C

WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9
原文：英文
日期：2010 年 11 月 5 日

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

第十七届会议

2010 年 12 月 6 日至 10 日，日内瓦

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

秘书处编拟的文件

1. 在 2010 年 5 月 3 日至 7 日召开的第十六届会议上，WIPO知识产权和遗传资源、传统知识和民间文学艺术委员会(“委员会”)决定由秘书处“为委员会的下一届会议编拟和提供［……］一份信息文件，即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(如‘经编纂的’/‘未编纂的’、‘公开的’/‘未公开的’)”。[1]

2. 这一决定的背景是，在有关会议期间，一个代表团就这种文件提出了建议。该代表团在介绍这一建议时说：“对于不同的人来说，在不同的论坛中，传统知识具有不同的含义。从委员会的工作角度出发，当前传统知识的合格定义和标准将有助于开展一场深入的辩论，其目的是要达到更高标准，区分哪些问题应列入国际文书范围之内和哪些问题应排除在外。为了首先在国际层面上达成一致意见，确定一个行之有效的定义，［该代表团请求秘书处］补充通过对传统知识不同表现形式类别进行分析所开展的差距分析。此类传统知识可以保存和传播，可以向公众传播或供公众查询，可以直接受到土著和当地社区的控制或

[1] 第十六届委员会报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.2)。

不受控制，未曾商业化但已进入公有领域，以及其他问题，其方式各异。而这种分类对这些不同方式将产生积极的效果。因此，必须放弃保护一种类型的传统知识的通用模式。这些分类中每一个类别在各国所接受的保护方式中均需作出不同的考虑。”[2]

3. 根据上述决定，本文件的附件作为关于传统知识可能采取的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释。编拟附件给 WIPO 秘书处带来了多种挑战，因为这项工作需要知识产权领域之外的专门知识。此外，传统知识体系本来就复杂多变，并充满活力。它们所采用的表现形式多种多样，其中一些与知识产权分析有关，另一些也许并非如此。所使用的一些用语在法律、其他学科和不同语言中可能具有不同的含义和内涵。因此，附件无需包罗万象，也不必列举穷尽。为了给阅读本文件提供便利，附件的附录载有一个本文件所使用的一些用语的简明词汇表。

4. 本文件提到了“公开”、“公有领域”、“向公众传播”和“供公众查阅”等用语。但是，本届大会另一份文件对这些用语进行了更详细的论述，即《关于知识产权制度中“公有领域”这一用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》(文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8)。因此，这一文件也与本文件相关。

5. 请委员会注意本文件及其附件。

[后接附件]

[2] 西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国的发言参见第十六届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov 2)。

附 件

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

导 言

什么是“传统知识”？

1.. 一些国际条约和其他文书中制定了涉及传统知识的条款。《生物多样性公约》(CBD)第 8 条(j)指“知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益；”[1]；《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益名古屋议定书》[2]指“与遗传资源相关的传统知识”；UNESCO的《保护非物质文化遗产公约》(2003)涉及非物质文化遗产问题[3]；UNESCO《保护和促进文化表现形式的多样性公约》(2005)涉及保护和促进文化表现形式多样性问题[4]；而粮食及农业组织(FAO)的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 9 条第 2 款涉及与粮食和农业植物遗传资源相关的传统知识保护问题[5]。

---

1 (CBD)第八条(j)规定：“每一缔约国应尽可能并酌情：……依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益；……”

2 《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益名古屋议定书》于缔约国大会(COP)第十届会议通过。参见序文第20至24段和第五条之二。《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益名古屋议定书》早期未经编辑的文本可在以下网址查询：http://www.cbd.int/cop/cop-10/doc/advance-final-unedited-texts/advance-unedited-version-ABS-Protocol-footnote-en.doc。

3 UNESCO的《保护非物质文化遗产公约》(2003)第二条第一款将“非物质文化遗”定义为“指被各社区、群体，有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所”。该公约可以在以下网址查询：http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html。

4 UNESCO《保护和促进文化表现形式的多样性公约》第四条第三款将“文化表现形式”定义为“指个人、群体和社会创造的具有文化内容的表现形式。”该公约承认传统知识作为非物质和物质财富的重要性，尤其是土著人民的知识体系及其对可持续发展所做的贡献，以及适当保护和促进其知识体系的需要。该公约可以在以下网址查询：http://www.unesco.org/new/en/unesco/themes/2005-convention/the-convention/convention-text/#II。

5 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第九条第二款规定：“各缔约方同意落实与粮食和农业植物遗传资源有关的农民权利的责任在于各国政府。各缔约方应酌情根据其需要和重点，并依其国家法律，采取措施保护和加强农民的权利，其中包括：(a)保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识；……”

多个国际宣言，如《联合国土著人民权利宣言》，以及地区和国家法律涉及传统知识的保护和促进问题[6]。

2.. 作为客体一般性说明的“传统知识”，一般是传统社区包括土著和当地社区的知识遗产与非物质文化遗产、做法和知识体系(广义的传统知识)。[7] 换言之，广义的传统知识包含知识内容本身以及传统文化表现形式/民间文艺表现形式(TCE)，包括与传统知识相关的显著标志和符号。[8]

3.. 为了与委员会的做法保持一致，在本附件中，“传统知识”是从狭义的角度来使用的(狭义的传统知识)，它尤其指“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，或存在于经编纂的世代相传的知识体系中”的知识。[9] 缩略语“TK”将在该附件中其他部分用来表示(“传统知识”)这一用语。

4.. 虽然本附件中所指的TK是狭义的，而且未直接指传统知识表现形式，但是传统文化表现形式本身就是TK的一种形式：比如，正如以下事例所说明的那样，涉及传统创造性手工艺产品的TK包含和体现在工艺品的设计、外观和艺术形式当中。这表明了TK和传统文化表现形式之间的密切关系。因此，传统文化形式是一些TK体现的一种“形式”。然而，委员会仅仅采取了一种互补的方式清晰地处理了传统文化形式表现形式这一问题。

5.. TK可以存在于不同环境之下，包括(但不仅限于)：[10]

- 争端解决程序和治理方法，包括正式和非正式的传统冲突管理体系，以及传统习惯法，涉及到与 TK 财产权、土著和当地传统决策习惯体系相关的权力机关、规范和机构；
- 与传统建筑和传统建筑技术相关的 TK；
- 与传统文化表现形式相关但并非传统文化表现形式本身的 TK，如与代表特定土著和当地社区及其中群体的传统设计、标志和符号相关的 TK；与确认为特定土著和当地社区的音乐、艺术、表演、仪式和传统制造以及工具的使用和产品相关的 TK；与确认为特定土著和当地社区的传统服装、风俗习惯和身体装饰品相关的 TK；与物质文化产品和手工艺品相关的 TK，以及与人工制品相关的 TK；

---

6 在下列网址可以查询有关传统知识保护的国家和地区法律、规章和示范法的选集：http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html。

7 《保护传统知识：差异分析草案：修订》(WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.)附件一第23页。

8 《传统知识：政策和法律备选方案》(WIPO/GRTKF/IC/6/4)第28页。

9 《保护传统知识：经修订的目标和原则》第三条(WIPO/GRTKF/IC/17/5)。

10 参见WIPO《关于知识产权和传统知识实地考察团报告》(1998-1999)“知识产权需求和传统知识展望”。该报告全文可在以下网址查询：http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/index.html。

- 发型和身体装饰和修饰方法，以及珠宝、石器、金器、木器等传统设计和方法；
- 食物保存、制作工艺和保存方法，比如食物和饮料制作、肉类切割技术和传统食谱；
- 药品和卫生，如医疗知识和与使用植物、草药、矿物质、动物有关的知识；传统分娩法；传统正骨技术和精神治疗；
- 传统化妆品和其他相关身体用品，与香水、香精和芳香剂相关的 TK 和物质；
- 传统动物跟踪和狩猎技巧和传统捕鱼和采集；
- 传统环境和生物多样性保存和可持续性模式，如山水/海景管理知识，驯化和野生种类知识，天气形势知识，涉及保存和可持续使用遗传资源和传统生态知识的知识(TEK)；[11]
- 可持续的自然资源管理，如可持续的水管理和可持续的土壤管理；
- 织布和染布技术，以及与染料、颜料、胶质、胶水等相关的 TK 和物质；和
- 耕种和农业知识。

6.. 为本附件的目的，将使用“土著和当地社区”这一用语，因为这一用语在委员会的许多文件中使用。这并不表明委员会已经就这一用术语或其确切含义达成一致意见。

传统知识可能采用的体现形式

7.. 传统知识体系本来就复杂多变，并充满活力，它们采用了不同的表现形式。鉴别TK可能采用的各种形式与分析TK和知识产权(IP)之间的关系有关。如，一些人经常争论TK是“非正式的”、“口头的”和“无记录的”，因此，习惯上不受传统知识产权制度的保护。并非所有TK可能采用的形式都有必要直接与知识产权分析关联。本文件以技术的方式列举和解释了TK可能采用的多种体现形式，这些形式尤其与知识产权分析相关。

8.. 在编拟本清单的过程中，显而易见的是，TK可能采用的许多体现形式相互之间关系密切，甚至重叠。一些形式是另一些形式的替代形式。比如，从知识产权的角度来看，“非固定”TK和以更永久或更明显的方式“固定”的TK之间的区别是有很重要的。在知识产权法中，这种区别有多种结果。此外，在“固定”TK当中，人们可能找到“有记录”TK和“无记录”TK。而且，在每一种情况下，TK可能“口头”固定和“非口头”固定。TK也可能用“书

---

[11] 根据传统生态知识的相关性和特点，加拿大专家和传统知识持有人将传统生态知识分为三种类型：“(1) 原则上每个人在短时间内可以获得的经验性数据；(2) 通过口述传统和历史记录保存下来的历史性数据；(3) 一些观念性数据，没有观念性数据就无法理解和分析(1)和(2)”。根据传统生态知识的不同来源，也可以将传统生态知识确定为三种类型：“一些来自个人经验；一些来自当代和现代概念；以及一些狭义的“传统知识”，因为在TK持有人的社区内这种知识代代相传”。“传统生态知识是一种混合体，包括(i) 个人实验和发明，(ii) 现代社会的公有领域和(iii) 一个社区的专有传统知识基础。”参见《关于知识产权和传统知识实地考察团报告》(1998-1999)“传统知识的需求和展望”，第116页。

面”和“非书面”的形式固定。TK无论“非固定”或“固定”与否，都可能是“经编纂的”或“未编纂”的。再举一个实例，在公开的TK和未公开TK的情况下，一些“公开的”TK可能“向公众传播”，并且不再受土著和当地社区的控制。尤其是，“未公开的”TK可以视为土著和当地社区“持有”。因此，不能孤立地考虑本文件中所论述的TK所采用的多种形式。此外，并非所有这些区别的情况均等，无需都与知识产权分析关联。特别是，“公开的TK”和“未公开的TK”之间的区别同样与知识产权相关，如同“TK派生物”和“基于创新和创造的TK”之间的区别一样，尽管实践中这种区别也许是含糊不清的。

9.. 本文件简要论述了以下形式的TK，在可能的情况下，尽量确定其中一些知识产权的含义：

- 未固定TK和固定TK，与之相关的有：(a) 有记录TK和无记录TK和(b) 经编纂的TK和未非编纂TK；
- 公开的TK和未公开TK，与之相关的有：(a) 直接受土著和当地社区控制的TK和不再受土著和当地社区控制的TK和(b) 土著和当地社区所持有的TK；
- 神圣TK和世俗TK；
- “TK派生物”和基于发明和创造的TK；
- 土著知识和传统知识；
- 个人TK和集体TK；以及
- 商业化TK和非商业化TK。

(1) 未非固定 TK 和固定 TK

10.. 本文件从知识产权的角度，尤其是从版权和相关权法律的角度，使用“固定”这一用语。比如，在《WIPO表演和录音制品条约》(WPPT)(1996)中，“固定”（录制）被定义为“系指对声音或声音表现物的体现，从中通过某种装置可感觉、复制或传播该声音”；[12] 一些传统知识是“固定”的，其含义是以“足够稳定的”材料或有形形式记录下来[13] 。固定的TK既可以是“口头”的(比如用歌曲、书籍或电影的形式记录的TK；以及用传统规范和传统方法记录的TK)，也可以是“非口头”的(比如传统建筑和岩画中所包含的TK)。“口头”是指“仅用文字而不用行动体现的方式所采用的表达形式”。[14] 固定TK既可以是书面的(如书面文件)或非书面的(如录音制品)。“书面”的含义是“用书写的方式进行谱曲、

---

12 《WIPO表演和录音制品条约》(WPPT)第二条(c)款，该条约可在以下网址查询：http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P69_4021。

13 《WIPO管理的版权及相关权条约指南以及版权及相关权词汇》，第290页。

14 《牛津英语词典》(1989年第二版)。

记录、保存或提醒”。[15] 一些TK是以书写形式记录和保存的，而另一些TK是以录像、录音和其他非书面方式固定的。比如，基普(quipus)是印加帝国及其安第斯地区祖先社会的记录工具。基普可以用棉花绳制作。基普的定位系统以 10 为基数，用绳结编成数字和其他数值。事实表明，基普上最多的信息是数值，而且人们可以理解这些数字。[16] 因此，基普中以编码体现的TK是一种固定的、非口头的和非书面的形式。

11.. “未固定”TK指不是以有形形式记录的TK。未固定TK可以采用口头方式(如以“口述历史”的方式)和其他非书面形式(比如音乐、表演和动作)。未固定TK既可以是口头的，也可以是非口头的。通过口头方式传播的治疗技巧和技术可以是非固定“口头”TK，而传统表演或音乐中所包含的TK(没有歌曲或其他口头形式)就是未非固定“非口头”TK。

12.. 从知识产权的角度，尤其是从IGC的工作出发，考虑了以下几个方面：

- 一个特殊的问题涉及到知识产权制度承认口头公开信息的有效性。如果在确定专利要求有效性的过程中，专利法制度将明确承认有记录TK或书面TK的有效性，提出权利要求的发明可以视为有效，即使在这些发明可能涉及盗用口头公开TK的情况下也是如此。一些人担心，这将损害持有更强有力口头传统的社区的利益。可能出现的一个问题是，当确定专利要求有效性时，口头公开的TK是否可以作为专利法中的现有技术。[17]这一问题也可以适用其他形式的未非固定TK；
- 以某种形式“固定”的 TK 可能受到版权或相关权的保护(所保护的不是 TK 本身的内容，而是内容的表达形式或记录本身的表达形式)；
- “固定”和“未固定”之间的区别可能永远都难以确定。比如，有人认为传统人体绘画和沙雕不是“固定”的(这些例子取自传统文化表现形式，用来说明这一点)。

(a) 有记录 TK 和无记录 TK

13.. 固定TK既可以是有记录的，也可以是无记录的。记录就是为提供证据[18]进行记录。[19]有记录TK可以采用多种形式，如文本、录像、录音，等等，或以上形式的结合。有记录的TK既可以是口头的，也可以是非口头的；既可以是书面的，也可以是非书面的。但是，从这一用语的角度来说，在很大程度上，大多数TK是无非记录的。[20]

---

15 《牛津英语词典》(1989年第二版)。

16 参见维基词条“Quipu”(基普)，该词条可在以下网址查询：http://en.wikipedia.org/wiki/Quipu。

17 专利制度中对传统知识的承认(WIPO/GRTKF/IC/11/7)，附件第37段。

18 《牛津英语词典》(19894年第2版)。

19 《布莱克法律词典》(2004年第8版)。

20 参见上述说明10，第212页。

14.. 全世界已经或正在实施许多TK的记录计划。仅举一个实例，“蜜蜂网络”和可持续性技术和机构研究协会(SRISTI)已经在“蜜蜂数据库”和其它机制中记录了22000多种草根创新和其他TK元素。SRISTI是为加强草根发明者和创新者以及从事保护生物多样性的TK持有人的创造性而建立的。[21]

15.. 从知识产权的角度，尤其是IGC的工作出发，考虑了以下几个方面：

- TK内容的记录及其本身是不受保护的形式。TK通常是以法律保护以外的理由进行记录的，比如：为了保存或传播，或为了在涉及环境管理、文化遗产和其他分类等方面的目的进行使用。实际上，如果TK记录的目的是在更大范围内向大众传播，那么有必要加大法律保护，尤其是通过互联网的手段可能在更大范围内向公众传播；对记录缺乏适当法律保护这一问题可能意味着提供TK的社区不知不觉地失去了对TK的控制。因此，人们担心，TK记录可能导致对TK的滥用和通过难以预料的和违背TK持有人向记录计划提供其知识时的意愿的方式进行使用，[22]因此，TK记录可能有损受影响的土著和当地社区的知识产权利益；

- 但是，TK 记录可以提供一系列知识产权相关的功能，包括仅仅作为相关社区保存的 TK 保密记录或秘密记录。此外，TK 正式记录和登记簿加强了一些专门保护制度，所以，TK 数据库在“防御性”的保护过程中发挥了作用；

- 记录TK没有必要向公众传播，并且仍然可以作为秘密保存或加以限制。一些记录计划的目的仅仅是为了保存社区本身的传统知识，以及将其作为秘密保存。[23]TK持有人可以确定其公开的确切条件，包括决定以机密的方式公开；[24]

- 包括数据库保护在内的版权和相关权法律可以用于TK记录的保护。但仅仅是对TK记录和传播手段进行保护，而不是保护知识本身。[25]

(b) 经编纂的 TK 和未编纂的 TK

16.. TK 既可以是经编纂的，也可以是未编纂的。经编纂的 TK 指以某种系统的或井井有条的形式体现，其中的知识以某种方式经过整理、组织、分类和归类的 TK。经编纂的 TK 可能受到某种“权力机关”或法律的影响。

17.. 就这一方面的问题，委员会以前的文件声称如下：

---

21 关于记录传统知识和遗传资源时知识产权管理工具包的报告(WIPO/GRTKF/IC/5/5)，第5页。

22 “关于记录传统知识时知识产权管理工具包大纲草案”(WIPO/GRTKF/IC/4/5)，第2页。

23 参见上述说明21，附件第4页。

24 参见上述说明22第3页。

25 参见上述说明7，附件二第20页。

“比如，在传统药品领域，世界卫生组织(WHO)传统医药小组对以下两个方面之间的区别作了区分：(a) 传承药品的编纂系统，该系统已通过古经文编纂的形式公开，并完全进入公有领域。比如：用古梵文经文形式公开的印度草医学[26]或用古汉语医书公开的传统中医(TCM)[27]；和(b) 未编纂的传统药知识，这种知识尚未通过书面形式固定，传统知识持有人通常不予公开，并且以口头传统的形式代代相传。比如，在南亚，经编纂的知识体系包括印度草医学，已编纂成 50 卷印度草医学权威书籍，悉达(Siddha)体系，已编纂成 29 卷权威书籍，以及Unani Tibb(南亚穆斯林系)传统，已编纂成 13 卷权威书籍。[28] 正如委员会成员所指出的那样，这一区别对编纂和使用传统知识数据库可能产生知识产权的重大影响。[29]

18.. 此外，在 2001 年 12 月召开的IGC第二届会议上，加拿大代表团称，TK主要分为两类：(i) 经已编纂的TK，即以书面形式出现的TK和公有领域中的TK；(ii) 未编纂的TK，即未经编纂并形成土著社区口头传统重要组成部分的TK。该代表团将TK持有人在其社区、群体和个人层面上保守秘密的TK列入第二类TK之中。[30]

19.. 在 2010 年 5 月召开的IGC第十六届会议期间，一个代表团提到，经编纂的知识体系通常包括用古经文编纂的和根据这些经文或通过公认的研究过程世代相传的传统医学、农业和环境知识体系。[31] 印度的传统医学体系《印度草药学》就是这种情况。[32]

20.. TK基本上是口头的，因此引用经编纂的知识体系事实上排除了大量的遗产。[33]在IGC会议期间，一个代表团对就这一问题表示关注。

---

26 印度草医学是一种编纂的传统医学体系，在吠陀时期用书面形式公开，当时雅利安人编纂了四部《吠陀经》(公元前1500-1800年)最大程度地参考了印度的黎俱吠陀(Rigveda)和阿阇婆吠陀(Atharvaveda)。

27 传统中医最初以《黄帝内经》的书面方式进行编纂和公开，这是建立传统中医的第一部不朽古典文献。《黄帝内经》经过几百年的编纂，于公元前300至100年之间问世。

28 印度1986年第713号药品和化妆品(修正案)法令修订的1940年第23号药品和化妆品法令附件一，就印度草医学、Siddha和Unani Tibb体系的权威书籍作出了具体说明。

29 WIPO/GRTKF/IC/3/6第8段。

30 WIPO/GRTKF/IC/2/16第131段。

31 印度代表团在委员会第十六届会期间所作的发言。参见第十六届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.)，第171段。

32 印度代表团在委员会第十一届会期间所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)，第295段。

33 委员会第十一届会期间埃塞俄比亚代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第293段。

21.. 但是，也可以考虑“经编纂的”TK 是否也可以是“非固定”的或至少是非书面的。比如，经编纂的 TK 也可以包括深藏在各种语言、文化习俗、技巧和经验之中的经过系统化和整理化的信息，如诀窍。这种信息一直是非固定的，并属于个人或社区。

22.. 尤其是就IGC的工作而言，《经修订的保护传统知识的目标和原则》第 3 条(2)(文件WIPO/GRTKF/IC/17/5)规定：TK“包括构成传统知识体系的诀窍、技能、创新、做法和学问［……］存在于经编纂的世代相传的知识体系中的知识。”。[34]

(2) 已公开的 TK 和未公开的 TK

23.. 就知识产权来而言，这一区别是非常重要的。TK 可以通过使用、口头或通过记录和记录的传播方式公开。

24.. 保护TK的某些国家法律提到或专门涉及到“未公开的”TK，比如：秘鲁第 27811 号法令“《关于对来源于生物资源的土著人民集体知识实行保护制度法》”。[35]

25.. 经过或不经过土著和当地社区许可，TK可以向第三方公开或向提供TK的土著和当地社区的非成员公开。在许多情况下，根据不同的经济状况，土著和当地社区已经向外部研究者或其他人公开了TK，通常是为了立即得到“一次性”经济补偿。[36]但是，未经适当磋商和授权或未提供应有的补偿，TK也已公开。比如，1976 年，澳大利亚Pitjantjatjara人就一位人类学家未经许可公开由Pitjantjatjara在保密协议中给予他的信息提起禁止公开秘密信息诉讼并胜诉。[37]

26.. 根据公开的不同程度和类型，可以进行多种分类。列出一个完整的清单是不容易的。以下是一些公开 TK 和未非公开 TK 的典型事例：

- 向公众公开的 TK。这种 TK 可以通过有形记录、互联网和其他种类的通讯手段或录音查询。在很大程度上，公众可以自由使用这种 TK。任何个人可以轻而易举找到和获取 TK 这种信息，如通过互联网搜索或查询各种出版物。在此类情况下，“向公众公开”、“公有领域”、“向公众传播”和“供公众查询”有时候是同义词，尽管“公有领域”在知识产权论述中具有技术含义，而且实际上并不是“向公众公开”或“供公众查询”这些用语的同义词(如需进一步信息，参见文件

---

34 参见上述说明9。

35 第27811号法令《关于对来源于生物资源的土著人民集体知识实行保护制度法》第13条规定：“集体知识如果通过大众传媒(如出版物)向土著居民以外的人提供或涉及到一种生物资源的财产、使用和特征，其中集体知识在土著居民和社区限制之外广为人知，那么集体知识就处于公有领域。”该法律可以在以下网址查询：http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420。

36 参见上述说明10，第96页。

37 同上，第75页。

WIPO/GRTKF/IC/17/8《关于知识产权制度中“公有领域”这一用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》)；

- 有限查询的向公众传播的 TK。比如，一些有关 TK 的记录仅仅保存在特定的图书馆、档案馆和其他陈列馆。尽管这些记录是向公众公开的，但是要查询这些记录，只有通过那些可以查询陈列馆的人才能实现；

- 土著和当地社区持有的 TK。这种 TK 在此类社区内部公开并广而告之。在土著和当地社区内部，可以由特定的人在特定的时间、空间、方式和特定目的向特定的个人或群体公开；以及

- 秘密和保密 TK。这种 TK 由土著和当地社区内部作为传统保管人的特定个人或个人阶层所持有。这种 TK 甚至土著和社区的其他成员也不能查询。

27.. 从知识产权的角度，特别是从IGC的工作出发，考虑了以下几个方面：

- 向公众公开的TK也许没有必要作为“现有技术”的一部分向专利审查员提供。为此，一些措施试图将TK作为现有技术记录下来，以防止以后建立在这种知识基础之上的发明来满足专利法中新颖性的要求；[38]

- 在《保护传统知识：差异分析草案：修订》(WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.)中找到了一个差异：向公众公开的TK可能不在现行知识产权保护的范围之内。[39]另一方面，正如同一文件(WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.)所指出的那样，未公开的TK可能作为一般未非公开信息受到国际法的保护。但是，以下两个方面没有明确标准：(i) 在当地社区之内和土著人民之间公开的TK；和(ii) 公开TK受习惯法限制；[40]

- IGC的一个代表团称，可以视为传统的一些知识也许早已作为一般知识或广泛使用的知识在全世界广泛传播，这种知识至少其中一些向公众提供，不受限制。回想起来，有必要考虑在获取现有公共信息和重申个人所有权利等方面所做的尝试。[41]

- 《保护传统知识：差异分析草案：修订》(WIPO/GRTKF/IC/17/5)第 8 条(2)规定，“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

---

38 Elizabeth Longacre：《在保护发展中国家利用其资源和知识过程加速科学进程》，Fordham知识产权、媒体与娱乐法律杂志2003年第13期第963, 1003页。

39 参见上述说明7，附件二第5页。

40 参见以上说明7，附件二第4页。

41 美国代表团在委员会第十一届会议期间所作的发言。参见第十一届会议报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)，第299段。

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”[42](已强调)；

- 同一文件第 11 条规定，TK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。”[43]

(a) 直接受土著和当地社区控制的 TK 和不再受土著和当地社区控制的 TK

28.. 可以说这一区别与“公开的”TK 和“未公开的”TK 相关。

29.. 一些 TK 仍然直接受土著和当地社区专门控制。这种 TK 可以通过土著和当地社区直接获取，他们按照自己的习俗持有知识并保存这种 TK。

30.. 另一方面，一些 TK 不再受土著和当地社区的控制。这种 TK 可以间接从 TK 记录中查询或从其他信息来源查询，而不是直接从土著和当地社区查询。

31.. 从知识产权的角度，特别是从IGC的工作出发，IGC的一个代表团询问，在给TK下定义的时候是否可以考虑不再受土著和当地社区控制的TK。[44]

(b) 土著和当地社区持有的 TK

32.. 在《生物多样性公约》(CBD)及其《获取遗传资源及对其使用进行公平合理惠益分享名古屋议定书》中使用了“持有人”和“持有”的概念[45]。CBD第 8 条［j］规定：“每个缔约方应依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益；……”。《名古屋议定书》序文第 22 段规定：“本议定书签约方……承认多样性环境中与遗传资源相关的传统知识由土著和当地社区持有或拥有……”。序文第 23 段规定：“本议定书签约方……注意到土著和当地社区有权确认其社区内与遗传资源相关的传统知识的合法持有人……”。第 5 条之二第一段规定：“根据国内法，各签约方应采取适当措施，以保证获取土著和当地社区持有的与遗传资源相关的传统知识应取得这些土著和当地社区的预先知情同意或赞同和参与，并已建立共同商定的条件。”

(3) 神圣 TK 和世俗 TK

---

42 《保护传统知识：差异分析草案：修订》第8条第2款。

43 《保护传统知识：差异分析草案：修订》第11条。

44 在委员会第十一届会议期间，瑞士代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第294段。

45 《生物多样性公约获取遗传资源及对其使用进行公平合理利用分享的名古屋议定书》以前未编辑的文本可以在以下网址查询：http://www.cbd.int/cop/cop-10/doc/advance-final-unedited-texts/advance-unedited-version-ABS-Protocol-footnote-en.doc。

33.. “神圣”是指“任何象征或属于宗教和精神信仰、风俗或习惯的传统知识的表达形式。它用来表达非神圣的或世俗的对立面，其极端形式是商业利用的TK形式”。[46]神圣TK指包括具有宗教和精神元素的TK，如图腾、特殊仪式、神圣实物、神圣知识、祈祷者、圣歌和表演，还有神圣符号；也指涉及植物、动物、微生物、矿物质的神圣种类的神圣TK；同时指神圣场所。TK是否神圣，在于它对相关社区是否具有神圣意义。大多数神圣TK本质上是不进行商业化的，但是一些注重宗教、信仰和精神的社区本身或这些社区以外的人出于不同目的正在对一些神圣实物和场所进行商业化。

34.. 《WIPO知识产权与传统知识调查团的报告》(上文已引用)中提到，多个问题领域在精神上是相互作用的，如传统问题解决法和药品知识。人们认为对一些传统药品进行实际管理之前存在的精神治疗问题是非常重要的，比如，西非每一个国家的情况就是如此，虽然人们承认这些问题经不起科学的检验。[47] 在某些TK体系中，非物质信仰和文化习俗是用来解释或指导物质交易的结果。[48] 在秘鲁，一些“知识是以一种神圣、未成文‘书籍’的方式世代相传的”[49] 在土著和当地社区，人们用不同方式来看待神圣和秘密TK的核心，同时这种核心是以不同方式进行保存、传播和记录的。

35.. 从知识产权的角度，特别是从 IGC 的工作出发，考虑了以下几个方面：

- 一个代表团询问，在讨论TK的知识产权保护问题的过程中，是否会考虑神圣的TK。[50]就这一问题，另外一个代表团提出了三个方面：“传统的”是什么，“知识”是什么，应该保护什么？比如，一些人认为TK应该包括精神性或宗教，另一人则认为TK应仅限于技术知识[51]；

- 一般而言，神圣TK是未公开的，或者，在特殊背景和条件下，对土著和当地社区的成员而言是公开的。但是，在特定条件下，一些神圣TK也许对土著和当地社区以外的成员是公开的。如上所述和《传统知识的保护：差异分析草案：修订》(文件WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.)所称，一般情况下，未公开TK可以作为未公开信息受

---

46 Daniel J. Gervais：《是精神上的而非智力的：神圣的非物质传统知识的保护》Cardozo国际和比较法杂志(2003年第11期第467、469-490页。

47 参见上述说明10，第146页和157页。

48 Gupta，A.：《奖励传统知识和当代草根创造性：知识产权保护的作用》，秘书处已存档。

49 参见上述说明10，第171页。

50 在委员会第十一次会议期间新西兰代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第220段。

51 委员会第十一届会议期间日本代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第296页。

到国际知识产权法的保护。但是，就社区而言，给予特别考虑也许适用于具有精神和文化价值的知识，而不适用于具有商业价值的知识。[52]

(4) TK“派生物”和基于创新和创造的 TK

36.. 这种区别尤其是与知识产权分析有关。TK“派生物”指通常为世代相传的知识体系、创造和创新；通常被视为属于特定的人民或其地区；同时为适应正在变化的环境而不断发展。[53] 虽然人们经常认为传统仅仅涉及模仿和复制问题，但是也涉及传统框架下的创新与创造。[54] 传统并非是一成不变的。[55]在“传统背景”下，TK本身是知识创造性和创造的结果。

37.. “基于创新和创造的TK”指在“传统背景”之外发展和创造的基于TK“派生物”的发明和创造。这种创新和创造也许是由土著和当地社区或其一些成员所进行的，但是也可能是这些社区之外第三方所进行的。基于创新和创造的TK不会在“传统背景”下产生，换言之它们没有：“(i) 其产生、保存和传播和具有传统和世代的特点；(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。”[56]

38.. IGC的一个代表团以类似的方式提到，可以在“传统知识基础”和“基于传统知识的创新和创造”之间划清界线。“传统知识基础”指TK本身，而“基于传统知识的创新和创造”建立在“传统知识基础”的基础之上或受到“传统知识基础”的激励。[57]

39.. 但是，在实践中，TK“派生物”和基于创新和创造的 TK 之间的区别可能会模棱两可和含糊不清。

40.. 从知识产权的角度，尤其是从 IGC 的工作出发，考虑了以下几个方面：

---

52 参见上述说明7，附件2第11和第16页。

53 参见上述说明10第25页。

54 对传统文化表现形式进行的综合分析(WIPO/GRTKF/IC/5/3),附件第8段。

55 同上。

56 参见上述说明56。

57 在委员会第十一届会议期间新西兰代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第309段，也请参见传统知识的保护。问题清单书面评价意见汇编(WIPO/GRTKF/IC/11/5(a)Add.)附件第10页。

- 传统的知识产权体系完全可以保护基于TK的创新和创造，但是不能保护潜在的TK本身；[58]

- 正如《传统知识的保护：差异分析草案：修订》(WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.)所指出的那样，在任何对发明专利的传统知识和TK派生物或TK体系中开发的知识适用新颖性、创造性和实用性标准方面还存在一些法律不确定性。此外，在如何确定适当的申请人方面，例如当可授予专利的传统知识是由传统社区或其他集体开发的情况下，确定适当的申请人方面，可能也存在不确定性。[59]

(5) 土著知识和传统知识

41.. 正如上述《WIPO知识产权与传统知识调查团的报告》(1998-1999)所指出的那样，“土著知识”可能用来描述“土著”社区、人民和国家所持有和使用的知识。[60] 从这个意义上讲，“土著知识”就是土著人民的TK。因此，土著知识是TK一个类别，但TK不一定是土著的。[61]

42.. 在委员会的文件中，已提出如下建议：“传统的”系指“(i) 其产生、保存和传播和具有传统和世代的特点；(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。”[62]

(6) 个人 TK 和集体 TK

43.. 一般而言，TK是集体产生的和/或者被视为土著或当地社区或这种社区之内的个人群体集体所有。一些国家的国家法律制定了承认TK集体所有权或保管人的条款，这些条款尤其针对土著和当地社区，具体涉及生物多样性或遗传资源。比如，鲁秘鲁第 27811 号法令《关于对来源于生物资源的土著人民集体知识实行保护制度法》第 2 条(b)将“集体知识”定义为“涉及生物多样性的性质、使用和特点的土著居民和社区参与收集和世代相传

---

58 在委员会第十一届会议期间新西兰代表团所作的发言。参见第十一届会议通过的报告(WIPO/GRTKF/IC/11/15)第309段。

59 参见以上说明7，附件1第9页。

60 也有人提到“土著知识”也可以用来指“土著”本身的知识。从这个意义上来讲，“TK”和“土著知识”这些术语可以交换使用。参见WIPO知识产权与传统知识调查团的报告(1998-1999)“知识产权需求和传统知识持有人的希望”，第23至24页。

61 参见上述说明10，第23页。

62 传统知识的保护第4条：修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/5)。

的知识”[63] 此外，第 10 条规定，受这种体制保护的集体知识应属于一种土著居民，而不属于构成那种居民一部分的特定个体。这种集体知识可能属于两种或更多土著居民。[64] 一些TK可以由不同土著和当地社区分享，甚至由不同国家的不同土著和社区分享。

44.. 尽管如此，一个社区的特定个体成员，如某个传统医师或个体农民，可能拥有具体的知识。[65] 一些国家和地区的法律对此予以承认。比如，最近通过的非洲地区知识产权组织(ARIPO)的《保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书》就公有TK和个体TK两方面作出了规定。

45.. 从知识产权的角度，特别是从 IGC 的工作出发，考虑了以下几个方面：

- 习惯法和习惯做法在承认个人是否拥有TK和在这种情况下哪些个体可以拥有TK的问题上发挥了重要的作用；[66]

- 《传统知识的保护：差异分析草案：修订》(文件WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.)找到的一个这样的差距：现行法律机制通常以个人或一小组个人(例如被承认的发明人)作为知识产权权利的基础。在一定程度上，一些形式的知识产权可以承认一个集体有权行使对受保护客体的权利并从中受益。但总体上，不存在承认集体或社区所有权、保管权或对其知识或知识中具体要素的其他权利形式的制度。[67]

(7) 商业化的 TK 和非商业化的 TK

46.. 一些TK已经商业化。“商业化”可以定义为“从生产方到消费方交换货物和服务”。[68] 商业化是在商业体系或货币体系之内进行的。TK可以作为当地产业传统或社区企业的一部分或作为与第三方签订的商业协议的一部分进行商业化。[69] 然而，大部分TK还没有商业化。

---

63 介绍来自生物多样性资源的土著居民集体支持保护体系法第27811号法令第2条(b)，该法令可以在下列网址查询：http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420。

64 介绍来自生物多样性资源的土著居民集体支持保护体系法第27811号法令第2条(b)，该法令可以在下列网址查询：http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420。

65 传统知识草案条款第5条注释(WIPO/GRTKF/IC/17/5)。

66 同上。

67 参见上述说明7，附件1第28页。

68 参见维基词条“商业”，该词条可以在以下网址查询：http://en.wikipedia.org/wiki/Commerce。

69 参见上述说明22，附件第8页。

47.. 从知识产权的角度，尤其是从IGC工作出发，IGC的一个代表团询问，在讨论TK知识产权保护问题的过程中，是否可以考虑已进入公有领域但未曾商业化的TK？[70]

48.. 一位土著代表说，将土著知识纳入知识产权用语之中改变了土著知识的本质，并且提供了一种土著知识只能作为商业知识来保护的环境。这给商业化提供了方便，但仅提供了短期保护，而不是习惯法给予的永久保护。[71]

[后接附录]

---

[70] 在委员会第十六届会议期间西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国所作的发言。参见第十六届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.)第153段。

[71] 在委员会第十五届会议专家小组会上Harry博士所作的发言。参见第十五届会议报告(WIPO/GRTKF/IC/15/7)第29页。

附 录

本文件使用的用语词汇表

该简明词汇表旨在帮助委员会的参与者理解本文件所用的某些用语。以下定义不影响委员会以前文件或任何国际、地区或国家文本中或论坛中所使用的定义。这些定义即没有达成一致意见，也未列举穷尽，并且是继续讨论的主题，其目的仅仅是为了给阅读本文件提供方便。

仅供本文件使用：

1. “经编纂的 TK”指以某种系统的或井井有条的形式体现的 TK，其中的知识以某种方式经过了整理、组织、分类和归类。

2. “集体 TK”指集体产生的 TK 和/或者被视为一个土著或当地社区或这种社区中的个体群体集体所有。

3. “固定 TK”是在某种足够稳定的材料或有形形式中记录的 TK。

4. “公开的 TK”指被视为 TK“持有人”的土著或当地社区之外的人可查询的 TK。公众可以通过多种方式查询这种 TK，同时也可以通过有形记录、互联网和其他种类的通信方式或记录获取。可以经过土著或不经过土著和当地社区授权，向第三方或向提供 TK 的土著和当地社区的非成员公开。

5. “TK‘派生物’”指通常是代代相传的知识体系、创造和创新；通常被视为属于特定居民或其地区；同时为适应正在发生的变化的环境而不断发展。

6. “基于创新和创造的 TK”指在“传统环境”之外基于 TK 派生物所产生和创造的创新和创造。

7. “记录”指为提供证据进行记录。

8. “口头”指仅用文字而不用行动体现的方式所采用的表达形式。

9. “书面”指以“用书写的方式进行谱曲、记录、保存或提醒。”

[附录和文件完]