.</li> </ul>
Охрана от недобросовестной конкуренции	<p>Охрана от:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• действий, порождающих смешение;</li> <li>• ложных заявлений в процессе торговли;</li> <li>• указаний или заявлений, которые могут ввести публику в заблуждение.</li> </ul>	<p>Гибкость в толковании мер по борьбе с недобросовестной конкуренцией таким образом, чтобы охватить ими более общую норму борьбы с несправедливым обогащением и незаконным присвоением.</p>
Охрана отличительных обозначений	<p>Применяется не к ТЗ как таковым, а к отличительным знакам и символам, связанным с продуктами, основанными на ТЗ, в частности:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- товарным знакам на товары и услуги с</li> </ul>	

	<p>компонентом ТЗ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- коллективным и сертификационным знакам;</li> <li>- географическим указаниям.</li> </ul>	
Право промышленных образцов	Промышленные образцы, которые являются новыми или оригинальными.	Возможность исключения из охраны образцов, продиктованного главным образом техническими и функциональными соображениями.
Авторское право и смежные права (включая охрану баз данных и исполнений выражений фольклора).	Охрана не знаний как таковых, а средств записи и передачи ТЗ, особенно охраноспособных ТВК.	См. анализ пробелов в области ТВК (WIPO/GRTKF/IC/13/4(b))
Международное публичное право	<p>КБР: Связанные с биоразнообразием ТЗ, имеющие значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия</p> <p>МДГРРПС ФАО: ТЗ, связанные с генетическими ресурсами растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства</p>	
Другие международные документы	<p>ДПКРООН: не имеющая обязательной силы декларация, в которой описываются права коренных народов в отношении ТЗ.</p> <p>Боннские руководящие принципы: связанные с биоразнообразием ТЗ, имеющие значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия</p>	

## В. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ

Аспект охраны	Выявленный пробел в охране	Конкретные соображения
Установление или определение охраноспособных ТЗ	<p>Отсутствие официального определения ТЗ, которые должны охраняться, несмотря на упоминание о ТЗ в нескольких международных документах (касающихся конкретных областей ТЗ).</p> <p>Элементы определения, выработанного в рамках МКГР</p>	
Пробелы с точки зрения четко сформулированных целей охраны	<p>Подлинная ценность систем ТЗ</p> <p>Системы ТЗ как ценная форма инноваций</p> <p>Уважение систем ТЗ и культурных и духовных ценностей носителей ТЗ</p> <p>Уважение прав носителей и хранителей ТЗ</p> <p>Сохранение ТЗ и укрепление систем ТЗ</p> <p>Поддержание традиционного образа жизни</p> <p>Поддержка инноваций в рамках систем ТЗ</p> <p>Поддержка усилий по защите и сохранению ТЗ</p> <p>Пресечение незаконного присвоения и недобросовестного и несправедливого использования ТЗ и поощрение равноправного пользования выгодами, связанными с ТЗ</p> <p>Обеспечение доступа к ТЗ и их использования при условии получения предварительного информированного согласия</p> <p>Поощрение устойчивого общинного развития и законной торговой практики, основанных на системах ТЗ</p> <p>Сокращение масштабов предоставления или осуществления ненадлежащих прав ИС на ТЗ</p>	

<i>Пробелы в существующих правовых механизмах</i>		
Неохваченные объекты	ТЗ, не охваченные существующими формами охраны ИС, а именно такие, как: - ТЗ, которые не обладают новизной; - ТЗ, которые не обладают изобретательским уровнем; - ТЗ, которые публично раскрыты или в силу иных причин не подпадают под охрану в качестве нераскрытой информации.	См. раздел А, выше
	Кумулятивные, коллективные и межпоколенческие ТЗ, которые не отвечают критериям нераскрытой или конфиденциальной информации.	
	Комплексная система традиционных знаний как таковая	
Непризнанные бенефициары или правообладатели	Коллективные права, интересы и правомочия в рамках системы ТЗ	
Формы использования и другие действия, которые нельзя предотвратить на основе существующего права	Четко сформулированная норма, запрещающая противоправное патентование ТЗ	
	Специальное требование о раскрытии патентной информации, касающейся ТЗ	
	Охрана от несправедливого обогащения или незаконного присвоения ТЗ	

Право на признание и целостность	Предотвращение использования ТЗ без четкого признания общины, являющейся их источником.	
	Предотвращение использования, оскорбляющего культуру или духовность или нарушающего целостность ТЗ	
Предварительное информированное согласие применительно к ТЗ	Отсутствие явного признания того, что для получения доступа к определенным формам ТЗ необходимо получить предварительно информированное согласие со стороны носителей ТЗ.  Уточнение критериев охраны нераскрытой информации как средства осуществления права на предварительное информированное согласие	Необходимость уточнения принципа предварительного информированного согласия на использование ТЗ, носителями которых являются сразу несколько общин и которые уже раскрыты за пределами общины с ее согласия (молчаливого или явного) или без такового.
Предварительное информированное согласие на использование ТЗ и патентная система	Отсутствие явной правовой связи между системами предварительного информированного согласия на использование ТЗ и патентованием: - ТЗ как таковых; и - изобретений, основанных на ТЗ	Существующее обязательство определять подлинного изобретателя и основывать патент на праве, предоставленном изобретателем.
Право на справедливое совместное пользование выгодами	Отсутствие правомочия на получение справедливого вознаграждения или других выгод (включая приемлемые с точки зрения культуры и другие финансовые выгоды).	Потенциальная роль обычного права в определении того, какие выгоды являются справедливыми и надлежащими.

## С. СООБРАЖЕНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТОГО, СЛЕДУЕТ ЛИ УСТРАНЯТЬ ЭТИ ПРОБЕЛЫ

	Суть соображения	Подробности
<i>Соображения материально-правового характера</i>	Международное право и политика	Включая правовые обязательства и политические условия, касающиеся: - сохранения биоразнообразия и борьбы с опустыниванием; - прав коренных народов; - устойчивой политики в области здравоохранения и доступа к лекарственным препаратам.
	Социальные, культурные, политические и экономические соображения	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Повышенное внимание к жалобам на несправедливость, связанным с незаконным присвоением и противоправным использованием ТЗ</li> <li>• Роль ТЗ в устойчивом развитии на низовом уровне</li> <li>• Связь между охраной ТЗ и культурной и социальной самобытностью общин</li> <li>• Промышленное и коммерческое освоение ТЗ</li> <li>• Значение ТЗ для решения экологических проблем и проблем, связанных с изменением климата</li> <li>• Ссылка на ТЗ в целом ряде регулирующих документов.</li> </ul>
	Роль охраны ТЗ в более широком контексте разработки политики	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Охрана биоразнообразия и равноправное совместное пользование связанными с ним выгодами;</li> <li>• Признание прав коренных народов;</li> <li>• Поощрение мер по укреплению продовольственной безопасности и обеспечению разнообразия продовольственных сельскохозяйственных культур;</li> <li>• Обеспечение надлежащего с точки зрения культуры доступа к здравоохранению;</li> <li>• Устойчивое развитие на низовом уровне;</li> <li>• Смягчение последствий изменения климата;</li> <li>• Растущее совпадение сферы традиционных знаний как таковых и официальных дисциплин в области биотехнологии</li> <li>• Вклад систем традиционных знаний в инновационную деятельность и культурное разнообразие.</li> </ul>

	Конкретные правовые и политические соображения	<p>– Тот факт, что в рамках многочисленных национальных и региональных процессов уже предусматривается ужесточение охраны ТЗ и что это может породить осложнения, трудности и другие препятствия, если не будет развиваться международный процесс, направленный на выработку общей платформы для национальных и региональных системы охраны ТЗ, которые в противном случае будут носить разнообразный характер;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Отсутствие ясности норм международного права ИС в тех областях, которые имеют отношение к ТЗ и системам ТЗ и инноваций, может иметь системные последствия;</li> <li>- Возможное извлечение пользы из сокращения масштабов правовой неопределенности в отношении прав собственности и обязанностей по сохранению ТЗ;</li> <li>- Издержки и выгоды, связанные с общим международным подходом к решению вопросов охраны ТЗ.</li> </ul>
	Соображения конкретно в пользу отказа от усилий по устранению пробелов	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Вероятность того, что в настоящее время преждевременно устранять определенные пробелы на международном уровне, даже если эти пробелы четко определены, по причине необходимости накопления большего объема национального опыта и обмена этим опытом в качестве предварительного условия для уточнения целей деятельности на международном уровне;</li> <li>- Разнообразие ТЗ и владеющих ими общин, которое может ограничить международный аспект нормотворчества;</li> <li>- Неясность в отношении прав и правомочий иностранных правовладельцев, таких, как общины, являющиеся носителями ТЗ, в кардинально различающихся культурных и социальных условиях;</li> <li>- Возможная потребность в укреплении и диверсификации консультационных процессов на этапе до инициации широкомасштабных политических и правовых инициатив, пересмотр результатов которых будет сопряжен с трудностями и затратами.</li> </ul>

**D. ВАРИАНТЫ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ ДЛЯ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ**

<b>Варианты на различных уровнях</b>	<b>Соответствующие конкретные соображения</b>
<b>Международный уровень</b>	
(i) имеющий обязательную силу международный документ или документы;	Какие конкретные нормы уже в достаточной степени устоялись по сути и по времени для их закрепления в имеющем обязательную силу международно-правовом документе? - в отношении охраны непосредственно ТЗ; - в отношении признания ТЗ в патентной системе и других областях права ИС
(ii) авторитетное или аргументированное толкование и развитие существующих правовых документов;	Какие существующие положения и правовые принципы могут быть использованы для авторитетного толкования применительно к ТЗ? Например: - недобросовестная конкуренция; - стандарты в области патентного права и других областях права ИС; - нераскрытая информация или нормы права, касающиеся конфиденциальности.
(iii) не имеющей обязательной силы нормативный международный документ или документы;	Какие нормы, стандарты и политические приоритеты могут быть приняты в форме не имеющего обязательной силы документа на международном уровне?
(iv) принятая на высоком уровне политическая резолюция, декларация или решение;	Какие нормы, стандарты и политические приоритеты могут быть приняты в форме политической резолюции на международном уровне?
(v) руководящие принципы или типовые законы, призванные укрепить международное сотрудничество;	
(vi) координация усилий по усовершенствованию национального законодательства;	

(vii) международное сотрудничество в области выработки политических мер	Уже существующие программы, материалы и инициативы, направленные на: - укрепление потенциала и разработку основных материалов для обеспечения правовых и политических процессов; - укрепление практического потенциала носителей ТЗ; - укрепление учреждений и выработка для них рекомендаций; - межучрежденческое сотрудничество и координация в рамках системы ООН; - повышение уровня информированности и расширение возможностей широкой публики.
<b>Региональный уровень</b>	
<ul style="list-style-type: none"><li>• Правовые документы, заключенные на региональном, субрегиональном или двустороннем уровнях, в том числе документы и конвенционные нормы права ИС sui generis</li><li>• Политические декларации или декларации политического уровня, принятые на региональном, субрегиональном или двустороннем уровнях</li><li>• Типовые законы и рекомендации для законодательных органов в иной форме, принятые на региональном уровне</li><li>• Типовые протоколы, руководящие принципы и рекомендации относительно передовой практики, принятые на региональном или субрегиональном уровне</li><li>• Региональные, субрегиональные и двусторонние инициативы и программы по оказанию поддержки усилиям по укреплению потенциала в области ТЗ</li></ul>	

**Национальный уровень**

- Законодательство по охране ТЗ, включая документы и нормы конвенционного права ИС sui generis
- Политические принципы и административные механизмы поощрения и охраны ТЗ, в том числе в таких конкретных областях, как медицина и общественное здравоохранение, окружающая среда и сельское хозяйство
- Типовые протоколы, руководящие принципы и рекомендации относительно передовой практики, принятые либо национальными органами, либо другими учреждениями
- Национальные инициативы и программы оказания поддержки усилиям по укреплению потенциала в области ТЗ

[Конец Приложения II и документа]