

# 欧盟品种权强制许可制度及其借鉴意义

李菊丹

**内容提要：**品种权的强制许可是平衡品种权人的利益与社会公共利益、防止品种权滥用的一项重要手段。欧盟品种权的强制许可除了包括基于公共利益的强制许可和基于品种权人变更产生的强制许可外，还专门设计了基于实质性派生品种的强制许可和品种权与专利权的强制交叉许可。相关规定较好地考虑了生物技术的普遍应用所带来的品种权人的利益与社会公共利益之间的失衡问题，值得中国未来的立法借鉴。

**关键词：**品种权 强制许可 公共利益 强制交叉许可

知识产权虽然是人们就某些智力活动成果所享有的权利，但并非所有的智力活动成果都可以获得知识产权的保护。即使那些属于知识产权保护对象的人类智力活动成果，知识产权人对其所享有的也并非绝对的权利。因为知识产权制度在为相关的智力活动成果提供保护的同时，也规定了一系列的权利限制和例外，以便在保护知识产权权利人的同时，兼顾社会公众的利益。如版权法上的作品合理使用制度，专利法中的“在先使用权”、“科学实验例外”以及“强制许可制度”，品种权领域的“农民特权”、“育种者例外”以及“品种权的强制许可”等。这些制度的目的就是使知识产权制度在激励和促进创新的同时，保障社会公众在某种程度上仍然可以利用受保护的智力活动成果，促进人类的进一步智力创造活动。当然，不管是专利的强制许可还是品种

权的强制许可，除了是平衡专利权人/品种权人利益和社会公众利益的重要工具，还是一项遏制权利人滥用权利的有效手段。

专利强制许可制度早在《巴黎公约》中就有规定<sup>①</sup>，“为防止专利权人在行使专利所赋予的独占权而可能产生的弊端，如不实施专利权，各成员国有权采取立法措施规定颁发强制许可证”。《TRIPS协议》也规定<sup>②</sup>，“成员可以制定法律允许存在未经权利持有人许可的其他使用”。这里的“未经权利持有人许可的其他使用”就是我们所称的“专利强制许可”。根据我国现行《专利法》的规定，专利领域的强制许可类型主要包括防止专利权滥用的强制许可<sup>③</sup>、基于公共利益的强制许可<sup>④</sup>、药品专利的强制许可<sup>⑤</sup>以及从属专利的强制许可<sup>⑥</sup>。强制许可可以针对发明专利和实用新型专利，但不适用于外观设计。

**作者简介：**李菊丹，北京联合大学应用文理学院法律系讲师，法学博士。

本文在2010年农业部科教司举办的“第四届农业知识产权论坛”征文比赛中被评为优秀论文。

① 《巴黎公约》第5条（一）（2）。

② 《TRIPS协议》第31条。

③ 参见《专利法》（2008年）第48条。

④ 参见《专利法》（2008年）第49条。

⑤ 参见《专利法》（2008年）第50条。

⑥ 参见《专利法》（2008年）第51条。

这是因为“发明专利权和实用新型专利权所覆盖的都是技术发明”<sup>⑦</sup>，技术的替代性较弱，而外观设计的可替代性较强。

同样地，作为保护植物育种创新的品种权制度也设计了相应的品种权强制许可制度。根据我国现行《植物新品种权保护条例》规定<sup>⑧</sup>，“为了国家利益或者公共利益，审批机关可以作出实施植物新品种强制许可的决定，并予以登记和公告”。也就是说，我国目前的品种权强制许可只能基于“公共利益”的理由而实施。这主要是因为，与专利权相比，品种权是一项效力比较弱的权利，如植物新品种保护制度中已为农民自繁自种和育种者的育种行为规定了豁免制度，因此品种权被滥用的可能性较小。也正是在这一意义上，美国1970年《植物品种保护法》（the plant variety protection act, PVPA）中就没有规定品种权的强制许可制度。<sup>⑨</sup>

随着生物技术育种领域的深入运用，尤其是转基因技术的迅猛发展，品种权与专利权共存于同一转基因植物中的情况日益普遍。在生物技术的推动下，育种者运用生物技术为原始品种添加修饰性特征，从而获得新的品种权保护的现象也非常普遍。为了保护真正育种者的发明，“阻止寄生的育种方法”<sup>⑩</sup>，《国际植物新品种保护公约》（UPOV1991文本）引入了实质性派生品种的保护规则。由于植物育种领域的上述变化，品种权被滥用的可能性明显增加。《欧盟植物品种保护条例》（the Council Regulation on Community Plant Variety Right）（1994年）<sup>⑪</sup>和《欧盟生物技术发明保护指令》（European

Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions）（1998年）<sup>⑫</sup>为了解决品种权在生物技术背景下滥用可能性不断增加的问题，明确规定了基于实质性派生品种的品种权强制许可和品种权与生物技术专利权的强制交叉许可等新的品种权强制许可类型。欧盟的这些规定，对于我国品种权强制许可制度的完善，尤其是解决生物技术背景下的品种权滥用问题具有很好的借鉴作用。因此，本文拟对欧盟品种权强制许可制度进行介绍和分析，希望抛砖引玉，引起学者和立法者对该制度的研究和重视。

### 一、欧盟品种权强制许可制度

欧盟品种权（Community Plant Variety Rights, CPVR）强制许可制度源于UPOV1991文本第17条对“育种者权行使的限制”的规定，“除了本公约明文规定外，任何缔约方不得基于公共利益之外的其他理由限制育种者权<sup>⑬</sup>的自由行使。如果此类限制具有授权第三方行使需育种者授权的任何行为的效力，缔约国应采取一些必要措施确保育种者获得公平补偿。”<sup>⑭</sup>也就是说，与自愿的品种权许可不同，品种权强制许可只能基于公共利益的要求。欧盟品种权强制许可制度也是建立在这一基础之上的，主要由《欧条例》第29条和《指令》（1998年）第12条予以规定。其中1994年制定的《欧条例》第29条已经由2004年制定的新条款所替代，修改的原因是《欧条例》原第29条的规定没有将《指令》第12条规定的品种权与专利的强制交叉许可的有关内容纳入其中。修订后的《欧条例》

⑦ 李明德：《知识产权法》，社科文献出版社2007年版，第276页。

⑧ 《植物新品种保护条例》（1997）第11条。

⑨ 美国1970年《植物品种保护法》没有对品种权规定强制许可制度，而只是规定了农民保存种子的权利、研究豁免和中介豁免作为品种权的限制。这样的制度设计与美国的植物品种保护模式密切相关。因为，在美国，植物专利为无性繁殖的植物品种提供保护，植物品种保护证书为有性繁殖的植物品种提供保护，发明专利可以为所有植物提供保护。虽然大部分粮食作物都属于有性繁殖植物，但相关的公共利益可以通过农民特权和研究豁免得以保障，如果涉及重要植物品种发明，发明人会选择发明专利保护，而发明专利是可以通过专利的强制许可来保障公共利益的。

⑩ Barry Greengrass：《什么是植物品种保护》，载国家科学技术委员会农村科技司编《国际植物新品种保护联盟地区研讨会》，中国农业科技出版社1994年版，第7页。

⑪ 《欧盟植物品种保护条例》（EC）No 2100/94在1994年7月27日制定，1994年9月1日生效，但主要规定直到1995年4月27日才正式生效，后经（EC）No. 2506.95（1995年10月25日）、（EC）No 807/2003（2003年4月13日）、（EC）No 1650/2003（2003年6月18日）、（EC）No 873/2004（2004年4月29日）以及（EC）No 15/2008（2007年10月20日）修改，以下简称《欧条例》。

⑫ 《欧盟生物技术发明保护指令》（EC/98/44），以下简称《指令》。

⑬ 这里所称的“育种者权”（Breeder's Rights），相当于我国的“植物新品种权”，在欧盟称为“品种权”，美国则称“植物品种保护证书”。这些表达虽然大致意思相当，但由于不同的法律环境有其特定意义，本文在使用相关术语时遵从原文表达，不进行统一调整。

⑭ UPOV1991 Art. 17.

第29条将《指令》的相关规定纳入第29条5a予以规定。同时,根据《欧条例》第114条的规定,欧盟委员会就CPVR的强制许可制定了详细实施办法(EC) NO 1239/95(1995年5月31日)<sup>15</sup>,(EC) NO 1239/95于2005年6月30日由(EC) No 1002/2005<sup>16</sup>作了修改。

根据《欧条例》和《指令》规定,可以将欧盟品种权强制许可分为三类。第一类是基于公共利益而授予的品种权强制许可<sup>17</sup>,第二类是基于实质性派生品种而产生的品种权强制许可<sup>18</sup>,第三类是基于强制交叉许可而实施的品种权强制许可<sup>19</sup>。事实上,《欧条例》第100条第2款还规定了一种基于品种权人变更产生的品种权强制许可<sup>20</sup>。这些不同类型的品种权强制许可,从各个方面贯彻对公共利益的保障,对生物技术渗入育种创新做出应对,从而为解决不同情况的品种权滥用提供了制度保障。

#### (一) 基于公共利益的品种权强制许可

基于公共利益的欧盟品种权强制许可,首先必须由申请人提出申请,然后由CPVO<sup>21</sup>审查后授予。申请的主体包括欧盟成员国、欧盟委员会或者在欧盟层面建立并在欧盟委员会登记的组织,或者在欧盟成员国境内或欧盟境内的任何人。授予强制许可的唯一的理由是“仅仅基于公共利益”。条件是应当由品种权人支付合理的权利许可金。

什么是“公共利益”呢?《欧条例》序言提及“在一定条件下可以导致强制许可的公共利

益,包括向市场供应具有特定品质繁殖材料的需要、或者为继续培育已改善品种提供激励的需要等”<sup>22</sup>。《欧条例》实施细则做出进一步解释,

“下列理由在特定情况下可以构成公共利益:

(a) 保护人类、动物或植物的生命或健康;

(b) 向市场供应具有特定品质的品种繁殖材料的需要,或者(c) 向继续培育已改善品种提供激励的需要。”<sup>23</sup>

保护人类、动物或植物的生命或健康无疑是众所周知的公共利益。那么如何判断“向市场供应具有特定品质繁殖材料的需要”呢?一般来说,只要CPVR的持有人培育或者许可他人培育了充足数量的该品种繁殖材料以满足市场的需要,那么第三方就无法基于这一理由要求品种权的强制许可。当然,CPVO还会考虑其他一些因素,诸如“品种是否以合理的价格进行供应”、“品种供应是否广泛”以及“生产的品种是否具备良好的品质”等<sup>24</sup>。运用这一理由申请品种权强制许可,还要涉及“相关市场”的界定,“就上述提及的相关‘市场’而言,与《欧盟条约》第82条有关的欧盟法院(关于滥用市场支配地位)的司法实践对特定案件中‘相关市场’的判断是有用的。”<sup>25</sup>总的来说,基于这一理由申请的品种权强制许可,有些类似于专利法中因专利权人未充分实施发明而设立的专利权强制许可。“为继续培育已改善品种提供激励的需要”可以理解为其他育种者基于商业目的改善原授权品种的品质需要。虽然植物品种保护制度专门规定“育种

<sup>15</sup> 具体参见Commission Regulation (EC) NO 1239/95 of 31 May 1995 establishing implementing rules for the application of Council Regulation (EC) No 2100/94 as regards proceedings before the Community Plant Variety Office, Title II: “Specific Proceedings Before the Office”, Chapter IV: “Community Exploitation Rights to be Granted by the Office”, Section 1: “Compulsory exploitation rights”, Art. 37—43.

<sup>16</sup> 具体参见Commission Regulation (EC) No 1002/2005 of 30 June 2005 amending Regulation (EC) No 1239/95 as regards the grant of compulsory licence and the rules on public inspection and access to documents held by the Community Plant Variety Office 相关内容。

<sup>17</sup> (EC) No. 2100/94 Art. 29(1)和(2)。

<sup>18</sup> (EC) No. 2100/94 Art. 29(5)。

<sup>19</sup> (EC) No. 2100/94 Art. 29(5a)。

<sup>20</sup> (EC) No. 2100/94 Art. 100(2)。

<sup>21</sup> CPVO为欧盟植物品种保护办公室(the Community Plant Variety Office)的简称。

<sup>22</sup> 《条例》序言规定:“Whereas compulsory licensing should also be provided for under certain circumstances in the public interest, which may include the need to supply the market with material offering specified features, or to maintain the incentive for continued breeding of improved varieties”。

<sup>23</sup> (EC) No 1002/2005 Art. 41(1)。

<sup>24</sup> Guy Tritton, Richard Davis, Michael Edenborough, James Graham, Simon Malynicz, Ashley Roughton, Intellectual Property in Europe (Third Edition), Sweet & Maxwell, 2008, p624.

<sup>25</sup> Gert Würtenberger, Paul Van Der Kooij, Bart Kiewiet, Martin Ekvad, European community plant variety protection, Oxford University Press 2006, p159.

豁免”制度，使其他育种者可以未经许可即利用受保护品种培育新品种，但“育种豁免”仅限于非商业目的，所以如果是出于商业目的改善原授权品种，仍然需要品种权人的许可。为了防止此种限制品种改善的行为，《欧条例》将“为继续培育已改善品种提供激励的需要”解释为可以要求品种权强制许可的一种情形。严格地说，基于实质性派生品种（EDV）利用而实施的强制许可也应当属于此种情形之一，但由于EDV基本上保留了原始品种（授权品种）所有具有商业价值的实质特征，除了某些修饰性特征的差别外，所以UPOV1991文本将原始品种权的保护范围延伸到它的EDV，规定EDV的商业利用必须取得原始品种权人的许可并向其支付相应许可费。基于EDV与原始品种的这种特殊关系，《欧条例》将基于EDV的品种权强制许可单独列为一种。

## （二）基于实质性派生品种的品种权强制许可

与前述完全基于公共利益的品种权强制许可有些不同，基于EDV的品种权强制许可，其申请主体仅限于EDV品种权人。申请强制许可的理由也只能是“基于公共利益”。这是由于UPOV1991文本明确任何缔约国不得以公共利益之外的其他任何理由限制品种权的自由行使。欧盟是UPOV1991文本的成员，因此其也只能以“公共利益”作为任何实施品种权强制许可的唯一理由。

因此，基于EDV而实施的强制许可，强制许可的申请人仍然需要证明其中的“公共利益”。

“这里的公共利益是一项总的原则，那些个人利益，如特定育种者甚至是一群育种者的利益，也不能获得一项强制许可的授予”，“如果证明了就（该原始品种）申请强制许可是出于公共利益的需要，那么该EDV育种者就有资格获得该项强制许可”<sup>②6</sup>。值得注意的是，只有EDV品种权人才能申请对相关原始品种的强制许可，而原始品种的权利人没有资格就该EDV申请强制许可，只能向EDV权利人寻求合同许可。这一情形与专利领域因从属专利产生的强制交叉许可不同。这是因为，基于EDV的强制许可同样必须严格贯彻“公共利益”的原则。从实践来说，EDV的商业利用

必定涉及对原始品种の利用，即EDV的实施必须依赖于原始品种权人的授权。反过来，原始品种权的实施并不依赖EDV权的许可。因此，法律也就无需赋予原始品种权人申请EDV强制许可的权利了。从这一角度，可以将基于EDV的品种权强制许可看作是对原始品种权人滥用拒绝许可权利的一种限制，确保双方权利的行使能够相互制衡。

## （三）品种权与专利权的强制交叉许可

首先规定品种权与专利权的强制交叉许可的是《指令》第12条。《欧条例》在2004年修订后，为了与《指令》的相关规定相适应，也增加了“允许对阻碍生物专利利用的植物品种实施强制许可”的规定<sup>②7</sup>。这是欧盟独创的富有特色的品种权强制许可制度，目的在于解决生物技术背景下，因不同权利人所有的品种权与专利权共存同一植物新品种中，而有可能相互恶意阻碍对方实施权利的问题，其为生物技术发明专利与相应品种权的顺利实施提供制度保障。

品种权与专利权的强制交叉许可的情况比较复杂，以谁先启动强制许可程序为标准可以分为两种情况。第一种是相关品种权人对相应的生物技术发明专利要求强制许可，当该强制许可授予品种权人时，该专利权人也可在合理条件下获得对该品种权的强制许可。第二种是生物技术发明专利人对相应的品种权要求强制许可，当对该项强制许可授予时，该品种权人也可在合理条件下获得对该专利权的强制许可。

在这种情况下，《欧条例》和《指令》对强制许可程序的启动没有明确规定要求根据“公共利益”，除了要求必须向品种权人支付合理的权利金作为公平补偿外，还设置了其他条件。

首先，任何强制许可的授予必须基于申请，CPVO或相关的主管机构不得主动就相关的品种权或生物技术发明专利作出强制许可的决定。

其次，品种权人先启动强制许可程序的，必须符合“一名育种者不侵犯一项已有的专利权就无法获得或利用一项植物品种权”这一条件。也就是说，该项许可对品种权人利用受保护品种是必要的情况下，品种权人才有资格申请对该项专利权的强制许可。当该强制许可授予时，相应的

<sup>②6</sup> Guy Tritton etc. *Intellectual Property in Europe (Third Edition)*, Sweet & Maxwell, 2008, p624.

<sup>②7</sup> 李明德、闫文军、黄晖、郜中林：《欧盟知识产权法》，法律出版社2010年版，第435页。

专利权人可以在合理条件下获得对该品种权的强制许可。

专利权人先启动强制许可的,必须符合“一项生物技术发明的专利权持有人不侵犯已有的植物品种权就无法实施该专利”这一条件。当该项强制许可被授予时,相应的品种权人可以在合理条件下获得对该项专利权的强制实施许可。

再次,申请交叉许可的申请人应证明:

(a) 其已向专利权或植物品种权持有人请求获得合同许可但未成功;

(b) 与专利中要求受保护的发明或受保护的植物品种相比,该植物品种或发明构成了可观经济效益的重大技术进步。

《指令》和《欧条例》没有就“未获成功”作出规定,根据(EC) No 1002/2005的解释<sup>②</sup>,下列情形应被认为属于“未成功获得合同许可”:

(a) 在合理的期限内,对方权利持有人没有给予最终回答;(b) 对方权利持有人拒绝许可;(c) 对方权利持有人以明显不合理的条件,包括明显不合理的许可费用、期限等作为获得合同许可的条件。

所谓的“重大技术进步”,根据《指令》说明的解释,“进步”的理解不应当仅仅从纯粹的科学技术的本质来理解,而主要从经济价值的角度进行判断。《指令》设置这一条件的原因是,该指令“不允许将具有较高价值的专利或植物新品种通过强制许可的方式许可给具有较小价值的专利权人或植物新品种权人”<sup>③</sup>。这样可以避免经济价值较小的品种权/专利权的持有人通过实施交叉强制许可,从而获得远远高于其权利所能达到的回报。根据《欧条例》实施细则的解释<sup>④</sup>,可以根据以下因素判断“与品种权相比,相关发明是否构成一个具有客观经济效益的重要技术进步”,包括耕种技术的进步、环境的改善、有助于利用遗传资源多样性的技术进步、改善品种的质量、提高品种的产量、增强品种的抵抗性以及提高品种对具体气候条件和/或环境条件的适应性等。

同样,根据《指令》有关规定,首先申请专利强制许可的品种权人也同样必须证明其植物品种相对于相关的生物技术发明来说,构成了具有可观经济效益的技术进步。判断受保护品种的“重要技术进步”和“可观经济效益”的标准,由各国专利法予以规定。无论是专利权还是品种权的“重要技术进步”和“可观经济效益”的标准,在实践中都不大容易得到证明,因此这种强制许可在实践中很少授予。相关制度虽然在实践中很少适用,但该制度的存在为当事人协商解决品种权与专利交织问题提供了重要制度保障。

(四) 基于品种权人变更产生的品种权强制许可

除了上述三种类型的品种权强制许可外,《欧条例》还规定了一种比较独特的品种权强制许可类型,尽管在相关的条文中没有明确使用“强制许可”的表述。《欧条例》第100条第2项规定,CPVR的所有权根据法院的生效判决发生转移,如果原品种权持有人或品种权的被许可人在相关的诉讼程序开始前就已经实施了《欧条例》第13条(2)所列的行为<sup>⑤</sup>,可以继续实施相关行为,只要其向新的品种权持有人请求一项非排他的品种使用权<sup>⑥</sup>。原品种权持有人应当在2个月内提出该项请求,其他利用该品种的人应在4个月内提出,自收到CPVO有关新品种权人名单的通知之日起开始计算。<sup>⑦</sup>在双方没有达成协议的情况下,CPVO可以授予原品种权人或相关权利人利用该品种的权利。在这种情况下,《欧条例》第29条第3项第7项应予适用。从本质上来说,上述行为不属于品种权强制许可,因为品种权的强制许可必须基于公共利益的要求。但是,这一规定的实施在事实上达到了品种权强制实施许可的目的,并且实施的程序也与品种权强制许可的相同。因此,我们将这种授予利用品种权的行为称为基于品种权人变更发生的品种权强制许可。

根据相关规定,要获得这一类品种权强制许可,必须满足:1. 品种权人根据法院的判决发生变更;2. 在诉讼程序开始之前,原品种权人或相

<sup>②</sup> (EC) No 1002/2005 Art. 37(4).

<sup>③</sup> See Guy Tritton etc. Intellectual Property in Europe (Third Edition), Sweet & Maxwell 2008, p204.

<sup>④</sup> (EC) No 1002/2005 Article 44(2).

<sup>⑤</sup> 即实施欧盟品种权人相关权利的行为。

<sup>⑥</sup> (EC) No. 2100/94 Art. 100(2).

<sup>⑦</sup> (EC) No 1002/2005 Article 44(1).

关被许可人已经实施了利用品种权的行为,例如相关繁殖材料的生产、销售等;3.原品种权人应当在收到CPVO关于新品种权人姓名的通知之日起2个月内提出要求非排他利用品种权的请求,其他人则在4个月内提出;4.只有在双方无法达成协议的情况下,CPVO 才可以根据《欧条例》第29条(3)至(7)的规定授予该品种权的强制许可;5.必须向新品种权人支付合理的权利金作为公平补偿;6.该品种权强制许可的目的仅仅是为了使原品种权人或其他权利人完成在诉讼程序之前已经开始的品种权利用行为,如完成正在进行的相关品种繁殖材料的生产、销售等。一旦超出了这一范围,原权利人要求强制实施该品种权的理由就缺乏根据。

## 二、我国现行品种权强制许可制度及其问题

我国现行品种权强制许可制度主要由《植物新品种保护条例》<sup>③④</sup>及其实施细则予以规定。

“为了国家利益或者公共利益,审批机关可以作出实施植物新品种强制许可的决定,并予以登记和公告。

取得实施强制许可的单位或者个人应当付给品种权人合理的使用费,其数额由双方商定;双方不能达成协议的,由审批机关裁决。

品种权人对强制许可决定或者强制许可使用费的裁决不服的,可以自收到通知之日起3个月内向人民法院提起诉讼。”。

在何种条件下可以对相关的品种权实施强制许可呢?《植物新品种保护条例实施细则(农业部分)》(2007)作了详细规定<sup>③⑤</sup>,“有下列情形之一的,农业部可以作出实施品种权的强制许可决定:

(一)为了国家利益或者公共利益的需要;

(二)品种权人无正当理由自己不实施,又不许可他人以合理条件实施的;

(三)对重要农作物品种,品种权人虽已实施,但明显不能满足国内市场需求,又不许可他人以合理条件实施的。

申请强制许可的,应当向农业部提交强制许可请求书,说明理由并附具有关证明文件各一式两份。”

从上述规定可知,虽然《中条例》仅仅规定了“为了国家利益或者公共利益”的品种权强制许可类型,但《实施细则》(农业部分)对可以实施品种权强制许可的类型作了大大的拓宽,不但规定了基于公共利益品种权强制许可,还规定了不充分实施品种权的强制许可。《中条例》规定了依职权作出的品种权强制许可,《实施细则》(农业部分)增加了依申请的品种权强制许可类型。

《中条例》规定了基于国家利益或公共利益而实施的品种权强制许可,这一规定基本符合UPOV1978文本的要求,即只能出于公共利益的要求对育种者权的自由行使予以限制,并且给予品种权人以相应补偿<sup>③⑥</sup>。但将这一规定与《实施细则》(农业部分)的相关规定结合来看,仍有一些问题值得探讨。

首先,《实施细则》(农业部分)扩大了《中条例》规定的可以给予品种权强制许可的范围,至少从相关规定的语言表述上是可这样理解的。因为《实施细则》(农业部分)将“为了国家利益或者公共利益的需要”与“品种权人无正当理由自己不实施,又不许可他人以合理条件实施的”和“对重要农作物品种,品种权人虽已实施,但明显不能满足国内市场需求,又不许可他人以合理条件实施的”并列作为品种权强制许可的理由。从实施细则的法律位阶上来说,《实施细则》不应超越《中条例》的权限,只能在条例规定的范围内进行细化规定。

其次,《中条例》仅规定“审批机关可以作出实施植物新品种强制许可的决定”,而《实施细则》(农业部分)却出现“申请强制许可的,应当向农业部提交强制许可请求书”的规定。可以看出,《中条例》的相关规定过于笼统模糊,应当明确相关主体可以申请品种权的强制许可。

再次,关于“品种权人无正当理由自己不实施,又不许可他人以合理条件实施的”和“对重要农作物品种,品种权人虽已实施,但明显不能

<sup>③④</sup> 《植物新品种保护条例》(下文简称《中条例》)(1997)第11条。

<sup>③⑤</sup> 中国《植物新品种保护条例实施细则(农业部分)》(2007)(以下简称《实施细则》(农业部分))第12条,《实施细则》(林业部分)(1999)第9条对有关实施品种权强制许可的情形作了大致相同的规定。

<sup>③⑥</sup> UPOV1978 Art. 9.

满足国内市场需求,又不许可他人以合理条件实施的”两种情形,是否可以作为品种权强制许可的理由?根据欧盟的立法经验,这两种情况实际上属于“向市场供应具有特定品质的品种繁殖材料的需要”的情况,但在立法语言上需要进行修改,可以通过将这两种情形直接解释为“公共利益”方式,如采用“下列情形在特定情况下可以构成公共利益”的表述。

### 三、中欧品种权强制许可制度的比较与借鉴

通过上述关于欧盟和我国的品种权强制许可制度的介绍,可以明显看出我国目前所规定的所有品种权强制许可类型均可以纳入欧盟基于公共利益的品种权强制许可类型之中。根据《欧条例》实施细则的解释,“下列理由在特定情况下可以构成公共利益:(a)保护人类、动物或植物的生命或健康;(b)向市场供应具有特定品质的品种繁殖材料的需要,或者(c)向继续培育已改善品种提供激励的需要。”<sup>③</sup>也就是说,《实施细则》(农业部分)所列举的三种情形都可以解释为《欧条例》实施细则中的“公共利益”。

从目前生物技术与植物育种的结合程度以及未来的发展趋势看,我国的品种权强制许可制度在以下方面应借鉴欧盟的相关规定,以应对生物技术对植物育种行为的影响。

首先,应将“保护人类、动物或植物的生命或健康”增加为品种权强制许可的理由。也就是说,在解释“公共利益”的时候,应将这一情形纳入其中。应该说,自关于TRIPS协议与公共健康多哈宣言公布以来,公共健康与强制许可的关系问题受世界各国,特别是发展中国家的普遍关注。

其次,应根据我国未来的发展情况,将EDV品种权人对原始品种の利用也逐步纳入品种权强制许可的范围。尽管目前我国《植物新品种保护条例》尚未将原始品种的品种权范围延伸到实质性派生品种,但从未来的植物品种保护趋势,尤其从促进真正的植物育种创新角度出发,我国引入实质性派生品种保护规则为期不远。为了平衡实质性派生品种权人与原始品种权利人之间的利益,赋予EDV品种权人对原始品种权申请强制许

可的权利,确保其在无法获得合同许可的条件下,有机会利用相关的EDV。

再次,欧盟的品种权与专利权的强制交叉许可方式也值得我国借鉴。根据国际农业生物技术应用服务组织(ISAAA)发布的《2009年度全球生物技术作物商业化现状报告》统计,“在2009年,转基因作物种植国的数量已经增到了25个。从1996年至2009年间,转基因作物种植面积累计达到近10亿公顷。”<sup>④</sup>根据我国农业科学院农业知识产权研究中心(CCIPA)的统计<sup>⑤</sup>,在2002年到2008年间,我国转基因作物的专利申请数量迅速增长,2002年是119件,2009年转基因作物的专利申请数量是342件。从这些数据明显可以看出,转基因技术在目前以及未来植物育种领域中的重要地位。也就是说,在同一转基因植物中不可避免会出现不同权利人持有相关品种权和专利的情形。如何从制度上保证不同权利人不会以自己控制的权利来阻止他人权利的实施?欧盟的品种权与专利权的强制交叉许可制度在一定程度上能解决这一问题。通过这一规定,相关的品种权人还有机会向国家专利局就相关的生物技术发明申请强制许可。

### 结 论

尽管无论是品种权还是专利权,我国至今尚未出现一起强制许可的申请案,但这种强制许可“零实施”状态并不意味着强制许可制度可以被忽略。相反,这一制度作为防止权利滥用和保障公众利益在紧急状态下得以实现的法律底线,能否被经常适用本身并不是这一制度设计的价值所在。因此,我们仍然必须从法律底线的角度充分考虑品种权强制许可制度的科学性和合理性。

综上所述,我们目前必须从两个方面完善品种权强制许可制度。一方面是制度内容的角度,要充分吸收欧盟品种权制度中关于“公共利益”的解释,在未来逐步将基于实质性派生品种的强制许可和品种权与专利权的强制交叉许可纳入到我国的品种权强制许可制度中。另一方面,我们要通过未来的《中条例》修订活动来解决《中条例》与《实施细则》之间的协调问题,使我国品种权强制许可制度规定的更加具体和明确,以便更好地平衡品种权人与社会公共利益,防止品种权滥用的发生。■

<sup>③</sup> (EC) No 1002/2005 Art. 41 (1).

<sup>④</sup> 参见《国内外转基因作物研究现状》, <http://biotechgo.net/blog/transgenic-plants-research/>, 2010年9月20日访问。

<sup>⑤</sup> 科学与发展网络:《CCIPA统计:中国的农业专利数量不断增加》, <http://news.ebioe.com/show/2949.htm>, 2010年9月20日访问。