

政府间委员会第三十八届会议
信息说明¹

政府间委员会主席伊恩·戈斯先生编拟

导 言

1. 根据政府间委员会 2018/2019 年任务授权和 2018 年工作计划，政府间委员会第三十八届会议应就传统知识（TK）/传统文化表现形式（TCE）进行谈判，重点是解决尚未解决的跨领域问题，并审议法律文书草案的备选方案。
2. 为协助成员国筹备政府间委员会第三十八届会议，我更新了为政府间委员会第三十七届会议编拟的信息说明，总结了未解决的跨领域问题，以及成员国可能希望重点关注的与传统知识/传统文化表现形式有关的一些其他问题。
3. 我要指出的是，秘书处已按要求更新了 2018 年政府间委员会第三十七届会议传统知识和传统文化表现形式差距分析草案，并已分别作为文件 WIPO/GRTKF/IC/38/6 和 WIPO/GRTKF/IC/38/7 重新提交了政府间委员会第三十八届会议。
4. **请注意，本说明中表达的任何观点仅为本人的观点，不妨碍任何成员国对所讨论问题的立场。作为信息说明，它没有地位，也不是会议的工作文件。它只是一份文件，用以协助与会者筹备政府间委员会第三十八届会议。**
5. 适当时，则鼓励成员国考虑，对于有些概念，国际文书是否应仅提供一个政策框架或可能的最低标准，并允许在国家层面对这些概念及要确定的实施问题进行更详细的阐述。
6. 我也鼓励成员国表现出灵活性和务实精神，为“达成共识”作出协调一致的努力（正如政府间委员会任务授权所述的那样），本着谈判和妥协的精神采取行动。

供政府间委员会第三十八届会议审议的跨领域问题

7. 正如我之前所指出的那样，我认为案文中涉及的大多数问题都属“跨领域”。我的意思是，两个案文中出现了许多相同的政策和技术问题。鉴于传统知识和传统文化表现形式这两个客体极为相似，因此，这在意料之中。事实上，土著人民长期以来一直认为这两个客体领域是一个整体中相互关联的部分。但是，认识到在知识产权（IP）公开方面，传统知识和传统文化表现形式提出了一些不同的知识产权问题，在历史上给予处理的方式也有所不同，因此到目前为止，政府间委员会在很大程度上是并行地分别处理每个案文。²这意味着，在某些情况下，非常相似乃至相同的政策和法律问题在两个案文中的处理方式可能会有所不同，而在必要和期望之时，对两个案文进行直接比较和协调的机会可能已经错失。相比之下，政府间委员会第三十七届会议让政府间委员会与会者能够同时并行处理这两个案文，使其有机会进行他们认为适当的更改，以协调、连贯和整体的方式简化和完善案文，例如序言/引言部分和客体。政府间委员会第三十八届会议是专门致力于对传统知识/传统文化表现形式进行跨领域讨论的四届会议中的第二届。考虑到政府间委员

¹ 产权组织秘书处的说明：政府间委员会主席伊恩·戈斯先生编拟本信息说明，目的是帮助成员国筹备政府间委员会第三十八届会议。

² 不过，我注意到政府间委员会第二十七届会议（2014 年 4 月）、政府间委员会第二十八届会议（2014 年 7 月）和政府间委员会第三十七届会议（2018 年 8 月）已就跨领域问题付出了努力。

会第三十七届会议讨论了一些跨领域问题，并且政府间委员会还有另外两届会议来处理传统知识/传统文化表现形式问题，我将就我建议政府间委员会第三十八届会议可涉及的范围单独提出意见。

8. 有一些关键的相互关联的问题需要成员国集体考虑，特别是客体及相关定义、保护资格标准、保护范围，以及例外与限制。政府间委员会第三十七届会议试图建立一个框架来处理工作文件中的这些关键要素。但是，未形成一致意见，因为工作文件中的方法各有不同，其中包括：

- 将资格标准与传统知识和传统文化表现形式的定义联系起来，并根据传统知识和传统文化表现形式的传播及其控制和管理的性质区分保护范围；
- 为受保护的传统知识和传统文化表现形式确定具体的定义，其中包含保护的资格标准；
- 结合使用上述两种方法。

9. 如果政府间委员会要在传统知识和传统文化表现形式方面取得实质性进展，成员国必须就共同方法达成一致意见，这将使政府间委员会能够重点讨论详细的执行机制和案文，包括一种基于措施和/或权利的方法。

序言/引言

10. 序言不构成一部多边文书中具有法律约束力或执行力的案文，尽管它通过提供文书背景、介绍起草者意图，确实可以帮助解释执行条款。行文通常体现出文书是属于宣示性还是具有法律约束力之原则。

11. 政府间委员会第三十七届会议以协调、连贯和整体的方式完善了传统知识案文和传统文化表现形式案文的序言/引言部分。

12. 政府间委员会可以进一步核实其相关性，思考哪些概念与知识产权最直接相关，因为政府间委员会的任务授权是就与知识产权有关的国际法律文书达成一致，以兼顾各方利益地、有效地保护传统知识和传统文化表现形式。

政策目标（传统知识案文第 2 条和传统文化表现形式案文第 2 条）

13. 目标对于制定任何文书的执行案文均至关重要，因为其详述了文书的目的和意图。这可以使措辞简单、直接、高效，使案文更清晰。

14. 传统知识的案文列有四个替代项，而传统文化表现形式的案文列有三个替代项。两个案文中的替代项 1 似乎都采用相同的方法。政府间委员会可以考虑不同替代项和表述之间是否存在可能趋同的领域。

15. 在审查这些替代项时，成员国从各方利益的角度，即从受益者、使用者和公众的利益角度，审议政策目标，将会颇有帮助。请注意，目前的替代项往往是从单一角度构建的。

16. 政府间委员会还可能希望考虑是否有必要在目标中谈及与公有领域的关系。

17. 政府间委员会还可以考虑使案文更加合理，避免冗余和无关紧要的内容，特别是在序言/引言部分，把重点放在文书的共同的、简明的核心知识产权相关目标上。以知识产权为重点的目标实例，从广义而言，可能除其他外，尤其包括防止盗用和滥用、促进创新和创造力，以及防止不当或错误地授予知识产权。

18. 在确定知识产权相关目标时，成员国可以考虑并思考，关于传统知识和传统文化表现形式的知识产权文书将要处理哪些类型的有害行为，以及从政策角度看，有哪些现有差距需要弥合。

19. 此外，还应当在执行性案文和目标之间划清界线，保护目标也应当与执行性/实质性条款有直接联系。

“盗用”的定义（传统知识案文第 1 条）

20. 传统知识和传统文化表现形式的案文都提到了“盗用”的概念。传统知识案文载有关于盗用的拟议定义，而传统文化表现形式的案文则未这样做。政府间委员会还在遗传资源（GR）背景下讨论了盗用的概念，尽管到目前为止尚未就其含义或在此背景下具体定义其含义的必要性达成一致意见。

21. 政府间委员会可以考虑，就传统知识和/或传统文化表现形式而言，是需要对盗用进行定义，还是可以依其用语按其上下文并参照国际文书之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。³

22. 我还希望指出的是，“滥用”、“非法占用”和“未经授权使用”的定义列入了传统知识案文中。待其他问题更加清晰后，重新审视所有这些术语可能会有所帮助。这些术语虽在使用中，但未在传统文化表现形式案文中有所定义。

公有领域和公开可用的定义（传统知识案文第 1 条和传统文化表现形式案文第 1 条）

23. 政府间委员会第二十七届会议在传统知识和传统文化表现形式的案文中引入了“公有领域”一词的定义。这个基本概念与知识产权制度的内在平衡不可分割。专属权与使用者和广大公众的利益之间要取得平衡，以培育和激发后续创新和创造力，并在作品和发明不再受到保护后能够获得使用。

24. “传统文化表现形式”案文第 1 条中目前有两个替代项与使用“公有领域”一词有关。虽然第一个替代项提出了“公有领域”一词的定义，但第二个替代项仅仅提到了该术语在国家法律中的定义。传统知识案文列有“公有领域”一词的定义，与传统文化表现形式案文中的定义类似，但传统文化表现形式案文中“公有领域”的定义提到了“有形和无形材料”，而传统知识案文仅提及“无形材料”。政府间委员会可以考虑统一两个案文中的定义。

25. 不过，尽管“公有领域”的概念与理解知识产权与传统知识/传统文化表现形式之间的关系相关，也与制定一个有效保护传统知识和传统文化表现形式、兼顾各方利益并类似知识产权的制度相关，但是在传统知识和传统文化表现形式文书中制定并纳入“公有领域”的具体定义有哪些好处尚不清楚。我认为，界定“公有领域”是一项颇具挑战性的工作，所产生的重大、广泛、深远的政策影响超出了政府间委员会的范围。

26. “公有领域”的概念也与理解“公开可用”⁴相关概念有关。传统知识和传统文化表现形式的案文列有的该术语的定义相同。

³ 见《维也纳公约》第 31 条，其中规定“[a] 条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。

⁴ 这一概念在文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8（关于知识产权制度中“公有领域”这一术语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护时的含义的说明）得到了专门讨论。另见文件 WIPO/GRTKF/IC/38/INF/7（知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式重要词语汇编）。

使用/利用的定义（传统知识案文第 1 条和传统文化表现形式案文第 1 条）

27. 传统知识和传统文化表现形式的案文中纳入了使用/利用的类似定义。传统文化表现形式案文中的定义采用的是传统知识案文中的定义。该定义是否真的适用于传统文化表现形式，似乎尚不明确。

28. 正如一个代表团在政府间委员会第二十七届会议期间所指出的那样，“使用/利用”的定义系指在传统背景之外的“使用”。但是，传统文化表现形式案文第 4 条替代项 2 中的“使用”一词，以及传统知识和传统文化表现形式案文第 5 条中的“使用”一词，系指受益人的使用。换句话说，同一术语在案文的不同部分意义不同。政府间委员会不妨找到一种方法，避免由此引起的任何混淆。

资格标准（传统知识案文第 3 条和传统文化表现形式案文第 3 条）

29. 传统知识案文和传统文化表现形式案文均列有一种资格标准表述。“术语的使用”部分中的传统知识和传统文化表现形式的定义还包括一些关于资格标准的措辞。政府间委员会不妨考虑在适当位置谈及资格标准问题。

30. 还有一个问题，涉及是否真的有必要列出资格标准，因为一些代表团认为，在阐述权利方面，可以留给保护范围和例外与限制条款确定哪些权利会最终获得保护。

受益人（传统知识案文第 4 条和传统文化表现形式案文第 4 条）

31. 显而易见，尚未就这一问题达成一致意见。传统知识案文和传统文化表现形式案文均列有三个替代项。

32. 一些代表团强烈认为，土著人民和当地社区应当是唯一的受益人，而另一些代表团指出，在国内法及传统知识和传统文化表现形式可能存在的环境方面存有重大差异，因此认为重要的是提供灵活的政策空间，兼顾这些差异。虽然似乎普遍认为主要受益人应当是土著人民和当地社区，但在承认“国家”和“民族”等其他受益人的可能性方面也存在不同意见。

33. 鉴于世界各地传统知识/传统文化表现形式持有人的情况不同（这似乎会反映在不同的替代项中），成员国不妨考虑是否有必要就受益人的定义给予国家法律一些自由。

34. 我认为，案文中仍需要更明确地说明（i）受益人、（ii）权利持有人，和（iii）权利管理者（下文述及）等不同概念之间的关系。

保护范围（分层法或区别性保护）（传统知识案文第 5 条和传统文化表现形式案文第 5 条）

35. 传统知识案文和传统文化表现形式案文均有三个替代项，其中一些包含所谓的“分层法”或“区别性保护”的要素，据此可以向权利持有人提供不同种类或不同层面的权利或措施，视客体的性质和特点而定，并根据受益人所施行的控制水平和传播程度而定。

36. 这种分层法对一系列已向一般大众公开的、秘密的、神圣的或/不为社区外人员所知的、仅由受益人掌握的传统知识/传统文化表现形式提出了不同的保护。⁵

37. 这种方法提出，专有经济权利可能适合某些形式的传统知识/传统文化表现形式(如秘密和/或神圣的传统知识/传统文化表现形式)，而基于精神权利的模式可能更适合公开可用的或广为人知但仍归于特定土著人民和当地社区的传统知识/传统文化表现形式。

38. 尽管这由政府间委员会来决定，但我还是认为分层法中的区别性保护让人们可以有机会思考政府间委员会任务授权中提到的平衡和与公有领域的关系，以及所有者和使用者的权利和利益。

39. 在传统知识背景下，分层法中的区别性保护让人们可以有机会对秘密传统知识、传播范围窄的传统知识和传播范围广的传统知识之间存有差异这一现实做出回应，这些在“术语的使用”部分(第 1 条)中有所定义。为确定层级，强烈鼓励成员国认真审议哪些标准是适当的并应当在传统文化表现形式的背景下使用。在此过程中，应对拟议分层的实用性和法律影响加以审议。此外，应当指出的是，传统知识背景下可能相关的标准未必适用于传统文化表现形式。

40. 值得回顾的是，在传统文化表现形式案文的最初版本中体现了分层法，可追溯到文件“保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标和原则”(WIPO/GRTKF/IC/9/4)。该文件中传统文化表现形式的类别有：具有特定精神或文化价值或重要意义的传统文化表现形式；其他传统文化表现形式(可以说是第一类的其余部分)和秘密传统文化表现形式。鼓励成员国查阅该文件，因为它还载有一份评论，解释了关于分层问题的拟议方法。

41. 若就纳入其他受益人(例如国家或民族)达成一致、但在保护范围方面保持分歧这一想法得到一些支持的话，则将需要对授予这些其他受益人的权利予以充分审议。

制裁、救济和行使权利/适用(传统知识案文第 6 条和传统文化表现形式案文第 10 条)

42. 传统知识和传统文化表现形式案文载有几个不同的概念。它们只有一个共同的概念(传统知识案文中的替代项 1 和传统文化表现形式案文中的替代项 1)。由于这一程序性条款很可能既适用于传统知识，也适用于传统文化表现形式，成员国不妨重新审视这两个版本，予以简化，看看哪里可以取长补短，让这两个案文可以得到完善。

43. 为简化起见，成员国不妨考虑在国际层面提供一般框架，将细节留给国家立法。

权利/利益的管理(传统知识案文第 8 条和传统文化表现形式案文第 6 条)

44. 传统知识案文第 8 条和传统文化表现形式案文第 6 条涉及应如何及由谁管理权利或利益。例如，可能包括协助管理和执行受益人的权利。

45. 似乎未就传统知识和传统文化表现形式持有人参与建立/委任主管机构的程度达成一致意见。

46. 成员国考虑的一个可能的下一步方法是留给国家层面实施主管当局相关安排的灵活性，而不是试图在国际层面制定“一刀切”的解决方案。

⁵ 见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 (关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释)。

例外与限制（传统知识案文第 9 条和传统文化表现形式案文第 7 条）

47. 传统知识案文包含三个替代项，而传统文化表现形式案文包含四个替代项。这些替代项采用两种方法：

- 留给各国充分监管例外与限制的灵活性（传统知识案文的替代项 1 和 3 以及传统文化表现形式案文的替代项 1、2 和 3）；
- 提供一个框架，列出一般例外和成员国在国家层面进行监管的具体例外（传统知识案文的替代项 2 和传统文化表现形式案文的替代项 4）。一般例外包括 1971 年《伯尔尼公约》中体现的“经典”三步检验法的要素和精神权利的成分（注明受益人、非冒犯性使用和符合公平做法等概念）。具体例外包括应包含/允许的例外与限制。

48. 根据可能采用的有关确定保护范围的分层法，一些代表团询问，例外与限制方面的规定是否也不应当遵循这种方法，就是说，不同程度的例外行为将会反映各种客体以及对其适用的分层权利。成员国不妨审议这种方法。

保护期（传统知识案文第 10 条和传统文化表现形式案文第 8 条）

49. 关于保护期，传统知识和传统文化表现形式的案文采用不同的方法。

50. 传统知识案文中的措辞似乎与传统文化表现形式案文的备选方案 1 第一段相似。不过，值得注意的是，它包含对第 5 条（分层法）的提及，而传统文化表现形式的案文却没有。

51. 传统文化表现形式的案文包含三个备选方案：备选方案 1 提供了与资格标准有关的保护期，并规定对精神权利的保护不设期限。备选方案 2 将保护期与继续享有保护范围相关联。备选方案 3 只与传统文化表现形式在经济方面的时限相关，有一定的时间限制。成员国可以考虑是否可以合并备选方案，考虑是否应对传统文化表现形式的经济方面的保护期限施加时间限制。

52. 成员国也不妨考虑在传统知识案文中采用类似的方法。

手续（传统知识案文第 11 条和传统文化表现形式案文第 9 条）

53. 传统知识和传统文化表现形式的案文有几个共同的段落，并列有一些其他要素。

54. 政府间委员会在讨论手续时可以考虑传统知识和传统文化表现形式案文第 5 条中所列的分层法。可以设想不为某些传统知识或传统文化表现形式制定手续，而是为其他类型的传统知识和传统文化表现形式制定一些手续。手续也可能依授予的权利类型而有所不同。可以再次忆及的是，上文提到的传统文化表现形式案文第一版已经对寻求最高级别保护的传统文化表现形式提出了某种形式的事先登记和审查，并未针对其他传统文化表现形式——见文件“保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标和原则”（WIPO/GRTKF/IC/9/4）。

过渡措施（传统知识案文第 12 条和传统文化表现形式案文第 11 条）

55. 传统知识案文第 12.1 条和传统文化表现形式案文第 11.1 条似乎反映了一种共识，即该文书应适用于在生效时符合保护标准的所有传统知识/传统文化表现形式。这些段落的起草措辞在两个案文中并不相同。成员国不妨更详细地审查措辞，对一致点选择更明确地表述。

56. 关于第三方已获得的权利的问题，传统知识案文第 12.2 条提出了三种备选方案，传统文化表现形式案文第 11.2 条列有两种备选方案。需要进行更多讨论，协调不同观点。这可以通过重新起草案文，让这一重要概念的表述更清晰、更简单来实现。

57. 成员国不妨并排查看这两个案文，进行他们认为适当的更改。

与其他国际协定的关系（传统知识案文第 13 条和第 14 条以及传统文化表现形式案文第 12 条）

58. 这两个案文都有相似的概念。不过，传统知识案文包括一个不减损条款（第 14 条），是一个单独条款，而类似规定也包含在传统文化表现形式案文中关于与其他国际协定的关系的条款（第 12 条）中。成员国不妨考虑放置这样一个条款，并在两个案文中采用相同的措辞，以避免混淆。

国民待遇（传统知识案文第 15 条和传统文化表现形式案文第 13 条）

59. 关于国民待遇，传统知识案文列有三个替代项，与传统文化表现形式案文有很大不同。成员国不妨查看这两个案文，进行适当的修改，确保统一。

跨境合作（传统知识案文第 16 条和传统文化表现形式案文第 14 条）

60. 该条款涉及跨国界共享的传统知识/传统文化表现形式的重要问题。尽管措辞乍看起来或多或少有些相似，但是在术语方面有一些差异，成员国不妨密切关注，找出两个案文的最适当的表述。

61. 我还注意到遗传资源案文草案提到了习惯法和规约。成员国可以思考这样的提及是否适用于传统知识和传统文化表现形式，或者是否有用。

能力建设与提高认识（传统文化表现形式案文第 15 条）

62. 传统文化表现形式和遗传资源的案文中都列有有关能力建设与提高认识的条款。成员国不妨考虑在传统知识案文中列入关于能力建设的条款，或者至少对这一问题采取统一的方法。

传统知识案文的独特和特定问题

“传统知识”的定义（传统知识案文第 1 条）

63. 虽然传统知识案文第 3 条规定，该文书适用于传统知识，但传统知识的定义是在第 1 条关于术语的使用中给出。

64. 这些定义包括资格标准的一些要素（见上文第 27 段至第 28 段）。如前所述，成员国不妨考虑在适当位置谈及传统知识定义和资格标准，避免重复。

数据库和补充/防御性保护（传统知识案文第 5 条之二）

65. 传统知识和遗传资源案文草案涉及建立数据库和制定其他补充/防御性措施的可能性。查看遗传资源案文中的相关条款可能会颇有帮助。成员国不妨考虑这些数据库的目的和目标及其运作方式。可能需要考虑的其他关键问题包括：谁应负责编译和维护数据库？是否应设有标准来协调

其结构和内容？谁应有权访问数据库？其内容有哪些？内容将以何种形式表述？是否应附带指导方针？促进和鼓励开发可公开访问的数据库会带来哪些好处和风险？

公开要求（传统知识案文第 7 条）

66. 拟议的公开要求已在政府间委员会第三十五届和第三十六届会议及之前探讨遗传资源问题的会议上得到过广泛讨论。请注意，遗传资源的讨论也涉及“相关传统知识”。成员国尚未对此达成共识，将继续解决这个问题。

传统文化表现形式案文的独特和特定问题

“传统文化表现形式”的定义（传统文化表现形式案文第 1 条）

67. 应指出，虽然传统文化表现形式案文第 3 条规定，该文书适用于传统文化表现形式，但该术语的定义却是在第 1 条关于术语的使用中给出，与传统知识案文一样。

68. 这些定义列出了实质性资格标准（见上文第 27 段至第 28 段），其中规定属于第 1 条定义的哪些传统文化表现形式可以获得保护。如上所述，成员国不妨考虑在适当位置谈及传统文化表现形式的定义和资格标准，避免重复。

69. 有关不同形式的传统文化表现形式的实例作为脚注列在了传统文化表现形式的定义之中。成员国不妨考虑是否有必要提供这种实例。

其他有用资源

70. 我注意到产权组织网站上有一些有用的资源，成员国不妨在筹备政府间委员会第三十八届会议时用作参考，例如：

- WIPO/GRTKF/IC/38/6, 保护传统知识：差距分析最新草案，http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=411448;
- WIPO/GRTKF/IC/38/7, 保护传统文化表现形式：差距分析最新草案，http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=410365;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, 关于知识产权制度中“公有领域”这一术语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护时的含义的说明，http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=149213;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, 关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释，http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147152;
- 区域、国家、当地和社区经验，http://www.wipo.int/tk/en/resources/tk_experiences.html;
- 关于选定主题的讲座和演示报告，http://www.wipo.int/tk/en/resources/tk_experiences.html#4。

[文件完]