



中国植物新品种保护 应适应国情和潮流

文 | 李菊丹 北京联合大学应用文理学院法律系副教授、中国知识产权法研究会理事

根 据国务院《关于加快推进现代农作物种业发展的意见》（国发〔2011〕8号），全国人大农业与农村工作委员会于2013年将修订《种子法》列入立法规划，并决定修订《植物新品种保护条例》，将其纳为《种子法》中的一章，以达到将《植物新品种保护条例》（以下简称《条例》）上升为法律的目的。《种子法》和《条例》的修订目前正在进行中。

植物新品种保护应单行立法

与专利、商标和版权保护立法相比，我国植物新品种保护工作起步较晚，直到1997年颁布《植物新品种保护条例》才开始为植物新品种提供保护。尽管中国当时出台《条例》的主要原因是为了加入《国际植物新品种保护联盟公约》（UPOV），以符合加入WTO的要求，但条例对我国育种领域的知识产权保护工作发挥了重要作用，较好地促进了植物育种的创新。同时，经过十余年的发展，1997年制定的《条例》在实施过程中暴露了诸多的不完善之处，需要加以完善。

目前，我们已经到了可以根据实践经验和植物新品种保护国际发展趋势进行完善植物新品种保护制度的时候了。《专利法》已开始第四次修订，《著作权法》第三次修订接近尾声，《商标法》已完成第三次修订，我国的植物新品种保护制度的

立法差距是比较明显的。因此，启动《条例》的修订及其立法研究势在必行。

在启动《条例》修订时，植物新品种保护立法例的选择是首要考虑的问题，是在原条例的基础进行修订，还是纳入《种子法》中进行混合立法，还是单性立法？尽管全国人大法工委从目前的工作角度考虑选择将植物新品种保护纳入《种子法》的一章，以达到尽快启动修订《条例》，提升法律位阶的目的，但从中国种业长远发展看，这只是一种过渡性做法，植物新品种保护单行立法是中国未来的必然选择。

首先，种子法与植物新品种保护法是处理两种不同法律关系的法律，很难融合。

《种子法》规范的是种子管理机构如何对种子市场和种子交易行为实施管理，维护种子市场秩序，确保国家种子安全。其本质上是一种行政性法律，主要用于规范种子管理机构与种子的生产者、销售者和使用者之间形成的纵向行政管理关系。而《植物新品种保护法》是典型的知识产权法，主要规范植物新品种权的申请、授权、应用和保护过程中形成的权利义务关系，包括授权机关与植物新品种保护的申请者之间的关系，以及品种权人与授权品种的生产、使用、销售者之间的关系。品种权审查机关对品种权申请做出的授权许可，实际上是一种权利确认行为，品种权人获得品种权，不是基于授权机关的授权行为，而是基于育种创新这一民事行为。

中国作为一个开放的具有世界上最大种子市场的农业大国，要慎重分析这种品种权保护趋势对我国农业育种创新和种业发展的影响，从而在不影响中国应承担的国际义务的情况下，在国内法中探索能够较好激励民族育种产业创新和发展的机制。

品种权与种子不同，它是一种抽象的法定权利，其权利对象、权利范围、申请、审查、授权、无效、权利的行使、应用与维护都有其特殊的规则与程序，需要专门的法律予以系统规范。

其次，采用单行法保护植物新品种是世界上大部分国家的做法。

根据 UPOV 公布的资料，目前 UPOV 有 71 个成员国，其中 66 个国家植物品种保护方面的法律在 UPOV 备案。在这 66 个在 UPOV 进行法律备案的国家中，只有日本、韩国、肯尼亚、荷兰、巴拉圭、突尼斯等六个国家没有采用单行立法，采用植物新品种保护与种子管理法为一体的混合立法，其余 60 个国家均为植物新品种保护单性立法。即使采用混合立法的这六个国家，从相关法律规定的内容看，植物新品种保护的规定实际上构成了该法的主体内容，而且在相关法律的名称上均有“植物品种保护”（Plant Variety Protection）的字样显示。

再次，将植物新品种保护的规定纳入种子法范畴，无法达到系统修订《植物新品种保护条例》的目的。

修订《植物新品种保护条例》的根本原因在于，现行的植物新品种保护条例不能适应当前以及今后一段时间植物新品种保护的发展，比如现行《条例》确定的品种权保护水平偏低，没有对生物育种技术的发展做出有效反应，UPOV1991 对中国的压力，对于品种权侵权的查处措施比较

单一，处理力度较轻，不足以遏制当前品种权侵权行为较为严重的形势，以及调整现行条例存有不规范的地方等等。如果将植物新品种保护纳入种子法范畴，不但不能达到修订条例的上述目的，而且大大压缩植物新品种保护的规定，使得植物新品种保护的相关规定欠缺更多，将有可能破坏原来条例对品种权规定的系统性和全面性。将植物新品种保护的相关规定纳入《种子法》，虽然从法律位阶的角度提升了这些规定的法律效力，但从根本上来说无法达到真正修订《植物新品种保护条例》，系统完善植物新品种保护制度的目的。

中国应考虑采纳 UPOV1991 的部分规定

中国于 1999 年加入 UPOV1978，我国目前没有必须加入 UPOV1991 文本的国际义务。

近年来，国际社会希望中国尽早加入 UPOV1991 的呼声越来越强烈，对此，国内出现两种不同的声音。一种是要中国尽快加入 UPOV1991，提高品种权的保护水平，以激励真正的育种创新。他们认为现有的植物新品种保护水平过低，造成有创新愿望的企业不敢投资创新，而另一部分企业依赖较低的保护水平也不愿投资创新。另一种声音则呼吁中国应慎重加入 UPOV1991，认为过高的品种权保护水平会阻碍民族种业的发展。这两种声音对《条

例》修订的影响，直接表现为支持或反对采纳 UPOV1991 的相关规定。我国目前品种权的保护水平是以 UPOV1978 为蓝本的，应否采纳 UPOV1991 文本的规定，关键是看 UPOV1991 与 UPOV1978 的实质性差别对中国的育种产业造成的影响。

从条文的规定来看，UPOV 这两个文本的差别主要在以下方面：UPOV1991 将保护品种的种类扩展至全体植物；扩展了品种权的权利控制范围；突破了品种权独立的原则。中国现行法律已经将需要反复利用受保护品种生产的品种纳入到原始品种权的控制范围，对中国影响加大的规定是，将实质性派生品种纳入到原始品种权。从欧美的司法实践看，坚持品种权独立原则是主流做法，对实质性派生品种保护规定的适用从整体上坚持限制的态度。从国际实践来说，要证明一个品种是另一个受保护品种的实质性派生品种并不是很容易的，要求必须具备严格的条件。因此，目前各国法院对判定实质性派生品种采取十分慎重的态度。由于我国育种技术和育种产业的发展与国外，尤其是欧美相比，差距较大，从各种渠道反映的情况，实质性派生品种情况在我国比较普遍，一些企业对实施实质性派生品种规则出现的后果比较担忧。应当如何理解 UPOV1991 的实质性派生品种保护规则呢？

事实上，实质性派生品种保护规则是一项阻止剽窃育种，激励原始育种创新，

实现原始品种权人和实质性派生品种权人利益平衡的一项重要制度安排。且实施实质性派生品种保护规则是目前大多数国家的做法，也是生物育种技术的快速发展对品种权保护制度提出的要求。中国实施实质性派生品种保护规则只是时间问题，因此需要考虑的是对实质性派生品种保护规则的应对措施，而不是一味拒绝这一规则，甚至拒绝了解这一规则。此外，还明确提出“农民留种权利”，并且将“农民留种权利的强制性例外变成非强制性例外”。

《条例》修订仍然将农民留种权利界定为“农民自繁自用授权品种的繁殖材料”，与原《条例》保持一致。在修订讨论中，很多专家和农业实务部门的人提到我国当前在实施农民留种权利方面的问题，尤其是“农民”和“自繁自用”的界定。实践中有的农民承包了集体或其他农户大量农田耕作，这种情况下，该农民是不是传统意义上依靠农业种植维持生计的农民？原《种子法》规定农民可以进行串换自繁自用的常规种子，农民合作社内部之间的串换种子是否属于农民留种权利的权利范围？如果都允许的话，育种企业的种子销售市场是否会有影响，影响对打？我国近年来的农业实践所提出的这些问题，仍然有待我们在修订《条例》的过程中予以思考和解决。

总的来说，UPOV1991 代表了近年来国际品种权保护水平不断提高的趋势。这种趋势既受发达国家和跨国育种企业的所代表的利益影响，也有近年育种产业和育种技术发展的实践影响。中国作为一个开放的具有世界上最大种子市场的农业大国，要慎重分析这种品种权保护趋势对我国农业育种创新和种业发展的影响，从而在不影响中国应承担的国际义务的情况下，在国内法中探索能够较好激励民族育种产业创新和发展的机制。UPOV1991 新引进的这些规则，代表了较高的品种权保护水平，对中国而言，无论在任何时候，无论从何种意义上来说，都是一把双刃剑，而不是一劳永逸的解决方案。如果不引进较高的



品种权保护水平，损害的是那些真正希望从事育种创新的企业和个人的利益，既很难引进新的育种材料，创新的成果也容易被剽窃。懒惰者和投机者将有机可乘。市场看着也算繁荣而安定。如果提高保护水平，市场一度可能陷入停滞或慌乱，懒惰者和投机者将被迫从市场撤出，或转向创新，或消失殆尽。总之，这柄双刃剑只有实力强者才能掌握自如，运用得当。

品种权侵权不应追究刑事责任

为了更好地遏制品种侵权泛滥的严重行为，修订《条例》时有人提出要对品种侵权行为追究刑事责任。对品种权侵权行为追究刑事责任是一项非常严重的法律

责任，应当十分慎重才行。

中国目前没有将植物新品种侵权行为入刑的国际义务。

无论是 UPOV1991 还是 TRIPS 都没有要求成员必须对品种权侵权科以刑事责任。而世界上只有极少的国家追究品种权侵权的刑事责任，我们较为熟悉的是国家是日本，欧美等发达国家均没有用刑事责任追究侵权责任的做法。日本虽然在其 2007 年修订的《植物新品种保护与种苗法》第 67 条规定，侵犯育种者权或者排他利用权的，应判处不超过十年的监禁，或者判处 1000 万日元，或者两者并处。但在实践中，日本法院很少适用该条款。至于为什么规定这一条款，一位日本法官曾解



对品种权侵权行为追究刑事责任是一项非常严重的法律责任，应当十分慎重才行。

释说，在日本将品种权侵权类比为偷窃行为，所以科以刑事责任。如果中国一旦将品种权侵权行为赋以刑事责任，那将来就很难删除这一条款，除非有重大理由。

从知识产权保护的基本规律来说，品种权侵权不宜追究刑事责任。

从大部分国家法律规定看，主要对商标假冒和版权侵权行为追究刑事责任，专利侵权和品种侵权主要承担行政责任和民事责任。根据中国现行刑法的规定，只有盗版和商标假冒这两类侵权行为，情节严重的，才能构成知识产权犯罪。为什么要对这两类侵权行为追究刑事责任呢？由于几乎所有的作品都直接暴露于公共领域，任何人都可以采取较为简单的手段获得作

品并加以复制，如只要拥有一台复印机就可以复制出大量的与原作品完全相同的作品复制件，复制的成本很小，复制的速度很快，造成危害的后果容易很严重。尤其在电子环境下，这种复制的数量和速度更加惊人。当然，这样的复制对作者原创动力和著作权人的经济损害是极其巨大的，有可能所有投资血本无归，也可能导致破产，同时对整个国家的文化产业的发展也是极为不利的。商标是用来区别商品或服务来源的标志，广大消费者主要通过商标来确定和选择消费的商品或服务。商标假冒就是未经商标权人许可，在相同的商品或服务上使用与注册商标相同商标的行为。这种商标侵权具有很大的隐蔽性，消费者无

法通过细心的选择来加以避免，而且造成的社会危害很大，商标假冒者不但可以享受搭便车的巨额利润，而且可以将由此出现的法律责任嫁祸给商标权人，在败坏商标信誉的同时，严重危害市场竞争秩序和消费安全。机遇上述考虑，各国普遍将严重的盗版行为和商标假冒行为纳入刑法的调整范围。但是对于一般的商标侵权行为，如在相同的商品或服务上使用近似的商标，或者在近似的商品上使用相同或近似的商标，则不应追究刑事责任。作为一种创造性的智力活动成果，品种权的保护对象与专利权的保护对象最为近似。由于对专利保护对象（发明、实用新型和外观设计）的复制或品种权保护对象（授权品种繁殖材料）的复制，则必须借助于一定的技术条件和设备，主要侵犯的是权利人的利益。对这两类侵权行为则通常以追究民事赔偿责任为主。当然，一旦涉及行为人以假冒专利号和假冒授权品种号的方式进行侵权，这种行为应纳入假冒专利和假冒授权品种的行为范围，应当追究刑事责任。

对品种权侵权行为追究刑事责任不足以遏制目前严重的品种权侵权行为。

目前在《条例》修订中主张严重的品种权侵权行为应追究刑事责任的理由是现行法律的品种权侵权责任过轻，不足以遏制当前严重的品种权侵权行为。面对当前确实严重的品种权侵权行为，希望通过强化品种权侵权行为的法律责任来遏制侵权现象的想法，是很正常的。但是，是否真正需要为品种权侵权行为引入刑事责任需要慎重考虑。

建议应慎重在《条例》修订中对品种权侵权行为规定刑事责任，而是通过规定增加品种权侵权的民事赔偿数额，支付律师、鉴定、取证等合理的维权成本，规定品种权侵权鉴定机制，增加吊销种子生产经营许可证的法律责任、强化种子管理机制、根治地方保护主义等多种法律责任和法律途径，共同解决品种权侵权严重的问题。仅仅增加品种权侵权行为的刑事责任无法解决侵权行为为普遍与严重的问题。❶