

将品种权能合理地扩大到收获材料

——从龙脑樟新品种价值看品种权能的合理扩大

朱金虎¹

(北京市炜衡律师事务所律师 北京 100080)

摘要: 作者在现实的品种权及其案例中发现, 特定的品种权客体有着多方面和多环节的价值。而我国现行的品种权制度和有保留加入的 UPOV 公约 78 文本, 根本不涉及植物新品种的收获材料, 没有赋予品种权人在收获材料所创造价值以权利。我国尚未加入的 UPOV 公约 91 文本, 尽管将植物新品种权的权能扩大到了植物新品种的收获材料, 但是, 在其上设置权利的使用行为和物质只涉及观赏和用收获材料制造的产品, 不涉及其气味和所含物质的提炼。而本文所论及植物新品种的价值, 主要的恰恰就是其特殊气味功能的利用和对其作为原料的收获材料所含特定物质的提炼。因此, 笔者建议立法应该将植物新品种权能扩大到特定植物的特定气味功能和作为原料收获材料所含物质的提炼行为。

关键词: 收获材料; 品种权能; 扩大

On the Principal Expanding the Scope of the Breeder's Right on the Harvested Material

Jinhu Zhu

(Beijing W & H Law Firm Beijing 100080)

Abstract: In the study of the plant variety right (the right of the breeder, or, the breeder's right) and its relevant case, the author has found that the object of particular plant variety rights has multifaceted and multi-link value. However, the plant variety rights of our current system and the 1978 Act of the UPOV Convention China joined with reservations, do not involve harvested material of new varieties of plants, not conferring rights to the plant breeder for the value in the harvested material he created. The 1991 Act of the UPOV Convention which China has not yet joined, has expand the right of new plant varieties to harvested material, but, the right it conferring for substance use involves only ornamental and products made from (with) harvested material, which does not involve the extraction of odors and substances contained in. The value of new varieties of plants discussed in this paper mainly focuses on the use of its special odor function and the extraction of the substances contained in harvested material as a raw material. Therefore, the author proposes that legislation should extend plant variety rights to specific odor function of a new plant variety and the extraction of the substances contained in harvested material as a raw material.

Keywords: harvested material; breeder's rights; expansion

¹ 电话: 010-62684688 传真 010-62684288 手机: 18910711070

一、前言

我国加入的《植物新品种保护国际公约》1978 文本，（简称 UPOV 公约 78 文本），和现行的《中华人民共和国植物新品种保护条例》（简称条例）及其配套的细则，规定的植物新品种权能，即权利内容为，生产、销售授权品种权的繁殖材料的许可权，和将授权品种权的繁殖材料用于其他品种的商业性培育的许可权^[1]。但是，在收获材料上设置植物新品种权或者品种权能，不仅不存在相关立法，也不存在立法、司法和行政解释，甚至学理解释。在 UPOV 公约 91 文本出现后，伴随其出现了收获材料上附着品种权权能，即品种权的对象延伸至植物的收获材料的法律现象^[2]。尽管国家面临着加入的压力，业界和学界也有着尽快和推迟加入的不同声音，但是，我国学界对其的学术研究尚不足，加入的思想准备尚不够，我国仍然不是 UPOV 公约 91 文本的签署国或者缔约国，仍然在该文本公约的约束之外。然而，实践总是推着理论前行。在法律领域，国际立法实践推动着国内的法学理论前行，同样国内的司法实践也在推动着国内的法学理论前行。

在对收获材料的理论研究并在所办理的案件中，笔者发现了一种与过去研究相反、新的问题，形成了新的观点，即，不是有关限制品种权在收获材料上的不合理扩大^[3]，而是在另一个方面应该合理扩大的问题和观点。尽管两个问题和观点看起来是相反的，但是实际上，这是一个事物的两个方面，并与笔者关于品种权制度建立的目的是保护有价值的育种智力成果，即新品种植物特殊的、人为、稳定、可控制的繁殖机能的观点^[4]不相矛盾，并在本质上、原理上是完全一致的。

二、特定品种权对象有多重价值和多重用途

在野生右旋龙脑樟被发现和从其枝叶中提炼出右旋龙脑的方法被发明之前，不同于一般樟脑、左旋龙脑的右旋龙脑（俗称冰片、梅片）是一种稀有、珍贵的芳香物质，曾被外国作为宝物向古代中国皇室进贡，现在被广泛用于保健、生物医药等领域^[5]。

过去，曾在东南亚国家发现的龙脑樟树，被以砍伐获得树干、树皮，进行榨汁提炼的方法予以利用来提取右旋龙脑。久而久之，该地域的右旋龙脑樟树惨遭劫难，几近绝迹，右旋龙脑的樟树资源趋于匮乏。在此种情形下，天然右旋龙脑的价格日趋昂贵。

令人欣喜的是，1988 年在湖南省怀化地区新晃侗族自治县（简称新晃县）内，右旋龙脑含量不等的野生龙脑樟丛落被发现。经过多年研究，其中含量被测试出，高含量龙脑樟被人工驯化，人工繁殖的右旋龙脑高含量的龙脑樟苗及其树林被开发繁殖成功，并于 2009 年以龙脑樟 L-1 的名称，申请获得了植物新品种权，其品种权号为 20090001。

由于龙脑樟 L-1 所含的右旋龙脑多在其枝叶中，因而，作为可以一年一收割樟树的枝叶，即收获材料，就成为了提炼右旋龙脑的主要原材料。这些收获材料，有些还可以用作无性繁殖右旋龙脑樟的“种子”。但是，龙脑樟 L-1 独特、主要、重要、根本和巨大的经济价值，不再仅仅是用于繁殖其他龙脑樟的“种子”，而是提炼右旋龙脑的、大量的、人工开发繁

育的龙脑樟 L-1 的枝叶。

龙脑樟 L-1 作为一种发现并进行人工开发，即人工驯化的多年生亚热带、常绿、阔叶、芳香类乔木木本植物，有着多种价值和作用，就眼下笔者的视野，可以归纳为以下几个方面。一、绿化和防治水土流失。人们可以根本不考虑其其他特性，只利用其樟树植物共性的价值，将其作为绿化和防治水土流失的植物使用。二、居室美化和绿色环保性驱蚊。人们可以有目的地利用其已经人工驯化后，由右旋龙脑高含量产生的、特有的芳香及其驱蚊作用，将其作为居室美化和绿色环保性驱蚊的植物使用。三、作为人工驯化的工业原料植物种植，采折并销售其右旋龙脑高含量枝叶获利。四、购买种苗作为人工驯化的工业原料植物种植，采折其枝叶，或者购买他人种植、采折并销售的其枝叶进行右旋龙脑提炼并销售所获得的右旋龙脑获利。五、购买并利用其植物或其部分进行大量繁殖并对繁殖物植株及其部分进行销售、许诺销售、出口。六、利用其植物或其部分，用于商业性地其它新品种的开发，即商业性育种（包括获得明确许可，或者仅获得没有明确商业育种许可的前述一、二、三、四、五用途许可下的育种）。除第一种对龙脑樟 L-1 特有价值的利用情况不明确，但是不能排除其可能性外，后五种价值和作用的利用都是对该品种权客体——龙脑樟育种成果的明确利用并由此获得利益。

三、条例和 UPOV 公约 78 文本设置的权能，不能起到对品种权人创造的价值和作用带来利益的完整保护

条例第六条规定了“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品种权所有人（以下称品种权人）许可，不得为商业目的生产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用于生产另一品种的繁殖材料；但是，本条例另有规定的除外。”

尽管前述规定明确了授权品种的权利主体对授权客体享有排他的独占权，但是，随后的规定将该独占权限制性表述为，对该繁殖材料商业性的生产和销售及用其进行其他品种的商业性育种。并且，该权利还受到科研育种和农民自繁自种的限制。显然，前述一中“五”的全部和“六”的局部属于品种权的内容，受条例的保护。“五”中的许诺销售、出口和“二”和“三”的利用，不在条例规定的品种权范围。人们可以支付购买授权品种普通用途的货币，却对其进行特殊用途的利用而不需要支付特殊的对价。这种利用对品种权人是公平的。尤其是，按照现行条例品种权的设置，一般农作物品种权价值的实现，仅仅是在对授权品种繁殖材料繁殖机能的第一次利用上，并且该品种繁殖材料交易时，交易双方对这种利用都是明知的，交易后出让方的权利用尽。对于特殊植物新品种的价值，如本文所述的植物品种的多种用途，尤其是对授权品种植物内在物质的利用，仅仅在种植绿化环节设置权利是不够的。条例现实规定，不能起到对品种权人创造价值和作用利益的完整保护

UPOV 公约 78 文本第五条受保护的权能；保护的权能规定“(1) 授予育种者权利的作用是在对受保护品种的诸如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：商业销售为目的之生产；提供出售；市场销售。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作为繁殖材料用于商业目的时，育种者的权利可扩大到以一般销售为目的而不是繁殖用的观赏植物或其植株部分。(2) 育种者可以根据自己指定的条件来授权。(3) 利用品种作为变异来源而产生的其他品种或这些品种的销售，均无须征得育种者同意。但若为另一品种的商业生产重复使用该品种时，则必须征得育种者同意。(4) 根据本国法律，或第二十九条所述特别协定，任何联盟成员国均可对某些植物属或种给予育种者大于第(1)款规定的保护权，特别是可延伸到已在市场销售的产品。授予这种权利的联盟成员国，对其他授予同等权利的联盟成员国的国民以及在这些联盟成员国定居或设有办事机构的自然人和法人的利益可以给予限制。”

对该规定可以理解为，品种权即育种者权，是一种同意权，也就是许可权，并且是可以附加条件，即可以指定条件的许可权。该同意和许可的对象，一是商业性生产、批发和零售行为。该行为的对象是有性繁殖的种子，即繁殖机能或无性繁殖的植物的整株，也即繁殖机能，其权利界限是种子或整株植物及其部分的售出，不涉及种子和繁殖物的产出物；但是，在观赏植物或切花生产中，整株植物或其部分作为商业性繁殖材料时，其权利界限可扩大到最终的产品，即“以一般销售为目的而不是繁殖用的观赏植物或其植株部分”。二是重复使用的商业性育种行为。

因此，UPOV 公约 78 文本规定品种权对象，有条件地可及繁殖材料的最终产品。但是，这仅仅是为了观赏鲜活的整株植物或其部分而已。并不涉及收获材料，也不涉及气味的化学功能。显然，UPOV 公约 78 文本规定的品种权，没有保护前述一中“二”、“三”和“四”中，作为品种权人创造目的、独特、主要和重要的价值和作用上品种权人的利益。

四、UPOV 公约 91 文本品种权能的扩大设置，没有起到对品种权人创造价值 and 作用利益的完整保护

UPOV 公约 91 文本将品种权能进行了大范围的扩大设置。

UPOV 公约 91 文本在第 11 条增设了优先权；在第 13 条授权缔约方可以有限制地规定赋予“在提交或公开申报品种权的申请至正式批准之前的期限内”育种家在获得品种权后获得公平报偿的权益；在第 19 条将品种权期限底线一般延长了五年、树木和藤本植物延长了 7 年。在第 3 条将需要保护植物的范围有期限地扩大到所有的属和种。

依据 UPOV 公约 91 文本第 14、15、16 条的规定，“UPOV 公约 91 文本相对于 UPOV 公约 78 文本，在受保护的权利要求行为方面，不仅将受保护的权利要求行为，从以作为繁殖用途的商业销售为目的之生产、提供出售、市场销售，利用品种作为变异来源为另一品种的商业生产重复使用该品种（该品种尚未在市场销售甚至一定期限内已在市场销售），特定的联盟成员国依据公约和彼此的协议对某些植物属或种给予育种者前述权利行为方式之外的方式，以及在观赏植物或切花生产中，观赏植物或其植株部分作为繁殖材料用于商业目的时，以非繁殖目的的一般销售为目的（可理解为观赏的目的）的观赏植物或其植株部分的生产、提供出

售、市场销售（该品种尚未在市场销售甚至已在市场销售）行为方式，扩大到为繁殖而进行的调整、销售或其它交易、出口、进口，为繁殖目的而提供存货的行为方式；在被赋权行为所涉及的品种方面，将被赋权行为所涉及的品种（实际上是指具有由品种植物的繁殖材料所含有的、能外在表现为新品种植物特征特性、特定繁殖机能的植物）扩大到被赋权行为所涉及的品种（被称为原始品种）、原始品种的派生品种、与原始品种没有明显区别的品种、需要反复利用原始品种进行繁育的品种；在被赋权行为所涉及的材料方面，将被赋权行为所涉及的材料（实际上是品种权客体的载体，也即植物产品），从有性繁殖的种子、无性繁殖可用来繁殖的整株植物，在观赏植物或切花生产中并不利用其进行繁殖的观赏植物本身和其植株部分，扩大到宽泛的收获材料及其产品，从而多方位地扩大了植物新品种权的内容和范围。”^[6]

该产品是未经授权使用的受保护品种的收获材料直接制作的产品，育种家能控制该收获材料的情况例外；当繁殖材料、收获材料及其直接制作的产品等材料出口用于最终消费的情况例外；私人的非商业性活动例外；试验性活动例外；培育其他新品种活动例外；农民用自种自收形式繁殖受保护品种及受非派生保护品种的派生品种，与受保护品种没有明显区别的品种以供自用的例外。

显然，在这一系列扩大的品种权能中，涉及收获材料品种权能的规定主要有，“未经授权使用的受保护品种的收获材料直接制作的产品”

就该与“收获材料”直接相关的规定而言，“收获材料”具体指明的是“直接制作的产品”，“any product made directly from the harvested material.”^[7]

一般理解，“制作”以特定的材料为原料按照特定的图纸进行加工，制成相应的物品，即产品。按照汉语的含义，“制”据查本意为裁断，“犹巧工之制木也”，“制造”“裁制衣服”“如法炮制”^[8]，其表现形式如，制革、制造机器。“作”如作坊，旧指手工业制造或加工的地方或“制造”^[9]。“制作”显然比“制造”要简单，如制作工艺品，往往手工较多，技术含量、创造性和难度要小。英语中“制造”make，有着较为宽泛的用法和丰富的含义，其本意为construct, create, form from parts or other substances 作 创造 构造，manufacture 用法和含义相对狭窄，making of articles, esp. in a factory etc.^[10]，或者make(articles), esp. on an industrial scale 即，多指在工厂等地，大规模的用机器制造^[11]。显然，制造的含义，进一步抽象为，不改变原料内在元素的构成或组成，从而不改变原料的性质，只是改变形式，包括与其他材料组合等。其不包括带有化学变化的提取，析出等。因为提炼出、析出本身的汉字与制、制作不同。同样其英语separate out, refine, remove^[12]与前述的英语made from, manufacture 表述和解释也明显不同。由此可知，UPOV 公约 91 文本关于“收获材料”权利扩大的规定，没有达到在前述一中“二”、“三”和“四”中价值和作用上保护品种权人主要和主要利益的程度。

五、一次性购买权利用尽原则不能准确适用本文所述之类的品种权

权利利用尽原则，显然是物品的功能与其对价的明了匹配。比如，购买种植用种子，双方明了其对价针对的是该种子生产粮食的繁殖机能。至于购买人用所购种子种植出粮食、进行销售营利，是购买人购买的目的，并为出卖人所明了。购买育种的种子，双方明了其对价针对的是该种子繁殖种植用种子的繁殖机能。至于购买人用所购种子进行种植用种子的繁殖，并用繁殖出种子进行销售营利，是购买人购买的目的，并为出卖人所明了，乃至下一个环节，即购买已经出售的种植用种子种植出粮食进行销售营利，也为出卖人所明了。因此，该品种的一次购买已经使得出卖者的权利利用尽。

如果，出于前述一中“一”目的和价格的购买，却进行前述一中“五”和“六”的目的利用和使用，依据条例、UPOV 公约 78 文本和 91 文本的规定，皆构成侵权。

然而，在本文所及问题与此明显不同。尽管在前述一价值和作用的利用中，客观上也附着龙脑樟 L-1 前述一中“二”的作用。但是龙脑樟 L-1 前述一中“二”、“三”和“四”科技成果内容的价值和作用并没有被故意地、有目的地进行利用或者使用。其作为一般樟树销售后，并作为一般樟树使用时，该基于其购买目的权利已经用尽，品种权人的利益并没有被侵害。这一点在侵权判定及其责任的承担上有着重要意义。在所述一中“二”、“三”和“四”所及的利用或使用，是对龙脑樟 L-1 品种价值和作用，故意地、有目的地进行利用或者使用。按照现行法律规定，包括 UPOV 公约 91 文本的现有规定，并不构成侵权，但显失公平。如果在龙脑樟 L-1 的权利人考虑了该价值和作用利用因素进行销售，买受人出于该价值和作用利用的目的购买并进行使用和利用的情况下，该权利利用尽，龙脑樟 L-1 品种权人的利益并没有受到侵害，或者说买受人并没有额外、无对价的获益。品种权人在销售时已经明了其销售的右旋龙脑樟不仅将用在绿化，而且也用在进行繁育、美化环境、祛除蚊虫、还用来提取右旋龙脑。购买者也为此众多的功用支付了合理的对价，这种一次性的支付必然导致品种权人在此次交易中的权利利用尽。否则，在此次交易中，购买者没有支付全部的对价，品种权人的权利没有用尽。购买者，出了买西裤的钱，却将西装领带也拿走了，这显然不公平。

六、设置新的品种权能保护品种权人在收货材料上的利益

植物新品种权制度，与专利等其他知识产权制度本质上一样，都是为了激励有利于人类社会的原始创新。尽管品种权包含着荣誉权的内容，如品种权人的标示权，也在起着激励创新的作用，但是，品种权制度主要的目的还在于物质利益的内容。该制度授予植物新品种原始创新的主体对其原始创新成果实施的独占权利，对其有利于人类社会的贡献予以褒奖，并给其多年的付出予相应回报，获利的可能。主要农作物品种权客体新品种植物的大量繁殖和繁育其他品种，会产生大量的利益。正是在这一环节设置了品种权的内容，从而使前述品种权制度的主要目的得以实现。观赏植物的品种权在观赏植物的大量繁殖和观赏为目的最终产品的销售中获利。而在诸如本文所及以特定价值的收获材料为原料的林业品种权客体，特别是在以收获材料为主要原料和主要盈利因素的龙脑樟，如果在其上不设置品种权的权能，那么，这对于品种权人没有获得品种繁殖材料相应对价利益的情况下，是极不合理的。UPOV

公约和条例没有给权利人在本文所及原始创新成果产生的巨大利益上设权不符合其目的。非权利人无对价由此获取主要和巨大的利益不公正，是对权利人利益的损害。

鉴于前述分析，笔者认为，关于植物新品种的法律规则，不管是我国的条例，还是作为国际公约的 UPOV 公约 91 文本，都应该针对本文所及收获材料进行扩大品种权权能的设置。

在对全面适用，即加入 UPOV 公约 91 文本的厉害权衡难以把握时，国内品种权立法可以吸取其在收获材料上设置权利的合理因素。就本文所及的龙脑樟 L-1 而言，应该将植物新品种权权能扩大到前述一中“二”、“三”和“四”的环节，并同时兼顾植物新品种权与前述龙脑樟 L-1 原始母体——野生右旋龙脑樟树的生物资源权益的关系。不过这种关系的适当处理是需要深入研究的另一个重大问题。

参考文献：

- [1] 《中华人民共和国植物新品种保护条例》第六条
- [2] 《UPOV 公约 91 文本》第十四条、十五天和十六条等
- [3] 《UPOV 公约 91 文本在收获材料上设置的植物新品种权应受限制》 朱金虎 中国品种权律师网
- [4] 《植物新品种权制度保护对象的分析》 朱金虎《中国种业》2009 年 11 期
- [5] “龙脑樟” 百度百科 2013/9/10 搜索
- [6] 同上[3]
- [7] The 1991 Act of the UPOV Convention[Broken down in 3 HTML files for quicker navigation]INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NEW VARIETIES OF PLANTS of December 2, 1961, as Revised at Geneva on November 10, 1972, on October 23, 1978, and on March 19, 1991, Article 16, Exhaustion of the Breeder's Right (iii) “any product made directly from the harvested material.”
- [8] 《辞海》缩印本 1989 年版上海辞书出版社第 209 页
- [9] 《新华字典》第 880 页
- [10] 《牛津袖珍英汉双解词典》牛津大学出版社（中国）有限公司授权，外语教学与研究出版社 2002 年 5 月第一版第 678 页
- [11] 同[10]第 685 页
- [12] 同[10]第 1043 页