

# 论国家管辖范围以外区域海洋遗传资源 适用的法律制度\*

——以海洋科学研究制度的可适用性为中心

张小勇 郑苗壮\*\*

**摘要：**国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用的法律制度是当前海洋法领域国际立法的焦点问题之一。发达国家主张的公海自由原则和发展中国家坚持的人类共同继承财产原则形成了尖锐的对立，然而这两项原则带有很大的局限性。欧盟及一些国家提出了所谓的“第三条道路”，这就是在《联合国海洋法公约》海洋科学研究制度的框架下解决海洋遗传资源的获取和惠益分享问题。从《联合国海洋法公约》关于海洋科学研究的定义和类别、适用范围以及其他方面的规定来看，海洋科学研究制度具备作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度的可行性，未来政府间谈判有可能以海洋科学研究制度为基础构建国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的获取和惠益分享法律制度。考虑到我国在深海生物资源调查、获取和研发利用上所处的实际状况，我国可以考虑在未来政府间谈判中将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度。

**关键词：**国家管辖范围以外区域 海洋遗传资源 公海自由 人类共同继承财产 海洋科学研究

在“国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用”（conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction）问题的国际商讨中，<sup>①</sup> 发达国家和发展中国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用何种法律制度问题

---

\* 本文为国家海洋局海洋发展战略研究所项目“海洋科学研究制度对国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的适用问题研究”、国家社科基金项目“我国参与国家管辖范围以外区域海洋遗传资源国际规则制定研究”（16CGL040）的阶段性研究成果。本文中的观点为作者个人观点，不代表任何机构的立场。

\*\* 张小勇，中国社会科学院大学政法学院教授，法学博士；郑苗壮，国家海洋局海洋发展战略研究所副研究员，工学博士。

① 2004年，联合国大会成立了“研究关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题的不限成员名额特设工作组”，作为一个国际性的论坛供各国商讨国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题，推动国际间的协调和合作。国际商讨分为两个阶段，从2006年至2015年为“特设工作组阶段”，各国在这个阶段经过商讨决定在《联合国海洋法公约》框架下拟订一份具有法律约束力的有关国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用的国际文书，该国际文书应当处理的议题是：海洋遗传资源及其惠益分享问题、包括海洋保护区在内的划区管理工具、环境影响评估、能力建设和技术转让等。联合国大会根据特设工作组达成的共识和提出的建议，通过了第69/292号决议，决定成立一个预备委员会，供各国就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用的国际文书草案要素展开商讨并向联大提出实质性建议，这是国际商讨的“预备委员会阶段”，时间上从2016年至2017年。预备委员会已于2017年7月结束了商讨，同时向联大提交了以上国际文书草案要素的实质性建议。

上发生了尖锐的对立。<sup>①</sup> 发达国家认为应适用《联合国海洋法公约》(以下简称《海洋法公约》)第七部分规定的公海自由原则(freedom of high seas principle),而发展中国家认为国家管辖范围以外区域海洋遗传资源为人类共同继承财产(common heritage of mankind)。由于这两种立场的尖锐对立和难以调和,欧盟和一些国家提出了被一些学者称之为“第三条道路”的设想,并建议在《海洋法公约》第十三部分“海洋科学研究”制度的框架下,通过利用已有规则和发展新的规则解决国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的获取和惠益分享问题。<sup>②</sup>

“第三条道路”是为了调和发达国家和发展中国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用法律制度问题上的矛盾和冲突而提出来的,其具有避开或回避两大阵营在此问题上持续争执的效果,因此被认为是一种“务实的路径”(pragmatic approach)。尽管截至目前,以美、日、俄等国为代表的发达国家和以77国集团为代表的发展中国家依然分别坚持公海自由原则和人类共同继承财产原则对于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的适用性,但未来关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题国际文书的政府间谈判,存在着经由利益协调和交换而接受海洋科学研究制度作为适用于海洋遗传资源法律制度的可能性。可见,在当前阶段很有必要审视公海自由原则和人类共同继承财产原则的局限性,以及分析和讨论海洋科学研究制度作为适用于海洋遗传资源的法律制度的可行性。此外,基于推动深海生物资源调查、获取和研发利用活动深入发展,也有必要考虑并尝试性地提出我国在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用的法律制度问题上的立场。

## 一 公海自由原则和人类共同继承财产原则的局限性

事实上,不论是公海自由原则,还是人类共同继承财产原则,都是有关国家从维护自身发展利益的角度提出的立场,反映了不同国家在世界政治经济格局中的地位以及科学技术发展的状况。从这个意义上说,上述原则更多地考虑了有关国家各自的利益和需要,具有一些缺陷和局限。但是,我们对于这两项原则局限性的认识绝不应停留在这个层面上,还必须结合《海洋法公约》的有关原则和规定,并运用条约解释方法对这两项原则的局限性进行细致和深入的剖析。

### (一) 公海自由原则的局限性

公海自由原则作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源以及相关活动的法律制度的局限性主要体现在以下三个方面:

首先,发达国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源问题上提出的公海自由原则及“先到先得”(first come, first served)的立场不符合《海洋法公约》序言倡导的“促进海洋资源的公平而有效的利用”原则。发达国家主张国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用公海自由原则,

<sup>①</sup> 海洋遗传资源通常指来自海洋生物的基因和生物化学化合物,其可以从海洋所有层次的区域生物群(从细菌到鱼类不等)中获取。由于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源存活于极其特殊的海洋环境之中,它们具有非常高的研究和产业应用价值,是制药业(新药)、化妆品、新兴营养品、水产养殖和生物医药等产业部门研发高附加值产品不可或缺的基础性材料。

<sup>②</sup> See Natalie Y. Morris-Sharama, "Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Issues with, in and outside of UNCLOS", (2017) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 71, p. 87.

该主张的潜在含义是,任何国家都可以自由、不受限制地获取、研究和开发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源,也不存在与其他无法参与此类活动的国家分享利用这些资源所产生惠益的义务。发达国家的意图是维持单边利用的现状,不接受对获取和开发利用活动进行调整和规范思路。甚至在某些发达国家看来,不需要在国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题上进行国际立法,《海洋法公约》的原则和规定已经足够了,欠缺的只是充分的实施。<sup>①</sup>

事实上,在当今世界上仅有一小部分发达国家拥有获取和开发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所需的资金和技术实力。如果将公海自由原则适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源,就会为一小部分发达国家进一步获取和开发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源创造有利的条件和制度环境,如此一来,大多数国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源——这一不处在任何国家管理和控制之下的资源获取和开发利用上会远远落后于一小部分发达国家,从而在少数发达国家和大多数发展中国家之间产生严重的不公平结果。这显然不符合《海洋法公约》倡导的促进“海洋资源的公平而有效的利用”原则。有观点就此指出,如果公海自由被接受作为依照联合国大会第 69/292 号决议即将进行的商讨和谈判的前提,因从事有关活动能力上的差异在不同国家间所产生的显著不对称性问题依然得不到解决。<sup>②</sup>

其次,发达国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源问题上声称的公海自由并非是《海洋法公约》第七部分意义上的公海自由。《海洋法公约》第七部分一方面明确列举了所有国家可以行使的六个方面的公海自由,另一方面,也是最重要的,明确规定了行使公海自由所应当受到的限制,这些限制包括适当顾及其他国家的利益、适当顾及《海洋法公约》所规定的同“区域”(the Area)活动有关的权利,以及在《海洋法公约》和其他国际法所规定的条件下行使等。<sup>③</sup>从这些规定来看,《海洋法公约》第七部分规定的公海自由不是绝对的、不受任何限制或约束的自由。

然而,根据某些发达国家在国际商讨过程中提出的观点和立场,涉及国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的公海自由是不受限制的,对于这些资源的获取和开发利用遵循“先到先得”的逻辑,谈不上考虑和顾及其他国家的利益。此外,某些国家也没有具体指出在从事获取和开发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的过程中应当遵守的《海洋法公约》和其他国际法所规定的义务。由此可见,这显然不是《海洋法公约》第七部分意义上的公海自由,是对《海洋法公约》规定的公海自由的误读。

退一步来说,如果认为发达国家声称的公海自由落入了《海洋法公约》第七部分规定之中,那么,这属于一种什么自由?回答这个问题就需要对第 87 条做出解释,解释的结果就是这种自由要么属于捕鱼自由或科学研究自由,要么属于一种未被明确列举的自由(因为《海洋法公约》第 87 条规定的自由是非穷尽式的)。不论是捕鱼自由或科学研究自由,还是一种新的自由类型,它们都要接受《海洋法公约》的调整,都要在《海洋法公约》和其他国际法规定的条件下行使。

① 关于美国、日本、俄罗斯和加拿大等发达国家在“研究关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题的不限成员名额特设工作组”历次会议上表达的观点,可参见国际可持续发展研究所(International Institute for Sustainable Development)编写的会议报告, <http://enb.iisd.org/> (last visited June 5, 2018)。

② Carlos M. Correa, *Access to and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Developing A New Legally Binding Instrument*, Research Paper, South Centre, 2017, p. 8, [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/09/RP79\\_Access-to-and-Benefit-Sharing-of-Marine-Genetic-Resources-Beyond-National-Jurisdiction\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/09/RP79_Access-to-and-Benefit-Sharing-of-Marine-Genetic-Resources-Beyond-National-Jurisdiction_EN.pdf) (last visited June 5, 2018)。

③ 参见《海洋法公约》第 87 条、第 192 条、第 194 条等规定。

发达国家只是一味地强调国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用公海自由原则，而不提及和说明这种自由应当受到的相关限制，这种谈判思维与《海洋法公约》的基本原则和规定是背道而驰的。

最后，公海自由原则只适用于国家管辖范围以外由水体（water column）构成的海域，<sup>①</sup>其在一定程度上具有解决国家管辖范围以外水体中的海洋遗传资源适用的法律制度问题的价值，但对于未来国际文书关于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源，包括惠益分享（benefit-sharing）问题的解决而言，其能够发挥的作用有限，而且会增加谈判的复杂性和不确定性。之所以说其作用有限，是因为公海自由原则无法解决在国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土（即“区域”）中发现的海洋遗传资源应当适用何种法律制度的问题。<sup>②</sup>

假如在未来国际文书谈判中坚持公海自由原则对于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的适用性，这就要考虑“区域”中的海洋遗传资源应当适用何种法律制度的问题，以及公海自由原则与适用于“区域”海洋遗传资源的法律原则两者之间的关系。在预备委员会的商讨中，南非等国家提出，公海自由原则适用于公海中的海洋遗传资源，而人类共同继承财产原则适用于“区域”中的海洋遗传资源，两者相互之间并不排斥。如果采纳这些观点，就意味着未来国际文书针对国家管辖范围以外区域海洋遗传资源，包括惠益分享问题，将要在区分公海和“区域”的基础上建立两类不同的关于海洋遗传资源的获取和惠益分享的法律制度，姑且不论科学和海洋遗传资源的定义能否为这一区分提供正当理由，仅就建立两类不同的法律制度而言，谈判涉及的问题势必会非常复杂，能否达成最终协议存在很大的不确定性。<sup>③</sup>

## （二）人类共同继承财产原则的局限性

在国际商讨过程中，发展中国家提出，根据《海洋法公约》第136条规定，<sup>④</sup>不仅“区域”的资源，而且“区域”自身（独立于其资源）都被人类共同继承财产原则所涵盖，由于“区域”是指国家管辖范围以外的“海床和洋底及其底土”，那么“区域”就可以包括在其中发现的每一种资源（既有非生物的，又有生物的，如海洋遗传资源）。<sup>⑤</sup>

① 根据《海洋法公约》第86条规定，本部分的规定适用于不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域。需要指出的是，第86条规定使用的表述“all parts of the sea”，指的是“水”（waters），因为第86条使用了与所有其他由水体构成的海域相关的反面术语界定了公海。

② 公海自由原则不可能适用于“区域”，因为根据第135条规定，公海和“区域”是截然分开的管辖区域。

③ 有学者提出了这样的问题，海床仅指构成海床的固体物质？还是也包括固体、与这些物质相接触的水或其他液体或气体？例如，流经热液喷口（hydrothermal vent）的水及其所包含的物质是“区域”的组成部分，还是属于上覆水体？为了解决这样的问题，学者建议要确立相关的科学标准。See Peter Drankier, Alex G. Elferink, Bert Visser and Tamara Takacs, “Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Access and Benefit-Sharing”, (2012) 27 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 375, pp. 406 - 407.

④ 《海洋法公约》第136条规定：“‘区域’及其资源是人类共同继承财产。”

⑤ 在2016年3月召开的预备委员会第一次会议上，非洲集团就明确表达了这个观点，77国集团也在多个场合提到了这个观点。与这个观点相对立的观点是，根据《海洋法公约》第133条规定，“区域”的“资源”仅指“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体和气体矿物资源，因此海洋遗传资源明显在人类共同继承财产的适用范围之外。此外，还有学者指出，深海生物多样性，包括海洋遗传资源及其可能的商业应用在谈判《海洋法公约》之时并没有被发现，因此《海洋法公约》不可能通过有效规范在其谈判时尚不了解的问题而“制造奇迹”。See Tullio Scovazzi, “Is the UN Convention on the Law of the Sea the Legal Framework for All Activities in the Sea? The Case of Bioprospecting”, in Davor Vidas (ed.), *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 316.

这一观点涉及了对人类共同继承财产原则的重要解释。然而，上述解释基本上运用的是文义解释方法，而且只针对《海洋法公约》第136条规定。实际上，如果依照《维也纳条约法公约》确定的解释方法对《海洋法公约》第十一部分的相关规定进行解释的话，<sup>①</sup>得出的结论与发展中国家所作的上述解释不相一致，从某种意义上说，发展中国家的解释并不能完全站得住脚，将面临一些困境。这可以说是人类共同继承财产原则作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源法律制度的局限性所在。

首先来看文义解释。如上所述，对《海洋法公约》第136条进行文义解释，可以得出结论：人类共同继承财产原则既适用于“区域”，也适用于“其资源”。<sup>②</sup>但这只是文义解释，还需要运用目的和体系解释方法对第136条和相关规定进行解释，以便明确人类共同继承财产原则是否适用于海洋遗传资源。

第二，在进行目的解释时有必要求助于《海洋法公约》的目的和宗旨，这经常与善意（good faith）原则的要求联系在一起。另外，条约的解释还应当遵照有效性（effectiveness）原则，这实际上要求以赋予条约某些意义和作用的方式对条约进行解释。《海洋法公约》序言第四段和第六段是在进行目的解释时需要考察的对象。从序言第四段的表述来看，《海洋法公约》的目的和宗旨是“建立一种法律秩序”，以“便利海洋资源的公平而有效的利用”，但这并不当然意味着海洋遗传资源就是受人类共同继承财产原则的支配。对此，有两种不同的观点。一种认为海洋遗传资源目前是“法律真空”状态；另一种认为《海洋法公约》中的某些规则，如公海自由或“区域”相关规则，可以适用。结合《海洋法公约》序言第四段来看，这意味着应当选择后一种观点。<sup>③</sup>序言第六段提到了联合国大会1970年通过的第2749（XXV）号决议所载各项原则，而且明确了缔约方的意图是“发展”（develop）第2749（XXV）号决议的各项原则。事实上，《海洋法公约》根本就没有影响第2749（XXV）号决议提及的“国家管辖范围以外的海床和洋底区域及其底土以及该区域的资源为人类共同继承财产”这一法律地位，而是通过赋予其具体内容而实施了人类共同继承财产原则。《海洋法公约》第十一部分“区域”的各项规定就是缔约方“发展”第2749号决议的结果。<sup>④</sup>就此而言，不论联合国大会第2749（XXV）号决议还是《海洋法公约》序言第六段，均可以支持人类共同继承财产原则同时适用于“区域”资源及“区域”自身的解释，或至少与其不相抵触。

第三来看体系解释。当查看第136条的上下文时，会发现制度设计上的一个显著特点，这就是第十一部分第二节“支配‘区域’的原则”的规定，包括仅提及“区域”的规定，也包

① 依照《维也纳条约法公约》第31条和第32条规定，条约解释的方法包括文义解释、目的解释和体系解释；当按照这些方法对条约的含义所作解释不明或有歧义，或导致解释的结果明显荒谬或不合理的情况时，可以使用补充的解释方法，包括条约的准备工作。

② 需要指出的是，第136条的英文表述使用了“are”一词，英文表述为“The Area and its resources are the common heritage of mankind。”

③ Konrad Jan Marciniak, “Marine Genetic Resources: Do They Form Part of the Common Heritage of Mankind Principle?” in Lawrence Martin et al (eds.), *Natural Resources and the Law of the Sea: Exploration, Allocation and Exploitation of Natural Resources in Areas under National Jurisdiction and Beyond* (New York: Juris Publishing, 2017), p. 387.

④ 缔约方“发展”第2749号决议的主要结果是：第2749号决议中未被界定的“资源”在《海洋法公约》第十一部分中被明确界定为矿物资源；创设了实现人类共同继承财产原则的机构安排；确立了公平分配从“区域”内活动取得财政及其他经济利益的法律规则。

括仅提及“资源”的规定，还包括同时提及“区域”及“资源”的规定。<sup>①</sup>这种分开规定的方式因此能够支持独立于其资源的“区域”自身（包括“区域”中发现的海洋遗传资源）构成人类共同继承财产的解释。如果接受这种解释，第十一部分那些提及“区域”的规定将会适用于海洋遗传资源，这就包括第137条第1款、第138条、第141条、第143条第1款和第3款以及第256条。比较而言，考虑到第十一部分的一些规定仅指向“资源”或“‘区域’内活动”，<sup>②</sup>这些规定就无法适用于海洋遗传资源，这就包括第137条第2款、第139条、第140条、第144条、第146条及第148条。然而，必须指出的是，上述规定中的某些规定恰恰是人类共同继承财产原则的关键规定。特别是，仅仅是对（矿物）资源的权利属于全人类，并由国际海底管理局代表全人类行使（第137条第2款）；仅仅是“区域”内活动（即勘探开发矿物资源的活动）应当为全人类的利益而进行（第140条第1款）；技术转让被限定于“区域”内活动（第144条）。

这样一来，尽管第136条的文义解释支持人类共同继承财产原则适用于海洋遗传资源的结论，但通过全面审查第136条的上下文却发现，第十一部分一些作为人类共同继承财产原则核心要素的规定无法适用于海洋遗传资源。这就意味着，如果接受人类共同继承财产原则适用于海洋遗传资源的解释，那就要面对这样的可能解释：人类共同继承财产原则在制度构建上是“未完成的”，或者至少在对待不同类别的资源上是“不对等地”，换言之，人类共同继承财产原则在“区域”（包括海洋遗传资源）和矿物资源有关的方面是以不同的方式运作的，相比而言，在矿物资源适用更为充分。值得注意的是，不管是哪种解释，这似乎在《海洋法公约》的文本或准备性工作中都找不到支持。考虑到目前很多海洋活动受到《海洋法公约》的调整，这样一种“未完成”或“不对等地”的状况是少见的。《海洋法公约》第311条第6款强调，“缔约国同意对第一三六条所载关于人类共同继承财产的基本原则不应有任何修正，并同意它们不应参加任何减损该原则的协定”。如果不作修正的话，这又意味着人类共同继承财产原则按照现在的情况是最终的和“完成的”。<sup>③</sup>

体系解释除了要查看相关规定的上下文以外，《维也纳条约法公约》还提出了需要考虑的其他因素。<sup>④</sup>就此而言，1994年的《关于执行〈海洋法公约〉第十一部分的协定》（以下简称“1994年执行协定”）需要被考虑在内。虽然“1994年执行协定”仅仅是实施《海洋法公约》，但其的确修正了《海洋法公约》与“区域”（矿物）资源的勘探和开发有关的一些规定。<sup>⑤</sup>“1994年执行协定”的主要目标是在《海洋法公约》的框架下通过引入必要的对于采矿制度的修正而寻求所有国家（特别是发达国家）的普遍参与。借助于通过“1994年执行协定”，第十一部

① 仅提及“区域”的规定是第138条、第141条、第143条第1款和第143条第3款，仅提及“资源”的规定是第137条第2款，同时提及“区域”和“资源”的规定是第137条第1款和第143条第2款。此外，第十一部分还包括提及“‘区域’内活动”的规定，它们是第139条、第140条、第142条、第144条和第148条。

② 根据《海洋法公约》规定，“‘区域’内活动”是指勘探和开发“区域”的资源的一切活动。

③ Konrad Jan Marciniak, “Marine Genetic Resources: Do They Form Part of the Common Heritage of Mankind Principle?”, in Lawrence Martin et al (eds.), *Natural Resources and the Law of the Sea: Exploration, Allocation and Exploitation of Natural Resources in Areas under National Jurisdiction and Beyond* (New York: Juris Publishing, 2017), pp. 392–394.

④ 根据《维也纳条约法公约》的规定，在解释条约时，应与上下文一并考虑的还有：各缔约国关于条约解释或条约规定适用的嗣后协定，以及条约适用方面确立的各缔约国关于其解释的协定的嗣后惯例。

⑤ 修正的内容主要涉及：降低了国际海底管理局的运行成本；将海底采矿建立在商业基础之上；取消了强制性的技术转让；改变了国际海底管理局理事会的投票程序。See Aline L. Jaeckel, *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle: Balancing Deep Seabed Mineral Mining and Marine Environmental Protection* (Leiden: Brill Nijhoff, Publisher 2017), p. 84.

分中的9个争议问题得到了解决。<sup>①</sup> 这些问题并没有涉及“区域”的生物资源。唯一与当前关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用谈判有关的问题——环境问题最后在“1994年执行协定”的谈判中被搁置一边，因为其被认为不具有争议性。

根据《维也纳条约法公约》第31条第3款b项，在条约解释时，应与上下文一并考虑的还有“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之任何惯例”。但是，即使考虑到来自于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的“生物勘探”和海洋遗传资源已获专利的已知事例，这些事例也不构成需一并考虑的“各当事国对条约解释之任何惯例”。<sup>②</sup>

综合以上解释方法来看，对《海洋法公约》第136条的文义解释和目的解释，可以得出独立于其矿物资源的“区域”（包括其中的海洋遗传资源）构成人类共同继承财产的解释结果；但如果以体系解释方法来理解，结果却又截然相反。因此，这将导致《海洋法公约》出现取决于资源类型的“不对等”适用人类共同继承财产制度的局面，这样是不合理的。<sup>③</sup>

## 二 海洋科学研究制度作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度的可行性

如上所述，在关于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用何种法律制度问题的商讨中，欧盟和一些国家呼吁采取一种“务实的路径”。从这些国家提交的书面意见以及相关背景分析文件所载的观点来看，欧盟范围内的国家和主要来自于这些国家的专业人士倾向于在《海洋法公约》第十三部分“海洋科学研究”制度的框架下解决国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的获取和惠益分享问题。<sup>④</sup>

- ① 这9个问题是：缔约国的费用；企业部；决策；审查会议；技术转让；生产限制；补偿基金；合同的财政条款；环境。
- ② Konrad Jan Marciniak, “Marine Genetic Resources: Do They Form Part of the Common Heritage of Mankind Principle?”, in Lawrence Martin et al (eds), *Natural Resources and the Law of the Sea: Exploration, Allocation and Exploitation of Natural Resources in Areas under National Jurisdiction and Beyond* (New York: Juris Publishing, 2017), p. 397.
- ③ 由于按照《维也纳条约法公约》第31条所作的解释导致了不合理的结果，因此有必要求助于该公约第32条提到的补充解释方法，这就包括了条约的准备工作。实际上，《海洋法公约》的准备工作中没有证据支持这样的观点：人类共同继承财产原则具有一个“双重含义”（该原则既涵盖生物资源又涵盖非生物资源，但取决于某个资源的类型而不同地加以运作）。类似地，《海洋法公约》的准备工作没有给解释者提供足够的材料，以便声称第136条是以人类共同继承财产原则既适用于（矿物）资源又适用于“区域”自身（在这个情形同时涵盖生物和非生物资源）的方式而设计的。See Konrad Jan Marciniak, “Marine Genetic Resources: Do They Form Part of the Common Heritage of Mankind Principle?”, in Lawrence Martin et al (eds.), *Natural Resources and the Law of the Sea: Exploration, Allocation and Exploitation of Natural Resources in Areas under National Jurisdiction and Beyond* (New York: Juris Publishing, 2017), pp. 398 - 402.
- ④ 欧盟认为，根据《海洋法公约》关于国家管辖范围以外区域的海洋科学研究的规定，原生境获取海洋遗传资源（*in situ* access to marine genetic resources）应该是自由的，惠益分享应当有助于根据《海洋法公约》从事的海洋科学研究。对此可参见预备委员会主席在第四次会议召开前编写的关于国际文书文本草案要素的“主席非正式文件精简版”（Chair's streamlined non-paper）。See “Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction”, [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/Chairs\\_streamlined\\_non\\_paper\\_to\\_delegations.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non_paper_to_delegations.pdf) (last visited May 8, 2018)。此外，欧盟在预备委员会第四次会议商讨获取和惠益分享问题的过程中欢迎“主席指示性建议”提及《海洋法公约》第256—257条以及第238—244条（这些规定都是第十三部分“海洋科学研究”中的规定），“Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations”，ICSD Reporting Services, 11 July 2017, <http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25132e.pdf> (last visited May 8, 2018)。

这样的考虑值得高度关注。在未来的政府间谈判中，国际社会很有可能经由利益协调和交换而接受海洋科学研究制度作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度。那么，《海洋法公约》的海洋科学研究制度为什么被作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度而提出？其拥有的什么制度特点和安排使之具备适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的可行性？下面将结合《海洋法公约》第十三部分的制定背景和有关规定分析适用海洋科学研究制度的可行性问题。

### （一）基于海洋科学研究的定义和类别的分析

在展开具体分析之前，有必要对涉及海洋遗传资源的各类活动以及这些活动所属的范畴作必要的说明。从过去讨论的情况看，涉及海洋遗传资源的活动在一些官方文件和研究文献中经常被称作“生物勘探”活动，但国际上并没有一个统一和权威的关于“生物勘探”的定义。“生物勘探”在很多场合被指是带有商业意图搜寻和鉴别有应用价值的材料的活动。<sup>①</sup>抛开关于“生物勘探”定义的争议不论，实践中针对海洋遗传资源进行的活动包括：从自然环境中提取（采集）样本和相关数据；对样本和相关数据进行分类、处理和保存；对样本进行观察、分析、鉴定和分离；对已鉴别和分离的材料进行筛选、合成和测试。<sup>②</sup>

在以上四类活动中，根据通常“科学研究”的涵义，<sup>③</sup>可以将前三类涉及海洋遗传资源的活动归入“科学研究”的范畴。第四类活动不同于前三类之处在于其是为了开发产品的目的，属于商业导向的研究。<sup>④</sup>另外，按照有关的解释，当“科学研究”与海洋环境直接相关时，一般被视为“海洋科学研究”。<sup>⑤</sup>如此来看，由于科学研究指向的材料来自海洋环境，以上涉及海洋遗传资源的活动（不论是否称它们为“生物勘探”活动）构成一般意义上的“海洋科学研究”。

在对涉及海洋遗传资源的各类活动以及这些活动所属的范畴作出说明后，一个重要的问题是，上述涉及海洋遗传资源的活动有没有落入《海洋法公约》的海洋科学研究制度之中？如果落入的话，海洋科学研究制度就能够对这些活动及海洋遗传资源适用。这个问题需要从《海洋法公约》第十三部分框架下的海洋科学研究的定义及其涵盖的研究类别进行分析。

就海洋科学研究的定义而言，一个公认的事实是，《海洋法公约》第十三部分没有提供一个明确的关于海洋科学研究的定义。造成这样一种结果的关键因素是，谈判者们在区分基础研究和

① Salvatore Arico and Charlotte Salpin, *Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects*, UNU-IAS Report, 2005, p. 15, <https://www.cbd.int/financial/bensharing/g-absseabed.pdf> (last visited May 8, 2018).

② Charlotte Salpin and Valentina Germani, “Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law”, (2007) 16 *Review of European Community & International Environmental Law* 12, p. 16.

③ 根据牛津英语辞典的解释，“研究”（research）是指系统地调查、研究材料和原始资料（systematic investigation into and study of materials and sources），以便确立事实和得出新的结论，如果“研究”是基于科学方法和原则或以它们为特征的话，其是“科学的”（scientific）研究。

④ 《〈生物多样性公约〉关于获取遗传资源与公正和公平地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》）将这四类活动中的后两类活动界定为“利用”，具体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。

⑤ Florian H. Th. Wegelein, *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 78.



应用研究的必要性问题上没有达成一致。<sup>①</sup> 最后谈判参加者们表面上同意, 一个关于海洋科学研究的定义是不必要的, 因为从各个规定的内容看, 其预期的含义将会是清晰的。<sup>②</sup> 由于缺少一个关于海洋科学研究的定义, 《海洋法公约》第十三部分框架下的海洋科学研究仅指基础研究, 还是同时包括基础研究和应用研究也就没有了明确的法律规定。相应地产生了两种不同的观点, 一种观点认为除了基础研究, 《海洋法公约》第十三部分的海洋科学研究还包括应用研究或商业导向的研究, 另一种观点则认为为了商业目的的研究是资源的开发而非海洋科学研究。<sup>③</sup>

尽管存在争议, 但《海洋法公约》第十三部分被起草得足够宽泛, 而且第十三部分第246条“专属经济区和大陆架上的海洋科学研究”区分了“为了增进关于海洋环境的科学知识”的研究和“与生物或非生物自然资源的勘探和开发具有直接关系”的研究,<sup>④</sup> 而后者被认为是应用性研究, 这就意味着, 按照《海洋法公约》的逻辑, 不仅基础性的海洋科学研究, 而且应用性的海洋科学研究也被《海洋法公约》的海洋科学研究制度所涵盖。<sup>⑤</sup> 不过也有观点指出, 纯理论研究和应用研究的区分从来都没有被普遍接受, 因为在活动和方法上没有可以察觉到的区别, 实际上, 使用的设备、观测资料和提取的样本都是一样的, 一般认为唯一的区别在于研究的意图和目的以及所得知识和成果的用途。<sup>⑥</sup>

既然《海洋法公约》的海洋科学研究制度没有提供一个关于海洋科学研究的定义, 以及同时涵盖了基础和应用海洋科学研究, 那么, 将上面提到的涉及海洋遗传资源的各类活动, 包括为了商业目的的研究和开发活动, 纳入《海洋法公约》的海洋科学研究制度的范围就不会存在明显的障碍。如果使用“生物勘探”的概念来概括涉及海洋遗传资源的各类活动, “生物勘探”因此就落入了海洋科学研究制度之中, 实际上是一类具体的海洋科学研究活动。

反面来看, 如果不认为“生物勘探”被海洋科学研究所涵盖, 那就要在它们之间进行区分。从实际的观点来看, 在“生物勘探”和海洋科学研究之间作明显区分是不可能的或者是很困难

① Ane Jørem and Morten Walløe Tvedt, “Bioprospecting in the High Sea: Existing Rights and Obligations in View of a New Legal Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction”, (2014) 29 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 321, p. 328.

② Florian H. Th. Wegelein, *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 11.

③ Ane Jørem and Morten Walløe Tvedt, “Bioprospecting in the High Sea: Existing Rights and Obligations in View of a New Legal Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction”, (2014) 29 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 321, p. 328.

④ 根据第246条第3款的规定, 在正常情形下, 沿海国应对其他国家或各主管国际组织按照本公约专为和平目的和为了增进关于海洋环境的科学知识 (to increase scientific knowledge of the marine environment) 以谋全人类利益, 而在其专属经济区内或大陆架上进行的海洋科学研究计划, 给予同意。根据第246条第5款的规定, 沿海国可斟酌决定, 拒不同意另一国家或主管国际组织在该沿海国专属经济区内或大陆架上进行海洋科学研究计划, 如果该计划: (a) 与生物或非生物自然资源的勘探和开发有直接关系 (of direct significance for the exploration and exploitation of natural resources, whether living or non-living) ……。

⑤ 2007年联合国秘书长关于海洋和海洋法的报告表达了相同的观点, 报告指出, “海洋法公约提供了进行海洋科学研究的法律制度, 但未界定该用语。在没有正式定义的情况下, 有人提出, 海洋法公约所述的海洋科学研究既包括对海洋环境及其资源的研究, 以期增加人类的知识 (所谓的“纯粹”或“基础”研究), 也包括为日后的资源开发进行的研究 (所谓的“应用”研究)。秘书长的前几份报告强调了区分这两类研究的实际困难, 尤其是在公共研究机构与工业界结成越来越多的伙伴关系的情况下。”参见联合国大会, 《海洋和海洋法: 秘书长的报告》, A/62/66, 2007年3月12日, 第203段。

⑥ Charlotte Salpin and Valentina Germani, “Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law”, (2007) 16 *Review of European Community & International Environmental Law* 12, p. 16.

的。原因在于：首先，“生物勘探”明显具有科学研究的方法论元素，例如基于科学方法系统搜寻或提取海洋资源。其次，在分类学研究和“生物勘探”航行这两类活动上，参与的人员和使用设备也可能是相同的。某位生物勘探者因此正好是一位在传统意义上的海洋科学家、或某个商业实体，或他们的组合（由于高昂的费用，海洋科考通常是科学家、政府部门和私营公司之间的协作）。关于一艘船舶是否具有科学或商业目的可能根据不同的参与方和资助伙伴而发生变化。第三，即使某个研究考察任务最初被认为是纯学术的，但其可能在发现了某个商业上有兴趣的化合物后而发展成为一个商业活动。此外，可能有人认为，某个科学考察的商业目标并没有消除一个同时存在的增进人类对海洋的知识的目标。<sup>①</sup>可见，想要将“生物勘探”排除于海洋科学研究的概念和范围之外几乎无法实现。务实的选择因此就是接受“生物勘探”被海洋科学研究的概念所涵盖的观点。

## （二）基于海洋科学研究制度的适用范围的分析

根据《海洋法公约》第十三部分第三节“海洋科学研究的进行和促进”的规定，海洋科学研究制度适用于领海内的海洋科学研究、专属经济区内和大陆架上的海洋科学研究、“区域”内的海洋科学研究以及在专属经济区以外的水体内的海洋科学研究。这就明确界定了海洋科学研究制度适用的地理范围。这个范围其实可以分为两大类：国家管辖范围以内的区域（领海、专属经济区和大陆架）和国家管辖范围以外的区域（“区域”和专属经济区以外的水体）。

需要指出的是，《海洋法公约》第十三部分没有明确地规定海洋科学研究制度适用的范围。第十三部分只包含两条与范围有关的规定，第241条提及了“海洋环境任何部分或其资源”，第246条第5款则提到了“生物或非生物自然资源”。而且第十三部分对这些术语和概念也没有进行界定。显然，第十三部分没有将海洋科学研究制度的适用范围限定于特定的资源。<sup>②</sup>因此可以得出结论：《海洋法公约》的海洋科学研究制度适用于包括生物和非生物资源在内的各类自然资源。此外，第十一部分就“区域”内的海洋科学研究问题进行了规定，第143条第1款和第143条第3款没有提及“区域”的“资源”，而使用了“‘区域’内的海洋科学研究”的表述，在没有提及“资源”的情况下，这些规定应被认为同样适用于针对海洋遗传资源的科学研究。<sup>③</sup>

根据先前国际商讨的情况，未来关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用的国际文书将会统一适用于国家管辖范围以外的区域，即公海和“区域”。同样地，未来国际文书关于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度适用的地理范围也会是同时包括了公海和“区域”的国家管辖范围以外的区域，而且很有可能不分公海或“区域”而建立一套一体化的法律制度。在《海洋法公约》现有的各种法律制度中，与第七部分“公海”和第十一部分“区域”不同，第十三部分“海洋科学研究”既能适用于专属经济区以外的水体（公海）也能适

① Ane Jørem and Morten Walløe Tvedt, “Bioprospecting in the High Sea: Existing Rights and Obligations in View of a New Legal Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction”, (2014) 29 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 321, p. 329.

② Arianna Broggiato et al, “Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy”, (2014) 49 *Marine Policy* 176, p. 180.

③ Carlos M. Correa, *Access to and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources beyond national Jurisdiction: Developing A New Legally Binding Instrument*, Research Paper, South Centre, 2017, p. 11.

用于“区域”，海洋科学研究制度是唯一的能够涵盖所有国家管辖范围以外区域并且与海洋遗传资源问题密切相关的海洋法制度。<sup>①</sup>从某种意义上说，海洋科学研究是一座穿越《海洋法公约》规定的不同管辖区域的“桥梁”。<sup>②</sup>既然目前的海洋科学研究制度在地理范围上已经同时涵盖了公海和“区域”，那么，可以考虑充分利用这一制度特点，以此为基础构建适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的一体化法律制度。这样做能够避免按照所处区域的不同将国家管辖范围以外区域海洋遗传资源分别适用于公海制度或“区域”制度，或建立两套不同的分别适用于公海和“区域”海洋遗传资源的法律制度。<sup>③</sup>

在范围问题上，由于《海洋法公约》第十三部分没有在适用的资源类别上做出限定，该部分既能适用于生物资源，也能适用于非生物资源。这和第十一部分“区域”完全不同，第十一部分将“资源”界定为矿物资源，这样就排除了对生物资源的适用，实际上第十一部分“区域”制度就是为矿物资源“量身打造”的。既然海洋科学研究制度能够适用于生物资源，而海洋遗传资源又属于生物资源的一个类别，那么，海洋科学研究制度能确定地适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源，更全面地说就是针对国家管辖范围以外区域海洋遗传资源进行的海洋科学研究。

相比于公海自由原则和人类共同继承财产原则，海洋科学研究制度适用于海洋遗传资源更能反映出这类资源的属性以及与此相关的利用活动的特点。事实上，遗传资源概念出现的时间较晚，其引发各方的普遍关注在很大程度上归因于科学技术水平的不断提高，使人类具备了在基因水平上利用生物资源的能力。之所以将一类资源从生物资源中独立出来而称其为遗传资源，是由于人类利用这一类资源，不是要追求其大批量的价值，而是要通过利用（研究和开发活动）追求其含有的遗传和生物化学属性的价值。相应地，为了研究和开发海洋遗传资源的目的，只需要一次取样或有限的持续取样，一旦提取了样本之后，可以在实验室培养和复制这些样本，或将这些样本的信息数据提取之后输入数据库保存。从这一点上看，海洋遗传资源问题的焦点不在于消费性的活动或重复性的捕获，提取海洋遗传资源的规模远远达不到提取非生物资源，尤其是人类共同继承财产原则涉及的矿物，以及公海自由原则涉及的鱼类那样的程度。<sup>④</sup>从这个意义上说，涉及海洋遗传资源的活动主要与研究活动相关，研究活动的兴趣在于生物资源含有的遗传和生物化学信息，而不在于生物资源本身。

### （三）基于已有惠益分享规定的分析

《海洋法公约》对海洋科学研究进行规制的目的在于平衡不同方面的利益，这些利益是：热衷于保护对国家管辖范围以内资源享有主权的沿海国的利益、不受阻碍地从事科学研究的研究国

- ① 但要指出的是，尽管目前的海洋科学研究制度在地理范围上涵盖了所有国家管辖范围以外的区域，但适用于公海的海洋科学研究制度和适用于“区域”的海洋科学研究制度在内容上是不同的，尤其是“区域”内的海洋科学研究必须遵守《海洋法公约》第十一部分第143条规定。
- ② Natalie Y. Morris-Sharma, “Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Issues with, in and outside of UNCLOS”, (2017) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 71, p. 90.
- ③ 有观点指出，应当避免一个区分来自公海的和来自“区域”的海洋遗传资源的获取和惠益分享制度。实际上，从科学和管理的观点来看，一个涵盖整个国家管辖范围以外区域的全面制度是必须的。See Arianna Broggiato et al, “Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy”, (2014) 49 *Marine Policy* 176, p. 179.
- ④ Natalie Y. Morris-Sharma, “Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Issues with, in and outside of UNCLOS”, (2017) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 71, p. 85.

的利益、不拥有在海洋从事研究能力的国家的利益。<sup>①</sup>《海洋法公约》第十三部分以及相关部分的一些规定就反映了以上目的。这里特别需要指出的是第143条第3款、第242条第1款、第243条、第244条第1款和第244条第2款规定。

在这些规定为各国所设定的义务中，效力最强的应属第244条第1款规定的“提供关于拟议的主要方案及其目标的信息以及海洋科学所得知识”的义务，效力偏弱的义务是第143条和第242条第1款规定的“促进”国际合作的义务、第243条规定的“合作”义务、第244条第2款规定的“积极促进”科学资料 and 情报的流通，以及海洋科学所得知识向发展中国家的流通和转让的义务，以及通过对发展中国家技术和科学人员提供适当教育和培训方案，加强发展中国家自主进行海洋科学研究能力的加强的义务。

不论义务在效力上的强弱，这些义务指向和牵涉了一些活动，主要是：提供信息，提供知识、数据、情报和知识流向发展中国家，传播所得到的研究和分析结果，向发展中国家转让数据、信息和知识，不同国家的人员合作进行海洋科学研究，在研究的技术和应用方面培训发展中国家和技术较不发达国家的人员，和对发展中国家技术和科学人员提供教育和培训，而这些活动都是不同国家之间分享海洋科学研究所产生惠益的具体体现。当然，上述规定所涉及惠益都属于非货币性质的惠益。由此可见，《海洋法公约》关于海洋科学研究的这些规定已经预见到了发生在不同国家间不同形式的非货币惠益分享。

惠益分享问题是国家管辖范围以外区域海洋遗传资源国际商讨中的重要问题。需要指出的是，各国在“研究关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题不限成员名额非正式特设工作组”（以下简称“特设工作组”）最初商讨的重点问题是国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律地位或适用的法律制度，但2011年各国商定了有待解决的关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用的“一揽子”问题，而第一个问题就是“海洋遗传资源，包括惠益分享问题”。2015年联合国大会通过的第69/292号决议再次确认了这一点，并决定成立一个预备委员会，就一份关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题的具有法律约束力的国际文书草案要素进行商讨并向联合国大会提交建议。经过商讨，惠益分享已经无任何争议地被确定为这份有法律约束力的国际文书草案的要素。下一步国际社会将围绕分享因利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所产生的惠益的具体问题展开磋商和谈判。

从过往的商讨情况看，一些国家和国际组织明确地指出了惠益既可以是货币的也可以是非货币的，而且这些国家和国际组织给予了非货币惠益更多的关注和提及。<sup>②</sup>之所以重视非货币惠益，是因为非货币惠益具有一些显著的特点，它们是：能够在短期内获得、形式多样、更能够持续或长期存在、能够满足不同方面的需求。<sup>③</sup>作为适用于国家管辖范围内所有类别的遗传资源的

① Arianna Broggiato et al, “Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy”, (2014) 49 *Marine Policy* 176, p. 180.

② 77国集团加中国以及世界自然保护联盟（IUCN）持有这样的观点。参见 [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/rolling\\_comp/Prep\\_Com\\_webpage\\_submissions\\_by\\_delegations.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Prep_Com_webpage_submissions_by_delegations.pdf) (last visited July 15, 2018).

③ Thomas Greiber, “Types of Benefits and Benefit-sharing”, in *United Nations General Assembly Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction*, IUCN Information Papers for the Intersessional Workshop on Marine Genetic Resources, 2-3 May, 2013, IUCN Environmental Law Centre, p. 32, <http://www.un.org/depts/los/biodiversityworkinggroup/documents/IUCN%20Information%20Papers%20for%20BBNJ%20Intersessional%20Workshop%20on%20MGR.pdf> (last visited May 6, 2018).

国际法律文书,《名古屋议定书》提供了一个非常详尽的非货币惠益清单,某些国家在商讨中提及了《名古屋议定书》的可借鉴性。<sup>①</sup>此外,欧盟还建议以联合国粮农组织2001年的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的“获取和惠益分享多边系统”作为讨论的参考点,而这份国际条约规定了四种非货币惠益分享机制。<sup>②</sup>

尽管预备委员会向联大提交的关于有法律约束力的国际文书草案要素的建议没有提到包括非货币惠益在内的惠益的具体形式,<sup>③</sup>但一些典型的非货币惠益在国际上是得到公认的。这些非货币惠益包括:分享研究所得的知识和成果;在科学研究中协作、合作和做出贡献;提供和转让技术;样本、数据和信息的交换和交流;在教育和培训中协作、合作和做出贡献;参与研究和开发活动;通过教育和培训提高和加强研究能力。<sup>④</sup>实际上,如果将以上国际公认的非货币惠益与《海洋法公约》第十三部分规定的非货币惠益进行比较的话,几乎没有差异。

如上所述,《海洋法公约》第十三部分已经预见和规定了发生在不同国家间的非货币惠益分享。考虑到未来的国际文书将要对与国家管辖范围以外区域海洋遗传资源有关的惠益分享问题做出明确的规定,《海洋法公约》第十三部分的第143、242、243和244条等相关规定可以为制定一个与国家管辖范围以外区域海洋遗传资源有关的惠益分享制度提供相应的法律依据。未来的政府间谈判可以在参照《名古屋议定书》和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》以及其它国际海洋科学研究实践的前提下,<sup>⑤</sup>充分利用和借鉴已有的非货币惠益形式,在“促进海洋科学研究以及研究和开发”原则的指导下,<sup>⑥</sup>对它们进行专门化的处理以使其适应涉及国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的活动的特点。<sup>⑦</sup>

#### (四) 海洋科学研究制度与货币惠益分享问题

基于《海洋法公约》第十三部分已有的惠益分享规定的分析,海洋科学研究制度具备适用

- 
- ① 墨西哥、哥斯达黎加、阿根廷、牙买加等国认为《名古屋议定书》附件列出的货币和非货币惠益形式可供参考和借鉴。
- ② 这四种非货币惠益分享机制是:多边系统中的粮食和农业植物遗传资源的便利获取、信息交流、技术的获取和转让以及能力建设。
- ③ 参见联合国大会,《大会关于根据〈联合国海洋法公约〉的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订一份具有法律约束力的国际文书的第69/292号决议所设预备委员会》,A/AC.287/2017/PC.4/2,2017年7月31日。
- ④ 这些非货币惠益形式之所以是国际上公认的,是因为它们作为一些国际性和区域性关于海洋研究活动的行为守则(Code of Conduct)以及研究项目和倡议(Research Program and Initiative)的具体内容而正在被海洋科学界所践行和落实。See Arianna Broggiato, “Exchange of Information on Research Programs Regarding Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction”, in *United Nations General Assembly Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction*, pp. 55 – 62.
- ⑤ 国际海洋钻探计划、国际大洋中脊协会的政策和做法是促进样本和数据的共享。国际海洋钻探计划分别在德国、日本和美国设有三个国际保存库,可以提供来自海底的微生物样本。See Lyle Glowka, “Marine Genetic Resources within and beyond the Limits of National Jurisdiction: Challenges and Opportunities Posed by Existing and Emerging International Legal Frameworks and Processes”, in Marta Chantal Ribeiro (ed.), *30 Years after the Signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea: the Protection of the Environment and the Future of the Law of the Sea* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), pp. 274 – 275.
- ⑥ 预备委员会的报告明确地将“促进海洋科学研究以及研究和开发”列举为惠益分享的一项指导原则。
- ⑦ 在特设工作组和预备委员会的商讨中提出的非货币惠益形式有:样本和数据的便利获取、信息的交流、技术转让和能力建设。

于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的可行性，然而，海洋科学研究制度只是规定了分享非货币惠益的问题，没有提及货币惠益及其分享的问题。如此一来，海洋科学研究制度就难以为货币惠益分享提供必要的法律依据。<sup>①</sup> 由于未来国际文书要同时处理非货币惠益和货币惠益的分享问题，如果海洋科学研究制度作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度，那么，海洋科学研究制度的什么规定能够为货币惠益分享提供法律依据？

很多观点已经指出，<sup>②</sup> 由于不存在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的提供国（者）或在相关的地理区域缺少国家管辖权，未来国际文书中的惠益分享应当是“多边的”，而非双边的惠益分享。“多边的”惠益分享不是遗传资源的提供者和利用者之间的惠益分享，而是这样的惠益分享，即让更多的在获取和开发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源方面欠缺财政、技术和人力资源的国家能够分享利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所产生的非货币惠益，以及为了人类社会的整体利益分享利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所产生的货币惠益。不论分享非货币还是货币惠益，多边惠益分享的条件和方式等问题由各国通过谈判事先加以确定，这就排除了双边谈判的可能性。

在未来国际文书采取多边路径解决惠益分享问题的前提下，分享货币惠益应当要为了人类社会的整体利益。具体而言，国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的利用者有义务支付其利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所开发的产品商业化所得收入的一定比例，这些款项将由未来建立的一个国际信托基金接收，所接收的款项将主要用于养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的活动。<sup>③</sup>

如果是为了人类社会的整体利益分享货币惠益，那么，海洋科学研究制度的什么规定能够为此提供法律依据？考虑到是为了人类社会的整体利益分享货币惠益，《海洋法公约》的第256条和第143条第1款能够与此发生关联，但这两条规定由于本身的特点又不能完全支持货币惠益分享制度的建立，未来国际文书可在此基础上进行补充或改造。《海洋法公约》第256条规定：“所有国家，不论其地理位置如何，和各主管国际组织均有权依第十一部分的规定在‘区域’内进行海洋科学研究”。而根据第十一部分第143条第1款规定，“‘区域’内的海洋科学研究，应按照第十三部分专为和平目的并为谋全人类的利益进行”。这里的“为谋全人类的利益”实际上就是为了人类社会的整体利益，在未来的国际文书当中，“全人类的利益”指的是国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用。

第143条第1款的第一个特点是其只适用于“区域”，而不包括公海。尽管当前公海上的科学研究遵循的是自由原则，但在构建货币惠益分享法律制度的过程中可以针对公海上的海洋科学

① 有观点指出，《海洋法公约》第十三部分为解决惠益分享问题提供了有用的指导，但对于货币层面上的惠益分享而言，问题依然留了下来。See Natalie Y. Morris-Sharma, “Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Issues with, in and outside of UNCLOS”, (2017) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 71, p. 93.

② See Harriet Harden-Davies, “Deep-Sea Genetic Resources: New Frontiers for Science and Stewardship in Areas beyond National Jurisdiction”, (2017) 137 *Deep-Sea Research II* 504, p. 509. Arianna Broggiato et al, “Mare Geneticum: Balancing Governance of Marine Genetic Resources in International Waters”, (2018) 33 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 3, p. 10. Arianna Broggiato et al, “Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy”, (2014) 49 *Marine Policy* 176, p. 179. Morten Walløe Tvedt and AneJørem, “Bioprospecting in the High Sea: Regulatory Options for Benefit Sharing”, (2013) 16 *The Journal of World Intellectual Property* 150, p. 152.

③ 根据预备委员会的建议，惠益分享的一个目标是：促进国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用。从这一点来看，分享货币惠益也是为了实现这个目标，它们是一致的。

研究活动设定一个“为谋全人类的利益”的条件，从而对公海上的科学研究自由做出必要的限制，这应该符合《海洋法公约》的原则和精神。未来国际文书可以考虑将上述规定的适用范围扩展到公海，以便与国际文书的整个适用范围保持一致。但要指出的是，对公海上的科学研究自由做出限制要取决于发达国家在谈判中的让步。

第143条第1款第二个特点是其针对海洋科学研究而规定的，但货币惠益并不是直接由海洋科学研究活动所产生的，而是由商业化活动所产生的（商业化活动是海洋科学研究活动的延续）。这样来看的话，第143条第1款就不能完全支持货币惠益分享。这个问题该如何解决？

要解决这个问题必须跳出《海洋法公约》所设定的框架，转向专门规范遗传资源的获取和惠益分享问题的两份条约——《名古屋议定书》和《粮食和农业植物遗传资源国际条约》，以找寻必要的思路 and 方案。首先来看《名古屋议定书》。“利用遗传资源”是《名古屋议定书》中的一个重要概念，其被界定为“研究和开发”活动。虽然《名古屋议定书》规范的是为了“利用（研究和开发）”获取遗传资源的活动，但其不仅要求分享“利用”所产生的惠益，而且要求分享“嗣后的应用和商业化”所产生的惠益。<sup>①</sup> 再来看《粮食和农业植物遗传资源国际条约》。该条约规范的是为了“粮食和农业研究、育种和培训而利用及保存”，而获取粮食和农业植物遗传资源的活动，其涵盖的惠益分享既包括非货币惠益的分享，也包括商业化所得货币惠益的分享。<sup>②</sup>

从这两份条约的规定来看，它们都在获取的目的上进行了关键的限定，也就是为了“研究和开发”或“为粮食和农业研究、育种和培训而利用和保存”的获取才受《名古屋议定书》或《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的规范。与此同时，这两份条约明确要求分享商业化活动产生的惠益。可见，尽管这两份条约都是以为研究和开发或具有类似内涵的活动（如育种）而获取遗传资源作为规范的起点，但在惠益分享上进行了扩展，不仅要求分享研究和开发活动所产生的惠益，而且要求分享与研究和开发活动相关联的商业化活动所产生的惠益。

同样地，未来国际文书可以借鉴这两份条约的思路和方案。具体来说，未来国际文书如果以海洋科学研究制度作为适用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度，那么，为了科学研究目的而获取国家管辖范围以外区域海洋遗传资源要接受国际文书的规范，国际文书应当要求分享科学研究活动所产生的非货币惠益，以及要求分享商业化活动产生的货币惠益。分享商业化活动所得的货币惠益应当是为了谋全人类的利益。这样处理和规定是符合法律逻辑的，能够成立。

### 三 我国在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用的法律制度 问题上的立场及其理由

关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用国际文书的政府间谈判即将开启，<sup>③</sup> 我国作为快速发展中的海洋大国，应当考虑并提出我国在国家管辖范围以外区域海洋遗

① 参见《名古屋议定书》第2条、第5条第1款和第6条第1款。

② 参见《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第12条第3款和第13条第2款。

③ 2017年12月24日，联合国大会通过第72/249号决议，决定召开政府间大会（intergovernmental conference），以便考虑预备委员会就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用的国际文书草案要素提交的建议，并详细拟订该国际文书的文本。根据目前的安排，政府间大会将举行四次，第一次大会将于2018年9月召开。

传资源应当适用的法律制度问题上的立场。在这个重要问题上提出我国的立场要立足于当前及今后一个时期我国在深海生物资源调查、获取和研发利用上所处的实际状况，预先判断未来国际文书可能建立的法律制度对我国深海生物资源调查、获取和研发利用活动产生的影响。

### （一）我国深海生物资源调查、获取和研发利用的实际状况

从20世纪90年代末开始，我国启动了深海生物资源的调查工作，相继开展了多个深海生物资源调查航次。在国家深海资源勘探和研究等重大专项的支撑下，经过十多年的努力，我国在深海生物资源调查和获取、深海微生物资源样本库规范化建设、生物资源应用潜力评估和研发利用等方面取得了令世界瞩目的成就。这就包括：借助于先进的装备和技术，我国科研人员采集到了大量的在医药、工业、农业和环保等领域具有重要应用价值的菌种、酶和化合物；我国已经建立了第一个深海微生物菌种库，目前保藏了2万余株海洋微生物。

在深海生物资源的调查、获取和保藏上，虽然我国起步稍晚，但发展的速度很快，尤其在深海生物资源的采集和获取能力上进入了世界前五名，与发达国家的差距日益在缩小。<sup>①</sup>

在深海生物资源应用潜力评估和研发利用方面，我国也取得了显著的成果。例如，我国研究人员完成了数千株微生物资源在海洋药物、生物农药、环保、生物技术、工业酶应用等方面的潜力评估，申请国际国内专利数百件，分离鉴定了数十个具有抗肿瘤、抗衰老、抗氧化或抗菌、抗病等活性的小分子化合物，多项研究成果已经完成应用示范，部分实现了产业化应用。尽管取得了这些成果，但我国在深海生物资源的研究和开发应用上与发达国家相比，存在着比较大的差距。<sup>②</sup> 据估计，我国在研究和开发应用上落后发达国家大概10—15年的时间。

在未来，为了推动我国深海生物研究和深海生物产业发展迈向更为深入的阶段以及追赶世界先进水平，我国将加大深海生物资源的调查、获取和研发应用的力度。<sup>③</sup>

### （二）我国在特设工作组和预备委员会商讨阶段的立场及评价

在国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题特设工作组和预备委员会的商讨中，77国集团加中国作为一个整体主张国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适

① 我国深海生物资源采集和获取能力在世界上的排名状况可以从以下事实得到证实。根据“第一次全球海洋综合评估”的报告，从事深海生物资源的采集和获取活动需要专业化的海洋研究船，这一类船舶通常被界定为长度超过60米的船舶，其运营费用为每天至少25,000美元。国际研究船舶数据库（International Research Vessel Database）记录了40多个国家拥有的271艘长度超过60米的研究船舶，数量排前五位的国家或国家集团是俄罗斯、欧盟、美国、日本和中国。See “Chapter 29: Use of Marine Genetic Resources”, in *The First Global Integrated Marine Assessment (World Ocean Assessment I)*, United Nations, 2016, p. 6, [http://www.un.org/Depts/los/global\\_reporting/WOA\\_RPROC/Chapter\\_29.pdf](http://www.un.org/Depts/los/global_reporting/WOA_RPROC/Chapter_29.pdf) (last visited July 15, 2018).

② 可以从相关专利数据看出我国在海洋遗传资源的研究和开发应用上与发达国家存在着较大的差距。有研究指出，与海洋基因有关的专利权利要求（patent claims）来自于世界上194个国家中的31个国家（包括中国），按照拥有权利要求的数量排列，前10个国家分别是美国、德国、日本、法国、英国、丹麦、比利时、荷兰、瑞士及挪威，这10个发达国家拥有90%含有海洋基因的专利，而70%的专利归属于美国、德国和日本。See Sophie Arnaud-Haond et al., “Global Genetic Resources: Marine Biodiversity and Gene Patents”, (2011) 331 *Science* 1521, p. 1521.

③ 以上有关事实和数据可参见刘诗瑶：《中国迈向深海科考中心》，载《人民日报》2017年7月26日，第12版。张一玲、龙邹霞：《我国在深海生物资源探测开发方面取得重要成果》、《积极获取深海底大洋生物基因样品》，载《中国海洋报》2017年7月24日，第A1版。



用人类共同继承财产原则。<sup>①</sup> 虽然我国对 77 国集团加中国的立场表示了支持, 但我国并没有针对国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用的法律制度问题单独表达国家立场。

我国作为快速发展当中的海洋大国, 在国际规则的制定上要发出属于自己的声音。鉴于我国正在大力推进深海生物资源的调查和获取活动, 在研发利用上正在追赶世界先进水平, 人类共同继承财产原则并不是最佳选择。这主要因为, 人类共同继承财产原则强调要由国际社会通过一个国际机构对有关资源进行集体管理, 这样就会改变长期以来深海生物资源调查和获取活动基本上不受限制和管制的现状,<sup>②</sup> 而且在未来很可能导致对调查、获取和研发利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的活动实行全面的管理。这些发展趋势不仅会对一些实体开展此类活动带来诸多限制, 而且会增加相应的成本付出。

我国在特设工作组和预备委员会涉及海洋遗传资源议题的商讨中多次指出和强调了海洋科学研究的关联性和适用性。<sup>③</sup> 2017 年 3 月, 在预备委员会第三次会议召开前, 我国向预备委员会提交了“中国政府关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用国际文书草案要素的书面意见”。这份文件在“海洋遗传资源包括惠益分享问题”上明确提出了我国的一些意见和建议。<sup>④</sup> 不过, 值得特别注意的是, 这份文件并没有就管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用的法律制度表达立场和观点。

由于我国在深海生物资源的调查、获取和研发利用上所处的状况既不同于发达国家, 也不同于发展中国家, 我国在有关商讨中态度较灵活, 支持采取“务实的路径”解决惠益分享问题, 这与欧盟及其成员国的立场近似, 也是对发展中国家要求分享惠益诉求的支持。这样的选择应当说是务实的, 对于推动国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用国际治理取得重要进展发挥了积极的作用。

① 关于 77 国集团加中国在特设工作组和预备委员会阶段就海洋遗传资源应当适用的法律制度问题所表达的观点, 可参见特设工作组历次会议的联合主席讨论摘要 (Co-chair's summary of discussions) 以及预备委员会主席公布的“主席非文本” (Chair's non-paper) 文件。See “Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction”, *Oceans & Law of the Sea*, <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm> (last visited July 15, 2018).

② 正如有观点指出的那样, 目前国家管辖范围以外区域海洋遗传资源开发利用的现状是公海自由, 这一断言被国家实践 (20 年的在国家管辖范围以外区域提取海洋遗传资源样本, 且从来都没有在外交争执中被质疑为不合法) 以及大多数其他利益相关者所支持。See Arianna Brogiato, “Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Coordination and Harmonisation of Governance Regime”, (2011) 41 *Environmental Policy and Law* 35 p. 36.

③ 一些主要的观点是: 从事海洋科学研究的自由应得到保障; 尊重各国开展海洋科学研究活动的权利; 惠益分享不能弱化非商业性的海洋科学研究; 国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的原生境获取应当是开放的, 并在自愿基础上通报相关情况。关于我国在特设工作组和预备委员会阶段的商讨中表达的观点, 可参见国际可持续发展研究所 (International Institute for Sustainable Development) 编写的会议报告, <http://enb.iisd.org/> (last visited May 5, 2018).

④ 这份文件在海洋遗传资源的定义、获取和惠益分享等三个问题上表明了我国的观点。关于海洋遗传资源, 包括惠益分享问题的一般观点是: 新国际文书的制度安排应有利于促进科学研究和鼓励创新, 公正公平地分享养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所产生的惠益, 提升人类共同福祉。在原生境获取问题上, 原生境获取活动本质上属于《海洋法公约》规定的国家管辖范围以外区域的海洋科学研究, 应适用自由获取制度, 以促进海洋遗传资源的开发和可持续利用。在惠益分享问题上, 有关海洋遗传资源惠益分享的安排应总体有利于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用, 鼓励海洋科学研究, 促进全人类对海洋遗传资源的惠益分享。这份文件的中英文文本, 可自以下网址获得, [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/rolling\\_comp/Prep\\_Com\\_webpage\\_submissions\\_by\\_delegations.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Prep_Com_webpage_submissions_by_delegations.pdf) (last visited July 15, 2018)。

### (三) 对我国在未来政府间谈判中的立场的展望

关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题的特设工作组和预备委员会的使命已经完成。各国接下来在政府间大会上将会围绕国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用的法律制度、获取、惠益分享等问题展开商讨和谈判。由于预备委员会通过的国际文书草案要素建议将人类共同继承财产和公海自由列为需要进一步讨论的问题,<sup>①</sup> 各国在未来谈判中将会面临关键的选择,是继续无意义的争执,还是选择第三条道路来解决这一问题?对于我国而言,该如何抉择?我国是继续回避这一争论,还是以建设者的姿态表明立场而有所作为?本文认为,我国可考虑将《海洋法公约》的海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度。

第一个理由是,将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度是对我国先前表达观点的提升。我国在特设工作组和预备委员会商讨中都是从从事和促进海洋科学研究的要求出发阐述对于原生境获取海洋遗传资源及惠益分享(尤其是非货币惠益分享)的意见和观点。事实上,人类目前尚处于应用科学方法探索国家管辖范围以外区域海洋遗传资源具有的实际或潜在价值的阶段。当前很少存在关于对此种资源进行的系统且达到商业化规模开发的证据。<sup>②</sup>这就说明,以海洋科学研究作为出发点构建国家管辖范围以外区域海洋遗传资源法律制度切合目前及未来很长时间内人类针对海洋遗传资源所从事的活动的实际状况。下一步,我国可以考虑对先前表达的意见和观点进行提升,并统领于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源应当适用海洋科学研究制度这一立场之下。

第二个理由是,将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度能够为我国在未来若干年内深入开展深海生物资源调查和获取活动创造有利的制度环境。相比于公海自由和人类共同继承财产的争议,海洋科学研究更为中性,在海洋科学研究制度之下谈判建立获取和惠益分享法律制度不会引起很大的抵触和反对。重要的是,未来国际文书建立的关于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的获取的法律制度关乎我国开展深海生物资源调查和获取活动的限度。为了给我国在未来深入开展深海生物资源调查和获取活动创造有利的制度环境,我国可以在原生境获取(*in situ access*)问题的谈判中推动建立一种自由获取制度,或者推动建立一种“轻型的”、能够便利原生境获取的法律制度。从目前来看,一些有影响力的国家集团和某些国家对自由获取制度或“轻型的”获取制度表示了支持。<sup>③</sup>不论是建立自由获取制度还是“轻型的”获取制度,对我国和其他很多国家开展调查和获取活动应当都是有利的。在谈判

① 参见联合国大会,《大会关于根据〈联合国海洋法公约〉的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订一份具有法律约束力的国际文书的第69/292号决议所设预备委员会》,A/AC.287/2017/PC.4/2,2017年7月31日。

② Arianna Broggiato et al, "Mare Geneticum: Balancing Governance of Marine Genetic Resources in International Waters", (2018) 33 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 3, p. 13.

③ 欧盟及其成员国支持依照《海洋法公约》的海洋科学研究制度建立自由获取制度。挪威明确支持建立“轻型的”获取制度,这一制度将不会对从事海洋遗传资源原生境获取活动的主体施加过多的义务,而仅会要求其经由船旗国而向一个国际信息交换所机制报告有关的信息,该机制随后会将这些信息予以公开。参见欧盟和挪威向预备委员会提交的关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用的国际文书草案要素的书面意见, [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/rolling\\_comp/Prep\\_Com\\_webpage\\_submissions\\_by\\_delegations.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/Prep_Com_webpage_submissions_by_delegations.pdf) (last visited in May 8, 2018)。

中,我国可以充分援引《海洋法公约》第七部分“公海”中关于科学研究自由以及第十三部分第一节关于进行海洋科学研究的权利、海洋科学研究的促进、进行海洋科学研究的一般原则的规定,以支持在海洋科学研究制度的框架下建立自由获取法律制度或旨在便利原生境获取的“轻型”获取法律制度。

第三个理由是,将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度能够回应和照顾广大发展中国家的关切和诉求。作为发展中国家,我国在未来政府间谈判中不可能脱离发展中国家阵营。当然,我国在深海生物资源的调查和获取方面的状况与很多发展中国家又有所不同。这就要求我国在谈判中既要考虑如何维护我国自身的利益,又要考虑如何照顾广大发展中国家的关切和诉求。发展中国家之所以主张国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用人类共同继承财产原则,其意在利用该原则所包含的惠益分享要素,从而能够实现与发达国家分享利用国家管辖范围以外区域海洋遗传资源所产生的惠益目标。而海洋科学研究制度包含了惠益分享的内容,适用海洋科学研究制度可以达到与适用人类共同继承财产原则相同的效果。从这一点上来看,海洋科学研究制度能够回应和照顾广大发展中国家的关切和诉求。实际上,惠益分享问题必定要在未来国际文书中得到解决,这是大势所趋,我国将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度也是顺应了这个趋势,同时又能兼顾我国自身利益和广大发展中国家的利益,很有可能得到发展中国家和一些发达国家的支持。

第四个理由是,将海洋科学研究制度提出作为适用于国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律制度便于和其他国家集团或某些国家进行合作,以及有利于我国在谈判中发挥建设性的作用。如上所述,欧盟及其成员国支持国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用海洋科学研究制度,如果我国也持这一立场,双方就在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源议题上拥有相似的立场,这样在谈判中我国可以寻求与欧盟进行合作,以换取欧盟在其他议题上支持我国立场和观点。另外,根据预备委员会通过的国际文书草案要素的建议,“促进海洋科学研究以及研究和开发”已经被明确地列举为一项“惠益分享的指导原则和方法”,尽管预备委员会的建议指出这“并非已经形成的共识”,但这些表述作为“多数代表团意见一致的非排他性要点”,毕竟是国际社会十余年来谈判所取得的成果。如果我国坚持预备委员会的建议构成了谈判的基础的话,预计比较多的国家很可能会选择支持,这有利于我国在谈判中发挥建设性的作用。

## 四 结论

基于以上分析可见,由于存在某些局限性,公海自由原则和人类共同继承财产制度都不是解决国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用的法律制度问题的最佳选择。比较而言,欧盟和其他一些国家建议的海洋科学研究制度能够与涉及海洋遗传资源的活动对接,并且拥有一些制度安排上优势,因而具备作为国家范围以外区域海洋遗传资源适用的法律制度的可行性。未来关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用的国际文书的政府间谈判当面临一个很大的谈判僵局时或为了平衡各方的利益,有可能选择作为“第三条道路”的海洋科学研究制度来解

决国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用的法律制度问题。

我国在国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题的国际商讨中没有就海洋遗传资源适用的法律制度问题单独表达国家立场。鉴于我国在深海生物资源调查、获取和开发利用上的实际状况，我国一直基于开展和促进海洋科学研究的需求表达对于海洋遗传资源，包括惠益分享问题的观点。这种策略是务实的，能够兼顾不同方面的利益。在未来的政府间谈判中，我国可以考虑提出国家管辖范围以外区域海洋遗传资源适用于海洋科学研究制度。

## **On the Applicable Regime of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: With a Focus on the Applicability of Marine Scientific Research Regime**

*Zhang Xiaoyong and Zheng Miaozi*

**Abstract:** The applicable regime of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction is the central issue in the ongoing international law-making of the law of the sea. The antithesis between developed countries' freedom of high seas principle and developing countries' common heritage of mankind principle has emerged. However, these two principles have a lot of limitations. European Union and other countries have come up with the third way, namely, resolving the issue of access to marine genetic resources and benefit-sharing under the marine scientific research regime of UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). According to the definition, categories, application scope and benefit-sharing provisions concerning marine scientific research under the UNCLOS, marine scientific research regime actually possesses the feasibilities to apply to marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction. It is likely for future intergovernmental negotiation to construct the regime of access to marine genetic resources and benefit-sharing based on marine scientific research regime in the UNCLOS. Given China's actual status of investigation, access and research and utilization of deep-sea biological resources, China could consider putting forward marine scientific research regime as the applicable regime for marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction.

**Keywords:** Areas beyond National Jurisdiction, Marine Genetic Resources, Freedom of High Seas, Common Heritage of Mankind, Marine Scientific Research

(责任编辑:何田田)