

# 生态政治学语境下《TRIPS协定》 第27.3(b)款执行现状之探析

牟 萍

**内容提要：**做为发达国家和发展中国家对抗与妥协的产物，至今尚未正式复查的《TRIPS协定》第27.3(b)款在执行过程中，围绕“专利方式”和“有效的特殊体系”，各类案例裁决、立法争议，此起彼伏。从生态政治学角度，审视这一执行现状，指出对发展中国家而言，为维护粮食安全，在执行该条款和考虑其复查方向时，虽以激励创新为基本要义，但应适当考虑不同育成品种的公平保护、育种的可持续创新、弱勢利害关系者利益的维护。

**关键词：**生态政治学 《与贸易有关的知识产权协定》第27.3(b)款 植物新品种保护 粮食安全

**Abstract:** The article 27.3.(b) of TRIPS Agreement which has not been reviewed yet, is the result of struggles and compromises between developed countries and developing countries. In the implementation of the article, many verdicts and legislative controversy around the “by patents” and “by an effective sui generis system” arose one after another. From the perspective of ecopolitics to observe the current situations of the implementation, we should be aware that, in order to protect the food safety, though incentive innovation is the basis of the article, developing countries still need to consider about the fair protection between different improved varieties, the sustainable innovations of breeding, the benefits protection of the vulnerable stakeholders in the performance of the article.

**Key Words:** ecopolitics; the article 27.3.(b) of TRIPS Agreement; new plant varieties protection; food safety

《与贸易有关的知识产权协定》（简称《TRIPS协定》）第27.3(b)款规定：“缔约方还可以排除下列各项的可专利性：……(b)除微生物之外的植物和动物，以及本质上为生产植物和动物的除非生物方法和微生物方法之外的生物方法；然而，缔约方应以专利方式或者一种有效的特殊体系或两者的结合对植物新品种给予保护。这一规定将在本协定建立的WTO生效之日起的4年之内予以复查。”该条款对植物新品种保护试图“左右逢源”的立场和含混的表述，导致执行过程中争议不断，而所谓的“复查”至今仍未悬而未决。考虑到植物新品种保护与环境保护、粮食安全有着天然而密切的联系，从生态政治学这一新角度，对该条款纷乱的执行局面，予以审视，有利于我国找准立场，未雨绸缪，扩大我国在新一轮复查谈判启动时的话语权。

## 一、《TRIPS协定》第27.3(b)款的产生及复查历程

### （一）对抗与妥协的产物

早在1986年乌拉圭回合谈判之前，已有《国际植物新品种保护公约》（简称UPOV公约）1972、1978年文本，以植物品种权的方式保护育种者利益。但至1986年，该公约只有17个成员国，影响力极其有限。而美欧虽已对开放植物可专利性有所尝试，但极不成熟。与这种植物新品种保护状况相对应的，则是种业巨头的商业触角已拓展至全球，迫切需要在全球范围内获得知识产权保障。因此，在乌拉圭回合开始不久，全球最大的种子公司、转基因植物研发和商业推广的“领头羊”——Monsanto积极加入包括Pfizer、IBM等在内的“知识产权委员会”，欲以利益游说方式让美国贸易代表在谈判中，重视并积

作者简介：牟萍，西南政法大学知识产权研究中心研究员，法学博士

本文系教育部课题“国家粮食安全战略下的植物新品种保护制度重构研究——以生态政治学为研究视角”的阶段性研究成果之一。

极推进《TRIPS协定》的制订,并将植物新品种保护也纳入TRIPS议题。鉴于生物育种产业是美国热门的新兴产业之一,且这类产业的海外市场开拓,高度依赖于知识产权制度之健全,因此,在谈判中,美国是最积极推动《TRIPS协定》加入植物新品种保护内容的国家,并认为应以专利权做为植物新品种保护的唯一模式。然而,美国的盟友欧盟,虽然也有如Syngenta、Bayer、Limagrain、DLF-Trifolium这样的种业巨头,但考虑到不少欧洲国家已经是UPOV成员国,且当时的欧洲专利局(简称EPO)对开放植物的可专利性,态度暧昧,故欧盟虽然也积极主张将植物新品种保护纳入《TRIPS协定》,但更倾向于用UPOV模式解决这一问题。为此,美国做出让步,不再坚持专利权为唯一形式。

如果说美欧之间是在共同利益一致下的小分歧,那么,印度才是难啃的“硬骨头”。印度有着约占全球1/4的农民,耕种是这些农民赖以生存的最重要手段,而其种子产业并不发达。印度迅速与其他类似的发展中国家,如巴西、墨西哥等结盟,对抗美欧的提议,形成一股无法忽视的谈判力量。然而,随着美国对巴西、墨西哥等国不断通过经济制裁施压,且《TRIPS协定》是一种多边协议,成员国必须一体承诺,如果印度不签署《TRIPS协定》,也就无法签署其他对印度经济利益有着深远影响的,包括纺织品协议在内的其他多边协议。<sup>①</sup>最终,印度仍不得不同意将植物新品种保护议题纳入《TRIPS协定》。不过,包括印度在内的发展中国家的反对,也逼迫美欧做出了一定程度的让步,就是不再坚持植物新品种保护应以专利保护或UPOV模式为准,而代之以“专利方式或者一种有效的特殊体系或两者的结合对植物新品种给予保护”,并承诺“将在本协议建立的WTO生效之日起的4年之内予以复查”。

## (二) 悬而未决的复查

经过长达8年的谈判,在对抗与妥协中,《TRIPS协定》第27.3(b)款新鲜出炉,然而,该条款留下的“复查”问题,一直困扰着它的执行和最终走向。

复查应在WTO生效后4年内,即最迟在1999年进行。然而,由于发达国家与发展中国家分歧过大,复查未能顺利进行。发达国家认为:即使不能进一步提高该条款对植物新品种保护的要求,但至少应维持现状,“在进一步的谈判中,不应该考虑任何有关降低保护标准的事情”<sup>②</sup>,复查的目的只是为了确保《TRIPS协定》第27.3(b)款能够获得有效执行。发展中国家则认为:应该对该条款的实质内容,而非对各成员国执行情况,进行复查,要修订其内容,使其与各国在《生物多样性公约》(简称CBD)和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(简称ITPGR)中的义务相符。双方对复查目的的认识截然不同,在1999年11月30日于西雅图召开的WTO部长级会议中,各国无法就此达成共识,不得不决定留待来年再讨论。但2000年,虽然TRIPS理事会列出了一个复查问题清单,但并未真正展开复查。而在2001年启动的多哈回合谈判中,尽管《多哈宣言》第19段提出了复查的具体框架,但还未来得及开展具体的复查工作,由于发达国家和发展中国家分歧太大,于2006年7月22日,多哈谈判正式中止,至今尚未重新启动。也就是说,WTO一直未真正对《TRIPS协定》第27.3(b)款展开有效的复查。

## 二、《TRIPS协定》第27.3(b)款执行过程中的争议

根据《TRIPS协定》第27.3(b)款的规定,WTO成员国必须对植物新品种给予一定程度的知识产权保护,至于保护形式,并无限定,可以是“专利方式”,亦可为“有效的特殊体系”,或兼采两者。这种灵活的弹性规定,一定程度上反映出,即使是发达国家,在植物新品种保护模式的架构上,也有着不确定性,更遑论在植物新品种保护上,一片空白的发展中国家。于是,在该条款执行过程中,争议在所难免。

### (一) 纷争不断的“专利方式”

用专利来保护植物新品种,由美国首开先河,逐渐扩展至欧盟、日本等国家和地区。但至

<sup>①</sup> 以纺织品协议为例,印度是欧洲的第三大纺织品出口国,也是美国的第四大纺织品出口国,如果无法加入此协议,将使印度的出口蒙受极大损失。

<sup>②</sup> Holwick Scott (1999) Trade and the Environment: Developing Nations and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Colorado Journal of International Environmental Law & Policy, No. 49, p.55.

今,专利方式仍只是被部分发达国家所采用,<sup>③</sup>且其实施还是一波三折,纷争不断。

围绕“专利方式”的争议可划分为“转基因植物专利保护”和“常规育种<sup>④</sup>植物专利保护”两个阶段。

第一阶段集中在1985年~2001年,主要表现为:以Monsanto、Syngenta、Bayer等为代表的各大种业巨头将转基因植物作为主要对象,启动植物专利保护的“破冰之旅”,期间一波三折,但终达成共识。在美国,以1985年的Exparte Hibberd案为契机,第一次在专利局内部承认了植物的可专利性,并在后续的其他专利复审或无效宣告案中,多次予以确认,直至2001年由联邦最高法院审结的Pioneer Hi-Bred案最终敲定“开放植物可专利性符合专利法立法之本意”<sup>⑤</sup>。在欧洲,1984年由EPO上诉委员会处理的Giba—Geigy Case案首次承认植物的可专利性,1990年的Lubrizol案及类似案件中,也附同此意见,但在1995年的Plant Genetic system案又否决了植物的可专利性,但很快在1998年的Novartis AG案的审理中,植物的可专利性再次获得支持,且该案所持立场被1999年修改的《欧洲专利公约实施细则》所吸收,相关争议落幕。

第二阶段集中在自2002年至今,主要表现为:鉴于公众对转基因植物及其为原料制作的食品的安全性疑虑重重,常规育种植物成为专利保护“新宠”和主要争议对象,表现为种业巨头针对部分常规育种植物专利申请案提起异议,期间,虽形成初步意见,但仍未最终定论。2002年,Limagrain和Syngenta两大巨头联手针对Plant Bioscience Ltd.的一种常规育种西兰花专利;2003年,全球十大种子公司之一的Unilever针对以色列农业部的一个常规育种蕃茄专利,提起异议。两个案件,经EPO的上诉委员会和扩大的上诉委员会审理后,于2010年12月做出裁决,否定

了以方法专利方式提起的常规育种植物的可专利性。但该裁决做出后,专利权人取消了权利要求书中的方法权利要求,转而将权利要求全部限定为产品,包括植物、果实、种子等,修改后的权利要求,其专利权效力得以维持。对此结果,Unilever等不服,再次提起新的异议,要求彻底否决其效力。至今,EPO尚未做出正式裁决。但德国议会已于2012年2月9日通过一个反对开放常规育种植物的可专利性的决议,欧洲议会也于2012年5月10日通过决议,呼吁EPO应禁止开放常规育种植物的可专利性。

## (二)众说纷纭的“有效的特殊体系”

在《TRIPS协定》第27.3(b)款的执行过程中,何谓“有效的特殊体系”,理解各异。美欧等发达国家极力主张,它就是指的UPOV体系,即“WTO成员国必须采用符合UPOV公约的立法政策才符合《TRIPS协定》之要求”<sup>⑥</sup>。然而,考虑到UPOV系发达国家针对商业育种的特点而打造,不太适用于发展中国家仍未建立现代种业的现实,且UPOV与CBD、ITPGR在理念上有所冲突,因此,不少发展中国家认为“有效的特殊体系”必须一定程度上体现CBD、ITPGR理念。如:1999年,非洲组织向TRIPS理事会提交的文件建议“在第27.3(b)款关于植物新品种保护的句子后,应增加一个脚注,该脚注的内容为,‘任何植物新品种保护的特别权利法可以包括,但不限于此:在符合CBD和ITPGR的前提下,保护发展中国家中的土著农耕社区的创新;延续传统农耕实践,包括保留、交换种子,以及销售其收获物的权利’”。<sup>⑦</sup>为否定发达国家欲将UPOV作为唯一符合《TRIPS协定》要求的“有效的特殊体系”,不少发展中国家展开了立法探索。其中,2001年正式生效的印度《植物新品种保护与农民权利法》(简称PPVFR)成为UPOV之外的“有效的特殊体系”典范。PPVFR构建了

③ 目前,除加拿大、瑞士、瑞典、奥地利、法国、德国、荷兰以外,绝大多数发达国家已开放植物的可专利性。但瑞典、奥地利、法国、德国、荷兰均系欧盟国家,瑞士是《欧洲专利条约》成员国之一,因此,上述国家的国民虽然依其国内法,无法就其植物新品种获得国内专利,但可依据《欧洲专利条约》的规定,获得欧洲专利。

④ 常规育种是指人们通过转基因技术以外的育种方法,如杂交育种、诱变育种、远缘杂交育种、倍性育种培育而成的植物。

⑤ J.E.M AG Supply v. Pioneer Hi-Bred, 534 U.S. 124 (2001), 200 F.3d 1374.

⑥ Halewood, Michael (1999) Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection, McGill Law Journal, No. 44, p.962.

⑦ 张小勇:《WTO关于与贸易有关的知识产权协议和生物多样性公约的关系的审查进展和观点综述》,载《世界贸易组织动态与研究》2007年第1期,第29页。



一个在保护农民权利、社区权利、生物多样性前提下,对植物新品种赋予有限的植物品种权保护模式。该模式产生了深远影响,不少发展中国家,如泰国、马来西亚、菲律宾等,予以效仿。

### 三、从生态政治学角度审视《TRIPS协定》

#### 第27.3(b)款之执行现状

##### (一)从生态政治学角度予以审视的原因

植物新品种保护直面农业生产的基础——种子,与粮食安全、社会稳定密切相关;且植物是生态圈最基本的组成,不可避免牵涉到环境保护、生态平衡。这意味着:在探讨《TRIPS协定》第27.3(b)款的复查前景和未来走向时,政治、生态方面的因素,也应有所考量。而生态政治学作为一种始于20世纪60年代的结合生态学观点与政治经济学分析的综合性思潮,一定程度上契合了这种考量的需要。

从生态政治学的角度出发,人类是生态系统的一部分,通过创设与改进政治经济体制来控制生物圈资源的生产与分配。主张一个好的政治制度不仅应调整人与人的关系,也应协调人与自然的关系;既要注重解决现存问题,又要为永续发展留出适度空间。提倡政策制定应以遏制利用优势地位掠夺资源、损害中下阶层利益为要,将利益冲突控制在生态、社会的负载能力之内。<sup>⑧</sup>生态政治学的这种理念恰好弥补了发达国家所主张的国际植物新品种保护框架,主要从技术层面出发,过分强调创新激励功能的盲点。

发达国家为说服发展中国家接受《TRIPS协定》第27.3(b)款、同意其就该条款执行作出的举措,抛出的主要理由为:强有力的植物新品种保护,更有利于激励育种创新,促使更多高产良种出现,大幅提高农作物产量,解决粮食短缺,发展中国家也可从中受益。然而,类似论

调早在20世纪50年代的“绿色革命”<sup>⑨</sup>中就已出现。但“绿色革命”的失败说明,粮食问题仅靠技术创新是无法解决的;一味强调眼前的技术创新,忽视未来的可持续发展,是有害的。那么,结合生态政治学理念,从一个新的视角来审视《TRIPS协定》第27.3(b)款的执行情况,探索其复查方向,有一定价值。

##### (二)对执行现状的审视和复查方向的探索

从《TRIPS协定》第27.3(b)款执行的纷乱局面不难看出,发达国家极力主张的国际植物新品种保护框架侧重于维护种业巨头在其擅长的技术领域的商业利益。

在“专利方式”的争议上:对种业巨头最擅长的转基因植物,专利审查、司法审判、立法修改大力支持开放其可专利性。但转基因植物在全球的商业推广未如预期乐观,而受到消费者青睐的常规育种植物却是这些公司的短板,尽管它们也积极收购、入股了一些常规育种实力强的中小种子企业,<sup>⑩</sup>但远未能如转基因植物研发那样,获得绝对优势。于是,在开放常规育种植物的可专利性方面,犹疑不决。

在“有效的特殊体系”上,鉴于常规育种植物中最常见的杂交品种,具有先天的“子代分离”<sup>⑪</sup>特点,农民留种免责的存在,对这类品种的权利人困扰并不大;但转基因植物的性状却可数代稳定遗传,留种种子与新购种子间的品质差异不大,农民留种必然会影响到其市场销售。而自1999年5月后,新加入UPOV的国家只能适用的1991年文本放弃了一贯坚持的农民留种免责的立场,<sup>⑫</sup>免除了对留种的担心。并且,不同于以往的保护范围,只针对列入保护名录的植物的属或种,该文本还扩展到所有的植物的属或种,为各类转基因植物品种能获得保护预留了空间。因此,发达国家极力主张应以UPOV体系为唯一模式。

⑧ Perkins H. John (1997) Geopolitics And The Green Revolution, New York: Oxford University Press., p. 8.

⑨ 绿色革命始于20世纪50年代,是美欧等发达国家将高产谷物品种和农业技术推广到部分发展中国家,促使其粮食增产的一项农业技术推广活动。但它虽一定程度上提高了粮食产量,但却带来环境污染、土壤退化、能源浪费、投入产出比失衡、本地作物消失、抗灾能力减弱等严重问题。且研究发现,其推广的不少高产谷物中矿物质和维生素含量很低,长期食用,会削弱人们抵御传染病和从事体力劳动的能力。

⑩ 如Monsanto耗时8年,收购了墨西哥的Seminis; DuPont持有我国著名的杂交玉米种子企业“山东登海”49%的股份。

⑪ 杂交品种F1代以后的种子难以再保持原有的优良品质,导致农民要想维持原有的高产量,就必须在每一种植季节重新购买新种子。

⑫ 根据UPOV公约1991年文本第15-2条“非强制性例外”的规定,农民免责不再是各成员国立法中必须规定的内容,是否保留,由成员国根据自己的情况决定。

这样带有明显偏好的执行情况,首先,必然会让转基因植物和常规育种植物,难以获得同等的或接近的知识产权保护,这可能会促使企业更愿意投资保护力度更强的转基因植物。然而,转基因植物产生基因污染的风险较高,<sup>⑬</sup>发达国家的这种倾向,将不利于对此种风险进行管控,加剧生物多样性保护的难度。

其次,现代育种,包括转基因植物的培育,离不开数千年来,农民通过留种换种所保存下来的丰富的种源。然而,专利保护方式、UPOV公约1991年文本剥夺或限制了农民留种的自由,不仅会增加贫困农民每年新购种子的成本,还不利于种源的保藏。种源数量的减少,会对育种研发造成障碍。从维护育种的可持续创新入手,一味取消或限制农民留种,虽短时间有利于提高种子公司的市场营业额,但长远看,却会减损育种研发的持续生命力。

再次,“国以农为本,农以种为先”,育种不同于其他科技,其成果的运用最能直接反映到粮食这一具有特别政治意义的问题上,牵一发而动全身。尽管发达国家在执行《TRIPS协定》第27.3(b)款时,对转基因植物多有关照,但时至今日,转基因植物的研发成果并未如预期那样“百花齐放”。据ETC组织统计,占用了全球育种资金75%的转基因植物研发中,90%只针对玉米、大豆、棉花、油菜等六种作物展开。<sup>⑭</sup>造成研究领域如此狭窄的主要原因在于,不断膨胀的纺织、畜牧、生物燃料产业对上述六种作物有着广阔需求,种子公司以追求利润为中心,更愿意将研发资金投到销售前景更佳的领域。然而,这样的研发策略,更多是为发达国家提供工业原料,而非解决公众对粮食的需要。当大量的大豆、玉米等被作为工业原料而被消耗,世界粮食缺口将会进一步扩大,粮食价格将进一步上涨,可能引发政治动荡,这在2008年的全球粮食危机<sup>⑮</sup>中已现端倪。对此,著名学者Kastler精辟指

出:“如果只依赖种业巨头的种子,那么,我们将失去粮食自给;如果失去粮食自给,我们将失去政治自主”。

事实上,尽管植物新品种保护制度应以激励育种创新为第一要义,但其最终宗旨仍是为了大众的福祉。但在《TRIPS协定》第27.3(b)款的执行与未来的复查中,发达国家所主张的模式,未适当考虑不同育成品种的公平保护、育种的可持续创新、弱势利害关系者利益的维护,一定程度上与该宗旨相违背。正因如此,不少发展中国家开始做出有益的探索。一方面,以印度为首的部分发展中国家在该条款的执行过程中,坚持打造专利方式、UPOV体系之外的模式。如:印度PVFRA不仅对列入保护名录的植物的种或属予以品种权保护,还对符合特异性、一致性、稳定性标准的“农户品种”<sup>⑯</sup>予以保护;建立起利益分享机制和生物遗传资源来源披露制度;给予农民广泛的留种权利等。另一方面,即使是加入了UPOV的部分发展中国家,也在UPOV框架内尽可能为农民争取更广泛的利益。如墨西哥不仅在立法中规定农民可自行留种,还规定农民任何时候都有权利用、商业化开发那些来源于他们的实践、经验和风俗习惯的授权品种。

目前,中国的粮食供应状况是比较良好的,农业、育种、植物新品种保护似乎只是农业界人士和少部分学者关注的问题。但“人无远虑,必有近忧”,应该看到,《TRIPS协定》第27.3(b)款一直未正式复查,其实也是一种契机,为包括中国在内的发展中国家在国际社会提出自己的植物新品种保护构想,提供了诉求渠道。正如通过发展中国家的努力,在《多哈宣言》中,就公共健康与药品专利问题,对《TRIPS协定》的既定框架做了突破一样,在《TRIPS协定》第27.3(b)款的复查中,早做筹谋,实现类似突破,也未可知。■

⑬ 如:墨西哥本地玉米曾被美国转基因玉米所污染、加拿大农民种植的普通大豆被Monsanto的转基因大豆污染。

⑭ ETC groups, Tunis 2013: If We Rely on Corporate Seed, We Lose Food Sovereignty, News Release, 04 April 2013.

⑮ 2008年全球粮食危机是指2007年至2008年间全球粮食价格飙升,全球粮食储备一度逼近警戒线,导致部分贫困国家发生骚乱的事件。

⑯ 农户品种是指,由农民在自己农田内传统种植或发展起来的植物品种,以及农民有着普遍认识的野生亲缘植物或田间作物。