



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/6/2/Add.3
4 September 2009

CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

生物多样性公约第 8(j)条和相关条款问题
不限成员名额闭会期间特设工作组
第六次会议
2009 年 11 月 2 日至 6 日，蒙特利尔
临时议程* 项目 7

关于制定记录和正式记载传统知识的技术准则的各种 考虑以及这种正式记载做法的潜在益处和威胁

执行秘书的说明

导言

1. 在第 VIII/5 B 号决定的第 5 段，缔约方大会要求第 8(j)条和相关条款问题工作组探讨制定技术准则用于记录和正式记载传统知识、创新和做法的可能性，并在土著和地方社区充分和有效的参与下，分析这种正式记载做法对于传统知识、创新和做法持有者的权利的潜在威胁。
2. 根据这一要求，并考虑到其他国际机构的工作情况，缔约方大会在第 IX/13 C 号决定中要求执行秘书与联合国土著问题常设论坛（土著问题常设论坛）、联合国教育、科学和文化组织（教科文组织）以及世界知识产权组织（知识产权组织）合作，处理正式记载传统知识的做法的潜在益处和威胁，并将结果提交第 8(j)条和相关条款工作组第六次会议。
3. 本着合作精神，秘书处向知识产权组织、土著问题常设论坛和教科文组织提供了生物多样性公约就这一问题开展的相关工作情况，这些情况载于顾问的“关于登记册作为保护传统知识、创新和做法的一种措施的长处与局限性的报告”（UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9）以及下文第二节所载经修改的文件。
4. 秘书处还就这一问题与知识产权组织、土著问题常设论坛和教科文组织作了进一步协商。土著问题常设论坛和教科文组织提供了评论意见，利用这些评论意见对以往的文件

* UNEP/CBD/WG8J/6/1。

(UNEP/CBD/WG8J/5/3/Add.2) 作了修改，并在第 8(j)条和相关条款问题工作组的第五次会议上进行了审议。

5. 经仔细审议后，各有关机构商定，知识产权组织的传统知识工具包项目包含了关于正式记载传统知识的潜在益处和威胁的全面的考虑，一旦完成后，将能够满足第 IX/13 C 号决定的要求。该项目的目的是让传统知识的持有者了解情况和增强他们的能力，以帮助他们作出明达的选择，而如果一旦对他们的传统知识作了正式记载，其结果将有助于他们的利益，并与他们社区的价值观相吻合。知识产权组织工具包的概览载于资料文件 (UNEP/CBD/WG8J/6/INF/12)。

6. 鉴于上述，本文件第二节提出了供各缔约方审议这一事项时研究的建议草案。

一. 正式记载传统知识的潜在益处和威胁

A. 引言

7. 在第 VIII/5 B 号决定的第 5 段，缔约方大会要求执行秘书探讨制定技术准则用于记录和正式记载传统知识、创新和做法的可能性，并在土著和地方社区充分和有效的参与下，分析这种正式记载做法对于传统知识、创新和做法持有者的权利的潜在威胁。

8. 根据这一要求，本文件就正式记载传统知识的潜在益处和威胁以及制定正式记载传统知识的技术准则的情况提出了报告。该报告借鉴了 Preston Hardison 先生题为“登记册的长处与局限性”的报告 (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9)、土著和地方社区所阐明的原则以及当前编制正式记载传统知识的各个项目。本报告对正式记载传统知识带来的潜在益处和威胁作了分析，并提出建议草案供工作组审议。还通过第 8(j)条咨询小组与土著和地方社区进行了协商。咨询小组的评论意见载于其第二次会议的报告 (UNEP/CBD/WG8J/5/INF/11)，编写本文件时也考虑了这些评论意见。

9. 本报告的基础是在围绕正式记载传统知识的准则所做的越来越多的工作。国际组织、各国政府、专业协会以及土著和地方社区开展了拟定准则的方案。特别是世界知识产权组织当前正在建立收集和正式记载传统知识的工具包。土著和地方社区制定研究和记载工作的准则的项目，也为本文件的编制工作提供了信息。¹ 这些准则提供了土著和地方社区需求方面的宝贵观点，全面的国际准则应该体现此类观点。对现有准则和其他组织的工作进行协调，将有助于防止出现重复和重叠，并能确保采取整体方法和让国际准则能够为已制定的准则带来附加的价值。

10. 关于保护土著传统知识的最明确的规定载于《联合国土著人民权利宣言》。² 该宣言第 31 条第 1 款规定：

“土著人民有权保持、掌管、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化体现方式，以及其科学、技术和文化表现形式，包括人类和遗传资源、种子、医药、关于动植物群特性的知识、口述传统、文学作品、设计、体育和传统游戏、视觉和表演

¹ 特别研究并分析了由澳大利亚土著居民和托雷斯海峡岛民研究所、国家土著居民卫生组织及其第一民族中心和第一民族大会制定的研究原则，以及其它原则。

² 大会第 61/295 号决议，附件。

艺术。他们还有权保持、掌管、保护和发展自己对这些文化遗产、传统知识和传统文化体现方式的知识产权。”

11. 此外，第 31 条第 2 款敦促各国“与土著人民共同采取有效措施，确认和保护这些权利的行使”。除了第 31 条外，《宣言》第 11 条还强调奉行和振兴文化传统与习俗的权利，并敦促各国通过与有效的机制，“对未事先获得他们自愿的知情同意，或在违反其法律、传统和习俗的情况下拿走的土著文化、知识、宗教和精神财产，予以补偿”。³ 《宣言》的序言还对保护土著传统知识给与支持，确认“尊重土著知识、文化和传统习惯有助于实现可持续和公平的发展，并有助于妥善管理环境。”⁴

12. 为探讨制定记录和正式记载传统知识、创新和做法技术准则的可能性和缘由，下文 B 节介绍了当前推动正式记载传统知识的目的；C 节概述了建立记录和正式记载机制的好处以及应该顾及的一些概念和想法。⁵ 这一节还审查了关于这一议题的准则和手册。D 节审查了关于记录和正式记载传统知识的各种问题、关切和可能的威胁。

B. 记录和正式记载传统知识的含义

13. 根据世界知识产权组织（知识产权组织）⁶，正式记载传统知识包括涉及正式记载此种知识的任何行为，其记载的方式能够使传统知识得到维持，并使之能够提供给其他人。正式记载的含义可以是记录知识的本事以及其表达所依照的传统方式。在本文件中，“数据库”一词是指对正式记载和记录传统知识的数据加以汇编。在关于登记册的长处和局限性的资料文件（UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9）中，Hardison 详细说明了关于潜在的威胁和“保护”知识、创新和做法的各种含义的全面阐述，该报告可参阅：<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-04/information/wg8j-04-inf-09-en.doc/>。

14. 正式记载和记录传统知识所着眼的保护可以是：为免遭灭绝的保护、为免遭私有化和不公正的改进的保护、为免遭未经授权的使用的保护，以及免遭获取和惠益分享的保护等。但是，尽管正式记载和记录传统知识有潜在的好处，但对这一议题存在争议，也就是说，对于正式记载传统知识本身是否可能对传统知识的保护以及传统知识的性质构成威胁，以及这种做法实际上是否可能促成此种知识的滥用和未经授权的使用，是存在争议的。

C. 探讨制订记录和正式记载传统知识的技术准则的可能性

1. 原则和目的

15. OCAP 原则⁷ 对各项基本考虑是有用的指导，这些因素应该是所有记录和正式记载制度的基础，因为它们提供了对土著和地方社区与其传统知识之间关系的见解。“OCAP”代表掌握、控制、获取和拥有。它意味着：（一）社区或团体如同个人拥有他/她的个人信

³ 同上，第 11(2)条和第 24(1)条。

⁴ 同上，序言部分第 11 段。

⁵ 广泛地提到了 Preston Hardison 先前关于传统知识登记册和数据库的报告（UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9）。

⁶ 见 WIPO/GRTKF/IC/4/5 号文件，“正式记载传统知识的知识产权管理工具包的纲要草案”，以及 WIPO/GRTKF/IC/5/5 号文件：“关于正式记载传统知识和遗传资源时管理知识产权的工具包的报告”。

⁷ 国家土著居民卫生组织及其第一民族提出了 OCAP 原则。国家土著居民卫生组织为加拿大组织。关于 OCAP 原则的更多信息可查阅：http://www.naho.ca/firstnations/english/ocap_principles.php。

息一样共同拥有信息；（二）土著和地方社区有权寻求控制对其产生影响的所有研究和资料管理，（三）土著和地方社区必须获取关于其自身或社区的信息和数据，不论是否实际上持有，它们并有权管理其共同信息和作出获取信息的决定；以及（四）土著和地方社区应拥有或实际控制数据。

16. 在建立数据库和登记册时，土著和地方社区以及其他团体都试图达到各种目标。例如，已建立了作为正式记载和记录的一种形式的登记册，目的是为了组织知识，以便能够更好地保护社区资源并改进其管理。如上述所讨论，可能会将文件正式记载作为保护传统知识免受各种威胁的方法。为满足有针对性的需要，在拟订正式记载和记录时必须考虑保护的类型。在确保正式记载或记录计划能够适应各社区的需要方面，很可能需要灵活性。此外，必须区别传统知识的不同种类和层次。

17. 现有数据库的某些目的是通过记录和正式记载来维护和保存传统知识，办法是通过以下活动防止不合理地批准知识产权的行为：提供在先技术的证据；提高社区对有关传统知识价值的认识；鼓励长期保护和宣传自然资源及相关传统知识；向有意通过付费在登记处获得资料的当事方提供资料，并将其用作维护传统知识权利的法律制度，包括基于权利的知识产权和基于权利的非知识产权（例如各种特殊保护制度）。

18. 某些数据库，如社区传统知识数据库，为多个目标服务，例如支持和援助政府的规划，促进社区教育，管理知识，振兴传统做法和振兴传统语言。此外，建立此类数据库看来有助于发展土著和地方社区之间的沟通和知识交流。例如，此类交流可以是用于记录和管理传统知识的技术交流。

19. 举例来说，加拿大西北部的哥威迅环境知识项目试图正式记载和记录老年人的传统文化，以便为子孙后代保留这种传统知识，也为的是在资源管理和其他事项做出更多的明达的决策。该项目编写了书籍和建立了信息数据库。知识产权似乎并非建立制度所主要关注的问题，但项目和数据库在提出关于知识产权的主张时肯定会同样有用。

20. 这些数据库和其他数据库，诸如外部传统知识数据库，也可以防止土著和地方社区以外的实体申请无用的知识产权。这一保护是为了专利审查，因为数据库提供了在先技术的证据。此外，数据库可以为创新的集体权利提供证据，前提是该项权利已获得国家或国际法律的认可。它们还可能是地方创新者和企业家联系投资者的一个有效方式。此外，正式记载和记录知识还可以在知识产权制度内运用，即作为获取和惠益分享的工具或在涉及商业秘密的情况下进行运用。然而，此类防止专利和其他知识产权的重要问题是公开可用的问题，下文对其有所讨论。

21. **Hardison** 在其关于传统知识登记册和数据库的报告中提出了一些看法，这有助于审议关于登记制度的准则。**Hardison** 认为，登记册和数据库在国家一级最为有用，因为国家拥有自主控制主权，并可以根据建设性安排，与土著和地方社区在其控制范围内就知识产权制度的要素开展工作。此外，此类登记册和数据库作为保护传统知识框架的组成部分得到了最佳运用。**Hardison** 强调，数据库和登记册应对土著和地方社区的保护目标做出回应。他建议，非知识和知识产权措施的搭配可以用于实现选定目标，搭配充分运用了土著和地方社区可接受的传统知识特征、措施本身及分解作用。记录和正式记载传统知识通常意味着与相关土著和地方社区进行协作，并表明这些社区完全拥有知识，虽然过去并非总是如

此。一些数据库的扩大很少或并未得到土著和地方社区提供的意见，这仍然是它们最关注的问题。

22. 数据库和其他正式记载项目在成为更大的保护传统知识框架的组成部分时用途最大。虽然正式记载和记录计划的上述特征和机制似乎很引人注目，但很多人指出，此类项目不能单独存在于法律真空中。因此，土著和地方社区以外任何希望设立正式记载和记录项目的政府或实体，均应考虑国家知识产权框架和其他相关的事项。如果当初未能充分考虑各项知识产权法律和条例，则可能妨碍正式记载和记录项目的目标的实现。正式记载项目最好由土著和地方社区来推动，并为相关社区所拥有。此类项目将需要相关社区的能力建设和提供资源。

23. 还必须承认传统知识所涉区域性问题的。现行运作的制度，特别是南美、非洲和亚洲的制度，都清楚这一问题所涉区域性问题的。简言之，土著和地方社区并不一定都位于国家边界之内。土著习惯法系统有可能跨边界，并且有可能在跨越国界的情况下发生土著和地方社区之间的互动，例如通过贸易。由于这些和其他类似的原因，任何提议的保护模式都必须考虑到传统知识所涉及的区域性问题。

24. 主要的挑战是确定如何解决社区、国家、区域和国际制度之间的互动。而这一挑战的背景是一致性的问题。不论考虑何种保护机制，一致性的问题都需要得到解决。很显然，一致性有很多的好处，包括法律的明晰性和一致性。但在这方面，在一致性与承认习惯法和土著传统知识的多样性之间存在着一种紧张。如何将一致性置于高出保护多样性的地位之上，那么，给与传统知识的保护就有可能牺牲了承认习惯法或习惯法富有朝气的性质。这种结果看起来将是一种没有意义的胜利。另一方面，如果让习惯法系统的多样性高于一致性，很可能会形成一种复杂的法律网，最终有可能导致保护土著人民方面的各种不同的程度。

25. 应将特殊保护机制视为正式记载和记录传统知识的必要的共同要求。一些人认为传统知识特殊保护制度用于诸如克服公共和私人领域区域方面的困难这样的目的非常适宜。这些独特的法律制度将更可能为土著和地方社区及其传统知识提供更好的保护，因为它们将更适合传统知识的性质及其保护要求。特殊制度可能会使传统知识数据库更具有目的性。

2. 目前关于准则的工作

26. 在公约缔约方或土著和地方社区考虑是否实施正式记载传统知识方面的准则之前，必须认识到，其他一些组织和团体正在制定准则或已编写文件，用于指导正式记载和记录有关传统知识的项目。应该以符合现有正式记载的准则和其他组织的工作的方式，进行《公约》的拟定准则的工作。

27. 世界知识产权组织（知识产权组织）当前正在制订工具包，用于指导正式记载和记录传统知识。知识产权组织提供了一项有用的工具包概要协商草案，供与利益攸关方进行协商时使用。工具包的最后确定，将取决于各成员国、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工作的其他参与者（包括土著和地方社区代表和很多其他利益攸关方）的持续援助，援助侧重于与有关社区合作实地检验工具包，还包括其他传统知识和与遗传资源相关的倡议。工具包侧重于在正式记载过程中对知识产权问题的管理，还要把正式记载程序视为能带来更多惠益的传统知识管理（作为社区的知识和文化财产）的一个起点。研发知识产权组织工具包的下一步措施是协商、实地检测、翻译和传播。有趣

的是，它指出该工具包旨在提出需要思考的问题并帮助寻找答案，而并非向假定的问题提供现成的答案。在协商草案工具包中，所有部分都强调了正式记载和记录项目目标的定义。强调的其他内容是控制信息的获取或披露。同时也对知识产权的内容进行了审查。缔约方大会已同意传播来自知识产权组织有关保护传统知识的相关资料（例如工具包），这些资料可通过《公约》的信息交换所机制获得。⁸不用说，《公约》拟订的任何准则不能与知识产权的工作相重叠。

28. 美国科学促进协会也编写了关于如何通过知识产权和其他法律工具正式记载和保护传统知识的手册。题为《关于传统知识所有者保护其知识产权和维护生物多样性的问题和选择的手册》的项目旨在提高传统知识所有者、人权组织和与土著和地方社区合作的法律专业人士对知识产权保护问题和选择的认识。它的本意是帮助传统知识的持有者识别当前知识产权制度中有可能适用的保护机制。已对有关知识产权保护机制方面的正式记载和记录工作作了概述。还提出了有关正式记载知识的建议。

29. 由国际发展研究中心和国际小母牛项目组织支助的国际乡村建设学院出版了《记录和使用土著知识：手册》的图书，⁹ 通常称为《土著知识手册》。除其他问题外，该书讨论了 30 种记录和评估土著知识的方法，并载有 30 余项问题指南，指南概述了记录土著知识时应考虑的内容。

30. 加拿大印地安事务部和北部发展部编写了《保护土著人的知识社区指南》。其中讨论到了正式记载和记录的问题，虽然这并非《指南》的重点。《指南》的既定目标为让社区有认可、保护、保存和分享与其目标和传统相一致的的知识的能力。该指南侧重于社区组织和计划、收集和评估资料，并制定和执行社区行动计划。

31. 此外，很多土著和地方社区制定了在社区进行研究和正式记载知识工作方面的准则¹⁰。另外，目前有一些研究生正在从事或寻求关于制定准则或数据库用于正式记载和记录世界各地传统知识项目的工作。

32. 鉴于在正式记载传统知识准则方面的活动数量之多，必须考虑哪些事情能够为在《公约》框架内制定有关土著和地方社区知识、创新和做法的准则增值。

D. 关于正式记载和记录传统知识的问题和关注事项

33. 虽然记录和正式记载传统知识可能有某些好处，但必须指出的是，执行的方式决定社区是否将从中切实受益，或者反而是有损社区的利益和知识。此外，必须首先考虑到诸如国家知识产权法律和条例等外部因素，以免其威胁到任何具体正式记载和记录项目的目标。据 Hardison 所述，传统知识登记册带来的问题是：获得社区的自愿的事先知情同意；登记并确认知识的程序；数据库中数据的所有权和对获取有记录数据的控制。下文将对这些问题进行简要讨论。

⁸ 在第 VI/10 号决定第 35 至 38 段，缔约方大会请知识产权组织通过信息交换所机制公布保护传统知识的相关信息。

⁹ 该书可以在以下网站订购：http://www.iirr.org/bookstore/index.php?product_id=27。

¹⁰ 例如关于西基蒂克美奥特奴隶研究的传统知识研究准则，在线可查阅：http://www.wkss.nt.ca/HTML/06_Research/06_tkResearchGuide.htm 和澳大利亚土著居民和托雷斯海峡岛民研究所—土著研究中民族研究准则，可查阅：http://www.aiatsis.gov.au/data/assets/pdf_file/2290/ethics_guidelines.pdf。

34. 在考虑本文件产生的关注事项时，有必要制定准则，主要是为了强调遗传资源和相关传统知识的获取和惠益分享以及制定国际制度时的自愿的事先知情同意，充分和有效地参与和相互商定的条款问题。上述考虑因素和各种目标说明，如果确实有兴趣建立传统知识数据库，则需考虑若干个要素。正式记载和记录项目的最终工作取决于由谁制定的问题，并最好由土著和地方社区本身担任所有此类正式记载制度的制定者和拥有者。因此，对于将从此类正式记载或记录机制中受益的土著和地方社区来说，利用此种机制应该是供选择的。准则应强调此类自愿正式记载或记录机制不能成为国家或国际传统知识法律保护的强制性要求。为了使潜在的准则对尽可能多的土著和地方社区有用，最好将这些准则翻译为当地语言。充分做出正式记载其知识、创新和做法明达决定的土著和地方社区在其语言方面确实可以考虑这样做，以确保制度能够如社区工具一样非常有效。

1. 文化问题

35. 记录和正式记载传统知识的一个重要问题，涉及有关此类文化的文化观点、习惯法律制度和国家法律制度之间不可避免的冲突以及与知识传播有关的文化开发的风险。传统知识是土著和地方社区的身份的核心，或至少是重要的组成部分。由于特定地点的长期经验，此类知识显然已被收集，并得到了土著和地方社区的维护。它还界定并提供了生活的特殊方式。同样，传统知识不能脱离其演变的文化和环境背景。正式记载和记录项目应顾及此种背景，它还会导致某些复杂的问题。此外，由于其重要的文化意义，要求任何使用、正式记载或传播它的人都必须高度尊重它。

36. 为说明各种相冲突的观点所引发的问题，土著和地方社区不会通通将其生物文化遗产视为不可剥夺的“资源”，但通常都将其视为神圣遗产的组成部分，该遗产受习惯法的约束，并规定了对可接受的使用的限制。生物资源与监护和亲属关系的概念、而不是与不可剥夺的财产和资源之间的联系更为紧密之间的关系。因此，针对“非物质”知识的登记和正式记载制度，有可能不足以说明全部知识及其与环境的关系。

37. 另一个关注问题与传统知识的灵活性和可适应性相关。传统知识一般通过口头传统传播，与其周围的环境和资源紧密相关，并能适应环境的变化。因此，正式记载和记录传统知识在根本上显然不符合这种灵活性和可适应性。传统知识持有者担心，正式记载不仅将冻结文化和知识，还将阻碍其不停的演变，包括创新。

38. 在传统文化表现形式和诸如版权等知识产权领域里，存在着类似的争论。关于传统文化表现形式的领域，提到的还有，版权和其他形式的知识产权保护实际上可能会阻碍这些传统文化表现形式的传递。然而，版权一般不被视为保护不属于传统文化表现形式的传统知识方面的相关知识产权机制。

39. 如果不存在所需要的软件，用传统语言描述资源，或使用资源，也都可能不适用于正式记载。用一种非相关社区的语言记录知识也可能不合理，因为翻译中可能会丢失某些概念。例如，为了防止申请专利，对使用特定资源的传统描述不够具体，即因为传统描述将不可能用西方医学术语来描述使用。还必须指出的是，不管多么谨慎，翻译都会或多或少地丢失用作观念术语的原始含义，而且数据库语言中也有可能不存在传统语言中的措辞。

40. 上述文化问题说明了土著和地方社区充分和有效参与正式记载和记录进程、制定准则或有关传统知识的基本法律框架的重要意义。应该与土著和地方社区合作共同制定准则，并体现充分和有效参与的原则，以及社区对正式记载和记录计划的控制。土著和地方社区

的充分和有效参与，也有助于减少开发特定文化的风险。准则有可能解决正式记载和记录项目如何适应土著和地方社区需求和关注的问题，并因此更可能实现有关保存并保护传统知识的项目目标。

2. 产权问题

41. 同样，有关产权的问题和定义也是极为关注的问题。例如，认为社区拥有的资源可以被私有化或商业化的想法似乎不合理。“拥有”、管理或土著和地方社区内或社区之间转运资源的方式，以及诸如公开可用这样的概念通常与西方的财产概念相抵触。如上所述，产权问题植根于文化视角。

42. 关于产权的其他问题与谁拥有数据库所载知识以及谁将从中受益有关。例如，在几个社区共同拥有传统知识的情况下；在传统知识属于多个国家存在的生态系统时（跨国界）或使用被保护的传统知识产生的惠益属于国家而非有关社区的情况下，都有可能产生问题。对存在当前生物多样性和知识登记册的法律真空也表示极大关注。有人担心，在信息的掌控方面没有明确法律解决办法的正式记载，有可能导致严重的意想不到的后果。

43. 正如 **Hardison** 强调的，在权利拥有者和利益攸关方之间的差别问题上存在着争论。国家和国际知识产权法律一般会公平分配知识使用者和生产者的权利。然而，传统知识问题并非授予权利问题，而是认可承认权利的问题，这就使得上述权利的平衡很难实现，在需考虑土著和地方社区的主权和自主权的问题时更是如此。必须指出的是，某些国家标准和国际标准，例如《劳工组织第 169 号公约》，承认土著人民，并承认土著居民先前拥有和控制其传统知识和文化的权利，承认在涉及土著传统知识和文化的使用的决定方面习惯法的有效性。

3. 获取问题

44. 关于获取正式记载的传统知识的问题，以及诸如事先知情同意、相互商定的条件以及充分和有效参与这样的问题，都十分复杂，在《生物多样性公约》和缔约方大会的决定中都有所提及，《公约》框架内拟订的很多文件也探讨了这些问题。在使土著和地方社区能够正式记载和记录其知识方面，这些问题将是需要解决的最重要事项。当然，这些概念应为在土著和地方社区执行的所有正式记载和记录程序方面提供意见。全世界各土著和地方社区已就将在社区内进行的研究制定了多份文件、程序书和准则，应该成为有关缔约方进行正式记载和记录传统知识工作的一个起点。

45. 正如知识产权组织工具包草案所述，获取传统知识和相关遗传资源这一点，是确定正式记载有益还是有害的关键。自愿的事先知情同意，对于获取并触及正式记载和记录程序的多个方面发挥了重要作用。例如，**Hardison** 指出，自愿的事先知情同意的观念通常在试图保守知识的秘密的情况下发挥作用，但记录和正式记载这些知识须是为了让子孙后代受益。自愿的事先知情同意决定了谁可以获取知识，以及根据什么条件获取。然而，控制获取不但对保守知识的秘密非常重要，而且对社区所试图控制的任何知识类型也非常重要，特别是不想被公开可用的知识。对获取知识的控制也是所有权和占有的一项重要要素。

46. 然而，在未经土著和地方社区的自愿的事先知情同意的情况下建立了一些数据库，因为创建者认为，知识属于公开可用的范围，因此，向有关土著和地方社区的非成员披露知识不需要这种同意。其他数据库并未显示出建立数据库是否取得了知识持有者的事先知

情同意。除了妨碍土著和地方社区获得知识产权的惠益外，这当然会产生滥用传统知识和尊重土著和地方社区及其文化的问题。

47. 反对正式记载和记录传统知识的人认为，数据库和其他此类支持使得试图将知识和资源商业化的私人实体更容易得到知识。知识是研究和开发或快速发展新产品（如制药和化妆品）的基础，这些产品满足专利申请的标准，并且不会让公司承担与有关社区分享其利润的义务。因此，数据库可能有助于私人实体在不需保证完全保护和与相关社区惠益分享的情况下获取知识。

48. 《关于获取遗传资源和公正、公平地分享其利用所产生的惠益的波恩准则》¹¹ 规定土著和地方社区应自主地同意或拒绝希望使用其传统资源的任何外部实体。¹² 还有人指出，一些由土著和地方社区以外的实体建立的数据库与涉及自由事先知情同意要求的《波恩准则》或《公约》的相关决定一致。

49. 一个相关的关注问题是记录和正式记载会使知识公开可用，从而会破坏保密性和其他权利，包括知识产权。例如，公开可用的知识有可能不再符合知识产权的要求，这不利于知识所有者获取知识产权惠益，因为知识所有者将不能申请专利、版权或其他形式的知识产权保护。知识产权组织内和《生物多样性公约》下的讨论产生的类似问题是应该如何对待已公开可用的知识，以及是否同意对它们进行保护。然而，正式记载和记录传统知识并不意味着传统知识将自动转变为公开可用的知识。它们还可以拥有保密性并被限制使用。一些公共数据库和登记册的意图是让知识公开可用，以便作为在先技术或防御性披露的证据。私人数据库仍可以保密，但不能将知识变成公开可用，因此，也不能够作为在先技术的证据。因此，在这方面，根据一些知识产权机制或准许保密性和限制使用的计划正式记载和记录非常重要。因此，应在考虑现有相关知识产权制度的情况下开展正式记载和记录传统知识的工作，以便充分保护土著和地方社区的利益和传统知识。

50. 将土著和地方社区以外的实体所建数据库中所收集的传统知识返还社区的工作，是土著和地方社区拥有和控制传统知识的一个重要方面。对很多外部数据库的检查结果显示，数据库没有表明是如何建立的；是否与土著和地方社区进行了协商或得到了传播其知识的自由事先知情同意，或使用的知识是否来自于制定项目正式记载的传统知识。在第 8(j)条和相关条款问题工作组工作方案¹³ 任务 15 中，缔约方大会授权工作组制定准则，以便促进知识的遣返，其中包括土著知识和传统知识。因此，正式记载传统知识准则应强调土著和地方社区对传统知识的拥有和控制原则，并订出归还国家和私人数据库中传统知识的准则。

51. 惠益的公平分享也是土著和地方社区关注的一个方面。事实上，这通常会成为问题。上述关于获取经正式记载的知识的分析已指出相关社区或知识持有者不会获得惠益的情况。如果授予土著和地方社区一些惠益，显然政府和公司会认为经济赔偿足以让有关社区满足。一般将不会考虑社区所希望得到的其他惠益。因此应通过一项更全面的方法来满足土著和地方社区的需求。同样，如上所述，检查谁真正得到了惠益十分重要。有鉴于此，或许《公约》的缔约方应考虑启动涉及惠益公平分享的工作方案第一阶段任务的要素 4。

¹¹ 第 VI/24 号决定，附件。

¹² 同上，第 31 段。

¹³ 第 V/16 号决定，附件。

4. 其他问题

52. 除上述问题外，还需提高社区对知识产权及其他法律制度工作的认识。土著和地方社区通常认为它们没有足够的相关法律知识或足够的解决此类问题的法律建议。因此，与适用的法律和现有框架的不够统一，有可能妨碍数据库目标的实现。参与正式记载知识工作的土著和地方社区需要意识到适用于其项目的各种外部因素。

53. 另一个关注的问题是盗用知识或相关资源的现象，特别是并非按照商定或知识持有者期望的目的使用知识的现象。举报有很多违反协议的情况发生，这是与土著和地方社区就数据库的保密性和或低安全措施签署的协议，这些本来为了限制使用，结果却导致了这种知识的传播。有时候，即使同相关社区进行了协商或签署协议后也会发生此类传播，虽然数据库创建者拥有良好的信誉。

54. 就数据库中的哪些方面需要保护的问题也进行了一些讨论。法律措施应侧重于保护数据库中包括的传统知识，而非保护数据库技术。因此，保护数据库比一定意味着保护其内容。为避免不必要的后果，有必要指明这种不同。

55. Hardison 建议，登记册或其他形式的正式记载是更大的传统知识保护计划的组成部分，其本身并非目标。然而，一些土著和地方社区对其没有充分和有效参与法律案文（相关法律）的制定表示担忧。此外，即使数据库已经是更广泛制度的组成部分时，数据库中在先技术的存在，也不能保证防止无用专利的申请。事实上，违反相关法律或准则的情况会导致陷入复杂的专利申请程序。与在先技术进行比较，可能既费时间和成本昂贵，难度也很高。不用说，要击败现有的专利，同样会是如此，如果不是更甚的话。因此，虽然数据库在向世界披露其知识时意在避免传统知识成为无用专利，但却有可能未能如此。一些人建议限制专利事务处获取这些数据库。这一问题再次突出说明需要明确数据库的目标及其借以运作的框架。它还突出说明需要在相关社区的充分和有效参与下建立特殊保护制度，以确保数据库的法律案文实现保护传统知识的目标。

56. 有人还认为，建立数据库有可能对相关社区造成不必要的负担。将文化遗产项目用作可授予专利的财产的现象确实相对比较少。因此，为避免传统知识成为少有的开发形式，要求土著和地方社区披露、登记传统知识并可能放弃对其传统知识的控制，有可能非常麻烦。因此，登记册的使用因该与登记册所期望解决的问题相一致。最后，应该由土著和地方社区决定此种数据库是否有用。

57. 最后，一些人建议，管理不善的正式记载和记录项目会产生给传统知识抹黑、而不是保护或维护它的效果。这就要求确保向希望正式记载其知识的土著和地方社区提供这样做所需要的能力建设和资源。

5. 结论

58. 近几年来，正式记载和记录传统知识，将这种做法作为保护和保存的一种方式，已成为很多文件和研究的主题。虽然正式记载和记录知识的惠益有可能很可观，但还存在很多以这样那样的方式影响土著和地方社区的问题和关注事项，不论是通过获取、财产、文化或其他事项，而且，这些问题和事项有可能严重影响正式记载项目的目的。需要仔细审查和平衡在特定社区正式记载传统知识的惠益和不利之处。因此，或许需要制定有关正式记载和记录传统知识的准则，这些准则既强调惠益，也强调潜在的威胁，以确保土著和地

方社区作出明达的的决定。然而，其他论坛中的各个项目也书记和讨论到本文件中提到的很多问题。

二. 关于制定记录和正式记载传统知识、创新和做法的技术准则的可能性的建议草案

59. 谨提议第 8(j)条和相关条款问题工作组建议缔约方大会通过一项措辞大致如下的决定：

缔约方大会，

确认 正式记载和记录传统知识应主要惠及土著和地方社区以及土著和地方社区参与此种机制应该出自自愿，而不应成为保护传统知识的一个前提条件，

注意到 其他组织关于正式记载传统知识的准则，例如知识产权组织制订的正式记载传统知识的工具包，以及教科文组织提议的正式记载和传统知识项目以及关于在国际系统内协调统一这一工作的愿望，

还注意到 为了保护传统知识目的的正式记载土著和地方社区的知识、创新和做法的工作，在可能的情况下，应由知识的持有者并（或）在其事先知情同意的情况下进行，并始终由它们掌握所有权，

1. *请* 各缔约方、各国政府和国际组织通过以下方式支持和协助土著和地方社区保持其对传统知识、创新和做法的控制和所有权：归还国家和私人数据库中的传统知识，以及，支持能力建设和开发必要的基础设施和资源，目的是让土著和地方社区能够就正式记载传统知识一事作出明达的决定，

2. *要求* 执行秘书继续与土著问题常设论坛、教科文组织和知识产权组织合作，协助知识产权组织完成其关于制订正式记载传统知识的知识产权组织工具包，解决正式记载传统知识的潜在惠益和威胁，并与知识产权组织合作，通过信息交换所机制和传统知识信息门户公布该工具包。
