

基因专利保护问题研究

——基因资源提供者参与分享基因专利利益探讨

贾小龙¹, 王□敏²

(1. 兰州理工大学人文学院, 甘肃 兰州 730050; 2. 兰州大学法学院, 甘肃 兰州 730000)

摘要: 尽管在基因的可专利性问题上仍存有争议, 但各国的立法和司法实践已经做出了带有明显倾向性的举动。然而, 在基因资源提供者参与分享基因专利利益方面却没有那么幸运, 在分享的法哲学基础、法律上的可操作性以及分享的具体模式方面还有大量工作要做。文章对上述问题进行了详细地分析和探讨。

关键词: 基因资源提供者; 先决条件; 利益分享; 基因专利

中图分类号: DF523.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-2204(2006)04-0048-05

Protection of Genetic Patent

——A Discussion of Gene Providers' Sharing the Benefits Accruing from the Use of Genetic Patent

JIA Xiao-long¹, WANG Yi-min²

(1. School of Humanities, Lanzhou University of Science and Technology, Lanzhou 730050, China;

2. School of Law, Lanzhou University, Lanzhou 730000, China)

Abstract: Although there still exists a controversy over genetic patent, many countries' legislative and judicial practices have clearly indicated their orientation. But when it comes to the issue of gene providers' sharing the benefits accruing from the use of genetic patent, views varies from country to country. There remains much to be done in terms of the philosophical and legal basis, the workability of law and the specific sharing pattern. The article is a detailed analysis and discussion of the above mentioned issue.

Key words: gene providers; precondition; sharing of benefits; genetic patent

一、引言

在各国相继认可了基因的可专利性之后, 不难发现, 和其他发明一样, 基因发明也有其赖以存在的基础——基因资源。所不同的是, 在其他发明中, 该基础常表现为一种广义的物质存在, 既可以是看得见摸得着的形体, 如一棵树或者一块石头, 又可以是看不见摸不着的形体, 如空气、微观粒子等, 其共同之处在于存在较少依赖于特定的环境或载体, 因此, 在经济学上, 它们要么是一种

具有相对稀缺性的物质存在, 要么本身并不具有稀缺性, 取之不尽, 用之不竭; 而基因作为遗传物质, 则天然地与特定的环境或载体密不可分, 真正较纯而有价值的基因资源对一些国家和地区, 尤其是发达国家来说就成为一种绝对稀缺的物质, 而且它们往往与小到一个群体、民族, 大到一个国家的独立的经济利益紧密相关。由于科学技术发展水平巨大的地区差异, 基因发明呈现出以下模式: 先进的技术掌握在发达国家手中, 丰富的遗传资源则沉淀在广大发展中国家的疆域之内, 发达国家利用发展中国家的遗传资源开发先进的技

收稿日期: 2005-04-19

基金项目: 兰州理工大学硕士基金资助项目(SB12200408)。

作者简介: 贾小龙(1979-), 男, 甘肃靖远人, 讲师, 硕士, 研究方向为知识产权法、刑法。

术,享有独占权,并获得巨额回报;而发展中国家的上述资源往往先是被轻松而且几近无偿地利用,本就一无所获,更何况所开发的技术一旦被发达国家获得专利保护,发展中国家还要丧失以原本正当的方式使用这些资源的权利。于是,打破陈规、主张权利,实现利益的均衡与分享便成为发展中国家努力的方向。

二、基因专利利益分享的法哲学思考

是否给予基因以专利保护固然是一个很有争议的问题,而基因“专利利益分享”的提法本身同样也备受争议。因为,专利权是一种独占权,它带来的是垄断利益,过去也似乎不曾提出过他人与专利权人分享专利利益的观点。

鉴于此,有必要考察一下基因专利与传统专利之间的不同之处。

首先,二者赖以产生和发展的基础不同。基因(遗传物质)是一种稀有资源,它具有极强的不可替代性,研究者不能通过市场交换轻而易举地获得,相反,其提供者特定而单一。因此,基因资源对基因专利成果的产生起着举足轻重的作用。而传统专利所赖以产生的原材料大多则广泛分布于全世界,地域差异极小,研究者可以随时通过合法的方式获得,因此,它们对这类专利产生的作用就显得不那么重要了。

其次,二者权利的行使与原材料及其提供者之间的关系不同。在传统专利中,专利权人要实现专利权,必然无法离开原材料及其提供者,比如一项变速器专利,专利权人生产一台变速器,采矿工人、钢铁厂、国家等都会因此而受益。更为重要的是,变速器的生产并不会妨碍以钢铁作为基础的车床的生产。而基因专利则不同,它们真正需要的其实并不是宏观世界中的一根毛发或一片树叶,而是其上所携带的遗传信息,这些遗传信息一旦被获取,研究者或专利权人不但可以永远离开原材料及其提供者,而且还可以通过遗传信息的自我复制来维持基因专利产品的生产。这样,一方面,基因原材料的提供者无法从基因专利产品的生产中获得利益;另一方面,也是最难以接受的,同类遗传信息的其他拥有者也会因此而丧失作为个体首次利用的机会,而代价却是无偿的。

上述区别凸显了传统专利制度在对待基因发明时所表现出来的非合理性和显失公平的一面。它把基因原材料的提供者以法律的名义变成了守着宝山的一贫如洗的乞丐,他们虽然事实上一直占有该基因原材料,但却被排除在了所有权关系之外,基因专利甚至是以法律的名义无偿剥夺了基因所有人的在先合法权益。延续了几百年的专利制度何以在基因时代显得如此尴尬?不得不从专利法哲学里找答案。

迄今为止,在知识产权方面较有影响的学说莫过于约翰·洛克的财产权劳动学说。洛克从每一个人对于自己的身体具有所有权,其他任何人都不能主张权利开始,论述通过人所施加的劳动以及相应的劳动的产品也是属于他自己的。他说:“……因为既然劳动是劳动者无可争辩的所有物,那么对这一有所增益的东西,除了他之外就没有人能够享有权利,至少还在留有足够的、同样好的东西给其他人所共有的情况下,事情就是如此。”^[1]该学说在知识产权的合理性方面影响十分深远。

但在引用此学说作为确定基因发明专利权主体时,有人认为:人们进行智力创造活动,也是一种复杂的劳动形式,作为劳动者,自然应该对其劳动产生的智力成果享有所有权。因此,在确定知识产权归属时,一般要依据创造性贡献的标准,即谁对技术成果的产生付出了创造性劳动,该专利技术就应该归谁所有。……具体到基因专利,生物公司认为基因提供者只是提供了实验的原材料,并没有对后续基因技术的产生付出创造性劳动。那些原材料提供者除了按双方同意的价格获得对价外,不能享有任何技术利益。基因原材料提供者如果坚持要对后续成果享有权利,那么推广开来,整个知识产权领域的权力归属似乎要陷入一片混乱。那么,工矿原材料如煤、石油等产品的提供者,是否应该对此类产品为研究对象的技术成果拥有某种权利呢?更有人说如果仅凭对优势资源的控制,就可以获得知识产权方面的垄断权的话,那么商业或者社会的正义就无从谈起。^[2]

显而易见,这些人至少没有注意到洛克的劳动获得财产学说中的先决条件——“给他人留下足够而良好的东西”,“没有给他人造成损失。”造成这一现象的原因是在传统专利中,发明人的劳

动所施予的对象是公共物质,在某一特定的历史时期,发明人对其享有专有权并不会妨碍到他人对同种物质再次施加劳动,而这实际上无声地满足了劳动财产学说的先决条件。而基因资源的特殊性使其无法满足上述先决条件,因而出现了前面所分析的尴尬局面。

也正是基于此种认识,笔者不太同意有学者提出的“在这种指导思想下(即劳动财产学说),基因资源提供者参与后续成果的利益分享是不可能的”^①的观点,相反,笔者认为,在此指导思想下能找到对基因资源提供者参与分享利益的突破口。

先决性条件明显地体现了洛克对资源平等性的关注。^[3]但应当指出的是,这种“足够而良好”的先决条件并不意味着人们在实际中必须占有并且在占有后社会仍然拥有相等的财产总量,而是指划定个平等的机会,使每个人都可以得到他愿意工作时需要的东西,而不会产生与其他人竞争的状况。学者认为,先决条件还可以作这样的解释:一个人对上帝的资源施加了劳动,不应该授予该人排除他人的一种后续产品使用的权利,除非这种排除会使其他人有充分的机会使用公共物,而其他人用其他方式是不能够实现的。如果先决条件被满足了,在其他人被排除于劳动者标示属于自己的一部分之外的条件下,情况就不会变得更糟。^①

基因无疑属于一种先天给予的资源,研究者(发明者)对其享有专有权利的条件是还有足够而良好的基因物质,它们作为一种公共物质,任何其他的人只要愿意就可以接近和使用。而遗传学的知识证明,真正有价值的基因是那些经久不变的、纯洁的或者有特定功能的基因,而它们在自然界中是极其有限而且分布十分不均衡的,以人类为例,研究成果表明,人类的基因只有大约3万个,比预期的要少很多,其总数总是一定的,分离出一个,意味着能够被用其他方式分离的基因就少了一个。因此,上述条件远不能满足,结论就再明确不过了,“不能授予该人排除他人的一种后续的产品使用的权利”,换句话说,发明人不能独占因此而得到的利益,让基因资源提供者参与基因专利利益的分配不仅是正义的法律的要求,而且也是对洛克劳动财产权利学说的一次全面而深刻的理解。可以说,洛克的劳动财产学说为基因

资源提供者参与分享基因专利利益提供了法哲学支持,基因专利本身的特殊性也使得这种参与分享的存在更加符合正义的要求。

三、基因专利利益分享的法律基础

以上分析表明,并不像有些学者所说:“专利法无法为基因提供者分享基因专利的利益提供任何法律上的依据,”^[4]而且,即便是在现行法律条文中,有关专利权归属的规定也不是一个模式,而是多样化的,不仅仅是发明人,还可以是发明人以外的其他人。各国法律在平衡发明人与其所在的单位之间、委托人之间、各个合作方之间的技术利益、经济利益方面均有相应的规定。如中国专利法中规定的专利权主体有:发明人或设计人,职务发明创造的单位或发明人,共同发明创造的共同发明创造人、委托人,甚至还可以是发明人以外的人。由此可见,那种在基因专利利益分享方面认为基因技术成果是智力劳动成果,就必须由研究者享有,基因专利本身不可分享的观点是值得商榷的;主张“首先可以肯定的是,基因提供者并不是与基因有关的发明创造的发明者,不可能享有专利法规定的任何权利或利益”^[4]无疑也是十分草率的。

在国际法上,1992年6月5日各国在巴西里约热内卢缔结的《生物多样性公约》(以下简称《公约》)的目的就是保持生物多样性,持久利用其组成部分以及公平合理地分享由利用遗传资源所产生的利益。《公约》确认:成员国对其境内的生物多样性享有主权,而且对其保护负有全权责任;各缔约国可以自行决定基因资源的管理,可以将基因资源规定为财产,可以规定利用基因资源和与此相关的传统知识的条件;各个主权国家,包括发展中国家和最不发达国家,都有权就利益上的分享做出法律上的规定。据此,知识产权的保护不妨碍各成员规范基因资源的保护和利用,《公约》也不禁止他人利用基因资源做出发明并获得专利或其他制度的保护。在基因资源的保护上,关键问题不在于可否利用基因资源做出发明、获得专利制度或其他制度(诸如植物新品种制度)的保护,而在于如何让基因资源的提供者分享由此而产生的利益。《公约》在第15条,第16

条和第19条中还就利益分享的模式做出了规定,主要是:(1)保证资源提供国参与科学研究,即利用其他国家提供的遗传资源从事开发和进行科学研究时,应力求资源提供国的充分参与,并且在可能的情况下,在资源提供国的境内从事开发和进行科学研究;(2)向基因资源提供国转让技术,即各国应当酌情采取立法、行政或政策措施,以期根据共同商定的条件向遗传资源的提供国,特别是其中的发展中国家,提供并转让利用其遗传资源的技术,包括受专利和其他知识产权保护的技术。

在得出可以而且应当去分享基因专利利益的结论后,下面的问题就是由谁去分享,分享什么以及如何分享了。

(一) 分享的主体

基因资源的提供者可以为不同的主体,如动植物基因资源,其提供者是国家,而特定的人的基因,则拥有相同基因的民族或群体都应当是其潜在的提供者。

1. 动、植物资源提供者参与分享的主体

根据《公约》的规定,包括遗传资源在内的自然资源属于国家主权的管辖范围。据此,代表国家行使主权的政府就应当成为参与利益分享的主体。在具体事宜上,可以考虑以行政法规的形式授予或指定某一政府部门或官方研究机构具体代表政府办理分享事宜,分享的收益在扣除必要费用后上缴国库,可以作为维持生物资源多样性的专项资金。

2. 人类基因资源提供者参与分享的主体

虽然根据《公约》,人类遗传资源自然也在国家主权的管辖范围之内。但从保护人权和人的尊严的角度出发,不宜由国家依据主权原则去参与分享,况且,当一家国内机构作为发明创造主体时,这又无论如何也行不通了。无论研究者是国内机构还是国内外合作的^②,实际提供基因资源的个人肯定是当之无愧的分享者。但基因资源中真正有价值的是载体上的遗传信息,而不是基因本身,这些遗传信息在绝大多数情况下又都不是提供者自己“创造”或独有的,而是通过世代代的生物学方法由非单一的上代人所“赐予”的,是无条件无选择的“继承”的。它们往往具有群体性的共同性,即在某一个民族或某一个群体内部拥有相同的遗传信息。如果简单地将实际提供者以外的其他人排除在分享主体之外,而同时他们

又会因此而丧失对这些遗传信息的“利用”,则不但符合公平正义的要求,而且还会造成这些群体内部为争取率先以其遗传信息进行“投资”而恶性竞争。相反,如果又同样简单地将所有的“同类”都不做区分地划归为分享主体,那难免又会带来“同类”的确认问题。例如,由于生物技术具有开发周期长的特点,那么在技术开发过程中和技术成果受专利保护期间新出生的“同类”婴儿有无分享权呢?事实上,不管是不是实际提供者,所有拥有被开发基因(遗传资源)的人,都应有参与分享由此而产生的利益。但问题在于他们具有极大的不确定性,一时很难界定,加上基因技术开发具有周期长的特点,无疑使此问题雪上加霜。

因此,为了便于操作,可以考虑引入一个点,即以获得专利权之日为确定分享人范围的基准日,并可以实际提供基因样本的个体为其代表人,申请国家专利行政部门发出“确认书”,规定在一定期限内必须由本人提出证据证明他属于同类基因的拥有者,经过必要的技术确认之后,就由这个团体去参与分享,超过时限者,即视为放弃权利。当然,这种方案本身并不完美,它必然带来一些额外的成本,该方案本身只是一个设想,它只是形式而决非目的,真正目的是抛砖引玉,引起大家对这一问题的实质意义上的关注。

(二) 分享的客体范围

分享的客体范围无非是分享什么和分享多少的问题。这与两个因素有关,一个是专利权的归属,它涉及到法哲学和法理学的理论支持;另一个是发明人的积极性问题,即不能因被分享而危及到专利法的促进发明、鼓励创新的目的。

对于专利权的归属问题,无论从理论上说还是从现行知识产权法的规定来看,专利权不是没有可能被分享,甚至还可以是只归基因资源提供者独有。^③但这在短期内很难被实践所接受。原因在于研究者对自己的创造性劳动的意识远高于一般人对自身有价值的基因资源的认识和重视程度,再加上人们普遍的对高科技及其从业人员的崇敬心理,使得二者在谈判时无法恢复到本身就应该有的平等的地位,因此,一方(研究者)努力抵制,而另一方(资源提供者)不力加争取,结果便不言而喻。而且,在人们的意识中,基因资源(大概是由于法律不允许出卖人身的缘故吧)远

不及实际的钱(资本)来的重要。况且这里仍然有一个可操作性的难题,即到底会有多少人共有专利权,这样的共有在实施中或许会带来很多困难。一言以蔽之,不是理论上不能分享专利权,而是实践中不易操作!

因此,基因资源提供者只能去分享基因专利实施所带来的利益了,但是,此种分享必须有一个限度,否则就可能会挫伤发明创造的积极性。有关部门可以出台一个指导性范围,其上下限应分别代表发明人和基因资源提供者的利益。然后由双方在此范围内确定一个比例,并于专利权实施期内的一定期限内兑现。当然,具体的支付方式和时间也可以在双方协商同意的基础上采用分阶段分期支付的方法^④,目的只是为了平衡双方之间在研究开发各阶段的利益。

(三) 基因资源提供者参与分享基因专利利益的法律模式

对此,学者们提出了许多有价值的方案,如人格权应受尊重说(同意说)^⑤,使用费协商一致说(协议说)等^⑥,下文将重点讨论学者们已经有所论及的在知识产权框架内如何参与分享的问题。^⑦

“从《生物多样性公约》以及其他国际论坛讨论利益分享机制的众多建议中,涉及知识产权的方式主要有三种:知识产权权利共享、回授许可和实施发明创造所得的商业利益的分享。”^⑧

知识产权权利共享。在《波恩准则》关于货币性利益和非货币性利益中,均明确列举了该项。这种方案表面上看简单易行,已在前文中为其找到了深厚的理论支持,但事实上,它可能会大大地妨碍专利法根本目的的实现。此外,两三人共享还罢,若有一个群体都共有该专利权,恐怕其具体实施也会很难,是不是还要为其考虑设计一种代表制度呢?因此可行性程度较低。

回授许可。也就是说基因资源提供者对基因研究成果有免费使用权。能不能事实上得到这种许可暂且不提,除了国家与外国政府或组织易于采取该种方式之外,其他人类资源提供者又有多少能实际享用此项优惠呢?倘若将免费实施作扩大解释,允许以各种方式实施,那么就离第一种方式差不远了,甚至还会走得更远。当然,对于有能力具体实施的提供方而言,这种方式不失为一个较为理想的选择。

分享发明创造实施所带来的商业利益。应该说,在这种方案下,只要能合理地确定一个分享比例(或总额),那么用简便易行来形容它则丝毫不为过。因而在《波恩准则》中所列举的利益项目中,大多属于此类。^⑨实践中所衍生出来的具体模式有:默克公司采用的首付费加以销售额为准的许可费模式、美国国家癌症研究所采用的分享商业化而得到的许可费的一部分加提供少数科学家的培训模式、沙曼(shaman)制药公司采用的单独设立一个非营利性机构向样品国支付许可费模式等。

注释:

- ① Wendy J Gordon, A Property Right in Self-Expression; Equality and Individual in the Natural Law of Intellectual Right, 7Yale Law Journal 1533 (1993), 转引自冯晓青著《知识产权法哲学》,中国人民大学出版社2003年3月第1版,第19页。
- ② 按《人类遗传资源管理规定》第17条规定:我国境内的人类遗传资源信息,包括重要遗传家系和特定地区遗传资源及其数据、资料、样本等,我国的研究开发机构享有专有特权及第19条规定:“中外机构就我国遗传资源进行合作开发研究……。”显然,开发方式只能是这两种。
- ③ 在2002年召开的《生物多样性公约》第六次缔约方大会上通过的旨在帮助各国政府和利益相关者制定各种措施确保遗传资源获取和利益分享的《关于获取遗传资源及公正公平地分享其利用所产生的收益的波恩准则》中所列举的货币性利益中就明确了相关知识产权可以共有。
- ④ 例如,1991年哥斯达黎加生物多样性研究所(INBio)与Merck公司达成的协议所确立的模式,以及夏曼制药(Shaman Pharmaceuticals)所确立的短期、中期和长期的互惠安排模式。详见[印]甘古力著,宋建华等译:《知识产权——释放知识经济的能量》第114~115页。
- ⑤ 主张此说的观点可参见黄玉焯:《人类基因提供者利益分享的法律思考》,载于《法商研究》2002年第6期;也可参见前引董炳和一文。该说的出发点在于基因资源作为人身的一部分,其采样以及事后的用途有权利知道,同时研发者有义务告知其潜在的商业价值。如果不履行此项义务,那么基因资源提供者可基于侵犯其人格权而获得赔偿,籍此获得利益。另外,该说还主张研发者扩张的告知义务构成分享未来基因专利利益的依据。显然,容易产生问题是谈判中引发的伦理问题和人格的贬损,重要的还有若以人格权为授予专利权的在先权利,那么一旦专利权因侵犯在先权利而被宣告无效,技术成为公开,无论哪一方,则均无收益可言。
- ⑥ 此说可见前引黄玉焯文。该说主张基因提供者在提供基因时可与基因提取者协商,获得一定的使用费或经济补偿。同样,除了不易达到公正的“一定的使用费或经济补偿”外,该说也会带来如同公开出售器官组织一样的不良后果。

(下转第56页)

图1 任意性和非任意性整合模式

该模式的解释力在于它不但包含了语言内部的任意性和非任意性,如索绪尔的任意性和可论证性,而且包括了语言外部的任意性和非任意性,比如按照自然标准赋予的各种理据。换句话说,任意性和非任意性存在于语言符号和外界实体、声音和概念、形式和意义、施指和所指等两两相对的构件间,它们共同勾勒出任意性或非任意性的全部轮廓。该模型能正确图示出语言符号及其构件、语言和世界以及语言的层面性等问题。更重要的是,一条整合的途径可以避免任意性和非任意性研究中所用术语各自表述,从而达到正本清源的目的。

四、结束语

任意性和非任意性相反相成、对立统一,共同成为语言系统的两大功能性组织原则。任意性是受非任意性制约的任意性,而非任意性是以任意性为生存条件的非任意性。这样的结论既符合现代语言学之父索绪尔那充满辩证法的语言思想,又被当代认知及功能语言学的研究成果所证实。笔者相信,整合式的全新视角不但可以有助于厘

清术语混乱、讹误流传的诸多问题,而且可能会给未来的研究以进一步的启迪。

参考文献:

[1] 杨炳钧. 整合语言学概观[J]. 外语教学与研究, 2004, (2): 105.

[2] Lakoff George, Mark Johnson. Philosophy in the Flesh [M]. New York: Basic Books, 1999.

[3] 张绍杰. 语言符号任意性研究 - 索绪尔语言哲学思想探索[M]. 上海: 上海外语教育出版社, 2004. 18.

[4] Saussure F D. Course in General Linguistics [M]. Beijing: Foreign Language Teaching and Research Press, 2001.

[5] 杰伊. 语言心理学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004. 3.

[6] 魏育邻. 如何理解索绪尔的任意性[J]. 解放军外国语学院学报, 2005, (1): 25.

[7] 王寅. 论语言符号象似性——对索绪尔任意说的挑战与补充[M]. 北京: 新华出版社, 1999.

[8] Simone R. Iconicity in Language [M]. Amsterdam: John Benjamins, 1994. 21-25.

[9] Nanny Fischer. Form Miming Meaning [M]. Amsterdam: John Benjamins, 1999. 109-120.

[10] Newmeyer F. Language Form and Language Function [M]. Cambridge: The MIT Press, 1998. 114.

[11] 辜正坤. 互构语言文化学原理[M]. 北京: 清华大学出版社, 2004. 144.

(上接第 52 页)

- ⑦ 从《公约》和《波恩准则》的规定来看,知识产权框架外的分享模式主要涉及顾及到基因资源提供国的生物多样性保护的相关措施,培育和发展资源提供国的教育、技术及科研能力,协助发展资源提供国的经济,促进资源提供国的健康和食品安全等等。
- ⑧ 《波恩准则》所列举的货币性利益中,有 8 项属于此类。
- ⑨ 参见宋建华《生物技术发明的知识产权保护与遗传资源的获得与利益分享》,载于《专利法研究》(2001),知识产权出版社 2000 年出版,第 159 页。

参考文献:

[1] 洛克. 政府论(下篇)[M]. 叶启芳,瞿菊农译. 北京:商务印书馆,1964. 19.

[2] 崔国斌. 基因技术的专利保护与利益分享[A]. 郑成思. 知识产权文丛:第 3 卷[C]. 北京:中国政法大学出版社,2000. 332.

[3] 冯晓青. 知识产权法哲学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2003. 19.

[4] 董炳和. 论人类基因提供者分享基因专利利益的法律基础及模式[A]. 郑成思. 知识产权文丛:第八卷[C]. 北京:中国方正出版社,2003. 169.