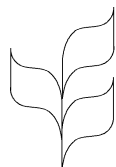




CBD



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/2/7
27 November 2001
CHINESE
ORIGINAL ENGLISH

关于生物多样性公约第 8(j)条和相关条款
的不限成员名额休会期间特设工作组
第二次会议
2002 年 2 月 4 日至 8 日，蒙特利尔
临时议程*项目 7

评估可能对土著社区和地方社区的知识、创新和做法具有影响的现有国家下级政府、国家和国际文书、特别是知识产权文书的效力

执行秘书的说明

执行摘要

除了世界知识产权组织和世界贸易组织依照《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》所管理的正式知识产权文书之外，在国家和国家下级政府两级也存在符合《生物多样性公约》第 8(j)条目标的各种机制和办法，可用以保护土著社区和地方社区保护和可持续利用生物多样性的传统知识、创新和做法。

虽然对于各种知识产权机制能否充分和有效地保护关于保护和可持续利用生物多样性的传统知识、创新和做法存在各种意见，但是，目前显然正在达成一种共识，即需要制订一系列文书和战略。在某些情况下，土著社区和地方社区可以利用专利等正规的知识产权来保护自己的知识产权所带来的惠益(基于传统知识的革新或发明所带来的惠益)，也可以利用知识产权来保护自己的传统知识(譬如，在审查专利申请时发现作为先有技术的传统知识，因而有理由予以拒绝)。地域标记和商标可用于保护利用传统知识所制造的产品，也可以提供确凿的文化辨别证据。贸易机密可以保护传统知识，对于仅由社区内某一

* UNEP/CBD/WG8J/2/1。

为节省经费起见，本文件印数有限。请各代表携带文件到会，不索取更多副本。

特定群体掌握的知识尤为如此。事实证明，根据事先知情同意、共同商定条件和公平分享惠益等原则制订的协定和契约也很有效。有些国家承认习惯法，因此，土著社区和地方社区可以利用传统方式保护其传统知识。但是，在国家内部(就国家下级政府的法律而言)以及各国之间也存在差异，很难在一个国家之外对传统知识提供全面保护，这种情况说明需要制订区域安排和多边安排。对于有些传统知识，正规的知识产权无法提供适当的保护，因此，可能需要设立一套特别制度提供此种保护(例如，对神圣知识提供保护)。

但是，传统知识拥有者往往缺乏技能和资金来利用目前形式的或不断演变的知识产权制度，因此，在这方面需要提供支助。虽然在理念、法律和概念方面存在某些困难(譬如在定义新颖性方面出现的困难)，但是，不应该将现行知识产权标准可能不完全适用于值得保护的传统知识这一点作为一种不可逾越的障碍。知识产权历来都在不断演变，从而保护新生事物，例如软件和配置设计，甚至在二十年前都没有预料会出现这些事物。知识产权原则具有不断演变和适应的性质，因此，不难看出这些原则可以为传统知识提供有效保护。一如以往，知识产权制度会不断演变，满足各种新的需要，包括传统知识拥有者的某些需要。

提议的建议

根据这一评估，工作组不妨为今后的工作制订优先次序，并建议缔约方大会：

1. 支持世界知识产权组织知识产权、基因资源、传统知识和民俗问题政府间委员会的工作；
2. 请缔约方和各国政府以及有关非政府组织协助土著社区和地方社区制订战略，采用各种办法，包括利用现行知识产权机制，应用习惯法和特别措施，采用合同安排，注册传统知识，拟订准则和行为准则，以保护其传统知识、创新和做法，必要时可向这些社区提供必要的能力(尤其是提供法律咨询)；
3. 请生物多样性公约第 8(j) 条和相关条款执行问题不限成员名额休会期间特设工作组确定与保护和可持续利用生物多样性有关、可以辅助现有做法以及可在国际上应用的保护传统知识、创新和做法的特别制度的最起码标准；
4. 请执行秘书建立缔约方和各国政府为保护传统知识、创新和做法而订立的法律和其他机制的通知制度，以便缔约方和各国政府监测第 8(j) 条的执行情况，从而制订最佳做法标准；
5. 促请尚未采取措施在本国知识产权办公室与土著社区和地方社区之间建立或改进业务联系的缔约方和各国政府采取此种行动，以便妥善协调并采取措施来保护与保护和可持续利用生物多样性有关的传统知识、创新和做法，特别是采取编纂传统知识文献的行动并在社区登记传统知识；

6. 请缔约方和各国政府在国际发展机构和其他有关组织协助下，并由有关土著社区和地方社区参加和参与，执行试验项目，以便传统知识拥有者试验采用现行知识产权制度和合同办法保护传统知识的方式；

7. 请第 8(j) 条特设工作组考虑到世界知识产权组织的工作，审查是否可以设立关于保护和可持续利用生物多样性的传统知识、创新和做法国际数据库或全球登记册，以便协助各国知识产权办公室审议处理申请中出现先有技术涉及传统知识的问题。工作组在审查是否可以设立此种数据库或登记册时，应考虑下列问题：

- (a) 其地点和行政安排；
- (b) 哪些人员、在哪些条件和情况下有权查阅登记册/数据库中的信息；
- (c) 输入、查阅和获取信息和数据的程序；
- (d) 数据分类和标准化的最佳办法；
- (e) 安全规定以及保护登记册/数据库信息的最佳办法；
- (f) 登记册/数据库中所储存信息的法律地位；

(g) 与各国以及土著社区和地方社区传统知识登记册的联系。工作组在审查时，应听取土著社区和地方社区专家、各国知识产权办公室和法律专家关于经管传统知识登记册的意见。特设工作组应向缔约方大会第七届会议报告其审查结果；

8. 请缔约方和各国政府、土著社区和地方社区以及有关组织交流各国经验，了解将关于保护土著社区和地方社区传统知识、创新和做法的习惯法要点纳入国家立法的进展情况；

9. 请缔约方和各国政府、土著社区和地方社区以及其他有关组织向执行秘书提交关于下列方面的案例研究和其他有关资料：

(a) 关于尊重和遵守保护有关在国际、区域、国家、省和地方各级法律框架内保护和可持续利用生物多样性的传统知识的经验；

(b) 土著社区和地方社区制订保护其传统知识、创新和做法的战略，其中强调采用的办法、执行方法和遇到的问题；

(c) 在国家知识产权办公室与土著社区和地方社区之间建立业务联系，以便保护与保护和可持续利用生物多样性有关的传统知识、创新和做法；

10. 请执行秘书通过资料交换中心机制分发上文第 9 段所提及的案例研究报告和资料。

一. 引言

1. 依照缔约方会议第 V/16 号决定第 1 段所核可关于执行第 8(j) 条和有关条款的工作方案任务 11，工作组将酌情评估现行国家下级政府、国家和国际文书，特别是可能对土著社区和地方社区的知识、创新和做法具有影响的现有国家下级政府、国家和国际文书、尤其是知识产权文书，以便确定这些文书与第 8(j) 条的目标之间的联合优势。

2. 为了协助工作组完成这项任务，执行秘书编制了有关文书的评估报告，其中考虑到依照第 V/16 号决定以及第 IV/9 号决定第 10(b) 段和第 15 段规定提交的案例研究。此外，还从缔约方通过的专题报告和国家报告、土著社区和地方社区、国际机构以及有关非政府组织和机构提供的其他有关文件吸取了有关信息。在这方面，还考虑了下列会议的背景说明、专家文件和报告：联合国贸易和发展会议(贸发会议)于 2000 年 10 月 30 日至 11 月 1 日在日内瓦召开的保护传统知识、创新和做法的制度和国家经验专家会议；世界知识产权组织(知识产权组织)分别于 2000 年 4 月 30 日至 5 月 3 日和 2001 年 12 月 10 日至 14 日在日内瓦召开的知识产权、基因资源、系统知识和民俗问题政府间委员会第一届和第二届会议；知识产权组织关于传统知识拥有者对知识产权的需要和期望：知识产权组织关于知识产权和传统知识问题实况调查团(1998 年至 1999 年)的报告(2001 年，日内瓦)。本文件还考虑到贸发会议和知识产权组织在这两个论坛中为保护传统知识而持续开展的工作。

3. 本文件增订了执行秘书为工作组第一次会议所编写关于保护体现有关保护和可持续利用生物多样性的土著社区和地方社区知识、创新和做法的法律形式和其他适当形式的说明(UNEP/CBD/WG8J/1/2)中的信息；以及在同次会议上作为参考文件(UNEP/CBD/WG8J/1/INF/2)分发的关于《生物多样性公约》第 8(j) 条和有关条款的案例研究的要点和有关资料。本文件未列入对业务道德守则和研究准则等保护传统知识的自愿办法的评估。为工作组本次会议所编写关于编纂和审查现行文书和准则、业务道德守则以及有关执行第 8(j) 条和有关条款工作方案的其他活动的参考文件阐述了这些办法。

4. 还考虑到专家组和获取和惠益分享问题特设工作组的工作，并注意到依照第 V/26 号决定第 11 段规定，需要与获取和惠益分享问题工作组保持联系并交流信息。如专家组和工作组第一次会议的报告(UNEP/CBD/COP/5/8，第 130(a) 至(c) 段和第 131(a) 至(d) 段)所述，本说明阐述了专家组和工作组特别关心的问题。为获取和惠益分享问题特设工作组第一次会议编写的两份文件也特别重要：执行秘书关于知识产权在执行获取和惠益分享安排方面的作用的说明(UNEP/CBD/WG-ABS/1/4)；执行秘书关于制订获取基因资源和惠益分享的准则和其他办法时应考虑的要点说明(UNEP/CBD/WG-ABS/1/3)。

5. 对于可能对保护传统知识具有影响的文书从下列两个角度进行了评估：

(a) 对于《生物多样性公约》各项规定最为重要的知识产权形式(专利、植物培育者权利、贸易机密、地域标记和版权)保护传统知识拥有者使其传统知识不被滥用(譬如，在处理专利申请时确认传统知识为先有技术)的效能；

(b) 传统知识拥有者能否和是否应当利用这些知识产权制度保护基于其传统知识的创新和享受由此带来的惠益，并保护其知识产权不受侵犯。

6. 在本说明中，“传统知识”一词是指体现土著社区和地方社区保护和可持续利用生物多样性的传统生活方式的知识、创新和做法。

二. 与保护传统知识有关的国际文书

7. 国际上现有若干与保护传统知识有关的文书和进程，本节将略作说明。除知识产权组织管理的各项知识产权文书之外，其他主要文书包括世界贸易组织(世贸组织)管理的《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》、《保护植物新品种国际公约》和联合国粮食及农业组织粮食和农业遗传资源委员会管理的《粮食和农业植物基因资源国际条约》。说明中还提到《防治荒漠化公约》，其中若干条款涉及传统知识和技能，反映出《生物多样性公约》第 8(j) 条的规定。联合国土著人民权利宣言草案以及《保护土著人民传统原则和准则》也载有相关规定。

8. 随着人们日益认识到知识产权对贸易的影响力，越来越多的区域和多边贸易协定列有关于知识产权的章节，确定了强制执行的最低标准和规定。

A. 知识产权组织管理的知识产权文书

9. 世界知识产权组织管理若干关于保护传统知识的文书。这些文书主要涉及专利；商标；地域标记；工业设计；打击不公平竞争行为(包括保护贸易机密)；版权及有关权利。知识产权组织对于这些形式的知识产权是否适于保护各种传统知识作了透彻的评估。^{1/}

10. 世界知识产权组织知识产权、基因资源、系统知识和民俗问题政府间委员会目前审议的下列问题与依照第 8(j) 条规定所开展保护传统知识的工作直接相关：

(a) 拟订“订约惯例指南”、准则以及供列入获取协定的示范知识产权条款；

(b) 为实施保护知识产权而界定传统知识的目的划定标的物的范围；

(c) 获取关于是否能对上文(b)分段所划定标的物范围内的传统知识实行知识产权保护以及保护范围的信息；

(d) 修订切实将传统知识文献纳入可检索先有技术的现行标准，并制订新的标准；

(e) 关于传统知识的习惯法和正规知识产权制度之间的关系。^{2/}

^{1/} 知识产权组织 2001 年 a, 《传统知识拥有者对知识产权的需要和期望：知识产权组织关于知识产权和传统知识实况调查团的报告(1998-1999)》，日内瓦。

^{2/} 见 WIPO/GRTKF/IC/1/3, 2001 年 3 月 16 日，附件 4。

B. 世界贸易组织《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》

11. 《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》列有关于下列方面的标准：知识产权的可获得性、范围和应用；知识产权的获得和维持及有关程序；争端的预防和解决；过渡安排和体制安排。除了知识产权组织管理的文书所保护的各种形式的知识产权之外，《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 39 条还规定保护未公布的信息，在协定中常称为“贸易机密”。该《协定》规定应保护的未公布信息为：

(a) 保持机密的信息，即这种信息作为一个整体或其各部分组成的确切结构和结合体，通常不为处理此类信息的人员所知或获得；

(b) 这种信息因其机密性而具有商业价值；

(c) 在当时情况下，由合法控制此种信息者采取合理步骤保持秘密的信息。^{3/}

12. 若干分析人员指出，这种规定可用以保护通常由土著社区和地方社区特定成员(或某一群体)、如巫师秘而不宣的特定种类的传统知识。^{4/}这一问题将在下文一节中予以阐述。

C. 《保护植物新品种国际公约》

13. 植物培育者权利是《保护植物新品种国际公约》规定的一种知识产权，通常称为《UPOV 公约》，该公约规定应向培育植物新品种者授予植物培育者证书。现有 1978 年和 1991 年两项《保护植物新品种国际公约》。植物培育者权利是可以依法实施的权利，它给予权利的拥有者推销新品种或其繁殖材料的专有商业权利，从而保护植物新品种。权利拥有者可以决定新品种的生产和销售，收取销售植物所得的特许权使用费，也可以出售其权利或特许他人使用其权利。但是，这种权利并不延展到种植者所所有的作物(即种植者并不对生产的作物支付特许权使用费)；也不延伸到植物培育种类或种植者为在其土地上生产另一季作物而保留的种子。植物培育者对于新品种的权利在原产国境内最多可保留 12 个月，在国外最多可保留 4 年。植物培育者(视国家而定)对于树木和葡萄秧的权利通常至多可延长至 25 年，对其他物种的权利至多可延长至 15 至 20 年。植物培育者权利通常含有对培育者和研究的豁免，允许将受保护品种用于非商业用途。^{5/}

14. 1991 年经修订的《保护植物新品种国际公约》规定，植物培育者的定义为培育、发现或培植作物新品种者。若要获得保护，植物品种必须具有独特性、稳定性、同一性和新颖性。申请者若要获得这些权利，必须能够通过比较试验，表明其品种不同于人们通常所

^{3/} 《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 39.2 条。

^{4/} 见 Dutfield G 1999 年。“关于知识产权和植物遗传资源、特别是关于种子和植物品种的知识产权和植物遗传资源的背景文件”，第 70 页。为关于《生物多样性公约》和国际贸易制度的自然保护联盟项目编写。联合国，牛津大学，牛津环境、道德和社会中心。

^{5/} Posey DA 和 Dutfield G 1996 年。“超越知识产权：土著社区和地方社区的传统资源权利”，第 88 页。国际发展研究中心，加拿大，渥太华。

知最相似的品种。申请保护植物品种者必须以书面形式说明这一品种，并提交种子、干植物或活植物作为样品，以供审查，并通过繁殖试验切实证明其稳定性和同质性。

15. 在 1991 年之前，《保护植物新品种国际公约》授予专有权利，以阻止为推销某一品种的目的而出售植物的有性繁殖或无性繁殖部分以及进行商业性生产。但是，1991 年的修订版将这种保护从植物的繁殖部分延伸到整个植物的收获部分。因此，如果有人未经许可而使用受保护的种子，培育者不仅有权没收收获的部分，而且有权没收因盗用植物而取得的其他部分。1991 年经修订的公约还阐明农民的豁免或特权，允许农民保留受保护品种的种子，供在今后的季节中用作种子，但不得出售，这项对农民的豁免具有合理的限度，即不得违反公约。

D. 粮农组织《粮食和农业植物基因资源国际条约》

16. 粮农组织粮食和农业遗传资源委员会(遗传资源委员会)的工作在获取植物遗传资源、特别在执行和修订粮食和农业植物遗传资源国际约定方面具有重要作用。国际约定力图“确保对具有经济和(或)社会意义、特别是对农业具有重大意义的植物遗传资源进行研究和保护，并提供用以植物培育和科学研究。”粮农组织 1983 年大会第 8/83 号决议通过这项不具有法律约束力的国际约定，大会三项决议(第 4/89 号、第 5/89 号和第 3/91 号)对其作了解释和补充，并提出了下列概念：农民的权利，国家对于植物遗传资源的主权(依《生物多样性公约》)，以及执行农民权利的国际基金。1994 年开始执行修订国际约定的进程。^{6/}

17. 遗传资源委员会于 2001 年 6 月 25 日至 30 日在罗马召开的第六届特别会议完成了依照《生物多样性公约》修订国际约定的工作。2001 年 11 月粮农组织大会通过了委员会所修订的国际约定，成为《粮食和农业植物遗传资源国际条约》。该条约第 10 条列载了关于农民权利的规定。

E. 《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家 特别是在非洲防治荒漠化的公约》

18. 《防治荒漠化公约》列载若干与传统知识有关的条款，如第 16(g)、17(c)、18.2(a)和(b)条。这些条款体现了《生物多样性公约》第 8(j)条和第 17.2 和 18.4 条。第 18 条第 2(a)款(转让、获取、改造和发展技术)规定，缔约方应在当地民众参与的情况下，清点有关传统技术和当地技术、知识、专门技能和做法，并传播这些信息。这意味着需要设立这种技术和知识的登记册。下文阐述设立登记册并将其作为协助保护传统知识机制的问题。

^{6/} 有关资料见遗传资源委员会秘书处为筹备委员会第八届会议编写的下列文件：修订植物遗传资源国际约定：法律和机构意见(CGRFA/8/9/99)，粮食和农业遗传资源委员会主席关于依照《生物多样性公约》修订植物遗传资源国际约定的谈判(CGRFA-8/99/13)，植物遗传资源国际约定综合案文草案一纳入主席的要点(CGRFA 8/99/13 附件)，修订植物遗传资源国际约定—综合粮食和农业遗传资源委员会第五届特别会议期间审议工作中所产生的谈判案文(CGRFA/IUND/CNT/Rev.1)。知识产权组织，2000 年，第 33 段。

19. 依照《防治荒漠化公约》缔约方会议第 12/COP.3 号决定任命十名传统知识问题专家组成的特设小组讨论了与传统知识有关的问题，包括建立对“传统知识”一词的共同理解。^{7/}

20. 关于对“传统知识”一词的共同理解，为了《防治荒漠化公约》的目的，订立了下列定义：“传统知识包括关于生态、社会—经济和文化环境的实用(工具性)知识和规范性(赋予能力的)知识。传统知识以人为中心(由掌握知识、有能力和享有权利的人所产生并传播)，具有系统性(跨部门性和综合性)和试验性(经验性和实用性)，代代相传，并具有文化特征。这类知识促进多样性；它可以维持和重新产生当地(内部的)资源。”^{8/}

F. 人权委员会制订的有关文书

1. 联合国土著人民权利宣言草案

21. 人权委员会目前正在审议联合国土著人民权利宣言草案，其中载有与保护传统知识有关的若干条款，譬如，第 29 条指出：

(a) 土著人民有权获得人们承认其完全拥有、控制和保护自己文化产权和知识产权的权利；

(b) 他们有权采取特别措施控制、发展和保护其科学、技术和文化表现形式，包括人的资源和其他遗传资源、种子、药物、关于动植物特性的知识、口授传统、文学、设计以及视觉艺术和表演艺术。

22. 草案其他条款列述了土著人民的下列权利：

(a) 保持和振兴其文化传统和习俗(第 12 条)；

(b) 充分参与制订可能对他们产生影响的立法或行政措施(第 20 条)；

(c) 传统医药和保健习俗，包括有权保护重要的医用植物、动物和矿物(第 24 条)。^{9/}

2. 保护土著人民遗产原则和准则草案

23. 2000 年，促进和保护人权小组委员会审议了关于保护土著人民遗产原则和准则草案讨论会的报告，^{10/}该文件的规定涉及《公约》第 8(j) 条提出的问题。尤为重要是关于下列问题的各段：

^{7/} 见 ICCD/COP(4)/CST/2 号文件，2000 年 10 月 13 日。

^{8/} 《防治荒漠化公约》：传统知识；特设小组的报告，ICCD/COP(4)/CST/2 号文件，第 30 段，2000 年 10 月 13 日。并见 ICCD/COP(3)/CST/3。

^{9/} E/CN.4/Sub.2/1994/30。

^{10/} E/CN.4/Sub.2/2000/26, 附件一：保护土著人民遗产原则和准则草案协定案文。2001 年 6 月 19 日。

- (a) 遗产的所有权和保管权(第 5 段),
- (b) 拥有者事先知情同意是达成协议的重要先决条件(第 9 段);
- (c) 遗产拥有者为任何使用申请的主要受益人(第 10 段);
- (d) 遗产包括与生物多样性有关的知识 and 生态知识(第 13 段);
- (e) 制订国家法律的措施(第 23 段);
- (f) 研究人员准则(第 26 至 34 段);
- (g) 工商业准则(第 35 至 40 段);

三. 关于保护传统知识的国家文书

24. 大多数缔约方和政府都已设立直接保护传统知识或可用于提供这种保护的各种机制。这些机制包括国家知识产权法; 以及关于各种形式的法律修订、保护消费者、不公平竞争和保护贸易机密的法律。有些国家还设立了保护传统知识的国家特别制度。还颁布了可以保护传统知识的国家非知识产权法。有些国家还承认习惯法中可能对保护传统知识具有影响的某些方面, 另一些国家则已开始设立传统知识登记册, 既协助维持这种传统知识, 还可以提供保护。

A. 国家知识产权文书

25. 大多数缔约方已经订立一系列知识产权法, 包括与保护和应用传统知识最直接相关的下列法律: 版权、专利、植物培育者权利、商标、地域标记/原产地称谓和贸易机密。虽然这些知识产权具有重大差别, 但是, 有些概念和规定具有共性, 特别有助于从保护传统知识的角度来理解知识产权。这些概念和规定包括: 所有权、权利的性质、保护标准; 许可安排; 保护范围和持续时间; 登记费用; 实施; 和国际保护。^{11/}大多数国家知识产权法都符合知识产权组织管理的各项知识产权条约、《保护植物新品种国际公约》和世贸组织《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》所规定的最低标准。但是, 保护程度、登记程序、知识产权办公室获得的资源数量和法院系统有着很大差别。每个国家, 如果有人要求对知识产权提供保护, 都需要专业咨询。由于费用较高, 大多数知识产权的拥有者在具有重要市场的国家提出申请, 或在可能为出口而生产侵权产品的国家提出申请。^{12/}

26. 自从《生物多样性公约》问世以来, 一部分国家已经修订或拟议修订本国若干知识产权法和行政程序, 特别是专利法, 以便保护传统知识, 它们规定原产地证书必须说明遗传资源以及任何相关的传统知识的来源, 并颁布可以对知识产权享有共同所有权的規定。

^{11/} Cassidy M 和 Langford J (eds), 1999 年, “知识产权与土著人民: 工作文件”, 第 9 至 11 页。加拿大, 渥太华, 印第安人事务和北部发展部。提交给 2000 年 10 月 30 日至 11 月 1 日在日内瓦召开的贸发会议保护传统知识、创新和做法的制度和国家经验专家会议。

^{12/} 同上, 第 11 页。

执行秘书为获取和惠益分享问题特设工作组所编写关于知识产权在执行获取和惠益分享方面的作用的说明 (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4) 第 12 至 14 段审查了菲律宾、哥斯达黎加、印度、巴拿马、新西兰和安第斯共同体等国家所出现的许多此类情况。

B. 关于法律协定、许可证、合同和贸易机密的成文法和普通法

27. 人们普遍认为，合同协定是在遗传资源方面促进获取和惠益分享的主要法律机制，“知识产权条款在这些协定中具有重要作用”。^{13/}知识产权、包括版权、商标、专利、贸易机密和植物培育者权利都是知识产权拥有者和许可证获得者之间订立的合同中所常见给予许可的权利。给予许可证是一种具有法律约束力的办法，可以允许另一方在规定的时期内使用、制造或销售一家公司或个人的知识产权，但需支付费用、特许使用费或给予其他考虑。如果对知识产权颁发许可证，拥有者仍保留所有权。许可证规定了专利创新或创造许可证获得者的用途和条件。但是，如果许可证获得者破坏协定，许可方可收回权利。^{14/}

28. 若干缔约方和观察员还指出，土著社区和地方社区越来越多地利用法律协定和合同，允许他人获取传统知识，同时保留对使用这种知识的控制权。这些合同从简单到复杂，各种形式均有，可以通过在法院采取民事行动，以法律方式予以实施。各种协定依社区的需要而各有不同。为保护传统知识而作修改的若干常见知识产权合同安排包括：保密或不公布协定；材料转让协定；事前知情同意协定；意向书；了解备忘录。^{15/}私人法律协定和合同包括 *Aguaruna-Searle* 专门技能许可证和 *TBGRI-Arya Vaidya-Kani* 许可证。^{16/}

29. 据报告，在国际上，土著社区和地方社区采用与外界工商业的保密协定数量可能超过保护其关于植物和医药传统知识的任何其他法律文书。由于传统知识拥有者与外部机构和公司订立合同，人们日益接受将“土著社区和地方社区”作为是掌握相当于贸易机密的知识的单一法人实体。^{17/}譬如，加拿大土著社区与政府和非土著商业界签订保密协定分享传统知识现象日益普遍。商业伙伴和法律顾问受这些协定约束，不得公布传统知识或以不正当方式因其能够获取这种知识而获益。还利用合同控制数据库中传统知识的使用以及对数据的获取。^{18/}

^{13/} UNEP/CBD/WG-ABS/1/4, 第 77(d)段。

^{14/} Cassidy 和 Langford, 1999 年:27.

^{15/} 见 Cassidy 和 Langford 1999:6; Posey 和 Dutfield 1996 年:67-74; 哥伦比亚大学国际和公共事务学院, 1999 年:“获取遗传资源: 对制订和执行研究条例和获取协定的评价报告”。1999 年环境政策研究研讨会为生物多样性行动网编写的报告。纽约, 哥伦比亚大学。

^{16/} Dutfield G, 2000 年. “发展和执行保护传统知识的国家制度: 审查若干发展中国家的经验”, 第 13 页。为 2000 年 10 月 30 日至 11 月 1 日在日内瓦召开的贸发会议保护传统知识、创新和做法的制度和国家经验专家会议编写。

^{17/} Cassidy 和 Langford 1999 年: 第 27 页。

^{18/} 同上, 第 27-28 段。

30. 保护贸易机密和保密信息不受公布及不得未经授权而使用的法律主要源于法院根据普通法以及加拿大《魁北克民法》等国家和国家下级政府的民法作出的裁决。处理各种合同、信托关系和股权问题，譬如破坏保密规定和非法获益行为，均以这些裁决为准。保护仅以保持秘密的信息为限，因此，对公共领域的传统知识不采用这种普通法和民法补救办法予以保护。^{19/}

C. 保护传统知识的国家特别制度

31. 缔约方大会第 V/16 号决定第 14 段确认，“必须建立保护特别制度和其他适当制度，保护土著社区和地方社区的传统知识和公平分享使用这种知识所获的惠益，以符合《生物多样性公约》的规定”。^{20/}

32. 巴拿马颁布了关于传统知识的特别法。^{21/}印度建立了保护传统知识的国家制度，其中包括国家创新基金会，其目的是建立国家创新登记册和社区传统知识登记册网(见下文 G 节)。但是，其他一些国家仍在考虑建立这种制度，譬如记载传统知识，进行登记以及建立创新专利制度；或在现行专利制度之外发展法律框架。这些国家包括：安第斯共同体成员国玻利维亚、厄瓜多尔和哥伦比亚；以及纳米比亚。^{22/}

33. 在巴拿马，巴拿马共和国议会通过 2000 年 6 月 26 日第 20 号立法设立了《关于土著人们集体权利的特别知识产权规则》，以保护和捍卫他们的文化特征和传统知识。^{23/}这项立法的目的是保护土著人民发明的集体知识产权和传统知识。^{24/}此外，议会土著问题委员会拟订了第 36 号立法草案，以设立土著传统医学研究所。这项立法的目的是提供一个法律框架，以便获取可应用于医学的遗传资源，并规定公平分享惠益的措施。^{25/}

D. 可以保护传统知识的国家非知识产权文书

34. 除了上文述及的国家生物多样性法律以及获取和分享惠益制度之外，有些缔约方还已通过或正在起草对保护传统知识具有影响力的其他法律，例如专门为承认和保护土著社区和地方社区的权利和利益而制订的法律。

35. 对土著社区和地方社区享有管辖权的许多国家都已制订一项主要法律或一系列法律，确认并保护这些社区的某些权利。许多此类法律都反映出宪法以及(或)国际和国内条

^{19/} 同上，第 26 段。

^{20/} 并见缔约方大会第 V/26B 号决定，第 1 段。

^{21/} 第 20 号法律(通过 2001 年第 12 号法令颁布)。现已通过传统知识登记的表格，巴拿马政府正在审议关于各类传统知识、包括与生物多样性有关的传统知识的立法。

^{22/} 纳米比亚政府，关于获取和分享惠益的专题报告。

^{23/} 见巴拿马关于分享惠益的专题报告，参考“*Gaceta Oficial*”中的立法，2000 年 6 月 27 日，第 24 083 号。

^{24/} 譬如，发明、模型、绘图和设计、图象中所含的创新、塑像、象征、图形、石刻和其他细节，包括其历史、音乐和艺术以及传统艺术表现形式的文化因素，这些都可利用通过登记和宣传其权利以及商业化的专门制度用于商业目的，以强调土著价值和社会-文化价值。

^{25/} 并见 Dutfield 2000 年:第 15 页。

约义务及法院裁决。这些法律作为一个整体，基本上涵盖了土地权利、保护文化遗产、宗教表达自由、社区自治、行政事项和供资等事项。这些法律包括：美国 1981 年《美国印第安人宗教自由法令》和 1990 年《印第安人艺术和手工艺法令》；^{26/}加拿大 1985 年《印第安人法令》；^{27/}澳大利亚 1984 年《土著和托瑞斯海峡岛民遗产保护法令》、1989 年《土著和托瑞斯海峡岛民委员会法令》和 1993 年《土著头衔法令》；^{28/}马来西亚 1954 年《土著人民法令》；和菲律宾 1997 年《土著人民权利法令》。^{29/}传统知识或者此种知识的特别组成部分，如神圣知识，可以得到这种法律的保护。在某些情况下，可以要求作试验性案例，以测试这些法律适用于保护土著知识的限度。^{30/}在某些情况下，传统知识是否得到保护取决于法院的裁决，可能只有在特定情况下才提供保护。

36. 但是，菲律宾 1997 年《土著人民权利法令》是规定向传统知识提供明确保护的法律效力实例。^{31/}

E. 承认保护传统知识的习惯法

37. 体现传统生活方式的土著社区和地方社区通常有自己保护和管制使用传统知识的法律制度和做法。^{32/}但是，各国承认这些习惯法制度的程度差别很大。有些国家在法律上予以承认，而另一些国家是由法院(在有限程度上)承认习惯法制度或其要素。对习惯法的承认可能源于国家和(或)国家下级政府宪法，并制订为规约形式，而案例法可能澄清特定的原则，特别是相对于国家法律制度而承认某些习惯权利的原则。

1. 成文法

38. 国家立法承认土著社区和地方社区习惯法可能是执行第 8(j) 条和第 10(c) 条最重要的因素。^{33/}菲律宾提供了从法律上承认土著社区和地方社区习惯法的两个实例：1997 年《土著人民法令》和《第 247 号执行法令》。在马来西亚东部的萨巴邦和萨拉瓦克邦，国家有关法律设立的土著法庭管理并实施土著习惯法。^{34/}

39. 纳米比亚政府指出，现代化和商业化的力量正在破坏习惯法规则和传统生活方式。纳米比亚知识产权和正规法律制度不承认习惯法制度，需要将习惯法纳入现代政策和立

^{26/} Battiste M 和 Henderson JY 2000。“保护土著知识和遗产：全球的挑战”，第 109 和 158 页。加拿大，萨斯卡通，普利奇出版有限公司。

^{27/} 同上，第 70 页和第 217 至 219 页。

^{28/} Janke T 1998 年。“我们的文化：我们的前途—关于澳大利亚土著文化和土著文化产权的报告”，第 85、283 和 286 页。澳大利亚，堪培拉，Michael Frankel and Company、澳大利亚土著和托瑞斯海峡岛民研究所和土著和托瑞斯海峡岛民委员会。

^{29/} Dutfield 2000 年：第 18 至-19 页。

^{30/} Janke 1998 年：第 168 至 169 页。

^{31/} Dutfield 2000 年：第 18 至 19 页。

^{32/} Cassidy 和 Langford 1999 年:前言; 知识产权组织 2001 年 a: 第 58 至 65 页; Janke 1998 年。

^{33/} 并见 UNEP/CBD/TKBD/1/2 号文件第 58 至 60 段，UNEP/CBD/WG8J/1/2 号文件第 30 至 34 段。

^{34/} 见 Empeni Lang 1998 年。《马来西亚和与比较法杂志》，第 25 卷：“萨拉瓦克土著法院的管理与土著习惯法的实施”，第 89 至 126 页。

法。纳米比亚关于获取的立法草案不包括惯常的用法，以便不对习惯做法和传统知识实行管制，而是管制对这些做法和知识的获取，以便给予充分保护。^{35/}

2. 案例法

40. 目前还正在出现一些案例法，对于承认习惯法的若干要素建立了先例，如果向法院提出滥用传统知识的案件，可以应用这些案例法。在澳大利亚，法官在裁决破坏 1968 年《版权法》滥用土著设计和艺术作品的案例时，参考了习惯法，并判决给予损害赔偿。^{36/} 虽然这种案件涉及土著艺术作品，但这些判决所建立的原则可用于保护其他发明的传统知识。

41. 在夏威夷，习惯法得到州宪法和规约的支持，因此，为生存、文化和宗教目的而保护土著夏威夷人的传统和习俗权在土著人民的古老做法与现代财产权和发展的要求两者间保持了平衡。夏威夷的案例法表明，在英美法律体系中可以利用传统理论来保护土著人民的传统习俗和做法。^{37/} 传统理论可以在多大程度上用来保护传统知识或其特定的组成部分，还有待于法院作出裁决。

F. 保护传统知识的示范国家文书

42. 目前已有关于保护传统知识的若干示范文书，可用作制订国家立法的有效起点。这些示范文书包括：非洲统一组织(非统组织)科学、技术和研究委员会起草的《确认和保护当地社区、农民和培育者权利以及管制获取生物资源的示范立法》(亚的斯亚贝巴，1998 年)；第三世界网编制的《社区知识产权示范法令》；教科文组织和知识产权组织《保护民俗表达形式不受非法剥削和其他偏见行为的国家法律示范规定》。以往依照《生物多样性公约》编写的文件分析并阐述了这三份文书。^{38/}

G. 社区传统知识登记册

43. 缔约方大会第 V/16 号决定第 17 段请“各缔约方支持发展体现传统生活方式的土著社区和地方社区传统知识、创新和做法的登记册”。

44. 登记册的定义是“按次序排列或存放的信息。‘登记册’一词意味着，存放的信息因其列入登记册而取得某种法律地位。因此，登记册并不仅仅是向规定的用户提供可检索的数据而编纂的信息、一览表或数据库。登记册作为一览表或数据库，特定的信息可在其

^{35/} 纳米比亚，关于获取和惠益分享的专题报告。

^{36/} Puri K 1998 年。“太平洋区域的经验”。教科文组织-知识产权组织保护民俗问题世界论坛，1997 年 4 月 8 日至 10 日，泰国，Phuket。教科文组织出版物第 CLT/CIC/98/1 号，1998，第 41 至 59 页。特别见 Puri 教授关于澳大利亚联邦法院审理的 *Milpururru v. Indofurn Pty. Ltd. And Others* 案件的评论。

^{37/} Hare CM 1998 年。“利用习惯法保护夏威夷土著人民的文化习俗”。《马来西亚与比较法杂志》，第 25 卷，第 241 至 251 页和第 249 页。

^{38/} 见 UNEP/CBD/WG8J/1/2 号文件第 13 至 17 页；并见贸发会议 2000 年，“保护传统知识、创新和做法的制度和国家经验，2000 年 10 月 30 日至 11 月 1 日。TD/B/COM.1/EM.13/2 号文件，第 48 至 50 段。

中登记，以便授予此种信息法律权利。在登记册中登记信息，就是将该信息‘登记在册’，并记载一个事实，即登记者宣布对这一信息的所有权。”^{39/}

45. 但是应该铭记，在通过对这些登记册实行特别保护之前，将传统知识编入登记册(或汇编或数据库)并没有任何法律意义。否则，现行法律规定(如《伯尔尼公约》第 2(5)条、《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 10(2)条和知识产权组织《版权条约》第 5 条)仅限对以原始或创新方式选择或安排的数据提供保护。此外，数据库支助本身(即软件编码)可依版权得到保护。数据库拥有者也可采取技术措施保护数据，任何试图避过技术保护的行为也可被认为是非法行为(知识产权组织《版权条约》第 11 条)。数据库名称也可受保护(作为商标或服务标记)。但是，至于数据本身，如果它们不属于知识产权保护的具体机制(如专利、贸易机密和版权等)范畴，则保护数据库内容的现行机制只有《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 39.3 条(范围很窄)和欧洲共同体关于数据库的第 96/9/CE 号指令。

46. 土著社区和地方社区已经建立了传统知识登记册，以促进和保护传统知识。这些登记册通常都由社区和社区团体为自己的利益而编纂。现已发现它们有助于整理知识，从而保护并改善对社区资源的管理。^{40/}

47. 传统知识登记册可用以多种用途，包括：

(a) 通过登记和记载传统知识，予以维持和保护；^{41/}

(b) 提供作为先有技术的传统知识证据，防止不适当地授予知识产权(在《生物多样性公约》内，有时称为“生物海盗行为”)；^{42/}

(c) 提高各社区对土著社区和地方社区传统知识价值的认识；

(d) 鼓励长期保护和促进自然资源及其有关知识；

(e) 以收费方式向希望获得登记册中信息的各方提供信息；

(f) 作为对传统知识获得知识产权的法律制度的一部分(譬如，保护土著和地方知识的国家知识产权特别法律)。

^{39/} 知识产权组织 2001 年 c。“为知识产权和遗传资源、传统知识和民俗问题政府间委员会所编写作为先期知识的传统知识现况的进度报告”，2001 年 12 月 10 日至 14 日，日内瓦。2001 年 7 月 1 日，WIPO/GRTKF/IC/2/3 号文件，第 118 段。

^{40/} Downes 和 Laird 1999 年。“社区生物多样性知识登记册：知识产权在管理获取和惠益发明的作用”，第 4 页。为贸发会议生物贸易行动编写。

^{41/} 有些国家指出，由于未记载传统知识，因而导致传统知识逐步消失(例如，在纳米比亚)。并见贸发会议秘书处，2000 年，第 57 至 59 页。

^{42/} ABS 专家小组第二次会议期间确认，传统知识登记册可以提供保护，避免不适当地授予知识产权。UNEP/CBD/WG-ABS/1/2，第 77(c)段。

48. 印度、秘鲁、菲律宾以及加拿大努纳维克地区因努伊人及德内人已经建立了传统知识登记册或数据库，收到广泛赞扬。据知识产权组织报告，如果给予登记的知识法律保护，那么，这些登记册可以成为公共领域传统知识的重要来源，而且可以与现有知识产权信息系统交流关于这些登记册中所登记的传统知识的信息。^{43/}

49. 若干国家报告指出，建立传统知识登记册是它们制订保护传统知识(特别)法律建议的组成部分。譬如，纳米比亚在特别立法中纳入了社区登记册机制。^{44/}委内瑞拉政府设立了“BIOZULUA”数据库，系统编纂了有关生物多样性的传统知识，以期保护这种知识(暂时具有保密性质)并以商业方式予以利用。这一数据库已引起中美洲和南美洲若干土著社区和政府的注意。

四. 国家下级政府的保护传统知识文书

50. 许多国家，特别是幅员较大、人口众多的国家，采用联邦政府制度，依照宪法安排，国家政府可能承担某些责任，譬如，与贸易和国家安全有关的责任，而地方政府则在省或州一级(第二级)和地方(第三级)运作，履行与土地和自然资源管理有关的责任。知识产权法通常是国家政府的责任，但是，省和地方政府可以制订和管理对保护传统知识产生直接或间接影响的法律和政策。本节对第二级和第三级政府正在用以或可能用以保护土著社区和地方社区传统知识的一系列文书进行评估。

A. 第二级政府文书

51. 第二级政府通常可以采用一系列文书和机制，这些文书和机制对保护传统知识具有影响力，还可以补充国家一级的此种法律。这些文书和机制可分为下列几类：

- (a) 关于土地和自然资源使用的立法；
- (b) 关于土著社区和地方社区事务的立法；
- (c) 商业和消费者保护法；
- (d) 关于学术和研究部门的法律。

52. 这些文书的共同特点是，它们在一个国内内部的分区域的管辖之间通常都不一致，有时差别很大。

B. 第三级/土著社区和地方社区政府管理的文书

53. 在有些国家中，地方一级可以定义为第三级政府，许多土著社区和地方社区是国家和(或)国家下级政府框架内的自治社区。享有自治权的土著社区和地方社区通常负责管理其地方政府地区范围内的土地、水源和自然资源。规定社区自治的国家和分区域法律往往

^{43/} 知识产权组织 2001 年 c, 第 118 段。

^{44/} 纳米比亚，关于获取和惠益分享的专题报告。

允许这些社区采取一系列措施，譬如，颁布地方法律或附则保护文化遗产，制订关于资源使用的社区发展计划，45/，制订保护自己传统知识的战略。这些措施或法律还常常允许这些社区控制他人出入其领土。通常采用社区理事会事先知情同意的许可制度允许进入，从而使社区能够控制外来人员在其领土内的活动。这些活动可能牵涉有关获取和使用遗传资源以及与生物多样性有关的传统知识的条件。46/

五. 知识产权文书和第 8(J) 条目标之间的联合优势

54. 依照现行法律，保护传统知识的最佳方式是将现行知识产权法律、传统知识制度以及合同、获取协定和许可证等其他机制相结合。澳大利亚政府在提交缔约方大会第三次会议报告中列述了各次国际论坛所提议保护传统知识的各种机制：**(a)** 在现行知识产权制度范畴内运作；**(b)** 通过立法或其他方式制订新的知识产权形式；**(c)** 供资机制；**(d)** 公平分享土著社区和地方社区作出的贡献、包括使用传统知识所带来的惠益；**(e)** 合同协定，例如材料转让协定；**(f)** 行为守则；**(g)** 与文化产品和表达形式、包括文化财产有关的权利；**(h)** 进一步采用关于过度行为和非法致富的法律。47/ 安第斯共同体成员国、哥斯达黎加、巴西、印度、尼日利亚、巴拿马、泰国和菲律宾等国的经验都表明应采用这种办法。48/

55. 审议知识产权法律和第 8(j) 条的目标时，都应该考虑可能使用遗传资源的不同用途。譬如，处理用于农业的植物遗传资源和制药业使用的遗传资源的方法有很大差别，这又对知识产权和惠益分享安排产生影响。就药用植物和药剂达成惠益分享协定可能比就种子和各类植物达成此种协定要容易。虽然可以利用从某种植物或少量植物中分离出的单一主要活性成分制成新的药品，但是，一种新的植物品种可能是从许多不同地方的数十种植物而衍生的。向许多国家和(或)社区提供补偿，会大幅度提供交易成本，每个受益者分享的惠益可能也就有限。49/ 有些传统知识，如制药、维持作物多样性和防治虫害的方法和技术，与比较切合实际的传统生活方式相关，可以转化为许多不同形式的用途，成为产品和服务，也可以有助于维持传统的生活方式和经济自足，这些传统知识可以因实施知识产权而受益。50/

56. 国家经验、专家意见51/以及土著社区和地方社区正在取得的经验虽然有限，但是，它们表明，可以利用各种形式保护知识产权的手段来保护保护传统知识的某些组成部分。

45/ 关于社区发展计划的进一步论述，见执行秘书关于对拟议开发圣地或土著社区和地方社区居住或使用的土地和水源而作文化、环境和社会影响评估的准则和建议的背景说明 (UNEP/CBD/WG8J/2/6/Add.1)。

46/ UNEP/CBD/WG8J/1/2, 第 41 段。

47/ UNEP/CBD/COP/3/Inf.20, 1996 年。

48/ 贸发会议 2000 年。专家会议关于保护传统知识、创新和做法的各种制度和国家经验的报告。TD/B/COM.1/33 // TD/B/COM.1/EM.13/3 号文件，第 21 段。2000 年 12 月 6 日。

49/ 有些传统知识，如制药、维持作物多样性和防治虫害的方法和技术，与比较切合实际的传统生活方式相关，可以转化为许多不同形式的用途，成为产品和服务，也可以有助于维持传统的生活方式和经济自足，这些传统知识可以因实施知识产权而受益。Dutfield G 1999, 第 2 和 38 页。

50/ Cassidy 和 Langford 1999 年：第 3 页。

51/ 见 Pires de Carvalho N, 无日期。“从萨满教巫师的小屋到专利局：这条道路有多漫长？”为瑞士日内瓦世界贸易组织秘书处知识产权司编写的文件。

如果进行某些改革，譬如获取和惠益分享问题专家小组第二次会议建议的改革，特别是对专利制度进行改革，就可以利用正式的知识产权制度来保护传统知识。52/本节简要阐述应用正式知识产权保护传统知识的问题。

A. 专利和小专利

57. 专利制度改革的重点是申请时的一项规定，即必须公布遗传资源的来源和(或)作为知识产权主体的产品和工艺所使用的传统知识。执行秘书关于知识产权在执行获取和惠益分享安排方面的作用的说明(UNEP/CBD/WG-ABS/1/4)第6至16段和第27至34段对这种改革作了广泛的讨论，获取和惠益分享问题工作组的报告(UNEP/CBD/COP/6/6)对这种改革也作了阐述。

58. 处理上述改革之外，小专利(一种经过改变的专利形式)可以提供适当的形式保护某种传统知识。小专利包括任何发明，包括工艺，而且授予不受任何审查的发明。如果发明者不能确定其发明是否符合申请专利的条件，就可以申请小专利，但是，此后，这种小专利可因缺乏新颖性或创新性为理由而予撤销。小专利在若干方面不同于普通的专利：

(a) “非显然性”规定不严格，甚至可不予采用，而代之以“发明性步骤”的要求；

(b) 保护期较短；

(c) 推迟专利审查或以登记制度取代(同对商标的做法相同)。

59. 小专利不同于普通专利，没有明确的法律地位，但是，它们对于中小企业却是十分有用的工具。小专利与其他类别的知识产权差别更大，因为没有关于小专利的国际协定或公约。53/

60. 某些传统知识或专门技能，特别是与利用植物制药的传统知识或专门技能，可能符合发明性步骤条件。虽然一种植物提取物和取得提取物的方法可能是“显而易见”的，但是，它可能仍然具有新颖性和有用性，仍然是一种发明性步骤，超过公共领域现有的任何知识或技能。54/如果考虑采用独特的方法、利用混合物为获得联合优势效能或减少有害副作用而配制成的药品，就会加强上述论点。肯尼亚通过了一项法律—1989年《工业产权法令》，允许为传统的医药知识颁发小专利，其中包括“草药以及产生新效果的营养配方”。55/

52/ UNEP/CBD/WG-ABS/1/2, 第77(a)段。

53/ Posey 和 Dutfield 1996年: 第81至82页。

54/ Gollen M 1993年。“生物多样性勘察的知识产权框架”。Reid WV等,“生物多样性勘察:利用遗传资源促进可持续发展”。华盛顿市, WRI, INBio, Rainforest Alliance, ACTS, 第159至197页, 第173页, Cottier T 1997年。“国际法保护遗传资源和传统知识:历史、现况和前景”。提交创造和创新问题国际会议的文件, 1997年1月11日至14日, 印度, 印度管理研究所, 农业管理中心。

55/ Posey 和 Dutfield 引述, 1996年: 第82第83页。

61. 小专利可以成为保护传统知识的有效工具。但是，迄今只有少数国家(巴西、中国、德国、日本和马来西亚)承认小专利，现在还没有象《专利合作条约》这样的国际协定来简化在若干国家申请的工作。土著社区和地方社区可以因这类知识产权日益得到承认而受惠益。发现和公布各公司和机构争取在外国小专利申请中所公布信息的基础上申请权利的行动也可能是有价值的。56/

B. 地域标记

62. 地域标记十分重要，因为它们可以给产品带来明显的文化特征要素；更为重要的是，它们是间接占用传统技术的办法。它们允许传统知识拥有者占用自己特征的要点，并将这些要点与其产品和服务相联系。

63. 虽然迄今地域标记的运用主要限于某些饮料和食品，但是，地域标记原则可以指导法律保护某些传统技能，帮助维持地方生产物品、包括草药配方的经济价值。57/

C. 贸易机密

64. 个人或整个社区的知识或专门技能可以作为贸易机密加以保护，只要这种信息具有商业价值，并具有竞争优势，而不论社区本身是否有谋利的意图。如果一家公司用非法手段获取此种信息，可以利用法律手段强迫该公司分享利润。58/可以设想，有相当数量的传统知识可以作为贸易机密加以保护。通过签订协定保障机密或经济利益，限制进入其领土以及与外部人员交流信息，是实现这一目的的适当手段。一个社区全体成员都了解的知识可能不符合贸易机密的条件。但是，“如果一个萨满教巫师或其他个人因其在一个群体中的地位，享有可获取信息的唯一机会，那么，此人或整个土著群体便可能有贸易机密”。59/ 世界上也可能存在不超过 20 或 30 人的传统社区，他们居住在世界边远地区，他们的知识为外人所不知，是一种机密，这就产生一种原则，即机密概念以外人能否获取为依据，而不以分享知识的社区人数为依据。

D. 商标

65. 若干国家的法律中存在证书商标。小生产者用这种商标向顾客保证商品不是赝品，或者以无害环境的方式支持生产。证书标志表明，贸易者的说法已经过独立于生产或销售产品的个人或公司的组织核证。这可能是已经注册其自己集体标志的区域贸易协会。在英国，称为“Stilton”的英国奶酪的制造商有权使用“Stilton”证书商标。60/ 在美国，

56/ 同上。

57/ Dutfield 1999 年：第 67 页。

58/ Gollen 1993 年。

59/ Axt JR、Corn ML、Lee M 和 Ackerman DM，1993 年。“生物技术、土著人民和知识产权”。美国，华盛顿市，国会研究处；Dutfield 1999 年：第 70 页。

60/ 这种奶酪必须依照传统生产技术，采用传统成分，并在 Stilton 村内或附近生产。生产者若未遵守这些生产规定，就不能使用此标记。(Dutfield G. 1997 年。“《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》能否保护生物和文化多样性”。肯尼亚，内罗毕，非洲技术研究中心，国际生物政策系列第 19 号)

部落间文化理事会为获得承认的部落的参加成员生产和(或)加工的农产品或其他印第安人制造的产品颁发许可证，准许使用每年可延续的“美国印第安人制造”标记。^{61/}

66. 但是，在美国若干州内，使用标签未能促进土著人民产品的贸易。这可能是顾客不了解这种标记，不在意他们购买的物品是否真品，^{62/}或者被这种标签搞糊涂。这些问题说明，制造品和艺术品采用商标、证书或地域标志会产生种种问题。但是，它们可以是成功的推销战略，如果贸易商清楚地了解人们购买其物品的原因，就更为如此。^{63/}

E. 协定、合同和许可证

67. 执行秘书为获取和惠益分享问题工作组编写的关于知识产权在执行获取和惠益分享安排中的作用的说明(UNEP/CBD/WG-ABS/1/4)第 60 至 78 段阐述了使用各种形式的合同安排来确保对遗传资源和(或)相关的传统知识的兴趣问题。执行秘书为获取和惠益分享问题工作组编写的关于制订获取遗传资源和惠益分享准则问题的说明(UNEP/CBD/WG-ABS/1/3)中所载审议该问题的要点就下列方面提供了全面指导：利益有关者的参与，事先知情同意，共同商定的条件，惠益分享以及监测遵守情况，这些要点对于制订合同具有特别重要的意义。

F. 给予知识产权不排除继续使用传统知识

68. 虽然可以利用正规知识产权制度向传统知识提供保护，但是，如获取和惠益分享问题专家组第一次会议所指出，还必须确保“给予知识产权并不排除继续按惯例使用遗传资源和有关传统知识。”^{64/} 这意味着，各国政府需要建立一个框架，处理继续获取受习惯法管理的遗传资源，因为国家有责任确保继续按惯例使用遗传资源和传统知识。

69. 有些国家表示，在其制度下给予知识产权不会妨碍按惯例使用生物资源。在新西兰，国家制度中的任何规定都不会因新的专利申请中的资源特点而阻止继续按惯例使用特定的资源。新西兰目前在修订《专利法令》期间，正在对这个问题作进一步审议。^{65/}在瑞士，瑞士获取遗传资源准则草案第 7.5 条规定，获取遗传资源和有关活动不应该阻碍继续按惯例使用遗传资源。^{66/}

70. 贸发会议保护传统知识、创新和做法制度和国家经验问题专家会议指出，虽然基于传统知识的产品和服务的商业化极大地刺激了各社区保留自己的传统知识，但是，需要采取极为谨慎的态度，以确保土著社区和地方社区的资源库不受过度开发或遭永久性破坏。

^{61/} 印度推销“Darjeeling”茶叶采用商标、标签并作独立核证。真正的“Darjeeling”茶叶不仅附有特殊标记，这种标记是印度茶叶理事会的知识产权，而且只有这种茶叶的包装上可以印有“Darjeeling”、“纯Darjeeling”和“100% Darjeeling”字样。有机“Darjeeling”茶园由两个组织进行核证：瑞士市场生态研究所和德国Naturland-Verband，它们定期进行检查。(Dutfield 1999年：第70至71页)。

^{62/} Axt 等，1993。

^{63/} Dutfield 1999年：第71页。

^{64/} UNEP/CBD/COP/5/8，第131(c)段

^{65/} 新西兰政府，关于获取和惠益分享的专题报告。

^{66/} 瑞士政府，关于获取和惠益分享的专题报告。

传统知识商业化需要各级采取若干措施：(就地)保护；促进了解可持续使用资源的重要性；监测资源使用情况；改变政策，促进在土著社区和地方社区同意和参与的情况下获取传统知识；进行可持续收获的训练；协助对基于传统知识的产品简单第一和第二阶段加工，以提高价值。如专家会议所指出，“现行知识产权制度没有为土著社区和地方社区提供平等的法律保障，因此，更加必须评估过度开发的危险以及传统知识因商业化而遭受的损失。”^{67/}

六. 遏制为保护传统知识而申请知识产权的因素

71. 显而易见，在某些情况下可以利用不同形式的知识产权来保护传统知识拥有者，防止有人以不公平方式利用其知识，而且可以使他们自己申请正式知识产权，从而以商业方式利用其知识获得惠益，但是，正规的知识产权制度中存在一些遏制因素，阻碍有效地保护传统知识。这些遏制因素可以分为“法律”因素或“业务因素”，^{68/}在下文各项标题下予以阐述。

A. 法律遏制因素

1. 定义问题

72. 有些缔约方指出，必须首先制订协商一致的定義，才能进一步讨论如何在《生物多样性公约》框架内保护传统知识的问题。^{69/}关于“第 8(j) 条和有关条款的有关关键用语和概念”的定义问题将在关于执行第 8(j) 条和有关条款的工作方案任务 12 中处理。若干国家，包括中非共和国、巴拿马、印度和纳米比亚，在其关于获取和惠益分享问题的主题报告中提出了其国家对第 8(j) 条中术语的定义。如上文所述，与传统知识有关的问题，包括建立对“传统知识”一词的共同理解，也由《防治荒漠化公约》缔约方大会任命的传统知识问题特设专家组讨论。

73. 定义可能有其重要作用，但是，缺乏定义不应该妨碍各国政府采取措施有效保护传统知识。应该指出，许多专利法没有确定发明的定义，它们只是确定了可获得专利的发明的特点。同样，商标法也没有对标记作定义，商标法仅仅要求标记具有独特性，以便值得保护(有些商标法补充规定，标记必须明显，其他商标法则接受不明显的标记为保护对象)。

74. 知识产权组织秘书处为知识产权与遗传资源、传统知识和民俗问题政府间委员会第一次会议编写的背景文件确认必须大力应用术语，附件 3 说明了关于传统知识的国际讨论中有关术语的通常用法。该说明在文件的主体部分还列有关于“术语和概念问题”的一

^{67/} 贸发会议，2000 年，第 29 段。

^{68/} 知识产权组织，2001 年 a：第 8 页。

^{69/} 奥地利、瑞士和挪威关于获取和惠益分享的专题报告。

节。70/这份文件还请该政府间委员会按下列说法审议传统知识的定义问题：“基于附件 3 说明的有关术语的用法，政府间委员会不妨划定成员国希望讨论实施保护知识产权的主体事项的范畴，以便确定‘传统知识’的定义。”71/

2. 商标

75. 以商业方式使用商标的要求意味着，对于不希望以此种方式使用自己的设计、标记和词语的许多土著社区和地方社区而言，商标不是一种妥当的机制。虽然许多土著社区和地方社区认为占用它们社区名称、词语、标记和设计以及将此作为商标是不公平的做法，但是，若要将土著社区和地方社区希望保护的现有词语、标记和设计无一例外地都注册为商标，不让他人作商业用途，或者让土著社区和地方社区作商业用途，其代价将极为高昂。非土著社区和地方社区的公司使用土著社区或地方社区标记等所产生的混乱状况也会影响这些社区授予许可证和认可的潜在机会（北美洲的情况尤其是如此，例如，非土著公司利用印第安人头部设计图案作为商标，用以推销从火器和斧头到烟草、汽油和汽车。）72/ 在有些地方，将土著社区和地方社区的标志作为商标可能会降低土著社区和地方社区现有和今后标记的价值。如果非土著社区和地方社区利用土著社区和地方社区词语或形象出售竞争性产品，例如工业品和服装，那么，土著社区和地方社区公司会因这种混乱情况或者被挤出市场，遭受损失。73/土著社区和地方社区希望将自己独特的设计或标志注册为商标时，也可能因已经将类似的设计注册为商标的非土著社区或地方社区强烈反对而不了了之。因此，大多数土著社区和地方社区可能会主要依赖普通法来保护自己的标志，而不是根据商标法来注册。74/

3. 专利

76. 专利是世界各地保护发明的常用手段，但是，迄今土著社区和地方社区或其成员很少利用这种手段。在有些国家，一些土著社区和地方社区或其成员与某些公司和机构建立了伙伴关系，因为它们拥有资金和专门知识，可以为利用有关植物的传统知识所生产的化学物质和药品申请专利并作商业生产。

77. 若干国家政府（例如印度、土耳其、纳米比亚和厄瓜多尔）认为，现行专利制度不适用于保护土著社区和地方社区的传统知识、创新和做法。对于专利法如何应用于传统知识，目前还有许多疑问。如果一个土著社区或地方社区（或这种社区中的某个人）为利用传统知识发明的项目申请专利，就会产生是否符合新颖性、创造性和工业实用性标准的问题。如果在此之前传统知识已在土著社区或地方社区内部广泛传播，但未被外人所知，还会产

70/ 知识产权组织，2001年b，“关于知识产权与遗传资源、传统知识和民俗的事项一概述”。2001年4月30日至5月3日，日内瓦，知识产权与遗传资源、传统知识和民俗问题政府间委员会第一届会议，2001年3月16日，WIPO/GRTKF/IC/3号文件，第64至71页。

71/ 同上，附件4，第78至80段。

72/ Cassidy和Langford，1999年：第22页。

73/ 同上，第23页。

74/ 同上。

生公布的问题。^{75/}同样，国家专利局在审查非土著社区或地方社区的专利申请时，通常都不采用传统知识作为衡量新颖性和创造性的尺度。审查者主要利用电子数据库进行新颖性检索。传统知识因不容易获取，因此通常不检索。如果有人对利用传统知识发明的项目申请专利，而这是一个土著社区或地方社区内人所共知的知识，就需要这种知识的使用者向专利局提出警告，说明获得专利的技术不具备新颖性。^{76/}

78. 有人提出，可以采用下列办法来确保利用专利保护传统知识，并确保公平分享遗传资源产生的惠益：

(a) 在知识产权申请书中列入一项规定，必须遵守《生物多样性公约》中关于事先知情同意和共同商定条件的有关规定；

(b) 知识产权申请书中规定，必须公布作为知识产权主体的产品/工艺所采用的遗传资源和(或)传统知识的来源。^{77/}

79. 如果规定必须公布基因材料和任何相关的传统知识的来源，包括来源地土著社区和地方社区以及来源国和接受国(或私营公司)之间的事先知情同意，知识产权就可以成为执行《公约》有关规定、包括第8(j)条的规定的规定的手段。

80. 对许多传统社区而言，专利主要是令人担忧的问题。外人利用传统知识研制产品，未经传统知识拥有者事先知情同意即获得专利，亦不分享惠益，这种事件一再出现。有些国家的专利法，尤其是美国和日本的专利法，认为一项“发明”具有“新颖性”，即使它在另一国家存在，但只要没有登记。因此，在这些国家中，可以完全合法地抄袭其他国家数百年来所使用但未以书面形式登记的传统知识并获得专利。这种情况导致采取防卫性措施，例如设立传统知识登记册。^{78/}

81. 在这方面，可以指出两点。第一，有些国家，例如美国和日本，不承认国外所掌握但未记载的传统知识为先有技术。因此，在这些国家内似乎可以重新包装这种知识—以比较“科学”的方式提出这种知识—并申请专利。第二，可以认为，在法律上对各公司所掌握具有商业用途的知识和对土著人民所掌握同样有用的知识的处理差别极大，这是十分不公平的。如果新的技术领域的大型工业公司认为知识产权制度无法保护它们的创新，就会相应创造出新形式的知识产权。另一方面，传统知识拥有者没有政治影响力使这一制度作出对他们有利的变化。^{79/}此外，他们也很少成功地确保别人遵守他们的传统知识产权制度。还可以指出，现代知识产权反映出、而且也(通过其提供的奖励)有助于支持高度竞争性的“赢者通吃”的商业道德，这种得到是大多数土著社区闻所未闻的。^{80/}

^{75/} 同上，第25页。

^{76/} 同上。

^{77/} 挪威。并见西班牙提交的文件—1998年5月4日，UNEP/CBD/COP/4/Inf.30。

^{78/} 贸发会议秘书处，2000年。

^{79/} 譬如，比较对半导体芯片的保护和对民俗的保护演变速度—见Drahos P，1997年，“土著知识与知识产权拥有者的责任”。《知识产权杂志》，第11卷，第179至201页。

^{80/} Dutfield，2000年：第9页。

4. 贸易机密

82. 专利的好处是它们得到承认，可以实施，但是，取得和维持专利的费用极高。因此，土著社区和地方社区可能不采用专利，而宁愿采用贸易机密(法律)来保护自己的传统知识或利用这种知识所发明的项目。^{81/}虽然贸易机密法很复杂，但是，近几年来，许多国家依照《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》，在协调贸易机密法发明取得很大进展。不过，法院在审理涉及贸易机密法的案件时，会如何看待关于土著社区和地方社区传统知识的习惯做法，这一点还不清楚，因为全世界有关这一问题的法院判决寥寥无几。^{82/}

83. 阻止第三方使用贸易机密的法律依据不多。由于法律补救措施通常以透露秘密信息者为重点，土著社区和地方社区可能难以获得公平的补救措施。如果利用传统知识的行为发生在另一个国家，那么也很难通过贸易机密法制止第三方使用传统知识。有些国家对贸易机密的保护可能很薄弱，也可能根本不向传统知识提供此种保护。^{83/}

5. 植物培育者的权利

84. 登记培育者的权利通常仅仅在本国保护土著社区和地方社区的此种权利。培育者必须在希望得到保护的每个国家分别为新品种作登记，但是，《保护植物新品种国际公约》允许成员国公民在公约其他成员国内获得对植物新品种的保护。^{84/}

6. 特别制度

85. 特别制度存在的问题之一是在一国可以对传统知识提供保护，而在另一国保护则不能提供此种保护。这意味着存在土著社区和地方社区某些物品和服务的市场的国家之间需要订立双边多边协定，或者订立所有国家均遵守的一套最低标准。瑞士认为，如果同样的知识存在于不止一个国家，即传统知识的某些成分具有区域性，那么，制订国家特别制度可能无法为传统知识提供足够的保护。因为可以使用未建立特别保护制度的另一个国家的同样传统知识来绕过这种特别制度。因此，为了确保传统知识得到保护，并确保所有利益相关者都得到保护，必须建立多边框架。^{85/}

B. 运作方面的遏制因素

86. 现已确定存在一些运作方面的遏制因素，它们阻碍正规知识产权制度有效地提供保护。这些因素包括：

- (a) 传统知识拥有者不了解知识产权制度；

^{81/} Cassidy 和 Langford, 1999 年: 第 25 页。

^{82/} 同上, 第 28 页。

^{83/} 同上。

^{84/} 同上, 第 29 页。

^{85/} 知识产权组织在 WIPO/GRTK/IC/1/3 号文件第 70 段中也提出了区域传统知识的问题。

(b) 申请、取得、维持和实施某些形式的知识产权费用极高，该制度存在固有的不公平现象；

(c) 专利审查者很难发现作为先有技术的有关传统知识。

87. 这些运作方面的问题与上文阐述的法律问题同样重要。

1. 传统知识拥有者不了解知识产权制度

88. 知识产权组织在最近一份报告中指出，传统知识拥有者面临最大的问题之一是无法利用正规的知识产权制度。^{86/}产生这种无法利用现象的主要原因是大多数土著社区和地方社区不了解组成这一正规制度的各种形式的知识产权。除了各种习惯法所体现的哲学上的分歧和不同的世界观之外，还存在一个基本问题，即正规制度是一个由大量文件记载、编成法典并由政府管理的结构和程序，而且大多数现代知识产权辩论和实施程序需要有正规的政府记录和书面记录以及一套(案例)法和先例。而地方上对知识提供保护的传统习惯法制度主要依赖口述传统和社区某些成员(或某一阶层成员)的权威。另外，许多土著社区和地方社区都没有依赖书面记录的治理系统。^{87/}

2. 申请、取得、维持和实施某些形式的知识产权费用极高，该制度存在固有的不公平现象

89. 许多土著社区和地方社区显然无法熟练使用正规的知识产权文书。因此，为了实现公平，必须简化程序，降低费用，并且提供资助和能力建设方面的援助。^{88/}

90. 譬如，要登记商标，就首先需要建立国家立法和体制。然后有注册商标和监测其使用情况的法律费用。推销和市场研究费用也可能很高。^{89/}关于专利，虽然在某些国家申请、维持和实施专利的费用较低，但是，在有些国家中雇佣专利律师费用很高，因而界定和实施专利的费用可能极高，因此，大公司比较容易利用这一制度。这种情况也会鼓励大公司钻空子，因为它们会发现可以侵犯小公司、独立发明者以及土著社区和地方社区的知识产权，而被侵权者没有经济能力进行有效的挑战。^{90/}

3. 专利审查者很难发现作为先有技术的有关传统知识

91. “先有技术”一词通常是指：

“在申请某些工业产权、主要是专利、应用模式和工业设计的申报日之前，或在宣称具有优先权时则在优先日期之前，公众可以获得的所有知识。先有技术

^{86/} 知识产权组织，2001年a：第227页。

^{87/} 同上，第57页。

^{88/} 贸发会议秘书处，2000年。

^{89/} 同上。

^{90/} Dutfield，2000年：第9页。

的确定是对这些产权的申请进行实质性审查的依据，因为只有对标的物和相关先有技术作比较才能确定新颖性和创新性。”^{91/}

92. 一个实际问题是，在确定可能包括与遗传资源有关的传统知识的一项发明是否具有新颖性和发明步骤时，专利审查者无法找到作为先有技术的有关传统知识。其原因是：（一）他们无法在保密的非专利文献中查到传统知识信息；（二）这些信息没有按次序排列；（三）缺乏有效检索这种信息的工具。尽管世界大多数地方、例如自然科学和人类学博物馆、大学图书馆和公共档案馆保存着大量传统知识文献，但是，这种情况持续存在。此外，在保存和复兴文化遗产的行动中，土著社区和地方社区以及其他国家/区域机构记载了大量传统知识，以便保护传统知识，防止这种知识消失。在许多行动中编纂了范围广泛的汇编和传统知识数据库，但却没有制订知识产权办法或战略来保护传统知识本身或传统知识的汇编。^{92/}

93. 在这种情况下，要解决作为先有技术的传统知识问题，首先要在知识产权办公室和这些现有编纂传统知识的行动两者之间建立业务联系。^{93/}这将需要知识产权办公室和这些现有编纂传统知识的行动采用某些实际措施。^{94/}但是，必须指出，建立这种联系以及其他实际措施的目的是“不将目前不属于公共领域的传统知识置入公共领域。相反，其目的是确保目前已属于公共领域的传统知识得到充分承认，而且可以切实确认其已属于公共领域，因而不可确定专利”。^{95/}

94. 如果建立这种联系时考虑到所有利益相关者的需要和优先事项，就有可能：（一）知识产权办公室可避免将专利授予不具有新颖性和非显然性的基于传统知识的发明；（二）避免出现传统知识拥有者和其他有关第三方对这种专利提出挑战；（三）便于非专利文献的所有使用者、包括知识产权办公室、工业界、研究人员和公众确认传统知识的技术价值。^{96/}但是，单靠授予专利的部门不能解决获取作为非专利文献的标准化传统知识文献的问题。如果知识产权制度要接受传统知识拥有者和编纂文献的行动，就必须采取某些措施，作为先决条件，编纂土著社区和地方社区传统知识文献的行动才会向国家区域专利局提供文献资料。最重要的是，若要广泛应用传统知识，就应该依照第 8(j) 条，征得作为这种知识、创新和做法拥有者的土著社区和地方社区的核可和参与。^{97/}

95. 随着全球信息社会的知识产权制度延伸到新的利益有关者，例如土著社区和地方社区，还需要考虑到他们的知识库、特别是他们的传统知识构成日益重要的先有技术的全面情况，切实确认他们的知识库对于知识产权制度的运作具有日益重要的作用。传统知识文

^{91/} 知识产权组织，2001 年 c 第 2 段。

^{92/} 同上，第 5 段。

^{93/} 同上，第 6 段。

^{94/} 同上，第 67 段。

^{95/} 同上，第 10(iii) 段。

^{96/} 同上，第 7 段。

^{97/} 同上，第 98 段。

献资料是具有具体特征的重要非专利文献形式。由于这些特征，需要采取特别措施，确认传统知识资料并将其充分纳入有关的非专利文献。 98/

98/ 同上，第 4 段—并见第 64 段。