

Silke von Lewinski 博士 / 编著

廖冰冰 刘硕 卢璐 / 翻译

许超 / 审定



原住民遗产 与知识产权：

遗传资源、传统知识和民间文学艺术

INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY:
GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE
AND FOLKLORE

D913. 04/190

2011

Silke von Lewinski 博士 / 编著

廖冰冰 刘硕 卢璐 / 翻译

许超 / 审定



原住民遗产 与知识产权：

遗传资源、传统知识和民间文学艺术

INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY:
GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE
AND FOLKLORE

北方工业大学图书馆



C00270977

 中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

原住民遗产与知识产权:遗传资源、传统知识和民间文学艺术/(德)莱万斯基编著;廖冰冰等译. —北京:中国民主法制出版社,2011. 10

ISBN 978 - 7 - 80219 - 946 - 0

I. ①原… II. ①莱…②廖… III. ①文化遗产 - 知识产权保护 - 研究 - 世界 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 199888 号

图书出品人:肖启明

文案统筹:刘海涛

责任编辑:逯卫光 翟琰萍

书名/原住民遗产与知识产权:遗传资源、传统知识和民间文学艺术

YUAN ZHU MIN YI CHAN YU ZHI SHI CHAN QUAN;

YI CHUAN ZI YUAN CHUAN TONG ZHI SHI HE MIN JIAN WEN XUE YI SHU

作者/(德)莱万斯基 编著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号(100069)

电话/63055259(总编室) 63057714(发行部)

传真/63055259

E-mail:/MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/31.75 字数/561 千字

版本/2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

印刷/河北省永清金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 978 - 7 - 80219 - 946 - 0

定价/70.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

伴随着经济全球化、文化多样化的脚步,遗传资源、传统知识和民间文学艺术表达(简称“民间文艺”)的问题在更大的范围和空间被予以了更多关注。为了表述得更清楚,先对遗传资源、传统知识和民间文艺作一点说明:遗传资源一般是指动物、植物或者微生物等含有遗传功能单位并具有实际或者潜在价值的资源性材料。关于传统知识,依据世界知识产权组织(WIPO)有关文件中的定义,是指“因传统范畴的智力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,并包括体现原住民和当地社群的传统生活方式的知识,或存在于经整理的世代相传的知识体系中的知识。传统知识不局限于任何具体技术领域,可以包括农业、环境和医学知识,也可以包括与遗传资源相关的任何传统知识”。关于民间文艺,依据WIPO和联合国教科文组织有关文件中的定义,是指“由某一国家或地区的一个群体或者某些个人维系并发展的、反映该群体传统艺术期望的、包含了传统艺术遗产特点元素的产品”。民间文艺的表现形式与著作权客体基本相似,如:古籍、古典音乐、古典美术、古典舞蹈、古典戏剧、古典实用艺术等。

以上可以看出,我们现在享有、享用的一部分科学发明、发现以及音乐、表演等,是基于这些由某些特定部落或群体代代沿袭使用的资源性材料和上述各类文化性的原始材料而创造产生的。虽然这些材料和要素的主体和客体尚不清晰,但是它们是源泉,脱离了这些由特殊部落与群体代代使用并维系的材料与资源,就没有这些基于它们而又属于知识产权保护的智力成果,权利人也不可能享有,而社会应享用也无从谈起。

近年来,在发展中国家和有关国际组织的推动下,遗传资源、传统知识和民间文艺的立法与实施都取得了一些进展。这主要表现在两个方面:一是联合国教科文组织通过的《保护世界文化和自然遗产公约》(1972年)、《世界文化多样性宣言》(2001年)、《保护非物质文化遗产公约》(2003年)、2007年联合国通过的《原住民权利宣言》、1989年国际劳工组织通过的《原住民和部落人民公约》等一系列国际条约从国际公法的角度表达了保护原住民,特别是发展中国家原

住民人权,包括保护其遗传资源、传统知识和民间文学艺术财产权,与加强其地位的强烈愿望;二是世界知识产权组织于2000年成立的与知识产权有关的遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会,及2006年草拟的《保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式:经修订的目标与原则》,从国际私法角度探讨在民商事及精神领域保护民间文学艺术的国际规则制定。以上国际层面,尤其是新世纪以来发生的这些变化说明了发展中国家及发达国家中处于弱势的原住民的一种觉醒。但是,与发达国家优势的知识产权的规则制定与实施强度看,反差仍然很大。

众所周知,传统的知识产权包括版权保护的规则[其中以《世贸组织中与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)为代表]早已由发达国家制定,其价值取向和利益倾向是有利于发达国家的还是发展中国家的,一目了然。在此背景下,发展中国家就其长项,例如遗传资源、传统知识和民间文艺希望予以保护的强烈愿望,表面是在全球,包括知识产权领域及更广泛的精神领域建立新的游戏规则,实际上是对显然不利于发展中国家的既定规则的抗争。从这种意义上讲,保护原住民及其遗传资源、传统知识和民间文艺,无论是国际公法还是国际私法,都已超出纯法律范畴,而上升为如何体现社会公正,种族平等,以及国际上已形成共识的“惠益分享”原则。在这个问题上,作者尖锐指出:“实际上,这个论题面临的突出挑战之一是两个根本不同世界的冲突,一个是原住民的世界,另一个是所谓西方文明的世界。”

近几十年来,西方发达国家把知识产权问题看得很高、很重,特别是对于自己优势的知识产权,如专利、商标、版权、软件等,通过制定国际规则,采取有针对性的政策以及贸易措施予以保护。在不同的国际多边、双边场合,不断强化知识产权问题,对这个被认为是私权的领域,赋予了更多的国家意志。而面对落后国家、发展中国家在知识产权领域中具有优势的遗传资源、传统知识和民间文艺却十分淡漠。由此可以看出,落后的、发展中的国家与发达的国家之所以产生冲突,原因在于发达国家只热衷于保护自己优势的知识产权,而无视发展中国家优势的、仅有的知识产权。这是不公平的。我们的观点是,既要保护美味的“法式大餐”,也要保护充饥的“面包”;既要保护影视大片、软件,也应该保护传统知识和民间文艺。中国作为全球最大的发展中国家,历史文化悠久、民族众多,在遗传资源、传统知识和民间文艺领域资源多、分布广,具有独特的优势。

但是,我们对于这个领域的研究还比较薄弱,国际规则制定与修改主动参与不够,国内的探讨与研究、立法与实践,都存在着较大差距。许多有识之士都已

认识到,这项工作不能等待,我们自己必须抓紧。在这一背景下,由中国民主法制出版社翻译出版了 Silke von Lewinski 博士编著的《原住民遗产与知识产权:遗传资源、传统知识和民间文学艺术》一书。该书归纳梳理了与这个主题相关的所有法律、规则、观点和资料,以科学求证的观点和勇气,从学者的视角,分析了保护遗传资源、传统知识和民间文艺的必要性、适用知识产权保护利弊条件,并从国际层面、地区层面、国内法层面详细介绍了各种保护途径,其中既包括私法,也包括公法和习惯法途径。在我看来,Silke von Lewinski 博士及诸位作者所做的工作和这部著作在这个逐渐为国际更加关注的领域是独一无二的,并将对遗传资源、传统知识和民间文艺的教学与研究、立法与实践提供有益的帮助。

周晓宏

目 录

序	(1)
第一部分 导言	
撰写人:Silke von Lewinski	(1)
第二部分 国际法中的原住民、原住民知识和原住民资源	
撰写人:Peter-Tobias Stoll 和 Anja von Hahn	(5)
第一节 国际法中的原住民	(5)
第二节 原住民的定义问题	(8)
I. “原住民”术语:一种近似	(9)
II. 承认原住民为“人民”	(12)
第三节 原住文化的一些本质特点	(14)
I. 集体权利	(14)
II. 原住民及其土地	(15)
III. 原住民遗产:原住民资源和传统资源	(16)
第四节 原住民知识和原住民资源情境中的相关人权标准	(17)
I. 与原住民知识和原住民资源保护有关的一般人权标准	(18)
1. 保护知识财产的人权标准	(18)
2. 原住民资源和传统知识情境中的其他相关标准	(19)
II. 保护原住民的各种特定人权文件	(21)
1. 国际劳工组织第 169 号公约	(22)
2. 《原住民权利宣言草案》	(23)
3. 美洲宣言提案	(25)
第五节 国际环境法中的原住民	(26)
《生物多样性公约》	(27)
1. 原住民和地方社群	(28)
2. 基本概念	(28)
(a) 原住民和地方社群对生物资源的依赖性	(28)
(b) 利益分享的概念	(28)

3. 《生物多样性公约》关键操作条款:第 8 条第 10 款	(29)
(a) 上下文中的第 8 条第 10 款:作为国家义务和国内法限制的生物多样性就地保护	(29)
(b) 主体和内容	(29)
第六节 正在进行的讨论:国际论坛中有关原住民资源和传统知识的近期发展	(31)
I. 世界知识产权组织	(31)
II. 世界贸易组织背景下的传统知识	(33)
III. 《生物多样性公约》	(33)
IV. 联合国粮食和农业组织:《植物遗传资源国际承诺》和农民权概念	(36)
1. “农民权”和原住民	(37)
2. 农民权的概念	(37)
3. 农民权、传统知识和知识财产	(38)
V. 联合国贸易和发展会议	(39)
VI. 世界卫生组织	(39)
第七节 地区和国家层面保护原住民资源和传统知识的最新发展	(40)
第八节 原住民声明、宣言、宪章和解决策略与建议	(43)
第九节 结论	(46)
第三部分 不同领域的原住民资源分析	
第一节 传统知识	
撰写人: Antony Taubman 和 Matthias Leistner	(54)
I. 事实层面的发现	(54)
1. 传统知识的特征	(54)
2. 事实信息的来源	(58)
3. 术语和定义	(62)
(a) 选择术语	(63)
(aa) 总述	(63)
(bb) 原住民知识专述	(64)
(b) 涵盖的客体:传统知识特征的描述	(65)
(aa) 整体路径	(65)
(bb) 多样性	(66)

(cc)传统知识定义的自我指涉(self-referencial)	(67)
(dd)传统知识定义的作用	(68)
(ee)与传统社群及动态(dynamic)代际特性的联系	(70)
(c)法律保护的传统知识范围	(71)
4. 整体关系下传统知识和知识产权保护	(74)
5. 传统知识保护的需求和期望	(76)
(a)积极保护	(77)
(b)防御保护	(79)
6. 对获取时刻的关注	(80)
(a)总述	(80)
(b)文献化的动议——利与弊	(81)
7. 习惯法的作用	(82)
8. 证明商标、集体商标及地理标志的使用	(83)
II. 关于保护传统知识的现行法律规定	(85)
1. 传统知识作为知识产权的客体	(85)
(a)国际层面	(86)
(aa)专利	(87)
(1)通过专利体系对基于传统知识的发明的积极保护	(88)
(i)传统知识作为专利保护的天然客体	(88)
(ii)传统知识持有者使用专利体系在文化和法律方面的限制	(90)
(iii)传统情境下的发明人资格	(90)
(iv)传统知识体系背景下专利性标准的适用	(93)
(2)专利体系中的防御保护:《专利合作条约》与《国际专利分类表》	
(IPC)	(96)
(i)专利体系对传统知识的承认	(96)
(ii)国际专利分类表	(97)
(iii)专利合作条约	(97)
(iv)世界知识产权组织对传统知识承认的建议	(97)
(v)出征舞保护的两难	(99)
(bb)地理标志和证明商标	(100)
(cc)抑制不正当竞争	(101)
(dd)特殊法(sui generis)保护	(104)

(b)地区层面	(105)
(aa)安第斯山共同体	(105)
(bb)欧洲专利公约	(107)
(1)欧洲专利公约中的新颖性和发明性步骤	(107)
(2)与传统知识有关的专利发明案例	(107)
(cc)地区保护模式	(112)
(dd)双边协议	(112)
(c)国家层面	(113)
(aa)专利法	(113)
(1)综述和某些案例:国家专利法之下的传统知识	(113)
(2)国家法之下对传统知识的积极保护	(116)
(3)传统知识的防御保护,以制止非法授予专利	(116)
(i)国家法本身排除传统知识的可专利性	(117)
(ii)国家法中强化的披露机制	(118)
(bb)商标、公共证明体系和地理标志	(119)
(1)集体商标和证明商标(撰写人:Annette Kur)	(119)
(2)公共认证体系(撰写人:Annette Kur)	(121)
(3)地理标志(撰写人:Roland Knaak)	(122)
(4)结论(撰写人:Annette Kur)	(122)
(5)相关条例	(123)
(cc)商业秘密和保密信息	(124)
(dd)各国知识产权法对习惯法的承认	(125)
(ee)国家法中对传统知识的特殊法(sui generis)保护	(127)
(1)总述	(127)
(2)特殊法(sui generis)保护的目标	(129)
(3)保护的 法律基础	(131)
(4)受保护的 知识的形式	(132)
(5)保护的 受益人	(133)
(6)保护方式	(134)
(i)事先知情同意	(134)
(ii)独占权	(136)
(iii)公共领域付费制度	(137)

(7)注册	(138)
(8)对习惯法的承认	(139)
2. 国际层面知识产权以外的法律保护形式	(141)
(a)生物多样性公约	(141)
(b)联合国粮农组织国际条约	(143)
(c)经济、社会及文化权利国际公约	(144)
III. 法律草案及其他示范	(145)
1. 国际层面	(145)
(a)世界知识产权组织防止滥用和盗用传统知识的特殊法(sui generis) 保护草案	(145)
草案条款	(145)
(b)相关发展	(148)
(c)生物多样性公约	(151)
(d)世界贸易组织 TRIPS 理事会	(155)
(e)国际文件中的习惯法	(158)
(f)联合国原住民权利宣言	(160)
2. 地区层面的特殊法(sui generis)示范草案	(161)
IV. 结论	(161)
第二节 遗传资源	
撰写人: Antony Taubman	(168)
I. 导言	(168)
1. 生物多样性的统一? 挑战遗传资源的规定	(168)
2. 遗传资源的新法律和政策环境	(171)
3. 遗传资源的价值评估	(174)
(a)作为公共利益的遗传资源	(174)
(b)多种价值体系和遗传资源	(175)
(c)价值实现手段的生物技术专利	(177)
II. 事实层面的发现	(178)
1. 事实发现的框架:遗传的多样性和现代生物技术	(178)
(a)回顾遗传资源的实证性框架	(178)
(b)遗传的多样性和共同的技术平台	(179)
(c)跨越物种界限的创新	(180)

(d) 遗传多样性的政策意义	(182)
2. 遗传资源管理的统一性和多样性	(184)
(a) 各种遗传资源法规制度的示意图	(184)
(b) 人类基因组的独特性	(186)
3. 知识产权与遗传资源的界面	(190)
III. 有关遗传资源的现行法律规定	(200)
1. 作为知识产权问题的遗传资源	(200)
2. 现存问题的概况	(204)
3. 知识产权文件	(205)
(a) 国际层面	(205)
(aa) 本文语境中的国际知识产权法	(205)
(bb) 与贸易有关的知识产权协议(“TRIPS”)	(209)
(cc) 布达佩斯条约	(213)
(dd) 植物育种者权	(214)
(b) 地区及国内层面	(219)
(aa) “自然出现”与“分离出的”遗传材料间的区别	(220)
(bb) 以遗传资源转化为产品的途径为评价对象,还是以产品本身 为对象?	(222)
(cc) 取得遗传材料专利问题的概况	(223)
(dd) 国内及区域性专利法中的防御措施	(225)
(1) 预先排除	(226)
(2) 附条件排除	(228)
4. 非知识产权文件	(232)
(a) 国际层面	(232)
(aa) 作为国家财产的遗传资源和公共遗产的式微	(232)
(bb) 生物多样性公约	(234)
(1) 核心原则	(234)
(2) 《生物多样性公约》的目标与知识产权	(237)
(i) 对遗传资源的主权	(238)
(ii) 溯及力	(239)
(iii) 遗传资源的扩散和主权的范围	(240)
(iv) 事先知情同意	(240)

(v) 公平惠益分享	(242)
(vi) 技术转让	(244)
(3) 粮食与农业组织: 国际条约	(251)
(b) 国内及地区层面	(255)
IV. 法律草案和其他模式	(258)
1. 针对遗传资源的专门专利披露机制	(258)
2. 《生物多样性公约》《波恩准则》	(263)
3. 《生物多样性公约》国际体制	(265)
4. 粮农组织: 《标准材料转让协定》	(266)
5. 世界知识产权组织——获得和惠益分享指导方针	(267)
V. 结论	(269)
第三节 传统名号的保护	
撰写人: Annette Kur 和 Roland Knaak	(273)
I. 事实层面的认定	(273)
II. 有关传统名号保护的现行法律规定	(276)
1. 知识产权	(276)
(a) 国际层面	(276)
(aa) 商标	(276)
(1) 概述	(276)
(2) 《巴黎公约》第6条之五	(277)
(3) 《TRIPS 协定》第15条	(278)
(4) 《巴黎公约》第6条之三	(278)
(5) 《巴黎公约》第7条之二	(280)
(bb) 地理标志	(280)
(1) 《马德里协定》	(280)
(2) 《里斯本协定》	(282)
(3) 《双边协定》	(283)
(4) 《TRIPS 协定》	(284)
(cc) 不正当竞争	(286)
(b) 地区层面	(287)
(aa) 商标	(287)
(1) 欧共同体商标体系	(287)

(2) 其他区域性体系	(288)
(bb) 地理标志	(288)
(1) 2081/92 号欧洲理事会条例	(288)
(2) 社群的集体地理标志	(290)
(c) 国家层面	(291)
(aa) 商标	(291)
(1) 驳回的绝对理由	(291)
(i) 缺乏显著性特征	(291)
(ii) 虚伪标志	(293)
(iii) 冒犯性商标	(294)
(iv) 恶意注册	(297)
(v) 不得注册的标志	(298)
(2) 拒绝的相关依据	(299)
(3) 成功注册情况的权利	(300)
(4) 域名	(301)
(5) 不实陈述	(303)
(bb) 地理标志	(304)
(1) 注册体系	(304)
(2) 授权程序	(305)
(3) 无需履行手续	(305)
(4) 商标法——拒绝保护的依据	(306)
(5) 集体地理标志或证明商标	(307)
2. 知识产权之外的保护	(307)
III. 法律草案及其他模式	(308)
IV. 结论	(308)
1. 综合评述	(308)
2. 针对改进保护的解决办法	(309)
(a) 免除国家保护原则	(309)
(b) 改进信息基础设施的必要性	(309)
(c) 国内层面的措施	(310)
(d) 优先权	(310)

第四节 民间文学艺术

撰写人: Angès Lucas-Schloetter	(313)
I. 调查研究	(313)
1. 民间文学艺术的商业价值	(314)
2. 利用民间文学艺术的不同形式	(314)
3. 原住民对其民间文学艺术的期望	(316)
4. 民间文学艺术的定义	(318)
II. 现行的有关民间文学艺术的法律领域	(322)
1. 知识产权	(322)
(a) 国际层面	(322)
(aa) 著作权	(322)
(1)《伯尔尼公约》	(322)
(2)《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)和《世界知识产权组织 版权条约》(WCT)	(325)
(bb) 邻接权	(326)
(1) 表演者的邻接权利	(327)
(2) 录音制品制作者的邻接权利	(328)
(cc) 有关工业产权和不正当竞争的国际公约	(329)
(b) 区域层面	(330)
(aa) 欧洲	(330)
(1) 著作权和邻接权领域的欧盟指令	(330)
(2) 工业产权领域的欧盟指令	(332)
(bb) 美洲	(332)
(1) 北美自由贸易协定	(332)
(2)《卡塔基纳协定》(the Cartagena Agreement)	(333)
(3) 南美共同市场(MERCOSUR)	(334)
(4)《中美洲保护工业产权公约》	(335)
(cc) 非洲	(335)
(1) 关于版权的附件七	(336)
(i) 1977 年版本中的附件七	(336)
(ii) 1999 年版本中的附件七	(338)
(2) 有关工业产权的附件	(339)
(dd) 太平洋岛屿	(339)

(c) 国家层面	(340)
(aa) 以版权为基础的保护	(340)
(1) 国家层面版权立法的分类	(341)
(i) 未涉及民间文学艺术的国家立法	(341)
(ii) 明确将民间文学艺术排除于适用领域之外的国家立法	(342)
(iii) 为民间文学艺术提供直接保护的国家版权立法	(343)
(2) 版权直接保护	(352)
(i) 版权保护民间文学艺术的障碍	(352)
(ii) 以版权法方式保护民间文学艺术的评价	(358)
(3) 以有关汇集和改编规则为基础的民间文学艺术间接保护	(361)
(i) 汇集	(361)
(ii) 改编	(361)
(4) 以邻接权为基础的民间文学艺术间接保护	(364)
(i) 制作者的邻接权	(364)
(ii) 表演者的邻接权	(365)
(bb) 以工业产权为基础的保护	(365)
(1) 设计法	(366)
(2) 商标法	(367)
(3) 地理标志	(372)
(4) 不正当竞争	(372)
(cc) 特殊知识产权 (Sui Generis Intellectual Property Right)	(375)
(1) 巴拿马	(375)
(2) 其他例子	(377)
2. 知识产权领域之外对民间文学艺术的法律保护	(377)
(a) 习惯法	(377)
(b) 文化遗产立法	(382)
(aa) 国际层面	(382)
(bb) 地区层面	(387)
(1) 欧洲大陆	(387)
(2) 美洲大陆	(387)
(3) 非洲大陆	(388)
(cc) 国家层面	(390)

(c) 人权及原住民居民权利领域的法律文件	(395)
(aa) 人权领域的法律文件	(395)
(bb) 原住民居民权利领域的法律文件	(399)
(i) 国际劳工组织《第 169 号公约》	(399)
(ii) 联合国人权委员会	(401)
III. 法律草案及其他示范法	(404)
1. 《突尼斯版权示范法》(世界知识产权组织/联合国教科文组织, 1976)	(404)
2. 《保护民间文学艺术表达, 防止不正当利用及其他损害性行为国内示范法》(世界知识产权组织/联合国教科文组织, 1982)	(406)
3. 《保护民间文学艺术表达, 防止不正当利用及其他损害性行为条约草案》(世界知识产权组织/联合国教科文组织, 1984)	(409)
4. 原住民权利领域的宣言草案	(411)
(a) 《原住民权利宣言草案》	(411)
(b) 《原住民文化遗产保护原则和指南草案》	(413)
(c) 地区层面的原住民权利宣言草案	(415)
5. 国家层面的立法草案	(416)
6. 世界知识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——保护民间文学艺术表达: 经修订的政策目标与核心原则	(417)
7. 非洲知识产权组织/非洲地区工业产权组织保护民间文学艺术表达的法律文件草案	(424)
8. 半官方和非官方团体在民间文学艺术保护领域的创举	(426)
(a) 国际层面	(426)
(b) 地区层面	(430)
(c) 国家层面: 澳大利亚的例子	(432)
(aa) 保护原住民民间文学艺术工作组报告	(432)
(bb) 澳大利亚民间生活调查委员会报告	(433)
(cc) 禁止欺诈(1994)	(433)
(dd) 我们的文化, 我们的未来(1997)	(434)