

從法制面看植物育種家的權利保護

Plant Breeder's Right Under The Current Law

何美瑩* Mei-Ying Ho

摘要

近年來有關農業智慧財產權的爭議時有所聞，加以台灣正式加入世界貿易組織後，面臨入會後必須履行入會談判承諾，開放市場，消除貿易障礙等因素，預期會對原已脆弱的國內傳統農業，造成重大的衝擊。然攸關植物育種家權利甚深的植物種苗法，卻遲未修訂。故本文特為探討現行法制對植物育種家的權利保障究竟為何，其與國際規範間的落差及是否應開放植物專利等問題。

Abstract

The aim of copyright system is indirectly to protect the rights of the author, even to promote the cultural development as its utmost target. The Principles of Fair Use take an important part in Copyright Law to balance the personal benefits of the author with the public benefits. In term of modern Copyright Law, the Principles of Fair Use can be explicated to have the idea of the user's right to secure that Copyright Law is colored with the public benefits. As to Personal Use, it means the user purely use the work, with no intend to gain the benefits by using the work from the copyright market. It can be divided into two types of Personal Use, one is without the ownership of the work, and the other is with the ownership of the work. Both have to be taken into different considerations for adopting into the Law.

* 作者現任連邦國際專利商標事務所生技組副組長



關鍵詞

著作權，合理使用，個人使用，交易成本

keywords : copyright, fair use, personal use, transaction cost

【提要】

一、前言

二、「植物育種家權利」的國際規範

三、我國植物新品種之保護規範

四、以UPOV公約檢視我國植物種苗法中「育種家權利」之相關規範

(一) 保護對象範圍之爭議及檢討

(二) 保護要件 - 新穎性之爭議及檢討

(三) 權利範圍之爭議及檢討

(四) 權利期間之爭議及檢討

(五) 強制銷售制之爭議及檢討

五、代結論-「專利保護的可行性？」

一、前言

隨著台灣終於在民國91年1月1日正式加入世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）成為其會員後¹，因應入世後，必須履行入會談判承

1. 我國首先於民國79年1月1日以「台、澎、金、馬關稅領域」名稱向「關稅暨貿易總協定（GATT）」提出入會申請，GATT理事會於81年9月受理我國入會申請案，並成立我入會多邊工作小組，並有26個締約國與我國展開雙邊諮商。84年世界貿易組織(WTO)取代GATT，我申請

諾，開放市場，消除貿易障礙等因素，因此對原已脆弱的國內農業，將造成嚴重的衝擊^{2,3}。我國早年以農立國，惟礙於天然環境，地狹人稠，農業生產成本一直偏高。入世後，面對價格低廉的國外農產品叩關，經濟價值低的農產品勢必處於競爭劣勢^{4,5,6}。過去，政府對農產品有保護傘政策，例如保證收購、休耕補助等等措施，但相對的，也限制了農業育種家的權利⁷。然隨著台灣經濟實力提升，產業轉型，及加入世界貿易組織等重大變革，我國農業勢必也需從勞力密集的传统農業型態轉向高附加經濟價值的精緻農業發展。

加入世界貿易組織一直是政府一項重要的政策，也是台灣經濟邁向世界化不可避免的一個歷程。有鑑於此，早在入會之前，國內相關法令，例如，專利法，即已因應入世的可能，提前進行了相關的修訂。然而，攸關育種家權利至深的植物種苗法卻未能同步修訂，賦予植物育種家更完善的權利保障，對未來我國農業能否轉型朝向高附加經濟價值的精緻農業發展毋寧是一大阻礙。

入會案改為加入WTO，至87年2月20日我國與美國結束入會諮商後，我國與26個會員國的農業雙邊諮商亦已完成。多邊工作小組歷經11次入會正式工作小組會議及4次非正式會議，終於在90年9月18日採認我入會議定書、工作小組報告、各項承諾彙整表等入會文件，並於同年11月由WTO部長會議審議通過我入會案，相關入會文件經立法院批准後，於同年12月2日正式通知WTO秘書處，依WTO規定該項文件存放秘書處30日後生效，故我國乃於91年1月1日正式成為WTO會員國。

- 2.王淑瑛，「國產米生產成本偏高 備受威脅」，[2002-01-03/民生報/A3版/生活新聞]。
- 3.王淑瑛，「農產品收起保護傘面臨價格品質戰 稻米衝擊最大 牽涉因素最廣泛」，【2001-09-20/民生報/A9版/WTO效應特別報導】。
- 4.前揭註2、3。
- 5.董順隆，「入世稻價衝擊 農民束手無策風災後漲價 糧商顧慮入世影響不敢囤積 只有提高警覺 觀察因應」，[2001-12-11/聯合報/17版/彰化新聞]。
- 6.林如森，「台灣農家 幾家歡樂幾家愁 轉型早的，聲稱什麼都不怕；仰賴收購的，擔心以後怎麼活？守著土地的老農：稻子是台灣農民的命，怎麼可以丟？」，【2001-11-07/聯合報/6版/特別報導】
- 7.參見植物種苗法第6條。



去年4月經濟日報刊載了一則來自豐原地區的小新聞，標題為「益全香米偷往大陸 農試所盼修種苗法」^{8,9}。事實上，類似這樣的新聞偶有所聞^{10,11}，篇幅通常不大，多半出現在地方新聞，而非頭版新聞；但這類新聞卻說明了長久以來社會對農業智慧財產權的漠視，以及現行國內法對植物育種家權利的保護實不周延。

故本文擬探討現行法制對植物育種家的權利保障究竟為何，其與國際規範間的落差及是否應開放植物專利等問題。

二、「植物育種家權利」的國際規範

因應加入世界貿易組織，這幾年國內頻頻修訂相關法規，俾使國內相關法規能與世界貿易組織下之國際規範¹²一致。植物品種保護為WTO規範下的智慧財產權範疇¹³：在「與貿易相關之智慧財產權協定(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)」第27條第3項(b)款中規定「…會員應規定以專利法、或單獨立法或前二者組合之方式給予植物品種保護…」。¹⁴有鑑於植物新品種之育成需投入大量時間、勞力與金錢，世界各國均立法賦予新品種育成業者一定的權利，多數國家¹⁴係採「植物育種家權

8.楊克華，「益全香米偷往大陸 農試所盼修種苗法」，[2002-04-06/經濟日報]

9.楊克華，「農業間諜！香米品種被偷到大陸」，[2002-04-06/聯合晚報/4版/話題新聞]。

10.游登茂，「洋蘭 內銷受挫拓展外銷/花農積極研發新品系 也盼農委會修定種苗法」，[2002-03-26/聯合報/17版/南縣焦點]。

11.謝龍田，「309株『黑珍珠』種苗疑走私到大陸」，[2002-06-10/聯合報/14版]。參見 <http://udnnews.com/FLASH/73405.htm>

12.參見「世界貿易組織設立協定(Agreement Establishing the World Trade Organization)」第十六條第四項之規定：「Each member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements」。

13.參見「貿易相關之智慧財產權協定(Agreement on Trade-Related Intellectual Property Right)」第27條第3項(b)款之規定：「…However, members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. …」。

14.例如加拿大、荷蘭、英國、紐西蘭、及歐盟等。

利(Plant Breeder's Right)」之方式給予保護，部分國家¹⁵則採「專利」及「植物育種家權利」雙軌並行之保護方式，兩種方式各有利弊。

以「植物育種家權利」方式保護植物新品種之國家，通常係以世界各國於1961年於巴黎成立「植物新品種保護國際聯盟(The International Union for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV)」時所簽署的「植物新品種保護國際公約」(簡稱UPOV公約)為立法藍本，再依國情訂定其國內之植物品種保護法規。該公約於1968年生效並實施，並於1972年、1978年修正，最近一次的修正則是1991年¹⁶，並已於1998年4月24日生效；迄今，UPOV公約已

15.例如美、日、西德、法國、南非、澳洲等。然美國的制度又與一般採雙軌保護的國家有些許不同。美國的制度嚴格說起來應為三軌制：植物專利(Plant Patent)、實用專利(Utility Patent)及植物品種法(Plant Variety Protection Act, PVPA)。

植物專利保護的對象為無性生殖所繁衍出來的新品種，例如以接枝或塊莖繁衍出來的新品種，其權利範圍僅有一項，及於整株植物，這點也是美國植物專利最為人詬病的一點，因為從侵權角度來看，這樣的權利範圍相當於沒有保護。

植物品種法保護的對象為有性生殖所繁衍出來的新品種，亦即，由種子所繁衍出來的新品種，大體上權利範圍以UPOV公約為藍本。

實用專利保護的對象及於任何基因改造的新品種，因可對植物的不同部分(例如，花朵、果實等)主張權利，從侵權角度而言，可提供權利人最大的保護，故目前美國植物新品種育種家多傾向採實用專利來保護其發明成果。

舉例來說，一新品種的柑橘，若採植物專利法保護，侵權人士在美國境外種植該新品種的柑橘後，將其果實-柑橘回銷美國境內，將不構成侵權，因植物專利權人所有的權利範圍為「整株柑橘樹」，侵權人士必須在美國境內販售「整株柑橘樹」，方始構成侵權，單純出售果實-柑橘，並不構成侵權。然該新品種柑橘樹的經濟價值就在其果實部分，若權利人不能主張侵權，則所獲得的植物專利證書形同廢紙。若新品種柑橘係採實用專利保護，則情況丕變。因實用專利的申請專利範圍並不僅限一項，更未限定權利範圍為整株植物，其容許專利權人對植物的不同部分主張權利，故即使侵權人士在美國境外種植該新品種的柑橘後，將其果實回銷美國境內，仍將構成侵權。從權利的執行面上來說，實用專利的保護強度遠勝於植物專利。

16. Act of 1991 “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. See <http://www.upov-rom.com91e>



有50個簽約國¹⁷。UPOV公約規範授與新品種育成者最基本的權利保障，同時充當裁判提供交換意見和經驗的討論機會，並藉由制定相關檢定標準(例如，新品種的新穎性、顯著性、一致性、穩定性及命名規則等)，來促進會員國乃至國際間的和諧及合作，並提供其他會員國有關法規、制度及技術方面的協助，俾各會員國引進並採行¹⁸。

三、我國植物新品種之保護規範

我國目前對植物新品種的保護是採單獨立法的形式，表面上已符合前述TRIPs第27條第3項(b)款的最低規範，然究其內容，則與UPOV公約內容有極大的落差，將於下文有關植物育種家權利範圍處討論。

植物新品種本身是由民國77年制定之「植物種苗法」進行保護，此法最近一次的修法是民國91年1月30日。至於植物新品種的育成方法則是透過專利法¹⁹加以保護。依照現行制度，植物新品種並非專利法下的適格標的，故無法取得專利，只有新品種的育成方法才能擁有專利權。然僅授與「方法」專利權，而無「物品」專利權，對權利人在權利的執行上，特別是侵權情況下，亦是一大障礙。

有鑒於植物種苗法中有爭議的地方其實很多，但本文將只就攸關育種家權利範圍的法條內容進行討論。

四、以UPOV公約檢視我國植物種苗法中「育種家權利」之相關規範

有關UPOV公約植物育種家權利與我國種苗法所授與之品種權範圍，較具落差之部分，總結於下表。詳細內容則於下文中說明及討論。

17.參照謝銘洋，〈農業生物之智慧財產權〉，載於《第三屆基因科技與法律研討會》，(民國九十一年六月二十七日)。

18.參照李紅曦，〈植物新品種保護國際聯盟簡介〉，載於《台灣花卉園藝》，(民國八十八年十一月)，頁42-45。

19.專利法第21條，第1項，第1款「下列各款不予發明專利：一、動植物新品種。但植物育成方法不在此限。」

	UPOV 公約		植物種苗法	
	相關法條	內容	相關法條	內容
權利	第 14-19 條	植物育種家權利	第 5-30 條	命名登記權及品種權
保護對象	第 3 條	及於所有植物的屬及種	第 4 條	由中央主管機關指定並公告之品種，目前共 91 種
保護要件				
1. 新穎性	第 6 條	相對新穎性 除果樹、藤蔓類外，國內推廣、銷售未超過 1 年，國外未超過 4 年，具新穎性 果樹、藤蔓類：國內推廣、銷售未超過 1 年，國外未超過 6 年，具新穎性	第 7 條	絕對新穎性 命名登記前已推廣或銷售，即喪失新穎性
2. 可區別性	第 7 條		無相關規定	
3. 一致性	第 8 條		無相關規定	
4. 穩定性	第 9 條		無相關規定	
權利期限	第 19 條	自核准日起不得少於 20 年 果樹、蔓藤類植物則自核准日起不得少於 25 年	第 19 條	自審定公告日起算 15 年
暫准之權利	第 13 條	權利人可回溯主張任何於申請日起至審定公告期間侵權行為所致之損害賠償	無相關規定	
強制銷售	無相關規定		第 28 條	經核准權利登記的新品種，權利人無正當理由未於一定期間內適當推廣或銷售者，主管機關得依第三人之申請或依職權廢止其新品種登記權



(一) 保護對象範圍之爭議及檢討

保護對象是指植物品種保護法所適用的植物對象。依據1991年UPOV公約第3條「欲保護之屬及種」²⁰，其所欲保護之植物範圍及於所有植物的屬及種²¹。

相對應之我國規定，見於種苗法第4條之「適用本法之植物種類，由中央主管機關指定並公告之」。至於哪些植物才是適用種苗法之植物種類，農委會曾於民國83年針對種苗法第4條適用的植物範圍提出解釋：「植物種苗法並非依有性或無性繁殖方式界定植物新品種，是否為權利保護之對象；而是依該法第四條規定『以經中央主管機關指定並公告』之植物種類為保護對象；凡是中央主管機關指定並公告植物種類之新品種，無論其為有性或無性繁殖者均得為權利保護之客體……」²²。此一行政函釋，雖再次強調凡是中央主管機關指定並公告的植物種類之新品種，均得為權利保護之客體，然其並未說明農委會係經過何種推理或判斷過程，方做出哪些植物係屬可保護的植物客體，哪些植物則否的決定。這樣的行政函釋，實難謂其內容符合行政程序法第五條²³所揭櫫之「明確性原則」。截至目前為止，經中央主管機關指定並公告的植物品種共10篇91種²⁴。而從指定公告的植物種類可發現，其中

20.參見UPOV公約(Act of 1991)第3條第1項(1)款之規定：「at the date on which it becomes bound by this Convention, to all plant genera and species to which it applies, …」。

21.1978年的UPOV公約對於何種植物應保護係開放給各會員國自行規定，但1991年公約則涵蓋所有植物種。

22.參見(83)農糧字第3112405A號。

23.行政程序法第五條「行政行為之內容應明確」。

24.整理如下：

農作物：綠豆、薑。

蘭花：文心蘭、蝴蝶蘭、朵麗蘭、朵麗蝶蘭。

其他觀賞植物：聖誕紅、夜來香、滿天星、玫瑰、長壽花、非洲菊、白鶴芋、百合、星辰花、唐菖蒲、海芋、彩葉芋、菊花、新幾內亞鳳仙花、蔓綠絨、繡球花。

果樹：柑橘、荔枝、木瓜、香蕉、鳳梨、印度棗、芒果、楊桃、桃、桑樹、梨、番石榴、番荔枝、歐洲系葡萄、美洲系葡萄、蓮霧。

瓜科蔬菜：西瓜、甜瓜、胡瓜、絲瓜、南瓜、冬瓜、苦瓜、越瓜、扁蒲。

泰半是不具經濟競爭力的蔬菜，至於高附加經濟價值的植物品種，例如果樹、花卉等，種類則寥寥可屬。

基本上，種苗法第4條係屬所謂的「概括授權」條款，其本係尊重行政機關的專業判斷，使形成一行政自我裁量範圍；惟其欠缺內容明確性，同時在執行之效果層面上，也有違憲法第7條所揭櫫之「平等原則」及憲法第23條所揭櫫之「比例原則」，詳細討論如下。

雖然相關的大法官釋字對「概括授權」條款之內容應明確的解釋範圍，似乎僅限於納稅²⁵、及涉及人民身體自由之懲戒性條款²⁶。換言之，在相關釋字中大法官認為凡屬對人民為負擔之法規範，其處罰之構成要件及效果需明確，方符憲法第23條法律保留之意旨。雖然種苗法第4條「適用本法之植物種類，由中央主管機關指定並公告之」，究竟是否屬相關釋字中所指會對人民造成負擔的法規範，可能仍有疑義。然依吳庚大法官所述：「所謂內容明確性並不限於行政行為(行政命令及行政處分)而已，更重要者，在法律保留原則支配下，法律及法規命令之規定，內容必須明確，涉及人民權利義務事項時，始有清楚界線與範圍，對於何者為法律所許可，何者屬禁止，亦可事先預見及考量」²⁷。依此，種苗法第4條所規範之適格植物種類，因涉及人民權利義務之規範，立法者似有必要衡量目前社會形勢、發展及需求，明確界定適格的植物種類，而非授權行政單位以行政命令方式每隔一段期間，才公告一、二種可開放申請保護的品種。換言之，對人民基本權(即，財產權)會

茄科蔬菜：番茄、茄子、番椒、馬鈴薯。

十字花科蔬菜：結球白菜、不結球白菜、花椰菜、青花菜、芥藍、甘藍、球莖甘藍、抱子甘藍、蘿蔔、蕪菁、芥菜、油菜、萵苣、豆瓣菜。

豆科蔬菜：豌豆、菜豆、毛豆、豇豆、菜豆、鵲豆。

石蒜科蔬菜：洋蔥、蔥、大蒜、韭菜。

其他蔬菜：莧菜、芹菜、蘆筍、茼蒿、荸薺、草莓、黃秋葵、空心菜、蓮藕、慈菇、菠菜、菱角、筍白、胡蘿蔔、苦苣。

25.大法官釋字第345、及346號。

26.大法官釋字第394、426、432及491號。

27.參照吳庚，《行政法之理論與實用》，（民國九十年八月），頁六五。



形成侵害或干預的立法措施，其內容必須明確，方能使人民有所依循。

目前，主管機關基於法律的概括授權，在行政上固然有一裁量權，來決定哪些品種是適格的品種權保護標的；惟主管機關在做出「差別待遇」（即，何者可保護，何者不予保護）時，應充分探求是否有應予不同植物差別對待的事物本質要素存在。換言之，如果沒有可合理差別對待的事物本質要素存在的話，主管機關即不得做出差別待遇，若已為差別待遇，則此差別待遇即屬「不合理」，亦即違憲。舉例來說，荔枝是指定公告可以保護的品種，但同屬果樹的龍眼，係基於何種本質上的差異，無法取得品種權？又，同屬植物的糧食作物，又係基於何種本質上的差異，僅能做命名登記，無法主張品種權？憲法第七條所定的平等權，係為保障人民於法律地位上的實質平等，雖不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上的差異及立法目的，而為合理之不同處置²⁸；但前提是，此合理的差別對待，必須合乎本質目的，同時此差別對待的結果，尚不得破壞該制度原來的目的²⁹。換言之，合理的差別對待，仍必須符合憲法第23條所揭示的「比例原則」。對糧食作物而言，主管機關或許基於「公益」的考量，可以做出不予品種權保護的合理差別待遇；然而，依大法官釋字第452號及第485號對「合理差別待遇」的解釋，合理差別待遇的標準並非一成不變，而係應隨國家經濟的發展、社會政策及社會狀況的變遷而有所改變，方能真正達到保障人民在法律地位上的實質平等。那麼，過去的差別待遇標準，尚能否適用今日的社會狀況，不無疑慮。而如果糧食作物不得主張品種權係屬合理的差別待遇，然則與荔枝同屬果樹的龍眼無法受到保護，這樣的差別待遇是否合理？又是否合乎「比例原則」（或「保護不足」）？決定是否給予一品種排他性的權利保護，涉及對人民財產權的限制，而財產權係憲法下國家應立法保障的人民基本權之一，如果國家所採取的立法保護措施或行政行為無法使該基本權有實現的可能性時，即屬違反比例原則，比例原則在此即轉化為「禁止保護不足」³⁰。對非

28.大法官釋字第205、211、365、412、423、452、477及485號。

29.大法官釋字第452、及485號。

30.參見程明修，〈論基本權保障之「禁止保護不足原則」〉，《城仲模教授六秩華誕祝壽論文

屬指定公告保護之品種的新品種(例如，龍眼)而言，由於法律不當的限制，或恣意而為的差別對待，造成其權利保護不足，除了不符「平等原則」外，顯然亦不符「比例原則」。

綜上所述，依目前種苗法第4條的規範，育種家無從得知或預期今日苦心研發的新品種，是否在日後能獲得權利保護？或是辛苦投入金錢、時間及人力進行研發後，卻發現毫無權利保障可言，甚或是完全無法主張品種權(例如，糧食作物之育種家)，或是日後經主管機關公告為可予以權利保障之新品種後，又礙於種苗法絕對新穎性的要求，而喪失權利(此將於下文「新穎性」的部分探討)。因此，極可能造成育種家只願對已公告保護之品種進行研發，反有礙國家整體經濟發展。再者，如前述，只提供某些品種保護，對其他同樣辛苦研發的新品種，則不予保護，顯然有違憲法位階下之「平等原則」與「比例原則」。

(二) 保護要件 – 新穎性之爭議及檢討

1991年之UPOV公約對新穎性的規範簡述如下：一新品種或其收穫材料，在一國家中經育種家或發現人或權利繼承人同意，或在任何優先權主張請求之前，於各國內經育種家同意，推廣、銷售未超過一年，於國外未超過四年，果樹或蔓藤類植物未超過六年，視為仍具有新穎性³¹。新穎性之規定首重於時間的認定，因各國開放保護植物之時間可能有先後差異，為彌補育種家可能會因各國開放保護植物對象，因時間上的差異而喪失新穎性，故有此規定。目的在於只要申請的新品種於所規範時間內沒有過度開發其商業利益，即可視其為新品種。

至於我國對植物新品種之新穎性規範見於種苗法第7條「未經核准命名登記之新品種，不得推廣及銷售…」。

就法條觀之，我國係採絕對新穎性標準。換言之，任何新品種，只要在命名登記前已推廣、或銷售，即喪失新穎

集：「憲法體制與法治行政」(一)》，(民國八十七年八月)，頁二一九以下。

31. 參見UPOV公約(Act of 1991)第6條「Novelty」之規定。

32. 參見UPOV公約(Act of 1991)第14條「Scope of the Breeder's Right」之規定。



性。在此狀況下會出現的爭議為第7條與第4條間可能的規範衝突問題。亦即，若育種家育成尚未公告保護之新品種，若日後法令變更使該品種成為可保護之新品種時，將因該新品種已推廣或銷售的事實而喪失新穎性，無法申請權利登記。此法條之立法目的本係為防止新品種在申請保護前其商業利益被過度開發，然絕對新穎性標準卻使本法失之過嚴，與目前國際規範有極大的落差，且有損權利人之權利。同樣的，一如上述，也可能造成育種家只願意開發已公告可保護之新品種，對整體農業技術的提升反是一大阻礙。

(三) 權利範圍之爭議及檢討

植物新品種之育成係育種家的智慧結晶，與育種家權利息息相關者為法律所賦予之排他性權利範圍的寬廣度。依據1991年UPOV公約，舉凡該植物新品種、其繁殖材料、或收穫材料之繁殖、利用、使用及進出口，皆需經育種家的同意方得為之³²。1991年之UPOV公約除已放寬保護對象及於所有植物之屬及種外，更進一步擴張育種家權利範圍及於該植物新品種之收穫材料及實質衍生品種³³，有了此一大修正後更能落實對育種家的權利保障。

自古以來農人於收穫後留下一定比例的種子，供來年春天播種之用，為世界各國農夫的傳統。為顧及此項傳統，歷來UPOV公約中均明定有「農人免責」條款，然此一直是一項備受爭議的條款，因其對植物育種家的權利而言是一大傷害。因新品種的育成需要投入相當多的時間、勞力及費用，各國也都體認到有必要賦予新品種育成者更高的權利保護，使育種者藉由新品種開發獲得適當利益，進而刺激更多人從事新品種的研發工作。故在1991年修正之UPOV公約中，雖仍保留「農人免責」條款，但已對農人留種的行為做了一些限制³⁴，同時並擴大權利範圍及於該植物新品種之收穫材料及實質衍生品種³⁵，因此可於保護農人的同時，也顧及了育種家應有的權利保障，不失為一種衡平的措施。

33.前揭註32。

34.參見UPOV公約(Act of 1991)第15條「Exceptions to the Breeder's Right」之規定。

35.前揭註32。

我國對育種家的權利保護範圍規範於種苗法第二章，第8條指出權利人專有推廣、銷售及使用權，他人應徵得權利人之同意，方得為之³⁶。然細究其內容，即可發現我國對育種家權利的保護與UPOV公約有極大的落差。首先，依種苗法第5條之規定，育種家權利分成命名登記及權利登記兩種³⁷。再依種苗法第6條之規定，糧食作物及申請命名登記前已推廣、銷售之新品種這兩大類不得主張權利登記。回顧前言所提之「益全香米」事件，雖然「益全香米」的發明人—郭益全博士，耗費了9年的時間，才研發出「益全香米」³⁸，但除了命名的權利外，一無所有；對稻種被盜往大陸的侵權行為，更無計可施。糧食作物是否應予保護，在過去，顧及授與糧食新品種權利恐會造成種苗市場壟斷，或因高昂權利金導致農人種植成本增加，基於此等「公益」的考量，故排除糧食新品種的權利保護，此種「差別待遇」，在過去被認為是「合理」的。然在今日台灣已如此富裕，消費者更不吝花費購買高價米的情況下³⁹，是否仍能以「公益」的考量，完全剝奪糧食作物育種家的權利，不無疑慮。如前述，「合理差別待遇」的基準除了應隨國家經濟的發展、社會政策及社會狀況的變遷而有所改變外，尚須考量其與「比例原則」間的競合關係。換言之，以「公益」的考量，完全剝奪糧食作物育種家的權利，在手段上是否適當？相關釋字顯示，國家雖得因公益理由徵收人民財產，但如果未發給補償費或無正當理由遷延過久，皆不符合憲法對財產權之保障⁴⁰。觀此，種苗法第6條之糧食育種家不得主張品種權的規範，雖具形式上的合法性，但卻欠缺實質正當性。因其手段已逾越必要程度，與憲法第15條之財產權及第23條之比例原則有違。事實上，中國大陸及日本這兩個均以米食為主的國家，也早已明定水稻係得予保護的權利客體。因此，開放糧食作物為

36. 參見種苗法第8條。

37. 參見種苗法第5、6條。

38. 楊克華，「益全遠去 張阿蕊感恩香米留人間 豐原家裡裝滿回憶 一家人的酸甜苦辣全在相簿裡」，【2002-04-08/聯合晚報/23版/地方綜合版】。

39. 黃秀義，「日本進口米 高貴上架 愛買吉安引進 2公斤500元 為台灣米六倍」，【2002-04-01/經濟日報/37版/商業要聞】。

40. 大法官釋字第400、425、440及516號。



得保護的權利客體，適度賦予育種家一定的權利保障，乃是時勢所趨，只要在法條中加入一定的「強制授權」⁴¹或如UPOV公約中有限度的「農人免責條款」⁴²設計，要兼顧公益及育種家權利保障，並非全然不可行。

另外，我國種苗法關於權利範圍之條文中有多項名詞定義相當模糊，容易造成實務上的爭議，分述如下：

1)何謂「推廣」？

「推廣」是否一定需為「有償」的行為？如果育種家在育成新品種後，在申請命名登記及權利登記前，將該新品種無償提供給他人使用，是否構成「推廣」之事實，而喪失新穎性？

2)「推廣、銷售及使用權」是否包括進、出口權？

「使用權」究竟何指，是否包括進、出口權？依種苗法第8條「經核准登記之新品種，其權利人專有推廣、銷售及使用權…」。若欲將核准登記之新品種出口至不保護該新品種之國家，該等出口行為是否需經權利人之同意？

3)「新品種」的範圍究竟到哪裡，是否包括該新品種的收穫物或其收穫物的加工製品？

依種苗法第8條「經核准登記之新品種，其權利人專有推廣、銷售及使用權…」。假設侵權人士將公告保護之新品種(例如花卉、或果樹)種植於未授與權利保護之國家，之後再將收穫物(例如，該新種花卉之切花、或新種果樹之果實)，回銷回國內，權利人是否得主張該行為侵權？依種苗法第3條對「新品種」一詞之定義為「指一植物群體，具有與現有品種能辨別之一個以上顯著重要特性，且其主要性狀，具有遺傳性與穩定性」。依此定義，第8條之「新品種」似乎限於整株植物，則權利人不得主張侵權。然若依同條對「種苗」一詞之定義「植物體之全部或一部可供繁殖或栽培之用者」；則似乎只要涉及可供繁殖或栽培之部分者，即視為有侵權之虞。則自海外進口受

41.現行種苗法並無強制授權的相關規範。

42.前揭註34。

保護之新品種的果實到國內，可能會被視為侵權；然則切花，就又会產生爭議，因一般並不會將「切花」視為繁殖材料。又如果上述侵權人士係於海外種植後，收穫其果實，並將該果實製成加工製品，比方說蜜餞、罐頭等，再將其回銷回國內，該加工製品並不屬種苗法第3條所謂之「新品種」或「種苗」，則權利人可否主張該等行為侵權？

由上述可知，我國種苗法中與育種家權利息息相關的權利範圍之界定，事實上相當含糊不清，對權利人權利的執行上，造成相當大的障礙。

(四) 權利期間之爭議及檢討

依照1991年UPOV公約，新品種的保護期間不得少於20年，且對於種植時間較長的果樹及蔓藤類植物，更明定不得少於25年⁴³；同時賦予申請人自申請日起至審定公告前一「暫准之權利(provisional Protection)」⁴⁴，亦即若侵權行為係發生在申請日至審定公告前這段期間，待該新品種審定公告後，權利人得回溯主張該段期間的專屬權利，並請求損害賠償。

然則我國種苗法新品種權利期間之規定是審定公告之日起一律15年⁴⁵，明顯低於國際規範，同時也沒有「暫准之權利(provisional Protection)」的設計。UPOV公約賦予種植時間較長的果樹及蔓藤類植物較長的權利期間保護，明顯是「平等原則」的操作 - 基於事物本質之不同，所為之合理的差別待遇。此種平等原則的操作，亦見於我國專利法對醫藥品、農藥品或其製造方法發明專利權之實施，准予延長專利權期間2至5年之規定⁴⁶。此係因醫藥品、農藥品或其製造方法發明專利權之實施，依法需取得許可證，在主管機關未核發許可證前，權利人無法實施其專利權，有損權利人之權利，故有這段為彌補權利人無法實施其專利權的時間而為之延長專利權期間的設計。然種苗法對得主張權利登記的果樹類植物，例如柑橘、荔枝、木瓜等，並未考

43. 參見UPOV公約(Act of 1991)第19條「Duration of the Breeder's Right」之規定。

44. 參見UPOV公約(Act of 1991)第13條「Provisional Protection」之規定。

45. 參見種苗法第19條之規定。

46. 參見專利法第51條之規定。



慮到其與一般種植時間短、一年數穫之蔬菜作物在本質上的差異，並未給予此等果樹類植物較長的權利期間保護，反而一律採齊頭式平等，是目前種苗法規中亟需改進之處。此外，欠缺「暫准之權利」的設計，對權利人保護亦不周延。這類「暫准之權利」的設計也見於各國專利法規中。目前多數國家對專利申請都採「早期公開制(18-month publication)」⁴⁷，亦即所有申請案⁴⁸之內容，自最早申請日起算滿十八個月後，無論取得專利權與否，其申請內容都會被公開。由於專利審查期間通常長達數年，為顧及早期公開對專利權人權利的損害，故有此設計，准許專利權人在取得專利權後得享有一回溯性的權利，可對自專利內容公開後至審定期間所發生的侵權行為主張損害賠償⁴⁹。新品種的審查雖然沒有所謂的「公開」，然審查過程中的田間試驗，在某種程度上與「公開」相似，為顧及權利人權益，似應與國際規範同步，賦予育種家自申請日起至審定公告前一「暫准之權利」。

(五) 強制銷售制之爭議及檢討

強制銷售制見於我國種苗法第28條，UPOV公約中並無相關規定，故此強制銷售制係為我國特有的規範。

種苗法第28條第1項指出「經核准權利登記之新品種，其權利人無正當理由未於一定期間內適當推廣或銷售者，中央主管機關得因他人之申請或依職權廢止其新品種登記權利」。從法理觀之，第28條之規範應係為了防止權利人怠於行使權利，致有經濟價值的新品種遲未上市，可能有損公眾利益所為之規範。以怠於行使權利作為剝奪權利人權利的理由，雖然在法律上並非不可，然其所採取的手段必須能通過憲法第23條之「比例原則」的檢驗⁵⁰。強制銷售制與前述糧食作物不得主張品種權一樣，同係基於「公益」的考量，由國家立法賦予行政機關得因權利人未為推廣或銷售，而剝奪其權利。

47.我國專利法亦有同樣規定，參見專利法第36條之1。

48.臨時申請案(provisional application)除外，或只主張國內申請而不做國際申請之申請案。

49.我國專利法亦有同樣規定，參見專利法第50條。

50.前揭註29、40。

51.前揭註40。

然一如相關大法官釋字⁵¹所一再強調的，法律本身除了需形式合法外，還需實質正當；換言之，需符合比例原則。比例原則的精義在強調目的與手段間之均衡。我國無論在學界或立法實務上，均採行「廣義的比例原則」，此包括適當性原則、必要性原則、與過度禁止原則⁵²。依目前種苗法第28條之規範，權利人未為推廣或銷售的行為，只能使第三人取得專有推廣、銷售及使用權，若該第三人係為得合法使用該新品種進行品種改良，則種苗法第8條第1項後段已明白揭示研究免責，就不需另做第28條的規範。觀此，第28條僅實現了剝奪權利人之權利，並使相關第三人獲益這樣的事實，其規範雖符合目的性，然卻採對權利人侵害最大的方式為之(即，完全剝奪其權利)，其手段顯然不符「比例原則」。

五、代結論-「專利保護的可行性？」

依世界貿易組織設立協定第十六條第四項⁵³之規定，所有會員國均應使其國內法規與世界貿易組織下之國際規範一致。我國目前對植物品種的保護規範表面上雖與TRIPS第27條第3項(b)款⁵⁴之規定尚無衝突，然細究種苗法有關植物育種家權利保護的內容，就可知道現行國內法能提供給育種家的保護，其實非常有限，且有多項法條違反法治國原則與授權明確性原則，甚或違反憲法所揭櫫之平等原則與比例原則。

自民國77年立法以來至民國89年共12年期間，總計核准權利登記的品種

52. 參見行政程序法第七條。

53. 前揭註12。

54. 前揭註13。

55. 李紅曦，〈台灣植物品種保護現況〉，《2000年國際新品種保護研討會》，2000年6月13-14日。
<http://seed.arron.ntu.edu.tw/IPR/hhlee/forum1.htm>

56. 根據本文作者於2003年1月11日在農委會網站上植物新品種登記案件資料庫所做的查詢顯示，網站上新品種登記資料僅顯示到民國89年為止，民國89年後的資料並未顯示，故在此無法引據較新的數據，僅能以前揭註55所提供的數據做說明。參見
<http://www.coa.gov.tw/cgi-bin/db2www/plant/main.d2w/view>

57. 前揭註55。



只有33件(此尚包括已被註銷權利登記者之數目)，核准命名登記者共112件^{55,56}。農委會一直強調目前礙於執行種苗相關業務人力嚴重不足⁵⁷，加以審查技術未能趕上國際水準，或許基於此，故遲遲無法開放更多的保護品種。然隨著分子生物技術的演進，品種研發已不再如同十幾二十年前，靠傳統人力以插枝、或雜交等技術來進行開發，而是能以組織培養方式，進行大量、快速的篩選及繁殖，故培育出新品種的時間也已大幅縮短，新品種更以驚人的數目成長。加以台灣入會後，面臨農業型態的轉變，相關主管單位更應視實務現況全面檢討農業政策並推動落實相關法規的修定工作，才有可能輔導國內農業升級，朝向聚集經濟競爭優勢的精緻農業發展。

如本文在「權利範圍」處所討論的，當有侵權行為發生時，種苗法並無法提供育種家足夠的權利保障，故歷年來一直有請求政府開放植物新品種為可專利之客體，理由無外乎專利法不論在權利範圍的保護或權利執行上，都較種苗法完備，其中最重要的一點是專利法在申請專利範圍的請求上，賦予申請人更為彈性的請求空間。舉例來說，若發明人的發明為一新品種的柑橘，則可藉不同的獨立項來主張其請求範圍，例如權利範圍一為包含根、莖、葉、花朵、及果實之整株果樹；權利範圍二為果實本身；權利範圍三為花朵本身等等，依此類推。則即使侵權人士係將果樹種在沒有權利保護的國家，收穫其果實後，再將果實回銷至國內，權利人即可依專利法主張其權利範圍二受到侵害，而請求損害賠償。由於專利權人專有排除他人製造、使用及販賣的權利，故專利權在執行面上的效果遠較傳統的品種權來得有效，因此對於要不要開放植物新品種為可專利之客體，一直有正反兩種聲音。目前大部分的國家確實也都不以專利法來進行保護，主要是顧及若賦予新品種專利權，可能會對原即已處於弱勢的農人造成更大的負擔，因為對於以專利保護的新品種來說，以種植為主的農人是不能主張留種供來年播種之用的「農人免責權」。各國過去以舊的UPOV公約為藍本制定的品種保護法或種苗法，因「農人免責」條款之故，在實務面上確實對育種家權利的保護造成嚴重傷害，故1991年UPOV公約才會在保留「農人免責」條款的同時，將育種家的權利範圍擴及到品種的收穫物、加工製品及實質衍生品種，並有相關配

套措施，以期在照顧農人的同時，仍能解決實務上的侵權難題。因此，如果主管機關能修訂目前種苗法的規範使其至少達1991年UPOV公約的標準，讓植物育種家權利得到適當的保障，則筆者以為並不一定需開放植物新品種為可專利之客體。

我國農業研發技術一直不落人後，從農試所的益全香米、台糖聞名海內外的蘭花、到屏東地區一公斤要價達八百元的黑珍珠蓮霧，在在證明我國的農業技術並不僅限於政府出資的公家單位，民間人士一樣有傑出的研發能力。在過去的時空背景下，容許基於「公益」的考量，犧牲某一群人(即，植物育種家)的權利，然隨著國內整體經濟實力提升，民眾不吝惜花高價購買新品種⁵⁸以及對岸低廉農產品的競爭下，只有透過適當的農業智慧財產權保障，才能使我國的農業結構能順利轉形，朝向高附加經濟價值的精緻農業發展，這點尚有待主管單位及立法者共同努力達成。

58.前揭註39。