

特约专稿

专家简介:

李菊丹,法学博士,中国社会科学院知识产权中心副研究员、法学研究所副研究员,中国知识产权法学研究会理事,农业部农产品地理标志登记专家评审委员会第二届委员,农业植物新品种保护政策与法律专业委员会委员,研究方向为知识产权法。

出版《国际植物新品种保护制度研究》(专著)和《农业知识产权》(合著),主持国家社科基金青年项目《生物技术背景下我国植物新品种保护对策研究》、教育部人文社科青年项目《生物技术背景下植物育种创知识产权保护研究》和中国博士后基金项目《生物技术背景下我国农民留种权利保护对策研究》等项目研究。

参与全国人大农业与农村委员会《种子法》植物新品种保护相关规定的修订工作和农业部《农业部植物新品种复审委员会审理规定》、《农业部植物新品种侵权案件处理规定》、《农业植物品种名称命名规定》等规章的修订和制定工作,参与中国社会科学院《著作权法》专家建议稿的论证工作。



论植物新品种权的保护与救济

中国社会科学院法学研究所 李菊丹

与其他知识产权制度动辄数百年的历史相比,植物新品种保护的历史不过80余年,但是近年来已经成为知识产权领域的关注热点之一。中国的植物新品种保护始于1997年颁布的《植物新品种保护条例》,目前仍在探索一条与其他国家有一定差异的知识产权保护与发展道路。植物新品种权的侵权与救济问题,是植物新品种保护的核心问题,主要从以下七个方面对我国植物新品种权的侵权与救济进行说明。

一、我国植物新品种保护制度的建立与发展

1997年3月20日颁布的《植物新品种保护条例》(以下简称条例)是目前规范中国植物新品种保护的主要法律规范,也是我国植物新品种保护的开始。与之紧密合作的还有两个实施细则,即《植物新品种保护条例实施细则》(农业部分)(2007年修订)和《植物新品种保护条例实施细则》(林业部分)(1999年制定)。根据《条例》的有关规定,国务

院农业、林业行政部门共同负责相关植物新品种权申请的受理和审查,并依据规定的程序作出授权。农业部、国家林业局植物新品种保护办公室,承担品种权申请的受理、审查等事务,负责植物新品种测试和繁殖材料保藏的组织工作。农业部和国家林业局还分别就植物新品种保护的有关问题颁发了若干规定,如农业部在2001年发布《农业部植物新品种复审委员会审理规定》,2003年发布了《农业植物新品种侵权案件处理规定》,2012年颁布了《农业植物品种命名规定》;国家林业局于2007年制定的《林业种质资源管理办法》等。

自1997年《条例》制定后,最高人民法院就审理植物品种的侵权纠纷问题发布了相关的司法解释,分别是《最高人民法院关于审理植物品种纠纷案件若干问题的解释》(法释〔2001〕5号)和《最高人民法院关于审理侵犯植物品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》

(法释〔2007〕1号)。上述司法解释分别就植物品种案件的审理范围、司法管辖、侵权认定、损害赔偿的确定等问题作了界定。

此外,新《种子法》于2015年11月4日经十二届全国人大常委会第十七次会议表决通过,已于2016年1月1日起施行。新修订的《种子法》共10章94条,其中第四章的6条和分散在其他章节的9个条款涉及植物新品种保护的内容。从内容上看,新《种子法》紧扣现代种业的发展要求,将部分与种子产业紧密相关的植物新品种保护内容纳入其中,设专章保护植物新品种,重点解决我国植物新品种保护工作中存在的“植物新品种保护的立法层级相对较低”“植物新品种权保护水平偏低”和“鼓励品种创新不足,企业维权存在周期长、举证难、成本高、赔偿低、效果差等问题”。

二、植物新品种权的授权要件

根据新《种子法》《植物新品种保护条例》的相关规定,对国家植物品种保护名录内经过人工选育或者发现的野生植物加以改良,具备新颖性、特异性、一致性、稳定性和适当命名的植物品种,由国务院农业、林业主管部门授予植物新品种权。新颖性是指申请植物新品种权保护的植物品种,在申请日前,经申请人自行或者同意销售、推广其种子,在中国境内未超过一年;在境外,木本或者藤本植物未超过六年,其他植物未超过四年。本法施行后新列入国家植物品种保护名录的植物的属或者种,从名录公布之日起一年内提出植物新品种权申请的,在境内销售、推广该品种种子未超过四年的,具备新颖性。除销售、推广行为丧失新颖性外,下列情形视为已丧失新颖性:(1)品种经省、自治区、直辖市人民政府农业、林业主管部门依据播种面积确认已经形成事实扩散的;(2)农作物品种已审定或者登记两年以上未申请植物新品种权的。特异性是指一个植物品种有一个以上性状明显区别于已知品种。一致性是指一个植物品种的特性除可预期的自然变异外,群体内个体间相关的特征或者特性表现一致。稳定性是指一个植物品种经过反复繁殖后或者在特定繁殖周期结束时,其主要性状保持不变。适当命名是指授予品种权的植物新品种应当具备适当的名称,并与相同或者相近的植物属或者种中已知品种的名称相区别。在实践中,相关企业或自然人申请品种权保护的,一定要尽早申请,以免相关品种不符合新颖性条件,致使品种权保护申请被驳回或品种权被无效宣告。同时,在申请文件中,一定要详细描述

申请品种权,要对特异性做详细明确说明,以便DUS(特异性、一致性和稳定性)测试予以准确关注,确保能够尽早得到授权。

三、植物新品种申请、授权与无效程序

根据《植物新品种保护条例》的相关规定,一个植物新品种只能授予一项品种权。两个以上的申请人分别就同一个植物新品种申请品种权的,品种权授予最先申请的人;同时申请的,品种权授予最先完成该植物新品种育种的人。品种权申请人可以直接或者委托代理机构向审批机关提出品种权申请。申请文件包括请求书、说明书和该品种的照片,应当使用中文书写,并符合规定的格式要求。审批机关应当在受理品种权申请后的6个月内完成初步审查,合格的予以通告,并要求申请人在3个月内缴纳审查费;初步审查不合格的,应要求申请人在3个月内陈述意见或予以修改,逾期不答复的或仍不合格的,驳回申请。申请人缴纳审查费后,审批机关对品种权申请的特异性、一致性和稳定性进行实质审查。审批机关主要依据申请文件和有关书面材料进行实质审查,必要时委托测试或考察已经完成的试验结果。对符合授权条件的,作出授权决定,对实质审查不符合条件的品种权申请,予以驳回,并通知申请人。申请人对驳回决定不服的,可以自收到通知之日起3个月内,向植物品种复审委员会请求复审,委员会应在6个月内作出决定。对委员会决定不服的,可以在收到决定15日内向北京知识产权法院提起诉讼。

品种权人应当自授权的当年开始缴纳年费,并按要求提供用于检测的该授权品种的繁殖材料。根据目前农业部植物新品种保护办公室公布的费用数额,品种权申请费为1000元/件,审查费为2500元/件,第1~6年年费为1000元/年,第7年及以后为1200元/年。自公告授予品种权之日起,植物新品种复审委员会可以依职权或者任何单位或者个人的书面请求,对不符合新颖性、特异性、一致性、稳定性要件的植物新品种,宣告品种权无效;对不符合植物新品种命名要求的植物新品种予以更名。宣告品种权无效或者更名的决定,由审批机关登记和公告,并通知当事人。对于复审委员会的这一决定不服的,可以自收到通知之日起3个月内向北京知识产权法院提起诉讼。被宣告无效的品种权视为自始不存在,对在宣告前人民法院作出并已执行的植物新品种侵权的判决、裁定,省级以上人民政府农业、林业行政部门作出并已执行的植物新品种侵权处理决定,以及已经履行的

植物新品种实施许可合同和植物新品种权转让合同，不具有追溯力；但是，因品种权人的恶意给他人造成损失的，应当给予合理赔偿。同时，即使品种权被宣告无效，品种权人或者品种权转让人不向被许可实施人或者受让人返还使用费或者转让费，明显违反公平原则的，品种权人或者品种权转让人应当向被许可实施人中者受让人返还全部或者部分使用费或者转让费。

四、植物新品种权的保护范围

新《种子法》第28条是关于品种权保护范围的基本条款。其基本内容如下：完成育种的单位或者个人对其授权品种，享有排他的独占权。任何单位或者个人未经植物新品种权所有人许可，不得生产、繁殖或者销售该授权品种的繁殖材料，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；但是本法、有关法律、行政法规另有规定的除外。该条款主要来自对《植物新品种保护条例》第6条的改造。与《条例》相比，本条有两处变化。(1) 生产、繁殖和销售授权品种繁殖材料的，不再要求“商业目的”，只要行为人实施相关行为，未经许可，即构成侵权。但是，对于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，仍然必须要求“商业目的”，未经许可的情况下，才构成侵权。(2) 将《条例》中的“但是，本条例另有规定的除外”改为“但是本法、有关法律、行政法规另有规定的除外”。这一个授权条款，授权《种子法》本身、未来的其他法律或者行政法规规定品种权保护的例外情况。这样处理考虑到了《种子法》与未来《条例》修订、其他法律制定之间的协调问题。从语言表达来说，也可以简化为“法律法规另有规定的除外”。这两处变化对品种权保护范围具有一定影响。其一是与《条例》相比，品种权的保护范围有所扩大，即任何生产、繁殖或者销售授权品种繁殖材料的，都应经品种权人许可，否则构成品种权侵权。品种权人无需证明被控侵权人是否属于“商业目的”的生产、繁殖或者销售授权品种繁殖材料。其二，授权法律（包括未来制定的《植物新品种保护法》）、授权法规（未来修订的《条例》）对品种权作出新的限制规定。

新《种子法》规定的品种权行使范围与UPOV1978（国际植物新品种保护联盟公约）基本一致，与UPOV1991差距较大。我们是否要提高品种权保护水平，是否要将品种权的控制行为从“生产”、“销售”和“重复使用”扩大到“生产、销售、进口出口为繁殖而

进行的处理、存储”等一系列行为，是否要将品种权的保护对象从“繁殖材料”扩展到“繁殖材料、收获材料以及直接由收获材料制成的产品”，是否将品种权的范围延伸到原始品种的实质性派生品种？对于这些问题的回答，除了考虑相应的国际义务外，最重要的因素就是中国种子产业的承受能力。也就是说，对这一问题的回答，并不仅仅是一个法律技术的问题，更多的是一种产业利益的决策。

五、品种权的限制与例外

关于品种权的限制与例外，新《种子法》没有改变《条例》的相关规定，即在下列情况下使用授权品种的，可以不经植物新品种权所有人许可，不向其支付使用费，但不得侵犯植物新品种权所有人依照本法、有关法律、行政法规享有的其他权利：（一）利用授权品种进行育种及其他科研活动；（二）农民自繁自用授权品种的繁殖材料。这里的（一）就是通常所指的科研例外或育种者豁免的条款，而（二）指的是农民保存种子种植的权利，也就是“农民特权”条款。

此外，新《种子法》规定，为了国家利益或者社会公共利益，国务院农业、林业主管部门可以作出实施植物新品种权强制许可的决定，并予以登记和公告。取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。上述内容即为品种权的强制许可制度，是对品种权的一种限制。该条保留了《条例》第11条第一款的内容，增加规定了“取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。”根据《植物新品种保护条例实施细则（农业部分）》的相关规定，实施品种权强制许可的主要理由和相关程序具体如下。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。农业部自收到请求书之日起20个工作日内作出决定。需要组织专家调查论证的，调查论证时间不得超过3个月。同意强制许可请求的，由农业部通知品种权人和强制许可请求人，并予以公告；不同意强制许可请求的，通知请求人并说明理由。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。申请农业部裁决使用费数额的,当事人应当提交裁决申请书,并附具未能达成协议的证明文件。农业部自收到申请书之日起3个月内作出裁决并通知当事人。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个月内向北京市知识产权法院提起诉讼。

六、植物新品种权侵权救济

(一)关于品种权救济途径

根据新《种子法》第73条规定,违反本法第28条规定,有侵犯植物新品种权行为的,由当事人协商解决,不愿协商或者协商不成的,植物新品种权所有人或者利害关系人可以请求县级以上人民政府农业、林业主管部门进行处理,也可以直接向人民法院提起诉讼。县级以上人民政府农业、林业主管部门,根据当事人自愿的原则,对侵犯植物新品种权所造成的损害赔偿可以进行调解。调解达成协议的,当事人应当履行;当事人不履行协议或者调解未达成协议的,植物新品种权所有人或者利害关系人可以依法向人民法院提起诉讼。由此可见,品种权人发现品种权侵权行为的,可以:(1)相互协商解决; (2)请求县级以上人民政府农业、林业主管部门进行处理; (3)向侵权行为发生地或侵权结果发生地所在的、具有植物新品种权侵权纠纷的审理资格的中级人民法院提起诉讼。

(二)损害赔偿数额的计算

新《种子法》第73条第3款规定品种权侵权赔偿数额按如下方法确定:(1)按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;(2)按照侵权人因侵权所获得的利益确定;(3)参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定;(4)法定赔偿方式确定。上述确定方法的适用具有先后顺序,只有用前一种方法不能确定的情况下,才适用后一种方法进行确定。对于具体的侵权赔偿数额,新《种子法》不但提高了法定赔偿数额的标准,将法释[2007]1号规定的法定赔偿最高额由50万元提高到300万元,而且规定了惩罚性赔偿制度,即对情节严重的品种权侵权行为,可以在上述(1)至(3)种方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。对品种权侵权民事赔偿责任的强化,提高品种权侵权人的侵权成本,在一定程度上,不但对品种权侵权行为有较大的威慑力,同时也将进一步促进品种权人积极维护其合法权益。

(三)涉及公共利益的品种权侵权和假冒授权品种的法律

县级以上人民政府农业、林业主管部门处理侵犯植物

新品种权案件时,为了维护社会公共利益,责令侵权人停止侵权行为,没收违法所得和种子;货值金额不足5万元的,并处1万元以上25万元以下罚款;货值金额5万元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款。假冒授权品种的,由县级以上人民政府农业、林业主管部门责令停止假冒行为,没收违法所得和种子;货值金额不足5万元的,并处1万元以上25万元以下罚款;货值金额5万元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款。

七、相关对策与建议

通过仔细分析我国农业植物品种保护存在的问题,以及UPOV1991对我国植物新品种保护已经产生或将要产生的影响,无论是我们的政府还是企业都必须做好相应的对策和准备,以应对实践的挑战。

(一)对植物新品种保护制度建设的建议

从国家层面来说,主要有以下四项建议:

(1)从外交策略来说,我国可以继续坚持现有的品种权保护水平。

(2)从长远规划来说,必须要考虑植物新品种保护制度的体系化和规范化,《植物新品种保护条例》的修订或《植物新品种保护法》的制定工作应提上日程。

(3)在过渡阶段,要充分利用立法准备过程解决实践问题,尤其是为实质性派生品种保护规则的实施作好技术准备和鉴定规则、以及涉及转基因植物的安全监管的技术和法律规范等。

(4)相关部门要做好外贸预警工作,提醒与加入UPOV1991相关国家或地区进行农产品贸易的企业,必须注意相关农产品是否会侵犯转口或进口国家的品种权,是否会受到UPOV1991的规制。

(二)对种业企业的建议

从企业层面来说,主要有以下三点建议:

(1)要积极申请品种权保护,这是应对实质性派生品种制度实施的最重要的手段。同时在申请品种权保护时要注意新颖性保护,规范提交申请文件和繁殖材料(标准样本),恰当运用异议程序和复审程序。

(2)要重视品种权维护,及时交品种权年费,加强对品种权许可的合同管理,并积极维护品种名称的合理使用。

(3)发现品种权侵权应及时救济,根据具体情况选择恰当救济途径,也可以综合利用协商、行政处理和司法保护等救济途径;尤其要注意侵权证据的收集与保护,必要时采用公证手段或请求法院介入调查。