

知识产权与遗传资源、传统知识和 民间文学艺术政府间委员会

第十八届会议

2011年5月9日至13日，日内瓦

保护传统知识：
经修订的目标与原则

秘书处编拟的文件

导 言

1. 在2010年12月6日至10日举行的第十七届会议上，知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会（“委员会”）决定，秘书处应当“编拟文件WIPO/GRTKF/IC/17/5的另一稿草案，反映第十七届会议上提出的评论和建议，注明出处，并向2011年2月21日至25日举行的第二届闭会期间工作组(IWG 2)提供该另一稿草案。另请秘书处对文件进行结构调整，使其结构与委员会关于传统文化表现形式的文件更一致[……]并在文件WIPO/GRTKF/IC/17/5的另一稿草案中就这些结构调整作出报告”。¹
2. 本工作文件即是工作文件WIPO/GRTKF/IC/17/5的修订稿，反映了结构调整、委员会第十七届会议上提出的修正和作出的评论。

¹ 委员会第十七届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov. 2)。

本文件的编拟与结构

3. 为了让本文件尽量简短、保持最新：

- (a) 附件中保留了文件WIPO/GRTKF/IC/9/5 中对每项目标和原则的最初实质说明。说明部分还包括委员会第十五、十六和十七届会议上以及两次闭会期间书面评论过程(第十五、十六届会议之间的闭会期间评论过程和第十六、十七届会议之间的闭会期间评论过程)中作出的评论和提出的问题。各方以前对文件WIPO/GRTKF/IC/9/5 提出的评论，仍然可以在网上查阅²；
- (b) 根据委员会在第十五、十六和十七届会议上作出的决定，成员国在这几届会议上和闭会期间书面评论过程中建议的具体修正被写入附件的目标和原则中。建议的增补用下划线表示，成员国建议删除或提出疑问的文字用方括号括起。这些文字建议均有脚注注明是哪个代表团提出的建议，适用时，并注明赞同或反对该建议的代表团。此外，代表团对建议作了说明的，也在脚注中记录。除非另有说明，脚注中出现的说明性文字均非来自秘书处。附件还记录了第十五、十六和十七届会议上和闭会期间书面评论过程中作出的其他评论和提出的问题，并记录了观察员的文字建议、评论和问题，供成员国考虑，均注明了出处。评论和问题尽可能按问题归组。与整个文件整体有关的评论放在本文件最后。
- (c) 根据委员会在第十七届会议上作出的决定，对文件作了结构调整，使其结构与委员会关于传统文化表现形式的文件(WIPO/GRTKF/IC/17/9)更一致。原第 3 条(受保护客体的一般范围)和第 4 条(受保护的资格)现合并为第 1 条，即“受保护的客体”。原第 5 条(保护的受益人)现为第 2 条，标题不变。原第 1 条(提供保护，禁止盗用)和第 2 条(保护的法律形式)现合并为第 3 条，即“提供保护，禁止盗用”。原第 7 条(事先知情同意的原则)和第 6 条(公正和公平地分享利益以及对知识持有人的承认)现合并为第 4 条，即“事先知情同意原则，公正和公平分享利益以及对知识持有人的承认”。原第 13 条(对保护的行政管理及执法)现为第 5 条，标题不变。原第 8 条(例外与限制)现为第 6 条，标题不变。原第 9 条(保护期)现为第 7 条，标题不变。原第 11 条(手续)现为第 8 条，标题不变。原第 10 条(过渡措施)现为第 9 条，标题不变。原第 12 条(与总法律框架的一致性)现为第 10 条，标题不变。原第 14 条(国际和地区保护)现为第 11 条，标题不变。各条之间的相互引用(以及评论部分和脚注中的相互引用)作了相应修改。

² http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html

- (d) 为清楚显示文件的结构修改，文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 中所载的经修订的目标与原则作为附录附于本文件。

4. *请委员会继续就附件中所载的条款草案进行审查和发表评论意见，以拟定条款草案的修订更新稿。*

[后接附件]

附件

经修订的保护传统知识的规定

政策目标和核心原则

目 录

一、政策目标

- (i) [承认价值] 承认传统知识的整体性，包括其社会、精神、经济、智力、教育和文化重要性¹
- (ii) 增进人们对传统知识体系的尊重，对保存并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值的²尊重
- (iii) 满足传统知识持有人的实际需求³
- (iv) 促进对传统知识的保存和维护
- (v) [对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点]⁴
- (vi) 维护传统知识体系
- (vii) [有助于保障传统知识]⁵
- (viii) 制止对传统知识⁶不正当和不公平的使用
- (ix) [尊重] 始终如一地与相关国际协定和程序同时开展工作 [并与之开展合作]⁷
- (x) [鼓励创新与创造]⁸
- (xi) [确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换]⁹

¹ 俄罗斯联邦代表团。

² 俄罗斯联邦代表团。

³ 俄罗斯联邦代表团。 [译注：中文不变。“传统知识持有人”的英文由“traditional knowledge holders”改为“holders of traditional knowledge”。]

⁴ 俄罗斯联邦代表团。

⁵ 俄罗斯联邦代表团。

⁶ 俄罗斯联邦代表团。

⁷ 俄罗斯联邦代表团。

⁸ 俄罗斯联邦代表团。

⁹ 俄罗斯联邦代表团。

- (xii) [促进公平分享利益] 促进公正、公平地分享因使用传统知识而带来的利益¹⁰
- (xiii) [鼓励社区发展及合法贸易活动]¹¹
- (xiv) [预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权]¹²
- (xv) 通过提倡遵守道德行为守则以及自由和事先知情同意的原则等方式，增强传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识的其他使用者之间的关系中的¹³透明度和相互信任
- (xvi) [与保护传统文化表现形式互补]¹⁴

¹⁰ 俄罗斯联邦代表团。

¹¹ 俄罗斯联邦代表团。

¹² 俄罗斯联邦代表团。

¹³ 俄罗斯联邦代表团。

¹⁴ 俄罗斯联邦代表团。

核心原则

二、总指导原则

- (a) 反映传统知识持有人的需求和希望的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与其开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

三、实质性条款

1. 受保护的客体
2. 保护的受益人
3. 提供保护，禁止盗用
4. 事先知情同意及公正和公平分享利益以及对知识持有人的承认
5. 对保护的行政管理及执法
6. 例外与限制
7. 保护期
8. 手 续
9. 过渡措施
10. 与总法律框架的一致性
11. 国际和地区保护

一、政策目标

保护传统知识，应以如下各项所述内容为目标：

[承认价值]

- (i) 承认传统知识的 [整体]¹⁵ 性质¹⁵ 及其固有价值，包括其社会、精神、 [经济、]¹⁶ 智力、科学、生态、技术、 [商业、]¹⁷ 教育和文化价值，并肯定传统知识体系是进行不断创新及鲜明的智力和创造性生活的框架，对于土著和当地社区具有根本的重要意义，并具有与其他知识体系同等的科学价值；

增进尊重

- (ii) 增进人们对传统知识体系的尊重，对保存、发展¹⁸ 并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值的尊重，对传统知识在保持传统知识持有人的生计和认同方面所做贡献的尊重，对传统知识持有人为 [保护环境] 生物多样性的保护及可持续利用¹⁹、粮食安全与可持续农业以及科学技术进步所做贡献的尊重；

*满足传统知识持有人的 [实际] 权利和*²⁰ *需求*

- (iii) 以传统知识持有人直接表示的愿望和希望为指引，尊重其作为传统知识持有人和保管人的权利，为实现传统知识持有人的福利以及经济、文化和社会利益做贡献，并 [奖励] 承认²¹ 他们对本社区和科学进步以及有利于社会的技术作出的贡献的价值²¹；

促进对传统知识的保存和维护

- (iv) 通过尊重、维护、保护和维持传统知识体系，并为这些知识体系的保管人维持和保障其知识体系提供奖励，促进并支持保存和维护传统知识的工作；

¹⁵ 哥伦比亚代表团。

¹⁶ 哥伦比亚代表团。

¹⁷ 哥伦比亚代表团。该代表团要求澄清“经济价值”和“商业价值”两个概念之间的差别，以便对这些变量加以考虑。

¹⁸ 哥伦比亚代表团。

¹⁹ 哥伦比亚代表团。该代表团说，提到保护环境，如果使用 CBD 的术语，即“生物多样性的保护及可持续利用”，范围更合适。

²⁰ 哥伦比亚代表团。

²¹ 哥伦比亚代表团。

对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点

- (v) 这种保护应做到赋予传统知识持有人以保护其知识的能力，充分承认传统知识体系的显著特点，以及寻求与此种体系的显著特点相符的解决办法的必要性，并牢记此种解决办法应当公平、兼顾各方利益，并确保传统的知识产权制度在运作中能对保护传统知识以免被滥用和²²盗用起到支持作用，而且应当对相关²³传统知识持有人赋予能力，以便对自身的知识行使各项权利和适当的权力；

维护传统知识体系

- (vi) 尊重并方便传统知识持有人自身和相互之间继续以其习惯的方式使用、发展、交流和传播传统知识；维护并增强对传统知识及相关遗传资源的这种习惯的保管关系，鼓励继续发展传统知识体系；

有助于保障传统知识

- (vii) 在 [承认活跃的公有领域具有价值的同时²⁴] ²⁵，有助于保存和保障传统知识以及用以发展、保存和传播传统知识的习惯手段及其他手段的适当平衡，鼓励人们根据传统知识持有人的相关习惯做法、规范、法律和协议，以事先知情同意和与传统知识持有人双方议定的条款为基础，²⁶保护、维持、应用、更广泛地使用传统知识，主要并直接造福于传统知识持有人，并造福于全人类；

制止 [不正当和不公平的使用] 盗用和滥用²⁷

- (viii) 制止盗用传统知识及其他不正当的商业和非商业活动，并承认有必要根据国家和当地的需求调整制止盗用传统知识的途径；

尊重相关国际协定和程序并与之开展合作

- (ix) 注意到其他国际和地区文书和程序，并始终如一地与之共同开展工作，尤其是用以规范与传统知识相关的遗传资源的获取和利益分享的文书和程序；

²² 哥伦比亚代表团。

²³ 哥伦比亚代表团。

²⁴ 美利坚合众国代表团。

²⁵ 哥伦比亚代表团。该代表团说，“活跃的公有领域具有价值”的范围不明确。

²⁶ 哥伦比亚代表团。

²⁷ 哥伦比亚代表团。

鼓励创新与创造

- (x) 鼓励、奖赏和保护基于传统的创造与创新，并加强传统知识在土著和 [传统] 当地²⁸ 社区的内部传播，其中包括在征得传统知识持有人同意的情况下，将此种知识纳入各社区的教育倡议中，以造福于传统知识的持有人和保管人；

确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换

- (xi) 确保在事先知情同意的情况下使用传统知识²⁹和根据双方议定的条款进行交换，并与关于获取遗传资源方面的现有国际和国家制度协调；

促进公平分享利益

- (xii) 促进公正、公平地分享和分配因使用传统知识而带来的货币和非货币利益，并做到符合其他可适用的国际制度、事先知情同意的原则，以及 [在无法确认持有人个人或知识已被公开等特殊情况下，作出公正和公平的补偿]³⁰；

鼓励社区发展及合法贸易活动

- (xiii) 在传统知识持有人有此希望时，鼓励利用传统知识进行社区发展，承认传统和当地社区对其知识享有的各项权利；鼓励发展名副其实的传统知识创作成果及相关的社区产业，并扩大其营销的机会，但条件是传统知识持有人须按照其自由追求经济发展的权利来寻求此种发展和机会；

²⁸ 哥伦比亚代表团。

²⁹ 哥伦比亚代表团。

³⁰ 哥伦比亚代表团。该代表团说，有必要澄清“持有人个人”一词，因为可能出现一些情况，不能免于适用事先知情同意的原则。不仅在取得同意方面需要程序上的修改，在补偿和利益分享的形式方面也需要程序上的修改，这取决于所涉及的知识是在国家一级共享的还是跨国一级共享的，以及持有人是否被认定是一个社区，但代表权不明确等。该代表团指出，关于对“已披露的”知识或已成为“公有领域”一部分的知识(公共知识)所享有权利的保护，不论是否得到持有人的同意，不必再更详细地审查怎样处理其保护的问题，因为这种披露不应当抹煞知识的所有权，或者从事事先知情同意中取得的权利，不论持有人是否同意就使用和利益分享的条件订立协议。该代表团想知道，委员会究竟如何理解传统知识方面的“公有领域”概念。尽管条文是积极的，但应当更加明确，而且最重要的是在应当也可以适用其他条件的同时，不暗示只剩下获得补偿的权利。应当牢记，多数知识在被公开时没有经过知情同意过程，或者在有同意的情况下，有时也限于具体的研究目的，不包括其他可能用途，并且在可以确定持有人的所有这些情况中，应当设计机制，对所有权进行公开承认，在可能时就使用条款进行谈判并进行补偿。

预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权

- (xiv) [尤其]³¹ 通过 [作为专利授权的条件之一,]³¹ 要求 [为公众知晓的传统知识和相关遗传资源建立数字图书馆³²]³³ [凡涉及传统知识和相关遗传资源的发明专利申请必须公开这些资源的来源和起源国, 并提供关于事先知情同意和利益分享条件已在起源国得到满足的证据]³¹, 禁止对传统知识及相关遗传资源授予或行使不适当的知识产权;

增强透明度和相互信任

- (xv) 通过提倡遵守道德行为守则以及自由和事先知情同意的原则等方式, 增强传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识的其他使用者之间的关系中的确定性、透明度以及相互尊重和理解;

与保护传统文化表现形式互补

- (xvi) 一地与保护传统文化表现形式和民间文学艺术表现形式同时开展工作, 尊重传统知识和文化表现形式是许多传统社区 [整体认同]³⁴ 的一个不可分割的部分这一事实。]
- (i) 承认传统知识的整体性, 包括其社会、精神、经济、智力、教育和文化重要性;
 - (ii) 增进人们对传统知识体系的尊重, 对保存并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值的尊重;
 - (iii) 满足传统知识持有人的实际需求;
 - (iv) 促进对传统知识的保存和维护;
 - (v) 维护传统知识体系;
 - (vi) 制止对传统知识不正当和不公平的使用;

³¹ 美利坚合众国代表团。[译注: 英文版脚注 33。]

³² 美利坚合众国代表团。[译注: 英文版脚注 31。]

³³ 哥伦比亚代表团。该代表团不同意使用“要求为……知识……建立数字图书馆”的说法, 这不仅是由于这项限制的手段或机制不应受到约束, 还由于数字图书馆在未披露的知识方面作为一种保护机制存在问题。在国际和国家专门的积极保护原则得到规范之前, 为防止破坏此种知识的新颖性, 不应把该机制作为强制性加以规范。[译注: 英文版脚注 32。]

³⁴ 哥伦比亚代表团。该代表团说, “整体特征”一词不很明确, 思路的发展为什么需要它也不明确。

- (vii) 始终如一地与相关国际协定和程序同时开展工作；
- (viii) 促进公正、公平地分享因使用传统知识而带来的利益；
- (ix) 通过提倡遵守道德行为守则以及自由和事先知情同意的原则等方式，增强传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识的其他使用者之间的关系中的透明度和相互信任。³⁵

[后接关于目标的说明]

³⁵ 第(i)至(ix)项由俄罗斯联邦代表团提出。

关于政策目标的说明

背景

传统知识保护方面的大多数措施、法律制度和政策辩论都明确表明其通过保护传统知识试图实现哪些政策目标，而且有些目标往往是共同的。这些目标常常都是在法律和法律文书的前言中加以表述，以清楚表明政策和法律的背景。本政策目标草案中所列的共同目标借鉴了委员会在讨论进行国际保护时确定的共同目标。

A 部分列出了委员会认为传统知识(TK)保护方面的应当具有政策目标。这些目标为 B 部分所规定的各项保护原则指明了共同的方向。这些目标一般都可以成为法律或其他文书的前言内容。列出的各目标非但不相互排斥，而且还具有相互补充的作用。所列的目标并不完全，鉴于具体条款仍在不断发展，委员会成员还可以提出额外的目标补充现有的清单，也可以决定将该清单中凡概念相关的现有目标予以合并。

作出的评论和提出的问题

美利坚合众国代表团提出下列问题：(1) 总的说来，给予知识产权保护(经济权利、精神权利)，要实现什么目标？历史上，除了有限的情况，和有限的期间以外，信息是自由共享的。而且，即使是在版权和专利等知识产权这样的有限情况中，这些法律制度也有内在的正当使用或研究使用的概念。如果给传统知识新的专有权，这些准则怎样与之平衡？此外，就专利而言，规定了专利的国家，并非都规定在技术的所有领域都有专利。一些国家把“诊治人类或动物的诊断方法、治疗方法及外科手术方法”排除于可获专利之外，因为它们认为没有人应当对这些发明拥有专有权。各国是否应当能够把涉及诊治人类或动物的诊断方法、治疗方法及外科手术方法的传统知识排除在保护之外？保护传统知识，谁应当受益？可受保护的傳統知识，权利应当属于谁？居住在传统知识传统起源地的传统知识持有人，与不再居住于同一地区的传统知识持有人，是否应当同等对待？保护传统知识的新制度，将对传统知识持有人继续使用其传统知识的权利有何改变？国际上的非歧视性概念怎样适用？如果传统知识可以受专利、版权或其他传统知识产权的保护，传统知识是否也应当可以受到其他手段，即新国内法的保护？(2) 关于政策目标(iv)，一部国际法律文书，除了积极争取在档案馆、数据库和其他记录手段中维持和维护传统知识以外，还能怎样支持传统知识的维持和维护？(3) 关于政策目标(viii)，什么是盗用传统知识？通过完全符合国内法的渠道获取这种知识，在具体情况中能否被认为是盗用？如果能，是什么样的情况？关于政策目标(viii)，什么是不正当和不公平的传统知识使用？应当提供一些传统知识正当使用的例子，还有传统知识不正当使用的例子。(4) 关于政策目标(x)，限制使用传统知识的能力，怎么鼓励创新与创造？(5) 关于政策目标(xiv)，成员国要求凡涉及传统知识的发明专利申请公开传统资源的来源和起源国和/或事先知情同意和/或双方议定的条款的证据，在专利制度以外，什么规定确保传统知识的商业使用是按事先知情同意和双方议定的条款进行的？成员国要求涉及传统知识的发明专利申请公开传统知识的来源和起源国和

/或事先知情同意和/或双方议定的条款的证据，在哪些情况下必须符合该要求，应当加以解释。与传统知识有关的发明，应当举例说明必须符合要求的情况，和不必符合要求的其他情况。例如，如果传统知识为许多人所熟知，而且发明是在该传统知识基础上的一项改进，是否仍然要求符合公开要求？成员国有专利公开要求的，相对对专利性至关重要的信息公开要求，为何这一要求更为适当？

澳大利亚代表团说，总的来说，“目标”应当概述文书要实现什么，不是怎样实现。在这种情况下，它不支持为落实政策目标(xiv)而在该目标下指出具体机制。

赞比亚代表团说，与传统文化表现形式一样，传统知识的价值应当包括其在“道德”和“公共秩序”方面的价值。此外，“增进尊重”下什么能构成“知识体系”，有必要予以明确。同样，“促进对传统知识的保存和维护”下的“利益”应当包括“商业利益”。

欧洲联盟及其成员国代表团认为，WIPO/GRTKF/IC/17/5 中所写的政策目标变得过长、过细、过繁。目标的宗旨，应当是就委员会认为本文书应当做什么提出总的声明，而不是应当如何做。因此，它倾向于在俄罗斯联邦代表团所提建议的基础上讨论政策目标。

观察员提出的文字建议

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表建议在政策目标(iv)中用“鼓励”取代“支持”一词。

东南土著人民中心的代表建议在最前边增加一项新的政策目标：“*保护人权*：保护发展传统知识、可能造福于全世界的土著人民的人权”。关于政策目标(ii)，她建议在“精神价值的尊重”之后增加“对保护它们的土著法律制度的尊重”。她还建议把政策目标(iv)改为：“*促进对传统知识持有人、使用者和发展者的保存和维护*：保护传统知识持有人、创造者、培育者和发展者，使其免受要求获得其同意使用其传统知识者的胁迫或报复”。她建议在政策目标(v)中，在“赋予能力”之后增加“和进行保护”，并在最后增加“在我们以非暴力方式主张这些保护传统知识的权利时保护土著人民免受暴力和报复”。她建议把政策目标(vii)改为“*有助于保障传统知识*：有助于根据传统知识持有人的相关习惯做法、规范、法律和协议，保障传统知识以及用以发展和传播传统知识的习惯手段的适当平衡，主要并直接造福于传统知识持有人，并按传统持有人的决定造福于全人类”。她建议把政策目标(viii)改为“*制止不正当和不公平的使用*：制止盗用传统知识及其他不正当的活动，并承认有必要根据国家 and 当地的需求调整制止盗用传统知识的途径”。关于政策目标(ix)，她建议在“国际”之前增加“土著”。她建议把政策目标(xi)改为“*确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换*：确保事先知情同意和根据按传统知识持有人所决定的道德行为达成的双方议定的条款进行交换，并与关于获取遗传资源方面的现有土著民族、国际和国家制度协调”。关于政策目标(xii)，她建议在“使用传统知识”之前增加“在得到知识持有人自由、事先知情同意的情况下”。她还建议把政策目标(xiv)改为“*促进争议的解决*：促进一种让土著民族与联合国会员国地位平等的争议解决法律机制。促进建立一个包括来自非联合国会员国家(原住民族)的土著法官在内的法院，并允许与各

组织研究和建立图书馆或登记处，为把土著人民与其传统知识联系起来提供便利”，并把政策目标(xvi)改为“*提倡透明度和道德行为*：通过提倡遵守道德行为守则以及传统知识持有人事先知情同意的原则等方式，促进传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识其他使用者之间关系中的透明度和相互理解，维持土著人民/民族及其公民继续在其生态精神体系内发挥作用的确定性”。

二、总指导原则

本总原则必须得到遵守，以确保有关保护问题的各项具体的实质性规定公平、兼顾各方利益、有效并始终如一，而且能适当地帮助实现保护目标：

- (a) 反映传统知识持有人所确定的权利和³⁶的需求 [和希望]³⁶ 的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享的原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与之开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认的原则
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

[后接关于总指导原则的说明]

³⁶ 哥伦比亚代表团。

关于总指导原则的说明

背 景

下文所列的实质性规定是以某些总指导原则为指导的，并设法从法律的角度对这些指导原则进行表述。这些原则强化了委员会自成立以来进行的大量讨论和委员会成立之前国际上进行的辩论和磋商。

阐述和讨论这些原则，对于为就更详细的保护细节达成一致奠定坚实的基础而言，是关键的一步。在此领域，法律和政策方面仍在快速地向发展，国家和地区层面如此，国际上亦如此。同样，人们极其重视与社区磋商和请社区参与其事的必要性。各方就核心原则达成广泛的一致意见，可以让国际合作具有更加明确、更加稳固的基础，而且还可以澄清哪些细节仍应由国内法律和政策管辖，从而为进一步演变和发展提供适当的空间。这样做有助于求同存异，鼓励各国内法之间协调一致，而不强加任何单一而具体的立法模式。

(a) 反映传统知识持有人的愿望和希望的原则

保护传统知识应该反映土著人民和传统知识持有人的实际愿望和希望，并应尤其尽量适当地承认和适用土著和习惯的做法、礼仪和法律，从文化和经济两个方面处理发展问题，防止侮辱、诋毁和冒犯行为，让所有传统知识持有人都能够完全有效地参与工作，并承认许多社区的传统知识与文化表现形式之间具有不可分割的特点。另外，传统知识的法律保护措施，从土著人民及其他社区的观点来看，应被认为具有自愿执行的性质，土著人民及其他传统社区将始终有权完全依靠他们自己的习惯和传统保护形式来制止不受欢迎者获取和利用其传统知识，或采用其他措施作为这一保护形式的补充。

(b) 承认权利的原则

应当承认传统知识持有人享有使其所持有的知识得到有效保护，以免被盗用的权利。

(c) 保护的有效性和可获得性原则

传统知识的保护措施，应做到能有效地实现保护目标，应能被人理解、支付得起、易于获得、不致成为预期受益人的负担，而且还应考虑传统知识持有人的文化、社会和经济背景。一旦实行传统知识保护措施，应当建立适当的执法机制，以便采取有效行动，制止盗用传统知识的行为，支持实现事先知情同意这一更广泛的原则。

(d) 灵活性和综合性原则

保护应尊重各不同民族和社区在不同领域持有的传统知识的多样性，应承认各国国情以及各国家管辖区的法律背景和遗产的不同，并应为国家主管单位留有足够的灵活性，以便其确定

在现有的具体立法机制中实现这些原则的适当途径，根据具体的部门政策目标和国际法对保护作出必要的调整，并承认：可以通过多种法律机制获得有效和恰当的保护，而且，如果在原则方面太窄或太严厉，势必使得与传统知识持有人之间进行必要的磋商产生先发制人的效果。

保护可结合专有权和非专有权措施，利用现有的知识产权(其中包括帮助人们更好地应用和实际获得知识产权的措施)、延伸或调整知识产权的专门制度以及特别制定的专门法律。保护中应包括防御措施，以遏制他人非法获得传统知识或相关遗传资源的工业产权，并应包括确立传统知识持有人法律权利的实证措施。

(e) 公平和利益分享的原则

保护应反映公平兼顾传统知识的发展、保存和维持者(即传统知识持有人)的权益与传统知识的使用和受益者的权益这一需求，调和各方所关注的不同政治问题的需求，以及确保具体保护措施与保护目标及公平兼顾各方利益之间相称的需求。为反映这些需求，传统知识保护应尊重传统知识持有人对获取其传统知识表示同意或不同意的权利，并应兼顾事先知情同意的原则。

传统知识持有人对其知识享有的权利，应得到承认和保障。应确保尊重事先知情同意。传统知识持有人应有权公正、公平地分享因使用其传统知识而产生的利益。对于涉及遗传资源的传统知识，利益的分配应符合根据《生物多样性公约》规定所制定的有关分享因利用遗传资源而产生的利益的各项措施。

按公平原则实行的保护，不应仅限于利益分享，而应当确保传统知识持有人的权益得到适当的承认，而且尤其应尊重传统知识持有人对他人获取其传统知识是否表示同意的权利。

(f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则

确定如何获取遗传资源(无论其与传统知识相关与否)的权力归各国政府所有，并应由各国立法加以规定。对与遗传资源相关的传统知识的保护，应符合有关获得这些资源以及分享因使用这些资源而产生的利益方面可适用的法律(如有的话)。本原则中的任何内容均不得被解释为限制各国对其自然资源拥有的主权，以及各国政府确定如何获取遗传资源(无论其与受保护的传统文化知识相关与否)的权力。

(g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与之开展合作的原则

对传统文化知识的保护，应与其他相关的国际和地区文书和程序的目标保持一致，而且不得损害具有约束力的法律文件中现已编纂或规定的具体权利和义务。

本原则中的任何内容均不得被解释为会影响有关传统文化知识在相关政策领域中作用问题的其他文书或其他程序的工作，其中包括有关传统文化知识在保护生物多样性方面的作用、防治旱灾和荒漠化、或实施得到相关国际文书的承认而且国家立法已作出规定的农民权利。

(h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则

对传统知识的保护，应尽量酌情并根据国家法律和政策，对习惯使用、做法和准则予以尊重并加以适当考虑。超出传统意义的保护，不得与传统知识的习惯获取、使用和传播方式相抵触，而应尊重并支持这一习惯框架。如果传统知识持有人有此愿望，保护应鼓励有关社区根据其习惯法和惯例，并兼顾各国不同的经验，使用、发展、交流、传播和推广传统知识。对于发展和维护某传统知识的社区在本社区内以新的方式使用该知识或改变其使用方式的行为，只要该社区认同对该传统知识的这种使用以及因此而产生的任何变化，即不得视为冒犯性使用。

(i) 对传统知识的具体特性予以承认的原则

对传统知识的保护，应反映传统知识的传统背景、集体或社区背景，及其在发展、保存和传播过程中代代相传的特点，并应反映其与社区的文化和社区认同与完整、信仰、精神和价值之间的关系，及其在社区中不断发展的特点。

(j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

应为传统知识持有人提供援助，帮助其进行法律和技术能力建设，以建立起有效利用和享受按这些原则规定的保护所需要的机构基础设施，其中包括，例如建立权利集体管理制度、进行传统知识登记，及其他此类需求。

作出的评论和提出的问题

中国代表团认为，保护传统知识的政策目标与核心原则文件是在各成员和秘书处的共同努力下形成的一项阶段性成果，为今后的工作奠定了良好基础，应当加以充分利用。

澳大利亚代表团认为，在不影响关于具体要素立场的情况下，第一部分和第二部分中的目标与原则应当为第三部分中提供的任何建议的工作案文提供支持和指引。对第三部分建议任何修正，必须提及作为其支持的目标与原则，以便向成员国提供充分信息，说明有关该文件任何建议的目的或宗旨。它指出，在目标与原则要素上缺乏一致意见或协商一致，使关于第三部分的讨论非常困难。保护的目标应是什么，以及指导委员会实现这些目标的原则，如果没有一致意见，那么讨论将缺少实质。关于第三部分，总体上，它认为“第……条”的说法像条约案文草案，在可以确保传统知识保护的任任何国际法律文书的形式与地位上先入为主地影响了讨论。它注意到在是否需要具有法律约束力的文书问题上缺少协商一致，并呼吁根据核心总指导原则(g)“尊重其他国际和地区文书和程序并与其开展合作的原则”，适时就通过关于授予法律上可执行的权利的规定性原则开展进一步一般性讨论。

赞比亚代表团说，披露和事先知情同意原则同样可以单独列出。

俄罗斯联邦代表团说，附件第二节中列出的总指导原则很重要，其中包括反映传统知识持有人需求和希望的原则，保护的有效性和可获得性原则，尊重其他国际或地区文书和程序并与

之开展合作的原则，灵活性和综合性原则，以及尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则。它称，关于目标和总指导原则的条款整体上似乎可以接受。

国际商会的代表指出，所声明的谈判原则中，有两项要得到更多强调：效率与平衡。在关于传统文化表现形式的对应文件 WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.中，知识用户与持有人之间的平衡，被专门列为一项原则。WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.没有此段。平衡在两种情况下同样重要。

观察员提出的文字建议

关于总指导原则(e)，国际商会的代表建议把“公平”改为“公正的平衡”。在总指导原则(e)第 1 段第 3 行“及公平兼顾”改为“实际经验和需求，以形成和维持”。在总指导原则(e)第 2 段第 1 行“和保障”之前增加“界定、澄清、”。

东南土著人民中心的代表建议在起首语中增加一段：“此处规定的权利将受《联合国土著人民权利宣言》和《可持续发展公约》的约束”。提议新增一项总指导原则：“拒绝把暴力和暴力威胁作为传统知识获取手段的原则”。她建议把总指导原则(c)改为“有效性和土著人民可获得性和受保护的原则”。她说，总指导原则(f)似乎剥夺了土著人民/民族的权利。文件现在的样子主张联合国会员国对传统知识和遗传资源拥有权利，而不论成员国通过什么样的非法和暴力手段获得这些知识，从而贬低了国际法。她建议把(f)中的“现有”改为“土著”。关于总指导原则(g)，她建议在“国际”之前增加“土著”。她建议把总指导原则(h)改为“尊重传统知识的习惯使用和不公开传播方式，不受殖民主义监视，让土著人民能够在没有殖民势力存在的情况下讨论和发挥其传统知识的原则”。关于总指导原则(j)，她建议在“传统知识持有人”之后增加“提出”。

三、实质性条款

第 1 条³⁷

受保护的客体

鼓励、奖赏和保护基于传统的创造与创新，并加强传统知识在土著和传统社区的内部传播。³⁸

保护传统知识，应当确保：

(a) 对传统知识的保障和保存；

[(b) 对传统知识的承认和尊重，包括通过保存并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值，传统知识在保持传统知识持有人的生计和认同方面所做贡献，传统知识持有人为保护环境、粮食安全与可持续农业以及科学技术进步所做贡献³⁹；

(c) 在传统知识持有人和使用者之间采用兼顾各方利益的办法，这也应当考虑为创新目的为传统知识的获取和传播提供便利的必要性，以及确保公有领域的活力与活跃的必要性⁴⁰，并确保公平的利益分享。⁴¹]⁴²

1. 本原则涉及的是保护受保护的⁴³传统知识以免其[在传统范围之外]⁴⁴被盗用和滥用的问题，不得被解释为将传统知识中的各种不同的整体概念限制于或试图从外部界定于传统

³⁷ 原第 3 条和第 4 条。

³⁸ 加拿大代表团。该代表团认为该目标在第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款下非常重要。

³⁹ 加拿大代表团。该代表团建议增加“包括通过……科学技术进步所做贡献”。

⁴⁰ 西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国。该代表团建议增加“保护传统知识，应当确保：(a) 对传统知识的保障和保存；(b) 对传统知识的承认和尊重；以及(c) 在传统知识持有人和使用者之间采用兼顾各方利益的办法，这也应当考虑为创新目的为传统知识的获取和传播提供便利的必要性，以及确保公有领域的活力与活跃的必要性。”加拿大代表团支持(c)项中关于兼顾各方利益的办法的建议。它认为这项增补非常有用，促进对传统知识的尊重，只有在传统知识的所有创造者和使用者以及普通公众的观点均以这种兼顾各方利益的办法得到考虑时，才有可能实现。

⁴¹ 南非代表团。该代表团建议增加“并确保公平的利益分享”。为了在传统知识持有人和使用者之间采用兼顾各方利益的办法，必须进行明确区分，而且应当以包括知识持有人利益的方式提供平衡。

⁴² 尼日利亚代表团。该代表团建议删除(b)项和(c)项。它说，一些建议与最初设想的一般范围完全不符。例如，非洲的所有社区均拥有传统知识多年，传统知识是代代相传的。按这些新建议，已经被拿去取得专利的大量非洲传统知识，现在属于公有领域。因此，它已经与起源社区脱离联系。

⁴³ 美利坚合众国代表团。

⁴⁴ 美利坚合众国代表团。原因是互联网的使用可能被包括在内，使用严格地说可能不在传统范围之内。

范围中。应根据传统知识所具有的能动、不断发展的世代相传⁴⁵过程的⁴⁶特点，以及传统知识体系作为持续创新框架的特点，来解释和适用本原则。

2. [仅为本原则的目的，]⁴⁷“传统知识”一词指因传统范畴的知识活动而产生的知识内容或实质性要素，其中包括构成传统知识体系的诀窍、技能、创新、做法和学问，并包括体现土著和当地社区的传统生活方式的知识，或存在于经整理的世代相传的知识体系中并随着环境、地理条件和其他因素的任何变化不断得到发展⁴⁸的知识。该术语不局限于任何具体技术领域，可以包括农业、环境和医学知识，也可以包括与文化表现形式和⁴⁹遗传资源相关的任何传统⁵⁰知识。
3. [应当]⁵¹应⁵² [至少]⁵³对 [下述] 满足下述任何一项的⁵⁴传统知识给予保护:
 - (i) [其产生、构成、⁵⁵发展、⁵⁶保存和传播具有传统和世代相传的特点；或者⁵⁷
 - (ii) [[与] 习惯上公认属于⁵⁸世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区、当地社区、⁵⁹ [或] 人民或民族⁶⁰ [有 [显著]⁶¹联系]⁵⁸； [以及] 或者⁶²] 其产生、保

[脚注接上页]

南非代表团反对，因为这就是超出传统社区控制以外的盗用和滥用发生的原因，是它们为什么需要保护的原因。传统社区内部的使用和盗用在这些社区内受习惯法的调节。删除“在传统范围以外”，意味着超出边界的保护实际上在这种情况下被排除。

伊朗（伊斯兰共和国）代表团赞同南非代表团。

尼日利亚代表团赞同南非代表团，因为对传统知识的滥用不是在失去对知识的控制的传统社会内部发生的。因此，如果要保护传统社区和它们的知识，应当实现这项工作的精髓。

⁴⁵ 南非代表团。

⁴⁶ 厄瓜多尔代表团。该代表团说，传统知识的发展是永恒的，背后有一个过程。

⁴⁷ 哥伦比亚代表团。该代表团说，不清楚给出的定义为什么限于这些原则而不是可操作规定。

⁴⁸ 印度尼西亚代表团。

⁴⁹ 伊朗（伊斯兰共和国）代表团。原因是传统知识不仅可能与遗传资源相关传统知识融合，还可能与民间文艺融合。[译注：英文版脚注 50。]

⁵⁰ 墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 49。]

⁵¹ 美利坚合众国代表团。该代表团认为，“should”已改为“shall”，不再写入。[译注：英文版脚注 51 和脚注 52 涉及用“shall”替换“should”。]

⁵² 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团和印度尼西亚代表团。

⁵³ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。印度代表团反对。

⁵⁴ 印度代表团。

⁵⁵ 苏丹代表团。

⁵⁶ 摩洛哥代表团。该代表团建议插入“构成、发展”，好让这些所有因素之间协调。

⁵⁷ 印度代表团。

存和构成具有传统的特点而且在社区内部共享或者以集体方式在通常情况下代代相传；以及/或者⁶³

- (iii) [属于]⁶⁴ 被公认持有该知识的 [民族和⁶⁵ 土著] 当地⁶⁶ 或传统社区， [或]⁶⁷ 属于人民或民族⁶⁸ [的文化认同的组成部分]⁶⁴ 的文化认同⁶⁷，而这些传统社区或人民是通过保管、监护、集体拥有或文化责任，而被公认持有该传统知识的。这种关系可能已正式或非正式地体现在习惯或传统做法、礼仪或可适用的国内⁶⁹ 法律中；以及

[脚注接上页]

⁵⁸ 摩洛哥代表团。该代表团建议把“与……有显著联系”改为“习惯上公认属于”。[译注：英文版脚注 59。]

⁵⁹ 美利坚合众国代表团。[译注：英文版脚注 60。]

⁶⁰ 中国代表团。该代表团指出，传统知识在中国有时为民族所有。[译注：英文版脚注 61。]

⁶¹ 印度代表团和苏丹代表团。挪威代表团和美利坚合众国代表团反对。

挪威代表团说，在受保护的传统知识和属于公有领域一部分的知识之间要划一道线。“显著”一词指出了在传统知识保护范围方面的某些基本东西。因此该代表团反对。有资格受保护的传统知识必须与一个传统或土著社区或人民有显著联系。这将确保属于公有领域一部分的知识处在保护范围以外，仍然可以被每个人自由使用。首先，“显著联系”的标准将暗示，由多个传统或土著社区或人民或者/以及不属于一个传统社区或土著人民的人独立发展的知识，是公有领域的一部分，可以被任何人自由使用。同一项知识由多组独立发展该知识的人民所创造，显示出承认知识的专有权属于一个特定群体是不公平的。这是应当被视为属于公有领域的知识的一个明显例子。仅用“与……传统或土著社区或人民有显著联系”的标准，不足以表示这一重点。该代表团认为，传统知识的定义明确指出，由多个人民群众独立发展或持有的知识不享受传统知识保护。第二，“与……传统或土著社区或人民有显著联系”的标准意味着，最初符合受保护传统知识特征的知识，一旦广为人知，在一段时间内被更多公众使用，将不再享受保护。但是，该代表团认为“与……传统或土著社区或人民有显著关系”的标准本身并不能充分地维护这种重要区分。

美利坚合众国代表团说，“显著”有特殊含义，显示传统知识在特征上与土著社区有联系，而不是与公众整体有联系。[译注：英文版脚注 58。]

⁶² 印度代表团。

⁶³ 哥伦比亚代表团。该代表团建议合并第 1 条第(3)款第(i)项和第 1 条第(3)款第(ii)项。

⁶⁴ 印度代表团建议删除“属于……的文化认同的组成部分”。墨西哥代表团反对。乌拉圭代表团建议删除“的文化认同”。

⁶⁵ 摩洛哥代表团。该代表团说，民族是一族人民或民族文化认同的一部分。

⁶⁶ 赞比亚代表团。该代表团说，本条同样对其法律草案有适当反映，并建议以下措辞：“属于被公认……的当地或传统社区文化认同的组成部分……”。

⁶⁷ 乌拉圭代表团。

⁶⁸ 中国代表团。见注 60。

⁶⁹ 印度尼西亚代表团。

- (iv) [尚未被公开;]⁷⁰ [尚未在社区外被广泛、自愿地为人所知;]⁷¹
- (v) 存在于经整理的世代相传的知识体系中;
- (vi) 代代相传, 不一定限于一个社区。⁷²

⁷⁰ 美利坚合众国代表团。委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团反对。该代表团说，“公有领域”和“私有领域”的概念实际上是指公有和私人财产，包括法院讨论过的法律权利。这一点不明确。关于公共和私有领域概念的法律，国与国不同，社会与社会不同。它坚称，在这一领域进行讨论，将产生不利的条件，不符合文件的宗旨。

⁷¹ 挪威代表团。土耳其代表团赞同。委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团表示争议，因为如果使用“广泛为人所知”或“自愿为人所知”，问题将是为谁所知、何时所知、在哪里所知。挪威代表团回应关于“在社区外”的评论。没人就怎样定义社区提出建议，因此它建议工作中使用的语言考虑其他代表团和其他代表提出的问题。

⁷² 印度代表团。该代表团重申，满足任何一项条件，就应当足以有资格受到保护。

关于第 1 条的说明

制订第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款的规定有两个目的：一是澄清本条款中所述传统知识的一般性质，二是界定受保护主题的范围。因此，这两款不仅体现了人们对传统知识国际保护规定应当反映传统知识的特质所表示的关注，而且也回应了人们关注的保护传统知识以免被盗用的规定不应干涉传统背景，而且不得对传统知识持有人如何看待、管理或界定其存在于习惯或传统背景下的知识，规定任何外部限制或强加外部解释。

国际知识产权标准的典型做法是，把如何确定受保护主题的准确范围这一工作留给各国自己负责。国际层面把握的尺度，在于一般性地描述那些符合保护资格的主题，为确定哪些主题符合保护资格规定具体标准，抑或根本不下任何定义。例如，《巴黎公约》和《TRIPS 协定》便未对“发明”作出定义。《巴黎公约》对“工业产权”作了宽泛、可以扩展的定义。本条规定采取了类似做法，承认传统知识不仅存在各种不同的定义和范围，而且这些不同的定义和范围已在关于传统知识的现有国家法律中使用，因此无意提出一个单一的、详尽的定义。然而，在现有国内法的指导下，本条规定描述性地澄清了传统知识的范围。其措词借鉴了委员会所提出并一贯使用的标准说法，而这一说法本身又是基于委员会对保护传统知识方面的现有国内法进行分析的基础上提出的。从根本上讲，无形主题要构成本规定中所指的传统知识，应当是“传统的”，即：属于世代相传的传统，而且应当是“知识”，或者说智力活动的产品。

第 1 条第(2)款要澄清的是，这些条款涵盖传统知识本身。这意味着，其不适用于传统文化表现形式/民间文艺表现形式，后者由另一项具有互补性质的平行条款(WIPO/GRTKF/IC/8/4)加以规定。从整体结构(而非内容)上，本款套用了《伯尔尼公约》第 2 条第(1)款的规定，该款界定了受《公约》保护的主体范围，首先提出了一条一般性说明，然后具体地列出了符合其保护范围的内容。本款采取了类似做法，无意对该词作出绝对的定义。鉴于传统知识本身具有多样性和能动性，而且传统知识方面的现有国内法之间存在差异，因此似不宜作出单一的、穷尽的定义。

第 1 条第(3)款澄清，传统知识要具有根据本规定制止盗用的保护资格，应至少具有哪些特点。同样，本款规定不干涉传统领域，而只是帮助确定传统知识应当符合哪些标准，才能确保受到保护，禁止外部环境中的第三方以超出传统背景的方式加以盗用的行为。本款为各国根据本国具体选择和需求规定更宽泛的保护资格提供了可能性。

第 1 条第(4)款是在现有国家传统知识专门保护法中所适用标准的指导下，并经委员会就传统知识保护应适用什么样的标准进行长时间讨论之后制订的。各国的国内法以及委员会进行的讨论涉及到多项不同的标准，其中也存在一些共同点。本款规定便提取了这些共同点：从根本上讲，传统知识应当(i) 具有传统和世代相传的特点，(ii) 与其传统持有人有显著联系，以及(iii) 与负责传统知识传承的社区(比一般认为的“所有权”形式要宽泛，并包括保管等概念)的身份有认同感。举例而言，传统知识可能与某土著或传统社区的身份密不可分，因为其中存在一种对该知识进行保存、利用和在本社区成员或人民之间传承的义务，或有一种如果允许对传

统知识进行盗用或冒犯性使用将有危害这种感觉。关于这些概念的一些指南可以在现有国内法中找到。例如，美利坚合众国《印第安人艺术与手工艺法》规定，如果“某一产品的起源被认为来自于某一特定的印第安部落或特定的印第安艺术和手工艺组织”⁷³时，该产品便是属于某一特定部落的产品。这可以成为第(ii)款中所称“显著联系”的一种形式。

第 1 条第(3)款是建立在前两款关于传统知识的一般性说明的基础上的，并从概念上与第 2 条所具体规定的保护的受益人相互联系。该三条规定合在一起对传统知识与传统知识持有人之间规定了起码的传统联系，以确保其受本条款规定的禁止盗用的保护。这些规定并不排除提供范围更广的保护，因为其所规定的只是“起码”(这正是引语中“至少”二字的用意)。然而，在本规定引语中提及“至少”，还表明政策制订者可以选择更具有包容性的标准，以符合国内需求和国情。

作出的评论和提出的问题

土著和当地社区的含义

意大利代表团指出，第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款与其他规定之间的不一致，该两款未考虑“当地社区”。此外，它建议使用的语言和定义应当在文件中首尾相同。

瑞士代表团指出，第 1 条第(2)款中“土著和当地社区”应当放在与“社区”一词一样广泛、有包容性的含义中理解，就像传统文化表现形式条款草案附件脚注 64 中说明的那样。

传统知识的定义

俄罗斯联邦代表团表示，第 1 条第(2)款的规定充分定义了本文件所要保护的范围。

南非代表团提出，第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款应当更清楚、更明确。

瑞士代表团指出，为传统知识制定工作定义，被认为是实质讨论的先决条件之一。第 1 条第(2)款中的传统知识定义是一个很好的工作定义。委员会可以而且应当在谈判过程中再次考虑该定义，必要时对其进行修正和修改。并指出，传统知识的定义应当包括所有传统知识，既包括发展中国家的传统知识，也包括发达国家的传统知识。

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国说，传统知识在不同论坛对不同的人有着不同含义。本委员会的工作中，目前对传统知识的定义以及资格标准可以进行深入辩论，争取有更好的界定，在国际文书范围之内和之外之间划一条线。国际文书覆盖哪些内容，不覆盖哪些内容，应当清楚定义。作为达成国际议定的工作定义的第一步，请秘书处对传统文化不同表现方式的类型进行一次分析，作为已进行的差距分析的补充。这种分类将反映这些传统知识不同的维持和传播方式，可以为公共所用或公共可获取，是否在土著和当地社区的直接控制之下，已

⁷³ 第 309.2 条(f)项，25 CFR 第二章，309(保护印第安艺术和手工艺产品)。

经进入公有领域但此前未进行商业化等问题。这些问题可以在分类过程中作为编制表格的标准。本着实现真正进展的精神，对一种传统知识实行“一刀切”的保护模式应当放弃。这些类型中的每一种，可能在每个国家决定的保护类型方面要求有不同考虑。

日本代表团提出下列问题：(1) 什么应当属于“传统”的范围？例如，经过多少代才算“传统”？(2) 知识在其中得到共享和传承的社区，要被视为“传统”，有何要求？例如，在整个国家内部共享和传承的知识，能否被视作“传统”？(3) 怎样定义具体传统知识的范围，以便为这种知识的使用者和第三方确保可预测性？

澳大利亚代表团提出，定义需要进一步考虑，当地条件所要求的灵活性也需要进一步考虑。具体而言，例如，它想知道第 1 条第(3)款的措词与当代人创造的传统知识可能得到的保护有何关系。

印度代表团建议收入不再限于一个社区但得到广泛使用的传统知识。经整理的知识体系包括传统医学、农业和环境，它们是在古代经卷中整理的，靠这些经卷或通过受认可的学习课程代代相传。

国际商会的代表指出，“传统知识”因为具有整体、离不开环境、有活力以及代代相传的特点，所以其概念很难定义。但是，要尊重传统知识，一个标准清楚的定义是必需的。目前的定义极为含糊，因此非常难以适用。清楚的标准，对于帮助成员国区分要根据国内法保护的传统知识和每个人都可以使用的一般知识具有根本意义。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，本条包括了传统知识定义的基本要素，但需要更加具体。智力活动所产生的知识可能是无形知识，不能以物质形式得到复制和固定。

词汇表

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国发言说，目前案文中引入的其他概念也可能需要定义。就此，增加一个技术词汇的词汇表，将大大有利于国际文书。

公有领域

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国认为，公有领域的概念是讨论中的另一项要素，因为它在知识产权所有人的权利和第三方的权利之间建立了一种平衡。在传统知识领域，什么可以算作公有领域，可能需要进一步考虑。该代表团认为有必要对该问题进行一次研究，要求秘书处为委员会下届会议编拟一份这样的研究。

挪威代表团说，多个代表团在往届会议上曾指出，保护客体到底是什么，也就是说应当如何定义受保护的传统知识，有必要进行进一步澄清。作为澄清的一部分，尤为应当在保护对象的传统知识和属于或已成为公有领域一部分的知识之间找到正确的平衡。在此方面，公有领域这一概念到底意味着什么，没有一致的观点。因此，第 1 条很关键。考虑该两条时，必须结合为传统知识保护确定适当范围的问题。第 1 条第(3)款尤为重要。该代表团认为，关于传统知

识保护的任何国际义务，应当仅适用于第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款定义所包括的传统知识，并应符合第 1 条第(3)款的所有标准。因此，第 1 条第(3)款保护资格的标准应当是累积性。在受保护传统知识和属于公有领域一部分的知识之间要划清界线。第 1 条第(3)款第(ii)项的措词指向了对界定传统知识保护具有基本意义的内容。因此，它反对关于删除“显著”的拟议修正。有资格得到保护的传统知识必须与一个传统或土著社区或人民有显著联系。这将确保属于公有领域一部分的知识落在保护范围以外，仍然可以被每个人自由使用。首先，“显著联系”的标准将意味着被多个传统或土著社区或人民或/和不属于一个传统社区或土著人民的人民分别发展出来的知识，是公有领域的一部分，可以被任何人自由使用。同一个知识由多族人民独立发展而来，显示承认一个特定群体对该知识拥有专有权是不公平的。这是应当被认为属于公有领域一部分的知识的一个明显例子。仅用“与……传统或土著社区或人民有显著联系”的标准，不能充分表达这一要点。它认为，传统知识的定义应当明确说明，被多个人民群众独立发展或持有的知识，不享受传统知识保护。第二，“与……传统或土著社区或人民有显著联系”的标准意味着，最初符合受保护传统知识特征的知识，一旦被更大范围的公众在一段时间内广泛知晓和使用，将不再享受保护。第 7 条规定，传统知识只要符合第 1 条第(3)款的标准就享受保护。这反映了知识发展与传播的动态特征。在某个时间点受保护的知识，可能在以后被传播给公众，使得不再有理由承认对该知识的使用应当取决于某人的同意。在受保护传统知识和已经为每个人自由使用的知识之间要作出这种区分，也十分重要。但是，它认为，“与……传统或土著社区或人民有显著联系”的标准，本身并未充分保障这种重要区别。受保护传统知识的标准应当更明确地说明最初受保护的传统知识在何时应当被认为已成为公有领域一部分的标准。因此，基本标准是产生该知识的社区以外对知识进行的传播和使用。它认为，当知识已在产生该知识的社区以外广为人知，因此公众可以在产生该知识以外的社区或该社区的代表以外的来源轻松获得知识的情况下，至少这时知识应当被视为公有领域的一部分。这样，传统知识何时成为公有领域一部分的决定性标准，将是传播的水平以及在发展该知识的群体以外的了解。在这种评估中，知识是如何传播的无关紧要，应当仅仅是一种客观评估。在受保护传统知识和根据知识向公众的传播程度而判断属于公有领域的知识之间作出区分的思想，不意味着传统知识仅仅因为社区以外的某人取得了该知识或者知识可以从社区以外取得(其中包括通过数据库)而丧失保护。它说，目的仅仅是为了避免当知识已经广为传播，可以认为每个人均可自由获取和使用时，有人对其主张权利的情况。如果受保护传统知识在持有者社区以外也能获得，随着时间流失，将出现种种情况，知识已经广为传播，使知识不再与某组特定人民有显著联系，因此不再受保护。这是所有知识均固有的动态特征的后果。在一个阶段可以代表对广大公众一项重要贡献的知识，将在经过一段时间之后成为共同知识的一部分。其他类型的知识和作品的保护有时间限制，例如专利或版权，就是这种反映。

日本代表团提出下列问题：属于公有领域的知识怎样处理，怎样定义这种意义上的公有领域？

图拉利普部落的代表就公有领域这一核心问题发表意见。当知识被分享时，是带着责任与义务的。这些责任和义务将延续到未来不确定的时刻。而且这些义务包括对知识的使用。这是一种关于其知识体系的共同的土著世界观，而且有相关的实体习惯法。公有领域是西方的一种概念，目的是商业，是一种在有限时间内授予私有财产权，随后知识将进入公有领域的交易。这种概念不一定存在于土著知识体系中。当针对传统知识主张公有领域时，非常大的社会的要求取代了小社会，即土著社区的要求。这个星球上有 60 多亿人，其中 2,000 万是土著人民。这些主张将把土著知识放入公有领域，例如传播的标准。首先，知识可能在有限的范围内泄露，但慢慢将传播得越来越广。如果没有保护机制，这将是流入公有领域的一种形式。他说，应当支持一个健康的公有领域，但应当非常仔细地构建这些思想。他支持欧洲联盟要求提供报告的呼吁，但他认为该报告应当包括土著人民和当地社区，以提供重要意见。

图帕赫·阿马鲁的代表认为，代表欧洲联盟及其成员国的西班牙代表团混淆了公有领域和使用者以及兼顾各方利益或公平的使用条款等不同问题。他认为，所建议的修改离题甚远。第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款背后问题的核心，正是哪些应当保护，哪些不应保护，以及关于公有领域的问题。传统知识已经被使用多年，被滥用和盗用了至少 500 年。许多传统知识甚至对土著人民也是秘密的。一些传统知识被代代相传，但不一定是在土著人民中间相传，而是被保存在一个非常秘密的地方，不能向公有领域传播或披露。

生物殖民主义问题土著人民理事会的代表支持华盛顿图拉利普部落的代表所发表的意见，即公有领域的概念与土著人民控制和保护其知识的权利不相符合。她不认为土著知识属于公有领域，特别是在知识成为公众可用时未得到土著人民明确同意时更是如此。

萨米理事会的代表认为，准确的问题是公有领域此前的定义是错误的，这一概念造成了对土著人民传统知识的盗用。应当决定，哪种传统知识值得保护，所以不属于公有领域，而不是相反。

兼顾各方利益的必要性

生物殖民主义问题土著人民理事会的代表说，第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款最初的行文旨在防止对传统知识的盗用和滥用。经过修正，第 1 条第(1)款和第 1 条第(2)款现在暗示土著人民将自由地贡献其知识由他人使用。(c) 项的修正案文因此与首先保护土著知识权利的必要性相抵触，而不是为了普通公众的利益把土著人民的权利放在首位或损害土著人民的权利。土著知识的存在是为了让知识所属于的人民受益，而且土著知识体系是固有的、不可剥夺的、目的是只要土著人民存在，将永远作为动态、发展的知识体系存在下去的。她建议，成员国考虑的语言应当承认持有人或所有人对其传统知识的权利及其保护该知识的权利，并要在他们的人权的背景下考虑。

萨米理事会的代表说，在(c)项讨论利益之间的平衡没有帮助，这可以是一项目标，但不能是操作性条款的一部分。没必要讨论如何定义客体，没必要兼顾各方利益，因为这将在就客体达成一致意见时得到解决。

文化认同的定义

摩洛哥代表团建议对“文化认同”的定义加以澄清。

传统艺术和工艺品

阿曼代表团建议增加传统艺术和工艺品。

与政策目标的关系

澳大利亚代表团指出政策目标(vi)“维护传统知识体系”的关联性以及第 1 条第(1)款增加“世代相传”一词的修正建议，要求进一步讨论这一修正的目的，以及目前的工作定义对所有成员国需求的满足程度。这一问题很复杂，需要进一步审议。它尤其指出关于“增进尊重”的政策目标(ii)以及政策目标(iii)“满足传统知识持有人的实际需求”。定义太严格，在何种程度上能增进对传统知识体系的尊重和传统知识持有人的文化完整性，并不清楚。可以指出，“开放”的定义更能满足多种多样的传统知识持有人的实际需求。

加拿大代表团说，第 1 条第(3)款可能与促进创新和创造、加强透明度和相互尊重的目标不符，因为它规定永久保护，没有考虑进入公有领域。这样就给创作者和使用者提出了重要关切，这对更大的公共利益有影响。这项规定应当有一定平衡。

萨米理事会的代表不认为在每条中增加若干目标有帮助。最好保持目前的结构，把目标放在前边的一个单独部分。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，补偿措施的相关性非常强，因为它允许受伤的人口得到补偿。但是，必须在劝说性政策和不扼杀传统知识的政策之间作出选择。政策的劝导性如果太强，潜在使用者就不再想触碰有关知识，知识最后将消失。该问题与专有权问题有关。作为知识专有权的持有人，不应让权利完全禁止该知识的使用。政策目标(xiii)和(xii)被提及。

专门案文

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表指出，在新喀里多尼亚，关键问题是找出传统知识的个人作者。他们所有的知识均由氏族、部落和社区持有。这种情况在法国立法中没有规定，法国立法要求确定作者才能得到法国知识产权法典的保护。这是他要求制定专门案文，考虑所有集体权利的原因。

补偿措施

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说,第 3 条第(1)款(c)项未说明应当负责执行制裁的机构及其权力。他希望明确这一机构,使其独立于公共部门。例如,可以建立一个独立的行政机构,负责执行案文中规定的措施。

标准

喀麦隆代表团指出,第 1 条第(3)款中包括的标准不应当是综合性的。第 1 条第(3)款第(iii)项是唯一需要的保护标准。

萨尔瓦多代表团提出保护应当更宽。

美利坚合众国代表团询问,个人创造的传统知识是否有资格获得保护,这种资格有何依据。它还询问,为什么有些创新用传统知识保护制度保护,另一些创新用专利制度保护。

澳大利亚代表团注意到增加的“或者”一词,但是,在受保护的资格上采用非叠加标准,在何种程度上照顾了传统知识持有人的需求或利益,仍有些问题。国际传统知识中的一个一贯主题认为,总的说来,如第 2 条反映的那样,传统知识(i) 由社区持有,(ii) 与社区有关,(iii) 与社区文化认同有关。对受保护资格的非叠加理解提供的范围更大,而且这提出了原则(i)所概述的承认传统知识具体特征的原则。这种非叠加理解还提出了严格的“定义”是否符合传统知识持有人多样性的问题。它要求就受保护的资格问题对该原则进行进一步讨论。

关于“尚未被公开”的建议

图拉利普部落的代表就美利坚合众国提出的“尚未公开的”建议发表意见。该建议似乎给土著人民使用其知识附加了条件。当土著人民使用知识时,他们往往在自己中间公开。例如,由一个家庭持有的家庭歌曲可能是在公众中演唱的歌曲,其他人可能知道这首歌,他们可能知道音乐。社区外的其他人进入并观看已被公开的仪式。但根据习惯法,这并没有给予他人使用这个家庭的歌曲的权利。他因此认为,这是一个通过土著知识体系附加外部标准的前提条件,希望把它撤回。

埃塞-非洲散居犹太人联盟千年理事会的代表对图拉利普部落代表所作的发言表示支持。他指出,各社区、土著人民及其知识之间的关系因为公有领域问题而变得复杂。有必要兼顾各方利益。但是,公有领域不能放在其他权利的前面。

关于“尚未在社区外被广泛、自愿地为人所知”的建议

图拉利普部落的代表认为这里仍然存在问题,他希望将其用方括号括起,因为它不明确。例如,如果土著人民与一名学术研究者分享了知识,但是不懂出版制度或者知识一旦得到出版会发生什么。当然,这是被主动分享的,并正在得到传播。问题是这是否有资格得到保护。他

重申，如果土著人民的思想 and 概念需要得到反映，他们需要在分享中给予事先知情同意。自愿是一个需要进一步研究的问题。

圣卢西亚土著人民(Bethechilokono)理事会的代表说，挪威代表团的建议肯定将排除圣卢西亚土著人民，这些土著人民位于圣卢西亚的 17 个选区。他很难认同该建议，因为它将给他们带来一些问题。他愿意与挪威代表团一同解决这一具体问题，因为发达国家必须对他来自的地方有准确的认识。加勒比地区的情况很独特，这必须被纳入考虑。

各款之间的关系

巴西代表团建议，第 1 条第(3)款第(i)项的措词，应当包括在第 1 条第(2)款中。

第 1 条第(3)款使用的术语

意大利代表团提出，文件中的词语应当相同。例如，第 1 条第(2)款使用的“土著和当地社区”也应当在第 1 条第(3)款中使用。它还指出，“当地社区”要有范围。

乌拉圭代表团提出澄清“土著或传统社区或人民”和“文化认同”这些词语。

澳大利亚代表团指出，关于第 1 条第(3)款第(iii)项的建议，把第 1 条第(3)款该部分的重点放到了持有人而非知识本身之上。它要求进一步讨论，受保护的资格是放在知识本身的性质上，还是放在知识持有人的性质上。与资格有关的另一个问题涉及到传统知识持有人之间存在竞争关系的权利要求，这些持有人可能符合标准，但有不同的文化认同。这一关键问题需要进一步讨论。

加拿大代表团说，传统或土著社区的定义将明确这些群体包括哪些人，是否排除非土著群体。

圣卢西亚土著人民(Bethechilokono)理事会的代表指出，第 1 条第(3)款第(ii)项中的“土著或传统社区或人民”让人糊涂。应当在委员会外部磋商，对术语进行研究，然后给出解释。

传统医学

印度代表团指出，应当书面提交更多法律案文。它还指出，传统医学知识并不总是与社区有联系。

尼日利亚代表团提出，第 1 条第(3)款第(iii)项应当提及传统医学的所有权性质，特别是在其世代相传的使用、产生、保存和交易的动态之中。

观察员提出的文字建议

非洲地区知识产权组织的代表建议，在第 1 条第(2)款之后增加一句：“表示传统知识受保护客体的具体用语，可以在国家一级决定”。

InBraPi 的代表建议，在第 1 条第(2)款第一行“范畴”后增加“发展”一词。

国际商会的代表建议从第 1 条第(1)款中删除“和滥用”以及“整体”，并在第 1 条第(2)款中增加“按国内法的规定”。

东南土著人民中心的代表建议在第 1 条第(2)款最后增加“例如：治理、贸易、数学、狩猎、耕作、畜牧、农业、水产、渔业、聚会、治疗、养育、营养、埋葬、艺术、领导、建筑、造船、和平、战争以及制药方法；传统配方、公式、简图、示意图、或者混合原料的说明；地图中所含的信息、制图技术、概念和语音书面故事讲述/语言形式制作方法以及人类遗骸、埋葬以及土著人民/民族描述中存在的或延伸出的符号、知识的含义……”。她建议在第 1 条第(3)款第(ii)项中在“公认”之前增加“被土著人民/民族”。她建议从第 1 条第(3)款第(ii)项中删除“或民族”。关于第 1 条第(3)款第(iii)项，她建议在“国内法律”之前增加“土著”。

澳大利亚艺术法中心的代表建议从第 1 条第(3)款第(ii)项中删除“显著”。她还建议，英文版“indigenous”一词应当使用大写字母“I”。

萨米理事会的代表认为，第 1 条第(3)款第(i)项中的标准目前的行文方式对适用有过多限制，因为这些标准暗示，传统知识要得到保护，必须在社区内得到积极使用。他建议在最开始的“产生”之前增加“曾经”。第 1 条第(3)款第(ii)项和第 1 条第(3)款第(iii)项照顾了传统知识应当与特定文化或人民有联系的问题，但也不应是主动的。所以应当在第 1 条第(3)款第(ii)项和第 1 条第(3)款第(iii)项的句首增加“现在”字样。重要的是要在第 1 条第(3)款第(i)款中的“产生”之前增加“曾经”。

国际商会的代表建议第 1 条第(3)款增加一段：“传统知识在其传统范围以外为人所知的，不应受保护”。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表建议在第 1 条第(3)款第(i)项中增加“获取”一词，并在第 1 条第(3)款第(ii)项中把“与……有……联系”改为“被承认……属于……”。使用“获取”一词的原因是，一些传统知识的获取是通过土著部落和当地社区之间的习惯交换(易货贸易)获取的。有时这些是种姓。这种知识然后成为其遗产的一部分，需要得到保护并向后代流传。如前所述，持有人也可能称为保管人，或者是社区内部被委托负责的一个实体。

第 2 条⁷⁴

保护的受益人

对传统知识的保护，应使以传统和世代相传的方式创造、保护、⁷⁵保存和传播该知识并 [与之相关联]⁷⁶ 和根据第 1 条第(3)款认同自己身份的社区受益。保护应相应地使以此种方式持有传统知识的土著和传统或当地⁷⁷ 社区本身受益，[并使这些社区和人民内被承认的个人受益]⁷⁸ 并使社区内被习惯法、做法和礼仪承认替社区持有知识、或者被适当的土著程序、习惯或机构指定作为这种知识受托保管人的个人受益⁷⁹，尤其考虑作为这种知识的保管人或者在这些社区和人民内部得到特别承认的个人⁸⁰。从保护中受益的权利，应 [尽量酌情]⁸¹ [考虑] 依照⁸² 这些社区和人民的习惯礼仪、协议、法律和做法。

对于经整理的传统知识，形式上是古代文书或公共文本数字图书馆，或者知识不限于一个社区而是得到广泛使用的，成员国的相关立法应当为确认受益人作出规定。⁸³

⁷⁴ 原第 5 条。

⁷⁵ 美利坚合众国代表团。如果知识不在土著和当地社区中得到保护，国际社会也没有义务予以保护。

⁷⁶ 瑞士代表团。该代表团不确定“与之相关联和根据第 1 条第(3)款认同自己身份”的含义。它不确定与提到“有联系”和“文化认同”的第 1 条第(3)款第(ii)项和第 1 条第(3)款第(iii)项相比，增加了什么要求。

⁷⁷ 乌拉圭代表团。文件的一些部分使用了“传统社区和其他当地社区”。看起来定义上有问题。不应排除任何人。当地社区和土著社区有区别，它知道这一点。该代表团建议在就如何定义这些不同团体的问题作出决定前，增加“或当地”。

⁷⁸ 赞比亚代表团和哥伦比亚代表团。

⁷⁹ 赞比亚代表团。不清楚谁承认这些人、根据什么法律以及是否能被社区以外的人使用。最后一句加重了这种含糊，该句暗示，在确认这些个人时习惯法是需要考虑的法律之一。它还指出，根据其法律草案，“社区内被习惯法、做法和礼仪承认替社区持有知识、或者被适当的土著程序、习惯或机构指定作为这种知识受托保管人的个人”被承认为受益人。

⁸⁰ 哥伦比亚代表团。

⁸¹ 哥伦比亚代表团。

⁸² 美利坚合众国代表团。为保护收益提供支持的，应当是习惯礼仪，不一定是国内法。

⁸³ 印度代表团。

关于第 2 条的说明

前文的各项原则侧重于受保护的主体。本条则试图澄清谁应当是传统知识保护的主要受益者。本条提出的原则是，受益者应当是传统知识的传统持有人。这一原则的提出借鉴了现有国家制度的既定做法以及国际传统知识辩论中的一贯主张。有关国际保护框架的现有提案也提出了同样的做法。

由于传统知识一般都是由一个社区所持有、与之相关联并关系到其文化特征，因此基本原则是，必须规定传统知识的保护应让该社区集体受益。然而，研究和现有案例表明，在某些情况下，某一社区的特定个人可能在受益于因使用传统知识而产生的利益方面享有特别的权利，例如：在社区工作的某些传统医者或农民个人。因此，本条规定澄清，受益者亦可以包括社区中得到承认的个人。通常，这种承认将来源于习惯认识、习俗或习惯法则。

社区中哪些人有权受益以及如何分配利益(包括承认个人的应享权利)，可以按习惯法和社区自身的习惯做法办。这一领域十分关键，因此，传统知识保护方面的外部法律机制可能需要承认并尊重习惯法、礼仪或惯理。判例法表明，对知识产权侵权所作的罚款可以根据习惯法来分配。双方商定的获取条款和利益分享协议，也可以通过允许各社区根据其自身法律、惯理和认识指定传统知识保护的内部受益人，来落实习惯法和礼仪。本条第三句中规定了选项。

本条规定反映出国家和社区层面同时存在着各式各样传统知识保管形式的情况，因此有必要为确定保护的受益人提供指导，这便要求妥善安排好灵活性和包容性这一方面与准确性和简洁性这另一方面之间的关系。现有的国家和社区法律中也许已经确定哪些社区有资格受到保护。(参见文件WIPO/GRTKF/IC/8/6 关于这一问题的进一步详细讨论情况)。本条无意从头开始创建一套确认土著及其他当地社区身份的新法律，而是在此留出参考余地，由起源国的国内法来确定这些事项。国家或地方各级的相关法律可以对相关的社区和/或个人加以界定。⁸⁴

作出的评论和提出的问题

与第 1 条第(3)款的关系

与关于第 1 条第(3)款的意见相联系，中国代表团认为，在受益人的确认中，还需要考虑民族等传承主体的存在。另外，传统知识的传播不应影响其最初来源的唯一性，最初的创造者和来源应得到尊重和保护。

澳大利亚代表团指出，关于第 1 条第(3)款受保护资格的建议，考虑时要结合这部分中的保护受益人。

⁸⁴ 例如，美利坚合众国《印第安人艺术与手工艺法》(见 WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6)规定：“印第安人部落”是指“任何印第安人部落、团体、民族、阿拉斯加本地村落，或……美利坚合众国承认享有资格的任何有组织的团体或社区……；或(2)任何已由国家立法机构或国家委员会或者由国家部落认定机构依法授权的类似组织正式承认的印第安人团体”。(第 309.2 条(e)项 25 CFR 第二章 309)。

印度代表团说，即使传统知识失去了社区身份，被许多人使用，利益也必须流向社区。在这种情况下，国家法律所确认的机构应当是受益人，利益应当从该机构流向可以识别的社区或者当时保存、维持和传播传统知识的社区。如何确保其实现，可以留给国内立法。如果不加以扩大，覆盖所有传统知识形式，就不应当对第 1 条第(3)款有任何提及。要遵循的原则是：(i) 权利属于可被识别与传统知识有关的社区；(ii) 在传统知识不与一个社区直接有联系的情况下，国家机构成为受益人的权利，并把利益向最初发展、现在保护和推广的社区分享。

摩洛哥代表团说，第 1 条第(3)款比第 2 条详细得多。第 2 条仅提到土著和传统社区。在文件其他地方，当地社区、甚至人民或民族都被提及。因此，应当确保第 1 条第(3)款和第 2 条完全一致，措词做到标准化。

国内法

澳大利亚代表团指出，说明似乎显示，确定各种事项时有参照国内法的余地。它要求讨论这一点在这部分中得到反映的程度。

传统环境

澳大利亚代表团指出，要讨论的一个关键问题是，将传统环境与资格联系起来。它还指出，最后一句的措辞显示，传统保管人资格和受益人的辨认之间存在联系，这值得进一步讨论。

“Detienen” 还是 “poseen”

秘鲁代表团说，西班牙文版中说，保护因此应当对以该方式持有传统知识的土著和当地社区有益。该代表团认为，“detienen”一词在西班牙文中可能不是最合适的。它建议使用“poseen”一词。这可能是一个翻译问题，但它希望正式提出其倾向于使用“poseen”一词，而非“detienen”。

关于“保护”的建议

图拉利普部落的代表要求就增加该句的目的作出一定澄清。他再次提到一些社区可能无意分享知识或者与某人分享知识时双方认识不同的问题。问题是这是否被认为他们没有采取措施保护知识。保护这种词假设某人理解在共享或传递知识时发生些什么。大量土著人民从未与西方知识产权制度有过很多接触。他们不理解当知识被分享时，立即进入西方知识产权体系。它的命运最终将是进入公有领域。所以他认为不受限定地使用该词很有问题。

与第 3 条第(1)款的关系

摩洛哥代表团说，已经提到保护的受益人。该条的一开始必须绝对明确重点是哪些受益人。保护的受益人是谁，应当依照第 3 条第(1)款中已经决定的内容，因为在第 3 条第(1)款中提到了保护一词。应当非常明确的是，这些受益人将按第 3 条第(1)款的理解和定义得到保护。

具体传统知识的受益人

日本代表团提出下列问题：(1) 具体传统知识受益人的界线如何界定？(2) 对具体传统知识受益人有何客观要求？例如，是否需要一定生物联系，例如亲属关系？(3) 怎样为使用者确保具体传统知识受益人的可预测性？

一般性评论

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，一些传统使用是不成文的，因此可以根据要人的善意改变，这可能出现使整条受到破坏的危险。该条款因此一定要进一步深入研究。

第 3 条⁸⁵提供保护，禁止盗用和滥用⁸⁶

1. (a) 传统知识应受保护，[以免被盗用和滥用⁸⁷] 下列行为有商业目的，或者在传统知识的习惯或传统使用环境以外发生的，应予制止⁸⁸。
- (b) 凡以不正当或非法手段获得、占用、披露⁸⁹或利用传统知识的行为，均[应⁹⁰]构成[盗用和滥用⁹¹]行为。盗用和滥用⁹²行为亦[可]应⁹³包括⁹⁴传统知识的使用者明知或[因疏忽而]⁹⁵不知该知识是通过不正当手段获得或占用的，仍通过获得、占用或利用传统知识而获得商业利益的行为，及其他以违背诚实做法的方式从传统知识中获得不公平利益的商业活动。
- (c) 应当⁹⁶尤其提供法律手段，以防止以下行为：
- (i) 通过盗窃、贿赂、胁迫、欺诈、侵占、违约或诱使违约、失信或诱使失信、违背受托义务或其他信托关系、欺骗、误传、在为获取传统知识而征求事先知情同意时提供误导信息、不提供或提出重要信息⁹⁷或其他不正当或不诚实的手段，获得传统知识的行为；

⁸⁵ 原第 1 条和第 2 条。

⁸⁶ 印度尼西亚代表团。澳大利亚代表团指出，“滥用”是 CBD 中为制定一部有关遗传资源和相关传统知识获取及惠益分享国际制度的谈判案文草案中使用的词语。它用以指那些违反双方议定条款的行为，而“盗用”特指无事先知情同意的获取。它要求在本委员会中，就知识产权而非遗传资源相关传统知识的获取问题对这两个词的含义进行进一步讨论。赞比亚代表团指出，什么构成“滥用”，可能需要解释。

⁸⁷ 印度尼西亚代表团。澳大利亚代表团和赞比亚代表团要求做进一步讨论。见脚注 86。

⁸⁸ 摩洛哥代表团。

⁸⁹ 秘鲁代表团。

⁹⁰ 印度代表团。

⁹¹ 印度尼西亚代表团。澳大利亚代表团和赞比亚代表团要求做进一步讨论。见脚注 86。

⁹² 印度尼西亚代表团。澳大利亚代表团和赞比亚代表团要求做进一步讨论。见脚注 86。

⁹³ 喀麦隆代表团建议删除“可”。印度代表团建议把“可”改为“应”。

⁹⁴ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团建议把“均应构成盗用行为。盗用行为亦可包括”改为“均构成”。

⁹⁵ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。

⁹⁶ 印度代表团。[译注：英文由“should”改为“shall”。]

⁹⁷ 哥伦比亚代表团。

- (ii) 违反关于获取传统知识须以征得事先知情同意为条件的法律措施，而获得或使用⁹⁸ [控制]⁹⁹ 传统知识的行为，以及违反双方商定的作为获取传统知识的事先知情同意条件的条款，使用该传统知识的行为；
- (iii) 关于传统知识的归属或 [控制权] 使用¹⁰⁰ 的虚假主张或宣称，其中包括鉴于传统知识以及获取传统知识方面的任何条件，对该传统知识相关的客体应有的知识产权无效时，仍获得、主张或宣称拥有知识产权的行为；
- (iv) [获取传统知识并]¹⁰¹ 对传统知识进行商业或工业使用，凡有营利目的，并能为使用者带来技术或商业优势 [，而且根据使用者获得传统知识的具体情形以及，适用时，根据国内与国际 [制度]¹⁰² 立法¹⁰³， [本应给予传统知识持有人以公正、公平的补偿，] ¹⁰⁴] ¹⁰⁵ [却未给予该传统知识的公认的持有人以合理、适当的 [补偿] 利益分享¹⁰⁶] 侵犯传统知识持有人受承认的权利¹⁰⁷ 的行为；以及
- (v) 第三方以超出习惯范围以外并明显构成篡改、歪曲或诋毁性修改该知识 [而且] 而且/或者¹⁰⁸ [违反公共秩序或道德]¹⁰⁹ 的方式， [故意]¹¹⁰ 冒犯性地使用对持有人具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为 [。]；

⁹⁸ 哥伦比亚代表团。

⁹⁹ 哥伦比亚代表团。

¹⁰⁰ 哥伦比亚代表团。

¹⁰¹ 巴西代表团。美利坚合众国代表团评论说，该句的意思是讲明，如果有人独立创造出相同的知识，他将有权使用自己的独立创造。此外，它询问怎样处理传统知识不断演变的问题。

¹⁰² 巴西代表团。[译注：英文版脚注 106。]

¹⁰³ 墨西哥代表团。该代表团建议把“制度”改为“适用时，……立法”。[译注：英文版脚注 107。]

¹⁰⁴ 巴西代表团。

¹⁰⁵ 印度代表团。

¹⁰⁶ 巴西代表团。布隆迪代表团反对。[译注：英文版脚注 102。]

¹⁰⁷ 印度代表团。[译注：英文版脚注 103。]

¹⁰⁸ 哥伦比亚代表团。[译注：英文版脚注 109。]

¹⁰⁹ 墨西哥代表团。理由是，按该条目前的案文，第三方超出习惯范围以外，对具有特殊的道德或精神价值的传统知识进行主动、冒犯性的使用，只有在这种冒犯被视为违反公共秩序或道德时才能适用制裁。该代表团认为，所指的冒犯性使用由于对土著人民或社区的道德或精神领域的侵犯，以及对社区生活或认同所产生的影响，必须得到制裁。[译注：英文版脚注 110。]

¹¹⁰ 巴西代表团。[译注：英文版脚注 108。]

- (vi) 对涉及传统知识 [和] 和/或¹¹¹ 相关遗传资源, 但未公开这些知识和/或资源的起源国并提供关于事先知情同意和利益分享条件已在起源国得到满足的证据的发明授予专利权的行为。¹¹²
- (d) 传统知识持有人亦应得到有效保护, 以制止其他不正当竞争行为, 包括《巴黎公约》第 10 条之二所规定的各种行为。其中还包括关于某产品或服务是在传统知识持有人的参与下或经其同意制作或提供的, 或关于对有关产品或服务进行商业性利用有利于传统知识持有人的虚假或误导性陈述; 而且还包括具有与传统知识持有人的产品或服务产生混淆性质的各种行为, 以及在经营商业中损害传统知识持有人的产品或服务信用的虚伪说法。
- (e) 在适用、解释和实施制止盗用和滥用¹¹³ 传统知识行为的保护及其他受承认权利¹¹⁴ 时, 其中包括确定公平分享和分配利益时, 应尽量 [酌情] ¹¹⁵ 以尊重传统知识持有人的习惯做法、准则、法律和协议为指引, 其中包括该知识的传统起源所具有的精神、神圣或礼仪特点。
2. (a) 保护传统知识以防被盗用和滥用, [可以] 应当¹¹⁶ 通过多种法律措施进行, 其中除其他外, ¹¹⁷ 包括: 关于传统知识的特别法律, 知识产权法, 包括有关不正当竞争和不当得利的法律, 合同法, 包括民事侵权和赔偿责任在内的民事义务法, 刑法, 土著人民利益法, 渔业法和环境法, 关于获取和利益分享的制度, 或任何其他法律, 或上述法律的任何组合。[本款受第 8 条第(1)款的约束。]¹¹⁸
- (b) 此种保护 [不必采用专有产权的形式] 可以采用承认财产权的形式¹¹⁹, 但亦可 [酌情] ¹²⁰ 为传统知识持有人 [[个人] ¹²¹ [和] 和/或¹²² 集体] ¹²⁰ 提供此种权

¹¹¹ 哥伦比亚代表团。

¹¹² 巴西代表团。

¹¹³ 印度尼西亚代表团。澳大利亚代表团和赞比亚代表团要求做进一步讨论。见脚注 86。

¹¹⁴ 印度代表团。

¹¹⁵ 哥伦比亚代表团。

¹¹⁶ 印度尼西亚代表团。

¹¹⁷ 墨西哥代表团。

¹¹⁸ 俄罗斯联邦代表团。该代表团注意到第 3 条第(2)款(a)项称: “本款受第 8 条第(1)款的约束”。但是, 上述第 3 条第(2)款(a)项中列出的所有法律措施, 并非都可以根据第 8 条第(1)款的规定适用, 也即无需手续。例如, 第 3 条第(2)款(a)项提到的知识产权立法, 就单独的个人知识产权客体而言, 为向此类客体提供法律保护, 要履行具体手续, 尤其是注册。

¹¹⁹ 哥伦比亚代表团。

¹²⁰ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 122。]

利，包括通过现有的或经调整的知识产权制度，根据传统知识持有人的需求和选择、国内法律和政策以及国际义务，来提供此种权利。

[脚注接上页]

¹²¹ 厄瓜多尔代表团和委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。它们建议，关于第 3 条第(2)款(b)项知识持有人权利的范围，由于传统知识的集体性质，应当对“个人”一词进行审查。[译注：英文版脚注 120。]

¹²² 哥伦比亚代表团。[译注：英文版脚注 121。]

关于第 3 条的说明

提出第 3 条第(1)款的依据是，国际上一致认为不得盗用传统知识，为此必须提供某种形式的保护。现有国际和国内法律中已载有一些关于禁止盗用商誉、名声、诀窍和商业秘密等相关无形资产的准则。对于这些准则，可以将其视为属于更广泛的反不正当竞争法和民事责任的一部分，而未必需要像现代知识产权法的几个主要分支那样，明确规定不同的专有权利。第 3 条第(1)款将现有做法集中起来，并以现有法律框架为依据，为禁止盗用传统知识规定了一条普遍的原则，可以成为提供保护的共同参考点。

禁止盗用这一普遍性准则是分三个累积步骤阐述的。规定中首先提出了禁止盗用行为这一基本准则；其次，本条规定通过对盗用行为加以一般性、不完全的描述，进而阐述了“盗用”的性质；最后，条款中规定了应予制止的具体盗用行为。条款在行文结构(而非法律内容)上套用了《巴黎公约》一条规定(第 10 条之二)的结构，该条规定已被证明适用范围广，而且可以加以调整，因而催生了多种新形式的保护，例如地理标志保护和未披露信息的保护。对于传统知识保护具有重要意义的是，该条规定并未对无形物品规定专有产权。相反，该条规定对人类智力活动若干领域中的一些不正当行为加以禁止，但没有对为制止这些非法行为而保护的知识创建不同的私有产权。同样，本条规定的第 1 款中将盗用界定为不正当行为，应当加以禁止，但没有对传统知识规定垄断性财产权。

第 3 条第(1)款(b)项以笼统而且不完全的方式描述了盗用的性质。该款中通过突出不正当手段获取等字眼暗示其与反不正当竞争法之间的关联。同第 10 条之二一样，对于“不正当手段”一词，可以视国内法的具体法律环境，作出不同的定义。这样一来，各国在确定何以构成盗用行为时，便可以对各种国内和当地的因素加以考虑，尤其是土著和当地社区的观点和关注问题。由于对“盗用”的这种描述具有不完全的性质，因此“盗用”一词便可以成为一个总纲性词语和结构，将各类应予制止的不正当、非法和不公平行为均归于其下。

第 3 条第(1)款(c)项完整地列出了凡对这些原则所保护的传统知识从事的所有具体行为，这些行为一旦出现，起码应视为属于盗用的行为。本款允许采取诸多措施，作为国内法中的适当“法律手段”，禁止所列的各种行为，其主旨在于适用灵活性和综合性的指导原则。第 3 条第(1)款(c)项中的各不同项中列出了具体的盗用行为，其中包括：(i) 通过盗窃、贿赂、胁迫、欺诈、违约等手段获取知识产权的非法行为；(ii) 违反国家或地区措施中所要求的获取传统知识必须征得事先知情同意的原则；(iii) 违反传统知识防御性保护的措施；(iv) 在可以合理希望传统知识持有人分享利益的情况下，盗用传统知识的价值进行商业或工业使用的行为；以及(v) 故意冒犯性地使用对传统知识持有人具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为。本规定为各国采用各种不同的法律手段制止所列出的各种行为，提供了广泛的灵活性。在承认存在这一可能性的国家，其司法和行政机关也许只要直接借用这些原则即可，而无须颁布具体立法。“尤其”二字，让各国政策制定者可以自由选择将其他行为规定为盗用行为，并制定本国的盗用行为清单。举例而言，其中可以包括假冒、误传传统知识来源或未注明传统知识来源等行为。

第 3 条第(1)款(d)项通过澄清第 10 条之二所列出的各种具体不正当竞争行为亦可直接适用于传统知识主题，而对关于盗用行为的基本准则加以补充。根据发表意见的各方的请求，现已将本款扩充，以澄清反盗用行为的保护与《巴黎公约》第 10 条之二规定的保护之间的关系，并明确规定，传统知识持有人还可以额外受到保护，以制止对其制作或提供的产品或服务制造混淆和提出虚伪说法等误导性陈述的行为。

由于盗用的概念将需要在国内法中作出更详尽的解释，因此，第 3 条第(1)款(e)项表明，“不正当手段”、“公平利益”和“盗用”等概念，在特定情况下，应受传统背景和习惯理解的指导。传统背景和习惯理解既可以明显存在于社区的传统礼仪或惯例中，也可以已经编纂在习惯法律制度中。

从国内法层面上现有的传统知识专门保护措施，就已经可以看到，这方面存在着大量不同的法律形式和机制。如果本条款无意取代或替代各国家和地区在传统知识保护方面的现有选择，那么就必须将法律机制的这种多样性统统纳入这些国际标准中。同样，在采用国际标准时采取这一做法并不是什么新鲜事物。与第 3 条第(2)款类似的规定，在涉及各种不同保护领域的现有国际文书中，比比皆是。前面已举过的例子包括《华盛顿条约》、¹²³《巴黎公约》和《罗马公约》。¹²⁴ 第 3 条第(2)款适用了灵活性指导原则，以确保留有足够的余地让各国在传统知识持有人全面、有效参与的情况下进行磋商，并确保逐渐依法建立和实施保护机制。

据此，为了全面纳入现有的各种做法，并确保为国内政策发展留出适当余地，第 3 条第(2)款(a)项适用了灵活性和综合性的指导原则，并反映了已经实行传统知识专门保护形式的各国的实际做法。该款对各管辖区，尤其是非洲联盟、巴西、中国、印度、秘鲁、葡萄牙和美利坚合众国，目前所采用的大量法律保护办法予以承认，并让各国主管单位拥有最大限度的灵活性，以确定哪些适当的法律机制能最好地反映本国当地和土著社区的具体需求，而且与保护所适用的国家法律制度配套。该款套用了一项具有约束力的国际文书中的一条规定，即：《华盛顿条约》第 4 条。

第 3 条第(2)款(b)项明确表示，根据这些原则，并不需要为传统知识规定专有产权，因为许多传统知识持有人都认为对传统知识规定专有产权不合适。许多传统知识持有人关切地表示，为禁止盗用传统知识而采用的新的传统知识保护形式，不应对其所拥有的传统知识规定私有产权。相反，这些原则所提出的根本准则是，禁止第三方的盗用行为，从而禁止非法将传统知识私有化或商品化，其中包括以不当主张非法私有产权的方式来进行私有化或商品化。不过，正如委员会对一些参与者所建议的，对于利用其他法律原理制订有关这些问题的政策，这些原则未对其具体范围作出硬性规定。然而，由于若干国家已经专门规定可以对传统知识享有专有

¹²³ 《集成电路知识产权条约》(1989 年)(下称《华盛顿条约》)。

¹²⁴ 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约》(1961 年)(下称《罗马公约》)。

权，因此该款亦为这些专有权留出余地，但条件是，这些专有权必须符合传统知识持有人的需求和选择以及国家法律和政策及国际义务。

作出的评论和提出的问题

与政策目标和原则要素的关系

澳大利亚代表团指出，本条与工作文件中若干政策目标和原则的要素具体相关，特别是政策目标(v)和(viii)及原则(b)和(c)。这些政策目标和原则中有些要素值得进一步讨论，这将有助于对此种性质的任何案文如何发挥作用进行彻底分析。例如，与现行知识产权制度的关系或连接是什么，与国家和地方落实的灵活性有多大程度的一致，将对公有领域知识有何种影响，以及此种保护的哪些要素与知识产权制度具体相关，哪些要素无关。另外，案文非常复杂，或许可以对实际发挥作用的要素进行提炼，并分开考虑。此外，它指出，第 3 条第(1)款现有案文过于详细，规定性也过强，不符合第 3 条第(2)款以及灵活与全面的原则。此条也包含意义广泛的主观用语，如“不正当手段”和“违反诚实做法”，需要进一步审议和定义。原始工作文件中第 3 条第(1)款所阐述的一般性准则，反映了政策目标(viii)“制止不正当和不公平的使用”。该目标还指出有必要根据国家和当地的需求调整制止盗用传统知识的途径。关于此条的说明建立了若干要点。说明第二段指出，该部分的原始行文结构套用了《巴黎公约》第 10 条之二的结构。它质疑《巴黎公约》第 10 条之二对传统知识保护的适用性，要求就此要素进行进一步讨论。此外，如果政策目标(viii)是要为一部法律文书的一部分提供基础，那么可以指出，盗用的性质应当“以笼统而且不完全的方式”描述，使其成为一个兜底词语，可以放入各种不正当行为。与第 10 条之二相似，“不正当手段”可以根据国内法给出不同定义。但是，它指出，委员会第十五届会议上对本工作文件提出的许多建议，看上去似乎限制了成员国根据国家和当地需求调整途径的能力。因此，委员会可以进一步讨论政策目标(viii)，为该目标适当的案文形式提供指引。关于第 3 条第(1)款(b)项删除“因疏忽而不知”的修正建议，这把“制止不正当和不公平的使用”扩大到无过错行为上。这在何种程度上满足了政策目标(viii)，或者《巴黎公约》“诚实商业做法”的概念？关于第 3 条第(1)款(c)项第(vi)目，它注意到与政策目标(xi)“确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换”的关系。传统知识保护方面的事先知情同意问题，就其所知，在成员国之间没有协商一致。它要求就此方面一项有约束力的义务的适用性进行进一步讨论。

日本代表团、新西兰代表团和瑞士代表团提出，对政策目标和原则进行深入审查，是讨论实质规定的前提。

南非代表团指出，本文件中的保护目标过少。防止盗用不应是唯一的目標。传统知识保护应当扩大到其他领域，例如可持续发展、创新与研究促进以及保护精神权利。

瑞士代表团强调，防止传统知识盗用不应是传统知识保护的唯一方向。因此，其他政策目标对传统知识保护很重要，应当在传统知识保护的任何规定中有所反映。

德国代表团要求通过第 3 条第(1)款进一步澄清传统知识保护的目标与客体实际上应当是什么。它保留在这一上游问题得到足够澄清之后就其他实质性规定发表进一步评论的权利。这并不意味着它接受本文件附件中所载的实质条款是进一步讨论的唯一基础。

国际商会的代表指出，要对目标进行讨论。

图帕赫·阿马鲁指出，土著人民和当地社区是保护对象。

词汇表

西班牙代表团要求增加词汇表。

尼日利亚代表团指出，所有条文中的定义要明确，以便在所有问题和客体上保持清楚视角，因为有人注意到，一些代表团根据自己的感觉、解释和利益赋予某些词语自己的含义。

玛雅图奥尼克协会的代表要求增加词汇表。词汇表应当根据土著人民的视角或世界观来编写，并考虑获取、盗用、所有权等概念在土著人民的文化世界观中，尤其是在玛雅文化中有其他所指。

国际商会的代表指出，清楚的重要性在于，企业需要知道哪些能做，哪些不能做。

盗用的定义

喀麦隆代表团、摩洛哥代表团、尼泊尔代表团和尼日利亚代表团提出，应当给“盗用”下定义。

意大利代表团指出，第 3 条第(1)款(c)项中列出可能的盗用情况不必要。

尼日利亚代表团指出，第 3 条第(1)款具有限制性，因为传统知识保护不应仅基于盗用行为。应当对第 3 条第(1)款整条进行审查，以增加应当彻底保护的传统知识所有权利，包括经济权与精神权。

赞比亚代表团指出，与 TCE 相似，第 3 条第(1)款似乎仅规定了消极权利，因此可以增加积极权利。此外，除非打算让第 3 条第(1)款(c)项成为哪些行为构成盗用的定义，否则可能有必要增加定义。

国际商会的代表指出，盗用的概念看上去存在很大差异。盗用的概念，作为一个基本事项，应当通过遵守国家获取及利益分享法律，与适当的获取及利益分享思想联系起来。换言之，如果没有违反国家获取和利益分享法律，就没有“盗用”。在考虑国内法如何定义“盗用”的具体情况时，可以考虑下列情形：(1) 相关传统知识由传统持有人直接交给使用者；(2) 相关传统知识是否在别处未被人所知、披露或使用；(3) 使用相关传统知识的许可是否是至少从某些真正持有人处取得的；以及(4) 相互议定的利益分享条款是否存在，是否得到遵守。其他情形也可以考虑，但需要明确规则来确定哪些条件是基本的。有许多悬而未决的问题各国政府需要考虑。对传统知识的研究或非商业使用或出版，是否应当有特别条件？如果声称是传统

知识的信息已为公众所知或者正被其他——可能是无关的——土著人民使用，那么获取及利益分享法律是否仍然适用？怎样设计一套制度，让使用者知道已公布的信息可以自由使用(如同专利制度)？如果相关传统知识未被公开，是否应当与其他未公开专有信息一视同仁——例如，如果其是独立发展的，不能在使用上受到限制？

传统知识的定义

意大利代表团和尼泊尔代表团指出，传统知识的定义绝对必要。第 1 条第(2)款那样的定义不充分。

日本代表团、肯尼亚代表团、摩洛哥代表团和尼日利亚代表团指出，对于基本术语“传统知识”，成员之间没有清楚的认识，传统知识包括些什么不清楚。进入各条的实质讨论之前应当先处理定义。

挪威代表团指出，保护的客体到底是什么，要进一步澄清，也就是应当如何定义传统知识。

澳大利亚代表团指出，第 3 条第(1)款(c)项第(iv)目的规定性尤其很强，需要在传统知识的背景中进一步考虑，还要在遗传资源与传统知识关系的背景中更广泛地考虑。

日本代表团提出下列问题：(1) 什么应当属于“传统”的范围？例如，经过多少代才算“传统”？(2) 知识在其中得到共享和传承的社区，要被视为“传统”，有何要求？例如，在整个国家内部共享和传承的知识，能否被视作“传统”？(3) 怎样定义具体传统知识的范围，以便为这种知识的使用者和第三方确保可预测性？

赞比亚代表团指出，第 1 条给出的传统知识定义复制了其法律草案中的定义。

持有人和公认的持有人的定义

俄罗斯联邦代表团提出，“持有人”和“公认的持有人”要有定义：(a) 这些概念是同义词吗？(b) 如果不是，“公认的持有人”中包括持有人，有何理由？

巴西土著人知识产权学会(InBraPi)的代表说，文件全文都提到传统知识持有人，但只在第 1 条第(3)款中才明确表明土著人民和当地社区是这种传统知识的持有人。她建议，根据第 1 条第(3)款第(iii)项，把“土著人民和当地社区”放在“持有人”一词之前。

持有人的权利

意大利代表团提出，首先要做的，是对将承认持有人具有的权利进行定义，因为盗用意味着侵犯权利。

肯尼亚代表团代表认为，第 3 条第(1)款未说出给传统知识持有人什么权利，让持有人能够在权利遭到滥用时寻求法律救济。

印度代表团认为，第 3 条第(1)款应当开宗明义界定传统知识持有人的权利。第 3 条第(1)款给人的印象是，该文书只涉及针对盗用和滥用的保护。因此，所采用的办法十分狭窄，考虑到政策目标和总指导原则，尤为如此。它坚持，范围必须扩大，要么在该条中，要么另写一条。该条应当首先主张社区对传统知识的集体所有权。这将明确对传统知识的积极保护。按目前的样子，传统知识所有人没有像传统文化表现形式那样的积极权利。对传统知识采用不同做法，没有理由。此外，为防止盗用行为采取行动的法律基础没有明文写出，尽管文中有暗示。还应当明确社区对其传统知识所拥有的最低权利。这些权利应当包括对传统知识的集体所有权，对传统知识进行集体管理的权利，防止盗用的权利，坚持事先知情同意的权利，利益共享的权利，拒绝获取的权利以及承认传统知识来源的权利。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，持有人的义务的确与受承认持有人的义务不同，后者处于创造的起源，先辈根据当地或部落的习惯规则向其传授知识。持有人是可以使用知识，但按习惯规则可能不能转让知识的人。此外，他提到“知识的保管人”，他们不论其地位如何，负有保管人的权力，并有责任将知识传给下一代。列出的各种占用应当予以保留，不应视为限制性的。提到获取时，不可避免地出现商业问题。因此保留财务补偿的概念是正确的。在太平洋地区(新喀里多尼亚、斐济、瓦努阿图、萨摩亚、汤加、巴布亚新几内亚、所罗门群岛和库克群岛)，传统知识已成为一种通货。易货交易的传统体系正在衰退，被货币取代。

执 法

喀麦隆代表团询问，什么机构应当负责处罚。它还指出，第 3 条第(1)款(c)项中看不出法律手段应当由谁提供，向谁提供。

商业与非商业问题

肯尼亚代表团提出，关于传统知识的利用，第 3 条第(1)款包括的问题应当范围更大，不仅是传统知识的商业利用。

新西兰代表团提出商业与非商业盗用潜在区别的问题。它指出，第 3 条第(1)款为非商业盗用设置了比商业盗用更高的门槛。但是，政策目标(viii)力求“制止盗用传统知识及其他不正当的商业和非商业活动”。使用的效果具有冒犯性即应足够。

印度代表团说，盗用不应限于商业或工业使用，而应当是条约和国内法中所确定的一切使用。

生物殖民主义问题土著人民理事会(IPCB)的代表指出，保护的 legal 形式应当扩大到传统知识的商业和非商业使用，因为传统知识非商业使用经常导致滥用，而且在非商业条件下取得的传统知识可以轻易地转为商业使用。

公共秩序或道德

摩洛哥代表团指出，公共秩序或道德，国与国不同，“公共秩序或道德”的定义不清楚。

美利坚合众国代表团想知道，对公共秩序或道德概念的看法可能有很大不同，建立国际制度，在涉及道德时，怎么执行另一个国家的法律。

公有领域

挪威代表团指出，在受保护的传统知识与已成为公有领域一部分的知识之间找到恰当平衡尤为重要。公有领域的概念到底指什么，没有一致的说法。

瑞典代表团询问：(1) 期望的传统知识保护与已属于公有领域的知识之间有何关系？传统知识具有不固定于一个地方的性质，在何处确定有关的获取点？(2) 成员国怎样规划数据库中所含传统知识的保护？

日本代表团提出下列问题：属于公有领域的知识怎样处理，怎样定义这种意义上的公有领域？

InBraPi 的代表指出，公有领域的概念不能应用于传统知识。可以公开获得的传统知识应当与公有领域中的传统知识区别开。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，传统知识的公有领域和私有领域之间的界线很难划定。现在，每个人都在使用传统知识，以至于人们说“已成为公有领域一部分的知识”，因为每个人都知道。他认为，困难出现的原因是因为有时不可能确定哪一个人是知识的创造者。知识经常被归于一个部落或社区，而无法确定创作者。甚至“作者”一词的定义也与西方的定义不同，因为被称作作者的不是创造者(因此也是版权持有人)，而是另一个人(叔叔、部落、母亲等)。

公开要求

中国代表团认为，已经被传统环境之外的第三方获得的传统知识，对其开发利用应当符合事先知情同意和惠益分享原则，对其来源应以适当方式如实说明，尤其不得隐瞒、歪曲和篡改，以体现对于传统知识来源的尊重。

印度代表团说，公开要求应当适用于所有形式的传统知识，不应限于与遗传资源有关的传统知识。

国际商会的代表反对要求在专利中公开生物材料来源的具体文字修正。但是，欢迎专家对此提案进行充分讨论。

与《差距分析》的关系

澳大利亚代表团说,《差距分析》(WIPO/GRTKF/IC/13/5(B))显示,第 3 条第(1)款(c)项中的法律手段已经具有,尽管不完全(注意第 3 条第(1)款(c)项第(iv)目)。它想知道,这部国际文书在何种程度上填补了该分析中所指出的差距。

法律形式或措施

中国代表团建议,对于不可接受/违法的行为的制裁或处罚,应当包括与知识产权制度有关的法律后果,例如专利申请的驳回、无效等,还应包括民事、刑事等多种惩罚措施。制裁或处罚的设立既要充分满足对受损害方的补偿,对合法行为不致造成不合理的负担,也应当能够对违法行为产生足够的威慑力。

赞比亚代表团说,尽管各国可以选择适当的保护办法,但举例说来,成文法比“普通法”更可取。

非洲地区知识产权组织的代表指出,第 3 条第(2)款规定了可以用于保护传统知识的一系列法律形式或措施。但是,第 3 条第(2)款(a)项中说明的这些措施,主要涉及各种形式的现有知识产权法律工具,依据的也是该文书所要实现目标的理念,其目的是要防止盗用,这一目标已被指出并不充分或者过于有限。

专有权

澳大利亚代表团注意到一个观察员对专有权的下列评论,并希望对于集体权利相对于个人权利的各种具体问题作进一步讨论,作为在传统知识保护方面需要进一步讨论一个关键问题。

非洲地区知识产权组织的代表说,第 3 条第(2)款的说明暗示,传统知识持有人不要求为其传统知识建立专有权。这种理解与其在非洲传统知识持有人方面取得的经验不一致。多数持有人要求的是对其传统知识拥有集体权利,而不是第 3 条第(2)款(b)项所称的私有权或个人权。不授予权利,就无法采取有力措施。因此,他建议应当对本条进行大改,反映传统知识持有人的愿望,他们要求的是一种保护其传统知识的新型专有制度,而不是许多法律选项的集合。

与原则(d)的关系

澳大利亚代表团说,该条规定的前提是原则(d)“灵活性和综合性”。曾有人指出,在保护传统知识上采取灵活做法,有助于确保有适当机制来满足土著人民的各种需求,并确保在这些需求与维持稳定的投资框架之间实现适当平衡。这种灵活性也应扩展到对成员国法律制度多样性的尊重。

观察员提出的文字建议

生物殖民主义问题土著人民理事会的代表建议在第 3 条第(1)款(b)项第四行“商业”一词后增加“或非商业”。

InBraPi 的代表一个观察员建议在第 3 条第(1)款(c)项第(ii)目第一行“事先知情同意”前边增加“土著人民及当地社区、传统知识持有人的”。

萨米理事会的代表建议，关于第 3 条第(1)款(b)项，删除“以不正当或非法手段”，改为“未经发展传统知识的土著人民或社区的自由、事先知情同意”。他还建议，将“获得、占用或利用传统知识”改为“未经发展传统知识的土著人民或社区同意，利用已进入公有领域的传统知识”。

华盛顿图拉利普部落的代表建议，在第 3 条第(1)款(c)项第(v)目中，在“公共秩序或道德”前增加“土著人民和当地社区的”。

图帕赫·阿马鲁的代表建议，第 3 条第(1)款(a)项英文版中的“shall”应当改为“should”。关于第 3 条第(1)款(b)项，他建议将“可包括”改为“亦包括”。将英文版第三行“from”改为“through”，并将该款第二行“传统知识的使用者明知”改为“传统知识的使用者或各使用者明知或应当知道”。关于第 3 条第(1)款(c)项，他建议在“防止”一词后增加“并制裁”。关于第 3 条第(1)款(c)项第(i)目，他也建议在最后一行“获得”后增加“和非法占用”，并在“盗窃”一词后增加“包括诉诸暴力”。第 3 条第(1)款(c)项第(ii)目中，他建议在“获得”后增加“占有”，并在“违反”后增加“现有立法”。在第 3 条第(1)款(c)项第(iii)目中，他建议将措词改为“没有法律基础的主张”。他指出第 3 条第(1)款(c)项第(v)目应当重写，因为西班牙文案文不明确。他建议应当用“违反土著人民传统权利”来取代“道德”的概念。他建议在第 3 条第(1)款(d)项中增加“土著人民和当地社区”，并在第 3 条第(1)款(e)项增加“土著人民和当地社区的习惯法”。

国际商会的代表建议从第 3 条第(1)款(b)项中删除“或利用”。他建议在“以不正当或非法手段”之前增加“违反国家获取和利益分享法律”。他还建议在“以不正当或非法手段”之后增加“未取得事先知情同意而且未就获取及因利用传统知识而出现的利益共享达成双方商定的条款”。他建议彻底删除第 3 条第(1)款(c)项。关于第 3 条第(1)款(e)项，他建议在“盗用”之前增加“第 1 款所规定的”。他还建议在第 3 条第(2)款(a)项中，在“盗用”之前增加“第 3 条第(1)款中规定的”。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表建议在第 3 条第(1)款(b)项中把“通过不正当手段……占用”改为“通过不正当手段……获取”。他说，该款应当予以加强，使之适用于知晓在未询问是否是合法获取的情况下利用传统知识或者尽管对传统知识的获取合法性存有疑虑而仍然加以利用的任何人。建议第 3 条第(1)款(c)项另加一目：“(vii)使用暴力或侵略手段，以欺诈方法尝试对传统知识进行盗用、非法获取或获取，以进行商业使用，给行为者带来经济收益

或某些利益，或者是为了对该知识进行贬损性使用”。就第 3 条第(2)款中“个人”一词的含义问题，他同意厄瓜多尔代表团和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团的意见。

东南土著人民中心的代表建议从第 3 条第(1)款(a)项中删除“有商业目的，或者在传统知识的习惯或传统使用环境以外发生的，”。关于第 3 条第(1)款(c)项第(i)目，她建议在“或其他不正当或不诚实的手段”之前增加“间谍手段”，并在最后增加“或者通过暴力、绑架、关押、奴役、劫持人质、使用药物、强奸、性虐待、身体/心理虐待、饥饿、纵火、酷刑、摧毁生态体系或者威胁进行上述行为”。她解释说，必须保护传统知识不遭受间谍行为，以便他们可以自由传承和发展传统知识，不用担心盗窃和滥用。土著人民/民族需要在没有殖民势力存在的情况下讨论和行使其传统知识。出于这个原因，土著人民/民族需要针对那些声称在其不知道或不同意情况下获取传统知识是为了维护、保存、教育或科学目的者得到特殊保护。关于第 3 条第(1)款(c)项第(ii)目，她建议在“法律措施”之前增加“土著和国际”。关于第 3 条第(1)款(c)项第(iv)目，她建议在“国内与国际制度”之前增加“土著”。关于第 3 条第(1)款(c)项第(vi)目，她建议把第二行中的“国”改为“人民”，把“在起源国”改为“在人民处”。关于第 3 条第(2)款(a)项，她建议在“关于传统知识的特别法律”之前增加“土著法律”，在“上述法律的任何组合”之后增加“包括《联合国土著人民权利宣言》和《生物多样性公约》及《可持续发展公约》”。关于第 3 条第(2)款(b)项，她建议在“国内法律和政策”之前增加“土著”。

观察员的其他提案

非洲知识产权组织 (ARIPO) 的代表提交了《非洲地区知识产权组织传统知识议定书》的相关规定，内容如下：

“授予传统知识持有人的权利

- 7.1 本议定书向第 6 条所称权利人授予授权利用其传统知识的专有权。
- 7.2 此外，权利人应当有权防止任何人未经其事先知情同意利用其受保护的传统知识。
- 7.3 本《议定书》中，提及受保护的传统知识时，“利用”一词是指下列任何行为：
 - (a) 传统知识为产品的：
 - (i) 在传统范围以外生产、进口、许诺销售、销售或使用产品；
 - (ii) 为在传统范围以外许诺销售、销售或使用产品而占有产品；
 - (b) 传统知识是方法的：
 - (i) 在传统范围以外使用方法；
 - (ii) 对使用方法直接产生的产品进行本款(a)项中所指的行为。”

第 4 条¹²⁵

事先知情同意原则，[公正] 直接¹²⁶和公平分享利益以及对知识持有人的承认

[1. (a) 在遵守本原则及[相关] 可适用的¹²⁷国家法律的前提下，事先知情同意或批准和参与¹²⁸的原则[应] 应当¹²⁹适用于一切从[传统知识的传统持有人] 第 2 条中定义的受益人¹³⁰手中获取和使用¹³¹ 受保护¹³²传统知识的行为。

(b) [传统知识持有人] 第 2 条中定义的受益人¹³³ [[应当] 应¹³⁴] ¹³⁵享有对传统知识的获取给予事先知情同意或批准和参与¹³⁶的权利，或按可适用的国家立法的规定核准或拒绝¹³⁷ 适当的指定¹³⁸国家主管单位给予此种同意的权利，对于无法归属于一个社区，也不限于一个社区的，为国家法律所确定的国家主管单位¹³⁹。

¹²⁵ 原第 7 条和第 6 条。

¹²⁶ 巴拿马代表团。“公正”一词与直接参与权或直接分享权有些抵触，因为土著社区不能直接获取这些利益。因此该代表团建议把“公正”改为“直接”。

¹²⁷ 墨西哥代表团。安哥拉代表团代表非洲集团反对。[译注：英文版脚注 132。]

¹²⁸ 加拿大代表团。该代表团说，这些术语在知识产权背景下一般有更好的理解。它建议，关于事先知情同意的任何条款都要有灵活性，允许各国根据国内法、政策和措施酌情予以落实。[译注：英文版脚注 127。]

¹²⁹ 印度代表团。[译注：英文版“should”改为“shall”。英文版脚注 128。]

¹³⁰ 美利坚合众国代表团。该代表团建议给受益人群体下定义，然后始终使用相同术语。“第 2 条中定义的受益人”可能不是最好的措辞，但寻找的术语应当前后一致，可以参照受益人的定义。它还指出，第 4 条第(1)款(a)项使用了“传统持有人”，而第 4 条第(1)款(b)项使用的是“传统知识持有人”。整个文件可以使用前后一致的词语。

加拿大代表团赞同。[译注：英文版脚注 131。]

¹³¹ 哥伦比亚代表团。[译注：英文版脚注 129。]

¹³² 美利坚合众国代表团。该代表团指出，它在传统文化表现形式和传统知识两方面一直反复讨论的要点之一，就是承认有些受保护，有些不受保护。并且它希望把二者区别开。[译注：英文版脚注 130。]

¹³³ 美利坚合众国代表团，见脚注 130。

加拿大代表团赞同。

安哥拉代表团代表非洲集团反对。

¹³⁴ 比利时代表团。安哥拉代表团代表非洲集团反对。[译注：英文版“shall”改为“should”。]

¹³⁵ 哥伦比亚代表团。

¹³⁶ 加拿大代表团。见脚注 128。

¹³⁷ 哥伦比亚代表团。该代表团说，这是要求获取资源时社区拥有的特权。它们可以给予，也可以拒绝。

¹³⁸ 哥伦比亚代表团。

¹³⁹ 印度代表团。

- (c) 用于执行事先知情同意或批准和参与¹⁴⁰原则的措施和机制，[应]应当¹⁴¹易懂、适当[[而且对[所有相关的利益攸关者尤其是]¹⁴²传统知识持有人[都]¹⁴²不造成负担]¹⁴³；应确保清楚、具有法律确定性；并应规定经双方议定的关于公平分享因征得同意后使用此种知识所产生的利益的条款]¹⁴⁴。]¹⁴⁵

传统知识的受益人之间或受益人与使用者之间出现争议时，每一方均有权将问题提交给一个受国际法和/或国家法律承认的独立、公认的替代性争议解决机构。^{146 147}

事先知情同意和利益分享

获取土著人民或当地社区持有的传统知识，需要取得其事先知情同意。对此种知识的使用，应当遵守给予同意时规定的条件。这些条件除其他外可以默示，因使用知识而产生的利益应当与持有人分享。¹⁴⁸

2. [保护应反映公平兼顾传统知识的发展、保存和维持者(即传统知识持有人)的权益与传统知识的使用和受益者的权益这一需求。]¹⁴⁹

¹⁴⁰ 加拿大代表团，见脚注 128。

¹⁴¹ 印度代表团。[译注：英文版“should”改为“shall”。]

¹⁴² 印度代表团。

¹⁴³ 哥伦比亚代表团和比利时代表团。

¹⁴⁴ 哥伦比亚代表团。该代表团对于执行事先知情同意原则的措施和机制应当按双方议定的条款进行表示关注。存在不同的两步：(1) 事先知情同意，(2) 双方议定的条款，这基本上是一个谈判过程，有可能达不成协议。

安哥拉代表团代表非洲集团反对。

¹⁴⁵ 新西兰代表团。该代表团建议删除关于事先知情同意的条款，修订关于“提供保护，禁止盗用”的条款，在其中处理事先知情同意的概念，该条将处理保护范围。

¹⁴⁶ 如 WIPO 仲裁与调解中心。

¹⁴⁷ 欧洲联盟及其成员国代表团。该代表团说，案文取自 CBD，解决该问题有不同可能性。

¹⁴⁸ 挪威代表团。该代表团提出了一项新的备选条款。它解释说，其目的是所提出的条款应当同时涉及从持有人那里获取知识时的事先知情同意和利益分享。也要有条款处理从持有人以外的其他来源获取受保护传统知识时的这些原则。

¹⁴⁹ 加拿大代表团。该代表团反复重申兼顾传统知识持有人和社会利益的重要性。拟议案文将反映其对广大社会的利益和保护公有领域的关注。

澳大利亚代表团和美利坚合众国代表团赞同。

澳大利亚代表团也认为关于承认传统知识具体特征的原则(i)很重要。

美利坚合众国代表团说，兼顾各方利益的概念对所有财产形式都重要，不论是物质财产还是传统知识产权。

赞比亚代表团、印度代表团和玻利维亚（多民族国）代表团反对。

(a) [[保护第 1 条第(3)款所述的土著和当地人民的¹⁵⁰ 传统知识为] [根据第 1 条第(3)款保护传统知识时,]¹⁵¹ 传统知识持有人 [或保管人]¹⁵² [带来]¹⁵¹ 的应享

[脚注接上页]

赞比亚代表团说，委员会正在努力制定的文书是专门文书。它不一定属于知识产权制度，在知识产权制度中必须在产权的使用者和拥有者之间做到平衡，因此它建议兼顾各方利益的整个思想可能放错了地方。有些社区有这种思想。它们可以想怎么做就怎么做。

印度代表团说，传统知识持有人的权利是什么，应当有清楚定义，这种定义将顾及到兼顾各方利益。加入的这一段不应当在一部法律文本中作为实质性条款。它应当属于指导原则。这整个问题实际上都需要进一步审查，因为只有权利建立了，才能建立兼顾各方利益。权利在案文中根本没有定义。

玻利维亚（多民族国）代表团认为，将其改为引言形式可能有用。

¹⁵⁰ 巴拿马代表团。

¹⁵¹ 美利坚合众国代表团。该代表团建议删除“保护传统知识为”，改为“保护传统知识时，”。因此为“保护传统知识时，传统知识持有人的应享利益应包括……”。

赞比亚代表团、印度代表团、玻利维亚（多民族国）代表团、南非代表团、也门代表团和秘鲁代表团反对。

赞比亚代表团说，传统知识是这些社区拥有的东西。因此它们确实有财产权。如果享受利益要以保护为条件，这很难理解和接受。如果某人有财产，那么他或她作为该财产的所有者，有多种财产权。享受某人自由财产的利益，不能以使其受保护为条件。

印度代表团说，这肯定没有考虑现有传统知识不同类型。

也门代表团支持删除“受保护的”一词，因为删除后土著人民将继续受益于一定程度的保护。

美利坚合众国代表团答复说，它建议增加“受保护的”一词的目的，不是要给土著当地或传统社区增加新的义务，而是要与第 1 条第(3)款和第 2 条建立明确联系。第 1 条第(3)款规定了受保护的资格。第 2 条称作“保护的受益人”。第 1 条第(3)款明显是定义了法律保护的对象。由于委员会正在努力制定的文书表达了新的法律准则，因此有连贯性和可理解性非常重要。如果主要分歧是第 4 条第(2)款与第 1 条第(3)款和第 2 条没有关系，那么该代表团谨表示不同意见，并对委员会建议说，这不是拟定国际法律准则内容的正确方式。

赞比亚代表团澄清了美利坚合众国代表团的答复。它确实认为，没有权利是绝对的，即使是生命权。如果要尊重兼顾各方利益的权利，那么问题是正在讨论的是什么样的兼顾各方利益。例如，如果有人有辆车，很明显他或她可以驾驶它。另一人走过来，把车拿走随意使用，不能给他或她强加上对车进行保护并享受利益的责任。知识产权制度的一项根本就是在社会和这些资源之间建立平衡。但它认为这种办法不是正确的办法，委员会正在努力解决的，是一种新的思想，但是从知识产权制度中借用则是另一回事。它认为，这些资源属于拥有它们的人民，它们是他们的财产。必须要澄清要做到的是什么样的兼顾各方利益。

秘鲁代表团不能理解提到第 1 条第(3)款，因为该句可能被错误解释。它的理解是，传统知识持有人必须遵守才能保护其传统知识。

巴西代表团认为，“受保护的”一词不必写入，并要求提及第 1 条第(3)款。因此该代表团想知道能否保留目前的句子，并提及第 1 条第(3)款。

美利坚合众国代表团说，如果不建议增加该语言，那么该段将要么是“保护第 1 条第(3)款所述的传统知识……的应享利益”，要么是“根据第 1 条第(3)款保护传统知识时”。这将在这些条文之间提供适当的连贯联系。

利益 [，]¹⁵¹ 可以 [应¹⁵³] [根据国内法，]¹⁵⁴ 包括 [公正] 直接¹⁵⁵ 和公平地分享因对传统知识进行 [商业和工业使用] 工业营销¹⁵⁶ 而产生的利益。]对传统知识的保护，包括公正和公平地分享因对传统知识进行使用而产生的利益，目的是尊重传统知识体系，为土著人民和当地社区保存、保护和维护其传统知识体系提供激励。¹⁵⁷

- (b) 为 [非商业性] 非营利性¹⁵⁸ 目的而使用 [受保护的] ¹⁵⁹ 传统知识， [应只] 可以¹⁶⁰ 产生 [合理的¹⁶¹ 非货币性] ¹⁶² 利益，例如获得非营利性¹⁶³ 研究成果以及让 [受保护的] ¹⁶⁴ 传统¹⁶⁵ 知识¹⁶⁶ 的持有人 [或保管人] ¹⁶⁷ [来源社区] 参与研究和教育活动。

[脚注接上页]

¹⁵² 墨西哥代表团。俄罗斯联邦代表团赞同，因为传统知识的持有人或保管人将有权分享传统知识的利益。瑞士代表团反对。理由是，在第 1 条第(3)款第(iii)项，社区是“通过保管、监护、集体拥有或文化责任……持有该传统知识的”。因此，“保管”仅是持有传统知识的一种形式，不是不同的东西。

¹⁵³ 印度代表团。

¹⁵⁴ 澳大利亚代表团。玻利维亚（多民族国）代表团和南非代表团反对。玻利维亚（多民族国）代表团说，需要的是利益分享的全球环境，可以看出国内法实际上是如何表示全球框架的。南非代表团说，作为一项国际准则，不出现国内法的相关性。[译注：英文版脚注 156。]

¹⁵⁵ 巴拿马代表团。见注 126。[译注：英文版脚注 154。]

¹⁵⁶ 巴拿马代表团。[译注：英文版脚注 155。]

¹⁵⁷ 瑞士代表团。瑞士代表团指出，政策目标(iv)在实质性条款中没有得到适当反映，因此它建议重写第 4 条第(2)款第一项。

¹⁵⁸ 巴拿马代表团。[译注：英文版脚注 159。]

¹⁵⁹ 美利坚合众国代表团。赞比亚代表团、印度代表团、玻利维亚（多民族国）代表团、南非代表团、也门代表团和秘鲁代表团反对。见注 151。[译注：英文版脚注 158。]

¹⁶⁰ 哥伦比亚代表团。

¹⁶¹ 澳大利亚代表团。

¹⁶² 南非代表团。理由是这引入了一项条件，有限制性。

¹⁶³ 南非代表团。该代表团说，关于“非营利性目的”，看上去获得研究使研究需要被营销以及非营利性研究的问题未被涉及。因此，如果不专门说明也可能产生营利性研究机会的研究，不加以涉及，是连贯的。

¹⁶⁴ 赞比亚代表团、印度代表团、玻利维亚（多民族国）代表团、南非代表团、也门代表团和秘鲁代表团。见注 151。[译注：英文版脚注 165。]

¹⁶⁵ 美利坚合众国代表团。增加的内容是“受保护的”传统”。[译注：英文版脚注 166。]

¹⁶⁶ 墨西哥代表团。该代表团建议把“来源社区”改为“知识的持有人或保管人”。[译注：英文版脚注 167。]

¹⁶⁷ 瑞士代表团。见注 152。[译注：英文版脚注 164。]

- (c) 除传统知识的持有人以外¹⁶⁸对传统知识进行超出其传统范围的使用者，应说明来源，注明持有人，并以尊重和承认持有人的[文化]¹⁶⁹价值的适当¹⁷⁰方式使用该知识。
- (d) [应] 应当¹⁷¹提供法律手段，根据其性质，¹⁷²在出现未按第 4 条第(2)款(a)项和第 4 条第(2)款(b)项的规定[公正]直接¹⁷³和公平地分享利益的情况时，或在知识持有人未按第 4 条第(2)款(c)项的规定得到承认的情况时，为[受保护的]¹⁷⁴传统知识的^{175 176}持有人提供补救办法。
- (e) 在分享因利用[受保护的]¹⁷⁷传统知识而可能产生的利益中，[当地社区内部的]习惯法和持有人[或保管人¹⁷⁸]的¹⁷⁹规范体系可以发挥重要的作用。

¹⁶⁸ 美利坚合众国代表团。

¹⁶⁹ 瑞士代表团。政策目标(i)列出了传统知识持有人拥有的若干价值。政策目标(ii)列出了传统价值本身的重要价值——不仅是文化价值，还有例如社会、精神和生态等价值。它因此想，这些价值也应当写入，或者，删除“文化”一词。[译注：英文版脚注 170。]

¹⁷⁰ 澳大利亚代表团。[译注：英文版脚注 169。]

¹⁷¹ 印度代表团。[译注：英文版脚注 172。]

¹⁷² 巴拿马代表团。[译注：英文版脚注 171。]

¹⁷³ 巴拿马代表团。见注 126。[译注：英文版脚注 176。]

¹⁷⁴ 赞比亚代表团、印度代表团、玻利维亚（多民族国）代表团、南非代表团、也门代表团和秘鲁代表团。见注 151。

¹⁷⁵ 美利坚合众国代表团。[译注：英文版脚注 173。注 175 和 176 涉及英文语序调整，中文不受影响。]

¹⁷⁶ 美利坚合众国代表团。[译注：英文版脚注 175。见注 175 译注。]

¹⁷⁷ 美利坚合众国代表团、赞比亚代表团、印度代表团、玻利维亚（多民族国）代表团、南非代表团、也门代表团和秘鲁代表团反对。见注 151。[译注：英文版脚注 179。]

¹⁷⁸ 墨西哥代表团。该代表团反对将“当地社区内部的”改为“和持有人或保管人的规范体系”。[译注：英文版脚注 177。]

¹⁷⁹ 瑞士代表团。见注 152。[译注：英文版脚注 178。]

关于第 4 条的说明

适用事先知情同意的原则，是关于传统知识保护的政策辩论和现有措施中的一个中心议题。第 3 条第(1)款中关于盗用传统知识的扩大概念中将违反需要获得事先知情同意的法律措施的行为亦包括在内。事先知情同意，在委员会某些成员看来，是一项重要的法律原则，另一些成员认为是一种“宝贵的做法”。从根本上讲，这一原则要求，在获取之前，即外部人员首次获取某社区持有的传统知识之时，需要征得持有该知识的社区的正式同意。国内法规定，传统知识的使用者和提供者之间需要订立合同或使用许可协议，其中载有双方同意的条款；在此基础上，才允许获取传统知识。这一原则已被广泛地通过使用许可、合同制度或专门法规来落实。

第 4 条第(1)款(a)项中所提出的一般性原则规定，在有可能使用传统知识时，不仅应当通知传统知识持有人，而且还应征得其对拟议使用的同意，以此作为首次获取其传统知识的条件。第 4 条第(1)款(b)项提出了事先知情同意原则的作用和责任，但在如何根据国内法律制度、利益攸关者的需求和保管结构适用该原则方面，却留有灵活余地。第 4 条第(1)款(c)项规定了适用事先知情同意原则的各种机制的基本特点，并将“保护应当有效而且易于获取”这一指导原则适用于事先知情同意机制，以确保此种机制在法律上的确定性和适当的均衡性。该款要求，事先知情同意亦应包括规定经双方议定的关于使用和分享因这一使用而产生的利益，从而将该款与公平利益分享明确挂起钩来。

第 4 条第(1)款承认并顾及对事先知情同意采取的各种不同的现有做法，而且仅规定应当适用这一原则。在实践中，事先知情同意制度可能需要遵循国际上已经提出并议定的一些基本原则¹⁸⁰，例如，必须具有法律上的确定性和明确性；尽量减少获取程序中的手续费；确保对获取所规定的限制必须透明，而且有法律依据。然而，从这些原则来看，只要适用了基本原则，对于究竟采取何种准确办法加以适用的问题，鉴于现有传统知识法律数量很多而且互不相同，传统知识持有人的需求以及保管结构也不相同，因此本款规定将其留给传统知识所在国的国内法去解决。

盗用传统知识的行为，可以包括通过使用传统知识而获利，特别是获得商业利益，而未给予传统知识持有人以公平待遇的行为。这基本符合人们所表达的关于传统知识不应成为他人以不正当手段致富的来源，或不应让第三方获得不公平的利益这一关注。因此，要认真制订保护传统知识以免其被盗用的制度，就可能需要为公平分享因使用传统知识而获得的利益规定绝对的标准。通过此种公平的利益分享，也可以实现“承认传统知识的价值”、“确保尊重传统知识和传统知识持有人”以及“促进公平的利益分享”(上文第(i)、(ii)和(xi)项目标)等政策目标。

¹⁸⁰ 参见第六.C.1 条(“事先知情同意制度的基本原则”)，《关于获取遗传资源以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的利益波恩指导原则》(第 VI/24A 号决定，附件)。

因此，第 4 条第(2)款是对一般性地介绍盗用行为(上文第 3 条第(1)款)时笼统提及公平利益分享的一种补充，并涵盖商业性或非商业性使用。按照国际上议定的与生物多样性相关的传统知识方面的指导方针，利益分享的基本原则可以：(i)涉及货币性和非货币性利益，以及(ii)为不同使用作出不同的合同安排。¹⁸¹ 因此，第 4 条第(2)款对商业性和非商业性使用传统知识之间加以区分，并为这些使用规定了不同的利益分享原则。

第 4 条第(2)款(a)项规定了传统知识持有人应有权分享因对其传统知识进行商业和工业使用而产生的利益。本款在措词上争取做到让传统知识持有人，即传统和当地社区，能直接分享利益。

对比第 4 条第(2)款(a)项来看，第 4 条第(2)款(b)项涉及的是以非商业方式使用传统知识的情况，并承认，对于此种使用，可以仅通过非货币性方式进行利益分享。本款说明性地列举了可以分享的非货币性利益，即：获得研究成果以及让传统知识的来源社区参与研究和教育活动。其他一些例子还有：机构能力建设、获取科技信息以及因签订获取和利益分享协议以及随后开展的合作活动而产生的机构和职业联系。

第 4 条第(2)款(c)项涉及对传统知识持有人的承认问题，并具体规定，使用者应说明传统知识的来源，并注明持有人。本款还规定，使用传统知识时应尊重和承认传统知识持有人的文化价值。

第 4 条第(2)款(d)项明确规定，出现未遵守第 4 条第(2)款(a)项和(b)项规定的情况时，应向传统知识持有人提供民事司法程序，以确保其获得公平的补偿。其中还具体规定了习惯法和礼仪在利益分享中可能发挥的作用，即：“在分享”因获取传统知识“而可能产生的利益中，当地社区内部的习惯法可以发挥重要的作用”。

作出的评论和提出的问题

与政策目标的关系

澳大利亚代表团指出，与第 4 条第(2)款中所述的各项原则一样，第 4 条第(1)款具体关系到总指导原则(e)“公平和利益分享原则”，指出该原则要求保护应当尤其尊重传统知识持有人对获取其传统知识表示同意或不同意的权利。它还指出，这是一项与遗传资源相关传统知识具体有关的 CBD 义务。它不支持在任何情形下无约束的自由与事先知情同意原则，但确实承认在影响土著人民的决定上应当尽可能与他们协商。它支持就自由、事先和知情同意可能是现实、可能与可取的各种环境开展进一步讨论，以及与那些有这种制度的成员国交流在其实际效果和落实方面的经验。该代表团指出，第 4 条第(2)款引出了若干重要问题。政策目标(xii)显示，保护传统知识，应当促进公平分享利益。尽管就这项政策目标的适用性没有达成协商一

¹⁸¹ 参见第四.D.3 条(“利益分享”)，《关于获取遗传资源以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的利益波恩指导原则》(第六/24A 号决定，附件)。

致，但引出了若干问题。具体问题包括政策目标(xii)与总指导原则(g)“尊重其他国际和地区文书和程序并与其开展合作的原则”及原则(e)所说“公平兼顾传统知识的发展、保存和维持者的权益与传统知识的使用和受益者的权益”之间的关系。具体而言，考虑到知识产权制度在公有领域方面的重要平衡，该条规定对传统知识保护提出了一个关键问题。这种平衡是一个关键问题，需要进一步审议。

加拿大代表团响应瑞士代表团就第 4 条第(2)款所述有关促进尊重方面政策目标(i)重要性的话。它认为，阅读第 4 条第(2)款时要结合该目标，而且它也增加了关于承认价值的政策目标(ii)的重要性。

关于加拿大代表团提出的平衡问题，萨米理事会的代表认为，如果这是制定该文书的某项目标，那么应当在目标的前言段落中讨论。但如果这是可操作段落的一项原则，那么如果要有平衡的话，应当界定这种平衡，哪些权利适用于传统知识应当明确说出。不必在实际操作性案文中作为一项原则重述。

日本代表团说，即使保护传统知识的目的是为了纠正经济发展上的不平等和提供新的财源确保某些社区的可持续发展，但尚未证明授予传统知识权利是实现这一目的的一种适当办法。该代表团想知道，利益由传统知识使用者分享，怎样才能公正地分配给所有适当的受益人。该代表团指出，如果保护传统知识激励产生未来发明，让第三方使用受保护的客体作出有效率的开发，那么考虑到权利人的利益和公众利益之间的平衡，无限期保护传统知识不适当。

与第 6 条的关系

澳大利亚代表团指出，第 6 条中的排除允许国家主管机关从事先知情同意原则中排除对已经可以为公众方便获得的传统知识的公平使用，条件是该传统知识的使用者为该传统知识的工商业使用提供公平补偿。在国内情况下这怎样在现实中实现，值得进一步讨论。欢迎与那些已经实行处理这一问题的专门保护制度国家交流经验。

有能力的代表

日本代表团提出下列问题：没有明确的决策机制或社区代理制度，找出有资格授予事先知情同意的正确人选是否可行？考虑到没有明确决策机制或社区代表制度的相同事实，国家能否合法地代表所有适当受益人的福利和利益行事？针对这些问题，该代表团提出了补充解释。首先，它认为，获取事先知情同意的过程缺乏透明度，给潜在使用者造成了不确定性，不利于传统知识的使用。因此，程序透明是事先知情同意的一个先决条件。该代表团就授予传统知识事先知情同意的机制提出问题，并说对这些问题的回答对于进一步阐述至关重要。

传统知识的来源

美利坚合众国代表团询问，关于第 4 条第(2)款(c)项，传统知识超出原始范围使用，然后又用其他方式进一步使用，如果第一次使用注明了传统知识的来源，那么第二步和以后的使用是否提及上一步来源即可。它还询问，注明来源时，为避免错误标注实际来源，后面各步需要进行何种研究。

传统知识的定义

日本代表团提醒注意文件 WIPO/GRTKF/IC/17/5 英文版第 35 页和第 37 页中提到的其有关传统知识定义的问题。如果对保护的客体范围没有清楚、共同的认识，事先知情同意将给知识的潜在使用者带来不必要的负担，给创新造成负面影响。它期待着专家们在即将举行的闭会期间工作组上为这些问题提出见解。

社区的使用

印度代表团说，哪些使用需要事先知情同意，也必须清楚说明，也就是所有使用，但与社区有关的使用除外。

对第 4 条第(1)款的一般性评论

赞比亚代表团说，第 4 条第(1)款也可以接受，除了似乎没有关于发明中使用的遗传资源和/或相关传统知识来源披露的规定。

挪威代表团支持由土著人民或当地社区持有的传统知识只有在取得其事先知情同意的情况下才能获取和使用的原则。事先知情同意原则和利益分享原则有强烈关联。因此，这两项原则应当在同一条中一并处理。第 4 条第(1)款应当简化，让事先知情同意原则得到清楚确立。按该条目前的样子，它还含有关于目标的条款，不应当是这一实质条款的内容。

印度代表团认为，在事先知情同意方面应遵循的原则是，传统知识的使用者应当有取得事先知情同意的有约束力的义务。第二，哪些使用要有事先知情同意，也必须清楚说明。就是除与社区使用有关的使用以外的其他所有情况。该代表团重申的第三项原则是，只要可以被识别与一个社区有关，只要社区确认传统知识，社区就拥有给予事先知情同意的全部权力。但有些情况下可能无法确定社区。很明显，在案文的上下文中，事先知情同意必须按国内法的建议，来自一个国家机构。

FILAIE 的代表支持挪威代表团的发言。关于第 4 条第(1)款(a)项，他很难认同传统知识的获取可能要遵守国内法这一事实，这可能有损于传统知识的持有人。关于第 4 条第(1)款(b)项，他认为它实际上作出了一项权利声明，而这不应当是 WIPO 文件的作用。关于第 4 条第(1)款(c)项，他认为这需要一些解释，该原则如何发挥作用应当明确，有法律确定性。不应当把注意力从传统知识持有人的权利上转移到其他利益攸关者的利益上去。

图拉利普部落的代表提到人权理事会最近一份关于机制的报告，该报告或许可以转交给闭会期间工作组。这是一份关于土著人民及其参与决策权的研究进展报告，其中有一个重要部分涉及事先知情同意，在各级决策方面提供了良好做法的实例，可能对委员会的讨论有用。

关于“批准或参与”的建议

国际商会的代表支持加拿大代表团提出的关于在所有“事先知情同意”之后增加“批准或参与”的修正。他对传统文化表现形式持相同看法，他认为同样的理由也适用，事先知情同意存在诸多困难。其中一个，对于已经可以公开获取的传统知识，是否进行保护尚不清楚。如果传统知识已经可以公开获取，人们可能已经在获取它，根据意识不到它受保护。在这种情况下，对那些已经获取这种信息的人而言，事先知情同意不再可能。这是有必要进行加拿大代表团所提修正的一种具体情况。

图拉利普部落的代表就“批准和参与”问题发表意见。该措词来自 CBD，他对该措词的理解是，它与事先知情同意并无不同。加拿大在其立法中将其用作一个专用词。他希望加拿大代表团可以就该问题向其作出解释。国际商会的代表提出了可公开获取知识的问题，他认为这是一个不同的问题。国际商会的代表还说，公众在遇到传统知识时，很难知道其是否附有权利。图拉利普部落的代表指出，公众在收音机上听到歌曲时，如果他们希望使用，他们实际上就负有检索的责任和发现所有者是谁的应尽义务。他认为，这项制度的宗旨是建立意识，公共可获取的知识应当属于该制度。

关于“无法归属于一个社区，也不限于一个社区的……”的建议

图拉利普部落的代表对印度代表团的发言提出评论。他认为它有些狭窄。在美利坚合众国，各社区之间有知识共享，在处理这种共享知识方面有土著机制和规定。因此他认为，如果存在孤儿知识，或者无法认定属于任何社区的知识，就存在问题。将其仅限于一个社区过于狭窄。

持有人、保管人和受益人的定义

俄罗斯联邦代表团作出下列声明：根据第 4 条第(2)款(a)项，传统知识的持有人或保管人有权获得保护传统知识所产生的利益。此外，根据第 4 条第(1)款(b)项，只有持有人应当有权为获取传统知识给予事先知情同意，或者经过适当国家机构授权，批准这种同意。俄罗斯联邦代表团询问，这两项保护对象间有什么区别。它认为可以研究编制词汇表以及增加一条“定义”的问题。

瑞士代表团说，在第 4 条第(2)款以及全部案文中，似乎在“持有人”和“受益人”之间有区分。不清楚“持有人”和“受益人”之间为何要作区分以及怎样区分。

南美洲印第安人理事会的代表说，把所有保管人用方括号括起，要认真考虑。整个环境要有平衡。

习惯法

俄罗斯联邦代表团说，第 4 条第(2)款(e)项提到习惯法(基于当地和土著人民习惯的法律)的作用以及“持有人或保管人的规范体系”的作用。这些体系是什么以及它们是否超越习惯法，并不清楚。

时 限

俄罗斯联邦代表团说，传统上，给予知识产权客体的保护始终在期限上有限，从文件 WIPO/GRTKF/IC/16/5 附件第三部分中列出的条款可以看出，所给予的保护尽管从基本特征上看与给予知识产权客体的保护相似，但实际上可能没有实现。它认为，考虑到传统知识持有人的权利不得优先于已有的知识产权，最好能更详细地研究给予这种保护的可能后果。该代表团建议分析下列情况：一项使用传统知识的发明被授予专利。事先知情同意的条件得到遵守，也签订了关于公平利益分享的协议。最多 20 年后，根据现行专利制度，使用传统知识的该专利进入“公有领域”，也就是说使用时不受权利要求中所界定的全部保护范围的约束。与此同时，按照现在的草案，构成发明一部分的传统知识必须在不明确保护期的情况下得到保护。考虑到以上，它想知道这些互相冲突的要求中将遵守哪一个。

使用和利益

瑞士代表团看不到将非商业性使用的后果限制在非货币利益上的理由或必要性，它相反认为，该问题应当留给持有人和使用者之间双方议定的条款。

哥伦比亚代表团说，使用传统知识取得的利益，将由当事人在知道怎样进行使用以及谁应当使用之后确定。关于非货币性使用和非货币性利益，它认为各社区可以确定从使用中产生的收益是什么。有大量的遗传资源和生物资源相关传统知识对研究的作用很大。该代表团建议考虑非营利性或商业营利性研究。非商业营利性研究经常可以在各种案例法中找到。有一些研究最初不被认为是商业性研究，但后来确实成为货币性使用的收益。因此发生了转变，而且最初开始时是非商业性研究的研究经常获得专利。该代表团认为这有些限制性。

CAPAJ 的代表认为，土著人民的创造来自于与大地的身体和精神接触。大地给予他们的，应该能够得到补偿，因此他认为，应当按第 4 条第(2)款(b)项中提到的那样有非货币性利益。要得到保护的东西，超越了个人，是一种精神上的秘密知识。例如，如果聘请艾马拉人，用他们的思想造一座房子，他们仅被支付一般工资，不为使用他们的知识支付报酬。问题将是艾马拉人怎样因为失业而得到补偿，因为被剥夺了属于其遗产一部分的一项知识。他认为非货币性补偿这时出现。

图帕赫·阿马鲁的代表说，土著人民要求为使用或滥用其传统知识获得利益，他们要求的不是保护，他认为有必要全部重写案文。案文中有些用语和主题被混为一谈。第二，删去利益让案文毫无意义。他们正在谈论的，是如何分配被许多非常大的公司盗用的巨大利益。关于加拿大代表团的建议，他认为应当保护的是土著人民的固有权利。参与和分配利益的权利，可能应当依照其他文书，例如《联合国土著人民权利宣言》。他引用了该宣言第 12 条。他建议，所有条款均应当与现有案文相配，因为没有习惯价值的词汇和术语，在联合国法律案文中没有来源。

生物殖民主义问题土著人民理事会的代表对第 4 条第(2)款(b)项关于非商业性使用的措辞表示关注。作为非商业性或学术性研究开始的研究，可能经常导致私有化或商业性使用。事实上，在美利坚合众国有一条国内法，要求学术研究者发现可以被投入商业使用的信息或数据时申请知识产权保护。该款的行文方式限制了传统知识持有人和所有人因为参与非货币性利益、获取研究成果和/或参与研究与教育活动而收到的各种利益的性质。这非常有限制性。如果传统知识持有人是研究伙伴，而且是在事先自由知情同意的情况下参与的，他们就给伙伴关系带去了宝贵的专门知识和其他资源。因此，他们可以收到的利益的性质不应受到该文书的限制。她建议在第 4 条第(2)款(b)项中给“非货币性的”加上方括号。

顺 序

瑞士代表团建议把第 4 条第(2)款放在第 1 条第(1)款的后面。按第 4 条第(2)款(a)项目目前的措词，利益分享被假定为传统知识保护的一部分。

统一用语

瑞士代表团就用语发表意见。第 4 条第(2)款(d)项使用了“法律手段”一词，其他一些条文也有使用，而第 3 条第(2)款(a)项说到“法律措施”，第 4 条第(1)款(c)项说到“措施和机制”。因此，该代表团建议在全文中使用统一的术语。第 4 条第(2)款(e)项使用“习惯法和持有人……的规范体系”。第 1 条第(3)款中说“习惯或传统做法、礼仪或可适用的国内法律”。第 2 条使用了其他术语，而第 4 条第(2)款说到“习惯法和……规范体系”。因此该代表团再次建议在所有条文中使用相同措词。

比利时代表团提醒说，在第 4 条第(1)款(c)项中，“措施与机制”一词的使用应当有一定的一致性。在第 3 条第(2)款(a)项中，使用了“法律措施”，而第 4 条第(2)款(d)项使用了“法律手段”。它倾向于在这两条中也使用“措施与机制”。

巴巴多斯代表团提到第 4 条第(1)款以及第 2 条和其他各条中的土著人民和社区。由于受益人问题正在关于传统文化表现形式的非正式工作组中讨论，它现阶段将不对它认为什么是受益人的适当定义作出评论。但它将在传统文化表现形式的“受益人”定义达成一致之后，在本届或今后的会议上再次提到该问题。

社区的定义

印度代表团建议首先定义传统知识已经为人所知并广泛使用、后来又进行保密使用的社区。

商业性使用和非商业性使用

印度代表团说，利益分享必须反映对传统价值的评估以及传统知识被商业化和工业化使用时的潜在价值。这方面必须有明文规定。它也应当包括非商业性使用。该条起草时可以规定强制性任务，反映以下原则：在没有义务提供公平公正利益分享时说明使用者；不要求利益分享的使用；以及要求注明出处的使用。

关于第 4 条第(2)款中“受保护的”的建议

图拉利普部落的代表要求就该词的含义作出一些澄清。看起来拥有财产者被要求担负保护其财产的责任，那么就出现用谁的制度保护的问题。知识被披露有几种方式，可以由于无知而披露，可以被骗取别人遗产者所披露。所以问题是受保护时是什么意思，如果事实上被披露，而且这意味着对知识拥有的权利被失去，所以不能受到保护。与之类似的情况是，例如，有人进入你家，偷了你未采取措施保护的文化遗产，因此它不再属于你。土著人民面临着新的环境：互联网，数字化复制的能力，以及其传统知识的快速传播。他们可能没有这些保护机制，可能不理解根据制度，他们需要建立保护机制。他说，概念似乎是把保护责任加给该知识的持有人和所有者。在平衡标准方面，看上去使用者有权获取传统知识。知识持有人希望拒绝获取的，因此应当有这种权利。给出了一个不属于知识产权领域、但属于事实领域的例子。最高法院有一个关于渔业的判决，华盛顿州各部落根据一项条约主张渔业权。最高法院解释了“共同打渔”的条约语言，分析是 50%的鱼是属于各部落，50%的鱼属于合众国。很清楚，部落的财产属于部落，不能与合众国的公民搞平衡。公民没有主张 50%的份额。他认为同样的原则适用于传统知识。

萨米理事会的代表不同意该建议，因为该建议去除了双维的利益分享。这项建议是说，只有在有适用于传统知识的同一程序时才应有利益分享，所以只在定义上保护持有人仍然控制的传统知识。这意味着只在这些情况下才应当有利益分享。他因此将表示反对。

南美洲印第安人理事会的代表支持其他土著代表就美利坚合众国代表所提建议作出的发言。

圣卢西亚土著人民(Bethechilokono)理事会的代表代表圣卢西亚土著人民指出，反对美利坚合众国代表团关于“受保护的”的建议。他要求向委员会提供《联合国土著人民权利宣言》。它已经得到制定，得到各国接受。他引述了第 31 条，该条说土著人民有权维持遗产文化。但是，美利坚合众国代表团的代表建议把传统知识必须受保护作为可以进行利益共享的条件。《联合国土著人民权利宣言》第 38 条说：“各国应与土著人民协商和合作，采取适当措施，

包括采取立法措施……”。因此，他代表圣卢西亚人民，不能接受该建议。《联合国土著人民权利宣言》第 43 条说：“本《宣言》所确认的权利，为全世界土著人民求生存、维护尊严和谋求幸福的最低标准。”圣卢西亚土著人民不能接受美利坚合众国代表团的建议，因为它羞辱了他们。

两种利益分享

萨米理事会的代表说，处理了两种利益分享，他认为这可能是应有的做法。一种是根据双方议定的条款进行的利益分享，这之前有民族过程，另一种是非持有人使用传统知识时的利益分享协议。但该文书还处理了另一种利益分享。当文书中规定传统知识不需要经过民族程序，但由于已经公开而可以使用时，应当有利益分享。他认为该文书以及什么是受保护传统知识的定义过于狭窄，但可能会出现种种情况，尽管应当很少。如果民族程序很难在所有情况中得到，它应当是利益分享，他同意这种办法。但他认为，在处理这两种不同的利益分享时，这应当在第 6 条中更清楚，规定得更明确。为此，按瑞士代表团的建议做将有好处，将关于利益分享的一条直接与关于民族的一条挂钩，以突出同一程序和利益分享协议之间的联系。

关于国内法的建议

南美洲印第安人理事会的代表同意玻利维亚(多民族国)代表团将第 4 条第(2)款(a)项中的“国内法”加方括号的建议。推动自决的原因是发展和剥削可能破坏药物被用于卫生、使用服装而且是传统的整个生态体系。因此如果不是，整个生态体系将被摧毁，因为其他人希望发展。因此，澳大利亚代表团建议提及国内法不能接受。

自由事先知情同意

南美洲印第安人理事会的代表说，关于自由事先知情同意程序，需要进行更多讨论和发展，因为何时何地适用利益分享，在何种程度上向各国提供，需要作出决定，他知道国际上有基于人权的立法权，应当允许保护，而国内法不允许保护。

生物殖民主义问题土著人民理事会的代表说，关于第 4 条第(2)款(c)项，该款建议传统知识持有人以外的人可以使用传统知识，只要他们注明其持有人，并进行适当使用。该款非常主观，这里应当提到明确的自由事先知情同意要求。事实上，自由事先知情同意应当作为适用于整个文书的一项操作性原则被说明。

观察员提出的文字建议

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表建议在第 4 条第(1)款(b)项中在“事先知情同意”之前增加“或者不给予”。他还想知道那些没有关于传统知识的生效国家立法的国家是什么情况。他建议第 4 条第(2)款新增一项“f. 这应当得到有效的关于传统知识的其他国家案文的补充。”提到了第 3 条第(2)款(a)项。

东南土著人民中心的代表建议在“国家法律”之前增加“土著”。她还建议把第 4 条第(1)款(b)项改为：“出现关于使用暴力或威胁使用暴力的争议，或者关于是否事实上已给予同意的争议时，将由一个包括土著法官在内的国际文化保存法院根据拥有该知识的人民/民族的法律以及国际议定的协议与文书作出裁决。”她建议从第 4 条第(2)款(a)项中删除“商业和工业”。她建议把第 4 条第(2)款(b)项改为“为非商业性目的而使用传统知识，必须得到知识持有人的同意，必须给知识持有人指导使用其知识的业务的机会”。关于第 4 条第(2)款(c)项，她建议把“应”改为“必须得到知识持有人的自由事先知情同意并”，并在句首增加“如果知识持有人可以同意”。关于第 4 条第(2)款(d)项，她建议在“出现未按”之前增加“未得到自由事先知情同意的情况时和/或”。关于第 4 条第(2)款(e)项，她建议在“分享”之前增加“将传统知识返还给知识持有人和”。

地球的呼唤的代表支持哥伦比亚代表团所作的发言。传统知识得到创造和保存，数千年来一直以土著人民和当地社区的习惯规则和做法为基础，并得到例如 CBD 第 8 条(j)项的承认。《联合国土著人民权利宣言》在第 21 条中同样予以承认，而且已得到许多国家的批准，包括最近得到加拿大的批准。安第斯法院在一项裁定中承认了相同的权利。一些国家，尤其是拉丁美洲的国家，其国家法律制度有相同的承认。这意味着传统知识被承认为属于土著人民和当地社区，他们拥有授予事先知情同意和参与任何利益分享的真实合法性。因此，他建议在第 4 条第(1)款(b)项中在“或按”之后增加“经被授权给予其法律地位的国家主管机构的赞成和同意合法组成的土著人民和当地社区的代表机构”。

GRTKF 国际的代表对哥伦比亚代表团关于事先知情同意的发言表示欢迎，并支持写入“拒绝”一词。他还支持安哥拉代表团代表非洲集团的立场，并在去掉所述括号的问题上支持非洲集团。

第 5 条¹⁸²

对保护的行政管理与执法

[1. [(a) 应由一个或多个适当的国家或地区主管单位负责:

- (i) [散发]传播¹⁸³关于传统知识保护的信息, 并开展公共宣传和广告活动, 让传统知识持有人及其他利益攸关者了解传统知识保护的有效性、范围、使用和执法;
- (ii) 确定与传统知识有关的某行为是否构成盗用 [或滥用¹⁸⁴] ¹⁸⁵传统知识的行为, 或与该知识相关的其他不正当竞争行为;
- (iii) 确定获取和使用传统知识是否已征得事先知情同意;
- (iv) [确定] 监督有效、¹⁸⁶公正和公平的利益分享;
- (v) 确定对传统知识享有的权利是否被侵权, 并确定补救办法和损害赔偿金;
- (vi) 可能时酌情协助传统知识持有人使用、行使和实施其对传统知识享有的权利。

(b) 应将一个或多个国家 [或地区] ¹⁸⁷主管单位的身份通知 [国际机构] 世界知识产权组织¹⁸⁸, 并予以广泛宣传, 为开展保护传统知识和公平分享利益方面的合作和信息交流提供便利。] 应设立一个或多个适当的国家或地区主管单位, 委以行政管理和执法的责任。¹⁸⁹

2. 国家和地区主管单位根据本原则所制定的实行传统知识保护的措施和程序, 应做到公正、公平, 应易于传统知识持有人使用、适当而且不造成负担 [, 并应保障第三方的合法利益以及公共利益] ¹⁹⁰。]

¹⁸² 原第 13 条。

¹⁸³ 墨西哥代表团。

¹⁸⁴ 墨西哥代表团。

¹⁸⁵ 欧洲联盟及其成员国代表团。

¹⁸⁶ 墨西哥代表团。

¹⁸⁷ 墨西哥代表团。

¹⁸⁸ 墨西哥代表团。

¹⁸⁹ 安哥拉代表团代表非洲集团。

¹⁹⁰ 哥伦比亚代表团。该代表团说案文不清楚。

1. 各方承诺根据其法律制度采取必要的措施，确保本文书的适用。
2. 在传统知识持有人提出请求的情况下，主管单位可以与其协商：
 - (i) [散发] 传播¹⁹¹ 关于传统知识保护的信息，并开展公共宣传和广告活动，让传统知识持有人及其他利益攸关者了解传统知识保护的有效性、范围、使用和执法；
 - (ii) 确定与传统知识有关的某行为是否构成盗用或滥用¹⁹² 传统知识的行为，或与该知识相关的其他不正当竞争行为；
 - (iii) 确定获取和使用传统知识是否已征得事先知情同意；
 - (iv) [确定] 监督有效、¹⁹³ 公正和公平的利益分享；
 - (v) 确定对传统知识享有的权利是否被侵权，并确定补救办法和损害赔偿金；
 - (vi) 可能时酌情协助传统知识持有人使用、行使和实施其对传统知识享有的权利。¹⁹⁴

¹⁹¹ 墨西哥代表团。

¹⁹² 墨西哥代表团。

¹⁹³ 墨西哥代表团。

¹⁹⁴ 新西兰代表团。新西兰代表团指出，传统知识文件的几个地方涉及到了救济和执法问题。除第 5 条之外，以下条文与此有关：第 3 条第(2)款列出了保护的 legal 形式；第 4 条第(2)款(d)项规定应当提供法律手段，在未进行利益分享的情况下提供救济；第 4 条第(1)款(c)项提到执行事先知情同意的措施和机制。该代表团建议消除重复，把多处提及的制裁、救济和执法改为一条简化的第 5 条。

关于第 5 条的说明

对传统知识保护进行的行政管理和执法可以有多种不同的方式。一般而言，传统知识保护措施都要明确规定某些具体的程序，并指定国家主管单位，以确保知识产权保护有效、简明。本条规定中明确规定了主管单位应担负的重要“任务和职能”，但未试图对该单位的构架应采取何种具体形式作出规定，因为在机构和行政上的安排上，国与国之间可能会有很大的不同。

主管单位可能还负有总体上帮助提高人们对传统知识的认识以及负责全面行政管理工作的职责。这一职责可能意味着，举例而言，提供有关传统知识保护的信息，以提高传统知识持有人和普通公众对传统知识的认识；在认定盗用行为、事先知情同意和公平利益分享方面发挥作用；以及成为国家或地区传统知识保护事务的联络点。

在传统知识保护的执法方面，可以规定主管单位发挥特殊的作用。多数现有专门保护法都规定，一切违反行为均应受到处罚、给予警告、罚款、没收来源于传统知识的产品、取消/吊销获取遗传资源的许可等制裁措施。传统知识持有人可能在执行其权利方面面临实际困难，因此集体管理制度或政府机构在监督和追诉侵权行为方面便可以发挥具体的作用。

引语中规定，“适当的主管单位”可以是国家层面的，也可以是地区层面的。事实上，多个地区性机构和单位都已决定对这一可能性加以审查，例如非洲地区知识产权组织(ARIPO)、非洲知识产权组织(OAPI)、南亚区域合作协会(SAARC)和太平洋社区。这反映了通过适当的区域和次区域机构安排，尤其是通过指定主管单位，来处理区域传统知识保护问题，是完全有可能的。

作出的评论和提出的问题

国家或地区主管单位的作用

澳大利亚代表团说，总体上并且在不损害任何立场的情况下讲，这一规定本质上对国家或地区主管单位在管理和执行任何可能保护上的作用是规定性的。关于这些单位可能的责任，没有充分讨论。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，第 5 条在一定程度上满足了关于由独立主管机构管理保护的期望。如前所述，应当规定这种行政机构的权限和权力。第 5 条列出了这种权力的职能，但他希望案文在其权力和组织方面更明确。国家机构应当根据委员会提出的模式设立这种机构。非洲地区知识产权组织(ARIPO)、生物殖民主义问题土著人民理事会(IPCB)、巴西土著人知识产权协会(InBraPi)、玛雅图奥尼克协会、萨米理事会、图拉利普部落以及图帕赫·阿马鲁等组织可以分享它们的经验。太平洋共同体已经开始启动寻找行政机构的工作。他要求就此作进一步讨论。

与原则的关系

澳大利亚代表团指出，联系到总指导原则(c)“保护的有效性和可获得性”，即保护应能被理解、支付得起、易于获得、不致成为预期受益人（或国家）的负担，这一规定的适用性值得进一步讨论，它要求有这种单位的成员国提供关于这些原则运作情况的信息。

争议解决机制

欧洲联盟及其成员国代表团建议在第 5 条中增加争议解决机制，除其他外，例如可以是 WIPO 仲裁与调解中心。

新西兰代表团提出的建议

加拿大代表团强烈认为，在各国酌情并根据国内法、政策和行政措施予以落实方面，本条要允许最大限度的灵活性。就此，它支持新西兰代表团的提案，认为是闭会期间工作组进行讨论的一个良好基础。

关于加拿大代表团和新西兰代表团提出的建议，欧洲联盟及其成员国代表团暂时保留其对该条的立场。

观察员提出的文字建议

国际商会的代表建议在第 5 条第(2)款中在“公正、公平”之前增加“适当”。

关于第 5 条第(1)款(a)项的起首语，东南土著人民中心的代表建议在“国家或地区”之前增加“土著”，并把“主管单位”改为“法院”。关于第 5 条第(1)款(a)项第(vi)目，她建议删除“可能时酌情”。她建议把第 5 条第(1)款(b)项改为“以下方面的机会：在一个国际组织登记其传统知识，将传统知识争议提交一家国际法院，在国际法院增加其法官，或者公布其传统知识，应当由一个土著国际机构通知土著人民/民族以及/或者传统社区，该土著国际机构可以通知世界知识产权组织，而且以上机会应当广泛公布，以便利在保护传统知识和公平分享利益方面的合作和信息交流。”

第 6 条¹⁹⁵

例外与限制

- [1. 适用和实施传统知识保护时，不得 [对以下方面产生负面影响] 有损于持续可用性¹⁹⁶：
- (i) 传统知识继续可供传统知识持有人使用，以便其以习惯的方式实践、交流、使用和传播传统知识；
- (ii) [在家庭 [、政府医院、尤其是由附属于这些医院的传统知识持有人] [、为国家立法所承认的公共卫生目的¹⁹⁷] ¹⁹⁸ [、或为其他公共卫生目的]¹⁹⁹ 使用传统医药] 各方可以采用适当的限制与例外，条件是对传统知识的使用属于合理使用，并在可能的情况下注明土著和当地社区，而且不会冒犯土著或当地社区²⁰⁰。
2. [尤其对于业已存在并可随时向公众提供的对传统知识的正当使用，国家主管单位可以将其排除在事先知情同意原则之外 [，但条件是，该传统知识的使用者进行工业和商业使用时，必须作出公平的补偿]²⁰¹]。²⁰²

¹⁹⁵ 原第 8 条。

¹⁹⁶ 赞比亚代表团。该代表团说，本条可以接受，写出的是与赞比亚法律草案唯一的区别。不用说，这更多的是语义学上的区别，不是实质区别。

安哥拉代表团代表非洲集团反对。

¹⁹⁷ 欧洲联盟及其成员国代表团。

印度代表团认为该建议过宽，需要再次考虑，因此持保留意见。

¹⁹⁸ 安哥拉代表团代表非洲集团。

¹⁹⁹ 哥伦比亚代表团。

²⁰⁰ 新西兰代表团。该代表团说，第 6 条第(1)款第(ii)项为传统知识保护规定了一些具体例外。尽管可以争论说，允许为公共卫生目的使用传统医药有很强的公共政策理由，但传统知识因教育或环境理由的重要性，可能理由同样强。该代表团建议，不要尝试商定适当的例外清单，照顾不同的国情，还有土著人民及当地社区在什么是适当使用上的不同看法，而是按闭会期间工作组的建议，对第 6 条进行修正，采用与传统文化表现形式类似的办法。但是，它建议不使用闭会期间工作组建议的三步检验法，而是提及与传统知识关系更为直接的政策考虑。

²⁰¹ 欧洲联盟及其成员国代表团。该代表团说，这些话导致法律上的不确定性，引发主动申请所要求的传统知识保护。

²⁰² 印度代表团。印度代表团对第 6 条第 2 款的现有草案抱有严重关切，因为它真地剥夺了自由，就是刚刚给予社区的权利。重要的是要承认，谈到传统知识的公有领域时，委员会应当使用一套不同的参数，把它转为公有领域，这是用于正常知识产权的。在谈到例外和其他利益时，似乎有人尝试把公有领域的相同概念引入传统知识，甚至传统文化表现形式保护。这淡化了委员会正在努力保护各社区知

[脚注转下页]

[3. 除秘密传统知识以外，对于受专利法或商业秘密法保护的技术或技术知识，国家法律所允许的任何行为，不得被传统知识保护所禁止，条件是这种例外受到限制，不与受益人对传统知识的正常利用相抵触，也不无理地损害受益人的合法利益，并同时考虑第三方的合法利益。²⁰³]²⁰⁴]

[传统知识保护不得影响对知识的下列使用:]

(i) 私人使用、教学和其他非商业性使用;

(ii) 对传统知识客体进行的实验与研究;

(iii) 客体是治疗人类或动物的方法。²⁰⁵]²⁰⁶

[脚注接上页]

识的全部工作。知识不是局限的，而是传播开的，这广为人知。知识可以为公众所用。因此全部工作都要注意到这一现实，然后才能据此对限制和例外进行研究。

中国代表团赞同。

²⁰³ 美利坚合众国代表团。该代表团说，该建议将建立与《TRIPS 协定》中对应技术知识的平行关系，以及与委员会正在研究的传统文化表现形式文书的平行关系。

印度代表团对该建议背后的关注和精神表示确实赞赏，但它会认真考虑，找出这种条款的积极和消极影响，以后将再次详细讨论。

²⁰⁴ 安哥拉代表团代表非洲集团。

²⁰⁵ 挪威代表团。

²⁰⁶ 安哥拉代表团代表非洲集团。

关于第 6 条的说明

与其他领域的法律保护所授予的权利和应享权利一样，传统知识的权利也可以加以限制或限定，以避免出现无理损害全社会的利益、传统知识体系自身的习惯传承及其他合法权益的情况。本条规定对前文各条所规定的应享权利规定了例外与限制，以确保对传统知识进行的专门保护不至于干涉传统知识持有人使用、交流、传播和实践传统知识的习惯做法，从而不对传统知识以习惯的方式为传统知识持有人自己所用产生负面影响。本条还规定，传统知识保护不得干涉家庭使用以及为公共卫生之目的使用传统医药。除第 1 款笼统地规定适用于所有盗用行为的排除情况外，又专门为事先知情同意的要求作出了一条任择性排除规定，具体涉及业已存在并可以随时向公众提供的知识；而这一排除规定前提条件是，使用者在进行工业和商业使用时必须给予公平的补偿。

作出的评论和提出的问题

挪威代表团指出，关于限制与例外问题，传统知识不妨碍正当使用，尤其是私人使用，十分重要。

中国代表团认为，对传统知识的保护应当有适当的例外或者限制，以确保传统环境下的日常生活使用和合理的开发利用不受影响。它对公有领域问题表示关注。它注意到 CBD《名古屋议定书》序言第 24 段承认了传统知识的多样性，该段的表述为：“又认识到存在着一些国家自己拥有口头形式或有文献记录的传统知识的独特情况，这种传统知识反映了同生物多样性的保护和可持续利用有关联的丰富的文化遗产”。该代表团强调这一点，是因为一些传统医药已经被文献化，传播范围较为广泛，但仍然是传统知识，仍然属于这种保护的范围之内。对于这类传统知识，可以探讨不同的保护方式，但不应将之排除在保护范围之外。精神权利也应当得到尊重，这些权利不能受到歪曲。

澳大利亚代表团说，这里列出的例外具体关系到保护范围。一个关键问题是，在现行知识产权保护阻止传统使用上，存在何种程度的差距。第二款所表述的原则引出了一个关键问题，就是这可以如何实现。它询问，就已经可以为公众方便获取的传统知识而言，在何种程序上可能找出应当向谁支付公平补偿。

加拿大代表团说，第 6 条需要为成员国提供酌情依据国内知识产权制度规定例外与限制的充分灵活性。限制与例外需要体现兼顾持有人和使用者利益的原则。写入关于赔偿的措词存在问题，尤其是在本条中。它希望闭会期间工作组的专家能够就该条提供更多澄清。

新西兰代表团说，第 6 条第(1)款第(i)项建立了关于对传统知识的任何新保护不应干涉习惯使用的重要原则。它建议，为传达这一原则而使用的语言应当与闭会期间工作组起草的传统文化表现形式文件中的一致。它还指出，传统知识案文提到了传统知识的持续可用性，而传统文化表现形式案文提到不对正常使用进行限制。有鉴于此，该代表团建议闭会期间工作组考虑把该项更改为传统文化表现形式文件中的相同或相近的案文。

欧洲联盟及其成员国代表团赞同前面的发言者，即有必要在传统知识的持有人和社会广大使用人之间找到适当平衡。它还指出，需要进一步修改第 6 条的实质。它关注的是，有必要将第 6 条与传统文化表现形式文书中含有的或准备写入的类似语言相一致。如果不能做到一致，至少应当相近。

挪威代表团认为，重要的是要确保任何可能的传统知识保护不妨碍公平使用，特别是私人使用和其他非商业性使用。对于知识产权保护，例外与限制对于在权利持有人和广大公众之间实现和保持正确平衡至关重要。该代表团建议在为传统知识起草例外与限制时努力做到这种平衡。它支持第 6 条第(1)款第(ii)项中列出的例外与限制。第 6 条第(1)款第(i)项中所处理的问题，目的是评估，不是一项例外或限制。因此，它提出该项应当删除。除了第 6 条中列出的例外与限制以外，该代表团认为，为在传统知识持有人和公众之间保证公正的平衡，需要有别的例外与限制。因此，它认为有必要为私人使用和一般性非商业性使用，其中包括教学使用和实验使用即科学研究起草传统知识保护的例外。客体是人类和动物治疗方法时，也应当有传统知识的例外。但是，它的想法不是在有人向持有人直接要求获取时，这些例外与限制应当防止持有人允许或者要求付款或其他利益，即使目的是为这些用途使用知识。相反，目的是保证这种知识从其他来源获得或为其他目的获得时，不经持有人同意可以被自由用于研究目的。这一重要区别应当在草案中有所反映。实验使用和研究例外应当包括这些活动本身。例如，这可以包括旨在确认所有技术事项能发挥作用的实验。如果这种实验或研究的结果导致公开或被商业化，这不算例外，如果传统知识在产品中的使用是实质性的，可以被传统知识持有人的保护性权利所包括。关于第 6 条第(2)款，该代表团再次指出有必要在受保护的知识和属于公有领域一部分的知识之间划出界限。普通公众可以获得的知识，并非都应被认为是公有领域的一部分。

美利坚合众国代表团表示，它对哪些传统知识属于公有领域、哪些不属于的问题很敏感。它从来不希望给人造成所有传统知识均属于公有领域的印象，事实上也不是。正是处于这个原因，该代表团才强调传统知识与受保护传统知识之间的区别。这些问题很困难。该代表团提醒大家公有领域的重要性，特别是这种重要性得到了发展议程建议的承认，所有代表团均为发展议程努力工作，达成一致，并在 2007 年为 WIPO 提出这些建议。它建议，每个代表团都看一看发展议程建议的建议 16 和建议 20，它们对本委员会的治理非常重要。

塞内加尔代表团认为第 6 条第(2)款有问题。它认为传统医学的持有人要发挥重要的社会作用，但他们的行动正在受到约束，剥夺了他们的尊严。从经验来看，传统医学的持有人并不总是在医院行医。他们另有中心。1950 年代，在独立时期，曾尝试与 Collomb 教授将两种医学形式结合起来治疗精神疾病。但这次实验未进行下去，因此该代表团希望对第 6 条第(2)款进行修改。

国际商会的代表指出，传统知识使用者和持有人利益之间的平衡至关重要。对于明显的盗用情况——即某一实体已被证明违反国家获取及利益分享法律的情况，要有救济。但是，同样，对于合法使用的情况，不能规定责任。除其他外，这些情况包括：(1) 在公有领域使用信

息；(2) 经有权许可的机关许可使用受保护传统知识；(3) 为纯粹私人目的使用信息；以及(4)使用可被证明是独立开发的信息。该领域的任何立法必须承认公共知识有特殊地位。控制其使用在意识形态和实务上都存在困难。规定对此的例外时应当非常小心。未考虑这一点的国际文书不能成功。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，普通公众使用的传统知识不应受之于事先知情同意原则。但是，有必要向持有人或者被知道处于所用知识来源的人支付公平补偿。

图拉利普部落的代表对应当与传统文化表现形式各原则保持一致的想法表示支持。他还支持印度代表团关于第 6 条第(2)款应当放入括号中的建议。闭会期间工作组可能需要重新深入讨论该条，因为委员会反复回到传统知识或传统文化表现形式是否属于公有领域的辩论上去。关于从事先知情同意中排除的问题，土著人民和当地社区并不总是有利益，但它们对这种知识拥有权利。他此前多次讲过，检验的标准是习惯法和社区规则。一般类型的例外，例如版权法，可能有很多问题。有没有这种情况，社区以外的某人可以使用属于一个家族的家族歌曲，但使用该歌曲无需经其同意？有没有他们可以拿走某人个人故事的情况？

观察员提出的文字建议

国际商会的代表建议把第 6 条第(2)款改为“在传统范围以外已经为人所知的传统知识不受保护。”

东南土著人民中心的代表建议删除第 6 条第(1)款第(ii)项和第 6 条第(2)款。她说，为家庭目的使用传统知识、传统文化表现形式/民间文艺表现形式和遗传资源，应当受创造、培育以及持有传统知识、传统文化表现形式/民间文艺表现形式和遗传资源的人民/民族的法律管辖。人民/民族有很好的理由禁止其传统知识、传统文化表现形式/民间文艺表现形式和遗传资源使用应当依据的条款。如果传统知识、传统文化表现形式/民间文艺表现形式和遗传资源未经人民/民族的同意被用于化妆目的，他们的生态精神体系将陷入危险的失衡，可能危及人民/民族及其邻居，包括其传统知识、传统文化表现形式/民间文艺表现形式和遗传资源使用者的生存。

[第 7 条²⁰⁷

保 护 期

- [1. 保护传统知识以免被盗用 [和滥用²⁰⁸] ²⁰⁹ 的期限, 应以该传统知识符合第 1 条第(3)款规定的关于保护资格的标准为限。
2. 如果主管单位通过国家或地区法律或²¹⁰ 措施为传统知识提供额外的或宽于本原则所规定的保护, 这些法律或措施 [应当] 应²¹¹ 规定具体的保护期。] ²¹²] ²¹³

²⁰⁷ 原第 9 条。

²⁰⁸ 墨西哥代表团。

²⁰⁹ 比利时代表团。

²¹⁰ 墨西哥代表团。

²¹¹ 比利时代表团。 [译注: 英文“shall”改为“should”。]

²¹² 哥伦比亚代表团。该代表团认为, 规范该领域的办法不合适。保护期的规范应当与在作者精神权利上采取的办法类似, 也就是说, 与保护有关的权利和义务应当持续作者终生, 并且应当传给其继承人, 继承人在现在的例子中就是社区。这不是一种可以在时间上予以限制的权利。

²¹³ 加拿大代表团。对于在任何新的传统知识保护国际文书生效之前合法取得的知识产权, 该代表团不支持就是否宣告这些权利无效重新进行谈判。加拿大认为, 应当尽一切努力保持活跃的公有领域, 并认为第 1 条第(3)款对此将予以明确。第 1 条第(3)款是解释第 7 条的关键。出于前述意见, 该代表团不能支持保护属于公有领域或者已经被草案第 7 条目前所考虑的内容所保护的传统知识。它认为这有损于所有创作者。该代表团支持美利坚合众国关于活跃的公有领域的呼吁。

关于第 7 条的说明

对于任何保护措施而言，其所规定的权利或应享权利的期限多长，都是一项重要的内容。在传统知识保护领域，这一内容一直特别棘手，而大多数传统的知识产权权利的保护期都是有限的，因此被认为不适合于这一领域。传统知识保护方面的现有专门制度中，利用大量选项来确定保护期：单一、有限期的保护期；有限但可以不断续展的保护期；或无限期的保护期。鉴于传统知识的传承和创造具有代代相传的性质，传统知识持有人要求规定长期或无限期的保护期。

本条规定并未将保护期限限于某一具体期限。之所以这样做，是因为依本原则进行的传统知识保护，与规定在限期内享有专有产权的知识产权权利(例如专利权或商标权)，是不可比的，而更类似于对保护的受益者与受保护的主体之间所存在的显著联系提供的保护形式：此种保护只要该联系依然存在，便一直有效(例如对商誉、人格、名声、机密和一般性的反不正当竞争保护)。因此，按一个代表团的说法，传统知识持有人对保护传统知识以免被盗用应享的权利，属于“一种不可剥夺、不可放弃、不受时间限制的权利”。比照根据这一显著联系规定的其他反不正当竞争法律形式，并根据“支持通过禁止不正当竞争行为保护传统知识”，本条规定，保护传统知识以免被盗用的期限，只要该显著联系仍然未变，即：只要该知识仍然构成“传统知识”，即应延续下去。在显著联系方面，只要该知识仍然由传统知识持有人所持有，仍然与其具有显著联系，而且仍然属于其集体身份的组成部分(参见第 1 条第(3)款和第 2 条)，即表明存在此种显著联系。因此只要满足关于保护资格方面的标准，依本原则规定的传统知识保护便可以无限期地提供。

由于众多国家已通过其国内或地区法律提供本原则所要求的更宽泛的传统知识保护，因此第 2 款明确规定，更宽泛或额外的保护期限应由相关的法律或措施加以具体规定。本条并未明确规定这种额外的权利是否应该有固定期限，而只是要求应规定具体的期限，因此有关该具体期限究竟多长的问题，便留给了国内政策制订者来决定。这样做便为现有的所有国家专门保护法律留出空间，而无论其是否规定了有限期的保护期。

作出的评论和提出的问题

与政策目标的关系

澳大利亚代表团指出，一般意义上的知识产权有一个关键问题，就是任何垄断权利附有的交换物。这具体关系到授予时间上有限的垄断权利，通过扩大公有领域换取最终的公共利益。这是一个关键问题，关系到政策目标(i)，特别是关系到现行创新与科学知识体系的各种框架，关系到政策目标(v)，涉及赋予保护知识的能力，牢记可能解决方法的平衡与公平，并关系到政策目标(vii)，即承认活跃的公有领域具有价值。

日本代表团说，如政策目标(x)所述，促进创新和创造很重要。该代表团认为，在不损害经济权是否是保护传统知识的适当形式的前提下，考虑到权利人的利益和公众利益之间的平衡，无限期保护传统知识不适当。

两款的关系

澳大利亚代表团指出，区分第 1 款和第 2 款，引出了与此部分其他规定的平衡问题。这一规定最终包含了两种基本的保护模型。一种是制止盗用的防御性保护，另一种是对传统知识本身的积极保护。第 2 款的影响是，这些规定整体上具体关系到第一种保护模型。有鉴于此，值得进一步审议作为一个整体的适当讨论范围。

与第 1 条第(3)款的关系

挪威代表团建议暂时离开第 7 条。从第 1 条第(3)款中已经可以看出，保护期仅为该条中的条件得到满足之时。任何可能的限定均应当在第 1 条第(3)款中处理。

权利人的利益和公众利益之间的平衡

日本代表团指出，如果保护传统知识激励产生未来发明，让第三方使用受保护的客体作出有效率的开发，那么考虑到权利人的利益和公众利益之间的平衡，无限期保护传统知识不适当。

公有领域

图拉利普部落的代表支持关于保护期的现有草案中语言的目的。他要求那些说这种保护将给现有公有领域带来任何威胁的人拿出证据。他的理解是，人们可以用来创新和创造的那种信息、知识和其他种类的无形物不是基于传统知识的。因此，他认为，认为这给现有公有领域构成任何威胁的理由是强词夺理，他想看看有什么证据。

一般性说明

赞比亚代表团说，该条尚能接受。

欧洲联盟及其成员国代表团就此条保留其发言。

印度代表团同意，期限必须是只要符合资格条件。但一个问题是“盗用”和“滥用”两个词的使用。它给人的印象是，期限只适用于盗用和滥用。它确实理解，第 3 条第(1)款中列出的盗用和滥用行为清单不是穷尽性的。但它仍想重新讨论，看看是否各种形式的保护都被包括在内，期限是否适用于该文书所覆盖的所有传统知识形式，以及所有活动形式。就此，它保留重新提出该条并加以评论的权利。

观察员提出的文字建议

国际商会的代表建议在第 7 条第(1)款中把“第 1 条第(3)款”改为“第 1 条第(3)款和第 6 条”。

东南土著人民中心的代表建议删除第 7 条。

第 8 条²¹⁴

手 续

1. [保护传统知识以免被盗用 [或滥用²¹⁵] ²¹⁶ 的资格, 不需履行任何手续即可取得。] ²¹⁷
2. 本着透明、确定和保护传统知识的精神, 相关的国家主管单位可以酌情并根据相关的政策、法律和程序以及传统知识持有人的需求和愿望, 建立 [受保护²¹⁸] ²¹⁹ 传统知识登记簿或其他登记册。此种登记簿可以联系具体的保护形式, 但不得削弱尚未公开的传统知识的地位或损害传统知识持有人对其尚未公开的知识内容享有的利益。

²¹⁴ 原第 11 条。

²¹⁵ 墨西哥代表团。

²¹⁶ 欧洲联盟及其成员国代表团。

²¹⁷ 哥伦比亚代表团。该代表团说第 11 条第(1)款不清楚。它想知道为什么不需要手续。

²¹⁸ 美利坚合众国代表团。

²¹⁹ 安哥拉代表团代表非洲集团。

关于第 8 条的说明

现有的传统知识保护制度在是否需要履行手续作为获得保护的要求方面，采取了多种不同的做法：有的可能明确要求以进行传统知识登记作为保护的条件；有的可能建立了登记簿或数据库，但并未要求与获得权利挂钩；有的可能规定保护并不要求履行任何手续。在对技术诀窍和创新的法律保护方面，有必要在法律的可预见性和明确性这一方面与灵活性和简便性这另一方面之间进行权衡决策。登记制度能够提供更大的可预见性，并让实践当中更容易行使权利。但这可能会意味着，传统知识持有人需要采取具体的法律步骤，有可能还需要在规定期限内采取这些步骤，否则可能有丧失保护利益的危险；这可能会对缺乏资源或无能力开展必要的法律程序的社区造成负担。无须履行手续的制度好处是可以自动获得保护，因此无须额外的资源或能力就能获得权利。

本条规定明确表示，为禁止盗用而提供的一般性保障不以传统知识在数据库、登记簿中登记或任何其他手续为条件。这反映了一些国家和社区对登记簿和数据库制度所表示的关注和怀疑。

然而，一些国家已建立起专门保护制度，规定必须以登记作为对登记的传统知识享有专有权利的条件。所以，第 2 款澄清，此种按国内法律和政策规定的额外保护，可以要求履行此种手续。这样一来，本条规定便对现有保护制度的多样性予以承认，其中包括登记制度，但并未规定必须履行任何手续。此外，本条还澄清，要求进行适当的登记或登录，不应损害或削弱传统知识持有人对其尚未公开的知识内容享有的权益。

作出的评论和提出的问题

与政策目标和原则的关系

澳大利亚代表团要求就传统知识登记簿或其他登记册的适当性进行进一步讨论，因为这看上去预先排除了关于传统知识保护资格要求的讨论。这尤其涉及到政策目标(ii)“增进尊重”，(iii)“满足传统知识持有人的实际需求”，(vi)“维护传统知识体系”，以及(x)“鼓励创新与创造”。与这一规定有关的还有总指导原则(a)“反映传统知识持有人的需求和希望”，(c)“保护的有效性和可获得性”，(h)“尊重习惯使用和传播方式的原则”，以及(i)“对传统知识的具体特性予以承认的原则”。最让人关注的是，国家主管机构在是否设立传统知识登记簿或其他登记册上享有的灵活性需要澄清。

与第 7 条的关系

澳大利亚代表团指出，这一部分也涉及在第 7 条中所讨论的防御性保护或积极权利问题。

定 义

日本代表团说，从使用者可预测性的角度看，传统知识和受益人需要有更清楚的定义，尤其是在不考虑手续而给予传统知识保护的情况下尤为如此。该代表团认为，如果这种知识即使在不要求手续的情况下也得到保护，那么传统知识保护和受益人的范围要更加清楚。要保护的知识和受益人定义不清楚，将引发不确定和不可预测性，这样在没有遏制力的情况下，将影响传统知识的进一步创新。

观察员提出的文字建议

国际商会的代表建议在第 8 条第(1)款中在“传统知识”前增加“未披露的”。

东南土著人民中心的代表建议把第 8 条第(2)款改为：“土著人民、民族和社区及传统和其他文化社区与其许可的联合国会员国或公司之间就谁是权利持有人产生争议时，应当提交给一家与土著民族和联合国会员国建立的知识产权世界法院，该法院包括拥有‘部落’或土著法院经验的法官，他们是非联合国会员的原始民族的公民。应当支持土著人民/民族法院为透明度而记录和传播其法律的工作。”

第 9 条²²⁰

过渡措施

根据本原则新实行的传统知识保护，应适用于获得、占用和使用传统知识的新行为。对于在正式实行传统知识保护之前获得、占用或使用传统知识的行为，应在正式实行该保护之后的一段合理时期内加以规范。但对于第三方善意获得的权利，应予以公平对待。

这些条款应适用于在条款生效之时符合第 1 条第(3)款所列标准的所有传统知识。²²¹

²²⁰ 原第 10 条。

²²¹ 欧洲联盟及其成员国代表团。

关于第 9 条的说明

凡是为提供法律保护而适用新要求的，均可以规定追溯效力，也可以排除追溯力，或者可以采取诸多中庸做法，规定程度不等的追溯力。对保护适用追溯效力可能会带来麻烦，因为第三方有可能已经善意地使用过受保护的材料，认为其不属于法律保护的范围。在某些法律和政策背景下，第三方的此种善意的权益通过实行某些措施而得到承认并受到尊重，举例而言，这些措施包括允许继续有权使用受保护的材料(可能需要给予公平的补偿)，或规定在限期内结束任何此种继续善意使用的行为(例如销售已有的商品，如果没有这些措施，这样做将属于侵犯新权利的行为)。另一方面，传统知识的传统背景意味着，提议实行保护的人试图要求适用一定程度的追溯力。

本条规定在一定范围内规定追溯力和根本不规定追溯力这两个极端之间，试图寻求一种中间路线，即：不久前已开始的一些使用虽然依据有关法律或任何其他保护措施需要获得许可才使用，但由于是在这些法律或措施生效前已经开始未经许可使用的，因此在需求其符合规范之前应当尽量给予合理的期限。然而，提出使其符合规范的这一要求，前提是应当对第三方善意获得的权利予以公平对待。在这一安排下，本条规定大致符合其他保护制度所采用的做法，并与上文第 8 条中规定的例外与限制相一致。

作出的评论和提出的问题

一般性评论

澳大利亚代表团指出，说明显示，这一规定大体上与其他保护体系所采取的办法相符合。尽管如此，该条是否需要适当的细节，在商定文书的范围与法律效果之前无法确定。但总体上，任何知识产权的一项关键政策目标是权利的确定性。最终可能出现的任何保护制度必须符合这一基本原则。

哥伦比亚代表团说，不应当在根据该条的规定中混淆或扭曲法律的不溯及既往原则，因为应当牢记，这里的问题不是从传统或专门的知识产权权利中建立的权利，而是在该文书之前已经存在的原先的权利。“正式实行传统知识保护”以及“在正式实行该保护之后的一段合理时期内”不清楚。该代表团想知道本条中“保护”如何理解。它认为，哪些行为可以被理解为“善意”取得知识，并不清楚。违反公共秩序标准取得的权利不能受保护，委员会对此应当尤为小心。此外，在公法领域，取得的权利容易被淡化（对这些权利的处理与根据民法取得的权利非常不同），这一点宪法法院已经指出。

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，传统知识保护生效不溯及既往。正如其关于第 6 条的评论中所说，这种不溯及既往性不应当与补偿相联系。如果这种补偿不存在，许多持有人将感到受到不公正对待，被从保护中排除。根据上述关于第 4 条第(1)款事先知情同意原则的原则，不是这种情况。

公有领域

澳大利亚代表团指出，这一部分也涉及到已进入公有领域的传统知识问题。观察员和成员国在不同时间均就此问题发表过观点，考虑到知识产权制度在发明、创造、发现、知识和丰富、可利用的公有领域之间的平衡，这似乎是一项关键讨论。

观察员提出的文字建议

东南土著人民中心的代表建议在最后一句“应”之后增加“按知识持有人的裁决，”。

第 10 条²²²

与总法律框架的一致性

对于涉及生物多样性内容的传统知识，获取或使用该传统知识 [应当] 应²²³ 与关于获取该生物多样性内容的国家法律规定相一致。 [允许] 许可²²⁴ 获取和/或使用传统知识，并不意味着 [允许]²²⁵ 获取和/或 [使用] 利用²²⁶ 相关的遗传资源，反之亦然。

[第 10 条之二]

传统知识的受益人之间或受益人与使用者之间出现争议时，每一方均有权将问题提交给一个受国际法和/或国家法律承认的独立的替代性争议解决机构。^{227 228]²²⁹}

²²² 原第 12 条。

²²³ 欧洲联盟及其成员国代表团。印度尼西亚代表团和代表非洲集团的安哥拉代表团反对。印度尼西亚代表团建议保留“shall”一词，不用“should”。它说这对它非常重要，因为考虑到与国内法的一致性，意见是国民待遇应优先。 [译注：英文“shall”改为“should”。]

²²⁴ 墨西哥代表团。安哥拉代表团代表非洲集团赞同。

²²⁵ 墨西哥代表团。安哥拉代表团代表非洲集团赞同。

²²⁶ 墨西哥代表团。安哥拉代表团代表非洲集团赞同。

²²⁷ 如 WIPO 仲裁与调解中心。

²²⁸ 欧洲联盟及其成员国代表团。

印度尼西亚代表团希望保留其评论意见。

²²⁹ 安哥拉代表团代表非洲集团。

关于第 10 条的说明

传统知识保护不可避免地会与其他法律系统相互影响，尤其是有关获取与受保护的傳統知识有关联的传统知识法律体系。本条规定确保与这些法律框架相一致，同时允许两个不同的法规制度保持适当的独立性。本条第一句直接来自于《波恩准则》第 37 款，该款对获取遗传资源同获取与这些遗传资源相关的传统知识二者的事先知情同意程序相互独立的问题作了规定。本条的该句规定套用了这一说法，规定其独立于为获取与生物多样性内容相关的传统知识所需的事先知情同意。

作出的评论和提出的问题

与政策目标和原则的关系

澳大利亚代表团指出，这一规定具体关系到政策目标(ix)“尊重相关国际协定和程序并与其开展合作”和总指导原则(g)。它要求进一步讨论该规定在何种程度上体现了目标与原则中的这些要素。

一般性评论

新西兰代表团指出，文件 WIPO/GRTKF/IC/17/5 的说明部分提到了总法律框架，但该条的内容实际上仅涉及框架的一个要素，即生物多样性。因此它建议关于传统知识的闭会期间工作组考虑该条是否应涉及总法律框架的其他要素。另一个选项可能是让涉及总法律框架的事项作为一项总原则在序言中处理，而不是在实质性条款中处理。

加拿大代表团认为，第 10 条目前的草案在范围上有些狭窄。它认为，该条应当从侧重于生物多样性和遗传资源上扩大，使其重点更一般性的放在这一潜在文书与其他国内法和国际文书与协定的关系上去。就此，闭会期间工作组应当从第 10 条中或传统文化表现形式案文的相应条款中寻找灵感。

观察员提出的文字建议

东南土著人民中心的代表建议在该条最后增加：“对传统知识和遗传资源的获取，应当依照创造、培育和持有该传统知识或遗传资源的土著人民/民族的法律”。

第 11 条²³⁰

国际和地区保护

各国依照落实本国际标准的国内措施或法律向传统知识²³¹ 持有人提供的保护、利益和好处，应提供给按国际义务或约定中的定义属于规定国家的国民或 [惯常]²³² 居民的一切符合资格的传统知识持有人。符合资格的外国传统知识²³³ 持有人，应享有与系保护国国民的传统知识持有人至少相同的保护利益。本原则仅允许在基本属于行政性的事项方面有例外，例如指定法律代表或送达地址，或者为了与有关不直接涉及防止盗用传统知识行为的问题的国内计划保持合理的一致性。

²³⁰ 原第 14 条。

²³¹ 墨西哥代表团。 [译注：英文版中用“traditional knowledge”替换缩写“TK”。]

²³² 墨西哥代表团。

²³³ 墨西哥代表团。 [译注：英文版中用“traditional knowledge”替换缩写“TK”。]

关于第 11 条的说明

大会责成委员会“重点就国际层面开展工作”。解决国际层面问题的一项基本内容是，为适用于外国国民的传统知识保护待遇确立标准。在一国的国民在外国管辖区受到法律保护的问题上，现有制度中采用了多种标准，其中包括：国民待遇、视同、公正和公平待遇、最惠国原则、互惠以及相互承认等标准。关于各该标准摘要及其对国际传统知识保护可能产生的影响，参见文件 WIPO/GRTKF/IC/8/6。

迄今为止，委员会成员就应当如何从技术上处理国际层面的问题提供的指导意见很少。因此，本条规定中提出的国民待遇，在形式上是灵活的，以确保符合保护资格的外国传统知识持有人享有受到保护的權利，以免其传统知识被盗用和滥用，但条件是，他们必须位于符合规定保护资格的国家境内。“国民待遇”原则要求东道国为外国传统知识持有人提供至少与其在类似情形下向本国传统知识持有人所提供的一样优惠的待遇。这样一来，国民待遇标准试图确保外国和本国传统知识持有人在法律上具有平等的地位。必须指出的是，国民待遇标准是具有相对性的，其内容取决于所涉国家对本国传统知识持有人提供的待遇。

本条规定草案中采用了说明性措词，其作用不在于规定任何具体的做法，而是帮助确定并强调在这一领域制订一项或多项国际文书时必须作出的几个重要政策抉择，并请委员会成员提供进一步的指导。

虽然按照知识产权领域的先例和过去的经验，国民待遇的做法似乎为一个恰当的起点，但传统知识的特殊性质以及委员会有许多参与者要求的专门保护形式意味着，国民待遇原则应由某些例外与限制或相互承认、互惠和视同等其他原则加以补充，尤其是涉及到保护的受益人的法律地位和习惯法时，更是如此。按照严格的国民待遇概念，提供保护的外国法庭在确定外国社区是否符合受益人资格时，将诉诸本国的法律，包括本国的习惯法。从该外国社区的观点来看，这可能不是令人满意的解决办法，该社区当然希望参考其本社区的习惯法。按照相互承认和视同原则，提供保护的外国的法庭可以认可的是，传统知识起源国的社区，凡在甲国享有诉讼法律地位的，即可以作为保护的受益人，因为其在起源国享有此种法律地位。因此，虽然国民待遇也许作为一般原则是合适的，但也许相互承认等做法也可以成为解决法律地位等一些问题的适当原则。

然而，传统知识的外国权利人保护问题是一个错综复杂的问题。鉴于这一问题的复杂性，委员会的讨论迄今为止尚未对这一技术问题提出太多具体的指导意见，现有的国内传统知识专门保护法要么根本不保护外国权利人，要么采取综合的做法。

作出的评论和提出的问题

国际层面

澳大利亚代表团注意到关于委员会就应当如何从技术上处理国际层面的问题提供的指导意见很少的说明，要求那些有传统知识知识产权制度的国家在国民待遇以及在其管辖区对此如何加以处理方面分享其经验。

国家法律

学生与研究员岛国治理协会(AECG)的代表说，国家法律最好在外国人持有的资产方面规定公平待遇。为做到这点，有必要考虑互惠性法律文书，这对邻国很明显更方便。

一般性评论

赞比亚代表团说，该条可以接受。

观察员提出的文字建议

东南土著人民中心的代表建议把该条改为：“本规定的签约国将努力针对试图强制获取土著人民接受未经授权使用传统知识或者试图对拒绝同意使用传统知识的土著人民/民族或社区进行报复的所有实体，包括联合国会员国，对土著人民/民族和各社区提供保护。”

一般性评论

作出的评论和提出的问题

墨西哥代表团建议，案文通篇应当增加“传统知识持有人和保管人”这一词组，原因要么是这两个术语在全文中不加区别地使用，要么是在某些情况下仅提及其中一个；“持有人”和“保管人”两词有不同含义，从受益主体、权利或者保护方面可以区别。

中国代表团建议，参照文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 对条款顺序进行调整。例如首先明确传统知识受保护的客体范围和资格。

德国代表团说，今后基于文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 和 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的未来讨论不应是未来工作的唯一基础。正如欧洲联盟在委员会第十四届会议上所说，讨论应当以委员会进行的全部工作为基础，不排除任何一份或多份文件。它还建议应当参考文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4(B)和 WIPO/GRTKF/IC/13/5(B) Rev.中所载的“差距分析”，因为它们分别含有关于传统文化表现形式和传统知识一般特征的宝贵信息。

瑞士代表团说，三项实质问题，遗传资源、传统知识和传统文化表现形式，应当同等对待。所以，所有三项问题应当在委员会每届会议上得到处理，分配相当的注意力和时间。它回顾了其在委员会往届会议上关于文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的发言，尤其是在第十五届会议上所作的发言。延长后的任务规定指出，“委员会将……继续进行工作并开展基于案文的谈判，目标是议定一部(或多部)确保遗传资源、传统知识和传统文化表现形式得到有效保护的国际法律文书”。它希望澄清，修订后的文件 WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov.中没有方括号，不代表已就案文的任何部分，包括未使用方括号的案文，有协商一致。所以，文件整体仍然开放供讨论。

日本代表团说，关于 WIPO/GRTKF/IC/16/4 和 WIPO/GRTKF/IC/16/5 中的目标和总指导原则，日本代表团提交、记录于 WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.的意见仍然有效，可以作为进一步讨论的有用资料。该代表团保留进一步提出评论和问题的权利。在讨论实质性条款时，关于灵活性和全面性的总指导原则应当得到尊重，在每一条的措词中得到适当反映。

赞比亚代表团说，文件 WIPO/GRTKF/IC/16/4(传统文化表现形式)、WIPO/GRTKF/IC/16/5(传统知识)和 WIPO/GRTKF/IC/16/6(遗传资源)仍然是谈判的基础，但只要不在进程中引起混淆和耽搁，也对任何有价值的额外文件持开放态度。谈判产生的文书规定了最低标准，成员国有义务接受这些标准。本质上讲，它们应当“具有约束力”。但是，提供保护的具体方式仍可以在国家一级决定，《TRIPs 协定》即为如此。最低标准应当包括：披露发明中使用的生物资源或遗传资源的起源和来源国以及相关传统知识；持有人或主管单位事先知情同意的证据；以及公平和公正分享的证据。此外，文书应当具有前瞻性，行文清楚、简洁、不模棱两可、自我解释并尽可能“自给自足”。它同样应当反映成员国的文化和法律多样性。三个实质事项应

当同等优先对待。但是，考虑到与遗传资源相比，传统知识和传统文化表现形式取得了更大的进展，后两者应当优先。总的来说，进程本身应当透明，对所有成员国同等对待。

欧洲联盟及其成员国代表团强调，WIPO/GRTKF/IC/17/5 的每项目标、原则和条款均要尊重现有国际制度，尤其是知识产权制度。该代表团认为，对传统知识的最终保护不能在任何方面优于现有的传统知识产权制度。它保留对案文提出进一步评论意见的权利。

国际商会的代表承认一些成员国所表达的关注，即委员会尚未产生充分成果，包括例如一部关于传统知识的国际文书。但是，在降低不当颁发传统知识专利的风险上已有真正进展。例如，WIPO 在 PCT 最低文献中增加传统知识资源，以及传统知识数据库的开发，尤为宝贵。由印度编辑、向欧洲专利局和美国专利局提供的传统知识数字图书馆是有效进展的另一例子。该观察员对延长任务授权表示欢迎。但是，在今后两年商定如何“确保遗传资源、传统知识和传统文化表现形式得到有效保护”的目标充满挑战，因为现在仅就原则有有限的一致意见。一部有效保护传统知识的国际文书，必须是一部可交裁决的文书——也就是说，可以由一名公正的法官适用和解释一套清楚的原则加以解决。不提供这种制度的文书，将不能得到尊重或获得拥护。目前，在传统知识的本质，即将保护什么，以及如何定义盗用上清晰度不足，不足以提供一个可交裁决的制度。在达到这种清晰度之前，一部有效的国际文书产生的机会很小。为完成实现任务授权的目标，委员会不应尝试做许多工作。试图照顾每一种可能的情况，可能让最终形成的制度根本没用。从有限范围开始，随着经验加以扩大，发现哪些有用哪些没有，可能更容易。建议委员会应当争取：(1) 对传统知识的定义进行限定和澄清；(2) 对盗用的定义进行限定；(3) 对允许行为和例外的范围进行澄清；(4) 避免麻烦但用处不大的新要求，例如“公开来源”。

[后接附录]

附 录

保护传统知识经修订的规定

政策目标和核心原则

目 录

注意：本附录系 WIPO 文件 WIPO/GRTKF/IC/9/5 的摘录。附于本文件，只是为了在案文的原始结构和调整结构之后的 WIPO/GRTKF/IC/18/5 之间作比较。

一、政策目标

- (i) 承认价值
- (ii) 增进尊重
- (iii) 满足传统知识持有人的实际需求
- (iv) 促进对传统知识的保存和维护
- (v) 对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点
- (vi) 维护传统知识体系
- (vii) 有助于保障传统知识
- (viii) 制止不正当和不公平的使用
- (ix) 尊重相关国际协定和程序并与之开展合作
- (x) 鼓励创新与创造
- (xi) 确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换
- (xii) 促进公平分享利益
- (xiii) 鼓励社区发展及合法贸易活动
- (xiv) 预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权
- (xv) 增强透明度和相互信任
- (xvi) 与保护传统文化表现形式互补

核心原则

二、总指导原则

- (a) 反映传统知识持有人的需求和希望的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并为之开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

三、实质性条款

- 1. 提供保护，禁止盗用
- 2. 保护的法律形式
- 3. 受保护客体的一般范围
- 4. 受保护的资格
- 5. 保护的受益人
- 6. 对知识持有人的公正和公平地分享利益以及承认
- 7. 事先知情同意的原则
- 8. 例外与限制
- 9. 保护期
- 10. 过渡措施
- 11. 手续
- 12. 与总法律框架的一致性
- 13. 对保护的行政管理与执法
- 14. 国际和地区保护

一、政策目标

保护传统知识，应以如下各项所述内容为目标：

承认价值

- (i) 承认传统知识的整体性及其固有价值，包括其社会、精神、经济、智力、科学、生态、技术、商业、教育和文化价值，并肯定传统知识体系是进行不断创新及鲜明的智力和创造性生活的框架，对于土著和当地社区具有根本的重要意义，并具有与其他知识体系同等的科学价值；

增进尊重

- (ii) 增进人们对传统知识体系的尊重，对保存并维持这些体系的传统知识持有人的尊严、文化完整以及智力和精神价值的尊重，对传统知识在保持传统知识持有人的生计和身份方面所做贡献的尊重，对传统知识持有人为保护环境、粮食安全与可持续农业以及科学技术进步所做贡献的尊重；

满足传统知识持有人的实际需求

- (iii) 以传统知识持有人直接表示的愿望和希望为指引，尊重其作为传统知识持有人和保管人的权利，为实现传统知识持有人的福利以及经济、文化和社会利益做贡献，并奖励他们对本社区和科学进步以及有利于社会的技术作出的贡献；

促进对传统知识的保存和维护

- (iv) 通过尊重、维护、保护和维持传统知识体系，并为这些知识体系的保管人维持和保障其知识体系提供奖励，促进并支持保存和维护传统知识的工作；

对传统知识持有人赋予能力并承认传统知识体系的显著特点

- (v) 这种保护应做到赋予传统知识持有人以保护其知识的能力，充分承认传统知识体系的显著特点，以及寻求与此种体系的显著特点相符的解决办法的必要性，并牢记此种解决办法应当公平、兼顾各方利益，并确保传统的知识产权制度在运作中能对保护传统知识以免被盗用起到支持作用，而且应当对传统知识持有人赋予能力，以便对自身的知识行使各项权利和适当的权力；

维护传统知识体系

- (vi) 尊重并方便传统知识持有人自身和相互之间继续以其习惯的方式使用、发展、交流和传播传统知识；维护并增强对传统知识及相关遗传资源的这种习惯的保管关系，鼓励继续发展传统知识体系；

有助于保障传统知识

- (vii) 有助于保存和保障传统知识以及用以发展、保存和传播传统知识的习惯手段及其他手段的适当平衡，鼓励人们根据传统知识持有人的相关习惯做法、规范、法律和协议，保护、维持、应用、更广泛地使用传统知识，主要并直接造福于传统知识持有人，并造福于全人类；

制止不正当和不公平的使用

- (viii) 制止盗用传统知识及其他不正当的商业和非商业活动，并承认有必要根据国家 and 当地的需求调整制止盗用传统知识的途径；

尊重相关国际协定和程序并与之开展合作

- (ix) 注意到其他国际和地区文书和程序，并始终如一地与之共同开展工作，尤其是用以规范与传统知识相关的遗传资源的获取和利益分享的文书和程序；

鼓励创新与创造

- (x) 鼓励、奖赏和保护基于传统的创造与创新，并加强传统知识在土著和传统社区的内部传播，其中包括在征得传统知识持有人同意的情况下，将此种知识纳入各社区的教育倡议中，以造福于传统知识的持有人和保管人；

确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换

- (xi) 确保事先知情同意和根据双方议定的条款进行交换，并与关于获取遗传资源方面的现有国际和国家制度协调；

促进公平分享利益

- (xii) 促进公正、公平地分享和分配因使用传统知识而带来的货币和非货币利益，并做到符合其他可适用的国际制度、事先知情同意的原则，以及在无法确认持有人个人或知识已被公开等特殊情况下，作出公正和公平的补偿；

鼓励社区发展及合法贸易活动

- (xiii) 在传统知识持有人有此希望时，鼓励利用传统知识进行社区发展，承认传统和当地社区对其知识享有的各项权利；鼓励发展名副其实的传统知识创作成果及相关的社区产业，并扩大其营销的机会，但条件是传统知识持有人须按照其自由追求经济发展的权利来寻求此种发展和机会；

预防对未经授权的当事方进行不合适的知识产权授权

- (xiv) 尤其通过作为专利授权的条件之一，要求凡涉及传统知识和相关遗传资源的发明专利申请必须公开这些资源的来源和起源国，并提供关于事先知情同意和利益分享条件已在起源国得到满足的证据，禁止对传统知识及相关遗传资源授予或行使不适当的知识产权；

增强透明度和相互信任

- (xv) 通过提倡遵守道德行为守则以及自由和事先知情同意的原则等方式，增强传统知识持有人与学术、商业、教育、政府以及传统知识的其他使用者之间的关系中的确定性、透明度以及相互尊重和理解；

与保护传统文化表现形式互补

- (xvi) 始终如一地与保护传统文化表现形式和民间文学艺术表现形式同时开展工作，尊重传统知识和文化表现形式是许多传统社区整体特征的一个不可分割的部分这一事实。

二、总指导原则

本总原则必须得到遵守，以确保有关保护问题的各项具体的实质性规定公平、兼顾各方利益、有效并始终如一，而且能适当地帮助实现保护目标：

- (a) 反映传统知识持有人的需求和希望的原则
- (b) 承认权利的原则
- (c) 保护的有效性和可获得性原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 公平和利益分享的原则
- (f) 与关于获取相关遗传资源的现有法律制度相一致的原则
- (g) 尊重其他国际和地区文书和程序并与之开展合作的原则
- (h) 尊重传统知识的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 对传统知识的具体特性予以承认的原则
- (j) 为满足传统知识持有人的需求提供援助的原则

三、实质性条款

第 1 条

提供保护，禁止盗用

1. 传统知识应受保护，以免被盗用。
2. 凡以不正当或非法手段获得、占用或利用传统知识的行为，均构成盗用行为。盗用行为亦可包括传统知识的使用者明知或因疏忽而不知该知识是通过不正当手段获得、占用或利用的，仍通过获得或占用传统知识而获得商业利益的行为，及其他以违背诚实做法的方式从传统知识中获得不公平利益的商业活动。
3. 应尤其提供法律手段，以防止以下行为：
 - (i) 通过盗窃、贿赂、胁迫、欺诈、侵占、违约或诱使违约、失信或诱使失信、违背受托义务或其他信托关系、欺骗、误传、在为获取传统知识而征求事先知情同意时提供误导信息或其他不正当或不诚实的手段，获得传统知识的行为；
 - (ii) 违反关于获取传统知识须以征得事先知情同意为条件的法律措施，而获得或控制传统知识的行为，以及违反双方商定的作为获取传统知识的事先知情同意条件的条款，使用该传统知识的行为；
 - (iii) 关于传统知识的归属或控制权的虚假主张或宣称，其中包括鉴于传统知识以及获取传统知识方面的任何条件，对该传统知识相关的客体应有的知识产权无效时，仍获得、主张或宣称拥有知识产权的行为；
 - (iv) 获取传统知识并对其进行商业或工业使用的，凡有营利目的，并能为用户带来技术或商业优势，而且根据使用者获得传统知识的具体情形，本应给予传统知识持有人以公正、公平的补偿的，却未给予该传统知识的公认的持有人以合理、适当的补偿的行为；以及
 - (v) 第三方以超出习惯范围以外并明显构成篡改、歪曲或诋毁性修改该知识而且违反公共秩序或道德的方式，故意冒犯性地使用对持有人具有特别的道德或精神价值的传统知识的行为。
4. 传统知识持有人亦应得到有效保护，以制止其他不正当竞争行为，包括《巴黎公约》第 10 条之二所规定的各种行为。其中还包括关于某产品或服务是在传统知识持有人的参与下或经其同意制作或提供的，或关于对有关产品或服务进行商业性利用有利于传统知识持有人的虚假或误导性陈述；而且还包括具有与传统知识持有人的产品或服务产生混淆

性质的各种行为，以及在经营商业中损害传统知识持有人的产品或服务信用的虚伪说法。

5. 在适用、解释和实施制止盗用传统知识行为的保护时，其中包括确定公平分享和分配利益时，应尽量酌情以尊重传统知识持有人的习惯做法、准则、法律和协议为指引，其中包括该知识的传统起源所具有的精神、神圣或礼仪特点。

第 2 条

保护的法律形式

1. 保护传统知识以防被盗用，可以通过多种法律措施进行，其中包括：关于传统知识的特殊法律，知识产权法，包括有关不正当竞争和不正当得利的法律，合同法，包括民事侵权和赔偿责任在内的民事义务法，刑法，土著人民利益法，渔业法和环境法，关于获取和利益分享的制度，或任何其他法律，或上述法律的任何组合。本款受第 11 条第(1)款的约束。
2. 此种保护不必采用专有产权的形式，但亦可酌情为传统知识持有人个人和集体提供此种权利，包括通过现有的或经调整的知识产权制度，根据传统知识持有人的需求和选择，国内法律和政策以及国际义务，来提供此种权利。

第 3 条

受保护客体的一般范围

1. 本原则涉及的是保护传统知识以免其在传统范围之外被盗用和滥用的问题，不得被解释为将传统知识中的各种不同的整体概念限制于或试图从外部界定于传统范围中。应根据传统知识所具有的能动、不断发展的特点，以及传统知识体系作为持续创新框架的特点，来解释和适用本原则。
2. 仅为本原则的目的，“传统知识”一词指因传统范畴的知识活动而产生的知识内容或实质性要素，其中包括构成传统知识体系的诀窍、技能、创新、做法和学问，并包括体现土著和当地社区的传统生活方式的知识，或存在于经整理的世代相传的知识体系中的知识。该术语不局限于任何具体技术领域，可以包括农业、环境和医学知识，也可以包括与遗传资源相关的知识。

第 4 条

受保护的资格

应至少对下述传统知识给予保护：

- (i) 其产生、保存和传播具有传统和世代相传的特点；
- (ii) 与世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区或人民有显著联系；以及
- (iii) 属于被公认持有该知识的土著或传统社区或人民的文化特征的组成部分，而这些传统社区或人民是通过保管、监护、集体拥有或文化责任，而被公认持有该传统知识的。这种关系可能已正式或非正式地体现在习惯或传统做法、礼仪或法律中。

第 5 条

保护的受益人

对传统知识的保护，应使以传统和世代相传的方式创造、保存和传播该知识并与其相关联和根据第 4 条认同自己身份的社区受益。保护应相应地使以此种方式持有传统知识的土著和传统社区本身受益，并使被承认属于这些社区和人民的个人受益。从保护中受益的权利，应尽量酌情考虑这些社区和人民的习惯礼仪、协议、法律和做法。

第 6 条

公正和公平地分享利益以及对知识持有人的承认

1. 保护传统知识为传统知识持有人带来的应享利益，应包括公平和公正地分享因对传统知识进行商业和工业使用而产生的利益。
2. 为非商业性目的而使用传统知识，应只产生非货币性利益，例如获得研究成果以及让传统知识的来源社区参与研究和教育活动。
3. 对传统知识进行超出其传统范围的使用者，应说明来源，注明持有人，并以尊重和承认持有人的文化价值的方式使用该知识。
4. 应提供法律手段，在出现未按第 1 款和第 2 款的规定公正和公平地分享利益的情况时，或在知识持有人未按第 3 款的规定得到承认的情况时，为传统知识持有人提供补救办法。
5. 在分享因利用传统知识而可能产生的利益中，当地社区内部的习惯法可以发挥重要的作用。

第 7 条

事先知情同意的原则

1. 在遵守本原则及相关国家法律的前提下，事先知情同意的原则应适用于一切从传统知识的传统持有人手中获取传统知识的行为。
2. 传统知识持有人应享有对传统知识的获取给予事先知情同意的权利，或按可适用的国家立法的规定核准适当的国家主管单位给予此种同意的权利。
3. 用于执行事先知情同意原则的措施和机制，应当易懂、适当而且对所有相关的利益攸关者尤其是传统知识持有人都不造成负担；应确保清楚、具有法律确定性；并应规定经双方议定的关于公平分享因征得同意后使用此种知识所产生的利益的条款。

第 8 条

例外与限制

1. 适用和实施传统知识保护时，不得对以下方面产生负面影响：
 - (i) 传统知识继续可供传统知识持有人使用，以便其以习惯的方式实践、交流、使用和传播传统知识；
 - (ii) 在家庭、政府医院、尤其是由附属于这些医院的传统知识持有人、或为其他公共卫生目的使用传统医药。
2. 尤其对于业已存在并可随时向公众提供的对传统知识的正当使用，国家主管单位可以将其排除在事先知情同意原则之外，但条件是，该传统知识的使用者进行工业和商业使用时，必须作出公平的补偿。

第 9 条

保 护 期

1. 保护传统知识以免被盗用的期限，应以该传统知识符合第 4 条规定的关于保护资格的标准为限。
2. 如果主管单位通过国家或地区措施为传统知识提供额外的或宽于本原则所规定的保护，这些法律或措施应规定具体的保护期。

第 10 条

过渡措施

根据本原则新实行的传统知识保护，应适用于获得、占用和使用传统知识的新行为。对于在正式实行传统知识保护之前获得、占用或使用传统知识的行为，应在正式实行该保护之后的一段合理时期内加以规范。但对于第三方善意获得的权利，应予以公平对待。

第 11 条

手 续

1. 保护传统知识以免被盗用的资格，不需履行任何手续即可取得。
2. 本着透明、确定和保护传统知识的精神，相关的国家主管单位可以酌情并根据相关的政策、法律和程序以及传统知识持有人的需求和愿望，建立传统知识登记簿或其他登记册。此种登记簿可以联系具体的保护形式，但不得削弱尚未公开的传统知识的地位或损害传统知识持有人对其尚未公开的知识内容享有的利益。

第 12 条

与总法律框架的一致性

1. 对于涉及生物多样性内容的传统知识，获取或使用该传统知识应与关于获取该生物多样性内容的国家法律规定相一致。允许获取和/或使用传统知识，并不意味着允许获取和/或使用相关的遗传资源，反之亦然。

第 13 条

对保护的行政管理与执法

1. (a) 应由一个或多个适当的国家或地区主管单位负责:

- (i) 传播关于传统知识保护的信息, 并开展公共宣传和广告活动, 让传统知识持有人及其他利益攸关者了解传统知识保护的有效性、范围、使用和执法;
- (ii) 确定与传统知识有关的某行为是否构成盗用传统知识的行为, 或与该知识相关的其他不正当竞争行为;
- (iii) 确定获取和使用传统知识是否已征得事先知情同意;
- (iv) 确定公正和公平的利益分享;
- (v) 确定对传统知识享有的权利是否被侵权, 并确定补救办法和损害赔偿金;
- (vi) 可能时酌情协助传统知识持有人使用、行使和实施其对传统知识享有的权利。

(b) 应将一个或多个国家或地区主管单位的身份通知国际机构, 并予以广泛宣传, 为开展保护传统知识和公平分享利益方面的合作和信息交流提供便利。

2. 国家和地区主管单位根据本原则所制定的实行传统知识保护的措施和程序, 应做到公正、公平, 应易于传统知识持有人使用、适当而且不造成负担, 并应保障第三方的合法利益以及公共利益。

第 14 条

国际和地区保护

各国依照落实本国际标准的国内措施或法律向传统知识持有人提供的保护、利益和好处，应提供给按国际义务或约定中的定义属于规定国家的国民或惯常居民的一切符合资格的传统知识持有人。符合资格的外国传统知识持有人，应享有与系保护国国民的传统知识持有人至少相同的保护利益。本原则仅允许在基本属于行政性的事项方面有例外，例如指定法律代表或送达地址，或者为了与有关不直接涉及防止盗用传统知识行为的问题的国内计划保持合理的一致性。

[附件和文件完]