

论中国品种权行政保护制度的完善与发展

李菊丹

(北京联合大学应用文理学院法律系,100191)

摘要:以《植物新品种保护条例》、《农业部植物新品种侵权案件处理规定》等有关品种权保护的法律法规为依据,对现行中国品种权行政保护制度进行了系统梳理,并结合农业部有关品种权保护相关规章制度的修改,讨论了品种权行政保护制度的完善和发展,最后指出尽快启动《植物新品种保护条例》的修订才是切实推动品种权行政保护制度完善和发展的关键。

关键词:品种权;品种权侵权;行政保护

自1997年颁布《植物新品种保护条例》以来,中国的植物新品种保护事业开始了极不平凡的发展历程,从1999年4月正式受理中国的第一件植物新品种权申请到2004年以来中国品种权的申请量一直保持UPOV成员国的第4位,截至到2011年1月31日,农业植物品种权申请量已达7863件^[1],其中2010年的申请量就达1206件^[2]。伴随着品种权申请量的不断增加,中国的植物新品种保护制度也日趋完善,包括品种权的行政保护制度。品种权的行政保护对于保护品种权人的合法权益,维护种子市场秩序具有十分突出的意义。本文拟对品种权行政保护的相关制度进行梳理,以《植物新品种保护条例》(1997年)(以下简称《条例》)为核心,结合《农业部植物新品种侵权案件处理规定》(2003年)(以下简称侵权规定)和《农业部植物新品种复审委员会审理规定》(2001年)(以下简称复审规定)等相关规章的制定和修订,就品种权行政保护制度的完善和发展展开讨论。

1 中国品种权行政保护的依据及基本内容

世界各国对于知识产权的保护主要通过司法途径,即发生知识产权侵权时,权利人可以向法院提出侵权诉讼,从而制止侵权并获相应的损害赔偿。除了司法保护之外,权利人还可以要求相应的行政机关查处和制止有关侵权,这就是所谓的知识产权保护的“双轨制”。但对于中国知识产权保护的“双轨制”有其独特的内涵,即所谓的知识产权行政保护,即除了其他国家通常采用的知识产权专业执法(警察和海关)外,还存有知识产权管理机关直接执法的情形。但就中国的品种权保护来说,所谓的“双轨制”含义与很多国家的做法并没有类似差别。大多数国家的品种权保护既

可以通过司法途径获得保护,也可以通过相应的种子管理部门进行查处。如在美国,对于品种权的侵权行为,品种权人可以通过民事诉讼获得救济,也可以“在侵权案件中请求联邦种子法的执行机构处理那些以受保护品种名义销售单基因纯度不符的种子侵权案件”。美国联邦和州的种子管理处会经常派员检查各地的种子批发和销售情况,以监控全美的种子质量。中国的品种权保护主要依靠司法救济和农业林业行政主管部门提供的行政保护救济。

当然,为品种权侵权提供行政保护救济也是与中国参加的相关国际条约规定相符的。根据TRIPS协议第三部分“知识产权执法”的相关规定,各国对于侵犯知识产权的行为,可以通过3种程序获得救济,即民事程序、行政程序和刑事程序。所谓的民事程序是指,在发生侵权的情况下,知识产权所有人可以向法院提起诉讼,及时制止侵权,并获得相应的损害赔偿,即通常所说的司法保护。行政程序是指以行政程序确认案件的是非,并为权利人提供民事救济,就是我们通常所说的知识产权行政保护。对于有意以商业规模假冒商标或对版权盗版的,全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,也就是追究刑事责任,这属于广义的司法保护的范畴。也就是说,对于知识产权的侵权行为,主要通过司法保护和行政保护两条途径予以救济。在品种权的保护方面,中国目前是UPOV1978的成员。UPOV1978规定“各联盟成员国应采取一切必要措施实施本公约,尤其是(1)为有效保护本公约规定的权利提供适当的法律救济;(2)为植物新品种的保护设立一个专门机构,或者委托一个现存的机构进行品种权保护……”UPOV1991第30条也作了基本相同的规定。也就是说,UPOV公约没有就品种权的具体保护途径、保护方式对成员国进行要求,而是由各成员国根据本国法律进行实施即可。

从目前的实践看,中国主要通过司法保护和行政保护两种方式对品种权的侵权提供救济。当然,对于品种权行政保护的理解,与其他类型的知识产权有很大的不同。其他知识产权的行政保护,既包括相关知

识产权行政管理机关,如国家知识产权局、国家工商管理总局、国家版权局等行政管理机关直接执法为相关知识产权人提供救济,也包括警察和海关的知识产权专业执法而提供的救济。然而,对于品种权的行政保护来说,目前仅包括省级以上人民政府农业、林业行政部门根据品种权人或者利害关系人的请求,依据各自职权对相关的品种权侵权案件进行处理。这是由我们的品种权内容所决定的。根据《植物新品种保护条例》相关规定,品种权人对授权品种所能控制的行为仅包括以下3项:(1)未经许可不得为商业目的生产授权品种的繁殖材料;(2)未经许可不得为商业目的销售授权品种的繁殖材料;(3)未经许可不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料。也就是说,品种权人只能控制授权品种的繁殖材料,并且不享有该授权品种繁殖材料的进出口权。同时,根据《条例》相关规定^①,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,品种权人或者利害关系人可以请求省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权进行处理,也可以直接向人民法院提起诉讼。由此可知,在中国能够为品种权侵权提供行政保护的只有省级以上人民政府农业、林业行政部门,警察和海关这类专门的执法机构均无权介入品种侵权案件的处理。

2 中国现行的品种权行政保护制度

中国目前的品种权行政保护制度主要由《植物新品种保护条例》、《农业部植物新品种侵权案件处理规定》和《农业部植物新品种复审委员会审理规定》等相关规定组成,具体分述如下。

2.1 基本依据:《植物新品种保护条例》 《条例》既是中国品种权保护制度的基本法律依据,也是中国实施品种权行政保护的基本法律依据。根据相关规定,对于品种权侵权行为,品种权人或者利害关系人可以请求省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权进行处理;处理过程中,省级以上人民政府农业、林业行政部门可以根据自愿原则,对侵权所造成的损害赔偿进行调解;为维护社会公共利益,省级以上人民政府农业、林业行政部门可以责令侵权人停止侵权行为,

没收违法所得,可以并处违法所得5倍以下的罚款。同时,省级以上人民政府农业、林业行政部门在查处品种权侵权案件时,可以根据需要封存或者扣押与案件有关的植物品种的繁殖材料,查阅、复制或者封存与案件有关的合同、帐册及有关文件。

根据上述规定,可以发现中国品种权行政保护的几个明显特点。(1)对于品种权侵权案件,相应的行政主管部门只能应权利人请求才能进行,也就是说,品种权侵权的行政保护也是一种被动保护,奉行的是不告不理的原则;(2)相应的主管部门对侵权的损害赔偿只有调解权,没有裁决权;(3)相关的品种权侵权行为一旦危及社会公共利益,相应行政部门除了可以责令停止侵权外,还可以进行行政处罚,没收违法所得,可以并处违法所得5倍以下罚款。

2.2 实施机制:《农业部植物新品种侵权案件处理规定》 如果说《条例》是品种权行政保护的基本依据,那么《侵权规定》就是直接依据。而且可以说,《侵权规定》就是为农业行政主管部门解决日益增加的品种权侵权案件、防止由于《条例》过于原则的规定造成各地执法尺度不一,于2003年颁布的。其对品种权侵权行为如何实施行政保护做了十分具体的规定,包括品种权侵权案件的范围、管辖、行政保护的受理条件、处理程序、侵权的认定与救济,以及对品种权侵权行为的处罚等,是省级以上农业行政主管部门处理品种权侵权案件的主要依据。

2.3 辅助机制:《农业部植物新品种复审委员会审理规定》 除了《条例》和《侵权规定》外,农业部还颁布了《审理规定》。尽管该规定的主要内容是农业部植物新品种复审委员会如何审理驳回品种权申请的复审案件、品种权无效宣告案件和新品种更名案件,但其也间接地为品种权侵权纠纷中、被控侵权人提出品种权无效的抗辩提供了救济途径,因此不妨将其称为品种权行政保护的辅助机制。这一救济途径的重要意义是由知识产权是一种被推定的权利这一根本属性所决定的。

3 中国品种权行政保护制度的完善

经过10多年的发展,我国的农业植物品种权申请量和授权量得到了极大发展,同样,有关品种权的侵权案件也呈增加趋势。为了更好地实施国家知识产权战略纲要和农业知识产权战略纲要,切实提升中国农业知识产权的创造、运用、保护和管理能力,改善农业知识产权的保护状况,有效处理农业植物新品种权侵权案件,促进育种创新,农业部相关部门已经积极对《侵

注^①《条例》(1997年)第39条。当然,该条规定与《条例》第6条规定的内容有些出入。第6条规定了三种行为为侵权行为,而第39条仅仅规定两种品种权侵权行为可以请求行政保护,那么品种权人对于“未经许可不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料”这一侵权行为能否获得行政保护的支持呢?从现行法律的规定看,无从得知。从理论上来说品种权人仍然可就该行为要求行政保护。这样的出入应当在未来的《条例》修订中予以纠正。

权规定》和《审理规定》进行修订,并着手制订《农业植物品种命名规定》。从公布征求意见稿来看,涉及品种权行政保护的规定主要有以下重大突破。

3.1 《侵权规定》(征求意见稿)对品种权行政保护制度的重大完善 为有效处理农业植物新品种权侵权案件,加强品种权的行政保护,促进育种创新,农业部对《侵权规定》进行了重大修订。

3.1.1 进一步明确品种权行政保护的宗旨是“保护品种权人的合法权益,维护种子市场秩序” 《侵权规定》(征求意见稿)在原规定“为有效处理农业植物新品种权(以下简称品种权)侵权案件”的基础上,将“保护品种权人的合法权益,维护种子市场秩序”增加为侵权规定的立法宗旨。这表明,《侵权规定》明确将品种权行政保护的立足点设在基于社会公共利益的品种权侵权案件的查处,强调从维护种子市场秩序的角度加强对品种权人合法权益的保护,这一点正是品种权的行政保护与品种权的司法保护的不同之处。品种权的司法保护强调的是品种权作为一种私权受到侵害时,国家为品种权人及其利害关系人提供的救济。当然,这并不意味着品种权的行政保护必须仅仅出于公共利益的需要,即只有品种权侵权行为危害了社会公共利益,行政部门才能介入品种权侵权案件的处理。

中国目前的品种权行政保护全部内容是,省级以上农业行政主管部门可以应品种权人或利害关系人的请求,对有关的品种权侵权行为进行调查和认定;认定侵权行为成立的,可以根据自愿原则对侵权所造成的损害赔偿进行调解,并对其中具有严重社会危害的品种权侵权行为给予行政处罚。品种权行政保护的这种定位,是由品种权保护对象的特殊性所决定的。品种权保护不单涉及品种权作为一项知识产权的保护,还将关涉一个国家的育种创新、种子市场秩序与粮食安全的问题。正是从这一意义上来说,品种权的行政保护具有双重目的,不但维护品种权人的权利,还更要维护整个种子市场的秩序。

3.1.2 理顺了品种权侵权案件处理各阶段间的衔接,强化了处理程序的灵活性与可操作性 征求意见稿坚持在《条例》(1997年)和《植物新品种保护条例实施细则》(农业部分)(2007年)规定的范围内,在遵循原规定设计的农业植物新品种权侵权案件处理程序基本框架的基础上,进行了调整和改革,从而强化了处理程序的灵活性和可操作性。

首先,征求意见稿仍然坚持不告不理的原则,只有品种权人请求的情况下省级农业行政主管部门才能介

入对侵权案件的处理,对于其中危害不大,当事人愿意达成调解协议的,可以进行结案。但对于那些多次反复侵权,侵权数额巨大的,或者涉及危害公共利益的侵权行为,无论当事人是否达成调解协议,案件处理机关均应给予相应的行政处罚。当然,在案件处理过程中,请求人也可以撤回请求,但对于涉及那些多次反复侵权、侵权数额巨大的,或者涉及危害公共利益的侵权行为,请求人撤回请求不影响案件处理机关作出处罚决定。这一点,正是品种权行政保护与司法保护的差别所在,品种权的行政保护必须关注社会公共利益的保护。

其次,征求意见稿将品种权侵权案件处理程序从书面审理转化为行政处理,丰富了案件处理机关的调查和强制措施手段。为适应品种权侵权案件的新特点,征求意见稿对品种权侵权案件的处理程序的设计更具能动性,改变原来以书面审理为主的处理模式,在保留送达文书和书面陈述环节的同时,为案件处理机关增加多种积极的处理手段,如依申请或者依职权封存或扣押繁殖材料,进行委托调查和鉴定等。“封存或扣押与案件有关的繁殖材料”这一强制措施是将《条例》相关规定引入《侵权规定》,增强品种权侵权案件处理机关的调查手段,给被控侵权人以威慑性。案件处理机关采取封存或扣押的措施,可以根据职权作出,也可以根据申请人的申请作出。申请人案件处理机关采取封存或扣押措施的,应当提供担保。要求申请人提供担保主要是防止申请人滥用这一手段,而给被控侵权人造成不必要的损失。根据《条例》的相关规定,只有省级以上农业行政主管部门才有权处理品种权的侵权案件,而实践中由于案件处理机关的级别过高而很难在品种权侵权案件中发挥积极作用。为了解决这一问题,征求意见稿吸收了《农业行政处罚程序规定》中关于行政委托的规定,以便省级以上农业行政主管部门可以委托调查的方式,充分调动县市级农业行政主管部门的行政资源,查处品种权侵权案件。这一制度设计在一定程度上解决了《条例》查处侵权案件职能部门层级设定过高的问题,达到省县执法力量上下联动,各司其职,合理调配和充分调动现有基层执法力量查处侵权案件。

再次,征求意见稿对品种权侵权案件处理程序的各个阶段,包括案件查处请求、审查、立案、书面陈述、查封扣押繁殖材料、委托调查、鉴定、调解、撤回请求、赔偿,以及实施行政处罚、申请行政复议和行政诉讼等都做了明确规定,使各个阶段的处理行为有章可循,有法可依,还对相应阶段明确了处理时限。这些程序和实现的设置,一方面可以监督案件处理机关的相应行为,

另一方面也可以增强社会公众对案件处理机关的信任,是依法行政的重要组成部分。同时,征求意见稿对相应程序的设计也考虑了品种权侵权案件处理的特殊性,如调查的保密性和强制措施进行的及时性。为了达到上述目标,征求意见稿规定,案件处理机关对于符合受理条件的请求,应在7日内决定是否立案,并将书面通知请求人已经立案。案件处理机关在立案后,为防止被请求人转移涉案证据,并不立即将其被控侵权的情况立即通知被请求人,而是可以进行调查和收集证据,必要时可以采取相应的强制措施,以确保调查的顺利进行并保全相应的证据,只要案件处理机关在立案之日起30日内,将请求书及其附件的副本通过邮寄、直接送交或者其他方式送达被请求人即可。这一规定既体现了品种权侵权案件处理的程序性要求,也大大提高了案件处理的灵活性。

3.1.3 强化了农业行政主管部门对品种权行政保护的手段和措施 为了更好地维护品种权人的合法利益和更有力地监管种子市场的秩序,征求意见稿充分结合《种子法》和《条例》的相关规定,强化和丰富了案件处理机关对品种权侵权行为的处理手段和处罚措施。首先,以列举方式明确了品种权侵权的具体类型。征求意见稿明确地列举以下4种行为为品种权侵权行为:(1)未经品种权人许可,以商业目的生产授权品种繁殖材料的;(2)未经品种权人许可,以商业目的将授权品种繁殖材料重复使用于生产另一品种繁殖材料的;(3)未经品种权人许可,销售授权品种繁殖材料的,包括用其他品种名称销售授权品种繁殖材料的;(4)其他品种权侵权行为。

为什么要进行这样的列举?主要是由于实践中种子的套牌、套售现象十分常见,造成的社会危害也比较严重。所谓的套售,是指行为人将授权品种的繁殖材料以其他品种名称进行销售的行为;套购是指品种权人或被许可人将授权品种繁殖材料交付第三方(主要是农民)制种,并约定第三方没有销售该繁殖材料的权限,但行为人明知是授权品种权的繁殖材料而高价购买,并以其他品种名称销售该繁殖材料的行为。从上述描述中,可以发现种子的套购和套售实际是品种权侵权行为和假冒种子行为的竞合。在过去的执法实践中,农业部门主要按照种子假冒行为进行处理。征求意见稿将这一行为明确为品种权侵权行为的一种原因,一方面是确保相应的品种权人能够从农业行政主管部门对种子套牌、套售行为的处理中获得赔偿,另一方面也以此鼓励品种权人能够主动行使品种权,积极追究侵

权人的责任,从而净化种子市场的秩序。

其次,建立了跨区域品种权侵权处理机制。品种权侵权案件和其他知识产权侵权案件一样,尽管某类案件具有明显的区域性特点,但大部分品种权侵权案件则通常是跨区域进行的。为加强全国植物新品种保护行政执法工作,农业部从2002年开始逐步在主要省区农业行政机关与司法部门之间建立了联合防范、协作取证、共享信息等执法合作机制和重大案件联合督办制度,重点打击和防范群体侵权、反复侵权行为。征求意见稿在总结这些实践做法后,在上位法允许的范围内,规定了农业部“必要时可以直接处理重大、复杂案件”,省级人民政府农业行政主管部门应当“协助处理跨区域品种权侵权案件”。这样,在处理品种权侵权案件方面,确定了品种权侵权案件的跨区域处理机制。

再次,尽最大限度保护品种权人合法权益,尊重品种权人的合理处分权,同时强化对种子市场的监管力度。既然知识产权是一种私权已经在TRIPS协议中得到了明确,品种权作为一项知识产权当然也属于私权的范畴。因此,征求意见稿在最大限度内保护品种权人合法权益,并尊重品种权人对其权利的处分。比如,在确定侵权的赔偿数额时,征求意见稿规定,充分吸收了最高人民法院对有关侵权损害赔偿确定的标准,将请求人为制止侵权行为所支付的鉴定费、律师费等合理费用一并纳入侵权人应赔偿的范围,还对那些难以通过请求人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益进行确认的损害赔偿,规定可以通过品种权实施许可费的倍数进行确定,如果按照这一方式仍然难以确定的,则在1万元以上50万元以下进行确定。在案件处理过程中,请求人(品种权人或利害关系人)可以随时撤回请求,或者与被请求人达成和解协议,或者在案件处理机关主持调解下达成和解协议。对于侵权物的处理方面,案件处理机关允许当事人协商是否将涉案的繁殖材料折价赔偿,不同意折价赔偿的,才责令侵权人对繁殖材料作灭活处理。这些机制的设计,充分体现了品种权行政保护中对品种权人的处分权的尊重。

但品种权人的处分权只能限于私权范围,对于那些多次反复侵权、涉案金额较大、危害社会公共利益的品种权侵权行为,即使请求人与被控侵权人已经达成和解协议并撤回请求的,或者已经达成调解协议,案件处理机关仍然应对相关侵权行为进行行政处罚。同时,征求意见稿将《种子法》对于种子假冒行为的处罚措施引进品种权侵权领域,对种子的套牌和套购等侵权行

为予以处罚。具体来说,对未按照种子生产许可证的规定生产授权品种繁殖材料,情节严重的,吊销侵权人的种子生产许可证;对未使用授权品种名称销售授权品种繁殖材料,情节严重的,吊销侵权人的种子经营许可证,没收违法所得,或者处以罚款。前项规定主要适用于那些表面上生产其他品种的繁殖材料,实际上是未经许可生产授权品种繁殖材料的行为;后项规定则可适用于情节严重的种子套牌和套购行为。由此可见,征求意见稿对品种权侵权的处罚措施上下了很大的功夫,大大强化了处罚力度,对品种权侵权人形成足够威慑。

还有,征求意见稿还对有关的鉴定问题进行了规定,使在品种权侵权案件中经常应用的鉴定在程序上有法可依。根据相关规定,首先由当事人协商确定鉴定机构,如无法协商一致,则由案件处理机关指定有鉴定资格的鉴定机构进行鉴定。如果实践中不存在相关鉴定机构的,则可由具有相应检测能力的专业机构进行鉴定。这一规定为实践中双方当事人对鉴定机构的选择提供了依据。当然这一规定也考虑到,实践中品种侵权的鉴定往往涉及极为专深的技术,很有可能相关的问题不存在鉴定机构的可能,因此认可了具有相应检测能力的专业机构的鉴定资格。

3.1.4 注意保护农民群体的特殊利益 在品种权侵权活动中可以发现一个十分突出的现象,就是侵权人往往不是自己亲自繁殖侵权品种,而通常委托某农户或整个村庄的农户繁殖侵权品种,而且种植面积很大,造成的危害也不小。这就涉及到农民这一特殊群体在品种权侵权活动中的权利和责任问题。如何保障农民这一特殊制种群体的合法权益,以及追究其在侵权活动中的责任,征求意见稿作了较为完善的考虑。

首先,明确制种农民在不知情并提供委托人的情况下可以不承担赔偿责任。尽管在《条例》中,基于品种权保护的特殊性而为农民设置了“农民权利”的例外,规定“农民自繁自用授权品种的繁殖材料”可以不经品种权许可,也可以不支付使用费,但大规模的制作侵权品种这一行为已经大大超过了“自繁自用”的范围,因此征求意见稿明确规定以农业种植为业的个人、农村承包经营户接受他人委托代为繁殖侵犯品种权的繁殖材料,不知道代繁物是侵犯品种权的繁殖材料并说明委托人的,不承担赔偿责任。这一规定借鉴了最高人民法院司法解释的相关内容。当然,这条规定也可以反过来解读,农村承包经营户接受他人委托代为繁殖侵犯品种权的繁殖材料,不管其是否知道代繁物是侵

犯品种权的繁殖材料,相关行为实际已经构成了品种权的侵权。如果涉案农民确实不知代繁物是侵犯品种权的繁殖材料,并能说明委托人的,可以不承担赔偿责任,但如知道代繁物是侵犯品种权的繁殖材料,或者不能说明委托人的,则仍应承担赔偿责任。

其次,在案件处理机关采取处罚措施,制止侵权行为时,如果存在无辜农民因侵权行为遭受损失的,案件处理机关应首先责令侵权人赔偿因侵权而给农民造成的损失。实践中,案件处理机关对于那些已经构成品种权侵权的,如果相关当事人能够达成和解协议或调解协议,作为代繁的农民自然无需考虑损失问题。但对于已构成品种权侵权,而且侵权人拒不赔偿的,就要涉及侵权物的处理,其中最为复杂的莫过于侵权物处在生长期,而且是由农民代繁的情形。一旦将处在生长期的植物种苗销毁,不但会造成农作物颗粒无收和田地撂荒的后果,伤害农民的感情,也会给农民造成极大的经济损失,造成农村的不稳定。基于此种考虑,征求意见稿规定对于侵权人委托农民制种的,案件处理机关应责令侵权人赔偿因侵权而给农民造成的损失,这样,就从制度的角度为解决农民的损失问题提供了方案。

3.2 对品种权行政保护制度的完善 农业部已经在2010年对《审理规定》启动了修改程序,并公布了征求意见稿。从规定的内容来说,其中涉及品种权行政保护的内容主要就一项,即植物新品种复审委员会复审小组的组成和工作机制的变化。根据现行《审理规定》的规定,植物新品种复审委员会的复审小组是固定的,即复审委员会下设大田作物、果树、观赏植物及草类、蔬菜作物4个复审小组,每个复审小组由若干名复审委员组成,负责复审案件的具体审理工作。征求意见稿规定,复审小组将根据每一复审案件的具体情况,由秘书长报请常务副主任委员决定复审委员3人以上单数组成,复审小组通过审理加评议(即合议方式)最终作出复审决定。植物新品种复审委员会工作机制的变化主要是为了适应日益增多的复审案件,原来固定的复审小组形式适合复审案件的集中审理,在过去复审案件较少的时候是比较合适的。随着复审案件数量和类型的增加,采用更为灵活的复审小组能够较好地达到提高工作效率的要求。而且,这种灵活的复审工作机制,可以更灵活地考虑案件的具体情况,选择相关的技术专家、法律专家和行政管理人员组成复审小组进行审理。当然,这种灵活而有效率的复审机制也为品种权侵权案件中的品种权无效抗辩提供有力的保障。

3.3 《农业植物品种命名规定》(征求意见稿)对品种

权行政保护制度的完善 一直以来,申请植物新品种保护、转基因生物安全评价和农作物品种审定的农业植物品种都是独立进行的,因此实践中不可避免出现一个品种以不同的名称申请植物新品种保护、进行转基因生物安全评价、国家农作物品种审定以及各省的农作物品种审定。这种品种名称不统一的情形,一方面给种子市场的监管和品种权的保护增加了障碍,另一方面也给一些不法之徒制造和销售假冒品种、侵犯品种权提供了便利。应该说,植物新品种保护和品种权审定程序中的品种名称不统一的情形已经成为实践中套牌销售活动频繁的重要原因。为了根治这一弊端,减少和消灭实践中一个农业植物品种有多个名称的现象,农业部在2010年已经着手制定《农业植物品种命名规定》,用以规范农业植物品种命名,加强品种名称管理,从而保护育种者和种子生产者、经营者、使用者的合法权益。该规定征求意见稿明确要求一个农业植物品种只能使用一个名称,并且相同或者相近的植物属或种内的品种名称不得相同。对于本规定施行前已取得名称的农业植物品种,可以继续使用其名称。对有多个名称的在用品种,农业部进行品种名称清理,以确保未来的农作物在用品种符合一个品种一个名称的要求。相信这一规定的出台,有助于整治和处理实践中一个品种用多个名称销售,或者多个品种用一个名称销售的现象。而实践中一个品种用多个名称销售,或者多个品种用一个名称销售的行为往往与品种权侵权行为或假冒行为相联系,如套牌行为和套购行为。从这一意义上说,《农业植物品种命名规定》的颁布将有助于品种权行政保护的有效实施。

4 仍然需要继续讨论的问题

尽管中国的品种权行政保护制度在不断的完善和发展,但是实践总会不断地提出各种问题要求我们不断地予以解决,因为制度的修改和工作机制的完善永远只能解决部分问题,而不可能是全部。也就是说,品种权的行政保护或者说品种权保护实践还有很多的问题有待不断地探讨。

4.1 品种权的保护范围问题 关于品种权的保护范围,实践中存有不同看法。有的认为,“不能确定授权品种的保护范围,即授权品种的特异性,就无法将其与被控侵权品种的特征、特性进行比对”^[9],也就是说,该观点认为,品种权的保护范围是授权品种的特异性。有的观点认为,“新品种的一致性或者稳定性属于种子纯度范畴,当事人就新品种的一致性或稳定性发生纠纷的属于种子产品质量纠纷”,“植物新品种权的司法保

护范围是授权品种的特异性”^[10]。也有观点认为,“不能根据品种授权机关审查文档记载的特异性来确定品种权保护范围”,“因为植物品种是活体,品种的全部遗传特性都包含在品种的繁殖材料中,也是衡量品种是否具备新颖性、特异性、一致性的载体,用繁殖材料确定品种权的保护范围最完整和准确”^[11]。

《条例》和《细则》(2007)对品种权的保护范围的确都没有作规定,UPOV1978和UPOV1991也没有进行规定,欧盟1994年《欧盟植物新品种保护条例》、美国1970年《植物品种保护法》也没有对此进行规定。为什么不予规定呢?这是因为品种权的保护范围根本无法用专利法中的“专利保护范围”的意义来理解,其无法用文字来描述品种权的保护延伸到何处^[9]。那么品种权的保护范围到底如何界定呢?宏观地说,只能通过品种权的保护对象和品种权的权项来具体展示。以我们现行规定为例,我们的品种权的保护对象仅限于繁殖材料,品种权的权项包括排除他人未经许可以商业目的生产授权品种繁殖材料、排除他人未经许可商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料,排除他人未经许可首次销售合法生产的授权品种繁殖和排除他人销售所有非法生产的授权品种繁殖材料。当然,品种权的保护对象和权项将会随着我们是否采用UPOV1991中的“人工瀑布保护规则”、是否引进实质性派生品种保护规则等发生变化。当然,有一点是可以肯定的,用以判断是否构成品种权侵权的最终方法是通过被控侵权品种与授权品种的繁殖材料进行比对实现,而且必须是通过保存在农业部植物新品种保藏中心的授权品种繁殖材料进行。

4.2 销售者的责任承担问题 关于侵权品种繁殖材料的销售者是否应当承担侵权赔偿责任的问题,在实践中也有不同的看法。有的观点认为,应当采用专利法中的规定,对于那些能够证明其产品合法来源的,虽然其行为构成专利侵权,但可以不承担赔偿责任。另有观点认为,农作物种子的销售与一般的专利产品的销售不同,种子的生产和销售均实行许可证制度,也就是说,种子销售商应当严格审查种子的来源,只要其销售了不符合生产许可证和销售许可证的种子,就表明其具有明显的主观过错,因此应当承担相应的赔偿责任。经分析,可以明显看出第二种观点似乎更为合理。这也许就是最高人民法院在《关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》对相关问题不作规定的原因之一。但实践中也许仍会有不同的声音,尤其是当前授权品种的套购和套售现象是比较严

重的,即使种子的销售者同样也未必能真正了解其销售种子的确切来源。应当让种子的销售者承担多大程度上的注意义务呢?仍然值得进一步思考。

4.3 品种权侵权的鉴定方法问题 品种权侵权的认定,通常要经过鉴定后才能判定是否构成侵权。因此,鉴定方法的选择成为侵权认定的一项重要内容。目前主要有两种类型的鉴定方法,一种是田间种植鉴定,即DUS测试,另一种是实验室鉴定,即DNA指纹图谱鉴定。两种方法各有优劣,通常来说,DUS测试比较费时费力,对品种权人的合法利益及时保护有所不利,但鉴定结果相对较为准确;DNA指纹图谱鉴定虽然较为快速简便,但要求有大量的基础工作,而且在可靠性上较DUS差一些。如何在品种权保护实践中恰当地应用这两种鉴定方法,既达到快速简便,又保证鉴定的准确性,得到品种权人和被控侵权人都信服的鉴定结果还有待继续探讨。

4.4 侵权物销毁的问题 根据TRIPS协议的有关规定,“为了对侵权活动造成有效威慑,司法当局应有权在不进行任何补偿的情况下,将已经发现的正处于侵权状态的商品排除出商业渠道,排除程度以避免对权利持有人造成任何损害为限,或者只要不违背现行宪法的要求,应有权责令销毁该商品。”从这一规定可知,将侵权物排除出商业渠道是权利人的一项正当权利。但是对于品种权侵权案件来说,品种权人这一权利的行使似乎面临较多的难题。比如,如果是侵权物是正处于生长期农作物,实践中应如何销毁?尤其是农民代制种的情况下。尽管最高人民法院法释[2007]1号第七条(二)规定“侵权物正处于生长期或者销毁侵权物将导致重大不利后果的,人民法院可以不采取责令销毁侵权物的方法,但法律、行政法规另有规定的除外”,但是又如何确保实践中这些侵权物成熟后不会流入商业渠道?要知道这些侵权物本身就是一种繁殖材料,成熟后收获物同样具有自我繁殖的能力。这一问题的讨论也有待继续。

5 《条例》的修订是切实推动品种权行政保护制度完善和发展的关键

尽管《条例》至今实施不过才14年的时间,但中国植物新品种保护事业所经历的这14年,如果从品种权的申请数量和授权数量来看,几乎浓缩了许多欧洲国家近半个世纪的发展历程。与14年前的中国相比,有关品种权保护的各种情况均发生了翻天覆地的变化,这就意味着1997年制定实施的《条例》确实有修改的

必要了。就品种权的行政保护来说,无论是《侵权规定》、《复审规定》的修订,还是《农业植物品种命名规定》的制订,都必须在《条例》、《实施细则》的框架下进行,所能做的调整和完善毕竟有限。当然,一旦启动《条例》的修订,问题就完全不一样了。《条例》是确定中国植物新品种保护制度整体框架的决定性法律文件,需要综合全面考虑中国植物新品种保护的方方面面,既要考虑中国品种权保护水平与国际的衔接问题,也要考虑品种权保护制度与其他相关制度,如专利制度、商标制度、遗传资源管理制度、种子管理制度等的衔接与协调,同时还要解决近年来《条例》实施中出现的问题,以及因生物技术的飞速发展而给品种权保护带来的问题。这些问题包括《条例》第6条品种权内容规定与第39条关于品种权侵权规定的协调,第11条品种权强制许可与《细则》(2007)第12条之间的协调,关于假冒授权品种行为的界定等等,以及实质性派生品种的保护、品种权与生物技术专利间的协调、农业植物遗传资源保护与品种权保护之间的关联^[7-9]等等。尽管上述这些问题的讨论,并不完全局限于品种权行政保护的领域,但是,我们有理由相信《条例》的修改会对包括品种权行政保护制度在内的整个中国的品种权保护制度产生深远影响。

参考文献

- [1]农业部植物新品种保护办公室.1999-2011年品种权申请情况汇总表.(2011-01-31)[2011-04-12].<http://www.cnvpv.cn/Detail.aspx?k=805&itemID=26>
- [2]农业部植物新品种保护办公室.1999-2010年品种权申请情况汇总表.(2010-12-31)[2011-04-12].<http://www.cnvpv.cn/Detail.aspx?k=800&itemID=26>
- [3]郝力,胡雪莹.植物新品种侵权纠纷案件审理的问题.见:蒋志培.中国知识产权司法保护2007.北京:中国传媒大学出版社,2007:215
- [4]武合讲.侵犯植物新品种权纠纷有关问题的探讨.中国种业,2005,4:36-38
- [5]李剑.侵犯植物新品种纠纷基础问题辨析.见:蒋志培.中国知识产权司法保护2008.北京:中国传媒大学出版社,2008:273
- [6]张敏.美国对育种权的知识产权保护及对对中国种业发展的法律思考.中国种业,2011,4:1-4
- [7]王述民,李立会,黎裕,等.中国粮食和农业植物遗传资源状况报告(I).植物遗传资源学报,2011,12(1):1-12
- [8]王述民,李立会,黎裕,等.中国粮食和农业植物遗传资源状况报告(II).植物遗传资源学报,2011,12(2):167-177
- [9]任静,苏颖异,宋敏.中国种业企业的知识产权创造能力及其对策研究.中国种业,2011,2:5-7

(收稿日期:2011-04-12)