



## 生物多样性公约

Distr.  
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1\*\*  
4 October 2013

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  
第八次会议  
2013 年 10 月 7 日至 11 日，蒙特利尔  
临时议程\*项目 4(d)

### 保护土著和地方社区传统知识、创新和做法特殊制度的可能组成部分

1. 在第 VIII/5 E 号决定的第 4 段，缔约方大会请第 8(j)条和相关条款工作组确定第 VII/16 H 号决定附件中所列的重要组成部分。迄今为止，没有缔约方或其他方面就组成部分的特别重点的次序提出建议，因此，下列次序并不说明个别组成部分重要性的大小。
2. 这些组成部分应该根据任务 7、10 和 12 中所说的，作为关于这些任务的议程项目的指示性清单提交今后审议。作为可能的重点被审议的组成部分包括：
  - 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。
  - D. 承认以下方面与保护和可持续利用生物多样性有关的习惯法的基本内容：(a) 土著/传统/地方知识的习惯性权利；(b) 生物资源方面的习惯性权利；(c) 决定获取和同意利用传统知识、生物资源和遗传资源的习惯性程序。<sup>1</sup>
3. 如果缔约方希望采取此种做法，在审议了任务 7、10 和 12 中的优先组成部分后，可根据需要审议其他组成部分。

\*\* 2013 年 10 月 4 日重新张贴，以便包括更正 UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1/Corr.1。

\* UNEP/CBD/WG8J/8/1。

## A. 目的、目标和范围

### *目的*

4. 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<sup>2</sup>（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。
5. 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。<sup>3</sup>
  - (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（即通过社区规约和共同商定的条件）。
6. 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。
7. 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。
8. 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。
9. 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。

---

<sup>2</sup> 从阿根廷收到的意见。

<sup>3</sup> UNEP/CBD/WG8J/3/7。

## 目标

10. 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。

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。

11. 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

12. 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总体做法，包括其对地方环境的思想意识和关系。特殊制度若要有效发挥作用，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和支持，以确保其有效性和连续性。社区规约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，此点极为重要。

13. 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

领地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。

14. 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全盘采用习惯法,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**

15. 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地。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。

16. 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。

17. 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。

18. 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**

19. 工作组第五次会议审议了经修订的术语和定义,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。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,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, 本文件的附件刊登了术语表草案。

20. 为避免与第 8(j)条和相关条款工作组工作方案的重复,同时注意到《公约》、其议定书和国际体系中的术语保持协调一致的必要性,工作组不妨将本份指示性术语表草案提交下次会议在任务 12 下作进一步审议。

**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**

21. 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。

*社区规约*

22. 社区规约是阐明土著和社区的价值观、程序和优先事项的参与性工具，规定了习惯法下的权利和责任，作为与政府、公司、学术界和非政府组织等外部行为者交往的基础。社区规约可以用作对土地和资源开发、养护、研究和其他法律和政策框架造成的威胁和带来的机会作出建设性和积极主动应对的催化剂。

23. 国际法和政策中提及社区规约的情况越来越多，很多人将社区规约视为保护、保存和促进传统知识的社区一级的有效特殊制度。社区规约曾在《生物多样性公约》的几项决定（包括第 XI/1、第 XI/5 和第 XI/14 号决定）以及《关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（第 12(1)条、第 12(3)(a) 条和第 21(i)条）中被提及。其他国际进出中承认并提及社区规约，<sup>4</sup>认为社区规约是为外部利益攸关方同土著和地方社区打交道提供了框架。联合国减排方案关于自由、事先知情同意的准则关于工具和资源的附件七中也提及社区规约。<sup>5</sup> 在各种情况下记录、制定和使用社区规约方面，存在着大量的经验、汲取的经验教训和文献。

24. 各社区在制定和使用社区规约时，这种进程都是独特的多样化的。尽管没有“处理”社区规约的统一模式或途径，但在良好做法和核心原则方面都有经验教训和指导，特别是在根据社区的目标、优先事项、时间表和办法为进程提供便利方面。还有若干适应当地情况的方法和工具，这些方法和工具可以在社区规约工作的不同问题上给予协助，包括自决、内部发展、文件制作和沟通、社会动员、促进法律权益、战略倡导以及反映性监测和评价方面。专门的工具包提供了关于社区进程的初步指导。<sup>6</sup>

25. 基于习惯法并由土著和地方社区本身制订的社区规约，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。社区规约已被越来越多的缔约方和土著和地方社区接受，可见性日益增强，并由于《名古屋议定书》的通过得到进一步的鼓励。

---

<sup>4</sup> 如政府间科学政策平台第一次全体会议第 5 号资料文件中说明的（“考虑初步的组成部分：承认土著和地方知识和形成与科学的合力”）。

<sup>5</sup> 联合国减排方案，2013 年。“关于自由、事先知情同意的准则”，环境规划署，可查阅：  
[http://www.unredd.net/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=8717&Itemid=53](http://www.unredd.net/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8717&Itemid=53)。

<sup>6</sup> Shrumm 和 Jonas，2012 年。

26. 在诸如社区规约的特殊制度内部，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。

27. 在国家一级，如何承认习惯法的问题，或更确切来讲，承认与生物多样性的保护和可持续利用习惯的习惯法的原则，包括通过承认社区规约，可能会因国家法律格局而不同，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。但是，尽管存在若干障碍，同时在有效执行《名古屋议定书》的必要性的鼓舞下，缔约方对于社区规约可能在国家格局内外的惠益分享方面发挥的作用越来越感兴趣。

### *土著/传统/地方知识中的习惯权*

28. 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。

29. 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。

30. 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*

31. 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。

32. 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。

33. 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对它进行补充，这意味着行为不能有个个人主义。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。<sup>7</sup>

*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*

34. 事先知情同意原则和共同商定条件和公平惠益分享是许多习惯法系中提出的概念。

35. 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。

36. 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，并且往往会具体涉及到社区的文化氛围和信仰。

37. 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/或犯罪者也可能受到其习惯法的惩罚。

38. 上文提到的均衡原则产生了几相关的、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。

39. 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。

<sup>7</sup>

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。

40. 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的实例。《努纳武特<sup>8</sup>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争端；以及
- (m) 对待所有野生动植物应该尊重。

41. 习惯法可能包括其他共同原则，<sup>9</sup> 如（但不限于）：

- (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，这一准则是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；

---

<sup>8</sup> 努纳武特是加拿大最大、最北和最新的领土。

<sup>9</sup> 自阿根廷收到的意见。



(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、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*

42. 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。

43. 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 月对事先知情同意制度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。<sup>10</sup>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*

44. 《名古屋议定书》和《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》都为共同商定的条件（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《名古屋议定书》的规定和（或）《波恩准则》为基础，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*

45. 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

---

<sup>10</sup> 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）。

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。

46. 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，应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。

47. 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。

48. 为了在收到呈件的基础上优化特殊制度的组成部分，同时考虑到任务 12 下的相关和当前工作，事先知情同意和共同商定条件以及公平的惠益分享可以称为特殊制度赖以建立的基石。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*

49. 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*

50. 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。

51. 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。

52. 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。

53. 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”。

54. 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）；<sup>11</sup>

(e) 可用于促进环境可持续做法、保护等方面的组成部分等。

55. 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分类可能会与传统知识的整体特性相违背。

56. 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

---

<sup>11</sup> 但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。

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。

57. 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。

58. 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

59. 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。

60. 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。为了更好地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。

61. 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。

62. 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。

63. 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**

64. 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，以便解决领地之外和/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。

65. 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。

66. 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质量有好处。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）。

67. 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。

68. 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。

69. 关于登记库的进一步情况可参见 UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9 号文件，第一阶段一修订本一综合报告一“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》。

70. 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，以期土著和地方社区就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](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

71. 管理获取和惠益分享的程序和行政事项的国家主管当局，例如《名古屋议定书》所要求的那样的当局，可包括由本国土著和地方社区组成的均衡的代表性咨询小组，或直接与土著或地方社区主管当局互动。知识的持有者和负责保护系统的一级的政府之间应该有充分的联络。可通过已建立的土著和地方组织完成社区主管当局的角色。虽然建立此种组织/当局可能需要初期的财政支持，但这些组织/当局嗣后可以自食其力，即在惠益分享之外。当地土著或地方社区主管当局也可以制定社区规约和其他工具以协助管理传统知识和传统知识潜在用户的要求。

72. 土著或地方社区的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) 制订社区规约，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**

73. 如果没有有效快捷的补救措施防止擅自使用传统知识，那么，对传统知识的保护就起不到作用。应根据习惯法各项原则制定执法和补救措施，并应通过强大的机构和法律程序予以支持。

74. 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（如美利坚合众国的《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。

75. 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。

76. 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*

77. 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 and 政策的若干领域进行法律改革。

78. 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、盗用他人名誉和善意；
- (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。

79. 为确定知识产权法多大程度上可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。<sup>12</sup> 如果存在相关点，随后便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）。

---

<sup>12</sup> 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）。



80. 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

81. 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。

### L. 已采取的保护、保存和促进土著和地方社区与生物多样性相关的传统知识、创新和做法的区域措施，包括跨国和跨国际边界持有的知识<sup>13</sup>

82. 为了本次讨论的目的，分析了 5 种区域特殊法律：

- (i) 2000 年《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》（《非洲示范法》）<sup>14</sup>
- (ii) 第 391 号决定—遗传资源获取通用机制（“安第斯 共同体第 391 号决定”）<sup>15</sup>
- (iii) 东盟生物和遗传资源获取框架协定（草案）（《东盟框架协定》）<sup>16</sup>

<sup>13</sup> 在第 XI/14 E 号决定的第 4 段，缔约方大会邀请各缔约方和各国政府在《关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》通过的情况下，报告为保护同跨国界和国际边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。根据这一要求，执行秘书分析了收到的信息，并将信息作为修订本说明中的区域措施的一项新的组成部分，列入文件供工作组审议。

<sup>14</sup> 《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》的灵感来自《生物多样性公约》，由非洲联盟组织（非盟组织）工作队于 1997 年拟订。非盟组织国家元首和政府首脑峰会后举行的非盟部长级会议于 1998 年通过了《示范法》，并建议该法应该成为非洲各国法律的基础。

<sup>15</sup> 安第斯共同体 1996 年 7 月日第 391 号决定—遗传资源获取的通用机制。安第斯共同体（西班牙语 Comunidad Andina, CAN）是一海关联盟，由南美洲的包罗无遗、哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁组成。1996 年之前，该贸易集体被称为安第斯条约，随着 1996 年卡塔赫纳协定的签署而生效。其总部设在秘鲁的利马。

<sup>16</sup> 东南亚国家联盟（东盟）是东南亚的地缘政治和经济组织，1967年8月8日由印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国组成。后来，东盟扩大，文莱、缅甸、柬埔寨、老挝和越南加入。东盟的目的包括加快成员国的经济增长、社会进步和文化发展，保护区域和平与稳定，成员国通过和平方式讨论分歧

(iv) 保护传统知识和文化表达方式示范法（《太平洋示范法》）<sup>17</sup>

(v) 《关于保护传统知识和民俗表现体的斯瓦科普穆议定书》（《斯瓦科普穆议定书》）<sup>18</sup>

### 政策背景、宗旨、目标

83. 除其他外，已调查的区域法律的总目的取决于其是否具有约束力。例如，安第斯决定对安第斯国家共同体成员国有约束力，而非洲示范法只是一种模式，如果成员国选择通过特殊法律制度报告传统知识，它们可以在示范法的基础制定国家立法。

84. 虽然各种情况的保护的范围是非物质的，但传统知识或文化表达形式的知识产权的最终目的却与区域法大不相同。一般而言，区域法要么是保护传统知识和（或）文化表达方式自身的权利（即太平洋示范法，斯瓦科普穆议定书），要么其目的是保护获得遗传资源的机会，因此，仅对与基本的生态和（或）遗传资源相关的传统知识提供保护（安第斯第 391 号决定、非洲示范法、东盟框架协定）。前两个实例包括各种形式的传统知识及其表达方式，因此，他们大概会包括作为总的传统知识一部分的相关传统知识。太平洋示范法和斯瓦科普穆议定书赋予了采纳了示范法和议定书的成员国的所有传统知识或文化表达方式以特殊形式的知识产权的保护，因此，包括了较《生物多样性公约》更宽的范围，更不用说《名古屋议定书》所设想的相关传统知识。《公约》旨在保护、保存和维护与生物多样性的保护和可持续利用相关的知识、创新和做法，<sup>19</sup>这当然只是所产生的所有传统知识的一部分。

85. 鉴于这种范围上的不同，一般可以说，保护相关传统知识的区域法律与国家获取和惠益分享法律比较相似，因此，应该作为有效执行《名古屋议定书》（特别是获取和惠益分享规定（第 5、6、7、12 和 16 条）以及关于越境合作的第 11 条）的可能途径，作进一步的探讨。传统知识和民间传说的表达方式（“非相关”传统知识）的总的保护、保存和促进无疑有助于实现《名古屋议定书》的目的（提高认识、能力建设、提高妇女地位等），与此同时，这种比较一般性范围的区域法有可能在执行《公约》的第 8(j)条和第 10(c)条方面起到更大的作用，因其有助于推动经修订的关于执行第 8(j)条和相关条款工作方案的任务 7、10 和 12（第 V/16 号决定；第 X/43 号决定）。

86. 在保护相关传统知识问题上，保护的范围各有不同，尽管如此，所有调查国的区域法律都含有在可获得知识之前的事先知情同意和制定共同商定条件的类似条件，不论传统知识之下是否还有遗传资源。

---

的机会。根据1998年东盟第六届首脑会议通过的《河内行动计划》，框架协定草案计划于2004年通过，但看来尚未通过。

<sup>17</sup> 《保护传统知识和文化表达方式示范法》是确立保护传统知识和文化表达方式的传统所有人的新的广泛法定权利的一项示范法草案（2002 年）。示范法为那些希望颁布保护传统知识和文化表达方式的太平洋岛屿国家提供了基础。

<sup>18</sup> 在 2010 年 8 月 9 日至 10 日在纳米比亚斯瓦科普穆举行的非洲区域知识产权组织（ARIPO），上，9 个国家签署了《关于保护传统知识和民俗表现方式的议定书》。

<sup>19</sup> 第 8(j)条。

## 被保护的问题（范围）

87. 如前面讨论的，根据区域法是否主要是遗传资源和相关传统知识的获取和惠益机制，或者是否主要是特殊知识产权机制，保护的范围可以分为两个主要的级别。但在这些分类中，范围也可以有很大的不同。例如，安第斯共同体第 391 号决定与东盟框架协议之间的一个主要区别是争议很大的对遗传资源及其衍生物给予专利的问题。尽管前者不排除可以给予专利，但后两种机制明确地以道德和（或）道义的理由寻求拒绝或禁止实行任何专利制度。大多数情况下，人类遗传资源及其副产品通常被排斥在范围之外，不术语《生物多样性公约》任务的范畴。

88. 大多数区域性制度都区分对生物/遗传资源的保护和对相关传统知识的保护，因此，资源的获取并不一定自动准许获取相关的非物质组成部分（具体与该资源相关的传统知识）。这一区别非常重要，因为这种区别可准许根据相关国家法律，包括国家有关主管当局的事先知情同意，获取遗传资源，而获取相关传统知识则是由知识的持有者根据其习惯法或社区规约给予同意。从本质上说，在大多数已经评估的准许对获取申请平行地实行常规和习惯法的区域框架内，存在着一种双规制度。例如，东盟框架协议规定：“*框架协议适用所有生物和遗传资源，包括与之相关的传统知识。但是，生物和遗传资源的获取并不自动地意味着对与资源相关的传统知识的获取。此种传统资源的获取应在获取申请中作出明确的说明。*”（第 4 条）。下文进一步探讨了习惯法和规约。

89. 一般而言，区域法的范围包括任何的传统知识（个案单独规定），不论知识是否可在常规知识产权制度下得到保护。例如，安第斯共同体第 391 号决定界定“非物质组成部分”为：“所有技能、创新或者个人或集体做法，具有真实或潜在的价值，与遗传资源、其副产品或含有遗传资源的生物资源相关，不论是否受知识产权的保护。”（第 1 条）。

90. 大多数区域性制度寻求对获取遗传资源和（或）相关/不相关传统知识实行限制时，都有一条限制性条款，即允许相关传统知识的持有者的传统使用，包括交换，可以继续不受立法的影响。这包括受立法保护的遗传资源的交换和获取。这些“保留条款”对于让土著和地方社区“接受”这些区域法来说很可能是至关重要的。

## 保护传统知识的标准

91. 保护的标准根据区域法的情况有很大的不同，但这些标准通常（尽管并不一定如此）规定传统知识必须是由一可识别的社区共同持有。一些法律规定标准的性质必须是各代之间的，而其他法律则只要求须是在很多年内制定。

92. 各区域以某种形式实行了这些区域法的《公约》缔约方的其他反馈将有助于确定，“传统知识”的构成内容上是否存在争端以及，如果存在，争端是否已经得到解决。

## 权利的持有者（谁拥有传统知识中的权利）

93. 除《非洲示范法》外，传统知识的权利的持有者一般都是根据自身的习惯法自称为土著和地方社区的土著和地方社区。《非洲示范法》则更进一步，还确定了农民和作物育种者的权利。

## 赋予传统知识持有者的权利（包括豁免和免费使用）

94. 所有区域法均重申，根据《生物多样性公约》第 15 条，<sup>20</sup> 颁布法律的国家对于遗传资源以及获取遗传资源拥有主权。土著和地方社区常常被视为生物和遗传资源的监护人，并被视为传统知识的所有人，不论是否与遗传资源相关。《非洲示范法》承认土著和地方社区的获取和使用的权利，尽管并不一定承认对于生物资源的所有权以及从中集体受惠的权利（被称为‘合法监护人和使用者’）。

95. 同样，土著和地方社区内部和相互交换生物/遗传资源，是一种免费使用，不属于大多数习惯法的范畴。拒绝获取传统知识的权利，不论是否属于秘密-神圣，都是大多数区域性制度的一个组成部分。这种权利可以是明确的（《非洲示范法》、《太平洋示范法》），或是隐含的（安第斯共同体第 391 号决定），但在公共安全和健康问题上也有例外（《斯瓦科普穆议定书》）。

96. 在传统知识和（或）文化表达方式的权利同时，一些区域性制度（《太平洋示范法》）为事关秘密-神圣的方面（由习惯法决定）和依附于文化表达方式的道义权利（署名权，控告冒名侵权的权利，以及不受诋毁对待的权利）提供保护。总的来说，同寻求保护传统知识的大量国家法一样，经调查的各种区域性制度种类繁多。

## 承认传统知识的程序和手续

97. 大多数区域法都规定，可能的使用者须以规定的形式向负责获取的政府部门（通常被称作“国家主管当局”）提出正式申请。在各种区域法之间，有关规定的程度大不相同，一些区域法提出复杂而详细的要求，而其他区域法仅要求颁法的国家可能要求本国主管当局提供的各种信息。

98. 为本讨论的目的，有必要就认为存在的区域法和国家法的程序和手续上的分歧作些评论。尽管须提交国家主管当局的申请的要求大多数情况下与可比较的国家法律十分类似（当然，其原意是要成为国家法律的范本），但使某些区域法产生区别的主要特点是颁法的邻国国家主管当局之间分享信息的要求。例如，安第斯共同体第 391 号决定中就有关于成员国之间次区域合作、技术转让和互惠协定的规定。区域法中还可以有关于提供规定性国家互惠待遇和对传统知识的最惠国待遇保护的规定。下文将讨论这些区域性保护。

99. 安第斯共同体第 391 号决定也许是规定得最为具体的，该决定要求：成员国应通过理事会立即彼此通知所有关于获取解决办法和授权的申请，以及所签署的此种合同的暂停和终止。成员国还应彼此通知就有关问题签署的任何双边或多边协定，这些协定必须符合这项决定的规定。在不妨碍上一条规定的情况下，成员国应通过理事会立即彼此通知本国所通过的涉及本项决定的所有规定、决定、条例、法规、裁决、决议和其他规则和法案。（第 48-49 条）。

---

<sup>20</sup> 第 15 条第 1 款规定：确认各国对其自然资源拥有的主权权利，因而可否取得遗传资源的决定权属于国家政府，并依照国家法律行使。

## 新的和现有当局和机构（国家主管当局）的责任

100. 同类似国家法一样，区域性制度往往设立管理国家一级行为的国家主管当局。这种机关的建立可以是规定性的，在这种情况下，制度系强加于各成员国（安第斯共同体第 391 号决定，第 50 条），或是宽容性的，在这种情况下，各国被赋予灵活性，可设立新机关，也可将国家主管当局职能赋予现有部门（《非洲示范法》，第 57 条；《太平洋示范法》，第 36 条；《东盟框架协定》，第 8 条；《斯瓦科普穆议定书》，第三节）。

101. 在国家主管当局的小组或理事会的组成中，显然没有土著和地方社区的代表。根据大多数区域法建立的当局，往往都是由中央管理的国家级一的机构，通过实行自治权作出有可能影响土著和地方社区的决策。一些区域法主张或要求申请阶段的参与和协商机制，而其他区域法则没有给利益攸关方的参加或参与提供机会，让法庭系统处理在违背社区愿望准予获取提出的上诉问题。

## 关于执法和补救的规定

102. 执法和民事补救是主权国家的管辖权，因此，区域法允许采纳的国家在根据其既定法律制度决定程序方面具有很大的灵活性。

103. 传统知识的复杂性以及习惯性法律传统中的举证问题意味着，常规的国家法律制度有可能不适合解决这些区域制度下发生的争端。一些区域法允许国家主管当局让利益攸关方在进程的初期进行参与和（或）根据受影响社区的投诉重新研究其对申请的核准。

104. 一些区域制度（《太平洋示范法》）走的更远，要求关于传统知识所有权的争端必须根据习惯法或当事方所商定的其他手段解决。习惯性争端解决的结果随后由国家主管当局最终予以核准。第 18 条第 1 款载明：*如果文化当局[即国家主管当局]不认为其确定了传统的所有者或[如果]在所有权问题上存在争端，文化当局必须将有关事项提交有关的人员，根据习惯法和做法或当事方所商定的其他手段解决。*《太平洋示范法》还允许使用习惯法，作为民事诉讼的一种替代争端解决形式（第 33 条(c)款）。

## 保护的條件

105. 作出应对传统知识和文化表达方式实行永久保护的规定，是特殊制度、包括区域性制度的一个重要组成部分。大多数区域法明确规定这种保护，一些区域法仅载明，国家应承认土著和地方社区的知识产权，在没有任何相反语言的情况下，从中可以推断出永久保护。这些权利往往不可分割，但在此种权利能否放弃或转移的问题上存在分歧。

## 与现有法律包括国际法和知识产权法的关系和互动

106. 区域性制度在其与现有法律包括国际和知识产权法的关系方面有着很大的分歧。区域法往往是接受或拒绝生命形式、遗传资源和（或）衍生物的专利的概念。《非洲示范法》和《东盟框架协定》均基于道义/到的理由完全拒绝专利制度。《非洲示范法》的序言部分载明：*鉴于所有生命形式都是人类生存的基础，因此，给予生命以专利，或完全占有任何生命形式或其衍生物，均侵犯生命权的根本人权。*《东盟框架协定》载有类似表

述：成员国……兹商议如下：成员国视生物和遗传资源为全人类的神圣遗产，拒绝对其实行专利制度。

107. 其他区域法未禁止申请人申请关于遗传资源衍生物的专利，但一些区域法规定了披露来源的要求，使之成为专利申请的一部分。这些法律往往明确规定，法律并不影响知识产权的任何现有的权利。

108. 《非洲示范法》有可能与《与贸易有关的知识产权协议》的第 27 条第 3 款(b)项冲突，该条款禁止各国将微生物排除在专利保护之外，但少数例外情况外。在非洲联盟某一国采纳了《示范法》、并且是世贸组织成员的情况下，这种冲突有可能导致争端，从而有可能涉及需要确定能否根据公共秩序或道德的理由拒绝微生物专利。但《非洲示范法》确也根据《与贸易有关的知识产权协议》第 27 条第 3 款(b)项规定了对于作物品种的保护。

### 获取和惠益分享

109. 不论是区域还是国家范围的，保护传统知识的特殊制度的最重要的方面或许是涉及根据《生物多样性公约》第 15 条和第 8(j)条以及《名古屋议定书》处理事先知情同意和共同商定条件的方面（获取和惠益分享）。《太平洋示范法》和《斯瓦科普穆议定书》主要处理的是传统知识本身，而《非洲示范法》、第 391 号决定以及《东盟框架协定》重点处理的是遗传资源，受保护的习传统知识则是次要的考虑。

110. 区域性体系的一些共同的组成部分是：

- (i) 自行提供或连同附带的遗传资源一道提供非物质传统知识的土著和地方社区的事先知情同意的要求，是所有区域性制度的一个特点。同样，获取协定必须载有非物质组成部分的提供者彼此同意的条件。
- (ii) 主要处理遗传资源的获取的法律常常附有限制，即获取遗传资源并不意味着获取习惯的传统知识，相反亦然，两者是单独且不同的考虑。
- (iii) 《非洲示范法》规定，使用传统知识所产生的 50% 的惠益须交与习惯的地方社区。除《非洲示范法》外，所有其他区域性制度都使用了比较不加限制的措施；这方面的例子有‘公正’，‘公平赔偿’和‘公平分配利润’。在传统知识的持有者感到赔偿不足时，赔偿——不论是金融还是非金融——的实际数量都有可能导致敌意或者冲突。

### 纳入习惯法和规约

111. 根据地方社区的习惯做法交换资源和使用传统知识的权利，是所有作过评估的区域法的一个明显特点。区域法的目的是要保护外来使用者的占有，而不是规范内部的制度。

112. 但是，只有在《太平洋示范法》中对习惯法或社区规约的实际使用作了设想，该示范法将关于传统知识的适当“所有人”的争端提交根据习惯做法进行的争端解决，而法律并不排除使用习惯法，作为发生涉及非法占有的民事诉讼时的一种替代争端解决方法。

113. 区域性制度中显然缺乏对于习惯法作为保护传统知识方面的一个明显特点这一点的承认。例如，安第斯共同体第 391 号决定要求申请人查明有可能提供与遗传资源习惯的传统知识的任何相关社区。国家主管当局随后可以在不与相关社区协商的情况作出决定（国情可能有所不同，但区域性法律并不要求进行协商）。并不排除土著和地方社区在决定是

否签署获取和惠益协定时使用其习惯法和规约，但在首先决定适用的好处时，习惯法起不到任何作用。这与上述《太平洋示范法》中的程序相悖，在该示范法中，根据相关社区的具体社区规约，初步争端系根据这些社区的习惯法解决。

## 区域和国际保护（保护区域知识和民俗）

114. 区域法在多大程度上能够促进对传统知识的国家保护，完全取决于执行的国家以及区域法文字中赋予其的灵活程度。例如，安第斯共同体第 391 号决定是纳入了各成员国内的一种有约束力的区域法律。关于次区域合作和生物资源转让的规定，以及国家待遇和互惠条款必然会较‘示范’立法中的相应条款更加有效，在示范法中，采纳法律的国家可以斟酌和挑选适合其独特情况的规定。一方面，示范法针对的是具体的区域，面向改善本区域内的土著和地方社区面临的独特问题，但示范法在很多方面没有能够协调整个区域的法律。各国可以选择并调整其所喜欢的规定，但区域的惠益却有可能丧失，所产生的国家法律不会与该国内自行设计的特殊制度有任何真正的区别。

115. 若将区域法同国际法做单独和分开的评估，有关成员国有可能全盘采纳法律，从而确保本区域内采纳法律国家之间的相互对等性。在这方面，在制度的全盘采纳方面具有较强和更加规定性的文字的区域法有可能更接近实现这种区域协调。因此，大致可以用下述从最有效到最无效的方式说明区域法的特点：

(a) 将几个国家约束在一个共同框架内的区域法（例如：安第斯共同体第 391 号决定）；

(b) 文字是规定性而非宽容性的，同时，采纳法律的国家要做的是‘接受与否，悉听尊便’。这些法律全面阐明了各项权利和程序，各国可以做全面的采纳（稍作调整以适应国情），如此，采纳法律的国家将拥有协调的区域性框架（例如，《太平洋示范法》、《非洲示范法》、《斯瓦科普穆议定书》）；

(c) 仅提供框架和建议的规定的区域法（例如：《东盟框架协定》）。

116. 应该指出的是，区域一致性的程度高，并不一定说明具体性的程度也高。《斯瓦科普穆议定书》在上面的分类中排列次序最高，因为它是必须全盘采纳、因此文字也是规定性文字的议定书。但是，该议定书中获取传统知识和民俗表达方式的程序却远远没有《非洲示范法》或《太平洋示范法》来的确切和讲究形式。例如，《斯瓦科普穆议定书》规定：*将要扩展到传统知识的保护，应包括将要通过当事方之间的共同协定予以决定的公正和公平地分享商业或行业性利用其知识所产生的惠益。*（第 9 条第 1 款）。在如何实现以及需要遵循的程序方面，这一规定没有作任何表述。这也许是对传统知识的区域和国家保护之间的一种交易吧——当你打算依照法律适用大片和更多样化的地理和政治区域时，你必然要在如何在国家一级实施法律方面保持一定程度的灵活性。

117. 区域法的目的应该力求在这些相互竞争的目标中间达致平衡。或许，在赋予国家获取和惠益程序上的灵活性的同时，全面通过区域性协定和互惠规定，能够推动这一目标。

## 附件一

## 第 8(j)条和相关条款的一套相关定义/术语表

以下附件分为两节。第一节系《公约》来源通过的定义，包括《公约》及其议定书可能与第 8(j)条和相关条款相关的案文。第二节整理了各种来源提交和整理的术语。<sup>21</sup> 整理的清单是根据共同理解/特性或工作定义建议的，以便作为可能的术语表，在第 8(j)条和相关条款范围内使用，并可有助于第 8(j)条和相关条款工作组今后会议上对任务 12 进行的相关讨论。

## 第一节

## 《生物多样性公约》下通过的定义

## 《生物多样性公约》（第 2 条）

“生物多样性”是指所有来源的活的生物体中的变异性，这些来源除其他外包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体；这包括物种内、物种之间和生态系统的多样性。

“生物资源”是指对人类具有实际或潜在用途或价值的遗传资源、生物体或其部分、生物种群、或生态系统中任何其他生物组成部分。

“生物技术”是指使用生物系统、生物体或其衍生物的任何技术应用，以制作或改进特定用途的产品或工艺过程。

“遗传资源的原产国”是指拥有处于原产境地的遗传资源的国家。

“可提供遗传资源的国家”是指供应遗传资源的国家，此种遗传资源可能是取自原地来源，包括野生物种和驯化物种的种群，或取自移地保护来源，不论是否原产于该国。

“驯化或培植物种”是指人类为满足自身需要而影响了其演化进程的物种。

“生态系统”是指植物、动物和微生物群落和它们的无生命环境作为一个生态单位交互作用形成的一个动态复合体。

“移地保护”是指将生物多样性组成部分移到它们的自然环境之外进行保护。

“遗传材料”是指来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位材料。

“遗传资源”是指具有实际或潜在价值的遗传材料。

---

<sup>21</sup> 包括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》以及自然正义。



“**生境**”是指生物体或生物种群自然分布的地方或地点。

“**原地条件**”是指遗传资源生存于生态系统和自然生境之内的条件；对于驯化或培植的物种而言，其环境是指它们在其中发展出其明显特性的环境。

“**就地保护**”是指保护生态系统和自然生境以及维持和恢复物种在其自然环境中具有生存力的种群；对于驯化和培植物种而言，其环境是指它们在其中发展出其明显特性的环境。

“**保护区**”是指一个划定地理界限，为达到特定保护目标而指定或实行管制和管理的地区。

“**区域经济一体化组织**”是指由某一区域的一些主权国家组成的组织，其成员国已将处理本公约范围内的事务的权力付托它并已按照其内部程序获得正式授权，可以签署、批准、接受、核准或加入本公约。

“**持续利用**”是指使用生物多样性组成部分的方式和速度不会导致生物多样性的长期衰落，从而保持其满足今世后代的需要和期望的潜力。

“**技术**”包括生物技术。

《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惠益的名古屋议定书》（第 2 条）

(a) “**缔约方大会**”是指《公约》缔约方大会；

(b) “**公约**”是指《生物多样性公约》；

(c) “**利用遗传资源**”是指对遗传资源的遗传和（或）生物化学组成进行研究和开发，包括通过应用《公约》第 2 条定义的生物技术。

(d) 《公约》第 2 条所定义的“**生物技术**”是指使用生物系统、活生物体或其衍生物的任何技术应用，以制作或改进特定用途的产品或工艺过程。

(e) “**衍生物**”是指由生物或遗传资源的遗传表达或新陈代谢产生的、自然生成的生物化学化合物，即使其不具备遗传功能单元。

对拟议在圣地和土著和地方社区历来居住或使用的土地和水域上进行的、或可能对这些土地和水域产生影响的开发活动进行文化、环境和社会影响评估的阿格维古自愿性准则（第 VII/16 F 号决定）

(a) **文化影响评估** — 指评估某个提议的项目或开发活动对某个特定团体或社区的生活方式的影响的进程，这些团体和社区人民应充分参与并可能进行评估：文化影响评估通常涉及拟议的开发对诸如价值观、信仰、习惯法、语言、风俗、经济、与当地环境和特定物种的关系、社会组织和受影响社区的传统等可能产生的影响(包括有益和不良的影响)。

(b) **文化遗产影响评估** — 指评估所提议的开发活动对一个社区的文化遗产，包括具有考古、建筑、历史、宗教、精神、文化、生态或美学价值或意义的遗址、结构和遗物可能会产生的影响（包括有益的和不良的影响）的进程；

- (c) **习惯法** — 指含有被作为法定要求或应履行的行为规则而得到接受的习俗的法律；在社会和经济体系中固有且十分重要的一部分而被当做法律对待的做法和信仰；
- (d) **环境影响评估** — 指对拟议的项目或开发活动可能产生的环境影响进行评价并提出适当的减轻影响的措施的进程，顾及相互关联的社会-经济、文化与人类健康的影响（包括有益的和不良的影响）；
- (e) **圣地** — 指由国家政府或土著社区拥有、由于宗教和/或精神意义而按土著或地方社区的习俗被定为具有特别重要性的场所、物体、结构、地区或自然地貌；
- (f) **社会影响评估** — 评估某项提议的开发活动对受影响的社区的权利（包括经济、社会、文化、民众和政治方面）及安康、活力和生存力 - 即用各种社会-经济指标（如收入分配、身体和社会完整性及对个人和社区的保护、就业水平和就业机会、健康和福利、教育以及住房和居所的可供性和标准、基础设施和服务等）来衡量的社区生活的质量的可能影响（包括有益和不良影响）的进程；
- (g) **战略环境评估** — 指评价所提议的政策、计划或方案对环境所产生的后果，以确保这种后果同经济、社会和文化因素一起被纳入决策早期阶段并得到处理的进程；
- (h) **传统知识** — 指采用与生物多样性保护和可持续地利用相关的传统生活方式的土著和地方社区的知识、创新和作法。

## 第二节

### 第 8(j) 条和相关条款情况下使用的术语表草案（工作定义或共性）

**传统知识的应用/使用/利用：**为这些目的制造、使用、出售、销售或进口受保护的传统产品<sup>22</sup> 的行为，或在受保护的主体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：**为商业或其他目的对生物资源开展科学研究。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、<sup>23</sup> 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权利法<sup>24</sup>。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。

**社区规约：**社区规约是阐明土著和社区所确定价值观、程序和优先事项的参与性工具，规定了习惯法和国家法下的权利和责任，作为与政府、公司、学术界和非政府组织等外部

---

<sup>22</sup> 秘鲁对“受保护的传统产品”的含义有疑问。

<sup>23</sup> 秘鲁倾向于删除品种一词，因为生物多样性这一类别是遗传生物多样性的一种表达方法。

<sup>24</sup> 秘鲁建议用“权利”取代“法律”。

行为者交往的基础。社区规约可以用作对土地和资源开发、养护、研究和其他法律和政策框架造成的威胁和带来的机会作出建设性和积极主动应对的催化剂。

**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、人类遗体和传统的文化表达方式，<sup>25</sup>包括但不限于歌曲、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：**涉及当地传统和习惯规范/法律<sup>26</sup>的使用，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。”<sup>27</sup>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：**国家政府或土著或当地社区可以<sup>28</sup>根据国家立法及适当提供的所有所需信息，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。<sup>29</sup>

**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。

---

<sup>25</sup> 秘鲁建议增加“传统”一词。秘鲁认为，文化遗产一词有可能已包括在以往“生物—文化遗产”的术语中。

<sup>26</sup> 秘鲁倾向于“规范”而不是“法律”，因“规范”包括口头和书面规则，而“法律”仅包括书面规则。

<sup>27</sup> 《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。

<sup>28</sup> 秘鲁提议用“可以”取代“根据国家立法”。

<sup>29</sup> 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）。

**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（或）统计数据。

**圣地：**由国家政府或土著和当地社区持有、根据土著或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。

**传统监护人所有人：**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。<sup>30</sup>

**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。<sup>31</sup>

- - - - -

---

<sup>30</sup> 秘鲁工作组表示反对所提议术语的定义，原因是传统知识具有集体性质，因此，一个人不能被认为是集体知识的所有人。这有可能意味着，谈判或给予第三方使用传统知识（土著人民拥有的）的决定归于一个人，违反权利的集体性质。探讨替代术语：例如，传统监护人或拥有者。

<sup>31</sup> 秘鲁工作组建议用根据第 169 号公约第 14 条确定的定义加以补充。应该承认有关人士对其传统占居的土地的所有和拥有的权利。此外，应该在适当情况下采取措施维护有关人士使用并非为其完全占居、但其为了生计和传统活动的目的传统上进入的土地的权利。在这方面，应该特别关注游牧民族和轮耕者的情况。

<sup>2.</sup> 政府应采取必要措施查明有关人士冲突占居的土地，并确保有效保护所有和拥有权利。

<sup>3.</sup> 应该在国家法律制度内建立适当的程序解决有关人士提出的土地要求。