

**土著问题常设论坛****第六届会议**

2007年5月14日至25日，纽约

临时议程* 项目4

**有关论坛六个任务领域和千年
发展目标的建议的执行情况****秘书处关于土著传统知识的报告******摘要**

土著问题常设论坛在其2006年5月举行的第五届会议上考虑到土著传统知识国际技术研讨会提出的一项建议，即：进行有关土著传统知识习惯法的研究（E/C.19/2006/2，第41段），决定任命迈克尔·多德森担任特别报告员，负责在现有资源范围内就研究的范围编写一份概念报告。报告将调查这些习惯法应在多大程度上反映在处理土著知识问题的国际和国家标准内。并请报告员就这个问题向常设论坛第六届会议提出报告。这项研究将包括对土著习惯法进行分析，作为可能可以保护土著传统知识的独特体系。本系统的有关组织应协力合作，推动在国家立法和政策中尊重和承认土著人民有关土著知识的习惯法律制度及其应用。

* E/C.19/2007/1.

** 本报告迟交，以便确保载入最新资料。



目录

	段次	页次
一. 导言	1-3	3
二. 现况概论	4-21	3
三. 研究的目标、范围和战略	22-24	8
四. 研究将要审议的问题	25-55	9
A. 确定问题	26-31	9
B. 决定国际、区域、国家和部族论坛之间的关系	32-38	10
C. 决定调查和现有结构、活动和资源之间的关系	39-43	12
D. 可能的结构和成果	44-55	13
五. 总结评论	56-61	16

一. 引言

1. 多年来，土著人民一直对他们的传统知识未受充分保护表示关注。尽管人们已注意到此一关注，但问题仍未获解决。国际社会面临的挑战是，应当如何纠正土著人民传统知识总体而言缺乏保护的现象。

2. 本文件中所用的“土著传统知识”一词泛指传统的做法、文化、关于动植物及其繁殖方法的知识、其中包括文化价值观、信仰、宗教仪式和部族法律的各种表现，它也包括关于土地和生态系统管理的知识。这些经常都没有文字记载，仅通过一代代口头相传，而且以这种方式传播和保存。这些知识有些具有极端神圣和秘密的性质，因此极具敏感性，文化上十分重要，在公开场合不容易知悉，甚至对某一特定群体内的成员亦然。以上是本文件在编写时所根据的理解。决不意味它是对这项专题通盘兼顾，详尽无遗的界定。

3. 2000 年成立以来，土著问题常设论坛曾提出过若干建议，呼吁审查传统知识这项问题，作为紧急事务处理。¹ 认识到已经有许多联合国机构和政府间机构正以各种方式积极工作，致力纠正土著传统知识未受充分保护的现象，2005 年 9 月，在巴拿马城召开了一次国际技术研讨会，会上土著专家和联合国各机构会聚一堂。² 土著传统知识国际技术研讨会（下称“研讨会”）围绕如何保护土著传统知识的各项问题，包括各不同机构采用的办法，进行了讨论，并提出了许多建议。认识到土著传统知识和习惯法之间的关系，研讨会建议，常设论坛委托进行一项研究，以便了解“与土著传统知识有关的习惯法，从而调查这种习惯法在多大的程度上应反映在处理土著传统知识的国际和国家标准内”。³

二. 现况概论

4. 当前已有各种各样的文件、系统和活动设法解决土著传统知识在国家、区域和国际各级未受保护的问题。为本报告的目的，不需要开列一张关于现有保护方法、详尽无遗的清单。然而，对比较重要的文件、系统和活动有所了解对理解这项问题的性质和常设论坛委托进行的研究应立足于何等环境是必不可少的。加强对当前环境的认识也将有助于决定，这样一次研究确实需要做些什么。

5. 若干国际文书确认土著人民保护和享有其传统知识的权利，这些文书包括：

¹ 见 PFII/2005/WS.TK，附件一，可在网上查阅 http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_TK_background_note.pdf。

² 见《经济及社会理事会正式文件，2005 年，补编第 23 号》和更正（E/2005/43 和 Corr. 2）。

³ 见 E/C.19/2006/2，第 41 段。

- (a) 《世界人权宣言》⁴ 第 27 条；
- (b) 《经济、社会、文化权利国际公约》⁵ 第 15 条第 1(c) 款；
- (c) 《公民及政治权利国际公约》⁵ 第 27 条；
- (d) 《生物多样性公约》⁶ 第 8(j) 条；
- (e) 《粮农植物遗传资源国际公约》；⁷
- (f) 《国际劳工组织关于独立国家内土著和部族人民的第 169 号公约》第 13、15 和第 23 条；
- (g) 经 1979 年订正的《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》；
- (h) 《与贸易有关的知识产权协定》；⁸
- (i) 《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》⁹ 第 3 条；
- (j) 《关于各种类型森林管理、养护和可持续开发全球共识的无法律约束力原则声明》¹⁰ 第 12(d) 段；
- (k) 《21 世纪议程》¹¹ 第 26.1 段；
- (l) 世界卫生组织 2002-2005 年传统药物战略；¹²
- (m) 《关于环境与发展的里约宣言》¹³ 原则 22；

⁴ 第 217 A(III)号决议。

⁵ 第 2200 A(XXI)号决议，附件。

⁶ 联合国，《条约汇编》第 1760 卷，第 30619 号。

⁷ 联合国粮食和农业组织，《粮农组织大会的报告，第三十一届会议，2001 年 7 月 2 日至 13 日，罗马 (C2001/REP)，附录 D。

⁸ 1994 年 4 月 15 日在马拉喀什签订的《体现多边贸易谈判乌拉圭回合各项结果的法律文书》(总协定秘书处出版物，出售品编号 GATT/1994-7)。

⁹ 联合国，《条约汇编》，第 1954 卷，第 33480 号。

¹⁰ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢，第一卷，会议通过的决议 (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，决议一，附件三。

¹¹ 同上，附件二。

¹² WHO/EDM/TRM/2002.1 (世界卫生组织，日内瓦)。

¹³ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢，第一卷，会议通过的决议 (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，决议一，附件一。

(n) 《联合国土著民族权利宣言》草案¹⁴ 第 11 和第 31 条。

6. 除了上述案文和国际文书之外，还有许多区域性保护制度，包括美洲国家组织《美洲土著民族权利宣言》草案、非洲知识产权组织《班吉协定》、《关于发展中国家版权的突尼斯示范法》和《保护民俗免受非法掠夺和其他影响当事人法律权利的国家法律示范条款》。其他的宣言包括《Mataatua 宣言》和《Kari-Oca 宣言》。

7. 在国家一级，还有许多旨在处理土著传统知识问题的立法和政策倡议。下面举几个从各不同国家选出的例子，显示各国所用的办法各不相同。这些立法和倡议分别针对传统知识中环境、卫生、医药和知识产权等不同方面。关于旨在保护传统文化表现的法规案文，可在世界知识产权组织（知识产权组织）的网站查阅综合清单。¹⁵

8. 在澳大利亚，环境保护条例确认土著人民对生物资源的特殊知识。¹⁶ 澳大利亚政府拟订的自然资源管理准则确认，土著人民在历史、精神和文化等方面，同土地和海洋都有很密切和独特的牵连。¹⁷ 在澳大利亚北方领土，通过利用土著居民保健工作者，部分确认了传统医疗知识的地位，这些人担任旧式土医、土著部族和常规执业医生之间的桥梁。¹⁸

9. 在加拿大，保健做法是由联邦和省两级立法措施监管的，有些省的法律特别明文确认土著居民医疗办法。¹⁹ 加拿大 1992 年《环境评估方案》规定，在进行环境评估时，要考虑到土著居民的传统知识。²⁰ 加拿大在其 2002—2008 年全国森林战略和国家森林管理认证制度中都利用了土著居民的技能。²¹

10. 在南非，2004 年《传统土医方案》确认和管理该国境内传统的医疗办法。南非 1998 年《全国环境管理方案》指示，关于环境事务的决策者要考虑到所有不同形式的知识，包括传统知识。另一个例子是，在玻利维亚，根据 1995 年第 24 号《最高法令》建立了国家保护区制度，其中确认传统知识的地位，并在其管理做法中加以利用。

¹⁴ 见 2006 年 12 月 20 日大会第 61/178 号决议，附件。

¹⁵ 可在网上查阅，<http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>。

¹⁶ 《环境保护与生物多样性的养护条例》（修正案）第 2 号，2005，第 8A.01 (c) 部分。

¹⁷ 见 <http://www.nrm.gov.au/indigenous/index.html>。

¹⁸ 见 1985 年《医疗人员和相关专业人员登记法》。

¹⁹ 见《卫生法》，第 106 章。可在网上查阅，<http://www.gov.yk.ca/legislation/acts/health.pdf>。

²⁰ 第 16.1 节。

²¹ 其他资料见 <http://www.for.gov.bc.ca/tasb/MANUALS/Policy/resmngmt/rm15-1.htm>。

11. 厄瓜多尔在其国家《宪法》中确认传统医疗做法。在菲律宾，法律确认传统医疗做法的地位。1997年《传统和替代医药方案》将传统医药界定为“保健知识、技能和惯例的综合体，在现代科学观点的框架下，并不一定能够解释清楚原委，但一般民众认为，它有助于维持和改善健康，促进个人、部族和社会的福利，及其在文化、历史、传统和意识上的相互关系。”²² 在印度，世界卫生组织全球审查指出，农村居民有70%依靠传统医疗Ayurveda系统。印度政府通过《印度医疗中央理事会方案》来管理传统医疗知识。

12. 在尼日利亚，根据1990年《版权法》的规定，通过知识产权法律来保护民间传统法。第28条第5款界定，民间传统是“一群人或一些个人面向全体和以传统为基础的创作，反映部族的期望，作为其文化和社会身份认同、其标准和价值观不充分的表现，以口头、摹仿或通过其他方式传播”。²³ 中非共和国版权法界定民间传统为代代相传、由各民族创造的一切文艺和艺术制作，并构成传统文化传承的基本要素之一。²⁴ 在加纳，版权法则是通过2005年《版权法》来保护民间传统，尽管在开始实施时引起了一些争议。

13. 在许多情况下，国内法确认土著传统法是有关的土著人民利用土地和传统的基础。对常设论坛可能选择进行研究的范围而言，全面谈到这些问题将是人们关注的重要事项。

14. 关于各项国际文书中的规定，或是主要作为人权法的一个方面，或是特别当作保护土著传统知识的问题，提供了不同层次的保护。基于人权提供保护的例子有：《世界人权宣言》⁴ 第27条第2款和《经济、社会、文化权利国际公约》⁵ 第15条第1(c)款，前者确认“人人对由他所创作的任何科学，文学或艺术作品而产生的精神和物质的利益，有享受保护的权力”。后者确认人人都有参与文化生活的权利。然而，对土著传统知识而言，这种条款所提供的保护是有限的。“创作”这一提法容易引起问题，因为这会使人误认是指一个人，不太容易涵盖部族的共同创作和所有权。

15. 关于更加具体的土著传统知识条款，《生物多样性公约》⁶ 第8(j)条就是一例，它呼吁各方尊重、保存和维持土著和地方部族体现与养护和可持续利用生物多样性相关的传统生活方式的知识、创新和做法。尽管第8(j)条直接谈及土著传统知识，但仅限于传统知识与生物多样性相关的情况，绝非旨在对土著传统知识提供整体性的保护。

²² 可在网上查阅，<http://www.stuartxchange.org/TAMA.html>。

²³ 见 <http://www.nigeria-law.org/CopyrightAct.htm>。

²⁴ 关于版权的第85-002号条例（中非共和国）第9条。

16. 对保护土著传统知识规定最明确的条款或许载在《联合国土著人民权利宣言》草案²⁵（宣言草案）内，这项草案目前尚待大会审议。尽管目前的情况如此，《宣言》草案作出了强有力和极具说服力的新规定，主张保护土著传统知识。《宣言》草案第 31 条第 1 段称：

“土著人民有权维护、控制、保护和发展其文化传统、传统知识和传统文化表达方式，及其科学、技术和文化的表现，包括人力和基因资源、种子、医药、关于动植物特性的知识、口头传统、文学、设计、运动和传统游戏以及视觉和表演艺术。他们也有权维护、控制、保护和发展对其诸如文化传统、传统知识和传统文化表现等的知识产权。”

17. 重要的是，第 31 条第 2 段称，各国“应采取有效措施，确认和保护此种权利的行使”。《宣言》草案第 11 条又强调运用和振兴文化传统和习俗的权利，并称，各国通过有效机制提供矫正下列情事的办法：在未事先通知他们、并由他们自由表达同意的情况下，掠夺其文化、知识、宗教和精神财产。《宣言》草案序言部分还附加下列规定，以支持对土著传统知识的保护：确认“应尊重有助于可持续及平等发展和对环境进行适当管理的土著知识、文化和传统习俗。”²⁶

18. 虽然国际、区域和国家文件的确对土著传统知识提供了一些保护，但它们并没有提供整体保护。目前已有若干联合国机构和政府间组织从事旨在解决保护土著问题的活动，其中包括世界知识产权组织、联合国开发计划署（开发署）、联合国贸易和发展会议（贸发会议），联合国粮食和农业组织（粮农组织）、生物多样性公约缔约国会议、促进和保护人权小组委员会土著居民问题工作组和联合国教育、科学和文化组织（教科文组织）。

19. 然而，需要确认若干重要活动。不妨审视世界知识产权组织最近的一些活动，这些活动体现了最近那些发展。2000 年，知识产权组织设立了知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会，以便提供一个论坛来审查知识产权法和土著传统知识之间的相互作用。知识产权组织最近的两次活动特别重要。第一，委员会为解决保护土著传统知识的问题，拟订了两份综合规定草案。这两份文件阐述了或可利用的保护制度，旨在通盘处理由于采用独特保护制度所引起的一些实际问题。第二，委员会核可了一项关于习惯法的研究，确认习惯法的作用及其同土著传统知识的关系。²⁷ 然而，这项研究仍处于早期阶段。

20. 世界知识产权组织通过委员会，在推动确认土著传统知识及其保护，免其遭到误用和盗用方面，发挥了带头作用。然而，由于知识产权组织发挥了重大

²⁵ 见大会第 61/178 号决议，附件。

²⁶ 同上。

²⁷ 见 http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html。

作用，这就意味着这场国际辩论主要是在知识产权法的范围内进行的。国际知识产权法对某些作品的创作者提供了保护，不论其作品是在文学、音乐、舞蹈或艺术方面。这样做尽管有时已相当充分，但知识产权法多半未能保护土著权利和利益，因为西方人在构建知识产权时，把重点放在个人的知识和创造力，而非部族代代相传的知识。试图修改知识产权法，使其把传统知识，也就是事实上属于完全不同性质的知识，也包括在内，不啻如谚语所说“你无法把圆桩插入一个方孔”。不论怎样尝试，都放不进。就是因为这个缘故，需要一个崭新和特别定制的办法。

21. 呼吁提供独特的保护，并不一定意味着要求用新制度来代替现用的知识产权制度。所要求的是，制订一个独特的体制，以补充现有制度，对传统知识中受国际知识产权法保护非常有限的一些领域，提供保护。再者，尽管在人们确认需要提供特殊保护之处，所设想的特殊保护也主要限于知识产权法独特系统的范围内。因此，这种特殊保护范围十分有限。这一性质未能适当顾到的土著人民独特的经历、土著传统知识独特的性质和习惯法的作用。土著传统知识并非仅为一种不同类型的知识产权，而是完全不同的实体。人们一般并没有体会到两者之间的分别，只要这一点仍然未获确认，以现有知识产权制度来保护土著利益是否适当，仍将不断成为问题。

三. 研究的目标、范围和战略

22. 人们确认，国际、区域和国家文件对土著传统知识提供了一些保护，然而，它们未能适当解除土著人民的关注。政府机构为避免土著传统知识遭到盗用和误用而作出努力尽管令人钦佩，却仍是不着重点和不足的。尽管多年来这是一项引起国际重视的问题，尽管制定了许许多多文件、倡议和活动，土著传统知识仍然很容易受到盗用。重要的是，基本问题仍然存在，那就是土著传统知识如何能得到适当的保护？

23. 如果我们承认知识产权制度不敷需要，并确认土著传统知识具有独特性，问题就变成：是否应制定一种不受西方知识产权法概念妨碍，而是由土著习惯法律制度所指引的一个独特的保护制度？如果制定了这样一个制度，如何才能和应当如何加以落实？一种隶属于习惯法的独特制度可以制定标准和指导各国如何适当保护传统知识。除了表示国际确认，土著人民有享用其传统知识并加以保护，不遭盗用和误用的权利，和最后向各国提供指导之外，一个确认土著传统知识和习惯法之间关系，并为土著法律制度的运作提供空间的框架，将使得土著人民在受惠于人们确认其对这些知识的所有权之余，还得到其他一些利益。

24. **特别报告员建议，常设论坛根据其编制和传播信息的任务规定，应当委托进行一次研究，以便决定是否应把如何保护土著传统知识的重点从知识产权法转移到通过习惯法提供保护，如果是的话，应当如何做到这一点。研究应当考虑，土**

著传统知识如何能在国际一级通过利用传统法来加以保护，包括在多大程度上体现传统法，从而向各国提供指导和随后在国家及区域两级加以保护。

四. 研究将要审议的问题

25. 如果常设论坛接纳特别报告员的建议，即委托进行一项研究，在如何构思这项研究和研究本身两方面就有一些问题需要处理。

A. 确定问题

26. 要求对与土著传统知识相关的习惯法进行一次研究，这项呼吁就蕴涵若干问题和假定。为了构思一项有成效的研究，就需要审慎考虑到问题的本质，从而有助于决定这项研究的性质和参数，这些又提供了构建一项有效研究的基础。有三项暂定问题必须审议：术语、独特制度的本质和预定的受益者。

27. 首先，应当确认，由于此一领域所用的术语形形色色，一开头就提出了挑战。诸如“土著知识”、“传统知识”、“土著知识、文化和传统做法”、“民间传统”、“土著传统”和“土著文化和知识产权”之类的术语经常互相交换使用，总是用于不同的背景情况和表示不同的意思。不论常设论坛最终所用的术语为何，应当明确界定这个用词来显示研究的参数。然而，为传统知识提供一个通盘兼顾的定义是一项难题，而且难说是否有益。如果想在习惯法的范围内提供一个框架来确认和保护传统知识，那么保留这个词不加界定对土著人民来说也许好处最大。采用一个可以用其他术语明确描绘，但没有明确定义的术语，其好处是，这个词所包含的内容并没有固定下来，因此能随不断变动的习惯法制度和传统知识新颖的内容而进行调整和适应。这种办法的不利之处是，没有一个严格的定义，就很难确定这个术语实际上包含什么内容。这样就可能会导致过于不确定，令人难以接受，最终可能会使得这种文书实际上行不通。《宣言》草案第 31 条或可在这方面向常设论坛提供多重指导。

28. 第二，需要明确了解，在呼吁提供一种独特的保护制度时，人们要的到底是什么。独特一词是一个拉丁术语，字面上直译为“自成一格”，或口语上翻译成意味着“独特”。在土著权利法学方面，独特是一个日益常用的词，特别是作为一个传达工具，描述土著人民和主要法律制度之间的独特互动。传统知识经常加上独特的标签，以显示主要法律制度，特别是知识产权制度，不足以适当地照顾到它。这个词也用于正面确定土著人民的独特本质和地位以及保护其知识、习俗和惯例的权利。然而重要的是，确保独特不至于最终导致“比较差一些的”保护。尽管确认这一点或许会被认为流于过度愤世嫉俗，但土著人民在其他一些情况下感受到，特别保护是比较差一些。²⁸ 这或许是因为，确保主要的法律制度有足够

²⁸ 关于土著人民对独特制度和习惯法惯例所获的经验，资料清单参看 UNDP/CBD/WG8J/4/7，附件一。

的灵活性，足以容纳土著人民的观点、经历、权利和习惯法本来就十分困难。无论如何，不论最终利用何种形式来提供保护，保护都会对土著人民产生正面影响，不会进一步掠夺或盗用传统知识和土著习惯法，这一点极其重要。

29. 呼吁提供独特保护，可能出自若干想法。第一，或许用它来表示，知识产权制度不够完备，并宣称，该制度有需要以独特的方式修订，以便适当处理土著传统知识被盗用和误用的问题。第二，要求独特的制度可能也用来表示，目前的保护制度不完备，和由于土著民族、其文化、知识和法律都具有独特性，需要一种独特的保护制度，不受现用制度、国家或国际法结构的束缚。最后，或许被用它来表示，土著法律制度是自成一格的，和作为习惯制度，与普通法、民法和国际法等西方法律制度大不相同。由于两者迥异，保护土著传统知识就需要有一种立足于土著法律制度的独特方式。这最后一种看法同常设论坛所提出的问题最为匹配。不论提出建立独特制度的要求背后的想法为何，看来，就传统知识而言，现用制度和活动不够完备，需要一些完全不同的作为。常设论坛应当考虑：对独特制度需要以何种方式呈现作一评价，从而澄清这项研究打算处理哪些问题。

30. 最后一项需要考虑的暂定问题涉及：研究预定的效益及其预定的受益者。切需确认，这项问题的主要焦点应当针对保护土著人民，使他们的传统知识不至于在未事先告知传统知识所有者并由其自由表示同意的情况下遭到盗用和误用。制定的任何保护制度需要确保，传统知识不会在未事先告知有关人民，并由其自由表示同意的情况下，被不当取用。然而，保护传统知识的愿望还包括，希望确认所有权和控制权，这样做就为土著人民和部族创造一个机会，得以对其有价值的资源加以利用。事实是，土著传统知识在不可胜数的情况下长期被盗用，除别的以外这就说明传统知识具有商业价值，这样说绝没有袒护盗用的用意。适当保护将使土著人民能够拥有和控制传统知识。这种所有权和控制权将包括：能够保护传统知识秘密和神圣的各方面。它还使土著人民能以商业上可行的方式参与当地的国家和国际经济活动，如果部族有此意愿。土著人民是世界上最穷苦的族群，绝大多数陷入贫困之境。从事贸易和利用商业上可获利的资源，这种机会不应当被低估。

31. 重要的是，常设论坛适当地设想问题的本质和研究的目标，包括定义方面的挑战、评估独特系统和注意到保护传统知识是一把双刃剑。最初，这些问题可能难以界定和回答，然而，如果不断把这些问题当作研究的优先重点，常设论坛将得以决定研究的各项参数，并确保不至于偏离其预定的方向。

B. 决定国际、区域、国家和部族论坛之间的关系

32. 由于习惯法在提供指引和保护土著人民传统知识方面所起的作用和传统知识所有者所具的特质，土著部族就必须成为这些问题的中心组成部分。通常的情况是，土著部族集体，而非个人拥有对传统知识的权利。某些情况下，可能是部

族的某一小部分，或由部族认可的某一名特定的人，能代表某一特定的传统知识发言或对之作出决定。因此，部族的作用是最重要的。此外，习惯法是在部族一级运作的。习惯法在土著部族内运作，这一点十分重要，把保护的重点从主要的法律制度，例如知识产权制度转移到立足于或仰赖土著法制度的一种制度。

33. 土著民族散居在世界各地大约 70 个国家境内，人口大约有 3 亿 5 千万人，包括 5 000 种不同的民族，有 4 000 多种语言和文化。在这些众多人口中，有许多种土著法律制度。在全球范围内，假定至少有同样多的法律制度同世界各地相当一部分土著人民相关，大体符合事实。尽管部族本身是最重要的，挑战在于分辨土著部族同国际、区域和国家论坛之间的关系。最主要的问题是：认清这些关系，如何解决国际、区域、国家和部族系统之间交集时的相互作用？

34. 土著人民盼望国际舞台成为为其权利及其生活方式寻求保护和成为听取土著人民意见的场所。²⁹ 尽管早期没有机会走上国际舞台，现在国际论坛已积极参与活动，保护土著权利和提高人们对土著问题的认识。国际论坛可以提供讨论的协调中心（本论坛就是一个），触及范围很广。对传统知识缺乏保护是国际上的一项重要问题。国际论坛可成为此一重要讨论的协调中心，国际法可以提供某些现成手段，例如制定国际文书，用它来纠正保护不足的缺陷。此外，这种讨论在国际场合进行和解决，它所表现的重大象征性意义也不容低估。

35. 国内法同传统知识在另一个层级交集而互相影响。在有些国家，用执行国家法律来解决这项问题，然而，一般而言，常常是个别解决，总的来说并没有提供充分保护。在考虑国家法律对这种问题所起的作用时，引起了一大堆问题，但最重要的问题很简单：国家法律是否能有效地运用？如果对此问题的答案是“是”，那么就er必须问，为什么这项问题还没有解决，仍然是国际舞台上的重要问题？或许问题并非国内法是否已有效执行，而是如果没有某些在国际级别进行的活动作为指引，国内法是否能发挥成效。无论如何，这不是一项仍能单单在国内范围解决的问题。为所有土著人民一举解决这项问题，机会非常之小。国家法规或政策的执行在保护土著传统知识机制的制定进程中可以成为一个工具。然而，这并非可完全留在国内范围内解决的问题。显然需要有国际标准来引导国内落实。

36. 还需要确认传统知识的区域层面。特别是在非洲、亚洲和南美洲运用的现行制度都认识到这项问题的区域层面。简单地说，土著部族并不一定居住在国家的边界范围内，土著习惯法制度可能跨越国境应用，而土著部族之间的互动，例如通过贸易的互动，可能跨越国家边境进行。由于这些和其他类似的原因，任何拟议的示范保护制度都应考虑到传统知识的区域层面。

²⁹ 见“世界应当多听听土著人民声音的 10 个故事：宁可孤独生活”，《联合国纪事》网上版本。可从网上查阅 <http://www.un.org/Pubs/chronicle/2004/issue2/0204p18.asp>。

37. 首要的挑战是，决定应当如何解决部族、国家、区域和国际论坛交汇所引起的互动。一致性问题为此挑战提供了背景。不论审议的保护机制为何，一致性问题需要解决。保持一致性显然有许多好处，包括法律规定清楚明确和符合一致。然而，在此情况下，保持一致和认可习惯法及土著传统知识多种多样之间发生了冲突。如果认为保持一致优先于对多样性的保护，那么给予传统知识的任何保护就会损害对习惯法或习惯法不断变化的本质的认可。看来这样一个结果没有什么好处。另一方面，如果让习惯法律制度的多样性优先于保持一致，那很可能就会造成各种各样法律规定错综复杂的局面，可能最终会导致对土著人民提供的保护水平各有不同。统一性和多样性之间彼此冲突，这对国际法而言并不是新问题，对常设论坛也不是新问题，但在此一情况下，问题特别严重。

38. 如果在进行这项讨论时，把国际法放在后面不管，就难以设想找到的解决办法不会因个案而异。此外，如果不利用国际机制，看来很可能不会有取得一致性的希望。在对传统知识的任何讨论中，国际法应列为优先考虑。通过国际程序和让国际法发挥作用，然后就可以对国家和区域论坛提供引导。

C. 决定调查和现有结构、活动和资源之间的关系

39. 由于土著人民传统知识涵盖的范围很广，保护土著传统知识可能会同法律问题或国际问题的各不同领域交汇，诸如产权法、环境法、传统和可持续发展。因此，活动往往会着重土著传统知识的某一特定方面或土著传统知识同某一特定法律领域之间的特定互动。举例来说，某些活动着重传统医药知识，而其他一些活动对保护问题则采取了更加通用的办法。认识到有这些各不相同的办法，在此领域工作的各机构彼此之间的协商和协调已见增多。³⁰

40. 需要查明现有的制度、活动和资源，也要全面查明进行中的所有工作。查明现有的制度和活动对确保常设论坛的工作能同其他联合国机构和政府间机构所做的工作协调统一。通过知悉其他机构的活动，常设论坛将能确保适当安排所进行的任何工作，以便避免任何不必要的重复。这样做将使常设论坛能适当有效地利用联合国和常设论坛为数不多的资源来进行这项研究。

41. 现用制度和活动可以以几种方式确定。先从一次通盘全面的文献审查开始，或许是最有效率的做法。不然的话，启动一次后续研讨会或许是有益的。除了确保常设论坛能够知道当前的现况之外，将来再举行一次研讨会，可使专家和机构

³⁰ 举例而言，联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)和知识产权组织曾有长期合作的历史，包括一起拟订《关于发展中国家版权的突尼斯示范法》(1976)和一起拟订《保护民间传统表现使其免受非法盗用和其他影响当事人法律权利的国家法律示范条款》(1982)。关于生物多样性公约缔约国大会和知识产权组织之间合作的详尽清单，见 UNEP/CBD/COP/8/INF/41。

有机会讨论向前推进工作的最佳办法。然而，视常设论坛所采用的办法而定，一次文献审查或许就足够了，如有必要，举办一次研讨会，若是在研究的晚些阶段进行，或许好处更多，或甚至是在研究的整段期间定期举行。

42. 重要的是，常设论坛不仅要确定已经有哪些制度、活动和资源存在，然后根据这些安排委托进行一次研究。一旦决定已经存在或很快就会存在的结构和资源，将需要评估以它们作为这项研究的资源的相关性和价值。如果没有进行这样一次评估，研究可能会走上错误方向，而任何研究的结果就可能受到先前工作所包含各项假定的束缚。举例来说，评估应当考虑，这些工作所根据的任何假定和正在考虑的问题和可能的解决办法是否仅仅局限在知识产权法的框架内，而工作是否同土著人民协商一起推展。这些机制应当如何评估的问题需要交由常设论坛处理。应当制定关于目标或相关性标准的清单，作为任何此种评估的指南。对现有机制和资源进行评估将是极其重要的，可以确保最恰当地利用联合国提供给常设论坛运用的资源。重要的是，适当的评估将找出研究需要针对哪些领域，还将协助常设论坛决定推进的下一个步骤。

43. 一旦进行了适当的评估，常设论坛将需要考虑，这项研究或可引起的任何进一步发展如何能同现有的机制和资源发生关联。常设论坛还将需要考虑，研究引起的任何发展如何同或可发生的任何其他发展，诸如世界知识产权组织制订的一份国际文件，发生关联。其他联合国机构或政府间机构今后所引起的任何发展都应当同研究的成果相辅相成，而非互相妨碍。

D. 可能的结构和成果

44. 常设论坛设法调查，习惯法是否能体现在国际和国家标准内。如前所述，显然需要某种方式的国际框架，以便在此领域向各国提供指导。依照 2000 年 10 月 30 日至 7 月 1 日在日内瓦举行的保护传统知识、创新和惯例制度和国家经验专家会议的成果文件，国家独特制度本身并不足以充分保护传统知识。因此，需要探讨一种国际机制，它或可探索如何为传统知识的保护制定一种最低标准的国际独特制度。

45. 在这个基础上，下文列出的要素仅限于：在国际领域内，或可采用的保护机制。假定是，在国际上研拟的任何机制将适当地传给各国，并将在国内执行。

46. 尽管国际上有各种不同的备选办法，看来首要的选项倾向于拟订一项国际文书。研讨会和常设论坛都建议，习惯法应当体现在国际标准内。这将通过拟订一项条约、一个框架协定、一个谅解备忘录或若干其他结构来实现。应当指出，本概念文件内考虑的机制绝非打算对调查可能考虑的可用结构施加任何限制。

47. 条约是可以将习惯法体现在国际文件内的一种办法，并提供了强有力的基础，可据以保护传统知识。如果单单为确保对土著传统知识提供保护的的目的，而

非连同其他问题一起，拟订一项条约，其针对性的程度多高就需要审慎考虑。如果一项条约中的条款针对性很高，而对何者构成传统知识或在什么情况之下可以提供保护作出了详尽的规定，那么很可能就会引起灵活性不够的关注。然而，不够灵活对整份条约如何运作已成为一项问题。举例来说，如果将习惯法完全体现在国际条约内，这就会妨碍习惯法的发展，可被人们视为不必要的过于僵硬。用一项条约非常具体地作出详尽规定，将会具有统一性，但土著人民、习惯法和传统知识本来就具有不同的特性。对制订立这样一项条约，人们担心的是，对世界各地形形色色土著人民所有本质回异的各种习惯法制度而言，可能无法有效足够的余地让它们能够正常运作。

48. 同样的，除了可能会对其主题不够灵活变通之外，一项设法把习惯法订为法律的具体条约可能难以适当地保护土著人民对其传统知识的权利。原因是，任何试图在国际一级把习惯法订为法律的尝试将会是矫揉造作的。举例而言，世界上许许多多土著法律制度彼此间都有差异。尽管可能有些相同之处，诸如传统知识常常是属于部族而非个人所有，但并非一贯如此。因此，任何通过阐述与传统知识有关的习惯法原则而把习惯法体现在国际法之中的尝试事实上反而会限制习惯法的运作，从而未能达到保护传统知识的目的。这样的结果会对土著人民造成重大损害。如果不在国际一级将习惯法订为法律，但制定一项条约鼓励在国家一级订为法律，将会引起同样的关注。

49. 需要考虑的另一项问题是，应当建立怎样的机制来处理在如何诠释土著传统知识方面引起的争议。对于具有秘密或神圣性质的知识，如何诠释的问题就变得特别重要。如果习惯法需要以某种形式订为法律，那么由谁来诠释的问题就很重要。就国际条约而言，争议可以通过该条约特别为此目的设立的一个实体，例如一个法庭或一个委员会，有些情况下还可以通过国际法庭，以外交斡旋的方式来解决。在此情况下，需要认定，在国际法庭上，只有国家才有地位。私人、集体或国际组织无权向国际法庭申诉，然而，国际组织，包括诸如世界知识产权组织之类的专门机构和联合国机构在各不同情况下有准入的权利。³¹ 如果要国际法庭能处理由于保护土著传统知识的一项条约所引起的争议，这种条约就需要载入一项管辖权条款，让它有权审理。³² 研究或许会发现，通过国际法院解决争议和作出法定诠释并不是最好的选项。无论如何，制定条约的程序必须规定某种机制或论坛，使得争端，包括如何诠释各项条款的争端，能得以解决。将习惯法订为法律和将习惯法彻底或大部分体现于国际文书，对土著人民不利的是，诠释条约的权利，包括诠释习惯法的权利将会落在非土著机构手里。建立一个同样机构来解

³¹ 见 <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext/ibasicorgansandspecialized.html>。

³² 见《国际法院规约》，第 36 条，第 2 项。可在网上查阅 <http://www.icj-cij.org/icjwww/icjhome.htm>。

决这些争议，或许是有益的，然而，在作出这种决定时，应当审慎从事，认识到这样的机构有可能会把土著人民诠释法律的权力和他们随后制定法律的权力夺走。

50. 研究还应当考虑，制定一项并没有具体阐述习惯法原则，但仍然对传统知识提供一般性保护的条约。这种条约或可提供相当一般性的保护，然而比《生物多样性公约》第8(j)条更加详尽，同时还规定了提供这种保护的机制，包括仲裁和强制执行条款。这种条约将体现习惯法的精神，但未具体阐明习惯法。尽管它是国内法，加拿大1982年《立宪法》第35条第1款提供的一般性保护就是一例，其中规定，“谨此确认和申明加拿大土著人民现有的权利和条约权利”。确认和申明土著人民对其传统知识拥有权利的条款或许是获得国际承认的途径，同时又避免了详尽阐述习惯法的不良后果。确认和申明传统知识的条款将提供习惯法运作的法律空间。在此之后，也许还需要在土著习惯法和国内法之间建立一种较为复杂的法律关系，然而，这将需要由国际一级确认和申明土著人民对其传统知识拥有权利来提供指导。

51. 上文已提到，对拟订一项有关传统知识的条约可以采用两种不同的方式：规定具体的条约，在某种程度上把习惯法订为法律和较为一般性的条约，为土著法律制度的继续运作提供法律空间，而不妨碍其运作。在审议两者中哪一种办法较为可行，常设论坛的研究应考虑到其相对利弊何在。如上所述，在这些模式相对利弊的评估程序中，一致性、灵活性、争议的解决和诠释等问题都应当成为组成的一环。此外，研究还应当审慎考虑登记的问题。研究也应当认真审查订为法律是否适当：对土著人民保留对习惯法的控制权而言，这或许并不是理想的方法。

52. 除了主张制订一项条约之外，常设论坛应当推动其他结构，诸如一项框架协议或谅解备忘录。

53. 不论设想采用哪种模式，常设论坛将需要考虑，是否应选用一种同时触及土著传统知识所有各方面问题的文件、结构或论坛，或者是否应采用各种不同的文件、结构或论坛来分别处理各项问题。一方面，如果分别处理，那么要如何在多种多样的领域内确认习惯法？而这样做是否能使其保持一致性？另一方面，如果要制订一份文件或建立一个结构来集中处理各项问题，那么它同现有文书，诸如《生物多样性公约》第8(j)条，又将会如何相互影响？不论审视的保护机制为何，这种问题都需要考虑。此外，应审慎考虑仲裁问题。研究应考虑，是否应设立一个由土著人民组成的机构，或者，可以利用设立一个论坛的办法，例如人权理事会。最后，不论采用哪种途径，如何强制执行和采用哪种遵守机制都是需要考虑的问题。

54. 除了保护的法律机制之外，还切需审议不经由法律手段的途径。尽管以法律手段回应很可能是必要的，但考虑一下可在国际论坛之外建立什么结构，或许是

有益的。举例而言，常设论坛或可大力宣扬一些倡议，诸如制定一种类似于公平贸易认证标记的土著标签，以便指明土著的所有权。³³ 这种宣传运动可以产生意义深远的影响，并有助于提高全球民众对这项问题的认识。它可以当作一项倡议单独进行，或者作为制定一项正式文书的附加活动。

55. 总结来说，在国际法范畴内有若干可能可以采用的保护机制，可在不同的程度上体现习惯法，并进一步推展，以便在国际和国家两级适当地保护土著传统知识。审慎考虑每一种文书的相对利弊，将有助于研订一种保护机制，协助土著人民为保护其传统知识而奋斗。尽管制定文书或建立结构的程序绝不容易，还有一大堆困难的问题需要解决，但这个程序本身就十分重要。注意到上文概述的各项问题，着手审议可能采用的结构，常设论坛将可以在这个复杂的领域内推进工作。

五. 总结评论

56. 常设论坛不妨考虑，宜于向经济及社会理事会建议，根据其任务规定委托进行一项研究，作为解决保护土著传统知识问题的一种方式。此外，常设论坛不妨考虑，就如何进行这项研究，包括在审查这项问题时将授权常设论坛发挥什么作用，向经济及社会理事会提供咨询意见。另一种办法是，常设论坛或可决定，根据其本身的任务规定审查这项问题。

57. 常设论坛可以设立一个附属论坛，例如闭会期间会议，或者把此一事项留交目前正在处理这项问题的组织。常设论坛不妨决定，最佳办法是，支持这些现有程序。作为另一个选项，常设论坛不妨考虑，将其一届会议的部分会期，大约三天左右，专用于举行一次工作会议，用来审议这项问题。作为另一种办法，论坛还可以任命大约五名成员，在其届会期间，专门举行一次关于土著传统知识的专题会议。如果决定举行一次闭会期间会议，与会者不妨包括常设论坛的成员，来自联合国、各政府间机构的代表和工作涉及这项问题的土著专家，这种会议可为监督研究提供适当的论坛。还应当考虑到机构间支助小组可能发挥的作用。常设论坛还应审议，是否应任命一名专门处理这项任务的特别报告员，或者研究是否应当留交其他实体负责。不论这次研究如何启动，将需要审议提供充裕经费的问题，同时考虑到，可供常设论坛运用那些资源的问题尚待解决。

58. 另外还有几项实际问题需要一开始就先解决，诸如，是否需要派出“考察团”，和是否需要在特定国家制定试验项目，如果需要，应在项目的那一个阶段进行。这些决定都涉及预算问题，一开始就设想清楚将是有益的。

³³ 联合国贸易和发展会议(贸发会议)-英联邦秘书处保存、保护和促进传统知识、创新和惯例的独特国家制度各项要素和制定国际框架的选项研讨会的报告，2004年2月4日至6日在瑞士日内瓦举行。油印本。可在网上查阅 http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/tk2/TKworkshop_report_final_2August2004.pdf。

59. 在构建旨在研究传统知识为何仍然未受保护的研究时，常设论坛应当知悉其程序。为如何解决此问题制定一项适当程序，将有助于取得进展。这项研究应当借鉴通过联合国系统拟订《联合国土著民族权利宣言》草案所获的经验。在教育 and 唤起各不同文化间的认识两方面，此一程序的能力不应低估。常设论坛不妨考虑，土著人民如何以及在多大程度上可以参与制定这项研究。不妨咨询土著人民对下列问题的意见：应当采用什么程序，或是否制定一项行为守则。³⁴ 尽管这样做需要一些时间，如果要将其转换成真正独特的保护制度，建立一个独特的查询系统将是十分关键的头一步。

60. 除了考虑它希望发挥什么作用和如何制订适当程序之外，常设论坛还应考虑，研究打算取得何种成果。这些考虑包括：阐明研究预料取得的成果和制定绩效指标或评估标准，以便决定研究的质量和影响。尽管随着研究的进行，标准可以修订，它们将成为该进程重要的一环，阐明研究打算完成的目标。研究必须铭记的是，不要误导土著人民产生不必要和不现实的期望。

61. 尽管多年来一直是引起国际重视的一项问题，土著传统知识仍然很容易被人盗用。现在需要确认，土著传统知识并非仅仅涉及知识产权问题。同样的，这也不单是人权问题、贸易问题，也非这些问题的综合体。如何适当保护土著传统知识是一项土著问题，土著人民应当成为此此一程序的关键要素。

³⁴ 见 UNEP/CBD/WG8J/4/8。