



CBD



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/7/3
5 July 2011

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

第七次会议

2011 年 10 月 31 日至 11 月 4 日，蒙特利尔
临时议程*项目 6(c)

保护传统知识、创新和做法的特殊制度的组成部分

执行秘书的说明

导 言

1. 在第 X/41 号决定第 4 段中，缔约方大会邀请各缔约方和各本国政府提交关于其已通过的与保护传统知识相关的特殊制度的组成部分的信息，包括对这些措施效果的评估，以及这些措施是着眼于地方、次国家、国家还是区域的，并就为保护同跨界持有的生物多样性相关的传统知识而采取的任何区域性措施提出报告，包括正在或已制定并/或已实施的特殊制度，包括表明这些措施的成效的证据。同一决定的第 6 段请执行秘书汇编并通过信息交换所机制提供这方面的信息。

2. 此外，第 X/41 号决定的第 7 段邀请各缔约方、土著和地方社区和其他相关组织通过个案研究说明对于在保护传统知识、创新和做法方面成文法和习惯法如何相互作用这一问题的看法，并通过《公约》的信息交换所机制传统知识门户网站提供个案研究的结果，并将这些结果提交第 8 (j) 条和相关条款问题工作组第七次会议审议。同一决定的第 8 段请执行秘书参照个案研究和获得的经验更新关于这一题目的说明 (UNEP/CBD/WG8J/6/5)，指出在所提交个案研究方面有哪些变化，供第 8 (j) 条和相关条款问题工作组审议。根据这一要求编制了本文件，以便通过“追踪修改”突出与以往说明的不同之处。所收到意见的汇编也作为资料文件予以提供 (UNEP/CBD/WG8J/7/INF/6)。

*

UNEP/CBD/WG8J/7/1/Rev.1。

为尽可能减少秘书处工作的环境影响和致力于秘书长提出的“不影响气候的联合国”的倡议，本文件印数有限。请各代表携带文件到会，不索取更多副本。

3. 此外, 请各缔约方注意第 X/41 号决定的第 9、10 和 11 段, 这些段落分别提及:

(a) 在各级可能制定、通过或承认的各种有效的特殊制度与实施获取和惠益分享规定有着明显的关系, 必须如第 VII/16 H 号决定所述, 防止滥用和盗用土著和地方社区的传统知识、创新和做法;

(b) 世界知识产权组织(知识产权组织)大会第三十八届会议决定在不妨碍其他论坛已开展工作的情况下继续工作, 并“进行研究案文的谈判, 目的是就一项(或多项)国际法律文书的案文达成共识, 从而确保切实保护遗传资源、传统知识和传统文化表现方式”; 以及

(c) 生物多样性公约在保护土著和地方社区知识创新和做法的特殊制度以及尽早制定具有法律约束力的获取和惠益分享议定书方面进行的工作。

鉴此, 各缔约方在讨论特殊制度(临时议程项目 6 (c))时不妨审议议程项目 6 (a)(修订多年期工作方案任务 7、10、12 和 15), 以确保同目前保护传统知识的特殊制度的工作相协调和确保这些任务继续相互补充和避免重迭和重复。

4. 因此, 本份修订文件的目的是, 借助执行秘书关于保护传统知识、创新和做法的特殊制度的组成部分的说明(UNEP/CBD/WG8J/6/5), 审查进一步的发展情况, 并根据所收到意见确定 12 个组成部分(根据第 VII/16 H 号决定, 附件)的重点。第一节载有从所收到呈件中得出的一些结论; 第二节力求进一步拟订第 VII/16 H 号决定附件所列特殊制度的组成部分并确定其重点。最后, 第三节提出了供工作组审议的关于特殊制度的建议草案。

5. 自澳大利亚和 Natural Justice 收到了关于特殊制度的意见。第一节载有对这些呈件的概要, 这一概要还介绍了第二节所载组成部分的进一步拟订的情况。对收到的关于特殊制度的所有意见进行了汇编, 并以资料文件(UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1)予以公布。

6. 由于没有收到有关组成部分的重点的意见, 各组成部分目前的顺序保持不变。

一. 所收到呈件的概要

7. 自澳大利亚和 Natural Justice 收到的关于特殊制度的意见, 为进一步拟订保护传统知识的特殊制度的组成部分和开展对话提供了有益的基础。

8. 澳大利亚的呈件尤其包括了很多的实例, 说明有效参与和伙伴关系的原则能够为与澳大利亚土著人合作拟订各项方案和项目的清单奠定基础, 这些方案和项目侧重于传统知识的促进和利用。这方面极为重要的是协助代际间转移知识、创新和做法以及协助土著人民保持与“国家”¹的联系的各种方案。澳大利亚的呈件还强调了关于执行特殊制度的国家办法具备灵活性的必要, 以及, 这些制度可以比法律保护更加广泛, 并充分反映第 8(j)条尊重、保护和促进传统知识的各项目的。澳大利亚呈件所提方案和项目的清单表明, 可以进一步扩大当前特殊制度对于在《公约》年内从法律上保护传统知识的重点, 使之包括保存、维持和促进传统知识的特殊制度。

¹ 澳大利亚土著人称其传统领地为其“国家”, 这一点反映在澳大利亚的“珍惜我们的国家”的全国方案中。

9. 澳大利亚是同澳大利亚土著人合作并得到其认可和参与下制订的政府方案的成员之一，除其他外，这些方案以对文化问题敏感的方式支持记录、储存和转让传统生态和文化知识。这些方案包括：

- 致力于为国家工作
- 土著遗产方案（IHP）
- 土著保护区方案
- 国家艺术和工艺界支助方案（NACIS）
- 国家土地和海洋管理大会
- 土著广博方案（IPB）
- 维持土著语文学和记录方案（MILR）
- 土著文化支助方案（ICS）
- 返还土著文化财产方案（RICP）

10. 澳大利亚还根据 1999 年《环境保护和生物多样性保护法》建立了土著问题咨询委员会，向负责可持续性、环境、水、人口和社区问题的部长提供执行《环境保护和生物多样性保护法》的咨询意见，同时顾及土著人民的知识对于管理土地以及保护和可持续利用生物多样性的重要性；并就土著保护区问题提供咨询意见。该委员会还就与该部的角色有关的土著问题向其提供咨询意见，但存在某一法定委员会负责提供这方面咨询意见的情况除外。所收到呈件的汇编（UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1）载有关于这些方案的进一步信息。

11. 澳大利亚 2010-2030 年《生物多样性保护战略》呼吁加强土著人民的参与，并承认他们在澳大利亚的生物多样性保护方面具有重要的作用。土著人民拥有澳大利亚很大一部分土地和水域的所有权，份额并在不断增加，他们同时也是澳大利亚自然环境的传统生态和文化知识的监护人。该战略认为，通过就业、伙伴关系和参与以及促进知识的双向转移加强土著人的参与，不仅能够增加土著人民的机会，而且能够改善生物多样性方面的成果。

12. 根据第 X/41 号决定的第 5 段，澳大利亚还提交了为保护跨界拥有的土著和地方社区生物多样性方面的传统知识、创新和做法的信息，包括正在拟订以及已经拟订和/或实施的特殊制度，包括关于这些措施的成效的证据。具体而言，从 2003 年 7 月 1 日至 2010 年 6 月 30 日，为沙漠知识合作研究中心（DKCRC）提供了资助。在 Ninti One Limited 的领导下，沙漠知识合作研究中心在持续开展工作。而 Ninti One Limited 是新的促进远程经济参与合作研究中心（CRC-REP）和澳大利亚联邦骆驼管理项目的管理公司。

13. 沙漠知识合作研究中心是一所集 28 家伙伴研究人员于一身的研究和中介机构。其研究的重点是为居住在沙漠的人民、社区和我们的伙伴创造具有商业用途的有用成果。各伙伴和有关当事方都从研究的商业化、获得新的知识产权和分享所有沙漠地区共有的广泛知识中受益。沙漠知识合作研究中心为发展以下有利于国家的广泛成果做出了贡献：

(a) 有利于沙漠人民的可持续的生计，这种生计立足于新的自然资源和环境和文化上适当的服务企业机会；

(b) 由于便利了更有吸引力和更加有效地提供的服务的获得，偏远沙漠社区能够更持续地支持沙漠人民的存在；

(c) 立足于独特沙漠知识以及更加自给自足的、蓬勃发展的沙漠经济；

(d) 沙漠人民、其社区和服务机构的更多的社会资本。

更多信息和合作研究中心的产出请查阅：<http://www.desertknowledgecrc.com.au/home>。

14. 沙漠知识合作研究中心提出了一项饶有兴趣的特殊项目，用以将各种知识系统联系起来，给土著人民带来切实的成果，这一项目也符合澳大利亚在特殊制度问题上所提倡的保护之外的广泛的办法。

15. 关于有关保护传统知识的国家法律、立法、政策和方案的第 X/40 B 号决定的第 3 段，澳大利亚所提信息涉及特殊制度的讨论以及各国政府为保护、维护和促进传统知识所采取的广泛办法。2010 年底，Intellectual Property Australia 发起了 The Nanga Mai Arung “梦想盾牌”项目的传统知识保护个案研究。这一电子资料袋建议传统知识的持有者在保护其具有专利或植物育种权的传统知识的各个方面时考虑诸如事先知情同意和分享等问题。“梦想盾牌”是全国土著居民和托雷斯海峡岛民保护设计、品牌和发明的指南。这一指南中有个案研究，包括利用传统知识进一步实现了专利发明的故事。该指南建议传统知识的持有者考虑利用知识产权制度来考虑同保护传统知识（包括事先知情同意、获取和惠益分享以及习惯法）相关的错综复杂的法律和文化问题。澳大利亚提供的例子说明，保护传统知识最好是利用现有的法律安排或法律改革，而不是保护传统知识的特殊制度，或者是先利用现有的法律安排或法律改革。

16. **Natural Justice**（非洲法律问题非政府组织）在呈件中提醒缔约方，最近通过的《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的惠益的名古屋议定书》规定，在履行《议定书》为其规定的义务时，各国政府必须考虑到土著和地方社区的法律、社区议定书和程序，缔约方应努力支持土著和地方社区包括妇女制定有关获取与遗传资源相关的传统知识以及公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益的社区议定书。为此，社区议定书作为保护土著和地方社区的知识、创新和做法的特殊制度得到推广。

17. 因此，社区议定书可被视作保护传统知识的特殊制度，能够提供的惠益包括：向其他方面通报制订了特殊制度；增进保护传统知识的习惯法和成文法之间的相互影响；支持自下而上地执行第 8 (j)条和相关条款多年期工作方案；根据《公约》的第 10 (c)条支持社区领导的对自然资源的保护和习惯性利用，并最终加强社区对于生态系统管理、生态系统服务和保护区的参与。具体而言，对于一些社区里国际一级所承认的生物-文化权利与这些权利同国家执行机构和其他利益攸关方的日常相互作用之间存在差距的情况下，的社区来说，社区议定书是一种有益的工具。

二. 对在制订保护土著和地方社区传统知识、创新和做法特殊制度各组成部分过程中将予以考虑的各组成部分的进一步制订

18. 在第 VIII/5 E 号决定第 4 段中，缔约方大会请第 8(j)条工作组查明第 VII/16 H 号决定附件所列所载特殊制度的优先组成部分。

19. 下文对这些组成部分逐一进行审查，以协助工作组的讨论。

A. 目的、目标和范围

目的

20. 特殊制度的总目的可以是制订一套措施，目的是尊重、保存和促进土著和地方社区体现与保护和可持续利用生物多样性（包括生物及相关遗传资源）有关的传统生活方式的知识、创新和做法²（以下简称“传统知识”），并确保土著和地方社区能够从这些传统知识的利用中获得公平和公正的惠益，与此同时，这种利用系基于他们的事先知情同意。为此，特殊制度和措施可能是广泛的，而且可能不仅仅侧重于保护，而且有其他的侧重点，包括保存和促进。这一目的将确保此种制度能够根据《公约》的授权建立。

21. 更具体而言，特殊制度能够为土著和地方社区提供手段，以便：

- (a) 对获取、披露和利用传统知识进行管理；
- (b) 就获取或披露和利用传统知识的行为行使其事先知情同意；
- (c) 确保他们能够从推广其传统知识、创新和做法中获得公平和公正的惠益；
- (d) 确保继续按惯例利用传统知识、创新和做法，并避免其消极影响。³
- (e) 协助代际间转移传统知识以及传统知识在传统土地和水域得到应用；
- (f) 确保将习惯法所产生义务移交至传统知识的潜在使用者（即通过社区议定书和共同商定的条件）。

22. 特殊制度是基于这样一种认识，即知识和相关资源是集体财产，所以特殊制度可以防止第三方对传统知识提出知识产权要求。特殊制度将对这种一般保护的例外情形做出明确定义，任何同意使用都要依据事先知情同意原则、惠益分享原则、共同商定的条件原则以及受影响社区的习惯法的其他原则。防止第三方对知识提出知识产权要求可以予以延伸，以防止擅自披露、在文化方面冒犯或擅自使用传统知识。

23. 特殊制度也可以在实现《公约》各项目标过程中有助于建立一种明确的、透明的和有效的传统知识保护制度，提高法律确定性和可预见性，从而不仅有利于知识持有人、也有利于整个社会，包括可能作为知识持有人潜在伙伴的各种公司和研究机构在内，共同实现公约的目的。通过促进提高透明度和效率，特殊制度将以降低地方和土著社区的交易成本为目的，以便保护其传统知识或将其用于商业或非商业之目的。

24. 可持续发展和减缓贫穷也是特殊制度可能产生的副效益。制度尤其会提高土著和地方社区获得资本的能力，从而有利于在传统社区内建立商业企业。如果选择促进可持续发展，则特殊制度在促进可持续发展的同时也需要对保护传统知识的目标与促进利用传统知识的目标进行仔细权衡，特别是当它涉及到保护和可持续利用的时候。

25. 最后，考虑到传统知识的整体性质和需要尊重其文化背景，特殊制度不应要求分离和隔离传统知识的不同组成部分，而是应采取系统和全面的措施。

² 从阿根廷收到的意见。

³ UNEP/CBD/WG8J/3/7。

目标

26. 特殊制度的总体目标应具全盘性质，能够采取全面办法考虑所涉社区的需要和关切。这些目标应该通过有实际意义的磋商方式向有关社区传达，并应在制订过程中采纳磋商结果。特殊制度在国家和/或国际层面的一个重要目标可能就是根据土著习惯法的有关原则为支持地方保护制度制定框架和/或指南。

27. 特殊制度可：

- (a) 根据情况需要，认可和注册土著和地方社区作为传统知识持有人对这些传统知识的所有权；
- (b) 对获取、披露和使用传统知识的行为进行控制；
- (c) 对一切使用传统知识的行为行使要求得到自由的事先知情同意并制定共同商定条件的权利；
- (d) 提高传统知识使用者对于习惯法产生的义务的意识；
- (e) 排除第三方不当使用的现象；
- (f) 确保他们从推广知识过程中产生公平和公正的惠益；
- (g) 在国际和国家各级政府以及在有关习惯法范围建立保护机制；
- (h) 从广义上而言，将重点放在传统知识的保存和促进上，因此，为保护传统知识作出间接的贡献。

28. 最后，保存、保护和促进传统知识的特殊制度可以承认保护传统知识与确保土著和地方社区对其传统上占有或使用的土地和水源的占有权和/或使用权之间的重要联系。

范围

29. 特殊制度的范围应考虑土著和地方社区的集体性质及其对资源利用和管理的全局性做法，包括其对地方环境的思想意识和关系。要想特殊制度起到有效作用，可能需要在地方、国家和国际各级采取各种措施。地方措施最好能够严格地依据有关土著和地方社区的相关习惯法来采取，并且要有有关土著和地方社区的充分和有效的参与及其事先知情同意。事实上，从传统上来讲，可能已经有通过习惯法进行的特殊保护，但是这些措施需要国家的正式承认，也需要支持来确保它们的有效性和连续性。社区议定书有可能成为将习惯法变成可以被传统知识的潜在使用者所理解的义务的一种工具，相关土著和地方社区应该发展这种议定书，重点是在妇女上。因此，国家和国际措施应该具有比较普遍的性质，并且提供最佳做法指南，或提供一个承认和支持地方措施的框架。必须说明的是，在实践中，无论其范围有多广，任何单一的国际、区域或国家总括性特殊制度都不可能包含传统知识在其原始文化环境及其相关习惯法意义上的一切特征和全部环境，也不可能完全包括世界土著和地方社区的文化和法律多样性。因此，特殊保护要在性质上具有地方色彩，但要得到国家和国际框架和/或指南（这些框架和指南可能设立最低标准）的支持，这一点极其重要。

30. 传统知识包括三个方面：文化方面（它反映社区的文化和价值观）、时间方面（它经历了代代相传，并慢慢适应了现实情况的不断变化）和空间方面（它涉及到社区拥有的

领土或与其传统上占有或使用的土地和水域之间的关系）。所有这三个方面都需要在各级予以确认和保护，这样特殊制度才能够起到有效作用。

31. 另外，就范围而言，必须在传统知识和《公约》各项目标的背景下看待土著和地方社区呼吁承认其习惯法的要求。土著和地方社区不是要求一古脑地全面采用习惯法，也不是要遵从过去的做法，而是要求尊重和承认当今习惯法中与传统知识有关的具体内容。

B. 澄清与生物和遗传资源有关传统知识的所有权

32. 在制订特殊制度时，有必要澄清土著和地方社区对其传统知识拥有的所有权利和权益。除了澄清社区对其知识拥有的权利和权益之外，特殊制度还需要进一步澄清与社区传统知识相关的遗传资源以及与传统知识相关的领土。制度确定与传统知识相关的权利和义务以及相关的资源和相关土地和水域的方式，将会影响如何执行事先和知情同意及相互共享惠益原则。

33. 传统知识属于土著和地方社区的集体财产和文化遗产的这种事实表明，传统知识当中的所有权权利应该属于社区所有，而不是归属个人所有，虽然个人或具体家庭可能是代表集体的“保管人”。因此，处理这种保管关系的措施应该符合有关土著或地方社区的相关习惯法的规定。

34. 地方一级的特殊制度必须建立在有关社区的相关习惯法的基础之上。对于社区内部权利和权益的归属而言，习惯法的重要性尤其关键。无论是在国家一级，还是在国际一级，为保护和公平分享传统知识惠益而采取的一切措施都应当尊重社区关于允许个人在社区内外使用传统知识组成部分以及与所有权、惠益权利等有关的各种问题的习惯和传统。

35. 如果某些生物和遗传资源及相关传统知识出现了跨边界的情况，或者发生在同一国家不同土著和地方社区，则对共享知识和资源的所有权应被视为共同拥有，并且应该根据各自社区的惯常做法获得所有有关各方的同意。之后可以协调开展对传统知识的研究和开发，利润应根据有关习惯法公平分配。

C. 一套相关的定义

36. 工作组第五次会议审议了经修订的定义，并注意到 UNEP/CBD/WG8J/5/INF/15 号文件附件一所载与第 8(j)条有关的术语表草案，并考虑到对所提供的定义的意见汇编，同时还考虑到在制定有关遗传资源获取和惠益分享国际制度的现行工作，注意到需要在公约和国际制度中始终保持用语的统一。为根据第 VII/16 H 号决定第 4 段的要求，协助工作组推动术语表的编制和同一决定附件所要求的一套定义，同时鉴于《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的惠益的名古屋议定书》的通过和顾及第 8 (j) 条多年期工作方案的任务 12，⁴ 本文件的附件刊登了术语表草案。

⁴ 任务 12。工作组制定一套准则来帮助各缔约方和各区政府酌情制定关于实施第 8(j) 条及其相关条款的法律或其他机制（其中包括特殊制度），并在国际、区域和国家各级界定第 8(j) 条和相关条款中的有关关键术语和概念，确认、保障和充分保证土著和地方社区根据《公约》对于其传统知识创新和做法的权利。

D. 认可有关生物多样性保护和可持续利用的习惯法有关下列方面的组成部分：(a)土著/传统/地方知识的习惯权；(b)关于生物资源的习惯权；和(c)关于获取和同意使用传统知识、生物和遗传资源的习惯程序

37. 土著和地方社区习惯法一般适用于社区生活和个人生活的所有方面，保护和可持续发展⁵伦理对土著和地方社区习惯法与生物多样性之间的相互影响常常起指导作用。鉴于习惯法对于土著和地方社区的重要意义，这些法律体系必须成为一切保护传统知识的特殊制度的主要构架。基于习惯法并由土著和地方社区本身制订的社区议定书，有可能为向传统知识的使用者说明习惯法和由习惯法所产生的义务提供一种途径，因而为社区提供管理传统知识的获取和确保公平分享惠益提供一种有效的工具。

38. 在特殊制度内部，习惯法的各项总体原则可以作为建立各种机制（包括主动机制和防御机制）的依据，也可以作为加强习惯资源管理、治理制度和文化价值观的依据。这可以为加强和保管核心传统价值观提供一种手段，同时能够使社区拥有应对和适用不断变化的各种情况、机遇和威胁的灵活性。确立共同的原则可以使建立起来的各种国家框架能够对社区各级特殊制度的制订和/或认可起到指导作用。

39. 在国家一级，如何认可习惯法，或更确切来讲，如何认可与保护和可持续利用生物多样性有关的习惯法的各项原则可能会因国家法律的不同而不同，并且可能会取决于国家宪法制度、履行国内条约义务以及批准国际和区域条约承诺等情况。

土著/传统/地方知识中的习惯权

40. 一般国际法对知识产权的理解往往与土著和地方社区对传统知识中各项权利的理解不一致。社区一级传统知识在习惯规则下起作用，而当知识被放入外部制度之中时，这种环境就没有了。知识产权的目的是对某些知识进行商品化/商业化，而这通常不是传统知识中习惯权利目的的一部分。例如，权利“排他性”的思想可能与习惯法中应该如何对待知识和资源的理念发生冲突。

41. 对于许多土著和地方社区而言，传统知识不仅与权利联系在一起，而且也与义务联系在一起。例如，在习惯法的大多数部分中，知识的代代相传都是老一代的重要义务。同样，青年一代也有准备接受这种知识的义务。在许多情况下，青年必须努力赢得接受这种知识的权利。在有些情况下，如果老年人认为青年人不会以尊重的方式利用这些知识，则老年人可能不愿意与其他人充分分享他们的知识，即使在其社区内部也是如此。

42. 另外，根据习惯法，一般对与知识有关的权利和义务没有时间限制。往往也没有明确的发明创造知识和永久失传的概念。

关于生物资源的习惯权

43. 虽然习惯法系中有个人权利和义务，但权利和责任一般均由集体拥有。获取、使用和维持传统知识的过程是由相关社区的独特文化和精神价值观及信仰确定。很多传统知识的持有者认为自然世界的每个部分都有神灵存在，而且知识就是从这些神灵或神的身上获得。精神价值观和信仰与有关生物资源权利义务的习惯法密切关联，或在这些习惯法中有

⁵ 土著和地方社区往往将社区的安康和福祉视作可持续发展。

所表述。因此，最令社区不能接受的滥用可能是在文化和精神方面，而不是经济方面。

44. 涉及使用生物资源的习惯做法往往受到特定的制裁措施、道德守则和伦理规范的指引，有助于确保个人遵守特殊制度。例如，这些制裁措施和规范可包括打破传统法律则会引起疾病或灾难这样的信仰，而这些疾病和灾难则被看作是个人行为不端的证据。

45. 与生物资源有关的习惯法各项原则具有强烈的精神特征，并且与可持续性和公平性相关的信仰体系密切关联。它们往往是基于尊重自然或大地母亲、社会公平与和谐以及为了公共利益的基本价值观。许多习惯法系都有促进公共利益的法律，国际环境和发展学会对其中一些法律进行了讨论。其中包括：

(a) 互惠，系指索取必须给予同等回报。它包含了公平原则，并为人与人之间以及人与地球之间的协商和交流提供了基础；

(b) 二重性，系指任何事情都有相反的一面进行补充，这意味着行为不能有个人主义。这影响到人与自然和人与人之间的交流；

(c) 均衡，系指自然与社会当中的平衡与和谐。⁶

3. 适用于获取和同意使用传统知识、生物和遗传资源的习惯程序

46. 事先知情同意原则以及共同商定的条件和公平惠益分享是许多习惯法系中提出的概念。

47. 与现行的知识产权不同，传统知识和资源不是个别人拥有的，而是由个别人保管的。某些知识仅限于个别人或个别地方掌握，或只用于精神意义很强的场合。其他知识可能会更加开放和广泛分享。拥有知识一般不是在个别和可分割的财产意义上的拥有。拥有知识往往更多地与责任、尊重以及义务等概念而不是与权利联系在一起。

48. 有些知识和资源可以共享和进行商业利用，但与其利用有关的规则由集体来决定，并且往往具体涉及到社区的文化氛围和信仰。

49. 使用知识和资源的权利往往不是永久性的，而是以履行义务为条件。如果不履行义务，则使用知识的权利可能会被取消。许多社区也认为，未经适当仪式擅自使用传统知识可能会导致造物主撤回知识和资源。有些社区认为，知识的持有者对第三方擅自使用传统知识负有最终责任，知识持有者和/或犯罪者也可能会受到其习惯法的惩罚。

50. 上文提到的均衡原则产生了几个相关的、适用于获取和利用生物资源的一般原则和概念。例如：

(a) 惠益、商品和服务应该根据需求、能力、责任和贡献和/或努力大小，公平和按比例分配，并且用于指导公平决策；

(b) 数量多少是基于对相对能力、需求和努力的认可，它对参与机会分配、惠益分配、农业生物多样性的保护和管理以及公正解决冲突的决策起指导作用；

(c) 公正分享是人、家庭或机构之间公正分配某种商品或服务所依据的分配方式，重点强调按需分配，例如，肉营养成分更高的部位可能会提供给老年人、儿童或体弱

⁶ 参见国际环境和发展学会（环发学会）UNEP/CBD/WG8J/4/INF/17号资料文件。

者；

(d) 根据习惯追求人与自然之间的和谐；确立尊重自然和生物资源（最低限度地改变自然和生物资源）的义务；尊重习俗所决定的公正和必要的东西，但允许创新，只要它们尊重和适应社区的用法和习惯并且本身不违背自然。

51. 双重性的共同原则有一个精神特征，那就是基于这样一种理解，即世界及其组成部分是由完全相反但也相互补充且至关重要的两部分组成。在这方面，例如，许多社区可能认为对生物多样性进行保护和管理的责任起源于这样一种理解：（一）大地为阴性元素；（二）水为阳性元素；（三）水使大地肥沃，所以生物资源是这种关系的结果，并且必须关心、保护和充分管理这些元素。凡不理解这一点的人都会在其与自然的交往过程中遇到严重困难。

52. 在审议适用于获取和同意使用生物资源的习惯程序时，《努纳武特野生动植物法》为审议提供了一个有用实例。《努纳武特野生动植物法》罗列了与生物多样性有关的最重要的因纽特人习惯法原则。虽然这些原则是因纽特人具体的习惯做法，但可看作代表了在世界各地其他特殊制度中也存在的原则类型。

- (a) 有决策权的人必须为了其对之负有责任的人民之利益行使决策权；
- (b) 维护和管理义务需要由不属于其所有的人来履行；
- (c) 希望解决重要问题或任何利益分歧的人必须相互尊重并以有意义的方式就这些问题进行讨论，要记住一个人保持沉默未必就意味着其同意；
- (d) 技能必须在实践经验中得到提高和保持；
- (e) 人们必须为实现一个共同目的而和谐合作；
- (f) 人类是环境的管理者，对待大自然中的一切必须通盘考虑，尊重大自然，因为人类、野生动植物和生境都相互关联，每个人对待其他事物的一切行动和意图都会产生或好或不好的结果；
- (g) 创新和灵活性很宝贵，有能力利用手边所有一切随时实现某种目的或解决某种问题也很宝贵；
- (h) 被社区公认为具有某方面渊博知识的人被尊称为老师；
- (i) 猎人只应该按照其需求猎取必要的猎物，不应浪费其猎获的野生动物；
- (j) 即使为获取食物和其他目的而猎获野生动物，也要禁止对其怀有恶意；
- (k) 猎人在猎获动物的时候应该避免造成野生动物遭受不必要的痛苦；
- (l) 野生动物和生境不是财产，所以猎人应该避免对其猎获的野生动物或其猎获野生动物的所在地区产生纠纷；以及
- (m) 对待所有野生动植物应该尊重。

53. 习惯法可能包括其他共同原则，⁷如（但不仅限于）：

⁷ 阿根廷提出的意见。

(a) **相互承认:** 利用生物和遗传资源的惠益是以承认（尊重）自然为条件的，要有这样一种理念，即自然是由一群活的生物组成的，土著和地方社区认为他们是大自然的一个组成部分，这就是他们为什么在自然内行动，而不是脱离其组成部分的原因。

(b) **尽量不破坏:** 行为准则之一是在使用时尽量不要造成破坏或痛苦，这一准则基于生存于自然界之中的生物们之间的相互依赖性。

(c) **避免浪费:** 特殊制度往往不鼓励贪婪、浪费和过度利用；例如，可能鼓励“按需索取”的原则，并可能有额外的禁止，如禁止猎杀过于年幼或怀孕的动物；

(d) **保护神圣物种:** 某些动植物物种在当地信仰系统中被看作是神圣的；在这样的情况下，禁止砍伐或收获这些树木和植物或猎杀这些动物，或仅限于某些知识持有者可这样做；

(e) **对未来的展望:** 这种展望是基于为子孙后代考虑。它是基于生命循环的观点，按此观点，每一个生命的生长和死亡是一种生命循环，并且有其循环周期和作用。

E. 适用于有关遗传资源并与保护和可持续利用生物多样性相关的传统知识、创新和做法的事先知情同意、共同商定条件和公平分享惠益的程序及各种要求

事先知情同意

54. 缔约方大会在其第 V/16 号决定的附件中通过的生物多样性公约第 8(j)条和相关条款的工作方案中说明总的原则是“获取土著和地方社区的传统知识、创新和做法，必须得到此种知识、创新和做法的持有者的事先知情同意或事先知情认可”。这表明，事先知情同意可以被视为国家在获取土著和地方社区的传统知识、创新和做法方面应该保证的一个强制程序。指导实现事先知情同意整体程序的一条基本原则应该是“机会均等”，这应该被理解为，包括土著和地方社区在内的所有各方都应该有获取财政、人力和物质资源的同等机会。

55. 在联合国土著问题常设论坛的推动下，自由、事先和知情的同意方法论和土著民族问题国际讲习班在 2005 年 1 月对事先知情同意机制的各种组成部分进行审议（参见 E/C.19/2005/3 号文件），它概括了事先和知情同意的共识的主要组成部分。⁸这些组成部分可以有助于为制定事先知情同意程序提供指导，制定事先知情同意程序应该让有关社区充分和有效参与进去。有关社区应该向有关方通报关于参与上述程序的程序、时限和参与者情况。还有一点必须注意，这一程序需要考虑地方规则和习惯，从而避免出现一刀切的事先知情同意程序，后者可能会带来许多危险。

共同商定的条件

56. 《关于获得遗传资源和公正、公平地分享其利用所产生的惠益的波恩准则》为共同商定的条件（MAT）及达成共同商定的条件协议的潜在合同参数规定了基本要求，并且提供了一个共同商定的条件的清单。保护传统知识的特殊制度可以以《波恩准则》为基

⁸ 参见在联合国土著问题常设论坛推动下举行的自由、事先和知情的同意方法论和土著民族问题国际讲习班的报告（E/C.19/2005/3）。

础，同时确保一切准则都能够适当体现有关习惯法以及适当的土著和地方社区的关切。

公平分享惠益

57. 对于所有希望能够顺利保护和促进传统知识利用的特殊制度而言，公平分享惠益机制和程序都是极其重要的。由传统知识商业利用产生的惠益应该与其知识被利用的社区一起公平和公正分享。能够从获取传统知识中预期的惠益在性质上属于两类：货币惠益和非货币惠益。《波恩准则》的附录二载有一份关于货币惠益和非货币惠益的清单。尽管不是专门按照土著和地方社区作为生物资源及相关知识提供者的需求量身定制的，但所列出的许多惠益在许多情况下仍是恰当的。

58. 考虑到直接向土著和地方社区支付货币惠益（如共享利润或权利金）在有些情况可能不恰当或不充分，故应当考虑其他形式的惠益。事实上，获取协议中或许最有益的措施可能是能力建设、技术转让、免费授予已开发产品或工艺的许可、共同研究、发展地方工业和培训等非货币惠益。在考虑公平分享惠益的组成方式时应该考虑的一个重要问题是考虑所涉传统知识（及相关资源）的经济价值。根据具体行业的需求、知识和资源的可供性、是否有对长期供应的需求以及知识的用途的不同，传统知识的经济价值可能存在极大差异。

59. 传统知识在保护、可持续利用和维护生态系统服务的价值以及对维护生物和遗传多样性的贡献、及其由此产生的更大作用及对全人类的贡献也应该在惠益安排中予以充分考虑。在国际一级，《波恩准则》为处理关于公平分享因利用遗传资源及相关传统知识、创新和做法而引起的惠益问题提供了一个商定的依据。因此，在制订保护遗传资源相关传统知识的特殊制度时应该考虑《波恩准则》的有关条款。

60. 为了在所收到呈件的基础上对于特殊制度的组成部分做一些优先排序，可确定事先知情同意和共同商定条件为特殊制度架构的基石。特别是，共同商定条件可确保考虑到根据习惯法所产生的义务，而无需披露习惯法制度或将其法则化。

F. 传统知识持有者的权利及授予权利的条件

传统知识持有者的权利

61. 在许多土著和地方社区，虽然传统知识的所有权可能由社区共同拥有，但所有权仍然可能会以保管人、管理人等个人职责的形式出现。当涉及到谁有权获取资源或允许他人获取知识和资源时，情况尤其如此。因此，社区内部对知识拥有的权利和职责可能因人而异。有些知识也可能是由若干社区共同拥有的，但在重要性方面可能会存在差别，因此也会致使它们拥有不同的权利和利益。

授予权利的条件

62. 授予权利的条件可能包括：

- (a) 总体要求，
- (b) 将得到保护的传统知识的种类，
- (c) 保密条件，

(d) 新颖性、独创性、公有领域和保护的相关问题清晰明确。

63. 特殊制度可能会承认对所有传统知识（或许在某种传统知识内部）固有的权利，或者确定被保护主体需要在目录、收集库、汇编或数据库等中记录并整理归档。鉴于许多土著和地方社区的口头传统及特殊制度应承认习惯法的目标，以及将所有传统知识整理归档的难度，特别是在贫穷、缺乏能力、接触主流社会的机会有限或不想将其知识整理归档的社区，承认传统知识相关固有的权利似乎可能是一种比较公平的选择。在这种情况下，只要知识存在就产生权利。

64. 特殊制度还需要处理已经进入公有领域（按照现有定义、或根据具体针对这些问题及土著和地方社区价值观而修改后的新定义）的传统知识的地位问题，要注意，在习惯法系中，“公有领域”不是一个通用概念，可能无法与这些法系和谐共存。

65. 在当前的知识产权法中，不能为属于公有领域内的传统知识授予知识产权。但是许多土著和地方社区认为属于公有领域内的传统知识仍是土著和地方社区的财产，并因此应要求在使用前获得事先知情同意。例如，在属于“公有领域”内的与遗传资源有关的传统知识和“可公开提供的”这种知识之间有关键的区别。在很多情况下，公有领域这个用语（用于表明可免费提供）往往脱离了其背景，被用于可公开提供的与遗传资源有关的传统知识。对于可公开提供的常规理解并不意味着可免费提供。对于公开提供的常规理解可能意味着有设立共同商定条件（例如使用付费）这一前提条件。人们往往将传统知识划入公有领域，因此一旦获得即可免费提供，并将其剥离其特定的文化背景并加以传播。但是不能想当然地以为公开提供的、与遗传资源有关的传统知识没有主人。在公开提供的概念下，仍适用应尽责查明知识持有者，并仍可要求从可确定的传统知识持有人那里得到事先知情同意，并运用惠益分享的有关规定，包括在早先提供的事先知情同意的用途发生变化的情况下。当无法查明知识持有人时，仍然可由例如国家确定受益人。传统知识背景下公有领域这一用词可能需要重新措辞，改为更准确一些的“公开提供”。

66. 如果决定有必要限制特殊制度所保护的传统知识的范围，则有一系列的潜在组成部分可能会被明确列入保护范围或被排除在保护范围之外。这些组成部分包括：

- (a) 与特定社区文化特性的表现形式有关联的传统知识组成部分；
- (b) 易受商业利用影响的组成部分；
- (c) 对学术用途有用的组成部分；
- (d) 仍然保留了“传统”的传统知识组成部分，意思是，与可能已经丧失了与产生知识的社区之间联系的传统知识比较起来，这些传统知识仍然保留了与社区的内在关联性（这种区分应由社区本身进行）；⁹
- (e) 可用于促进环境可持续做法、保护等方面的组成部分等。

67. 创立将不容易被商业利用的传统知识排除在外的特殊制度是可能的。通过限制传统知识的范围，履约和执行成本将会减少。但有商业效用和没有商业效用的传统知识之间的

⁹ 不过它们可能会受到其他形式知识产权的保护。例如，某些形式的手工艺很大程度上被工业化和现代化，因此失去其传统特征，并因此不再具有作为文化特性组成部分的作用。这些手工艺可能会在工业设计制度中受到保护，因为它们已经从本质上成为消费产品。

分类可能会与传统知识的整体特性相违背。

68. 特殊制度可以规定，在传统知识的目录、收集库、汇编或简单来讲，数据库中所包含的主体均自动受到保护。但是，若要求受保护的传统知识必须要记录整理在册，将会遗漏大量传统知识，并且会违背许多土著和地方社区保管知识的传统和方式，包括创新和做法在内。

69. 如果社区没有兴趣或不愿意将其传统知识整理归档，也可以用其他办法来创建无需法律形式的保护制度。换句话说，只要传统知识的组成部分不管用何种形式被公布出来之日起，即可得到保护。但这种办法可能会引起实用性方面的问题，如在执行方面出现的取证困难。

70. 有两种可能的办法来处理权利如何丧失的问题。一种办法是建立无限期的保护制度。这种办法涉及到传统知识的代代相传和逐渐增长的性质，并且承认一旦这种保护制度建立起来，其商业应用可能需要极长的时间。但如果传统知识的保护制度是因为商业利用的初步行为（例如，从涉及传统知识的被保护成分第一次商业利用行为起算的 50 年期间，这一期限可以连续延展若干个周期）而建立起来的，则可能会有一个预定的截止日期，只要该期限仅适用于有商业/工业应用的传统知识组成部分，并且这些成分能够在不损害其完整性的情况下从数据库的整个内容中脱离出来。

G. 特殊制度赋予的权利

71. 特殊制度承认传统知识持有者可能拥有的权利可包括：

- (a) 只要知识存在就永久持有的不可剥夺的权利；
- (b) 在商业利用过程中转让和许可传统知识各项权利的权利；
- (c) 防止对任何一种传统知识的复制、利用或剥削；
- (d) 对与传统知识相关的生物文化遗产所有组成部分的权利 — 包括对生物多样性、习惯法、文化和精神价值以及由土著和地方社区传统上占有或使用的土地和水域
- (e) 对被认可属于“公有领域”的知识具有不同权利系列的可能性；
- (f) 向后代传递信息以及与知识相关的各种权利的权利。

72. 特殊制度赋予的一些权利可能与已经过修改以便更好反映传统知识性质的知识产权类似。为了更好满足传统知识持有者的需求而可能对知识产权文书进行的修改可以包括以集体形式向知识产权登记部门申请专利注册的权利，如果社区想这么做的话。

73. 在澄清所赋予的权利时，有一点必须要考虑到，那就是在考虑保护传统知识的新特殊制度时如何需将之置于更广泛的政策和法律环境之中，并吸收来自各种相关领域的法律概念和法学原理，包括与知识产权有关的以及与知识产权无关的法律概念和法学原理，例如，公平、不当得利、盗用名誉、人权、环境权利、民事权利等概念。

74. 特殊制度中承认的传统知识权利应该保障个人、家庭和邻近社区之间自由和公平交流资源，如果这本身属于受影响社区习惯法的一部分。如果做法得当，资源的自由交流有助于确保土著和地方社区的生存与生活，并且有利于生物多样性的保护和可持续利用及对传统知识的维护。对于许多社区而言，有关种子的分享义务特别强。分享能够确保获取新

的种子和知识，这对维持非市场化、而主要依赖生物多样性的自给自足经济极其重要。

75. 如果社区希望，特殊制度也可以将那些为了社区利益和根据传统价值观而限制持有者对传统知识的权利的习惯法内容纳入其中，例如，确保适当使用这种知识、为社区谋福利并且使用方式符合传统价值观的道德守则。其中可包括确保医学知识只传给那些承诺致力于明智和恰当利用这种知识的人的规则。特殊制度可以将土著和地方社区保护生物多样性的规则和做法纳入其中，例如，可持续收割、限制或禁止采伐树木或脆弱物种，以及往往对不遵守保护规范者实施的制裁。

H. 用于保护和保存土著/地方知识的土著/地方知识/制度的登记制度

76. 传统知识的登记制度可能需要按照地方、国家和国际各级加以区分。任何注册传统知识的地方制度都需要与习惯法保持一致。这将对注册体制的设计、管理和决策起到参考作用。支配权仍然保留在社区一级似乎较好，否则许多社区可能因为担心失去对利用传统知识的支配权而不会注册他们的知识。任何国家登记库都应该将习惯法的一般性原则纳入其中，并且还需要由土著和地方社区的代表进行利用和管理。可以设立一个考虑到习惯法商定共同原则的国际登记库，以便解决领土之外和/或跨边界的各种问题。而且，这种结构也应该让土著和地方社区充分和有效地参与其中，并应由土著和地方社区进行管理。

77. 除了有助于防止擅自使用社区知识，社区登记制度还可以保护以多种形式出现的传统知识，包括：语言、精神信仰和做法、传统歌曲和舞蹈以及口述历史。它还能够防止有关利用在文化方面具有重要意义的动植物及传统土地管理做法的知识失传。有些数据可以内部使用，而有些数据则可以作为一般非专有信息予以提供。

78. 世界各地已经通过各种社区建立了各种传统知识登记库或数据库。它们一般都是由各社区为了自己的利益而汇编而成。人们发现，这些登记库或数据对于组织知识以便更好地保护和提高社区资源管理水平有好处。现有数据库和登记库在保护目标及如何运作方面存在很大差异：其主要目的是保护和传播此种材料以便进一步推广使用，或是力求保护和限制对它的使用。现有数据库/登记库的目的包括：

- (a) 通过记录和整理归档，维护和保存传统知识；
- (b) 通过提供有关在先工艺的证据而防止不当取得知识产权；
- (c) 提高社区对传统知识价值观的认识；
- (d) 鼓励长期保护和促进自然资源及其相关传统知识；
- (e) 以收费方式向有兴趣获得登记库中可用信息的有关方提供信息；
- (f) 作为法律制度的组成部分，用于主张对传统知识的知识产权（例如，用于保护土著和地方知识的国家特殊制度）。

79. 虽然在某些情况下数据库和登记库在保护传统知识方面可起到一定作用，但这些数据库和登记库只是有效保护传统知识的一种措施，建立这些数据库和登记库应该出于自愿，而不应成为保护的前提要求，并且在建立时应征得有关土著和地方社区的事先知情同意。如果土著和地方社区决定利用这种数据库和登记库，则需要为土著和地方社区建立和维护上述数据库和登记库筹集资金和开展能力建设。

80. 登记库或数据库将会在处理专利申请时为承认在先工艺提供便利，从而防止擅自盗用在先工艺。但是，如果传统知识属于保密信息，则如果不采取充分的保护措施，将它收录到登记库或数据库中可能为擅自盗用这种知识提供便利。在这方面，有必要进一步研究如何在登记制度内部处理保密问题。

81. 关于登记库的进一步情况可参见 UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9 号文件，第一阶段一修订本—综合报告—“评估为支持保护和利用传统知识所采取措施和倡议取得的成功，包括作为保护传统知识、创新和做法的措施的登记库的利弊”。关于登记库报告的摘要还可参见 UNEP/CBD/WG8J/4/4 号文件，《关于土著和地方社区在保护和可持续利用生物多样性方面的知识、创新和做法的现状和趋势的经修订的第一和第二阶段综合报告的执行摘要》。

82. 此外，世界知识产权组织正与包括生物多样性公约秘书处在内的其他有关机构合作开发传统知识工具箱，以期为土著和地方社区是否记录整理其传统知识（包括记录整理可能带来的效益和威胁）作出知情判断提供所需信息。知识产权组织这一工具箱摘要见：
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_5-annex1.doc。

I. 保护传统知识和惠益分享安排相关程序/行政事项的主管机关

83. 管理程序和行政事项的国家主管机关应该确保本国国内的土著和地方社区获得均衡的代表权。同样，鉴于可能需要有地方和国家各级的特殊制度，所以也有必要设立完全由社区运作的地方主管机关。这表明社区与负责保护制度的各级政府之间需要有充分的联络渠道。土著组织加上充分的基础设施可以发挥这种作用。尽管主管机关是在国家或国以下各级组建的，但基础仍然是社区一级。虽然这样的组织成立阶段可能需要财政支持，但后来可以自我维持，即通过惠益分享的方式。地方土著主管当局还可制订社区议定书和其他工具以协助管理传统知识以及传统知识潜在使用者提出的要求。

84. 主管机关可以起以下几种或全部职能：

- (a) 处理有关获取传统生物多样性相关知识的请求；
- (b) 方便获得土著和地方社区对于获取的事先知情同意；
- (c) 建立和维护登记库；
- (d) 确保在社区内部公平分配因利用传统知识及相关生物资源而产生的惠益；
- (e) 对为了维护和支配因利用传统知识而产生的收入而设立的一切托管财产进行管理（如果有这种必要）；
- (f) 与作为管理获取遗传资源和惠益分享问题的国家制度一部分而设立的任何国家主管机关保持联络；
- (g) 与有关知识产权部门保持联络；
- (h) 在地方社区呈交反对意见时向其提供法律援助；
- (i) 确保传统知识在适当的时候和适当的地方被纳入国内各级发展计划，如发展计划设计、执行、监督和评价，以便提高项目影响力、效率和可持续性；

- (j) 帮助将现有社区机构和适当的土著技术纳入特殊制度，以便增强社区能力，提高成本效益和可持续性；
- (k) 确保将传统知识列入环境影响评估；
- (l) 通过以下方式促进传统知识利用和进一步发展，例如：
 - (一) 向拥有传统知识的社区提供支助；
 - (二) 促进在传统知识基础上进行创新；
 - (三) 为了公共利益（如保护和可持续利用）促进知识、创新和做法；
 - (四) 促进传统知识持有者之间对传统知识的交流和共享；
 - (五) 加强传统知识与其他知识体系之间的互动；
- (m) 鼓励对传统知识相关问题开展研究并让传统知识持有者参与研究；
- (n) 鼓励传统知识传播及社区获取知识；
- (o) 促进横向学习，以便减少社区之间的相互隔离，并通过共享最佳做法和为共同问题找到最佳解决方案的方式降低学习成本；
- (p) 确保适当遵守事先知情同意机制；
- (q) 促进利用传统知识发展经济，或者至少为那些对与其知识相关的商业机会感兴趣的社区与其他经济开发和能力建设机构牵线搭桥，因此，社区发展是关键。鉴于土著社区一般都离不开他们的土地，所以这一点特别重要。必须促进其在传统领地内的经济机会。否则，社区会感觉到被迫迁移，从而侵蚀他们的文化特性；
- (r) 制订社区议定书，对事先知情同意和共同商定的条件作出规定，以此作为管理传统知识和此种知识的潜在使用者的工具。

J. 关于执法和补救措施的条款

85. 如果没有有效而快捷的补救措施防止擅自使用传统知识，那么对它的保护就起不到作用。应该根据习惯法各项原则制定执法和补救措施，并且还应该通过强大的机构和法律程序予以支持。

86. 特殊制度项下的补救措施可以得到其他法域项下损害补救措施的补充。这些损害包括：

- (a) 广告法中关于防止歪曲事实的真实性要求（如美国的《印第安人艺术和工艺法》）；
- (b) 盗用传统知识的侵权行为，可以针对擅自、不当或非法以财产原有用途以外的其他目的使用财产的行为寻求补救措施；
- (c) 将擅自获取或使用传统知识定为犯罪行为。

87. 传统知识的持有者在执行其权利方面可能会遇到实际困难，如举证难、适当补救的程序复杂或需要有关于传统知识和习惯法的专业意识。这就产生了一种潜在需要，那就是

通过一个专门负责处理所有擅自盗用传统知识问题的机制或机构对传统知识中的各项权利进行管理。这个机构或机制可以包括行政和司法审核程序，以及可以授权和执行守法及补救措施的法庭。

88. 可能需要进一步考虑的其他因素还涉及到这样一种可能性，即土著或地方社区的个别成员、或声称对知识拥有独占权利而实际上与另一社区共享知识的社区可能擅自盗用或滥用知识。

K. 与包括国际法在内的其他法律的关系，

国家一级

89. 执行有效的特殊制度可能需要加强那些负责土地可持续利用和管理生物多样性及相关知识的地方机构。这可能会涉及到承认土著和地方社区对生物多样性及传统知识拥有的习惯权、利用资源的权利，并且还要加强他们行使上述各项权利的能力。最后，加强地方机构的能力还需要有充分的手段来执行各项权利和补救措施。在这方面，得到充分的机构和法律支助的有效特殊制度可能需要在国家和国际两个级别上的法律和政策的若干领域进行法律改革。

90. 为了使保护传统知识的特殊制度有效地定位于比较广泛的政策和法律环境之中，它们可能需要吸收来自各种相关领域的法律概念和法学原理，包括与知识产权相关以及非知识产权的法律概念和法学原理，例如：

- (a) 不公平竞争、不当得利、盗用他人名誉和商誉；
- (b) 承认公平利益和对集体利益的表述，例如，与自然资源相关的利益；
- (c) 道德权利，特别是诚信和归属等权利；
- (d) 人权，特别是经济、文化和社会权利；
- (e) 与传统文化相关的所有权和保管权的概念；
- (f) 对文化和文化材料的保存；
- (g) 环境保护，包括生物多样性保护；
- (h) 各种法系当中的道德和公共秩序的概念；和
- (i) 定义和承认农民权利的各种措施。

91. 为了确定知识产权法在多大程度上可以与实现传统知识相关的国家目标和政策问题联系起来，世界知识产权组织就能否采取一项措施将特殊制度与其他国家法律协调起来的问题进行了讨论。¹⁰如果有相关点，然后再确定如何利用现有知识产权法。并确定哪些非知识产权工具、方案和措施也可以用于实现这些目标。如果确定了差距所在，然后修改知识产权法和制订特殊措施、法律和制度来补充现有知识产权和非知识产权工具，弥补差距，应对传统文化表现形式的具体特征。采取实际措施，确保现有及新的措施和法律能够

¹⁰ 参见世界知识产权组织文件“传统知识保护政策的目标与核心原则的概述”，(WIPO/GRTKF/IC/7/5)。

方便预期受益人了解和使用（例如，提供法律咨询、为诉讼案件提供资金、成立适当的机构为权利管理和执法提供帮助）。

92. 但是，考虑国内法律和措施不只为了防止矛盾，还应该将其视作执行特殊保护制度的潜在促进因素。例如，国家海岸警卫队可以协助社区监督海洋资源的使用情况；边界和港口管理当局可以帮助确定某些物种是否出口。同样，将特殊保护制度与国家立法的一般职能结合起来可能是有益的。必须确保在土著和地方社区与主管机关之间建立充分的联络渠道。

国际一级

93. 在国际一级，特殊制度需要与包括环境法、人权法和相关知识产权法在内的国际义务统一起来。到目前为止，保护传统知识的特殊制度都是在国家或区域一级建立起来的。由于传统知识与知识产权一样属于无形资产，容易被传播和复制，如果没有法律保护，可以毫无障碍地跨越国家边界。只有当传统知识脱离其传统环境并传播到完全不同的管辖区域或在其中加以使用时，一般才会引起关切。另外，如果传统知识出现在多个国家，则制订国家特殊制度可能无法为其提供充分保护。因此，有必要考虑如何才能实现国际社会共同认可国家制度下或通过某个国际框架赋予的特殊权利。因此，这样的多边框架才是确保所有利益有关方受到保护所需的。为了解决这个问题，可以考虑建立一个国际特殊框架以设定最低标准。

三. 关于特殊制度今后工作的建议草案

缔约方大会，

1. 决定 扩大和扩展关于特殊制度的对话，使之包括除了传统知识的保护之外，可能具有更广泛重点或多个重点的制度，包括传统知识的保存和促进；

2. 邀请 各缔约方、各本国政府、国际组织、非政府组织和土著和地方社区向秘书处通报在广泛的特殊制度方面的有助于尊重、保存、保护和促进传统知识的经验和意见，包括社区议定书和其他形式的法律改革，并请执行秘书加以汇编和分析，并对现文件作出修改，供第 8 (j)条和相关条款工作组第八次会议审议；

3. 邀请 各缔约方和各本国政府在《名古屋议定书》通过的情况下，报告为保护同跨界持有的同生物多样性相关的土著和地方社区的传统知识、创新和做法所采取的任何区域性措施，包括正在制订或业已制订和/或执行的特殊制度，包括有关这些措施的成效的证据，并请执行秘书汇编和分析所收到信息，并在现行文件的修订中列入关于区域性措施的新的一节，供第 8 (j)条和相关条款工作组第八次会议审议；

3. 敦促 各缔约方和各本国政府支持和鼓励土著和地方社区制订保护传统知识的特殊制度，包括制订社区议定书，并发展国家网络，同时顾及执行秘书说明（UNEP/CBD/WG8J/7/3）第二节所述特殊制度的组成部分，以便支持这些地方性举措，并通过国家报告进程和通过传统知识信息门户以及向第 8 (j)条和相关条款工作组第八次会议报告这些举措；

4. 邀请各缔约方考虑根据第 VII/16 H 号决定第 4 段制订的术语和定义，同时顾及《名古屋议定书》的通过和第 8 (j)条多年期工作方案的任务 12，¹¹并向执行秘书提交意见，包括可以写入的补充术语和定义，并请执行秘书汇编这些意见，以及根据所收到信息对术语和定义加以修订，包括所提议的补充术语和定义，并就术语表草案提出建议，供第 8 (j)条和相关条款工作组第八次会议审议；

5. 请执行秘书继续向世界知识产权组织的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通报就特殊制度和其他共同更新的问题而开展的工作，并继续积极地为政府间委员会的工作作出贡献。

¹¹ 任务 12。工作组制定一套准则来帮助各缔约方和各国政府酌情制定关于实施第 8(j)条及其相关条款的法律或其他机制（其中可包括特殊制度），并在国际、区域和国家各级界定第 8(j)条和相关条款中的有关关键术语和概念，确认、保障和充分保证土著和地方社区根据《公约》对于其传统知识创新和做法的权利。

附件

第 8(j) 条和相关条款的一套相关定义/术语表

1. 以下定义草案整理自包括以下方面的来源：联合国土著问题常设论坛、世界知识产权组织、国际研究所（国际环境与发展研究所）、科楚-阿依马拉自然与可持续发展协会（ANDES，秘鲁）、多波亚拉基金会（巴拿马）、巴拿马大学、Ecoserve（印度）、土著农耕制度中心（印度）、草药和民间文学中心（印度）、中国科学院农业政策研究所（中国）、南方环境和农业政策研究所（肯尼亚）、太平洋岛屿国家保护传统知识和文化表现形式区域框架、肯尼亚森林研究所以及《非洲保护地方社区、农民和育种者权利和调节获得生物资源机会示范法》。

传统知识的应用/使用/利用：为上述目的制造、使用、出售、销售或进口受保护的传统产品的行为，或在受保护的对象是一个进程的情况下，使用这些进程的行为以及为上述目的使用、出售、销售或进口至少通过传统进程直接得到的产品的行为。

生物勘探：为商业或其他目的而对生物资源开展科学的研究。生物勘探还可包括研究与生物资源有关的传统知识。

生物文化遗产：土著和当地社区的知识、创新和做法，往往为集体持有并同土著和当地社区历来占据和使用的传统资源和土地及水域有不可分割的联系；包括基因、品种、物种和生态系统的多样性；文化和精神价值观；及在社区社会生态环境下形成的习惯法。通过强调集体权利而不是个人权利，并将生物多样性同文化联系在一起，这一概念反映了许多土著和当地社区的整体性方式。这一概念还同知识作为“遗产”而不是“财产”相连，从而反映了监护关系和跨越代际的特点。

文化遗产（有形和无形）：土著和当地社区文化遗产的实体和/或非实体表现，包括但不限于文化景观、遗址、房屋、和具有考古、建筑、历史、宗教、精神、文化、生态或美学价值或意义的遗迹、人类遗体、歌曲、舞蹈、艺术表现、故事和历史。

习惯法：得到所涉群体传统上认可并继续认可和接受、成为法律要求或必须遵守的行为守则并从而取得类似于法律地位的文字和/或非文字（包括口头传统）规则、用途、习俗、做法和信仰。

得到认可的有关保护和可持续利用生物多样性的习惯法的组成部分包括：

- (一) 有关土著/传统/当地知识的习惯权利；
- (二) 有关生物资源的习惯权（传统资源权）；以及
- (三) 管理获取和同意使用传统知识、生物和遗传资源的习惯程序。

生物资源的习惯使用：根据当地传统和习惯法使用，同时允许创新。

创新：在传统知识特殊制度的背景下，创新应理解为经过传统过滤的创新。换句话说，传统应起到为创新进行过滤的作用，即创新和创造应在传统和文化的框架内进行。

[为进一步探讨对创新的这一定义,请参阅非洲示范法:“通过修改或修订任何生物材料或有关方面的价值或进程、或利用其特质,产生新的、或改进现有的、集体和/或累计知识或技术,无论这些材料或价值或进程是否得到整理、记录、以口头、书面形式或其他任何形式存在。”¹²

随着这一概念在特殊制度下得到进一步完善,将有必要考虑这一术语同改进或发明的概念之间的关系。还需要审议特殊制度是否包括来自传统知识的创新或传统知识产权制度是否包括传统知识的创新。]

事先知情同意:为国家政府,或根据情况,土著或当地社区提供所有所需信息,由其决定允许或拒绝根据平等、尊重和公平补偿的共同商定条件,获取其生物资源和传统知识、创新和做法的程序。¹³

保护区:被指定或受到管制和管理用于实现具体保护目标的特定地理区域。

研究:包括但不限于收集和/或分析土著和当地社区有关保护和可持续利用生物多样性的知识、创新和做法的信息、数据和/统计数据。

圣地:由国家政府或土著和当地社区持有、根据土著获当地社区习俗鉴于其宗教和/或精神意义从而具有特别重要性的场所、物品、建筑、地区或自然特征或自然地域。

神圣物种:由土著和当地社区持有、根据传统和/或习俗鉴于其宗教和/或精神意义从而具有特别重要性的植物或动物。

传统知识:体现传统生活方式的土著和当地社区有关保护和可持续利用生物多样性的知识、创新和做法。

传统所有者:根据某群体、部落或社区的习惯法和做法,得到该群体、部落或社区人民认可,委托由其作为文化表现形式的监护人或保护人的群体、部落或社区或人群或个人。

传统资源:由土著和当地社区历来使用,具有生物、精神、审美、文化和经济价值的有形或无形的资产。

传统领地:土著和地方社区传统占有或使用的土地和水域。

¹² 《非洲保护地方社区、农民和育种者权利和调节获得生物资源机会示范法》,第二章,定义和范围,第4页。

¹³ 参见土著问题常设论坛主办的有关自由、事先和知情同意方法与土著人民国际研讨会报告(E/C.19/2005/3)。