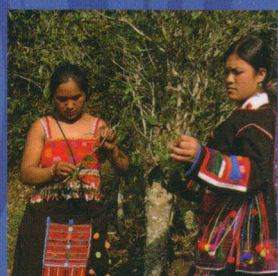
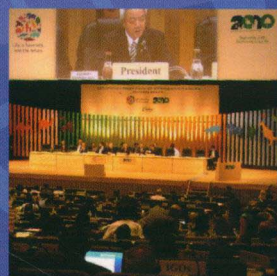
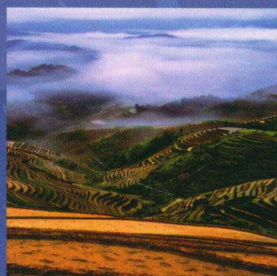




生物多样性与传统知识丛书

The Regime of Access and Benefit
Sharing for Traditional Knowledge Associated
with Genetic Resources



遗传资源相关传统知识获取与 惠益分享制度研究

薛达元 秦天宝 蔡蕾 著

中国环境科学出版社

遗传资源相关传统知识获取与 惠益分享制度研究

薛达元 秦天宝 蔡 蕾 著

中国环境科学出版社·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

遗传资源相关传统知识获取与惠益分享制度研究/薛达元, 秦天宝, 蔡蕾著. —北京: 中国环境科学出版社, 2012.11
ISBN 978-7-5111-1179-1

I. ①遗… II. ①薛…②秦…③蔡… III. ①遗传资源—传统知识—制度—研究 IV. ①S32

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 252487 号

责任编辑 张维平
责任校对 唐丽虹
封面设计 宋 瑞

出版发行 中国环境科学出版社
(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
联系电话: 010-67112765 (编辑管理部)
发行热线: 010-67125803, 010-67113405 (传真)
印装质量热线: 010-67113404

印 刷 北京市联华印刷厂
经 销 各地新华书店
版 次 2012 年 12 月第 1 版
印 次 2012 年 12 月第 1 次印刷
开 本 787×1092 1/16
印 张 19.5
字 数 460 千字
定 价 62.00 元

【版权所有。未经许可, 请勿翻印、转载, 违者必究。】

前 言

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》，由此揭开全球生物多样性保护的序幕。20年来，国际社会和世界各国在保护生物多样性和可持续利用生物资源方面开展了大量工作，做出巨大努力。为纪念20年前的伟大创举，2012年在同一地点召开了“里约+20”的联合国可持续发展大会。此次大会对20年来履行《生物多样性公约》等公约的现状做了评估，认为各国在实现《生物多样性公约》目标方面虽然已取得重要成果，但是离全面实现公约目标还有相当距离。

《生物多样性公约》提出三大目标，即：①保护生物多样性；②持续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。20年来，各国在实现《公约》第一目标和第二目标方面已迈出坚实的步伐，但是在第三目标方面则进展很小。《公约》第三大目标主要体现在《公约》的第15条规定，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国家法律；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。

为了切实履行《公约》第15条，以便全面实现公约目标，1998年《生物多样性公约》第四次缔约方大会决定，成立获取与惠益分享问题的特设工作组（ABS工作组），为建立一项有法律约束力的获取与惠益分享国际制度而开展政府间谈判。2004年《公约》第七次缔约方大会对ABS工作组的谈判内容做了授权，从此工作组进入紧张的谈判进程，经过6年多紧锣密鼓的艰苦谈判，终于在2010年10月在日本名古屋召开的《公约》第10次缔约方大会上通过了具有里程碑意义的《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》（简称《名古屋议定书》）。

《生物多样性公约》第8(j)条还对遗传资源相关传统知识的保护做了规定，要求各缔约国应尽可能并酌情，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，促进其广泛应用，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。为此，《名古屋议定书》将传统知识亦纳入获取与惠益分享的范围，对相关传统知识的获取与惠益分享作了专门规定。

《公约》缔约方大会在建立ABS工作组的同时，也成立了《公约》第8(j)条及相关条款的传统知识工作组。传统知识工作组自建立以来已召开7次会议，研究制定了一系列重要文件并得到缔约方大会通过。例如：2004年《公约》第七次缔约方大会通过了《对拟议在圣地和土著和地方社区历来居住或使用的土地和水域进行的、或可能对这些土地和水域产生影响的开发活动进行文化、环境和社会影响评估的阿格维古自愿性准则》；2010年第10次缔约方大会上通过了《确保尊重土著和地方社区与保护和可持续利用生物多样性相关的文化和知识遗产的特加里瓦伊埃里道德行为守则》。此外，该工作组还在建立传统知识保护特殊制度方面开展了研讨和谈判。

中国民族众多，历史和文化悠久，与生物多样性保护和持续利用相关的传统知识特别丰富，是世界上遗传资源和相关传统知识的重要提供国。中国许多民族地区至今仍然保留着传统的耕作制度和生活方式，对生物多样性的保护和可持续利用具有重要意义。为了有效保护和传承这些珍贵的传统知识，需要根据国际公约的义务，结合我国具体国情，研究提出具有中国特色的遗传资源相关传统知识获取与惠益分享的管理制度体系和能力建设需求，以规范管理遗传资源及相关传统知识的获取过程，充分维护国家利益，并确保在国家、保存与开发机构以及地方社区之间公平公正地分享惠益。

本书旨在综述相关国际公约特别是《生物多样性公约》在遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享方面的谈判过程与进展，阐明全世界各地区和各国政府在获取与惠益分享方面的立法努力和制度实施的经验，梳理我国在遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享方面的政策与法规，分析中国在履行国际义务及加强国内遗传资源及相关传统知识保护与管理方面的缺失和漏洞，提出既与国际公约接轨又适合中国国情的获取与惠益分享国家法规制度，以及加强获取与惠益分享管理能力建设的需求与行动，从而为相关政府主管部门的相关管理决策提供技术支持。

本书是在作者多年参与《生物多样性公约》和《名古屋议定书》相关国际谈判以及实施一系列国家履约行动的基础上撰写而成。同时，此书也是实施一系列相关研究项目的成果总结。这些项目包括环境保护部的“生物多样性专项”、第三世界网络（TWN）资助项目、中国-欧盟生物多样性项目、中央民族大学“985工程（三期）——民族地区生态环境保护科技创新平台”和“111计划——民族生物学引智创新基地”等。我们对上述项目的支持表示衷心感谢。

除了署名的作者外，参加本书编写和项目研究的还有中国政法大学于文轩副教授，中国环境科学研究院徐靖博士，环境保护部南京环境科学研究所武建勇博士和赵富伟博士，中央民族大学郭沛教授、彭羽副教授、成功博士等，武汉大学博士生李一丁等，林燕梅女士在概要英文翻译方面作出了贡献。此外，参加工作的还有中央民族大学博士研究生尹仑、杨京彪、王程、戴蓉、张渊媛、杨立新、王艳杰、杜玉欢等，硕士研究生殷金、刘春晖、陈晨、温晓菁、张佳琦、鲁茸卓玛、孙皓明、梁晨、郑燕燕、胡晓燕、陈卓雅、姚瑶、高英等。我们对参与编写和参与研究项目的全体人员表示崇高敬意。

此书可供从事生物学、生态学、民族生态学、中医药、资源管理、环境科学、法学、知识产权、民族学、人类学等学科的教学和研究人员参考，特别是可作为政府从事遗传资源及相关传统知识保护与管理的人员以及参与相关国际公约谈判的人员参考。

书中如有不妥之处，敬请读者指正。

薛达元

2012年10月于印度海德拉巴

目 录

执行概要	1
一、传统知识概念	1
二、遗传资源相关传统知识获取和惠益分享国际法律保护现状	5
三、典型国家立法情况	8
四、遗传资源相关传统知识获取和惠益分享国内法律保护现状	9
五、创设遗传资源和相关传统知识获取与惠益分享制度	14
六、创设遗传资源相关传统知识获取和惠益分享的道德行为守则和示范指南	15
七、传统知识法律保护的国家能力建设	17
Executive Summary	22
I The Concept of Traditional Knowledge	22
II The Current Situation of ABS on TK associated with Genetic Resource in International Law	27
III The Typical Domestic Legislation of ABS on Genetic Resource or Traditional Knowledge in the World	33
IV Current Situation of Domestic Legislation and Administration on ABS on TK associated with Genetic Resource	34
V To Establish <i>sui generis</i> system on ABS on TK associated with Genetic Resource	40
VI Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for Traditional Knowledge associated with Genetic Resource (CECERTK)	42
VII National Capacity Building for TK Protection	44
第一章 生物多样性、传统文化与传统知识	50
一、传统文化与生物多样性	50
二、国际社会有关传统知识的定义	53
三、中国传统知识的类型和表现形式	57
第二章 多边国际公约有关遗传资源相关传统知识的法律现状	61
一、《生物多样性公约》有关获取与惠益分享的议题	61
二、生物多样性公约缔约方大会有关第 8 (j) 条的决定	78
三、生物多样性公约第 8 (j) 条特设工作组会议	90
四、传统知识相关议题的《工作方案》及其实施	106
五、其他国际公约	112

第三章 区域与国家有关遗传资源相关传统知识法律保护示例.....	126
一、区域法律保护示例	126
二、典型国家立法示例	133
三、简要评估和总结	141
第四章 我国获取与惠益分享法律的现状和问题.....	146
一、遗传资源与相关传统知识法律现状	146
二、我国遗传资源与相关传统知识管理体制现状	159
三、我国获取和惠益分享法律保护的实施现状和问题分析.....	163
第五章 创设遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享的国家制度.....	179
一、制定国家获取和惠益分享法律制度的必要性	179
二、制定国家获取和惠益分享法律制度的可行性	183
三、创设我国获取和惠益分享制度的法律空缺分析	186
四、创设获取与惠益分享国家法律草案的框架与主要内容.....	186
第六章 建立保护和尊重传统知识的特殊制度体系.....	197
一、传统知识特殊制度与法律保护	197
二、传统知识获取与惠益分享的制度构建	222
三、创设传统知识获取与惠益分享示范指南	227
四、创设尊重传统知识的道德行为守则	233
第七章 获取和惠益分享制度的国家能力建设	238
一、获取和惠益分享制度的国家能力建设现状	238
二、获取和惠益分享对国家能力建设的挑战	240
三、获取和惠益分享国家能力建设的建议	243
附录一 《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正与公平分享其利用 所产生惠益的名古屋议定书》	250
附录二 确保尊重土著和地方社区与保护和可持续利用生物多样性相关 的文化和知识遗产的特加里瓦伊埃里道德行为守则.....	264
附录三 《生物多样性公约》第七次缔约方大会第 16 号决议.....	269
附录四 中华人民共和国非物质文化遗产法	289
附录五 中华人民共和国畜禽遗传资源进出境和对外合作研究利用审批办法.....	295
主要参考文献	299
缩略语表	305

执行概要

一、传统知识概念

目前，无论是在国际还是国内，“传统知识”一词都越来越被人们所熟悉，特别是当传统知识与环境保护、知识产权和国际贸易等国际热点联系起来时，就必然成为一个焦点议题，受到更加广泛的关注。由于传统知识多半出自土著和地方社区的弱势群体，它又与人权、宗教、文化、民族事务等密不可分，多少带有政治色彩。此外，传统知识常常遭到发达国家的“生物剽窃”，引起发展中国家和发达国家之间的经济利益纠纷。因此，传统知识是一个十分复杂的论题，涉及政治、经济、文化、宗教、知识产权和环境保护等多个领域。正因为传统知识一词涉及面很广，就难以取得统一的定义，传统知识在不同的领域具有不同的理解，也出现不同的表达方式，如《联合国土著人民权利宣言》使用“indigenous knowledge”（土著知识），而联合国人权理事会使用“indigenous heritage”（土著人遗产），联合国教科文组织（UNESCO）使用“intangible (cultural) heritage” [非物质（文化）遗产]等。在联合国《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity, CBD）、世界知识产权组织（WIPO）、世界贸易组织下的《与贸易相关的知识产权协定》（WTO/TRIPS）等官方文件中，常用“traditional knowledge”（TK，传统知识）一词表述。本报告将基于《生物多样性公约》中与生物多样性保护和生物资源持续利用相关的传统知识的概念，结合中国的具体国情，探讨传统知识的内涵、保护与管理制度等问题，以促进传统知识的保护、传承、推广利用与惠益分享。

1. 《生物多样性公约》中的传统知识概念

CBD 在序言中写道：“认识到许多体现传统生活方式的土著和地方社区同生物资源有着密切和传统的依存关系，应公平分享从利用与保护生物资源及持续利用其组成部分有关的传统知识、创新和实践而产生的惠益。”

CBD 对传统知识的定义侧重与生物资源相关，将传统知识限定在对生物多样性保护及持续利用具有直接和间接促进作用的知识、创新和实践。因此本报告所涉及遗传资源主要指生物遗传资源（包括生物物种及种以下分类单位，如品种、组织、细胞、基因等），不包括人类遗传资源。

CBD 还将传统知识与土著和地方社区（indigenous and local community, ILC）紧密联系起来，表明这种传统知识是由土著和地方社区创造和维持的，是经过长期积累和发展、世代

相传的具有现实或者潜在价值的认识、经验、创新或者做法。

CBD 不仅将传统知识视为一种知识、创新和实践科学,同时更将其看做一种资源,特别是与生物资源及遗传资源相关的一种特殊资源。土著和地方社区在开发利用当地生物资源及遗传资源的过程中,创造了自己独有的知识、方法、技术和实践科学,这些知识、方法、技术和实践科学常常伴随着生物资源及遗传资源而存在,二者密不可分,相辅相成。

2. 传统知识的知识内涵与类型范畴

中国历史悠久,民族众多,中国各民族劳动人民在数千年的生产和生活实践中,创造了丰富的保护和持续利用生物多样性的传统知识、革新和实践,特别是我国的传统医药,包括中医药和民族医药,都是闻名世界的典型传统知识。中国虽然不存在具有殖民意义的土著居民(indigenous people),但是中国至今仍然保存着许多少数民族社区,当地少数民族人民一直维持着自己民族的传统文​​化,保持着传统生产方式和生活方式,他们实际上是那里的原住民,与国际上所谓的“土著和地方社区”(ILC)的概念很接近。因此,可以将我国一些民族地区等同地视为国际概念上的“土著和地方社区”。

作者根据《生物多样性公约》有关遗传资源和传统知识的概念,结合中国的基本国情,并依据传统知识的知识内涵,将中国的传统知识划分为以下 5 个主要类型。

(1) 传统利用农业生物及遗传资源的知识

这类传统知识是指当地社区和人民在长期生产、生活中驯化、培育和使用栽培植物和家养动物品种资源和其他生物资源所积累和创造的知识。这包括当地民族、社区和家族千百年来选育、培育和应用农作物、林木、花卉等植物及其品种资源的知识,以及与这些知识相关的丰富多彩的农作物品种资源;驯化和繁育优良家畜、家禽、鱼类、宠物等动物及其品种资源的知识,以及与这些知识相关的大量存在于民间的地方畜禽品种资源。这类知识主要基于生物物种资源和遗传资源的保护、开发与应用,是当地社区和人民赖以生存与发展的知识财富。

(2) 传统利用药用生物资源的知识

中医药是中华民族在长期与自然和疾病斗争中形成的健康保健知识,是中国最典型的传统知识,还有大量的民族医药,如藏药、苗药、侗药、彝药、傣药、蒙药等,都是各族人民经过成百上千年实践的知识结晶。此外,还有大量的民间草药,虽然没有系统的医药理论,但也是医药知识的累积。传统医药知识包括传统医药理论知识(如药物理论、方剂理论、疾病与诊疗理论等)、传统药用生物资源(如数量众多的传统药材物种资源和基因资源)、传统药材加工炮制技术、传统药材栽培和养殖知识、传统医学方剂(如古籍中记载的 9 万余首医方)、传统诊疗技术、传统养生保健方法、传统医药特有的标记和符号等。

(3) 生物资源利用的传统技术创新与传统生产生活方式

这类传统知识主要指民族和社区在长期的农业生产和生活实践中创造的传统实用技

术，这类技术对于保护生物多样性和持续利用生物资源具有较好的实用效果，对于提高食品质量和保证食品安全也有较高的价值。包括传统的生态农业技术和生物资源加工技术，如立体种植以充分利用空间和阳光；多种植物或多种品种混合种植防治病虫害；稻田养鱼、家庭沼气等综合利用；生物发酵、酿造等食品加工传统技术与创新；纺织技术及利用植物天然色素的民间扎染技术；刀耕火种、草库仑等传统轮歇耕作方式；当地人民食用生物资源的方式等。这些都属于技术、创新和实践做法的传统知识范畴。

（4）与生物资源保护与利用相关的传统文化与习俗

这类传统知识包括能体现保护生物多样性和可持续利用生物资源的民间艺术、文学作品、工艺品、绘画等；传统宗教文化，如民族图腾、宗教习俗、祭祀、典礼、节日和神山、神林、风水地等带有宗教色彩的原生态保护意识；习惯法，如乡规民约、族氏制度、民族风俗中对生物资源的保护与利用习惯。一些宗教活动直接与生物资源的保护与利用相关，例如：少数民族对一些动、植物种的崇拜，确保了这些物种的生存；在宗教祭祀活动中常使用的物种通常也能得到有效的保护和种质资源开发，如青稞酒的广泛应用实际上促进了青稞品种资源的保护与发展；基于民族文化的饮食习惯也与物种资源的保护和品种开发紧密相关。

（5）传统地理标志产品

地理标志产品是一个特定地区所生产的具有历史、文化和质量特征的原产产品，其产品常以当地地名而冠名，以其特定文化内涵而获得历史声誉。与生物多样性相关的传统地理标志产品是指利用传统知识和当地生物资源而生产的一种生物产品，常常是农副产品。作为一种综合性的传统知识，传统地理标志产品集多种传统知识于一身：首先该产品是当地的传统驯养或栽培物种或品种资源，具有在特定环境下形成的遗传品质，使用了传统的生产、加工和贮存技术，并在长期的生产、销售和食用过程中形成了特定的和家喻户晓的文化内涵。例如，云南普洱茶源于当地丰富的茶种质资源，在当地特定生态环境下，使用特定的栽培和发酵加工技术，并在长期的运输销售过程中，形成了“茶马古道”的特别文化内涵。

3. 传统知识的持有特性与类型

传统知识除了其知识内涵，还与持有特性紧密相关，而持有特性在处理获取与惠益分享的过程中十分重要。根据传统知识持有特性，大致可以分为以下几类。

（1）保密信息

此种知识常常存在于某个家族，以文字或口头传承，尚未公开于社会，例如传统医药中的祖传秘方，或食品加工的一种方法，或制作一种产品的某一工艺技术。知识的持有人往往是个人。获取方式是从个人或家庭获取。

(2) 社区知识

此种知识是在社区公开使用的传统知识、创新技术或习惯做法，但是基本上在本社区使用，尚没有文献化出版流传（但可能受到社区外部的剽窃），例如中国生态农业（稻田养鱼）的技术和社区公开的某些医药知识，印度用树油作天然药品和杀虫剂做法，等等。此种知识的持有人为社区集体所有，是《生物多样性公约》第8（j）条意指的典型传统知识。获取方式是从社区获取。

(3) 已文献化的知识

此种知识是中华民族历史文明的记载，也是各族人民传统文化的结晶，主要体现在传统的中医药，如《黄帝内经》、《本草纲目》等重要传统医药巨著，已出版数百年甚至2000多年，进入公知领域，为国内外广泛使用。这种知识最初来自于社区，但是由于时间久远，现在已不能鉴别最初出自哪个民族，因此难以确定社区的持有人，其持有人只能是国家或地方政府，由基层政府或社区公共指定的机构作为代表，接受惠益的分享。目前的获取方式是从世界各地的图书馆直接获取，不能体现惠益分享，需要通过建立特别的获取方式，并建立惠益分享机制，从而实现公平公正的惠益分享。

(4) 传统标志产品

此种知识集传统技术和传统文化，甚至传统遗传资源等于一体，以一种地方标志产品为载体，如云南白药、云南普洱茶等，都是著名的传统地方标志产品，在其产品的背后蕴藏着浓厚的民族文化、传统加工技术和独特的遗传资源。这种知识来自于更大范围的民族社区，乃至几个民族的文化融合，在性质上仍然属于地方社区所有。知识持有人为一个地区的某一民族的集体或者多个民族的集体，获取方式可以直接从地方社区获取，但是有时需要地方多个社区的协调，并通过地方政府的协调，解决惠益分享的问题。

(5) 传统利用遗传资源的知识

此种知识是当地社区人民在千百年的农业实践中选育和培育农作物品种资源和畜禽鱼种质资源的知识，其知识实际上是基因的遗传信息以及食用经验，其载体为传统的农业种质资源、药用生物、林木、花卉、食用昆虫、食品微生物等生物资源。这类传统知识的持有人为世代代培育和这些优良品种和生物资源的当地社区人民，这是一个集体的知识，对于一个优良品种来说，可能是其祖祖辈辈许多代人的贡献，为当地人民集体持有，获取和惠益分享应该与当地社区共同商定。此外，我国宪法规定，遗传资源为国家所有，因此，惠益分享除了考虑当地社区人民，还需要顾及国家的利益。

(6) 遗传资源的创新成果

此种知识是指人们基于地方社区遗传资源及相关传统知识，利用现代生物技术而新开发的传统知识应用，这种知识载体主要是遗传资源及其表达出的化合物或者其代谢产物，即衍生物。例如基于《本草纲目》中有关青蒿治疟疾的古方，通过植物化学方法而开发出

的青蒿素，成为当今世界广泛使用医治疟疾的最好药物。如果没有传统古方的记载描述，筛选青蒿素的工作就如大海捞针。这种创新知识可以专利方式保护，但是专利持有人常常为获得此种化合物的生物技术人员，而忽略了传统知识持有人的利益分享，这是不公平的。

二、遗传资源相关传统知识获取和惠益分享国际法律保护现状

1. CBD 与《名古屋议定书》

(1) CBD 的三大目标

遗传资源（及相关传统知识）获取与惠益分享（access and benefit-sharing，以下简称 ABS）是《生物多样性公约》（以下简称《公约》）的三大目标之一。《公约》在第 1 条明确地提出：本公约的目标是保护生物多样性、持续利用其组成部分以及公平合理地分享由利用遗传资源而产生的惠益；实施手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让。《公约》第 15 条提出，国家对遗传资源拥有主权，获取遗传资源须得到资源提供国家的“事先知情同意”，并在共同商定的条件下做出惠益分享的安排。

CBD 第 8 (j) 条要求每一缔约国应尽可能并酌情依照国家立法，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与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，鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和实践而获得的惠益。

(2) ABS 国际制度及其谈判过程

CBD 关于获取与惠益分享（ABS）的工作始于其第 4 次缔约方大会（COP-4），COP-4 决定建立一个地区平衡的 ABS 专家组；COP-5 设立了 ABS 工作组，制定了指导方针和相关途径，包括：事先知情同意（PIC），共同商定条件（MAT），利益相关方的参与，惠益分享机制，传统知识（TK）的保护等；COP-6 通过了关于 ABS 的《波恩准则》。由于《波恩准则》只是一个自愿性指南，发展中国家对此很不满意，要求建立一项具有法律约束力的关于遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享的国际制度。2002 年 9 月在南非约翰内斯堡召开的联合国全球持续发展高峰会议，以及 2002 年 12 月召开的第 57 届联大和 2005 年召开的联合国全球高峰会议，都要求在《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。随后进行了 8 年之久的“马拉松”谈判。

ABS 国际制度谈判的实质性进展始于 COP-7，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 工作组谈判 ABS 国际制度。COP-8 责成 ABS 工作组于 2010 年 COP-10 召开之前，尽早地完成关于 ABS 国际制度的谈判。COP-9 通过了 ABS 国际制度谈判的路线图，并指示 ABS 工作组完成谈判，提交一项/一套制度供 COP-10 审

议。然而，谈判异常艰苦，ABS工作组共召开9次会议，其中第9次会议进行4次（续会3次）。

COP-10于2010年10月18~29日在日本名古屋召开，此次会议的核心内容是继续就“遗传资源获取与惠益分享议定书”开展谈判。会议成立了“非正式协商组”，就余下的几个最为关键的问题进行协商。由于日本政府的斡旋和谈判各方的妥协，最终达成了文本，并在10月30日的凌晨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平合理地分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（以下简称《名古屋议定书》）。

（3）《名古屋议定书》关于传统知识的规定

根据《生物多样性公约》第8(j)条，对“传统知识”可理解为：“第一是来自土著和地方社区，第二是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。”土著与地方社区(ILCs)的代表非常强调他们拥有遗传资源及传统知识的权利，获取这类遗传资源和相关传统知识首先是要得到ILCs的“事先知情同意”，并与ILCs共同商定惠益分享的条件。由于ILCs属于弱势群体，《名古屋议定书》较为全面地体现了对传统知识的重视和对ILCs的尊重。

首先，议定书第3条（范围）规定：“本议定书还适用于与《生物多样性公约》范围内的遗传资源相关的传统知识以及利用此种知识所产生的惠益。”第二，在惠益分享方面，议定书第5条第5款规定：“各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以确保同持有与遗传资源相关传统知识的ILCs公平公正地分享利用此种知识所产生的惠益，这种分享应该依照共同商定的条件进行。”第三，在获取方面，议定书第7条（遗传资源相关传统知识的获取）规定：“各缔约方应酌情采取各项措施，以确保对于遗传资源相关的传统知识的获取得到了其持有者ILCs的事先知情同意、认可或参与，并订立了共同商定的条件。”此外，议定书还在第12条（遗传资源相关的传统知识）专门要求各缔约方在履行议定书时，考虑ILCs的习惯法、ILCs的有效参与（包括妇女的参与）、社区行为守则、共同商定最低条件、惠益分享示范合同条款等。

对于土著和地方社区(ILCs)之外的传统知识的惠益分享，是中国、印度等文明古国极为关注的方面。中国历史上已经文献化和出版的传统知识，如中医药和民族医药等，已进入公知领域，并在日本、韩国和欧洲国家广泛利用，并已产生重大经济利益。但是，依照《名古屋议定书》，由于不是直接从ILCs获取，似乎不能分享惠益。这种结果特别不利于古老文明国家传统知识的保护与惠益分享，尤其不利于中国。由于印度已建立国家传统知识数字图书馆，并与欧洲签订了协议，凡涉及该数字图书馆中的传统知识，欧洲专利局可拒绝其专利申请，印度已为此打赢多宗国际诉讼。而中国在此领域关注很少，已有很大利益损失，需要尽快学习印度经验。

对中国而言，需要以立法方式，明确谁是古代传统知识的拥有者，谁代表其拥有者分享惠益。实际上，这类传统知识最初也是来自于地方社区，经文献化记载保存至今。由于一时难以确定这些传统知识的具体归属，传统知识所在的国家应该是其拥有者，而地方基层政府（如乡、镇政府）可以代表地方社区处理惠益分享事宜，特别是在涉及多个民族和多个社区共有传统知识的情况下，基层政府代表社区分享惠益可能是最好的途径。政府获

得的惠益可以用于传统知识的保护与传承，以及持续利用，使分享的惠益最终用于当地民族和社区。

其实，《名古屋议定书》已给国家立法留有余地。首先，在议定书序言写道：“又认识到存在着一些国家自己拥有口头形式或有文献记录的传统知识的独特情况，这种传统知识反映了与生物多样性的保护和可持续利用有关联的丰富的文化遗产”；其次，议定书第 5 条第 5 款要求“各缔约方应酌情采取立法、行政或政策措施，以确保和持有遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益。这种分享应该依照共同商定的条件进行”。

为此，我国可以根据议定书精神，以法律、行政和政策措施，定义中国的土著和地方社区以及传统知识类型，并规定已经文献化的传统知识的惠益分享原则和方法，包括要求披露、证书和设置检查点等履约措施。

2. WIPO-IGC

世界知识产权组织（WIPO）是国际上处理知识产权问题最权威的联合国机构。但是 WIPO 下的相关公约，如《专利合作条约》、《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》、《保护工业产权巴黎公约》等都没有直接涉及传统知识的知识产权保护。为响应 CBD 的传统知识议题，2000 年 10 月，WIPO 专门成立了“知识产权和传统知识、遗传资源及民间文艺政府间委员会”（IGC），WIPO-IGC 的任务是讨论与遗传资源及传统知识获取与惠益分享相关的知识产权问题。

发明中使用的传统知识和遗传资源来源的公开要求是近期国际讨论的热点。在发展中国家看来，在专利制度中增加这样的要求是实现 CBD 有关遗传资源国家主权、知情同意和惠益分享三原则的一个重要环节，也是对遗传资源利用的一种有效制约。而另一方面也引起发达国家在一些问题上的强烈抵制。这其中涉及很多理论和实务问题，各方争议很大。应 CBD/COP（CBD 缔约方大会）的要求，WIPO 就此问题编写了“关于与遗传资源和传统知识有关的公开要求问题的技术研究报告草案”和“对 WIPO 关于遗传资源来源公开问题的审查报告（初稿）”。这是目前 WIPO 提供的直接针对遗传资源来源公开问题的文件。但是其主要内容仍是概括归纳成员国的意见，罗列了相关事实以及不同观点，并没有提出明确主张和意见。

IGC 谈判已经过 10 年的历程，2011 年 7 月 19—22 日召开的 IGC/GRTKF 第 19 次会议形成一个决定，并提交给于 2011 年 9 月 26 日至 10 月 5 日召开的 WIPO 第 40 届大会批准。这可能为 WIPO 大会召开一个关于保护遗传资源、传统知识和传统文化表达（TCEs）的国际法律文书的外交会议而铺平道路。

2012 年召开了 3 次 IGC 会议（EGC-20、IGC-21、IGC-22），并取得谈判进展。在遗传资源方面，IGC 成功地将许多案文建议合并一起；在传统知识方面，继续进行了传统知识保护特殊制度的案文谈判。

2012 年 10 月 1—9 日召开的 WIPO 第 41 届大会已决定继续对遗传资源、传统知识和传统文化表达这 3 个议题加紧谈判，以达成一份或多份法律文书。并决定在 2013 年再召

开 3 次 IGC 会议，分别对遗传资源、传统知识和传统文化表达的案文进行讨论和谈判。

3. WTO/TRIPS

为响应《生物多样性公约》，世界贸易组织（WTO）近年来在《与贸易相关的知识产权协定》（TRIPS）下开展了许多有关遗传资源和传统知识的讨论。TRIPS 集中关注的是在专利申请中公开遗传资源及相关传统知识来源问题，其焦点在于这一要求是否具有专利法意义上的强制力。TRIPS 的内容涉及知识产权的各个领域，不仅在很多方面比《巴黎公约》和《伯尔尼公约》对知识产权的保护水平更加严格，而且还提出 WTO 的争端解决机制。更为重要的是，TRIPS 协议第 27 条允许基于生物或遗传资源以及传统知识的专利申请被授予专利权，而专利权授予并没有要求披露其遗传资源和传统知识的来源，当然也没有要求获取遗传资源和传统知识的“事先知情同意程序”以及共同商定的“惠益分享协议”，由此有可能会导导致基因资源提供国的资源被掠夺性开发，进而利益受到损害。

基于此，自 2004 年以来，一些发展中国家要求修改 TRIPS 第 27 条第 3 款，在 2006 年、2007 年和 2008 年的 TRIPS 理事会上，巴西、印度和中国在内的许多发展中国家要求，在申请与生物物质或者传统知识有关的专利时，必须披露在发明中所使用的生物资源和相关传统知识的来源和来源国；必须提供证据证明已经通过有关国家之机构的许可而实现了事先知情同意；同时还必须提供证据以证明在相关国家管辖之下实现了惠益的公平分享；应建立一个国际机制，以实现在国家层次上承认对传统知识的保护。但是，相关谈判异常艰巨。在传统知识的概念方面，由于 TRIPS 第 27 条主要涉及生物材料可否申请专利问题以及申请专利时是否要求披露遗传资源和传统知识的来源以及相关惠益分享安排，而民间文学和艺术的传统知识并不是其主要内容，因此，TRIPS 下的传统知识接近于 CBD 下的传统知识概念，主要是指与生物资源及遗传资源相关的传统知识。

2011 年 4 月 15 日，巴西、中国、哥伦比亚、厄瓜多尔、印度、印度尼西亚、肯尼亚（代表非洲集团）、毛里求斯（代表非洲-加勒比-太平洋集团）、秘鲁和泰国的 WTO 代表团发布了一项讨论结果（TN/C/W/59）：“有关加强《TRIPS 协议》和《生物多样性公约》之间相互支持的决议草案”，提交给贸易协商委员会，以作为正在进行的多哈谈判的一部分。

决议草案建议增加一项新的第 29 条之二条款，即在 WTO 贸易相关知识产权协议（TRIPS）中加上“披露遗传资源和/或相关传统知识的来源”，重点要求强制性披露原产地（国家和国家的资源）。它还责成成员国要求申请者提供国家认证的履约证书的副本，这参考了《名古屋议定书》第 17.3 条的内容，即“国际认证的履约证书应作为证据证明遗传资源是在获得了事先知情同意和建立了共同商定条件之后获得的，符合提供事先知情同意缔约方国内的获取与惠益分享立法或管理条例”。

三、典型国家立法情况

目前，各国对遗传资源相关传统知识法律保护有以下几种形式：有的国家通过专门规

定，如泰国《传统泰药知识促进和保护法》（1992年），巴拿马2000年6月26日通过《土著民族集体知识产权特别制度第20号法令》、《集体知识产权使用规则》和2001年3月20日贸易和工业部《为实施第20号法令而颁布第12号执行命令》；有的国家将其与遗传资源一起规定，如哥斯达黎加1998年通过的《生物多样性法》，埃塞俄比亚于2006年2月颁布的《遗传资源获取、集体知识和集体权利宣言》；还有将遗传资源管制法律和传统知识专门法律相配合的国家，它们又可分为两种类型：第一种是遗传资源获取管制立法和传统知识专门法相结合的形式，如秘鲁1999年颁布的《遗传资源获取管制法》和2002年颁布的《关于建立土著人生物资源集体知识保护制度的法律》，第二种是遗传资源获取管制立法和包括遗传资源相关传统知识在内的土著和当地社区权利法相结合，如菲律宾1995年颁布《为科学、商业和其他目的的开发生物与遗传资源、其副产品和衍生物确立指南、建立管理框架的第247号行政令》，1996年颁布《关于生物与遗传开发实施规则与条例的第96-20号部门行政令》和1997年颁布《土著人权利法》。

此外，还有很多地区或国家遗传资源以及传统知识方面的立法也反映出这一问题日益受到重视和考虑。比如非洲区域知识产权组织（ARIPO）及其成员国于2010年8月在纳米比亚斯瓦科普穆召开外交会议并在会上通过了《关于保护传统知识和民俗表现体的斯瓦科普穆议定书》，该议定书亦体现了非洲地区在国家 and 地区一级实现《生物多样性公约》、《名古屋议定书》的意识正不断增强；此外印度2002年《生物多样性法》规定所有有关获取生物资源和有关传统知识的活动必须进行磋商，从而确保地方社区在决策进程中的参与；西班牙的42/2007号法，支持创立西班牙有关自然遗产和生物多样性的传统知识数据库，以及与生物多样性保护和可持续利用及地理多样性有关传统知识的数据库；智利通过的土著法（1993年19253法案）规定成立了全国土著发展公司，该公司负责管理某个文化和教育基金用于推动传统医药的发展；墨西哥也制定了《2007—2012年土著人民和环境规划》，目的是确保在环境行业具有确保土著人民能够平等获取和控制所使用和传播的资源，公平地参与惠益分享尊重有关生态系统和生物多样性及有关传统知识的使用和可持续管理的习惯性监管制度体系等。

四、遗传资源相关传统知识获取和惠益分享国内法律保护现状

1. 现行立法与遗传资源相关传统知识获取和惠益分享的规定

我国尚没有专门针对传统知识的立法，2011年6月1日生效的《中华人民共和国非物质文化遗产法》包括有保护传统知识的内容。在遗传资源获取与惠益分享方面，尚有《野生动物保护法》、《种子法》、《畜牧法》、《专利法》、《植物新品种保护条例》，等等，但其中只有《畜牧法》原则性地涉及惠益分享。此外，还有《人类遗传资源管理暂行办法》涉及人类遗传资源的获取与惠益分享。

但是，在知识产权领域尚有一些法规涉及传统知识保护，其保护形式主要有：反不正

当竞争、商标（包括集体商标、证明商标）、专利设计、外观设计、实用新型、植物新品种、著作权，等等。这些法规虽然不是针对传统知识，但都可以不同程度地保护传统知识。

（1）《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》是从市场主体的角度、微观的层面防止不正当竞争和恶性竞争的一部调控法。这部法律确立了违反正当竞争的七种形式，其中“侵犯商业秘密”的形式应当认为与遗传资源传统知识的保护有所关联。商业秘密的突出特点即是不为公众所知悉，且权利人采取了保密措施，这是在一般意义上，与对传统知识的理解最为相近的地方。

对于仅存在于家族的保密信息，如特别的医方和偏方，可以考虑使用《反不正当竞争法》的规定，将家族的传统知识保密信息作为商业秘密加以严格保护。并依其持有人不同，将其权利归属于不同的主体，例如祖传秘方归个人或其家庭所有，国家机密归国家所有。

（2）《商标法》

商标不限制个体还是集体所有，而且可以续展，所以为传统知识的保护提供了很好的形式。同时，商标本身具有一定的经济作用和证明作用等，也可以为具备市场潜力、经济前景的传统知识提供保护。尤其是对原产地证明商标的注册，更能体现土著居民和传统社区中特有传统知识及传统知识所形成产品的特殊性。能够有效保护含有传统知识的商品或服务的著名商标有如：“同仁堂”、“潘高寿”、“陈李济”、“桐君阁”、“云南白药”等中药，也可以通过注册集体商标和证明商标以及原产地标记来保护其社区知识。

（3）地理标志和原产地标记

地理标志和原产地标记体现了本地特殊性和独创性，有些产品往往是运用一个或多个传统知识的产物，运用地理标志和原产地标记对传统知识进行承认和肯定，不但可以很好地保护传统知识，还能促进经济利益的增长和提高。在某种程度上传统知识也具有一定的地域性、独特性和排他性，所以，地理标志和原产地标记会间接地对传统知识进行保护。例如，贵州黔东南黎平县的“香禾糯”，其产地只能是贵州黎平县。相似的还有云南普洱地区生产的“普洱茶”，新疆库尔勒地区生产的“库尔勒香梨”，云南省生产的“云南白药”，等等。

（4）植物品种权

我国《专利法》并未对植物品种权进行规定，而是由专项立法进行保护。我国对于植物品种权要求其具备新颖性、特异性、一致性和稳定性四个要件。根据此条例，要求拟授予植物品种权的品种具有一致性与稳定性，应当认为其与传统知识的保护存在联系。因为，在经历了漫长的繁殖培育周期后，一种植物能够保持与其本身固有的特征或特性一致的形态或者保持不变的话，一般应认为具有很高的繁殖与培育技术，而这种技术就属于传统知识的种类，从而在一定程度上间接地保护了传统知识。