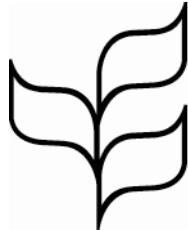




CBD



生物多样性公约

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

第八次会议

2013 年 10 月 7 日至 11 日，蒙特利尔

临时议程* 项目 4(c)

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/8/4/Rev.2
23 September 2013

CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

任务 7、10 和 12 如何能对《公约》及其《名古屋议定书》作出最大贡献

经修订的执行秘书的说明

导言

1. 2000 年，在第 V/16 号决定（第 8(j)条和相关条款）中，缔约方大会认识到需要尊重、保存和保持土著和地方社区的传统，¹ 注意到需要从长远观点出发处理关于实施《生物多样性公约》第 8(j)条和相关条款的工作方案。² 在该决定中，缔约方大会核可了关于实施《生物多样性公约》第 8(j)条和相关条款的工作方案（工作方案）。³ 工作方案列出了围绕 7 个构成部分的 17 项任务，包括公平分享惠益（构成部分 4）、监测部分（构成部分 6）和法律部分（构成部分 7）。该工作方案的目的是在《公约》框架内促进第 8(j)条和相关条款在地方、国家、区域和国际各级得到公正实施，以确保土著和地方社区全面和有效地参与其实施工作的所有阶段和层面。

2. 缔约方大会第十一届会议在关于经修订的多年期工作方案任务 7、10 和 12 的第 XI/14 C 号决定中，注意到与第 8(j)条有关的“最新事态发展”，包括：其第十届会议通过《遗

* UNEP/CBD/WG8J/8/1。

¹ “传统知识”指的是“土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践。”《生物多样性公约》，第 8(j)条。

² 第 V/16 号决定，UNEP/CBD/COP/5/23 前言。《公约》第 8(j)条规定“每一缔约国应尽可能并酌情：(j) 依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和实践而获得的惠益……。”

³ 第 V/16 号决定，UNEP/CBD/COP/5/23。

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。

传资源的获取以及对遗传资源的利用所产生惠益公平公正分享问题名古屋议定书》，⁴修订的《2011-2020 年生物多样性战略计划》⁵和《确保尊重土著和地方社区文化和知识遗产的特加里瓦伊埃里道德行为守则》；⁶其他相关国际机构，尤其是世界知识产权组织（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、联合国土著问题常设论坛和联合国教育、科学及文化组织（教科文组织）正在开展的工作。

3. 在这方面的其他重要进展包括，2007 年《联合国土著人民权利宣言》获得通过、⁷2006 年教科文组织《保护非物质文化遗产公约》（《非物质文化遗产公约》）生效，⁸以及 2004 年《粮食和农业植物遗传资源国际条约》生效。

4. 缔约方大会决定推动实施经第 X/43 号决定修订的关于实施《生物多样性公约》第 8(j) 条和相关条款的多年期工作方案（经修订的工作方案）的任务 7（构成部分 4 的一部分）、10（构成部分 6 的一部分）和 12（构成部分 7 的一部分）。在第 XI/14 C 号决定第 2 段，缔约方大会请执行秘书在资金允许的情况下，并酌情顾及相关机构的工作，委托就任务 7、10 和 12 分别进行三项调查研究，以明确落实这些任务如何能够对《公约》及其《名古屋议定书》的工作作出更大贡献。在第 3 段，邀请各缔约方、各国政府、相关国际组织以及土著和地方社区提交关于这些研究草案的意见。

5. 为了在可用资金范围内开展工作，并且避免工作重叠与重复，促进各项任务之间的协调一致，同时考虑到当前在特殊制度以及术语和定义方面的工作，执行秘书委托就这三项任务开展一项独立研究。鉴于以上所述最新事态发展，并且自从 2000 年缔约方大会核可《工作方案》以来已经过去了十多年，因此，这项研究为重新审查这些任务并以互补性更强的方式安排必须开展的工作提供了机会。

6. 2013 年 6 月 12 日至 7 月 12 日期间，以在线审查的形式登载了该研究的草案。针对执行秘书提交文件的初步请求（2013 年 4 月/5 月），在第一轮的文件提交过程中，收到了以下方面有关增列内容和修订的评论和建议：澳大利亚、巴西、中国、欧盟及其成员国、土著和地方社区组织及非政府组织（UNEP/CBBD/WG8J/8/INF/6）。在针对 2013 年 7 月报告草案收到的第二类文件提交过程中，收到了以下方面的意见：孟加拉国、巴西、印度、立陶宛（得到了欧盟成员国的支持）政府，以及世界知识产权组织（知识产权组织）和加拿大第一国民议会（UNEP/CBBD/WG8J/8/INF/6/Add.1）。这些评论已纳入专家研究的定稿，该定稿已作为 UNEP/CBD/WG8J/8/INF/5 号文件印发。

7. 对任务 7、10 和 12 的独立研究将最大限度地提高效率，因为这三项任务之间存在大量重叠，并且与第 8(j) 条和相关条款问题工作组下其他正在进行的工作也存在大量重叠。任务 12 广泛呼吁第 8(j) 条和相关条款问题工作组制定一套准则，以便帮助各缔约方和各

⁴ 第 X/1 号决定，附件。

⁵ 第 X/2 号决定，附件。

⁶ 第 X/42 号决定，附件。

⁷ 2007 年 9 月 13 日。

⁸ 2003 年，参见 <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=en&pg=00006>。

国政府制定关于实施第 8(j)条和相关条款的法律和其他机制（例如，国家行动计划）。⁹任务 12 明确阐明，这些机制可能包括特殊制度。

8. 任务 7 和 10 都呼吁采取在逻辑上属于任务 12 广义范畴内的具体行动。任务 7 呼吁工作组制定关于立法等适当行动的准则，以确保除其他事项外：(a) 土著和地方社区公平和公正地分享由使用和运用其知识、创新和做法而产生的惠益，以及(b)对使用此种知识感兴趣的机构获得土著和地方社区的“事先知情同意”。^{10、11}任务 10 指导工作组制定关于报告和预防非法占有传统知识和相关遗产资源的标准。¹²从逻辑上来说，任务 7 和 10 之下要求的工作可以成为次级任务，需要在制定关于实施第 8(j)条和相关条款国家机制的任务 12 时加以研究。

9. 在此方面，对任务的审查表明，在这些任务规定下的工作可分为三个主要类别，为推动《公约》和《名古屋议定书》的各项目标作出最大贡献：

- (a) 防止非法占有/盗用或擅自获取传统知识；
- (b) 确保土著和地方社区在传统知识、创新和做法方面必须获得其事先知情同意或批准的权利；以及
- (c) 确保地方和传统社区公平和公正地分享到由使用和运用其传统知识、创新和做法而产生的惠益。¹³

10. 如果工作组将这三种类别或目标作为优先事项加以重点关注的话，可能会有助于实现目标 7、10 和 12 的联合任务授权，为实现《2011-2020 年生物多样性战略计划》部分目标，尤其是关于传统知识的爱知目标 18 和关于《名古屋议定书》的爱知目标 16 作出最大贡献。

11. 专家研究考虑到相关工作以及在各个领域目前已经开展的工作，侧重于上文讨论的三个目标，试图为帮助工作组找到一条程序性、互补性的前进道路提供建议。报告提出了实现剩余次级目标的方式，包括进一步确定（传统知识）原产国以及在其境内使用此种知识的各缔约方和各国政府的义务（任务 7 下）和主要术语和概念（任务 12 下）。在这三项任务中，每一项都属于特殊制度的框架范围内，因此保护、保存和促进传统知识的特殊方

⁹ 任务 12 具体规定如下：“工作组制定一套准则来帮助各缔约方和各政府酌情制定关于实施第 8(j)条和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主要术语和概念，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实践的权利。”

¹⁰ 以下缔约方大会决定对关于第 8(j)条和相关条款的工作方案（第 V/16 号决定，附件）规定原文的解释是，“按照事先知情同意”，对传统知识的获取“应经过知情同意或事先知情核准”（第 VI/10 号决定，包括《阿格维古准则》中的第 VII/16 号决定、第 VIII/5 号决定和第 IX/13 号决定）。

¹¹ 任务 7 表明“根据任务 1、2 和 4，工作组制定关于建立机制、制定立法或拟定其他适当行动的准则，以确保：(一) 土著和地方社区公平和公正地分享由使用和运用其知识、创新和实践而产生的惠益；(二) 对使用此种知识、创新和实践感兴趣的私人机构和公共机构获得土著和地方社区的事先知情同意；(三) 进一步确定原产国以及使用此种知识、创新和实践及其有关遗传资源的缔约方和国家政府的义务。”

¹² 任务 10 规定“特设工作组制定关于报告和预防非法占有传统知识和相关遗传资源的标准和准则。”

¹³ 本报告还将涉及任务 7（进一步确定原产国在其境内使用传统知识的义务）和任务 12（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主要术语和概念，保障土著和地方社区对其传统知识的权利）的剩余部分。

法是在每一个类别背景下加以审议的，而不是作为一个单独问题进行审议。这一方法还可以帮助协调统一第 8(j)条和相关条款问题工作组在保护、保存和促进传统知识特殊制度方面正在进行的工作。

12. 本文件借鉴了经修订的专家研究和在同行审议期间收到的意见和文件，第一节概述了传统知识和特殊保护，帮助将任务 7、10 和 12 规定的工作融入背景。第二节建议工作组侧重于几个可能的目标，从而在任务 7、10 和 12 方面取得进展，包括在关于任务 7 和 12 下（规定的）剩余行动的第二节 D 分节。¹⁴ 第三节提供了部分结论，第四节提供了部分可能的结论草案供工作组审议。各缔约方不妨将建议草案作为框架使用，按照需求酌情从专家研究中引入其他构成部分。

一. 传统知识和特殊制度

特殊制度和任务 7、10 和 12

13. “特殊”一词为拉丁语，表示“自成一类”，用来指具有独特基础，无法作为整体的一部分的概念或想法。在法律中，该术语用来指法律分类中由于其独特性或者产生的特殊权利或资格而独树一帜的独立类别。

14. 正如关于经修订的多年期工作方案任务 7、10 和 12 的执行秘书的说明（UNEP/CBD/WG8J/7/4）¹⁵所述，特殊制度可被视为实现任务 7、10 和 12 的一种手段，“因为任务 7 的目标是确保土著和地方社区在事先知情同意的基础之上并且按照双方同意的公平和公正惠益分享条件获得公平和公正分享利用其传统知识所产生的惠益。”特殊制度是建立在对土著和地方社区的知识和相关资源为集体财产的认可之上，因此特殊制度可以防止第三方声称对传统知识具有知识产权。上文提到的类别或目标在许多当前法律制度范围之外，但是可能属于特殊制度的范围内，因为它们会成为土著和地方社区采取以下行动的手段：

- (a) 控制对其知识、创新和做法（称为传统知识）的获取、披露和使用；
- (b) 对于传统知识的获取、披露和使用，实行共同事先知情同意/核准；
- (c) 确保公平和公正地分享到由使用和运用其传统知识、创新和做法而产生的惠益；
- (d) 确保继续习惯性地使用传统知识、创新和做法，避免由此产生的不利影响；
- (e) 通过习惯性的可持续使用，帮助对传统知识及其在传统土地和水域的应用进行代际传播和传统交流；

¹⁴ 工作组制定关于建立机制、制定立法或拟定其他适当行动的准则，以确保进一步确定原产国以及在其境内使用此种知识、创新和实践及其有关遗传资源的缔约方和国家政府的义务，并且确定第 8(j)条和相关条款的相关主要术语和概念的定义。

¹⁵ UNEP/CBD/WG8J/7/4，第 11 段。

(f) 确保由习惯法产生的义务传播给传统知识的潜在使用者（即通过社区协议或进程以及共同商定的条款）。¹⁶

15. 另一种保护传统知识的方法涉及使用或适应现有的知识产权制度。《与贸易有关的知识产权协议》《知识产权协议》包括可能与这个问题有关的知识产权的若干领域，包括通过专利、版权和商标保护发明。一些国家¹⁷已成功地对版权和专利法案进行了改革，努力将保护范围扩大到传统知识，并且避免可能会触及土著和地方社区利益的版权或专利保护范围的扩大。

16. 但是，传统知识很难适应现有的知识产权系统，因为传统知识并不适合于管辖版权、专利、商标和设计等常规知识产权制度的保护要求。¹⁸ 传统的知识产权系统以四个关键假设为基础：

(a) 有可能清楚地查明知识的所有者或创建者；

(b) 有可能明确地区分“新”知识与“旧”知识；

(c) 创建“新”知识的人主要是受今后获得奖励可能性的驱使，并愿意与社会分享其知识以换取此类奖励；以及

(d) 知识产权为“新”知识的创建者提供充分奖励，方法是保障他们对此类知识的专门、有时限的使用，作为与社会分享知识的交换。

17. 但是，传统知识不符合知识产权制度的所有四项关键的基础假设，¹⁹理由是：

(a) 传统知识为社区集体所有，在许多情况下广为分享，因此很难确定唯一所有者；²⁰

(b) 从总体来说，传统知识通常并非传统意义上的“被拥有”，而是根据习惯规范和法律为集体所有、创建并分享；²¹

¹⁶ 制定保护传统知识、创新和实践特殊制度的组成部分，以确定优先组成部分，第 21 段，UNEP/CBD/WG8J/7/3。

¹⁷ 例如，澳大利亚和新西兰。

¹⁸ 见 Oguamanam, Chidi，《传统知识集锦：实现知识产权的跨文化对话》，澳大利亚知识产权杂志 15:1（2004 年），第 35 页（阐明使传统知识遵守传统知识产权制度违反了这样一个事实，即实际上所有文化都具有其自己的知识保护行为准则）。

¹⁹ “知识产权和遗产资源、传统知识和传统文化表现形式”，见 http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf。

²⁰ 《特加里瓦伊埃里道德行为守则》第 13 段规定“资源和知识可能属于集体或个人拥有”。（着重强调）但是，当传统知识属于个别拥有时，对特殊制度的需求就变得没有实际意义。这是因为标准的知识产权框架可以至少在部分程度上涉及个别拥有的传统知识。

²¹ 这并不是说传统知识所有权的概念在土著和地方社区完全不存在。相反，生物文化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。“土著和地方社区知识、创新和实践的现状和趋势：登记册的优势与局限性综合报告”，Preston Hardison 编写（Hardison 报告）（UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9）。

(c) 在许多情况下传统知识是一个整体,²²并且有机发展，因此很难区分“新”知识和“旧”知识。

(d) 传统知识在整体上与生活方式相关——其发展并不受获得个人奖励的可能性驱使，相反，它是为满足社区需求而发展的；以及

(e) 传统知识的分享和交流建立并连接社区，关于使用传统知识的规则并不是建立在“所有权权利”而是“管理职责或义务”之上的。

(f) 土著和地方社区认为其使用知识的权利不可剥夺，并且永远保留这一权利造福子孙后代。

(g) 传统知识通常在社会环境下代代相传，传承给争取到获取知识的权利以及随之而来的义务的接受者。

18. 因此，在知识产权法律下很难确保对传统知识的保护，这主要是因为传统知识通常并不符合现有知识产权法下的保护要求。例如，为了满足保护的条件，知识产权必须是新的、原创的、创新的或独特的。而传统知识通常为集体拥有，代代相传，并且（可能）在公共领域对外公开或讨论，这些要求使得传统知识很难获得知识产权保护。传统的知识产权保护的局限性通常并不会显现出来，直到其被应用到传统知识方面。还必须回顾，即使世界知识产权组织（知识产权组织）内部进行了多年审议和讨论，仍然没有对传统知识的定义达成一致。

19. 知识产权组织当前建议的传统知识“有效定义”规定如下：

作为对主题的宽泛描述，“传统知识”一般包括传统社区（包括土著和地方社区）的知识的、非物质的文化遗产、实践和知识系统（广义或引申的传统知识）。换言之，广义上的传统知识包括知识本身以及传统文化表现形式的内容，包括与传统知识有关的标记和符号。

在国际辩论中，狭义的“传统知识”指的是尤其是传统背景下智力活动产生的知识，包括专门知识、实践、技能和创新。传统知识存在于各种背景之下，其中包括：农业知识、科学知识、技术知识、生态知识、医学知识，包括药物和疗法，以及与生物多样性有关的知识等。²³

20. 执行秘书为第 8(j)条和相关条款问题工作组编写的一份报告（UNEP/CBD/WG8J/5/6）²⁴ 阐述了传统知识具有文化方面、时间方面和空间方面。传统知识的文化方面反映社区的

²² “土著和地方社区知识、创新和实践的现状和趋势：登记册的优势与局限性综合报告”，Preston Hardison 编写（Hardison 报告）（UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9）。

²³ WIPO/GRTKF/IC/25/INF/7（关于知识产权和遗传资源、传统知识和传统文化表现形式的主要术语的知识产权词汇表），可查阅 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=237902。

²⁴ 制订保护传统知识、创新和实践特殊制度各组成部分以查明优先组成部分(UNEP/CBD/WG8J/5/6)，第 4 页，可查阅 [http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8\(j\)-05/official/wg8\(j\)-05-06-en.pdf](http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8(j)-05/official/wg8(j)-05-06-en.pdf)。

文化和价值观，时间方面指的是代代相传，并根据不断变化的现实情况进行缓慢调整，空间方面涉及到社区拥有的领土或其传统上占有或使用的土地和水域之间的关系。

21. 除此之外，传统知识的性质即文化遗产²⁵的性质，确保其由集体拥有并受习惯法管辖。容易用在其他类别知识的所有权概念并不能完全适用于传统知识，即使在某些情况下，传统知识为社区中的个人保管，但其仍属于集体拥有。

22. 当涉及到不可替代的性质时，传统知识与其他类别知识的区别最为明显。²⁶传统知识植根于社区内部，在很多方面与社区的独有特性息息相关。²⁷社区对传统知识的使用通常 是明确具体的，并且伴随着习惯法。传统知识的这种不可替代的性质限制了其市场可转让性，从而与能够不受任何限制自由使用与买卖的其他类别知识区分开来。²⁸例如，某些传统的神圣符号，如面具、雕刻和图画等，尽管为供应旅游市场而进行大量生产，但是当购买者以亵渎该符号的方式使用时，必然会激起崇拜该符号的社区的愤怒。

23. 传统知识不是因为其历史悠久而“具有传统性”，而是在于其与“社区”身份之间的联系。²⁹传统知识是动态的，“社区”或“社区联系”是通过传播和发展集体所有的知识而建立和确定起来的。保护传统知识不同于保存传统知识，原因在于前者要求的是通过社区集体使用与分享的方法，保护现存并不断发展的事物。³⁰因此，保护传统知识的本质在于保护共同的生活方式，以及最有可能通过习惯性地可持续使用，来运用这类知识。这一概念是第 8(j)条的基础，第 8(j)条的任务是尊重、保存、维持和促进土著和地方社区**体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和做法**。因此，从本质上来说，第 8(j)条致力于保护和鼓励（与保护和可持续利用生物多样性有关的）传统生活方式。因此，在采取关于传统知识保护的任何行动之前，必须在《生物多样性公约》下提出的政策问题是：保护传统知识的努力如何证实体现此类传统知识的社区生活方式？

二. 工作组关于任务 7、10 和 12 的可能目标

A. 目标 1：报告和预防非法占有传统知识及相关遗传资源（任务 10）

24. 《公约》第 8(j)条呼吁缔约方“尊重、保存、维持和推广³¹土著和地方社区的知识、创新和做法”。《名古屋议定书》在其序言部分回顾了“《公约》第 8(j)条的相关

²⁵ 巴西：第二项，第 15 段：“作为文化遗产的传统知识”。作为一个例子，可以提及，根据巴西立法（MP 2186-16，第 8 条，第 2 款），与遗产资源有关的传统知识是巴西文化遗产的一部分，须进行登记。英文版巴西立法见以下网址：http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/mp2186i.pdf。

²⁶ Radin, Margaret Jane (1987 年) “市场不可分割”，《哈佛法律评论》第 100 卷，第 8 页：1849-1937 年——可替代性是个体单位能够相互替换的货物或商品的性质，这类货物或商品包括原油、公司股份、债券、贵金属或货币。

²⁷ 例如，《名古屋议定书》在前言中承认传统知识和遗产资源不可分割。

²⁸ UNEP/CBD/WG8J/6/2/Add.3 号文件（“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。”）。

²⁹ UNEP/CBD/WG8J/6/2/Add.3 号文件（“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。”）

³⁰ Hyde, Lewis, 《礼物：想象和财产的情感生命》，兰登书屋，纽约，1983 年。

³¹ 经知识持有人同意且在其参与下进行推广。

性，因为它不仅涉及到与遗传资源相关的传统知识，并且涉及到由利用传统知识所产生惠益的公平和公正分享”。《名古屋议定书》第 5 条第 5 款规定，缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以便与拥有此种知识的土著和地方社区公平和公正地分享因利用与遗传资源相关的传统知识而产生的惠益。

25. 通过制定任务 10 所要求的“报告和预防非法占有传统知识及相关遗传资源的标准和准则”，工作组将会促进在《公约》之下开展工作，因为报告和预防非法占有传统知识将有助于尊重、保护、保存和维持土著和地方社区的知识、创新和做法，并且有助于鼓励在基于知识持有人同意或核准的情况下推广此种知识。它还将促进在《名古屋议定书》之下开展工作，因为它将有助于确保与土著和地方社区公平和公正地分享因利用与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益，并且还有可能促进监测³²传统知识的使用情况。作为初始问题，任务 10 有可能会引起某些混淆，因为其涉及到“传统知识和相关遗传资源”。

《公约》和《名古屋议定书》都未使用这个特定术语。《公约》中使用的术语是“体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和做法”（第 8(j)条），而《名古屋议定书》中使用的术语含义更狭窄一些，将传统知识限于“与遗传资源相关的传统知识”。³³建议工作组决定任务 10 在此方面的工作重点。仔细阅读任务 10 的语言表述，术语“遗传资源”被限定为（与传统知识有关的资源），而术语“传统知识”则不然。因此，还建议工作组将任务 10 广泛运用于《公约》第 8(j)条所述类别，即与生物多样性的保护和持续利用相关的知识，因为遗传资源问题现由《名古屋议定书》处理。

26. 另外，还应该指出，《公约》和《名古屋议定书》都未对术语“非法占有”作出定义。世界知识产权组织知识产权和遗传资源、传统知识和民间传说问题政府间委员会正在审议以下有关盗用遗传资源的定义：³⁴

“盗用”系指未经[有权给予[此种]同意者][主管当局][根据[原产地国或提供国]国内立法]给予对此种[取得][利用]的[自由][事先知情]同意，[取得][利用]遗传资源[和][或]相关传统知识。³⁵

27. 到目前为止，工作组尚未解决“非法占有”的定义问题。它认识到，定义这一术语可能会引起争议，³⁶并且可能对不同的缔约方以及在不同的国情中产生不同的后果。若某种行为属于“非法”，则表明这种行为违反了国内法律，或者违反了在国内执行的国际法。谨建议缔约方考虑“盗用”或“擅自获取”等已在知识产权组织和自然保护联盟得到一定认可的替代术语。换句话说，工作组对可能构成非法占有的参数进行讨论可能会有帮助，或许可将事先知情同意的概念作为讨论的重点。定义此种参数可能有助于说明任务 10 的范围。因此，建议工作组就一致采用与这些任务有关的术语做出决定，特别是按照

³² 注意到关于“监测遗传资源的利用情况”的第 17 条。

³³ 《公约》和《名古屋议定书》之间的这种差异已经在 UNEP/CBD/WG8J/7/4 号文件（经修订的多年期工作方案的任务 7、10 和 12）中得到默示确认。

³⁴ 它还审议了与普通传统知识有关的定义，见 WIPO/GRTKF/IC/7/5（保护传统知识：政策目标和核心原则概述）。

³⁵ WIPO/GRTKF/IC/23/WWW/230222（与知识产权和遗传资源有关的合并文件 Rev. 2）。WIPO/GRTKF/IC/25/INF/7（关于知识产权和遗传资源、传统知识和传统文化表现形式的主要术语的知识产权词汇表）也对有关盗用的概念进行了讨论。

³⁶ UNEP/CBD/WGABS/4/INF/6（对有关“擅自获取和盗用遗传资源及相关传统知识”主张的分析）（以下简称“自然保护联盟关于盗用的研究”）。

任务 10，还要考虑是否有必要制定“非法占有”的共同理解，或者或许可以用“盗用”³⁷或“擅自获取”传统知识替代该术语，以便促进任务 10 的落实。但是改为领域术语也可能需要就替代术语形成共同的理解。

28. 作为一个实际问题，对非法占有传统知识进行及时和准确的报告是预防此种非法占有的一个至关重要的方面。但是，正如《自然保护联盟关于盗用的研究》所指出的那样，“获得信息的初始进程说明了一个关于获取与惠益分享的更普遍的问题—可能找到关于获取与惠益分享问题以及遗传资源的信息的方式。”《自然保护联盟关于盗用的研究》介绍了在获取非法占有相关信息方面的困难，它指出：“如果没有关于盗用的特定主张，可能就无法找到它。”³⁸

29. 现在，没有一个集中机制可供土著和地方社区报告有关非法占有传统知识的情况。因此，建议工作组考虑设立一个国际机制和/或多个国家机制对于土著和地方社区能够报告潜在非法占有传统知识的有效性。土著和地方社区往往不知道已经发生非法占有行为的现实是工作组需要考虑的一个问题。不管怎么样，它可能仍然对土著和地方社区拥有一个报告非法占有的方式有用，或许可以通过《生物多样性公约》的传统知识门户网站，或者通过其他机制。缔约方可国家一级设想一种类似的机制。这些机制至少能够协助监测传统知识的使用（或滥用）情况，且至多可以包括履约机制或阻碍擅自获取传统知识。

30. 就预防非法占有传统知识而言，2010 年《特加里瓦伊埃里道德行为守则》（UNEP/CBD/COP/DEC/X/42 号文件，附件）特别重要。正如在《特加里瓦伊埃里道德行为守则》中所说的那样，“土著和地方社区集体或以其他方式捍卫其物质和非物质文化和知识遗产的权利应该得到尊重。”³⁹ 这与爱知目标 18 保持一致，该目标要求到 2020 年之前在所有相关级别上尊重传统知识，并且还要协助执行《联合国土著人民权利宣言》，其中认识到“尊重土著知识、文化和传统做法有助于环境的可持续和公平发展及适当管理”（序言）以及第 31.1 条规定：

土著人民拥有维持、控制、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化表现形式以及显示其科学、技术和文化包括人类和遗传资源、种子、药物、动植物特性知识、口头传统、文学、设计、体育和传统运动以及视觉和表演艺术的权利。他们还拥有维持、控制、保护和发展其对此种文化遗产、传统知识及传统文化表现形式的知识产权的权利。

31. 确保尊重、保护、保存和推广土著和地方社区的传统知识的一个重要内容是防止非法占有此种知识。工作组已经认为，“盗用可能是一种文化和精神行为，而不仅仅是一种经济行为，在大多数社区，侵占都是一种犯罪行为”，因为“精神价值观和信仰或者与有关生物资源权利义务的习惯法律密切相关，或者在这些法律有所表述。”⁴⁰

³⁷ 注意到知识产权组织尚未商定“盗用”这一术语的工作定义。

³⁸ 《自然保护联盟青年研究》。

³⁹ 《特加里瓦伊埃里道德行为守则》。

⁴⁰ UNEP/CBD/WG8J/5/6。

32. 《特加里瓦伊埃里道德行为守则》载有几项原则，如果对其加以利用，可以防止传统知识遭受非法占有。例如，它要求透明和充分披露、事先知情同意和/或批准和参与，并且要公平和公平分享惠益。

33. 《特加里瓦伊埃里道德行为守则》还在第 23 段规定，“应该在归还方面做出努力，以促进归还资料，以便于促进恢复有关生物多样性的传统知识。”必须指出的是，盗用遗传资源及相关传统知识的行为可能已经大规模发生，且这些遗传资源及相关传统知识往往由博物馆、动物园和植物园拥有。有些评论员已经指出，“不幸的是，这些旧有收藏为不需要征得许可就可以进一步收藏创造了条件”，并且指出，“承认盗用将是建立信任与合作的重要步骤。”⁴¹

B. 目标 2：确保尊重土著和地方社区对其传统知识拥有自由、事先和知情同意的权利（任务 7）

34. 任务 7 呼吁工作组编写有关制定各种机制、立法或其他适当举措的准则，以确保：(一) 土著和地方社区获得公平公正分享由利用其知识、创新和做法所产生的惠益；(二) 有兴趣利用此种知识、实践和创新的私营和公共机构获得土著和地方社区的事先知情同意；(三) 推动确定原产地国以及使用此种知识、创新和做法以及相关遗传资源的缔约方和国家政府的义务。

35. 任务 7 中的所有三个类别均直接涉及到任务 10 的任务授权，即制定报告和预防非法占有传统知识及相关遗传资源的标准和准则，并且也将是任务 12 的基本组成要素。如果传统知识被非法占有，则土著和地方社区将在获得公平公正分享由利用此种传统知识所产生的惠益方面遇到困难。如果在占有其传统知识之前获得土著和地方社区的事先知情同意或核准，则非法占有此种知识的可能性将会降低。因此，原产地国以及传统知识的使用者的义务可能涉及到报告和预防非法占有传统知识。

36. 在这三个类别中，事先知情同意概念是核心。应该注意到，任务 7 中的语言只侧重于对传统知识的使用，而未提及获取问题。不过，工作方案的一般原则之一是“获取土著和地方社区的传统知识、创新和做法应以取得此种知识、创新和做法的持有人的事先知情同意或事先知情批准为前提条件。”⁴² 因此，合乎逻辑的做法是在适用于获取和使用传统知识时都要阅读关于事先知情同意的任务 7。如果获得与获取和使用其传统知识有关的事先知情同意，这将有利于公平公正分享惠益，也将有助于预防非法占有。

37. 虽然《公约》案文未在有关土著和地方社区方面明确提及事先知情同意程序，⁴³ 但第 8(j)条的措辞中可能包含这种原则，“依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社

⁴¹ Meyer, H. 等人，《关于获取遗传资源及公平和公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书：背景和分析》（2013 年，第 2 段，可查阅 http://www.evb.ch/cm_data/Nagoya_Protocol_complete_final.pdf）。

⁴² UNEP/CBD/COP/5/23，附件。

⁴³ 《公约》文件倾向于使用术语“事先知情同意”，而非“自由、事先和知情的同意”。不过，《特加里瓦伊埃里道德行为守则》在第 11 段明确规定，“事先知情同意”不应该“受到胁迫、强迫或操纵”。因此，《生物多样性公约》文件以及本报告中所使用的术语“事先知情同意”可被理解为包括自由获得的标准。出于文中讨论的各种理由，建议工作组可将这些词句视为可相互置换。

区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和做法只应该在‘获得此种知识、创新和做法的拥有者的批准和参与的情况下’进行”⁴⁴ 并且还随时间的过去而对其进行了解释，并体现在第 8(j)条相关决定第 V/16 号、第 VI/10 号和第 VII/16 号之中。

38. 重要的是，《名古屋议定书》规定，根据国内法，各缔约方应酌情采取措施，确保在获取与土著和地方社区拥有的遗传资源相关的传统知识时取得这些土著和地方社区的事先知情同意或核准及参与（第 7 条）。因此，可以认为，除其他文书外，《公约》及《名古屋议定书》“为自由、事先和知情的同意提供了一个规范性质的依据。”⁴⁵

39. 另外，2004 年《进行文化、环境和社会影响评估的阿格维古自愿性准则》⁴⁶ 和 2010 年《特加里瓦伊埃里道德行为守则》⁴⁷ 都载有涉及事先知情同意或核准及参与的条款。例如，《特加里瓦伊埃里道德行为守则》规定：

任何活动/交往，凡是与生物多样性的保护和可持续利用有关，并发生在圣地和历来由土著和地方社区居住和使用的土地和水域或者可能对这些地方产生影响，以及对特定群体产生影响的，应在重复有关土著和地方社区内的事先知情同意和/或许可和参与后，方可执行。此种同意或许可不应以诱惑、强迫或操纵方式获得。⁴⁸

40. 工作组已将“事先知情同意”视为：“向国家政府或土著和地方社区（视情况而定）适当提供所有必要信息从而使之能够按照双方商定的平等、尊重和公平补偿的条件允许或拒绝获取其生物资源和传统知识、创新和做法的程序。”⁴⁹ 该定义涉及到联合国土著问题常设论坛推动的自由、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⁵⁰（自由、事先和知情的同意问题国际讲习班报告）。工作组提到的上述参考资料赞成自由、事先和知情的同意问题国际讲习班报告中所述自由、事先和知情的同意的基本组成部分，其中谈到以下自由、事先和知情的同意的要素：

- 自由应意味着没有胁迫、恐吓或操纵。
- 事先应该意味着在活动的任何授权或开始之前充分征得同意，并且应该意味着表明尊重了土著协商/共识程序对时间的要求。
- 知情应该意味着所提供的信息（至少）涵盖以下方面：
 - 任何拟议项目或活动的性质、规模、速度、可逆性和范围；
 - 项目和/活动的理由或目的；
 - 以上方面的持续时间；
 - 将会受影响的地区的所在位置；

⁴⁴ WG8(j)/1/2 第 18 段。工作组的声明明确指出，自由、事先和知情的同意的原则在各种表述中予以了表达。第 8(j)条涉及到“批准和参与”。

⁴⁵ E/C.19/2005/3。

⁴⁶ 第 VII/16F 号决定。

⁴⁷ 第 X/42 号决定，附件。

⁴⁸ 《特加里瓦伊埃里道德行为守则》。

⁴⁹ UNEP/CBD/WG8J/4/7，附件二。

⁵⁰ E/C.19/2005/3。

- 对可能产生的经济、社会、文化和环境影响的初步评估，包括在尊重预防原则背景下的潜在风险以及公平和公正惠益分享；
- 可能参与执行拟议项目的人员（包括土著人民、私营部门工作人员、研究机构、政府雇员等）；
- 项目可能必须要走的程序。
- 同意。⁵¹

41. 必须谨记，考虑到土著人民、地方社区和各国的文化、方法和政治多样性，对于获得事先知情同意没有一刀切的办法。社区或代表社区的国家越来越多地采用一个协调的不同办法菜单来保护传统知识，其中包括采用现有关于专利、商标、地理标志、工业外观设计和商业机密的知识产权法律来对抗对其传统知识的滥用和盗用，还包括鼓励社区制定社区协议。

42. 同时，一些国家与一些社区一起也开始对现有知识产权法律进行特殊修改以及设计新型特殊制度，以保护其传统知识。不过，现实情况仍然是没有一种形式的法律保护能够替代在社区一级保护传统知识的复杂习惯法和社会制度。

43. 事先知情同意与上文所讨论的传统知识的防御性保护和积极性保护都有关系。知识产权组织曾经指出，可以通过“在知识产权的意义范围内，自由、事先和知情的同意原则意味着予以防御性保护，即防止未征得社区事先同意利用传统知识，特别是获得知识产权”加以预防。⁵² 它“还可以支持积极的保护形式，例如社区为财政上的利益或其他好处有权授权自己或第三方利用其知识或使其知识商业化。”⁵³ 这两种形式的保护不一定是相互排斥的，并且关于采取防御性保护或者积极性保护或者二者的结合的决定将全部由有关社区作出。⁵⁴ 确定如何适当取得特定土著和地方社区的事先知情同意将取决于每个特定社区的习惯做法。

C. 目标 3：确保土著和地方社区能够公正和公平地分享从利用其传统知识所产生的惠益（任务 7）

44. 如第 1 条所述，公平和公正地分享利用遗传资源所产生的惠益是《公约》的三项既定目标之一。《公约》第 15 条规定，此种分享应按照共同商定的条件进行。《名古屋议定书》在第 5(5)条规定，“每个缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以便与拥有此种知识的土著和地方社区公平和公正地分享因利用与遗传资源相关的传统知识而产生的惠益。此种分享应按照共同商定的条件进行。”

⁵¹ 《自由、事先和知情的同意问题国际讲习班报告》在第 9 页阐述了同意的概念，内容如下：“协商和参与是同意程序中极其重要的组成部分。协商应以善意方式进行。当事人应该开展对话，使其能够在相互尊重、善意以及充分和公平参与的气氛下找到适当的解决办法。协商需要时间，并且需要一个有效制度以供利益拥有者进行交流。纳入性别观点和土著妇女的参与至关重要，儿童与青年的酌情参与也同样重要。这一进程可能包括选择拒绝同意。”因此，必须区分这种有着细微差别的同意概念与更加简化和两极分化的“否决”权的概念，同意概念是基于在最早阶段开展包容性对话。

⁵² E/C.19/2005/3。

⁵³ E/C.19/2005/3。

⁵⁴ E/C.19/2005/3。

45. 有些缔约方和国家政府已在其国内法律中考虑到如何处理传统知识的问题。⁵⁵ 另外，各国在针对获取和惠益分享制度方面采取了不同的做法。总的来说，这些做法可以分为两个类别：直接向土著和地方社区付款或向代表土著和地方社区保管的依托基金付款。

46. 例如，根据哥斯达黎加获取和惠益分享法律，⁵⁶ 要求开展基础研究或生物勘探的申请人必须承诺“根据有效获取的资源，向国家保护区系统、社区、土地所有者或天然设施分享可达 50% 的特许权使用费。”⁵⁷ 另一方面，在南非，科学和工业研究理事会在 2003 年与南非桑族理事会达成一项关于根据蝴蝶亚仙人掌所产化合物的出售情况支付特许权使用费的协议，桑族人常用蝴蝶亚仙人掌来缓解饥饿。“钱将付给由科学和工业研究理事会和南非桑族理事会为提高南非桑族人民生活水平和福利而设立的一个依托基金。”⁵⁸

47. 瑞典科学理事会已在 1999 年将关于与社区公平和公正分享惠益以便利用其传统知识（和遗传资源）的合同的良好进程的要素列入一份标准制定报告之中。该报告指出，‘公平和公正的惠益分享’的定义虽不详尽和包罗一切，但它必须包含以下最低条件。

公平和公正的惠益分享：⁵⁹

(a) 应该在各个级别上有助于加强力量较小的当事人在分享关系中的形势，包括有助于：一平等获取信息；一所有相关利益攸关方的有效参与；一能力建设；一享有获取新技术和产品的特权；

(b) 应该有助于实现《公约》的另外两项目标，或者至少不与其相抵触：生物多样性养护及对生物多样性组成部分的可持续利用；

(c) 不得干扰现有形式的公平和公正惠益分享，包括惯例性惠益分享机制；

(d) 必须尊重基本人权；

(e) 必须尊重跨界价值和法律制度，包括习惯法律和土著知识产权制度；

(f) 必须允许包括地方一级利益攸关方在内的所有利益攸关方民主和实质性参与决策和合同协商；

(g) 必须充分透明，所有当事人都平等了解这一进程，特别是地方和土著社区，并且有时机和机会做出知情决定（有效的事先知情同意）；

(h) 不得对获取非竞争商品和资源进行不必要的限制；

⁵⁵ 例如，秘鲁有关保护传统知识的特殊法律。

⁵⁶ 《关于获取遗传和系列化资源以及生物多样性要素的条例》（第 31514-MINAE 号总统令）。

⁵⁷ 国际植物遗传资源研究所，《关于获取和惠益分享的案例研究》（2006 年）。

⁵⁸ 国际植物遗传资源研究所，《关于获取和惠益分享的案例研究》（2006 年）。

⁵⁹ “公平和公正地分享由利用遗传资源和传统知识所产生的惠益”，瑞典生物多样性科学理事会的报告，1999 年 9 月，Marie Byström 等人编写。

- (i) 如果涉及到合同关系，必须包括独立第三方审查条款，以确保所有交易都是按照共同商定条款进行且已经获得有效的事先知情同意；
- (j) 如果涉及到合同关系，必须对确定遗传资源及相关知识的来源做出规定；⁶⁰
- (k) 如果涉及到合同关系，必须公开提供有关商定条款的信息。

D. 任务 7 和 12 之下的其余行动⁶¹

确定原产地国以及使用此种知识、创新和做法以及相关遗传资源的缔约方和国家政府的义务

48. 关于传统知识，任务 7 的分任务（三）请工作组制定各种机制、立法或其他适当举措以确保推动查明确定原产地国以及使用此种知识、创新和做法以及相关遗传资源的缔约方和国家政府的义务。在这方面，在推动任务 7 的分任务（三）时，必须注意到《名古屋议定书》的规定，特别是它的题为“遵守与有关遗传资源相关的传统知识的获取和惠益分享的国家立法或监管要求”的第 16 条，该条规定：

1. 各缔约方应酌情采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，规定其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识是得到事先知情同意或核准并在土著和地方社区参与下获得的，并订立了共同商定条件，以符合该土著和地方社区所在另一缔约方的获取和惠益分享国内立法或监管要求。
2. 各缔约方应采取适当、有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第 1 款通过的措施的情事。
3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第 1 款所指的获取和惠益分享国内立法或监管要求的情事。

49. 鉴此，建议审议任务 7 的分任务（三）时应考虑到《名古屋议定书》的规定和以重点任务 10 和 12 所取得进展为基础。

第 8(j)条和相关条款中相关主要术语和概念的定义

50. 任务 12 涉及到制定第 8(j)条和相关条款中相关主要术语和概念的定义。为了开展这项工作和避免工作重复，有必要考虑这一问题的背景。在第 VII/16 H 号决定第 4 段，缔约方大会请执行秘书编制第 8(j)条和相关条款方面的词语汇编，供第 8(j)条和相关条款问题工作组第四次会议审议。在第 XI/14 E 号决定第 10 段，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，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，并根据所收到信息对术语和定义加以修订，包括所提

⁶⁰ 2004 年《挪威专利法》还要求申请人有义务披露生物材料原产地，且如果原产地国要求事先知情同意，还要获得原产地国的事先知情同意。这种披露义务在 2009 年被扩大到传统知识。

⁶¹ 工作组编写了各种机制、立法或其他适当举措的制定准则，以确保推动确定原产地国以及使用此种知识、创新和实践以及相关遗传资源的缔约方和国家政府的义务以及第 8(j)条和相关条款中相关重要术语和概念的定义。

议的补充术语和定义，并提出术语表草案供第 8 (j)条和相关条款工作组第八次会议审议。⁶²

51. 工作组第七次会议的 UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1/Add.1 号文件⁶³ 涵盖了从 2004 年至 2011 年 7 月特殊议程项目内定义问题的演变。该文件载有“习惯法”、“事先知情同意”和“传统知识”等术语的定义。UNEP/CBD/WG8J/7/3 号文件⁶⁴ 载有从包括联合国土著问题常设论坛和知识产权组织在内各种来源整理的第 8(j)条和相关条款的相关定义/术语表。由于尚未对该文件进行磋商，这两个文件中所载定义中仍有一些重叠部分。

52. 另外，还在其他决定和《公约》进程中制定了一些相关定义。例如，题为“术语的使用”的《阿格维古准则》第二节也对“习惯法”和“传统知识”等术语的定义作了说明。

53. 在本阶段，工作组可以通过审议《公约》之下已经通过的各种术语以及审查迄今为止工作组已在定义方面所做的工作并将其汇编成一个文件，大大推进任务 12 在这方面的工作。为了确保互补性，该文件可以与世界知识产权组织知识产权和遗传资源、传统知识和民间传说问题政府间委员会所做的工作进行比较，该委员会已经编写了一个与知识产权和传统知识相关的主要术语表。⁶⁵ 考虑到知识产权组织的工作，《公约》关于术语和定义方面的工作不应该与知识产权组织的类似工作相抵触，并且应该努力与其保持一致，同时还要认识到两个机构的不同任务和背景。

54. 在审议术语和定义时，工作组应该牢记定义背后的目的，那就是一致性和透明。定义应该在《公约》的范围之内，并且必须与任务 7、10 和 12 相关。除了要绝对之外，定义还必须包含偶然性，必须认识到土著和地方社区知识和习俗的动态性质。在不同国家和背景之下，定义可能不同。在有些个案中，有常见特征或有效定义清单可能就够用了。最后，定义应该维护土著和地方社区对其传统知识拥有的权利，所采用的方式是确保事先知情同意、公平和公正的惠益分享，确保土著和地方社区的传统知识不被侵占。土著和地方社区应该最终同意最后通过的术语和定义。谨建议缔约方考虑引种清单的性质以及它是否可以被进一步确定为一个（第 8(j)条和相关条款意义上的）术语表。

三. 结论

55. 正如上文所述且在第 XI/14 C 号决定中所认识到的那样，自从第一次通过有关批准重新审查任务 7、10 和 12 的工作方案以来，出现了若干重大事态发展。其中包括通过了《名古屋议定书》、《特加里瓦伊埃里道德行为守则》和《联合国土著人民权利宣言》；联合国教科文组织《非物质文化遗产公约》生效以及发布缔约方大会有关阐述经修订的《2011-2020 年生物多样性战略计划》和包括关于传统知识和习惯性地持续使用传统知识的目标 18 在内的爱知目标。

⁶² 第 8(j)条和相关条款 (UNEP/CBD/COP/DEC/XI/14)。

⁶³ 涉及第 8(j)条和相关条款工作组特殊议程项目内定义问题演变的摘要 (UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1/Add.1, 附件)。

⁶⁴ 保护传统知识、创新和实践特殊制度的要素 (UNEP/CBD/WG8J/7/3, 附件)。

⁶⁵ 知识产权组织与知识产权和传统知识相关的主要术语表，2011 年 (WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2)。

56. 另外，知识产权组织知识产权和遗传资源、传统知识和民间传说问题政府间委员会、联合国土著问题常设论坛和联合国教科文组织等其他相关国际机构的现行工作已对有关尊重、保存和维护传统知识的努力做出了重要贡献。其中包括知识产权组织《关于保护传统知识及其主要术语词汇表的条款草案》、《知识产权组织传统知识文献资料工具包草案》⁶⁶、联合国土著问题常设论坛关于事先知情同意的准则以及联合国教科文组织《成都建议书》。

57. 随着国际谈判的开展，缔约方日益认识到土著和地方社区对其传统知识拥有的权利。例如，第 8(j)条中的限制性语言使该条款“依照（缔约方的）国家立法”与《名古屋议定书》中的“根据国内法”有细微的差别。⁶⁷ 该议定书第 6 条规定，“根据国内法，各缔约方应酌情采取措施，以期确保在土著和地方社区对遗传资源拥有准予获取的既定权利的情况下，获取此种遗传资源得到了土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。”

58. 传统知识难以适合现有知识产权制度，因为它本身不适合于也不满足常规知识产权制度的保护要求。传统知识的不可代替方面、它经常被集体拥有且未必属于典型知识产权意义上的“拥有”的事实以及在为使用传统知识时为其提供资金补偿方面涉及到的实际困难，都是工作组在处理任务 7、10 和 12 时以及在执行第 8(j)条及其相关条款和《名古屋议定书》时应该谨记的考虑因素。

59. 根据任务 12 所述广义语言和任何 7 和 10 中使用的比较具体的条款，谨建议工作组着重考虑三个主要类别：(a) 预防非法占有/盗用或擅自获取传统知识；(b) 确保在获取土著和地方社区的传统知识、创新和做法时尊重与取得其事先知情同意或核准有关的权利；以及(c) 确保土著和地方社区获得公平和公正分享由利用和运用其传统知识、创新和做法而产生的惠益。

60. 为了便于更加高效地执行任务 7、10 和 12，必须将各项任务中所使用的术语与《公约》、《名古屋议定书》以及缔约方大会的各项决定中使用的术语统一起来。

61. 最后，在土著和地方社区对其传统知识享有权利的国际框架的背景之下，对有关保护传统知识的法律和政策的进一步发展应该在土著和地方社区的有效参与之下进行，并且应该采取一种尊重其习惯法律且注重集体权利的做法。

四. 建议

62. 以下建议草案系作为一个框架而为缔约方编写，并提供了一条程序性的前进道路，它考虑到了现有和正在进行的工作，并且避免了工作重叠和重复。

63. 请缔约方采用这一框架，同时考虑到“经修订的关于第 8(j)条和相关条款的工作方案的任务 7、10 和 12 如何最有利于在《公约》和《名古屋议定书》之下开展工作的专家

⁶⁶ 参见 <http://www.wipo.int/tk/en/resources/tkdocumentation.html>。

⁶⁷ 见《名古屋议定书》第 7 条。

研究”(UNEP/CBD/WG8J/8/INF/5), 作为决定如何最有利于开展任务 7、10 和 12 中要求的各项工作的依据。

64. 谨建议第 8(j)条和相关条款问题不限成员名额特设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,

注意到执行任务 7、10 和 12 如何最有利于在《公约》和《名古屋议定书》之下开展工作的专家研究,

注意到对在整个关于第 8(j)条和相关条款的工作方案以及在《公约》内术语一致性的期望,

回顾第 IX/13 号决定关于整理传统知识的准则的各项考虑的 C 部分,

还注意到目前没有集中的机制便于土著和地方社区报告其传统知识被非法占有、盗用或擅自获取的情况,

1. 决定通过制定准则以统筹的方式执行任务 7、10 和 12, 该准则将协助缔约方和各国政府酌情制定包括国家行动计划在内的立法或其他机制, 以便有效地执行第 8(j)条及其相关条款, 在《公约》框架内承认、保障和充分保证土著和地方社区对其知识、创新和做法享有的权利。

2. 决定按照优先次序列入以下分项任务:

第一阶段

任务 7、10 和 12 的重点工作。

工作组应制定准则:

- (一) 确保有兴趣利用此种知识、实践和创新的私营和公共机构获得相关土著和地方社区的事先知情同意; 以及
- (二) 确保土著和地方社区获得对利用和运用其传统知识、创新和做法所产生惠益的公平和公正分享;
- (三) 为预防和报告非法占有或擅自获取土著和地方社区的知识、创新和做法制定标准。

第二阶段

工作组可根据在以上工作重点(一)、(二)和(三)方面取得的进展情况, 进一步考虑关于以下分项任务的工作:

(四) 推动确定原产地国以及使用此种知识、创新和做法的缔约方和国家政府的义务;

(五) 编写并通过拟在第 8(j)条和相关条款框架内使用的相关重要术语和概念的术语表。

确保所取得的进步能够及时促进有效执行《公约》、《2011-2020年生物多样性战略计划》和爱知生物多样性目标以及《名古屋议定书》，

3. 决定专注于并通过在每一分项任务之下编写的指导意见，将其作为一项独立但对总体任务具有补充性质的要素；

4. 请缔约方、各国政府、相关国际组织以及土著和地方社区向秘书处提交其对分项任务（一）、（二）和（三）的意见；

5. 请执行秘书汇编并分析这些意见，同时考虑到在相关国际进程所做的相关工作，并为分项任务（一）、（二）和（三）制定准则，并将其提交第8(j)条和相关条款工作组第九次会议审议。
