

법제교류 연구 15-18-⑦

法制交流 研究 15-18-⑦

韓中遺傳資源法制比較研究

李相模·金哲



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

법제교류 연구 15-18-⑦

法制交流 研究 15-18-⑦

韓中遺傳資源法制比較研究

李相模·金哲

韓中遺傳資源法制比較研究

Comparative Study of Genetic Resources Legislation between Korea and China

研究者 : 李相模(副研究委員)

Lee Sang Mo

金 哲(中國政法大學 國際法學院)

Jin Zhe(CUPL)

2015. 10. 30.

요약문

I. 배경 및 목적

□ 연구의 배경

- 2010년 제10차 유엔 생물다양성협약 당사국 총회에서 채택된 “유전자원에 대한 접근 및 유전자원 이용으로 발생하는 이익에 관한 의정서”(이하 ‘나고야의정서’)가 2014년 10월 발효함
- 한중 양국은 나고야의정서 비당사국이라 하더라도 국가주권 아래 놓여있는 유전자원에 대한 접근 및 유전자원 이용(이하 ‘ABS’) 관련 법제는 이미 존재함. 나고야의정서 발효를 계기로 양국 관련 법제가 더욱 보강, 체계화될 것임

□ 연구의 목적

- 한중 양국의 유전자원 법제 현황과 예상 쟁점에 대하여 체계적으로 비교 분석하여 보고 이를 바탕으로 한중 양국의 유전자원 관련 법제 강화 방안을 제시함

II. 주요 내용

□ 한중 양국 유전자원 법제 비교

- 나고야의정서는 생물다양성협약의 세번째 목표인 “유전자원의 이용에서 발생하는 이익의 공정하고 공평한 공유”를 실현하기 위한 의정서임.

- 한국의 유전자원 ABS 관련 중요 법률로는 「생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률」, 「농수산생명자원의 보존관리 및 이용에 관한 법률」, 「생명연구자원의 확보관리 및 활용에 관한 법률」 및 「유전자원 접근 및 이익 공유에 관한 법률」(초안) 등이 있음
- 중국의 유전자원 ABS 관련 중요 법률로는 「종자법」, 「식물신품 종보호조례」, 「생물유전자원접근관리조례」 등이 있음

□ 시사점

- 한국은 국내 유전자원을 보존 및 이용하는 동시에 해외 유전자원을 적극 이용하는 정책을 펼칠 것으로 예상됨
- 중국은 한국의 「생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률」 및 「유전자원 접근 및 이익 공유에 관한 법률」의 구체적인 규정을 참고할 필요가 있음
- 한중 양국은 생물다양성보전 및 유전자원의 접근 및 이익 공유 문제를 유전자원의 보호와 이용 차원에서 공동으로 대응 및 협력할 필요가 있음

Ⅲ. 기대효과

- 유전자원 ABS조치를 보다 효과적으로 이행할 수 있는 법적 방안 제시
- 한중 양국의 관련 국제협력과 분쟁해결 개선 요구에 대응할 수 있을 것으로 기대

▶ 주제어 : 유전자원, 생물다양성, 이익공유, 나고야의정서, 한중비교법

Abstract

I . Background and Purpose

Background of this study

- In October, 2014, the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity (hereinafter the “Nagoya Protocol”) which was adopted at the tenth meeting of the Conference of the Parties on October 29, 2010, entered into force.
- Even though Korea and China are not a member of the Nagoya Protocol, both countries already have laws related to the Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing (hereinafter the “ABS”). The laws related to the ABS in both countries will be strengthened and systematized due to the enforcement of the Nagoya Protocol

Purpose of this study

- This study will compare and analyze present conditions and issues of the laws related to the ABS in Korea and China, and provide solutions to strengthen such laws.

II. Main Contents

Comparison of Korean and Chinese law related to the ABS

- The Nagoya Protocol is a protocol that achieves “the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources.”
- In Korea, laws related to the ABS are: “Act on Preservation and Utilization of Bio-Diversity,” “Act on the Preservation, Management and Use of Agro-Fishery Bio Resources,” “Act on the Acquisition, Management, and Utilization of Biological Research Resources,” and “Act on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing.”
- In China, laws related to the ABS are: “Act on Seed,” “Act on Protection of New Plant Varieties,” “Act on Access to Genetic Resources,” and others.

Implication

- It is foreseeable that Korea will make a policy that promotes preservation and usage of domestic genetic resources, and at the same time, use foreign genetic resources actively.
- China needs to make a reference to provisions in “Act on Preservation and Utilization of Bio-Diversity,” and “Act on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing.”

- Korea and China need to cooperate and respond jointly to issues related to “preservation of bio-diversity” and “access to genetic resources and benefit-sharing” for the purpose of protection and usage of genetic resources.

II. Expected Effects

- Legal solution for more efficient performance of ABS measures on genetic resources
- Improvement in international cooperation and dispute resolution between Korea and China

▶▶ **Key Words** : genetic resources, bio-diversity, benefit-sharing, the Nagoya Protocol, Korea-China comparison method

摘要

I. 背景及目的

研究背景

- 2010年第10届联合国生物多样性公约缔约国会议通过《关于获取遗传资源以及公正和公平分享其利用所产生利益的名古屋议定书》(简称《名古屋议定书》), 该议定书于2014年10月12日生效
- 中韩两国并非《名古屋议定书》的当事国, 但是对于国家主权下的遗传资源的获取与利用(简称‘ABS’)相关法制已经存在。以《名古屋议定书》生效为契机, 预计两国相关法制进一步加强与体系化

研究目的

- 系统比较中韩两国的遗传资源法制现状与预计的争论点并以此为基础提出中韩两国遗传资源相关法制强化方案

II. 主要内容

中韩两国遗传资源法制比较

- 《名古屋议定书》是为了实现生物多样性公约的第三个目标“公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益”的议定书
- 韩国的遗传资源ABS相关法律包括《关于生物多样性保全及利用的

法律》，《关于农水产生命资源的保存管理及利用的法律》，《关于生命研究资源的确保管理及活用的法律》以及《关于遗传资源获取及惠益共享的法律》(草案)等

- 中国的遗传资源ABS相关法律包括《种子法》，《植物新品种保护条例》，《生物遗传资源获取条例》等

启示意义

- 韩国预计实施保存及利用国内遗传资源的同时积极利用国外遗传资源的政策
- 中国有必要参考韩国的《关于生物多样性保全及利用的法律》及《关于遗传资源获取与惠益共享的法律》的具体规定
- 中韩两国有必要将生物多样性保全及遗传资源的获取及惠益共享问题作为遗传资源的保护和利用的层面共同应对及合作

III. 期待效果

- 提出更加有效履行遗传资源措施的法制方案
- 预计应对改善中韩两国相关国际合作及争端解决的要求

 关键词：遗传资源, 生物多样性, 惠益共享, 名古屋议定书, 中韩比较法

目次

요약문	3
Abstract	5
摘 要	9
第一章 绪论	13
第一节 研究必要性及目的	13
第二节 研究范围及研究方法	14
第二章 名古屋议定书主要内容及争论点	17
第一节 名古屋议定书概述	17
1. 生物多样性与名古屋议定书	17
2. 名古屋议定书制定过程	20
第二节 名古屋议定书主要内容及评价	23
1. 目标	23
2. 主要用语的界定	23
3. 适用范围	24
4. 与其他国际协定和文书的关系	25
5. 遗传资源及相关传统知识的获取	25
6. 公平,公正的惠益分享	27
7. 履约机制	28
第三节 名古屋议定书履约机制	28

第四节 名古屋议定书对非当事国的影响	31
1. 非《生物多样性公约》缔约方	31
2. 《生物多样性公约》缔约方	32
第三章 中韩两国遗传资源法制现状	35
第一节 韩国遗传资源法制现状	35
1. 韩国遗传资源现状	35
2. 韩国遗传资源法制现状	36
第二节 中国遗传资源法制现状	42
1. 中国遗传资源现状	42
2. 中国遗传资源法制现状	44
第三节 中韩遗传资源法制现状比较及其评价	54
第四章 关于中韩名古屋议定书国内履行法制定的议论	59
第一节 韩国国内履行法制定的议论	59
第二节 中国国内履行法制定的议论	61
第三节 比较及评价	62
第五章 关于中韩遗传资源法制的修改建议	65
第一节 关于韩国遗传资源法制的修改建议	65
第二节 关于中国遗传资源法制的修改建议	66
第三节 构筑中韩两国合作机制	67
参考文献	69

第一章 绪论

第一节 研究必要性及目的

2010年10月30日,联合国生物多样性公约第10届缔约国会议(COP10)通过《关于获取遗传资源以及公正和公平分享其利用所产生利益的名古屋议定书》(简称《名古屋议定书》),该议定书于2014年10月12日生效。¹⁾《名古屋议定书》是生物资源持续枯竭的现实当中,只有利用生物资源的企业获取利益而原产地国却没有公正,公平地获得利益的背景之下制定的。

《名古屋议定书》生效以后,获取并进口生物遗传资源之后用于药品,食品,新材料等的国家应当事先通报遗传资源提供国并获取许可,而且使用遗传资源发生的金钱的,非金钱的利益按照事先协议的条件进行分配。

《名古屋议定书》要求各缔约国酌情采取立法,行政或政策措施,以确保在其管辖内利用的遗传资源的获取按照事先通报许可实施并这种分享依照共同商定条件进行。

截止2015年2月,虽然韩国与中国并非《名古屋议定书》的当事国,但是韩国采取了一系列立法措施,其中包括已经制定国内履行《名古屋议定书》的《关于遗传资源获取与惠益共享的法律》草案并通过国务会议,现正在国会审议当中,而中国预计不久的将来批准加入该议定书。中韩两国虽然不是《名古屋议定书》的当事国,但是处于国家主权之下的遗传资源的获取与惠益共享(简称“ABS”)相关的法制已经存在,以《名古屋议定书》的生效为契机,预计两国的相关法制更加完善和体系化。

《名古屋议定书》生效之后,估计韩国从国外进口资源的化妆品,制药及保健品产业将会遭受损失。尤其对药品的原材料大多数依靠进口的国内制药产业影响甚大。绿十字的关节炎治疗剂“Shinbaro”,安国药品的镇咳祛痰剂“Synatura”,韩国PMG制药的骨关节症治疗剂“Layla”等国产天然

1) <http://www.cbd.int/abs/> (2015年4月17日 访问).

物医药品添加的狗脊, 黄连, 当归, 防风, 续断, 五加皮成分大部分从中国进口。韩国环境政策评价研究院分析指出《名古屋议定书》生效后国内制药生物产业每年增加136亿~639亿韩元的经济负担, 整个产业界每年向其他国家支付最高5000亿韩元。²⁾ 与此相比, 中国是世界上生物多样性最为丰富的12个国家之一, 拥有森林, 灌丛, 草甸, 草原, 荒漠, 湿地等地球陆地生态系统, 以及黄海, 东海, 南海, 黑潮流域大海洋生态系; 拥有高等植物34984种, 居世界第三位; 脊椎动物6445种, 占世界总种数的13.7%; 已查明真菌种类1万多种, 占世界总种数的14%。³⁾

在这种背景之下, 各国主张生物资源的权利可能引起冲突或特许权相关合同中发生争端。因此, 中韩两国遗传资源业界有必要系统地研究及分析对方国家的相关法制。同时, 比较研究中韩两国相关法制可以使两国共享法制现状信息和经验。

之前的研究成果中, 没有对《名古屋议定书》生效之后遗传资源ABS有关的中韩两国法制进行系统比较分析。所以, 有必要系统地比较分析并综合研究中韩两国的遗传资源法制现状及预计争论点。本项目研究是通过系统地比较分析中韩两国的遗传资源法制现状及预计争论点, 通过比较分析, 提出中韩两国的遗传资源法制的加强方案。

第二节 研究范围及研究方法

本研究从中韩均要加入的《名古屋议定书》的内容及争论点的分析出发。首先, 简述及评价《名古屋议定书》的主要内容及争论点, 并分析《名古屋议定书》对非当事国的影响及履行《名古屋议定书》的主要考虑事项, 以便为制定《名古屋议定书》履行立法提供参考。

2) http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2014/09/24/2014092403006.html
(2015年4月17日访问)。

3) [中]環境部: 中國生物多樣性保護戰略與行動計畫』(2011-2013年), “一, 我國生物多樣性現狀(一)概況” 第一段。

其次，考察韩国的遗传资源法制现状及实施现状。为此，分析韩国遗传资源现状，尤其是《关于生物多样性保全及利用的法律》及《关于农水产品遗传资源的保全，管理以及利用的法律》等相关法制现状。还有，环境部为了国内履行《生物多样性公约》附属的《名古屋议定书》，制定了《关于遗传资源获取及惠益共享的法律》草案，国务会议于2014年10月14日通过了该法律案，该法律草案包括国内遗传资源的获取程序，确认国外遗传资源的获取程序遵守等《名古屋议定书》国内履行的制度性基础的内容。本研究系统地分析该草案并具体提炼借鉴意义。

再次，考察中国的遗传资源法制现状及实施现状。中国不存在关于遗传资源的保存，管理及利用的专门立法。因此，本研究系统地分析相关法制，特别是《种子法》，《农作物种子品质资源管理办法》，《畜牧法》，《野生动物保护法》，《渔业法》，《水产鱼种管理办法》，《森林法》等有关法规条款。之后，分析中国《名古屋议定书》法制应对方案。

最后，分别为中韩两国的立法完善和中韩两国的合作提出政策建议。

第二章 名古屋议定书主要内容及争论点

第一节 名古屋议定书概述

《名古屋议定书》的全称为《〈生物多样性公约〉关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》(Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity), 从其全称可以获知, 名古屋议定书为《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity : CBD) 的补充议定书。因此, 概述部分首先介绍该公约与议定书的关系, 其次介绍议定书制定过程。

1. 生物多样性与名古屋议定书

1992年5月22日, 做为一项保护地球生物资源的国际性公约, 《生物多样性公约》(简称《公约》) 得以通过并于1992年6月5日在联合国环境与发展大会上公开签署, 1993年12月29日公约生效。截止2015年8月7日, 公约拥有196个缔约方,⁴⁾ 比《联合国宪章》成员国还多3个缔约方,⁵⁾ 使之成为几乎全世界公认的国际协定。

公约第1条规定: “本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性, 持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益; 实现手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让, 但需顾及对这些资源和技术的一切权利, 以及提供适当资金。” 公约不仅针对生物多样性保护, 而且还针对社会经济有关方面, 使得它成为环境与发展领域的

4) 《生物多样性公约》官方网站 : <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, 2015年8月3日访问。

5) 截止2015年7月, 联合国成员国为193个国家。联合国官方网站 : <http://www.un.org/en/members/>, 2015年8月3日访问。

里程碑。根据第1条规定,公约有以下三大目标:(1)保护生物多样性;(2)可持续利用其组成部分;(3)公平,公正地分享由利用遗传资源产生的惠益。获取与惠益分享(ABS)成为公约的第三个目标,这是缔约各国考虑到发展中国家与发达国家除了分享生物多样性保护的利益,还要分担生物多样性保护的代价,并通过获取与分享机制支持土著和地方社区在生物多样性保护方面的有效做法及创新。⁶⁾但是,具有讽刺意味的是,公平,公正地分享由利用遗传资源产生的惠益并没有直接关系到生物多样性的保护。然而,其原理是一旦公认为能够公平地享受生物多样性的经济价值,那么将会激励生物多样性的保护动机。⁷⁾因此,公约在序言里阐述:“认识到许多体现传统生活方式的土著和地方社区同生物资源有着密切和传统的依存关系,应公平分享从利用与保护生物资源及持久使用其组成部分有关的传统知识,创新和作法而产生的惠益”。可见,序言表明了遗传资源的获取与惠益分享的必要性。

公约第2条明确了“遗传资源”和“遗传材料”以及“遗传资源原产国”和“遗传资源提供国”的定义。公约第8条规定的生物多样性的就地保护中要求每一缔约国应尽可能并酌情“依照国家立法,尊重,保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识,创新和做法并促进其广泛应用,由此等知识,创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识,创新和做法而获得的惠益”(公约第8条(j))。

公约第15条⁸⁾原则性规定了遗传资源取得的各项内容,其中,第1款阐明

6) [德]Thomas Greiber, [哥伦比亚]Sonia Peña Moreno, [瑞典]Mattias Ahren等著:《遗传资源获取与惠益分享的〈名古屋议定书〉诠释》(薛达元,林海梅校译),中国环境出版社,2013年10月,第12页。

7) Alexander Gillespie(New Zealand), *Conservation, Biodiversity and International Law* (Edward Elgar, 2011), p.531.

8) 公约第十五条“遗传资源的取得”规定:“1. 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权属于国家政府,并依照国家法律行使。2. 每一缔约国应致力创造条件,便利其他缔约国取得遗传资源用于无害环境的用途,不对这种取得施加违背

国家对其自然资源拥有主权，并且有权管制其获取；第2款要求公约缔约方开放对环境无害的获取，不实施有违公约的限制措施；第3款规定只有资源原产国或根据公约条款已经取得遗传资源的国家可以提供遗传资源获取；第4款规定只能以共同商定条件为基础的获取；第5款规定受事先知情同意约束的获取；第6款规定遗传资源提供者全力参与以所提供的遗传资源为基础的科研。

公约第16条第3款要求公约缔约方采取法律措施，行政措施或政策措施，以期根据共同商定条件向提供遗传资源的缔约国提供利用这些遗传资源的技术和转让此种技术。第19条第1款要求公约缔约方采取法律措施，行政措施或政策措施来确保提供者有效参与到遗传资源的生物技术研究。该条第2款规定促进那些提供遗传资源的缔约国，在公平的基础上优先取得基于其提供遗传资源的生物技术所产生的成果和惠益。

如同前述，“公平，公正地分享由利用遗传资源产生的惠益”做为公约的第三个实现目标，其本身做了原则性的规定。由于公约本身是保护生物多样性的框架性公约，如同《卡塔赫纳生物安全议定书》⁹⁾一样，如果切实具体地实现第三个目标，使其更具操作性，还需另定议定书来解决实施中的复杂问题，诸如立场不同的国家背景之下实施，组织安排及能力欠缺，遗传资源相关的传统知识的保护问题，商业研究与非商业研究的区别等问题，

本公约目标的限制。3. 为本公约的目的，本条以及第十六和第十九条所指缔约国提供的遗传资源仅限于这种资源原产国的缔约国或按照本公约取得该资源的缔约国所提供的遗传资源。4. 取得经批准后，应按照共同商定的条件并遵照本条的规定进行。5. 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。6. 每一缔约国使用其他缔约国提供的遗传资源从事开发和进行科学研究时，应力求这些缔约国充分参与，并于可能时在这些缔约国境内进行。7. 每一缔约国应按照第十六和第十九条，并于必要时利用第二十和二十一条设立的财务机制，酌情采取立法，行政或政策性措施，以期与提供遗传资源的缔约国公平分享研究和开发此种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。这种分享应按照共同商定的条件。”

9) 生物安全议定书，其具体侧重点为凭借现代生物技术获得的，可能对生物多样性的保护和可持续使用产生不利影响的任何改性活生物体的越境转移问题。

而名古屋议定书就是为了解决这类问题而缔结的国际法文件。因此,名古屋议定书具有法律拘束力,是公约的补充协定。议定书旨在进一步拓展公约提供的获取与惠益分享的法律框架。

2. 名古屋议定书制定过程

在生物多样性公约生效后,公约缔约方大会(Conference of the Parties : COP)¹⁰⁾即开始讨论如何落实公约的相关条文,前几次的缔约方大会COP大都集中于有关遗传资源的取得和利益分享的现存之立法,行政及政策方面的信息以及各政府及适当国际组织关于知识产权信息的汇编。

获取与惠益分享在第4次缔约方大会之后有了飞速发展,缔约方大会决定成立具区域平衡的专家小组(a regionally balanced panel of experts),其成员由各国政府任命,包括公私部门的代表以及原住民及当地小区的代表。专家小组制定出了包括事先知情同意和共同商定的一整套建议,利益相关者参与方式以及根据公约框架处理获取与惠益分享问题的方案。

公约第5次缔约方大会为了进一步将获取与惠益分享程序规范化,成立了获取与惠益分享不限名额特设工作组(简称“特设工作组”),要求其制定出向缔约方大会递交的指导方针及其他事先知情同意和共同商定条件方式,利益相关者的参与,惠益分享机制,异地和原地保护和持续利用的方方面面以及传统知识的保护。特设工作组的第一次会议(2001年,德国波恩)草拟了《关于获得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》(2002年),后稍作修改被公约第六次缔约方大会采纳(2002年,荷兰海牙)。《波恩准则》的目标是:提供缔约方和利益有关者一个透明的框架来促进获取遗传资源和公平分享惠益;特别向发展中国家,尤其是最不发达的国家和小岛屿发展中国家提供能力建设,以确保有效谈判和实施获取

10) 《生物多样性公约》的最高权力机构是缔约方大会(COP),它由批准公约的各国政府(含地区经济一体化组织)组成,这个机构检查公约的进展,为成员国确定新的优先保护重点,制定工作计划。

与惠益分享的安排；加强资料交换所机制；帮助各缔约国建立保护土著社区知识，创新和实践的机制及获取与惠益分享制度。《波恩准则》提供了使各利害关系人理解其在遗传资源取得和惠益分享体制中的责任和权利的范围，以指引其设计和建立国内体制。但该准则是一个自愿性的原则，不具有法律拘束力，它不能被解释为改变缔约方根据公约享有的权利和承担的义务。

遗传资源取得和惠益分享体制历经公约通过，生效以及《波恩准则》的制定，从许多生物资源丰富的国家(多为发展中国家)的观点来看，仍无法有效落实公约的目标，特别是在防止非正当取得遗传资源利益上，公约欠缺适当机制来制约非法跨国的生物勘探活动。公约中未要求资源使用国对其境内私人公司采取执法行动，从而损害了公约的效力。此外，虽然《波恩准则》的影响不容忽视，但其法律性质毕竟属于软法，对缔约国并无法律上的约束力。¹¹⁾

在2002年，南非约翰内斯堡召开的联合国可持续发展世界峰会通过了《约翰内斯堡行动方案》，其多次提及获取与惠益分享。国际社会呼吁人们采取行动，经谈判制定一项相关的具有法律拘束力的国际制度，以期在公约框架下促进并保护由遗传资源利用产生惠益的公正，公平的分享，并将《波恩准则》考虑在内。2004年公约第7次缔约方大会响应了这个号召，要求特殊工作组在确保土著和地方社区，非政府组织，工业及科学技术机构以及政府间组织参与的前提下构思并谈判一项国际制度，以解决遗传资源获取与惠益分享的问题，实现利用一份或多份文件来有效实施公约第15条及第8条(j)以及公约的三大目标。于是，通过特殊工作组关于资源获取与惠益分享的真正的谈判开始于2005年在泰国召开的第3次会议和2006年在西班牙格兰达召开的第4次会议，会议产生了作为后来谈判基础的草案文本。

公约第8次缔约方大会(2006年) 要求特殊工作组在公约第10次缔约方大会

11) 倪贵荣：“《生物多样性公约》的回顾与前瞻”，载《上海大学学报(社会科学版)》2012年11月第29卷第6期，第6页。

(2010年)之前尽早完成工作。¹²⁾ 在第8次大会所通过的决议中,国际制度的内容已见雏形,但许多项目仍未确定,呈现许多差异且相互冲突的表述。参与谈判的国家对许多议题仍有分歧,包括:该制度是否应该具有法律拘束力;保护客体是否包含遗传资源及与之有关的传统知识的衍生物和产品;申请知识产权是否要求披露来源地,以及如何强化土著民参与此制度以及履约机制是否纳入等。在递交2008年缔约方第9次大会所确认的文本中,如同2006年版本,关于国际制度的目标,范围,主管事项等仍未达成共识。相比2006年的版本,2008年文本特别致力于呈现各种关于“履约”类型及细部项目。它依照共识的高低,将履约区分为两部分:第一部分共识较高,即所谓以纳入国际制度为目标的项目,包括提高认识,信息交换和国际认证颁发等。第二部分因争议较大,需要更进一步发展;此部分又分为三种履约的类型,包括鼓励履约,监督履约和执行履约等。其中发展中国家要求披露要件和资源使用国(多为发达国家)期望的建立国际性的取得标准,是争议较大者。为利于跨国司法救济及争端解决,在执行履约项目中,也提及司法利用,争端解决,跨国判决执行等。为提供工作组有关技术与法律的咨询意见,该次缔约国大会决定,设立专家小组,分别处理:(1) 履约;(2) 概念,用语,工作定义和项目趋向;(3) 与遗传资源相关的传统知识。

在第9次缔约方大会之后,又经历三次特设工作组会议,最终于2010年10月在日本名古屋召开的第10次缔约方大会上提交最后的文本。会议中虽对议定书的内容仍存在许多分歧,但终于在最后一天通过了《名古屋议定书》。议定书的通过大大推进了公约的三项目标,为向遗传资源的提供者和使用者的提供更大法律上的明确性和透明性提供了坚实的基础。通过缔约方国内立法或管制要求支持遵守的具体义务,以及反映在共同商定的条件中的合同义务,是《议定书》的重要创新。这些履约规定以及拟订更加可以预测的获取遗传资源的条件的规定,将有助于确保在遗传资源离开提供遗传资

12) 2002年(在公约生效10周年之际)公约第6次缔约方大会通过的《2002-2010年生物多样性战略计划》正好到2010年到期。

源的某一缔约方时惠益的分享。此外,《议定书》关于获取土著和地方社区所持有的与遗传资源相关的传统知识的规定,将会加强这些社区从利用它们的知识,创新和做法中所产生惠益的能力。

第二节 名古屋议定书主要内容及评价

名古屋议定书的结构包括引言部分,36个条款组成的正文部分以及一个附件(货币惠益和非货币惠益目录)。下面对正文部分的主要内容进行阐述及评价。

1. 目标

议定书的目标在第1条作了说明。该条款的文本引自公约第1条所述的第三目标,提到了“公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益”,将它做为议定书的主要目标。第1条阐明主张分享包括遗传资源的正当获取,相关技术的正当转让以及正当的资金支持。因此,惠益分享不仅仅包括以遗传资源为基础的产品所带来的惠益分享。而且,它还重新说明,在分享惠益的时候,还需要考虑所获取的资源以及被转让的技术所有权。最后强调议定书旨在保护生物多样性及其组成部分的可持续利用,从而将获取与惠益分享与公约的其他目标联系起来。

2. 主要用语的界定

议定书在第2条中对主要用语做了界定,其中规定:“利用遗传资源”是指对遗传资源的遗传和(或)生物化学组成进行研究和开发,包括通过应用公约第2条定义的生物技术;公约第2条所定义的“生物技术”是指使用生物系统,活生物体或其衍生物的任何技术应用,以制作或改进特定用途的产品或工艺过程;“衍生物”是指由生物或遗传资源的遗传表达或新陈代谢产生的,自然生成的生物化学化合物,即使其不具备遗传功能单元。议定书定义的

新术语相对较少,但是它的两个创新 - “利用遗传资源”和“衍生物”解决了议定书的协商中一些主要争论。它们与“生物技术”这个重复的定义一起构成了公约缔约方第10次会议由日本主席经协商在最后一天提出的一揽子折中方案,它们构成了议定书的主要执行条款。¹³⁾ 定义深受2008年12月在纳米比亚温得和克召开的关于概念,术语,工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议提交的报告的影响。¹⁴⁾ 但是,议定书并未对其他很多定义做出详细界定。例如,“获取遗传资源”,“获取与遗传资源相关的传统知识”,“研究与开发”以及“与遗传资源相关的传统知识的利用”等。要界定这些未定义的术语的内容,就要应用国际法关于解释的通则。¹⁵⁾

3. 适用范围

议定书第3条前一句规定:“本议定书适用于《公约》第15条范围内的遗传资源和利用此种资源所产生的惠益。”公约的第15条适用于国家能行使国家主权权利的遗传资源,这仅仅指的是在国家管辖范围内的遗传资源。

13) Tsioumani, E, 2010, Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol. Environmental Policy and Law(40(6), p.289; Matthias Buck and Clare Hamilton, 2011, The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, Review of European Community and International Environmental Law 20(1), pp.50-51.

14) 关于概念,术语,工作定义和部门方式问题法律和技术专家组会议提交的报告,UNEP/《生物多样性》/WG - 获取遗传资源并公开和公正分享通过其利用所产生惠益/7/2, 2008年12月2日,第2条。

15) 《维也纳条约法公约》第三十一条(解释之通则):“一,条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。二,就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括:(甲)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;(乙)一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三,应与上下文一并考虑者尚有:(甲)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(乙)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。(丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。四,倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义。”“第三十二条(解释之补充资料)为证实由适用第三十一条所得之意义起见,或遇依第三十一条作解释而:(甲)意义仍属不明或难解;或(乙)所获结果显属荒谬或不合理时,为确定其意义起见,得使用解释之补充资料,包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”这与很多适用习惯法的国家解释法规的方式是一致的。

对公约第15条的明确指出而非“公约的范围”这一措辞(这也属于谈判范围)表明各方不希望将《名古屋议定书》适用的地理范围与公约的第4条(b)¹⁶⁾相联系,因为这可能会引起关于《名古屋议定书》能否在公海上的生物资源的适用的问题。《名古屋议定书》同样也不适用于南极地区。加入《南极协定》的各方根据协定,不对该区域提出领土要求。这也就意味着这个区域内的资源不属于任何国家的管辖范围之内。这些资源同样不属于任何在此主张自己权利的国家,也不属于是该协定的缔约方。¹⁷⁾另外,第3条后一句还规定:“本议定书还适用于与《公约》范围内的与遗传资源相关的传统知识和利用此种知识所产生的惠益。”

4. 与其他国际协定和文书的关系

议定书第4条(与国际协定和文书的关系)和其他获取与惠益分享相关的国际文书及程序之间的关系也是协商过程中的另一重大争点。该条款阐明议定书条款不能影响现有国际协定的权利和义务,缔约方可以在将来制定或实施其他特别获取与惠益分享协定,这些特别协定如果与议定书的宗旨一致,那就以它们为准,而且还强调应对当下国际进程予以关注。

5. 遗传资源及相关传统知识的获取

遗传资源及相关传统知识获取问题成为获取与惠益分享概念中的核心部分。第6条第1款强调了国家拥有自然资源的主权。它再度阐明遗传资源获取必须得到提供国的事先知情同意,除非有另行规定。“事先知情同意的

16) 公约第4条(b)规定:“在该国管辖或控制下开展的过程和活动,不论其影响发生在何处,此种过程和活动可位于该国管辖区内也可在国家管辖区外。”

17) Matthias Buck and Clare Hamilton, 2011, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, *Review of European Community and International Environmental Law* 20(1), pp.57-58.

各缔约方，应酌情采取必要的立法，行政或政策措施。”(第6条第3款)¹⁸⁾ 第6条第2款涉及的情形是遗传资源已被确认为土著和地方社区所有。在这种情况下，国家必须根据国家法律酌情采取措施，确保获得土著和地方社区的事先知情同意或其核准及参与。

第7条规定与传统资源相关的传统知识的获取，需相应根据国家法律酌情采取措施，以确保此类土著和地方社区持有的传统知识的获取经过其“事先知情同意”或者核准和参与。第8条规定获取与分享制度中特别关注的诸项。¹⁹⁾ 这些事项得到了第13条(国家联络点和国家主管当局)，第14条(获取和惠益分享信息交易所和信息分享)规定的支持。

另外，一个涉及遗传资源的获取相关又与其惠益分享相关等多个层面的问题，与遗传资源相关的传统知识在议定书里多处提及，是第5条(公正和公平的惠益分享)第5款，第10条(全球多边惠益分享机制)，第11条(跨界合作)第2款以及第18条(遵守共同商定条件)第1款的必不可少的组成部分。但是，因其重要性，传统知识也在独立成篇的规章里有所提及，比如第7条(与遗

18) 根据《名古屋议定书》第6条第3款规定，通过国内各项措施以此来保证下列内容：
(a) 对本国的获取和惠益分享立法和监管规定的法律上的确定性，明晰性和透明性做出规定；
(b) 规定有关获取遗传资源的公平和非任意性的规则和程序；(c) 就如何申请事先知情同意提供信息；(d) 规定国家主管当局应在合理时间内，以成本效益高的方式做出明确和透明的书面决定；(e) 规定应在获取时签发获取许可证书或等同文件，以证明作出了给予事先知情同意的决定和拟定了共同商定条件，并相应地通告获取和惠益分享信息交易所；
(f) 在适用的情况下并遵照国内立法，制定标准和(或)程序，以便在获取遗传资源时获得土著和地方社区的事先知情同意或核准和参与；(g) 就要求和订立共同商定条件制定明确的规则和程序。这些条件应以书面形式拟定，除其他外，内容可包括：(i) 解决争议条款；
(ii) 关于惠益分享的条件，包括涉及知识产权；(iii) 关于嗣后第三方使用的条款(如果有第三方的话)；(iv) 适用情况下关于改变意向的条件。

19) 《名古屋议定书》第8条(特殊考虑)：“在制定和执行获取和惠益分享立法或监管要求时，各缔约方应：(a) 创造条件，包括简化出于非商业性研究目的的获取措施，促进和鼓励有助于生物多样性保护和可持续利用的研究，特别是在发展中国家，同时考虑到有必要对上述研究意向的改变予以处理；(b) 适当注意根据各国或国际上确定的各种威胁或损害人类、动物或植物健康的当前或迫在眉睫的紧急情况。缔约方可考虑是否需要迅速获取遗传资源以及迅速公正和公平分享利用此种遗传资源所产生的惠益，包括让有需要的国家，特别是发展中国家获得支付得起的治疗；(c) 考虑遗传资源对于粮食和农业的重要性及其对于粮食安全的特殊作用。

传资源相关的传统知识的获取)(参见上文)以及第12条(与遗传资源相关的传统知识)。第12条包括缔约方在实施议定书时的多项义务。²⁰⁾

6. 公平, 公正的惠益分享

公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益包括通过适当地获取遗传资源, 转让相关技术和提供资金, 是生物多样性公约的核心之一。公正和公平地惠益分享是公约三大紧密相连的目标之一。通过惠益分享, 公约寻求保障生物多样性的惠益, 能够为具有丰富的生物多样性和国家和社区提供保护的可持续使用生物多样性的动力和资金支持。此外, 在获取遗传资源方面, 公平的惠益分享被描述为“总交易”的一部分。²¹⁾可以被看作是承认国家和社区对遗传资源和遗传资源相关的传统知识的权利的逻辑结果。应用也适用公平原则, 它要求所有对产生这些惠益作出贡献的人, 如管理, 科研和开发过程的人, 都能分享惠益。但是, 尽管公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益在公约中扮演了重要的角色, 在法律和政策执行中, 公正和公平地分享利用遗传资源所产生的惠益被大大忽视了。很多有关获取与惠益分享的立法, 政策和研究只考虑了方程式的一个方面,

20) 第12条(与遗传资源相关的传统知识) 1. 在履行本议定书义务时, 缔约方应根据国内法, 在适用的情况下, 考虑土著和地方社区在与遗传资源相关传统知识方面的习惯法, 社区规约和程序。2. 缔约方应在有关土著和地方社区的有效参与下, 建立机制向与遗传资源相关的传统知识的潜在使用者通报其义务, 包括通过获取和惠益分享信息交换所提供的关于获取以及公正和公平分享利用此种知识所产生惠益的措施。3. 缔约方应酌情尽力支持土著和地方社区, 包括这些社区内的妇女制定: (a) 有关获取与遗传资源相关的传统知识以及公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益的社区规约; (b) 共同商定条件的最低要求, 以确保公正和公平地分享利用与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益; (c) 分享由利用与遗传资源相关的传统知识所产生的惠益的示范合同条款。4. 在执行本议定书时, 缔约方应根据《公约》的目标, 尽可能不限制土著和地方社区内及土著和地方社区之间对于遗传资源和相关传统知识的习惯使用和交流。

21) Gollin, M. A., 1993, An Intellectual Property Rights Framework for Biodiversity Prospecting. Biodiversity prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, ed. V. V Reid, S. A. Laird, C. A. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. H. Janzen, M. A. Gollin, and C. Juma. Washington, DC: World Resources Institute, p.159, 163.

着重于强调对遗传资源和遗传资源相关的传统知识的权利和建立获取程序和要求。²²⁾ 所以, 公平, 公正的惠益分享在议定书里多处被提及。

议定书第5条(公正和公平的惠益分享)²³⁾ 作为惠益分享的主要规定, 第9条(为保护和可持续利用做贡献), 第10条(全球多边惠益分享机制), 第19条(示范合同条款)以及附件(货币和非货币性惠益)是针对各具体方面而言的。

7. 履约机制

可以说, 议定书的履约体制建立了该文书的支柱。它的目标是防范并应对将来出现的对遗传资源或其相关传统知识的滥用情形(第15-17条), 确保惠益分享协定的实施(第18条)。²⁴⁾ 为了有效实施议定书, 议定书还设立了多样化的手段以及机构安排。关于履约机制的具体阐述见“第三节名古屋议定书履约机制”部分。

第三节 名古屋议定书履约机制

履约机制是针对环境问题的特点, 在国际环境条约框架内, 通过缔约方之间及缔约方与条约内设机构之间的合作, 加强缔约方履约能力, 以促进

22) Tvedt M. W. and Young, 2007, Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

23) 第5条(公正和公平的惠益分享) 1. 根据《公约》第15条第3款和第7款, 应与提供遗传资源的缔约方——此种资源的原产国或根据《公约》已获得遗传资源的缔约方分享利用遗传资源以及嗣后的应用和商业化所产生的惠益。以公正和公平的方式分享时应遵循共同商定条件。2. 各缔约方应根据有关土著和地方社区对遗传资源的既定权利的国内立法, 酌情采取立法, 行政或政策措施, 以确保根据共同商定条件, 与有关社区公正和公平地分享利用由其持有的遗传资源所产生的惠益。3. 为落实本条第1款, 各缔约方应酌情采取立法, 行政或政策措施。4. 惠益可以包括货币和非货币性惠益, 包括但不限于附件所列惠益。5. 各缔约方应酌情采取立法, 行政或政策措施, 以确保同持有与遗传资源相关的传统知识的土著和地方社区公正和公平地分享利用此种知识所产生的惠益。这种分享应该依照共同商定条件进行。

24) [德]Thomas Greiber, [哥伦比亚]Sonia Peña Moreno, [瑞典]Mattias Ahren等著:《遗传资源获取与惠益分享的〈名古屋议定书〉诠释》(薛达元, 林海梅校译), 中国环境出版社, 2013年10月, 第32页。

履约，并处理不履约的一种新型的避免争端的履约保障程序和机制。本文主要论述名古屋议定书对各缔约方加强履约能力的建设，提供提高履约能力的各种手段，安排机构以及最新进展。

议定书第15条²⁵⁾谈到遗传资源利用者应遵守提供国有关获取与惠益分享的国家立法和管制要求。根据该条第1款，所有议定书缔约方必须采取措施，使其管辖范围里利用的遗传资源依照已经确定的事先知情同意和共同商定条件获取，以符合其他缔约方的国内获取与惠益分享的立法规定或管制要求。因此，如果在国家层面存在此类要求，该规定旨在保障提供方的事先知情同意和共同商定条件的实现。根据第2款，所有议定书缔约方要求采取措施处理不遵守本条第1款的情形。根据第3款，所有缔约方需要就被指控违反第1款所指国内获取与惠益分享的立法规定和管制要求的事件给予合作。第16条²⁶⁾反映了缔约方在第15条中所列的义务，但其具体重点是放在与遗传资源相关的传统知识上。

第17条支持第15条的实施，但与第16条无关。本条第1款要求所有议定书缔约方监管和提高遗传资源利用的透明度。强制性措施包括以下内容：(1) 制定一个或多个检查点；(2) 鼓励遗传资源的利用者和提供者在要求共同商定条件的信息分享及其实施汇报的相关条款上达成一致；利用高成本效益的沟通工具和系统。该条款 (a) 进一步作了如下说明：(1) 检查点的作

25) 《名古屋议定书》第15条(遵守获取和惠益分享的国家立法或监管要求) 1. 缔约方应采取适当，有效和适度的立法，行政或政策措施，规定在其管辖范围内利用的遗传资源是按照事先知情同意获取的并订立了共同商定条件，以符合另一缔约方的获取和惠益分享国内立法或监管要求。2. 缔约方应采取适当，有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第1款通过的措施的情事。3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第一款所指的获取和惠益分享国内立法或监管要求的情事。

26) 《名古屋议定书》第16条(遵守与有关遗传资源相关的传统知识的获取和惠益分享的国家立法或监管要求) 1. 各缔约方应酌情采取适当，有效和适度的立法，行政或政策措施，规定其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识是得到事先知情同意或核准并在土著和地方社区参与下获取的，并订立了共同商定条件，以符合该土著和地方社区所在的另一缔约方的获取和惠益分享国内立法或监管要求。2. 各缔约方应采取适当，有效和适度的措施，处理不遵守根据本条第1款通过的措施的情事。3. 缔约方应尽可能酌情合作处理被控违反本条第1款所指的获取和惠益分享国内立法或监管要求的情事。

用是收集或接收事先知情同意, 遗传资源的来源, 共同商定条件的确立以及遗传资源利用等方面的信息; (2) 每个缔约方被要求遗传资源利用者在检查点提供此类信息; (3) 此类信息将被呈交给国家当局, 提供事先知情同意的缔约方及获取与惠益分享交换所; (4) 检查点必须在利用的整条链上发挥效用。与第1款相比, 第2-4款不包含任何义务, 其重点放在: (1) 定义国际认可的, 经获取与惠益分享信息交换公布的遵守证明; (2) 解释其作用, 即证明所示具体遗传资源的获取是依据提供国的事先知情同意并且拟定了共同商定条件的; (3) 阐明此证明需涵盖的最少信息。

第18条提到与第15-17条不同的一个遵守问题。其具体目的是为了促进实施遗传资源及其相关传统知识的个人利用者及提供者之间共同商定的条件。换言之, 它旨在支持合同义务得以遵守, 而不是支持获取与惠益分享国家立法和管制要求。所以, 第18条要求所有缔约方: (1) 鼓励遗传资源及相关传统知识提供者和利用者解决共同商定条件上的争端; (2) 在共同商定的条件上出现争端的情形下, 提供了一个在它法律体系内寻求援助的机会; (3) 针对司法渠道及可以相互认可并实施的外国裁决及仲裁裁决书的利用, 采取适当的有效措施; (4) 促进遵守本议定书的程序和机制。

最后, 议定书包括以下体制安排: 第26条预见公约缔约方大会做为议定书的缔约方会议; 第28条说明公约秘书处作为议定书的秘书处; 第29条提出了监管和汇报的规定; 第31条表明议定书的有效性评估应该在其生效后4年执行; 第33条对议定书的生效作了规定, 要求得到公约缔约方的国家或区域经济一体化组织的批准, 接受, 核准或加入的文书达到50份。

其他进一步的工具和机制包括: (1) 示范合同条款(第19条); (2) 行为守则, 指导方针以及最佳做法和标准(第20条); 提高认识(第21条); 能力建设(第22条); 由全球环境基金组织(GEF)提供的财务资源及财务机制。

第四节 名古屋议定书对非当事国的影响

名古屋的非当事国分为两类，第一类是非《生物多样性公约》缔约方，第二类是公约缔约方但非议定书缔约方。作为一个国际条约，议定书对没有成为议定书缔约方的国家不构成有约束力的义务。但是，议定书第24条规定缔约方应鼓励非缔约方遵守本议定书和向获取与惠益分享信息交换所提交适当的信息。这些方式可以包括积极的鼓励，比如说指出缔约方地位的优势或提供遵守议定书的技术，资金或机构支持。另一种鼓励可以通过获取与惠益分享框架管理的共同资金实现。此外，第24条规定缔约方有义务鼓励不是议定书缔约方的国家向获取与惠益分享信息交换所提供适当的信息。目的是尽可能多地收集和获取与惠益分享框架相关的信息，并使所有缔约方都能促进获取与惠益分享。

1. 非《生物多样性公约》缔约方

如前所述，截止2015年8月7日，公约拥有196个缔约方，比《联合国宪章》成员国还多3个缔约方，使之成为几乎全世界公认的国际协定。根据公约官方网站，全世界只有美国和梵蒂冈(Holy See)两国不是公约缔约方，其中梵蒂冈未签署公约，而美国签署但未批准公约。²⁷⁾ 根据《维也纳条约法公约》第三十四条(关于第三国之通则)，“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。”所以公约以及议定书不适用于美国和梵蒂冈。但是，公约具有很强的普遍性，正如公约序言规定：“意识到生物多样性的内在价值，和生物多样性及其组成部分的生态，遗传，社会，经济，科学，教育，文化，娱乐和美学价值，还意识到生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统的重要性，确认生物多样性的保护是全人类的共同关切事项”。首先，公约不仅认可生物多样性的外在价值，还承认其具有内在价值，这是以国际

27) <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, 2015年8月9日访问。

法律文件的形式承认生物的内在价值,在国际环境法上还属首次,²⁸⁾自然界每一有生命的或具有潜在生命的物体都有某种神圣并且应当受到尊重的价值,无论是一国政体如何以及是否加入《生物多样性公约》,这种环境伦理观是具有普遍性的;其次,地球的生物圈不分国界成为一体,而生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统非常重要,作为地球村的一员,每一国家都要承担维护地球生物圈的责任;最后,生物多样性的保护不仅是各国共同关切的事项,而且是全人类的共同关切事项。所以,生物多样性具有公益性的特点,保护生物多样性的国际法目的是为了全人类共同的生存和发展基础,其宗旨是为了人类的共同目的。即便美国和梵蒂冈还未成为公约的缔约方也应承担保护生物多样性的道义责任。而做为已经签署公约的美国来说,根据《维也纳条约法公约》第18条规定,美国负有义务不得采取任何足以妨碍公约目的及宗旨之行动。

2. 《生物多样性公约》缔约方

名古屋的非当事国第二类是公约缔约方而非议定书缔约方。现在,中韩两国就属于第二类,尽管笔者认为中韩两国成为议定书的缔约方只是时间问题,但是名古屋议定书对非当事国的影响问题无论是从理论上还是实践上都值得进行研究。

公约缔约方而非议定书缔约方的国家仍然要遵守公约的相关获取与惠益分享要求,包括第15条,第8条(j),第16条和第19条。同时,根据公约第32条,成为公约的任何议定书的缔约方的前提条件是条约的缔约方。议定书的前言第一句和第二句也规定:“本议定书缔约方,作为《生物多样性公约》(以下简称《公约》)的缔约方,……”这意味着议定书的缔约方必须是公约的缔约方。因此,公约缔约方而非议定书缔约方与议定书的缔约方均享有公约赋予的权利和承担公约要求的义务。而如同“生物多样性公约秘书处”

28) 秦天宝:《生物多样性国际法原理》,中国政法大学出版社,2014年5月,第12页。

指出：“《议定书》大大推进了《公约》的三项目标，为向遗传资源的提供者和使用者提供更大法律上的明确性和透明性提供了坚实的基础。”²⁹⁾ 据此，作为非议定书缔约方的公约缔约方也被要求实践关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益方面的框架性规定。但是由于公约的相关规定停留于原则性要求，因此实践起来比较困难并且一旦发生争端或没有履约而解决起来也不容易，而议定书增加了其明确性和透明性，为有效实现公约的第三个目标提供了坚实的基础。还有，通过缔约方国内立法或管制要求支持遵守的具体义务以及反映在共同商定的条件中的合同义务，是《议定书》的重要创新。对于这些履约规定，对非议定书缔约方的公约缔约方没有强制拘束力。包括中韩两国在内的不少非议定书的缔约方由于已经签署了该议定书而根据《维也纳条约法公约》规定，负有义务不得采取任何足以妨碍议定书目的及宗旨之行动。而且包括中韩两国在内的议定书非缔约方作为公约的缔约方可以作为观察员参加作为议定书缔约方会议的缔约方大会。(议定书第26条第2款)

29) 生物多样性公约秘书处：《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》，2012年，导言。

第三章 中韩两国遗传资源法制现状

第一节 韩国遗传资源法制现状

1. 韩国遗传资源现状

韩国搭桥亚洲大陆和太平洋，韩国展现从寒冷的大陆性气候到温暖的海洋性气候多种多样的气候，其特点是四季分明。虽然100,033平方公里土地的面积比较小，但是韩国依然得益于多样的生物资源与美丽的自然环境，由于森林与海岸生态系统共存的独特的地形特点，韩国领土多达64%山地的内地由海洋环抱三面，它为丰富的生物多样性提供了出色的条件。³⁰⁾ 韩国推定大约拥有10万余种本土生物资源，2014年为止发现并编入目录的共有42,756种。³¹⁾

湿地，滩涂地作为栖息地对于韩国物种形成多样性和明显特点非常重要。湿地从生物多样性的观点来看非常重要，因为它们为独特生物提供了栖息地，陆生和水生的生物随着环境的不同而不断演变。然而，随着湿地的逐渐减少，湿地物种的多样性也受到威胁。水獭(*Lutra lutra*)，勺嘴鹬(*Eurynorhynchus pygmeus*)和微型蜻蜓(*Nannophya pygmaea*)由于湿地的普遍丧失而成为处于濒临灭绝的一些物种。同时，广阔的滩涂存在于韩国的西海岸，它为甲壳类动物，鱼类和浮游生物的多样性提供栖息地。韩半岛一个重要的生物多样性的威胁是来自快速的城市化和工业化导致的栖息地丧失，由此濒临灭绝的动植物群数量迅速增加。尽管有植树造林的努力，栖息环境的恢复以及自然恢复，过去二十年还是大约减少了湿地的20.4%，耕地的15.9%，林地的2.1%。生物多样性也受到气候变化和外来物种侵袭的威胁。外来物种的自然或人为地引入到国内的总数为2,167种(333种植

30) Republic of Korea, The Fifth National Report to the Convention on Biological Diversity, April 2014, P.1.

31) 韩国环境部, 2015环境白皮书, 2015年7月, 第387页。

物和1,834种动物)。其中,扰乱生态系统的18种外来物种被指定为外来入侵物种(IAS)并得到管控。³²⁾此外,非法狩猎和采集也是威胁生物多样性的主要原因。

韩国环境部为了加强国家的生物主权,持续维护本国生物资源,并通过国家生物资源综合管理系统(www.kbr.go.kr)提供其信息。³³⁾该系统提供的信息包括生物种名称,分类体系,资源种类,专利信息,各类统计数据,有关法规等。

2. 韩国遗传资源法制现状

韩国遗传资源法制是以《关于生物多样性保全及利用的法律》为主,其他法规做了部分补充。其他法规包括《自然环境保全法》,《关于野生生物保护及管理的法律》,《湿地保全法》,《关于农水产品遗传资源的保全,管理以及利用的法律》,《畜产法》,《种子产业法》,《农渔业,农渔村及食品产业基本法》,《关于海洋生命资源的确保,管理及利用等的法律》,《关于生命研究资源的保全,管理以及利用的法律》等。

(1) 《关于生物多样性保全及利用的法律》

韩国2012年2月1日制定了《关于生物多样性保全及利用的法律》(法律第11257号,2013年2月2日施行,以下简称‘生物多样性法’),韩国政府制定本法的理由为:根据1992年联合国环境与发展大会通过的《生物多样性公约》,为了进一步系统推进生物多样性的保全与生物资源的可持续利用的政策,并为应对2010年10月第10次《生物多样性公约》缔约国大会通过的《名古屋议定书》显现的强化生物主权的国际趋势,力求为国家生物多样性战略的制定,国家生物种目录的构筑,生物资源国外转移的许可及外国

32) Republic of Korea, The Fifth National Report to the Convention on Biological Diversity, April 2014, P.1.

33) 韩国环境部,2015环境白皮书,2015年7月,第387页。

人生物资源的取得申请,国家生物多样性中心的运营,生物资源惠益共享及传统知识的保护,危害生态系的外来物种的管理等提供法制基础。³⁴⁾可见,《生物多样性法》是韩国履行包括《名古屋议定书》在内的《生物多样性公约》的国内法。该法包括第1章总则,第2章国家生物多样性战略,第3章生物多样性及生物资源的保全,第4章国家生物多样性中心等,第5章外来物种及破坏生态系物种的管理,第6章研究及技术开发等,第7章补则(申报及监督等,国家财政预算补贴,听证会,权限的委任,适用罚则时的公务员拟制),第8章罚则等共8章38条。

《生物多样性法》规定有关《名古屋议定书》的内容主要包括第3章生物多样性及生物资源的保全,第4章国家生物多样性中心等两章。“3章生物多样性及生物资源的保全”第11条规定了生物资源的国外转移须获得韩国政府的许可,也规定了环境部有权禁止许可国内生物资源如下情形的国外转移:(1) 栖息极其有限的;(2) 国外转移可能导致国家利益遭受重大损害的;(3) 具有经济价值高的形态的,遗传的特征的;(4) 国外转移可能威胁其物种生存的(第11条第3款)。第12条规定了生物资源的国外转移的许可取消。第13条规定了外国人等的生物资源取得申请。“第4章国家生物多样性中心等”第19条规定了生物资源的惠益共享。第20条规定了传统知识的保护。上述规定具体执行规范通过施行令和施行规则做了进一步细化。另外《生物多样性法》作为生物多样性的基本法具有原则性和纲领性以及指导性的特点,相关的部门法规将其基本法规更加具体化。这些部门法规包括《关于农业遗传资源的保全,管理以及利用的法律》,《关于农水产生命资源的保全,管理以及利用的法律》,《关于生命研究资源的保全,管理以及利用的法律》等。

34) 参见韩国法规信息中心官方网站:

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=122606&lsId=&efYd=20130202&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>。

(2) 《关于农水产品遗传资源的保全,管理以及利用的法律》

《关于农水产品遗传资源的保全,管理以及利用的法律》(2011年7月25日全文修订,法律第10938号,2012年7月26日施行,以下简称‘农水产品遗传资源法’)的前身为《关于农业遗传资源的保全,管理以及利用的法律》(2007年8月3日制定,法律第8589号,2008年8月4日施行,以下简称‘农业遗传资源法’)。韩国政府制定《农业遗传资源法》的理由为:为了应对遗传资源的主权化及垄断化加强的国际趋势,对作为生命产业培育素材的具有无限经济价值的国家财产的农业遗传资源构筑综合的管理体系,力求保全农业生物多样性,强化农业生命工学的竞争力,从而贡献于农业,农村的发展。³⁵⁾ 随着政府组织的改编,对水产的管理业务也整合到农林水产食品部,³⁶⁾ 该法的名称变更为《农水产品遗传资源法》并做了全面修订。修订理由为:为了防止对国内农水产生命资源的外国人的无序取得及国外转移,也为了给国内外农水产生命资源综合,系统地确保,管理及利用提供法制基础,从而一方面力求促进农水产生命资源的有效保全,管理及利用等,另一方面建设贡献于农水产生命产业发展的基础而贡献于农渔业,农渔村及国家经济发展。³⁷⁾

外国人以农水产遗传资源的商业利用为目的取得农水产生物以及与韩国人共同取得农水产生物资源的,应当事先取得许可(第8条,第9条)。规定外国人对农水产生命资源的权利及义务,韩国国民或以虚假或其他不当方法取得农水产生物资源许可的,或可能明显减少或破坏农水产生命资源的多样性的,可以取消或停止其许可(第10条,第11条)。农林水产食品部长官许

35) 参见韩国法规信息中心官方网站:

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=79975&lsId=&efYd=20080804&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>。

36) 2008年农林部与海洋水产部的渔业,水产业业务以及保健福祉部的食品产业业务整合组建了农林水产食品部。

37) 参见韩国法规信息中心官方网站:

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=115275&lsId=&efYd=20120726&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>。

可农水产生物资源的取得时,可以根据总统令规定附加条件(第12条)。政府持续并稳定地尽力投入推进农水产生命资源的保全,管理及利用的政策所需资金(第20条)。政府支援国外农水产生命资源研究,开发及国际合作的促进,并为掌握农水产生命资源的现状而发行并普及每年统计及刊物(第22条,第23条)。国家为执行农水产生命资源的确保,管理及利用的各种项目的地方自治团体或农水产生命资源相关团体进行财政预算的支援。

(3) 《关于生命研究资源的保全,管理以及利用的法律》

《关于生命研究资源的保全,管理以及利用的法律》(2009年5月8日制定,法律第9639号,2009年11月9日施行)是为了提供有效确保和管理潜在的高附加价值的生命研究资源的法制基础,构筑生命研究资源信息系统并促进生命研究资源的利用,从而谋求建设生命工学的发展基础,提高国民生活的水准并发展国家经济。³⁸⁾本法规定的生命研究资源,是指作为生命工学研究基础的资源,在产业层面有用的动物,植物,微生物,人体源研究资源等生物体的实物及信息。从其定义可以看出,除人体源生命研究资源以外的生命资源均为名古屋议定书的调整对象,韩国通过本法由有关中央行政机关长分管生命研究资源与国家开发项目的研究结果而生产的生命研究资源,并由未来创造科学部长官综合管理生命研究资源的信息。韩国通过本法促进遗传资源研究的确保,管理及利用,并支援遗传资源的研究,备案登记,对于遗传资源的取得与惠益共享机制的完善具有重要的推动作用。

(4) 《关于遗传资源取得及惠益共享的法律》草案

2014年10月名古屋生效以后,第3天通过国务会议的《关于遗传资源取得及惠益共享的法律》草案至今保留在国会中,³⁹⁾尽管该法案还未通过韩国

38) 参见韩国法规信息中心官方网站 :

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=93191&lsId=&efYd=20091109&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>。

39) “名古屋议定书,在国内停滞不前一年”,载韩国《电子新闻》2015年9月22日第21版。

国会，但是该草案毕竟是韩国政府为了专门针对国内履行《名古屋议定书》的综合法规，所以研究该法案可以展望韩国将来对遗传资源ABS的发展趋势。

韩国政府制定该法案的背景是随着第10次生物多样性公约缔约国大会上通过了《名古屋议定书》，国际社会正讨论如何强化对本国生物资源的主权权利，有必要完善国内应对方案。而且，名古屋议定书预计在2014年10月韩国主办第12次生物多样性公约缔约国大会之前生效，因此，作为缔约国大会主办国，应当及时批准名古屋议定书以及完善相关法规。由此，制定履行名古屋议定书规定的国内立法措施，力求保存国内生物资源以及可持续利用，公平公正地惠益分享，从而增进国际合作。

主要内容

适用范围(草案第4条)

- (1) 本法适用于议定书生效以后的遗传资源及相关的传统知识的取得及利用；
- (2) 但是，人类遗传资源，国家管辖权以外的区域及南极地区的遗传资源，作为商品的遗传资源，属于其他条约适用对象的遗传资源除外；
- (3) 对引发传染病的病原体的取得及惠益共享有关事项，由其他法律另行规定。

国家责任机关等(草案第7条)

名古屋议定书规定的国家联络机关为外交部及环境部，国家责任机关为农林畜产食品部，环境部，海运水产部及其他总统令规定的中央行政机关。

取得国内遗传资源等的申请(草案第8条)

- (1) 以利用国内遗传资源及其相关的传统知识为目的而取得者应向国家责任机关的首长申请。

利用遗传资源等中产生惠益的共享(草案第9条)

- (1) 遗传资源及其相关的传统知识的提供者与利用者应当努力达成相互合作条件，以便公平公正地惠益共享；
- (2) 为了实现公平公正地惠益共享，国家责任机关长应当履行必要的支援与监督活动。

事先取得，利用的禁止及非常措施(草案第10条～第11条)

- (1) 国际责任机关长必要时可以禁止或限制遗传资源及其相关传统知识的取得及利用；

(2) 国际责任机关有必要时可以采取遗传资源及其相关传统知识取得的简易措施。

国家检验机关(草案第12条)

国家检验机关长由总统令规定其中央行政机关长。

履行义务的监督及劝告(草案第13条~第15条)

(1) 国外遗传资源及其相关传统知识利用者必须遵守提供国的程序；

(2) 国外遗传资源及其相关传统知识的取得并利用者为了证明根据提供国规定的程序取得并惠益共享，应当向国家监督机关进行申告；

(3) 国家监督机关必要时可以实施遵守与否的确认调查并劝告遵守其程序。

遗传资源取得及惠益共享信息管理中心(草案第16条)

(1) 为了履行遗传资源的取得及惠益共享有关的信息的收集，提供，信息共享体系的构筑等职能，政府可以指定遗传资源的取得及惠益共享信息管理中心(以下简称“中心”)；

(2) 遗传资源信息管理中心负责下列各项业务：

a. 遗传资源及相关传统知识的获取及惠益共享有关的信息收集及管理；
b. 对国外遗传资源获取及惠益共享程序的信息调查及提供；
c. 根据议定书第14条规定而设置的信息共享体系的国内信息提供；d. 其他总统规定的业务。

(3) 国家主管机关及国家监督机关长应当将遗传资源及相关传统知识的获取及惠益共享的信息提供给遗传资源信息中心。

第17条专门规定信息保密等。

国库补助(第18条)

国家在预算范围内对相关主管单位实施遗传支援及相关传统知识的获取与惠益共享有关的国外动向的掌握，教育宣传，行为准则及标准的制定等支援其全部或部分费用。

第五章专门规定了罚则。

第二节 中国遗传资源法制现状

1. 中国遗传资源现状

中国是世界上生物多样性最丰富的12个国家之一。中国地域辽阔，拥有复杂多样的生态系统类型。动植物资源极为丰富，其中高等植物种数居世界第三位，脊椎动物种数占世界总种数的13.7%。中国生物遗传资源丰富，是水稻，大豆等重要农作物的起源地，也是野生和栽培果树的主要起源和分布中心。⁴⁰⁾

中国从1996年起组织实施了种子工程。到1999年共安排了国家级原种场，农作物种子质量检测中心，国家救灾备荒种子储备库，农作物品种区试站，农作物品种改良中心等种子工程非经营性项目189个，总投资11.8亿元；安排了大中型种子加工中心，种子包装材料厂，种子加工机械厂等基建贷款项目215个，总投资15亿元。1999年，全国国有种子公司已拥有原，良种生产基地1, 933.3千公顷，全国主要农作物的商品供种量已达450万吨。

中国在北京和青海建立了国家作物种质资源长期库和复份保存库各1座；在全国建立了各种作物种质资源中期保存库共27座；建立了32个多年生及作物野生近缘植物资源圃；完成了160种作物，37万份作物品种资源的入库(圃)编目，农艺性状，品质，抗逆和抗病虫等特性的鉴定评价工作，并建立中国作物种质资源信息系统。1996年至2000年，国内作物种质资源保存单位向全国育种，教学和生产单位分发(提供利用)各种作物的优良和优异作物种质资源11, 896份。

中国对畜禽品种资源保护增加了扶持力度，1998年全国共有各类种畜禽场3, 300多个，共计存栏种畜禽3, 200多万头(只，套)。截止1998年底，全国共保护畜禽品种资源64个，其中猪品种19个(含4个引进品种)，家禽品

40) 中国环境保护部：《中国履行<生物多样性公约>第五次国家报告(报批稿)》，2014年2月，第1页。

种15个(含3个引进品种),牛,骆驼品种8个,羊品种9个(含1个引进品种),马品种3个,蜜蜂品种10个。这些种畜禽承担着国家育种,保种和供种三大任务,为中国畜牧业持续稳定地增长,为繁荣市场,保障供给,做出了极其重要的贡献。中国还建立了大量动物园,野生动物繁殖基地,植物园和树林园以及一些种子库,胚胎库,细胞库和精液库,促进了遗传资源的保存与交换。⁴¹⁾

同时,中国也是生物多样性受到严重威胁的国家之一。生物多样性的丧失会导致严重的后果,引起不断恶化的健康问题,更高的食品风险,日益增加的脆弱性,更少的发展机会等等。生物多样性保护关系到中国社会经济发展全局,关系到当代及子孙后代的福祉,对于建设生态文明和美丽中国具有重要的意义。⁴²⁾

造成生物多样性(包括遗传资源)下降的直接原因是:⁴³⁾

- (1) 野生生物生境的退化或丧失。湿地和草地开垦,海岸线开发,交通,水电等大型工程建设,使野生动植物生境遭到破坏,种群繁衍面临直接威胁。
- (2) 自然资源的过度利用。草原过度放牧造成草原退化,沙化。高强度捕捞加剧了海洋渔业资源的衰退。尽管采取了一系列执法行动,但野生动植物非法贸易的现象仍然存在,有些地区还很猖獗。
- (3) 环境污染。江河湖海的水体污染严重,直接威胁水生生物多样性。化肥,杀虫剂,除草剂的使用,造成日趋严重的面源污染。中国管辖海域水环境状况总体较好,但近岸海域水污染依然严重。海洋环境污染对海洋生物多样性造成严重损害,引起赤潮等多种海洋生态灾害。
- (4) 单一品种的大规模种植。栽培的农作物集中在少数几个品种,使许多传统品种遭到淘汰,甚至永远消失。

41) <http://www.biodiv.gov.cn/>, 2015年8月17日访问。

42) 中国环境保护部:中国履行<生物多样性公约>第五次国家报告(报批稿), 2014年2月, 第1页。

43) 见前注, 第9页。

(5) 外来物种入侵。中国是世界上遭受外来入侵物种危害最严重的国家之一。外来入侵物种有500余种，对环境 and 经济带来巨大损失。

(6) 气候变化。气候变化使生物物候，分布和迁移发生改变，使一些物种在原栖息地消失；使有害生物的分布范围改变，危害加剧。

中国生物多样性保护面临的主要问题是：(1) 法制和体制有待进一步完善；(2) 保护意识有待进一步提高；(3) 保护与开发利用的矛盾突出；(4) 经费投入不足；(5) 科学研究相对滞后。⁴⁴⁾

2. 中国遗传资源法制现状

遗传资源的保护问题是生物多样性保护的问题之一，对于遗传资源来说，中国国内的法规以及学术界有各种不同的表达方式，常见的表达有“遗传资源”，“基因资源”，“种质资源”等，但是，其相对应的英文术语都是“genetic resources”，说明上述用语实际上就是议定书所要调整的遗传资源。以下论述中根据引用的法规以及文献的不同，使用的用语也有所不同，但“遗传资源”，“基因资源”，“种质资源”均指的就是议定书的“遗传资源”。

如前所述，中国是世界上生物多样性最丰富的国家之一，同时，中国也是生物多样性受到严重威胁的国家之一。造成生物多样性下降的原因除自然原因和优胜略汰的自然生态规律以外，直接原因均与人类活动有关。导致遗传资源多样性下降的直接原因与相关的法制有待完善具有一定的因果关系。因此，中国政府认为生物多样性保护面临的主要问题的第一个就是“法制和体制有待进一步完善”。下面主要分析中国的遗传资源立法现状。

中国是最早批准加入《生物多样性公约》的国家之一。中国政府为保护生物多样性和履行公约，积极认真地开展了一系列卓有成效的工作。近年来，中国制定了一些与生物遗传资源保护有关的法律法规。

44) 同上。

(1) 宪法与刑法

《宪法》第9条第2款规定：“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”此规定强调包括遗传资源在内的自然资源的可持续利用和资源的保护以及禁止破坏自然资源。宪法第26条规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。国家组织和鼓励植树造林，保护林木。”此规定从保护遗传资源的角度来看，就是国家保护和改善生境并防止环境污染且组织和鼓励遗传资源的全体社会层面的保护。

《刑法》(根据中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员第三十一次会议于2002年12月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(四)》)第344条规定：“违反国家规定，非法采伐，毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的，或者非法收购，运输，加工，出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品的，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”这里从刑法角度保护的遗传资源载体包括“珍贵树木”和“国家重点保护的其他植物”，其中，“珍贵树木”包括由省级以上林业主管部门或者其他部门确定的具有重大历史纪念意义，科学研究价值或者年代久远的古树名木，国家禁止，限制出口的珍贵树木以及列入国家重点保护野生植物名录的树木。⁴⁵⁾ 而凡载入林业部1992年颁布的《国家珍贵树种名录》，以及《野生植物保护条例》附件《国家重点保护的野生植物名录》所列的树木皆为国家重点保护植物。

除了宪法的原则性保护规定和刑法的刑事处罚性规定之外，为了建立合理的遗传资源获取与惠益分享的机制，促进农业，林业和医药生产，保障遗传资源的安全，中国制定了一些行政法律法规。

45) 最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2000.11.22. 法释[2000] 36号) 第1条。

(2) 环境保护法

《环境保护法》(2014年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议修订)虽然只字未提遗传资源,但是为遗传资源的获取与惠益分享提供了指导性的原则条款。该法第一条规定:“为保护和改善环境,防治污染和其他公害,保障公众健康,推进生态文明建设,促进经济社会可持续发展,制定本法。”第二条规定:“本法所称环境,是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气,水,海洋,土地,矿藏,森林,草原,湿地,野生生物,自然遗迹,人文遗迹,自然保护区,风景名胜,城市和乡村等。”结合《环境保护法》总则的这两条规定来看,作为遗传资源的载体野生生物及其生境是该法保护和改善的对象,而保护和改善的目的就是推进包括生物多样性在内的生态文明以及促进经济社会可持续发展。该法“第三章保护和改善环境”第三十条规定:“开发利用自然资源,应当合理开发,保护生物多样性,保障生态安全,依法制定有关生态保护和恢复治理方案并予以实施。”前面已经提到,公平,公正地分享由利用遗传资源产生的惠益并没有直接关系到生物多样性的保护。然而,其原理是一旦公认为能够公平地享受生物多样性的经济价值,那么将会激励生物多样性的保护动机。所以,包括遗传资源在内的自然资源的合理开发利用机制是环境保护的重要一环,而且中国遗传资源的保护与利益分享均与主管环境保护的环境保护部有关。

1993年,中国成立了由国家环保部牵头,外交部,建设部,农业部,中国科学院等13个部门参加的“中国履行《生物多样性公约》工作协调机构”。协调机构设在国家环保部,其主要职能就是协调各政府部门履行《公约》的工作。在2003年,国家环保部牵头,组建了由国家发改委,农业部,卫生部,商务部等17个部门组成的生物物种资源保护部际联席会议。同时,中国还成立了“国家生物物种资源保护专家委员会”,为生物物种资源保护提供科学支持。综上可见,中国已经大致形成了一个关于遗传资源获取与惠益分

享的管制框架,为国内遗传资源获取与惠益分享管制的进行,奠定了一定的基础。

另外《海洋环境保护法》对于海洋生态与生物资源的保护作出了规定。与自然保护方面相关的一些专门立法,对于遗传资源的保护与管制有着重要的作用。主要有《森林法》(1984),《草原法》(1985),《渔业法》(1986),《野生动物保护法》(1988),《进出境动植物检疫法》(1995)以及《种子法》(2000),这些单行立法对于特定的遗传资源做出了具体的规定,所以,这些法律也都适用于遗传资源。此外,2010年专利法的修改,也对于遗传资源的获取与管制方面作出了明确的规定,将遗传资源信息披露制度纳入其中。为实施这些法律,中国还制定了《自然保护区条例》,《野生药材资源保护条例》,《陆生野生动物保护实施条例》,《水生野生动物保护实施条例》,《种畜禽管理条例》,《野生植物保护条例》,《植物新品种保护条例》等等。另外,各地方相关部门也制定了相应的地方法规。

根据现行的法律法规,已经可以通过所有权制度,采集制度,交易制度以及外国人准入制度对于遗传资源的获取和会议分享进行管制。

(3) 种子法

2015年4月,第十二届全国人大常委会第十四次会议初次审议了《中华人民共和国种子法(修订草案)》。5月5日,中国人大网全文公布《中华人民共和国种子法(修订草案)》,向社会公开征求意见。现行《种子法》自2000年施行以来,在提高品种选育水平,发展种子生产经营多元主体,规范种子市场秩序等方面发挥了重要作用。随着社会主义市场经济发展,种子生产经营出现了不少新情况,《种子法》的一些规定已不适应。

《种子法(修订草案)》把握了五个原则:一是强化植物新品种保护,鼓励自主创新,严厉打击假冒侵权;二是完善育种创新体制机制,支持基础性、前沿性和公益性育种研究;三是发挥种子企业的市场主体地位;四是保障种业安全和生物安全;五是加强事前,事中和事后全程监管。⁴⁶⁾

46) 《<种子法>(修订草案)征询意见》,载《农资导报》2015年5月8日A03版。

现行种子法规定,向境外提供种质资源应当经国务院农业,林业行政主管部门批准,但对外国人,外国企业或者外国其他组织与国内合作研究利用种质资源的行为没有规范,致使一些外国人,外国企业或者外国其他组织借合作研究之名,轻易获取我国优异种质资源。国家对种质资源拥有主权,为防止优异种质资源流失,草案规定与外国人,外国企业或者外国其他组织开展合作研究利用种质资源的,应当经国务院农业,林业行政主管部门批准(草案第十一条)。

(4) 植物新品种保护条例

中国1997年制定了《中华人民共和国植物新品种保护条例》并加入了《国际植物新品种保护公约》(1978年文本),但面临着法律效力低,与国际植物新品种保护发展趋势的衔接不够紧密等问题。作为行政法规,植物新品种保护条例难以对侵害新品种权的民事责任作出规定,对品种权人合法权益的保护力度有限。在制度安排上,对新培育的植物新品种未区分原始品种和实质性派生品种,对实质性派生品种的权利实现没有任何约束性规定,导致一些育种者对授权品种的亲本⁴⁷⁾连续采取诱变,突变,回交等方式选育品种,只有细微性状改良的品种便可堂而皇之作为新品种使用,形成对原始品种权人权益的侵害。⁴⁸⁾该条例根据2013年1月31日中华人民共和国国务院令635号《国务院关于修改〈中华人民共和国植物新品种保护条例〉的决定》做了修订。该《条例》分总则,品种权的内容和归属,授予品种权的条件,品种权的申请和受理,品种权的审查与批准,期限,终止和无效,罚则,附则8章46条。

47) 亲本(parent): 杂交亲本的简称,一般指动植物杂交时所选用的雌雄性个体。遗传学和育种工作上常用符号P表示。参与杂交的雄性个体叫父本,用符号♂表示;参与杂交的雌性个体叫母本,用符号♀表示。

48) 刘振伟:《关于种子法修改》,载《农民日报》2015年7月6日第005版(现代种业周刊),第4页。

在该条例基础上,中国发布了《植物新品种保护条例实施细则》(农业和林业部分)以及农业和林业植物新品种保护名录。1997年3月发布的《进出口农作物种子(苗)管理暂行办法》规定:向国(境)外提供种质资源,按照作物种质资源分类目录管理,由中国农业科学院品种资源研究所办理审批手续,国务院农业行政主管部门审批。国务院农业,林业行政主管部门分别主管全国农作物种子和林木种子工作。选育的品种得到推广应用的,育种者依法获得相应的经济利益。中国还发布了《种畜禽管理条例实施细则》,《农作物种子生产经营管理暂行办法》,《进境植物繁殖材料检疫管理办法》等。

另外,为维护林业植物新品种权人的合法权益,规范林业植物新品种保护行政执法行为,国家林业局制订发布了《林业植物新品种保护行政执法办法》。《办法》明确了林业行政主管部门对3类侵犯林业植物新品种权行为实施行政执法:一是未经品种权人许可,以商业目的生产或者销售授权品种的繁殖材料的;二是假冒授权品种的;三是销售授权品种未使用其注册登记的名称的。《办法》细化了对3类案件的罚款数额,规定对未经品种权人许可,以商业目的生产或者销售授权品种的繁殖材料,或者假冒授权品种的案件,其涉案货值金额5万元以上的,依据情节轻重处以货值金额1倍以上5倍以下罚款。情节轻微的,处以1倍至2倍罚款;情节一般的,处以3倍至4倍罚款;情节较重的,处以5倍罚款。没有货值金额或者货值金额在5万元以下的,根据情节轻重,可处25万元以下的罚款。情节轻微的,处以5万元以下罚款;情节一般的,处以5万元至15万元罚款;情节较重的,处以15万元至25万元罚款。

(5) 生物遗传资源获取管理条例

《生物遗传资源获取管理条例》已列入《国家安全立法规划》和国务院立法工作计划。为推进立法工作,2015年2月10日,环境保护部组织召开了《条例》起草工作领导小组第一次会议,国家发展改革委,科技部,农业部,海关总署,国家质检总局,国家林业局,国家知识产权局,中国科学院,

国家海洋局等成员单位及国务院法制办代表出席会议。会上宣布了《条例》起草工作领导小组,工作组和专家组成员名单,介绍了《条例》起草背景情况,审议了《条例》起草工作方案。《条例》的起草工作,将为中国切实履行《生物多样性公约》以及《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》(简称《名古屋议定书》)提供法律依据与保障。⁴⁹⁾

(6) 与遗传资源有关的传统知识产权保护法规

2010年1月9日中国修订的《专利法实施细则》第26条规定,“专利法所称遗传资源,是指取自人体,动物,植物或者微生物等含有遗传功能单位并具有实际或者潜在价值的材料。”可见,国内关于遗传资源的规定与《生物多样性公约》保持一致。2008年12月27日修订的《专利法》第5条第4款规定:“对违反法律,行政法规的规定获取或者利用遗传资源,并依赖该遗传资源完成的发明创造,不授予专利权。”依照《专利法》的规定,依赖遗传资源完成的发明创造,其遗传资源的获得和利用,应当符合法律,行政法规的规定。第26条第5款规定:“依赖遗传资源完成的发明创造,申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源;申请人无法说明原始来源的,应当陈述理由。”为有效保护遗传资源,第5条对依赖违法获取或者利用遗传资源完成的发明创造不授予专利作了规定。第26条对此类发明创造的申请人的说明义务作了相应的规定。要求在专利申请文件中说明遗传资源的直接来源和原始来源。“遗传资源的直接来源“是指直接提供该遗传资源的国家,地区及提供者。”遗传资源的间接来源“是指遗传资源的原产地,即该遗传资源的所属国。

49) 《〈生物遗传资源获取管理条例〉起草工作领导小组第一次会议在京召开》,载《生物多样性简报》2015年第1期,
http://www.biodiv.gov.cn/hyxx/gnhy/201507/t20150730_307434.htm, 2015年8月12日访问。

《专利法实施细则》第26条是对《专利法》第26条第5款进行的详细解释,说明《专利法》中“遗传资源”的含义,解释《专利法》所说的依赖遗传资源完成的发明创造,是指利用了遗传资源的遗传功能完成的发明创造。对于遗传资源的利用并没有明确规定包括衍生物。遗传资源是否包含“衍生物”,是发达国家与发展中国家长期以来谈判争议的焦点。发达国家强调公约定义的遗传资源并不包含衍生物,仅限于具有遗传功能的材料,发展中国家坚持认为衍生物是利用遗传资源的最主要形式之一。《名古屋议定书》对“利用遗传资源”和“衍生物”分别作了定义。“利用遗传资源是指对遗传资源的遗传和(或)生物化学组成进行研究和开发,包括通过应用《生物多样性公约》第2条定义的生物技术”。“衍生物是指由生物或遗传资源的遗传表达或新陈代谢产生的,自然生成的生物化学化合物,即使其不具备遗传功能单元”。因此,衍生物利用属于遗传资源的利用,应纳入获取与惠益分享的范围。对于申请人的说明义务,《专利法实施细则》26条第2款规定:“就依赖遗传资源完成的发明创造申请专利的,申请人应当在请求书中予以说明,并填写国务院专利行政部门制定的表格。”与《专利法》,《专利法实施细则》配套使用的《专利审查指南2010》,在第1章第3条第2款,第10章第9条第5款对“遗传功能”,“违反法律,行政法规的规定获取或者利用遗传资源”以及“对披露内容的具体要求”等内容作了明确规定。⁵⁰⁾

中国对中医药资源及其传统知识的保护也做了法律规定。《中华人民共和国药典》对中药资源的保护规定如下:对于贵重中药材,取消野生物种的药用标准;对于资源匮乏的中药材,在允许的情况下,药材的药用部分由全草改为地上部分,以保留地下部分使其可继续生长;一些中药增加人工栽培品种作为新的基源,以减少对原有野生物种资源的采挖量。国家中医药管理局印发的《中医药事业发展“十二五”规划》,确定了野生中药资源培育,研究开发和合理利用能力不断提高的发展目标,提出了“开展全国

50) 韦贵红:《遗传资源专利保护机制探析—兼评〈名古屋议定书〉的履行》,《法律适用》2015年第2期,第41页。

中药资源普查, 加快种质资源库建设, 加强野生中药资源培育基地建设, 强化对重要, 资源有限的野生中药原材料的宏观调控”的任务。《中医药创新发展规划纲要(2006—2020年)》要求, 开展中药材珍稀濒危品种保护, 繁育和替代品等研究, 建立中药材种质库等, 完善中药材资源保护与可持续利用的关键技术。《国务院关于扶持和促进中医药事业发展的若干意见》提出:“加强对中药资源的保护, 研究开发和合理利用。保护药用野生动植物资源, 加快种质资源库建设, 在药用野生动植物资源集中分布区建设保护区, 建立一批繁育基地, 加强珍稀濒危品种保护, 繁育和替代品研究, 促进资源恢复与增长。”⁵¹⁾

2003年《中医药条例》对外国人获取传统中医药知识(包含共享资源)科研成果的问题进行了初步规定。其中, 第二十四条称外国获取根据传统中医药知识(包含共享资源)所取得的重大科研成果, 需要经过中医药管理部门批准。此外, 很多地方性法规也鼓励传统中医药知识(包含共享资源)制剂的获取和使用。⁵²⁾

(7) 部门规章

水利部通过建立健全《水法》配套制度体系, 修订《水土保持法》, 发布《中共中央, 国务院关于加快水利改革发展的决定》和《国务院关于实行最严格水资源管理制度的意见》, 将生物多样性保护涉及的水资源配置, 生态用水保障, 水资源保护, 水土保持等工作法制化, 规范化, 进而将生物多

51) 中国环境保护部:《中国履行<生物多样性公约>第五次国家报告(报批稿)》, 2014年2月, 第74页。

52) 2008年《黑龙江省发展中医药条例》第十五条第三款规定经食品药品监管部门批准, 医院之间可以自由获取根据传统中医药知识(包含共享资源)所制的制剂。2005年《贵州省发展中医药条例》第十六条和2008年《广西壮族自治区发展中医药壮医药条例》第十四条也有类似规定。2009年《四川省中医药条例》第三十三条第二款规定“对口支援机构”之间可以自由获取依据传统中医药知识(包含共享资源)所制制剂。2010年《深圳中医药保护条例》第四十一条规定在突发公共卫生事件的情况下, 根据传统中医药知识(包含共享资源)所制制剂也可以自由获取。2009年《四川省中医药条例》第三十五条和2010年《内蒙古自治区蒙医药中医药条例》第三十五有也有类似规定。

样性保护相关要求上升为法律政策要求,明确了水行政主管部门, 项目建设单位以及公众在生物多样性保护方面的责任与义务。

在原有法律法规的基础上, 农业部颁布了《畜禽遗传资源进出境和对外合作研究利用审批办法》,《畜禽遗传资源保种场保护区和基因库管理办法》,《畜禽新品种配套系审定和畜禽遗传资源鉴定办法》,《家畜遗传材料生产许可办法》,《从境外首次引进畜禽遗传资源技术要求(试行)》等一系列法规, 健全了畜禽遗传资源保护的法律法规体系。2010年国家发展和改革委员会和财政部出台了《关于同意收取草原植被恢复费有关问题的通知》, 明确了对草原矿藏勘察开采和进行工程建设征用或使用草原, 应交纳草原植被恢复费; 2012年国家颁布了《最高人民法院关于审理破坏草原资源刑事案件应用法律若干问题的解释》, 明确了破坏草原资源犯罪行为的定罪量刑标准。农业部组织制定了《农业野生植物原生境保护点监测预警技术规程》和《农业野生植物异位保存技术规程 第一部分: 总则》等4项农业野生植物保护行业标准; 颁布了《水产种质资源保护区管理暂行办法》, 《水生生物增殖放流管理规定》,《建设项目对水生生物国家级自然保护区影响专题评价管理规范》, 农业部关于做好海洋伏季休渔管理工作的通知; 发布了《农业重大有害生物及外来入侵生物突发事件应急预案》和《国家重点管理外来入侵物种名录(第一批)》, 陆续颁布了《微甘菊综合防治技术规程》,《福寿螺综合防治技术规程》等17项外来入侵物种防治行业标准, 发布了40项农业重大外来入侵物种应急防控技术指南。这进一步健全了农业生物多样性保护的法规体系。

海关始终致力于推动生物多样性进出境法律, 法规体系建设, 并根据《濒危野生动植物进出口管理条例》, 会同有关部门制定, 调整并公布相关进出口管理目录, 包括《进出口野生动植物种商品目录》,《两用物项和技术进出口管理目录》。同时, 结合工作实际, 海关对《古生物化石保护条例实施办法》的颁布及“中华人民共和国生物遗传资源管理条例”, “外来入侵物种环境监督管理办法”的制定提出具体意见, 完善生物安全立法。

为贯彻国务院办公厅《关于做好自然保护区管理有关工作的通知》，2011年国家林业局颁布了《关于进一步加强林业系统自然保护区管理工作的通知》，对自然保护区的总体规划，土地权属，机构人员，编制经费，管理体制等提出了要求。一些省区市也相继制定了贯彻落实的意见措施。“一区一法”制度得到进一步落实。甘肃，福建等省先后批准了两处国家级自然保护区的专项管理办法，内蒙古汗马国家级自然保护区也在积极争取地方人大立法。进一步推进自然保护区规范化管理，宁夏回族自治区出台了《自治区林业局关于进一步加强林业系统自然保护区林地管理的通知》，强化自然保护区土地管理措施；广西壮族自治区全力推进12处地方级自然保护区的确界工作，上报政府审批核准，并提出在未来三年内实现地方级保护区总体规划编制完成率达100%的目标；贵州省对全省林业系统的各级自然保护区组织了全面调查清理核实，建立了全省林业自然保护区名录和主要信息数据库。

国家知识产权局努力推进涉及生物多样性的知识产权立法研究和政策制定工作，2011年70与中医药局等部门联合发布了《关于加强中医药知识产权工作的指导意见》，努力推动建立有关中医药产业发展的遗传资源，传统知识保护制度。在专利审查实践中贯彻执行《中华人民共和国专利法》及实施细则中的遗传资源来源披露条款，要求申请人在相关专利申请中披露遗传资源来源，并通过课题研究对相关制度的实施效果进行了评估。

第三节 中韩遗传资源法制现状比较及其评价

从韩国现行法律体系来讲，遗传资源法制是以《生物多样性法》为主，其他单行法规做了部分补充。《生物多样性法》为了进一步系统推进生物多样性的保全与生物资源的可持续利用的政策，并为应对《名古屋议定书》显现的强化生物主权的国际趋势，力求为国家生物多样性战略的制定，国家生物种目录的构筑，生物资源国外转移的许可及外国人生物资源的取得申请，国家生物多样性中心的运营，生物资源惠益共享及传统知识的保护，

危害生态系的外来物种的管理等提供了法制基础。而中国并不存在关于包括遗传资源法制在内的保全生物多样性的基本法规。《生物多样性公约》并没有要求其成员国制定生物多样性基本法。从立法的应然关系来讲，其保全生物多样性的现实立法模式包括框架性基本法和相关各单行法规具体规定的模式和不存在基本法而只通过相关各单行法规相互补充立法协调规制的模式。从现行法的角度来看，韩国的立法模式属于前者，中国则属于后者。

中国遗传资源法律法规绝大多数是关于物种资源和遗传资源保护，利用以及规范市场行为等，并非专门针对遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享的立法，现行的遗传资源的总体管制框架不能适应遗传资源的获取与惠益分享的需要，对于遗传资源的获取与惠益分享管制的机构来说，虽然有协调机构，但是，由于各主管部门分工不明，没有法律上的权责规定，只是在自己的职权范围内各行其是，无法有效地进行管制，组织遗传资源的流失，也并没有将管制活动的具体客体进行规定，对于具体的惠益分享也没有进行调整。⁵³⁾ 同样，虽然韩国也制定了《关于农水产品遗传资源的保全，管理以及利用的法律》，《关于生命研究资源的保全，管理以及利用的法律》等，但这些法律也并非专门针对遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享的立法，现行的遗传资源的总体管制框架也很难适应遗传资源的获取与惠益分享的需要。特别是《名古屋议定书》要求事先知情同意程序与惠益共享的共同商定条件的订立的有关事项由国内法规定，而韩国的单行法规对此没有具体规定。另外韩国已有法律仅限于对被认为有价值的生物资源，通过要求获得移出国外许可，外国人获取申请等方式进行管理，而对其余的物种空缺管理手段。中国现行法规对遗传资源获取的事先知情同意程序，共同商定条件的要求，惠益分享的方式，获取后的监测，追踪与检查等也都没有具体的可操作的规定或者规定较少，对于控制遗传资源流失和确保公平公正分享遗传资源利用所产生的惠益显得非常薄弱。现行立法未明确遗

53) 张晓，成风明：《我国遗传资源获取与惠益分享的立法建议》，载《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2012年4月第6卷第2期，第125页。

传资源的利用者与提供者如何分享惠益的重要问题。例如《畜牧法》仅仅原则性地提到了“国家共享惠益的方案”问题，并没有对此作进一步的解释和规定，这种原则性的规定必定导致其在实践中不具有可操作性。

韩国关于遗传资源的ABS法制均由国会制定，虽然其《生物多样性法》是包括保护遗传资源在内的保全和利用生物多样性的基本法。但是，该基本法与其他单行法律并不存在上位法与下位法的关系，该第6条规定的与其他法律的关系来看，如果其他法律有特别规定的依其规定，只是要求如果制定或修订其他法律时，符合《生物多样性法》的目的和基本原则。这样，面临除《生物多样性法》的基本原则以外的与遗传资源相关的具体条款与其他单行法规的相关条款如何协调实施的问题。反观中国，由于立法机构的多样化产生更多的问题。中国《植物新品种保护条例》的法律位阶较低，目前中国对于植物新品种权的保护主要是依靠《植物新品种保护条例》及其《实施细则》，辅之以《专利法》，《种子法》等法律法规。一是从其主从关系能够看出我国植物新品种权法律保护体系存在着“辅高主低”的问题，即对植物新品种权保护起辅助作用的位阶是法律，对植物新品种权保护起主要作用的却是行政法规。相比于知识产权领域的其他权利诸如著作权，商标权等都是单行立法法律保护，《植物新品种保护条例》的立法层级及效力都明显低人一等，导致当事人没有可以依照的上位法设置新的实体上的权利和义务。而《专利法》不予保护植物新品种权，仅保护植物新品种的生产方法《种子法》也只对种质资源的新品种进行保护，涵盖范围过窄。植物新品种权保护法律位阶低的问题不可不为中国品种权立法上的一大弊端。二是《植物新品种保护条例》与新品种权保护有关的《专利法》，《种子法》之间缺乏整体衔接，不能很好协调，处理植物新品种权和其他传统知识产权之间可能造成的冲突，不利于很好实现对植物新品种的专利保护与品种权保护的协调。

最后，关于遗传资源有关的传统知识的保护方面，中国通过修订《专利法实施细则》保持国内关于遗传资源的规定与《名古屋议定书》保持一致。

该细则要求依赖遗传资源完成的发明创造，申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源。并且与《专利法》，《专利法实施细则》配套使用的《专利审查指南2010》对“遗传功能”，对披露内容的具体要求作了明确规定。而韩国的知识产权法规并没有此方面的规定，只是在《专利法施行令》规定了关于微生物的取得许可条款，而微生物仅为遗传资源的一部分，并不包括全部的遗传资源。

第四章 关于中韩名古屋议定书国内履行法制定的议论

第一节 韩国国内履行法制定的议论

2014年10月名古屋生效之后的第3天韩国国务会议就通过《关于遗传资源取得及惠益共享的法律》草案(简称“遗传资源ABS法案”),草案至今保留在国会中。该草案是韩国政府为了专门针对国内履行《名古屋议定书》的综合法规。《遗传资源ABS法案》力求保存国内生物资源以及可持续利用,公平公正地惠益分享,并增进国际合作。韩国政府认为,已有法律仅限于被认为有价值的生物资源,通过要求获得移出国外许可,外国人获取申请等方式管理,对其余的物种空缺管理手段;另外,依据《名古屋议定书》的规定,遗传资源国有权要求遗传资源发生的惠益共享,但是国内应对体系不完备;《名古屋议定书》要求的事先知情同意程序与惠益共享的共同商定条件的订立有关事项由国内法规定,但是国内法并没有规定。所以,韩国除了制定《遗传资源ABS法案》,没有其他替代方案。

《遗传资源ABS法案》不仅调整《名古屋议定书》生效以后的遗传资源的ABS领域,也调整与其相关的传统知识的取得及利用。法案第2条第4项规定:“‘传统知识’,是指一直以来采取的适合遗传资源的保全及可持续利用的传统的生活样式,生物多样性公约认可的土著民社区共同体保有的知识,技术及惯行等。但是,具体内容依照利用遗传资源时所签订的相互协议条件。”但是,如同前述(第三章第三节),关于遗传资源有关的传统知识的保护方面,韩国的知识产权法规没有要求依赖遗传资源完成的发明创造,申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源。在这种前提之下,《遗传资源ABS法案》除要求传统知识的使用依其相互商定条件以外,没有政府层面的强制要求,也没有规定订立共同商定条件时的传统知识特许权使用费的最低限条款。

《遗传资源ABS法案》第5条(与其他法律的关系)规定：“关于遗传资源及其相关的传统知识的公平公获取与惠益共享方面，除其他法律特别规定以外，适用本法。”具体一例就是该法案第8条第2项规定根据《生物多样性法》，《农水产品遗传资源法》，《关于海洋生命资源的确保，管理及利用等的法律》，《专利法施行令》获得许可的遗传资源视为《关于遗传资源取得及惠益共享的法律》规定的获得国家主管机关的申请许可。其中，《专利法施行令》仅对微生物资源做了规定，那么其他专利有关遗传资源是否需要获得许可，法案也没有规定。

根据《名古屋议定书》第13条规定，法案规定韩国国家联络点和国家主管当局是外交部和环境部。而2012年8月3日为止，共30个当事国提交国家责任机关的信息，其中包括澳大利亚在内的25国指定一个国家机关，包括日本在内的其余5国指定两个或两个以上的国家责任机关。⁵⁴⁾像韩国一样指定复数国家机关的，各机关各自主管各自业务责任，可能给遗传资源ABS申请人事先掌握各自主管机关的业务负担并可能导致混淆。而指定单数国家机关，则会使遗传资源使用者减少行政负担，减少与其他机关的业务重叠，提高明确性与迅速性，但是加重一个机关的业务，还需要与其他机关的密切合作。

《遗传资源ABS法案》第15条规定了义务遵守(履约)劝告。即，国家检查机关对在国内使用国外的遗传资源及其相关传统知识的人，调查是否遵守提供国的程序并认为必要时可以劝告遵守必要的程序。但是，没有规定不听从劝告时的处罚条款。通常检测遗传资源的利用方面，各国采取的立法包括：对于遵守程序与否，不采取任何规制(第1案)；要求使用人遵守适当注意义务(第2案)；没有遵守国外遗传资源程序，禁止在国内使用(第3案)。考虑到国内使用者的不便以及国家应对体系的构筑等因素，韩国对国内使用人的履约程序采取了第2案，也就是对国内使用人利用外国遗传资源及其相关传统知识方面的履约问题上采取了比较宽松的态度。

54) 吴善英(音译)：“遗传资源利用国的ABS国内履行体系比较分析”，载《第2次韩国ABS论坛》，韩国环境部，国立生物资源馆主办，2012年9月，第13页。

第二节 中国国内履行法制定的议论

中国目前尚未制定关于遗传资源的保护,管理和利用的专门立法。但是,中国对农业,林业,畜牧业,渔业,环境保护,资源保护,进出境管理等制定了一系列的法律,行政法规和规章。这些法律法规与遗传和生物资源保护,管理和利用密切相关,为中国遗传资源的保护法律制度构建了一个初步的法律框架。另外,为了进一步加强生物物种资源保护,扭转生物物种资源管理面临的被动局面,并推进生物物种资源的可持续利用,国家环保总局于2007年10月发布了16个部委共同编制的非常有针对性的政策性文件。尤其值得注意的是,《纲要》第一次旗帜鲜明地提出要建立生物物种,遗传资源及相关传统知识的获取与惠益分享的制度。可以说,《全国生物物种资源保护与利用规划纲要》是中国迄今为止最为系统而全面的一个纲领性文件,它在透彻分析我国生物遗传资源利用的现状和面临的各种问题的基础上,提出了今后15年生物物种资源保护与利用的总体目标,为我国制定和完善该领域的法律法规提供了政策依据。

现在,《生物遗传资源获取管理条例》已列入《国家安全立法规划》和国务院立法工作计划。为推进立法工作,2015年2月10日,环境保护部组织召开了《条例》起草工作领导小组第一次会议,国家发展改革委,科技部,农业部,海关总署,国家质检总局,国家林业局,国家知识产权局,中国科学院,国家海洋局等成员单位及国务院法制办代表出席会议。会上宣布了《条例》起草工作领导小组,工作组和专家组成员名单,介绍了《条例》起草背景情况,审议了《条例》起草工作方案。《条例》的起草工作,将为中国切实履行《生物多样性公约》以及《名古屋议定书》提供法律依据与保障。

《生物遗传资源获取管理条例》作为中国遗传资源和相关传统知识获取管制专门立法,它具有该领域基本法律的地位。目前该领域立法尚不具备

选择更高位阶法律形式的可能，原因在于更高位阶法律形式有更趋严格的审议通过程序，若支持者较少可能面临“流产”的危险，经由“条例”这一位阶稍低形式弥补法律空缺，待时机成熟时再转成为基本法律形式不失为稳妥选择。这部法律适用对象主要为遗传资源，也当然适用于遗传资源相关传统知识。这部法律讨论制定过程中应对如下内容进行说明：如“获取”的定义，“惠益分享”的安排，获取和惠益分享的对象，行政监督管理体制，程序规定，与知识产权等其他法律法规的协调等。

第三节 比较及评价

中国造成遗传资源的多样性下降的直接原因均与人为因素有关，对这些人为因素可以通过立法和执法措施进行合理的规制，而中国面临的第一主要问题却是法制和体制有待进一步完善。所以，《生物遗传资源获取管理条例》(简称“条例草案”)已列入《国家安全立法规划》和国务院立法工作计划。该条例还没有形成草案，所以，无法对其进行评价。而韩国《遗传资源ABS法案》制定议论对中国具有一定的启示意义。

中国正在起草的条例草案是国务院的行政法规，它的法律位阶低于全国人大及其常委会规定的法律，那么将来如何协调适用该条例与全国人大常委会制定的《种子法》等上位法以及《植物新品种保护条例》是等同位法的问题。而韩国《遗传资源ABS法案》与其他相关法律均由国会立法，属于同一位阶法，该法案第5条规定了本法案与其他法律的关系，规定其他法律特别规定的，依其规定。

《遗传资源ABS法案》不仅调整《名古屋议定书》生效以后的遗传资源的ABS领域，也调整与其相关的传统知识的取得及利用。中国通过修订《专利法实施细则》保持国内关于遗传资源的规定与《名古屋议定书》保持一致。该细则要求依赖遗传资源完成的发明创造，申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源。这样，无论条例草案如

何规定，遗传资源的提供人及与遗传资源相关的传统知识的持有人的合法权益已经在知识产权方面得到落实。而韩国的《遗传资源ABS法案》及知识产权法均无此明确的规定。

根据《名古屋议定书》第13条规定，韩国的《遗传资源ABS法案》规定韩国国家联络点和国家主管当局是外交部和环境部。中国的国家联络点和国家主管当局为环境部。像韩国一样指定复数国家机关的，各机关各自主管各自业务责任，可能给遗传资源ABS申请人事先掌握各自主管机关的业务负担并可能导致混淆。而像中国指定单数国家机关，则会使遗传资源使用者减少行政负担，减少与其他机关的业务重叠，提高明确性与迅速性，但是加重一个机关的业务，还需要与其他机关的密切合作。

《遗传资源ABS法案》第15条规定了义务遵守(履约)劝告。韩国对国内使用人利用外国遗传资源及其相关传统知识方面的履约问题上采取了比较宽松的态度。中国在此方面的议论并不多见，因此有必要认真研究《名古屋议定书》第17条监测遗传资源的利用方面的要求，对检测国外遗传资源在国内的利用方面考虑的因素是怎样实现中国作为遗传资源丰富的国家对内对外保持一致的立场。

最后，《遗传资源ABS法案》规定国家主管机关长必要时可以禁止或限制遗传资源及其相关传统知识的取得及利用。中国制定条例草案时应当明确规定禁止遗传资源国外转移的法定情形，这样既合法保护中国遗传资源也为中外惠益共享的合作机制提供透明的政策引导。

第五章 关于中韩遗传资源法制的修改建议

第一节 关于韩国遗传资源法制的修改建议

《遗传资源ABS法案》第三章专门规定了“国外遗传资源及其相关传统知识的获取与惠益共享义务的遵守等”，要求国内使用国外的遗传资源及其相关传统知识的人履行提供国规定的程序；为了证明遵守了此类义务，应向国家检查机关进行申告；国家检查机关对是否遵守提供国的程序并认为必要时可以劝告遵守必要的程序；国家检查机关的调查内容及方法由总统令具体规定。但是，并没有规定如果不听从劝告，使用人将会承担怎样的不利或国家机关将会采取怎样的进一步措施，此规定的缺失可能导致韩国与遗传资源提供国之间的国际争端以及可能给韩国使用人在遗传提供国中公平公正地遗传资源ABS方面逃避责任的机会。为此，建议深入研究《名古屋议定书》的成员国对履约条款的实施机制并比较发达国家的立法实践，再补充与议定书的履约机制一致的相关条款。

《遗传资源ABS法案》第3条(基本原则)规定：“遗传资源及相关传统知识的获取及利用应当有利于生物多样性的有序保全及其构成要素的可持续利用，并且当事人之间应当公平公正的方式分享由此发生的惠益。”而实现公平公正惠益分享的重要机制就是遗传资源的提供人和使用人订立共同商定条件。虽然《遗传资源ABS法案》第9条要求提供人与利用人应当力求达成共同商定的条件。但是，没有进一步规定此类商定条件应当至少包括哪些内容，也没有授权总统令规定。根据《名古屋议定书》第6条“遗传资源的获取”规定，法案至少可以如此规定共同商定条件：“制定明确的规则和程序。这些条件应以书面形式拟定，除其他外，内容可包括：(i) 解决争议条款；(ii) 关于惠益分享的条件，包括涉及知识产权；(iii) 关于嗣后第三方使用的条款(如果有第三方的话)；(iv) 适用情况下关于改变意向的条件。”

世界知识产权组织(WIPO)于2009年1月1日起将韩国的传统知识学术期刊列为申请国际专利申请时必须检索的先行技术文献(PCT Minimum Documentation),从而防止了盗用韩国遗传资源相关的传统知识的盗用。但是,如果专利申请人为非WIPO成员国或单独在一国申请专利时还有可能盗用传统知识的可能性。所以,应当借鉴中国通过修订《专利法实施细则》保持国内关于遗传资源的规定与《名古屋议定书》保持一致的做法。该细则要求依赖遗传资源完成的发明创造,申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源。这样就从源头上保证遗传资源及其相关的传统知识持有人的合法利益。

第二节 关于中国遗传资源法制的修改建议

中国是世界上生物多样性最丰富的国家之一,蕴藏着丰富的遗传资源,目前是生物遗传资源提供国,而且是生物多样性富国谈判集团(LMMC)的成员。所以,中国在 ABS 立法方面倾向于比较严格的保护本国遗传资源及其相关传统知识的获取以及明确公平公正惠益分享的机制。这是立法的出发点之一,但是过于严苛地规定外国人对本国遗传资源的获取条件,可能影响有关生物技术的引进和开发。所以,立法时也不能一味的追求严格规定。

韩国《生物多样性法》专门规定环境部有权禁止许可国内遗传资源国外转移情形,在《农业遗传资源法》中规定外国人对农水产生命资源的权利及义务,韩国国民或以虚假或其他不当方法取得农水产生物资源许可的,或可能明显减少或破坏农水产生命资源多样性的,可以取消或停止其许可。而且在《遗传资源ABS法案》中也规定国家主管机关长必要时可以禁止或限制遗传资源及其相关传统知识的取得及利用。中国相关立法时应当明确规定禁止遗传资源国外转移的法定情形,这样既合法保护我国遗传资源也为中外惠益共享的合作机制提供透明的政策引导。另外,韩国《关于

遗传资源取得及惠益共享的法律》草案对遗传资源ABS的简易措施的有关条款也值得中国借鉴。

另外，对韩国的修法建议一样，根据《名古屋议定书》第6条“遗传资源的获取”规定，制定条例草案时至少可以如此规定共同商定条件：“制定明确的规则和程序。这些条件应以书面形式拟定，除其他外，内容可包括：(i) 解决争议条款；(ii) 关于惠益分享的条件，包括涉及知识产权；(iii) 关于嗣后第三方使用的条款(如果有第三方的话)；(iv) 适用情况下关于改变意向的条件。”

第三节 构筑中韩两国合作机制

中韩FTA协定在第十六章环境与贸易中没有专门提及生物多样性保护，而在第十五章知识产权“第五节遗传资源，传统知识和民间文艺”中提及“缔约双方承认并且重申于1992年6月5日通过的《生物多样性公约》(本条中以下称为“公约”)中确立的原则，尊重《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》的要求，特别是有关事先知情同意和公平，公正分享惠益的要求。”⁵⁵⁾ 中韩两国将生物多样性保全以及遗传资源的获取和惠益分享(Access and Benefit Sharing, 以下简称“ABS”)的问题作为遗传资源的保护和利用的角度共同对待并进行合作，这与《生物多样性公约》的第三个目标是一致的。公约第一条(目标)规定：“本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性，持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益... ..” 中韩FTA协定接着规定：“根据各缔约方的国际权利与义务以及国内法律，缔约双方可采取或者保持促进生物多样性保存以及公平分享利用遗传资源和传统知识所产生的惠益的措施。”“根据未来多边协议或各自国内法的进展，缔约双方同意进一步讨论遗传资源事宜。”“... ..缔约双方将根据国内法

55) 《中韩FTA协定》第 15.17 条“遗传资源，传统知识和民间文艺”第2款。

和国际法在此领域开展合作，以确保此类权利对公约目标起到支持而非阻碍作用。”⁵⁶⁾从以上规定可以看出，中韩FTA特别关注获取遗传资源和公平公正分享其利用所产生惠益问题，中国以往与其他国家或地区签订的FTA协定中有关《生物多样性公约》以及《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》(以下简称“名古屋议定书”)的国内措施以及双方进一步合作的条款从未像中韩FTA协定这样具体全面。

另外，中国学者认为：由于历史的原因，中国长期忽视对药用生物资源的知识产权保护，很多科技成果没有及时寻求知识产权保护，导致大量宝贵的资源流失。据统计，国际中药市场年销售额达到160亿美元，其中，日本产品占80%，韩国占10%，印度、新加坡等国占7%，而作为中药大国的中国仅占5%左右。⁵⁷⁾预计，将来中韩在国际传统医药领域既有合作也有竞争；还有，中国的朝鲜族既是少数民族又属韩民族，多数传统知识共有；而且，中韩两国领土内很可能就地发现存在相同的遗传资源。这些方面都需要中韩两国通过对话谈判及合作，以便达到保全生物多样性和合理利用遗传资源的共同目的。

56) 《中韩FTA协定》第 15.17 条“遗传资源、传统知识和民间文艺”第3款至第5款。

57) 薛达元，蔡蕾：“《生物多样性》新热点：传统知识保护”，载《环境保护》2006年12B，第74页。

参考文献

(一)中国文献

环境保护部：《中國生物多樣性保護戰略與行動計畫》(2011-2013年)

环境保护部：《中国履行<生物多样性公约>第五次国家报告(报批稿)》，
2014年2月

生物多样性公约秘书处：《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和
公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》，2010

[德]Thomas Greiber, [哥伦比亚]Sonia Peña Moreno, [瑞典]Mattias Ahren
等著：《遗传资源获取与惠益分享的<名古屋议定书>诠释》
(薛达元, 林海梅校译), 中国环境出版社, 2013年10月

薛达元, 蔡蕾：“《生物多样性》新热点：传统知识保护”，载《环境
保护》2006年12B

倪贵荣：“《生物多样性公约》的回顾与前瞻”，载《上海大学学报(社会
科学版)》2012年11月第29卷第6期

张晓, 成风明：《我国遗传资源获取与惠益分享的立法建议》，载《中南林
业科技大学学报(社会科学版)》2012年4月第6卷第2期

《<生物遗传资源获取管理条例>起草工作领导小组第一次会议在京召开》，
载《生多履约简报》2015年第1期

秦天宝：《生物多样性国际法原理》，中国政法大学出版社，2014年5月。

《<种子法>(修订草案)征询意见》，载《农资导报》2015年5月8日A03版

刘振伟：《关于种子法修改》，载《农民日报》2015年7月6日第005版
(现代种业周刊)

参考文献

韦贵红：《遗传资源专利保护机制探析—兼评〈名古屋议定书〉的履行》，
《法律适用》2015年第2期，

(二)韩国文献

韩国环境部, 2015环境白皮书, 2015年7月

Republic of Korea, The Fifth National Report to the Convention on
Biological Diversity, April 2014

吴善英(音译)：“遗传资源利用国的ABS国内履行体系比较分析”，载《第2次
韩国ABS论坛》，韩国环境部，国立生物资源馆主办，2012年9月，
第13页。

“名古屋议定书，在国内停滞不前一年”，载韩国《电子新闻》2015年9月22日
第21版。

(三)其他文献

Alexander Gillespie(New Zealand), Conservation, Biodiversity and
International Law(Edward Elgar,2011)

Tsioumani, E, Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol.
Environmental Policy and Law , 2010(40(6))

Matthias Buck and Clare Hamilton, The Nagoya Protocol on Access to
Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits
Arising from Their Utilization to the Convention on Biological
Diversity, Review of European Community and International
Environmental Law, 2011,20(1)

- Gollin, M. A., An Intellectual Property Rights Framework for Biodiversity Prospecting. Biodiversity prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, ed. V. V Reid, S. A. Laird, C. A. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. H. Janzen, M. A. Gollin, and C. Juma. Washington, DC: World Resources Institute, 1993
- Tvedt M. W. and Young, Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature, 2007

(四)网站

<http://www.cbd.int/abs/>

http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2014/09/24/2014092403006.html

<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>

<http://www.un.org/en/members/>

<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>,

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=122606&lsId=&efYd=20130202&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=79975&lsId=&efYd=20080804&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=115275&lsId=&efYd=20120726&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=93191&lsId=&efYd=20091109&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>