

实质性派生品种的概念澄清与制度设计

熊一霖¹ 黄金池²

(¹ 华东政法大学知识产权学院, 上海 201620; ² 华东交通大学人文社会科学学院, 南昌 330013)

摘要:新《种子法》引入了“实质性派生品种”这一概念,但法律条文对其内涵的表达仍需进一步澄清,加之植物新品种领域立法理论探索的不足,立法者并未对实质性派生品种制度做出具体的规则设计。纵览国际公约和英国、澳大利亚等国的立法,可在构成要件上澄清实质性派生品种的内涵。而就实质性派生品种制度的构建而言,在认定机制上,需明确原始品种、明显区别、基本特性等关键概念的内涵;在利益分享机制上,应给予上游育种者合理的经济补偿并以诚实信用原则为依据制约原始品种权人的滥诉;在纠纷解决机制上,要注重不同类型纠纷的分流处理并发挥基层组织的调解功能。

关键词:实质性派生品种制度;品种权;植物新品种;罗尔斯正义论

Clarification of the Concept and Institutional Design of Essentially Derived Variety

XIONG Yilin¹, HUANG Jinchi²

(¹ Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620 ;

² School of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang 330013)

1978年《国际植物新品种保护公约》(UPOV 公约1978年文本)第5(3)条明确了对植物新品种权的保护应当实施“育种者豁免制度”,并奉行不同于传统知识产权保护的“独立保护原则”^[1],即可以在未经育种者同意的情况下,利用品种作为变异来源而产生的其他品种,在以杂交选择为主要育种手段的当时,这一制度给予了育种者接触并不断改良优质品种的机会,促进了农业生产力水平不断提高,为社会发展提供了重要物质保障。而随着现代生物技术的发展,基因工程等技术被当下各国的育种者普遍采用,使得原本10~15年的育种周期缩短至半年左右^[2]。改良品种的快速涌现大幅缩短了初始品种在市场上的生命周期,而任何一个改良品种都可

能在下一次改良中成为被改良的初始品种,故此时的育种者豁免制度已然阻碍了种业创新,与其立法本意背道而驰。

面对这一问题,国际社会和我国分别在UPOV公约(1991年文本)和2021年新修订的《种子法》中通过构建实质性派生品种(EDV, Essentially derived variety)制度进行回应。在UPOV公约(1991年文本)及配套的国际法规范中,关于EDV的认定和纠纷解决等问题已有详尽的规定,且已被美国、澳大利亚等国家转化为国内法;目前我国只是在《种子法》中加入了对EDV的定义并确立了对EDV进行商业化的行为不适用育种者豁免制度的基本原则,同时通过行政法规规定EDV制度的具体实施方案与办法,除

transferred by conventional crossings to different genetic backgrounds of bread wheat improves drought tolerance. Plant Biotechnology Journal, 2016, 14 (1): 313-322

[58] Mega R, Abe F, Kim J S, Tsuboi Y, Tanaka K, Kobayashi H, Sakata Y, Hanada K, Tsujimoto H, Kikuchi J, Cutler S R, Okamoto M. Tuning water-use efficiency and drought tolerance in wheat using

abscisic acid receptors. Nature Plants, 2019, 5 (2): 153-159

[59] Khadka K, Earl H J, Raizada M N, Navabi A. A physio-morphological trait-based approach for breeding drought tolerant wheat. Frontiers in Plant Science, 2020, 11: 715

(收稿日期: 2023-11-14)

此之外《种子法》鲜有详尽的、可操作性的规定。可见,EDV 制度在我国落地实施仍需待以时日。

立法、执法、司法的实践需要法学理论的指引^[3],有鉴于此,在深入实施种业振兴行动,增强农业发展技术与制度支撑力的政策背景下^[4],厘清与 EDV 相关的重要概念的内涵,并以制度正义为价值指引构建适应中国本土社会与制度环境的认定审查、利益分享和纠纷解决机制,是建设农业现代化强国和知识产权强国的重要课题。

1 实质性派生品种的概念澄清

UPOV 公约(1991 年文本)第 14(5) b 条分 3 项列举了构成 EDV 的 3 个条件,一是派生于原始品种或原始品种的其他 EDV,同时又保留表达由原始品种基因型或基因型组合产生的基本特性;二是与原始品种有明显区别;三是在基本特性上与原始品种一致。学界将这 3 个要件分别归纳为派生性、区别性和一致性^[2]。我国法律将这 3 项融为一体,认为派生性要件的后半句“同时又保留表达由原始品种基因型或基因型组合产生的基本特性(While retaining the expression of the essential characteristics that result from the genotype or combination of genotypes of the initial variety)”与一致性要件“在表达由原始品种基因型或基因型组合产生的基本特性方面与原始品种相同(It conforms to the initial variety in the expression of the essential characteristics that result from the genotype or combination of genotypes of the initial variety)”的含义相同故将其省去,从而具体表述为“实质性派生品种是指由原始品种实质性派生,或者由该原始品种的实质性派生品种派生出来的品种,与原始品种有明显区别,并且除派生引起的性状差异外,在表达由原始品种基因型或者基因型组合产生的基本性状方面与原始品种相同。”在理解派生性要件的后半句与一致性要件的含义这一问题上,不少外国学者也认为一致性要件是对派生性要件后半句的简单重复^[5],但这样的理解很明显不合法条的逻辑结构。UPOV 公约(1991 年文本)第 14(5) b 条采用的是“属+种差”的定义方式,通过列举的方式,将种差拆解为了多个法律要件并分条列举出来。这样的规范结构决定了其不能在一个法条(要件)中

阐述多个种差,也不能将一个种差用多个法条(要件)阐述。而如果认为 UPOV 公约(1991 年文本)第 14(5) b(i)条即派生性要件的后半句与第 14(5) b(iii)即一致性要件同义,就会与这一要求相悖。

深究 UPOV 公约(1991 年文本)的表述,第 14(5) b(i)条后半句的用语是“retaining the expression of……”,中文直译为“保留……的表达”;而相比之下,第 14(5) b(iii)条的用语是“it conforms to the …… in the expression of……”,中文直译为“遵照……的表达”。对于前者,只要将“表达”(expression)理解为“表达的结果”,那么无论在中文还是英文的语境下,该句都是通顺且符合用语习惯的。但对于后者,conform 指的是“to obey a rule, law, etc”,即遵循某种规则,故相比于结果的一致性,其更加强调执行过程上的一致性,因此不能再仿照第 14(5) b(i)条将 expression 翻译为“表达结果”,而应当将其翻译为“表达的过程”或“表达的方式”。国家林业局植物新品种办公室发布的 UPOV 公约(1991 年文本)官方译本的翻译者也注意到了这个问题,故将其翻译为“在表达由原始品种基因型或基因型组合产生的基本特性方面与原始品种相同”。基于上述分析,可以明确派生性要件的后半句强调的是在结果上,EDV 的基本特性应当与原始品种相一致;而一致性要件要求在表达基本特性的过程上与原始品种一致。而何为基本特性的表达过程呢?在生物学上,基本特性即个体性状,个体性状的表达有赖于基因的转录和翻译,因此,要求基本特性的过程上与原始品种一致即是要求在基因上与原始品种一致,这与派生性要件的后半句强调的在性状表现上一致是不同层次的问题。

另一方面,认为派生性要件后半句与一致性要件含义相同的外国学者与我国立法者都对 UPOV 公约(1991 年文本)的第 14(5) b 条(i)条中的 while 一词产生了误解。官方译本的中文翻译者将这里的 while 翻译为了“同时”,形成与派生性要件的并列关系。但是 while 一词在表达并列关系时,其前面一般没有标点符号,“逗号+while”的形式往往表达转折。派生性要件的前半句只强调了子代品种是亲代品种经过特殊育种手段^①得到的这一事实,但子代品种的性状是否足以被认定为是“派生育种”而不是“原始育种”的结果,这一点并没有在前半句中体现。质言之,在理论上存在这样一种情况:育种者运用特殊育种手段,仅敲去或改变了亲代

①这里的“特殊育种手段”主要包括第 14(5) c 条中所列举的育种方式,但随着技术的发展,这一范围也会逐渐扩大。

②而事实上,EDV 的出现往往不可避免地影响其市场地位,因此需要建立某种补偿机制使其重要利益恢复圆满状态。这一点将在后文中展开论述。

品种的少数几个基因,却引发了子代品种表现型的大幅变化,而 EDV 制度的本意在于限制通过改变无商业价值的性状以获得独占权的修饰性育种的商业行为^[6],故这种情形不宜再被纳入到这一制度的规制之下。欲将其排除在 EDV 之外,就应当援引第 14(5)b(i)条通过后半句的但书——这一条对“派生”这一过程性事实进行了结果性陈述,用以补足派生性要件的内涵,强调这里所谓的派生仅指改变无商业价值性状的修饰性派生,如果子代发生了性状颠覆性的改变,则其不属于 EDV。

由此可见,派生性要件与第 14(5)c 条密切勾连,强调得到 EDV 的育种方法需要具有一定的特殊性,而一致性要件是在基因层面上要求 EDV 和原始品种的一致,这是二者最根本的区别。而之所以要在派生性要件中写入看似与一致性表意相同的规范,实际上是因为立法者想从表现型的层面限制 EDV 的范围。这一方面是将通过特殊育种手段得到的具有大量有益创新的品种排除在 EDV 制度的限制之外,另一方面是将基因型相同而受环境影响致使表现型不同的植物也排除在 EDV 之外,因为这类植物并非一个独立的新品种,其育种者既不受 EDV 制度的限制,又不能享有法律赋予 EDV 育种者的权利。

2 实质性派生品种制度设计的基本原则:基于罗尔斯正义论

中国特色社会主义法治道路的核心追求是社会正义^[7],法律的内容应当基于“正义”的基本理念充分展开。功利主义、自然权利、罗尔斯正义论是三种传统的考察知识产权制度正义性的理论^[8],而罗尔斯正义论与知识产权制度的底层逻辑更为适恰,实现了从身份伦理到契约伦理的转型^[9],回避了自然权利说之下“将劳动作为财产权正当性及其理论基础的不确定性”^[10]。故有学者断言:“没有其他任何有关正义理论能让知识产权制度在其中得到更公正的评价了”^[11]。

罗尔斯正义论对于制度设计提出了 3 项标准,首先是在利益分配上,要求任何一个主体都能获得其最想要得到的最基本的利益^[12];其次是在制度目标上,要求正义的制度应当以社会利益为最高追求^[12];最后是在制度运行中,应当兼顾“自由原则”和“差别原则”^[12],前者是指每个人都应当平等地享有社会资源,后者是指应当保证社会最不利成员的利益最大化。以下将基于这 3 项标准,提出实质性派生品种制度的基本原则。

2.1 重要利益不重叠原则 罗尔斯将利益分配正义中被分配的“利益”限制为具体主体最想得到的最基础的利益(以下简称重要利益),并提出检验一个制度是否正义的标准就是在利益冲突发生时,制度能否通过框定每一主体利益的边界,使得每一个主体的重要利益不被包含在其他主体的法定利益之中。

在围绕 EDV 制度形成的利益场中,原始品种使用者的重要利益是合理期间内的市场地位,而这一期间的长短和市场地位的高低则取决于原始品种的创新程度,同时和原始品种育种者的投入息息相关。更重要的是,其不能因为 EDV 的出现而受到影响^②。原始品种育种者在育种工作中做出的投资最多,承担的风险最大,因此其重要利益应当是收回其研发投入并获得与研发风险和付出相对称的稳定经济回报^[13]。而相比之下,EDV 育种者往往只是对原始品种进行修饰,研发投入和风险较小,法律应当承认其创造性劳动,但只能给予其小于原始品种育种者的重要利益保护,故可以将其重要利益的范围划定为与之育种创新付出相当的经济回报。

2.2 源头保护与节点保护相结合原则 囿于罗尔斯正义论中的“社会利益”存在着内涵与外延的模糊性,我国学者在探讨制度的目标正义时,常常基于我国的政治制度,将某一特定法律制度与党和国家的宏观战略的契合度视为与社会利益的契合度^[14]。就农业、种业问题而言,《“十四五”现代种业提升工程建设规划》着重强调了种质资源保护、育种创新、测试评价、良种繁育 4 个方面的发展目标;《种业振兴行动方案》进一步指出要加强种业知识产权保护,用好优质种质资源,提高种业创新主体的创新能力;党的二十大报告和 2022 年、2023 年的中央一号文件再次强调要深入实施种业振兴行动,加强农业知识产权保护,促进种业创新。可见,种业创新能力的提升是党和国家宏观战略的最终指向。反观当下,我国种业创新发展的基础并不牢固,其核心原因在于育种关键技术的创新和原始品种创新活力不足^[15],因此,作为解决生物技术发展之下育种者创新欲望不断降低问题的 EDV 制度,更应抓住作为创新节点的“关键技术”和创新源头的“原始品种”,对原始品种育种者和掌握关键育种技术的 EDV 育种者的利益给予重点保护。

2.3 利益补偿优先原则 罗尔斯认为,每个人都能平等地享有社会资源,这一论断的隐含逻辑是,需要有足够的有价值的社会资源供每个人享有。知识产

权往往源于对文化、艺术、科学等公共资源的加工和整合,故相较于其他财产权,其具有更多的公共资源属性。因此,“公地悲剧”和“反公地悲剧”是知识产权制度需要时刻警惕的问题。作为有着很强自然资源属性的植物品种,如果使用 EDV 的门槛过低,则会使 EDV 的资源基础,也就是原始品种这一资源渐趋枯竭;而如果使用 EDV 需要经过原始育种者及原始品种使用人等主体的多重许可,则使用 EDV 的成本会大幅增加,作为更优品种的 EDV 会成为闲置资源,产生“劣币驱逐良币”的负面效应。因此,若要实现罗尔斯正义论中的自由原则,则需要建立和适用利益补偿机制,即对于“利益分配正义”部分提到的主体间非重要利益的重合部分,应当按照“制度目标正义”部分的理论指导,将作为资源的利益让渡给优先保护的主体,并对损失资源性利益的主体做出一定限度的经济性利益补偿。

而“差别原则”实际上是对“利益分配正义”部分和“制度目标正义”部分论证的理论补强。知识产权的价值会随着知识产权的不断正向衍生和改进不断提升^[16],因此,越处于知识产权衍生链末尾的主体,其通过知识产权获得的经济利益往往越高。故在二者的理论框架下,将知识产权创造者置于利益保护的主体,这一结构的创设就是为了矫正市场利益分配的不均衡,即通过法律的手段在一定程度上调配市场机制下的利益分配,以达到分配的实质正义来鼓励原始创新。故在 EDV 制度的差序利益场中,作为知识产权原始创造者的原始品种育种者正是罗尔斯提到的“最不利成员”,使其利益得到最充分的保护符合罗尔斯正义论的要求。

3 实质性派生品种制度的规则设计

3.1 实质性派生品种的认定审查机制 EDV 的认定是 EDV 制度的起点,有着统领 EDV 制度的关键作用。依据前文对概念的澄清与梳理,构成 EDV 要求满足派生性、区别性和一致性 3 个要件,而对于派生性要件,前文也明确了其认定标准,故在此不再赘述。

3.1.1 原始品种的认定 至于区别性和一致性 2 个要件,都要求考察这一品种与“原始品种”的相似性,但中文“原始品种”一词在逻辑上既可以被理解为一个单独概念,指代某一派生品种的最原始亲本,又可以被理解为一个普遍概念,指代在一条派生链上某一品种之前的所有亲代品种。《关于 UPOV 公约 1991 年文本(修订本)下实质性派生品种的解释性说明》(《Explanatory notes on essentially derived

varieties under the 1991 act of the UPOV convention (revision)》,以下简称《说明》)中认为,原始品种应当被认为是一个单独概念,即在判定一个品种是否是实质性派生品种时,需要去寻找其最原始的那一个亲本。但在理论上,从基于实质性派生而形成的“品种瀑布”(Cascade)^[17]中以一个品种为起点向上追溯,有时可以找到无数个亲代,故依照《说明》的要求,在实践中欲确定某一品种是否是 EDV,就必须将这一品种与现有的每一个品种作对比,判定其派生关系,进而确定“品种瀑布”的源头品种即“原始品种”。显然,这样的要求在实践中很难达成,故加入 UPOV 公约(1991 年文本)的国家常常在程序法上做出对应的安排,将认定原始品种的责任转移给了当事人。澳大利亚《1994 年植物育种者权利法》就要求提请 EDV 认定申请的当事人必须证明自己的品种不派生于其他任何品种或在自己的品种是 EDV 时明确指出其原始品种,同时提供证成派生性、区别性和一致性的其他证据。这样巧妙的制度设计值得我国立法的借鉴,不仅是因为其减轻了审查人员负担,保证制度的实践可行性,更是因为这样的制度设计落实了源头保护与节点保护相结合的原则。在判定区别性和一致性时强调追溯一品种原始品种的目的并非解决遗传学意义上的品种来源,而是意在配合派生性要件的第 2 个要求即保留原始品种之基本性状,从而在某一代开始切断实质性派生的链条,解除前育种者对后育种者商业化权利的限制,使其享有育种者豁免。而前文已经论证,通过对植物非重要性状进行简单修饰就获得品种权的育种者,因为其科研投入、研发风险和创造性劳动量都远小于原始品种的育种者,故其权利应当受到 EDV 制度的限制,不再享有育种者豁免。反过来说,基于源头保护与节点保护相结合原则,若派生链上某一育种者大幅改变了该品种亲本的性状,这一关键技术节点就应当得到重点保护,故派生链应当在此切断,视这一品种为新的原始品种。因此,在 A → B → C → D 这一条派生链中,若 B 的育种者大幅改变了 A 的性状得到 B,则 A 因为不满足派生性的第 2 个要求不再被认为是“原始品种”,故若 A 的育种者提出的认定 D 是其 EDV 的申请会在 D 的育种者的反证与反驳之下被审查机关驳回,反而是 B 或 C 的育种者提出的认定申请会得到支持,故此时 B 的育种者在育种时的特殊灵感与创造性劳动被作为关键技术节点得到了特殊保护。

3.1.2 区别性的认定 对于区别性的考察,无论是UPOV公约(1991年文本)还是我国的《种子法》都要求派生品种应当与原始品种相比具有“明显的”区别。对此,国际上奉行着一种较为机械的认定模式,即采用100~200个分子标记来判断,若该品种与原始品种的遗传特性的相似程度达到90%或以上,则视为构成EDV。另外,国际种业联盟(ISF)为一些植物专门规定了相似程度的数值并每5年修改1次^[18]。这种做法实际上是将区别性杂糅至一致性中^[19],认为不相似自然就构成区别,试图通过技术层面上可量化的指标回避对“明显”这样的抽象概念的界定,进而排除植物品种、遗传基础、育种技术等原因对区别性、一致性认定的影响。必须承认的是,这样的做法对于技术人员来说不失为一种良图,但是正如洛克所言:“如果法律不能被执行,那就等于没有法律”,绕开法律的实践可能会取得一时的效果,但终究会剥夺法律的生命,也让他身成为无源之水。因此,对于法律规范中概念的解释是必须正视的问题。

有学者认为,从UPOV公约(1991年文本)的规范表述看,品种权授权的特异性要件和EDV判定中的差别性要件并无本质差别^[20],前者要求与申请日之前的已知品种相比具有明显区别,而后者要求是与原始品种相比,而显然,原始品种属于申请日之前的已知品种。换言之,因为讨论EDV的前提是该品种已经得到品种权授权(派生性要件也对此做出了要求),因此区别性要件实际上已经在植物新品种权授权时就被判定过一次,不需要再次判断。故将其写入EDV的构成要件之中仅是为了强调“原始品种”^[2]。而这一观点是经不起仔细斟酌和推敲的:其一,品种权授权的特异性要求“至少一个性状”与已知品种不同,而EDV判定的区别性要件中强调的是“与原始品种”明显不同,前者的重心在于个别性状的对比,后者侧重植物品种整体的对比。其二,解读法律的前提是尊重法的应用性,承认立法者的理性和立法目的的理性^[21],因此将此解释为“强调原始品种”过于冒进,同时,此处亦难寻得一个强调“原始品种”的合理理由。其三,如果认为区别性要件实际上已经在植物新品种权授权时就被判定过一次,不需要再次判断,那么也无法解释《植物新品种特异性、一致性和稳定性测试指南 总则》中规定的特异性判断的标准和判断EDV区别性标准的国际惯例及ISF公布的标准之间的差异。可见,EDV区别性要件的要求实际上比植物新品种授权特异性要件的要求更

高,这也是对重要利益不重叠原则的回应,即为了防止EDV的认定范围过大,从而限制太多育种者的合法的商业化行为,并危及其作为独立育种者的重要利益。而鉴于在授予品种权时,已经从生物学性状等专业的角度通过技术性测试判定过一次这一品种与其他品种的区别程度,故在实现更高要求的区别性判定时,可以从非专业但又有基本的观察和辨别能力的一般人的视角出发,采取抽象测试法进行判定。即假设一定大小的区域被划分成了若干个种植区块,每一个区块种植待判定品种或对比品种,测试一个非专业但又有基本的观察和辨别能力的一般人能否通过视觉、嗅觉、味觉、触觉等人类感官基本划清区块之间的分界线,如果可以,则满足区别性要件。

3.1.3 一致性的认定 一致性要件强调在基因的层面判断被认定为基本特性的性状是否在EDV和原始品种间一致,而派生性要件中的但书只要求在表现型层面上进行判断。至于对于基因是否一致的具体判定方法,更多的是技术层面上的问题,这里不予探讨,而何为“基本特性”,这一问题与达到何种程度才算“明显区别”一样,是制度需要解决的问题。

国际无性繁殖园艺植物育种协会(CIOPORA)在《CIOPORA在最小距离与独特性问题上的立场》(《CIOPORA position on minimum distance/distinctness》)中指出,种业知识产权保护旨在维护育种创新者的商业利益,此即判断一特性是否重要的出发点。澳大利亚《1994年植物育种者权利法》第3条也将“基本特性”界定为构成品种主要性能、价值的特征。ISF认为,判断EDV时所言及的“基本特性”,既要包含DUS测试中相关特性,也要包括能够确定品种农艺价值的性状^[22]。从重要利益保护原则出发,无论是原始品种的权利人还是EDV的权利人,其重要利益最终都落脚在了其品种在相关市场的占有率上,这与比较法上对“基本特性”的认定思路契合。

综上所述,建议在我国立法中,从3个角度共同界定基本特性:一是从植物本身出发,基本特性应当是这一类植物区别于其他植物的突出特征,例如实形态就是区别番茄和玉米的突出特征。二是从产业链上各类主体的视角出发,基本特性应当是生产者、销售者、购买者等主体决定其市场行为的重要依据。三是从育种者的角度出发,基本特性是育种者在进行育种行为时,认为对这一植物品种至关重要的特征。另外,还需要明确的是,基本特性不一定是正价值特征,易感病、不耐寒等特性不应当被排除在

基本特性之外。

3.2 实质性派生品种的利益分享机制 《种子法》给出了 EDV 制度最基本的内涵:生产、繁殖或为繁殖而进行处理、许诺销售、销售、进口、出口 EDV,或为实施上述行为储存 EDV 繁殖材料的行为,以及为商业目的将 EDV 繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料的行为均应当得到原始品种育种者的许可。这样的制度设计固然减轻了育种者豁免制度在当下的负效应,达成了 EDV 制度的主要目的,但过于简单的利益分配模式处理复杂的实践问题时依然绕手。

在 $A \rightarrow B \rightarrow C$ 的品种瀑布中, A 是原始品种, B 是 A 的 EDV, C 是 B 的 EDV, 依照《种子法》, C 的商业化行为应当得到 A 的育种者的许可, 并且, B 的育种者是否支持 C 的商业化在所不问。这样的做法忽视了作为 EDV 育种者的 B 的重要利益, 违反了重要利益不重叠的原则, 但如果要求 C 的商业化应当取得 A 与 B 的育种者的双重许可的话, C 上的权利则叠加过多, 容易引发“反公地悲剧”, 特别是在品种瀑布不断延伸的情况下, 这一问题会更加突出。同时, A 的育种者可以决定 B 的商业化, 因此 B 的育种者在对 C 是否可以商业化这一问题上的决定权并不完全独立, 故单独赋予 B 的育种者许可权亦有不合法理之处。

另一方面, 在实践中, 常会出现 B 的育种者提出认定 C 为 B 的 EDV 的情形, 此时 B 的育种者负担了一定的举证和申诉成本, 耗费大量时间与精力, 但事实上, C 被认定为 EDV 之后, B 的品种人却得不到任何利益, 充其量收回其部分申诉成本, 这样的情形对 B 的育种者存在不公。倘若如此, 派生瀑布中间流域的育种者就不再会积极提出 EDV 认定申请, 进而使申请认定的成本逐渐转移给原始品种的育种者。而派生瀑布越长, 原始品种育种者证明下游品种是 EDV 的成本就越高, 同时原始品种育种者作为为品种培育贡献最多创造性劳动、付出最多研发成本、承担最多研发风险的主体, 在维权时却依旧负担着极高的成本, 这样的制度既有失公允, 又会落入传统知识产权“侵权成本低, 维权成本高”的困境。

再者, 在《种子法》划定的制度下, 当品种瀑布中游的育种者不积极提出认定申请时, 原始育种者可以在明知道 EDV 育种者未经许可而进行商业化时故意拖延 EDV 的认定与诉讼, 等到 EDV 育种者已获得商业上的成功, 取得一定的市场经济地位时, 再提出申请或诉讼, 要求其承担更高额度的赔偿责

任。更有甚者, 可以提出因为 EDV 育种者已具有一定的商业规模, 理应注意到其应当取得原始品种育种者的授权, 故其存在严重的侵权故意, 应当依据《民法典》第 1185 条承担知识产权侵权的惩罚性赔偿。对这样滥用权利的行为的规制也应当在 EDV 的利益分享机制中体现。

因此, 出于制度公平和分摊认定 EDV 的成本的双重考量, 应当将品种瀑布中所有的育种者视为一个利益共同体^[23], 赋予品种瀑布里处于中间位置的品种育种者一定的权利。即在具体的制度设计上, 应当秉承利益补偿优先原则, 可以参考法定许可制度, 将许可权聚拢在原始品种的育种者处, 但要求将 EDV 商业化所获得的利益按照一定比例补偿给中间位置的品种的育种者, 其具体数额应当与原始品种育种者提出的许可费有明显的差异。曾有学者提出可以利用“反哺协议”平衡原始品种育种者和 EDV 育种者之间的利益^[24], 而这样的做法也可以推广至 EDV 育种者与中间位置的品种的育种者之间, 即基于平等自愿原则, 双方在省级种子协会的指导下达成标的不限于金钱的利益补偿合同, 同时对于顺利达成并忠实履行合同的当事人给予税收、贷款等方面的优惠。此外, 因为相比于 EDV 育种者, 原始品种育种者享有在先的知识产权, 因此, 其应当以积极主张自己的权利, 及时有效地防止损害扩大的方式恪守诚实信用原则^[25], 故在有证据证明原始品种的育种者对损失扩大具有纵容、放任行为时, 应当减轻 EDV 商业化者的赔偿责任。

3.3 实质性派生品种的纠纷解决机制 关于 EDV 的纠纷, 主要包括如下几类: 第 1 类是申请人向有认定、审查权的机关申请确认 B 品种是 A 品种的 EDV, B 品种的育种者与其申请进行对抗。第 2 类是申请人、B 育种者、A 育种者对第一类纠纷的处理结果不服, 请求法律救济。第 3 类是 A 的育种者认为已被商业化的 B 品种是其 EDV, 其商业化行为应当得到其许可或其应当得到利益补偿, 但 B 的育种者拒绝补偿, 此时二者之间发生的矛盾。第 4 类是对于已经被认定为 EDV 的品种, 中间位置的品种的育种者无法与 EDV 育种者就利益补偿数额达成一致而引发的纠纷。前两类纠纷的技术性、专业性较强, 更宜交给农业管理部门等机关处理; 后两类纠纷的法律性较强, 交给法院处理会更为妥当。

植物新品种的授权程序主要包括形式审查、实质审查、申请异议、复审和诉讼 5 个阶段。其中, 申

请异议程序是处理实质审查之后任何人对危及公共利益或不符合《植物新品种保护条例》规定的授权条件的品种提出授权异议的程序,复审程序主要处理提出异议的当事人对异议决定不服的申请和任何人认为品种权无效的申请。而前两类纠纷实际上也是提出审查和因对审查结果不服而引发的纠纷,并且当事人若对第2类纠纷的处理结果不服,其权利只能交由法院做最后救济,所以第1类和第2类纠纷可以分别和申请异议与复审程序合并。即在某植物品种经历实质审查之后,任何人可以向农业农村部或林业局和草业局(以下统称为审批机关)提出EDV认定申请,并提交相应的材料,在材料符合形式要求时应通知被申请人提交书面答辩材料,被申请人不提交材料不影响审批机关对EDV的审查与认定。申请人与被申请人中的任何一方对审批机关的认定结果不服的,可以向复审部门提出复审申请,对复审决定还不服的,可以向人民法院提起行政诉讼。第3类、第4类纠纷由人民法院依照民事诉讼程序处理,但基层种业协会与农业、林业行政部门可以在双方当事人同意的情况下主持调解,避免大量的诉讼案件涌入司法部门。

4 结论

21世纪是生命科学和计算机科学的世纪^[26],在经济全球化的趋势下,通过基因编辑等现代育种技术培育的植物品种,被诸多农业大国视为农业生产、环境保护、基因安全等领域的重要战略资源。受诸多历史原因的限制,我国对植物新品种权的保护起步较晚^[27],相比于其他知识产权,我国学界对植物新品种权的理论研究亦有明显不足。引入EDV制度,诚然使我国在保护农业知识产权,推动种业创新和振兴上有了长足进步,但从移植、引进到自立、创新,是中国知识产权法理论和实践的基本面向^[28],故将这一舶来的制度中国化、本土化更是我们必须攻克的一道难关。因而,应当尽快修改《种子法》《植物新品种保护条例》等法律法规或制定相关配套规范,明确EDV的认定标准,并构建围绕实质性派生品种的利益分享与纠纷解决机制,以保证EDV制度在我国尽快落地,从而提高我国种业创新的能力与水平,进而提升我国农业的综合竞争力。

参考文献

- [1] Württenberger G. European community plant variety protection. Oxford : Oxford University Press, 2006

- [2] 李秀丽. 植物新品种权保护原理. 北京: 知识产权出版社, 2021
- [3] 孙跃. 指导性案例何以作为法律渊源? ——兼反思我国法源理论与法源实践之关系. 南大法学, 2021 (1): 151-166
- [4] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告. 中华人民共和国国务院公报, 2022 (30): 4-27
- [5] Waterhouse D. Experience on essentially derived varieties in Australia. (2013-10-23) [2023-11-20]. https://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov_sem_ge_13/upov_sem_ge_13_ppt_9.pdf
- [6] 阿布都克尤木·阿不都热孜克, 古丽米拉·艾克拜尔, 徐麟, 颜国荣, 刘宁, 赵连佳, 邓超宏, 帕丽旦·艾海提, 王威. 我国农业植物新品种保护发展回顾、现状分析及发展建议. 中国农业科技导报, 2022, 24 (9): 1-11
- [7] 胡玉鸿. 中国特色社会主义法治道路的历史底蕴——以传统中国的民本、公正、平等、人道理念为例. 河北学刊, 2022, 42 (5): 196-203
- [8] 胡波. 关于知识产权法律价值的再思考——以罗尔斯“正义论”为理论基础. 知识产权法研究, 2011, 8 (1): 219-240
- [9] 徐大建, 单许昌. 伦理转型: 从身份伦理到契约伦理. 哲学研究, 2013 (4): 112-119
- [10] Munzer S R. New essays in the legal and political theory of property. Cambridge : Cambridge University Press, 2001
- [11] Drahos P. A philosophy of intellectual property. Hanover : Dartmouth Publishing Group, 1996
- [12] 约翰·罗尔斯. 正义论. 何怀宏, 何包钢, 廖申白, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988
- [13] 徐志刚, 余金湘, 章丹. 实质性派生品种制度对作物育种科技创新的影响研究. 中国软科学, 2021 (3): 31-42
- [14] 余筱兰. 公共数据开放中的利益冲突及其协调——基于罗尔斯正义论的权利配置. 安徽师范大学学报: 人文社会科学版, 2021, 49 (3): 83-93
- [15] 李菊丹. 我国农业植物新品种保护问题与对策研究——以品种权申请授权数据统计为基础进行分析. 知识产权, 2019 (5): 70-82
- [16] 张涛. 企业知识产权资本价值及其管理研究. 科技管理研究, 2008 (10): 251-253
- [17] Lavignolle R. Essentially derived varieties under the 1991 act of the UPOV convention : a brief history. (2014-02-25) [2023-11-20]. https://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_358.pdf
- [18] Peske S, Filho O L, Barros A C. Protecting the property. The International Seed Magazine, 2006 (7-8): 12
- [19] 王志前, 张媛. 实质性派生品种制度的缘起、困境与因应. 浙江农业学报, 2020, 32 (11): 2067-2076
- [20] 李秀丽, 张华. 实质性派生品种的认定及启示. 农业科技管理, 2011, 30 (1): 47-50
- [21] 王旭. 面向行政国时代的法律解释学——简评孙斯坦《权利革命之后: 重塑规制国家》. 中国政法大学学报, 2009 (1): 148-153
- [22] ISF. ISF view on intellectual property adopted in Rio de Janeiro. (2012-07-12) [2023-11-20]. https://worldseed.org/wp-content/uploads/2015/10/View_on_Intellectual_Property_2012.pdf
- [23] 丁宇峰, 陈伟. 实质性派生品种本土化制度建构——基于演绎作品制度比较. 中国种业, 2023 (1): 4-9
- [24] 史平臣, 胡景辉, 崔智勇, 尹慧君, 史裕曙, 焦宏业. 河北省农业植物新品种保护现状及发展对策. 贵州农业科学, 2015, 43 (3): 164-167

2023 年农业转基因生物安全证书(生产应用)批准清单

抗虫耐除草剂玉米 DBN9936 等经农业转基因生物安全委员会评价合格,予以发放生产应用安全证书。其中,抗虫耐除草剂玉米 DBN9936 和抗虫玉米瑞丰 125 为原证书到期后续发;抗虫耐除草剂玉米 DBN3601T、Bt11×GA21 和 Bt11×MIR162×GA21,耐除草剂玉米 nCX-1 和 GA21,耐除草剂大豆 DBN9004 和中黄 6106,抗虫大豆 CAL16 为有效区域由部分适宜生态区扩展到全国;抗虫耐除草剂玉米浙大瑞丰 8×nCX-1、瑞丰 125×nCX-1、LP026-2 和 WYN041,耐除草剂玉米 LW2-1 和 WYN17132,耐除草剂大豆 WYN341GmC 和 WYN029GmA,耐除草剂棉花 GGK2 为首次发放。

序号	审批编号	申报单位	项目名称	有效期	有效区域
1	农基安证字(2023)第 331 号(续申请)	北京大北农生物技术有限公司	转 <i>cry1Ab</i> 和 <i>epsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 DBN9936 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
2	农基安证字(2023)第 332 号(续申请)	杭州瑞丰生物科技有限公司	转 <i>cry1Ab/cry2Aj</i> 基因抗虫玉米瑞丰 125 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	北方春玉米区、西北玉米区、黄淮海夏玉米区
3	农基安证字(2023)第 333 号	北京大北农生物技术有限公司	聚合 <i>cry1Ab</i> 、 <i>epsps</i> 、 <i>vip3Aa19</i> 、 <i>pat</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 DBN3601T 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
4	农基安证字(2023)第 334 号	杭州瑞丰生物科技有限公司	转 <i>CdP450</i> 和 <i>cp4epsps</i> 基因耐除草剂玉米 nCX-1 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
5	农基安证字(2023)第 335 号	中国种子集团有限公司	聚合 <i>cry1Ab</i> 、 <i>pat</i> 、 <i>mepsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 Bt11×GA21 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
6	农基安证字(2023)第 336 号	中国种子集团有限公司	聚合 <i>cry1Ab</i> 、 <i>pat</i> 、 <i>vip3Aa20</i> 、 <i>mepsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 Bt11×MIR162×GA21 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
7	农基安证字(2023)第 337 号	中国种子集团有限公司	转 <i>mepsps</i> 基因耐除草剂玉米 GA21 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
8	农基安证字(2023)第 338 号	北京大北农生物技术有限公司	转 <i>epsps</i> 和 <i>pat</i> 基因耐除草剂大豆 DBN9004 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
9	农基安证字(2023)第 339 号	杭州瑞丰生物科技有限公司	转 <i>cry1Ab/vip3Da</i> 基因抗虫大豆 CAL16 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
10	农基安证字(2023)第 340 号	中国农业科学院作物科学研究所 中国种子集团有限公司	转 <i>g2-epsps</i> 和 <i>gat</i> 基因耐除草剂大豆中黄 6106 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
11	农基安证字(2023)第 341 号	杭州瑞丰生物科技有限公司	聚合 <i>cry1Ab</i> 、 <i>cry2Ab</i> 、 <i>CdP450</i> 、 <i>cp4epsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米浙大瑞丰 8×nCX-1 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
12	农基安证字(2023)第 342 号	杭州瑞丰生物科技有限公司	聚合 <i>cry1Ab/cry2Aj</i> 、 <i>g10evo-epsps</i> 、 <i>CdP450</i> 、 <i>cp4epsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米瑞丰 125×nCX-1 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
13	农基安证字(2023)第 343 号	隆平生物技术(海南)有限公司	转 <i>cry2Ab</i> 、 <i>cryIFa</i> 、 <i>cry1Ab</i> 和 <i>epsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 LP026-2 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
14	农基安证字(2023)第 344 号	隆平生物技术(海南)有限公司	转 <i>epsps</i> 和 <i>pat</i> 基因耐除草剂玉米 LW2-1 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
15	农基安证字(2023)第 345 号	浙江新安化工集团股份有限公司	转 <i>am79epsps</i> 基因耐除草剂玉米 WYN17132 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
16	农基安证字(2023)第 346 号	浙江新安化工集团股份有限公司	转 <i>cry1Ab</i> 和 <i>am79epsps</i> 基因抗虫耐除草剂玉米 WYN041 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
17	农基安证字(2023)第 347 号	浙江新安化工集团股份有限公司	转 <i>cp4epsps</i> 基因耐除草剂大豆 WYN341GmC 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
18	农基安证字(2023)第 348 号	浙江新安化工集团股份有限公司	转 <i>mam79epsps</i> 基因耐除草剂大豆 WYN029GmA 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2029 年 1 月 1 日	全国
19	农基安证字(2023)第 349 号	新疆国欣种业有限公司 中国农业科学院生物技术研究所	转 <i>gr79epsps</i> 和 <i>gat</i> 基因耐除草剂棉花 GGK2 生产应用的安全证书	2024 年 1 月 2 日至 2025 年 1 月 1 日	黄河流域、西北内陆

[25] 熊一霖. 专利申请中诚实信用原则的适用规则设计——借鉴《商标法》的立法与实践经验. 现代商贸工业, 2021, 42 (36): 120-123

[26] 范月蕾, 王慧媛, 姚远, 张丽雯, 贺彩红, 沈东婧, 于建荣. 趋势观察: 生命科学领域伦理治理现状与趋势. 中国科学院院刊, 2021, 36 (11): 1381-1387

[27] 李菊丹. 国际植物新品种保护制度的变革发展与我国应对. 知识产权, 2020 (1): 59-71

[28] 吴汉东. 中国知识产权法律变迁的基本面向. 中国社会科学, 2018 (8): 108-125

(收稿日期: 2023-11-20)