

国际商法学术丛书

左海聪 主编

Legal Issues of Intellectual Property Right Protection
of Genetic Resources

遗传资源知识产权保护 法律问题研究

张海燕 · 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书承担中南大学青年教师助推项目
“遗传资源知识产权保护法律问题研究”（721500011），由其资助出版。

Legal Issues of Intellectual Property Right Protection
of Genetic Resources

遗传资源知识产权保护 法律问题研究

张海燕·著

图书在版编目(CIP)数据

遗传资源知识产权保护法律问题研究 / 张海燕著.
—北京:法律出版社,2012.11
(国际商法学术丛书)
ISBN 978-7-5118-4131-5

I. ①遗… II. ①张… III. ①种质资源—知识产权保
护—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 244543 号

国际商法学术丛书

遗传资源知识产权保护
法律问题研究

张海燕 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.375 字数 197 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4131-5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

英国著名国际商法学者施米托夫曾经断言：“国际商法的出现和发展是 20 世纪最重要的法律发展之一。”^①诚哉斯言。国际商法经过 20 世纪的百年发展，已经蔚为大观，初成体系。在经历两次世界大战浩劫之后，在 20 世纪的后 55 年和 21 世纪的第一个 10 年，人类见证了国际商务的空前繁荣，并因此获得莫大福祉。其间，国际商法在提供统一的法律保障和可预见性方面居功至伟。

以 20 世纪观之，国际商法“其兴起也忽焉”，但事实上，当代国际商法的起源可以上溯到中世纪欧洲的商人法。从 11 世纪到 15 世纪，发端于意大利沿海的中世纪商人法，逐渐扩张到整个地中海和欧洲，成为从事国际商业的商人之间的一种自治性、统一性和普遍性的习惯法，对欧洲商业的繁荣和欧洲文化的丰富起到了重要的作用。今天国际商业中广为采用的提单、保险单、票据、信用证、商业合伙和公司等商业工具

^① [英]施米托夫著：《国际贸易法文选》，程家瑞编辑，赵秀文选译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 2 页。

和商事组织形式当时就已经存在。^① 凭借这一习惯法体系,欧洲各地的商人通过共同的商业语言进行交流,通过自己的行商法院维护权利。尽管商人法后来被吸收到大陆法系的商法典和英美法系的普通法中,但商人法作为一种商人的世界语,作为一种自治的法律,一直存在于国际商业之中,从未消失或湮没,只是其光芒有所消减而已。而自 19 世纪后期开始直跨 20 世纪,这种商人习惯法再度兴起,发出耀眼的光芒。从国际商会对贸易术语、信用证和托收惯例的编纂,到国际统一私法协会对货物买卖、国际代理、国际保理、国际融资租赁和国际商事合同通则的发展和编纂,再到联合国国际贸易法委员会对货物买卖、海上货物运输、国际银行担保、电子商务、商事仲裁法律文件的制定,大量的国际统一商事惯例、条约、重述和示范法连缀出一个完整的法律体系,这就是新商人法,即我们所称的国际商法。现代国际商法不仅以国际商事惯例为基本渊源,也包含大量的由国家间相互谈判而缔结的国际商事条约。它的实施也不再只靠行业协会、商事仲裁,还依靠国家法院的审判以及对仲裁裁决、法院判决的强制执行。条约的出现、法院的作用,扩大了国际商法的调整范围,加强了国际商法的效力,使得它作为一个独立的法律体系的地位更为牢固,使得它与国家法和国家行为有了密切的联系,但自治性作为其本原性特质则继续得以保持。

正如施米托夫所指出的,国际商法制度的特点之一是它趋向于自治,即尽可能地规定出独立于各国国内法制的规则。^② 因此,国际商法的自治性内在要求国际商法独立于国内民商法,尽管它与国内民商法有着密切的联系。

① [美]伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,法律出版社 2008 年版,第 327~349 页。

② [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,程家瑞编辑,赵秀文选译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 217 页。

法律部门的产生必然要求对应的法律学科,国际商法也不例外。世界上最早对国际商法进行系统研究的当属英国的施米托夫教授,他在1948年就出版了《出口贸易:国际贸易的法律与实务》一书。从20世纪40年代到60年代,欧美一部分商法学者和国际法学者专注于国际商事条约和惯例的各种专题和综合研究,成为一个新的法学职业研究群体——国际商法学者,而他们所研究的国际商法也成了一门新的学科。在20世纪60年代,在法国、苏联和美国也出现了同样类型的教科书,如法国教授Philippe Kahn所著《国际商业买卖》(1961年),苏联学者D. M. Genkin的教材《苏联对外贸易和法律调整》(1961年),美国W. S. Surrey和C. Shaw合著的《国际商事交易法律指南》(1963年)。^①可以认为,在20世纪60年代,西方国家就基本确立了国际商法学的独立法学部门地位。进入21世纪,在欧美国际商法教学和研究得到进一步发展。在英国,《施米托夫出口贸易:国际贸易的法律与实务》在2000年出了第10版。在欧洲大陆,Hans van Houtte教授的《国际贸易法》于2002年出了第2版。在美国,圣地亚哥大学教授福尔索穆(R. H. Folsom)与其他三位教授一起合著的《国际商事交易》被美国120多所大学法学院采用为教材。^②从20世纪50年代开始,在欧美出现了各种国际商法学说和流派,其中英国施米托夫的“现代商人法理论”和法国戈德曼的“商人自治法理论”产生于20世纪50年代,影响深远。在21世纪,德国法学家彼德·伯格(Peter Berger)和托伊布纳(G. Teubner)通过对商人习惯法的研究,“取得了一些新的符合二十一世纪情况的观点”。^③总而言之,在西方,国际商法已经具有一千年的历史,既是其法

① [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,程家瑞编辑,赵秀文选译,中国大百科全书出版社1993年版,第30页。

② R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, P. L. Fitzgerald, *International Business Transactions*, West Publishing Co., 2005, 8th edition, Preface.

③ 罗季奥诺夫·安德烈:“新商人习惯法初论”,载《中外法学》第19卷,第115页。

律体系中与国际法和国内法相独立的第三法律秩序,也是西方国际商业发达的根本保障。西方现代国际商法学于20世纪60年代成为独立的学科并得到了持续发展,保持着在世界范围的领先地位,也为西方人在国际商事立法和司法中的主导地位提供了智力和人才支持。

反观近现代中国,可兴叹者良多。从郑和下西洋到清初的“片帆不许下海”,从甲午的樯櫓灰飞烟灭到新中国建立之初的被迫闭关,中华民族或懵懂自得,或扼腕向洋,失去了成为海洋大国和贸易大国的诸多良机,国际商法的研究也无从附着。纵观当代中国,则欣慰有加。改革开放33年来,中国迅速崛起为世界海洋大国和贸易大国,涌现了一批世界级的工业企业、航运公司、保险公司和银行,中国企业迅速掌握了和自如运用着国际商法,中国政府全面参与了国际商法的制定和修改,中国法院和仲裁机构仲裁了大量的国际商事纠纷,国际商法研究也全面开展。

改革开放以来中国的国际商法研究,至少有以下两个特点。第一,研究人员的研究理念差异颇大,没有形成一个共同的职业群体。一批学者在大国际私法的框架下研究国际统一实体法或现代商人法,其研究成为冲突法研究的附庸;另一批学者在广义国际经济法的范畴下研究国际商法,相关研究附庸于国际经济管制法的研究。第二,具体制度研究成果丰富,宏观和整体性研究成果相对缺乏。一方面,对货物买卖、海上运输、海上保险、信用证、国际保理、国际融资租赁、国际银行担保、国际借贷、国际证券、国际知识产权保护、国际投资、电子商务领域的具体制度的研究成果丰富;另一方面,基础理论研究一直匮乏,而整体性、宏观性、前瞻性研究也是寥若晨星。这种研究状况影响了中国国际商法学术的纵深积累,也制约着国际商法专门人才的培养。究其原因,国际商法学一直没有成为一个独立的法律学科是一个重要因素。不成立独立的学科,就无法构建出普遍接受的学科体系和理论元素,无

法大规模地培养具有现代国际商法理念和素养的专门人才,也势必影响国际商法研究对法律实务的理论指导和支持力度。

近年来,我国国际法学者特别是国际经济法学者对国际经济法的概念和国际商法的独立性进行了新的反思。关于国际经济法的概念,国内学者一直存在较大分歧。多数国际经济法教材持广义国际经济法的概念。近年来,也有不少学者对广义国际经济法的概念提出商榷意见。有学者提出应借鉴美国国际经济法教科书体系,确立国际经济的“公法”定位,适当分离国际商事交易法和国际经济规制法,打破传统国际经济法教科书模式,构建权威的“跨国经济公法”教科书体系。^①有学者认为,国际经济法是所有国家之间协调经济关系和配置经济利益以及对国际经济交往行为进行宏观调控和管理的国内法和国际法规范的总称,按照这种理念需要重构国际经济法。^②也有的学者从国际商法的独立性出发,主张建立独立的国际商法学或开设独立的国际商法课程。^③笔者自1996年即主张国际法应该划分为国际公法、国际私法、国际经济法和国际商法四个部门,^④近年来对这一观点作了一定的扩展和深化,^⑤也出版了基于统一法理念的国际商法教材。^⑥总的来说,无论国际商法是否成为独立的法律学科,将调整跨国商事关系的统一实体法

① 王彦志:“国际经济法教科书体系的反思和重构:一种‘跨国经济公法’的思路”,载《当代法学》2007年第1期。

② 何志鹏:《国际经济法的基本理论》,社会科学文献出版社2010年版,第25页。

③ 姜世波:“国际商法学科的独立性议”,载《山东大学学报》2004年第4期;王军、高建学:“关于国际经济法与国际商法的学科设置的思考”,载《山西大学学报》2004年第4期;刘萍、屈广清:“国际商法与国际经济法关系的法理学思考”,载《政法论丛》2005年第2期;宋阳、刘霖:“协议跨国商法——一种新的国际商事规则体系探索”,载《河北师范大学学报》2009年第6期;王敏:“国际商法独立性议”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期;胡宏雁、孙冬鹤:“法学专业本科国际经济法课程设置探析”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期。

④ 这一观点体现在中国国际法学会1996年论文《论国际法部门的划分》之中,该文后来发表在《中国国际私法和比较法年刊》1998年卷上。

⑤ 左海聪:“国际商法是一个独立的法律部门”,载《法商研究》2005年第2期;“国际经济法基本问题论纲”,载《法学评论》2009年第1期;“国际经济管制法的范围、体系和内容”,载《时代法学》2010年第6期。

⑥ 左海聪主编:《国际商法》,法律出版社2008年版。

视为相对独立的研究对象探讨其基本理论问题,辨析其内在发展规律,形成自身的学科体系和知识元素,可以成为我国国际法学者的努力方向,也是我们与国际学术界接轨的要求,更是中国成为世界主要商业大国的需求。

增进我国国际商法学的专业积累,促进我国国际商法学的繁荣发展,为中国政府和企业的国际商法实践提供理论支持,为全球化时代新的国际共同商业语言的形成贡献中华力量,是中国国际商法学者的使命,也是本丛书的期许。

真诚欢迎海内外的有识之士向本丛书赐稿。凡是秉持国际商事统一法理念的学术著作,无论是研究国际商事统一法的体系、渊源、特质、沿革、范畴、理念、精神、价值、方法和原则等理论问题,还是探讨具体的统一法制度,无论是结合既存的国际公约、惯例、重述或示范法讨论买卖、运输、保险、融资、知识产权等领域的统一法制度,还是从一般法律原则的视角辨明公司法、破产法、证券法的统一规则,均在本丛书的征稿范围之内。

最后,我想叙明本丛书的缘起并表达由衷的谢意。从1994年在武汉大学国际法研究所讲授和研究国际贸易法开始,本人逐渐认识到对国际货物买卖、运输、保险、支付、借贷、担保、融资租赁、知识产权保护等领域的统一实体法需要进行整体性的独立研究。2003年本人开始招收博士生时就将国际商法和国际经济法作为两个独立的研究方向。数年下来,计有吴思颖、孙占利、张海燕、向前、罗洁、朱雅妮、刘丽、郭德香八位博士生的论文选择了国际商法领域的论题,并且都成功撰写出了有一定创新性的博士学位论文。八篇论文中,有四篇是关于国际商法基础理论的研究,涵盖国际商事合同法统一化理论、国际商法的自治性、国际商法视角下的法律重述和国际商法一般法律原则等问题,另四篇则分别研究电子商务、遗传资源保护、CISG的解释、国际银行担保等

具体制度。上述论文中有的已经出版,将余下的几篇论文作为丛书出版成为本人和作者的共识,这是本丛书出版的最初动因。而法律出版社学术分社朱宁社长和刘文科编辑的远见卓识和大力支持使本套丛书出版成为可能。我的大学同窗及多年挚友、合康亿盛变频科技股份有限公司董事长刘锦成先生的慷慨资助则使得首批三部书的出版有了资金保障。在此,我要对各位作者的创新研究、法律出版社的出版筹划和刘锦成先生的古道热肠表示衷心的感谢!

是为序。

左海聪

2011年5月于南开大学西南村

目 录

引 言 001

第一章 遗传资源及其引发的法律问题 007

第一节 遗传资源的内涵界定 007

一、几个基本概念 007

二、遗传资源的特征 019

第二节 遗传资源的价值 022

一、遗传资源的生态价值 023

二、遗传资源的经济价值 023

第三节 遗传资源的利用与“生物海盗” 025

一、现代生物技术与遗传资源的保护和利用 025

二、遗传资源的利用与“生物海盗” 027

三、遗传资源利用引发的法律保护问题 029

本章小结 032

第二章 遗传资源法律保护的探索、评析与困惑 034

第一节 遗传资源法律保护的探索与实践 034

一、遗传资源法律保护的探索与实践 034

二、遗传资源法律保护的区域组织的探索与实践 042

三、遗传资源法律保护的国内探索与实践 048

第二节 遗传资源法律保护现状评析 054

一、遗传资源法律地位的确立:从人类共同遗产到国家永久主权 054

二、物权对遗传资源保护的体现和不足 057

三、农民权对遗传资源保护的体现和不足 065

四、共同知识产权对遗传资源保护的体现和不足 069

第三节 遗传资源现行知识产权保护的理论困惑 070

一、遗传资源与知识产权保护非必然性的困惑 070

二、遗传资源与知识产权非公有领域知识的困惑 071

三、遗传资源与现行知识产权权利主体的困惑 072

四、遗传资源与现行知识产权权利客体的困惑 074

五、遗传资源与现行知识产权价值目标的困惑 074

本章小结 074

第三章 遗传资源知识产权保护的正当性(一)

——法哲学、经济学分析 079

第一节 遗传资源知识产权保护的法学分析 080

一、社会公平视角 080

二、社会契约论 085

第二节 遗传资源知识产权保护的经济学分析 090

一、经济分析的前提:遗传资源的商品属性 090

二、遗传资源知识产品属性的经济分析 097

三、遗传资源知识产权界定的经济分析 105

本章小结 111

第四章 遗传资源知识产权保护的正当性(二)

——对现行知识产权法基本理论的超越 113

第一节 对现行知识产权基本理论的反思 114

一、知识产权的客体——从智力成果到信息 114

二、知识产权法的价值目标——从鼓励创造到利益平衡 129

第二节 对现行知识产权理论超越的个案分析

——基因序列专利 138

一、基因技术和基因专利 139

二、基因序列专利对专利法的突破 142

三、基因序列专利引发的利益失衡 148

本章小结 154

第五章 遗传资源知识产权保护的制度构想 155

第一节 遗传资源与知识产权其他种类的冲突、契合及启示 156

一、与专利的冲突、契合及启示 156

二、与植物新品种权的冲突、契合及启示 159

三、与地理标志的冲突、契合及启示 163

第二节 以利益分享为中心的遗传资源权的构建 166

一、权利构建的前提——遗传资源权的权利属性和价值的正确认识 166

二、复合式权利主体 171

三、权利客体 179

四、权利内容和限制 187

五、权利保护期限 189

六、权利管理模式 190

七、权利救济 191

本章小结	192
------	-----

第六章 遗传资源知识产权保护的前景展望

——寻求 TRIPs 的保护 195

第一节 对 TRIPs 的反思 196

一、知识产权是发达国家产业政策的工具 196

二、TRIPs 是发达国家产业集团推动的结果 198

第二节 TRIPs 对遗传资源保护的前景 206

一、TRIPs 对遗传资源保护的正当性 206

二、TRIPs 对遗传资源保护的前景展望 217

本章小结 224

结束语 226

参考文献 229

一、中文著作和论文 229

二、英文著作和论文 238

后记 252

引 言

这是一个充满变革与创新的时代,智慧、激情与幻想再次掀开了人类文明史上的辉煌一页。新的技术纷呈倍出,网络信息技术、微电子技术、生物工程技术、人类基因组的测序与基因图谱的绘制等,让人应接不暇,智慧点化财富的时代正乘着生物技术的车轮向我们疾驰而来。21 世纪是生物科学时代,^①全新的边缘学科遗传工程学横空出世。插上生物工程技术的翅膀,人类就可以将任何外源基因植入任何目标的生物体内,改变其遗传密码。随心所欲改变周围的生物世界不再是魔术师手中的昙花一现,已经成为现实的可能。

广泛应用于农业、制药、医学、能源、环保等领域的遗传工程技术,正在逐渐地产生深刻的社会影响和巨大的经济效益,成为创造财富的点金石。世界首富比尔·盖茨预言,21 世纪的世界首富将产生于生物技术领域。

^① 诺贝尔化学奖得主美国赖斯大学的 Robert F. Curl 曾言,20 世纪是物理和化学世纪,21 世纪无疑是生物学世纪。

随着生物技术的发展,生物技术的生物基础——遗传资源犹如被历史封存的宝藏跃入人们的视野,熠熠生辉,在巨大的经济利益的衬托下其价值越发凸显。遗传资源全球分布的不均衡,拥有先进技术的发达国家,遗传资源很贫乏,技术落后的发展中国家,享有丰富的遗传资源。手中掌握了先进生物技术的西方发达国家的跨国公司们,无异于握着点金笔,无时无刻不在偷窥遗传资源,想方设法据为己有,在世界范围内对遗传资源进行大规模的抢夺。

在农业方面,世界跨国种子公司早已开展种子基因争夺战,发起生物圈地运动。西方跨国种子公司 Rice tec 在以秘密手段获得印度香米种质资源后,于 1997 年获得了有关的专利,其中包括种子特质和培育方法等 20 多项专利权,直接威胁印度每年三亿美元的香米出口,尽管事后印度政府费尽周折,但仍有 16 项专利权流失。美国的一家公司利用现代生物技术盗窃泰国香米种质资源并申请国际专利,泰国农民在愤怒之余,只好放弃他们世代种植的传统香米,发誓培育新的香米品种。近来还发生了美国杜邦公司在欧洲抢注墨西哥高油玉米专利的事,遭到绿色和平等国际组织抗议和国际社会的反对,最终被欧洲专利局驳回。再如,从紫长春花属植物中提取的长春花碱和豌豆尖制造的药品,对治愈何杰金病和小儿淋巴细胞白血病能起到很大作用。EliLily 制药公司每年大约可从这些药品中盈利上亿美元,而马达加斯加(这些紫长春花属植物来源地)则没有从中得到任何的惠益。^① 随着生物技术的不断进步和生物产业的不断繁荣,针对生物遗传资源的新一轮“圈地

① 蔡守秋主编:《环境资源法学教程》,武汉大学出版社 2000 年版,第 431~498 页。

运动”已经愈演愈烈。而美国孟山都公司抢注中国野生大豆基因专利,^①更使他们的这种野心昭然若揭。

遗传资源已经成为发达国家与发展中国家利益之争。西方社会利用现代知识产权制度最大限度地控制新技术和知识产品以获取市场利益的同时,却从制度上排除遗传资源获得知识产权保护的可能性,世代对遗传资源作出巨大贡献的社区居民,只能眼睁睁看着世代守候的宝藏成为他人的嫁衣裳,无能为力。在基因发明一步步突破“发明与发现”底线走上专利保护之路时,遗传资源却被视为自然的产物,烙上发现的印记,带着与生俱来的无法逾越,被振振有词地拒于知识产权保护之门外。对于拥有丰富遗传资源的发展中国家,对于世代为遗传资源守候的社区居民,难道就只能成为“在法律名义下守着金山一贫如洗的乞丐”吗? 21 世纪是生物技术时代,21 世纪更是遭到“生命海盗”、“新世纪圈地运动”侵袭的时代,利益的再一次失衡触动着在知识产权制度面前本来就伤痕累累的发展中国家。面对发达国家再一次挥动知识产权大棒发威发展中国家的遗传资源,发展中国家如何善加利用与保护这笔财产,从而避免自己在知识产权的保护上不至于处于过于劣势的地位,具有巨大而深远的影响。于是,在基因技术坚定走上专利保护之背景下,遗传资源提供者与遗传资源利用者如何进行利益平衡、如何对遗传资源提供法律保护、遗传资源能不能在知识产权法保护等问题就

① 1998 年 10 月 1 日,孟山都(Monsanto)公司向美国专利局提交一项名为“高产大豆及其栽培和检测方法”的专利申请。孟山都公司对中国野生大豆申请国际专利,声称他们发现了该大豆内含的“高产基因”标记。他们以该野生大豆为亲本,与栽培大豆杂交,培育出了新的大豆品种,并提出包括该野生大豆“高产性状基因序列”、所有含有该基因序列的大豆(包括野生及栽培)及其后代、生产具有该高产性状基因的栽培大豆的育种方法,以及凡被植入这些高产基因的转基因植物,包括大麦、燕麦、卷心菜、棉花、大蒜、油菜、亚麻、花生、高粱、甜菜、土豆甚至苜蓿、向日葵、棕榈、花椰菜等一些重要的农作物在内的 64 项权利要求。孟山都的这一专利申请如获批准,将在实际上剥夺其他人包括中国人使用这一野生大豆的权利。孟山都的这一专利申请是如此的广泛,达到了理论所能到达的极限,以致被英国纽卡素大学育种专家卡罗·雷夫特教授斥之为“新殖民主义”。2000 年 4 月 6 日,国际知识产权组织(WIPO)公开了孟山都要求 101 个指定保护国家、共 64 项权利要求的专利申请书。该国际公开申请书全文可在网址下载:<http://www.wipo.int/cgi-pct/guest/ifetch5?>