

论无性繁殖植物种植使用的性质认定

——评“美人榆”再审案

李秀丽

(青岛农业大学经济学院,青岛 266109)

摘要:“繁殖”行为与“扩繁”行为之间的区别是数量上的而不是本质上的,在品种权保护体系中二者均属于繁殖行为。(2018)最高法民再247号判决书以实施扩繁行为作为认定“繁殖”行为的条件,于常识和逻辑方面均有可商榷的余地。就常识而言,由于无性繁殖植物的植株个体及其部分均可以作为繁殖材料,所以无性繁殖植物的种植即为“繁殖”,不需要以“扩繁”为前提。从逻辑关系上看,扩繁行为是增加植株数量的繁殖行为,是否存在扩繁行为反映的是品种权的受损程度,而不影响侵权行为的成立。247号判决书为品种权保护设置的前提条件于法无凭且与常识相悖,应予纠正。

关键词:无性繁殖植物;“美人榆”案;生产行为;繁殖行为;善意使用;商业目的

我国《种子法》第28条规定:“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”。然而,司法实践中有时原告起诉被告的侵权行为和《种子法》允许品种权人排斥他人实施的行为并不能够完全一一对应,此时法官就需要依照相关法律规定对被告被诉侵权行为的性质进行认定。(2018)最高法民再247号判决书对于无性繁殖植物种植使用作出的不属于《种子法》规定的“生产”“繁殖”的定性,在学界引起了深度讨论,许多人对这一结论的正确性持怀疑态度,甚至牵出了所谓的与另一起“美人榆”案“同案不同判”之说法。

本文首先从对与其相近的另一起“美人榆”案判决结果的分析比较入手,对“同案不同判”之说法作出回应,然后分析(2018)最高法民再247号判决书籍此作出不属于“生产”“繁殖”行为前提条件的扩繁行为与“生产”“繁殖”行为之间的关系,并就判决书中提到的“商业目的”等相关问题进行延伸研究。目的是提出个人对于“美人榆”案件以及无性繁殖植物种植使用性质认定的一些看法,以求和同行及有关专家、学者商榷,以使这些问题能够有一个统一的认识。

1 “美人榆”案及相关争论

1.1 “美人榆”案始末 “美人榆”是一种观赏价值很高的观赏性植物,由于其叶片金黄、色泽艳丽,故有人也称其为“金叶榆”。该树种2004年完成培育,由石家庄市绿缘达园林工程有限公司和河北省林业科学研究院(以下称“原告”)向国家林业局提起了植物新品种权申请,并于2006年8月22日成功获得授权。2014年6月13日,河北法润林业科技有限公司取得“美人榆”品种的独占许可权。“美人榆”的育成填补了我国没有自主培育彩叶树种的空白,其艳丽的亮黄色更是比一般的观赏性树木品种受到更多的青睐。从本案原告到全国各地进行适应性种植试验开始,该树种就遭遇了大面积的盗种。九台市园林绿化管理处和河北省高速公路沿海管理处未经许可擅自种植“美人榆”,且面积较大,品种权人先后分别对其提起了诉讼。两起诉讼都打得异常艰难,均历经一审、二审直至高院再审,但诉讼结果却截然相反:前一起((2014)鲁民再字第13号)胜诉,而后一起((2018)最高法民再247号)败诉。

1.2 “美人榆”案引发的争论与思考 从实际效果看,两起案件均引起了较大的社会反响:前一起案件被评为“2016年度中国法院知识产权保护十大案件”之一(以下称“2016年再审案”)。最高人民法院对该案的评价是:“本案是对政府机关在履行职能时生产授权品种的繁殖材料等行为是否构成侵权的

认定,其关于是否属于生产授权品种的繁殖材料以及是否具有商业目的的认定均具有一定典型意义和指导意义”。同时,该案件也被律师界作为经典辩护案例广为传播。而对于后一起案件,虽然也被列入“2018年中国法院50件典型知识产权案例”(以下称为“2018年再审案”),并被最高人民法院认为具有典型意义^[1],但两案案情相近而判决结果迥异,因而引发学界的广泛讨论。有学者认为“同案不同判”的情形损害法院判决的权威性;而判决中“对于无性繁殖品种,在无扦插、嫁接等扩繁行为的情况下,种植行为本身既不属于生产行为,也不属于繁殖行为,未侵害‘美人榆’品种权”^[1]的认定也饱受质疑,业内人士忧虑此判决一出将导致今后园林和高速公路等绿化部门可以肆无忌惮地购买、种植侵权苗木^[2]。那么,两起案件是否属于“同案”?无性繁殖植物的种植使用究竟应该如何定性?无性繁殖植物侵权诉讼案件还会涉及到哪些问题?以下围绕这些问题展开论述。

2 两案相近而不相同

“同案同判”的准确表达应为“类似案件类似审判”^[3],其所蕴涵的道理是在事实、法律关系、争点和法律问题等方面具有类似性的案件,其判决结果也应当具有类似性。2018年再审案判决结果饱受质疑的原因之一是,有人认为它与2014年再审案“同案不同判”。但是从具体案情来看,两起“美人榆”案并不属于所谓的“同案”。从被告方面来看,两案都是作为被告的公路管理处种植使用了未经授权的“美人榆”树苗用以美化公路环境,但两起案件的关键事实与法律问题具有根本的不同。仅就前者而言,2014年再审案中,被告实际种植的数量大于其证据能够证明的购买数量,且“未能证明其种植美人榆的合法来源”,这就说明,被告对“美人榆”所实施的行为不仅仅是单纯地种植使用而且还存在扩繁行为。与之相反,2018年再审案中的被告并无扦插、嫁接等扩繁行为”。

本文认为,如果将种植使用中是否含有扩繁行为作为判断侵权界限的话,那么上述经过认定的事实对于判断被告种植使用“美人榆”是否构成侵权是至关重要的。撇开两个作为被告的公路管理处之种植使用的“美人榆”是否为取得品种权人许可的树苗不说,单就两个公路管理处在购买了“美人榆”

以后种植使用“美人榆”的行为来说,由于2014年再审案的被告在种植使用中存在扩繁行为,因而也就从根本上成为原告在2014年再审案中胜诉的最强有力的证据。由此反证:由于2018年再审案中并无扦插、嫁接等扩繁行为”,因而也就为法官认定被告的种植使用行为不构成侵权提供了“基础性支撑”。可见,两案并非所谓的“同案”。

3 无性繁殖植物种植使用行为的定性

本文认为,虽然2018年再审案无证据显示被告种植涉案“美人榆”苗木是为了销售营利,且其并未实施扦插、嫁接等扩繁行为,但该种植行为属于“生产”或“繁殖”行为。

3.1 扩繁行为与“生产”“繁殖”行为的关系

根据我国《种子法》第28条的规定,品种权人有权禁止他人未经许可“生产、繁殖、销售”授权品种的繁殖材料以及为商业目的将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,而本案被告的涉诉侵权行为是在其管理的高速公路两侧及绿化带“种植使用”未经授权的“美人榆”苗木的行为。因此,对被告“种植使用”享有品种权的“美人榆”是否属于《种子法》第28条规定的品种权内容进行解释,就成了法官认定被告行为是否构成侵权无法回避的前提。法官对此的观点是:因为被告未实施扦插、嫁接等扩繁行为,故被告的种植行为不属于“生产”或“繁殖”行为,因而不构成侵权。

这种推理逻辑起点明显就是不正确的。判断被告行为是否构成侵权的关键条件有两个:一是“种植使用”行为是否属于“生产”或“繁殖”行为;二是“种植使用”是否经过品种权人许可。首先,该案判决书中写道:“本案无证据显示衡大管理处种植涉案美人榆苗木是为了销售营利,且其并未实施扦插、嫁接等扩繁行为,在此情况下,种植行为本身既不属于生产行为,也不属于繁殖行为。”即之所以认定“种植使用”行为不属于“生产”或“繁殖”行为,是因为“无扦插、嫁接等扩繁行为”。实际上,这种推理是错误的。扦插、嫁接等扩繁行为这一用语本身即表明其属于品种权内容中的“繁殖”,而本文认为,种植使用则属于同属品种权内容的“生产”行为,而“生产”和“繁殖”分别属于品种权人有权禁止他人实施的行为,两项权利内容都是独立的,违反其中任何一项皆构成侵权,两者之间没有互为条件的关系。所

以,无“扦插、嫁接等扩繁行为”并不能够成为未经许可种植使用“美人榆”的行为认定为不属于《种子法》第28条规定的“生产”“繁殖”行为的理由。

3.2 种植使用等同于“生产”“繁殖” 从文义解释的角度看,“繁殖”的意思是植物形成新个体的过程,这是全国科学技术名词审定委员会于《植物学名词》第二版(2017年12月出版)的释意。“生产”则是指对繁殖材料的生产和栽培管理等,使其生长、发育,形成产品或创造价值的过程^[4]。这一定义是2018年7月13日北京棕科新品种权管理有限公司组织召开的一场专业研讨会议的成果。《柯林斯英文词典》则将“生产”定义为“制造或大量种植某物的过程”(Production is the process of manufacturing or growing something in large quantities)。此外,澳大利亚《1994年植物育种者权利法》对“繁殖”所下的定义是:“繁殖(propagation),就一个活的有机体或其组成部分来说,是指该有机体或组成部分的种植、栽培或扩繁(growth, culture or multiplication),无论是通过有性手段还是无性手段。”可见,繁殖和生产有时候的边界并不是十分清楚。虽然生产侧重于强调形成产品、利用其收获物,繁殖侧重于种子的扩繁,但从根本上讲,植物的生产是个大概念,繁殖其实也是生产。所以,无论是有性繁殖品种还是无性繁殖品种,只要把它栽在地上(有时候未必一定需要栽在地上,例如在组织培养的情况下),而且它还处于存活状态,那它一定就是生产或繁殖。进而言之,从《种子法》关于植物新品种权保护的意义上讲,任何未经品种权人许可所实施的生产、繁殖行为,只要不存在权利例外规定情形,就构成侵权,因而也就应当属于《种子法》第28条规定的“生产”“繁殖”行为。

3.3 “不存在扩繁行为”不构成不侵权抗辩事由

品种权内容的本质是品种权人对他人未经许可使用品种的行为的控制。该案中,被告使用的“美人榆”来自于未经许可的繁殖者。“美人榆”属无性繁殖品种,整株植物本身就是繁殖材料,种植苗木本身就是在生产授权品种繁殖材料^[2]。至于被告扩繁行为的有与无,其所能够证明的是其有无进一步实施侵权行为,反映的是品种权的受损程度,而不影响侵权行为的成立。若不存在扩繁行为,则品种权的受损程度仍然停留在原有水平上,此时原告还可以通过

利用被告所提供的品种来源信息找到实际侵权人,并可对其提起诉讼,从而使自己受到侵害的权利受到救济。相反,此时若被告存在扩繁行为,则说明其实施了进一步的侵权行为,不但构成侵权,同时还应当在扩繁品种数量的范围内承担赔偿责任。

3.4 行为人主观方面有过错 本文主张2018年再审案之被告被认定为不侵权不正确的主要理由,除了认为法官对生产和繁殖的限缩解释不当之外,还有一个重要的理由,那就是被告明知“美人榆”是未经授权的品种但仍然种植使用的行为是对树苗卖方侵权行为的延续。坦白地讲,正是过分看重被告没有扩繁行为而忽略种植使用“美人榆”的行为属于明知该植物属于未取得品种权人许可这一事实是该案判决错误的主要原因。况且,作为国家绿化单位,属于专业主管部门,对植物品种保护方面法律应当知晓,因而工程招标中应对购买标的物的合法性进行审查。

4 延伸问题研究

4.1 关于善意使用的问题 值得一提的是,如果不考虑被告种植使用未经品种权许可的“美人榆”属于明知这一点,那么类比2014年《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称“《专利解释(二)》”)的规定,似乎可以将本案被告认定为“善意使用者”。所谓“善意使用者”是指合法来源抗辩成立且已支付合理对价的使用者。参照《专利解释(二)》,可以将植物品种的善意使用的认定条件有三个:一是,为生产经营目的而使用了侵权品种;二是,不知道其使用的品种为未经品种权人许可;三是,能够举证证明该产品合法来源。当然就判决书所确定的事实来说,本案被告种植使用未经授权品种的行为属于“明知”,所以不能够适用善意使用制度。

本文认为,在品种权体系中设立“善意使用”制度具有一定的必要性。这主要是因为:“冤有头,债有主”,要鼓励权利人向侵权行为的始作俑者主张权利,而不是“重兵围剿”侵权链条末端^[5]。同时,品种权人尽早行使其权利还可以增强交易的稳定性。因此,建议未来修法时借鉴《专利解释(二)》第25条的规定,增设植物品种权善意使用制度。在被控侵权行为人能够证明其使用品种有合法来源,并能够提供相关证据的即可豁免损害赔偿,在满

足一定条件的前提下甚至可以豁免“停止侵权”的责任。因为在这种情况下,原告可以根据被告提供的品种来源信息找到实际侵权人并获得相应的法律救济。

回到2018年再审案,被告的行为是否应当认定为侵权?应当,未经许可种植使用品种权人的树苗就是侵权,这一点毫无疑问。但是,判定其无需承担停止侵权的责任是另外一回事,这是因为若判停止侵权,就涉及到侵权产品的毁损,这“不仅将因赋予使用者过重的侵权审查义务而大幅提高交易成本,而且将出现因拆除等停止使用的成本过高和有损公共利益等例外情形”^[5]。

4.2 关于“商业目的”的问题 在2018年再审案的判决书中写道:“本院认为,本案无证据显示衡大管理处种植涉案美人榆苗木是为了销售营利,且其并未实施扦插、嫁接等扩繁行为,在此情况下,种植行为本身既不属于生产行为,也不属于繁殖行为。”可见,法院判定被告不侵权的另一理由是:衡大管理处种植涉案美人榆苗木不是为了销售盈利。

关于这个问题,有以下两点需要澄清:首先,关于“商业目的”是否是侵权判定构成要件?过去一段时间,我国学界一直认为,“商业目的”已经随着新《种子法》第28条的出台而变成一个不需要考虑的因素,《种子法》之所以作出这样修订的原因在于,根据UPOV公约1978年文本第5(1)条的规定,“以商业销售为目的之生产”属于“在对受保护品种的诸如或有性或无性繁殖材料之类的进行下列处理时,应事先征得育种者同意”的内容。而在1991年文本第14(1)条中,“涉及受保护品种繁殖材料的”“生产或繁殖”行为“需要育种者授权”。由此得出结论,UPOV公约1991年文本已经将“商业目的”从未经许可实施品种权的内容中删除。实际上这是一种断章取义的理解,因为尽管1991年文本中在第14条“育种者权利适用范围”中去掉了,但是,却将“私人的非商业性活动”规定为种植者权利例外的强制性例外之一。这意味着,只有当既是“非商业性”的同时也是“私人的”情形下实施授权品种的行为,才不需要得到品种权人的许可。由此得出的结论是,对于商业目的的适用条件提高了,但绝对不是删除了。其次,关于“美人榆”案中的种植使用行为是否具有商业目的,这一点在2014年

再审案判决中早已有了结论:被告没有从品种权人处购买,而擅自进行种植使用“美人榆”的行为,客观上起到了提升城市形象、优化招商引资环境的作用,从促进地方经济发展的角度来看也具有商业目的。

4.3 关于招标施工单位的知识产权风险防控 实践中,许多招标施工单位常常因为缺乏应有的知识产权意识,因中标人侵犯他人知识产权的行为而被牵连进官司当中,有时候还会因此蒙受巨大的损害赔偿损失。对此,建议招标施工单位在和中标单位签订承包合同时,要在合同条款中增加风险转嫁条款,约定对方承诺其提供的产品和采用的技术不侵犯他人知识产权;否则,因合同履行引起的一切知识产权侵权责任由中标单位承担。

5 结语

随着我国的知识产权司法政策由“加强保护”发展为“严格保护”,我国品种权侵权案件高额判赔案件频出,这充分彰显了我国鼓励育种创新、推动知识产权保护的决心和力度。在这种对品种权侵权行为进行有力震慑和严厉打击的高压态势下,未来侵权人实施的侵权行为有可能会朝着手段更加隐蔽、方式更加多样和情形更加复杂的趋势发展。因此,加强对相关行为性质认定的研究就显得十分必要。在本文讨论的“美人榆”案中,被告无扩繁行为种植使用“美人榆”的行为就从一个侧面展示了侵权行为所具有的复杂性特征。无论植物新品种保护制度对品种权人的权利内容规定得如何丰富,也不可能完全覆盖。因此,只有认清涉嫌侵权行为的一些“掩人耳目”的情形之本质,才能对相关争讼行为作出正确的判决,还品种权人以公道。品种权内容的本质是品种权人对他人未经许可使用品种的行为的控制。在对相关行为的性质进行认定时,可以先从相关行为是否为脱离了品种权人控制的行为入手,在此基础上依照相关法律规定作出准确的解释与认定。

最近一段时间,法院连续审理了多起以处于侵权行为链条中后段的行为人作为被告的品种权纠纷案件。例如,在本文分析的两起“美人榆”案中,权利人均分别选择种植使用“美人榆”的公路管理处而非未经许可繁殖“美人榆”树苗的侵权人作为被告;在“三红蜜柚”案中,权利人选择销售“三红蜜

我国种业发展现状研究综述及展望

张丽霞

(河北省石家庄市种子管理站, 石家庄 050051)

摘要:种业是国家战略性、基础性核心产业。从种业安全保障、种业科技创新、种业知识产权保护、种业科技体制改革、种子企业竞争力、互联网视角下的种业发展等角度对我国种业发展现状和趋势进行梳理, 以期为我国种业的发展提供参考。

关键词:种业; 发展现状; 展望

种业是关系国计民生的战略性、基础性核心产业, 党中央、国务院高度重视种子工作和种业的发展。中央一号文件明确提出, 加快发展现代种业, 提升自主创新能力, 高标准建设国家南繁育种基地。政府工作报告也明确要求, 要加快促进种业创新发展。这些都反映了种业之重要性被提到前所未有的高度。

近些年, 随着国家一系列政策规划的推动, 在整个行业的共同努力之下, 中国种业取得了不小的进步, 市场集中度明显提高, 企业创新能力明显增强, 企业研发投入明显增多, 企业的实力有较快的提升。随着我国种业快速发展, 特别是以隆平高科为代表的一批骨干企业不断发展壮大, 并逐步走向国际市场, 我国种业发展将步入发展的快车道。与此同时, 全球种业的发展日新月异, 并呈现出显著的新

特征, 世界种业正经历着以“生物技术+信息化”为特征的第四次科技革命, 全球种子市场、技术、人才等要素进一步向跨国种企巨头集中, 推动了优质资源整合、优势业务重组, 种业与农化、信息、生产服务等领域融合发展, 领先优势进一步放大。在竞争如此激烈的今天, 我国种业的差距有进一步拉大的趋势, 我国种业想在国际上占有一席之地, 还有很长的一段路要走, 中国种业任重而道远。

鉴于此, 从种业安全保障、种业科技创新、种业知识产权保护、种业科技体制改革、种子企业竞争力、互联网视角下的种业发展等角度对我国种业发展现状和趋势进行梳理, 以期为我国种业的发展提供参考。

特征, 世界种业正经历着以“生物技术+信息化”为特征的第四次科技革命, 全球种子市场、技术、人才等要素进一步向跨国种企巨头集中, 推动了优质资源整合、优势业务重组, 种业与农化、信息、生产服务等领域融合发展, 领先优势进一步放大。在竞争如此激烈的今天, 我国种业的差距有进一步拉大的趋势, 我国种业想在国际上占有一席之地, 还有很长的一段路要走, 中国种业任重而道远。

鉴于此, 从种业安全保障、种业科技创新、种业知识产权保护、种业科技体制改革、种子企业竞争力、互联网视角下的种业发展等角度对我国种业发展现状和趋势进行梳理, 以期为我国种业的发展提供参考。

1 种业安全保障

粮食是关系到国家安全的战略性资源, 种子是

品种权善意使用制度不失为一种不错的制度选择。

参考文献

- [1] 人民法院报. 最高人民法院知识产权案件年度报告(2018)摘要. (2019-04-25) [2020-03-19]. http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-04/25/content_154640.htm?div=-1
- [2] 周伟伟. 种植未授权的美人榆搞绿化, 到底侵不侵权? . 中国花卉园艺, 2019(15): 26-29
- [3] 张琪. 论类似案件的判断. 中外法学, 2014(2): 520-543
- [4] 中国花卉报. “繁殖”、“繁殖材料”、“生产”这三个植物名词有了新内涵. (2018-07-25) [2020-03-08]. <http://www.cnhuashi.cn/article-208-1.html>
- [5] 王闯. 知识产权的权利边界与裁判方法. 人民司法, 2014(22): 45-51

(收稿日期: 2020-04-10)