



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  
第九次会议  
2015 年 11 月 4 日至 7 日，加拿大蒙特利尔  
临时议程\*项目 4

Distr.  
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/9/2  
24 September 2015\*

CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

制订确保土著人民和地方社区对于获取其知识、创新和做法的事先知情同意或批准和参与的机制、法律和其他适当倡议，公正和公平地分享利用和应用此种知识、创新和做法所产生惠益，以及报告和防止未经授权获取此种知识、创新和做法的拟议准则

## 执行秘书的说明

## 导言

1. 生物多样性公约缔约方大会第 V/16 号决定通过了实施第 8(j)条和相关条款的工作方案。缔约方大会其第 X/43 号决定修订了该工作方案，并决定保留一些执行中的任务，包括任务 7、10 和 12，其内容如下：

- (a) 任务 7：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）进一步确定原产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；
- (b) 任务 10：工作组“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”；
- (c) 任务 12：工作组“制定一套准则来帮助各缔约方和各国政府酌情制定关于实施第 8(j)条及其相关条款的法律或其他机制（其中包括特殊制度），并在国际、区域和国家各级界定第 8(j)条和相关条款中的有关关键术语和概念，

\* 2015 年 11 月 3 日因技术原因重新印发。

\*\* UNEP/CBD/WG8J/8/1。

确认、保障和充分保证土著和地方社区根据《公约》对于其传统知识、创新和做法的权利。”

2. 在关于任务 7、10 和 12 如何能对《公约》及其《名古屋议定书》作出最大贡献的第 XII/12 D 号决定中，缔约国会议决定以统筹方式执行任务 7、10 和 12（第 1 段）。它还将工作分为五个分项任务和两个阶段；在第一阶段下，它为工作方案任务 7、10 和 12 确认了四个分项任务，并商定了分阶段审议办法。分项任务（一）（二）和（三）要求工作组：（一）制定拟定各种机制、立法或其他适当倡议的准则，以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土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与；<sup>1</sup>（二）制定拟定各种机制、立法或其他适当倡议的准则，以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；和（三）制定报告和预防非法占有传统知识的标准和准则。<sup>2</sup>第一阶段下的分项任务（四），即，制定相关关键名词和概念的词汇表，该分项任务补充了现有的各分项任务，并在 UNEP/CBD/WG8J/9/2/Add.1 中述及。

3. 在其第 XII/12 D 号决定的第 3 段，缔约方大会决定，缔约方大会将在其十三届会议上审议通过各分项任务之下编写的准则，将其作为一项独立但对总体任务 12 具有补充性质的要素。在编制这些分项任务的准则草案<sup>3</sup>时发现，事先知情同意或核准和参与、惠益分享的共同商定条件以及非法盗用等组成部分密切相关，将这些组成部分分为互不相干的几套准则的做法导致大量重叠和重复。因此，本说明将这三个分项任务放在一起讨论。这种做法与这些问题的互补性、《公约》和《名古屋议定书》相关条款处理这些问题的方法、遵照第 XII/12 D 号第 4 段提交的意见和信息的结构以及缔约方大会关于以统筹方式执行任务 7、10 和 12 的决定相一致。

4. 在其第 XII/12 D 号决定的第 4 段，缔约方大会邀请各缔约方、各政府、相关国际组织以及土著和地方社区提交其意见，其中包括在获取与保护和可持续利用生物多样性相关的土著和地方社区知识、创新和做法方面其事先知情同意或核准和参与过程，以及与这些社区分享利用这些知识所产生的惠益，及其与《名古屋议定书》的互补性的社区规约、示范条款、最佳做法、经验和实际范例的信息；请执行秘书汇编和分析这些意见，同时考虑到在相关国际进程所做的相关工作，并制定准则草案（第 5 段）。

5. 为协助工作组，印发了意见汇编（UNEP/CBD/WG8J/9/INF/1）。<sup>4</sup> 还印发了所收到文件的分析（UNEP/CBD/WG8J/9/INF/1/Add.1）。

6. 同样，为协助工作组执行任务 7、10 和 12，缔约方大会在其第 XII/12 D 号决定第 6 段和第 XII/12 E 号决定第 3 段中确认特殊制度可能组成部分同 UNEP/CBD/WG8J/8/

<sup>1</sup> 分项任务（一）对工作方案原文任务 7（二）略做修订，根据《名古屋议定书》，将“事先知情核准”改为“事先知情同意或核准和参与”。

<sup>2</sup> 分项任务（三）对工作方案原文任务 10 略做修订，只提及“非法盗用传统知识”，而不是“非法盗用传统知识和有关的遗传资源”，因为遗传资源问题现在由《名古屋议定书》来解决。

<sup>3</sup> 根据第 XII/12 D 号决定第 5 段的要求。

<sup>4</sup> 按照日期为2015年2月5日的SCBD/MPO/AF/JS/VF/84296（2015-012）号通知的要求。

6/Add.1 中所载的保护、保存和促进土著和地方社区传统知识、创新和做法的相关性，<sup>5</sup>并请工作组在就这些任务开展工作时，酌情利用可能的组成部分。

7. 拟定准则能够促进实现一些爱知生物多样性指标。这包括指标 18，它规定：“到 2020 年，土著和地方社区的同保护和可持续利用遗传资源有关的传统知识、创新和做法及其对于生物资源的习惯性利用，根据国家立法和相关国际义务得到了尊重，并在土著和地方社区在各国相关层次上的有效参与下，充分地纳入和反映在《公约》的执行工作中。”

8. 该准则也能帮助执行《名古屋议定书》，进而执行爱知指标 16：“到 2015 年，《关于获取遗传资源以及公正和公平地分享其利用所产生的惠益的名古屋议定书》已经根据国家立法生效和实施。”准则还可能促进其他爱知指标，如指标 11。

9. 第一节规定需要概述在《生物多样性公约》和《名古屋议定书》方面所做的相关工作。第二节确定了其他的相关国际进程。第三节确定了拟议准则的可能组成部分，并作为本文件的附件提出了拟议准则草案。最后，第四节载有供工作组审议的建议草案。

## **一、在《生物多样性公约》和《名古屋议定书》方面就事先知情同意或核准和参与、惠益的公平分享和未经授权获取所做的相关工作概述**

10. 本节归纳了在《公约》和《名古屋议定书》方面与事先知情同意和核准和参与、惠益的公平分享、共同商定条件及传统知识获取和利用相关的一些不同的工作领域。

11. 缔约方大会在其第 V/16 号决定通过了关于第 8(j)条和相关条款的工作方案。工作方案在总则 5 中规定，获取土著和地方社区的传统知识、创新和做法，应得到此种知识、创新和做法的持有者的事先知情同意或事先知情认可。

12. 有关第 8(j)条，缔约方大会通过了两份涉及事先知情同意或核准和参与、惠益的公平分享和未经授权获取的文件，并请缔约方、各本国政府等利用这两份文件：

(a) 《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》<sup>6</sup>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，应在征得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。此外，《特加里瓦伊埃里道德行为守则》就与土著和地方社区合作时需考虑的程序和原则，向缔约方、各本国政府、研究人员和与土著和地方社区互动的其他各方提供指导。第 2 节将惠益的公平和公正分享问题作为一项道德原则对待（第 14 段）：“对于拟议在土著和当地社区历来居住或使用的圣地和土地及水域上进行的、或可能对其产生影响的与生物多样性和相关传统知识有关的活动/交往，土著和地方社区对其做出的贡献应获得公平和平等的惠益。惠益分享应被视为一种加强土著和地方社区以及促进生物多样性目标实现的方法，并应在相关的群体内和这些群体间平等进行，同时顾及有关社区一级的程序。”《特加里瓦伊埃里道德行为守则》还载有若干原则，如果适用，能够预防传统

<sup>5</sup> 见执行秘书关于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的说明（UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1），可查阅：<https://www.cbd.int/doc/?meeting=WG8J-08>。

<sup>6</sup> 见第 X/42 号决定。

知识被未经授权获取。这包括以下原则：“土著和地方社区集体或以其他方式保护其文化和知识遗产（物质和非物质）的权利，应该受到尊重”（第 13 段）。

(b) 《对拟议在圣地、土著和当地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》<sup>7</sup> 提供了协作框架，以支持土著和地方社区充分参与对拟议在圣地和他们历来占据的土地和水域的开发活动进行文化、环境和社会影响评估。该准则规定了对拟议在传统领土上进行的开发活动的知情同意。《阿格维古准则》C 节“社会影响评估”规定，

“对拟议的开发活动进行评估应结合开发活动为所在社区带来的具体利益，如创造非危险性就业机会、向开发活动受益者收取适当费用中获得的可行的收入、市场准入并有机会使收入多样化。评估对传统经济的改变可以包括对不良社会影响进行经济定值”（第 40 段）。此外，该准则规定：“拟议在圣地和土著和地方社区历来占据或使用的土地和水域进行的开发活动应保证为社区带来具体利益的增加，如为环境服务付费、创造在安全和无危险的工作环境中的工作职位、从收取适当费用中获得可行的收入、使中小型企业得到进入市场并使收入来源多样化的（经济）机会。按照国家法律或相关的国家规定，土著和地方社区应参与他们参加的开发项目的财政审计过程，以确保所投资的资源得到有效的使用”（第 46 段）。

13. 此外，正如上文导言中所指出的，缔约方大会第 XII/12 D 号决定第 6 段认识到保护、保存和促进传统知识的特殊制度方面的工作的相关性。在这方面，执行秘书为工作组上一次会议编制的关于“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”的说明（UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1）<sup>8</sup> 可能与关于准则的讨论相关。

14. 在获取和惠益分享方面，缔约方大会在 2002 年第六次会议上通过了《关于获取遗传资源并公正和平等分享通过其利用所产生的惠益的波恩准则》。<sup>9</sup> 《波恩准则》的一个主要特点是，该准则“可作为投入用以编制和草拟关于获取和惠益分享问题，特别是与第 8(j)、10(c)、15、16 和 19 条下各项规定有关的立法、行政或政策措施；以及按照相互商定的关于获取和惠益分享的条件拟定合同或做出其他安排”（第 1 段）。《波恩准则》列入的条款阐述了关于事先知情同意和惠益公平分享的原则、组成部分和过程。虽然这些条款主要涉及遗传资源，但它们也可能与《公约》所涵盖的传统知识相关。

15. 2004 年，缔约方大会同意就获取和惠益分享国际制度展开谈判。<sup>10</sup> 作为谈判的一部分，2009 年召集了获取和惠益分享国际制度方面的与遗传资源相关的传统知识问题法律和技术专家小组会议。该小组审议了获取土著和地方社区传统知识的事先知情同意以及惠益公平分享。下文第三节审议了其报告的相关组成部分。<sup>11</sup>

16. 2010 年谈判结束，并通过了《遗传资源获取以及利用遗传资源所产生惠益公平公正分享问题名古屋议定书》。<sup>12</sup> 《名古屋议定书》于 2014 年 10 月 12 日生效。为了解决

<sup>7</sup> 见第 VII/16 F 号决定。

<sup>8</sup> 为便于参考，UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1 列入“其他文件”。

<sup>9</sup> 见第 VI/24 号决定。

<sup>10</sup> 见第 VII/19 号决定。

<sup>11</sup> 该报告作为 UNEP/CBD/WG-ABS/8/2 号文件提供，可查阅：<https://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSWG-08>。

<sup>12</sup> 见第 X/2 决定。

遗传资源问题，该议定书适用于与《公约》范围内的遗传资源相关的传统知识以及利用此种知识所产生的惠益（第 3 条）。其中所载的一些条款也可能同与遗传资源无关的传统知识相关。

17. 《名古屋议定书》序言部分承认传统知识与惠益分享之间的联系（回顾《公约》第 8(j)条对于同遗传资源相关的传统知识以及公正和公平分享利用此种知识所产生的惠益的相关性）。

18. 关于公正和公平的惠益分享的第 5 条第 2 款规定，“各缔约方应根据关于土著和地方社区对遗传资源的既定权利的国内立法，酌情采取立法、行政或政策措施，以确保根据共同商定的条件，与有关社区公正和公平地分享利用由土著和地方社区持有的遗传资源所产生的惠益。”

19. 同一条第 5 款规定，“各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以确保同持有与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益。这种分享应该依照共同商定的条件进行。”

20. 同一条第 4 款规定，“惠益可以包括货币和非货币性惠益，包括但不仅限于附件所列惠益。”

21. 该议定书第 7 条规定，“缔约方应根据国内法酌情采取措施，以期确保获取由土著和地方社区所持有的与遗传资源相关的传统知识，得到了这些土著和地方社区的事先知情同意或批准及参与，并订立了共同商定的条件。”

22. 关于与遗传资源相关的传统知识的第 12 条第 3 款规定，“缔约方应酌情努力支持土著和地方社区，包括这些社区内的妇女制定：

(a) 有关获取与遗传资源相关的传统知识以及公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益的社区规约；

(b) 共同商定的条件的最低要求，以确保公正和公平地分享利用与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益；

(c) 分享利用与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益的示范合同条款。”

23. 在关于国家联络点和国家主管当局的第 13 条第 1 款中，《名古屋议定书》要求“各缔约方应指定一个关于获取和惠益分享的国家联络点。国家联络点应提供以下信息：……(b) 对寻求获取与遗传资源相关的传统知识的申请人，可能的情况下提供关于获得事先知情同意或土著和地方社区酌情核准和参与以及制定共同商定的条件包括惠益分享的程序的信息；以及 (c) 国家主管当局、相关土著和地方社区以及相关利益攸关方的信息。”

24. 第 14 条第 3 款规定，关于土著和地方社区的相关主管当局的信息也可列入获取和惠益分享信息交换所。

25. 《名古屋议定书》关于全球多边惠益分享机制的第 10 条指出，“缔约方应考虑有必要制定一种全球性多边惠益分享机制并考虑这一机制的模式，以便解决公正和公平分享从跨界的情况下发生或无法准予或获得事先知情同意的利用遗传资源和与遗传资源相关的

传统知识中获得的惠益。遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者通过这一机制所分享的惠益，应该用于支持在全世界保护生物多样性和可持续地利用其组成部分。”此外，《名古屋议定书》第 11 条第 2 款规定，“在相同的与遗传资源相关的传统知识由几个缔约方的一个或一个以上土著和地方社区分享时，这些缔约方应酌情努力在有关土著和地方社区的参与下进行合作……”。

26. 其他相关条款包括第 16 条“遵守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管制要求”和第 18 条“遵守共同商定的条件”。此外，作为议定书缔约方会议的缔约方大会第一届会议通过的遵守程序和机制也载有相关内容。这些内容将在下文第三节进一步讨论。

#### 保护区工作方案

27. 保护区工作方案包括 16 个目标，这些目标分为 4 个方案组成部分，并于 2004 年经第 VII/28 号决定通过，在 2010 年通过增加组成部分而更新。该工作方案的组成部分 2 “管理、参与、公正和惠益分享”，包括目标 2.1 “促进公平和惠益分享”。此项目标下的具体目标是“……建立起机制，用以在保护区的建立和管理方面公平分担费用和分享惠益。”

28. 建议缔约方开展的若干活动有：

“2.1.1. 评估保护区的建立和维持所带来的经济和社会—文化代价、惠益和影响，特别是给土著社区和地方社区带来的这些代价、惠益和影响，并调整政策，以避免和减轻消极影响，应在适当情况下根据本国法律补偿付出的代价并公平分享惠益。”

“2.1.4. 在符合保护区管理目标的情况下利用保护区产生的社会和经济效益来减少贫穷。”

“2.1.5. 回顾生态系统方式的原则，使土著社区和地方社区以及利益攸关方参加参与性的规划和治理。”

29. 此外，在关于保护区的第 X/31 号决定第 30 (b) 段中，缔约方大会鼓励各缔约方“推动将涉及《公约》的第三项目标的获取和惠益分享规定纳入保护区的管理工作，并支持关于保护区对减贫和土著和地方社区生计方面的作用的倡议”。此外，在第 31 (a) 段中，缔约方大会邀请各缔约方“根据国家法律和适用国际义务，建立公平的费用分摊和惠益分享以及土著和地方社区充分切实参与的明确信息交换机制和程序”。

#### 二、有关国际进程中的相关工作概述

30. 事先知情同意或核准和参与及惠益分享概念在国际系统中并不新奇。近年来，许多国际机构、方案和开发银行致力于解决这些问题。许多联合国机构和方案通过的内部准则以实用方式适用，包括适用于与土著人民和地方社区的项目工作。这一领域的相关工作包括以下内容：

- (a) 联合国土著问题常设论坛；
- (b) 国际劳工组织和《第 169 号公约》（《独立国家土著和部落人民公约》）；

- (c) 减少因毁林和森林退化的排放方案（《联合国减排方案》）；
- (d) 欧洲复兴开发银行及其“土著人民指导说明”；
- (e) 联合国人权理事会；
- (f) 联合国粮食及农业组织及其“国家粮食安全范围内土地、渔业及森林权属负责任治理自愿准则”；
- (g) 联合国开发计划署及其关于“社会和环境标准”的指导；
- (h) 联合国环境规划署及其“支持土著人民和地方社区进行保护的工具包：建立土著人民和社区保护领土及区域的能力及分享这方面的知识”；
- (i) 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》；
- (j) 《联合国土著人民权利宣言》；
- (k) 世界知识产权组织的知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会（知识产权组织-政府间委员会）。

31. 有关这些文件中审议的不同办法的信息列入了下文第三节所述准则的可能组成部分的纲要中。

### 三、准则的可能组成部分

32. 在《生物多样性公约》方面开展的相关工作、收到的缔约方和各组织所提交材料以及其他国际进程和组织开展的相关工作，为事先知情同意或核准和参与、惠益分享的共同商定条件和非法盗用提出了一些共同组成部分。下文总结了这些组成部分的不同做法供工作组审议。它们也为拟定本文件附件所载准则草案提供了依据。

#### A. 总则

33. 正在根据第 8(j)条和相关条款工作方案拟定准则。工作组不妨考虑列入该工作方案的总则 5，作为该准则的一项总则：

第 V/16 号决定，附件， 实施《生物多样性公约》 第 8(j)条和相关条款的工作方案：	总则 5：“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。”
---	---

#### B. 对事先知情同意或核准和参与的理解

34. 工作组不妨考虑对事先知情同意或核准和参与的不同理解，并考虑针对《生物多样性公约》这些术语说明是否应列入准则。

35. 一些文件列入了解释事先知情同意的含义的说明，其中包括：

欧洲复兴开发银行《指导说明》	自由和事先知情同意是指一个过程，土著人民在此过程中及时了解开发活动情况并在行动开始之前有机会在不受任何形式操作或胁迫的情况下核准（或否决）某个项目；同意需要知情；即，同意是在拟议项目的相关信息完全披露的基础上，以土著社区能够理解和方便使用的某种形式和方式，通过有意义参与和磋商过程取得的。
《联合国土著人民权利宣言》  ( 联合国大会第 61/295 号决议，2007 年 9 月 13 日 )	第 19 条：各国在通过和实行可能影响到土著人民的立法或行政措施前，应本着诚意，通过土著人民自己的代表机构，与有关的土著人民协商和合作，事先征得他们的自由知情同意。
联合国人权理事会	<p>事先知情同意或核准和参与通常是指地方社区，尤其是土著人民参与可能直到影响到他们的问题决策的权利。<sup>13</sup></p> <p>土著人民人权和基本自由情况特别报告员詹姆斯·安纳亚在其 7 月 15 日（2009 年）A/HRC/12/34 号文件，其关于增进和保护所有人权、公民、政治、经济、社会和文化权利，包括发展权的报告中，在关于土著人民的事先知情权的评注中指出：磋商程序的性质及其目标还取决于有关土著人民的所涉权利或利益的性质以及这些拟议的措施产生的预期影响。[土著人民权利]《宣言》规定，总的来说，与土著人民的磋商应该“本着诚意……事先征得他们的自由、事先和知情同意”（第 19 条）。《宣言》这一条款<u>不应该视为赋予土著人民对可能影响到他们的决定的一般“否决权”，而是规定取得同意是与土著人民磋商的目标。</u></p>
<p>“关于土著人民及其参与决策权问题的最后研究报告”</p> <p>人权事务高级专员办事处 土著人民权利专家机制</p>	<p>“……自决权包含了自由、事先和知情同意权。这些程序规定同样分别要求开展磋商和自由、事先和知情的同意。然而，自由、事先和知情同意权必须从土著人权的自决权角度加以理解，因为这是自决权的一个组成部分内容。国家取得土著人民自由、事先和知情同意的义务使土著人民得以切实地确定影响到自身的决策进程之结果，而不仅仅只是涉及到这项程序的一种权利而已。同意是决策进程中通过真诚协商和参与过程中的有重要意义的因素。因此，取得土著人民自由、事先和知情同意的义务不仅仅是一个程序性的过程，而且还是一项实质性机制，以此可确保对土著人民权利的尊</p>

<sup>13</sup> 见：《联合国土著人民权利宣言》第 19 条和人权委员会，关于自由和事先知情同意概念的法律评注（E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1），2005 年 7 月 14 日，另见：[http://www.un.org/en/ga/president/68/pdf/wcip/IASG%20Thematic%20Paper\\_Participation%20-%20rev1.pdf](http://www.un.org/en/ga/president/68/pdf/wcip/IASG%20Thematic%20Paper_Participation%20-%20rev1.pdf)。

	重”（第20至第21段）。
粮农组织及《国家粮食安全范围内土地、渔业及森林权属负责任治理自愿准则》	<p>“各国及其他各方在启动任何可能会影响社区资源的项目或通过并实施会有同样影响的立法或行政措施之前，应首先和土著居民进行有诚意的磋商。和土著居民有效、有意义的磋商后，这些项目应以此为基础，依据《联合国土著人民权利宣言》，并酌情考虑各国的具体立场和理解，通过土著居民自身的代表性机构获取其自由、事先知情的同意。磋商和决策过程应该确保不带有恐吓威胁性质，应在相互信任的气氛中进行。</p> <p>《国家粮食安全范围内土地、渔业及森林权属负责任治理自愿准则》第 3B.6 段中列出的关于磋商和参与的原则应用于本节中所述其他社区的情况。</p>
《联合国减排方案》  《自由和事先知情同意准则》	<p>“事先”是指，在得到任何授权以尊重土著人民和地方社区的文化进程和时间要求的方式获取传统知识之前提前足够的时间寻求其同意，以便取得共识。</p> <p>“知情”是指，所提供的信息涵盖所有方面，包括获取的预定目的、其期限和范围；可能的经济、社会、文化和环境影响，包括潜在风险的初步评估；可能参与实施项目的人员；以及项目可能牵涉的程序。这个过程可能包括撤回同意的备选方案。磋商和有效参与是同意或核准过程的重要组成部分。</p> <p>“同意”或“核准”是指权利持有人根据事先翔实的客观信息自由给出的决定；有关人民或社区通过其指定代表并按照其传统、习俗和规范做出的决定。</p> <p>不同层次都可能要求“事先知情同意或核准和参与”，这取决于国情<sup>14</sup>和各个土著人民和地方社区的内部组织情况。<sup>15</sup> 应在没有胁迫、恐吓和操纵的情况下，本着诚意获得“同意”。</p>
开发计划署	项目一级的标准（第 36 页第 6 段）确保，可能影响到土著人民的开发计划署项目在设计时本着与土著人民合作的精神，并有土著人民充分而有效的参与，目标是在其权利、土地、资源、领土、传统生计可能受到影响时，保证他们自由和事先的知情同意。
环境规划署	事先知情同意是一个“持续的过程”，如果项目有任何变化，则需要重新商谈是否同意。

<sup>14</sup> 即，从联邦、省或部门一级政府，或从各机构和组织到此项权力的被委托人或分享该权力的人。

<sup>15</sup> 可能是传统的组织结构。

### C. 事先知情同意或核准和参与及惠益分享的结构和过程

36. 下文所列的许多文件都指出获得事先知情同意或核准和参与的过程。这包括国家联络点和国家主管当局可能发挥的作用、请求和考虑事先知情同意或核准和参与请求的过程以及社区规约和习惯法在此过程中的作用。

#### 1. 国家联络点和国家主管当局

《名古屋议定书》	<p>第 13 (1) 条：各缔约方应指定一个关于获取和惠益分享的国家联络点。国家联络点应提供以下信息：……</p> <p>(b) 对寻求获取与遗传资源相关的传统知识的申请人，可能的情况下提供关于获得事先知情同意或土著和地方社区酌情核准和参与以及制定共同商定的条件包括惠益分享的程序的信息；</p> <p>(c) 国家主管当局、相关土著和地方社区以及相关利益攸关方的信息。</p> <p>第 13 (2) 条：各缔约方应指定一个或一个以上关于获取和惠益分享的国家主管当局。国家主管当局应根据适用的国家立法、行政或政策措施，负责批准获取或酌情颁发获取规定已经符合的书面证明并负责就获得事先知情同意和达成共同商定的条件的适用程序和规定提出咨询意见。</p>
缔约方大会，第 X/40 B 号决定	第 7 段：缔约方大会邀请各缔约方考虑指定第 8(j)条和相关条款问题国家协调中心，以促进与土著和地方社区组织的交流，并促进有效地制定和执行第 8(j)条和相关条款问题工作方案。
获取和惠益分享国际制度方面的与遗传资源相关的传统知识问题法律和技术专家小组会议的报告	至少需要一个国家主管部门，以在寻求获取相关传统知识时，促进土著人民和地方社区事先知情同意的国内程序的确定性。在这方面，国家主管部门将受习惯法、社区程序或存在社区协定的情况下社区协定的指导。
秘鲁提交的文件	秘鲁制定了保护传统知识的制度和做法，这有助于改善传统知识获取和利用所产生惠益公平分享以及监测传统知识被盗用的谈判条件。国家保护竞争与知识产权局发明和新技术处是秘鲁的主管当局，用于保护与生物资源有关的集体知识。

37. 工作组不妨考虑在《名古屋议定书》下建立的获取和惠益分享方面的国家联络点和国家主管当局对与遗传资源无关但仍在《公约》范围内的传统知识能否负起责任。这些责任可以以《名古屋议定书》中阐述的现行责任为基础。或者，工作组不妨考虑第 X/40 B 号决定提出的第 8(j)条和相关条款的国家联络点能否承担准则下新增的任务。

## 2. 请求和考虑请求事先知情同意或核准和参与的过程

<p>获取和惠益分享国际制度方面的与遗传资源相关的传统知识问题法律和技术专家小组会议的报告</p>	<p>专家们详细阐述了与相关传统知识有关的事先知情同意的现有实例和最佳做法。专家们还查明了以下方面为相关传统知识持有人事先知情同意的可取部分：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 国家主管部门；</li> <li>(b) 拥有作为土著社区和地方社区主管部门法定授权/任务规定的土著和地方社区一级的主管部门。有专家指出，有必要在法律上认可土著社区和地方社区主管部门，并且认可习惯法。如果没有这样的认可，就存在着固有的风险，习惯法将被地方政府法规代替；</li> <li>(c) 程序内容应包括： <ul style="list-style-type: none"> <li>(一) 书面申请</li> <li>(二) 广为通告寻求的申请</li> <li>(三) 申请得到广泛传播</li> <li>(四) 合法程序</li> <li>(五) 充足的时间和期限</li> <li>(六) 拥有述及使用改变和向第三方转让条款的使用规范</li> </ul> </li> <li>(d) 根据相互商定条件给予的事先知情同意；</li> <li>(e) 与土著社区和地方社区的磋商程序；</li> <li>(f) 符合习惯做法的程序。</li> </ul> <p>专家们普遍同意，法律上的可靠性和协商机制都是可取的。但是，关于程序时机、最后期限以及保密问题可能会出现冲突。一方面，执行合法的事先知情同意程序必须有足够的空间，另一方面，潜在的使用者，例如科学家和商业界，需要快速的程序。此外，事先知情同意和相互商定条件下要求的信息需求可能与保密的必要性发生冲突。</p>
<p>联合国土著问题常设论坛</p>	<p>报告的某些主要结论包括，有关事先知情同意过程，磋商需要时间且需要在利益持有人之间进行沟通的有效制度，土著人民应该能够通过其自己自由推选的代表和传统或其他机构参与该过程。报告又得出结论，应在活动开始之前或获得授权之前提前足够的时间寻求自由和事先的知情同意，同时考虑到在项目评估、规划、实施、监测、评价和结束阶段土著人民自己的决策过程。土著人民应该指明哪些代表机构有权代表受影响人民或社会表示同意。</p>

挪威提交的文件	“2005 年 5 月 11 日国家当局与萨米议会之间的磋商程序”也载有关于磋商程序的一般规定。应本着诚意进行磋商，目的是对拟议措施取得一致意见。此外，国家当局应尽早通知萨米议会可能直接影响萨米人的相关事项将开始，并且确认可能受到影响的萨米人的利益和状况。在通知萨米议会相关事项之后，议会应尽快通知国家当局是否需要进一步磋商。萨米议会也可以独立确认它认为应进行磋商的事项。如果国家当局和萨米议会同意举行进一步磋商，他们应寻求商定一项举行此类磋商的计划。应分配充足的时间，使各方展开真正而有效的磋商，并对所有相关提案进行政治考虑。
“自然正义”组织所提交材料	“自然正义”组织强调，获得事先知情同意的过程应该确认并尊重土著人民和地方社区的适当代表和传统机构，并且应考虑到土著人民和地方社区自己的决策进程、习惯法和程序。

38. 工作组不妨考虑获得土著人民和地方社区对获取传统知识的事先知情同意或核准和参与的不同过程，并考虑如何将此反映在准则中。

### 3. 共同商定的条件和惠益分享

39. 工作组不妨考虑一些强调土著人民和地方社会分享惠益权利的来源：

《劳工组织第 169 号公约》	第 15 (1) 条：“对于有关民族对其土地的自然资源的权利应给予特殊保护。这些权利包括这些民族参与使用、管理和保护这些资源的权利。在国家保留矿藏资源或地下资源或附属于土地的其他资源的所有权时，政府应建立或保持程序，政府应经由这些程序在执行或允许执行任何勘探或开采此种附属于他们的土地的资源的计划之前，同这些民族进行磋商，以便确定他们的利益是否和在多大程度上受到了损害。凡可能时，有关民族应参与分享此类活动的收益，他们因此类活动而遭受的损失应获得公平的补偿。”
《粮食和农业植物遗传资源国际条约》	<p>序言：“还确认本《条约》中承认的保存、利用、交换及出售农场保存的种子和其他繁殖材料的权利和参与利用粮食和农业植物遗传资源的决策及参与公平合理分享这种利用所产生利益的权利，是实现农民权利的根本，也是在国家和国际一级促进农民权利的根本；……”</p> <p>第 9.2 条：“各缔约方同意落实与粮食和农业植物遗传资源有关的农民权利的责任在于各国政府。各缔约方应酌情根据其需要和重点，并依其国家法律，采取措施保护和加强农民</p>

	<p>的权利，其中包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) 保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识；</li> <li>b) 公平参与分享因利用粮食和农业植物遗传资源而产生的利益的权利；以及</li> <li>c) 参与在国家一级就粮食和农业植物遗传资源保存及可持续利用有关事项决策的权利。”</li> </ul>
--	--

#### 4. 共同商定的条件和惠益分享机制

40. 工作组不妨考虑各缔约方拟定的同土著人民和地方社区分享惠益的机制。

澳大利亚	<p>“……惠益分享协议必须规定合理的惠益分享安排，包括保护对即将利用的任何土著人民的知识的认可和价值，”除其他外，“必须包括……(i) 关于将要提供的惠益的声明或为换取对土著人民知识的利用而给出的任何商定承诺；(j)如果要利用获取提供方或其他土著人团体的任何土著人民知识，一份关于利用知识的协议（如有书面文件），或者关于利用该知识的任何口头协议的条款……”<sup>16</sup></p>
秘鲁	<p>秘鲁依据第 27.811 号法律设立了土著人民权利基金，此项法律规定，当与许多社区分享传统知识时，允许土著人民获取利用其知识所产生的惠益。<sup>17</sup> 土著人民可通过其代表组织获取纳入某个项目中的资源。<sup>18</sup></p> <p>该基金的资金来源于公共预算、国际技术合作、赠款和用集体知识开发出来的产品销售价值的百分比。然而，如果产品源于某个公共领域的集体知识，而法律又没有规定多少金额计入该基金，由保密知识开发出来的产品的销售价值计入该基金的百分比不得低于 10%。<sup>19</sup> 该基金的行政工作由七人组成的委员会负责，其中两人代表安第斯人、亚马逊人和非裔人国家研究所。<sup>20</sup> 土著组织提出的项目由该委员会负责评价</p>

<sup>16</sup> 商 2005 年环境保护和生物多样性保护修正条例（第 2 号），第 8A2 条，获取生物资源，用于商业用途或潜在的商业用途，第 8A.08 条，惠益分享协定。.

<sup>17</sup> 见 <http://servicios.indecopi.gob.pe/portalctpi/DetPreguntasFrecuentes.jsp?pId=143&pIdCat=24&pIdTc=4&pAnio=2005&lng=1>。

<sup>18</sup> <http://servicios.indecopi.gob.pe/portalctpi/DetPreguntasFrecuentes.jsp?pId=144&pIdCat=24&pIdTc=4&pAnio=2005&lng=1>。

<sup>19</sup> <http://servicios.indecopi.gob.pe/portalctpi/DetPreguntasFrecuentes.jsp?pId=145&pIdCat=24&pIdTc=4&pAnio=2005&lng=1>。

<sup>20</sup> <http://servicios.indecopi.gob.pe/portalctpi/DetPreguntasFrecuentes.jsp?pId=147&pIdCat=24&pIdTc=4&pAnio=2005&lng=1>。

	和核准。 <sup>21</sup> 该机制的优势在于，避免了向社区直接支付现金的相关问题。上述两个系统更多地用于分享货币惠益。
--	--

## 5. 社区规约和习惯法

41. 确定获得事先知情同意或核准和参与过程的另一种办法可能是，拟定社区规约，各社区自身可通过这些议定书确认必要的步骤。

42. 在社区规约概念通过《名古屋议定书》普及之前，许多土著人民和地方社区根据其习惯法和程序，确认了对各种活动，包括获取其传统知识获得事先知情同意的社区程序。

43. 如下文所述，一些文件考虑了社区规约在获取传统知识中的作用。

《名古屋议定书》	<p>第 12 条：“1. 在履行本议定书义务时，缔约方应根据国内法考虑到土著和地方社区在与遗传资源相关传统知识方面适用的习惯法、社区规约和程序。”</p> <p>.....</p> <p>3. 缔约方应酌情努力支持土著和地方社区，包括这些社区内的妇女制定：</p> <p>(a) 有关获取与遗传资源相关的传统知识以及公正和平等地分享利用此种知识所产生的惠益的社区规约；</p> <p>.....”</p>
环境规划署	联合国环境规划署将社区规约 <sup>22</sup> 描述为一个涵盖各社区所编制的范围广泛的文件的术语，旨在说明它们期望其他利益攸关方如何与它们接触。它们可能引用习惯法以及国家或国际法来申明其按照某套标准来接近的权利。阐明信息、相关因素和习惯法及传统权力机构的细节，有助于其他利益攸关方 <sup>23</sup> 更好地了解社区的价值观和习惯法。社区规约为社区提供了机会，以专注于其发展抱负与其权利以及向其自身和使用者阐明他们对其生物文化遗产的理解并进而阐明他们与各种利益攸关方进行接触所依据的基础。通过审议其土地权、社会经济现状、环境问题、习惯法和传统知识之间的相互联系，各社区能够更好地确定其自身如何与不同行为体谈判。
获取和惠益分享国际制度方面的与遗传资源相关的传统知识问题法律和技术	专家们认识到，社区程序处于不断变化之中，非社区成员可能不了解这些程序。因此，尽管习惯法和做法在这个时候不

<sup>21</sup> <http://servicios.indecopi.gob.pe/portalctpi/DetPreguntasFrecuentes.jsp?pId=148&pIdCat=24&pIdTc=4&pAnio=2005&lng=1>。

<sup>22</sup> 参考 <http://www.unep.org/communityprotocols/protocol.asp> 和 [http://www.unep.org/delc/Portals/119/publications/Community\\_Protocols\\_Guide\\_Policymakers.pdf](http://www.unep.org/delc/Portals/119/publications/Community_Protocols_Guide_Policymakers.pdf)。

<sup>23</sup> 如潜在的传统知识使用者。

专家小组会议的报告	能提供获取遗传资源的具体程序，但这会随着国际制度和国家法规的发展而发生变化。专家们还强调，因社区程序的多样性，在社区一级没有处理获取遗传资源和相关传统知识的通用办法。  国家法律不应任意规定获得事先知情同意的程序。这个程序应具有灵活性，承认不同群体和不同地点之间的习惯法和当地做法会存在不同。不存在通用办法。
“自然正义”组织所提交材料	因此，确定如何正确获得具体的土著人民和地方社区的事先知情同意以及如何就惠益进行谈判，将取决于每个特定社区的习惯性做法。尤其是在传统知识的情况下，如何保存这种知识、可以将这种知识转让给谁以及转让条件是什么，可能有习惯性规范。某些形式的传统知识具有精神意义，甚至可能被视为秘密，在这种情况下，适当的传统权力机构应该能够制止同意获取这种知识。与此同时，最好是让社区内多个部门都参与事先知情同意过程和惠益分享，其中包括妇女、青年和边缘化群体。

44. 在此信息的基础上，工作组不妨在拟定准则时考虑到社区规约对于各国政府、传统知识的潜在使用者和提供社区的益处，将此作为确保获得土著人民和地方社区对获取其传统知识的事先知情同意或核准和参与过程的法律确定性、透明度及可预测性的一种手段。

#### D. 遵守和非法盗用或未经授权获取

45. 一些文件分析了支持遵守要求以在获取传统知识时获得事先知情同意或核准和参与的措施：

《名古屋议定书》	<p><b>第 16 条：</b></p> <p>“1. 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，以便规定，其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识，须遵照土著和地方社区的事先知情同意或批准和在其参与下予以获取，同时规定，须依照此种土著和地方社区所在其他缔约方的国内获取和惠益分享立法或管制要求，订立共同商定的条件。</p> <p>2. 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。</p> <p>3. 缔约方应尽可能并酌情就指控违反本条第 1 款所指国内获取和惠益分享的立法规定或管制要求的情事给予合作。”</p> <p><b>第 18 条：</b></p> <p>“1. 在执行第 6 条第 3 款第 (g) (一) 项和第 7 条 [获取与遗传资源相关的传统知识]时，缔约方应鼓励遗传资源和/或</p>
----------	---

	<p>与遗传资源相关的传统知识的提供者和使用者在共同商定的条件中酌情写入涵盖解决争议的规定，包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 提供者和使用者将争议解决程序提交的司法管辖权；</li> <li>(b) 适用的法律；以及/或</li> <li>(c) 变通性解决争议的选择办法，例如调解或仲裁。</li> </ul> <p>2. 缔约方应确保在共同商定的条件引起争议时，能够根据适用的管辖权规定，拥有根据其法律制度进行追索的机会。</p> <p>3. 缔约方应酌情就以下情况采取有效措施：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 诉诸司法；以及</li> <li>(b) 促进利用相互承认和执行外国的判决和仲裁裁决提供便利的机制。”</li> </ul>
<p>作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会，NP-1/4号决定</p> <p>“促进遵守《名古屋议定书》和解决不遵守情事的合作程序和体制机制”</p>	<p>附件，D节，第9段：</p> <p>“履约委员会可以审查缔约方未能按照第29条提出其国家报告的情事，或有信息显示该相关缔约方面临其国根据《议定书》履行义务的困难。这类信息可以经由下列收到：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 通过国家报告或来自获取和惠益分享信息交换所；</li> <li>(b) 来自秘书处，根据： <ul style="list-style-type: none"> <li>(一) 缔约方国家报告中关于完整性或准确性的信息；</li> <li>(二) 某缔约方提交获取和惠益分享信息交换所的信息中关于完整性或准确性的信息；或</li> <li>(三) 与遵守《议定书》第12条第1款相关的其他信息；</li> </ul> </li> </ul> <p>上述信息由受直接影响的土著或地方社区提供，且与《议定书》的规定有关。</p> <p>秘书处应参照从相关缔约方收到的信息审查自土著和地方社区收到的信息，秘书处只将没有解决的事项转交给委员会。委员会应按照上文第4至7段进行审议。”</p>
<p>获取和惠益分享国际制度方面的与遗传资源相关的传统知识问题法律和技术专家小组会议的报告</p>	<p>60. 国家法律应规定尊重习惯法和社区协定——不管是否成文——以管理获得事先知情同意的程序，并且规定申请获取的人应遵守行为守则最佳做法。协定和行为守则应充分反映相关土著人民和地方社区的权利/决定。</p> <p>61. 国家主管部门将极大地有助于促进履约和确保土著人民和地方社区自由、适当地给予事先知情同意。</p> <p>62. 同时支持土著人民和地方社区对使用他们的相关传统知识给予事先知情同意的履约措施包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 在土著社区和地方社区开展能力建设，提高意识和信息共享；</li> <li>(b) 使用者行为准则和最佳做法准则；</li> <li>(c) 材料转让协定的部门模式条款，以促进缔约方谈判地</li> </ul>

	<p>位上的平等；</p> <p>(d) 获取和惠益分享协定的最低标准；<sup>24</sup>以及</p> <p>(e) 有关准予获取的遗传资源和相关传统知识的原产地或来源方面的披露要求。</p>
《联合国土著人民权利宣言》	<p>第 11 条第 2 款。各国应通过与土著人民共同制定的有效机制，对未事先获得他们自由知情同意，或在违反其法律、传统和习俗的情况下拿走的土著文化、知识、宗教和精神财产，予以补偿，包括归还原物。</p> <p>第 31 条。土著人民有权保持、掌管、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化体现方式，以及其科学、技术和文化表现形式，包括人类和遗传资源、种子、医药、关于动植物群特性的知识、口述传统、文学作品、设计、体育和传统游戏、视觉和表演艺术。他们还有权保持、掌管、保护和发展自己对这些文化遗产、传统知识和传统文化体现方式的知识产权。</p>
知识产权组织-政府间委员会	<p>〔<b>盗用</b>是指 备选方案 1 在未经事先知情同意或批准和参与，并根据适用情况，在没有共同商定的条件下，不管出于何种目的（商业、研究、学术和技术转让）的任何获取或使用〔客体〕 / [传统知识]。〕</p> <p>备选方案 2 是指使用他人的受保护的传统知识，而〔客体〕 / [传统知识] 是用户通过不正当手段或破坏信任、违反提供国国内法从持有人处取得的，但承认因持有人未采取合理保护措施而通过独立发现或创造、阅读书籍、从未受损害的传统社区之外的来源处取得、反向工程和无意披露等合法手段获得传统知识不属于〔盗用/滥用/未经授权使用/不正当和不公平的使用。〕</p> <p>〔<b>未经授权使用</b>是指在未经权利持有人许可的情况下使用受保护的传统知识。〕</p>
加拿大所提交材料	加拿大很重视共同管理委员会， <sup>25</sup> 这些委员会确保了传统知识得到尊重、珍惜和正确应用。
秘鲁所提交材料	秘鲁拥有特殊立法，除其他目标外，解决传统知识被盗用问题。

<sup>24</sup> 按照遵守土著和地方社区习惯法情况研究报告（UNEP/CBD/ABS/GTLE/3/INF/1）第 69 (a)-(h)段中的建议。

<sup>25</sup> 地区共同管理委员会由六名成员组成，其中三名由相关的区域因纽特人协会任命，另外三名由加拿大环境组织任命。

印度和马来西亚所提交材料	这两个缔约方所提交材料提到，它们拥有先进的传统知识登记制度（传统知识数字数据库和各民族生物多样性登记册），并且向专利局提供了安全数据库，以便制止传统知识被盗用。
玻利维亚和厄瓜多尔所提交材料	这两个缔约方所提交材料提到，它们正在探索传统知识登记制度，作为制止传统知识被盗用的努力的组成部分。
巴西和洪都拉斯所提交材料	这两个缔约方所提交材料指出，它们正在认可和促进拟定生物文化社区规约，作为当地的特殊制度，除其他目标外，这种制度能够帮助制止传统知识被盗用。
挪威所提交材料	挪威提到，由土著决策者本身决定在何种程度上公布传统知识以及如何使用传统知识很重要。  依据第 61 a 号《挪威自然多样性法》，国王可颁布一项条例，规定，获取和利用与遗传资源相关的传统知识要求得到土著人民和地方社区的事先知情同意，包括关于防止盗用与遗传资源相关的此类传统知识的制裁和补救规则。这也适用于与另一个国家的土著人民和地方社区开发、转让和保存的与遗传资源相关的传统知识，条件是，该国的国内立法要求在获取或利用与遗传资源相关的传统知识时获得事先知情同意。
萨米议会所提交材料	所提交材料强调，保障获取和利用其知识所需的事先知情同意是防止被盗用的最重要工具。

46. 工作组不妨考虑该准则如何解决遵守获得土著人民和地方社区对获取传统知识的事先知情同意或核准和参与的要求问题，并且确定分享利用此类知识所产生惠益的共同商定条件。

#### E. 其他因素

47. 工作组还不妨考虑有些内容是否不属于上文确认应列入准则中的组成部分。

#### 四、建议草案的组成部分

在前几节所提供的信息的基础上，工作组不妨建议缔约方大会第十三届会议通过一项措词大致如下的决定：

缔约方大会，

回顾第 V/16 号决定批准的实施第 8(j)条和相关条款的工作方案以及随后的相关决定，包括第 XII/12 D 号决定，

注意到《特加里瓦伊埃里道德行为守则》和《阿格维古准则》的相关性，

回顾爱知指标 18，要求到 2020 年，传统知识得到所有相关层面的尊重，

确认指导意见可为《名古屋议定书》的实施作出贡献，

1. 通过本决定附件中所载的《准则》；
2. 敦促缔约方并请其他政府使用该准则拟定各种机制、立法和其他适当倡议，以确保对利用传统知识、创新和做法感兴趣的私营和公共机构获得持有此类知识、创新和做法的土著人民和地方社区的事先知情同意或核准和参与；确保利用和运用此类知识、创新和做法所产生惠益的公平和公正分享；以及报告和防止未经授权获取这种知识；
3. 邀请各缔约方、其他政府和相关的国际组织通过适当的教育和提高意识活动宣传该准则；
4. 又邀请各缔约方、其他政府、相关组织及土著人民和地方社区组织酌情通过获取和惠益分享信息交换所、良好做法和与利用传统知识所产生获取和惠益分享相关的社区规约榜样宣传该准则；
5. 还邀请各缔约方根据国情酌情考虑能够协助监测传统知识获取和利用的机制以及可能的遵守机制或未经授权获取劝阻措施，并且通过国家报告和为第 8(j)条和相关条款进度报告提交的文件报告这种安排；供执行情况附属机构审议；
6. 邀请各缔约方、其他政府、相关组织及土著人民和地方社区组织分享措施（如果存在），并提出它们对公开提供的传统知识的处理措施以及跨界分享的传统知识的跨界措施的看法，还请执行秘书汇编和分析收到的措施和看法，并且在第 8(j) 条和相关条款工作组第十次会议上提交结果，供工作组审议，以便为关于实施第 8(j) 条和相关条款的多年期工作方案修订版任务 7 和 12 的进一步拟定和定稿酌情提供投入和依据；
7. 邀请各相关国际协定和安排、机构和组织的理事机构在开展其工作时考虑到本决定附件中所载的准则；
8. 邀请全球环境基金、国际供资机构和发展机构及相关的非政府组织按照其任务规定，考虑向土著人民和地方社区，尤其是这些社区的妇女提供财政和技术援助，以提高他们的意识，并酌情拟定事先知情同意及公正和公平分享惠益的社区规约或过程。

## 附件

**制订确保土著人民和地方社区对于获取其知识、创新和做法的事先知情同意或批准和参与的机制、法律和其他适当倡议，公正和公平地分享利用其知识、创新和做法所产生惠益，以及报告和防止未经授权获取此种知识的准则草案**

### **一. 目标**

1. 为了指导拟定各种机制、立法或其他适当的倡议，以确保土著知识的潜在使用者获得相关土著人民和地方社区的事先知情同意或核准和参与，确保土著人民和地方社区获得利用和运用其知识、创新和做法所产生惠益的公平和公正分享，以及报告和预防未经授权获取传统知识。

### **二. 总则**

#### **A. 事先知情同意和核准和参与**

2. 获取土著人民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。<sup>26</sup>

3. 应将事先知情同意和核准和参与理解为一个持续的过程，在传统知识使用者与土著人民和地方社区之间建立互惠互利的持久安排，以便建立信任、良好关系、相互理解、文化间空间、知识交流，以及创造新知识和和解。

4. 建议对土著人民和地方社区事先知情同意或核准和参与获取其知识、创新和做法采取通用办法并不实际；因此，在打算运用这些准则时要考虑到国家和地方情况。

#### **B. 惠益的公平和公正分享**

5. 土著人民和地方社区应获得利用其传统知识所产生惠益的公平和公正分享。

6. 应将惠益分享视为认可和加强土著人民和地方社区为保护和可持续利用生物多样性所做贡献的一种方式，包括通过支持代际间传递传统知识。

7. 应在相关团体内部和之间公正分享惠益，同时考虑到社区一级的相关程序，以及性别和年龄/代际间因素。

#### **C. 遵守和未经授权的获取**

8. 执行事先知情同意或核准和参与获取传统知识以及利用这种知识所产生惠益分享的共同商定条件的措施，是防止未经授权获取的最重要工具。

### **三. 对事先知情同意或核准和参与的理解**

9. “事先”是指，在得到任何授权以尊重土著人民和地方社区的文化进程和时间要求的方式获得传统知识之前提前足够的时间寻求同意。

---

<sup>26</sup> 第8(j)条和相关条款工作方案总则5。

10. “知情”是指，所提供的信息涉及所有方面，包括获取的预定目的、其期限和范围；可能的经济、社会、文化和环境影响，包括潜在风险的初步评估；可能参与实施项目的人员；以及项目可能牵涉的程序。这个过程可能包括撤回同意的备选方案。磋商和有效参与是同意或核准过程的重要组成部分。

11. “同意”或“核准”是指知识持有人同意向潜在的使用者提供获取有关传统知识的渠道。应在没有胁迫、恐吓和操纵的情况下，本着诚意，获得“同意”或“核准”。

12. “参与”是指土著人民和地方社区作为知识持有人或提供者有效参加决策进程，以便准予核准，最好是也参加拟定传统知识提供或持有人与使用者之间持久的互惠互利安排。

13. 不同阶段都可能要求“事先知情同意或核准和参与”，这取决于国情<sup>27</sup> 和各个土著人民和地方社区的内部组织情况。<sup>28</sup>

#### 四. 事先知情同意或核准和参与的程序性考虑因素，以及惠益分享的共同商定条件

##### A. 相关主管当局

14. 同意或核准过程和确定共同商定条件的理想组成部分可能包括：

(a) 土著人民和地方社区一级得到相关政府正式承认的一个主管当局，作为土著和地方社区的主管当局；

(b) 同意或核准过程的组成部分包括：

- (一) 以传统知识持有人能理解的方式和语言提出的书面申请；
- (二) 合法和文化上适宜的程序及决定，包括可能的社会、文化和经济影响；
- (三) 充足的信息、时间和最后期限；
- (四) 拥有述及使用改变和向第三方转让条款的使用规范；
- (五) 执行和监测；

(c) 考虑到传统知识潜在使用者要求的可能行动的申请者模板；

(d) 根据确保惠益公平分享的共同商定条件准予/确定的事先知情同意或核准和参与；

(e) 与土著和地方社区的磋商过程；

(f) 与习惯性做法相一致的程序。

15. 这些要素应补充《名古屋议定书》中的要求，尤其是第 12 条和第 13 条中的要求。

---

<sup>27</sup> 即，从联邦、省或部门一级政府，或从各机构和组织到此项权力的被委托人或分享该权力的人员。

<sup>28</sup> 可能是传统的组织机构。

## B. 请求和审议事先知情同意或核准和参与请求的过程，以及确定惠益分享的共同商定条件

### 社区规约和习惯法

16. 按照《名古屋议定书》第 12 条，社区规约和习惯法可在传统知识获取过程和利用此类所产生惠益的公平和公正分享过程中发挥作用。它们能够促进获得土著人民和地方社区事先知情同意或核准和参与和拟定惠益分享的共同商定条件过程的法律确定性、透明度和可预测性。

17. 社区规约是一个涵盖各社区所编制的范围广泛的文件的术语，旨在说明它们期望其他利益攸关方如何与它们接触。它们可能引用习惯法以及国家或国际法来申明其按照某套标准来接近的权利。阐明信息、相关因素和习惯法及传统权力机构的细节，有助于其他利益攸关方更好地了解社区的价值观和习惯法。社区规约为社区提供了机会，以专注于其发展抱负与其权利以及向其自身和使用者阐明他们对其生物文化遗产的理解并进而阐明他们与各种利益攸关方进行接触所依据的基础。通过审议其土地权、社会经济现状、环境问题、习惯法和传统知识之间的相互联系，各社区能够更好地确定其自身如何与不同行为体谈判。<sup>29</sup>

18. 社区规约可以多种格式包括以文件或影像等其他媒体形式编制，可能载有但不仅限于以下方面的信息：

- (a) 社区身份；
- (b) 社区历史；
- (c) 社区领土性质；
- (d) 使用的资源（主要是生物资源，还可能包括季节性和管理做法）；
- (e) 有关其传统知识的信息（但并非传统知识本身）；
- (f) 社会组织和决策进程（通常是社区一级的集体决策程序）；
- (g) 同与协定有关的其他机构的关系。

19. 社区规约可涉及一些社区问题。除监管研究人员的行动外，这些议定书也可以阐述一些社区认为重要的与生物多样性相关的问题，如它们打算如何：

- (a) 保护生物多样性；
- (b) 可持续利用植物和遗传资源；
- (c) 管理和获益于地方生物多样性；
- (d) 利用、保护和获益于传统知识；

<sup>29</sup> 参考：<http://www.unep.org/communityprotocols/protocol.aspx> 和 <http://www.unep.org/delc/Portals/119/publications/Community%20Protocols%20Guide%20Policymakers.pdf>。

(e) 为包括商业和非商业研究及媒体利用在内的任何原因提供获取土地、自然资源或传统知识的事先知情同意或核准和参与；

(f) 确保按照习惯法执行环境和其他法律；

(g) 反对其土地上的不可持续发展；以及

(h) 寻求政府或其他支助。

20. 土著人民和地方社区不妨在其社区规约或其他程序中列入特别措施，以鼓励为了保护和可持续利用生物多样性进行非商业研究、参与性研究和联合研究。

## 五. 公平分享惠益

21. 为了实现惠益的公平分享，缔约方和传统知识使用者应考虑：

(a) 伙伴关系和合作应指导共同商定条件方面的过程，以确保与相关社区或传统知识持有人/提供者和在它们之间公平分享利用传统知识、创新和做法所产生的惠益；

(b) 社区规约，从社区的惠益公平分享视角提供指导；

(c) 从利用传统知识、创新和做法中获得的惠益，包括研究成果，应以易懂和文化上适宜的格式与土著人民和地方社区分享，以期建立永久关系、促进文化间交流、知识和技术转让、协同增效作用以及互补性和尊重；

(d) 在拟定共同商定的条件时，各缔约方、其他国家政府和寻求获取传统知识的申请人应努力确保土著人民和地方社区能在公正和平等基础上谈判，并且完全了解包括潜在机会和挑战在内的任何建议，以便做出知情决定。

### A. 惠益分享的可能机制

22. 惠益分享机制可能因惠益的类型、各国的具体条件以及所涉利益攸关方而有不同。惠益分享机制应是灵活的，应由参与惠益分享的合作伙伴来决定，并因每一具体情况而异。<sup>30</sup>

23. 将要分享的惠益可能受包括传统知识在何种程度上用于最终产品开发在内的许多因素的影响。

24. 谨建议各缔约方、其他政府和相关区域组织在顾及区域安排和示范法律的情况下，考虑为跨界持有的传统知识和几个国家共同持有的传统知识，或者在传统知识没有归属<sup>31</sup>或公开提供的前提下，酌情设立区域信托基金或其他形式跨界合作。

### B. 惠益的类型

25. 惠益可能包括货币和非货币性惠益，包括但不仅限于《名古屋议定书》所列惠益。

---

<sup>30</sup> 节选自《波恩准则》第 49 条。

<sup>31</sup> 知识持有人不再是可辨认的。

## 六. 遵守和未经授权获取

26. 这些准则是自愿性的；然而，谨建议各缔约方和其他希望利用拟定各种机制、立法或其他适当倡议以确保对利用传统知识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并制定惠益分享共同协定条件的准则的其他政府，考虑制定鼓励措施或遵守机制。这些机制应补充《名古屋议定书》中，尤其是第 16 条和第 18 条中的要求，以及作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会第一届大会通过的促进遵守《名古屋议定书》和解决不遵守情事的合作程序和体制机制（NP-1/4 号决定）。

27. 同样支持土著人民和地方社区事先知情同意或核准和参与获取其传统知识和与土著人民和地方社区分享利用其传统知识所产生惠益的遵守措施可能包括：

- (a) 在土著社区和地方社区内开展能力建设，提高意识和信息共享；
- (b) 使用者行为准则和最佳做法准则；
- (c) 共同商定条件的部门模式条款，以促进缔约方谈判地位上的平等；
- (d) 获取和惠益分享协定的最低标准；
- (e) 有关准予获取的传统知识的原产地或来源方面的披露要求。

28. 各缔约方和其他各国政府不妨考虑：

- (a) 传统知识和习惯法传统中的证据问题的复杂性意味着常规的国家法律制度可能不适合解决传统知识引起的争议；
  - (b) 国家主管当局应及早让传统知识使用者和提供者参与获取进程，如果受影响社区投诉，可能需要重新审查其申请批准；
  - (c) 如果传统知识所有权方面发生争议，应鼓励土著人民和地方社区按照习惯法或争议实体商定的备用争议解决程序从内部解决分歧。随后，习惯性或备用争议解决的结果可最终由主管当局批准。此外，主管当局可以在替代争议解决中发挥促进作用。
-