

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

第四十五届会议

2022 年 12 月 5 日至 9 日，日内瓦

土著人权框架内产权组织遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案
关键知识产权相关问题技术审查更新

秘书处编拟的文件

1. 承认土著专家詹姆斯·安纳亚教授编拟的“关于产权组织遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案关键知识产权相关问题的技术审查”（WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10）（技术审查）对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（委员会）工作所作的贡献，并参考联合国土著问题常设论坛（UNPFII）在其 2019 年第十八届会议上提出的建议，委员会在第四十届会议上请秘书处在现有资源内，委托一名土著专家对技术审查进行更新，供委员会在 2020 - 2021 两年期审议。¹

2. 根据上述决定，澳大利亚家庭和社区服务部新南威尔士州原住民住房办公室董事内娃·科林斯女士和坦桑尼亚联合共和国图迈尼大学马库米拉高级讲师兼研究部主任埃利富拉哈·拉尔泰卡先生受委托对技术审查进行更新，两位土著专家进行了盲审。本文件附件载有受委托的土著专家提供的技术审查更新。

3. 请委员会注意本文件的附件。

[后接附件]

¹ 见委员会第四十届会议的决定，第 3 页。

土著人权框架内产权组织遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案 关键知识产权相关问题技术审查更新

埃利富拉哈·拉尔泰卡先生和内娃·科林斯女士撰稿

背景与引言

1. 2019年4月22日至5月3日举行的联合国土著问题常设论坛（UNPFII）第十八届会议期间，联合国土著问题常设论坛向世界知识产权组织（产权组织）¹提出一项建议，委托并资助一名土著专家对产权组织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（IGC）的土著人权框架内产权组织遗传资源、传统知识和传统文化表现形式文书草案关键知识产权相关问题技术审查进行更新（下称“技术审查”），该技术审查由詹姆斯·安纳亚教授于2014年开展。²
2. 联合国土著问题常设论坛建议更新技术审查，“以反映当前的问题，其中应强调‘平衡’和‘公共领域’等概念及其可能与土著人民人权和习惯法的冲突，并强调在知识产权组织的工作中纳入和尊重人权的义务。”³本报告包含了所要求的技术审查更新。
3. 安纳亚教授的技术审查兼具概念性和实践性，对于将知识产权保护与土著人民的人权相联系而言具有长期的相关性。它将征得土著人民的同意作为获取土著传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的先决条件，并以此为核心。⁴
4. 因此，本技术审查更新是按照联合国土著问题常设论坛的要求，在安纳亚教授所做工作的基础上编写的。通过审视“平衡”和“公有领域”以及“数据库”、“分层法”和“公开要求”等概念与詹姆斯·安纳亚教授在技术审查中讨论的土著人权之间可能的冲突，从而审查了目前土著人权框架内IGC传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的案文草案。
5. 在组织结构上，本更新报告分为三个部分。第一部分涉及对IGC传统知识⁵和传统文化表现形式⁶条款草案的最新审查。第二部分包括对《关于知识产权和遗传资源的合并文件》（下称“合并文件”）以及IGC主席编写的《知识产权、遗传资源和遗传资源相关传统知识国际法律文书草案》（下称“主席案文”）的最新审查。⁷第三部分涉及最终考量。

¹ 联合国土著问题常设论坛，第十八届会议报告，E/2019/43-E/C.19/2019/10。见该文件第10段，可见：<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/news/2019/06/18-session-report/>。

² 文件WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10，可见：https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/zh/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf。

³ E/2019/43-E/C.19/10第10段。

⁴ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10第11段。

⁵ 产权组织大会第五十一届会议（第24次例会）：关于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（IGC）的报告（WO/GA/51/12），附件一：保护传统知识：条款草案，协调人修订稿（2019年6月19日），见https://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=443934。

⁶ 产权组织大会第五十一届会议（第24次例会）：关于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（IGC）的报告（WO/GA/51/12），附件二：保护传统文化表现形式：条款草案，协调人修订稿（2019年6月19日），见https://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=443934。

⁷ 产权组织大会第五十一届会议（第24次例会）：关于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（IGC）的报告（WO/GA/51/12），附件三：关于知识产权与遗传资源的合并文件第二次修订稿（2018年3月23日），见https://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=443934，以及附件四：知识产权、遗传资源和遗传资源相关传统知识国际法律文书草案，伊恩·戈斯先生编拟，见https://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=443934。

6. 本更新报告由作者全权负责编拟。不以任何方式反映产权组织秘书处、产权组织成员国或观察员的观点。

第一部分：IGC 传统知识和传统文化表现形式案文草案

平衡

7. 知识产权保护制度中应用的“平衡”概念使保护客体持有人和用户共同受益，以便除其他外，促进创新创造。在国际法律文书中应用该概念的一个突出例子是世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）第 7 条。它规定：“知识产权的保护和执法应有助于促进技术创新和技术的转让与推广，使技术知识的生产者和使用者共同受益，有利于社会和经济福利，并有助于权利和义务的平衡。”⁸

8. 当知识产权趋于关注个人或企业创新者，而土著人民在集体环境中拥有知识的情况下，存在一个重大挑战。因此，从概念上讲，“平衡”涉及在试图保护作为群体的土著人民的知识产权的同时，维护社会其他人所享有的权利。然而，这个概念对土著人民而言存在问题，因为传统知识和传统文化表现形式是其群体身份必不可少的部分，而且世代相传。重要的是，土著传统知识和传统文化表现形式包含故事、习惯法和议定书、仪式、生活方式和世界观，这些都不应被商品化。

9. 虽然“平衡”在涉及个人和企业实体的情况下是合理的，但这一概念可能会损害集体拥有传统知识和传统文化表现形式的土著人民，根据国际法他们有自决权。⁹这一权利包含了许多土著人民对制定关于其语言、文化以及可以说是知识产权的法律的希望。存在的挑战是知识产权制度如何承认土著人民的习惯法，提供保护并在获取和惠益分享（ABS）机制和共同商定的条件（MAT）的基础上，按照自由事先知情同意（FPIC）原则，支持转让传统知识和传统文化表现形式。¹⁰

10. 尽管知识产权制度力图确保所有知识造福于整个社会，但土著人民拥有对传统知识和传统文化表现形式的人权和其他权利，这些权利是习惯法、文化、语言和宗教不可或缺的组成部分。因此，由于人权具有长期性，知识产权法不能规避；因此，不应有法律或禁令来限制土著人民使用其传统知识和传统文化表现形式。

11. 上述难题的可能解决方案部分在于建立一个保护传统知识和传统文化表现形式的专门¹¹制度，同时考虑到土著人民的人权和习惯法，而不是像本更新报告第 12 和 13 段所阐述的将其纳入知识产权体系。所设想的专门制度应该尊重土著人民控制和保护其传统知识和传统文化表现形式的权利。

12. 事实上，防止传统知识被盗用可能需要采取积极措施，包括建立专门的知识产权制度作为独立立法，保护传统知识免受未经授权的获取和利用、与数据库有关的权利以及赔偿或归还原物。¹²《联合

⁸ 见附件 C1，可见 https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf。

⁹ 《联合国土著人民权利宣言》（UNDRIP），第 4 条，可见 <https://undocs.org/A/RES/61/295>。

¹⁰ 《联合国土著人民权利宣言》，第 19 条。

¹¹ 根据《布莱克法律词典》，“专门”指自成一格或一种；特有或特殊的。

¹² 《联合国土著人民权利宣言》，第 28 条第(1)款；Natalie P Stoianoff 和 Alpna Roy，《澳大利亚的土著知识和文化——专门立法的案例》（SSRN 学术论文第 2765827 号，社会科学研究网，2015 年 12 月 31 日），748。<<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>；Graham Dutfield，“传统知识的法律和经济方面”，Keith E Maskus 和 Jerome H Reichman（编辑），《全球化知识产权制度下的国际公共产品和技术转让》（剑桥大学出版社，第一版，2005 年），506。

《联合国土著人民权利宣言》（UNDRIP）确认土著人民有权对未经自由事先知情同意而拿走和使用的资源获得归还原物或公正、公平、合理的赔偿。¹³

13. 专门制度的关键要素应包括土著人民传统知识的归属要求、由土著人民开发数据库，以及在第三方获取和利用土著人民的传统知识之前获得自由事先知情同意。¹⁴在获得自由事先知情同意的情况下，土著人民开发传统知识数据库和登记簿，可能需要成员国提供财政和技术援助，并基于对土著人民和当地社区的习惯法和文化完整性的基本尊重。¹⁵

补偿

14. 《联合国土著人民权利宣言》确认土著人民有权因未经授权利用和开发其传统知识、传统文化表现形式、遗传资源和相关传统知识而获得补偿，要求各国通过有效的机制予以补偿，包括对未经自由事先知情同意的情况下拿走的文化和知识产权归还原物，可能涉及采取特别的具体措施。¹⁶因此，缔约国有义务采取具体措施，通过有效机制确保土著人民充分享受人权，对未经自由事先知情同意下拿走的文化遗产和知识产权归还原物。¹⁷

15. 产权组织 IGC 土著人民核心组提出，作为补偿的一个基本要素，土著人民有权继续使用其传统知识、传统文化表现形式和遗传资源相关传统知识，而不受禁止。此外，如果一家公司拥有专利，这一事实不应妨碍土著人民——相关传统知识的原始持有人——使用专利发明。补偿的另一要素是返还。正如土著人民核心组曾指出的，法律文书应该包括返还问题，因为“谈判不能仅仅涉及与专利问题有关的未来做法”，还应该涉及“历史盗用和不当行为”。¹⁸

16. 与归还原物有一定关系的是《生物多样性公约》（CBD）《关于返还与保护和可持续利用生物多样性相关传统知识的卢佐利希里沙希克自愿准则》，该准则为包括惠益分享在内的返还工作提供了指导。¹⁹

17. 《卢佐利希里沙希克准则》规定，“返还还可以包括恢复土著人民和地方社区对其传统知识的治理的工作”，这涉及到对事先知情同意、自由事先知情同意或酌情涉及核准和参与、共同商定的条件的治理，以及关于获取已利用的遗传资源和相关传统知识的惠益分享安排。²⁰

¹³ 《联合国土著人民权利宣言》，第 28 条第(12)款。

¹⁴ Natalie P Stoianoff 和 Alpana Roy, 《澳大利亚的土著知识和文化——专门立法的案例》（SSRN 学术论文第 2765827 号, 社会科学研究网, 2015 年 12 月 31 日）, 748。<<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>。

¹⁵ 《联合国土著人民权利宣言》，第 32 条第(2)款、第 18 条、第 34 条；关于传统知识登记簿和相关传统知识数据库的报告—UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9。

¹⁶ 《联合国土著人民权利宣言》，第 11 条第(2)款、第 28 条；《消除一切形式种族歧视国际公约》（ICERD），第 2 条第(2)款。

¹⁷ 《联合国土著人民权利宣言》，第 11 条第(2)款。

¹⁸ IGC 第三十五届会议报告, 2018 年 3 月 12 日至 23 日, 特波提巴基金会代表土著人民核心组所作的发言, 第 23 段。文件 WIPO/GRTKF/IC/35/10。

¹⁹ 参见: <https://www.cbd.int/doc/guidelines/cbd-RutzolijirisaxikGuidelines-en.pdf>。

²⁰ 《卢佐利希里沙希克准则》，第 11(k)段。

公有领域

18. “公有领域”通常用作版权概念，指“专有权到期”，包括文学作品的使用者在使用保护客体之前不再有向权利人提供惠益或征得其同意的义务。²¹这意味着在排他性经济权利到期后，创意作品可以免费向公众提供。这是为了促进对未来创意作品所需信息和材料的获取。²²

19. 鉴于上述情况，有时限的知识产权保护是合理的。然而，这种做法有可能使知识产权制度与土著人民的价值观以及各种国际人权标准所规定的土著人民人权之间的不一致更加明显。²³

20. 与歌曲、戏剧或电影不同的是，传统知识和传统文化表现形式可能包含土著人民的习惯法、习俗、仪式和世界观，这些是其集体文化必不可少的部分。当传统知识和传统文化表现形式与一个国家、群体或社区的身份紧密相连时，这种创新就很难进入公有领域。

21. 基于上述情况，“公有领域”反映了对传统知识和传统文化表现形式保护的不同意见。一种观点认为，传统知识是一种“所拥有的有价值信息，在很大程度上必须获得使用许可，而不考虑传统知识的年代或公众可及性”，而另一种观点认为，“公开的传统知识处于公有领域，因此可以作为现有技术获得，但可以免费使用，无需补偿。”²⁴

22. 从土著人民的角度来看，公有领域与《联合国土著人民权利宣言》等权威性国际文书中规定的土著人民的人权相抵触。它与土著人民的习惯法也不一致。虽然这个概念以有时限的权利为前提，但土著人民认为传统知识和传统文化表现形式以及与之相关的人权，如自决权、自由事先知情同意原则²⁵，以及土地、领土和资源相关权利，都是永恒的。相应地，让土著人民的传统知识和传统文化表现形式受到时间限制，就否定了土著人民与传统知识和传统文化表现形式相关权利的无限性和跨代性。

23. 除了上述不一致外，对于公有领域与传统知识和传统文化表现形式保护之间的关系，也没有国际公认的理解。这一差距可能需要根据不同司法管辖区适用的国家法或惯例来界定这一概念的轮廓。由于一些司法管辖区的国家法与土著人民的习惯法、制度和价值观相冲突，这可能不是一个可取途径。IGC 面临的挑战是创造空间，由土著人民并和土著人民一起精心制定替代性框架，以保护、使用和分享传统知识和传统文化表现形式。

24. 此外，对于土著人民寻求保护的传统知识和传统文化表现形式而言，数字图书馆和现代技术的进步使其进一步传播的可能性加剧。作为回应，IGC 的一些土著代表认为一些知识应停止传播，并返还于创造传统知识或传统文化表现形式的土著群体。

²¹ 见 Patricia L. Judd 的讨论，协调传统知识和知识产权法律保护的困境。《沃什伯恩法律期刊》，第 58 卷，2019 年，第 249-270 页。

²² Ruth L. Okediji, 传统知识和公有领域，《CIGI 论文第 176 号，2018 年 6 月》，第 8 页，见 <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.176web.pdf>。

²³ 见“技术审查”第 4 至 6 段，见 https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/zh/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf。

²⁴ Bagley, 同上。

²⁵ 《联合国土著人民权利宣言》，第 19 条。

例外与限制

25. 在知识产权保护领域，在特定条件下免除用户遵守知识产权保护客体所附条件的义务是合理的。这种做法被称为“例外与限制”。²⁶例外与限制的理由包括将知识用于研究和教育、非商业用途、博物馆和图书馆。²⁷

26. “限制与例外”的概念并不是指对土著人民使用传统知识和传统文化表现形式的限制。相反，它指的是传统知识和传统文化表现形式被排除在知识产权保护之外的情况。然而，这种排除的潜在风险是违背了土著人民的自决权和自由事先知情同意原则。

27. 关于上述的自决权，土著人民在涉及其内部事务的问题上享有自主权和自治权。因此，如下文所述，在没有获得他们自由事先知情同意的情况下，决定对其传统知识和传统文化表现形式施加例外和限制，可能会违背他们的自主权和自治权。

28. 在保护传统知识和传统文化表现形式方面，自由事先知情同意原则禁止在违反土著人民的法律、传统和习俗，以及未事先获得土著人民自由事先知情同意的情况下，获取或使用土著人民的传统知识和传统文化表现形式。²⁸因此，在起草涉及土著人民传统知识和传统文化表现形式的例外与限制之前，必须获得自由事先知情同意。

29. 此外，正如《联合国土著人民权利宣言》和其他人权文书中所承认的，应该为土著人民规定一般性例外，以继续保持他们的集体能力，对传统文化和传统知识表现形式的多样化内容进行维持和重新创造。这将使土著人民能够通过传统知识和传统文化表现形式保护他们的文化，并表明实现知识产权制度改革的同时，可以使土著人民保持其身份和文化主权。这种类型的例外在一些贸易协定中可以找到，特别是《美国-加拿大-墨西哥自由贸易协定》。²⁹

保护范围：分层法

30. 分层法是一种创新理念，将传统知识和传统文化表现形式分为几类，并建议保护范围与土著人民对相关传统知识或传统文化表现形式的敏感程度相称。

31. 从概念上讲，分层法更符合土著人民的权利框架。它并不损害土著人民在保留他们认为与精神目的更相关、因而不宜公开的传统知识和传统文化表现形式方面的能动性 and 自主权。此外，该方法的前提是承认土著人民并不认为所有传统知识和传统文化表现形式都具有相同的价值或需要同等水平的对待。

32. 因此，如果在制定该方法时与获得土著人民自由事先知情同意的义务相关联，则会是欢迎之举。纳入一项要求，通过返还被盗用的传统知识和传统文化表现形式来补救历史上的不公正，可以进一步加强分层法。

33. 尽管有上述情况，但有四个因素使分层法尤为成问题。首先，它提出了一个问题，即所有层级中传统知识和传统文化表现形式的现有权利范围是否会受到合同法或土著人民的法律传统的制约。

²⁶ 见产权组织有关数字环境中版权和相关权限制与例外的研究。版权及相关权常设委员会，2003年6月23日至27日，日内瓦，可见 https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf。

²⁷ 见 WO/GA/51/12 附件一第 18 页“例外与限制”。

²⁸ 《联合国土著人民权利宣言》第 11 条第(2)款和第 19 条。

²⁹ 见第 32 条第 5 款，可见

https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/32_Exceptions_and_General_Provisions.pdf。

虽然违反合同的诉讼费用很高，但法官可能并不完全理解或欣赏土著人民的法律传统，特别是精神联系方面。其次，神圣和秘密的传统知识和传统文化表现形式并不关注是否传播范围广或传播范围窄。它们被传播的事实不应该是决定性的。如果这些传统知识和传统文化表现形式被非法获取，或者未获得自由事先知情同意，那么那些占用传统知识或传统文化表现形式的人就不应该通过要求原所有人交出权利而获得回报。第三，继续讨论是否用客观（主流）或主观（土著人民的观点）的测试来管理传播。最后，IGC 的一些土著人民代表反对将分层法下的权利与传统知识产权制度下的权利相统一。³⁰

数据库和知识登记簿

34. 在专利保护领域，使用数据库的目的是防止不当授予知识产权保护。根据许多司法管辖区的法律，要获得专利保护的资格，一项发明必须是新的、有创造性并能够进行工业应用。此外，它必须是可专利主题，并充分公开，以便让本领域普通技术人员能够实施。³¹

35. 因此，数据库的使用通过标志“现有技术”而发挥作用，意味着证明有关发明因为已经公开而不符合上述条件。通过这种方式，它可以防止错误授予知识产权。

36. 虽然登记簿和数据库发挥了上述关键作用，但它们不能完全由国家政府控制。因此，土著人民对使用数据库表示了保留意见；他们提及向第三方自由传播信息的可能性。因此，土著人民强调对传统知识和传统文化表现形式的任何文件汇编和记录应主要使土著人民受益；他们对这种计划的参与应是自愿的，而不是保护传统知识和传统文化表现形式的先决条件。³²

37. 产权组织 IGC 土著人民核心组的另一个关切是，向公众开放传统知识和传统文化表现形式数据库可能会增加未经土著人民——传统知识和传统文化表现形式持有人——允许而使用这些信息的可能性。³³

38. 重要的是，例如，当专利申请被驳回时，通常会以书面形式告知申请人驳回理由。广大公众也可以利用这些理由，特别是专利申请驳回在法庭上受到质疑的司法管辖区。这样一来，数据库对土著人民的传统知识和传统文化表现形式而言并不完全安全。

第二部分：遗传资源案文草案

土著人民对于遗传资源的权利

39. 《联合国土著人民权利宣言》申明，土著人民有权“拥有、使用、控制和开发”他们因传统上拥有或其他传统上的占有而拥有的资源，并有权保持、掌管和发展其文化遗产，包括遗传资源。³⁴

40. 与知识产权和法律文书谈判尤为相关的是，《联合国土著人民权利宣言》确认了土著人民的自决权，以及在利用和开发其资源和相关传统知识方面，自由事先知情同意的核心地位。³⁵自由事先知情

³⁰ IGC 第三十八届会议报告，2018 年 12 月 10 日至 14 日，艾马拉多学科研究中心代表土著人民核心组所作的发言，第 197 段和 215 段。文件 WIPO/GRTKF/IC/38/16。

³¹ 见 Anupam Chander 和 Madhavi Sunder，公有领域的浪漫，加利福尼亚法律评论[第 92 卷：2004]。

³² 《生物多样性公约》缔约方大会决定 VIII/5 B，第 5 段；《生物多样性公约》缔约方大会决定 IX/13 - UNEP/CBD/COP/DEC/IX/13。

³³ IGC 第三十七届会议报告，2018 年 8 月 27 日至 31 日，艺术法中心代表土著人民核心组所作的发言，文件 WIPO/GRTKF/IC/37/17，第 253 段。

³⁴ 《联合国土著人民权利宣言》第 31 条。

³⁵ 《联合国土著人民权利宣言》第 4 条、第 32 条；文件 WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10，可见 https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/zh/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf。

同意是一项基于自决权的原则。产权组织的文书草案建议与土著人民倡导的国际人权协定相互支持。土著人民坚持这种相互支持，以促进对权利的一致解释和执行。

41. 根据安纳亚教授的技术审查，土著人民的资源权利被认为包括所有形式的“自然资源”，包括土著人民按照明确定义的模式习惯性使用的遗传资源。³⁶土著人民对于遗传资源的权利也得到了《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（《名古屋议定书》）的确认。³⁷同样，《关于获取和惠益分享的名古屋议定书执行情况临时国家报告》确认了土著人民授权获取遗传资源的权利。³⁸

42. 自委托技术审查以来，生物技术研究的迅速发展使遗传资源得以数字化测序，并从物理遗传材料中分离出来，有可能绕过事先知情同意要求以及共同商定的条件。³⁹这可能对土著人民拥有和控制资源以及保护、保持和掌管相关传统知识的权利产生影响。⁴⁰在国际协定的保护范围方面，土著人民拥有和控制遗传资源的产权可能受到这些发展和技术进步的不利影响。特别是，如果不能控制遗传资源和相关传统知识，可能会进一步破坏粮食安全和主权，以及传统卫生系统。

43. 包括《生物多样性公约》遗传资源数字序列信息特设技术专家组在内的其他论坛，正在审议新兴技术对实施允许利用遗传资源和相关传统知识的国内措施以及对实施惠益分享机制的影响。主席案文承认了这种影响，称有一个“内在机制”来解决出现的这类问题。⁴¹新兴技术的影响使遗传资源能够被数字测序，这可能与土著人民拥有和控制其遗传资源和相关传统知识的权利有关，并可能需要适时在 IGC 案文草案中予以考虑。⁴²

强制公开

44. 关于遗传资源和相关传统知识的案文草案，无论是合并文件还是主席案文，都提出了强制公开要求，要求专利申请人公开其申请中使用遗传资源的来源。与遗传资源有关的主要问题是专利法是否应包括一项新的强制公开起源要求。

45. 强制公开是一种防御性措施，旨在防止盗用遗传资源和相关传统知识。⁴³当申请的主体使用或基于遗传资源和相关传统知识时，这种要求将迫使公开相关信息。拟议的强制公开要求要求专利申请人

³⁶ 文件 WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10，可见

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/zh/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf。

³⁷ 《名古屋议定书》，第 6 条第(3)款；关于获取和惠益分享的名古屋议定书执行情况临时国家报告。分析：按地区划分的细目。问题 38：“在贵国国内法中，土著和当地社区是否有授予获取遗传资源的既定权利？” - <https://absch.cbd.int/reports/analyser>，2020 年 5 月 11 日。

³⁸ 关于获取和惠益分享的名古屋议定书执行情况临时国家报告分析器在回答问题 38“在贵国国内法中，土著和当地社区是否有授予获取遗传资源的既定权利？”时，提供了按地区划分的细目 - <https://absch.cbd.int/reports/analyser>，2020 年 5 月 11 日。据统计，52%的缔约方的土著人民有权授予获取遗传资源。在这 52%的缔约方中，80%的缔约方要求土著人民的事先知情同意以及共同商定的条件。

³⁹ 遗传资源数字序列信息特设技术专家组 (DSI-AHTEG)；Manuel Ruiz Muller，《获取遗传资源和惠益分享 25 年：进展与挑战》（国际贸易和发展中心，第 44 号文件，2018 年），vii。<<https://www.voices4biojustice.org/wp-content/uploads/2018/12/Access-to-Genetic-Resources-and-Benefit-Sharing-25-Years-On-Progress-and-Challenges.pdf>>，2020 年 5 月 25 日；数字序列信息最近的一个例子是通过“大流行性流感防范 (PIP) 框架”共享 2019 冠状病毒病的病毒源代码，使人们能够获取病原体，用于开发疫苗和治疗，而不需要获取遗传材料；世界卫生组织，世界卫生大会第六十四届会议，大流行性流感防范框架，WHA64.5。

⁴⁰ 《联合国土著人民权利宣言》第 31 条、第 23 条。

⁴¹ 《生物多样性公约》缔约方大会通过的决定 CBD/COP/DEC/XIII/16，2016 年 12 月 16 日；《名古屋议定书》缔约方通过的决定 CBD/NP/MOP/DEC/2/14，2016 年 12 月 16 日；主席案文，第 9 条。

⁴² 主席案文，关于第 9 条的说明；《生物多样性公约》遗传资源数字序列信息特设技术专家组 (AHTEG DSI)，加拿大蒙特利尔，2018 年 2 月 13 日至 16 日，CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4。

⁴³ 主席案文，引言；合并文件，第 10.4 条。

在发明实质上/直接基于遗传资源的情况下，强制公开遗传资源的“原产国”。⁴⁴按照合并文件草案的建议，要求公开的信息将包括遗传资源和相关传统知识的原产国或来源，和/或已有获取和惠益分享协议的证据。主席案文还建议公开提供相关传统知识的土著人民。⁴⁵

46. IGC 土著人民核心组广泛支持强制公开的建议，前提是这种公开包括土著人民自由事先知情同意的证据，以共同商定的条件以及公正和公平的惠益分享为基础。⁴⁶

47. 目前仍不清楚的是，实物获取遗传资源的强制公开触发点是否也适用于获取数字测序的遗传资源。这可能需要产权组织的 IGC 进一步审议。主席案文和合并文件区分了实物来源的遗传资源和来自数据库和资料库的遗传资源，但没有具体说明实物获取的强制公开触发点是否也适用于数字测序的遗传资源和相关传统知识。土著人民对数字测序的遗传资源和相关传统知识的信息权的可追溯性是一个独特的挑战。⁴⁷

争议解决

48. 案文草案提出了有关公开遗传资源来源的争议解决途径。主席案文提出国家层面的强制争议解决机制，允许各方通过谈判达成双方满意的解决方案，其中可能包括许可使用费协议，⁴⁸而合并文件则提出了适当的争议解决机制。⁴⁹

49. 从土著人民的角度来看，考虑到对非本国的企业、国际企业和设在其他国家的机构的索赔，可及性是关键。土著人民需要有资格提起与强制公开有关的争议，而程序上的公平性可能需要采取支持性措施，以便能够利用这种机制。《联合国土著人民权利宣言》确认各国的一项积极义务，即确保土著人民有机会获得财政和技术援助以享受其权利，并建立公平、独立、公正、公开和透明的程序，以承认和裁定土著人民的权利。⁵⁰

可追溯性

50. 在有关遗传资源的信息被数字测序的情况下，对于利用土著人民习惯使用的遗传资源的发明，土著人民拥有、控制和受益于这种发明的权利的可追溯性可能会受到挑战。这可能是土著人民在 IGC 未来谈判中的一个相关考虑。区块链等技术可以帮助实现可追溯性。⁵¹这种创新措施需要土著人民的知情参与，以确定风险和收益。

⁴⁴ 主席案文，第 3.1 条、第 3.2 条；合并文件，第 10.4 条。

⁴⁵ 主席案文，第 3 条、关于第 3 条的说明；Graham Dutfield, “传统知识的法律和经济方面”，Keith E Maskus 和 Jerome H Reichman（编辑），《全球化知识产权制度下的国际公共产品和技术转让》（剑桥大学出版社，第一版，2005 年），506。

⁴⁶ 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报告，特波提巴基金会代表土著人民核心组所作的报告，第三十五届会议，日内瓦，2018 年 3 月 12 日至 23 日。WIPO/GRTKF/IC/35/10，第 23 段。

⁴⁷ 《生物多样性公约》数字序列信息特设技术专家组，2018 年 2 月 13 日至 16 日，CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4，第 29 段。

⁴⁸ 主席案文，第 6.5 条。

⁴⁹ 合并文件，第 6.4 条。

⁵⁰ 《联合国土著人民权利宣言》第 27 条、第 39 条、第 40 条；《公民权利及政治权利国际公约》（ICCPR），第 23 号一般性意见。

⁵¹ 《生物多样性公约》数字序列信息特设技术专家组，2018 年 2 月 13 日至 16 日，CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4，第 29 段。Frederic Perron-Welch, 区块链技术以及获取和惠益分享，2018 年 8 月 7 日。

第三部分：最终考量

51. 关于遗传资源和相关传统知识、传统知识、传统文化表现形式的国际法律文书应与其他国际文书相互支持，特别是与人权有关的文书。法律文书不应削弱现有国际协定所规定的权利和义务，也不应创建等级。

52. 案文草案提倡相互支持，并明确提到了《联合国土著人民权利宣言》。联合国大会通过了《联合国土著人民权利宣言》，最初投票反对该宣言的国家后来都改变了立场。因此，《联合国土著人民权利宣言》获得普遍接受。因此，在制定涉及土著人民的传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的法律案文时，应将其纳入其中。在被普遍接受的基础上，其条款的普遍实施也是理所当然。

53. 虽然国家可以平衡国内各群体的利益，但土著人民的权利仍然有效，必须得到尊重。一个群体的知识产权不能凌驾于土著人民的既定权利之上。⁵²

[附件和文件完]

⁵² 产权组织（连同其他联合国机构、基金和计划）每年报告在实施全系统行动计划（SWAP）方面取得的相关进展。联合国秘书长发布全系统行动计划以促进《联合国土著人民权利宣言》的一致实施。