



## 生物多样性公约

Distr.  
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/3/7  
24 October 2003  
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  
第三次会议  
2003 年 12 月 8 日至 12 日于蒙特利尔  
临时议程项目 7 \*

### 保护土著和地方社区知识、创新和做法的专门制度诸要素发展情况 执行秘书的说明

#### I. 引言

1. 缔约方大会第 VI/10 决定第 34 段，要求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讨论保护传统知识专门制度的问题，尤其应以下述事项为重点：

- (a) 澄清有关的用语；
- (b) 编集和评估现有的土著、地方、国家和区域制度；
- (c) 通过《公约》资料交换所机制公布编集和评估结果；
- (d) 研究各现行制度在地方一级处理和管理创新的办法，及其与现有国家和国际知识产权制度的关系，以确保它们之间的互补性；
- (e) 评估在地方、国家、区域和国际各级就这种制度做进一步工作的必要性；
- (f) 查明建立专门制度需要考虑的主要要素；
- (g) 在公平分享利用土著和地方社区传统知识、创新和做法产生的惠益方面，借鉴政府间遗传资源、传统知识和民间传说知识产权委员会所做的工作，以促进相互间的支持，推动现有区域、次区域、国家和地方的各项行动。

2. 执行秘书编制本说明以协助工作小组的工作。本说明论述第 VI/10 决定第 34 段指出的各项问题，同时考虑其他组织，其中特别包括世界知识产权组织政府间遗传资源、传统知识和民间传说知识产权委员会（“知识产权组织政府间委员会”）所做的有关工作。本说明还包括拟议的若干要素，以供在建立保护土著和地方社区与养护和可持续利用生物多样性有关的知识、创新和做法的专门制度过程中加以考虑，工作小组可以考虑将这些要素作为其工作的基础。

\* 见 UNEP/CBD/WG8J/3/1.

3. 在审查建立保护传统知识专门制度需要斟酌的主要要素时，工作小组可以考虑这些要素与缔约方大会第 VI/24 A 号决定第 3 段通过的《关于获得遗传资源和公正、公平地分享其利用所产生的惠益的波恩准则》之间的关联性，尤其是这些要素如何能够通过突出土著和地方社区在他人欲图获取其传统知识时进行保护、利用和公平分享惠益方面存在的具体需要和利益，而对《波恩准则》起到充实的作用。

4. 工作小组还可以考虑，为完成缔约方大会第 V/16 号决定第 1 段核可的第 8(j) 条和相关条款工作方案第一阶段任务 7 和任务 12，还有哪些尚待进行的工作。任务 7 和任务 12 特别要求制定相关准则，以确保土著和地方社区得以公平地分享利用和运用其传统知识所产生的惠益，并且承认它们对这种知识享有的权利。

5. 本说明第 II-VII 部分论述第 VI/10 决定第 34 段提出的各项问题。第 VIII 部分是拟请工作小组考虑提交第七次缔约方大会的建议。。。

## II. 澄清有关的用语

6. 在有关传统知识的讨论中必须使用严谨的用语，这一点已经得到普遍承认。有些缔约方主张务必先就各项定义达成一致，然后再进入《生物多样性公约》范围内有关保护传统知识的下一步讨论。<sup>1/</sup> 获得和惠益分享工作小组在论及《波恩准则》时，也指出了进一步澄清所用术语的必要性。

7. 为执行《公约》制定国家法律、政策和战略的目的讨论关于第 8(j) 条和相关条款的用语问题，可谓是困难重重。国际上商定的一般性定义，即所谓“一个尺码大家穿”的办法，虽然理想，但从实际的角度恐怕行不通。政府制定法律一般从本国的情况出发，而一国之国情又取决于其历史、社会和文化背景，以及国内人口的民族多样性和组成情况。

8. 另一个考虑是，有关传统知识用语的讨论不仅与《生物多样性公约》有关，而且与其他几项进程也有关，如《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》(UNCCD) (第 16 (g) 和 17.1 (c) 条)，《粮农植物遗传资源国际公约》(第 9.2 (a) 条)，以及世界知识产权组织政府间遗传资源、传统知识和民间传说知识产权委员会所做的工作。

9. 鉴于拟制定义或编制语汇所固有的困难，工作小组可以仔细考虑怎样才能最好地完成这项任务。一个办法，不妨采取获得和惠益分享工作小组处理《波恩准则》用语时的类似做法，先商定出一个需要界定的术语清单，然后请缔约方和其他利害关系方就这些术语提出初步定义。提交的定义经秘书处编集后，交工作小组或为此目的设立的专家小组审议。另一个办法，也可以要求秘书处根据提交的意见为每个用语起草初步定义。工作小组则可以建议第七次缔约方大会召开一次技术专家会议，以就这些定义达成一致。

10. 附件中所列各项用语，似乎与保护土著和地方社区养护和可持续利用生物多样性知识、创新和做法的专门制度的有关讨论，关系最为密切。这个并不完全的清单是对《公约》第 2 条所列术语的补充。一般假定，就专门制度而言，“事先知情同意”、“双方商定的条件”和“公平分享惠益”等项用语，由于两项公约进程的高度互补性，应该会被赋予与《波恩准则》相同的含义。

## III. 保护与生物多样性有关的传统知识的方法

11. 对保护与生物多样性有关的传统知识现有专门制度所做的分析表明，至少有五种互不排斥的方法已被采纳，或者可以在这种制度的发展过程中加以考虑：

---

<sup>1/</sup> 见奥地利、瑞士和挪威关于获得和惠益分享的专题报告；另见于第六次缔约方大会关于《波恩准则》的讨论情况。

(a) 在知识产权法中吸收某些保护与生物多样性有关的传统知识的专门要素 (例如, 要求披露遗传资源及相关传统知识的来源, 以及在申请知识产权时提出事先知情同意的证据)。有些国家认为, 传统知识在现行知识产权下就可以得到充分的保护, 或许仅需要根据特定需要做些具体的补充而已。<sup>2/</sup> 例如, 安第斯共同体关于共同知识产权制度的第486号决定中, 就载有若干条(第3条、第26(h)和(i)条, 以及第 75(g)和(h)条)关于保障传统知识不受未经授权使用的条款;

(b) 针对《生物多样性公约》获得和惠益分享条款制定法律措施, 其中包括对传统知识的保护, 并制定具体针对所有权和传统知识获得问题的措施。在一些针对《生物多样性公约》获得和惠益分享条款制定的法律措施或模式中, 同时也包括了保护传统知识的规定。这些措施包括菲律宾 1995 年第 247 号行政命令; 《安第斯条约》关于获得遗传资源共同制度的第 391 号决定(1996年); 巴西第2, 186-16号临时法案(2001年)和非洲示范法(2000年)。除根据《公约》第15条要求在国家一级取得事先知情同意外, 上述制度和模式还要求在意欲获得土著和地方社区的传统知识及相关遗传资源时, 征得有关社区的事先知情同意。在大多数情况下, 有关给予这种同意的习惯法和惯例中的相关要素一般都得到承认。秘鲁通过其第27811号法令(2002年), 成为建立保护土著社区与生物多样性有关传统知识专门法律制度的第一个国家。知识产权组织则为第五次政府间委员会会议, 准备了一份关于国家保护传统知识现有专门措施和法律的比较性综述(WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4);

(c) 建立养护和可持续利用生物资源, 其中包括保护传统知识有关规定的国家法律、行政和政策综合框架。有些国家制定了包括获得和惠益分享及保护传统知识条款在内的综合性生物多样性法律, 如哥斯达黎加1998年的第7788号生物多样性法。其他国家则采取法律措施与生物多样性战略和行动计划相结合的办法, 其中也包含了有关保护和广泛运用传统知识、公平分享利用所得之惠益以及生物资源的习惯性利用等措施。澳大利亚在使用这个办法上树立了一个好的榜样。联邦政府和各州、各领土政府达成协议并经各级政府签字, 制定了澳大利亚养护生物多样性国家战略(1997年), 以及关于获得和利用澳大利亚原生遗传和生化资源的全国统一办法(2002年)。联邦议会通过了环境保护和生物多样性养护法(1999年91号), 该法承认土著人民在养护和可持续利用澳大利亚生物多样性方面的作用, 鼓励在传统知识所有者的参与和合作下运用土著人民的生物多样性知识(第3(1)(d)、(f)和(g)条)。当传统知识属于某项遗传资源获得和惠益分享安排的一部分时, 其受到保护的首要办法就是通过合同安排。最后, 为了支持“关于获得和利用澳大利亚原生遗传和生化资源的全国统一办法”, 联邦、各州和领土政府批准了关于建立或审查澳大利亚各辖区有关获得和利用澳大利亚原生遗传和生化资源的法律、行政或政策框架的根本性一般原则。其中原则7指出, 政府“承认有必要保证传统知识是在传统知识拥有者的合作和同意下并按双方商定的条件得到运用”;

(d) 制定完整的土著/地方社区权利法, 在规范土地权和社区管理制度等事项的同时, 吸收有关保护与生物多样性有关的传统知识和获得遗传资源的规定。虽然很多国家都有在本国辖区内规范土著和地方社区问题的单行法律或成套法律, 但这些法律一般并不专门针对与生物多样性有关的传统知识的保护问题。有些法律中提供的一些机制, 可供这类社区间接用来保护他们的知识, 比如授予它们自己控制其土地、资源和社区准入权的权能等。但这种机制并不一定能够保护那些通过学术研究等途径已被记载和公布的传统知识, 因为其他人可以从中找到研制商业可行产品的线索。菲律宾1997年颁布的土著人民权利法是采用这种办法的一个实例。这是一部全面规定土著文化社区/土著人民(土区/土人)权利的法律, 其中涉及土区/土人知识产权的条款载于第VI章—文化完整性, 而根据其第34节和35节形成的细则, 则与第8(j)条中的义务直接相关。第34节规定, 土区/土人对其土著知识系统和做法拥有权利, 并有权发展自己的科学和技术, 其中, 它们的充分所有权、控制权及其文化权利和知识产权受保护的权力均得到承认。第35节是有关获得土

<sup>2/</sup> 见 WIPO/GRTKF/IC/4/3 第 9 段。

著人民祖传地域内生物和遗传资源的规定。第34节和35节中没有关于公平分享惠益的规定，但这个问题在细则部分（附件III）做了规定，该部分确定了保障土著人民和土著知识系统的若干准则。其中包括：(i) 有权对研究人员和研究机构的准入实行管理；(ii) 就研究目的、设计和预期产出达成书面协议；(iii) 发表所用材料的相关信息的，必须承认该材料的来源；(iv) 向有关社区提供研究成果的副本；而最重要的一点是 (v)：与有关社区分享研究成果产生的收入；<sup>3/</sup>

(e) 在对传统文化表现形式/民间传说表现形式/传统知识采取统筹兼顾的保护策略基础上，制定全面的专门文化遗产保护法，其中包括，或者可经扩大后包括对与生物多样性有关的传统知识、创新和做法实行保护的条款。许多土著和地方社区的代表认为，传统知识并不是各局部相加的总和，而是一个复杂、统合、连贯的系统，一个不可分割的知识整体和民俗整体，是非采取全局而非零散的策略不足以加以充分保护的。他们认为，对这种知识和习惯体系进行保护最有效的办法，就是以习惯法作为媒介，但国家对习惯法必须充分承认以利执行。

12. 迄今为止，从统筹策略的角度探索了两种可能性：

(a) 原为保护文化遗产/文化表现形式/民间传说的系统，可以扩大后增加与生物多样性有关的传统知识的内容。目前已经形成两个模式，都是从保护传统文化表现形式和/或民间传说为出发点的。这两个模式是：《知识产权组织/教科文组织关于保护民间传说表现形式不受非法利用或其他侵害行为危害的国家法律示范条款》(1982年)，和《南太平洋保护传统知识和文化表现形式示范法》(2002年)，其目的是保护“传统所有人”对其传统知识和文化表现形式的权利，在事先知情同意和惠益分享的前提下，允许基于传统的创造和创新，包括其商业化。巴拿马为保护本国土著人民的文化和知识遗产，也制定了一项专门法，即2000年6月26日通过的第20号法律，其标题是：“为保护和捍卫土著人民的文化特性和传统知识而规范其集体权利的专门知识产权制度及其他规定”。这项法律的目标是对土著人民创造的集体知识产权和传统知识实行保护；

(b) 明确包括与生物多样性有关的传统知识的综合性制度。许多土著民族、社区和组织主张对其文化遗产实行综合性全面保护，其使用的起点，是联合国人权委员会在涵盖了传统环境知识的文化遗产的定义基础上，主持制定的《保护土著人民遗产原则和准则》。<sup>4/</sup> 澳大利亚土著民族就力主采用这种做法。<sup>5/</sup> 但迄今为止，还未能按照这种全盘保护各种形式的文化遗产的策略执行任何相关的法律。

13. 有些国家在保护与生物多样性有关的传统知识方面结合使用了上述策略。例如，安第斯共同体第486号和第391号决定中，采用头两个方法来保护土著和地方社区对其传统知识的权利。另一个例子，菲律宾1995年执行第247号行政命令和1997年执行土著人民权利法的过程中，则分别采用了第二个和第四个方法。考虑到政府交叉采用各种工具的情况，单一的方法恐不足以解决保护传统知识的问题。

#### IV. 现有各种制度在地方一级处理和管理创新的办法及其与现有国家和国际知识产权制度的关系

14. 土著和地方社区对其创新采用一系列制度和战略进行处理和管理。其中包括运用现行知识产权法，尤其是关于商标和地理标识的法律。<sup>6/</sup> 许多土著和地方社区或其代表组织，还建立了

<sup>3/</sup> 见 Kutty PV: WIPO/GTRKF/STUDY/1, 2002年11月25日, p. 29-30.

<sup>4/</sup> 见文件: E/CN.4/SUB.2/2000/26, 2000年6月19日, 附件 I.

<sup>5/</sup> 见 Janke T 1998年: *我们的文化: 我们的未来 - 关于澳大利亚土著文化和知识产权的报告*. Michael Frankel and Company, ATSI and AIATSIS, Canberra, Australia.

<sup>6/</sup> 澳大利亚和加拿大多项研究提供的实例表明，不仅知识产权的各种形式都被用来保护传统知识不遭滥用，而且土著民族为保护和促进其商业利益运用商品和产地标识等知识产权形式提出申请也不乏成功之例。上述两个国家的做法是鼓励土著社区使用知识产权制度，而且两国都推出了教育和公众觉悟方案，以鼓励这种使用。有关进一步情况，见 Janke, 2002年: *顾惜文化* WIPO/GTRKF/STUDY/2, 2002年12月2日; Cassidy M and Langford J (eds) 1999年: *知识产权与土著人民: 工作文件*, 印第安事务及北方发展部, 渥太华, 加拿大。

社区本位的传统知识、创新和做法登记册。其他战略包括制定由社区产生的伦理守则和规范外人从事研究的协议，这些守则/协议中通常含有关于保护信息机密性、公布信息的条件和惠益分享的规定。与研究者和生物勘探者签订合同，也是用以保护当地创新的一个办法，这类合约中一般都有保密和惠益分享条款。下面几段具体讨论传统知识登记册/数据库，及其与知识产权的关系。

### **传统知识、创新和做法登记册/数据库及其与知识产权的关系**

15. 传统知识登记册或数据库显然是当地一级管理和处理创新所采用的主要工具。

16. 传统知识登记册或数据库是在印度、秘鲁、菲律宾、澳大利亚、新西兰和南太平洋等地以及加拿大纽纳维克地区因纽特人的各种行动中发展形成的。一般属于当地社区或社区群体自编自用的性质。其用处在于把知识汇集起来，便于更好地保护和管理社区资源。<sup>7/</sup> 视有关社区的需要而定，这类登记册可以达到几个目的，包括：

- (a) 通过录制和记载传统知识达到维护和保存的目的；<sup>8/</sup>
- (b) 提供在先技术证据，避免知识产权的不当授予(有时叫“生物剽窃行为”)；<sup>9/</sup>
- (c) 提高社区对传统知识价值的认识；
- (d) 鼓励长期养护和振兴自然资源及其相关的传统知识；
- (e) 向有意获得登记册中资料者有偿提供信息；
- (f) 将其作为主张传统知识获得知识产权法律制度(如国家保护土著和地方社区专门制度)的一部分加以使用。

17. 据知识产权组织报告，越来越多的行动力图通过使用数据库和登记册来养护和保护传统知识和遗传资源。报告指出，这些行动不论其主旨是保全资料并向更广大的公众开放使用，还是为了保护 and 限制使用这种资料，它们追求保护的對象皆各不相同，运作方式也大相径庭。而且引发了对其知识产权影响的极大关注。<sup>10/</sup>

18. 这些行动一般旨在促进传统知识拥有者及地方和土著社区的利益。但在有些情况下，土著和地方社区担心记录传统知识实际上可能损害传统知识拥有者潜在的知识产权，或者破坏习惯法对使用有关知识的限制。由于存在这种顾虑，这就产生了如何实现上述政策目标的实际问题。为了打消这些顾虑，其关键在于更好地了解不同利害关系方的需要、目标和优先。<sup>11/</sup>

19. 关于已经存在于公共领域的传统知识，这种知识的登记册或数据库有助于在处理专利申请过程中承认其为在先技术，从而避免不当授予权利。但是，传统知识如属秘密，将其收入登记册和数据库而又未采取充分措施加以保护，则有可能助长不当授权。在这方面，一些政府代表及土著和地方社区对现有和拟建的登记制度中传统知识资料保密的问题，表示了严重的关注。<sup>12/</sup> 知识产权组织起草了一套关于在记录传统知识和遗传资源过程中如何管理知识产权问题的工具性资料，其目的就是为了在这一过程中向传统知识拥有者和遗传资源监护者提供实际的协助。<sup>13/</sup>

<sup>7/</sup> 见 Downes and Laird 1999 年：《生物多样性相关知识的社区登记制度：知识产权在获得和惠益管理中的作用》。联合国贸发大会生物贸易行动论文 p. 4。

<sup>8/</sup> 一些国家指出，由于对传统知识没有记录，更加促成了对传统知识系统的侵害（如在纳米比亚）。

<sup>9/</sup> 获得和惠益专家小组第二次会议承认，传统知识登记制度可以提供可资用来避免不当授予知识产权的保护（UNEP/CBD/WG-ABS/1/2, para. 77(c)）。

<sup>10/</sup> 见 WIPO/GTRKF/IC/Q. 4, para. 1

<sup>11/</sup> 同上，para. 2.

<sup>12/</sup> 见非统组织常驻观察员在 2002 年 6 月 13 日至 21 日 IGC 第三次会议上的发言，para 5。

<sup>13/</sup> 有关进一步讨论情况见 WIPO/GTRKF/IC/5/5.

20. 为了解决这种关注，一些缔约方和政府以及土著和地方社区，可能觉得有必要按不同的行动层次区别登记制度的作用。例如，在当地一级，社区本位登记册可以用来存储各种文化信息，甚至包括相关的礼仪或庆典信息（如驱病仪式）等可能具有神秘性/神圣性的资料。除文字记录外，还可以采用录音/像带、照片和光碟等形式录制这类资料。在国家一级，国家登记册可以只收藏这类信息的技术成分，从而保全信息其他成分的神秘性，留给社区直接控制。国家登记册中收藏的资料可以通过专门立法等办法加以保护（这种保护也延伸到与登记册有关的任何相关数据库），确保信息一旦进入登记册便自动成为受保护的信息。社区本位的创新也可以记入登记册，以杜绝商业性利用，或防止他人对其主张知识产权。

21. 总之，有关获得和保密问题比较容易的解决之道，就是采用本质上分为两级的传统知识登记制度。社区本位的登记册，与其促进保全和保存多种形式的文化知识和表现方式的作用相适应，可用以记载传统知识严格技术成分以外的丰富信息，为此，必须制定适当的保密办法和限定措施。国家登记册则可以限制范围，仅登记有关传统知识中对决定知识产权所必需的技术性成分资料，如提供与专利申请有关的在先技术的证明资料等。另外一点，这种信息在区域和国际层级上还可以放宽予以提供，而不致侵犯这种信息传统所有人的权利，也不会威及传统所有人希望限制使用的那部分信息。

### **两级办法实例**

22. 美国华盛顿州酋拉力普部族（Tulalip）1996年推出的酋拉力普文化故事项目（TCSP项目），提供了在地方社区一级管理传统知识的实例。这个项目强调社区本位的知识管理办法，因而得以保全存在于多种形态中的传统知识，包括语言、精神信仰与实践、传统歌舞和口传历史等。而且，这个项目还得以阻止有关具有文化意义的植物和动物用途以及传统土地管理办法的详细信息进一步流失。TCSP项目包括一套部族自己形成的、收集和整理与生物多样性有关的传统知识的方法，这些知识大多来自与部族长老的访谈，内容涉及知识归档、文化振兴和自然资源管理等各种问题。资料的收集和归档按照部族有关取得事先知情同意的程序办理。项目收集到的资料用一个叫做ICONS的软件系统进行汇总，然后经该软件对其实行多级存取管理。此外，ICONS系统还提供与西方科学模型的链接，供部族用来进行水流域管理，并提供地理信息系统（GIS）技术，帮助绘制资源分布图和进行空间分析。虽然大部分数据仅供部族内部使用，但有些资料却是一般性非专有资料，在系统的设计上允许对后一类资料在公开网络上按通行格式进行共享。这一模式可以用来实施其他需要兼顾公开资料共享和社区本位信息管制的网络。<sup>14/</sup>

### **包括登记册的国家专门制度**

23. 据一些国家报告，建立登记册是它们制定保护传统知识立法建议的一部分。例如，印度建立的国家制度中包括一个国家创新基金会，其设立的宗旨，是建设一个国家创新登记册和社区本位登记网。纳米比亚的专门立法草案中包括社区登记机制（第29（vi）条）。<sup>15/</sup>哥斯达黎加生物多样性法第84条规定对专门社区知识产权加以认定并准予登记。委内瑞拉政府建立的BIOZULUA数据库，对与生物多样性有关的传统知识分门别类进行编集，以便对其进行保护（暂时保密）和实现商业化。巴西则建立了一个国家名录系统，土著和地方社区成员，抑或任何其他人，都可以把与传统知识有关的文件存放进去。

## **V. 就保护传统知识专门制度开展进一步工作的必要性评估**

24. 虽然在国家和区域层面建立保护传统知识专门制度方面取得了显明的进展，但仍有若干重要问题可能需要做进一步的工作。其中包括对《公约》范围内的一些基本概念做出澄清，具体如传统知识的概念；保护传统知识的国际方面；对传统知识的保护；以及登记册或数据库作为保护工具的应用问题等。

<sup>14/</sup> 见 UNEP/CBD/AHTEG/TK-CHM/1/3, *传统知识和资料交换所机制特设技术专家组报告*, para 18。

<sup>15/</sup> 纳米比亚获得和惠益分享专题报告。

### **传统知识的概念**

25. 知识产权组织政府间委员会从保护知识产权出发，对传统知识的概念进行了深入讨论。<sup>16/</sup> 讨论中得出的结论是：传统知识的知识产权保护可以适用于保护对象的三种一般形态：(i) 适用于知识和文化的内涵、实质或思想的保护；(ii) 适用于传统文化形式、表现方式和表意方式的保护；及 (iii) 适用于传统文化相关标志、符号、指示、图案和风格的声誉和独特性的保护。<sup>17/</sup> 这种对传统知识的全面概念化可能大大超出了《公约》第 8(j) 条和相关条款的要求。实际上，第 8(j) 条使用“土著社区和地方社区体现了与保护和可持续利用生物多样性有关的传统生活方式的知识、创新和做法”这一提法，就已经限定了《公约》目的上这一概念的范围。但即使是在这个有限的和明确的范围内，涌现出来的保护与生物多样性有关的传统知识国家专门制度之间，仍然存在很大的差异性。例如，这一概念在巴拿马专门法中覆盖的范围，显然比巴西和秘鲁两国的法律广泛得多。

26. 澄清概念对确定要实行的保护类型尤其重要。概念的范围决定保护是“进取型”还是“防御型”，或是两者兼而有之。进取型保护是指“主张在申诉标的上确立专属权或其他知识产权”的保护。<sup>18/</sup> “防御型保护”则不谋求主张专属权，“而仅是为了防止第三人对不当占用的标的主张权利”。

### **保护传统知识的国际方面**

27. 不同法辖区保护传统知识国家制度间的关系问题，也可能需要做进一步工作。一个法辖区授予的专门权利如何得到国际承认，这是一个关键的现实问题和法律问题。各国保护制度差异太大，可能对总体目标不利，因为一方面各法辖区实行的保护可能无从比照，另一方面国际上也没有强制遵守的制度。因此，可能不仅需要努力在国际一级实现保护标准的协调一致，而且需要就平等承认问题制定某种正式规则。由此看来，可能需要制定一个能够界定保护传统知识专门制度的基本要素和原则的国际框架

### **传统知识登记册和数据库的作用**

28. 如上所述，在国家和地方层级作为保护传统知识的手段而使用登记册和数据库的情况正日益增多。这种信息收藏活动有助于专利审查人员了解传统知识构成在先技术的情况。但人们也越来越担心这种活动实际上可能损害传统知识拥有者潜在的知识产权，或者破坏习惯法对使用有关知识的限制。迄今已经提出一些重大的问题，需要进一步研究。例如，如何保证收集、展现和评价传统知识的方式能够符合文化风俗和习惯法；如何争取社区充分参与和参加登记册和数据库的建设；如何在知识拥有者事先知情同意，包括规定保密要求的基础上，通过登记册和数据库对传统知识的获得进行管理；以及如何处理登记册或数据库所存资料的法律地位问题，等等。另外，国家和国家以下数据库和登记册之间的关系，以及与此相关的权利和义务，也可能需要进一步加以研究。

## **VI. 查明建立专门制度的主要要素**

29. 如上所述，许多缔约方已经采用或正在考虑一系列保护传统知识的方法，其中包括建立专门制度。以下建议的诸项要素，可以在建立适合本国需要和情况的制度过程中作为其组成部分来加以考虑，也可以从中择取若干要素，用以充实或纳入现有制度。

---

<sup>16/</sup> 见 WIPO/GRTKF/IC/5/12。

<sup>17/</sup> 见 WIPO/GRTKF/IC/5/8, para. 41。

<sup>18/</sup> 同上, para. 73。

30. 在审查这一问题时，工作小组还可以考虑拟议的诸要素与《波恩准则》之间的关系，尤其是这些要素如何能够通过解决土著和地方社区在他人欲图获取其传统知识时进行保护、利用和公平分享惠益方面所存在的具体需要和利益，而对《波恩准则》起到充实的作用。

31. 以下拟议的要素参考了既有或建议的法律规范，其中包括若干国家的相关法律、《非洲示范法》、《知识产权组织/教科文组织关于保护民间传说表现形式不受非法利用或其他侵害行为危害的国家法律示范条款》(1982年)，以及 Crucible II 小组制定的模式。<sup>19/</sup> 同时也借鉴了世界知识产权组织政府间遗传资源、传统知识和民间传说知识产权委员会在处理与这些要素有关的许多问题方面所做的工作。

#### **A. 宗旨、目标和范围声明**

32. 专门制度的宗旨，除其他事项外，是为了向土著和地方社区提供法律手段，以便：

- (a) 控制传统知识、创新和做法的获得、披露和利用；
- (b) 就传统知识的任何获得、披露和利用事宜行使事先和知情同意权；<sup>20/</sup>
- (c) 使其得以公平分享从推广利用其传统知识、创新和做法中产生的惠益；
- (d) 确保传统知识、创新和做法的习惯用法得以正常持续，避免对其产生不利影响。

#### **B. 明确传统知识和传统所用生物资源的所有权**

33. 在任何一种专门制度下，都必须明确土著和地方社区对遗传资源的相对权利和利益，以及它们对于与这类资源有关的知识的权利和利益。

34. 所有权可以赋予国家、某个当地组织或社区本身，或是交托给任何其他条件合适的主管部门或某种其他的职能性安排。视具体安排而定，所有权可以参考根据习惯法的所有权。例如，菲律宾 1997 年土著民族权利法承认土著民族/土著文化社区对文化和知识产权享有充分的所有权、控制权和受保护权，而印度尼西亚则将传统知识的所有权赋予了国家。

35. 需要加以考虑的其他因素，还包括土著/地方社区成员个人发生不当主张或滥权行为的可能性，或是一个社区在与本国另一个（或几个）社区共享的权利上主张专属权，或是其他国家和地区土著和地方社区发生上述滥权行为的可能性。同理，传统知识、创新和做法也可以为并不一定认为自己是“土著”或“传统”的人士所拥有、运用和养护。<sup>21/</sup> 还有一种情况需要进一步考虑：比如，有关某个物种及其用途的传统知识同时为若干个土著/当地社区所共有，在这种情况下，究竟谁有权来决定获得、利用和惠益分享的问题，恐怕难以得到解决。这种情况可以发生在一国境内，也可以跨国界发生。

#### **C. 系列相关定义**

36. 保护与生物多样性有关的传统知识的专门制度可以酌情采用本说明附件中讨论的用语。

#### **D. 承认与养护和可持续利用生物多样性有关的习惯法要素，其中包括 (i) 土著/传统/当地知识上的习惯权利；(ii) 涉及生物资源的习惯权利；及 (iii) 规范获得和同意使用传统知识和生物资源的习惯程序**

37. 知识产权法与习惯法及习俗之间的差异，一直是推动建立保护传统知识专门制度的因素之一。<sup>22/</sup> 然而，是否承认习惯法，这基本上是个国内法问题，要看一个国家的宪政安排、履行本

<sup>19/</sup> Crucible II 小组 2001 年：《种籽办法》(Vol. 2)。加拿大渥太华国际发展研究中心 pp. 59-124。

<sup>20/</sup> 同上，加拿大 paras. 39 和 41。

<sup>21/</sup> WIPO/GTRKF/IC/4/3, para. 103。

<sup>22/</sup> WIPO/GTRKF/IC/4/3, para. 66。



国条约义务的要求，以及国际和区域条约承诺（如劳工组织 169 公约）的批准等情况。在许多国家，根本就谈不上承认习惯法的问题。

38. 应该指出，在传统知识的所有权和控制权问题上，并不存在任何集体/社区习俗本位专有权制度的普遍形态，实际上，传统专有制度形态各异，其中大多极其复杂。因此，可能有必要澄清有关生物多样性传统知识习惯权和习惯法对获得这种知识设置限制的性质。

#### ***E. 关于在传统知识和相关遗传资源问题上规范事先知情同意、 双方商定的条件和公平分享惠益的进程和系列要求***

39. 保护传统知识专门制度可以酌情将土著和地方社区的同意作为事先知情同意的一部分要求来加以考虑。

40. 《波恩准则》对获得和惠益分享进程的步骤进行规范。它确定了事先知情同意制度的基本原则和主要内容，并就主管部门给予这种同意、决定时间和期限、提出使用规范和取得事先知情同意的程序等项职责，提供了指南。该《准则》还提出了双方同意的条件，包括惠益分享的基本要求。可以对《波恩准则》的内容进行充实，以涵盖保护传统知识专门制度的要素。

#### ***F. 授予权利的条件***

41. 授予权利的条件可能需要加以澄清，其中可以包括一般性要求、实行保护的传统知识类别、保密条件以及新颖性、原创性和保护习惯性产品等问题。

42. 专门制度可以说明保护的标的包含在存量、收藏、编集或数据库里，所以，为了得到保护，传统知识必须文献化、固定化。

#### ***G. 授予的权利***

43. 专门制度授予权利，应具体说明谁可以享受权利；享受那些权利；怎样获得这些权利；有无豁免；以及行使这些权利的期限。其中还可以包括对传统知识数据库中商业性/工业性的内容进行转移、让与和租赁的权利。正如知识产权组织所告诫的，如果这个制度中不包括转让权利或租赁的可能性，任何试图解决《生物多样性公约》项下惠益分享问题的努力，都将必败无疑。<sup>23/</sup>还应该做出规定，保证这些权利的集体性质不致侵蚀任何个人权利。<sup>24/</sup>

44. 一个重要的考虑，是这种权利丧失或逾期的方式。对这个问题有两种可能的办法。第一个办法，实行无限期保护，这是国内法普遍倾向的做法。这个办法反映了传统知识世代相传、日积月累的性质，承认保护一旦到位，它的商业应用期可能极其漫长。不过，如果保护的实行是以初次商业利用行为为依据（例如，从对传统知识中受保护要素初次进行商业行为起算 50 年为期，而且可以连续延期若干次），那么，这时可能最好是预先确定一个逾期日，但条件是，这个期限仅适用于传统知识中那些有商业/工业应用价值的内容，而且这些内容可以在不损害其完好性的情况下从数据库的整体内容中分离出来。<sup>25/</sup>

#### ***H. 土著/当地知识登记制度***

45. 建立专门制度，必先建立两级运行的传统知识登记制度。在社区一级建立的登记册，可用于保存各种信息，包括技术信息和文化敏感信息。在国家一级建立的登记册，则可以用来登记技术知识，而且可以请国家知识产权管理部门等进行评估。原则上，两级登记册可以置于一个单一的专门制度下进行保护。不然，也可以对国家登记册中记载的资料实行立法保护，而在当地一级，土著/地方社区可以设立自己的保护制度，或者通过援用普通措施（如规范保密资料的法律等）

<sup>23/</sup> 同上， para. 47。

<sup>24/</sup> 同上， para. 48。

<sup>25/</sup> 同上， para. 57。

实现保护。专门制度，尤其是国际一级的登记册，可以具体规定登记册增删条目的条件，并确定登记册准入和收藏资料的使用条件。

### ***I. 保护传统知识和惠益分享安排的程序/行政事务管理机构***

46. 为代表土著/地方社区成员管理获得和惠益分享安排设立的管理机构，可以行使下述职能：

- (a) 处理有关生物多样性传统知识的获得申请；
- (b) 促进土著和地方社区对获得的事先知情同意；
- (c) 建立和维持登记册；
- (d) 将从利用传统知识及其相关生物资源产生的惠益在社区内公平地进行分配；
- (e) 管理为持有和分配传统知识应用所产生的收入的信托基金；
- (f) 与作为国家规范遗传资源和惠益分享制度一部分而建立的国家主管部门保持联络；
- (g) 与有关知识产权管理部门保持联络。

### ***J. 关于执行和救济的规定***

47. 正如知识产权组织秘书处为政府间委员会第三次会议准备的保护传统知识专门制度要素文件(WIPO/GRTKF/IC/3/8)第34段中所指出的，知识产权如果得不到执行，将毫无用处。传统知识、创新和做法的保护在发生擅用时如果得不到迅速有效的救济，也不会有任何成效。传统知识拥有者自己执行权利恐怕会有实际困难，这就产生了另一个可能性，即：通过某个专门机制来实施权利，比如某种集体实施制度，或是交由政府机构具体发挥监测侵权现象的作用。

48. 专门制度还可以包括能促进有效实施和执行的制度性机制。在这种制度性机制中，可以考虑建立行政复议和司法复审程序，以便根据可能的环境、文化或社会影响，对授予传统知识准用权的情况进行审查。

### ***K. 与其他法律的关系***

49. 专门制度必须与国家现有法律框架相适应，同时做出必要的调整。具体涉及：

- (a) 国家知识产权法；
- (b) 管理土著和地方社区事务的任何特别法；
- (c) 生物多样性和环境管理法；
- (d) 规范遗传资源的获得和惠益分享的法律。

### ***L. 域外保护***

50. 专门制度存在的一个问题是，一国对传统知识给予保护，另一国可能不给予这种保护。为解决这一问题，可以考虑通过双边和多边协议订立最低标准。瑞士曾经指出，在不止一个国家存在同样的知识的情况下，换言之，在某些知识成分以区域为分布的情况下，建立国家专门制度可能对传统知识无法提供充分保护。利用不设保护的另一国同样的知识，就可以避开专门制度。因此，可能需要建立一个多边框架，以保证所涉各利害关系方都能得到保护。<sup>26/</sup> 各国在制定本国保护传统知识的法律时，仍可自行决定是按国民待遇还是对等原则保护外国的表现形式。如此，形成一个各自对等保护传统知识外国表现形式的国家法律的网络，并可最终汇集成为次区域、区域甚至区域间的保护体系。<sup>27/</sup>

<sup>26/</sup> UNEP/CBD/TKBD/1/2 1997年。

<sup>27/</sup> WIPO/GRTKF/IC/4/3, para. 109

51. 对实现域外保护形成障碍的情况包括：有的国家没有符合第 8(j) 条意义的土著和地方社区；有的则在本国辖区内不承认其他国家所承认的土著和地方社区的权利。

## VII. 公平分享利用土著和地方社区传统知识、创新和做法产生的惠益

52. 在关于保护与生物多样性有关的传统知识的讨论中，惠益分享始终是一个重要的问题。巴西、哥斯达黎加、印度和菲律宾等国的国家专门制度对这一问题进行了规范。例如，巴西 2001 年 8 月 23 日第 N. 2186-16 号临时措施第 24 条规定，对从基因遗传成分样本及相关知识中开发的产品或流程进行经济利用的，其所产生的惠益必须在合约各方之间公正、公平地加以分享。根据第 25 条，惠益分享可以包括：分享利润、给付特许使用费、获得和转让技术、免费颁发产品和流程使用许可，以及进行人力资源能力建设等。此外，第 21 条还规定，有关传统知识的收受机构应当促进将保护和利用该传统知识的技术，转让给负责传统知识的获得和传送的国家机构。

53. 法律中含有传统知识惠益分享条款的另一个例子，是印度 2002 年颁行的生物多样性法。该法第 2 (a) 条规定，有权主张惠益的人，包括利用生物资源的有关知识的拥有者和知情者，以及与此种利用和运用之创新和做法有关的人士。第 21 (1) 条还规定，国家生物多样性管理部门“应当在批准所依据的条款和条件中，保证将因利用获得的生物资源、其衍生产品、与其利用和运用有关的创新和做法及与此相关的知识而产生的惠益，根据各方商定的条款和条件，在申请此种批准之人、有关当地机构和惠益主张人之间公平进行分享。”第 21 (2) 条也包括了惠益分享机制。

54. 在国际一级，《波恩准则》为处理公平分享因利用遗传资源及相关传统知识、创新和做法产生的惠益问题，提供了一个协商一致的基础。因此，在建立保护与遗传资源有关的传统知识的专门制度时，应该以《准则》为鉴。

55. 下面还有几点，也许在进一步确定专门制度的惠益分享要素时需要加以考虑的。

56. 在考虑围绕生物资源的获得和惠益分享的各种问题时，将生物资源作为物质本身，与相关的传统知识区别开来，是有帮助的。而且，通常的情况可能是，相关知识比资源本身更有价值。

57. 关于生物资源，尽管《公约》序言重申了缔约方对其生物资源的主权权利，但土著和地方社区相对于这些资源的地位，却是一国的国情所决定的。这一地位可能因宪法、国内约法、国家和次国家法律法规等的不同而异。在有些国家，对土著和地方社区权利的性质尚无定论。即使是在经法院或法律确立的情况下，这些权利也可能并未对土著和地方社区所有人一体适用。有些土著/地方社区对土地及土地上的生物资源可能享有所有权权利，但邻近主要靠共享同样资源的其他社区则可能仅有用益权，甚至其权利根本得不到承认。但它们对这些资源却可能具有同样的知识和习惯权利。

58. 在许多土著和地方社区内部，虽然所有权可能属于共有，但所有权的性质则可能更多体现为个人的责任，如监护人、管理人等，尤其是涉及到谁有权给予获得许可。所以，同一个社区内不同个人之间对知识的权利和义务可能并不相同。知识还可以为若干社区所共有，但在重要性上各有差异，因而产生出不同的权利和利益。

59. 遗传资源和相关传统知识的经济价值，视具体工业的需要、遗传资源的多寡、是否需要持续供应以及有关知识用处的大小而定，可以存在很大的差异。例如，遗传资源对于制药业的主要价值并不在于遗传资源本身，而更多是在于可以通过资源研发产生的知识产权。即便在制药业内部，对原始遗传材料经济价值的估计差异也很大。

60. 今后有必要准确评估整个生物技术行业，包括其各个部门（如制药、自然疗法、农业、个人保健品、食品和饮料等）在内，对土著和地方社区可能产生的经济价值。例如，为制药公司工作的生物勘探人员对某种生物资源可能仅需要进行一次性少量采集，而食品业则可能需要定期供

应某种植物，以用作特别的食品配料，甚至最终可能要求将该物种投入商业性生产。这种情况可能导致建立社区本位的行业，具有可观的增值潜力。

61. 另一个对惠益分享安排有重大影响的因素，是意欲获得的生物资源的地域分布情况。地域分布广、跨越几个不同土著和地方社区土地的物种，情况可以非常的复杂。同时还会引起事先知情同意的问题，即可能发生一个社区同意另一个不同意的情况。社区之间各自依照自己的习惯法，传统权利的性质可能互不相同。特定物种对不同社区的文化、经济和宗教生活可能具有不同的意义。因此，对于一个地域分布极广的物种而言，土著和地方社区利害关系方的数量，以及其利益的性质可以有很大的差别。而要确定受益人可能有困难，因此，建立和保持生物多样性已查明成分的相关传统知识拥有者登记册，应该不无助益。

62. 如果属于窄域物种，或者发生比较罕见的情况：某个物种是某一土著/地方社区领地内的独有物种，那么就可以考虑，该社区对因获得其与该遗传资源有关的传统知识而产生的惠益，享有排他性权利和惠益。

63. 一些政策分析人员指出，有必要对为“纯研究”（或谓“学术研究”）目的需要获得生物资源的情况，与怀有商业目的的研究进行区分。例如，菲律宾第 247 号行政命令在关于获得的申请程序里，就做了这种区分。但在现实中，这两者之间的界线通常是模糊的。

### **传统知识对研究与发展的价值**

64. 为了在获得与惠益分享安排中确定恰当的惠益水平，可以适当考虑生物资源和相关传统知识两者在研究与发展过程中的作用，因为在关于获得和惠益分享的安排中首先必须评估的，就是生物资源和任何与此相关的传统知识两者的价值。与某个具体资源有关的知识的价值因部门而异：传统知识对于养护，对于查明某些植物的药性和农业的价值极高，但在生物技术部门使用不多，因为这个部门的特点是通过大量取样和大量筛选提取生物活性分子。

### **确定惠益的性质**

65. 从生物资源和相关传统知识的获得中预期可得惠益的性质，大致可以分为两类：金钱惠益和非金钱惠益。《波恩准则》附录 II 中载有这两者的提示性清单。虽然其中的内容并不是具体针对土著和地方社区生物资源和传统知识提供者的需要而发，但所列的多种惠益是可资与这种社区谈判之用的。由于在某些情况下直接向土著/地方社区（或某些个人或群体）给付金钱惠益可能有所不便或不妥，因此可以考虑其他形式的惠益。

66. 机构收集者/研究者可能比较有条件提供能力建设惠益（如转让技术、培训、返还机构早前录制并收藏的物种的相关传统知识资料，以及《公约》第 17 条第 2 款提及的其他惠益）。哥伦比亚大学应生物多样性行动网络之邀，对在海外国家抽选的获得制度下谈成的若干获得协议做了一项分析，其结论是：

“从获得协议中最有可能得到的主要惠益，是非金钱惠益，即：能力建设、技术转让、联合研究和培训等（…）分析过的许多获得协议（…）都特别强调外国当事方的培训和能力建设义务。因此，正如这些协议所强调的，无论从短期还是长期看，培训和能力建设很可能要比金钱惠益重要得多。就较短期间而言，上述惠益还有可能促进各项养护目标。”<sup>28/</sup>

67. 因此建议：在缔结协议时各方应该承认，因获得产生的惠益大多是非金钱性的，金钱性惠益恐难实现。在资源所有人教育中应强调，不大可能得到长期的特许使用费惠益。<sup>29/</sup>

<sup>28/</sup> 哥伦比亚大学国际及公共事务学院，1999 年：《遗传资源的获得：研究管理和获得协议的发展与执行情况评价》。环境政策研究讲习班为生物多样性行动网络编写的报告，1999 年。美国纽约哥伦比亚大学，pp. 86-87。

<sup>29/</sup> 同上。

68. 金钱性惠益，尤其是特许使用费之类，在现实中可能比较渺茫，因此，获得与惠益分享安排应该考虑非金钱惠益。这一类惠益可以采取能力建设的形式，包括提供信息、技术和培训等，以扶植当地新行业的发展，并进而实现可持续经济增长。

69. 能力建设还可以包括对当地人民进行生物分类培训。有些国家从传统做法中走出来，启用当地受过初级训练的准生物分类员，这也给获得土著人民的知识带来了方便。这个办法要求受过专业训练的生物分类学工作者与准生物分类员开展互惠合作，从而对《全球生物分类倡议》和《养护和可持续利用传粉昆虫国际倡议》等工作做出重大的贡献。研究人员因而得以借鉴当地人民的专门经验，当地人民也可以学会宝贵的技能。采取这种做法，还有助于土著和地方社区更多的参与，扩大它们从既定获得制度中得到的惠益范围。

70. 生物勘探活动取得的信息，也可以与土著和地方社区分享，以促进养护和管理工作。诸如发现了濒危物种种群（如属植物，可取其遗传材料繁殖该物种），确定了稀珍性、某一物种种群的养护现况、外来物种侵入对物种的威胁或发现了外来物种灾患等。

### VIII. 建议

71. 第 8(j) 条和相关条款特设工作组可以考虑向第七次缔约方大会建议：

(a) 请缔约方、政府、有关组织和其他利害关系方查明需要界定的用语，并为此种用语提出初步定义：

(b) 请执行秘书根据缔约方、政府和有关组织提交的意见，整理用语和初步定义汇编，并就此向第 8(j) 条和相关条款工作组下一次会议提出报告；

(c) 请缔约方、政府和有关组织将现有土著、地方、国家和区域对与养护和可持续利用生物多样性有关的传统知识实行保护的专门制度的有关信息，一律通报秘书处；

(d) 请执行秘书对这类信息进行编集，并通过资料交换所机制予以提供；

(e) 注意到保护土著和地方社区与养护和可持续利用生物多样性有关的知识、创新和做法专门制度的诸项要素，请第 8(j) 条工作组会同知识产权组织等有关的国际组织，进一步发展这些要素；

(f) 请缔约方和政府考虑恰当措施，在土著和地方社区参与下，在国家一级实施专门制度诸要素中符合本国国情的内容，以确保实行对传统知识的保护；

(g) 请知识产权组织继续就保护与生物多样性有关的传统知识问题与《公约》合作，以确保《公约》和知识产权组织在这一领域的工作互相补充、相互支持。

## 附件

## 用语

1. 本附件提出与保护传统知识专门制度的讨论关系最密切的几个关键用语，并对每一用语做简短评述。

**A. 土著和地方社区**

2. 虽然《公约》中使用了“体现传统生活方式的土著和地方社区”一语，但许多国家和土著及地方社区却各有不同的说法。这不仅反映国与国之间情况多有不同，而且反映了国家内部的差异。但一般认为，“土著”和“地方”不是同义语，而且国家立法上似乎有择其一而用之的倾向。例如“土著社区”一语，国家立法经常采用其他的提法，如“土著人民/民族”、“土著族群”、“印第安人”、“原住民社区”，“土著人民/民族（主澳）”、“部落人民/民族”和“第一民族（主加）”等。<sup>30/</sup>关于“土著”的定义，或者谁构成一个土著人/民族，人权委员会土著族群工作组和国际劳工组织《独立国家土著和部落居民公约》（《公约 169》）方面已经做了工作。还应指出，《防治荒漠化公约》使用的是“地方族群”和“地方社区”，但对其意义未做界定。

3. 另外又出现了一个用语/概念，即：“文化社区”；视国家的情况而定，它可以用来合指土著和地方社区两个概念。教科文组织《保障无形文化遗产国际公约》第一个初稿中使用了这个用语，但未加定义。<sup>31/</sup>菲律宾 1997 年土著民族权利法除采用“土著民族”外，还使用了它的一个变异形式，即：“土著文化社区”。

4. 许多国家的地方社区都是由本国原住民组成。但“土著人民/民族”定义中主要以“殖民地人民/民族”来指称这类族群的，例如以人权委员会土著族群工作组的工作为基础的定义，在很多情况下被认为不妥当。例如有人指出，在非洲，“从被殖民者和殖民者的角度，或以定居者的世代来划分土著人民，既不符合过去的经历，也落后于当今的现实”。<sup>32/</sup>尽管存在这种情况，但诸如《非洲保护地方社区和农牧民及监管生物资源的获得示范法》（《非洲示范法》），仅用了“地方社区”一种提法，尽管这类社区的成员大多数同时也是土著人。《非洲示范法》第 1 条将地方社区定义为“生活在特定地域，对其生物资源、创新、做法、知识和技术享有所有权，并对其全部或部分按照自己的习俗、传统或法律进行规范的人类族群”。

5. 安第斯共同体关于获得遗传资源共同制度的第 391 号决定，对三个明显不同的种族合用了一个定义。第 1 条，原住民社区、非裔美洲人社区和地方社区的定义是：“一个人类族群，其社会、文化和经济条件将其与国民社会的其他部分区别开来，其行为完全或部分由自己的习俗或传统或由专门立法进行规范，而且无论其法律地位如何，均可保持其自己的社会、经济、文化和政治制度或其中的一部分”。

6. 因此，迄今的经验表明，对于“土著和地方社区”，并不存在世界范围都能接受的一个统一的定义，而且，政府倾向采用不仅能反映第 8 (j) 条的精神和要求，而且能够反映其本国国情的定义。

**B. 传统生活方式（体现传统生活方式）**

7. 所有的社区在一定程度上都会受到现代世界的影响，其文化和生活方式因而也在经历变化。对很多土著和地方社区而言，其传统生活方式的许多方面随着新技术的引进和获得，已经发生了巨大的变化，与此同时，围绕其传统世界观的核心价值却相对保持了稳定。因此，在当今世

<sup>30/</sup> 另见 WIPO/GRTKF/IC/1/3, 附件 3, p. 2。

<sup>31/</sup> CLT-2002/CONF.203/3, 2002 年 7 月 26 日, 巴黎。

<sup>32/</sup> Sophie Asimenye Kalinde 大使、非统组织常驻观察员在 2002 年 6 月 13 日至 21 日 IGC 第三次会议上的发言 para 13。

界上，对什么是或什么不是“传统生活方式”，或者谁在实践这种生活方式，极难得出定论，尤其是为了制度法律的定义目的，情况更是如此。

8. 在有些情况下，“传统生活方式”与种族身份联系在一起，国家的宪法和法律通常会顾及本国的历史和社会变迁，来界定或顺应本国人口中的族群多样性。有时，则是鉴于人口构成的不同部分或不同族群之间日益增多的相互关系，按国内法给予社会成员一个“身份”。这一“身份”通常按血缘和传承关系给予/确定，可能考虑也可能不考虑规范此类事项的传统习俗。

### C. 知识、创新和做法

9. 尽管《生物多样性公约》使用了“土著和地方社区体现传统生活方式的知识、创新和做法”这一提法，但在国家立法方面对这类用语的定义和用法，却可能各国不同。例如，一种定义将知识、创新和做法限制在与养护和可持续利用生物多样性的范围(如安第斯共同体第 391 号决定第 1 条)；而与之相对的，则是将传统知识融合到包含文化表现方式、民间传说等更大定义中去的综合性、全局性定义，而传统知识仅为其中的一个次类别(如菲律宾 1997 年土著民族权利法)。

10. 按第一种定义，保护传统知识的努力，尤其是从知识产权的角度，可能会集中在它的技术层面，如植物育种、家畜饲养、养护和可持续利用技术和医药方法等。古老的传统知识体系对公共领域也有影响。“创新”一语暗含发明改进之意，更会引起知识产权问题，尤其是在专利领域、植物育种人权利和一般工业产权方面。社区内部创新的所有权和各项权利(包括社区内个人权利)的归属问题，社区以外利用传统知识的某个组成部分进行创新和发明的权利归属问题，无一不对建立一个实际可行的保护传统知识、创新和做法的专门制度构成挑战。

11. 传统知识一语，又引出一系列变异形式，如传统生态/环境知识、土著知识、社区知识、地方和传统知识等。但格外值得一提的，是《防治荒漠化公约》第 17.1 (c)、18.2 (a) 和 (b) 条使用的“传统和地方技术、专有知识和做法”一语，可以说，它与《生物多样性公约》第 8(j) 条中的“知识、创新和做法”应有异曲同工之效。从《防治荒漠化公约》的目的出发，一个专家组对“传统知识”给下的定义是：“对生态、社会—经济和文化环境的实用性(功用性)认识和规范性(能动性)认识组成的知识体。传统知识具有人文性(由智者、能者和长者创立和传播)，系统性(环节相通并形成全局)，实验性(实践检验和实际可行)，并经历代相传，形成自己的文化价值。这种知识有利于多样化；在确定当地(内部)资源价值的同时，催动资源的再生。”

33/

12. 在安第斯共同体第 391 号决定中，传统知识被列在与遗传资源有关的“无形要素”这个总概念之下。对“无形要素”给出的定义是：“与遗传资源、遗传资源副产品及其载体生物资源有关，具有实在或潜在价值的所有专有知识、创新，或个体或集体做法，而不问其是否受知识产权制度的保护。”(第 1 条)。非洲示范法第 1 条，社区知识或土著知识指：“对养护和可持续利用生物多样性至关重要，和/或具有社会—经济价值，在土著/地方社区中经年累月积淀而成的知识”。

13. 鉴于“传统知识”、“民间传说”和“文化表现方式”等用语可以包罗各式各样的内容，知识产权组织政府间委员会为在实行知识产权保护方面更好地划定这些内容的范围，34/ 建议“传统知识”一语更多用来特指技术知识，而且建议把这一用语与《生物多样性公约》中所用的传统知识、创新和做法等用语更加紧密地吻合起来。从知识产权的角度且为了制定专门立法的目的

---

33/ ICCD/COP (4)/CST/2, 第 30 段。

34/ WIPO/GRTKF/IC/1/3, 附件 4, 第 78-80 段。

的，传统知识作为技术知识更多属于专利和工业产权法管辖的领域，而民间传说和文化表现形式所引起的诸般问题，则与规范版权及相关权利的法律关系更为密切。<sup>35/</sup>

14. 基于将传统知识等同于技术知识的办法，对传统知识给出的工作定义可以是：某个人类群体在世世代代与大自然紧密接触的生活中累积形成的知识体。它包括一个分类系统，一套对当地环境的实证观察办法，以及一个规范资源使用的自我管理系统。传统知识体一般呈现出下述特征：

- (a) 有关某个特定景观各组成部分的物理、生物、精神和社会信息；
- (b) 有关对其加以利用而不致永久损毁的规则；
- (c) 使用者之间的关系；
- (d) 为满足当地人民生存、健康、贸易和礼仪的需要而对其加以利用的技术；及
- (e) 在着眼于长期和全局的决策范围内，一种包容和诠释上述一切事物的世界观。<sup>36/</sup>

15. 许多论者强调，在传统知识系统的范围内，创新作为系统的一个特征，是从传统的滤化作用过程中脱颖而出的，换言之，创新和创造发生于传统框架之内。<sup>37/</sup> 在这方面，得以存续下来的，并不总是知识的具体片段，而是传统的观察、研究和应用方法。

16. 与“传统知识”不同，“创新”，在第8(j)条范围内给出的定义寥寥无几。非洲示范法第1条对创新的定义是：“通过改变或改动、或使用任何生物材料或其任一部分的特性、价值或过程，而产生的一切新的或在原有基础上改进的集合和/或累积的知识或技术，而不论其是以记载、记录，口传、书面或任何其他的形式存在”。在另一部示范法社区知识产权法中，创新是指：

“有关任何生物材料及其任一部分的用途、特性、价值和过程的一切集合和累积的知识或技术，而作为上述知识或技术的结果，生物材料或其任一部分得以成为有用或有价值或其用处或价值得到增强的一切过程，而不论其是以记载、记录，口传、书面或任何其他的形式存在，其中包括任何改变、改动和改进之处，并包括在任何产品的商业化过程中利用地方社区知识的衍生知识，以及在更加复杂的从地方社区使用的生物萃取物构成成分中提取、分离或合成活性化学品的衍生知识。这种知识与其在社区实践中浑然一体的礼仪性和神圣性一并得到承认。”<sup>38/</sup>

17. “创新”一语，也可视为与“发明”和“改进”同义，因而具有知识产权法，尤其是专利法上的明确意义。有人主张，基于传统知识的创新，特别是由地方社区成员实现的创新，应该由专门的法律/制度来加以保护——此为社区知识产权法和南太平洋示范法提出的解决之道；而另有人认为，这种创新完全可以在现有的知识产权制度下寻求保护。“创新”一语，在设计专门制度时对**进取型**和**防御型**措施也有重要意义。设立**进取型**措施，应能使社区成员不必援用知识产权保护的普通形式，其创新/发明即可得到承认、保护和报偿。而后者也应该加以提供，以备一格。

#### D. 习惯法

18. 习惯法的定义是：“存在于某个部落族群或某个生活在与其所在领土归属国主系统明显不同的社会—文化系统下的社区并对其适用的、可执行的行为规则和准则。”<sup>39/</sup> 在菲律宾 1997

<sup>35/</sup> WIPO/GTRKF/IC/1/3, 附件 3, p. 2。

<sup>36/</sup> UNEP/CBD/COP/3/19。

<sup>37/</sup> WIPO/GTRKF/IC/4/3, para. 30。

<sup>38/</sup> 见 Mugabe J、Barber CV、Henne G、Glowka L 和 La Vina A (eds) 1997 年：《遗传资源的获得：惠益分享战略》。非洲技术研究中心，肯尼亚内罗毕，p. 353。

<sup>39/</sup> Laird S (ed) 2002 年：《传统知识与生物多样性》，Earthscan Publications, 英国伦敦 p. 456。



年土著民族权利法第 3 (f) 节中，习惯法是指：“有关土著文化社区/土著民族传统上一贯承认、接受并遵守的书面和/或非书面规则、惯例、习俗和做法的集合体”。

19. 很多国家在国家的法律框架内对习惯法系统予以承认，如马来西亚、印度尼西亚和菲律宾。但这种承认往往局限于有关社会习俗、土地和财产所有权和继承权的习惯法，而并不延伸到对于传统知识的知识产权的承认。<sup>40/</sup>

20. 如果将承认习惯法或其中与养护和可持续利用生物多样性有关的要素作为保护传统知识专门制度的一部分，就可能需要对习惯法做出定义，或至少给出该系统突出的内容。

21. 不然，也可以将习惯法中的有关内容编纂成法。在一些实行法律多元制的国家，如马来西亚和非洲某些地方，确实存在编纂法律的实践。不过，编纂习惯法可能有违这种法律的精神，尤其是对于没有文字的社区。在这种情况下，可以考虑制定关于相关习惯做法的协议或准则。

### ***E. 生物多样性的习惯性利用***

22. 对于什么是生物多样性的习惯性利用，可能需要从一般意义上做出界定，因为它可以引起某些法律和政策问题，尤其是随着许多土著和地方社区不再使用传统技术进行狩猎、采集、种植，或将特定的生物资源作为食物进行准备，或进行其他的习惯性活动等，尽管利用生物资源的原始（传统）目的或谓理由并没有发生变化。从这个角度出发，“习惯性利用”的定义，可能需要对照关于“取用野生动植物”的法律加以确定，以强调取用生物资源的总体目的，而不是取用的方式。

23. 也可以从有关遗传资源的获得和惠益分享政策的角度，将生物多样性的习惯性利用作为一个“获得问题”来加以考虑。外人从传统上由土著和地方社区使用或占有的土地和水域获得生物资源，可能对生物资源习惯性用途的可持续性形成威胁，这也是《波恩准则》(第 16 (a) (iii) 和 16 (b) (ii) 段) 试图解决的问题。对包括利用生物资源在内的习惯做法实行保护，也可以采取将其排除在规范遗传资源获得的法律管辖之外的办法，实例如巴西的法律（见第 8 条）、非洲示范法和安第斯共同体第 391 号决定（见第 4(b) 条）。

-----

---

<sup>40/</sup> 见 Kuty PV, WIPO/GTRKF/STUDY/1, 2002 年 11 月 25 日, pp. 35-36。