



CBD



生物多样性公约

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/5/5
30 August 2007

CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

获取和惠益分享问题

不限成员名额特设工作组

第五次会议

2007 年 10 月 8 日至 12 日，蒙特利尔

临时议程^{*}-项目 3

关于国家法律中有关遗传资源的法律现状、并酌情 包括部分国家的物权法的报告

秘书处的说明

导言

1. 缔约方大会在第 VIII/4A 号决定第 10 段中请“请各缔约方向执行秘书提交关于本国法律中有关遗传资源的法律现状的资料，并酌情包括其物权法”，并请执行秘书“向工作组第五次会议提交一份报告。”

2. 继缔约方大会第八届会议后，日期为 2006 年 5 月 25 日的一份通知已发给各缔约方，请它们就上述内容向执行秘书提供资料。根据这份通知，9 个缔约方提供了资料。这些资料汇编后载于 UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1 号文件。

3. 此外，执行秘书委托一名顾问在选择的部分国家开展一项研究，研究的内容是本国法律中关于遗传资源的现状。作为结果的研究随载于后，这一研究概述了以下国家遗传资源的现状：安第斯地区、澳大利亚、巴西、加拿大、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、印度、肯尼亚、挪威、菲律宾和南非。选择这些国家时虑及必须确保地域平衡，以及有必要初步概要介绍与遗传资源法律现状有关的现有不同制度。研究的编写得到了联合国环境规划署（环境规划署）资金的协助。

^{*}— UNEP/CBD/WG-ABS/5/1。

/...

为尽可能减少秘书处工作的环境影响和致力于秘书长提出的“不影响气候的联合国”的倡议，本文件印数有限。请各代表携带文件到会，不索取更多副本。

附件

国家法律中有关遗传资源的法律现状

Kent Nnadozie

A. 导言

1. 本报告根据缔约方大会第 VIII/4A 号决定：获取和惠益分享以及具来说第 10 段提交，该决定请各缔约方向执行秘书提交关于本国法律中有关遗传资源的法律现状的资料，并酌情包括其物权法，并请执行秘书向获取和惠益分享问题工作组第五次会议提交报告。截至编写本报告之日，收到了 7 个国家提交的呈件。¹

2. 本报告初步分析了有关遗传资源的法律现状，使用了部分缔约方作为个案研究，因此并不详尽。²

3. 本报告的主要依据是：各缔约方提交的文件、各国和各区域提供给秘书处的获取和惠益分享措施概览以及从各种研究和公布的材料中收集的说明各国和各区域如何界定其辖区内遗传资源现状的资料。

4. 自《公约》生效以来，获取遗传资源和分享从其利用中所得惠益是一个引起很大关注并开展了很多活动的领域。国家和国际两级为其执行而制订立法、行政和政策措施的力度明显加大，其结果是目前正在为一项关于获取和惠益分享的国际制度举行谈判。然而，在制订所需的获取和惠益分享措施方面的主要挑战是许多辖区内缺乏关于遗传资源现状的明确性。³尽管《公约》第 15.1 条明确承认国家对其自然资源的主权，以及国家政府拥有确定获取遗传资源的权利，但许多国家在遗传资源的法律地位一问题上不确定性仍很大，换句话说，国家和国家以下各层次如何对待这一问题方面不确定性仍很大。⁴特别是，由于国家对于其自然资源的主权⁵/权利并不一定等于是国家对于资源的所有权，管理所有权和其他权利的规则常常不是很清楚。

5. 根据以往对有关获取和惠益分享的国家、区域和国际文书和制度进行的研究，各国对获取和惠益分享采取的方法显然各异。⁶因此，“很难根据对这些措施的分析得出一般性的结论，因为各国在所采取措施的类型方面采取的方法不同”。⁷这些方法从国家不干预或者极少干预遗传资源交易到非常详细的获取规则，甚至显然包括私人合同不等。但由于遗传资源的所有者不够明确，就采取何种办法管理遗传资源的获取举行的讨论变得复杂化。

¹ 澳大利亚、加拿大、捷克共和国、埃塞俄比亚、挪威、波兰和瑞士。

² 选择这部分缔约方的目的是根据现有资料提供范围尽可能广泛的方法。本报告包括的区域集团和国家有：安第斯共同体、澳大利亚、加拿大、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、肯尼亚、挪威、菲律宾、塞舌尔和南非。

³ 这种情况部分说明了缔约方大会第 VIII/4 号决定 A 部分第 10 段提出的请求。

⁴ 《生物多样性公约》第 15.1 条规定“确认各国对其自然资源拥有的主权权利，因而可否取得遗传资源的决定属于国家政府，并依照国家法律行使”。

⁵ 对主权的理解是“用以管理任何独立国家的无法驾驭的绝对至高无上权力。” Black 等人，1396 年《Black 法律词典》（West Publishing, 1990 年）。因此，主权系指对某一地理区域、人群行使至高无上的政治（如立法、司法和/或行政）权力的专属权利。

⁶ 详情见 UNEP/CBD/WG-ABS/5/4。

⁷ 同上，第 85 段。

6. 遗传资源的使用者必须确保提供者有权提供这类资源，在许多情形下，这种权力并不仅仅掌握在政府手中，还掌握在那些对土地或资源拥有有私有权或其他权利或使用权的人手中。因此所有权和使用权问题始终与获取和惠益分享方面的实际问题有重要关系，并且是政府可用于“确定获取”资源的国家立法和政策的一项重要内容。⁸ 由于《公约》将遗传资源的所有权的定义和明确性交由缔约方决定，因此，各缔约方需要澄清所有权、占有权和获取制度之间的关系。

7. 可以预料，由于管辖权和法律体系的不同，不同国家或区域采用的方法多种多样，应用或解释“所有权”、“财产”和“管制”等基本概念的方式各异。这些差异也反映在它们如何界定遗传资源的所有权，从明确表示国家拥有全部所有权，如哥斯达黎加和埃塞俄比亚；到在有些情形下显然承认完全私有权，如加拿大和澳大利亚；以及无主财产，即根本不必有所有权，例如在有些情形下野生移栖物种的遗传资源或者不在任何明确国界内的遗传资源，不等。界定这些概念的方式互为关联，相互作用，对特定辖区内的遗传资源现状具有影响。在最后的分析中，不同国家在管理遗传资源方面采取的方法必然体现了其独特的法律、体制、经济和文化取向。

8. 另一个值得注意的问题是重大误解通常导致将《公约》承认国家对遗传资源拥有主权等同于国家对这些资源拥有所有权。这个问题对获取和惠益分享制度的结构至关重要，通常可能受现行法律框架，如宪法规定的产权和土地权及使用权法的影响。值得注意的是《公约》第 15.1 条规定的国家主权显然指确定所有权和控制遗传资源的国家权利，而不是指这种确定所产生的特定结果。

9. 第三个值得注意的问题是生物资源和遗传资源之间在许多现行获取和惠益分享措施方面显然缺乏明确的区分。即使在已颁布获取和惠益分享立法的一些国家，这一关键定义问题也没有得到明确解决。不过，尽管《公约》第 15.1 条专门提及遗传资源，但显然是在国家权力的范围内确定其法律的适宜范围。另一方面，关于存在于一个以上国家或在国家间移动的遗传资源的法律现状，存在着许多棘手问题。然而，要制订一个除其他方面外澄清谁拥有遗传资源的实用法律框架，就必须明确界定它在遗传资源和生物资源方面的范围。

B. 界定所有权和财产的概念

10. “所有权”指独占或控制财产的状态或事实，财产可以是物、土地/房地产、知识产权或其他某种财产，并且可以是绝对财产和有限制的财产。所有权与财产利益有关，财产利益将利益确定为不属于其他个人或团体的“自己的物品”。这种利益保证所有权人享有拥有财产和酌情处置财产的权利，而无论是否使用财产，并且不允许他人使用或转让所有权，但条件是他或她不违法使用财产。

11. 如上所述，各国的所有权法依标的物的不同差异很大。一般来说，“所有权”指财产权，反之亦然，两者都体现了某种控制权，但有时受法律或权利标的物性质的限制。“财产”指公认为某个人或某个团体的物品。重要类型的财产包括不动产（土地）、个人财产（其他物质占有）、知识产权（对艺术创造物、发明等拥有的权利）以及“公共财产”（联邦、

⁸ Luis Flores-Mimiça 和 Dominique Hervé-Espejo, 第 10 章“智利：制订获取和惠益分享规章的早期尝试；见 Carrizosa、Santiago、Stephen B. Brush、Brian D. Wright 和 Patrick E. McGuire (编辑) 2004 年。《获取生物多样性和分享惠益：执行生物多样性公约获取的教训》。自然保护联盟，格兰特，瑞士和剑桥，联合王国。第 230 页

州、地方政府或其他机构等公共机构或政府机构的所有权)。

12. 人们通常从主权机构确定和保护的诸多权利方面看待财产和所有权。从传统上来看，这些权利包括：

- 控制财产的使用；
- 排除其他人拥有财产的权利；
- 享有财产所得利益的权利；以及
- 处置、转让或变售财产的权利。

13. 换句话说，在《公约》范围内，特别是在获取和分享惠益方面，“主权”不是所有权的同义词，而是指国家确定所有权和控制权的权力，其中包括的权力有：确定准予获取遗传资源的条件，以及如何在主权国家的领土内分享惠益。⁹

C. 生物资源的所有权和遗传资源的所有权

14. 一般来说，各国宪法都对土地和自然资源（无论是矿物资源还是生物资源）做出了界定。然而，遗传资源的所有权概念是个新概念，各国宪法没有提及这一点，而且很少有例外，尽管在有些情形下，获取和惠益分享法律使所有权和遗传资源产生了联系。

15. 如果在定义方面不出现混乱，生物资源（作为自然资源）的所有权总的来说在大多数辖区内都是易于确定的，因为“所有”的东西是有形物质，并且体现为种子和动植物等。根据现行国家法律，这些物质可以是国家、私人或共同财产。但如果是遗传资源，由于标的物同信息或相关知识一样通常具有无形性质，因而出现了诸多问题。通常来说，遗传资源的信息部分对使用者最为宝贵，所有权不像包含这类信息的有形物体一样明晰。

16. 显而易见，各国在制订可行的获取和惠益分享法律框架以便明确遗传资源所有权方面遇到困难。现已注意到，由于它们对“遗传资源”的定义有时模糊不清，很难从法律上确定谁有权处置、获取或得到因这类资源产生的惠益。因此，许多国家显然依靠物理实体（即生物体、其组成部件或发现生物体的土地）明确其遗传（生物化学）资源的法律地位。在法律制度重叠的国家，这种情形越发令人担忧，例如，一方面在社区一级对土著居民或当地社区适用习惯法；另一方面又适用国家的成文法、民法或普通法。¹⁰

17. 此外，某些类别的生物和遗传资源，尤其是在一些公共领域，如易地收藏、国家公园或保留地以及保护区发现的这类资源一般不存在问题。这些资源通常由代表有关方面，通常是该国公民的国家或公共当局占有。控制或准予获取的权力通常归属于某个当局或机构，这个当局或机构又代表人民获取惠益。但是，在私有财产，包括微生物和动植物中发现的遗传资源方面又产生了问题。

18. 许多法律制度承认和保护私人对生物资源—植物和动物的所有权，但遗传资源所有权的范围不清晰。在大多数管辖区，包括普通法和民法的所有权在内，自然资源的所有权

⁹ Kent Nnadozie 和 R. J. L. Lettington, 《粮农植物遗传资源关联性国际公约》。子午线研究所，哥伦比亚特区华盛顿，可上网查阅：http://www2.merid.org/bellagio/Intl_Treaties_Paper_FINAL.pdf。

¹⁰ Chishakwe, N. 和 Young, T.R. 2003 年。《获取遗传资源及分享使用遗传资源所得惠益：国际和次区域问题》，自然保护联盟。网址：http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_SADC.pdf。

和权利依发现它们的土地而定。这种概念往往主要以默示方式通过宪法保障对私有财产拥有所有权的权利而得以强化。在这种情况下，如果没有相反的具体法律，对生物材料拥有所有权似乎合理地意味着对遗传资源拥有所有权。给予优先考虑的是对土地或自然资源拥有的私人所有权或共同所有权，私人所有者或共同所有者可能或者可能不需要国家核准其生物资源或遗传资源上市交易。但在有些国家，比如说安第斯共同体，规定所有遗传资源属于公共财产，并因此归国家管理，即使在承认私人对生物资源拥有所有权时也是如此。在这种情况下，对遗传资源（属于公共的）和含有遗传资源或组成部分的生物资源（私人所有）做出了区分。¹¹

D. 《粮农植物遗传资源国际条约》规定的遗传资源

19. 《粮农植物遗传资源国际条约》（《国际条约》或《条约》）2001年11月3日由粮农组织大会三十一届会议通过。这项国际公约根据《公约》对粮农植物遗传资源的特殊需要做出了规定。¹²

20. 该公约在对粮农植物遗传资源的实际所有权问题上未作规定，缔约方没有审查其这方面的立法的义务。

21. 各缔约方在行使其对资源的主权时同意建立一种多边系统，这种制度能够高效、切实和以透明的方式帮助获取粮农植物遗传资源，并能以互补和相互支持的方式公平和公正地分享利用这些资源所产生的惠益。^{13/}

22. 各种粮农植物遗传资源将列入多边系统之中。^{14/} 各缔约方将把在其管理和控制之下的《条约》附件一所开列的一整套作物和草料的所有粮农植物遗传资源列入其中。它们将邀请这些资源的所有其他持有者也将这些遗传资源列入其中，并同意采取适当措施鼓励归其管辖的持有此种粮农资源的自然人和法人这样做。持有易地收藏的粮农植物遗传资源的国际机构也会将其《附件一》材料置于多边系统之中，并对其他材料也实行类似的获取和惠益分享规定。^{15/}

23. 持有多边系统内的粮农植物遗传资源的持有者，保留其对材料的所有权，但必须应请求准予获取，并在提供这些材料时使用条约理事会规定的《标准材料转让协定》管理使用的条件、其作为提供者的义务以及受益人的义务。^{16/} 《标准材料转让协定》是私法内的合同。进一步转让处于未开发状态的同一材料，须遵照同样的《标准材料转让协定》进行，^{17/} 以便规定关于这些材料的权利和义务，包括依照某些条件分享金融性惠益。

24. 《标准材料转让协定》确认培育者对于“正在开发的粮食和农业植物遗传资源”的

¹¹ Jorge Cabrera Medaglia 和 Christian Lopez Silva (2006 年)：《解决获取问题：保护来源，同时让使用者感到放心》。自然保护联盟，波恩。据作者称，“区别在于申请人在获取之时，其使用是否有意图，例如，获取的材料是用于常规目的，还是有意利用这些材料以掌握其遗传或生物化学特点。”“遗传资源”系指遗传信息，与实际获取这种资源无关。遗传资源应当被理解为“使用遗传信息的权利”。

¹² 《粮农植物遗传资源国际条约》，第 1 条。

¹³ 《条约》第 10 条。

¹⁴ 《条约》第 11 条。

¹⁵ 《条约》第 15 条。

¹⁶ 《条约》第 12.4 条。

¹⁷ 可在以下互联网上查阅：[ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb1repe.pdf](http://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb1repe.pdf)，条约理事会第一届会议报告附件 G。

权利的定义为“尚未商业化、培育者打算进一步培育或转让他人或机构进一步培育的材料获得的材料。当正在培育的粮食和农业植物遗传资源作为一个产品商业化时，这种资源的培育期应视为结束”。^{18/} 培育者没有义务一定要根据要求提供此种资源，但如果作出了这样的决定，培育者必须依照《标准材料转让协定》的条款和条件予以提供。培育者还可附带与产品的进一步开发有关的补充条件，包括酌情考虑现金付款：这一规定使得商业性作为培育的正常功能成为可能，与此同时保留了对于最终产品的商业性惠益分享的义务。^{19/}

25. 如上所述，《标准材料转让协定》是提供者与受益人之间的一种私人合同。但惠益却没有回归某一单独的提供者，而是由理事会根据其筹资战略集中起来，最终造福于发展中国家。提供者如果就这些集中起来的物质上采取法律上的执法行动，不会有所获益。为了管理这些集中起来的物质，《标准材料转让协定》规定了两项法律上的借机报复。首先，《协定》规定了由一名“第三方受益人”整体地代表多边系统的利益，维护它的权利。^{20/} 已要求粮农组织担任这一角色。其次，《协定》规定通过有约束力的国际仲裁解决可能出现的争端。^{21/} 其适用的法律是《法律通则》，包括 2004 年《国际商事合同通则》、《公约》的宗旨和有关条款，在需要解释时，理事会的决定适用。^{22/}

26. 这套法律文书是标准的私人合同，这种合同确定了使用的条件，规定了第三方受益人维护《公约》的权利，以及可诉诸有约束力的国际仲裁。这种合同是解决粮食和农业部门特殊问题的一种创新性方式，其特点是各国在粮食和农业遗传资源方面相互依赖，另一个特点是从道义上而言必须确保遗传资源最好能够有助于粮食安全和减贫。

27. 在国家一级，缔约方“应确保其法律、法规和程序符合本《条约》规定的义务”。^{23/} 第 12.5 条涉及《标准材料转让协定》，并规定缔约方“在这类《材料转让协定》出现合同纠纷的情况下，各缔约方应确保在其法律体系内按照适用的司法要求有寻求追索权的机会--认识到这类《材料转让协定》产生的义务仅隶属于这些《材料转让协定》的各方”。^{24/}

E. 部分辖区内遗传资源的法律现状

安第斯共同体²⁵

28. 在关于遗传资源获取共同制度的第 391 号决定、关于知识产权共同制度的第 486 号决定和关于区域生物多样性战略的第 523 号决定的框架内，制订了旨在管理安第斯共同体内部遗传资源和相关传统知识的规则。

29. 1996 年，安第斯共同体成员国以关于遗传资源获取共同制度的第 391 号决定的形式通过了第一个共同获取制度区域倡议。第 391 号决定制订了遗传资源获取和利用的一般性原则和规则，为各成员国提供了一套最低限度的实施规则。第 391 号决定与公约一致，承

¹⁸ 《标准材料转让协定》，第 2 条。

¹⁹ 《标准材料转让协定》，第 6.5 和 6.6 条。

²⁰ 《标准材料转让协定》，第 4.3 和 4.4 条。

²¹ 《标准材料转让协定》，第 7 条。

²² 《标准材料转让协定》，第 8 条。

²³ 《条约》，第 4 条。

²⁴ 《条约》，第 12.5 条。

²⁵ 玻利维亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁和委内瑞拉。

认各国对其遗传资源拥有的主权、土著社区参与决策的权利、它们对传统知识的管理权以及区域合作的重要性。

30. 该决定适用于（一）成员国是资源原产国的遗传资源；²⁶（二）衍生物（衍生产品包括分子、包括生物或非生物机体粗提取物在内的天然分子化合物或混合物（第1条），如生化物质）；和（三）相关的“无形组成部分”——任何与所寻求的遗传资源或衍生物相关的知识。决定同样适用于；（四）在自然情况下，在各成员国辖区内及从辖区获取的迁移物种的遗传资源。

31. 第391号决定的独特性在于它是少数几个对遗传资源（在国家权限范围内）和含有这些遗传资源的生物资源的法律现状做出明确区分的制度之一。²⁷换句话说，虽然含有遗传成分的生物资源可以被赋予私人或集体产权，遗传资源却被认为是“在不损害适用于含有遗传资源的生物资源的财产制度、发现遗产资源的土地，以及相关的无形组成部分的情况下，不能让与、不可占有、没有限期的”。该决定涵盖了就地和易地生物资源中的遗传资源。²⁸

32. 此外，该决定也对相关资源的提供者加以区别。依照第一条的定义：各种资源的“提供者”是“由该决定及国家补充法律授权提供包含遗传资源及其衍生物在内的生物资源的人”；而“无形组成部分的提供者”是“通过取得契约并依照该决定及国家补充法律受权提供有关遗传资源及其衍生物的无形组成部分的人”。

33. 因此，在所有情形下国家均有效拥有和保留遗传资源的产权，并且上述权利不受适用于包含遗传资源在内生物资源的法律制度的限制。²⁹

34. 获取和惠益分享制度同样关系到相关的知识产权问题及进程。关于共同工业产权制度的第486号决定第75条规定：

“凡从任何成员国的遗传资源和传统知识中取得或开发的发明专利，若没有提供共同体的正当获取合同或许可证的副本，应视为无效。”³⁰

此外，第391决定规定：

“补充规定一 二：成员国不得承认对于通过不符合本决定条款的获取活动而获得或研发的遗传资源、衍生物或合成品及其相关的无形组成部分的权利，包括知识产权”。

35. 显然，载入该项规定的目的是处理挪用案件，确保获得有关各方的事先知情同意，同时，遗传资源的提供者和使用者之间达成适当的惠益分享安排。该规定也力求确保当地遗传资源的知识产权不被不正当地获取。

²⁶ 原产国指拥有就地条件下遗传资源的国家，其中包括从就地来源取得的资源以及易地发现的资源（第1条）。

²⁷ 第391号决定第6条规定“……成员国是其原产国的遗传资源或其衍生产品属于各成员国的民族或国家的商品或遗产……。”

²⁸ 见第1条关于“获取”的定义。

²⁹ Manuel Ruiz Muller (2000年)。管理安第斯共同体的生物勘察和保护土著人民的知识：第391号决定及其对安第斯区域的总体影响，贸发会议，日内瓦。

³⁰ 安第斯共同体关于共同工业产权制度的第486号决定，2000年9月14日获得通过。

36. 在安第斯各国国家战略文件基础上通过的题为“安第斯热带国家区域生物多样性战略”的第 523 号决定，再次强调了在生物多样性的保护和可持续利用方面必须进行区域合作。为此，该决定对于建立管理遗传资源方面、包括获取和惠益分享方面更为得力的区域性做法负非常重要。

澳大利亚

37. 澳大利亚实行联邦制政体，并且同其他类似制度一样，各级政府分享权力和管辖权。³¹ 管理自然资源的责任由地区、州和联邦各级政府分担。总的来说，这种分头管理责任对于确定权利、共同做法或全国统一认识更具挑战性。

38. 在实施《公约》条款方面，澳大利亚当局考虑到有一个联邦政府和 8 个州及地区政府组成的复杂政体带来的许多立法和行政管理挑战，以及有关产权问题的现行法律在每个辖区的执行情况。鉴于澳大利亚的复杂产权法律制度，加之既定的宪政安排，每个政府都需要建立自己的立法体系。遗传资源的获取受到诸多政府机构、普通公民、本地土地所有者和租地人的各种不同的控制。³²

39. 澳大利亚的法律制度系基于普通法传统，而在缺乏明确的宪法或立法规定的情况下，这就可能意味着，根据普通法律原则，联邦政府、各州政府和个人分别拥有在各自地产上发现的遗传资源。³³

40. 宪法没有规定遗传资源属于谁，也没有任何国家级的立法就此做出规定。2000 年，联邦关于获取遗传资源的调查报告就一项计划提出咨询意见，建议通过 1999 年《环境保护和生物多样性保护法》实施这一有法律效力的计划。³⁴ 该计划规定了自联邦地区获得的当地生物资源的获取许可证，有关政府机构或土地所有者可予以批准或拒绝。该法律规定，“生物资源的传统所有人作出的关于拒绝获取其资源的决定为最终决定”。³⁵

41. 联邦所属地区的生物发现归 2000 年《环境保护和生物多样性保护条例》(《条例》)管辖。³⁶ 第 8 A 部分规定了对于联邦地区发现的遗传和生物化学资源的获取。根据《条例》，寻求获取生物遗传资源的人必须向环境和水资源部申请许可证。

42. 考虑到联邦结构，为了实现考虑到联邦结构，为了实现的法律框架和以依照符合各辖区所作关于自然资源管理的决定的方式履行《公约》的获取和惠益分享义务，澳大利亚决定制订全国统一做法。2002 年 10 月 11 日，澳大利亚的 9 个政府通过并认可了题为“获取和利用澳大利亚本土遗传和生物化学资源全国统一做法”的总体政策。这一战略目前是澳大利亚实施获取和惠益分享制度的基础。

³¹ 澳大利亚的联邦政体由中央政府、六个主权州和两个自治地区组成。

³² 澳大利亚政府根据 2006-045 号通知提交秘书处的文件(Ref SCBD/SEL/VN/VP/54834)。

³³ “在普通法层面，土地所有权包括地面以下的所有下层。附属于土地（或其下层）、或者生长在土地上（或其中）的天然东西，不论是否经过培养，均构成土地的组成部分，属于土地所有者的财产。似乎同样的道理，一般附属于或生长在土地上、土地中的生物资源也被视为土地所有者的财产。普通法要服从有效的立法或该土地所有者业已签署的任何意思相反的协议（租约、许可证、合同等）。” Voumard, John (2000 年) 《关于联邦区域内生物资源获取的联邦公开调查》，澳大利亚联邦，第 53 页。

³⁴ 《关于联邦区域内生物资源获取的联邦公开调查》，该报告可查阅以下网站：
<http://www.environment.gov.au/biodiversity/science/access/inquiry/chapter3.html>.

³⁵ 同上。

³⁶ 联邦区域为由澳大利亚政府拥有或管理、且不由州或领地政府管理的土地和水域。

43. 从表面上来看，任何得自或由于联邦机构所持有的进程或产品（例如专利）的易地收藏的生物资源的研发所得知识产权，应属于负责研发这些进程或产品（发明人）的人所有。^{37/} 不过，一联邦机构可以批准这种资源获取的唯一条件，就是从这些资源获得的任何产品的知识产权需置于某种方式的管理之下，例如由发明者、联邦政府主管机构和传统所有者的一名代表联合管理。³⁸

44. 鉴于澳大利亚法律安排的复杂性，又鉴于澳大利亚政府所做的选择，有关“获取和惠益分享”的立法没有涵盖各种情况下所有本地遗传资源的获取问题（比如在组成联邦的州之一 — 昆士兰州，私有土地上的生物资源）。昆士兰州政府的 2004 年《生物发现法》提出一个生物发现管理框架，目的在于促进昆士兰州生物多样性的可持续获取，并确保公正平等地与昆士兰州共同分享从这些活动所获的惠益。该法案仅适用于昆士兰州陆地或水域不属于私人所有或占有的资源。³⁹

45. 在北部地区，“生物发现”属于 2006 年《生物资源法》管理。根据该法案，任何人若想为科研或商业目的在北部地区的任何地方从事生物考察，均须获得批准。只有在申请人从获取提供者那里获得书面事先知情同意并与其签订了惠益分享协议，方可予以签发许可证。与昆士兰州不同的是，其中包括获取提供者为普通公民这种情况。北方地区政府还可以在申请人有要求时为其提供来源证明。⁴⁰

巴西

46. 《巴西联邦宪法》第 225 条确认人们享有一个生态均衡环境的权利，这样的环境构成“每一个集体的内在健康生活质量所必不可少的人民共同财产，为了当代人和子孙后代的福利，这一财产应予以保护和保全”。^{41/} 虽然《宪法》或任何其他立法中没有明确规定，但是凭借《联邦宪法》第 225 条和遗传资源的特殊性，已经把这种资源说成是联邦政府的遗产和继承财产。⁴²

47. 然而，巴西实行的是联邦制政体，根据 Jorge Cabrera，“[遗传资源的]所有权基本上取决于巴西的联邦或州的其他法律制度。某些评论家认为[遗传资源]有特殊用途、须按特殊程序加以利用的公共商品”。⁴³

48. 自从巴西批准该《公约》以来，已有好几项倡议试图管理对巴西遗传资源的获取，但是尚未在联邦一级颁布相关法律。迄今国会已在审议各种不同的提案，但是阿马帕州和阿克里州已经通过本州的法律来管理遗传资源获取。这两个州都把遗传资源视为州的继承

³⁷ 1990 年《专利法》，s15(1)(a)。

³⁸ Voumard, John (2000 年) 《关于联邦区域内生物资源获取的联邦公开调查》，澳大利亚联邦，第 53 页。

³⁹ 见说明 20。

⁴⁰ 见说明 20。

⁴¹ 《巴西宪法》第 225 条，《巴西宪法》条文载于网上：《国际宪法项目》，

<<http://www.servat.unibe.ch/law/icl/br00000.html>>。

⁴² André Lima 遗产权利所有权：来自于谁？为了谁？在线：<http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/patrgeni.shtml>。

⁴³ Jorge Cabrera Medaglia 关于遗传资源获取和惠益分享的立法与实践比较分析：实施和解释的关键方面 IUCN，波恩。可上网查阅：http://www.iucn.org/themes/law/abs/documents/eng_critical_aspects.pdf at 214。

财产，并与生物资源区分开来；后者包含遗传资源，且可以为私人所有或社区公有。⁴⁴

49. 可是，为了应付猖獗的、毫无节制的生物勘察活动，联邦政府通过了一项处理遗传资源获取中所涉及的几个方面问题的“临时措施”。⁴⁵该《措施》成立了一个负责管理巴西遗传遗产的委员会，名为 *Conselho de Gestao do Patrimonio Genetico (CGEN)*。该委员会的主要任务是实施关于获取遗传资源和传统知识的国家政策，并开展技术和行政管理活动以审批这种获取。

50. 《临时措施》第 31 条要求，在申请通过使用该遗传遗产组成部分而获得的某个过程或产品知识产权的时候，须具体说明所涉遗传物质及相关传统知识的出处。

51. 《临时措施》没有确定或界定遗传资源的所有权。还不清楚各州是否有权管理在其境内发现的遗传资源的获取，或者，是否只有联邦政府可以决定“获取和惠益分享”政策。《宪法》中没有明确提到遗传资源属于联邦政府所有。联邦政府、州政府和联邦区政府均有权管理所有涉及森林、狩猎、捕鱼、动物群、自然养护、土壤和自然资源保持、环境保护、以及污染控制等方面的问题。看来，至少在通过联邦立法以前，各州可以管理遗传资源获取。⁴⁶

52. 然而，Cabrera（第 65 页）称，有可能推断，各州没有遗传资源所有权，因为通常各州不是“获取和惠益分享”合同的当事方（《临时措施》第 24 条和 27 条）。他进一步注意到，有一项修宪提案拟将“遗传继承财产”列为“联邦商品”，但至今这还只是一项建议。在这项正在编制的法律方案中，遗传继承财产被视为一种共有商品，就像《联邦宪法》第 225 条在环境问题上所确认的那样。

53. 根据关于遗传资源获取的现有法案之一，“遗传资源和衍生产品被视为巴西国民的有特殊用途的公共财产，应依照本法另的规定条件执行对这些资源的获取合同，而不论遇下列事项有关的权利是物质的还是非物质的：

- 一. 含有遗传资源或衍生产品的自然资源；
- 二. 传统上印第安人居住地土地及其对这些土地现有丰富资源的排他性享有；
- 三. 私人收集遗传资源或衍生产品；
- 四. 土著居民和当地社区掌握的与遗传资源或衍生产品有关的传统知识；
- 五. 巴西本地化及半本地化的农作物。”

54. 该法案进一步规定，“应确保本条提及的商品和权利的所有者和持有者能够根据本法规定的条件公平而平等地分享从获取遗传资源、获取土著居民和当地社区所掌握的与遗传资源和衍生产品有关的传统知识、以及获取巴西本地化及半本地化农作物所获得的各种惠益”。

⁴⁴ Jorge.

⁴⁵ K. Garforth 等人，关于遗传资源获取和惠益分享措施国家和区域实施综述 (CISDL 为加拿大环境部准备的报告，2005 年 12 月)。可上网查阅：http://www.cisdl.org/pdf/ABS_ImpStudy_sm.pdf。

⁴⁶ Miriam Dross 和 Franziska Wolff，《遗传资源获取和惠益分享国际制度的新元素——原产地证书的作用》。可上网查阅：http://www.abs.biodiv-chm.de/en/data/BfN_Skript_127.pdf。

55. 因此显而易见，该法案试图强调生物资源和遗传资源之间的区别，并且有意对各个类别资源的所有权和控制权加以区分。在这种情况下，遗传资源将是一种归属于联邦政府的公共商品；而包含遗传资源的生物资源则可以被任何其他实体所拥有和控制，而不论它们是私人还是官方。

加拿大

56. 加拿大建立了一个由省和地方政府组成的、对土地资源、自然资源和遗传资源相关事务拥有实权和广泛管辖权的联邦系统。

57. 自从加入《公约》以来，加拿大尚未通过任何有关“获取和惠益分享”的法律法规。然而同其他许多国家一样，现有一些法律和政策直接或间接地关系到联邦一级和省一级以及土著社区范围内的遗传资源在国家的地位。

58. 其中有不少法律和政策涉及到公园、生态保留地、森林、野生物、渔业、野生植物、濒危物种、以及像湿地之类受保护生态系统。有些法律还确立了对某些物种的产权，比如规定某些动物或植物属于皇家财产。其他一些法律则通过控制接近生境和物种——比如通过审批狩猎许可证和科研许可证——控制获取遗传资源。⁴⁷

59. 可是，这些法案和政策并没有回答围绕遗传资源所有者或潜在使用者的权利所可能引发的问题。在起草有关省属和联邦所属土地的科研管理规定的时候，没有涉及以商业为目的获取遗传资源的问题，也没有涉及研究者通过知识产权保护其研究成果方面的意图。⁴⁸

60. 由于尚未颁布特别考虑到这些问题的法律，所以尽管可以把涉及植物、动物和土地所有权的法律以及涉及到公共地产和保护区的法律解释为包括遗传资源，但是迄今还没有关于遗传资源属于谁的明确规定。⁴⁹在现行联邦政策中没有明确规定的设计是：私人财产所有者可以自由控制对其财产所属遗传资源的利用，并可与谋求利用此类资源者自主签订合同，以分享其中的惠益。⁵⁰可是，关于加拿大基因库中的易地遗传资源问题，加拿大联邦政府申明的政策是：全世界任何地方的善意研究者和喂食者为了研究和喂食的目的而利用此类资源，不受限制。⁵¹

61. 根据普通法，凡是拥有土地、某种动物或植物的人，似乎也同时拥有其上、其中包括遗传资源在内的任何东西。在公园、保留地或保护区发现的遗传资源方面，应在相关政府部门或机构辖下代表王国政府或省或地区（换言之，代表加拿大人民）对其行使监护权或管理权。

哥斯达黎加

62. 《哥斯达黎加生物多样性法律》（1998年5月第7788号法律）确立了一般规定，

⁴⁷ Karen Clark 和 Ian Attridge 《保护美洲生物多样性：有关加拿大遗传资源的法律和政策机制》。加拿大环境法律和政策研究所。1997年1月。

⁴⁸ 同上。

⁴⁹ 同上。

⁵⁰ Susan P. Bass 和 Manuel Ruiz Muller (eds.) 1999年。《保护生物多样性：管理美洲遗传资源获取的国家法律》。IDRC, 渥太华。

⁵¹ 见注35。

比如目标、法律适用范围、准则、以及生物多样性的所有权制度。该法律第 2 条规定，国家对生物多样性的遗传要素拥有完全的排他主权。

63. 哥斯达黎加的这项法律还进一步规定，遗传资源是公共财产的组成部分。根据第 6 条，“不论野生的还是驯养的，生物多样性要素的生物化学及遗传特征均属于公共财产。”显而易见，这就是说遗传资源的所有权属于国家。⁵²第 6 条进一步申明，构成公共财产的生物多样性要素以及所有遗传资源及生物化学资源的勘探、调查、生物勘察和利用，均须经国家审批。

64. 《生物多样性法律》同时承认，可以授予私人土地所有者、生物资源所有者、自然保护区负责人以及土著居民区以生物资源所有权资格。⁵³可见该法律承认对生物资源的单独权利。第 63 条载有关于利用遗传资源的规定，除其他外该条规定了：

1. 遗传资源利用所在地代表的事先知情同意权，而不论当这种利用发生在起所属领地的时候他们是区域性保护区理事会的代表、是农场主代表、还是土著当局的代表；
2. 委员会技术办公室的事先知情同意核准权；
3. 关于相关许可证、协议和特许中所认定的技术转让条件和惠益（如果有的话）公平分配的规定，以及关于这种利用所在地代表所要求的相关知识保护类别的规定。⁵⁴

65. 关于知识产权和传统知识保护：哥斯达黎加《专利法》（1983 年第 6867 号法律，2000 年修订）规定生物技术发明可以取得专利权。植物变异将受到专项法律保护。《生物多样性法律》规定，知识产权应与该法律的目标相一致。它排除了下列诸方面的任何保护形式：DNA 顺序；未经总体变异的植物、动物和微生物；动植物生产的基本生物过程；自然周期或过程；从相关知识引申出来的发明；公共财产中的传统或文化生物学实践；以及假如作为一种垄断商品出口就会影响到对哥斯达黎加公民健康和食物至关重要的农产品和农业技术的发明创造。它还规定，有关当局在签发与涉及到生物多样性要素的发明有关的知识产权或工业产权之前，应与国家生物多样性管理委员会技术办公室协商。

埃塞俄比亚

66. 《埃塞俄比亚联邦民主共和国宪法》（1995 年第 1 号公告）第 40 条规定了财产权利。其中第 1 段规定了每个公民的私有财产所有权。但是第 40 条第 3 段规定了国家和埃塞俄比亚各族人民对土地及一切自然资源拥有的独占所有权。⁵⁵

67. 《宪法》还规定，政府和所有埃塞俄比亚公民都有义务保护国家自然资源；不得采取破坏环境的方式执行发展方案和项目；公众有权参与协商与其有关的环境政策和项目规划与实施，并表达他们的意见。第 89 条规定，公民有权从国家的自然资源遗产获益，并有

⁵² 从上下文来看似乎“公共财产”系指国家对资源的保管人资格，而不是在其他一些管辖范围（尤其是实行普通法的管辖范围）所赋予的“不属于任何人所有”的那种概念的含义，尤其在这样的意义上，即：不得将任何人合法地排除在外。

⁵³ 《哥斯达黎加生物多样性法律》第 9 条。另见 Jorge Cabrera Medaglia 《关于遗传资源获取和惠益分享的立法与做法比较分析：实施和解释的关键方面》，自然保护联盟，波恩。可上网查阅：http://www.iucn.org/themes/law/abs/documents/eng_critical_aspects.pdf。

⁵⁴ 《哥斯达黎加生物多样性法律》第 63 条。

⁵⁵ Worku, Damena, 2001 年。埃塞俄比亚遗传资源获取，第 9 章。可查阅：Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (编辑), (非洲遗传资源前景—法律、政治和机构手册)，2003 年。

权参与制订国家发展政策和方案。

68. 2006年2月，联邦政府颁布埃塞俄比亚关于“获取和惠益分享”的法律，名为《关于提供利用遗传资源及共有知识和共有权利公告》。⁵⁶该法律将生物资源和遗传资源区分开来。其定义部分大多采用了《生物多样性公约》中的“生物资源”定义和“遗传资源”定义，但重要的是该法律申明“遗传资源”包括衍生物。⁵⁷

69. 《公告》第5节专门处理遗传资源所有权问题和共有知识的问题。现行的大多数“获取和惠益分享”措施都没有明确处理所有权的问题，就此而言，这种做法很突出。《公告》第5节申明：

1. 遗传资源的所有权属于国家和埃塞俄比亚人民。
2. 共有知识的所有权属于相关的当地社区。

70. 这样，该法律就区分了所有权属于国家的遗传资源和属于相关社区所有的“共有知识”。“共有知识”的定义是“由当地社区数代人创造或开发的有关养护和利用遗传资源的知识、做法、发明或技术”。⁵⁸凭借这种所有权，该法律明确地承认当地社区“对使用共有知识进行管理”的权利，他们“利用其遗传资源和共有知识的不可剥夺的权利”，以及“分享从利用遗传资源和共有知识所获惠益的权利”。⁵⁹

71. 这些条文是与《公约》一致的，并且符合《公约》第8(j)条提及的“传统知识”概念，其中规定要尊重、保护和保持“土著和当地社区的知识、创新和做法……”，同时规定要“平等分享从利用这种知识、创新和做法所获的惠益”。

72. 《公告》没有区分不同类别的遗传资源，但是第15(2)条还规定：

根据埃塞俄比亚为一缔约方的多边系统对遗传资源的利用，应当遵守该体制规定的条件和程序。应通过管理规章来确定依照多边系统据以利用遗传资源的条件和程序。

73. 虽然该《公告》的这一条明确规定了《粮农植物遗传资源国际条约》项下获取和惠益分享多边系统的实施规则，但是看来该条款并非仅限于该《条约》的多边系统而已。它的内涵非常宽泛，因此可以这样来解释：它为进一步适应涉及任何其他类遗传资源的任何多边协定或安排留有余地。该条款还承诺，该国将依照管理规章执行任何这种系统。⁶⁰

印度

74. 印度的《生物多样性法律》是管辖印度获取和惠益分享的法律。该法律的主要目的是管理生物资源的获取和相关的传统知识，以确保根据《生物多样性公约》第15条的规定公平地分享利用生物资源所产生的惠益。《生物多样性法律》对处理遗传资源的所有权问题没有具体的规定，宪法或者其他法律中也都没有直接提及遗传资源的所有权或法律地位。

⁵⁶ 第482/2006号公告。

⁵⁷ 第2.6条，“遗传资源”系指包含具有实际或潜在价值的遗传信息的任何遗传物质，包括衍生产品。第2.3条，“衍生产品”系指从生物资源中提取或开发的产品，可能包括植物变种、油类、树脂、树胶、化学品和蛋白质。

⁵⁸ 第482/2006号公告，第2.14条。

⁵⁹ 第482/2006号公告，第6条。

⁶⁰ 关于依照管理规章实施任何多边系统的这一规定特别值得注意，因为他免除了通过颁布新立法的僵硬程序实施任何先行或未来关于获取遗传资源的多边协定的必要性。

75. 印度是联邦制共和国，关于生物多样性的权力分别属于国家政府和各邦及领土。因此，该法律设想了国家、邦和地方三级的执行结构。《生物多样性法律》规定，在申请建筑在印度的生物资源基础上的一项发明的知识产权之前，必须得到国家主管当局国家生物多样性管理局或邦的批准。^{61/} 但没有提及生物资源或可能含有遗传资源的土地的所有权。

76. 先后于 1999 年和 2002 年修正过的 1970 年的《专利法》不允许将专利权授予已经通过使用、文字描述、或任何其他途径以任何方式在任何国家可供公众所用的任何制作法和产品。《专利法》禁止对在申请专利注册日期以前已在当地或土著社区使用的物料或工艺授予专利权。最近修正的这一专利法载有关于强制要求披露受专利保护的“发明”中所用生物物质的来源及原产地的条文。新增条款还包括可将“不披露”或“错误披露”此类信息作为否决专利申请或撤销已授专利权的理由。⁶²

肯尼亚

77. 肯尼亚同其他许多国家一样，还有待处理遗传资源的法律地位问题。不过，该国根据英国普通法来对待财产概念，除非在个别情况下被宪法或法案所取代。对不动产的理解包括土地以及竖立或生长在或附加于土地上并且被法律认定不可移动的任何财产。⁶³

78. 1992 年《肯尼亚宪法》有关财产的条文是在第 70 条中作为总括条款引进的，其中规定要保护每个公民的“家宅和其他财产的隐私并防止其财产被无偿剥夺”。可是关于私人土地所有者是否对在其财产上发现的遗传资源拥有所有权和控制权的问题，却没有明白确切地做出规定。肯尼亚继承了盎格鲁-撒克逊普通法传统，据此认为，所有权延伸到在某人私有财产下面和上面发现的一切东西。⁶⁴

79. 鉴于该国的普通法传统，关于遗传资源构成不动产权组成部分的论据是有商榷余地的，因为这些遗传资源以某种方式生长在或附加于土地上。这种处理方法得到高等法院裁决的支持，裁决书认为，“根据普通法和/或这个国家居民的惯例法，凡有权使用土地者亦有权拥有该地产生的果实，其中包括动植物群，除非已经被法律所否定。”⁶⁵

80. 1992 年《肯尼亚宪法》只是结合政府在养护方面的权力涉及到环境问题。因此，它没有直接提及遗传资源的所有权问题、这种资源的获取或惠益分享问题。但某些条款可以对这些问题产生直接影响。尤其是《宪法》中有关个人财产和托管地的条款可能涉及到遗传资源问题。

81. 《肯尼亚宪法》中与遗传资源关系最密切的条款载于第九章，处理国内托管地的法律地位问题。第 115 条将托管地的主要责任交给了县政务会。第 115 条第(2)款责成县政务会持有托管地以造福于有关土地上的普通居民，并且“根据现行且适用的非洲惯例法，实行可能赋予任何部落、群体、家庭或个人的有关托管地的权力、利益或其他惠益。”

⁶¹ 见 2002 年《印度生物多样性法案》第 6(1)条和第 19(2)条。

⁶² C.R Bijoy。《印度卡拉拉邦和泰米尔纳德邦的获取和惠益分享：TBGRI-Kani “样板” 和从土著居民观点看新出现的问题》。可上网查阅：<http://www.international-alliance.org/documents/ ABS%20-%20India.pdf>。

⁶³ Lettington, Robert。2001 年。肯尼亚的遗传资源获取，第 11 章，载于：《非洲的遗传资源观点：法律、政策和机构手册》。编辑：Nnadozie, K., Lettington, R., Bruch, C., Bass, S., 和 King, S. 环境法律研究所，华盛顿。

⁶⁴ 同上。

⁶⁵ Abdiadir Sheikh Hassan 和4位其他原告诉肯尼亚野生动植物局案，民事案件第 2959 号（肯尼亚高等法院，1996 年）。援引自 Lettington, Robert, 同上。

82. 《环境管理与协调法》（1999 年）是肯尼亚协调国内所有环境管理活动的体制性的立法。⁶⁶因此，它成为实施《生物多样性公约》的基本立法。该法案的许多条款都对遗传资源的获取问题有直接或间接的潜在影响。其中最明显的是第 53 条：“肯尼亚遗传资源的获取”。

83. 第 53 条责成国家环境管理局“发布准则并阐述可持续管理和利用肯尼亚遗传资源以造福于肯尼亚人民的各项措施”。为此，所发布的任何准则的条文或所阐述的措施均应包括：

- a) 关于获取肯尼亚遗传资源的适当安排，其中包括签发许可证和支付使用费；
- b) 种质进出口管理措施；
- c) 出自肯尼亚遗传资源的惠益分享；以及
- d) 当局认为加强管理肯尼亚遗传资源所必要的任何其他事项。

84. 根据这些条款，国家环境管理局发布了相关的管理条例，即 2006 年《环境管理与协调（生物多样性和资源养护、遗传资源获取和惠益分享）管理条例》。这些管理条例的范围相当广泛。除了一份清单所列的不适用事项之外，这些管理条例涵盖了一切有关获取和利用遗传资源的事项。要求所有生物勘察者必须获得研究许可证；必须获得社区和/或财产所有者的事先知情同意；并且必须签订包括货币及非货币惠益分享在内的材料转让协议。

85. 这实际上意味着，虽然凭借普通法律原则或宪法权利可以由私人拥有遗传资源，但是所界定的对遗传资源的一切利用均须获得国家主管当局的批准方可授权进行。

86. 《环境管理与协调法》第 50(f)款规定，有关生物多样性的任何养护措施“均应……维护当地社区对生物多样性的固有产权”。该法案没有对“当地社区的固有产权”这一词语加以界定，但是鉴于肯尼亚在历史上一贯承认各个领域的惯例法，这似乎至少意味着有意向承认对自然资源的惯有权利。这种解释似乎同该法案提及的其他社区权利是一致的。

87. 第 43 条规定，“部长可以通过发表《公告》宣布，惯常居住在湖滨、湿地、海岸带或河畔或森林区内或附近的当地社区的传统利益为受保护的利益”。第 48.2 款规定，国家环境管理局局长“在林区或山区方面采取的任何行动不得有损于惯常居住在这些林区或山区范围内或附近的当地社区的传统利益”。可是在该法案中没有提出关于“传统利益”的任何定义，因此它也许包括、也许不包括遗传资源方面的传统利益。

挪威

88. 根据挪威向秘书处提交的报告，关于保护自然环境、景观和生物多样性的法案草案，其中包括关于遗传资源获取和惠益分享管理规章草案，业已经过广泛的公开听证，政府正在草拟一项准备提交国会的立法建议。政府已任命了一个生物多样性国家委员会，该委员会已起草了处理遗传资源获取问题的条文建议。

89. 该委员会认为遗传物质基本上属于共有资源，通过研究与开发可以将其用于发掘新知识和新发明，以造福于人民和环境。为了实现这一目的，必须根据该法案草案中提出的养护目标来获取和利用遗传资源，并且要尊重土著人民和当地社区对此类资源的传统利用。

⁶⁶ 《环境管理与协调法》(1999 年)，1999 年第 8 号法案，2000 年 1 月 14 日生效。

因此，从自然环境中获取遗传物质的任何人有权在该法案和其他相关立法中提供的框架范围内探索、提取和利用遗传物质。

90. 该委员会专门就挪威公共收藏品方面单独建议了一个条款。委员会还建议，凡是从此种收藏品中获取了遗传物质的人，应自我克制，不要主张对有关物质拥有知识产权或其他权利，因为这将限制该物质在食物和农业中的应用。除其他外，后面这项要求执行了《粮农植物遗传资源国际条约》的一项条款。

91. 委员会还建议了进一步的条文，以便根据《生物多样性公约》规定，确保从其他国家收集和利用遗传物质。其中包括规定，如果从某国进口遗传物质共挪威所用，而该国要求同意收藏或出口这种物质，那么，只有在该国已经表示同意而且符合为这种同意规定的条件，方可批准进口这种物质。

92. 挪威的土地有相当一大部分属于私人所有。私营地主负责管理他们的财产。这样一来，吸收私营部门参与就成了挪威生物多样性管理政策和策略的一个核心组成部分。因此明确承认，私人土地所有者也拥有附属于其土地的生物资源和遗传资源。

93. 挪威《专利法》经过 2003 年修正（2004 年 2 月生效）增加了有关披露原产地的规定。新的第 8 b) 段规定，专利申请书应包括有关发明人收集或者获取生物质所在国家（亦即提供国）的信息。如果提供国的法律要求生物质的获取须经事先同意，那么申请人就应申明是否已经得到这种同意。

94. 如果生物质的提供国和原产国不是同一个国家，申请人还应申明原产国。原产国是指从原产地收集生物质所在的国家。如果原产国的法律要求生物质的获取须经事先同意，那么申请人就应申明是否已经得到这种同意。如果本款所涉及的信息属于未知，申请人亦应在申请书中如实注明。

95. 对不履行提供信息义务者将依据《普通民事刑法典》予以处罚。但是提供信息的义务不影响专利申请的例行程序和授予专利权的有效性。

菲律宾

96. 菲律宾在批准加入《公约》后不久，便发布了第 247 号行政命令（EO247），“阐述为科研、商业及其他目的勘察生物和遗传资源、其副产品和衍生物的准则并确立相应管理体制”。⁶⁷第 247 号行政命令于 1995 年 5 月 18 日生效。菲律宾的第 247 号行政命令十分引人注目，因为它是根据《公约》引进“获取和惠益分享制”的第一项国家立法。1996 年，环境和自然资源部发布第 20 号部颁行政命令（DAO No. 96-20），这是第 247 号总统政令的执行规则和管理条例。⁶⁸

97. 第 247 号政令确立了菲律宾生物勘察法律框架及其生物资源获取管理规则。第 247 号政令“……涵盖了外来和本土无论官方还是私人的个人、实体和组织想要利用的公共财产中的所有生物资源和遗传资源，其中包括在私人土地上的生长物”。第 247 号政令确认在菲律宾宪法中明确提出生物资源产权架构：菲律宾的一切森林、野生动植物、动植物区系和其他自然资源归国家所有（第十二条第 2 款）。

⁶⁷ 第247号行政命令，《为科研、商业及其他目的勘察生物和遗传资源、其副产品和衍生物制订准则和建立相应管理体制》，1996年5月18日。

⁶⁸ 环境和自然资源部第20号政令：《关于勘察生物和遗传资源的实施规则和管理条例》，1996年6月21日。

98. 菲律宾《宪法》申明，所有公产土地、水域、矿物、煤炭、石油和其他矿物油、所有潜在能源、渔业资源、森林或木材、野生动植物、动植物区系、以及其他自然资源均属于国家所有。应在国家的充分控制和监督下进行自然资源的勘探、开发和利用。《宪法》的这一规定是第 247 号行政命令在其“序言”中所申明的政令基础。虽然在第 247 号政令中没有按类申明生物和遗传资源所有权属于国家，但其中的某些条文，比如关于利用这些资源的特许权使用税的条款，暗含了这个意思。⁶⁹

99. 第 247 号行政命令适用于除了传统使用之外生物多样性的一切收集活动。但在后来达成的商业和学术研究协议中都明确陈述了国家对遗传资源的所有权主张。因此有理由认定，《宪法》中所讲的“自然资源”词语包括这些资源的部分和成分（组织、基因、分子，等等），而不论是植物还是动物，是活体还是标本。因此，对此类资源的探查和使用被置于国家的完全监控之下。⁷⁰

100. 没有提及原产地的披露/证明，也没有提及对申请评估的遗传物质或生物物质专利的限制性规定或对生命形态专利的限制。但是有些信息必须可供菲律宾免费使用。根据该政令签订的研究协议的条件之一，就是有关从菲律宾生物和遗传资源衍生出来的商业产品的一切发现均可供菲律宾政府和有关当地社区使用。

101. 同样，如果通过研究菲律宾的特有物种开发了技术，那么开发者（即掌握该技术所有权的个人或实体）应通过指定的某个菲律宾机构将此技术提供给菲律宾政府，供商业上或当地使用，而无须向当事人支付技术使用费，但条件是：各方可酌情谈判签订其他协议。在交换种质的情形下，应根据相关国际法项下的议定书，按照这类中心的任务说明，同配合工作的国家农业研究系统分享技术。⁷¹

102. 尽管第 247 号政令确立了法律框架，且第 96-20 号部颁政令也提出了实施第 247 号政令的管理规则，但是生物资源的利用还受到其他许多法律的影响，尤其是《土著人民权利法》、《国家综合保护区体系法》和《野生动植物法》。《野生动植物资源保护和养护法》管理对菲律宾遗传资源的获取。《实施规则与条例》（2005 年 1 月 14 日通过的题为“菲律宾生物勘探活动准则”第 1 号 DENR-DA-PCSD-NCIP 联合行政令）另行规定了为科研和商业研究目的的获取条例。《野生动植物法》实际上编撰了现有的关于保护和养护野生动植物资源的法律，但顾及了实施现有法律过程中积累的经验。《野生动植物法》尤其涉及第 247 号政令所引起的对运用程序和要求的关切，但对来自《宪法》的关于遗传资源现状的定义没有实际的影响。

103. 《土著人民权利法》系于 1997 年颁布，目的在于承认、保护和促进土著文化社区和土著人民的各项权利，其中包括对土地、内陆水域、沿海地区的财产权；另外在土著人民的地产权中还包括其中的自然资源。根据该法律第 34 条，土著文化社区或土著人民“有权获得对其文化和知识权利的完全所有权及其控制与保护的公认”。因此，“在土著文化社区/土著人民的祖传财产范围内，惟有根据相关社区的惯例法取得其事先知情自主同意，方

⁶⁹ Carrizosa, Santiago, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, 和 Patrick E. McGuire (编辑) 2004 年。《生物多样性获取与惠益分享：实施《生物多样性公约》的教训》。自然保护联盟,格兰特、瑞士和剑桥、联合王国。

⁷⁰ Carrizosa, 同上。第 13-14 页。

⁷¹ Jorge Cabrera Medaglia 《关于遗传资源获取和惠益分享的立法与做法比较分析：实施和解释的关键方面》。自然保护联盟, 波恩。可上网查阅：http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_critical_aspects.pdf，第 229 页。

可准许获取生物和遗传资源以及与这些资源的养护、利用和增进有关的土著知识”。⁷²

塞舌尔⁷³

104. 塞舌尔目前还没有专门处理《公约》项下获取和惠益分享问题或专门界定遗传资源法律地位的立法或政策。不过有一些立法旨在控制特定物种的获取和使用，比如《面包果和其他树木（保护）法》（1917年）和《海椰子（管理）政令》（1995年海椰子声明通告）。⁷⁴塞舌尔还完成了对获取和惠益分享立法草案的定稿，目前正在准备颁布这项法律。

105. 《塞舌尔共和国宪法》承认私有产权，并将这方面的权利扩展至生物资源和遗传资源所有权。因此，塞舌尔草拟的“获取和惠益分享法案”承认私有权。不过第6条主张国家拥有限制所有權的权力，以便为公众谋福利。该法案有如下规定：

5. 根据《塞舌尔共和国宪法》第26.1条，确认遗传资源的所有权属于在其上、其下方或其上方发现遗传资源的注册土地的所有人、该土地代理人或受托人、或者他们的代理人、受让人或受托人。

6. 根据《塞舌尔共和国宪法》第26.2(a)条，在塞舌尔共和国发现的遗传资源的决定权、控制权和管理权属于政府，应当为了公众的利益并依照本法律规定行使上述权力。

106. 根据该法案，遗传资源的所有权属于相关土地或财产的所有人，但是国家保留确定这些资源的获取规则之权力。换言之，虽然个人和私营实体可以在其土地上以其认为适当的方式（以法规为准）处理生物资源问题，但在遗传资源情况下，据认为政府可以适当干预。政府干预主要理由是，遗传资源价值最大化的最有效途径，就是集体管理——亦即通过政府来管理对这些资源的获取。⁷⁵因此，实际上如果在私人土地上收集资源，私营地主也许有权对由此产生的人和惠益要求享有一定的份额，但是国家有权决定获取的参数，并有权通过谈判确定惠益的数额。

107. 塞舌尔是迄今在其现有立法或法案中对遗传资源和生物资源加以区分的少数国家之一。正如Nnadozie等人所讨论的那样，⁷⁶塞舌尔的做法系基于可在《公约》中发现同样的基本结构。在其草拟的法案中，“生物资源”包括对人类有实际或潜在利用价值的生物体或部分生物体、生物群落或生态系统的任何其它生物成分；而“遗传资源”则指包括部位和组份在内的生物资源，其中不包括：

(a) 其预期目的不涉及采用任何自然的或人工的手段进行栽培或繁殖的包括常规生物资源在内的任何生物资源；以及

⁷² 《土著人民权利法》，第35条。

⁷³ 主要根据Lewis-Lettington RJ 和 Dogley D.，2006年，《关于塞舌尔发展遗传资源获取和惠益分享法案（2005年）的评论意见》。国际植物遗传资源研究所，罗马，意大利。

⁷⁴ Rolph A. Payet 和 Robert J.L. Lettington “塞舌尔的遗传资源获取”，载于Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (编辑)，《非洲的遗传资源观念—法律、政策和机构手册》，第15章。环境法律研究所，2003年。

⁷⁵ 这种做法在塞舌尔不乏先例。其中最突出的是海椰子管理，在这方面承认私有权，但是政府保留向私人销售商签发销售许可证和定价的权力。

⁷⁶ Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (编辑)，《非洲的遗传资源观念—法律、政策和机构手册》。环境法律研究所，2003年。

(b) 部长可能在管理条例中预先规定的任何其他生物资源或此种资源的使用。

108. 该法案第 17 条仿效《生物多样性公约》第 15.5 条，要求获得主管当局代表国家的事先知情同意，并且要求获得与所涉遗传资源有关或与其获取的任何其他方面有关的私有产权持有者的事先知情同意。⁷⁷

109. 在该法案自觉地或有意地区分遗传资源和生物资源的同时，在用于粮食和农业的植物遗传资源与其他遗传资源之间也有明确的界限，看来有两个理由：其一，塞舌尔的农业部门几乎完全依赖外来物资，从而导致意识到在不同的遗传部门有截然不同的动态占主导地位。其二，既然批准加入了《粮农植物遗传资源国际条约》，该国就承认需要实行对该框架特别具体的机制，比如国际公认的标准材料转让协议。

110. 该法案第 25 条规定，“有关遗传资源利用的任何权利受让人均应将申请、主张或要求与这种利用有关的任何形式的知识产权的任何意向通报协调机构”。虽然包含该条款的目的可能是为了监督资源利用，但是尚未就知识产权颁布国内立法。这就意味着，理论上可以实行英国标准，因为塞舌尔在专利权方面仍实行英国法律。虽然塞舌尔还不是世界贸易组织成员国，因而不受《与贸易有关知识产权协定》的约束，但是英国标准广泛体现了与贸易有关的知识产权，因此可据以授予大多数遗传资源专利权。⁷⁸

南非⁷⁹

111. 南非的《宪法》（1996 年第 108 号法案）为管理南非的生物多样性和遗传资源法律地位提供了一个中心框架。虽然《宪法》中没有明确涉及遗传资源及其所有权问题，但是国家、省和地方各级政府的权力范围格外重要。在与生物多样性养护有关的大多数功能领域，《宪法》赋予中央政府和九省政府以同步立法权限。⁸⁰《宪法》还划定了几个专属于国家权限的领域，比如国家公园、植物园和海洋资源；以及专属于省级辖区的领域，比如省级规划；并且规定了地方政府的某些功能，比如海滩和市立公园。

112. 《宪法》第 24 条规定，人人有权：

- (a) 享有一个不会危及其健康或福利的环境；
- (b) 为了当代和子孙后代的利益，通过合理的立法和其他措施保护环境，这些立法和措施可以：
 - (一) 防治污染和生态退化；
 - (二) 促进养护；并且
 - (三) 保障生态上可持续发展和自然资源的持续利用，同时促进可证明为正当的经济社会发展。

⁷⁷ R.J. Lewis-Lettington 和 D. Dogley。《关于塞舌尔共和国遗传资源获取和惠益分享法案制订情况（2005 年）的评论意见》。国际植物遗传资源研究所，罗马，意大利。

⁷⁸ R.J. Lettington 和 R. Payet，见前注，第 225 页。

⁷⁹ 关于南非“获取和惠益分享”制度的详细讨论，一般见 Rachel Wynberg: 《南非的生物勘察与“获取和惠益分享”》，可上网查阅：http://www.environment.gov.za/ProjProg/ProjProg/2004Jun10/stocktaking/NBSAP%20stocktaking_Access%20and%20Benefit%20Sharing%20May%2004.doc

⁸⁰ 分别见附表 4 和 5。

113. 在《宪法》的“权利宣言”中，有关产权的规定也是相关条款，主要是因为南非的生物多样性大多属于私人所有。该条规定不得剥夺任何人的财产，除非依据普遍适用的法律，而且这种剥夺不是专横的。⁸¹只有为了公共目的，或者在符合公众利益的情况下，方可征用个人财产，并且必须对此给予补偿。根据南非普通法，地产下面和上方的一切东西归地主所有。其中包括植物，但是不包括野生动物；后者被认为是无主财产（不属于任何人）。

114. Wynberg 着重提到，南非有好几种土地所有权，从自由保有土地权或西方所有权概念到土地所有权的惯常做法，各具特色，差别很大。⁸²大多数国有土地和商业农用土地都属于自由保有土地权，而习惯租借地则属于所谓“前黑人家园”。虽然成文法在上述两种情况下都适用，但在公社地区有一层惯例法也适用，而这往往是最容易被当地社区理解和实行的制度。虽然某些资源受到不同层次的保护，但是没有对遗传资源和自然资源加以区分。

115. 2004 年颁布的《国家环境管理：生物多样性法案》（简称《生物多样性法案》）第 1 条将“遗传资源”定义为包括任何遗传物质或者任何物种的遗传潜力或特征。⁸³该法案中关于国家生物多样性托管制度的第 3 条进一步明确表述了该定义：

在实施载于《宪法》第24条的权利方面，国家必须通过其实施生物多样性立法的主管机构：

- a) 管理、养护和保持南非的生物多样性及其各种成分和遗传资源；并且
- b) 实施本法案以逐步实现这些权利。⁸⁴

116. 《生物多样性法案》第 6 章题为“生物勘察、获取和惠益分享”，提出了南非的“获取和惠益分享”管理体制，并且在立法范围方面提供了较大指导：第 80 条规定该章的目的在于：

- a) 管理涉及本地生物资源的生物勘察；
- b) 为了生物勘察或任何其他研究的目的，管理共和国的本地生物资源出口；以及
- c) 确保各利益有关者公平而平等分享由涉及到本地生物资源的生物勘察所产生的惠益。

117. 在本地生物资源方面，要求在批准研究之前由申请者与“利益有关者”之间签订“材料转让协议”，⁸⁵以及惠益分享协议。对知识持有者来说，惠益分享协议是必须要有的。所有惠益分享或材料转让协议均须经过部级批准。负责签发许可证的机构可以促进申请人与“利益有关者”之间的谈判，以确保双方地位平等，或者可能按照主管部门的要求进行谈判，以确保做出公正和平等的安排。⁸⁶

⁸¹ 第 25(1)条。

⁸² Rachel Wynberg: 见前注 57。

⁸³ 国家环境管理：2004年《生物多样性法案》，2004年第10号。

⁸⁴ 同上。第 6 章。

⁸⁵ “利益有关者”系指— (a) 在第 82(1)(a)条中所设想的一个人、一个国家机关或者一个社区；或者 (b) 在第 82(1)(b)条中设想的一个土著社区。

⁸⁶ 第 82(4)(b) 和 (4)(c)条。

118. 现行《生物多样性法案》承认遗传资源的私有权，比如在私人财产或土地生长或发现的遗传资源。该法案设想的审批程序要求在国家签发必要的许可证之前，“利益有关者”与申请者之间进行谈判并达成协议。⁸⁷国家只在审批层面进行干预，以确保做出对利益有关者而言平等的惠益分享安排，并且从为此而设立的惠益分享基金获得和支付财务惠益。

119. 根据 2005 年《南非专利修正法》第 3 条，如果专利申请人提交的申请书中声称其要求保护的发明系根据或出自某种本地生物资源、遗传资源、或者传统知识或用途，专利登记官须要求申请人按照规定的方式就其利用本地生物资源、遗传资源、或者传统知识或用途的权利或权限出具证明。

F. 结论

120. 从以上实例可以看出，大多数国家的宪法只是界定了自然资源所有权，有些情况下一般性地界定了生物多样性成分的所有权，但是没有具体界定遗传资源的所有权。之所以存在这种情况，基本上是因为遗传资源所有权概念还很新奇，所以尚未在国家宪法中加以明确表达。

121. 虽然已有哥斯达黎加、埃塞俄比亚和安第斯国家共同体等少数国家具体处理过遗传资源的所有权问题，同时对生物资源和遗传资源加以明确区分，但是大多数其他国家依然实行其有关产权问题的普通法律规章，例如普通法或民法原则，或者利用其有关土地和野生动植物的常规法律来界定这种资源所有权。在后面这些情况下，遗传资源所有权是从土地或生物资源所有权引申出来的。甚至在实行普通法的国家也承认，关于“土地上面的资源所有权是土地产权的必然结果”的这个一般原则，可以通过立法将其调节或修改为“是每个如此立法的国家主权地位所固有的”。

122. 根据 Ruiz Muller 的调研结果，所有中美洲国家都承认（通过参照自然资源产权）遗传资源属于国家遗产，且由国家对此类资源行使权利。与此同时，它们也承认对某些生物多样性成分的私有产权（或社区产权）。这就需要对有关遗传资源的一套规则与权利和有关获取和利用生物资源的另一套规则和权利在概念上（或许还需要在法律上）加以必要的——但实际上非常复杂的一区分，而生物资源中可能包含遗传资源。⁸⁸

123. 如果将遗传资源定义为属于国家所有，那么由此带来的现实挑战之一就是：除非法律中另有规定，否则这将在土地所有者可以同生物勘察者做成私人交易的情况下排除私人签约或交易的可能。虽然个人可以按照他们认为适当的方式处理其产权事宜，但是如果生物物质的利用归入了遗传资源类别，那就不管如何定义，必然会牵涉国家规定的程序，而其必须服从之。

124. 对于实行联邦制政体的国家来说，还要面对管辖权方面的挑战，因为在不同层级的政府之间围绕生物多样性问题存在着行政权力和立法权限的严重重叠。不过据认为，一些联邦制国家有宪政机制来处理或解决因为管辖权重叠而引起的冲突问题，例如巴西规定联邦法律优先。

⁸⁷ 关于“关于在签发许可证之前须保护的某些利益”的第 82 (1)条。

⁸⁸ Manuel Ruiz Muller。“中美洲：哥斯达黎加、危地马拉、萨尔瓦多、尼加拉瓜、尼日利亚和巴拿马”，载于： Lewis-Lettington RJ 和 Mwanyiki S (编辑)。2006 年。《关于获取和惠益分享的案例研究》。国际植物遗传资源研究所，罗马，意大利，第 30 页。

125. 虽然在本报告所评述的许多国家有关本地遗传、生物和生物化学资源的所有权规定相对来说都比较明确，但是对于在易地状况下发现的、没有被《粮农植物遗传资源国际条约》所涵盖的资源来说，其所有权问题还有待澄清。

126. 澄清遗传资源的法律地位是实施《公约》第 15 条的关键所在，因为对于界定这些资源的获取要求、程序、规则和权利来说，这一澄清是必不可少的。可是显而易见，各国在界定生物和/或遗传资源的所有权方面采取的方式方法多种多样。在各国的法律制度中不一定对遗传资源所有权和生物资源所有权加以明确区分。
