

# “三红蜜柚”植物新品种侵权案:植物新品种司法保护的标杆案件

李菊丹

(中国社会科学院知识产权中心,北京 100732)

植物新品种保护制度在中国实施 20 余年,是我国知识产权制度家族中最年轻的成员。随着我国植物新品种申请量和授权量的不断攀升,植物新品种纠纷数量不断增加,纠纷类型不断增多,需要解决的法律问题日益复杂,尤其是相关案件的社会影响也在不断增强,备受社会各界,包括国际社会的高度关注。从植物新品种司法保护实践来看,目前涉诉的植物新品种侵权纠纷主要涉及有性繁殖植物新品种,只有少数案件涉及无性繁殖的观赏性植物。最高人民法院知识产权法庭审理的上诉人蔡新光与被上诉人广州市润平商业有限公司侵害植物新品种权纠纷上诉案(案号:(2019)最高法知民终 14 号),涉及的植物新品种为“三红蜜柚”,为柑橘属,系无性繁殖植物新品种的典型,其核心问题是认定三红蜜柚果实是否构成植物新品种权所保护的繁殖材料。农作物领域的常规种和无性繁殖植物的品种权保护水平是一个国家植物新品种保护水平的直接体现。最高人民法院知识产权法庭通过对本案的审理与裁决,首次在判决书中明确了植物新品种侵权纠纷中关于繁殖材料的判断标准、明确将未经许可种植授权品种繁殖材料,除法律法规另有规定的,应认定为品种权侵权,释明植物新品种保护与繁育方式的关系等涉及植物新品种侵权认定的关键问题,将对我国植物新品种保护,尤其是果树、蔬菜、花卉以及其他观赏性植物的植物新品种保护及其育种创新产生深远影响。这一典型案例将成为我国植物新品种司法保护的标杆案件。

## 1 本案判决明确提出关于繁殖材料的 3 项判断标准,厘清了植物新品种权的保护范围

植物新品种权是一项以植物品种这一有生命体为保护客体的知识产权,其保护范围的确定与专利所要求的书面描述方式不同,《国际植物新品种保护联盟公约》(以下简称 UPOV 公约) 1978 文本和

我国的《种子法》(2015 年修正)以及《植物新品种保护条例》将其明确为“受保护品种的繁殖材料”。为什么将植物新品种权的保护范围界定为“繁殖材料”,本案判决做了明确的解释,是因为该受保护品种的繁殖材料包含了相关品种的遗传特性并将此种遗传特性在下一代品种中得到稳定遗传,实现了品种的繁衍,形成符合特异性、一致性和稳定性的植物群(这个植物群就是“植物品种”)。任何没有得到该品种繁殖材料的其他单位或个人,无法仅仅通过书面描述信息实现植物新品种的“复制”。如果得到受保护品种的繁殖材料,实现植物新品种的“复制”则变得轻而易举。因此,正如判决书所言,繁殖材料是品种权人行使其独占权的基础,因为受保护品种的繁殖材料包含了植物育种创新的全部成果。

如何判断涉案植物材料是否属于受保护品种的“繁殖材料”,是关系所有品种权侵权行为判断的关键,也是本案的核心问题。判决书认为,“植物新品种权所指的繁殖材料涉及品种权的保护范围,其认定属于法律适用问题,应当以品种权法律制度为基础进行分析”。这一认定明确地指出植物新品种保护意义上的“繁殖材料”,具有特定的含义,其判断应以我国《种子法》(2015 年修正)有关植物新品种保护的规定和现行《植物新品种保护条例》及其配套规章相关规定为准,而不能以通常意义的理解为准。虽然“繁殖材料”判断本身涉及植物育种技术问题,但本案涉及的问题实质仍然属于法律适用的范畴。根据《种子法》(2015 年修正)第二条规定,本法所称种子,是指农作物和林木的种植材料或者繁殖材料,包括籽粒、果实、根、茎、苗、芽、叶、花等。实践中,很多人通常仅从字面上理解本条规定的含义,笼统地认为植物的籽粒、果实、根、茎、苗、芽、叶、花等理所当然地可以视为“繁殖材料”,却忘了本条规定的前半

句限制性条件,即“种子是指农作物和林木的种植材料或者繁殖材料”。也就是说,只有当植物的籽粒、果实、根、茎、苗、芽、叶、花等,在能够作为种植材料或者繁殖材料时,才属于《种子法》和《植物新品种保护条例》规定意义上的“繁殖材料”。《植物新品种保护条例》的两个实施细则的相关规定也可以佐证这一点。《植物新品种保护条例实施细则(农业部分)》(2007年修订)第五条规定,“《条例》所称繁殖材料是指可繁殖植物的种植材料或植物体的其他部分,包括籽粒、果实和根、茎、苗、芽、叶等”。《植物新品种保护条例实施细则(林业部分)》(1999年)第四条规定,“《条例》所称的繁殖材料,是指整株植物(包括苗木)、种子(包括根、茎、叶、花、果实等)以及构成植物体的任何部分(包括组织、细胞)。同时,上述两个实施细则的规定还可以证明一点,考虑到农业植物多以有性繁殖植物(大多数是粮食作物),林业植物则以无性繁殖植物居多,两个细则在繁殖材料的具体表述中就有所差别,林业植物的繁殖材料尤其强调了整株植物(包括苗木)以及构成植物体的任何部分(包括组织、细胞)。当然,所有上述植物组成成分能否在特定的案件中被认定为繁殖材料,依然必须符合这些植物的组成成分能否作为种植材料或者繁殖材料。正是从这一意义上,本判决提出“虽然植物体的籽粒、果实和根、茎、苗、芽、叶等都可能具有繁殖能力,但其是否属于品种权保护范围的繁殖材料,有赖于所涉植物体繁殖出的植物的一部分或整个植物的新的个体,是否具有与该授权品种相同的特征特性”,进而提出判断相关植物材料是否为某一授权品种的繁殖材料,在生物学上必须同时满足以下条件:(1)属于活体,(2)具有繁殖的能力,(3)并且繁殖出的新个体与该授权品种的特征特性相同。

上述3项关于繁殖材料判断标准的提出,不但从理论上明确地界定了我国植物新品种权的保护范围,而且解决了植物新品种保护实践中普遍存在的一些令很多人觉得困惑的问题。比如,对于杂交种的繁殖材料,是用于培育杂交品种的亲本还是由亲本通过制种得到的 $F_1$ 杂交种的种子?实践中很多人有不同的认识。通过本判决的分析,结论很明显,杂交种繁殖材料就是 $F_1$ 杂交种的种子,而不是用于培育杂交品种的亲本(包括父本和母本,三系杂交水稻的亲本则包括雄性不育系、保持系和恢复系)。由于杂交种

种子的生产(制种)依赖于对亲本的重复利用,因此亲本与杂交种关系非常特别,但从植物的特征特性来说,亲本和杂交种完全属于不同的植物品种。

再如,以目前分子生物技术的发展水平,所有植物的部分,哪怕是植物细胞,最后也能通过相关手段培育出植物植株。对于无性繁殖的植物品种而言,是不是植物体的籽粒、果实和根、茎、苗、芽、叶就可以被认为是该植物新品种的繁殖材料呢?很多人对这一问题的判断是不确定的。本判决提出的上述3项判断条件,基本上解决了如何判断无性繁殖植物的繁殖材料的问题。正如判决书中所说,“被诉侵权蜜柚果实是否为三红蜜柚品种的繁殖材料,不仅需要判断该果实是否具有繁殖能力,还需要判断该果实繁殖出的新个体是否具有果面颜色暗红、果肉颜色紫、白皮层颜色粉红的形态特征,如果不具有该授权品种的特征特性,则不属于三红蜜柚品种权所保护的繁殖材料。”对于本案中三红蜜柚果实能否繁殖出授权品种三红蜜柚这一问题,法庭综合考虑了品种权人申请的专家辅助人意见以及我国植物组织培养技术的发展情况,判定三红蜜柚果实的籽粒以及果实内的汁胞均不具备繁殖授权品种三红蜜柚的能力,不属于三红蜜柚品种的繁殖材料。这一判定符合果树商业育苗的实际情况,尽管一些果树可以通过直接播种果树种子得到苗木,但是该苗木通常是实生苗,往往不能结果,或是结果质量很差,所以实践中通常采用自根繁殖(扦插、压条和分株)和以实生苗作为砧木嫁接繁殖果树苗木。

此外,判决还分析了植物细胞的全能性理论下植物材料是否为繁殖材料的认定问题。判决认为,对于在植物体外复制携带品种特异性的DNA序列通过繁殖得到的种植材料,仍应根据上述3项标准进行判断,如果简单地依据植物细胞的全能性认定品种的繁殖材料,将导致植物体的任何活体材料均会不加区分地认定为品种权的繁殖材料。

由此可见,本判决提出关于繁殖材料认定的3项标准,基本原理是认为繁殖材料的认定必须要回到《种子法》规定的“农作物和林木的种植材料或者繁殖材料”的意义上理解。只有这样才可能清楚地界定有性繁殖植物、无性繁殖植物以及分子生物技术条件下的品种权保护范围。本判决通过柑橘类植物品种繁殖材料的明确界定,将为相关领域的植



物新品种保护立下最基本的侵权判断规则。随着本案判决的落地,将有数量更多、涉案金额更大、社会关注度更高的无性繁殖植物的品种权侵权诉讼,进入到社会公众的视野中。

## 2 本案判决清楚阐释繁殖材料与收获材料的区别与联系,确定品种权侵权判断基本规则

从植物新品种保护制度的发展历史看,到目前为止,国际上的植物新品种保护制度存在 UPOV1991 和 UPOV1978 之分。UPOV 公约的 1991 文本和 1978 文本是不同育种技术主导下的植物新品种保护制度的典型代表:1978 文本代表的传统育种时代的植物新品种保护制度,主要解决的是以杂交和选择为主要育种方式下的一国范围内的植物育种创新保护问题;而 1991 文本代表的是生物技术育种和农产品全球贸易下的植物新品种保护制度,主要解决的是分子生物技术介入植物育种领域后,新型育种技术与传统育种技术相结合过程中的创新保护利益的分配和需要将农产品全球贸易链全部纳入植物新品种保护范围的问题。实质性派生品种制度和品种权保护的“人工瀑布规则”就是在这种意义上引入 UPOV1991 文本的。因此,在 UPOV1991 下,不需要专门区分什么是繁殖材料、什么是收获材料,只要品种权人证明其没有对被控侵权产品(包括繁殖材料、收获材料以及某些情况下的由收获材料直接制成的产品)行使过相关权利即可。我国目前的植物新品种保护制度以 UPOV1978 为蓝本制定,是需要对授权品种的繁殖材料和收获材料进行区分的。但是,实践中,由于植物的繁殖材料和收获材料都有可能是活体,因此在理论上看似具有明确区别的繁殖材料和收获材料,在具体案件中反而显得非常难以判断。如果法院在案件审理中将事实上属于繁殖材料的植物材料认定为收获材料,将使原本应当得到法律保护的品种权无法得到司法机关的认可,品种权保护成为空话。如果法院将事实上是收获材料的植物材料认定为繁殖材料的,等于司法机关超越了法律授权,通过审判权直接扩大了品种权的保护范围。因此,本判决提出,“植物体的不同部分可能有着多种不同的使用用途,可作繁殖目的进行生产,也可用于直接消费或者观赏,同一植物材料有可能既是繁殖材料也是收获材料。对于既可作繁殖材料又可作收获材料的植物体,在侵权纠纷中能否认定为繁殖材

料,应当审查销售者销售被诉侵权植物体的真实意图,即其意图是将该材料作为繁殖材料销售还是作为收获材料销售;对于使用者抗辩其属于使用行为而非生产行为,应当审查使用者的实际使用行为,即是将该收获材料直接用于消费还是将其用于繁殖授权品种”。繁殖材料与收获材料的关系非常紧密,尤其在某些无性繁殖植物类别中,甚至出现繁殖材料完全等同于收获材料的情况。在这种情况下,判决书结合本案的实际情况,指出应当审查被控侵权人的销售意图。涉案被告是一家将蜜柚果实作为果树收获材料(水果)进行销售的超市,如果将未经许可销售授权品种收获材料的行为纳入植物新品种权的保护范围,自然就超越了我国现行植物新品种保护制度规定的内容,扩大了植物新品种权的保护范围。

本案对繁殖材料和收获材料关系的讨论,除了进一步确定作为收获材料的蜜柚果实不构成授权品种三红蜜柚的繁殖材料外,还提出了关于繁殖材料判断的另一个难点,就是无性繁殖材料与收获材料同一情形下的判断问题。我国目前是世界上少数几个仍然属于 UPOV1978 成员的国家,繁殖材料的判断是界定植物新品种权保护范围的关键。即使在制定于 20 世纪 70 年代的 UPOV1978 也充分意识到无性繁殖材料判断的特殊性。UPOV 公约 1978 文本第五条第(1)款明确规定,“无性繁殖材料应被认为包括整株植物。在观赏植物或切花生产中,观赏植物或其植株部分被商业上用作生产观赏植物或切花的繁殖材料,育种者的权利应扩大到用于通常销售目的的观赏植物及其植株部分,而不仅是用于繁殖目的的观赏植物及其植株部分。”“无性繁殖材料应被认为包括整株植物”这一内容已经为我国相关法律法规所确认,对于观赏植物或切花植物的植物新品种权是否可以像 UPOV1978 规定的那样得到延伸呢?我国相关的法律法规没有明确。事实上,尽管 UPOV1978 的上述条文中,从字面上含有“extend”字眼,但从条文的内在逻辑来说,并没有出现所谓的品种权延伸,因为 UPOV1978 将观赏植物和切花植物育种者权利“扩大”到“用于通常销售目的的观赏植物及其植株部分”是考虑到这两类植物或其植株部分本身就是商业育苗中繁殖材料,也就是说这两类“植物或其植株部分”完全符合本判决提出的“属于活体,具有繁殖的能力,并且繁殖出的新个体与该授权品种相同的特征特性”这 3 项关于繁殖

材料的判断标准。因此,本判决提出的关于繁殖材料的3项判断标准以及对繁殖材料和收获材料关系的讨论,与UPOV1978对无性繁殖材料的特殊规定,在内在逻辑上是一致的。至于法院在具体案例中如何处理UPOV1978上述条款规定的内容,有待将来在涉及观赏植物和切花植物的品种权侵权案中明确,令人期待。

本判决在充分论证繁殖材料判断标准的前提下,讨论了繁殖材料和收获材料的关系,进而判定“对于未经植物新品种权人许可种植授权品种权的繁殖材料的行为,应当认定是侵害该植物新品种权的生产行为”。这一判断的提出,对我国目前的植物新品种保护工作而言是极具开创性的。我国实施植物新品种保护制度的20年,也是我国种业不断进行市场化运营探索的20年,同时还是我国种业发展与全球种业发展不断紧密结合与相互影响的20年。在这一发展过程中,无论是政府、育种科研企业还是种子企业和个人,对于不同作物类别在植物新品种保护中的地位与作用的认识也处于不断发展的过程,从最初绝对强调粮食作物的主导地位,到对蔬菜、花卉、果树等经济型作物的重视。随着我国经济社会的全面发展与进步,人民生活水平日益提高,大多数人对食物的需求已经逐渐脱离完全以温饱为标准,慢慢向更好更美更愉悦的阶段转移。经过若干年的市场培育,全球种业企业都已经认识到我国对于蔬菜、果树、花卉及其他观赏植物等经济型作物的巨大市场需求。与市场需求不断增长相伴的是,蔬菜、果树、花卉及其他观赏植物的品种权侵权行为泛滥而难以得到有效维权,甚至一些国内从事果树品种培育的企业或者个人不希望将其培育植物新品种在中国商业化种植,而是采用国外种植、国内销售的方式来保护自己的育种创新成果。因此,对无性繁殖植物新品种来说,只要一根枝条进入公有领域,就意味着所有的育种创新成果完全置于所有潜在的侵权人掌握之中。实践中,品种权人要找到非法培育授权品种的地点是非常困难的,还有一种错误观点长期占据主流,认为几百亩甚至上千亩种植未经许可培育的果树,属于对果树苗的“使用”而不是“生产”行为,因此不能认为是品种权侵权行为。由此导致,大量的蔬菜、果树、花卉及其他观赏植物品种权只是一个纸上证书,而不是一个有法律保障的权利,也导致相关企业不敢也不愿在这一领域对品

种的创新投资,也导致很多国外企业不愿将优秀品种引入我国种植,而只是向我国出口果实。这就是近年来,有关果树、蔬菜、花卉及其他观赏性植物品种的保护问题日益突出的原因。

本判决明确地宣告实践中所有大规模未经许可种植受保护的果树、蔬菜、花卉及其他观赏性植物品种的整株植物,不属于法律法规另有规定的,都将构成品种权侵权。最高人民法院知识产权法庭通过本判决对这一品种权侵权判断规则的明确,既在一定程度上有效解决了无性繁殖植物品种权人的“维权难、取证难”问题,同时也警示所有从事果树、蔬菜、花卉及其他观赏性植物品种种植的企业,应当尊重和保护他人的品种权,应当及时通过谈判获得品种权许可,支付相应的品种权许可费用,达到净化种业市场竞争环境的目的,形成激励育种创新、尊重他人育种成果的种业良性营商秩序。从这一意义上来说,本案的审理与裁决,早已超越个案的价值,将掀起一股涉及果树、蔬菜、花卉及其他观赏性植物品种的植物新品种的维权浪潮,使得我国植物新品种保护制度中对无性繁殖植物新品种保护的内容得到有力贯彻,对中国的植物新品种保护具有标杆式的意义。

### 3 本判决专门讨论了植物新品种保护与繁育方式的关系,潜在地厘清了植物新品种权与专利保护的客体区别

本判决还讨论了植物新品种的繁育方式与受保护的植物品种之间的关系,也就是被控侵权繁殖材料的繁育方式是否会影响该繁殖材料作为植物新品种保护意义上的繁殖材料的认定。对于这一问题,无论是美国还是欧盟的相关案例中都曾涉及,最终的结论是相关植物品种能否获得植物新品种权的保护与该植物新品种的繁育方法或者栽培方式无关,主要是判断相关品种是否符合品种权的授权要件,即申请品种是否符合新颖性、特异性、一致性以及稳定性。由此可知,被控侵权的繁殖材料是否构成受保护品种的“繁殖材料”,只要根据该繁殖材料是否属于受保护品种的繁殖材料进行判断即可,无论是通过植物组织培养技术、通过无性繁殖还是有性繁殖的方式获得的繁殖材料,均不影响其作受保护品种的繁殖材料应受植物新品种权控制的事实。基于这一共识,判决认为“植物新品种保护制度保护的是符合授权条件的品种,通过繁殖材料保护授权品种”,



不管是通过嫁接还是通过其他方式获得的繁殖材料枝条,都属于授权品种的繁殖材料,对于原审判决认为侵权繁殖材料的繁育方式应当与该品种育种时所使用的材料以及繁育方式一一对应,认为将不同于获取品种权最初繁育方式的繁殖材料纳入到植物新品种权的保护范围,与权利人申请新品种权过程中应当享有的权利失衡的观点,判决书明确指出“该认定将申请植物新品种权时的繁育方式作为授权品种保护的依据,限制了植物新品种权的保护范围,缩小了植物新品种权人的合法权益,应当予以纠正。”判决书通过上述说明,进一步确定相关植物品种能否获得品种权保护取决于该植物品种是否具备品种权的授权要件,与该植物品种的繁育方式无关,而相关植物材料能否作为繁殖材料认定依然要根据前述提出的3项条件进行判断,而不应将植物体的任何活体材料都直接认定为受保护品种的繁殖材料。

虽然上述说明围绕繁殖材料认定这一本案核心问题展开,但引出这些说明的内在原因是实务界目前对植物新品种权的保护客体与专利权的保护客体差异认识不足,也就是植物新品种保护和专利保护的关系问题。关于这一问题的讨论,在美国和欧盟都持续进行了近20年的时间才得以明确。目前国际上主要有两种处理方式,美国和欧盟的做法最具代表性。美国对植物发明保护采取植物专利、植物新品种权和发明专利三位一体的保护模式。根据1930年《植物专利法》规定,无性繁殖的植物,不包括茎块繁殖的植物,具备特异性、新颖性、非显而易见性以及必须是无性繁殖并在培育状态下发现这些条件的,可以申请植物专利保护。其保护范围最初是未经许可不得无性繁殖、销售和使用以无性繁殖方式获得的植物整株,但不及于植物部分,也不得限制他人通过种子(有性繁殖)受保护的植物,独立创造可以成为植物专利侵权抗辩的理由;1998年后,该保护范围修订为未经许可不得无性繁殖、销售、为销售而提供、使用以及进口以无性繁殖方式获得的植物整株以及植物的任何部分。1970年美国制定《植物新品种保护法》,为有性繁殖或茎块繁殖的植物,不包括真菌和细菌提供品种证书保护,相当于我国的植物新品种权保护,经1994年修订保护水平基本与UPOV1991相同,2018年12月20日修订《农业法》,规定无性繁殖的植物品种也可以申请品种权保护。

美国联邦最高法院通过1980年Chakrabarty案确认通过基因工程获得微生物可以获得专利保护后,美国专利商标局在1986年一份关于包含高色氨酸的玉米植株专利申请中,其权利要求包括玉米种子、玉米植株、玉米组织、杂交种子、杂交植株、繁殖玉米植株的方法以及繁殖杂交种子的方法,开始为植物发明授予发明专利保护。对于上述3种权利的关系,美国专利商标局和美国联邦最高法院分别在1985年Ex parte Hibbred案和2001年J.E.M. AG V. Pioneer Hi-Bred案中进行了详细讨论,确定的基本结论是:(1)植物专利的保护范围是申请保护植物的同一植株(必须通过无性繁殖获得,只有一个权利要求);(2)植物品种证书(植物新品种权)是为符合新颖性的植物品种(具备特异性、稳定性和一致性的单一植物群)提供保护,保护范围是申请品种及其实质性派生品种和第一代杂交种 $F_1$ ;(3)发明专利的保护范围根据相关的权利要求来决定,可以是植物品种、相关植物的植株、种子、培养组织以及繁殖方法,甚至有特定功能的基因链;(4)上述3种权利提供了重叠但不排斥的保护,植物(植物品种)发明者可以根据授权条件申请任一种权利保护,并从中受益。与美国可以重叠保护的模式不同,欧盟采用的是由植物品种权和发明专利互为补充的保护模式。根据《欧盟植物品种保护条例》以及欧洲专利局关于植物发明专利保护的具体案例,关于植物品种(具备特异性、稳定性和一致性的单一植物群)的创新只能获得欧盟品种权的保护,除此之外的其他植物发明,包括植物基因、基因序列、植物、生产植物的方法(只要不是完全的实质上生物方法)、植物群(可以包含数个植物品种,如棉花与大豆等)、来自植物的收获材料以及使用该收获材料制成的产品,均可以申请发明专利保护。由上可见,美国和欧盟在植物发明保护客体上的实质区别是:美国可以为植物品种提供发明专利的重叠保护,而欧盟排除这种重叠保护。

我国对植物发明的知识产权保护立场与欧盟类似,但又有所不同。《中华人民共和国专利法》(2008年修正)第25条明确规定植物品种不能授予专利保护,同时现行《专利审查指南》规定,“可以借助光合作用,以水、二氧化碳和无机物合成碳水化合物、蛋白质类维系生存的植物的单个植株及其繁殖材料(如种子等),属于专利法上“植物品种”的范

畴,不能授予专利。植物的细胞、组织和器官如不具有上述特征,则不能被认为是“植物品种”,符合授权条件的,可以授予专利保护。”由此可见,虽然现行《专利法》仅将“植物品种”排除出专利保护客体,但《专利审查指南》将专利法中的“植物品种”解释成一般意义上的“植物”,从而将所有植物发明排除出专利保护客体,仅为植物细胞、植物组织和器官可以提供专利保护。事实上,“植物”与“植物品种”属于两个完全不同意义上的概念。植物就是我们走到大自然中随处可见的各种单个植物或者植物群,通常指可以借助光合作用,以水、二氧化碳和无机盐等无机物合成碳水化合物、蛋白质来维系生存,并通常不发生移动的生物。根据国际公认的 UPOV1991 的界定,“植物品种”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,也就是我国《植物新品种保护条例》中所称的具有特异性、稳定性和一致性的单一植物群。很明显,《专利审查指南》对植物品种做了扩大的解释,其目的是在某些现实条件不具备的情况下,将具有生命形式的植物排除出专利保护客体范围。随着生物技术的广泛应用,比如对育种方法,植物细胞、组织以及器官和基因授予专利保护,就意味着相关专利权人必定要主张由该育种方法产生的植物,或者含有受保护的植物细胞、组织以及器官,或者具有特定功能的基因的植物,落入其专利保护的范畴。要解开这一谜团,仍然要返回对植物和植物品种的关系理解中,也就是植物新品种保护制度和专利保护制度的关系定位中。

这个关系定位是《欧盟植物品种保护条例》和《欧盟生物技术发明保护指令》的关系核心,是欧洲专利局通过一系列案例的讨论最终确定的。尽管欧洲专利局在 1983 年 Ciba-Geigy 案中就确定通过化学方法处理的繁殖材料符合专利授权要件的可以授予专利保护,但其关于“植物品种”和“植物”在专利保护客体上的区别在 In re Novartis AG 案中才得到清楚的阐释。涉案的是一项关于“包含细胞溶解酶肽和水解酶的有效抗病原性成分”的专利申请,因其权利要求涉及一个转基因植物而于 1996 年被欧洲专

利局审查部驳回,专利申请人不服向欧洲专利局技术上诉委员会(Technical Board of Appeal,TBA)上诉。TBA 在 1997 年 10 月作出裁决,认为一项与植物有关的权利要求,虽然没有单独指向具体植物品种,但事实上包括了某植物品种,属于专利保护禁止的范围,从而否定了专利申请中指向“多于一个单一植物品种”的权利要求,确定关于转基因植物的权利要求不属于专利保护范围。之后,TBA 将相关讨论提交给扩大上诉委员会(Enlarged Board of Appeal,EBA),在这一过程中,《欧盟生物技术发明保护指令》正式颁布,同时《欧洲专利公约实施规则》根据指令进行了修订,吸收了指令中关于“植物品种”的定义。EBA 于 1999 年 12 月作出裁决,否定了 TBA 的上述观点,认为《欧洲专利公约》仅排除植物品种获得专利保护,而不是所有类型的植物材料获得专利保护;植物品种是指具有特异性、一致性、稳定性的一个单元的植物群,对于那些仅仅共同拥有单个基因的任何植物群不能构成一个植物品种,因此专利申请中指向“多于一个单一植物品种”的权利要求是允许的。通过 Novartis AG 案,欧洲专利局明确了植物品种和植物的关系,也明确了植物品种保护客体和专利保护客体的关系:即不管以任何方式产生的植物品种只能申请植物品种权保护,除植物品种以外的所有植物材料,包括包含两个或两个以上的植物群,如某抗虫棉、某抗虫玉米等,均可以获得发明专利的保护。

随着某些与植物有关的基因专利、或者植物细胞、植物组织专利进入到应用领域,我国的专利审查部门和司法机关也将需要在具体案例中解释植物品种与植物的关系,界定植物新品种权与专利权保护客体的范围问题。本案涉及上述问题中的部分内容,即植物新品种繁殖材料的认定。一审判决认为蜜柚果实是否属于三红蜜柚品种的繁殖材料应根据品种权申请文件的记载进行确认,由于三红蜜柚是通过芽变分枝采穗嫁接以及采穗高接繁殖的,而非通过汁胞等组织培养技术进行,蜜柚果实不是用于嫁接繁殖的材料,因而不宜将其认定为三红蜜柚的繁殖材料。最高人民法院知识产权法庭通过二审判决对此予以纠正,指出“植物新品种保护制度的客体是符合授权条件的品种,通过繁殖材料保护授权品种”,并且指出繁殖材料的取得和繁殖方式均不限于品种权申请文件所载明的内容,表明除法律法规另



有规定外,任何人以任何方式生产、销售(能够繁殖成受保护品种的)繁殖材料,都属于品种权侵权行为,与这些繁殖材料的生产方式或者繁殖方式无关。而这一点,恰好也是植物新品种保护与专利保护的不同之处。如果植物发明在我国可以获得专利保护的情况,相关植物发明的保护范围,必定与其专利申请文件所描述的繁育方法或者栽培方式是有关系的。正是在这一意义上,本案的二审判决认定上诉人蔡新光主张的“植物新品种保护制度保护的是授权品种,而不是育种的专有技术”具有一定合理性。因此,本判决对植物新品种保护与繁育方式的关系讨论,同时也潜在地厘清了植物新品种保护与专利保护之间的区别,值得本领域的立法机关、司法机关以及学术界和实务界关注。

#### 4 本案作为无性繁殖植物新品种保护的典型案例,反映了品种权人要求强化品种权保护力度,扩大品种权保护范围,增加品种权行使环节的必要性和迫切性

与其他知识产权如专利、商标、著作权相比,植物新品种权的保护更具有侵权行为隐蔽、植物种植季节性强、侵权取证时间特定而且困难等特点,这些特点决定了品种权人的维权之路要比其他知识产权人更加艰难。通常来说,有性繁殖的植物新品种(主要是粮食作物)进入市场时,通常需要通过国家级或者省级的品种审定,并且申请生产经营许可证,然后在特定的制种基地生产繁殖材料进行销售。而对于大部分受保护的无性繁殖植物新品种(如果树、蔬菜、花卉以及其他观赏性植物)来说,则不存在申请品种审定和生产经营许可证等有关生产销售受保护品种的管理环节。因此,与有性繁殖的植物新品种相比,无性繁殖的受保护品种在侵权繁殖技术上更为简单,种植地点更为隐蔽,同时也意味着品种权人的维权之路更加艰难。在过去已经发生的数百件植物新品种侵权诉讼中,只有极为少数案件涉及无性繁殖的植物新品种。

本案所涉及的“三红蜜柚”就是一例典型的无性繁殖的植物新品种。品种权人可以在超市发现其培育的“三红蜜柚”的果实,却很难找到种植“三红蜜柚”的果园,更难找到培育“三红蜜柚”果苗的行为人和培育地点,并提供充分的证据。此种情况下,品种权人以销售通常意义上作为收获材料的果实的

超市为被告,控告其销售“三红蜜柚”果实的行为侵犯了品种权,因为果实在某种情况下也可以作为繁殖材料。这个案例的具体情形是诸多的果树、蔬菜、花卉以及其他观赏性植物品种的权利人维权现实的缩影。最高人民法院知识产权法庭选择对本案进行集中审理与判决,一方面体现了其希望进一步统一技术类知识产权案件裁判标准、提升审理质效、加强对创新驱动发展战略实施司法保障的决心,另一方面也表明随着植物新品种保护制度在我国的深入实施,植物新品种侵权诉讼将进入新的阶段,无性繁殖植物新品种的保护将成为这一阶段的重点工作。最高人民法院知识产权法庭以“三红蜜柚”品种权侵权诉讼为典型案例,深入剖析无性繁殖植物品种权侵权认定中的若干关键问题,充分发挥典型案例示范作用,既为未来相应作物种类的品种权侵权案件的审理提供指导,也为从事植物育种创新和农业种植的企业和个人提供启示和警示。

虽然本案最终判决超市销售未经许可种植的“三红蜜柚”的果实,其行为不构成品种权侵权,但是,品种权人在现行植物新品种保护制度下的维权之艰难和尴尬已经得以充分展示,强化品种权保护力度、扩大品种权保护范围、增加权利行使环节的必要性和迫切性在本案中也得到充分体现,同时判决书对无性繁殖植物新品种侵权认定规则的明确,尤其是对“除法律、行政法规另有规定外,对于未经品种权人许可种植该授权品种繁殖材料的行为,应当认定是侵害该植物新品种权的生产行为”的明确宣布,足以告诫所有商业性从事农业种植的企业和个人,应当切实尊重他人育种创新成果,保护他人的品种权,不得再以种植(果树、蔬菜、花卉以及其他观赏性植物)之名,行品种权侵权之实了,否则将承担品种权侵权的法律责任。

#### 参考文献

- [1] 李菊丹. 美国植物发明专利保护实践及其启示. 专利法研究, 2010. 168-176
- [2] 孙航. 最高法知产法庭宣判一起侵害植物新品种权案件. (2019-12-11) [2019-12-23]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/12/id/4718913.shtml>
- [3] 李菊丹. 论我国植物发明专利保护制度的完善——兼论专利制度与植物新品种保护制度的关系. 河北法学, 2017 (4): 2-18

(收稿日期: 2019-12-20)