



土著问题常设论坛

第十三届会议

2014年5月12日至23日，纽约

临时议程* 项目9

常设论坛的未来工作，包括新出现的问题

审查在非洲区域保护传统知识、遗传资源和民间艺术方面的
挑战的研究

秘书处的说明

摘要

依照土著问题常设论坛第十一届会议的决定(见 [E/2012/43](#)，第48段)，论坛成员Paul Kanyinke Sena开展了一项研究，审查在非洲区域保护传统知识、遗传资源和民间艺术方面的挑战。兹将这项研究的结果提交给常设论坛第十三届会议。

* E/C.19/2014/1。



审查在非洲区域保护传统知识、遗传资源和民间艺术方面的挑战的研究¹

一. 引言

1. 本研究报告在引言之后，分为四节。第二节概述传统知识、遗传资源和民间艺术(称为“土著知识”)，并简要阐述土著社区在维护、保护和弘扬土著知识所面临的一些主要挑战。第三节概述保护土著知识的有关规范性框架，并重点介绍目前关于确保和加强土著人民对土著知识的权利以及土著知识的利用和惠益流向知识持有者的国际、非洲区域和国家进程。第四节概述非洲区域保护土著知识方面的主要挑战，在现有法律框架内对这些挑战进行具体分析，并重点说明良好做法的实例。第五节在已查明缺口的基础上，向联合国系统实体、区域组织、会员国和土著人民提出建议。

二. 概念综述

2. 本研究报告并不试图界定传统知识以及遗传资源与民间艺术相互关联的观念，而是遵循非洲区域土著人民的认识，就这些观念提出一般性的评论意见。² 他们强调，土著知识、遗传资源和传统文化表现形式都是单一整体遗产的组成部分，不应划分为不同的部分。世界知识产权组织(知识产权组织)确认，从土著人民的角度来看，传统知识、遗传资源和传统文化表现形式提出了不同的问题，因此可能需要不同的解决方案。³ 有鉴于此，本研究报告采用“土著知识”一词来称谓传统知识、与遗传资源相关的传统知识以及土著人民及其社区的传统知识表现形式的整个领域。

3. 土著知识扎根于土著社区的文化传统和长期习俗。它是土著人民与环境的相互作用过程中发展和维持的一个活生生的知识、习俗、传统和文化表现形式的总体。土著知识具有整体性，与社区同其土地、领土和自然资源的关系密切相连。土著知识形成了一系列复杂的认识、理解和意义。它包括语言、命名、分类系统、资源利用做法，习俗和信仰体系。⁴ 土著知识的概念对于以这种知识谋生和谋福

¹ 作者要感谢 Toe Holmström、非洲团队和世界知识产权组织(知识产权组织)传统知识司为支持这项研究作出了贡献。研究报告所表达的是作者的观点。

² 确定非洲区域土著人民的可能标准载于非洲人权和人民权利委员会在 ACHPR/Res. 65 (XXXIV) 号决议中所通过的土著人民/社区问题工作者的报告第五章。

³ 知识产权组织，背景简报第 1 号，“传统知识和知识产权”。

⁴ J. M. Wekundah, Why Protect Traditional Knowledge?, African Technology Policy Studies Network, Special Paper Series No. 44 (Nairobi, African Technology Policy Studies Network, 2012)。

的各种不同土著人民而言，含有不同的意义。土著知识是一代又一代人不断维持、发展并代代相传的一整套活生生的知识。由于本研究报告采用的土著知识各种构成部分具有活的性质，这造成难以对此作出定义。³

4. 土著知识的一个基本方面是，它体现了土著社区的集体认同、在环境中生存以及与环境建立关系的方式。它是动态的，在不断演化，以适应不断变化的情况和土著社区的需要。简而言之，它代表了土著社区在粮食和农业生产、教育、贸易和经济发展等广泛领域中与环境打交道的战略。在卫生领域，传统医药知识在社会、文化和科学方面对于土著人民具有重要作用。土著知识具有一个重要而且活生生的性别层面，但没有经常对此进行讨论。土著妇女在产生、保护和可持续利用生物多样性及相关土著知识、文化和技术发挥了至关重要的作用。因此，必须向土著妇女提供支持，使她们能够充分参与并影响到社区福祉的各级决策。

5. 土著知识与习惯法之间的联系十分重要。习惯法的作用是监管和掌管传播、分享、使用和应用这种知识的方式。鉴于习惯法和习惯知识保护系统具有重要作用，土著人民对他们的社会制度以及他们的知识赖以生存以及维持和传播的做法能否生存下来表示关切。土著人民强调，如果土著人民及其习惯法和惯例得到充分尊重和支持，土著知识才能生存并且蓬勃发展。土著知识是通过几个世纪的经验观察以及与合作的相互作用所积累的。土著知识通过共同的习俗和口述故事代代相传。缺乏书面记录的后果可能致使土著知识面临灭绝的严重威胁。

6. 与现行知识产权制度所承认的知识产权恰恰相反，土著知识在很大程度上被认为是属于社区所有，而不是属于社区的个别成员所有。由于它属于集体所有，就不容易受到现行知识产权制度的保护，这种制度在有限的时期内为列名的个人或公司的发明和原创作品提供保护。³ 土著知识得不到法律保护是当前这种知识遭到破坏和迅速丧失的主要根源。为了切实保护土著知识，应该在国际、区域和国家层面采取有效的政策和法律措施，而且要有土著人民充分和平等地参与起草和核定这些措施。

7. 非洲大陆有着丰富的生物多样性，约有 5 000 万人自称是土著人民。他们的生计和福祉依赖于他们关于自己所生活的环境和生态系统及其遗传资源的知识。与世界其他地区一样，土著知识是作为社区生存之道而发展和维持的，它反映出土著人民与自己环境的特定关系。然而，非洲，特别是撒南非洲，仍然有超过 2.18 亿人生活在赤贫之中。战争大大削弱了农村人口的谋生能力，人均粮食产量直线下降。粗放农业、砍伐森林和过度放牧造成的土地退化已经达到惊人的程度，进一步威胁到生计。最贫穷的人住在隔离区内，失去了在半城市和城市地区所具有的社会安全网和减贫方案。⁵ 这种现象具有讽刺意味，因为非洲大陆有着丰富的土著知识和富饶的自然资源可用来使非洲大陆脱离贫穷。土著知识、技术、技能

⁵ 国际农业发展基金，农村贫穷问题门户网站。

和习俗会有助于减轻贫困现象。一些最佳做法包括种植抗旱和早熟的作物品种以及保存和储存食物的技术。⁶ 土著知识系统可以在促进经济可持续性、自力更生和成本效益方面发挥举足轻重的作用。此外，在撒南非洲，土著知识特别具有活力和力量，⁷ 尤其是在粮食安全和保健方面。

8. 因此，土著知识应该得到保护、维护和推广。任何针对或可能影响土著社区的发展政策或方案都需要认识到土著知识对社区的生存方面具有重要作用，而且在整个经济中具有潜在作用。必须强调指出，对于非洲大陆土著知识的关切与其他地方一样，都与所牵涉的更大问题息息相关，例如土著社区在其所在国家的整个经济和社会中的地位以及他们历来居住、使用或以其他方式占用的土地的使用或拥有状况。对土著知识的维护以及拥有这些知识的社区维持生活方式的关切，往往表明这些社区面临外部压力的深层问题。⁸ 在这方面，需要采取多种措施，有效地保护、维护和宣传土著知识。

三. 保护土著知识的相关规范性框架和当前的国际倡议

9. 对土著人民而言，保护土著知识的基本理论围绕的是几个相互交错的问题，包括他们的基本权利；他们保护和掌管获取的能力；他们自己知识和文化遗产的使用，⁴ 同时确保利用土著知识所产生惠益的流入；土著人民是否能够利用土著知识作为自己发展形式的基础(见 E/C.19/2010/14，第 28 段)。所有这些都需要在国际、区域和国家层面制定积极主动、可以强制执行的法律文书和政策。一些国际进程和倡议已经开始应对盗用和未经授权而使用土著知识引起的争端。现将关于土著知识各个方面的相关规范性框架以及正在开展的国际进程概述如下。

A. 相关规范性框架

10. 本研究报告所依据的是这样一种认识，即土著知识涵盖遗传资源、传统知识和传统文化表现形式的所有相关概念。然而，与此同时，要确定“土著知识”这一笼统术语的规范性框架，就需要提到处理土著知识所有组成部分的具体国际文书。

11. 《生物多样性公约》是处理确认、维护和商业开发土著知识的先驱性公约。公约第 8(j) 条是关于传统知识最权威的条款，该条规定，每一缔约国应尽可能并酌情：

⁶ 联合国环境规划署，“非洲灾害管理土著知识”（2008 年，内罗毕）。

⁷ Emmanuel K. A. Sackey and Ossy M. J. Kasilo, “Intellectual property approaches to the protection of traditional knowledge in Africa”, African Health Monitor, No. 13 (August 2010)。

⁸ 知识产权委员会，“融合知识产权和发展政策”（2002 年，伦敦）。

依照国家立法，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久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用，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。

然而，应当指出，第 8(j) 具有局限性，因为它未述及知识的保护，而是呼吁缔约方“依照国家立法”，尊重、保存和维持传统知识。因此，该条未保障土著人民对其传统知识的任何权利。⁹

12. 《生物多样性公约关于获取遗传资源以及公正公平分享利用遗传资源所产生惠益的名古屋议定书》（《名古屋议定书》）第 7 条对于土著人民的传统知识也具有重要意义。更为重要的是，它强调需要得到土著和地方社区的事先知情同意，从而采用了与《联合国土著人民权利宣言》相一致的用语。《名古屋议定书》第 7 条指出：

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。

13. 在《生物多样性公约》第 15 条的框架基础上，特别是在获取遗传资源方面，《名古屋议定书》第 6 条要求各缔约方根据国内法酌情采取措施，以期确保在他们（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土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与。

14. 至于《生物多样性公约》，关于对拟议在圣地及地方和土著社区历来占据或使用的土地和水域进行的、或可能对这些土地和水域产生影响的开发活动进行文化、环境和社会影响评估的阿格维古自愿准则也提供了指导意见。该准则确认拟议在圣地或土著社区的土地和水域进行的、或可能对这些土地和水域产生影响的开发活动产生了长期负面影响，由此造成受影响社区传统知识、创新和做法的丧失。这些准则提出一个重要的框架，各国政府、土著人民和地方社区以及参与拟议开发活动的其他方面应在此框架内，考虑到土著社区传统知识、创新和做法，将其作为影响评估进程的组成部分，并应铭记传统知识、创新和做法的所有权和保护传统知识、创新和做法的必要性。

15. 《联合国土著人民权利宣言》最全面地承认土著人民的集体权利，并体现了促进和保护土著人民的必要的最低人权标准。《宣言》第 31 条为这方面提供了进一步的指导。第 31 条规定：

⁹ 见 J. Mugabe, P. Kameri-Mbote and D. Mutta, *Traditional Knowledge, Genetic Resources and Intellectual Property Protection: Towards a New International Regime*, International Environmental Law Research Centre Working Paper 2001 – 5 (Geneva, 2001)。

1. 土著人民有权保持、掌管、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化体现方式，以及其科学、技术和文化表现形式，包括人类和遗传资源、种子、医药、关于动植物群特性的知识、口述传统、文学作品、设计、体育和传统游戏、视觉和表演艺术。他们还有权保持、掌管、保护和发展自己对这些文化遗产、传统知识和传统文化体现方式的知识产权。

2. 各国应与土著人民共同采取有效措施，确认和保护这些权利的行使。

16. 《联合国土著人民权利宣言》第 11 条也与此有关联：

1. 土著人民有权奉行和振兴其文化传统与习俗。这包括有权保持、保护和发展其文化过去、现在和未来的表现形式，如古迹和历史遗址、手工艺品、图案设计、典礼仪式、技术、视觉和表演艺术、文学作品等等。

2. 各国应通过与土著人民共同制定的有效机制，对未事先获得他们自由知情同意，或在违反其法律、传统和习俗的情况下拿走的土著文化、知识、宗教和精神财产，予以补偿，包括归还原物。

17. 继《联合国土著人民权利宣言》和《生物多样性公约》之后，联合国教育、科学及文化组织《保护和促进文化表现形式多样性公约》(2005 年)也规定了保护和促进文化表现形式多样性的措施，尤其是第 7 和第 8 条。

B. 正在开展的国际进程

18. 为了回应对大规模未经授权的使用和盗用土著知识现象的关切，包括关于同等保护传统知识系统等要求，知识产权组织成员国于 2000 年 10 月设立了知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会(下称“政府间委员会”)。¹⁰ 2009 年，知识产权组织大会授权政府间委员会开展案文谈判，目的是就一项国际法律文书的案文达成协议，确保切实保护遗传资源、传统知识和传统文化表现形式。人们期望这份文书能让土著人民切实保护其知识。确认土著知识是知识产权将意味着国际法出现一个历史性的转变，将使土著和地方社区以及各国政府能够保护传统疗法和文化表现形式，不被盗用，使社区能够掌管其土著知识并从商业开发这种知识的所有活动中集体受益。³ 非洲土著社区拥有丰富的知识，应该充分参与这一进程和知识产权组织的其他相关进程。¹¹

19. 土著问题常设论坛强调必须让土著人民充分、平等地参与政府间委员会进程，最近，2013 年常设论坛第十一届会议与知识产权组织的半天对话期间也强调了这一点。知识产权组织应该加大力度，让非洲土著代表参加知识产权组织的会

¹⁰ 见知识产权组织 W0/GA/26/6 号文件(2000 年 8 月 25 日)。

¹¹ 知识产权组织继续通过其版权及相关权利常设委员会、专利法常设委员会和商标、工业品外观设计和地理标志法律常设委员会等常设委员会逐步开展其规范化和政策制订工作。

议，籍此对非洲大陆采取平权行动。知识产权组织经认可的土著社区和地方社区自愿基金支持非洲土著代表参加知识产权组织会议，该基金发挥了重要作用，知识产权组织成员国应该继续向该基金提供支持。

20. 知识产权组织应采取各种方式，加强土著人民充分并切实参加政府间委员会进程以及关于可能影响到土著人民的知识和知识产权的具有法律约束力的文书的所有其他进程。⁹ 关于世界知识产权组织政府间委员会进程，必须确保土著人民、包括来自非洲区域的土著人民切实参与非正式磋商和专家工作组，并作为政府间委员会会议的协调人。

21. 政府间委员会开展了重要的工作，然而，有些国家明显缺乏意愿通过最终成果文件，阻碍了真正取得进展。政府间委员会应在土著人民的充分和切实参与下，努力通过成果文件，成果文件应反映出土著人民的核心诉求，并与《联合国土著人民权利宣言》保持一致。虽然在起草新的文书方面已经取得一些进展，以保护土著人民的知识，但是，要取得进一步进展，就需要确保土著人民的基本人权。

四. 保护非洲土著知识：考虑非洲区域的挑战和应对方式

A. 保护土著知识方面的挑战

22. 虽然现有各种法律和政策，而且农村地区广泛使用土著知识，但是非洲各国对土著知识的经济价值知之甚少。对土著知识与经济发展之间的相互联系很少进行讨论；因此，各国未着力保护或投资于土著知识。在许多情况下，甚至大力阻止使用土著知识，将其打上“落后”的标签，因为这种知识未经过科学测试或同行评议。因此，大多数国家的教育体系不介绍这种知识。不久之前，许多非洲国家还大力阻止使用传统医药，认为它“不安全，落后”。然而，由于缺乏现代医药，非洲农村 60%的人口依赖传统医药来满足初级保健需要。¹² 只是旅游行业以及现在的时尚行业才确认并大力鼓励这种文化。

23. 推动变革是保护和利用非洲土著知识方面的一项重大挑战。教育系统、有组织的宗教和媒体都在大力推动社会变革。不断有人提醒土著人民，如果不放弃传统方式，他们在发展领域就会继续落在后头。因此，随着人口老龄化，与土著知识强有力的纽带在不断削弱，逐步瓦解。值得注意的是，受过教育的土著人正带头鼓吹必须变革的信息。

¹² 卫生组织，“促进传统医药在卫生系统中的作用” AFR/RC50/9 号文件，第 9 段。

24. 由于法律和政策很薄弱，加上有些地方根本不存在法律和政策，很难在非洲保护土著知识。有 18 个国家是非洲区域知识产权组织的成员国。¹³ 这些国家大多数已有某种形式的保护土著知识的法律，或正在制订这种法律。然而，由于这并非优先事项，处理土著知识的政府部门获得的资金和人员最少。如果已经设立执法机构，它们也缺乏任何形式的有效执法能力。即使在现有的知识产权法律中，对保护知识产权机会的认识也严重不足。

25. 许多社区共享并广泛使用土著知识，这种情况给所有权、保护和利用造成了最严峻的挑战。土著知识常常是各社区和邻居之间分享的，它跨越辖区和边界。由于各个土著社区共享生物多样性和生态系统，这意味着采用了类似的应对做法和适应方式，因此，传统知识也是在这些社区中同时、并行地发展和演变的。¹⁴

B. 盗用非洲土著知识行为

26. 盗用非洲土著知识是上述挑战产生的直接后果。为本研究报告的目的，盗用是指未经土著人民自由和事先知情同意而非法使用或者采用欺骗手段使用他们的知识。虽然土著知识持有人不知道他们的知识在经济中的全部价值，但医药和卫生等行业对于利用自然产品来研发新的药物和药品越来越感兴趣。这促使人们日益希望了解土著人民对于他们历来所使用自然产品的益处的知识。研究人员和公司利用在土著人民土地上发现的遗传资源有了发明并申请专利，靠这些资源赚取了大笔钱财，却往往不感谢、不确认土著社区的贡献，或者不向他们提供补偿。同样，许多行业，包括时尚、旅游和汽车制造行业，盗用或利用土著人民的形象和传统文化表现形式，作为产权系列的品牌。

27. 草药产品市场就是一个明显的例子。许多现有的产品都是利用土著知识研发的。草药市场发展迅速，目前估计价值为 600 亿美元，预计到 2050 年将达到 5 万亿美元。¹⁵ 第三方实体继续为利用土著人民传统医药研发的混合药品申请专利，而未经土著社区的自由、事先和知情同意，也没有提供公平补偿，土著社区通过不断的悉心积累、选择、繁殖和交易最佳适应品种，提高了这些植物和遗传资源的价值。

28. 大规模剽窃土著人民传统工艺品和文化产品的做法也令人关切。在土著人民的传统文化产品进入国内或国际市场时，很少或根本不确认保持这些传统的土著

¹³ 博茨瓦纳、冈比亚、加纳、肯尼亚、莱索托、马拉维、莫桑比克、纳米比亚、塞拉利昂、利比里亚、卢旺达、索马里、苏丹、斯威士兰、乌干达、坦桑尼亚、赞比亚和津巴布韦。见 www.aripo.org。

¹⁴ Manuel Ruiz Muller 于 2013 年 7 月 16 日在日内瓦国际贸易与可持续发展中心举行的题为“共享传统知识：问题和备选做法”的活动讨论了该问题。

¹⁵ 见 S. Alikhan, *Socio-economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries* (Geneva, WIPO, 2000) and Zulfeequar Alam, *Herbal Medicines* (New Delhi, APH Publishing, 2008)。

社区的贡献。这种现象表明，没有反过来给予赞誉、确认或经济奖励。当地艺术家变得平淡无奇，默默无闻，甚至在他们自己或邻近的社区都是如此。这种现象扰乱了土著社区因自己不同于其他社区而具有的权威等级和自豪感。¹⁶

29. 土著人民利用土著知识和相关习俗制作的手工艺品，被第三方在工厂复制，并低价出售，这种仿冒行为令人严重关切。土著人民认为这是不公平的竞争，是对传统方法、材料和技术的歧视。仿冒土著工艺品并低价出售，会破坏土著社区的经济，导致他们进一步边缘化。

30. 目前还在发生对土著知识的生物剽窃，包括对土著社区的知识、遗传资源和农业实践的剽窃行为。有些个人或机构越来越频繁地试图对非洲大陆的资源 and 知识实行垄断控制。

31. 2010年，肯尼亚Endorois人在非洲人权和人民权利委员会赢得了对肯尼亚政府的法律诉求，¹⁷ 目前正等待着委员会的裁决得到执行。Endorois人民是遭受生物剽窃的许多土著人民之一。大不列颠和北爱尔兰联合王国莱斯特大学从柏哥利亚湖取走的生物资源是微生物。后来一家公司对这些遗传资源申请了专利，这家公司以工业规模克隆了利用这种酶研发的微生物，供纺织企业和洗涤剂制造商使用。在这一过程的任何阶段，都没有向Endorois人民提供任何信息或经济收益。据估计，这一资源（现在常用于漂白牛仔裤）每年的价值为6亿美元，⁴ 这笔资金没有使Endorois人受益，他们依然是该国最贫穷的族裔之一。非洲土著人民，如Endorois人民，都无法控制搜集这些知识的人员纪录、储存或使用其知识的方式，这些人员也不向他们通报研究的结果。¹⁸ 各国必须向土著人民通报在其土地上开展的任何当前和拟议的研究或生物勘探活动，并确保依照关于土著人民权利的国际标准开展这些活动。

32. 佩戴彩珠的马赛勇士或马赛妇女形象依然是非洲特有的形象。数十家公司曾经使用并在继续使用马赛图像或名称来销售产品。目前世界各地约有80家公司使用马赛人图像或名称，其中包括一家时装公司，这家公司经营马赛沙滩毛巾、

¹⁶ Jane Anderson, “Developments in intellectual property and traditional knowledge protection”, in Ulia Popova-Gosart, ed., *Traditional Knowledge and Indigenous Peoples* (Geneva, L’auravetl’an Information and Education Network of Indigenous Peoples and WIPO, 2009)。

¹⁷ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, communication No. 276/2003, ruling published 4 February 2010。

¹⁸ D. Jackson, *Implementation of International Commitments on Traditional Forest-related Knowledge: Indigenous Peoples’ Experiences in Central Africa* (Forest Peoples Programme, October 2004)。

帽子、围巾和旅行包。¹⁹ 许多公司已经获得使用马赛名称或图像的商标，但并未征求马赛人的意见，马赛人也没有因这种未经授权而使用其名称、图像和文化表现形式的行为而得到任何补偿。马赛人表示了关切，他们特别关切的是对他们的身体和形象的写照，因为对他们首饰的用法并不妥当。未经授权而使用土著传统文化表现形式，就马赛人而言是首饰和格子织物，是将土著社区视为神圣或具有特殊意义的文化和物品的商品化行为。

33. 非洲土著社区丧失了土地，使用自己土地和资源时又受到限制，这导致他们越来越难以运用和维持自己的土著知识系统。虽然这并不涉及知识产权的问题，但对于将土著知识传承给子孙后代产生了深远的影响。在喀麦隆，巴卡青年正在丧失认出他们在森林中独立生活所需要的动植物的能力。他们对传统的巴卡地区的地理知识大大减少。巴格耶里青年不再知道如何利用藤蔓做罗网，他们也认不出部族传统的打猎领土。卢旺达和布隆迪巴特瓦人都被拒绝进入他们的森林，他们不得不靠打工、制陶和乞讨为生。因此，巴特瓦人失去了本族的知识。¹⁸ 由于巴卡、巴格耶里和巴特瓦等非洲土著人民失去传统的土地，他们自给自足的生活以及向后代传授知识的能力受到威胁，从而影响到他们的生命权、健康权和文化权。

34. 有人指出，非洲大陆各地的土著人民只是被视为信息的提供者，有时候，各种举措会最终夺去他们的资源和权利。例如，保护区规划人员依靠土著对话者来评估潜在的生物多样性保护区。在中部非洲区域，对 200 名非洲人种植学家的调查表明，正在开展的人种植物学研究中，有将近半数是在可能由土著人民占据的地区进行的。在许多情况下，土著人民揭示的生物多样性成为将他们与自己的资源相隔离的原因。¹⁸ 将他们赶出或强迫迁出他们的土地并与他们的资源隔离后，土著人民作为民族的生存就受到严重威胁。

35. 土著人民在保护自己的知识方面面临的部分问题是社区内部缺乏能力，其原因往往是没有充分了解利用他们的知识可以有那些收益，他们的知识被滥用或盗用后会有哪些后果。任何保护土著知识持有者的法律和(或)政策举措都必须适应土著社区的具体需要和资源方面的遏制因素，并纳入能力建设方案、建立文档的举措和发展更广泛的基础设施，应有土著人民充分、有效地参与。而且亟需采取措施，使土著社区进一步认识到自己知识的潜在价值，并制定战略，在土著社区内部发展基于土著知识的创业精神。这种创业精神可以成为一种重要手段，降低非洲土著人民极高的贫困率，并且保护、保存和促进土著社区的文化习俗。

36. 鼓励知识产权组织拟定这种能力建设的示范课程，包括向土著社区提供下列方面的培训：谈判进程；自由、事先和知情同意程序的要素；利益共享模式和解

¹⁹ C. Hebblethwaite, "Brand Maasai: why nomads might trademark their name", BBC News Magazine, 27 May 2013.

决争端。应该编制关于传统知识的在线课程，将此作为知识产权组织学院课程的一部分。在这方面，必须制订传播信息的战略。

C. 率先在法律上承认和保护非洲土著知识

37. 由于许多非洲国家日益认识到土著知识的商业价值及其创造经济增长机会的潜力，因此，许多国家在有关土著知识的谈论中发挥了积极的作用，知识产权组织政府间委员会的工作就证明了这一点。各国政府在向知识产权组织进程提供意见时，必须纳入非洲土著人民的观点和意见。切实有效的伙伴合作对于找到解决方案是必不可少的。

38. 非洲区域各政府机构，例如非洲联盟，也处理了必须保护土著知识和防止滥用这种知识的问题，它们制定了区域法律框架和政策，保护传统知识和遗传资源。作为非洲联盟前身的非洲统一组织于 2000 年通过了《非洲保护地方社区、农民和养殖者权利及生物资源获取管理示范立法》，指导非洲各国制订关于地方社区对其传统知识和遗传资源权利的国内法。引人注目的是，《非洲示范立法》从未付诸实施。但是，它含有关于土著和地方社区权利的先驱性条款。例如，它要求非洲联盟成员国承认土著和地方社区对其生物资源以及传统知识，创新和做法的权利。获取传统知识必须得到社区的事先知情同意。《非洲示范立法》也承认社区的集体权利和习惯法。

39. 2010 年在非洲区域知识产权组织框架内，通过了《关于保护传统知识和民间文学艺术表现方式的非洲区域知识产权组织斯瓦科普蒙德议定书》（下称《斯瓦科普蒙德议定书》）。²⁰ 《斯瓦科普蒙德议定书》已开放供非洲区域知识产权组织成员国签署，它们可以利用该《议定书》拟订国家一级的法律。博茨瓦纳、加纳、肯尼亚、马拉维、莫桑比克、纳米比亚、乌干达和赞比亚已经利用该《议定书》作为制订国家政策和立法的模式。²¹ 该《议定书》规定，土著社区享有利用其传统知识和防止未经其事先知情同意而利用其知识的专属权利。它强调保护措施必须针对传统知识的具体特性，包括其总体和社会环境。虽然该《议定书》率先承认土著知识的总体范畴，它的落后之处在于不承认土著人民对其生物资源的权利，非洲土著社区认为，这些生物资源与他们的土著知识密切相关。

40. 非洲领导人还通过非洲发展新伙伴关系(新伙伴关系)，认识到保护和促进土著知识系统和技术的重要性。新伙伴关系框架文件第 140 和 141 段专门阐述了保护和促进土著知识和相关技术创新的问题。第 140 段指出：

²⁰ 非洲知识产权组织于 2007 年通过了一项类似的举措。

²¹ 世卫组织非洲卫生观察所，“采用知识产权方式保护非洲区域传统知识”，《非洲卫生监测》，第 13 期(2010 年 8 月)。

文化是非洲大陆发展努力的组成部分。因此，有必要保护和有效利用土著知识……并为全人类的利益而分享这种知识。

[新伙伴关系]将特别重视保护和培养土著知识……发明……以及所有其他基于传统的创新和创造……

为了落实第 140 段，作为非洲联盟所有成员国科学和技术部长高级别政策和政治论坛的非洲部长级科学和技术理事会设立了一个保护和利用非洲土著知识库方案。该部长理事会的职责是帮助非洲国家共同利用和运用科学技术来转变其经济体并实现千年发展目标。

41. 尽管非洲区域一级在推动对土著知识提供法律保护方面取得了进展，但是，对土著人民整体以及对其知识系统的负面态度还非常普遍，阻碍了这些举措的有效落实。这种负面态度涉及到一切土著事物，例如与卫生、教育和农业有关的传统习俗。这种习俗和知识系统往往被认为是不科学和落后的。在这方面，必须对政府代表和各部委工作人员开展培训，让他们了解土著人民及其知识对可持续发展的价值。

42. 国际和非洲区域的法律文书不可能充分解决各国的需要和愿望。正如《联合国土著人民权利宣言》所指出，协调一致的国家法律和政策举措有潜力可以处理并确保土著人民维持、掌管、保护和发展他们知识的权利，并行使权利来维持关于自己知识系统的知识产权。

43. 迄今为止，非洲国家已通过关于土著知识的政策和法律框架数量有限。缺乏关于土著知识的国家政策和法律框架导致了法律方面的真空，造成所有权方面的争端，有些组织和研究人员填补了这种真空，他们进入这些国家自由地搜集土著知识。国际组织支持非洲各国政府努力记录土著知识，但是，在制定允许进入以期纪录土著知识的协议时，没有征得土著社区的自由、事先和知情同意。在制定关于获取遗传物质和保护知识及知识产权的政策和法律时，应确保土著人民能充分和有效地参与。这种政策和法律应采用基于权利的框架，并应依据《联合国土著人民权利宣言》，尤其是自由、事先和知情同意的原则。

44. 非洲有些国家对土著知识提供了某种形式的法律保护，这些国家包括喀麦隆、加纳、肯尼亚、马拉维、尼日利亚、南非、乌干达和坦桑尼亚联合共和国。到目前为止，肯尼亚依然是制定了关于传统知识、遗传资源和传统文化表现形式的具体政策的少数非洲国家之一，尽管政策还有待最后确定。肯尼亚也编制了关于传统医学和药用植物的政策草案。坦桑尼亚联合共和国卫生部现有关于传统替代医学的政策。马拉维和乌干达制订了关于传统医学的法案，但尚未颁布实施。南非于 2004 年通过了关于土著知识系统的政策和生物多样性法令，并于 2006 年设立了土著知识系统国家办公室。喀麦隆现有保护传统医药方面发明和创新的框

架，加纳现有关于知识产权的国家政策。尼日利亚在 2006 至 2007 年期间制定了关于知识产权的国家立法和法令。

45. 这些都是在一定程度上保护土著知识的法律举措的良好实例，但是，大多数法律框架似乎都支离破碎，应该提高这方面的全面性。关于保护土著知识的政府举措和政府机构普遍缺乏协调，有时工作还发生重叠，导致政策和监管协定发生冲突。

D. 良好做法

46. 有一个能够说明良好做法的著名的事例是，南非鄞族处理未经许可而使用用以消除饥饿的蝴蝶亚仙人掌的情况。1995 年，南非科学与工业研究委员会利用 1930 年代的人类学研究成果，对蝴蝶亚仙人掌抑制食欲的特性申请了专利。到 1998 年底为止，将这一植物作为一种减肥药而研发和营销的特许费用收入已达 3 200 万美元。²² 鄞族提出生物剽窃指控，并威胁采取法律行动，包括指控侵犯了他们的财产权和平等权利。与鄞族协作的权利倡导者施加压力之后，该委员会于 2013 年同意订立一项惠益分享协议，分享特许权使用费。这一解决方案表明，如果各方具有善意，可以就获取和惠益分享问题达成共同接受的安排。所有各方、包括鄞族都认识到知识产权在确保未来惠益方面极为重要。²³ 2008 年 12 月，获得推动蝴蝶亚专利许可证的公司终止其蝴蝶亚项目。因此，目前不清楚鄞族是否将获得惠益。

47. 由土著驱动的一个良好做法是马赛人争取知识产权的举措，他们试图重新获得对其著名标志性文化品牌的所有权。这一举措试图要求使用马赛土著知识的公司提供许可证费用。在这方面，加强土著社区能力、包括提高认识和开展培训的举措具有重要作用。知识产权组织开展了创造性遗产项目，协助培训马赛人纪录其土著知识。²⁴ 应该鼓励采取这种培训举措。

48. 以社区为基础的地图绘制活动有了增加，这表明土族人民对不确认或滥用他们知识的现象表示关切。土著人民已经开始通过绘图来记录自己的知识。在喀麦隆，非政府组织培训土著社区在他们居住的林区对森林的使用情况绘制地图。他们利用这种技术支持，绘制了他们传统打猎、采集和种植地区的地图。这些地图是土著社区的知识产权，可作为讨论土著社区在被排斥地区中的土地保有权和使用权的重要依据。¹⁸ 肯尼亚的社区地图绘制活动也在成为一个重要进程，Endorois 和 Ogiek 族人已经开始对自己土地和相关传统知识进行绘图。例如，Ogiek 族的地图标明其家园特定地区的蜂蜜生产活动。

²² 联合国开发计划署，《2004 年人类发展报告：当今多元化世界中的文化自由》，第 5 章，“全球化和文化选择”，《世界土族人民状况》中引述此文（联合国出版物，出售品编号：第 09.VI.13）。

²³ 知识产权委员会，“融合知识产权和发展政策”。

²⁴ 见“传统文化的数字化”，《知识产权组织杂志》（2008 年 6 月）。

五. 结论和建议

A. 结论

49. 盗用和未经许可使用土著知识行为在不断增加，这证明，管理土著知识这一从前由习惯法监管的地方性任务已经成为与土著人民有关的国际问题。出于商业目的和其他目的而盗用和使用土著知识的现象是土著人民所面临的重大全球性挑战。土著知识具有很大的商业价值，虽然公司和其他方面受益于土著知识，但是，这种知识的传统持有人很少得到补偿。近年来取得了一些进展，逐步拟定了一些新的突破性文书来保护土著人民的传统知识和传统文化表现形式。但还需要取得进一步的进展，以确保土著人民的基本人权。非洲区域的土著人民拥有丰富的传统知识，但是，尚未充分建立保护这种知识的法律框架。虽然现有一些法律举措的良好实例，但迄今大多数法律框架似乎都不成系统，需要具有全面性。必须确保土著人民及其社区充分并有效地参与可能对土著知识产生影响的任何举措。因此，建立有效的伙伴关系对于找到解决办法是必不可少的。

B. 建议

对世界知识产权组织的建议

50. 知识产权组织应采取各种方式，促进土著人民充分并有效地参与知识产权与遗传资源、传统知识和民间艺术政府间委员会以及与该政府间委员会工作相关的所有其他进程。知识产权组织应该特别关注非洲土著代表的参与，以此作为平权行动，以便使人们进一步了解知识产权组织在非洲区域开展的各种过程。

51. 知识产权组织应努力在土著人民充分与平等参与下，通过一项符合《联合国土著人民权利宣言》、反映出土著人民及其社区的核心诉求并具有法律约束力的成果文件。

52. 鼓励知识产权组织与非洲区域知识产权组织和土著人民协商，为非洲土著社区制订符合文化背景的能力建设培训课程。这些课程可以注重于土著知识和经济学的联系；谈判进程；自由、事先和知情同意进程的要素；利益共享模式以及解决争端。知识产权组织还可以开设关于传统知识的在线课程，作为知识产权组织世界学院课程的组成部分。在这方面，必须拟定传播信息的战略。

对非洲国家的建议

53. 非洲国家代表团参加世界知识产权组织政府间委员会的工作时，应该将非洲土著人民及其社区的观点和意见纳入这一过程。

54. 非洲各国应与土著人民充分协商，采取积极保护土著知识的国家措施。应该就如何对待神圣的知识以及如何征求土著社区的意见问题达成协议，土著人民必须在保护、弘扬和使用自己的知识方面发挥积极作用。所有保护和惠及土著知识

持有者的法律和(或)举措都必须认识到土著知识的整体性质。这些措施应当针对土著社区的具体需要,顾及资源方面的限制,应当在土著人民充分和有效参与下,开办能力建设课程,采取文件编纂举措,并开展较为广泛的基础设施发展工作。

55. 非洲各国应确保针对和影响到土著社区的发展政策或方案都认识到土著知识对于土著社区生存的重要作用,并确保将土著知识充分纳入各项政策和方案。

56. 非洲各国应采取措施,使土著社区进一步认识到自己知识的潜在价值,并制订战略,促进和确保利用土著知识在土著社区中创业的机会。

57. 非洲各国应向土著人民及其社区通报在他们地区开展的任何现有或拟议的研究或生物勘探活动,并确保开展这些活动的方式符合关于土著人民权利的国际标准。

58. 鼓励非洲各国政府为政府代表和各部委工作人员开展关于土著人民和他们的知识对可持续发展具有何种价值的培训。

对非洲土著人民的建议

59. 非洲土著人民应该采用马赛土著知识产权倡议的良好做法,加大力度提高社区的能力,包括开展宣传和培训活动,使人们进一步认识到土著知识的潜在价值,了解可以保护这种知识的现有措施,并确保任何利用他们知识的行为都惠及他们的社区。