



CBD



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/5/3
13 September 2007

CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

获取和惠益分享问题

不限成员名额特设工作组

2007年10月8日至12日，蒙特利尔
临时议程^{*}项目3

对与获取和惠益分享有关的国家、区域和国际法律和 其他文书中存在的漏缺的分析

执行秘书的说明

一. 导言

1. 在其第VII/19 D号决定中，缔约方大会授权获取和惠益分享问题不限成员名额特设工作组拟定并谈判一种关于获取遗传资源和惠益分享的国际制度，以期通过一项/多项文书以有效地执行《公约》第15和第8(j)条的规定和《公约》的三项目标。为获取和惠益分享问题工作组所确定的职权范围规定，关于国际制度的谈判应主要借鉴“对国家、区域和国际各级关于获取和惠益分享的现有法律及其他文书的分析，包括：获取合同；执行方面的经验；履约情况和执法机制；以及其他备选办法。”

2. 继生物多样性公约缔约方大会第七届会议后，为获取和惠益分享问题工作组第三次会议编制了一份文件，题为“对现有的关于获取和惠益分享以及执行方面获得的经验，包括确认漏缺在内的国家、区域和国际法律文书的分析”。在本次会议上，为了促进进一步分析现有的关于获取和惠益分享的国家、区域和国际法律及其他文书中的漏缺问题，工作组拟定了漏缺分析汇总表。基于该汇总表，工作组请各缔约方、各国政府、土著和地方社区、国际组织及所有有关有关利益方向秘书处提供资料以填写该汇总表。在UNEP/CBD/WG-ABS/4/3号文件中，向工作组第四次会议提交了这一载有所提供资料合编的汇总表。此外，UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/4号文件中载有关于该汇总表的呈文汇编。

3. 在其第VIII/4 A号决定第9段中，缔约方大会请执行秘书为工作组第五次会议编写第VII/19 D号决定附件第(a)（一）段中提及的漏缺分析的定稿，同时牢记此项工作应

* UNEP/CBD/WG-ABS/5/1。

/...

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。

与关于制订和谈判国际制度的工作平行进行，而不是拖延这一工作。同一决定的第 8 段还请各缔约方、各国政府、土著和地方社区、国际组织和所有有关有关利益方向秘书处提交更多关于漏缺分析的资料。

4. 鉴于以上情况，本文件所载漏缺分析考虑了以下事项，并应联系以下事项予以理解：

(a) UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所载对国家和区域各级关于获取和惠益分享的最新发展的概述；

(b) UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1 号文件所载对国际一级关于获取和惠益分享的最新发展的概述；

(c) UNEP/CBD/WG-ABS/4/3 号文件所载为工作组第四次会议编制的漏缺分析汇总表；以及

(d) 资料文件 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1 和 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/2 所述各缔约方和相关的有关利益方为工作组第五次会议提供的捐助。

5. 此外，为协助进行漏缺分析，委托进行了下列研究，以便为漏缺分析提供有关的资料：

(a) 关于有使用者在其管辖范围内的国家及国际协定中可适用的行政和司法补救办法的研究，载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3 号文件。

(b) 关于不同部门的获取和惠益分享安排的分析研究。该研究旨在总结不同部门处理事先知情同意和包括惠益分享、知识产权和履约问题在内的共同商定条件的办法，以期确定各部门之间的共性和分歧以及潜在的漏缺。

6. 关于获取和惠益分享安排的第二项研究，系仅供获取和惠益分享问题工作组第六次会议使用。该研究将提供与多个部门的获取和惠益分享合同/伙伴关系有关的资料，并适当解释获取和惠益分享做法。

7. 为便于参考并促进本文件在谈判进程中的使用，本文件的结构遵循了获取和惠益分享工作组第五和第六次会议的议程项目。附加说明的议程中强调，议程项目以第 VII/19 D 号决定的附件所规定的职权范围所列的国际制度的可能构成部分为基础。按照相应的关键主题项目对这些构成部分进行了分类。为了分析现有制度中的漏缺问题，本文件遵循了同样的结构。对每一主题项目，本文件都审查了《公约》对这些构成部分的处理办法、区域和国家各级对这些构成部分的处理办法，¹以及其他国际文书及获取和惠益分享安排中是否涉及到这些构成部分。最后，本文件确定了每一主题项目中可能存在的漏缺问题。第三节述及现有获取和惠益分享制度中的其他漏缺问题，第四节提供了供工作组审议的摘要。本分析是以起草之际秘书处获得的资料为基础编写的，因此难免有遗漏之处。

8. 如下文所示，可以从现有的关于获取和惠益分享的文书中发现许多漏缺问题。不过，应当注意的是，漏缺问题可能只是解释不当造成的。各缔约方必须确定本文件提出的事项是否构成应当处理的漏缺问题，如果是，那么这些事项是否应由国际制度来处理，或者最

¹ 尽管各缔约方有可能既是遗传资源的使用者同时也是其提供者，但为了便于审查与各缔约方所采纳的获取和惠益分享方面的各项国家性措施，本文件平行地审视了各缔约方作为遗传资源的提供者所采纳的国家性措施和作为遗传资源的使用者所采纳的措施。

好由区域或国家一级来处理。

二. 漏缺分析

A. 公平和公正地分享惠益

9. 在工作组将审议列入国际制度(工作组的职权范围,载于第 VII/19 D 号决定附件(d))的各构成部分中,以下构成部分(一)、(二)、(三)、(五)、(六)与公平和公正地分享惠益有关:

“(一) 根据《公约》第 8(j)、第 10、第 15 条第 6 和第 7 款、以及第 16、第 18 和第 19 条,促进和鼓励合作科学的研究及为商业目的和商业化进行的研究的措施;

(二) 根据《公约》第 15 条第 7 款、第 16 条、第 19 条第 1 和第 2 款,确保公正和公平地分享研究和发展工作的成果以及遗传资源的商业利用和其他利用所产生的惠益的措施;

(三) 惠益分享措施,主要包括货币和非货币惠益以及有效的技术转让与技术合作以支持产生社会、经济和环境方面的惠益;

(五) 促进和维护公平和公正分享遗传资源的利用所产生惠益的措施;

(六) 确保根据共同商定条件分享遗传资源及其衍生物和产品的商业化和其他利用形式所产生惠益的措施;”

10. 下文中将审查《生物多样性公约》的规定、区域和国家文书以及获取和惠益分享协定处理惠益分享问题的方法,以便确认漏缺问题。应当注意的是,支持遵守事先知情同意和共同商定条件的措施,包括第(一)和第(二)“次构成部分”所提及的措施在内,都是在 C 节项下涉及到的。本节审查了国家制度以及获取和惠益分享安排中涉及到惠益分享问题的办法(惠益类型、时间性、分配情况和机制)。

1. 《公约》的规定

11. 《公约》第 1 条、第 8(j)条、第 15.7 条、第 16.3 条、第 16.4 条、第 17.2 条、第 18.4 条、第 18.5 条、第 19.1 条第 19.2 条直接或间接地涉及公平和公正分享惠益的问题。

2. 《波恩准则》

12. 《波恩准则》第 IV.D 节中提到第 15 条第 7 款和第 IV.D.3 节通过涉及到惠益类型、惠益的时间性、惠益的分配情况和惠益分享机制等事项专门涉及到惠益分享问题。此外,在《波恩准则》附录二中载有可能的货币和非货币惠益清单。

3. 区域和国家文书

区域措施

13. 下文中审查了区域措施以 UNEP/CBD/WG-ABS/3/2 号文件进行的分析为基础通过共同商定条件处理惠益分享问题的办法。

14. 区域性措施中规定,要制定获取和惠益分享协定并在其中纳入一项最低条件清单

(《东盟协定草案》第 11 条；第 391 号决定第三章第 17 条；《中美洲协定草案》第 19 条；《非洲示范法》第 8 条)。第 391 号决定具有独特性，因为其中规定国家主管部门和获取请求申请人要在获取合同上签字(第三章)，申请人和遗产资源的提供者之间也要签署附属合同(标题四，第 41 条)，以及与所获得的相关知识(科学或传统的)提供者签订的遗传资源合同的附件(第三章)。还有值得注意的一点是，《非洲示范法》和《东盟协定草案》都建议，土著和地方社区应参加获取和惠益分享协定的谈判。²正如这些区域文书所规定的那样，获取和惠益分享合同应酌情包括货币和非货币惠益(例如第 391 号决定，第 17 和 35 条)。

15. 最后，值得注意的是，《非洲示范法》建议成立社区遗传基金，其资金来自与地方农业社区的惠益分享，并将用于资助农业社区制定的各个项目(第七部分，第 66 条)。

作为遗传资源提供者的各缔约方通过的国家措施

16. 关于各国通过的获取和惠益分享措施，正如 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所提到的那样，由于各国采取了不同的办法，因此很难从关于这些措施的分析中得出一般性结论。根据官方的资料来源，至少有 58 个国家正在制定或已经通过了获取和惠益分享措施。在这 58 个国家中，有 39 个国家采取的措施已纳入《生物多样性公约》数据库。有些国家通过了涉及获取和惠益分享问题的措施，但没有提供关于获取和惠益分享程序的详细情况。

17. 根据现有关于获取和惠益分享措施的资料，可得出的主要结论之一是：由于各缔约方和各国对其现行立法、需要和体制结构采取了形形色色的做法而缺乏一种统一的做法。有些国家通过了关于获取和惠益分享的单一措施，其他国家则通过了一揽子措施(例如一项战略、法律和准则)。此外，许多国家仍在制定其国家制度，因此，一揽子措施往往是不完善的。

18. 关于特别的惠益分享问题，区域文书中规定，获取和惠益分享合同中应包括货币和非货币惠益。在国家措施中，关于应分享的惠益类型的指标随着措施的不同而变化。总体上，各项措施都规定了非货币惠益，例如能力建设、获取和技术转让，以及通过分享版税和/或的阶段性付款方式获取的资源的商业利用所产生的货币惠益。

19. 值得注意的是，一些获取和惠益分享措施(即法律和/或条例)指出必须在给予获取之前开展关于获取和惠益分享协定的谈判，其他措施还规定要提供将要分享的惠益的清单。

20. 根据 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所载关于国家措施的分析，似乎大多数现有的国家制度都规定应以一项或一套协定的形式阐明关于获取和惠益分享的共同商定条件，这些条件可包括许可证、合同以及材料转让协议。各项措施一般都规定要与国家(或国家主管部门)、或者与土著和地方社区或其他资源提供者进行惠益分享，³而且规定在大多数情况下都要与这两方面共同进行惠益分享。⁴不同种类的协定都可以规定惠益分享条件。根据

² 更多详细情况见《非洲示范法》第 7 条和《东盟协定草案》第 11 条。

³ 如《阿富汗环境法》第 64 条；《澳大利亚规约》第 8A.07 条；《南非生物多样性法案》第 80 (1) (c) 条；和《瓦努阿图环境法》第 36 (6) (b) (iii) 条。

⁴ 例如，玻利维亚、巴西、埃塞俄比亚、巴拿马和菲律宾的情况。值得注意的是，埃塞俄比亚赋予地方社区“获得国家以货币形式从利用其遗传资源所产生的惠益中分享的惠益的 50% 的权利”；《埃塞俄比亚宣言》，第 9 (2) 条。

国家制度，可在获取合同或材料转让协定或单独的惠益分享协定中一并设立惠益分享条件和其他共同商定条件（关于获取条件、被收集资源的使用、报告承诺等）。在一些国家，载有惠益分享安排的协定由国家主管部门负责进行谈判⁵而在其他国家，国家主管部门只负责批准土著和地方社区或任何有关有关利益方与申请人之间商定的协定。⁶有些措施还规定，在订立协定之前国家主管部门要咨询有关有关利益方⁷或者规定申请人可能要分别与国家主管部门和有关有关利益方（地方社区，提供者）签订平行协定。⁸应注意的是，许多国家措施还规定，遗传资源相关传统知识的所有人/持有人应分享利用其传统知识所产生的惠益。⁹

21. 关于将分享的惠益类型的指标随着措施的不同而变化。总体上，各项措施都规定了非货币惠益，例如能力建设、获取和转让技术，以及通过分享版税方式获取的资源的商业利用所产生的货币惠益。¹⁰对于非货币惠益，有些国家规定地方居民或机构要参与生物和遗传资源所产生的产品的研究、收集和技术发展活动。¹¹有些措施还要求公开出版物或其他用途和传播资料中提及的遗传资源或传统知识的原产地。¹²不过，值得注意的是，有些国家仅侧重于货币¹³或非货币性¹⁴惠益。有些国家仅本着具体问题具体对待的精神处理公正分享惠益的问题，¹⁵而其他国家则设立了其参与分享惠益的最小和最大比例。¹⁶少数国家进

⁵ 如《玻利维亚法令》第 36 条；《不丹生物多样性法案》第 9 (f) 和第 10 条；《印度生物多样性法案》第 21 条；《埃塞俄比亚宣言》第 14 (2) (3) 和第 16 (9) (10) 条。

⁶ 例如，见《阿富汗环境法》第 64 (4) 条；《澳大利亚规约》第 8A.07 条；《巴西临时法案》第 27 条和 29 条；《菲律宾生物勘察活动准则》第 14 条；《南非生物多样性法案》第 82 (2) 、82 (3) 、83 (2) 和 84 (2) 条；以及《瓦努阿图环境法案》第 34 (6) (a) 条。

⁷ 例如《埃塞俄比亚宣言》第 14 (2) (3) 和第 16 (9) (10) 条以及《印度生物多样性法案》第 21 条和《生物多样性规则》第 14 (5) (6) 和第 20 (5) 条。

⁸ 例如《不丹生物多样性法案》第 10 条和《巴拿马法令》第 38 和第 41 条。

⁹ 见《澳大利亚规约》第 8A.08 条；《不丹生物多样性法案》第 38 (b) 条；《玻利维亚法令》第 15 (2) 、44 和 47 条；《巴西临时法案》第 9 条；《埃塞俄比亚宣言》第 16 (10) 、17 (15) 和 18 条；《印度生物多样性法案》第 21 条和《印度生物多样性规则》第 20 (8) 条；《巴拿马普通法》第 105 条；《南非生物多样性法案》第 82 (1) (b) 和 82 (3) 条；以及《瓦努阿图环境法案》第 34 (6) (a) 条。

¹⁰ 例如，见《不丹生物多样性法案》第 10 条；《巴西临时法案》第 25 条，《埃塞俄比亚宣言》第 19 条；《印度生物多样性法案》第 21 (2) 条和《生物多样性规则》第 20 条；《肯尼亚规约》第 20 条；《菲律宾生物勘察活动准则》第 15 至 17 条；和《乌干达规约》第 20 条。

¹¹ 例如，见《玻利维亚规约》第 42 (b) 条；《肯尼亚规约》第 20 (1) 条；《马拉维关于获取和收集遗传资源的程序和准则》第 E (2) (3) 和 H (1) 条；《乌干达规约》第 15 (2) (h) 和第 20 (2) (a) 条；和《委内瑞拉生物多样性法案》第 74 (4) 条。在菲律宾，商业性生物勘察活动要求有一名地方协助者参与（第 19 条）。还有一点值得注意，《巴西临时法案》提到关于遗传资源的研究最好在巴西领土上开展（第 16 (7) 条）。

¹² 例如，见《巴西临时法案》第 9 条和《巴拿马法令》第 23 条。下文中处理了要求在知识产权申请中公开原产地/出产地/法律上的来源地的问题。

¹³ 如南非，《生物多样性法案》第 85 条的规定。

¹⁴ 如委内瑞拉，《生物多样性法案》第 74 (4) 条的规定。

¹⁵ 如《埃塞俄比亚宣言》第 18 条；《印度生物多样性规则》第 20 条；和《乌干达规约》第 20 (2) 条。

一步详细规定了所获惠益的分配宗旨，如分配给生物多样性养护和促进社区知识。¹⁷一些国家还规定要设立基金，将国家收到的惠益或没有分配给有关利益方的惠益保存在基金中。

¹⁸ 最后，一些措施还设立了向第三方转让遗传资源的条件，或者规定应当在协定中提出这些条件。¹⁹

22. 大多数被审查的获取和惠益分享制度都以不同方式不同程度地处理了与获取和惠益分享有关的知识产权问题。²⁰许多措施都根据通过分享版税来进行惠益分享的情况对知识产权问题进行了审议，²¹或者规定协定中要承认知识产权上的共有权²²或者要设立用于确定这些权利的所有人/持有人的共同商定条件。²³

作为遗传资源使用者的各缔约方通过的措施

23. 在下文中根据用于支持遵守事先知情同意和共同商定条件的各项措施处理了这些措施。

4. 获取和惠益分享安排

24. 关于不同部门的获取和惠益分享安排的分析性研究将有助于确定这些部门处理惠益分享问题的方法。该研究将提供与以下情况有关的资料：规定的货币和非货币惠益类型；惠益的时间性（近期、中期和长期）；以及被确定有助于资源管理、科学和/或商业活动的相关方之间的惠益分配。该研究还将审查惠益分享机制，如信托基金、合资企业以及载有优先规定的许可证。该研究还将阐明《公约》第 15、第 16 和第 19 条规定的事项，如参与生物技术研究活动、技术转让和生物技术产生的成果和惠益等事项是否得到了处理。

¹⁶ 例如，在哥斯达黎加，有关方应将研究预算或生物勘察预算的 10% 用于基础研究或生物勘察，并支付所获版税的 50% 用于不定期或定期的经济开发。（《生物多样性法案》第 76 条，《关于获取遗传资源一般规则的法令》第 9 (4) (5) 条）。在菲律宾，只要仍在销售利用被收集样品生产的产品或源自被收集样品的产品，则每年最低应向菲律宾政府和资源提供者支付该产品全球销售总额的 2%（其中 25% 付给政府，75% 付给提供者）（《菲律宾生物勘察活动准则》，第 16 条）。

¹⁷ 换言之，例如，埃塞俄比亚在其《关于获取遗传资源及社区知识和社区权利的宣言》第 18 (2) 条中规定的情况。该制度还要求把地方社区从利用其遗传资源或社区知识所产生惠益中获得的惠益用于相关社区的共同利益（第 9 (3) 条）。该程序旨在确保进一步的规约对这两条要求的适用情况做出具体规定（第 9 (4) 和 18 (2) 条）。同样，见《玻利维亚规约》第 40 条；《巴西临时法案》第 33 条；《印度生物多样性规则》第 20 (7) 条；和《巴拿马法令》第 40 (a) 条。

¹⁸ 例如，《玻利维亚临时法令》第 33 条；《印度生物多样性法案》第 21 (3) 和 27 (2) 条以及《生物多样性规则》第 20 (8) 条；和《南非生物多样性法案》第 85 条。

¹⁹ 例如，见《阿富汗环境法》第 65 1 (7) 条；《澳大利亚规约》第 8A.08 条；《不丹生物多样性法案》第 9 (d) 条；《埃塞俄比亚宣言》第 17 (9) 条；《印度生物多样性法案》第 20 条和《生物多样性规则》第 19 条；《南非生物多样性法案》第 84 (1) (vii) 条；《乌干达规约》第 15 (2) d 条；和《委内瑞拉生物多样性法案》第 74 (3) 条。

²⁰ 见阿富汗、玻利维亚、巴西、不丹、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、印度、秘鲁、菲律宾、乌干达、瓦努阿图和委内瑞拉等国通过的各项措施。应当注意的是，对安第斯条约国家而言，关于获取和惠益分享的知识产权由安第斯共同体第 391 号决定和第 486 号决定处理。

²¹ 例如，《哥斯达黎加法令》第 5 条规定了支付 50% 的版税的义务。

²² 如《不丹生物多样性法案》第 10 (e) 条和《乌干达规约》第 20 (2) (i) 条。

²³ 例如，见《玻利维亚规约》第 36 条；《巴西临时法案》第 28 (v) 条；《印度生物多样性规则》第 14 (6) (iv) 条。

25. 对每个部门开展的个案研究将揭示各部门在解决上述惠益分享不同方面时所采用方法的共性和分歧。

5. 与公平和公正地分享惠益有关的可能出现的漏缺问题

26. 如上所述，由于已通过的获取和惠益分享措施数量有限，且通过的做法也各不相同，因此很难得出关于惠益分享漏缺问题的结论。

27. 不过，有人建议关于惠益分享的漏缺问题可包括：

(a) 已建立获取和惠益分享制度的国家数量有限，这种情况可被视作对建立一种有利于自遗传资源中产生科学、商业和社会惠益的环境的障碍，从而限制公平地分享惠益的能力；

(b) 缺乏统一的惠益分享标准；

(c) 尚未制定统一的越境遗传资源惠益分享措施这一事实；

(d) 现有的国家获取和惠益分享措施并不总是将惠益分享与生物多样性养护联系起来这一事实；

(e) 在其管辖范围内有使用者的缔约方没有通过措施来支持使用者和遗传资源提供者之间分享惠益（见下文的支持遵守事先知情同意和共同商定的条件的措施）；

(f) 有人主张，关于事先知情同意和共同商定条件的程序几乎不能区分用于科学目的的获取或用于商业目的的获取，这一事实可能会阻碍科学研究并减少通过非商业科学合作可能获得的非货币惠益分享，如交换研究人员和共同研究项目。然而，最初出于科学目的而获得的资源，到后来有可能被用于商业目的。

28. 关于获取和惠益分享安排的研究将有助于确定这些安排中为不同部门规定的惠益类型。根据这些研究结果，将有可能确定现有获取和惠益分享安排中是否存在漏缺，以及需要在哪个级别予以处理。

29. 正如《波恩准则》所规定的那样，一直有人提议把为类似资源和类似用途制定标准化的材料转让协定和惠益分享安排作为提供法律上的确定性和清晰性以及最大限度地减少手续费用的手段。

B. 获取遗传资源

1. 《生物多样性公约》的规定

30. 《公约》第 1 和第 15 条与获取遗传资源有关。

2. 《波恩准则》

31. 在《波恩准则》中，获取遗传资源的问题是通过涉及事先知情同意的规定来处理的。《波恩准则》第 IV.C 节处理了事先知情同意问题，包括事先知情同意制度的基本原则、事先知情同意制度的构成部分、负责给予事先知情同意的主管部门、时间和截止日期、用途详述以及事先知情同意程序和获得事先知情同意的程序。

3. 区域和国家文书

32. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所载获取和惠益分享措施概览阐述了区域和国家文书通过事先知情同意来处理获取遗传资源问题的方法。

区域措施

33. 所有区域性获取和惠益分享措施都以类似方式涵盖了事先知情同意。这些措施都规定，在获取资源之前必须先取得国家主管部门的事先知情同意，并对获取申请中应填写的内容规定了类似的要求，如：申请人的身份、公开关于地方协助者及遗传资源所在具体地理区域的资料。《安第斯条约》第 391 号决定、《东盟协定草案》（第 10 条），《中美洲协定草案》（第 13 条）和《非洲示范法》（第 5 条）都处理了土著和地方社区和/或其他有关有关利益方参与事先知情同意程序的问题。《中美洲协定草案》规定由国家主管部门发放原产地证书，以确立获取资源和传统知识的合法性（第 21 条）。

国家措施：

34. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所涵盖的每一项获取和惠益分享制度都规定，为了获得使用遗传资源的权利，必须先提出某些类型的获取申请。这些规定中还规定了与获取申请中应载有的具体资料有关的指标²⁴以及导致申请被批准或拒绝的程序。²⁵一些国家还要求缴纳申请费或收集费。²⁶由国家主管部门负责确定是批准还是拒绝给予获取。不过，虽然一些制度仅要求获得主管当局的批准，²⁷但大多数被审查的措施还要求取得将获取的遗传资源所在的地理区域的有关当局/资源提供者的事先知情同意。这些资源提供者通常为土著和地方社区或者其他有关有关利益方，如私人所有者或保护区当局。²⁸许多国家还规定在自己的国家制度内部保护与遗传资源有关的传统知识。²⁹在这方面，有些国家要求获得传统知识所有人/持有人的事先知情同意。³⁰

²⁴ 例如，不丹（《生物多样性法案》第 7 条）和阿富汗（《环境法》第 63 条）。

²⁵ 例如，不丹（《生物多样性法案》第 9 至 10 条），玻利维亚（《玻利维亚法令》第 23 至 29 条）和埃塞俄比亚（《埃塞俄比亚宣言》第 13 至 14 条）。

²⁶ 例如：阿富汗，《环境法》第 62 (2) 条的规定；哥斯达黎加，《哥斯达黎加法令》第 76 条，和《哥斯达黎加法令》第 31 514 号，第 9 (4) (c) 条；印度，2002 年《生物多样性法案》第 41 (3) 条的规定和 2004 年《生物多样性规则》第 14 (2) 条；肯尼亚，《肯尼亚规约》第 9 (1) 条的规定；马拉维，《马拉维关于获取和收集遗传资源的程序和准则》第 D (3) 条的规定；菲律宾，《菲律宾生物勘察活动准则》（《菲律宾准则》）第 15 条的规定和《实施规则和条例》第 15.9 条和 21.1 条；以及乌干达的《乌干达规约》第 12、14 和 19 条。

²⁷ 如不丹和埃塞俄比亚（但获得传统知识的权利除外）。

²⁸ 例如，见《阿富汗环境法》第 64 条；《澳大利亚规约》第 8.04 和 8.09 条；《巴西临时法案》第 16 条第 9 款；《哥斯达黎加法令》第 63、65 和 66 条；《马拉维关于获取和收集遗传资源的程序和准则》第 E (8) 条，《墨西哥生态平衡和环境保护普通法》第 87 条第 2 款；《巴拿马法令》第 21 至 22 条；《菲律宾野生生物资源保护法案》第 14 条；《南非生物多样性法案》第 82 条，《乌干达规约》第 12 条；《瓦努阿图环境管理和养护法》（《瓦努阿图环境法案》）第 34 (6) (b) 条。

²⁹ 例如，阿富汗、不丹、玻利维亚、巴西、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、印度、巴拿马、南非和瓦努阿图。

³⁰ 例如，《不丹生物多样性法案》第 37 至 38 条；《哥斯达黎加法令》第 66 条；《埃塞俄比亚宣言》第 7 和 12 (2) 条；《南非生物多样性法案》第 82 条；和《瓦努阿图环境法案》第 34 (6) (b) 条。

35. 一些国家制度要求取得有关有关利益方的事先知情同意和/或在发放获取许可或在获取合同签署之前向国家主管部门提供证据证明获得了事先知情同意（如阿富汗、巴拿马、南非、乌干达和瓦努阿图）。³¹此外，一些国家为不同类型的申请人规定了不同的获取条件。例如，印度、³²玻利维亚、³³巴西³⁴和菲律宾³⁵等国的获取制就为希望获得遗传资源使用权的本国人和外国人规定了不同的程序。其他国家，如澳大利亚、³⁶不丹、³⁷哥斯达黎加、³⁸菲律宾³⁹和南非⁴⁰则依据将给予的获取是出于商业目的还是非商业目的而设立了不同条件。一些国家，如埃塞俄比亚、⁴¹肯尼亚⁴²和乌干达⁴³则考虑在其获取和惠益分享制度中豁免打算用于教育目的并由国家机构开展的研究活动。最后，在一些国家，只要获得事先知情同意

³¹ 在阿富汗，只有当国家主管部门确信获得了有关利益相关者的事先知情同意之后才会发放获取许可（《环境法》第 64 (4) 条）。在巴拿马，在签署获取合同之前，必须把提供者和申请人之间的合同先行告知国家主管部门（《巴拿马法令》第 22 条）。在南非，在发放获取许可之前，申请人和利益相关者必须先订立材料转让协定和惠益分享协定（《生物多样性法案》第 82 条）。在乌干达，在主管当局发放获取许可之前，申请人必须获得法律机构、地方社区或土地所有人的事先知情同意并与其签订获取协定。申请人还必须与法律机构订立材料转让协定（《乌干达规约》第 12、14 和 19 条）。在瓦努阿图，主管当局“必须确信已经与习惯上的土地所有人或传统知识的任何所有人订立了具有法律约束力的可执行的合同”（《环境法》第 34 (6) (b) 条）。

³² 例如，在《印度生物多样性法案》中，第 3 (2) 和 19 条规定的“外国人”必须先获得国家生物多样性管理局的事先知情同意。同一法案的第 7、23 和 24 条为印度国民设立了不同的程序。

³³ 《玻利维亚法令》第 17 条要求根据申请人是否为外国人而向不同的机构提交获取申请。

³⁴ 《巴西临时法案》第 16 (6) 条规定，外国法人参与获取遗传资源和相关知识的，只有“在具有法定的活动协调能力的巴西公共机构加入后才能获得授权”。

³⁵ 《菲律宾野生生物资源养护和保护法案》（《菲律宾第 9147 号共和法案》）第 14 和 15 条要求，“[如果]申请人是外国实体或个人，地方机构应积极参与研究和收集活动，并酌情适当参与生物多样性和遗传资源所产生产品的技术发展”。也见《菲律宾生物勘察活动准则》第 19.2 条。

³⁶ 《澳大利亚规约》第 8A.2 和 8A.3 条对出于商业目的（或潜在商业目的）和非商业目的对生态资源的获取规定了不同条件。如果两者都需要得到获取许可，那么商业目的（或潜在商业目的）的获取需要得到土地所有人的事先知情同意，并与每一位批准获取生态资源的提供者订立惠益分享合同；但非商业目的的获取则只需要取得批准获取生态资源的提供者的书面许可，或者向其提交一份法律声明的副本，宣布申请人不会把生物资源用于商业目的；承诺提供与研究成果有关的书面报告；提供每份样本的分类复制品；取得每一位批准获取生态资源的提供者的允许之后再转让样本；不会也不允许其他人出于商业目的研究或开发任何遗传资源或生物化合物。

³⁷ 见《不丹生物多样性法案》第 6 条。

³⁸ 见《哥斯达黎加法令》第 71 条。

³⁹ 在菲律宾，要想出于商业目的收集和利用生物资源，必须先执行与国家主管当局订立的协议，并获得免费许可证。出于商业目的的生物勘察必须先获得相关地方社区和个人的事先知情同意，并支付生物勘察费。见《菲律宾第 9147 号共和法案》第 14 至 15 条。

⁴⁰ 《南非生物多样性法案》中的获取和惠益分享制度所规定的生物勘察活动（第 80 条）仅涵盖了“出于商业目的或工业开发目的对土著生物资源的研究、开发或应用”（第 1 (1) 条）。

⁴¹ 根据《埃塞俄比亚宣言》第 15 (1) 条，埃塞俄比亚的国家公共研究机构和高等教育机构以及设立在埃塞俄比亚的政府间机构不须严格遵守获取程序即可得到获取许可。

⁴² 《肯尼亚规约》批准了计划在公认的肯尼亚学术界和研究机构开展的用于教育目的的研究活动，这些活动受相关知识产权法的管辖（第 3 (d) 条）。

⁴³ 《乌干达规约》并不适用于已核准的、由主管当局承认的乌干达研究机构计划用于教育目的的研究活动，而且这些研究活动不会导致获取遗传资源用于商业目的或出口到其他国家（第 4 (2) (e) 条）。

或出口许可，就可以发放证书。⁴⁴

国家主管部门和国家联络点：

36. 截至 2007 年 7 月 18 日，在 190 个公约缔约方中，有 72 个缔约方建立了获取和惠益分享国家联络点，还有 15 个缔约方成立了关于获取和惠益分享问题的国家主管部门。

4. 获取和惠益分享安排

37. 对不同部门的获取和惠益分享安排选编的分析将有助于确定在不同类型的伙伴关系中由谁依据事先知情同意并根据哪些条件给予获取遗传资源的许可。该分析将审查由谁负责给予获取遗传资源的许可，包括是否需要土地所有权人的事先知情同意；被给予的获取是出于研究还是商业利用目的以及该获取是在哪种条件下给予的；如果计划用途发生变化或者资源被转让给第三方，是否需要取得新的同意。

5. 与获取遗传资源有关的潜在漏缺问题

38. 如国家措施概览所阐述的那样，大多数缔约方仍然没有通过国家获取和惠益分享制度。同样，许多已通过获取和惠益分享法律法规的国家还需实施这些法律法规。虽然采取了多种办法来处理获取和惠益分享问题，但这些办法都针对各国的行政结构、优先事项、文化和社会特性进行了调整。因此，各项获取和惠益分享措施之间缺乏统一，包括获取遗传资源应遵循的具体程序在内。很多国家仍然依赖野生动植物和《公约》生效前通过、有可能未将惠益分享考虑在内的环境规定。

39. 此外，那些寻求获取的人可能很难确定谁是给予获取的主管当局。根据提交给秘书处的资料，只有 72 个缔约方建立了获取和惠益分享国家联络点，只有 15 个缔约方成立的国家主管部门。此外，视将被获取的遗传资源所在地而定，在国家一级往往有多个处理获取和惠益分享问题的机构。很多国家仍然依赖野生动植物和《公约》生效前通过、反映生物多样性方面做出多门的情况的环境规定。

40. 有人认为，这种情形造成了法律上的不确定性，使遗传资源的使用者预见性不足。也有人认为，获取和惠益分享措施十分棘手，非透明的程序造成了混淆，导致了低效率。

41. 许多国家最近才通过获取和惠益分享措施，不过一些获取和惠益分享制度已经实施了许多年。因此，在执行方面获得了一些经验，但仅限于少数国家。此外，由于人手、机构和执法能力有限，而且获取和惠益分享参与人的认识水平不高，执行工作受到了阻碍。一直有人认为，不管是出于有意还是无意，由于拖延行为、不必要的官僚作风、缺乏明确的事先知情同意机制以及国家主管部门愚昧无知，国家立法往往会妨碍获取活动。

42. 还有人认为，额外的漏缺还包括没有能够：

- (a) 区分用于研究目的和用于商业目的的遗传资源获取；

⁴⁴ 例如《菲律宾生物勘察活动准则》第13.2 (c)条和附件四规定，一旦获得事先知情同意即可发放事先知情同意证书。《哥斯达黎加法令》第19条规定由CONAGEBIO技术局发放原产地证书，证明获取行为的合法性以及对获取许可证所规定条件的遵守。一些国家（如南非和瓦努阿图）要求为生物勘察所获标本取得出口许可证，而其他国家（如肯尼亚）则要求订立材料转让协议（《南非生物多样性法案》第81 (1) (b) 条；《瓦努阿图环境法》第32 (2)条；《肯尼亚规约》第18条）。

(b) 将关于获取的条例与措施挂钩以便确保遗传资源的获取不会损害对生物多样性的保护；

(c) 采取可持续地从经济上利用遗传资源的积极的奖励措施。

43. 关于区分用于研究目的和商业目的的获取，有人会认为，由非商业用途转为商业用途的可能性是一种漏洞，需要加以监测和解决，或可通过获得有关的条例这样做，这些条例中规定了不同的规定，能够在材料的用途发生改变时启动新的规定。

44. 根据第三份国家报告，执行方面的障碍可能包括以下内容：

(a) 有限的能力；

(b) 获取和惠益分享未被视作一项国家性优先事项这一事实；

(c) 获取和惠益分享所涉行为者和部门五花八门；

(d) 由于问题复杂，或由于问题的各个方面牵涉到各种不同类型的遗传资源和不供的部门，给国家获取和惠益分享战略的制订造成障碍。

45. 有人认为落实获取和惠益分享方面存在的复杂性是造成遗传资源使用者在法律上具有不确定性的根源，在答复这一问题时，有人提议在国际一级制定最低标准或最佳做法以统一关于获取和惠益分享的立法。

46. 此外，一些有关利益方主张有必要根据《生物多样性公约》的规定制定关于获取遗传资源的更快速、透明和简便的程序。他们还认为，有必要简化从有关当局和社区获得关于共同商定条件的事先知情同意的程序，同时也有必要规定不区分当地还是国外申请人的国家处理办法。

47. 不过，虽然有些人赞同在某种程度上统一获取和惠益分享措施，而其他人则认为，《公约》没有规定详尽的获取和惠益分享制度，这正是《公约》的优点所在，这种情况使得在现有国家立法背景下建立获取和惠益分享制度时能够拥有足够的灵活性。

48. 这些对立的观点表明，一些缔约方视作漏缺的问题可能会被另一些缔约方视为优点。

C. 遵守

49. 本节审查了：(a) 支持遵守提供遗传资源的缔约方的事先知情同意以及遵守有使用者在其管辖范围内的缔约方共同商定的关于获取遗传资源的条件的措施；(b) 作为协助遵守事先知情同意和遵守共同商定的关于获取遗传资源的条件的潜在手段的国际公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书；以及(c) 监测、执行和争端解决。

(a) 支持遵守事先知情同意和共同商定条件的各种措施

50. 根据工作组将审议列入国际制度的构成部分清单（第 VII/19 D 号决定附件(d) 规定的工作组的职权范围），以下构成部分处理了支持遵守事先知情同意和共同商定条件的各种措施：

“(九) 确保根据《生物多样性公约》遵守关于获取和惠益分享的国家立法、事先知情同意和共同商定条件的措施；

(十) 确保根据第 8(j)条遵守掌握了遗传资源相关传统知识的土著和地方社区的事先知情同意的措施;

(十一) 确保根据《生物多样性公约》遵守共同商定的关于给予遗传资源和防止未经授权获取和使用遗传资源的条件的措施;

(十四) 在申请知识产权时披露遗传资源和相关传统知识的原产地/出产地/法律上的来源地; ”

51. 此外，在以上处理公平和公正地分享惠益问题的章节项下列出了两个与支持遵守事先知情同意和共同商定条件有关的额外的构成部分：

“(一) 根据《公约》第 8(j)、第 10、第 15 条第 6 和 7 款、第 16、第 18 和 19 条，促进和鼓励合作科学的研究及为商业目的和商业化进行的研究的措施；

(四) 确保根据《公约》第 15 条第 7 款、第 16 条、第 19 条第 1 和 2 款，确保公正及公平地分享研究和发展工作的成果以及遗传资源的商业利用和其他利用产生的惠益的措施；”

1. 《生物多样性公约》的规定

52. 《公约》中处理作为遗传资源提供者的缔约方的义务的规定包括：第 15 条第 7 款、第 16 条第 3 和第 4 款、第 19 条第 1 和第 2 款。

2. 《波恩准则》

53. 《波恩准则》的第二部分—“根据《生物多样性公约》第 15 条进行获取和惠益分享时的作用和责任”—根据与责任有关的 C 节第 16(d) 条处理了有使用者在其管辖范围内的缔约方的责任问题：

“在其管辖范围内有遗传资源使用者的缔约方应酌情采取法律、行政或政策措施，支持遵守获得提供此种资源的缔约方的事先知情同意并遵守共同商定的关于获取资源的条件。这些国家除其他外，似可考虑以下措施：

- (一) 向潜在使用者提供信息的机制，使其了解获取遗传资源的有关义务；
- (二) 采取措施，鼓励在申请知识产权时披露遗传资源的起源国及土著和地方社区传统知识、创新和做法的来源；
- (三) 采取措施，防止使用没有得到提供此种资源的缔约方的事先知情同意而获得的遗传资源；
- (四) 各缔约方开展合作，处理据称违反获取和惠益分享协定的事件；
- (五) 各机构遵守有关获取和惠益分享的规则的自愿性认证制度；
- (六) 制止不公平贸易做法的措施；
- (七) 鼓励使用者遵守以上第 16(b)分段规定的其他措施；”

54. 此外，《波恩准则》第 IV D 节“共同商定条件”中提到了第 15 条第 7 款，并提供了一份“关于共同商定条件的基本规定”清单和一份“典型的共同商定条件指示性清单”，

并在“惠益分享”项下处理了惠益类型、惠益的时间性、惠益分享和惠益分享机制等问题。

3. 区域和国家措施

55. 本节审查了各~~国~~政府处理其根据《公约》第 15、16 和 19 条承担的义务的方法。有使用者在其管辖范围内的缔约方用来支持遵守事先知情同意和共同商定条件的举措在 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件中有详细描述。

56. 到目前为止，这些举措中的绝大多数都侧重于对有关利益方在获取和惠益分享方面的认识以及他们在实施获取和惠益分享方面的经验进行评估的活动。为了提高对获取和惠益分享的认识，这些举措中包括：建立国家门户网站、翻译并传播《波恩准则》、举办对话和咨询讲习班以提高对获取和惠益分享的认识、确定不同有关利益方的具体需求，以及就制定协助执行获取和惠益分享规定的适当政策和工具的问题咨询有关利益方。

57. 一些缔约方为有关利益方制定行为守则或准则的举措提供了支持，以协助特定的使用者群体开展获取和惠益分享活动，如菌种库和学术研究人员。

58. 此外在少数国家，要想获得公共资金，必须先符合获取和惠益分享的要求。

59. 在申请知识产权时披露遗传资源的原产地或来源地的做法也被许多国家采纳为一项要求，用以鼓励遗传资源的使用者遵守提供国的获取和惠益分享要求。

60. 根据第 16 条第 3 和第 4 款，缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，“以期根据共同商定的条件向提供遗传资源的缔约方，特别是其中的发展中国家，提供利用这些遗传资源的技术和转让此种技术，其中包括受到专利和其他知识产权保护的技术”以及“以期私营部门为第 1 款所指技术的取得、共同开发和转让提供便利，以惠益于发展中国家的政府机构和私营部门，并在这方面遵守以上第 1、2 和 3 款规定的义务。”

61. 许多缔约方在第三次国家报告、关于技术转让和合作的专题报告以及多份呈文中提交了与国家执行这些规定有关的资料，尤其是关于向私营部门提供奖励措施的资料，以根据缔约方大会第七届会议通过的关于技术转让及科学和技术合作的工作方案的第 3.1.2 项活动编制关于促进获取和调整各项技术的机构、行政、立法和政策框架的资料汇编和综述。资料文件（UNEP/CBD/COP/8/INF/9）载有这些资料的汇编和综述。

62. 在国家报告中，共有 26 个国家声称已经实施了一些政策和措施。只有 2 个国家表示实行了综合政策和措施，还有 11 个国家表示这些政策和措施尚未生效。

63. 关于技术转让和技术合作的专题报告以及各缔约方最近提交的呈文⁴⁵似乎表示，鼓励私营部门从事技术合作和技术转让的措施通常是在双边发展合作的框架下，通过各种寻求促进私营部门与发展中国家开展合作，包括与发展中国家的公共机构开展合作的方案以提供培训和支持联合研究及技术转让的方式来提供的。⁴⁶此外，在许多国家，鼓励私营部门扩大技术转让的措施也是以税收优惠、退款或递延研发投入并使私营部门参与技术商业化的形式来实施的；不过，尚不清楚这些措施如何以及应在多大范围内针对《公约》所涉技术做出调整。

⁴⁵ 见奥地利、加拿大、中国、芬兰、德国、日本、挪威、西班牙、瑞士提交的技术转让与合作专题报告，以及加拿大、捷克共和国和欧洲共同体提交与技术转让有关的呈文。

⁴⁶ 见 UNEP/CBD/COP/8/INF/9 号文件第 82 段。

64. 第 19 条第 1 和第 2 款规定，缔约方应采取措施，让提供遗传资源用于生物技术研究活动的缔约国切实参与此种研究活动，无论它们是否采取了一切可行的措施来促进和推动各缔约方在公平和公正的基础上优先获取基于这些缔约方所提供的遗传资源的生物技术所产生成果和惠益。

65. 文献、专题报告和最近的呈文提供了关于多个以项目为基础的、促进各缔约方获取基于其提供的遗传资源的生物技术所产生成果和惠益的活动的资料。正如在国家和区域一级与获取和惠益分享有关的最新进展的概览（UNEP/CBD/WG-ABS/5/4）中详细介绍的那样，这些项目中包括合资企业、研究项目和对发展中国家的科学家的培训。

66. 在第三次国家报告中，⁴⁷许多缔约方报告所开展的活动取得了一些积极成果，包括：增加了知识和专门知识；提供了额外的资金；推动获取了新技术；减少了对生物多样性的不利影响。有几个缔约方还列举了无损于环境的做法的具体事例以及在技术转让和科学和技术合作方面成功开展的活动，涉及国家机构的工作和各项举措以及国际网络的工作和科学、技术和研究合作方面的各项安排。

67. 不过，尽管取得了这些积极的成果，许多评论意见似乎还是认为，有必要在国家和国际各级与那些用“不清楚”或“有限的”或“部分的”等词汇描述其针对战略计划开展的活动的各缔约方一起采取更多行动，以切实执行第 16 和第 19 条以及关于技术转让和科学与技术合作的工作方案。还有一个缔约方表示，技术转让和合作是“执行《公约》时的薄弱部分”。此外，还有几个缔约方提到，不同部门和工作领域的技术转让进展速度不均衡，值得注意的是，开展更多利用遗传资源的技术转让活动的必要性得到了重视。

4. 自愿性行为守则/准则/体制政策

68. 各个组织，如植物园、菌种库、学术研究社团及专业协会，制定了许多自愿性的行为守则和准则。正如在国家和区域一级与获取和惠益分享有关的最新进展的概览（UNEP/CBD/WG-ABS/5/4）所介绍的那样，制定这些行为守则和准则是为了使人们认识获取和惠益分享，并通过回应其成员的特定需求来协助执行关于获取和惠益分享的规定。

5. 知识产权申请时的披露规定问题在国际一级的发展情况

69. 如上所述，有使用者在其管辖范围内的某些缔约方通过的用于支持遵守事先知情同意和共同商定条件的措施之一就是，要求在申请获得知识产权时披露遗传资源的原产地/出产地/法律上的来源地。

70. 如 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件所述，尽管许多国家都通过了这一披露规定，但目前还没有关于在申请获得知识产权时披露遗传资源和相关传统知识的原产地/出产地/法律上的来源地的国际义务。

71. 若干国际论坛，例如生物多样性公约、世界贸易组织（世贸组织）和世界知识产权组织（知识产权组织）都对这一披露规定进行了讨论，但迄今为止仍然没有取得任何成果。

72. 下文中逐一简要介绍了这些论坛的发展情况。UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1 号文件中包含了世贸组织和知识产权组织在获取和惠益分享相关问题上的最新发展，其中进一

⁴⁷ 见第三次国家报告的调查问卷中的方框 LV 和 LVI。

步介绍了这两个论坛在披露规定方面的详细发展情况。

《生物多样性公约》

73. 如上文所述，在《生物多样性公约》的框架下，《波恩准则》第二节第 16 (d) (ii) 款规定：

“在其管辖内拥有遗传资源使用者的缔约方应酌情采取法律、行政或政策措施，支持遵守获得提供此种资源的缔约方的事先知情同意并遵守共同商定的关于获取资源的条件。这些国家除其他外，似可考虑以下措施：

(……)

(ii) 采取措施，鼓励在申请知识产权时披露遗传资源的起源国和土著和地方社区传统知识、创新和做法的来源；”

74. 缔约方大会还分别在第 VI/24 C 号决定第 1 和第 2 段中请各缔约方和各国政府在一项申请的内容涉及或者利用了遗传资源或与其在开发阶段的遗传资源有关的传统知识之时，鼓励披露遗传资源的来源国或者与遗传资源有关的传统知识的来源国，以便可以有助于监测对批准获取这些资源时所依据的事先知情同意和共同商定条件的遵守情况，

75. 在同一决定中，缔约方大会邀请知识产权组织根据知识产权组织管理的各项条约中规定的要求在专利申请中进行披露的义务来编制一项关于各项披露方法的技术性研究。知识产权组织应请求编制了技术研究并将其提交给了缔约方大会第七届会议。在其第七届会议上，缔约方大会赞赏地注意到世界知识产权组织编制的“关于有关遗传资源和传统知识的披露规定的报告”，并认为该报告将有助于审查使用者措施所涉知识产权方面的问题。

76. 在其第七届会议上，缔约方大会还邀请知识产权组织审查涉及获取遗传资源与知识产权申请中的披露规定之间的相互关系的各个问题，同时顾及有必要确保此项工作支持、而不是违背《公约》的各项目标（第 VII/19 E 号决定，第 8 段）。缔约方大会还邀请联合国贸易和发展会议（贸发会议）及其他有关国际组织以支持实现《生物多样性公约》各项目标的方式，审查与在申请获得知识产权时披露遗传资源和相关传统知识的原产地有关的各种问题（同一决定的第 9 段）。知识产权组织和贸发会议为回应缔约方大会的请求而分别开展的研究被提交给了缔约方大会第八届会议。

77. 在其第八届会议上（第 VIII/4 D 号决定），缔约方大会请“有关论坛解决和/或继续在知识产权申请的披露规定方面开展工作，同时顾及根据第 16 条第 5 款有必要确保此项工作支持、而不是违背《公约》的各项目标”。

78. **知识产权组织**。在国家和区域一级与获取和惠益分享有关的最新进展的概览（UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1）介绍了知识产权组织为回应缔约方大会关于审查获取遗传资源和披露规定之间的相互关系问题的请求而开展的工作。欧共体及其成员国以及瑞士分别提交了单独的提案，以解决国际一级的披露问题，同一文件也详细介绍了这些提案。

79. **世贸组织**。上述概览还进一步介绍说，自 1999 年以来，各成员国一直在向世贸组织/与贸易有关的知识产权协定理事会提交并讨论多项关于《与贸易有关的知识产权协定》和《生物多样性公约》之间的关系，更具体而言，这两个协议之间的潜在冲突的提案。

80. 在最新提交的提案中，有一项提案是由巴西、中国、哥伦比亚、古巴、厄瓜多尔、印度、巴基斯坦、秘鲁、泰国、坦桑尼亚和南非等国在 2006 年 6 月提出的。该提案提议修正《与贸易有关的知识产权协定》，以便把在专利申请中披露遗传资源和相关传统知识的来源国的规定与证明事先知情同意和确保惠益分享的证据结合起来。⁴⁸在与贸易有关的知识产权协定理事会后来于 2007 年 6 月举行的会议上，更多国家加入支持该项提案，包括委内瑞拉、非洲集团的各成员国以及最不发达国家集团的各成员国。然而，尽管这一问题是与贸易有关的知识产权协定理事会的常设议程项目，同时也是多哈工作方案项下的未执行问题之一，但目前尚未就此取得显著成果。

6. 与有使用者在其管辖范围内的缔约方支持遵守事先知情同意 和共同商定条件的措施有关的潜在漏缺问题

81. 根据提供给秘书处的与有使用者在其管辖范围内的各缔约方所采取的支持遵守事先知情同意和共同商定条件的措施有关的资料，似乎各缔约方只通过了极少数具有法律约束力的措施来执行其在第 15 条第 7 款、第 16 条第 3 和第 4 款以及第 19 条第 1 款项下的义务。

82. 开展的讨论侧重于在知识产权申请中披露原产地/出产地/法律上的来源地的问题。如上所述，只有少数国家在其国内专利法中做出了披露规定。不同国家的披露规定各不相同。由于在利用披露问题上未形成共识，目前还没有国际性的披露规定。

83. 有使用者在其管辖范围内的各缔约方所开展的绝大多数举措都侧重于评估有关利益方的认识水平、提高使用者对《公约》和《波恩准则》中关于获取和惠益分享的规定的认识，并开展咨询工作，以期制定有关政策。

84. 使用者团体也开展了多项举措，以制定准则和行为守则，协助使用者按照《公约》关于获取和惠益分享的规定开展获取和惠益分享活动。这些举措为最佳做法和行为标准提供了基础。但这些举措属自愿性，因此不能强制实施，当使用者不遵守这些准则时，也无法对提供者做出补偿。它们提供了指导，因此没有对之进行过监测，虽然一些研究供资机构、研究组织和商业公司在赠款的过程中和编制项目时曾经借助过这些举措。鉴于没有规定通过第三方来监测或核查遵守这些举措的情况，因此有人怀疑这些举措是否起作用。虽然有人认为这些举措可提供法律性义务所不能提供的有益的鼓励和灵活性，但其他一些人却持一定的怀疑态度，认为需要更严格的义务。

85. 关于技术转让，各缔约方在其第三次国家报告中提供的许多评论意见似乎都认为，需要在国家和国际各级开展更多工作，以切实执行第 16 条和工作方案。发展中国家和发达国家都提出了这样的评论意见。有些缔约方还指出，虽然开展了各项活动并随后进行了汇报，但这只是偶然发生的，因为目前在第 16 条和工作方案的执行方面还没有明确的、经过慎重考虑的重点。

86. 被确定的主要障碍包括缺乏人手和缺乏财政资源。许多缔约方提到的制度缺陷中包括缺少立法，其中一些缔约方特地明确地提到缺乏关于获取遗传资源的立法。缔约方还提到缺乏调整技术的能力，资料和知识也有所不足。

87. 许多发展中国家缔约方提到发达国家进行的技术转让不够，国际技术合作的数量不

⁴⁸ 更多详细资料见 WT/GC/W/564/Rev.2、TN/C/W/41/Rev.2、IP/C/W/474 和 WT/GC/W/564/Rev.2/Add.2、TN/C/W/41/Rev.2/Add.2、IP/C/W/474/Add.2 号文件。

足。一个缔约方强调指出，发达国家缔约方有必要调整其技术转让政策，以便以优惠方式而不是商业方式来转让关于养护和可持续利用生物多样性的技术。另一个缔约方指出，《公约》项下的技术获取和转让机制还处于“萌芽状态”。一个缔约方将专利和禁止性费用水平视为阻碍向发展中国家有效转让现代技术的障碍。

(b) 国际公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书

88. 在将由工作组审议以列入国际制度（第 VII/19 D 号决定附件 (d) 规定的工作组的职权范围）的构成部分清单中，在第 (xiii) 条项下包括一项：

“国际公认的遗传资源和相关传统知识的原产地/出产地/法律上的来源地证书。”

89. 在其第八届会议上，缔约方大会在第 VIII/4 C 号决定第 1 段中决定，“成立一个技术专家组，以探讨和制订建立国际公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书的可行备选方案，而不事先就这些办法是否可取做出结论，并分析其实用性、可行性和费用，以便实现《公约》第 15 和 8(j)条的目标。专家组应该为获取和惠益分享问题不限成员名额特设工作组提供技术投入，并在以下职权范围内开展工作：

“(a) 审议国际公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书的可能建立理由、目标和必要性；

“(b) 确定这一国际公证书的各种备选方案的潜在特点和要点；

“(c) 分析各种原产地/出产地/法律上的来源地证书备选方案之间的区别以及每种备选方案给实现《公约》第 15 和第 8(j)条的目标带来的影响；

“(d) 查明执行方面的有关挑战，包括各种备选方案的实用性、可行性和费用，其中包括与《公约》和其他国际协定的相互支持性和兼容性。”

90. 根据生物多样性公约缔约方大会第 VIII/4 C 号决定，于 2007 年 1 月 22 日至 25 日在秘鲁的利马举行了关于国际公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书的技术专家组会议。

91. 技术专家组努力针对缔约方大会第 VIII/4 C 号决定第 1 段所载的各项构成部分提供资料和指导。UNEP/CBD/WG-ABS/5/2 号文件中载有此届会议的报告，报告反映了各项讨论的成果，但不涉及各项备选方案或关于任何具体备选方案的安排是否可行。

国际公认的证书作为减少漏缺问题的潜在工具

92. 正如技术专家组所建议的那样，“一旦遗传资源离开提供国，仅靠国家法律制度不足以确保惠益分享。在这方面，作为更广泛的获取和惠益分享制度的一部分，证书可能会成为减少这一局限性的重要工具。”

93. 现有的获取和惠益分享制度中存在一个漏缺问题，即一旦遗传资源离开提供国，提供国就很难对其进行监测。有人提议将国际公认的证书作为解决这一漏缺问题的一个工具。在技术专家组确定的若干目标中，证书不仅能支持遵守国内法和共同商定条件，还能帮助并促进在监测及实行获取和惠益分享安排方面的合作。

94. 正如技术专家组所述，采用证书的好处还包括，“确保更广泛地遵守《公约》的各项要求，协助公平和公正地分享利用遗传资源和相关传统知识产生的货币和非货币惠益，

并促进不同管辖区域之间的合作。”

(c) 监测、执行和争端解决

95. 请工作组主要参考供工作组审议的构成部分清单中的(八)、(十九)、(二十)、(二十一)和(二十二)构成部分，根据第 VII/19 D 号决定附件(d)规定的工作组职权范围来审查国际制度中处理监测、执行和争端解决等问题的方法：

“(八) 促进这一制度在地方、国家、分区域、区域和国际各级发挥作用的措施，同时牢记一些就地遗传资源和相关传统知识的越境分布特征；

(十九) 支持在《公约》框架内执行这一国际制度的手段；

(二十) 监测、遵守和执行；

(二十一) 争端解决，和/或在必要时进行仲裁；

(二十二) 在《公约》框架内支持执行国际制度的各种机构问题；”

96. 在以下两种情况下审议了本节中提出的监测、执行和争端解决问题：(一) 根据对提供国的获取和惠益分享要求的遵守情况以及对获取和惠益分享安排要求的遵守情况进行审议；以及(二) 根据国际制度的应用情况审议了监测、执行和争端解决问题。

(一) 与遵守提供国的获取和惠益分享要求以及遵守获取和惠益分享安排要求有关的监测、执行和争端解决。

97. 根据一项涉及有使用者在其管辖范围内的各国的行政和司法补救方法以及世界自然保护联盟 - 加拿大⁴⁹编写的各项国际协定中规定的行政和司法补救办法的研究，本分节更具体地审查了当出现遗传资源的提供者或使用者不遵守提供国的获取和惠益分享立法或获取和惠益分享合同的情况时可适用的行政和司法补救办法。

1. 遵守提供国的获取和惠益分享要求

国家获取和惠益分享制度中的现有遵守措施概览：

98. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件中审查的各项获取和惠益分享措施中主要包括解决遵守问题的规定。视国家不同，这些规定可能涵盖监测、报告、执行、违反/侵犯、处罚/制裁和争端解决等问题。

99. 只有极少数措施解决了确保遵守各项获取和惠益分享措施的监测、报告和执行等问题。某些国家建立的机制中包括：任命视察员、民间社会参与监测目的并报告对使用者施加的条件。⁵⁰

⁴⁹ 该研究报告载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3 号文件。

⁵⁰ 例如，在澳大利亚，根据《环境保护和生物多样性养护规约》第 8A.18 条，许可证持有者必须记录所采集的样品。《昆士兰州生物多样性法案》第 8 条详述了监测和执行问题，其中规定要任命视察员并详述了视察员的权力和职责。《哥斯达黎加法令》第 20 条规定，技术局要通过视察给予了获取的地点来行使核查和控制职责。在埃塞俄比亚，《宣言》第 20 条也规定，国家主管当局应主要通过视察及获取许可证持有人和被指定陪同收集的有关机构定期提交的进度和现状报告来跟踪获取协议的执行情况，并参与研究和监测获取协议的执行情况。在菲律宾，《生物勘察准则》第 27 条规定，政府应鼓励民间社会在监测生物勘

100. 这些措施一般都规定，任何违反法律、法规或准则中的规定的行为以及任何未经授权获取遗传或生物资源的行为都将受到制裁。而且许多措施还规定，不遵守获取和惠益分享相关协定中的规定的行为也将受到制裁。此外，有些措施规定，如果有人为了使其获取申请得到批准而出示了虚假的或误导性的文件或资料（如澳大利亚昆士兰州、埃塞俄比亚、巴拿马、南非和乌干达⁵¹），和/或阻碍视察员执行公务（如阿富汗⁵²），则应对其进行制裁。

101. 这些制裁措施包括书面警告、⁵³罚款（有时会规定一个罚款范围）、⁵⁴收缴样本、⁵⁵停止销售产品、⁵⁶撤回/取消关于获取或合同的许可或特许、⁵⁷禁止开展生物和遗传资源勘察活动⁵⁸以及监禁。⁵⁹

102. 有些规定中还解决了争端解决机制，如《菲律宾准则》。⁶⁰在这方面，一些国家授权国家主管部门适用制裁措施⁶¹并指定了有管辖权的司法机关来审理与获取和惠益分享制度有关的争端。⁶²在公司实施侵权行为的情况下，一些措施还规定应当由侵权行为实施之际该公司的负责人来承担责任并接受处罚。⁶³

察承诺的执行方面发挥作用；第 23 条还规定，资源使用者应向有关执行机构提交年度进度报告；第 27 条提到菲律宾的某些部门（主要是大使馆和领事馆）可能可以帮助执行机构监测在外国进行的发明和商业化。《乌干达规约》第 7(3)(b)条规定，牵头机构应与国家主管当局协作，监测“从乌干达运出并在乌干达境外存放的遗传资源的应用和利用”，但没有对监测方法或监测机制做出详细规定。应当提到的是，作为国家主管当局批准进行生物勘察的一项条件，《瓦努阿图环境法》第 34(6)(c)条要求“建立监测和审计制度以核查申请人开展的所有活动”，但没有对机制问题做出进一步的规定。

⁵¹ 见《昆士兰州生物多样性法案》第 52 条；《埃塞俄比亚宣言》第 35 (1) (b)条；《巴拿马法令》第 51 (h)条；《南非生物多样性法案》第 93 a)条；及《乌干达规约》第 26 (2)条。

⁵² 见《阿富汗环境法》第 73 条第 1 (3)款。

⁵³ 例如在阿富汗，《环境法》第 72 条第 1 款（以“遵守令”形式发布）；在巴西，《临时法案》第 30 条第 1(I)款；在埃塞俄比亚，《宣言》第 16 (2) 条；在巴拿马，《法令》第 52 (a)条。

⁵⁴ 一些措施规定了具体的罚款数额或范围（如《阿富汗环境法》第 73 条第 1 段；《巴西临时法案》第 30 条第 1(II)款和第 2 款；《印度生物多样性法案》第 55 和 56 条；《埃塞俄比亚宣言》第 35 条；《肯尼亚规约》第 24 条；《乌干达规约》第 26 条；《委内瑞拉环境法案》第 32 条；以及《委内瑞拉生物多样性法案》标题十四），而其他措施（如《哥斯达黎加法令》第 28 条和《不丹生物多样性法案》第 44 (a) 条）则规定了计算罚款的方法。

⁵⁵ 如《不丹生物多样性法案》第 44 (b) 条的规定；《巴西规约》第 30 条第 1 (III)款；《埃塞俄比亚宣言》第 35 (1)条；《乌干达规约》第 25 条；《委内瑞拉生物多样性法案》第 117 条。

⁵⁶ 例如《巴西临时法案》第 30 条第 1 (V)款的规定。

⁵⁷ 大多数国家都出现了这种情况，包括，例如阿富汗、不丹、巴西、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、印度、肯尼亚、巴拿马、南非和乌干达。

⁵⁸ 例如巴拿马，《法令》第 52 (d)条的规定

⁵⁹ 各国规定的监禁期从几个月到几年不等。例如，见《阿富汗环境法》第 73 条第 1 款；《不丹生物多样性法案》第 44 (a) (d)条；《肯尼亚规约》第 24 条；《南非生物多样性法案》第 102 条；《乌干达规约》第 26 条；《瓦努阿图环境法》第 32 条。

⁶⁰ 《菲律宾准则》第 30 条涵盖了冲突解决办法

⁶¹ 如《玻利维亚规约》第 60 条和《巴拿马法令》第 52(b)条。

⁶² 如《不丹生物多样性法案》第 48 条；《印度生物多样性法案》第 52 至 53 条；《南非生物多样性法案》第 94 至 96 条；《乌干达规约》第 27 条。

⁶³ 例如，见《印度生物多样性法案》第 57 条和《阿富汗环境法》第 75 条。

103. 在特定情况下，如对环境产生明显不利影响、遗传侵蚀威胁或违背社区的文化价值观等情况，一些措施还授权限制最初给予的获取或限制更改获取协议。⁶⁴

104. 如上所述，尽管国家获取和惠益分享措施中提供了一些措施，但一旦使用者离开了遗传资源提供国，这些措施就很难予以实行。

有使用者在其管辖范围内的国家可运用的补救办法

105. 如关于遵守事先知情同意和共同商定条件的上一节所述，许多国家仍处于提高遗传资源潜在使用者的认识的初级阶段。根据提供给秘书处的资料，出现不遵守事先知情同意和共同商定条件的情况时，有使用者在其管辖范围内的国家可采用的行政和司法补救办法仅限于那些适用于不遵守专利申请披露规定的情况的办法。

106. 根据可获得的资料，目前所有国家要么是使用者要么是提供者。尽管如此，似乎没有国家通过了任何使用者措施。根据世界自然保护联盟-加拿大开展的一项研究，迄今为止似乎只有挪威一国制订了关于遵守提供国的获取和惠益分享条件的具体要求。“挪威的立法草案是唯一一个直截了当地试图履行第 15 条第 7 款规定的基本义务的公开立法提案。这一立法草案明确表示，使用者在挪威使用来自其他来源国或提供国的遗传资源时必须遵守来源国或提供国的要求—特别是关于事先知情同意和共同商定条件的要求。尽管这一法律没有规定补救办法，但其处罚规定可能是另一种类型的补救办法。”⁶⁵

1. 在出现不遵守获取和惠益分享规定的情况时，如果没有获取和惠益分享合同，也没有使用者所在国家为确保使用者遵守获取和惠益分享协定而通过的各项措施，是否存在补救办法，情况不清楚。对于不存在获取和惠益分享协定的情况，下文第 2 节对可能的补救办法作了探讨。

2. 虽然一些国家的立法对没有遵守获取和惠益分享规定的行为规定了补救办法，但如同处理越境交易一样，一旦遗传资源离开了提供国，提供者实际上就不可能得到补偿。

107. 如果在提供国做出不利于使用者的判决，很可能出现执行问题，尤其是当使用者和所获取的遗传资源不在提供国时。可能需要进一步审查外国判决的执行问题。

2. 遵守获取和惠益分享安排

108. 如果不遵守获取和惠益分享合同，情况将有所不同。

109. 获取和惠益分享协定通常要解决与遵守有关的问题，还要确定在出现不遵守情况时可适用的补救办法。正在进行的关于获取和惠益分享安排的研究将介绍不同部门的获取和惠益分享安排是如何在出现违约情况时解决遵守问题并进行补救的。

110. 正如所开展的“关于有使用者在其管辖范围内的国家和国际协定中可适用的行政和司法补救办法的研究”所强调的那样，一般会假定获取和惠益分享的执行、实施和补救办法都将以合同法为基础。如这一研究所述，“这一假定只有部分正确 –

⁶⁴ 例如，见《阿富汗环境法》第 71 条；《埃塞俄比亚宣言》第 21 (1)条；《印度生物多样性规则》第 16 条。

⁶⁵ 见“有使用者在其管辖范围内的国家和国际协定可运用的行政和司法补救办法”，载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/5/3 号文件。

- 只有当合同规定‘明确清晰且可执行’时，合同法才能提供补救办法
- 即使合同某些部分不明确，但如果合同中明确规定了补救办法且引起补救办法的情形明确清晰，那么合同法仍然能提供补救
- 即使合同某些部分不明确，但如果合同规定双方当事人可提起仲裁或其他非诉讼纠纷解决方式，且仲裁人或调解人认为情况清晰，足以实行这种解决办法，那么合同法仍然能直接提供补救。”⁶⁶

111. 不过，正如该研究报告的作者所建议的那样，获取和惠益分享制度的模糊之处，如对第 15 条规定的关键条件的不同解释可能会给试图解释获取和惠益分享义务和/或提供获取和惠益分享补救办法的法院和其他机构带来困难。

112. 归根结底，如同一研究的结论部分所总结的那样：

“使用者所在国的国内法规定的各种补救备选方案可很好发挥作用，解决来源国和其他提供者所提获取和惠益分享主张，但由于在法律适用方面存在一个基本的漏缺问题，这些补救办法无法施行。目前，还没有国家通过任何法律，要求利用外国遗传资源的使用者遵守来源国的获取和惠益分享条件，包括事先知情同意和共同商定条件在内。这意味着使用者不会在其所在国受到法律追诉，除非他订立了获取和惠益分享合同，而且来源国或其他提供者在使用者所在国提起了诉讼，要求执行合同。

“如果订立了合同，来源国将面临两个主要挑战：

- 费用方面的挑战，所有位于提起法律诉讼的国家之外的商业性当事人都需要获取资料和收集证据；以及
- 确定合同明确具体，足以让法院、仲裁机构或其他补救行动做出明确决定的挑战。

“许多与获取和惠益分享有关的因素都显示，各缔约方可能有必要采取特别措施和保护办法，以便利用国内补救性法律和程序。这些因素中包括这一事实，即许多来源国和传统社区都缺乏资金、专门知识和能力，无法参加在另一个国家提起的诉讼，要求一个资金雄厚、更了解相关法律制度、在法律诉讼中处于有利地位的实体进行赔偿。

“如果没有订立合同，那么在任何国家的法院、机构或其他判决机构提出赔偿请求都将缺乏法律依据。唯一的例外是来源国仍然对使用者拥有管辖权的情形（因为使用者的某些资产仍然留在来源国或使用者仍在来源国开展活动）。”⁶⁷

113. 最后，在提供国没有获取和惠益分享制度、因此不存在获取和惠益分享条件的情况下，而如果提供者和使用者之间也没有商定法律义务，就不无法执行《公约》关于获取和惠益分享的规定。

3. 与遵守获取和惠益分享条件或获取和惠益分享安排有关的潜在漏缺问题

114. 大多数提供国的获取和惠益分享措施在监测和遵守措施方面都有不足。如上文所述，

⁶⁶ “有使用者在其管辖范围内的国家和国际协定可运用的行政和司法补救办法”，载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3 号文件第 5.1 条。

⁶⁷ 同上，见第 7 节，题为“结论—确定性平衡”。

许多缔约方仍处于在国家一级提高其使用者团体的认识的阶段。目前各国尚未通过要求其管辖范围内的使用者遵守事先知情同意和共同商定条件的使用者措施。在没有国家性措施处理从外国非法获取遗传资源的行为的情况下，如果不是不可能的话，执行也会十分困难。

115. 也可以这样认为，即：正因为如此，在其遗传资源正在被使用的国家，目前缺乏鼓励使用者遵守获取和惠益分享措施的办法，也缺乏有效的遵守和执行机制。

（二）应用国际制度时的监测、执行和争端解决问题

116. 一旦进一步确定了一项国际制度的性质、范围和组成部分，则谨建议各缔约方审议应用该国际制度时的监测、执行和争端解决问题。构成部分（十九）和（二十二）处理了这些具体情况。

D. 传统知识

117. 关于获取和惠益分享国际制度的谈判的任务范围包括“根据第 8 (j) 条的传统知识、创新和做法”（例如第 VII/19 号决定，附件）。此外，职权范围 (d) 节所列的供审议列入国际制度的各构成部分中，以下构成部分与传统知识有关：

- “（十）确保根据第 8 (j) 条遵守掌握了遗传资源相关传统知识的土著和地方社区的事先知情同意的措施；
- （十三）国际公认的遗传资源和相关传统知识的原产地/出产地/法律上的来源地证书；
- （十四）在申请获得知识产权时披露遗传资源和相关传统知识的原产地/出产地/法律上的来源地；
- （十五）承认并保护土著和地方社区根据这些社区所在国的国家立法对其遗传资源相关传统知识享有的权利；
- （十六）土著和地方社区的习惯法和传统文化习俗；
- （十八）为确保与土著和地方社区公平和公正分享惠益的道德守则/行为守则/事先知情同意的模式或其他的文书。”

1. 《生物多样性公约》下的发展

118. 在关于第 8 (j) 条和相关规定的工作方案第一阶段的各项任务中（例如第 V/16 号决定，附件），任务 2（参与机制）、任务 7 和任务 12 都与获取和惠益分享国际制度直接相关。第二阶段的任务 10 也与该国际制度有关。任务 7 规定，工作组要“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平等地分享到由于使用和运用其知识、创新和做法而产生的惠益；（二）对使用此种知识、创新和做法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）进一步确定来源国以及在其境内使用此种知识、创新和做法及其有关遗传资源的缔约方和政府的义务”。第 8 (j) 条和相关规定工作组尚未启动此项任务。任务 12 规定，工作组要制定一套帮助各缔约方和各国政府制定法律或其他机制的准则，以便在国际、区域和国家各级实施第 8 (j) 条及相关规定，并确认、保障和充分保证土著和地方社区根据《公约》对其传统知识享有的权利。最后，工作方案第二阶段的任务 10 规定，第 8 (j) 条工作组要制定关于报告和防止非法盗用传统知识和有关的遗传资源的标准和准则。如工作方案的任务 7、任务

12 和任务 10 所预见的那样，制定准则将非常有助于在关于获取和惠益分享国际制度的谈判中解决传统知识问题。

119. 《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》规定，“有关利益方”的参与对于制定和执行惠益分享安排而言至关重要，在整个过程的每一步骤中都应征求有关利益方的意见并将这些意见考虑在内，这些步骤包括：就获取问题做出决定、举行谈判和执行共同商定条件以及惠益分享；制定关于获取和惠益分享的国家战略、政策或制度（第 18 条）。此外，应建立适当的协商机构，如国家协商委员会（第 19 条），以促进包括土著和地方社区在内的有关利益方的参与。

2. 区域和国家文书

120. 目前，非洲联盟、安第斯共同体、东盟、拉丁美洲和太平洋论坛等五个区域性组织已制定或正在制定区域性协定、框架或示范法，涉及以习惯法为基础的独特的传统知识保护制度。至少有 11 个国家制定了法律、法律草案、专门的知识产权制度、社区知识产权保护法、土著人民权利法、条例、贸易安排和协定草案来解决传统知识保护、传统知识持有人的事先知情同意及惠益分享安排等问题。

3. 其他国际文书

121. 多年来，知识产权组织一直通过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来处理知识产权和传统知识之间的关系。该委员会的工作涉及关于获取和惠益分享国际制度的谈判，通过处理传统知识的独特保护制度、在先技术以及在专利申请中披露来源等问题，委员会能以各种方式协助制定今后的国际制度。

122. 其他相关论坛包括联合国土著问题常设论坛。2005 年，该论坛举办了“关于土著传统知识的国际技术讲习班”（E/C.19/2006/2），以推动一个协作、互补和全面的关于传统知识的办法，以便更好地了解各项土著问题以及可能的解决办法。讲习班提到至少有 11 个政府间组织和联合国机构开展了方案、活动和进程，以这种或那种方式解决关于土著传统知识的问题。

123. 在其第六届会议上，论坛建议公约各缔约方专门处理遗传资源的获取和惠益分享问题，以及保护传统知识和制定独特制度的问题。

124. 最后，土著问题论坛特别讨论了关于保护传统知识、特殊制度及遗传资源的问题。论坛表示，土地、领土、自然资源和传统知识的保护之间有着明显的联系。论坛强调，获取和惠益分享工作组承认土著人民对其领土上的生物和遗传资源享有的权利。论坛还强调，各国政府应考虑在习惯法的基础上制定独特的传统知识保护制度。论坛还建议，机构间支助小组的有关成员应与土著专家合作，在关于传统知识国际标准的谈判进行到关键阶段及时开展技术审查工作，包括制定获取和惠益分享国际制度。

125. 最新的发展是，论坛编写了关于《生物多样性公约》规定的获取和惠益分享以及土著人民人权的国际专家组会议报告（E/C.19/2007/8）。报告中提供了一份相关问题概览，如授予传统知识的习惯法的构成部分、土著人民参与决策、相关人权条约、已有和新出现的适用于传统知识的文书以及关于提议的遗传资源原产地/出产地/法律上的来源地证书的评论意见。报告还提供了一般建议和具体建议，以协助制定一项国际制度。常设论坛第六届会议的报告载于 E/2007/43 号文件，可从网站 <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/> 上下载。

4. 潜在的漏缺问题

126. 除《生物多样性公约》的规定之外，目前在国际一级还没有其他设立标准确保土著和地方社区公平和公正地分享利用和适用其与遗产资源有关的知识、创新和做法所产生惠益的文书。也没有就这方面对国际措施的需求达成一致意见。

127. 在执行与土著和地方社区分享惠益的安排时可能需要克服许多实际困难，例如应如何确定土著和地方社区的授权代表以进入事先知情同意程序和实施相关习惯法、如何确定受益人、如何分享最终惠益、此类惠益应具有何种形式，等等。此外，习惯法及土著和地方社区的文化做法大相径庭，因此他们的事先知情同意也不是普遍通用的。

128. 在大多数国家，必须在专利申请中披露遗传资源或相关传统知识的来源。

129. 从本质上说，现有的知识产权很难适应对传统知识的保护。因此可能需要制定保护传统知识的独特措施。但有些人认为，可以对诸如版权、商标、贸易秘密和其他认证制度等知识产权作出修订，以便为那些与遗传资源有关的传统知识提供某种保护。

130. 有人建议，一种国际性传统知识数据库或数字化图书馆可以成为一种重要的工具，让专利审查者和其他人士能够确认传统知识是一种在先技术。然而，有人认为，通过数据库记录传统知识不应被视为进行保护的一种前提。

E. 能力建设

131. 供工作组审议以列入国际制度的构成部分清单的第（十七）项为“基于国家需要的能力建设措施”。

132. 缔约方大会第七届会议在第 VII/19 F 号决定中通过了一项“获取遗传资源和惠益分享能力建设行动计划”。该行动计划的目标是“促进并支持发展和加强个人、机构和社区切实执行《公约》关于获取遗传资源和惠益分享的规定的能力……”。行动计划提供了框架，用以查明国家、土著和地方社区及各有关利益方的需要、优先事项、执行机制和供资来源。行动计划还查明了国家、区域、分区域和国际各级需要进行能力建设并制定能力建设执行机制的重点领域。行动计划还提倡在参与获取和惠益分享相关能力建设的各级行为者之间开展合作并相互分享资料，以鼓励协同作用并查明执行《行动计划》方面的漏缺问题。

133. 为了提供一份关于正在进行的能力建设活动的概览，并确保其互补性，秘书处根据开展了能力建设活动的各缔约方和有关机构提供的资料建立了一个关于获取和惠益分享的能力建设项目数据库。可登陆以下网站进入该数据库：<http://www.cbd.int/programmes/socio-eco/benefit/projects.aspx>。

134. 应当注意的是，在第 VII/19 F 号决定的导言部分，缔约方大会强调，“实行获取和惠益分享国际制度以实行获取和惠益分享方面的国家法律，可能需要开展额外的建设能力活动”。

能力建设：对漏缺问题的回应

135. 使用者和提供者缺乏对获取和惠益分享的认识和缺乏能力一直都被视为是现有制度中的主要漏缺问题。谨建议各缔约方审议国际制度如何解决能力建设问题，并将其作为一种处理现有漏缺问题的方法。

三. 其他漏缺问题

136. 现有文书没有处理的许多额外问题也能被视为是漏缺问题。下文中审查了这些问题：

缺乏认识

137. 如上文中强调的那样，无论是在发展中国家还是发达国家，遗传资源的使用者和提供者双方都缺乏对获取和惠益分享问题的认识，这是现有制度中的一个主要漏缺问题。尽管正在开展多项举措来提高遗传资源的使用者和提供者对获取和惠益分享问题的认识，但仍需要做出大量努力。这一漏缺问题包括：遗传资源的提供者，如土著和地方社区、私人所有者、保护区当局缺乏认识；遗传资源使用者，包括研究人员/科学家、学术界、分类学者和在不同行业（例如制药业、化妆品业、农业、工业）经营的私营公司缺乏认识。

缺乏能力

138. 正如“获取和惠益分享能力建设行动计划”所阐述的那样，各缔约方查明了 17 个需要进行能力建设的重点领域。

139. 尽管目前正在开展多个能力建设项目，但在某种程度上，由于获取和惠益分享问题十分复杂，需要大量行为者（即地方社区、政府代表、土地所有人、保护区当局、研究人员、学术界、商业团体）的参与，因此需要继续努力，以进一步发展各级别的所有有关行为者的能力，确保这一制度良好地运行。

不对称问题

140. 在资料、知识以及可能会在获取和惠益分享安排的谈判中影响讨价还价实力的谈判技巧和能力方面，遗传资源的提供者和使用者之间并不对等。因此为了确保公平和公正地分享惠益，可能需要在遗传资源的提供者和使用者之间保持一个平等的竞争环境。常常会有多个行为者参与获取和惠益分享的过程，包括最初的提供者（可能是土著或地方社区）和最终使用者（可能是一家私营公司）在内。

141. 正如上文所阐述的那样，为了解决这些不对称问题，能力建设要发挥重要作用。此外，在获取和惠益分享过程中，中间机构一直起到了重要作用，只要中间机构诚信地开展工作，就可以协助在最初的提供者和最终的使用者之间建立一个平等的竞争环境。

142. 有人提议，标准化的材料转让协定也是解决这些不对称问题的一个办法。

缺乏关于中间机构的法规

143. 在某种程度上，由于上文提及的不对称问题，中间机构在获取和惠益分享安排中起到了重要作用。不同类型的中间人都参与了获取和惠益分享。获取和惠益分享专家组报告的附件二描述了“中间机构在遗传资源的商业开发和利用中”日益增长的作用以及这一在很大程度上未受管制的活动部门可能引起的问题：⁶⁸

“在过去十年里，随着遗传资源市场的增长和多样化，涌现了大量向遗传资源的最终商业用户提供专门服务的机构。这种专门服务包括收集和提供遗传资源样本、萃

⁶⁸ 获取和惠益分享问题专家组报告（UNEP/CBD/COP/5/8 号文件，1999 年 11 月 2 日）附件二。

取物和相关资料，还包括提供协助，确保所提供的样本符合提供者所在国的获取和惠益分享法律及程序的要求。这些机构（有时又称“中间机构”）有多种存在形式。它们可能是在多个国家开展经营的营利性私营公司，也可能是在本国经营的小型国内公司，还有可能是地方性大学。在几个拥有丰富的生物多样性的国家，成立了半国营性质的机构来行使这些职能，其中以哥斯达黎加国家生物多样性研究所(INBio)最为著名。

“这些提供专门服务的机构有时也会起到有益作用，根据《生物多样性公约》和相关的国家立法来促进获取遗传资源并按照共同商定条件公平和公正地分享惠益。在下列情况下这些机构就能发挥这一作用：

- “(a) 增加遗传资源的价值；和
- “(b) 尽力确保所有的国家获取和惠益分享法律和程序要求都能得到遵守，从而为最终使用者提供可靠的法律确定性和遵守保证。

“当这些机构提供专门服务时，它们不仅对商业最终用户而言具有极大的价值，而且还能在确保遵守国家获取和惠益分享措施方面协助各国政府。在遗传资源提供国成立这样的机构可以增加该国国内的遗传资源的价值，还能有助于当地能力建设，让提供国最大限度地分享惠益。

“但必须强调的是，尽管中间机构为商业最终用户提供了有益的服务，但大多数商业最终用户还是强调，它们更愿意与遗传资源提供国的法律所指定的遗传资源的最终提供者直接订立合同性协议。

“不过，由于这些“中间机构”是一个新的、未受到多少管制的活动部门，一些不道德或技术不合格的机构有可能也进驻这一领域。如果这些机构并不能真的增加遗传资源的价值，或者故意出具了虚假或错误的担保来保证遗传资源是合法获取的，那么它们就会对《生物多样性公约》及国家获取和惠益分享措施的目标造成威胁。此外，如果这些机构只是以“中间人”的身份参与进来，却没有增加遗传资源的价值或者没有确保法律上的确定性，那么不过是又多了一层官僚机构，增加了手续费用。

“因此，在制定获取和惠益分享立法时，各国政府有必要考虑中间机构日益增长的重要性，并利用各自的立法来支持合法的中间机构，同时抑制那些不能提供有益服务或者合法服务的中间机构。还有必要在合同性协议中考虑到这些中间机构的增长所体现的遗传资源商业化利用在机构前景方面的多样性。最后，遗传资源的最终商业用户一如各大制药公司一都可以发挥重要作用，为与它们打交道的中间机构制定标准，推动用于切实执行《生物多样性公约》的获取和惠益分享目标并符合其本国特性的最佳做法。”

144. 似乎“几乎毫无例外，所有代表公司开展的生物多样性勘察收集工作都是通过中间机构进行的”。⁶⁹正如专家小组所建议的那样，也许有必要审议是否应当将这些活动限制在适当的水平上。

⁶⁹ S. Laird 著，《生物多样性和传统知识—实践中的公正的伙伴关系》，人类和植物保护丛刊，Earthscan 出版社，2002 年，第 13 章，第 422-423 页。

地理方面的漏缺问题

145. 越境遗传资源：现有的文书并没有考虑这一事实，即可以在边境之外发现同样的遗传资源。有人建议说，区域性措施可以解决这一问题。为了处理越境遗传资源问题，有人建议，协调区域一级的获取和惠益分享要求将有助于为整个区域的获取和惠益分享创造类似的条件。通过统一遗传资源获取程序，这种协调还能为使用者提供更大的可预见性和确定性。在处理共同遗传资源问题时，区域性办法还能促进资料交流和技术合作。其他人则认为，虽然很多国家可能存在获得遗传资源的那种分类，但独特的情况有可能来自当地，因此，应该与获取的所在地国家共同分享惠益。

146. 在国家管辖范围之外发现的遗传资源：有人提出，一些漏缺问题实际上可能是地理问题。第 15 条仅涉及国家管辖范围内发现的遗传资源。因此，在国家管辖范围之外发现的遗传资源，例如在深海海底发现的遗传资源，不受《公约》的获取和惠益分享规定的管辖。对国家管辖范围之外的地区进行生物勘察的问题，正在引起越来越多的关注，详细情况见 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件。

与国际文书的成员有关的漏缺问题

147. 为获取和惠益分享工作组设立的职权范围中包括一份关于现有文书和进程的相关构成部分的清单，这份清单将供工作组审议，以列入国际制度。UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 号文件中提供了一份与获取和惠益分享相关协定或进程的最新发展有关的更新报告。在审议现有国际文书中存在的漏缺问题时，应当注意的是，这些文书的成员各不相同，而且某项文书的成员并不是另一项文书的成员。换言之，例如，某些国家可能是《公约》的缔约方，但却没有批准《粮农植物遗传资源国际公约》，另外，公约的缔约方也可能不是世界贸易组织和世界知识产权组织的缔约方。在国际文书的成员方面出现的这些漏缺问题可能会影响这些文书的执行水平，还有可能在国家之间引发冲突。

术语的使用

148. 有人可能会认为，公众对许多涉及获取和惠益分享的术语缺乏认识是一个漏缺问题。虽然有一些观点认为国际公认的定义可能会有所助益，但还有一些观点却认为应当在国家一级处理术语的使用问题。

149. 与获取和惠益分享有关的术语的使用问题最初是在《波恩准则》的谈判过程中提出的。在 2001 年 10 月制定《波恩准则》时，一些缔约方提议，除了《公约》已经规定的术语外，《波恩准则》还可以采纳一些直接相关的术语并对其进行解释。由于时间不充裕，缔约方大会第六届会议没有详细讨论这一问题，并决定《波恩准则》只能使用《生物多样性公约》中已经做出解释的术语。

150. 尽管如此，许多缔约方还是强调，有必要进一步开展工作以查明是否需要在《准则》中对额外的术语做出解释（获取遗传资源、惠益分享、商业化、衍生物、提供者、使用者、有关利益方、移地收集和自愿性），或者是否需要在《准则》中附上一份额外术语表。

151. 在其第七届会议上，缔约方大会注意到，根据《波恩准则》第 8 条，《公约》第 2 条所定义的各项术语应适用于《波恩准则》。大会还注意到，可能有必要对《公约》没有定义的多项其他术语进行审查。根据秘书处汇编的各缔约方、各国政府、有关组织、土著和地方社区以及所有有关有关利益方提供的资料，大会请工作组进一步审查使用术语的问题。

/...

152. 2006年1月，在其第四次会议上，获取和惠益分享工作组决定延迟审查该议程项目，直至关于获取和惠益分享国际制度的谈判取得更大进展。

153. 后来有人建议，国际间商定一种关于“侵占”遗传资源的定义，将有助于加强遵守获取和惠益分享规定及共同商定的条件的努力。

不同类型的使用者将不同类型的遗传资源用于不同目的

154. 有人可能会将《公约》的获取和惠益分享规定并没有考虑到不同的使用者将不同类型的遗传资源（植物、动物、微生物）用于不同的目的的情况视为一种漏缺。目前，与《公约》合作共同制订的其他唯一一项具有法律约束力的国际文书，是根据《粮农植物遗传资源国际公约》建立的获取和惠益分享多边制度，该制度对出于研究、育种、粮农培训等利用和养护目的而获取特定作物和饲料的情况做出了规定。

155. 在这方面，关系极大的一个论坛是联合国粮食及农业组织的粮食和农业遗传资源问题政府间委员会。过去若干年来，该委员会根据其规章处理了获取和惠益分享所涉及的问题，最近更谈判了《粮农植物遗传资源国际公约》，该公约已于2001年生效，目前在制订“世界粮农动物遗传资源现状”、全球行动纲领。缔约方大会已确认两者对于获取和惠益分享的重要性。

156. 在2007年举行的第十届常会上，政府间委员会通过了一项十年滚动多年期工作方案，其重点是在2009年的第十二届常会上审议关于对粮食和农业有关系的生物多样性所有组成部分的政策和安排，包括动物遗传资源、水产遗传资源、森林遗传资源、微生物和无脊椎动物遗传资源以及植物遗传资源。这样做将有助于形成一种部门做法，顾及农业生物多样性的特殊性质、其需要不同一般的解决办法的特点和问题，以及对于不同使用者而言非常重要的各项具体因素。

157. 牢记某些组织，如《关于微生物的可持续利用和获取管制的国际行为守则》和邱园，均已制定了行为守则和准则来回应其成员在履行获取和惠益分享义务方面的具体需要，谨建议各缔约方考虑是否仍有必要在国际制度项下制定不同办法以回应不同部门的具体需要、是否有必要进一步制定对所有类型的遗传资源都适用的共同框架或者是否需要综合这两种办法。例如，可以考虑为遗传资源的特定用途建立模式或标准。

158. 谨建议各缔约方考虑是否需要部门性做法，包括通过标准性《材料转让协定》或其他顾及部门特殊需要的专门性政策和安排。

159. 科学用途与商业用途：《生物多样性公约》的获取和惠益分享规定为各缔约方规定了同样的义务，而无论遗传资源被用于科学目的还是商业目的。

160. 有人认为，一些国家制定的获取和惠益分享制度阻碍了研究工作，因为这些制度过于繁琐。为了解决这一问题，有人建议为用于基本研究目的的遗传资源设立简化的获取程序。但这样做可能会造成漏洞，导致后来未经提供者同意就将最初为研究目的而获取的资源用于商业目的。此外，可能很难在基本科学的研究和商业利用之间划分一条界限。其他人则建议，获取和惠益分享协定可包括规定在科学的研究后来用于商业目的时必须进行额外的谈判的标准或里程标，与此同时，将这些获取和惠益分享协定连同遗传资源一道转交后来的使用者。

知识方面的漏缺问题

161. 对于一系列利用所获取的遗传资源进行的创新，我们几乎一无所知。关于不同部门的获取和惠益分享安排的分析性研究将力图阐述各部门的不同做法，同时指出其共性和分歧。类似的关于将遗传资源用于科学目的的研究也可能有助于阐述这一进程，包括审查用于研究目的的遗传资源何时以及如何在后来被用于商业目的。

162. 与生物多样性有关的知识不充分以及与遗传资源的价值有关的资料有限也可能被视为是现有制度中的漏缺问题及公平和公正的惠益分享安排谈判的障碍。

权利和所有权

163. 《公约》规定各国对其遗传资源都拥有主权。不过，所有权和财产权问题都应由国内法来处理。如果国内法没有对所有权做出明确解释，那么在关于惠益分享协定的谈判中可能会出现困难。⁷⁰

四. 摘要

164. 下文摘要介绍了本文件审查的在获取和惠益分享方面可能存在的漏缺问题：

(a) 各缔约方不能在国家一级充分执行《公约》的规定

- (一) 大多数缔约方仍然没有通过国家获取和惠益分享制度。72个缔约方建立了国家联络点，15个缔约方成立了国家主管当局。各缔约方实行了多种办法来处理导致获取和惠益分享措施之间缺乏统一性并因此造成获取遗传资源的程序不统一的获取和惠益分享问题。
- (二) 此外，在其管辖范围内有遗传资源使用者的缔约方似乎只通过了极少数具有法律约束力的措施来支持遵守获取和惠益分享要求。
- (三) 由于执行《公约》的获取和惠益分享规定的力度不够，致使遗传资源的使用者和提供者都缺乏预见性和法律上的确定性。一方面，提供者担心遗传资源可能被滥用，还担心缺乏法律上的确定性，尤其是一旦遗传资源离开了提供国的情况。另一方面，由于许多国家缺乏明确的获取和惠益分享程序，其国家主管当局难以辨识，现有的获取和惠益分享程序有时又被认为过于繁琐费时且手续费用高昂，因此遗传资源的使用者担心会缺乏预见性和法律上的确定性。

(b) 缺乏可追踪性

一旦遗传资源离开提供国，就难以对其进行追踪和监测。这一直是导致发展中国家担心其遗传资源被滥用的原因之一。正在审议是否可将国家公认的原产地/出产地/法律上的来源地证书作为解决这一漏缺问题的一种办法。特殊部门的标准化材料转让协议也是一种解决办法。

⁷⁰ 见 Jorge Cabrera Medaglia 的文章，《实践中的生物勘察伙伴关系：哥斯达黎加国家生物多样性研究所十年来的经验》，载于 2004 年第 11 期的《今日知识产权战略》。还可参见载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/5 号文件的“关于遗传资源在多个选定国家国内法中的法律地位的报告”。

(c) 缺乏具体的获取和惠益分享补救办法

国家和国际各级都缺乏具体的获取和惠益分享补救办法，如果出现违反提供国的获取和惠益分享要求的情况或者不遵守获取和惠益分享合同的情况，这就可能会妨碍获得赔偿和伸张正义。

(d) 地理方面的漏缺问题

- (一) 越境遗传资源：现有的制度并没有考虑以下的情况，即：邻国之间在获取相同的遗传资源上的获取灰顶可能有所不同。有人建议，也许区域性办法能够解决这一问题。
- (二) 在国家管辖范围之外的地区发现的遗传资源：第 15 条仅涉及在国家管辖范围之内发现的遗传资源。因此，《公约》的获取和惠益分享规定没有涉及国家管辖范围之外、例如在深海海底发现的遗传资源。

(e) 与国际文书的成员有关的漏缺问题

与获取和惠益分享国际文书的成员有关的漏缺问题可能会给各国带来执行层面上的挑战，并有可能会引发国家之间的冲突。

(f) 不同类型的使用者将不同类型的遗传资源用于不同目的

《公约》的规定提供了一种可适用于所有被不同类型的使用者用于不同目的遗传资源（人类遗传资源除外）的制度。其他唯一的已制订的获取和惠益分享制度是《粮农植物遗传资源国际公约》提供的制度，尽管应该指出，粮农植物遗传资源委员会作为其一项优先事项，目前正在致力于拟订一般适用于粮食和农业遗传资源的获取和惠益分享政策和安排。谨建议各缔约方审议是否有必要制定关于获取和惠益分享的部门性办法。

(g) 关于中间机构的问题

中间机构在获取和惠益分享中发挥了重要作用。因此可能有必要审议是否应将其活动限制在适当的水平上。

(h) 使用者和提供者之间的不对称问题

可能有必要解决使用者和提供者在获取资料、知识、谈判技巧和能力等方面的不同对称问题，以促进公平和公正地分享利用遗传资源所产生的惠益。

(i) 知识方面的漏缺问题

对于一系列利用所获取的遗传资源进行的创新，我们几乎一无所知。关于不同部门的获取和惠益分享安排的分析性研究将力图阐述各部门的不同做法，同时指出其共性和分歧。还需要更多关于遗传资源的价值的资料。

(j) 术语的使用

谨建议各缔约方考虑是否应在国际一级处理获取和惠益分享相关术语的使用问题，或者是否应在区域和国家各级处理这一问题。

(k) 权利和所有权

由于国内法没有对遗传资源上的所有权做出明确定义，在进行与惠益分享安排有关的谈判时可能会遇到困难。
