

# 论 UPOV1991 对中国植物新品种保护的影响及对策\*

李菊丹

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘要:** 植物新品种保护制度是农业领域所特有的一项重要的知识产权制度。近年来, 国际社会多次要求中国尽快加入 UPOV1991, 部分国内科研育种者也希望得到 UPOV1991 所确定的品种权保护水平。鉴于 UPOV1991 对国际植物新品种保护所产生的巨大影响, 本文拟结合我国植物新品种保护的现状与存在的问题, 就如何应对 UPOV1991 为我国植物新品种保护所带来的挑战提出对策建议。

**关键词:** 知识产权; UPOV1991; 植物新品种保护; 影响; 对策

中图分类号:DF523 文献标识码:A 文章编号:1002 -3933 (2015) 12 -0098 -15

## Study on the Impact of UPOV1991 on China's Protection System of Plant Variety and its Strategy

**【Abstract】** The protection system of plant variety is one of intellectual property systems peculiar to the agricultural fields. In recent years, the international community has been urging China to implement UPOV1991, and part of China domestic breeders also demand the higher protection level of breeder's right required by UPOV1991. In view of the Impact of UPOV1991 on international protection systems of plant variety, based on the current situation and problems of China's protection practice of plant variety, this paper propose the package solution to challenges brought by UPOV1991 in the area of plant variety protection of China.

**【Key words】** Intellectual Property; UPOV1991; the Protection System of Plant Variety; Impact; Strategy

植物新品种保护制度是农业领域所特有的一项重要的知识产权制度, 对激励育种创新、鼓励种业投资、推动和促进农业现代具有不可替代的作用。为植物育种创新提供品种权的专门制度保护, 源于欧洲国家于 1961 年缔结的国际植物新品种保护联盟公约 (UPOV)。我国于 1999 年加入 UPOV1978 文本, 成为该公约的第 39 个成员。但是随着 UPOV1978 文本在 1999 年的关闭, UPOV1991 在世界范围内的影响力日益增强, 截至 2015 年 8 月 24 日, UPOV 公约的 73 个成员中有 54 个成员, 包括美国、欧盟、日本、澳大利亚等国家, 加入 UPOV1991 文本。<sup>1</sup>与欧美国家相比, 我国植物新品种保护工作起步较晚。1997 年颁布的《植物新品种保护条例》是中国植物新品种保护制度的开端。经过近十七年的发展, 我国在植物新品种保护的制度建设、品种权的申请与授权、品种权的保护实践以及社会对植物新品种保护制度的认知方面均取得了较为显著的进步。尽管我国目前的植物新品种保护水平已经符合 TRIPs 协议规定的要求, 但国际社会多次要求中国尽快加入 UPOV1991, 同时随着生物育种产业的发展, 国内越来越多的从事原始植物育种创新的单位或个人希望提高品种权保护水平, 争取能够达

到 UPOV1991 所规定的保护水平。鉴于 UPOV1991 对国际植物新品种保护所产生的巨大影响，本文拟结合我国植物新品种保护的现状与存在的问题，分析 UPOV1991 文本对我国植物新品种保护已经产生或将要产生的影响，就如何应对 UPOV1991 为我国植物新品种保护所带来的挑战提出对策建议。

## 一、我国植物新品种保护实践存在的问题

从植物新品种申请与授权情况看，近年的品种权申请和授权数量稳定增加，品种权作为保护育种创新知识产权的一种重要方式，将越来越受到育种者的重视。根据农业部新品种保护办公室发布的 1999-2014 年品种权申请情况汇总表（2014.6.30），截至 2014 年 6 月 30 日，我国品种权申请数量为 12444 件，授权数量为 4492 件。从近年品种权申请趋势看，品种权申请量每年保持在 1000 件以上的稳定趋势(如 2011 年 1255 件，2012 年申请 1361 件，2013 年申请 1333 件)。这些数据表明中国已经成为潜在的品种权保护大国。但在实践中，我们的品种权保护还存在诸多问题。

### （一）与欧美等发达国家相比，我国有效的授权品种数量较少

根据 UPOV 公布的相关数据（C/48/7）<sup>2</sup>，截至 2013 年 12 月 31 日，中国有效的品种权数量为 3487 件，位于欧盟、美国、日本、荷兰、俄罗斯、乌克兰、韩国之后，具体数量如下表所示。

国家或地区	授权品种数量（件）
欧盟	21577
美国	PVPR: 6001
	PPA: 15040
日本	8048
荷兰	6876
俄罗斯	4150
乌克兰	4716
韩国	3757
中国	3487

（表 1：相关国家与地区的有权品种权数量）

这表明，我国虽然是农业大国，但在授权品种的有效数量方面，不但与欧美发达国家相比不具有相对优势，与日本、俄罗斯、乌克兰相比，都具有一定的差距，甚至不到日本有效授权品种的 50%。

### （二）与相关国家相比，我国的外国品种权申请量和授权量总体偏少

根据 UPOV 公布数据（C/48/7），我们从中摘出欧盟、美国、日本、荷兰、俄罗斯、乌克兰、韩国和中国等 UPOV 成员国，近五年的品种权申请、授权、无效以及有效品种权数量信息，尤其包括了外国申请和外国授权的相关信息。具体数据参看下表：

地区或国家	年份	品种权申请			品种权授权			品种权无效数量	有效品种权数量
		本国	外国	总数	本国	外国	总数		
欧盟	2009	2,162	606	2,768	2,014	582	2,596	1,411	16,783
	2010	2,284	602	2,886	1,835	468	2,303	1,476	17,612

	2011	2,403	781	3,184	2,031	554	2,585	1,297	18,899
	2012	2,243	625	2,868	2,032	608	2,640	1,177	20,362
	2013	2,754	542	3,296	2,136	570	2,706	1,492	21,577
美国 PVPA	2009	453	49	502	265	34	299	222	4,913
	2010	609	45	654	362	34	396	325	4,984
	2011	374	100	474	252	24	276	224	5,007
	2012	402	97	499	224	52	276	206	5,077
	2013	353	130	483	839	173	1,012	88	6,001
美国 PPA	2009	329	630	959	389	620	1,009	360	13,006
	2010	390	602	992	297	684	981	417	13,570
	2011	455	684	1,139	308	515	823	406	13,987
	2012	411	738	1,149	315	545	860	312	14,535
	2013	532	874	1,406	354	493	847	342	15,040
日本	2009	863	275	1,138	1,088	413	1,501	949	7,702
	2010	730	308	1,038	958	446	1,404	1,192	7,909
	2011	793	333	1,126	783	356	1,139	885	8,163
	2012	746	364	1,110	668	213	881	842	8,202
	2013	730	324	1,054	554	198	752	906	8,048
荷兰	2009	546	154	700	419	84	503	10	4,731
	2010	637	105	742	415	81	496	95	5,132
	2011	654	129	783	595	122	717	15	5,834
	2012	535	104	639	718	112	830	248	6,416
	2013	641	106	747	501	85	586	124	6,876
俄罗斯	2009	441	86	527	519	45	564	433	4,144
	2010	530	51	581	627	53	680	1,079	3,745
	2011	374	78	452	484	87	571	394	3,922
	2012	558	133	691	409	57	466	203	4,185
	2013	434	121	555	401	57	458	493	4,150
乌克兰	2009	766	779	1,545	163	122	285	195	2,543
	2010	484	460	944	404	642	1,046	73	3,516
	2011	402	693	1,095	248	217	465	2	3,983
	2012	332	949	1,281	232	233	465	0	4,448
	2013	475	1,069	1,544	166	102	268	0	4,716
韩国	2009	481	66	547	331	68	399	36	2,565
	2010	480	94	574	373	80	453	164	2,907
	2011	517	70	587	387	61	448	142	3,213
	2012	518	88	606	378	66	444	175	3,482
	2013	510	89	599	399	60	459	184	3,757
中国	2009	950	109	1,059	954	42	996	130	2,190
	2010	1,090	116	1,206	655	11	666	11	2,550
	2011	1,193	62	1,255	235	5	240	183	3,290
	2012	1,460	123	1,583	316	20	336	161	3,465
	2013	1,400	110	1,510	250	46	296	274	3,487

(表 2: 相关国家与地区近 5 年品种权申请、授权、无效和有效品种权数量(包括外国申请))

从上图 2009-2013 年的统计数据可以看出, 在申请数量、授权数量上, 与美国 PPA、乌克兰、欧盟、日本、荷兰相比, 我国的外国人申请量和授权量偏低; 与俄罗斯、韩国和美国 PVPR 相比, 外国人申请量和授权量仍然稍低。外国育种者不愿在我国申请品种权保护, 具有多种复杂原因, 其中最为重要的恐怕应该与我国的品种权保护水平有关。

此外, 欧盟、美国 PPA、荷兰、乌克兰、韩国在品种权有效数量上呈稳定增长趋势明显。从上述数据看, 我们还发现, 中国自 2010 年以后, 尽管品种权申请量稳定在 1000 件以上, 但授权数量呈大幅度减少趋势, 2011-2013 年每年的品种权授权总量甚至只有 2009 年三分

之一左右。根据了解<sup>3</sup>，2011年后品种权授权量出现大幅减少的现象，主要由三方面的原因导致，一是农业植物品种保护工作负责部门的变化。农业植物新品种保护办公室自成立以来，一直设在农业部科教司。2011年，国务院颁布《关于加快推进现代农作物种业发展的意见》（国发〔2011〕8号），为了更好地落实意见的提出的任务，农业部成立种子管理局，农业植物新品种保护办公室也由科教司转到种子局。这个过程中，有很多的衔接和协调工作，影响了植物新品种保护的授权工作。二是为更好地加强对种子的市场监管，农业种子局统一协调植物新品种保护中的测试与农作物品种审定的相关工作，这样就或多或少地影响了品种权的授权工作。三是从事品种权审查工作的人员过少，随着近年来品种权申请量的不断上升，品种权授权工作的压力越来越大。现在农业部已经采取措施，增加一些品种权审查的工作人员。植物新品种作为农业领域一项非常重要的知识产权，随着我国种业的发展，农业部的品种权审查工作将会面临更大的压力。

### （三）我国农作物品种权结构比较单一，主要集中在大田作物

根据农业植物新品种保护办公室公布的《1999-2014年品种权申请情况汇总表（2014.6.30）》<sup>4</sup>相关信息，可以看出我国品种权的农作物结构比较单一，83.8%的品种权申请是大田作物，90.7%授权品种属于大田作物。这种情况与美国、日本和欧盟的情况形成鲜明对比。根据欧盟植物新品种保护办公室公布的数据，截止到2012年12月31日的数据显示，欧盟农作物授权品种仅占全部授权品种的24%，园艺类植物品种权则占了58.4%。日本（截止2012年3月31日）植物新品种授权总数为21,743件，其中只有1000多件为农作物品种，78%左右均为园艺类植物。截止到2012年12月31日，美国有性繁殖植物品种共有5077多件，而无性繁殖植物（花卉与果树类）就有14535件。我国在蔬菜、花卉、果树、牧草等领域的申请品种权保护或授予品种权保护的植物新品种数量就更少了。事实上，从作物的经济价值来看，花卉、果树、蔬菜等领域的植物具有更大的经济效益，但我国对这一块植物新品种的研发/保护是相当薄弱的。造成此种情况的原因很复杂，既有国家农业植物育种科研机制的原因，也有实践中在植物新品种保护方面的问题，比如很多蔬菜育种家认为，植物新品种审查时间长，蔬菜品种市场效益时间短，植物新品种保护力度不够，还不如通过商业秘密的方式维持一定时间内的竞争优势等等。当然商业秘密在一定程度上可以保护育种者的利益，但是一旦品种的繁殖材料流入市场，商业秘密的保护就没有任何价值了。因此，各个植物领域的育种家通申请植物新品种保护的方式来保护自己的育种创新，仍然是目前最为有保障的方式。总之，我国目前的植物新品种分布结构，不利于我国未来育种领域的农作物商品化和经济效益的提高。具体数据参见以下表：

主体类别	品种权申请量	比例	品种权授权量	比例
总数	12444		4492	
大田作物	10411	83.7%	4072	90.7%
蔬菜	700	5.6%	180	4%
花卉	896	7.2%	151	3.4%
果树	375	3%	89	
牧草	12		0	
其他	51		0	

(表 3: 我国品种权保护的农作物分布情况 (截至 2014.06.30))

	截至时间	品种权授权总数 (件)	农作物品种权数及比例		园艺类植物品种权数及比例	
中国	2013.09.30	4,018	3,692	92%	106	2.6%
欧盟 (申请)	2012.12.31	44,758	10,605	24%	26,158	58.4%
日本	2012.03.31	21,743	1,156	5.3%	16955	78%

(表 4: 中国、欧盟、日本农作物和园艺类植物的品种权数量对比<sup>5</sup>)

	截至时间	品种权申请数	品种权授权数	各类植物品种权申请与授权数量		
中国	2014.05.31	12333	4492	农作物	10331/4072	83.8%/90.7%
				园艺类植物	877/151	7.1%/3.4%
				蔬菜	694/180	
				果树	369/89	
				牧草	12/0	
				其他	51/0	
欧盟	2014.03.07	49,817	38058	农作物	11967/10,201	24%/26%
				园艺类植物	28584/21501	57.4%/56.5%
				蔬菜	6266/4593	
				水果	3000/1763	
日本	2014.03.31	29305	23385	农作物	1710/1478	6%/6%
				草花观赏树	23187/18226	68%/68%
				蔬菜	1875/1563	6%/7%
				果树	1528/1239	5%/5%
美国	2012.12.31	有性繁殖的植物加茎块	5077	申请量 400-500/年	授权量 250-350/年	
		无性繁殖的植物	14535	申请量 950-1100/年	授权量 320/550	

(表 5: 中国、欧盟、日本和美国的植物新品种保护的作物分布详细情况)

#### （四）我国企业对品种权申请和品种创新能力与动力均不足

根据我国农业植物新品种保护办公室公布的相关数据，国内科研和教学单位仍然是品种权申请与授权的主体，截至 2014 年 6 月 30 日，农业部共受理品种权申请为 12444 件，其中国内科研和教学单位申请 6304 件，约占总数的 50.6%；共授权 4492 件，其中属于国内科研和教学单位的为 2713 件，约占总数的 60.39%。与中国情况形成鲜明对比的是日本。根据日本植物新品种保护办公室的数据统计，截至 2014 年 3 月 31 日，共受理 29305 件品种权申请，其中由国有单位（包括农业协会、地方政府和中央政府）申请 4152 件，约占总数的 15%；共授权 23385 件，国有单位持有 3651 件，约占 16%。公司（包括种苗公司和食品公司）是日本品种权申请和持有的主体，个人申请和持有品种权数量及比例也远远高于中国。

单位性质	申请数	所占比例	授权数	所占比例
国内科研	5379	43.2%	2337	52.02%
国内企业	4633	37.2%	1450	32.28%
国内教学	925	7.4%	376	8.37%
国外企业	708	5.6%	127	2.83%
国内个人	702	5.6%	197	4.39%
国外个人	40		2	
国外教学	22		3	
国外科研	17		0	
合计	12444		4492	

（表 6：我国品种权申请人类型与权利人的类型分布<sup>6</sup>，截至 2014 年 6 月 30 日）

国家	截止时间	申请数	授权数	国有单位 (申请数/授权数)	企业 (申请数/授权数)	个人 (申请数/授权数)
中国	2014.5.31	12333	4492	6276/2713	4583/1450	733/199
				50.9%/60.4%	32.3%/32.3%	
日本	2014.03.31	29305	23385	农协 391/309	种苗公司 15445/12239	8168/6289
				地 方 政 府 2606/2343,	食品公司 1540/1206	
				国家 1155/999		
				15%/16%	58%/57	28%/27%

（表 7：中国与日本品种权申请人与权利人的类型对比）

从实践调研的情况看，我国国有单位申请品种权的动力主要来自对科研项目结项的需要，而不是主要来自相关植物品种商业化和市场竞争的需要。这意味着育种者在乎的是植物新品种保护证书的获得，而不是该品种的商业开发价值。这种情况在某种程度上会直接影响我国品种权商业化的能力。另外，国有单位的品种权转化问题也较为明显。如果不解决好这两个问题，将直接影响我国未来的植物育种创新能力。

#### （五）我国受保护品种植物群数量较少

我国目前已经颁布了 9 批植物新品种保护名录,共有 92 种植物纳入保护名录,截至 2014 年 6 月 30 日,有 92 种植物提出保护品种权申请。根据欧盟统计,截至 2013 年已经有 1767 种植物群受到欧盟品种权的保护。如果我国放开植物品种保护名录,容易对我国品种权保护薄弱领域产生冲击。

## 二、我国植物新品种保护制度存在的问题

与专利、商标和版权保护相比,我国的植物新品种保护工作起步较晚,直到 1997 年才颁布《植物新品种保护条例》,这是中国植物新品种保护制度的开始,也是我国植物新品种保护最重要的法律依据。为不断适应植物新品种保护实践的需要,农业部与国家林业局以《条例》为基础,于 1999 年颁布《植物新品种保护条例实施细则(农业部分)》(2007 年修订)(以下简称农业细则)和《植物新品种保护条例实施细则(林业部分)》(以下简称林业细则)。农业部还发布《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)和《农业植物新品种侵权案件处理规定》(2003 年)(以下简称侵权处理规定),用以规范植物新品种复审和侵权处理过程的相关问题。此外,鉴于植物新品种侵权案件的特殊性,最高人民法院分别于 2001 年和 2007 年颁布审理植物品种的侵权纠纷问题的司法解释,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明确。这样,我国基本形成以《条例》为基础,加两个《实施细则》、两个规定(复审规定和侵权处理规定),以及两个司法解释为基本内容的现行植物新品种保护制度。这些规定的颁布为我国植物新品种保护及时地提供了法律法规依据,但随着实践的发展,也不可避免地出现滞后的问题。

### (一) 植物新品种保护相关规定的制定具有被动性和临时性。

我国颁布《植物新品种保护条例》的初衷,尽管有主动为植物育种创新提供知识产权保护的初衷<sup>[1]</sup>,但主要是为加入 WTO 和 UPOV1978 的需要。因此,《条例》制定考虑较多的如何达到与符合 TRIPs 协议和 UPOV1978 的相关规定,《条例》对植物育种产业发展的影响则考虑得较少。同时,《条例》和《实施细则》的制定,或者《复审审理规定》、《侵权处理规定》和司法解释的出台,主要出于解决当时某些具体问题的需要,具有明显的临时性,缺乏对种业发展的前瞻性考虑。

### (二) 条例、规定和司法解释之间的协调性较弱,明显存有相互冲突的规定。

首先,《条例》与《细则》之间有冲突。以“可以申请品种权强制许可情形”为例,《条例》仅规定“为了国家利益或公共利益,审批机关可以作出实施品种权强制许可的决定”,《农业细则》规定农业部可以就三种情形作出实施品种权强制许可<sup>7</sup>,《林业细则》则规定国家林业局可以就两种情形作出或依当事人申请作出实施品种权强制许可的决定<sup>8</sup>。上述规定之间至少存有三处冲突:(1)《条例》仅规定“为了国家利益或公共利益”可以实施品种权强制许可,《农业细则》和《林业细则》都照搬了这一品种权强制许可的情形外,还分别自

行增加了另外的品种权强制许可的类型,《细则》的规定明显超越了《条例》的规定;(2)《条例》仅规定审批机关可以作出强制许可规定,但《林业细则》则将其解释为依职权和依申请两种情形,也有超越《条例》规定之嫌;(3)对于可以实施品种权强制许可的情形,《农业细则》规定了三种情形,而《林业细则》规定了两种,可见两个细则之间对可以实施品种权强制许可的情形出现了不同的理解。

其次,两个《细则》虽然在结构和大部分内容相同,但对于《条例》的相关规定却出现不同理解,或者即使相同的意思也采用不同的表达。例如关于不得用于新品种命名的情形,《农业细则》第18条规定了8种不得用于新品种命名的情形,而《林业细则》第13条仅仅规定了5条,对“仅以数字组成的”、“对植物新品种特征、特性或者育种者的身份容易引起误解的”以及“夸大宣传的”这3种情形没有规定<sup>9</sup>。再如关于品种权申请提交照片的要求,《农业细则》第22条和《林业细则》第19条均进行了规定,规定内容完全相同,却使用了不同的语言表达<sup>10</sup>。关于品种权复审程序,农业部通过颁布《复审审理规定》的做法,而国家林业总局则通过《林业细则》对品种权复审问题予以规定。《条例》第37条规定植物新品种复审委员会可以依职权或依申请启动品种权无效或更名程序,但《复审审理规定》仅规定了依申请的品种权无效或更名程序,没有规定复审委员会在何种条件下、根据何种程序依职权启动品种权无效或更名程序。

再次,条例与司法解释之间也存有矛盾。尽管相关司法解释的制定者认为《条例》是制定法释[2007]1号的主要法律依据<sup>11</sup>,但该司法解释中的一些规定在事实上已经超出《条例》的范围,如品种权侵权的法定赔偿数额为“50万元以下”<sup>11</sup>,农民在特定情况下可以免除品种权侵权赔偿责任<sup>12</sup>等规定,均属相关司法解释进行的创造性探索,没有《条例》的相关规定作为依据。

### (三) 现行植物品种保护规定中的一些内容是值得商榷的。

如《条例》第6条规定了品种权侵权的两大类型,但《条例》第39条仅将其中一种行为认定为品种权侵权,法释[2007]1号则将两类行为均规定为品种权侵权。《复审审理规定》规定,对于重大或者由重要疑难法律、技术问题或者较为复杂的案件,复审委员会通过听证会审理。听证会起源于英美,是一种把司法审判的模式引入行政和立法程序的制度,通常是由意见相反的双方互相辩论,其结果通常对最后的处理有拘束力。在中国,主要是行政程序和立法中采用听证制度。植物新品种案件的复审,采用的应该是与书面审理相对应的口头审理程序,而不应该是听证程序。《侵权案件处理规定》规定请求处理品种权案件的诉讼时效为二年,这里的“诉讼时效”很明显是有误的。在该规定中,只是笼统规定根据应农业行政处罚程序处理品种权侵权案件,没有区分适用行政处罚程序和行政调解程序,因此存在处罚程序和调解程序的混乱。此外,法释[2007]1号将专利侵权的认定方法用于品种权的侵权认定:即先确定权利的保护范围和被控侵权物的特征,后经两者对比判定是否落入权利保护范围的方法,事实上这种侵权认定方法是值得商榷的。由于品种权的保护范围与专利保护范围

的界定是不同的，中国品种权的保护范围首先限于受保护品种的繁殖材料，品种权的控制行为限于三项：生产、销售和受保护品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料的，所以品种权侵权认定的关键是被控侵权人是否利用了授权品种的繁殖材料，以及是否实施了相关的行为。而对授权品种繁殖材料的判定不是简单通过两个品种的特征、或特性所能判定的，必须通过品种鉴定才行。

#### （四）品种权保护范围较窄，品种权侵权的法律责任轻

我国目前的品种权保护范围较窄，仅限于对授权品种的繁殖材料的生产、销售和重复利用三种行为，同时品种权侵权的法律责任也比较轻，《条例》中仅规定了品种权侵权涉及公共利益的，如货值金额 5 万元以上的，可处货值金额 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有货值金额或者货值金额 5 万元以下的，根据情节轻重，可处 25 万元以下的罚款，没有关于品种权侵权民事责任的相关规定。这种情形与我国《专利法》、《商标法》和《著作权法》明确规定法定赔偿数额，《商标法》中甚至规定惩罚性赔偿的做法，相差很大。

综上，可以看出，我国现行植物新品种保护法律法规的制定不但具有被动性和临时性的特点，而且各规章之间还存在明显冲突或者明显错误的地方，这都是由于在制定这些规定的阶段，我们对植物新品种保护制度的认识上存在模糊和认识不清所致。这也决定了我国现阶段的植物新品种保护制度只是为了应对当时国际压力和国内育种产业现状的一种过渡性法律措施。随着我国对植物新品种保护制度的深入认识和民族植物育种产业的发展，独立探索一条具有自身特色的植物育种创新知识产权保护道路成为必然。因此，现阶段考虑我国是否上升为 UPOV1991，实际上并不是仅仅只考虑保护水平提高的问题，而应当将保护水平和植物新品种保护制度的整体完善相结合。

### 三、UPOV1991 对我国植物新品种保护的实质影响

UPOV 公约是国际植物新品种保护联盟公约（the Convention Established the International Union for the Protection of New Varieties of Plants）简称，意在要求各成员国通过专门保护或专利保护的方式，为植物新品种育种者的权利提供保护，并专门明确了育种者权（the breeder's right，也称为品种权）制度的基本内容。育种者权（品种权）保护制度是欧洲国家经过近三十年的讨论和实践，在国际工业产权保护协会（AIPPI）和植物育种者协会（ASSINSEL）的推动下，专门考虑到植物育种创新的特殊性而确立的专门的知识产权保护制度，对世界各国的植物育种创新保护产生了深远的影响。为了应对国际社会经济和育种技术的不断发展变化，UPOV 公约自 1961 年成立以来，已经进行了三次修订，分别是 1972 年、1978 年和 1991 年，其中 1978 年和 1991 年的修订对植物新品种保护制度具有实质性的影响。我国于 1999 年加入 UPOV1978 文本，国内现行植物新品种保护相关的规定基本符合 UPOV1978 文本的要求，UPOV1991 对我国品种权保护的实质影响，关键是那些 UPOV1991 新引进、与 UPOV1978 具有实质区别的条款所产生的影响。这也是我国考虑加入 UPOV1991 重要因素。

总体来说，与 UPOV1978 相比，UPOV1991 在有关品种权制度的实体内容方面显得更加

系统和规范，并赋予育种者以更大的保护范围和更强的保护效力。具体表现如下：

### （一）植物品种双重保护禁止的废除

UPOV1978 禁止双重保护。UOPV1978 规定，成员国根据可以通过授予专门权利或者专利权的方式，承认本公约规定的育种者权。但是，对这两种保护方式都认可的联盟成员，可以（may）为一个和相同的植物属或种，仅提供其中一种保护方式<sup>13</sup>。而 UPOV1991 取消了双重保护的禁止，只要求每个缔约方应授予和保护育种者的权利即可，不管通过何种方式，也可以进行重叠保护。UPOV1991 取消双重保护的禁止，主要是受美国对植物新品种授予专利（包括植物专利和发明专利）保护的影响。美国通过 1980 年 Chakrabaty 案明确基因工程获得的微生物可以授予专利保护，这一做法对欧洲专利局的生物技术发明专利保护政策产生重要影响，也同样影响了 UPOV 在 1991 年的修订。UOPV1991 这一规定对我国最为明显的影响是为我国植物新品种可以获得品种权和专利双重保护开辟法律制度上的突破口。

### （二）“植物品种”定义更加明确

关于植物品种的定义，UPOV1978 基本遵循了 UPOV1961/1972 的规定<sup>14</sup>，即任何用于繁殖并满足特异性、一致性以及适当命名的栽培品种，无性系，品系，类或杂交种，即为“品种”。UPOV1978 本身没有为“品种”规定定义。UPOV1991 则规定，“品种”系指已知植物最低分类单元中单一的植物群，不论授予品种权的条件是否充分满足，该植物群可以是：以某一特定基因型或基因型组合表达的特性来确定；至少表现出上述的一种特性，以区别于任何其他植物群，并且作为一个分类单元，其适用性经过繁殖不发生变化。UPOV1991 关于植物品种的定义，更加明确地强调了品种基因型或基因型组合的特征。这一定义的出现，一方面是生物技术（基因工程）广泛介入植物育种领域的体现，另一方面也是欧洲试图建构一条与美国不同的、区分植物品种保护与专利保护界限的道路的关键。对于美国来说，植物与植物品种在某种程度上是等同的，所有的植物发明均可以获得发明专利的保护，只要相关发明符合发明专利授权要件。此外，无性繁殖的植物还可申请植物专利保护，有性繁殖的植物还可申请植物品种保护证书的保护。欧洲则试图通过对“植物品种”的界定来为生物技术发明专利与品种权保护之间划出分水岭：对于符合特异性、稳定性、一致性和新颖性的植物群可以获得品种权保护，除了植物品种以外的其他植物群，包括两个或两个以上的植物群，可以获得生物技术发明专利的保护。UPOV1991 重新界定“植物品种”，强调了基因型或基因型组合在界定植物品种中的功能与作用，尽管对我国植物育种保护没有产生明显的实质影响，但在某种程度上传递了一种信息：即未来对植物品种的界定将可能更加注重内在基因或基因型组合的考察。由于 1994 年颁布的《欧盟植物品种保护条例》完全采用 UPOV1991 关于“植物品种”的定义，如果我国企业在欧盟申请品种权或申请相关发明专利保护的时候，需要注意区分希望保护的對象是植物品种还是其他植物群。

### （三）受保护植物品种范围的扩大

UPOV1961/1972 规定每个联盟成员国自本公约在其领土生效之日起，应对公约附件中

所列的至少 5 个属或种实施品种权保护,之后逐步增加,8 年内至少 24 个属或种。UPOV1978 规定的保护品种数目与 UPOV1961/1972 类似。UPOV1991 规定, 已是联盟成员的自受本公约约束之日起五年期满时, 适用于所有植物属和种; 联盟的新成员自受本公约约束之日起, 至少适用于 15 个植物属和种, 10 年期满时, 适用于所有植物属和种。我国是 UPOV1978 文本国家, 实行植物品种保护名录, 共有 92 种植物纳入保护名录, 截至 2014 年 6 月 30 日, 有 92 种植物提出保护品种权申请。与其他国家与地区相比, 我国现阶段受保护的植物群较少, 如果我们加入 UPOV1991, 则必须在加入之日起五年后就要为所有的植物提供品种权保护, 那些国外申请者更容易在新开放的植物群中占据优势, 加上实质性派生制度, 我国在这些领域的植物育种创新将会更加艰难。

#### (四) 品种权保护范围的拓展

UPOV1978 规定, 商业性生产或销售受保护植物品种的有性或无性繁殖材料, 以及为另一品种的商业生产重复使用受保护品种的, 应事先征得育种者同意。这一规定与我国现行品种权保护范围基本相同。

UPOV1991 明显扩大了品种权的权利范围, 而且权利结构更加复杂。可以分成以下几个层次来理解: (1) 对与繁殖材料有关的行为, 除 UPOV1991 规定的例外, 下列与受保护品种繁殖材料有关的行为**应获得**育种者的许可: (i) 生产或繁殖, (ii) 为繁殖而进行的种子处理, (iii) 为销售而提供, (iv) 售出或其它市场销售, (v) 出口, (vi) 进口, (vii) 用于上述目的 (i) 至 (vi) 的存储。育种者可以就其许可设定条件和限制;<sup>15</sup> (2) 对与收获材料有关的行为, 除 UPOV1991 规定的例外, 上述 (i) 至 (vi) 所列的与收获材料有关的行为, 如果相关收获材料是由未经授权使用受保护品种繁殖材料而获得的, 包括整株植物和植物的部分, **应获得**育种者的许可, 但育种者已有合理机会对上述繁殖材料行使权利的除外;<sup>16</sup> (3) 对与某些产品有关的行为, 除规定的例外, 各缔约方**可以规定**, 上述条款 (i) 至 (vi) 所列的与由条款 (2) 所规定的受保护品种的收获材料直接制成产品有关的行为, 如果相关产品是由未经许可使用上述收获材料制成的, **应获得**育种者许可, 但育种者已有合理机会对上述收获材料行使权利的除外。<sup>17</sup> (4) 各缔约方还可规定, 除上述条款 (i) 至 (vi) 所列各项行为外, 从事其他行为也应得到育种者的许可。<sup>18</sup> (5) 同时还规定 (a) 上述 (1) 至 (4) 应同样适用于下列品种: (i) 受保护品种的实质性派生品种, 但受保护品种本身不是实质性派生品种; (ii) 根据第 7 条规定, 与受保护品种没有明显区别的品种; (iii) 需要反复利用受保护品种进行繁殖的品种。

<sup>19</sup>

UPOV1991 关于品种权保护范围的规定是 UPOV1991 的核心条款, 极大地扩大了品种权的保护范围, 对世界各国的植物新品种保护产生深远影响。首先, 品种权对授权品种繁殖材料的控制环节增加, 从 UPOV1978 规定的生产、繁殖和重复利用环节, 扩展到生产、繁殖、处理、销售、为销售而提供、出口、进口和存储等行为。其次, 品种权的保护对象范围扩大, 从繁殖材料延伸到收获材料。对直接制成的产品的保护则属于自愿范围, 目前尚无国家将这

一对象纳入保护范围<sup>[3]</sup>。其次，增加了实质性派生品种保护规则，使得原始品种权的权利可以延伸至该原始品种的实质性派生品种<sup>[4]</sup>。对于需要反复利用受保护品种进行生产的品种，目前我国已经将其纳入到现行的品种权保护范围。应该说，如果我国加入 UPOV1991，该条规定对我国植物新品种保护将产生实质性的影响。这些影响既包括我国的品种权将大大提高含金量，外国公司在华申请品种权的动力将会增强，更多更好的种质资源有可能进入中国，以及育种者可能更愿意从事原始创新活动，也包括我国种业将面临更大的竞争压力，商业种子生产成本（实质性派生品种需要向原始品种权人支付许可费）会进一步增加，以及某些植物领域将可能为外国品种所控制等等。此外，我国的品种权审查能力、实质性派生品种的鉴定能力以及品种权司法保护能力还将有待提高和加强。

#### （五）品种权保护期限的延长

根据 UPOV1978 的规定，相关品种的保护期限不少于 15 年，对于藤本植物、果树及其根茎，林木和观赏树木，保护期最少为 18 年。UPOV1991 则规定品种权的最短期限应自授予品种权之日起不少于 20 年，树木和藤本植物的保护期限则起不少于 25 年。一般来说，品种权的最长保护期限，对许多一般品种没有太大意义，因为很多植物品种的品种权人很快就放弃了缴纳品种权的维持费了，但是对于某些关键领域的植物品种来说，保护期限的延长则具有非常重要的价值。如果要加入 UPOV1991 或者国内法先行实施延长保护期限的规定，则应该先对我国的品种权分领域进行摸底，全面了解品种权保护的现实意义，然后做出是否延长，或者延长多少年的决定。

#### （六）农民留种权利的非强制例外

品种权作为一项独特的为植物发明提供保护的专利权利，其与专利权的一项重要区别在于为农民保留有留种植的权利。该项首先源于 UPOV1961，规定商业性目的的生产、为销售而提供、市场销售受保护品种的有性或无性繁殖材料行为，需经育种者的许可，为了维持生计而保留种子进行种植的农民行为不属于品种权保护的范围。UPOV1978 在农民留种植的问题遵循 UPOV1961/72 的规定。UPOV1991 对于品种权保护范围的规定选择限于所有利用授权品种行为，除非明文规定例外情形。UPOV1991 明确将农民留种权利规定为 UPOV 公约的非强制性例外，允许各国根据实际情况自行处理的做法。根据之前的研究<sup>[3]</sup>，从加入 UPOV1991 文本的国家来看，几乎没有一个 UPOV1991 成员国因此取消国内的“农民特权”的规定，而是根据本国的需要对 UPOV 公约的农民留种权利进行了改造。比如，在美国，《植物新品种保护法》（1994 年修订）规定农民只能对有性繁殖的植物（包括土豆）可以进行留种，但如果该有性繁殖的植物受发明专利的话，则农民仍然不能留种<sup>[4]</sup>。在欧盟，《欧盟物新品种保护条例》（1994 年）和《欧盟生物技术发明保护条例》（1998 年）规定小型农民可以在欧盟发布的农作物目录内享有有条件的农民留种权利<sup>[3]</sup>。因此，UPOV1991 在农民留种权利的问题上，给予各成员国仍然有较大的空间。中国可以根据自己国情的需要设计何种范围的农民留种权利。在规定农民留种权利时，还应当处理好基因专利与品种权的关系，

以及基因专利的保护范围能否为农民留下空间的问题。

#### 四、我国植物新品种保护的国内国际发展趋势

总体来说，国际国内植物新品种保护发展趋势要求更高的品种权保护水平。

首先，从国际形势来说，UPOV1991 所代表的品种权保护水平已经成为国际趋势，中国将不可避免地考虑加入问题。尽管目前我国的植物新品种保护水平已经符合 TRIPs 协议规定的要求，加入了 UPOV1978 文本，成为 UPOV 公约的第 39 个成员，但是随着 UPOV1978 在 1999 年关闭，国际上越来越多的国家成为 UPOV1991 的成员，UPOV1991 所确定的品种权保护水平越来越具有影响力。根据 UPOV 公布的数据，截止到 2014 年 6 月 20 日，已经有 72 个国家或地区加入 UPOV 公约，其中比利时坚持的是 UPOV1961/1972 文本，包括中国在内的 19 个国家选择 UPOV1978 文本，其余包括欧盟、美国、澳大利亚、日本等 52 个国家均已加入 UPOV1991。虽然中国可以保持目前的保护水平，不违反 TRIPs 协议所规定的国际义务，但当中国与加入 UPOV1991 文本的国家进行与农产品有关的对外贸易时，同样将受对方国家的与 UPOV1991 相当的品种权保护制度制约。

其次，从国内品种权保护情况看，1999 年 4 月我国首次受理品种权申请，到了 2012 年 11 月 2 日，我国品种农业植物新品种权申请已经突破万件。根据农业部新品种保护办公室发布的 1999-2014 年品种权申请情况汇总表（2014.6.30），截至 2014 年 6 月 30 日，我国品种权申请数量为 12444 件，授权数量为 4492 件。从近年品种权申请趋势看，品种权申请量每年保持在 1000 件以上的稳定趋势(如 2011 年 1255 件，2012 年申请 1361 件，2013 年申请 1333 件)。这些数据表明中国已经成为潜在的品种权保护大国。品种权作为保护育种创新知识产权的一种重要方式，将越来越受到育种者的重视。从目前的实践情况看，那些从事原创性育种活动的育种者或者企业将趋向于希望得到更高的品种权保护水平，以免其他育种者搭便车或其他人从事品种权侵权活动。实践中已经有不少的育种者提出这样的要求。

再次，从我国农业科技创新的发展要求来看，中国作为世界上最大的农业生产大国和用种大国，农作物种业是国家战略性、基础性核心产业，随着全球经济一体化进程不断加快和生物技术迅猛发展，“农作物种业国际竞争异常激烈。加快推进现代农作物种业发展，加强种业科技创新，培育和推广优良品种，已成为突破耕地和水等资源约束、加快现代农业发展、提升农业国际竞争力的迫切需要”<sup>[7]</sup>。为植物育种提供充分的知识产权保护是加强种业科技创新和培育优良品种的关键措施。

#### 五、对策建议

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，在当前国际国内知识产权保护水平不断提高和日益严格的趋势下，我们必须做好相应的对策和准备，以应对实践的挑战。

##### （一）外交策略：可以继续坚持现有的品种权保护水平

我国品种权保护已经符合 TRIPS 协议规定的最低要求，符合我国目前应该承担的国际义务，建议现阶段不主动加入 UPOV1991。因为一旦加入 UPOV1991，实施 UPOV1991 文本就成为中国的强制性义务。但我们要充分估计未来植物新品种保护水平提高的强制性义务的实施，努力做好加入 UPOV1991 或者实施更高品种权保护水平的准备。

## **（二）长远规划：植物新品种保护制度的体系化和规范化**

从上文分析可知，中国现阶段品种权保护方面的问题不仅仅只是品种权保护水平低的问题，而是品种权保护制度在立法、司法、执法和宣传、品种创新成果的转化应用方面均有问题。造成此种现象的原因主要有二。一是我国的品种权制度比较分散，相关司法解释和规章的临时性和过渡性特点突出，各项规定之间存在冲突、混乱的地方。二是我国植物新品种保护制度建设起步晚，技术性和专门性强，发挥作用领域较为狭窄，无论是国家还是企业对该项知识产权的建设与运用都不够重视。这种情况与我国作为农业大国和世界第一用种国家的地位很不相称。品种权保护制度的体系化和规范化，可以借助修订《植物新品种保护条例》或者制定《植物新品种保护法》的过程予以完成。这是我国植物新品种保护工作的一项基础而重要的内容，不容忽视。通过《植物新品种保护条例》修订或《植物新品种保护法》制定工作，必须从制度设计层面解决品种权保护水平的提高与否的问题，也就是 UPOV1991 文本在中国的实施问题。具体来说主要包括以下内容：（1）品种权控制行为范围的延伸；（2）实质性派生品种保护规则的制定与实施；（3）品种权保护期限的延长与否；（4）品种权保护与生物技术发明（基因专利）保护的关系；（5）农民留种权利的保护与品种权和专利保护的关系以及品种权申请、审查、复审、无效以及司法与行政保护制度完善与衔接问题等等。如果不对上述问题予以彻底解决，任何启动《条例》修订或者品种权保护立法的工作就没有实质意义。

## **（三）过渡措施：充分利用立法准备过程解决实践问题**

考虑到品种权保护制度的特殊性和我国种业发展的实际情况，现阶段立即出台新的《植物新品种保护法》或者全面完成《植物新品种保护条例》修订工作的条件还不成熟，可以制定 5-8 年的立法规划，启动立法论证，加强立法研究，在立法准备过程中解决植物新品种保护面临的问题。首先，做好品种权保护制度的体系化和规范化工作，将《条例》、两个《细则》、两个规定以及两个司法解释的内容进行全面梳理，剔除其中存在错误、矛盾和冲突的地方。其次，要做好相关制度的普及与宣传。植物新品种保护制度相对来说，是一项作用范围较为狭窄并且不受企业重视的知识产权制度，甚至实践中许多法官对该项制度的基本内容理解有误。再次，政府有关部门要对我国品种权保护情况进行摸底与排查，向相关企业提供有针对性的知识产权预警信息，尤其是某些关键农作物领域的品种权申请和持有情况，以及未来可能面临的问题。比如，指导相关企业在实施实质性派生品种保护规则前，积极申请品种权保护，哪怕是技术上的实质性派生品种，以免将来相关领域的品种权完全控制掌握在外国企业手中。此外，还要为实施实质性派生品种保护规则的实施做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<sup>[8]</sup>等准备。总之，要充分利用现在的过渡阶段，为将来更高水平的植物新品种保护制度的实施，解决观念上的、制度上的、技术上的以及产业发展上面临的问题，确保我们的种业能够很好地利用这段时间做好各项准备。

#### （四）外贸预警：农产品出口贸易要注意 UPOV1991 的规范

值得注意的是，虽然我们国内法层面可以继续维持现有品种权保护水平，即采用 UPOV1978 文本的规定，但在有关农产品的出口贸易中，则容易受到 UPOV1991 的规制。如果相关企业将农产品出口到欧盟、美国、日本、澳大利亚等加入 UPOV1991 的 52 个国家或地区，则必须要注意相关产品（包括授权品种的繁殖材料以及收获物）是否会构成对转口或进口国家保护的品种权的侵权。从这个意义上来说，我们能延缓 UPOV1991 实施的范围，仅限国内市场，以及另外仍采用 UPOV1978 的 18 个国家或地区。

#### 参考文献：

- [1]吴立增 黄秀娟 刘伟平等.基因资源知识产权理论[M]. 北京：科学出版社. 2009， 53
- [2]蒋志培、李剑、罗霞. 关于对《最高人民法院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》的理解与适用[N]. 人民法院报. 2007-01-31.
- [3]李菊丹. UPOV1991 人工瀑布保护规则及启示[J]. 知识产权. 2012(6):75-81.
- [4]李菊丹. UPOV1991 实质性派生品种保护规则及启示[J]. 河北法学. 2012(5): 138-143.
- [5]李菊丹. 农民留种权利保护比较研究[J]. 知识产权. 2013(7):82-90.
- [6]李菊丹. 论美国基因专利权利用尽原则的适用与启示[J]. 知识产权. 2015(2) 93-100.
- [7]国务院办公厅.《关于印发全国现代农作物种业发展规划（2012-2020 年）的通知》（国办发〔2012〕59 号）[DB/OL] [http://www.gov.cn/gongbao/content/2013/content\\_2307051.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2013/content_2307051.htm).
- [8]王扬,刘晓莉. 论我国转基因食品安全社会监管问题研究 [J]. 河北法学. 2015, (2) :42-48.

---

\* **基金项目：**国家社科基金青年基金项目（13CFX087）

**作者简介：**李菊丹(1976-), 女, 浙江金华人, 中国社会科学院知识产权中心、中国社会科学院法学所副研究员, 法学博士, 研究方向: 知识产权法。

<sup>1</sup> 具体数据来自 <http://www.upov.int/export/sites/upov/members/en/pdf/pub423.pdf>（2015 年 10 月 18 日访问）

<sup>2</sup> 相关数据来自 UPOV 公布的“PLANT VARIETY PROTECTION STATISTICS for the Period 2009-2013”，[http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/c\\_48/c\\_48\\_7.pdf](http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/c_48/c_48_7.pdf)（2015 年 4 月 1 日最后访问）。

<sup>3</sup> 这一部分内容根据农业部科技发展中心植物新品种保护处陈红副处长的介绍以及相关信

---

息的综合。

<sup>4</sup> <http://www.cnvpv.cn/Detail.aspx?k=1006&itemID=1>。

<sup>5</sup> 相关数据分别采自中国农业植物新品种保护办公室、欧盟植物新品种保护办公室(Statistics Meeting of the Administrative Council,Nitra, 18 & 19/03/2014,

<http://www.cpvo.europa.eu/main/en/home/about-the-cpvo/statistics>) 和日本植物新品种保护办公室公布的数据(品种登録の状況, <http://www.hinsyu.maff.go.jp/tokei/tokei.html>)。

<sup>6</sup> 相关数据来自农业部植物新品种保护办公室《1999-2014年品种权申请情况汇总表(2014.6.30)》, <http://www.cnvpv.cn/Detail.aspx?k=1006&itemID=1> (2015年4月4日最后访问)。

<sup>7</sup> 《农业细则》第12条。

<sup>8</sup> 《林业细则》第9条。

<sup>9</sup> 《农业细则》第18条和《林业细则》第13条。

<sup>10</sup> 《农业细则》第22条和《林业细则》第19条

<sup>11</sup> 法释[2007]1号第6条。

<sup>12</sup> 法释[2007]1号第8条。

<sup>13</sup> UPOV1978 Art.2.该条即为UPOV1978所规定的“双重保护禁止”规则,强调的是成员国必须为育种者权提供法律保护,是采用专门权利的形式,还是采用专利权的形式,由成员国决定。同时,对于相同的植物属或种,成员国是否只能提供其中之一保护,根据公约条文文字表述,“a member State of the Union whose national law admits of protection under both these forms may provider only one of them for one and the same botanical genus or species”,这不是成员国必须遵守的强制性条约义务。

<sup>14</sup> UPOV1961/1972 Art.2 (2).

<sup>15</sup> UPOV1991 Art.14 (1) (a)

<sup>16</sup> UPOV1991 Art.14 (2)

<sup>17</sup> UPOV1991 Art.14 (3)

<sup>18</sup> UPOV1991 Art.14 (4)

<sup>19</sup> UPOV1991 Art.14 (5) (a)

来源:《河北法学》2015年第12期,网络出版时间为2015年11月13日)