



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/1/2
10 January 2000
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
第一次会议
2000 年 3 月 27 日至 31 日，塞维利亚
临时议程*项目 3

保护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 新和做法的法律措施和其他适当形式的措施

执行秘书的说明

执行摘要

执行秘书编写本说明，是为了协助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根据缔约方大会第 IV/9 号决定第 1(a)段的要求，就以下问题制订咨询意见：适用和制订法律措施和其他形式的措施，以保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法。现有的法律形式的保护措施包括常规的知识产权制度、特殊制度、体现了事先知情同意原则的关于获取和惠益分享的国家法规、契约协定以及习惯法

* UNEP/CBD/WG8J/1/1。

和普通法制度。当前，保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法的没有法律约束力的主要保护形式包括自愿的准则和行为守则以及传统资源权利。为了确保任何保护措施的成功，都需要采取鼓励措施和进行能力建设活动。

本说明着重指出了上述各项法律和非法律形式的办法和机制在保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法方面的差距。说明特别指出，尽管人们当前把相当大的努力集中于评价现有的知识产权制度在保护与生物多样性有关的传统知识方面的潜力，但迹象显示，为了确保尊重和保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法，并鼓励公平地分享由于利用这些知识、创新和做法而产生的惠益，还需要采取其他形式的保护措施，例如纳入了土著社区和地方社区的习俗法、价值观和世界观的特殊制度。因此，有证据显示，为了保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法，应该考虑综合采用法律和非法律形式的以及现有和新出现的办法和机制。本说明意识到，若干政府间组织和机构正在处理与保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法有关的问题，并进一步指出，必须避免各项努力之间的不必要重叠，并促进正在进行的各项工作之间的联合优势和协调。

提议通过的建议

谨提议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建议缔约方大会：

1. 进一步强调 需要根据第 IV/9 号决定第 10(b) 和第 15 段的要求进行个案研究，以便能够对保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法的现有法律措施和其他适当形式的措施的效力进行有意义的评估；

2. 要求 执行秘书审查联合国组织和机构以及其他政府间机构与土著社区和地方社区的知识、创新和做法有关的活动，以便查明互补和具有联合优势的领域，并促进旨在执行《公约》第 8(j) 条的各项活动之间的协调和相互支持；

3. 要求 执行秘书与其他联合国组织和机构协商，建立一个特别工作组，以便协调所有与执行《公约》第 8(j) 条和相关条款有关的活动，并使之相互一致；

4. 请各 缔约方和各国政府制订包括特殊制度在内的国家法律，并在其中采纳获取和惠益分享问题专家小组建议的组成部分，以便保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法。

目录

	<u>段次</u>	<u>页</u>
<u>次</u>		
执行摘要	1	
提议通过的建议	2	
一. 导言	1 - 4	5
二. 保护与生物多样性有关的传统知识的法律措施	5 - 43	5
A. 知识产权制度	5 - 12	5
B. 保护与生物多样性有关的传统知识的特殊法律制度	13 - 17	7
C. 国家立法中的事先知情同意原则	18 - 20	9
D. 其他形式的法律保护 - 契约协定	21 - 29	
10		
E. 在国家法律制度内与土著社区和地方社区的习惯法 制度相协调	30 - 34	
12		
F. 普通法原则的适用	35 - 38	
14		
G. 可有助于保护与生物多样性有关的传统知识的其他 非知识产权国家法律	39 - 43	
14		
三. 其他适当形式的保护与生物多样性有关的传统知识的措施	44 - 55	
15		
A. 准则、原则和道德/行为守则	44 - 47	
15		
B. 传统资源权利	48 - 51	
17		
C. 鼓励措施	52 - 54	
17		

D. 能力建设措施	55
18	
四. 其他联合国组织和机构在保护与生物多样性有关的传统 知识方面正在进行的有关工作	56 - 64
19	
A. 联合国粮食及农业组织	57
19	
B. 联合国教育、科学及文化组织 (教科文组织)	58 - 59
19	
C. 世界知识产权组织	60
20	
D. 世界贸易组织	61 - 62
20	
E. 世界银行	63 - 64
21	

一. 导言

1. 根据缔约方大会第 IV/9 号决定第 1(a)段 ,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的任务规定是 :“ 优先提供关于以下问题的咨询意见 :适用和制订法律措施和其他适当形式的措施 ,以保护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” 。
2. 执行秘书利用 1999 年 11 月 25 - 26 日在蒙特利尔举行会议的一个联络小组提供的投入编写了本说明 ,以便就适用和制订法律措施和其他适当形式的措施以保护土著社区和地方社区的知识、创新和做法方面的现状和趋势向工作组提供背景资料* 。本说明还参考了 1999 年 10 月在哥斯达黎加的圣何塞举行会议的获取和惠益分享问题专家小组的报告 (UNEP/CBD/COP/5/8) 。 该专家小组的工作范围尽管与特设工作组的有所不同 ,但关于《公约》缔约方之间公平分享惠益的很多原则可能与在国家一级执行第 8(j)条有关。
3. 在本说明中 ,“ 与生物多样性有关的传统知识” 指的是“ 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” 。第 8(j)条中提到的传统知识、创新和做法一般是共有的 ,作为社区口述传统的一部分世代相传。在任何一个传统社区内 ,根据该社区的习惯法 ,通常存在关于这些知识、创新和做法的权利和义务以及使用程序。
4. 本说明首先讨论了保护与生物多样性有关的传统知识的法律措施 ;然后讨论其他适当形式的保护措施 ;最后 ,本说明将讨论联合国各组织和机构正在进行的有关工作。

二. 保护与生物多样性有关的传统知识的法律措施

A. 知识产权制度

5. 常规的知识产权制度是以个人所有权和私人财产权利的概念为基础 ,设计这种制度的目的基本上是为了使其鼓励发明并有助于技术的转让和获取。这些制度在《生物多样性公约》之前很久就存在 ,因此在制订时没有想到而且不涉及《公约》在像以下这样的问题上表示的关注 :获取遗传资源、公平分享惠益以及保护土著社区和地方社区与生物

* 为本说明的目的 ,“ 土著社区和地方社区” 这一术语在本文通篇指的是“ 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土著社区和地方社区” 。

多样性有关的传统知识。

6. 有助于执行《生物多样性公约》的有关条款，从而涉及保护与生物多样性有关的传统知识的主要知识产权形式包括：专利、植物培育者权利、版权、商标、地域标识/原产地名称以及贸易秘密。在这些形式的知识产权中，专利、植物培育者权利、版权和贸易秘密是为了鼓励发明，可将其视为授予持有人的“真正的”知识产权，而商标和地域标识则阐明了经济权利。上述所有形式的知识产权都是以市场为基础的机制。

7. 人们认为，常规的知识产权制度不足以保护土著知识，其基本原因是，这些制度是以对个人财产权利的保护为基础，而传统知识基本上属于共有性质。尽管人们对这些制度充分保护土著社区和地方社区的共有知识的能力提出广泛疑问，但是，一些主要的知识产权保护形式仍然提供了“个别的机会”，这些保护形式是那些同《生物多样性公约》的工作以及同保护与生物多样性有关的传统知识关系最密切的知识产权。例如，在专利法方面，虽然生物技术工业可以利用与生物多样性有关的传统知识来挑选供试验分析用的植物，以便大大减少开发新的商业产品的成本，但所涉传统知识本身可能无法获得专利，尽管这种知识可能证明大大有助于他人在其基础上取得的发明获得专利。在这些情况下，与生物多样性有关的传统知识会具备重大的经济价值。为了对土著社区和地方社区的知识产权提供一定程度的保护，一些国家政府已经要求在专利申请中披露遗传资源的原产地和在开发生物技术或医药发明时所利用的传统知识。

8. 缔约方大会第三届会议就《生物多样性公约》同《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》之间的关系和联合优势编写的文件（UNEP/CBD/COP/23，第38和附件一）指出，一些发表评论的人士提议，应该要求或鼓励“在专利申请中披露为发明的研制所使用的遗传资源和非正式知识的来源国和来源社区”。一些证据显示，这已经成为提出专利申请过程中的常见做法。披露的信息还可包括“证明来源方面和来源社区已经对使用予以事先批准”。有人提议，可以把关于披露信息的要求作为核准专利申请的条件之一，以便对其予以实施，并规定，如果披露的信息证明是有意欺骗，可以撤销专利。在一些例子中，披露使用了与生物多样性有关的传统知识可以为不授予专利提供依据。在获得专利的过程中通常需要对发明及其所依据的背景知识加以说明。因此，如果使用了与生物多样性有关的传统知识，则无论有关法规中是否具体提到这种知识，都应加以披露。如果发现所涉领域中原来存在的知识显示，发明并非最新创造，专利审批人员可以驳回专利申请。这种做法可以防止他人从利用传统知识中获利，但不一定导致使知识拥有者分享惠益的安排。人们建议的另一个策略是，由土著社区和地方社区组成公司，作为法律实体申请和持有专利，其方式与发达国家的公司根据有关国家法律采取的方式大致相同。

9. 有人建议,各缔约方还可以通过在本国专利法和关于获取遗传资源的法律之间建立积极联系的方式来改进惠益的分享。执行秘书就土著社区和地方社区的知识、创新和做法:第 8(j)条的执行问题为缔约方大会第三届会议编写的说明列举了具体的建议(UNEP/CBD/COP/3/19,第 94 段)。

10. 关于其他与《生物多样性公约》关系最密切的知识产权保护形式,一些分析人员提出,可以利用商标、地域标识和贸易秘密来保护共有权益¹。

11. 尽管人们已经就如何使常规的知识产权能够保护与生物多样性有关的传统知识进行了很多积极的辩论,但仍然需要就如何切实适用这些保护形式进行更多的个案研究。如果了解一些实例,说明土著社区和地方社区如何利用,或尝试利用,这些“个别的机会”来保护其与生物多样性有关的传统知识,或在它们的这种知识在商业中被使用和利用时促进本身权益,将是有用的。

12. 获取和惠益分享问题专家小组审议了与遗传资源有关的知识产权和传统知识(UNEP/CBD/COP/5/8,第 127 - 138 段)。该小组制订了需要进一步研究,以供缔约方大会审议的问题的清单,以便帮助在理解知识产权制度保护传统知识的作用方面取得进展。此外,该小组认为,有必要保证在授予知识产权时不排除继续按照习惯的方式利用遗传资源和有关知识(UNEP/CBD/COP/5/8,第 131(c)段)。

B. 保护与生物多样性有关的传统知识的特殊法律制度

13. 土著社区和地方社区指出,迫切需要制订准则,以便建立可以成为特殊制度的基础的法律框架,这种制度应承认和保障这些社区与生物多样性有关的传统知识和充分保证对这种知识提供保护,并应有助于《公约》缔约方执行第 8(j)条和相关条款。然而,人们对这样一个框架提出了疑问。例如,这个框架是应该仅限于《公约》提出的问题,还是应该有广泛得多的范围,只是在其中考虑到适合《公约》需要的必要性?还有人表示担心,在世界各地土著社区和地方社区的不同需要和不同情况面前,这样的框架会证明缺乏灵活性,并可能妨碍社区与政府之间为达成自己的解决办法所作的创新尝试。

14. 可以采用的保护与生物多样性有关的传统知识的特殊制度模式除其他外,包括:

(a) 联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)和世界知识产权组织(知识产权

1 见 D. Downes 著 Using intellectual property as a tool to protect traditional knowledge: recommendations for next steps (讨论稿) (为 1997 年 11 月在马德里举行的关于传统知识与生物多样性的讲习班编写的讨论文件) (国际环境法中心(CIEL),华盛顿,1997年),英文第 4 页。

组织)制订的《保护民俗的各种表现不受非法利用和其他有害行动损害的国家法律示范条款》;

- (b) 防止歧视并保护少数民族问题小组委员会制订的《保护土著人民遗产的原则和准则》(E/CN.4/Sub.2/1995/26);
- (c) 第三世界网关于建立一个保护土著权益和生物多样性的权利制度的提议;²
- (d) 促进农村发展国际基金会的知识完整性框架;³
- (e) 科学、技术和生态学研究基金会的《与生物多样性有关的社区知识权利示范法案》;⁴ 和
- (f) 非洲统一组织(非统组织)编制的《社区权利和获取生物资源法律草案》。⁵

15. 获取和惠益分享问题专家小组指出,那些已经通过了获取立法的国家,例如安第斯共同体各国,已经开始了制订特殊制度立法的进程。该小组还在其报告中为了说明目的开列了特殊制度立法可以采纳的一些组成部分(UNEP/CBD/COP/5/8,附件六)。

16. 人们指出,为保护与生物多样性有关的传统知识而建立的任何国家特殊制度立法模式都应以土著社区和地方社区的宇宙观和习惯法为基础,并加强对这些社区的知识、创新和做法的尊重、保护和维护⁶。人们还预计,在适当情况下,将需要对有关土地保有权、自然资源、保护区、环境保护和知识产权的其他国家法律进行修正,以便适合这样

2 G.S. Nijar著A Conceptual Framework and Essential Elements of a Rights Regime for the Protection of Indigenous Rights and Biodiversity (第三世界网,马来西亚槟榔屿,1994年)。

3 促进农村发展国际基金会(RAFI)发表的Conserving Indigenous Knowledge: Integrating Two Systems of Innovation (联合国开发计划署(开发计划署)委托编写的独立研究报告)(促进农村发展国际基金会,渥太华,1994年)。

4 V. Shiva, A.H. Jafri, G. Bedi和R. Holla-Bhar著The Enclosure and Recovery of the Commons: Biodiversity, Indigenous Knowledge and Intellectual Property Rights (科学、技术和生态学研究基金会,新德里,1997年)。

5 非洲统一组织/科学、技术和研究委员会制订的“Draft Legislation on Community Rights and Access to Biological Resources”,(亚的斯亚贝巴,1998年)。

6 土著民族生物多样性网络, Indigenous Peoples' Perspectives on Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples' Knowledge Systems: Reports from the Regional Meetings of Indigenous Peoples' Representatives on the Conservation and Protection of Indigenous Peoples' Knowledge Systems (第1号讨论文件)(加拿大文化生存组织,渥太华,1996年)。

一种特殊制度。

17. 人们在过去关于这个问题的讨论中建议，特殊制度必须：

- (a) 不仅符合《公约》有关土著社区和地方社区以及保护和可持续利用生物多样性的各项条款，而且支持这些条款；
- (b) 在人权原则和对环境的关注的指导下以综合权利方式为基础；
- (c) 具有以下基本目标：
 - (一) 鼓励生物多样性的保护和可持续利用；
 - (二) 促进社会正义和公平；
 - (三) 有效地保护与生物多样性有关的传统知识和资源，使其不受未经授权的征收、使用、记录和利用的损害，其中一部分这样的保护将需要实施关于事先知情同意的规定；
 - (四) 承认并加强在保护生物多样性方面行之有效的习惯法和习惯做法以及传统的资源管理制度；
- (d) 是通过反映了一个国家文化多样性的基础广泛的协商过程，与土著社区和地方社区密切合作制订⁷。

C. 国家立法中的事先知情同意原则

18. 《生物多样性公约》第 15 条第 5 段规定：

“对遗传资源的获取应该经过提供这些资源的缔约方的事先知情同意，除非该缔约方另有决定”。

第 8(j)条的措词也体现了事先知情同意原则，其中规定，只有在“此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事”的情况下，才应依照国家立法，对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、创新和做法加以更广泛应用。

⁷ G.Dutfield著 Can the TRIPs Agreement Protect Biological and Cultural Diversity? (生物政策国际系列文件第19号，ACTS出版社，内罗毕，1997年)。

19. 获取和惠益分享问题专家小组审查了事先知情同意概念以及将其应用于获取遗传资源的程序 (UNEP/CBD/COP/5/8, 第 156 - 161 段)。该小组得出结论认为, 土著社区和地方社区的事先知情同意是以明确承认并保护这些社区的权利、知识、创新和做法为基础, 因此, 可能需要考虑制订特殊制度法律。

20. 然而, 事先知情同意和特殊制度相对来说是比较新的机制, 在能够对其价值进行有意义的评估之前, 必须对其运作情况和功效进行正式的审查。有利的审查结果将促使其它缔约方采取类似的法律手段来保护与生物多样性有关的传统知识。此外, 为了使地方社区和土著社区应用事先知情同意程序, 除了需要进行教育和能力建设活动之外, 也许还应该建立适当的机制, 以便对事先知情同意程序进行监测和鼓励国际合作。

D. 其他形式的法律保护 - 契约协定

21. 在缺乏对与生物多样性有关的传统知识进行保护的知识产权的情况下, 或是为了补充这样的知识产权, 可以通过采用其他的法律手段和机制来确保土著社区和地方社区的权利和利益得到保护。“契约协定”这个概括性的词汇囊括了这样的手段和机制, 其中包括有法律约束力和没有法律约束力的协定, 后者可以是意向书、谅解备忘录和契约。

22. 一些过去 10 年或更长时间以来一直在土著社区和地方社区领土上获取生物资源以及与生物多样性有关的传统知识的公司已经把具有法律约束力的契约作为标准的运作方式。然而, 很多这样的协定并没有法律的规定和指导。这些协定是建立在社区同研究者/收集者之间长期和密切的联系所产生的相互信任的基础上⁸。人们广泛认为, 如果依靠这样的契约方式来为土著社区和地方社区争取惠益, 将是公平分享第 8(j)条所述惠益并保护社区知识产权的最切实可行的办法。人们认为契约概念是一个有吸引力的办法, 因为大多数社会都熟悉这个概念, 而且这个办法相对而言是私营部门中的讨价还价, 只需政府的很少介入。

23. 然而, 契约方式带来某些限制, 例如, 契约对于第三方没有约束力; 契约各方的高昂交易成本; 缺乏聘请最好的法律专家的资源; 在与资源提供国之外的科研及开发机构和公司打交道时出现的问题。此外, 由于土著社区和地方社区不熟悉正式的国家法律, 并由于讨价还价能力之间的差别, 大大限制了土著社区和地方社区能够利用这种方式获得保护, 并在对其与生物多样性有关的传统知识的利用中争取到真正价值或惠益的程度⁸。

8 见UNEP/CBD/COP/3/19。

24. 协定可能仅需要有限的法律援助，并可成为土著社区和地方社区的有用机制，以便确保从任何知识和资源的转移中得到公平补偿。契约协定可以提供货币惠益和非货币惠益，例如包括：一次性付款、培训、使用许可、技术转让、使用费和建立信托基金。区域环境协定可以建立适当的框架，以便使各种类型的契约相互协调和标准化，并同时处理跨国界问题。

25. 获取和惠益分享问题专家小组对获取遗传资源和分享惠益的契约协定和共同商定条件进行了审查 (UNEP/CBD/COP/5/8, 第 50 - 73 段)。该小组指出了若干共同的因素，可以在其基础上制订关于这些条件和安排的准则。这些因素包括：需要建立国家联络点和/或国家主管机构；交易成本和保密问题；非最后用户的作用；信息的获取；谈判能力方面的需要。具体涉及土著社区和地方社区的需要的共同商定条件的组成部分除其他外，可以包括：

- (a) 关于进入土著社区和地方社区土地和领土的条件 (规定不得进入的地区，包括圣地、生态敏感地区、季节性繁殖地带等) ；
- (b) 为来源和信息保密的不披露条款；
- (c) 对研究活动进行审查并在研究报告发表/出版之前对其予以批准的权利；
- (d) 以社区可以理解的形式和格式 (例如以录音带/录像带形式，而不是书面形式) 收到研究报告副本的权利；
- (e) 反馈与研究有关的信息；
- (f) 社区拥有或共同拥有任何因研究导致的出版物的版权；
- (g) 与生物多样性有关的传统知识的拥有者同研究者/收集者共同拥有专利。

26. 由于《生物多样性公约》所确认的权利和责任的范围，各国政府很可能需要越来越多地以某种方式参与在土著社区和地方社区同私营部门利益集团之间达成的任何安排，如果私营部门合作伙伴来自国外，就更需要进行这种参与。若干国家已经或正在制订以国家法律为依据的标准契约格式。这种安排可能引起的担心包括：国家主管当局是否具备建立可以确保使人们加以遵守的机制的行政能力；如果制度的费用过于高昂，可能致使惠益为维持这些安排所消耗，而无法使社区受益⁹。

9 见 B. Tobin 著 Protecting Collective Property Rights in Peru: the Search for an Interim Solution (Asociacion para la Defensa de los Derechos Naturales (ADN), 利马, 1997年)。

27. 契约协定常常是在收集者/研究者同某个土著社区和地方社区（或若干社区）之间达成的。然而，经验显示，需要制订若干原则/组成部分来指导这样的协定及任何其他协定，以便保护土著社区和地方社区与生物多样性有关的共有的传统知识。这些组成部分包括：

- (a) 应该承认知识在土著社区和地方社区每代人之内和各代人之间的共有性质；
- (b) 对利用知识的控制权应该牢固地掌握在提供知识的土著社区和地方社区手中，即使这样的信息来自“公共领域”，也是如此；
- (c) 任何社区或社区集团对其权利的行使均不应损害其他社区利用和处置其资源或以其他方式对其资源的利用加以控制的权利；
- (d) 应该避免形成对知识的垄断权利，并应防止获取对知识和有关生物资源的垄断权利的可能性；
- (e) 应该确保在社区之内和社区之间公平分享惠益；
- (f) 应该协助对与生物多样性有关的传统知识进行再评价，促进这种知识的利用，并把对资源和文化造成的不利影响减少到最低限度；
- (g) 应该规定这一先决条件：如果存在关于所利用资源 - 特别是药用植物 - 的知识，对这些资源的利用也构成对知识的利用⁹。

28. 必须在所有阶段与所涉土著社区和地方社区进行尽可能广泛的协商，任何发展、资源利用和保护措施都必须符合这些社区的文化并以这些文化为基础。

29. 这种性质的协定经常受到保密条款的制约，但是，在可以合法地得到信息的情况下，了解那些已经签订或正在签订契约协定的人的经验是有所帮助的。这样的经验将成为个案研究的适当课题。

E. 在国家法律制度内与土著社区和地方社区的习惯法制度相协调

30. 承认习惯法是保护传统知识、创新和做法的机制之一的问题被视为一个重要的权利问题，很多作为确定标准的文件所制订的土著社区和地方社区宣言、声明和宪章都涉及这个问题，例如《关于土著民族文化权利和知识产权的马拉图阿宣言》、《楚拉

因布尔声明》¹⁰以及《各族人民之心宣言》¹¹。美洲人权委员会第95届常会于1997年2月26日核准的《美洲土著民族权利宣言》草案在其第十六条中为承认土著法律作出了规定¹²。同样，国际劳工组织（劳工组织）《关于独立国家境内土著和部族人民的第169号公约》第8条也为承认习惯法制度提供了动力。

31. 因此，在试图利用或修改现有的知识产权制度，以便通过这些制度对获取和控制知识进行管理的同时，国际社会还可考虑根据有关土著社区和地方社区的习惯法来获取和利用传统知识的问题¹³。然而，一个国家如果尚未在其国家法令和普通法制度内与习惯法制度进行协调，或至少与其中那些同《生物多样性公约》有关的组成部分进行协调，今后将需要这样做。

32. 为了处理通过法律措施保护与生物多样性有关的传统知识问题，需要解决的问题除其他外包括：国家以及土著社区和地方社区对知识财产的管辖权各自涉及的领域和具有的性质；监督和执法；举证规则和程序（特别是在那些对秘密/神圣知识的披露可能成为问题的地方）；诉讼地位；指定处理传统知识财产的司法当局的性质和组成；地方社区司法机制的作用；在出现违反管理获取和利用与生物多样性有关的传统知识的习惯法的行为时，对违反行为进行的任何处罚的适当性、性质和执行方式。

33. 这项工作无论对于各国政府还是对于土著社区和地方社区来说，都是一项挑战。但这是一项值得面对的挑战，因为它不仅将履行对土著社区和地方社区在承认和管理习惯法方面的自决权所作的承诺，而且还有助于保护世界文化多样性中的一个重要组成部分，这就是世界的法律制度。

34. 现在已经有实例表明，人们正试图在生物多样性的保护和管理方面与土著社区和地方社区的习惯法相协调。例如，菲律宾的获取制度（菲律宾第247号行政命令（1995年））规定，“在土著文化社区祖先留下的土地和地区”进行的遗传资源勘探活动“必须根据有关社区的习惯法来获得这些社区的事先知情同意”，才能获得批准。然而，需要对这个问题作进一步的研究。

10 The Julayinbul Statement on Indigenous Intellectual Property Rights and Declaration Reaffirming the Self-Determination and Intellectual Property Rights of the Indigenous Nations and Peoples of the Wet Tropics Rainforest Area，Jingarrba/Daintree，澳大利亚，1993年11月27日。

11 北美洲土著民族关于生物多样性和生物道德的首脑会议发表的宣言，这次会议于1997年8月7日在美利坚合众国蒙大拿州Fort Belknap保护地的Gros Ventre和Assinboine部落领土上举行。

12 OEA/Ser/L/V/11.95号文件。文件6（1997年）。

13 见UNEP/CBD/COP/3/19（上文脚注8亦曾援引），第79段。

F. 普通法原则的适用

35. 普通法在那些适用这些法律的国家也可以成为对与生物多样性有关的传统知识提供保护的来源。在可以适用若干普通法原则(例如那些针对没有道德的行为和以不正当手段致富的原则)的同时,土著社区和地方社区对泄密、欺骗和不公平竞争行为提起的诉讼在一些国家中提供了帮助。然而,这些诉讼迄今为止限于艺术领域。在某些情况下,可以把这样的原则加以推广,使其适用于保护与生物多样性有关的传统知识。

36. 可以争论说,人们能够把与生物多样性有关的传统知识中的某些组成部分,例如传统医生很多世纪以来所采用的草药疗法,作为秘密信息加以保护。标准的专利法则把这样的知识视为不可授予专利的,因为它们缺乏授予专利所必需的新发明性质。

37. 《保护工业产权巴黎公约》使其缔约方有义务确保人们不受不公平竞争的损害,该公约第 10 条之二的条款也可有助于土著社区和地方社区寻求控制对其产品的模仿和未经授权的商业销售。

38. 需要进行个案研究,详细了解土著社区和地方社区在利用普通法措施保护其与生物多样性有关的传统知识方面的成功(或失败)经验。这样的研究可以导致建立一个实施普通法的国家可以参考的判例法数据库。

G. 可有助于保护与生物多样性有关的传统知识的其他非知识产权国家法律

39. 多数缔约方都有一系列与保护和可持续利用本国自然资源有关的法律,通常是行业性的法律。因此,有关森林、渔业、农业以及具体针对自然保护和保护区的法律都为保护与生物多样性有关的传统知识提供了机会。有关获取和利用自然资源的规定常常通过许可证和执照制度对这种获取和利用加以控制。许可证/执照一般详细规定了获取的条件、目的、持续时间、取走的资源数量和其他限制。如果这样的资源存在于土著社区和地方社区占有或传统上使用的领土之上,那么,就有可能在法律和/或其实施条例中规定,在获取具体遗传资源以及任何与生物多样性有关的相关传统知识的时候,必须得到受影响社区的许可。

40. 在有关情况下保护与生物多样性有关的传统知识的规定还可成为涉及生物资源管理的法定计划、管理伙伴关系和区域协定的一部分。在一些国家,这样的安排来自条约以及国家对受其管辖的土著社区和地方社区承担的宪法义务。

41. 同样,一些对土著社区和地方社区有管辖权的缔约方已经通过法律,授予这些社区对其传统领土或其中部分领土的保有权,或保证这样的保有权。这种法律还可规定一定

程度的社区自治，以使这些社区能够颁布地方法律或规定。这种法律并常常使这些社区能够控制对其领土的进入。社区通常透过许可制度允许进入其领土，这样的许可制度使得土著社区和地方社区能够控制外人在其领土内的活动。可以针对这些活动规定出获取和利用遗传资源以及与生物多样性有关的传统知识的条件。

42. 最后，国家和地方法律还可规定对文化遗产给予一定程度的保护，承认有必要保护圣地以及对土著社区和地方社区具有特别意义的地区。例如，这样的地方可以包括生长某种药用植物的神圣灌木丛和重要（或图腾）物种的繁殖地带。这些法律可以限制一般人的获取行动，并可为保护任何相关的传统知识作出规定，把知识拥有者的核可及同意作为先决条件。

43. 这方面的个案研究可以查明有关法律的范围、这些法律所提供机制的种类、以及土著社区和地方社区是否利用这些法律来保护其与生物多样性有关的传统知识，并查明利用的程度。

三. 其他适当形式的保护与生物多样性有关的传统知识的措施

A. 准则、原则和道德/行为守则

44. 远在《生物多样性公约》出现之前，土著社区和地方社区就不得不着手解决与研究和保护其传统知识有关的问题。从 1980 年代初开始，土著社区和地方社区团体制订了有关文化拥有权的行为守则、道德准则和原则。尽管人们一般没有明确提到与保护知识产权有关的概念和问题，但它们已经包含在关于保护秘密/神圣知识的辩论中，并更为广泛地包含在保护文化遗产的概念中。土著社区和地方社区的原则和道德守则一般都申明对文化遗产及相关知识的所有权、隐私权、有关协商和获得许可的规则、以及发表/披露信息（一般包括以下规定：任何信息的发表均须得到有关方面的事先许可）的规则。但是，这些守则的实施还可能取决于土著社区和地方社区在国家 and 地方法律 - 例如有关土地和自然资源所有权、对进入这些土地加以控制的权利、契约等等的法律 - 之下可以行使的权力所涉范围，或取决于各机构和公司是否愿意尊重这些守则。

45. 同样，很多机构作为对策，制订了关于同土著社区和地方社区进行合作，并尊重其隐私权，保护其传统知识和进行公平交易的行为守则/准则。最近，各国际机构和非政府组织还在这方面大量提供捐款，使得现在有了大量的准则/守则/原则，其目的是指导科研人员以正确的方式同土著社区和地方社区打交道，或在基本的，但有时是不充分的法律规定范围内进一步完善其行为。这方面的例子包括《关于以合乎道德的方式利用亚

洲生物资源的马尼拉宣言》(其中包括《收集人员道德守则》)¹⁴; 联合王国牛津大学保护生物多样性同盟制订的《知识、文化和科学来源盟约》: 为在有责任心的公司、科学家或研究机构同土著社区之间建立公平的伙伴关系制订的基本道德和行为守则; 经济植物学会的《经济植物学中的职业道德: 准则初稿》¹⁵; 皮尤资源保护学会编写的《生物多样性研究规程》¹⁶; 《在新的自然产品开发中建立公平伙伴关系的准则: 关于做法守则的建议》¹⁷; 国际人种生物学会制订的《行为守则和实践标准》¹⁸; 美国国家卫生研究所联合会的全国癌症研究所于 1991 年组织的药物开发、生物多样性和经济增长问题讲习班得出的结论。这些和类似的守则/准则所涉及的问题包括: 国家许可证授予机构的作用和程序、许可证的申请和授予、收集期间和之后的收集责任和程序、赞助组织的责任、尊重和授予知识产权、关于收集者和赞助组织提出报告的规定、以及对实践守则进行国家和国际一级的监测。

46. 然而, 这些道德守则尽管出于良好的愿望, 但无法避免违反行为。各组织制订的道德/行为守则的效力将部分取决于管理机构在多大程度上愿意对所指控的违反行为进行调查, 并对违反者采取行动。此外, 尽管像大学、公共科研机构 and 大型公司这样的很多组织可能制订有道德守则, 但仍有许多作为个人的研究者/收集者以及小型公司 - 他们也许是根据同较大的组织达成的契约性安排行事 - 不是专业团体的成员, 既没有也不遵守这样的守则。在这样的情况下, 除非根据合同或法令要求这些研究者/收集者在进行其活动之前必须遵守适当的守则, 否则道德守则基本上不起作用。

47. 一些国际机构, 例如世界银行(关于土著民族的第 4.20 号业务指示)、美洲开发银行、亚洲开发银行和联合国环境规划署(环境规划署), 以及非政府组织, 例如世界大自然基金(大自然基金), 已经制订或正在制订关于协助和支持土著社区和地方社区举办发展项目的战略和准则。这些战略和准则的具体目的尽管并非向与生物多样性有关的传统知识提供法律保护, 但仍然对这种知识在社区维护和发展方面发挥的作用以及对

14 1992年2月在马尼拉举行的第七次亚洲药用植物、香料和其他自然产品座谈会(ASOMPS VII)通过。

15 纽约市布朗士区纽约布朗士植物园经济植物学会道德委员会联合主席C. Padoch和B.M. Boom于1996年编写。

16 皮尤资源保护学会生物多样性和道德问题工作组、加利福尼亚大学地理系以及设于加利福尼亚伯克利的Ernest Orlando Lawrence伯克利国家实验室环境能源技术部共同制订(1997年)。

17 A.B. Cunningham著Ethics, Ethnobiological Research and Biodiversity(国际大自然基金, 瑞士, 格兰, 1993年)。

18 第六次国际人种生物学大会, 新西兰, 奥提罗阿, 1998年。

其加以保护的必要性给予了尊重。

B. 传统资源权利

48. 可以把“传统资源权利”这个术语定义为：“寻求把一系列现有和普遍公认的人权（例如发展权利和自决权）与包含的环境权利（例如享有在生态上可以持续的环境的权利）以及《联合国土著人民权利宣言》草案所表达的正在出现的土著人民权利结合为一体，使其成为一套相互交错和相辅相成的权利的权利概念”¹⁹。

49. 采用这个新的概念方式的部分原因在于，把“财产”这个术语应用于土著社区和地方社区的传统资源是不适当的。作为普通法财产概念基础的所有权概念核准让所有权的能力对于很多这样的社区来说“不仅是陌生的，而且是无法理解或甚至不可思议的”¹⁹。

50. 传统资源权利概念是作为一个统一概念出现的，更为准确地反映了土著社区和地方社区的意见和关注，同时也完全符合《生物多样性公约》、《植物遗传资源国际公约》和世贸组织《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》中的各项规定。这样，采取综合权利的方式使得各国不仅能够履行其在贸易、环境和发展方面的国际义务，而且能够实现其在签署各项人权条约时同意作出的人权承诺。因此，传统资源权利不仅是一个制度，而且是一个原则框架，可以成为土著社区和地方社区正在寻求的多样化和灵活制度的基础，并能够产生各种各样另外类型的制度（特殊制度）²⁰。还可以把传统资源权利视为一个进程，而不是一个产品。随着新权利的增加，这个概念可以扩展，并通过制订国家和国际法律来得到调整。然而，尽管传统资源权利援引了大量的法律文书，但不能将其视为具有自身实施能力的权利，因此，这种权利需要各国立法机构加以实施。在这方面，还可利用传统资源权利作为关于标准的框架，以便对当前的和规划的旨在保护与生物多样性有关的传统知识和相关权利的法律进行评价。

51. 承认一整套权利是为了确保以最全面的方式尊重和保护土著社区和地方社区的权益，然而，其意图并不是提供某种保护制度的格式，而是为了指明现有的各种制度，如果把其中每个制度结合在一起，则将形成对土著社区和地方社区权益的承认和保护。

C. 鼓励措施

52. 与有关土著社区和地方社区共同制订的具有适当针对性的鼓励措施也可成为有效

19 D.A. Posey 和 G. Dutfield 著 Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities (国际发展研究中心，渥太华，1996年)。

20 见 UNEP/CBD/COP/3/19，第90和91段。

的方式，来保护与生物多样性有关的传统知识。但是，这样的措施的成功关键在于，必须以明确的方式使人们懂得，土著社区和地方社区与生物多样性有关的传统知识具有其自身的价值，必须为来源社区的今世和后代的福祉以及全体人类的福祉维护和保护这些知识。可以考虑在这方面采取一系列措施，可视为核心的鼓励措施包括：保证对土地和自然资源的保有权，对自然资源进行共同管理，以及对与生物多样性有关的传统知识提供有效的法律保护。此外，还可进一步采取一系列专门针对具体情况制订的货币和非货币性的措施。这样的鼓励措施可以把特别有知识或技能的个人或可能成为学徒的人作为对象，也可以是为了保护某个具有文化意义的物种或生境。在其他情况下，可以采取一系列能力建设措施，包括提供社区基础设施、资源和培训。

53. 应该由各国政府负责执行可以鼓励对与生物多样性有关的传统知识给予尊重、维护和保护的法律措施，但与此同时，很多别的鼓励措施可以由其他方面提供，例如，私营科研机构和收集机构可把以共同商定的条件为基础，并具体规定了公平的惠益分享安排的契约义务作为鼓励措施²¹。

54. 应该努力查明有害的鼓励措施并减少或消除其对利用和保护与生物多样性有关的传统知识的有害影响。缔约方大会第五届会议将在保护生物多样性、可持续利用其组成部分和惠益分享的更广泛范围内审议这个问题²²。

D. 能力建设措施

55. 为执行《公约》第 8(j)条和相关条款，特别是为了执行关于第 8(j)条的工作方案（见 UNEP/CBD/WG8J/1/4 号文件），需要加强和进一步建设土著社区和地方社区内的能力。这方面的需要基本上包括：

- (a) 利用遗传资源的能力，包括建立和加强土著大学（还见关于公众教育和意识的第 IV/10 B 号决定）；
- (b) 一系列科学和技术领域的专门知识，除其他外，包括通讯技术方面的专门知识；

21 还见获取和惠益分享问题专家小组第一次惠益的报告（UNEP/CBD/COP/5/8）和生物多样性公约缔约方大会第 IV/10 A 号决定。

22 见执行秘书就进一步分析和制订鼓励措施的问题为公约缔约方大会第五届会议编写的说明（UNEP/CBD/COP/5/15）。

- (c) 获取、管理、修改和发展技术²³并起草和发展保护传统知识的特殊制度²⁴；和
- (d) 就获取和惠益分享协定以及其他协定举行谈判的专门知识。

四. 其他联合国组织和机构在保护与生物多样性有关传统知识方面正在进行的有关工作

56. 为 1997 年 11 月在马德里举行的传统知识和生物多样性讲习班编写的背景文件 (UNEP/CBD/TKBD/1/2) 在第 114 - 152 段中简要介绍了联合国各组织和机构进行的与土著社区和地方社区有关的活动, 这些组织和机构包括: 联合国人权委员会; 可持续发展委员会; 国际热带木材组织; 联合国开发计划署 (开发计划署); 联合国环境规划署 (环境规划署); 国际劳工组织 (劳工组织); 世界知识产权组织 (知识产权组织); 联合国教育、科学及文化组织 (教科文组织); 世界银行; 美洲开发银行、非洲开发银行; 亚洲开发银行和欧洲复兴开发银行。该项说明除其他外, 注重指出了同《生物多样性公约》下的进程进行合作和发挥联合优势的机会。以下进一步说明了联合国各组织和机构发挥的作用, 但绝不是为了把所有这些机构和组织及其全部有关活动都包括在内。

A. 联合国粮食及农业组织

57. 粮农组织的粮食和农业遗传资源委员会正在完成为订正《粮食和农业植物遗传资源国际公约》举行的谈判, 将向《生物多样性公约》缔约方大会第五届会议提交最后订正本。当前正通过该粮农组织委员会成员国之间的谈判对《国际公约》进行订正, 以便使其与《公约》相协调, 并把获取粮食和农业植物遗传资源和实现农民权利的问题考虑在内。在《国际公约》方面提到的农民主要是属于土著社区和地方社区, 并从事传统形式农业的农民, 这种农业形式与主要存在于发达国家的工业化农业体系截然不同。

B. 联合国教育、科学及文化组织 (教科文组织)

58. 1992 年, 教科文组织成立了世界文化与发展委员会, 并责成该委员会编写第一份集中讨论文化与发展之间联系的注重行动的世界报告。世界文化与发展委员会在完成了为期 3 年的工作时提出了题为《我们具有创造力的多样性》的报告, 其主要目标是形成

23 执行秘书就资料交换所机制的试验阶段为科咨机构第五次会议编写的说明 (UNEP/CBD/SBSTTA/5/3) 说明了资料交换所机制的作用。

24 还见获取和惠益分享问题专家小组第一次会议的报告 (UNEP/CBD/COP/5/8) 第 170 - 173 段。

未来各国的文化与发展战略。

59. 教科文组织的文化政策促进发展政府间会议于 1998 年 3 月 30 日至 4 月 2 日在斯德哥尔摩举行了会议，以便专门讨论世界文化与发展委员会的报告。这次会议的关键目标之一，是通过一项关于文化政策促进发展的行动计划，以便为指导将来同文化与发展问题有关的决策制订建议。在会前编写的一份《文化政策促进发展行动计划》草案是会议讨论的主要文件，并由会议予以通过，成为《斯德哥尔摩行动计划》。

C. 世界知识产权组织

60. 缔约方大会在第 IV/9 号决定序言部分第 9 段中意识到，“必须使《生物多样性公约》第 8(j)条和相关条款中涉及知识产权的规定与有关知识产权的国际协定中的规定相互支持，并应该同世界知识产权组织进行更多合作和协商。”1998 年，知识产权组织开展了实地调查活动，以便查明和探讨传统知识拥有者的知识产权需要、权利和期望，以便促进知识产权制度对其社会、文化和经济发展所作的贡献”。实地调查预计取得的成果包括：查明传统知识拥有者所需要的知识产权保护；向知识产权组织的其他主要方案提供投入，以使其能够扩展与传统知识有关的活动；进行掌握情况和得到加强的国际合作，以便促进知识产权向这些集团提供的保护。

D. 世界贸易组织

61. 缔约方大会第 IV/15 号决定第 9 段强调，必须“在《生物多样性公约》和世界贸易组织各项协定，包括《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》的执行过程中保持一致，以便使对生物多样性的关注和对知识产权的保护日益相互支持，相互结合”。缔约方大会请“世界贸易组织参照《公约》第 16 条第 5 段，并考虑到计划于 1999 年对《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 27 条第 3(b)段进行的审查，考虑如何实现这些目标”²⁵。尽管于 1999 年对《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 27 条第 3(b)段进行了审查，但可以指出，还将于 2000 年对整个协定进行审查。

25 《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 27 条第 3(b)段指出：

“各成员还可将以下排除在专利范围之外：

(a) (……)

(b) 除微生物之外的植物和动物，以及除了非生物工艺和微生物工艺之外的生产植物或动物的基本上属于生物性质的工艺。然而，各成员应规定通过专利或有效的特殊制度或二者的任何结合对植物品种进行保护。应在本项世贸组织协定生效四年之后对本分段的规定进行审查。”

62. 《关于与贸易有关的知识产权方面的协定》第 27 条第 3(b)段确定了关于生物所有权的法律框架，因此对土著社区和地方社区的权益具有关键意义。该段当前的措词使土著社区和地方社区在与本国政府进行谈判时具有一定的灵活性，以便争取通过执行符合其文化和传统做法的特殊制度法律来保护本社区的植物资源。根据该段的措词，还可以保护与植物遗传资源和其他遗传资源有关的多样化知识体系。

63. 鉴于正在为寻求保护传统知识的途径和方式进行大量的多机构活动，有强烈的理由来保持第 27 条第 3(b)段的现状，以待人们就如何以最好的方式协调政策、法律和组织机制，以便在国际一级保护与生物多样性有关的传统知识达成共识，并在这种共识中考虑到土著社区和地方社区对这种保护的期望。

E. 世界银行

64. 世界银行于 1999 年 2 月和 3 月期间就知识与发展问题主持了若干次讨论。其中一个论坛专门讨论了土著知识与知识产权问题。人们指出，土著知识是发展进程中一个重要的，但仍然利用不足的资源。尽管已经逐步形成了很多土著知识做法，特别是各种文化和环境中的农业、卫生、环境、习惯法和社会制度方面中的这类做法，但由于西方科学知识的发展和迅速传播，土著知识有可能被淹没或被忽视。人们还对这一趋势表示忧虑：医药和农工业领域的多国公司获取土著知识，对其加以发展并就此获得专利，但不对这些知识原来的拥有者提供补偿。还有人担心，加强知识产权的趋势会损害发展中国家及其管辖范围内的土著社区和地方社区。这种情况不仅适用于已经达成的协定，而且适用于科学和技术在像生物工程和软件开发这样的领域中不断引起的新的问题，这些问题尚且没有为现有的协定所充分涵盖，并可能产生继发影响。因此，必须找到途径来抵消某些这样的使知识日益私有化的趋势，因为这些趋势可能对贫穷的发展中国家和小岛屿发展中国家及其土著社区和地方社区带来不利的影响。
