

农民留种权利保护研究

李菊丹*¹ 宋敏*^{1,2}

(中国农业科学院农业知识产权研究中心 北京 100081)

摘要: 基于农民作为一个整体在保存、改良和提供植物遗传资源方面的贡献及其对种植农作物的生存依赖, UPOV 公约为农民在利用和保存作物种子方面保留特定的权利。随着生物技术在植物育种领域的广泛运用以及知识产权保护水平的不断提高, UPOV1991 将农民留种权利改为非强制性例外, 欧美等国家和地区则根据各自需要规定了不同范围的农民留种权利, 应对生物技术背景下的育种知识产权保护需求。中国充分借鉴欧美对 UPOV1991 农民权利规定的实施经验, 构建符合中国农业现实的农民留种权利保护制度。

关键词: UPOV; 品种权; 农民留种权利

Study on Farmer's Right to Save Seed

Judan Li² Min Song^{1,2}

(1. Institute of Agricultural Resources and Regional Planning 2. China Center for Intellectual Property in Agriculture, Chinese Academy of Agricultural Sciences
Beijing 100081)

Abstract: Affirming that the contributions of farmers as a whole in conserving, improving and making available plant genetic resources for food and agriculture, and their dependence on crops, UPOV regulates farmers should enjoy the particular right to save seed. With the widespread use of biotechnology in the area of plant breeding, and the improvement of intellectual property protection, UPOV1991 provides farmer's right to save seed as a non-compulsory exception to the breeder's right, USA and the European Union set different scope of farmer's right to save seed according to their national conditions, to satisfy intellectual property rights protection in plant breeding under the background of biotechnology. China should draw on the experiences of USA and EU on how to implement the regulation of farmer's right to save seed in UPOV1991, establish the protection systems of farmer's right to save seed according to China's agriculture reality.

Keywords: UPOV; breeder's Right; right to Save Seed

粮食和农业遗传资源是植物育种产业不可或缺的材料和赖以存在的基础, 世界所有地区的农民作为一个整体, 在过去、现在和将来, 在保存、改良和提供粮食和农业遗传资源、保持世界生物多样性方面, 具有不可磨灭和不可替代的贡献。鉴于此, 在为植物育种创新提供知识产权保护的过程中, 尤其是在制定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, 以下简称 UPOV) 为植物育种创新提供育种者权 (Breeder Right) 保护的过程中, 参与 UPOV 公约制定的国家充分地考虑到农民赖以生存的生产和生活, 均与种子的种植和保存密切相关, 在 UPOV1961 和 UPOV1978 中将“农民留种权利” (Farmers' Privilege) 作为品种权保护的例外予以明确规定, 以保护农民的相关利益。这是一项限制品种权行使的重要制度, 备受世界各国的重视。从“农民留种权利”的英文表达“farmer's privilege”来看, 应当译为“农民特权”更为恰当, 但“农民特权”的称呼首先源于那些不赞成农民有权保存种子的人的观念。他们认为, 农民保存种子本身是对品种权的一种侵入, 因而将这种权利称为“特权” (privilege) 而非“权利” (right)。但我们认为, 农民保存种子的权利不是一种特权, 而是一种因农民作为一

* 作者简介: 李菊丹, 中国农业科学院农业知识产权中心博士后, 北京联合大学应用文理学院副教授。本文为教育部人文社科研究青年基金项目“生物技术背景下植物育种创新的知识产权保护研究”(项目编号: 11YJC820055) 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”(项目编号: 2013M530781) 研究成果。

* 宋敏, 中国农业科学院农业资源与农业区划研究所教授, 中国农业科学院农业知识产权研究中心副主任。

个整体,在过去、现在和未来在保存、改良和提供粮食和农业遗传资源、保持世界生物多样性方面所做的贡献,以及其农业生产具有维持生存的性质,而应当获得的一种法定权利。因此,本文采用“农民留种权利”这一表达。

随着生物技术在植物育种领域的广泛运用以及知识产权保护水平的不断提高,农民留种权利的行使日益受到法律和技术限制。如 UPOV1991 将农民留种权利改为品种权的非强制性例外;欧美日等国家或地区通过专利保护植物发明,这种做法在某种程度上取消农民留种权利的行使空间;跨国种子通过终止子技术导致第二代种子绝育从而剥夺农民留种的可能等新问题的挑战,因此,本文拟就农民留种权利的保护问题展开研究,系统探讨 UPOV1978 和 UPOV1991 中农民留种权利保护的差别、农民留种权利与农民权利的区别与联系、欧美关于农民留种权利的最新进展,并就中国未来如何实施农民留种权利的保护提出相应的建议。

一、UPOV 公约中的农民留种权利

农民留种权利首先源于 UPOV 公约,作为育种者权的例外予以规定。明确来说,系统规定育种者权例外规则的是 UPOV1991, UPOV1961/1972 与 UPOV1978 没有明确提及这一规则。UPOV1961/1972 与 UPOV1978 没有明确规定育种者权限制和例外制度,而只是规定涉及利用受保护品种时,需要经育种者许可的行为必须是商业性目的的生产、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¹。这意味着所有对受保护品种的非商业性利用均为品种权保护的例外,不需要经品种权人的许可,从而为“农民留种权利”、“私人的非商业性活动”、“育种者豁免”、“科研豁免”以及“试验性活动”等非商业目的利用受保护品种的行为提供正当性。同时, UPOV1978 还规定了“受保护权利行使的限制”,规定各成员国可以出于公共利益考虑,或者广泛推广品种,可以限制相关育种者权的自由行使,但应给予相应报酬。也有学者从 UPOV1978 第 9 条关于“除非出于公共利益的考虑,育种者可受限制地自由行使所给予的排他权利。如果为保证品种的广泛推广而使品种权受到限制,有关联盟成员国应采取一切必要措施,确保育种者得到相应的报酬”的规定中推导出“农民利用受保护品种在自己的土地上以种植为目的生产种子的行为不受品种权的约束。”^[1]

UPOV1991 明确规定,“除第 15 和第 16 条另有规定,涉及受保护品种繁殖材料下列活动需要育种者授权,(i)生产或繁殖;(ii)为繁殖而进行的种子处理;(iii)提供销售;(iv)销售或其他市场销售;(v)出口;(vi)进口;(vii)用于上述目的(i)至(vi)的存货”,即 UPOV1991 将需要育种者权持有人许可的所有行为没有限于商业性应用,而是扩展到所有目的的相关行为,然后在此前提下,规定了若干品种权的例外²:其中强制性例外有(i)私人的非商业性活动;(ii)试验性活动;(iii)为培育其他品种的活动(除实质性派生品种和依赖性品种外,该其他品种的育种者权可以独立行使)。还有一个非强制性例外,即农民保留种子自己种植的权利,也就是我们所讨论的“农民留种权利”。

农民留种权利的问题是 UPOV1978 和 UPOV1991 对育种者权保护范围设定不同前提的情况下出现的, UPOV1978 通过明确规定品种权的行使限于商业目的利用受保护品种的行为,从而将非商业目的的农民留种行为排除在品种权保护范围之外, UPOV1991 则首先将所有利用受保护品种的行为均需经品种权人授权,只有明确规定的强制性例外才属于品种权保护例外的范围。从这种意义上来说, 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,在一定程度上淡化或者弱化了农民权利的保护。但也有学者认为,“这实际上是变相取消了农民特权,是对育种者的权利的倾向”³。因 UPOV1991 中将农民留种权规定为非强制性例外就推断为“变相取消了农民特

1 参见 UPOV1961、1972Art. 5 (1) 和 UPOV1978 Art. 14 (1) .

2 UPOV1991 Art. 15.

3 UPOV1991 Art. 15.

权”的观点是值得商榷的,至少从加入 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。

二、农民留种权利与农民权利

UPOV 公约中的“农民留种权利”与世界粮农组织于 2001 年通过的《粮食与农业植物遗传资源的国际条约》(International Treaty on Plant Resources for Food and Agriculture, ITPGR) 中的“农民权利”(Farmers' Rights),两者在权利的渊源上有所关联,都是基于农民在保存、改进和取得植物遗传资源中的贡献,但在权利的内容和性质上是不同的。

ITPGR 中的农民权利,其权利基础在于“世界所有地区的农民,特别是原产地中心及多样性中心的农民过去、现在和将来在保护、改良及提供这些资源方面的贡献”,认为实现农民权利的根本,在于承认农民“保存、利用、交换机出售农场保存的种子和其它繁殖材料的权利和参与利用粮食和农业植物遗传资源的决策及参与公平合理分享这种利用所产生的利益的权利”⁴。因此,ITPGR 明确规定,各缔约方应当采取措施保护和加强农民的权利,包括“(a) 保护与粮食和农业植物遗传资源有关的传统知识;(b) 公平参与分享因利用粮食和农业植物遗传资源而产生的利益的利益的权利;(c) 参与国家一级就粮食和农业植物遗传资源保存及可持续发展利用有关事项决策的权利”,这些规定“不得解释为限制农民根据国家法律酌情保存、利用、交换和出售农场保存的种子和繁殖材料的任何权利”⁵。

UPOV 公约中“农民留种权利”,最初形成于 UPOV 公约缔结之初。由于 UPOV1961/1972 和 UPOV1978 下的育种者权的权利范围限于商业性利用受保护品种,农民通过种植保存的种子用于再次种植,不属于商业性利用受保护品种,因此不属于育种者权的控制范围。正是在这个意义上,农民留种权利成为育种者权保护的例外。UPOV1991 改变了育种者权利范围的规定方式,将所有利用受保护品种的行为纳入育种者权的控制,然后规定若干例外,因此出现了所谓“农民特权”例外的说法,开始有了“农民留种权利”的专门说法。在这种意义上,农民留种权利是作为育种者权的限制和例外存在的,仅指根据农民享有保存其收获的受保护品种的种子,不需要支付利用受保护品种权的费用,用于自己土地的再次耕种的权利。

由上可知,“农民留种权”作为育种者权的限制和例外,只是 ITPGR 中“农民权利”中“公平参与分享因利用粮食和农业植物遗传资源而产生的利益的利益的权利”的一个具体体现,不是完全等同的概念。

三、欧美对 UPOV 农民留种权利的实施

根据 UPOV 公布的数据,到 2012 年 12 月 5 日为止,共有 71 个国家加入 UPOV 公约,其中 51 个国家采用 UPOV1991,包括中国在内的 19 个国家采用 UPOV1978 文本,比利时仍然沿用 UPOV1961/1972⁶。这意味着,UPOV1991 所规定的农民留种权利在加入 UPOV1991 的 51 个国家中,可以作为非强制性例外,交由本国的法律来决定是否保留,或者保留到何种程度。下面将以美国、欧盟为例考察其如何实施 UPOV1991 关于农民保留种子权利这一规定。

(一) 美国农民留种权保护

在美国,将“农民留种权利”称为留种权或种植豁免(Right to save seed ,Crop exemption),是由 1970 年《美国植物品种保护法》(Plant Variety Protection Act, PVPA) 进行规定的。根据相关规定,一个人可以保存由其通过合法获得的种子进行生产得到的种子用于种植的目的,或者利用这些保存的种子在自己的农场里生产粮食,或者用于以消费为目的的销售,不构成对相关受保护品种所有人的侵权。一个人真心实意地销售经合法授权用于种植目的的种子通过农场种植生产获得的种子,或者保存从上述农场种植获得的种子进行再次耕种获得的种子及

4 参见《粮食和农业植物遗传资源国际条约》序言。

5 ITPGR 第 9 条“农民的权利”。

6 参见 <http://www.upov.int/export/sites/upov/members/en/pdf/pub423.pdf>。

其后代，而不是用作繁殖目的的销售，不构成侵权。购买人从这些渠道获得相关种子的，应被认为已经得到 7 U.S.C.2567 所规定的“未经授权不得繁殖”的信息提示，如将这些种子用于种植目的的，则被认为构成侵权⁷。在 1994 年修订之前，PVPA 不但规定农民有保存自己农场收获种子用于种植的权利，还有将保存的种子出售给邻居种植的权利，但在 1994 年之后，PVPA 仅保留了农民保存收获的种子用于再次种植的权利，取消了向其他农民（邻居）出售种子的权利^[3]。Asgrow v. Winterboer 案和 Delta and Pine Land Company v. The Sinkers Corporation 案是两个关于美国种植豁免的经典案例，有助于我们更加清楚地理解美国法中的“农民留种权利”。

1995 年 Asgrow v. Winterboer 一案^[4]所讨论的关键问题是农民出售自己种植的受保护品种种子是否有数量限制。本案原告 Asgrow 是种子公司，被告 Dennis Winterboer 和 Becky Winterboer 是美国衣阿华州的两位农民。他们组建公司从事商业经营并种植粮食和饲料作物，从 1987 年开始向其他农民销售“灰色口袋”种子并获得收益。联邦巡回上诉法院认为，本案中的 Winterboers 种植和销售种子的行为是一种销售行为，不是单纯的农民保存种子用于再次种植或者出售给其他农民的行为，强调只有农民为自己再次耕种土地的目的而保存的种子才能进行销售。这一观点得到美国联邦最高法院的认可。

1999 年 Delta and Pine Land Company v. The Sinkers Corporation 案^[5]主要讨论为农民销售受保护品种提供服务的第三人能否享有种植豁免的问题。本案原告为 DPL，是棉花品种培育人，被告 Sinkers 是一家主要从事棉花种子剥绒和处理的公司。剥绒是棉花种子能够进行种植的必经步骤。Sinkers 根据棉花种植户的要求对棉花种子进行剥绒，然后将其交给其他指定种植户。DPL 因此指控 Sinkers 侵犯品种权。在本案中，美国联邦上诉法院认为 Sinkers 是否享有种植豁免的问题应转化成另两个问题：（1）Sinkers 转移的种子是否属于 PVPA 规定的豁免范围？（2）Sinkers 本身是否明知其转移的种子不属于 PVPA 规定的豁免范围？如果转移的种子属于豁免范围，Sinkers 当然无需承担侵权责任。如果转移的种子不属于豁免范围，则就引出第二问题。如果 Sinkers 明知其转移的种子不属于 PVPA 规定的豁免范围，即使其根据客户的指示进行种子转移，也应承担侵权责任。如果 Sinkers 确实不知其转移的种子不属于 PVPA 规定的豁免范围，即使实施了转移种子的行为，也不用承担相关的侵权责任。本案中，Sinkers 有能力推测其转移的种子数量大大超出委托农民再次种植棉花的种子数量，因此构成侵权。

众所周知，美国《植物品种保护法》仅限于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权保护证书的保护，无性繁殖的植物可以获得植物专利保护，任何新发明的植物新品种在符合发明专利授权要件的情况下，还可以获得发明专利的保护。在植物专利和发明专利保护中，美国没有为农民留种种植留下空间。因此，美国在其国内法中规定的“农民留种权利”，但仅限于农民对那些获得品种保护证书保护的有性繁殖植物或茎块繁殖植物品种享有保留种子用于再次种植的权利，其保存种子的数量不得超出自己种植需要的范围，并不得向其他农民（邻居）出售其保存的种子，即使这些种子原本是自己种植进行保存的。为农民种植保存种子提供便利的第三人，只有在其不知道相关种子用于农民自己种植以外的目的时，才有可能免除侵权的责任。也就是说，美国通过 1970 年《植物品种保护法》创造了一个仅限于农民保存有性繁殖和茎块繁殖的受保护品种种子，用于自己种植的权利。

（二）欧盟农民留种权利保护

欧盟的农民保存种子的权利主要 1994 年颁布的《欧盟植物新品种保护条例》（Regulation on Community Plant Variety Rights, CPVR）和 1999 年颁布的《欧共体生物技术发明保护指令》（Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions，简称指令）予以规定。

7 U. S. C. 2543.

1. 欧盟品种权中的农民留种权利

《欧盟植物新品种保护条例》是在欧盟范围内具有统一效力的植物新品种保护制度，为品种权人提供欧盟范围内具有相同效力的排他权保护。和其他知识产权一样，CPVR 也有若干的权利限制与例外，包括“欧盟品种权的减损”（Derogation from Community plant variety right）、“欧盟品种权效力的限制”（Limitation of the effects of Community plant variety rights）、“欧盟品种权用尽”（Exhaustion of Community plant variety rights）、以及强制利用权（Compulsory exploitation right）等等。其中，“欧共同体品种权的减损”实质就是农民保存种子的权利（farmers' right to save seed）⁸。CPVR 条例规定，各缔约方在合理的范围内，并在保护育种者合法权益的条件下，仍可对任何品种的品种权予以限制，以便农民在自己土地上为繁殖之目的，而使用在其土地上种植受保护品种所收获的产品，或种植第 14 条 5a (i) 或(ii)所指品种收获的产品。CPVR 条例“与美国 1970 年《植物品种保护法》仅将‘农民保存种子的权利’限于有性繁殖或茎块繁殖的植物不同，其全面利用了 UPOV1991 的选择性效果，为育种者向保留受保护品种收获材料用于再次种植的农民要求权利金构建了一个独特的阶梯体系，这被认为是 CPVR 条例对 UPOV1991 的一项‘重要发展’”^[6]。CPVR 条例中的“农民留种权利”的实质是仅为“CPVR 所保护的最重要的农作物”^[7]规定了这一权利。

根据 CPVR 条例之规定，“尽管有 CPVR 第 13 条（2）之规定，为了确保农业生产的目，农民有权以繁殖目的在其土地上利用从土地上种植受 CPVR 保护的作物品种所获的繁殖材料，不包括杂交品种（hybrid）和合成品种（synthetic variety）”⁹。但农民留种权利的存在必须符合下列条件：

（1）限于特定农作物品种

根据 CPVR 条例的相关规定，农民留种权利仅限于下列农作物种类：第一类为饲料作物，包括鹰嘴豆、羽扇豆属、黄花苜蓿、豌豆、三叶草、蚕豆属，在葡萄牙还包括（多花）黑麦草；第二类为谷类作物，包括燕麦、大麦、水稻、橄榄草、黑麦、黑小麦、小麦、硬质小麦；第三类为土豆；第四类为油料和纤维织物，包括甘蓝油菜、白菜型油菜和亚麻。CPVR 条例第 14 条（2）所列的这些品种仅限于上述农作物品种，任何没有在这一目录中出现的植物品种不属于农业豁免（agricultural exemption）的范围，如果农民以繁殖目的保留了相关品种的种子，则应支付全额向品种权持有人支付权利金。

（2）其他实施条件

为了保障育种者与农民的合法利益，CPVR 条例规定实施农民保存种子权利还应符合下列条件：首先，（i）农民种植其保存的受保护品种种子的土地没有数量限制，直到满足土地所需的种子要求为止；（ii）用于种植的收获产品可以由农民自己处理，也可以通过不损害某些限制的相应服务进行处理，成员国建立处理上述收获产品的相关机构，尤其为了保证参与处理的产品与处理结束的产品一致。

其次，小型农民（small farmer）不需要支付权利金。什么是小型农民呢？根据相关规定，小型农民应符合下列条件：（i）根据 1992 年 6 月 30 日颁布的欧共同体条例（EEC）No.1765/92，就上述提及的那些作物种类为某些可耕种作物的生产者建立支持体系，种植的面积没有超过可以生产 92 吨谷类作物的土地面积的农民，面积的计算根据（EEC）No.1765/92 第 8 条（2）¹⁰进行。（ii）对于其他作物种类，农民应符合相应的适当条件。

再次，其他农民应当向品种权持有人支付合理的权利金，其标准应低于在同一区域将相

8 (EC) No. 2506.95 (of 25 October 1995) Art. 14.

9 (EC) No. 2506.95 (of 25 October 1995) Art. 14(1).

10 (EEC) No. 1765/92 Art. 8(2) “Small producers are producers who make a claim for compensatory payments for an area no bigger than the area which would be needed to produce 92 tonnes of cereals, if they achieve the average cereals yield which has been determined for their region or, in the case of the Member States who operate the system of individual base areas, whose individual base area is no bigger than that area.”

同品种许可用于生产该品种繁殖材料应支付的费用，合理权利金的实际水平可以根据时间、根据上述已经列明的相关品种的减损程度进行变化。

此外，监督上述规定的实施和遵守属于品种权持有人特有的责任。在组织相应监督的过程中，品种权持有人不应从公共机构获得资助。

最后，农民和提供收获产品处理服务的机构应当根据品种权持有人的请求提供相关信息，涉及农业生产监督的公共机构也同样应提供相关信息，只要这些信息可以通过日常工作获得。这一规定不应违反欧共体与各成员国关于保护个人信息占有和自由流通相关的立法。

由此可知，CPVR 条例对农民保存种子的权利设定了三层不同的体系^[8]：（1）对于没有出现在上述品种目录中的那些植物品种，农民没有全部支付权利金，就不得保存种子用于再次种植，否则构成侵权；（2）对于那些已经列入上述品种目录的品种，那些被定义为“其他农民”应当支付合理权利金，一般低于许可用于商业性繁殖品种的权利金；（3）小型农民利用目录中列明的作物品种无须支付任何权利金。

2. 生物技术发明专利中的农民留种权利

除了 CPVR 条例规定了农民保存种子的权利，欧盟在《欧共体生物技术发明保护指令》（Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions，简称指令）也规定农民保存种子的权利¹¹。根据规定，关于农民保存种子的权利同样也应用于那些受专利保护、经专利持有人同意销售给农民进行农业生产的原始材料（source material），即专利持有人或经其同意为农业利用目的向农民出售植物繁殖材料或以其他方式对该材料进行商业化，必然包含授权农民自己在其农场上以繁殖为目的利用其收获的产品，这是对生物技术发明专利权利的法定减损，这种减损的范围与条件与 CPVR 条例所规定的是一致的。同时，相关专利持有人或经其同意为农业利用目的向农民出售种畜或以其他方式对该动物材料进行商业化，必然包括授权农民为农业生产的利用该受保护的种畜。这种减损的范围与条件与条例（EC）No 2100/94 第 14 条一致。这包括为进行农业生产之目的使该动物或其他动物的繁殖材料能够获得，但不包括在该框架内进行销售或以商业性繁殖活动为目的的行为。这种减损的范围和条件应由国家法律、条例和习惯予以规定。

从上述规定可以看出，欧盟在生物技术发明专利为农民的相关权利规定了例外，这与在植物品种权中设置农民保存种子权利的目的一样，是基于农民在农业生产中的特殊地位。农民所进行的农业生产首先是为了自身的生存，而不是为了商业和营利，并且这种生产在客观上也为各种遗传材料的保存和传递提供条件。从长远的角度来说，要保障农业生产的顺利进行就必须真正保障农民这一特殊群体在相关知识产权利用中的基本权利。但问题是专利持有人能否成功地受专利保护的原材料的利用，在地区或欧共体层面设计一项有效的权利金回报计划。Bart Kiewiet 认为，“专利持有人与品种权持有人，如果他们不是同一个人或法人的话，对再次利用相关材料的农民实施联合行动是一种更为切实可行的方案。”^[7]

3. 实践情况

欧盟在 CPVR 条例中规定了农民保存种子的权利，相关权利的实践情况如何呢？

（1）品种权人无权强制询问品种使用信息

根据规定，小型农民可以在自己的土地上种植其保存的特定作物品种的繁殖材料，无需支付品种许可费；其他农民如果利用相关品种则应向品种权持有人支付合理权利金。如果育种者能够检测哪一类农民及其种植多少数量的保存种子，这些规定就变得具有实际意义，因此（EC）1768/95 规定了育种者可以向农民询问相关品种的使用信息。Schulin 案^[10]是 CPVR 条例首次成为法院判决对象的案件。欧洲法院在该案中讨论了育种者如何询问，或者有权询问多大范围的信息等问题。欧盟法院认为，条例的相关规定以及（EC）1768/95 第 8 条规定不能解释为 CPVR 持有人可以要求一位农民提供具体信息，除非有证据证明相关农民以繁殖

11 (EC) No 98/44 Art.11.

为目的,已经利用或将要利用其种植的作物品种所获材料在其土地上进行再次种植,并且这些品种不属于条例所列的农业豁免范畴。“显然,该判决没有使收集农民利用保存种子进行种植应交纳的权利金变得容易”。^[9]

(2) 权利金协议与影响因素

根据规定,其它农民保存种子用于种植均应支付相应的权利金。实践中,权利金是如何进行收取的呢?一般来说,权利金的数额可以由品种权持有人与农民进行协商,也可以由农民和品种权人在欧共体、国家或地区范围内的代表组织之间进行协商。如果没有这样的协议,权利金的数量一般是相同品种许可用于生产繁殖材料的通常权利金的50%。^[9]在一些国家,如英国、德国、瑞典以及荷兰等国,关于农民保存种子的权利金支付协议通常由育种者组织和农民组织协商达成。实践中,这些协议的执行会遇到不少困难,包括相关农民的抵制以及缺乏利用受保护种子数量的充分信息。欧盟植物品种保护办公室在2008年1月曾进行一项关于农民保存种子的研究(a farm-saved seed (FSS) study)¹²。研究发现,农民留种权利金的收取许可费系统的有效性与相关国家机构强制或自愿提供信息之间呈一致性变化,成员国之间“FSS利用水平”参数的变化高于成员国内部。这说明,农民留种利用信息和成员国的农业结构对FSS影响很大。因此,欧共体立法者提供的选择是关于农民保存种子的权利金协议及其收集程序由相应国家或地区进行落实。这就意味着在欧共体范围内,农民留种所需要支付的权利金会有较大差别。但Bart Kiewiet认为,“这种情形到一定时候,就会在权利金最低标准上形成意想不到的‘和谐’”^[7]。

(3) 不能通过合同取消农民留种权利

由于农民留种的权利金可以通过协商方式解决,那么品种权人能否通过合同方式取消农民保存种子的权利呢?Bart Kiewiet认为这一问题无法通过简单地回答“是”或者“不是”来解决。CPVR条例第14条(1)是以一种授权的形式规定了农民利用保存种子用于种植的权利,而UPOV1991对这一权利采用的是选择性规定,将其作为品种权的一种限制。根据CPVR条例第13条(2)规定,品种权持有人有权许可利用受保护的品种,表明育种者享有合同自由的权利。但从这一条的规定,似乎品种权人的合同自由权利可以限制向农民的种子销售利用保存种子种植的权利。但要注意的是,CPVR条例第13条(2)与第14条的关系是通过“尽管第13条(2)”(notwithstanding article 13 paragraph 2)在第14条首段进行连接的,这里的“尽管”(notwithstanding)表达了一种相反的意思,这意味着关于农民保存种子的权利规定影响着第13条(2)所描述的育种者权,以给予农民强制性利用保存种子的权利,这不能通过合同进行限制。在CPVR条例法语版本中,“notwithstanding”表达为“nonobstant”,其与“notwithstanding”具有相同的意思。在德语版本中,用“unbeschadet”代替“notwithstanding”,其意思仅仅是相反。这一意思与荷兰语文本采用的“onverminderd”一词相同。根据上述的这些语言文本,农民的相关权利似乎可以通过合同予以限制。因此,就CPVR所保护的植物品种来说,对于能否通过合同方式限制农民相关权利这一问题的回答,不同语言文本的条例似乎有不同的回答。最后的回答只能由立法者在协调不同语言文本的条例时给出,或者,当立法者没有这样做的时候,最后只能求助位于卢森堡(Luxemburg)的欧盟初审法院进行解释。植物材料发明专利保护框架内的农民权利问题情形又如何呢?根据《指令》第11条之规定暗示了农民利用专利覆盖的植物繁殖材料的范围和条件与CPVR条例的第14条相一致。换句话说,这种情形与CPVR框架下的情况一样不明确。无论怎样,任何试图通过合同限制农民权利的做法,同样面临如何实施对农民再次利用保存种子的收费管理这一现实问题。

(4) 种子托管公司

尽管CPVR条例明确规定农民保存种子的权利,但问题的关键是如何使得这一权利得到切实实施,这样既能确保农民能充分地享受这一权利带来的好处,同时又能保证育种者能收

12 CPVO: “CPVO Annual report 2008”, p54.

回那些不属于完全豁免范围品种的品种权许可金,生物技术发明中涉及植物材料也面临同样的问题。从实践看,由于农民个体种植规模不大,数量分散,仅靠育种者或者育种公司是很难完成权利金的收集。只有大部分育种者共同行动,包括有关专利的持有者,成立一个地区或者国家范围内的收集植物品种权许可金的专业机构应该是一个不错的选择。当然,前提是育种者及其协会与农民及其协会之间首先应就品种权许可金的收取标准达成协议。在德国,就有称为种子托管有限责任公司(Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH, STV)的专门机构,从事种子经营管理服务,其中一项职责是负责为品种权和专利持有人收集自留种子费用。^[11]由于多年从事种子相关的工作,该公司对种子的培育和銷售体系、欧盟自留种子规模及其分布和栽培情况非常了解,因此有着良好的工作效率。STV的做法或许是一个解决收取自留种子费用的好办法。

综上所述,CPVR 条例综合考虑了欧共体的农业发展以及农民种植情况,为农民保存种子的权利划定了一个既不同于美国又不同于 UPOV1991 规定的范围,只有小型农民在 CPVR 条例明确的豁免作物的范围内享有完全的“保存种子用于再次种植”的权利,其他农民、其他作物则根据不同情况安排支付不同层次的品种权许可费。这是欧盟根据自己农业发展情况所进行的创造性探索实施 UPOV1991 农民留种权利的方式,这无疑是一种制度上的创新。尽管如此,欧盟种子协会(ESA)曾对 CPVR 条例规定的“农民保存种子的权利”发表了自己的看法^[12],认为欧盟规定农民可以保存所有品种的种子用于自己的土地种植,但不需要向品种权人支付许可费的做法与 UPOV1991 的规定是不符的,已超出 UPOV1991 规定的农民留种权利的非强制性例外的范围。UPOV1991 将农民留种权利作为非强制性例外的做法表明,对品种权的限制应控制在合理的限度内,必须建立在保护育种者合法权益的基础上,允许农民以种植目的利用相关品种的收获材料。同时,欧盟既然是根据 UPOV1991 的相关规定创设的农民保存种子的权利,那么有关农民保存种子权利的概念和定义应保持与 UPOV1991 中的一致,但 CPVR 条例中规定“小农民”与一般的“农民”定义具有不同含义。ESA 的这些看法是站在保护品种权人利益的角度而言,但这些看法从另一侧面证实 CPVR 条例正是通过创造“小型农民”、“其他农民”(other farmer)以及“合理权利金”(an equitable remuneration)等概念,将 UPOV1991 中选择性的农民保存种子豁免与传统的农民保存种子权利相结合,从而建立了适合欧盟农业发展状况的有限的、有条件的“农民留种权利”制度。欧盟的这一灵活做法,或者说是制度创新,值得中国未来的相关立法借鉴。

四、欧美农民留种权利保护对中国的启示

UPOV 公约不同文本对“农民留种权利”给予不同的法律地位,与生物育种技术的发展和各成员国,尤其是主要成员国对植物育种创新知识产权保护的立场是紧密相关的。为了更好地激励生物育种创新,促进本国或本地区的生物技术产业的发展,美国、欧盟、日本等生物技术强国都在探索通过不同的方式强化知识产权的保护,农民留种权利在 UPOV1991 和相关国家法律中的地位弱化趋势,正是在这种背景下产生的。就现阶段而言,中国目前是 UPOV1978 的成员国,植物新品种保护方面要求已经符合 TRIPs 协议的基本要求。根据 1997 年颁布的《植物新品种保护条例》的相关规定,“利用授权品种进行育种及其他科研活动”和“农民自繁自用授权品种的繁殖材料”可以不经品种权人许可,不向其支付使用费¹³。也就是说,我国明确将“农民自繁自用授权品种的繁殖材料”作为对品种权的限制与例外,这与 UPOV1978 对于品种权的保护要求是一致的。中国作为传统农业大国和生物多样性最为丰富的国家之一,拥有世界上最多的农民,农业生产主要以种植业为主,耕地面积相对较少,农业生产技术和育种技术相对落后,在对待农民留种权利的问题上,应考虑这些复杂的传统因素。同时,同时中国作为一个日益开放和日益强大的国家,也必须考虑国家贸易、现代科技以及知识产权保护的国际发展趋势,来设计农民留种权利的未来发展规划。

13 中国《植物新品种保护条例》(1997年)第10条。

首先,在现阶段,中国仍然要根据自己的国情执行全面的农民留种权利,在全面调研影响中国种子产业育种创新能力的各类因素的前提下,分析农民留种行为对育种创新和农民收益的影响程度,然后考虑农民留种权利的新发展。

其次,应借鉴欧美农民留种权利的保护经验,在未来某一阶段考虑区别不同的植物品种给予不同的农民留种权利等级,例如,农民对特定的主要粮食作物拥有完全的农民留种权,对蔬菜作物保留部分留种权,取消农民对包括花卉在内的纯经济作物的留种权利,从而为植物育种企业开辟更为广阔的品种销售空间,激励育种企业的创新积极性。

再次,应当将农民留种权利放在 ITPGR 中的农民权利和未来蓬勃兴起的生物育种产业的发展前景中进行考虑,应考虑增加农民享有参与利用粮食和农业植物遗传资源的决策、参与公平合理分享这种利用所产生的利益的利益的权利。尽管中国《专利法》已经明确规定“依赖遗传资源完成的发明创造,申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源”¹⁴,《植物新品种保护条例》也规定在品种权申请文件中的说明书应当包括“育种过程和育种方法,包括系谱、培育过程和所使用的亲本或者其他繁殖材料来源与名称的详细说明……”¹⁵,但尚未涉及遗传资源的惠益分享的问题,尤其是没有规定农民参与公平合理分享利用粮食和农业植物遗传资源所产生的利益的利益的权利。而这项权利正是 ITPGR 中“农民权利”的重要组成部分。通过这项权利,可以增加我国的农民,尤其是相关植物遗传资源来源地农民的惠益,从另一侧面补充农民在保护、改进和维护遗传资源和生物多样性过程中所做出的贡献。

此外,就农民留种权利金的协调和收集方面,中国可以适当借鉴欧盟的相关做法,由代表农民利益的相关机构与育种者达成利用相关种子的协议,明确权利金的数额及支付方式。育种者可以自行收集权利金也可以委托相关专业机构,如类似 STV 的品种权集体管理组织进行收费。农业主管机构则应对如何收费、收费程序以及相关专业机构的设定进行监管。

参考文献:

- [1] 李剑,《植物新品种权的权利限制》,《电子知识产权》2008年第6期,第42页。
- [2] 杨德兴,《植物新品种保护中的农民特权问题探究》,《安徽农业科学》.2012,40(14),第8348页。
- [3] H.R.2927, the Plant Variety Protection Act Amendments of 1993,103d Congress 1st Session 1.
- [4] *Asgrow v. Winterboer*, 513 U.S. 179, 33 USPQ 2d, 1430 (1995).
- [5] *Delta and Pine Land Co. v. The Sinkers Corporation*, 177 F. 3d 1348,50 USPQ2 的, 1749(FED,Cir. 1999).
- [6] Margaret Llewelyn & Mike Adcock,“European Plant Intellectual Property”,Hart Publishing 2006, p230.
- [7] Bart Kiewiet: “ Colloquium‘Modern Plant Breeding and Intellectual Property Rights’” on January, 26th, 2001 in Einbeck.
- [8] Margaret Llewelyn & Mike Adcock,“European Plant Intellectual Property”,Hart Publishing 2006, p231.
- [9] Bart Kiewiet: “Principles, procedures and recent developments in respect of the Community Plant Variety Protection system”, Frankfurt, February 2004.
- [10] Case c-305/00,Christian Schulin v.Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH, 10 April 2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0305:EN:HTML>.
- [11] Dirk Otten: “种子托管有限责任公司(STV)——种子经营管理服务”,载于《中德植物新品种保护研讨会》,2009年10月21日北京,第41-52页。
- [12] European Seed Association: “Plant Variety protection outside the European Union” (Discussion Paper), Ref.: ESA_04.0057.1, 13.05.2004.

14 中国《专利法》(2008年修订)第26条。

15 中国《实施细则(农业部分)》(2008年)第21条(三)。