

三农议题中农业遗传资源的 知识产权保护

—— 以农业遗传资源权的确立为核心

The Intellectual Property Rights Protection of Agriculture Genetic Resources Based on the Three Dimensional Rural Issues

—— Taking Establishing Rights of Agriculture Genetic Resources As a Core

俞金香 等著

中国社会科学出版社

2010年度教育部人文社会科学研究一般项目资助
(立项号10XJC820009)

三农议题中农业遗传资源的 知识产权保护

—— 以农业遗传资源权的确立为核心

俞金香 等著

The Intellectual Property Rights Protection of Agriculture Genetic
Resources Based on the Three Dimensional Rural Issues

—— Taking Establishing Rights of Agriculture Genetic Resources As a Core

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

三农议题中农业遗传资源的知识产权保护：以农业遗传资源权的确立为核心 / 俞金香等著. —北京：中国社会科学出版社，2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3838 - 0

I. ①三… II. ①俞… III. ①农业资源 - 种质资源 - 知识产权保护 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 312077 号

出版人 赵剑英
责任编辑 许琳
责任校对 郝阳洋
责任印制 何艳



出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮编 100720
网址 <http://www.csspw.cn>
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2014 年 11 月第 1 版
印次 2014 年 11 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 15.25
插页 2
字数 271 千字
定价 58.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

2010 年度教育部人文社会科学研究一般项目资助
(立项号 10XJC820009)

目 录

导言	(1)
一 问题的提出	(1)
二 研究背景及意义	(2)
三 文献背景	(7)
四 研究框架及分析思路	(12)
五 研究方法	(13)
六 本书结构及基本内容	(14)
 第一章 作为法律保护对象的农业遗传资源	(16)
第一节 农业遗传资源的术语使用及语义解释	(16)
一 农业遗传资源的术语使用	(16)
二 农业遗传资源概念的语义解释	(18)
第二节 农业遗传资源的法律概念	(20)
一 定义农业遗传资源法律概念的意义	(20)
二 农业遗传资源法律概念的确立	(21)
三 概念差异解释下的农业遗传资源立法目的之差异	(24)
第三节 农业遗传资源的法律属性与范围说明	(30)
一 农业遗传资源的固有属性与法律属性	(30)
二 农业遗传资源的存在形态和范围	(39)
第四节 农业遗传资源法律保护对象的确立	(43)
一 农业遗传资源法律保护对象确立上的分歧	(43)
二 作为法律保护对象的农业遗传资源的多层次性与特 定化	(47)

本章小结	(50)
第二章 农业遗传资源保护的国内外背景	(51)
第一节 农业遗传资源保护的国际背景——基于植物遗传资源的 分析	(51)
一 有关农业遗传资源保护的国际公约——基于粮农植物遗传 资源的分析	(51)
二 有关农业遗传资源保护的国内立法——基于粮农植物遗传 资源的分析	(57)
第二节 我国农业遗传资源保护状况分析	(58)
一 我国农业遗传资源具体情况统计分析	(58)
二 我国农业遗传资源国家计划和立法现状	(71)
三 相关机构的建设	(75)
本章小结	(75)
第三章 我国农业遗传资源保护的立法思路 and 模式选择	(77)
第一节 农业遗传资源保护的全球法律地方化与地方法律 全球化	(77)
一 知识产权保护：法律移植、条约引入与制度创新	(77)
二 农业遗传资源保护：国家立法先行或国际立法先行	(80)
三 反“知识产权”：不可取也无必要	(81)
第二节 农业遗传资源知识产权保护的“三农”背景	(82)
一 “三农”问题概说	(83)
二 “三农”议题下农业遗传资源保护的价值分析	(85)
三 农业遗传资源保护在我国国家知识产权战略中的地位 考察	(102)
四 我国农业遗传资源开发、利用面临的主要现实问题	(106)
第三节 我国农业遗传资源保护的立法思路 and 模式选择	(117)
一 立法现状	(117)
二 宏观立法架构	(118)
三 未来的立法安排与步骤	(119)
四 具体模式选择的抽象把握	(120)

五 合同机制的引入	(123)
本章小结	(125)
第四章 农业遗传资源的知识产权保护——以农业遗传资源权的	
确立为核心	(127)
第一节 依法确立特殊知识产权——农业遗传资源权	(127)
一 依法确立农业遗传资源权的价值抉择——利益失衡现实与 制度创新要求	(127)
二 制度创新思路下的农业遗传资源权概念、法律地位及权利 属性解析	(135)
三 农业遗传资源权的权利体系构建	(139)
第二节 农业遗传资源的知识产权保护——对现行知识产权法的	
利用与改造	(150)
一 对专利法的利用与改造	(150)
二 著作权保护的扩张适用	(172)
三 商标权保护的延用	(174)
四 反不正当竞争权利的运用	(177)
五 植物新品种权的利用	(179)
本章小结	(187)
第五章 农业遗传资源的公权辅助保障机制	(188)
第一节 我国农业遗传资源公权保护的地位和目标	(188)
一 农业遗传资源公权保护的定位	(188)
二 农业遗传资源公权保护的目标	(190)
第二节 我国农业遗传资源公权保护的现状及存在的问题	(192)
一 我国农业遗传资源公权保护的现状	(192)
二 我国农业遗传资源公权保护存在的问题	(194)
第三节 我国农业遗传资源公权辅助保障机制的构建	(196)
一 管理机构	(196)
二 管理权限	(197)
三 保存机构	(198)
四 基本制度	(199)

本章小结	(202)
第六章 贵州省农业遗传资源知识产权保护行动法学实践	
——基于农产品地理标志保护的实证分析	(204)
第一节 贵州省农产品地理标志保护基本情况	(204)
一 贵州省基本地理特点	(204)
二 贵州省农产品地理标志保护基本情况	(205)
三 贵州省近年来在农产品地理标志保护方面所作的努力和取得的成果	(205)
第二节 贵州省农产品获得地理标志保护的途径	(215)
一 国家工商行政管理总局商标局核准	(216)
二 省质量技术监督局、出入境检验检疫局受理、初审、上报、监管	(216)
三 农业部对农特产品地理标志的保护	(219)
第三节 贵州省农产品地理标志保护的个案分析	
——以贵定云雾贡茶为例	(220)
一 充分利用现有制度的规定,从两个方面获得地理标志保护	(221)
二 政府主导出台了一系列文件,促进茶产业健康发展	(222)
三 采取切实可行的措施,加强标志证后使用管理工作	(222)
四 以茶旅游文化活动为切入点,不断挖掘云雾贡茶品牌文化价值	(223)
五 贵州省农委、知识产权局等相关部门的项目支撑	(226)
本章小结	(227)
参考文献	(229)
一 主要参考书目	(229)
二 主要参考论文	(231)
三 网络资料	(236)
后记	(238)

导 言

一 问题的提出

20 世纪 90 年代以来,“三农”问题即农业、农村和农民问题被归纳到一起,作为一个整体问题提了出来,引起了政府和社会各界人士的广泛关注和高度重视。其中,农民问题是“三农”问题的核心,直接表现为城乡居民贫富差距大,农民收入低、收入增长慢,城镇化进程滞后,农民权益得不到保障等情形。“三农”问题关联占中国人口二分之一的农村人口,而农业关联的人口却是中国人口的百分之百,我们的吃饭、穿衣等任何生活基本状态的需求满足都与“三农”问题有着千丝万缕的联系。但受几千年来中国小农经济状态维持农业立国的形态及由此产生的文化、社会架构的影响,在“中国发展问题”中,“三农”问题木桶效应明显^①,已经严重影响到国民经济整体发展和社会全面进步。

党和政府一直非常重视“三农”问题,近年来,在对待农业、农村、农民的政策上发生了巨大的转变,实现了从限制性向鼓励性政策的转变、从歧视性向平等性政策的转变、从偏向城市向城乡协调发展的政策转变。对于这种政策转变所带来的益处,每一个农民作为当局者是感同身受的,每一个旁观者(非农民)也是亲眼目睹的。从党的“十六大”提出“统筹城乡经济社会发展,建设现代农业,发展农村经济,增加农民收入,是

^① 盛水的木桶由许多块木板箍成,盛水量则由这些木板共同决定。如其中一块木板很短,则该木桶的盛水量就被此块短板限制,此短板就成为该木桶盛水量的“限制因素”(又称“短板效应”)。如欲使该木桶盛水量增加,只能换掉短板或将短板加长才可以。这一规律被总结为“木桶原理(定律)”,又称“短板理论”。

全面建设小康社会的重大任务”，到党的“十八大”强调“解决好农业、农村、农民问题是全党工作重中之重，城乡发展一体化是解决‘三农’问题的根本途径”，新时期新阶段的“三农问题”不断被赋予新的内涵。

在传统农业向现代农业转变过程中，农民的合法权益能否得到保障既是一个经济、政治问题，同时也是一个法律问题。那么，应当如何以法律促进“农民增收、粮食增产、农业增效”目标的实现？在专家、学者正在非常热烈地讨论农业科技进步问题是否需要单独立法的当下，知识产权已经逐步成为国家核心竞争力的主要因素。我国有近4万个物种，是世界8个作物起源中心之一，有大量经济性状优良的作物、果树、家禽、家畜物种和品种。因此，农业遗传资源保护在我国具有突出的战略意义。我国重视对农业遗传资源的保护，并将农业遗传资源保护列入国家知识产权战略目标。在科技进步作为政府推动力以成就农业发展的同时，具有竞争力和经济价值的农业遗传资源的挖掘、利用和保护可能成就农民群体。

二 研究背景及意义

虽然是发展中国家，但我国在农业领域仍然具有很强的农业科技自主创新能力，以农业生物技术为例，我国是继美国之后在水稻抗除草剂、转基因抗虫棉方面第二个拥有自主知识产权的国家，也是在生物技术领域的专利拥有量在全球排名第四的国家。^①我国一贯重视对农业遗传资源有关知识产权的保护，自2004年至2013年连续10年以“三农”问题为主题的“中央1号”文件都对此做出了明文规定：2004年“中央1号”文件要求推行农产品原产地标记制度，给予研发引进新品种、新技术等提供财政补助；2005年、2006年“中央1号”文件明确提出加大对特农产品的保护力度，进一步推行原产地等标识制度，支持做大做强名牌产品；2007年“中央1号”文件则更是明确提出，必须加强农业领域的知识产权保护力度，保护农产品注册商标、地理标志和知名品牌等；2008年“中央1号”文件与时俱进提出开展转基因生物新品种的培育工作；2009年“中央1号”文件要求强化农业知识产权保护，依法大力推动专利权、商标专用权等权利质押贷款工作的开展；2010年“中央1号”文件要求充分运用地理标志和农产

^① 《中国是第二个拥有自主知识产权的国家》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_a9e4fcf00101ajvt.html, 2012年9月13日浏览。

品商标促进特色农业发展；2012年“中央1号”文件突出强调部署农业科技创新，把推进农业科技创新作为“三农”工作的重点，增加种业基础性、公益性研究投入，加强种质资源收集、保护、鉴定，创新育种理论方法和技术，创制改良育种材料，加快培育一批突破性新品种……可见，对于农业遗传资源有关知识产权的保护一直是中央强农、惠农、富农的政策重点。

（一）对农业遗传资源的知识产权保护，是利用我国现有丰富的农业遗传资源，取得我们在传统资源上竞争优势的要求

20世纪后半叶分子生物学的伟大发现，使人们把生命看成是一种功能特定的各种基因之间的组合，生物技术可以如愿地对这些基因进行识别、阻断、重组，并由此获得经济价值。这就决定了在生物技术时代，谁掌握了地球上有限的遗传资源，谁就能在生物经济的发展中取得主动，从而成为新的财富拥有者。生物技术有赖于丰富的遗传资源，遗传资源受益于生物技术的迅猛发展，可以说21世纪是生物技术与遗传资源相互结合促进的世纪。在这个生物经济的崭新时代，为了在生物经济竞争中赢得先机，遗传资源的掌控及保护成为我们必须面对的话题。

在过去相当长时间内，农业遗传资源普遍被纳入人人皆可自由接近、获取和利用的公共知识。但事实上，农业遗传资源已经成为科学研究、生物技术进步及产品开发的重要的基础与来源。与此同时，农业遗传资源的共享、利用、传播与发展中所产生的利益冲突与平衡则很自然地成为现代立法必须面对和调整的新型社会关系。

近些年来，发达国家一再地拔高知识产权保护水平，而发展中国家则逐步提出了保护现代文化及高技术之源的问题。上述变化体现出利益不同的国家在知识产权保护上的两种立场：一是发达国家占优势的保护“流”之智力成果，如对于发明专利、驰名商标等的保护；二是发展中国家占优势的保护“源”之智力成果，如对于农业遗传资源及相关传统知识等的保护。“（当前应该）力争把中国占优势而国际上还不保护（或者多数国家尚不保护）的有关客体纳入国际知识产权保护的范围，以及提高那些现有知识产权制度仅仅给予弱保护，而中国占优势的某些客体的保护水平”^①我国大部分地区有着上千年的传统耕作、制作工艺，若以名、优、

^① 郑成思：《知识产权保护“流”，更要保护“源”》，中国网2006年3月7日，文章来源：人民网。

特农产品为立足点,依托其特有的品质、特色、信誉、绿色环保等特点,实施地理标志、证明商标战略,准确界定农产品保护的地域范围,农产品品种范围,农作物耕种方法等,有利于保护名、优、特农产品的特定、稳定质量,可以有效提高我国农产品的国际市场竞争力,迅速扩大国内外市场占有率,打破国际贸易中的“绿色壁垒”、“技术壁垒”,使农民增收幅度大幅度提高。如果说,生物技术需要投资的话,那么对于原产地和地理标志而言,几乎不用增加任何投入,就可以使得农民的利益得以实现。从大闸蟹、龙井茶到山西陈醋等,以及其他尤其是对外出口的农产品,只要有法律支撑,价值就可以倍增。可以说,农业遗传资源的知识产权保护制度基础是存在的。

(二) 对农业遗传资源的知识产权保护,有利于抢占知识农业制高点

在知识经济时代,市场竞争主要表现为知识产权竞争,对农业遗传资源实施知识产权保护,有利于抢占知识农业制高点。例如,积极实行农产品商标与农产品地理标志战略,将名优、特农产品注册商品商标、集体商标或地理标志证明商标,以商标或者地理标志为纽带将若干农户有机组织起来,或者将若干农户与龙头农业企业或者农业大户组合起来,使农业生产经营呈现产业化与规模化发展的趋势,相关单位或者个人并实际享受到了产业化与规模化所带来的竞争优势与实际利益。通过其他农业知识产权的集中许可使用,只要有相应的单位或者龙头企业牵头,也能将若干农户组织起来,进行规模化生产经营,促进农业的产业化发展与机械化作业的推广,从而提高农业效益,增加农民收入。依靠知识产权制度对农业遗传资源采用市场机制进行产权界定和分配,将农业遗传资源科技成果产权化,为其有偿使用与转让提供制度保障,将有利于促进农业遗传资源科技成果的推广和应用。例如,名优、特农产品是我国传统的宝贵物产资源,传统的农耕技术只有与现代科学技术相结合,才能保持和发展名优特农产品的特定品质和质量。我国现已核准注册的地理标志证明商标标示的农产品,无不融入了大量的科技成果。再如,农产品恒定的品质,可有效提高商标的信誉,提升商标的价值,反过来,商标信誉的提高,可促进农产品提高市场占有率。

(三) 对农业遗传资源中所蕴含的现实利益的挖掘,是实现我国农业科技进步和可持续发展的战略性要求

农业遗传资源既是已有的财富,也是再创作和再创新的基础,它形成

于民间,同样应当回报于其来源群体。而许多农业遗传资源的现实利益就在农民群体手中。“如果没有合同法、专利法、植物新品种及反不正当竞争法等相关规定等的法律保障,仅凭科技人员、科研机构的盲目热情、公益付出及各级政府组织的无序化管理,能否实现农业科技的可持续发展就值得质疑;如果农民对于祖先留下来的智力劳动成果没有权利,又对于先进技术缺乏接受能力和主动性,国家就会丧失能够增值的利益”。^① 根据目前的知识产权体制所确立的相关权利取得和专有制度,农业遗传资源产生的价值不能得到充分的承认和补偿。农民使用和持续改良种子是许多农业体系的核心部分。农民在经历数代保存和使用农业植物遗传资源,农业植物遗传资源的价值通过他们种植、培育和连续筛选最适合当地土地和气候的品种而被保存和提高。农民一般在物物交换的基础上相互影响,并由此促进了品种的扩散和进一步发展。但是,这些由农民培育并保存起来的品种后来被收集起来用于科研和育种,并通过种子公司进入商业渠道来销售。后者可依据植物品种权保护其改进的品种并得到相关利益,农民们却没有因为他们所贡献的遗传物质和创造的价值而得到任何补偿,育种者和种子公司一般也不对他们收集到的品种样本支付费用,没有给予农民任何后续的补偿或是与其分享收益^②。遗传资源和生物技术 in 农业生产上的贡献是巨大的,单以杂交水稻论,从1976年到1996年的20年中,已累计增产粮食3亿多吨。如按每吨1000元计算,已累计增收3000多亿元;如按人均口粮每年450公斤计算,每年可解决3000多万人的吃饭问题。可见农业作物遗传资源的潜力挖掘,不仅体现为经济价值,更为我国的社会稳定和可持续发展提供了可靠的保证。

(四) 对农业遗传资源的知识产权保护,对我们重新审视和评价农业遗传资源的生态价值、促进经济与生态的协调发展,将产生深远影响,对我们实施农业遗传资源全方位保护提出了一个全新的思路

目前在国际上最为让人头疼的问题有两个:一个是民族问题,另一个就是生态环境问题。笔者曾聆听过国内著名环境美学家陈望衡先生关于我

^① 张黎:《“三农”议题中的传统资源保护》,载《知识产权法律服务与律师实务》,法律出版社2007年版,第448页。

^② 行动援助办公室:《农业转基因技术与“与贸易有关的知识产权协议”对农民的影响》,载《中国改革》2003年第9期。

们这个地球上人与环境关系的美丽设想：我们应当把地球家园建设成为一个人与自然和谐并存共生的场所，一个不仅仅是人人“安居”的家园而是人人“乐居”的生态伊甸园。可持续发展已经成为当前世界各国的主要发展理念，经济与生态的协调发展已经成为各个学术领域不同角度的关注点。

我国在国土辽阔、海域宽广、自然条件复杂多样、历史悠久等因素的综合作用下，孕育了极其丰富的植物、动物和微生物物种等农业遗传资源类型，形成了极其繁复多彩的生态组合，进而造就了丰富多彩的生物多样性，并成为全球 12 个生物多样性最为丰富的国家之一。农业遗传资源的保护直接关涉生物多样性的存在，即遗传多样性、物种多样性和生态系统多样性这三个方面。遗传的多样性体现在色彩纷呈、不一而足的动植物、微生物的个体基因里；物种的多样性则是实现生态多样性的必然条件。农业遗传资源是农业物种及生态系统不断繁殖、变异和进化的前提和基础，没有多元的农业遗传资源及其变异性状，物种及生态系统就失去了进化的载体及素材。除此之外，农业遗传资源消除污染物、分（降）解有机废物、垃圾及保护环境的作用也是显而易见的，农业遗传资源在维持生态平衡环境方面的价值是难以定量计算的。因此，农业遗传资源的知识产权保护从保护信息入手，到保护信息载体，到实现生物多样性的维持，对于促进经济与生态的协调发展具有重要意义。同时，也为我们对农业遗传资源实施全方位的保护提出一个全新的思路。

（五）对于农业遗传资源的知识产权保护，有利于保护我国农民的集体智慧成果

我国具有优越的遗传资源禀赋，国家种质资源库保存了至少 39 万份作物种质资源，长期保存数量位居世界第二位。近几年来，随着农业遗传资源价值被人们逐渐认识、挖掘及商业利用的扩大，以及因此带来的生物多样性不断消失的危险，农业遗传资源的保存与发展逐渐吸引了国际及各主权国家的普遍关注，农业遗传资源甚至被提升到与发展中国家和传统部族的公共健康及健康权、环境权、民族自决权及发展权等基本人权相关的层面，^① 对于农业遗传资源的保护已经不单单是知识产权问题。事实上，

^① 蒲莉：《遗传资源与相关传统知识的民法保护研究》，人民法院出版社 2009 年版，第 367 页。

基因资源的廉价、无偿付出已经给我们带来很多惨痛教训,^① 有些基因资源的丧失则根本无法逆转。很多发达国家利用先进的技术、强势的渗透能力和知识产权的“保护伞”,直接取得和占有了我国世代农民精耕细作的智慧成果。我国法律对于农业遗传资源保护的缺失,不仅带来司法救济的不确定性,而且使得依赖于世代传承的“农业遗传资源”在没有国家扶植的情况下渐渐丧失其原有的竞争优势,甚至失传。

综上所述,如何以服务“三农”问题为契机,充分利用我国农业遗传资源宝库,通过开展农业遗传资源的知识产权保护,让农民在农业遗传资源权保护过程中得到真正的实惠,从而达到保护农业遗传资源和解决“三农”问题的一箭双雕之效果,正是本书的研究意义之所在。

三 文献背景

(一) 国外农业遗传资源知识产权保护研究现状

根据笔者收集到的文献分析,国外直接研究农业遗传资源知识产权保护的文献非常少,大多数研究都是结合农业知识产权及遗传资源保护中的相关问题进行分析,大体可以分为以下两个方面:

1. 关于农业知识产权保护方面

(1) 基础背景研究

科斯 (Coase, 1960)、阿尔钦和登姆塞 (Alchain & Demsetz, 1972; Demsetz, 1967)、张五常 (Steven NS Cheung, 1968, 1969) 等人的研究成果从产权、激励和经济行为的关系的角度认识、挖掘了知识产权 (其本身就是一种产权结构,代表着权利主体、社会和其他相对人的一种产权结构安排) 对“收益—报酬”制度及资源配置的影响。而基于制度因其内生性而对经济增长会产生重大影响这一逻辑基础,舒尔茨 (Schultz, 1968)、戴维斯和诺思 (Davies & North, 1976)、拉坦 (Ratan, 1990) 等人的研究成果从制度的基本功能、影响制度变迁的因素、不同制度安排选

^① 中国拥有世界上已知野生大豆豆种的 90%。1994 年,孟山都一位专家从上海一个地方拿走了一种野生大豆,从中发现了与控制大豆高产性状密切相关的基因,于 2000 年向全球包括中国在内的 101 个国家申请 64 项专利,以保护其发明的“高产”转基因大豆。这意味着,我国未来将面临巨额的知识产权费用支出。郑成思:《知识产权法:新世纪的若干研究重点》,法律出版社 2004 年版,第 25 页。

择的原因等方面进行了研究。

(2) 对农业知识产权的针对性研究

如世界银行威廉姆 (William Lesser) 等的《农业知识产权研究》(1999) 一书, 讨论了农业知识产权保护对农业技术研究开发与技术转让的影响及世界银行应起的作用。安德森 (Andersen, 2006) 结合亚洲农业绿色技术革命对当地影响, 指出了农业生物技术存在的风险, 通过将农业生物技术潜在收益与风险相比较, 认为农业生物技术需要极力推广。布兰恩克 (M. Blankey, 1999) 在“农业知识产权的政策研究”一文中重点讨论了农业知识产权的特点及对其实施保护的法律依据。汉盖瑞和菲利普斯 (Haghiri & Phillips, 2003) 利用一个地区知识产权模型分析了伊朗农业生物技术对全球的影响。坦茜 (Geoff Tansey, 2002) 研究了在知识产权制度与全球粮食体系下农作物专利保护的发展趋势。垂普 (Tripp, 2001) 研究了农业科技政策对地区发展的影响, 指出农业科技的作用比过去任何时候都更加广泛。在农业科技的研发上, 指出应该以政府部门为主, 加强与私人研究机构的合作, 实现技术、资源等方面的共享。基思·E. 马斯库斯 (2006) 分析了农业知识产权与亚太经济利益, 回顾了各种知识产权在亚太地区的主要国家中是如何运行和如何受到保护的, 评估了在地区和全球农业知识产权政策演变过程中主要国家的经济利益, 其中包括美国、加拿大、澳大利亚、中国、日本和韩国。这些利益包括在上述国家中农业所具有的特色、相对优势和更加集中的科技生产基准。^① 但上述分析整体存在的问题是都只是点到为止, 基本上没有涉及在使农业知识产权效用发挥方面, 制度 (法律) 是否有作用, 有多大作用。

2. (农业) 遗传资源知识产权保护方面

(1) (农业) 遗传资源保护的主要模式选择研究

发展中国家学者基于本国遗传资源可能流失的忧患意识, 极力倡导政府采用强制性专门立法的方式保护 (农业) 遗传资源。正如秘鲁学者艾瑞克所言, 人类出于对自身价值的思索, 应当公平使用遗传资源, 发展中国家更应该采取积极适当之保护模式寻求遗传资源使用之正义。哥斯达黎加在原住民及其社区广泛参与下制定并通过的《生物多样性法》是反映

^① 刘勇:《农业知识产权保护及制度创新——基于湖南的实证分析》, 博士学位论文, 湖南农业大学, 2011年。

上述观点的积极尝试和最重要典范。^①

发达国家学者基于其自身为全球（农业）遗传资源主要利用国的利益考量，大多数竭力反对要求削弱本国知识产权保护的任何提议。如美国大法官托马斯坚持（农业）遗传资源获取与惠益分享的基本立场是由私人主体之间通过自由协商来达成相应的合同安排，尊重（农业）遗传资源的私人所有权，除非涉及濒危物种的保护，否则政府不应介入。美国麻省理工学院教授平狄克认为，通过合同来解决（农业）遗传资源的获取与惠益分享问题，比通过立法管制更有效率、更具针对性，但它不能解决好其中的公平问题。上述观点导致以美国为代表的发达国家在（农业）遗传资源保护与管理上一直坚持“合同机制”立场。^②

（2）（农业）遗传资源保护与知识产权制度的适配性研究

对于是否可以以知识产权制度实现对（农业）遗传资源的保护，发达国家学者的基本态度是：遗传资源是一种物，不宜用知识产权来保护。如欧盟学者普遍认为，从广义上讲，（农业）遗传资源保护并未直接涉及知识产权保护主题，知识产权的主要目标是鼓励创新，而（农业）遗传资源保护更多地是对农业社区一种回溯性补偿，是基于其过去在培育生物多样性过程中所扮演的角色而产生的。虽然在某些方面涉及传统知识，但难以通过 TRIPS 协议理事会来处理，它更应该由其他组织，特别是联合国粮农组织加以解决。

一些发展中国家学者态度恰恰相反：认为遗传资源应采用知识产权制度加以保护，典型表述为：“除非建立 TRIPS 协定框架内的国际体制，否则任何有关遗传资源和传统知识的保护措施都是无效的。”^③ 一些遗传资源丰富的发展中国家则以国内知识产权立法保护本国（农业）遗传基因

① 该法为了保护生物多样性和可持续利用生物资源，并对生物资源利用所得收益进行公平分享而制定。它承认需通过适当法律机制保护知识与创新，特别提到专利、商业秘密、植物育种者权、特别社区知识产权、版权与农民权（保护特别社区知识权，即传统部落及其社区对与生物多样性有关的传统知识、创新和实践拥有的权利，该权利不需要事前公布或官方登记等程序，即可获得类似于版权的自动保护）。

② 张海燕、罗美连：《论遗传资源知识产权保护的正当性》，载《时代法学》2007年第4期。

③ 同上。