

# 遗传资源获取与惠益分享的 《名古屋议定书》诠释

[德国] Thomas Greiber

[哥伦比亚] Sonia Peña Moreno 等著

[瑞典] Mattias Åhrén

薛达元 林燕梅 校译

中国环境出版社·北京

著作权合同登记：图字 01-2013-6829 号

图书在版编目（CIP）数据

遗传资源获取与惠益分享的《名古屋议定书》诠释 /  
（德）格赖伯等著；薛达元，林燕梅校译. —北京：中  
国环境出版社，2013.9

ISBN 978-7-5111-1556-0

I. ①遗… II. ①格…②薛…③林… III. ①生物多  
样性—生物资源保护—国际公约—研究 IV. ①Q16②X176  
③D996.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2013）第 208003 号

An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing

Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, Maria Julia Oliva and Frederic Perron-Welch in cooperation with Natasha Ali and China Williams

Copyright: ©2012 International Union for Conservation of Nature and Natural Resources

*Translated by Xue Dayuan and Lin Yanmei. IUCN claims no responsibility for errors or omissions that may occur in this translation or deviations from the original language version of the publication. In the case of discrepancies, please refer to the original edition.*

出版人 王新程  
责任编辑 张维平 宋慧敏  
封面设计 宋 瑞

---

出版发行 中国环境出版社  
（100062 北京市东城区广渠门内大街 16 号）  
网 址：<http://www.cesp.com.cn>  
电子邮箱：[bjgl@cesp.com.cn](mailto:bjgl@cesp.com.cn)  
联系电话：010-67112765（编辑管理部）  
010-67112738（管理图书出版中心）  
发行热线：010-67125803，010-67113405（传真）

印 刷  
经 销 各地新华书店  
版 次 2013 年 10 月第 1 版  
印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷  
开 本 787×1092 1/16  
印 张 14  
字 数 324 千字  
定 价 55.00 元

---

【版权所有。未经许可，请勿翻印、转载，违者必究。】

如有缺页、破损、倒装等印装质量问题，请寄回本社更换

## 译者的话

1992年在巴西里约热内卢召开的联合国环境与发展大会的重要成果之一是通过并签署了《生物多样性公约》(以下称《公约》),由此揭开全球生物多样性保护的序幕。《公约》提出三大目标,即:(1)保护生物多样性;(2)可持续地利用生物多样性组成部分;(3)公平公正地分享因利用遗传资源而产生的惠益。其中第三项目标为发展中国家特别关注,并主要体现在《公约》第15条,即:遗传资源具有国家主权,能否获取取决于资源提供国政府和法律;获取遗传资源须征得资源提供国的“事先知情同意”,并在“共同商定条件”下,确定惠益共享方案。此外,第8条(j)也提出尊重和维持土著与地方社区拥有的、能够体现生物多样性保护和可持续利用的传统知识、创新和实践,并促进其利用与惠益分享。

将“公平惠益分享”作为《公约》的目标之一,是发展中国家的普遍要求。他们认为,发达国家的生物技术公司,常常以非正当方式从发展中国家获得遗传资源及相关传统知识,并利用其生物技术优势,将其开发成专利产品,再到提供遗传资源及相关传统知识的国家牟取暴利。《公约》在1993年生效后,虽然在实现第一目标方面已迈出坚实的步伐,在实现第二目标方面也有所进展,但在实现第三目标方面进展缓慢。由于生物多样性丰富的国家多为发展中国家,发达国家在保护生物多样性方面提出苛刻要求,而对履行惠益分享义务非常消极,这引起发展中国家的强烈不满。为切实履行《公约》第15条和第8条(j),发展中国家强烈要求就建立一项有关遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享的国际制度而开展谈判。

获取与惠益分享的谈判工作始于1998年,当年召开的《公约》第4次缔约方大会决定,成立获取与惠益分享问题的特设工作组(ABS工作组),就获取与惠益分享议题开展谈判。在ABS工作组的努力下,2002年召开的《公约》第6次缔约方大会通过了有关获取与惠益分享的《波恩准则》。然而,《波恩准则》只是一个自愿性文件,没有法律约束力,远远不能满足发展中国家的要求。在发展中国家的推动下,2002年9月在南非约翰内斯堡召开的联合国全球可持续发展高峰会议讨论了生物多样性议题,并在其“约翰内斯堡执行计划”中,要求各国在《生物多样性公约》的框架下,建立一项旨在加强遗传资源公平惠益分享的国际制度。2002年12月召开的第57届联大重申了这一要求。联合国会议的决议有力推动了“获取与惠益分享国际制度”的政府间谈判。

获取与惠益分享(Access and benefit-sharing,以下简称ABS)国际制度谈判的实质性进展始于2004年2月在马来西亚召开的《公约》第7次缔约方大会。此次会议通过了ABS能力建设行动计划,并以VII/19D号决定,授权ABS工作组着手谈判ABS国际制度。2006年3月在巴西召开的《公约》第8次缔约方大会责成ABS工作组于2010年《公约》第10次缔约方大会召开之前尽早地完成关于ABS国际制度的谈判。继而,2008年5月在德国

召开的《公约》第9次缔约方大会通过了ABS国际制度谈判的路线图，指示ABS工作组召开三次会议以最终完成谈判，将达成的ABS国际制度文本提交《公约》第10次缔约方大会审议通过。

然而，尽管ASB工作组夜以继日地工作，并在两年内召开六次谈判会议（最后一次工作组会议后又续会三次）和若干技术专家研讨会，然而，由于发展中国家和发达国家在关键问题上分歧太大，直到2010年10月《公约》第10次缔约方大会在日本名古屋召开时还没有结束谈判，而继续谈判也成为第10次缔约方大会最为核心的内容。谈判异常激烈，几乎破裂，直到最后一天，经日本政府的协调和谈判各方的妥协，终于在会议的最后一刻通过了具有历史意义的《〈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》（以下称《名古屋议定书》）。

《名古屋议定书》是《生物多样性公约》下的法律文书，具有较强的专业性，为了加强对《议定书》的正确理解，由国际保护同盟(IUCN)环境法中心(ELC)的Thomas Greiber博士牵头，组织一批国际专家，对《议定书》文本进行了深入研究和解读，并于2012年10月出版了《遗传资源获取与惠益分享的〈名古屋议定书〉诠释》（下称《诠释》）。《诠释》的作者基本上都是全程见证《名古屋议定书》谈判的资深专家，他们以亲身的参会体验和严谨的法律用语对《议定书》文本作出了精辟的解释，这对于将来《名古屋议定书》的后续谈判和履行具有十分重要的价值。本人作为全程参与《名古屋议定书》起草和谈判的中国代表，深知《诠释》对于中国今后继续参与本领域国际谈判和国内履约的重要意义，从而决心将此《诠释》译为中文，以帮助中国相关决策者、后续谈判人员、研究人员和公众更好地理解 and 履行《议定书》。

在翻译过程中，林燕梅博士以其国际环境法的专业背景和高超的英文水平对翻译《诠释》作出了巨大的贡献。参与相关工作的还有环境保护部南京环境科学研究所的武建勇博士和赵富伟博士，中央民族大学生命与环境学院的成功博士、郭沛教授和戴蓉、王艳杰、杨京彪、尹仑、王程、杜玉欢、张渊媛、才吉卓玛、高路等博士研究生，中国环境科学研究院生态所徐靖博士等。环境保护部生物多样性保护办公室的柏成寿、蔡蕾、张文国、魏彦昌及履约办朱留财、王爱华等领导对《诠释》的翻译工作也给予了高度重视。此外，环境保护部“生物多样性保护专项”和中央民族大学“985工程”及“111计划”对本书的翻译和出版给予了经费支持。在此，译者对所有参与工作和给予支持的单位和个人致以衷心的感谢。

本书可供从事生物多样性和遗传资源及相关传统知识领域的管理人员、研究人员、教学人员、高等院校学生以及广大公众阅读和参考。由于水平所限，书中翻译难免有不妥之处，敬请读者批评和指正。

薛达元

2013年中秋节于北京

# 目 录

一	前言	1
二	鸣谢	2
三	缩写列表	4
四	结构与目的	9
五	导言	11
	A. 概述	11
	B. 实施获取与惠益分享的挑战	17
	C. 通往名古屋之路及未来	23
	D. 《名古屋议定书》概述	29
	E. 与其他国际文书及程序的关系	36
六	正文	46
	引 言	46
	第 1 条 目标	53
	第 2 条 用语	56
	第 3 条 范围	62
	第 4 条 与国际协定和文书的关系	67
	第 5 条 公正和公平的惠益分享	73
	第 6 条 遗传资源的获取	80
	第 7 条 与遗传资源相关的传统知识的获取	92
	第 8 条 特殊考虑	98
	第 9 条 为保护和可持续利用作出贡献	104
	第 10 条 全球多边惠益分享机制	105
	第 11 条 跨界合作	109
	第 12 条 与遗传资源相关的传统知识	111

第 13 条	国家联络点和国家主管当局 .....	115
第 14 条	获取与惠益分享信息交换所和信息分享 .....	119
第 15 条	遵守获取与惠益分享的国家立法或监管要求 .....	125
第 16 条	遵守与遗传资源相关传统知识的获取与惠益分享的 国家立法或监管要求 .....	130
第 17 条	监测遗传资源的利用 .....	134
第 18 条	遵守共同商定条件 .....	141
第 19 条	示范合同条款 .....	147
第 20 条	行为守则、准则和最佳做法和/或标准 .....	148
第 21 条	提高认识 .....	150
第 22 条	能力 .....	154
第 23 条	技术转让, 协作与合作 .....	161
第 24 条	非缔约方 .....	164
第 25 条	财务机制和资源 .....	166
第 26 条	作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会 .....	170
第 27 条	附属机构 .....	176
第 28 条	秘书处 .....	178
第 29 条	监测与汇报 .....	179
第 30 条	促进遵守本《议定书》的程序和机制 .....	180
第 31 条	评价与审查 .....	185
第 32 条	签署 .....	186
第 33 条	生效 .....	187
第 34 条	保留 .....	189
第 35 条	退出 .....	189
第 36 条	作准文本 .....	190
附件	货币和非货币性惠益 .....	191
七	未来展望 .....	196
	参考文献 .....	214

## 一 前言

2010年10月29日,《〈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》在日本名古屋被采纳。作为《生物多样性公约》的补充协议,它是近来被采纳的至关重要的多边环境条约之一。

《名古屋议定书》的目的是建立一个具有法律约束力的国际性框架,促进遗传资源的获取与惠益分享(以下简称获取与惠益分享或ABS)理念将来在区域、国家或地方范围内得以透明有效地实施。IUCN(国际自然保护联盟)认为获取与惠益分享作为《生物多样性公约》第三个目标,是重视生物多样性和生态系统功能并将正确对待它作为保护和可持续利用的前提的具体模范。因此,IUCN为议定书在长达6年的协商之后得以采纳感到高兴,它意味着《生物多样性公约》的实施又朝前跨了一步。

这本《〈名古屋议定书〉诠释》的出版是IUCN环境法中心和IUCN全球政策小组长达一年半合作的令人自豪的结果。《获取与惠益分享指南》是IUCN诠释指南系列的第四部,用以促进人们对国际环境协议的进一步理解。它是与来自不同地区和国际组织的获取与惠益分享专家进行有效、积极而和谐的协作的成果,这些专家和IUCN一道写作诠释并加以审核。IUCN希望通过它给大家提供一个可以灵活应变的工具,作为将来提高获取与惠益分享能力建设和意识的方法,并且在其他国家实施《名古屋议定书》及获取与惠益分享操作中作为重要参考。

非常感谢德国联邦环境、自然保育及核能安全部(BMU)对IUCN环境法中心的一贯支持,并提供资金帮助完成《诠释》的写作和出版。另外,我们也感谢丹麦外交部一同提供翻译资金,使《诠释》得以译成法文和西班牙文。

Dr. Alejandro O. Iza  
IUCN 环境法项目首席长官  
IUCN 环境法中心主任

Dr. Cyriaque N. Sendashonga  
IUCN 政策和项目组全球总监

## 二 鸣谢

许多人通过其不懈努力和慷慨地分享意见和经验，为《〈名古屋议定书〉诠释》的写作工作作了很大贡献。这些贡献为出版前的计划及最终出版本书提供了巨大的帮助。IUCN 环境法中心、IUCN 全球政策小组以及出版的编辑和合著者为他们对本项目的兴趣和大力支持表示感谢。

我们尤其要感谢 IUCN 环境法中心首席长官及 IUCN 环境法项目总监 Alejandro O. Iza，以及 IUCN 项目和政策小组全球总监 Cyriaque N. Sendashonga 对我们这次出版的贡献。感谢他们在诠释制定和完成的整个过程中提供了至关重要的意见和支持。

《诠释》的酝酿始于 2011 年 5 月在德国波恩 IUCN 环境法中心举行的启动及协作会议。该会议将合著者小组和顾问召集在一起共同商定协作进程、《诠释》的宗旨及大纲。会上还对有关议定书不同条款的解释作了建设性商讨。《名古屋议定书》的无限名额特设政府间委员会的第一届会议于 2011 年 6 月 5—10 日在加拿大蒙特利尔举行。会上提到了会议的成果及编写 IUCN《名古屋议定书诠释》的倡议。

接下来几个月准备《诠释》的初稿。2011 年 11 月 7—11 日《生物多样性公约》的科学、技术及工艺咨询附属机构第 15 次会议在蒙特利尔召开，在其中的一个分会上讨论了初稿。它是漫长的协商进程的起始点，每向前一步都使最终版本趋于完善。

为了支持正在进行的能力建设和意识提高活动以及各国在实施《议定书》方面所做的努力，各版本草稿一直对公众公开。而草稿版本的广泛散发引起了更多的读者的反馈，也有益于最终的定稿。

协商进程的里程碑是在 2011 年 12 月和 2012 年 3 月所做的两次研讨会以及 2012 年 2 月进行的电子审核。不同的草稿不断地被加以检验，确定是否存在有争议或不明晰的问题，以便给予公开解决。尤其是这两次审核研讨会，它们让国际法律和政策专家有机会针对如何处理外部读者的意见以及如何进一步改善《诠释》乃至最终定稿进行有效的讨论。

2012 年 7 月 2 日至 6 日，在印度新德里召开的《名古屋议定书》无限成员名额特设政府间委员会的第 2 次会议上有了预审终稿。终稿于 2012 年 10 月 8—19 日在印度海德拉巴举行的《生物多样性公约》缔约方大会的第 11 次会议上被推出。

会议之后，许多人尽其所能帮助我们准备这份《诠释》，不仅参与到上述的审核过程，还提供令人深思的口头或书面意见。所有意见在最终文本的准备过程中都经过编者和合著者的慎重考虑。我们对所有这些贡献表示由衷的感谢，尤其要感谢以下顾问和主要审核人员（按字母先后顺序）：Kabir Bavikatte, Françoise Burhenne-Guilmin, Geoff Burton, Juanita Chaves, Lyle Glowka, Beatriz Gomez, Susanne Heitmüller, Alphonse Kambu, Veit Koester, Dan Leskien 及 Margaret Oduk。

我们也非常感谢 Andreas Drews, Thomas Ebben, Suhel al-Janabi, Vassilis Koutsouris,

Santiago Obispo 及 Marco Sarmiento Rebelo，是他们的深入意见和建议帮我们的工作添砖加瓦。

我们还要感谢《生物多样性公约》秘书处、《粮食和农业植物遗传资源国际条约》秘书处和加拿大政府，感谢他们给我们的《诠释》提供了宝贵的观点和意见。

还要特别感谢来自德国联邦环境署的 Joachim Schmitz, Marc Auer 和 Nicola Breier，感谢他们殚精竭虑帮助我们取得此次出版所需经费。另外，还要感谢丹麦外交部的 Flemming Poul Winther Olsen, Lillian Jensen 和 Søren Mark Jensen，感谢他们帮助我们筹集资金，使得《诠释》能译成法文和西班牙文。

我们还要感谢前 IUCN 环境法中心法律官员 Jane Bulmer 在倡议的最初阶段给我们提了宝贵建议；感谢 IUCN 环境法中心的实习生 Leonie Reins 和 IUCN 环境法中心的法律顾问 Louisa Denier 为会议准备和安排并为不同版本的草稿提供了支持；感谢 Linda Stark 支持我们对终稿进行编辑；感谢 Ann DeVoy, Anni Lukács, Daniella Montag 和 IUCN 环境法中心秘书 Jil Self 帮助我们组织会议并/或校对《诠释》文本；感谢 Peter Parker 和 Mary Jane Watson 的出色灵感和独特合作，让我们有了目前的出版结果。

最后，我们要衷心感谢家人对我们长时间在外工作的大力支持。

Thomas Greiber

Senior Legal Officer, IUCN Environmental Law Centre  
IUCN 环境法中心高级法律官员

Sonia Peña Moreno

Senior Policy Officer, IUCN Global Policy Unit  
IUCN 全球政策组高级政策官员

### 三 缩写列表

**ABNJ** areas beyond national jurisdiction

超出国家管辖范围的区域

**ABS** access and benefit-sharing

获取与惠益分享

**ACP** Africa, the Caribbean, and the Pacific

非洲、加勒比和太平洋

**AHWG** Ad Hoc Open-ended Working Group

不限成员名额特设工作组

**ATA** Antarctic Treaty Area

《南极条约》地区

**ATS** Antarctic Treaty System

《南极条约》体系

**BBNJ** biological diversity beyond areas of national jurisdiction

超出国家管辖区域的生物多样性

**BCP** bio-cultural community protocol

生物文化社区协议

**BMZ** Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (Germany)

德国联邦经济合作与发展部

**CBD** Convention on Biological Diversity

《生物多样性公约》

**CGRFA** Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture

粮食和农业遗传资源委员会

**CH** Clearing-House

信息交换所

**CHM** Clearing-House Mechanism

信息交换所机制

**CIIC** Co-Chairs Informal Inter-regional Consultation

共同主席非正式区域间磋商

**CNA** competent national authority

国家主管当局

**COP** Conference of the Parties

缔约方大会

**ECJ** European Court of Justice

欧洲法院

**EU** European Union

欧盟

**FAO** Food and Agriculture Organization

粮食和农业组织

**GEF** Global Environment Facility

全球环境基金

**GTLE** Group of Technical and Legal Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches

有关概念、术语、工作定义和行业方式的技术和法律专家组

**GR** Genetic resource

遗传资源

**ICG** Informal Consultative Group

非正式磋商小组

**ICNP** Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on ABS  
有关遗传资源获取与惠益分享的《名古屋议定书》的政府间委员会

**IGC** Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources,  
Traditional Knowledge and Folklore  
遗传资源、传统知识和民间艺术表达知识产权政府间委员会

**IHR** International Health Regulations  
《国际卫生条例》

**ILC** Indigenous and local community  
土著与地方社区

**INBio** National Institute of Biodiversity (Costa Rica)  
生物多样性国家研究所 (哥斯达黎加)

**ING** Interregional Negotiating Group  
区域间谈判组

**IPR** Intellectual property rights  
知识产权

**ITPGRFA** International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture  
《粮食和农业植物遗传资源国际条约》

**IUCN** International Union for Conservation of Nature  
国际自然保护联盟

**JPOI** Johannesburg Plan of Implementation  
约翰内斯堡执行计划

**MAT** Mutually agreed terms  
共同商定条件

**MEA** Multilateral environmental agreement  
多边环境协定

**MOP** Meeting of the Parties

缔约方大会

**NBSAP** National Biodiversity Strategy and Action Plan

国家生物多样性战略和行动计划

**NFP** National focal point

国家联络点

**NPIF** Nagoya Protocol Implementation Fund

《名古屋议定书》执行基金

**PIC** Prior informed consent

事先知情同意

**PIPF** Pandemic Influenza Preparedness Framework for the Sharing of Influenza Viruses  
and Access to Vaccines and Other Benefits

大流行性流感防范共享流感病毒和获取疫苗和其他利益框架

**PGRFA** Plant genetic resources for food and agriculture

粮食与农业的植物遗传资源

**SBSTTA** Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice

科学、技术和工艺咨询附属机构

**SMTA** Standard Material Transfer Agreement

标准材料转让协议

**TK** Traditional knowledge

传统知识

**TRIPS** Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

《与贸易有关的知识产权协定》

**UNCED** United Nations Conference on Environment and Development

联合国环境与发展会议

**UNCLOS** United Nations Convention on the Law of the Sea  
《联合国海洋法公约》

**UNDRIP** United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples  
《联合国土著人民权利声明》

**UNEP** United Nations Environment Programme  
联合国环境规划署

**UNGA** United Nations General Assembly  
联合国大会

**UPOV** International Union for the Protection of New Varieties of Plants  
国际植物新品种保护联盟

**WHO** World Health Organization  
世界卫生组织

**WIPO** World Intellectual Property Organization  
世界知识产权组织

**WSSD** World Summit on Sustainable Development  
可持续发展世界首脑会议

**WTO** World Trade Organization  
世界贸易组织

## 四 结构与目的

IUCN 环境法中心针对保护和可持续发展国际法的一个关键需求出版了本系列诠释<sup>1</sup>，即提出对重要国际文书的中立的专业分析。它侧重于新出台的国际文书，对其内容及其他重要文书、政策文件和行动方案之间的关系作出解释。该系列诠释可以为想要进一步了解这些重要文书及可能采取实施措施的个人作为参考。

该诠释的主要目标是促进人们了解《生物多样性公约》下《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》（简称为《ABS 议定书》）缔约方的法律义务。该诠释的目标受众很广，包括律师及非律师，决策者以及私营部门及民间团体，包括任何不参与协商但想要了解《ABS 名古屋议定书》的个人。因此，它试图以不偏不倚、简单明了的方式对《议定书》的由来以及条款的意义进行检查和解读，避免使用过于复杂的科技和法律专业术语。

该诠释首先围绕获取与惠益分享这个话题进行介绍。该部分提供了获取与惠益分享概念的略述，解释了获取与惠益分享实施所要遇到的挑战，回顾了协商历史。另外还总结了《名古屋议定书》以及它与相关的文书和国际进程的关系。

诠释最主要的部分是针对《议定书》条款的解释。对每个条款和《议定书》的附件都一一加以分析并解释。“背景”部分旨在对条款进行简要介绍并总结，必要时还包括条款名称的解释。在“解释”部分，重点放在略述主要义务及/或责任上，表明所针对的对象是资源提供国还是利用国，以及对他们有何期待。这里还提供有关概念、关键词及对它们可能作出的理解方面的信息。只有在有助于人们对具体某些文本、概念或术语进一步理解的情况下才会提及协商历史。另外，如果某条款的文字仍然存有模棱两可或其他问题，它还会指出可能有助于理解的指引。但这并不意味着该诠释提供的是对《议定书》文本的权威解释，其实还可能其他的解释。此外，具体的解释可能会在将来通过《议定书》各缔约方的进一步考虑而得到理解和采纳。

诠释的最后部分，即可能的前进道路，旨在对《议定书》的可操作性提出一些指引。它解释了制定获取与惠益分享政策和策略、获取与惠益分享的重要立法组成、政策或行政措施以及获取与惠益分享机构的各种可能的选择。值得一提的是，这部分并非用来具体指引如何在区域、国家或地方范围实施《名古屋议定书》，而是对它一旦生效如何使之迈向实施步骤的一些可能的方法。

诠释最后部分是参考文献，提供了选出来的有关获取与惠益分享及《名古屋议定书》有关的文章，大多来自学术书籍和刊物以及许多重要补充材料。

---

<sup>1</sup> 目前，该系列丛书包括《〈生物多样性公约〉诠释》、《〈卡塔赫纳生物安全议定书〉诠释》和《〈粮食和农业植物遗传资源国际条约〉诠释》。

- 2010年《生物多样性公约》下《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》。《议定书》的条款都在诠释中一一再现，这里提供完整文本以便参考。
- 2002年《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》，《波恩准则》被视为与获取与惠益分享相关的《生物多样性公约》有关条款实施的革命性进程迈出的有效的第一步。
- 1992年《生物多样性公约》，如《序言》所述，1992年的《生物多样性公约》与《名古屋议定书》是母子条约，《公约》里包含许多仍可以直接用于《议定书》实施的条款。
- 《生物多样性公约》缔约方大会的VII/19决议，该决议规定了谈判《议定书》的任务。
- 《生物多样性公约》缔约方大会的X/1决议，该决议中，《生物多样性公约》的缔约方大会通过了《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》。该决议还为临时安排作了规定，包括不限成员名额特设政府间委员会为《名古屋议定书》所做的准备工作。

## 五 导言

1992年5月22日,《生物多样性公约》(简称《公约》)得以通过,并于1992年6月5日在联合国环境与发展大会上公开签署。1993年12月29日,《公约》生效。至2012年7月,《公约》拥有193个缔约方<sup>2</sup>,使之成为一份几乎全球公认的国际协议。

《公约》谈判期间及生效之后,也许最具争议的话题就是获取与惠益分享(简称“ABS”)。争议主要由来是获取与惠益分享所连带的议题,包括国家主权、经济发展、土著和地方社区、科学研究、依赖遗传资源及其相关传统知识的各产业、生物多样性的保护以及可持续利用等。另外,获取与惠益分享意识的缺乏、对它的范围及法律原则的普遍误解以及国家之间政策和法律在法制上的区别都阻碍了获取与惠益分享得以有效实施。

本导言的目的是:

- (1) 对《公约》框架下的获取与惠益分享概念加以概述;
- (2) 说明落实获取与惠益分享面临的主要挑战;
- (3) 概述获取与惠益分享的谈判历史;
- (4) 简介《名古屋议定书》(简称《议定书》)以及它与其他国际文书的谈判进程及关系。

### A. 概述

《生物多样性公约》是国际社会第一次尝试通过一部国际条约以从总体上解决生物多样性问题。它是以广义的生态系统方法为基础的协议,而不像其他国际保护条约特有的分门别类地(即以具体的物种、生物系统或地点)进行规定。《公约》第2条将生物多样性定义为有来源的活生物体的变异性,分三个层次<sup>2</sup>:物种种内的多样性(遗传多样性)<sup>3</sup>、物种之间的多样性以及生物系统的多样性。

《公约》不仅针对生物多样性保护,而且还针对社会经济有关方面,使得它成为环境与发展领域的里程碑。根据第1条,《公约》有以下三大目标:

- 保护生物多样性;
- 可持续利用其组成部分;
- 公平、公正地分享由利用遗传资源产生的惠益。

《公约》的目标是发展中国家与发达国家之间(所谓的南北对峙)对立利益产生的结果,这是联合国环境与发展大会及其预备会议的特色。许多国家,尤其是南半球国家,历

---

<sup>2</sup> 获取更多信息,请参考 [www.cbd.int/convention/parties/list/](http://www.cbd.int/convention/parties/list/)。

<sup>3</sup> 遗传多样性指在单一物种内的遗传多样性,即种内个体之间或一个群体内不同个体的遗传变异总和。

来不愿意接受只以生物多样性保护为核心的《公约》。相反，多数发展中国家推动“里约一揽子条款”，即如果要他们支持保护义务，前提是要具备更直接以利用为核心的条款，以及对于三种“获取”<sup>4</sup>设置相关的义务和措施：

- 获取遗传资源由国家机关决定；
- 获取相关技术，包括生物技术；
- 作为提供方的国家可以获取最终来自于遗传资源的、经生物技术开发利用而产生的惠益。

最后，获取遗传资源与公平、公正地获取其利用产生的惠益，简言之，获取与惠益分享成为《公约》的第三个目标。这是缔约各国考虑到发展中国家与发达国家除了分享生物多样性保护的利益，还要分担生物多样性保护的代价，并通过获取与惠益分享机制支持土著和地方社区在生物多样性保护方面的有效做法及创新。

## 1 获取与惠益分享的概念

为了更好地理解获取与惠益分享这个概念，必须要了解遗传资源的产生及利用背景。

遗传资源，不管是来自于动植物还是微生物，可有多种用途，如用于基础科研或产品的商业化利用。遗传资源或/及与之相关的传统知识的使用者包括科研机构、高校、移地收集机构以及各行各业的私有企业，包括制药、生物技术、种子、作物保护、园艺、美容化妆品及个人护理、香味及口味、植物园以及食品饮料产业（Laird and Wynberg, 2008, 第 8 页）。

能够使这些使用者在全球范围内获取的遗传资源，使之用于研发、商业利用，以及分享此类利用产生的惠益，有可能会对社会经济发展大有好处。与此同时，它还向我们提供了一个评估生物多样性及其生物系统服务的具体实例，以及一种用来正确衡量其价值的经济工具。它还被视作保护生物多样性及可持续利用的必要前提。

表 1 各产业部门的市值及遗传资源的重要性<sup>5</sup>

产业	2006 年的市场价值	遗传资源的重要性
制药业	6 400 亿美元	20%~25%来自遗传资源
生物技术	700 亿美元（仅上市公司）	许多产品来自于遗传资源，如酶、微生物
农用种子	300 亿美元	全部来自遗传资源，代表市场的“自然”构成部分
个人护理、植物以及食品饮料产业	220 亿美元来自草药 120 亿美元来自个人护理 310 亿美元来自食品产品	

来源：Ten Brink, 2011, 第 17 页。

<sup>4</sup> 有意思的是，在《生物多样性公约》第 10 次缔约方大会上，发展中国家要求“一揽子计划”，要求以通过《〈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》作为达成《2011—2020 生物多样性战略计划》和《资源动员战略》的前提条件。

<sup>5</sup> 以下图表提供的是来自遗传资源的不同类别的产品在各产业的概算，要注意整个市场并非全部建立在遗传资源的应用上的。

虽然不是绝对的，但以遗传资源为基础的创新往往依赖于遗传资料的获取。许多国家历来通过法律和法规来控制生物资源的获取，但只有少数国家同时控制遗传资源的获取（Glowka, 1998, 第 1 页）。值得一提的是，至于何为遗传资源，如何判定所获取的资源是遗传资源或生物资源，是否是通过其用途来决定等，已经有过很多讨论。

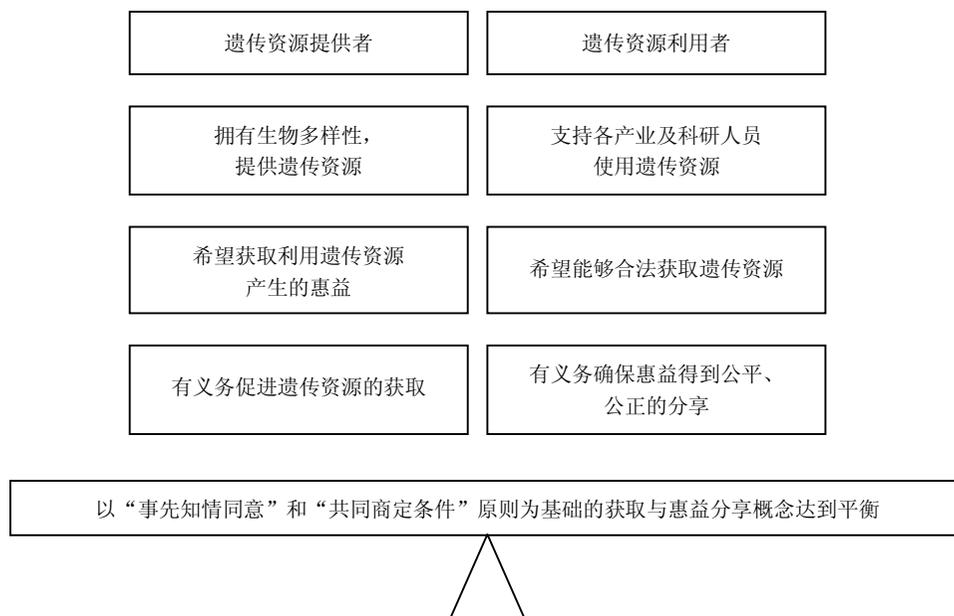


图 1 获取与惠益分享利益相关者之间的“简化”关系图

在《公约》生效之前，遗传资源及相关传统知识的获取在世界上多数国家都是可自由获取的。这经常导致此类资源和知识遭受开发、利用或垄断，使用者没有和提供资源的国家及知识持有者进行惠益分享。鉴于这种不公平的状况，《公约》引入了获取与惠益分享概念，在《公约》第 15 条中规定了遗传资源及其传统知识获取与惠益分享义务。《公约》第 15 条试图平衡希望能够继续获取遗传资源的利用者与期待公平分享因利用遗传资源而产生惠益的提供者这两者的利益。

简而言之，根据获取与惠益分享理念，提供资源的国家须促进遗传资源的获取，而使用资源的国家应以公平、公正的方式分享因利用所获遗传资源而产生的惠益。事实上，随着《公约》生效也形成了一种新的认识，即资源保护团体不再认为遗传资源是人类共同遗产，而是国家对其拥有主权，并有权管制其使用。

但我们还要注意到提供者与使用者之间并非泾渭分明。事实上，一个国家经常是两个角色并存，既是资源提供国也是使用国。另外，因为遗传资源的使用状况迥异，让每个可能提供遗传资源的国家阐明哪些惠益应该分享，及应采取哪些形式使惠益得以分享，这是不太可能的。提供遗传资源的国家想得到什么惠益？什么是寻求遗传资源获取的一方（政府机构或私人企业）可以接受的？情况各异，除了其他因素，这还要根据：

- 所提供的遗传资源的性质[比如说，是来自收集单位（移地），还是来自原生境？]；
- 遗传资源的出处（比如是出自国有土地还是私有土地？是保护地、土著和地方社

区的保护区域，抑或是不受任何保护管理制度影响的区域？)；

- 拟使用的方向（比如是否用于科研、教育或商业开发）；
- 是否来自多个提供者的遗传资源应被用来创造某一终端产品；
- 最终产品或产品利用者是否已有决定。

最后要说明的是，在《公约》协议中，遗传资源是因其遗传材料的属性而非其他属性而必须被用到的生物资源。举例说，为了获取传统的木材或打猎而要进入森林，这就不属于《公约》的获取与惠益分享概念的范畴。另一方面，如果试图利用此木材或猎物的遗传材料，就有获取与惠益分享的义务。

表 2 可能出现复杂情况的获取与惠益分享

属性	特点	
供应来源	移地	非商业化（植物园、基因库等）
	原地	商业化（经纪公司）
用途	商业化	终端产品的研发
		中端产品的研发
	非商业化	基础非商业化研究，可以选择将材料转移给商业化使用者
		基础非商业化研究，材料将被留下来得到保护
遗传资源和产品的关系	关系紧密	植物中的化学分子作为产品中的活性化合物的原型（药剂使用）
		植物的萃取物（原材料）是产品组成的物质（天然药物、天然化妆品、减肥剂）。注：没有根据《公约》定义的遗传资源，但是国家获取与惠益分享法律可能会持不同观点
	关系不紧密	植物内部的分子需要通过多个步骤进行修饰才能成为产品的一部分（如药剂使用的衍生物）
		一种生物或其组成部分作为一个模型，如材料研究和生物技术的仿制品
不相关	遗传资源作为研发活动的工具，如催化剂	
利用之前就可以分辨的材料特点	可分辨	从移地收集获取的材料，附带详细信息
	部分可分辨	生物勘探活动获取的材料，相关知识的种类
	完全不能分辨	大范围随机生物探测获取的材料；没有详细信息或完全不能分辨的资源的样品

来源：Täuber, S., Holm-Müller, K. and Feit, U. An Economic Analysis of New Instruments for Access and Benefit-Sharing under the CBD – Standardisation Options for ABS Transaction, Interim Report (BfN: Bonn – Bad Godesberg, 2008), p7.

考虑到获取与惠益分享的复杂性，《公约》提供了一个获取与惠益分享框架。在该框架下，第 15 条“遗传资源的获取”是获取与惠益分享制度的核心规定。与获取与惠益分享相关的详细规定，还有第 8 条 (j)，第 10 条 (c)，及第 16 条、第 18 条、第 19 条。

## 2 《生物多样性公约》有关获取与惠益分享的义务及责任的规定

为了更详细地解释获取与惠益分享（ABS）的概念，本节简短地概述了《公约》有关获取与惠益分享的义务及责任的规定。

### （1）获取

《公约》第 15 条第 1 款明确规定了政府在其管辖的范围内有权规制遗传资源的获取。但同时，第 15 条第 1 款并没有赋予国家对这些资源的所有权（Glowka et al., 1994, 第 76 页）。遗传资源的所有权问题不是《公约》而是国家或国家以下的法律法规要解决的问题，包括普通法和惯例法。

《公约》第 15 条第 2 款阐明了政府有权对遗传资源的获取做出决定，它要求缔约方：

- 便利其他缔约国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《公约》目标的限制。

提供遗传资源的缔约国将决定用途是否对环境无害。而且，便利获取、除去或减少获取的限制意味着潜在利用者在获取资源时应得到足够的支持。之所以这么做，是因为便利获取、尽可能地减少获取限制的最直接利益是使一个国家管辖区域内的遗传资源尽可能多地被利用，因遗传资源利用产生的惠益越有可能得到分享。换言之，《公约》第 15 条第 2 款的内在逻辑是，只有遗传资源真正得到获取，才能促使惠益得到公平、公正的分享。

《公约》第 15 条第 3 款将第 15 条（以及第 16 条和第 19 条）所述遗传资源限定为以下两类：

- 由原产国的缔约国提供的（根据《公约》第 2 条的定义，“遗传资源的原产国”指的是“拥有处于原产境地的遗传资源的国家”）；
- 按照《公约》取得该资源的缔约国提供的。

只有是这两类遗传资源才能使提供方获取《公约》所规定的惠益。

另外，遗传资源的获取要得到提供遗传资源的缔约方的“事先知情同意”，除非该缔约国另行决定（第 15 条第 5 款）。在批准获取的情况下，视遗传资源提供方和可能使用者之间（第 15 条第 4 款）达成“共同商定的条件”而定。事先知情同意和共同商定条件是为了：

- 许可遗传资源的获取；
- 控制其嗣后利用；
- 建立公平公正地分享后续利用产生惠益的机制。

事先知情同意的基本概念是，在潜在使用者获取遗传资源之前，相关人员及被授权作决策的人应告知潜在使用者的情况，从而作出一个明智的决策。根据获取与惠益分享，事先知情同意需要：

- 遗传资源提供者通过采取确认措施表明同意遗传资源的获取；
- 该决定（即许可/同意）基于潜在使用遗传资源者提供的信息；
- 在许可获取的决定做出之前提供该信息。

然而，具体以哪种方式、到何种程度、通过什么程序获取事先知情同意仍由各个国家有关遗传资源获取的法规进行规定。需要注意的是，第5条第5款规定“除非该缔约国另行决定”。这就意味着缔约方在实施遗传资源主权时，可以自行决定遗传资源的获取是否对“事先知情同意”有要求。该解释也得到了第15条第1款的支持，即“决定遗传资源是否能获取取决于国家政府并服从于国家法规”。

与此同时，行使主权并不能免除缔约方根据《公约》第15条第2款规定的提供遗传资源的义务，即采取必要措施建立法律程序，促使便利获取（Glowka et al., 1994, 第81页）。

共同商定条件意味着批准遗传资源获取的一方和试图使用该资源的主体之间的协商结果，资源使用者的主体可能是个人、公司或一个机构。协商成功的话，接下来双方就会达成一个获取协议（有时也称为材料转让协议、研究协议或合同）。

## （2）惠益

《公约》第15条第7款要求每个缔约国采取立法、行政或政策性措施，以实现公平、公正地分享利用遗传资源产生的惠益。虽然《公约》对“惠益”没有明确的定义，但它提示了将要分享的惠益（有货币惠益及非货币惠益）可分为几类，包括：

- 研发成果，第15条第7款；
- 通过所提供的遗传资源产生的商业利益和其他利益，第15条第7款；
- 获取并转让用于该遗传资源的科学技术，第16条第3款；
- 参与以遗传资源为基础的各类科研，第15条第6款；
- 参与以遗传资源为基础的生物技术研究，第19条第1款；
- 优先获取遗传资源的生物技术使用所带来的成果及惠益，第19条第2款。

因此，惠益分享必须以共同商定条件为基础（如第15条第7款、第16条第3款及第19条第2款所述），并且协商应以个案为基础。

## （3）传统知识

第15条虽然没有针对传统知识进行阐述，但是第8条（j）要求每个缔约方根据其国内法的规定：

- 尊重、保存并维持土著与地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护与可持续利用相关的知识、创新和实践；
- 通过此类知识、创新和实践主体的同意和参与，促进它们更广泛的应用。
- 鼓励公正分享因使用它们而产生的惠益。

获取与惠益分享所指的遗传资源与传统知识的关系以《公约》第8条（j）所述的第二、三种义务为基础。因此，《公约》承认传统知识对现代社会的价值，并认为这些知识、创新和实践的持有者需根据国家法律参与到它们的更广泛应用并提出他们的同意和建议。另外，提倡国家将使用土著和地方社区的知识、创新和实践而获得的惠益进行公平的分享。

这种情况下还需意识到，体现在动植物、昆虫或生态系统上的传统知识、创新和实践可以作为线索或第一道屏筛，使我们将自然界中发现的遗传资源的特有属性分离出来。因此，传统知识已经引领许多公司研发了新产品（Laridand Wynberg, 2008, 第20页）。

表 3 《公约》与获取与惠益分享相关条款的小结

条款	内容
导言	认识到公平、公正地分享因利用传统知识、创新和实践所产生的惠益是保护生物多样性和可持续利用其组成部分的愿望
第 1 条	将公正和公平地分享因利用遗传资源所产生的惠益作为《公约》三个目标之一
第 2 条	明确“遗传资源”和“遗传材料”以及“遗传资源原产国”和“遗传资源提供国”的定义
第 8 条 (j)	要求《公约》缔约方尊重、保护并维持土著和地方社区的知识、创新及实践；在持有者的同意和参与下，使他们得以更广泛应用；鼓励公正分享因利用传统知识而产生的惠益
第 15 条第 1 款	阐明国家对其自然资源拥有主权，并且有权管制其获取
第 15 条第 2 款	要求《公约》缔约方开放对环境无害的获取，不实施有违《公约》的限制措施
第 15 条第 3 款	规定只有资源原产国或根据《公约》条款已经获取遗传资源的国家可以提供遗传资源获取
第 15 条第 4 款	规定只能以共同商定条件为基础的获取
第 15 条第 5 款	规定受事先知情同意约束的获取
第 15 条第 6 款	规定遗传资源提供者全力参与以所提供的遗传资源为基础的科研
第 16 条第 3 款	要求《公约》缔约方采取法律措施、行政措施或政策措施，以期根据共同商定条件向提供遗传资源的缔约国提供利用这些遗传资源的技术和转让此种技术
第 19 条第 1 款	要求《公约》缔约方采取法律措施、行政措施或政策措施来确保提供者有效参与到遗传资源的生物技术研究
第 19 条第 2 款	规定促进那些提供遗传资源的缔约国，在公平的基础上优先取得基于其提供遗传资源的生物技术所产生的成果和惠益

## B. 实施获取与惠益分享的挑战

在《公约》被通过并生效后不久，我们很快意识到现实的实施状况，尤其是获取与惠益分享立法进程，给国际社会提出了挑战。本部分将简述获取、惠益分享以及遵守之间有时颇为错综复杂的关系以及在监管获取与惠益分享过程中产生的一系列复杂问题，以期帮助我们更好地了解获取与惠益分享应用的现实状况。

### 1 获取、惠益分享以及遵守：获取与惠益分享的“支柱”

如上所述，《公约》的获取与惠益分享理念建立在遗传资源提供方和遗传资源使用方的双边关系之上。根据《公约》第 15 条第 3 款，提供方可以是遗传资源原产地国家或是根据《公约》已经获取了遗传资源的国家。

在现实中，提供方不仅仅局限于生物资源丰富的国家。事实上，被提供的遗传资源可谓无处不在，无论这国家的生物多样性程度如何。而且，非某一遗传资源原产国的国家可能已根据《公约》规定获取了某遗传资源，以移地保护的方式拥有该资源。与此同时，利

用方也并不局限于工业化国家。事实上，每个国家都能成为遗传资源的使用国，因为它可以被用来构建所需的基础设施，提升其遗传资源的研发能力。

虽然每个国家都可能同时是遗传资源的提供者和使用者的关系经常因为被（误）判为划分发展中国家与发达国家的界限而备受争议。此类（错误）理解连同那些“生物海盗”事例及遗传资源或与该资源相关的传统知识的不当利用情况共同导致了双方的互不信任，影响了获取与惠益分享的协商。虽然对于“盗用”和“不当利用”之说并没有公论，但是它们具有如下明显特征：

- 盗用（Misappropriation）是指违反国家获取与惠益分享法律对事先知情同意和共同商定条件的规定而获取遗传资源。简言之，它可以被视为遗传资源的非法占用。
- 不当利用（Misuse）更多的是与合同义务相左，它所涉及的情形是遗传资源在违反提供者与利用者之间达成的共同商定条件的情况下被加以利用。简言之，它可以被视为遗传资源以协议外的方式被利用，包括没有对所得惠益进行分享。

因为担心被控“盗用”或“不当利用”遗传资源，科研及生物勘探活动因此而受到严重的阻碍。科研人员及私营行业担心公众抗议破坏自己的形象。“生物海盗行径”（Biopiracy）的指控将使他们难以与其他缔约方达成合法的获取与惠益分享协议，获取本来可以获得的资金渠道，从而极大地损害了可能最终成为竞争对手囊中之物的商机<sup>6</sup>。潜在利用者也担心可能会出现行政裁决或卷入诉讼当中，最终使得他们的行动一无所获或不知所终。

如果我们还考虑立法的不明晰、不确定以及获取与惠益分享某些法律框架中的不透明的问题，问题就更严峻了。这将使得众多的科研人员以及公司不敢涉足生物勘探活动。某些人进而认为，他们眼中并非故意而为之的绝大多数被指控盗用的案件的根源就在这里。

因此，指控盗用或不当利用所依据的具体法律框架必须要加以考虑。在下列情况下，需要进行区别性评估：

- 遗传资源的获取发生在一个不具备获取与惠益分享法律或行政程序的资源提供国；
- 遗传资源的获取发生在一个具备不明晰不透明的获取与惠益分享法律和行政程序的资源提供国；
- 在不能明确需要获取哪个土著和地方社区的同意的情况下获取并利用传统知识；
- 材料转让协议含有漏洞，比如在对遗传资源的计划用途可能产生的转变；
- 发生了明显的盗用，即当遗传资源及/或其相关知识获取违反了提供国的现行法律，包括获取遗传资源时明确要求的事先知情同意和共同商定条件，或者没有知识持有者的正当参与，也没有双方达成一致的条款。

遗传资源及其相关传统知识从提供国转移到使用国之后，没有一方能采取适当措施以确保获取与惠益分享体制的有效。虽然提供国对所提供的遗传资源拥有主权，但是由于领土原则，它们在监督和管制利用遗传资源的下游区段备受阻碍。通常情况下，提供国的获取与惠益分享法律不可能在使用国实施。获取与惠益分享协议在使用国的法庭上实施是有

<sup>6</sup> 生物多样性公约秘书处：缔约方在国家层面制定与实施《公约》第 15 条以支持遵守事先知情同意和共同商定条件的经验总结，UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/2/Add.1（Montreal: 2007），para. 3.

可能，但成本很高。使用国也必须在权限内管制遗传资源及其相关传统知识的利用。但是，追根溯源至提供国是一个艰巨的技术难题和行政难题，会产生高额的交易成本。

所有这些都说明了提供者与使用者之间的复杂关系以及在获取、惠益分享及遵守这些问题之间的相互关系。要让获取与惠益分享在现实中发挥功效，这三个组成部分看来必不可少。它们构成了获取与惠益分享三个“支柱”，总结如下：

一方面，使用者需要明晰、透明、可预知的、公平的、有效的法律和行政框架以确保获取遗传资源及其相关传统知识时有明确的法律依据。不然，科研人员和各行业将不会有太高的热情去投资生物勘探活动。这将导致获取减少，从而意味着最终分享到更少的惠益。另外，法律的不明晰也会使利用者难以充分与提供者的获取与惠益分享要求达成一致，从而产生争议以及有关盗用或不当利用的指控事件。

另一方面，提供者的主要利益在于其遗传资源及相关传统知识利用所产生的公正、公平的惠益分享。提供者因此需要有效的措施，保证利用者在其权限范围内不会盗用或不当利用遗传资源及相关传统知识。因此，他们通常致力于与本国的获取与惠益分享体制相一致，尤其是惠益分享中的共同商定条件。

## 2 现行获取与惠益分享实施中的复杂问题

要有效实施获取与惠益分享，除了在监管获取与惠益分享三大“支柱”问题上找到合适方法之外，国际社会还面对很多其他挑战。它们包括下列问题。

### (1) 在众多不同的国家背景下实施

自从《公约》生效之后，只有少数国家，主要是生物多样性资源丰富的国家，在全国范围内建立了全方位的获取与惠益分享的制度<sup>7</sup>。许多国家仍然没有任何具体的获取与惠益分享法律、管理措施或行政程序。

已经形成本国获取与惠益分享法律框架的国家选择了不同的方式在全国范围内实施《公约》中的获取与惠益分享条款。比如，由于生物资源、遗传资源、衍生物的方式及产品都存在区别，从而导致获取与惠益分享立法中对范围的多种定义。国家可以选择延伸《公约》获取与惠益分享制度的范围，除了遗传资源外，还可以纳入生物资源。又或者，它们可以更狭义地去理解该范围。另外，国家可以采取限制措施，控制遗传资源的获取。它们也可以决定免费对外开放。每个国家都有自己的特有法律体系、国家主管当局以及利益攸关方。获取与惠益分享程序将因国而异，有时获取程序相当繁琐冗长，需获得管理此类资源的几个地区机构或当地机构的许可。

因此，在国家及国家级以下范围内，获取与惠益分享的实施情况显得变化多端，使得遗传资源及相关传统知识的提供方和利用方对相关规定都不清楚，无所适从。

<sup>7</sup> 《生物多样性公约》缔约方采取的有关获取与惠益分享措施的信息可以在该数据库中找到：[www.cbd.int/abs/measures/](http://www.cbd.int/abs/measures/)。

## （2）组织安排及能力欠缺

获取与惠益分享实践经验已经进一步表明，除了适当的法律框架，还需要一个能起到促进作用的组织机构框架。不过，在建设能有效地支持获取与惠益分享实施的组织的问题上，许多国家都面临同样的问题。其中一个根本问题是现行机构和获得授权机构之间在较量谁有赋予资源获取的权力，尤其是获取潜在惠益的权力。不明晰、相互交叠甚或子虚乌有的组织能力也已经成为有效实施获取与惠益分享的突出问题。

另一个难题涉及各方面能力欠缺，无法应对获取与惠益分享的复杂情况。获取与惠益分享实施涉及各方面的专业知识，包括获取与惠益分享协议协商、知识产权、生物多样性保护、商业、商务、经济学、生物科技、国家及国际法、社会文化问题及其他问题。这种跨学科的专业知识技能在许多国家都颇为有限，甚或不存在（Carrizosa et al., 2004, 第 300 页）。

由此而来的法律不明确、管理不力和延误以及高额交易成本将给获取与惠益分享利益相关方带来极大的困扰。

## （3）移地保护

如何找到一个适当而公平的方式看待移地保护已经成了获取与惠益分享实施的另一个关键绊脚石。移地保护的定义出现在《公约》第 2 条：对生物多样性的组成部分在其原产地外进行保护。移地保护采取遗传资源的集成形式，如基因库（种子及田间）、动物园、树木园、植物园，以及以离体保存、花粉保存以及 DNA 保存等形式（Maxted et al., 1997）。种子基因库是最普遍的存储方式（FAQ, 1998, 第 510 页）。

《公约》第 9 条进一步阐明：

- 采用移地保护措施来支持就地保护措施；
- 移地收集品的保存及利用最好是在原产地国家；
- 该收集品应被应用于旨在实现濒危物种的恢复和复原的措施上，以期在适当条件下重归其原产地。

有关移地保护的研究可能形态万千并各有效用。多数研究属于非商业化性质，为了提高人们对遗传多样性的认识以及如何最好地进行保护。还有一些对收集品进行的商业使用研究个例，结果产生了各种形式的商业产品（参见 Laird and Wynberg, 2008）。尤其是植物园，它在医疗和分类学研究领域、在有用植物及其遗传资源的世界性分布情况以及生物多样性的保护中起到了重要的作用。

许多甚至是多数以非天然状态收集的遗传资源是在《公约》生效之前获取的，大量被保存的资源历来出自遗传资源丰富的发展中国家。不管是《公约》生效之前还是之后获取的，发展中国家非常期望得到被收集的遗传资源的新型利用所产生的惠益分享。出于种族及现实的原因，一些植物园及草本园都把收集品作为受《公约》约束的范围。但是，在现实当中，一些遗传资源出处不明，可能阻碍了现实中进行正当的惠益分享。

#### (4) 《公约》及其他国际论坛提及的传统知识

如上所述，遗传资源相关的传统知识和获取与惠益分享之间的联系建立在《公约》的第 8 条 (j) 之上。遗传资源相关传统知识的获取与惠益分享实施之所以很难，原因如下：

首先，《公约》第 8 条 (j) 没有对“传统知识”进行定义。事实上，它只说明了如何在《公约》框架内理解传统知识，即具体表现为传统生活方式中有利于生物多样性保护和持续利用的“知识、创新和实践”。它经过数百年的经验而形成，根据当地文化及环境进行调整，通过口头形式代代相传并被集体拥有。它的形式包括故事、歌曲、民歌、俗语、文化价值、信仰、习俗、社区法律、地方语言以及农业实践。如此广义的理解有时会令人难以领会传统知识的概念，也会给提供者和利用者带来混淆，并使得通过法律工具进行管理变得复杂，比如知识产权。

此类知识不能定义的情况会导致某些法律和实践问题，也就是说，只是持有者是不可知或不确定的，或者是此类知识未经相关土著和地方社区的群体的事先知情同意即离开社区进入一个“公共领域”，意味着它不再受到知识产权的保护，也因此可以被任何人盗用而不用承担任何侵权责任。

传统知识可以以很多方式在原土著和地方社区控制之外得以传播，比如：

- 当关于某遗传资源的潜在利用的知识已经传播到相关土著和地方社区所在区域的居民并从此被土著和地方社区内的“非成员”用以具体用途；
- 当一个科学家去了解持有传统知识的土著和地方社区之后，发现了上述知识并随之发表有关调查结果的文章。

涉及遗传资源相关的传统知识的获取与惠益分享与知识产权有关的国际讨论正在进行，特别是在世界知识产权组织的遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间知识产权委员会下的讨论（参见 E 部分）。该委员会正在制定一份或数份国际性的法律文书，以确保遗传资源、传统知识及民间艺术表达得到有效保护。

值得强调的一点是，与遗传资源相关的传统知识与土著和地方社区的整体权利息息相关，不论是在国际层面还是国家层面。在国际层面上，《联合国土著人民权利声明》（2007 年通过）<sup>8</sup>以及《国际劳工组织大会关于土著及部落人民的第 169 号决议》（1989 年通过，1991 年生效）<sup>9</sup>是两部重要的法律文书，它们具有不同的法律效力，旨在保护土著及当地居民的权利，因此在我们考虑与传统知识相关的获取与惠益分享时需要将它们考虑在内。

另外，地方机构和国家组织也有待建立，它将：

- 使土著及地方社区参与国家层面的获取与惠益分享的制定及实施；
- 在国内的法律体系中认识到土著及地方社区的权利，尤其是知识产权和自我决定及土著社区的管理程序，这也会帮助他们相对于外来管理能更有效地保护传统知识；

<sup>8</sup> 需要更多的信息，请参看联合国有关土著议题的网页：[www.un.org/esa/socdev/unpfii/index.html](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/index.html)。

<sup>9</sup> 更多的信息，请参看：[www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm)。

- 清楚地界定知识持有者和遗传资源的所有者；
- 界定并建立当地负责机构来应对没有设立的情况，并决定社区层面的获取与惠益分享程序。

如果没有这样的组织，在土著和地方社区、它们的“家园”以及利用者之间的三角关系可能会缺乏足够的透明度、清晰度以及有效性。这种情况最终将阻碍有效的实施与遗传资源相关的传统知识的获取与惠益分享。

#### （5）商业研究和非商业研究的不同条件

获取与惠益分享实施的另一难题是甄别商业化研究和非商业化研究，因为两者的特点取决于其研究目的而非所采取的形式。非商业化研究可以理解成为了从多方位获取科学认识的非营利性研究，它涵盖了遗传资源的遗传组成和相关作用。这是生物多样性保护和持续利用以及遗传资源多样化价值被人认识的基本前提之一。另外，提供生物多样性作为非商业化研究的国家可能衍生出一系列非经济性惠益，包括针对其遗传资源的培训，并对它们有更好的了解。但是，提供国不愿意将商业化研究和非商业化研究加以区分，现实原因如下：

- 研究目的从非商业化转变为商业化；
- 第三方对样品材料的利用不符合提供国法律协议所同意的方式；
- 研究成果在公共领域的商业化利用没有与提供国进行惠益分享。

所以，提供国在界定区分非商业研究与商业研究之间的确切标识的同时，还需要正视非商业化研究的具体需要。比如对研究成果的传播、提及的物种获取和专利应用等加以限制。

#### （6）跨界

获取与惠益分享的实施在跨界形势下很可能成为难题。不要忘了，遗传资源及其相关传统知识通常不是专属于一个国家或一个土著和地方社区。事实上，遗传资源经常出现在多个国家，甚至是多个洲；同样的传统知识也经常被不同的土著和地方社区持有，某些情形下甚至还横跨数国。这种情况下，获取与惠益分享双边模式对某些国家就显得有失公平，因为它只给了某提供国/土著和地方社区收取所有惠益的权利。而且，获取与惠益分享双边模式可能在解决跨界情形时产生问题，因它将导致拥有同样遗传资源及相关传统知识的不同提供国/土著和地方社区之间产生竞争，从而削弱它们在共同商定条件中的协商立场，在获取与惠益分享的要求事项上成为输家。所以，有人认为一种多边惠益分享模式将更为合适和公平，可以解决这种跨界问题。

我们仍要记住，《公约》第15条明确提出用获取与惠益分享双边模式，而不是多边模式。而且，我们还要意识到，一物多变种现象意味着有经济价值存在于同样物种内部的遗传区别（比如当地适应能力）。而且，纳入获取与惠益分享体系的国家可能会倍感苦恼，因为别国分明“揩了油”，分享了基于它们拥有的原生同种物种衍生而来的惠益。

## C. 通往名古屋之路及未来

上述难题表明我们需要具体的指导方针和法律文书，以推动获取与惠益分享在现实中的实施。1992年5月，《生物多样性公约》获得通过，时隔18年，即2010年10月，《名古屋议定书》在日本的名古屋被予以采纳。这段时间里，《生物多样性公约》缔约方研究、讨论、阐述并进一步协商了获取与惠益分享的理念。通往名古屋的道路是一条漫长的道路，经过了四个不同的阶段，并产生了重要的里程碑<sup>10</sup>。

### 1 第一阶段：协商国际机制之前的获取与惠益分享的发展情况

获取与惠益分享问题在《生物多样性公约》缔约方大会上从一开始就被提及。第1次缔约方大会（1994年，巴哈马首都拿骚）将获取与惠益分享列入第6.6号议程，作为缔约方会议工作的中期项目<sup>11</sup>。接下来几年里，《公约》第2次（1995年印尼雅加达）和第3次缔约方大会（1996年阿根廷的布宜诺斯艾利斯）要求考虑并分析了国家、区域或部门的立法、行政和政策措施以及第15条所列活动的参与程序和指导方针，包括获取与惠益分享重要用语的解释以及实施经验<sup>12</sup>。

获取与惠益分享在第4次缔约方大会之后有了飞速发展（1998年，斯洛伐克布拉迪斯拉发），一个成员以区域平衡构成的专家小组成立了，正式启动《公约》<sup>13</sup>规定的获取与惠益分享工作。专家小组召集来自私人及公共领域各代表进行了两次会晤（1999年哥斯达黎加圣何塞和2001年加拿大蒙特利尔），并制定出了包括事先知情同意和共同商定条件的一整套建议、利益相关者参与方式以及根据《公约》框架处理获取与惠益分享问题的方案。

《公约》第5次缔约方大会（2000年，肯尼亚内罗毕）进一步将获取与惠益分享程序规范化，成立了获取与惠益分享不限名额特设工作组（特设工作组），要求其制定出向缔约方大会递交的指导方针及其他事先知情同意和共同商定条件方式、利益相关者的参与、惠益分享机制、异地和原地保护和持续利用的方方面面以及传统知识的保护<sup>14</sup>。不限名额特设工作组的第一次会议（2001年，德国波恩）草拟了《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》（2002年），后稍作修改被《公约》第6次缔约方大会采纳（2002年，荷兰海牙）<sup>15</sup>。《波恩准则》旨在提供以下方面指导：

- 明确获取与惠益分享程序的步骤，强调利用者有义务向提供者征求事先知情同意。
- 明确共同商定条件的基本要求。

<sup>10</sup> 有关获取与惠益分享谈判的历史更多的信息，请参看[www.cbd.int/abs/background/#timeline](http://www.cbd.int/abs/background/#timeline)。

<sup>11</sup> 参看《生物多样性公约》缔约方大会第1次会议I/9号决议：缔约方大会中期项目工作。

<sup>12</sup> 参看《生物多样性公约》缔约方大会第2次会议II/11号决议，获取遗传资源；第3次缔约方大会III/15号决议，获取遗传资源。

<sup>13</sup> 参看《生物多样性公约》缔约方大会第4次会议IV/8号决议，获取与惠益分享。

<sup>14</sup> 参看《生物多样性公约》缔约方大会第5次会议V/26号决议，获取与惠益分享。

<sup>15</sup> 参看《生物多样性公约》缔约方大会第6次会议VI/24号决议，与遗传资源有关的获取与惠益分享。

- 明确使用方和提供方的主要角色和责任，强调所有利益攸关方的参与。
- 触及其他方面，包括激励措施、明晰责任、证明方式、争端解决等。
- 建议在材料转让协议中纳入要素，提出货币性惠益和非货币性惠益的列表。

虽然这是至关重要的第一步，但《波恩准则》不足以被视为起到充分指导作用的最终决议。事实上，最初就打算它在本质上是“革命式”的，也就是说它们只是国家范围的框架发展进程和国家级协商的起点，必须要随着获取与惠益分享经验的积累而经受检验、修改并改善。另外，《准则》相对来说较有争议，有些缔约方和获取与惠益分享利益相关者批评其不完善，只是自愿的，过于关注使用者而没有充分考虑提供者最为关心的事项，比如按照国家获取与惠益分享制度进行执法的情况，而且还有保护和持续利用的问题。另有一些人则认为《波恩准则》太繁琐。尽管如此，它们代表着对提供者最为有利的做法，其国内获取与惠益分享法律的实施给后来的《名古屋议定书》提供了宝贵的经验。

## 2 第二阶段：谈判获取与惠益分享的国际机制的授权

在 2002 年，在南非约翰内斯堡召开的联合国可持续发展世界峰会通过了《约翰内斯堡行动方案》，其中对获取与惠益分享有多次提及。国际社会呼吁人们采取行动，经谈判制定一项获取与惠益分享的国际制度，以期在《公约》框架下促进并保护由遗传资源利用产生惠益的公正、公平的分享<sup>16</sup>，并将《波恩准则》考虑在内。

2004 年在马来西亚吉隆坡的《公约》第 7 次缔约方大会响应了这个号召，要求不限名额特设工作组（简称“特设工作组”）与“第 8 条（j）及相关条款休会期间不限名额特设工作组”一起，并确保土著和地方社区、非政府组织、工业及科技学术机构以及政府间组织参与，构思并谈判一项国际制度，以解决遗传资源获取与惠益分享的问题，实现利用一份或多份文书来有效实施《公约》的第 15 条和第 8 条（j）以及《公约》的三大目标<sup>17</sup>。如此一来，第 7 次缔约方大会将联合国可持续发展全球峰会视为《公约》的扩大行动，不仅关注惠益分享，同时还关注获取问题。而且，《公约》第 7 次缔约方大会通用了特设工作组的有关谈判国际制度的工作大纲<sup>18</sup>，此工作大纲在特设工作组的第二次会议上予以讨论（2003 年，蒙特利尔）。

### 专栏 1 了解授权的范围

根据布莱克法律词典，“国际制度”可以被定义为一整套行为、制度和政策的规范，涉及国际性问题，并在不同国家启动实质性或程序性的活动。

授权特设工作组来谈判一项国际制度，使得各缔约方能灵活地寻找并协商不同的获取与惠益分享方案及组成内容，包括以下方面：

<sup>16</sup> 可持续发展世界峰会实施计划，第 5 章第 44 段（o）。

<sup>17</sup> 《生物多样性公约》第 7 次缔约方大会 VII/19 号决议，与遗传资源有关的获取与惠益分享（第 15 条）D1。

<sup>18</sup> 同上，附件。

- 一份或多份文书；
- 由政策、法律和实践措施组成；
- 包括一整套全新的措施或一整套全新的要素，并与先前的措施配套；
- 可以是强制性的或自愿性的，或是两者兼而有之；
- 包括具有约束力或不具有约束力的条款，或两者兼而有之；
- 利用多样化的获取与惠益分享途径和工具。

### 3 第三阶段：谈判进程

真正的谈判开始于 ABS 特设工作组 2005 年在泰国曼谷召开的第 3 次会议和 2006 年在西班牙格兰纳达召开的第 4 次会议，会议产生了作为后来谈判基础的草案文本。在接下来的《公约》第 8 次缔约方大会（2006 年，巴西库里提巴）上，特设工作组被授命继续制定并谈判一项国际制度。加拿大的 Timothy Hodges 和哥伦比亚的 Fernando Casa 被任命为特设工作组的联合主席，一个技术专家组得以组建，致力于构思可以被国际认可的原产地证书、来源证书或法律出处证书。而且，特设工作组还被要求在《公约》第 10 次缔约方大会之前尽早完工<sup>19</sup>。对谈判过程提出一个最后期限具有重要的决策性意义，原因如下：首先，它给特设工作组提出了其工作最终的目标；其次，它给缔约国增加压力，使其在协商中采取行动；第三，那时《2002—2010 生物多样性公约战略计划》正好到期，这点相当重要。

特设工作组第 5 次会议于 2007 年在加拿大蒙特利尔举行，第 6 次会议在瑞士日内瓦举行，重点放在获取与惠益分享国际制度的主要组成部分。在日内瓦会议期间形成了一个联络小组，取得了一些进展，制定一个程序将代表团公认为可以成为制度组成部分的内容（所谓“砖块”）和未决的内容（所谓“子弹”）区分开来。该方法让许多代表团感到自己的观点被予以考虑，有助于建立信任并帮助小组朝着总体要求推进。虽然关键问题仍悬而未决，比如制度的性质及其适用范围。但特设工作组的第 6 次会议被认为是整个过程中的重要一环。它的结果是形成了提交《公约》第 9 次缔约方大会决议草案，并产生了一部简单明了的国际制度工作文本。工作文本包括制度的目标、范围和性质的建议以及问题目录，如公正和公平的惠益分享、遗传资源的获取、履约、与遗传资源相关的传统知识以及能力建设等。组成部分中的每项内容又都分成两个类别：将进一步研究、最后会被纳入国际制度的（原则上已经被公认的“砖块”）以及还需要“进一步考虑”的（仍存异议或需要改进的“子弹”）<sup>20</sup>。

《公约》第 9 次缔约方大会于 2008 年在德国波恩举行，要求特设工作组定稿国际制度文本，呈交《公约》缔约方大会的第 10 次会议审核并通过，作为一份有效实施《公约》

<sup>19</sup> 《生物多样性公约》第 8 次会议 VIII/4 号决议，获取与惠益分享。

<sup>20</sup> 地球协商通讯，AHWG 报告摘要 [www.iisd.ca/download/pdf/enb09416e.pdf](http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09416e.pdf)。

第 15 条和第 18 条 (j) 规定及其三个目标的文书<sup>21</sup>。另外,通过了所谓的“波恩授权”,它是第 9 次缔约方大会至第 10 次缔约方大会的路线图,具体要求:

- 在区域和区域间会议之前召开三次特设工作组会议;
- 对每次特设工作组会议形成并经谈判的工作案文作出明确指示;
- 建立下列方面的专家小组: 履约; 概念、术语、工作定义及部门方式; 以及与遗传资源相关的传统知识,用以提供法律或技术建议。

根据 IX/12 决议,要求特设工作组的第 7 次会议(2009 年,法国巴黎)协商出针对目标、范围、遵守、公平和公正的惠益分享与获取的行动文本。会议最后产生了一份文本,即《巴黎附件》,指明了草案在多数项目中所采用的用语并分出缔约方的倾向和分歧所在。会议中出现了数个区域协商小组之间的争端,他们相互抨击对方把“子弹”变成了“砖块”。最终,这些讨论导致特设工作组取消了“砖块”与“子弹”的区分法。

特设工作组的第 8 次会议(2009 年,蒙特利尔)讨论了与遗传资源相关的传统知识、能力建设、遵守、公平和公正的惠益分享以及遗传资源的获取。它和第 8 条 (j) 的特设工作组第 6 次会议背靠背地进行,后者通过并递交了关于获取与惠益分享国际制度的建议。在 ABS 特设工作组的第 8 次会议最后,谈判取得了重要的进展,通过了“蒙特利尔附件”。该“附件”包括第一份在所有方面使用操作案文的国际制度的完整草案,包括了行动文本的各个方面。另外它还包括了第二个附件,包含下次特设工作组会议将进行公开讨论的内容。

虽然有了巨大的进展,但是“蒙特利尔附件”仍算不上定稿。由于只剩下一年不到就要举行《公约》的第 10 次缔约方大会,对谈判各方的压力也有所增加。为了在下一特设工作组会议之前加快谈判进度,他们决定召集两个非正式的短期会议,即 2010 年 1 月在蒙特利尔举行的获取与惠益分享共同主席之友会议(CIIC)。以及 2010 年 3 月在哥伦比亚的卡利举行的获取与惠益分享联合主席非正式区域间磋商会议。除此之外,还与联合国环境规划署和《公约》秘书处协作开展了亚洲、拉丁美洲和加勒比海国家、中欧及东欧国家、太平洋和非洲国家之间的区域磋商。

特设工作组的第 9 次会议紧接在 CIIC 会议之后举行。在特设工作组的同意下,会议整个过程首次采用了由共同主席起草的议定书草案,作为进一步协商的基础。距离《公约》第 10 次缔约方大会只有 7 个月时间,出于程序上的原因(这点很重要),因为根据《公约》第 28 条第 3 款,任何向大会提交的草案文本必须至少在缔约方大会召开前 6 个月由秘书处告知各缔约方。

草案文本的采纳成为议定书谈判的进一步基础,这是通往名古屋之路的第二个关键步骤,针对国际制度的形式做了一个含蓄的决定,即《公约》下的议定书。而且,共同主席采取了一项战略决策,成立了一个跨区域协商小组(ING),采取圆桌会议的形式,包括小组谈判人员和观察员:联合国 5 大区域每区域 5 位代表;土著和地方社区、民间团体、行业和公共研究领域的各 2 名代表以及当前缔约方大会主席国(德国)和下届将要举行的缔约方大会主席国(日本)的代表。在形式和作用上,这种方式被描述成为一种“改良的维

<sup>21</sup> 《生物多样性公约》第九次会议 IX/12 号决议,获取与惠益分享。

也纳设置”<sup>22</sup>。卡利会议的最后，关于来自衍生物的惠益分享又取得了进展，并且还设立了国际认可的遵守证明。但是，以文本为基础的谈判尚未最终定论，会议决定暂停特设工作组第9次会议，直到7月在蒙特利尔再续。

会议重新开始之后，协商继续以跨区域协商小组的形式进行。经过几轮夜以继日的讨论和协商之后，新的更进一步的议定书草案诞生了，除了该议定书与其他国际性文书之间的关系之外，在涉及遵守、获取与惠益分享（包括其衍生物）的重要事项上也达成了一致。然而，在将议定书草案递交给第10次缔约方会议之前还需要额外的磋商。因此，特设工作组又重新于9月在蒙特利尔、10月在名古屋召开跨区域协商小组会议。第10次缔约方会议开幕前两天，重新召开的第9次特设工作组会议通过了一份议定书草案，该议定书虽未成定案，但已可以递交给缔约方大会考虑。

名古屋举行的为期两周的第10次缔约方大会继续谈判进程。为了推动获取与惠益分享谈判进程，一个不限名额的获取与惠益分享非正式磋商小组（ICG）在第10次缔约方大会的第一个全体会议上成立了。该小组由特设工作组的共同主席主持，任务是将议定书文本草案变成定稿。需要妥协的关键问题包括利用及衍生物、范围、紧急状况下遗传资源的获取、与其他国际性文书的关系、检查点、强制性披露要求，还有传统知识相关的问题。磋商小组明确不同意最终文本，由缔约方大会日本主席协调了一个妥协文本，作为部长非正式磋商的基础。这种“闭门方式”（“closed doors approach”）的做法与贯穿协商期间的“物主方式”（“ownership-based approach”）形成鲜明对比，但最终证明它是有效的，从而使得《名古屋议定书》最终于2010年10月29日由缔约方大会以X/1号决议得以通过。

由于《名古屋议定书》是包括《2011—2020年生物多样性战略计划》（其中包括爱知目标<sup>23</sup>和资源动员战略）<sup>24</sup>在内的“一揽子交易”中的一部分，它的通过不仅能推动未来获取与惠益分享实施的重要成果，而且还是保证《生物多样性公约》第10次缔约方大会和《公约》总体进程不致失效的必要步骤。进而，《名古屋议定书》的达成给国际社会发出了一个重要的信息，它证明了尽管在其他政治领域的谈判以失败告终，比如《联合国气候变化框架公约》下的谈判过程，但是国际多边主义仍可以发挥作用。

#### 4 第四阶段：前进道路

根据第32条，《名古屋议定书》于2011年2月2日至2012年2月1日开放供签署，随后，国家可以通过加入成为缔约方（根据《生物多样性公约》第35条第1款）。第33条第1款要求必须具备50份批准、接受、同意或加入文书才能使议定书生效，在达到最低门槛后的90天后生效。

为了生效而做准备，《生物多样性公约》第10次缔约方大会为《名古屋议定书》成立

<sup>22</sup> “维也纳设置”可以追溯至《生物多样性公约》下的《卡塔赫纳生物安全议定书》的谈判。在这里用这一术语是引入圆桌会议的谈判安排（hexagonal negotiating table），由主席和谈判代表分成6个谈判小组，其他代表团成员坐在后面。

<sup>23</sup> 参看《生物多样性公约》第10次缔约方大会X/2号决议，《2011—2020生物多样性战略计划》和《爱知生物多样性目标》。

<sup>24</sup> 参看《生物多样性公约》第9次缔约方大会IX/11号决议，第20条和第21条实施的回顾，以及《生物多样性公约》第10次会议X/3号决定，促使公约三大目标实现的资源动员战略。

了一个不限名额的特设政府间委员会（ICNP）。该委员会负责为作为《议定书》缔约方会议的第一次会议做必要的准备，届时该政府间委员会将不复存在<sup>25</sup>。在通过的《名古屋议定书》的缔约方会议决议的附件 II 中规定了 ICNP 的工作计划<sup>26</sup>。

ICNP 的首次会议需要解决以下问题：

- 获取与惠益分享信息交换所运作模式；
- 发展中国家的能力建设；
- 提高意识；
- 《名古屋议定书》第 30 条中提到的遵守机制。

第二次会议被要求解决下列问题：

- 《议定书》生效之后两年期间的项目预算；
- 财务机制的指导方针；
- 《议定书》实施的资源动员指导；
- 作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会程序规则；
- 为作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的首次会议草拟临时议程；
- 建立国际多边惠益分享机制的必要性和形式；
- 必要情况下继续考虑 ICNP 第一次会议上已经着手的事项，比如根据《名古屋议定书》第 30 条的遵守机制。

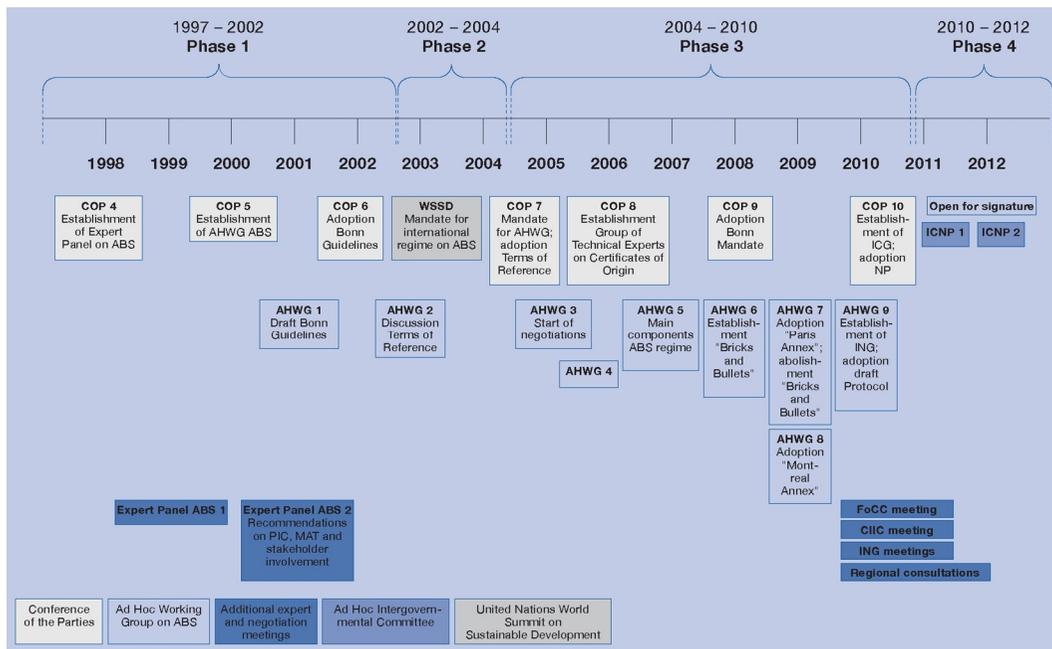


图 2 通往名古屋之路及未来

<sup>25</sup> 参看《生物多样性公约》第 10 次缔约方大会，遗传资源获取和公平、公正分享其利用产生的惠益，第 7~8 页。

<sup>26</sup> 同上，附件。

## D. 《名古屋议定书》概述

《名古屋议定书》具有法律约束力，是《公约》的补充协议。它旨在进一步拓展《公约》提供的获取与惠益分享的法律框架。议定书的制定在《公约》第 28 条中已清楚说明。它与《公约》的法律关系受制于《公约》第 32 条。

《名古屋议定书》有 27 个引言条款，36 条操作性条款，还有一个附件和一个包括但不限于所列的货币惠益和非货币惠益目录。它建立了一个框架，监管遗传资源及相关传统知识利用者（比如科研人员和商业公司）如何获取此类资源和知识。它规定了利用遗传资源及相关传统知识而产生的惠益有进行分享的普遍义务。它还强制要求缔约方保证利用者在其权限范围内尊重其所获资源或知识的国家内的获取与惠益分享法律及缔约方的管制要求。

本节对《名古屋议定书》的最重要的条款作了简要的概述。更详尽的分析在本指南的诠释部分，每一条都会予以详尽地说明。

### 1 目标

《名古屋议定书》的目标在第 1 条作了说明。该条款的文本引自《生物多样性公约》第 1 条所述的第三目标，提到了“公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益”，将它作为议定书的主要目标。第 1 条阐明这种惠益分享包括遗传资源的正当获取、相关技术的正当转让以及正当的资金支持。因此，惠益分享不仅仅包括以遗传资源为基础的产品带来的惠益分享。而且，它还重新说明，在分享惠益的时候，还需要考虑所获取的资源以及被转让的技术的所有权。最后强调《名古屋议定书》旨在为保护生物多样性及其组成部分的可持续利用，从而将获取与惠益分享与《公约》的其他两个目标联系起来。

### 2 范围

《名古屋议定书》的范围是谈判过程中最具争议的问题之一。实质性的、现时的地理范围的定义被认为是决定其是否可行的关键，有助于法律明晰。

《名古屋议定书》的范围出现在第 3 条，针对遗传资源作为第 2 条规定的利用范围。与谈判过程中最初所建议的不同，第 3 条既没有提供一份被列入的清单，也没有提供一份被排除的清单。因为关于这些清单的最终内容无法达成一致，它们的草案最终也没有纳入，而是被一份概括性规定取而代之，其中提到“《公约》第 15 条所述范围内的遗传资源”和“《公约》范围内的遗传资源相关的传统知识”。这并不能直接回答与范围相关的不同问题，第 3 条必须与其他条款放在一起阅读和理解，尤其是：

- 第 2 条：这对于是否将衍生物纳入议定书内尤为重要。除了将《公约》第 2 条指出的定义纳入之外，如“遗传资源”或“遗传材料”等用语之外，第 2 条还定义

了“遗传资源利用”、“生物技术”以及“衍生物”。“衍生物”的用语只限于《名古屋议定书》的第2条(d)款和(e)款；换言之，它不出现在议定书的操作文本。但是，它与利用相关，直接（原封不动）或间接（依据上下文而有所变动）地用在议定书的很多条款里。

- 第4条：《名古屋议定书》和其他获取与惠益分享相关国际文书及程序（参见E部分）之间的关系也是协商过程中的另一重大争议点。该条款阐明议定书条款不能影响现有国际协议的权利和义务，缔约方可以在将来制定或实施其他特别获取与惠益分享协议，这些特别协议如果与《名古屋议定书》的宗旨一致，那就以它们为准，而且还强调应对当下国际进程予以关注。比如，与食物或农业遗传资源相关的获取与惠益分享受制于《粮食和农业植物遗传资源国际条约》；根据第4条所述，它可以作为一部特别文书。
- 第10条：它给未来考虑国际多边惠益分享机制提供了法律基础。第10条作为一条“无所不包”的条款，针对获取与惠益分享要求无法通过双边模式得以满足的情形。它将三种情形区分开来：一是遗传资源处于国家边界上；二是不可能给予“事先知情同意”的情况；三是不可能获取“事先知情同意”的情况。虽然第10条在协商最终阶段有助于让一些有争议的基本话题的定义得以遵守，如《名古屋议定书》的现时地理范围，但它只是一份授权条款，缔约方仍需对该机制形式的具体需要做出决定。

最后重要的一点是，虽然《名古屋议定书》并不适用于《议定书》出台之前的获取情形，但《公约》的获取与惠益分享制度仍然适用于《公约》生效之后获取的材料。

### 3 获取

遗传资源及相关传统知识获取问题成为获取与惠益分享概念中的核心部分。《名古屋议定书》在不同地方都对此有所提及。

第6条第1款强调了国家拥有自然资源的主权。它再度阐明遗传资源获取必须得到提供国的事先知情同意，除非有另行规定。第6条第2款规定遗传资源的获取。但是，该条款还涉及的情形是遗传资源已被确认为土著和地方社区所有。在这种具体情况下，国家必须根据国家法律酌情采取措施，确保获得土著和地方社区的事先知情同意或其核准及参与。第6条第3款旨在通过说明所有需要在国家层面或获取事先知情同意的缔约方必须采取的许多方法，以此来保证下列内容更有法律确据：

- 为了法律上的确定性、明晰性和透明性而设立的获取与惠益分享立法和管制规定；
- 为公平及非任意获取的规则和程序的规定；
- 为了在合理时限内做出书面的、高成本效益的事先知情同意决定的规定；
- 签发许可证、获取证书或等同文件以证明做出了获取土著和地方社区事先知情同意或核准和参与的决定和拟定了共同商定条件，并相应地通告获取与惠益分享信息交换所；
- 制定获得土著和地方社区事先知情同意或批准和参与的标准和程序；

- 制定明确的规定和程序来确定共同商定条件。

相对于第 6 条，第 7 条规定与遗传资源相关的传统知识的获取，需相应根据国家法律酌情采取措施，以确保此类土著和地方社区持有的传统知识的获取经过其“事先知情同意”或者核准和参与。另外，第 7 条旨在促进《公约》第 8 条 (j) 的实施。同时，它的义务还超出《公约》所列范围。

第 8 条要求在获取与惠益分享制度中对以下方面予以特别关注：

- 促进并鼓励有助于生物多样性保护和可持续发展的研究；
- 对人类或动植物健康造成威胁或危害的现存的或迫在眉睫的紧急情况，应予以充分重视；
- 考虑遗传资源对粮食和农业的重要性以及其在食物安全中的特殊作用。

这些获取规定的实施得到了第 13 条、第 14 条规定的支持，第 13 条、第 14 条规定了在国家层面和国家范围内的必要的组织框架。第 13 条要求指定一个国家联络点和国家主管当局，它将：

- 对寻求获取遗传资源的人提供要求的相关信息；
- 签发“事先知情同意”；
- 进入“共同商定条件”。

第 14 条同等重要，因为它确立了一个惠益分享信息交换所，作为据《公约》第 18 条第 3 款<sup>27</sup>设立的信息交换所的一部分<sup>26</sup>。获取与惠益分享信息交换所应作为分享有关实施议定书、获取与惠益分享相关信息的一种途径，所有缔约方都可获取。而且，它会改善遗传资源提供者和利用者之间的关系。根据第 14 条第 2 款，任何缔约方都有义务递交以下信息给获取与惠益分享信息交换所：

- 关于惠益分享的立法、行政和政策措施；
- 国家联络点和国家主管当局；
- 许可证书或等同证书作为事先知情同意和共同商定条件的证明。

第 14 条第 3 款提供了一个额外信息目录，如果有，可以酌情递交给各缔约方：

- 土著和地方社区的相关主管当局；
- 示范合同条款；
- 管制遗传资源的方法和工具；
- 行为守则及最佳做法。

值得一提的是，获取与惠益分享信息交换所不仅在遗传资源获取方面起到了关键的作用，而且它还试图在获取与惠益分享方面促进与提供国的机制相一致。

#### 4 公平、公正的惠益分享

正如获取问题一样，公平、公正的惠益分享也在《名古屋议定书》里多处被提及。第 5 条作为惠益分享的主要规定，第 9 条、第 10 条、第 19 条、第 20 条和第 23 条以及附件

<sup>27</sup> 《生物多样性公约》之前已经有建立信息交换所的经验，就是《生物安全卡塔赫纳议定书》建立的生物安全信息交换所。

是针对各具体方面而言的。

第5条第1款重述了《公约》第15条第3款和第7款的基本概念，阐明了：

- 分享的惠益应包括利用遗传资源而产生的惠益，以及嗣后的应用和商业化所产生的惠益；
- 惠益的分享对象只能是提供此类资源的缔约方，即被“定义”为此类资源的来源国或是根据《公约》已经获得遗传资源的缔约方；
- 通过遗传资源提供者和利用者之间，以合同为基础的共同商定条件作出的具体的惠益分享的措施。

第5条第1款要和第3款一起看，后者提及缔约方需酌情采取措施来实施第1款的具体义务。第5条第2款再次针对土著和地方社区根据国内立法具有遗传资源所有权的具体情形，要求缔约方酌情采取措施，以保证与相关土著和地方社区分享以共同商定条件为基础的惠益；第5条第4款重述，惠益可包括货币性和非货币性惠益，惠益包括但并不仅限于《附件》所列惠益。具体惠益（也许是货币性惠益和非货币性惠益的组合）需要通过提供者和利用者之间共同商定的条件确认下来，因为它们很可能因为用途不同和部门的差异而产生变化。《附件》所举的例子从《波恩准则》附件二原样照搬。最后，第5条第5款针对遗传资源相关传统知识的惠益分享。缔约方必须酌情采取措施，公平、公正地使持有传统知识的土著和地方社区分享其利用所产生的惠益。分享应基于共同商定的条件。

第9条针对惠益分享的导向提出了建议。缔约方有义务鼓励提供者和利用者将遗传资源利用所产生的惠益以有利于生物多样性的保护和可持续发展为导向。该规定再度明确了惠益分享与《公约》的另外两大目标（即保护和可持续发展）的关联。

如上所述，第10条规定了未来可能形成的国际多边惠益分享机制的法律基础，解决以事先知情同意和双方共同商定为基础的双边惠益分享不能应对的具体情形。虽然第10条只是对缔约方提出一个程序性的义务，要求“考虑此机制所需以及其模式”，它阐明如果确立下来，该机制应将惠益用以支持全球性的生物多样性和可持续利用。

第19条和第20条说明缔约方有义务鼓励制定、更新、利用部门内即跨部门的示范合同条款，以利“共同商定条件”，以及自发的行为守则、行动纲领以及和获取与惠益分享相关的最佳做法/标准。如果缔约方正确加以实施，这些文书将给提供者和利用者创造一个很有支持力的环境，使他们能成功地协商、制定并实施公平、公正的惠益分享的协议。

最后，第23条提到了非货币性惠益的两个具体类别，在科技研发项目方面的合作与协作，以及技术的获取与转让。虽然第23条第1句表明此类研究项目必须协作与合作，但是关于促进和鼓励发展中国家获取技术及其技术转让（第23条，第2句），该规定只表示了一种泛泛的承诺，而非具体的一项义务。

## 5 履约

可以说，《名古屋议定书》的履约体制建立了该文书的支柱。它的目标是防范并应对将来出现的对遗传资源或其相关传统知识的滥用情形（第15—17条），确保惠益分享协议的实施（第18条）。

第 15 条谈到遗传资源利用者应遵守提供国内有关获取与惠益分享的国家立法和管制要求：

- 根据第 15 条第 1 款，所有《议定书》缔约方必须采取措施，使其管辖范围里利用的遗传资源依照已经确定的事先知情同意和共同商定条件获取，以符合其他缔约方的国内获取与惠益分享的立法规定或管制要求。因此，如果在国家层面存在此类要求，该规定旨在“保护”提供方的事先知情同意和共同商定条件的完整性。
- 根据第 15 条第 2 款，所有《议定书》缔约方需要采取措施处理不遵守本条第 1 款（指国内获取与惠益分享的国家立法和管制要求）的情形。因此本条第 1 款提到要遵守提供国的措施，而第 2 款指的是在第 1 款的条件下不遵守利用者国家的措施。这是一个重要的区别，但在最初可能并不那么明显。
- 根据第 15 条第 3 款，所有《议定书》的缔约方需要就被指控违反本条第 1 款所指国内获取与惠益分享的立法规定和管制要求的事件给予合作。这对发现不遵守的情况至关重要。

第 16 条反映了缔约方在第 15 条中所列的义务，但其具体重点是放在与遗传资源相关的传统知识上：

- 根据本条第 1 款，《议定书》的所有缔约方需要采取措施，使其管辖范围内利用的遗传资源相关的传统知识依照已经确定的事先知情同意和共同商定条件获取，以符合土著和地方社区所在的其他缔约方的国内获取与惠益分享的立法规定或管制要求。因此，该规定旨在“促进”遗传资源相关的利用个人（法人或自然人）遵守土著和地方社区所在国家之传统知识相关的获取与惠益分享法律框架。
- 因此，第 16 条第 1 款提到的是遵守提供国之遗传资源相关的传统知识有关的国家措施；第 2 款则提到的是本条第 1 款条件下不遵守利用国的措施；而第 3 款则要求有《议定书》缔约方在被指控违反本条第 1 款所指国内传统知识的立法规定和管制要求的事件给予合作。

这里有重要的一点，第 15 条和第 16 条在实施方面给利用国提供了灵活性。它们都提供了立法、行政和政策措施可供选择。另外，它们要求缔约方采取合适的和适度的措施。但是，对“绩效要求”还是有所规定的，因为最终被采纳的措施必须是行之有效的。

第 17 条支持第 15 条的实施，但与第 16 条无关。本条第 1 款要求所有《议定书》缔约方监管和提高遗传资源利用的透明度。强制性措施包括以下内容：

- 制定一个或多个检查点[第 17 条 1 (a)]；
- 鼓励遗传资源的利用者和提供者在要求共同商定条件的信息分享及其实施汇报的相关条款上达成一致；
- 利用高成本效益的沟通工具和系统[第 17 条 1 (c)]。

第 17 条 1 (a) 进一步作了如下说明：

- 检查点的作用是收集或接收事先知情同意、遗传资源的来源、共同商定条件的确立以及遗传资源利用等方面的信息（即主动收集）；
- 每个缔约方需要要求遗传资源利用者在检查点提供此类信息（被动收集）；
- 此类信息将被呈交给相关国家当局、提供事先知情同意的缔约方及获取与惠益分

享信息交换所（信息分享）；

- 检查点必须在利用的整条链上发挥效用。

与第 17 条第 1 款相比，第 2—4 款不包含任何义务，其重点放在：

- 定义国际认可的、经获取与惠益分享信息交换公布的遵守证明；
- 解释其作用，即证明所示具体遗传资源的获取是依据提供国的事先知情同意并且拟定了共同商定条件的；
- 阐明此证明需涵盖的最少信息。

第 18 条提到与第 15—17 条不同的一个遵守问题。其具体目的是为了促进实施遗传资源及其相关传统知识的个人利用者及提供者之间共同商定的条件。换言之，它旨在支持合同义务得以遵守，而不是支持获取与惠益分享国家立法和管制要求。所以，第 18 条要求所有缔约方：

- 鼓励遗传资源及相关传统知识提供者和利用者解决共同商定条件上的争端（第 18 条第 1 款）；
- 在共同商定的条件上出现争端的情形下，提供了一个在它法律体系内寻求援助的机会（第 18 条第 2 款）；
- 针对司法渠道及可以相互认可并实施的外国裁决及公断书的机制的利用，采取适当的有效措施（第 18 条第 3 款）。

## 6 传统知识

作为一个涉及多个层面的问题，与遗传资源相关的传统知识在《名古屋议定书》里多处提及，是第 5 条第 5 款、第 10 条、第 11 条第 2 款以及第 18 条第 1 款的必不可少的组成部分。但是，因其重要性，传统知识也在独立成篇的规章里有所提及，比如第 7 条和第 16 条（参见上文）以及第 12 条。第 12 条包括缔约方在实施《议定书》时的多项义务：

- 在适用的情况下，依据国内法律，在遗传资源相关传统知识方面，要考虑到土著和地方社区的惯例、社区协议及程序。
- 建立通报机制，告知遗传资源相关传统知识利用者他们的义务；
- 支持土著和地方社区制定传统资源相关的社区协议、最低要求和示范合同条款；
- 尽可能不限制在土著和地方社区内部及彼此之间对遗传资源及其相关知识的不违反《公约》目的的惯常利用和交换。

## 7 辅助实施的工具和机制

为了在全国范围内有效实施《名古屋议定书》，我们设立了多样化的工具。获取与惠益分享的国家联络点和国家主管当局的作用以及获取与惠益分享信息交换所的重要性已经作了说明；进一步的工具和机制包括下列：

- 示范合同条款（第 19 条）；

- 行为守则、指导方针以及最佳做法和标准（第 20 条）<sup>28</sup>；
- 提高意识（第 21 条）；
- 能力建设（第 22 条）；
- 由全球环境基金组织（GEF）提供的财务资源及财务机制。

最后，第 30 条规定《议定书》缔约方会议的缔约方大会应在其第一次会议上审议并核准旨在促进本《议定书》各项规定的遵守，并对不遵守的情况进行处理的合作程序和体制机制。该规定提到了制定一个促进缔约方遵守其《公约》国际义务的需要。第 30 条是一个“起到促进作用的规定”，意思是它尚未建立一个遵守机制，但它给作为议定书缔约方会议的缔约方大会提供了未来制定并建立该机制的基础。

### 专栏 2 了解国际遵守机制

第 30 条呼吁成立国际性的遵守机制，以促进各缔约方遵守其《议定书》规定的义务，包括但不限于第 15 条、第 16 条、第 17 条和第 18 条所列。该遵守机制会确认缔约方不遵守《议定书》各项义务的情况，（根据最终形成的遵守机制类型）预见其后果。而且，根据第 26 条第 4 款、第 29 条以及第 31 条，作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会将对该《议定书》的整体实施情况进行回顾，而遵守机制将补充《议定书》各缔约方的回顾。

该遵守机制的目的应根据第 30 条，它会提供程序和机构框架解决问题，不管各缔约方是否已经采取充分的措施来实施其《名古屋议定书》的协议义务。本规定的目的并非解决遗传资源及其相关传统知识各利用者不遵守其国家获取与惠益分享相关的法律框架。换言之，据第 30 条的遵守机制必须与缔约方为了实施议定书第 15 条、第 16 条、第 17 条和第 18 条而采取的程序和机构措施区分开来，如此来解决（或发现）滥用、误用的情况或不遵守提供方国家措施的情况以及应对由共同商定条件而产生的争端（共同商定条件的实施）。

第 30 条表明促进议定书遵守的程序和机制包括建议和授权方面的规定，要和据《公约》第 27 条设立的争端解决机制加以区分。

## 8 机构安排

最后，该《议定书》包括以下体制安排：

- 第 26 条预见《公约》缔约方大会作为《名古屋议定书》的缔约方会议；
- 第 28 条说明《公约》秘书处作为《议定书》的秘书处；
- 第 29 条提出了监管和汇报的规定；

<sup>28</sup> 现有工具的例子可以在《生物多样性公约》的网页上找到：有关获取与惠益分享的现有工具、指南、行为准则等工具 [www.cbd.int/abs/instruments/](http://www.cbd.int/abs/instruments/)。

- 第 31 条表明《议定书》的有效性评估应该在其生效后 4 年执行；
- 第 33 条对《议定书》的生效作了规定，要求得到《公约》缔约方的国家或区域经济一体化组织的批准、接受、核准或加入的文书达到 50 份。

## E. 与其他国际文书及程序的关系

如 C 部分所述，协商过程中的一个颇有争议的问题是《名古屋议定书》的获取与惠益分享国际制度的范围及其与其他获取与惠益分享相关的国际协定和文书的关系（参见第 4 条解释）。本节对重要的获取与惠益分享相关的国际文书和程序依次作了阐述，以解释它们如何与《名古屋议定书》共存并相互作用，以及这对《议定书》实施的意义。

### 1 获取与惠益分享相关的国际文书

#### (1) 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA) 于 2001 年通过，并于 2004 年生效。根据第 1 条，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的目的是“保护和可持续利用粮食和农业植物遗传资源，与《生物多样性公约》一致地公正、公平分享利用遗传资源所产生的惠益以促进农业的可持续发展和粮食安全”。与《名古屋议定书》规定一般的遗传资源不同，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》只关注粮食和农业植物遗传资源(PGRFA)（《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 3 条）。

从获取与惠益分享最为重要的角度来看，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 10 条第 2 款设立了一个多边获取与惠益分享体系。该体系要促进《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的附件 I 所列的 35 种（类）主要粮食作物和 29 种（类）饲料的获取，并根据多边商定的条件确保公平、公正地分享由这些遗传资源利用而产生的惠益。

#### 专栏 3 相互依赖及粮食安全

植物遗传资源是现代农业的基础，在很大程度上有赖于植物产量的持续提高。所有区域和国家都在某种程度上依赖于来自其他区域或国家的粮农植物资源，也就是说，在粮农植物资源方面，国家是相互依赖的。因此，对其他区域的大范围的植物遗传资源的持续获取不仅对作物的改良和现代农业必不可少，对实现食物安全也是必要的。

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的附件中所列作物也被纳入获取与惠益分享多边体系，该列表根据粮食安全和相互依赖因素而制定。所列作物所提供的能量食物供应达到了全世界的 80%。

来源：G. Moore and W. Tymowski, Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) (Gland and Cambridge, : IUCN, 2005) p5.

### ① 多边机制的范围

附件 I 列出的所有粮食和农业植物遗传资源不是自动被纳入多边机制。只有那些已经由缔约方管理和控制, 并已处于公有领域的粮食和农业植物遗传资源会自动被纳入这个多边系统(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 11 条第 2 款)。《国际条约》鼓励其他粮食和农业植物遗传资源的持有人把其所持有的遗传资源放入多边机制, 缔约方应该采取措施予以促成(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 11 条第 2 款和第 3 款)。另外, 多边机制还包括附件 I 列出的, 并由国际农业研究咨询组的国际农业研究中心移地保存的粮食和农业植物遗传资源(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 11 条第 5 款)。

### ② 便利获取

缔约方同意根据《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条规定条件, 便利缔约方和缔约方管辖区域内的法人和自然人获取多边系统内的粮食和农业植物遗传资源。第 12 条特别规定:

- 便利获取只提供给以利用和保护粮食和农业为目的的研究、育种和培训, 不包括化学、医药和其他超出粮食和动物饲料的工业应用[《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条 3 (a)]——因此其他目的的获取, 多边系统不适用;
- 便利获取应当依据格式材料转让协议(SMTA), 该协议由主管机构制定(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条第 4 款)<sup>29</sup>;
- 材料的获取方不能就其从多边系统中获得材料的形式主张任何知识产权或其他会限制便利获取该粮食和农业植物遗传资源的、或他们的遗传部分和组成部分的权利[《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条 3 (d)];

很重要的是, 应意识到《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的缔约方事实上同意获取一种特别的粮食和农业植物遗传资源无要求缔约方在每一项交易中签发事先知情许可或双边协商共同商定条件(Moore and Tymowski, 2005, 第 28 页)。从法律的角度, 可以说事先知情同意通过《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的第 11 条已经授予, 共同商定条件已经事先协商并得到缔约方的一致同意把共同商定条款纳入材料转让协议中, 获取者为了从多边系统中获得遗传资源必须同意材料转让协议的条款。

另外, 还应意识到缔约方可以自行决定对于多边系统管辖范围外的粮食和农业植物遗传资源也便利获取, 正如《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条第 3 款和第 4 款所预见的那样(Moore and Tymowski, 2005, 第 89 页)。

### ③ 惠益分享

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 13 条规定多边机制内惠益分享的共同认可条款。根据第 13 条第 1 款, 缔约方承认便利获取粮食农业植物遗传资源本身就是主要惠益。并且, 因利用这些遗传资源所产生的惠益应通过第 13 条第 2 款设计的多种机制进行公平、公正的分享:

- 交换信息;
- 获取和转让技术;

<sup>29</sup> 材料转让协议可以在这里下载: <ftp://ftp.fao.org/ag/planttreaty/agreements/smta/SMTAe.pdf>.

- 能力建设;
- 分享商业化产生的货币及其他形式的利益。

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》在惠益分享领域最为重要的创新体现在第 13 条 2 (d) (ii) 中。材料转让协议包括了要求获取方分享因利用从多边系统获得的粮食和农业植物遗传资源研发出产品商业化后获得的惠益的条款, 获取方应向由主管机构设立的国际基金支付公平的惠益分享金。如果限制对研发出的产品作进一步的研究和育种, 那么支付惠益分享金是强制性的要求。但如果并没有此限制性规定, 那么获取人不负有支付惠益分享金的义务, 但在道义上被鼓励这样做。因利用粮食和农业植物遗传资源产生的惠益应直接或非直接流入所有保护和利用这些资源的所有国家的农民, 特别是那些在发展中国家和经济转型期的国家的农民(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 13 条第 3 款)(Moore and Tymowski, 2005, 第 16 页)。

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》可以说是《名古屋议定书》第 4 条第 4 款所指的一份专门性的国际文书, 因此其适用优先于《议定书》的获取与惠益分享条款。并且, 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》附件涵盖的植物遗传资源可能会扩大, 可以符合《名古屋议定书》第 4 条第 3 款所指的相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法。这样的理解得到《名古屋议定书》序言中多个条款的支持, 这些条款明确承认《粮食和农业植物遗传资源国际条约》及其多边系统的重要性。

## (2) 《保护植物新品种国际公约》

《保护植物新品种国际公约》于 1961 年通过(1968 年正式实施)<sup>30</sup>, 建立国际保护植物新品种联盟(UPOV)。国际保护植物新品种联盟的宗旨是“提供和促进有效保护植物品种的制度, 旨在鼓励有益于社会的植物新品种的开发”。

农民自有农业以来就进行种子选育和育种的实践。《保护植物新品种国际公约》承认育种者在培育新植物品种的成就, 通过建立知识产权的一种特殊制度(sui generis)的保护方式来鼓励育种者开发新的植物品种, 这种特殊的保护方式是根据植物育种的特点制定的。该保护方式授予育种者“育种者权利”(又称为“植物新品种权”), 只要申请人开发的新植物品种符合以下的要求:

- 奇异性, 不同于现有的、一般已知的品种;
- 均一性;
- 稳定性;
- 新颖性, 该品种在申请保护的日期前还没有商品化<sup>31</sup>。

《保护植物新品种国际公约》第 15 条第 1 款规定三种育种者权利的强制性例外, 即育种者权利不适用于下列各项:

- 私人的非商业性活动(农民使用例外);
- 试验性活动(研究例外);

<sup>30</sup> 自通过以来, 《保护植物新品种国际公约》历经 1972 年、1978 年和 1991 年三次修改。

<sup>31</sup> 请看有关《保护植物新品种国际公约》的介绍: [www.upov.int/en/about/introduction.htm](http://www.upov.int/en/about/introduction.htm)。

- 培育其他新品种活动（育种者例外）。

并且，第 15 条第 2 款包括了农民自种自收的种子的非强制性例外，也称为“农民特权”，即“各缔约方仍可在不影响育种家合法权益的情况下，在适当的范围内，对任何品种的品种权予以限制，允许农民用自种自收形式，繁殖受保护品种以供自用”。

《保护植物新品种国际公约》认为育种者权利及其例外是一种特殊形式的获取与惠益分享。这反映了国际保护植物新品种联盟认为植物育种是可持续利用和发展遗传资源的基础部分，全世界的育种者需要获取各种形式的育种材料才能维持植物育种的最大发展，并同时为了社会的福利最大化使用遗传资源的观点<sup>32</sup>。因此它规定获取遗传资源是植物育种领域取得可持续的实质进展的关键要求，并以育种权各种例外的形式包含惠益分享的原则。

### （3）《联合国海洋法公约》

《联合国海洋法公约》于 1982 年通过，1994 年正式实施。《联合国海洋法公约》被认为是现今有关海洋国际法律框架的基石。《联合国海洋法公约》设立的法律框架是所有在海洋开展活动应遵守的规定，作为海洋领域国家、区域和全球行动和合作的基础，该法律框架具有重要的战略地位<sup>33</sup>。

《联合国海洋法公约》规定沿海国家在不同的海洋区域内行使不同的权利，并遵守以下义务：

- 在其内水与领海区域，沿海国对于在水体、海床和底土中发现的生命与非生命的自然资源行使主权；
- 在其毗连区和专属经济区，以及大陆架从基线延伸的 200 海里内，沿海国对于在水体、海床和底土中开采、保护和管理生命与非生命的自然资源等活动中行使主权；而对海洋科学研究和对海洋环境保护行使管辖权；
- 在其延伸大陆架（不超过 350 海里的基准或 100 海里的 2500 m 等深线），沿海国对于在水体、海底和底土中发现的非生命自然资源还有很久不动的物种——即“要么是海床上下不动的生物或只有在身体不断与海床和底土不断实际接触才可移动的生物”行使主权。

在这些区域内发现的海洋遗传资源的获取与惠益分享因有国内的法律规定而属于《名古屋议定书》管辖的范围。相反，在超出国家管辖范围的区域（ABNJ）发现的海洋遗传资源，也就是指公海和所谓区域（深海海床）不属于《名古屋议定书》的范围。

<sup>32</sup> 国际保护植物新品种联盟，遗传资源的获取与惠益分享——UPOV 的回复通知（2003 年 6 月 26 日），from the Executive Secretary of the Convention on Biological Diversity (CBD) (Council of UPOV, 37th ordinary session, 2003), p 2, at [www.upov.int/news/en/2003/pdf/cbd\\_response\\_oct232003.pdf](http://www.upov.int/news/en/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf).

<sup>33</sup> 联合国文件 A/RES/65/37 2010 年 12 月 7 日 Preambular para 4, 请参考：[www.un.org/Depts/los/general\\_assembly/general\\_assembly\\_resolutions.htm#2010](http://www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010)。

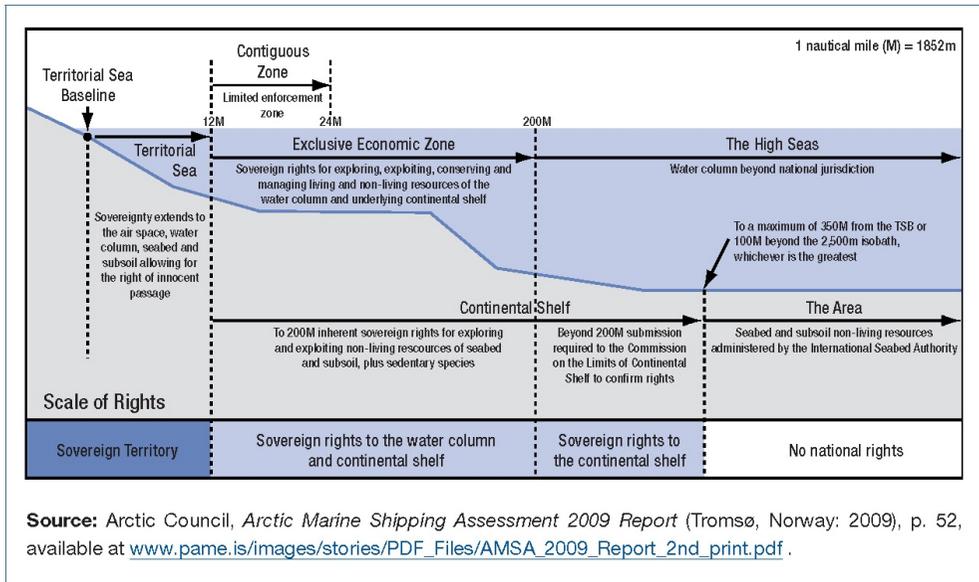


图3 根据《联合国海洋法公约》的不同海洋区域的概述

值得注意的是《联合国海洋法公约》并没有规定有关来自超出国家管辖范围的区域（ABNJ）的海洋遗传资源的获取与惠益分享的问题。事实上，“海洋遗传资源”这一术语没有在《公约》的文本上出现。《公约》在这一问题上的沉默引发了一个疑问，即有关在非国家管辖区域的海洋遗传资源的获取与惠益分享在《联合国海洋公约》下是否出现监管的真空。这一点引起各国的分歧，出于各国对《联合国海洋公约》中有关非国家管辖区域相关条款的不同解释。这些条款主要包括《联合国海洋公约》第七部分有关公海的规定，第十一部分“区域”以及第十三部分海洋科学研究。

不过，有关来自超出国家管辖范围的区域的海洋遗传资源的获取与惠益分享的问题正由联合国大会进行规定。几个有关“海洋和海洋法”的决议呼吁各国进一步考虑与“国家管辖范围之外的区域”的法律制度的相关问题<sup>34</sup>。2004年，联大成立了一个不限成员名额特设非正式工作组专门研究在“超出国家管辖领域”内的海洋生物多样性（BBNJ）的保护和可持续利用的问题<sup>35</sup>。这一BBNJ的过程有可能会促进制定一个在ABNJ内海洋遗传资源获取与惠益分享的机制。这与《生物多样性公约》的缔约方大会的决定是一致的，缔约方大会多次提及《联合国海洋公约》作为监管在超过国家管辖范围的区域获取与惠益分享活动的法律框架<sup>36</sup>。而且，《生物多样性公约》缔约方大会邀请联大进一步协调在ABNJ

<sup>34</sup> 例如联大决议65/37, UN doc A/RES/65/37, 2010年12月7日, 在[www.un.org/Depts/los/general\\_assembly/general\\_assembly\\_resolutions.htm#2010](http://www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010)。

<sup>35</sup> 联大决议59/24, UN doc A/RES/59/24, 2004年11月7日, para 73, 在[www.un.org/Depts/los/general\\_assembly/general\\_assembly\\_resolutions.htm#2010](http://www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010)。

<sup>36</sup> 《生物多样性公约》缔约方大会第7次会议决议VII/5, 海洋和沿海生物多样性 31; 《生物多样性公约》缔约方大会第8次会议决议VIII/21, 海洋和沿海生物多样性: 保护和可持续利用超出国家管辖范围的区域的深海海床的遗传资源; 《生物多样性公约》缔约方大会第9次会议决议: IX/20 海洋和沿海生物多样性。

区域内与保护和可持续利用遗传资源的工作<sup>37</sup>。

#### (4) 《南极条约》体系

《南极条约》体系，包括 1959 年的《南极条约》（于 1961 年生效）、1991 年《〈南极条约〉的环境保护议定书》（1998 年生效）以及 1980 年《南极海洋生物资源保护公约》（1982 年生效）与“60°纬度以南的地区，包括所有的冰架”（《南极条约》第六条）内海洋和沿海遗传资源的获取与惠益分享机制有关。在这些地理区域内发现的遗传资源同样不属于《名古屋议定书》的管辖范围。由于《南极公约》没有承认在南极区域内有主权国家（《南极公约》第六条），因此该领域属于超出国家管辖范围的区域。然而，《南极条约》体系建立一个特别的国际框架来管理《南极条约》区域下的活动，分享南极产生的惠益是其中一项重要目标。

## 2 与获取与惠益分享相关的国际进程

### (1) 粮农组织的粮食和农业遗传资源委员会

联合国粮农组织的粮食和农业遗传资源委员会（FAO Commission）根据粮农组织的章程第 6 条第 1 款于 1983 年成立。它的最初职责是处理与植物遗传资源有关的问题，在 1995 年其职责范围扩大到所有与粮食和农业有关的生物多样性方方面面的问题。

委员会制定了行为守则，特别是种质资源的收集和转让的行为守则和其他在遗传资源领域不具有法律约束力的政策工具。除了《粮食和农业植物遗传资源国际条约》，委员会还没有制定其他具有法律约束力的获取与惠益分享法律机制。然而根据委员会多年项目工作计划的部分工作内容显示，“委员会应持续审议所有粮农组织在粮食和农业遗传资源领域有关的政策、项目和活动，其中包括遗传资源的保护和可持续利用，以及公平公正地分享因其利用所产生的惠益”<sup>38</sup>。因此，粮农组织委员会可能会决定在未来进一步对粮食和农业生物多样性的特别组成部分制定有法律约束力的获取与惠益分享的制度，比如与粮食和农业有关动物遗传资源或者其他。《名古屋议定书》第 4 条第 2 款允许未来有专门性协定，但条件是这些协定必须支持并且不违背《公约》和《议定书》的目标。

<sup>37</sup> 《生物多样性公约》缔约方大会第 7 次会议决议，海洋和沿海生物多样性，55。

<sup>38</sup> 生物多样性公约秘书处，获取与惠益分享国际机制与其他与遗传资源有关的国际文书和论坛之前的关系的研究——《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和粮农组织的粮食和农业委员会（Study on the Relationship between an International Regime on Access and Benefit-sharing and Other International Instruments and Forums that Govern the Use of Genetic Resources – The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture and the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture of the Food and Agriculture Organization of the United Nations），UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/3/Part.1（Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2009），可以在以下网址下载：[www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09/information/abswg-09-abswg-07-inf-03-part1-en.pdf](http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09/information/abswg-09-abswg-07-inf-03-part1-en.pdf)。

#### 专栏 4 种质资源收集和转让的国际行为守则

种质资源收集和转让的国际行为守则旨在促进遗传资源的合理收集和可持续利用，避免侵蚀和保护种质资源资助方和收集方的利益。

认识到国家对植物遗传资源拥有主权，本自愿守则制定了有关要求和/或批准收集许可的标准和原则，给收集人提供了指南以及收集行动的资助方、基因库管理人和遗传资源利用者的权利和义务的范围。它要求在种质资源收集过程中要有农民和当地组织的参与，并提议种质资源的使用者与资源产地国家和农民分享因利用植物遗传资源所获得的惠益。

需要获得有关种质资源收集和转让的国际行为守则更多信息的，请参考 <http://www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-global/cgrfa-codes/en/>。

#### (2) 世界贸易组织

世界贸易组织（WTO）成立于 1995 年，是通过在成员国中实施贸易协定来规范国际贸易的国际组织。世贸组织的其中一项协议，《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）提出了与《生物多样性公约》有关的问题，特别是获取与惠益分享的问题。

《与贸易有关的知识产权协定》于 1994 年通过，是 WTO 的支柱之一，把知识产权规则引入多边贸易系统内。《与贸易有关的知识产权协定》的一些规定，特别是第 27 条的规定在实施《名古屋议定书》过程中应予以考虑。第 27 条规定了成员国有义务给予哪些发明专利保护，哪些可以排除在可专利范围之外。专利是由一个国家授予给申请人在一定时间内拥有的一项知识产权，以使该发明能够向公众公开。通常专利权给予专利持有人排他性的权利，可以禁止非经专利权人许可的人制造、使用、销售或分发受专利保护的发明。

根据《与贸易有关的知识产权协定》第 27 条第 1 款，可以获得专利保护的发明包括所有领域的技术的产品和方法。另外，该发明应符合专利的三项基本要求：

- 新颖性，是指该产品或方法必须是新的；
- 创造性，即该发明非显而易见/足够创新；
- 工业实用性，即该发明必须是有用的。

专利对于利用遗传资源及其相关传统知识的使用者用来保护其研究和发明获得的产品或方法是非常有用的工具，也就是说，专利对于保护遗传资源利用者的创新和投资是非常重要的。但同时，资源提供国很担心事先知情同意、商定条件和公平、公正分享惠益等原则是否在专利过程中得到了尊重。

第 27 条 3 (b) 规定了植物和动物发明，以及植物品种的可专利性和不可专利性。成员国被允许排除一些发明在专利范围之外，比如植物、动物和其他生物过程，但微生物和非生物和微生物过程应纳入可专利范围。植物品种应可以获得专利或特殊形式，或两者皆有的保护。

有关《名古屋议定书》和 WTO 条款关系的争议主要集中在遗传资源和与遗传资源有关的传统知识的来源披露，以及遵守原产国获取与惠益分享法律的问题上。这些问题根据

《与贸易有关的知识产权协定》目前的规定都不是获得专利保护应符合的条件。因此，是否应该修改《与贸易有关的知识产权协定》，使之有类似的专利要求的规定以促进 TRIPs 和《名古屋议定书》相互支持的问题正在被讨论。

### 专栏 5 使《名古屋议定书》和《与贸易有关的知识产权协定》实现相互支持的可选方案

不少国家提出了使《名古屋议定书》和《与贸易有关的知识产权协定》实现相互支持的方案。

- 修改《与贸易有关的知识产权协定》的规定，加入来源披露的强制性要求在专利申请中，申请人有义务披露所获得遗传资源及其传统知识的原产国，若申请人未能提供，将不予受理申请。

来源：玻利维亚、巴西、哥伦比亚、古巴、多米尼加共和国、厄瓜多尔、印度、秘鲁和泰国的意见书。

泰国（2005 年）：《生物多样性公约》和《与贸易有关的知识产权协定》的关系和传统知识保护——在相关国内制度下披露惠益分享证据义务的要素。与贸易有关的知识产权委员会，IP/C/W/442 2005 年 3 月 18 日。

- 修改世界知识产权组织的专利合作条约

修正案可以包括在专利申请中披露来源的义务——即授予遗传资源获取和/或与遗传资源相关的传统知识获取并参与了分享因其所利用产生的惠益的政府机构。专利合作条约中的处罚条款可以用于来源披露的违法情况。

另外，专利申请人可以被要求披露在发明中所使用的遗传资源或传统知识的地域来源。但是这一义务不同于获得专利的要求，违反来源披露义务的法律后果也可以不同于获得专利程序。

来源：瑞士的意见书（2004）。Additional Comments by Switzerland on its Proposal Submitted to WIPO Regarding the Declaration of the Source of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. IP/C/W/423, 14 June 2004. 欧盟的意见书（2002）Submission from the European Union（2002）. Communication from the European Communities and their Member States. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights IP/C/W/383, 17 October 2002.

- 制定国内法

基于《生物多样性公约》和《与贸易有关的知识产权协定》并没有冲突的理解，制定与专利制度区分开来的国内立法可能可以同时促进《生物多样性公约》和《与贸易有关的知识产权协定》的目标的实现。惠益分享可以通过基于国内的立法与合同规定来实现，合同的条款可包括来源披露的义务。

来源：美国的意见书（2004）Article 27（3）（b），Relationship between the TRIPs Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore. Communication from the United States. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right. IP/C/W/464, 26 November 2004.

### （3）世界知识产权组织

世界知识产权组织（WIPO）是联合国根据 1967 年《世界知识产权组织公约》建立的一个特别机构。它专门为了促进全球对知识产权的保护。WIPO 负责管理 24 个《条约》，包括《世界知识产权组织公约》。WIPO 下的几个委员会的讨论都与遗传资源和传统知识有关，特别是在知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达的政府间委员会（IGC）的讨论最为密切。IGC 是在 2000 年 WIPO 大会上成立的，作为成员国讨论知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达的论坛，还肩负着协商一个国际文本的任务，旨在制定一个有效的国际法律机制来确保对传统知识、传统文化/民间艺术表达和遗传资源的有效保护。另外，世界知识产权组织的 IGC 还建立了一个在线、可搜索的与生物多样性有关的获取与惠益分享协议及其相关信息的数据库，数据库的信息特别重视这些协议中有关知识产权方面的规定。

### （4）世界卫生组织

世界卫生组织（WHO）是联合国的一个特别机构，领导全球的卫生工作，制定与卫生有关研究的进程表，制定规则和标准，提供以证据为基础的政策选择，向各国提供技术支持和监督 and 评估卫生健康趋势。

世界卫生组织于 2005 年通过了《国际卫生条例》（IHR）。该《条例》的目标是促进预防和应对有可能成为全球性问题的公共健康风险。《国际卫生条例》明确各国报告公共卫生事件的权利和义务，并建立了一系列世界卫生组织在其工作中必须遵守的程序，以维护全球公共卫生安全。

另外，与《生物多样性公约》获取与惠益分享谈判并行进行的讨论是世界卫生组织有关获取病原体，特别是流感病毒及其分布，以及有用的疫苗的获取。这一进程因印度尼西亚的举动而加快，印度尼西亚在 2007 年年初停止向世界卫生组织发送 H5N1 病毒样本，主要基于的理由是要求建立一个向发展中国家提供更为公平的获取疫苗的制度。其促成的结果是第六十届世界卫生大会决定建立一个新的分享病毒的全球机制，即在全球大流感出现的情况下对贫穷国家更为公平的机制<sup>39</sup>。

2011 年《共享流感病毒和获得疫苗和其他利益大流行性流感防范框架》（PIPF）获得世界卫生组织的采纳<sup>40</sup>。PIPF 是一个新的框架，对多边的惠益分享体系作出安排。它的其中一个重要目标是公平地获取负担得起的疫苗，同时确保病毒的样本能够发送至世界卫生组织系统，从而确保评估和分析公共健康风险和开发疫苗所需要的关键信息是可获得的。

根据 PIPF 的第 3 条规定，PIPF 仅适用于共享 H5N1 病毒及其他有可能引起人类流感

<sup>39</sup> 世界卫生大会决议 60.28, of 23 May 2007, Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits (Sixtieth World Health Assembly, 2007), WHA60.28, Agenda item 12.1, at [apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHASSA\\_WHA60-Rec1/E/reso-60-en.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHASSA_WHA60-Rec1/E/reso-60-en.pdf).

<sup>40</sup> 世界卫生大会决议 64.5, of 24 May 2011, Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits (Sixty-fourth World Health Assembly, 2011), WHA64/5, Agenda item 13.1, at [apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA64/A64\\_R5-en.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_R5-en.pdf).

大流行的流感病毒，而不包括季节性流感病毒或其他非流感病原体或生物物质，这些物质可以被包含在临床标本。其目的是加强对大流行流感的防治，改善和加强世界卫生组织全球流感监测和应对系统。同时，PIPF 的目标是建立一个公平、透明和公正的系统共享 H5N1 和其他可能引起人间大流行的流感病毒以及获得疫苗和其他利益的分享。

PIPF 可以被认为是《名古屋议定书》第 4 条第 4 款所指的特别国际文书，在其框架内处理的个案应该在《名古屋议定书》的第 8 条 (b) 的规定中理解<sup>41</sup>。

在以下的部分，《名古屋议定书》的每一条款及其附件都会被分析，并同时提供和这些条款有关的背景以及对其规定的义务和承诺进行解释。接下来，我们会分析《名古屋议定书》通过后的意义以及提出一些促进其有效实施的想法。最后将提供本报告写作的参考文献和已经供参考的补充性材料。

---

<sup>41</sup> 还应注意到其他与病原体有关的实践也是有的，称为世界动物卫生组织和国际植物保护公约组织。

## 六 正文

### 引 言

本《议定书》缔约方，

作为《生物多样性公约》（以下简称《公约》）的缔约方，

回顾公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益是《公约》三项核心目标之一，并认识到本议定书致力于在《公约》内实施这一目标，

重申国家对其自然资源拥有主权，并根据《公约》相关条款，

又回顾《公约》第 15 条，

认识到根据《公约》第 16 条和第 19 条，通过技术转让与合作研究和创新的能力增加的发展中国家遗传资源的价值所产生的对于可持续发展的重要贡献，

认识到公众对生态系统和生物多样性的经济价值的认识，以及与生物多样性的监管人公正和公平地分享这种经济价值，是保护生物多样性和可持续利用其组成部分的关键性激励因素，

承认获取与惠益分享有助于保护和可持续利用生物多样性、消除贫困和环境的可持续性，从而有助于实现“千年发展目标”的潜在作用，

承认获取遗传资源与公正和公平地分享利用此种资源所产生惠益之间的联系，

认识到就获取遗传资源与公正和公平地分享其利用所产生惠益提供法律确定性的重要性，

进一步认识到促进遗传资源的提供者 and 使用者就共同商定条件进行公平与公正谈判的重要性，

还认识到妇女在获取与惠益分享方面发挥的重要作用，并确认让妇女全面参与所有层次的生物多样性保护政策的制定和执行的必要性，

决心进一步支持《公约》关于获取与惠益分享条款的有效执行，

认识到需要采取创新性方法，以便处理在跨界情况下或无法给予或获得事先知情同意的情况下，公正和公平地分享利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益的问题，

认识到遗传资源对于粮食安全、公共健康、生物多样性的保护以及减缓和适应气候变化的重要性，

认识到农业生物多样性的特殊性质、其独有特点和需要区别性解决方案的问题，

**认识到**各国在粮食和农业遗传资源方面相互依存，以及在减贫及应对气候变化方面，遗传资源对于实现世界粮食安全和农业可持续发展的特殊性和重要性，并承认《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和粮农组织粮食农业遗传资源委员会在这方面的根本作用，

**意识到**世界卫生组织《国际卫生条例》（2005年）和为了公共健康防范和应对的目的确保获得人类病原体的重要性，

**承认**获取与惠益分享方面其他国际论坛当前进行的工作，

**回顾**与《公约》协调一致制定的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》下的获取与惠益分享多边制度，

**认识到**与获取与惠益分享相关的国际文书应该相互支持，以期实现《公约》的目标，

**回顾**《公约》第8条(j)与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惠益的关联性，

**注意到**遗传资源与传统知识间的相互联系，其对土著和地方社区具有密不可分的性质，传统知识对于保护生物多样性和可持续利用其组成部分的重要性，以及对于土著和地方社区可持续生计的重要性，

**认识到**土著和地方社区持有或拥有与遗传资源相关的传统知识的情况的多样性，

**意识到**在其社区内查明与遗传资源相关的传统知识的正当持有者是土著和地方社区的权利，

**进一步认识到**在一些国家与遗传资源相关的传统知识持有的特殊情况，这种知识以口头、文献记录或其他形式存在，这反映了同保护和可持续利用生物多样性相关的丰富文化遗产，

**注意到**《联合国土著人民权利宣言》，

**确认**本议定书的任何规定均不得被解释为削弱或取消土著和地方社区的现有权利，

兹协议如下：

## A. 背景

国际条约的引言构成条约不可分割的一部分。《维也纳条约法公约》（1969年通过，1980年开始生效）规定，引言为解释条约提供了上下文，与约文的其他部分拥有同等的法律地位。

因此引言的法律目的在于为解释条款提供帮助，同时解决进一步磋商中有关规定或上下文之争议性解释。它有助于我们深入了解有关条约的协商和采用的议题，这也是缔约方所关心和为之努力的，并找出要解决的问题和达成协议所需要的实际条件。

此外，引言通常包含条约实施条款中尚未完全达成的一些段落，从而含有随后的实质性条款所不具备的一些言外之意（《〈生物多样性公约〉指南》，1994，第9页）。因此，对将来条约的实际实施也具有重要作用。

在《名古屋议定书》形成的过程中，有几次由于无法通过协商就某些议题达成共识而形成正式条文，引言发挥了其桥梁作用，使各方达成了一致（Tsioumani, 2010，第289页）。

此外，应该注意到《名古屋议定书》的引言通常指向缔约方认为与之相关的国际条约。因此，充分考虑引言的作用可以帮助我们为实现《名古屋议定书》倡导的获取与惠益分享概念而制定连贯的、完整的法律和政策。但是，我们必须认识到引言的每一个段落开头的动词（如“认识到”、“回顾”、“承认”、“意识到”）赋予了其后的约文不同的力量 and 意义。

## B. 解释

作为《生物多样性公约》（以下简称《公约》）的缔约方，

《生物多样性公约》（简称《公约》）是一部全面针对生物多样性议题的国际性条约，同时为《议定书》的制定提供了大量的标准（《公约》第 23 条 4（c）和第 28 条）。这第一句话指出，只有《生物多样性公约》的缔约方才能成为《名古屋议定书》的缔约方。

**回顾**公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益是《公约》三项核心目标之一，并认识到本议定书致力于在《公约》内实施这一目标，

本句将《名古屋议定书》与《公约》的第三项核心目标的实施联系起来，把《议定书》清楚地置于《公约》的框架之内。它预示了《议定书》的目标，消除了与其他出于类似目的制定的国际性条约对比时，对条款意思产生的任何困惑。

**重申**国家对其自然资源拥有主权，并根据《公约》相关条款，

国家对其自然资源拥有主权这一国际法原则自后殖民时代开始就一直存在，在 1962 年的《联合国大会关于自然资源的永久主权的决议》<sup>42</sup>中得到公开承认。1972 年联合国人类环境大会通过的《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则第 21 条清楚地表明了这一点。1992 年通过的《联合国环境和发展大会宣言》原则第 2 条再次表明。正如《公约》在其导言中所注意到并在第 3 条和第 15 条第 1 款中实施的那样，该原则是《公约》的基础。

**又回顾**《公约》第 15 条，

《公约》第 15 条为与遗传资源的获取及公平公正地分享利用遗传资源所产生的惠益提供了相关的法律机制。它的全面实施是《名古屋议定书》协商和通过的基础之一。此外，应该注意到《议定书》第 3 条确定其范围与《公约》第 15 条相关。

**认识到**根据《公约》第 16 条和第 19 条，通过技术转让与合作研究和创新的能力增加的发展中国家遗传资源的价值所产生的对于可持续发展的重要贡献，

《公约》第 16 条（技术的取得和转让）和第 19 条（生物技术的处理及其惠益的分配）旨在推动可持续发展，这是《公约》的一项隐含原则，也是当代社会所面临的根本挑战。这一引言句认识到两个条款的重要性，从而预示了缔约方在《名古屋议定书》第 23 条关于技术转让、协作与合作中的义务。

**认识到**公众对生态系统和生物多样性的经济价值的认识，以及与生物多样性的监管人公正和公平地分享这种经济价值，是保护生物多样性和可持续利用其组成部分的关键性激励因素，

<sup>42</sup> 《联合国大会关于自然资源的永久主权的决议》第 1803 号，联合国文件 A/5217，1962 年。

公众对生态系统和生物多样性的经济价值的认识, 以及与生物多样性的监管人公正和公平地分享这种经济价值, 是保护生物多样性和可持续利用的重要激励因素。由联合国环境规划署主办的生态系统和生物多样性经济学计划推出的一系列报告引起了大家对全球生态系统经济效益的关注, 强调因生物多样性损失及生态系统退化带来的成本不断上升, 并提供科学、经济的专家意见, 推荐决策者、公民和企业采取适当的行动 (Kumar, 2010; Ten Brink, 2011; Bishop, 2011)。《公约》第 13 条指出, 对此类话题的公众认识和教育是《公约》的一个重要方面。《名古屋议定书》第 21 条“提高认识”根源于此。

**承认**获取与惠益分享有助于保护和可持续利用生物多样性、消除贫困和环境的可持续性, 从而有助于实现“千年发展目标”的潜在作用,

该引言句回顾, 获取与惠益分享和达成《公约》的其他两个目标——保护生物多样性及其持续使用有直接关系。它同时希望获取与惠益分享可以使经济效益覆盖的范围更广, 从而减少生物多样性监管人与社区的贫困, 推动环境可持续发展, 因为如果这些社区觉得保护他们的自然资源有利可图, 他们就有保护的动机。在保证环境可持续的同时消除极端贫困和饥饿, 是联合国大会在 2000 年通过的《千年宣言》<sup>43</sup>中 8 个限期完成的“千年发展目标”中的 2 个。

**承认**获取遗传资源与公正和公平地分享利用此种资源所产生惠益之间的联系,

本句认识到这一事实, 即如果不能获取遗传资源并加以利用, 就没有惠益分享。《公约》第 15 条已经将获取遗传资源与公平公正的惠益分享联系起来。2002 年的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》(《波恩准则》, 2002 年) 进一步发展了这种联系。在《名古屋议定书》中, 这种联系主要体现在第 3 条(目标)、第 5 条(公平和公正的惠益分享)及第 6 条(遗传资源的获取)。

**认识到**就获取遗传资源与公正和公平地分享其利用所产生惠益提供法律确定性的的重要性,

《公约》中有关获取与惠益分享条款实施中的一大难题在于很多国家的获取与惠益分享法律框架不够清楚, 因此对遗传资源的使用者和提供者都不能提供必要的法律确定性。在这样的条件下, 在遗传资源及与遗传资源相关的传统知识的研发中, 获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生的惠益常常不能完全发挥其作用。《波恩准则》为获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生的惠益框架的发展提供了指导, 但由于准则是自愿实施, 因而不能提供完全的法律确定性。《名古屋议定书》试图建立更大的法律确定性, 为用户和提供者之间更多的信任打下基础。《议定书》第 6 条第 3 款及其下属条款特别致力于这一问题。

进一步**认识到**促进遗传资源的提供者和使用者就共同商定条件进行公平与公正谈判的重要性,

《生物多样性公约》第 15 条第 4 款要求必须在共同商定的条件下方能获取遗传资源。但是, 遗传资源的提供者和使用者也许会有不一样的立场。这会导致不公正和不公平的获取合同的签订, 特别是对一些土著和地方社区, 这就破坏了《生物多样性公约》在公正公

<sup>43</sup> 《千年宣言》, 联合国大会决议第 55/2 号, 2000 年 9 月 18 日。

平的基础上分享惠益的初衷。《名古屋议定书》认识到这一点，所以致力于促进公平的协商而不是通过不同的条款实现像能力建设之类的利用，包括促进协商的公平与公正（第 22 条第 5 款（b）），或共同商定条款的示范合同条款（第 19 条第 1 款）。

**还认识到**妇女在获取与惠益分享方面发挥的重要作用，并确认让妇女全面参与所有层次的生物多样性保护政策的制定和执行的必要性，

《生物多样性公约》的导言认识到妇女在保护生物多样性和其可持续使用方面发挥的重要作用，在生物多样性保护政策制定和实施方面全面参与，展现了其价值。本句在参考《生物多样性公约》的基础上，尤其认识到妇女在获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益中的重要作用。在全球范围内，妇女都是生物多样性的使用者和监护者。她们与生物多样性有着独特的关系，在野生植物收集、家庭园艺、植物驯养、药草栽培和种子监护等领域处于主导地位（Aguilar et al., 2008）。在有些地区，妇女会规定野生种类的收获时间，以确保可持续发展（《生物多样性公约指南》，1994，第 12 页）。根据她们的监护人角色，本句确认妇女应该全面参与生物多样性政策制定和实施的各个方面，包括参与遗传资源及与遗传资源相关的传统知识的使用的决策过程，比如事先知情同意和共同商定谈判。与妇女相关的条款出现在《议定书》第 12 条第 3 款（与遗传资源相关的传统知识），第 22 条第 3 款和第 5 款（能力），和第 25 条第 3 款（财务机制和资源）。《名古屋议定书》实施中进一步的性别主流化可以归功于《人权法》、《可持续发展法》和《公约》规定的义务的实现（Quesada-Aguilar et al., 2008）。

**决心进一步支持**《公约》关于获取与惠益分享条款的有效执行，

本句强调了《生物多样性公约》缔约方使《生物多样性公约》有关获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的条款有效实施的愿望。缔约方认识到在《生物多样性公约》通过后的头十年获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益未能充分地予以执行。于是，2002 年《生物多样性公约》第 6 次缔约方大会提出了《波恩准则》<sup>44</sup>，呼吁在当年早些时候召开的可持续发展世界首脑会议上行动起来，协商一个国际性的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的制度。

**认识到**需要采取创新性方法，以便处理在跨界情况下或无法给予或获得事先知情同意的情况下，公正和公平地分享利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益的问题，

因为生物多样性和传统知识并不局限于一国边界，在有些情况下多个国家都有遗传资源，与遗传资源相关的传统知识散布在不同国家的社区之中。本引言句即针对这些情况，而在《议定书》第 10 条（全球多边惠益分享机制）和第 11 条（跨界合作）作了说明。第 11 条再次确认需要合作，以处理跨界情况下的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识问题。

**认识到**遗传资源对于粮食安全、公共健康、生物多样性的保护以及减缓和适应气候变化重要性，

本句承认遗传资源在处理与人类和环境有关的问题时的重要作用，并描述了需要获取

<sup>44</sup> 可持续发展世界首脑会议实施计划，第 44 段。

遗传资源之外的一些重要推动力。前三个问题预示了《名古屋议定书》第 8 条，该条款为缔约方发展和实施获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益法律法规作了特殊考虑。这些特殊考虑包括创造条件，简化出于非商业性研究目的的获取措施，促进和鼓励有助于生物多样性保护和可持续利用的研究，适当注意各种威胁或损害人类、动物或植物健康的紧急情况及考虑遗传资源对于粮食和农业的重要性及其对于粮食安全的特殊作用。由于《名古屋议定书》只在引言中提到了气候变化，应该注意到这句话中遗传资源在面对气候变化时保证种群生存的重要性，这一点很重要。

**认识到**农业生物多样性的特殊性质、其独有特点和需要区别性解决方案的问题，

农业生物多样性更多的是由人培育的，而不是一个自然进化的过程，因此一般来说与生物多样性有所区别。《生物多样性公约》缔约方大会的决定认识到了农业生物多样性的特殊性质，于是制定了关于农业生物多样性的工作方案<sup>45</sup>。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》解决了农业植物生物多样性与《生物多样性公约》能否协调一致的挑战问题。

**认识到**各国在粮食和农业遗传资源方面相互依存，以及在减贫及应对气候变化方面，遗传资源对于实现世界粮食安全和农业可持续发展的特殊性和重要性，并承认《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和粮农组织粮食农业遗传资源委员会在这方面的根本作用，

人类依赖于粮食和农业遗传资源的一系列全球贸易。本句认识到各国在这些遗传资源方面的相互依存，以及它们在与《粮食和农业植物遗传资源国际条约》条款和粮农组织粮食农业遗传资源委员会要求的粮食安全和农业可持续发展方面的重要性，粮农组织在保护这些资源和监督《粮食和农业植物遗传资源国际条约》实施方面发挥了重要作用（见“介绍”第五部分）。《名古屋议定书》的约文并未提到《粮食和农业植物遗传资源国际条约》，但是在第 4 条第 4 款“与国际协定和文书的关系”中规定了其关系。

**意识到**世界卫生组织《国际卫生条例》（2005 年）和为了公共健康防范和应对的目的确保获得人类病原体的重要性，

在《名古屋议定书》协商过程中，缔约方担心议定书的规定会阻碍与人类健康相关的病原体材料的获取。于是序言中引用了世界卫生组织确立的提升国家、地区和国际公共卫生安全的国际性法规——《国际卫生条例》，提醒缔约方在卫生安全方面的国际责任，以及获得病原体对流行性疾病防治的重要性。《名古屋议定书》生效 6 个月之后，2011 年 4 月，世界卫生组织通过了《流感大流行防治框架》，以分享流感病毒及疫苗的获取及其他惠益（见“导言”的 E 部分）。尽管《流感大流行防治框架》强调了分享病毒的准则，但它并不构成具有法律约束力的义务（Fidler and Gostin, 2011）。

**承认**获取与惠益分享方面其他国际论坛当前进行的工作，

一些不同的论坛已经讨论过获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益问题（“导言”的第五部分），包括粮食农业遗传资源委员会的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》、世界知识产权组织、世界卫生组织、世界贸易组织、《联合国海洋法公约》（Andersen et al., 2010）。本句预示了《名古屋议定书》第 4 条第 3 款——相互支持国际文书和相关国际组织下开展的与获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益相

<sup>45</sup> 第 2 次缔约方大会决定 II/15 及第 5 次缔约方大会决定 V/5。

关的现行工作或做法。

**回顾**与《公约》协调一致制定的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》下的获取与惠益分享多边制度。

保证粮食和农业遗传资源的获取对食品安全至关重要。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》建立了获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的多边体系，以方便获取附件 I 中列出的 29 种已进入公共领域并由缔约方管理和控制的饲用植物，同时还包括来源于国际农业研究咨询组织的国际农业研究中心的移地保护来源、未在附件 I 列出的植物（见“导言”E 部分）。由于多边体系满足了《粮食和农业植物遗传资源国际条约》与《生物多样性公约》和谐发展的目标，《名古屋议定书》第 4 条第 4 款以此为例说明了专门性获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益机制。该体系可能会因此提供有用的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的实践，应该根据《议定书》第 4 条（3）予以充分考虑。

**认识到**与获取与惠益分享相关的国际文书应该相互支持，以期实现《公约》的目标，这句话认识到有关获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的国际文书，例如《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和《名古屋议定书》，不应该意见相左，而应协同工作以达成《生物多样性公约》的目标。在此基础上，《议定书》第 4 条第 3 款要求以同其他相关的国际文书相互支持的方式予以执行。适当注意在这些国际文书和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法，但条件是这些工作和做法支持并且不违背《公约》和议定书的目标。

**回顾**《公约》第 8 条（j）与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惠益的关联性。

《生物多样性公约》第 8 条（j）是保护与遗传资源相关的传统知识的基础之一，也是促成《名古屋议定书》的实质因素。它要求缔约方依照国家立法，尽可能并酌情尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践，并促进其广泛应用，在此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。《议定书》为与传统知识相关的遗传资源的拥有者提供了法律确定性，尤其是第 5 条第 5 款针对公正和公平的惠益分享，第 7 条针对事先知情同意或核准和参与，以及共同商定条件，第 12 条针对土著和地方社区的习惯法、社区规约和程序。

**注意到**遗传资源与传统知识间的相互联系，其对土著和地方社区具有密不可分性质，传统知识对于保护生物多样性和可持续利用其组成部分的重要性，以及对于土著和地方社区可持续生计的重要性。

传统知识构成土著和地方社区的文化遗产和知识产权。本句提及土著和地方社区的知识与遗传资源、土著社区的整体世界观和他们的与自然的文化关系之间的联系。具体的措辞来自 2009 年 6 月 16—19 日在印度海德拉巴召开的关于和获取与惠益分享国际制度范畴内遗传资源有关的传统知识问题的技术和法律专家组会议的报告。

**认识到**土著和地方社区持有或拥有与遗传资源相关的传统知识情况的多样性。

本句认识到传统知识存在于很多不同的情形，在获取的时候必须加以考虑。例如，与

遗传资源相关的传统知识可能由个人或集体持有，而习惯法、程序或实际做法可能会限制其在社区之外的使用。

**意识到**在其社区内查明与遗传资源相关的传统知识的正当持有者是土著和地方社区的权利，

本句认识到土著和地方社区有权决定谁可以分享其传统知识，从而为使用者查明其正当的来源以取得事先知情同意（或保证核准和参与），并共同商定条件分享利用遗传资源所产生的惠益。依据《名古屋议定书》条款从这些社区获取的一些信息可能会有特殊的价值或者是神圣的知识，也突显了与正当持有者联系的重要性。这一点为《议定书》第 12 条，需要建立规约做了铺垫。第 12 条 3（a）旨在促进这一点。此外，应注意到规约要求缔约方遵循国内法律，在履行《议定书》规定的责任时，考虑土著和地方社区的习惯法、社区规约和程序（第 12 条第 1 款），通过土著和地方社区的有效参与，建立相关机制，让与遗传资源有关的传统知识的潜在使用者了解他们的责任（第 12 条第 2 款）。

**进一步认识到**在一些国家与遗传资源相关的传统知识持有的特殊情况，这种知识以口头、文献记录或其他形式存在，这反映了同保护和可持续利用生物多样性相关的丰富文化遗产，

本句认识到与遗传资源相关的传统知识并非一定由某一特定社区拥有，它可能是群体分享的文化遗产，由国家而不是社区所拥有。这种广泛持有的知识包括像印度传统医学（如阿育吠陀、尤纳尼和悉达）和传统中医药之类的医药体系。本句还认识到生物多样性保护及其可持续利用的传统知识的重要性。

**注意到**《联合国土著人民权利宣言》，

2007 年，联合国大会几乎全体一致通过了《联合国土著人民权利宣言》，此后，4 个持有异议的国家（澳大利亚、加拿大、新西兰和美国）也签署了宣言。宣言的很多条款与《名古屋议定书》的解释和执行有关，特别是第 6 条第 2 款（获取遗传资源）、第 7 条（获取与遗传资源相关的传统知识）和第 12 条（与遗传资源相关的传统知识）。具体例子包括自然资源主权、准予获取其资源、进入其领土的权利、对传统知识和文化的权利和在其领土上免费的事先知情同意权利。在《名古屋议定书》中，只有此处提到《联合国土著人民权利宣言》，这也是在国际条约中首次提到该宣言（Koutouki, 2011, 第 5 页）。

**确认**本议定书的任何规定均不得被解释为削弱或取消土著和地方社区的现有权利，

此确认的目的是认识土著和地方社区的现有权利，防止《名古屋议定书》被解释为会削弱或取消这些权利。

## 第 1 条 目标

本《议定书》的目标是，公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益，包括通过适当获取遗传资源和适当转让相关的技术，同时亦顾及对于这些资源和技术的所有权利，并提供适当的资金，从而对保护生物多样性和可持续地利用其组成部分作出贡献。

## A. 背景

第1条指定了《名古屋议定书》的目标及其核心作用。目标为解释提供了上下文，为缔约方在国内的实施提供指导，同时也与将来议定书生效之后在国际层面的工作相关联。(Nijar, 2011b, 第1页)。包括《生物多样性公约》缔约方大会作为《名古屋议定书》缔约方会议，其他相关的文书制定工作，这些文书必须支持《名古屋议定书》的目标而不是与之相反。目标同时提供了“标尺”，以评估《名古屋议定书》的有效性(Nijar, 2011b)。

议定书的第一个目标逐字复述了《生物多样性公约》的第三个目标：公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益，包括通过适当获取遗传资源和适当转让相关的技术，同时亦顾及对于这些资源和技术的的所有权利，并提供适当的资金(《生物多样性公约》第1条)。议定书的完整目标是保证惠益分享的同时为《生物多样性公约》的第一个和第二个目标(保护生物多样性和持续利用其组成部分)作出贡献。我们注意到虽然《名古屋议定书》在正文中提到了与遗传资源相关的传统知识，但在第1条中并未直接提及，这一点很有意思。

## B. 解释

《议定书》将公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益作为其目标。达成这个目标不可避免地要包括“使用者”适当获取遗传资源和向“提供者”适当转让相关的技术。鉴于此，必须对遗传资源和技术的所有权利予以承认。此外，也需要公共和私营部门以“适当的”方式提供资金。

《名古屋议定书》提出公正公平的惠益分享的目标，期望它的实行可以对保护生物多样性和持续使用其组成部分有所贡献。议定书清楚地说明了获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益与保护和可持续使用之间的直接联系，而《生物多样性公约》尽管需要达成所有三个目标的和谐统一，却并未在其目标中说明这种联系。

作为一个附属的法律文书，《名古屋议定书》存在的目的就是实现其主管条约的条款。因此，其目标列举了《生物多样性公约》约文中很多不同但互相关联的概念作为参考，特别是《生物多样性公约》第15条(遗传资源的获取)、第16条(技术的取得和转让)、第19条(生物技术的处理及其惠益的分配)、第20条(资金)和第21条(财务机制)。议定书在一些条款中执行了这些概念，如第5条(公正和公平的惠益分享)、第6条(遗传资源的获取)、第9条(为保护和可持续利用作出贡献)、第10条(全球多边惠益分享机制)、第23条(技术转让，协作与合作)和第25条(财务机制和资源)。此外，在条约的其他部分也提到了《名古屋议定书》的目标，如第4条、第14条、第21条和第23条。因此，应着重强调目标在整个《议定书》条款解释中的作用。

### **公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益**

缔约方必须做到公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益，这是《生物多样性公约》的核心目标，也是第15条获取遗传资源的基础(Glowka, 1998, 第3页)。《生物多样性公约》第15条第7款特别要求缔约方按照共同商定的条件，采取立法、行政或政策

性措施，以期与提供遗传资源的缔约国公平公正地分享所获的利益（Glowka, 1998, 第 10 页）。

《生物多样性公约》在第 15 条第 6 款、第 15 条第 7 款、第 16 条第 3 款、第 16 条第 4 款、第 19 条第 1 款和第 19 条第 2 款中列出了一些遗传资源提供方惠益分享的例子。对这些条款的确切内容的争议和付诸执行的复杂性作为《名古屋议定书》协商之外要解决的问题之一，在《名古屋议定书》第 5 条中对公正和公平的惠益分享作了更清楚的说明。

#### **适当获取遗传资源**

《生物多样性公约》第 15 条第 2 款要求缔约方便利其他缔约国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公约目标的限制。第 15 条第 3 款确定，缔约国提供的遗传资源，仅限于这种资源原产国的缔约国或按照公约取得该资源的缔约国所提供的遗传资源。第 15 条第 4 款要求获取遗传资源要按照共同商定的条件并遵照第 15 条的规定进行。《生物多样性公约》第 15 条第 5 款要求遗传资源的取得须经提供这种资源的缔约国事先知情同意，除非该缔约国另有决定。《名古屋议定书》在第 6 条“获取遗传资源”中再次确认并澄清了这些原则。

#### **适当转让相关技术**

《生物多样性公约》第 16 条指出，技术的获取和转让是《生物多样性公约》框架的有机组成部分，是实现《公约》目标必不可少的要求，特别是《公约》的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的条款。《生物多样性公约》缔约国明显地认识到发展中国家缔约国有效地履行其根据《公约》作出的承诺的程度将取决于发达国家缔约国有效地履行其根据《公约》就技术转让作出的承诺。

适当转让相关技术这个概念与基于特别需要和行为分享技术的义务紧密相连。“相关”技术指的是与生物多样性保护和持续利用相关的技术或利用遗传资源而不对环境造成重大损害的技术。“适当”转让应按公平和最有利条件提供给予便利，包括共同商定时，按减让和优惠条件提供或给予便利。转让主体可以是政府部门与/或私营部门。它要求充分尊重知识产权，但要求此种知识产权有助于而不违反公约的目标（《生物多样性公约》第 16 条第 5 款）。在获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益背景下进行技术转让的详细说明请见《名古屋议定书》第 23 条。

#### **对遗传资源和技术的权利**

《生物多样性公约》第 3 条和第 15 条第 1 款确立了国家具有对其自然资源的主权，包括遗传资源，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。但是，这并不是赋予了国家对遗传资源的所有权，而是允许其按照国家法律决定遗传资源的所有权归属（Glowka et al., 1994, 第 76 页）。国家法律可以判定遗传资源的所有权属，比如说，私人土地拥有者、土著和地方社区、其他利益相关者，或者是国家。其他的法律赋予利益相关者生物资源的所有权，但是要利用遗传资源必须取得国家的批准。此外，其他人也可以拥有公共领域的遗传资源和技术（Cabrera Medaglia and López Silva, 2007, 第 3 页）。有些国家也许会选择不改变利益相关者在某些领域对遗传资源的既有法定权利。另外一些国家则要求获取利用遗传资源需取得国家政府的明确授权。考虑到法律系统的多样性，《生物多样性公约》和《名古屋议定书》都未在内容中明确对遗传资源和技术的这些权利，而

是由各国不同的法律系统自行决定。

### 适当提供资金

要完成获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的目标，使发展中国家通过并履行其对《生物多样性公约》的承诺，资金也至关重要。《名古屋议定书》的第25条就来源于《生物多样性公约》的第20条（资金）和第21条（财务机制）。“适当”这个术语把资金与发展中国家和发达国家及缔约国的特别需要、能力和目标联系在了一起。

保护生物多样性、持续利用其组成部分是《生物多样性公约》的三大目标中的其中之一。因为《生物多样性公约》的三大目标被看作是一个整体，因而获取遗传资源并公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益一直被视为对前两个目标的反馈。2002年《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》第48条第一次明确提出惠益应由是否促进保护和可持续使用来主导（《波恩准则》，2002年）。《名古屋议定书》在引言中创造性地提出，它认识到获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的价值产生的对保护和可持续使用的重要贡献，在目标中将惠益与保护和可持续使用相联系，要求缔约国鼓励使用者和提供者双方将利用遗传资源所产生的惠益用于保护生物多样性和可持续利用其组成部分（第9条）并考虑制定全球性多边惠益分享机制，支持全球生物多样性保护和其组成部分的可持续利用（第10条）。

## 第2条 用语

《公约》第2条所定义的术语适用于本《议定书》。此外，为本《议定书》的目的：

- (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。

### A. 背景

在《条约》正文中用专门的条款解释重要术语的意思是国际法中经常使用的技巧，包括多边协议。一个列好术语定义清单为《条约》中的具体用语提供了清楚而具有法律确定性的解释，其意思可能不同于该词的日常和科技定义。这也有利于条约操作条款的起草。

法律定义对某一特定法律案文是专门的，旨在单独地促进对用于某一协定中术语的解释。对《名古屋议定书》来说，这意味着它的定义（如“遗传资源的利用”）与《生物多

多样性公约》的定义是互相独立的，除非另有说明；反之，《生物多样性公约》的定义不能自动适用于《名古屋议定书》。

《名古屋议定书》定义的新术语相对较少，但是它的两个创新——“利用遗传资源”和“衍生物”解决了《名古屋议定书》协商中的一些主要争论。它们与“生物技术”这个重复的定义一起构成了《生物多样性公约》缔约方大会第 10 次会议由日本主席经协商在最后一天提出的一揽子折中方案，它们构成了《名古屋议定书》的主要执行条款(Tsioumani, 2010, 第 289 页; Buck and Hamilton, 2011)。定义深受 2008 年 12 月在纳米比亚温得和克召开的关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议提交的报告的影响<sup>46</sup>。

但是，《名古屋议定书》并未对其他很多给出详细定义。如“获取遗传资源”、“获取与遗传资源相关的传统知识”、“研究与开发”以及“与遗传资源相关的传统知识的利用”等。要决定这些未定义的术语的内容，就要应用国际法关于解释的通则，即：在没有确定特殊意思的情况下，《条约》应依其用语按其上下文并参照《条约》之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之（《维也纳条约法公约》，第 31 条第 1 款）。这与很多使用习惯法的国家解释法规的方式是一致的。

## B. 解释

《公约》第 2 条所定义的术语适用于本《议定书》。此外，为本《议定书》的目的：

《名古屋议定书》第 2 条的起首条款采用了《生物多样性公约》的所有定义，并增加了 5 个新术语。它清楚地表明，《生物多样性公约》第 2 条所包含的所有定义都适用于《名古屋议定书》，无需再次重复。但是，《名古屋议定书》对“生物技术”重新定义，因为它与像“利用遗传资源”和“衍生物”这样的新术语有关。

### 专栏 6 《生物多样性公约》相关术语

《名古屋议定书》中没有提到的一些《生物多样性公约》第 2 条中的术语，对于理解议定书的性质以及议定书第 2 条的定义也很重要，这些定义包括：

“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。

“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。

<sup>46</sup> 关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议提交的报告，UNEP/《生物多样性公约》/WG-获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益/7/2，2008 年 12 月 2 日，第 2 条。

“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。

“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。

“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。

**(a) “缔约方大会”是指《公约》缔约方大会；**

《名古屋议定书》是在《生物多样性公约》主持下进行协商并通过的。因此，我们应注意到，当文中提到缔约方大会时，它指的是《生物多样性公约》缔约方大会，而不是《名古屋议定书》缔约方大会，这一点很重要。根据《名古屋议定书》第 26 条，《生物多样性公约》缔约方大会作为《议定书》缔约方会议。

**(b) “公约”是指《生物多样性公约》；**

本句澄清了约文中所有地方提到的术语“公约”都指的是《生物多样性公约》。《名古屋议定书》是根据《生物多样性公约》第 28 条通过的附属法律文书。

**(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。**

遗传资源是《生物多样性公约》的第三个核心目标的重要组成部分，除了第 15 条第 7 款有关惠益分享的规定之外，《生物多样性公约》并未定义“利用遗传资源”。在《名古屋议定书》通过之前，专家和国家立法对这一术语应涵盖的活动有着不同的解释(FNI, 2010)。在这种情况下，很多时候很难决定获取系统和惠益分享义务的确切范围。《议定书》之后的协商清楚地表明，如果对“利用”这个概念能有一个清楚的认识，很多有争议的技术问题就会迎刃而解(Tvedt and Rukundo, 2010, 第 14~15 页; Bavikatte and Tobin, 2010; Buck and Hamilton, 2011, 第 56 页)。以关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议提交的报告为基础，缔约方在《议定书》中加入了次段落(c)为术语“利用遗传资源”下了定义(Tvedt and Rukundo, 2010; Bavikatte and Tobin, 2010)。这一定义提供了法律确定性，通过具体的指标做出清楚的测试，来决定《名古屋议定书》是否适用于某一特别活动以及何时该启动惠益分享的义务(Tvedt and Rukundo, 2010)。事实上，利用这个术语给出了主要执行条款的范围的信息(Buck and Hamilton, 2011, 第 56 页; Oliva, 2011, 第 1 224 页)，如第 5 条（公正和公平的惠益分享）、第 6 条（遗传资源的获取）、第 15 条（遵守获取与惠益分享的国家立法或监管要求）或第 17 条（监测遗传资源的利用）。

不过,《名古屋议定书》没有如之前设想的那样包含一个遗传资源具体使用范围的清单。最终,考虑到伴随着知识和技术的进步而来的技术的快速革新和遗传资源使用的不断变化,“利用”的定义本身被认为已经足够全面,可以覆盖遗传资源的所有可能用途。因为遗传资源的定义与遗传材料的定义紧密相连,因此,涵盖了任何具有遗传功能的生物来源材料,不管这些功能具有实际价值还是潜在价值。因为生物的潜在价值和对其功能的认识程度是不断变化的,所以在定义的时候建议用语灵活,以紧跟知识和技术的发展(FNI, 2010)。

### 专栏 7 遗传资源的不同用途

关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组确立了下列非详尽的遗传资源清单:

- 基因改造;
- 生物合成(将遗传材料用作“工厂”生成有机物);
- 繁育与选育;
- 繁殖和接受形式的培育;
- 保护;
- 确定特征和评估;
- 生成遗传材料中自然产生的化合物(如代谢的提取物、DNA 片段的合成及复制生成)。

来源:概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组, UNEP/《生物多样性公约》/WG-获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益/7/2, 2008 年 12 月 8 日。

要完全理解“利用遗传资源”的定义,应着重关注以下第 2 条(c)中提到的几点参考:

- 研究和开发;
- 遗传资源的生物化学组成;
- 生物技术的应用。

这几点扩展了《生物多样性公约》对遗传资源有局限性的概念(Glowka, 1998, 第 4 页),确保在基于所谓衍生物进行的所谓研发也有惠益分享。它们同样明确了研发过程终止时,“遗传资源利用”也要终止。而任何后续的申请或成果转化需遵守《名古屋议定书》第 5 条第 1 款有关惠益分享条款的规定。另一个后果就是决定获取其遗传资源需要事先知情同意的缔约方必须根据其国内的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益框架,既规范遗传材料的研发,也规范在材料中包含的自然发生的生物化学组成(Glowka, 1998, 第 57 页)。

《名古屋议定书》没有定义术语“研究与开发”。根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款,可以根据《名古屋议定书》的上下文理解术语的通常意思。《牛津词典》对研究的定义是“对材料和资源的系统调查和学习以建立事实,得出新的结论”。具体到《名古屋

屋议定书》,“研究”的意思就是调查和学习遗传和/或遗传资源的生物化学组成以建立事实,并得出结论。此外,研究包括创新和实际应用(如应用研究)的创造。《名古屋议定书》包含了遗传资源的生物化学组成的研发,包括通过生物技术应用的途径。第2条(c)对生物化学组成和生物技术应用的引用使它与第2条(d)将生物技术定义为“任何技术应用”和第2条(e)将衍生物定义为“任何自然发生的生物化学组成”联系起来。所以,《名古屋议定书》也涵盖了“衍生物利用”的定义。

重要的一点是应该注意到,“衍生物”可能不具有“遗传功能单元”,对衍生物的定义阐明了这一点,这似乎为“生物化学”的定义提供了更多的确定性。这意味着,生物化学也包括了药物开发中的化学提取物,而《名古屋议定书》支持其惠益分享。

**(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。**

经济合作与发展组织把生物技术定义为“将科技应用于活性生物体及其部分、产品和模型应用,以改变活性或非活性材料用于知识、产品和服务的生产”(经济合作与发展组织,2005)。

总的来看,《名古屋议定书》第2条(d)的定义依循了此定义。重要的是要注意到《名古屋议定书》并没有改变《生物多样性公约》关于生物技术的定义。事实上,它一字不差地重复了《生物多样性公约》第2条的定义。对这种重复的合理解释是生物技术的定义阐明了“遗传资源利用”定义(参考了术语生物技术)和“衍生物”(参考了生物技术的定义)定义之间的联系。

### 专栏8 生物技术产品

本身并非遗传资源的产品无需遵守事先知情同意的规定,但是须遵守共同商定条件以确保惠益分享。以下是衍生物被视为产品的一些参考指标:

- 商业化以及公开市场上可以获得/对公众出售;
- 设法推销或产品登记等其他核准;
- 提出知识产权保护的申请;
- 查明某一衍生物的具体用途。

来源:概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组,UNEP/《生物多样性公约》/WG-获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益/7/2,2008年12月12日。

**(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。**

自2002年《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》(《波恩准则》)协商以来,特别是在《生物多样性公约》第6次缔约方大会上,关于衍生物和产品及其与事先知情同意和共同商定条件之间的关系就是一个最富争议性的议题。衍生物的例子包括香水、细胞中的生化物、树脂及蛇的毒液。这些化合物是从药品、食品到化妆品成分等一系列范围很广的产品的基础。例如,黄酮类化合物是一种具有独特肌肤护

理特性的化学化合物，现在广泛用于化妆品配方中。另外一种广泛用于功能食品和饮料的化合物是在咖啡种子、可乐和巴西可可豆（guarana）中发现的生物碱（生物贸易伦理联盟，2010a）。

《波恩准则》在惠益分享背景下提到了这一讨论。实际上，《准则》第44条（i）提供了一份典型的共同商定条件指示性清单，包括“关于分享由于遗传资源及其衍生物和产品的商业使用和其他使用而产生的惠益的规定”。第36条提供了一份事先知情同意程序中需要提供的资料的指示性清单。清单中还提到了获取所涉资源可能产生的惠益的种类/类型的信息，包括来自遗传资源的商业使用和其他使用而产生的衍生物和产品的惠益。

《名古屋议定书》将衍生物定义为“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”。定义还包含了不具备遗传功能单元的生物化学合成物。议定书第2条（e）使用的语言解决了一个令人困扰的问题——除了遗传资源/材料本身（即含有遗传功能单元的材料）（Glowka et al., 1994），获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的范围是否也应涵盖生物物，如果是，应该到什么样的程度。

在这种情况下，理解在《名古屋议定书》的正式约文中，“衍生物”这个术语除了第2条提到之外，其他任何地方都未出现过（Tsioumani, 2010, 第289页）。然而，第2条（d）在对“生物技术”定义时提到了衍生物。衍生物定义所指的生物物在第2条（c）对“遗传资源利用”的定义时有提及。而它所指的利用遗传资源所产生的惠益分享以及后续的申请和商业化在第5条第1款惠益分享中得以实现（Tsioumani, 2010, 第289页）。因此，《名古屋议定书》规定的惠益分享责任也涵盖了衍生物，再现了《波恩准则》第44条（i）所采用的方式。

此外，植物提取物或分子用途的大多数研究，以及药物、化妆品和保健食品的发展和生产，均需遵守事先知情同意和共同商定条件的规定（Oliva, 2011, 第1224页）。在利用衍生物时，要遵守《名古屋议定书》第6条第1款事先知情同意的规定，利用必须基于遗传资源的生物化学成分。不像脱氧核糖核酸（DNA）和核糖核酸（RNA），这些是尚未被修饰基因的生物化学成分。它们在生物体的代谢过程之中形成，存在于生物材料样本（即收集的植物材料中发现的活性生物化合物）中。它们尚未被修饰，用于技术应用中。

然而，“利用”的定义是指对遗传资源的生化组成进行研究与开发，生化化合物和遗传资源之间的这种联系导致了一些不同的解释，特别是关于生物物的获取是否必须与遗传资源的获取同步进行这一问题。因此，尚未就不能与遗传资源同步获取的“孤立的衍生物”（如储存于实验室中一种植物提取物）的情况达成一致意见。

### 专栏9 对衍生物的定义的不同理解

概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组成员提出了对衍生物定义的不同建议：

- 自然产生的化合物（代谢物），作为某一生物遗传组成的表达结果；
- 人类利用遗传材料的活动产生的化学化合物；
- 人类对遗传材料的操作所产生的或分离的基因片段；

- 人类操作产生的合成基因片段（一个片段就是参与构建的所有不同遗传材料的衍生物）；
- 从一般性或特别具体基因序列的遗传材料得到的信息或知识；
- 某一自然代谢物或基因片段所激发的合成类似化学品或基因片段；
- 通过人类活动利用某一遗传资源的结果：用于研究（研究的目的是商业化）的遗传资源；研发（研发目的是商业化）中的产品；产品（商业化）；
- 这一术语（衍生物）的含义应由遗传资源的提供者和用户共同商定；
- 生物资源内存在的所有部分，即使获得的材料不再含有任何遗传功能单元的遗传材料。

从生物资源和遗传资源中得到的物质，例如变异、品系、血液、蛋白、油类、树脂、树胶、基因、种子、孢子、花粉、尿、树皮、羊毛、叶片物质等，以及来自于、仿制于或者混合方式受操控的化合物和/或基因。

来源：概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组，UNEP/《生物多样性公约》/WG-获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益/7/2，2008年12月12日。

### 第3条 范围

本《议定书》适用于《公约》第15条范围内的遗传资源和利用此种资源所产生的惠益。本《议定书》还适用于与《公约》范围内的与遗传资源相关的传统知识和利用此种知识所产生的惠益。

#### A. 背景

第3条建立了《名古屋议定书》对获取遗传资源和与遗传资源相关的传统知识以及利用此种资源和知识产生的惠益的适用范围。在《名古屋议定书》的协商过程中，适用范围是最难解决的问题之一，因为有些国家希望范围更广泛，而有些国家则希望《议定书》的范围有所限制（Chiarolla, 2010; Buck and Hamilton, 2011; Nijar, 2011a）<sup>47</sup>。

对很多国家来讲，重要的是要保证条款确定的范围扩展到足够涵盖生物多样性研发中最重要的利用（Oliva, 2011, 第1223页）。例如，缔约方建议《名古屋议定书》的范围要具有追溯力，适用于从《生物多样性公约》生效之前商业性和其他性质利用所产生的持续性惠益以及从《生物多样性公约》生效之前商业性和其他性质利用遗传资源、生物资源、产品、衍生物以及与遗传资源相关的传统知识的新用途所产生的惠益。也有建议范围包括

<sup>47</sup> 关于《议定书》范围的一些不同建议，又见《获取与惠益分享问题不限成员名额特设工作组第九次会议第二部分的报告》议定书草案第3条，UNEP/《生物多样性公约》/COP/10/5/ADD4。

与利用所有遗传资源、生物资源、其衍生物与产品，以及土著和地方社区的相关传统知识产生的研究和技术相关的所有知识产权<sup>48</sup>。

《生物多样性公约》缔约方大会第 10 次会议日本主席提出的折中约文大大简化了范围，很多有关范围的问题他建议由《议定书》的其他条款来处理（如第 2 条、第 4 条和第 8 条）（Tsioumani, 2010, 第 289 页）。

## B. 解释

第 3 条的语言很简洁，但是对于《议定书》的适用和执行却具有重要的影响，特别是第 5 条（公正和公平的惠益分享）、第 6 条（遗传资源的获取）、第 7 条（与遗传资源相关的传统知识的获取）和第 12 条（与遗传资源相关的传统知识）。

### 遗传资源

第 3 条的第一句话把《名古屋议定书》的范围限定为在《公约》第 15 条范围内的遗传资源和利用此种资源所产生的惠益。《公约》第 15 条第 1 款确认了国家对其遗传资源拥有的主权权利，并依照国家法律行使。第 15 条第 3 款具体指出提供遗传资源的缔约国，仅限于这种资源原产国的缔约国或按照《公约》取得该资源的缔约国，可以享受获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生的惠益（Glowka et al., 1994, 第 77 页；Nijar, 2011a, 第 27 页；Buck and Hamilton, 2011, 第 51 页）。在这些前提条件达成的情况下，第 15 条第 7 款支持缔约国采取措施，以保证与提供遗传资源的缔约国公平分享研究和开发此种资源的成果以及商业和其他方面利用此种资源所获的利益。

### 专栏 10 与《议定书》范围相关的定义

除了《生物多样性公约》第 2 条所介绍的定义（见专栏 6），《名古屋议定书》第 2 条还包括了一些对于全面理解《议定书》范围来说很重要的定义：

- “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。
- 《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。
- “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。

第 3 条第一句话对遗传资源的利用表明要阐明惠益分享的范围必须用到这个术语的定义。根据此定义，就包括通过对遗传资源的遗传和/或者生物化学组成的研发引起的惠益，包括通过使用生物系统、活性生物体或其衍生物的任何技术应用，去制作或改进特定用途的产品或工艺过程。包括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

<sup>48</sup> ABS 特设工作组第 8 次会议报告，UNEP/CBD/WG/8/8，附件，第二部分。

物化学化合物的使用，即使其不具备遗传功能单元。这句话在大体参照《生物多样性公约》第 15 条第 7 款的惠益分享模式的基础上，把适用的材料范围扩大到了自然发生的生物化学化合物。

在第 3 条的草案中提到过衍生物的概念，但是作为一种妥协，在《生物多样性公约》缔约方大会第 10 次会议日本主席提出的折中方案中被去掉了（Tsioumani, 2010, 第 289 页），所以第 3 条的最后确定版没有使用衍生物这个术语，只是包含了一个遗传资源利用的参考。不过，议定书第 2 条还是以另一种方式定义了遗传资源利用和衍生物，即：议定书在其适用范围中还包含了一种特别的衍生物类型——生物化合物（Joseph, 2010, 第 91 页）。由遗传表达或生物、遗传资源的代谢引起的生化化合物的研发现在也可遵循获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的条款（Kamau, Fedder and Winter, 2010, 第 256 页）。这意味着对植物中的提取物和分子的使用的研究，以及对药物、化妆品或营养品的开发，都需遵循事先知情同意和共同商定条件（Oliva, 2011, 第 1 224 页）。但重要的是要理解，由于《生物多样性公约》第 15 条仅限于遗传资源的利用，《名古屋议定书》的第 2 条把利用和遗传资源的遗传/生化化合物联系在了一起，独立获取的自然产生的生化化合物不包括在《议定书》范围之内。

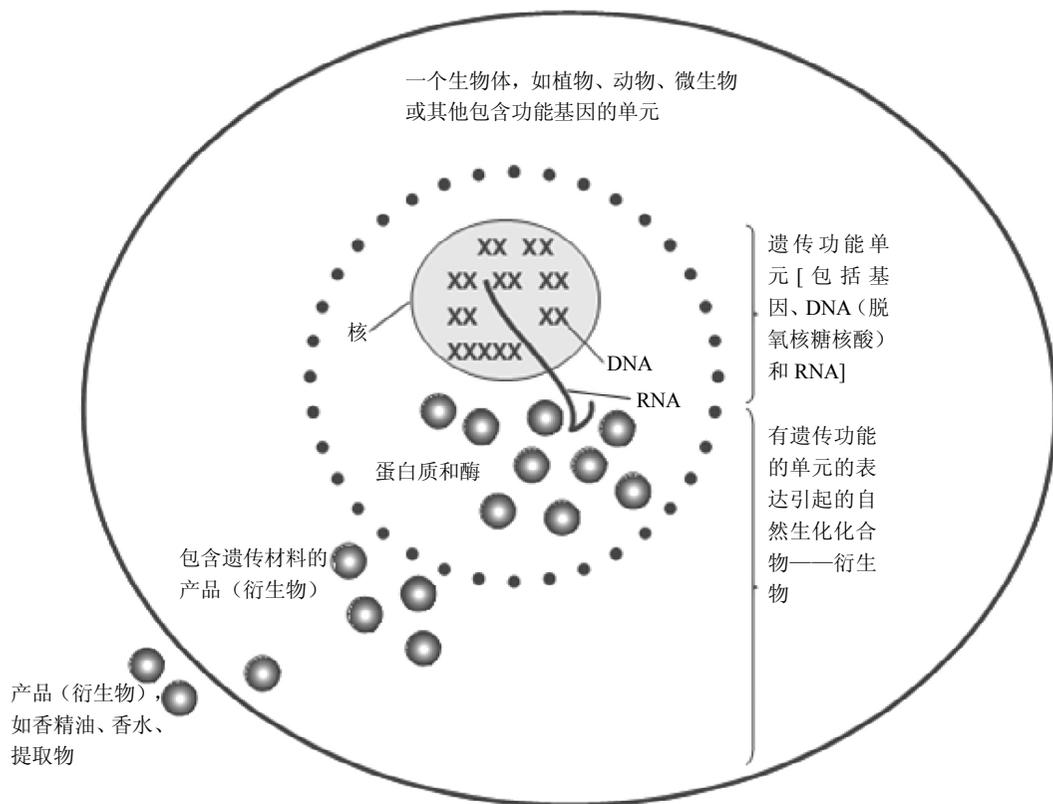


图 4 理解遗传资源

来源：根据法国环境部长 Delphine Morandeu 和法国糖业集团的 Isabelle Clément-Nissou 提供的图表绘制。

《生物多样性公约》对遗传资源的定义是“具有实际或潜在价值的遗传材料”。这一定义需要进一步澄清“遗传材料”指的是什么。《生物多样性公约》对遗传材料的定义是“任何包含遗传功能单元的植物、动物、微生物或其他来源材料”。

遗传功能单元就是基因。基因是位于染色体特定部位负责生物体的物理和遗传特性或生物体的表现型（生物体的外表）的 DNA 片段。

DNA 包含了生物体的功能和特征信息。从这个意义上来说，DNA 包含了操纵细胞组成和生物体功能方式的信息（称之为“基因”）或指令。

基因的表达会引起一系列的自然生化化合物。诸如蛋白质和酶这样的化合物在细胞（生物体的最小单位）中产生，并且保持着遗传的功能单元。细胞将生物功能所必需的生化化合物释放到组织中。这些化合物同样包含遗传材料。

最后，其他生化化合物是由于人类干预（如提取、浓缩或稀释）而产生的。这些化合物可能含有遗传材料，也可能不含有遗传材料。例子包括：油、植物提取物和合成的（人工）生物化学化合物。

#### **与遗传资源相关的传统知识**

《生物多样性公约》第 8 条（j）针对与土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的传统知识、创新和实践。《名古屋议定书》第 3 条第二句话以子集的形式提到这样的知识、创新和实践，也就是与遗传资源相关的传统知识。《生物多样性公约》第 8 条（j）鼓励由利用与遗传资源相关的传统知识引起的惠益分享，《名古屋议定书》第 3 条涵盖了这个方面。

#### **时间范围**

包括《名古屋议定书》第 3 条的时间范围的谈判未能成功，草案中的建议约文被摒弃。因此，《名古屋议定书》未包含任何有关时间范围的具体条款。

取而代之的是《维也纳条约法公约》有关追溯力的默认条款。根据该《公约》第 28 条的规定，除非缔约国赋予某一《条约》追溯力，否则该《条约》不适用于追溯力规定。此外，《条约》无法追溯缔约方宣布《条约》生效以前发生的任何行动或事实和《条约》生效以前已经不复存在的情况。这意味着《生物多样性公约》生效以前，遗传资源利用不在《生物多样性公约》的时间范围之内，因为只有《生物多样性公约》生效以后，获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益责任才开始存在。同样，建议《名古屋议定书》适用《生物多样性公约》生效之前的情况就会违反追溯力的原则。

但是这并不是说时间问题已经完全解决。一个公开的问题就是在《名古屋议定书》生效之后，那些在《生物多样性公约》生效之后但在《名古屋议定书》生效之前获取的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识是否适用于《名古屋议定书》的范围？一方面，在《议定书》生效以前的获取可以被认为是缔约方批准条约生效日期之前就发生的事实或停止的情况。另一方面，第 3 条适用于《生物多样性公约》第 15 条规定范围内的遗传资源及其利用引起的惠益。《生物多样性公约》于 1993 年生效，自那时起，《生物多样性公约》第 15 条第 5 款就要求基于利用的遗传资源的获取需要事先知情同意（除非缔约方有另外的决定），第 15 条第 7 款针对研发结果的惠益分享和商业化或其他利用遗传资源引起的惠益分享。

《议定书》第 5 条第 1 款关于惠益分享的条款为《议定书》缔约方提供了一种公平和公正的方式，去分享利用遗传资源，以及合法提供遗传资源的缔约方后续的应用和商业化所产生的惠益。

这样就产生了《议定书》生效之后发生的新的和持续的使用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识引起的惠益分享，不管这些资源/知识是否是在《生物多样性公约》生效之后所获取。这种情况不适用于《名古屋议定书》的追溯力，因为这种责任是由新的事实引起的，而对追溯力解释的基本规则是《条约》的责任适用于任何仍然存在的事实、行为或情况。

因此，总的来说，《名古屋议定书》适用于某一缔约方批准《议定书》生效之后所获取的遗传资源和与这种遗传资源相关的传统知识。《名古屋议定书》不适用于在《生物多样性公约》生效之前所获取的遗传资源和与这种遗传资源相关的传统知识。在《生物多样性公约》生效之后，但在《议定书》生效之前取得的新的和持续性的利用遗传资源和与之相关的传统知识引起的惠益分享，也可以由缔约方的法律来规定。

#### **地理范围**

《生物多样性公约》第 15 条只适用于缔约国拥有主权的遗传资源。对于那些不在这个范围之内，尤其是国家管辖海域之外以及南极洲（见导言 E 部分）所发生的事情就成了问题。

#### **国家管辖范围之外的海域**

《生物多样性公约》第 22 条第 2 款规定了《生物多样性公约》与海洋法的关系，它要求《生物多样性公约》缔约方在海洋环境方面实施本《公约》不得抵触各国在海洋法下的权利和义务。这些法律包括习惯法和从《联合国海洋法公约》延伸出来的法律。《生物多样性公约》第 4 条（a）预先说明其条款，包括第 15 条，适用于一国管辖范围的地区内。根据《联合国海洋法公约》，沿海国家的权利和责任延伸至其内水和领海、专属经济区和扩展大陆架，所以这些也包含在《名古屋议定书》的范围之内。

关于国家管辖范围以外区域（公海和深海底）《生物多样性公约》第 4 条（b）预先规定，只要是在缔约国管辖或控制下开展的过程和活动，不论其影响发生在何处，缔约国都有责任规范这些活动。有争议的是这也可以包括由其公民开展的对遗传资源的利用以及挂该国旗帜航行的船只。

但是，要注意《名古屋议定书》在第 4 条中只写了参考《生物多样性公约》第 15 条的范围，而不是《生物多样性公约》的“所有”范围，这一点很重要。这就表明，缔约国不希望将《名古屋议定书》的地理范围与《生物多样性公约》第 4 条（b）的管辖范围联系在一起，因为这样会导致《议定书》是否适用于国家管辖范围以外区域这样的疑问。因此，在国家管辖范围以外区域的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的基础就是它不在《名古屋议定书》的范围之内（Koester, 2012, 第 16 页）。

#### **南极**

《南极条约》体系是一套管理南纬 60°以南地区的协议。其主要原则是致力于南极洲仅用于和平目的的科学考察的持续，及保护南极环境（Andersen et al., 2010, 第 21 页）。《名古屋议定书》目前并不适用于从《南极条约》地区收集的材料。《南极条约》缔约方同

意各国不寻求对南极的领土要求，从《南极条约》地区收集的材料按照国家管辖范围以外区域处理。这些材料同样是超出了既不是申请人也不是《南极条约》缔约国的国家管辖范围（Buck 和 Hamilton, 2011, 第 57 页）。从根本上来说，对南极地区的活性生物体没有相关产权的规定，因此缔约国无需提供事先知情同意或共同商定条件（Andersen et al., 2010, 第 21 页）。

### 专栏 11 《名古屋议定书》范围之外的资源

以下资源不在《生物多样性公约》第 15 条获取条款的范围之内，也不在《名古屋议定书》第 2 条的定义之内，所以不受《名古屋议定书》获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益条款的约束：

- 用于散装商品的遗传资源（生物资源的典型利用）；
- 《生物多样性公约》生效之前获取的遗传资源；
- 在国家管辖范围之外（如公海、深海底、《南极条约》地区）获取的遗传资源；
- 缔约国决定不要求事先知情同意（《生物多样性公约》第 15 条第 5 款）的遗传资源；
- 从遗传资源中独立获取的衍生物。

## 第 4 条 与国际协定和文书的关系

1. 本《议定书》的规定不应妨碍任何缔约方产生于任何现有国际协定的权利和义务，除非行使这些权利和义务将会给生物多样性造成严重的损害或威胁。本款无意对本《议定书》与其他国际文书进行等级之分。

2. 本《议定书》的任何规定都不应妨碍缔约方制定和执行其他相关国际协定，包括其他获取与惠益分享的专门性协定，但条件是这些协定必须支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标。

3. 本《议定书》应以同其他与本《议定书》相关的国际文书相互支持的方式予以执行。应适当注意在这些国际文书和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法，但条件是这些工作和做法支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标。

4. 本《议定书》是为执行《公约》的关于获取与惠益分享条款的文书。在获取与惠益分享专门性的国际文书适用，且其符合并且不违背《公约》和本《议定书》的目标时，就该专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，本《议定书》不适用于该专门性文书的缔约方。

## A. 背景

《约翰内斯堡可持续发展世界首脑会议执行计划》提供了基本授权，在《生物多样性公约》的框架内，考虑到《波恩准则》，经谈判建立一个国际制度，以促进和保障使用遗传资源所产生的利益得到公平及公正的分享 [《约翰内斯堡可持续发展世界首脑会议执行计划》第 44 条 (o)]。但是有些缔约国希望达成一个有关获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的全面的框架文书，而另一些缔约国希望以《名古屋议定书》为默认文书，承认更广泛的有关遗传资源的国际制度 (Buck and Hamilton, 2011, 第 58 页)。

因为《名古屋议定书》原则上适用于所有类型的遗传资源及其所有的潜在利用，缔约国在第 4 条中明确地认识到一系列国际文书和《生物多样性公约》以外的国际程序中也存在相关的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的条款 (Buck and Hamilton, 2011, 第 58 页)。第 4 条针对的是《名古屋议定书》与其他相关国际文书和程序在其目标、内容和操作机制方面的关系，例如 (又见导言 E 部分)：

- 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》；
- 《保护植物新品种国际公约》；
- 《联合国海洋法公约》；
- 《南极条约》体系；
- 世界贸易组织；
- 世界知识产权组织；
- 世界卫生组织；
- 联合国粮农组织粮食和农业遗传资源委员会。

此外，第 4 条还将《名古屋议定书》与相关国际组织的工作和实践联系起来。

### 专栏 12 术语国际协定、文书和组织的定义

第 4 条使用的术语“国际协定”专指产生权利和责任的协议，以前称之为条约。根据定义，条约就是具有签订条约权利的国家或国际组织之间，按照国际法的规定，签订的书面的、有约束力的（如规定权利和义务的）协议。具有国际法约束力的国际协定通常被称为“条约”、“协议”、“公约”、“宪章”或“议定书”。

术语“国际文书”在本质上范围更广，指的是授权人建立的所有外交文件，以制定国际行动或定义行动内容。包括参加国际协定或国际组织（这些协定和组织还达不到条约的条件）的缔约方做出的决定。虽然还不完全清楚术语“文书”是否包含没有法律约束力的安排 (Koester, 2012, 注释 79)，对术语的使用似乎允许为特殊的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益制度的构建提供更大的灵活性。

国际组织就是政府间组织。其作用由组织本身的章程决定，如基本约章、决定和据此通过的决议以及组织的成规惯例。组织内部也可以进行协商以达成新的协议和文书。在相互支持执行《名古屋议定书》的同时，也应适当考虑这些协议和文书。

来源：《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，Parry et al., 2009.

## B. 解释

1. 本《议定书》的规定不应妨碍任何缔约方产生于任何现有国际协定的权利和义务，除非行使这些权利和义务将会给生物多样性造成严重的损害或威胁。本款无意对本《议定书》与其他国际文书进行等级之分。

第 1 款第一句话本质上重复了《生物多样性公约》第 22 条第 1 款中包含的规则：不得影响任何缔约国在任何现在国际协定下的权利和义务，除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性（Glowka et al., 1994, 第 109 页）。

第二句话针对《生物多样性公约》第 22 条中未涵盖但是在其他多边环境协议中包含了一个问题：澄清该条款无意对《名古屋议定书》和其他文书进行等级之分。

很多新近达成的多边环境协议都包含了这样一个条款，有些时候在其引言或陈述条约与其他协议的关系的执行文本中被称之为“保留条款”。条约的执行文本中出现这样的条款时，可能具体地指出了新协议是对既有协议的义务有什么样的影响，以及在有冲突的情况下，哪个协议优先的问题。

这是因为国家必须遵守其作为缔约方的所有条约，并善意履行之（《维也纳条约法公约》第 26 条）。因此，缔约国必须确定新订条约与既有的义务没有冲突，不凌驾于其上，除非清楚地说明有意为之（《维也纳条约法公约》第 30 条）。

### 专栏 13 国际文书中的保留条款示例

《联合国海洋法公约》第 311 条 (2)

“本《公约》应不改变各缔约国根据与本《公约》相符合的其他条约而产生的权利和义务，但以不影响其他缔约国根据本《公约》享有其权利或履行其义务为限。”

《卡塔赫纳生物安全议定书》序言

“认识到贸易协定与环境协定应相辅相成，以期实现可持续发展。”

“强调不得将本《议定书》解释为缔约方根据任何现行国际协定所享有的权利和所承担的义务有任何改变。”

“认为上述陈述无意使本《议定书》附属于其他国际协定。”

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》序言

“认识到，从可持续农业和粮食安全的角度出发，本《条约》与同本《条约》有关的其他国际协定应相互支持”；

“确认本《条约》绝不得解释为可以以任何方式暗示缔约方改变在其他国际协定中的权利和义务”；

“认识到上述说明无意在本《条约》与其他国际协定之间划分等级”；

《联合国教科文组织文化多样性公约》第 20 条第 1 款

“缔约方承认，他们应善意履行其在本《公约》及其为缔约方的其他所有条约中的义务。因此，在本《公约》不隶属于其他条约的情况下，

- (a) 缔约方应促使本《公约》与其为缔约方的其他《条约》相互支持；
- (b) 缔约方解释和实施其为缔约方的其他《条约》或承担其他国际义务时应考虑到本《公约》的相关规定”。

要注意到有一点很重要，《名古屋议定书》的第一份草案已经指出其目的是《名古屋议定书》不隶属于其他国际文书。《议定书》第4条第1款提醒缔约国其无意与其他国际协议进行等级之分（如更偏向于《议定书》或其他协议）。与新的相关国际协议的关系由第2款规定，与获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益专门性文书的关系由第4款规定。

**2. 本《议定书》的任何规定都不应妨碍缔约方制定和执行其他相关国际协定，包括其他获取与惠益分享的专门性协定，但条件是这些协定必须支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标。**

第2款反映出了在《名古屋议定书》协商期间这样一个事实，即不同的论坛或组织（粮农组织、世界卫生组织、世界知识产权组织和世界贸易组织）进行了相关议题的讨论和协商。最终的结果可能会产生一些新的有关获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的国际协议，比如针对具体类型的遗传资源的分类协议（如在粮农组织框架下可以发展致力于动物遗传资源的制度）。

在《名古屋议定书》谈判的过程中提出了“一种方法不能解决所有问题”的观点，同时，概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组也在考虑这个问题。一些缔约方对发展和执行新的专门性的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益协议（即分类方式）的可能性提供了支持。这些国家建议《名古屋议定书》可以包括一条通用条款，承认既有的或将来的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益专门性分类协议。至少在遗传资源或其利用类型方面，这些协议可以优先于议定书。在实践中，在制定国内或国际规则时，可以用到几个基本的区别，例如应用的性质或预定用途（如商业与非商业、用于粮食与农业、用于药物目的）或资源的物理性质或其位置（如海洋、陆地、高等植物、微生物、在非原生境或原生境发现等）。

第2款再次确认缔约方在一般情况下，有发展和执行其他相关国际协议的权利，特别是其他专门性获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的协议（既有专门性获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益体系在第4款中讲到）。重要的是要注意到，缔约方拥有缔结和履行任何直接来自于国际法的文书的能力（《维也纳条约法公约》第6条）。所以该条款重申了这一原则。

但是与此同时，缔约方又担心新的国际协议和其执行，特别是新的获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的专门协议，可能会违背《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标，从而造成漏洞，使协议很难满足公平和公正的惠益分享的要求。因此，第2款包含了一条预防性条款：缔约方可以协商和执行任何新的国际协议，只要这些协议“支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标”。也适用于专门性获取遗传资源

并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的协议，需遵守《维也纳条约法公约》第 30 条就同一问题的后续条约的适用性问题的规定。

**3. 本《议定书》应以同其他与本《议定书》相关的国际文书相互支持的方式予以执行。应当注意在这些国际文书和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法，但条件是这些工作和做法支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标。**

第 3 款第一句话规定的是缔约方以相互支持的方式执行相关国际文书和《名古屋议定书》的义务。“相互支持”这个用语在贸易和环境背景下有着特殊的意义，我们可以在新近达成的多边环境协议，如《卡塔赫纳生物安全议定书》中找到。环境条约和贸易目标必须互相支持这样的必要语气在《约翰内斯堡可持续发展全球高峰会议执行计划》第 92 条中也可以看到。相互支持的原则可以作为解释性原则，管理多边环境协议和相关条约的相互作用，它要求在这些协议中以安抚的方式解读一些有潜在冲突性的规则 (Pavoni, 2010)。

第 3 款第二句话在国际法中真的很不寻常，因为它处理的是国际条约和其他相关协议或国际组织相关的有益的工作和实践的关系。

首先，工作可以包括像谈判、讨论和决议这样的行动，而实践可以是执行某一文书采取的任何类型的具体措施。

其次，缔约方应该只是“适当注意”有益的相关工作和实践，这并不构成以相互支持的方式执行《名古屋议定书》的法定义务。目前的国际法实践只是承认对具有约束力的国际协议有这个义务，而不承认对没有法定地位的相关有益的实践或工作有这个义务 (Nijar, 2011b, 第 17 页)。

同样，对应该如何注意也没有统一的看法，因为“正在进行”可以被解释为对所讨论的议题缺乏共识，从而造成法律上的不确定性 (Tvedt and Rukundo, 2010, 第 19—20 页; Nijar, 2011b, 第 17 页)。因此，我们也许只需要表明需要考虑与《名古屋议定书》有关的工作即可，不管是未完成的、达成协议的，还是已接受的工作。世界知识产权组织知识产权和遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会开展的讨论就是“正在进行的工作”的一个例子，这一工作得到了《生物多样性公约》缔约方第 10 次会议的明确承认 (第 X/1 号决定)。

此外，不是所有的工作或实践都值得适当注意，只有那些“有用的”和“相关的”，而且支持并且不违背《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标的工作和实践才应当注意。

要注意到第 3 款没有明确地提到哪些国际文书和国际组织的什么工作与实践是有关的，这一点很重要。然而，在《名古屋议定书》的序言中有相关其他文书和程序的提示。序言特别承认了《粮食和农业植物遗传资源国际条约》及其获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的多边体系，以及联合国粮农组织粮食与农业遗传资源委员会的作用。序言中还提到病原体相关的对人类健康的担心，而这正是世界卫生组织、世界动物健康组织和《国际植物保护公约》所应对的问题。除了序言中提到的世界卫生组织《国际卫生条例》(2005 年)，该条款可能还涵盖了世界卫生组织《大流行性流感防范框架》。作为相关的国际文书或相关国际组织应对病原体担心的实践，在《议定书》的执行过程中，也应对其适当注意 (世卫组织, 2011; Fidler and Gostin, 2011)。

最后，缔约方处理的是以相互支持的方式执行《名古屋议定书》并给予适当注意的义务，而执行的细节可以由作为《名古屋议定书》缔约方会议的《生物多样性公约》缔约方大会进行讨论或协商。

**4. 本《议定书》是为执行《公约》的关于获取与惠益分享条款的文书。在获取与惠益分享专门性的国际文书适用，且其符合并且不违背《公约》和本《议定书》的目标时，就该专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，本《议定书》不适用于该专门性文书的缔约方。**

第4款对理解《名古屋议定书》在国际法中的地位非常重要。在谈判的过程中，一些谈判者持有这样的观点，即《议定书》只是除了如《粮食和农业植物遗传资源国际条约》之外的另一种处理获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的文书。但是，第4条第4款澄清，《议定书》是执行《生物多样性公约》获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益条款的文书，在获取与惠益分享专门性的国际文书适用，且其符合并且不违背《公约》和本《议定书》的目标时，就该专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，《议定书》不适用于该专门性文书的缔约方（Buck and Hamilton, 2011, 第58页）。它指出了管理《名古屋议定书》和专门性文书关系的几种情况：《议定书》最早的草案清楚地将《粮食和农业植物遗传资源国际条约》排除在《议定书》的范围之外，不过这个条款也没有把它写进最后的约文中。但是，第4条第4款还是排除了由《粮食和农业植物遗传资源国际条约》涵盖的粮食和农业遗传资源的分享（Ruizt and Vernoooy, 2012, 第14页）。

首先，专门性文书应该与《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标一致，不违背《公约》和《议定书》的目标。这种说法比第4条其他段落的提法要弱一些，它只要求专门性文书与《议定书》一致，而不要求给予支持。这就承认了一个事实，关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的专门性文书可以包括与《生物多样性公约》和《议定书》中的双边方式不同的方式和执行机制。

第二种情况与会员资格有关。如果缔约方不是专门性文书的缔约方，那么《名古屋议定书》的条款将适用于遗传资源的所有交易。这一点，举例来说，就与《粮食和农业植物遗传资源国际条约》相关，因为有些《生物多样性公约》缔约方不是《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的缔约方。此外，只有就该专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，专门性文书才优先于《名古屋议定书》。关于目的，第4条第4款清楚地说明只有为该专门性文书的目的而利用遗传资源的情况不包括在《名古屋议定书》之中。如，就《粮食和农业植物遗传资源国际条约》而言，只有用于粮食和农业的遗传资源排除在外，而用于药物或其他利用则没有排除。换句话说，如果在《粮食和农业植物遗传资源国际条约》附件I中列出的一种作物被用于某一不相关的目的，比如说化妆品或制药，这种利用就适用于《名古屋议定书》（Buck and Hamilton, 2011, 第58页）。关于专门性文书涵盖的资源，第4条第4款没有清楚地说明。例如，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的范围是所有粮食和农业遗传资源，但是多边获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益体系的范围要窄得多：只包括附件I中的遗传资源。因此就产生了这样的疑问，哪些资源应该被视为《粮食和农业植物遗传资源国际条约》涵盖的资源，

是只有附件 I 的植物遗传资源，还是不在附件 I 中、由国际农业研究磋商小组各国际农业研究中心持有的植物遗传资源呢（《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 15 条）？与本款谈到的此问题一致的解释可以表明后者是正确的答案。

## 第 5 条 公正和公平的惠益分享

1. 根据《公约》第 15 条第 3 款和第 7 款，应与提供遗传资源的缔约方——此种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方分享利用遗传资源以及嗣后的应用和商业化所产生的惠益。以公正和公平的方式分享时应遵循共同商定条件。

2. 各缔约方应根据有关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条件，与有关社区公正和公平地分享利用由其持有的遗传资源所产生的惠益。

3. 为落实本条第 1 款，各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施。

4. 惠益可以包括货币和非货币性惠益，包括但不限于附件所列惠益。

5. 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条件进行。

### A. 背景

公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益，包括通过适当地获取遗传资源、转让相关技术和提供资金，是《生物多样性公约》的核心（《生物多样性公约》第 1 条）。公正和公平地惠益分享是《生物多样性公约》三大紧密相连的目标之一。通过惠益分享，《生物多样性公约》寻求保障生物多样性的惠益——包括货币和非货币性惠益，能够为具有丰富的生物多样性的国家和社区提供保护和持续使用生物多样性的动力和资金支持。此外，在获取遗传资源方面，公平的惠益分享被描述为“总交易”的一部分（Gollin, 1993, 第 159 页、第 163 页）。可以被看作是承认国家和社区对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的权利的逻辑结果。应用也适用于公平原则，它要求所有对产生这些惠益作出贡献的人，如管理、科研和开发过程的人，都能分享惠益。但是，尽管公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益在《生物多样性公约》中扮演了重要的角色，在法律和政策执行中，公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益被大大忽视了。很多有关获取与惠益分享的立法、政策和研究只考虑了方程式的一个方面，着重于强调对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的权利和建立获取程序和要求（Tvedt and Young, 2007）。所以，讨论《名古屋议定书》第 5 条时的一个要点就是澄清公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益的起因、责任和可能的实现方法，以及这些责任和获取要求之间的关系。重点是要注意到虽然第 5 条主要针对的是遗传资源，其第 5 款同时也讲到了与持有与遗传资源相关的传统知识的土

著和地方社区的惠益分享问题。

## B. 解释

1. 根据《公约》第 15 条第 3 款和第 7 款，应与提供遗传资源的缔约方——此种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方分享利用遗传资源以及嗣后的应用和商业化的惠益。以公正和公平的方式分享时应遵循共同商定条件。

《名古屋议定书》第 5 条第 1 款和第 3 款，概述了分享利用遗传资源所产生的惠益的义务。第 5 条再次肯定了《生物多样性公约》第 15 条确立的惠益分享要求。然而，第 5 条第 1 款以更强的语气说明了惠益分享的义务。而且，考虑到《议定书》中“利用遗传资源”的定义，第 5 条第 1 款提出了理解惠益分享与获取要求之间联系的重点。

### 分享惠益的义务

《名古屋议定书》第 5 条开头就提出惠益“应该分享”，再次确认了《生物多样性公约》对惠益分享的要求，即缔约方要采取“立法、行政和政策措施”，与提供遗传资源的缔约方分享利用遗传资源产生的惠益。对采取这些措施，而不是惠益分享本身提出要求，是认识到利用遗传资源的大多数惠益都是在私营部门内部产生，主要是在相互协议的基础上进行分享（Glowka et al., 1994）。第 5 条第 1 款强调分享惠益的义务，而第 5 条第 3 款则指出以立法、行政和政策措施来作为履行义务的方式。

### 利用遗传资源

第 1 款确立了要分享的惠益是根据《名古屋议定书》的范围，“利用遗传资源”产生的惠益。《生物多样性公约》已经提出了公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益。现在《名古屋议定书》定义并更加清楚地突出了“利用遗传资源”，而不是获取这些资源，确认惠益分享有一套单独的要求，这些要求可能与获取程序有关，也可能无关。“利用遗传资源”的定义，可以是发生在取得遗传资源之后很久以后，涉及其他国家或组织，影响对获取要求，包括事先知情同意的方式的理解和应用（对使用术语“获取”的全面分析，参见第 6 条的解释）。这也意味着随着对遗传资源和遗传资源的生化化合物的研究和发展，在获取要求的适用范围之外，公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益将是恰当的方式。

### 嗣后的应用和商业化

此外，第 5 条第 1 款指出需要分享“嗣后的应用和商业化”所产生的惠益。这一点回应了惠益分享只有延伸到价值链上开发的产品和过程时才有这种担心。在谈判过程中，对于惠益分享要求是否应包含这些产品和过程以及如何包含有不同的看法。这样的讨论经常与“衍生物”这个术语联系在一起。衍生物有很多的意思，其中一种也可以被理解为人类活动利用遗传资源的结果。第 2 条把衍生物定义为一种“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”，该定义也融合了其他对衍生物的解释。尽管如此，第 5 条第 1 款澄清了惠益分享要求包含遗传资源的“嗣后的应用和商业化”。例如，惠益分享义务延伸至对一种浆果的分子的药用属性的特性描述和评估，根据这些分子开发的一种生化组成用于保健食品的一个成分，以及这种成分的商业化产生的惠益。但是，应该注意到，《名古屋议定书》并没有解决与最终成品有关的惠益分享，也没有在《议

定书》中提到。

### 公正和公平

应该“公正和公平的”分享惠益。同样，这是与《生物多样性公约》第 15 条相同的措辞。《生物多样性公约》没有定义“公正和公平”的概念。按理说，对什么是“公正和公平”没有一个单一的定义，因为这些概念的本质内容依据具体情况来决定。正如《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》（《波恩准则》，2002 年）所指出的，分享的惠益的条件、义务、程序、类型“依具体情况而异”（第 45 条）。

尽管如此，由于其他的国际文书就评价公正和公平的要素达成了一致，获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益也可以找到类似的标准。例如，《波恩准则》声明，应该“与那些经确定在资源管理、科研过程和/或商业化过程中作出了贡献的机构”分享惠益（第 48 条）。这样，公平和公正势必会反映出惠益分配方面由个人、社区或组织在产生惠益的研究、发展或商业化过程中作出的不同比例的贡献，不管它是知识、创新还是增加值。另一种方法也可以在《波恩准则》中找到其基础，那就是可以说过程的公正和公平决定了结果的公正和公平。对拟议用途的准确说明、指明将如何进行研制、第三方的参与以及可能产生的惠益，所有这些在《波恩准则》列出的申请获取遗传资源时可能需要提供的资料，就成为使缔约方和其他利益相关者在具体情况下有效地决定什么是公正和公平的因素。

### 提供遗传资源的缔约方

根据第 1 款，利用遗传资源产生的惠益必须与提供资源的缔约国分享，而提供资源的缔约国必须是“此种资源的原产国或根据本《公约》已获得遗传资源的缔约方”。这句话逐字重复了《生物多样性公约》第 15 条第 3 款的用词，在该条款中，两种情况被排除在惠益分享要求之外：

《生物多样性公约》生效之前提供者取得的遗传资源；

《生物多样性公约》生效之后违法取得的遗传资源（如如果缔约方想将违法取得的遗传资源提供给第三方以获取惠益）。

### 共同商定条件

第 15 条第 1 款确认惠益分享要遵循《生物多样性公约》确立的共同商定条件。共同商定条件构成了遗传资源的提供者 and 使用者就资源利用和惠益分享条件达成的协议。例如，共同商定条件可以涵盖分享的条件、义务、程序、类型、时间性以及分配办法和机制，在这方面《波恩准则》和《名古屋议定书》本身都提供了指南。通常，我们会希望共同商定条件的谈判与事先知情同意程序同时进行，不过并不是必须如此。共同商定条件的谈判也可以稍后进行，包括对遗传资源的拟议或有效利用、某一研究的成果、发展或商业化里程碑等。

**2. 各缔约方应根据有关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条件，与有关社区公正和公平地分享利用由其持有的遗传资源所产生的惠益。**

第 5 条第 2 款关注的是利用由土著和地方社区持有的遗传资源所产生的惠益。清楚地承认土著和地方社区对遗传资源持有的权利，被认为是《名古屋议定书》的一大进步（Bavikatte and Robinson, 2011, 第 35 页）。长久以来，土著和地方社区一直批评《生物多样性公约》只承认国家对遗传资源的主权，而忽视在相同领土内土著人民的所有权（Harry

and Kanehe, 2005)。《波恩准则》也只是呼吁尊重“与正在评估的遗传资源相关的”土著社区和地方社区的权利（第 31 条）。尽管如此，《波恩准则》提到需要尊重“土著社区和地方社区的既定合法权利”确实认识到了有这样的权利存在，为《名古屋议定书》更强烈的用语奠定了基础。此外，《联合国土著人民权利宣言》（2007 年通过）认识到土著人民的“固有权利”，包括是对其土地、领土、资源的权利。所以，把这些权利融入《名古屋议定书》，为《生物多样性公约》的条款提供实质和意义就遵循了这一精神<sup>49</sup>。

尽管如此，第 5 条第 2 款的语言仍然没有第 5 条第 1 款的有力。第 5 条第 1 款要求分享利用遗传资源所产生的惠益。第 5 条第 2 款提出“酌情采取立法、行政或政策措施，以确保”公正和公平地分享惠益。而且，第 5 条第 2 款提出，对土著和地方社区对遗传资源的“既定权利”，要根据有关的国内对土著和地方社区对遗传资源持有的立法进行。所以，对于土著和地方社区持有的遗传资源的惠益分享要求，就与其国内立法和对他们对遗传资源的权利的确认联系在了一起。但是，这样就引起了一个问题，在这种情况下，“根据国内立法”是否暗示其重在便利国家在履行土著和地方社区对遗传资源的权利时扮演的角色，而不是重在对这些权利的决定。倾向第一种解释的证据就是在《名古屋议定书》协商期间，一般认为“根据国内立法”这个提法没有“依照国家立法”的提法严格，《生物多样性公约》第 8 条（j）就使用了后者。

### 3. 为落实本条第 1 款，各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施。

第 5 条第 3 款以更笼统的方式继续讨论利用遗传资源产生的惠益，结合了第 1 款确立的采取立法、行政或政策措施的方式来履行义务。正如《生物多样性公约》第 15 条第 7 款所要求的，所有的缔约国都要采取措施，以期公正和公平地分享惠益，《名古屋议定书》第 5 条第 3 款规定的义务延伸为不仅包括提供遗传资源获取的国家，而且包括在其境内开展基于生物多样性的研究、开发和商业化的国家。所以，第 5 条第 3 款与《名古屋议定书》的其他条款在促进获取与惠益分享要求的超前遵守方面紧密相连，这些条款包括第 15 条、第 16 条和第 17 条。

#### 专栏 14 第 5 条中的“酌情”

第 5 条在第 2 款、第 3 款和第 5 款都提到了“酌情”。这个术语的使用是《名古屋议定书》谈判过程中纷争的来源，因为有些国家把它理解为暗示国家采取措施保证惠益分享的义务不是强制性的。在所有这三种情况下，“酌情”指的都是缔约方采取措施的义务。这一点值得我们着重强调，特别是与第 5 条第 5 款的关系，因为这种定义不可能影响对土著和地方社区根本权利的承认。尽管如此，对这个术语看似最合理的理解并不是惠益分享措施的非强制性质，在一个以公正和公平地惠益分享为目的的具有法律约束力的文件中，这样的条款会显得很奇怪。“酌情”应该是暗示缔约方可以自由选择措施，也就是说，“酌情”选择适当的措施来执行惠益分享。

<sup>49</sup> Buck 和 Hamilton 也注意到《名古屋议定书》对土著和地方社区对遗传资源的权利的承认是土著人民权利论证最新进展的结果。Buck and Hamilton, 2011, 第 48 页。

#### 4. 惠益可以包括货币和非货币性惠益，包括但不限于附件所列惠益。

《名古屋议定书》通过第 5 条第 4 款清楚地认识到利用遗传资源产生的惠益可以包括货币和非货币惠益。第 4 款还提到《议定书》的附件，其中包含了从《波恩准则》附件二借用的一个货币和非货币惠益的指示性清单。《生物多样性条约》第 15 条已经涵盖了货币和非货币惠益，特别是它注意到了作为研究和开发遗传资源的成果以及商业和其他方面利用此种资源所获的利益的惠益应该分享。第 15 条还提到了《生物多样性条约》第 16 条和第 19 条。这两条分别针对的是技术的转让和生物技术利用遗传资源产生的惠益。

本款提到的货币和非货币惠益，以及附件中列出的广泛多样的可能性惠益，强调了协商、构建公正和公平的惠益分享的不同方式，包括与遗传资源相关的研究、开发和商业化。重点是要注意到附件中列出的很多非货币惠益能够更直接、迅速、长期，更重要的是，更适合对保护遗传资源作出贡献。在这方面，第 5 条第 4 款也与《议定书》第 9 条紧密相连，它强调了保护生物多样性和可持续利用其组成部分与惠益分享的关系。此外，在努力制定“双赢”方案的时候，非货币惠益非常重要。它们非常适合“提供者得到高价值，使用者得到低边际成本”的应用原则。例如，出现了入侵物种或是海洋保护区的偏远地区有非法捕捞，研究者很容易做出这样的评估，而分享这样的信息，对当地政府监测其发展极其有利。

#### 5. 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条件进行。

第 5 条第 5 款与第 7 条一起构成了《名古屋议定书》关于与遗传资源相关的传统知识的核心条款。所以这两个条款必须一起考虑和解释。第 5 条第 5 款讲到的是利用土著和地方社区持有的与遗传资源相关的传统知识的时候，缔约方有确保同他们分享惠益的义务。这样的做法，和第 7 条一起，间接地确认了《议定书》下的遗传资源相关传统知识归属于土著和地方社区创造的这类知识。在谈到与遗传资源相关的传统知识时，《议定书》只是说与土著和地方社区分享，并没有说与缔约方分享，这也是得出这一结论的一个论据<sup>50</sup>。虽然序言认识到在一些国家与遗传资源相关的传统知识被认为是更广泛的国家遗产的“特殊情况”，但是在《名古屋议定书》的执行条款中并没有考虑这样的情况，包括考虑获取与惠益分享要求<sup>51</sup>。所以，第 5 条第 5 款似乎只适合于可以追根溯源到一个或更多的可以确认的土著和地方社区持有人的传统知识。

#### 专栏 15 世界知识产权组织和世界银行对与遗传资源相关的传统知识的权利

《名古屋议定书》对谁持有对与遗传资源相关的传统知识的权利所采取的立场与世界知识产权组织知识产权和遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会主导的、目前正在进行的有关传统知识的谈判，以及世界银行有关土著人民运作政策所采用的方法一致。

<sup>50</sup> 相同的观点，参见 Buck and Hamilton, 2011, 第 48 页。

<sup>51</sup> 对《名古屋议定书》这种立场的批评，参见 Nijar, 2011a, 第 28—29 页。

世界知识产权组织成员国目前正在协商制定一个传统知识规范和权利的国际文书(《世界知识产权组织传统知识文书草案》)。对谁是传统知识保护的受益者这个问题,《草案》第2条目前包含了很多备选的提案。所有这些所采取的首要立场就是,作为一条基本原则,产生了传统知识的土著人民和地方社区拥有对这些知识的权利,只要可以确定这样的人或社区。

同样,《世界银行土著人民运作政策》(OP4.10)在第19条中宣告,非成员对土著人民的文化资源和知识进行商业性开发之前必须得到他们的同意。第19条进一步说,贷款者要商业化开发土著人民的文化资源和知识的时候,应该做出安排,使受影响的土著人民能够参与惠益分享。

### 分享惠益的义务

至于条款的内容,正如所指出的那样,第5条第5款要求缔约方采取措施,这样在利用与遗传资源相关的传统知识时,就可以与相关的土著和地方社区分享利用此种知识产生的惠益。因而根据第5条第5款,与土著和地方社区分享惠益是强制性的。考虑到《生物多样性公约》与遗传资源相关的传统知识所使用的语言,第5条第5款所使用的语言尤其直率。《生物多样性公约》在第8条(j)中只要求缔约方,依照其国家立法,“鼓励”公平地分享利用与遗传资源相关的传统知识产生的惠益。相比之下,《议定书》第5条第5款强调了与遗传资源相关的传统知识的惠益分享势在必行。这反映出国际社会对土著人民保持、掌管和发展其与遗传资源相关的传统知识,以及国家采取措施认识和保护这些权利的行使的认识日益增加(《联合国土著人民权利宣言》,第31条)。

同样重要的是要注意到,与《名古屋议定书》的其他条款相比,第5条第5款包含的附加说明更少(关于“酌情”的条件,见专栏14)。第5款的用词也比《议定书》中有关惠益分享的其他条款更强烈。比如,与第2款相比,缔约方有责任采取措施确保公正和公平地分享利用与遗传资源相关的传统知识产生的惠益,而不是更笼统地采取措施“以确保”这种惠益分享。此外,它没有指出惠益分享要依靠与遗传资源相关的传统知识的具体权利的存在、这些权利是如何建立的,或者是要符合国家立法。正如所示,提到传统知识由土著和地方社区“持有”时,我们必须将之理解为这些知识要能追溯到一个或更多的土著和地方社区,才可以适用《名古屋议定书》。

### 利用传统知识

《名古屋议定书》没有给出“利用传统知识”的定义。不过,在《生物多样性公约》和《名古屋议定书》中,都有要求公正和公平地分享惠益,以认识和回报土著和地方社区为了传统知识的研究和开发贡献出的知识、创新和实践。确实,与遗传资源相关的传统知识持续地被广泛应用于研究和开发领域,因为它通常反映了生物多样性要素的属性和管理所需的有用信息。第5条第5款清楚地确立了缔约方采取措施的义务,这样的话,在这些情形下,持有与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区可以公正和公平地分享其利用产生的惠益。

### 共同商定条件

与第5条第1款一样，本款确认惠益分享要建立在共同商定条件的基础上。也就是说，与遗传资源相关的传统知识的提供者 and 使用者必须共同同意惠益分享的条件、义务、程序、类型、时间性以及分配办法和机制。一般来讲，这些协商是与事先知情同意程序同时进行的，但是，在利用遗传资源方面，并不总是必须如此。

确实，联系到《名古屋议定书》的时间范围，获取与惠益分享要求相联系的紧密程度是一个问题，特别是与遗传资源相关的传统知识。有人曾经指出，《议定书》的获取条款的用词让人觉得这些条款只适用于《议定书》生效以后获取的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识。然而，也有人分辩说，从这个结论，人们自然会想，这也同样适用于惠益分享条款（Buck and Hamilton, 2011, 第57页）。但是，情况并非一定如此。确实，由于缺乏一个能达到这种效果的明确的条款，很难解释说《议定书》具有追溯力，可以对之前的利用进行惠益分享。不过，对于在《名古屋议定书》生效之前就已取得，但是在《议定书》生效以后仍在继续利用的与遗传资源相关的传统知识，情况就不同了。第5条第5款没有任何语言暗示该条款不适用于这种情形。

### 货币与非货币惠益

最后，值得注意的是，虽然段落的先后顺序不同，但是在涉及土著和地方社区的权利、知识和实践时，货币和非货币惠益都同样地与之相关。同样，对缔约方而言，不管是遗传资源的提供者还是使用者，都可以采取一系列的安排来促进公正和公平地分享利用与遗传资源相关的传统知识产生的惠益。

### 专栏 16 术语“传统知识”和“土著和地方社区”

“传统知识”不是一个专门术语。目前并没有该术语的正式法定定义，包括《生物多样性公约》在内。在《名古屋议定书》谈判的时候，有些代表提出应该包含一个对传统知识的正式定义，以便清楚地明确保护目标的界限。其他代表表示，对《议定书》而言，该术语本身意思已经足够清楚，特别是与《生物多样性公约》第8条(j)相比。后者的立场占了上风。由于缺少对该术语的定义，必须根据《生物多样性公约》第8条(j)来理解“传统知识”。这表示，总的来说，《议定书》适合土著和地方社区在其文化背景下，通过其传统生活方式发展的与遗传资源相关的知识（又见《世界知识产权组织传统知识文书草案》谈判期间关于传统知识的定义的提案）。另外，应该强调的是，知识并不一定要时间悠久才可以称之为传统。相反，“传统”这个术语指的是知识产生的环境而不是其产生的时间。

正如《生物多样性公约》本身一样，《名古屋议定书》，包括第5条第5款，把“土著人民”和“地方社区”结合在了一起，统一称之为“土著和地方社区”。虽然使用“土著和地方社区”的术语与《生物多样性公约》的实践一致，但是这样做并不是一定不会引起混乱。国际法承认土著人民是不同的法律主体。作为国际法律主体，土著人民享有源于国际法律资源而非《名古屋议定书》的对传统知识和遗传资源的一定权利。对这些权利的

确切属性和范围的讨论仍在继续。但是，因为对这种权利的一般存在毫无争议，《议定书》必须根据这些权利来执行。另一方面，“地方社区”并不是国际法的法律主体，所以不能从国际法律义务中获益。所以，针对地方社区而言，《名古屋议定书》必须在不考虑与土著人民相关的国际法资源的情况下予以执行。当然，《议定书》必须仍然与任何承认并回报地方社区权利的国家宪法和法律相互作用。尽管如此，由于依据国际法，土著人民持有对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的优先权，而地方社区享有的这种权利只能依据国家法律，《名古屋议定书》关于土著和地方社区的条款可能对土著人民和地方社区有不同的适用性。

## 第6条 遗传资源的获取

1. 在行使对其自然资源的主权权利时，并在符合获取与惠益分享国内立法或监管要求的情况下，为了利用而对遗传资源的获取，应经过提供此种资源的缔约方——此种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方的事先知情同意，除非该缔约方另有决定。

2. 各缔约方应根据国内法酌情采取措施，以期确保在土著和地方社区对遗传资源拥有准予获取的既定权利的情况下，获取此种遗传资源得到了土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。

3. 根据本条第1款，要求事先知情同意的各缔约方，应酌情采取必要的立法、行政或政策措施，以期：

(a) 对本国的获取与惠益分享立法和监管规定的法律上的确定性、明晰性和透明性作出规定；

(b) 规定有关获取遗传资源的公平和非任意性的规则和程序；

(c) 就如何申请事先知情同意提供信息；

(d) 规定国家主管当局应在合理时间内，以成本效益高的方式做出明确和透明的书面决定；

(e) 规定应在获取时签发获取许可证或等同文件，以证明做出了给予事先知情同意的决定和拟定了共同商定条件，并相应地通告获取与惠益分享信息交换所；

(f) 在适用的情况下并遵照国内立法，制定标准和（或）程序，以便在获取遗传资源时获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与；

(g) 就要求和订立共同商定条件制定明确的规则和程序。这些条件应以书面形式拟定，除其他外，内容可包括：

(i) 解决争议条款；

(ii) 关于惠益分享的条件，包括涉及知识产权；

(iii) 关于嗣后第三方使用的条款（如果有第三方的话）；

(iv) 适用情况下关于改变意向的条件。

## A. 背景

在《生物多样性公约》之前，遗传资源被认为是可以被使用者自由获取，而不需与提供国分享惠益的。《公约》改变了这个观念，明确各国对其领土范围内发现的遗传资源拥有主权（《公约》序言及第3条、第15条第1款）。它意味着国家有权根据国内现存法律，包括获取与惠益分享立法，来确定遗传资源获取的规则和条件。《公约》还规定遗传资源的获取应获得资源提供国的事先知情同意（PIC，第15条第5款）以及协商共同商定条件（MIT，第15条第4款），除非提供国另有规定。它同时要求提供遗传资源的国家简化获取的方式，并且不施加有违其目标的限制（第15条第2款）。作为获取的回报，遗传资源利用者有义务和提供方分享利用遗传资源产生的惠益（第15条第7款）。《生物多样性公约》的适用范围是由原产国的缔约国提供的遗传资源以及按照《公约》取得资源的缔约国提供的遗传资源。

因此，《公约》成了第一个国际文书：

- 承认国家拥有其管辖范围内的遗传资源的主权；
- 承认国家主权衍生出来的对获取的监管权和控制权；
- 阐明了主权与遗传资源获取的关系；
- 确立了惠益分享的原则。

《名古屋议定书》第6条主要根据《公约》第15条（在第1款、第2款、第3款和第5款），针对遗传资源性质及获取的条件/要求等各方面进行细述。第6条是《名古屋议定书》规定遗传资源获取的关键条款。它规定了监管遗传资源获取的提供国的权利和义务。第1款再次重申国家对自然资源拥有主权，因而根据国内的获取与惠益分享的法律法规的规定规范遗传资源的获取，遗传资源的获取应获得资源提供国的事先知情同意。第2节是《名古屋议定书》引入的一个新情况，它在《名古屋议定书》之前的国际遗传资源获取法中并不存在，即土著和地方社区（ILCs）在其已经有许可遗传资源获取的权利的情况下有权授予遗传资源的获取。最后，第3款（分为7个小款）提出了需要事先知情同意的遗传资源提供国应采取的一系列措施。如《公约》第15条第2款没有预见任何具体的措施来便利遗传资源的获取或防止施加有违其目标的限制。《名古屋议定书》的第16条第3款所规定的措施可以被视为是对《公约》第15条第2款的具体化<sup>52</sup>。

## B. 解释

1. 在行使对其自然资源的主权权利时，并在符合获取与惠益分享国内立法或监管要求的情况下，为了利用而对遗传资源的获取，应经过提供此种资源的缔约方——此种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方的事先知情同意，除非该缔约方另有决定。

<sup>52</sup> 见《生物多样性公约》第7次缔约方大会第VII/19号决定，UNEP/CBD/COP/DEC/VII/19。

### 事先知情同意

《名古屋议定书》第6条第1款阐明为了遗传资源的利用而获取需要受到此类资源提供方的事先知情同意，除非该提供方另有决定。“经过……事先知情同意”的说法似乎意味着获取需要事先知情同意，即提供遗传资源的一方在遗传资源获取之前授予使用者的许可。

“事先知情同意”的概念最早出现于20世纪80年代，联合国粮农组织提倡《农药的分布和利用》提出了国际行为准则<sup>53</sup>。它的根本原则是，在一个有危害的行为产生之前，会被影响的人以及决策当局必须被告知潜在危害的详情，从而做出一个依据十足的决定。这样一来，它可以保护进口国免受环境及健康危害。在《生物多样性公约》中，这概念的用法截然不同。首先，它旨在保护提供遗传资源的一方，而不是获取遗传资源的一方。换言之，《公约》中所述的事先知情同意所解决的问题是法律上的不确定性。其次，它发生在遗传资源获取及其嗣后从提供国出口之前。为此，提供国（由其国家主管当局作为代表）必须事先被告知拟进行的调查或生物勘探活动详情，即获取活动。资源提供者是根据潜在使用者所提供的信息来决定是否允许获取。

事实上，提供方通过颁发获取许可证来证明其事先知情同意。许可证或有相当效力的证明成了《议定书》内的强制要求，获取必须得到资源提供国事先知情同意（第6条3(e)）。事先知情同意的获取方式、程度及程序受到国家获取法规的监管。这些也可能要求获取的其他利益攸关方的事先知情同意，比如说，如果土著和地方社区已经确立其对遗传资源（参见第6条第2款）及相关的传统知识（参见第7条）的获取的许可权，使用者就要得到土著和地方社区的事先知情同意。2002年在《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》（《波恩准则》）第27—40段中（参见补充材料）规定了事先知情同意的各项可能要素。

### 事先知情同意的“条件”

但我们还要注意到一个重要方面，即第1款是让提供资源的缔约方决定是否需要事先知情同意。与《公约》第15条第5款一致，《议定书》的第6条第1款规定“……获取，应经过……事先知情同意，除非该缔约方另有规定。”

这就给了国家以下选择：

- 对所有获取情形要求事先知情同意；
- 对某些类型的遗传资源的获取要求事先知情同意；
- 对某特定用途的遗传资源获取要求事先知情同意；
- 对所有获取情形免于事先知情同意的要求（缔约方可能会免除事先知情同意但要求通告获取）。

当一个国家对获取要求保持沉默，也就是说，当它没有明确规定对国家的事先知情同意是否有要求时，出现一个难题。本条的第1款阐明，事先知情同意是强制性的，除非相关缔约方另有规定。事实上，在《议定书》谈判过程的某个阶段，该条款的另一表述是“除

<sup>53</sup> 参见 [www.pan-uk.org/archive/Internat/IPMinDC/pmn5.pdf](http://www.pan-uk.org/archive/Internat/IPMinDC/pmn5.pdf)（2012年1月8日最后浏览）。

非缔约方在获取与惠益分享信息交换所上发布一个国家决议，放弃其主权权利”<sup>54</sup>。以此为依据，谈判代表的意图是得出以下结论：只要某国不明确说明事先知情同意是不作要求的，那么就可以视为是作要求的。然而，有些国家，尤其是工业化国家历来不监管遗传资源的获取。理所当然地认为遗传资源在这些国家的获取不需要问国家当局的想法是很危险的。事实上，我们可能不清楚为什么对获取不加以管制，比如说，它的沉默可能表明该国还没有遵照第 6 条（Koester, 2012, 注释第 102 条）所述各项义务。不管怎样，要求遗传资源获取的主体应采取与沉默的情形相似的谨慎举措，也就是说，应先假设事先知情同意是有要求的，除非该提供国根据《议定书》第 6 条第 1 款已经明确地放弃了其事先知情同意的权利。有些使用者（比如渔业）甚至认为，在事先知情同意被放弃的地方，更明智的做法是与国家联络点进行确认（Ornamental Aquatic Trade Association Ltd, 2011）。

### 遗传资源获取的定义

《公约》和《议定书》并没有给“遗传资源获取”下定义。前者只是界定了什么是“遗传资源”（第 2 条）。遗传资源是具有实际或潜在价值的遗传材料。“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的材料（第 2 条）。因此，遗传资源是具有实际或潜在价值的来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。它们是遗传材料所需的生物资源组成部分或是用来产生遗传材料的生物资源组成部分，而不是它们的其他属性（Glowka et al., 1994, 第 76 页）。它们并非是贸易中的商品或货物。

但是，第 1 款阐明，当要求遗传资源的获取是为了利用它们的目标时（即《议定书》第 2 条所界定的用途而不是其他用途），遗传资源的获取应遵照事先知情同意的原则。因此，关于事先知情同意是否必须的关键问题是：要求获取含有遗传资源的自然资源的目标是什么？

有两种可能：

- 为了把它作为一个商品而要求获取自然资源——这就比如说，为了获取木材或打猎而要求进入森林。该要求就超出《议定书》的范围。它不属于《公约》第 15 条（Glowka et al., 1994, 第 76 页）的适用范围或《议定书》第 6 条的适用范围。

- 为了如第 2 条所述的用途而要求申请获取遗传资源——该申请属于《议定书》的使用范围，而且除非提供遗传资源的缔约方另有规定，获取遗传资源须征得资源提供国的事先知情同意。

因此，为了将两者加以区别，提供遗传资源的缔约方应根据其获取与惠益分享国内立法或措施，检查使用者是为了什么用途而要求获取遗传资源。但是，《议定书》似乎根本没有触及某些获取情形。如果不明确其用途，为了获得遗传资源的遗传属性（而非将它们作为商品）的获取监管似乎很不明晰。而且我们也不清楚，在作为商品或用途不明的情况下获取的遗传资源在其后的利用中如果产生了利益，那么事先知情同意和惠益分享的要求将如何被执行？

针对第一种情况，我们看一下第 6 条第 1 款，它表明《议定书》规定遗传资源在用途

<sup>54</sup> 参见 UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/1。

不明的情况下的获取仍将遵照获取与惠益分享立法，但可以免除事先知情同意的要求。另外，《议定书》第3条表明，该《议定书》应适用于《公约》第15条所列范围内的遗传资源，它们的获取都应遵照相关的国内立法。举一个用途不明的遗传资源的获取的实例，那就是为了基础科研目的的获取。根据《议定书》第8条，为了基础科研目的的获取仍然应遵照提供遗传资源的缔约方的获取与惠益分享国内立法（参见第8条解释）。因此，可以有争论地认为《议定书》也包含为了获得遗传材料而获取遗传资源的情形，但此获取不包括遗传材料的利用。

在第二种情况下，如果遗传资源利用嗣后产生利益，问题在什么时候需要获得资源提供国的事先知情同意，是在获取遗传资源之时，还是在决定利用遗传资源的那一刻（即意图转换）。如果是按前者解释，那就要看到《议定书》很多次提及“遗传资源的获取”。如果再仔细阅读一下这些条款，将会看到《议定书》将两种行为区分开来：一是获取（拿到）遗传资源，二是利用它们[参见导言第8款、第6条第1款及附件1(a)]。如果获取和利用无二，“利用”一词将属多余。虽然《议定书》似乎表明事先知情同意应在利用之前（理想状况下），但事先知情同意之前的利用情形也可以想象出来。换言之，由于最初获取遗传资源的意图产生改变，可能出现一个较晚的类似获取情形，也就是在遗传资源离开了缔约方的领土之后。这意味着事先知情同意也可能因为科研下游阶段的某个时刻而引发，从而支持了后面的那种理解。

因此，对遗传资源利用进行定义有助于我们了解“为了利用遗传资源的获取”，因为它将遗传资源的概念延伸到了衍生物/生物化合物。这意味着对衍生物/生物化合物进行研发会引发对事先知情同意的要求。对于那些作为商品或者是除了缔约方需要获得事先知情同意的利用之外的目的而获得的遗传资源，缔约方有必要增加一个条款要求当获取意图发生改变时需要获得事先知情同意。

因此，遗传资源的利用不仅会引发惠益分享的要求（参见第5条的有关讨论），在获取方面也是至关重要。

#### **提供资源的缔约方**

第6条第1款进一步规定，提供资源的缔约方要么是此类资源的原产国，要么是已经根据《生物多样性公约》获得遗传资源的缔约方。

《公约》第2条把原产国定义为拥有处于原产境地的遗传资源的国家，也就是遗传资源处在其生态系统和自然生活环境当中（Glowka et al., 1994, 第18页）。但是，有些物种已经离开它们最初的原生境条件很久，并进而成为新的生态系统和生活环境的一部分。存在此类物种的国家也可以被视为原产国（Glowka et al., 1994, 第18页）。但也经常会有一些被移植和养殖的遗传资源。移植和养殖是人类几百年来通过对植物、动物或微生物的选择等人为干预以满足人类所需的过程。这个过程给了这些有机物全新的或者是与原生境条件下迥然不同的特性。

对于此类遗传资源，原产国被认为是它们形成这些明显特征的地方（Glowka et al., 1994, 第18页）。如果共同商定条件已经拟定，并且事先知情同意已被准许，缔约方根据《公约》可以被视为已经获得遗传资源（《公约》第15条第4款、第5款）。这里应将两种情形加以区分：

▪ 遗传资源在《公约》生效之前已经获得（1993 年 12 月之前）——这涉及范围问题。《公约》对共同商定条件和事先知情同意的要求只在其生效之后具有法律效力。因此，之前获得的遗传资源不能被视为其获得违反了《生物多样性公约》。另外，此类遗传资源已经超出与国际法既定的法不追溯既往的法治原则一致的《公约》的适用范围之外（另请参见第 3 条解释）。这意味着《公约》的条款不能用来约束缔约方在《公约》出台之前以及其生效之前的行为、事实或情形。

▪ 遗传资源在《公约》生效之后获得，但是没有满足提供资源缔约方对共同商定条件和事先知情同意的要求——这涉及合法性问题。此类获取在未满足两种条件的情况下可以被视为违反了《公约》。首先，获得遗传资源的缔约方必须是在《公约》生效之后获得资源。其次，如之前所述，遗传资源的获取必须征得提供资源缔约方的事先知情同意。

拥有遗传资源的缔约方如果是以违反《公约》的规定方式获取，不应被视为提供资源的缔约方。

#### 事先知情同意和共同商定条件之间的关系

最后，在第 6 条第 1 款中，我们还要重点理解的一点是事先知情同意和共同商定条件之间的关系。《公约》第 15 条第 4 款规定“取得经批准后，应按照共同商定条件的规定进行”。根据该条逻辑，共同商定条件应在事先知情同意之前，因为批准获取是在达成“共同商定条件”之后或基于“共同商定条件”之上。但是，共同商定条件可以通过资源提供方制定的事先知情同意程序得以实现（Glowka et al., 1994, 第 81 页）。“共同商定条件”清晰地表明双方达成的条件以及以此为依据的遗传资源获取应该是意见一致的结果。因此，共同商定条件的拟定，即有关获取与惠益分享的条款及条件（另请参见第 5 条解释）的拟定是提供遗传资源的缔约方和要求获取遗传资源的主体之间的准协商阶段——不管是个人、公司、机构、社区还是一个国家。《波恩准则》第 44 条列出了典型的共同商定条件（参见补充材料）。共同商定条件通常是以双方达成的协议作为形式，一般称为材料转让协议。

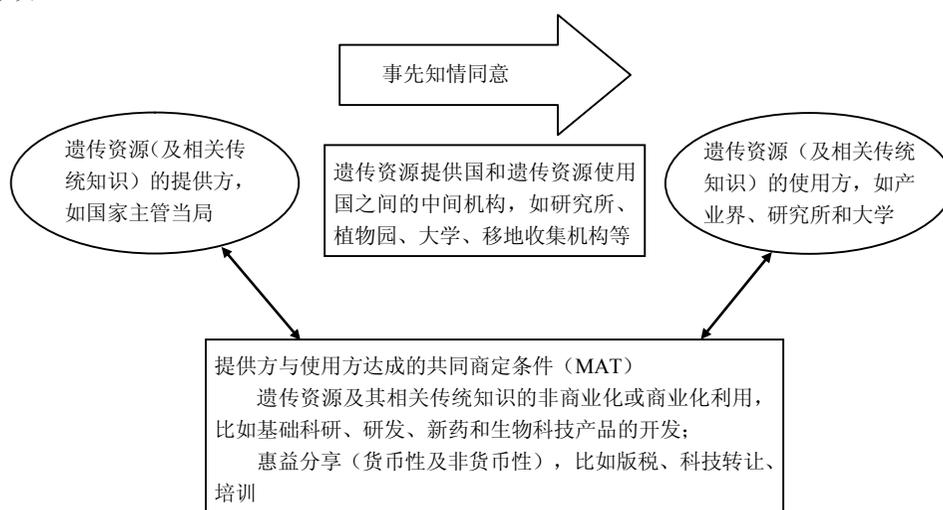


图 5 获取与惠益分享制度有关主体及其事先知情同意和共同商定条件义务的图示

来源: 《生物多样性公约》关于 ABS 的常见问题, 参看 [www.cbd.int/abs/doc/abs-factsheet-faq-en.pdf](http://www.cbd.int/abs/doc/abs-factsheet-faq-en.pdf)。

2. 各缔约方应根据国内法酌情采取措施,以期确保在土著和地方社区对遗传资源拥有准予获取的既定权利的情况下,获取此种遗传资源得到了土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。

《议定书》第6条第2款对需要土著和地方社区许可和参与的遗传资源获取做了规定。这在获取与惠益分享国家法中属于先例。根据《公约》第8条(j),促进其广泛应用,由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。《议定书》第6条第2款不但承认土著和地方社区有权力准予与遗传资源相关的传统知识的获取,还有权许可遗传资源的获取,即使该遗传资源不一定有相关的传统知识。它还引入了一个新的要求,即获取此类资源须获得土著和地方社区的事先知情同意或许可和参与。另外,它界定了缔约方在获取土著和地方社区的事先知情同意或许可和参与过程中的角色。

### 酌情根据国内法

我们首先必须提到,各缔约方都有强制性义务采取措施,以保证土著和地方社区拥有既定权利准予许可遗传资源获取的情况下征得其事先知情同意或许可和参与。这是通过“应”一词反映出来的。

但是,该义务必须“根据国内法”,这种说法在《议定书》提到土著和地方社区的时候出现过几次(参见第5条第2款、第7款和第12条第1款)。这意味着缔约方可自行决定采取何种措施。它也可能意味着各缔约方可自行根据其国内法律许可或要求采取措施。但是,有些作者认为第6条第2款在土著和地方社区对遗传资源拥有决定权的实施问题上,将国家的作用限制在起促进作用上而不是起到决定性作用。这种方式被认为对社区权利更为有利(Bavikatte and Robinson, 2011, 第47页)。支持这种理解的一种说法是“根据”这种表述,它和《公约》第8条(j)的用语有所不同,用的是“缔约方的义务遵照国家立法来实施”(遵照, subject to)。

不管怎样,第2款对缔约方要采取的措施并没有加以说明。它阐明“各缔约方应酌情采取措施”。因此,这些措施可能是立法的、行政的或政策措施,或者是缔约方认为可以用来实施其第6条第2款所述义务的任何其他措施。因此,其重点放在将要采取的措施的类型上,而不是目的。所以,根据国家法律体系及地方环境差异,国与国之间的措施呈现多样性是预料之中的(参见专栏14对第5条所述“酌情”详细解释)。

### 确保获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与

缔约方在采取此类措施时,应有一个具体的目标:以期确保获得遗传资源获取所需的土著和地方社区的事先知情同意或许可和参与。它明确了重要的不是措施类型而是此类措施是否能有效确保获得土著和地方社区的事先知情同意或许可和参与。

在这个背景下,有一点很重要,在《议定书》第6条第2款看似在事先知情同意和核准与参与之间提供了选择,表明缔约方的措施可以旨在获得其中一样。但是,至于“核准和参与”意味或包含着什么,以及它们与事先知情同意如何不同,并非一清二楚(参见第7条解释,这些用语在与遗传资源相关的传统知识获取有关的部分首次出现)。

### 土著和地方社区的既定权利

根据第6条第2款,有义务获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。但是,

这一条规定只适用于土著和地方社区拥有既定权利准予遗传资源获得的情况。换言之，如果他们没有既定权利，缔约方就没有义务采取措施来确保获得他们的事先知情同意或核准和参与。一旦第2款所述的事先知情同意或核准和参与义务发生效力，那么第3款的义务也随之生效。

《议定书》第6条第2款的依据是《波恩准则》第31款，遗传资源相关的土著和地方社区的既定权利首先是公认的。但是，“拥有既定权利的情况下”这一说法也不是很明确。回顾谈判阶段，有一种观点认为它的来源是土著和地方社区试图让他们的权利受到《议定书》的认可，就像国际法认可他们一样（Bavikatte and Robinson, 2011, 第46页）。《议定书》并没有直接提到这种结果，但在序言中提到了《联合国土著人民权利声明》（UNDRIP），并肯定了《议定书》中任何内容不应降低或除去土著和地方社区的现有权利。本质上看，序言中的这些条款已经表明这些权利的存在。

根据第6条第2款所述，土著和地方社区相关权利包括他们对其领土和领土内发现的资源的所有权以及他们的事先知情同意权利（请参见序言解释）。此类权利包括国内法及国际法既定的权利。

- 国际法——如《联合国土著人民权利声明》是一份承认土著和地方社区权利的国际法律文书。但还要注意到，《联合国土著人民权利声明》并不具有法律效力，因此，国家对它的实施是自愿性的。而且，即使那些权利被一个具有法律效力的文书所承认，一旦他们被缔约方移植到国内法当中，它们的影响力也只局限于国内。事实上，《议定书》并不强制各缔约方实施其他国际法律文书。

- 国内法——有些国内法律承认土著和地方社区对其领土和资源的权利。如果是这样，那么缔约方就有义务根据国内法采取适当措施，以期确保此类遗传资源获得所需的事先知情同意或核准和参与。《议定书》中没有表明各缔约方必须就土著和地方社区没有既定权利的情形拟定其权利。但是也没有说不能通过国内法拟定此类权利。

最后值得一提的是，虽然第6条第2款只要求国家采取措施，以期确保得到拥有既定权利准许遗传资源获得的土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与，土著和地方社区若有能力，也并没有因而被剥夺在其相关国内法律范围内采取措施的权利。

### **3. 根据本条第1款，要求事先知情同意的各缔约方，应酌情采取必要的立法、行政或政策措施，以期：**

第3款应与第1款一起来理解。它意味着在监管或决定遵从事先知情同意的遗传资源获取时，提供资源缔约方须酌情采取立法、行政或政策措施，以期给资源利用者创造一定的宽松而可以预见的获取条件。“酌情”一词表明缔约方可自由采取三项措施中的一项“立法、行政或政策措施”。

但如果资源提供方不要求事先知情同意，这并不表明它可以不必遵守《公约》第15条第2款便利获取的要求（Glowka et al., 1994, 第81页）。事实上，第15条第2款已经要求所有缔约方“应致力创造条件，便利其他缔约国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”。但是《公约》对便利措施既没有说明也没有规定，所采用的法律术语（“应致力”）也软弱无力，模糊不清，导致对实施该义务自愿或不自愿的程度持有不同看法。我们应该看到，法律不明晰是许多（传统）资源提供国

形成限制性的获取与惠益分享法律的一个原因。提供国多数会实施《公约》第 15 条第 1 款所准予的权利，但是却没有实行其第 15 条第 2 款的义务来与之持衡。结果事与愿违，产生了对许多阻碍使用者获取遗传资源的障碍和挑战。这使他们不愿意获取或利用遗传资源，并因此产生一个副作用——遗传资源提供者及利益相关者的潜在利益遭受了损失<sup>55</sup>。

表 4 限制性规定的可识别特点及其影响

可识别（负面）特点	潜在负面影响						
	延误	昂贵	复杂	麻烦	不确定	模糊	高贸易成本
漫长的程序	√	√				√	√
多项许可	√	√	√	√	√	√	√
多个“事先知情同意”	√	√	√	√	√	√	√
多项费用		√	√		√		√
其他可能费用		√	√		√	√	√
重复的程序	√	√	√	√	√	√	√

来源：Kamau and Winter, 2009。

**(a) 对本国的获取与惠益分享立法和监管规定的法律上的确定性、明晰性和透明性作出规定；**

第 3 款 (a) 要求缔约方采取的立法、行政或政策措施具有法律上的确定性、清晰性和透明性。法律上的确定性、清晰性和透明性对获取与惠益分享程序至关重要，因为它们可以便利遗传资源的获取和利用，有利于达成与《公约》目标一致的共同商定条件<sup>56</sup>。

“法律上的确定性”是一项国内国际法原则，认为法律应向遵守者提供能明确监管其行为的规则，并且保护那些遵守者免受国家权力的任意辖制。正因如此，法律的确定性包含一个要求，法律不能突然改变，做决定需要根据法律规定。也就是说，要合法。它还经常作为法律制定、解释和应用的法律制定的核心原则 (Maxeiner, 2010)。

民法和普通法体系都有法律确定性的概念。在这两个法律传统中，它是政府机关采取立法和行政措施的合法基础 (Claes et al., 2009, 第 92—93 页)。但是，法律确定性概念在多大程度上被法律所采纳有赖于该国的法理学。

法律明确性的原则是法治的一核心宗旨，这是全世界公认的 (Zolo, 2007)。它要求所有法律必须足够精确，不相互矛盾，可以让人在各种情况下在合理的程度上预见某特定行为的后果 (Maxeiner, 2010)。

**(b) 规定有关获取遗传资源的公平和非任意性的规则和程序；**

根据第 3 款 (b)，资源提供国的遗传资源获取规则和程序应“公平”、“非任意性”。两者都涉及提供方对待要求遗传资源获取的各缔约方的态度。“公平”意味着对相似的国

<sup>55</sup> UNEP/CBD/WG-ABS/4/2。

<sup>56</sup> CBD COP 5 Decision V/8, Document UNEP/CBD/COP/5/8。

内国外申请者或者不同缔约方的国外相似申请者予以平等对待。“非任意性”是不依赖于随机，即个人或单方面的考虑，而是根据标准和/或法律规则确定的。它还意味着有节制地行使权力。

### 专栏 17 欧盟法律中的法律确定性原则

在欧洲法院的实践中，法律确定性概念是欧盟法律适用的一个普遍原则。在欧盟法律的解释中，欧洲法院认为法律确定性要求法律确定，即在法律含义上明确、精确并可预见（尤其是在经济义务中应用的情况）。因此，在欧盟中会产生影响的法律的必须要：

- 具有适当的法律依据；
- 措辞对要遵守该法律的人来说清晰易懂；
- 公布之前不生效（法不溯及既往）；
- 公之于众，帮助各缔约方了解法律是什么并因此遵守它。

来源：Raitio, 2003; Chalmers et al., 2010。

但是，在资源提供国行使其获取决定权的时候，它可以制定与国家特殊利益方面相关的事先知情同意标准，在不违背非任意性和不歧视的要求的情况下，可以自由允许例外情况。在不歧视要求方面，比如说，缔约方可以选择制定旨在促进地方非商业化生物多样性和生态系统科研、教育的规则。获取规则和程序可能因此准予地方使用者采集对本国具有战略意义的区域内的遗传资源，但却不会给国外使用者许可。它也可能准予许可获取用于科研以恢复将要灭绝物种的遗传资源，但是却不准许用于商业目的的获取许可。

#### **(c) 就如何申请事先知情同意提供信息；**

第 3 款 (c) 强制要求事先知情同意的缔约方指导利用者如何申请事先知情同意。这类指导可能包括以下信息：

- 准予事先知情同意的国家当局（国家主管当局和/或国家地方联络点）的信息；
- 需要履行的具体要求，如需要提供的申请及具体信息；
- 需要遵循的具体程序等。

#### **(d) 规定国家主管当局应在合理时间内，以成本效益高的方式做出明确和透明的书面决定；**

第 3 款 (d) 规定了提供国的义务——通过国家主管部门以书面形式颁发一个决定。如果把第 3 款 (d) 单独来看，它并没有提供所提到的决定的细致内容。但是，在第 3 款 (c) 和 (e) 的逻辑里，显然它指的是准予事先知情同意的决定。这样的书面决定必须：

- 清晰透明；
- 以高成本效益比的方式获得；
- 在合理时限内作出。

该条款旨在改变遗传资源使用者获取遗传资源可能面临的一些挑战，包括提供国的措施不可靠、准予决定的延误以及高交易成本。要清晰透明，也就是要易于理解，直截了当，以避免缔约方的不同解读。另外，成本-效益体现在预期利益超出交易成本并且一般要尽量

降低成本。最后，需要通过避免可能不利于（潜在）使用者获取以及增加贸易成本的过期延误，从而保证及时。

以确切的金额或时间长度来对成本效益和合理时限进行限定是很有难度的。而且，让所有缔约方对这些要求都能进行完全一致的实行也是艰难的，因为每个国家的现存基础设施、人力资源以及行政复杂性都截然不同。但是，了解各使用者关心的不同问题（往往根据明显的分类属性而决定），拥有一个可以以个案为基础来解决这些问题的简单灵活的程序，并同时避免增加官僚主义，被证明是有益的。

**(e) 规定应在获取时签发获取许可证或等同文件，以证明做出了给予事先知情同意的决定和拟定了共同商定条件，并相应地通告获取与惠益分享信息交换所；**

第 3 款 (e) 规定提供国应确保所采用的措施应允许许可证或同等证件在获取的时候颁发给使用者。此类许可证应作为事先知情同意已经被授予以及共同商定条件被拟定的证明。获取的许可应反映申请者及一个或国家主管当局或国家联络点之间达成的共同商定条件。从无数国家的实践来看，此类许可可以包括如下内容：

- 关于要获取的物种或有机体的描述，包括其性质及开发阶段；
- 被许可收集的地点的描述；
- 可能收集的样品的数量和体积；
- 准予获取的时限；
- 相关群体或社区的同意；
- 遵照许可对第三方遗传资源利用的限制；
- 遵照许可对由遗传资源利用而产生的惠益的分享的各项要求；
- 保证国民及国家机构对遗传资源的科研活动的参与的条款；
- 技术转让的要求；
- 报告要求；
- 国家主管当局或国家联络点认为适当的任何其他条件。

一旦准予许可，同样的内容要告知根据《议定书》第 14 条设立的获取与惠益分享信息交换所。报与获取与惠益分享信息交换所的此类许可应包括一份国际认可的遵守证明证书（《议定书》第 17 条第 2 款），证明获取的遗传资源已经获得提供此类资源的缔约方的事先知情同意和拟定了共同商定条件（第 17 条第 3 款）。

**(f) 在适用的情况下并遵照国内立法，制定标准和（或）程序，以便在获取遗传资源时获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与；**

第 3 款 (f) 要求缔约方制定获得遗传资源获取的标准和程序，以便在获取遗传资源时获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与的标准和/或程序（参见第 2 款）。但是，由条款所述“在适用的情况下”表明，并非所有提供遗传资源的缔约方必须如此行动。

因为第 3 款 (f) 与《议定书》第 6 条第 2 款直接相关，“在适用的情况下”所指的事实可能是本段规定的义务只适用于土著和地方社区拥有既定权利准予遗传资源获取的情况。另外值得一提的是，缔约方应遵照国内立法制定标准或程序。它可能表明每个缔约方有特权根据其国内立法决定哪些标准或程序是可行的。这还意味着由于各国的国内立法不尽相同，有关土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与的标准和/或程序也会

是多种多样。

**(g)就要求和订立共同商定条件制定明确的规则和程序。这些条件应以书面形式拟定，除其他外，内容可包括：**

最后，为了利用而获取资源的缔约方应致力于要求及订立共同商定条件。这意味着此缔约方必须确立共同商定条件为必需的前提，阐明应订立的条件。换言之，缔约方需要遵循的程序应如何确立。该条款进一步要求此类规则和程序应明晰（参见上述第3款(d)），并且缔约方拟定的条款须以书面形式。书面条款有助于增强确定性和透明性，因为它们给缔约方提供了保障，预防任何一方缔约方突然改变条件或出现毫无依据的索赔。

第3款(g)还提供了一份简短的列表，它可能是提供方要求的，也可能是双方订立的。“可能包括”意味着这些条件并不完全但相当象征性。它还意味着，因该列表并非强制性的，所以由缔约方自行决定是否将它们列入共同商定条件内。此类措施应同样作为《议定书》第18条规定各因素的补充组成内容。

**(i) 解决争议条款；**

它可以规定：

- 如何送达争议提案，如是通过宣誓的陈述、传真或电子等沟通手段；
- 时间表；
- 争端解决机制，如是友好协商、调解还是仲裁；
- 各缔约方所属管辖范围以及争端解决程序；
- 可以适用的法律（参见《议定书》第18条第1款的解释）。

**(ii) 关于惠益分享的条件，包括涉及知识产权；**

这些可能规定：

- 需要分享的惠益形式，比如是货币性还是非货币性；
- 以百分比或固定的额度进行分享；
- 版税或阶段性付款。

**(iii) 关于嗣后第三方使用的条款（如果有第三方的话）；**

这些可能会规定以下此类问题：

- 使用者是否被允许将资源转让给第三方；
- 若是，根据什么前提，即最初获取者和嗣后获取者的义务各是什么。

**(iv) 适用情况下关于改变意向的条件。**

这些可以规定下列问题：

- 持非商业目的的使用者如果发现并想要得到潜在商业利益，该如何行动？也就是说，使用者是否要回到提供方那里重新对共同商定条件进行协商？惠益是否会从非货币性惠益变成货币性惠益？或者这两种惠益都需要分享吗？根据《议定书》第8条(b)获取的来自病原体的疫苗在紧急情况消失之后该如何处理？

## 第 7 条 与遗传资源相关的传统知识的获取

各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核准和参与，并订立了共同商定条件。

### A. 背景

第 7 条和第 5 条第 5 款是《名古屋议定书》中有关与遗传资源相关的传统知识的核心条款。这些核心条款极大地扩大了《生物多样性公约》对传统知识获取与惠益分享的规定。《生物多样性公约》对获取与惠益分享作出主要规定的第 15 条只对遗传资源适用而没有对与之相关的传统知识作出规定。而且，《生物多样性公约》对与遗传资源相关的传统知识作出明确规定的主要条款，第 8 条 (j) 主要关注的是保护和维持该类知识。不过，第 8 条 (j) 包含了获取与惠益分享的要素，与第 15 条建立起联系。这样的联系为建议获取与惠益分享制度的谈判中加入传统知识的获取与惠益分享提供了基础[参看《生物多样性公约》第 7 次缔约方会议缔约方达成的谈判要点 (Kuala Lumpur, Malaysia, 2004)，该要点要求缔约方“探讨和谈判一个有关遗传资源获取与惠益分享的国际机制，以期达成一个机制/多个机制能够有效执行《生物多样性公约》第 15 条和第 8 条 (j) 的规定”。<sup>57</sup>

第 7 条和第 5 条第 5 款规定缔约方有义务采取措施以确保惠益分享的措施和遵守获取标准。但是，通过确认土著与地方社区是惠益分享的受益方以及获取协议的相关主题，《议定书》的第 7 条和第 5 条第 5 款间接地承认土著与地方社区是与遗传资源相关的传统知识的持有人，因此意味着，他们是土著和地方社区的传统知识相关权利的持有人（参看专栏 16：术语“传统知识”和“土著和地方社区”）。

《生物多样性公约》建立在国家对遗传资源拥有主权权利这一前提之上。在此背景之下，《名古屋议定书》将主要通过国家来制定获取与惠益分享的规定，虽然《议定书》也承认其他主体可以成为遗传资源的持有者。而对遗传资源有关的传统知识，情况则有所不同。与遗传资源不同，《生物多样性公约》并没有宣称缔约方对于与遗传资源相关的传统知识拥有权利，但也没有排除这一可能性。《公约》第 8 条 (j) 的用语是“土著和地方社区的知识、创新和做法”似乎意味着与遗传资源有关的传统知识一般由土著和地方社区所有。

在此背景下，一些《名古屋议定书》的谈判代表认为获取与遗传资源有关的传统知识的规定应该承认土著和地方社区批准获取的权利。然而，另一些代表则认为缔约国对与遗传资源相关的传统知识应同样有权给予事先知情同意。后一种观点的主要来源是一些缔约国认为国家才是传统知识的所有人而另一些缔约方认为其国内的土著和地方社区自身缺

<sup>57</sup> COP Decision VII/19 D, 遗传资源获取与惠益分享的国际机制。

乏处理事先知情同意程序的能力而需要政府的帮助。

这几种立场在《名古屋议定书》第7条的谈判过程中都有反映。建议在事先知情同意程序中政府要发挥作用的缔约方千方百计地在《议定书》的草稿中加入相关的用语，而在最终文本中直接援引《生物多样性公约》第8条(j)的规定写入“根据国内法”或“核准与参与”，作为事先知情同意的替代性用词。

## B. 解释

第7条规定各国义务采取措施确保土著与地方社区持有的与遗传资源有关的传统知识的获取应有他们的核准和参与，并订立共同商定的条件。第7条规定的义务在不同方面受到限制或被认为已履行。

### **由土著和地方社区所持有的与遗传资源相关的传统知识**

第5条第5款的解释提到，《名古屋议定书》的适用范围仅限于土著与地方社区持有的与遗传资源相关的传统知识。这就意味着《议定书》不对《生物多样性公约》所适用的不由土著与地方社区而是其他主体持有的传统知识的获取有任何要求。

而且，《议定书》第3条规定得很清楚，《议定书》只适用于与遗传资源有关的传统知识。但这并不是说传统知识的获取必须与其相关遗传资源总要一同获取。有时候潜在使用者只对获取传统知识感兴趣而不需要获取与其相关的遗传资源，而《议定书》包括第7条对该种情况也适用。换句话说，缔约方应采取措施确保事先知情同意或核准和参与的规定得到遵守，包括国家没有介入的交易，也就是只涉及传统知识而不涉及遗传资源的获取的情况。

### **得到了这些土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与**

在“事先知情同意”和“核准和参与”的术语中的关键词是“同意”和“核准”。“事先”和“知情”只是澄清和强调同意必须是自愿作出的，而不是被强迫或受欺骗而作出的。即使没有这些限定语，“同意”照理来说应该也是指“真实的同意”。也就是说，即使第7条缺少“事先”和“知情”等类似的限定语，该条也不会被解释为任何一种同意表示都充分，不管是否是受欺骗、被强迫等。同样，“参与”也没有给“核准”增加太多的意思，因为很难想象一个人在没有参与决策过程时能够说他/她核准获取。最后，正确理解“事先知情同意”和“核准和参与”实质上简化成比较“同意”和“核准”的含义。

一般而言，在英语里“同意”和“核准”的意思很相近。它们之间可能有细微的差别，但没有实质性的差别，可以合理地作出结论说当“同意”和“核准”这两个术语同时出现在《名古屋议定书》时，实质上具有同样的含义。因此在“事先知情同意”术语上又额外加上“核准和参与”显得很多余。

然而，必须意识到“同意”几乎可以作为一个“专门术语”出现在《生物多样性公约》和不少其他国际文书，例如规定传统知识的国际文书中。这意味着“事先知情同意”在国际法上得到一个特殊的地位，使得这一概念自动就有了一些要素，例如“事先”和“知情”的具体定义。而“核准”这一术语虽然也出现在《生物多样性公约》的第8条(j)，却很少被国际法律文书所使用而很难被作为一个专门术语，自动具有某些特别的要素。因此，由于事先知情同意相关规定在国际法中的地位，“事先知情同意”与“核准和参与”有可

能有实质性的差别。同样，一些国内立法可能对事先知情同意已经有明确的定义。这些国家可以运用第7条所提供的弹性，即所采纳的在他们的获取与惠益分享的立法中加入“核准与参与”，避免把“事先知情同意”的某些具体要素纳入他们的获取与惠益分享的立法中。

综上所述，根据《名古屋议定书》的第7条，土著与地方社区有权利决定是否授予其持有的与遗传资源有关的传统知识的获取<sup>58</sup>。执行该条款过程中，缔约方可以选择措施确保获取的决定是基于土著与地方社区的事先知情同意或“核准与参与”。两者的区别主要看国际法上对事先知情同意这一术语的具体含义的规定或国内法是否有对事先知情同意有特别的规定。

并且，还需要注意到“事先知情同意或核准和参与”在《名古屋议定书》的第6条第2款和第16条都有出现。它们是在谈判代表对第7条初步达成协议时写入。自然而然，理解三个条款中这同一用语应该要一致。

### 根据国内法

有关“根据国内法”和“酌情”这样的规定还可以在《名古屋议定书》的其他条款找到（参看第5条第2款、第5条第5款、第6条第2款和第12条第1款）。正如在第5条的解释提到，“酌情”没有确认土著和地方社区对遗传资源有关的传统知识的权利，而是通过这一限定语给予缔约方一定的自由度来决定采取哪些措施来实施该条款（参考专栏14关于“酌情”这一术语在第5条的含义）。这样的理解也适用于《名古屋议定书》第7条中“酌情”的规定。

而“根据国内法”这样的规定曾被认为第7条暗示国家应该在土著与地方社区需要支持时，扮演促进土著与地方社区执行事先知情同意和核准与参与过程的角色（Bavikatte and Robinson, 2011, 第45页）。其他更为激进的观点甚至认为“根据国内法”和“酌情”累加的结果是使得“事先知情同意或核准与参与”完全由缔约方决定（Nijar, 2011b, 第26页）。然而，这些立场在第7条的规定里是找不到依据的。看第7条的结构可知规定“根据国内法”只是说缔约方采取措施的方式。换句话说，它规定缔约方应该根据其国内法采取措施。这可能对于大部分国家而言都是需要，只不过《名古屋议定书》明确指出而已。实质上，“根据国内法”的规定不能解释为已经加给各国实质性的义务要在土著与地方社区持有的与遗传资源相关的传统知识获取之前就采取措施确保事先知情同意或核准和参与。基于同样的理由，我们很难从“根据国内法”这样的规定得出国家要扮演促进协调角色的结论。但是，如果相关的土著与地方社区请求政府的支持，那么国家提供这样的支持是符合第7条的规定的。

综上所述，一些代表要求加入“根据国内法”和“酌情”到第7条，以期增加一些有指向的含义。但和其他《议定书》的条款一样，第7条必须首先根据该条款的合理的解读进行理解（《维也纳条约法公约》第31条）。这意味着第7条规定缔约方应酌情采取措施（根据国内法），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核准和参与，订立共同商定条件。

<sup>58</sup> 有关的赞同意见，请参看 Buck and Hamilton, 2011, 第55页。他们观察到得到土著与地方社区同意后可以获得他们所持有的与遗传资源有关的传统知识。参考第48页，作者支持传统知识的持有人是个体和社区而非政府。

### 应当采取措施

“根据国内法”和“酌情”的规定，以及“以期确保”这一限定语确实是给予各国在决定什么时候、采取什么样的措施来执行第7条一定的弹性。首先，国家应“酌情”采取措施，意味着缔约国没有采取措施的一般义务。他们只需在有这样需要时才应采取措施。另外，“酌情”和“根据国内法”两项限定明确了各国自行决定什么类型的措施是最为适合满足需求的。最后，这些措施只需要“为了”确保得到了这些土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与，订立共同商定条件。这意味着所采取的措施可以只是对事先知情同意或核准与参与的一般规定。如果这些措施不能在一些情况下达到效果也不会导致该国违反第7条的规定。

同时，必须注意到这些限定语并没有免除缔约国在此类需要被明确后不采取措施的义务。第7条明确规定缔约方“应当采取措施”。因此该义务是强制性的。缔约方有权决定采取什么样的措施，甚至这些措施的性质可以与在每一种情况下确保事先知情同意或核准与参与无关或共同商定条件已经被订立。

### 传统知识与知识产权

在《名古屋议定书》的谈判中，大部分的代表关注的焦点都在遗传资源上，比较少关注与遗传资源相关的传统知识。在《议定书》谈判的过程中，谈判者通常都是首先寻求在遗传资源的情况下如何处理特殊问题上达成共识就是明证。达成的解决方案后来也会适用到与遗传资源相关的传统知识上。因此，谈判代表很少关注那些传统知识与遗传资源有实质性差异的事项。在绝大多数的情况下，以解决遗传资源的方法来解决传统知识是没有问题，甚至是有好处的，这样可以保持《议定书》的一致性。但至少在一个方面，即知识产权，让谈判代表根据传统知识的特征给予特别的关注或许是大有益处的。

获取所有形式的遗传资源都属于《名古屋议定书》的管辖范围，要求得到遗传资源所在的缔约方的事先知情同意，或在适用的地方，得到权利已确定的土著与地方社区的同意。第7条还要求在获取与遗传资源（第3条规定的一般范围）相关的传统知识之前获得相关土著与地方社区的事先知情同意或核准与许可。然而，这样的规定似乎与传统的知识产权系统产生冲突。传统的知识产权系统早已对谁能够对知识——更为准确的来说是基于知识的创新——建立排他性的权利有明确的规定。

保护人类创造成果的传统知识产权的内在特性对把这些权利适用至传统知识在多个方面上都有很多限制。首先，传统知识必须是一项创新的成果或“采用形式”，并且必须具有足够的新颖性，未曾在广泛公共领域传播以能够得到专利的保护。即使传统知识满足这些要件，专利保护的期限相对很短。根据专利制度的这些特征，从知识产权的角度来看，大部分的传统知识都是在所谓的“公知领域”——即任何人都可以自由使用的。另外，知识产权制度还允许第三方基于土著与地方社区创造的传统知识进行创新后的发明成果获得专利保护。

《名古屋议定书》应对知识产权制度的这些特征来解决与遗传资源相关的传统知识的问题的方法是很重要的。由于传统知识产权制度内在的局限性，如果其规定的效力优于《名古屋议定书》，那么《议定书》与遗传资源有关的传统知识的获取规定似乎只能够适用于那些还没有被披露的传统知识。这是因为传统知识一般而言是得不到传统知识产权制度的

保护，正如前面所述理由，即使这些知识属于创新的一部分要给予保护也是限制重重。另一方面，如果《名古屋议定书》开创先河，公知领域的传统知识的范围就会大大地减少，事实上正如第7条所规定，第7条并没有区分尚未与公开分享的传统知识和已经公之于众的知识<sup>59</sup>，第三方对其拥有权利。

第4条规定了《议定书》与其他国际协定和文书的关系。第4条第1款宣布该条款无意在《议定书》和其他国际协定间规定等级之分。但同时，该条款还规定本《议定书》的任何规定都不应妨碍缔约方制定和执行其他相关国际协定，除非这些规定使缔约方严重违反《公约》义务并且危害生物多样性。这样的表述似乎表明根据国际知识产权法——如专利条约——现存的知识产权，特别是基于传统知识的创新不受《名古屋议定书》的影响，除非这些权利对生物多样性造成严重的威胁。

至于未来潜在的传统知识协定——或许与《议定书》最为相关的是与传统知识产权类似的协定<sup>60</sup>，规定传统知识的知识产权系统一旦产生，情况就会有不同。根据第4条第2款，《名古屋议定书》可以自由缔结其他与传统知识有关的国际协定。但必须不对生物多样性造成严重威胁——第4条第1款规定的限定——并且不违背《公约》和《议定书》的目标。《议定书》的第1条明确适当获取的标准是《议定书》的目标之一。因此这意味着第4条第2款对缔约方将来所缔结的知识产权协定作出了一定限定，即所缔结的协定不应影响它们执行《议定书》的义务——即第7条所规定的应当采取措施以确保土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。如果将来的协定使得《名古屋议定书》所规定的获取要求无效，就可以认为该协定是违背《议定书》的目标。然而，第4条第2款所建立的对未来知识产权协定的限定程度是很难确定的。《名古屋议定书》第4条第3款明确第4条第2款对于正在进行谈判的知识产权协定也是同样适用。第4条第3款的规定与现在正在进行的有关传统知识国际协定的谈判最为相关，该谈判是在世界知识产权组织（WIPO）下的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会（IGC）进行的。

《议定书》的第4条第4款提到了“获取与惠益分享专门性的国际文书”。根据第4条第4款的一般规定，专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，《议定书》不适用于该专门性文书的缔约方。正如下文所述，惠益分享是世界知识产权组织（WIPO）下的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会（IGC）正在进行谈判的传统知识协定的关键内容。这一协定一旦通过，可能可以成为《名古屋议定书》所指的获取与惠益分享专门性的国际文书。不过，这不会影响第7条所规定获取要求的使用，因为其实质与第4条第4款、第4条第2款和第4条第3款的规定一致。根据第4条第4款，为了使专门性文书的效力优于《名古屋议定书》，该文书必须不违背《公约》和《议定书》的目标。换句话说而言，第4条第4款对世界知识产权组织（WIPO）下的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会（IGC）正在进行的与传统知识有关的谈判作了与未来有关知识产权协定同样的限制。

<sup>59</sup> “公之于众”（publicly available）与“公知领域”（public domain）这两个术语的主要不同是，前者是陈述一个事实即该知识已经为公众所知，与“公知领域”不同，“公之于众”并不必然意味着传统知识可以合法地被自由使用。

<sup>60</sup> 类似知识产权协定将会更有意思，与知识产权不同，它们可能可以直接适用至知识本身，而不仅是保护发明创造。

综上所述，对《名古屋议定书》的第7条和第4条一同解读时，《议定书》似乎对现有的知识产权制度，例如专利条约没有影响。专利条约对第三方基于土著与地方社区持有的与遗传资源有关的传统知识而创新获得的发明成果给予专利保护。《议定书》也没有影响缔约方履行根据现有的知识产权协定授予知识产权保护的义务，只要这些做法不对生物多样性产生严重的威胁。同时，《议定书》的第4条第2—4款对于缔约方缔结新的会影响他们履行义务第7条义务，并采取措施以期确保事先知情同意或核准与参与的知识产权协定或类似的协定作了一定的限制。而且，一旦现有的第三方所有的基于与遗传资源有关的传统知识的创新的知识产权保护到期后，土著与地方社区将有权批准该类传统知识的获取。因为第7条的规定对所有形式的传统知识适用，只要该传统知识属于《名古屋议定书》的使用范围。

并且，应注意到第7条对于“保护”是没有限制的。因此第7条所建立的获取要求对所有的土著与地方社区持有的与遗传资源相关的传统知识都适用，无论这些传统知识产生的时间有多长或是否已经处于公知领域。实际上，传统知识并不一定是老的知识，“传统”知识指的是知识所产生的土壤，而不是产生的时间（请参看专栏16）。《名古屋议定书》这一立场与目前世界知识产权的立场是一致的。

简而言之，《名古屋议定书》要求缔约方采取措施，以期确保土著与地方社区得到事先知情同意或核准和参与，不仅是指那些在他们直接控制之下的与遗传资源有关的传统知识，还包括那些已经公之于众的传统知识——或者用知识产权的术语——处于公知领域的知识。但是，这是在第4条所建立的框架下才适用。

### 专栏 18 世界知识产权组织传统知识协定

世界知识产权组织的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会正在进行有关传统知识的知识产权、更为有可能的是与知识产权相似的权利的国际文书的谈判（世界知识产权组织传统知识协定草案 WIPO TK Instrument）。世界知识产权组织的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会目前的被世界知识产权组织成员国大会指定的职责是向世界知识产权组织的成员国大会提交一份能够有效保护传统知识的国际文书的草案，以供世界知识产权组织外交会议讨论通过。值得注意的是，世界知识产权组织的知识产权、遗传资源、传统知识和民间艺术表达政府间委员会同时还规定遗传资源的问题。虽然谈判还在进行中，但我们可以从现有的草案得出一些一般性的结论，能够反映目前论证的情况。

与《名古屋议定书》不同的是，世界知识产权组织的传统知识协定草案主要关注的是传统知识的保护范围，哪些知识需要获得保护以及可以给予什么形式的保护。目前草案的第3条和第6条包含一些可供选择的方案。不过，很明显的是目前的传统知识协定草案会包含对传统知识获得哪种形式保护的详细规定，例如以什么方式予以保护、保护的如何等，这一点与《名古屋议定书》有很大的不同。根据目前的草案，未来达成的世界知识产权组织的传统知识协定会区分神圣的传统知识和文化敏感度比较低的传统知识，以及区分出保密状态的传统知识和已经公之于众的传统知识。

有关保护方式，似乎有不少谈判代表更倾向于不对所有的传统形式都要求获得事先知情同意。而是针对那些神圣的、神秘的或者某种意义上是文化敏感度较高的传统知识需要完全的保护，而对于已经出现在公知领域、敏感度比较低的传统知识只要求与持有人进行惠益分享和公开承认知识的来源即可。

## 第8条 特殊考虑

在制定和执行获取与惠益分享立法或监管要求时，各缔约方应：

(a) 创造条件，包括简化出于非商业性研究目的的获取措施，促进和鼓励有助于生物多样性保护和可持续利用的研究，特别是在发展中国家，同时考虑到有必要对上述研究意向的改变予以处理；

(b) 适当注意根据各国或国际上确定的各种威胁或损害人类、动物或植物健康的当前或迫在眉睫的紧急情况。缔约方可考虑是否需要迅速获取遗传资源以及迅速公正和公平分享利用此种遗传资源所产生的惠益，包括让有需要的国家、特别是发展中国家获得支付得起的治疗；

(c) 考虑遗传资源对于粮食和农业的重要性及其对于粮食安全的特殊作用。

### A. 背景

《名古屋议定书》就一些和获取与惠益分享特殊的情况作了规定：

#### ■ 非商业性研究

在《名古屋议定书》的谈判过程中，要求建立针对非商业性研究的特殊制度很有争议。一方面，遗传资源提供方很担心非商业性研究转变意图（见下文），第三方使用材料以及商业机构使用研究成果。另一方面，科学界对资源提供国设置的获取要求和程序很忧虑。他们的担心主要源于限制获取的事实已经阻碍非商业性的研究。这些非商业性研究不以获得货币化利益为目标。

#### ■ 各种威胁或损害人类、动物或植物健康的紧急情况

在《名古屋议定书》谈判中另一有争议的问题是《议定书》是否应对适用病原体，如果应当，应设置什么样的获取与惠益分享的义务。与病原体相关的获取与惠益分享制度对于能够既负责任同时又公平的应对人类、动植物健康问题是很重要的。工业化国家特别担心国际社会应对病原体威胁的能力会因为《名古屋议定书》的实施而受到限制。

#### ■ 粮食与农业的遗传资源

并且，正如《名古屋议定书》的序言提到，遗传资源在确保粮食安全与农业的可持续发展中发挥很重要的作用。第8条特别指出这种特殊的作用，以要求各缔约方在制定和执行获取与惠益分享法律法规要求时充分考虑遗传资源的特殊作用。

## B. 解释

在制定和执行获取与惠益分享立法或监管要求时，各缔约方应：

第 8 条的引言指出各缔约方有强制性的义务（“应”）在制定和执行获取与惠益分享立法或监管要求的各个阶段采取措施来应对以下（a）—（c）提到的情况。

首先，我们应注意到本条款用的句式是“制定和执行”而不是“制定或执行”。这就提出一个问题：对于那些已经制定了获取与惠益分享立法或监管要求的缔约方是否免除本条规定的义务。《名古屋议定书》并没有对“制定”和“执行”这两个词作进一步的解释。但是，这两个词都在第 22 条能力建设中出现。第 22 条第 4 款（a）和（c）规定“为支持本《议定书》的执行，能力建设和发展可针对以下主要领域：执行和遵守本《议定书》义务的能力；制定、实施和执行关于获取与惠益分享的国内立法、行政或政策措施的能力”。这些规定描述了执行和履行现有的获取与惠益分享的立法需要的能力建设[第 22 条 4(a)]以及由于还没有获取与惠益分享的立法或者还在立法的初级阶段，需要制定、实施和执行的能力建设。

由于“制定”和“执行”这两个术语是在第 8 次获取与惠益分享特设工作组的会议上首次引入与能力建设有关的问题<sup>61</sup>，可以认为第 22 条 4（a）和 4（c）的“制定和执行”与第 8 条引言所用的“制定和执行”具有相似的含义。最终，还没有制定任何获取与惠益分享立法和监管要求的缔约方应在它们制定立法和监管的要求过程中履行第 8 条的义务，而那些已经有获取与惠益分享立法和监管要求的缔约方应当在其执行的过程中履行第 8 条的义务。后者有可能为了履行该义务需要修改现有的立法和监管要求。因此，试图把本条解释为只针对还没有制定获取与惠益分享立法和监管要求的缔约方而免除已有获取与惠益分享立法和监管要求的缔约方的做法是没有根据的。而且，我们还应注意到本条的引言虽然指出各缔约方，但并不是指《名古屋议定书》的任何一个缔约方都需要根据第 8 条采取行动。这里所规定的义务并非强制一个缔约方制定和执行获取与惠益分享的立法和监管要求，这一义务超过了《名古屋议定书》的要求。相反，这里似乎只是专门针对那些选择以特别的方式，即立法和监管要求来管制获取与惠益分享的缔约方。免除那些只是采取行政或政策的措施来解决获取与惠益分享问题的缔约方的义务。

**（a）创造条件，包括简化出于非商业性研究目的的获取措施，促进和鼓励有助于生物多样性保护和可持续利用的研究，特别是在发展中国家，同时考虑到有必要对上述研究意向的改变予以处理；**

《生物多样性公约》第 15 条第 2 款要求缔约方应致力创造条件，便利其他缔约国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，《名古屋议定书》第 8 条（a）在此更加进了一步。第 8 条（a）要求缔约方创造特别条件促进和鼓励有助于实现《生物多样性》第一项和第二项目标的研究，即生物多样性保护和可持续利用的研究，特别是在发展中国家（《生物多样性公约》第 1 条）。

<sup>61</sup> 见 UNEP/CBD/WG-ABS/8/8。

### 促进和鼓励研究的条件

第 8 条 (a) 并没有明确定义“条件”的含义。它只是规定无论缔约国创造什么样的条件,其目标都应该是鼓励和促进术语第 8 条 (a) 所指的研究。其中一个条件,明确指出是可以为促进和鼓励类似研究的条件,即为简化处于非商业性研究目的的获取。

另外,我们须注意到《公约》第 15 条第 2 款规定的便利其他缔约国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,《名古屋议定书》的第 6 条第 3 款也作了规定。《议定书》的第 6 条第 3 款列举了缔约方要求事先知情同意时简化获取遗传资源的一些措施。非商业化的研究也会得益于这些简化的措施。

并且很重要还要认识到第 8 条 (a) 是一独立的条款,专门指出了非商业化研究的特殊需要。由于本款没有规定其他可能的条件,每一个缔约国有很大的自由度决定应当创造什么条件。

### 商业化和非商业化研究

要理解第 8 条 (a) 对商业化研究和非商业化研究的区分是有难度的。难度主要来自以下的原因:

- 私人机构和研究机构(如大学)都可能同时参与商业化研究和非商业化的研究;
- 在商业化和非商业化研究中用的研究方法很相似;
- 这两种类型的研究都需要获取相同的生物材料和遗传资源;
- 两种类型的研究都有可能有利于保护和可持续利用生物多样性。<sup>62</sup>

为了回应其研究与商业化研究的关联,非商业化研究的机构(包括博物馆、基金会、植物园、草药园、大学、基因库和保护组织)于 2008 年在波恩聚首,召开了“非商业化研究的获取与惠益分享”的会议。参加者列出了以下区分商业化和非商业化研究的具体指标<sup>63</sup>:

商业化研究:

- 通常的设计是为了至少产生一些成果或利益,具有实在或潜在的商业价值;
- 所创造的利益由私人主体所有而不是进入公共领域,并受到不同形式的限制。

非商业化研究:

- 一般没有以上所述特征;
- 大多数愿意把成果贡献给公有领域;
- 通常获得公共或财政资金资助;
- 一些对于商业化研究的限制可能与其不相关,却会对非商业化研究增加不必要的时间和成本<sup>64</sup>。

但是为非商业化研究创造特殊条件还需要考虑这些研究或其成果会容易转化为商业用途,这种情况下缔约方是被要求在其获取与惠益分享的立法和监管要求中作出相应的规定。这反映在第 8 条 (a) 规定“考虑到有必要对上述研究意向的改变予以处理”。也

<sup>62</sup> UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/6, 第 5 页。

<sup>63</sup> UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/6。

<sup>64</sup> 参考 UNEP/CBD/WG-ABS/8/INF/6; UNEP/CBD/WG-ABS/8/8。

就是说，如果一项研究在获取遗传资源时是以非商业化研究目的获取的，那么在项目进行过程中其意图发生转变拟进入商业化时，使用者需要重新协商事先知情同意和共同商定条件。

综上所述，《名古屋议定书》第 8 条 (a) 主要规定了两点：

- 有必要简化出于纯科学研究或其他非商业性研究目的的获取措施；
- 有必要规定获取后发生研究意向改变是需要重新获得事先知情同意和协商共同商定条件。

### 专栏 19 针对非商业化研究的获取立法的例子

许多缔约国已经意识到便利科学研究，以促进《生物多样性公约》目标实现的重要性，并在制定国内获取与惠益分享立法中规定了针对非商业化研究的简化获取措施，以下是具体的例子。

巴西：获得授权的巴西研究人员或研究机构从事一些类型的基础研究和科学活动时无须获得获取批准 [巴西遗传资源管理委员会 (CGEN) 的 28/2007 规定和 30/2008 规定]。

印度尼西亚：非商业化研究项目的获取可以在网上申请，并且批准时间比一般批准缩短 30 天，对于印度尼西亚国内的研究人员有更为简化的程序 [目前《传统知识和传统文化表达法草案》(RUU PTEBT) 和《遗传资源保护法草案》(RUU PSDG) 2012 规定的临时安排]。

澳大利亚：在澳大利亚联邦公共区域内获取生物资源需要获得许可证。与以商业化或潜在商业化使用获取不同的是，以非商业化研究为目的的获取可以在网上申请这一简化的程序 (2000 年《环境保护和生物多样性保护规定》)。

埃塞俄比亚：埃塞俄比亚的获取与惠益分享的立法明确区分商业化研究和非商业化研究，对于基础非商业化研究的获取以及一个外国大学的研究人员与埃塞俄比亚研究员合作研究的获取可以使用简化的许可证申请程序 (埃塞俄比亚 2006 年《获取遗传资源和社区知识以及社区权利法案》的 169/2009 号规定)。

厄瓜多尔：国内立法区分获取遗传资源和获取生物资源，对于非商业化研究有简化的程序 (实施 1996 年《安第斯共同体 391 号决议》的国家法规)。

(b) 适当注意根据各国或国际上确定的各种威胁或损害人类、动物或植物健康的当前或迫在眉睫的紧急情况。缔约方可考虑是否需要迅速获取遗传资源以及迅速公正和公平分享利用此种遗传资源所产生的惠益，包括让有需要的国家、特别是发展中国家获得支付得起的治疗；

第 8 条 (b) 规定缔约方有义务适当注意各种威胁或损害人类、动物或植物健康的紧急情况。第二句详述在这种紧急情况下如何履行这一项适当注意义务。

#### 适当注意

应当注意到虽然第 8 条 (b) 创设了一项义务 (在引言规定“应”)，但这项义务只限

于适当注意。虽然《议定书》并没有进一步解释这一术语，但第4条第3款也用到这一术语。在这两条规定下，对这一术语的理解应一致。结果是根据第8条（b）并没有创设义务要求缔约方在紧急情况下采取措施，而是要求缔约方适当注意考虑这种情况看是否需要采取措施。第8条（b）的第二句支持这样的理解，第二句进一步解释第8条（b）规定缔约方的义务是考虑如何采取措施来应对紧急情况。

#### **当前或迫在眉睫的紧急情况**

另外，适当注意义务进一步被限定为针对“当前”和“迫在眉睫”的紧急情况。这意味着并非所有的紧急情况都需要适当注意。“当前”是指紧急情况已经出现或正在出现，而“迫在眉睫”是指那些还没有发生但很可能马上发生的情况<sup>65</sup>。对于前一种情况需要立即行动，而后者则需要做好准备应对很可能发生或再发生的对健康的威胁，以及采取减缓和防御措施来应对紧急情况。确定是否出现当前或迫在眉睫的威胁或危害的情况的决定要么是由国际社会或由国家政府做出。

#### **迅速获取**

第8条（b）详述对当前或迫在眉睫的紧急情况履行适当注意义务的具体内容。第8条（b）规定缔约方“可考虑”是否需要“迅速获取”遗传资源。在“迅速获取”这一用语被《名古屋议定书》的最后文本采纳之前，其他用语包括“立即获取”和“简化获取措施”曾在《议定书》的草稿使用<sup>66</sup>。这意味着“迅速获取”应与这些用语有所区别，即“迅速”应包含“迅速”或“快捷”的意思。而且，“可考虑”的规定即给予每一缔约方自由裁量权确定应采取何种措施。

一般而言，这一个段落并没有规定具体的后果。虽然有可能拒绝对将要发生的紧急情况作准备的获取，几乎不可想象会对国内国际社会确定的当前紧急情况拒绝获取。因此，这一条款可能可以看作是资源提供方开拓空间使它们能够在行使是否批准获取<sup>67</sup>的同时，在紧急的情况下有拒绝迅速获取的理由<sup>68</sup>。

#### **迅速分享惠益**

《议定书》要求缔约方促进公平公正地分享因上述原因迅速获取遗传资源利用后产生的惠益。这里指出其中一种惠益，而这种惠益与所使用的遗传资源成比例，就是使所需要的国家，特别是发展中国家支付得起的治疗。

缔约方可以自愿分享因利用此种遗传资源所产生的其他惠益。这一义务是由“可以考虑”来限定，即意味着由各缔约方自行决定如何履行这一义务。

根据前后文，很重要的是要理解根据第4条第3款，《名古屋议定书》允许本《议定书》在交叉领域与国际文书以相互支持的方式予以执行来监管获取与惠益分享，要求缔约方适当注意在这些国际文书和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法。在特

<sup>65</sup> 参考“迫在眉睫的危险或损害”的概念的应用。UNEP/CBD/BS/GF-L&R/3/INF/2。

<sup>66</sup> 参考 Cali draft parts I, II, III, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, UNEP/CBD/COP/10/5/Add.4 and UNEP/CBD/COP/10/5/Add.5。

<sup>67</sup> 参看瑞士提交的关于在紧急情况下迅速获取的意见，收录在《承认缔约方决定是否批准获取的主权权力》的文件里，UNEP/CBD/WG-ABS/8/6/Add.

<sup>68</sup> 根据瑞士提交的意见，该条的目的是尽可能避免由于缔约方的事先知情同意要求使得延误解决当前严重危险的遗传资源获取，包括粮食安全的问题。

别的获取与惠益分享的机制适用的一些情况下，这些特殊机制的缔约方可以就“特殊机制管辖的特定遗传资源”免除或放弃《名古屋议定书》的义务。世界卫生组织最近通过了《流感大流行防范框架》(PIPF)<sup>69</sup>，该框架启动了两个标准材料转让协议(SMTAs)来规范资源提供方与世界卫生组织全球流感防范与应对系统(SMTA1)以及世界卫生组织与第三方(SMTA2)之间的获取与惠益分享<sup>70</sup>。目前还不太清楚该框架是否符合《名古屋议定书》第4条第4款规定的特殊机制。但缔约方在履行第8条(b)的义务时，应考虑给予《流感大流行防范框架》下的获取与惠益分享特别的处理以使世界卫生组织能够履行它在2005年国际卫生条例的职责。

**(c) 考虑遗传资源对于粮食和农业的重要性及其对于粮食安全的特殊作用。**

第8条(c)指出“遗传资源对于粮食和农业的重要性及其对于粮食安全的特殊作用”。第8条(c)并没有规定明确的义务，因为它只要求缔约方“考虑这些资源的重要性和没有要求特别的结果和行动。”各国在制定和执行获取与惠益分享立法或监管措施来实施第8条(c)时，有关获取与粮食和农业有关的遗传资源和惠益分享时可能会考虑以下的两种情况：一是由《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA)附件I列出的粮食与农业的植物遗传资源；二是其他所有与粮食和农业有关的遗传资源。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》是规范粮食和农业植物遗传资源获取与惠益分享问题的特别的国际条约。为了促进附件I列出的64种(类)粮食和农业植物遗传资源的获取与惠益分享，该《条约》创设了多边获取与惠益分享系统<sup>71</sup>。这些农作物根据粮食安全的依赖性标准确定(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第11条第1款)。便利农作物遗传资源的获取是为了促进粮食和农业的保护、研究、育种和培训。因此，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的缔约方行使其主权权利同意不以双边的惠益分享条件来约束获取这些资源的使用者，而是迅速地把他们属于附件I所列的农业和粮食遗传根据材料转让协议的规定供应给使用者，并且不带有其他限制条件(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第12条和第13条)。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》创设的惠益分享基金是这个多边系统的核心部门。《条约》还同时规定了惠益分享以及基金使用的标准(《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第13条和第19条第3款(f)以及材料转让协定)。

解读《名古屋议定书》第4条第4款，我们可以认为《议定书》建议受《粮食和农业植物遗传资源国际条约》管辖的粮食和农业遗传资源可以免除《名古屋议定书》规定的义务。《名古屋议定书》的缔约方若也是《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的缔约方，应考虑在其国内获取与惠益分享的立法或监管要求中加入一条例外规定：把附件I的粮食和农业遗传资源适应《粮食和农业植物遗传资源国际条约》规定的目的，即保护研究、育种和培训的获取免于获取与惠益分享的监管要求。然而，有必要特别指出的是《粮食和农

<sup>69</sup> 2011年5月，世界卫生组织所有成员国在其第64次会议上通过了《大流行性流感防范框架促进流感病毒的分享和获取疫苗和其他利益》(PIP Framework)。

<sup>70</sup> WHO 64.5, 2011年5月24日，第64次缔约方会议，《大流行性流感：分享流感病毒信息和获取疫苗和其他利益》(决定)，以及WHO A64/8, 2011年5月5日：《大流行性流感：分享流感病毒信息和获取疫苗和其他利益不限成员名额特设工作组的报告》(框架)。

<sup>71</sup> 有关多边系统的组织和功能的详细信息，请参看Kamau, 2011。

业植物遗传资源国际条约》的规定并不适用于以化学、医药或其他非粮食/畜牧业使用为目的的附件 I 所列的物种的获取[《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 12 条 3 (2) (a)]。也就是说，只有在研究和开发附件 I 所列物种的结果是为了非粮食或畜牧业，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的规定将不适用。因此，对于那些多种用途的农作物，即那些既可以用于粮食又可以用于非粮食用途，因为它们的粮食用途对粮食安全的重要性使得它们被放入多边系统，便利各国获取。

缔约方在根据《名古屋议定书》制定和执行获取与惠益分享的立法或监管要求时，也可以考虑其他粮食和农业遗传资源的重要性。目前联合国的粮农组织粮食与农业遗传资源委员会还在识别其他与《粮食和农业植物遗传资源国际条约》附件 I 所列的农作物同样重要的遗传资源。目前，已经确定的有动物遗传资源<sup>72</sup>、森林遗传资源、水生生物遗传资源、微生物遗传资源、生化药剂<sup>73</sup>。对于这样的遗传资源，缔约方可以在履行第 8 条 (c) 时同时履行《议定书》的第 4 条第 3 款，该条要求缔约方适当注意“和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法”，但条件是这些工作和做法支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标。

## 第 9 条 为保护和可持续利用作出贡献

缔约方应鼓励使用者和提供者将利用遗传资源所产生的惠益用于保护生物多样性和可持续利用其组成部分。

### A. 背景

获取遗传资源及其利用，甚至分享其所产生的惠益并一定保证其所产生的利益能够用于生物多样性资源的保护和可持续利用。《名古屋议定书》第 9 条承认有必要鼓励缔约方采取措施使遗传资源利用产生的惠益为可持续利用作出贡献。《议定书》含有第 9 条，据认为也是确认《生物多样性公约》三个不同目标内在联系的重要一步 (IUCN, 2010)。

### B. 解释

《生物多样性公约》第 1 条规定了公约的三个目标：保护生物多样性，可持续利用其组成部分，以及公平、公正地分享遗传资源利用产生的惠益，包括适当的获取遗传资源和

<sup>72</sup> AHWG (UNEP/CBD/COP/9/6) 第 6 次会议的报告建议用于与粮食和农业的动物资源也应该获得特殊的关注。

<sup>73</sup> AHWG (UNEP/CBD/COP/9/6) 第 6 次会议的报告建议用于与粮食和农业的动物资源也应该获得特殊的关注。在生物多样性公约缔约方大会第 9 次会议 IX/12 决定通过一条款要求对粮农组织粮食和农业遗传资源委员会推荐的除《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和动物遗传资源以外的遗传资源给予特别的关注。请参看背景研究 [www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-back/en/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-back/en/?no_cache=1) (最后浏览是 2011 年 8 月)。

相关技术的转让。另外,《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》列出的目标包括为保护和可持续利用生物多样性资源作贡献,以及促进资金资源用于减少贫困。《波恩准则》还明确提到“惠益应以一定的方式用于促进生物多样性的保护和可持续利用”。最后,《波恩准则》的附件二,同时作为《名古屋议定书》的附件详述了潜在支持生物多样性保护和可持续利用的惠益形式:资助保护和可持续利用生物多样性的信托基金;提供土著与地方社区保护和可持续利用遗传资源的能力建设活动;获取与生物多样保护和可持续利用有关的科学信息;为地方经济作贡献。但是和获取与惠益分享制度有关的讨论、法律规定和项目一般与保护和可持续利用的概念和努力没有联系。实际上,在讨论获取与惠益分享制度政策的时候很少讨论到什么样的政策可以有效地促进生物多样性的保护和可持续利用。

《名古屋议定书》第9条第一次规定了缔约方应采取措施以确保生物多样性利用产生的惠益会对保护和可持续利用生物多样性作出贡献。它预示了所有缔约方的一项强制性义务,即“鼓励使用者和提供者将利用遗传资源所产生的惠益用于保护生物多样性和可持续利用其组成部分”。但是第9条并没有规定缔约方如何鼓励惠益用于保护生物多样性和可持续利用,也没有突出在不同情况下有哪些类型的惠益——特别是非货币化的惠益——对保护生物多样性和可持续利用的价值特别大。因此给予缔约方如何来履行该义务很大的自由度。

必须注意到由于惠益分享在保护和可持续利用生物多样性方面的有效性的信息特别有限(Richerzhagen and Holm-Mueller, 2005),通过获取与惠益分享信息交换所分享基于第9条所采取的措施对于其他缔约方和利益攸关方促进惠益分享在保护和可持续利用生物多样性的作用方面会很有帮助。

另外,还应注意虽然第9条给予缔约方很大的弹性,没有规定特别的措施,但是《名古屋议定书》纳入该条规定可见缔约方努力推动获取与惠益分享制度在保护和可持续利用生物多样性方面发挥更大作用,同时也是加强获取与惠益分享、保护和持续性利用生物多样性(《公约》的三大目标)之间联系的重要进展。

## 第10条 全球多边惠益分享机制

缔约方应考虑制定全球性多边惠益分享机制的必要性及相关的模式,以便处理在跨境的情况下或无法准予或获得事先知情同意的情况下由利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益的公正和公平的分享。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,应该用于支持全球生物多样性保护和其组成部分的可持续利用。

## A. 背景

虽然不是史无前例，但在双边协议上无法满足遗传资源获取和由分享利用遗传资源所产生的惠益的情况下引入多边机制是在最后一刻才加到《名古屋议定书》的文本。《生物多样性公约》第 15 条第 7 款已经含有了一个多边机制的非直接规定——即在《公约》下设立财务机制作为惠益分享的可能机制。多年以来，在谈判过程中，面对在满足获取与惠益分享制度要求时在政治或实际操作层面过于复杂的情况时，通过多边机制来建立一个全球制度以解决这一难题曾多有提及（Nijar, 2011b, 第 32 页）。有建议成立一个全球基金来支持遗传资源获取与惠益分享的某些特殊个案，例如在获取与惠益分享国际制度的规则之前获取的遗传资源，或者所利用的传统知识存在于跨越国境和存在于多个国家的情况。

然而，第 10 条是在《名古屋议定书》最后妥协的文本中出现的。因此，除了该条规定所涉及的问题很重要以外，我们还应将该条理解为在《议定书》谈判的结尾阶段先行搁置难题的一种策略。事实上，第 10 条是一条“囊括所有”的条款，它绕开或回避定义一些根本性却争议很大的问题，例如《议定书》的地理和时间的适用范围。

第 10 条产生的背景预示着它的实施所面临的挑战和机遇。它所有的机遇是惠益分享的多边机制在其他一些法律框架下已经存在，可能可以证明多边机制在某些未能通过双边机制解决的情况下是促使和保证惠益分享有效因素。无论如何，第 10 条所明确规定或暗示的问题都会存在持久性的争议。在各国决定是否要建立全球性多边惠益分享机制及其模式以便补充双边规定和促进《名古屋议定书》惠益分享的实现时，充分研究和探索这些政治上的不同点都将会是极大的挑战。

## B. 解释

《名古屋议定书》第 10 条要求各缔约方“考虑制定全球性多边惠益分享机制的必要性及相关的模式”。因此，《议定书》并没有创建一个全球性多边惠益分享机制，而是要求缔约方考虑这样的一种机制是否有必要，如果有，这样的机制如何运作？分析第 10 条的语言，我们就可以大致看出主导这些讨论的议题主要包括<sup>74</sup>：

- 全球性惠益分享多边机制的必要性，考虑到第 10 条提到跨境的情况下或无法准予或获得事先知情同意的情况下；
- 全球性惠益分享多边机制的模式，考虑到第 10 条提到的通过这一机制所分享的惠益，应该用于支持全球生物多样性保护和和其组成部分的可持续利用。

与之相关，应指出第 10 条规定缔约方应考虑（全球性惠益分享多边机制）的必要性和模式在《生物多样性公约》的文本里也能找到重要的先例。《公约》第 19 条第 3 款有类似的语言指导缔约方“应考虑是否需要一项《议定书》，规定活生物体的安全转让、处理

<sup>74</sup> 《生物多样性公约》的执行秘书，全球性惠益分享多边机制（第 10 条）的必要性和模式的观点汇总 UNEP/CBD/ICNP/2/7, 2 March 2012。

和使用，并考虑该议定书的形式”，因此缔约方达成了《卡塔赫纳生物安全议定书》。根据第 19 条第 3 款，《公约》的缔约方大会成立了一个生物安全的特设工作组来起草议定书，经过长达六年谈判，该议定书在 2000 年通过<sup>75</sup>。在《卡塔赫纳生物安全议定书》的讨论过程中，工作组根据所指定的任务和指示进行工作。因此，有关考虑全球性惠益分享多边机制的必要性和模式的工作也有可能按照类似的方式来进行。并且，第 10 条已经规定了未来谈判的关键因素，包括提及惠益分享的目的和该机制要解决的情况。然而，第 10 条也很明确地说明全球惠益分享多边机制最后以什么形式出现有待讨论。

#### 全球性多边惠益分享机制的必要性

有关全球性多边惠益分享机制的必要性，《名古屋议定书》第 10 条建议有两种情况下这种机制可适用：一是跨境的情况；二是在无法准予或获取事先知情同意的情况。全球性多边惠益分享机制必要性的考虑与这些情况相关，也有可能与其他一些情况相关，即多边机制与双边机制相比，促进获取和利用遗传资源在满足获取与惠益分享的原则下的优劣势。

##### ■ 跨境情况

第一种情况是所利用的遗传资源及其相关的传统知识是跨境存在的情况。生物多样性的流动是根据自然边界而非政治边界。植物和其他物种即使不总是这样，也是经常分散在多个国家和地区（如 UEFT, 2010b）。根据《生物多样性公约》和《名古屋议定书》建立的获取与惠益分享的双边机制，获取遗传资源以利用需要获得实际提供遗传资源的原产国的事先知情同意，而非所有拥有该种资源的原产国的事先知情同意。然而在某些情况下，这种双边机制是否支持平等的保护和可持续利用生物多样性是存在一定的问题的。

《名古屋议定书》第 11 条跨境合作规定了如何处理这些情况的方法。根据第 10 条，缔约方应考虑一个全球性惠益分享机制是否有必要作为一个补充的处理跨境情况的方法。例如，全球性惠益分享多边机制可以作为一个没有参与最初的遗传资源获取的个人或机构，后来利用了该遗传资源但无法在多个原产国中追踪最初的资源提供国时履行惠益分享义务的方法。

##### ■ 无法准予或获取事先知情同意的情况

第 10 条提到的第二种情况是无法准予或获取事先知情同意的情况。一些政府和其他利益攸关方认为，《名古屋议定书》应建立程序使得在所有情况下都可以获得事先知情同意，该同意是由法律规定的。但一些政府和利益攸关方则认为，在一些情况下是无法准予或获得事先知情同意的。例如，如果一个国家决定不对获取设置任何要求，那么就无法获得利用遗传资源的事先知情同意。另外一种可能的情况是所利用的遗传资源来源于移地收集机构，而且没有与该遗传资源有关的原产国信息。虽然移地收集机构，例如基因库和其他生物或遗传资源的收集机构，越来越多地保存于何时何地收集该样本的信息，但这些信息并不总是含有原产国的信息或事先知情同意是否已经获得的信息。在这些情况下，全球性的惠益分享机制应能够帮助履行惠益分享的要求。

<sup>75</sup> 《生物多样性公约》，规定活性转基因生物体的安全转移、使用和处置的必要性和模式，Decision II/5 (retired)，《生物多样性公约》第 2 次缔约方大会，1995 年 11 月 1—17 日在印度尼西亚的雅加达。

讨论什么情况下无法准予或获得事先知情同意还与一些国家认为《名古屋议定书》没有解决的一些问题密切相关。特别是《议定书》的时间适用范围。一项国际文书一般不溯及既往，即对该法律文书生效前的行为或情况不具有约束力。然而，由于之前或持续的使用所获取的遗传资源而产生的新利益可以被认为是新的应该进行惠益分享情况，应受《议定书》的约束——虽然无须获得事先知情同意。全球惠益分享多边机制有可能可以覆盖这些情况，虽然会面临一些强烈反对的观点，即获取与惠益分享的要求如何适用到《生物多样性公约》和《名古屋议定书》生效前获取的遗传资源仍存在极大的争议（参看第3条的讨论）。

#### ▪ 其他情况

除了第10条提到的两种情况以外，还有其他情况对全球惠益分享机制是可以适用的。缔约方可以决定创立一种机制适用到虽然没有法律义务的规定、但遗传资源的使用者出于道德、企业社会责任或市场的一些原因主动分享惠益的情况。第10条还讨论到应考虑获得事先知情同意欠操作性的情况。也就是说，全球性惠益分享多边机制可以在缔约方没有可操作的获取与惠益分享制度或没有对特殊情况提供解决方案的情况下（如所利用的遗传资源的相关传统知识非常分散）提供的一种履行《议定书》义务的方法。在这些情况下，一个多边机制对于处理如此复杂的问题具有优势，交易时间和成本更为合理，为保护和可持续利用生物多样性的创新财务机制作贡献等。无论如何，考虑哪些情况应由全球惠益分享多边机制来处理在政治上可能有很大的挑战，因为这样的讨论与解释《名古屋议定书》的目标、范围和义务密切相关。

#### 全球性多边惠益分享机制的相关模式

《名古屋议定书》进而要求缔约方应考虑制定全球性多边惠益分享机制的相关模式，通过这一机制所分享的惠益应该用于支持全球生物多样性保护和其组成部分的可持续利用。事实上，在考虑全球性多边惠益分享机制的模式时应该联系全球保护和可持续利用生物多样性的最终目标。促进全球生物多样性保护和其组成部分的可持续利用的需要将为确定全球性多边惠益分享机制的功能、管制和问责等问题提供重要的考虑因素。

对潜在模式的讨论还会考虑到现有的多边惠益分享机制。在这方面最为重要的和获取与惠益分享有关的多边机制是《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA)，该《条约》于2004年生效。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》下的多边机制是一个粮食和农业植物遗传资源的全球库，旨在便利针对一组粮食物种为了研究和育种的获取，要求在进一步研究和育种受到限制的情况下进行惠益分享。然而，政府和其他利益攸关方指出这一多边机制与全球性多边惠益分享机制具有以下基本不同点<sup>76</sup>：

- 《名古屋议定书》下的惠益分享是双边的和交易性的，而多边体系是多边和非交易性的；
- 多边机制是获取与惠益分享的全面制度，而惠益分享基金只是其中的一个部分；
- 多边机制下的惠益主要用于保护发展中国家的粮食与农业的植物遗传资源，而《名

<sup>76</sup> 《生物多样性公约》的执行秘书，全球惠益分享多边机制（第10条）的必要性和模式的观点汇总 UNEP/CBD/ICNP/2/7, 2 March 2012。

古屋议定书》鼓励缔约方（虽然不是强制要求）把惠益用于支持全球生物多样性的保护及其组成部分的可持续利用。

在这方面，考虑全球性多边惠益分享机制的模式应考察该机制在《名古屋议定书》背景下的具体性质、目标和范围。例如有关性质问题，第 10 条用惠益分享“机制”这一用语，而不是用最初讨论时用的“基金”。“机制”可以囊括和分配货币化和非货币化的惠益。惠益分享机制可以作为保护和可持续利用项目的资金来源。它在追踪遗传资源的新利用等任务方面也能发挥作用，比如交换经验教训。然而，全球性的多边惠益分享机制的性质须和《生物多样性公约》、《名古屋议定书》其他机制，包括获取与惠益分享的信息交换所保持一致。

## 第 11 条 跨界合作

1. 在不止一个缔约方的领土内就地发现存在相同的遗传资源时，这些缔约方应酌情尽力合作，在适用的情况下由有关土著和地方社区的参与，以期执行本《议定书》。

2. 在与遗传资源相关的同一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共同拥有时，这些缔约方应酌情尽力在有关土著和地方社区的参与下进行合作，以期落实本《议定书》的目标。

### A. 背景

《生物多样性公约》和《名古屋议定书》建立了获取与惠益分享的双边机制。获取遗传资源以作利用必须得到提供遗传资源的原产国的事先知情同意，而不是就地拥有这些遗传资源的所有国家。尽管如此，生物多样性依据的是自然的界限而不是政治意义上的边界。在大多数情况下，遗传资源有几个原产国。另外，不同国家的土著和地方社区有时持有相同的与遗传资源相关的传统知识。因此，不同原产国之间的合作对于推动平等的惠益分享、对保护生物多样性和持续使用其组成部分有所贡献具有重要的意义。这也是避免大家竞相到没有或很少获取与惠益分享要求的原产国而不是其他原产国去寻求资源获取，产生“逐底竞争”的一种方式。

《名古屋议定书》第 11 条寻求促进跨境合作。这样做，在几个国家或土著和地方社区共享遗传资源及与遗传资源相关的传统知识的情况下对推动获取与惠益分享原则又前进了一步。但是对合作重要性的共识并未转化成《名古屋议定书》中强烈或清晰的责任。《名古屋议定书》谈判中清楚地表明，既有抽象的困难，也有具体的困难。尊重国家对其自然资源的主权以及双边获取与惠益分享协议被认为是合作的基础。此外，不同国家对获取与惠益分享的方式不尽相同，也使合作很难落到实处。

## B. 解释

1. 在不止一个缔约方的领土内就地发现存在相同的遗传资源时,这些缔约方应酌情尽力合作,在适用的情况下由有关土著和地方社区的参与,以期执行本《议定书》。

《名古屋议定书》第 11 条第 1 款针对的是在不止一个缔约方的领土内就地发现存在相同的遗传资源的情况。这就引起了一个问题,即这种情况何时发生,因为当今世界,大多数植物和动物种类的演化都跨越了国境,这也许是非常普遍的情况。同时,确定第 11 条预见的这种情况与可以由《议定书》第 10 条确立的预期全球性多边惠益分享机制应对的情况有何不同,这一点也非常重要。

“相同的遗传资源”这个术语可以有几种理解方式。一种可能的、但是也许过于简单的解释是将“相同的遗传资源”理解为“相同的物种”,因为物种是由具有高度基因相似性的生物体组成的。根据这种理解,所有其地理范围之内有遗传资源利用的物种的国家都要受到第 11 条的约束。另外一种更加合理的解释是进一步定位相同的遗传资源。事实上,用于研究和开发的“遗传资源”常常不会存在于一个物种的所有分布种群中。因此,只有在这些领土内的物种的种群拥有同样的被利用的基因或生化特征时,才存在不止一个缔约方领土内的相同的遗传资源。

这就引起了另一个问题,在这种情况下,缔约方有什么样的义务?第 11 条确立的义务是缔约方“尽力合作……以期执行本《议定书》”。所以,第 11 条终究只是一条最好的“尽力”条款,它鼓励缔约方合作但同时认识到这样的合作并不总是能达成。此外,它也预见到了土著和地方社区的参与,但只是要求“酌情”、“在适用的情况下”(术语“酌情”参见第 5 条背景下专栏 14)。

这样,第 11 条第 1 款预示的合作就有一个更广的目标,即执行《名古屋议定书》。对于这样的合作会带来什么,怎样才会产生合作,则留给缔约方去决定。一个现有的方式的例子是《安第斯共同体第 391 号决议》,1996 年由安第斯共同体通过。该《决议》确立了安第斯共同体遗传资源体制,并建立了一个委员会,负责推进存在于两个或两个以上成员国之间与遗传资源及其衍生物相关的管理、监督及获取授权的控制(《安第斯共同体第 391 号决议》第 51 条)。这样的合作方式完全符合第 11 条的规定,不阻止遗传资源原产国加入,但不包括拥有相同遗传资源的跨境国家加入获取与惠益分享协议中。

2. 在与遗传资源相关的同一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共同拥有时,这些缔约方应酌情尽力在有关土著和地方社区的参与下进行合作,以期落实本《议定书》的目标。

由于生物多样性(包括遗传资源)常以跨境分布,与遗传资源相关的传统知识也同样如此。《名古屋议定书》第 11 条第 2 款确定,当传统知识超出国家边界时,缔约方必须酌情尽力在土著和地方社区的参与下进行合作。

第 11 条第 2 款所指的是几个缔约方的一个或多个土著和地方社区拥有“相同的传统知识”的情况。比如说,非洲樱桃树广泛分布于非洲高原。在其分布范围内也广泛应用于传统医药,包括治疗不同的病痛、发热和疾病(Stewart, 2003)。与非洲樱桃树的生化化

合物相关的传统知识的存在可以被视为“相同的传统知识”。另一种方式是对“相同的传统知识”更狭义的理解，只用于所指为相似的属性或应用。在两种情况下，都应考虑到传统知识常常是更广的知识体系的一部分，包括生物多样性、风景、精神价值以及习惯法等，这一点很重要<sup>77</sup>。

要注意到在《名古屋议定书》通过之前，没有任何法律框架致力于解决与跨境传统知识相关的获取与惠益分享问题，这一点很重要。尽管如此，在这种情况下如何实现获取与惠益分享，也有一些特别的解决方法。例如，在处理非洲仙人掌与桑人的传统知识相关的惠益分享时，正是南部非洲土著少数民族工作组这样一个地区网络协调并代表桑人利益，授权并协调了相关的谈判<sup>78</sup>。

## 第 12 条 与遗传资源相关的传统知识

1. 在履行本《议定书》义务时，缔约方应根据国内法，在适用的情况下，考虑土著和地方社区在与遗传资源相关传统知识方面的习惯法、社区规约和程序。

2. 缔约方应在有关土著和地方社区的有效参与下，建立机制向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其义务，包括通过获取与惠益分享信息交换所提供的关于获取以及公正和公平分享利用此种知识所产生惠益的措施。

3. 缔约方应酌情尽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) 分享由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。

4. 在执行本《议定书》时，缔约方应根据《公约》的目标，尽可能不限制土著和地方社区内及土著和地方社区之间对于遗传资源和相关传统知识的习惯使用和交流。

### A. 背景

一直到《名古屋议定书》谈判的最后阶段，对于《议定书》关于与遗传资源相关的传统知识的条款到底应该只限于一条还是应该把传统知识当作跨领域议题来处理，意见仍有分歧。在哪种观点占据上风还未有定论的时候，倾向于第一种方式的谈判者就想到了第 12 条，认为第 12 条就是《名古屋议定书》有关传统知识的条款。最终代表们选择把传统知识当作跨领域议题来处理之后，与遗传资源相关的传统知识的主要规定包括第 5 条第 5 款、

<sup>77</sup> 传统知识是土著和地方社区共同的生物文化遗产的一部分，观点见 Swiderska, 2007。

<sup>78</sup> 《生物多样性公约》，案例研究 7：非洲仙人掌的商业开发，2008 年 1 月 21—25 日在瑞士日内瓦举行的获取与惠益分享问题不限成员名额特设工作组第 6 次会议上提交。

第7条和第16条。但是第12条的标题并没有被修改，以反映这种变化，所以有点误导。第12条留下的其实是一些与核心的获取与惠益分享以及遵守间接相关的不同问题。

## B. 解释

1. 在履行本《议定书》义务时，缔约方应根据国内法，在适用的情况下，考虑土著和地方社区在与遗传资源相关传统知识方面的习惯法、社区规约和程序。

《名古屋议定书》第12条第1款呼吁缔约方考虑土著和地方社区的习惯法、社区规约和程序。习惯法和社区规约是两个完全不同的规范系统。“程序”的含义有点不是很清楚。

习惯法是几百年来在土著和地方社区随着这些社群和周围环境的不断变化而演化出来的非法典式规范。习惯性规范在这些社群中仍在发展。习惯性规范的非法典性质是最重要的，因为它使习惯法逐渐地但是不断地改进，以适应变化的社会利益。这是习惯法的主要特征，虽然近些年有些土著和地方社区将他们的习惯法典化以赢得宪法对这些法律的承认。

另一方面，社区规约的概念则是新近的发明。虽然社区规约的想法对所有谈判者来说并不一定都是新的，但是某个小组把这个概念变成切实的术语，介绍给谈判各方并迅速引起很多谈判者的兴趣，还是相对较晚的事情。认识到“社区规约”既没有被《名古屋议定书》定义，也不是一个专业术语这一点很重要。因此，在《名古屋议定书》的谈判中，可以像解释的那样理解社区规约的概念，也可以有别的理解方式。总的来说，大概可以把社区规约描述为持有传统知识的社区使用的书面文件，社区内部使之法律化，同意对与遗传资源相关的传统知识的获取。因此，社区规约在某种意义上来说可以与国家议会制定的正式法令相比，虽然其来源肯定会影响其法律地位。此外，值得注意的是社区规约可以是，很可能常常都是，基于土著和地方社区的习惯法或者说至少是尊重了土著与地主社区的习惯法。

### 专栏 20 基于《名古屋议定书》谈判期间提出的方式理解生物文化社区规约

当社区规约的概念被引入《名古屋议定书》谈判时，它是被这样解释的：生物文化社区规约是社区在进行了共同磋商后，提炼出该社区的核心生态、文化和精神价值以及与其传统知识和资源相关的习惯法后发展起来的一种规约。根据规约他们提出了清楚的条件以规范对其知识和自然资源的获取。发展生物文化社区公约的过程包括对土著和地方社区的生活方式的不同表现形式（例如文化、习惯法、与自然资源管理相关的实践和传统知识）之间内在联系的反映，可能涉及绘制资源图、评价管理系统，以及审议社区发展计划。还包括法律赋权（Legal empowerment），这样社区成员可以更好地理解规范其生活各方面的国际国内法律体系，如和获取与惠益分享有关的法律。例如，在获取与惠益分享框架之内，社区也许想要评估社区的研究重点在哪里，与潜在的想要获取其传统知识的商业和非商业研究者应达成什么的条件，与事先知情同意相关的必要程序是什么，以及社区想要获得什么样的惠益。

通过在生物文化社区规约中清晰地阐明上述信息，社区维护了其自我决定的权利，提高了与其他利益相关者（如政府部门、研究者和项目支持者）打交道的能力。这些利益相关者也因此更能看到社区的整体面貌，包括其领土和自然资源的范围、生物文化价值和与自然资源的管理相关的习惯法，他们的挑战，以及他们想要看到的前景。通过参考国际国内法律，土著和地方社区肯定了管理其自然资源并从中获得惠益的权利。这也使他们占到了更有利的位置，保证任何获取传统知识的方式或意欲在其领土上进行的任何其他活动都必须遵守其习惯法。总的来说，生物文化社区规约使社区确认了他们作为驱动者的角色，以支持其生活和传统生活方式的形式来保护和持续使用生态多样性。

来源：节选自 Bavikatte and Jonas, 2009。

我们注意到，第 12 条第 1 款所理解的“程序”有点不太清楚，但是大体来说，这个术语指的是土著和地方社区管理与遗传资源相关的传统知识的程序而不是习惯法和社区规约。比如说，可以想象得到，程序处理与遗传资源相关的传统知识的方式，远没有社区规约正式。第 12 条第 3 款所指的“共同商定条件的最低要求”也可以归为程序一类。

总结起来，第 12 条第 1 款宣称，关于与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区，缔约方应考虑不同的管理体系，既有如习惯法这样的传统方法，也有更近一点形成的如社区规约。但是，条款包括了几个附加说明（“根据国内法”、“考虑”以及“在适用的情况下”），清楚地表明，考虑这样的管理机制到何种程度，由缔约方自己来决定。

**2. 缔约方应在有关土著和地方社区的有效参与下，建立机制向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其义务，包括通过获取与惠益分享信息交换所提供的关于获取以及公正和公平分享利用此种知识所产生惠益的措施。**

第 12 条第 2 款呼吁缔约方与有关土著和地方社区合作，建立机制向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其义务。它同时确认了获取与惠益分享信息交换在这方面可能扮演的特殊角色。

每个缔约方与任何相关土著和地方社区合作建立这样的机制是一项强制性义务（“应建立”）。不过，这一义务并不高于向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其基于《名古屋议定书》的义务。事实上，如果已经通报了使用者义务，但使用者还是没有履行，这种行为就必须按《议定书》第 16 条的规定进行处理。尽管如此，应该使与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者意识到他们对持有这种知识的土著和地方社区的义务（包括事先知情同意、同意以及参与条件）这一事实可以使第 16 条的遵守条款更加有效。

**3. 缔约方应酌情尽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) 分享由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。

根据《名古屋议定书》第 12 条第 3 款的规定，缔约方应尽力于土著和地方社区制定各种文书，使他们更有能力处理与他们所持有的与遗传资源相关的传统知识相关的获取程

序，保证在利用这些知识的时候，他们可以得到公平的惠益分享。在这方面对社区的妇女应给予特别的注意。本款所指的文书具有不同的性质，但是功能都很相似。

社区规约是土著和地方社区采用的内部规范，用于规定，比如说在什么情况下、什么条件下土著和地方社区会同意获取社区持有的与遗传资源相关的传统知识（见第12条第1款解释）。共同商定条件的最低要求大致上有着相同的内容。两者间的区别也许在于社区规约更常采用（但并非必须）全局性的方式，详细说明社区内部的传统知识的角色等，所提供的信息在共同商定条件的最低要求中更少见到。示范合同条款把社区规约和/或共同商定条件的最低要求所表达的土著和地方社区的立足点转化成了清楚的合同语言。

重要的是要注意到第12条第3款与第12条第2款不同的是，它包括了一些限定语。缔约方只要求“尽力”去“支持”土著和地方社区制定所说的文书，此外他们只需“酌情”去做。

这里的“酌情”表明，并不是所有的社区都需要或想要这种帮助。在说文解字的协商过程中，代表们对缔约方应该在土著和地方社区持有的与遗传资源相关的传统知识的获取与惠益分享程序中扮演的角色及其程度发生了争论（见第5条第5款和第7条的解释）。一些土著和地方社区缺少处理这种程序的能力，因而可能会需要国家的帮助。其他的土著和地方社区有充分的能力使自己与潜在的使用者打交道。“酌情”的提法可以说也反映了土著和地方社区之间的这种差别。如果土著和地方社区有能力处理，也希望自己处理这些事情，那么由缔约方帮助制定社区规约、共同商定条件的最低要求以及示范合同条款并不总是适当的。而且，并不是所有的土著和地方社区都希望制定社区规约、共同商定条件的最低要求，还有示范合同条款。如果土著和地方社区选择不这样做，缔约方的介入也是不适当的。缔约方提到的更多的因素，也使支持同样不适当。

虽然这样说，但是使用“应该”这个术语表明，如果可能的话，缔约方必须至少严肃地作出努力去帮助土著和地方社区。意思就是说，当土著和地方社区希望并且需要支持时，缔约方必须至少做到尽力去做，这才是合理的。

最后，一般来说，“支持”并不一定要是货币形式。其他形式的支持也是需要的。

**4. 在执行本《议定书》时，缔约方应根据《公约》的目标，尽可能不限制土著和地方社区内及土著和地方社区之间对于遗传资源和相关传统知识的习惯使用和交流。**

土著和地方社区使用遗传资源、发展传统知识已经几百年了，而且还在继续使用、发展。《议定书》第12条第4款假定这种使用有时候可能涉及土著和地方社区内及土著和地方社区之间对于遗传资源和相关传统知识的交流。根据这种假设，条款确认《议定书》无意对这种使用和交换作出限制。

但是，第12条第4款包含了两个限定词。第一，要符合条款要求，使用必须是“习惯”使用。这一规定大概只是暗示这种实践必须是在《名古屋议定书》生效之前已经进行了相当长的一段时间。第二，条款只适合“尽可能”。很难想象会突然发生什么情况使得不限制土著和地方社区内对于遗传资源和相关传统知识的使用和交流变得不可能，尤其是这种使用和交流已经持续了相当长的一段时间。但是如果有了这种情况发生，缔约方就应该限制其持续使用和交流。

## 第 13 条 国家联络点和国家主管当局

1. 各缔约方应指定一个关于获取与惠益分享的国家联络点。国家联络点应提供以下信息：

(a) 向寻求获取遗传资源的申请者提供关于获得事先知情同意的程序信息和制定包括惠益分享的共同商定条件的程序信息；

(b) 向寻求获取与遗传资源相关的传统知识的申请者，在可能的情况下提供关于酌情获得土著和地方社区事先知情同意或核准和参与以及关于制定包括惠益分享的共同商定条件的程序信息；

(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。

国家联络点应负责同秘书处的联络。

2. 各缔约方应指定一个或一个以上关于获取与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，负责准予获取或在适用的情况下颁发获取要求已经满足的书面证明，并负责就获得事先知情同意和达成共同商定条件的适用程序和要求提出咨询意见。

3. 缔约方可指定一个实体履行联络点和国家主管当局二者的职能。

4. 各缔约方应在不晚于本《议定书》对其生效之日将其国家联络点及其国家主管当局的联络信息通知秘书处。缔约方在指定不止一个国家主管当局时，应将此信息通知秘书处，并应通报关于这些主管当局各自责任的相关信息。在适用的情况下，此种信息至少应详细说明哪一主管当局负责哪种遗传资源的获取。各缔约方应及时将国家联络点指定或国家主管当局的联络信息、职责的变更通知秘书处。

5. 秘书处应通过获取与惠益分享信息交换所将根据本条第 4 款收到的信息予以公布。

### A. 背景

《名古屋议定书》第 13 条规定，每个缔约方有责任指定一个关于获取与惠益分享的国家联络点。但是，由哪个国家机构来执行这一职能则由各缔约方自己决定。根据第 1 款，国家联络点负责有关获取与惠益分享的信息。它告之潜在的使用者在申请获取遗传资源和与遗传资源相关的传统知识时需要遵循的程序。国家联络点还负责分享国家主管当局和利益相关者的信息。此外，国家联络点是其所代表的缔约方与《议定书》秘书处之间的首要联络方式。根据《议定书》第 28 条的规定，《议定书》秘书处也是《生物多样性公约》秘书处。

第 13 条进一步责成各缔约方指定至少一个获取与惠益分享国家主管当局。国家主管当局有权根据国家获取与惠益分享框架决定、授权并签发获取许可。与国家联络点负责获

取与惠益分享程序信息共享不同的是，国家主管当局负责对获取程序和要求提出建议。

不过，国家联络点和国家主管当局都不是强制设立的。缔约方可以只指定一个国家联络点，由它履行联络点和国家主管当局二者的职能，或者指定一个国家主管当局履行二者的职能。不管缔约方怎样选择，重要的是要通知秘书处关于其指定国家联络点和国家主管当局和他们的责任的信息，然后秘书处就可以通过获取与惠益分享信息交换所将信息予以公布。

## B. 解释

### 1. 各缔约方应指定一个关于获取与惠益分享的国家联络点。国家联络点应提供以下信息：

根据《名古屋议定书》第 13 条第 1 款，指定一个国家联络点是每个缔约方的强制义务。建立国家联络点是执行《议定书》的一个重要工具。国家联络点就像国家主管当局一样，在获取与惠益分享程序中具有关键作用，因为它将国家和地方各级机构与《议定书》的履行联系在了一起，有助于促进缔约方对获取与惠益分享义务的遵守。

第 13 条第 1 款设想国家联络点是希望获取遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者的主要国家信息来源。国家联络点的一个重要功能就是向使用者提供相关的信息，多少有点像一个“服务台”或者说“信息枢纽”。比如说，一个对获取提供资源的缔约方的遗传资源感兴趣的潜在使用者知道在哪里可以获得相关的信息，如事先知情同意和共同商定条件的程序、负责颁发获取许可的国家当局、必须咨询的利益相关者等。如果缺少这样的国家联络点，可能就很容易漏掉某些要求或程序，造成对国家获取与惠益分享法律或法规的意外违反。同时，轻松获取信息的能力使获取资源更方便，还有可能节约时间、成本等。

第 13 条 1 (a) — (c) 说明了应向谁提供信息以及国家联络点应提供哪一类信息。

(a) 向寻求获取遗传资源的申请者提供关于获得事先知情同意的程序信息和制定包括惠益分享的共同商定条件的程序信息；

国家联络点须向对获取遗传资源有兴趣的申请者提供关于获得事先知情同意的程序信息和制定共同商定条件（《名古屋议定书》第 6 条 3 (b) (c) (g)）和惠益分享（见《议定书》第 5 条）的程序信息。除了其他，还可能包含这些信息：

- 遗传资源获取申请及随附文件；
- 处理获取申请的时间性；
- 负责颁发事先知情同意的国家机构（即国家主管当局）及其责任；
- 其他与遗传资源获取相关的利益相关者；
- 获取申请的申请费；
- 获取之前所需的其他同意或许可证，如进入特殊地区以及获取特殊遗传资源；
- 进入特殊地区以及获取特殊遗传资源所需的特殊程序；
- 获取条件，如标本缴存或本地专家或机构参与；
- 出口条件；

- 非商业化研究的简化程序；
- 许可的使用；
- 第三方转移的条件；
- 分享惠益的种类以及惠益分享责任何时启动。

在确立了土著和地方社区有批准遗传资源获取的权利的地方，缔约方有责任根据《名古屋议定书》第 6 条 3 (f) 的规定，建立取得土著和地方社区的事先知情同意的或核准和参与的标准和程序。国家联络点的任务是向寻求遗传资源获取的申请者提供这些标准和程序。

(b) 向寻求获取与遗传资源相关的传统知识的申请者，在可能的情况下提供关于酌情获得土著和地方社区事先知情同意或核准和参与以及关于制定包括惠益分享的共同商定条件的程序信息；

同样，国家联络点必须向对获取与遗传资源相关的传统知识感兴趣的申请者提供关于获得土著和地方社区事先知情同意或核准和参与以及关于制定包括惠益分享的共同商定条件的程序信息（《名古屋议定书》第 12 条第 2 款）。这种程序可以根据《议定书》第 7 条的要求创建，它要求各缔约方酌情采取措施，保证土著和地方社区的与遗传资源相关的传统知识是在取得其事先知情同意或核准和参与，以及建立了共同商定条件的基础上获取的。有可能一些程序是直接源自习惯法、社区规约和土著和地方社区程序的，第 12 条第 1 款要求缔约方在执行其《议定书》义务的时候加以考虑。也有些可能是这些习惯法、社区规约和程序与国家行政程序的混合。

但是，重要的是要注意到第 1 款 (b) 使用了“在可能的情况下”这个限定词。鉴于此，国家联络点只在可能的情况下才应提供相应的信息。

(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。

另外，国家联络点具有向潜在使用者提供以下信息的功能：

- 国家主管当局的信息，告之使用者应该提交获取申请的相关机构信息。这种信息可以包括向第 4 款提到的获取与惠益分享信息交换所的通告信息，如国家主管当局的联络信息、哪个国家主管当局负责使用者所寻求的遗传资源。关于国家主管当局，可以提供的信息范围有些包含在第 1 款 (a) 和 (b) 中，包括他们的程序、申请过程要多长时间、申请费用等。

- 相关土著和地方社区和利益相关者的信息，也就是在获取之前参与决策或核准过程的可能需要咨询意见的其他人。相关土著和地方社区包括有权核准遗传资源获取或持有与遗传资源相关的传统知识的社区。相关利益相关者可以包括环境组织、研究机构和大学。关于土著和地方社区，潜在使用者也许想要知道社区的主管当局是哪个，在很多情况下这一点也许并不完全清楚。

国家联络点应负责同秘书处的联络。

最后，第 1 款的最后一句话具体指明国家联络点是负责与秘书处交流以及联络的国家机构。所以，国家联络点就是缔约方和秘书处的主要联络点。

2. 各缔约方应指定一个或一个以上关于获取与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，负责准予获取或在适用的情况下颁发获取要求已经满足的书面证明，并负责就获得事先知情同意和达成共同商定条件的适用程序和要求提出咨询意见。

第2款进一步要求各缔约方指定至少一个获取与惠益分享的国家主管当局。这就意味着缔约方也可以指定不止一个国家主管当局。出于不尽相同的的具体考虑，或者是基于不管是遗传资源种类、其地理位置，还是获取目的考虑而产生的包括机构架构或授权部门的不同，有些国家也许会指定一个以上国家主管当局。南非就采用了这种方式，它有一个国家主管当局负责以商业化为目的的获取，而另一个则主管非商业目的的获取（Cabrera Medaglia et al., 2011）。根据国家和地方对获取程序的组织方式（或依据不同的获取与惠益分享相关的机构之间的关系），一个国家中存在一个以上的国家主管当局意味着需要仔细地考虑如何让获取程序尽可能地有效和清楚（《名古屋议定书》第6条）。

此外，该条款表明，国家主管当局是按照《名古屋议定书》第6条第1款的规定，代表提出条件的缔约方决定获取以及附加的条件国家机构。国家主管当局因此具有根据国家法律法规执行行政职责的责任。根据第2款，他们要履行以下职能：

- 批准获取——包括履行《议定书》第6条3(d)规定的义务；
- 提供已满足获取要求的书面证据，如已获得事先知情同意、共同商定条件已建立，这是《议定书》第6条3(e)的要求；
- 对取得事先知情同意和建立共同商定条件的申请程序和要求提出建议。

### 3. 缔约方可指定一个实体履行联络点和国家主管当局二者的职能。

第3款指出缔约方有自行决定指定一个机构同时履行国家联络点和国家主管当局的职能的权利。例如，在哥斯达黎加，国家生物多样性管理委员会技术局既是国家主管当局也是获取与惠益分享国家联络点（Cabrera Medaglia et al., 2011）。指定一个实体的做法也许是出于降低结构性成本以及由此带来的交易成本的考虑或者是想要使国家机构的功能集中化以简化获取程序。在这种情况下，被提名的机构就要履行第1款(a) — (c)和第2款列出的国家联络点和国家主管当局二者的职能。

4. 各缔约方应在不晚于本《议定书》对其生效之日将其国家联络点及其国家主管当局的联络信息通知秘书处。缔约方在指定不止一个国家主管当局时，应将此信息通知秘书处，并应通报关于这些主管当局各自责任的相关信息。在适用的情况下，此种信息至少应详细说明哪一主管当局负责哪种遗传资源的获取。各缔约方应及时将国家联络点指定或国家主管当局的联络信息、职责的变更通知秘书处。

第四款要求各缔约方将其国家联络点和国家主管当局的联络信息通知秘书处。如果缔约方指定了不止一个国家主管当局，必须将每一个主管当局的联络信息以及他们各自责任的相关信息通知秘书处。有关国家主管当局的职责的信息中必须指出哪一主管当局负责哪种遗传资源，如果有这样的授权部门存在的话。

缔约方必须在不晚于《名古屋议定书》对其生效之日将这些国家联络点和国家主管当局的联络信息和责任的信息通知秘书处（《议定书》第33条）。如果指定的国家联络点或是联络信息、国家主管当局的职责发生了变化，缔约方应立即将这些变化通知秘书处。

5. 秘书处应通过获取与惠益分享信息交换所将根据本条第 4 款收到的信息予以公布。

《名古屋议定书》第 13 条第 4 款要求的任何应通知秘书处的信息在获取与惠益分享信息交换所都应该可以找到。这样做是为了让其他获取遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的人可以通过获取与惠益分享信息交换所得到所需的信息。总结起来，需传递至获取与惠益分享信息交换所的信息应包括：

- 提供国的国家联络点；
- 国家联络点的联络信息；
- 提供国的国家主管当局；
- 国家主管当局的联络信息；
- 国家主管当局的责任；
- 如果缔约方指定了不止一个国家主管当局，负责所寻求遗传资源的主管当局是哪一个。

## 第 14 条 获取与惠益分享信息交换所和信息分享

1. 设立获取与惠益分享信息交换所作为《公约》第 18 条第 3 款下的信息交换所机制的一部分。信息交换所应成为分享同获取与惠益分享有关的信息的一种手段。特别是，信息交换所应提供各缔约方所提交的同执行本《议定书》有关的信息。

2. 在不妨碍保护保密信息的情况下，各缔约方应向获取与惠益分享信息交换所提供本《议定书》要求提供的任何信息以及作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会所做决定所要求的信息。这些信息应包括：

- (a) 获取与惠益分享的立法、行政和政策措施；
- (b) 国家联络点和国家主管当局的信息；
- (c) 获取时颁发的用于证明准予事先知情同意的决定和订立共同商定条件的许可证或等同文件。

3. 如可行，其他信息可酌情包括：

- (a) 土著和地方社区的相关主管当局，以及依此确定的信息；
- (b) 示范合同条款；
- (c) 为监测遗传资源而制定的方法和工具；
- (d) 行为守则和最佳做法。

4. 获取与惠益分享信息交换所的运作方式，包括关于其活动的报告，应由作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会第 1 次会议审议和决定，嗣后并进行审查。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 14 条确立了获取与惠益分享信息交换所的设立，包括信息分享的模式。设立获取与惠益分享信息交换所是《生物多样性公约》信息交换所机制的一部分，其目的是“促进和便利”缔约方和《生物多样性公约》之间的“科技合作”（《生物多样性公约》第 18 条第 2 款和第 3 款）。

要完成《生物多样性公约》的三大目标：保护生物多样性、持续利用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益（《生物多样性公约》第 1 条），信息交换所机制非常重要（MacKenzie et al., 2003, 第 132 页）。它同时也便利了全世界生物多样性信息的获取和交流。它是缔约方和合作伙伴共同努力，为便利《生物多样性公约》的执行建立的一个网络，依靠的是一个分级搜集和组织使用者需要的信息的过程（MacKenzie et al., 2003, 第 132 页）。驱动这一过程的是联络点、国际中心和具有专业知识的机构。他们就自身共同关心的话题提出倡议、展开合作（MacKenzie et al., 2003, 第 132 页）。每个《生物多样性公约》国家联络点也向交换所信息系统提供信息，通过信息交换所让所有使用者都能获取有关信息。通过这种方式，联络点鼓励各级政府机构、专家组、非政府组织和私营企业参与网络。信息交换所机制<sup>79</sup>包括：

- 《生物多样性公约》网站——交换所机制的中枢；
- 国家信息交换所机制网络；
- 不同的合作机构。

获取与惠益分享信息交换所效仿了生物安全信息交换所的模式，生物安全信息交换所是按照《生物多样性公约》下《卡塔赫纳生物安全《议定书》第 20 条的规定建立的，同时也是《生物多样性公约》信息交换所机制的一部分。就像生物安全信息交换所一样，获取与惠益分享信息交换所具有以下特征：

- 它是为了使得信息获取和交流而设计的。
- 目的是为了帮助缔约方执行《议定书》。
- 它是否成功取决于缔约方是否积极参与，使信息通畅。

因此，获取与惠益分享信息交换所可能更倾向于学习生物安全信息交换所的一些经验，以获取与惠益分享信息交换所的可操作性来决定活动的开展。

获取与惠益分享信息交换所最简单的形式可以被看做是一个缔约方按照《名古屋议定书》的要求通知秘书处的有关获取与惠益分享的信息的数据库。容易找到并获取信息是为了便利获取与惠益分享的获取和遵守程序以及《议定书》的执行。根据这些信息，遗传资源的提供者和使用者在建立任何关系或开展任何研究或生物勘探之前都能确定他们的权利和义务。比如说，一个潜在的使用者可以事先弄清楚要取得提供资源的缔约方的事先知情同意和建立共同商定条件需要哪些程序，哪个国家主管当局负责颁发所寻求遗传资源的获取许可，必须咨询哪些利益相关者等。这样有助于节约时间和成本，把无意造成的对国

<sup>79</sup> 参见 [www.cbd.int/chm/](http://www.cbd.int/chm/)。

家获取与惠益分享法律法规的破坏的可能性降到最低，并建立适当的确定性。

## B. 解释

1. 设立获取与惠益分享信息交换所作为《公约》第 18 条第 3 款下的信息交换所机制的一部分。信息交换所应成为分享同获取与惠益分享有关的信息的一种手段。特别是，信息交换所应提供各缔约方所提交的同执行本《议定书》有关的信息。

《名古屋议定书》第 14 条第 1 款设立了按照《生物多样性公约》第 18 条第 3 款要求创立的获取与惠益分享信息交换所，作为《生物多样性公约》的信息交换所机制的一部分。此外，条款指出，交换所的中心任务是分享和获取与惠益分享相关的信息。

建立获取与惠益分享信息交换所的目的是保证遗传资源共享和与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者和提供者可以获取和获取与惠益分享有关的信息。本款的最后一句话暗示（“特别是”），获取与惠益分享信息交换所的主要信息来源是提供信息的缔约方。相应的，获取与惠益分享信息交换所提供信息获取服务，包括缔约方作为提供者和使用者有义务通知《生物多样性公约》秘书处的信息（见《名古屋议定书》第 6 条、第 12 条、第 13 条、第 17 条和第 22 条）。第 14 条第 2 款和第 3 款包含了获取与惠益分享信息交换所还应提供的其他类型的信息。重要的是要注意到，为了使遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者更方便容易地获取信息，缔约方可以选择向获取与惠益分享信息交换所提供除了《议定书》特别要求的信息之外的更多其他信息。

总的来说，根据第 1 款，设立获取与惠益分享信息交换所的目的是：

- 作为信息枢纽或门户；
- 分享与获取与惠益分享相关的信息；
- 提供由缔约方提供的与《议定书》执行有关的信息。

2. 在不妨碍保护保密信息的情况下，各缔约方应向获取与惠益分享信息交换所提供本《议定书》要求提供的任何信息以及作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会所做决定所要求的信息。这些信息应包括：

根据《名古屋议定书》第 14 条第 2 款，各缔约方有义务向获取与惠益分享信息交换所提供以下信息：

- 《名古屋议定书》要求的任何获取与惠益分享信息（第一句）；
- 根据作为《名古屋议定书》缔约方会议的《生物多样性公约》缔约方大会所做决定所要求的任何信息；
- 一个非穷尽清单内包含的具体信息（第二句）。

### 《名古屋议定书》要求的信息

因为第 2 款提供的清单并非穷尽无遗，而且本款也阐明“本《议定书》要求的任何信息”都应提供给获取与惠益分享信息交换所，根据《议定书》的其他条款，也可以包括以下的信息：

- 使用者为获取和利用与遗传资源相关的传统知识引起的惠益分享所承担的义务和采取的措施（见第 12 条第 2 款）；

▪ 检查点（如指定的检查点）收集或收到的信息；与事先知情同意相关的信息；与遗传资源来源有关的信息；与建立共同商定条件有关的信息；与利用遗传资源相关的信息 [见第 17 条 1 (a) (i) 和 (iii) ]；

▪ 在可能的条件下，国际公认的遵守证书在不涉秘时包含的信息（见第 17 条第 2 款）；和

▪ 能力建设和发展倡议的信息，以促进获取与惠益分享能力建设和发展方面的协同增效与合作（见第 22 条第 6 款）。

#### **作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会要求的信息**

根据作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的决定，可以要求缔约方提供比现在向获取与惠益分享信息交换所提供的信息更多的信息。在《名古屋议定书》生效之后召开的作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会，在有了结果之后，会将大会所做的决定公之于众（第 26 条第 6 款和第 33 条）。因此，还将有些什么样的信息需要提供还拭目以待。

#### **有关信息的非穷尽清单**

此外，第 2 款的第二句话特别列出了一个清单，包含了各缔约方应该向获取与惠益分享信息交换所提供的一些信息，但此清单并非详尽的清单。

#### **(a) 获取与惠益分享的立法、行政和政策措施；**

第 2 款 (a) 列举了各缔约方应该向获取与惠益分享信息交换所提供的获取与惠益分享措施，即立法、行政和政策措施。表明应提供的措施是累加的。但是，它是否暗示有绝对的义务提供所有三种措施则未必如此。更可能的意思是各缔约方应该提供其所采用的规范获取与惠益分享的任何措施。

#### **(b) 国家联络点和国家主管当局的信息；**

第 2 款 (b) 要求各缔约方向获取与惠益分享信息交换提供有关国家联络点和国家主管当局的信息。《名古屋议定书》第 13 条第 4 款也规定了需提供的此类信息，包括：

- 指定的国家联络点和其联络信息；
- 指定的国家主管当局和相关联络信息；
- 如果指定不止一个国家主管当局，那么各主管当局的职责所在；
- 可能的话，所寻求遗传资源由哪个国家主管当局负责；
- 缔约方指定的国家联络点的任何改变；
- 缔约方的国家主管当局的联络信息或职责的任何改变。

**(c) 获取时颁发的用于证明准予事先知情同意的决定和订立共同商定条件的许可证或等同文件。**

根据《名古屋议定书》第 6 条 3 (e)，需要获取遗传资源事先知情同意的缔约方有义务提供许可证或等同文件，作为准予事先知情同意和订立共同商定条件的证明。在同一条款中，各缔约方有责任将此类信息通知获取与惠益分享信息交换所，以构成国际公认的遵守证书（见《议定书》第 17 条第 2 款）。这些信息也因此成为第 14 条内容的一部分，所以第 2 款 (c) 要求各缔约方须向获取与惠益分享信息交换所提供此类信息。

#### **机密信息**

第 2 款关于提供信息的义务在开头使用了“在不妨碍保护保密信息的情况下”，注意

到这一点很重要。不过,《名古屋议定书》并未指出哪种信息可以被视作机密或者如何保护这类信息。相反,《卡塔赫纳生物安全议定书》有一个单独的有关机密信息的条款(第21条)以实现以下目的:把保护根据《卡塔赫纳生物安全议定书》的程序提供的机密信息的基本程序具体化;应对缔约方对于某些具体信息是否应被当作机密信息有分歧、通知人决定撤销通知的情况;设立保护根据《卡塔赫纳生物安全议定书》所收到的机密信息的基本责任;具体指出不应被视作机密的信息类别(Mackenzie et al., 2003, 第137页及以后)。

《名古屋议定书》并未具体指出哪些信息属于机密信息,而是审慎地将决定权交给缔约方,所以在第14条第2款中并未包含其通知此类信息的义务。比如说,机密信息对使用者的研究或业务可能至关重要。在向获取与惠益分享信息交换所提供信息的过程中,可能会危及这些信息的机密性(秘密)。因此,在履行通知义务的时候,考虑到这种情况,缔约方可以决定是全部还是部分提供这些信息给获取与惠益分享信息交换所。

此外,以保密为条件提供给缔约方的信息也可以被另一方视为机密,也就是说,不向第三方披露。这样的信息,举个例子,可能包含在按第6条要求提供的证明准予事先知情同意的决定和订立共同商定条件的许可证或等同文件之中。

### 3. 如可行,其他信息可酌情包括:

第3款(a) — (c)列出了可以提供给获取与惠益分享信息交换所的其他信息。正如本款所指出的,这样的信息可以在可行的条件下酌情提供。“如可行”、“酌情”和“可包括”这些术语的使用表明,缔约方可以自行决定是否提供这些信息以及什么时候提供、提供哪些内容。这也取决于缔约方是否具有这样的信息以及在当时的情形下是否需要某些信息或措施。

#### (a) 土著和地方社区的相关主管当局,以及依此确定的信息;

第3款(a)针对的是土著和地方社区的相关主管当局的信息以及依此确定的信息。使用者常常很难确认土著和地方社区的代表以及确立其权威性。因此,潜在的使用者可能需要很长时间,花费很多资金以获取这些信息。这也增加了潜在使用者受骗上当的可能性——以后只会被斥责为侵犯了这些社区的权利。因此,第3款(a)要求的通知信息可以被视为修正这一缺点的一种方式,以便利获取、促进确定性和遵守。

但是,正如第3款开头的“如可行”所指出的,这种方式可能并不适用于所有缔约方,如其管辖范围内没有土著和地方社区,其土著和地方社区程序与国家程序相结合,或者由国家机构(国家联络点和国家主管当局)代表此类社区的缔约方。

#### (b) 示范合同条款;

根据《名古屋议定书》第19条第1款,缔约方有责任鼓励就共同商定条件制定、更新和使用部门和跨部门示范合同条款。在协商中,示范合同条款被认为能够为执行获取与惠益分享义务提供实际的解决之道。有这样的示范合同条款的缔约方可以把相应的信息通知获取与惠益分享信息交换所。

#### (c) 为监测遗传资源而制定的方法和工具;

制定监测遗传资源的方法和工具意在支持使用者遵守提供资源的缔约方的国内法律和法规要求。这些方法和工具可以包括第17条1(a)(i)和(iii)所列举的——检查点和

国际公认遵守证书。关于国际公认遵守证书，应在不妨碍保护保密信息的情况下通知（见第 14 条第 2 款）。

**(d) 行为守则和最佳做法。**

《名古屋议定书》第 20 条第 1 款规定，除其他外，缔约方有责任鼓励制定、更新和使用自愿行为守则以及最佳做法。行为守则和最佳做法是非政府机构（如科学协会或公司）的标准和规则，意在引导他们的行为，帮助他们遵守现有的规章制度，进而促进遵守、透明、信任等。这类行为守则和最佳做法的例子包括：

- 瑞士科学院制定的：《获取与惠益分享——遗传资源学术研究的好做法》；
- 德国研究基金制定的：《在〈生物多样性公约〉范围内的融资规定》；
- 国际植物交换网络制定的：《植物园活性植物材料获取、维护和供应管理的行为守则》。

拥有这些信息的缔约方可以将信息提供给获取与惠益分享信息交换所。

另外再提一点，这一点很重要。虽然非缔约方对《议定书》的任何规定没有遵守的义务，第 24 条还是留给这些实体自己决定是否向获取与惠益分享信息交换所贡献适当的信息（即和获取与惠益分享相关的信息）。

**4. 获取与惠益分享信息交换所的运作方式，包括关于其活动的报告，应由作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会第 1 次会议审议和决定，嗣后并进行审查。**

《名古屋议定书》第 14 条第 4 款指出，作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会第 1 次会议应考虑获取与惠益分享信息交换所如何运作。缔约方大会将决定获取与惠益分享信息交换所的运作和活动，并在以后进行审查。

表 5 指出应向获取与惠益分享信息交换所提供的信息种类的条款

条款	信息		
	由提供者提供	由使用者提供	双方都应提供
第 6 条 3 (e)	在获取之时颁发的许可者或等同文件		
第 12 条 第 2 款	关于与遗传资源相关的传统知识获取与惠益分享的措施		
第 13 条 第 4 款	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 国家联络点和国家主管当局的联络信息；</li> <li>▪ 国家主管当局的各自责任；</li> <li>▪ 负责所寻求遗传资源的国家主管当局；</li> <li>▪ 指定国家联络点的变化；</li> <li>▪ 国家主管当局联络信息或职责的变化</li> </ul>		

条款	信息		
	由提供者提供	由使用者提供	双方都应提供
第 14 条 第 2 款			<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 根据作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会要求的信息；</li> <li>▪ 获取与惠益分享的立法、行政和政策措施；</li> <li>▪ 国家联络点和国家主管当局的信息；</li> <li>▪ 获取时颁发的用于证明准予事先知情同意的决定和订立共同商定条件的许可证或等同文件</li> </ul>
第 14 条 第 3 款			如可行，酌情包括： <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 土著和地方社区的相关主管当局；</li> <li>▪ 示范合同条款；</li> <li>▪ 为监测遗传资源而制定的方法和工具；</li> <li>▪ 为监测遗传资源而制定的方法和工具</li> </ul>
第 17 条 1 (a) (i) 和 (iii)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 指定检查点的信息；</li> <li>▪ 与事先知情同意相关的信息；</li> <li>▪ 与遗传资源来源相关的信息；</li> <li>▪ 与建立共同商定条件相关的信息；</li> <li>▪ 与利用遗传资源相关的信息；</li> <li>▪ 如可行，有关国际公认遵守证书的信息</li> </ul>	
第 22 条 第 6 款			国家、区域和国际层面的能力建设 和发展倡议的信息

## 第 15 条 遵守获取与惠益分享的国家立法或监管要求

1. 缔约方应采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，规定在其管辖范围内利用的遗传资源是按照事先知情同意获取的并订立了共同商定条件，以符合另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。

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。

3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第 1 款所指的获取与惠益分享国内立法或监管要求的情事。

## A. 背景

《名古屋议定书》关于遵守的一系列条款（第15—18条）的基础是资源提供国要求制定一项国际规则，这样可以迫使使用者遵守其获取的遗传资源的提供国的获取与惠益分享规定。第15条及之后的遵守条款是激烈的谈判的主题，因为一般来说，很多发展中国家把这些条款看作是《议定书》的基石（Nijar, 2011b, 第5页），而其他国家认为建立获取的共同标准是条约更重要的支柱，也是将达成的遵守协议的必要参考。

第15条着重强调的是遗传资源的获取没有遵守提供国关于事先知情同意和订立共同商定条件的立法的情况。在整个谈判过程中，“盗用”（misappropriation）一词经常被用来形容这种情形。这一术语在很多的草案中出现过，虽然经常是在括号里面。在《议定书》的最终约文中完全排除了这个术语的原因可以追溯到这样一个事实——如果使用了这一术语，就有必要对其给出定义。这种做法遭到了一些人的反对，他们更倾向于用国内立法自由规定所谓的“盗用”得以成立的条件。

第15条为《议定书》所有缔约方设立了义务。不过，这种义务只适用于其处于管辖链的下游的情形。它包含了采取措施的义务（第1款）、执行的义务（第2款）和合作的义务（第3款）。这些义务，在限定条件下应予以执行。前提是使用者在其利用的遗传资源的缔约方的管辖范围内是按照事先知情同意获取的并订立了共同商定条件，以符合提供这些资源的缔约方的获取与惠益分享立法或监管要求。

第1款提到的是使用者遵守提供者的国内立法和监管要求，也就是遵守提供国的规定。需要遵守的立法和监管要求必须明确规定获取与惠益分享。所以，适用这一条款的条件是提供遗传资源的缔约方制定了获取与惠益分享立法，没有立法，就不可能发生违反。第2款又提到了对使用者国家措施的不遵守，第3款呼吁缔约方合作处理被控违反获取与惠益分享国内立法或监管要求的情事。

重要的是要注意，《名古屋议定书》的所有缔约方都有义务执行这一条款，不管该缔约方决定其国内立法是不是要求遗传资源获取的事先知情同意。第15条重申了要求事先知情同意并不是强制性的，暗示国家可以通过政策和具有立法或行政性质的措施或其他形式来处理事先知情同意和共同商定条件。不管是哪一种情况，如果遗传资源的提供国缺乏与事先知情同意和共同商定条件有关的清晰的法律，就很难适用履行这一条款的义务。

## B. 解释

**1. 缔约方应采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，规定在其管辖范围内利用的遗传资源是按照事先知情同意获取的并订立了共同商定条件，以符合另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。**

《名古屋议定书》第15条第1款要求缔约方采取谈判者称之为“使用者的措施”。这是一个在谈判之前就已出现的术语，指的是旨在使其管辖范围内利用的遗传资源符合另一缔约方的获取与惠益分享国内立法的措施，这些立法指的是获取事先知情同意和订立共同

商定条件的立法。

### 采取措施的缔约方

第 1 款规定,“各缔约方”都有义务执行这一条款并采取所述的措施。它暗示所有缔约方都要遵守这个义务,不管他们决定获取其遗传资源时是否要求事先知情同意。换句话说,就算缔约方允许所有使用者在其本国内自由使用其遗传资源,它也必须遵守《名古屋议定书》的规定,支持另一国(即提供遗传资源的国家)采取的措施,不管它是否参与了这些措施的制定。

这一特点使得《名古屋议定书》采取的方式具有创新的性质,但是要切实执行该规定会遇到很大的挑战,因为该规定将会极大地改变现今没有《议定书》的法律情形。在目前的情况下,一般来说无法在一个国家以外实施其他国家国内的获取与惠益分享立法和监管要求。相反,只有使用遗传资源的国家的补救和制裁措施才能得以实施,而提供国的补救和制裁法律则不能在境外实施(Chiarolla, 2011, 第 12 页)。

### 适当、有效和适度的立法、行政或政策措施

所有缔约方都有“采取适当、有效和适度的立法、行政和政策措施”的义务。在讨论这一条款时,对于缔约方必须采取的措施的具体各类有很多不同的看法。有些人认为使用者的措施应该详细描述,其他人则希望保留国家采取他们认为适当的措施的主权。第 15 条第 1 款的最终约文并未包含具体的措施。相反,它为缔约方采取何种性质的措施给予了相当大的弹性。因此,缔约方需要各自决定是否采用立法措施(也就是制定法律)或行政措施(如规定)或政策措施(如采取策略或行动计划)。

尽管如此,第 15 条第 1 款规定了 3 个限定词(“适当”、“有效”和“适度”),而且没有设定标准。由于《名古屋议定书》的约文中并未定义限定词,这一任务也需要各缔约方通过国内立法和法规的制定。

不管怎样,重要的是要注意,采取“适当”措施的义务在另一国际条约中被理解为暗示有谨慎的注意的责任(Mckenzie et al., 2003, 第 117 页)。而在《名古屋议定书》中,它要求各缔约方采取必要的立法、行政或政策措施,确认在其管辖范围内使用的遗传资源是根据事先知情同意(如果提供国要求事先知情同意)并订立了共同商定条件而获取的。同时,措施应符合执行这些措施的国家立法、政治、社会和经济情况。这就意味着缔约方应考虑避免设立复杂的系统,最后变得太官僚主义。

还有“有效”这个术语,可以按照通常的意思来理解,也就是说,具有所希望达到的效果的东西。按照这种理解,就意味着措施要具有成功地达成所想要达到的目的的可能性:在获取遗传资源之前,使用者要遵守提供者的事先知情同意和共同商定条件的条款。如果措施没有得到遵守,“有效”也可以被理解为与可能发生的制裁相关。同样,该术语暗示措施需要有一定程度的威慑力。

在《名古屋议定书》,“适度”的概念第一次出现在这里。与我们刚刚讨论的限定词一样,各缔约方要各自单独决定什么构成了一个适度的措施。从这个词的标准意义来看,很显然谈判者想要一个充分但不会变得不必要的累赘的措施,即从本质和程度上与需要取得的目标相吻合。在这种情况下,要记住《议定书》给予了缔约方最大的灵活性,措施是否适度的决定只能依据个案确定。

### 专栏 21 适度原则

适度原则最初出现在 19 世纪后期德国的立法体系中用于审查警察的行动。它规定，任何层面的政府为达到所寻求的目标所采取的任何行动都不能超过必要的度。刑法也引用了这一原则，它所传达的意思是，对违法者的惩处应该与其罪行相符。国家人道主义法把武装袭击的方式和结果联系起来，这样如果任何一方面不符合国际人道主义法，袭击就不是适度的。

欧盟立法也吸收了这一原则，它着眼于控制并设立欧盟机构实施权力的界限。建立欧盟的条约第 5 条规定，在适度原则下，联合行动的内容和形式不应超过为达成条约目标所必需的度。

为适用适度原则而产生的一些标准如下：

- 措施必须有法定的目标；
- 措施应该适合目标的完成；
- 措施必须是为达成目标所必需的，而且没有比它更简洁的方式；
- 措施必须是合理的、考虑到行动者的利益冲突。

#### 在管辖范围内的利用

此外，《名古屋议定书》第 15 条第 1 款规定的缔约方义务是在其管辖范围内利用遗传资源的时候采取措施。它将该条款同第 2 条提供的定义联系在了一起。所以，对条款的理解对第 1 款最终执行的方式有很大的影响。

《议定书》第 2 条（c）把利用遗传资源定义为创新链的研究和开发部分，包括创新从开发转到商业化阶段（又见第 2 条的解释）（Buck and Hamilton, 2011, 第 52 页）。此外，《议定书》第 15 条第 1 款并未提到嗣后的应用和商业化，在第 5 条惠益分享条款中已经清楚地阐明了这一点。这就暗示，缔约方为了遵守这一条款所应采取的措施并不需要延伸至嗣后的应用和商业化，那是缔约方在订立共同商定条件合同时处理的问题，而这正是第 18 条的范围。

我们还需要理解，条款明确地提到在其“管辖范围内”的利用，这指的是缔约方在使用者自己的领土管辖范围内的，与其他国家管辖范围内的利用无关。换句话说，发生在其他国家的管辖范围内的利用的情况排除在外，由其他国家自己管理。

#### 国内获取与惠益分享立法或监管要求

这一义务在利用已经获取的遗传资源之时启动。“已经获取”暗示这些资源已经在使用者手中，缔约方的措施必须核实是否遵守了提供国的获取与惠益分享立法或监管要求，这些立法和监管要求是在获取之时就已经存在的而不是之后才制定的。在这种情况下，应该记住《名古屋议定书》第 6 条 3（e）所指的许可证应该在获取之时就已经取得。

缔约方要采取的措施应该在已取得事先知情同意和订立共同商定条件的基础上设立，以“符合另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求”。这句话的构成方式，包括在“订立共同商定条件”后面的逗号，都有着特别的含义。“另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求”具体指出了义务的范围没有延伸到另一缔约方的整个国内立法或

监管要求，而只是要求在获取遗传资源时取得事先知情同意，订立共同商定条件的有关获取与惠益分享的立法。因此，其本意并不是为使用国增加额外的负担，而是要求他们做一个正式的检查以决定事先知情同意和共同商定条件的具体情况已经具备。换句话说，缔约方采取的措施必须支持对既有的事先知情同意和共同商定条件的验证，但不是这些条件或其实施的具体内容。要注意对共同商定条件包含的合同条款的违反由《议定书》第 18 条来处理，这一点很重要。

只有在提供国的获取与惠益分享体系要求取得事先知情同意和订立共同商定条件的情况下，才需要履行这一义务，而且义务也只限于规定与之有关的措施。从这方面来说，应该注意到，在协商期间，有些缔约方主张说，在遗传资源提供国缺少国内获取与惠益分享立法的情况下，应直接在国家层面适用《名古屋议定书》和《生物多样性公约》，这样就默认使用者有义务取得事先知情同意和订立共同商定条件（Chiarolla, 2011, 第 7 页）。这样做的目的是避免在提供者没有制定具体的立法要求取得事先同意的情况下，可以在不需要事先知情同意就合法获取资源的情况。但是，最终出现在第 15 条第 1 款的约文是缔约方必须制定要求取得事先知情同意和订立共同商定条件的获取与惠益分享立法或监管要求，以迫使利用遗传资源的国家遵守条款规定。这一理解的依据是出现在国内获取与惠益分享立法或监管要求之前的“以符合”这个词。它很明显地喻示，事先知情同意和共同商定条件必须与另一缔约方的立法体系相结合以适用第 15 条。这一点都没有改变《名古屋议定书》第 6 条第 1 款的意思，它要求以利用为目的获取遗传资源应经过提供这些资源的缔约方的事先知情同意，“除非该缔约方另有决定”。这个用语直接来源于《生物多样性公约》第 15 条第 5 款，它使我们毫不怀疑与《生物多样性公约》一致的《名古屋议定书》，并不想制定一项基本义务，让缔约方法定地要求事先知情同意或者与之相反。

最后，第 15 条第 1 款提到“另一缔约方的”国内获取与惠益分享立法或监管要求。除了与本条一致的第 16 条第 1 款，这种说法没有在《名古屋议定书》的任何其他地方出现。其他条款如第 5 条第 1 款、第 6 条第 1 款和第 23 条提的是“该种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方”，这个短语可以同《生物多样性公约》第 15 条第 3 款联系起来。除了《名古屋议定书》第 15 条第 1 款只规定了缔约方与《议定书》之间的一项义务这一明显的结论，这种表达方式还规避了一个如果在约文中提到原产国，就会自然凸显的问题。这样就额外增加了缔约方查证提供国的主权要求是否有充分依据的负担。

## **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。**

《名古屋议定书》第 15 条第 2 款要求缔约方处理使用者在其管辖范围内不遵守根据第 1 款通过的措施的情况。当使用者不遵守这些措施时，缔约方应采取被限定为适当、有效和适度的措施。因此，第二款是关于缔约方处理潜在的不遵守其按照第 15 条第 1 款通过的措施时应采用的程序和行动的范围。如果这些措施是立法性质的，那么本条款要求加以实施<sup>80</sup>。

<sup>80</sup> “实施”这个术语被定义为国家和其主管当局和机构为保证组织或个人在有可能未遵守环境法或执行多边环境协议规定的情况下，可以使其遵守/或通过民事、行政或刑事行动予以处罚所采取的程序和行动的范围（联合国环境规划署，2006，第 294 页）。

像第1款一样，第2款并未提及具体的措施。因此，缔约方被赋予了必要的弹性来决定最适合其自身立法系统和相关社会、文化和经济情况的措施。说到这些措施的性质，在谈判期间的一些例子值得一提，包括罚款，也有对某些行为的定罪以及违反义务时禁止使用遗传资源。

限定词“适度”可以既暗示着提高所采取措施的门槛（也就是，防止措施低于某一门槛，而未能适度，如极低的罚款），也防止出现罚款或制裁超过必要程度而更加严厉、负担更重。

**3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第1款所指的获取与惠益分享国内立法或监管要求的情事。**

第3款规定缔约方应合作处理潜在的违反获取与惠益分享立法或监管要求的事情。这个义务就是让缔约方互相合作，在更广的意义上合作，比如说分享调查和交流信息。但是，它不能被理解为包括对外国判决的承认，考虑到它指的是仍处在“被控”违反阶段的情形。事实上，术语“被控”表明，没有要求缔约方进行合作必须证实有实际的违反情况发生。

“尽可能酌情”的表达方式对该义务作出了限定，给予缔约方足够的弹性。当缔约方认为在某一特别的案子中，这种合作是不可能的或者不适当的或者既不可能、也不适当的时候，这种表达方式可以合理地解释可能出现的拒绝。例如，如果与另一方没有引渡条约或司法协助协议，这种法律形式的协助也许就不可能实现。

第15条第3款并未指出任何潜在的诱因，如被控违反条款的国家的请求。而且，它也未特别指出合作只限于牵涉到潜在违反情况的缔约方，而是留给缔约方以其认为适当的方式来请求或提议进行这样的合作。考虑到违法获取活动的相关信息更可能由提供遗传资源的缔约方提供，而不是由使用遗传资源的缔约方提供，第15条第3款呼吁的合作在做到遵守整个第15条方面尤其有用。

## **第16条 遵守与遗传资源相关传统知识的获取与惠益分享的 国家立法或监管要求**

1. 各缔约方应酌情采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，规定其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识是得到事先知情同意或核准并在土著和地方社区参与下获取的，并订立了共同商定条件，以符合该土著和地方社区所在的另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。

2. 各缔约方应采取适当、有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第1款通过的措施的情事。

3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第1款所指的获取与惠益分享国内立法或监管要求的情事。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 16 条与第 15 条相互衬托，唯一的不同是它关注的是与遗传资源有关的传统知识。因此，第 16 条的目标是处理不遵守立法要求，没有取得事先知情同意或土著和地方社区的核准或参与，并在土著和地方社区所在国家建立共同商定条件而获取与遗传资源有关的传统知识的情况。

第 16 条与第 15 条是平行的条款，它包含了采取措施的义务（第 1 款），执行这些措施的义务（第 2 款）和合作的义务（第 3 款）。这些限定的义务应予以执行，以保证使用者在缔约方管辖范围内在利用与遗传资源有关的传统知识的时候，按照土著和地方社区所在国的获取与惠益分享立法或监管要求，遵守事先知情同意程序或得到这些土著和地方社区的核准和参与，在获取前建立共同商定条件。

第 1 款指的是使用者遵守提供与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区所在的缔约方的国内立法或监管要求，也就是说，遵守提供国的措施。第 2 款指的是不遵守使用国的措施。此外，第 3 款呼吁缔约方合作处理被控违反获取与惠益分享立法或监管要求的情事。

第 16 条需要结合《名古屋议定书》第 7 条的规定来理解，第 7 条确立了各缔约方采取措施的义务，以确保获取由土著和地方社区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核准和参与，并订立了共同商定条件。第 12 条也包含了一些因素，可以补充完整本条的遵守措施。

在整个讨论过程中，大多数的时候，大家对于《议定书》是应该把与遗传资源相关的传统知识作为一个跨领域问题来对待还是只在一个单一条款中提到这个问题争论不休（见第 12 条解释）。尤其是在遵守问题上，分歧更明显。很多谈判方表示《议定书》不应包含针对与遗传资源相关的传统知识的遵守条款，而应由世界知识产权组织来处理这些问题。其他的谈判方对此表示异议，声称《名古屋议定书》如果没有包含与遗传资源相关的传统知识的遵守义务，就不是一个完整的条约。最后，后一种看法占了上风，因此而产生了第 16 条。第 15 条没有处理遵守与遗传资源相关的传统知识的立法或监管要求的原因一方面可能与遗传资源的拥有者的不同性质有关，另一方面可能与和遗传资源相关的传统知识不同属性有关。

考虑到第 15 条和第 16 条的相似性，对第 15 条的解释也适用于本条的解释，特别是关于所使用的限定词的解释。

## B. 解释

1. 各缔约方应酌情采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，规定其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识是得到事先知情同意或核准并在土著和地方社区参与下获取的，并订立了共同商定条件，以符合该土著和地方社区所在的另一缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。

《名古屋议定书》第16条第1款宣布，如果土著和地方社区所在的国家有获取与惠益分享的立法或监管要求，那么缔约方应采取措施，规定其境内所利用的与遗传资源相关的传统知识是得到事先知情同意或者得到了土著和地方社区的核准并在其参与下获取的，并订立了共同商定条件。该条款沿用了《名古屋议定书》第15条第1款所采取的方法，从而为所有缔约方订立了一项义务：采取针对使用方的措施，支持遵守与遗传资源相关的传统知识有关的国内获取与惠益分享立法或监管要求。

尽管第15条第1款和第16条第1款的措词几乎完全一致而且处于平行的结构，但是应认识到，它们至少有三个重要的不同之处：

- 首先，第15条第1款指的是事先知情同意，而第16条第1款借用了第7条的语言，在此基础上增加了土著和地方社区的“核准和参与”的阐述（对这一阐述的全面分析请见第7条解释）。这种阐述在《生物多样性公约》第8条（j）中也可以见到。
- 其次，第16条第1款在主要义务后面额外增加了一个限定词“酌情”。这与第15条第1款的用语方式有所不同，这样做可以创造更多的灵活性，使谈判者对这一特别有争议的条款能够达成共识。
- 第三，对于获取与惠益分享立法或监管要求，与第15条第1款只指出了“另一缔约方”不同的是，第16条第1款具体指出是土著和地方社区所在的缔约方的获取与惠益分享立法或监管要求。

适用于第16条第1款范围的传统知识应是在有责任采取措施的缔约方管辖范围内利用的传统知识。这种措施的正式目的是保护相应的土著和地方社区所在的缔约方所实施的法律和监管要求的完整性。但是如果持有所利用的与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区所在的缔约方针对这一目的制定了立法或监管要求，那么这种措施就有一个额外的作用，即要遵守土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与的权利。这些措施必须适当、有效和适度，可以包括政策以及立法或行政性质的措施（见第15条第1款的解释）。

第16条第1款表明，需要遵守的立法和监管要求对获取与惠益分享必须要有具体要求。条款还表明，缔约方应采取的针对事先知情同意或土著和地方社区的核准和参与要求以及订立共同商定条件的措施取决于土著和地方社区所在的缔约方的国内立法或监管要求的要求。从这方面来说，很显然《名古屋议定书》对来自没有制定与传统知识相关的获取与惠益分享立法的缔约方的那些与遗传资源相关的传统知识没有制定遵守措施。这一点可以理解为它的局限性，特别是考虑到目前制定与传统知识相关的立法的国家很少。此外，由于没有明确指明土著和地方社区的习惯法、社区规约和程序，很明显该义务不能延伸到第12条下所指的实践，除非它们已经被纳入缔约方的获取与惠益分享立法或监管要求。在谈判中大家讨论了位于不同国家（缔约方）的两个以上的土著和地方社区共享传统知识的情况。但是，本条款的“缔约方”使用了单数形式这一事实似乎说明这个问题没有得到解决。

第16条第1款遵循了《名古屋议定书》关于尊重国家主权的一贯原则。但是，虽然《生物多样性公约》第15条声明国家对遗传资源拥有主权，《名古屋议定书》也重申了这一点，但在与遗传资源相关的传统知识方面，国家最多只有监督权，因为传统知识是持有它的土著和地方社区的财产（这个区别可以解释为什么《名古屋议定书》需要第15条和

第 16 条两个遵守条款，同时也解释了增加土著和地方社区的“核准和参与”这个术语作为事先知情同意的替代的原因)。

应该认识到《议定书》中关于与遗传资源相关的传统知识的条款，包括第 16 条，比《生物多样性公约》第 8 条 (j) 更深入。正如《议定书》引言所指出的，国与国之间土著和地方社区持有或拥有与遗传资源相关的传统知识的情形不尽相同。传统知识要服从国内法律这一事实也增加了执行这一具体条款的复杂性，它要求与国内立法或监管要求相关的措施针对不属于国家的“物品”，国家只是它的监护人。此外，作为使用者的缔约方必须遵守他们没有参与制定、甚至可能与他们自己的规则和/或政策相反的一系列规则。

最后，对“适当”的双重引用似乎来源于该条款的一个早期草案的内容，草案经过非常激烈的谈判之后，最后达成协议，同意使用与第 15 条第 1 款相同的语言。其中一个引用限定了要采用的措施的性质，要求“适当、有效和适度”，而另一个引用限定采取措施的一般义务——“酌情”(认为适当的)。正如以上所指出的一样，基于遗传资源和与之相关的传统知识之间的不同性质，以及国际社会没有对“与遗传资源相关的传统知识”、“利用传统知识”和“土著和地方社区”的定义达成一致，在该义务的执行中需要灵活性。

但是，重要的是要注意到“酌情”的双重限定并不能成为缔约方完全不采取第 16 条第 1 款的措施的理由，除非缔约方对无作为有公正的、有力的理由。事实上，该条款的总体目标就是提供针对与遗传资源相关的传统知识的遵守措施。因此，如果缔约方出于某个原因没有采取适当的措施，那么就需要采取有效和适度的措施，以遵守条款。换句话说，第 16 条第 1 款确实为缔约方订立了在其管辖范围内为所使用的传统知识提供“好的法律地位”的义务。

#### 专栏 22 《生物多样性公约》第 8 条 (j) 与《名古屋议定书》第 16 条

《生物多样性公约》第 8 条 (j) 确立了缔约方“尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用，由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益”。

《生物多样性公约》缔约方大会设立了一个特设工作组讨论与本条款的执行相关的问题，多年来如何实现这一目标在不同的论坛进行了讨论。大家所确认的挑战与《名古屋议定书》缔约方在像第 16 条这样明确指明与遗传资源相关的传统知识的条款的执行过程中可能遇到的问题具有同样的性质。

值得注意的是，与执行第 16 条第 1 款下的义务有关的困难之一是，为了让各国制定针对使用者的措施，以便法定地获取传统知识，他们首先必须要能够识别正在使用的、随同遗传资源一道获取的传统知识。主要的障碍在于，在每种情况下都只能依赖传统知识的概念的定义来决定，因为《名古屋议定书》没有定义这一术语，也没有一个对其确切意思的普遍理解。

2. 各缔约方应采取适当、有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第 1 款通过的措施的情事。

第 2 款要求各缔约方处理在其管辖范围内，使用者没有遵守缔约方自身根据第 1 款所采取的措施的情况。如果使用者没有遵守这些措施，缔约方应进一步采取被限定为适当、有效和适度的措施。

第 16 条第 2 款的用语与《名古屋议定书》第 15 条第 2 款的用语完全一样。相应地，对第 15 条第 2 款的解释也适用于此处。

3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第 1 款所指的获取与惠益分享国内立法或监管要求的情事。

第 16 条第 3 款阐明，缔约方应合作处理潜在的违反土著和地方社区所在的缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求，没有取得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与，以及订立共同商定条件以获取与遗传资源相关的传统知识的情况。

同样，第 16 条第 3 款的用语与《名古屋议定书》第 15 条第 3 款的用语完全一样。所以，对第 15 条第 3 款的解释也适用于此处。

## 第 17 条 监测遗传资源的利用

1. 为支持履约，各缔约方应酌情采取措施，监测遗传资源的利用情况并提高遗传资源利用的透明度。此种措施应包括：

(a) 指定以下一个或多个检查点：

(i) 指定的检查点将酌情收集或接收关于事先知情同意、遗传资源的来源、共同商定条件的订立和（或）酌情关于遗传资源的利用情况信息；

(ii) 各缔约方应酌情根据某一指定检查点的具体特点，要求遗传资源的使用者在指定的检查点提供上款所述信息。各缔约方应采取适当、有效和适度的措施处理不履行情事；

(iii) 此种信息，包括来自国际公认的遵守证书——如果有的情况下，应在不妨碍保护机密信息的情况下，提供给有关的国家部门、给予事先知情同意的缔约方以及酌情提供给获取与惠益分享信息交换所；

(iv) 检查点必须有效，并应具有与实施本款 (a) 相关的职能。检查点应与遗传资源的利用或与信息的收集有关，特别是在研究、开发、创新、商业化前或商业化的任何阶段的相关信息。

(b) 鼓励遗传资源的使用者和提供者在共同商定条件中列入有关条款，以分享执行这些条件的信息，包括通过报告的规定；

(c) 鼓励利用成本效益高的交流工具和系统。

2. 依照第 6 条 3 (e) 的规定颁发并提供给获取与惠益分享信息交换所的许可证或等同文件应成为国际公认的遵守证书。

3. 国际公认的遵守证书应可资证明,其所涵盖的遗传资源是按照事先知情同意获得并订立了共同商定条件,以符合提供事先知情同意的缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。

4. 国际公认的遵守证书,在不涉密时,至少应包括下列信息:

- (a) 颁发证书当局;
- (b) 颁发日期;
- (c) 提供者;
- (d) 证书的独特标识;
- (e) 被授予事先知情同意的人或实体;
- (f) 证书涵盖的主题或遗传资源;
- (g) 证实已订立共同商定条件;
- (h) 证实已获得事先知情同意;
- (i) 商业和/或非商业用途。

## A. 背景

第 17 条关注的是《名古屋议定书》缔约方应采取何种措施监测遗传资源的利用情况。它倾向于以《议定书》规定的义务来支持履约,并通过建立一个非穷尽的监测工具清单来提高遗传资源利用的透明度。该条款的题目“监测遗传资源的利用”,预先假设监测的义务只限于《名古屋议定书》第 2 条(c)所定义的遗传资源的利用,而不包括与遗传资源相关的传统知识。较早的协商约文草案在题目和正式约文中都包含了对传统知识的引用,而最终却排除在外这一事实正是对这一理解的佐证。

在谈判中,很多缔约方认为需要确立监测义务。这些缔约方清楚地表示他们期望《名古屋议定书》通过具体的监测义务并强制性建立“检查点”来加强促使守约的措施。要达成这些目标,就需要一份国际公认的遵守证书,内容涵盖了所考虑的具体的遗传资源能够获得国际公认的标准特征。

最初检查点是作为一种激励措施提出来的,目的是让使用者遵守提供者所在国的管辖范围内设立的获取与惠益分享义务。建议的支持者还争辩说,遗传资源的交易和使用需要得到发生遗传资源利用的国家的职能部门的核实。

发达国家和发展中国家之间有严重分歧的一个问题是具体的检查点清单。在协商的过程中,提议的检查点包括海关当局、专利办公室、市场准入办公室、研究融资机构和土著和地方社区代表。但是,对于专利办公室和其他确认的检查点对达成本条款的目标所具有的价值有很多不同的意见。

一方面,一些国家争论说缔约方应建立有效的检查点,可以理解为使用者在开展遗传资源的研究和开发、提出与这种研究和开发相关的创新的权利,或商业化任何研究和开发成果的时候,必须前往并提供相关信息的场所。在这些国家看来,没有这样的检查点就不能有效地确保《议定书》的义务得到遵守。

另一方面，很多国家表达了这样的观点，即预先指定的检查点缺少在这种情况下对可能发生的不同情形处理的必要的灵活性。他们还担心，这样体系包含了专利申请有公开披露信息的义务以及将专利办公室作为检查点，这样做无法有效地应对不当利用，而且成本很高，而与此同时又会造成对国际专利体系的不遵守，有破坏创新的危险。

在谈判过程中引入的另一个概念是所谓的遵守证书（certificate of compliance），这个术语后来被确认为指一种具体的监测工具。最初提出的概念预见了在遵守国内获取与惠益分享体制的情况下可以申请这种证书，而且这是一种国际公认证书的体系而不是全球协调的体系。与遗传资源相关的传统知识被排除在证书体系之外，很可能反映了这样一种观点：由于传统知识的非物质性质，在传统知识证书体系发展之前可能会造成实际的困难，从而需要特别考虑。

最终两种概念（“检查点和国际公认遵守证书”）都被纳入了《名古屋议定书》第 17 条，对该条款的架构具有特别的影响。在第 17 条内部我们可以看出它是由区别很大的两个部分组成。第 1 款规定了利用遗传资源时有监测和提高透明度的义务，包括指定一个或多个检查点。第 2 款、第 3 款和第 4 款指的是国际公认遵守证书，这个问题毫无疑问是相关的，但是也许作为一个单独的条款更为有效。

## B. 解释

### 1. 为支持履约，各缔约方应酌情采取措施，监测遗传资源的利用情况并提高遗传资源利用的透明度。此种措施应包括：

正如第一段开头所指出的，《名古屋议定书》第 17 条的目标是“支持履约”。该条款没有具体说明其目的是支持遵守《议定书》某一具体条款、遵守事先知情同意和共同商定条件、遵守《议定书》作为一个整体，还是遵守缔约方的国内获取与惠益分享立法和监管要求。在谈判过程中，所有这些选择在一定程度上都是摆在桌面上来谈的，但是，从第 15 条、第 16 条和第 18 条的解释来看，我们可以总结为，第 17 条具有补充性质，目的在于支持国内要求事先知情同意和共同商定条件以及使用者措施的获取与惠益分享立法。第 17 条第 2—4 款规定的国际公认遵守证书具有所有这些功能，这个事实印证了这种理解。

“应”的使用表示对缔约方采取措施以支持履约有强制性要求。虽然义务是明确的，但是限定词“酌情”添加了一些不确定性。在第 17 条第 1 款的起首，这个限定词在决定措施的性质时可以为各缔约方引入某种程度的标准尺度，也可以理解为它指出了需要采取的措施必须要适当，意思就是合适或与完成既定目标有关。同样，措施的目的是监测和提高“利用遗传资源”的透明度，这个概念要根据《名古屋议定书》第 2 条（c）所定义的那样来理解。

第 1 款在类别上确认，缔约方要履行这一条款，起码要采取第 1 款（a）、（b）、（c）列出的所有三个措施。重要的是要注意到它提供了一个非穷尽的措施清单，意思就是说也可以采取其他的措施。非穷尽的措施清单如下。

#### （a）指定以下一个或多个检查点：

第 1 款（a）呼吁指定一个或多个检查点。缔约方必须提名至少一个实体可以实施监

测。条款未预先指定对任何具体检查点的使用。

在谈判的最终阶段，发达国家不会接受条款内列出可参考的可能的检查点这一点已经很清楚，一些发展中国家提议，各缔约方在一定时间范围内有责任通知秘书处该缔约方指定的检查点。这一表述并未在最终约文中通过，邀请在其国家法律中包含了以专利办公室作为检查点的缔约方把这些办公室指定为其检查点的议案也没有通过。第 1 款 (a) 中折衷的约文给予了缔约方必要的灵活性来决定其指定的一个或多个检查点的形式，只要任何检查点满足以下 (i) — (iv) 条款定义的特征。

**(i) 指定的检查点将酌情收集或接收关于事先知情同意、遗传资源的来源、共同商定条件的订立和 (或) 酌情关于遗传资源的利用情况信息；**

第 1 款 (a) (i) 说明了指定的检查点的职能。约文和协商的历史表明，虽然使用了术语“将”，但它的用意并不是要免除该条款具有的约束力性质，指定检查点的主要职能是“酌情收集或接收相关信息”。“收集和接收”两个动词的使用暗示了检查点既具有主动性，也具有被动性。多亏了“酌情”这个提法，缔约方可以自行决定采用哪种方式。连接词“或”而非“和”可以理解为其隐含的意思是可以选择为同一检查点指定两个职能，最低限度是缔约方指定其中一种职能。但是，没有条文规定缔约方不可以要求两种职能都具备，从而更加严格地执行本条款。

检查点收集或接收的信息必须是“相关的”。这个限定来源于一些谈判者担心该义务会导致对活动的随意捕捉。他们同时争论说这样做的用意在于避免出现检查点被与《名古屋议定书》的目标和范围没有多少关系的信息所淹没的情形。此外还提供了一个清单，指出信息必须与事先知情同意程序 (如是否是请求的信息、是如何提出请求的)、遗传资源的来源 (遗传资源样本的出处)、订立共同商定条件 (他们是否已经订立) 和第 2 条 (c) 定义的遗传资源的利用 (如研究和开发阶段的信息) 密切相关。

第 17 条 1 (a) (i) 列出的清单最后使用了“和/或”以及增加了“酌情”的提法，它们说明了一个事实，即各缔约方必须决定这些因素是否个个都是适合的。也就是说，上面列出的信息并不是所有都必须披露。

**(ii) 各缔约方应酌情根据某一指定检查点的具体特点，要求遗传资源的使用者在指定的检查点提供上款所述信息。各缔约方应采取适当、有效和适度的措施处理不履约情事；**

第 1 款 (a) (ii) 承认，要让检查点发挥作用，各缔约方应强制使用者向指定检查点提供第 1 款 (a) (i) 列出的信息。该义务由指定检查点的具体特点来决定，也同样受到限定词“酌情”的限制，因此也提供了灵活性，并再次肯定了上述有关缔约方可以决定检查点只限于被动接受功能的可能性。

在这种情况下，缔约方仍然有义务要求使用者提供信息。条文的用语具体指出，要求提供信息的主体是“使用者”，这一点可以理解为减少了第 1 款 (a) (i) 提出的在接受的信息的来源选择上的灵活性。

第 1 款 (a) (ii) 小段还要求各缔约方有义务采取措施处理不遵守提供信息要求的情况。由于没有提供可能的措施的范例，所以由缔约方自行决定采用被限定为“适当、有效和适度”的措施，这些限定词的意思与第 15 条所解释的意思相同。

(iii) 此种信息, 包括来自国际公认的遵守证书——如果有的情况下, 应在不妨碍保护机密信息的情况下, 提供给有关的国家部门、给予事先知情同意的缔约方以及酌情提供获取与惠益分享信息交换所;

第 1 款 (a) (iii) 指出, 检查点接受或收集的信息须提供给三个主体:

■ 有关的国家部门——其相关性由行政机关根据《名古屋议定书》第 6 条第 1 款规定的获取与惠益分享问题, 或具体的交易的法律权限来决定;

■ 给予事先知情同意的缔约方——根据第 6 条第 1 款, 应该是提供遗传资源的缔约方 (这种资源的原产国), 或是根据《生物多样性公约》取得遗传资源的缔约方, 除非缔约方另有决定;

■ 获取与惠益分享信息交换所——根据《名古屋议定书》第 14 条建立, 将作为分享信息的途径, 由《生物多样性公约》信息交换所机制主持。

此外, 提供的信息有两个附加说明: 第一, 是提供事先知情同意的缔约方认为适当的信息, 其次, 不是机密的信息。考虑到《名古屋议定书》对这个问题没有作出说明, 它的机密性将由提供信息的缔约方的程序决定。句末的“酌情”的提法也可以理解为与送达信息的相关国家部门有关。

第 1 款 (a) (iii) 是《名古屋议定书》第一次引入了“国际公认的遵守证书”的术语。证书的法律性质表明了其自身的特点。条款承认会有没有证书的情况这一事实表明, 并不是所有情形都强制要求证书, 例如缔约方不要求事先知情同意的情况。尽管如此, 对第 17 条第 2 款、第 14 条第 2 款和第 6 条 3 (e) 的系统了解表明, 如果缔约方根据第 6 条 3 (e) 要求事先知情同意, 就要求要有许可证或等同文件, 并将许可证通报给获取与惠益分享信息交换所。然后根据第 17 条第 2 款许可证或等同文件成为国际公认的遵守证书。因此在这种情况下, 为了展示履约情况, 提供这种证书是强制性的。

在寻求对该条款及其与《名古屋议定书》其他条款的关系的理解的时候可以有两种可能的解读方式。一方面, 一些人争论说, 约文和谈判的历史以及《名古屋议定书》获取与惠益分享不限名额特设政府间委员会第一次会议的结果显示, 只是登记一个许可证或等同文件而不采取任何行动并不能使许可证具有国际公认遵守证书的地位。这一观点意味着第 17 条第 4 款订立了需向获取与惠益分享信息交换所披露的信息要素, 以有效达成第 17 条第 2 款的目的, 即通过第 6 条和第 17 条的互动创造遵守证书。

另一方面, 其他人认为许可证或其等同文件与国际公认的遵守证书不同, 他们质疑注册信息本身是否构成国际认证书, 如果是, 就有两种不同的工具。此外, 如果给获取与惠益分享信息交换所的通知不包括第 17 条第 4 款订立的要素, 也可以说第一种是强制性而第二种具有自愿性质。

(iv) 检查点必须有效, 并应具有与实施本款 (a) 相关的职能。检查点应与遗传资源的利用或与信息的收集有关, 特别是在研究、开发、创新、商业化前或商业化的任何阶段的相关信息。

第 1 款 (a) (iv) 要求检查点必须有效。有意思的是我们注意到条款使用了“必须”这个词, 而不是“应该”, 这一点很不寻常, 而且句中三次出现了“相关”一词。这可能是由于内容得到一致同意之后, 大家急着通过这一条款导致的结果。总的来说, 经过非常

艰苦的谈判之后立即，任何改变草案的企图都会引起重开讨论的危险。

《名古屋议定书》没有设立一个标准来对“有效”作出定义。因此，正如第1款所建立的，指定的检查点在监测和提高遗传资源利用的透明度方面是否达到了所希望的效果，取决于缔约方的决定。

此外，检查点应具有与执行第1款(a)相关的职能。考虑到第1款(a)的约文全是关于检查点和其职能的，这个陈述似乎有点多余。同样的评价也适用于它们应与遗传资源的利用相关的声明，因为第1款已经陈述过了。

句子的最后部分指的是收集有关的信息，特别是在研究、开发、创新、商业化前或商业化的任何阶段的相关信息。有争议的是，这个单子可能会超越第17条的范围，第17条只针对遗传资源的利用，这个《议定书》第2条(c)所定义的术语包含了研究和开发但是没有明确地提到其他诸如创新、商业化前或商业化一类的活动。根据这一思路，可以得出结论，收集的有些信息可能真的与执行《名古屋议定书》第17条无关，而条款这一部分可能与第17条第1款的其他部分不一致。作为另一种选择，创新、商业化前或商业化可以理解为开发这个概念的要素。

必须认识到拉丁语“*inter alia*”（“特别是”）等同于“在其他事物之外”，这样就毫无疑问地表明清单只具有指示性质。这个词使检查点根据列出的活动轨迹在任何点进行操作。

**(b) 鼓励遗传资源的使用者和提供者在共同商定条件中列入有关条款，以分享执行这些条件的信息，包括通过报告的规定；**

第1款(b)列出了一项缔约方义务，即各缔约方有义务促进提供者和使用者双方在共同商定条件中列入有关条款，以分享执行这些条件的信息。这种条款可以包括报告的规定。缔约方可以认为第1款(b)是第6条3(g)关于在订立共同商定条件时应包括的内容清单的补充。

重要的是要注意到《名古屋议定书》没有进一步要求建立立法或强制性地要求缔约方包括报告的规定，尽管它并没有事先排除缔约方如果愿意可以采取这样一种措施的可能性。

**(c) 鼓励利用成本效益高的交流工具和系统。**

第1款(c)呼吁利用成本效益高的交流工具和系统来监测和提高利用遗传资源的透明度。我们想到的第一个工具是互联网，现在在很多地方已经广泛普及并且很容易进入。数字图书馆和网站注册是执行这一条款的可选方式。虽然条款指的是无纸化系统，但它并未排除纸和电子形式的混合使用。这种工具和系统被限定为必须“成本效益高”，意思是缔约方需要避免使用不能在成本和措施的有效性方面保持平稳的工具和系统。

**2. 依照第6条3(e)的规定颁发并提供给获取与惠益分享信息交换所的许可证或等同文件应成为国际公认的遵守证书。**

《名古屋议定书》第17条第2款决定了什么可以构成国家公认的遵守证书。它指出，国际公认的遵守证书是一份许可证或其等同文件，它是颁发者决定给予事先知情同意和订立共同商定条件的依据。它需要根据《议定书》第6条3(e)的规定提供给获取与惠益分享信息交换所，以表明它在监测遗传资源利用方面的价值。

随后的第3款和第4款也谈到了国际公认的遵守证书，这个术语是在第17条1(a)(iii)中作为一个潜在的信息来源引入的，但是《名古屋议定书》第2条对术语的使用中并未对其作出定义。此外，《议定书》中没有发现颁发国际公认的遵守证书的程序，也没有明确提到什么人或实体可以颁发这些证书。但是完整地看完《议定书》，特别是第6条和第13条之后，可以看出是国家主管当局把许可证原件提供给获取与惠益分享信息交换所。如果满足第4款的信息标准，这个许可证就构成了国际公认的遵守证书。

应该认识到作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会的缔约方可以决定针对国际公认的遵守证书及其更新这种证书的程序，对订立共同的理解作出考虑。

**3. 国际公认的遵守证书应可资证明，其所涵盖的遗传资源是按照事先知情同意获得并订立了共同商定条件，以符合提供事先知情同意的缔约方的获取与惠益分享国内立法或监管要求。**

正如第17条第3款所述，证书的基本功能是提供遵守要求事先知情同意和订立共同商定条件的国内获取与惠益分享立法或监管要求。然后证书就可以用于处理由于存在两个不同的管辖范围而引起的事件冲突：一方是遗传资源获取地的缔约方，另一方是遗传资源利用地的缔约方。

该条款一部分和《议定书》第15条第1款的语言相同，第15条第1款指出，能够出示国际公认的遵守证书上的遗传资源的使用者有充分的证据表明他们在获取遗传资源的时候遵守了提供遗传资源的缔约方的获取与惠益分享立法或监管要求。因此缔约方有义务在其国内获取与惠益分享立法或监管要求中承认这一事实。

此外，重要的是要注意到《名古屋议定书》对于如何处理不能提供国际公认的遵守证书的情况没有作出规定。遗传资源的使用者不受《名古屋议定书》的获取与惠益分享要求限制的情况包括那些《生物多样性公约》之前的材料，在公海和深海海底，及来自不需要事先知情同意的国家的遗传资源。

**4. 国际公认的遵守证书，在不涉密时，至少应包括下列信息：**

《名古屋议定书》第17条第4款提供了一个国际公认的遵守证书至少应包括的信息的清单。根据第17条第2款的解释，如果那个条款被解释为在获取与惠益分享信息交换所登记可以将一个国内许可证转化为国际公认的遵守证书，那么第4款的清单引起的结果就是国内许可证在全球的最低程度的协调。

重要的是要注意到列出的信息只能在不是机密的时候提供。由于《议定书》没有定义机密性，各缔约方将自行决定哪些信息不可以分享。此外，条款指出，列出的信息是至少应包括的信息，表明没有什么可以阻止缔约方增加其他的数据（如第三方转让情况的信息）。

(a) 颁发证书当局；

(b) 颁发日期；

(c) 提供者；

根据清单最开头的三个要素，颁发证书当局的联络信息和颁发的日期以及拥有权利提供遗传资源的实体的详细资料必须一起提供。

(d) 证书的独特标识；

提供第 4 款 (d) 所指的每个许可证或其等同文件的独特标志是为了方便搜索。这种标志的格式并未决定。讨论过的选择包括在颁发许可证的时候由政府或在提交许可证的时候由获取与惠益分享信息交换所建立准则, 以生成独特标志。也提到过混合采用政府颁发的标志和获取与惠益分享信息交换所在收到信息的时候出具的参考代码。

**(e) 被授予事先知情同意的人或实体;**

根据第 4 款 (e) 提供的数据, 如有需要, 应允许与提供遗传资源的缔约方授予事先知情同意的人或实体联系。

**(f) 证书涵盖的主题或遗传资源;**

第 4 款 (f) 要求证书涵盖的主题或遗传资源的信息。可以包括任何分类学等级的动植物, 它可能带有分类学名称, 也可以包括收集材料的地点。另外, 可以通过参考凭证标本或已确认的档案或收集中的现场笔记来确认遗传资源。

**(g) 证实已订立共同商定条件;**

第 4 款 (g) 规定要证实已订立共同商定条件, 可以通过检查框的形式来提供。额外的信息甚至可以包括合同缔约方的身份、订立共同商定条件的日期和协议的全文。

**(h) 证实已获得事先知情同意;**

同样, 第 4 款 (h) 要求要证实已获得事先知情同意, 这也可以通过检查框的形式来提供。作为一种选择, 也可以汇报使用遗传资源的目的。

**(i) 商业和/或非商业用途。**

最后, 检查框也可以用于告之商业和/或非商业用途。因为《议定书》没有定义这些术语, 所以由缔约方自行决定“商业用途”的意思。

## 第 18 条 遵守共同商定条件

1. 在执行第 6 条 3 (g)、(i) 和第 7 条时, 各缔约方应鼓励遗传资源和 (或) 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条件中写入酌情涵盖争端解决的条款, 包括:

- (a) 提供者和使用者将争端解决程序提交的管辖权;
- (b) 适用的法律;
- (c) 可选择的其他争端解决方法, 例如调解或仲裁。

2. 各缔约方在共同商定条件出现争端时, 应确保在其法律制度下, 根据适用的司法规定, 存在追索的机会。

3. 各缔约方应酌情采取有效措施, 关于:

- (a) 诉诸司法;
- (b) 利用相互承认和执行外国的判决和仲裁裁决的机制。

4. 本条的有效性应由作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会依照本《议定书》第 31 条进行审议。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 18 条与第 15 条、第 16 条和第 17 条一起，构成了《名古屋议定书》的一套完整涵盖“使用国措施”的条款。本条的题目表明它的内容仍然是关于履约的。“遵守”（compliance）这个词的意思和第 15 条、第 16 条的解释一样。在这里它指的是一种遵守规定的状态。

但是，重要的是要理解第 15 条和第 16 条是关于遵守国内获取与惠益分享立法和监管要求，包括与遗传资源相关的传统知识的规定，因此涵盖了在谈判中所指的“盗用”（misappropriation）的情况。与之相反，第 18 条是由于一些国家对使用者和提供者订立的共同商定条件的遵守情况表示担心而产生的。在谈判中，使用者违背共同商定条件的情况通常被称之为“滥用”（misuse）。

国内获取与惠益分享法律通常要求事先知情同意和共同商定条件。事先知情同意通常是公法行为，即非合同约定的行为，不受国际私法的管辖，而共同商定条件，即使是由政府的行政机关和私人主体达成的，通常也是按照民事合同订立的。对私人主体参与的关系，通常的理解是如果一方在外国居住，则属于国际私法的范围。他们一般不通过国际公法文书，比如《名古屋议定书》来处理，因为国际公法处理的是国家之间的关系。

国际私法也叫作冲突法，指的是国内原则和规则的主体，它适用于至少包括一个合法的相关涉外因素的跨境私人关系的情况<sup>81</sup>。首先，它要规定争议适用的管辖范围。其次，争议适用的法律。第三，最终决定或判决是否会被承认，可以在另一个管辖范围内执行。国际私法是各国国内法的一部分，从这个意义上来说，它不同于处理主权国家和国际组织之间关系的国际公法。各国国内对冲突法有自己的规定，其中一些也可能已经通过国际条约、准则和示范法进行协调而实现一致。

第 18 条的约文反映了《名古屋议定书》作为一个国际条约在处理两个可能是、也可能不是主权国家的缔约方之间的合同方面所存在的局限性。

## B. 解释

**1. 在执行第 6 条 3 (g)、(i) 和第 7 条时，各缔约方应鼓励遗传资源和（或）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条件中写入酌情涵盖争端解决的条款，包括：**

《名古屋议定书》第 18 条第 1 款针对的是争端解决问题。该条款源自于一些国家担心他们没有能力处理违背共同商定条件的情况。但是，制定一个条款来应对这种情况的要求遭到了另一些国家的反对，他们争论说，站在像《名古屋议定书》这样的国际条约的法律立场上，不可能对经常包含私人的关系作出规定。

<sup>81</sup> 加拿大的提案：缔约方、政府、国际组织、土著和地方社区及相关利益攸关者就遵守国际获取与惠益分享制度提出的提案汇编。见文件第 UNEP/CBD/获取与惠益分享/GTLE/2/2 号，第 5 页，2008 年 12 月。

《议定书》第 6 条 3 (g)、(i) 已经指出了可以包括在共同商定条件中的争端解决条款的具体要素。此外, 根据第 18 条第 1 款, 各国义务鼓励使用者和提供者就执行共同商定条件时出现的争端决定一种解决方式。重要的是要注意到该条款特别提到第 7 条针对的与遗传资源相关的传统知识订立共同商定条件。另外, 它使用了“鼓励”的提法并包含了限定词“酌情”, 表明了缔约方在执行这一义务时有更大的灵活性。但是, 应该认识到即使没有《名古屋议定书》, 像共同商定条件这样的合同规定的争端解决, 通常的做法也应该是由合同方通过适当的争端解决条款加以解决。

第 1 款还包含了一个共同商定条件中应该包含的与争端解决有关的项目的清单。这些与“和/或”的提法相联系, 意思是说共同商定条件中可以包含所有这些项目, 也可以只包含其中一个。这种提法对缔约方执行条款提供了额外的灵活性, 在起草法律文件书时, 有些可能不会作为普遍做法。

**(a) 提供者和使用者将争端解决程序提交的管辖权;**

第 1 款 (a) 指的是争端解决程序应提交的管辖权, 即管理争端解决程序的某个国家的当局和法庭。在这方面, 应注意到一些国家采用了国际或区域文书以在管辖事项上进行合作, 但是通常的做法是国内立法决定某个国家的法庭是否有争端的管辖权。针对合同争端, 通用的规则是在其居住地法庭起诉被告人。

根据第 18 条 1 (a), 缔约方应鼓励遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者和提供者在共同商定条件中写入所谓的专门管辖权条款。这种条款的目的是具体指明如果出现与共同商定条件相关的争议, 合同方希望在什么地方提出索赔。应该注意到协议的缔约方可能希望在使用者的管辖范围对违背合同的行为采取行动, 以避免第 3 款 (b) 所讨论的判决的承认和实施问题。

**(b) 适用的法律;**

第 1 款 (b) 小段指的是适用的法律, 即管理争议的某个国家的法律。应该认识到在协议的缔约方没有选择管辖法而且不能从环境作出推论的时候, 一般法庭会采用与交易最接近和最真实的联系或“合同自治”的法律体系。与交易联系最紧密的法律的一些事实可能会影响法官的决定。法庭会查看比如像执行场所、居住场所或缔约方的经营情况, 以及合同的性质和主题这样的要素。

重要的是要注意到当缔约方没有在他们的共同商定条件中选择管辖权或适用法律的时候, 《名古屋议定书》对如何决定管辖权和适用法律没有提供具体指南。

**(c) 可选择的其它争端解决方法, 例如调解或仲裁。**

最后, 第 1 款 (c) 关注的是可选择的争端解决方法, 即在司法 (正式诉讼) 程序之外解决争端的程序和技术。条款提到了可以选择的其他两个争端解决的方法, 包括就合同条件达成一致的时候:

- 仲裁: 在仲裁中, 争议双方选择一个公正的第三方, 即所谓的仲裁人。通常双方会提前确定好参加听证会的时间, 在听证会上, 他们可以提供证言和证据。此外, 他们同意遵守仲裁人的决定, 通常这个决定就是最终决定, 不能由法庭再次就仲裁决定再次审查。仲裁人不像调解人, 仲裁人不会主动参与讨论。

- 调解人: 在调解中, 冲突双方试图通过第三方, 即所谓的调解人的主动参与来解

决争端。调解人的角色是找到有助于争议双方达成公平结果的契合点。需要搞清楚调解与仲裁的区别，在仲裁中，仲裁人的角色更像是法官，只是没有那么正式。

重要的是要注意到调解和仲裁并不是在第 18 条 1 (c) 规定下发挥作用的唯一可选的其他争端解决方法。使用“例如”的提法也同时表明了这一点。但是，在国际私法中这两种机制都是经常使用的，主要的原因是它们可以迅速解决问题，与向冲突一方的司法系统提交索赔要求相比，这个过程产生的成本更少，消耗的时间更短。

在这个背景下，1958 年的《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》意义重大，因为它有相对广泛的会员（2012 年有 146 个会员方）。同样相关的还有 2001 年的《常设仲裁法庭有关自然资源与/或环境争端仲裁的任择规则》。这些规则的一个重要特征是它们适用于包括国家、非政府组织、私有公司或个人的争端，这个特征非常适合获取与惠益分享合同协议，正如之前提到的，这些协议可以包含不同类型的主体。

**2. 各缔约方在共同商定条件出现争端时，应确保在其法律制度下，根据适用的司法规定，存在追索的机会。**

《名古屋议定书》第 18 条第 2 款规定，在国内共同商定条件出现争端时，各缔约方有义务确保其法律制度下可以进行追索。该条款的出现是由于一些缔约方想要从《议定书》得到某种保证，使原告可以不受国籍影响在所有管辖范围内都得到解决（如民事或商业）。

第 2 款没有提到是否也可以给予外国公民追索的机会。但是，它清楚地说明，这种追索必须要符合相关缔约方适用的司法规定。因此，在实践中，向法庭追索的机会要取决于对管辖权和适用法律的选择，这是在共同商定条件中订立好的，而且所选的法庭接受的[见第 18 条 1 (a) 和 (b)]。如果缺少这样的合同条款，追索的机会就将由采取法律行动的国家国际私法来决定，而这个法律是不在合同规定中的。

第 2 款进一步强调，为了遵守这个义务，缔约方不必违背其国内立法。增加这个不言自明的说法是因为一些谈判者要求应对违背共同商定条件的情况采取入狱一类的制裁，而其他谈判者坚持说使用刑事条款来解决民事问题（如合同的实施）不是好的做法。

应该注意到在实践中，即使不是世界上所有的国家，也是大部分的国家在其法律体系中都提供了对违背合同的情形进行索赔的机会。因此，可以说第 18 条第 2 款说的是显而易见的东西，没有任何增加的价值。但是，第 18 条第 2 款也可以被理解为，它指出了执行第 18 条确立的与管辖权和诉诸司法相关的义务的更多方式，因为要满足使缔约方有索赔机会的要求，管辖权和诉诸司法是其中的两个基本要素。后一种方式意味着缔约方有责任提供司法解决，包括让另一缔约方的国民进入法庭和审理委员会。也可以争论说，在出现共同商定条件引起的争端时，论坛法庭应该维护其管辖权，除非投诉明显基于不确定的法律程序（如共同商定条件双方与论坛都没有真正的联系）（Chiarolla, 2011, 第 8 页）。

**3. 各缔约方应酌情采取有效措施，关于：**

《名古屋议定书》第 18 条第 3 款的开头确立了各缔约方有义务采取措施处理与第 3 款 (a)（诉诸司法）和第 3 款 (b)（利用相互承认和执行外国的判决和仲裁裁决的机制）有关的问题。

首先，重要的是要注意到不是要缔约方共同采取所指的措施，这会有暗示缔约方之间在法律要求上协调一致的嫌疑。相反，它是让“各缔约方”在国内制定这样的措施。其次，

采取的措施（只）应是缔约方认为“适当的”措施。第三，“关于”这个词通常的意思指的是与什么事有关系或相联系，在这里严格的说意思是措施不需要有什么目的或是为了达成某项具体事情。相反，他们只需要与第3款（a）和第3款（b）列出的问题有关。尽管这三个要素似乎限制了义务的范围，但是必须认识到开头同样指出要“有效的”措施。

#### （a）诉诸司法；

第3款（a）指的是关于诉诸司法的国内措施。《名古屋议定书》没有定义“诉诸司法”这个术语。它也不是不言自明的，因为在谈判中对它的理解有广义的也有狭义的。例如，一些缔约方认为“诉诸司法”这个概念要靠社会平等问题来支撑，这超越了纯粹的程序问题。这一广义的理解来自于一些缔约方，特别是发展中国家对诉讼的高成本的担心<sup>82</sup>。

为了决定“诉诸司法”这个概念可能带来什么，可以考虑一下它在其他国际文书的意思。这些国际文书包括：

- 1998年《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥胡斯公约》；
- 1980年《海牙国际司法救助公约》；
- 1992年《里约环境与发展宣言》；
- 2002年《与可持续发展有关的国际法原则新德里宣言》（国际法协会通过）；
- 2010年《在环境问题上建立获取信息、公众参与和诉诸法律的国家立法的准则》

[联合国环境规划署（UNEP）通过]。

但是，必须注意到，《里约宣言》、《新德里宣言》和《联合国环境规划署准则》只是软的法律文书，也就是说，他们对任何国家都没有法律约束力，而《奥胡斯公约》和1980年《海牙公约》只有有限的会员。

### 专栏 23 关于诉诸司法的相关国际文书

不同的国际文书都谈到了诉诸司法的问题，可以为我们理解《名古屋议定书》第18条3（a）提供指南。

- 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥胡斯公约》

《奥胡斯公约》是在联合国欧洲经济委员会的框架基础上通过的，于2001年10月30日生效。到2012年2月共有44个成员。经缔约方会议批准，任何非欧盟成员国的联合国成员国国家均可加入《奥胡斯公约》（第19条第3款）。

《奥胡斯公约》针对环境问题建立了很多公共（个人和他们的组织的）权利。一般来说，对没有遵守公众参与和环境法条款而做出的公共决定，《公约》提供了审查其程序的权利。《奥胡斯公约》还表示，各缔约方应确保任何人，只要认为其对信息的要求没有完全满足，都有权在法庭或依法建立的另外的独立和公正的机构面前诉诸审查程序。同时也谈到了成本问题，要求诉诸依法建立的快速程序免费或者费用很便宜，同时也可以要求公共当局重新考虑或由法庭之外的其他独立和公正的机构进行审查。《奥胡斯公约》包

<sup>82</sup> 欧盟及其成员国提案，缔约方、政府、国际组织、土著和地方社区及相关利益攸关者就遵守国际获取与惠益分享制度提出的提案汇编。见文件第UNEP/CBD/获取与惠益分享/GTLE/2/2号，第21页，2008年12月。

括反对对任何歧视拥有另一缔约国的国籍或常驻另一缔约国的公民，并给予他们取得法庭决定信息的权利。

▪ 《关于可持续发展国际法原则的新德里宣言》

国际法协会的《新德里宣言》于2002年4月2日通过。第5条关于公众参与和获得信息及司法原则在第3段中讲到：“在可持续发展背景下赋权给人民要求在采取措施的国家诉诸有效的司法或行政程序来挑战这种措施和要求赔偿。国家应确保在已经或可能造成跨境危害的地方，受影响的个人和群体可以和本国受危害的个人和群体同样享受无歧视性地诉诸同样的司法和行政程序的权利。”

▪ 《在环境问题上建立获取信息、公众参与和诉诸法律的国家立法的准则》

联合国环境规划署于2010年2月26日通过《准则》。该文书致力于为促进1992年《里约环境和发展宣言》原则10的有效执行提供一般指南。它寻求在环境问题上广泛地获取信息、公众参与和诉诸司法。

尤其是在诉诸司法方面，国家应确保任何如果认为其对于环境信息的请示没有得到充分回应的人都能诉诸审查程序，在法庭或其他独立和公正的机构面前挑战这样的决定、行动或有问题的公共权力部门的疏忽。

关于公众参与环境问题决策方面，国家应确保相关的公众成员诉诸法庭或其他独立和公正的机构挑战任何影响环境或据称违反了国家与环境有关的实质性或程序上的法律标准的决定、行动或疏忽的实质性和程序上的合法性。

《准则》还谈到了成本的问题。在这方面，国家应确保公众审查与环境相关的程序不是太过昂贵。应建立适当的帮助机制以清除或减少诉诸司法的财政和其他障碍。

**(b) 利用相互承认和执行外国的判决和仲裁裁决的机制。**

第3款(b)处理的是在谈判过程中的一个根本的问题：发展中国家希望确保《名古屋议定书》缔约方会承认和实施外国的判决。很多国家认为这样做是不现实的，因为考虑到，作为一个基本原则，很多国家不太愿意接受相互承认判决，即使是在一些困难的领域（如刑法）。

可能与第3款(b)相关的一个机制是2005年在海牙私人国际法会议框架基础上通过的《法院选择公约》。该《公约》规定了在商业方签订了独家法庭选择协议的情况下，什么时候法庭必须行使管辖权或拒绝行使权利。

**专栏 24 国际私法的统一**

三个主要组织参与了国际私法的统一。

1893年建立的海牙私人国际法会议被赋予的任务是逐步统一国际私法。它有69个会员国已经通过了和获取与惠益分享问题相关的下列条约：

- 1980年《海牙国际司法救助公约》；
- 《民商事案件外国判决的承认和执行的海牙公约》；
- 2005年《法院选择协议的海牙公约》；

- 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的海牙公约》。

联合国国际贸易法委员会于 1966 年由联合国大会成立。委员会由大会选举的 60 个成员国组成，成员任期六年。赋予的任务包括通过在商业法的很多关键领域准备和推广法律和非法律文书的使用和通过，以促进国际贸易法逐步协调统一和现代化。这些领域包括争端解决、国际合同实务、运输、破产、电子商务和国际支付、担保交易和货物的买卖。

私人国际法统一协会是一个独立的政府间组织，拥有 61 个会员国。它的目标是制定统一的私人国际法规则。冲突法的规则不是它主要关注的。但是国际商业合同的原则就共同商定条件来说是相关的。

#### 4. 本条的有效性应由作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会依照本《议定书》第 31 条进行审议。

第 18 条第 4 款概述了《名古屋议定书》第 31 条的内容，条款指出，作为缔约方会议的缔约方大会在《名古屋议定书》生效 4 年后，评价《名古屋议定书》的有效性时，要审查第 31 条。该条款背离了立法起草的最佳做法，因为它重复了条约中其他地方说过的内容，而不是简单提及适当的条约（在本例中，即第 31 条）。这种重复的理论根据可能是保证在第 31 条的评价启动的时候，把第 18 条提上议事日程。

另一个根据可能是由谈判过程的历史决定的。一些缔约方曾提议创立国际申诉专员，为寻求公平的争端解决提供帮助，包括对破坏土著和地方社区的权利的确认<sup>83</sup>。此外，提议还试图赋予国际申诉专员代表土著和地方社区采取行动的权利。但是，提议没能成为最后的约文，因此，基于如果缔约方同意的话，国际申诉专员可以在晚些时候引入审查过程框架这样一个理解，增加对审查条款的引用就被提出来作为一种折衷的解决方式。

## 第 19 条 示范合同条款

1. 各缔约方应酌情鼓励就共同商定条件制定、更新和使用部门和跨部门示范合同条款。
2. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查部门和跨部门示范合同条款的使用情况。

### A. 背景

《名古屋议定书》第 19 条强调了在合同中协商共同商定条件时，针对具体部门的示范条款的重要性。它要求缔约方有义务鼓励参与获取和利用遗传资源的部门制定、更新和在将来使用这些条款。

<sup>83</sup> 见文件 UNEP/CBD/WG-获取与惠益分享/7/5，第 45 页。

《名古屋议定书》的谈判者认识到在实施《生物多样性公约》的获取与惠益分享条款中面临的重大困难，因而制定了很多条款（与第 20—23 条一起）意在为此找到一些实际的解决之道，本条款就是其中之一。第 19 条希望通过促进示范条款的使用，使协商的获取和利用遗传资源的方式更一致。这种一致将有助于为使用者和提供者带来更多的法律确定性，减少交易成本，因而支持公平和公正的惠益分享，使跨境履约更容易追踪和实施。它还建立了作为缔约方会议的缔约方大会监督和审查这种活动的权利。

## B. 解释

### 1. 各缔约方应酌情鼓励就共同商定条件制定、更新和使用部门和跨部门示范合同条款。

第 19 条第 1 款规定，各缔约方有义务鼓励在协商获取与惠益分享合同的时候使用示范条款。在谈判中，一些缔约方指出了获取与惠益分享包括的产业部门的范畴。所有这些部门在利用遗传资源方面都有其特殊性，因此可能需要最佳做法的独特指导。例如，科学团体、土著和地方社区、私有企业和公共部门都有不同的方式，需要不同的要素来保证清晰、可追溯和公平公正的惠益分享。

谈判中对示范条款的使用有很多的争论。一些缔约方认为一般准则会比具体条款更有用。他们觉得示范条款缺少灵活性，更让他们担心的是，示范条款永远不可能涵盖每一件事（特别是新种类的使用和将来的使用者）。很多担心示范条款的清单可能会被看做是可以从中选择的固定的完整的清单。一些部门害怕“放之四海而皆准”的方式，觉得条件应该总是从头来谈，正如共同商定条件应该总是共同商定的。最后大部分接受了在很多情况下，合同可能非常相似，这时可以选择的示范条款仍然可以提供一个有用的开始点，有助于确认最佳做法、为那些经验较少的人提供一种重要的能力建设工具、节约时间和资源<sup>84</sup>。

### 2. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查部门和跨部门示范合同条款的使用情况。

第 19 条第 2 款要求作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会定期审查不同部门的示范合同条款的使用情况。“审查”可能表示作为缔约方会议的缔约方大会将定期邀请缔约方提交其开展的部门审查并提供示范合同条款的范例。然后作为缔约方会议的缔约方大会会选择综合这一信息，并提供给获取与惠益分享信息交换所。

## 第 20 条 行为守则、准则和最佳做法和/或标准

1. 各缔约方应酌情鼓励制定、更新和使用获取与惠益分享方面的自愿行为守则、准则以及最佳做法和/或标准。

2. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查自愿行为守则、准则和最佳做法和/或标准的使用情况，并考虑通过具体的行为守则、准则和最佳做法和/或标准。

<sup>84</sup> 更多有关示范合同的优劣的讨论，请参见 Tvedt and Young, 2007, 第 125—126 页。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 20 条鼓励缔约方支持和获取与惠益分享相关的自愿标准的制定和使用。该条反映出大家已经认识到，法律法规并不总是足以应对像获取与惠益分享这样的复杂的国际挑战。自愿标准是为了支持其他法律和政策文书（Morrison and Roth-Arriza, 2007）而出现的，鉴于利用遗传资源的复杂性以及由此带来的对额外指南的需要，使得自愿标准对于《名古屋议定书》来说尤其重要。

第 20 条强调了遗传资源的使用者和提供者在获取与惠益分享项目和协议设定后遵守自愿行为守则、准则和最佳做法和/或标准的重要性。与第 19 条一样，第 20 条规定缔约方有义务积极鼓励这种工具的制定、更新和使用，并同时规定了作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会监督审查这种活动的职责。

## B. 解释

### 1. 各缔约方应酌情鼓励制定、更新和使用获取与惠益分享方面的自愿行为守则、准则以及最佳做法和/或标准。

第 20 条要求所有缔约方酌情鼓励制定、更新和使用自愿标准。“自愿标准”的意思是这种标准不是由政府制定或要求的，但是它们代表了非政府参与者（如公司、科技团体、非政府组织和多方利益攸关方）致力于达成的期望的行为模式。例如，自愿标准的目的是为了保持某些机构在工作中的卓越性，或者是为了支持现有的法规，为必须遵守这些规定的组织提供工具和准则。可以通过一系列机制鼓励制定这种标准，通过便利的程序解决根据其准则工作的组织的请求，提高意识和能力建设。

第 20 条第 1 款提到自愿标准的几个例子，包括行为守则、准则、最佳做法和标准。这些标准的方式和范围不同，但是都可以提高获取与惠益分享的意识 and 实践。很多领域已经开始制定自愿守则和准则，因为他们发现这些标准有助于透明度和持续性，也是增强信任的一种方式。

- 行为守则：这些成套的规则概括了一个组织或团体的成员的职责或最佳做法。像国际植物交换网络这样的组织已经采用了行为准则，要求在网络内部进行植物园活性植物材料的获取和相关的惠益分享<sup>85</sup>。

- 准则：一般是旨在促进或便利某些特殊的方法以便达成目标。现有的获取与惠益分享准则的例子包括德国研究基金会准备的准则，要求申请研究资金的科学家遵守获取与惠益分享原则，还有瑞士科学院提出的为研究者提供有关获取与惠益分享体系、案例研究的信息和循序渐进的程序<sup>86</sup>。国际制药商协会联合会也制定了准则，明确了获取和使用遗传资源的公司应该遵守的一些“最佳做法”。

<sup>85</sup> 《国际植物交换网络行为守则》，内容参见 [www.botgart.uni-bonn.de/ipen/criteria.html](http://www.botgart.uni-bonn.de/ipen/criteria.html)。

<sup>86</sup> 德国研究基金会准则内容参见 [www.dfg.de/download/formulare/1\\_021\\_e/1\\_021e\\_rtf.rtf](http://www.dfg.de/download/formulare/1_021_e/1_021e_rtf.rtf)；瑞士科学院准则参见 <http://abs.scnat.ch/>。

▪ 标准：为产品或相关程序和生产方法提供规则、准则或特征（ISO，2010）。获取与惠益分享问题正逐渐出现在处理社会和环境问题的标准中。例如，在瑞士政府的支持和多方利益攸关方的参与下，国际可持续发展研究所的获取与惠益分享管理工具建立了行为标准，为遗传资源的提供者 and 使用者提供了准则，使他们能够达到《生物多样性公约》和2002年的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》的要求。生物贸易伦理联盟是国际社会环境认证和标签联盟的正式成员，它所管理的《生物贸易伦理标准》包括了与自然资源打交道的公司应遵循的获取与惠益分享标准。

**2. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查自愿行为守则、准则和最佳做法和/或标准的使用情况，并考虑通过具体的行为守则、准则和最佳做法和/或标准。**

第20条第2款要求作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会审查获取与惠益分享的自愿标准。就像《名古屋议定书》第19条第2款一样，“审查”的意思大致是作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会将定期邀请缔约方提交报告，说明在其管辖范围内对这些守则、准则和最佳做法和/或标准的使用情况。然后作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会可以选择分析并通过获取与惠益分享信息交换所发布这些信息。这样不定期地评估这些自愿标准的使用情况可以让我们洞悉不同的利益相关方有关获取与惠益分享面临的可预见的困难和差距以及创新的方法。

此外，第20条第2款呼吁作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会考虑通过具体的行为守则、准则、最佳做法和/或标准。意思就是说作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会可以制定并通过具体的行为守则或其他自愿标准，包括针对具体问题或特殊利益相关方的准则。这种先例包括2002年的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》。

## 第21条 提高认识

各缔约方应采取措施提高对于遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的重要性以及相关的获取与惠益分享问题的认识。除其他外，这些措施可包括：

- (a) 宣传本《议定书》，包括其目标；
- (b) 组织土著和地方社区以及相关利益攸关方会议；
- (c) 建立并维护土著和地方社区以及相关利益攸关方服务台；
- (d) 通过国家信息交换所传播信息；
- (e) 同土著和地方社区以及相关利益攸关方协商宣传自愿性行为守则、准则和最佳做法和/或标准；
- (f) 酌情促进国内、区域和国际的经验交流；
- (g) 对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者和提供者进行有关其获取与惠益分享责任的教育和培训；
- (h) 让土著和地方社区以及相关利益攸关方参与本《议定书》的执行；
- (i) 提高对土著和地方社区规约和程序的认识。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 21 条提供了一系列促进对《议定书》核心目标、作用和其他相关问题的认识的推广措施。这些推广措施对于完成《生物多样性公约》和《名古屋议定书》规定的义务非常必要。根据第 13 条的要求，《生物多样性公约》制定了一项交流、教育和公众意识工作计划，旨在支持缔约方和其他利益相关方（包括教育家在内）以提高对生物多样性对于实现可持续发展的目标的意义和重要性的认识。

为什么要特别宣传对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的重要性的认识，包括他们在支持生物多样性保护和持续使用其组成部分所起的作用，也有很多的原因。遗传资源的利用，涉及很多不同的产业，包括农业、个人及家庭护理、医药和园艺。遗传资源对食品安全、公众健康，以及减少和适应气候变化非常重要。遗传资源提供了诸如此类的必不可少的定量的生态系统服务。因此，提高不同的利益相关方对遗传资源的环境、社会和经济价值的认识对推动《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标是一个决定性的因素。例如，生态系统和生物多样性经济学<sup>87</sup>的研究表明，企业开始注意到生物多样性丧失带来的威胁，包括资源的持续提供和对其产品的持续投入。公众对生物多样性丧失的认识也在逐渐增加，这也导致了消费者偏好和购买决定的改变<sup>88</sup>。这种趋势给私有企业审查其生物多样性政策和实践，以保证商品持续供应和进入市场增加了压力。

此外，对获取与惠益分享问题的认识对于获取与惠益分享体系的正常动作也很重要。尤其是认识提高可以支持获取与惠益分享系统关键方面的适当执行，包括许可程序、事先知情同意、通过共同商定条件，以及增加公正和公平的利益分享条款等。

很多提高认识的建议措施本质上是参与性的，促进了所有获取与惠益分享利益攸关方的共同参与。第 21 条的一些条款支持执行提升土著和地方社区参与的措施。土著和地方社区的参与对于提高对与遗传资源相关的传统知识的认识很重要。土著和地方社区认为，传统知识和遗传资源是不可分割的，它们构成了其可持续生计的基础。这种知识是在不同的情况下持有或拥有的，土著和地方社区有权确认在自己社区的合法拥有者。这种知识也可以表现为反映其文化遗产的不同形式（见序言和第 12 条）。

## B. 解释

**各缔约方应采取措施提高对于遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的重要性以及相关的获取与惠益分享问题的认识。除其他外，这些措施可包括：**

《名古屋议定书》第 21 条为缔约方设立了一项义务：采取措施提高对遗传资源、与遗传资源相关的传统知识和相关获取与惠益分享问题的认识。它包含了一份这种措施的指示

<sup>87</sup> 生态系统和生物多样性经济学是由联合国环境计划署支持的一项全球性研究。它由八国集团和五个主要的发展中国家共同发起，关注生物多样性的全球经济效益、生物多样性丧失的代价和没有采取保护措施与有效保护成本之间的对比。网址：[www.teebweb.org](http://www.teebweb.org)。

<sup>88</sup> 生物贸易伦理联盟年度生物多样性晴雨表，详见 [www.ethicalbiotrade.org](http://www.ethicalbiotrade.org)。

性清单 (Tsioumani, 2010, 第 292 页)。它是基于《生物多样性公约》第 13 条公众教育和意识以及《生物多样性公约》第 17 条信息交流的义务而建立的, 而且受到《名古屋议定书》第 22 条能力的实施的影响。

第 21 条开头指出, 承认遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的价值是执行获取与惠益分享法律政策框架的核心行动领域<sup>89</sup>。如果认识到遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的价值并进行充分的管理, 它们就是成长、繁荣和富足的资源, 成为可持续发展经济的有机部分。但是, 这要求对生物多样性的价值作出评价并与政策制定者进行沟通交流, 使其能充分考虑遗传资源和与遗传资源相关的传统知识及获取与惠益分享的国家法规、战略和计划。

在这样的背景下, 第 21 条列出了一份可行的提高认识的措施清单, 包括:

**(a) 宣传本《议定书》, 包括其目标;**

第 21 条提到的一个可能的提高认识的措施是对《名古屋议定书》及其目标的宣传。“宣传”这个词可以包含广泛的活动, 比如说向所有获取与惠益分享利益攸关方提供有关《议定书》及其目标的信息、培训和教育, 为它们的执行展开活动, 或者在实践中推动这种执行。

对《名古屋议定书》的宣传可以包括宣传其主要概念, 这些概念分布于第 5 条 (公正和公平的惠益分享)、第 6 条 (遗传资源的获取)、第 7 条 (与遗传资源相关的传统知识的获取)、第 9 条 (为保护和可持续利用作出贡献)、第 12 条 (与遗传资源相关的传统知识)、第 15 条 (遵守获取与惠益分享的国家立法或监管要求)、第 16 条 (遵守与有关遗传资源相关的传统知识的获取与惠益分享的国家立法或监管要求)、第 17 条 (监测遗传资源的利用)、第 18 条 (遵守共同商定条件) 和第 23 条 (技术转让、协作与合作)。

此外, 第 21 条 (a) 所指的宣传《名古屋议定书》的目标是在《生物多样性公约》的框架内贯彻其三大目标之一: 公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益。正如在《议定书》第 1 条中所说的, 该目标的实现应该通过适当获取遗传资源和适当转让相关的技术, 并提供适当的资金, 从而对保护生物多样性和可持续地利用其组成部分作出贡献。

**(b) 组织土著和地方社区以及相关利益攸关方会议;**

第 21 条 (b) 考虑了拥有遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区的权利以增强对这种资源和知识的认识 (Kamau, Fedder and Winter, 2010, 第 252 页)。土著和地方社区和其他利益攸关方的会议组织提供了一种切实有效的方式以便利《名古屋议定书》的实施。会议可以有助于保证土著和地方社区和相关的利益攸关方之间的理解, 包括事先知情同意的要求或共同商定条件的批准和参与。这些会议可以成为《名古屋议定书》第 12 条第 2 款所要求的向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其义务这一机制的组成部分。

**(c) 建立并维护土著和地方社区以及相关利益攸关方服务台;**

为土著和地方社区和相关利益攸关方建立服务台可以帮助遗传资源和与遗传资源相

<sup>89</sup> 在获取与惠益分享能力发展行动工作开展期间, 这些行动的领域已经得到利益攸关方确认。更多信息请见 [www.abs.initiative.info](http://www.abs.initiative.info)。

关的传统知识的使用者和提供者获得在具体情况下应遵守的获取与惠益分享义务的详情，包括在出现问题的时候。例如，在获取与惠益分享协商过程中，协商方之间会出现信息不对称的问题，这种不对称会增加交易成本并对协商结果产生负面影响，服务台可以通过处理这些问题，为协商提供清楚和确定的信息（Richerzhagen, 2011, 第 2、250 页）。

**(d) 通过国家信息交换所传播信息；**

国家信息交换所机制是获取与惠益分享强大的制度性基础设施的一个重要组成部分。通过这样一个国家信息交换所，缔约方可以为消除信息缺陷和管理的复杂性提供帮助，从而减少交易成本，便利信息获取。它使人们更容易获得国家主管当局和国家联络点的信息，同时也帮助他们收集、准备和传播信息，正如《名古屋议定书》第 13 条所要求的那样。这就意味着他们在提高获取与惠益分享认识程序上扮演了必不可少的角色（Richerzhagen, 2011, 第 2、254 页）。

**(e) 同土著和地方社区以及相关利益攸关方协商宣传自愿性行为守则、准则和最佳做法和/或标准；**

《名古屋议定书》第 21 条 (e) 是对第 20 条的补充。第 20 条要求各缔约方鼓励制定、更新和使用获取与惠益分享方面的自愿行为守则、准则以及最佳做法和/或标准。《议定书》第 14 条 3 (c) 允许通过获取与惠益分享信息交换所分享行为守则和最佳做法，获取与惠益分享信息交换所是作为《生物多样性公约》信息交换所机制的一部分而建立的（《生物多样性公约》第 18 条第 3 款）。

2002 年的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》作为获取与惠益分享最佳做法的准则已被广泛接受，但是还可以进一步宣传（见介绍部分 C）。专业团体如国际制药商协会联合会和生物技术产业组织响应了《波恩准则》，针对具体领域提出了一些建议（Harvey and Gericke, 2011, 第 324 页）。其他相关文书包括联合国贸易和发展大会通过的生物贸易原则和标准<sup>90</sup>及生物贸易伦理联盟制定的认证计划<sup>91</sup>。此外，还应宣传《生物多样性公约》缔约方大会通过的与遗传资源相关的传统知识相关的文书，以保证其使用。这些文书包括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》（决议 X/42）。

**(f) 酌情促进国内、区域和 international 的经验交流；**

分享现有的获取与惠益分享经验并以此为基础发展是执行《名古屋议定书》的关键因素。根据第 21 条 (f)，缔约方可以在不同的层面交流这种经验。可以通过获取与惠益分享信息交换所或能力发展研讨会进行交流。获取与惠益分享能力发展行动就是这样一个计划的例子，它通过促进国内、地区和国际间不同层面的经验的交流弥补对政治层面获取与惠益分享的潜在作用的认识缺乏，以提高对获取与惠益分享问题的认识（Vernooy and Ruiz, 2011, 第 21—22 页）。

**(g) 对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者和提供者进行有关其获取与惠益分享责任的教育和培训；**

<sup>90</sup> 联合国贸易与发展大会生物贸易倡议：生物贸易部原则和标准，UNCTAD/DITC/TED/2007。

<sup>91</sup> 生物贸易伦理联盟（[www.ethicalbiotrade.org/verification](http://www.ethicalbiotrade.org/verification)），其目的是对来自生物多样性的资源以“尊敬的态度获取原料”。

第 21 条 (g) 所说的教育和培训可以有助于保证遵守事先知情同意和共同商定条件下, 促进更公平的获取与惠益分享合同的协商。它还有助于保证土著和地方社区和相关利益攸关方了解获取遗传资源和与遗传资源相关的传统知识所需要的事先知情同意或共同商定条件的批准和参与的要求。例如, 允许获取遗传资源并不一定意味着允许使用与这些资源相关的传统知识, 反之亦然, 理解这一点非常重要 (见《波恩准则》第 37 段)。

**(h) 让土著和地方社区以及相关利益攸关方参与本《议定书》的执行;**

基于土著和地方社区以及相关利益攸关方作为生物多样性的守护者和与遗传资源相关的传统知识的持有者的身份, 他们的全面参与对于成功执行《名古屋议定书》非常重要。这种参与可以通过对《议定书》相关问题的谈判过程来完成, 包括土著和地方社区和其他利益攸关方对佣金或与《议定书》执行有关的咨询机构的参与。

**(i) 提高对土著和地方社区规约和程序的认识。**

《名古屋议定书》第 12 条提供了第 21 条 (i) 列出的提高认识措施的背景。相应地, 要求缔约方考虑土著和地方社区在与遗传资源相关传统知识方面的习惯法、社区规约和程序 (第 12 条第 1 款), 建立机制向潜在使用者通报其义务 (第 12 条第 2 款), 支持社区规约的制定 [第 12 条 3 (a)]。土著和地方社区可以制定这样的社区规约和相似的程序以保证遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的使用者熟悉交易的条件, 包括事先知情同意和共同商定条件的协商 (“社区规约” 概念的完整分析见第 12 条的解释)。相应地, 使用者要清楚社区规约的存在以保障土著管理体系的统一, 这一点很重要。

## 第 22 条 能力

1. 缔约方应合作进行能力建设和能力发展, 加强人力资源和机构能力建设, 以便在发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方有效执行本《议定书》, 包括通过现有的全球、区域、次区域和国家机构和组织进行合作。在这方面, 缔约方应为土著和地方社区以及相关利益攸关方, 包括非政府组织和私营部门的参与提供便利。

2. 在执行本《议定书》的能力建设和发展方面, 应充分考虑到发展中国家缔约方, 特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家依照《公约》的有关条款对财政资源的需要。

3. 作为采取适当措施执行本《议定书》的基础, 发展中国家缔约方, 特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家应通过国家能力自我评估, 查明国家能力需要和优先事项。在此过程中, 这些缔约方应支持土著和地方社区以及相关利益攸关方查明其能力建设需要和优先事项, 并重视妇女的能力需要和优先事项。

4. 为支持本《议定书》的执行, 除其他外, 能力建设和发展可针对以下主要领域:

- (a) 执行和遵守本《议定书》义务的能力;
- (b) 谈判共同商定条件的能力;

- (c) 制定、实施和执行关于获取与惠益分享的国内立法、行政或政策措施的能力；
- (d) 各国加强其自身研究能力以增加本国遗传资源价值的的能力。

5. 依照本条第 1—4 款采取的措施，除其他外，可包括：

- (a) 法律和体制发展；
- (b) 促进谈判的公正和公平，例如在谈判共同商定条件方面进行培训；
- (c) 监测遵守情况和确保遵守；
- (d) 采用现有最佳通讯工具和互联网系统开展获取与惠益分享活动；
- (e) 制定并使用估值办法；
- (f) 生物勘探、相关研究和生物分类研究；
- (g) 技术转让，以及使这种技术转让可持续进行的基础设施和技术能力；
- (h) 增进获取与惠益分享活动对保护生物多样性和可持续利用其组成部分的贡献；
- (i) 加强相关利益攸关方在获取与惠益分享方面能力的特殊措施；
- (j) 加强土著和地方社区在获取遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识方面的能力的特殊措施，其中强调加强这些社区内妇女的能力。

6. 应向获取与惠益分享信息交换所提交有关根据本条第 1—5 款采取的国家、区域和国际层面的能力建设和发展倡议的信息，以促进获取与惠益分享能力建设和发展方面的协同增效与合作。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 22 条讲的是发展中国家缔约方、经济转型国家缔约方和小岛屿发展中国家缔约方的能力建设和能力发展，加强人力资源和机构能力建设，以便有效执行本《议定书》。重要的一点是要注意到《议定书》第 21 条、第 23 条和第 25 条在支持能力建设和能力发展方面的重要性。

广义的来讲，能力就是个人、机构和社会以持续的方式发挥职能、解决问题和达成目标的能力。能力发展有三个层次：个人（经验、知识、技术层次）、组织（组织体系和程序）和系统（政策、立法、社会标准）<sup>92</sup>。

获取与惠益分享的能力是一个缔约方和其他利益攸关方多年来经常和持续关注的问题。《生物多样性公约》缔约方大会的决议和《生物多样性公约》秘书处的行动反映了能力建设与能力发展的关注程度。获取与惠益分享不限成员名额特设工作组第一次会议考虑了这个问题，并呼吁建立一个专家研讨会。专家研讨会于 2002 年 12 月召开并制定了获取与惠益分享能力建设行动计划，该计划于 2004 年 2 月在《生物多样性公约》缔约方大会第 7 次会议上获得通过（决议 VII/19）。

行动计划的目的是便利和支持个人、机构和社区的能力发展和增强，以便有效执行《生物多样性公约》有关获取与惠益分享的条款，特别是 2002 年的《关于获取遗传资源并公

<sup>92</sup> 联合国公共管理词汇，见 [www.unpan.org](http://www.unpan.org)。

正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》。它指出了要求能力建设的重要领域，对在重要领域通过国际、国内、区域、次区域各个层面采取行动来实施能力建设的机制、程序和措施提出了建议。它还认识到需要就不同的参与者和相关国际论坛间的活动展开合作，并鼓励缔约方、政府和相关国际组织通过《生物多样性公约》信息交换所机制提供执行能力建设措施采取的步骤的信息。《生物多样性公约》秘书处还因此建立了一个获取与惠益分享能力建设活动数据库<sup>93</sup>。不过，大家有一个共识，就是获取与惠益分享的有效执行要求适当的财政和技术支持，要得到结果还需要很长的时间（Vernooy and Ruiz, 2011, 第 20 页）。

## B. 解释

1. 缔约方应合作进行能力建设和能力发展，加强人力资源和机构能力建设，以便在发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方有效执行本《议定书》，包括通过现有的全球、区域、次区域和国家机构和组织进行合作。在这方面，缔约方应为土著和地方社区以及相关利益攸关方，包括非政府组织和私营部门的参与提供便利。

《名古屋议定书》第 22 条第 1 款确定，缔约方应在三个不同的领域进行合作：

▪ 能力建设：根据对环境的潜力和局限以及一国人民的需要的理解，只有有限的能力或没有能力去评估和处理发展方案中与政策选择和执行模式相关的问题的时候，一般就需要能力建设。它包含人力、科学、技术、组织、机构和资源能力<sup>94</sup>。

▪ 能力发展：能力发展是长期发展的过程。通过这个过程，个人、机构和社会以持续的方式发挥职能、解决问题、设立和完成目标的能力得到了发展，并随着时间的推移予以保持<sup>95</sup>。

▪ 加强人力资源和机构能力建设以有效执行《名古屋议定书》：加强人力资源包括建立条件，使公务员能够通过积累现有的知识和技巧，在新的条件下提高和使用这些知识和技巧，从而展开持续的学习和适应改变的过程。加强机构能力包括机构组织的现代化，重点放在体系和程序上。在这个过程中，能力发展对政策支持、组织效率和收益和支出管理来说至关重要<sup>96</sup>。

发展中国家，特别是最不发达国家、小岛屿发展中国家和经济转型国家要开展合作，以有效地执行《名古屋议定书》。它可以通过全球、区域、次区域机构进行合作，而不仅仅是双边合作。这种方式最大化地使用了培训和其他能力建设活动的资源，并积累了现有的经验。此外，第一段认识到《名古屋议定书》的执行要求国家层面广泛的群体参与（如政府职员、私有部门、科学或研究社团、非政府组织部，以及土著和地方社区）。

<sup>93</sup> 见 [www.cbd.int/abs/projects.shtml](http://www.cbd.int/abs/projects.shtml)。

<sup>94</sup> 联合国公共管理词汇，见 [www.unpan.org](http://www.unpan.org)。

<sup>95</sup> 同上。

<sup>96</sup> 同上。

2. 在执行本《议定书》的能力建设和发展方面，应充分考虑到发展中国家缔约方，特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家依照《公约》的有关条款对财政资源的需要。

《名古屋议定书》第 22 条第 2 款在财政资源和发展中国家的需要之间搭建了清晰的关联，指出《生物多样性公约》关于财政资源的有关条款和机制在此处也是相关的。这些包括《生物多样性公约》第 20 条资金和第 21 条财务机制。《生物多样性公约》的财务机制是全球环境基金，由世界银行和联合国开发计划署、联合国环境规划署共同管理。重要的是要注意到《名古屋议定书》第 25 条，特别是其第 3 款和第 4 款对能力建设活动的财政支持给予了极大的指导。

3. 作为采取适当措施执行本《议定书》的基础，发展中国家缔约方，特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家应通过国家能力自我评估，查明国家能力需要和优先事项。在此过程中，这些缔约方应支持土著和地方社区以及相关利益攸关方查明其能力建设需要和优先事项，并重视妇女的能力需要和优先事项。

第 3 款认识到能力建设和发展领域的根本原则：任何能力建设措施必须建立在发展中国家对自身需要和优先事项进行自我评估和查明的基础上。它进一步强调了能力建设应该根据需要，建立在国家评价其需要和查明优先事项的基础上。在实践中，这可以表示，在发展适当的国家框架以履行《名古屋议定书》规定的缔约方义务之前，需要在国家层面对现有的已经投入使用的措施、机构框架和可以提供的资源进行评价。它有助于决定现存的差距以及需要的能力、机构安排和措施以完成《议定书》规定的缔约方义务，同时考虑国家实际情况。

第 22 条第 3 款第二句注意到任何国家评价应该包括并支持土著和地方社区和其他相关利益攸关方，特别是妇女的能力需要和优先事项。在此要提到一个重要之处就是《议定书》处理相关利益攸关方，包括土著和地方社区的能力建设的其他条款可以在第 12 条中找到。

4. 为支持本《议定书》的执行，除其他外，能力建设和发展可针对以下主要领域：

- (a) 执行和遵守本《议定书》义务的能力；
- (b) 谈判共同商定条件的能力；
- (c) 制定、实施和执行关于获取与惠益分享的国内立法、行政或政策措施的能力；
- (d) 各国加强其自身研究能力以增加本国遗传资源价值的的能力。

《名古屋议定书》第 22 条第 4 款提出了一份能力建设主要领域的清单，包括之前缔约方大会决议确定的领域。它特别认识到采取措施以执行《议定书》规定的缔约方的新义务的能力和执行国家获取与惠益分享措施的能力。为此，一些缔约方需要修订他们现有的法律框架，并根据《议定书》深入发展这些框架。在其他缔约方中，新的获取与惠益分享立法、行政和政策措施需要获得通过、制定和执行。

总的来说，获取与惠益分享能力建设计划支持了制定国家或地区措施，包括立法和行政措施的能力，以《生物多样性公约》的获取与惠益分享条款和《波恩准则》，提高认识，并提升在全球层面对国际机制和地方层面对获取与惠益分享合同的协商技术。这些计划使用了不同的方法和机制来发展能力。

### 专栏 25 《获取与惠益分享能力发展行动》

《获取与惠益分享能力发展行动》的目标是基于南北商业伙伴之间的“公平竞争的环境”，通过全面地执行《名古屋议定书》和《生物多样性公约》的第三个目标，为减少贫困、食品安全、技术转让、社会发展和生物多样性保护作出贡献。该行动于 2006 年 3 月在巴西库里提巴召开的《生物多样性公约》缔约方大会第 8 次会议上发布，意在为非洲国家在国家和次区域层面执行获取与惠益分享措施及国际获取与惠益分享制度的谈判提供能力发展战略。

在“后议定书”时代，其重点已经转移到支持非洲、加勒比和太平洋国家执行《议定书》的能力。它由德国联邦经济合作与发展部主办，三个由捐助者和利益攸关方代表组成的区域指导委员会管理。秘书处负责《行动》的执行，由德国联邦经济合作与发展部委托德国国际合作机构执行。

支持《生物多样性公约》第三个目标和《名古屋议定书》的执行，通过介入的方式以达成以下目标：

- 非洲、加勒比和太平洋国家批准《名古屋议定书》，并在其生效之后从国际国内各方面的遵守机制中获益。
- 制定和执行透明和可靠的国家获取与惠益分享政策和法规框架，使非洲、加勒比和太平洋国家的利益攸关方成为研究团体和私有部门的公平的获取与惠益分享伙伴。
- 提供国的遗传资源的评价有所提高，并作用于获取与惠益分享协议，为生物多样性保护和农村人口的生活作出贡献。
- 国家、双边和国际伙伴正在国家和（次）区域层面支持获取与惠益分享的执行。
- 区域间已就执行《名古屋议定书》的方式展开协作并同其他和获取与惠益分享相关的程序和论坛互相配合，以增加跨境合作和应对法律空白。

在升级原则的指引下，《行动》通过以区域和次区域活动作为开始平台，把本地和联合国协商联系起来以实现其目标。获取与惠益分享能力发展行动的主要活动包括：

- 设计并组织一个平台，发起并便利利益攸关方之间就相关获取与惠益分享问题的跨区域交流会；
- 在评价需要的基础上开展的主题性的、注重利益攸关方的培训课程；
- 通过对等的知识转移来催化知识管理；
- 同私有部门一起发展获取与惠益分享的最佳做法，并使之系统化；
- 详细计划与其他及土地所有权和资源拥有权相关的主要程序协同执行的方法；
- 开发工具去发展、执行和交流指导委员会定义和同意的获取与惠益分享政策和相关问题。

来源：获取与惠益分享能力发展行动，在线：[www.abs-initiative.info](http://www.abs-initiative.info)。

#### 5. 依照本条第 1—4 款采取的措施，除其他外，可包括：

第 5 款 (a) — (j) 提供了一个非穷尽的措施清单以通过第 4 段和条款其余部分指出的与主要区域相关的能力建设和发展活动，支持《名古屋议定书》的执行。

**(a) 法律和体制发展；**

根据《生物多样性公约》的获取与惠益分享措施数据库，已有超过 50 个获取与惠益分享措施付诸实施。但是有些措施是国家生物多样性战略、计划或政策，或是为促进制定获取与惠益分享措施的授权条款。同时，成功地执行《名古屋议定书》和《生物多样性公约》的获取与惠益分享条款的关键方面是要有规范获取与惠益分享的法律框架以及适当地实施它的机构及能力。但是，起草和实施国家或区域性的获取与惠益分享的法律措施在好多国家被证明是一项困难的任务。

**(b) 促进谈判的公正和公平，例如在谈判共同商定条件方面进行培训；**

获取与惠益分享谈判有时候会很复杂。因此，根据政府当局、土著和地方社区、研究机构和其他利益攸关方各自的能力的不同，就共同商定条件的不同条款进行适当的协商对他们来说可能是一个挑战。在这方面，应该注意到讨价还价的能力和法律建议的获取可能会不一样，特别是对土著和地方社区或研究组织来说。基于这些原因，促进获取与惠益分享协议谈判的公正和公平，“打造公平竞争的环境”被确定为一项支持能力的措施。

**(c) 监测遵守情况和确保遵守；**

监测遵守情况和确保遵守（共同商定条件和合同或其他安排和国家立法）是有效的获取与惠益分享体系的关键因素。但是，不同的利益攸关方列出了监测国家获取与惠益分享立法和共同商定条件的遵守情况和确保遵守的实际和法律困难。在实践经验和真实案例基础上确定的监测和确保遵守的新型机制，会成为获取与惠益分享问题能力的另一个有用的手段。

**(d) 采用现有最佳通讯工具和互联网系统开展获取与惠益分享活动；**

《名古屋议定书》在几个条款中都设想了通讯工具的使用，包括互联网系统（如第 14 条的获取与惠益分享信息交换所）。因此，可以在这一领域采取措施支持《议定书》和它在国内的执行。

**(e) 制定并使用评价办法；**

获取与惠益分享体系的一个重要方面，特别是与共同商定条件的协商有关的方面，就是遗传资源的评价。通过开发和使用评价方法，使遗传资源的使用者和提供者双方都能获取遗传资源价值的信息，对于获取事先知情同意和协商共同商定条件，以及其他问题的程序，都可以更加便利。

**(f) 生物勘探、相关研究和生物分类研究；**

生物勘探有时被定义为寻找新的合成物、基因、设计、整个生物体以及其他具有潜在经济价值的产品的新原料对生物材料进行的系统研究。相关研究和生物分类研究可以为获取与惠益分享协议和国家或区域法律框架的执行提供有用的信息和资源。

**(g) 技术转让，以及使这种技术转让可持续进行的基础设施和技术能力；**

技术转让是与能力建设和发展，包括使这种转让可持续的能力相关的另一重要措施。在第 5 款 (g) 中，“可持续”可以理解为不仅是从环境的角度，同时也表明了转让经过一段时间之后是成功的、持续的。利用技术转让对基础设施和技术能力也有要求。重要的是要注意到《名古屋议定书》第 23 条包含了具体的技术转让、协作和合作条款。

**(h) 增进获取与惠益分享活动对保护生物多样性和可持续利用其组成部分的贡献；**

获取与惠益分享和《生物多样性公约》的其他两个目标之间的关系和联系反映在了《名古屋议定书》第 1—9 条中。增加获取与惠益分享对完成其他两个目标的贡献可以便利这种联系在实践中的实现。

**专栏 26 增强获取与惠益分享对保护和可持续利用的贡献**

英国邱园皇家植物园的千年种子银行计划有超过 50 个国家的 120 多个组织共同参与。计划通过邱园和组织的组织及政府之间具有法律约束力的获取与惠益分享协议进行管理。这些包含了对遗传资源和相关信息的法定获取、使用的条件，惠益分享条款，还有计划涵盖的一系列能力建设活动，包括联合野外考察、培训和增强计划以及可以为非商定性研究、保护和可持续使用计划提供植物材料和种子，这一点要根据并购条件来决定。

来源：[www.kew.org/science-conservation/save-seed-prosper/millennium-seed-bank/index.htm](http://www.kew.org/science-conservation/save-seed-prosper/millennium-seed-bank/index.htm)。

**(i) 加强相关利益攸关方在获取与惠益分享方面能力的特殊措施；**

**(j) 加强土著和地方社区在获取遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识方面的能力的特殊措施，其中强调加强这些社区内妇女的能力。**

第 5 款 (i) 和 (j) 提到了相关利益攸关方，如私有部门、研究机构、政府等可能采取的、尚未决定的措施。其中特别提到需要土著及地方社区和妇女在获取与惠益分享方面的能力，特别是与遗传资源相关的传统知识方面。

**专栏 27 增强相关利益攸关方的获取与惠益分享能力**

邱园皇家植物园开设有一系列的专家培训课程，包括区域植物标本技术课程、热带植物识别课程和保护技术和植物园管理学位，旨在建设能力和增强技术和知识。所有的课程都包括一个获取与惠益分享单元，讨论和实地培训协议范本和政策的制定。

来源：[www.kew.org/learn/specialist-training/courses-a-z/international-diplomas/index.htm](http://www.kew.org/learn/specialist-training/courses-a-z/international-diplomas/index.htm)。

**6. 应向获取与惠益分享信息交换所提交有关根据本条第 1—5 款采取的国家、区域和国际层面的能力建设和发展倡议的信息，以促进获取与惠益分享能力建设和发展方面的协同增效与合作。**

该条款规定相关利益攸关方应向获取与惠益分享信息交换所提供信息，以促进协同增效与合作。这一提升合作、避免重复、促进更好的、倾向于接受者和接受者背后的机构和捐献者的能力建设的目标条款在其他国际协议中也有考虑。获取与惠益分享信息交换所的基础可以在《名古屋议定书》第 14 条中找到。

### 专栏 28 相关国际协议中的能力建设和发展

能力建设和发展一般都与国际协议的执行有关。例如，能力建设是执行《卡塔赫纳生物安全议定书》的一个重要议题。在全球层面开发了很多的工具和机制，以便利缔约的能力建设努力，包括《能力建设行动计划》、协作机制、评价行动计划执行的一套指标和生物安全专家花名册。

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》提供了另外一个有趣的例子。在《条约》中，能力建设分为两个方面。首先，它是一个在获取与惠益分享多边体系下分享利用粮食和农业植物遗传资源产生的惠益的机制。

这个方面是通过《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 13 条 2 (c) 的规定建立的惠益分享基金来执行的。其次，《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 19 条第 3 款确立，能力建设对《条约》的全面执行必不可少。在这个背景下，《条约》秘书处、联合国粮农组织和生物多样性国际建立了《发展中国家能力建设联合计划》，为《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的执行提供帮助。此外，管理机构还创造了能力建设协作机制以保证能力建设的连贯、协作、公平和区域平衡，反映缔约方和利益攸关方的实际需要，并遵循管理机构的指导。在《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和《生物多样性公约》的秘书处签署的合作备忘录的框架之内，也计划了一些额外的能力建设活动，尤其是通过联合研讨会这种方式，以相互支持的态度来支持《名古屋议定书》和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的执行。

来源：UNEP/CBD/ICNP/1/4 协助发展中国家和经济转型国家的能力建设、能力发展和增强人力资源和机构能力的措施。

## 第 23 条 技术转让，协作与合作

依照《公约》第 15 条、第 16 条、第 18 条和第 19 条的规定，缔约方应进行技术及科学研究和开发方案协作和合作，包括生物技术研究活动，作为实现本《议定书》目标的手段。缔约方承诺促进和鼓励发展中国家缔约方，特别是其中的最不发达和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方获取技术和向它们转让技术，以使其能够建立和加强健全和可行的技术和科学基础，从而实现《公约》及本《议定书》的各项目标。在可能和适当的情况下，这种协作活动应在提供遗传资源的一个或多个缔约方——该种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方的国内并同该缔约方一起进行。

## A. 背景

在《生物多样性公约》有关条款基础上建立的《名古屋议定书》第 23 条，确立了在研究和开发以及技术转让方面进行合作的义务。在《生物多样性公约》中，技术开发和转让技术在处理持续的生物多样性丧失、保证生物多样性的可持续使用方面扮演了关键角色，并对本地的生计作出了贡献。此外，技术转让被看作是《生物多样性公约》的“大妥协”的一部分，是和遗传资源获取有关的条款一样必不可少（Glowka et al., 1994）。生物多样性丰富的国家考虑，需要有更多机会获取科技信息并取得有利于环境的技术以利用好这些资源，从而提供对其遗传资源的获取。

第 23 条确认了该议题和获取与惠益分享的相关性。它为缔约方就技术和科学研究以及开发方案展开合作提供了一个平台，以便公平地分享对其利用所产生的惠益。它还要求缔约方促进和鼓励技术获取，以更健全、可行的技术和科学基础进行保护、可持续使用和公平的惠益分享。

## B. 解释

第 23 条有两个主要要素：技术合作和技术转让。

第 23 条第一部分着重于技术合作，要求缔约方“进行技术及科学研究和开发方案协作和合作”，作为实现公平和公正地分享利用遗传资源产生的惠益的手段。技术合作，包括主动参与技术的开发和使用，这些由利用生物多样性促成的或是来自于生物多样性利用的技术被视为获取与惠益分享最重要的惠益之一。第 23 条是在《生物多样性公约》有关技术协作的条款的基础上建立的。《生物多样性公约》第 15 条第 6 款确认，缔约国“使用其他缔约国提供的遗传资源从事开发和进行科学研究时，应力求这些缔约国充分参与，并于可能时在这些缔约国境内进行”。这些《生物多样性公约》条款对《名古屋议定书》缔约方仍然适用。

第 23 条也与《名古屋议定书》的其他条款有关联，包括附件 1 的可能惠益中提到的研究资助、分享研究和开发成果、在科学研究和开发项目中进行协调、合作和提供捐助，以及参与产品开发。重要的是要注意到第 23 条谈到的是更广泛意义上的技术合作，包括通向公平和公正的惠益分享的所有协作类型，参与者也不仅仅是提供国和使用国。

第 23 条第二部分着重技术转让。它指出，缔约方“承诺促进和鼓励发展中国家缔约方，特别是其中的最不发达和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方获取技术和向它们转让技术”。在谈判中，很明显对技术转让的理解不是把机器或设备从一个点转移到另一个点，而是通过货物和知识的流动，为发展中国家打开学习和能力建设的机会。

第 23 条要求缔约方“承诺”促进和鼓励技术转让。这一尽全力条款必须考虑《生物多样性公约》第 15 条第 7 款、第 16 条第 3 款和第 16 条第 4 款这个背景，这些条款确立了缔约方“应采取立法、行政和政策措施”以促进技术转让和其对公正和公平的惠益分享的考虑。因此，第 23 条的重点是《名古屋议定书》缔约方建立允许和便利技术转让的框

架。例如,《生物多样性公约》“技术转让和科技合作工作计划实际执行战略”提到了建立这样的框架的可能方式<sup>97</sup>。它提出要评估优先技术需要、建立增强进入资本市场的方案,特别是对接受国的中小企业来说,以及牢记私有部门在技术转让中的关键角色,制定如税收减免或延期、补助出口信用或贷款担保,以及为获取公共研究机构开发的技术提供便利这样的激励措施。技术转让对信息共享机制也很重要,包括根据《名古屋议定书》第 14 条建立的获取与惠益分享信息交换所。

最后,第 23 条呼吁在可能和适当的情况下,在提供遗传资源的一个或多个缔约方的国内开展协作活动。这个条款很重要,因为正如上述的《生物多样性公约》技术转让和科技合作战略所注意到的,一次性的单向的技术转让并不是最有效的,成为“完整的、长期的科技合作”<sup>98</sup>的一部分才是最有效的技术转让。在提供国进行的保证基于遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的研发,除了其他相关活动的、旨在促进这些国家在研发方面更主动和长期的参与的安排,导致了地方层面能力的增加和信息、价值的增加。尽管如此,认识到有时提供国无法或不愿开展协作活动,所以该条款仍是一个尽全力条款。例如,一些惠益分享的安排向资源提供国提供到国外研究机构进行研究的研究员和接受培训的机会。有时惠益分享也发生在区域层面,不管是为了避免国家政治或具体操作上问题,还是从同一地区的互动和协同作用中获益。

### 专栏 29 获取与惠益分享和技术转让

《名古屋议定书》第 23 条反映了其他国际文件中的技术转让条款,同时也提出了不同的问题。自 1992 年,《里约环境与发展宣言》通过以后(与《生物多样性公约》同时通过),人们就广泛地认识到技术的发展、转让、适应和传播以及相关能力的建设对实现可持续发展至关重要。例如,《里约宣言》第 9 原则呼吁各国通过技术转让进行合作以增强可持续发展的能力建设。《21 世纪议程》为对环境友好型技术的转让、合作和能力建设,包括生物技术提供了更详细的重要指导。

《生物多样性公约》第 16 条明确地指出缔约国之间的技术转让是实现《公约》目标必不可少的要求。在 2002 年召开的联合国可持续发展全球峰会上,各国再次确认更有效、更连贯地执行《生物多样性公约》的目标需要一个向发展中国家提供新的额外的财政和技术资源的条款。《名古屋议定书》第 23 条确定把“健全和可行的技术和科学基础”作为实现《生物多样性公约》目标的工具。确实,和其他多边环境协议一样,《生物多样性公约》使更广泛的使用者可以获得科学和技术发展的条款旨在支持对生物多样性这样一种共享的、有限的资源的保护和可持续使用。例如,为获取遥感技术提供便利可以为发展中国家采取措施监测生物多样性组成部分提供支持。

<sup>97</sup> 《生物多样性公约》,技术转让和科技合作工作计划实际执行战略,第 IX/14 号决定:技术转让和合作,UNEP/CBD/COP/DEC/IX/14,2008 年 10 月 9 日。

<sup>98</sup> 同上。

此外，在《生物多样性公约》中，特别是获取与惠益分享方面，技术转让也是承认遗传资源和与遗传资源相关的传统知识，以及拥有这些资源的国家和社区对与利用遗传资源相关的技术发展所作出的贡献并对其作出补偿的一种方式。当然，其想法就是，技术转让作为公正和公平地惠益分享的组成部分，促进和便利了生物多样性的保护和可持续使用。但是，《生物多样性公约》第16条第1款使用了更广义的术语，也就是“有关生物多样性保护和持续利用的技术或利用遗传资源而不对环境造成重大损害的技术”。

虽然《名古屋议定书》第23条没有提到，但值得一提的是在技术转让讨论时争议最多的问题之一知识产权，在《名古屋议定书》的执行中也很可能再次出现。《生物多样性公约》第16条第5款认识到专利和其他知识产权可能影响《公约》的执行，要求缔约方合作以确保这种权利是有助于而不违反《公约》的目标。

2008年开展了一项技术研究，以探索在《生物多样性公约》背景下，知识产权在技术转让中的作用，并确认增加技术转让与合作的协同，克服障碍的其他可能选择。技术研究提供了《生物多样性公约》中的技术转让的全面介绍，谈到了在技术转让的不同阶段知识产权的惠益和成本问题。这次研究的成果之一就是注意到知识产权不应被看作知识管理的一个单一、孤立的形式，被完全接受或拒绝，或在使用时排除其他形式的创新促进和技术融合。恰恰相反，在《生物多样性公约》的背景下，知识产权的实际效果和运作依赖于具体的制度选择，包括在管辖范围内规定知识产权保护的范围、取得许可的方式以及知识产权的实施。

来源：《生物多样性公约》秘书处，联合国贸易与发展大会和世界知识产权组织，在《生物多样性公约》背景下知识产权和技术转让的作用，UNEP/CBD/COP/INF/7，2008年5月3日。

## 第24条 非缔约方

缔约方应鼓励非缔约方遵守本《议定书》和向获取与惠益分享信息交换所提交适当的信息。

### A. 背景

《名古屋议定书》第24条与《卡塔赫纳生物安全《议定书》第24条第2款完全一样，《卡塔赫纳生物安全《议定书》第24条第2款呼吁《议定书》的缔约方鼓励非缔约方遵守《议定书》并向生物安全信息交换所提交改性活生物体的适当信息。

作为一个国际条约，《名古屋议定书》对没有成为《议定书》缔约方的国家不构成有约束力的义务。《名古屋议定书》的非缔约方包括不是《生物多样性公约》缔约方的国家，也可以包括还未批准或承认《名古屋议定书》的《生物多样性公约》的缔约方。应该注意

到不是《名古屋议定书》的缔约方但是《生物多样性公约》的缔约方的国家仍然要遵守《生物多样性公约》的相关获取与惠益分享要求，包括第 15 条、第 8 条 (j)、第 16 条和第 19 条<sup>99</sup>。这些在序言部分已经讨论过了。

根据《生物多样性公约》第 32 条，成为《生物多样性公约》的任何《议定书》的缔约方的前提条件是要成为《公约》的缔约方。所以，一个国家或者区域经济一体化组织不可能只成为一个《议定书》的缔约方，因为是《生物多样性公约》为其下随后的《议定书》提供了基础。《生物多样性公约》的《议定书》的决议只能由其缔约方作出，所以《名古屋议定书》生效时，也只有《名古屋议定书》的缔约方才能作出有关《议定书》的决议。尽管如此，按照第 26 条第 2 款的规定，非《名古屋议定书》缔约方的《生物多样性公约》缔约方可以作为观察员参加作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会。

## B. 解释

根据第 24 条，《名古屋议定书》的缔约方有义务鼓励非缔约方“遵守”《议定书》。“遵守”的意思就是应用《名古屋议定书》的原则或成为《议定书》的缔约方。因此，该条款的目标是使《议定书》的条款覆盖面尽可能地广。实际上，没有任何条款会要求《名古屋议定书》的缔约方拒绝那些还未同意加入《议定书》的国家的获取要求。也没有任何条款要求他们允许这样的获取。尽管如此，作为《生物多样性公约》的缔约方，一般来说，他们仍然要遵守《生物多样性公约》的获取与惠益分享条款，特别是第 15 条。

虽然“鼓励非缔约方”的条款是强制性的，第 24 条并没有具体指出使用什么样的方式。这一点由缔约方自己来决定。这些方式可以包括积极的鼓励，比如说指出缔约方地位的优势或提供遵守《议定书》的技术、资金或机构支持。另一种鼓励应用《议定书》的原则的方式可以通过创造由协调的获取与惠益分享框架管理的共同资金来实现。

此外，第 24 条规定缔约方有义务鼓励不是《名古屋议定书》缔约方的国家向获取与惠益分享信息交换所提供适当的信息。目的是尽可能多地收集和获取与惠益分享框架相关的信息，并使所有缔约方都能促进获取与惠益分享。根据《名古屋议定书》第 14 条第 2 款和第 3 款，和获取与惠益分享信息交换所分享的适当信息可以包括（如果有的话）：

- 获取与惠益分享的立法、行政和政策措施；
- 国家联络点和国家主管当局的信息；
- 获取时颁发的用于证明准予事先知情同意的决定和订立共同商定条件的许可证或等同文件；
- 土著和地方社区的相关主管当局，以及依此确定的信息；
- 示范合同条款；
- 为监测遗传资源而制定的方法和工具；
- 行为守则和最佳做法。

<sup>99</sup> 在这里，需要注意到截至 2012 年 7 月《生物多样性公约》有 193 个缔约方，使之成为一个几乎全体接受的国际协议。

## 第 25 条 财务机制和资源

1. 在考虑执行本《议定书》所需财政资源时，缔约方应顾及《公约》第 20 条的规定。
2. 《公约》的财务机制应成为本《议定书》的财务机制。
3. 关于本《议定书》第 22 条所提能力建设和发展，作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会，在就本条第 2 款所述财务机制提供指导供缔约方大会审议时，应顾及发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方对财政资源的需求，以及土著和地方社区、包括社区内妇女的能力需要和优先事项。
4. 就本条第 1 款而言，缔约方还应顾及发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方为执行本《议定书》的目的在于努力查明和落实其能力建设发展的规定方面的需要。
5. 缔约方大会有关决定对《公约》财务机制的指导，包括本《议定书》通过之前商定的指导，应比照适用于本条的规定。
6. 发达国家缔约方也可通过双边、区域和多边渠道为执行本《议定书》的规定提供财政和其他资源，发展中国家缔约方和经济转型国家缔约方可利用这些资源。

### A. 背景

《名古屋议定书》第 25 条为向发展中国家缔约方和经济转型国家缔约方执行《议定书》提供财政资助奠定了基础。该条款潜藏的理论根据是能力有限的缔约方如果要遵守《议定书》的义务的话，他们需要支援。这种遵守不仅对相关的缔约方有利，也对《名古屋议定书》缔约方的整个集体有利。为了实施《名古屋议定书》，所有缔约方都需要在国家层面予以执行。

第 25 条谈到了两个基本问题：

- 通过《生物多样性公约》财务机制提供财政资助的条款；
- 发达国家通过其他双边、区域和多边渠道提供的财政资助条款。

这两种财政资助，发达国家都承担了捐献者的角色，而发展中国家和经济转型国家作为指定的接受者。就《生物多样性公约》（同时也意味着它的《议定书》）的财务资源和机制的目的而言，构成“发达国家”类别的国家的名单可以在《生物多样性公约》缔约方大会第 1 次会议通过的一份清单（第 I/2 号决议，附件二）中找到。“发展中国家”、“最不发达国家”或“经济转型国家”则没有对应的清单。

第 25 条与《生物多样性公约》的对应条款，也就是第 20 条（资金）和第 21 条（财务机制）紧密相连。因此，第 25 条必须结合这些《生物多样性公约》的条款来理解。第 25 条第 1—4 款指的是《生物多样性公约》第 20 条，第 2 款、第 3 款和第 5 款指的是第

21 条。第 6 款重申并提炼了《生物多样性公约》第 20 条第 3 款包含的概念<sup>100</sup>。在这方面，值得一提的是本条的约文与《卡塔赫纳生物安全议定书》第 28 条非常相似。

## B. 解释

### 1. 在考虑执行本《议定书》所需财政资源时，缔约方应顾及《公约》第 20 条的规定。

第 25 条第 1 款提到了《生物多样性公约》第 20 条的各个方面。《生物多样性公约》第 20 条在 7 个段落中提出了范围很广的义务和准则，包括：

- 国家财政活动；
- 发达国家缔约国向发展中国家提供新的额外的资金的条款；
- 通过双边或多边渠道提供资金的条款；
- 发展中国家履行《生物多样性公约》与其为了这一目的而接受的资金之间的联系；
- 对发展中国家对生物多样性的特殊依赖的考虑；
- 对发展中国家的具体情况特殊考虑。

第 25 条第 1 款的用词与《卡塔赫纳生物安全议定书》第 28 条第 1 款完全一样。在《卡塔赫纳生物安全议定书》中的这一条款代表了想要一个规定提供财政资源的强硬责任的条款的国家和那些倾向于不包含这样的条款的国家之间的一种妥协。

第 25 条第 1 款提出，在“考虑”执行《名古屋议定书》所需财政资源时，缔约方应“顾及”《公约》第 20 条的规定。这里的用词在两个方面弱化了潜在捐助国的义务：

- 他们没有义务提供财政资源，只是考虑财政资源的问题；
- 虽然《生物多样性公约》第 20 条没有直接适用《议定书》的财政资源条款，但是需要“顾及”这方面的要求（如如果第 25 条没有处理一个具体的问题）。

第 25 条第 1 款的开放式用语同时也顾及了这样一个事实，《生物多样性公约》第 20 条的所有条款并不是和获取与惠益分享的问题同等相关的，但是他们应该考虑到他们跟这个问题有关联。

《生物多样性公约》第 20 条的泛泛引用的结果之一就是《名古屋议定书》第 25 条设立的概念有重复之处。所以第 25 条第 6 款与《生物多样性公约》第 20 条第 3 款相呼应，第 25 条第 4 款与《生物多样性公约》第 20 条第 5 款相呼应，虽然《名古屋议定书》这两条的条款更加详细。

### 2. 《公约》的财务机制应成为本《议定书》的财务机制。

第 25 条第 2 款引用了《生物多样性公约》第 21 条。第 21 条提供了《生物多样性公约》的财务机制的建立和作用。它指定《生物多样性公约》的财务机制作为《名古屋议定书》的财务机制，通过委托机构来进行运作。所指的委托机构是全球环境基金，它是根据《生物多样性公约》第 39 条和《生物多样性公约》缔约方大会的相关决议指定的《生物多样性公约》财务机制。

<sup>100</sup> 对《生物多样性公约》第 20 条和第 21 条的深入分析，见 Glowka et al., 1994, 第 100—108 页。

### 专栏 30 全球环境基金和《名古屋议定书》执行基金

全球环境基金建立于 1991 年，是一个应对全球环境问题的独立的财政组织。它为发展中国家和经济转型国家与生物多样性、气候变化、国际水域、土地退化、臭氧层和持久性有机污染物相关的项目提供经费。这些项目给地球环境带来好处，与当地、国家和全球的环境挑战相联系，并促进了可持续的发展。全球环境基金共有 182 个成员政府，并与很多国际机构、民间社会组织、私有部门和一些联合国机构（如联合国发展计划署、联合国环境署、世界银行、联合国粮食与农业组织和联合国工业发展组织）展开合作。除了是《生物多样性公约》的财务机制，全球环境基金还是《联合国气候变化框架公约》《持久性有机污染物斯德哥尔摩公约》和《联合国防治荒漠化公约》的财务机制。此外，它还还为发展中国家和经济转型国家的大量环境项目提供经费。

来源：全球环境基金。关于全球环境基金，见 [www.thegef.org/gef/whatisgef](http://www.thegef.org/gef/whatisgef)。

《名古屋议定书》执行基金是一个多捐款方的信托基金，从 2011 年 5 月开始运作。根据世界银行的政策和程序，世界银行是《名古屋议定书》执行基金的受托人。

《名古屋议定书》执行基金支持《名古屋议定书》签署国和那些尚处于签署《名古屋议定书》的过程之中、为了加速其批准和执行《名古屋议定书》的国家。它也支持现有的机会，它们在私有部门的参与下，可以促进具体的获取与惠益分享协议的制定和执行的机会。《名古屋议定书》执行基金支持的项目鼓励与有意于探索遗传资源的经济潜力和便利适当的技术转让的私有实体进行合作。通过这种类型的项目，国家可以获得额外的信息，帮助他们理解他们的获取与惠益分享能力和需要，重点放在影响遗传资源的现有政策、法律和法规的条款上。

来源：[www.thegef.org/gef/content/nagoya-protocol-implementation-fund-brochure](http://www.thegef.org/gef/content/nagoya-protocol-implementation-fund-brochure)。

3. 关于本《议定书》第 22 条所提能力建设和发展，作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会，在就本条第 2 款所述财务机制提供指导供缔约方大会审议时，应顾及发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方对财政资源的需求，以及土著和地方社区、包括社区内妇女的能力需要和优先事项。

第 25 条第 3 款再次提到了《名古屋议定书》的财务机制。它与《生物多样性公约》第 21 条相联系，《生物多样性公约》缔约方大会赋予第 21 条决定财务机制政策的权威。在《名古屋议定书》中，作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会将就与《议定书》有关的财务机制提供指导。但是，这种指导要服从作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的考虑。因此，就《名古屋议定书》以及《生物多样性公约》的财政机制提供指导的最终决定权在作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会。这是《生物多样性公约》缔约方大会仍然拥有的对《名古屋议定书》的权限的一个主要区域。

此外，第 25 条第 3 款具体说到，在作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的推荐下，《生物多样性公约》缔约方大会在就与《名古屋议定书》相关的财务机制提供指导时，应顾及《名古屋议定书》第 22 条提出的能力建设和发展需要和优先事项。在这方面，作

为《议定书》缔约方会议的缔约方大会应注意到下列群体的具体能力建设和发展需要：

- 发展中国家缔约方，特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家；
- 经济转型国家缔约方；
- 土著和地方社区，包括社区内妇女。

国家能力自我评估应查明这些需要（第 22 条第 3 款）。第 22 条第 4 款和第 5 款提供了一份能力建设和发展的主要领域的非穷尽清单。

**4. 就本条第 1 款而言，缔约方还应顾及发展中国家缔约方、特别是其中的最不发达国家和小岛屿发展中国家以及经济转型国家缔约方为执行本《议定书》的目的在努力查明和落实其能力建设发展的规定方面的需要。**

第 25 条第 4 款提及执行《名古屋议定书》的财政资源，它与《生物多样性公约》第 20 条相联系。它承认了一些缔约方集团（包括经济转型国家缔约方）可能在能力建设和发展方面有具体需要，为执行《议定书》需要在财政资源条款中予以反映。

**5. 缔约方大会有关决定对《公约》财务机制的指导，包括本《议定书》通过之前商定的指导，应比照适用于本条的规定。**

第 25 条第 5 款提到财务机制。它引用了作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会对以《生物多样性公约》第 21 条第 2 款和第 3 款为基础建立的财务机制提供指导的条款。《生物多样性公约》第 21 条第 2 款规定，作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会在其第 1 次会议上，“应确定政策、战略和方案重点，以及详细的资格标准和准则，用于资金的获取和利用”。根据《生物多样性公约》第 21 条第 3 款，这些资格标准和准则要定期审查。

在《生物多样性公约》生效以后，作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会召开的每次会议都会通过一个针对此问题的决议。所以在《名古屋议定书》通过之前，《生物多样性公约》已经存在大量对财政机制的指导。有些这样的指导和获取与惠益分享具体相关，如决议 X/24（对财政机制指导的审查）在附件第 4 段 11（b）中具体指出了获取与惠益分享能力建设，而决议 X/25（额外的财政机制指导）在第 13 段“邀请全球环境基金为缔约方提供资金支持，以帮助《名古屋议定书》早日批准（……）和执行”。

重要的是要注意到，这样的指导应比照适用。它的意思是说在适用财务机制指导，须考虑《生物多样性公约》和《名古屋议定书》在相关议题上的差异。具体地说，在适用《名古屋议定书》的时候，也许需要对指导进行必要的修改以适用《议定书》的特殊情况。

作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会考虑的根据第 25 条第 3 款制定的更多的指导也适用于这一点。第 25 条第 5 款因此确保了作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的全球环境基金政策与《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的新要求之间的紧密联系。

### 专栏 31 比照的意思

比照是一个拉丁语，意思是“作出必要的改变”或“改变必须改变的东西”。一般来说，比照意味着同样适用于随后的主体，虽然要作出一些必要的改变。它通常用于法律条款，在正常情况下适用于另外情形的法律条款作出相关的改变之后应用于这件事情。因此，它包含了一种相似性，不是字面上的相同。在法定语境中，它的意思可以是：

- 适用《名古屋议定书》时，规则可以修改到对适应《议定书》的具体情形来说必需的程度；
- 基本原则和思想适用，适当地修改以适应不同的情况。

6. 发达国家缔约方也可通过双边、区域和多边渠道为执行本《议定书》的规定提供财政和其他资源，发展中国家缔约方和经济转型国家缔约方可利用这些资源。

第 25 条第 6 款重述了《生物多样性公约》第 20 条第 3 款的内容，根据第 20 条第 3 款，发达国家缔约方可以在双边的基础上，通过官方的发展援助提供财政和技术支援等，使发展中国家缔约方和经济转型国家缔约方可以利用这些资源。这种援助也可以通过区域或多边渠道，如区域发展银行或世界银行实现。

## 第 26 条 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会

1. 《公约》缔约方大会应作为本《议定书》的缔约方会议。
2. 本身不是本《议定书》缔约方的《公约》缔约方，可作为观察员参加作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会任何届会的议事工作。在缔约方大会作为本《议定书》缔约方会议时，本《议定书》下的决定仅应由其缔约方做出。
3. 在缔约方大会作为本《议定书》缔约方会议时，缔约方大会主席团中代表《公约》缔约方但在当时并非本《议定书》缔约方的任何成员，应由本《议定书》缔约方从本《议定书》缔约方中选出的一名成员替换。
4. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查本《议定书》的执行情况，并在其权限内做出促进本《议定书》有效执行的必要决定。它应履行本《议定书》为其指派的任务，并应：
  - (a) 就执行本《议定书》所必需的任何事项提出建议；
  - (b) 设立其认为执行本《议定书》所必需的附属机构；
  - (c) 酌情寻求和利用各主管国际组织和政府间及非政府机构提供的服务、合作和信息；
  - (d) 确定转交根据本《议定书》第 29 条需要提交的信息的形式和间隔时间，并审议任何附属机构提交的此种信息和报告；
  - (e) 根据要求审议并通过其认为执行本《议定书》所必需的本《议定书》及其附件的修正案以及本《议定书》的任何新增附件；
  - (f) 行使为执行本《议定书》可能需要的其他职能。
5. 缔约方大会的《议事规则》和《公约》的《财务细则》，应比照适用于本《议定书》，除非作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会可能以协商一致方式另行做出决定。

6. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会第1次会议，应由秘书处于预定在本《议定书》生效日之后举行的缔约方大会的第1次会议的同时举行。作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会嗣后的常会，应与缔约方大会的常会同时举行，除非作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会另有决定。

7. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的特别会议，应在作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会认为必要的其他时间举行，或应任何缔约方的书面要求而举行，但条件是，在秘书处将该要求转呈各缔约方后六个月内得到至少三分之一缔约方的支持。

8. 联合国及其专门机构和国际原子能机构，以及这些机构中本身不是《公约》缔约方的任何成员国或观察员，均可派代表作为观察员出席作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的各届会议。任何在本《议定书》所涉事项上具备资格的团体或机构，无论是国家或国际的、政府或非政府的，在通知秘书处其愿意派代表作为观察员出席作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的某次会议之后，均可予以接纳，除非至少三分之一出席会议的缔约方反对。除本条另有规定外，观察员的接纳和与会应遵循本条第5款所指的《议事规则》。

## A. 背景

多边环境协议一般会建立一个叫做缔约方大会或缔约方会议的管理机构来指导和监督《条约》执行和进一步发展的整个过程。这些机构由所有该《条约》缔约方的国家的代表组成。另外，观察员（包括《条约》的非缔约方和非政府组织）可以参加他们的会议。

《名古屋议定书》第26条设立了《议定书》的最高机构，作为缔约方会议的缔约方大会。基于《名古屋议定书》的一些议题尚未完全解决这一事实（如根据第10条建立一个可行的多边惠益分享机制或根据第31条评估和审查《议定书》的有效性），管理机构的决策作用显得尤其重要。此外，作为缔约方会议的缔约方大会还有一个重要职能，即审查《议定书》的执行（《名古屋议定书》第26条第4款）。

由于《名古屋议定书》是在《生物多样性公约》之下建立的，《议定书》的管理机构和《生物多样性公约》的管理机构就有一种联系。因此，《生物多样性公约》的缔约方大会也作为《名古屋议定书》的缔约方会议。这就产生了《名古屋议定书》第26条和其他条款中使用的“作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会”这个有点绕的用词。

第26条和其他机构条款（见第27条和第28条）把《名古屋议定书》的一些职能赋予《生物多样性公约》已有的机构，以：

- 实现两个文书间更紧密和更有效的联系，同时保证《议定书》工作的必要独立性；
- 避免再增加新的机构；
- 最大化减少运作成本。

不过，为了所有的实际目的，作为缔约方会议的缔约方大会仍然被视为一个有区别的、独立的机构，包括财务机制的指导（见第25条）、《生物多样性公约》和《名古屋议定书》

的秘书处服务所涉费用无法分开支付的,以及与缔约方大会的常会同时举行的本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的常会(见第26条第6款)。

由于《名古屋议定书》是一个单独的法律文书,作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会在某种程度上与《生物多样性公约》的缔约方大会职能有所区别。此外,两个机构的成员并不是完全相同的:不是所有《生物多样性公约》的缔约方(在《生物多样性公约》的缔约方大会中有代表)都必然成为《名古屋议定书》的缔约方,那些没有成为《议定书》缔约方的国家未被赋予参与作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会的决策权。

最后,重要的是要注意到《卡塔赫纳生物安全议定书》第29条已经采用了《议定书》第26条的相同方法。事实上,两个条款几乎完全相同,只有第6款有显著的不同(见下面)。

## B. 解释

### 1. 《公约》缔约方大会应作为本《议定书》的缔约方会议。

第26条第1款设立了《生物多样性公约》缔约方大会应作为《议定书》的缔约方会议的原则。第26条第2—8款列出了作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的运作方式,把这一原则具体化。

**2. 本身不是本《议定书》缔约方的《公约》缔约方,可作为观察员参加作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会任何届会的议事工作。在缔约方大会作为本《议定书》缔约方会议时,本《议定书》下的决定仅应由其缔约方做出。**

第26条第2款说明了谁可以参加作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会,从而也参与缔约书的决策过程。本身是《生物多样性公约》的缔约方,但不是《名古屋议定书》的缔约方的国家和区域经济一体化组织可以作为观察员参加作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会召开的会议。观察员身份由《缔约方大会的议事规则》第6条和第7条管理<sup>101</sup>,它的意思就是可以参加(通常只能在缔约方发言之后)但没有投票权。只有《名古屋议定书》的缔约方可以投票,从而参加作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会的决议通过<sup>102</sup>。

本条重述了《生物多样性公约》第32条第2款设立的原则。观察员虽然没有投票权,但是可以参与讨论、介入和提交提案。在实际中,有些观察员在讨论中非常活跃。

另外一个要注意的重要之处是非《生物多样性公约》缔约方国家的观察员身份在第26条第8款中有所说明。

<sup>101</sup> 《〈生物多样性公约〉缔约方大会会议议事规则》,《生物多样性公约》缔约方大会第一次会议附件,决议I/1,《生物多样性公约》缔约方大会第5次会议修订,决议V/20。

<sup>102</sup> 重要的是要注意到《生物多样性公约》缔约方尚未就实质的决策达成一项选举条例,所以这样的决议需要一致同意。

3. 在缔约方大会作为本《议定书》缔约方会议时，缔约方大会主席团中代表《公约》缔约方但在当时并非本《议定书》缔约方的任何成员，应由本《议定书》缔约方从本《议定书》缔约方中选出的一名成员替换。

第 26 条第 3 款讲到作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会主席团。“主席团”履行与作为缔约方会议的缔约方大会的会议相关的职能，例如

- 为作为缔约方会议的缔约方大会的会议准备和召开向秘书处提供指导；
- 组织会议的工作；
- 主持作为缔约方会议的缔约方大会的会议非正式谈判。

因为《生物多样性公约》的缔约方大会作为《议定书》的缔约方会议，所以相应的《生物多样性公约》的缔约方大会主席团也作为《议定书》的缔约方会议的主席团。意思就是，作为一条基本原则，作为缔约方会议的缔约方大会的主席团与《生物多样性公约》缔约方大会的主席团的组成是一样的，这也是《生物多样性公约》的《议事规则》所规定的。主席团有 11 个成员：主席和 10 个副主席（其中 1 位也是报告人），代表联合国的五大区域<sup>103</sup>。主席团在缔约方大会的每次常会开始的时候选出。主席任期从该次会议开始直到下一次常会开始，而副主席任期从该次会议闭幕到下一次会议闭幕。该主席团也作为其任期内的任何一次缔约方大会的特别会议的主席团。任何主席团成员任期都不能超过连续两届（《作为缔约方会议的缔约方大会的议事规则》第 21 条）。

根据精简《生物多样性公约》和《名古屋议定书》机构和程序，同时保证《议定书》的必要独立的总体目标，第 26 条第 3 款提出，如果在作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会召开会议时，缔约方大会的主席团包含一个以上的非《议定书》缔约方成员代表，这些成员应被替换为本《议定书》的缔约方代表。在遵守《议事规则》的时候，也比照适用于《名古屋议定书》，如果根据第 26 条第 3 款作出了成员替换，也必须保证 5 个联合国区域的代表齐备（见第 25 条第 5 款关于比照的解释）。

4. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应定期审查本《议定书》的执行情况，并在其权限内做出促进本《议定书》有效执行的必要决定。它应履行本《议定书》为其指派的任务，并应：

- (a) 就执行本《议定书》所必需的任何事项提出建议；
- (b) 设立其认为执行本《议定书》所必需的附属机构；
- (c) 酌情寻求和利用各主管国际组织和政府间及非政府机构提供的服务、合作和信息；
- (d) 确定转交根据本《议定书》第 29 条需要提交的信息的形式和间隔时间，并审议任何附属机构提交的此种信息和报告；
- (e) 根据要求审议并通过其认为执行本《议定书》所必要的本《议定书》及其附件的修正案以及本《议定书》的任何新增附件；
- (f) 行使为执行本《议定书》可能需要的其他职能。

<sup>103</sup> 5 个联合国区域是非洲、亚洲、东欧、拉丁美洲和西欧以及其他地区。他们的代表资格由《〈生物多样性公约〉缔约方大会会议议事规则》第 21 条，《生物多样性公约》缔约方大会第 1 次会议附件，决议 I/1 制定，《生物多样性公约》缔约方大会第 5 次会议决议 V/20 进行了修订。

第 26 条第 4 款制定了作为缔约方会议的缔约方大会的职能<sup>104</sup>。它的独特之处在于：

- 作为缔约方会议的缔约方大会的基本职能是定期审查《名古屋议定书》的执行情况，并在其权限内做出促进本《议定书》有效执行的必要决定（见第 26 条第 4 款开头的开场白）；

- 履行《名古屋议定书》的其他条款为其指派的很多具体任务以及第 26 条第 4 款所列出的任务[见开头第二句话和（a）—（e）]；

- 行使“为执行本《议定书》可能需要的”其他职能[见第 26 条 4（f）]。

因此，第 26 条第 4 款确保了为执行《名古屋议定书》可能需要的现有和将来的职能由作为缔约方会议的缔约方大会来执行，即使没有具体列出这些职能。

**5. 缔约方大会的《议事规则》和《公约》的财务细则，应比照适用于本《议定书》，除非作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会可能以协商一致方式另行做出决定。**

该条款指出了《生物多样性公约》缔约方大会的《议事规则》和《生物多样性公约》的财务细则<sup>105</sup>。《议事规则》管理，如《生物多样性公约》缔约方大会的时间和准备、缔约方大会会议的召开和缔约方大会的决策过程。财务细则对用于《生物多样性公约》管理（包括《生物多样性公约》秘书处的职能）的资金的信托基金管理。

第 26 条第 5 款预先说明《生物多样性公约》缔约方大会的《议事规则》和《生物多样性公约》的财务细则则应比照适用于作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会，也就是说，作出必要的修改之后（见第 25 条第 5 款比照的解释）。

但是，作为缔约方会议的缔约方大会可以以一致的方式，决定在特殊情况下不适用于规则。在很多情况下，《名古屋议定书》本身也制定了一些条款，处理议事规则涉及的问题。例如，第 26 条本身说明了主席团的成员（第 26 条第 3 款）、作为缔约方会议的缔约方大会常会和特别会议（第 26 条第 6 款和第 7 款）和观察员（第 26 条第 2 款和第 8 款）。如果这些条款与《议事规则》有不一样的地方，则以这些条款优先。

**6. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会第 1 次会议，应由秘书处处于预定在本《议定书》生效日之后举行的缔约方大会的第 1 次会议的同时举行。作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会嗣后的常会，应与缔约方大会的常会同时举行，除非作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会另有决定。**

第 26 条第 6 款澄清了作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会的会议安排。目的是使这些会议与《生物多样性公约》缔约方大会的议程协调一致。因此，它再次反映了尽可能地利用《生物多样性公约》的现有规则和机构，同时保持《名古屋议定书》的充分独立的这一方式。

重要的是要注意到作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会应与《生物多样性公约》缔约方会议的常会同时举行，除非作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会另有决

<sup>104</sup> 有意思的是，要注意到，第 26 条第 4 款规定的作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会的职能呼应了《生物多样性公约》缔约方大会第 23 条第 4 款的规定以及作为《卡塔赫纳生物安全议定书》缔约方会议的缔约方大会第 29 条第 4 款规定的职能。

<sup>105</sup> 《生物多样性公约》缔约方大会第 1 次会议，决议 I/6，《生物多样性公约》缔约方大会第 3 次会议决议 III/1 修订。

定<sup>106</sup>。在这一点上,《名古屋议定书》与《卡塔赫纳生物安全议定书》有很大的不同,《卡塔赫纳生物安全《议定书》预先说明它的会议将配合《生物多样性公约》缔约方大会的常会举行,所以是前后而不是同时(见《卡塔赫纳议定书》第29条第6款)。但是,《名古屋议定书》的很多谈判者担心《生物多样性公约》缔约方大会的整个会议时间的再次延长<sup>107</sup>会导致缔约方和观察员严重的资金问题和能力问题。

7. 作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的特别会议,应在作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会认为必要的其他时间举行,或应任何缔约方的书面要求而举行,但条件是,在秘书处将该要求转呈各缔约方后六个月内得到至少三分之一缔约方的支持。

第26条第7款本身不言自明。它指出了作为缔约方会议的缔约方大会举行特别会议的可能性,也就是,在第26条第6款的程序之外。作为缔约方会议的缔约方大会本身可以要求召开特别会议,任何其他《名古屋议定书》缔约方也可以要求召开。它要求:

- 《名古屋议定书》缔约方提出书面要求;
- 要求得到至少三分之一缔约方的支持;
- 要在该要求由秘书处转呈《生物多样性公约》各缔约方之后六个月之内得到必需的支持。

8. 联合国及其专门机构和国际原子能机构,以及这些机构中本身不是《公约》缔约方的任何成员国或观察员,均可派代表作为观察员出席作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的各届会议。任何在本《议定书》所涉事项上具备资格的团体或机构,无论是国家或国际的、政府或非政府的,在通知秘书处其愿意派代表作为观察员出席作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会的某次会议之后,均可予以接纳,除非至少三分之一出席会议的缔约方反对。除本条另有规定外,观察员的接纳和与会应遵循本条第5款所指的《议事规则》。

第26条第8款赋予联合国及其专门机构和国际原子能机构,以及这些机构中本身不是《生物多样性公约》缔约方的任何成员国或观察员以观察员的身份。因此,本身不是《生物多样性公约》缔约方的国家可以派代表作为观察员出席作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会。正如上述讨论一样,本身不是《名古屋议定书》缔约方的《生物多样性公约》缔约方根据第26条第2款也获得观察员的身份。第26条第2款讨论了这种观察员身份的含义。

任何政府或非政府团体或机构<sup>108</sup>均可向《生物多样性公约》秘书处申请观察员身份。如果这些团体或机构在《名古屋议定书》所涉事项上具备资格,均可接纳其申请,除非至少三分之一出席会议的缔约方反对。这里提到的“出席”表示,在作为缔约方会议的缔约方大会的每次会议期间,只有参加会议的缔约方才能提出反对,以示对参加会议的非政府团体或机构的尊敬。因此,对团体或机构的接受和反对只在该次会议时有效。根据出席会议的缔约方的不同,有可能在下一次会上,对同样的团体或机构会做出不同的决定。

<sup>106</sup> 《联合国气候变化框架公约》、《京都议定书》也采用了相同的方式。

<sup>107</sup> 目前《生物多样性公约》缔约方大会包括《卡塔赫纳生物安全议定书》缔约方大会的缔约方会议已经持续三周时间。

<sup>108</sup> 第26条第8款使用的术语在《生物多样性公约》中有广泛的含义:非政府机构或团体可以包括环境、消费者或发展组织、土著和地方社区团体、学术或研究机构、产业协会或个体公司。

## 第 27 条 附属机构

1. 《公约》所设或《公约》下的任何附属机构均可为本《议定书》提供服务，包括依照作为本《议定书》的缔约方会议的缔约方大会的决定。任何此类决定均应明确规定将要执行的任务。

2. 本身不是本《议定书》缔约方的《公约》缔约方，可作为观察员出席附属机构的任何届会的议事工作。在《公约》的附属机构作为本《议定书》的附属机构时，涉及本《议定书》的决定仅应由本《议定书》的缔约方做出。

3. 《公约》的附属机构就涉及本《议定书》的事项行使其职能时，该附属机构主席团中代表《公约》缔约方但在当时并非本《议定书》缔约方的任何成员，应由本《议定书》缔约方从本《议定书》缔约方中选出的一名成员替换。

### A. 背景

除了第 1 款，《名古屋议定书》第 27 条几乎与《卡塔赫纳生物安全《议定书》第 30 条完全相同。它涉及：

- 与《名古屋议定书》有关的《生物多样性公约》附属机构履行的职能（第 27 条第 1 款）；
- 在履行与《名古屋议定书》有关的职能时，哪些国家有权参加附属机构的议事工作（第 27 条第 2 款）；
- 履行与《名古屋议定书》有关的职能时，由谁来担任附属机构成员（或“主席团成员”）的角色（第 27 条第 3 款）。

目前《生物多样性公约》只建立了一个常设附属机构：在《生物多样性公约》第 25 条下建立的科学、技术和工艺咨询事务附属机构。针对出现的具体问题，缔约方大会建立了其他附属机构。这些被称之为“不限成员名额特设工作组”，因为他们是在有限的权限和时间内建立的，向所有缔约方和观察员开放。《生物多样性公约》第 8 条（j）不限成员名额特设工作组就是其中一例。

### B. 解释

1. 《公约》所设或《公约》下的任何附属机构均可为本《议定书》提供服务，包括依照作为本《议定书》的缔约方会议的缔约方大会的决定。任何此类决定均应明确规定将要执行的任务。

根据第 27 条第 1 款，《生物多样性公约》的附属机构可以被赋予与《名古屋议定书》有关的职能。除了其他，可以依照作为缔约方会议的缔约方大会的决定来分派任务。有意思的是，要注意到第 27 条第 1 款使用了“包括依照决定”这种表达方式。这一点似乎暗

示还存在其他方式可以赋予与《名古屋议定书》有关的职能，例如通过《生物多样性公约》缔约方大会。

就《名古屋议定书》来说，此类决定应明确机构应执行的任务。可能受本条款影响的机构包括科学、技术和工艺咨询事务附属机构、《生物多样性公约》第 8 条 (j) 不限成员名额特设工作组和执行审查不限成员名额特设工作组。

### 专栏 32 《生物多样性公约》第 25 条中科学、技术和工艺咨询事务附属机构的职能

科学、技术和工艺咨询事务附属机构的职能包含在《生物多样性公约》第 25 条中。相应地，它要根据《生物多样性公约》缔约方大会提供的指导，根据其请求，完成其授予的权限。根据《生物多样性公约》第 25 条第 3 款，科学、技术和工艺咨询附属机构的职责、权限、组织和业务可进一步订立，并提交缔约方会议批准。

科学、技术和工艺咨询附属机构附件 A 的统一作法（包括在决定 VIII/10，附件 III 之中）提供了一份职责清单：

- 为生物多样性的状况提供科学和技术性评估；
- 为根据《公约》规定采取的措施类型的效果提供科学和技术性评估；
- 查明与生物多样性的保护和持续利用相关的创新、有效和先进的技术和专门知识，并就促成此类技术的开发和/或转移的方法和方式提出意见；
- 就生物多样性的保护和持续利用查明新的和正在显现的问题；
- 关于生物多样性的保护和持续利用的研发提供科学方案和国际合作的建议；
- 对缔约方大会及其附属机构可能向附属机构提出的科学、技术、工艺和方法问题作出回应。

2. 本身不是本《议定书》缔约方的《公约》缔约方，可作为观察员出席附属机构的任何届会的议事工作。在《公约》的附属机构作为本《议定书》的附属机构时，涉及本《议定书》的决定仅应由本《议定书》的缔约方做出。

第 27 条第 2 款规定，当一个《生物多样性公约》的附属机构履行与《名古屋议定书》有关的职责时，只有《议定书》的缔约方可以参与通过附属机构所做出的决定。这一点承接了第 26 条第 2 款下关于参加作为缔约方会议的缔约方大会的会议的方式。尽管如此，不是《议定书》缔约方的《生物多样性公约》缔约方还是可以作为观察员参加会议。

3. 《公约》的附属机构就涉及本《议定书》的事项行使其职能时，该附属机构主席团中代表《公约》缔约方但在当时并非本《议定书》缔约方的任何成员，应由本《议定书》缔约方从本《议定书》缔约方中选出的一名成员替换。

《作为缔约方会议的缔约方大会的议事规则》也酌情适用于其附属机构。《生物多样性公约》缔约方大会和作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的主席团的组成和职能在上述第 26 条第 3 款已经描述过了。相应地，当《生物多样性公约》的附属机构行使《名古屋议定书》下的职能时，任何不代表《名古屋议定书》缔约方的主席团成员都必须被《议定书》缔约方的代表所取代。

## 第 28 条 秘书处

1. 依照《公约》第 24 条设立的秘书处应作为本《议定书》的秘书处。
2. 《公约》中关于秘书处职能的第 24 条第 1 款应比照适用于本《议定书》。
3. 为本《议定书》提供的秘书处服务所涉费用可分开支付时，此种费用应由本《议定书》各缔约方予以支付。作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应为此目的在其第 1 次会议上做出必要的预算安排。

### A. 背景

《名古屋议定书》第 28 条逐字复述了《卡塔赫纳生物安全《议定书》第 31 条的内容，介绍了《名古屋议定书》的秘书处的条款。经验表明，国际条约只有当秘书处行使很多的职能，例如管理条约及担当缔约国、国际组织和其他机构之间的日常联络点之后，才能有效地被执行。

### B. 解释

#### 1. 依照《公约》第 24 条设立的秘书处应作为本《议定书》的秘书处。

第 28 条第 1 款预先说明《生物多样性公约》的秘书处应作为《名古屋议定书》的秘书处。《生物多样性公约》秘书处是依据《公约》第 24 条设立的。根据《生物多样性公约》缔约方大会的决定，秘书处由联合国环境规划署担任（决定 I/4），由缔约方通过捐款给信托基金提供资金。《生物多样性公约》秘书处的办公地点位于加拿大蒙特利尔（决定 II/19）。《〈生物多样性公约〉缔约方大会议事规则》第 27 条和第 28 条为《生物多样性公约》秘书处作出了实际安排，同样也适用于《名古屋议定书》秘书处。

#### 2. 《公约》中关于秘书处职能的第 24 条第 1 款应比照适用于本《议定书》。

第 28 条第 2 款提到《生物多样性公约》第 24 条第 1 款，第 24 条第 1 款介绍了《生物多样性公约》秘书处的职能。它指出，《名古屋议定书》秘书处的职能应与《生物多样性公约》秘书处的职能一样。这个词澄清了有关《名古屋议定书》的秘书处的职能，但是，为了《名古屋议定书》的具体需要和义务，也可以作出修改（见第 25 条第 5 款的解释）。所以，秘书处的职能应该是：

- 为作为缔约方会议的缔约方大会作出安排并提供服务；
- 执行《名古屋议定书》派给它的职责（如建立和运行作为《生物多样性公约》信息交换所机制一部分的获取与惠益分享信息交换所，第 14 条第 1 款）；
- 编制关于它根据《名古屋议定书》执行职责情况的报告，并提交给作为缔约方会议的缔约方大会；

▪ 与其他有关国际机构取得协调，特别是制订各种必要的行政和合同协议，以便有效地执行其职责；

▪ 执行作为缔约方会议的缔约方大会可能规定的其他职责。

3. 为本《议定书》提供的秘书处服务所涉费用可分开支付时，此种费用应由本《议定书》各缔约方予以支付。作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应为此目的在其第 1 次会议上做出必要的预算安排。

第 28 条第 3 款介绍了分开预算的原则。它澄清了为《名古屋议定书》提供的秘书处服务所涉及的可分开支付的、具体的费用应由《议定书》缔约方予以支付，而不是由所有《生物多样性公约》缔约方贡献的《生物多样性公约》的整个预算来涵盖。作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会第 1 次会议须做出必要的预算安排。

《卡塔赫纳生物安全议定书》也适用了同样的分开预算原则。根据《生物多样性公约》和《议定书》的职能，要分开和分享费用并不容易，《卡塔赫纳生物安全议定书》的经济证明了这种方法的可行性。

因此，在实践中，秘书处自身要决定哪些是《生物多样性公约》的秘书处费用，哪些是《名古屋议定书》的秘书处费用，向《生物多样性公约》缔约方大会和作为《名古屋议定书》缔约方会议的缔约方大会双方提交预算。第 28 条第 3 款第一句话的用语表明如果费用是不可分开的或者无法分清，则由《生物多样性公约》缔约方而不是仅仅由《名古屋议定书》缔约方来支付。

## 第 29 条 监测与汇报

各缔约方应对履行其在本《议定书》下的各项义务的情况进行监测，并按作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会所确定的时间间隔和格式，就其为执行本《议定书》所采取的措施向作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会作出汇报。

### A. 背景

第 29 条为缔约方提供了监测和汇报其履行《名古屋议定书》情况的机制。监测并准备履行情况的报告提请《条约》的管理机构考虑已经成为多边环境协议的一个标准特征。但是，这些报告应采取什么样的格式则各不相同。第 29 条规定了缔约方的两个责任：

- 监测他们对于《名古屋议定书》的履行情况；
- 定期向作为缔约方会议的缔约方大会报告其为《名古屋议定书》采取的措施。

第 29 条规定的监测和报告将为《名古屋议定书》的缔约方审查执行《议定书》的总体情况和有效性提供支持，作为缔约方会议的缔约方大会已经预先说明了这一点（见第 18 条第 4 款、第 26 条第 4 款和第 31 条）。原则上，通过查明缔约方没有遵守《名古屋议定书》规定的义务的事例，第 29 条也可以对将来的遵守机制提供支持。

## B. 解释

国家通过成为《议定书》的缔约方接受了履行国际条约的义务，按照逻辑推论，监测和报告其《名古屋议定书》执行情况是国家应承担的责任。特别是在像《名古屋议定书》这样的情况下，也许更需要监测，因为很多义务并不是足够精确、清楚，而是条件性的，因而需要制定国内立法、行政、政策和机构性质的措施。

第 29 条规定的义务是收集国内采取的执行《议定书》的措施的信息，并与作为缔约方会议的缔约方大会分享这一信息。通常，报告会通过《名古屋议定书》的秘书处向作为缔约方会议的缔约方大会提交，并加以讨论。

提交报告的间隔时间由作为缔约方会议的缔约方大会决定，可能会决定《名古屋议定书》的缔约方必须在每次作为缔约方会议的缔约方大会的常会召开时提交。作为缔约方会议的缔约方大会也决定报告的格式和内容。这将有助于保证信息提供的方式是可比的，因而是有用的方式。

虽然监测和报告的义务是分开的，但是在实践中，它们是互相支持的：监测会为报告提供所需的信息；同时，提交报告的要求必然引发监测活动。它的一个副产品是，报告可能会引起有关监测方式的效用进行反馈，这样就能在将来予以改进。

## 第 30 条 促进遵守本《议定书》的程序和机制

作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应在其第 1 次会议上审议并核准旨在促进本《议定书》各项规定的遵守并对不遵守情事进行处理的合作程序和体制机制。这些程序和机制应列有酌情提供咨询意见或协助的规定。这些程序和机制应独立于、且不妨碍根据《公约》第 27 条订立的争端解决程序和机制。

## A. 背景

第 30 条指出需要建立一个促进缔约方遵守《名古屋议定书》的国际义务的机制。它指出促进遵守的程序和机制应在作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的第 1 次会议上审议并核准。

在《名古屋议定书》即将生效（见第 33 条）、作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会的第一次会议准备期间，《名古屋议定书》不限成员特设政府间委员会被授权讨论合作规则和机构机制以促进《议定书》的遵守，并处理不遵守的情况。

## B. 解释

第 30 条预先说明的遵守机制的重点是个体的缔约方对其在《名古屋议定书》下的义

务的遵守（包括第 15—18 条设立的义务）。因此它必须与旨在支持对国内的获取与惠益分享体系（第 15 条、第 16 条和第 17 条）的观察和实施获取与惠益分享合同事项的其他遵守条款有区别。

第 30 条预先说明的遵守机制可以有助于获得作为缔约方会议的缔约方大会的有效性审查的信息（见第 18 条第 4 款、第 26 条第 4 款和第 31 条）。同时，各缔约方根据第 29 条向作为缔约方会议的缔约方大会提交的国家报告可能会为将来的遵守机制工作提供重要的基础。原则上，这样的机制可以查明缔约方未遵守《议定书》义务的情况。发现不遵守的情况将依赖于所通过的遵守机制的内容而定。

《议定书》第 30 条采取了所谓的“赋权条款”。意思是说它还没有建立一个遵守机制，但是它为未来作为缔约方会议的缔约方大会建立这样的机制提供了基础和框架。这在多边环境协议中是一种常用的处理遵守问题的方式，例如《生物多样性公约》的《卡特赫纳生物安全《议定书》》（第 34 条）、《联合国气候变化框架公约》的《京都《议定书》》（第 18 条）、《持久性有机污染物斯德哥尔摩公约》（第 17 条）、《粮食和农业植物遗传资源国际条约》（第 21 条）和《在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》，以及其他条约。

### 专栏 33 其他多边环境协议建立的遵守机制的主要特征

#### ▪ 《维也纳公约蒙特利尔破坏臭氧层物质监管《议定书》》

在生效的多边环境协议中，《维也纳公约蒙特利尔破坏臭氧层物质监管议定书》具有最成熟的遵守机制。它是在《蒙特利尔议定书》第 8 条的基础上建立的，独立于、且不妨碍根据《议定书》的母条约《维也纳保护臭氧层公约》第 11 条制定的争端解决程序。

机制的核心是执行委员会，它是由缔约方会议按照公平的地理分布基础选出的 10 个缔约方的代表组成。委员会任期两年，可连任两届。委员会每两年召开一次会议。任何缔约方均可通过秘书处对另一缔约方执行《议定书》义务的情况提出任何保留，提请委员会注意它所经历的与自身执行相关的任何问题。此外，秘书处如果没有从相关缔约方处接到对它所关注到的可能的不遵守情况的满意解释，它可以提请委员会注意。

执行委员会对向它提交的问题做出考虑。它查明不遵守的可能原因。相关的缔约方必须参加委员会的评议。应相关缔约方的邀请，委员会可以就该问题收集更多的信息。在考虑具体情况的基础上，委员会对该问题建议一种友好的解决方式。它会向缔约方会议提交一份报告，概述其所作的建议。除了包含缔约方提交的机密信息，报告可以公开取得。相关的缔约方不能参加对建议或报告格式的表决，他们必须在嗣后向缔约方会议报告其所采取的任何根据建议所做的改善措施。

#### ▪ 《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》

《京都议定书》的遵守机制是 2001 年通过第 24/CP.7 号决定通过和建立的。履约委员会由一个促进部门（10 个成员）、一个执行部门（10 个成员）、一个主席团（4 个成员：每个部门的主席和副主席）和全会（20 个成员）组成。

促进部门的职责是向履行《京都议定书》的缔约方提供建议和技术帮助，促进缔约方遵守他们的承诺和处理决定中具体指出的有关执行的问题和遵守的技术帮助。执行部门的职责是决定附件一的缔约方是否未遵守在排放量限制或履行减排承诺以及方法和汇报方面的要求。

不遵守的后果包括宣布不遵守、制定履约计划、对发现不遵守的缔约方暂停其使用《京都议定书》下建立灵活机制的权利，包括碳排放交易。除了根据程序之外，没有规定申诉的条款。

▪ 《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》

根据缔约方大会第6次会议第VI/12号决定，促进执行和遵守《巴塞尔公约》的义务的机制于2002年建立。目标是便利、促进、监测和保障《公约》义务的执行和遵守。根据参考术语，机制的本质是非对抗性的、透明的、节约成本的和预防性的，它简单、灵活、不绑定、以帮助缔约方执行《巴塞尔公约》的条款为己任。它也致力于促进缔约方之间的合作。

管理该机制的委员会由缔约方提名并由缔约方大会根据联合国5个地区团体均公平地拥有地理代表的原则选出的15名成员组成。

缔约方可以就自身、其所关心的问题，或由于根据《公约》与该缔约方产生直接关系的另一缔约方的缘故而不能履约的问题向委员会提交呈件。只在某些具体情况下，秘书处也可以提交呈件。

▪ 《生物多样性公约》的《卡塔赫纳生物安全议定书》

《卡塔赫纳生物安全议定书》的履约机制是根据《议定书》第34条的赋权条款建立的，与《名古屋议定书》第30条逐字对应。它是根据作为《议定书》缔约方会议的《生物多样性公约》缔约方大会第1次会议第BS-I/7号决定于2004年建立的。2010年作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会第BS-V/1号决定对机制作了补充规定。

与大多数其他履约机制一样，该机制的目标是处理不遵守的情况并提供建议和帮助。同样，它的本质是简单、便利、非对抗性与合作，遵循透明性、公正、迅速和可预测的指导原则。它特别重视发展中国家和经济转型国家的缔约方的特殊需要，全面地考虑他们在执行《议定书》时面临的困难。

机制的职责由1个拥有15名成员（由缔约方提名和选举产生：从联合国5个地区小组中每组选取3名委员）的委员会来承担。委员应具有法律或技术专业知识和个人能力。委员会可以通过秘书处接受任何与履约相关的呈件，不管它们是缔约方就自身问题提交的呈件，还是由于另一缔约方的缘故而受到影响或可能会受到影响的缔约方提交的呈件。但是，除其他外，委员会还可以对基本的履约问题作出审查。

委员会应考虑那些嗣后必须参加委员会的讨论但不参加委员会提供的阐述和表决的相关缔约方提供的相关信息。它也可以从其他的来源寻求或接收相关的信息，如生物安全信息交换所和相关国际组织，和从生物安全专家花名册中的专家处寻求专业意见。委员会应维护《议定书》第21条认定的机密信息的机密性。

■ 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》

《粮食和农业植物遗传资源国际条约》管理机构第4次会议通过了包含促进遵守和处理不遵守问题的程序和操作机制的第2/2011号决议。机制的目标是促进对《国际条约》所有条款的遵守和处理不遵守的问题。这些程序和机制包括监测和在需要和请求的时候提供咨询或援助，包括法律咨询或法律援助，特别是向发展中国家和经济转型国家提供咨询或援助。

之前建立的履约委员会（2006年）仍然在根据2011年通过的细则履行其职责。委员会最多包括14名成员（粮农组织的每个地区不超过2人，缔约方不超过1人）。根据粮农组织7个地区的每个地区最多2名委员的原则，管理机构每4年进行一次选举。委员会成员应在遗传资源或与《国际条约》相关的其他领域具有公认的竞争力，包括法律和技术专业知识方面，他们的任职要没有偏见，并且具有个人能力。

委员会应通过秘书接受任何缔约方就自身或就另一缔约方，或管理机构与不遵守问题相关的呈件。如果发现某一缔约方有不遵守的情况，委员会可以提供咨询或促进援助（包括法律咨询或法律援助），要求或帮助相关的缔约方按照委员会和缔约方商定的时间表制定针对不遵守问题的行动计划，邀请缔约方向委员会提交就其为遵守《国际条约》的义务作出的努力的进展报告。同样，管理机构也可以根据委员会的建议，决定提供援助（包括法律、资金和技术援助），或根据《国际条约》的要求采取它认为适当的任何其他行动（包括能力建设在内）以完成其目标。

该机制的创新特征在于缔约方可以通过秘书，向委员会就自身对《国际条约》义务的执行情况提出声明和问题。委员会也应考虑管理机构的决定中指出的执行《国际条约》义务的任何问题。委员会可以拒绝考虑任何这种声明或问题，但应给出任何这种拒绝的理由。至于这些声明或问题，委员会可以只向管理机构提出建议，除非管理机构有其他具体的要求。

虽然《名古屋议定书》的遵守机制的确切属性还必须等待作为缔约方会议的缔约方大会的决定，但是可以注意在这个阶段，履约机制的核心常常是一个可以处理有关缔约方对《条约》义务的遵守情况问题的机构；也可以处理系统性的不遵守问题，也就是说，影响所有缔约方的履约的挑战。启动履约机制的情况可以是缔约方针对自己的问题，也可以是受另一缔约方的不遵守影响的问题。在一些具体的情形中，也包括了秘书处，以及履约机构本身或决策机构的有限的启动履约。在任何情况下，其他多边环境协议现有的机制都限制缔约方直接与履约决策机构直接接触。

### 专栏 34 制定未来遵守机制应考虑的一些可能因素和特征

目标：促进遵守，处理不遵守的事项，向缔约方提供咨询或帮助他们履约。

属性：机构可以具有法律约束力（条约的修正）或不具有法律约束力（管理机构的决定）。在现有机制中通常都会出现下列特征：具有成本效益的、非对抗的、非司法性的和合作的。

**机构架构：**通常是成立一个小的常务委员会，由政府提名经作为缔约方会议的缔约方大会选举的相关专家组织，要顾及公平的地域代表性，具有个人能力或者作为政府代表要公正，为了《议定书》的最佳利益。缔约方必须同意其构成人数（一般在10~25名），决定在缺乏一致意见的情况下，机构是否能够选举。

**启动主体：**不同的选择可以包括缔约方的自我启动、缔约方针对另一缔约方发起、决策机构启动、委员会启动和秘书处启动（只限于不遵守的某些情形）。此外，一些国家倡议公共和土著和地方社区也应该可以启动遵守程序〔在理论上是可行的，但在其他现有的履约机制下，一般没有这种实践（Koester, 2012, 第60条注意事项）〕。

**启动程序的信息：**可以包括由缔约方根据第29条提供的信息。对这一问题的讨论通常指向需要保证这种信息的可靠性。

**措施：**便利的措施通常包括技术和资金援助。在有些情况下缔约方可以同意更强有力的措施，比如在持续的不遵守情况下。

第30条要求作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会应在其第1次会议上审议并核准旨在促进遵守并对不遵守情事进行处理的合作程序和体制机制，在对作为《议定书》缔约方会议的缔约方大会授权的同时也制定了时间表。这使之成为一条有进步的赋权条款。第30条要求这些程序和机制提供咨询和协助的条款。这些是可以通过机制的一个促进部门实现的，或者是通过一个本质上非处罚性的而是促进性的机制来实现的，意思就是说这个机制要以促进缔约方的遵守为目标，并为此提供措施，这些措施不同于制裁，比如说资金和技术援助。

第30条还清楚地说明将来的履约条款应该与《生物多样性公约》第27条（同时也适用于《名古屋议定书》）订立的争端解决机制分开。不像争端解决程序，履约机制本质上是一个多边的非对抗性的、解决潜在不遵守情况的文书。另一方面，争端解决程序包含一个解决两个或以上缔约方就《条约》解释有关的冲突或分歧的法律和机构框架。值得注意的是，虽然大多数多边环境协议，比如说《生物多样性公约》，提供了争端解决程序，但是在实践中很少用到这些程序。

### 专栏 35 《生物多样性公约》第27条订立的争端解决程序

《生物多样性公约》第27条规定，缔约国之间在就《公约》（及其《议定书》），除非在这种文书中另有规定）的解释或适用方面发生争端时，有关的缔约国应通过谈判方式寻求解决。此外，第27条提供了解决冲突的“典型”方式，包括有约束力的和没有约束力的程序，但是很清楚地优先采用没有约束力的程序。

《名古屋议定书》第30条明确地指出应用《生物多样性公约》第27条订立的争端解决机制和程序。所以，在《名古屋议定书》缔约方就《议定书》的解释或适用产生争端时，相关缔约方应通过谈判寻求解决（第27条第1款）。如果相关的缔约方通过谈判无法达成协议，他们可以联合要求第三方进行斡旋或要求第三方出面调停（第27条第2款）。

在批准《名古屋议定书》时，一个国家可书面向保管者（联合国秘书长）声明，对按照以上未能解决的争端，它接受按照《生物多样性公约》附件二第 1 部分规定的程序进行仲裁和/或将争端提交国际法庭（第 27 条第 3 款）。如果争端各方尚未接受同一或任何程序，则这项争端应按照《生物多样性公约》附件二第 2 部分规定提交调解，除非缔约国另有协议。

## 第 31 条 评价与审查

作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会应在本《议定书》生效后 4 年对其有效性进行评估，随后并将根据作为本《议定书》缔约方会议的缔约方大会所确定的时间间隔进行评估。

### A. 背景

第 31 条为机构监测和监督《名古屋议定书》的执行和其有效性建立了基础。本条款与第 26 条第 4 款（描述了作为缔约方会议的缔约方大会的权限）和第 29 条（要求缔约方监测其履行义务的情况并相应地作出报告）相联系。第 31 条与《卡塔赫纳生物安全《议定书》第 35 条相似，但是，有一个重要的不同之处，第一次评价的日期和连续评价的时间间隔不一样。

### B. 解释

根据第 31 条，对《名古屋议定书》的有效性的评价和审查应由作为缔约方会议的缔约方大会集体进行。第 26 条第 4 款要求作为缔约方会议的缔约方大会审查《名古屋议定书》的执行情况，并做出促进有效执行的必要决定。开展评价和审查的机制和形式也由作为缔约方会议的缔约方大会决定。

第一次评价将在《议定书》生效 4 年后进行（见第 33 条）。连续评价的间隔期将由作为缔约方会议的缔约方大会决定<sup>109</sup>。

评价和审查程序可能一部分依据缔约方根据第 29 条就《名古屋议定书》的执行提交的国家报告的信息。但是，其他的信息来源（如获取与惠益分享利益攸关方提交的呈件）也可能在评价中起一定的作用。

重要的是要注意到第 31 条订立的评价和审查的目标与第 30 条建立的遵守机制的目标

<sup>109</sup> 我们注意到，《卡塔赫纳生物安全议定书》订立的第一次评价是在其生效 5 年以后，而接下来后续审查和评价是以 5 年为一个时间周期，这一点很有意思。

有根本的不同。第 31 条的评价的目的是检查《名古屋议定书》的有效性，不是个别缔约方履行义务的情况。但是，评价和审查程序的结果可以为将来的履约机制的工作提供重要的信息。相反地，第 30 条的促进遵守的程序和机制也可以作为第 31 条的评价和审查的信息来源。

## 第 32 条 签署

本《议定书》应自 2011 年 2 月 2 日至 2012 年 2 月 1 日在纽约联合国总部开放供《公约》的缔约方签署。

### A. 背景

第 32 条具体说明了哪些实体可以签署《名古屋议定书》。此外，它为签署作出了安排，设立了时间表。

一般来说，如果国际条约要求批准、接受、核准或加入，那么签署国际条约对相关国家并没有约束效力。但是，通过签署国际条约，国家发出了一个重要的政治信号，因为它宣布了自己愿意受条约引起的义务约束的意图。

### B. 解释

根据第 32 条，《名古屋议定书》开放供签署的时间具体到 2012 年 2 月 1 日截止。如果这个日期之后，有国家想要成为缔约方，他们可以通过向保管者提交加入书（见《生物多样性公约》第 35 条第 1 款）。《名古屋议定书》的保管者是联合国秘书长（见《生物多样性公约》第 41 条）。

截至 2012 年 2 月 2 日，《名古屋议定书》共收到 92 份签名，包括欧盟在内的区域经济一体化组织缔约方。但是，为了让《议定书》具有法律约束力，国家/区域经济一体化组织必须批准、接受、核准或加入《名古屋议定书》（见第 33 条）。

在签署《名古屋议定书》之后，通常希望相关的国家/区域经济一体化组织在国家层面采取相应的步骤，提交他们的批准、接受、核准或加入文书。根据《维也纳条约法公约》（第 18 条），国家/区域经济一体化组织在签署之后有责任控制违反《议定书》目标和意图（第 1 条有详细说明）的行动。

有意思的一点是要注意到，《卡塔赫纳生物安全议定书》允许所有国家签署《议定书》，而相对的是，《名古屋议定书》只允许《生物多样性公约》的缔约方签署。不过，在《卡塔赫纳生物安全议定书》下，只有《生物多样性公约》的缔约方才能真正成为缔约方，《名古屋议定书》也是这一情况。

### 专栏 36 保管者的职责

根据《维也纳条约法公约》第 77 条第 1 款，保管者的职能，除非条约中另有规定或缔约国另有协议，特别包括：

- (a) 保管条约约文之正本及任何送交保管机关之全权证书；
- (b) 备就约文正本之正式副本及条约所规定之条约其他语文本，并将其分送当事国及有权成为条约当事国之国家；
- (c) 接收条约之签署及接收并保管有关条约之文书，通知及公文；
- (d) 审查条约之签署及有关条约之任何文书、通知或公文是否妥善，如有必要并将此事提请关系国家注意；
- (e) 将有关条约之行为，通知及公文转告条约当事国及有权成为条约当事国之国家；
- (f) 于条约生效所需数目之签署或批准书、接受书、同意书或加入书已收到或交存时，转告有权成为条约当事国之国家；
- (g) 向联合国秘书处登记条约；
- (h) 担任本《公约》其他规定所订明之职务。

## 第 33 条 生效

1. 本《议定书》应自业已成为《公约》缔约方的国家或区域经济一体化组织交存了第 50 份批准、接受、核准或加入文书之日后第 90 天起生效。

2. 对于在本条第 1 款所述交存第 50 份文书之后批准、接受或核准或加入本《议定书》的国家或区域经济一体化组织，本《议定书》应自该国或该区域经济一体化组织交存其批准、接受、核准或加入文书之日后第 90 天起生效，或自《公约》对该国或该区域经济一体化组织生效之日起生效，以两者中较迟者为准。

3. 为本条第 1 款和第 2 款的目的，区域经济一体化组织交存的任何文书不应视为该组织成员国所交存文书之外的额外文书。

### A. 背景

在《名古屋议定书》生效以前，条文对《议定书》的缔约方没有约束力。《《维也纳条约法公约》》第 24 条阐明了条约生效的形式和时间取决于缔约方的意图。因此，大多数的国际条约包括了规定只有在最低数量的国家批准以后条约才生效的条款，即使其他的国家没有批准，条约仍然生效。

第 33 条确立了《名古屋议定书》生效的正式要求。依据各国各自的国内要求，批准、加入、接受或核准《议定书》的程序也不一样。但是，在每种情况下，为了接受《议定书》

的约束，一个国家或区域经济一体化组织需要交存批准、加入、接受或核准的文书。只有《议定书》在某个国家或区域经济一体化组织生效以后，该国/区域经济一体化组织才拥有《议定书》缔约方的身份。

第 33 条讲到了三个不同的问题：

- a. 《议定书》本身生效成为有约束力的法律文书（第 33 条第 1 款）；
- b. 《议定书》在单独的国家生效，或具有约束力（第 33 条第 2 款）；
- c. 如何计算区域经济一体化组织交存的文书。

## B. 解释

**1. 本《议定书》应自业已成为《公约》缔约方的国家或区域经济一体化组织交存了第 50 份批准、接受、核准或加入文书之日后第 90 天起生效。**

第 33 条第 1 款决定了《名古屋议定书》生效的日期，也就是在 50 个《生物多样性公约》缔约方向保管者——联合国秘书长（《生物多样性公约》第 41 条）交存了他们的批准、接受、核准或加入文书 90 天以后。在实践中，批准、接受、核准或加入文书将存放在纽约联合国总部的联合国法律事务办公室条约处。

在前 50 个国家批准、接受、核准或加入《名古屋议定书》之后，《议定书》根据第 33 条第 1 款的规定生效。

**2. 对于在本条第 1 款所述交存第 50 份文书之后批准、接受或核准或加入本《议定书》的国家或区域经济一体化组织，本《议定书》应自该国或该区域经济一体化组织交存其批准、接受、核准或加入文书之日后第 90 天起生效，或自《公约》对该国或该区域经济一体化组织生效之日起生效，以两者中较迟者为准。**

根据第 33 条第 2 款，在交存第 50 份文书之后交存批准、接受、核准或加入文书的国家或区域一体化组织，其生效的时间不同。

如果一个国家或区域经济一体化组织已经是《生物多样性公约》的缔约方，《名古屋议定书》将在其批准、接受、核准或加入《议定书》的文书交存 90 天后生效。如果一个国家或区域经济一体化组织在这个期间成为《生物多样性公约》的缔约方，也适用于这一条件。

如果国家或区域经济一体化组织还不是《生物多样性公约》的缔约方，那么即使它递交了《议定书》要求的批准等诸如此类的文书，《议定书》也只能在其接受《生物多样性公约》约束之日起生效。

所以，为了成为《名古屋议定书》的缔约方，《生物多样性公约》必须在那个国家或区域经济一体化组织生效。这一点遵循了《生物多样性公约》的要求，只有《生物多样性公约》的缔约方才能成为它的《议定书》的缔约方（《生物多样性公约》第 32 条第 1 款）。

有意思的一点是，要注意到《卡塔赫纳生物安全议定书》第 37 条第 2 款并没有提第 50 份文书的交存，而是提的《议定书》生效，即第 50 份交存 90 天以后。所以，对那些在第 50 份文书之后、但是在实际生效 90 天之前批准、接受或核准《议定书》的缔约方来说，就存在一个监管空隙。《名古屋议定书》通过第 33 条第 2 款的用词避免了这一监

管空隙。

3. 为本条第 1 款和第 2 款的目的, 区域经济一体化组织交存的任何文书不应视为该组织成员国所交存文书之外的额外文书。

第 33 条第 3 款澄清了如果区域经济一体化组织的成员国已经交存了批准、接受、核准或加入文书, 那么该组织交存的文书不计入生效。例如, 如果一个欧盟成员国交存了批准、接受、核准或加入文书, 那么由欧盟交存的文书就不视为第 33 条第 1 款和第 2 款所规定的文书之外的额外文书。

## 第 34 条 保留

不得对本《议定书》作任何保留。

### A. 背景

《名古屋议定书》第 34 条逐字复述了《卡塔赫纳生物安全议定书》第 38 条的规定, 而《生物多样性公约》第 37 条也有几乎完全一样的条款。根据《维也纳条约法公约》第 2 条, 保留是一个国家在签署、批准、接受、核准或加入一个条约是所作的单方面声明, 宣布在该国适用时, 排除或修改条约的某些条款的法律效力。保留必须清楚地说明, 也有能在稍后作出。但是, 可以撤销保留。

### B. 解释

根据《维也纳公约》第 19 条, 国家可以提出保留除非条约禁止。第 34 条排除了保留, 《生物多样性公约》和《卡塔赫纳生物安全《议定书》》也同样如此。因此, 成为《名古屋议定书》缔约方的国家必须接受全部的条款, 受其约束。

制定这一严格条件的原因也许是为了保持《名古屋议定书》各种义务之间的平衡, 如果缔约方有权保留的话, 可能会威胁这种平衡。此外, 它避免了缔约方对要遵守的义务进行挑选。

## 第 35 条 退出

1. 自本《议定书》对一缔约方生效之日起两年后, 该缔约方可随时通过向保存人发出书面通知, 退出本《议定书》。

2. 任何此种退出应在保存人收到退出通知之日起一年后生效, 或在退出通知中可能指明的一个更晚日期生效。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 35 条的约文与《卡塔赫纳生物安全议定书》第 39 条完全一样，与《生物多样性公约》第 38 条第 1 款和第 2 款相似。《维也纳条约法公约》第 54 条 (a) 指出，在符合条约条款的情况下，缔约方可以退出条约。

## B. 解释

第 35 条规定了《名古屋议定书》的退出。根据第 35 条第 1 款，缔约方可以在《议定书》生效两年之后随时退出《议定书》。此外，它预先说明要向保存人发出退出决定的书面通知之后方能退出。

第 35 条第 2 款规定退出在收到通知一年后生效或在退出通知中可能指明的更晚日期生效。

根据《生物多样性公约》第 38 条，退出《生物多样性公约》本身自动引发也是《议定书》缔约方的国家退出任何《议定书》。这一点符合《生物多样性公约》第 32 条的规定，只有《生物多样性公约》的缔约方才能成为《议定书》的缔约方。重要的是要注意到，这一点并不适用于反之亦然。因此，退出《名古屋议定书》对一个国家的《生物多样性公约》缔约方地位没有影响。

## 第 36 条 作准文本

本《议定书》的正本应交存于联合国秘书长，其阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文和西班牙文文本均同等作准。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 36 条的用语与《卡塔赫纳生物安全议定书》第 40 条完全一样，而与《生物多样性公约》第 42 条只是稍有不同。规定国际条约的作准文本的条款是一条标准条款，通常放在每个国际文书的最末处。

## B. 解释

第 36 条预先说明《名古屋议定书》的所有作准文本具有同样的权威性，设定《议定书》的术语在每个作准文本中具有相同的意思。

但是，不同语言版本的作准文本之间有时也会有不一致的地方。在这种情况下，只能

根据《生物多样性公约》第 29 条对《生物多样性公约》和其《议定书》的修订的规定，通过协商对一个或多个版本进行修正来解决不一致的问题。

《名古屋议定书》以联合国和《生物多样性公约》的 6 种正式语言进行协调并获得通过。要增加一种作准版本，就需要对第 36 条作出修订。

### 专栏 37 法语作准文本

2010 年 12 月 14 日由联合国秘书长颁布的《名古屋议定书》正本和认证副本的法语版本包含了一些大的翻译错误。一些《生物多样性公约》缔约方对英语和法语版本的不同表示反对，包括说法语的非洲国家、欧盟和其成员国、加拿大以及其他国家。他们要求更正错误，并把它列为一个将来签署《议定书》的明确的条件。

《维也纳条约法公约》对修正条约认证副本的错误作出了规定。《维也纳条约法公约》第 79 条第 2—4 款提出：

“2. 条约如设有保管机关，该机关应将此项错误及更正此项错误之提议通知各签署国及缔约国，并应规定对提议之更正提出反对之适当期限。如在期限届满时：

(a) 尚无反对提出，则保管机关应即在约文上作此更正加以草签，并制成关于订正约文之纪事录，将该纪事录一份递送各当事国及有权成为条约当事国之国家；

(b) 已有反对提出，则保管机关应将此项反对递送各签署国及缔约国。

遇认证约文有两种以上之语言，而其中有不一致之处，经签署国和缔约国协议应予更正时，第一项和第二项的规则亦适用。

除签署国和缔约国另有决定外，更正约文应自始取代有误约文。”

相应地，作为保存人的联合国秘书长于 2011 年 3 月 18 日提议对《名古屋议定书》的法语版本的本上和认证副本作出上述更正。到 2011 年 6 月 16 日为提出反对所提议的更正的通知的截止日期，没有人向秘书长告知反对意见。因此，秘书长对《议定书》（法语版）的本上和通过保存通知流通的认证副本作出了所要求的更正。有误的约文自此被取代，从而不再相关。

## 附件 货币和非货币性惠益

1. 货币惠益可包括，但不仅限于：

- (a) 获取费/对收集的或用其他方法获得的每一样本收费；
- (b) 预付费；
- (c) 阶段性付费；
- (d) 版权费；
- (e) 对商业化收取的许可证费；
- (f) 向资助保护和可持续利用生物多样性的信托基金支付的特别费用；

- (g) 薪金和共同商定的优惠条件;
  - (h) 研究资助;
  - (i) 合资企业;
  - (j) 相关知识产权的共同所有权。
2. 非货币性惠益可包括, 但不限于:
- (a) 分享研究和开发成果;
  - (b) 在科研和开发项目, 特别是在生物技术研究活动中进行协调、合作和提供捐助, 可能的情况下在提供遗传资源的缔约方国内开展;
  - (c) 参与产品开发;
  - (d) 在教育 and 培训方面进行协调, 合作和提供捐助;
  - (e) 允许利用遗传资源移地设施和数据库;
  - (f) 根据公正和最有利的条件, 包括按照商定的减让和优惠条件向遗传资源的提供者转让知识和技术, 特别是利用遗传资源的知识和技术, 包括生物技术, 或同保护和可持续利用生物多样性有关的知识和技术;
  - (g) 加强技术转让的能力。
  - (h) 体制能力建设;
  - (i) 人力和物力资源, 以加强获取规章的管理和执行能力;
  - (j) 由提供遗传资源的国家充分参与的同遗传资源有关的培训, 在可能的情况下在这些国家国内举办培训;
  - (k) 获得同保护和可持续利用生物多样性, 包括生物名录和分类研究有关的科学信息;
  - (l) 对当地经济的贡献;
  - (m) 针对优先需要开展研究, 如健康和粮食安全, 考虑到提供遗传资源的缔约方国内遗传资源的利用情况;
  - (n) 可以通过获取与惠益分享协定以及随后的合作活动建立的机构和业务关系;
  - (o) 粮食和生计保障惠益;
  - (p) 社会认可;
  - (q) 相关知识产权的共同所有权。

## A. 背景

《名古屋议定书》第 5 条第 4 款规定利用遗传资源以及嗣后的应用和商业化所产生的惠益可以包括货币和非货币性惠益。《议定书》的附件列出了可能的货币和非货币惠益, 这些惠益是基于 2002 年的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》附件二所列的惠益。附件并非试图穷尽所有可能的惠益或提倡哪些惠益分享应优先, 而是通过列举广泛和多样的惠益分享形式以突出双方在协商共同商定条件时可以选择的多种分享方式和方法。

## B. 解释

### 1. 货币惠益可包括，但不仅限于：

- (a) 获取费/对收集的或用其他方法获得的每一样本收费；
- (b) 预付费；
- (c) 阶段性付费；
- (d) 版权费；
- (e) 对商业化收取的许可证费；
- (f) 向资助保护和可持续利用生物多样性的信托基金支付的特别费用；
- (g) 薪金和共同商定的优惠条件；
- (h) 研究资助；
- (i) 合资企业；
- (j) 相关知识产权的共同所有权。

《名古屋议定书》的附件列举了多种类型的货币惠益，是指因利用遗传资源进行研究、开发及嗣后应用所产生的利益。获取费和预付款，如果不是太昂贵的话可以为实施获取与惠益分享制度提供一定资金支持，并确保获取申请的严肃性，但又不至于使申请者望而却步。在研发过程中出现特定的成果或参考点时，可以规定支付里程碑式的惠益分享款。该类型的货币惠益支付的优点是双方承认利用遗传资源产生的惠益或特别的惠益的可能性，而这些利益在研发阶段一般是不清楚的。同样，许可证费是在商业化利用，共有如专利和其他等知识产权的情况下进行规定，在许可第三方使用知识产权时收取许可使用费。

附件还提到能够促进资源提供方、使用方和第三方如何一起合作的货币惠益。例如，如果存在持久的研发合作或嗣后的生产或商业或利用，薪金或其他共同商定的商业条款可能对在地方层面促进长期的增值的合作关系很重要。合资企业可能对建立公平、公正的商业关系是非常有价值的方法。这些合资有时候还包括共同拥有知识产权所有权的条款。

最后，附件还包括了能够帮助遗传资源保护和可持续利用的货币惠益的建议。例如，建立信托基金和指定研究基金来支持如遗传资源调查、动植物分类、自然保护战略和可持续管理计划等研究活动。在地区层面，建立社区基金可以用来保护传统做法或促进可持续使用和保护的好的做法，以及支持推动地方可持续发展目标和战略的项目活动。

### 2. 非货币性惠益可包括，但不仅限于：

- (a) 分享研究和开发成果；
- (b) 在科研和开发项目，特别是在生物技术研究活动中进行协调、合作和提供捐助，可能的情况下在提供遗传资源的缔约方国内开展；
- (c) 参与产品开发；
- (d) 在教育和培训方面进行协调，合作和提供捐助；
- (e) 允许利用遗传资源移地设施和数据库；
- (f) 根据公正和最有利的条件，包括按照商定的减让和优惠条件向遗传资源的提供者转让知识和技术，特别是利用遗传资源的知识和技术，包括生物技术，或同保护和可持续

利用生物多样性有关的知识和技术；

(g) 加强技术转让的能力。

(h) 体制能力建设；

(i) 人力和物力资源，以加强获取规章的管理和执行能力；

(j) 由提供遗传资源的国家充分参与的同遗传资源有关的培训，在可能的情况下在这些国家国内举办培训；

(k) 获得同保护和可持续利用生物多样性，包括生物名录和分类研究有关的科学信息；

(l) 对当地经济的贡献；

(m) 针对优先需要开展研究，如健康和粮食安全，考虑到提供遗传资源的缔约方国内遗传资源的利用情况；

(n) 可以通过获取与惠益分享协定以及随后的合作活动建立的机构和业务关系；

(o) 粮食和生计保障惠益；

(p) 社会认可；

(q) 相关知识产权的共同所有权。

非货币性惠益包括遗传资源利用产生的其他可以与遗传资源提供方和其他利益攸关方根据具体的情况分享的成果。这些惠益包括研究与开发的成果，与生物多样性有关的研究与开发的技术成果；有关保护、管理和稳定价值的生物多样性的信息；其他能够支持和促进《生物多样性公约》目标实现的能力建设和贡献活动。在许多情况下，由于这些非货币化的惠益与促进地方保护生物多样性及其可持续利用更为直接与及时，非货币化惠益可能是获取与惠益分享制度最为有价值的贡献。

附件提到的非货币化惠益大致可以分为四大类。第一类主要是囊括遗传资源缔约方或其他在缔约方在内的利益攸关方可以积极参与和推动或遗传资源的利用的不同方法。《名古屋议定书》特别要求缔约方“在科学和技术的研究与开发上进行合作”作为实现公正、公平分享遗传资源利用产生的惠益的方法之一。附件中提到的合作方法包括机构间在研究与开发的合作，以及与遗传资源提供方在可能的情况下共同进行这样的研究与开发。而且，附件还提到合作是承认和促进地方专业、知识和机构能力的方式，包括共有知识产权和分享嗣后产生的货币化惠益。

第二类包括信息交换和技术转让。保护生物多样性和可持续利用其组成部分面临的主要挑战之一就是缺乏对生物多样性丰富的发展中国家的知识以及它们潜在的科学或商业的应用。在这种背景下，分享研究与开发的成果和科学信息（包括生物名录列表和分类研究，允许利用遗传资源的移地设施和数据库以及能够开拓遗传资源利用合作的机构和业务关系）是获取与惠益分享制度所产生的非货币化惠益中关键组成部分。

与缺乏生物多样性知识紧密联系的另一挑战是很难获得与评估和利用遗传资源相关的技术。《名古屋议定书》的附件因此提及惠益包括按照国际市场优惠的条件和商定的受让条件转让技术。附件还建议优先转让利用遗传资源的知识和技术，包括生物技术，或与保护和可持续利用生物多样性有关的技术。

第三类非货币化的惠益主要是指培训和能力建设的活动。把此类培训作为遗传资源利用产生的惠益并非暗示地方缺乏对自身现有的能力和技术的认知。事实上，附件拟强调在

教育培训中充分地使地方相关利益方参与到与遗传资源有关的培训。附件建议这些培训活动要促进技术转让，提升机构的能力，以及提供人力和资金资源以支持获取法律规定的实施。

附件提到的第四类即最后一类非货币化的惠益包括支持地方可持续发展的工作。正如在货币化惠益的一节提到，只有在产品被开发后并有持续的来自生物多样性的自然材料的供应才会产生与遗传资源利用有关的重要利益。在这种情况下，可以构建一些商业关系鼓励在供应链上分享非货币化的惠益。根据附件，非货币化利益包括对地方积极的贡献，粮食与生计保障的惠益和社会认可。

## 七 未来展望

《名古屋议定书》在历经六年的谈判之后终于获得通过，这对于《生物多样性公约》的执行是极其重要的一步，在很多方面都具有战略意义。

首先，《名古屋议定书》使国际社会更加关注《生物多样性公约》的第三个目标。与其他两个目标（生物多样性的保护和对其组成部分的可持续利用）相比，获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生的惠益常常被当做《生物多样性公约》框架内的一个“孤儿”，相应地，在国家层面对《生物多样性公约》的执行方面也是如此。《生物多样性公约》下这样一个特别关注获取与惠益分享的《议定书》的通过使第三个目标与其他目标处于平等的基础上，在国际层面也使三者变得完整统一。但是，在《生物多样性公约》和它的《名古屋议定书》实际执行的国家和地方层面，还需要提高这种意识。

其次，《名古屋议定书》为遗传资源的提供者 and 使用者拥有更大的法律确定性和透明度提供了坚实的基础，这也极大地推动了《生物多样性公约》的获取与惠益分享目标的实现。但是，《名古屋议定书》必须要在至少 50 个《生物多样性公约》缔约方批准、接受、核准或加入之后才能生效（第 33 条）。只有那时《议定书》的义务才对缔约方具有约束力。在国际范围内生效是执行《议定书》的一个关键要求，此外，《议定书》的实际执行仍然需要缔约方制定必要的区域、国内和/或地方立法、行政和政策措施。

第三，必须认识到作为《生物多样性公约》的一个《议定书》，《名古屋议定书》是为执行《生物多样性公约》的获取与惠益分享条款的文书（第 4 条第 4 款）。因此，《生物多样性公约》为《议定书》提供了实质、制度和程序基础（UEBT 生物贸易伦理联盟，2010a）。但是《议定书》也认识到特定的遗传资源的特殊属性和独特特征，可能需要单独制定获取与惠益分享解决方案。因此，它提供了制定其他专门的获取与惠益分享协议的机会，同时强调了在执行《议定书》时，与这些其他的文书相互支持的重要性。所以缔约方在制定其国内获取与惠益分享机制时需要考虑现有的或未来的专门性获取与惠益分享协议。换句话说，国内获取与惠益分享措施需要足够灵活以适应未来的专门性协议。

此外，《名古屋议定书》促使了《2011—2020 年生物多样性战略计划》（包括爱知目标（Aichi Targets），以及为支持《公约》三大目标的完成的资源调动战略）的一揽子协议的最终通过。尤其是《名古屋议定书》和《战略计划》的执行之间的密切联系，已经超越了这样一个事实，不再是二者都是一揽子谈判方案中的一部分那么简单了。事实上，《战略计划》包括了其下的战略目标 D（提高生物多样性和生态系统带来的惠益）爱知目标 16，它专门处理获取与惠益分享问题，并预见到 2015 年，《名古屋议定书》已生效，并根据国家立法予以实施<sup>110</sup>。同时，其战略目标 E（通过参与性规划、知识管理和能力建设加强执行

<sup>110</sup> 《生物多样性公约》第 10 次缔约方大会第 X/2 号决定：《2011—2020 年生物多样性战略计划》。

工作) 爱知目标 17 展望, 到 2015 年, 各缔约方已拟定、通过, 并且作为政策工具开始执行有效、参与性和增订的国家生物多样性战略和行动计划<sup>111</sup>。为此, 缔约方必须确保这些国家生物多样性战略和行动计划为执行《公约》的所有三个目标、其相关条款和准则提供有效的和增订的国家框架<sup>112</sup>。因此, 根据《战略计划》, 《生物多样性公约》缔约方除了为《名古屋议定书》生效提供计划, 还应为其实际的执行提供计划。此外, 他们必须制定新的国家生物多样性战略和行动计划或修改现有的计划以支持《名古屋议定书》的执行。

在这种背景下, 《名古屋议定书》在国内的执行不管对发展中国家来说, 还是对发达国家来说都是一种挑战。下一个部分将据此提供一些基本的指南, 要记住, 每个国家和其具体的获取与惠益分享情况都不一样。但是, 为了便利《名古屋议定书》的执行而采取的适当的获取与惠益分享政策/战略、获取与惠益分享立法和监管要求, 以及获取与惠益分享的机构方面, 仍然可以找到一些共同之处。

## A. 获取与惠益分享政策/战略

正如刚才所提到的, 国家和/地区的适当的政策或战略将会便利《名古屋议定书》的执行。《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》对此加以强调。它指出: “获取与惠益分享制度, 应以国家或地区范围内的全面获取与惠益分享战略为基础。”(第 22 段) 由于还没有这种获取与惠益分享政策的理想形式、政策的具体内容, 或者甚至是制定过程, 以下的思考可以作为基本指南加以参考。

### 1. 形式

制定获取与惠益分享政策时, 可以让它作为只关注获取与惠益分享的独立的文书, 也可以是像国家生物多样性战略和行动计划这样的更广泛的生物多样性政策的一个有机部分。对于后者, 在国家生物多样性战略和行动计划中融合获取与惠益分享政策可能会引起不同的意见:

- 国家生物多样性战略和行动计划能带来更大的政治关注度;
- 强调《生物多样性公约》的三个目标 (保护生物多样性、可持续利用其组成部分和获取与惠益分享) 同等重要;
- 考虑到《生物多样性公约》的三个目标是相联系的, 也需要互相联系以确保其有效性;
- 在国家范围内促进更关注生物多样性相关的政策框架, 以获得更大的效率;
- 为达成爱知目标 16 (《名古屋议定书》的实施) 和 17 (通过新的或对现有的国家生物多样性战略和行动计划进行修订和增订) 提供协同配合;
- 确保以更全面的方式对生物多样性进行管理。

不管一个国家采取什么样的方法, 重要的是要确保国家的获取与惠益分享政策和包括

<sup>111</sup> 《生物多样性公约》第 10 次缔约方大会第 X/2 号决定: 《2011—2020 年生物多样性战略计划》。

<sup>112</sup> 《生物多样性公约》第 9 次缔约方大会第 IX/8 号决定, 8 (a): 审查《战略计划》目标 2 和 3 的执行。

科技、自然资源管理和土著和地方社区等在内的一系列更广泛的政策是相互支持的。

关于制定国家生物多样性战略和行动计划，要注意到，目前大部分国家只关注《生物多样性公约》的第一个和第二个目标（Prip et al., 2010, 第 48 页），这一点很有意思。保护工具和机制，特别是保护区域在国家生物多样性战略和行动计划中占据了首要位置。此外，也谈到了可持续使用的问题，虽然是以非常概略的方式表述。与此相反，获取与惠益分享虽然是《生物多样性公约》的第三个目标，却常常缺失或被忽视。

尽管如此，新的《战略计划》的实施，特别是制定新的或对现有的国家生物多样性战略和行动计划进行修订和增订，提供了一个明确的机会，让“潮流”恢复其本来的方向，采取获取与惠益分享政策和实践，使之与现有的保护区、森林和海洋资源保护等框架和谐共存。在处理如生物和遗传资源、土地所有权和土著和地方社区、贸易和知识产权法律、产业政策，以及获取与惠益分享原则与处理专门性国际义务的如《粮食和农业植物遗传资源国际条约》和世界卫生组织或世界知识产权组织引起的新兴问题的国内立法和政策之间的互动等复杂问题的时候要寻求协同，避免引起争端。

## 2. 制定过程

制定获取与惠益分享政策的实际过程依赖于国家现有的立法和政策框架（如强制性公开信息和咨询过程）以及其具体的获取与惠益分享情况（如国内土著和地方社区的存在或国内私有部门和科学团体的利益）。不过，在起草统一的获取与惠益分享政策/战略的时候，可以考虑下面的步进式方式（针对各国的具体情况需要进一步改进）。

### ■ 形势分析

第一步，需要根据《名古屋议定书》包含的原则和义务对国内的获取与惠益分享形势作出分析。对执行《议定书》可以采用的不同文书的作用，它们的可行性和成本效率要加以评估。换句话说，在通过政策和具体的方案之前，要了解获取与惠益分享的现状和所有方案可能具有的效果。

### ■ 参与性过程

作为形势分析的一部分，应公开征求所有获取与惠益分享利益攸关方的意见，以查明《议定书》可能带来的影响，搜集不同的利益攸关方群体有关执行《议定书》面临的实际挑战的具体想法。对有关特定利益攸关方利益的透明度问题，这种征求意见不应是匿名的。事实上，应邀请征询的参与者通过注册和签署行为准则向公众提供有关其自身的相关信息。

### ■ 信息提供

与形势分析和参与性过程同样重要的是，国内所有获取与惠益分享利益攸关方，包括土著和地方社区（如果有的话）、研究、产业和不同的政府部门（如卫生、农业、司法、贸易和科学）都应获得《名古屋议定书》的总体情况、其具体义务和执行的具体方案。应通过便利多方利益攸关方对话的获取与惠益分享圆桌会议提高意识和信息共享。这种对话会非常有用，因为它们提供了一个机会，可以收集有关《议定书》执行的更多的选择方案。信息共享也应作为公共征询过程的一个有机部分而存在。

### 专栏 38 与《名古屋议定书》公开征询有关的问题

对《名古屋议定书》的公开征询，可能提起下列问题：

- 关于《议定书》建立的获取与惠益分享机制生效所引起的新的法律形势，利益攸关方有什么样的担心？
  - 为了提供更大的法律确定性，便利使用者和提供者之间的联系，可以预见哪些执行措施？
    - 在某个具体领域执行《名古屋议定书》的管理负担和成本可以预测吗？如果可以的话，可以采取什么样的方法来最大限度地减少这种成本？
    - 为了确保遵守建立了事先知情同意的程序和条件的提供者所在国的现有立法，使用者会遇到什么样的问题/挑战？
      - 有些使用者/提供者是否已经建立了共同商定条件的标准条款或合同范本？如果是，请具体说明。
      - 在使用者和提供者的交易中，目前就获取与分享利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益是否有这样的实践和安排？如果是，请具体说明。
      - 使用者和提供者在执行这种安排的时候有何优势，会遇到什么挑战？
      - 目前用来监测获取与惠益分享条款遵守的自愿检查点，如果有的话，有哪些类型？
      - 现有的立法有没有在某一具体领域、主题范围和附属部分可以适用于《名古屋议定书》涵盖的问题？如果有，请具体说明该立法是否需要作出改变。
      - 地区间和谐一致的方法对于有效地执行《名古屋议定书》和其在国家范围内的目标是否是必要的？
        - 为了便利在全球范围内以商用和/或非商业用途为目的的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的获取，在《名古屋议定书》框架内，与主要的提供者/使用者基于双边或区域基础谈判条件是否会有优势？
        - 《名古屋议定书》的执行如何能影响其他的国际文书和程序，如世界卫生组织、世界知识产权组织和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》？
        - 是否有必要特别为了获取与惠益分享目的建立新的制度或程序？如果是，需要什么程序？
        - 程序和检查点的哪些特征可以确保使用者和提供者，以及国家公共职能部门的管理负担最小化？

来源：改编自欧盟委员会就欧盟批准和执行《名古屋议定书》进行的公众征求意见过程中使用的问卷。

#### ▪ 知情的决策

根据形势分析的结果，应该做出合理的决定来制定获取与惠益分享政策。也就是说，一方面要充分执行《名古屋议定书》，另一方面又不能强加给任何特定的获取与惠益分享利益攸关方群体不适当的负担，所以，决定必须要在二者之间找到平衡点。此外，为了确保获取与惠益分享政策符合形势的发展，从而保持其相关性，需要定期监测和审查。这种

审查应提供有关《名古屋议定书》执行经验、挑战和机会的额外的/新的信息，这样又可以为下一轮的决策提供建议。

### 3. 内容

获取与惠益分享政策的目的是创造有利于制定更深入的立法、政策和行政措施的连贯的框架，以便国内对环境无害的遗传资源的获取，阐明与这些资源有关的传统知识的获取（如果有的话），确保公正和公平分享利用遗传资源及与其相关的传统知识产生的惠益分享，为遵守其他国家的获取与惠益分享机制创造条件。在这方面，决策者在制定获取与惠益分享政策时，应考虑到不仅仅把它作为“保护”自然资源的文书。除此之外，他们还应把这个看作一个“主动出击”的机会，促进国家的生物多样性和生态系统服务的社会经济价值，建立一个可以吸引生物技术投资、建立战略伙伴关系的框架，最大限度地进行研究开发与开发等。

获取与惠益分享政策的具体内容同样也依赖于具体国家的获取与惠益分享环境。在任何情况下，牢记以下几点都很重要。

- 《名古屋议定书》包括具体针对提供者的义务，也包括其他只针对使用者的义务。但是，每个国家都是遗传资源的潜在提供者和使用者的；换句话说，提供者并不一定都是发展中国家，而使用者也不仅仅限于工业化国家。

- 各国对其遗传资源拥有主权。因此，国内获取与惠益分享机制并不是一定要求事先知情同意，也可以提供不附加条件自由获取遗传资源。

- 有些遗传资源和传统知识是某个国家所特有的，有些则是跨境的。

- 一个国家的文化特征需要代表性（如土著和地方社区的状况和他们与政府当局的具体关系）。

- 国内获取与惠益分享机制需要建立在《名古屋议定书》包含的义务之上，但是也需要足够灵活，以考虑到专门性获取与惠益分享协议（如《粮食和农业植物遗传资源国际条约》）和正在进行的与获取与惠益分享相关的国际程序（如世界知识产权组织、世界卫生组织和世界贸易组织下）所规定的义务。

#### 专栏 39 设计获取与惠益分享政策的理念

获取与惠益分享政策应根据以下部分进行构建。

##### 展望

获取与惠益分享政策的展望可以说明国家希望达成的总体、长期目标。例如，可以展望国家的遗传资源，以及与这些资源相关的传统知识的利用是可持续的，并且是为了现在和子孙后代的利益而加以保护。

##### 目标

与展望相适应的短期目标可以是提供一个框架，以制定国内立法、政策和行政措施，建立一个生态可持续利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识成功贸易体系的基础，使经济、社会和环境效益最大化。

### 原则

一套基本的原则可以更深入地量化这个目标，为新的和对现有的和获取与惠益分享相关的立法、政策和行政措施的修订提供指导。这些措施应：

- 重视以商业化和非商业化目的，包括保护生物多样性的目的利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识；
- 为无歧视和环境友好地获取国家的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识提供便利；
- 建立一个公正和公平地分享利用国家的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识产生的惠益分享的体系；
- 如果在其他国家管辖范围内利用了他们的遗传资源或与遗传资源相关的传统知识，支持遵守其他国家的获取与惠益分享机制；
- 确保与其他国内政策和策略（如与保护区、森林和海洋，或技术转让）相关的获取与惠益分享程序透明、清楚和有效。

### 主题、目标和行动

此外，政策的执行可能通过清楚的目标和一系列按主题组织的具体的行动点加以引导，这些主题在国家未来的立法、政策和行政措施中需要涉及，例如

- 主题 1：获取国家的遗传资源和与遗传资源相关的传统知识；
- 主题 2：公正和公平地分享其利用产生的惠益分享；
- 主题 3：遵守其他国家的获取与惠益分享机制；
- 主题 4：与其他国家合作；
- 主题 5：交流、教育和意识；
- 主题 6：财政机制；
- 主题 7：评估和审查。

## B. 获取与惠益分享立法、政策或行政措施

根据缔约方是一元论或二元论国家，国际协议规定的义务可能自动生效。一般来说，在一个纯粹一元论的国家，批准国际条约后其义务自动纳入国家法律。二元论国家认为国家法律和国际法是不同的，因此要求将国际法转化为国内法使其完全成为国内法的一部分。重要的是要注意到不管国家会遵循哪个法律原则（纯一元论、纯二元论，或是二者的混合），对《名古屋议定书》的批准只标志着其执行过程的开始（Koester, 2012, 第 31 页）。事实上，《名古屋议定书》的很多条款要求国家采取适当的国内立法、政策或行政措施。在实践中，这意味着，他们没有足够具体到可以直接在国家或地区范围内直接应用。

同时，国家采取这些措施的义务又为其执行《议定书》提供了巨大的灵活性。虽然这可能会导致国与国之间形成不同的获取与惠益分享框架，但是不管是发展中国家，还是发达国家，其总体的获取与惠益分享机制有极大的可能拥有一些共同之处。特别是，他们可能（Glowka, 1998, 第 24 页）：

- 制定具体的原则、目标和定义；
- 确认适用范围、澄清遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的法律状态；
- 决定获取遗传资源时是否要求事先知情同意；
- 概述决定获取的程序（如果有的话）；
- 提供有关公正和公平的惠益分享的准则、规则和程序；
- 包括监测和遵守机制；
- 建立或指定适当的机构以分享与获取与惠益分享相关的信息（包括关于土著和地方社区的信息，如果有的话）、批准获取、协商和实施惠益分享，以及监测和检查遵守情况。

利用现有的公共参与过程和标准合同法可以完成执行获取与惠益分享概念的必要的国内机制。

### 1. 原则和目标

国内获取与惠益分享措施中可以强调的获取与惠益分享根本原则可能包括（Glowka, 1998, 第 27 页）：

- 国家对其管辖范围内的自然资源拥有主权和决定是否获取遗传资源的权利；
- 获取遗传资源需要得到主管当局的事先知情同意和共同商定条件（如果国家决定不能自由获取）；
- 承认土著和地方社区对其与遗传资源相关的传统知识的权利（如果有的话）；
- 承认土著和地方社区对其持有的遗传资源的权利（如果有的话）；
- 破坏提供国的事先知情同意和共同商定条件，在国家管辖范围内利用遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识的非法性；
- 获取遗传资源与保护或可持续利用立法的统一；
- 预防措施的适用；
- 惠益分享的目标，包括保护和可持续利用生物多样性、技术转让和能力建设；
- 对可以考虑哪些惠益的指示性指南；
- 与其他国家合作以促进惠益分享，确保遵守。

通过获取与惠益分享措施可以达成的目标可以包括（Glowka, 1998, 第 27 页）：

- 以相互支持的方式执行《名古屋议定书》和其他专门性获取与惠益分享文书；
- 建立参与性计划程序以处理获取与惠益分享问题；
- 促进获取决定过程的透明度（如果有的话）；
- 与提供者公平地分享利用遗传资源和与遗传资源相关的传统知识产生的惠益（如果有的话）；
- 监测提供国的获取与惠益分享立法遵守情况汇报；
- 保护生物多样性和可持续利用其组成部分；
- 将惠益再次投入生物多样性保护；
- 刺激经济、社会、科学和技术伙伴关系和发展（如使保护区成为科研中心）；
- 为国际合作提供法律和制度框架。

## 2. 定义

定义是另外一个澄清获取与惠益分享背景下一些关键术语公认的具体含义的重要文书。在很多情况下，起草者不需要发明新的定义，因为他们可以从现有的文件中提出这些定义（Glowka, 1998, 第 28 页），例如《生物多样性公约》或《名古屋议定书》。对那些担负着在其国家范围内执行获取与惠益分享任务的国家来说，《议定书》中的定义极其需要澄清。

《议定书》清楚表明国内获取与惠益分享措施中可以有针对性生物（生物化学化合物）的措施。如果一个国家决定这样做，它的获取与惠益分享框架可以得到《议定书》的条款的支持。虽然使用了不同的定义（和技术），但是获取与惠益分享的一些立法、政策和行政措施已经在其“范围”内包含了衍生物（或生物化学化合物），从而也适用于一般的事先知情同意、共同商定条件和惠益分享等获取与惠益分享机制。举例来说，《哥斯达黎加生物多样性法》（生物化学化合物）、《菲律宾行政令》（副产品和衍生物）、《安第斯共同体第 391 号决定》（衍生物）、《不丹生物多样性法》（生物化学化合物）和《澳大利亚环境保护和生物多样性保育规则》（生物化学化合物）就属于这种情况（Cabrera Medaglia, 2004）。

但是，也有批评说对术语“遗传资源”及其在决定获取措施的范围时的含义缺少清楚的表述。特别是，《生物多样性公约》中包含的定义被指责为缺少法律准确性。就像反对获取生物资源一样，什么时候可以获取遗传资源并不总是非常清楚的，同样，对什么时候可以利用遗传资源以及它是否构成一个不同的阶段这些也不清楚。

从国家的角度来看，在获取与惠益分享措施中融入“利用”一词，并按照《名古屋议定书》的要求加以定义可以使这些措施的范围更清楚，更有法律确定性，并改善执行情况。因为“利用”的概念可以作为一个具体的指标，清楚地测试出某个具体活动是否由《议定书》（或《生物多样性公约》第 15 条）涵盖或管理，以及分享惠益的义务何时会触发（Cabrera Medaglia, 2004）。换句话说，是以利用遗传资源为目的的获取可能触发事先知情同意要求，而利用遗传资源则构成了基于共同商定条件的惠益分享的基础。因此，《议定书》中采用的“利用”的概念可以被视为正常运转的获取与惠益分享体系的基础（Tvedt and Rukundo, 2010）。

重要的是要注意到尽管术语“利用”在建立一个正常运转的获取与惠益分享体系中具有法律相关性，但是只有少数获取与惠益分享措施中定义了这个术语（关于“利用”在于起草和执行能发挥作用的获取与惠益分享体系中的角色的问题，参见 Tvedt and Young, 2007; Cabrera Medaglia and López Silva, 2007）。利用遗传资源在《议定书》第 2 条中被定义为“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”。《议定书》没有如之前讨论时预想的那样包含一个研究和开发种类的清单<sup>113</sup>。不过，关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组提交的清单可以作为参考指示。

---

<sup>113</sup> 见获取与惠益分享不限名额特设工作组，官方文件第 7/2 号。关于概念、术语、工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议的报告。联合国文件 UNEP/《生物多样性公约》/WG-获取与惠益分享/7/2（2008）号。

### 3. 范围

恰当地定义获取与惠益分享措施适用的范围对其未来的成功关系极大。虽然规定范围的实际约文可能非常简短，但是它一般都需要决定获取与惠益分享措施是否适用于以下情况（Glowka, 1998, 第 29 页）：

- 材料（遗传资源的种类和来源）和信息（传统知识和数据库）；
- 地理分布区域（领陆、领水、海域）；
- 利用的类型（商业化或非商业化）；
- 行动者（自然人和法人、国民和非国民）。

在这方面，《名古屋议定书》第 3 条起着指南的作用，因为它特别有助于设定措施的临时范围的界限。也就是说，它会处理措施何时适用，对其涵盖的活动和遗传资源有什么影响，在《议定书》生效之前确立的异地收集情况，以及不溯及既往的问题和遗传资源的新利用等问题。

### 4. 获取要求

需要再次说明的是，国家有权决定获取其遗传资源是否需要事先知情同意，这是国家对其自然资源的主权。但是，重要的是要理解如果提供遗传资源的缔约方的获取与惠益分享措施没有提到事先知情同意要求，这种不提起并不表示缔约方不要求事先知情同意。“除非该缔约方另有决定”的表达方式（《名古屋议定书》第 6 条第 1 款）暗示，事先知情同意是标准规范，除非提供方另有决定。因此，不要求事先知情同意的国家，包括那些传统上对遗传资源的获取没有规定的国家，应对此问题作出明确的表态。

另外，提供方可以自由决定何时要求事先知情同意，何时不要求。例如，它可以决定获取前的事先知情同意适用于：

- 所有遗传资源；
- 只是个别类别的遗传资源（见 Glowka et al., 1994, 第 81 页），这种情况有很多例子：要获取的遗传资源位于土著和地方社区的土地上；要获取的遗传资源是在国家承认土著和地方社区占有的国有土地上；要获取的遗传资源不是国家所有，而是另一个实体所有，比如说一个私有地主。

- 所有目的的获取，也就是说，商业化和非商业化的研究；
- 某些目的，如只是商业化目的。

对非商业化研究免除事先知情同意要求的决定可以根据要开展的研究的性质来决定。例如，它可以从研究结果是不是很难有商业化潜力还是可以轻易转化为商业化应用来区分研究是不是纯粹基础性研究。但是，要在非商业化和商业化研究之间画出一条清晰的界限，仍然是极其困难的事情，所以对要求事先知情同意的国家来说，可以适当采取以下措施：

- 根据《名古屋议定书》第 8 条（a）的要求为非商业化研究设立简化的程序；
- 为可能发生的目的的改变（研究开始是非商业性的目的）设定一个条款，规定目的改变后要求重新协商事先知情同意和共同商定条件；
- 鼓励使用新的信息技术体系和行为准则追踪样本，以监测第三方对样本的使用；

- 对公共领域的研究成果采取短期和长期措施，也就是说，在公共领域公布数据之前，要求他们有机会查找数据的所有权，只要他们不改变或封锁或推迟发布；

- 预先规划能力建设和培训，这样他们也可以在将来利用研究成果。

## 5. 获取决定过程

如果国家决定要求事先知情同意，就必须确定一个快速有效的获取决定过程，这个过程要符合《名古屋议定书》第 6 条第 3 款规定的国际获取标准。获取决定过程可以分为 5 个主要阶段（又见 Glowka, 1998, 第 55 页）：

- 向主管当局提出申请：需要决定申请者应提供的具体信息。

- 审查获取申请：获取与惠益分享措施需要提供透明和非任意性的审查过程。

- 达成共同商定条件：需要搞清楚申请必须与谁商谈共同商定条件，什么时候商谈以及达成协议需要的最低标准（最终）。

- 获取决定：获取与惠益分享措施需要具体说明判决申请依据的标准，决定在一个具体的合理的时间范围内给出书面允许（指出最终结果）或书面拒绝（指出导致负面决定的原因）。

- 申诉：还需要决定申诉是否要通过现有的行政程序来处理，以及申诉可以根据哪个程序性和/或实质性依据。

### 专栏 40 哥斯达黎加第 31514 号法令中列出的事先知情同意申请的要素

- 研究、生物勘探或经济开发的目的。

- 进行研究或开发的选址。

- 将进入场所的研究人员、生物勘探人员或授权人员的数目以及如何确定他们的身份（如果需要土著和地方社区成员做向导，在双方同意的情况下，应按要求雇用并支付报酬给土著和地方社区成员）。

- 感兴趣的材料的种类和确切的数量。

- 遗传或生物化学成分或资源的潜在目的地及其随后的目的地。

- 收集或开发材料的方法。

- 在可应用的情况下，提取的样品的初始价格（样品的价格和数量是决定计划投入预算比例的基础）。

- 整个过程将持续的确切时间以及要进入获取地址的次数。

- 感兴趣方在进行任何发布、程序或对资源进一步利用的时候都会提供资源和相关知识的原产地证明的正式承诺。

- 就与遗传和生物化学组成部分和生物多样性资源的特征、质量、使用、程序和管理相关的知识进行交换以及这种知识如何为物种和生态系统的保护作出贡献而达成的条件。

- 就任何其他条件达成的协议，这些条件是由实践或土著和地方社区的参与过程的结果表明所要求的。

- 对知识产权的明确表示，将尊重土著和地方社区的相关知识、实践和创新，正如国家对独特的社区知识产权的立法体系所确定的一样。
- 如果需要，就可能进行的对获取的文化冲击的研究达成的一致协议。
- 就技术转让的种类和方式达成协议，并就国家对口部门、土著和地方社区和资源的提供方提供来自研究、生物勘探或经济开发的信息达成的协议。
- 就公平地分配环境、经济、社会、科学或精神惠益，包括从获取的材料中得到的任何产品和附属产品在短期、中期和长期可能产生的商业利益所达成的协议（技术办公室将根据《生物多样性公约》的第三个目标验证这些条件是否完成）。
  - 惠益分配的确切条件。
  - 应特别强调应尽可能在双方平等参与的情况下给予事先知情同意。
  - 提供者和申请者的签名和指纹。
  - 双方同意的其他条件。

来源：根据第 31514 号法令，关于获取遗传和生物化学资源，和生物多样性组成部分的一般规则

有两种可能的获取程序组织方式可以减少成本和时间（Kamau et al., 2010, 第 260 页）<sup>114</sup>。

- 程序统一——意思就是说管理当局就颁发获取许可的程序和条件进行协调合作以避免有自相矛盾的要求和等待期延长。这样做可以在申请者提交事先知情同意申请的同时，相关机构就可以进行处理并统一决定和许可证附带的条件。最适当的做法应该是指定一个机构来统一和合并申请的发布、接收意见、举行听证会和起草决定。

- 全面统一——包括发证程序的统一，把相关的许可证合并为一个许可证。它意味着申请者只需向管理当局提交一次申请，但要求是他/她必须提交其他许可证所需的所有数据和文件（按照相关机构的规定）。他们不需要让其他的负责机构对申请提出意见，也不用关心正常情况下他们需要适用的材料标准，授权的管理当局可以全权做出决定，也包括对任何其他许可证的决定。

## 6. 惠益分享的准则、规则和程序

《名古屋议定书》第 5 条包含了几个解释和建立在《生物多样性公约》惠益分享条款基础上的条款，包括分享惠益的义务，这种义务向随后的来自遗传资源申请和商业化的惠益的延伸，对土著和地方社区对遗传资源和与遗传资源相关的传统知识的权利的承认。在这方面，第 5 条是《名古屋议定书》的一个值得注意的成就。但是，通过对国内获取与惠益分享措施的进一步解释和说明，仍然可以为一些问题带来益处。除了澄清协商共同商定条件的过程和需要达到的最低标准之外，获取与惠益分享措施还有以下特征。

### (1) 保证和促进公正和公平的惠益分享的要求、程序和激励

对提供国来说，可能需要惠益分享的承诺，或者甚至在申请获取遗传资源的时候有具体的惠益要求。例如，巴西立法规定，获取遗传资源的请求如果明显地具有商业化利用的

<sup>114</sup> 这些方式在 Kamau and Winter, 2009, 第 371—373 页中有详细讨论。

可能性,那么只有在签订利用遗传资源和惠益分享合同之后才能得到授权<sup>115</sup>。在埃塞俄比亚,获取与惠益分享立法要求基于遗传资源的研究,只要可能,都要在国内进行,并且有当地专家的参与<sup>116</sup>。至于利用由土著和地方社区持有的遗传资源或与遗传资源相关的传统知识引起的惠益,提供国采取的措施可以包括更好地帮助土著和地方社区保护和控制他们的知识的特别立法措施或要求某些数据要在协商之时提交给社区,以确保惠益分享的安排是公正、公平和知情的。

关于所谓的使用国措施,第5条可以被视为《名古屋议定书》中一组促进对国内获取与惠益分享要求遵守的条款的一部分。使用国为了保证公正和公平的惠益分享可以采取的潜在措施包括采取立法、政策和行政措施,监测和执行遗传资源和/或与这些资源相关的传统知识在研究、开发和以生物多样性为基础的产品的商业化只能在公正和公平的惠益分享条件下进行。这种措施的一个例子是对专利申请的披露要求。很多国家已经以不同的形式引入了这些要求,有人提议,修改世界贸易组织的《与贸易相关的知识产权协定》,要求专利申请时有义务披露遗传资源的原产地和事先知情同意和共同商定条件的证据。

此外,《名古屋议定书》第5条第1款规定的公正和公平的惠益分享义务可以被认为是以生物多样性为基础的活动的最佳做法的基准。随着公众对生物多样性的重要性的认识和消费者对生物多样性相关的活动中的伦理实践的兴趣日益增长,这种认识可以支撑对不同的参与者在推动惠益分享列入国内监管要求,以及在标准、行为准则和实地实践中考虑惠益分享所起的作用的讨论。

#### (2) 与遗传资源相关的传统知识的惠益分享过程(如果有的话)以及保障措施

到目前为止,还没有国家采取《名古屋议定书》第5条第5款预示的措施(不管是立法的还是其他的措施)来建立一个体系,保证在非缔约方利用土著和地方社区与遗传资源相关的传统知识的时候也能得到惠益分享。所以,目前没有示范法或其他措施可以提供启发。

适合第5条第5款的国内措施可能在极大程度上依赖于执行第7条的获取条款的有效性。该条款的可操作性依赖于引导潜在的使用者到相关的获取点,也就是说,发展了传统知识的土著和地方社区的相关负责机构。这种引导很重要,因为有时候要确认土著和地方社区内部谁有权给予获取同意,可能会很困难。一般来说,土著人民有具体的规范、习惯法或更现代的手段来管理传统知识应授权给谁,谁有权决定给予获取,但是当地社区并不一定有确定的社会结构清楚地表明谁是群体的代言人。在这种情况下,要确认相关的获取点就很困难。此外,对已经在相关社区外广泛传播的与遗传资源相关的传统知识的继续利用也是如此。

如果使用者可以被成功地引导至相关的获取点,如通过国内注册,一般情况下会在合同安排中概述他们的惠益分享义务。在这种情况下,常规的行政和合同实施措施应足够充分以确保对惠益分享协议的遵守。另一方面,如果使用者没有被成功地引导至相关的获取

<sup>115</sup> 巴西,临时法第2.186-16号,2011年8月23日,遗传资源管理委员会第1号、第2号、第3号、第4号、第6号和第7号技术导向阐明,但遗传资源管理委员会在第26条、第29条和第21条(第28条和第30条决议修订)决议中注明的例外。

<sup>116</sup> 埃塞俄比亚,第482/2006号宣言——《获取遗传资源和社区知识和社区权利宣言》。

点,可能就会出现惠益分享协议严重缺失的情况。要处理这种情况,可以在立法措施中要求只能通过相关社区的同意,才能获取传统知识。

另一个挑战是《名古屋议定书》没有定义“利用传统知识”这个术语。与遗传资源相关的传统知识的利用有多种方式,可能不只会影响到如何分享惠益,还会影响到是否触发了惠益分享义务。在《生物多样性公约》中,与遗传资源相关的传统知识有关的惠益分享的目的在于承认并回报土著和地方社区的知识、创新和实践对遗传资源研究和开发的贡献,这一点似乎很明确。但是在实践中,很多法律和利益攸关方却有不同的看法和方式,如在某些情况下,传统医药中对某一植物的利用引起了研究者对其生物化学化合物的兴趣,即使其发现的和商业化的特征与这种植物的传统利用毫无关系。

由与遗传资源相关的传统知识引起的特殊挑战还有几个社区和/或跨境(当这些社区位于不同国家时)共同分享这些知识的情况。在这种情况下会产生几个问题:在其他社区也共同持有与遗传资源相关的传统知识的情况下,如何避免发生一个社区获得所有惠益的情况?如果不同的社区以不同的方式利用同样的遗传资源,应该怎么做?如果使用者对某个遗传资源产生兴趣是因为某个社区在使用而最后的结果却反映了另一个社区对资源的使用,在这种情况下应该怎么做<sup>117</sup>?

### (3) 引导惠益用于保护生物多样性和可持续利用其组成部分

关于《名古屋议定书》第9条的执行,对缔约方来说,重要的是要考虑到地区、国家和本地现有的经验。例如,在哥斯达黎加,国家生物多样性研究所负责生物多样性和生物勘探过程的管理,促进了把获取与惠益分享作为对生物多样性保护的激励和财政支持来源的运作。国家生物多样性研究所在它的商业性研究合作预算中增加了“保护费用”。由此,所有生物勘探预算的10%和使用费的50%贡献给了环境和能源部。

另外一种可能是利用保护和可持续利用生物多样性信托基金或更广泛的可持续发展项目。例如,《安第斯共同体第391号决定》旨在促进成员国就与遗传资源保护和可持续利用相关的共同关心的问题合作,包括安第斯遗传资源委员会,它被授权处理跨境资源和建立一个可能的安第斯基金用于保护遗传资源。在南非,国家植物研究所和美国博尔园艺公司的一项协议预计将一项信托基金的成功产品中得到的使用费投资于发展当地园艺和保护以及在收集区域的乡村发展项目(《生物多样性公约》,2008)。

但是,在基金使用方面,对基于某个项目而不是直接与利用生物多样性或相关知识产生的惠益的流动是否能有效地刺激可持续利用或保护也有质疑。同样,如果惠益集中在生态系统、物种或遗传资源所在地,这些惠益可能会对它们产生更大的影响。例如,哥伦比亚南太平洋地区采取了措施通过基于生物多样性的增值产品促进本地的可持续发展。这些措施把重点放在了莫雷阿金鸡纳树上,这种树对于保护该地区的水土和防止土壤侵蚀具有重要的作用。树的果实可以用于制造一种蜡,目前仍在进行工艺改良、配方合成、建立供应链和寻找市场,可能会用于化妆品和其他应用。考虑到本地社区与民间社会组织的参与

<sup>117</sup> 谈判《名古屋议定书》的代表们注意到了跨境传统知识所遇到的挑战。但是,最终只是简单地认为这些问题技术性太强,无法在相对来说概括性的《议定书》条文中予以说明。与跨境传统知识相关的复杂问题必须通过相关国家之间的双边或多边协议加以解决。因此,第11条第2款只是简单地号召缔约方在执行《名古屋议定书》的时候,应相互合作解决与跨境传统知识相关的问题。

和投资，在这些努力中，我们很容易看出它可以保证惠益流回参与价值链的人和群体，并对本地经济作出贡献，由此可以为保护提供更多的激励，同时对当地的发展也带来更重大的影响。

一般来说，应考虑制定一系列的措施来提高保护、可持续利用和惠益分享之间的联系。例如，大家已经认同在保护区促进获取与惠益分享可以为保护和可持续利用作出贡献。因为保护区已经在联系社区和生物多样性方面扮演了重要的角色（如见联合国环境规划署，2011；见 Lausche, 2011）。而且，由于保护区正日益成为日渐消失的栖息地、物种和遗传资源的储存库，他们对生物勘探有着与生俱来的兴趣（联合国大学高级研究所，2003）。促使获取与惠益分享和保护区之间建立联系的措施的一个例子是南非克鲁格—大峡谷生物圈保护区生态文化社区规约的制定，后来导致了布希巴克里克奇传统治疗师协会的成立和一项获取与惠益分享协议的谈判。

其他的措施可以与《名古屋议定书》附件中所列出的非货币性惠益相联系。可以鼓励获取与惠益分享协议或与获取与惠益分享相关的项目对保护和可持续利用其遗传资源的能力建设加以考虑。促进获取或与保护和可持续利用生物多样性相关的科技信息也很很重要。

(4) 对国家管辖范围内达成的共同商定条件引起的争议，有寻求法律帮助的机会

对《名古屋议定书》第 19 条和第 14 条 3 (b) 示范合同条款的执行，在为由共同商定条件引起的争议提供诉诸法律的机会方面将作出巨大的贡献。这种示范条款可以由多边或地区和双边共同制定。

同样，在使用国和提供国制定与诉诸司法、适用法律和争端解决机制[《名古屋议定书》第 18 条第 1 款和第 18 条 3 (a)]的国内法律可以为缔约方大力促进遵守获取与惠益分享合同安排提供支持。在这方面，缔约方可以在其国内措施中要求获取与惠益分享合同方在合同中包含管辖范围和适用法律的具体条款，甚至于缔约方决定这种措施的内容的依据，为什么认为这是对潜在的争端的最适当的、最好的解决方式。这种做法也可以促进国内对这个概念的具体要素的定义。

虽然很难把《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥胡斯公约》应用于《名古屋议定书》，因为两个条约所针对的是完全不同的情况，但是《议定书》的缔约方在执行诉诸司法的概念之时可以从《奥胡斯公约》中汲取灵感。在这方面，诉诸司法可以理解为要求使用国采取有效的措施，以确保提供国可以诉诸其立法体系以寻求补偿。还可以包括一项对违反国家法律的行为诉诸行政或司法程序的义务，也可以设想给予更广大的人群在法庭上或任何独立和公正的机构，如申诉专员面前对违反国家法律的行为提起诉讼的权利。这些人群可以包括非政府组织和土著和地方社区。重要的是，它还可以要求国家有责任确保采取这种行动的成本不会太过于昂贵。

此外，要执行《名古屋议定书》第 18 条 3 (b)，还没有这样做的缔约方应考虑批准国际上制定的不同具有法律约束力的文书以促进国际私法的统一，建立外国裁判和仲裁决定可以据此得到认可和执行的条例。

(5) 生物勘探领域活跃的国家产业和科学部门有义务订立示范条款和自我约束的规定, 如行为规范和最佳做法, 以保证公正和公平的惠益分享

缔约方可以采取不同的方式执行《名古屋议定书》第 19 条。例如, 他们可以就建立示范条款采取主动方式。这可能需要开展范围调查以确定参与获取和利用遗传资源的不同行业部门, 包括非商业化研究、医药产业、植物繁育、食品生产和加工、生物技术、农业、香水和化妆品, 以及虫害防治。之后缔约方需要确认各部门将如何利用遗传资源, 以及利用的潜在可能和以订立适当的示范条款为目的利用。例如, 在非商业化研究部门, 遗传资源通常简单地用于创造新的知识、分类学体系和对生活的世界的更好的理解。在其他情况下, 比如说开发疫苗, 遗传资源可能会真的成为最终成品的一部分。同样, 在有些情况下, 可能会利用遗传资源的全部或一部分, 而在其他情况下, 遗传资源可能只是仅仅作为一个信息来源(如 DNA 代码或基因序列), 或者甚至可能以某种模式被合成或复制(如香水)。可以对各部门现在使用的合同进行分析, 提取出示范条款。然后再建议并订立额外的示范条款。

另外一种可以被称为“自下而上”的方式。缔约方需要鼓励各个行业部门提出现有的示范条款并订立他们认为适当的新条款。事实上, 由相关行业部门参与和制定的行业示范条款往往比政府强加的条款更有用。缔约方需要仔细考虑应该怎样去做, 可能会优先支持和发展被公认为最需惠益分享和遵守的领域。此外, 缔约方需要定期鼓励更新示范条款以反映利用遗传资源的科技发展, 以及积极地对利用的方式进行评估。

要订立的示范条款内容可以包括促进非商业利用目的的获取、争端解决、在具体的使用链和部门构成利用的定义, 利用的改变和/或商业化, 和针对具体部门的货币和非货币化惠益分享的指示性清单<sup>118</sup>。

此外, 自愿准则是支持《名古屋议定书》执行的宝贵工具<sup>119</sup>。首先, 即使是有国际协议和国家执行立法, 但仍然很需要对获取与惠益分享政策和做法的进一步指引。不同类型的使用者(包括植物园、学术研究者和私有公司)出于不同的目的(研究或商业化)在不同的领域(如农业、生物技术、医药和个人护理)对多种遗传资源(如动物、植物和微生物)进行了利用。因而提供更具体的获取与惠益分享准则和工具的自愿标准可能对定义、补充和便利更广泛的获取与惠益分享措施的执行至关重要)。而且, 考虑到达成《名古屋议定书》的政治差异和妥协后的约文所遗留的问题, 自愿准则可以赋权给利益攸关方, 以达成共同目标, 并为提高他们对政策过程的贡献提供有用的平台。

至于示范条款, 缔约方可以采取不同的方式鼓励制定、使用和更新自愿标准。他们可以选择积极确认参与获取和利用遗传资源的主要部门, 对每个部门使用的标准进行审查, 必要的时候支持适当的新标准的订立。不管怎么说, 如果是由于单独的行业部门自下而上建立的, 这些标准设定工具会更确切、更有效。

#### (6) 监测和遵守

遵守获取与惠益分享措施是《名古屋议定书》的核心问题。根据第 15 条和第 16 条,

<sup>118</sup> 《生物多样性公约》秘书处正在开发一个网站, 收集示范条款和协议, 网站地址 [www.cbd.int/abs/resources/contracts](http://www.cbd.int/abs/resources/contracts)。

<sup>119</sup> 很多行业部门已经开始制定最佳做法标准和行为准则, [www.cbd.int/abs/instruments](http://www.cbd.int/abs/instruments)。

各缔约方有义务采取措施保证在其管辖范围内利用的遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识是在遵守提供国的获取与惠益分享立法的条件下获取的。这种方式在国际环境法中没有先例，在执行方面造成了很大的挑战。特别是它意味着立法现状的真正改变，即实施只是制定法律的国家的责任，因而，提供国在法律中提供的弥补和制裁措施不能应用在境外。

重要的是要记住每个国家都同时是遗传资源的潜在提供者 and 使用者。因此，对《名古屋议定书》的全面执行要求各缔约方，无论是发展中国家还是发达国家，都要采取必要的措施执行第5条（惠益分享）和第6条（获取）和第15—18条预示的监测和遵守措施。

关于后者，国内获取与惠益分享措施需要从两个方面来处理遵守问题：遵守国家自己的获取与惠益分享机制和第三国的获取与惠益分享机制。一般情况下，适当的获取与惠益分享框架将在立法中规定监测和实施。这种监测条款可以针对至少三个参与者：政府、监测获取与惠益分享程序的国家当局和寻找获取与惠益分享协议的法人或自然人。但是，对发展中国家和发达国家来讲，制定适当的使用者措施都是起草获取与惠益分享措施的最大挑战之一。保证遵守第三国获取与惠益分享立法的措施可以包括：

- 利用遗传资源或与遗传资源相关的传统知识的时候，禁止违反提供国的获取与惠益分享立法；
- 建立遗传资源或与遗传资源相关的传统知识的使用者尽职的义务；
- 建立第三方认证；
- 制定具体行业的行为守则和准则，及解释参与获取与惠益分享的步骤和利益攸关方的跨部门准则；
- 创造监测遗传资源贷款、交换和利用的透明体系，包括有义务提供所利用的材料的提供国或材料来源国的信息；
- 对破坏第三国的获取与惠益分享立法的适当制裁和处罚；
- 对违反提供国获取与惠益分享法律的案件进行合作。

#### 专栏 41 理解可能的获取与惠益分享的尽职体系

尽职义务可以建立在对违反提供国的获取与惠益分享要求利用遗传资源或与这些资源相关的传统知识的情况的全面禁止基础之上。要支持这一禁令，尽职体系可以建立具体的标准，要求其管辖范围内的所有使用者在不同的获取与惠益分享阶段必须达到。这些标准的设立需要确定对第三国获取与惠益分享立法尽可能地遵守。同时，每个使用者有责任建立内部系统收集提供国有关获取与惠益分享立法和遵守标准完成情况的信息，以验证相关的事实和评估在具体的提供国与遗传资源或与这些资源相关的传统知识的利用相关的风险。

这样，使用国的监测和实施重点可以放在检查尽职要求遵守情况上面。监测尽职体系的建立和执行体系的法律责任可以转让给经认证的具体的实体来做。最后，政府当局可以集中监测这些经认证的实体，并对其管辖范围内的使用者进行随机检查。

此外,《名古屋议定书》第 17 条 1 (a) 要求各缔约方有义务指定一个以上的有效检查点,便利对利用遗传资源的监测。检查点对遵守第三国的获取与惠益分享立法的监测可以包括:

- 专利申请程序;
- 产品批准程序;
- 与拨付公共研究基金相关的程序;
- 学术出版的标准。

除了指定检查点,国内的使用者措施还应阐明检查点的具体作用和职能。例如,应决定是否所有遗传资源的进口都需接受指定检查点的监测,或者现有的检查机构是否有权以点对点的方式随机检验是否遵守了提供国的国内获取与惠益分享立法。此外,国内措施应精确地定义使用者需要提供/披露什么信息 [第 17 条 1 (a) (ii)], 检查点怎样进行收集和检查[第 17 条 1 (a) (i) ], 如果没有提供必要的信息,会有什么样的具体后果/制裁。第 17 条第 4 款指出了这些信息的种类,因为它列出了国际公认的遵守证书至少应包括的信息。

要注意到有意思的一点是有些国家(发达国家和发展中国家)已经在其国家法律中加入了披露信息的要求。这样的例子包括巴西、哥斯达黎加、丹麦、埃及、德国、挪威、新西兰、罗马尼亚、西班牙、瑞典、瑞士和印度。在地区层面,欧洲共同体已经选择了自愿披露,而安第斯共同体则采取了强制义务的形式。但是,有一点是清楚的,就是很多这样的披露要求还需要进一步完善以满足第 17 条规定的所有要求。

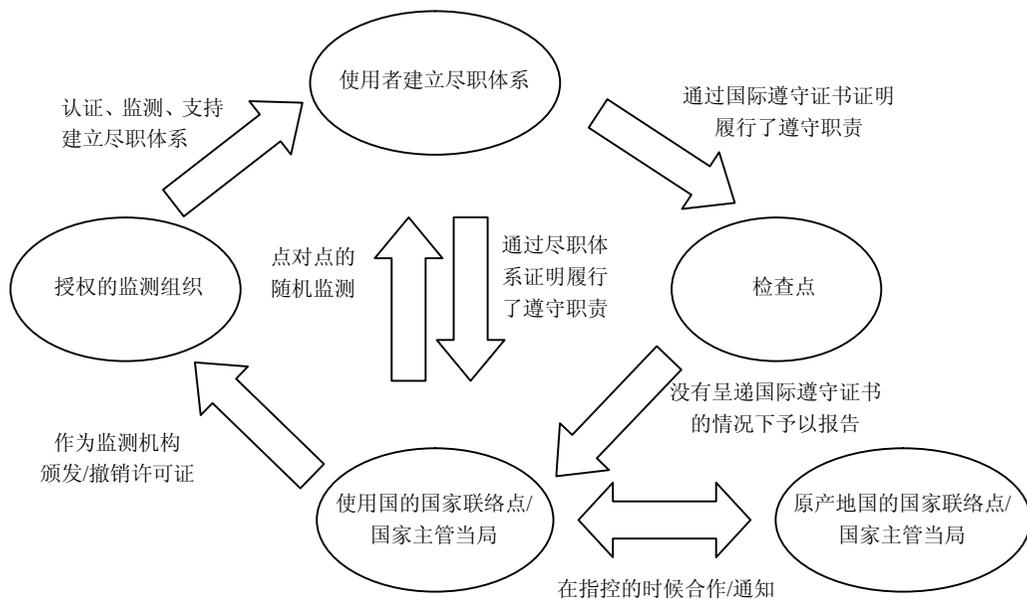


图 6 潜在的尽职遵守和监测系统示意图

### C. 获取与惠益分享机构

因为获取与惠益分享包含了涉及多个行业部门的问题，计划者需要考虑如何建立一个统一的机构框架保证跨部门的获取与惠益分享的进行。促进更好的统一融合的一个方式是通过建立或指定获取与惠益分享的国家联络点和/或获取与惠益分享国家主管当局，就像《名古屋议定书》第 13 条所预示的一样，使他们承担在国家和国际范围内分享和获取与惠益分享相关的信息，监督事先知情同意和共同商定条件程序（如果有的话），和向潜在的有意获取遗传资源和/或与这些资源相关的传统知识的使用者以及调查潜在的不遵守事件的提供者提供帮助的职责。

根据第 13 条，缔约方有以下义务。

- 必须通知《生物多样性公约》秘书处有关其国家联络点和国家主管当局的信息。这意味着缔约方有必须通知的肯定的义务，因为信息无法自动传输。
- 通知国家联络点和国家主管当局的联络信息应不晚于《议定书》对该缔约方生效之日。
- 缔约方指定不止一个国家主管当局的时候，应将此信息通知秘书处，并通报这些国家主管当局各自责任的相关信息。
- 缔约方应及时将指定国家联络点和国家主管当局的联络信息、职责的变更通知秘书处，这是一个持续的职责。

另外，具体的当局的管辖职能、权利和作用应通过其他制度来予以阐明。重要的职能可以包括：

- 收集信息并协调政府内外的潜在受影响方的关系；
- 确认并知会潜在的使用者国家或次一级的获取规则；
- 与土著和地方社区联络（如果有的话）；
- 决定获取申请；
- 协商获取与惠益分享条件，达成获取共同商定条件；
- 追踪遗传资源的利用、监测和实施遵守；
- 收集和支出惠益（费用、使用费、其他财政返还）；
- 向获取与惠益分享信息交换所机制报告；
- 与《名古屋议定书》其他缔约方合作；
- 就确认遗传资源和与这些资源相关的传统知识和其特性进行合作以确定其潜在的使用或价值；
- 评估该区域是否需要进一步的立法。

第 13 条看起来是指出了在提供方面占主导地位的缔约方应承担的义务，但是重要的是要记得，一个国家可以既是提供者，也是使用者。因此，建议各缔约方在指定主管当局的过程中对两种情况都加以考虑，并通知《生物多样性公约》秘书处。

## 参考文献

- [1] Aguilar, L., G. Mata, and A. Quesada-Aguilar. 2008. *Gender and Biodiversity*. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [2] Andersen, R., M. W. Tvedt, O. K. Fauchald, T. Winge, K. Rosendal, and P. J. Schei. 2010. *International Agreements and Processes Affecting an International Regime on Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity: Implications for its Scope and Possibilities of a Sectoral Approach*. Lysaker, Norway: Fridjof Nansen Institute.
- [3] Bavikatte, K., and H. Jonas. 2009. *Bio-cultural Community Protocols: A Community Approach to Ensuring the Integrity of Environmental Law and Policy*. Nairobi: United Nations Environment Programme.
- [4] Bavikatte, K., and D. F. Robinson. 2011. Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing. *Law, Environment and Development Journal* 7(1): 35-51.
- [5] Bavikatte, K., and B. Tobin. 2010. *Cutting the Gordian Knot: Resolving Conflicts over the Term "Utilisation."* Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, Environment and Natural Resources Programme.
- [6] Bishop, J., ed. 2011. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in Business and Enterprise*. London: Earthscan.
- [7] Buck, M., and C. Hamilton. 2011. The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity. *Review of European Community and International Environmental Law* 20(1): 47-61.
- [8] Cabrera Medaglia, J. 2004. *A Comparative Analysis on the Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing (ABS): Critical Aspects for Implementation and Interpretation*. Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.
- [9] Cabrera Medaglia, J., and C. López Silva. 2007. *Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/1. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [10] Cabrera Medaglia, J., F. Perron-Welch, and O. Rukundo. 2011. *Overview of National and Regional Measures on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Challenges and Opportunities in Implementing the Nagoya Protocol*. Montreal: Centre for International Sustainable Development Law.
- [11] Carrizosa, S., S. B. Brush, B. D. Wright, and P. E. McGuire, eds. 2004. *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 54. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [12] CBD (Convention on Biological Diversity). 2008. *Case Study 4: Ball Horticulture and the South African*

- National Botanical Institute*. Presented at the Sixth Meeting of the Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing, Geneva, 21-25 January.
- [13] Chalmers, D., G. Davies, and G. Monti. 2010. *European Union Law, 2nd ed.* Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- [14] Chiarolla, C. 2010. Making Sense of the Draft Protocol on Access and Benefit Sharing for COP 10. *Idées pour le Débat* No. 7. Paris: Institute for Sustainable Development and International Relations.
- [15] Chiarolla, C. 2011. The Role of Private International Law under the Nagoya Protocol. Presented at The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing: Implications for International Law and Implementation Challenges, Edinburgh, 2-3 December. In *The Nagoya Protocol in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*, ed. E. Morgera, M. Buck, and E. Tsioumani. Leiden, Netherlands: Brill/Martinus Nijhoff, forthcoming.
- [16] Claes, E., W. Devroe, and B. Keirsbilck, eds. 2009. *Facing the Limits of the Law*. New York: Springer.
- [17] Davis, K. 2008. *A CBD Manual for Botanic Gardens*. Richmond, U.K.: Botanic Gardens Conservation International.
- [18] FAO (Food and Agriculture Organization). 1998. *The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Rome.
- [19] Fidler, D. P., and L. O. Gostin. 2011. The WHO Pandemic Influenza Preparedness Framework: A Milestone in Global Governance for Health. *Journal of the American Medical Association* 306(2):200-01.
- [20] FNI (Fridtjof Nansen Institute). 2010. *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How It Relates to a Functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*. Lysaker, Norway.
- [21] Glowka, L. 1998. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 34. Gland, Switzerland; Cambridge, U.K.; and Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.
- [22] Glowka, L., F. Burhenne-Guilmin, and H. Synge. 1994. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 30. Gland, Switzerland; Cambridge, U.K.; and Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.
- [23] Gollin, M. A. 1993. An Intellectual Property Rights Framework for Biodiversity Prospecting. In *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, ed. W. V. Reid, S. A. Laird, C. A. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. H. Janzen, M. A. Gollin, and C. Juma. Washington, DC: World Resources Institute.
- [24] Harry, D., and L. M. Kanehe. 2005. The BS in Access and Benefit-sharing (ABS): Critical Questions for Indigenous Peoples. In *The Catch: Perspectives on Benefit-sharing*, ed. B. Burrows. Edmonds, WA: Edmonds Institute.
- [25] Harvey, A. L., and N. Gericke. 2011. Bioprospecting: Creating a Value for Biodiversity. In *Research in Biodiversity-Models and Applications*, ed. I. Pavlinov. Rijeka, Croatia: InTech.
- [26] ISO (International Organization for Standardization). 2010. *International Standards and "Private Standards."* Geneva.

- [27] IUCN (International Union for Conservation of Nature). 2010. *Access and Benefit Sharing, Position Paper for the Tenth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*. Gland, Switzerland.
- [28] Joseph, R. K. 2010. International Regime on Access and Benefit Sharing: Where Are we Now? *Asian Biotechnology and Development Review* 12(3): 77-94.
- [29] Kamau, E. C. 2011. The Multilateral System of the FAO Treaty: ABS Lessons for Genetic Diversity of Global Importance. At [www.planttreaty.org/sites/default/files/MLS\\_evanson\\_Jan2011.pdf](http://www.planttreaty.org/sites/default/files/MLS_evanson_Jan2011.pdf).
- [30] Kamau, E. C., and G. Winter, eds. 2010. *Genetic Resources, Traditional Knowledge & the Law. Solutions for Access and Benefit Sharing*. London: Earthscan.
- [31] Kamau, E. C., B. Fedder, and G. Winter. 2010. The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What Is New and What Are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community? *Law, Environment and Development Journal* 6(3): 246-62.
- [32] Koester, V. 2012. *The Nagoya Protocol on ABS: Ratification by the EU and Its Member States and Implementation Challenges*. Studies N° 03/12. Paris: Institute for Sustainable Development and International Relations.
- [33] Kumar, P., ed. 2010. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*. London: Earthscan.
- [34] Laird, S., and Wynberg, R. 2008. *Access and Benefits-Sharing in Practice: Trends in Partnerships Across Sectors*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity.
- [35] Lausche, B. 2011. *Guidelines for Protected Area Legislation*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 81. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [36] Mackenzie, R., F. Burhenne-Guilmin, A. G. M. La Viña, and J. D. Werksman. 2003. *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 46.
- [37] Gland, Switzerland, and Cambridge, U.K.: International Union for Conservation of Nature.
- [38] Maxeiner, J. R. 2010. Some Realism about Legal Certainty in Globalization of the Rule of Law. In *The Rule of Law in Comparative Perspective, Vol. 3*, ed. M. Sellers and T. Tomaszewski, 41-55. New York: Springer.
- [39] Maxted, M., B. V. Ford-Lloyd, and J. G. Hawkes. 1997. Complementary Conservation Strategies. In *Plant Genetic Conservation: The In-situ Approach*, ed. M. Maxted, B. V. Ford-Lloyd, and J. G. Hawkes, 15-40. London: Chapman & Hall.
- [40] Moore, G., and W. Tymowski. 2005. *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57. Gland, Switzerland, and Cambridge, U.K.: International Union for Conservation of Nature.
- [41] Morrison, J., and N. Roth-Arriza. 2007. Private and Quasi-Private Standard Setting. In *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, ed. D. Bodansky, J. Brunnée, and E. Hey, 498 - 527. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- [42] Nijar, G. S. 2011a. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: An Analysis*. CEBLAW Brief. Kuala Lumpur, Malaysia: Centre of Excellence for Biodiversity Law.

- [43] Nijar, G. S. 2011b. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*. Research Papers No. 36. Geneva: South Centre.
- [44] OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 2005. *Statistical Definition of Biotechnology*. Paris.
- [45] Oliva, M. J. 2011. Sharing the Benefits of Biodiversity: A New International Protocol and its Implications for Research and Development. *Planta Medica* 77(11): 1221-27.
- [46] Ornamental Aquatic Trade Association Ltd. 2011. *Access and Benefit Sharing-ABS*. Westbury, U.K.
- [47] Parry, C., J. P. Grant, and J. C. Barker. 2009. *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [48] Pavoni, R. 2010. Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate? *European Journal of International Law* 21(3): 649-79.
- [49] Prip, C., T. Gross, S. Johnston, and M. Vierros. 2010. *Biodiversity Planning: An Assessment of National Biodiversity Strategies and Action Plans*. Yokohama, Japan: United Nations University - Institute for Advanced Studies.
- [50] Quesada-Aguilar, A., G. Mata, and P. Zúniga. 2008. *Gender and Access and Benefit Sharing of Genetic Resources (ABS)*. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [51] Raitio, J. 2003. *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Kluwer Academic Publishers.
- [52] Richerzhagen, C. 2011. Effective Governance of Access and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity. *Biodiversity Conservation* 20: 2243-61.
- [53] Richerzhagen, C., and K. Holm-Mueller. 2005. The Effectiveness of Access and Benefit Sharing in Costa Rica: Implications for National and International Regimes. *Ecological Economics* 53: 445-60.
- [54] Koutouki, K. 2011. *The Nagoya Protocol: Status of Indigenous and Local Communities*. Legal Aspects of Sustainable Natural Resources Legal Working Paper Series. Rome and Montreal: International Development Law Organization and Centre for International Sustainable Development Law.
- [55] Ruiz, M., and R. Vernooy. 2011. The Policy and Legal Context for Access and Benefit Sharing. In *The Custodians of Biodiversity: Sharing Access to and Benefits of Genetic Resources*, ed. M. Ruiz and R. Vernooy. Abingdon, U.K.: Earthscan from Routledge.
- [56] SCBD (Secretariat of the Convention on Biological Diversity), 2002. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Montreal.
- [57] Stewart, K. M. 2003. The African Cherry (*Prunus africana*): Can Lessons Be Learned from an Overexploited Medicinal Tree? *Journal of Ethnopharmacology* 89(1): 3 - 13.
- [58] Swiderska, K. 2007. Protecting Traditional Knowledge: A Framework Based on Customary Laws and Bio-cultural Heritage. In *Endogenous Development and Bio-Cultural Diversity*. Bern, Switzerland: Centre for Development and Environment, University of Bern.
- [59] Ten Brink, P., ed. 2011. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in National and International Policy Making*. Abingdon, U.K.: Routledge.
- [60] Tsioumani, E. 2010. Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol. *Environmental Policy and Law*

- 40(6): 288 - 93.
- [61] Tvedt, M. W., and O. Rukundo. 2010. *Functionality of an ABS Protocol*. Lysaker, Norway: Fridtj of Nansen Institute.
- [62] Tvedt, M. W., and T. Young. 2007. *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- [63] UEBT (Union for Ethical BioTrade). 2010a. *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, Technical Brief. Amsterdam.
- [64] UEBT. 2010b. Patents, Plants and Countries of Origin. In *A Review of Patent Activity in the Cosmetics Sector in the Context of the Ethical Sourcing of Biodiversity*. Geneva.
- [65] UNEP (United Nations Environment Programme). 2006. *UNEP Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*. Nairobi: Division of Environmental Conventions. Chapter II: Enforcement of MEAs.
- [66] UNEP. 2011. *Exploring Synergies Between 'Access and Benefit Sharing' and the Management and Governance of 'Protected Areas'*. Background Note, Expert Meeting on Access and Benefit Sharing and Protected Areas, Gland, Switzerland, 6-8 July.
- [67] UNU - IAS (United Nations University-Institute of Advanced Studies). 2003. *Biodiversity Access and Benefit - Sharing Policies for Protected Areas: An Introduction*. Yokohama, Japan.
- [68] Vernooy, R., and M. Ruiz. 2011. Brief Review of Recent ABS Initiatives. In *The Custodians of Biodiversity: Sharing Access to and Benefits of Genetic Resources*, ed. M. Ruiz and R. Vernooy. Abingdon, U.K.: Earthscan from Routledge.
- [69] WHO (World Health Organization). 2011. *Pandemic Influenza Preparedness: Sharing of Influenza Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits*. Sixty-fourth World Health Assembly. Geneva.
- [70] Zolo, D. 2007. The Rule of Law: A Critical Appraisal. In *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, 3rd ed., ed. P. Costa and D. Zolo. New York: Springer.