

遗传资源的权属问题研究

徐信贵

(重庆行政学院 法学教研部,重庆 400041)

摘要:遗传资源蕴涵的巨大经济价值引发权属之争,遗传资源的归属在国际上仍有争议。解决权属之争要理清的核心问题是:拥有遗传资源意味着什么、如何确定遗传资源的归属,以及多个主体怎样同时拥有遗传资源。遗传资源的价值在于遗传信息,拥有遗传资源不同于拥有遗传材料,拥有生物品种者拥有遗传资源;除法律另有规定外,驯化品种的遗传资源归驯化人所有,野生品种的遗传资源归生物自然栖息地的所有人或使用人享有。多人可以共有遗传资源。国家有权事先审查遗传资源的获取是否侵犯了遗传资源所有人的权利、是否损害了国家公共利益。

关键词:遗传资源;生物品种;驯化品种;权属

中图分类号:D912.6

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2012)03-0045-07

21 世纪是基因技术的世纪,保存遗传资源的重要性不言而喻。对此国际社会的努力早已开始,许多国家都通过了政策和立法以保护蕴藏遗传资源的生物资源及其自然生态环境不被破坏。然而,随着生物技术知识产权的扩张及生物海盗的出现,人们逐渐认识到遗传资源的保护仅仅针对生物资源本身的保存是远远不够的,还应当确定遗传资源的权属、规范遗传资源的获取和使用行为,让保存遗传资源的人也能享受到遗传资源开发带来的惠益,这样能够大大提高资源保护的主动和热情。转变视角而引入利益机制,是生物资源保护方法上的一个质的突破。于是,20 世纪 90 年代以来,世界范围内掀起了一场遗传资源权属保护的热潮,先是《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)的生效,打破了基因资源属于“人类共同遗产(common heritage of mankind)”的传统观念、承认国家对其境内资源享有主权,遗传资源的利用要遵循知情同意及利益分享的原则^①。接着联合国粮农组织(FAO)主持修订 1983 年的《植物遗传资源国际约定》(IUPGR),承认农民在基因资源保存与利用中的重要作用,明确呼吁要保护“农民权(farmer's right)^②。一些跨区域

的规定相继出现,如非洲相关内容的统一示范法和安地斯山社区的有关遗传资源获取的统一规则^③,东盟和中美洲也分别形成了生物与遗传资源获取框架协议草案与关于获取遗传资源和生物化学品及相关的传统知识的协议草案^④。世界各国关于遗传资源保护的国内立法政策也不断涌现,如,巴西 2001 年 8 月 23 日颁布的第 2.186—16 号保护生物多样性和遗传资源的暂行条例、巴拿马 2000 年 6 月 26 日颁布的有关保护土著居民及其独特文化与传统知识的权利的第 20 号法律、秘鲁 2002 年 8 月 10 日公布的有关保护土著居民有关遗传资源的知识的第 27811 号法律^⑤。据学者不完全统计,到 2004 年已有 9 个国家制定了遗传资源获取与利益分享法律和政策,正在制定遗传资源获取与利益分享法律和政策的国家有 26 个^⑥。中国属于正在制定遗传资源获取与利益分享法律和政策的国家,制定该制度首先需要解决的问题之一就是遗传资源的归属问题。

一、遗传资源的权属之争

“遗传资源”(genetic resources),又称基因资源,是指来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传

收稿日期:2012-03-15

基金项目:国家社会科学基金资助项目(10CFX015)

作者简介:徐信贵(1982-),男,江西广丰人,讲师,博士,研究方向:行政法、环境资源法。

网络出版时间:2012-3-28 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20120328.1634.001.html>

功能单位的具有实际或潜在价值的遗传材料。“信息资源的描述是对信息资源内容与特征的抽象与概括”^[2]。从生物学上来讲,DNA是遗传物质,合成结构性和功能性蛋白质以及控制许多细胞处理过程的遗传信息附载在DNA之上,所以含有DNA的生物材料——包括任何能在有机物之间进行传递的遗传信息的载体,如活细胞、完整的染色体、基因、小于基因的DNA片断——都可以被描述成遗传功能单位^[3]。遗传资源具有天然性与不可再生性、区域性、信息性、可复制性与轻便易携性等特征^[4]。随着生物技术的发展,遗传资源的重要性不断提升,引发了遗传资源的权属之争。

(一)21世纪是生物技术的世纪,遗传资源的价值不断攀升

生物技术的发展尤其是转基因技术和生物筛选技术的发展,使遗传资源具有越来越重要的经济价值,其社会需求也迅速攀升。20世纪80年代初发展起来的转基因技术突破了天然物种之间的屏障,不同物种之间的基因得以相互整合^[5],这使得外源基因的需求大量增加。转基因技术能通过体外重组DNA技术将外源基因植入到生物体的细胞或组织中,使再生品种获得新的遗传特性,定向改造生物品种使其具备高产、优质及其他人类所需特性成为现实。抗病虫基因工程、抗逆基因工程、抗除草剂基因工程、延熟保鲜基因工程、品质改良基因工程等已在农牧业全面展开并进行了广泛的商业运用。在1996至2002年间,全球转基因作物种植面积从170万公顷迅速扩大到5870万公顷,7年间增长了35倍^[6]。与此同时,转基因作物产品在全球的销售快速增长。预计转基因作物产品全球市场销售在2005年为80亿美元,2010年为250亿美元^[7]。而生物筛选技术的发展大大提高了各种生物品种整体而非仅限于野生近缘品种的需求。运用基因药物筛选技术,使需筛选的药物模型可在很短的时间内从数千甚至数万种待筛选的样品中筛选而出,使新药推出的速度大大加快,药筛成本大为降低^[8],大型天然产品的筛选计划成为现实。遗传资源的价值不断攀升,刺激了社会需求。

(二)遗传资源的稀缺性引发“遗传资源争夺战”

遗传资源是一种稀缺资源,在其经济价值、社会价值不断攀升的背景下,“遗传资源争夺战”在全球展开。“人类今天所面对的资源危机,是由复杂的经济、社会、人口、制度和政治条件造成的,地球资源的稀缺界限取决于人类的文化,稀缺是一个文化概念。自然资源本身具有多样性,需要人类在文化多样性基础上塑造出人类生计方式多样性,人类生计方式的多样性也必然会创造出利用资源的多元化途径来”^[9]。

1992年《生物多样性公约》生效以前,国际社会的

主流观点认为遗传资源是“人类共同财产”,任何人可以自由获取而不付出任何代价。许多国际组织纷纷在世界范围内从事遗传资源的采集、保存工作,以为生物技术开发储备充分的原材料。一些发达国家则利用自己的科学技术优势,采用多种手段掠夺一些发展中国家的生物遗传资源,为本国创造更高经济价值的专利产品。如2000年4月6日美国孟山都公司向全球包括中国在内的101个国家申请一项有关高产大豆及其检测、栽培的国际专利,而该项研究的关键材料便是来自中国的一个野生大豆品种。“‘生物海盗’的结果就是:发达国家利用发展中国家的基因资源,通过申请专利、技术转让或者开发新产品等商业化途径获得了巨大的商业利润,发展中国家不但不能分享这一财富,相反地,当其要利用此类基因产品时还要付出巨额费用。”^[10]遗传资源争夺大战引发了关于遗传资源权属的思考,发展中国家开始发问,为什么发达国家的个人和公司,免费地从发展中国家取得资源,取得基因专利后,再将产品返销给原产国时就要收取高额费用?为什么有关公司不应该像给煤或石油付钱那样,也给这些原料付钱呢?遗传资源的法律保护终于在20世纪80年代提上国际社会的议事日程。

二、国际上对遗传资源归属的不同态度

遗传资源归属的争议促使了国际社会的相关立法活动。《生物多样性公约》首先确定了各国在其境内发现的自然资源上享有国家主权,并可有权采取立法、行政或政策性措施,公平分享研究和开发遗传资源的成果以及商业和其他方面利用此种资源所获的利益。可否取得遗传资源的决定权属于国家政府,须经提供这种资源的缔约国事先知情同意,并依照国家法律行使^①。接下来一些区域性、国家性的立法与政策中就遗传资源的具体归属做了一些相关规定。但总的来说遗传资源的权属问题在国际上还是处于被争议的灰色领域,如在马来西亚“在公共土地上发现的生物、生物化学和遗传资源属于各州所有。但是,在一些州,在土著和私有土地上发现的资源所有权是有争议的,这些资源是属于州还是属于土地的所有者,现在还没有定论”^[11]。目前针对遗传资源的权属问题,国际上大致有两种较明确的态度。

(一)遗传资源归其所在生物资源的所有人享有

持这种观点的人比较多。“由于遗传和生物化学资源是在生物资源中发现的物理元素,只要(澳大利亚)联邦拥有生物资源,它也就必然拥有这些组成部分”^[12]。“遗传资源的法律地位取决于对某一有机体或其组分和其所包含信息拥有的权利。显然,遗传资源信息组分对生物勘探者是最有价值的。但是,尚没有一个国家为

这个组分创造一个财产权体系。所以,国家仍然依靠其物质实体(例如:有机体或其组分)来定义他们的遗传(和生物化学)资源的法律地位。”^[1]我国也有学者持这种观点“根据目前我国有关法律的规定,我国境内的生物资源归属于国家、集体或私人(包括法人和自然人)。这意味着,针对不同的情形,我国境内的生物资源可能分别属于国家、集体或私人所有。由于遗传资源在很多情形下包含在生物资源之中,因此,可以作出如下推断,生物资源中所包含的遗传资源也属于国家、集体或者私人所有。”^[2]这中观点下又分两种模式:遗传资源归生物资源所有人享有,但受国家特殊管制;遗传资源归生物资源所有人享有,国家无特殊管制。目前除了美国等极少数特殊国家采第二种模式外^[3],大多数持这种观点的人都采用第一种模式,因此,本文只对第一种模式进行以下举例介绍和探讨。

巴西是比较典型地采用第一种模式的国家。巴西2001年第2.186-16号暂行条例规定了保护生物多样性和遗传资源的制度^⑥。该条例第11条规定该国环境部设立的遗传资源管理委员会有权在所有者事先同意的条件下,许可遗传资源成分标本的获取和传播;根据本条例及其细则的要求,批准遗传资源获取和惠益分享合同。第13条规定,管理委员会主席有权以联盟的名义签署传统遗产获取和利益分享合同。第16条第8款规定,当物种只存在于特定的地域或濒临灭绝时,遗传资源成分标本的获取和传播应取得有权机关的事先同意。第16条第9款规定,当获取发生在土著区域时,需获取所涉及的土著和地方社区,及其官方代表机构的事先同意;当获取发生在保护区时,需获取有权机关的事先同意;当获取发生在私有土地上时,需获取土地所有者的事先同意;当获取发生在涉及国家安全的区域时,需获取国防委员会的事先同意;当物种取样发生在巴西领海、大陆架或专属经济区时,需获取海事管理部门的同意。第27条规定,遗传资源获取和利益分享合同应提及并清楚地界定合同方,即一方为公共或私人区域的所有人,土著社区和官方土著机构的代表,或者地方社区的代表;另一方为有权获得上述资源的国内机构和上述资源的接受机构。第29条规定,遗传资源获取和利益分享合同应提交管理委员会登记,并在批准后方能生效。从上述规定可以得知,巴西并未区分遗传资源的所有人与遗传资源生物样本所有人,遗传资源就归遗传资源生物样本所有人所有。遗传资源的获取要取得样本所有者的事先同意,并为之签订遗传资源获取和利益分享合同。在涉及公共利益时,如国家安全等,遗传资源的获取还要取得相关主管机关的同意。然而走完上述程序还不能取得获取权利,虽然巴西

并没有规定遗传资源归国家所有,但国家有权对资源进行管理:获得事先同意后还需向遗传资源管理委员会申请许可证,遗传资源获取和利益分享合同也要经遗传资源管理委员会的批准才能生效。

(二)遗传资源归国家享有

持该种态度的国家和地区也不少,如哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁等国家都适用安第斯共同体《第391号决议》的规定,“在安第斯共同体内发现的遗传资源及其衍生物,被认为是国家的财产或遗产,服从该国的国家法律。这也适用于在私有、公有、土著土地以及在就地和移地条件下的资源”^[4]。哥斯达黎加《生物多样性法》则规定“遗传和生物化学资源都属于公共领域,不受其所属的土地私人所有权的约束。所以,这些资源属于国家,国家可以管制这些资源的获取”^[5]。但是很多国家和地区虽然规定遗传资源归国家享有,可在具体制度设计上又体现出生物资源所有人所有遗传资源的影子。

安第斯共同体较明确地规定了遗传资源归国家所有。安第斯共同体1996年第391号决议规定了遗传资源获取共同制度^⑦。该决议第6条第1款规定,原产于成员国的任何遗传资源及其衍生物,都属于该成员国国家或政府的财产或遗产。同时该条第2款规定,这些资源不损害遗传资源所在生物资源、所在土地的以及相关传统知识的所有权制度。该决议第5编与第6编对遗传资源的获取程序和相关合同进行了详细规定。要获取遗传资源首先要向国家主管部门提交申请,申请被批准后,申请人可以继续获取合同的谈判。获取合同由国家主管部门代表的国家与申请人签订。除了获取合同外,申请人还要与遗传资源提供者(包括包含遗传资源的生物资源或其所在土地的所有者、持有者或管理者,移地保护中心等)签订一个旨在进行获取活动的附属合同。附属合同的效力从属于获取合同的效力,附属合同一般跟着获取合同一起生效或失效,但是如果附属合同的变化对获取合同产生实质性影响,则附属合同的变更、中止、废除或终止也可以导致国家主管部门变更、中止、废除或终止获取合同。从上述规定可知,安第斯共同体区分遗传资源所有权与生物资源的所有权,前者归国家所有,后者则可以根据不同情况归不同的主体,如生物资源所在土地的所有者、持有者或管理者等。获取遗传资源既要得到遗传资源所有人的同意,又要得到生物资源所有人的同意。

国际上有关遗传资源归属的争议以及以上两种态度的不同点体现在很多方面,但以下几个方面最为关键:遗传资源与遗传材料是什么关系;遗传资源是否应归国家所有;国家公权力应在何种程度上对遗传资源进行管制;当遗传资源归属多个所有人时,多个所有人

之间如何行使权利。

三、解决权属之争要理清的核心问题

(一) 遗传资源归属意涵

遗传资源的权属问题是一个产生历史不长的新问题,它的一些性质特征还没有被国际社会充分研究,因此它的内涵还没有被全面地阐释出来。但国际社会一致认可的是,拥有遗传资源权属意味着可以控制遗传资源的勘探、研究与开发利用,并在将遗传资源交付他人使用时取得一定对价。根据 CBD 的精神,他人取遗传资源需要得到遗传资源所有者的事前知情同意,同时遵守与所有者共同商定的获取条件,并与所有者分享因利用该遗传资源而获得的利益。遗传资源是生物资源的一种。CBD 第 2 条规定,“生物资源”是指对人类具有实际或潜在用途或价值的遗传资源、生物体或其部分、生物群体、或生态系统中任何其他生物组成部分。生物资源的归属在国家立法上早有定论,而遗传资源存在于生物体内部,基因存在每一个细胞当中^①,从物理的角度上说,占有了遗传材料就占有了遗传资源,这似乎意味着只需要规定生物资源的权属问题,而无需再探讨遗传资源的归属问题。然而从国际社会的实践来看,显然不是这样,从一开始人们就把遗传资源和其他生物资源区别对待:生物资源可以归属于不同的主体,但遗传资源却被认为是人类共同遗产^②。要更深入地探讨拥有遗传资源的意义,需要了解拥有遗传资源与拥有遗传材料的不同之处。

先从历史的角度来探讨一下三个概念的区别:生物资源、物种资源、遗传资源。生物资源的权属意识产生时间最早,大多数国家的宪法中都有对生物资源的权属的规定,拥有生物资源意味着对该生物实体拥有所有权,所有权人可以占有、使用该生物(如把树砍下来做桌子,将动物屠杀以供食用)、对该生物进行科学研究、利用该生物的繁殖材料进行繁殖并取得繁殖出的新生物体的所有权(如在今年的水稻中选取种子播种取得来年的收获),决定是否将生物体或生物体的一部分如繁殖材料转让给他人、取得转让对价等等。最初的生物资源权属于物权。物种资源权属观念源于育种者对良种的开发。为提高生物的某些特性,育种人利用杂交等方式培育出优良品种,为保护和激励育种人的贡献,法律规定育种人对其培育的新品种享有品种权,品种权就是物种资源权,如我国《植物新品种保护条例》规定的植物新品种权。在物种资源权产生以前,生物资源的所有人只能通过物理方式来阻止物种的扩散,如国家在赠与他国珍稀动物时先给动物做节育手术^③。物种资源权产生以后对部分物种的保护就可以

借助法律的途径了,育种人对其授权品种享有排他的独占权,“任何单位或者个人未经品种权人许可,不得为商业目的生产或者销售该授权品种的繁殖材料,不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生长另一品种的繁殖材料”^④。然而传统生物品种还是只能通过物理方式保护。物种资源权产生的同时,原生物资源所有权的内容相应受到了限制,当我们购买了一种生物的所有权时,不能再以享有生物资源所有权为由以商业目的生产、转让该生物的繁殖材料了。可以说物种资源权是适应社会需要,从最初的生物资源权中分离出来的,同时物种资源权的享有也摆脱了对生物资源物的占有的依赖,物种资源权的性质是知识产权。遗传资源权属观念的产生则与生物技术的发展密不可分。现代生物技术可以从生物的遗传资源中提取出有特定功效的基因片断,并将其植入其他生物体中,产生一种具有新特性的转基因品种^⑤。而且这种品种在具备一定条件时可得到知识产权的排他性保护。转基因品种权人因此获得巨大经济利益,而目标基因提供者不但没有丝毫收益还可能因此受到损害。这种不公平的现象催生了基因资源的权属观念。享有基因资源权才有权对生物资源进行基因层面的开发利用,基因资源权的概念也从生物资源权中独立出来,原生物资源权的内涵相应也进一步受到限制。遗传资源权作为一个概念虽然与生物资源权分离开来了,但是遗传资源权的享有主体是否能与生物资源权的享有主体分离开来,或者说遗传资源权的归属是否可与遗传材料的占有相分离、遗传资源权的性质是物权还是知识产权或其他什么权利,遗传资源权与物种资源权有什么关系,以及遗传资源权是否具有排他性等等都还没有具体的制度或理论予以阐述。

对此,只能从三个概念的产生历史以及遗传资源的保护目的等方面进行一下理论探讨和推断。笔者认为,遗传资源权的归属同物种资源权一样,可以与遗传资源的占有可以分离,遗传资源的价值在于其基因排列顺序,这是一种信息,具有可复制性,虽然该信息最初的载体是生物材料,但它即使脱离生物材料,而记录在其他的载体上,如用文字的形式记录在纸上,它的价值仍然不会减少。科学家们已经掌握了根据这些信息复制 DNA 的技术,不需要再使用原生物的遗传材料。因此遗传资源权的主体也可以与生物资源权的主体分离开来。这意味着即使你购买了一株花享有它的所有权,但是你如果没有遗传资源权的话,仍然无权将它的基因提取出来开发新产品。但是,遗传资源权的主体与品种权的主体不宜分离开来。品种权保护生物的品种特性,而遗传资源权保护的基因序列则决定了生物的品种

种特性。只是两者的技术角度不太一样,一个是着眼于传统生物育种技术所需要的繁殖材料,一个是着眼于现代基因技术。但是保护遗传资源权和保护品种权的意旨类似。可以说,物种资源和遗传资源权属概念的出现,都是随着人类对生物自然特性进行控制、干涉、改造的结果,区别仅在于从基因的角度较之生物学繁殖的角度对生物特性的控制可能更加精确、稳定,适用范围也更广泛(实现了不同物种之间基因的转移)^[9]。如果说遗传资源权与物种资源权不归属于同一主体,那结果会使物种资源权的价值被遗传资源权掏空,因为遗传资源权人完全可以不使用生物的繁殖材料,开发出同样特性的生物产品出来。因此,遗传资源权的主体必须和品种权主体相统一,甚至可以说遗传资源权就是物种资源权内涵的扩充。物种资源权具有排他性,遗传资源权同样也应具有;物种资源权因其保护客体属于无形的智力成果而可纳入知识产权的范畴,遗传资源权的保护客体虽不都算得上智力成果,但也具有无形性,因此遗传资源的保护方式至少在一定程度上可以借鉴知识产权保护规则,而不应与物权相同。

(二)遗传资源权属的确定

确定遗传资源的归属首先要解决遗传资源是否有归属于一国主权内不同市场主体的必要性的问题。换句话说,就是要解决遗传资源是否应当由国家专有的问题,就像我国的矿产资源一样。笔者认为遗传资源不宜由国家专有,理由主要有以下几点:(1)国家专有遗传资源的管理难度大、成本高。遗传资源的性质和矿产资源不一样,采矿行为动静大,无权采矿很容易被发现、控制并得以事先预防,但非法获取遗传资源的行为可以“神不知鬼不觉”,单由国家管理遗传资源难度大、风险高、成本高。因此,有必要将遗传资源再向下分配给更容易监管、控制遗传资源的主体,让更多的主体参与到遗传资源的管理中来。(2)国家专有遗传资源不利于调动群众保护遗传资源的积极性。虽然国家可以通过奖励等行政手段鼓励群众保护遗传资源,但与让群众自己所有遗传资源、控制遗传资源并从中获得收益相比,后者更能调动群众的积极性。(3)国家专有遗传资源可能会增加资源配置的交易成本。由于生物资源不归国家专有,国家专有遗传资源会导致遗传资源的所有人与生物资源的所有人在许多情形下不一致,第三方要获取遗传资源可能得经历双重谈判,一是要与生物资源所有人进行谈判以获得遗传材料,二是要与遗传资源所有人谈判以获得开发、使用基因资源的权利。虽然遗传资源不宜由国家专有,但国家应有权对其他主体享有的遗传资源权的行使进行监管,而且监管力度要比一般财产权大,其理由主要有两点:(1)遗传

资源的交易容易侵犯他人权利。由于遗传资源的权利主体范围广泛(下文将述),且确定起来有一定难度,而提供遗传资源的人往往也不一定有能力知道自己是不是遗传资源的所有人,或者遗传资源还有哪些所有人,因此国家有必要在交易事先就参与进来帮助审查遗传资源权利主体的范围。(2)遗传资源与公共利益联系密切。遗传资源具有稀缺性,一些遗传资源具有重要的战略意义,遗传资源在交易过程当中可能会损害国家的利益;或者遗传资源的采集可能会对自然资源、生物安全或环境的保护造成重大损害等等。这些与公共利益密切相关内容都需要国家的干预。

论证完遗传资源有归属于一国主权内不同市场主体的必要性后,接下来则需要进一步解决如何在不同市场主体间分配遗传资源的问题。由于遗传资源的权属问题以前是不存在的,所以在确定遗传资源的归属时,可以参照民法理论关于权利原始取得的有关规则。权利的原始取得方式主要有生产、先占、添附、善意取得以及拾得遗失物、埋藏物等。当然,这些规则主要是适用于物,但笔者认为对于信息财产也可以类比适用。具体来说,对驯化品种[®]而言,驯化行为类似生产,除法律另有规定外,驯化人应当确定为驯化品种的所有人,不管该驯化品种是否获得了知识产权的保护。对野生品种而言,除法律对品种归属另有规定外,则适宜适用先占取得的规则,先占的标准是最先取得对遗传信息的实际控制。有观点认为可以用添附规则确定遗传资源的归属:“土地的出产与土地上的附着物应该归土地所有权人所有,法律或约定另有规定的除外。生物遗传资源都有其自然栖息地,因此在法律没有特别规定其所有权归属时应当归其自然栖息地所有权人所有”^[12]。这种观点的论述并不准确,生物体可以基于添附规则归属土地的所有人(当然,动物是否也适用添附规则还有探讨余地),但遗传资源作为一种信息性资源,似乎没有适用添附的余地。且添附规则不仅能适用于自然栖息地[®],同样也能适用于生物被人工迁移后的新栖息地,添附不分先后,没有理由遗传资源只能归前土地所有人享有。用先占规则来确定遗传资源的归属更合理。对野生生物享有所有权的人享有对遗传信息的实际控制。除了法律对野生物品种归属做出明确规定的外,土地所有权人可以基于添附规则取得野生生物的所有权,继而通过对遗传信息的物质载体即遗传材料的控制来达到对生物的遗传信息的控制;而野生生物自然栖息地所有人又必然先于人工迁移后新栖息地所有人取得对遗传信息的控制,根据先占规则,应由自然栖息地所有人取得对遗传资源的权利。因此,野生品种除法律另有规定外,通常由土地的所有权人先占取得。此外,

如果土地上设定了他人的使用权,如土地承包权,宅基地使用权等,土地使用权可以破除添附规则的适用,此时,土地上的野生生物及其遗传资源的先占控制者宜认定为土地的使用权人,除法律对品种归属另有规定外,野生生物及其遗传资源根据先占取得规则归土地使用权人所有。此外值得一提的是,由于移地保护的生物资源都来源于就地条件^①,从理论上说,若移地保护机构不是其保存生物品种的驯化人或自然栖息地土地权利人,则移地保护机构只可能通过继受取得遗传资源的权利。其他不属于上述遗传资源权主体的人若对遗传资源的保护有突出贡献,虽然不能晋升为权利主体,但可以基于无因管理等理由获得一定的物质报酬。

(三) 多个主体怎样同时拥有遗传资源

虽然前面部分对遗传资源的归属提出了理论上的判断方法,但将这些方法用到现实中来却还有不少问题需要解决。首先,该如何判断驯化品种的驯化人。驯化品种除了由专门育种人培育的外,都是通过农民世代代选择培育而来,驯化人的范围应是对驯化品种的产生而有贡献的农民集体或专门的育种人。但是由于历史等原因,具体哪些农民范围对品种产生有贡献可能无法考证,笔者认为,在不能考证的情况下,可以推定现在种植驯化品种的农民集体都为驯化人,有反证的除外。其次,如何判断野生品种的自然栖息地?自然栖息地同样也存在因历史等原因不可考证的情形,笔者认为,在不能考证的情况下,可以推定生物品种的所有就地条件都为自然栖息地,有反证的除外。

由于驯化人是涉及到多个民事主体的一群人,自然栖息地也可能归属于不同的主体,如我国原产的野生多年生草本植物星舌紫苑在西藏、四川、云南、青海都有分布,它就可能归属于很多的农村集体组织和国家^[12]。这时是由各个主体共同所有遗传资源还是由各个主体分别单独所有遗传资源且相互之间互不干涉呢?笔者认为从理论上说应当是共同所有,因为不同主体拥有的实际上是同一品种的遗传信息,也就是说他们享有的遗传资源权的保护客体是同一个客体,同一个客体上若存在两个一模一样的权利,这两个权利必定相互冲突、不可兼容。比如说一方所有者将遗传资源提供他人开发出来并获得全部收益后,该遗传资源的开发价值就已经被用尽,其他的资源所有者对该遗传资源的权利就名存实亡了。同时,如果由不同主体分别所有遗传资源还可能会导致恶性竞争,最终损害遗传资源的价值。

多个主体共同所有遗传资源则会遇到权利如何行使的问题。从理论上来说,权利的一般共有人应当共同处分权利客体,但显然这在现实中是不可能的,一则主

体涉及的范围太广泛,要组织起来讨论实属困难,再者即使能组织起来,这样时间及费用的成本也太高了,不利于遗传资源的开发利用。诸多主体要想有效地管理开发遗传资源必须借助代理的制度。而且一般的委托代理也不现实,只有通过法律规定法定代理来解决。笔者认为可以由国家认可的生物资源移地保存机构或者任意一个遗传资源权主体担任代理人,代理人可以为决定他人是否能够取得遗传资源,代为商量遗传资源的获取条件和对价,并能就其提供的服务、生物体本身收取相应费用或获得相应的非物质支持,但遗传资源开发后分享的惠益(包括货币和非货币)则应分配给遗传资源的全部所有人。至于遗传资源开发后的惠益如何分配给所有人,笔者认为可以建立专门的地区性和全国性的基金,根据不同情况将惠益存进不同的基金,由基金来负责惠益的收取、运营和分配。

四、结 论

综上所述,笔者认为我国对遗传资源归属的确定应遵守如下规则:

驯化品种的遗传资源归驯化人所有;野生品种的遗传资源归生物自然栖息地的所有人或使用人享有,法律另有规定的除外。驯化人是对驯化品种的产生有贡献的农民集体或特定的育种人,在农民集体范围不能考证的情况下,可以推定现在种植驯化品种的农民集体都为驯化人,有反证的除外。生物资源自然栖息地是指生物体或生物种群自然分布的地方或地点。生物资源自然栖息地不可考证时,可以推定生物品种的所有原地条件都为自然栖息地,有反证的除外。自然栖息地上设有土地使用权时,遗传资源归土地使用权人享有。法律另有规定的除外是指,法律规定了特定野生生物品种所有权的,该特定野生生物的遗传资源归野生生物品种所有权所有。如《野生动物保护法》规定珍稀野生动物归国家所有。

他人获取遗传资源要获得遗传资源所有人的事先知情同意,并签订获取与惠益分享合同。遗传资源所有人为复数时,可由国家认可的机构如遗传资源的移地保护中心或任一遗传资源所有人代行全体遗传资源人的权利,所获惠益(包括货币与非货币的)除补偿代理人提供的服务及生物资源物权所受限制外,其余部分应根据实际情况存入专门的地区性或全国性的基金,由基金会负责惠益的管理与分配。

国家设立主管部门对遗传资源进行管理。遗传资源获取的事先知情同意应经过主管部门的审批,主管部门审查的内容有:(1)遗传资源提供方是否有权提供遗传资源;(2)遗传资源的获取是否损害公共利益,审

查合格的予以批准。遗传资源的获取与惠益分享合同也需要经过主管部门审批通过后才能生效,主管部门审查的内容有:(1)所得惠益是否分配给资源所有人或代表资源全体所有人的基金;(2)所得惠益用于遗传资源保护的部分是否达到法定最低比例,审查合格的予以批准。

注释:

①参见《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)第 15 条。

②参见《植物遗传资源国际公约》(International Treaty on Plant Genetic Resources)第 10 条。

③参见 WIPO 文件《WIPO/GRTKF/IC/7/9》,载 http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=6183。

④《生物多样性公约》特设工作组制定的《有关获取和惠益分享的未尽事宜的进一步审查:用语、其他方法和履约措施》。

⑤参见 WIPO 文件《WIPO/GRTKF/IC/5/9(Section IV)》,载:http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp_doc_id=16232。

⑥参见《PROVISIONAL ACT NO 2,186-16, DATED AUGUST 23, 2001》,载:<http://www.biodiv.org/doc/measures/abs/msr-abs-br-en.pdf>。

⑦参见《Andean Community: Decision 391: Common Regime on Access to Genetic Resources》,载:<http://www.biodiv.org/doc/measures/abs/msr-abs-acu-en.pdf>。

⑧参见《中华人民共和国植物新品种保护条例》第 6 条。

⑨驯化品种是指人类为满足自身需要而影响了其演化进程的物种,参见《生物多样性公约》第 2 条的规定。

⑩根据《生物多样性公约》第 2 条的规定,自然栖息地是指生物体或生物种群自然分布的地方或地点。

⑪根据《生物多样性公约》第 2 条的规定,就地条件是指遗传资源生存于生态系统和自然栖息地之内的条件;对于驯

化或培植的物种而言,其环境是指它们在其中发展出其明显特性的环境。

参考文献:

- [1] 卡里佐萨.生物多样性获取与惠益分享[M].薛达元,等,译.北京:中国环境科学出版社,2006.
- [2] 李波.非物质文化遗产信息资源描述模型探析[J].四川理工学院学报:社会科学版,2011,(3):118.
- [3] 杨明.浅析遗传资源权的制度构建[J].华中科技大学学报:社会科学版,2006,(1):45.
- [4] 齐爱民.现代知识产权法学[M].苏州:苏州大学出版社,2005.
- [5] 肖兵.话说基因工程[M].北京:农村读物出版社,中国农业出版社,2007.
- [6] 北京市经济信息网.全球转基因作物生产概况[EB/OL].(2004-11-05)[2012-03-12].<http://tech.163.com/04/1115/12/157SOPHT0009rt.html>.
- [7] 吴引宁.我国六种转基因农产品获准上市[EB/OL].(2002-10-03)[2012-03-12] <http://www.daexp.com/gr/kb110048/news/newspapers/business/busi3.htm>.
- [8] 蒋迪,张学全.上海推出国内首创的基因药筛技术[EB/OL].(2001-06-20)[2012-03-13].<http://news.jxnews.com.cn/system/2001/06/20/000011888.shtml>.
- [9] 罗康隆.生态人类学述略[J].吉首大学学报:社会科学版,2004,(3):36.
- [10] 黄玉焯.人类基因提供者利益分享的法律思考[J].法商研究,2002,(6):99-100.
- [11] 张小勇.我国遗传资源的获取和惠益分享立法研究[J].法律科学,2007,(1):155-156.
- [12] 薛达元.中国生物遗传资源现状与保护[M].北京:中国环境科学出版社,2005.

责任编辑:陈于后

The Ownership of Genetic Resources

XU Xingui

(Law Dept., Chongqing Administration College, Chongqing 400041, China)

Abstract: Since genetic resources have great potential economic value, there are many disputes concerning the ownership of genetic resources. To solve the problems, it is necessary to know the meaning of genetic resources ownership and the method to confirm the ownership and the co-ownership. The main value of genetic resources is genetic information. These are two different concepts of occupied genetic resources and possessed genetic material. The owner of genetic resources is who possess organism variety. Unless otherwise stipulated by law, domesticated or cultivated species belong to the person who influenced the evolutionary process of species to meet their needs. The genetic resources of wild species belong to the owner or user of natural habitat. Sometimes, the number of genetic resources owner is more than one. The State owns the power to judge if the action of accessing to genetic resources has damaged the rights of genetic resources owner and the interests of the country.

Key words: genetic resources; biological products; domesticated species; ownership