

生物遗传资源法律保护多元路径*

秦天宝

摘要：生物遗传资源及其相关传统知识作为一种决定人类生存与可持续发展的根基性要素与战略性资源，已成为衡量一个国家综合国力的重要指标之一。尽快研究对策对其加强法律保护的必要性已经毋庸置疑。鉴于生物遗传资源问题的复杂性，任何一项单独的机制可能都不足以对其进行充分保护，因此生物遗传资源的法律保护应采取多元路径，整合采用知识产权、特别权利、合同约定、事先知情同意、习惯法、集体主义方法论等，以综合发挥他们的优势和作用。

关键词：生物遗传资源；知识产权；法律保护；多元路径

中图分类号：D912.6 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-854X(2014)06-0125-07

生物遗传资源作为地球上一种极为重要的自然财富，在人类文明演进中发挥着不可替代的作用。同时，伴随着各国农业、医药、化工、环保等产业对遗传资源依赖的日益加重，生物遗传资源已成为一种特殊资源，其占有数量已成为衡量一个国家综合国力的重要指标之一。生物遗传资源及其相关传统知识作为一种决定人类生存与可持续发展的根基性要素与战略性资源，尽快研究对策对其加强法律保护的必要性已经毋庸置疑。鉴于生物遗传资源问题的复杂性，任何一项单独的机制可能都不足以对其进行充分保护，因此生物遗传资源的法律保护应采取多元路径，整合采用知识产权、特别权利、合同约定、事先知情同意、习惯法、集体主义方法论等，以综合发挥他们的优势和作用。

一、生物技术知识产权的合理制衡

近年来随着生物技术的不断进步，美国、日本和欧盟不断扩展和加强知识产权制度，强化对生物技术创新的知识产权保护，特别是允许对生命形式申请知识产权。1995年的《与贸易有关的知识产权协定》是这种强化趋势的集中体现。知识产权保护促进了这些国家生物产业的迅速发展，为其进行生物开发提供了充分的激励。在这种情况下，知识产权可以对惠益分享发挥一定的促进作用，诸如通过确保生物开发者的投资回报和利润以促进惠益的产

生、分享由利用专利和其他知识产权所产生的利润或许可费、知识产权许可使用、共同享有知识产权所有权，促进向遗传资源提供国转让相关生物技术以及提高遗传资源提供国的谈判实力。

知识产权制度的根本目的在于鼓励创新，它的私权性质造成了对生物多样性的一些不好影响，譬如，知识产权保护的扩展造成了一种垄断局面：大部分农业种子被极少数拥有足够资金、技术和资源的大型跨国公司所控制。这种垄断权制度试图并导致一种农业体系的统一，而这种农业体系是损害环境的、不符合可持续发展的^①。知识产权促使极少数“精英”品种取代传统品种，在关于植物品种的知识产权日益加强的同一期间内，大量传统作物品种消失了。^②另外，现在的知识产权制度在保护生物遗传资源持有人权益方面通常站到“生物海盗”(biopiracy)一边，充当了“生物海盗”的帮凶。因此，从目前的状况来看，知识产权制度对生物遗传资源保护的利弊参半。那么，我们是不是就此要完全抛弃通过知识产权制度保护生物遗传资源及其持

* 本文系国家社会科学基金重点项目“生物技术及其产业发展的法律保障机制研究”(11AZD105)和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“国外环境法理论与实践的最新发展——兼论新时期中国环境法律的发展”(Q09JJD82005)的阶段性研究成果。

有人权益的途径呢？知识产权制度是目前应用范围最广的保护无形财产的制度体系，其本身也已经发展得很成熟，更何况，要解决专利的不当授予必然涉及到知识产权制度的完善。对知识产权制度加以改进之后，还是可以解决很大的一部分问题的。

从保护生物遗传资源本身来说，应维持现行对生命形式知识产权的限制。例如，目前我国禁止对动物品种和植物品种授予专利，但允许微生物获得专利，同时允许对植物新品种申请品种保护权保护。^③这样排除了大部分生命形式获得专利权的可能性，也为我国生物技术及产业的发展提供了一定的机会。这一限制应当继续保留。同时，实践中，我国应对微生物专利实用性标准的判断以及权利要求的说明采取相对从严掌握的政策措施，对有限的生命形式专利也进行合理限制。^④

从保护生物遗传资源持有人权益的角度来说，一方面，可以充分利用现有的专利、商标、版权、植物育种者权、商业秘密和地理标志等类型的知识产权间接保护生物遗传资源。但是这些途径都有一个前提，就是生物遗传资源持有人对生物遗传资源进行了开发利用并能产生商业利益，这对一些生物遗传资源持有人来说存在能力、金钱和风险等很多问题。而另外有些生物遗传资源可能在现在的社会状况下并不存在商业开发的价值。因此，这些制度只能起到一些辅助性的作用。另一方面，应规定申请知识产权时披露生物遗传资源及传统知识的来源和/或事先知情同意的证据。例如，增加在申请专利和植物新品种权时披露其成果所利用的生物遗传资源及传统知识的来源以及事先知情同意证据的要求，同时应明确，不遵守披露要求将导致拒绝授予或者丧失获得的知识产权。^⑤

二、“传统资源权”等新型权利的创设

为了有效保护生物遗传资源而修改现行知识产权制度是必要的，但对知识产权制度细枝末节的修改是远远不够的，完全或主要依靠现行知识产权制度也是行不通的。吴汉东认为，在国际上，中国与其他发展中国家应致力于制度创新，对传统资源采用与现行知识产权制度有别的保护机制，避开倾覆知识产权制度根基的法律变动。^⑥近些年来，国际和国内针对生物遗传资源的保护提出了一些新的权利类型，比如“传统资源权”、“生物与生物遗传资源权”等，名称有差别，但都是为了弥补现有知识产权制度在保护生物遗传资源、传统知识等传统

资源方面的缺失。这些权利中以“传统资源权”的提法较为广泛和典型。

传统资源包括有形资源和无形资源，是指可能包含神圣、仪式、遗产和美学等价值的动物、植物和其他物质要素。^⑦传统资源权（Traditional Resource Right）是由非政府组织——生物多样性全球联盟最早提出的概念，该组织在1988年发表的《贝伦生态社会主义宣言》中指出，“原住民一直在管理着99%的世界基因资源”。而人类的经济、农业和健康条件依赖传统资源，而且生物多样性和文化多样性之间有着不可分割的联系。该组织的有关专家经过多年调查研究认为，现有的知识产权制度被用来限制和剥夺了原住民的权利，因此，他们要超越知识产权来思考问题，提出了传统资源权这一新概念。^⑧“传统”这个术语指与土地密切相关的原住民和当地社区珍爱的经验、信仰、习惯、知识及文化遗产；“资源”是指其最广泛的意义，即所有的知识和技术、审美及精神品质、有形的和无形的资源，他们被当地社区认为是现在和将来几代人维持健康和完整生活方式的保证；“权利”指对全人类和集体组织基本的不可剥夺的保证，从中他们选择必要的参与达到和维持他们自己、他们的前辈和他们的子孙后代做人的尊严。^⑨传统资源权利是一个综合权利概念，包括交迭的和相互支持的权利的集合，主要有人权、自决权、集体的权利、土地和领土权、宗教自由权、发展权、隐私权、优先允许权、环境的完整、知识产权、邻接权、签订合法协定，例如合同和契约的权利、文化产权、保护民间传说的权利、保护文化遗产的权利、文化景观的认同、习惯法及惯例的认同和农民的权利。^⑩

创设一种新型权利必然涉及它的权利基础问题，那么传统资源权的权利基础是什么呢？笔者认为这种权利的权利基础主要是劳动学说、人性和国家主权。知识产权基于权利的理由大致源于洛克的劳动学说，或者康德和黑格尔的人性论。根据劳动学说，利用“共有”资源从事劳动的人，对他或她的劳动成果拥有天然的财产权，而国家有义务尊重和履行这种自然权利。^⑪传统资源当然不属于创新成果，但传统资源的持有者为传统资源的传承和维护付出了劳动，有的在长久的生活和劳动中对这些资源进行了改良，应该说，传统资源的持有人付出了劳动。因此，借鉴知识产权的权利基础，传统资源权也可以从劳动学说中推演而出。至于人性论，它主张私有财产权对满足人类的某些基本需求至关重要，应以最能满足人的这些需求的方式进行设

计。^⑫这正好引出了人权作为传统资源权的权利基础，人权以生存权和发展权为其基本内容，人权意义上的生物与生物遗传资源权首先是该国家或地区的公民、民族的人权。保护生物与生物遗传资源，就是保护该领域内公民、民族的生存与发展。^⑬同时，生物与生物遗传资源是一个主权国家得以存续和发展的重要物质基础，它能为该国居民提供栖息环境，维持其生存和繁衍，对一国经济发展提供物质基础。^⑭然而，如果传统资源的拥有者能够按照他们原来的生活方式拥有和使用传统资源，没有“生物海盗”发生的话，想必也不会有各种保护传统资源的声音出现和传统资源权的提出。不论是传统资源权还是其他类似的权利，都像是人体生病后产生的免疫反应，其最直接、最紧迫、最现实的目的就是抵御“生物海盗”，并获得公平的对待。这是传统资源权及其类似权利产生的实用主义理由。

传统资源权的主体可依据其载体界定为私人、群体和全民，它的主要内容应该类似于所有权的占有、使用、收益，以及受限制的处分权。值得注意的是，事先知情同意、信息披露、惠益分享都是权利的保障手段和权利的行使方式，而不是权利的内容。对传统资源权的保护，可采取公法保护与私法（权利）保护相结合的法律模式：对于前者，即设立国家或社区的传统资源管理委员会，其管理职责主要是保护、保存和利用传统资源；对于后者，则建立“社区权”或国家、社区及部族的“分别所有权”，该项权利的主要内容表现为对传统资源利用的“知情同意”、“标示来源”以及“利益分享”。^⑮

当然，传统资源权等新型权利的创设将在现有法律体系中产生一系列连锁反应，对生物遗传资源的保护必然是一个以专门性法律为核心的综合性法律保护体系。在这样一个法律体系里面，既有对生物与生物遗传资源权之人权属性与主权属性的宪法性规定，也有对生物与生物遗传资源权之公权属性的行政法律法规以及刑法等公法的规定，还应有关于生物与生物遗传资源权之私权属性的民事法律规定。^⑯

三、权益主体间的责任分担与惠益分享

《生物多样性公约》（以下简称《公约》）第15条规定：可否取得生物遗传资源的决定权属于国家政府，并依照国家法律行使；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。这明确了生物遗传资源之上是有国家主权的，获取他国生物遗传资源需要付出代价。我们之所以讨论生物遗传资源的保护问题，是因为现在在生物遗传资源提供者和利用者之间存在利害关系了，这种关系需要有法律来加以明确和规范。

生物遗传资源的保护问题主要是生物遗传资源在开发利用过程中产生的交易问题，是生物遗传资源提供者与利用者之间的交易，但这个交易因为其标的涉及国家科技、经济、环境、卫生、粮食安全等诸多公共性和政治性的问题，因此，它不仅仅是普通的交易关系，也不能简单地用合同法解决。尽管美国对生物资源的获取与惠益分享都赞成协议或合同的模式，但同样是这种模式，美国对待国外和国内生物遗传资源的态度是不同的。^⑰

生物遗传资源的权益主体具有多元性，利用者一般都是生物技术开发公司等商业主体，他们可能是国外的，也可能是国内的，而提供者则可能是国家、集体或个人（自然人或法人）。《公约》原则上只提到生物遗传资源的提供国是受益者。但其第16条第4款规定，每一缔约国应酌情采取立法、行政或政策措施，以期私营部门为第1款所指技术的取得、共同开发和转让提供便利，以惠益于发展中国家的政府机构和私营部门，并在这方面遵守以上第1、2和3款规定的义务。从这一规定可以看出，除了提供国国家政府外，其私营部门也应当是受益者。而《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》（以下简称《波恩准则》）指出，应公平合理地与那些经确定在资源管理、科研过程和/或商业化过程中做出了贡献的方面分享惠益。^⑱该项准则实质上规定，在生物遗传资源提供国国内通过采取保护措施、允许获取生物遗传资源、提供有关资料、收集研究以及商业化生物遗传资源等方面对惠益产生作出贡献的利益相关者也是受益者。据此，我们可以看出，国家政府、土著和当地社区（包括对生物遗传资源拥有所有权、实际控制权或管理权的私有土地主、保护区等主体）、科学机构和产业界都是潜在的受益者。^⑲其中，土著和当地社区可能是个人也可能是集体。《波恩准则》的规定更合理，也更符合生物遗传资源的实际存在状态，对于鼓励生物遗传资源的保护和开发利用都大有好处。

科研机构 and 产业界只是生物遗传资源开发过程中提供技术和服务的主体，有另外的合同予以约定，而真正对生物遗传资源拥有主权和所有权的是国家和实际提供者（土著或社区）。而国家和实际

提供者到底由谁作为生物遗传资源提供者与利用者签订惠益分享协定呢？当生物遗传资源在国家境内分布比较广泛时，不存在具体实际提供者，国家自然是协定的签订者；在生物遗传资源分布范围有限时，实际提供者当然应该是生物遗传资源开发的受益者，但他最易接受的惠益是直接货币利益或共享知识产权等财产利益，而参与技术研发、提供研发物质条件、派员接受利用者的技术培训等技术利益的获取则需要一定的技术和物质基础，在这一点上国家则比实际提供者更有优势，这种情况下可以将实际提供者和国家列为共同的提供方；当多个实际提供者能提供相同或类似的生物遗传资源时，由国家作为代表签订惠益分享协定则可以减少利用者需要与多个实际提供者协商的麻烦，也可以避免多个实际提供者之间争夺开发机会产生内耗的情况。当然，多个实际提供者也可以事先约定委托相关的民间机构或营利性主体来经营这项业务。

主体确定后，最核心的问题是提供者与利用者的责任分担和惠益分享。作为协定的相对方，一方的权利就是另一方的义务。但是，在生物遗传资源利用的惠益分享协定中，利益双方力量的不均衡和“生物海盗”留下的阴影注定了在惠益分享协定中，双方的权利义务不可能完全对等。尤其是在目前不可能形成有约束力的国际性文件的情况下，双方行动的依据基本上都是生物遗传资源提供国的国内法，提供者的权利可能多于他们的义务。提供者的主要义务是提供生物遗传资源或为利用者提供便利的条件，而利用者的主要义务是遵守提供国国内法和相关国际法的规定，做到事先知情同意、专利申请的信息披露、按约定分享惠益给提供者、遵守保密约定等等，核心内容是惠益的分享。

至于惠益分享，国际社会没有形成有强制力的文件，也没有统一的做法，但某些国际文件的内容和一些国家的做法还是值得借鉴的。《波恩准则》附件将惠益分为货币惠益和非货币惠益。货币惠益包括：获取费、一次性付费、阶段性付费、支付使用费、对商业化收取的使用费、薪酬和共同商定的优惠条件、研究资助、合资企业、共同拥有相关的知识产权等。非货币惠益包括：分享研究和开发成果；尽可能在提供国的科研和开发方案中，特别在生物技术研究活动中进行协调、合作和提供资助；参与产品开发；在教育和培训方面进行协调、合作和进行资助；允许利用移地生物遗传资源收集设施和数据库；根据公正和最有利的条件转让知识和技术，包括根据商定的减让和优惠条件向提供者特别

转让利用生物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知识和技术；体制能力建设；提供人力和物力资源，以便加强负责管理和执行生物遗传资源获取法规的人员的能力；由提供国充分参与的与生物遗传资源有关的培训，并应尽可能在提供国国内举办培训；获得保护和可持续利用生物多样性，包括生物资源编目和生物分类研究的有关科学资料；对当地经济的贡献；共同拥有相关的知识产权等。^②印度的《生物多样性法》是生物遗传资源获取与惠益分享的典范，它规定了详细的获取申请者必须遵守的共同商定条件。^③

四、事先知情同意制度的程序保障

为了改变“人类共同遗产”时代发达国家的生物技术公司无偿获取甚至是剽窃发展中国家遗传资源的不公平现象，《公约》将发展中国家便利遗传资源的获取和发达国家生物技术公司提供相关惠益的分享确立为一对基本交换关系。不过，在遗传资源获取与惠益分享领域，遗传资源的利用者主要是发达国家的生物技术公司，他们通常拥有强大的经济实力以及先进的生物技术水平，掌握着丰富的生物开发信息；遗传资源的提供者则主要是发展中国家，它们普遍缺乏利用本国遗传资源的资金和技术，信息也相当匮乏。在这种情况下，如果没有强有力的制度保障，发展中国家根本不具备与利用遗传资源的生物技术公司进行磋商和谈判的实力和能力。幸运的是，《公约》规定的生物遗传资源程序使这种制度保障成为现实。

生物遗传资源程序脱胎于医疗程序^④和危险物质跨界流动^⑤两个领域，其理论基础就是要避免甚至扭转交易中双方存在的不平衡，以求在相对公平的基础上达成交易和协定。正因为如此，《公约》将生物遗传资源概念引入到遗传资源获取与惠益分享领域；并承认土著和当地社区在获取申请者获取其传统知识时授予生物遗传资源的权利，从而为国家与利益相关者的双重生物遗传资源制度确立了国际法框架。^⑥在遗传资源获取与惠益分享领域，生物遗传资源的基本原理是：供应遗传资源的国家及其实际提供者享有对被申请获取的遗传资源及相关传统知识的所有权或控制权，获取申请者必须在尊重此项权力/权利的基础上向国家和利益相关者提供关于拟开展的生物开发活动的全面信息；提供遗传资源的国家和利益相关者在充分知情的情况下与

获取申请者达成获取与惠益分享安排，将能够最大限度地保障交易的公平性。

《公约》在此方面的贡献为各国国内制度的建设奠定了良好基础。实践中，多数国家在《公约》规定的基础上制定了由国家主管部门和实际提供遗传资源的利益相关者分别授予生物遗传资源的制度。这是在遗传资源获取与惠益分享领域兼顾国家利益和利益相关者利益的必然要求。不过，从遗传资源利用者的角度看，生物遗传资源程序本身已经构成其获取遗传资源中的主要负担，这种双重的生物遗传资源制度更是加大了其交易成本。为了避免对遗传资源利用者造成过重的负担、履行《公约》便利获取的义务，《公约》和各国的管制立法都对生物遗传资源程序作出了适当的制衡安排。这种制衡实质上是一举两得的安排，它最终也有利于遗传资源提供国公平合理地分享相关惠益。

生物遗传资源这个概念本身已经揭示了该程序的基本要素。遗传资源获取申请者应在其生物开发活动开展之前的合理期限内寻求相关主体的同意，在这段时间内相关主体可以根据获取申请者以合理方式提供的信息做到全面知情，并以特定格式就获取申请者的获取与惠益分享安排作出明确的、肯定的授权。根据上述制衡原理，在确定这些基本要素的具体内容时，必须综合考虑获取提供者与获取利用者两方面的利益，以便作出对双方而言都比较合理的安排。

五、习惯法的有益补充

生物遗传资源及其传统知识存在的社区可能有着与现代社会不同的价值观和权利观。在工业社会，土地、货物和服务的所有权会以金钱的形式从一个人或公司转让给另一个人或公司。除了个人财产外，财产权（例如知识产权）通常由法人（公司）拥有而不是个人拥有。传统社会可能认为这样的处理与他们的习惯法（乡规民约）对立而无法接受。在大部分传统社会里，公共财产是控制获取基本资源（例如食品和燃料）的普通系统，权利是多种多样的，老人、妇女、宗族、世系等都在特定的资源区里对特定的资源拥有权利。但即使对生物遗传资源及其传统知识拥有权利，也不意味着可以随意处置它，当某种秘传知识是个人、家庭、萨满、宗派或世系的独有的知识产权时，如果没有整个社区或部落首领的同意，这些拥有者不能将这些知识商业化。^⑤

因此，虽然传统社会可能并不存在现代知识产权制度，但他们可能也有类似的社会关系调整机制。克利夫兰和穆雷认为，民族志学的样本明确显示当地和原住民社区有知识产权保护的观念，这些权利可能依托居住地、血缘关系、性别或种族而存在于个人层面和（或）群体层面。而世界知识产权组织的调查也发现了与版权、商标或专利相类似的数种知识产权。这些类似的知识产权的内容的共同之处是，这些知识产权习惯法中包含了莫基斯所称专属制度的两个构成要素：第一，知识产权习惯法把自己人（成员）和外人区分开来；第二，习惯法或规范决定了什么知识必须由全体成员分享，什么知识可以专属个人。^⑥我们暂且将这些传统社会存在的习俗或惯例称为民间法或习惯法。他们对生物遗传资源及其传统知识的获取和惠益分享的影响不容忽视，如果这些民间法得到很好的尊重，可能促进生物遗传资源及其传统知识的获取和惠益分享的顺利开展，反之，则很可能会造成阻碍。

然而，习惯法与制定法是完全不同的法律种类。制定法体系相对完整、逻辑严密、经过立法机关慎重斟酌，具有强制执行力、普适性和一致性，是理性的结果。而习惯法则表现出多样性、非正式性、分散性等特征，基本上不具有普适性，而且带有很浓的意识和感情色彩，并不能称之为追求理性的结果。但是，习惯法是生物遗传资源及其传统知识本身存在的文化的一部分，这些习惯法与生物遗传资源及其传统知识的地域性和独特性是相辅相成的，制定法的抽象性、概括性和现代性反而无法实现这样的功能。因此，针对具有深厚传统的资源，在以制定法为主体的前提下，充分尊重传统以习惯法来弥补制定法在某些方面的不足，可能对于他们的开发会更有益。

我国《民法通则》规定的民法渊源里没有习惯法，倒是《合同法》第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条、第136条7个条款都提到了“交易习惯”的字样。^⑦可见，我国习惯法只是在法律及合同没有规定和约定的情况下的一种潜在的规范，并不具有必然的法律地位与执行力。如果在生物遗传资源及其传统知识的获取与惠益分享事项上也以类似的方式处置传统社会的习俗与惯例，则并不能保证充分的尊重。更重要的是，社区内部的习俗与惯例没有效力约束社区外甚至是本国以外的主体的行为。那么要将传统社区的习惯法纳入生物遗传资源及其传统知识的专门立法并赋予强制执行力可行吗？对于那些可以普遍适用的习

惯法内容，笔者认为纳入专门立法未尝不可，但是中国自古以来就是一个多民族的、幅员辽阔的、政治经济发展不平衡的大国，各地区、各民族、各行业之间都流行着各自的习惯，将习惯法都纳入专门立法是不可能的。

然而，生物遗传资源及其传统知识的获取与惠益分享又有必要吸收相应的合理的习惯法，直接将习惯法纳入专门的制定法行不通，那么可以在制定法体系外让他们发挥作用，但也不是《合同法》中不一定发挥作用的“交易习惯”。在提供者与利用者双方充分协商和得到提供国法律的支持下，可以将习惯法的内容融入获取与惠益分享协议中，成为协议的条款。这样不仅可以使习惯法具有相对的强制效力，也可以适应习惯法的多样性和分散性，实现尊重传统社会习俗与惯例的目标，同时也尊重了利用者的意见，便于他们遵守传统社会习俗与惯例，促进协议双方的沟通与理解，对提高协议的实行效果将大有裨益。

六、个人主义危机与集体主义方法论的引入

世界贸易组织的《知识产权协议》在序言中宣示“知识产权为私权”，舒尔茨认为，罗马私法之发展是“建立在自由和个人主义基础之上的”，^②知识产权法也不例外。个人主义的价值基础决定了私法的研究方法必然也是一种个人主义的方法。^③个人主义与集体主义是两个相对而相互依存的概念，方法论上的个人主义以个人作为学科分析的基点和基本研究单位，通过对单个人行为的分析，展开该学科的一般原理以及规律性问题研究。^④而集体主义方法论则与之相反，以集体作为学科分析的基点，通过调整个人的行为来实现集体目标，集体利益高于个人利益。

个人主义是知识产权法的基础方法论。知识产权制度的目的在于鼓励创新，虽然最终目的在于推进整个社会的技术进步，然而，它在制度设计上却是将知识产品作为无体财产，赋予知识产品的创造者类似所有权的专属权和排他权。可以说，某种程度上知识产权是以牺牲公众一定的分享和利用知识的权利为代价来实现创造者个人的权利。哈耶克曾对此发出质问，对于科研投资所具有的风险而言，授予垄断专有权是否真的是最恰当和最有效的奖励方式。^⑤在发达国家的积极推动下，知识产权制度在扩张，植物新品种权就是扩张的结果。对于科技

能力处于弱势的发展中国家而言，知识产权的扩张限制了它的技术进步，据统计，在全球经济中，工业化国家当前拥有全部专利的97%，另外70%的版权和许可证费收入为发达国家的跨国公司所获得。^⑥尽管知识产权制度在设计之初就注意到个人利益与公共利益的平衡，保护与限制并存，但是随着它的发展和扩张，这种平衡慢慢被倾覆。因此，要警惕知识产权过度扩张而导致的“反公有物悲剧”（tragedy of the anti-commons）。这可能导致阻碍研发成果分享、抑制进一步研究和创新、成为利益集团谋求私利的工具、拉大贫富差距等。^⑦

事实上，个人主义从来都不是私法的唯一方法论，集体主义也是私法的方法论之一。只是个人主义和集体主义由谁作为主导性方法论成为公法与私法的重要区别之一。上述知识产权制度引起的失衡说明，知识产权制度需要重新重视集体主义方法论的运用。知识产权要走出过度扩张的泥沼，必须恢复“保护与限制并存”的制衡架构，借助拓展集体主义思维走出个体主义危机，使知识产权制度的内在利益平衡矛盾维持在一个协调状态。^⑧生物遗传资源及其传统知识保护的提出本身就是集体主义思维的运用。精神生产是以依靠前人积累的知识为劳动资料、以抽象的知识产品为劳动对象的生产活动，劳动者的知识拥有量与创造性思维在劳动过程中紧密结合。^⑨生物遗传资源及其传统知识在基于其产生的发明专利等知识产权中起到物质基础甚至是技术启发的作用，他们的贡献远远大于一般的已有知识，因而而产生的知识产权不能仅仅是其知识创新者的垄断权利，提供者也应该得到相应的回报。尊重传统社区对生物遗传资源及其传统知识的权利，才能缓解双方的紧张关系，解除传统社区对生物技术公司等主体的防备和资源封锁，既有利于协议双方，也有利于社会技术进步。

同时，保护生物遗传资源及其传统知识提供者的权利也是实现“第三代人权”的需要。“二战”后出现的特别是与全世界非殖民化运动联系在一起的新一代人权观被称为“第三代人权”，这种人权观主要是探讨关涉人类生存条件的集体“连带关系权利”，如和平权、发展权、环境权与食物权等等。^⑩发展权主要反映了广大发展中国家要求平等的发展机会和发展资源的意愿。知识产权主要是维护那些拥有技术优势国家——发达国家利益的工具，而对生物遗传资源及其传统知识的保护则有利于发展中国家，生物遗传资源及其传统知识提供者的发展权是“第三代人权”的重要内容之一。“第三代人

权”是集体人权，倾向于群体的福利，即家庭、民族或国家的福利，它强调的是权利与义务的平衡，要求权利主体在关注自身权利和利益的同时，还要关注超出自身的其他主体的权利和利益。^⑤因此，在生物遗传资源及其传统知识的开发中利用者要尊重提供者的利益，发达国家要考虑发展中国家的利益。生物遗传资源及其传统知识与知识产权上的知识不同的是，他们不是个人创新的结果，而是传统社会在长久的生产生活中渐渐摸索出来的经验和发现，他们往往是整个社区共有的资源，即便有时只被个别人（祭司、族长等人）或家族掌握，但也与社区集体的智慧分不开。所以，对生物遗传资源及其传统知识的保护不能以个人为主要主体，而应该看到社区整体的贡献，惠及整个社区。另外，在制度设计上还要注意生物遗传资源及其传统知识提供者、利用者的权益与公共利益的平衡。

注释：

① Klaus Bosselmann, *Plants and Politics: The International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity*, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1996, 7(111), p.129

② World Conservation Monitoring Centre (WCMC), *Global Biodiversity: Hal World Conservation Monitoring Centre and Faculty of Economics, Cambridge University*, 1992, and *Industrial Reliance upon Biodiversity*, WCMC, Cambridge, 1996.

③④⑤⑩ 秦天宝：《遗传资源获取与惠益分享的法律问题研究》，武汉大学出版社 2006 年版，第 645、645、448 页。

⑥⑬ 参见李立：《建立传统资源权制度刻不容缓》，《法制日报》2006 年 8 月 3 日。

⑦ Darrell A. Posey and Graham Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Community*, *International Development Research Centre*, 1996, p.78.

⑧ 郑万青：《种子战争背景下的传统资源权——介绍一种超越知识产权的新概念》，《中国发明与专利》2008 年第 2 期。

⑨⑩⑮ 达里尔·A·波塞、格雷厄姆·杜特费尔德：《超越知识产权》，许建初等译，云南科技出版社 2003 年版，第 7、69、46 页。

⑪⑫⑳ 尼古拉斯·布雷：《数据库及习惯法对保护传统知识的贡献》，张芝梅译，《国际社会科学杂志（中文版）》2007 年第 2 期。

⑬⑭⑯ 郑敬蓉、陈波：《生物与遗传资源权的权利属性及其立法模式探析》，《北京化工大学学报（社会科学版）》2009 年第 4 期。

⑰ 参见王明远：《美国生物遗传资源获取与惠益分享法律制度介评——以美国国家公园管理为中心》，《环球法律评论》2008 年第 4 期。

⑱⑳ Executive Secretary of the Convention on Biological Diversity, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*, UNEP/CBD/COP/6/20, VI/24, 2002(5), Guideline 48.

㉑ 参见秦天宝：《遗传资源获取与惠益分享的立法典范——印度 2002 年〈生物多样性法〉评介》，《生态经济》2007 年第 2 期。

㉒ William H. Lesser, *Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and Benefit Sharing Issues*, CAB International, Wallingford, Oxon, UK, 1998, p.84.

㉓ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester University Press, 1995, p.464.

㉔ Frank Hendrickx, Veit Koester and Christian Prip, *The Convention on Biological Diversity—Access to Genetic Resources: A Legal Analysis*, *Environmental Law and Policy*, 1993(23), p.250.

㉕ 杨文彬：《知识产权法上的习惯》，《科技与法律》2007 年第 4 期。

㉖ 布鲁诺·莱奥尼等：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社 2004 年版，第 214 页。

㉗ 胡玉鸿：《法学方法论》，山东人民出版社 2002 年版，第 263 页。

㉘ 易军：《个人主义方法论与私法》，《法学研究》2006 年第 1 期。

㉙ 参见哈耶克：《个人主义与经济秩序》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 166—167 页。

㉚ 参见联合国开发计划署编：《1999 年人类发展报告》，中国财经出版社 2002 年版，第 77 页。

㉛⑳ 参见黄廓、钊晓东、王岸英：《“传统”与“现代”的对话：论遗传资源获取及惠益分享与知识产权》，《理论探讨》2008 年第 2 期。

㉜ 吴汉东：《知识产权的私权与人权属性——以〈知识产权协议〉与〈世界人权公约〉为对象》，《法学研究》2003 年第 3 期。

㉝⑳ 叶敏、袁旭阳：《“第三代人权”理论特质浅析》，《中山大学学报（社会科学版）》1999 年第 4 期。

作者简介：秦天宝，男，1975 年生，江苏徐州人，法学博士，国家司法文明协调创新中心、武汉大学环境法研究所教授、博士生导师，湖北武汉，430072。

（责任编辑 李涛）