



## 生物多样性公约

Distr.  
GENERAL  
UNEP/CBD/WG-ABS/7/3  
10 February 2009  
CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

获取和惠益分享问题  
不限成员名额特设工作组  
第七次会议  
2009年4月2日至8日，巴黎  
临时议程\*项目 3.3

### 获取和惠益分享国际制度方面的履约问题法律和技术专家小组会议的报告

#### 执行秘书的说明

#### 导言

#### A. 背景

1. 在其第 IX/12 号决定的第 11 段，生物多样性公约缔约方大会决定：

“ [...] 设立以下三个不同的技术和法律专家组：（一）履约；（二）概念、术语、工作定义和部门方式；以及（三）与遗传资源相关的传统知识。这些小组的任务范围，包括挑选专家的标准载于本决定的附件二； ”

2. 第 IX/12 号决定附件二的 A 节指明：

“1. 设立技术和法律专家组是为了进一步研究履约问题，以便协助获取和惠益分享问题工作组。专家组将提供法律以及酌情提供技术性咨询意见，适当时包括备选办法和/或设想。技术专家组将解决以下问题：

(a) 国际公法和私法中现有哪些措施或可以拟订哪些措施以便：

\*  
- UNEP/CBD/WG-ABS/7/1。

(一) 为以下方面提供便利，并特别考虑到公平和平等性，同时亦顾及费用和成效：

a) 诉诸司法，包括替代性争端解决办法；

b) 外国原告诉诸法院；

(二) 支持相互承认和执行跨管辖权的裁决；以及

(三) 规定民事、商业和刑事事项的补救和处罚；

以确保遵守国家获取和惠益分享方面的法律和规定，包括事先知情同意和相互商定的条件；

(b) 有哪些自愿性措施可用来加强外国遗传资源使用者的履约情况；

(c) 考虑国际商定的盗用和滥用遗传资源以及相关传统知识的定义如何能够支持在未经订立相互商定条件而绕过国家法律获取或使用遗传资源的情况下的履约；

(d) 履约措施如何能够顾及土著和地方社区的习惯法？

(e) 分析研究非商业意图是否需要履约措施，如果需要，这些措施如何才能解决意图/或使用者的改变带来的挑战，特别是顾及因未遵守有关获取和惠益分享法律和/或相互商定条件而带来的挑战；

2. 专家组应有区域平衡性，由缔约方指派 20 名专家和另 10 名观察员组成，其中包括由土著和地方社区指派来自这些社区的 3 名观察员，其余的观察员主要来自国际组织和协定、工业界、研究机构/学术界和非政府组织。”

3. 因此，根据缔约方大会的上述决定，获取和惠益分享国际制度方面的履约问题法律和技术专家小组在日本政府的财政和技术支助下，于 2009 年 1 月 27 日至 30 日在东京召开了会议。东道国以及奥地利、德国和西班牙政府提供了财政支助。

## **B. 出席情况**

4. 根据第 IX/12 号决定的附件二，在考虑到专家的专门知识、确保公平合理地域分配的需要及两性平等的情况下，自每一地理区域政府指派的专家中各遴选出 30 名与会者。此外，自土著和地方社区、国际组织和协定、工业界、研究机构/学术界以及非政府组织的代表中遴选出 10 名观察员。缔约方大会主席团核准了遴选专家和观察员的清单。

5. 以下国家指派的专家出席了会议：阿尔及利亚、澳大利亚、白俄罗斯、巴西、喀麦隆、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、科摩罗、古巴、丹麦、印度、日本、马来西亚、墨西哥、荷兰、尼日利亚、挪威、秘鲁、菲律宾、大韩民国、摩尔多瓦共和国、塞内加尔、

塞尔维亚、西班牙、塔吉克斯坦、乌干达和乌克兰。经选出并被邀与会的保加利亚代表未能出席会议。

6. 以下组织的专家作为观察员出席了会议：萨米理事会、土著人民政策研究和教育国际中心（特波提巴）、粮农组织粮食和农业遗传资源委员会、粮农植物遗传资源国际公约、联合国大学/高等研究所（高研所）、世界知识产权组织（知识产权组织）、美国礼来公司、获取和惠益分享联盟和伯尔尼宣言组织。被邀请与会的 Instituto Indigena Brasileiro para Propriedad Intelectual（INBRAPI）的专家未能成行。

7. 此外，获取和惠益分享问题不限成员名额特设工作组联合主席、加拿大的 Timothy Hodges 先生和哥伦比亚的 Fernando Casas 先生、缔约方大会第十届会议东道国的代表以及缔约方大会主席团代表作为当然观察员出席了会议。联合国环境规划署的代表也出席了会议。

## 项目 1. 会议开幕

8. 会议于 2009 年 1 月 27 日星期二上午 9 时宣布开幕。

9. 日本负责全球环境事务的 Akihiko Furuya 大使阁下在代表东道国发言时，对与会者表示欢迎，同时回顾说，获取和惠益分享国际制度将在名古屋市举行的缔约方大会第十届会议上完成。日本决定主办本次专家会议，目的是为谈判提供便利，同时希望能够会议能够带来宝贵的见解，从而有助于消除遗传资源的提供国和使用者之间的差距。日本还向会议推举了 Hiroji Isozaki 教授，他是日本教授中最具资格的专家。日本希望会议的报告能够为获取和惠益分享特设工作组提供优质的意见，并有助于缩小各代表团之间的差距。事实上，关于国际制度的谈判要取得成功，就必须确保不仅仅是各代表团、而且工业界和民间社会的利益攸关方都对问题有正确的理解。日本不遗余力地确保会议能够在最可能好的条件下举行，以便让与会者能够集中进行实质性的讨论，同时也感谢秘书处的工作人员为会议的安排提供了合作。

9. 生物多样性公约秘书处主任 Olivier Jalbert 先生在代表公约执行秘书艾哈迈德·朱格拉夫先生发言时，对日本政府主办本次会议表示感谢。他强调了日本政府最近为支持《公约》提出的各项举措，特别是慷慨解囊提出于 2010 年 10 月在爱知县的名古屋主办缔约方大会的第十届会议，以及日本提出的将生物多样性作为优先事项纳入八国集团环境部长峰会的倡议，这一倡议导致提出了“神户生物多样性行动呼吁”。此外，日本致力于可持续地利用生物多样性，还表现在“里山倡议”上，这一收集并传播基于日本传统的地貌景观管理制度上的传统和地方知识的倡议，与《生物多样性公约》框架下制订的生态系统方式十分类似。Jalbert 先生回顾了缔约方大会第 IX/12 号决定附件二所载技术专家组的任务规定，同时强调，与会者的遴选根据的是他们的专门知识，同时还将要求他们就履约问题提供法律和技术性专家咨询意见，而履约正是关于国际制度谈判的核心。本次专家会议能够有助于大大推进这一谈判，因为在履约问题上更大的确定性和对于里约的共同理解将有助于谈判该制度的其他各项内容。最后，Jalbert 先生对获取和惠益分享问题特设工作组

联合主席、主席团代表以及生物多样性公约缔约方大会第十届会议主席等当然观察员表示欢迎，并预祝与会者的会议取得圆满成功。

## 项目 2. 组织事项

### 2.1. 主席团成员

10. 在 2009 年 1 月 27 日的开幕式上，与会者选举 Hiroji Isozaki 教授（日本）和 Dra. Monica Rosell 女士（秘鲁）为会议的联合主席。

### 2.2. 通过议程

11. 专家组在临时议程（UNEP/CBD/GTLE/2/1）的基础上通过了以下议程：

1. 会议开幕。
2. 组织事项。
3. 获取和惠益分享国际制度方面的履约。
4. 通过报告。
5. 会议闭幕。

### 2.3. 工作安排

12. 专家组在开幕式上决定初期将以全体会议的形式工作，嗣后各天里视需要分成较小的工作组。

## 项目 3. 与获取和惠益分享国际制度相关的概念、术语、工作定义和部门方式

13. 在讨论规定了专家组职权范围的项目时，专家组面前有：关于各缔约方、各国政府、国际组织、土著人民和地方社区以及有关利益攸关方的呈件的汇编（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/2），以及以下资料文件：国际商会提交的《国际野生草药和芳香植物采挖标准》（ISSC-MAP）（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/1）、关于跨管辖区诉诸司法进程所涉真实和交易费用的比较研究草案（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/2）、关于遵守土著和地方社区习惯法、国家法、各司法体制和国际法的研究报告草案（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/3）以及关于监测和共总遗传资源的研究报告草案（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/4）。

14. 在 4 天的会议中，专家们根据缔约方大会所提 5 个问题深入审查了国际获取和惠益分享制度方面的履约问题，以便对获取和惠益分享问题不限成员名额特设工作组提供协助，同时铭记其向工作组提供法律和技术咨询意见的任务规定。

15. 本报告的附件载有审议的结果。

#### 项目 4. 通过报告

16. 工作组将依据报告员提出的会议报告草案审议并通过报告。

#### 项目 5. 会议闭幕

17. 与会者对日本政府主办本次会议表示感谢。

18. 经例行的礼节客套之后，会议于 2009 年 1 月 31 日晚 6 时 30 分宣布闭幕。

附件

获取和惠益分享国际制度方面的履约问题法律和技术专家小组会议的成果

1. 获取和惠益分享国际制度方面的履约问题法律和技术专家小组会议的报告

(a) 国际公法和私法中现有哪些措施或可以拟订哪些措施以便：

(一) 为以下方面提供便利，并特别考虑到公平和平等性，同时亦顾及费用和成效：

a) 诉诸司法，包括替代性争端解决办法；

b) 外国原告诉诸法院；

(二) 支持相互承认和执行跨管辖权的裁决；以及

(三) 规定民事、商业和刑事事项的补救和处罚；

以确保遵守国家获取和惠益分享方面的法律和规定，包括事先知情同意和相互商定的条件；

2. 为了解决问题(a)，专家们首先审议了在何种情况下应审查履约问题，并决定，会议应审议是否有：

(a) 遵守国内获取和惠益分享法律；以及

(b) 遵守获取和惠益分享协定（合同）。

3. 尽管不在职权范围之内，专家们仍然讨论了生物多样性公约的缔约方没有遵守《公约》规定的问题，包括《公约》提及的争端解决机制。一些专家还认为，国际制度有可能导致需要一种全面履约机制的国际组成部分。

4. 然而，专家们一致同意进一步详细审议没有遵守国家的获取和惠益分享法律或获取和惠益分享协定（合同）所列共同商定的条件的情况，以便确定如何在以下各种情况中：

(a) 为诉诸司法提供便利，包括不同的争端解决办法；

(b) 为外国原告上诉诸法院提供便利；

(c) 支持相互承认和执行跨管辖权的裁决；以及

(d) 规定民事、商业和刑事事项的补救和处罚。

5. 专家们审查了：

- (a) 可否适用国际公法和/或国际私法；
- (b) 可否修订现有的文书；以及
- (c) 能否作为一种国际制度的一部分设想新的措施。

关于最后一点，有专家提议采取辅助的方式以便利履约。

6. 在讨论中，一些专家提出了一些一般性的考虑：

(a) 认识到国家对于其资源的主权权利，尽管国家性措施的完全协调统一是不可行和/或不可取的，但为便利跨管辖权的履约，国际制度可以纳入一套惠益分享制度的最低要求；

(b) 为确保遵守获取和惠益分享要求，使用者与提供者应取得清晰的理解（提高认识）；

(c) 从务实的角度而言，确定国际间商定的义务以确保遵守国家的获取和惠益分享法律和国际制度，并防止遗传资源和/或相关传统知识的被盗用、滥用和生物剽窃，要比为了解决不遵守的问题将资源用于既昂贵、又费时的司法程序的成本效益更好。

#### A. 获取和惠益分享国内法

##### 1) 如果没有国内法

###### *a) 可利用哪些现有措施在国家和国际一级解决这一问题？*

7. 专家们首先讨论了没有获取和惠益分享立法的情况。考虑了几种情况。

8. 专家们认识到，取决于法律制度如何，一个国家批准或加入《公约》，可能要求国家的执行立法，以使《公约》的规定具有履约的一种基础的效力。

9. 在一些国家，批准或者加入有可能导致将《公约》直接纳入国家法律。然而，从性质和范围上说，履约却依赖《公约》的规定是否详细，从而能够直接予以实施。

10. 《生物多样性公约》第 15 条要求缔约方，致力于创造条件，便利取得遗传资源用于无害环境的用途，不对这种取得施加违背本公约目标的限制。铭记这一点，一些缔约方有可能选择不实行关于获取的措施。然而，各缔约方有义务酌情采取旨在根据第 15(7)条分享惠益的立法、行政或政策性措施。

11. 专家们讨论到的一种情况是，一国有可能没有实行获取和惠益分享的立法性措施，从而有可能让个人、特别是土著和地方社区没有进行补救的可能性。为考虑到这种情况，国际制度可要求国家立法确保保护对于遗传资源和/或相关传统知识的权利。在没有此种

国家立法的国家，作为一项国家政策，国际制度可以发展和/或提及国际法原则和机制，以确保给与土著和地方社区相同的一套保护。下文 D 节提到了关于这一主题的进一步的想法。

12. 可以考虑，其他缔约方有可能希望颁布立法措施，但可能没有制订这种措施的能力。在这种情况下，国际制度可以对能力建设和财政性措施作出规定，以便协助缔约方制订获取和惠益分享的立法，这种立法将有助于履约。以往的经验，例如《卡塔赫纳议定书》表明，国际制度能够推动制订处理履约问题的国家立法。然而，在顾及《波恩准则》的情况下，各国毋需等待制订了国际制度后再制订自己的立法。

13. 或者，可利用国际间商定的最低标准和条件作为一种预设程序。工业界一名专家还表示，获取和惠益分享工作组应考虑在国际制度内订出规定，具体解决没有获取和惠益分享国家制度的大多数生物多样性公约缔约方的需要，以便纳入最起码的必要内容，以便在这些管辖区内主要从事以下方面的获取和惠益分享活动：（一）确定国家联络点；（二）国家主管当局；（三）作出使用者和提供者须达成获取和惠益分享协定（合同）以解决事先知情同意、共同商定的条件以及其他有关问题的要求。

14. 然而，在没有获取和惠益分享立法的情况下，提供者和使用者之间仍可根据现有行政和管制机制签署合同。这种合同可作出一系列的规定，为履行合同提供便利，其中应包括解决争端的条款。

## 2) 如果违背了国家法律：

### a) 可利用哪些现有措施解决这一问题？

#### 一) 在一国领土内？

15. 从原则上说，各方均有权在自己管辖范围内制订并实施一系列针对构成违反获取和惠益分享立法的刑事、民事和行政性备选办法，并使这些备选办法适应自己国家的情况。然而，可参见本报告高于没有国家立法的情况的第 1 (a) 节。

#### 二) 跨管辖区？

16. 从法律上说，提供国无法跨管辖区执行本国的刑事和行政性制裁。应将这种情况与提供国有可能寻求其他国家的援助才能在本国管辖区内实施本国刑事制裁的情况（例如，刑事事项中的相互法律协助和引渡）区别开来。还要考虑到的是，处理刑事制裁的双边条约可能要求两个国家的共认罪行的证明，由于很多国家没有获取和惠益分享的立法，这样做可能很困难。

17. 因此，国际制度可以规定措施便利就跨管辖区的国际合作。下文(c)节对这种概念作了进一步的阐述。

18. 现有机制的例子包括：



(a) 法律互助和印度心定等双边协定以及《打击跨国有组织犯罪公约》等双边协定。这些文书可适用于违反国内获取和惠益分享法律的情况，但在具体的案件中，其具体的条件必须得到满足。

(b) 粮农组织的《保护水下文化遗产公约》和粮农组织的《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》，卫生组织的《关于禁止贩运非法烟草产品和物质的议定书》草案。这些文书解决的问题在某些方面与获取和惠益分享问题有相似之处，可供审议违反国内获取和惠益分享法律的问题时参考。

**b) 现有措施能否经修订后弥补任何差距。如能够，国际制度在解决这一问题方面能否发挥作用？**

19. 即便目前有机制能够作为如上所述跨管辖区执法的实例，仍待回答的问题是，这些文书是否足够。违反国内获取和惠益分享法律的情况以及《生物多样性公约》的规定，都可以适用其中列出的一些文书，但在某些情况下，还需要根据情况对文书进行修订。最好应考虑费用、时间、适用的限制以及政治意愿。各缔约方不妨评价所利用的这些文书的成效如何。

20. 必须考虑到现有的双边法律互助和引渡条约通常均已具有犯罪意图的罪行为前提。但有些不遵守获取和惠益分享法律的情况系出于不知情或不了解。在这种情况下，这些条约有可能不适用。

21. 然而，在存在解决盗用或滥用遗传资源和相关传统知识的现行国际机制的情况下，这种情况不能阻止国际制度考虑这些问题。

**c) 能否设想其他国际措施作为国际制度的一部分解决这一问题？**

**一) 扩大现有双边安排用于跨边界执法<sup>1/</sup>**

22. 为了加强现有机制的运用，国际制度可考虑某种程度的统一性。例如，适当法律程序标准、相互承认、基本的补救办法以及时限。这方面的苦难是确保任何统一性要求都要有灵活性。

**二) 其他国际措施**

23. 国际制度可考虑各缔约方是否需要通过合作解决跨管辖区问题。国际制度还可包括指导法院解决跨管辖区遵守获取和惠益分享规定的标准。

24. 另一种可能性是通过国际制度对新规定作出调整，以适用于在国内立法上履行国际公认的义务，以便规定任何使用者均须遵守提供国的国家获取和惠益分享法律和/或要求。同样，在获取该提供国的遗传资源和/或相关传统知识用于所获取的遗传资源的利用之时，还可让新规定适应《生物多样性公约》的义务。

---

<sup>1/</sup> 还可考虑在国际制度中写入授权条款以加快民事赔偿责任的解决。

25. 其他人专家，在刑事事项中，通常不会同意实施世界其他国家的未经审查的刑事或准刑事法律。

26. 任何新的措施都应讲求成本效益；都应侧重于存在较多不履约的情况而进行的工作；都避免“一刀切”，以便切实有效，优化有限资源的分配；防止不履约的情况，并最终避免争端。

27. 可考虑采取以下措施：

(a) 国际公认的履约证书<sup>2/</sup>，借以确认是否遵守了国家法律。证书制度口译避免全部协调统一大量国家法律的困难进程。<sup>3/</sup> 国际制度可以解决没有证书的可能后果。例如，如果国际制度不要求一个国家颁发证书，或者没有证书的情况系由于违反了现行的国家获取法律，那么，国际制度可以提供补救办法、制裁、证明正当获取的机会和/或对情况作出纠正的可能性。

(b) 证书需要有标准的格式。证书可以结合一种独特的识别编号。<sup>4/</sup>考虑到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的报告（例如第 43 和第 44 段），费用、惠益和可行性等所有涉及的问题都应列入考虑。濒危物种公约或粮农组织国际条约的多边制度等实例都可用作参考；

(c) 检查点，例如商用和非商用的，包括知识产权以外的登记点、研究资金、发行、易地收藏。例如，就证书而言，一种有益的参考是查阅关于国际公认的证书的技术专家组会议的报告的第 31 至 36 段详细述及和查明的各检查点；

(d) 以《卡塔赫纳议定书》为模式的信息交换的资料交换所机制。还可以考虑数据库。可要求各主管当局在此种资料交换所机制中登记证书；

(e) 监测机制。一种可能性是让使用国家监测遵守提供国国家法律的情况，这些国家通过如检查点等方式注意到提供国内的这种活动，并向提供国的联络点和资料交换所机制作出通报；

(f) 通知和报告机制。提供国口译向使用国的联络点和资料交换所机制通报发生的这种活动。另一种可能性是提供国向一数据库报告关于其国家事先知情同意的资讯；

(g) 国际间商定的使用者的义务是由其在指定的检查点申明其遵守了提供国的法律；

---

<sup>2/</sup> 关于国际公认的证书的技术专家组会议的报告（UNEP/CBD/WG-ABS/5/7），第 7 段。

<sup>3/</sup> 见关于国际公认的证书的技术专家组会议的报告（UNEP/CBD/WG-ABS/5/7）。

<sup>4/</sup> 同上，第 22 段。

(h) 国际公共参与机构对不履约进行调查，这种调查能够提供可作为诉讼证据的真相调查报告；

(i) 专利制度中的披露义务以及销售核准程序，以期防止遗传资源和相关传统知识被靠用和/或滥用，同时也考虑到，披露是一有争议的问题，存在不同的看法；

(j) 强制性规定：在为生物勘察目的的获取时，必须签订详细的合同，以避免嗣后发生争端，尽量降低交易费用和问题提供者和使用者提供确定性，同时亦顾及各签约方的相对能力；

(k) 要求提供国为通知的目的指定一名代表，以便为行政和/或刑事程序提供便利；

(l) 一种能够与双边投资条约中所考虑的个人/国家机制相类似的争端解决机制；

(m) 诸如优惠性获取等奖励措施，包括基于市场的奖励措施；

(n) 自愿基础上的传统知识数字化图书馆、登记册或其他汇编。

## **B. 获取和惠益分享协定（合同）**

28. 本节述及双边获取和惠益分享的共同商定的条件。

29. 共同商定的条件可采取多种形式，并涉及不同的行为者。在某些情况下，其中的行动者可能是政府，而另一方是私人实体，在其他情况下，双方都是私人实体。

### **1) 如果没有获取和惠益分享协定（合同）**

*a) 可利用哪些现有措施在国家和国际一级解决这一问题？*

30. 如果既没有获取和惠益分享立法，也未签署获取和惠益分享协定（合同），便没有解决获取和惠益分享的现成措施。

### **2) 如果没有遵守获取和惠益分享协定（合同）**

*a) 可利用国际公法和国际私法中的哪些现有措施解决这一问题？*

(一) 诉诸司法，包括通过替代性争端解决办法

(二) 外国原告诉诸法院

(三) 相互承认和执行裁决

### 国际私法

31. 合同性安排通常确定解决争端的方式，这些安排包括适当的争端解决条款。
32. 国际私法管理跨边界私人实体间的关系。国际私法尤其管理：（一）哪种管辖权适用某一争端；（二）哪种法律适用争端；（三）最终裁决是否得到、以及如何得到另一管辖权的承认和执行。各国都有自己的关于法律冲突的国家规则，但其中一些有可能通过公约、准则和示范法得到了协调统一。
33. 协调统一国际私法的有三个主要的组织，即：海牙国际私法会议、联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）以及国际统一私法协会（私法协）。
34. 然而，海牙会议、海牙国际私法会议和私法协制订的若干文书<sup>5/</sup>的缔约方数目很少，因此，这些文书付诸实施的程度有限或尚未生效。还应指出的是，这些文书主要适用于商业性交易，以下情况下只适用于商业性交易。
35. 在已选择被告法院的情况下，有可能产生财务费用和关于外国人法律协助方面的问题，被告的国家有时候会对此作出规定。海牙会议通过了《国际司法救助公约》，该公约规定，任何缔约国的公民都有权在民事或商事事项方面享有法庭程序方面的法律援助，其条件与假定其为公民的条件相同，尽管这一公约仅有 24 个缔约方。有专家还指出，一些国家在某些情况下向公民和外国人提供了自由的诉诸司法。由于不是所有管辖区内都有此种措施，在国际制度内制订进行诉讼的法律协助方案，将有助于推动跨管辖区的履约。
36. 在原告在其本国提起诉讼的情况下，很可能难于跨管辖区执行裁决。执行裁决通常取决于国家法律。国际上作出的建立机制以承认和执行外国裁决的努力并不十分成功。尽管《关于承认和执行民商事外国判决的海牙公约》规定了各缔约方之间的一种执行机制，但该公约只有 4 个缔约方。
37. 将海牙会议通过的 2005 年的《关于选择法院的公约》一旦生效后，将在已成为该公约缔约方的管辖区内适用。

---

<sup>5/</sup> 以下公约由海牙大会通过（[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=10#litigation](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=10#litigation)）。

- 1961 年 10 月 5 日的《关于取消要求外国公文书认证的公约》；
- 1965 年 11 月 15 日的《向国外送达民事或商事司法文书或司法外文书公约》；
- 1970 年 3 月 18 日的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》；
- 1980 年 10 月 25 日的《国际司法救助公约》；
- 1954 年 3 月 1 日的《民事程序公约》；
- 1958 年 4 月 15 日的《关于国际货物销售选择法院管辖权的公约》；
- 1965 年 11 月 25 日的《关于选择法院的公约》；
- 1971 年 2 月 1 日的《关于承认和执行民商事外国判决的公约》；
- 1971 年 2 月 1 日的《关于承认和执行民商事外国判决的海牙公约》的附加议定书；
- 2005 年 6 月 30 日的《关于法院选择协议的公约》。

38. 该公约对商业相关方达成排他性法院选择协议时，法院应进行审判、且不得拒绝审判的情况作了规定。该公约还对承认和执行所出的裁决作了规定，各国可选择在互惠基础上，商定根据非排他性的法院选择协议对裁决作出承认。

39. 尽管国际私法对跨国界诉讼作出了规定，但没有全面的协调统一以及发展中国家和土著和地方社区等没有能力，都有可能给获取和惠益分享争端的解决带来挑战。因此，可考虑在国际制度中对国际私法订出特殊的规定。

#### 替代性争端解决办法

40. 获取和惠益分享协定（合同）的缔约方可选择避免由于没有协调统一的国际私法规则造成的困难，办法是选择替代性争端解决办法。<sup>6/</sup>

41. 替代性争端解决办法的一个很大的优势是，由于有了《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》），能够比较容易地执行外国的仲裁裁决。术语该公约缔约方的国家发出的仲裁裁决，可在任何其他缔约方得到执行，而毋需审查实质问题，但少数具体理由除外。截至 2009 年 1 月 29 日，《纽约公约》已有 144 个缔约方。但应该考虑到对《公约》的不适用以及各国就《公约》的适用提出的保留。一些国家有限度地运用《公约》解决根据国家法律被视为商事的争端。在这些情况下，《公约》将仅适用于被视为商事的获取和惠益分享协定（合同）。

42. 还应指出的是，尽管替代性争端解决机制 — 友好方式解决争端、和解、调解、仲裁 — 可能比求助于法院花费要少，但对于发展中国家的当事方以及特别是土著和地方社区而言仍然非常昂贵。因此，国际制度可考虑制订一项方案，对类似于第35段提议的案件提供法律协助。

#### 四) 补救和制裁

43. 在发生违反获取和惠益分享协定（合同）的情况时，该协定的当事方得终止获取和惠益分享协定（合同），或者让获取和惠益分享协定（合同）继续有效，以及/或者，如

---

<sup>6/</sup> 国际商会通过了以下的规则：国际商会国际仲裁法院和国际商会 1998 年仲裁规则。

根据标准材料转让协定，作为预设规则选择国际法院仲裁规则进行争端的仲裁解决，预设规则是指：在争端当事方没有履行国际机构的仲裁规则协议时适用的仲裁规则。

国际投资争端解决中心通过了以下的规则：行政和财政条例；请求调解和仲裁程序规则（请求规则）；仲裁程序规则（仲裁规则）；调解程序规则（调解规则）；行政和财政规则（另设机构）；调解（另设机构）规则；仲裁（另设机构）规则；真相调查（另设机构）规则。

联合国国际贸易法委员会通过了以下的规则：国际贸易法委员会制裁规则（1976 年）；国际贸易法委员会调解规则（1980 年）；国际贸易法委员会关于组织仲裁程序的说明（1996 年）；国际贸易法委员会国际商业仲裁示范法；国际贸易法委员会国际商业调解示范法。

其他管理系统包括：伦敦国际仲裁法院、美洲仲裁联盟、中国国际经济贸易仲裁委员会和美洲商事仲裁委员会。

常设仲裁法院通过了 2001 年与自然资源和/或环境有关争端仲裁任择规则。常设仲裁法院还于 2002 年 4 月 16 日通过了与自然资源和/或环境有关争端调解任择规则。

发生损害，根据国家适用法律规定的适用司法规定，要求就不遵守获取和惠益分享协定（合同）作出赔偿。

44. 此外，利用刑事规定取得诸如执行合同的民事补救，并不被视为良好做法。

*五) 其他*

45. 审议了开列获取和惠益分享协定违约者的做法（‘点名羞辱’）。

***b) 现有措施能否经修订后弥补任何差距？***

46. 有专家建议进一步探讨常设仲裁法院规定的环境和自然资源方面的现有机制，例如，根据与常设法院《自然资源和/或环境有关争端仲裁任择规则》第 27 条拟订的具有特别专门知识的可能的仲裁员清单。

***c) 能否作为国际制度的一部分设计其他国际性措施解决这一问题***

47. 可考虑以下措施：

(a) 可制订一份核对表，除其他外，该核对表将在个案的基础上查明有关的文书，以便协调统一国际私法；

(b) 根据国际制度拟订示范条款；

(c) 认识到有可能在国际制度中列入与相互承认和执行外国裁决的规则；（见上文第39段）

(d) 有几类仲裁和仲裁机构，例如国际商会的国际仲裁法院、伦敦国际仲裁法院以及常设仲裁法院。有专家建议，国际制度可提出自己的仲裁机制，并可能适用现有的规则，以满足获取和惠益分享的具体需要，例如对具有获取和惠益分享专门知识的仲裁员的需要，<sup>7/</sup> 权宜之计的需要以及解决发展中国家和土著和地方社区尤为关切的费用问题的需要；

(e) 可建立/加强包括使用者和提供者双方的信息交流机制；

(f) 指定国家联络点和国家主管当局以及澄清它们的作用和责任并加强其业绩，对于执行获取和惠益分享的立法至关重要；

(g) 作为防范措施分享信息的作用极其重要。一方面，要掌握与遗传资源和相关传统知识有关的获取和惠益分享要求方面的明确无误的信息，另一方面，使用者要对遗传资源进行监测，二者都至关重要；

---

<sup>7/</sup> 通过比较，粮食和农业植物遗传资源国际条约的理事机构有可能拟订专家清单，根据《标准材料转让协定》发生争端的当事方可从这一专家清单中选择（多名）仲裁员。

(h) 使用者作出单方面的声明以及应有的注意，均被视为其他可供考虑的工具。

**(b) 有哪些自愿性措施可用来加强外国遗传资源使用者的履约情况；**

48. 向专家提交了各缔约方提出的自愿性措施的汇编。专家们就所提供的清单强调，似可根据以下等项标准对这些措施加以区别：（一）国际和国家的；（二）国家和非国家的；（三）现有和今后可能的措施；以及（四）以加强履约为主要目的和其他目的的措施。此外，专家们还建议了其他一些措施，并附于清单之后。修订后的清单载于本报告的附录。尽管有这些措施，仍需作进一步的讨论。

49. 一些专家表示看法认为，自愿性措施只是补充性的工具，不能取代确保履约的强制性措施。

50. 专家组的任务是查清加强履约、而并不一定是确保履约的自愿性措施。专家们认识到，若干自愿性措施，例如最佳做法和行为守则等，是制订这些措施的非国家行为者自订规章的单方面承诺。这些措施可能仅仅适用于这方面的成员，以及那些最终希望执行的那些人。这些措施并不一定是要直接确保惠益分享和履约，但却可能促进和便利履约，此外，这些措施还有建立信心的作用，能够有效支持实施国际和国家的措施，不论是有约束力还是不具约束力的措施。

51. 最佳做法和行为守则是否有效，取决于支持最佳做法和行为守则的各界的意志，取决于这些最佳做法和行为守则有多数信息和提高认识活动作为后盾。这些最佳做法和行为守则通过同行的压力可以得到自我强化，特别是在已经实行这些最佳做法和行为守则的部门。加强这些最佳做法和行为守则的成效，还可以通过促进透明性的措施以及展示这些最佳做法和行为守则在实践中已被遵守。

**(c) 考虑国际商定的盗用和滥用遗传资源以及相关传统知识的定义如何能够支持在未经订立相互商定条件而绕过国家法律获取或使用遗传资源的情况下的履约；**

52. 在国家一级，“盗用”、“滥用”和“生物剽窃”等术语不一定具有相同的含义。可考虑在国际制度中对这些概念加以协调统一。

53. 如决定在国际制度中引入定义，至少有4个方面需要加以考虑：

54. 第一、是定义的必要性。专家们认识到，尽管定义有可能有用，甚至是可取的，但并非必不可少。几项国际法律文书在没有使用定义的情况下确立了权利和义务。定义的使用甚至可能被视为国家在本国情况下作出决定的一种主权权利。一旦在国家一级确定了定义，先前存在的国家一级的定义便需要进行修订，否则就会产生执行的问题。

55. 第二、是范围。就此而言，需要明确查清盗用和滥用等术语所指各类行动。一些专家要求审议“生物剽窃”这一术语。

56. 第三、是各国的执行。含糊不清的定义无法保证遵守。刑法中使用的定义尤其需要严格的精确性。

57. 第四、是需要考虑后果。例如，国际制度可将提供和使用国家某些行为定为犯罪，规定禁止使用遗传资源，规定应达成共同商定的条件的义务，或者允许各国对违反惠益分享义务的行为运用补救措施和制裁，等等。

**(d) 履约措施如何能够顾及土著和地方社区的习惯法？**

58. 土著和地方社区的习惯法一般也适用于自然资源，包括遗传资源和相关的传统知识。在不同的国家以及各国家内的土著和地方社区之间，这些法律都各不相同。在各国之间以及各国内部之间，这些习惯法纳入国家法律的程度也各不相同。

59. 有效而务实地顾及习惯法的途径是确保在获取协定和/或国际制度中尊重习惯法。在这种情况下，法律效力是保护土著和地方社区的权利。然而，可能有的土著和地方社区不希望达成这种协议。

60. 尊重土著和地方社区的权利，将是事先知情同意和共同商定的条件的基础。在谈判共同商定的条件时让土著和地方社区的代表参加，尤其能够确保将遗传资源和相关的传统知识方面的习惯法被纳入考虑之列。因此达成的协议嗣后将指导土著和地方社区与使用者之间的关系。

61. 国际制度可以针对土著和地方社区的权利，包括它们对于遗传资源和相关的传统知识的权利。在国际制度中对它们的权利作出确认，将直接促进土著和地方社区所在国家的国家法律尊重习惯法。另一种可能性是让国家法律处理习惯法问题。

62. 这种做法应考虑到生物多样性公约的各缔约方对习惯法的认知程度各不相同。这种做法还应顾及对土著人民的文化的特定特点和习惯法的多样性的尊重。

63. 促进履约的具体措施可包括：

(a) 建立或承认土著主管当局，以便就土著和地方社区的事先知情同意的适用程序提出咨询意见，尊重土著和地方社区的权利；

(b) 国际公认的履约证书能够提供与土著和地方社区相关的最起码的信息，包括与遗传资源相关的传统知识的持有者的详细情况；<sup>8/</sup>

<sup>8/</sup>

见关于国际公认的证书的技术专家组会议的报告，UNEP/CBD/WG-ABS/5/7，第22段。



- (c) 以最起码和标准合同的形式，确认土著和地方社区对于关于遵守土著和地方社区习惯法、国家法、各司法体制和国际法的研究报告草案（UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/3，英文第 25 页）中所说明的获取和惠益分享安排的现有权利；
- (d) 通过检查点监测传统知识的使用情况；
- (e) 土著和地方社区代表参与事先知情同意和共同商定的条件的能力建设。

64. 尊重土著和地方社区的事先知情同意的传统知识数据和登记簿，也能够有助于促进遵守土著和地方社区对于遗传资源和相关传统知识及其习惯法，因为这样做能够为诉讼提供证明，并为这些做法带来透明性和确定性。然而，有的土著和地方社区认为，这种形式的文书实际上可能促进生物剽窃，因为这种文书是在没有使土著和地方社区的权利得到尊重的必要国际保障的情况下助长了传统知识的公开传播。

**(e) 分析研究非商业意图是否需要履约措施，如果需要，这些措施如何才能解决意图/或使用者改变带来的挑战，特别是顾及因未遵守有关获取和惠益分享法律和/或相互商定条件而带来的挑战；**

65. 就遗传资源和/或相关传统知识的使用情况区分商业和非商业性的研究活动，有可能是很困难的。因此，履约措施就变得困难起来，因为这些措施的最终目的有可能改变。

66. 从这种意义上说，可以根据国家的获取和惠益分享机制对非商业性应用加以管控。审议了两种可能性。第一种可能性是提供简单、直截了当的获取程序，同时附以为商业和非商业用途提供的得力的补救办法和制裁。

67. 另一种选择是为非商业用途建立一种单独的更简化获取程序。就此情况而言，根据申请事先知情同意时使用者的意图、跟踪记录以及协作伙伴，区分了几种国家立法，同时顾及了经提供者核准事先知情同意的情况下改变意图的可能性。同样，这些立法也对发生未经同意而改变意图的情况作出了补救和/或制裁的规定。

68. 任何共同商定的条件也都可以述及改变意图的问题。

69. 专家们确认各国对其自然资源拥有主权权利以及有决定获取遗传资源的权力，在此情况下，专家们普遍认为，应在国家一级决定通过非商业意图的简化的获取程序。

70. 对问题 (e) 的答复是，不需要特别的履约机制。

## 附录

### 自愿性措施的指示性清单<sup>9/</sup>

1. 遗传资源使用者关于遵守事先知情同意和共同商定的条件的声明。
2. 第三方认证。
3. 国际公认的履约证书。
4. 部门性行为守则和准则，以及跨部门准则，解释获取和惠益分享所涉步骤和利益攸关方。
  - a. 日本使用者获取遗传资源准则，（经济产业省和日本生物产业协会）
  - b. 获取和惠益分享管理工具 — 开展获取和惠益分享活动最佳做法标准和手册（Stratos 和瑞士经济部）
  - c. 获取和惠益分享、遗传资源学术研究良好做法（瑞士科学院）
  - d. 生物技术工业组织成员参与生物勘察的准则（生物技术工业组织）
  - e. 遗传资源获取和惠益分享准则（国际植物园保护组织）
  - f. 制药企业与协会国际联合会成员获取遗传资源和公平分享遗传资源利用所产生的惠益的准则（制药企业与协会国际联合会）
  - g. 《关于微生物的可持续利用和获取管制的国际行为守则》（比利时微生物学研究所）（<http://www.belspo.be/bccm/mosaic>）
  - h. 遗传资源获取和惠益分享的原则（各不同植物园和植物标本馆）（<http://www.kew.org/conservation/principles.html>）
  - i. 管理活性植物材料的植物园行为守则（国际植物交换网）
  - j. 一些个别的公司制订或者承诺将遵守获取和惠益分享规定，例如：
    - 一. GlaxoSmithKline  
（[http://www.gsk.com/responsibility/cr\\_issues/ei\\_biodiversity.htm](http://www.gsk.com/responsibility/cr_issues/ei_biodiversity.htm)）
    - 二. NovoNordisk 指导原则  
（<http://www.novonordisk.com/old/press/environmental/er97/bio/biodiversity.html>）
5. 提高认识和教育模块。
6. 资料交换所机制，包括关于最佳做法的数据库以及支持监测和加强外国遗传资源使用者履约的电子数据库。
7. 设置监察员。
8. 建立国家联络点。

9. 专利研究工具
10. 示范条款。
11. 将遵守获取和惠益分享的原则确定为享受政府来源或私人基金会研究资金必须遵守的一项要求（例如，《德国研究基金会准则》，[http://www.dfg.de/forschungsfoerderung/formulare/download/1\\_021e.pdf](http://www.dfg.de/forschungsfoerderung/formulare/download/1_021e.pdf)）。
12. 监测遵守获取和惠益分享协定（合同），作为科学刊物的同行审查以及科学出版工作的专业标准的一部分。
13. 建立关于各博物馆、植物标本馆、文化收集和其他生物存放场所相互转让的易地收藏的遗传资源的出借、交流和/或利用的更透明的系统。
14. 在谈判获取和惠益分享协定（合同）时，将那些拥有遵守《生物多样性公约》的政策和做法、并有明显的履约记录的机构所属研究人员提议的项目，与那些没有此种政策的机构的所属研究人员提议的项目区别开来。
15. 为研究组织、专业协会和创办者制订积极的奖励措施，鼓励其通过符合《生物多样性公约》原则和获取和惠益分享规定的机构性政策、程序和履约监测系统。

-----