

# 试论刑法规制品种关系的必要性

## ——采取刑事措施维护品种秩序

朱金虎

(北京市炜衡律师事务所 北京 100080)

**摘要：**本文通过提出“品种违法行为”、“品种关系”和“品种活动秩序”的概念，并对品种违法行为和品种活动秩序不良状态的分析，结合品种的重要性、刑法理论、立法和法律实施，论述了刑法规制品种关系的必要性。

**关键词：**植物新品种权益 刑法保护 必要性

**ABSTRACT:** This paper put forward the concept of variety illegal activity, varieties relations, and the analysis of variety illegal activity and disordered conditions of variety of activities. Combining with the importance of varieties and criminal law theory, legislation and law enforcement, the paper elaborated the necessity of variety relationship regulated by criminal law.

**KEYWORD:** ariety; New Plant Variety; Rights and Benefits; Criminal Law Necessity

### 前言：

中国种业关系中一个重要和主要的部分就是品种关系。品种关系是指有关品种发生的社会关系，包括品种权关系和非品种权的品种关系，诸如品种权益获得关系，品种权益使用关系，品种权益许可、转让关系，品种权益的管理关系等等。

“品种违法行为”是指违反有关品种法律确定义务的行为。该类法律包括植物新品种保护法律、法规、规章，也包括农业法、种子法、草原法以及其他有关市场活动和科技活动等相关法律、法规和规章。“品种活动秩序”是指由前述法律、法规和规章确立的有关品种活动的法律秩序。

“种业是粮食产业链上游关键链条，对粮食安全的作用举足轻重”，“粮食安全居国家安全的基础性地位”<sup>1</sup>，“我们的食物安全依赖于品种”<sup>2</sup>，因此，品种对食物安全和国家安全至关重要。品种实施状况的优劣取决于品种关系的优劣。品种关系直接关系到粮食安全，也关系到国家安全。然而，眼下我国品种活动和关系存在较多和较大问题，品种违法现象普遍、严重，品种秩序较为混乱，品种活动管理不良。因此，有必要探讨采用刑事措施规制品种关系。

## 一、中国品种使用关系的混乱现状要求采用刑事措施规制品种关系

有较多的对农业种子市场研究的农业部门官员撰文，反映中国眼下农作物种子，实际上就是品种“种子多、乱、杂”，“市场秩序混乱、种子经营者鱼龙混杂和种子质量良莠不齐”，“越区推广”、“未审先推”、“违规经营，制假售假”、“假冒侵权、套牌、仿制”<sup>(3)</sup>，“品种名称五花八门、以次充好、以未审定冒充审定”<sup>4</sup>，“把尚未获得正式授权的品种冒充授权品种

进行广告宣传”、“用自己某个品种的包装袋装入他人授权品种的繁殖材料加代繁殖或繁育杂交种销售”、“将他人的授权品种重新命名以自己的名义报审后进行生产经营”<sup>5</sup>，“制种农户受教育程度整体偏低，法律意识、诚信意识、合同意识不高”、“不履行生产合同”、“私留、倒卖亲本和合同约定种子的行为，且呈上升趋势”、“逐年严重”、“涉及人数多”<sup>6</sup>等。诸如此类，违法现象种类如此之多，秩序如此混乱，不用刑法、重典，难以扭转局面，难以建立种子市场的良好秩序。前述有些违法行为已经严重侵害了权利人的合法权益，严重危害了市场秩序，侵害，甚至严重侵害了“法益”，即法律确定和保护的利益，诸如合同之债权，商标权，种子管理秩序权，植物新品种权等，已经构成“值得科处刑罚的法益侵害行为”<sup>7</sup>，从刑法理论上讲，应以刑法论罪，加以惩处。

## 二、品种价值和使用价值的巨大，侵犯权益人品种权益的危害性巨大要求采用刑事措施规制品种关系

品种，主要指新品种，是一种植物育种成果，是植物育种人员在智力、体力和财力大量投入，甚至耗费数年、数十年、甚至毕其一生，罄其所有或者身负债务的情况下所获得的成果，含有巨大的价值。经过审定的品种和获得植物新品种权的品种，还要付出获得审定或者获得品种权所必须付出的资金、技术、法律和行政程序方面的努力和代价。优良品种的使用价值无可估量，袁隆平的超级水稻，“郑丹 958”玉米品种，近来表现良好的“先玉 335”玉米品种，对农业增产的贡献巨大。尽管对其难以准确计量，但是其使用价值的巨大却是确定无疑的。而盗窃该类品种的繁殖材料，属于“生物偷窃”<sup>8</sup>行为，比一般盗窃犯罪行为的社会危害性要严重的多；未经许可繁殖该品种产品对品种权益和品种管理秩序的伤害，与侵犯专利权犯罪行为的社会危害性不相上下。考虑到品种的生物特性和对人类生存、安全和动物产品以及对相关产业的基础作用，有关品种的违法行为的社会危害性显得更为严重。

## 三、品种违法行为没有得到行政、民事司法措施的有效控制要求采用刑事措施规制品种关系

如前所述，同样有较多的对农业种子市场研究的农业部门官员撰文，反映种子“市场监管不到位，存在行政不作为、乱作为”，以收代管，以罚代法，一些地区地方保护主义还很严重，“品种知识产权保护力度不够，维权难、诉讼难、追赔难”，市场监管体系混乱，“执法主体多、职责定位不清、多头管理、职能交叉——管理缺位越位不到位，影响种子管理的权威性和执法效率——机构不健全、经费不足、队伍不稳。手段缺乏——监管不力——管理职能的错位和扭曲”<sup>9</sup>；据有关专家“对冀鲁豫鄂皖五省十县的调查资料反映，几乎所有县的种子市场监管部门均有其职工或者亲属从事种子销售活动”“多头执法——执法单位之间矛盾突出——相互指责，争权或推诿——执法主体怨声载道，严重地损害着执法主体的形象”，“县级种子管理工作职责不明确，经费紧张，执法人员素质不高的问题依然突出”<sup>10</sup>；“农业行政执法主体力量薄弱”、“查处侵权行为的行政机关管辖设置太高、行政执法不到位”、“行政执法手段和技术保障条件远不能满足需要”、“品种权保护与农作物

种子管理衔接不够”<sup>11</sup>；品种行政诉讼和刑事诉讼罕见。可以说，中国品种市场行政管理效果不良、民事诉讼维权困难、行政诉讼和刑事诉讼的作用尚未发挥。“刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范的总称”<sup>12</sup>。刑法是维护合法权益的最后一道司法措施。

“当一种行为具有违法性并且应用其他法律手段不足以控制违法行为时，就要求诸刑法保护”<sup>13</sup>。因此，有关品种的管理现状，要求采用刑事措施规制品种关系。

#### 四、完善知识产权的刑法保护体系要求采用刑事措施规制品种关系

我国现行刑法对知识产权的保护体系已经初步建立。我国刑法 97 年在第三章第七节设专节规定了侵犯知识产权罪。刑法直接规制的知识产权关系涵盖了商标、专利、著作权和商业秘密。刑法规定的罪名直接针对商标违法行为的有三个，即假冒注册商标罪（刑法第 213 条）、销售假冒注册商标的商品罪（刑法第 214 条）、非法制造、销售非法制造的注册商标标示罪（刑法第 215 条）；直接针对专利违法行为的只有一个，即假冒专利罪（刑法第 216 条）；直接针对著作权违法行为的有二个，即侵犯著作权罪（刑法第 217 条）和销售侵权复制品罪（刑法第 218 条）；直接针对商业秘密的违法行为的只有一个，即侵犯商业秘密罪（刑法第 219 条）。尽管假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标示罪，假冒涉及植物新品种的培育方法专利和其他有关植物品种的生物专利的犯罪，侵犯商业秘密罪，以及生产、销售伪劣商品罪（刑法第 140 条）、非法经营罪（刑法第 225 条）也涉及对品种活动和品种关系的规制，也可以用来规制某些特定的品种关系，但是直接针对品种的刑事立法尚未起步。同样，作为独立知识产权品种的品种权益，尤其是，不论在法理意义上、还是已有明确法律规范确定的法律规范意义上、作为独立知识产权品种的植物新品种权关系，尚未被刑法所规制。仅仅这种状况就能够表明，我国现行刑法对知识产权的保护，尚有不足，体系有待完善。应该有明确的罪名来规制品种关系。

#### 五、按照国际法义务和权利的指引可以采用刑事措施规制品种关系

2001年12月11日，我国成为世界贸易组织（WTO）的成员，也就成为了包括《与贸易有关的知识产权协议》—简称《TRIPs协议》在内一系列协议、协定的签署国，享有相应的国际法权利，承担着相应的国际法义务。

《TRIPs协议》第27条第三款（b）规定“——成员方应对植物产品提供保护，无论以专利形式。或是一种特殊有效的体系，还是以综合形式保护——”。这一规定暗示了植物新品种知识产权的保护。其第61条，在规定的对假冒商标和剽窃著作权适用刑事诉讼程序和刑事处罚后，提及“————成员方可确立适用侵犯知识产权的其他的案件的刑事诉讼程序和刑罚，特别是适用于是故意和具商业规模的侵权案件”<sup>14</sup>。尽管前述规定并不准确具体，但是，作为成员国的我国，可以采用刑事措施规制品种关系。

#### 六、发扬创新精神，敢为天下先，采用刑事措施规制品种关系

中国的知识产权保护，大量学习、借鉴、移植了外国、尤其是发达国家知识产权保护的理念、经验和做法。但是，考察知识产权刑法保护的国际化状况，由于植物新品种权保护的

国际实践较其他知识产权相对要晚<sup>15</sup>，专门的植物新品种权的刑法保护鲜见。从现有资料看出，仅仅法国，对“植物新品种的发现”给予刑法保护<sup>(16)</sup>。2005年，欧洲联盟的议会和理事会发布的《关于用刑罚方法保护知识产权的指令草案》，涉及了植物新品种的刑法保护<sup>(17)</sup>。建设创新型国家，中华民族的振兴和和平崛起，要求中国在知识产权保护方面，不能仅停留在对集成创新能力、引进吸收消化能力的发挥上，一味地学习、借鉴、移植和模仿外国的东西，而应该在一切可能的领域，发扬创新精神，敢为天下先，发挥原始创新能力，引领世界。

综上所述，无论是从我国的品种权益保护、品种活动管理、维护有关品种的公平正义、国际公约的利用和适用，还是从知识产权刑法体系的完善方面着眼，发挥中国的原始创新能力，采用刑事措施规制品种关系都是必要的。

### 参考文献

- [1]耿月明“种业应提升为国家安全战略”《中国种业》p5 2010年9月；
- [2]“给2010年北京第十八届种子大会的贺信”马塞尔·布鲁因斯（Marcel Bruins Ph.D）国际种子联合会秘书长《中国农学通报》2010年增刊 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版；
- [3]廖琴《中国农作物种子市场“多、乱、杂”的成因分析及对策》《中国农学通报》2010年增刊 p17 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版；
- [4]孙世贤“中国农作物品种管理的若干对策建议”《中国农学通报》2010年增刊 p20 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版；
- [5]赵海龙刘自新 赵阳“关于植物新品种维权方面存在的问题的商榷”《中国农学通报》2010年增刊 p140 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版
- 魏瑞敏 何建永 吕清燕 杨丽宁“谈谈农业植物新品种权的行政保护”同前刊 p164
- [6]吕小瑞“甘肃省玉米种子生产基地可持续发展对策简析”《中国农学通报》2010年增刊 p85 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版
- [7]张明楷 著《刑法学》p85 法律出版社 8月 2007年 第三版
- [8]吴立增 黄秀娟 刘伟平等著《基因资源知识产权理论》p112 科学出版社 2009年9月 第一版
- [9]邓光联“中国种业发展与展望”《中国农学通报》2010年增刊 p9 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版 [1]见前揭(3)p17
- [10]魏瑞敏 何建永“植物新品种行政执法存在的问题和建议”《中国农学通报》2010年增刊 p172 中国农学会编辑出版部 编辑 中国农学通报期刊社出版
- [11]见前揭(7)p19
- [12]刘科 著《中国知识产权刑法保护国际化研究》p15 中国人民公安大学出版社 2009年2月 第一版

[13]汪尧田 总编审《关税与贸易总协定 GATT 世界贸易组织 WTO 汉英对照乌拉圭回合多边贸易谈判成果》p228 复旦大学出版社 1995 年 4 月第一版

[14]朱金虎 “试论品种权与著作权的异同”（《中华全国律师协会知识产权专业委员会 2008 年年会暨全国首届知识产权论坛》）“中华全国律师协会知识产权委员会网”

[15]见前揭(8)p93

[16]见前揭(8)p41