

粮农遗传资源相关传统知识的保护与惠益分享

王镥权

摘要：本文首先介绍了《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA) 传统知识与《生物多样性公约》(CBD) 传统知识概念和范围的区别，还介绍了中国遗传资源相关传统知识国内立法概况，并指出当前国内立法存在的诸多不足和欠缺。此外，本文还进一步分析了粮农遗传资源相关传统知识保护中的几个关键法律问题，并辅以具体的实例。最后，本文分享了粮农相关传统知识法律保护的具体进路：推进专门立法、在综合立法中细化、推动地方先行立法。并且，可通过保护粮农传统知识促进“昆明-蒙特利尔全球生物多样性框架”行动目标10的实现。

关键词：粮农传统知识，保护，惠益分享，立法

王镥权. 粮农遗传资源相关传统知识的保护与惠益分享. 生物多样性保护与绿色发展. 第11卷, 2023年7月, 总第44期. ISSN2749-9065

嘉兴学院文法学院讲师、法学博士王镥权作了精彩的主旨报告，报告

的题目是“粮农遗传资源相关传统知识的保护与惠益分享”。现将报告内容分享如下：



图源：会议主办方

在准备这个主旨报告初期，我反复思索，在对比《粮食与农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA) 相关传统知识条款和《生物多样性公约》

(CBD) 传统知识相关条款时，发现两大公约对“传统知识”概念的界定有不一样的地方。加之近几年参与多个研究课题去了中国许多地方进行



调研，发现了一些地方相关传统知识保护和利用的现状与不足，同时结合我日常的法律工作，今天就向大家汇报“粮农遗传资源相关传统知识的保护与惠益分享”相关内容。关于这个选题，我没有采用“获取与惠益分享”的表达，而是选择“保护与惠益分享”，因为保护工作是在获取和利用之前，其重要性不言而喻。对于中国来说，包括粮农遗传资源在内的各类传统知识目前还主要处在保护阶段，我们在获取和惠益分享方面的工作做得还很不够，所以此次主题分享比较偏重于从保护视角认真审视传统知识的保护情况和各类法律问题。此次报告主要分为五个部分：

(1) ITPGRFA传统知识与CBD传统知识的区别；

(2) 遗传资源相关传统知识国内立法概况；

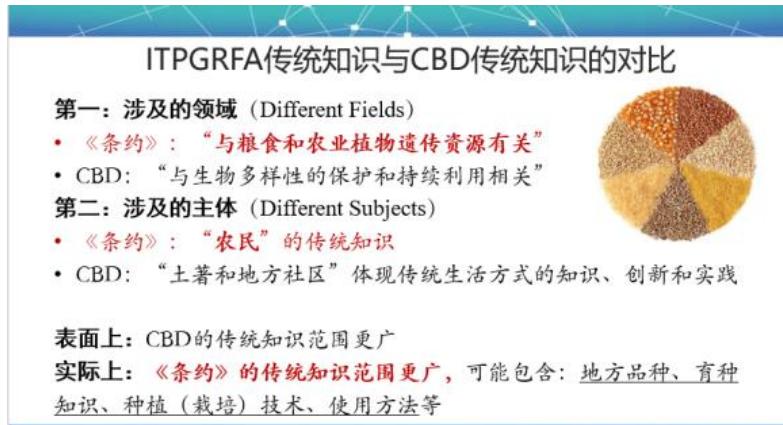
(3) 粮农遗传资源相关传统知识保护中的关键法律问题；

(4) 粮农相关传统知识法律保护的具体进路；

(5) 通过保护粮农传统知识促进“昆蒙框架”行动目标10的实现。

首先来看第一个问题，关于《粮食与农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA，以下简称《条约》)中的传统知识，其概念来源是第9条农民的权利，9.2 (a) 保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识；(b) 公平参与分享因利用粮食和农业植物遗传资源而产生的利益的权利。也就是说，这个概念主要强调它的领域是粮食和农业植物遗传资源相关的传统知识，看起来相对有点窄。如果将这个概念和CBD的传统知识概念进行对比，我们会发现二者在表述上有明显不一样的地方，《生物多样性公约》中传统知识概念的表述是“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的……”，并且还有一个前缀是“土著和地方社区”。从文本分析的视角看，《生物多样性公约》的传统知识领域稍微宽一些，其主要包括生物多样性保护和持续利用相关的，但是CBD又用限定词“土著和地方社区”将传统知识涵盖的领域缩小了。





图源：作者共享PPT

综合对比情况如下：

第一：涉及的领域 (Different Fields)

《条约》：“与粮食和农业植物遗传资源有关”；

CBD：“与生物多样性的保护和持续利用相关”；

第二：涉及的主体 (Different Subjects)

《条约》：“农民”的传统知识；

CBD：“土著和地方社区”体现传统生活方式的知识、创新和实践；

因此，表面上看，CBD的传统知识领域更广；实际上，《条约》的传统知识包含的类型范围更广，可能包含粮农相关的地方品种、育种知识、种植（栽培）技术、使用方法等。这样来看，如果中国未来加入《粮食与农业植物遗传资源国际条约》，那么我们在保护粮农类相关传统知识方面，涉及到的范围可以比生物多样性

相关传统知识更广一点，如现有的农业文化遗产许多都可以纳入到传统知识的保护范围。

接下来，回顾我国遗传资源相关传统知识的立法概况。目前，中国无论是针对遗传资源还是传统知识立法都不完善，尤其是传统知识几乎没有专门的立法。这里列举了三部法律《中医药法》、《非物质文化遗产法》和《农业法》，其实里面只有个别条文涉及传统知识，提到传统知识较多的是《中医药法》，因为《中医药法》比较强调中医药类传统知识的保护和合理利用。但是，我国当前还没有在这几部法律之下推出专门的、更细化的条例或是办法。《非物质文化遗产法》只能说与传统知识有关，但其目标及其保护对象并不是针对传统知识的。《农业法》可能会涉及到农业类的生产方法或技术，与《粮食与农业植物遗传资源国际条约》所提到



的传统知识有紧密关联，但也不是专门保护传统知识的法律。

我国在行政法规和规章领域有几部法律文件可能与传统知识关联度较大。如果粮农地方品种可以申请植物新品种，那么可以上升到知识产权法的角度进行保护，即依据《植物新品种保护条例》获得植物新品种权。还有几个部门规章，如《重要农业文化遗产管理办法》、《地理标志产品保护规定》和《农产品地理标志管理办法》，可能和《粮食与农业植物遗传资源国际条约》的传统知识有比较大的关联。如果说传统知识可以经农业农村部的相关管理办法认定为重要的农业文化遗产，那么就有专门的保护管理规则。另外，如果地方品种或地方农产品可以申请地理标志（产品），无论是申请集体商标、证明商标还是申请地理标志产品，都可以得到地理标志等相关知识产权法的保护。这是目前我国可以通过现有的立法规定保护粮农类传统知识的几种方法。

2017年，原环境保护部推出了《生物遗传资源获取与惠益分享管理条例（草案）》公开征求意见，但到现在还没有公布草案的更新版本。2021年，国家中医药管理局发布《中医药传统知识保护条例（草案征求意见稿）》，根据相关立法进度，中医药

传统知识专门立法文件可能会较快通过，这是我国在传统知识保护领域最先可能突破的领域了。粮农传统知识领域应该会在中医药传统知识专门立法之后才能推出新的立法。总的来说，从保护传统知识和惠益分享的角度来看，我国现有立法和相关制度设计是非常不够的。

第一，是专门立法缺失。目前我国没有一部立法，无论是法律、法规还是部门规章，专门以传统知识保护为核心内容。**第二，现有和传统知识有关的立法，主要是依托于或者依附于自然资源类、文化遗产类的立法，或者知识产权保护等立法，这是我国当前必须要面对的立法现状。**但应该注意，知识产权类立法不是专门保护传统知识的，知识产权法律制度主要脱胎于西方工业社会，更多的是保护工业产权，或者说更注重的是具有创新性、独创性的知识表达。如果用知识产权立法来保护传承于历史又延续至今的传统知识的话，现有的国际共识还是不足的，我们可以尝试建立有别于知识产权法的专门的法治体系，来保护传统知识。**另外，现有立法普遍忽视农民等直接参与粮农生产或育种的主体参与惠益分享的权利，这也是我们未来立法需要完善的地方。**



关于粮农遗传资源相关传统知识保护中的关键法律问题我总结了以下几点：

第一个问题，传统知识保护面临困难的一个很重要的基础性问题是权属问题。传统知识相比遗传资源、生物资源等，它的权属更加模糊，或者说它的权属争议会更大。2014年，我国《民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）》公开征求意见，相关反馈意见表明和传统知识相关的一些民间文艺作品，其权属争议比较大。直到现在，2014年条例征求意见稿也没有发布新的版本。粮农类传统知识也类似，如果对其所有关系进行分析的话，无论是在法律层面还是政策层面，都会遇到较大困难，这是第一个待解决的问题。

第二个问题是登记管理。传统知识登记管理是一个重要的保护工具，也非常考验政府和社会保护传统知识的能力。当前中医药传统知识已经开始着手全面登记和分级管理，但是粮农类传统知识的登记工作还没有全面实施。

第三，是商业开发利用。如果要对传统知识蕴含的方法或者技术进行商业开发的话，那么获取与惠益分享的立法就非常重要。

第四，无论在登记管理还是在商业开发过程中，都会涉及到农民相关权利，这也是《粮食与农业植物遗传资源国际条约》第九条中特别强调的农民权相关问题。

第五，是申请知识产权，对于传统知识无论是保护还是开发利用，最终都可能衍生出一些类型的知识财产，可以通过申请知识产权对它进行更强有力的法律保护。无论是申请商标、专利或者植物新品种，哪怕是商业公司进行商业秘密保护，抑或将传统知识整理收集，然后进行版权登记，都会涉及后续的知识产权问题。这些都是传统知识法律保护直接要面对的问题，其中几个法律问题值得深入探究。

在具体分析前述法律问题之前，先举3个国内粮农相关传统知识的例子。

例1：贵州黎平侗族香米（“香禾糯”品种）：稻—鱼—鸭生态系统

例2：安顺刘官山药：

(1) 使用知识：野山药（有助于伤口愈合）

(2) 种植技术：选育种、施肥、采挖

例3：顶坛花椒（顶坛青花椒）：适宜生长在喀斯特河谷，及种植知识



关于第一个例子，我感触很深的一点是，随着人类认知的提升，我们对传统知识的认知，也随着科学技术、学术研究的进步逐步发生变化，例如生态农业模式经历了从“稻一鱼”、“稻一鸭”、“稻一鱼一鸭”到“稻一萍一鱼一鸭”的转变。所以，传统知识仅用现代科学技术的眼光来看是不够的，它可能在某些层面上已经超越了现有自然科学的认知。所以，我们当务之急是要把它保护起来，将其很好地传承和继承下来。

第二个例子是贵州的安顺刘官山药。我查了一些关于刘官山药的科研成果。结果显示，这个山药如果是野生种，它可以有效促进伤口愈合；如果是经过人工选育和栽培的山药，就不再具备促进伤口愈合的药效，但会有其他功能，比如强腰壮肾。除了药用之外，它还有一些种植技术，也属于传统知识的保护范围，包括选育种、施肥、采挖等。无论是“香禾糯”还是山药，都属于《粮食与农业植物遗传资源国际条约》附录当中所列举的种类，如果我国加入《条约》的话，在这个多边系统中是可以共享和获取的。

第三个例子是顶坛青花椒，花椒可能不在目前可分享获取的目录中。但事实上，顶坛青花椒是一个很重要的花椒地方品种，它涉及到的传统知

识是什么呢？主要是它的种植技术。顶坛青花椒种植比较依赖于当地的生态系统，即云贵高原喀斯特河谷的独特生态系统。对某一个地方品种进行获取、栽培或移植的时候，其实也涉及到生态系统要素的移植，当然也涉及一些传统知识。我曾经参加调研了解到，东部沿海地区某些生物技术公司在对西部高原地区的冬虫夏草进行采集和培育时，会模拟当地的生态系统，也就是冬虫夏草生长地区的小生境，如果不把当地的小生境模拟出来，那么新栽培出来的冬虫夏草，其功效可能就会降低。此类种植技术，涉及到对当地生态系统的获取和模仿，已经超越了对遗传资源本身的获取利用，上升到了对传统知识获取和利用的层面。

借助这几个例子，我们来思考传统知识的权属问题。当下关于遗传资源是属于国家所有还是集体所有还有争议。但是主流的观点比较偏向于认为，遗传资源依托于生物资源本身，以国家所有为主会比较好。但是传统知识远比遗传资源要复杂。由于传统知识权属问题上位法缺失，再加上传统知识形成和传承的过程比较复杂，涉及的权利主体众多，所以到底是属于国家所有、集体所有还是可以个人所有，我们当前无法下定论，换句话说，对它进行法律上的所有权定性仍



存在很多困难。因为传统知识还具有基础性、公益性等特点，涉及弱势群体的保护和基本人权的保护等，在权属上对它定性还牵涉诸多问题。在当下权属不明的时候，我们对它进行有效的获取和惠益分享，就会存在困难，或者说权属不明一定程度上削弱了惠益分享制度安排的可行性。

第二是关于登记和管理，已经公开的中医药传统知识保护条例草案已经把登记管理制度梳理得比较清楚。具体说来，有以下几点还可以再探讨：1) 传统知识的登记应该强制还是自愿；集体登记还是个人登记？个人认为当前应该是集体登记、自愿登记为主。2) 粮农相关传统知识的登记主要由哪些主管部门（组织）负责？中医药传统知识的主管部门相对比较单一，但粮农传统知识的相关主管部门可能会复杂一点。3) 哪些传统知识可以进行登记？传统知识在登记时如何分类、分级管理及其依据。这也是未来我们细化管理和立法工作要考虑的问题。4) 登记后建立的数据库的性质？如何对其进行管理和利用。它到底是国家所有，还是集体（组织）所有？数据库完全保密还是可以公开获取？数据库的建立、保护本身也涉及到知识产权问题，所以这也是法律层面需要去认真考虑的问题。

第三，关于商业开发利用。目前我国传统知识的保护力度还不够，还没有到需要大面积商业开发的程度。但如果要商业开发，那么就会涉及到要不要审批的问题。是采用遗传资源获取的模式主要到国家主管部门层面去审批，还是在省级或者更低层级审批？另外商业开发利用肯定需要各方签订惠益分享协议。还可以进一步思考，在对传统知识进行必要的开发利用时，在特定情景下是否可以仿照知识产权法建立合理使用制度，即可以不经过相关权利主体同意，直接使用该传统知识，这是知识产权的专门制度，可以考虑能否用在传统知识领域。

第四，农民权利，这是一个很重要的话题。因为农民权利是《粮食与农业植物遗传资源国际条约》中特别提到的非常重要的内容。对于农民权利的保护，我国农业法、种子法的规定和《粮食与农业植物遗传资源国际条约》的规定背后的价值支撑依据可能不太一样。如果我国要加入《粮食与农业植物遗传资源国际条约》，那么在农民相关权利的保护上，可能需要考虑这样几个问题：1) 哪些主体享有农民权利？2) 农民的知情同意权的范围；3) 农民的惠益分享权；4) 农民表明身份的权利或署名权；5) 禁止不当使用的权利。我国正在推进



共同富裕建设，我工作所在的浙江省正在创建共同富裕示范区。浙江有26个山区县，在推进共同富裕时，许多山区县非常强调当地地理标志产品的保护、非物质文化遗产的保护、涉及传统知识的地方产品的保护等。未来是否可以考虑将传统知识保护、共同富裕建设和农民权利保护一起统筹协调、共同推进。

最后，关于申请知识产权。如果说收集登记传统知识是一种比较保守、被动的保护手段，那么申请知识产权则是比较主动、强有力的保护传统知识的形式。但是，申请知识产权也会面临诸多问题，例如传承和使用传统知识的主体往往比较弱势，在现有的知识产权框架下，传承主体可能并不了解知识产权的申请程序，所以对他们来说申请知识产权仍然十分困难。进一步说，如若申请知识产权，相关传统知识究竟该申请哪一类知识产权？可行的方案是，地方政府、非政府组织、相关研究院所，亦或是具备一定专业知识的本地人，应当主动协助保护传统知识，帮助农民群体主动申请传统知识相关的地理标志（产品），或是指导他们申请植物新品种、专利等。在申请知识产权后，会不会出现因过度申请而反过来削弱农民权利的情况，这也是制度设计需要考虑的一个问题。

接下来，关于立法完善，简要分享一下我自己的初步构想。**第一，推进专门立法。**如果从法律层面完善粮农相关传统知识的保护制度，第一个建议是可以仿照《中医药传统知识保护条例》，研究制定《农业传统知识保护条例》。目前，各领域专家对传统知识的分类标准不统一，大概可以分成四类或者五类。但无论如何，中医药传统知识都是需要单列的，这也是为什么中医药传统知识需要专门立法。另一个可以单列的，应该是农业类传统知识，农业类的传统知识包含但不限于粮农传统知识，比如畜禽类传统知识也可以列入农业类传统知识中。这是专门立法的完善措施。

第二，在综合立法中细化传统知识制度。未来很多综合性立法，或专门的生物资源类、文化类立法中，可以尝试增加传统知识条款。如未来推进生物多样性相关立法，或是农业类相关立法在修订或修改时，也可以加入保护和利用传统知识的内容。这可能是当前可行性最高的方法，即在其他相关立法中细化。

第三，地方先行立法，通过地方特色立法填补传统知识立法空白。我个人一直在地方工作，梳理地方立法时，发现很多地方已经率先推出了一些比较有特色的立法，之前参与全球环境基金（GEF）项目一起推动《生



物多样性公约》地方履约工作，发现在国家层面推生物多样性综合立法比较困难，但是地方试点（包括云南、湖南和广西）推进地方立法则相对容易。

如果传统知识领域在国家层面推进立法比较困难，是否可以考虑在一些省市先尝试推出地方立法。如云南省几年前就已经制定了生物多样性保护条例；辽宁省制定了农业植物保护办法；包括贵州省在内的很多省份都有民族民间文化保护条例等。未来可以将这类地方立法经验运用到农业类传统知识保护领域。由于传统知识上位法依据几乎是空白，只要在不抵触上位法基本原则的情形下，我们可以在地方上推出一些有特色的立法文件。只要地方先行立法遵循“不抵触、有特色、能管用”的原则就可以。

此外，如果较好地推进了粮农传统知识的保护工作，其实还可以促进“昆明-蒙特利尔全球生物多样性框架”行动目标10的实现。（行动目标10：确保农业、水产养殖、渔业和林业领域得到可持续管理，特别是通过

可持续利用生物多样性，包括通过大幅度增加生物多样性友好做法的应用，如可持续集约化、农业生态和其他创新方法促进这些生产系统的恢复力和长期效率和生产力，促进粮食安全……）如把传统知识包含的技术、方法运用到生物多样性保护或者粮食安全领域，就可以促进农业生态系统的恢复并提高长期利用效率。所以我国如果能够重视粮农类传统知识的保护，并运用一些创新方法，就一定能促进“昆蒙框架”行动目标10的较好实现。

最后做一个小结，如果问粮农类传统知识可以运用到哪些领域的话，我想在以下这些方面都可以有所突破。首先，粮农类传统知识依托于传统农业生产，因此可以在还保留有传统农业生产方式的地区普及传统知识。其次，运用相关传统知识可以节约科学家查找相关资料、进行种质资源筛选的时间和成本，进而促进科技育种、申请相关植物新品种的效率。最后，水产养殖、渔业开发、林业、畜牧业和中医药产业都可以从粮农类传统知识中寻找创新的方法和灵感。



